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

**جلسه323 – 19/ 03/ 1399 تنبیه دوم: لزوم تخصیص اکثر/تنبیهات** **/ قاعده لا ضرر**

**خلاصه مباحث گذشته و جلسه امروز:**

بحث درباره مشکل تخصیص اکثر قاعده لا ضرر مطابق معنا کردن آن به نفی حکم ضرری بود. آقای سیستانی توضیحاتی را بیان کرده و مطابق آن، خروج بسیاری از احکام شرعی که توهم می شود به تخصیص است، تخصص می داند. در این جلسه کلام آقای سیستانی نقل شده و درباره آن بحث می شود.

## کلام آقای سیستانی: خروج بسیاری از احکام شرعی از لا ضرر به تخصّص

بحث درباره مشکل تخصیص اکثر قاعده لا ضرر بود. آقای سیستانی فرمود: دقت در مفهوم ضرر و جایگاه حدیث «لا ضرر» و نکاتی که در کل هیئت ترکیبی «لا ضرر» وجود دارد، اقتضا می کند تضیّقی در شمول حدیث وجود داشته باشد که بسیاری از مواردی که تخصیص دلیل شمرده شده، تخصّصا از دلیل خارج باشد.

### امر اول: عدم صدق ضرر در صورت صرف مال در ما ینبغی ان یصرف

ایشان در امر اول فرمود: ضرر نقصی است که برای شیء عما ینبغی علیه پیدا می شود و سپس فرمودند: صرف مال در چیزهایی که ینبغی ان یصرف فیه، ضرر به مال نیست و «لا ضرر» شامل آنها نمی شود.

### امر دوم: تفاوت بین ضرر و عدم نفع

ایشان در امر دوم می فرماید: بین ضرر و عدم نفع تفاوت وجود دارد و مردّ و مرجع برخی از احکام شرعی، عدم نفع یا محدود کردن آن است مانند عدم ملکیت ربا که از باب عدم نفع بوده و بر آن ضرر صادق نیست. ایشان این امر را بر خمس و زکات نیز تطبیق کرده و می فرماید: خمس در غنیمت به معنای عام، تحدید نفع مغتنم است. زیرا شارع می توانست هیچ قسمت از مالی که مغتنم به دست آمده را ملک او نداند اما ملکیت چهار پنجم را برای مغتنم پذیرفته و با عدم پذیرش ملکیت در یک پنجم، مانع حصول این میزان نفع شده است. بله اگر شارع از ابتدا مالکیت مالک نسبت به کل مال را پذیرفته و پس از آن یک پنجم را کم کرده باشد، ضرر به مالک وارد کرده است اما مدعا این است که از ابتدا شارع اغتنام را تنها سبب ملکیت چهار پنجم قرار داده است. پس شارع منفعت قابل تحصیل مکلّف را محدود و مضیّق کرده است نه آنکه ضرری به او وارد کرده باشد.

ایشان در ادامه موارد خمس غنیمت را ذکر کرده و درباره آنها بحث کرده است. یکی از موارد خمس غنیمت، غنیمت قتالیه است. شارع مقدس مقاتله را سبب برای ملکیت غنیمت برای جنگجویان قرار داده است. قبل از اسلام قانونی به نام قانون اغاره وجود داشته که شارع مقدس این قانون را تثبیت کرده و از آن خمس را استثنا کرده و آن را برای عناوین عامه مستحق خمس قرار داده است. پس اگر شارع ملکیت را تثبیت نمی کرد، ضرری به مقاتل وارد نشده و تنها مانع نفع او می شد. ایشان در ادامه این تعبیر را دارند که در قانون اغاره پیش از اسلام، حق الرئاسه به میزان یک چهارم برای رئیس قبیله یا عشیره وجود داشته و آن را مرباع می نامیدند. خمس نیز ممکن است بدل همین مرباع باشد.

مثال بعدی برای خمس غنیمت، خمس معادن است. آقای سیستانی می فرماید: بنابر مختار و موافق مشهور، معادن از انفال بوده و ملک امام ع است. ایجاب خمس در معادن به این بازگشت می کند که شارع اجازه داده شخص با پرداخت خمس، چهار پنجم معدن را تملّک کند. شارع می توانست اجازه استخراج نداده و حق استخراج منحصر در دولت باشد و تمام آن در مصالح مسلمین خرج کند. پس این موارد نیز از مصادیق عدم نفع است و شارع منفعت مکلّف را در چهار پنجم محدود کرده است.

مثال بعدی ارباح مکاسب و خمس ربح زائد بر مؤونه است. به حسب دقت و تحلیل، این مورد نیز یکی از مصادیق غنیمت است زیرا غنیمت در لغت به معنای «الفوز بالمال بلا عوض مالی» است و ارباحی که زائد بر مؤونه تحصیل به دست آمده، فوز به مال بدون عوض مالی است. آقای سیستانی می فرماید: روش سرمایه داری و کمونیستی در مقابله با این ارباح دو طرف نقیض هستند. در سرمایه داری تمام ارباح ملک شخص دانسته شده و در روش کمونیستی ملکیت شخص نسبت به هیچ میزان از ارباح پذیرفته نشده است. در فقه اهل بیت روش وسط دنبال شده و چهار پنجم ملک شخص قرار داده شده و یک پنجم را برای ارباب خمس قرار داده است.

اگر اشکال شود: جعل خمس در این موارد ضرر بر مردم است زیرا حق مردم این است که هر میزان مال را که می خواهند بتوانند با هر وسیله و روشی به دست آورند و این که شخص نتواند مقدار خمس را مالک شود، سلب این حق است.

در پاسخ گفته می شود: این سخن صحیح نیست و به هیچ یک از ادله چنین حقی ثابت نشده است. عقل نظری و وجدان به وضوح این مطلب را اثبات نمی کند و بناء عقلا بر این حق وجود ندارد زیرا قوانین در حدود قانون ملکیت فردی اختلاف دارند و بستگی دارد عقلا مصالح فردی و اجتماعی را چگونه ارزش گذاری کنند و ممکن است مصالح اجتماعی را در برخی از موارد بر مصالح فردی مقدم کنند.

آقای سیستانی در ادامه وارد بحث از تشریع زکات شده و در این باره می فرماید: زکات درباره غلات اربعه، نمی تواند از مصادیق حکم ضرری باشد زیرا زارع و فلاح تنها برخی از معدّات زرع و فلاحه را فراهم می کند و تنمیه و رشد و نمو محصول وابسته به عوامل طبیعی است که خداوند خلق کرده است. شایستگی ها و ویژگی های زمین، نور خورشید، باران، هوا و حتی برخی از پرندگان با خوردن آفات در رشد محصول دخالت دارند. در سوره واقعه نیز به این مطلب اشاره شده است: «أَ فَرَأَيْتُمْ مَا تَحْرُثُونَ ﴿63﴾ أَ أَنْتُمْ تَزْرَعُونَهُ أَمْ نَحْنُ الزَّارِعُونَ ﴿64﴾ لَوْ نَشَاءُ لَجَعَلْنَاهُ حُطَاماً فَظَلْتُمْ تَفَكَّهُونَ ﴿65﴾ إِنَّا لَمُغْرَمُونَ ﴿66﴾ بَلْ نَحْنُ مَحْرُومُونَ ﴿67﴾[[1]](#footnote-1)

مفاد آیه این است که عمل انسان تنها بر کشت تعلق گرفته و کشت یکی از مقدمات زرع است. شخم زدن زمین، کاشتن دانه و آبیاری عمل انسان است و رشد و نمو گیاه فعل الهی است که با تقدیر عوامل مختلف، پدیده انبات را هدایت می کند و اگر پدیده انبات وجود نداشت، زرع سوخته و بی فایده بود.

زکات انعام ثلاثه هم ضرر نیست زیرا زکات تنها به انعام سائمه که خود می چرند، تعلق می گیرد. ایشان در ادامه به این مطلب اشاره می کنند که ممکن است گفته شود: فرض زکات به خاطر جلوگیری از اجتماع مال در صنف خاص است و زکات را وسیله ای برای دسترسی انعام برای همگان قرار داده است.

جعل زکات برای طلا و نقره مسکوک نیز می تواند به علت جلوگیری از اجتماع مال در دست صنف خاص باشد و می تواند نوعی غرامت بر شخص باشد به این ملاحظه که در زمان های گذشته، طلا و نقره نقدینگی بوده و ارتباطات مالی افراد به وسیله طلا و نقره اتفاق می افتاده است به این دلیل که مبادله کالا به کالا امری مشکل بوده و به جای آن، مبادله با طلا و نقره صورت می گرفته است. همین باعث می شود تجارت شکوفا شده و رشد کند. شارع به این امر اهتمام داشته و می خواسته این شکوفایی رخ دهد. به همین دلیل برای کسانی که طلا و نقره مسکوک را ذخیره کرده و مانعی برای شکوفایی تجارت ایجاد می کردند، غرامتی به نام زکات قرار داده است. اضافه بر این مطالب، در خمس و زکات مصالح عامه وجود داشته و همین باعث می شود، ایجاب خمس و زکات، ضرر نباشد و عدالت اجتماعی اقتضای این مطلب را دارد.[[2]](#footnote-2)

### بررسی کلام آقای سیستانی

پیش از بیان اشکال کلام آقای سیستانی، توضیحی برای کلام ایشان ارائه می شود.

#### بازگشت برخی از مطالب امر دوم به امر اول

لحن کلام آقای سیستانی این است که تمام توضیحات در تشریع خمس و زکات، توضیح امر دوم است به این صورت که تشریع خمس و زکات از باب عدم نفع است نه از باب ضرر ولی روشن است که برخی از این توضیحات ارتباطی به امر دوم ندارد مانند این که شارع زکات را برای مصالح عامه جعل کرده یا برای جلوگیری از انباشت طلا و نقره، زکات را غرامت جعل کرده باشد یا عدالت مقتضی این است که شارع خمس و زکات را جعل کرده باشد، ارتباطی به بحث تفاوت ضرر و عدم نفع ندارد. بلکه این توضیحات از مصادیق قسم اول است که در آن بیان شد: در جایی که مال در مصرف مناسب صرف شود، ضرر بر مال صادق نیست و در این موارد در مصرف مناسب صرف شده است. در اشکال بیان شد: ضرر به مال اهمیت نداشته و مهم ضرر به شخص است و حتی با صرف مال در مصالح عامه، ضرر بر شخص صادق است. پس صرف ملاک دار بودن حکم ضرری و تحصیل مصالح عامه در آن، ضرری بودن آن را از بین نمی برد هر چند جعل آن حکم را تصحیح می کند.

#### عدم تلازم بین ضرر و ظلم

به این نکته نیز اشاره می شود که در لابلای کلام آقای سیستانی این تصویر وجود دارد که ضرر نوعی ظلم است و حکم ضرری حکمی ظالمانه است. به همین دلیل در برخی از تعبیرها بیان کرده اند که اگر تخصیص اکثر وجود نداشته و تنها موارد حکم ضرری زیاد باشد نیز مشکل وجود داشته و باید این مشکل حل شود زیرا امکان دارد دشمنان دین، این امر را وسیله ای برای اشکال به اسلام قرار دهند که چرا در اسلام، احکام ضرری زیاد است؟

از این تصویر برداشت می شود: احکام ضرری، احکامی بر خلاف احکام عقلی است و باید به نحوی آنها را توجیه کرد. اما این تصویر صحیح نیست زیرا احکام ضرری، احکامی هستند که به مکلّف ضرر وارد می کنند اما امکان دارد در قبال آن، نفعی برای جامعه وجود داشته باشد. پس مجرّد ضرری بودن حکم به معنای ظلم به شخص متضرّر نیست و عقل انسان ابائی ندارد که مکلّف متضرّر شود به دلیل وجود مصلحتی و لو این مصلحت متوجه به متضرّر نبوده و به جامعه برسد. در این موارد جعل حکم ضرری خلاف حکم عقل نیست و چه بسا به این علت که مقتضای عدالت است، مطابق حکم عقل باشد. به هر حال این مطلب که حکم ضرری مشکل عقلی دارد، از اساس ریشه ندارد و به همین دلیل، تخصیص «لا ضرر» بدون اشکال است. بله تخصیص اکثر جایز نیست و نباید مخصّصات «لا ضرر» اکثر باشد و ما در مقام حل این مشکل هستیم.

#### لزوم در نظر گرفتن ضرری بودن حکم لولا حکم شرعی

ضرر ایجاد نقص مالی یا عرض یا جانی به مکلف است. در نقص جانی، به وسیله عمل ضارّ، نقصی در بدن متضرّر ایجاد می شود و در نقض عرضی، آبروی شخص و لو آبرویی که در طول قراردادهای اجتماعی تحصیل شده، به وسیله عمل ضارّ از دست می رود. بحث در نقص در مال که به وسیله ضارّ مال متضرّر از بین می رود. برای اثبات ضرری نبودن قانون باید بدون در نظر گرفتن قانون، ضرری بودن آن را در نظر گرفت و نمی توان در طول قانون، ضرری بودن یا نبودن را ملاحظه کرد. به عبارتی دیگر، باید لو لا التشریع، نقصی در مال شخص نباشد. یکی از مثال هایی که آقای سیستانی بیان کرده، معادن است. ایشان می فرماید: معادن جزو انفال و ملک امام ع است و به همین دلیل، حکم به خمس در تملّک معادن، از باب عدم نفع است نه ضرر. اما سخن این است که نفس انفال بودن معادن و حکم به ملکیت امام ع، حکمی ضرری است. اگر با پذیرش انفال بودن معادن، ملکیت شخص نسبت به یک پنجم جعل نشود، این حکم ضرری نخواهد بود. اما چرا معادن باید جزء انفال باشد؟

#### مشی های مختلف آقای سیستانی در بحث

به نظر می رسد آقای سیستانی در تصویر ملکیت و نفی آن در مثال ها، سه گونه مختلف مشی کرده است:

1. اولین مشی این است که شیء باید در رتبه سابق، ملک شرعی مکلف باشد تا جعل حکم ثانوی در طول حکم اولی ملکیت، ضرری تلقّی شود.
2. دومین مشی این است که شیء به بنای عقلایی عام، ملک مکلّف است.
3. سومین مشی این است که شیء ملک طبعی مکلّف است. بحث تشریع زکات از این موارد است که طبع قضیه اقتضا می کند شیء ای که نتیجه عمل است باید ملک شخص باشد. گویا آقای سیستانی این امر را قانون طبعی در نظر گرفته و به همین دلیل می فرماید: غلات اربع چون نتیجه کوشش زارع و فلاح نیست و کوشش او تنها جزء کوچکی از اسباب زراعت است، نمی توان زراعت را ملک فلاح دانست. اگر نقش فلاح، نقش علت تامه بود، باید کل زراعت را مالک می شد. به نظر می رسد در این مورد به وجدان یا عقل نظری تمسک کرده که نتیجه عمل انسان باید به عامل برسد.

به هر حال، مراد از ضرری نبودن حکم شرعی چیست؟

آیا مراد این است که باید در رتبه سابق، شارع آن را تنفیذ کرده باشد تا سلب آن در رتبه لاحق ضرر تلقّی شود؟ اگر مراد این باشد، نیازی نیست در ارباح مکاسب آقای سیستانی به این نحو بحث کند. هم چنین، باید بدون ملاحظه حکم شرعی دید شخص مالک است یا نه؟ اگر لولا حکم شرعی، شخص مالک باشد، این حکم شرعی ضرری است و اگر لولا حکم شرعی، شخص مالک نباشد، این حکم شرعی ضرری نیست. آقای سیستانی ملکیت لولا حکم شرعی را به بنای عام عقلایی در نظر گرفته است اما لازم نیست بنای عام عقلایی وجود داشته باشد همین که عرف زمان تشریع بر امری باشد و مثلا در نظام جاهلی امری مانند ربا حلال بوده و موجب ملکیت باشد، سلب این امر و نفی ملکیت ربا، حکمی ضرری است و موجب ضرر بر ربا گیرنده می شود. زیرا شارع در بستر جاهلیت احکام را جعل کرده و با جعل حکم نقصی را در مال وارد کرده است.

#### امکان تمسک به لسان ادله زکات در نفی ضرری بودن

بله می توان بیان دیگری داشت که لسان ادله زکات این است که زکات موجب نموّ مال و طهارت مال و شخص می شود. با این بیان کشف می شود نوعی اعتبار قذارت در مال جعل شده است. در جلسه گذشته بیان شد: پرداخت مال برای تحصیل تطهیر، منفعتی را برای شخص تحصیل می کند که جبران کننده نقص وارد شده به مال است و مانع صدق ضرر می شود. قذارت معنوی و آلودگی روحی نیز از همین سنخ بوده و تطهیر روحی و معنوی مانع صدق ضرر می شود. پس نحوه جعل زکات به گونه ای است که شارع کشف کرده مورد مصداقی از تطهیر قذارات متوجه به انسان و شؤون انسان است. اما آقای سیستانی این بیان را نفرموده و این بیان را دارند: شارع می توانست هیچ مقدار از مال را ملک انسان قرار ندهد ولی شارع چهار پنجم مال را ملک او قرار داده و نفع محدودتری را به او رسانده است. این بیان کافی نبوده و نمی تواند مانع صدق ضرر بر جعل خمس یا زکات شود.

به خصوص در بحث خمس، روشن است برخی از مصادیق به نحوی نیست که قانون عقلایی قبل از شرعی وجود داشته و شارع آن را تنفیذ کرده است. در روایت وصیّت پیامبر ص به حضرت علی ع که در خصال و فقیه نقل شده، آمده است:

وَ كَانَتْ لِعَبْدِ الْمُطَّلِبِ خَمْسُ سُنَنٍ أَجْرَاهَا اللَّهُ عَزَّ وَ جَلَّ فِي الْإِسْلَام‏ ... وَ وَجَدَ كَنْزاً فَأَخْرَجَ مِنْهُ الْخُمُسَ وَ تَصَدَّقَ بِهِ فَأَنْزَلَ اللَّهُ عَزَّ وَ جَلَّ- وَ اعْلَمُوا أَنَّما غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْ‏ءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَ لِلرَّسُولِ ...[[3]](#footnote-3)

اینکه حضرت عبد المطلب کنزی را یافته و خمس آن را خارج کرده و شارع نیز در طول آن برای مطلق غنائم خمس را جعل کرده است، نشانگر آن است که لولا حکم شرعی، اخراج خمس متعارف نبوده است.

به نظر می رسد باید دید اگر تشریع شارع نبود، تشریع عرفی موجود خمس را بر عهده مکلف قرار می داد؟ اگر خمس در عرف بر عهده مکلّف نبوده، تشریع خمس ضرر بر مکلف خواهد بود.

خلاصه آنکه، بسیاری از مصادیق خمس و زکات موجب نقص مال مکلف است و ضرر محسوب می شود. اگر شارع زکات را جعل نکرده بود، افراد کل مال را مالک بودند و لولا تشریع شارع، افراد مالک کل مال بودند و حکم شرعی، نقص به مال وارد کرده است.

#### ضرری نبودن خمس غنیمت قتالیه بر فرض وجود مرباع در جاهلیت

در مباحث آقای سیستانی تنها امری که قابل توجه است، خمس غنیمت قتالیه است به شرط آنکه تصویر ایشان صحیح باشد. ایشان بیان می کند: خمس در اصل همان مرباع است که شارع مقدس آن را کم کرده است. در نظام جاهلی ربع مال حق الرئاسه بوده و شارع آن را به خمس تقلیل داده است؟ اما آیا مرباع قانونی همگانی در زمان جاهلیت بوده یا در برخی از قبائل رواج داشته است؟ این مطلب نیازمند مطالعه است و در صورت تأیید این سخن، ایجاب خمس غنیمت قتالیه حکم ضرری نخواهد بود.

اصل این که مرباع در جاهلیت وجود داشته، مورد اشاره لغویین متعددی است. در العین می نویسد: «و المِرْباع‏ كانت العرب إذا غزت أخذ رئيسهم‏ رُبْعَ‏ الغنيمة، و قسم بينهم ما بقي. قال: لك‏ المِرْباع‏ منها و الصفايا»[[4]](#footnote-4) در معجم مقاییس اللغه آمده: « و المِرْباع من هذا، و هو شى‏ء كان يأخذه الرئيس، و هو رُبع المَغْنَم‏»[[5]](#footnote-5) مفردات الفاظ القرآن نیز وارد شده است.[[6]](#footnote-6) در لسان العرب این توضیح آمده که شخصی با لقب ردف در زمان جاهلیت وجود داشته که جانشین پادشاه در زمان های جنگ می شده است و همین ریاست باعث می شده که بتواند مرباع را بگیرد. «و الرِّدافَةُ: أَن يجلس الرِّدْف عن يمين الملك، فإِذا شَرِبَ المَلِكُ شَرِبَ الرِّدْفُ بعده قبل الناس، و إِذا غَزا المَلِكُ قعَدَ الرِّدْف مكانه فكان خليفة على الناس حتى يعود المَلِكُ، و له من الغنيمة المِرْباعُ.»[[7]](#footnote-7) در الفائق فی غریب الحدیث نیز آمده: « المِرْباع: الرُّبْع، و مثله المِعْشار، و كان يأخذه الرئيس من المَغْنَم في الجاهلية.»[[8]](#footnote-8) در نهایه نیز می نویسد: مرباع برای لیث بوده است. مصباح المنیر دارد: «و (المِرْبَاعُ) بِكَسْرِ الْمِيمِ رُبُعُ الْغَنِيمَةِ كَانَ رَئِيسُ القَوْمِ يأْخُذُهُ لِنَفْسِهِ فِى الْجَاهِلِيَّةِ ثُمَّ صَارَ خُمُساً فِى الْإِسْلَام‏»[[9]](#footnote-9) در اینجا اشاره شده که خمس همان مرباعی است که در جاهلیت گرفته می شده است. در جای دیگری می نویسد: «وَ قَالَ أَبُو عُبَيْدَةَ كَانَ رَئِيسُ الْقَوْمِ فِى الْجَاهِلِيَّةِ إِذَا غَزَا بِهِمْ فَغَنِمَ أَخَذَ الْمِرْبَاعَ مِنَ الْغَنِيمَةِ وَ مِنَ الْأَسْرَى وَ مِنَ السَّبْىِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ عَلَى أَصْحَابِهِ فَصَارَ هذَا الرُّبْعُ خُمْساً فِى الْإِسْلَام‏»[[10]](#footnote-10)

اما آیا این مقدار در اثبات این مطلب کافی است؟ اگر این مطلب آقای سیستانی اثبات شود که خمس غنیمت قتالیه همان مرباع است، عدم صدق ضرر بر آن روشن خواهد بود. در روایات اشاره ای به این مطلب نشده و تنها خمس کنز توسط عبد المطلب منشأ برای جعل خمس معرفی شده است. شاید جمع مطلب این باشد که چون عبد المطلب به خمس اکتفا کرد، منشأ تبدیل مرباع به خمس به تبع اخراج خمس عبد المطلب باشد.

1. سوره واقعه، آيه 63-67. [↑](#footnote-ref-1)
2. قاعدة لا ضرر و لا ضرار (للسيستاني)؛ ص: 221- 226 [↑](#footnote-ref-2)
3. [من لا یحضره الفقیه، شیخ صدوق، ج4، ص365.](http://lib.eshia.ir/11021/4/365/کنزا) و الخصال؛ ج 1، ص: 313 [↑](#footnote-ref-3)
4. كتاب العين، ج‏2، ص: 133 [↑](#footnote-ref-4)
5. معجم مقاييس اللغة، ج‏2، ص: 479 [↑](#footnote-ref-5)
6. مفردات ألفاظ القرآن، ص: 340 [↑](#footnote-ref-6)
7. لسان العرب، ج‏5، ص: 103 [↑](#footnote-ref-7)
8. الفائق في غريب الحديث، ج‏2، ص: 6 [↑](#footnote-ref-8)
9. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج‏2، ص: 216 [↑](#footnote-ref-9)
10. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج‏2، ص: 344 [↑](#footnote-ref-10)