

# گفت و گو مقایسه قاعده عدالت با قاعده لاضرر

## حسنعلی علی اکبریان

فقه امامیه بر مبانی کلامی خاصی، از جمله عدالت خداوند مبتنی است. فقه اصولی ها نیز با فقه اخباری ها، تفاوت هایی از جمله در حجیت عقل دارد. با بررسی واقع بینانه در تأثیر مبانی عدالت و حجیت عقل بر فقه اصولیان امامی درمی یابیم که این دو مبنا، نمود پرننگی در تمایز مکاتب فقهی یادشده نداشته است. بررسی عوامل این پدیده، نیازمند مطالعات گسترده جامعه شناختی و فلسفه فقه است ولی شاید مهم ترین این عوامل را در امور زیر بتوان بیان کرد: اول اینکه در نگاهی کاملاً درون فقهی، ادله لفظی مربوط به عدالت، بیان مولوی و در مقام انشاء نیستند، بلکه صرفاً بیانگر مسئله ای کلامی، و حداکثر از مقاصد شریعت شمرده می شوند. از این رو، عدالت تشریحی خدا را بیشتر دارای حیثیت ثبوتی دانسته اند تا حیثیت اثباتی. دوم آنکه شوق به پاسداری از شریعت و خوف از بدعت گذاری و تأسیس فقه جدید باعث شده تا باب فراروی از ادله لفظی به سختی گشوده شود و حتی تحقیق و کاوش در زمینه های مربوط به فضای مجاز تأثیر عدالت و عقل در فقه کمتر صورت گیرد. اما سزاوار است که نقش عدالت در استنباط را بیش از این کاوید و جایگاه معتبر آن را احیا کرد؛ چرا که هر تفریطی در این زمینه، زمانی عکس العمل افراطی را به دنبال خواهد داشت، چنان چه طلیعه های این افراط نمایان است. پس شایسته است جایگاه لایق آن، با مبانی مکتب اهل بیت (ع) و با پرهیز از دخالت هرگونه عامل غیرعلمی شناخته شود. پژوهشکده فقه و حقوق پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی در گام نخستین، با انتشار مجموعه گفت و گوهای (قاعده عدالت در فقه امامیه) تلاش کرد تا دیدگاه های مختلف در این زمینه را مطرح کند. در آن مجموعه سه دیدگاه ارائه شد: الف) دیدگاه غیرفقهی: شارع فقط عدالت را واجب و ظلم را حرام کرده است؛ یا حتی این وجوب و حرمت را نیز بیان نکرده بلکه تنها انسان ها را به عدالت دعوت کرده و از ظلم پرهیز داده است. به هر حال، در شریعت هیچ حکمی راجع به مصادیق آن وجود ندارد و در هر زمان مصادیق عدالت و ظلم توسط خود مردم باید تشخیص داده شود. ب) دیدگاه فقهی عدالت عرفی: شارع احکام شریعت را بر اساس عدالت جعل کرده است و در مواردی شناخت بشر از عدالت را معیاری اثباتی برای شناخت احکام خود قرار داده است. این موارد در جایی است که عرف، حکمی را عدل یا ظلم بداند و شارع با نص صریح (نه ظاهر) آن را ردع نکرده باشد. پس اگر نصی نبود و ظواهر متعددی در مورد ظلم عرفی وجود داشت، آن ظواهر کنار می روند. این دیدگاه میان عدل و ظلم زمان شارع و عدل و ظلم مستحدث فرقی نمی گذارد. ج) دیدگاه فقهی عدالت واقعی: در این دیدگاه نیز شناخت عدل و ظلم در مواردی می تواند معیار اثباتی برای شناخت احکام شارع باشد ولی موارد آن از دیدگاه دوم محدودتر است. این دیدگاه موضوع عدل و ظلم را در ادله آن، عدل و ظلم واقعی می داند و عدل و ظلم عرفی را فقط در برخی شرایط، کاشف از عدل و

ظلم واقعی می‌داند. از آنجا که گفت و گوی حاضر، به نوعی ادامه گفت و گوی استاد محترم حجة الاسلام و المسلمین محمدتقی شهیدی در تبیین دیدگاه فقهی عدالت واقعی است، مواردی که در این دیدگاه برای شناخت عدل و ظلم اعتبار اثباتی دارد را بیان می‌کنیم: ۱. هرگاه عقل به قطع حکمی را عدل یا ظلم دانست، حکم شارع بر اساس آن شناخته می‌شود. ۲. هرگاه ارتکاز عقلا، حکمی را عدل یا ظلم دانست، و هیچ دلیل خاصی به وفاق و خلاف آن وجود نداشت، سکوت شارع در بعضی از صور، آن ارتکاز را امضا می‌کند؛ یعنی اگر ارتکاز زمان شارع برای ما محرز بود و با سکوت شارع امضا شده بود، بنابر مبنای ثبات احکام شریعت، دیگر ممکن نیست ارتکاز جدیدی که مخالف با ارتکاز زمان شارع است امضا شود؛ ولی بنابر برخی مبانی در مسئله علم امام(ع)، اگر ارتکازی در زمان شارع وجود نداشت، ارتکاز جدید توسط سکوت شارع امضا می‌شود. ۳. هرگاه ارتکاز زمان شارع، حکمی را که از عموم یا اطلاق کلام شارع به دست می‌آید ظالمانه بداند، و ما آن ارتکاز زمان شارع را احراز کنیم، این عموم یا اطلاق توسط آن ارتکاز ظلم شکسته، و به غیر مورد ظلم منصرف می‌شود؛ ولی اگر ارتکاز زمان شارع، حکمی را که از نص کلام شارع (نه اطلاق یا عموم آن) به دست می‌آید ظالمانه می‌دانست، آن نص، رادع و ابطال کننده ارتکاز ظلم خواهد شد. ۴. اگر حکمی که از اطلاق یا عموم کلام شارع به دست می‌آید توسط ارتکاز جدید عقلا ظالمانه انگاشته شود، و فرض این باشد که در زمان شارع ارتکاز ظلمی نسبت به آن حکم وجود نداشته، و یا ما آن را احراز نکرده باشیم، در این صورت، آن اطلاق یا عموم رادع و ابطال کننده ارتکاز جدید ظلم می‌شود. در مصاحبه حاضر، قاعده (عدالت) با قاعده (لاضرر) مقایسه می‌شود. قاعده لاضرر از چند جهت با قاعده عدالت شبیه است. اول اینکه هر دو، در تمام ابواب فقهی صلاحیت جریان دارند؛ دوم اینکه در هر دو، حیثیت نفی حکم واضح تر از حیثیت اثبات حکم است؛ و سوم اینکه هر دو، در موارد جریانشان مقدم بر ادله احکام می‌شوند. از سوی دیگر، چون قاعده لاضرر دارای پیشینه بحث‌های مفصل و پردامنه است، امید است مقایسه قاعده عدالت با آن در شفاف سازی زوایای مختلف قاعده عدالت بتواند مفید باشد.

سؤالات پیش رو:

مهم ترین مطالبی که در این مقایسه بررسی شده اند عبارتند از: - آیا کارکرد قاعده عدالت و قاعده لاضرر فقط نفی حکم است یا این دو قاعده اثبات حکم هم می‌کنند؟ و فرق این دو قاعده در این زمینه چیست؟ - ارتکازات جدید ظلم و ضرر، چه جایگاهی در تقیید خطابات شرعی دارند؟ - مرجع تشخیص مصداق عدل و ظلم و ضرر چه کسی است؟ - مفهوم ظلم و ضرر چه نسبتی با یک دیگر دارند؟ - ضرر به چه معناست؟ - عدالت و ضرر چه نقشی در حکم حاکم شرع دارند؟ - قاعده عدالت از چه راه‌هایی می‌تواند در حکم تأثیر بگذارد؟ - ظلم و ضرر مستحدث، چه نقشی در استنباط حکم شارع دارند؟ - بحث مقایسه قاعده عدالت با قاعده لاضرر مسبوق به بحثی است که پیش از این درباره قاعده عدالت انجام شده است. در قاعده عدالت گاه به جنبه سلبی نظر دارند و آن در جایی است که به حکم عقل یا عرف یا ارتکاز عقلا، حکمی ظالمانه انگاشته

شود و آثاری را مترتب بر آن می کنند؛ و یا در جایی است که هیچ نصی وجود ندارد و با قید و شرطهایی اثری را بر ارتکاز ظلم یا ظلم عرفی یا ظلم عقلی مترتب کنند. و گاه به جنبه ایجابی قاعده عدالت نظر دارند و بر آنچه که از دید عقل یا عرف یا ارتکاز عقلا عدل دانسته می شود، اثری فقهی بار می کنند. اگر آن جنبه سلبی را (قاعده عدم ظلم) یا (نفی ظلم) و آن جنبه ایجابی را (قاعده عدالت) نام گذاریم، آیا چنین قاعده هایی در فقه وجود دارد؟ اگر وجود دارد چه تعریفی برای آن می توان ارائه داد و اگر این قاعده را با جنبه های مختلف قاعده مشهور (لاضرر) مقایسه کنیم تا افق هایی را برای عدالت و نفی ظلم بگشاییم و این دو قاعده را تنقیح بیشتری کنیم، کدام یک از این دو قاعده را مناسب بحث می بینید؟

### تفاوت های قاعده عدالت و قاعده نفی ظلم

- به عنوان مقدمه، مختصری درباره قاعده عدالت و یا قاعده نفی ظلم صحبت می کنم و سپس درباره اینکه آیا می توان برای تأمین نتایجی که ممکن است از قاعده عدالت گرفته شود از قاعده لاضرر کمک گرفت، سخنانی بیان می کنم. شهید مطهری در کتاب نظام حقوق زن در اسلام درباره مواردی که شوهر زنش را طلاق نمی دهد و مشکلات زندگی برای زن به حدی می رسد که بقای زوجیت برای او از نظر عقلا ظلم است، می گویند چگونه می توان پذیرفت که اسلام این ظلم را ببیند و فکری برای برطرف کردن آن نکند. سپس می فرمایند اگر در این موارد حق طلاق را به این زن - ولو با مراجعه به حاکم شرع - ندهیم، نوعی ظلم در حق این زن است لذا، بنابر قاعده اصالة العدالة کشف می کنیم که اسلام چنین حقی را برای این زن قائل شده است. ۲.

### آثار فقهی مورد انفاق درباره ارتکاز عدل و ظلم

در این رابطه قاعده ای در مجامع علمی فقها پذیرفته شده است و آن اینکه: اگر در زمان صدور خطابات شرعی، یک حکم شرعی مخالف ارتکاز عقلا نبود ولی بر اثر اختلاف فرهنگ ها (پیش رفت یا پس رفت فرهنگ ها) ارتکازها عوض شد، و آنچه را که دیروز در زمان شارع قبیح و ظلم نمی دانستند امروز ظلم بدانند، این نمی تواند موجب انصراف آن خطابات شرعی شود. مثلاً در رابطه با تعدد زوجات، خداوند متعال می فرماید: (فانکحوا ما طاب لکم من النساء مثنی و ثلاث و رباع)، ۳ فرهنگ آن روز این را ظلم تلقی نمی کرد اما امروز ازدواج مجدد بدون رضایت زن اول را یا خلاف معاشرت به معروف و یا ایذاء زن اول می دانند؛ به هر حال فرهنگ جوامع بشری امروز آن را نوعی بی عدالتی به زن اول تلقی می کنند. اما با پذیرفتن اصل صغرا نمی توان اطلاق آن آیه را تقیید زد. حتی اگر در آن زمان نیز یک ارتکاز عقلایی وجود داشت و نص خاص معتبری برخلاف آن ارتکاز عقلا داشتیم، طبیعی بود که نص را به معنی ردع آن ارتکاز عقلا تلقی می کردیم. ولی در خطباتی که اطلاق و عمومش خلاف مرتکز قوی عقلایی است اگر این مرتکز عقلایی در زمان شارع باشد طبیعی است که

این ارتکاز منشأ انصراف آن اطلاق یا عموم می شود. همان گونه که بزرگان در اصول مطرح کرده اند، (لاتقف ما لیس لك به علم) ۴ از عمل به خبر ثقه انصراف دارد؛ چون در همان زمان در ارتکاز عقلا خبر ثقه مقبول بود و وقتی در چنین محیطی خطاب می شود که (به غیر علم عمل نکنید)، این ارتکاز بر حجیت خبر ثقه به منزله قرینه متصله، مقید آن عموم یا اطلاق می شود؛ اما اگر این ارتکاز در زمان شارع نبود و بعداً به وجود می آمد طبیعی است که این به منزله قرینه متصله نیست. گاهی ارتکاز ظلم از قبل بوده ولی مصداقی نداشته و اینک مصداق پیدا کرده است، در اینجا می توان پذیرفت که این ارتکاز که برخلاف عموم یا اطلاق وجود داشته، موجب تقیید اطلاقات یا عمومات بشود. اما اگر ارتکازهای جدیدی برخلاف ارتکاز قبلی تشکیل شد و یا اینکه قبلاً هیچ ارتکازی نفیاً یا اثباتاً نبود و الآن ارتکاز منفی در مورد موضوعی به وجود آمده نمی تواند ظهور این خطاب را عوض کند. گاهی گفته می شود که اطلاق خطابات در فرض ارتکاز ظلم جدید هم شکسته می شود؛ مثلاً اطلاق این خطاب که (شهادت زن در غیر دعاوی مالیه و شبه مالیه مقبول نیست و در دعاوی مالیه هم شهادت دو زن در حکم شهادت یک مرد است)، در این زمان که ارتکاز عقلا تاب تحمل این مطلب را ندارد و آن را نوعی تبعیض فاحش در مورد زنان می پندارد، ثابت نیست. اما این مطلب درست نیست زیرا آنچه اطلاق را از بین می برد یا قرینه منفصله است یا قرینه متصله. قرینه منفصله یعنی مخصصی داشته باشیم تا آیه (فإن لم یكونا رجلین فرجل و امرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضلّ احدهما فتذکر احدهما الأخری) ۵ را تخصیص بزند ولی چون ارتکاز جدید حداقل با وجود اطلاق آیه اعتباری ندارد، چنین مخصصی نداریم. آنچه می ماند قرینه متصله است. ارتکاز یک قرینه لبیه متصله است. وقتی در زمان صدور خطاب از شارع، ارتکاز مخالفی وجود نداشت - حتی اگر ارتکاز مخالفی هم بود چون این آیه نص در عدم قبول شهادت زنان، هم سان با شهادت مردان است، آن ارتکاز را ردع می کرد - وجهی ندارد که ما اطلاق این خطاب را تقیید زده و انکار کنیم. نتیجه می گیریم که در قاعده عدالت در صورتی ارتکاز عام عقلایی می تواند حکمی را ظلم بداند و خطابات مطلق و عام را تقیید بزند که این ارتکاز در زمان صدور خطابات شرعیه موجود باشد. مثلاً در باب دیه، اگر جانی جراحتی بر چشم انسانی وارد کند که درمان آن هزینه زیادی را به دنبال داشته باشد، ممکن است گفته شود در همان زمان هم ارتکاز بر این بوده که دیه نباید از مخارج نوعی درمان جراحتی که وارد شده کمتر باشد. این ارتکاز مقبول است. یا در مواردی که خطاب شرعی وجود ندارد مثل حق ابتکار و تألیف، قاعده عدالت می تواند کارگشا باشد؛ یعنی اگر عقلا از نبودن حکمی احساس کنند که به کسی ظلم می شود، با توجه به آیه (ان الله یأمر بالعدل) ۶ حکم را می فهمند؛ زیرا ظهور عرفی این آیه بیش از یک شعار در مدح خداوند است که بگوید هرچه خدا می گوید عدل است ولو شما مردم فکر کنید ظلم است. این ظهور با آیه ای که برای مردم جنبه دستورالعملی دارد متناسب نیست بلکه ظاهر آیه می خواهد به مردم الگو بدهد تا دنبال عدل بروند. حال اگر کاری در ارتکاز عقلا ظلم بود و نص خاصی هم نداشتیم که این ارتکاز عقلایی را بفهماند، مقتضای (ان الله یأمر بالعدل) این است که باید عدالت مراعات شود. فرقی نمی کند این را قاعده عدالت نام بگذارید یا قاعده نفی ظلم. شاید کسانی که قاعده عدالت را از نفی ظلم تفکیک می کنند، تصورشان این است که گاهی از عدم حکم، ظلم به وجود می آید یا عدالت نفی می شود، در حالی که این دو فرقی نمی

کنند. حتی این مبحث در قاعده لاضرر و لاحرج هم مطرح شده است. مرحوم آقای خوئی<sup>۷</sup> و مرحوم صدر هم این مبحث را دارند. ۸. ظاهر این لاضرر و لاحرج و اگر قاعده عدالت را بپذیریم این است که موقف شارع، چه موقف ایجابی و چه موقف سلبی، موقفی نیست که موجب ضرر و حرج یا منشأ ظلم شود. - نکته تفکیک بین این دو قاعده یا دو تعبیر از قاعده عدالت این است که گاهی احساس می شود عرف یا ذهن انسان می تواند ظلم بودن چیزی را تشخیص دهد اما مصداق عدلش را نمی تواند تشخیص دهد. - فرقی نمی کند. قاعده عدالت نیز ظلم را نفی می کند اما انتخاب یکی از گزینه های دیگر که باعث تحقق عنوان عدالت می شود از عهده این قاعده خارج است.

- آیا به نظر شما لسان نفی یا اثباتش هم فرقی نمی کند؟ نفی ظلم مانند لاضرر و لاضرار فقط می خواهد حکم را نفی کند ولی عدالت حکم را اثبات می کند.

اثبات حکم توسط قاعده لاضرر و عدالت

- فرقی این است که در لاضرر و لاحرج که قواعدی تبعیدی هستند می گویند ما به مقدار دلالت آنها اکتفا می کنیم. قاعده لاضرر نفی حکم ضرری می کند ولی اثبات حکمی که از عدمش ضرر لازم می آید، از عهده قاعده لاضرر خارج است. البته این حرف صحیح نیست زیرا قاعده لاضرر اثبات حکم هم می کند؛ چون بنابر قاعده لاضرر، ضرر ناشی از موقف شارع مرفوع است، چه موقف ایجابی باشد و از اثبات حکمی ضرر تولید شود یا موقف سلبی باشد و از عدم اثبات حکمی ضرر به وجود آید. مثلاً شارع ظلم به دیگران را تحریم نکند و مردم از این عدم تحریم، دچار ضرر شوند؛ بدین بیان که شارع می توانست با تحریم ظلم از این ضرر جلوگیری کند ولی نکرد و این موقف سلبی شارع سبب ضرر برای مردم شد. قاعده لاضرر این را هم می تواند نفی کند. به هر حال این بحث در لاضرر و لاحرج یک بحث استظهاری است؛ اما در بحث قاعده عدالت طبق ادله ای که داریم لسان این قاعده (لیقوم الناس بالقسط)<sup>۹</sup> و (إنّ الله یأمر بالعدل) است. ۱۰ هدف اسلام، و هدف مشترک همه انبیا هدایت مردم به سمت عدالت است و خدا هم به عدالت امر می کند. عادل بودن به معنای انجام کارهای مستحب نیست؛ زیرا این مرحله زاید بر عدالت است. عادل بودن یعنی ظالم نبودن و این بدان معناست که هر جا از موقف ایجابی مان ظلم لازم آمد، ترک کنیم و هر جا از موقف سلبی مان ظلم لازم آمد، ترک نکنیم. مثلاً از ترک نفقه بر اولاد و از ترک حفظ نفس اجتناب کنیم. اگر طبیبی ببیند که فردی در حال جان دادن است، نمی تواند بگوید دلیلی بر وجوب حفظ نفس وجود ندارد؛ زیرا بنابر ارتکاز عقلا که نجات ندادن را ظلم می داند کشف می کنیم که نجات آن بیمار واجب است و اگر طبیب جان این بیمار را حفظ نکند ظلم است. شارع نیز اگر در اینجا حفظ جان این بیمار را واجب نکند با (لیقوم الناس بالقسط) یا (إنّ الله یأمر بالعدل) منافات دارد. بنابراین، آن شبهه ای که در قاعده لاضرر مطرح است و می گوید این قاعده شامل اثبات احکام نمی شود، پیش نمی آید.

- آیا می خواهید بگویید قاعده عدالت تعبدی نیست و قاعده لاضرر تعبدی است؟

- مقصودم از آن تعبیر این بود که در لاضرر شارع حکم ضرری را نفی کرده و ما نمی دانیم جایی که از عدم حکم، ضرری لازم بیاید نیز مشمول خطاب هست یا نیست؟ یکی می گوید هست یکی می گوید نیست. سخن من این است که بدون تردید بین جایی که از موقف سلبی شارع و عدم حکم، ظلم لازم بیاید، و جایی که از وجود حکم، ظلم لازم بیاید فرقی در تطبیق ادله عدل نیست. به عبارت دیگر، هدف انبیا این است که مردم قسط را اقامه کنند، (لیقوم الناس بالقسط) (ان الله یأمر بالعدل)، در اینجا خطاب کلی است و بحث لسان اختصاص به احکام وجودیه مطرح نیست.

- شما در قاعده (لاضرر) می فرمایید جای این شبهه هست که لاضرر فقط نفی حکم کند و اثبات حکم نکند ولی در قاعده (عدالت) جایی برای این شبهه نمی بینید زیرا عدم ظلم مساوق با عدالت است. چرا این را در لاضرر نمی گویند؟

- بحث است که اگر مثلاً از عدم حکم به ضمان در حبس خُرّ کسوب، ضرری متوجه او شود آیا واقعاً می توان ضمان را اثبات کرد یا خیر؟ این یک بحث اختلافی است و بزرگانی مثل آیه الله سیستانی معتقدند که برای اثبات ضمان در خُرّ کسوب می توان به قاعده لاضرر تمسک کرد. ۱۱ اما راجع به ظلم و عدل اگر واقعاً ثابت شود که پرداخت نکردن خسارت به این محبوس ظلم است، آیاتی که می گویند (ظلم نکنید) و (بین خودتان به عدل رفتار کنید)، بدون هیچ شکی حکم ضمان را اثبات می کند. پس اگر ترک کاری ظلم باشد طبعاً آن کار واجب است. مرحوم خوئی ۱۲ و محقق همدانی ۱۳ در بحث استیلاء بر مال کافر می فرمایند که این استیلاء، ظلم عقلایی است لذا تا دلیل معتبر پیدا نکنیم که شارع این ظلم عقلایی را ترخیص کرده (چون ظلم عقلی نیست تا قابل ترخیص نباشد)، بر اساس همان اصالت منع در ظلم عقلایی باید اجتناب کنیم. همچنین می گویند اگر درباره کسی که مال او را به قهر و غلبه می گیریم شک کردیم که مسلمان است یا کافر، جای اصالت برائت نیست بلکه جای اصالت حظر در تصرفات مخالف با ارتکاز عقلاست. وقتی عقلاً تصرفی را ظلم می بینند، تا روشن نباشد که نظر شارع خلاف آن ارتکاز عقلایی است، اصالت حظر جاری می شود.

- آیا ارتکاز جدید ظلم می تواند در تقیید خطابات شارع دخالت کند؟

- چنان چه ارتکاز معاصر با خطاب شارع مخالف نباشد، مشکلی با خطابات شرعیه ایجاد نمی کند. ولی اگر مخالف باشد و اصل ارتکاز در زمان خطاب وجود داشت و خطاب شارع نیز به اطلاق و عموم نبود بلکه خطاب به شکل غیر قابل توجیه در مقابل آن ارتکاز عقلایی قرار گرفت، طبیعی است که ما می فهمیم نظر شارع با

ارتکاز عقلا اختلاف دارد. اما اگر اطلاق یا عموم خطابی در مقابل یک ارتکاز عقلایی قوی موجود در زمان خطاب قرار گرفت طبیعی است که آن ارتکاز عقلا موجب انصراف می شود. مثلاً در روایات داریم که خون دزد هدر است. ۱۴ حال اگر جوانی دزدی کند و فرض کنید می توان سریع او را دستگیر کرده و تحویل پلیس داد یا با ضربه زدن به گیج گاهش او را بیهوش و دستگیر کرد، اگر کسی بگوید اطلاق دلیل عدم احترام خون دزد اقتضا می کند که او را بکشند، این خلاف مرتکز عقلاست؛ چون به ارتکاز عقلا، عدم احترام خون دزد به ملاک دفاع از مال است و دفاع از مال به مقداری موجب عدم احترام خون مهاجم می شود که دفاع بر آن توقف داشته باشد. کسی که مورد هجوم قرار می گیرد باید دفاعش به اندازه ای باشد که دفاع بر آن توقف دارد و الا اگر بگوییم هدر بودن خون دزد اطلاق دارد و به بهانه آن دزد را بکشیم - ولو اینکه می شود به کمترین مراتب در دفاع اکتفا کرد - این خلاف ارتکاز عقلاست.

- اینکه می بینیم شارع در برخی از موارد عرف یا عقلا را در تشخیص ظلم تخطئه کرده، آیا دلیل نمی شود که بگوییم عدالت و ظلم کلاً بر اساس تعبد و نصوص است؟

- این گونه نیست بلکه در دو صورت تشخیص عرف و عقلا از عدل و ظلم صحیح است: یکی اینکه شارع درباره مورد ارتکاز عقلا نفیاً و اثباتاً هیچ سخنی نداشته باشد و در واقع ارتکاز عقلا را امضا کرده باشد و دیگری اینکه با اطلاق و عموم، آن ارتکاز را نفی کرده باشد. در اینجا نیز ارتکاز عقلای زمان خطاب می تواند باعث انصراف اطلاق عموم شود. پس این گونه نیست که بگویید ارتکاز عقلایی کاملاً بی ارزش است زیرا اگر این ارتکاز عقلا بی ارزش بود، آن اطلاق و عموم معتبر می شد.

- ولی این ارتکاز تا به مرحله امضا نرسد بی ارزش است.

- بدون شک ارتکاز عقلا تا امضا نشود برای ما که تابع شرع هستیم اصالت ندارد و ما نمی توانیم نظر شارع را با آن به دست آوریم. اما ارزش استکشافی دارد. مشکلی که در رابطه با قاعده عدالت وجود دارد این است که آیا نظر عرف در تشخیص مصادیق عدل و ظلم معتبر است یا نه؟ شارع درباره حکم عدل و ظلم می گوید ظلم حرام و عدل واجب است. عرف هم مفهوم عدل و ظلم را این گونه بیان می کند: ظلم یعنی تضییع حق و عدل یعنی حق هر صاحب حقی را دادن؛ اما آیا می شود در تشخیص مصادیق به عرف رجوع کرد؟ برای مثال اگر حق ابتکار شخصی را به رسمیت نشناسیم این ظلم است یا عدل؟ گروهی معتقدند که رجوع به عرف در تشخیص مصادیق درست نیست. شهید صدر در رابطه با ضررهای اعتباری مشکلی را مطرح کرده است ۱۵ که می توان از آن در ظلم نیز استفاده کرد. مثلاً تضییع حق ابتکار از ظلم های اعتباری است نه ظلم عقلی محض؛ یعنی حق ابتکار به اعتبار عقلا وضع شده است. حق ابتکار، یک حق تکوینی و حق فطری محض نیست بلکه یک حق عقلایی است. عقلا حق ابتکار را بر حسب نیازهایی که برای حفظ نظام جامعه احساس می کردند

اعتبار کردند به طوری که در طول اعتبار این حق، تضییع آن ظلم یا ضرر محسوب می شد. مرحوم صدر از آن به ضررهای اعتباری تعبیر می کند. اشکال اینجاست که آیا ما در تشخیص مصداق می توانیم به عرف رجوع کنیم؟ عرف گاه عرف زمان شارع است مثلاً عرف زمان شارع تضییع حق تحجیر یا تضییع حق حریم روستا را ظلم و ضرر می دانست، در این صورت نیاز به عدم ردع شارع و کاشفیت از امضا نداریم، بلکه عموم دلیل (لیقوم الناس بالقسط) ۱۶ و (إن الله يأمر بالعدل) ۱۷ حکم را اثبات می کند. به تعبیر شهید صدر عموم لاضرر و لاضرار می تواند این را اثبات کند که حق عقلایی معاصر شارع باید رعایت شود ولی مشکل ما بیشتر در نظرهای مستحدث عرفی است که آیا می توان در تشخیص آن به عرف مستحدث رجوع کرد یا خیر؟ ۱۸ البته تعبیر آقای صدر در خصوص ضررهای عقلایی و اعتباری است والا ایشان در غیر این موارد معتقد است که ما نمی توانیم دین را دنباله رو عقلا در طول تاریخ قرار دهیم؛ چرا که هر روز یک ارتکاز درست می شود و با تأثیر تبلیغات و جوسازی ها در شکل گیری ارتکازهای جدید، آن وقت ما دین اسلام را تابع ارتکازهای متغیر مردم قرار خواهیم داد. در مقابل این نظر عده ای معتقدند که در مصداق می توان به عرف مراجعه کرد. مثلاً در نهی از (اکل مال به باطل)، باطل یک امر تکوینی نیست، زیرا امور تکوینی حق و باطل ندارد، بلکه امری اعتباری است حال اگر در مصداق (لا تأکلوا أموالکم بینکم بالباطل) ۱۹ شک کنیم، به عرف رجوع می کنیم و همین طور است در مصداق عدل، ظلم و ضرر. ۲۰ حضرت امام را می توان از طرفداران این نظریه دانست. طبق نظر امام، بین قانون های کشورها و ارتکازهای عقلایی باید تفکیک کرد. در عمومات امر به عدل و قسط مانند (و لا تظلموا فیهن انفسکم) ۲۱ (إن الله يأمر بالعدل والاحسان وایتاء ذی القربی و ینهی عن الفحشاء و المنکر و البغی) ۲۲ مرجع تشخیص مصداق عرف است؛ زیرا مصداق بغی، ظلم، عدل و قسط عمده مصادیق اعتباریه اند و باید برای تشخیص این مصادیق به عرف رجوع کرد، ولو عرف مستحدث، و این یک ظهور التزامی درست می کند در اینکه آنچه عرف آن را ظلم و بغی می داند نظر عرف حجت است مگر وقتی که حکم به صورت حقیقیه است و ارتکاز مخالف هم در گذشته نبوده که با آن قضیه حقیقیه تعارض کند؛ مثلاً ارتکاز در آن زمان، حکم مذکور را عدل می دانست ولی امروز آن را ظلم می داند. طبیعی است که اگر ارتکاز در آن زمان حکم مذکور را عدل می دانست خطاب به آن زمان متوجه شده است و امضای ارتکاز آن زمان اصل است و ارتکاز امروز ارزشی ندارد. همچنین اگر در موردی هیچ نصی نباشد و ارتکاز آن زمان هم بر عدل بودن آن فعل نباشد، به دلیل اینکه چنین موضوعی اصلاً نبود تا ارتکازی باشد، مانند اینکه موضوع جدیدی به نام حق ابتکار پیدا شود، در اینجا حضرت امام از اینکه عرف در تشخیص مصادیق مرجع است به روشنی می توانند دفاع کنند. مرحوم آیه الله تبریزی ۲۳ نیز در بحث فروش اموال بی ارزش همین نظر را دارد. ولی آقای خوئی ۲۴ می فرمایند در (لا تأکلوا أموالکم بینکم بالباطل) ۲۵ باید دید نظر شارع در تشخیص مصداق باطل چیست. نظر شارع در (احل الله البیع) ۲۶ بیان شده است. در این آیه، بیع اطلاق دارد و حتی شامل بیع حشره هم می شود و کشف می کنیم که نظر شارع این است که حشره مصداق باطل نیست. (احل الله البیع) یعنی پول گرفتن با بیع در مقابل فروش مبیع، اکل مال به باطل نیست. مرحوم آقای تبریزی در پاسخ به آقای



خوبی فرموده اند وقتی به نظر عرف پول گرفتن در مقابل فروش حشرات - که ارزش ندارند - اکل مال به باطل است، و اطلاق آیه هم می گوید (لاتأكلوا اموالکم بینکم بالباطل)، معامله حشرات باطل می شود.

- اعتباری بودن را بیشتر توضیح دهید. منظور از باطل اعتباری چیست؟

- حق و باطل را در آیه (لاتأكلوا اموالکم بینکم بالباطل) عرض کردم. حق اعتباری در مقابل حق فطری مثل حق اطاعت قرار دارد. خدا حق است و شریک الباری باطل است، از امور اعتباری نیستند بلکه حقوقی فطری هستند. بیشتر حقوقی که مطرح است ناشی از اعتبار عقلا و یا اعتبار شارع است این گونه نیست که عقل فطری محض، نبودن حق ابتکار را قبیح بداند. ملکیت کارگر هم اعتباری است والا چرا عبد منافعش مال مولی است؟ چطور عبد مملوک مولی شد و ما حریم؟ اینها اعتباراتی است که ناشی از استحسان ها و مصالح عقلایی است. حق تحجیر نیز یک حق اعتباری است لذا به نظر آقای سیستانی اگر بدون اذن حاکم یا با نهی حاکم باشد حق پیدا نمی کند.

- چه فرقی است میان حق فطری و اعتباری، چون در حق اعتباری هم یک واقعیتی وجود دارد که بر مبنای آن واقعیت، عرف و عقلا حکم می کنند.

- فرق در ملاک ها و مصالح است. این مصالح است که منشأ شده تا دست فروشی که کنار بازار بساط پهن می کند حق سبق پیدا کند. پس اکثر حقوق اعتباری اند مگر حق اطاعت از خدا که اعتباری نیست؛ چون مولویت خدا، مولویت ذاتی است.

- آیا حق حیات فطری نیست؟

- مراد از حق حیات این است که هیچ کسی بدون اذن مولای حقیقی نمی تواند حیات کسی را سلب کند اما اگر آن مولای حقیقی گفت کافر حربی حق حیات ندارد این خلاف حق فطری نیست، با اینکه عقلا برای کافر حربی حق حیات قائلند. مشهور فقها گفته اند حرمت دم، ناشی از اسلام است البته مستأمن، ذمی و معاهد هم مادامی که این گونه اند حق حیات دارند، لذا می گویند دم کافر هدر است (بالاسلام حقنت الدماء). ۲۷ پس حق حیات، فطری محض نیست. البته ما آن را قبول کردیم و گفتیم جان و مال کافر ولو ذمی نباشد و به تعبیری حربی باشد احترام دارد مگر در جنگ مشروع؛ اما در غیر جهاد مشروع مقتضای ارتکاز عقلایی آن است که جان یا مال کافر حربی محترم است. مثلاً مردم ارمنستان از نظر فقهی کافر حربی اند و کافر حربی یعنی غیر معاهد و غیر ذمی و غیر مستأمن.

- مردم ارمنستان و همه کشورهایی که حکومت اسلامی آنها را به رسمیت شمرده است معاهد هستند.

- معاهده ای که دولت ها می بندند این است که دولت ها متعرض یک دیگر نشوند ولی ما معاهده ای نیستیم. اگر کسی وارد خاک آنها بشود و فرض کنید ویزا هم نگیرد، (چون اگر ویزا بگیرد یک شرط ضمنی کرده است که به قول آقای سیستانی جان و مال آنها از غدر و تعرض این شخص مصون باشد و متعرض جان و مال کفار شود، آقایان می گویند حرمت ممکن است با عنوان ثانوی وهن اسلام و مانند آن ثابت شود، ولی ما می گوئیم به عنوان اولی حرام است چون تعرض به جان و مال آنها ظلم است. البته در مواردی که خودشان آن را ظلم ندانند، قاعده الزام جاری می شود. مثلاً در سود قرض، خودشان می گویند قرض سود دارد. یا به تعبیر آقای سیستانی ۲۸ قاعده مقاصه نوعیه جاری می شود. اما اگر با غدر و قهر و غلبه و سرقت و حيله بخواهیم اموال آنها را بگیریم و متعرض جان آنها شویم، ظلم است و دلیلی بر تجویز ظلم نداریم. عبارت (بالاسلام حقنت الدماء) یعنی اسلام موجب محفوظ بودن دم است. در مقابل محفوظ بودن دم، این نیست که هرکسی می تواند متعرض کافر شود بلکه یعنی راهی برای هدر آن وجود دارد و آن اینکه در جهاد مشروع با او مقابله کنیم. همین کافی است که بگوئیم دم کافر مهدور است. مثل اینکه کسی بگوید اگر این مال را در طاقچه بگذارم محفوظ نیست ولی در گاوصندوق محفوظ است. این بدان معنا نیست که اگر برویم در حیاط و برگردیم دزدیده می شود، بلکه محفوظ نبودن یعنی راهی برای از بین رفتن این مال وجود دارد و ممکن است شب دزد بیاید و آن را ببرد. همین کافی است برای اینکه بگوئیم مال محفوظ نیست. وقتی می گویند دم کافر محفوظ نیست یعنی راهی برای هدر رفتن خون او وجود دارد و آن راه ممکن است منحصر باشد به جهاد مشروع به اذن امام مسلمین بر اساس مصالح عامه اسلامی و با شرایطی که جهاد ابتدایی در عصر غیبت مشروع می شود؛ و اگر جهاد دفاعی پیش آمد مسئله دیگری است. - به این معنا، دم هیچ مسلمانی هم محفوظ نیست چون راهی برای هدر آن وجود ندارد. - مسلمان تا سبب مجوز قتل از او صادر نشود جانش محفوظ است ولی کافر احتیاج نیست کاری کند بلکه کافر بودن او منشأ هدر است. اگر حاکم اسلامی ولو در عصر حضور تشخیص داد مصلحت اسلام این است که جهاد ابتدایی کند، ابتدا به اسلام دعوت می کند اگر نپذیرفتند اعلان جنگ می کند و طبعاً هدر دم می شود. در این حالت، کافر جرمی مرتکب نشده، بلکه در خانه خود نشسته است و شما با او معاهده بستید و جهاد ابتدایی را به مصلحت دانستید و اعلان جنگ کردید و به او امان ندادید. اما مسلمان تا جرمی مرتکب نشده خونش محفوظ است. لذا این اشکال شما پیش نمی آید که مسلمان هم مهدور الدم است چون ممکن است جرمی مرتکب شود که موجب اعدام شود. با این توضیح درباره عدل و ظلم اعتباری، در بیان سخن امام می گوئیم مصداق عدل یا ظلم را می توان از عرف مستحدث هم به دست آورد. با این بیان می توان از قاعده لاضرر پلی زد برای اثبات قاعده عدالت که این را توضیح می دهم.

- حضرت امام که عرف مستحدث را هم مرجع تشخیص مصداق دانسته و شهید صدر که مرجعیت عرف مستحدث را در تشخیص مصداق نمی پذیرد آیا هر دو اینها هیچ فرقی بین ظلم و ضرر نگذاشته اند؟ به عبارت دیگر، ظلم و ضرر چه نسبتی با یک دیگر دارند؟

- ما می توانیم با قاعده لاضرر حکم ضررهای عقلایی را، حتی ضررهایی را که قبلاً مطرح نبوده، مانند ساخت آپارتمان های چند طبقه در روبه روی خانه های کوچک، که عرف آن را ضرر مالی می داند، اثبات کنیم. ولی ممکن است با قاعده عدالت نتوانیم اثبات کنیم زیرا (لیقوم الناس بالقسط) ۲۹ ربطی به برج ساز ندارد. او در زمین خودش آپارتمان ساخته است. پس نمی توان با قاعده عدالت کار را پیش برد. بله، برخی از ضررها از نظر عرف ظلمند؛ مثل اینکه کسی ده هزار تومان پول کسی را در چند سال پیش غصب کرده و ویلا خریده و الآن می خواهد آن را برگرداند، ممکن است گفته شود ظلم است و با قاعده عدالت و نفی ظلم بتوان اثبات کرد که او ضامن است. اما همه جا نمی شود این را مطرح کرد. پس کارایی قاعده لاضرر بیشتر است؛ زیرا هر ضرر زدنی ظلم نیست مثلاً کسی که از خارج جنس وارد می کند و باعث می شود تا کارخانه های داخلی دچار کساد شوند، در اینجا ظلم نیست ولی شاید ضرر باشد.

- نسبت ضرر و ظلم، عموم خصوص مطلق است یا من وجه؟

- عموم و خصوص من وجه است. زیرا وقتی ما از فرمان خدا سرپیچی می کنیم به خدا ظلم کرده ایم به معنی ظلم عقلی ولی به خدا ضرر نمی زنیم [و فرض این است که ضرر اعم از ظلم است] ولی ظلم های عرفی معمولاً ضرر است. پس نسبت ظلم عرفی و ضرر، خصوص و عموم مطلق است یعنی هر ظلم عرفی ای ضرر است ولی نسبت ظلم (که شامل عرفی و عقلی شود) با ضرر، عموم و خصوص من وجه است. - در مخالفت با خدا، ما به خودمان ظلم می کنیم و این ضرر به خودمان است. به خدا نه ظلم می کنیم و نه ضرر می زنیم. عرفاً نمی گویند که ما به خدا ظلم کردیم. - ظلم یعنی تزییع حق مولویت. حق خدا این است که از او اطاعت کنیم و اگر اطاعت نکنیم حق او را تزییع کرده ایم، پس به او ظلم کرده ایم. البته این ظلم عقلی است نه عرفی زیرا خطاب (وما ظلمونا ولكن كانوا انفسهم يظلمون) ۳۰ داریم. اما از نظر عقلی حق مولویت خدا تزییع شده اما ضرر به خدا نزده است. در ظلم های عرفی نسبت ظلم و ضرر، خصوص و عموم مطلق است یعنی هر ظلم عرفی یک نوع ضرر عرفی هم هست به این معنا که در ظلم های اعتباری ممکن است ما تشخیص ندهیم چیزی ظلم است ولی ضرر بودن آن را تشخیص ندهیم، آنگاه با لاضرر ممکن است حکم را اثبات کنیم. از کسانی که قاعده لاضرر و لاضرار را بسیار کاربردی کرده اند، شهید صدر و آیه الله سیستانی هستند. شاید بتوان گفت آنها بهترین مطالب را در این زمینه دارند. شهید صدر ۳۱ در قاعده لاضرر و لاضرار در توضیح (لاضرار) می گوید: (کسانی که با تشبث به حقوق قانونی خودشان به دیگران ضرر محرّم وارد می کنند، لاضرار آن حق قانونی آنها را سلب می کند). این از مختصات آقای صدر است و می توان قاعده عدالت را تا حدی با آن سامان

داد. مثلاً شوهری امساک می کند و زوجه اش را به قصد اضرار او طلاق نمی دهد و بهانه اش این است که حق طلاق به ید مرد است؛ شهید صدر می گوید این کار مصداق اضرار است؛ اضرار یعنی بهانه قراردادن حق قانونی برای ایجاد ضرر به دیگران و سوءاستفاده از حق برای اضرار دیگران، آن گونه که در آیه (ولاتمسکوهن ضراً لتعتدوا) ۳۲ آمده است. در اینجا آیا زن حق طلاق دارد یا نه؟ شهید صدر با این قاعده حق طلاق را برای زن درست می کند. ۳۳ البته شهید صدر حق طلاق را برای زن با وساطت حاکم شرع می پذیرد ولی دیگران این حق را برای زن حتی با وساطت حاکم شرع قبول ندارند. مثلاً آقای خویی ۳۴ و تبریزی ۳۵ قائلند که حاکم فقط در دو مورد حق طلاق به نفع زن را دارد: یکی در زوج مفقود، با شرایط خاص و دیگری در زوجی که به زنش نفقه نمی دهد. در اینجا حاکم امر می کند (أنفق أو طلق)، اگر قبول نکند حاکم آن زن را طلاق می دهد. اما مرحوم آقای خویی و تبریزی درباره مردی که هر شب زن خود را کتک می زند و زن از او درخواست طلاق می کند ولی مرد طلاق نمی دهد، می گویند کاری نمی توان کرد چون مرد نفقه را می دهد. البته می توان گفت زن به خانه پدرش برود ولی این راه همیشه ممکن نیست زیرا گاهی پدر ندارد، گاهی پدر او را راه نمی دهد و گاهی پدر نیز هم دست داماد است. به هر حال زن می تواند از خانه شوهر برود و بگوید باید خرجی مرا بدهی ولو من به خاطر عذر شرعی پناهنده خانه فامیل ها شدم. اگر شوهر بگوید خرجی تو را می فرستم، چه کسی می تواند جلوی حق طلاق این شوهر را بگیرد؟! شهید صدر در جواب می گوید ۳۶ که این شوهر همه این کارها را می کند برای اینکه اضرار وارد کند. یعنی امساک می کند و طلاق نمی دهد تا اضرار به زوجه وارد کند و این کار تشبث به حق قانونی برای ضرر رساندن به دیگران است. ایشان اضرار را این گونه معنا می کنند: تشبث به حقوق قانونی برای ایجاد ضرر محرم به دیگری و سوءاستفاده از حق قانونی برای ضرر به دیگران. مورد روایت سمره ۳۷ نیز همین طور است. البته ایشان می گوید معنای اضرار این است و من در اینجا قضاوتی نمی کنم چون بالاخره بزرگی این رأی را دارد و ممکن است آقای دیگری آن را بپسندد. ما می گوییم اضرار عرفاً یعنی (تعمد ضرر). شواهدی را می توان برای معنایی که شهید صدر فرموده ذکر کرد. مثلاً در روایت است که شتری بیمار بود صاحبش رأس و جلد آن شتر را به دو درهم به کسی فروخت، بعد شتر خوب شد و مشتری سر و پوست آن شتر را طلب می کند. حضرت می فرماید: (هذا الضرر) ۳۸ چنین حقی ندارد و این کارش اضرار است. بلکه باید شتر بیمار را قیمت کند، اگر قیمت شتر بیمار مثلاً ده درهم بود و این فرد ۲ درهم داده بود، ۱۵ این شتر مال اوست و الان که این شتر ۵۰ درهم ارزش دارد، باز ۱۵ آن برای اوست. اما اگر اضرار داشته باشد که سرو پوستش مال من است و بخواهد آن را نحر کند، (هذا الضرر)، این اضرار است. آقای سیستانی ۳۹ اضرار را (اضرار) معنا می کند و می گوید لاضرر و لاضرر به معنای لاضرر و لا اضرار است. کسانی که مثل مرحوم شیخ الشریعه اصفهانی ۴۰ و حضرت امام ۴۱ لاضرر را نهی می گیرند، در واقع از لاضرر همان معنایی را می فهمند که آقای سیستانی در لاضرر می گوید. این بزرگواران از لاضرر، لا اضرار را فهمیده اند ولی نتایجی را که آقای سیستانی بار می کند بار نکرده اند. ایشان می گوید وقتی روایت می گوید لا اضرار، این نفی است. درست است که ما لباً از آن می فهمیم اضرار حرام است، اما فرق است بین اینکه بگویند یحرم الاضرار با اینکه بگویند اضرار. لا اضرار چیزی فراتر از تحریم اضرار را می فهماند و آن اینکه قانون گذار برای

نفی وقوع جرم تدابیر لازم را هم اندیشیده است نه اینکه صرفاً گفته باشد اضرار حرام است، بلکه فرموده زیان زدن نیست به این معنا که تحقق اضرار را در خارج نفی می کند؛ و این صادق نیست مگر اینکه اضرار را تحریم کند و شارع به وسایل باز دارنده وقوع این جرم نیز متوسل شود. مثلاً در (حبس حرّ کسوب) می فرماید حبس، اضرار به کسوب است. حال اگر حبس کرد و ضرر زد، آقای سیستانی ۴۲ می گویند مدلول حدیث، صرف تحریم اضرار نیست تا بگویید اضرار زد و حرامی مرتکب شد و دیگر کاری نمی توان کرد؛ بلکه لا اضرار می گوید زیان زدن نیست یعنی هم زیان زدن را تحریم کردیم و هم قانون گذار به وسائل مختلف متوسل شده برای اینکه قوانین باز دارنده از زیان زدن به دیگران را جعل کند تا جرم در جامعه واقع نشود. با این بیان ضمان را در حبس حرّ کسوب اثبات می کند.

- ضمان، جبران است نه بازدارنده و جبران برای بعد از جرم است و بازدارندگی برای قبل از جرم.

- هم جبران کننده و هم بازدارنده. من تعبیر ایشان را نقل کردم می گوید تَسَبُّب به اینکه این جرم در خارج رخ ندهد ولو به اینکه حکم به ضمان کند، چون خود حکم به ضمان یک عامل بازدارنده است. این استفاده لطیفی است. عبارت ایشان این است: (إنّ مفاداً (لا ضرر) هو نفی التّسبیب إلى تحمّل الضرر و مفاداً (لا اضرار) التّسبیب إلى نفی إلی اضرار بالغير بما یشمل تحریم و تشریح ما یمنع من تحقّقه خارجاً و جعل الأحكام الرافعة لموضوعه). ۴۳ در بحث (حبس حرّ کسوب) می گوید: (یفی بجعل الضمان قاعدةً لاضرار بالمعنی الوسیع الذی ذکرناه الذی هو امضاء للقاعدة العقلائیة لأنها تستبطن تشریح أحكام رادعة عن تحقّق إلی اضرار بالنسبة إلى الغير فالحکم بالضمن علی من أضرّ من أوضّح أسباب الردع عن الاضرار الصادر من الحابس و نحوه). ۴۴ بعد می گوید ۴۵ حق طلاق را هم با استناد به لاضرار می توان در برخی از موارد برای زن قائل شد. البته اگر هیچ یک از این دو ادعای شهید صدر و آقای سیستانی را نپذیرفتم، همان معنایی نیز که دیگران برای لاضرر می گویند، یعنی نفی حکم ضرری و نفی موقف ضرری اعم از موقف سلبی یا ایجابی، می تواند حکم ضمان را اثبات کند، به این شرط که واقعاً عرف تشخیص دهد که مکلف از این موقف شارع (یعنی عدم حکم به ضمان) متضرر می شود. مثلاً در ضمان حبس حرّ کسوب، اگر شارع حکم به ضمان نکند عرف می گوید که حرّ کسوب از موقف شارع زیان دیده و اگر این حابس خسارت می داد این حرّ کسوب زیان مالی نمی کرد. زیان حقی او که یک سال محبوس بود منتفی نمی شود اما زیان مالی او در صورتی است که شارع حکم به ضمان نکند. شارع با حکم به ضمان می تواند جلوی زیان مالی او را بگیرد. به اعتقاد بنده از این راه می توان به بعضی از نتایج قاعده عدالت رسید.

- یکی از مباحثی که در قاعده لاضرر مطرح می شود این است که آیا حکمی که از لاضرر به دست می آید حکم اولی است یا ثانوی؟ آیا لاضرر احکام اولیه اسلام را مقید می کند یا حکم اولی را مقید نمی کند بلکه به عنوان حکم ثانوی، یک حکمی را ایجاد می کند؟

- البته توضیح دهم که احکام ثانویه احکام اولیه را مقید می کنند؛ زیرا ادله خطابات ثانویه بر خطابات اولیه حاکمند. - فعلیت آنها را مقید می کند یا اصل جعلشان را؟ - جعلشان را مقید می کند. یعنی وقتی دلیلی می گوید (یجب الوضوء)، بعد دلیل لاضرر می آید، لاضرر لُبّاً مخصص است؛ یعنی (یجب الوضوء فی غیر مورد الضرر).

- یعنی در موارد جعل حکم ثانوی، حکم اولی اصلاً نیست؟

- نیست به این معنا که مقید است یعنی موضوع وجوب وضو مقید است. به عبارت دیگر، کشف می کنیم که وضو در غیر موارد ضرر واجب است. البته بستگی دارد ما ضرر را شخصی بدانیم یا نوعی؛ اگر نوعی دانستیم می توانیم جعل مطلق را هم نفی کنیم. مثلاً در روایت صحیح است که: (عن أبی بصیر قال: قلت لأبی عبدالله (ع) إنا نسافر فرّتما بلینا بالغدیر من المطر یكون الی جانب القریة فتكون فیہ العذرة و یبول فیہ الصتی و تبول فیہ الدابة و تروث. فقال: إن عرض فی قلبک منه شیء فافعل هكذا یعنی افرج الماء بیدک ثمّ توضأ فإنّ الدین لیس بمضیق فإنّ الله عزوجلّ یقول (ما جعل علیکم فی الدین من حرج) (۴۶). ۴۷ البته این روایت در رابطه با لاحرج است و می گوید حرج نوعی منشأ شده که اسلام آب کر را معتصم بداند والاّ اگر بخواهد آب کر معتصم نباشد موجب حرج نوعی است، حرج شخصی که همه جا نیست. اگر در لاضرر هم ما مثل لاحرج همین حرف را گفتیم، جعل مطلق نفی می شود. آقای زنجانی نظرشان این است که واقعاً اگر از وجود حکمی یا عدم حکمی حرج نوعی لازم بیاید، حکم برداشته می شود؛ مانند استتلال در عمره مفرده که اگر استتلال در آن حرام باشد موجب حرج نوعی است و لذا نه تنها استتلال در آن حرام نیست کفاره هم ندارد؛ زیرا در عمره ماشین های مکشوفه نیست. یا مانند محدوده بیت و مقام در طواف ۴۸ که در موسم حج حرج نوعی است و یا ذبح در منا که حرج نوعی است. آقای خویی هم این مطلب را دارد که اگر گفتیم اینها ضرر نوعی هستند، می شود با اینها نفی جعل هم کرد ولی اگر ضرر شخصی هم بدانیم، کشف می کنیم جعل مقید است؛ لذا همه خطابات ثانویه، حاکم بر خطابات اولیه هستند و تنها فرقی در طُرُوّ این حالت ثانویه است. ضرر یک حالت طارئه است اما بودن این حالت کشف می کند که اصلاً حکم برای ما جعل نشده؛ مثلاً وجوب وضو در جایی که مستلزم ضرر باشد، جعل نشده است.

- حال اگر در حال ضرر، تکلفاً وضو بگیرد باطل است؟

- اگر بگوییم لاضرر وجوب وضو را برمی دارد، نه استحباب وضو را، وضوی ضرری صحیح می شود ولی اگر بگوییم لاضرر اصل مشروعیت وضو را برمی دارد، طبعاً وضو باطل است. حضرت امام ۴۹ معتقد است اگر وضوی ضرری یا حرجی بود، باطل است. اصلاً تعبیر حکم ثانوی تعبیری است که در میان فقها مطرح شده و الا چه فرق است بین اینکه این گوسفند حلال است و اگر غصب شود حرام می شود و بین اینکه اگر با خوردن گوشت گوسفند ضرر کند حرام می شود و بین اینکه اگر در همان جایی که غصبی است مضطر به خوردنش شود حلال می شود. عناوین ثانویه اشاره به حالت های طارئه و حالت های ویژه دارد. اما درباره حکم حکومتی بودن لاضرر مسلم است که هرچه باشد تشریح اسلامی است. اگر هم حضرت امام ۵۰ نظرشان این است که نهی در لاضرر نهی سلطانی است، نهی است که جزء دین شده است. ولی فقیه می تواند بر اساس لاضرر بر طبق مصالح حکم کند. شخصی می گفت در بشاگرد ۵۱ عده ای هستند که اجدادشان غلام و کنیز بودند. خودشان هم اعتراف دارند که ما را آزاد نکرده اند ولی عملاً برده داری منسوخ شده است. به او گفتم اگر این حرف صحیح باشد و چنین کسانی موجود باشند، این مورد از موارد مسلمی است که حاکم اسلامی ولایت دارد بر اساس مصالح عامه همه اینها را آزاد کند. وقتی اینها آزاد شدند بچه هایشان هم آزاد می شوند؛ چون حاکم بر آن مالکین ولایت دارد. حتی اگر خود این افراد هم نخواهند آزاد شوند، حاکم می گوید (النبی اولى بالمؤمنین من انفسهم) ۵۲ و (من کنت مولاه فعلی مولاه) ۵۳ بعد طبق نظر فقیه حاکم اسلامی در عصر غیبت در شئون عامه بر اساس مصلحت عامه آنها را عتق می کند و حلقه بردگی اینها قطع می شود.

- پس آن مثالی که در مورد مالکیت زمین به احیاء در بحث قاعده عدالت زده می شود و شهید صدر ۵۴ هم فرموده است که اگر کسی الآن بتواند همه زمین های یک سرزمین را احیاء کند مالکیت او ظلم است، آیا به نظر شما عدم مالکیت او نیازمند حکم حاکم است یا بدون حکم حاکم نیز مالکیت او به دلیل ظلم بودن منتفی می شود؟

- این، دو توجیه دارد: یکی اینکه ارض موات جزء انفال است و حکم انفال به ید حاکم اسلامی است. نظر حضرت امام ۵۵ و آقای سیستانی نیز همین است. مثلاً اگر کسی الآن زمین های موات را تصاحب کند و احیا نماید، از نظر فقهای مشهور مثل آقای تبریزی، نمی شود گفت مالک نیست زیرا (من احیا أرضاً مواتاً فهی له)، ۵۶ ولی بنابر رأی حضرت امام و آقای سیستانی زمین موات از انفال است و انفال که شد امر آن به ید حاکم خواهد بود و حاکم از احیاء نهی کرده است، وقتی از احیاء نهی شد اگر هم احیا کند مالک نمی شود. توجیه دیگر، اعمال ولایت فقیه در مرحله پس از مالکیت است. به این بیان که اگر فقیه قبلاً نهی نکرده بود و آن شخص مالک شده است اما فقیه بنا بر نظریه ولایت مطلقه فقیه می گوید مصلحت عامه مسلمین اقتضا می کند که بخشی از این زمین ها را از تو بگیریم، چون حاکم اسلامی طبق مصلحت عامه بر اموال ولایت دارد. این ولایت برای پیامبر و امام طبق (النبی اولى بالمؤمنین من انفسهم) ۵۷ قطعاً ثابت بوده است. و برای

فقیه هم طبق نظریه ولایت مطلقه فقیه، در ضرورت عامه قطعاً ثابت است ولی در مصالح عامه چون اوسع از ضرورت عامه است، به نظریه ولایت مطلقه فقیه نیاز دارد.

- اگر مالکیت این شخص ظلم باشد نیاز به حکم حاکم ندارد.

- دخالت دادن عنصر ولایت فقیه در این بحث یک نظریه است؛ نظریه دیگر این است که اطلاق (من أحمیا مواتاً فیهی له) خلاف مرتکز عقلایی است یعنی اینکه یک نفر بخواهد زمین های موات را به شکل نامحدود احیا کند و خطابات (خلق لکم ما فی الارض جمیعاً) ۵۸ و (کی لا یكون دولةً بین الاغنیاء منکم) ۵۹ را بشکند و بیاید از این حق الاحیاء استفاده کند و دیگران را در تنگنا قرار دهد، این ارتکاز یا مذاق شاری که از جمیع خطابات کشف کردیم، باعث می شود آن اطلاق (من أحمیا أرضاً مواتاً) مقید شود. ولی حتی اگر این نظریه را هم نپذیریم دخالت دادن عنصر ولایت فقیه در انفال که ظاهراً شکی در آن نیست می تواند مشکل را حل کند. منتها این راه دخالت حاکم اسلامی مقطعی است؛ یعنی اگر حاکم مصلحت دید، به یک نفر هم می تواند اجازه دهد که هرچه زمین هست احیا کند و مالک شود. البته این اجازه طبق مصلحت عامه است ولی با آن نظریه سوم حکم اولی شارع به دست می آید. ۶۰

- آیا نکته دیگری را در زمینه مقایسه دو قاعده (عدالت) و (لاضرر) در مجرا یا در مستند، نیازمند بحث می بینید یا خیر؟

- مجرای مشترکشان آنجایی است که عرف حکمی را هم ظلم بداند و هم ضرر. ولی گاهی قاعده لاضرر مجرای مختص دارد و آن در جایی است که ضرر باشد اما ظلم نباشد مثلاً کنار خانه مسکونی مغازه آهنگری بزند و آسایش همسایه را سلب کند. آقای سیستانی می گوید حرام است چون اضرار است با اینکه ظلم بودنش روشن نیست. این فرد چون می خواهد زندگی اش را اداره کند، معلوم نیست کارش ظلم باشد ولی ضرر بودنش معلوم است. مثال دیگر اینکه برج ساز می خواهد کارش را انجام دهد، چه کوچه ده متری باشد چه کمتر یا بیشتر. در اینجا به خانه روبه روی خود ضرر می زند اما ظلم بودن آن روشن نیست.

- ضرر تزییع حق است و اگر تزییع حق شد ظلم هم می شود.

- اگر لاضرر حرمت را ثابت کند ظلم هم می شود؛ زیرا وقتی حرام شد، ظلم هم می شود. اما بدون لحاظ قاعده لاضرر معلوم نیست ظلم باشد. هر ظلمی ضرر نیست ۶۱ و هر ضرری هم ظلم نیست. اگر کسی در جایی که مقتضی نفع شخصی وجود دارد مانعی ایجاد کند، به اعتقاد آقای روحانی ۶۲ حکم ضرر را دارد. ایشان مثال می زند؟ به مغازه نانوايي که مردم از آن نان می خردند و کارش خیلی رونق دارد و کسی بیاید روبه رویش



نانوایی باز کند با نان های مرغوب تر و ارزان تر، این ضرر است اما ظلم نیست. اگر شما بگویید اینجا لاضرر هم جاری نمی شود، چون سیره عقلانیه است؛ این یک حرف دیگری می شود. سیره عقلانیه بر این است که نظام عرضه و تقاضا در بازار حاکم است. اما بالاخره ضرر صدق می کند و ظلم صدق نمی کند.

- قبلاً تعبیر فرمودید آنچه که باعث انصراف می شود ظلم معاصر شارع است، آیا درباره ضرر هم همین را می فرمایید یا ضرر مستحدث را معتبر می دانید؟

- آنچه عرض کردم این بود که اگر ارتکاز قدیم حکمی را ظلم نمی دید ولی ارتکاز جدید ظلم می بیند، این موجب انصراف اطلاقات و عمومات نمی شود. مثلاً الآن گرفتن زن دوم بدون رضایت زن اول ممکن است ظلم تلقی شود ولی چون در زمان شارع ظلم نبود این موجب انصراف ادله نمی شود. ولی در مواردی که هیچ نصی نداریم، اگر واقعاً ارتکاز عقلایی الآن کاری را ظلم بداند و در زمان شارع هم ارتکاز مخالفی نباشد و اطلاق و عمومی هم نباشد، ارتکاز جدید چون هیچ معارضی ندارد معتبر خواهد بود و آن کار را حرام می کند.

- آیا ضرر هم همین گونه است؟ یعنی اگر ضرر مستحدث باشد و می دانیم در زمان شارع ضرر نبود آیا این ضرر را مانع از حکم می دانید یا نه؟ یعنی آیا بین ضرر و ظلم از این حیث فرقی هست یا نه؟

- طبعاً فرقی نیست ولی من این ادعا را به عنوان یک تفکر مطرح کردم و می شود به حضرت امام و برخی دیگر نیز نسبت داد که در مصادیق، حداقل مصادیق عناوین اعتباری مثل ظلم، عدل و باطل، در تشخیص مصادیق می توان به نظر عرف رجوع کرد.

- عرف هر زمانی؟

- اگر عرف عام باشد بله ولی نه صرف قانون یک کشور.

- عرف عام یک عصر؟ یا عرف عام در طول حیات بشر؟

- عرف عام در طول حیات بشر که عرف مستحدث نمی شود؛ عرف مستحدث زمانی ملاک است که در زمان شارع خلاف این عرف نبوده باشد. مثلاً زمان شارع برده داری را حق طبیعی می دانستند اما حالا ظلم می دانند. در اینجا عرف مستحدث دلیل برده داری را تقید یا ابطال نمی کند. لذا کشف می کنیم که نظر شارع این است که این ظلم نیست؛ زیرا ظلم بودن برده داری عقلی نیست بلکه عقلای امروز آن را ظلم می دانند و

عقلای زمان شارع هم آن را ظلم نمی دانستند. عموماً دلیل برده داری که نظر عرف آن روز را تأیید کرده، نظر عرف امروز را تخطئه کرده است، وقتی تخطئه کرده، معلوم است که ما نمی توانیم به نظر عرف امروز رجوع کنیم. اما در جایی که تخطئه نکرده یا تخطئه ای به دست ما نرسیده است، در چنین مواردی نظری مطرح است که می شود به نظر عرف عام (نه عرف های ناشی از قانون های برخی از کشورها) مراجعه کرد. اگر عرف عام این را ضرر می داند، لاضرر و لاضرار آن را دربر می گیرد. همچنین آیه (إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ) ۶۳ این را دربر می گیرد. در مقابل این نظر، نظریه بزرگانی وجود دارد که می گویند ظلم و ضرر، اعتباری اند؛ اول باید حق بودن را احراز کنید بعد بگویید تضییع آن، ظلم یا ضرر است. نظر عرف نیز درباره حق بودن (ابتکار) معلوم نیست مورد امضای شارع باشد. پس اول باید امضای شارع را کشف کنید بعد سراغ تطبیق لاضرر و (یحرم الظلم) بیایید. ما در بحث های قبل، نظر حضرت امام را تقویت کردیم. اما به هر حال اینها دو نظر است و قابل بحث هستند.

- آیا می شود حکم ضرر شخصی را با حکم ضرر نوعی متفاوت دانست؟

- بعضی ضررها تکوینی هستند مثل حبس حرّ کسوب. ضرر مالی ضرر تکوینی است و ناشی از موقف شارع است زیرا گفته است: ضمان نیست. هیچ کس هم حق ندارد بگوید ضمان است، (ان الحكم الا لله). ۶۴ این ضرر ربطی به ضرر اعتباری ندارد. محل بحث ما فقط ضررهای اعتباری است که در طول اعتبار حق پیدا می شود. مثل حق ابتکار. اگر واقعاً ارتکاز عام عقلاً، ولو ارتکاز مستحدث، تضییع آن را ظلم و ضرر بدانند، حکم ثابت می شود، به شرط آنکه ارتکاز مخالفی در زمان شارع نباشد؛ و عموم و اطلاقی که با این ارتکاز مستحدث مخالف باشد هم نداشته باشیم.

- آیا عموم (الناس مسلطون علی أموالهم) ۶۵ عموم مخالف این حق ابتکار نیست؟ این روایت می گوید بروید از روی این ابتکار چاپ کنید.

- اولاً (الناس مسلطون) سند ندارد؛ ثانیاً معنایش این نیست که مردم حق تصرف در مالشان را دارند ولو به دیگران زیان وارد کنند؛ بلکه فقط می گوید مردم مجبور نیستند. ۶۶ البته آن ارتکازهای مستحدثی که واقعاً ارتکاز باشند معتبر خواهند بود؛ ولی من در صغرا اشکال دارم. بعضی از این حقوق، تابع شرایط قانون هستند لذا طبق قانون تولید شده اند؛ مثلاً نوشته علامه مجلسی در دست شماس و می خواهید چاپ کنید، قانون می گوید ورثه علامه حق تألیف ندارند چون قانون، عطف به ماسبق نمی کند. معلوم می شود این حق تألیف ها ریشه در قانون دارد نه ریشه در ارتکاز عام عقلایی. حالا اگر یک ضرری یا ظلمی ریشه در ارتکاز عام عقلایی داشت، مثل (کاهش ارزش پول) که اگر بگوییم ضامن نیست بعید نیست گفته شود که در اختلافات فاحش ضرر و حتی ظلم است. در این موارد، می توان گفت عموم (وجوب عدل) و (تحريم ظلم) و (نفی ضرر و ضرار)

شامل این موارد هم می شود. به هر حال دو نظر است و ما فقط می خواهیم این دو نظر را توضیح دهیم و هر کدام طرفدارانی نیز دارد، اما ابراز نظر قطعی مشکل است.

- آیا مشکل در تبعات آن در فقه است؟ یا مشکل دیگری دارد؟

- از این تبعات هراس دارد؛ از سوء استفاده ها هراس دارد؛ و از اینکه ممکن است اشتباه فکر کنیم نیز هراس دارد.

- آیا ضرر شخصی و نوعی در این زمینه فرق می کنند؟

- فرقی نمی کنند چون تابع عرف است. میان ضرر تکوینی و ضرر اعتباری فرق است ولی ضرر نوعی و شخصی فرقی نمی کنند. آنچه تا به حال درباره نظر حضرت امام نقل شد فقط مربوط به مرجعیت عرف در تشخیص مصداق بود. یک نظر بالاتری هم هست که برخی از سخنان امام در بحث تقلید ۶۷ برداشت کردند و آن اینکه اسلام ارتکازهای عقلایی را در طول تاریخ امضا کرده است. آیه الله زنجانی نیز همین را فرموده اند. به تعبیر دیگر این نظریه می گوید دین حاشیه است به ارتکازهای عقلا، یعنی هر جا حاشیه نبود به متن عمل کنید. به اعتقاد برخی این نظریه همان مبنای دین اقلی است، ولی ربطی به آن ندارد چون آن نظریه می گوید دین اقلی است و اصل دین را محدود می داند، ولی این نظریه ابزار استکشاف را وسیع می داند. زمانی منکشفمان مضیق است و گاهی کاشف موسع است. - یعنی شارع قرون آینده را دیده و اگر می خواست رد کند از همان زمان رد می کرد؛ اما چون رد نکرده امضا کشف می شود؟ - چون دین اسلام خاتم ادیان است و برای همه انسان ها در جمیع اعصار و امصار آمده، پس به فکر آینده نیز بوده است. البته امضای ارتکازات جدید در کلمات امام، مقید به این است که اصل ارتکاز در زمان شارع وجود داشته ولی موضوعش محدود بوده است. مثلاً در باب ارتکاز تقلید، با اینکه مسائل فقهی آن زمان مانند الان پیچیده نبود، اصل ارتکاز تقلید وجود داشت. ولی برخی ۶۸ نظر امام را مانند نظر آقای زنجانی می دانند.

- شاید افرادی که چنین نظری را به امام نسبت می دهند، از تعبیر حضرت امام به علم امام معصوم، ملاک گیری کرده اند ۶۹ و می گویند فرقی ندارد که امام به چه ارتکازی علم داشته باشد؛ زیرا امام به همه ارتکازات جدید علم دارد.

- معلوم نیست که حضرت امام این را گفته باشند بلکه ظاهر کلام ایشان بیشتر در جایی است که ارتکاز قابل حس است ولی در عمل عقلا بروز نیافته است. آقای زنجانی نیز تصریح می کنند که امضای ارتکاز جدید در

جایی است که امکان ردعش با عمومات وجود دارد و آنجایی که امکان ردع به هیچ وجه وجود ندارد، امضا نیز احراز نمی شود. آقای منتظری هم در مکاسب محرمه، ارتکاز عقلایی مستحدث را قابل امضا می داند.