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

**جلسه324 – 20/ 03/ 1399 تنبیه دوم: لزوم تخصیص اکثر/تنبیهات** **/ قاعده لا ضرر**

**خلاصه مباحث گذشته و جلسه امروز:**

بحث درباره مشکل تخصیص اکثر لا ضرر مطابق معنا کردن آن به نفی حکم ضرری بود. آقای سیستانی به این اشکال پاسخ داده، برخی از موارد را مصداق ضرر نمی داند و در برخی از موارد قائل به انصراف دلیل «لا ضرر» از آنهاست. در این جلسه، ادامه کلام آقای سیستانی نقل شده، بررسی خواهد شد.

## کلام آقای سیستانی: خروج برخی از احکام ضرری از مدلول هیئت ترکیبی «لا ضرر»

درباره مشکل تخصیص اکثر لا ضرر بحث می کردیم. در تقریرات آقای سیستانی وارد شده: با دقت در کلمه ضرر و دقت در هیئت ترکیبی لا ضرر، محدودیت های ذاتی در «لا ضرر» برداشت می شود که برخی از احکام تخصّصا از «لا ضرر» خارج است و مشکل تخصیص اکثر، پیش نمی آید. بحث درباره مواردی که با توجه به تدقیق در مفهوم ضرر بود، گذشت. آقای سیستانی بحث درباره مواردی را که با توجه به هیئت ترکیبی «لا ضرر» از مدلول کلام خارج است را در سه جهت بحث کرده است.

### جهت اول: انصراف از احکام جزایی

جهت اول ایشان این است: ضرر منفی، از ضررهایی که احکام جزایی آنها را اثبات می کند، منصرف است. زیرا باید حتما در کنار حکم مولوی قانون جزایی وجود داشته باشد. چه قانون جزایی موجب ضرر دنیوی شود و جه منجر به ضرر اخروی شود. اگر قانون جزایی وجود نداشت، حکم مولوی نبوده، ارشادی خواهد بود. زیرا در گذشته توضیح داده شد: حکم مولوی به وعید متقوّم است و باید وعیدی را در برداشته باشد تا مولوی باشد. با این فرض، لازمه شمول «لا ضرر» نسبت به ضرر ناشی از حکم جزایی، ضرری بودن تمام احکام شرعی است زیرا تفاوتی بین ضرر دنیوی و اخروی نیست و لازمه تمام احکام شرعی مولوی، ضرر دنیوی یا اخروی است. در نتیجه نفی تسبب ضرر از مقنّن، منصرف به ضرر ابتدایی وارد بر شخص است نه ضرری که جزای بر مخالفت بر قانون است.[[1]](#footnote-1)

پیش از بررسی این کلام توضیحی ارائه می شود.

#### توضیح کلام آقای سیستانی: قوام حکم مولوی الزامی بر وعید بر عقاب

ایشان فرمود: حتما باید همراه حکم مولوی قانون جزایی باشد. امکان دارد این اشکال وارد شود که حکم مولوی منحصر به حکم الزامی نیست و شامل احکام استحبابی و کراهی نیز می شود و در این احکام، وعید به عقاب وجود ندارد. پس چگونه مقوّم مولوی بودن حکم، وعید بر عقاب خواهد بود؟

در پاسخ باید گفت: به نظر می رسد مدعای ایشان این است که مقوّم حکم مولوی الزامی، وعید بر عقاب در صورت مخالفت است و «لا ضرر» نیز اساسا ناظر به احکام الزامی است و نظارتی به احکام استحبابی و کراهتی ندارد. پس مقوّم احکام الزامی که لا ضرر به آنها نظارت دارد، وجود قانون جزایی است.

استاد ما سید حائری در حاشیه مباحث الاصول بحثی را درباره حقیقت حکم مطرح کرده اند که به هنگام این درس، در محضر ایشان حاضر بودیم. ایشان می فرماید: رسیدن حکم به درجه الزام و فارق بین حکم الزامی و استحبابی، عقاب بر ترک است.

##### کلام مرحوم نائینی: ناسازگاری تأمین مطلق با ثبوت حکم الزامی

برای واضح تر شدن این مطلب به این بحث اشاره می شود. در بحث حدیث رفع که آیا ناظر به رفع مؤاخذه بر شیء است؟ مرحوم نائینی به تناسب، می فرمایند: در جایی که نسبت به انجام دادن حکمی، تأمین مطلق و بدون شرط داده شده باشد، این حکم نمی تواند تحریمی باشد و همچنین اگر نسبت به ترک حکمی تأمین مطلق داده شده باشد، این حکم نمی تواند ایجابی باشد. ایشان در ادامه اشاره می کند: هر چند بین عفو واقعی و عدم حکم ملازمه ای وجود ندارد و ممکن است حکم تحریمی و ایجابی وجود داشته باشد اما شارع عفو کرده باشد اما اخبار مطلق به عفو و تأمین مطلق با ثبوت حکم الزامی ناسازگار است و از اخبار مطلق به عفو، نبود حکم الزامی برداشت می شود. ایشان برخی از مواردی که در آنها اخبار به عفو وجود دارد اما در عین حال الزامی بودن آنها ثابت است را اینگونه پاسخ داده که در این موارد، اخبار مقیّد به عفو وجود دارد و تلازمی بین اخبار مقیّد و ثبوت حکم الزامی وجود ندارد. مانند اخبار به عفو در موارد توبه، عفو در گناه صغیره بر فرض اجتناب از گناه کبیره.

###### اشکال حاج آقای والد: کفایت ثواب بر موافقت برای تحریک در امر الزامی

حاج آقای والد در آن بحث اشاره کردند که بیان مرحوم نائینی ناتمام است زیرا برای رادعیت مکلّف از مخالفت حکم، ثبوت عقاب بر ترک لازم نیست و صرف ثبوت ثواب بر موافقت کفایت می کند. البته ایشان و همچنین مرحوم نائینی این بیان را دارند که در کمّلین مردم نیازی به ثبوت ثواب و عقاب نیست تا حکم را امتثال کنند بلکه به علت محبت و عشق به خداوند، اوامر او را امتثال می کنند. اما بحث این است که در متعارف افراد، عقاب و ثواب موجب امتثال حکم می شود.

نقد: ملازمه عرفی بین تأمین مطلق و نفی الزام

در آن بحث اشاره شد: از نظر عقلی، مطلب حاج آقای والد صحیح است و عقل بیش از ثواب بر فعل را در الزامی بودن حکم، لازم نمی داند چنانچه در احکام استحبابی و غیر الزامی، ثواب محرّک شخص است در احکام الزامی نیز می تواند ثواب محرّک شخص باشد. فارق بین مرتبه الزام و مرتبه استحباب، نفس اعتبار الزام است که مخالفت آن را عقل قبیح می داند بر خلاف موارد استحباب که چنین اعتباری وجود ندارد. پس قوام مفهوم الزام و فصل ممیّز حکم الزامی و غیر الزامی، وجود عقاب بر ترک یا ثواب بر فعل نیست. اما برای تحریک اشخاص و از باب ایجاب باعث بر موافقت و ایجاد رادع بر مخالفت، وجود ثواب و عقاب شرط است.

عرض بنده این بود که مطلب حاج آقای والد از نظر عقلی صحیح است اما در متعارف مردم، ثواب تنها در تحریک بر انجام عمل کافی نیست و به همین دلیل عقاب دنیوی یا اخروی برای تحریک، قرار داده شده است. به همین دلیل اخبار به نبود عقاب، ملازمه عرفی با الزامی نبودن حکم دارد. پس از اخبار به عقاب نداشتن ترک واجب، برداشت می شود وجوب فعلی نیست و حتی اگر اقتضای برای وجوب داشته باشد، این وجوب به فعلیت نرسیده است.

ممکن است کلام آقای سیستانی اینگونه توضیح داده شود: از نظر عقلی قوام الزام مولوی به عقاب بر ترک نیست اما از نظر عرفی و حداقل در فضای احکام اسلامی، قوام الزام مولوی به وعید بر عقاب در صورت مخالفت است.

پس از توضیح کلام آقای سیستانی و دفع برخی از اشکالاتی که توهّم می شود بر کلام ایشان وارد است، کلام آقای سیستانی را مورد بررسی قرار می دهیم.

#### بررسی کلام آقای سیستانی

##### نقد اول: ضرری بودن ثبوت عقاب دنیوی با فرض وجود عقاب اخروی

آقای سیستانی بحث ضرر دنیوی و ضرر اخروی را هم عرض قرار داده و بیان کرد: حتما باید بر حکم مولوی عقابی هر چند دنیوی مترتب شود. اما این سخن صحیح نیست زیرا تمام احکام مولوی الزامی، عقاب اخروی دارند و در برخی از موارد شارع علاوه بر عقاب اخروی، عقاب دنیوی را نیز ضمیمه کرده است. با این فرض، عقاب دنیوی، ضرر بر مکلّف محسوب می شود زیرا اقتضای اصل قانون، وجود صرف عقاب است و با فرض وجود عقاب اخروی، قانون دیگر اقتضایی بر وجود عقاب دنیوی ندارد و به همین دلیل وجود این عقاب، ضرر بر مکلّف محسوب می شود. در نتیجه، این بیان برای انصراف «لا ضرر» به ضرر ابتدایی کافی نیست.

##### نقد دوم: عدم تلازم بین مولوی بودن و قانون جزایی در مرتبه سخت

یکی از مثال هایی که ایشان برای عقاب دنیوی زده، قطع ید سارق و سارقه است. ممکن است شارع مقدس، حکم به حبس سارق یا سارقه کند یا حکم به قطع ید داشته باشد. هر چند اقتضای طبیعت حکم وجود اصل قانون جزایی است اما اقتضای طبیعت حکم، وجود قانون جزایی در مرتبه شدید قطع ید نیست. پس خصوصیات زائد بر اصل طبیعت حکم مولوی، ضرری خواهد بود.

مگر آنکه ادعا شود: لزوم ترتّب قانون جزایی بر حکم مولوی، باعث می شود به خصوصیات فردی قانون جزایی دقت نشده و تمام مراحل قانون جزایی از «لا ضرر» انصراف داشته باشد. این ادعا هر چند بعید نیست اما نیازمند اثبات است و امکان دارد آن را نپذیرفت. زیرا لزوم وجود قانون جزایی در احکام مولوی، نمی تواند دلیل بر انصراف حکم جزایی در مرتبه سخت از «لا ضرر» باشد. به خصوص در مواردی که قانون جزایی در مرتبه پایین تر رادع برای ترک حکم مولوی تحریمی باشد.

به عبارتی دیگر، رادعیت حکم مولوی متوقف بر وجود مرتبه سخت قانون جزایی است و به همین دلیل از نظر عرفی، «لا ضرر» از تمام قوانین جزایی و لو در مرتبه سخت، انصراف دارد. این بیان قابل پذیرش بوده، پذیرش آن بدون اشکال است. پس اصل انصراف قابل پذیرش است اما پذیرش انصراف «لا ضرر» از برخی از مثال ها مشکل است. مانند مثال هایی که آقای سیستانی ذکر کرده و بیان می کند: احکام ضرری اسلام باعث اعتراض دیگران می شود. مثل آنکه در اسلام مجازات قتل و اعدام وجود دارد. آیا نمی توان اعدام را حکم ضرری دانست؟

به نظر می رسد نباید فضای کلی عقلایی را در نظر گرفت و بررسی کرد که آیا عقلا حکم به اعدام دارند یا نه؟ بلکه همین میزان که شارع مقدس برای ردع مکلّفین از مخالفت حکم، احکام جزایی دارد - چنانچه عقلا نیز برای ضمانت اجرایی احکام خود، احکام جزایی را تقنین می کنند - در انصراف «لا ضرر» از احکام جزایی شارع و لو در مراتب سخت، کافی است.

#### کلام آقای سیستانی: عدم دخول اضرار حاکم در قانون جزایی در ضرار

آقای سیستانی در ادامه بیان می کند: اضرار متوجه به مکلّف از سوی حاکم همانگونه که داخل در ضرر نیست، داخل در ضرار نیز، نمی باشد. تحت عنوان ضرر داخل نیست زیرا در حکم مولوی لازم است قانون جزایی وجود داشته باشد تا رادع مکلّف از مخالفت حکم مولوی شود. تحت عنوان ضرار داخل نیست زیرا ضرار از باب مفاعله است و اقتضا می کند ضرر به غیر نسبت مماثل یا از نفس ضارّ یا از غیر ضارّ، همراه آن وجود داشته باشد و در اضرار حاکم این مطلب قابل انطباق نیست و اضرار حاکم مستتبع اضرار دیگری نیست. از ناحیه حاکم اضرار دیگری نیست چون محدودیت و حد و حدود قانونی برای اضرار حاکم وجود دارد و از ناحیه متضرّر نیز اضرار دیگری متصوّر نست زیرا از حاکم حمایت قانونی وجود دارد و حاکم در معرض این نیست که از طرف کسی که ضرر به او وارد شده، متضرّر شود.[[2]](#footnote-2) البته باید دقت داشت: مراد این نیست که در خارج حاکم نمی تواند از ناحیه شخصی که حکم قضایی در مورد او جاری شده، متضرّر شود بلکه مراد این است که ضرر از ناحیه این شخص، از نظر قانونی تنفیذ نشده است. پس «لا ضرر و لا ضرار» ناظر به عدم وقوع خارجی ضرر و ضرار نیست بلکه ناظر به ضرر و ضرار در نظام قانونگذاری است و گرنه ضرر تکوینی بسیار زیاد واقع می شود.

##### نقد اول: عدم صحت معنا کردن ضرار به ضرر مستتبع ضرر دیگر

پاسخ هایی که آقای سیستانی بیان کرده، مبتنی بر مبانی ایشان است که بسیاری از آنها مورد پذیرش دیگران نیست. مانند معنایی که ایشان برای ضرار بیان کرده، معنای خاصی است که کسی آن را قائل نشده است. بسیاری از علما، ضرار را به معنای ضرر دانسته اند و کسانی که معنای ضرار را با ضرر متفاوت می دانند، ضرار را به این معنای خاص نمی دانند. آقای سیستانی ضرار به ضرری که نسبت مماثل یا از سوی فاعل یا از غیر داشته باشد، معنا کرده است. به طور متعارف بر فرض پذیرش تفاوت معنایی ضرر و ضرار، ضرار از باب مفاعله و به معنای مشارکت دانسته شده است به این صورت که ضارّ و متضرّر نسبت متعاکسی نسبت به هم اعمال کنند و همانگونه که ضارّ به متضرّر ضرر وارد می کند، متضرّر نیز به ضارّ ضرر وارد کند.

به هر حال در بین علما مشاهده نشده که معنای خاصی که آقای سیستانی بیان کرده، مورد پذیرش قرار گیرد. از نظر لغوی نیز شاهدی بر این معنا وجود ندارد. ما در جایگاه خویش درباره معنای باب مفاعله و معنای ضرار بحث کرده ایم و دیگر تکرار نمی کنیم.

##### نقد دوم: وجود تکرّر در برخی از احکام جزایی

از سویی دیگر، تطبیق این معنا بر مورد نیز روشن نیست و محدود بودن عمل حاکم به حد قانونی ارتباطی به این ندارد که حاکم اضرار مجدّد نداشته باشد. زیرا با فرض کفایت تکرّر صدور مبدء برای صدق ضرار، برخی از احکام جزائی تکرّر دارند مانند فرضی که حاکم پنجاه ضربه شلاق می زند، ضربه اول ضرر بوده و ضربه دوم تکرّر ضرر و ضرار خواهد بود. پس مجرد محدود بودن به حد قانونی باعث نمی شود تکرّر ضرر از ناحیه حاکم اتفاق نیافتد.

### جهت دوم کلام آقای سیستانی: عدم شمول «لا ضرر» نسبت به ضرر مقدم علیه

آقای سیستانی در جهت ثانیه می فرماید: بنابر مختار، حدیث «لا ضرر» برخی از ضررها را شامل نمی شود زیرا مراد تفهیمی حدیث این است که مکلّف ملزم به تحمّل ضرر نیست و از ناحیه شارع الزامی به تحمّل ضرر وارد نشده است. پس مراد از «لا ضرر» جایی است که حکم شرعی ابتدایی به تحمّل ضرر صادر شده باشد و «لا ضرر» شامل جایی که حکم شرعی به تبع اقدام مکلّف بر تحمّل ضرر باشد، نیست. مانند: «كما إذا اشترى شيئا مع إسقاط جميع الخيارات أو كان عالما بالغبن أو العيب أو صالح صلحا محاباتيا أو ألزم نفسه شيئا بالنذر و العهد و اليمين،»[[3]](#footnote-3) زیرا شارع بیان می کند: من به شما ضرر نمی زنم و در این موارد گویا خود مکلّف به نفس خود ضرر زده است و حکم شرعی به تبع اقدام مکلّف به ضرر وارد شده است.

آقای سیستانی این اشکال را طرح می کند که در مواردی که مکلّف علم به غبن دارد و معامله ای می کند، هر چند در ابتدا اقدام به ضرر کرده اما در بقاء اقدام به بقاء نکرده است. پس تحمّل ضرر در بقاء به خاطر حکم شارع به لزوم معامله است و همین سبب می شود مکلّف در بقاء، متضرر شود. سپس در پاسخ می فرماید: لزوم حکم تأسیسی شرعی نیست. به این علت که مُنشأ بایع و لو به نحو ارتکازی، نسبت به بعد از فسخ نیز اطلاق دارد. به این معنا که بیع، انشاء مالکیت بقائی طرف مقابل است و شارع نیز این انشاء مطلق منشیء را امضاء کرده است.

#### بررسی کلام آقای سیستانی

برای بررسی این کلام، چند مرحله بحث وجود دارد که در اینجا تنها به مباحث آن اشاره می شود.

##### نقد اول: مقید بودن انشاء منشیء به نبود مُخرج

نکته اول این که بر فرض پذیرش اطلاق احوالی، منشیء در انشاء خود، مکلیت طرف مقابل را تا زمانی که مخرجی از ملک وجود نداشته باشد، انشاء می کند. پس اگر شارع مقدس مخرجی را برای ملکیت قرا دارد، با انشاء منشیء منافاتی ندارد. البته به نظر می رسد مُخرجی که منشیء در نظر گرفته، مُخرجی است که عرفا به تبع اراده طرف مقابل ایجاد شده باشد و مُخرجی که بر خلاف اراده او باشد، اراده نشده است. به خصوص در صورتی که با به هم زدن معامله سابق، مُخرج تحقق پیدا کند. به عبارتی دیگر، عدم ترتب آثار صحت معامله بقاءً، با انشاء منشیء منافات دارد. پس مرحله اول صحیح است و حق با آقای سیستانی است.

این بحث وجود دارد که بقاء شیء در ملک مشتری به انشاء منشیء است یا به جهت بنای عقلاست به این صورت که عقلا تا زمانی که مُخرجی نیامده است، مال در ملک مشتری باقی می ماند؟ حتی اگر بقاء مال در ملک مشتری به بنای عقلا باشد، با کلام آقای سیستانی منافاتی ندارد زیرا بقاء مال در ملک مشتری به تأسیس شارع نبوده، به حکم عقلاست. پس تفاوتی وجود ندارد اعتبار استمرار ملکیت، به اعتبار شخص فروشنده باشد یا به اعتبار عقلایی باشد. زیرا این مورد اعتبار امضائی از طرف شارع رخ داده و «لا ضرر» شامل اعتبار امضائی نمی شود.

##### نقد دوم: دخالت حکم شرعی در تحقق ضرر حتی در احکام امضائی

به نظر می رسد اصل نکته مطلب دیگری است. شارع مقدس می توانست انشاء منشیء یا بنای عقلا به بقاء ملک در ملک مشتری را امضاء نکند. پس شارع در متضرّر شدن شخص دخیل است. آقای سیستانی باید این گونه بیان می کرد: از نظر عرفی مراد از «لا ضرر» ضرری است که شارع تأسیسا ایجاد می کند و «لا ضرر» ناظر به احکام ضرری که در طول اقدام مکلّف است یا امضاء حکم عقلایی است، نمی شود. اگر این مطلب ثابت شود، می توان موارد خیار غبن با علم مغبون را از تحت «لا ضرر» خارج دانست اما اگر این مطلب ثابت نشود و «لا ضرر» احکام امضائی را نیز شامل باشد، این موارد داخل در «لا ضرر» خواهد بود.

البته ما در گذشته متعرّض این بحث شدیم و اصل ادعای انصراف در این موارد را پذیرفتیم. به خصوص آنکه در مورد روایاتی وجود دارد که از آنها استفاده می شود،: «لا ضرر» و «ما جعل علیکم فی الدین من حرج» مواردی که مکلّف اقدام به ضرر یا حرج کرده است را شامل نمی شود. اما آقای سیستانی مدعّی انصراف ذاتی است که خروج این موارد از تحت «لا ضرر» به تخصّص باشد نه به تخصیص.

در جلسه آینده درباره ادامه کلام آقای سیستانی و کلام شهید صدر، بحث خواهد شد.

1. قاعدة لا ضرر و لا ضرار (للسيستاني)؛ ص: 226 [↑](#footnote-ref-1)
2. قاعدة لا ضرر و لا ضرار (للسيستاني)؛ ص: 227 [↑](#footnote-ref-2)
3. قاعدة لا ضرر و لا ضرار (للسيستاني)؛ ص: 227 [↑](#footnote-ref-3)