

## بررسی مبانی فقهی حق جبران خسارت زیان‌دیده

### از حبس یا بازداشت غیرقانونی

سیدحسین هاشمی\*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۷/۰۵

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۱۰/۲۱

#### چکیده

با توجه به اهمیت اسلام به رعایت حقوق زندانی و نظر به اینکه حقوق ایران متأثر از فقه شیعه می‌باشد، و نیز لزوم رعایت کنوانسیون‌های بین‌المللی در زمینه جبران خسارت ناشی از حبس یا بازداشت غیرقانونی، بررسی این موضوع از منظر فقهی ضروری می‌نماید. برای پرداختن به این موضوع باید به مسئله‌ای که در فقه با عنوان ضمان «منافع فائته» حر معروف است پردازیم زیرا بر اساس یک نظریه در فقه، منفعی که از انسان حر تلف می‌شود ضمان ندارد و بر اساس دیدگاه دیگر اتلاف منافع و عمل حر در شرایطی موجب ضمان است. بنابراین پس از پرداختن به این موضوع، بر اساس قواعد فقهی مرتبط با آن از جمله قاعده احترام، قاعده اتلاف و قاعده لاضرر، حکم مسئله جبران خسارت‌های ناشی از حبس یا بازداشت غیرقانونی نیز روشن خواهد شد. بنابراین، هر یک از قواعد حاکم بر این مسئله را در این تحقیق مورد بررسی قرار داده‌ایم تا انطباق هر یک از این قواعد را در راستای ضمان منافع فائته حر مشخص نموده و از این طریق، خسارات ناشی از حبس یا بازداشت غیرقانونی را به اثبات رسانیم.

واژگان کلیدی: حق جبران خسارت، حبس یا بازداشت غیرقانونی، مبانی فقهی.

---

\* دانشیار و عضو هیئت علمی گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه مفید قم، قم، ایران.

shhashemi@mofidu.ac.ir

## مقدمه

مسئله لزوم جبران خسارت ناشی از حبس یا بازداشت غیرقانونی در نظام‌های حقوقی و حقوق کشورهای مختلف از قدمت چندانی برخوردار نیست اما پس از به رسمیت شناخته شدن این حق در ماده ۹ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، کشورهای بسیاری برای وارد نمودن مفاد آن در قوانین داخلی خود تمایل نشان داده‌اند.

با توجه به اهمیتی که اسلام برای رعایت حقوق زندانی قائل است و نظر به اینکه حقوق ایران متأثر از قوانین فقه شیعه می‌باشد، و از طرفی، ایران نیز میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی را تصویب نموده است، می‌توان به ضرورت بررسی این موضوع از دیدگاه فقه و حقوق ایران پی برد. شایان ذکر است ماده ۲۵۵ تا ۲۶۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۹۲ به لزوم جبران خسارت ناشی از بازداشت موقت و مقررات مربوط پرداخته است که بررسی مبانی فقهی این موضوع، هدف تحقیق حاضر است.

مهمترین پرسش‌ها در باره موضوع تحقیق عبارتند از اینکه:

- ۱- آیا بر اساس فقه شیعه که مبنای مهمی در حقوق ایران است، (با توجه به قواعد فقهی مرتبط)، خسارت‌های ناشی از حبس یا بازداشت غیرقانونی قابل جبران است؟
- ۲- یکی از مهمترین پرسش‌ها این است که آیا نیروی کار انسان از دیدگاه فقهی و حقوقی ارزش مالی دارد تا در صورت اتلاف، مشمول قواعد مربوط به ضمان قهری شود یا خیر؟ به عبارت دیگر بسیاری از مباحث کبروی در قواعد مورد استناد یعنی قاعده احترام، قاعده اتلاف و قاعده لاضرر، بر همین بحث صغروی استوار است که آیا اساساً منفعت انسان حرّ، مال به شمار می‌رود یا خیر؟

در خصوص پیشینه تحقیق، ذکر این نکته ضروری است که در موضوع جبران خسارت ناشی از حبس یا بازداشت موقت مقالات حقوقی متعددی نگاشته شده است از جمله مقاله دکتر محمد آشوری، که در مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران در پاییز و زمستان سال ۱۳۵۲ به چاپ رسیده است، اما نگارنده مدعی است در مورد این موضوع از جهت فقهی به ویژه بررسی مبانی فقهی جبران خسارت ناشی از حبس یا بازداشت غیرقانونی، اثری مستقل در مجلات معتبر یافت نشده است اگرچه ممکن است به مناسبت و به اختصار، در ضمن مباحث حقوقی، اشاره‌ای کوتاه به مبانی فقهی شده باشد.

## ۱. قاعده احترام

مبنای این قاعده، روایت معروف نبوی است. مطابق این روایت، پیامبر (صلی الله علیه و آله) فرمودند: «حرمة مال المسلم كحرمة دمه» (ابن ابی جمهور احسائی، ۴۰۳، ج ۳، ص. ۴۷۳ و سیوطی، ۱۴۰۱، ج ۱، ص ۵۷۳) در این مبحث، قیود مهمی را که با قاعده مورد نظر ارتباط دارد طی چند گفتار، بررسی می‌کنیم:

### ۱-۱. مفهوم مال و صدق مال بر منفعت و عمل حرّ

مهم‌ترین بحث، «مال» بودن عمل حرّ است. روشن است که عمل حرّ، «عین» نیست بلکه «منفعت» شمرده می‌شود. بر همین اساس، باید اثبات کنیم که منفعت نیز، مال محسوب می‌شود.

مال از ریشه «م ی ل» به معنای میل و رغبت است و از این جهت، به آن، مال می‌گویند که انسان رغبت و میل بدان دارد. با توجه به این ریشه لغوی، منفعت را نیز می‌توان مال دانست؛ چرا که مانند «پول» و «کالا» مطلوب و مرغوب مردم است و از این جهت، فرقی بین آنها نیست؛ به علاوه، در معنای مال، پول یا کالا أخذ نشده است و هر چه را که بهره مادی و دنیوی دارد، شامل می‌شود. عرفاً نیز بر منفعت، مال اطلاق می‌شود. مرحوم خویی نیز چنین استدلال می‌کند:

«مال، چیزی است که به مقدار ارزش و مطلوبیتی که نزد عقلا دارد، در ازای آن، چیزی دیگر پرداخت می‌شود. روشن است که این معنا اعم از عین و منفعت است و منفعت از مهم‌ترین چیزهایی است که مورد رغبت عقلاست» (خویی، بی‌تا، ج ۲، ص. ۳۲).

مرحوم بجنوردی در تعریف مال می‌گوید:

«مراد از مال، هر چیزی است که مطلوب و مورد رغبت مردم باشد... در نتیجه ممکن است از اشیای خارجی باشد که در رفع نیازهای انسان، به کار برده می‌شود و ممکن است از چیزهای غیرمستقل و وابسته به چیز دیگر باشد که فقها، اصطلاحاً به آن، «تبع» می‌گویند. دلیل منفعت بودن مال هم، اطلاق‌های عرف است؛ یعنی عرف به منافع، مال می‌گویند؛ در نتیجه منافع هم مال است. همه امور یاد شده، همچنین هر چه که به دست آوردن برخی از این امور از طریق آنها، انجام شود مال است» (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۲، صص. ۲۰-۲۱).

برخی از فقها، علاوه بر دلیل یاد شده، چند مورد از منافع را که فقها مال دانسته‌اند، یادآور شده‌اند:

«این ادعا که مال بر منفعت اطلاق نمی‌شود، مردود است و دلیل آن را پیشتر گفتیم که مالیت از مقولات عینی و خارجی نیست بلکه ملاک آن رغبت عاقلانه منطقی مردم است. به همین جهت کلی در ذمه و عمل عبد، مال به شمار می‌رود» (روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۹، ص. ۴۱۳). محقق کرکی نیز، مال بودن منفعت را می‌پذیرد (محقق کرکی، ۱۴۰۸ق، ج ۷، ص. ۱۱۶).

به نظر می‌رسد که امروزه، تصدیق مال بودن منفعت، بسیار روشن‌تر از گذشته باشد؛ چرا که روابط تجاری در عصر حاضر، به مراتب پیچیده‌تر و پیشرفته‌تر شده و بسیاری از منافع که در گذشته یا وجود نداشته و یا (به علت محدود بودن جمعیت و امکانات) اساساً مورد معامله نبوده است، در عصر حاضر مورد خرید و فروش، قرار می‌گیرد و عرفاً به آنها، مال اطلاق می‌شود.

در حقوق ایران نیز بر اساس ماده ۳۲۸ قانون مدنی، که درباره قاعده اتلاف بحث نموده است، مال شامل منفعت نیز می‌شود زیرا در این ماده آمده است:

«هر کس مال غیر را تلف کند ضامن آن است و باید مثل یا قیمت آن را بدهد اعم از اینکه از روی عمد تلف کرده باشد یا بدون عمد و اعم از اینکه عین باشد یا منفعت». اما در خصوص عمل حرّ، برخی فقهای معاصر، به مال بودن آن، تصریح کرده‌اند: مرحوم آخوند خراسانی می‌فرماید:

«شکی نیست که عمل حرّ، مال است؛ زیرا از این جهت که مورد میل و رغبت عقلاست و در ازای آن، پول پرداخت می‌کنند، مانند عمل عبد است» (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶ق، ص. ۳۰).

مرحوم امام خمینی نیز می‌فرماید:

«عمل حرّ، مال است؛ خواه آن شخص بالفعل دارای اشتغال و درآمد باشد و خواه نباشد؛ زیرا روشن است که دوختن لباس یا کندن چاه، مالی است که در ازای آن، پول پرداخت می‌شود. مال هم چیزی نیست جز آنچه مورد رغبت و تقاضای عقلا باشد و در ازای آن، پول پرداخت کنند» (خمینی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص. ۲۰).

مرحوم خوئی نیز همین دیدگاه را دارند:

«شبهه‌ای نیست در صدق مال بر عمل حر» (خویی، بی تا، ج ۲، ص ۳۲). نکته شایان توجه، این است که اگر عمل حر را مال ندانیم، اجاره عمل حر نیز باطل است؛ زیرا اجاره نیز، تملیک منفعت در مقابل مال است.

مرحوم جزایری مروج در این باره می‌گوید:

«روشن است که بر عمل حر (مانند خیاطی و نجاری) مال صدق می‌کند؛ چه آنکه مورد معاوضه قرار گرفته باشد و چه نباشد. ملاک و معیار این است که عمل در ذات خود، مورد رغبت نوع انسان باشد. اگر ما عمل حر را مال ندانیم، لازمه‌اش این است که اجاره عمل حر نیز باطل باشد؛ زیرا در باب اجاره نیز مالیت منفعت شرط است؛ در حالی که شکی در صحت اجاره عمل حر نیست. روشن است که اجاره، در مبادله اموال، مانند بیع است. تنها فرقی که وجود دارد، این است که بیع، موجب تملیک اعیان است و اجاره، موجب تملیک منافع» (جزایری مروج، ۱۳۸۳، ج ۱، ص ۶۸).

با این حال، دو اشکال در صدق مال بر عمل حر شده است که پس از نقل آن به

پاسخ این دو اشکال خواهیم پرداخت:

**اشکال اول:** بر فرض، عمل انجام شده حر، مال باشد اما عملی که شخص حر، انجام نداده را نمی‌توان مال دانست؛ زیرا مالیت، صفت وجودی است (هر چند به اعتبار وجود منشأ انتزاعش)؛ در نتیجه، از معدوم، انتزاع نمی‌شود (جزایری مروج، ۱۳۸۳، ج ۱، ص ۸۱ و حسینی روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۲، ص ۱۹).

به این اشکال، دو پاسخ داده شده است:

پاسخ اول: در مالیت مال، «وجود» شرط نیست. به همین جهت، گاهی متصف به وجود می‌شود و گاهی متصف به عدم؛ مثلاً گفته می‌شود: یک من گندم موجود است یا معدوم است؛ در حالی که اگر وجود، شرط در مالیت مال بود، حمل وجود و عدم بر شیء متصف به مالیت (مانند یک من گندم) صحیح نبود. نتیجه می‌گیریم که آنچه در مالیت، شرط است، وجود اعتباری است نه خارجی (حسینی روحانی، ۱۴۱۲ق، ص ۸۱).

پاسخ دوم: مالیت از امور اعتباری است که نیاز به محلی دارد که تقدیراً موجود است

به تبع وجود حر عامل که قادر بر کار است (حسینی روحانی، ۱۴۱۲ق، ص ۱۹).<sup>۱</sup>

علاوه بر این دو پاسخ، باید گفت اشکال یاد شده، در مورد بیع کلی فی‌الذمه و اجاره عمل حرّ نیز جاری است؛ در حالی که تردیدی در صحت آنها نیست. اشکال دوم: لازمه مالیت داشتن عمل حرّ، این است که فرد قادر بر کار و صنعت، اگر طی سفر حج بتواند خرج سفرش را تأمین کند، مستطیع محسوب شود (هر چند، مال دیگری به مقدار استطاعت نداشته باشد)؛ در حالی که چنین کسی، مستطیع نبوده و حج بر او واجب نیست (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸ق، ج ۱، ص. ۵۵). مرحوم امام خمینی، به این اشکال چنین پاسخ می‌دهند:

«صرف شاغل بودن حرّ، موجب استطاعت نمی‌شود؛ زیرا استطاعت عبارت است از دارا بودن بالفعل زاد و توشه و عمل حرّ هر چند شاغل باشد، بتدریج حاصل می‌شود. پس تحصیل زاد و توشه در راه حج، از قبیل به دست آوردن استطاعت است [که واجب نیست] و استطاعت، بالفعل حاصل نیست» (خمینی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص. ۲۰). برخی از فقها، بین عملی که مورد معاوضه قرار گرفته و عملی که مورد معاوضه واقع نشده، تفصیل قائل شده‌اند و اولی را مال دانسته اما دومی را مال نشمرده‌اند (شیخ انصاری در اول بحث بیع کتاب مکاسب، به این تفصیل اشاره دارد) (انصاری، ۱۳۱۴ق، ص. ۷۹).

دلیل این تفصیل را نیز این نکته دانسته‌اند که عمل مورد معاوضه، معاوضه بر آن، واقع شده و مملوک فرد دیگری شده است و مانند عمل عبد، جزء اموال محسوب می‌شود. به نظر ما، این تفصیل، مبنای استواری ندارد؛ زیرا اگر عمل حرّ را ابتداء مال ندانیم، معاوضه بر آن دچار اشکال می‌شود. و اگر عمل حرّ را مال بدانیم و هیچ اشکالی را بر آن وارد نشمریم، عدم معاوضه، آن را از مال بودن خارج نمی‌کند. تجارت و صنعت صانع، اگر مال باشند (که هستند) دیگر تفاوتی نمی‌کند که معاوضه‌ای بر آنها صورت گرفته باشد یا خیر؛ در نتیجه، تفاوتی بین قبل از معاوضه و بعد از آن نیست.

#### ۲-۱. تبیین اضافه مال به مسلم (مال المسلم)

هر چند معنای «مسلم» روشن است و کلمه «مال» را نیز بررسی کردیم اما در اضافه مال به مسلم، نکته ظریفی نهفته است که سبب شده برخی در شمول قاعده بر عمل حرّ، تردید کنند؛ به این بیان که مراد از مال المسلم، اموالی است که فرد مسلمان، به «ملکیت

اعتباری» مالک آنهاست (مانند اشیای منقول و غیرمنقول) اما مالکیت او بر عملش، از نوع «ملکیت ذاتی» است و قاعده، فقط شامل اموالی می‌شود که در ظرف اعتبار، ملک اوست.

پاسخ این اشکال، از توضیح فرمایش مرحوم آقای خویی، به خوبی روشن می‌شود ایشان می‌گویند:

«شکی نیست که اضافه بین مال و مالکش که اضافه مالکیت، نامیده می‌شود بر دو قسم است؛ یعنی در واقع و نفس الامر، یا اضافه ذاتی تکوینی است و یا اضافه عرضی است که با امور خارجی حاصل می‌شود؛ اضافه ذاتی اضافاتی است که بین انسان و نفس، نیروی کار و ذمه او برقرار است؛ یعنی نیروی کار، نفس و ذمه هر کس، ملک ذاتی اوست که این دارایی، در مرتبه‌ای بالاتر از مرتبه دارایی اعتباری است؛ هر چند از مرتبه دارایی حقیقی که مخصوص ذات احدیت است، پایین‌تر می‌باشد... و ملکیت ذاتیه چیزی نیست جز تسلط شخص بر تصرف در نفس و شئون آن؛ زیرا دریافت وجودی، بدهت و سیره عقلانیه، همگی حکم می‌کنند که هر انسانی، بر عمل، نفس و آنچه در ذمه‌اش است، سلطه دارد؛ به این صورت که می‌تواند نفس خود را به شخص دیگری اجاره دهد یا آنچه که در ذمه‌اش است، بفروشد و روشن است که شارع مقدس این سلطه را امضا فرموده و مردم را از تصرفات مربوط به خودشان، منع نکرده است» (خویی، بی‌تا، ج ۲، صص. ۴-۵).

شایان ذکر است که آوردن قید «مسلم» از باب غالب است و گرنه عمل مطلق انسان بماهو انسان حرمت دارد مگر دلیل خاصی موجب شود که برخی از انسان‌ها از این دایره خارج شوند مانند کافر حربی.

### ۳-۱. تبیین دلالت قاعده احترام بر ضمان ناشی از بازداشت

حال، نوبت به تبیین چگونگی استدلال به قاعده احترام بر ضمان و لزوم جبران خسارت ناشی از حبس غیرقانونی می‌رسد. شکی نیست که روایت نبوی (حرمه مال المسلم کحرمه ذمه) دلالت بر محترم بودن مال مسلمان دارد؛ یعنی همان‌گونه که خون مسلمان، احترام دارد مال او نیز از چنین احترامی برخوردار است. قدر مسلم از احترام، این است که نباید به مال او آسیب رسانده یا آن را تلف کرد

اما آیا قاعده، علاوه بر حکم تکلیفی (حرمت) شامل حکم وضعی (ضمان) نیز می‌شود؟ زیرا در اصل اینکه آیا قاعده احترام تنها دلالت بر حکم تکلیفی دارد یا علاوه بر آن دلالت بر حکم وضعی نیز دارد، اختلاف نظر وجود دارد. شیخ انصاری بر این عقیده است که قاعده احترام دلالت بر حکم وضعی نیز دارد (انصاری، ۱۳۶۷، ص. ۱۰۳).

باید گفت: اولاً. به قرینه تنظیر به خون و جان، قاعده، دلالت بر ضمان نیز دارد؛ یعنی همان‌گونه که جان مسلمان، محترم است و نباید آن را تلف کرد یا به آن آسیب رساند و در صورت تلف کردن یا آسیب رساندن، شخص ضامن است، در مال هم، همین حکم جاری است. ثانیاً. سیاق روایت بر حکم وضعی نیز دلالت دارد؛ چرا که عدم حفظ حرمت مال، موجب نقض آن می‌شود؛ یعنی حرمت آن شکسته می‌شود و از آنجا که قاعده، حرمت مال را واجب دانسته است، باید این حرمت، حفظ شود که حفظ حرمت، به جبران نقض است. آیت‌الله مکارم شیرازی در این باره می‌فرماید:

«مقتضای این احترام، این است که اگر کسی بدون اذن و رضایت فرد مسلمانی، مال او را تلف کند، ضامن است» (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ج ۲، ص. ۲۲۷).

در موضوع مورد بحث؛ یعنی مسئله لزوم جبران خسارت ناشی از بازداشت یا حبس غیرقانونی، حبس و بازداشت، موجب می‌شود که فرد شاغل طی مدت حبس به کار خود اشتغال نداشته باشد و از آنجا که گفتیم عمل حرّ مال است، در حقیقت، محبوس از مال خود محروم شده است (زیرا فرض این است که دست‌کم در خصوص افرادی که بالفعل اشتغال دارند، فرد، در صورت عدم حبس، به کسب و کار خود ادامه می‌داد). اینجا حابس، احترام مال را نگاه نداشته و موجب تضییع آن شده است و چون گفتیم که قاعده، دلالت بر ضمانت دارد، حابس ضامن می‌باشد (چگونگی ضابطه تعیین خسارت را در آینده، بررسی می‌کنیم).

نکته پایانی اینکه، از دیدگاه فقهی قدر متیقن آن است که قاعده احترام، ضمانت را در فرد شاغل اثبات می‌کند؛ اما در خصوص افراد غیرشاغل فرض این است که فرد بیکار، دارای عمل و در نتیجه مال نیست تا بگوییم حابس، حرمت آن را نگاه نداشته و ضامن است.

البته شاید بتوان گفت در خصوص کسانی که بالفعل اشتغال به کاری ندارند و به هر دلیلی بیکار هستند، با تعریفی که از عمل حرّ ارائه نموده و عمل حرّ را فی نفسه مال



دانستیم، طبعاً در این فرض می‌توان حبس غیرقانونی انسان بیکار را نیز دست‌کم در مورد آن دسته از بیکارانی که از روی ولگردی بیکار نیستند بلکه دچار نوعی بیکاری ناخواسته هستند موجب ضمان دانست زیرا عرفاً صدق مال بر نیروی کار چنین افرادی بعید نیست. اما این ادعا منوط به اثبات صدق عرفی مال بر نیروی کار چنین افرادی است که در صورت شک، اصل عدم ضمان، حاکم است.

## ۲. قاعده اتلاف

برای تطبیق این قاعده بر موضوع مورد بحث، باید مفهوم تلف و اتلاف را بررسی کنیم: ظاهراً لغویون، در معنای «تلف» و «اتلاف»، اتفاق نظر دارند. جوهری می‌گوید: «التلف: الهلاک و قد تلف الشيء و اتلفه غیره» (جوهری، ۱۳۶۸، ج ۳، ص. ۱۳۳۳). مؤلف المنجد، «تلف» را مترادف «هلک» دانسته و «اتلفه» را به «اهلکه و أفناه» معنا کرده است (لویس معلوف، ۱۳۷۹، ص. ۶۴). در لسان العرب می‌خوانیم: «التلف: الهلاک و العطب فی کل شیء ... و اتلف فلان ماله اتلافا اذا افناه اسرافا» (ابن منظور، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص. ۴۴).

بنابراین، لغت‌شناسان، متعلق اتلاف را شیء یا مال گرفته‌اند که انصراف به موجود دارد. شاید همین نکته موجب شده است که برخی از فقها، اتلاف را فقط نابود کردن و تباه ساختن چیز موجود بدانند؛ نه منع از ایجاد چیزی (موسوی بجنوری، ۱۳۷۱، ج ۴، ص. ۱۸۲).

بنابراین نظر، قاعده اتلاف، مورد بحث را شامل نمی‌شود؛ چرا که در حبس و بازداشت غیرقانونی، منع از ایجاد منفعت شده است؛ نه این که منفعت موجود از بین رفته باشد. اما به نظر می‌رسد اتلاف، حقیقت شرعیه و متشرعه ندارد و برای یافتن مصادیق آن، باید به عرف مراجعه کرد.

مرحوم امام خمینی در این باره می‌فرماید:

«ظاهر این است که قاعده اتلاف، - با توجه به قلمروی فراتر از مفهوم اتلاف - امری عقلایی است» (خمینی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۳۴۱).

بنابراین، به نظر می‌رسد در عرف، اتلاف، منع از ایجاد را هم شامل می‌شود؛ زیرا شخصی که دیگری را حبس کرده و مانع کار کردن او (قدر متیقن در شخص کسوب یا

صانع) شده، منفعت او را تباه و نابود کرده است؛ هر چند کسب و کار او شأنی است؛ یعنی اگر در مدت حبس، محبوس نبود و کار می‌کرد، از صنعت یا کسب خود، منافعی عایدش می‌شد اما فرض این است که شخص دارای شغل بوده و حبس موجب شده است تا به اجبار، نتواند به کسب و کار خود ادامه دهد. در حقیقت، حابس، منفعت او را هلاک و نابود کرده است. در عرف، به چنین کاری، اتلاف می‌گویند؛ یعنی حابس را موجب ضایع و تباه ساختن منفعت و درآمد محبوس می‌دانند.

اظهارات برخی نیز، مؤید این استظهار است:

«اتلافی که موجب ضمان می‌شود، اعم از نابود کردن چیز موجود و منع از به وجود آمدن است» (حسینی روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۹، ص. ۴۱۹).

همچنین محقق طباطبایی، گرفتن «عین» و منع کردن مالک را از انتفاع به آن، عرفاً اتلاف تلقی کرده و آن را مشمول قاعده «اتلاف» می‌داند (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸ق، ص. ۹۶).

این بحث کبروی است و در صورتی مطرح می‌شود که صغرای مسئله، مسلم باشد اما اگر در صغرای مسئله تشکیک کنیم، دیگر نوبت به این بحث نمی‌رسد.

توضیح اینکه مستشکل، عمل حرّ را معدوم شمرده و به همین جهت، آن را مشمول قاعده اتلاف، ندانسته است اما به نظر می‌رسد، عمل حرّ بهره‌ای از وجود دارد. پیشتر گفتیم که به تبع وجود حرّ شاغل به کار، مالیت وجود دارد؛ یعنی در ظرف زمانی خودش، موجود است. حال اگر شخص، قدرت بر کار را به فعلیت رسانده، مشغول کار باشد، اگر مانعی پیش نیاید، کار او تحقق می‌یابد؛ یعنی شأنیست وجود دارد و تقدیراً موجود است؛ چرا که شرایط عمل او از هر نظر مهیاست و فرض این است که مانعی هم نیست. به این اعتبار، می‌توان عمل او را در ظرف زمانی خودش موجود دانست. حال اگر کسی او را حبس کند، این حبس، موجب می‌شود عملی که تقدیراً موجود است، انجام نشود. در حقیقت، حابس عملی را که در ظرف زمانی تحققش موجود است، از بین برده و تلف می‌سازد؛ در نتیجه، حتی اگر اتلاف را به معنای از بین بردن چیز موجود نیز بگیریم، باز هم شامل بحث ما می‌شود.

از مجموع این بحث‌ها به این نتیجه می‌رسیم که بر پایه قاعده اتلاف، در صورت حبس یا بازداشت غیرقانونی شخص کاسب یا صنعتگر، حبس‌کننده ضامن است.

اینکه قید کسوب یا صانع را آوردیم، بدان جهت است که در حرّ غیر کسوب و غیرصانع، چون عمل شأنی موجود نیست، اتلاف صدق نمی‌کند بنابراین مشمول قاعده نخواهد بود.

### ۳. قاعده لاضرر

#### ۳-۱. مدرک قاعده لاضرر

اگرچه عقل در بعضی از موارد به نفی ضرر رساندن به غیرحکم می‌کند و آن را قبیح می‌داند و نیز آیات زیادی داریم که در آنها از اضرار به دیگران نهی شده است مثل آیه «وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْنَّ» (طلاق / آیه ۶) و آیه «لَا تُضَارُّ وَالِدَهُ بَوْلِدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ» (بقره / آیه ۲۳۳) و آیه «وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَارًا لَتَعْتَدُوا» (بقره / آیه ۲۳۰) و آیاتی دیگر از این قبیل، اما عمده دلیل فقها در اثبات این قاعده روایاتی است که هم از طریق عامه وارد شده است و هم از طریق خاصه به طوری که جای شکی برای کسی باقی نمی‌گذارد زیرا از اخبار مستفیض و مشهور بین فریقین است تا آنجا که فخرالمحققین در باب رهن از کتاب ایضاح خود ادعا کرده که این اخبار به حد تواتر می‌باشند و اگر کسی تتبع کند می‌یابد که بعضی از آنها به سند صحیح به دست ما رسیده و انسان اطمینان پیدا می‌کند که از معصوم صادر شده است (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ج ۱-۳، ص. ۴۸ و خویی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۵۱۸).

#### ۳-۲. معنای قاعده لاضرر

در خصوص بحث درباره معنای قاعده باید دو مسئله را مورد بررسی قرار داد:

- کلماتی که در مدرک قاعده آمده است یعنی دو کلمه ضرر و ضرار
- مفاد جمله لا ضرر و لا ضرار

#### ۳-۲-۱. معنای ضرر و ضرار

##### الف. معنای ضرر

در مورد کلمه ضرر معانی مختلفی بیان شده است که به بعضی از آنها اشاره می‌کنیم:

- ۱- در کتاب صحاح اللغه آمده است: ضرر ضد نفع است.
- ۲- ضرر به فتح ضاء مطلق ضرر و زیان است مقابل نفع (قرشی، ۱۳۵۴، ج ۴، ص. ۱۷۷).

۳- ضرر به معنای بد حالی است که در امور معنوی به سبب نداشتن علم و فضل و عفت و در بدن به سبب نداشتن عضوی از اعضاء و در حالت ظاهری به سبب نداشتن مقام و مال ظاهر می‌شود (راغب اصفهانی، ۱۴۰۴ق، ص. ۳۰۲).  
اما نکته مهم این است که اگر کسی به موارد استعمال این لغت رجوع کند یک معنای اجمالی از این کلمه به دست می‌آورد که انسان را از مراجعه به کتب اهل لغت بی‌نیاز می‌کند و در می‌یابد اختلافاتی که در کتب اهل لغت دیده می‌شود نه از این جهت است که در اصل معنای ضرر اختلاف داشته باشند بلکه هر یک از آنها به مورد خاصی از موارد استعمال این کلمه اشاره کرده‌اند و آن معنای اجمالی که انسانی از موارد استعمال این کلمه به دست آورده عبارت است از:  
«داشتن هر آنچه از مواهب زندگی که انسان به سبب آن نفعی می‌برد از قبیل نفس، مال، آبرو و امثال این موارد» (خویی، بی‌تا، ج ۱، ص. ۵۲۳).

#### ب. معنای ضرار

در مورد ضرار نیز معانی مختلفی وجود دارد که از ناحیه لغویین و فقهاء و اصولیین بیان شده است. این معانی عبارتند از:

- ۱- در صورتی که دو نفر هر یک به دیگری ضرر برسانند.
  - ۲- در مقابل ضرر پاسخ ضرری دادن.
  - ۳- ضرر رساندن به غیر اگر نفعی به حال انسان ضرر رسان نداشته باشد.
  - ۴- ضرر و ضرار به یک معنا باشد (ابن اثیر، ۱۳۶۴، صص. ۸۱-۸۲).
  - ۵- ضرار به معنای به ضیق و مشقت انداختن است (قرشی، ۱۳۵۴، ج ۴، ص. ۱۷۷).
  - ۶- ضرر رساندن عمدی در مقابل ضرر که شامل ضرر عمدی و غیرعمدی می‌شود (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ج ۱-۳، ص. ۴۸).
  - ۷- در صدد ضرر رساندن به دیگران (خویی، بی‌تا، ج ۱، ص. ۵۲۳).
- به نظر می‌رسد که در بین این معانی، معنای ششم صحیح‌تر باشد. زیرا معنای اول و دوم بر این مبنا ذکر شده است که ضرار مصدر باب مفاعله است و از خصوصیات باب مفاعله این است که دلالت اشتراک دو شخص در فعل واحد دارند. در حالی که این سخن به طور عمومی صحیح نیست زیرا موارد بسیاری از استعمال این باب وجود دارد

که چنین معنایی را نمی‌رساند خصوصاً از ماده ضرر موارد زیادی وجود دارد که فعل در باب مفاعله به فاعل واحد اسناد داده شده است که به برخی از آنها اشاره خواهیم کرد. و نیز معنای سوم نمی‌تواند قابل قبول باشد؛ زیرا آنچه در معنای ضرار دخالت دارد ضرر رساندن به دیگران است. اما نفع بردن یا نبردن فاعل ضرر از لوازم خارجی محسوب می‌شود که دخالتی در معنا ندارد. چنانکه در مورد ضرر نیز کسی ادعا نکرده است نفع بردن یا نبردن در معنای آن دخالت دارد. و همچنین معنای چهارم صحیح نیست؛ زیرا مبنای این سخن یکی از دو امر زیر است و لکن با توجه به این مبانی چنین نتیجه‌ای به دست نمی‌آید:

۱- ضرار مصدر فعل ثلاثی مجرد باشد یعنی فعل ضَرَّ دو مصدر داشته باشد: یک. ضَرَّ و دو. ضرار. اما این سخن صحیح نیست زیرا در روایات که مدرک اصلی این قاعده می‌باشد قرائنی وجود دارد که دلالت دارند ضرار مصدر باب مفاعله است، مثلاً در یکی از روایات آمده است «انک رجل مضار و لا ضرر و لا ضرار»؛ یعنی صیغه اسم فاعل از باب مفاعله آمده است.

۲- ضرار مصدر باب مفاعله است، اما صیغه ثلاثی مزید می‌تواند به معنای ثلاثی مجرد باشد همان‌طوری که این مطلب در علم صرف به اثبات رسیده است. و لکن این سخن نیز صحیح نیست؛ زیرا اولاً. لازم می‌آید در جمله لا ضرر و لا ضرار، ضرار تأکید برای ضرر باشد بدون اینکه دلیلی داشته باشیم و اینکه گاهی معنای ثلاثی مجرد و مزید یکی می‌شود دلیل برای مطلب فوق نخواهد بود چون با موارد استعمال زیادی سازگار ندارد. و ثانیاً. در خصوص روایات باب نمی‌تواند چنین باشد؛ زیرا ضرر اسم مصدر است در حالی که ضرار مصدر است و مصدر و اسم مصدر نمی‌توانند به یک معنا باشند.

همچنین معنای پنجم قابل قبول نیست زیرا ضیق به معنای به حرج و کلفت انداختن می‌باشد در مقابل ضرر مالی و نفسی، در حالی که این معنا با موارد استعمال کلمه ضرار سازگاری ندارد مثلاً آیه: «مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ» (نساء / آیه ۱۲) یعنی اقرار نکنیم به دینی که سبب ضایع شدن حق ورثه باشد. یعنی اشاره به ضرر مالی دارد. علاوه بر آن در آیه‌ای به حرج انداختن، غایت برای ضرار بیان شده

است و اگر ضرار به معنا ضیق و به حرج انداختن باشد پس باید فعلی غایت خود قرار گیرد مثل این آیه شریفه: «وَلَا تَضَارُّوهُنَّ لِتَضَيَّقُوا عَلَيْنَّ» (طلاق / آیه ۶).

اما معنای پنجم نیز صحیح نیست، زیرا این معنا یکی از خصوصیات باب مفاعله است و دلالت ندارد بر ماده‌ای که به صورت باب مفاعله درآمده باشد چنین معنایی پدید می‌آید بلکه بعضی از مواد در این باب چنین معنایی را می‌رسانند. اما وقتی ما به موارد استعمال ماده ضرار رجوع می‌کنیم در می‌یابیم که دلالت بر چنین معنایی ندارد. نتیجه آنکه معنایی که قابل قبول است معنای ششم است یعنی ضرار به معنای ضرر رساندن عمدی است. اما شواهدی که این معنا را تأیید می‌کنند عبارتند از:

۱- آیه شریفه: «لَا تَضَارَّ وَالِدَةٌ بَوْلِدَهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بَوْلِدِهِ» (بقره / آیه ۲۳۳): تفسیر معروفی که از این آیه وجود دارد این است: مادر نباید به خاطر مقابله با پدر و غیظ بر او، فرزند را از شیر خوردن منع کند که این ضرر به اوست و نیز پدر نباید برای مقابله با مادر فرزند را از او بگیرد که باعث نخوردن شیر شود که این ضرر به فرزند است. پس این آیه به وضوح دلالت دارد که مادر و پدر در مقام ضرر رساندن عمدی به فرزند خود هستند.

۲- آیه شریفه: «وَمَا هُمْ بِضَارِّينَ بِهِ مِنْ أَحَدٍ إِلَّا بِإِذْنِ اللَّهِ» (بقره / آیه ۱۰۲) که دلالت این آیه بر ضرر رساندن عمدی از راه سحر واضح است و آیاتی از این قبیل که با دقت در معنای آنها به این نکته پی می‌بریم که ضرار به معنای اضرار عمدی به غیر است. در روایات نیز ضرار به همین معنا آمده است مانند این روایت: «لا ینغی للرجل ان یطلق امراته ثم یراجعها و لیس به فیها حاحه ثم یطلقها. فهذا الضرار الذی نهی الله عزوجل عنه - الا ان یطلق ثم یراجع و هو ینوی الامساک»؛ سزاوار نیست که مردی زن خود را طلاق دهد سپس رجوع کند بدون اینکه احتیاجی به این رجوع داشته باشد زیرا این همان ضراری است که خداوند از آن نهی کرده است مگر اینکه مرد زن خود را طلاق دهد سپس رجوع کند به این نیت که آن زن را به همسری نگه داشته باشد (ابن بابویه، ۱۴۰۴ق، ج ۳، ص. ۵۰۲). این روایت به وضوح دلالت دارد بر اینکه ضرار در صورتی رخ می‌دهد که مرد هیچ غرضی برای رجوع به زن ندارد جز به قصد آزار و اذیب کردن زن. یعنی دلالت روایت بر اضرار عمدی واضح است.

### ۳-۲-۲. مفاد جمله لا ضرر و لا ضرار

درباره معنای جمله لا ضرر و لا ضرار نظریات مختلفی ذکر شده است که به طور خلاصه به آنها اشاره می‌کنیم:

۱- مراد از نفی ضرر، نفی احکام ضرری است اعم از اینکه حکم وضعی باشد یا تکلیفی. یعنی هیچ حکم ضرری از سوی شارع مقدس جعل نشده است.

۲- نظر دوم که در نتیجه با نظر اول یکی است، می‌گوید مراد نفی کلیه احکام ضرری است. اما به این صورت که خود حکم مستقیماً نفی شود بلکه نفی حکم از طریق نفی موضوع صورت گرفته است. مثل لاربا بین الولد و الوالد. که در واقع می‌گوید ربا گرفتن فرزند از پدر حرام نیست اما با این بیان که اصل ربا بین فرزند و پدر به وجود نمی‌آید.

۳- نظریه سوم این است که مراد از نفی ضرر نهی از ضرر است یعنی کسی حق ضرر رساندن به غیر را ندارد. به این بیان که مراد از لا نفی، لا نهی می‌باشد، مانند تعبیر «لا رفث و لا فسوق و لا جدال فی الحج» که دلالت بر حرمت این امور در حج دارد (این ۴ نظریه در کتاب‌های مختلف ارائه شده است از جمله: خویی، بی‌تا، ج ۲، صص. ۵۲۶-۵۳۰ و مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ج ۱-۳، صص. ۵۲-۵۳).

۴- نظریه چهارم این است که مراد از نفی ضرر، نفی ضرر و ضرار بین انسان‌ها است. در توضیح این نظر آمده است:

یک. کلمه لا در دلیل لا ضرر به معنای نفی است نه نهی.

دو. فاعل ضرر در ترکیب لا ضرر و لا ضرار انسان‌ها هستند نه شارع مقدس.

سه. آنچه در این ترکیب نفی شده است خود ضرر و ضرار است نه احکامی که از آنها ضرر ناشی می‌شود.

با توجه به این مقدمات می‌توان گفت که ظاهر لا ضرر و لا ضرار نفی وجود ضرر و ضرار بین مکلفین است. اما از آنجا که ضرر و ضرار در خارج بین مکلفین وجود دارد، این خود شاهد بر این است که تعبیر نفی وجود ضرر و ضرار بین مردم کنایه از این است که چنین عملی در شریعت مقدس امضا نشده است یعنی نه حکم تکلیفی داریم که دلالت بر جواز ضرر رساندن به غیر باشد و نه حکم وضعی داریم

که با توجه به آن، ضرر از ناحیه کسی متوجه دیگری شود و وقتی چنین احکامی از ناحیه شارع امضا نشده باشد، پس اثری از ضرر در شریعت اسلام وجود ندارد (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ج ۱-۳، صص. ۶۱-۶۲).

۵- نظریه پنجم در مقام جمع بین همه اقوال این است که جمله لا ضرر و لا ضرار هم دلالت دارد بر اینکه هیچ حکم ضرری از ناحیه شارع مقدس جعل نشده است و هم دلالت دارد بر اینکه هیچ انسانی حق ندارد به دیگری ضرر برساند. در توضیح این نظریه آمده است از آنجا که ضرر اسم مصدر است و دلالت بر نتیجه فعل و عمل دارد و در آن انتساب به فاعل وجود ندارد، بنابراین، نمی‌شود از آن استفاده کرد که اضرار و ضرر رساندن به غیر جایز نیست، پس نفی ضرر دلالت دارد بر عدم وجود احکام ضرری در اسلام مثل وضوی ضرری، روزه ضرری و امثال اینها و چون ضرار مصدر است و در معنای مصدر انتساب به فاعل وجود دارد پس لا ضرار دلالت دارد بر اینکه کسی حق ضرر رساندن به غیر را ندارد و در صورت ضرر رساندن باید خسارت آن را جبران کند.

هدف از ذکر این مبانی توجه دادن به یک نکته مهم و ضروری است که اگر ما در این مسئله قول اول یا دوم را بپذیریم لازمه‌اش این است که قاعده لا ضرر حاکم بر احکامی است که در جمیع ابواب فقهی وجود دارد به این معنا که هرگاه احکام موجود در فقه اسلامی هر کدام مستلزم ضرری شوند به حکم لا ضرر در زمان ضرر برداشته خواهد شد و ربطی به ضرر رساندن شخصی به شخص دیگر و جبران خسارت ندارد. در این مسئله باید به قواعد دیگر فقهی و اصولی رجوع کنیم. اما اگر هر یک از اقوال چهارگانه اخیر را قبول کنیم می‌توانیم از آن در مسئله ضرر به غیر از ناحیه غیر و جبران خسارت استناد نمود. و اما دیگر از این قاعده نمی‌توان در نفی احکام ضرری استفاده کرد یعنی اگر در زمانی مثلاً روزه گرفتن یا وضو گرفتن برای کسی ضرر داشت نمی‌توان از قاعده لا ضرر برای نفی آنها استفاده کرد.

با توجه به این نکته برای استدلال به قاعده لا ضرر برای مسئله ضمان ناشی از حبس یا بازداشت غیرقانونی، باید این مبانی تبیین گردد؛ زیرا تا روشن نشود کدامیک از مبانی صحیح است نمی‌توان به این قاعده تمسک کرد.

قول پنجم از جهت اینکه متضمن این نکته است که مدلول لا ضرر و لا ضرار



دلالت بر نفی اضرار بین مکلفین دارد صحیح است اما از این جهت که منحصر به همین معنا می‌باشد صحیح نیست؛ زیرا در مقدمات این قول آمده است که فاعل در لا ضرر و لا اضرار مکلفین هستند نه شارع مقدس و این در صورتی صحیح هست که در کلماتی که در دلیل قاعده آمده است انتساب به فاعل معنا داشته باشد. در حالی که کلمه ضرر اسم مصدر است و دلالت بر فاعل ندارد اما کلمه ضرار مصدر است و دلالت بر فاعل دارد پس قول پنجم نسبت به مفاد لا ضرار صحیح است اما نسبت به مفاد لا ضرر صحیح نیست لذا با توجه به ضعف سایر اقوال، در این مسئله ناچاریم قول آخر را قبول کنیم که مفادش این بود: دلیل لا ضرر و لا اضرار هم دلالت دارد بر نفی احکام ضرری و هم دلالت بر اینکه کسی حق ندارد به کسی ضرری برساند با توجه به مطالب گفته شده می‌توان چنین نتیجه گرفت که اگر ضرری از ناحیه کسی متوجه دیگری شد به حکم دلیل لا ضرر باید ضرر را تدارک کند و خسارت به وجود آمده را جبران نماید. زیرا ضرار به جهت وجود انتساب به فاعل در معنایش، دلالت بر اضرار به غیر دارد که انسان برای ارضای انگیزه‌های شهوانی دست به چنین عملی می‌زند لذا اگر در جایی نهی به آن تعلق بگیرد ظهور در تحریم دارد تا اینکه انسان‌ها را از عمل به آن باز دارد مثل: «لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بَوْلِدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بَوْلِدِهِ» (بقره / آیه ۲۳۳). اما اگر نفی به آن تعلق گیرد مثل دلیل لا ضرر و لا اضرار، دلالت بر جعل سببیت دارد یعنی سبب می‌شود تا این عمل (اضرار به غیر) تحقق پیدا نکند و برای اینکه چنین سببیتی به وجود آید باید سه امر اتفاق بیاید:

اول. جعل حکم تکلیفی که انسان‌ها را از اضرار به غیر بر حذر بدارد یعنی اضرار حرام باشد که بر چنین حکمی سه امر مترتب می‌شود:

یک. عذاب اخروی در جهان آخرت

دو. عقوبت دنیوی از راه تعزیر و مانند آن به حسب آنچه که ولی امر تجویز بکند.

سه. در صورتی که مالی تلف شد، شخص تالف ضامن باشد.

دوم. راه‌هایی را تجویز کند که به وسیله آن از تحقق اضرار به غیر در خارج جلوگیری شود مانند تشریح سوزاندن مسجد ضرار و یا حکم به کندن درخت خرما یا سمره که باعث تحقق اضرار در خارج شده بود.

سوم. تشریح احکامی که موضوع اضرار را از بین ببرد مثل جعل حق شفعه برای از بین بردن شرکت که موضوع اضرار شریک می‌باشد.

حال با توجه به مطالب ذکر شده اگر کسی انسانی را بدون مجوز شرعی و قانونی حبس کند به گونه‌ای که منافع او از بین برود آیا ضامن است و باید خسارت به وجود آمده را جبران بکند یا نه؟ در پاسخ باید گفت، حبس انسان حرّ سبب از بین رفتن منافع او می‌شود که عقلاً چنین منافعی را برای انسان حرّ در نظر می‌گیرند، در نتیجه شخص حبس‌کننده باید ضامن باشد و خسارت را بپردازد مانند زمانی که یک انسان عبد یا وسیله نقلیه کسی را در جایی حبس کنیم که همه فقها قائل به ضمان هستند. انسان حرّ با عبد یا وسیله نقلیه تفاوتی ندارد زیرا همه آنها دارای منافع هستند که مال بر آنها اطلاق می‌شود. البته باید گفت این حکم از صدر دلیل یعنی «لا ضرر» استفاده نمی‌شود؛ زیرا این فقره از دلیل دلالت دارد بر اینکه خداوند تبارک و تعالی احکام ضرری جعل نکرده است و هیچ دلالتی بر مسئله ضمان ندارد بلکه حکم به ضمان از ذیل دلیل یعنی «لا ضرر» استفاده می‌شود که گفته شد از نفی اضرار به غیر استفاده می‌شود که خداوند تبارک و تعالی احکامی را تشریح کرده است که مانع تحقق اضرار به غیر می‌شود و از واضح‌ترین اسباب مانعیت اضرار، حکم به ضمان شخص حبس‌کننده است که به این وسیله دیگری را متضرر ساخته است.

### ۳-۳. رابطه قاعده لا ضرر با احکام عدمی

اگر در خصوص معنای جمله لا ضرر و لا اضرار قائل شدیم که این جمله مجموعاً دلالت دارد بر نفی اضرار کسی نسبت به دیگری یا فقره لا اضرار دلالت بر چنین معنایی دارد، می‌توانیم طبق این قاعده حکم کنیم اگر کسی به شخصی ضرر رساند ضامن است و باید خسارت را جبران بکند. همان‌طوری که ما در مسئله حبس انسان حرّ گفتیم که این عمل باعث اضرار است و منافع شخص را از بین می‌برد و به حکم قاعده لا ضرر و لا اضرار حبس‌کننده ضامن است.

اما اگر بر این عقیده باشیم که مفاد دلیل لا ضرر و لا اضرار این است که خداوند تبارک و تعالی احکام ضرری جعل نکرده است دیگر نمی‌توان به این قاعده در مسئله جبران خسارت شخص حری که به طور غیرقانونی و غیرشرعی حبس شده است

استناد کرد زیرا طبق این معنا دلیل لا ضرر ناظر به احکام شرعیه است. یعنی اگر وضو ضرری شد وجوبش به دلیل لا ضرر برداشته می‌شود و به تعبیر دیگر هر زمانی که ضرر از ناحیه شارع در عالم تشریح نشأت بگیرد با دلیل لا ضرر قابل نفی است و هر جا چنین نباشد قابل نفی نیست، مثلاً اگر کسی به شخصی ضرر رساند نمی‌توان به این دلیل تمسک کرد؛ زیرا ضرر از ناحیه شارع نبوده است بلکه از ناحیه مکلف بوده است اما بعضی بر این عقیده‌اند که حتی طبق این مسلک می‌توان به قاعده نفی ضرر تمسک کرد و گفت اگر کسی به شخصی ضرر رساند ضامن است به این بیان که همان‌طوری که دلیل لا ضرر، احکام وجودی را شامل می‌شود، شامل احکام عدمی هم می‌شود یعنی احکامی که اگر نباشد از عدم آن ضرر لازم می‌آید و به تعبیر دیگر می‌توان از دلیل لا ضرر استفاده کرد احکامی که از نبود آنها ضرر لازم می‌آید از ناحیه شارع جعل شده‌اند همان‌طوری که از این دلیل استفاده می‌شود احکامی که از وجود آنها ضرر لازم می‌آید نفی شده‌اند و در طرح این مسئله چنین مثال زده‌اند اگر شخصی انسانی را به صورت غیرقانونی حبس کند اگر شارع حکم ضمان را جعل نکند لازمه‌اش این است که انسان حبس شده ضرر ببیند اما دلیل لا ضرر می‌گوید احکامی که از نبود آنها ضرر لازم می‌آید جعل شده است، پس طبق این قاعده می‌توان حکم به ضمان کرد (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ج ۱، صص. ۷۶-۷۷).

اما تمام کلام در این است که آیا می‌شود از دلیل لا ضرر چنین استفاده‌ای کرد یا نه؟ در جواب باید گفت که دلیل لا ضرر هم شامل احکام وجودی می‌شود هم شامل احکام عدمی زیرا:

اولاً. آنچه در مشابه مسئله ما حکم عدمی بر آن اطلاق می‌شود در واقع حکم وجودی است زیرا عدم ضمان در مسئله حبس انسان حرّ تعبیر دیگری از حکم به براءت ذمه شخص زندانی‌کننده است. و ما می‌دانیم که براءت یک حکم شرعی است که نیازمند جعل شارع است همان‌طوری که حکم به ضمان شخص نیازمند به جعل شارع است. به تعبیر دیگر براءت ذمه در باب احکام وضعیه نظیر اباحه در باب احکام تکلیفیه است یعنی همان‌طوری که اباحه از امور وجودی است حکم به براءت ذمه حابس از احکام وجودیه به شمار می‌آید.

ثانیاً: آنچه که از ظاهر دلیل لا ضرر و لا ضرار به دست می‌آید این است که هیچ‌گاه از ناحیه شارع ضرری بر احدی وارد نمی‌شود، پس اگر از عدم جعل حکم شارع لازم بیاید که ضرری متوجه شخصی شده و این ضرر مستند به شارع هست باید طبق دلیل لا ضرر نفی گردد مثلاً در مسئله حبس انسان حر چنین امری رخ خواهد داد نه اینکه آنچه از ظاهر دلیل لا ضرر به دست می‌آید حکم ضرری باشد تا این بحث مطرح شود که آیا شامل حکم عدمی هم می‌شود یا نه؟ بلکه معیار این است که آیا در صورت عدم جعل، استناد ضرر به شارع، صادق است یا نه؟ و فرض این است که چنین امری صادق است. و این مسئله مانند آن است که شارع بگوید منافع شخص حرّ ضامن بردار نیستند لذا تدارک ضرر و جبران آن لازم نیست یعنی آنچه شخص حرّ را در این خسارت عظیم قرار داده است حکم شارع است و ضرر، مستند به اوست و همچنین اگر از عدم حکم او ضرر لازم آید، ضرر مستند به اوست و با این دلیل هر دو نفی می‌گردد.

اگر بپذیریم که دلیل لا ضرر به دلالت مطابقی شامل احکام عدمی نمی‌شود، از طریق تنقیح مناط و الغای خصوصیت شامل احکام عدمی می‌شود، زیرا مصالح و ملاکاتی که شارع مقدس طبق آنها احکام را جعل یا نفی می‌کند هم در طرف وجود قابل فرض است و هم در ناحیه عدم. و وقتی ملاک در ناحیه عدم وجود دارد چنانچه فرض هم همین است، پس جعل و نفی حکم هم باید باشد. و فرقی از این جهت بین وجود و عدم نخواهد بود (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ج ۱، صص. ۷۷-۷۸)

خلاصه اینکه با توجه به تبیین مبانی یاد شده در باب دلیل لا ضرر، می‌توان اثبات نمود اگر شخصی انسانی را به صورت غیرمجاز، حبس یا بازداشت کرد به گونه‌ای که باعث از بین رفتن منافع او شود ضامن است و باید خسارت وارده را جبران نماید.

### نتیجه‌گیری

با توجه به مباحث مطرح شده در این تحقیق، می‌توان چنین نتیجه‌گیری نمود که:

- ۱- عمل و نیروی کار انسان حرّ، «عین» نیست بلکه «منفعت» شمرده می‌شود. بر همین اساس، با توجه به ریشه لغوی «مال»، منفعت را نیز می‌توان مال دانست؛ چرا که مانند «پول» و «کالا» مطلوب و مرغوب مردم است؛ به علاوه، در معنای مال، پول یا کالا أخذ نشده است و هر چه را که بهره مادی و دنیوی دارد، شامل می‌شود. عرفاً نیز بر منفعت،

مال اطلاق می‌شود.

از این رو، مالیت از مقولات عینی و خارجی نیست بلکه ملاک آن رغبت عاقلانه و منطقی مردم است. به همین جهت کلی در ذمه و نیروی کار عبد، مال به شمار می‌رود و همین ضابطه در مورد نیروی کار انسان حر نیز صادق است. اگر عمل حرّ را مال ندانیم، اجاره عمل حرّ نیز باطل است؛ زیرا اجاره نیز، تملیک منفعت در مقابل مال است.

۲- بر اساس قاعده احترام مال مسلم، (و البته با لغو خصوصیت، مال انسان محترم) همان‌گونه که جان انسان، محترم است و نباید به آن آسیب رساند و در صورت تلف کردن یا آسیب رساندن، شخص ضامن است، در مال هم، همین حکم جاری است. در نتیجه اگر شخصی، صنعتگری را حبس کند منافع کارهایی را که در صورت آزادی انجام می‌داده از بین برده است و شکی نیست که آن منافع، مال بوده و مال وی، محترم است.

البته از دیدگاه فقهی قدر متیقن آن است که قاعده احترام، ضمانت را در فرد شاغل (کسوب) اثبات می‌کند؛ اما از آنجا که ملاک شایسته است و نه فعلیت (کسوب بودن) لذا حتی در خصوص افراد غیرشاغل نیز می‌توان قایل به ضمان شد.

۳- لغت‌شناسان، متعلق اتلاف را شیء یا مال گرفته‌اند که انصراف به موجود دارد. شاید همین نکته موجب شده است که برخی از فقها، اتلاف را فقط تباه ساختن چیز موجود بدانند؛ نه منع از ایجاد چیزی. بنابراین نظر، قاعده اتلاف، مورد بحث را شامل نمی‌شود؛ چرا که در حبس و بازداشت غیرقانونی، منع از ایجاد منفعت شده است؛ نه اینکه منفعت موجود از بین رفته باشد. اما به نظر می‌رسد برای یافتن مصادیق اتلاف، باید به عرف مراجعه کرد. بنابراین، به نظر می‌رسد در عرف، اتلاف، منع از ایجاد را هم شامل می‌شود؛ زیرا شخصی که دیگری را حبس کرده و مانع کار کردن او (قدر متیقن در شخص کسوب یا صانع) شده، منفعت او را تباه و نابود کرده است؛ هر چند کسب و کار او شأنی است.

۴- در باره معنای قاعده لاضرر در مقام جمع بین همه اقوال چنین آمده است که جمله لاضرر و لا ضرار، هم، دلالت دارد بر اینکه هیچ حکم ضرری از ناحیه شارع مقدس جعل نشده است و هم دلالت دارد بر اینکه هیچ انسانی حق ندارد به دیگری ضرر برساند. در توضیح این نظریه آمده است از آنجا که ضرر اسم مصدر است و دلالت بر

نتیجه فعل و عمل دارد و در آن انتساب به فاعل وجود ندارد. پس لا ضرار دلالت دارد بر اینکه کسی حق ضرر رساندن به غیر را ندارد و در صورت ضرر رساندن باید خسارت آن را جبران کند.

در صورت پذیرش این قول از میان اقوال متعددی که در این زمینه مطرح شده است، برای استدلال به قاعده لا ضرر برای مسئله ضمان ناشی از حبس یا بازداشت غیرقانونی، می‌توان چنین نتیجه گرفت که اگر ضرری از ناحیه کسی متوجه دیگری شد به حکم دلیل لا ضرر باید ضرر را تدارک کند و خسارت به وجود آمده را جبران نماید. زیرا ضرر به جهت وجود انتساب به فاعل در معنایش، دلالت بر اضرار به غیر دارد که انسان برای ارضای انگیزه‌های شهوانی دست به چنین عملی می‌زند بنا بر این، اگر در جایی نهی به آن تعلق بگیرد ظهور در تحریم دارد تا اینکه انسان‌ها را از عمل به آن باز دارد. اما اگر نهی به آن تعلق گیرد مثل دلیل لا ضرر و لا اضرار، دلالت بر جعل سببیت دارد یعنی سبب می‌شود تا این عمل (اضرار به غیر) تحقق پیدا نکند.

حال با توجه به مطالب ذکر شده اگر کسی انسانی را بدون مجوز شرعی و قانونی حبس کند به گونه‌ای که منافع او از بین برود باید خسارت به وجود آمده را جبران کند، زیرا حبس انسان حرّ سبب از بین رفتن منافع او می‌شود که عقلاً چنین منافعی را برای انسان حر در نظر می‌گیرند، در نتیجه شخص حبس‌کننده ضامن است مانند زمانی که یک انسان عبد یا وسیله نقلیه کسی را در جایی حبس کنیم که همه فقها قائل به ضمان هستند. انسان حرّ با عبد یا وسیله نقلیه تفاوتی ندارد زیرا همه آنها دارای منافع هستند که مال بر آنها اطلاق می‌شود.

## یادداشت‌ها

۱. «... بان المالیه من الامور الاعتباریه و هی تقوم بمحلّ یكون موجودا تقدیرا بتبع وجود الحر العامل القادر علیه».

## کتابنامه

۱. قرآن کریم.
۲. آخوند خراسانی، سیدمحمدکاظم (۱۴۰۶ق). حاشیه المکاسب. تهران: وزارت ارشاد اسلامی.
۳. ابن ابی جمهور، محمد بن زین الدین (۱۴۰۳ق). عوالی اللئالی. قم: مطبعه سیدالشهداء (علیه السلام).
۴. ابن اثیر، مجدالدین (۱۳۶۴). النهایه فی غریب الحدیث و الاثر. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۵. ابن بابویه، محمد بن علی (۱۴۰۴ق). من لایحضره الفقیه. قم: انتشارات جامعه مدرسین.
۶. ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۰۸ق). لسان العرب. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۷. انصاری، مرتضی (۱۳۶۷). کتاب المکاسب. قم: علامه.
۸. انصاری، مرتضی (بی تا). کتاب الطهاره. قم: مؤسسه آل البیت.
۹. انصاری، مرتضی (۱۳۱۴ق). کتاب المکاسب. تبریز: بی نا.
۱۰. جزایری مروج، سیدمحمدجعفر (۱۳۸۳). هدی الطالب الی اسرار المکاسب. قم: دارالمجتبی.
۱۱. جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۳۶۸). الصحاح. تهران: انتشارات امیری.
۱۲. حسینی روحانی، سیدمحمدصادق (۱۴۱۲ق). فقه الصادق. قم: دارالکتاب.
۱۳. خمینی، سیدروح الله (۱۴۱۰ق). کتاب البیع. قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
۱۴. خوبی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۷ق). مصباح الاصول (مقرر: سیدمحمد سرور واعظ). قم: مکتبه الداوری.
۱۵. خوبی، سیدابوالقاسم (بی تا). مصباح الفقاهه (مقرر: محمدعلی توحیدی). قم: مکتبه الداوری.
۱۶. راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۰۴ق). المفردات فی غریب القرآن. تهران: دفتر نشر کتاب.
۱۷. سیوطی، جلال الدین (۱۴۰۱ق). الجامع الصغیر. بیروت: دار الفکر.

۱۸. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۳۷۸ق). حاشیه‌المکاسب. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۱۹. قرشی، سیدعلی‌اکبر (۱۳۵۴). قاموس القرآن. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۲۰. محقق کرکی، علی بن حسین (۱۴۰۸ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث.
۲۱. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۱ق). القواعد الفقهیه. قم: مدرسه امیرالمؤمنین (علیه‌السلام).
۲۲. موسوی بجنوردی، سیدحسن (۱۴۱۹ق). القواعد الفقهیه. قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.