قاعدهٔ لا ضرر و اثرها فی العدمیات*

محمود شریعتمدار طهرانی

دانشکدهٔ علوم انسانی، دانشگاه صنعتی شاهرود

E – mail: M – shariatmadar – Tehrani @ shahrood. ac.ir

چکیده

جریان قاعده لا ضرر ـ و نیز لا حرج ـ در احکام عدمی، همواره از چالشهای تأثیرگذار در فقه به شمار می‌رفته است. این نوشتار، با کند و کاوی نوین، می‌کوشد تا شالودهٔ یک دگرگونی ژرف، در مسائل فراوانی از فقه را فراهم سازد. نویسنده ضمن اشاره به مبانی گوناگون، در استفاده از حدیث نفی ضرر، نمونه‌هایی از جریان قاعده لا ضرر در عدمیات را ـ همچون اثبات ضمان، در زندانی شدن شخص حرّ صاحب حرفه، و جواز طلاق زوجه، در صورت امتناع زوج از انفاق ـ ارائه نموده است. آنگاه با طرح ده مورد از استدلالهای منکران، به نقد آنها می‌پردازد و بدین‌سان، با رفع موانعِ فرضیهٔ جریان قاعده در عدمیات، راه را برای فروع فراوان فقهی که در بسیاری از فتواها، فاقد پیشینه می‌باشد، گشوده است.

کلیدواژه‌ها : نفی ضرر، نفی حرج، احکام وجودی و عدمی، حکومت،

---

* ـ تاریخ وصول: ۸۰/۱۱/۲۵ ؛ تاریخ تصویب نهایی: ۸۲/۳/۱۹ .

فقه جدید، ضمان قهری، حبس حرّ، جعل اصلی و تبعی.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

الحمدلله رب العالمين و الصلوة و السلام على سيد المرسلين محمد و آله الطاهرين اما بعد، فهذا كلام حول مسألة من المسائل المبحوث عنها ذيل قاعدة نفى الضرر عنونها الفقهاء فى التنبيهات المتفرعة عليها و نحن افردناها بالحبث لما لها من الآثار المهمّة فى الفتاوى فى ابواب من الفقه بل فى كثير منها بحيث صرح بعضهم بانّ الإلتزام بها ـ كما سنشير اليه ـ مستلزمٌ لتأسيس فقه جديد.

قال صاحب الجواهر:

انّ قاعدة نفى الضرر و الضرار ... لو اقتضت الضّمان على وجه تشمل الفرض، لأثْبَتت فقهاً جديداً. (۴۰/۳۷)

و قال الشيخ الاعظم فى رسائله:

بل لو بنى على العمل بعموم هذه القاعدة حصل منه فقهٌ جديدٌ. (۳۱۶)

و قال المحقق النائينى:

مضافاً الى ان الالتزام بهذا مستلزمٌ لتأسيس فقه جديد. (۲۲۱/۲).

و المسألة المخصوصة بالبحث هنا هى ان قاعدة نفى الضرر هل تكون لها عموم بحيث تشمَلُ العَدَميّات ام لا؟[1]

قال شيخنا الأستاد المكارم فى قواعده:

لا اشكال فى شمول القاعدة للأحكام الوجودية و انما الكلام فى شمولها للعدميّات و حاصل القول فيه انه هل يجوز التمسک بالقاعدة لأثبات احكام وجودية فى موارد يلزم من فقدها الضرر بان يكون عدم الحكم مشتملاً على الضرر فيتمسّک بالقاعدة لنفيه و يستنتج منه حكم وجودى ام لا؟ (۷۹/۱)

بعبارة اخرى هل يكون مفاد القاعدة رفع الحكم التكليفى اوالوضعى الذى

---

۱. لا يخفي انه يجري نظير هذا البحث في قاعدة نفي الحرج و سوف نشير اليه في آخر الكلام.

ینشأ منه الضرر ـ علی المبنی فی مدلولها ـ ام یشمل وضع الحکم الذی یکون فی عدمه ضرر علی شخصٍ؟

او کما عبّر عنه بعض اساتیدنا من المعاصرین: هل تکون للقاعدة شأن سلبّی و هو المانعیة فقط ام تکون لها شأن اثباتی ایضاً و هو الموجدیّة[1] (المحقق داماد، قواعد فقه، ۱۶۵/۱)

و ان شئت فقل: ان قاعدة لا ضرر کما انها حاکمة علی الاحکام الوجودیة فهل تکون کذلک حاکمة علی الأحکام العدمیة ام لا؟ (المحقق داماد، ۵۵۹/۲).

و من الثمرات المهمة لهذه المسألة اثبات الضمان بقاعدة نفی الضرر مع ان اکثرهم لم یعدّوها من اسباب الضمان القهری لأن الذی یظهر من مطاوی کلماتهم ان اسباب الضمان القهری هی الغصب و مباشرة الأتلاف و التسبیب له (المحقق داماد، ۲۳۵/۳، ۲۳۷) و الألتزام و الغرور (او التغریر) (کاشف الغطاء، ۱۰۳/۲، ۸۸/۱) والید (فخر المحققین، ۱۶۹/۲؛ مقدس اردبیلی، ۵۱۰/۱۰) و القبض بالعقد الفاسد (المحقق، ۳۳۸/۳، النجفی ۷۱/۳۷) و القبض بالسوم (المحقق، ۲۳۸/۳؛ النجفی، ۷۲/۳۷) و کذا استیفاء المنفعة بالأجارة الفاسدة (المحقق، ۲۳۸/۳؛ النجفی، ۷۲/۳۷) و لقد انهاها الشیخ البهائی فی الجامع العباسی الی اربعة و ستین سبباً (۲۳۸، ۲۳۲، ۲۳۳، ۲۵۵ و ۲۳۷) الا انه عدّ الفروع المتفرعة علی الأسباب الأصلیة المذکورة اجمالاً لا ان لکلّ مورد سبباً علی حِدَةٍ.

---

۱. محقق داماد ۱۶۵/۱: «اگر از فقه یك امر وجودي ضرر و خسران پدید آید قاعده لا ضرر حاکم بر این فقدان است؟ مثلاً اگر عدم حکمي متضمن ضرر باشد آیا میتوان به قاعده لا ضرر تمسك نمود و گفت: آن ضرر منفي است و به موجب آن حکمي وضع نمود سؤال فوق را میتوان چنین طرح نمود که آیا قاعدة لا ضرر تنها نقش بازدارنده دارد و یا میتواند نقش سازنده (= اثباتي) هم ایفا کند».

و من الأمثلة التی ذکروها للمسألة او یمکن ان تجری فیها مایلی:

۱ ـ لو حبس حرّاً صانعاً (او غیر صانع) فهل یضمن اجرته ما لم ینتفع به ام لا؟ (المحقق، ۲۳۶/۳؛ النجفی، ۳۹/۳۷) فان فوات عمله بسبب الحبس اذا لم یوجب الضمان یکون ضرراً علیه فَیَنْشَأُ من عدم الضمان، الضرر علیه، فلوقلنا بحکومة القاعدة علی الأحکام العدمیّة فلنحکم بالضمان، و لذا عبّر فی التذکرة عن عدم الضمان هنا بلفظ الأقوی مشعراً بالحتمال الضمان فیه بل فی مجمع البرهان قوة ذلک لقاعدة نفی الضرر (النجفی، ۳۹/۳۷) مع کونه ظالماً و عادیاً فیندرج فی قوله تعالی: فمن اعتدی علیکم فاعتدوا علیه بمثل ما اعتدی علیکم. (بقره/۱۹۴)

و قال فی شرح اللمعة:

و لو حبس الحرّمدة لها اجرة عادة لم یضمن اجرته اذا لم یستعمله لأنّ منافع الحرّ لا تدخل تحت الید تبعاً له سواء کان قد استأجره لعمل فاعتقله و لم یستعمله ام لا. نعم لو کان قد استأجره مدّة معیّنة فمضت[1] زمن اعتقاله و هو باذل نفسه

---

۱. و قال في العروة: ۵۸۹/۲: «اذا استأجره لقلع ضرسه و مضت المدّة التي يمكن ايقاع ذلك فيها و كان الموجر باذلاً نفسه استقرت الأجرة سواء كان الموجر حرّاً او عبداً باذن مولاه و احتمال الفرق بينهما بالأستقرار في الثاني دون الأوّل لأن منافع الحرّ لا تضمن الاّ بالأستيفاء، لا وجه له، لأنّ منافعه بعد العقد عليها صارت مالاً للمستحق فاذا بذلها و لم يقبل كان تلفها منه، مع انا لا نسلّم ان منافعه لا تضمن الاّ بالأستيفاء، بل تضمن بالبقويت ايضاً اذا صدق ذلك، كما اذا حبسه و كان كسوباً فانه يصدق في العرف انه فوّت عليه كذا مقداراً» و قال في تحرير الوسيله: ۱۷۳/۲: «لو استولي علي حرّ فحبسه لم يتحقق الغصب لا بالنسبة الي عينه و لا بالنسبة الي منفعته، و ان اثم بذلك و ظلمه سواء كان كبيراً او صغيراً، فليس عليه ضمان اليد الذي هو من احكام الغصب فلو اصابه حرق او غرق او مات تحت استيلائه من غير تسبيب منه لم ↩

للعمل استقرت الأجرة لذلک لا للغصب. (عاملی ۲۸/۷، ۲۹)

۲ ـ لوفات القید عن دابة فشردت و تلفت. (الموسوی البجنوردی، ۲۰۱/۱، المحقق، ۲۳۸/۳)

۳ ـ لو فتح قفصاً عن طائر فطار مبادراً او علی مکث. (نفس المصدر، ۲۰۰/۱)

۴ ـ لو حبس الحر فشردت دابته او طار طیره. (الموسوی البجنوردی، ۲۰۱/۱)

ففی هذه الأمثلة و ما یُضاهیها یمکن القول بالضمان لوجه آخر غیر الضرر و ان کان بعضها محل اشکال: الاّ انه لا مانع من القول بالضمان لقاعدة نفی الضرر ایضاً علی القول بجریانها فی العدمیّات.

۵ ـ اذا کان الزوج لا یقدر علی نفقة زوجته او لا یعطی عصیاناً او لعذر او کان غائباً زمناً طویلاً و لا یعرف مکانه و لیس له مال ینفق علیها منه ففی عدم جواز طلاقها للحاکم ضررٌ علیها، فان قلنا بجریان القاعدة فی العدمیّات یرفع بها عدم جواز الطلاق فیثبت بها جوازه. (الموسوی البجنوردی، ۲۰۰/۱)

۶ ـ من حفر بئراً فی ملک غیره عدواناً فَدَفَعَ غیره فیها انساناً فهل یکون ضمان ما یجنیه الدفع، علی الدافع فقط او علی الحافر او علیهما معاً؟

فالمشهور ان الضمان علی الدافع بل ارسلوه ارسال المسلّمات بل عن «کشف اللثام» الأجماع علیه، (النجفی، ۵۴/۳۷) الاّ انه مع ذلک کله قدناقش فی «الریاض» و قال:

یضمن و کذا لا یضمن منافعه، کما اذا کان صانعاً و لم یستغل بصنعته في تلك المدة فلا یضمن اجرته، نعم لو استوفي منه منقعة کما اذ استخدمه لزمه اجرته و کذا لو تلف بتسبیب منه مثل ما اذا حبسه في دار فیها حیّة فلدغته او في محل السباع فافترسته ضمنه من جهة سببیته للتلف لا لأجل الغصب والید».

و فيه نظر فان القوة لا تدفع الضمان عن ذى السبب بعد وجود ما يقتضى ضمانه ايضاً و هو ما مرّ من حديث نفى الضرر و لا امتناع فى الحكم بضمانهما معاً و تخيّر المالک فى الرجوع الى ايّهما شاء كالغصب؛ فلو لا الأجماع الظاهر المعتضد بالأصل لكان القول بضمانهما كترتب الأيدى فى الغصب فى غاية الحسن. (الطباطبائى الكربلائى، ۳۰۳/۲).

فالأستناد الى قاعدة نفى الضرر للحكم بضمان ذى السبب هنا مبنىٌّ على القول بجريان القاعدة فى العدميّات.

۷ ـ لو منع المالک من امساک الدابة المرسلة فتلفت و كذا لو منعه من القعود على بساطه و السكنى فى داره فتلفا (الطباطبائى الكربلائى، ۳۰۰/۲) فالمشهور عدم الضمان للأصل و عدم صدق الغصب الموجب للضمان بالأجماع. و قال فى «الرياض»:

و قيل و يُشكِلُ بانه لا يلزم من عدم العصب عدم الضمان لعدم انحصار السبب فيه... و هو حسن وفاقاً لجماعة من المتأخرين كما فى «المسالک و الكفاية» و اختاره المصنّف (المحقق) ايضاً لا لما ذكر... بل لأن نفى احتمال سببيّة سببٍ آخر فى الضمان بالأصل، انما يتوجّه حيث لا يمكن اثباته بدليل آخر اقوى منه و اخصّ و هو فى صورة سببية المانع و ضعف المباشر ممكن لعموم لا ضرر و لاضرار فى الدين بناء على صدق الإضرار بمنع المانع فى هذه الصورة عرفاً فتوجّه ضمانه حينئذ جدّاً. (الطباطبائى الكربلائى، ۳۰۰/۲، ۳۰۱)

۸ ـ اذا مُنِع المالک عن بيع متاعه فنقص قيمته السوقية مع بقاء العين و صفاتها فهل يضمن المانع لما نقص من القيمة ام لا؟

قال الرياض ـ بعد ما نقلنا عنه آنفاً ـ ما لفظه:

و من هنا يتوجه الحكم بضمان نقص القيمة السوقية للمتاع اذا حصل بمنع المالک عن بيعه و لو مع بقاء العين و صفاتها و ذكر القائل المتقدم هنا انه لم

یضمن قطعاً لأن الفائة لیس بمال بل اکتسابه و هو کما تری، لإتحاد وجه الحکم بالضمان هنا و فیما مضی و هو صدق الإضرار المنفی شرعاً و لیس فیه ما یقتضی تخصیص الضرر المنفی بما یکوم متعلّقه مالاً و لعله لذا اختاره الشهید فی بعض فتاواه الضمان هنا ایضاً و ان قوّی فی الدروس عدم الضمان مطلقاً وفاقاً للمشهور کما فی المسالک و الکفایة. (الطباطبائی الکربلائی، ۳۰۱/۲)

۹ ـ بعد الفراغ عن ان المغصوب او ما کان بحکمه ان کان قیمیاً یجب اداء قیمة هل المدار فی تعیین القیمة قیمة یوم دخول العین تحت الید، او قیمة یوم الثلف او قیمة یوم الأداء او اعلی القیم من زمان دخول العین تحت الید الی زمان التلف او الی زمان الأداء وجوه بل اقوال. (الموسوی البجنوردی، ۶۸/۴)

قال فی الریاض:

لا ریب ان حبس العین عن المالک حین ارتفاع قیمتها ضررٌ علی المالک و تفویت لتلک القیمة العلیا علیه و من هنا یتوجه الوجه الثانی و هو ضمان اعلی القیم من حین الغصب الی حین الردّ، ذکره خالی العلاّمة... و اختاره و فیه نظر. (الطباطبائی الکربلائی ۳۰۴/۲)

ثم انه لا فرق فی جریان النزاع فی المسألة بین المبانی المختلفة التی ذهب الیها الفقهاء فی مفاد القاعدة:

کالقول بافادة الحدیث نفی الحکم الضرری حقیقة فی الشریعة و هو مختار الشیخ الأعظم الأنصاری. (۳۷۲)

و القول بافادة الحدیث نفی الحکم بلسان نفی الموضوع ادّعاءً کما ذهب الیه المحقق الخراسانی فی «کفایته». (۲۶۵/۲)

و القول بافادته نفی الضرر غیر المتدارک و هو ما ادعاه الفاضل النراقی (۱۸).

و القول بان النفی فی معنی النهی الألهی کمثل فلا رفث و لا فسوق، کما ذهب الیه الشیخ الشریعة الأصفهانی. (۲۵)

و القول بان النفی فی معنی النهی الحکومتی و هو ما اختاره الأمام الخمینی. (الرسائل ۵۱/۱)

و القول بان مفاد الحدیث عدم مشروعیة الضرر فی مرحلة جعل الأحکام والقوانین و فی مرحلة اجرائها کما هو مختار الأستاد المحقق الداماد فی قواعده. (۱۵۶/۱)

و القول بان الحدیث لا یدلّ الاّ علی نفی امضاء اضرار الناس بعضهم ببعض فی عالمی الوضع و التکلیف کما استظهره عنه الأستاد المکارم فی قواعده. (۷۹/۱، ۶۲)

فیجری النزاع علی کل واحد من تلک المبانی کما قال الأستاد المکارم:

و کیف کان فهذا النزاع کما یتصور بین القائلین بدلالة الحدیث علی نفی الأحکام الشرعیة الضرریّة مطلقاً یتصور علی المختار. (۷۹/۱)

و لا یخفی ان المبانی المختلفة و ان لم تتفاوت فی اصل جریان النزاع لکنه قد تتفاوت النتیجة بحسب تفاوت المنبی کما سیتضح ذلک من مطاوی الکلام.

و امّا الأقوال فی المسألة فهی کما یلی:

الأوّل: القول بجریان القاعدة فی العدمیات و اثبات الحکم بها فیما کان عدم الحکم فیه ضرریّاً و هو یجری فی موارد کثیرة و هذا قول صاحب الریاض. (۳۰۱/۲)

و صاحب عناوین الأصول و نسبه الی الأصحاب[1] و قول صاحب العروة (الیزدی الطباطبائی، ۶۷/۲ ملحقات العروة) و الأستاد المکارم (۷۹/۱) و الأستاد المحقق الداماد و نَسَبَهُ الی مشهور القدماء.[2]

---

۱. عناوین الأصول الطبعة الحجریة: ۱۰۲

۲. قواعد فقه: ۱۶۷/۱: «بسیاري از فقهاي پیشین... براي اثبات ضمان در مواردي به قاعده نفي ضرر تمسك ←

الثانی: القول بجریان القاعدة فی العدمیات و قبول ذلک من حیث الکبری کالأوّل و لکن مع انکار الصغری لهذه الکبری و هو قول صاحب «مصباح الأصول».

کما قال:

هذا من حیث الکبری الاّ ان الصغری لهذه الکبری غیر متحققة فاذا لم نجد مورداً کان فیه عدم الحکم ضررياً حتی نحکم برفعه و ثبوت الحکم بقاعدة الضّرر. (الواعظ الحسینی، ۵۶/۲)

و لا یخفی ان هذا الکلام من هذا المحقق الجلیل عجیبٌ لانّ الأمثلة المذکورة فی المقام و ان کان بعضها محل کلام الاّ انها تکفی فی الحکم بتحقق الصغری لتلک الکبری.

الثالث:قول الشیخ الأعظم و هو کما یلوح من عبارته التوقّف فی ذلک، فانه اقتصر علی بیان الأشکال فی المسألة فذکر وجها بل وجوهاً لاحتمال جریان القاعدة فی العدمیّات و اَمَرَ بالتأمل فی بعضها کما انه ذکر وجهاً آخر لاحتمال عدم الجریان و لم یرجّح احدهما.[1] و هو و ان انکر عموم القاعدة فی الرسائل (۳۱۶) ـ کما مرّ نقله ـ الاّ انه لم یکن لکلامه هناک ظهور فیما نحن فیه کما یظهر من

نموده اند».

۱. المکاسب: ۳۷۲ (رسالة في قاعدة نفي الضرر)، و قال المشکیني في حاشیته علي الکفایة في الردّ علي ما ذکره الشیخ الأعظم: «و مما ذکرنا کلّه ظهر ما في کلام الشیخ قدس سره في الرسالة الضرریة و حاصله ابتناء الأمرین علي ان مفاد القاعدة نفي المجعول و العدم غیر مجعول و مع کون مفاده ما ذکر بل مطلق ما یتدین به في الشرع و لو کان غیر مجعول، امّا ضعف الأوّل فواضح ممّا ذکرنا و اما الثاني فلما ظهر ایضاً من ان الحدیث في مقام التشریع و لا یشمل غیر المجعول» (۲٦۹/۲)

ملاحظهٔ ما قبله.

الرابع: القول بعدم جريان القاعدهٔ فی العدميّات و و قول المحقق النائينی (۲۲۱/۲) و المحقق البجنوردی (۲۰۰/۱) و صاحب الجواهر (النجفی، ۴۰/۳۷) و غيرهم بل المشهور عند المتأخرين ذلک امّا ما استدل به علی عدم العموم للقاعدهٔ فهو امورٌ:

الأوّل: دعوی انصراف حديث لا ضرر عن العدميّات.

و اجاب عنه المحقق المشكينی فی حاشيته علی الكفايهٔ بقوله:

و فيه اوّلاً انه لا منشأ له و ثانياً انه يقتضيه لو لم يكن قرينهٔ خاصّهٔ علی ارادهٔ الأطلاق كما فی المقام و هی كون المقام مقام الأمتنان. (الآخوند الخراسانی، ۲۶۹/۲)

الثانی: ان مفاد القاعدهٔ نفی الضرر فی المجعول و العدم غير قابل للجعل.

و اجاب عنه المشكينی ايضاً بقوله:

و فيه انه لو لم يكن كذلک فكيف يكون وجوده قابلاً له اذا القدرهٔ متساويهٔ النسبهٔ الی الطّرفين. (الآخوند الخراسانی، ۲۶۹/۲)

الثالث: ان مفاد القاعدهٔ نفی الحكم الضرری و العدم ليس حكماً.

و اجاب عنه المشكينی ايضاً بقوله:

و فيه اولاً منع عدم كونه حكماً و ثانياً انه لو سلمناه نمنع كون المفاد ذلک، بل مفاده نفی المجعول الضرری و ان كان عدميّاً. (الآخوند الخراسانی، ۲۶۹/۲)

و الظاهر ان الشيخ الأعظم اشار الی هذا الجواب بقوله:

ان المنفی ليس خصوص المجعولات بل مطلق ما يتديّن به و يعامل عليه فی شريعهٔ الأسلام وجودياً كان او عدمياً فكما انه يجب فی حكمهٔ الشارع نفی الأحكام الضررية كذلک يجب جعل الأحكام التی يلزم من عدمها الضرر. (الأنصاری رسالهٔ فی قاعدهٔ الضرر، ۳۷۳)

الرّابع: ما قاله الشيخ الأعظم:

ان القاعدة ناظرة الى نفى ما ثبت بالعمومات من الأحكام الشرعية فمعنى نفى الضرر فى الأسلام ان الأحكام المجعولة فى الأسلام ليس فيها حكم ضررى و من المعلوم ان عدم حكم الشرع بالضمان فى نظائر المسألة المذكورة ليس من الأحكام المجعولة فى الأسلام و حكمه بالعدم[١] ليس من قبيل الحكم المجعول: بل هو اخبار بعدم حكمه بالضمان اذ لا يحتاج العدم الى حكم به نظير حكمه بعدم الوجوب و الحرمة او غيرهما فانه ليس انشاء منه بل هو اخبار حقيقة. (الأنصارى، رسالة فى قاعدة نفى الضرر،٣٧٣)

و هذا هو الذى استدل به المحقق النائينى على انكار جريان القاعدة فى العدميّات بقوله:

مفاد الحديث رفع الحكم الثابت فيجب ان يكون هناك حكم ثابت على وجه العموم و كان بعض مصاديقه ضررياً حتى يرتفع بلا ضرر. (٢٢١/٢)

و حاصل هذا الأستدلال ما اشار اليه صاحب مصباح الأصول بقوله فى مقام النقل الأيراد المحقق النائينى:

ان حديث لا ضرر ناظر الى الأحكام المجعولة فى الشريعة المقدسة و يقيدها بصورة عدم الضرر و عدم الحكم ليس حكماً مجعولاً فلا يشمله حديث لاضرر. (٥٥٩/٢)

ثم اجاب صاحب المصباح عن هذا الأيراد و استدل على ردّه بقوله:

لأن عدم جعل الحكم فى موضع قابل للجعل، جعل لعدم ذلک الحكم، فيكون العدم مجعولاً و لا سيما بملاحظة ما ورد من ان الله سبحانه لم يترک شيئاً بلا حكم فقد جعل الحكم من قبل الشارع لجميع الأشياء؛ غاية الأمر انّ بعضها و

---

١. اي حكم الأسلام بعدم وجود حكم في المسألة.

جودیّ و بعضها عدمیّ کما ان بعضها تکلیفی و بعضها وضعی و علیه فلا مانع من شمول دلیل لا ضرر للأحکام العدمیّة ایضاً ان کانت ضرریّة. (۵۵۹/۲، ۵۶۰)

و لا یخفی ان مآل ما ذُکر فی الوجه الرابع و ما نقل عن المحققین الثلاثة ـ الشیخ و النائینی و صاحب المصباح ـ هو ما جاء فی الوجه الثالث ملخّصاً منقّحاً بما لا مزید علیه، فلم یکن فی الحقیقة هذا وجهاً علی حِدةٍ الاّ بالأختلاف فی التعبیر.

ثم ان المحقق البجنوردی اشار الی ردّ ما جاء فی کلام صاحب المصباح و غیره ممّا ضاهاه، بقوله:

و امّا کون عدم جعل الحکم فی موضوع قابل للجعل بمنزله جعل العدم کما توهم فعجیبٌ. (۲۰۰/۱)

و الظاهر ان العجب فی محلّه لأن العدم لا یتعلق به الجعل الأصلی اللهم الاّ ان یقال ان المراد هو الجعل التبعی کما یقولون به فی استناد الشرور الیه تعالی فی التکوینیات.

هذا و لکن قد یوجّه ذلک بان عدم الحکم لو کان ضرریاً فهو و ان کان امراً عدمیّاً الاّ انه قابل لأن یرجع الی امر وجودیّ فانا اذا قلنا عدم الضمان یَنْشَأ من قبله الضرر، یمکن لنا ان نعبّر عنه بانّ براءة الذمّة یَنْشَأ من قبله الضرر، فهی امر وجودی ینفی بلا ضرر و یرتفع، فیثبت الضمان مضافاً الی ما اشار الیه الشیخ الأعظم من ان الحکم العدمیّ دائماً مستلزم لأحکام وجودیة، فجعل عدم الحکم او رفع العدم یمکن ان یکون بمعنی جعل ما یلازمه او رفعه.

قال الشیخ الأعظم:

من ان الحکم العدمی یستلزم احکاماً وجودیة فان عدم ضمان ما یفوته من المنافع یستلزم حرمة مطالبته و مفاصته و التعرّض له و جواز دفعه عند التعرّض له فتأمل. (الأنصاری. رساله فی قاعده الضرر، ۳۷۳)

الخامس: انه لو كانت القاعدة جارية فی العدميّات يلزم منه رفع العدم و العدم غير قابل للرفع.

و أجيب عنه بان العدم فی مرحلة البقاء قابل للوضع و الرفع. (الموسوی البجنوردی، ۲۰۰/۱)

و هذا الوجه يشبه الوجه الثانی الاّ ان الأستدلال هناک من ناحية امتناع جعل العدم و هنا من ناحية امتناع رفعه.

السّادس: ما افاده المحقق البجنوردی و هو ان قياس رفع الأحكام العدميّة او العدميّات، برفع الأحكام الوجوديّة الذی هو مفاد حديث نفی الضرر، من القياس الباطل عندنا، لأن موضوع القاعدة هو الأحكام المجعولة التی باطلاقها او عمومها يشمل حالتی الضرر و عدم و امّا اذا لم يكن حكم فلا يبقی موضوع للقاعدة فلا يقاس بما اذا وجد الموضوع فلا يصار اليه. قال المحقق البجنوردی:

و الحاصل انه لا يجوز ان يقاس عدم الحكم اذا كان ضررياً فيقال[1] برفعه حتی يكون نفی النفی اثباتاً[2]، بوجود[3] الحكم الضرری، لما ذكرنا من ان مفادها الرفع لا الوضع... من جهة كونه ناظراً الی الأحكام المجعولة حسب اطلاق ادلتها او عمومها لكلتا حالتی كونها ضررية او غير ضررية و تقيدها بصورة عدم كونها ضررية فاذا لم يكن[4] حكم مجعول من قبل الشارع فلا موضوع لهذه القاعدة. (۲۰۰/۱)

و يمكن ان يجاب عنه اوّلاً: بانه ليس من القياس لأن عموم القاعدة يشمل

---

۱. اي فيلتزم.
۲. اي رفع عدم الحكم يكون اثباتاً للحكم.
۳. الجار متعلق بقوله «ان يقاس» اي لا يقاس عدم الحكم بوجود الحكم.
٤. اي اذا لم يوجد، بمعني كان التامّة.

جميع الأحكام حتى الحكم بالعدم و قد مرّ ان عدم جعل الحكم فى موضوع قابل للجعل جعل لعدم ذلک الحكم و ان كان ذلک عند هذا المحقق عجيب كما سبق.

و ثانياً انه لو سلّم فان الملاک المصرّح به و هو الضرر يجوّز ذلک القياس فمفاد الحديث رفع الضرر و نفيه من الأحكام المجعولة او مما يتدين به و يعامل عليه فى شريعة الأسلام و لا فرق بين ان يَنْشَأ الضّرر من وجود الحكم او من عدمه.

السابع و الثامن: ما استفاده صاحب مصباح الأصول من كلام المحقق النائينى ثم اضاف اليه وجهاً آخر بعد نقل مثالين لمسألة جريان قاعدة نفى الضرر فى العدميّات: المثال الأوّل: لو حبس احد غيره عدواناً فشرد حيوانه فان عدم حكم الشارع بالضمان، ضرر على المحبوس فينفى بحديث لا ضرر و يحكم بالضمان. و المثال الثانى: ما ذكره السيّد فى ملحقات العروة (۶۷/۲) و هو انه لو امتنع الزوج عن نفقة زوجته فعدم الحكم بجواز طلاقها للحاكم ضرر عليها فينفى بحديث لا ضرر و يحكم بجواز طلاقها للحاكم و قد اشرنا الى المثالين فيما سبق قال ـ بعد ذكر المثالين ـ :

ان حديث لا ضرر ناظر الى نفى الضرر فى عالم التشريع كما مرّ مراراً و لا دلالة فيه على وجوب تدارک الضرر الخارجى المتحقق من غير جهة الحكم الشرعى و الضرر فى المثالين ليس ناشئاً من قبل الشارع فى عالم التشريع حتى ينفى بحديث لا ضرر و عليه فلا يمكن التمسک بحديث لا ضرر لأثبات الضمان فى المسألة الأولى و لا لأثبات جواز الطلاق فى المسألة الثانية (الواعظ الحسينى، ۵۵۹/۲، ۵۶۰)

ثم حكم صاحب المصباح بانّ هذا الأيراد يكون وارداً بل اضاف اليه ايراداً آخر ليعضد الأوّل و عليه فلا يمكن التمسک بلا ضرر فى المثالين السابقين.

قال فی توضیح الأیرادَین فی المثال الأوّل:

توضیحه ان الحکم بالضمان فی المسألة الأولی انما هو لتدارک الضرر الواقع علی المحبوس من ناحیة الحابس و قد عرفت ان حدیث لا ضرر لا یشمل مثل ذلک ولا یدل علی وجوب تدارک الضرر الواقع فی الخارج بأیّ سبب، بل یدلّ علی نفی الضرر من قبل الشارع فی عالم التشریع... هذا مضافاً الی ان التمسّک بحدیث لا ضرر لأثبات الضمان فی المسألة الأولی... معارض بالضرر المترتب علی الحکم بالضمان علی الحابس... و لا ترجیح لأحد الضررین. (الواعظ الحسینی، ۵۶۰/۲، ۵۶۱)

ثم استشکل علی نفسه فاجاب عنه هکذا:

ان قلت: ان الحابس بحبسه قد اقدم علی الضرر فلا یعارض به الضرر الواقع علی المحبوس قلت: ان الحابس لم یقدم علی الضرر علی نفسه بل اقدم علی الضرر علی المحبوس وصدق الإقدام علی الضرر علی نفسه متوقف علی ثبوت الحکم بضمان الحابس فلا یمکن اثباته بالإقدام علی الضرر فانه دورٌ واضح.(نفس المصدر، ۵۶۰/۲، ۵۶۱)

و لکن فی کلامه قدس سره موافع للنظر:

امّا اوّلاً قان قوله «ان حدیث لا ضرر لا یدل الاّ علی نفی الضرر من قبل الشارع فی عالم التشریع» یرجع الی المبنی فی مفاد الحدیث و قد مرّ ان منهم من لم یختر هذا المبنی بل مبناه علی ما استظهره ان الحدیث یدل علی نفی امضاء اضرار الناس بعضهم ببعض فی عالمَیْ الوضع و التکلیف کما ذهب الیه شیخنا الأستاد المکارم (۷۹/۱، ۶۲) او یدل علی نفی الضرر غیر المتدارک کما علیه الفاضل النراقی (۱۸) او ان النفی فی معنی النهی کما علیه الشیخ الشریعة (۲۵) و غیره.

و امّا ثانیاً فحاصل ما افاده فیما اضافه من الأیراد ان المسألة ترجع الی باب تعارض الضررین، فیقع التعارض بین جریان لا ضرر فی طرف الحابس و جریانه فی طرف المحبوس، فاذا تعارضا تساقطا فیرجع الی الأصل و الأصل عدم الضمان.

فنقول: هذا قبول منه قدس سره جریان قاعدة لا ضرر فی الحکم العدمی الاّ انه یواجه التعارض، فلم یکن هذا دلیلاً آخر معاضداً لما استفاده من کلام المحقّق النّائینی من هذه الجهة کما هو بصدده.

مضافاً الی انّ هذا التعارض منتف بما استشکل نفسه من انّ الحابس بحبسه قد اقدم علی الضرر و امّا ما افاده من الدور فهو محجوج بالنّقض لأنّه ـ قدس سره ـ قال فی ردّ الأشکال: ان الحابس لم یقدم علی الضرر علی نفسه فَلَنا ان نقول: ان هذا ایضاً کلام دوریّ لأنّ عدم صدق الإقدام علی الضرر علی نفسه متوقف علی عدم ثبوت الضمان، فاذا توقف عدم ثبوت الضمان علی عدم صدق الإقدام علی الضرر علی نفسه، فهو ایضاً دور واضح.

أضیف علیه: انه اذا کان اثبات الضمان هنا دوریّاً فلا یمکن اثبات الضمان فی جمیع موارد الغرامات و الخسارات لجریان مثل هذا الکلام هناک ایضاً.

و امّا الحلّ فهو ان یقال: بانه لیس من الدّور فی شیء لمنع توقّف اثبات ضمان الحابس علی صدق الإقدام علی الضرر علی نفسه بل یثبت ضمانه حتی فی صورة صدق اقدامه علی الضرر علی المحبوس، و لا یعارضه جریان قاعدة نفی الضرر فی طرف الحابس، لأن المسألة لیست من باب تعارض الضررین اصلاً، لأن تعارض الضررین یصدق فیما لم یکن احدهما مفرّطاً کما قال المحقق البجنوردی فی مثال القدر و الدابّة:

اذا دخل الدابّة رأسها فی قدر یملکه شخص آخر غیر صاحب الدابّة فالقدر لشخص و الدابّة ملات شخص آخر فَههنا یقع التعارض بین جواز کسر القدر لخلاص الدابّة و جواز ذبح الدابّة لبقاء سلامة القدر فکلا الحکمین ضرریان و یلزم

من نفی جواز کل واحد منهما بواسطة لا ضرر ثبوت الضرر للمالک الآخر فمنع مالک القدر من کسره ضرر علی صاحب الدابّة کما انّ منع صاحب الدابّة عن ذبحه ضرر علی صاحب القدر فلا یجری لا ضرر فی الطرفین لمعارضتهما لو کان احد الأمرین واجباً. (۲۰۲/۱)

ثم قال:

و هذا فیما لم یکن بتفریط من احدهما و الاّ یجب علی المفرّط تخلیص مال الغیر و لو بتلف ماله و لا ضمان علی الآخر. (نفس المصدر، ۲۰۲/۱)

و منه بظهران ما نحن فیه لا یکون من مسألة تعارض الضررین لأنّ الفرض ان الحابس حبس غیره عدواناً فکیف یمکن التمسک بحدیث لا ضرر لنفی ضمان الحابس مع انّا نقطع بانصراف دلیل لا ضرر عمّن یؤخذ بإضراره بغیره و یُطالَب الغرامة سواء صدق علیه انه اقدم علی الإضرار بنفسه ام لا؟

و مما ذکرنا یظهر ضعف ما افاده صاحب المصباح فی توضیح ورود الإشکالین فی المثال الثانی الاّ انه فی تقریره للأیراد الثانی فی المثال الثانی یلوح من عبارته التعارض بین قاعدة لا ضرر و قاعدة التسلیط، فقاعدة لا ضرر تدل علی جواز طلاق الزوجة للحاکم و قاعدة التسلیط تدل علی تسلیط الزوج علی حق الطلاق. (بناءً علی جریان قاعدة التسلیط فی الحقوق)

و قد قرّر فی محله ان تعارض تلک القاعدتین قد یؤول الی تعارض لا ضرر مع نفسه و هو فیما اذا کان عدم تصرف المالک او ذی الحق فی ملکه او حقه موجباً للضرر علیه فهذا یرجع الی تعارض الضررین فیحکم علیه بحکمه کما افاده المحقّق البجنوردی فی الصور التی یقع التعارض فیها بین قاعدة لا ضرر و قاعدة التسلیط بما لفظه:

الصّورة الرابعة و هی فیما اذا کان ترک التصرف و عدم السّلطنة علیه یکون موجباً لتضرّر المالک فقاعدة الضرر بالنسبة الی ضرر الغیر مع نفسه[1] بالنسبة الی ضرر المالک یتعارضان و بعد تساقطهما المرجع هی قاعدة السلطنة. (۲۰۸/۱)

و علیه فیجری فیه ما جری فی نظیره فی المثال الأوّل فلا نطیل الکلام بذکره.

التّاسع: ما عن المحقق النائینی و غیره من انه لو عمّت القاعدة للأمور العدمیة لزم منه فقه جدید (۲۲۰/۲، مضافاً الی ان الالتزام بهذا مستلزم لتأسیس فقه جدید) فیلزم مثلاً کون امر الطلاق بید الزوجة لو کان بقاءها علی الزوجیة مضراً بحالها کما اذا غاب عنها زوجها او لم یتفق علیها لفقر او عصیان، بل یلزم الأنفساخ بغیر طلاق و یلزم ایضاً انعتاق العبید اذا کانوا فی الشدّة و یلزم ایضاً وجوب تدارک کل ضرر یتوجّه الی مسلم امّا من بیت المال[2] او من مال غیره. (المکارم، ۸۲، ۸۳)

فنقول: هذا ممّا یشبه التحکم، لأنّ الأختلاف فی هذه المسألة لیس بأشدّ تأثیراً فی الفقه من المسائل الکثیرة التی وقع فیها الأختلاف فی الفقه و الأصول کمسائل النجاسات و المطهّرات و منزوحات البئر و القول بجریان بعض اقسام الأستصحاب و حجیة الشهرة و عدمها و غیر ذلک مما لا تحصی مع انه لم یعبّر احد انه مِنْ تغییر الفتوی و المنظر فی تلک المسائل، یحصل فقه جدید.

نعم تحصل منه مسائل جدیدة ضرورةً و هو غیر غریب فی الفقه الّذی بُنی علی الأجتهاد و الأستنباط، فان حصلت مسائل جدیدة فلا ینبغی الأستبعار فیها بعد ما ابتُنیَت علی الدلیل فنحن ابناء الدلیل و من اتّبع دلیلاً لا یُعدّ علیلاً، بل و لو سلّم، لا اباء من الألتزام بفقه جدید اذا دل علیه دلیل سدید، مع انّ ملاحظة

---

۱. هذا ما في عبارة القواعد و لكن الصحيح «مع نفسها» اي نفس القاعدة.

۲. هذا يكون مأخوذاً من كلام الفاضل النراقي كما سيأتي ذكره.

المسائل التی ذکروها ثمرةً لعموم قاعدة نفی الضرر ـ کما اطّلعتَ علی بعضها ـ لو سلّم العموم ـ لیکون اقل جدّاً من ان یعبّر عنها بتأسیس فقه جدید.

و الیکَ الآن ما افادَهُ شیخنا الأستاد المکارم فی دفع هذا الوجهَ:

و یدفعه ان ما یلزم منه لیس فقهاً جدیداً و ما یکون فقهاً جدیداً لا یلزوم منه، اما کون الطلاق بید الزوجة اذا غاب عنها زوجها فهو مخالف للنصوص الخاصّة الواردة فی کتاب الطلاق، و اللمسألة صور کثیرة مذکورة هناک لأنها اما تعلم بحیوة زوجها اولا، و علی الأوّل یجب ان تصبر کما ورد فی النصوص، و علی الثانی امّا ینفق علیها ولیّ الزوج اولا، فان انفق فعلیها ان تصبر ایضاً و علی الثانی ترفع امرها الی الحاکم یتفخص عن حالها اربع سنین الی غیر ما ذکروه هناک مع مدارکها و نصوصها، و تحقیق الحق فی محلّه و بالجملة عدم حکمهم بجواز طلاق الزوجة هناک انما هو لاتباع النصوص و لولاها لم نستبعد التمسک بقاعدة لا ضرر فی هذا الباب کسائر الأبواب.

هذا و لکن لا یلزم من التمسک بالقاعدة هنا کون امر الطلاق بید الزوجة ـ کما توهمه المحقق المذکور ـ بل غایة ما یستفار منها جواز حل عقدة النکاح، امّا کونه بیدها فلا، فحینئذ امّا نقول امره بید الحاکم او بید ولیّ الزوج، فلو طلق فهو و الاّ فیُجیره الحاکم، فانّ هذا هو الذی تقتضیه قواعد المذهب. و الجمع بین النصوص کما سیأتی و ذهب جماعة الی عدم الحاجة الی الطلاق فی بعض صور المسألة بل یأمره الحاکم بالأعتداد فتعتد و تبین من زوجها.

امّا اذا کان الزوج حاضراً و لکن لا ینفق علیها لفقرا و عصیان او کان غائباً و لم یمکن استفسار حاله، لعدم بسط ید الحاکم او الموانع اخر و لیس من ینفق علیها و لا ترضی بالصبر، فقد ذهب المحقق الطباطبائی الیزدی فیما افاده فی ملحقات العروة الی امکان القول بجواز طلاقها للحاکم، لقاعدتی نفی الحرج و الضرر خصوصاً اذا کانت شابة و استلزم صبرها طول عمرها وقوعها فی مشقة

شدیده، و لما یستفاد من أخبار کثیرة واردة فی باب «وجوب نفقة الزوجة» من انه «اذا لم یکسها ما یواری عورتها و لم یطعمها ما یقیم صلبها کان حقاً علی الأمام ان یفرق بینهما» او علی الزوج ان یطلقها و فیها روایات صحاح.

و یؤیدة ما افاده انهم استدلوا بهذه الروایات فی باب وجوب نفقة الزوجة و لم یستشکلوا علیها بمخالفتها للقاعدة من هذه الجهة و لو کان لوجب التنبیه علیه عادةً فراجع الجواهر و الریاض فی باب وجوب النفقة تجد صدق ما ذکرنا...

و الحاصل ان مخالفة هذه الفتوی لفتاوی الأصحاب غیر معلومة مع ذهاب هؤلاء الأعلام او میلهم الیه... کما ان ما ذکره من مسألة تدارک الضرر الذی لیس من ناحیة احکام الشرع و لا من ناحیة المکلفین بعضهم ببعض من بیت المال فهو اعجب من سابقه...

و قال صاحب المصباح فی هذا المقام:

و لکنه وردت روایات خاصة فی المسألة الثانیة تدل علی زوال سلطنة الزوج عند امتناعه عن النفقة علی الزوجة، و انه للحاکم ان یفرق بینهما و لا مانع من العمل بها فی موردها. و اما ما ذکره المحقق النائینی من معارضتها للروایات الدالة علی انها ابتلیت فلتصبر ففیه ان هذه الروایات الآمرة بالصبر واردة فیما اذا امتنع الزوج عن المواقعة، فلا معارضة بینها، فیعمل بکل منها فی موردها نعم الروایات الدالة علی ان الطلاق بید من اخذ بالساق معارضة لها، لکنها اخص منها فتقدم علیها، و نتیجة التقدیم ان یجبر الزوج علی الأنفاق و ان امتنع فیجبر علی الطلاق و ان امتنع عنه ایضاً یفرق الحاکم بینها. (الواعظ الحسینی، ۵۶۱/۲)

و امّا ما افاده صاحب المصباح فی مقام الدفاع عن ایراد المحقق النائینی بقوله فی تلک المسألة:

فان فیها اموراً ثلاثة: أمتناع الزوج عن النفقة و نفس الزوجیة و کون الطلاق بید الزوج امّا الأوّل فهو الموجب لوقوع الضرر علی الزوجة و لم یرخص فیه

الشارع. و امّا الثانی فلیس ضررياً و قد اقدمت الزوجته بنفسها علیه فی المهر و کذا الثالث فلیس من قبل الشارع ضرر فی عالم التشریع حتی یرفع بحدیث لا ضرر، غایة الأمران الحکم بجواز الطلاق یوجب تدارک الضرر الناشی من عدم الإنفاق و قد عرفت ان مثل ذلک لا یکون مشمولاً لحدیث لا ضرر. (النفس المصدر ۵۶۰/۲ و ۵۶۱)

فقد مرّ انه یبتنی علی مبناه المختار فی مفاد الحدیث و انه لا یتم عند من اختار غیر هذا المبنی کشیخنا الأستاد المکارم.

العاشر: ما افاده الفاضل النراقی و ملخصه ان حدیث لا ضرر قاصر عن الدلالة علی اثبات حکم کالضمان او غیره فیما یکون الضرر ناشئاً من عدم الحکم، بل اثبات الحکم محتاج الی دلیل آخر، الاّ انه اذا انحصر انتفاء الضرر بثبوت حکمٍ یحکم بثبوته لا بدلیل نی الضرر خاصّة بل به و بالأنحصار فحدیث نفی الضرر وحده لا یثبت الضمان و لا غیره من الأحکام.

قال فی العوائد:

و قد اشرنا فیما سبق الی ان نفی الضرر و الضرار انما یصلح دلیلاً لنفی الحکم اذا کان موجباً للضرر و امّا اثبات حکمٍ و تعیینه فلا، بل التعیین محتاج الی دلیل آخر و من هذا یظهر فساد ما ارتکبه بعضهم من الحکم بضمان الضّارّ و المتلف بحدیث نفی الضرار فان عدم کون ما ارتکبه حکماً شرعیّاً لا یدل علی الضمان بل و لا علی الجبران مطلقاً کما قیل. نعم لو قیل ان معنی الحدیث لا ضرر بلا جبران لدل علی تحقق الجبران و هو ایضاً لا یثبت ضمان الضّارّ لأمکان الجبران من بیت المال او فی الآخرة او فی الدنیا من جانب الله سبحانه بان یفعل ما ینتفع من استضرّ او ازید. نعم اذا کان حکم بحیث لولاه لحصل الضرر ان کان عدمه موجباً للضرر مطلقاً و انْحَصَر انتفاء الضرر بثبوت الحکم الفلانی یحکم بثبوته بدلیل نفی الضرر و لکن الثبوت حینئذٍ ایضاً لیس بنفی الضرر خاصّةً بل به و بالأنحصار

بذلک و هذا موجب للتعیین فی غیر هذا المورد ایضاً (النراقی، ۲۰)

فنقول: لیس هذا الاّ مجرّد ادّعاء، فلا نسلّم قصور الحدیث عن هذه الدلالة کما لا نسلم لزوم ضمّ الأنحصار به ً للّدلالة علی الحکم و لیس فی کلامه دلیل علی ما ادّعاه حتی نحتاج فی نردّه الی دلیل، و مع ذلک فقد بسط الکلام صاحب عناوین الأصول فی الأستدلال علی ردّ ما افاده الفاضل النراقی بعدان قال مشیراً الی ما قال:

و هذا الکلام من ذلک العلاّم من الغرابة بمقام و لعلّه مبنی علی عدم التأمّل التامّ و اذا اردت التحقیق فاستمع لما یتلی علیک مما یبخلی فی النظر مع قصورة و تقصیره. (المراغی، ۱۰۱)

ثم ذکر خمسة وجوه فی مقام الأستدلال منها حکم العقل بذلک و منها انه هو المتبادر من النصوص و منها الأستدلال بصحیحة الکنانی و روایة الحلبی. قال فان صریحهما وقوع الضمان الذی و الجابر علی المضرّ، ثم قال فی آخر کلامه مشیراً الی قول الفاضل النراقی حیث قال «و هو ایضاً لا یثبت ضمان الضارّ لأمکان الجبران من بیت المال» (النراقی، ۳۰) ما لفظه:

فتدبر فانه تحقیق واف بالمقام و امّا بیت المال فان کان بیت مال الأمام فیلزم منه الضرر علی الأمام و هو من جملة المکلفین و سیّدهم و لزوم الضرر علیه من افحش افراد الضرر و ان کان بیت مال المسلمین فهو ضرر علی المسلمین کافة و لا یرضی به القاصر فضلا عن الفقیه الماهر فانحصر الطریق فی رفع هذا الضرر الی نفس من اَحْدَثه لا غیره و هو المدّعی.

و لیس هذا اثبات الأنحصار من دلیل خارج کما تخیّله الفاضل المعاصر بل انما هو فهم للمدّعی من نفس ادلة نفی الضرر لمن رزقه الله الفهم المستقیم و ارشده الی نهج القویم ففتوی الأصحاب بضمان الضارّ و المتلف و غیر ذلک فی جمیع موارد الضرر و اکثرها کما عرفت موافق لنفس قاعدة الضرر کما او ضحنا

لک و هذا هو مقتضی فهم فقه القاعدة لمن کان من اهلها و مجرّد التخیّلات النّاشئة عن عدم التدبّر فی اطراف الکلام لا ینبغی ان یصغی الیها فی المقام. (المراغی، ۱۰۲، ۱۰۳)

و لا یخفی ما فی کلامه رفع مقامه فان شدّة عتابه و خطابه اظهروا جلی من قوّة برهانه و مع ذلک کاف فی ردّ ما افاده الفاضل النراقی.

فقد ظهر مما تلونا علیک ان ادلّة المنع کلها علیلة و عن منع عموم دلالة الحدیث قاصرة، فلمّا لم یکن دلیل تامّ علی المنع فیتّم دلالة الحدیث علی العموم کما هو ظاهره فحینئذ لا نحتاج الی بیان ادلة الجواز و بسط الکلام فیها و من اراد فلیراجع الی ما افاده شیخنا الأستاد المکارم فی قواعده فانه اورد فیها ثلاثة وجوه للدلالة علی عدم الفرق بین الأمور الوجودیة و العدمیّة بالنسبة الی مدلول حدیث نفی الضرر ثم نقل وجوهاً أخر فضعّفها بانها غیر صافیة عن الأشکال.

ثم لا یذهب علیک ان هذا النزاع کما یجری فی قاعدة لا ضرر کذلک یجری فی قاعدة لا حرج الاّ ان النفی و الإثبات هناک یقرب مما کان هنا و توضیحه یستدعی مجالاً اوسع. و الحمدلله علی اتمامه و اشکر الله علی انعامه.

المنابع

ـ الآخوند الخراسانی، محمد کاظم؛ ***کفایة الاصول***، لقمان، قم، ۱۴۱۳ق.

ـ الأصبهانی (شیخ الشریعة)؛ ***قاعدة لا ضرر*** (ویلیه افاضة القدیر فی احکام العصیر) مؤسسة النشر الأسلامی، التابعة لجماعة المدرسین، قم.

ـ الأنصاری، مرتضی الشیخ الاعظم؛ ***فرائد الأصول*** (الرسائل)، مکتبه مصطفوی، قم.

ـ ــــــــــــــــــــــــ ؛ ***کتاب المکاسب***، تبریز، ۱۳۷۵ق.

ـ ــــــــــــــــــــــــ ؛ ***رسالة فی قاعدة لا ضرر***، منضمة الی المکاسب، تبریز، ۱۳۷۵ق.

ـ بهایی، محمد بن حسین؛ ***جامع عبّاسی***، مطبع گلزار حسنی، بمبئی، ۱۳۲۳ق.

ـ الخمینی، (الامام) روح الله؛ ***تحریر الوسیله***، مطبعة الآداب، النجف.

ـ ـــــــــــــــــــــــــــ ؛ ***الرسائل***، المطبعة العلمية، قم، ۱۳۸۵ق.

ـ الطباطبایی الکربلائی، السید علی بن محمدعلی؛ ***ریاض المسائل فی شرح مختصر النافع***، مؤسسة النشر الأسلامی، قم، ۱۴۱۲ق.

ـ العاملی، زین الدین (شهید الثانی)؛ ***الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة***، التصحیح لمحمد الکلانتر، جامعة النجف الدینیة، النجف، ۱۳۹۰ق.

ـ فخر المحققین، فخرالدین؛ ***ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد***، المطبعة العلمیة، قم، الطبعة الأولی، ۱۳۸۹ق.

ـ کاشف الغطا، محمد حسین؛ ***تحریر المجلّة***، المکتبة المرتضویة، النجف، ۱۳۶۰ق.

ـ المحقق الداماد، السید مصطفی؛ قواعد فقه، القسم المدنی، العلوم الاسلامی، تهران، ۱۳۶۳ش.

ـ المحقق، جعفر بن الحسن؛ ***شرایع الأسلام*** (الشرایع)، مطبعة الآداب، النجف، الطبعة الأولی، ۱۳۸۹ق.

ـ المحقق، جعفر بن الحسن؛ ***المختصر النافع***، المکتبة الاسلامیة الکبری، تهران، ۱۴۰۲ق.

ـ المراغی، السید میر عبدالفتاح بن علی الحسینی؛ ***العناوین***، مؤسسة النشر الاسلامی التابعه لجماعة المدرسین، قم، الطبعة الأولی، ۱۴۱۷ق.

ـ المشکینی الاردبیلی، ابوالحسن؛ ***الحاشیة علی کفایة الأصول***، منضمّة الی کفایة الأصول، لقمان، ق، ۱۴۱۳ق.

ـ المقدس الاردبیلی، احمد بن محمد؛ ***مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان***، مؤسسة النشر الاسلامی، قم، الطبعة الأولی، ۱۴۱۰ق.

ـ المکارم الشیرازی، ناصر؛ ***القواعد الفقهیة***، دار العلم، قم، ۱۳۸۲ق.

ـ الموسوی البجنوردی، السید میرزا حسن؛ ***القواعد الفقهیة***، مکتبة الصدر، تهران، الطبعة الثانیة.

ـ النجفی الخوانساری، الشیخ موسی؛ ***مُنیة الطالب فی الحاشیة علی المکاسب*** (تقریرات ابحاث النائینی) ، النجف، ۱۳۵۸ق.

ـ النجفی، الشیخ محمدحسن؛ ***جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام***، دار احیاء التراث العربی، بیروت، الطبعة السابعة، ۱۹۸۱.

ـ النراقی، احمد بن مهدی؛ ***عوائد الأیام***، مکتبه بصیرتی، قم، ۱۴۰۸ق.

ـ الواعظ الحسینی البهسودی، السید محمد سرور؛ ***مصباح الأصول*** (التقریرات لأبحاث العلامة السیّد ابوالقاسم الخویی) مکتبة الداوری، قم، الطبعة الخامسة، ۱۴۱۷ق.

ـ الیزدی الطباطبایی، السید محمدکاظم بن عبدالعظیم؛ ***العروة الوثقی***، المکتبة العلمیة

الاسلامیة، تهران.
ـ ـــ ؛ ***العروة الوثقی*** (۳ ـ ۲) المشتهر بملحقات العروة، مکتبة الداوری، قم.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی