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

**جلسه256 – 23/ 09/ 1398 حدیث قسمت نخل مشترکه /نقل های قاعده /قاعده لا ضرر**

**خلاصه مباحث گذشته و جلسه امروز:**

بحث در حدیث قسمت نخل مشترکه از نقل های قاعده لا ضرر و تشبیه آن به صحیحه غنوی بود. در این جلسه، محتملات در معنای صحیحه غنوی و نحو ارتباط آن با حدیث لا ضرر بحث شده و نتیجه گیری خواهد شد که این صحیحه ارتباطی به قاعده لا ضرر ندارد.

## صحیحه غنوی

آقای سیستانی ذیل حدیث قسمت نخل مشترکه از نقل های قاعده لا ضرر، صحیحه هارون بن حمزه غنوی را مطرح فرمودند:

مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ يَزِيدَ بْنِ إِسْحَاقَ شَعِرٍ عَنْ هَارُونَ بْنِ حَمْزَةَ الْغَنَوِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي رَجُلٍ شَهِدَ بَعِيراً مَرِيضاً وَ هُوَ يُبَاعُ فَاشْتَرَاهُ رَجُلٌ بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ فَجَاءَ وَ أَشْرَكَ فِيهِ رَجُلًا بِدِرْهَمَيْنِ بِالرَّأْسِ وَ الْجِلْدِ فَقُضِيَ أَنَّ الْبَعِيرَ بَرَأَ فَبَلَغَ ثَمَنُهُ دَنَانِيرَ قَالَ فَقَالَ لِصَاحِبِ الدِّرْهَمَيْنِ خُذْ خُمُسَ مَا بَلَغَ فَأَبَى قَالَ أُرِيدُ الرَّأْسَ وَ الْجِلْدَ فَقَالَ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ هَذَا الضِّرَارُ وَ قَدْ أُعْطِيَ حَقَّهُ إِذَا أُعْطِيَ الْخُمُسَ.[[1]](#footnote-1)

### مفاد روایت

آقای سیستانی روایت را این گونه معنا کردند: شریک شدن شخص با دو درهم به رأس و جلد، بازگشت به دو قرارداد است. قرارداد مطلق و اصلی این است که به نسبت یک پنجم شریک باشد. شرطی در ضمن بیان شده که در صورت ادامه پیدا کردن بیماری و ضرورت نحر شتر، سر و پوست شتر پس از نحر، به شریک برسد. این شرط در صورت ادامه پیدا کردن بیماری بوده و با فرض منتفی شدن موضوع شرط، شریک تنها به میزان یک پنجم شریک است. پس این حکم مطابق قاعده است.[[2]](#footnote-2)

### کیفیت ارتباط مفاد روایت با ضرار

این سوال مطرح است که این تفسیر چه ارتباطی به لا ضرر و لا ضرار دارد؟ در حالی که شرط آن است که در صورت ادامه پیدا کردن بیماری و ضرورت نحر، سر و پوست شتر به صاحب دو درهم برسد. همانگونه که روشن است، مطابق این تفسیر در صورت ادامه پیدا نکردن بیماری، ملزمی برای نحر وجود نداشته و «هذا الضرار» قابل تطبیق با آن نیست.

به نظر می رسد، روایت را می توان به دو نحو معنا کرد که هر دو معنا موجب تغییر مسیر بحث است.

#### بیان اول: وجود قرارداد مطلق و شرط ضمنی

اولین احتمال، همان احتمالی است که آقای سیستانی بیان کرده البته با این توضیح که: این دو نفر به احتمال ضعیف، خوب شدن شتر را محتمل را می دانستند اما تنها ناظر به صورت متعارف شرطی را بیان کرده و نسبت به صورت خوب شدن، تکلیف خاصی را بیان نکرده و همان تکلیف عام، وجود دارد. پس اصل قرارداد شراکت و ملکیت یک پنجم برای یک شریک و چهار پنجم برای شریک دیگر، وجود داشته و تنها ناظر به صورت متعارف، شرطی برای افراز سهم شراکت بیان شده است.

مطابق این معنا، «هذا الضرار» می تواند اشاره به این باشد که شرط اعطای سر و پوست در ظرفی است که نحر البعیر ضرار نباشد. بدین صورت که قصد دو شریک از شراکت، برد – برد بوده و می خواهند ضرری در این شراکت متوجه هیچ یک از دو شریک نشود. حال در صورت خوب شدن شتر، نحر موجب ضرر بوده و شرط ناظر به آن نخواهد بود. مطابق این معنا، «هذا الضرار» ارتباطی به قاعده لا ضرر نداشته و تنها به نحو ارتکازی، حقیقت شرط و قصد دو شریک از شرط را به آنها گوشزد می کند. بدین صورت که هر چند شما در قالب الفاظ، افراز به سر و پوست را به صورت ادامه بیماری اختصاص نداده اید، اما غرض شما از شرط، جلوگیری از ضرر بوده و مطابق این غرض، شرط افراز شراکت به سر و پوست، مختص به صورت ادامه بیماری و نحر خواهد بود. بنابراین، شرط در فرض عدم استلزام نحر للضرار بوده و در صورت استلزام نحر للضرار، شرطی وجود نداشته و باید طبق قرارداد اولیه شراکت، عمل شود. همانگونه که بیان شد، این معنا ارتباطی به لا ضرر ندارد.

#### بیان دوم: عدم نظارت به صورت خوب شدن

دومین احتمال این است که دو شریک، احتمال خوب شدن شتر را نمی داده و مفروغ عنه بوده که شتر خوب نمی شود. به همین دلیل تنها در فرض ادامه بیماری، قرارداد را منعقد کرده و افراز سهم را به سر و پوست قرار داده اند. در بسیاری از موارد، به هنگام قرارداد تمام صورت مورد لحاظ نبوده و برخی از فرض ها به ذهن دو طرف، خطور نکرده و به تعبیر حاج آقای والد، اهمال ثبوتی وجود داشته و در مقام ثبوت نسبت به این فرض، تعیین تکلیف نشده است. در موارد اهمال ثبوتی، شارع باید تکلیف را تعیین کند. در روایت مورد بحث، ملزم کردن صاحب شتر به نحر در صورت خوب شدن، موجب ضرار بوده و شارع برای جلوگیری از ضرار، حکم به لزوم نحر نکرده است.

مطابق این معنا، هر چند احتمال دارد روایت از مصادیق قاعده لا ضرر باشد اما به نظر می رسد لا ضرر در مواردی صادق است که یا حکم اثباتی وجود داشته و به علت ضرر، تضییقی در حکم ثابت شده، ایجاد شود یا اقتضای حکم وجود داشته و لا ضرر این اقتضا را بر می دارد. ولی در مورد بحث، نه از نظر عقلایی و نه از نظر شرعی، نه تنها حکمی وجود ندارد بلکه اقتضایی برای حکم به لزوم نحر در صورت خوب شدن، وجود نداشته و نمی توان گفت: اصل اولیه این است که در صورت برء نیز مطابق صورت بیماری، حکم به نحر شود.

به عبارتی دیگر، دو طرف تنها نسبت به صورت ادامه بیماری تعیین تکلیف کرده و تکلیف صورت خوب شدن در اختیار شارع است. با توجه به این که در صورت خوب شدن قاعده اولیه وجود ندارد، نمی توان مورد بحث را از مصادیق قاعده لا ضرر دانست.

در توضیح باید گفت: لا ضرر همیشه تضییق حکم مجعول نبوده و می تواند اقتضای ثبوتی حکمی به علت ضرر، برداشته شده باشد. به همین دلیل، لا ضرر معنایی عام داشته و حکمی که دلیل از نظر اثباتی آن را ثابت کرده یا اقتضای ثبوتی را دارد، به واسطه لا ضرر مرتفع می شود. اما با این حال، در مورد بحث نه تنها حکم مجعولی وجود ندارد بلکه اقتضای ثبوتی حکم نیز موجود نیست تا لا ضرر حکم مجعول را تضییق کرده یا اقتضای ثبوتی را رفع کند. زیرا در مورد بحث، احتمال دارد شارع به صورت های مختلفی حکم کند. مثل وجوب نحر بعیر و تحویل سر و پوست. مثل پرداخت دو درهم به شریک با حکم به بطلان شراکت. مثل شریک شدن به نسبت ثمن پرداختی. از بین این سه احتمال، احتمال دوم عقلایی نیست اما بین دو احتمال دیگر، تفاوتی وجود نداشته و نمی توان تنها مقتضی احتمال اول را ثابت دانسته و با لا ضرر، احتمال سوم را اثبات کرد.

به تعبیری دیگر، در صورتی که در قرارداد بین دو نفر، تنها صورت مرض بعیر ملاحظه شده و نظارتی نسبت به صورت برء بعیر نداشته اند، شارع یا عقلا چه تکلیفی را تعیین کرده اند؟ آیا منهای لا ضرر، از نظر عقلایی یا شرعی، مقتضی ثبوتی الزام به نحر وجود داشته و به جهت لا ضرر، مقتضی ثبوتی به فعلیت نرسیده است؟ به نظر می رسد، از نظر عقلایی و شرعی بدون در نظر گرفتن لا ضرر، حکمی وجود نداشته و احتمالات متعددی در آن وجود دارد. ممکن است با توجه به مطلق بودن انشاء در ظاهر لفظ، نحر بعیر لازم بوده و الزام به تحویل سر و پوست شود. امکان دارد صاحب دو درهم تنها مالک دو درهم فرض شود و ممکن است با توجه به مقید بودن انشاء در واقع، دو نفر به نسبت به ثمن پرداختی در شتر شریک باشند. البته با توجه به تضرّر صاحب دو درهم و هم چنین رضایت شریک دیگر، به پرداخت بیشتر از دو درهم، احتمال دوم قابل بحث نیست.

### تقدیم یکی از دو احتمال ثبوتی در مقام جعل به علت نبود ضرار

ممکن است گفته شود: هر چند صورت متعیّنی وجود نداشته و بدون در نظر گرفتن لا ضرر، اقتضای ثبوت حکم معیّنی وجود ندارد اما شارع با نگاه به دو احتمال الزام به نحر و تحویل سر و پوست و شراکت به میزان خمس، احتمالی را که ضرار در آن وجود نداشته، مقدّم کرده است.

#### تفاوت مفاد لا ضرر با تقدیم یکی از دو احتمال ثبوتی

همانگونه که روشن است، تقدیم یکی از دو احتمال به علت نبود ضرار در آن احتمال، موجب رفع مقتضی ثبوتی حکم یا تضیق حکم مجعول به واسطه ضرار نیست. در حالی مفاد قاعده لا ضرر این است که اطلاق دلیل شامل صورت ضرر بوده و با لا ضرر، حکم برداشته شود یا مقتضی ثبوتی برای حکمی که موجب ضرر است، وجود داشته و لا ضرر، مانع فعلیت مقتضی ثبوتی شود. در نتیجه بین مدلول روایت و قاعده لا ضرر و لا ضرار، تفاوت وجود داشته و حتی معنای دوم محتمل در روایت نیز ناظر به حکم کلی لا ضرر و لا ضرار، نیست.

با این بیان روشن شد: کلام آقای سیستانی تامّ نیست. ایشان مفروغ گرفتند که صحیحه غنوی ناظر به حکم کلی لا ضرر و لا ضرار است.

خلاصه آنکه، ارتکاز عقلایی وجود دارد که در صورت دوران امر بین دو راه که یکی موجب ضرر یکی از دو طرف بوده و در دیگری هر دو طرف منتفع می شوند، باید راه دوم را انتخاب کرد. هر چند این ارتکاز، از جهاتی شبیه به مفاد لا ضرر بوده و هر دو برای جلوگیری از متضرّر شدن مؤمن، هستند اما بین این دو تفاوت وجود دارد:

لا ضرر و لا ضرار، یا حکم مجعولی که موجب ضرر باشد را تضییق کرده یا مانع مقتضی ثبوتی حکمی می شود که ایجاد ضرر می کند. اما ارتکاز مورد بحث، تقدیم یکی از دو احتمال ثبوتی بر دیگری به علت نبود ضرر در آن است در حالی که مقتضی ثبوتی حکم ضرری، وجود نداشته است.

### توجیه نظارت صحیحه غنوی به قاعده لا ضرر با الف و لام عهد «الضرار»

امکان دارد کلام آقای سیستانی در نظارت صحیحه غنوی به قاعده لا ضرر و لا ضرار را با الف و لام «الضرار» توجیه کرد به این بیان که الف و لام، عهد بوده و با توجه به آن، «هذا الضرار» به معنای «الضرار الممنوع فی حدیث لا ضرر و لا ضرار» خواهد بود.

به این توجیه دو اشکال وارد است:

1. حتی با فرض عهد بودن الف و لام، روشن نیست روایت دقیقا از مصادیق لا ضرر و لا ضرار باشد و ممکن است روایت به لا ضرر و لا ضرار اشاره دارد تا این نکته را تفهیم کند که شبیه نکته لا ضرر و لا ضرار که موجب تضییق اطلاقات اولیه حکم بوده و مانع فعلیت مقتضی حکم ضرری می شود، در مورد حدیث غنوی نیز وجود دارد. مطابق این تحلیل، دیگر نمی توان با توجه به تطبیق لا ضرر در صحیحه غنوی، مفاد کبرای کلی لا ضرر را روشن کرد زیرا مطابق این احتمال، صحیحه غنوی از مصادیق و تطبیقات قاعده لا ضرر نبوده و تنها با آن مشابهت دارد.
2. این احتمال نیز وجود دارد که الف و لام «الضرار» عهد نبوده و استغراق به معنای ضرار محض باشد به این معنا که تقاضای صاحب دو درهم، ضرر محض بوده و به اصطلاح باخت – باخت است و هر دو طرف ضرر می کنند. در حالی که شراکت به نسبت خمس، موجب نفع هر دو بوده و به اصطلاح برد – برد است. از نظر عقلایی، معامله برد – برد بر باخت – باخت، ترجیح داشته و مطابق این احتمال نیز روایت نظارتی به قاعده لا ضرر ندارد.

### وجه درخواست سر و پوست از ناحیه شریک

به نظر می رسد، صاحب دو درهم با درخواست سر و پوست شتر می خواسته شریک دیگر را در فشار قرار داده و او را مجبور به پرداخت بیش از یک پنجم کند. امام ع می فرماید: اگر شریک یک پنجم را به شریک دیگر پرداخت کند، حق او را پرداخت کرده و الزام او به نحر، موجب ضرر است. هر چند از نظر ثبوتی ممکن است، برای صاحب دو درهم، سر و پوست شتر خصوصیت داشته و مثلا رنگ خاصی داشته که یافتن آن مشکل است، اما این صورت، نادر بوده و در فرض وجود آن، در سوال درج می شد. این امکان نیز وجود دارد که صرف خواست شخصی طرف ملاک نبوده و لازم نباشد تمام خواسته های او تأمین شود.

1. [الکافی، محمد بن یعقوب کلینی، ج5، ص293.](http://lib.eshia.ir/11005/5/293/%D9%85%D8%B1%DB%8C%D8%B6%D8%A7) [↑](#footnote-ref-1)
2. قاعده لا ضرر و لا ضرار (للسیستانی)؛ ص: 69 [↑](#footnote-ref-2)