

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين و صلي الله علي سيدنا محمد و آله الطاهرين

خلاصه بحث گذشته

بحث در این بود که آیا به قاعده لاضرر می‌توانیم بر بدل حیلوله استدلال کنیم یا خیر. بیان کردیم که اگر ما قاعده لاضرر را طبق همان تفسیری که شیخ اعظم انصاری (اعلی الله مقامه الشریف) دارد یا حتی طبق مبنای مرحوم آخوند که طبق مبنای ایشان آنجایی که يك موضوعی ضرری باشد، شارع حکمش را منتفی می‌کند. طبق این دو مبنا اگر ما اینها را بپذیریم و همچنین قائل شویم به اینکه لا ضرر فقط در احکام وجودیه جریان ندارد بلکه در احکام عدمی هم جریان دارد، به این معنا مشهور قائلند به اینکه لاضرر می‌آید آنچه را که قبلاً تشریع شده می‌گوید اگر مستلزم ضرر باشد برمی‌دارد. می‌گوید اگر وجوب وضو که قبلاً تشریع شده، وجوب صوم که قبلاً تشریع شده، اگر ضرری باشد این را برمی‌دارد. اما اگر يك چیزی را هنوز شارع جعل نکرده مثل ما نحن فيه، بگوئیم شارع اگر ضمان را جعل نکند، اگر ضمان بدل حیلوله را جعل نکند این عدم جعل ضمان ضرری علی المالك. برخی گفته‌اند این قسمت دوم را قاعده‌ی لاضرر دلالت ندارد، لاضرر فقط می‌آید آنچه که قبلاً در شریعت توسط خدای تبارک و تعالی تشریع شده را مقید می‌کند به اینکه اگر ضرری شد برداشته می‌شود اما اگر از عدم جعل يك حکم ضرر بر مکلف وارد شود، لاضرر نمی‌آید این را در اینجا نفی کند. گفتیم استدلال به لاضرر مبتنی بر این مبنای دوم است، بگوئیم لاضرر فرقی نمی‌کند، چه در احکام وجودیه و چه در احکام عدمیه. اما مشکله‌ای که اینجا ما را در آخر متوقف کرد این بود که بگوئیم لاضرر در جایی جریان پیدا می‌کند که از بین رفتن ضرر منحصر به بدل حیلوله باشد و در جایی که اجرت این مدت را ضامن باید به مالک بدهد، عرفاً ضرر منتفی می‌شود. پس عرفاً منحصر نیست ارتفاع ضرر به جعل ضمان نسبت به بدل حیلوله. این آخرین مطلبی بود که در لاضرر گفتیم.

دیدگاه مرحوم ایروانی

از کلمات مرحوم ایروانی در حاشیه مکاسب استفاده می‌شود که ایشان این مطلب را قبول ندارد، یعنی این مطلب که ما بگوئیم به مالک در این زمانی که وصول مالک به مال متعذر است و غاصب هم نمی‌تواند این مال را به مالک بدهد، اگر آمدیم اجرت این مدت را به مالک دادیم بگوئیم این اجرت جبران این ضرر را می‌کند. مرحوم ایروانی يك عبارتی دارد (در جلد 2 حاشیه مکاسب صفحه 156) و می‌فرماید: «إِنَّ محجورية المالك عن التصرف في عينه بمثل البيع والإتجار ضرر» اینکه مال پیش مالک نیست و مالک محجور است، نمی‌تواند مالش را بفروشد، چون به هر حال قدرت بر تسلیم ندارد، نمی‌تواند اجازه بدهد، نمی‌تواند هبه کند، این ضرر است. بعد می‌فرماید گاهی اوقات خود عین هیچ اجرت و فایده‌ای برایش مترتب نیست که بعداً بگوئیم اجرت این منافعهش را بدهد، هیچ ارزشی ندارد غیر از اینکه این عین را بفروشد «ولكن لو كانت تحت يده لواءه» می‌تواند آن را بفروشد و با پولش تجارت کند «فدليل نفي الضرر يحكم بإعطاء عوض يقوم مقام العين في الأخذ و العطاء و الإتجار» دلیل نفی ضرر حکم می‌کند که غاصب و ضامن باید عوض را اعطاء کنند که يقوم مقام العين، قائم مقام عین در اخذ باشد، در عطاء، در

اتجار، «فتكون سلطنة المالك علي البدل بدلاً عن سلطنته علي الاصل» مالك الآن بر این بدل سلطنت پیدا می‌کند و این سلطنت بر بدل به جای آن سلطنت بر اصل مال است.

این فرمایش درست و دقیقی است، ولو ما در گذشته گفتیم جبران ضرر به این است که اجرت این مدت را اگر به مالک داد ضرر جبران شده ولی به فرمایش مرحوم ایروانی گاهی اوقات مال اصلاً اجرت بالفعل ندارد، مال فقط طوری است که مالک می‌تواند بفروشد و با پولش تجارت کند. لذا بدل حیلولة باید حتماً به مالک داده شود تا جبران ضرر مالک را کند، به عبارت دیگر ایروانی (رحمة الله علیه) می‌فرماید بدل حیلولة یعنی کاری کنیم همانطوری که این مالک سلطنت بر مالش داشت الآن هم سلطنت بر بدل داشته باشد، بفروشد، هبه کند، این کارها را انجام بدهد، سلطنت بر بدل و سلطنت بر بدل محقق نمی‌شود مگر اینکه بیاید بدل حیلولة را ضامن به مالک بپردازد. با این بیانی که مرحوم ایروانی برای بدل حیلولة دارد معلوم می‌شود که فقها مقصودشان از بدل حیلولة این است که حالا که این مال متعذر الوصول است يك مالي در اختیار مالک قرار داده شود که همان سلطنتی که مالک بر مال خودش داشت همان سلطنت هم بر این داشته باشد.

این بیان باز دلالت دارد بر اینکه قاعده لاضرر - با وجود آن مقدماتی که گفتیم - می‌گوید اگر ذمه ضامن به بدل حیلولة مشغول نیست در نتیجه مالک سلطنتی بر بدل این مالک ندارد این «ضرر علی المالك» و قاعده لاضرر می‌آید این را برمی‌دارد، اینکه برمی‌دارد یعنی لزوم اعطای بدل حیلولة را اثبات می‌کند.

دیدگاه مرحوم اصفهانی

نکته‌ای که اینجا در کلمات مرحوم اصفهانی ذکر شده و از آن عبور کردند ولی باید در آن دقت شود چون هم اینجا این نکته مفید فایده است و هم جاهای دیگر فقه مورد فایده است. مرحوم اصفهانی می‌فرماید:

اولاً استدلال به لاضرر «مبنی علی أن مفاد القاعدة رفع الحكم الضرري لا رفع حكم الموضوع الضرري» که این را اشاره کردیم گفتیم به نظر ما روی هر دو مبنا این قاعده لاضرر اینجا جریان دارد.

ثانیاً «و علی شمول حال الأحكام العدمية» استدلال به لاضرر فقط در آنجایی نیست که يك حکمی در شریعت آمده لاضرر بیاید آن را بردارد! اگر يك جایی از عدم جعل شارع يك ضرري بیاید، لاضرر اینجا آن را برمی‌دارد.

ثالثاً می‌فرماید «و علی عمل الأصحاب بها في المورد لينجبر به وهن دلالتها لوضوح عدم عملهم بها في نظير المقام كما إذا لم تكن العين متعذرة و حال بينها و بين مالکها اختياراً فإنهم لا يقولون فيه بدفع بدل الحيلولة مع أن حاله حال المقام في الضرر فتدبر» مرحوم اصفهانی می‌فرماید مبناي سومی که لاضرر مبتنی بر آن است این است که بگوئیم اصحاب به قاعده لاضرر در این مورد عمل کردند، یعنی در این موردی که مال متعذر الوصول است، فقها به قاعده لاضرر در این مورد عمل کردند و ما این عمل فقها را جبران کننده و هن دلالت لاضرر قرار بدهیم، می‌گوئیم چرا به این مبنا احتیاج داریم؟ می‌فرمایند همین لاضرر در يك مورد دیگر هم به خوبی دلالت دارد، آنجایی که مال متعذر الوصول نیست اما غاصب اختیاراً نمی‌گذارد مالک مالش را بردارد. آنجا فقها نمی‌گویند به قاعده لاضرر باید بدلش را بپردازد. پس معلوم می‌شود دلالت لاضرر يك دلالت موهونی است، با اینکه قابل انطباق و صدق است به آن عمل شده، در بعضی جاها عمل نشده و در ما نحن فيه باید بگوئیم فقها به لاضرر در ما نحن فيه که عین متعذر الوصول است عمل کردند، تا و هن دلالت قاعده را جبران کند.

نظیر اینکه ببینید در باب ادله قرعه، آنجا يك حرفی در خیلی از کلمات فقها هست، این بحث را خوب دقت کنید، یکی از بحث‌هایی است که در اجتهاد مهم است و بسیار برای فقیه سرنوشت‌ساز است. ببینیم حالا به چه نتیجه‌ای می‌رسیم؟ در باب قرعه ما روایات متعددی داریم، ما بحث قاعده قرعه را هم گفتیم، آنجا حرف‌های جدیدی داریم؛ یکی از حرف‌هایی که در آنجا

ذکر کردیم این است که گفتیم ادله‌ی قرعه شامل موارد علم اجمالی و شبهات محصوره هم می‌شود. ما گفتیم اطلاق ادله‌ی قرعه «القرعة لكل أمرٍ مشكل» شامل موارد علم اجمالی می‌شود چون در بعضی از روایاتش هم دارد «القرعة في كل أمرٍ مشتبهِ» و به تازگی من دیدم در کتاب هدایة المسترشدين در بحث شبهه محصوره یکی از اقوالی که ذکر می‌کند قرعه انداختن است، من آنجا آن موقع خودم ندیده بودم کسی احتمال بدهد یا قائل باشد! در بحث اصول‌مان همین روزها دیدم شبهه محصوره است؛ صاحب کتاب هدایة المسترشدين، یکی از اقوالی که نقل می‌کند این است که در آنجا که علم اجمالی داریم یکی از این دو تا نجس است، علم اجمالی داریم یکی از این دو تا حرام است، باید با قرعه حل کرد و این از جهت صناعت علمی و اجتهادی درست است، یعنی ادله قرعه اطلاق دارد و این اطلاق شامل شبهه محصوره هم می‌شود منتهی بحثی که وجود دارد این است، آیا در حجّیت دلالت يك دليل ما علاوه بر اینکه سند را بررسی می‌کنیم ظواهر را هم بررسی می‌کنیم، معارض را بررسی می‌کنیم، اگر دلالت يك دليلی تام باشد یعنی به حیث که شامل آن موردی که ما می‌خواهیم بشود. اما به کلمات فقها نگاه می‌کنیم می‌بینیم فقها در این مورد به این دلیل عمل نکردند، این عدم عمل فقها آیا موجب وهن دلالت می‌شود یا نه؟

در باب حدیث قرعه و احادیث قرعه يك حرف دیگری هم می‌زنند می‌گویند قرعه اینقدر تخصیص خورده، می‌گوئیم القرعة لكل أمرٍ مشكل، می‌گویند در احکام جریان ندارد که ما همان جا چند مورد از تمسك فقها به قرعه در شبهات حکمیّه شاهد آوردیم. حالا می‌گویند در احکام جریان ندارد، در موارد علم اجمالی جریان ندارد، می‌گویند اینقدر این تخصیص خورده، این کثرت تخصیص موجب وهن دلالتش شده. حالا چکار می‌کنیم با این ادله‌ی قرعه؟ این ادله‌ی قرعه که این همه ضربه خورده! به طور کلی ببوسیم و کنارش بگذاریم. این يك نحوه بحث است که بگوئیم اگر يك دليلی در اثر کثرت تخصیص اینقدر ضعیف شد اینجا استدلال به آن دلیل متوقف است که در هر موردی می‌خواهیم استدلال کنیم فقها باید به آن عمل کرده باشند، این يك نظریه. يك نظریه بالاتر از این است و آن اینکه اصلاً در تمام ادله‌ی فقهیه اگر يك فقیه‌ی بخواد به يك دليلی در يك موردی عمل کند این مشروط به این است که قبلاً فقها در همین مورد به آن دلیل عمل کردند، اگر فقها در این مورد به آن دلیل عمل نکرده باشند «هذا يوجب ضعف الدلالة» البته روشن است، محل بحث موردی است که در معرض فقها بوده، در انظار و در منظر فقها بوده، اما فقها اعتنا نکردند، دلیل را آنجا جاری نکردند، فقها دلیل قرعه را دیدند، بحث علم اجمالی و شبهه محصوره هم در جلوی‌شان بوده، اما گفتند قرعه در اینجا جاری نمی‌شود. حالا فرض کنید در زمان ما يك مصداق جدیدی اصلاً پیدا شود که در زمان فقها نبوده، آن از محل بحث خارج است، محل بحث این است که آیا این موارد و مصادیقی که قبلاً در منظر فقها بوده، اگر به يك دليلی فقها در آنجا عمل نکردند، فقیه دیگر هم حق ندارد در آن مورد به این دلیل عمل کند، مثلاً در اینجا بگوئیم فقها به لاضرر، در آنجایی که غاصب نمی‌گذارد مالك به مالش برسد ولي مال متعذر الوصول هم نیست یا در آنجایی که متعذر الوصول است اما زمان قصیره لازم دارد تا غاصب این مال را بیاورد، در این دو مورد فقها به قاعده لاضرر عمل نکردند، بگوئیم پس دست فقهای بعد هم که می‌آید بسته است، آنها هم حق عمل کردن به این قاعده لاضرر در این دو مورد را ندارند. از کلام مرحوم اصفهانی همین استفاده می‌شود. ایشان می‌فرماید باید بگوئیم که قاعده لاضرر در ما نحن فيه مورد عمل اصحاب بوده است. اگر عین در دست غاصب بود، غاصب بعد از دستش به دریا افتاد و شد متعذر الوصول، باید بگوئیم که فقها به قاعده لاضرر در این مورد عمل کردند تا وهن دلالت این لاضرر را جبران کند و آن موردی که فقها عمل نکردند ما هم حقّ عمل کردن در آن مورد را نداریم.

نکته: ما در بحث اصول در مبحث علم اجمالی از جهت علمی - نه از جهت فتوایی - به این نتیجه رسیدیم که عقل در شبهه محصوره حکم به اجتناب می‌کند، معلق بر اینکه شارع ترخیصی نداده باشد، چون در کلمات شیخ انصاری و آخوند و دیگران می‌گویند عقل مطلقاً به صورت کلی، اصلاً معلق نه، عقل می‌گوید يجب الاجتناب عن المعلوم، چه معلوم تفصیلی و چه معلوم اجمالی، ما گفتیم نه! يجب الاجتناب در معلوم تفصیلی و اجمالی، مادامی که شارع ترخیص در انتخاب نداده باشد. و در شبهات محصوره موارد و روایات زیادی داریم که شارع ترخیص در انتخاب داده که اتفاقاً روایاتش را خواندیم و ببینید مخصوصاً بحث جوائز السلطان را در مکاسب ببینید، در بحث جوائز السلطان فقها می‌گویند اخذ آن جایز است، با اینکه ما می‌دانیم در اموال سلطان مال حرام زیاد وجود دارد، علم اجمالی هم داریم.

پس توجه کنید که در فقه، آیا اگر يك روایتی یا يك آیه‌ای اطلاق دارد و این اطلاق مصادیقی دارد برای فقیه در صورتی حجّیت

دارد که فقهای قبل نسبت به این مصادیق به آن تمسک کرده باشند و اگر در يك مصداقي، در يك موردی به يك روایتی فقهای قبل تمسک نکردند، فقهای بعد هم حق تمسک کردن ندارند، اگر دیدیم به لاضرر در يك جایی فقها تمسک نکردند، بگوئیم این مورد که در منظر فقهای قبل بوده و آنها در این مورد تمسک نکردند پس بگوئیم فقهای بعد هم حق تمسک ندارند؟! یا ما آمديم يك اصالة الإطلاق درست کردیم، از آن طرف عمل اصحاب را هم فقط در دایره جبران ضعف سند می‌توانیم بیاوریم، از این حد تجاوز نمی‌کند. اگر در يك جا يك حدیثی سندش ضعیف بود، عمل الأصحاب جبران می‌کند و اگر آنجا اصحاب در يك مورد خاص عمل کردند دست ما هم بسته است در همان مورد باید عمل کنیم، چون سندش ضعیف بوده به مقداری که جبران شده به همان مقدار ما حق داریم. اما وقتی جایی سند صحیح است، روایت اطلاق دارد، اصالة الإطلاق، اصالة العموم، همه این ظواهر در آن حجیت دارد، در يك موردی ما ببینیم که قابلیت انطباق در آن مورد دارد ولو فقهای قبل متعرض نشدند، این برای ما معتبر است.

عبارت اصفهانی را ببینید، عرض کردم این بحث مهمی است و این خودش يك نکته اجتهادی مهم است و روش اجتهادی است، اگر فقیه بگوید ما اصلاً در دلالت روایات کاری به عمل اصحاب نداریم، خواه عمل کرده باشند و خواه عمل نکرده باشند. فقط عمل برای جبران ضعف سند به درد می‌خورد که مشهور این مبنا را دارند، اما حالا بیائیم بگوئیم، آنجایی هم که دلالتش يك مقدار ضعیف است، بگوئیم آنجایی که عمل کردند دلالتش برای ما حجیت دارد، آنجایی که عمل نکردند ولو اصالة الإطلاق هم می‌گوید اما قبول نکنیم.

فردا شهادت امام حسن مجتبی(ع) است، من این را عرض کنم که ادله و مدارکی که شهادت امام حسن(ع) در هفتم صفر را دلالت دارد به مراتب قوی‌تر از بیست و هشتم صفر است و ادله‌ای که دلالت بر ولادت امام کاظم(ع) در هفتم صفر دارد ضعیف است و بر حسب يك روایت معتبری که در کافی آمده ولادت امام کاظم(ع) در ماه صفر واقع نشده، در وقتی است که امام صادق(ع) در ماه ذی الحجه از مکه برمی‌گشتند، از مکه که برمی‌گشتند در ابواء آمدند به حضرت عرض کردند که حمیده مادر امام کاظم(ع) درد مخاض گرفته و وضع حمل کرد، علي کلّ حال این قرائن شهادت امام مجتبی(ع) در فردا اقواست و از قدیم الأیام، از زمان مرحوم آقای حائری حوزه تعطیل می‌کرده و بازار قم هم تعطیل می‌کردند و لذا فردا درس تعطیل است.

و صلي الله علي محمد و آله الطاهرين