

حدیث لاضرر و اختلاف در اثبات حکم بر پایه‌ی آن

احمد باقری* - محمدجواد باقری زاده**

چکیده

بی‌تردید آیات قرآن و روایات معصومین (ع) مهم‌ترین منبع استنباط احکام به شمار می‌روند. از جمله روایاتی که به دلیل کارایی گسترده‌ی آن در مباحث فقهی، شهرت یافته و به عنوان یکی از مهم‌ترین قواعد فقهی به شمار می‌رود روایت «لاضرر ولاضرار» است. هر چند پیرامون این قاعده، مباحث گوناگونی مطرح است اما در این نوشتار، بر خلاف آنچه که مسلم دانسته شده و یا ملاحظه‌ی آن راه را بر اثبات انبوه احکام کاربردی بسته‌اند، با رویکردی نوین و استدلالی اثبات شده است که این قاعده علاوه بر این که با ممانعت از ورود ضرر به افراد، نقش بازدارنده‌ای دارد، می‌تواند با اثبات احکام مقتضی، نقش سازنده‌ای نیز ایفا کند. این مهم بر بسیاری از فقیهان گران آمده و در مقام انتقاد، آن را مستلزم تأسیس فقه جدیدی دانسته‌اند در این جستار، به این شبهه و سایر اشکالات وارد شده پاسخ داده شده است.

کلیدواژه: حکم، ضرر، حکم وجودی، حکم علمی، ضمان، خسارت، عدم الحکم، ضرر متدارک

طرح مسأله

قاعده‌ی لاضرر عیناً بر گرفته از حدیثی است که به طرق مختلف از امامیه و اهل سنت نقل شده است. این حدیث با تعابیر گوناگون ولی مفاد واحد در کتب معتبر روایی (مسند، ۳۱۳/۱ و سنن ابن ماجه/۲/۷۸۴ و سنن ابی داود/۲/۱۸۸ و الکافی/۵/۴-۲۹۲ و وسائل الشیعه/۱۷/۳۴۱ و من لا یحضره الفقیه/۴/۲۴۳) آمده است. مشهورترین آن حدیثی

* دانشیار دانشگاه تهران، عهده‌دار مکاتبات

** کارشناس ارشد فقه و حقوق اسلامی

است از پیامبر اکرم (ص) که در جریان نزاع شخصی به نام سمره بن جندب با مردی از انصار وارد شده است. سمره گاه و بی‌گاه به بهانه‌ی نخلی که در حیاط خانه‌ی مرد انصاری داشته، بی‌هیچ اجازه‌ای وارد خانه‌ی او می‌شده و همین امر، موجبات آزرده‌گی مرد انصاری را فراهم ساخته بود. بارها صاحب خانه از سمره خواسته بود که به هنگام ورود به خانه، اجازه بگیرد، اما سمره به درخواست او عمل نمی‌کرد. بالاخره مرد انصاری به ستوه آمده و از پیامبر (ص) دادخواهی کرد. حضرت ابتدا خواستند از در مصالحه وارد شوند اما سمره از پذیرفتن سخن پیامبر (ص) خودداری می‌ورزد. این‌جا بود که آن حضرت بنابر نقلی خطاب به سمره فرمودند: «انک رجل مضار ولا ضرر ولا ضرار علی مؤمن» و به انصاری نیز امر فرمودند نخل را بکند و به پیش سمره بیندازد. (الکافی/۵/۲۹۴). بنا به نقلی دیگر پیامبر (ص) پس از امر به کندن نخل، فرمودند: «فانه لا ضرر ولا ضرار» (الکافی/۵/۲۹۲ و تفصیل وسایل الشیعه/۱۷/۳۴۱). یا در نقل دیگری بدون آن که ماجرای نزاع یاد شده آمده باشد، از ایشان نقل شده که فرمودند: «لا ضرر ولا ضرار فی الاسلام» (کتاب من لا یحضره الفقیه/۴/۲۴۳). فقیهان در تفسیر این روایات نظریات مختلفی ارائه داده‌اند. برخی مفاد آن را نفی ضرر جبران نشده (غیر متدارک) (الوافیه فی اصول الفقه/۴-۱۹۳) و برخی نفی از ضرر رساندن به دیگران می‌دانند. (رساله لا ضرر/۲۵). گروهی آن را نافی احکام ضرری (فرائد الاصول، ۱۶۵/۲ و رساله لا ضرر، ۱۱۶) و عده‌ای نفی حکم ضرری به لسان نفی موضوع (کفایه الاصول ۹/۲ - ۲۶۸) و برخی نیز آن را بیان‌گر نفی سلطانی یا به اصطلاح، حکم حکومتی دانسته‌اند. (الرسائل/۱/۷ - ۵۰).

اما عمده‌ترین مبحث قابل طرح در ارتباط با این روایت و قاعده‌ی مستفاد از آن که کم‌تر مورد توجه محققان و پژوهش‌گران قرار گرفته، این است که آیا قاعده‌ی لا ضرر می‌تواند حکمی را که بر اساس سایر دلایل قابل اثبات نیست اثبات کند؟ یا صرفاً در مقام بیان نفی حکم ضرری است بی‌آن که به اثبات حکم نظر داشته باشد؟

بررسی امکان اثبات حکم با توجه به استنباط مختلف فقیهان از قاعده

به نظر می‌رسد چنین حیثیتی از قاعده‌ی «لا ضرر» با برخی از تفاسیر پنج‌گانه‌ای که گفته شد، تعارض داشته باشد.

نظریه‌ای که مفاد لا ضرر را نفی از ایجاد ضرر می‌داند یا آن که مدلول قاعده را نفی حکم به زبان نفی موضوع می‌بیند، نمی‌تواند با «لا ضرر» اثبات حکم کند. با دیدگاه امام خمینی (ره) نیز نمی‌توان از این قاعده چنین استفاده‌ای کرد، هر چند وی با فرض نافی حکم

ضرری بودن این قاعده، چنین کاربردی را تأیید کرده و ایرادات مطرح شده را نیز ناروا دانسته است اما آن را منوط به پذیرش مبنایی می‌داند که مورد قبول او نیست. (البیع/۲/۳۵۱).

اما طبق تفسیری که مدلول این قاعده را نفی ضرر غیر متدارک می‌بیند و نیز بر اساس تفسیری که مفاد آن را نفی حکم ضرری می‌داند، می‌توان این موضوع را بررسی کرد که آیا می‌توان با استناد به لاضرر اثبات حکم کرد یا نه؟ زیرا بر اساس تلقی گروه اول حدیث دلالت بر این دارد که در شرع، ضرری که برای آن جبرانی در نظر گرفته نشده باشد، وجود ندارد؛ زیرا ضرر متدارک در حکم عدم ضرر است و شارع نیز چنان که در بین عرف و عقلا پذیرفته شده، چنین ضرری را ضرر ندانسته است. (الوافیه فی اصول الفقه/۴ - ۱۹۳). بنابراین هر جا ضرری به کسی وارد شود شارع دخالت می‌کند و حکم به جبران می‌دهد که این همان اثبات حکم با لاضرر است.

همچنین گروهی که می‌گویند مفاد لاضرر نفی حکم ضرری است - به این معنا که هر حکمی که از ناحیه‌ی شرع صادر شده است اگر مستلزم ضرر به بندگان باشد، به موجب این حدیث آن حکم برداشته می‌شود با این استدلال که حمل حدیث لاضرر به معنای حقیقی آن امکان‌پذیر نیست و ناچاریم بگوییم مراد حدیث از نفی ضرر، این است که از سوی شارع، حکمی که از آن ضرری متوجه کسی شود تشریح نشده است. خواه این حکم، تکلیفی باشد خواه وضعی. (فرائد الاصول ۲/۱۶۵ و رساله‌ی لاضرر/۱۱۶). نیز می‌توانند مدعی شوند اگر وجود حکمی منشاء ضرر باشد به موجب قاعده «لاضرر» برداشته می‌شود و چنانچه از نبودن حکمی، ضرری پدید آید می‌توان به استناد این قاعده، حکمی را ثابت دانست که ضرر را مرتفع سازد و در نتیجه قاعده‌ی تنها نفی حکم نمی‌کند بلکه توانایی جعل حکم هم دارد. اما پذیرفتن این ادعا برخلاف ادعای گروه اول در نظر بسیاری از اندیشمندان دشوار آمده و انتقادات متعددی بر آن وارد کرده‌اند که عمده‌ترین انگیزه‌ی این نوشتار، بررسی آن‌هاست. اما پیش از آن، ممکن است مطرح شود که بر فرض چنین ادعایی ثابت شود چه اثری بر آن مترتب خواهد بود؟ به عبارت دیگر این امر چه کاربردهایی در فقه می‌تواند داشته باشد؟ چنان که برخی از فقیهان به رغم پذیرش اصل قضیه مدعی هستند که این موضوع مصداقی در عالم خارج ندارد و موردی وجود ندارد که عدم‌الحکم در آن ضروری بوده تا با قاعده‌ی لاضرر اثبات حکم صورت گیرد. (خویی/۲/۵۶۰).

برای پاسخ به سؤال یاد شده کافی است برخی از مواردی را که فقیهان از این بعد قاعده‌ی لاضرر در جهت اثبات احکام شرعی بهره گرفته‌اند ذکر کنیم.

مصادیقی از اثبات حکم با استناد به قاعده ی لا ضرر

۱- در نظر بسیاری از فقیهان اگر کسی کارگر یا صنعت‌گری را زندانی کند و مدتی او را از انجام کار محروم کند، ضامن نبوده و ملزم به جبران خسارت او نیست. (تذکره الفقها/۲/۳۸۲ و جواهر الکلام/۳۷/۴۰ و تحریر الوسیله/۷/۲-۱۷۴).

در این دیدگاه، چون هیچ‌یک از اسباب ضمان محقق نشده است دلیلی برای حکم به ضمان وجود ندارد. اما از آن‌جا که چنین حکمی برای کارگر مایه‌ی ضرر و زیان می‌باشد، برخی از فقیهان مدعی شده‌اند به استناد لا ضرر می‌توان و باید این ضرر رفع شود و این ضرر جز با اثبات حکم ضمان رفع نمی‌شود. بنابراین کسی که با زندانی کردن دیگری مانع کار کردن او شده، ضامن است. (مجمع الفایده/۱۰/۵۱۳ و حاشیه مجمع الفایده/۶۱۴ و ریاض المسائل/۳۰۲/۲).

۲- اگر زنی به واسطه‌ی غیبت شوهر یا نفقه ندادن او دچار مشقت و سختی گشته و خواستار طلاق باشد اما به دلیل عدم صدور اذن طلاق از جانب شوهر نتواند رابطه‌ی زوجیت را به هیچ صورتی برهم زند، تکلیف چیست؟ برخی گفته‌اند:

«اگر چه ظاهر کلمات علماء، به استناد «الطلاق یبید من اخذ بالساق» (مستدرک الوسائل/۱۵/۳۰۶) عدم جواز طلاق زوجه توسط حاکم است اما می‌توان گفت که چنین کاری از سوی حاکم به منظور نفی حرج و ضرر جایز است، به ویژه اگر زوجه جوان باشد و صبر کردن به مقدار طول عمرش او را در مشقتی شدید، بیندازد.» (تکمله العروه الوثقی/۲/۶-۷۵). در این‌جا نیز عدم جواز طلاق بدون اذن شوهر، موجب آزار و اذیت زن بوده و قاعده‌ی لا ضرر به جواز طلاق بدون اذن شوهر، حکم می‌کند.

۳- در مورد کسی که مال دیگری را به فردی تعارف کرده و او نیز به این خیال که آن چیز از آن تعارف کننده است آن را خورده و به این ترتیب مجبور به پرداخت خسارت به صاحب مال شده است، برخی از فقیهان به استناد قاعده‌ی غرور به ضمان او حکم کرده‌اند و شیخ انصاری در تأیید این نظر به قاعده‌ی نفی ضرر استناد کرده با این توجیه که الزام به پرداخت خسارت توسط فردی که در نتیجه‌ی فریب خوردن، نادانسته مال دیگری را تلف کند، بدون این‌که حق رجوع به فریب دهنده را داشته باشد حکمی است که موجب ضرر عظیمی می‌شود و صرف این‌که عوض آن مال به او باز گشته موجب دفع چنین ضرری نمی‌شود. (مکاسب/۳/۴۹۹). از این رو برائت ذمه و ضامن نبودن فریب دهنده برای فریب خورده ضرری است که با حکم به ضمان او به استناد لا ضرر نفی می‌شود.

۴- اگر فردی را از مهار کردن چهارپایش بازدارند یا از نشستن در کنار بساطش یا سکونت در منزلش و مواظبت از آن‌ها ممانعت کنند و در نتیجه این اموال تلف شوند یا اگر کسی را از فروش ملکش منع کنند و بعد از مدتی قیمت آن کالا در بازار پایین آید بدون این‌که در عین کالا و صفاتش تغییری پدید آمده باشد، برخی از فقیهان به دلیل ورود ضرر و زیان به این افراد به استناد عمومیت دلیل لاضرر، حکم به ضمان زیان رساننده داده‌اند، هر چند مشهور فقیهان به استناد اصل عدم ضمان و عدم صدق عنوان غصب بر این موارد، به عدم ضمان حکم کرده‌اند. (ریاض المسائل/۱/۲-۳۰۰).

۵- از جمله مسائلی که معرکه‌ی آرای فقیهان است و اختلاف نظر بسیاری را در پی داشته، مسأله‌ی خسارات مازاد بر دیه است. بسیاری از کسانی که در این مسأله اظهار نظر کرده‌اند، بر این باورند که با وجود تعیین میزان دیه از سوی شارع در قتل و جنایات کم‌تر از نفس، بیش از دیه پیش‌بینی شده، دیگر چیزی بر عهده‌ی جانی نخواهد بود، اگر چه مجنی‌علیه در جنایات مادون نفس، متحمل خساراتی بیش‌تر از مبلغ دیه شده باشد (مجمع المسائل/۳/۲۴۹ و ۲۶۹).

اما برخی دیگر از اندیشمندان با تأکید بر جبران همه‌ی خسارات بر این باورند که در مواقعی که مجنی‌علیه مبالغی بیش از مبلغ دیه‌ی دریافتی را به واسطه از کارافتادگی و هزینه‌ی معالجه و غیره، در نتیجه صدمات وارد شده متحمل خسارت شده است، باید این خسارات مازاد بر دیه را نیز بر عهده‌ی جانی دانست. از جمله دلایل ذکر شده بر این حکم، قاعده‌ی لاضرر است. با این بیان که جایز شمردن ورود خسارت بر مجنی‌علیه و حکم به عدم ضمان جانی، امری است که با «لاضرر» برداشته شده و در نتیجه جانی موظف به جبران همه‌ی خسارات است. (الفقه/۹/۱۰۰-۲۹۸). استناد به قاعده‌ی «لاضرر» در این بحث نیز هم‌چون مباحث گذشته، مبتنی بر قابلیت این قاعده برای اثبات حکم در مواقعی که نبودن این حکم مایه‌ی ضرر و زیان منتسب به شارع است، می‌باشد.

نقد و بررسی اشکالات مطرح شده

چنان‌که پیش‌تر گفته شد نظریه قابلیت اثبات حکم به استناد لاضرر، مورد انتقاد بسیاری از فقیهان قرار گرفته است که چنان‌چه ادله‌ی آن‌ها مورد بازپژوهی قرار گیرد و با استدلال رد شود، فرضیه‌ی اثبات حکم با استناد به قاعده‌ی لاضرر اثبات خواهد شد.

شایان ذکر است که این انتقادات، غالباً بر اساس مبنایی است که مدلول قاعده‌ی لاضرر را، نفی حکم ضرری می‌داند و به ندرت، کسی به اثبات حکم بر اساس مبنای اول که

نفی ضرر غیر متدارک را مدلول قاعده می‌دانست ایرادی گرفته است؛ زیرا به استناد مبنای اول به آسانی می‌توان پذیرفت که در چنین مسائلی ضرر به وسیله‌ی حکم به ضمان جبران شود زیرا لازمه‌ی نفی ضرر غیر متدارک، لزوم جبران ضرر است و این خود ضمان را ثابت می‌کند. از این رو، ما نیز مبنای نافی حکم ضرری بودن لاضرر را اساس کار خود قرار داده و از این منظر به اشکالات پاسخ می‌دهیم.

اشکال اول: قاعده‌ی «لاضرر» ناظر و شامل بر احکام عدمی (عدم‌الحکم) نیست

از مهم‌ترین ایرادات گرفته شده، این است که قاعده‌ی «لاضرر»، ناظر بر نفی احکام شرعی‌ای است که از طریق عمومات، ثابت شده است و معنای نفی ضرر در اسلام، این است که در احکام جعل شده، حکم ضرری وجود ندارد. در حالی که عدم حکم شرع به ضمان، در مسأله‌ای هم‌چون به هدر دادن نیروی کار انسان به سبب حبس، از احکام جعل شده در اسلام نیست و حکم به عدم ضمان، حکم مجعول نیست بلکه تنها اخبار از عدم حکم به ضمان است، چرا که عدم، نیازمند حکمی نیست تا به وسیله‌ی آن نفی شود. مانند حکم شارع به عدم وجوب و حرمت که انشای حکمی از سوی شارع نیست بلکه در حقیقت اخبار در مورد آن است. (رساله‌ی لاضرر/۱۱۹). به عبارت دیگر، اگر حکم وضع شده، عدم ضمان بود و از این حکم، ضرری ناشی می‌شد، ما طبق قاعده آن را بر می‌داشتیم اما در این جا اساساً جعلی صورت نگرفته و قاعده‌ی «لاضرر» نمی‌تواند حاکم بر چیزی باشد که جعل نشده است زیرا آن چه مجعول شارع نیست، مستند به شارع نخواهد بود. (نائینی/۲/۲۲۰). بنابراین به نظر منکرین، قاعده‌ی «لاضرر» اطلاق نداشته و احکام عدمی یا عدم‌الحکم را شامل نمی‌شود.

به این ایراد، سه پاسخ می‌توان داد:

پاسخ اول: اگر مقصود از احکام عدمی احکام جعل شده از ناحیه‌ی شارع است، در این صورت تفاوتی میان وجودی و عدمی نیست. زیرا هر دو متعلق جعل هستند. به عنوان مثال؛ همان‌گونه که حکم به اشتغال ذمه و ضمان، حکمی جعل شده از ناحیه‌ی شارع است، حکم به برائت ذمه و عدم ضمان نیز از سوی شارع، وضع شده است و شارع گاه به ضمان و اشتغال ذمه کسی حکم می‌کند و گاه به برائت و عدم ضمان او. بنابراین، تفاوتی در حکم بودن این دو وجود ندارد. اما چنانچه مقصود از احکام عدمی، موضوعاتی است که از سوی شارع، مسکوت مانده و هیچ حکمی در مورد آن داده نشده است، قطعاً چنین امری نسبت به

شارع حکیم قابل تصور نخواهد بود زیرا این کار اهمال در اعلام تکلیف است. علاوه بر این در برخی از روایات بر این نکته، تأکید شده که هر آن چه امت تا روز قیامت بدان نیاز پیدا می‌کند، حضرت رسول اکرم (ص) آورده‌اند. بر این اساس هیچ موضوعی وجود ندارد مگر این که شارع در مورد آن حکمی داده است. از این رو مثلاً در مورد فردی که کارگری را مدتی حبس کرده، حکم شرعی چه ضمان باشد و چه برائت از پرداخت خسارت، از سوی شارع جعل شده، بنابراین حکم به عدم ضمان یا برائت به معنای اخبار از عدم حکم به ضمان نیست تا آن را عدم‌الحکم به حساب آورند بلکه به معنای انشای حکم برائت است. هم‌چنین، وقتی شارع حکم به عدم وجوب و عدم حرمت با هم می‌دهد، این در حقیقت انشای اباحه است و اخبار از عدم جعل و انشا نیست. آری، بعضی از احکام نیازمند بیان هستند و در برخی دیگر، عدم بیان برای تفهیم مخاطب کفایت می‌کند اما نیاز به بیان و عدم نیاز به آن، غیر از نیاز به جعل و عدم نیاز به آن است. از این رو شارع در موارد بسیاری، هم‌چون روایت «کل شیء لک حلال حتی تعلم انه حرام» انشای حکم اباحه کرده است. به هر روی در مسائلی نظیر آن چه مطرح شد یا حکم شرعی وجود دارد که در اغلب آن‌ها حکم یا ضمان است و یا عدم ضمان و برائت ذمه و در یک مورد حکم یا جواز طلاق است و یا عدم جواز طلاق که همه‌ی این صور حکم هستند و در صورت ضرری بودن قابل نفی، یا حکمی از ناحیه‌ی شرع وجود ندارد که مسلماً این فرض با اصل مسلم میان مسلمانان مبنی بر این که هیچ فعلی وجود ندارد مگر این که متعلق حکمی از ناحیه‌ی شرع می‌باشد مخالفت دارد. به نظر می‌آید آن چه که مورد غفلت این دسته از اندیشمندان قرار گرفته، این است که حکم عدمی، مساوی عدم‌الحکم نیست بلکه چنان که از عنوان آن پیداست خودش حکم است و از این رو عدمی نام گرفته که از نبودن حکم دیگری پدید آمده است. مثلاً حکم عدمی عدم‌الضمان از نبودن حکم وجودی ضمان، حکم عدمی نامیده شده است. به هر حال هر یک از احکام عدمی، مترادف با یک حکم وجودی هستند که بنا بر عقیده‌ی منکرین می‌تواند مشمول حکم لاضرر قرار گیرد. (مکارم شیرازی، القواعد الفقهیه/۱/۸۶).

به نظر می‌رسد کس که گفته است: «حکم عدمی مستلزم حکم وجودی است، به این صورت که عدم ضمان منافع فوت شده‌ی انسان آزاد، مستلزم حکم حرمت مطالبه و مقاصه و تعرض از سوی فردی است که حبس شده و منافعی از دست رفته است و هم‌چنین مستلزم حکم جواز دفع او، در هنگام تعرض به حبس کننده می‌شود.» (رساله‌ی لاضرر/۱۱۹) در صدد بیان این نکته بوده است هرچند گفته‌ی وی خالی از مناقشه نیست زیرا مقصود این است که حکم عدمی و حکم وجودی، دو روی یک سکه‌اند که هر دو مایه‌ی ضرر بوده‌اند.

در حالی که به نظر می‌رسد حرمت مطالبه و مقاصه و تعرض، تنها در صورتی ضرر به حساب آید که منافع فوت شده از آن فرد مضمون بوده ولی زیان دیده، حق مطالبه و مقاصه را نداشته باشد. اما در صورت عدم ضمان حایس، احکام دیگری که بر این حکم مترتب می‌شوند به هیچ وجه ضرر به حساب نمی‌آید، همان‌طور که حکم حرمت مزاحمت بر جان و مال تحت سلطه‌ی مردم، نسبت به افراد مزاحم در صورتی که حقی نداشته باشند، حکم ضرری به شمار نمی‌رود.

پاسخ دوم: چنان‌چه گفته شود احکام عدمی، بخشی از احکام جعل شده از سوی شارع نیست، طبق این فرض نیز قاعده‌ی «لاضرر» شامل احکام عدمی می‌شود، چرا که قاعده، لفظ «حکم» را موضوع و مدار نفی، قرار نداده تا از آن، احکام جعل شده از ناحیه‌ی شارع استنباط شود و گفته شود چون عدم، جعل نشده مشمول قاعده نیست. بلکه «لاضرر» وجود تشریحی «ضرر» را نفی کرده است و پیداست هر آن‌چه قابل باشد مورد نفی تشریحی قرار گیرد، مشمول قاعده است و به این لحاظ همان‌طور که وجود حکمی، قابلیت نفی دارد عدم حکم هم قابلیت نفی دارد که موجب اثبات حکم می‌شود.

پاسخ سوم: بر فرض، قاعده به دلالت لفظی شامل امور عدمی نباشد اما دست کم با تنقیح مناط و توجه به مناسبت حکم و موضوع، می‌توان به شمول آن پی برد. وانگهی مگر وجود یا عدم در این باب چه خصوصیتی دارد؟! خداوند به وسیله‌ی نفی ضرر و ضرار بر بندگان منت نهاده و روشن است هر مصلحتی که در حکم به نفی ضرر و ضرار تصور شود، در هر دو طرف وجودی و عدمی، بدون هیچ‌گونه تفاوتی وجود دارد و صرف این‌که چیزی وجودی یا عدمی است، منشأ اقتراق میان آن دو نمی‌شود. (مکارم شیرازی، القواعد الفقهیه/۱/۸۷).

بنابراین همان‌طور که گفته شده است: «حکم نفی شده، خصوص مجعولات شارع نیست بلکه همه‌ی چیزهایی است که در شریعت اسلامی بر اساس آن‌ها عمل می‌شود، خواه این امور وجودی باشند و خواه عدمی و همان‌گونه که در حکمت شارع، نفی احکام ضرری واجب است، به همان ترتیب جعل احکامی که از عدم آن احکام ضرری پدید آید نیز واجب خواهد بود.» (رساله‌ی لاضرر/۱۱۹).

اشکال دوم: ضرر ناشی از عدم جعل حکم، منتسب به شارع نیست.

در رد ادعای مورد بحث، گفته شده است هر چند عدم، قابلیت جعل دارد یعنی شارع می‌تواند با برداشتن عدم یا ابقای آن حکمی را صادر کند اما چنان‌چه شارع نه عدم را بردارد

و نه آن را ایفا کند، این دیگر مستند به شارع نیست. و اگر ادعا شود آن چه ملاک در استصحاب‌های عدمی است در این جا نیز می‌تواند ملاک قرار گیرد و ملاک صحت استناد معدوم به شارع شود، بدین صورت که وقتی فاعلی قادر بر فعل است، قادر به ترک آن نیز می‌باشد، چون اگر گفته شود فاعلی قادر بر ترک فعل نیست، معنای آن این است که عمل او به اختیار خودش نیست و مانند حرکت عضوی است که ارتعاش و لرزش دارد. بنابراین همان‌طور که عدم فعل، می‌تواند به فاعل منتسب شود، عدم حکم را نیز می‌توان به شارع منتسب کرد، خواهیم گفت که مرجع استصحاب‌های عدمی، حکم شارع به عدم است، نه عدم حکم شارع، زیرا به استناد این گفته شارع که «لا تقض الیقین بالشک ابدا» (وسائل الشیعه ۱/۲۴۵) است که به استمرار حالت سابق، حکم داده می‌شود و در اصل، عدم بر حال خویش ایفا شده و با ایجاد شک، عدم از میان نرفته است. حال آن که در این بحث نه نفیاً و نه اثباتاً حکمی وجود ندارد، چون ضرر ناشی از آن، مستند به شارع نیست و از این جهت نفی نمی‌شود و از نفی عدم، اثبات حکم لازم نمی‌آید. (نائینی ۲/۲۲۰).

در پاسخ باید گفت: که محیط تشریح محیط حکومت شارع است و اوست که بر جمیع حالات و رفتارهای مکلفین حکومت می‌کند و به همان شکل که ضرر احکام جعل شده به او منتسب می‌شود ضرری که از سکوت و اهمال در جعل حکمی، ناشی می‌شود نیز به شارع منتسب است. در جامعه‌ی بشری هم‌چنین قاعده‌ای ثابت است زیرا اگر حاکمان کشوری در وضع مقررات لازم و انتصاب مقامات کشوری و لشگری و دیگر امور اهمال کنند و در نتیجه به منافع مردم آن کشور آسیبی برسد، تمام آن خسارات به سوء تدبیر و کوتاهی حکمرانان نسبت داده شده و ایشان هستند که مورد ملامت و مذمت قرار می‌گیرند. حاصل آن که ترک فعل در موردی که انتظار وجود آن می‌رود به فرد ترک کننده، انتساب دارد و بدیهی است از شارع مقدس انتظار می‌رود که در محیط تشریح، احکامی وضع کند که حافظ مصالح و منافع انسان‌ها باشد و چنان‌چه در این امر کوتاهی صورت گیرد، آن‌ها را در ضرر و خسارت انداخته است و همین امر است که به مقتضای قاعده، نفی می‌شود.

اشکال سوم: اثبات حکم بر مبنای لاضرر موجب تأسیس فقه جدیدی می‌شود

در نگاه مخالفین، نتیجه تن دادن به این نظریه، تأسیس فقهی جدید و کنار گذاردن بسیاری از احکام و قوانین مسلم فقهی است. به عنوان نمونه، ادعا شده است هنگامی که بقای زوجیت برای زوجه به علت نفقه ندادن زوج - چه از روی اعسار و چه از سر عصیان - موجب ضرر و زیان باشد طبق این نظریه، ولایت بر طلاق را باید به زوجه سپرد؛ زیرا عدم

جعل ولایت طلاق برای زوجه یا حاکم شرعی، مطمئناً ضرری به حال زوجه است بنابراین، قاعده‌ی «لاضرر» ولایت بر امر طلاق را به زوجه می‌سپارد و ضرر را نفی می‌کند. در حالی که، چنین حکمی صحیح نیست و همان‌طور که این حکم باطل است مقدمه منتج به آن نیز باطل خواهد بود. (نائینی ۲/۲۲۱). نظیر این مطلب را برخی از فقیهان در مورد ضمان منافع انسان آزاد به واسطه‌ی حبس، اظهار کرده و مدعی شده‌اند اگر قاعده‌ی نفی ضرر و ضرار، مقتضی ضمان در این بحث شود، موجب ایجاد فقه جدیدی می‌شود، چرا که بر این اساس، مواردی چون منع از عمل و منع انتفاع از مال و غیره، مستلزم حکم به ضمان است. در حالی که حتی اهل سنت که مبنای فقهی آن‌ها بر پایه‌ی قیاس و استحسان است چنین حکمی نداده‌اند، چه رسد به امامیه که مبنای آن‌ها بر قواعد ثابتی است که از اهل بیت عصمت و طهارت (ع) مقرر شده است. بنابراین وجهی برای ضمان وجود ندارد، همان‌طور که فقیهان به این حکم قطع پیدا کرده‌اند. (جواهر الکلام/۳۷۱-۴۰).

به این اشکال نیز سه پاسخ می‌توان داد:

پاسخ اول: در مثالی که منکرین آورده‌اند، حتی بر مبنای تفسیر ایشان از قاعده‌ی لاضرر می‌توان عدم انحصار ولایت زوج بر طلاق در مواقع ضرورت و اضطرار را استنتاج کرد، چه آن که فرض این است که بقای زوجیت و استمرار آن ضرری است و پر واضح است که بقای زوجیت امری وجودی است و نه عدمی، بنابراین به وسیله‌ی قاعده، نفی می‌شود. اما از آن‌جا که اجماع و ضرورات فقه دلالتهای بر این مهم دارد که زوجیت جز با طلاق منقطع نمی‌شود، قاعده به دلالت التزامی بیان می‌کند که ولایت بر طلاق یا به دست زوجه است یا در دست حاکم شرع اما از آن‌جا که در روایات متعدد تصریح شده که زوجه مطلقاً نمی‌تواند خود را طلاق دهد، این امر در ولایت حاکم شرعی منحصر خواهد شد. (تفصیل وسایل الشیعه/۲۲/۹۸).

پاسخ دوم: این حکم و احکام از این قبیل هرگز فقه جدیدی را تأسیس نمی‌کنند زیرا روایات وارد شده در این مسأله دلالت دارند بر این که اگر زوج نفقه زوجه‌اش را پرداخت نکرد، زن می‌تواند به حاکم رجوع کند و او زوج را به پرداخت نفقه یا طلاق زوج، وادار کند و چنانچه شوهر امتناع کند حاکم از جانب او، طلاق را جاری خواهد کرد؛ زیرا حاکم، ولی ممتنع است. (همان/۲۱/۵۰۹).

حکم به ضمان در مسائلی نظیر آن چه گفته شد نه تنها فقه جدیدی را تأسیس نمی‌کند و مخالف مبنای فقهی و قواعدی که از اهل بیت (ع) رسیده است، نمی‌باشد بلکه به

عكس با روح قوانين شريعت مبنی بر ظلم‌ستیزی و حمايت از منافع مظلوم و دفاع از حق الناس و جلوگیری از ورود خسارت بی‌جهت به افراد، سازگارتر است.

پاسخ سوم: به فرض، که این نظر مستلزم تاسیس فقه جدیدی شود نمی‌تواند دلیلی بر رد نظر مخالف باشد، چه آن‌که اگر کسی با دلیل و مستند، نظرات جدیدی اظهار کرد و سخن او بر خلاف دلایل شرعی و عقلی نبوده، یا باید آن را پذیرفت یا با ادله‌ای که مبنای شرعی یا عقلی داشته باشد باید آن را رد کرد زیرا «نحن أبناء الدلیل». علاوه بر این، فقه قدیم یا جدید هیچ موضوعیتی ندارد بلکه آن‌چه مهم است نحوه‌ی استناد به ادله و براهین عقلی و شرعی است.

اشکال چهارم: قاعده‌ی لاضرر، اثبات ضمان نمی‌کند

این اشکال در حقیقت از سه بخش تشکیل شده است:

۴-۱- برخی از فقیهان بر آنند که تطبیق قاعده بر احکام عدمی برای اثبات ضمان درست نیست؛ زیرا حکم به ضمان نفی ضرر نمی‌کند، بلکه تدارک ضرر می‌کند. به عبارت دیگر، مفاد حدیث، نفی حکمی است که از آن ضرر پدید آید و وجوب تدارک و جبران ضرر را نمی‌رساند. بنابراین نمی‌توان عدم ضمان را با قاعده نفی کرد و حکم به ضمان داد، زیرا عدم ضمان ضرری نیست و ضمان هم نفی‌کننده ضرر نیست بلکه ضرر را تدارک می‌کند. مثلاً در مورد کسی که خانه‌اش توسط غاصبی خراب شده است چه حکم به ضمان غاصب داده شود و چه به عدم ضمان، فرد مذکور، متحمل ضرر شده است. از این رو حکم به ضمان نفی ضرر نمی‌کند تا این‌که به وسیله‌ی قاعده ثابت شود بلکه تدارک ضرر می‌کند. حال آن‌که مفاد لاضرر، نفی ضرر است و نه وجوب تدارک ضرر واقع شده. (نائینی/۱/۲-۲۲۰).

در پاسخ به این اشکال گفته شده است حکم به ضمان، به معنای تدارک و جبران ضرر نیست بلکه موجب نفی ضرر است و بدون تردید به دورش بر قاعده قابل انطباق است:

روش اول: حکم به ضمان، نفی اصل ضرر است اما منظور از ضرر نفی شده، به وسیله‌ی حکم به ضمان در مثالی که ذکر شد خراب شدن خانه نیست، چرا که این ضرر به هر حال واقع شده؛ بلکه منظور، نفی ضرر به وجود آمده‌ی دیگری از دیدگاه عقلا است. از آن‌جا که در اذهان عقلا و در نظر آنان شخصی که مالی از او غصب شده، مالک چیزی در عهده‌ی غاصب به عنوان غرامت است، اگر شارع حکم به ضمان ندهد و این ارتکاز عقلا را

امضا نکند در نظر ایشان ضرری واقع شده است و معلوم است که قاعده، ضررهای اعتباری را نیز در بر می‌گیرد. بنابراین حکم به ضمان، نفی ضرر می‌کند و نه تدارک و جبران ضرر. روش دوم؛ به فرض از تعریفی که از ضرر در شیوهی اول گفته شد صرف نظر کنیم و مفهوم تقلیدی آن را که ضرر مالی و امثال آن است، مینا قرار دهیم، اگر چه ضمان با دقت عقلی تدارک ضرر مالی است، زیرا خانه، در دست غاصب ویران گشته و آنچه که مغضوب‌منه می‌گیرد، بدل مال تلف شده و جبران‌کننده‌ی آن است اما از نظر عرف و از روی مسامحه نفی‌کننده ضرر به حساب می‌آید، اگر چه در مرتبه‌ای از مراتب آن، به عبارت دیگر، ضمان عبارت است از حفظ مال به وسیله‌ی تبدیل ظرف مال از خارج به عهده‌ی غاصب هنگامی که آن را غصب می‌کند و انتقال آن، به ظرف دیگری که ذمه است در هنگام تلف. بنابراین گویی خود مال محفوظ است، لیکن مال در این صورت در درجه وجودی پایین‌تری از وجود عینی خارجی قرار دارد و روشن است تلف شدن مال و انتقال آن به ذمه، بدون شک ضرر به شمار می‌رود. ولی هنگامی که غاصب مال را به مغضوب‌منه پرداخت می‌کند، گویا آنچه را که در ذمه است به ظرف خارجی‌اش باز می‌گرداند. بنابراین و با ملاحظه این رویکرد عقلایی. (شهید صدر/۳۰۶).

۴-۲ هم‌چنین گفته شده است به فرض، تصور کردیم که قاعده، تدارک ضرر را واجب می‌سازد، یا این که ضمان در این‌جا تدارک ضرر نیست بلکه نفی ضرر است، در این صورت لازمه‌ی این نظریه آن است که در هر موردی که شخصی متحمل ضرری شد مثلاً خانه‌اش به واسطه‌ی بلایای طبیعی ویران شد، ضمان ثابت باشد، زیرا عدم ثبوت ضمان، ضرر به حال اوست، بنابراین حتی اگر هیچ کس در طرف مقابله نبود که زیانی از ناحیه‌ی او وارد شده باشد، باید از بیت‌المال، خسارت وی پرداخت شود. حال آن‌که التزام به این عقیده امکان ندارد و نادرست است. (نائینی/۱/۲۲-۲۲۰).

این اشکال نیز موجه به نظر نمی‌رسد زیرا دلیلی ندارد که در خارج از محدوده‌های که ارتکاز عقلا و قواعد فقه اقتضای آن را دارند ملتزم به ضمان شویم. تفاوتی نمی‌کند که بر اساس شیوه‌ی اول باشد و این مورد را مختص به جایی قرار دهیم که ارتکاز عقلا بر ضمان وجود داشته باشد و عدم امضای آن از سوی شارع، در نگاه عقلا ضرر به حساب آید. بنابراین در مواردی که این‌گونه نیست و ارتکاز عقلا به ضمان تعلق نگرفته، عدم‌الضمان ضرر نیست و مشمول قاعده نمی‌شود. مثلاً کسی که در اثر بلایای طبیعی مانند سیل، خانه‌اش ویران شده است، عدم‌الضمان نسبت به او ضرر نیست زیرا ارتکاز عقلا به چنین ضمانی نظر ندارد که

عدم امضای آن از سوی شرع در نظر عقلا ضرر به حساب آید. یا بر اساس شیوه‌ی دوم باشد که می‌گوییم حکم به ضمان برای نفی ضرر واقع شده از جانب غاصب یعنی تخریب خانه بوده است با عنایت به این نکته که ضمان در نظر عقلا حفظ مال است و نه تبدیل آن. بر این اساس، مال به مالکش رسیده و ضرر، دفع شده است.

اما تنها زمانی می‌توان به این مطلب در مقام تمسک به قاعده، تکیه کرد که در اذهان عقلا ریشه دوانده باشد، به گونه‌ای که بر آن مورد هم اطلاق شود و معلوم است در مواردی که تلف به سبب بلایای طبیعی رخ داده، این تصور در عرف وجود ندارد؛ زیرا عقلا حتی با نگاه عرفی مسامحی خودشان، مالی را که مثلاً از بیت‌المال پرداخت شده، همان مالی که از صاحبش از میان رفته به حساب نمی‌آورند و هنگامی که چنین تصویری محقق نگشت حکم به ضمان، نفی‌کننده نیست بلکه جبران‌کننده و تدارک‌ضرر است و قاعده، آن را شامل نمی‌شود زیرا مفاد آن نفی ضرر است و نه تدارک ضرر.

علاوه بر این بر فرض، این دو اشکالی که بر مسأله‌ی ضمان کرده‌اند، وارد باشد و در نتیجه قاعده‌ی «لاضرر» اثبات ضمان نکند، از این رو که ضمان در دیدگاه این گروه، تدارک ضرر است. اما این مطلب، دلیلی بر بطلان شمول «لاضرر» بر احکام عدمی و در نتیجه عدم توانایی اثبات حکم توسط این قاعده، نمی‌شود؛ زیرا ملازمه‌ای میان این دو نیست. بنابراین، ایشان میان اصل تعمیم قاعده و یکی از فروع آن یعنی مسأله‌ی ضمان متلف، خلط کرده و اگر مثال دیگری ذکر شود، اشکالات آن‌ها نیز بی‌اثر خواهد شد. به عنوان مثال در جایی که عدم حرمت مسأله‌ای اضرار به فردی باشد با این‌که عدمی است، ضرر هم هست و بنابراین، به وسیله‌ی قاعده نفی می‌شود و حرمت ثابت می‌شود. (شهید صدر/۳۰۸).

۳-۴ اشکال دیگری نیز، مطرح شده است مبنی بر این‌که سیاق قاعده، حکومت بر ادله‌ی اولیه است و این مستلزم آن است که حکمی وجودی یا عدمی، در رتبه‌ی سابق بر آن وجود داشته باشد تا اطلاق آن حکم بر حالت ضرری رفع شود. بدیهی است چنین اتفاقی تنها زمانی رخ خواهد داد که برای حکم دو حالت، فرض شود که یکی از آن‌ها ضرری بوده و دیگری ضرری نباشد و قاعده، ناظر بر حالت ضرری شده و آن را بر دارد. اما نمی‌توان عدم ضمان را بر این فرض تطبیق داد؛ زیرا عدم ضمان غاصب از اصل، حکمی ضرری است که تنها یک حالت دارد و آن هم ضرری است. هم‌چون؛ خمس و زکات که حکم به وجوب آن‌ها از اصل ضرری است. به همین دلیل نفی عدم ضمان، با قاعده امکان ندارد، همان‌گونه که حکم خمس و زکات قابل نفی و برداشتن نیست. (بجنوردی، القواعد الفقہیہ/۲۳۶/۱).

در جواب این ایراد، گفته شده است:

اولاً قاعده بر شریعت، به عنوان یک کلی، ناظر است و بر آن حکومت دارد و نه بر فرد فرد مسائل آن.

ثانیاً دایره‌ی عدم ضمان در شریعت، به وسیله‌ی دایره ضمان، محدود می‌شود. یعنی اگر شارع مثلاً در مورد اتلاف حکم به ضمان داده است، معنایش این است که موضوع حکم به عدم ضمان، مثلاً در مورد تلف از بلاایای طبیعی یا هنگامی که اصلاً تلقی صورت نگرفته با هنگامی که حکم به ضمان داده شده، متفاوت است. بنابراین، اصل این حکم ضرری نبوده؛ بلکه اطلاق آن است که ایجاد ضرر کرده و با قاعده رفع می‌شود. هم‌چون وضو که در یک وضعیت، ممکن است موجب ضرر باشد و در وضعیت دیگر ممکن است ضرری نباشد. بنابراین، اثبات ضمان به وسیله‌ی قاعده در مواردی که مطابق ارتکاز عقلا باشد، مشکلی ندارد. (شهید صدر/۳۱۰).

اشکال پنجم: هیچ عدم‌الحکمی موجب ضرر نیست که نفی شود

برخی بر این باورند که «اگرچه کبرای قضیه صحیح است و قاعده بر احکام عدمی هم ناظر است اما صغرای آن در عالم خارج محقق نگشته و هیچ موردی را نمی‌توان یافت که عدم‌الحکم در آن ضرری بوده تا با قاعده‌ی لاضرر اثبات حکم شود». آن‌گاه در مصادیقی که فقیهان مطرح کرده‌اند، بدین صورت مناقشه می‌شود که در موضوع امتناع زوج از نفقه و امتناع از طلاق، این مسأله سه جهت دارد:

الف - امتناع زوج از نفقه ب - نفس زوجیت ج - این که طلاق در دست زوج است. اما مورد اول، که موجب وقوع ضرر به زوجه است شارع، رخصت به انجام آن نداده است. دومین جهت هم که ضرری ندارد، چرا که خود زوجه در مقابل دریافت مهریه، اقدام به آن کرده است. جهت سوم نیز ضرری نخواهد بود. بنابراین از طرف شارع در عالم تشریح، ضرری متوجه زوجه نشده تا با حدیث لاضرر رفع شود.

سرانجام این که حکم به جواز طلاق، موجب تدارک ضرر ناشی از عدم انفاق می‌شود، در حالی که این امر هم مشمول لاضرر نیست. اشکال دیگری که بر این مسأله و اثبات ضمان بر پایه‌ی لاضرر مطرح می‌شود، این است که اثبات حکم جواز طلاق و اثبات ضمان با ضرر مترتب بر حکم ضمان حابس و ضرری که به زوج به خاطر از بین رفتن تسلطش بر امر طلاق وارد شده، تعارض می‌کنند و هیچ کدام از آن‌ها بر دیگری ترجیح ندارد. (خویی/۵۶۱/۲ - ۵۵۹).

همان‌طور که پیش‌تر گذشت، حکم عدمی عدم‌الحکم نیست بلکه حکم است و مانند احکام دیگر، مشمول لاضرر. اما در جواب اشکالی که بر مصداق بودن جواز طلاق به عنوان اثبات حکم با «لاضرر» گرفته شده، باید گفت که این اعتراض بر مبنای تصویری است که برخی از فقیهان از مفهوم ضرر دارند و آن را به معنی نقص در مال و جان می‌دانند که بنا بر آن گفته شده که زوجه مستحق مالی بر عهده‌ی شوهرش بوده و شوهر پرداخت نکرده و معلوم است این ضرر با رفع زوجیت یا با قرار دادن ولایت بر طلاق به دست زوجه مرتفع نمی‌شود و شارع وظیفه‌ی خود را با تحریم امتناع از نفقه و ایجاب پرداخت آن، انجام داده است و زمانی که شوهر از پرداخت نفقه ناتوان است یا این که از سر عصبانیت نفقه را نمی‌دهد، ضرر به هر تقدیر بر زوجه وارد آمده که شارع، توان رفع ضرر را ندارد. اما این تعریف از ضرر، ناقص است زیرا ضرر مصداق اعتباری نیز دارد که از آن به بدی حال و ضیق و تنگی تعبیر می‌شود که بر طبق فهم عقلا، ضرر و نقصان به شمار می‌رود.

در این مسأله، زوجه مانند هر انسان دیگری دارای حقوق مالی و معنوی‌ای است که محرومیت از برخی از آن‌ها او را درمانده و در فشار قرار خواهد داد و حتی ممکن است ضرر بعضی از مصادیق اعتباری روشن‌تر از مصادیق مادی آن، نیز باشد. بنابراین به لحاظ ضرر مالی که به علت پرداخت نکردن نفقه به زوجه وارد می‌شود به لاضرر تمسک نشده که گفته شود این ضرر با رفع زوجیت و قرار دادن طلاق به دست زوجه مرتفع نمی‌شود بلکه از جهت ناراحتی و فشاری است که از عدم ولایت و ناتوانی زوجه از طلاق و رهایی خودش از شوهری که نفقه او را نمی‌دهد به زن می‌رسد و امکان رفع این ضرر جز با دادن ولایت بر طلاق، به دست زوجه یا حاکم و انفکاک علقه زوجیت وجود ندارد. اشکال تعارض دو ضرر نیز بی‌پایه است زیرا اقتران لاضرر به لاضرر موجب می‌شود، لاضرر شامل برخی از ضررها نشود. از این جهت که لاضرر بر حسب معنایش، برخی از احکام ضرری را برای جلوگیری از وقوع اضرار ثابت می‌کند. مانند احکام جزایی از قبیل؛ حد سرقت و حد محاربه و ... و نیز برخی از تکالیف مالی که در مقابل اضرار ثابت می‌شوند مانند؛ حکم ضمان ناشی از اتلاف یا دیه‌ای که بر عهده‌ی جانی می‌آید و ...

بنابراین، ضرری که از این احکام، ناشی می‌شود مشمول لاضرر نیستند، زیرا تعبیر «لاضرر» به دنبال آن قرینه‌ی متصلی است که مدلول لاضرر را محدود می‌کند و مانع از شمول آن بر چنین احکامی می‌شود. (سنن ابی داود/ ۸- ۲۲۷). بنابراین ضرری که نفی شده، از همه‌ی ضررهایی که از احکام کیفری ناشی می‌شود انصراف دارد و نفی تسبیب ضرر از مقتن، تنها به ضررهای ابتدایی که بر اشخاص وارد شوند منصرف است و نه آنچه که کیفر

مخالفت قانون است و گرنه همه‌ی احکام کیفری و همه‌ی انواع ضمان نسبت به مجرم و ضامن مضر خواهند بود.

حاصل آن که پس از بررسی مناقشاتی که بر نظریه‌ی اثبات حکم بر پایه‌ی لاضرر از سوی فقیهان وارد شده است، می‌توان گفت که هیچ‌یک از آن‌ها وارد نبوده و این نظر، قابل پذیرش می‌باشد. علاوه بر این که در ضمن این بررسی، دلایل مدعیان امکان اثبات حکم به وسیله‌ی لاضرر مشخص شد و گفته شد که:

اولاً حکم، چه وجودی و چه عدمی مشمول قاعده‌ی لاضرر است.

ثانیاً این قاعده، هر گونه ضرری را از ناحیه‌ی شرع نفی کرده است و چنانچه ضرری از نبودن حکمی ناشی شود این ضرر نیز منتسب به شارع است و لازم است که قاعده‌ی لاضرر، آن را نفی کند و نفی آن جز از طریق وضع و اثبات حکم مناسب امکان ندارد. برخی از فقیهان، علاوه بر دو دلیل فوق، به ادله‌ی نقلی نیز برای اثبات نظریه «اثبات حکم بر پایه‌ی قاعده‌ی لاضرر» استناد جست‌اند که به منظور اتقان و استحکام آن چه گفته آمد به آن می‌پردازیم.

روایت اول: ماجرای کندن درخت توسط پیامبر(ص)

از جمله مستندات قاعده‌ی لاضرر روایتی است که در آن پیامبر(ص) به خاطر اضرار سمره بن جندب، امر به کندن نخل او کرد. (الكافی/۵/۲۹۴).

برخی برای اثبات امکان حکم با لاضرر به روایت فوق استناد کرده و گفته است: «در این روایت پیامبر(ص) به استناد لاضرر، مرد انصاری را بر کندن نخل سمره مسلط ساخته است زیرا عدم تسلط انصاری برای او ضرری بوده است، همان‌گونه که سلطنت سمره بر مالش و همچنین رفت و آمد بدون اذن او برای انصاری، ضرر بوده است.» (رساله‌ی لاضرر/۱۱۹). این استناد مورد انتقاد عده‌ای از فقیهان قرار گرفته و گفته شده است که پیامبر(ص) پس از آن که سمره از انجام وظیفه در قبال مرد انصاری سر باز زد به منظور دفع منکر و مقدمه‌ای برای حفظ حق او و سدی در مقابل فساد، او را بر کندن نخل مسلط کرده است، بنابراین آنچه رفع شده است در اصل تسلط سمره بر مال خودش بوده و ضرر هم از ناحیه‌ی او بوده و معلوم است که این، یک امر وجودی است و نه عدمی (مکارم شیرازی، القواعد الفقهیه/۱/۸۸).

برخی دیگر از فقیهان به گونه‌ای دیگر، به این روایت استناد کرده‌اند. به نظر ایشان از آن‌جا که عدم تحریم و دخول بدون اذن برای مرد انصاری مضر بوده قاعده‌ی «لاضرر» با

شمولش بر این حکم عدمی، اثبات حرمت کرده است. (شهید صدر/۳۱۰). اما این ایراد بر این استناد وارد است که اثبات حکم حرمت دخول بدون اذن، مناسبتی با کندن نخل سمره ندارد. به عبارت دیگر کندن نخل سمره معلول تحریم دخول نمی‌باشد که بدون آن امکان کندن نخل وجود نداشته باشد بلکه معلول نفی سلطه سمره، بر مال خودش است. از این رو به استناد به این روایت از این حیث که گفته شد، نادرست است.

روایت دوم و سوم: روایت شفعه و روایت باقی‌مانده‌ی آب

از دیگر روایاتی که بدان استناد شده دو روایت از امام صادق (ع) است که فرمودند: «پیامبر بین شرکا در زمین‌ها و مساکن، حکم به شفعه کرد و فرمود: «لاضرر و لاضرار و فرمود: وقتی که قسمت انجام گرفت و حدود مشخص شد دیگر حق شفعه نیست.»» (تفصیل وسایل الشیعه/۴۰۰/۲۵). همچنین فرمودند:

«پیامبر(ص) بین اهل مدینه در آبیاری درختان خرما حکم کرد و فرمود باید از باقی‌مانده‌ی آب ممانعت نشود و بین اهل بادیه قضاوت کرد و فرمود از باقی‌مانده‌ی آب جلوگیری نشود چون از باقی‌مانده‌ی گیاهان جلوگیری می‌کند و فرمود: «لاضرر و لاضرار» (همان/۴۲۰/۲۵).

نقل شده که به این روایت نیز استناد شده به این صورت که در این احادیث، عدم ثبوت حق شفعه برای شریک و عدم ثبوت حقی برای دام‌داران، بالاضرر نفی شده که نتیجه آن، ثبوت حق شفعه و ثبوت حق دام‌داران در استفاده از زیادی آب است. اما این استناد مورد مناقشه قرار گرفته، چرا که قاعده‌ی لاضرر، رافع لزوم معامله در موردی است که شریک، مال مورد شراکت را فروخته باشد و این حکمی وجودی است و همین‌طور در روایت دوم، سلطه صاحب منافع برداشته شده و منع ایشان جایز گشته است که این نیز حکمی وجودی است. (سبحانی/۸۶).

انتقاد وارد شده بر روایت دوم، درباره‌ی وجودی بودن سلطه به جاست، اما در مورد روایت شفعه به نظر می‌رسد حکم نفی شده، نبودن حق شفعه است که امری عدمی است. اگر چه این استناد با ایراد دیگری روبه‌رو است مبنی بر این که شاید نفی ضرر، حکمت اعطای حق شفعه به شریک باشد و نه علت آن.

برخی این ایراد را بر این دو روایت گرفته و گفته‌اند: «تفی ضرر، حکمت برقراری اختیار برای شریک و استحقاق دام‌دار برای انتفاع از باقی‌مانده‌ی آب چاه است. از این رو حکم بر مدار ضرر نمی‌شود. چون ضرر علت این احکام نبوده بلکه حکمت آن‌هاست، در

نتیجه سایر موارد را بر این دو حکم نمی‌توان قیاس کرد و فقیه حق ندارد در مواردی که با نبودن حکم ضرری پیش می‌آید، بر رفع ضرر حکم دهد، چون تشریح احکام نوعیه بر وقایع اتفاقیه، وظیفه‌ی شارع است و تنها شارع است که مثلاً حق دارد برای اجتناب از اختلاط میاه، عده را وضع نماید.» (میرزای نائینی/۲/۲۲۱).

روایت چهارم و پنجم: روایت تغییر مسیر نهر و روایت دعائم‌الاسلام

محمد بن الحسین می‌گوید: نامه‌ای به امام حسن عسگری (ع) نوشتم و درباره‌ی شخصی پرسیدم که آسیایی بر روی نهر دهکده‌ای دارد و دهکده مال مرد دیگری است. صاحب دهکده می‌خواهد آب را از این نهر بگرداند و از نهر دیگری به روستا برساند، آیا چنین حقی دارد؟ امام (ع) فرمودند: «از خدا بترسید و به نیکی عمل کنید و به برادر مؤمن خود ضرر نزنید.» (تفصیل وسایل الشیعه/۲۵/۴۳۱).

در دعائم‌الاسلام از امام صادق (ع) نقل شده که از آن حضرت درباره‌ی دیواری سؤال شد که متعلق به فردی است و حد فاصل بین ملک او و همسایه می‌باشد. اگر این دیوار خراب شود و صاحب آن از درست کردن آن امتناع کند، تکلیف چیست؟ امام (ع) فرمودند: «صاحب دیوار را نمی‌توان مجبور کرد که دوباره آن را بنا کند، مگر در صورتی که تجدید بنای این دیوار در رابطه با اصل ملک، برای همسایه به عنوان حق یا شرط ضمن عقد از قبل، وجود داشته باشد. ولی به صاحب منزل گفته می‌شود اگر مایلی می‌توانی در ملک خودت دیوار بکشی.» به امام (ع) گفته شد اگر دیوار خراب نشود ولی صاحب آن بدون نیاز و با قصد اضرار به همسایه دیوار مزبور را خراب کند و یا بخواهد خراب کند، تکلیف چیست؟ امام (ع) فرمود: «به او چنین اجازه‌ای داده نمی‌شود زیرا پیامبر(ص) فرمودند: «لاضرر و لااضرار». بنابراین اگر صاحب دیوار آن را خراب کند او را ملزم می‌کنند تا دوباره بسازد.» (محدث نوری/۳/۱۵۰). طریقه‌ی استناد به این دو روایت چنین است که در روایت اول صاحب قریه به واسطه‌ی قاعده‌ی «لاضرر» ملزم به بازگرداندن مسیر آب به حالت اولیه است و از بخش انتهایی روایت دوم به دست می‌آید قاعده‌ی «لاضرر» اثبات حکم کرده است. یعنی به استناد لاضرر گفته شده که اگر صاحب دیوار آن را خراب کرد، باید دوباره آن را بنا کند.

استناد به این دو روایت نیز مردود اعلام شده است، به این دلیل که:

اولاً روایت اول، دلالت بر ارجاع نهر به حال اولش ندارد و روایت دوم هم در کتب حدیثی معتبر نیامده است.

ثانیاً اگر منظور، برگشت به حال سابق بوده شاید علت آن، این بوده که صاحب نهر و صاحب آسیاب، حق جداگانه‌ای در این ارتباط داشته‌اند. با این حال، از روایت چنین چیزی معلوم نیست و روایت تنها نشان دهنده‌ی این است که آسیاب روی نهر قرار داشته است. ثالثاً فرضاً بپذیریم که دستور مربوط به اعاده‌ی وضع به حالت سابق بوده، باید گفت شاید امر به بازگرداندن از این نکته ناشی شود که صاحب نهر هیچ‌گونه سلطنتی بر تغییر و تحول در نهر چه در حدوث و چه در بقای آن نداشته است و همین‌طور صاحب دیوار هم چنین سلطنتی نداشته است. به عبارت دیگر منشا ضرر، جابه‌جایی مسیر نهر یا تخریب دیوار نیست بلکه نتیجه‌ی آن است که با قاعده‌ی «لاضرر» نفی شده است و مقتضای آن بازگرداندن نهر و دیوار به موضع سابق خود است تا آسیاب و خانه بر این حال نمانند و سرانجام تا اضرار داخل در یکی از موجبات ضمان نشود، اثبات هیچ حکمی را نمی‌تواند اثبات کند. (میرزای نائینی ۲/ ۲۲۲).

در جواب باید گفت، متن روایت چنین چیزی را نشان نمی‌دهد که صاحب دیوار و نهر، حق تغییر را نداشته‌اند؛ بلکه روایت دوم تصریح دارد که حق صاحب دیوار محدود نبوده و تنها محدودیت قابل فرض، ضرر ناشی از آن است. روایت دوم، اگر چه نشان دهنده‌ی این است که قاعده‌ی «لاضرر» اثبات حکم کرده اما از لحاظ سند چنان که گفته شده با اشکال مواجه است.

به هر روی حتی اگر دلالت همه‌ی روایات نیز رد شود، ادله‌ی دیگر برای اثبات حکم به استناد «لاضرر» و اعتقاد به شمول آن بر احکام عدمی، کفایت می‌کند.

نتیجه‌گیری

بدون تردید التزام به شی، التزام به لوازم آن را نیز به دنبال دارد. در مورد مدلول حدیث «لاضرر و لاضرار» نیز که بسیاری از فقیهان مدعی هستند شارع از سر لطف و امتنان با این فرمان، ارتباط همه‌ی احکام ضرری با خود را نفی کرده است و بدین‌وسیله اعلام کرده که چنین احکامی حکم او نیستند تا مبدا از این نظر، بندگان دچار ضرر و زیان شوند، باید بپذیرند که لازمه‌ی صحت این ادعا، منع از وارد آمدن هرگونه ضرری است که در دایره‌ی شریعت می‌باشد و به شارع استناد دارد.

در نتیجه همان گونه که تشریح احکام ضرری، منافی چنین ادعایی است، اگر شارع با وضع نکردن حکمی که مانع زیان دیدن افراد شود، ایقاع ضرری در جان و مال کسی را مجاز بر شمرد، ادعای نفی ضرر و ضرار نادرست است. به این ترتیب، اگر شخصی بر دیگری ضرری وارد سازد - چه در جان او با قتل و جرح و چه در مال او و چه در غیر این‌ها - و شارع به جبران آن حکم نکند و امری را که از زیان دیدن او جلوگیری کند تشریح نکند، ادعای او صحیح نیست و تنها وقتی این ادعا منطقی و جامع تلقی می‌شود که راه همه‌ی ضررها بسته شود. نتیجه‌ی این مهم، حکم به قصاص و دیات و تقاص و ضمانات است.

آنچه در رد این مطلب گفته شده که اگر این قاعده، مثبت حکم باشد، سنگ بر سنگ بند نمی‌شود و هر خسارتی باید از بیت‌المال یا از مال اغنیا تدارک شود نارواست؛ زیرا خساراتی که استنادی به شریعت و قوانین آن ندارد همچون خساراتی که در بازار به واسطه‌ی معاملات بر اشخاص وارد می‌شود یا خساراتی که در نتیجه‌ی سهل‌انگاری یا به واسطه‌ی سوانح طبیعی به افراد می‌رسد خارج از شمول این قاعده هستند. (امام خمینی/۳۵۱/۲).

منابع

- ۱- ابن بابویه قمی، (شیخ صدوق)، ابو جعفر محمد بن علی بن الحسین، *من لایحضره الفقیه*، تصحیح و تعلیق علی اکبر غفاری، قم، جامعه‌ی مدرسین، ج ۲، ۱۴۰۴ ق.
- ۲- ابن حنبل (الامام)، احمد، *مسند* (شش جلدی)، بیروت، دارالصادر.
- ۳- اردبیلی (محقق)، مولی احمد، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان*، با تحقیق حاج آقا مجتبی عراقی، حاج شیخ علی پناه اشتهاردی و حاج آقا حسین یزدی اصفهانی، قم، مؤسسه‌ی نشر اسلامی، ۱۴۱۲ ق.
- ۴- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *فوائد الاصول*، دارالاعتصام.
- ۵- _____ *رسائل الفقهیه*، لجنه تحقیق تراث الشیخ الاعظم، ۱۴۱۴ ق.
- ۶- _____ *کتاب المکاسب*، لجنه تحقیق تراث الشیخ الاعظم، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۰ ق، ۱۳۷۸.
- ۷- بجنوردی، سید محمد حسن، *القواعد الفقهیه*، تحقیق مهدی مهریزی و محمد حسین درایتی، قم، نشر الهادی، چاپ اول ۱۴۱۹ هـ. ق، ۱۳۷۷.
- ۸- حر عاملی، شیخ محمد بن الحسن، *تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*، موسسه آل‌البیته (ع) لا حیات الترات، چاپ دوم، ۱۴۱۴ ق.
- ۹- حسینی بهسودی، سید محمد سرور واعظ، *مصباح الاصول*، تقریرات آیت‌الله العظمی خویی، مکتبه‌الدائوری، چاپ پنجم، ۱۴۱۷ ق.

حدیث لاضرر و اختلاف در اثبات حکم بر پایه‌ی آن _____ ۶۳

- ۱۰- حسینی سیستانی، سید علی، **قاعده لاضرر و لاضرار**، مکتب آیت الله العظمی سیستانی، ۱۴۱۴ ق.
- ۱۱ - حسینی شیرازی، سید محمد **الفقه**، دارالعلوم، بیروت لبنان، ج ۲، ۱۴۰۹ ق، ۱۹۸۸م.
- ۱۲- حلی (علامه)، الحسن بن یوسف بن المطهر الاسدی، **تذکره الفقهاء**، مکتبه المرتضویه لاحیاء الأثر الجعفریه.
- ۱۳- حیدری، سید کمال، **لاضرر و لاضرار**، تقریرات آیت‌الله شهید سید محمد باقر صدر، دارالصادقین، ۱۴۲۰ ق.
- ۱۴- خراسانی، شیخ محمد کاظم، **کتابیه الاصول**، کتاب‌فروشی اسلامیة، ج ۶، ۱۳۶۶.
- ۱۵- خمینی (امام)، روح‌الله الموسوی، **کتاب البیع**، مؤسسه اسماعیلیان، قم، ج ۴، ۱۴۱۰ ق، ۱۳۶۸.
- ۱۶- _____، **تحریر الوسیله**، قم، دارالکتب العلمیه، اسماعیلیان.
- ۱۷- _____، **رسائل**، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۵ ق.
- ۱۸- سجستانی، سلیمان بن الأشعث، **سنن ابی داود** (دو جلدی)، تحقیق سعید محمد اللحام، بیروت، مطبعه دار الفکر، ۱۴۰۱ ق، ۱۹۹۰م.
- ۱۹- شیخ الشریعه اصفهانی، **رساله لاضرر**، قم، مؤسسه نشر اسلامی ۱۴۰۶ ق.
- ۲۰- طباطبایی، سید علی، **ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالادلة**، مؤسسه آل‌البیته (ع) للطباعه و النشر، قم، ۱۴۰۴ ق.
- ۲۱- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، **تکمله العروه الوثقی**، مکتبه الداوری.
- ۲۲- فاضل تونی، مولی عبدالله بن محمد بشری خراسانی، **الوافیه فی اصول الفقه**، با تحقیق محمد حسین رضوی کشمیری، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۲ ق.
- ۲۳- قزوینی، محمد بن یزید، **سنن ابن ماجه** (دو جلدی)، تحقیق محمد فؤاد عبدالباقی، بیروت، دارالفکر.
- ۲۴- کلینی (ثقه الاسلام)، محمد بن یعقوب، **الکافی**، تحقیق علی اکبر غفاری، دارالکتب الاسلامیه، آخوندی، ج ۳، ۱۳۶۷ ق.
- ۲۵- گلپایگانی، سید محمدرضا، **مجمع المسائل**، قم، مؤسسه دارالقرآن الکریم، محرم‌الحرام، ۱۴۰۶ ق، مطابق شهریور ۱۳۶۴.
- ۲۶- مکارم شیرازی، ناصر، **القواعد الفقهیه**، مدرسه الامام امیر المومنین (ع)، قم، ج ۳، ۱۴۱۱ ق.
- ۲۷- مکی‌العاملی، حسن، **قاعدتان فقهیتان الاضرر و الرضاع**، تقریرات درس شیخ جعفر سبحانی، مؤسسه سید الشهداء، ۱۴۰۸ ق.
- ۲۸- نجفی، محمد حسن، **جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام**، تصحیح محمد قوچانی، داراحیاء التراث العربی، بیروت، ج ۷.
- ۲۹- نجفی خوانساری، شیخ موسی بن محمد، **منیه الطالب فی شرح المکاسب**، تقریرات میرزا محمد حسین نائینی، مؤسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۱۸ ق.
- ۳۰- نوری طبرسی، میرزا حسین، **مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل**، مؤسسه آل‌البیته علیهم السلام للتراث، بیروت، ۱۴۰۸ ق، ۱۹۸۷م.

۳۱- وحید بهبهانی، مولی محمد باقر، *حاشیه مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الازهان*، مؤسسه علامه المجدد الوحيد البهبهانی، صفر ۱۴۱۷ق.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی