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

**جلسه325 – 21/ 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 معنای نفی حکم ضرری بود. آقای سیستانی پاسخ هایی را به این اشکال مطرح کرده که برخی از آنها در جلسه گذشته مورد بررسی قرار گرفت. در این جلسه ادامه کلام آقای سیستانی نقل شده، مورد بررسی قرار می گیرد.

## کلام آقای سیستانی: قرینیت «لا ضرار» بر مقیّد بودن «لا ضرر»

بحث درباره مشکل تخصیص اکثر بود. در تقریرات آقای سیستانی وارد شده: با دقت در مفهوم ضرر و با توجه به هیئت ترکیبی«لا ضرر و لا ضرار»، روشن می شود این حدیث بعضی از موارد را شامل نیست و این موارد تخصصا از «لا ضرر» خارج است نه به تخصیص.

آقای سیستانی می فرماید: قرین بودن «لا ضرر» به «لا ضرار» باعث می شود برخی از موارد از شمول «لا ضرر» خارج باشد. زیرا «لا ضرار» مقتضی احکام ضرری است که شارع برای عدم تحقّق ضرار در خارج جعل کرده است و با توجه به اقتران «لا ضرر» به «لا ضرار»، این احکام از «لا ضرر» خارج خواهند بود. آقای سیستانی به این احکام اشاره کرده است:

1. منها: أحكام جزائية يستتبعها الإضرار بالمجتمع من قبيل حد السرقة و المحاربة و حد القصاص و التعزير.
2. و منها: حق مكافحة الإضرار و لو بإنزال الضرر على الغير كما في بعض مراتب الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر.
3. جریمه های مالی که شارع در مقابل اضرار جعل کرده است. كضمان الإتلاف و أروش الجنايات و الديات التي تفرض على نفس الجاني. ایشان با «الدیات التی تفرض علی نفس الجانی» اشاره به دیاتی دارد که شخص در انجام جنایت، گناهی مرتکب شده باشد چه عمد باشد و چه شبه عمد. زیرا در شبه عمد هر چند قتل عمد وجود ندارد اما قصد اضرار به مجنی علیه و لو در حد کمتر از قتل وجود داشته است. شبه عمد بودن نیز به همین اعتبار است که از یک جهت خطاست زیرا مرتبه قتل اراده نشده و از یک جهت عمد است که مرتبه پایین تر اراده شد است.
4. احکام مقدماتی که زمینه ضرار را از بین می برد مانند حق شفعه. شارع با جعل حق شفعه، زمینه اضرار شرکا به یکدیگر را از بین برده است.[[1]](#footnote-1)

این موارد برای جلوگیری از ضرار، جعل شده است و چون «لا ضرر» مقترن به «لا ضرار» است از «لا ضرر» نیز خارج خواهند بود. پس «لا ضرار» در حکم قرینه متصله برای تحدید «لا ضرر» بوده، مانع انعقاد اطلاق برای «لا ضرر» می شود.

### بررسی کلام آقای سیستانی

در بررسی کلام آقای سیستانی بیشتر نکاتی شکلی درباره مطلب اخیر ایشان وجود دارد.

#### نکته اول: عدم برداشت جعل وسائل اجرایی از «لا ضرار»

اولین نکته این است که استفاده کردن این احکام از «ضرار» مبتنی بر مبنای ایشان است که بحث آن در تبیین اصل حدیث «لا ضرر» مطرح شد.

#### نکته دوم: عدم دلیل بر تفکیک معنایی «لا ضرر» و «لا ضرار»

دومین نکته این است که اگر «لا ضرار» بتواند شامل این موارد باشد، «لا ضرر» نیز می تواند این موارد را شامل باشد و اگر «لا ضرر» نتواند شامل این احکام باشد، «لا ضرار» نیز نمی تواند شامل باشد. در توضیح باید گفت: «لا ضرار» مطابق مبنای آقای سیستانی، تسبیب به نفی اضرار خارجی است و شارع باعث می شود اضرار به غیر ایجاد نشود. «لا ضرر» نیز می تواند به این معنا باشد که شارع کاری می کند ضرر در خارج تحقق پیدا می کند. آقای سیستانی ضرار را به تسبیب به نفی اضرار خارجی دانست اما ضرر را محدود به ضرر ناشی از حکم شرعی کرده است. در گذشته اشاره شد: دلیلی بر تفکیک معنایی ضرر و ضرار از این ناحیه وجود ندارد.

#### نکته سوم: امکان قرینیت «لا ضرر» بر معنای «لا ضرار»

سوم: فرض این است که شارع این احکام ضرری را جعل کرده است. «لا ضرر» می گوید این احکام جعل نشده و «لا ضرار» می گوید این احکام جعل شده است. چرا ظهور «لا ضرار» بر جعل این احکام، قرینه بر تصرف در «لا ضرر» قرار داده شده و ظهور «لا ضرر» قرینه بر «لا ضرار» قرار داده نشده است؟ گویا آقای سیستانی بیان می کند: ظهور «لا ضرار» در شمول این احکام قوی تر است و در نتیجه بر «لا ضرر» مقدم است و موجب می شود «لا ضرر» شامل این موارد نباشد.

این سه اشکال، اشکالاتی مبنایی است و مبتنی بر مبانی آقای سیستانی است و ایشان مطابق مبنای خویش، نقض ها را پاسخ داده است.

## طریق دوم حل اشکال در کلام آقای سیستانی: اختصاص «لا ضرر» به ضرر طاری

آقای سیستانی طریق دیگری را در حل اشکال تخصیص اکثر بیان کرده به این بیان که: «لا ضرر» ناظر به احکامی است که در برخی از موارد، امتثال آن ضرری است و شامل حکمی که به طبع خود ضرری باشد، نمی شود. این موارد تخصصا از مصبّ حدیث خارج است. ایشان سه وجه برای تقریب این طریق بیان کرده است.

### تقریب اول: قرینیت حکومت لا ضرر بر اختصاص

وجه اول در تقریب، وجهی است که آقای سیستانی از مرحوم نائینی[[2]](#footnote-2) نقل کرده، نقد می کنند. ما وارد بحث از این وجه نمی شویم. محصّل این وجه این است که لازمه شمول «لا ضرر» نسبت به احکام ضرری، متعارض بودن «لا ضرر» بر احکام ضرری است و دیگر نمی تواند حاکم باشد. این وجه در کلام مرحوم داماد[[3]](#footnote-3) نیز پاسخ داده شده که وجوه مشترکی بین کلام مرحوم داماد و آقای سیستانی وجود داشته و نکات متفاوتی نیز مشاهده می شود. بحث را به کلام این بزرگان واگذار می کنیم و از ریزه کاری های موجود در آن، می گذریم.

### تقریب دوم: قرینیت عدم اعتراض اصحاب بر اختصاص

آقای سیستانی وجه دوم تقریب را از استادشان مرحوم خویی نقل می کنند که «لا ضرر» ناظر به عمومات و اطلاقاتی است که گاه ضرری بوده و گاه ضرری نیستند. «لا ضرر» این عموم و اطلاقات را محدود به مواردی می کند که ضرری نباشند و «لا ضرر» ناظر به احکامی که به طبع خود مقتضی ضرر هستند، نمی شود. شاهد بر این مدعا این گونه تقریب شده که به هنگام صدور «لا ضرر» از پیامبر در قضیه سمره، احکام ضرری مانند وجوب حج و جهاد ثابت بوده است ولی هیچ یک از صحابه اعتراض نکرده که «لا ضرر» با وجوب خمس و جهاد درگیر است. همین عدم اعتراض، شاهد بر این است که «لا ضرر» ناظر به این موارد نیست. پس «لا ضرر» تنها ناظر به احکامی است که گاه ضرری بوده و گاه ضرری نیستند و شامل احکامی که بطعبه ضرری است، نمی شود.

#### پاسخ آقای سیستانی به تقریب دوم

آقای سیستانی در پاسخ به وجه دوم، دو نکته را اشاره می فرماید:

نکته اول این است که استشهاد مرحوم خویی مبتنی بر این است که تمام صحابه جوهره حدیث را درک کرده باشند و آنها نیز فهم دقیقی را که ما از روایت درک کردیم، فهمیده باشند. اما شواهد مختلفی وجود دارد که اکثر صحابه به این منزلت نبوده اند. پیامبر ص در خطبه ای که در مسجد خیف اقامه کردند و فریقین آن را نقل کردند، می فرماید: «نضر الله عبدا سمع مقالتي فوعاها و بلغها من لم تبلغه، يا أيها الناس ليبلغ الشاهد الغائب، فرب حامل فقه ليس بفقيه، و رب حامل فقه إلى من هو أفقه منه» در حدیث دیگری از امیر مؤمنین ع وارد شده: «و ليس كل أصحاب رسول الله صلى الله عليه و آله كان يسأله الشي‌ء فيفهم و كان منهم من يسأله و يستفهمه، حتى أنهم كانوا ليحبون أن يجي‌ء الأعرابي و الطارئ فيسأل رسول الله صلى الله عليه و آله حتى يسمعوا» آقای سیستانی می فرماید: معرفت اصحاب به قرآن نیز به همین شکل است و ما در مباحث حجیت ظواهر کتاب و مقدمه بحث حجیت خبر واحد این بحث را مطرح کردیم و شواهدی را از روایات فریقین بر آن ذکر کردیم.

نکته دوم این است که اگر بپذیریم اصحاب معنای روایت را می فهمیدند و عدم اعتراض و سوال آنها ثابت باشد و لو به این اعا که لو کان الاعتراض لبان و لنقل، ممکن است وجه عدم اعتراض این باشد که فقهای صحابه می فهمیدند: مفهوم ضرر شامل برخی از موارد نیست و در برخی از موارد، اقتران «لا ضرر» به «لا ضرار» موجب خروج برخی از موارد می شود. پس لازمه عدم اعتراض اصحاب، اختصاص «لا ضرر» به احکامی که ضرری بودن آنها اتفاقی و در برخی از موارد است، نمی باشد و ممکن است عدم اعتراض به علت وجوه پیش گفته باشد. بله موارد اندکی باقی می ماند که مخصّص بودن این موارد اندک، نسبت به «لا ضرر» بدون اشکال است. آقای سیستانی در ادامه می فرماید: شاید مقصود مرحوم خویی از این کلام وجه سوم باشد.[[4]](#footnote-4)

##### اشکال اول: استبعاد عدم فهم معنای روایت توسط اکثر مخاطبان معاصر صدور

برای بنده پذیرش این حرف دشوار است البته این اشکال، بدوی است و باید شواهد آقای سیستانی در جایگاه خویش بررسی شود. اجمالا بسیار بعید است که گفته شود: مخاطبان معاصر روایت، اصلا معنای روایت را نمی فهمیدند و این ادعا دور از ذهن است. بله دو نکته وجود دارد که باید به آن دقت شود.

1. ظهور تفهیمی روایت را باید مخاطبین بفهمند زیرا روایت برای آنها صادر شده و مخاطب اصلی آن، آنها هستند. اما لازم نیست تمام مصادیق یک روایت توسط مخاطبین فهمیده شود.
2. گاه یک روایت معنای کنایی دارد که این معنای کنایی گاه علاوه بر اراده معنای اصلی مراد بوده، گاه معنای اصلی اراده نشده و معنای کنایی به تنهایی مراد است. ممکن است فهم معانی لازم کلام، برای مخاطبین مختلف متفاوت باشد و برخی آن را درک کنند و برخی آن را درک نکنند.

اما دور از ذهن است که مخاطبین معنای اصلی را اصلا نفهمند.

##### اشکال دوم: امکان استفاده از عدم اعتراض اقلیت

آقای سیستانی بیان کرد: اکثر صحابه در این منزلت نبودند که معنای حدیث را درک کنند. این مطلب، کلام آقای خویی را رد نمی کند زیرا وجود اقلیتی که معنای کلام را درک می کردند، پذیرفته شده است. با این فرض، چرا این اقلیت اعتراض نکرده اند؟ مگر آنکه گفته شود: اگر اکثریت معنا را فهمیده بودند و اعتراض کرده بودند، اعتراض آنها به ما می رسید ولی دلیلی وجود ندارد که فهم اقلیت و اعتراض آنها به ما برسد. این مطلب نیازمند بررسی میزان فهم مخاطبین و تعداد مخاطبین فهیم است.

##### اشکال سوم: عدم صحت استدلال به شواهد مذکور

شواهدی که آقای سیستانی در اینجا نقل کرده، شاهد بر این مطلب نیستند. زیرا بحثی نیست تمام افراد روایت را نمی فهمند، اما مدعا این است که تمام افراد یا اکثر افراد معنای روایت را نمی فهمیدند و از این روایات، چنین مطلبی استفاده نمی شود. در این روایات بیان شده: «رب حامل فقه الی من هو افقه منه» که چه بسا کسی روایت را نفهمد و به کسی که آن را می فهمد، نقل کند. از سویی دیگر، از این روایت برداشت نمی شود حامل فقه روایت را نفهمیده باشد. فقیه به کسی گفته می شود که به متعارف امور فقهی آگاه است. ممکن است شخصی مسأله ای را بلد است اما به غالب مسائل فقهی آگاه نباشد و این شخص، این مسأله را به شخصی نقل کند که به این مسأله آگاهی ندارد اما غالب مسائل فقهی را می داند. پس لازمه فقیه بودن در مجموعه مسائل اسلامی، فهمیدن تمام مسائل نیست پس اگر مطلبی را یاد گرفتید آن را به دیگری و لو از شما فقیه تر باشد، نقل کنید. مهم در فرهنگ اسلامی این است که افراد متوجه شوند تمام علم در دست تمام افراد است نه آنکه فردی تمام علم را داراست. نباید کسی تصور کند که تمام علم را داراست و کسی نیز نباید تصور کند، دیگری تمام علم را داراست و از نقل علمی که یاد گرفته به او اباء کند. پس از این روایت استفاده نمی شود حامل فقه، خصوص آن مسأله را نمی داند و صرفا حامل فقه، الفاظ را نقل می کند بلکه ممکن است حامل فقه خصوص این را روایت را بفهمد اما نباید مانع شود که این روایت را به دیگری و لو فقیه تر از او باشد، اداء کند.

در روایت منقول از امیر مؤمنین ع نیز بیان شده: تمام اصحاب رسول الله ص به یک منزلت نبودند که سؤال کنند و بفهمند. «یستفهمه» در روایت معلوم نیست به این معنا باشد که پس از سوال نیز پاسخ پیامبر ص را نیز متوجه نمی شدند و دوباره درباره معنای پاسخ سوال پرسش می کردند. بلکه امکان دارد «یستفهمه» عطف تفسیر برای «یسأله» باشد به این معنا که تمام اصحاب رسول الله ص سوال نمی کردند تا بفهمند تنها برخی طلب فهم می کردند و سوال می پرسیدند. پس این فقره بیان می کند: برخی از اصحاب منتظر بودند اعرابی سوال کند تا از پاسخ پیامبر ص مطلب را فهم کنند که همین معنا نشانگر فهم کلام پیامبر ص توجه اصحاب است. در نتیجه این عبارت شاهد بر خلاف مدعای آقای سیستانی است نه آنکه به معنای عدم فهم و موافق مدعای ایشان باشد. پس هیچ یک از دو شاهد ادعای ایشان را ثابت نمی کند و باید سایر شواهد ایشان را ملاحظه کرد و در جایگاه خویش تفصیل آن را بحث کرد.

##### اشکال چهارم: وجود دو احتمال در وجه عدم اعتراض اصحاب

آقای سیستانی در اشکال دوم فرمود: شاید اصحاب «لا ضرر» را همانگونه که ما معنا کردیم، معنا می کردند و به همین دلیل با ادله احکام ضرری مانند جهاد و حج در تعارض نمی دیدند نه آنکه روایت را به احکامی که ضرر در آنها طاری است، اختصاص داده باشند. در پاسخ باید گفت: هر دو احتمال وجود دارد و شاید اصحاب به احکام طاری مختص می دانستند. تنها استفاده می شود، وجوب جهاد و حج در نظر اصحاب مشمول حدیث «لا ضرر» نبوده اما آیا عدم شمول به خاطر این است که این احکام بطبعه ضرر هستند و «لا ضرر» شامل احکامی که بطبعه ضرر است، نمی شود یا تحلیل های آقای سیستانی را تحلیل می کردند؟ چه وجهی وجود دارد که تحلیل آقای سیستانی مقدّم شود؟ در وجه سوم بیشتر در این باره بحث می شود.[[5]](#footnote-5)

### تقریب سوم: وجود قدر متیقن و مشهور بودن احکام ضرری

وجه سومی که آقای سیستانی برای تقریب خروج احکامی که بطعبه ضرر هستند از مدلول «لا ضرر»، مبتنی بر دو امر است:

اول: مورد کبرای «لا ضرر»، قضیه سمره است و ضرر در این قضیه، ضرر طاری است. البته آقای سیستانی شفعه و منع فضل ماء را نیز مورد روایت «لا ضرر» می دانستند که به نظر مختار، دلیلی بر مورد بودن این دو وجود ندارد و قدر متیقن از حدیث «لا ضرر» همان قضیه سمره است. طاری بودن ضرر در قضیه سمره به این صورت است که ملکیت نخل در بستان یا خانه دیگری، مستلزم ثبوت حق استطراق برای مالک نخل است همانگونه که در روایتی از پیامبر ص وارد شده: «قضى في رجل باع نخله و استثنى نخلة فقضى له بالمدخل إليها و المخرج منها و مدى جرائدها» پیامبر ص حق استطراق به شیء را برای مالک ثابت دانسته است. اما در خصوص قضیه سمره، بستانی که در آن نخل بوده، محل سکنای انصاری و خانواده او نیز بوده است. به همین دلیل دخول بدون استئذان، موجب هتک حرمت آنها است. پس ضرر طاری قدر متیقن از حدیث «لا ضرر» است و به یک معنا قدر متیقّن در مقام تخاطب ضرر طاری بوده است.

به این نکته اشاره می شود که «فقضى له بالمدخل إليها و المخرج منها و مدى جرائدها» ظهور قوی ندارد که بدون اعلام غیر، حق ورود در ملک دیگری را برای رسیدگی و استفاده از نخل خود را داراست. استئذان موجود در روایات نیز به این معنا نیست که مالک نخل باید اذن بگیرد و مالک بستان حق اذن دادن ندارد. بلکه به این معناست که مالک نخل باید اخبار به استطراق بدهد تا ساکنان شرایط خود را آماده کنند. پس «فقضى له بالمدخل إليها و المخرج منها و مدى جرائدها» ظهور قوی ندارد که بدون اعلام و اخبار حق استطراق دارد حتی در بستانی که محل سکنی نیست. زیرا ممکن است مالک باغ در باغ خود باشد و صاحب نخل باید اعلام و اخبار کند. در نتیجه این قضاوت پیامبر ص تنها ظهور در این دارد که مالک نخل حق استطراق دارد و مالک باغ نمی تواند مانع او شود. البته این نکته دخالت جدی در بحث حاضر ندارد.

نکته دوم ایشان این است: إن الاحكام التي هي بطبعها ضررية كانت من مشهورات أحكام الإسلام و حيث إن الصحابة كانوا حديثي عهد بالإسلام فكانوا يحسون بثقل ذلك و مشقته، و لم ينقل عن أحد منهم تصور شمول الحديث لهذه الاحكام، فكان ذلك قرينة متصلة للكلام على أن المنفي شرعا إنما هو خصوص الضرر الطارئ فلا ينعقد له ظهور في العموم.[[6]](#footnote-6)

#### اشکال اول: عدم تفاوت جوهری بین وجه سوم و وجه دوم

فرق بین این کلام با کلام مرحوم خویی روشن نیست. در وجه دوم آقای سیستانی اشکال کرد: امکان دارد صحابه به خوبی معنای حدیث را نفهمیده باشند. با فرض عدم دخالت فهم مخاطبین در ظهور کلام، چگونه می توان فهم مخاطبین را قرینه متصله قرار گیرد؟ تفاوت بین این دو وجه نیازمند تأمل است و اینکه آقای سیستانی به چه میزان در شکل گیری ظهور کلام و قرینه متصله قرار گرفتن امری، فهم مخاطب را دخیل می دانند؟ به نظر می رسد با پذیرش اشکال قبل، این مورد نیز محل اشکال است.

البته به نظر می رسد اصل مطلب، کلامی است که در وجه سوم بیان شده زیرا ظهور کلام از نحوه فهم کلام نزد مخاطبین ایجاد می شود و مقوّم ظهور، فهم مخاطبین است. ظهور کلام به این معناست که مخاطبین از کلام چه می فهمند؟ ظهور نوعی به این معناست که متعارف مخاطبین این کلام از کلام چه می فهمند؟ در کلام مرحوم خویی نیز این بود که از عدم اعتراض صحابه فهمیدند مخاطبین کلام را به نحو عام نمی فهمیدند که حج و جهاد و امثال آن را شامل باشد. در وجه سوم تنها اضافه شده: «فكانوا يحسون بثقل ذلك و مشقته،» و این میزان دخالتی در بحث نداشته و موجب تفاوت با وجه دوم نمی شود. در نتیجه، وجه دوم و وجه سوم یک وجه است.

#### اشکال دوم: اجمال حدیث «لا ضرر» با پذیرش این تقریب

وجه دوم و وجه سوم، اشکال مشترکی دارد که تنها اثبات می شود صحابه وجوب حج و جهاد را مشمول حدیث «لا ضرر» نمی دیدند. ممکن است قید مفهومی که باعث خروج این احکام است بدین نحو باشد که تمام احکامی که در رابطه خلق و خالق باشد، در حدیث مراد است نه احکام مرتبط بین افراد بشر. بیان مرحوم شیخ انصاری نیز به نحوی همین است که ایشان می فرماید: با توجه به استهجان تخصیص اکثر و لزوم تخصیص اکثر در صورت معنا کردن «لا ضرر» به معنای عام، روشن می شود قیدی در حدیث وجود داشته که مانع تحقق تخصیص اکثر می شده است. مرحوم خویی فرمود: وجوب حج و جهاد در زمان صدور حدیث «لا ضرر» ثابت بوده و آقای سیستانی فرمود: وجوب حج و جهاد از مشهورات احکام بوده است. هر یک از این دو تعبیر، قرینه بر وجود قیدی در «لا ضرر» است و این قید می تواند به نحوی باشد که مرحوم خویی فرموده، می تواند به نحوی باشد که آقای سیستانی فرموده و می تواند به نحوی باشد که مرحوم داماد و حاج آقای والد فرموده اند. حاج آقای والد حدیث «لا ضرر» را به حق الله اختصاص می دهند و حق الناس را از دایره حدیث «لا ضرر» خارج می دانند.

خلاصه آنکه، وجه دوم و سوم تنها مثبت وجود قید بوده و نتیجه آن اجمال «لا ضرر» است و هیچ یک از این دو بیان، اجمال حدیث را از بین نمی برند. به همین دلیل امکان دارد گفته شود: تنها در قدر متیقن می توان به حدیث تمسک کرد و در غیر این موارد، تمسک به حدیث جایز نیست هر چند مشهور نیز به آن استدلال کرده باشند.

1. قاعدة لا ضرر و لا ضرار (للسيستاني)؛ ص: 228 [↑](#footnote-ref-1)
2. رسالة في قاعدة لاضرر، ص: 211 [↑](#footnote-ref-2)
3. المحاضرات ( مباحث اصول الفقه )، ج‏2، ص: 538 [↑](#footnote-ref-3)
4. قاعدة لا ضرر و لا ضرار (للسيستاني)؛ ص: 231 [↑](#footnote-ref-4)
5. اشکال آقای سیستانی به مرحوم خویی این بود که عدم اعتراض و فهم شامل نبودن «لا ضرر» نسبت به احکامی مانند وجوب حج و جهاد، دلیل بر عدم شمول «لا ضرر» نسبت به احکامی که بطبعه ضرر است، نمی شود و ممکن است عدم شمول به وجهی باشد که خود آقای سیستانی بیان کرده اند. پس تمام بحث ایشان نفی دلیل بودن عدم اعتراض بر مدعای مرحوم خویی است نه آنکه عدم اعتراض را دلیل بر اثبات مدعای خود بدانند. (مقرّر) [↑](#footnote-ref-5)
6. قاعدة لا ضرر و لا ضرار (للسيستاني)؛ ص: 232 [↑](#footnote-ref-6)