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

**جلسه307 – 17/ 01/ 1399 مفاد هیئت ترکیبی لا ضرر و لا ضرار** **/ مفاد حدیث لا ضرر / قاعده لا ضرر**

**خلاصه مباحث گذشته و جلسه امروز:**

بحث در کلام مرحوم امام درباره معنای «لا ضرر» بود. ایشان «لا ضرر» را دالّ بر نهی تکلیفی سلطانی دانسته و برای آن به شواهدی استشهاد کرده است. یکی از این شواهد، نقل «لا ضرر» در روایت عباده بن صامت به تعبیر «قضی» بود. در جلسه گذشته بیان شد: «قضی» می تواند به معنای حکم قاطع رافع خصومت باشد و لازم نیست آن را به معنای حکم سلطانی معنا کرد. در تمام مواردی که در روایت عباده بن صامت وارد شده، صلاحیت رافع خصومت بودن در آنها وجود دارد و تنها در «فی الرکاز الخمس» امکان دارد، رافع خصومت بودن تطبیق نشود.

در این جلسه نحوه رافع خصومت بودن این فقره توضیح داده شده و در ادامه اشکال نحوه تعلیل امر به قلع با «لا ضرر» پاسخ داده خواهد شد.

## خصوصیت فقرات روایت عباده بن صامت

درباره کلام مرحوم امام درباره حدیث لا ضرر صحبت می کردیم. ایشان موافق با مرحوم شیخ الشریعه، «لا ضرر» را نهی تکلیفی معنا می کند اما نهی تکلیفی سلطانی. ایشان شواهدی را بر این معنا اقامه کرده که یکی از آنها استعمال واژه «قضی» هنگام نقل این حدیث در روایت عباده بن صامت بود. بیان شد: یکی از معانی لغوی «قضی» حکم قاطع است و در روایات عباده بن صامت نزدیک به 20 فقره با کلمه «قضی رسول الله ص» یا «من قضاء رسول الله ص» تعبیر کرده است. سخن این بود که آیا عباده بن صامت مطلق حکم قاطع پیامبر ص را جمع آوری کرده در حالی که احکام قاطع پیامبر ص منحصر به این موارد نیست؟

همین مطلب قرینه می شود که عباده بن صامت در مقام بیان احکام قاطع خاصی از پیامبر ص است. هر چند ممکن است همان معنایی که مرحوم امام بیان کرده، مراد باشد به این تعبیر که احکامی که پیامبر ص بما انه سلطان جعل کرده اما این معنا منحصر نبوده و امکان دارد در این روایت، احکام پیامبر ص بما انه قاض جمع آوری شده باشد. در توضیح این مطلب دو تقریب بیان شد:

تقریب اول: در این روایت، متن احکام صادر از پیامبر ص در قضاوت ها گزارش شده است که می تواند پیامبر ص با ذکر ماده قانونی و حکم کلی که به واسطه آن رفع خصومت می شود، قضاوت کرده باشند مثل این که ذو الید و غیر ذو الید درباره مالی نزاع داشته و پیامبر ص در مقام قضاوت بفرماید: «المال لذی الید». یا مثل این که شوهر زن و زانی درباره فرزندی با هم نزاع داشته باشند که در این روایت بیان شده: «الولد للفراش و للعاهر الحجر» این تعبیر قانونی کلی بوده و اختصاص به مورد ندارد اما با ذکر قانون کلی، فصل خصومت در مورد خاص صورت گرفته است.

تقریب دوم: مراد از «قضی» احکامی است که به وسیله آنها می توان حکم قضایی صادر کرد هر چند بالفعل تنازعی در بین نباشد. پس در این روایت، احکام کلی که توانایی مستند قرار گرفتن برای قضاوت در قضیه شخصیه را دارند، نقل شده است.

با توجه به این احتمال، دیگر لازم نیست «قضی» را به معنای حکم سلطانی معنا کرد.

در جلسه گذشته بیان شد: تمام فقرات موجود در روایت، از مواردی است که زمینه تنازع در آنها وجود دارد. به همین دلیل می تواند حکم کلی باشد که به وسیله آنها قضاوت صورت گرفته یا این حکم کلی زمینه قضاوت باشد.

### توجیه رافع خصومت بودن فقره «فی الرکاز الخمس»

سخن در این بود که از بین فقرات روایت عباده بن صامت، فقره «فی الرکاز الخمس» چگونه موجب تنازع است در حالی که حکمی شخصی بوده و بیان می کند: کسی که معدنی پیدا کرده باید خمس آن را پرداخت کند؟

در پاسخ باید گفت: ممکن است همین مورد نیز در تنازع باشد. برای روشن شدن این مطلب روایتی که شباهت با روایت مورد بحث دارد، مرور می شود:

عَنِ الْحَارِثِ بْنِ حَضِيرَةَ الْأَزْدِيِ‏ قَالَ: وَجَدَ رَجُلٌ‏ رِكَازاً عَلَى عَهْدِ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ ع فَابْتَاعَهُ أَبِي مِنْهُ بِثَلَاثِمِائَةِ دِرْهَمٍ وَ مِائَةِ شَاةٍ مُتْبِعٍ‏ فَلَامَتْهُ أُمِّي وَ قَالَتْ أَخَذْتَ هَذِهِ بِثَلَاثِمِائَةِ شَاةٍ أَوْلَادُهَا مِائَةٌ وَ أَنْفُسُهَا مِائَةٌ وَ مَا فِي بُطُونِهَا مِائَةٌ قَالَ فَنَدِمَ أَبِي فَانْطَلَقَ لِيَسْتَقِيلَهُ فَأَبَى عَلَيْهِ الرَّجُلُ فَقَالَ خُذْ مِنِّي عَشْرَ شِيَاهٍ خُذْ مِنِّي عِشْرِينَ شَاةً فَأَعْيَاهُ فَأَخَذَ أَبِي الرِّكَازَ وَ أَخْرَجَ مِنْهُ قِيمَةَ أَلْفِ شَاةٍ فَأَتَاهُ الْآخَرُ فَقَالَ خُذْ غَنَمَكَ وَ ائْتِنِي مَا شِئْتَ فَأَبَى فَعَالَجَهُ فَأَعْيَاهُ فَقَالَ لَأُضِرَّنَّ بِكَ فَاسْتَعْدَى إِلَى أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ ع‏ عَلَى أَبِي فَلَمَّا قَصَّ أَبِي عَلَى‏ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ ص أَمْرَهُ قَالَ لِصَاحِبِ الرِّكَازِ أَدِّ خُمُسَ مَا أَخَذْتَ فَإِنَّ الْخُمُسَ عَلَيْكَ فَإِنَّكَ أَنْتَ الَّذِي وَجَدْتَ الرِّكَازَ وَ لَيْسَ عَلَى الْآخَرِ شَيْ‏ءٌ لِأَنَّهُ إِنَّمَا أَخَذَ ثَمَنَ غَنَمِهِ.[[1]](#footnote-1)

رای نقل می کند: شخصی معدنی را پیدا می کند و پدرم این معدن را به سیصد درهم و صد گوسفند حامله همراه با بره می خرد. مادرم، پدر را ملامت کرده و می گوید: معدن چه ارزشی دارد که با سیصد گوسفند خریدی صد گوسفند ماده، صد بره و صد حمل در شکم گوسفند؟ پدرم اقاله معامله کرد ولی شخص نپذیرفت. پس از این ماجرا، پدرم رکاز را استخراج کرده و از آنجا به اندازه هزار گوسفند بهره برد. پس از این ماجرا، فروشنده به پدرم مراجعه کرده و درخواست می کند گوسفندانش را پس بگیرد و بخشی از معدن را تصاحب کند. پدرم این درخواست را نمی پذیرد و شخص او را تهدید به وارد کردن ضرر می کند. این شخص به امیر مؤمنین ع شکایت برد. پس از توضیح ماجرا توسط پدرم، امیر مؤمنین ع به فروشنده معدن فرمود: تو باید خمس معدن را پرداخت کنی زیرا تو معدن را کشف کردی و دیگری معدن را به عوض گوسفندان خریده است.

باید دانست: فقره «فی الرکاز الخمس» دو مضمون دارد: در رکاز خمس وجود دارد و یابنده رکاز، مالک آن است.[[2]](#footnote-2) ممکن است از ناحیه ملکیت رکاز بین دو نفر اختلاف پیش بیاید. هر چند بین عامه در معنای رکاز، اختلاف شده است. اهل عراق، رکاز را تمام معادن دانسته و اهل حجاز، رکاز را گنج معنا کرده است اما مطابق هر یک از این دو معنا، امکان دارد فروشنده زمینی را به دیگری بفروشد و خریدار در این زمن گنجی را یافته یا معدنی را استخراج کند. در این فرض، ممکن است بین فروشنده و خریدار در ملکیت این رکاز نزاع صورت بگیرد. «فی الرکاز الخمس» بیان می کند: «علی الواجد خمس الرکاز و له اربعه اخماسه». پس این عبارت به اعتبار دلالت آن بر مالکیت واجد رکاز نسبت به چهار پنجم آن، خصومت را مرتفع کند. پس «فی الرکاز الخمس» نیز می تواند حکمی قضایی تلقّی شود.

## اشکال آقای سیستانی به کلام مرحوم امام: حکم سلطانی نبودن خمس در رکاز

با این بیان، می توان اشکالی که در تقریرات آقای سیستانی بر کلام مرحوم امام وارد شده را پاسخ داد. در تقریرات آقای سیستانی آمده است:

يضاف إلى ذلك: استبعاد الالتزام بالمعنى المذكور (النهی السلطانی) في جملة من موارد استخدام هذا التعبير من قبيل (قضى في الركاز الخمس) مع أن الخمس ثابت في الغنيمة بالمعنى الأعم بقوله تعالى (وَ اعْلَمُوا أَنَّما غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْ‌ءٍ.) الشامل للركاز.[[3]](#footnote-3)

اشکال را باید این گونه تعبیر کرد که یکی از فقرات روایت عباده به صامت، «قضی فی الرکاز الخمس» است. ظاهر استعمال «قضی» در فقره «لا ضرر و لا ضرار» و فقره «قضی فی الرکاز الخمس»، وحدت معنای «قضی» در هر دو فقره است. در حالی که در «قضی فی الرکاز الخمس» نمی توان «قضی» را به معنای امر سلطانی معنا کرد زیرا خمس در آیه قرآن بیان شده و شامل رکاز نیز می شود پس جعل خمس در رکاز، امر سلطانی پیامبر ص نبوده و کلام حضرت ع بما انه مبلغ لحکم الله است.

### پاسخ: امکان سلطانی بودن حکم مالکیت واجد رکاز

با پذیرش شمول «وَ اعْلَمُوا أَنَّما غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْ‏ءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَه‏»[[4]](#footnote-4) نسبت به رکاز، ممکن است اشکال آقای سیستانی را پاسخ داد. به این تقریب که: حکم خاص مالکیت واجد رکاز نسبت به چهار پنجم رکاز که از دلالت التزامی «فی الرکاز الخمس» استفاده می شود، می تواند حکم سلطانی پیامبر ص باشد نه اصل وجود خمس در رکاز.[[5]](#footnote-5) توجیه حکم قضایی بودن «فی الرکاز الخمس» نیز می تواند به همین اعتبار بوده و به اعتبار دلالت التزامی روایت بر مالکیت واجد ملاک نسبت به رکاز، برای رفع خصومت به کار گرفته شود.

در روایتی وارد شد که شخصی رکازی را پیدا کرد ولی عمر آن را از او گرفت و جزو بیت المال تلقّی کرد. مطابق این نقل، احتمال دارد رکاز متعلق به حکومت باشد و با این حال، فصل خصومت بودن این حکم معنا داشته باشد. زیرا اختلاف و نزاع همیشه بین دو شخص نبوده و بین افراد و حکومت نیز اختلاف به وجود می آید. «فی الرکاز الخمس» می تواند با اثبات ملکیت برای واجد رکاز، ملکیت حکومت را نفی کرده و در اختلاف بین واجد رکاز و حکومت، به نفع واجد رکاز قضاوت کند.[[6]](#footnote-6)

به هر حال، «فی الرکاز الخمس» می تواند به تعبیر مرحوم امام، حکم سلطانی بوده و می تواند به تعبیر ما حکم قاطع خصومت باشد یا به اعتبار آیین نامه قضایی بودن یا به اعتبار وارد شدن حکم پیامبر ص با این تعبیر کلی در مقام قضاوت در قضیه شخصیه.

## نحوه تعلیل بودن «لا ضرر» برای امر به قلع نخله در قضیه سمره

این نکته نیازمند ضمیمه است که در تعبیر مرحوم امام عبارتی وارد شده که در تقریرات آقای سیستانی درباره این تعبیر بحث نشده است. یکی از شواهدی که مرحوم امام بر سلطانی بودن نهی اقامه کرده این است که اگر نهی، سلطانی نباشد، تطبیق قاعده لا ضرر بر قضیه سمره صحیح نیست. ایشان در تنبیهات لا ضرر توضیح بیشتری داده در پاسخ اشکال مرحوم شیخ که قواعد مقتضی حکم پیامبر ص به قلع عذق نیست. می فرماید:

و اما الإشكال فلا يرد على ما ذكرنا، ضرورة ان المورد مندرج تحت الحكم السلطاني الكلي فيكون الأمر بالقلع لقطع مادة الفساد المتوقع في مثل المقام، و اما على غيره فالإشكال وارد، لأن عدم تشريع الحكم الضرري و نهى اللّه تعالى عن الإضرار بالغير لا يقتضيان الإضرار بالغير بقلع شجرته...[[7]](#footnote-7)

ایشان می فرماید: تعارض ضررین در قضیه سمره وجود دارد. از یک سو با بقای نخل سمره، انصاری متضرّر شده و در ضیق و مشقت باقی می ماند و از سوی دیگر با قلع نخل سمره، خود سمره متضرّر می شود و «لا ضرر» نمی تواند تعیین کننده وظیفه در تزاحم ضررین باشد.

برای بنده روشن نیست نهی سلطانی چگونه می تواند توجیه کننده تقدیم یکی از دو ضرر بر دیگری در تعارض ضررین شود و چگونه مطابق نهی سلطانی، انصاری نباید متضرّر شود؟ ایشان نیز در این باره توضیحی را ارائه نداده است.

اصل اشکالی که ایشان طرح کرده منهای نتیجه گیری ایشان، باید پاسخ داده شود.

در گذشته اشاره شد، یکی از مشکلات موجود در بحث قاعده لا ضرر، نحوه تطبیق لا ضرر بر قضیه سمره است. در این جلسه، برخی از مباحث گذشته را بر اساس سه مبنا ذکر می کنیم: مبنای مرحوم شیخ الشریعه که «لا ضرر» به معنای نهی تکلیفی است. مبنای مرحوم شیخ انصاری که «لا ضرر» را به معنای نفی حکم ینشأ منه الضرر معنا کردند. مبنای مختار که تعمیم مبنای مرحوم شیخ الشریعه بود و مطابق آن، «لا ضرر» در مقام نفی مشروعیت و نفی جواز به معنای عام است. حال مطابق این سه مبنا، «لا ضرر» را چگونه می توان بر قضیه سمره تطبیق داد؟

### تعلیل بودن کبرای مطوی مطابق نهی تکلیفی بودن «لا ضرر»

مطابق نهی تکلیفی می توان گفت: لازمه استناد امر به قلع به «لا ضرر»، تمام العله بودن «لا ضرر» نیست. بلکه می تواند کبرای مطوی وجود داشته و امر به قلع، مستند به آن کبرای مطوی باشد. برای توضیح، به جای «لا ضرر» از نهی صریح تکلیفی استفاده می شود. امر پیامبر ص در حقیقت به این صورت است: «اقلع نخلته فان الاضرار محرّم فی الشریعه و للحاکم ان یحکم بقلع ماده الفساد و ماده الحرمه التکلیفیه» در این بیان، حرمت تکلیفی اضرار، صغری برای کبرای مطوی است که حاکم شرع می تواند قلع ماده فساد کرده و از تحقق حرام در جامعه جلوگیری کند. قلع ماده فساد توسط حاکم شرع می تواند مستند به دلیل نهی از منکر باشد به این صورت که اختیار مرحله ای از نهی از منکر و ردع منکر که مستلزم اقدام عملی است، به حاکم شرع واگذار شده است. در نتیجه، تعلیل امر به قلع به حرمت تکلیف اضرار به عنوان صغری، صحیح است.

### رفع حرمت تکلیفی قلع نخله از انصاری مطابق مبنای مرحوم شیخ انصاری

مطابق تفسیر مرحوم شیخ انصاری نیز می توان بیان کرد: ذی حق بودن سمره برای مرور بدون استیذان در مرحله اول، موجب تضرّر انصاری است و با «لا ضرر» ذی حق بودن سمره نفی می شود و به همین دلیل بر سمره، وجوب الاستیذان للاستطراق الی نخلته ثابت می شود. حال اگر سمره این امر را عصیان کرده و برای استطراق، استیذان نکند، در ظرف عصیان سمره نسبت به امر شارع، حرمت قلع عذق بر انصاری موجب تضرّر به انصاری است و در این ظرف، حرمت قلع برداشته شده و بر انصاری، قلع نخله جایز است. مطابق این بیان، «اقلع نخله» امر در مقام توهم حظر بوده و تنها دالّ بر جواز قلع است.

### امکان هر دو توجیه مطابق مبنای مختار

مطابق مبنای مختار، هر چند هر دو توجیه بالا به نحوی قابل تطبیق است، اما توجیه اول به مبنای مختار نزدیک تر بوده و مطابق آن، امر به قلع نخله با کبرای مطوی تعلیل می شود.

## پاسخ به اشکال تعارض الضررین در قضیه سمره

حال با فرض توجیه تعلیل امر به قلع نخله با «لا ضرر» مطابق یکی از دو بیان بالا، چگونه می توان اشکال تعارض ضررین که در کلام مرحوم امام وارد شده است را پاسخ داد؟

### اطلاق کبرای مطوی مطابق مبنای نهی تکلیفی بودن «لا ضرر»

در پاسخ باید گفت: بنابر مبنای شیخ الشریعه مطلب واضح است زیرا مطابق مبنای ایشان، اضرار به غیر محرّم است و در قضیه سمره، کسی که ابتداء اضرار می کند تنها سمره است و انصاری، ابتداء اضرار به غیری انجام نداده است. حرمت اضرار به غیر صغری برای کبرای کلی است که شارع می تواند دستور به قلع ماده فسادی بدهد که منشأ ضرر شده و لو مالک ماده فساد، متضرّر شود. پس اطلاق کبرای مطوی این مطلب را اقتضا کرده و پذیرش آن بدون اشکال است.

### عدم شمول «لا ضرر» نسبت به ضرر مقدم علیه مطابق مبنای مرحوم شیخ

مطابق مسلک مرحوم شیخ انصاری، می توان این گونه پاسخ داد که «لا ضرر» شامل ضرر مقدم علیه نیست. در قضیه سمره، هر چند قلع نخله توسط انصاری موجب ضرر بر سمره است اما این ضرر مقدم علیه است زیرا جواز قلع نخله، در فرض عصیان سمره بوده و اصرار سمره بر تکرار دخول در بستان انصاری بدون استیذان و استطراق به نخله، موجب تحقق این حکم است. بنابراین ضرر متوجه به سمره مقدم علیه است در حالی که ضرر متوجه به انصاری مقدم علیه نیست. پس اشکال تعارض الضررین با این بیان، حل می شود.

به نظر می رسد روح فرمایش مرحوم امام و هم چنین تقریب شیخ الشریعه به این بازگشت دارد که مجوّز قلع نخله توسط انصاری، امر پیامبر ص به قلع است. کبرای مطوی که بیان شد نیز این بود که در صورتی که محرّمی تحقق پیدا کرده و راهی برای جلوگیری از محرّم به غیر از قلع ماده فساد وجود نداشته باشد، حاکم می تواند در صورت صلاحدید، ماده و موضوع اضرار را از بین ببرد. پس امر به قلع مستند به حق حاکم است که به عنوان کبرای مطوی در کنار «لا ضرر» وجود دارد. پس هر چند «لا ضرر» دالّ بر نهی تکلیفی است اما موضوع برای کبرای کلی اثبات حق برای حاکم در قلع ماده فساد است.

تقریب فنی کلام آقای سیستانی در جعل وسائل اجرایی نیز به همین بازگشت دارد نه اینکه خود «لا ضرر» دالّ بر حق جعل وسائل اجرایی باشد. به این بیان که حکم و قانونی کلی وجود دارد که اگر اجرای حکم در جامعه وابسته به دخالت سلطان و حکومت باشد، این حق به سلطان و حکومت داده شده که روشی را که مصلحت می داند، اجرا کند.

پس مرحوم امام به وجدان درک کرده که شخص مکلف نمی تواند قلع ماده فساد کند بلکه سلطان و حاکم چنین حقی را داراست. در نتیجه، نهی سلطانی بودن «لا ضرر» از نفس آن فهمیده نشده و از خارج استفاده می شود.

1. [الکافی، محمد بن یعقوب کلینی، ج5، ص315.](http://lib.eshia.ir/11005/5/315/%D8%B1%DA%A9%D8%A7%D8%B2%D8%A7) ح 48 [↑](#footnote-ref-1)
2. مضمون دوم با این تقریب استفاده می شود که برای یابنده رکاز تنها خمس جعل شده که مفهوم آن این است که یابنده وظیفه دیگری نداشته و مابقی رکاز برای خود اوست. (مقرّر) [↑](#footnote-ref-2)
3. قاعدة لا ضرر و لا ضرار (للسيستاني)؛ ص: 187 [↑](#footnote-ref-3)
4. سوره انفال، آيه 41. [↑](#footnote-ref-4)
5. در صورت وجود دلالت التزامی بر «فی الرکاز الخمس» نسبت به مالکیت واجد رکاز نسبت به رکاز، همین دلالت التزامی در آیه شریفه نیز وجود داشته و به همین دلیل نمی تواند حکم به ملکیت واجد رکاز، حکم سلطانی پیامبر ص باشد. چه تفاوتی بین روایت و آیه شریفه از ناحیه دلالت التزامی وجود دارد؟ (مقرّر)) [↑](#footnote-ref-5)
6. توضیحات از مقرّر است. [↑](#footnote-ref-6)
7. القواعد الفقهية و الاجتهاد و التقليد (الرسائل للإمام الخميني)؛ ج‌1، ص: 59 [↑](#footnote-ref-7)