

قاعده ضرر منفی

محمد امجد

دین گرامی اسلام که خاتم ادیان و شرایع می باشد در جهت سهولت و آسایش حال عباد احکام ترخیصی زیادی وضع کرده است طوری که نسبت به سایر شرایع پیشین، شریعتی آسان گیر و روادار می باشد. پیامبر خاتم (ص) که رسالت اصلی اش را تتمیم و اکمال مکارم اخلاق می داند ویژگی این دین را همانا «سهله و سمحه» بودن آن می داند [انی بعثت بالحنیفه السهله السمحه] ظهور و طلوع فرهنگ و تمدنی پرشکوه و استوار در میان بدوی ترین و عقب مانده ترین مردم آن زمان، بیانگر استواری، انسجام، جامعیت و مقبولیت فطری احکام و دستورات این دین حنیف می باشد. وصیت و سفارش حضرت رحمه للعالمین به امت خود در آخرین روزهای حیات گرامی و پربرکت اش مبنی بر تمسک جستن حول محور ثقلین در جهت ادامه مسیر تعالی، ترقی و هدایت امت موجب گردید این دین حنیف

همپا با مقتضیات زمان و مکان در جمیع اعصار و امصار همچون مشعلی نورانی فرا راه بشریت قرار گیرد و به تمامی پرسشها و وضعیت‌های پیش آمده و نوظهور پاسخی در خور داشته باشد. امامان معصوم شیعه علیهم صلوات ... در زمان حیات پربارشان ضمن پاسخگویی به حوادث واقعه، عالمان و راویان احادیث را تشویق و تحریض به اجتهاد می‌فرمودند و با القاء اصول از ایشان می‌خواستند که در تفریع و استنباط احکام بر مبنای آن اصول و راهنماییهای کارساز و روشنگرانه، سعی و جهد بلیغ خویش را به منصه ظهور درآورند.

مفتوح ماندن باب اجتهاد در میان فقهای شیعه پس از غیبت کبری و بکارگیری عقل به عنوان یکی از منابع استنباط احکام در ردیف کتاب و سنت بمثابه رحمتی عظیم بر امت بوده که موجب پویایی احکام و شکوفایی فقه برای همیشه تاریخ می‌باشد.

از این روست که این دین گرامی ضمن آنکه حلال و حرام پیامبر عظیم‌الشان‌اش تا قیام قیامت ثابت و استوار می‌باشد مع الوصف مصون از تحریف و واژگونگی مانده و پاسخگوی نیازهای روزافزون بشریت بوده، هست و می‌باشد.

رود جاری و پربار اجتهاد از عصر ائمه علیهم السلام تا کنون فقه شیعه را توانمند و گسترده ساخته و در این میان از رهگذر این اجتهادات و تلاشهای مبارک و میمون، قواعد و اصول فراوانی تبیین و تأسیس گردیده که به برکت این قواعد، فقهای عظام شیعه توانسته‌اند ضمن احتراز از فرو غلتیدن به ورطه قیاس و استحسان، به غناء و گستردگی فقه شیعه و پاسخگویی به سؤالات بیشمار مردم هر عصر بپردازند و اینهمه از برکت تمسک جستن حول محور ولایت امامان معصوم علیهم السلام که قرآن ناطق و مفسران

واقعی و حی می باشند بدست آمده است.

نگاهی مختصر به تاریخچه بحث از قاعده نفی ضرر در میان علماء امامیه با مراجعه به آثار قدماء ملاحظه می گردد از دیرباز فقهای عظام شیعه در بیان مستند بعضی فتاویشان به قاعده «لاضرر» اشاره فرموده اند. شیخ طوسی (قده) در «خلاف» در باب خیار غبن می فرماید: «دلیلنا ماروی عن النبی (ص) انه قال: لا ضرر ولا ضرار و سید ابن زهره (قده) در غنیه^{***} در باب خیار عیب می فرماید: «و یحتج علی المخالف بقوله (ص) لا ضرر ولا ضرار. از این دو نمونه استدلال چنین بر می آید که مضمون حدیث شریف نبوی (ص) بمثابة یک قاعده کلیه جهت استنباط احکام در میان فریقین مورد تسالم واقع گردیده است. لکن در میان علماء امامیه می توان گفت شهید اول محمد بن مکی عاملی (ش ۷۸۶ هـ ق) قدس سره الشریف اولین فقیهی است که به قاعده نفی ضرر به عنوان یک قاعده فقهی پرداخته است. شهید در کتاب گرانسنگ «القواعد و الفوائد» ضمن بیان مقدماتی مبنی بر اینکه غرض خداوند از وضع احکام و شرایع جلب منفعت و یا دفع ضرر دنیوی و اخروی از برای بندگان می باشد، بازگشت کلیه احکام را برای حفظ و صیانت جان، مال، دین، عقل، و نسب آدمیان می داند. آنگاه پس از ذکر این مقدمه چنین می فرماید: مدارک احکام در نزد ما (امامیه) کتاب و سنت و اجماع و دلیل عقل می باشد و از این ادله اربعه می توان پنج قاعده را استنباط نمود که بازگشت بسیاری از احکام به این قواعد می باشد. شهید (قده) این پنج قاعده را چنین ذکر می کند:

*** الخلاف، ۴۲/۳، مسأله ۶۰ کتاب البیوع.

*** الغنیه، الحوامع الفقهیه / ۵۲۶ سطر ۲۰ - ۲۱.

قاعده اول: عمل تابع نیت است و مأخذ این قاعده فرموده پیامبر (ص) می باشد که: انما الاعمال بالنیات.

قاعده دوم: مشقت موجب تیسیر (آسان شدن و سهل گیری) است. بدلیل قول خداوند باری تعالی: «ما جعل علیکم فی الدین من حرج یرید الله بکم الیسر و لایرید بکم العسر» و فرموده پیامبر اکرم (ص): «بعثت بالحنیفیه السمحه السهله» و فرموده پیامبر (ص): «لاضرر و لا ضرار» - بکسر ضاد و حذف همزه - و تمامی رخصت های شرع بازگشتش به این قاعده می باشد مانند اکل میته در مخمصه، تقیه، نماز خواندن در حالت نشسته در صورتی که در حالت ایستاده برای مکلف مشکل باشد و.... شهید (قده) شماری از احکام را که شارع مقدس در جهت سهولت اعمال عباد ترخیص فرموده در ذیل این قاعده بیان می فرماید.

قاعده سوم:....

قاعده چهارم: ضرر منفی. شهید (ره) ذیل این قاعده نیز احکامی را ذکر کرده و می فرماید: چه بسا قاعده دوم (المشقه موجبہ للیسر) با این قاعده تداخل داشته باشد. از جمله احکامی که ذیل قاعده ضرر منفی ذکر می کنند، شرعیت شفعه، سخت گیری بر غاصب (ملزم نمودن غاصب به پرداخت بالاترین بهاء و هزینه استرداد مال مغضوبه و ضمان منفعت فوت شده) صلح با مشرکین و بازپس دادن پناهندگان آنان در صورت ضعف مسلمین و جواز نوشیدن خمر در صورت گیرکردن لقمه در گلو (در صورتی که نجات جان انسان منحصر به این عمل باشد) و... می باشد.

قاعده پنجم:....*

همانگونه که ملاحظه کردید شهید (ره) در استدلال به نفی حرج ضمن

استناد به آیه شریفه «ما جعل علیکم فی الدین من حرج» به فرموده پیامبر اکرم (ص) «لاضرر و لا ضرار» نیز استناد می‌کند و هنگام بحث از قاعده نفی ضرر بدون اشاره به مستندات قاعده با ذکر گروهی از احکام تریخیمی می‌فرماید: چه بسا قاعده دوم (نفی حرج) با این قاعده تداخل داشته باشد. به هرحال آنچه که مسلم است اینکه شهید (ره) نفی ضرر را همچون نفی حرج بمثابه یک قاعده فقهی که می‌تواند مرجع کثیری از احکام شرع قرار گیرد بشمار آورده است. در سیر تطوّر بحث از قاعده نفی ضرر فاضل تونی (ره) در کتاب اصول خود «وافیه» هنگام بحث از اصالت برائت یکی از شرایط اجرای اصل مزبور را عدم تضرر مسلمان یا کسی که در حکم مسلمان می‌باشد دانسته و در این رابطه چنین مثال می‌زند: اگر شخصی در قفس را گشوده و پرنده از قفس بگریزد و یا گوسفندی را حبس کرده و در نتیجه براهش تلف گردد یا انسانی را بازداشت نموده و در نتیجه این عمل، چارپای این شخص فرار کرده و گم شود و... در این قبیل موارد نمی‌توان با تمسک به برائت ذمه ضار، او را ضامن ندانیم چرا که ممکن است این قبیل موارد مندرج در فرموده پیامبر (ص) لا ضرر و لا ضرار* فی الاسلام گردد.***

از آنجا که فاضل تونی (ره) بحث از این قاعده فقهی را در کتاب اصولی‌اش مطرح نموده و آن را یکی از شرایط اجرای اصالة البرائه می‌شمارد فقهای متأخر از ایشان همچون میرزای قمی (ره) در کتاب قوانین و شیخ اعظم انصاری (ره) در کتاب رسائل هنگام بحث از اصل برائت به این شرط فاضل تونی (ره) اشاره کرده و آنگاه بحث مستوفایی در مورد قاعده

** فی ط: ضرار بدل: اضرار.

*** الوافیه فی اصول الفقه / ۱۹۴، مولی عبدال... بن محمد الشروی الخراسانی مشهور به: فاضل تونی

نفی ضرر مطرح می‌نمایند.

مرحوم میرزای قمی (قدس سره الشریف) در بحث از قاعده لاضرر و نقد کلام فاضل تونی این قاعده را یکی از ادله مجمع علیه شمرده و شرط اجرای اصل برائت را بعد از فحص و یأس از دلیل می‌داند و در جایی که دلیل شرعی موجود است دیگر ثبوت به اصالت برائت نمی‌رسد.

فاضل تونی در بحث فوق‌الذکر هنگام بحث از فقه‌الحديث از آنجا که نمی‌توان نفی را حمل بر حقیقت نمود (چرا که در عالم خارج حقیقت ضرر وجود دارد) برداشت خود را از حدیث شریف نفی ضرر غیر متدارک^۱ بحسب شرع بیان می‌نماید یعنی از آنجا که ضرر بحسب حکم شارع محکوم به تدارک و جبران می‌باشد گویی ضرر موجود به منزله معدوم بوده و بدین وسیله وجود آن نفی گردیده است. محقق قمی به این برداشت نیز اشکال کرده و می‌فرماید: «چه معنای «لا» در حدیث شریف نهی باشد و چه نفی، از این حدیث نمی‌توان استفاده حکم به لزوم ضمان در موارد مورد اشاره نمود».

محقق قمی (ره) آنگاه ضمن بیان احتمالات مختلفی نسبت به معنای حدیث، نظر خودشان را چنین بیان می‌فرمایند: «معنای روایت می‌تواند این باشد که خداوند راضی به ضرر بندگان نمی‌باشد خواه این ضرر از ناحیه تشریح حکم باشد، خواه از ناحیه اضرار بندگان نسبت به یکدیگر».*

بعد از مرحوم میرزا (قده) مرحوم مولی احمد نراقی (رض) در کتاب عوائد الایام و میرفتاح مراغی (ره) در کتاب عناوین و شیخ اعظم انصاری (ره) در کتاب رسائل و نیز در رساله‌ای مستقل - ملحق به مکاسب - به قاعده نفی

ضرر پرداخته‌اند که در صفحات بعد به ذکر آرای ایشان و دیگر فقه‌های عظام (قدس ا... اسرارهم) همچون مرحوم آخوند خراسانی، میرزای نائینی، شیخ الشریعه اصفهانی و حضرت امام خمینی (قده) خواهیم پرداخت. پیش از پرداختن به آراء این بزرگان این مطلب ضروری است که مدرک و مستند قاعده نفی ضرر حدیث شریف «لا ضرر و لا ضرار» می‌باشد که در داستان اختلاف مردی از انصار با سمره بن جندب از زبان مبارک پیامبر گرامی اسلام (ص) جاری شده است. جمله مزبور علاوه بر قضیه سمره در موارد دیگری همچون قضاوت آن حضرت در مورد حق شفعه و نهی از منع بذل ماء نیز ذکر گردیده است. لکن آنچه که مسلم است و بدون هیچگونه خدشه‌ای پذیرفته شده است ذکر این جمله در ذیل قضیه سمره می‌باشد که به نحو اختصار قضیه مزبور را ذکر می‌نماییم:

در زمان رسول الله (ص) سمره بن جندب در جوار خانه مردی از انصار درخت خرمایی داشت که راه عبور آن از داخل ملک مرد انصاری می‌گذشت. سمره برای سرکشی به آن درخت بطور سرزده وارد ملک انصاری می‌شد و بدین ترتیب باعث مزاحمت خانواده‌اش می‌گردید. مرد انصاری از سمره خواهش کرد که پیش از ورود خودت ما را خبر کرده و استیذان نمای چرا که ممکن است خانواده من در حالتی باشند که مناسب نیست یک مرد بیگانه آنان را در چنین وضعیتی مشاهده نماید. لکن سمره به این بهانه که من راه خودم را به سوی نخله‌ام می‌پیمایم و لزومی به اعلان و اجازه خواستن نمی‌بینم! از این درخواست مرد انصاری استنکاف می‌نمود تا اینکه عرصه بر آن مرد تنگ شد و برای تظلم نزد پیامبر اکرم (ص) شتافته و عرض حال نمود. آن حضرت (ص) ابتدا از سمره خواست تا هنگام عبور حضور خودش را اعلان نماید. سمره از پذیرش این توصیه حضرت (ص)

سرباز زده و گفت: این کار را نخواهم کرد. چرا که من راه خودم را می‌روم! آنگاه حضرت رحمه للعالمین فرمود: از این درخت دست بردار و درخت دیگری به ازاء آن به تو خواهم داد. سمره همچنان نمی‌پذیرفت. حضرت فرمود: در مقابل آن درخت ده درخت بگیر و دست از آن بردار. سمره همچنان استنکاف می‌نمود. در نهایت حضرت می‌فرماید: به جای آن درخت، در بهشت یک درخت خرما به تو خواهم داد و آن ملعون همچنان بیشرمانه استنکاف می‌نمود. در این هنگام پیامبر عظیم الشان اسلام که مظهر حلم و رأفت و رحمت خداوند ارحم الراحمین می‌باشد خطاب به مرد انصاری می‌فرماید: اذهب فاقطعها و ارم بها وجهه فانه لا ضرر و لا ضرار. این جمله مبارک در روایت مرسله ابن مسکان از زراره با قید علی مؤمن بدین صورت نقل گردیده است: ... انک رجل مضار و لا ضرر و لا ضرار علی مؤمن. جمله لا ضرر و لا ضرار همراه با قید «فی الاسلام» نیز به صورت مرسل توسط شیخ صدوق و علامه حلی (قدهما) از پیامبر (ص) نقل گردیده است. در صفحه بعد مجموعه روایاتی که متضمن جمله فوق و یا بخشی از آن می‌باشد ذکر خواهد شد.

فقه‌های عظام ما با بحث و بررسی فراوانی در مفاد حدیث درج‌د کشف این مطلب برآمده‌اند که آیا پیامبر (ص) در مقام اخبار به این مطلب بوده‌اند که حکم ضرری در شریعت سهله سمحه وضع نگردیده است یا در مقام انشاء، که تشریع حرمت ضرر و نهی از اضرار می‌باشد؟ از اینرو آراء و انظار مختلفی در جهت فقه الحدیث بیان گردیده که مجموعه آن آراء را می‌توان به صورت کلی در سه دسته تقسیم‌بندی نمود:

- ۱ - نفی حکم ضرری: نظریه اکثر فقهاء و شیخ اعظم انصاری (قده).
- الف: نفی حکم به لسان نفی موضوع: نظریه مرحوم محقق خراسانی (قده).

- ب: نفی ضرر غیر متدارک: نظریه فاضل تونی و مولی احمد نراقی (قدهما).
 ۲ - نهی از اضرار: نظریه میرفتاح مراغی و شیخ الشریعه اصفهانی (رض).
 ۳ - حکم حکومتی (نهی سلطانی): نظریه حضرت امام خمینی (قدس سره الشریف).

مدارک و مستندات روایی قاعده نفی ضرر

همانگونه که ذکر شد جمله لا ضرر و لا اضرار ذیل قضیه سمره بن جندب و همچنین ذیل حدیث شفعه و منع فضل ماء روایت گردیده که توسط مشایخ ثلاثه به شرح ذیل نقل گردیده است:

۱ - موثقه زراره به نقل از کافی

عن عده من اصحابنا عن احمد بن محمد بن خالد، عن ابيه، عن عبدالله بن بكير، عن زراره، عن ابي جعفر عليه السلام، قال: ان سمره بن جندب كان له عذق في حائط لرجل من الانصار وكان منزل الانصاري بباب البستان وكان يمر به الى نخلته ولا يستاذن فكلمه الانصاري فشكا اليه وخبره الخبر فارسل رسول الله صلى الله عليه وآله وخبره بقول الانصاري وما شكا وقال: ان اردت الدخول فاستاذن. فابى. فلما ابى ساومه حتى بلغ به من الثمن ماشاء الله فابى ان يبيع فقال (ص) لك بها عذق يمدلك في الجنة فابى ان يقبل فقال رسول الله (ص) للانصاري اذهب فاقلمعها وارم بها اليه فانه لا ضرر ولا اضرار.*

* الكافي ۲۹۲/۵ باب الضرر كتاب المعيشه - التهذيب ۱۴۶/۷ - ۱۴۷ ج ۶۵۱، من لا يحضره الفقيه ۱۴۷/۳

بافدری اختلاف در ذکر تفصیل قضیه:

... فقال انك تجي و تدخل و نحن في حال نكره ان ترانا عليه فاذا جئت فاستاذن حتى نتحرز ثم ناذن

۲ - مرسله زراره به نقل از عبدالله بن مسکان

در این روایت نیز زراره از امام باقر علیه السلام قضیه سمره را نقل کرده و در آخر حکایت به نقل از پیامبر (ص) روایت می‌گردد ... فقال له رسول الله (ص): انک رجل مضار ولا ضرر ولا ضرار علی مؤمن. قال - امام باقر علیه السلام - ثم امر بها رسول الله (ص) فقلعت ثم رمی بها الیه و قال له رسول الله (ص) انطلق فاغرسها حیث شئت.*

قضیه سمره به نقل از امام باقر علیه السلام توسط حسن بن الصیقل از ابی عبیده الحذاء نیز نقل گردیده است. لکن در روایت ابی عبیده جمله لا ضرر ولا ضرار ذکر نگردیده و فقط به این جمله حضرت (ص) اشاره گردیده است: ... قال (ص) ما اراک یا سمره الا مضارا اذهب یا فلان فاقطعها - فاقطعها - و اضرب بها وجهه.**

با وجود آنکه قضیه سمره توسط فریقین نقل گردیده است لکن در کتب عامه بدون ذکر لا ضرر ولا ضرار می‌باشد*** و در طرق امامیه یکبار بدون این جمله ذکر گردیده و در مرسله ابن مسکان نیز با اضافه قید علی مؤمن می‌باشد. حدیث لا ضرر با اضافه قید فی الاسلام در نهاییه ابن اثیر از عامه و در تذکره الفقهاء علامه حلی و فقیه شیخ صدوق اعلی الله مقامهما الشریفه به صورت مرسل ذکر گردیده است. ابن ابی جمهور احسائی نیز در کتاب

→ لک و تدخل قال لا افعل هو مالی ادخل علیه و لاستاذن فأتی الانصاری ...

*** الکافی ۲۹۴/۵ کتاب المعیته باب الضرار و الوسائل ۳۴۱/۱۷ باب ۱۲ از ابواب احیاء موات.

*** الوسائل ۳۴۰/۱۷ باب ۱۲ از ابواب احیاء موات.

*** ابو داوود در باب قضاء داستان سمره را بدون جمله لا ضرر ولا ضرار از طریق و اصل مولای ابی

عبیده و همچنین ابو حفص از امام باقر (ع) نقل می‌کند. (به نقل از کتاب الاحکام السلطانیة | ابوالحسن

ماوردی / ص ۳۰۱)

عوالی اللالی به نقل از بعضی مصنفات شهید اول (قده) حدیث را با قید فی الاسلام از ابوسعید خدری از راویان عامه نقل کرده است. حال می پردازیم به ذکر روایاتی که در آن لاضرر و ضرر منفی به صورت یک کبرای کلیه در جهت تعلیل حکم صادره توسط پیامبر (ص) در قضایای مربوط به شفعه و نهی از منع بذل ماء و همچنین احکامی که توسط امامان معصوم علیهم صلوات الله صادر گردیده و توسط مشایخ امامیه (قدهم) روایت گردیده است.

۱ - حدیث شفعه: به نقل از مشایخ ثلاثه

... عقبه بن خالد عن ابی عبد الله علیه السلام قال: قضی رسول الله صلی الله علیه و آله بالشفعه بین الشکراء فی الارضین و المساکن و قال لاضرر و لاضرار و قال اذا رفت الارف و حدت الحدود فلاشفعه.*

از ظاهر حدیث فوق چنین برمی آید که پیامبر خدا (ص) به استناد لاضرر و لاضرار حق شفعه را برای شریک در زمین و مسکن پیش از افراز و تقسیم قائل شده اند. اگر چنانچه ثابت گردد حدیث مزبور مذیل به لاضرر می باشد معلوم می گردد که لاضرر به عنوان یک کبرای کلیه در تشریع حق شفعه برای شریک غیر مقاسم به کار آمده است. فقهاء متأخر از چند جهت در مفاد حدیث فوق الذکر مناقشه نموده اند. منجمله شیخ الشریعه اصفهانی (ره) از آنجا که در مفاد حدیث لاضرر و لاضرار قائل به نهی از اضرار می باشند به قرینه آنکه در روایات عامه آنچه از قضاوت های حضرت رسول اکرم (ص) نقل

* الکافی ۵/۲۸۰، التهذیب ۷/۱۶۴، الفقیه ۳/۴۵/۱۵۴. شیخ صدوق (قده) جمله سوم حدیث را به امام صادق علیه السلام نسبت می دهد و قال الصادق علیه السلام اذا رفت الارف. شیخ حرعاملی (قده) بعد از نقل حدیث از کافی و تهذیب می فرماید: و رواه الصدوق باسناده عن عقبه بن خالد و زاد (ولاشفعه الا لشریک غیر مقاسم) الوسائل ۲۵/۴۰۰.

شده همگی و یا جملگی از طریق عبادۀ بن صامت - که از اجلاء شیعه و از روات مورد وثوق می باشد - بوده و با نظر به اینکه قضاوت های آن حضرت (ص) در طرق شیعه همگی از امام صادق علیه السلام و به نقل از عقبه بن خالد می باشد لذا خالی بودن روایات عبادۀ را از این ذیل، قرینه گرفته اند که احتمالاً "عقبه به دلیل سابقه ذهنی ممکن است جمع در روایت کرده باشد. اشکال دیگری که گرفته اند اینکه اگر چنانچه علت جعل حق شفعه لاضرر باشد لازم می آید که فروش شریک حصه اش را به غیر، همیشه مستلزم آن باشد که منجر به ضرر شریک دیگر شود حال آنکه چنین نیست و مواردی می تواند باشد که این عمل نه تنها موجب تضرر شریک نگردد بلکه مورد رغبت وی نیز می باشد بدین صورت که شخص بهتر و خوش خلق تر و مناسب تری شریک وی گردد. لکن به این شبهه چنین پاسخ داده شده که دفع ضرر می تواند حکمت تشریع حق شفعه باشد مانند تشریع عده به خاطر عدم اختلاط میاه.

۲ - حدیث منع فضل ماء: به نقل از کافی*

شیخ کلینی (قده) از محمد بن یحیی از محمد بن حسین از محمد بن عبدالله بن هلال از عقبه بن خالد از امام صادق علیه السلام روایت می کند که آن حضرت (ع) فرمود: قضی رسول الله (ص) بین اهل المدینه فی مشارب النخیل انه لا یمنع نفع البئر** و قضی بین اهل البادیه انه لا یمنع فضل ماء لیمنع به فضل کلاء و قال لاضرر و لاضرار.

از ظاهر حدیث فوق چنین برمی آید که در آن زمان به علت کمی چاه آب

* الکافی ۵/ ۲۹۳ - ۲۹۴ کتاب المعیشه باب الضرار.

** در نسخه کافی نفع الشی آمده که به احتمال زیاد تصحیف می باشد.

اگر چنانچه شخص و یا اشخاصی به دلیل حیات از چاه آب، دیگران را از آب دادن مواشی شان منع می نمودند لازمه آن منع گله از چریدن در مرتع حول و حوش چاه می بود چرا که اگر گله چهارپایان پس از چریدن تشنه گردیده و نتوانند از آب مورد نظر سیراب گردند صاحبان رمه به ناچار از انتفاع از آن مرتع صرف نظر می نمودند، لذا پیامبر گرامی اسلام (ص) مسلمانان را از این اقدام منع می نمایند و می فرمایند «لاضرر و لا ضرار». چنانچه این ذیل در حدیث مزبور ثابت گردد از آنجا که به عنوان یک کبرای کلیه جهت حکم مورد نظر بیان گردیده معلوم می گردد که جمله «لاضرر و لا ضرار» به معنای اخبار از نفی حکم ضرری در شریعت اسلام می باشد. مرحوم شیخ الشریعه در مذیل بودن این حدیث به لاضرر همچون حدیث شفعه با همان استدلالی که مذکور گردید تشکیک نموده اند. برخی دیگر از فقهاء از آنجا که نهی را تنزیهی دانسته و عدم بذل ماء را مکروه می دانند از این منظر در مذیل بودن حدیث مزبور به لاضرر تشکیک کرده اند و دیگر آنکه عدم انتفاع دیگران را در صورت منع صاحب الماء از مصادیق ضرر ندانسته اند.

۳ - هدم دیواری که حد فاصل دو همسایه بوده است

صاحب مستدرک الوسائل* از کتاب دعائم الاسلام از امام صادق علیه السلام نقل می کند: از حضرت (ع) پرسیده شد دیواری بین دو خانه، حد فاصل و ساتر بوده و خراب شده است. مالک دیوار حاضر نیست دیوار را دوباره بناء کند. آیا (به درخواست همسایه مجاور) می توان مالک دیوار را به تجدید بنای آن ملزم نمود؟ حضرت (ع) می فرماید خیر. نمی توان وی را مجبور به

* دعائم الاسلام ۵۰۴/۲ کتاب القسه و النیان. مستدرک الوسائل ۱۵۰/۳ باب ۹ از کتاب احیاء موات.

این کار کرد مگر آنکه مالک بناء، طبق حق یا شرطی از ناحیه همسایه متعهد بوده باشد. لیکن به صاحب منزل گفته می‌شود: اگر خواستی خودت جهت سائر اقدام کن. در همین مورد از حضرت (ع) پرسیده شد اگر چنانچه دیوار خود به خود خراب نشده لکن مالک آن را خراب کرده یا قصد تخریب آن را بدون آنکه نیازی به این کار داشته باشد در جهت اضرار به همسایه انجام دهد تکلیف چیست؟ حضرت (ع) می‌فرماید: چنین حقی ندارد زیرا رسول خدا (ص) فرموده است: لا ضرر و لا ضرار و اگر چنانچه مالک این اقدام را مرتکب شد بر وی تکلیف می‌شود تا جهت تجدید بنای دیوار اقدام نماید. از این حدیث چنین استنباط می‌شود که هرگاه مالک در ملک خود به قصد اضرار به غیر تصرفی نماید و این عمل منجر به تضرر غیر گردد از اینگونه تصرف زیانبار منع می‌گردد و حتی طبق مفاد حدیث ملزم به جبران ضرر وارده خواهد شد.

فقهاء در بحث تعارض ضررین و ذکر شقوق مختلف مسئله که بعداً ذکر خواهد گردید متفقاً در این گونه موارد حکم به عدم جواز تصرف مالک می‌نمایند.

۴ - روایت هارون بن حمزه الغنوی از امام صادق (ع) به نقل از کافی*
شخصی شتر مریضی را به قیمتی کم (ده درهم) خرید تا آن را نحر نموده و از گوشت و پوست‌اش استفاده نماید. در این حال شخصی می‌آید و با پرداخت دو درهم در معامله شریک می‌گردد و پوست و سر شتر را از خریدار می‌خرد. اتفاقاً شتر سلامتی خود را باز می‌یابد و در نتیجه قیمت شتر

بالا می‌رود و به چندین دینار می‌رسد هارون می‌گوید حضرت (ع) در این مورد فرمود: سهم آن کسی که دو درهم پرداخته یک پنجم قیمت فعلی می‌باشد و اگر چنانچه بگوید (طبق همان شرط) سرو پوست شتر را می‌خواهم حق چنین درخواستی را ندارد «هذا الضرار» این ضرر است و با پرداخت یک پنجم قیمت، حق وی اداء گردیده است. در این روایت همانگونه که ملاحظه می‌شود شریک دو درهمی فرضاً با تمسک به اطلاق «المؤمنون عند شروطهم» و یا «أوفو بالعقود» نمی‌تواند همچنان اصرار بر نحر شتر نماید حال آنکه شتر سلامتی خودش را باز یافته و دیگر منفعت چندانی از ناحیه نحر شتر نصیب خریدار اصلی نخواهد گردید و لذا طبق فرموده حضرت (ع) این درخواست شریک «ضرار» است که منفی می‌باشد و یا از آن نهی گردیده است. گویی در این موضوع نیز «قاعده ضرر منفی» به عنوان یک کبرای کلیه جهت بیان حکم واقعه مزبور بکار رفته است.

۵ - روایت عقبه بن خالد از امام صادق علیه السلام

عقبه بن خالد از امام صادق علیه السلام روایت می‌کند که از حضرت (ع) سؤال گردید شخصی اقدام به حفر قناتی (در حریم قنات دیگری) می‌نماید و این عمل موجب کم شدن آب قنات اول می‌گردد. (در این مورد تکلیف چیست؟) حضرت (ع) در پاسخ می‌فرمایند: یتقایسان بحقائب البشر ليله فينظر ايتهما اضرت لصاحبتهما فان ربيت الاخيره اضرت بالاولى فليتعور.*

※ الکافی ۲۹۴/۵ کتاب معیشت باب ضرار و الوسائل ۳۴۴/۱۷ باب ۱۶ از ابواب احياء موات. شیخ حر عاملی در وسائل می‌فرماید: ورواه الصدوق باسناده عن عقبه بن خالد نحوه و زاد: و قضی رسول الله صلی الله علیه و آله - بذلك و قال: ان كانت الاولى اخذت ماء الاخيره لم يكن لصاحب الاخيره على الاولى سبيل (من لا يحضره الفقيه ۵۸/۳).

یعنی پس از بررسی و بدست آمدن این مطلب که قنات دومی منجر به ضرر به قنات اولی شده در این صورت می‌بایست قنات دوم کور شود. در این روایت نیز ملاحظه می‌گردد که حفر قنات دوم ولو آنکه به حسب ظاهر به قصد اضرار نبوده مع الوصف به قنات اول ضرر وارد گردیده است لذا برای دفع ضرر از صاحب قنات اول حکم به پرکردن قنات دوم می‌شود.

از مجموع این روایات و روایات دیگری که برای پرهیز از تفصیل و رعایت اختصار از ذکر آنها خودداری می‌گردد چنین بر می‌آید که در روابط میان مسلمانان و احکام وضعی و معاملات، قاعده نفی ضرر و منع از اضرار به صورت یک اصل مسلم پذیرفته شده است و از طرفی در احکام تکلیفی هر جا که صحبت از ترخیص و تیسیر می‌باشد توسط امامان معصوم علیهم السلام به قاعده «حرج منفی» و استشهاد به کتاب خدا «و ما جعل علیکم فی الدین من حرج» استناد شده است. به عنوان مثال از حضرت امام صادق علیه السلام در مورد مسح بر جبیره سؤال می‌شود و حضرت می‌فرماید: یعرف هذا و نظائره من کتاب الله و ما جعل علیکم فی الدین من حرج امسح علی المراره. لذا شاید بتوان چنین نتیجه‌گیری کرد که قاعده ضرر منفی بیشتر ناظر به احکام وضعی و معاملات است و حدود و ثغور احکام امضایی شرع را در روابط میان مسلمانان محدود به عدم ضرر می‌نماید و قاعده حرج منفی ناظر به عبادات و احکام تکلیفی می‌باشد.

حال پیش از آنکه به فقه الحدیث لاضرر بپردازیم به این نکته نیز اشاره می‌شود که فخرالمحققین (قده) در کتاب ایضاح الفوائد* در باب رهن ادعای تواتر اینگونه احادیث را می‌نماید و شیخ حر عاملی (قده) در کتاب

وسائل الشیعه بابی تحت عنوان «باب انه لا يجوز الاضرار بالمؤمن» اختصاص داده است. مرحوم آخوند صاحب کفایه در تصحیح و تقریب مدعای فخرالمحققین (ره) می‌فرماید: با وجود اختلاف احادیث مربوطه چه در لفظ و چه در موارد ذکر آن بایستی مراد ایشان، تواتر اجمالی باشد بدین معنی که از مجموع روایات فوق الذکر و سایر روایات این باب قطع به صدور بعضی از آنها حاصل می‌شود و انصاف آن است که دعوی تواتر بدین معنا گزافه نیست*

فقه الحدیث

مفردات حدیث:

معنای ضرر و ضرار

در معنای ضرر لغوین معانی مختلفی ذکر نموده‌اند که ذیلاً به مواردی از آن اشاره می‌شود: صاحب اللغة ضرر را خلاف نفع معنا کرده و صاحب قاموس علاوه بر آن ضرر را به معنای سوء حال هم آورده است. ابن اثیر در نهایه و شیخ طریحی در مجمع البحرین ضرر را به معنای نقص در حق دانسته‌اند. در مصباح المنیر ضرر به معنای عملی مکروه نسبت به شخص و یا نقص در اعیان ذکر شده است. راغب اصفهانی در مفردات ضرر را به سوء حال تفسیر می‌کند اعم از سوء حال نفس یا سوء حال جسم به سبب فقدان عضوی از اعضاء یا قلت مال و آبرو.

لغوین برای ضرار نیز معانی مختلفی ذکر کرده‌اند از جمله این معانی مجازات بر ضرر، اضرار عمدی (در مقابل ضرر که اعم از اضرار عمدی و غیر عمدی است) ضرر رسانیدن متقابل دو نفر به یکدیگر، ضرر رسانیدن به

دیگری بدون آنکه از این بابت نفعی عاید شخص ضرر رساننده گردد. همچنین ضرار را نیز مرادف ضرر دانسته‌اند. صاحب قاموس نیز یکی از معانی ضرار را معادل ضیق گرفته است.

از مجموع نظرات لغویین می‌توان به این نتیجه رسید که ضرر به معنای نقص در مال یا نفس (جسم) بوده و اختلاف آراء ایشان به علت استعمالات مختلف کلمه ضرر طبیعی می‌باشد. در مورد ضرار هم از آنجا که مصدر باب مفاعله می‌باشد بیشتر به معنای اضرار و مجازات بر ضرر و ضرر رسانیدن دو نفر به یکدیگر معنا کرده‌اند لکن با مراجعه به کلام خدا که به لسان عربی مبین نازل گشته و با بررسی موارد استعمال کلمه ضرار نه تنها از آن معنای شایع و متداول باب مفاعله (عمل متقابل طرفینی) استفاده نمی‌گردد بلکه در اغلب آیاتی که شامل این کلمه می‌باشد ضرار بیشتر به معنای ایصال مکروه و تضییق روحی روانی و به مشقت انداختن افراد می‌باشد. برخی از مواردی که کلمه ضرار در قرآن بدین معنا آورده شده به شرح ذیل می‌باشد:

۱ - سورة بقره، آیه ۲۳۱: وَلَا تَمْسُكُوهُنَّ ضَرَارًا لِّتَعْتَدُوا

آیه شریفه مربوط به عده زنان در طلاق رجعی است و بدین وسیله مردان را از رجوع در عده بدون آنکه میل به ادامه زندگی مشترک داشته باشند نهی می‌فرماید. توضیح آنکه مردان عرب در آن زمان با این کار (رجوع بدون قصد امساک) قصد داشتند با طولانی‌تر نمودن ایام عده، زنان مطلقه خود را آزار رسانند. شیخ صدوق (ره) در باب کراهت رجعت بدون قصد امساک از امام صادق علیه السلام چنین روایت می‌کند: سزاوار نباشد مرد همسرش را طلاق داده و بدون آنکه قصد ادامه زندگی زناشویی داشته باشد به همسرش رجوع کرده آنگاه او را مجدداً طلاق دهد. این همان «ضرار»ی می‌باشد که

خداوند عزوجل از آن نهی فرموده است.*

۲ - سورة بقره، آیه ۲۳۳: لاتضار والده بولدها و لامولود له بولده

از امام صادق علیه السلام روایاتی در تفسیر آیه شریفه نقل گردیده که در آن مضاره چنین تفسیر شده: یعنی آنکه فرزند را پدر از مادرش محروم ننماید و مادر نیز با شیر ندادن به فرزند موجب اضرار پدر نگردد و یا آنکه مرد از آمیزش با همسرش به بهانه آنکه فرزند شیرخوارش در صورت حامله شدن زن از بین خواهد رفت ممانعت نماید و یا آنکه زن به همین بهانه از همبستر شدن با همسرش خودداری کند. و یا آنکه در تفسیر همین آیه از امام صادق (ع) روایت شده مطلقه حامله نفقه داده می شود تا آنکه وضع حمل نماید و مادر سزاوارتر است نسبت به فرزندش در جهت شیردادن نسبت به سایر زنان. خداوند می فرماید: «لاتضار والده بولدها و لامولود له بولده و علی الوارث مثل ذلک لایضار بالصبی و لایضار بامه فی رضاعه» به فرزند و مادرش در ایام شیردادن نبایستی ضرر وارد شود.**

از مجموع روایات فوق چنین برمی آید که حضرت صادق علیه السلام مواردی را که ضرار نسبت به همسر می باشد ذکر نموده و آیه را به آنها تطبیق می نماید.

۳ - والذین اتخذوا مسجدا ضارا و کفرا و تفریقا بین المؤمنین...***

شأن نزول آیه در مورد مسجدی می باشد که به سفارش ابوعامر راهب

** من لایحضره الفقیه ۳/۳۲۳ - ۳۲۴. الوسائل ۴۰۲/۱۵ باب ۳۴ از ابواب عده.

*** مجمع البحرین ۳/۳۷۱ ماده «ضرر»، الکافی ۶/۱۰۳.

*** الوسائل ۱۵/۱۷۸: تفسیر قی ۶۶ - ۶۷ در تفسیر آیه.

سرکرده منافقان مدینه در مقابل مسجد قبا توسط عده‌ای از منافقان همچون ثعلب بن حاطب و ودیعه بن ثابت بنا گردید. منافقان قصد داشتند تا از این طریق در صفوف متحد مسلمین تفرقه و تشتت ایجاد نمایند. پیامبر اکرم (ص) با نزول آیه شریفه دستور دادند به منظور قلع ماده فساد آن مسجد را سوزانده و منهدم نمایند و محل آن مسجد به مزبلة مبدل گردید.

این مسجد در میان مسلمانان لقب ضرار گرفت و به کنایه به هر پایگاه به ظاهر دینی که بر اساس نفاق و تفرقه افکنی در میان مسلمانان بنا گردد مسجد ضرار می‌گویند. با تأمل در معنای آیه شریفه و شأن نزول آن معلوم می‌گردد که منافقان قصد داشتند از پایگاه عبادی، دینی مسجد سوء استفاده کرده و با القاء شبهه و تفرقه افکنی مبادرت به شق عصای مسلمین نمایند. خداوند تبارک و تعالی از این نیت پلید به «ضرار» تعبیر فرموده است. ضرار در آیه فوق‌الذکر مصدر باب مفاعله و طبق نظر مفسران به معنای اسم فاعل می‌باشد یعنی مسجد امضارا.

۴ - و لاتضرار و هن لتضیقوا علیهن . سورة طلاق آیه ۶

آیه شریفه در مورد زنان مطلقه می‌باشد و مردان را از اینکه در ایام عده در سکنی دادن و نفقه ایشان سختگیری نمایند، نهی می‌فرماید. توضیح اینکه چه بسا مردان با اینگونه رفتار کردن (در اختیار نگذاشتن مسکن مناسب و نفقه) زنان مطلقه را در ایام عده به سختی و کلفت انداخته و آنان مجبور شوند قبل از انقضای عده منزلشان را ترک نمایند.

با ملاحظه آیات فوق‌الذکر معلوم می‌گردد که کلمه «ضرار» به معنای اضرار می‌باشد و بیشتر موارد استعمال آن به معنای ایصال حرج و مکروه و

تضییق می‌باشد. حضرت امام خمینی (قده) با استشهاد به این آیات می‌فرمایند: بنابراین، فرمایش پیامبر (ص) (ما اراک یا سمره الامضارا) یعنی مضیقاً و مورثاً للشدّه و الحرج و المکروه علی اخیک. یعنی سمره در این خطاب به عنوان کسی که قصد اضرار داشته و درصدد به مشقت انداختن مرد انصاری می‌باشد، متصف به مضار گردیده است.

ظاهراً مرحوم میرزای نائینی (قده) در تفصیل میان معانی ضرر و ضرار فرموده‌اند ضرر اعم از ضرر در عرض و یا جسم و مال می‌باشد و ضرار به معنای هتک عرض می‌باشد و حضرت امام (قده) با مناقشه در برداشت میرزای نائینی می‌فرمایند معنای مضار این نیست که تو با دخول بدون اذن به منزل انصاری و احیاناً چشم چرانی هتک حرمت خانواده انصاری را می‌نمایی چرا که با بررسی موارد استعمال ضرر و ضرار در لغت و کتاب و حدیث موردی یافت نمی‌شود که از ضرار چنین معنایی مستفاد گردد.* در مورد مدعای مرحوم نائینی به این نکته نیز باید اشاره کرد اگر چه طبق مضمون روایت، سمره ضمن آنکه بدون اذن و سرزده وارد ملک انصاری شده و حتی با نگاههای خائنانه به اهل و عیال مرد انصاری موجب اذیت و آزار وی و خانواده‌اش می‌گردیده لکن از این مطلب چنین بر نمی‌آید که از ضرار و مضار چنین معنایی استفاده شود و برای استفاده چنین معنایی می‌بایست موارد دیگری در احادیث و لسان اهل لغت یافت شود که بدین معنا استعمال شده باشد و حضرت امام (قده) می‌فرمایند چنین استعمالی با بررسی و تتبع در لغت و کتاب و حدیث یافت نشده است.

* بدائع الدرر فی قاعده نفی الضرر، امام خمینی (قده) صفحه ۶۲ و در مورد مطلب منقول از میرزای

نائینی (قده) ارجاع شده به: منه الطالب، ۲/ ۱۹۸.

مرحوم آخوند (رض) در کفایه، ضرار را در جهت تأکید و به معنای ضرر دانسته‌اند. در بررسی آراء لغویین پیرامون ضرر و ضرار گفته شد که ضرار را نیز به معنای ضرر و مرادف با وی دانسته‌اند. حال اگر چنانچه بپذیریم ضرار به معنای ضرر و در جهت تأکید می‌باشد و با توجه به آنکه حضرت (ص) خطاب به سمره می‌فرمایند «تو مضار هستی» پس بایستی در این صورت ضرر را نه به معنای نقص در مال یا جسم بلکه به معنای ضیق بگیریم چراکه مضمون حکایت سمره دلالت بر آن دارد که وی موجب حرج و ضیق بر مرد انصاری شده است و او را به مشقت روحی انداخته است. دیگر آنکه در تکرار جهت تأکید، لازم نیست حرف عطف ذکر شود. حال آنکه ذکر حرف عطف بایستی دلالت بر معنایی به غیر از معنای فقره اول حدیث بنماید. این خلاصه‌ای از اقوال علماء پیرامون بحث از مفردات حدیث بود که مذکور گردید. حال می‌پردازیم به مفاد هیئت ترکیبیه و معنای «لا».

آراء فقهاء پیرامون معنای «لا» در حدیث

اگر مدخول «لا» یعنی کلمه‌ای که پس از آن قرار می‌گیرد اسم نکره باشد، دلالت بر نفی جنس می‌کند یعنی آنچه که مدخول آن است اصلاً در عالم خارج وجود ندارد. لکن از آنجا که ملاحظه می‌شود حقیقت ضرر و ضرار در عالم خارج موجود است بنابراین گریزی از آن نیست که جمله لا ضرر را که دلالت بر نفی جنس ضرر در خارج می‌نماید به نحوی توجیه نماییم. برای توجیه و تفسیر این جمله نظریات مختلفی توسط فقهاء بیان شده است که مفاد هیئت ترکیبیه جمله لا ضرر و لا ضرار را تبیین می‌کند. در صفحات بعد ابتدا نظریه شیخ اعظم انصاری (ره) و پس از ایشان نظریات دیگری که ابراز شده به نحو اختصار بیان می‌گردد.

مفاد هیئت ترکیبیه

نفی حکم ضرری:

نظریه شیخ اعظم انصاری (قده)

شیخ انصاری «ره» با ذکر احتمالاتی که در معنای حدیث شریف صورت گرفته و رد نظریه نفی ضرر غیر متدارک به عنوان اُردأ احتمالات مفاد لاضرر را به معنای نفی حکم ضرری در اسلام می‌دانند و یا به تعبیری دیگر حکمی که عمل به آن برای مکلف مستلزم ضرر باشد نفی شده و در شریعت اسلام مجعول ضرری وجود ندارد. مانند وضوء ضرری، معامله غبنی و اضرار به غیر که وجوب، لزوم و اباحه در آنان منتفی می‌باشد.

مرحوم شیخ در کتاب گرانسنگ رسائل بعد از ذکر روایاتی که متضمن حکایت سمره و مرد انصاری است و تشریح معنای ضرر و ضرار می‌فرمایند: ... بنابراین معنای حدیث با توجه به عدم امکان اراده حقیقت عبارت از عدم تشریع ضرر خواهد بود. بدین معنا که شارع مقدس هیچ حکمی اعم از تکلیفی و وضعی که لازمه‌اش متضرر شدن مکلف باشد تشریع نفرموده است. آنگاه ایشان جهت تبیین بیشتر موضوع چند مثال دیگر نیز ذکر فرموده‌اند منجمله: لزوم بیع بدون در نظر گرفتن حق شفعه برای شریک. وجوب وضوء برای کسی که ناچار بشود آب را به بهای زیادی خریداری نماید. مجاز بودن رفت و آمد سمره به سوی نخله‌اش بدون استیذان. حرمت اقامه دعوی و مراجعه به حکام جور در صورتی که استیفای حق متوقف به آن باشد و همچنین بری دانستن ذمه شخص ضرر رساننده و عدم جبران خسارت وارده توسط وی.*.

* اذا عرفت ما ذکرناه فاعلم ان المعنی بعد تعذر اراده الحقیقه عدم تشریع الضرر بمعنا ان الشارع ...

مرحوم شیخ طبق این مبنا همه اینها را از مصادیق احکام ضرری ای که توسط نبوی شریف نفی گردیده به شمار آورده‌اند. بنابراین طبق نظریه شیخ «ره» (ابقاء لا در معنای نفی) بایستی در تبیین حدیث، به نوعی قائل به مجاز شد. لکن شیخ (ره) ضمن آنکه به عدم امکان حمل بر حقیقت تصریح فرموده مع الوصف به نوع مجاز (به عنوان مثال: مجاز در کلمه، مجاز در حذف یا حقیقت ادعایی) اشاره‌ای ننموده‌اند. لذا علماء متأخر از شیخ در وجه تبیین نظریه مختار ایشان هر کدام احتمالاتی داده‌اند.

از ظاهر کلمات شیخ چنین برمی‌آید که قائل به مجاز در حذف شده‌اند آنجا که در تبیین حدیث شریف می‌فرمایند «ای لا حکم ضرری فی الاسلام» لکن می‌توان گفت منظور ایشان به نحو حقیقت ادعاییه به علاقه سببیت و مسببیت می‌تواند باشد گویی سبب وقوع ضرر عبارت از حکمی است که اطلاق آن باعث ضرر شده و چنین ادعا شده که این حکم کأنه همان ضرر است که نفی گردیده، بدین معنا که حکم شرعی ای که از آن ضرر ناشی می‌گردد منتفی است.

آنگاه شیخ نسبت میان لاضرر را با سایر ادله از باب حکومت می‌داند بدین معنی که با تضییق در جانب محمول، احکام را مقید به حال عدم ضرر می‌نماید. فرق حکومت با تخصیص در این است که دلالت خاص، لُبّی می‌باشد و به حکم عقل. لکن در حکومت، دلیل حاکم به مدلول لفظی متعرض بیان احوال و کمیت دلیل محکوم بوده و دلیل محکوم از این بیان ساکت می‌باشد و دلیل حاکم به عنوان شارح و ناظر، دلیل محکوم را تفسیر می‌نماید. لذا لزومی ندارد که دلیل حاکم متأخر از دلیل محکوم باشد. پیش از پرداختن به نظریه مرحوم آخوند ذکر این نکته ضروری است که ترجیح مفاد نفی بر استفاده نهی از نبوی شریف منوط به آن است که ثابت شود

جمله لا ضرر و لا ضرر به صورت مطلق و بدون قید «علی مؤمن» و یا آنکه همراه با قید «فی الاسلام» از زبان مبارک پیامبر گرامی اسلام (ص) جاری شده است. لکن اگر چنانچه طبق مرسله ابن مسکان حدیث با قید «علی مؤمن» وارد شده باشد، آنگاه جمله مزبور ظهور در نهی از اضرار خواهد داشت و دیگر نمی توان از آن نفی احکام ضرری همچون نفی وجوب وضوء ضرری و حج ضرری و... را استفاده کرد. به این مطلب مرحوم شیخ در رساله مستقل لا ضرر تصریح فرموده اند.*

به این نکته نیز اشاره شود که شیخ در کتاب رسائل احتمال استفاده نهی را از مفاد «لا» در جمله لا ضرر و لا ضرر نیز در مدنظر داشته اند. بدین مضمون که اضرار به نفس یا به غیر چه ابتداء به ساکن و چه به عنوان تلافی نمودن منهی می باشد. لکن اگر قرار باشد استفاده نهی از حدیث گردد بایستی ملتزم به این مطلب شد که علاوه بر تحریم، فساد و بطلان نیز از آن مستفاد گردد چراکه در بسیاری از روایات مربوط به این باب در جهت احکام وضعی به آن استدلال شده است. آنگاه ایشان این احتمال را قریب به همان معنای اول (نفی حکم ضرری) دانسته اند.**

مرحوم آخوند در حاشیه بر این مطلب شیخ (ره) چنین می فرمایند: او بمعنی ان الشارع لم یشرع جواز الاضرار بالغیر او وجوب تحمل الضرر عنه و هو اظهر...*** یا بدین معنا که شارع جواز اضرار به غیر و یا وجوب تحمل ضرر از غیر را تشریع نفرموده است و همانگونه که اگر گفته شود لارفت و لافسوق و لاجدال فی الحج و یا لاقمار و لاسرقه و لا اکل اموال الناس بالباطل

* ملحقات مکاسب. رساله فی قاعده نفی الضرر / ۳۷۳.

** رسائل ۲/ ۵۳۵.

*** درر الفوائد فی الحاشیه علی الفوائد ۲۸۲ محقق خراسانی.

فی الاسلام از اینها چنین برداشت می‌شود احکامی که مناسب با این موضوعات منفی می‌باشد (جواز) نفی گردیده است. آنگاه ایشان می‌فرمایند: در محاورات تعبیر از نفی حکم به لسان نفی موضوع متداول می‌باشد. حال آنکه در تعبیر از نفی سبب به لسان نفی مسبب چنین نیست (اشاره به برداشت شیخ ای لاحکم ضرری...) و در حاشیه بر این مطلب شیخ: و هذا المعنى قريب من الاول و راجع اليه چنین می‌فرمایند نزدیک بودن این معنا و رجوع آن به معنای اول (نفی) در صورتی است که مراد، نهی از مطلق اضرار به نفس یا به غیر باشد ولو آنکه این ضرر از احکام شرعیه نشأت گیرد و گرنه استفاده نهی از حدیث به برداشتی که ما نمودیم (لم یشرع جواز الاضرار بالغير او وجوب تحمل الضرر عنه) نزدیکتر می‌باشد.

الف: نفی حکم به لسان نفی موضوع

نظریه مرحوم آخوند

محقق خراسانی در کفایة الاصول ضمن آنکه ضرر را مقابل نفع و از باب تقابل عدم و ملکه و ضرار را نیز به معنای ضرر و در جهت تأکید دانسته‌اند در تبیین مفاد هیئت ترکیبیه نفی را به معنای نفی حقیقت ادعایی دانسته و می‌فرمایند مراد از نفی ضرر نفی حکم به لسان نفی موضوع می‌باشد بدین معنا که به حسب استعمال، نفی حقیقت ضرر شده است لکن اراده جدی به نفی احکامی تعلق گرفته است که می‌توانند موجب تحقق ضرر گردند. از این رو متکلم با این نحوه تعبیر، گویی ادعا می‌کند حقیقت ضرر وجود ندارد. و اینگونه تعبیر کردن در محاورات شایع بوده و نظایر آن در اخبار و روایات زیاد می‌باشد. مانند: «لا صلاة لجار المسجد الا في المسجد»، «يا اشباه الرجال ولا رجال». گویی تمام حقیقت، مردی، شجاعت و مروت و مردانگی است و

چون این آثار در میان مردمی که مخاطب مولی الموحدين عليه افضل صلوات المصلين می باشند نبوده است لذا حضرت می فرمایند «و لارجال». به عنوان مثال وقتی گفته می شود لاریا بین الوالد و الولد و حال آنکه حقیقت ربا وجود دارد، لکن از آنجا که اینچنین معامله ای از نظر شرع محکوم به حرمت نیست لذا ادعا می شود این ربا نیست چون حرام نیست چرا که اگر ربا می بود حرام می بود. و یا آنکه در «لا شک لکثیر الشک» که حاکم است بر ادله شکوک: «فاذا شککت فابین علی الاکثر» حقیقت شک وجود دارد لکن چون اثری بر آن مترتب نیست چنین ادعا می شود که شک کثیر الشک شک نیست. تفاوت میان نظریه مرحوم آخوند و شیخ انصاری در این است که طبق نظر شیخ، دلیل لاضرر ناظر به عقد الحمل ادله دیگر بوده و به نحو تضییق در جانب محمول حکم را مقید به حالت عدم ضرر می کند و طبق نظر مرحوم آخوند دلیل لاضرر ناظر به عقد الوضوع بوده و حکومت آن بر سایر ادله با تضییق در جانب موضوع می باشد و موضوع ضرری را از شمول حکم خارج می کند و به تعبیر دیگر طبق نظریه شیخ حکم ضرری جعل نشده است و طبق نظر محقق خراسانی موضوع ضرری حکم ندارد. بنابراین اگر کسی در صورت جهل به ضرر وضوء گرفت و در نتیجه وضوء، ضرری بود طبق نظر شیخ وجوب و لزوم وضوء چون مقید به حالت عدم ضرر بوده برداشته شده است لکن از آنجا که دارای ملاک بوده و چنین وضوئی رافع حدث می باشد، نماز این شخص صحیح است. لکن اگر گفته شود این وضوء چون ضرری بوده و موضوع ضرری حکم ندارد مانند شک کثیر الشک لذا وضوء ضرری ولو در صورت جهل به ضرر فاقد ملاک و حکم بوده و نماز با آن باطل است البته یقیناً مرحوم آخوند ملتزم به چنین نتیجه ای نبوده اند چرا که ایشان هم قائل به این بوده اند که مساق لاضرر مساق امتنان است و

مواردی را که خارج از امتنان باشد شامل نخواهد شد. ولی به هر حال در بحث‌های علمی از آنجا که هر کلمه و تعبیری بار حقوقی خاص خودش را دارد لذا در عالم بحث و نقد و مناقشه، چنین تفسیرهایی صورت می‌گیرد و همین نقد و بررسی‌هاست که روز به روز بر صلابت و عظمت هر چه بیشتر فقه شیعه افزوده است.

مهمترین اشکالی که به نظریه محقق خراسانی وارد شده از ناحیه مثالهایی است که ایشان برای تقریب موضوع بکار برده‌اند بدین بیان: مواردی که نفی حکم به لسان نفی موضوع می‌باشد مانند «لاریابین الوالد و الولد و لاشک لکثیرالشک ولا صلاة لجار المسجد الا فی المسجد» حکم منفی از احکام عناوین مذکوره بوده و با نفی این عناوین پی می‌بریم که احکام این عناوین نفی گردیده است لکن در ما نحن فیه چنین نیست چرا که حکمی که طبق این قاعده منفی خواهد بود عبارت است از احکامی که به عناوین اولیه‌اش بر موضوعات و افعال باز می‌گردد و در صورت معنون شدن به عنوان ضرر که عنوانی ثانوی می‌باشد از شمول حکم خارج می‌گردد. به عنوان مثال وجوب وضوء که بر حسب اطلاق آن شامل هر گونه وضوء ولو در حالت ضرر می‌گردد، طبق این قاعده هنگامی که وضوء معنون به عنوان ضرر شد و وضوء ضرری گردید از شمول آن حکم اولیه اقتضایی خارج می‌شود.

چنین گفته شده که طبق این مسلک (نفی حکم به لسان نفی موضوع) حکم ضرر که حرمت می‌باشد می‌بایست نفی گردد حضرت امام (قده) در تعلیقه بر کفایه پس از آنکه نظر مختار خودشان را در نفی حقیقت ادعایی چنین بیان می‌فرمایند: «از آنجا که موجبات ضرر که احکام می‌تواند باشد نفی گردیده لذا اقتضای کلام بلیغ چنین است که به نحو ادعاء، حقیقت ضرر

نفی گردد».*^۱ آنگاه در جهت تبیین بیشتر کلام آخوند (قده) می فرمایند: و چه بسا مراد محقق خراسانی رحمه الله از نفی حکم به لسان نفی موضوع همین نظریه (مورد اختیار حضرت امام (قده) پیرامون نفی حقیقت ادعایی) باشد و مراد ایشان موضوع خارجی یعنی ضرر و حرج باشد نه موضوعی که در مقابل حکم است و منظور از حکم هم احکامی باشد که منشأ ضرر و حرج می گردند نه احکامی که متعلق به موضوع ضرر و حرج می باشند و در این صورت ایراد میرزای نائینی (قده) وارد نمی باشد.**^۲

توضیح آنکه مرحوم میرزای نائینی در جهت مناقشه در نظریه مرحوم آخوند می فرمایند: از آنجا که نفی ضرر نفی حکم می نماید (نفی حکم به لسان نفی موضوع) لذا لازمه اش جواز ضرر و نفی حرمت آن می باشد چرا که حکم ضرر حرمت می باشد و با این نفی، حرمت به جواز مبدل می گردد.***^۳

شایان ذکر است مرحوم آخوند در جهت تبیین کلام شیخ (ره) که فرموده اند لاحکم ضرری چه بسا از آنجا که مجاز در حذف و یا تقدیر را مناسب ندانسته اند سعی نموده اند اقرب مجازات را که نفی حقیقت ادعایی می باشد در جهت تبیین حدیث بکار گیرند.

رتال جامع علوم انسانی

ب: نفی ضرر غیر متدارک

نظریه مرحوم فاضل تونی و مولی احمد نراقی (قدهما)

از آنجا که در تاریخچه بحث از قاعده، به نظریه مزبور پرداخته شده است جهت رعایت اختصار به همان مقدار بسنده می گردد. ملخص نظریه فوق این

* انوار الهدایه فی التعلیقہ علی الکفایہ ج ۱/ ۳۸۰.

** همان.

*** فوائد الاصول، ۳/ ۲۶۳ - ۲۶۴.

است که در شرع، احکام ضرری وجود ندارد و چنانچه ضرری از این ناحیه رخ دهد به نحوی ضرر مزبور تدارک شده است لذا شارع می تواند چنین ادعاء کند که هیچگونه ضرری که ناشی از احکام باشد، وجود خارجی ندارد. شیخ اعظم انصاری از این نظریه به اُرداً احتمالات تعبیر فرموده اند.

نهی از اضرار

نظریه شیخ الشریعه اصفهانی (ره)

مرحوم میرفتاح مراغی و شیخ الشریعه اصفهانی (ره) مفاد «لا» را نهی از اضرار می دانند. شیخ الشریعه برای اثبات این موضوع در صدد اثبات چند مطلب می باشد که در اینجا به نحو اختصار بیان می گردد. ایشان می فرمایند: با تتبع در کتب روایی اهل سنت، حدیث شریف، بدون «قید فی الاسلام» روایت گردیده و تنها این اثیر در نهایی حدیث را با قید مزبور ذکر کرده است و معلوم نیست این اثیر به چه استنادی و از کجا حدیث را با این قید ذکر کرده است؟ حال آنکه در هیچیک از مجامع روایی عامه بدین نحو روایت نشده است.

مطلب دیگر آنکه حدیث لاضرر منحصرّاً ذیل قضیه سمره روایت شده و حدیث شفعه و نهی از منع فضل ماء مذیل به لاضرر نمی باشد. ایشان برای اثبات این موضوع می فرمایند با تتبع در روایاتی که از طرق عامه در مورد قضاوت های حضرت رسول اکرم (ص) وارد شده، ملاحظه می شود که همگی آنها از طریق عباد بن صامت می باشد و در روایات شیعه قضاوت های آن حضرت (ص) از طریق عقبه بن خالد و به نقل از امام صادق علیه السلام وارد شده است. لذا با توجه به آنکه روایات ما با عامه در این جهت در بیشتر موارد مطابقت دارد می توان نتیجه گیری کرد که آوردن لاضرر در ذیل دو

حدیث فوق‌الذکر از ناحیه راوی (عقبه) بوده است. به ویژه آنکه این دو حدیث از طرق عامه بدون این ذیل نقل گردیده است لذا همه اینها را قرینه بر این گرفته‌اند که حدیث شفعه و نهی از منع فضل ماء بدون این تعلیل (لاضرر) می‌باشد. مرحوم شیخ الشریعه پس از ذکر این مقدمات به نظریه مورد اختیار خود که استفاده نهی از اضرار از حدیث می‌باشد می‌پردازند و برای اثبات آن مثالها و شواهد فراوان از کتاب و سنت بشرح ذیل ارائه می‌نمایند:

لارث و لافسوق و لاجدال فی الحج*

فان لك فی الحیاة ان تقول لامساس** ای لاتقربنی و لاتمسنی

و فرموده پیامبر (ص): لاجلب و لاجنب و لاشغار فی الاسلام

: لااخصاء فی الاسلام و لابنیان کنیسه

: لاحمی فی الاراک. لاحمی الاماحمی الله و رسوله. لاسبق الا فی خف او

حاضر او نصل. لاصروره فی الاسلام. لاغش بین المسلمین

لطااعه لمخلوق فی معصیه الخالق و...

ایشان می‌فرمایند در تمام مواردی از این قبیل از این ترکیب (ترکیب «لا»

نافیه للجنس) استفاده نهی می‌گردد آنگاه ایشان متعرض کلام مرحوم آخوند

«ره» در کفایه گردیده (که فرموده‌اند نفی به معنای نهی اگر چه بعید نمی‌باشد

لکن در همچو ترکیبی معهود نمی‌باشد) و آن را رد کرده‌اند.

بر نظریه شیخ الشریعه اشکالاتی بدین شرح وارد شده است:

۱ - قید فی الاسلام را شیخ صدوق (ره) در فقیه و علامه در تذکره ذکر

فرموده‌اند هر چند در این دو کتاب روایت به صورت مرسل ذکر گردیده لکن

* بقره / ۱۹۷.

** طه / ۹۷.

این ارسال همچون ارسال نهاییه نمی‌باشد چرا که مراسیل صدوق (ره) نیز معتبر می‌باشد و چه بسا علامه نیز روایت را با این قید از صدوق نقل کرده باشد. دیگر آنکه فقدان این قید نمی‌تواند مرجحی برای استفاده نهی باشد (البته اگر این قید ثابت شود دیگر هرگز نمی‌توان استفاده نهی از حدیث کرد).

۲ - هرچند عبادۀ بن صامت از اجلاء اصحاب می‌باشد و نزد ما نیز معتبر است لکن طرق نقل روایت از عبادۀ نزد ما معتبر نیست و از این جهت نمی‌توان آن را به عنوان قرینه‌ای در جهت اثبات این موضوع گرفت که عقبه بر اساس سابقۀ ذهنی، سهواً این قضاء مستقل را در ذیل دو حدیث مسبوق‌الاشاره آورده است. علاوه بر این، طبق اشکال مرحوم میرزای نائینی (قدس سره) لازمه این نظریه خلّو قضایای مروی از طریق عقبه از مشهورترین قضایای آن حضرت (لاضرر و لا ضرار) می‌باشد.

۳ - در تمام موارد ذکر شده و یا لا اقل جُلّ موارد مذکور در آیات و احادیث که مرحوم شیخ الشریعه از آنها استفاده نهی نموده است «لا» در همان معنای اصلی خود یعنی نفی استعمال شده و به مساعدت قرائن، حکم تحریم در بعضی از آن موارد مستفاد می‌گردد.

حکم حکومتی یا نهی سلطانی

نظریۀ امام راحل (قدس سره الشریف)

حضرت امام خمینی (رض) پس از بیان احتمالات مفاد حدیث شریف نظریۀ شیخ الشریعه را که احتمال نهی را بر سایر احتمالات ترجیح داده تبیین فرموده و پس از بیان اشکالاتی بر برخی از فقرات نظریۀ مزبور، نظریۀ مختار خودشان را بیان می‌فرمایند که ملخص آن بدین شرح است: پیامبرگرامی

اسلام علاوه بر مقام نبوت و رسالت که همانا تبلیغ و بیان احکام الهی اعم از وضعی و تکلیفی می باشد، مقام ریاست جامعه اسلامی را نیز دارا می باشند که از شؤون این مقام، عزل و نصب فرماندهان سپاه، جنگ و صلح، فصل خصومت، قضاوت و اوامر و نواهی ای می باشد که در جهت رتق و فتق امور جامعه اسلامی گریزی از صدور آن از ناحیه حاکم و رئیس جامعه نمی باشد. لذا بایستی به پاره ای از فرامین و فرمایشات آن حضرت از این منظر نگریست و هر چند اطاعت و لازم الاتباع بودن این فرامین از ناحیه مسلمانان در همان رتبه و پایه اطاعت از احکام الهی است که توسط حضرتش بیان می گردد لکن با توجه به شؤون و مقامات متفاوتی که ویژه پیامبر خاتم (ص) می باشد، بایستی در دسته بندی این احکام و فرامین قائل به تفصیل شد. لذا ملاحظه می شود در اکثر روایات و احادیثی که از پیامبر و ائمه هدی علیهم صلوات الله نقل می گردد روایاتی که با لفظ «قضی»، «حکم»، «أمر» و امثالهم بیان می گردد اختصاص به حضرت پیامبر (ص) و حضرت امیرالمؤمنین علیه افضل صلوات المصلین دارد. و در میان انبوه روایات وارده از ناحیه ائمه معصومین علیهم صلوات الله به خصوص دو امام همام حضرت امام باقر و حضرت امام صادق سلام الله علیهما روایات صادره با این الفاظ نمی باشند. چرا که این بزرگان به حسب ظاهر، حاکم مبسوط الید نبوده اند و لذا احکامی از این سنخ، مجال بیان نداشته است.

لذا با توجه به اینکه پیامبر (ص) علاوه بر مقام نبوت، مقام ریاست و حکومت بر مسلمین و همچنین قضاوت در میان آنان را به عهده داشته است می توان در روایاتی که با الفاظ فوق الذکر شروع می شود نتیجه گرفت که این احکام از سنخ احکام دسته اول (احکام الهی که پیامبر (ص) از ناحیه خداوند مأمور به ابلاغ آن می باشد) نبوده، بلکه مربوط به مقام زعامت و یا

قضاوت حضرت می‌باشند. حضرت امام (ره) می‌فرمایند: حتی روایاتی وجود دارد که علیرغم آنکه با لفظ قضی، امر یا حکم بیان نشده مع الوصف به مساعدت قرائن حالیه و مقامیه می‌توان پی‌برد به اینکه امر صادر از حضرت‌اش امر مولوی سلطانی و یا قضاوت و فصل خصومت می‌باشد. حضرت امام (رض) برای هر دو گروه از روایات شواهدی ذکر می‌نمایند که به دلیل اختصار از ذکر آنها خودداری می‌گردد.

امام راحل (ره) پس از ذکر این مقدمات نتیجه‌گیری می‌فرمایند: با توجه به آنکه حدیث نفی ضرر در مسند احمد بن حنبل به روایت عباد بن صامت در ضمن دیگر قضاوتهای آن حضرت (ص) نقل گردیده و همانگونه که معلوم گردید روایاتی که با الفاظ قضی، حکم و امر نقل گردیده ظهور در آن دارد که مورد از احکام آن حضرت (ص) به عنوان حاکم و سلطان و یا مربوط به منصب قضاوت آن حضرت می‌باشد و در قضیه سمره از آنجا که مورد از موارد قضاوت و فصل خصومت نبوده لذا نتیجه‌گیری می‌شود که مفاد لاضرر و لا ضرر به معنای فرمان حضرت (ص) در نهی از اضرار در حوزه فرمانروایی‌اش می‌باشد. لذا بر امت مسلمان اطاعت این نهی مولوی سلطانی از آنجا که پیامبر (ص) حاکم مفترض الطاعة می‌باشند واجب است. حضرت امام (ره) آنگاه می‌فرمایند: ولو آنکه در قضیه سمره جمله لاضرر با لفظ قال ذکر گردیده لکن تأمل در صدر و ذیل قضیه مزبور و شأن صدور حدیث، فقیه را به این نتیجه‌گیری می‌رساند که مرد انصاری از آنجا که از ناحیه سمره در حرج و مشقت واقع گردیده به حضرت ختمی مرتبت (ص) به عنوان رهبر جامعه اسلامی پناه برده و شکایت می‌نماید و حضرت (ص) پس از پافشاری سمره بن جندب بر اضرار به انصاری و خانواده‌اش حکم به قلع ماده فساد نموده و آنگاه چنین می‌فرماید: هیچکس حق ندارد در قلمرو

حکومت من به دیگری ضرر برساند. لذا معنی ندارد که حضرت در این قضیه درصدد بیان حکم ا... باشد و اخبار کند به اینکه احکام ضرری در عالم تشریع وضع نگردیده یا آنکه خداوند از اضرار نهی فرموده است. چرا که در این مقام نه شبهه حکمیة ای وجود داشته و نه شبهه موضوعیه، لذا با سرپیچی سمره از نصایح آن حضرت (ص)، ایشان حکم به کندن نخله کرده و فرمان می دهند که «لا ضرر و لا اضرار» یعنی رعیت از ضرر و ضرار ممنوع می باشند. حضرت امام (قده) در جهت تأیید نظریه مختار خودشان مرسله ابن مسکان را که با قید «علی مؤمن» روایت شده است به لحاظ توافق مضمون آن با موثقه زراره و اینکه حاوی تفصیل بیشتری از قضیه مزبور می باشد (لأنک رجلٌ مُضار) تقویت نموده و می فرمایند: این مطلب به ضمیمه قرینه مقامیه مؤید این نظر (نهی) در مقابل قول شیخ (ره) و بعضی از فحول علما می باشد.

پیش از بیان اشکالاتی که به این نظریه وارد شده بایستی به این نکته اشاره شود که اگر در فقه غنی شیعه و مصادر گرانبهای آن از این منظر در جهت فهم پاره ای از روایات استفاده شود، افق های جدیدی فراراه مجتهدان و محققان گشوده خواهد شد تا در جهت کارآمدتر کردن فقه در عرصه زندگی نوین و پاسخگویی به پرسشهای بیشماری که در این عرصه مطرح می باشد گام های مؤثرتری برداشته شود. به عنوان مثال شاید از نهی پیامبر (ص) از جلوگیری از استفاده دیگران از مقدار زاید بر مصرف آب چاه در آن زمان (که چه بسا چاه آب به مقدار کمی در مدینه وجود داشته است) نه حکم به حرمت عدم بذل آب را می توان استخراج کرد و نه حکم به کراهت را، بلکه حکمی است که با توجه به مقتضیات زمان از ناحیه حاکم مفترض الطاعه مسلمین در جهت رفاء حال آنان صادر گردیده است. و چه بسا اگر شرایط تغییر می کرد

(مثلاً وفور آب و چاه آب) حکم دیگری به اقتضای آن شرایط از ناحیه حضرت (ص) صادر می‌گشت. نکته دیگری که ضروری است به آن اشاره شود آنکه چه بسا حضرت امام این نظریه را پس از غور و تفحص در اقوال فقهای متأخر از شیخ در باب «ضرر منفی» انتخاب کرده‌اند. از آن جهت که مشاهده فرموده‌اند فقهای عظام ما با دقت‌ها و موشکافیهای فنی و اصولی، ملتزم به نتایجی شده‌اند که در نهایت با روح این حدیث شریف و سایر روایاتی که در این باب (نهی از اضرار) وارد شده فاصله گرفته است. اگر چه به برکت همین دقتها و ریزبینیهای فقهای عظام ما فقه شیعه روز بروز پر صلابتتر و مستدل‌تر گردیده و بر توسعه کمی و کیفی آن افزوده گردیده لکن گاهی همین دقتهای علمی و مدرسه‌ای مجال را بر ذوق و فهم عرفی تنگتر می‌نماید. با مطالعه رساله حضرت امام (قدس سره) در باب «قاعده لاضرر» می‌توان چنین نتیجه‌گیری کرد که ایشان مستند نظریه خودشان را قبل از هر استدلال دیگری بیشتر حول فهم عرفی حدیث و تناسب حکم و موضوع قرار داده‌اند.

ملخص اشکالاتی که بر بعضی از فقرات استدلال حضرت امام (قده) در این زمینه وارد شده بدین شرح است:

۱- هر چند عبادۀ از اجلاء اصحاب است لکن طرق نقل از ایشان نزد ما معتبر نمی‌باشد و مسند احمد بن حنبل نیز معتبر نیست چرا که علاوه بر عامی بودن، اکثر احادیث این مسند بعد از وفات وی و توسط فرزندش عبدا... به آن اضافه گردیده و این جهت، موجب سقوط بیشتر مسند مزبور می‌باشد. بویژه آنکه حدیث «و قضی ان لاضرر و لاضرار» از طریق عبدا... بن احمد از عبادۀ نقل می‌شود

۲- هر چند کلمه «قضی» ظهور در آن دارد که مورد از احکامی است که در

یک مورد جزئی میان متخاصمین صادر شده است لکن این موضوع منافات با آن ندارد که آن حکم یک حکم کلی تشریعی نیز باشد.

۳ - اگر قرار باشد به استناد روایتی، حکمی ثابت شود نمی‌توان در این صورت به روایت مرسله عمل نمود (یعنی عدم تقدیم مرسله ابن مسکان بر موثقه زراره).

۴ - هر چند می‌توان تقسیم‌بندی احکام صادره از پیامبر گرامی اسلام (ص) را به حسب مناصب متفاوت آن حضرت (ص) به صورت کلی پذیرفت، لکن استفاده «نهی سلطانی» از جمله «لاضرر ولاضرار» نیاز به قرائن و دلایل متقن‌تری دارد و در ما نحن فیه حداکثر، استفاده «نهی الهی» خواهد شد و لاغیر.

در اینجا لازم است اشاره شود که شیخ اعظم انصاری (ره) در کتاب رسائل در جهت تأیید نظریه مختار (نفی حکم ضرری) فهم علماء را به عنوان یکی از مؤیدات نظریه مزبور ذکر فرموده‌اند و متأخرین از شیخ (ره) به استثنای شیخ الشریعه و حضرت امام (قدس سرهما) جملگی قائل بر همان نظریه شیخ (ره) می‌باشند.

در بحث از تعارض ضررین [هنگامی که تصرف مالک در ملک خود موجب ضرر دیگری شده و حکم به عدم جواز تصرف مزبور منجر به ضرر مالک می‌گردد] و حکومت لاضرر بر قاعده سلطنت نتایج تفاوت آرای نفی یا نهی از اضرار تبیین می‌گردد.

تصرف مالک و ضرر غیر. جواز یا منع؟

شیخ انصاری (ره) و فقهاء متأخر از ایشان که به قاعده ضرر منفی پرداخته‌اند چندین موضوع مرتبط با این قاعده را تحت عنوان تنبیهاات قاعده متذکر

شده‌اند. منجمله: آیا منظور از ضرر نوعی است یا ضرر شخصی؟ و آیا این قاعده مضاف بر آنکه نافی حکم ضرری است مشروع حکم هم می‌باشد؟ [یعنی در جایی که فقدان حکم موجب ضرر باشد آیا این قاعده می‌تواند جهت جلوگیری از ضرر تشریع حکم نماید؟] و اینکه بر شخص واجب نیست جهت دفع ضرر از غیر متحمل ضرر گردد کما اینکه نمی‌تواند ضرر متوجه به خودش را به طرف غیر رجوع دهد و... که در این وجیزه جهت رعایت اختصار به موضوع حائز اهمیت «تعارض ضررین» و آراء فقهاء در این باب می‌پردازیم.

در تعارض ضررین نیز شقوق مختلفی ذکر شده است که از میان آنها به این مسئله پرداخته می‌شود: اگر تصرف مالک در ملک خودش موجب تضرر همسایه گردد و حکم به عدم جواز چنین تصرف زیانباری منجر به تضرر مالک یا عدم انتفاع وی گردد ترجیح با کدامیک خواهد بود؟ اقوال فقهاء در این زمینه متفاوت است. بحث حول این موضوع در کلمات متأخرین از آنجا آغاز شده که فاضل سبزواری در کتاب کفایة الاحکام ضمن نقل نظریه مشهور فقهاء که قائل به جواز تصرف مالک در ملک خویش به صورت مطلق می‌باشند به ذکر نمونه‌هایی از این قبیل می‌پردازد: اگر چنانچه مالک در ملک خودش چاه فاضلاب حفر کرده و از این بابت چاه آب مشروب همسایه فاسد گردد مالک از این عمل منع نمی‌گردد و هیچگونه ضمانتی بر او بابت خسارت وارده نمی‌باشد. همچنین اگر چنانچه در محله‌ای مسکونی خانه‌اش را تبدیل به آسیاب، آهنگری، رختشویی و یا دباغی و... نماید مانعی ندارد چرا که مالک هر طور که دلش بخواهد می‌تواند در ملک‌اش تصرف نماید. آنگاه ایشان با مناقشه در این نظریه می‌فرمایند: اگر چنانچه به همسایه از این بابت ضرر فاحشی متوجه گردد این حکم (جواز تصرفات

زیانبار) با توجه به اخبار مستفیض وارد در این باب «نفی ضرر و ضرار» که مورد عمل فریقین می باشد دچار اشکال می گردد.*

شیخ (ره) در رساله لا ضرر می فرمایند نظر مشهور در میان فقهاء جواز تصرف مالک در چنین مواردی است و در رسائل در ذیل این موضوع پس از ذکر نظر فاضل سبزواری (ره) و صاحب ریاض (ره) و اعتراض صاحب مفتاح الکرامه (ره) به نظریه آن دو بزرگوار می فرمایند آنچه که بیشتر با قواعد توافق دارد رعایت حال مالک و تقدیم وی می باشد چرا که ضرر حاصل از ممانعت مالک از تصرف در مالش با ضرر غیر (همسایه) تعارض پیدا کرده و در این هنگام مرجع، عموم «قاعده سلطنت» و «نفی حرج» می باشد. یعنی اگر چنانچه طبق مفاد «قاعده لا ضرر» جهت عدم تضرر غیر، حکم به عدم جواز تصرف مالک نماییم، مالک از این حکم متضرر شده و او نیز مشمول این قاعده می گردد و هنگامی که تعارض رخ دهد مرجع عموم «قاعده سلطنت» و یا «أصله الاباحه» و یا عموم «قاعده نفی حرج» می باشد. طبق نظریه شیخ اگر چنانچه میان مفاد دو قاعده «نفی حرج» و «نفی ضرر» تعارض رخ دهد «قاعده حرج منفی» حاکم خواهد بود.

شیخ در رساله لا ضرر می فرمایند: حبس مالک از انتفاع در ملک خود و جواز تصرف وی را منوط به عدم تضرر همسایه دانستن حرجی عظیم است. آنگاه ایشان جهت تأیید نظریه مورد اختیارشان در خاتمه رساله مزبور به این موضوع مجدداً اشاره می کنند که تحمل حرج و ضرر جهت دفع ضرر از غیر واجب نمی باشد بلکه در صورت اکراه (همانند قبول ولایت از طرف حاکم جائز) اضرار به غیر (البته بمادون النفس) نیز روا می باشد.

از ظاهر کلام شیخ در رساله لا ضرر آنجا که می‌فرمایند (ثم انه يظهر من بعض من عاصرناه وجوب ملاحظه ضرر المالک و ضرر الغیر) چنین بر می‌آید که نظر مرحوم صاحب جواهر (رض) در این مورد این است که بایستی با ملاحظه ضرر طرفین ضرر کمتر را مقدم داشت. مرحوم صاحب جواهر ضمن بیان این نکته که مسأله اجماعی نبوده * نظر خودشان را در این مورد چنین بیان می‌کنند: می‌توان گفت اگر چنانچه از اینگونه تصرف زیانبار لاجرم تضییع غیر نشأت بگیرد به طوری که گویی این نوع تصرف منجر به تصرف در ملک غیر شده باشد بالخصوص آنجا که ظن غالب مبنی بر سرایت ضرر (همچون رطوبت و یا حرارت آتش و ...) به غیر باشد مالک از این قبیل تصرفات منع می‌گردد و قاعده سلطنت اقتضاء جواز این قبیل تصرفات زیانبار را نداشته و نیز بیانگر عدم ضمان خسارات وارده نمی‌باشد. از این نظر صاحب جواهر چنین بر می‌آید که ایشان در اصل شمول و اطلاق «الناس مسلطون علی اموالهم» به هرگونه تصرفی (ولو زیانبار) اشکال می‌نمایند. گویی اینگونه تصرفات زیانبار از همان ابتدا، در نظر عرف و عقلاء، از عموم قاعده عقلایی سلطنت خارج می‌باشند. طاعات فقهی

مرحوم میرزای نائینی طرح مسئله را چنین آغاز می‌کنند: این قاعده همانگونه که بر عمومات مثبتة احکام تکلیفی حاکم می‌باشد بر عمومات مثبتة احکام وضعی چه از قبیل لزوم عقد و چه از قبیل قاعده سلطنت نیز حاکم است لکن آیا قاعده سلطنت مطلقاً محکوم به قاعده لا ضرر است یا آنکه این حکومت تا جایی است که از عدم سلطنت مالک ضرری متوجه وی نگردد؟ و اگر چنانچه ضرری متوجه مالک گردد دیگر محکوم قاعده مزبور

* جواهر چاپ جدید ۳۸: ۵۲ به نقل از رساله لا ضرر آیه... سیستانی ۳۲۷.

نخواهد بود؟ آنگاه ایشان ضمن بیان نظر شیخ اعظم (ره) و نظریه دیگر فقهاء پیرامون شقوق مختلف مسئله تعارض ضررین به استدلال شیخ در رسائل اشکال می‌کنند و استدلال ایشان را چه به لحاظ صغروی و چه به لحاظ کبروی ممنوع می‌دانند. ملخص اشکال مرحوم نائینی* بدین شرح است: نمی‌توان قائل شد به اینکه در این قبیل مسائل (تعارض ضررین) میان لاجرح و لاضرر تعارضی رخ می‌دهد (حکم به عدم جواز تصرف مالک و عدم انتفاع وی موجب حرج وی می‌گردد و به موجب حرج منفی مرفوع است و حکم به جواز تصرف موجب ضرر همسایه می‌گردد و به موجب ضرر منفی مرفوع است) و یا آنکه میان ضرر مالک و ضرر غیر تعارض رخ داده است چرا که ممکن نیست از جانب شارع دو حکم متضاد صادر گردد. حکم شارع در این قبیل موارد یا جواز تصرف مالک در ملک‌اش می‌باشد و یا عدم جواز. پس چنانچه طبق مفاد قاعده سلطنت «الناس مسلطون علی اموالهم» تصرف مالک جائز باشد از آنجا که این تصرف زیانبار مضر به حال غیر است طبق مفاد قاعده لاضرر جواز تصرف مرفوع می‌گردد چرا که قاعده لاضرر حاکم بر قاعده سلطنت است و اطلاق آن را به تصرفات غیر ضرری منحصر می‌کند. حال دیگر نمی‌توان این ضرر ناشی از حکومت قاعده را که متوجه مالک شده است یک بار دیگر تحت عموم لاضرر در آورد و حکم به رفع آن داد! و چنانچه حکم صادره از ناحیه شارع عدم جواز تصرفات زیانبار باشد از آنجا که این حکم نسبت به مالک ضرری محسوب شده طبق مفاد قاعده، مرفوع می‌گردد هر چند این رفع مستلزم ضرر همسایه می‌باشد. لذا دیگر نمی‌توان ضرر مالک در صورت اول و ضرر همسایه در صورت اخیر را تحت عموم

لاضرر در آورد چرا که معقول نیست ضرر ناشی از حکومت لاضرر بر احکام جوازیه و همچنین ضرر ناشی از حکومت لاضرر بر احکام تحریمیه را داخل در عموم لاضرر بدانیم....

ایشان در ادامه این اشکال به لحاظ کبروی نیز این استدلال شیخ را (که بعد از تعارض ضررین مرجع یا عموم قاعده سلطنت خواهد بود و یا عموم قاعده نفی حرج که حاکم بر قاعده ضرر منفی می باشد) نقد و بررسی کرده و می فرمایند حکومت لاضرر بر لاضرر متوقف بر این دو موضوع می باشد که اولاً "بپذیریم لاضرر مثبت حکم نیز می باشد و ثانیاً لاضرر ناظر و شارح لاضرر باشد حال آنکه چنین نیست و هر دو قاعده در عرض هم می باشند.* در نهایت مرحوم نائینی جهت حل مشکل مسئله مزبور (تعارض ضررین) جواز تصرف مالک را در دو صورت تضرر و عدم منفعت مالک که نظریه مشهور فقهاء می باشد از طریق قاعده امتنان پاسخ می دهند بدین تعبیر: از آنجا که حدیث شریف در مقام امتنان بر امت وارد شده لذا مواردی را که منافات با امتنان دارد شامل نخواهد شد بدین صورت که اگر چه قاعده سلطنت محکوم قاعده ضرر منفی است لکن چنانچه این حکومت موجب تضرر مالک گردد از آنجا که خلاف امتنان خواهد بود از دایره شمول حدیث شریف خارج می گردد و تحدید سلطنت مالک تا جایی است که ضرری متوجه وی نگردد.

صاحب مفتاح الکرامه بر این نظر است که قاعده سلطنت در میان مسلمین معمول علیه بوده و متواتر می باشد و اخبار اضرار که بعضی از آنان ضعیف بوده و یارای مقابله با این ادله را (سلطنت) ندارد حمل بر جایی

* طبق نظر مرحوم نائینی قاعده ضرر منفی و حرج منفی مثبت حکم نمی باشند چرا که اگر این موضوع را بپذیریم لازمه آن بنا به تعبیر ایشان تأسیس فقه جدید! می باشد.

می‌گردد که غرضی جز اضرار در میان نباشد. * [بدین معنا که در قضیه سمره قصد اضرار وجود داشته و از این جهت مورد نهی پیامبر (ص) واقع گردیده است] بنابراین طبق مبنای صاحب مفتاح الکرامه اخبار نهی از اضرار فقط شامل مواردی می‌شود که به قصد اضرار، عملی از ناحیه مالک سرزند و در غیر این صورت قاعده سلطنت به اطلاق خود باقی است و مالک می‌تواند هرگونه تصرفی در ملک خود داشته باشد ولو آنکه این تصرف منجر به ضرر دیگری (همسایه) گردد.

حضرت آیه‌ا... سیستانی از دو جهت در استدلال فوق مناقشه می‌فرمایند:
اولاً: خبر الناس مسلطون ... ضعیف بوده و منجر به عمل اصحاب نیز نمی‌باشد و در جوامع حدیث شیعه به غیر از بحار الانوار ** وارد نشده است و در کتب فقهی، شیخ آن را در خلاف *** ذکر فرموده و در بعضی از مصنفات علامه چه بسا یافت شود و چه بسا صاحب عوالی اللالی از ایشان نقل کرده باشد و محقق ثانی و دیگران بدون آنکه اشاره کرده باشند که جمله الناس مسلطون روایت می‌باشد مضمون آن را نقل کرده‌اند. و در کتب حدیث مشهور عامه علی الظاهر این روایت موجود نمی‌باشد البته بعید نیست که در کتب حدیث غیر مشهور ایشان ذکر شده باشد. بنابراین کلام صاحب مفتاح الکرامه (که فرموده‌اند بل هو متواتر) خالی از مبالغه نمی‌باشد.

ثانیاً: مفاد کلام مزبور [الناس مسلطون...] به معنای آن است که مالک جهت تصرف در اموالش مجبور نبوده طوری که محتاج به کسب اذن از غیر باشد و به بیش از این مقدار دلالت ندارد. لذا در مقام بیان جواز تکلیفی و

* مفتاح الکرامه ۲۲/۷ به نقل از رساله لاضرر آیه‌ا... سیستانی صفحه ۳۲۸.

** بحار الانوار: ۷/۲۷۲/۲.

*** الخلاف ۱۷۶/۳ - ۱۷۷ ذیل مسأله ۲۹۰.

وضعی نسبت به جمیع انواع تصرفات ولو در حال اضرار به غیر نمی باشد....**

مرحوم آیه ا... حاج شیخ محمدحسین آل کاشف الغطاء در کتاب تحریرالمجله هنگام بحث از مفاد مواد قانونی ۱۹ - ۲۹ (قانون مدنی عثمانی) با ذکر مثالهایی به موضوع تعارض ضررین پرداخته و قائل به اختیار ضرر اخف و اهون می باشند. ایشان می فرمایند:... مثلاً به مقتضای قاعده سلطنت شخص می تواند در پشت بام خانه اش تنوری دایر کند لکن چنانچه این عمل موجب ضرر به همسایه اش گردد و یا چنانچه شخص منافذ هوا و نور را به روی همسایه اش سد نماید طبق قاعده لاضرر فی الاسلام چنین حقی را نخواهد داشت... و بسیاری از فروع فقه مبتنی بر این قاعده می باشد.***

طبق نظر حضرت امام راحل (قده) و مرحوم شیخ الشریعه اصفهانی که قائل به نهی می باشند قاعدتاً می بایست لاضرر حاکم بر قاعده سلطنت باشد و شمول و گستره قاعده سلطنت تا جایی است که ضرر فاحشی از ناحیه تصرف مالک متوجه غیر نگردد. و در جایی که تصرف مزبور منجر به تضرر غیر گردد، مالک از اینگونه تصرفات زیانبار منع می گردد. و اگر چنانچه از عدم تصرف مالک ضرری متوجه خودش گردد رعایت ضرر اخف و اهون صورت می گیرد و چه بسا مالک در این صورت ضامن خسارت وارده می باشد. البته ادله ضمان از شمول چنین مواردی قاصر است. لازم به تذکر است که حضرت امام در رساله ای که در این باب مرقوم فرموده اند متعرض مسئله تعارض ضررین نگشته اند و برداشت فوق الذکر از مبنای مورد اختیار ایشان در تبیین حدیث شریف صورت گرفته است.

** قاعده لاضرر و لاضرار آیه ا... سیستانی ۳۲۹/۳۲۸.

*** تحریر المجله ۲۳/۱ - ۲۷.

طبق نظریه فاضل تونی و مرحوم نراقی (ره) که قائل به نفی ضرر غیر متدارک می باشند قاعدتاً می بایست در مسئله تعارض ضررین مالک از تصرفات زیانبار منع گردد و یا آنکه ضامن خسارات وارده باشد. البته از آنجا که ادله ضمان قاصر از شمول اینگونه موارد می باشد مرحوم فاضل تونی در بحث از قاعده در مثالهایی که ذکر می فرمایند [مانند آنکه اگر کسی شخص حری را حبس نموده و در نتیجه موجب فوات منافع عمل آن شخص گردد و ...] حکم به ضمان نمی کنند بلکه با احتمال آنکه این قبیل موارد ممکن است مندرج در ذیل قاعده لا ضرر گردد نتیجه گرفته اند که نمی توان حکم به براءة ذمه ضار نمود.

راه حلی که ایشان در نهایت جهت اینگونه موارد ارائه کرده اند آنکه می بایست رضایت شخص متضرر حاصل گردد.
در خاتمه این مقال به دو نکته اشاره می گردد:

۱ - اگر چه نظریه مشهور در میان فقهاء آن است که تصرف مالک در ملک خود را نمی بایست منوط به کسب اذن از دیگری و احراز عدم تضرر غیر دانست و حجر مالک از تصرف و مشروط کردن آن به چنین قیدی حرج بر مالک می باشد و استدلال شده که قاعده لا ضرر و لا حرج جهت امتنان وارد شده و مواردی که خلاف امتنان می باشد از شمول آن خارج می گردد و ...
لکن چنین گفته شده که اولاً امتنان بر نوع امت وارد شده و جمیع عباد به منزله عبد واحد در منظر شارع حکیم می باشند و مصالح حال همگی مورد لحاظ بوده است و ثانیاً امتنان علت تشریع نبوده بلکه حکمت آن می باشد لذا حکم دائر مدار آن نمی باشد تا اگر چنانچه در جایی احساس شد مورد، خلاف امتنان است از شمول قاعده خارج گردد.

۲ - التزام به مباح بودن مطلق تصرفات مالک ولو آنکه منجر به تضرر غیر

گردد و ضامن ندانستن وی نسبت به خسارات وارده بایستی مبتنی به پذیرش دو موضوع ذیل باشد.

الف: اینکه عرف و عقلاء از قاعده عقلایی سلطنت که مورد امضاء شارع و رئیس عقلاء واقع گردیده چنین اطلاق و شمول و گستره‌ای را برداشت نماید.

ب: ادله حرمت اضرار و روایاتی که در این باب وارد شده انصراف به مواردی داشته باشد که مالک از عمل و تصرف خود قصد اضرار به غیر داشته است و تصرف مالک بدون قصد اضرار ولو آنکه منجر به تضرر غیر گردد مورد نهی واقع نشده باشد.



فهرست منابع و مأخذ

- فرائد الاصول (رسائل) شیخ مرتضی انصاری (ره)
- مکاسب منیه الطالب فی حاشیه المکاسب شیخ مرتضی انصاری (ره)
- تقریرات محقق نائینی. مقرر حجة الاسلام شیخ موسی نجفی خوانساری
- الوافیه فاضل تونی
- فوائد الاصول میرزای نائینی. تألیف شیخ محمد علی کاظمی خراسانی
- عوائد الایام مولی احمد نراقی
- رسالة لا ضرر شیخ الشریعه اصفهانی
- القواعد و الفوائد شهید اول «قده»
- نضد القواعد الفقهیة علی مذهب الامامیه فاضل مقداد
- تحریر المجله آیه ... شیخ محمد حسین آل کاشف الغطاء
- بدائع الدرر فی قاعدة نفی الضرر امام خمینی ناشر: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی
- القواعد الفقهیة آیه ... میرزا حسن موسوی بجنوردی
- مصباح الاصول آیه ... خوئی
- قاعدة لا ضرر قاعدة لا ضرر تقریر درس آیه ... سید محمد محقق داماد. مقرر سید ابو الفضل میر محمدی
- انوار الهدایه فی التعلیقہ علی الکفایه امام خمینی
- درر الفوائد آیه ... حاج شیخ عبدالکریم حائری یزدی
- قاعدة لا ضرر و لا ضرار آیه ... سید علی حسینی سیستانی

سید مصطفی محقق داماد

قواعد فقه. بخش مدنی

میرزای قمی

القوانین المحکمه

قاضی ابویعلی الفراء و ابوالحسن ماوردی

الاحکام السلطانیه



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی