

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

دو قاعده فقهی

موسوی بجنوردی

۱

قاعده ید

مقدمه

قاعده ید از قواعد فقهیه معتبری است که مورد قبول تمامی فقهای اسلام، بل کافه عقلاء و مورد استناد ایشان است. در این مقاله پیش از پرداختن به اصل قاعده بعنوان مقدمه به ذکر دو مطلب میپردازیم. ۱. قاعده ید از جمله قواعد فقهیه است و مسأله اصولی نمی باشد. ما فرق میان قاعده فقهیه و مسأله اصولیه را در بحث از قاعده «من ملک» بیان کرده ایم. در اینجا متذکر میشویم که قاعده ید نیز از قواعد فقهیه است، زیرا نتیجه بحث در این قاعده که عبارتست از حجیت یا اثبات ملکیت برای ذوالید کبرای قیاس نیست که حکم شرعی کلی فرعی الهی از آن استنتاج میشود بلکه آنچه از حجیت قاعده ید استفاده میشود غیر از ملکیت شخصیه یا مشابه آن از امور جزئیه برای کسانی است که بر آن اعیان ید دارند. بنابراین قاعده ید یک قاعده فقهی است که فقیه از ادله تفصیلیه استنباط

می‌کند و حکم به حجیت ید می‌نماید. مثلاً فقیه در مقام فتوی حکم می‌کند که آنچه در تحت ید اشخاص است، دارای عنوان مالکیت است به این معنی که در مقام تطبیق کبری بر مصادیق جزئیة فرقی میان مقلد و مجتهد جامع شرائط نیست و همگان در موارد فراوان قاعده ید را تطبیق می‌نمایند، یعنی هر جا که می‌خواهند معامله‌ای انجام دهند و شک می‌کنند که طرف معامله مالک است یا نه؟ وقتی طرف را ذوالید شناختند قاعده ید را جاری می‌نمایند.

۲. در مرحله بعد باید دید که مراد از کلمه ید چیست؟ بحث مادر اینجا بحث لغوی نیست، آنچه اهمیت دارد و منشاء اثر است، بحث از مراد و مفهوم عرفی ید در این قاعده است. با مراجعه به ظاهر کلمات بزرگان ملاحظه میشود که مفهوم «ید» در قاعده ید همان استیلاء در سلطه و سیطره خارجیة است به گونه‌ای که ذوالید زمام تمامی امور تحت ید خود را در دست دارد و قادر به هرگونه تصرفی در آن می‌باشد. البته مقصود از تصرف، تصرفی است که عقلاء در مقام داد و ستد بدان اقدام می‌نمایند. بنابراین هنگامی گفته میشود این شخص ذوالید است که عرف عقلاء وی را واجد سیطره و استیلاء خارجی بر عین بدانند.

اگر گفته شود که تعریف ما از «ید» معلول ملکیت است (چه در نواقل شرعیة اختیاریه مانند ابواب معاوضات و یا نواقل قهریه مانند ابواب ارث، یا در باب حیازت مباحات با قصد تملک) و بنابر این اماره ملکیت نیست و به کار اثبات مدعای ما نمی‌آید، در پاسخ می‌گوئیم که آنچه عرف از «ید» می‌فهمد همین سیطره خارجیة و استیلاء و سلطه خارجی است و این امر خارجی تابع مبادی خارجی خود میباشد به طوری که در هر علت و معلولی تا مقتضی و شرایط وعدم المانع موجود نشود آن معلول و مسبب در خارج موجود نمیشود در این ید که گفته میشود ملکیت اعتباریه اثری در آن

ندارد، یعنی آنچه عرف و عقلا از آن انتزاع ملکیت و اعتبار ملکیت می‌نماید و آن را اماره ملکیت میداند همان استیلاء و سلطه خارجی بر عین است و صرف ملکیت اعتباریه نمی‌تواند علت برای این سلطه خارجی باشد، بنابراین شبهه‌ای که بیان میشود صحیح نیست که بگوئیم مسبب است از برای ملکیت، البته در باب ملکیت این معنی هنگامی به کار می‌آید که سلطه و سیطره خارجی مقرون به ملکیت اعتباریه و برای مثال ید او، ید امانی و ید ماذونه باشد (با ماذون من قبل الله یا من قبل المالك) اما اگر این ید یعنی سلطه و سیطره خارجی مقرون به ملکیت اعتباریه یا هر اذن خارجی نباشد، قهراً یدش غیر ماذونه و عدوانی محسوب میشود و این امر در فقه آثاری دارد حتی در موارد ودعی یا مستأجر یا مستعیر و وکیل چنانچه صاحب ید بودند (در عین مستأجره مثلاً) ید آنها ید مودع و موجر و معیر و موکل محسوب میشود، یعنی یدشان ید کسانی است که به آنها اذن در تصرف داده‌اند (ید ماذونه من قبل المالك) خلاصه کلام آنکه مقصود ما از ید همان سیطره و سلطه و استیلائی خارجی است و ارتباطی با اعتبار ملکیت در عالم اعتباریه هر نحو که باشد ندارد اگر ما با چنین سیطره و سلطه و استیلائی خارجی مواجه شدیم آن را اماره برای ملکیت ذوالید المافی تحت یده میدانیم.

بحث درباره قاعده

۱

مستندات و مدارك معتبره قاعده

۱- ۱. روایات

الف. روایت حفص بن غیاث که در کتابهای کافی و تهذیب و من لایحضره الفقیه نقل شده است: «عن ابی عبدالله علیه السلام قال رأیت

اذا رأيت شيئاً في يد رجل ايجوز لي ان اشهدانه له؟ قال (ع) نعم فقتل الرجل اشهدانه في يده ولا اشهدانه له فلعله لغيره فقال ابو عبداله (ع) افيجل الشراء منه قال نعم فقال ابو عبداله فلعله لغيره فمن اين لك جازان تشتريه و تصير ملكالك ثم تقول بعد الملك هولى و تحلف عليه ولا يجوز ان تنسبه الى من صار ملكه من قبله اليك ثم قال ابو عبداله (ع) لولم يجز هذا لم يقم للمسلمين سوق»

روایت براین مطلب دلالت صریح دارد که اگر کسی نسبت به چیزی ذوالید دیده شد باید آثار ملکیت بر آن بار کرد و تشکیک در ملکیت آن نکرد. حضرت میفرماید به همان ملاک که آن شئی را می خرید و سپس خود را مالک آن میدانید و به همان ملاک که در مالکیت خود تشکیک نمی کنید اگر ذوالیدی را دیدید که نسبت به یک شئی دارای ید است، میتوانید شهادت دهید که این ذوالید مالک عین تحت ید خویش است، سپس امام (ع) در پایان روایت علتی را عنوان میفرماید که «لولم یجز هذا لم یقم للمسلمین سوق» یعنی اگر بنا باشد نسبت به مالکیت هر ذوالیدی تشکیک کنیم و بگوئیم که احتمال دارد مالی که در دست اوست مال او نباشد اختلال نظام لازم میآید و هرج و مرج میشود و بازار بهم میخورد .

ب. روایت دوم از حضرت صادق (ع) است در حدیث فدک: «ان مولانا امیر المؤمنین (ع) قال لابی بکر اتحکم فینا بخلاف حکم الله تعالی فی المسلمین قال لا قال فان کان فی ید المسلمین شئی یملکونه ادعیت انا فیه من تسئل البینه قال ایاک کنت اسئل البینه علی ماتدعیه علی المسلمین قال علیه السلام فاذا کان فی یدی شئی فادعی فیه المسلمون تسئلنی البینه علی ما فی یدی و قد ملکته فی حیاة رسول اله (ص) و بعده و لم تسئل علی ما ادعوا علی کما سئلتنی ما ادعیت علیهم ، الى ان قال وقد قال رسول اله (ص) «البینه علی من ادعی والیمین علی من انکر»

این روایت که از روایات معتبر است احتجاج در مسأله فذك می باشد. هنگامی که مدعی شدند فذك فئی مسلمین است و بنابراین شما مالک آن نیستید، امیرالمؤمنین (ع) با ابوبکر به بحث استدلالی پرداخت و خطاب به ابوبکر فرمود اگر چیزی در دست مسلمانان بود و من ادعا کردم که این شئی از آن من است در مقام خصومت و دعوی از چه کسی مطالبه بینه مینمائی؟ ابوبکر گفت از شما چون مدعی هستید و آنها ذوالید حضرت فرمود فذك در زمان رسول خدا (ص) در دست ما بود و پس از آن نیز در دست ما بود، حالا اگر شما مدعی هستید که این فذك مال مسلمین است و فئی است اینجا بینه با کیست؟ بینه با شماست چون من ذوالید هستم. در پایان حضرت استدلال می کنند که پیامبر فرمود که: «البینه علی من ادعی والیمین علی من انکر»

ج . روایت دیگر، روایت مسعدة بن صدقه است: «عن ابی عبد الله (ع) قال سمعته یقول کل شئی هولک حلال حتی تعلم انه حرام بعینه . فتدعه من قبل نفسک و ذلک مثل الثوب علیک قد اشترتته و هوسرقة و المملوک عندک لعله حرباع نفسه او خدع فبیع قهراً و امرأة تحتک و هی اختک او رضیعتک والاشیاء کلها علی هذا حتی یستبین لک غیر هذا او تقوم به البینه»

مسعدة بن صدقه گرچه عامی است و از حیث کتب رجال اعتبار ندارد اما چون روایت مذکور مورد عمل تمامی اصحاب قرار گرفته است ضعف روایت به عمل اصحاب جبر میشود. این روایت دلالت صریح دارد بر اینکه اگر انسان چیزی را در ید کسی دید باید آثار ملکیت بر آن بار نماید لهذا می بینیم که این شئی خرید و فروش میشود. امام (ع) مسأله را در مسائل باب نکاح نیز بکار میبرند و به مسائل دیگر هم تطبیق مینمایند و در پایان یک ضابطه کلی بدست میدهند و میفرمایند «والاشیاء کلها علی هذا» مگر آنکه بینه ای بر خلاف بیاید و یا علم به خلاف پیدا شود .

د. روایت چهارم موثقه یونس بن یعقوب است که می‌فرماید: «فی المرأة تموت قبل الرجل اورجل قبل المرأة قال (ع) ما كان من متاع النساء فهو للمرأة و ما كان من متاع الرجل والنساء ، فهو بينها و من استولى على شئ منه فهو له»

این روایت دلالت دارد بر اینکه اثاثه‌مربوطه زن، چون زن ذوالید در آن است، اماره است بر اینکه در ملکیت اوست و اثاثه‌مربوط به مرد نیز چون مرد ذوالید است اختصاص به وی دارد و اثاثه‌ای که هر دو در آن ذوالید هستند مشترك بین آنهاست. بنابراین صرف‌استیلاء و سلطه و سیطره خارجیه برای يك شئی نزد عرف و عقلاء حامل آثار مالکیت است .

حضرت نیز بر حسب این روایت آثار مذکور را تنفیذ کرده‌اند .

۱-۲. اجماع فقهاء

اجماع فقهای عظام ، بل تسالم اصحاب بر حجیت قاعده‌ی ید است و ایسن معنی مورد اتفاق همه است و مخالفی در مسأله وجود ندارد. لکن اگر بخواهیم مدرک حجیت این قاعده را مستند به اجماع « بما هو اجماع » بنمائیم باید توجه داشته باشیم که در جای خود ثابت شده است که اجماع یکی از ادله اربعه نیست بلکه اجماع محقق سنت است با قیود و شرائط. از این رو در اجماع محصل شرط شده است که حجیتش به اعتبار کاشفیت از رأی معصوم است یعنی باید کشف قطعی شود که مجمعی حکم را از معصوم (ع) تلقی کرده‌اند و این درجائی خواهد بود که دلیلی اعم از عقلی و نقلی بر وفق مجمعی نباشد، چون اگر دلیلی بر وفق بود احتمال می‌دهیم که آنها به این روایت استناد کرده‌اند و در این حال نمیتوان کشف قطعی کرد . باید به سراغ آن دلیل برویم و ببینیم خود ما چه استفاده و استنباطی از آن دلیل می‌نمائیم .

۱-۳. بنای عقلاء

عقلاء تمام ملل و نحل در تمامی اعصار و امصار به این قیاعد استناد کرده‌اند و ید را اماره برای ملکیت دانسته‌اند .

این سیره، سیره‌ای مستمره و به تعبیر دیگر جزء آراء، محموده است یعنی اگر مسأله‌ای مورد اتفاق تمامی عقلاء «بماهم عقلاء» بود و در همه اعضا و امصار به مسأله‌ای عمل کردند و مخالفی در مسأله نبود این مسأله جزء آراء محموده و مصالح تأدیبیه محسوب میشود. شیخ الرئیس ابوعلی سینا در کتاب اشارات از این امور به مصالح عمومی و مصالح، تأدیبیه، و آراء محموده تعبیر می‌کند. شارع مقدس نیز که خود رئیس عقلاء است از یک حکم عقلانی مسلم تخطی نمی‌کند و روایات هم نشان میدهد که شارع مقدس با این عقلاء متحدالمسلک است از این روینای عقلاء نیز دلیلی متضمن بر حجیت این قاعده است.

۲

میزان دلالت قاعده و موارد تطبیق آن

پس از آنکه روشن شد، ید اماره مالکیت است، میان بزرگان در خصوص مقدار سعه دلالت قاعده خلاف و اختلاف است. آنچه ما در حجیت بد قائلیم، حجیت آن نسبت به ملکیت اعیان متموله است که اگر عین مورد نظر فی حد نفسه قابل انتقال باشد، بدون آنکه نیاز به مجوز نقل و انتقال باشد (نه مانند مثلا اعیان موقوفه یا اراضی مفتوحة العنوه عامره حال الفتح - که نقلشان جائز نیست - یا حال ید در آنجا مشخص است، مثل لقطه، اجاره، عاریه و یا ودیعه که خود ذوالید نیز منکر این معنی نیست که یدش بد ماذونه یا ید امانت مالکیت و یا امانت شرعیه است) و خود ذوالید نیز مدعی همین معنی بود، حجیت چنین یدی از مسلمات است و مخالفی در مسأله وجود ندارد. اما اگر مسأله باین صورت باشد که ذوالید نیز شک کند که آنچه تحت ید اوست ملک اوست یا ملک غیر اوست؟ لازمه حجیت ید در این

صورت آن است که ذوالید اثبات ملکیت برای خودش بنماید. چون وقتی گفتیم که ملکیت معلول ید و ید اماره از برای مالکیت است، اکنون که وی خود را ذوالید می‌داند و در عین حال شک در ملکیت مینماید این امر (یعنی ید) اماره است برای اینکه خود او مالک است، پس فرقی در جریان قاعده نیست میان آنکه خود ذوالید آنرا نسبت به خود جاری نماید و یا دیگری این قاعده را نسبت به وی جاری نماید، ملاک و مناط در هر دو یکی است و آن ذوالید بودن است، موارد بحث و خلاف در اسورذیل است:

۱-۳. اگر حال حدوث ید معلوم‌العنوان باشد و مشخص باشد که ید،

یدعاریه یا امانت ملکیت و یا امانت شرعیه است، مرحوم میرزای نائینی (ره) میفرماید که در این موارد «استصحاب» بر «ید» حکومت دارد یعنی استصحاب حال الید از اینکه این ید، ید عاری با ید امانی است بر نفس ید حکومت دارد. اگر گفته شود که هم اکنون بیان شد که ید از امارات و از طرق است (و بیان خواهد شد که امارات و طرق بر اصول تنزیلیه حکومت دارد، چه استصحاب باشد یا غیر آن) در این صورت چگونه می‌گوئیم که استصحاب بر قاعده ید حکومت دارد؟ جواب اینست که این امر در جائی است که قاعده ید جاری و موضوع قاعده ید محرز شود در اینجا موضوع آن است که این ید مجهولة‌العنوان و مشکوک‌الحال است یعنی نمی‌دانیم این ید، ید مالکی است یا ید مأذونه یا ید امانی، اما استصحاب مالکیت این جهل را تعبداً بر میدارد «لانتقض الیقین بالشک» یعنی باید بنا را بر این گذاشت که ید معلوم‌الحال است و هنگامی که ید معلوم‌الحال شد نمی‌توان با قاعده ید اثبات ملکیت کرد چون برای قاعده موضوعی نمی‌ماند تا جریان پیدا کند و سپس بحث تعارض آن با استصحاب و حکومت آن بر استصحاب مطرح شود، به تعبیر دیگر استصحاب حال ید موضوع قاعده ید را (که عبارت از شک در مجهول بودن این امر است که آیا

یدعدوانی یا ماذون و امانی است) برمی‌دارد، زیرا اگر جهل باقی باشد مسلماً موضوع است از برای قاعده ید و این قاعده جاری می‌شود و از اصول معارضی نخواهد داشت. اما اگر تعبداً جهل برداشته شد دیگر موضوع از برای جریان قاعده نمی‌ماند و گفته می‌شود استصحاب حال ید حکومت بر قاعده ید دارد. بنابراین در مواردی که حال حدوث ید معلوم‌العنوان باشد پس از شک نمی‌توان به قاعده ید تمسک کرد و حکم به ملکیت نمود بلکه در این موارد استصحاب حال ید جاری می‌شود و مجالی برای جریان قاعده ید باقی نمی‌گذارد.

۲-۲. چنانچه کسی در مقابل ذوالید ادعای ملکیت همین شئی مورد ید را نمود مسأله به چه ترتیب حل می‌شود؟ در اینجا صوری هست:

گاه شخص بینه‌ای برای مدعای خود دارد، در این صورت مسلماً مالی که تحت ید مدعی است به مدعی برگردانده می‌شود چون در اینجا بینه مقدم بر ید است. گاه طرف بینه ندارد، اما ذوالید اقرار دارد که شئی مورد نظر مال مدعی علیه است، در اینجا نیز از باب «اقرارالعقلاء علی انفسهم نافذ» گفته می‌شود که مال به مدعی داده شود. صورت دیگر آن است که ذوالید اقرار می‌کند که مال از آن مدعی است اما می‌گوید که این مال بعداً توسط یک ناقل شرعی (هبه، تملک، ارث و...) به وی منتقل شده است در این صورت دعوی منقلب می‌شود یعنی ذوالید مدعی می‌شود و مدعی ابتدائی هم عنوان منکر پیدا می‌کند و مسأله وارد باب مدعی و منکر می‌شود که یک طرف باید بینه بیاورد و دیگری قسم بخورد و دعوی به این ترتیب ختم گردد. مطلب قابل ذکر آنستکه آیا به صرف اقرار ذوالید که این مال قبلاً مال این شخص بود و بعداً توسط یک ناقل شرعی به من منتقل شد، «مقر» را از حالت ذوالید بودن در می‌آورد و یا اینکه ذوالید بودن با این امر که «مقرله» قبلاً مالک بوده است منافات ندارد؟ اکثر کسانی که

ذوالید هستند اشیاء و اموالشان از ازل تحت ید آنها نبوده است ، بلکه به یکی از نواقل شرعی - اختیاری یا قهری - اشیاء به آنها منتقل گردیده است و فعلاً ذوالید هستند و ملاک ما نیز ذوالید بودن فعلی است، ذوالید بودن هم اماره است برای ملکیت و مالکیت شخص ، بنابراین چرا باید ذوالید را در این حالت مدعی دانست؟ باید گفت به صرف اقرار، دعوی منقلب نمیشود و ذوالید همچنان منکر محسوب میگردد و طرف مقابل باید بینه بیاورد .

اگر گفته شود پس از اقرار به اینکه مال مورد بحث قبلاً مال دیگری بوده است استصحاب عدم انتقال موضوع قاعده ید را از بین میبرد و دیگر نمیتوان به قاعده ید تمسک کرد، چون استصحاب عدم انتقال با قاعده ید جمع نمیشود و سبب میگردد که ید اماریت نداشته باشد زیرا تعبد می‌کنیم که مال منتقل نشده است .

پاسخی که میتوان داد اینست که: نهایت دلالت استصحاب، عدم انتقال معارضه آن با قاعده ید است . مؤدای شک در انتقال یا عدم انتقال مال به ذوالید اینست که استصحاب عدم انتقال جاری شود و لازمه استصحاب عدم انتقال تا این زمان آن خواهد بود که مقرر ذوالید مالک نیست، اما لازمه جریان قاعده ید آن است که ذوالید مالک است . پس استصحاب عدم انتقال و قاعده ید تعارض پیدا می‌کنند ، اما همانطور که گفتیم قاعده ید اماره است و امارات بر اصول تنزیلیه و از جمله استصحاب حکومت دارند ، مضافاً اینکه لازمه عقلی استصحاب عدم انتقال، مالک نبودن مقرر ذوالید است و این معنی مؤدای خود استصحاب نیست لازمه عقلی آنست و مثبتات اصول حجت نیست . بنابر این بر استصحاب مورد بحث دو اشکال وارد است، یکی مثبت بودن و دیگری معارضه با اقوی است و بدین ترتیب محکوم قاعده ید .

۲-۳ . مسأله دیگر مورد بحث آنستکه آیا حجیت قاعده ید، مخصوص

به اعیان متموله است یا قاعده ید نسبت به منافع نیز جاری میشود؟ به تعبیر دیگر یک وقت ما قاعده ید را نسبت به اعیان جاری می‌کنیم و گاه درصددیم که آن را بر منافع اعیان هم ساری بدانیم. برای مثال همانطور که میدانیم اجاره عبارت از تملك منفعت به عوض معلوم است. مستأجر بر عین مستأجره ید دارد، اما مدعی ملکیت عین نیست بلکه مدعی مالکیت منافع عین است، آیا در مورد منافع اعیان هم میتوان قاعده ید را ساری دانست؟ علت اختلاف آن است که منفعت نسبت به آینده امری معدوم است و غالباً نیز منافع از امور غیر قاره است یعنی تا جزء قبلی معدوم نشود جزء بعدی موجود نمیشود بنابراین امکان وقوع استقلال آن تحت ید ممکن نیست زیرا ید را به سیطره و استیلائی خارجی معنی کردیم و اعیان هستند که میتوانند تحت سیطره و استیلاء باشند و منافع همراه با اعیان تحت ید است نه اینکه منافع به استقلال چنین باشند. نسبت منافع به اعیان مثل نسبت اعراض است به جواهر. بنابراین در عالم خارج دو شکل استیلاء نداریم یکی بر اعیان و دیگری بر منافع. اکنون باید دید دلیل بر اعتبار این ید تبعی چیست؟

اگر مدرک روایاتی باشد که در ابتدای بحث بدانها استناد کردیم دلالت آنها در خصوص کسی که مالک عین نیست دشوار و اثبات ید مشکل است زیرا اغلب روایات وارده نسبت به اعیان تحت ید اشخاص است و تسری آن به منافع خروج از مورد روایات می‌باشد بنابراین بجز ذیل موثقه یونس بن یعقوب در این خصوص دلالتی نداریم در این روایت امام (ع) فرموده‌اند «و من استولی علی شئی منه فهوله» اگر کسی استیلاء بر شئی داشت، آن شئی مال اوست. شئی هم مفهوم عامی است اعم از عین و منفعت. اما اگر مدرک بنای عقلاء باشد (که عمده مدرک در این قاعده نیز همین است و روایات، امضاء بنای عقلاست) در این صورت بنای عقلاء

قائل به تفصیل است و میگوید اگر ذوالید مالک عین بود، ید هم اماره است برای ملکیت عین و هم اماره است از برای ملکیت منافع، اما اگر عقلاء بدانند که ذوالید مالک عین نیست بنایشان بر این نیست که بگویند صرف ذوالید بودن، اماره برای ملکیت منافع است. در نتیجه باید قائل به تفصیل میان عین و منافع شد.

۴-۲. مسأله دیگر آن است که آیا قاعده ید نسبت به حقوق نیز جاری میشود یا نه؟ مقصود از حقوق، حقوق متعلقه به اعیان مانند حق الرهانه و حق التولیه و حقوق غیر متموله مانند: حق الاختصاص متعلق به عذره و خمر و میته است. این حقوق به گونه‌ای هستند که ابتداء تحت ید در نمی‌آیند، بلکه به تبع عین تحت ید واقع میشوند. در این باب نیز همان بحث مربوط به منافع مطرح میشود، با این فرق که حق یک امر اعتباری است و عقلاء یا شارع مقدس آنها را اعتبار بخشیده‌اند و از آثارش اینست که قابل اسقاط است. اما منفعت از امور واقعیه و از محمولات بالضمائم است. بنابراین تفصیلی که در باب منافع قائل شدیم به طریق اولی در اینجا نیز قائلیم و در صورتیکه بنا بر حجیت آن باشد این حجیت مخصوص به ید اجنبی است نه نسبت به ید مالک و اعتبارش نسبت به اجنبی همانطور که در باب منافع ذکر شد - چنانچه مدرک قاعده ید را روایات و اجماع بدانیم - دلیل ندارد. اما اگر مدرک حجیت قاعده ید بنای عقلاء و سیره آنها باشد علی‌الظاهر در صورتیکه مدعی مالک عین نباشد، بنای ایشان بر ثبوت این حقوق است.

۵-۲. مسأله بعد جریان یا عدم جریان قاعده ید نسبت به نسب و اعراض است: اگر خصومت و نزاع بین دو نفر در خصوص آن باشد که هر یک از دو نفر مدعی شود که زنی همسر اوست و این زن در خانه یکی از آنها باشد و یا مدعی بچه‌ای شوند و این بچه در خانه یکی از آنها باشد

و آن شخص نیز با زن یا بچه مورد نزاع که در خانه اش هست رفتار زوجیت یا ابوت می‌نماید، آیا در این موارد باید گفت که قاعده ید جاری میشود و قاعده ید اماره است و زن و بچه، زن و بچه کسی می‌باشند که در خانه او هستند؟ اگر مدرک قاعده را بنای عقلاء بگیریم - که ما قائل به آن هستیم - باید بگوئیم که در این موارد بنای عقلاء بر اماریت ید است و ظن حاصل از ید در این مقام اقوای از ظن حاصل در باب املاک و بنابراین اماریتش در این باب پیش از باب املاک است. اما اگر مدرک قاعده ید را روایات و اجماع بدانیم مشکل میتوان گفت که روایات و اجماع این موارد را هم در بر می‌گیرد. بهر حال چون ما مدعی هستیم که روایات وارده بنای عقلاء را امضاء کرده‌اند و عمده دلیل ما هم بنای عقلاست بنابراین این در مورد اعراض و نسب نیز قاعده ید جاری میشود.

۶-۲. مسأله دیگر آنستکه آیا ید مسلم در باب لحوم، اماره تذکیه و حلیت است یا نه؟ بی‌شک در قاعده سوق، سوق مسلمانان و ید آنها را اماره از برای تذکیه در حلیت می‌داند. در بحث از قاعده سوق نیز روایات و تسالم اصحاب وجود دارد. حتی بعضی گفته‌اند سوق «اماره علی الامارة» است یعنی آنچه اولاً و با لذات اماریت دارد همان ید مسلم است، اینکه میگویند سوق مسلم حجت است و از برای تذکیه و حلیت اماریت دارد به اعتبار بازار مسلمانان و اعتبار ید آنهاست. اگر ید نبود به حسب مقتضای اولی اصالة عدم تذکیه جاری میشد. اما وقتی اصالة عدم تذکیه معارض میشود باید مسلم، یعنی وقتی شک میشود که آیا این لحم مذکی هست یا نه؟ چون ید مسلم اماریت دارد مجالی برای جریان اصالت عدم تذکیه نمی‌ماند و محکوم قاعده ید میشود. در مورد حلیت نیز قاعده ید حاکم بر اصالة الحرمة در لحوم است.

۷-۲. مسأله دیگر مسموع بودن یا نبودن قول ذوالید در باب طهارت

و نجاست است . مشهور بین فقهای ما - خصوصاً متأخران - آنستکه در باب طهارت و نجاست قول ذوالید مسموع است . حتی صاحب حدائق (ره) در کتاب خود میفرماید «ظاهر الاصحاب . الاتفاق علیه» . در جائیکه میتوان استصحاب طهارت جاری کرد . اگر ذوالید اخبار به نجاست کرد مجالی برای جریان استصحاب طهارت نمی‌ماند، بلکه استصحاب مذکور محکوم به اخبار ذوالید است و اخبار او اماره است . بعضی نیز بر حجیت اخبار ذوالید ادعای اجماع کرده‌اند اما این اجماع، اجماع اصطلاحی اصولی نیست، یعنی اجماع محصلی نیست که بتوان از آن رأی معصوم (ع) را کشف نمود، بلکه روایات و ادله‌ای بر وفق مجمعین وجود دارد .

بعضی نیز ادعا کرده‌اند که سیرهٔ مشرعه است . اما مستند عمده روایات وارد در این باب، مثل صحیحہ معاویة بن عمار، است: «عن الرجل من اهل المعرفة بالحق یاتینی بالبختیج ویقول قد طبخ علی الثلث وانا اعرفه انه یشربه علی النصف فاشربه بقول و هو یشربه علی النصف فقال، علیه السلام لا تشربه ، قلت رجل من غیر اهل المعرفة بمن لا تعرفه انه یشربه علی الثلث ولا یتحلله علی النصف یخبران عنده یختجاً علی الثلث قد ذهب ثلثاه وبقی ثلثه یشربه منه؟ قال (ع) نعم» این روایت دلالت و ظهور بر حجیت اخبار ذوالید دارد ولو اینکه طرف از غیر اهل معرفت به حق وامامی باشد . البته دلالت این روایت بر حجیت اخبار ذوالید مبتنی بر آنستکه ما به نجاست عصیر عنبی بعدالغلیان و قبل از ذهاب ثلثین قائل باشیم، اما اگر گفتیم که عصیر عنبی بعدالغلیان و قبل از ذهاب ثلثین نجس نیست این روایت در مورد حجیت اخبار ذوالید نسبت به حلیت و طهارت دلالت نخواهد داشت .

۲-۸ . مسألهٔ دیگر آنستکه اگر دو نفر در مورد عینی منازعه دارند و در عین حال ذوالید اقرار می‌کند که عین مورد نزاع متعلق به یکی از آن

دو نفر است با این اقرار شخصی که به نفع او اقرار شده است منکر و طرف دیگرش، مدعی میشود و این حکم مسلم در میان تمامی فقهای عظام است. نکته‌ای که باید توجه کرد آن است که حجیت اقرار، بنا به قاعده اقرار از برای خود مقرر است نه برای غیر او، یعنی وقتی ذوالید به نفع یکی از این دو طرف اقرار می‌کند در این اقرار دو جهت وجود دارد: یکی آنکه مال تحت ید او، مال او نیست در این جهت اقرار وی نافذ است و بنابراین مال از او گرفته میشود. مطلب دیگر آن است که این مال، متعلق به یکی از آن دو طرف است، در اینجا به صرف اقرار وی نمیتوان اثبات ملکیت برای احد متداعیین نمود.

اما در اینجا می‌بینیم که نزد فقهاء مطلب به نحو دیگری مسلم است. مدرک این امر همان قاعده ید است یعنی اقرار ذوالید دارای این خصوصیت است که مقرله را به صورت منکر و طرف مقابل او را به صورت مدعی در می‌آورد. در واقع دلیل فتوای مسلم بین فقهاء همان بنای عقلاست که اگر ذوالیدی اقرار کند که مالی از آن زید است، ملکیت زید ثابت میشود، چه منازعی در کار باشد و چه مدعی در میان نباشد البته اگر منازعی در میان بود، طرفی که به نفعش اقرار شده است منکر و منازع مقابل، مدعی خواهد بود. و این احتمال که حجیت اقرار ذوالید جهت اثبات ملکیت برای یکی از متداعیین بر اساس قاعده «من ملک» است مغالطه خواهد بود، زیرا اگر اقرار وی به تملک یکی از آنها بود، مورد از مصادیق قاعده «من ملک» محسوب میگردید، حال آنکه فرض ما اینست که اقرار ذوالید اخبار به مالک بودن احد متداعیین است.

۹-۲. مسأله دیگر آنستکه اگر ذوالید اقرار کند، آنچه در اختیار اوست مال شخص معینی است و سپس اقرار نماید که همان مال از آن شخص دیگری است، با توجه به اینکه یک مال برای دو نفر اقرار شده

است راه حل چیست؟ البته این اقرار دارای شقوقی است گاه ذوالید در یک کلام ابتداء میگوید که این عین مال زید است و سپس بطور اضراب میگوید که بل «للعمر» و گاه در یک کلام منفصل این دو اقرار را می‌نماید و زمانی در دو مجلس به دو اقرار میپردازد. بی‌شک پس از اقرار اول مال از ملکیت او خارج میشود و متعلق به مقرله میگردد. بنا بر این مطابق قاعده اقرار، در هنگام اقرار دوم مالی از آن او نیست تا قابل انتقال به مقرله دوم باشد یا نباشد، اما اثری که بر این اقرار مترتب است آنستکه اگر مال مورد اقرار مالیت داشته و از مثلیات یا قیمیات باشد، باید مثل یا قیمتش به مقرله دوم داده شود. ولی عین مال منتقل به مقرله اول میشود. این معنی میان فقها مشهور است و حتی ادعای اجماع در مورد آن شده است و برطبق آن فتوی داده‌اند.

۱-۲. مسأله دیگر- آیا شهادت و سوگند مستنداً الی الید جائز است یا نه؟ به اعتبار صناعت علمی، همانطور که در جای خود ثابت شده است میگوئیم که :

علم مأخوذ در باب شهادت و قطع معتبر در خصوص شاهد (که باید جزم و علم داشته باشد) قطع صفتی نیست، (قطع بما انه صفة من صفات النفس) تا در صورت وجود بتواند شهادت بدهد بلکه علم مأخوذ در باب شهادت علم طریقی است و هر امری که قائم مقام علم باشد و انسان بتواند بواسطه آن شهادت بدهد کفایت می‌کند و در جای خود ثابت شده است که در کلیه امارات و طرق و اصولی که قائم مقام علم به نحو طریقی باشد، میتوان مستنداً به آنها شهادت داد و سوگند خورد.

روایات وارد شده در این مقام مانند روایت حفص بن غیاث است که میفرماید :

«ارایت اذارایت شیئاً فی ید رجل ایجوز لی اشهدله؟ قال : نعم، فقال

الرجل اشهدانه في يده ولا اشهدانه له قلعله لغيره فقال ابو عبدالله عليه السلام افيجل الشراء منه؟ قال: نعم فقال عليه السلام لعله لغيره فمن اين جائز لك ان تشتريه و يصير ملكالك ثم تقول بعد الملك هولی و تحلف عليه؟ ولا يجوز ان تنسبه الي من صار ملكه من قبله اليك، ثم قال عليه السلام ولولم يجز هذا لما قام للمسلمين سوق»

دلالت این روایت صریح است به اینکه شهادت و سوگند مستنداً الی الید جائز است و شاید اکثر شهادتها و سوگندها در مسائل حقوقی، مستند به قاعده ید باشد.

۳

قاعده ید از امارات و طرق است یا از اصول تنزیلیه؟

اگر مدرک قاعده ید اجماع یا روایاتی باشد که بدانها اشارت شده، هیچگونه دلالتی بر اماریت ید ندارد زیرا اجماع ناظر به ترتب آثار ملکیت نسبت به ذوالید بود و روایات نیز همگی متذکر بودند که خرید و فروش مستنداً به ید اشکال ندارد، بنابراین قابل جمع با اصل تنزیلی و اماره بودن می‌باشند. اما اگر مدرک قاعده را بنای عقلاء بدانیم و روایات امضاء این سیره عقلائی باشند قاعده ید اماره میشود، زیرا بنای عقلاء نسبت به حجیت قاعده ید نه از باب تعبد بر ترتب آثار ملکیت به هنگام شک است، بلکه بنای عقلاء از باب کشف از ملکیت حاصله است، چون نوعاً بیشتر کسانی که ذوالید می‌باشند چنانچه در مالکیت آنها شک شود عقلاء می‌گویند که ید طریق است و کاشف از ملکیت میباشد. به تعبیر دیگر از ید حصول ظن نوعی میشود به اینکه دارنده استیلاء و سیطره خارجی نسبت به یک شیء در نزد عقلاء نسبت به آن مالک محسوب میشود.

۴

تعارض قاعده ید با سایر امارات وطرق و اصول

پس از آنکه ثابت کردیم که قاعده ید اماره است و امارات حکومت بر اصول دارند، اعم از اصول تنزیلیه یا غیر تنزیلیه و حتی اقوای آنها که استصحاب باشد. (بعضی استصحاب را عرش الاصول و فرش الامارات خوانده‌اند) و چون حجیت امارات و طرق از باب تتمیم کشف است و شارع مقدس یا عقلاء آمده‌اند در عالم اعتبار کاشفیت ناقصه این امارات را کشف تام تلقی کرده‌اند، با این کاشفیت موضوع اصل برداشته میشود چون همانطور که میدانیم موضوع اصول شک است (یا موضوع هر اصلی ایهاالشاک است) اما اگر شک تعبداً بوسیله اماره برداشته شد موضوع اصول عملیه منتفی است .

در دیگر امارات و طرق، غیر از بینه و اقرار (زیرا به موجب روایات و بنای عقلاء بینه و اقرار هر دو مقدم بر ید هستند) باید دید بنای عقلاء در حجیت قاعده و اماریت ید در ظرف عدم اماره دیگر است و یا حتی اگر اماره‌ای بر خلاف ید باشد باز هم ذوالید بودن اماره است؟ اگر اماریت مطلقه ید بر دیگر امارات، از قبیل شیاع بر وقفیت (شیاع بر وقفیت خانه‌ای هست و ذوالید نیز مدعی مالکیت است) کشف شود، قهراً چون دو امار تعارض می‌کنند به اقوای آن دو یعنی ید تمسک می‌کنیم، اما اگر نتوانیم یکی از این دو را کشفاً اقوی بدانیم به مقتضای قاعده تعارض و تساقط می‌کنند و باید با سایر ادله مسأله را حل کرد .

۵

تعدد ایادی و اماریت آنها

چنانچه بر مال واحد چند نفر ذوالید باشند حکم مورد چیست آیا باید گفت که اماریت ید مخصوص به موردی است که ذوالید واحد باشد و یا اماریت آن در اعم از ذوالید واحد و متعدد است؟ مشهور فقهاء میگویند که تعدد ایادی در مال واحد اماره است بر ملکیت هر کدام به نسبت یدشان در آن مال. ممکن است گفته شود که مقتضی قاعده ید اماریت آن است برای اثبات ملکیت تمامی آنچه در ید ذوالید است و در اینجا که دو نفر یا بیشتر ذوالید هستند ایادی آنها با هم تعارض دارند و باید به طرف ادله دیگر رفت. در جواب گفته میشود هر کدام از ایادی متعدد در این مال اماره برای ید تامه مستقله بر تمامی این مال نیست زیرا همانطور که قبلاً تعریف شده است ید مورد بحث استیلاء و سلطه خارجی بر مال است و در اینجا هر کدام از ذوالیدها استیلاء و سلطه خارجی شان بر عین در ظرفی قرار دارد که طرف دیگر هم در آن ظرف دارای استیلاء و سلطه خارجی است. پس ید تامه مستقله بر تمام مال وجود ندارد، زیرا لازمه ید تامه مستقله بر تمام مال آن است که تمام تصرفات در ید یکی باشد و بتواند بقیه را نیز از تصرف در آن مال منع نماید و چون چنین نیست استفاده میشود که هر کدامشان ید تامه مستقله بر تمام مال ندارند و عقلاء نیز در این موارد بنایشان بر اینست که اگر ذوالید چند نفر بودند آنها را شریک میدانند و این شرکت یا قهریه و یا اختیاریه است، پس در این موارد باید بطور تقسیم گفته شود که هر فرد نسبت به مقدار حصه‌ای که ذوالید است اماریت دارد.

۶

ید و ضمان

ید در صورتیکه در مال غیر و بدون اذن از طرف خداوند تعالی و یا از طرف صاحب مال باشد موجب ضمان است و مدرك آن نیز فرمایش پیامبر (ص) است که «علی‌الیدما اخذت حتی تؤدیه» روایت مذکور مشهور بین فریقین و مورد عمل تمامی فقهاء ما (ره) است و دلالت بر ضمان دارد. چنانچه ید عدوانی و غیر مأذونه باشد، وجود اعتباری آنچه در ید ذوالید است در ذمه‌اش مستقر میشود که ابتداء باید عین آنچه را تحت ید اوست رد کند و اگر تلف شد مثل یا قیمت آن را بدهد. در مورد تعاقب ایادی نیز مسأله به این صورت است که اگر عینی در تحت ید کسی قرار گرفت و آن را به شخص دیگر داد، ید دوم چیزی را که در اختیار دارد، علاوه بر صفات تکوینی خارجی‌اش، دارای صفت اعتباری اضافی دیگری نیز هست، و بدین معنی که این شیئی مضمونه است برید اولی، و در نتیجه ذوالید دوم در برابر دو شخص ضامن است، هم مالک و هم ذوالید اول یعنی اگر مالک به ذوالید اول رجوع کرد، ذوالید اول میتواند به ذوالید دوم مراجعه نماید.

خاتمه

ید سبب است از برای حصول مالکیت در عالم ثبوت و واقع و فقط اماره مالکیت و سبب اثباتی بر حسب ظاهر نیست. در باب حیازت مباحث اصلیه یا احتطاب و احتشاش و امثال اینها یدی که به قصد تملک باشد

سبب خواهد بود برای حصول مالکیت واقعاً، اما اگر استیلاء بر شئی بدون قصد تملک بود یا اینکه در مباحات اصلیه سبق صدق نمود، این استیلاء بدون قصد تملک یا سبق در مباحات ملکیت نمی‌آورد .

البته بعضی گفته‌اند که صرف استیلاء خارجی ولو آنکه مستولی قاصد بر تملک نباشد، برای ایجاد ملکیت کفایت می‌کند و مستندشان همان فرموده پیغمبر (ص) است که فرموده‌اند «من سبق الی مالم یسبق علیه احد من المسلمین فهو احق به» اما این مطلب که آیا صرف استیلاء بر شئی بدون قصد تملک احقیت می‌آورد و یا موجب ملکیت می‌گردد، مطلبی جداگانه است که باید در جای خود مورد بحث قرار گیرد .

۲

قاعده لاضرر

قاعده لاضرر نیز یکی دیگر از قواعد معروف فقه اسلامی است در این قاعده چند مطلب به شرح زیر مورد بررسی قرار می‌گیرد :

۱

مدارک و مستندات قاعده

۱-۱ . روایت

روایت «لاضرر» در کتب فریقین بطور متواتر موجود است . کلینی (ره) در کتاب کافی در قضیه «سمره بی جندب» آن را از ابن بکیر از زراره از ابی جعفر (ع)، پس از بیان جریان میان انصاری و سمره بن جندب و فرمایش

پیامبر اکرم (ص)، نقل مینماید که پیغمبر (ص) به انصاری فرمود که « اذهب فاقلعه و ارم الیه فانه لاضرر ولاضرار ». در یکی دیگر از طرق حدیث از عبدالله بن مسکان از زراره از ابی جعفر (ع) نقل شده است که قال رسول الله (ص) : « انک رجل مضار ولاضرر ولاضرار علی مؤمن ». صدوق رضوان الله تعالی علیه در کتاب من لایحضره الفقیه در باب میراث اهل ملل ، روایت را با اضافه کلمه اسلام نقل می کند که : قال رسول الله (ص) « لاضرر ولاضرار فی الاسلام » هم چنین کلینی در کافی نقل مینماید : « عن ابی عبدالله (ع) فی انه قضی رسول الله (ص) بین اهل المدینه فی مشارب النخل انه لایمنع تقع الشی و قضی (ص) بین اهل البادیه انه لایمنع فضل ماء ولیمنع فضل کلاء وقال لاضرر ولاضرار » و نیز کلینی (ره) نقل مینماید : « عن ابی عبدالله (ع) قال قضی رسول الله (ص) بالشفعة بین الشركاء فی الارضین والمساکن وقال لاضرر ولاضرار » در، کتاب دعائم الاسلام در مسأله هدم جدار آمده است : « عن ابی عبدالله (ع) « لو هدم جدار داره ولم یسقط هو او اراد ان یهدمه قال لایترک وذلک ان رسول الله (ص) قال لاضرر ولاضرار » .

با تتبع در موارد عدیده تقریباً اطمینان پیدا میشود که این حدیث شریف از پیامبر اکرم (ص) وارد شده است و شخص ایشان و ائمه اطهار (ع) موارد متعددی را بر این حدیث تطبیق فرموده اند . حتی بعضی از فقهاء مانند فخرالمحققین در ایضاح، ادعای تواتر لفظی در مورد این روایت دارند . برخی از این روایات از حیث سند صحیح است و بعض دیگر از حیث سند ضعیف میباشد اما با توجه به اینکه بزرگان اصحاب همگی بر طبق این روایات عمل کرده اند روایت شهرت عملی یافته است و ضعف با شهرت عملی جبر میشود .

۱ - ۲ . اجماع

اجماع فقهای امامیه ، بل فقهای اسلام بر حجیت این قاعده است و مستندشان نیز همین روایت است. علمای عامه نیز به این روایت استناد میکنند و در مسند امام احمد بن حنبل و دیگر کتب روایت خود آنرا ذکر کرده‌اند .

۲

دلالت قاعده

۱ - ۲ . نخست به شرح مفردات حدیث میپردازیم :

کلمه ضرر - آیا ضرر امر وجودی یا امر عدمی است ؟ گروهی معتقدند ضرر امری وجودی و ضد نفع است ، گروهی دیگر آن را امری عدمی میدانند و معتقدند که بین ضرر و نفع تقابل عدم و ملکه است و معنای ضرر عدم نفع است در موضوعی که در آن قابلیت نفع باشد .

اگر ضرر را امری وجودی بدانیم ، تقابل ضرر و نفع تضاد است ، نه عدم و ملکه زیرا در عدم و ملکه برگشت آن به نقیضین است و امکان ارتفاع آنها نیست حال آنکه اگر ضرر امر وجودی باشد امکان ارتفاع هست .

اگر متاعی به قیمتی که خریده شده است فروخته شود در عرف گفته میشود که در این معامله نه نفعی بود و نه ضرری ، حال آنکه در تقابل عدم و ملکه که به نقیضین برگشت می یابد در چنین معامله ای ضرر وجود دارد . ماضر را به همان امر وجودی می گیریم یعنی ضد نفع .

در مورد کلمه ضرر گروهی معتقدند که این کلمه مصدر باب مفاعله است در این صورت ضرر باید از دو طرف صدق کند و نیز میتوان گفت که در باب مفاعله آنچه معتبر است تکرار صدور مبدأ است از فاعل ، و فاعل ممکن است

شخص واحداً اشخاص متعدد باشند و یا حتی محط نظر فاعلیت یکی و مفعولیت دیگری باشد « ضارب زید عمرواً » .

بنابراین تکرار صدور ضرر همان ضرار است و این معنی متناسب با همین روایت و مسائل مربوط به آن است زیرا این سمره است که به انصاری ضرر می‌زند و این امر را تکرار می‌نماید و کثیرالضرر است . مؤید این نکته آیات قرآنی هستند وقتی خداوند می‌فرماید « یخادعون الله » معنایش آن است که « یصرون علی هذا وتکررمنهم هذا الامر » .

بنابر این مفهوم ضرار نیز از لحاظ عرف روشن است .

« لا » که در روایت آمده است برای نفی جنس است ، در صورت نکره بودن مدخول آن (مثل لارجل فی الدار) اکنون باید دید که مفاد جمله لاضرر و لاضرار چیست فقهای عظام چهار وجه مهم ذکر کرده‌اند .

اول : مفاد حدیث شریف نهی از ایجاد ضرر است . مانند آیه شریفه « لارفت ولا فسوق ولا جدال فی الحج » آیه در مقام حرمت است و خلاصه آنکه شارع از زیان رساندن به دیگران نهی می‌کند این قول مختار شیخ الشریعه اصفهانی (قدس سره) است .

دوم : مفاد قاعده، نفی حکم به لسان نفی موضوع است . شارع مقدس احکامی را که در مورد این موضوع ثابت بوده نفی نموده است . در فقه مواردی از این قبیل فراوان است . در جاهائی که موضوعات دارای احکامی بر مبنای عناوین اولیه است چنانچه ضرری شوند و معنون به عنوان ضرر گردند ، حکم مرتفع می‌شود و بنابراین قول ، قاعده مورد بحث بر آدله اولیه حاکم است به حکومت واقعیه در جانب موضوع (و نه محمول) . این قول مورد اختیار مرحوم آقای آخوند (ره) در کفایه است .

سوم : مفاد لاضرر نفی حکم ضرری است بدین معنی که هر حکمی که از طرف شارع مقدس تشریح می‌شود اگر مستلزم ضرر باشد اعم از ضرر بر نفس

مكلف يا غير او و يا ضرر مالی و . . . حکم مزبور با توجه به ضرر به موجب لاضرر مرفوع میشود . اگر در معامله گفته شد که أصالت لزوم حکم می کند بر لزوم معامله، چنانچه معامله غبنی بود و سبب ضرر گردید ، لزوم به موجب قاعده برداشته میشود در این معنای سوم، لا (که گفتیم برای نفی جنس و ظهور تحقیقی نفی است) در معنای خودش به کار رفته است . یعنی رفع حکم ضرر حقیقتاً ، چرا ؟ زیرا حکم وجود ندارد جز در عالم اعتبار تشریحی و چون خود قانونگذار در حیطه خود این معنی را رفع می کند، اعتبار حکم را حقیقتاً رفع مینماید. بنابراین قول حدیث مورد نظر بر اطلاق و عمومات أدله اولیه به حکومت واقعیه در جانب محمول حکومت دارد و این قول را شیخ انصاری (ره) اختیار کرده است .

چهارم : مفاد حدیث نفی ضرر غیر متدارک است به این معنی که شارع مقدس از ضرر غیر متدارک نهی میفرماید .

از این چهار وجه در هیأت ترکیبیه جمله « لاضرر و لاضرار » وجه یا قول سوم که مختار شیخ انصاری (ره) است ، مختار ماست .

استفاده ای که از سیاق حدیث میشود آن است که رفع، رفع تشریحی است زیرا مناسب مقام شارع و قانونگذار آنست که رفع و وضعش ، رفع و وضع تشریحی باشد نه تکوینی، در واقع رفع و وضع تکوینی تابع همان اسباب تکوین است . اگر اسباب موجود بود قهراً مسبب موجود میشود والا معدوم است .

علاوه بر این قانونگذار در مقام امتنان است و تسالم بر این معنی است که وقتی پیامبر (ص) خطاب به سمره میفرمایند « انت رجل مضار » یعنی تو یک انسان مصر بر ضرر هستی و پس از آن میفرماید « لاضرر و لاضرار » .

هنگامی که رفع تشریحی و حکم، حکم امتنانی بود مناسب با این معانی آن است که احکام شرعیه مرفوع باشند، زیرا وجود احکام در هیچ جا جز عالم تشریح نیست و اگر خود قانونگذار آن را از عالم تشریح رفع کرد از عالم وجود

حقیقتاً و تحقیقاً برداشته میشود. به خلاف اینکه اگر رفع تکوینی دانسته شود قهراً رفع حکم به رفع موضوع ادعائی است. مثل «لاشک لکثیرالشک».

قول چهارم از آن رو نادرست است که: ضرر متدارك منزل منزله عدم است (البته در صورت صحت این مبنی) در صورتیکه تدارك در خارج تحقق یابد و نه بصرف حکم شارع مقدس بر وجوب تدارك (بویژه اگر حکم تکلیفی باشد نه حکم وضعی).

از جمله فرقه‌های بین قول دوم و سوم اینست که بنا بر قول دوم که «نفی حکم بلسان نفی موضوع» است سرفوع ابتداء متعلق حکم است و بنا بر قول سوم سرفوع، نفس حکم می‌باشد که دارای ثمره عملی است و بیان تفصیلی در دلیل انسداد آمده است. مثلاً در اطراف معلوم بالاجمال لزوم احتیاط در جمع بین احتمالات در حال انسداد بحکم عقل است و بنا بر قول دوم چنانچه احتیاط مذکور حرجی و یا ضرری شد نمیتوان وجوب آن را با قاعده لاضرر و لاجرح رفع نمود زیرا در متعلق احکام واقعیه حرج و ضرری نیست آنچه حرجی و ضرری است جمع بین احتمالات است که وجوبش به حکم عقل ثابت است و جزو مجعولات شرعیه محسوب نمی‌باشد بنا بر قول سوم نیز که سرفوع، نفس حکم است با توجه به اینکه ضرر ناشی از احکام مجهوله است حکم بمقتضای لاضرر سرفوع است و موضوعی از برای حکم عقل بوجوب احتیاط نمی‌ماند.

بطور خلاصه ثمره مهم بین قول دوم و سوم آنستکه در هر موردی که موضوع حکم ضرری نباشد و نفس حکم ضرری باشد، یعنی مسبب از نفی حکم باشد همانطور که در معامله غبنی ضرر ناشی از لزوم معامله است نه از خود معامله غبنی چون لزوم یک حکم شرعی است بنابراین اگر قائل به قول دوم باشیم باید بگوئیم که لزوم برداشته نمیشود. اما اگر قول سوم را پذیرفتیم چون لزوم حکم شرعی است، سرفوع می‌شود و لزوم معامله برداشته میشود.

۳

تنبیها

۳-۱. بر تطبیق این جمله به مواردی که پیامبر اکرم (ص) به آنها اشاره فرموده‌اند اشکالاتی نموده‌اند و از جمله گفته‌اند: که در قضیه سمره بن جندب این جمله بر امرایشان به «قلع والرمی الی وجهه» تطبیق نمی‌کند زیرا باید دید ضرر در کجا است، آیا ضرر در بودن درخت در باغ انصاری است یا ضرر در اینست که سمره بدون اجازه وارد خانه او میشده است؟ چون بودن درخت در خانه ضرری نیست و آنچه ضرر است دخول به خانه بدون استیذان است، پس لازم می‌آید که ما مورد را تخصیص بزیم اما این امر مستهجن است و لازمه آن اجمال عام ما میشود.

در پاسخ اشکال گفته میشود که حکم پیامبر اکرم (ص) به کندن درخت از باب ولایت ایشان بر نفوس و اموال و تأدیب و از میان بردن ماده فساد است. چون به حسب روایت، سمره تمرد کرده است و پس از تمرد پیامبر اکرم (ص) این جمله را فرموده‌اند. بنظر میرسد که توجیه صحیح آنستکه گفته شود، تقدیم حق انصاری بر حق سمره بن جندب از باب اهمیت است که اسلام برای اعراض قائل است و چون دو حق یعنی حق انصاری و حق سمره باهم تزامم کرده بودند، در تزامم اهم بر مهم تقدیم می‌یابد و از اینرو پیغمبر (ص) حکم به کندن درخت فرمودند.

۳-۲. اشکال دیگری که بر این قاعده شده است، لزوم تخصیص اکثر است از جریان این قاعده بدین بیان: اگر گفتیم مراد از فرموده پیامبر اکرم (ص) نفی حکمی است که از جانب آن ضرری نشأت می‌گیرد معنایش اینست که در اسلام حکم ضرری تشریح نشده است و مادر بسیاری از احکام در ابواب

مختلف فقه می بینیم که چنین حکمی وجود دارد مانند حج و زکات و خمس و جهاد و ضمانات (ضمان یدیاضمان اتلاف و...) اگر همه این موارد را تخصیص بزنیم تخصیص اکثر لازم می آید و این امر مستهجن است. شیخ انصاری رحمه الله علیه پاسخ فرموده است که در تخصیص، چنانچه تخصیص افرادی باشد و افراد مخصص بیش از خود عام باشد این امر مستهجن است، یعنی صحیح نیست که لفظی را بطور عموم عنوان کنیم سپس افرادی را از آن خارج کنیم به نحوی که افراد خارج شده بیش از افراد واقع تحت آن لفظ عام باشد، اما اگر تخصیص انواعی بود، یعنی تخصیص به یک نوع میخورد و افراد آن نوع بیش از افراد خود عام بودند، این امر مستهجن نیست و موردمانیز از این موارد است. یعنی تخصیص انواعی است. مرحوم آقای آخوند (ره) در کفایه به ایشان اشکال مینماید که خروج یک عنوان واحد از عام مستهجن نیست هر چند افرادش بیشتر از افرادی باشد که باقی میمانند، به شرط آنکه عموم عام انواعی باشد و محط عموم نیز اصنافی باشد که برای آن عام هست اما اگر محط عموم و نظری که دارد به افراد و اشخاص خارجی بود این امر مستهجن است.

بعضی فرق گذاشته اند و گفته اند اگر عموم بطور قضیه خارجی باشد و افراد خارج بیش از افراد باقی باشند این امر مستهجن است اما اگر تشریح حکم محض قضیه حقیقه باشد چون در قضیه حقیقه نظر به خارج و مصادیق نیست و حکم بر روی خود طبیعت است و در عالم اعتبار تشریح میشود، اینجا استهجان وجود ندارد. خلاصه آنکه در عمومات شرعیه چون بنا بر اینست که جعل حکم به نحو قضیه حقیقه باشد بنابراین تخصیص اکثر که مستهجن است لازم نمی آید چون هیچگاه نظر به خارج و مصادیق نیست.

بهرحال در پاسخ به این اشکال میگوئیم که احکامی مانند حج و

جهاد و خمس و زکات که ضررشان دائمی است، اصلاً بنایشان بر ضرراست و حکمت تشریح و علت تشریح ملازمه با ضرر دارد و اینها تخصصاً خارجند نه تخصصیاً و آنچه مستهجن است تخصیص اکثر است اما اگر موردی از اصل خارج بود مشمول این بحث نمیشود.

قاعده لاضرر به بیانی که گفته شد عبارت از نفی احکام ضرریه است و قهراً بر ادله اولیه حکومت دارد به این معنی که ادله اولیه اطلاق و عموم دارند و شامل همه احکام اعم از ضرری و غیر ضرری میشود. قاعده لاضرر احکامی را که ضرری هستند از اطلاق و عموم ادله خارج می کند و اطلاقات را تقیید می نماید و عمومات را تخصیص میزند به غیر حال ضرر، یعنی هر تشریحی که در اسلام میشود اطلاقات و عمومات آن به مقتضای قاعده لاضرر در مورد ضرر تقیید و تخصیص پیدا می نمایند. اما اگر حکمی از طرف قانون گذار بر موضوعی با ضرر دائم جعل شود مانند وجوب جهاد و خمس و زکات... و یا نفس حکم دائماً ضرری باشد مانند حکم به ضمان، این احکام از مصب قاعده خارج میباشند، نه از باب تخصیص بلکه از باب تخصص. به تعبیر دیگر در باب حکومت یا باب تقیید و تخصیص، یک حکم باید دارای دو حالت ضرری و غیر ضرری باشد تا لاضرر نسبت به احکام ضرری تقیید نماید و یا عموم را تخصیص بزند و خارج نماید. اما اگر حکمی تنها یک صنف دارد که دائماً ضرری است معنی ندارد که سخن از تقیید به میان بیاید چون تخصصاً خارج است.

۳-۳. مطلب سوم وجه تقدیم قاعده لاضرر بر ادله اولیه است که بر ثبوت احکام واقعی اولی دلالت دارند. بی تردید میان قاعده لاضرر و این ادله عموم و خصوص من وجه است زیرا ممکن است که حکم اولی باشد و ضرری در میان نباشد و یا ضرر وجود داشته باشد، هم چنین قاعده لاضرر خصوص این حکم و نیز موارد دیگر را در بر می گیرد. در موردیکه اجتماع

حکم اولی و قاعده وقوع یابد، تعارض پیش میآید بدین معنی که به مقتضای ادله اولیه امر واجب باید انجام یابد و به مقتضای قاعده لاضرر آن واجب باید طرح شود و چون این دو تصادم و تعارض میکنند، مقتضای قاعده تساقط دو دلیل متعارض است. اکنون باید وجه تقدیم قاعده لاضرر را بیان کرد. وجهی که ذکر شده آنستکه قاعده لاضرر بر ادله اولیه حکومت دارد با تزییقی که از جانب محمول وارد میآورد و ادله را با رفع تشریحی در حالت ضرری، مرفوع مینماید، چه محمول، حکم تکلیفی باشد و چه حکم وضعی

۳-۴. مفاد قاعده لاضرر نفی حکمی است که از ناحیه آن ضرر ناشی میشود، اعم از آنکه مکلف عالم به این معنی باشد یا نباشد زیرا الفاظ موضوع است برای معنای واقعی. بنابراین به فرموده پیامبر (ص) حکم ضرری مرفوع میشود. اشکالی که هست اینست که اصحاب به صحت وضو و غسل کسی که استعمال آب برای وی مضر است فتوی داده‌اند و خیار غبن و خیار عیب را به جهل مغبون به غبن و جهل مشتری به عیب مبیع تقیید نموده‌اند.

پاسخ اشکال اینست در طهارت به آب، حکم شارع به بطلان وضو در صورت جهل وضوگیرنده به ضرر استعمال آب، خلاف امتنان است چون لازمه این حکم اعاده وضوء یا غسل و بلکه اعمالی است که متوقف بر آنها بوده است و پیشتر گذشت که سیاق حدیث در مقام امتنان است. بنابراین در جائیکه جریان قاعده خلاف امتنان باشد این قاعده جاری نمیشود.

در مسأله خیار غبن که باید مقید به جهل مغبون باشد عدم جریان قاعده از آن روست که مستند خیار غبن قاعده لاضرر نیست یعنی بنظر ما مستند این خیار همان تخلف از شرط ضمنی است: متعاملین شرط ضمنی دارند که عوض و معوض باید متساوی باشند و اگر از یکی از اینها تخلف شد باید متمسک به خیار تخلف شرط ضمنی شد.

۳-۵. مفاد قاعده لا ضرر رفع حکمی است که منشأ ضرر است، اعم از حکم تکلیفی یا حکم وضعی. در حکم تکلیفی ضرر از نفس حکم ناشی نیست، بلکه ضرر در مرحله امتثال، وقوع و ظهور پیدا میکند. در حکم وضعی نیز مانند لزوم معامله ضرری خود حکم موجب وقوع ضرر است بی آنکه مکلف اراده آن را کرده باشد. بنابراین قاعده بر اطلاقات ادله در جانب محمول حکومت دارد و همانطور که گذشت در جانب محمول تضییق میشود و مقید به موردی میگردد که ضرری نباشد و در نتیجه این قاعده رفع حکم ضرری مینماید.

اما آیا قاعده لا ضرر وضع حکمی مینماید که عدم آن حکم ضرر باشد در جواب می‌گوئیم که این مطلب از مفاد قاعده خارج است و نمی‌توان به قاعده لا ضرر اثبات ضمان نمود یعنی اگر عدم ضمان درجائی موجب ضرر به شخصی باشد نمی‌توان با قاعده لا ضرر اثبات ضمان کرد چون ضمان نیازمند یکی از اسباب ضمان است (مثلاً قاعده و علی‌الیدما اخذت حتی تؤدیه و یا قاعده من اتلف مال الغیر و....) به تعبیر دیگر لا ضرر ناظر به احکام مجعوله از قبل شارع بر حسب اطلاق یا عموم ادله است که در یکی از دو حالت خود ضرری است و قاعده این احکام را تخصیص میزند و تقیید مینماید، اما اگر حکمی مجعول نبود برای این قاعده موضوعی نیست و خود قاعده نمی‌تواند باشد.

۳-۶. آیا مراد از ضرری که در این قاعده مورد نفی قرار گرفته است ضرر شخصی است یا ضرر نوعی؟ مقصود از ضرر شخصی اینست که در هر مورد که از حکم شرعی ضرری برای شخص در خارج تحقق می‌یابد حکم در مورد این شخص مرتفع است، نه از سایر اشخاصی که متضرر نشده‌اند زیرا ممکن است حکمی نسبت به یک شخص ضرری باشد و نسبت به شخص دیگر ضرری نباشد.

۳-۷. اگر بین دو حکم ضرری دوران پیش بیاید به گونه‌ای که اگر بخواهیم با قاعده لا ضرر نفی یک حکم را بکنیم لازمه‌اش ورود ضرر به شخص دیگر است و اگر بخواهیم قاعده را نسبت به دومی جاری کنیم نفی حکم

بلازمه با ورود ضرر به شخص دیگر دارد آیا باید گفت که چون دو مورد باهم تصادم می‌کنند مقتضی قاعده تساقط است؟ مابیشتر گفتیم که در جریان قاعده لاضرر، رفع حکم باید امتنانی باشد اگر لاضرر در هر دو طرف جاری شود خلاف امتنان است و اگر نسبت به یک طرف جاری گردد خلاف امتنان نسبت به اوست.

۸-۳ - در تعارض لاضرر وقاعده سلطنت (الناس مسلطون علی اموالهم) چه باید گفت؟ شک نیست که قاعده لاضرر، حکم ضرری را رفع می‌نماید، اعم از حکم تکلیفی یا وضعی، مقتضی قاعده سلطنت هم که همان سلطنت اعتباری باشد، از قبل شارع مجعول است برای مالکان در اموال و املاکشان. اکنون اگر لازمه سلطنت شخصی ضرر به شخص دیگر باشد آیا قاعده لاضرر میتواند این سلطنت را رفع نماید؟ در پاسخ می‌گوئیم چون سلطنت اعتباری از ناحیه شارع جعل شده است، در صورتیکه منشاء ضرر شود باید به قاعده لاضرر مورد نفی قرار گیرد و نفی گردد و گفته شود که شارع در این جاسلطنت را اعتبار نمی‌بخشد چون لازمه اعتبار بخشیدن در این مورد ورود ضرر است و ضرر نیز مرفوع است اکنون اگر ترك تصرف مالک و حکم به عدم سلطنت او موجب تضرر مالک باشد، جریان قاعده لاضرر نسبت به خود مالک و شخص دیگر با هم تعارض پیدا می‌کنند و تساقط می‌نمایند و هنگامیکه تساقط نمودند مرجع، قاعده سلطنت میشود که بلامعارض است و قهراً مالک در مال خودش میتواند تصرف نماید.

والحمد لله رب العالمین

