

**Examining of Obstacle of the Establishment of a New Jurisprudence in
Proving the Verdict with the Rule of No-Harm**

Mostafa Sharifi*

Seyyed Mohammad Taqi Ghabouli Dorafshan **

Mohammad Reza Elmi Sola ***

Received: 01/05/2020

Accepted: 01/01/2021

Abstract

Jurisprudential rules are general propositions that play a key role in deriving sharia rules. The rule of no-harm is one of these rules, according to which whenever the provisions of Islamic law cause harm to the obligees, it is lifted. An important drawback to the above rule is that in cases of non-legislation of the Holy Shari'a, no-harm did not have the necessary efficiency and accordingly, no rulings can be made to neutralize the loss, because in this case, he is faced with the great obstacle of establishing a new jurisprudence. The above point is the most basic focus of the study in the present study. The author has a serious critique of this theory and in a descriptive-analytical research, while enumerating the proponents and deniers of inclusion on the non-existent matters presented by them, he has put them in the test of jurisprudential criticism. The necessity of the discussion is that, assuming the proof of the rule in non-existent matters, this capacity can be used to respond to emerging issues and various jurisprudential challenges in cases of legal vacuum. The conclusion of the debate is that the establishment of a new jurisprudence in itself cannot be a barrier to proving the verdict with the rule of no-harm. Therefore, no-harm is unconditional and the provisions of the rule are both the negation of the verdict and the proof of the verdict; Therefore, no-harm has the power to veto and neutralize harmful judgments, as well as the power to enact and legislate.

Keywords

Proof of sentence, Non-Existent Matters, Existential Matters, New Jurisprudence, No-Harm Rule.

* PhD in Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran (Corresponding Author), sharifi.hamadan@gmail.com

** Associate Professor of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran, ghabooli@um.ac.ir

*** Associate Professor of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran, elmisola@um.ac.ir

بررسی محذور تأسیس فقه جدید در اثبات حکم با قاعده لا ضرر

مصطفی شریفی*

سید محمدتقی قبولی درافشان**

محمد رضا علمی سولا***

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۲/۱۲

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۰/۱۲

چکیده

قواعد فقهی گزاره‌هایی کلی هستند که نقشی کلیدی در استنباط احکام شرعی دارند. قاعده لا ضرر از جمله این قواعد است که به موجب آن هرگاه احکام موجود در شریعت اسلام سبب ایراد ضرر بر مکلفین گردد مرتفع می‌شود. اشکال مهمی که به قاعده فوق‌الذکر وارد شده، این است که در موارد عدم قانون‌گذاری شارع مقدس، لا ضرر کارایی لازم را نداشته و به موجب آن نمی‌توان احکامی وضع نمود که ورود ضرر را خنثی نماید چراکه در این صورت با محذور بزرگ تأسیس فقه جدید روبرو است. نکته فوق‌الذکر اساسی‌ترین محور مطالعه در پژوهش حاضر است. نگارنده به این نظریه نقد جدی دارد و در پژوهشی توصیفی - تحلیلی ضمن برشمردن فائولان و منکران شمولیت بر امور عدمی محذور ارائه شده توسط ایشان را در محک نقد فقهی قرار داده است. ضرورت بحث از آن روست که در فرض اثبات جریان قاعده در امور عدمی، می‌توان از این ظرفیت برای پاسخگویی به مسائل مستحدثت و چالش‌های گوناگون فقهی در موارد خلأ قانونی بهره جست. نتیجه‌گیری بحث این است که تأسیس فقه جدید فی‌نفسه نمی‌تواند محذوری بر اثبات حکم با قاعده لا ضرر باشد؛ لذا لا ضرر اطلاق دارد و مفاد قاعده هم نفی حکم است هم اثبات حکم؛ لذا لا ضرر هم توان وتو و بی‌اثر کردن احکام ضرری را دارد و هم توان وضع حکم و قانون‌گذاری.

واژگان کلیدی

اثبات حکم، امور عدمی، امور وجودی، فقه جدید، قاعده لا ضرر.

* دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران (نویسنده مسئول)

sharifi.hamadan@gmail.com

** دانشیار فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران

ghabooli@um.ac.ir

elmisola@um.ac.ir

*** دانشیار فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران

مقدمه

قاعده لا ضرر از عُرر قواعد فقهی است که در اکثر ابواب فقهی اعم از عبادات و معاملات مورد استناد فقیهان قرار گرفته؛ بدین بیان که هرگاه امتثال حکمی موجب ورود ضرر بر مکلفین گردد آن حکم مرتفع شده و اتیان آن لازم نیست. به دیگر سخن، این قاعده در موارد ضرری اطلاقات ادله احکام را محدود می‌کند؛ بدین بیان که شریعت مقدس اسلام در چهارچوب قوانین خود دستورات و فرمایشاتی دارد و هر از گاهی که این دستورات باعث ورود ضرر به مکلفین گردد قاعده لا ضرر آن دستور را مهار و نفی می‌کند. با وجود اینکه لا ضرر یکی از بنیادی‌ترین قواعد فقه است در عین حال؛ به نظر می‌رسد چالش اصلی در برخورد با این قاعده بسیار بیشتر از ارائه استدلال برای تثبیت اعتبار آن؛ در تبیین جایگاه واقعی و دایره اعمال و کاربرد آن کاربرد آن نهفته که به درستی مشخص نشده است؛ از جمله اینکه مفاد این قاعده نفی حکم است نه اثبات حکم. به این ترتیب باید گفت که دایره شمول و گستره این قاعده از جمله مباحثی است که اهمیت فوق‌العاده‌ای در قانون‌گذاری دارد و تبیین آن را ضروری می‌نماید؛ به طوری که باید گفت شمولیت لا ضرر نسبت به احکام عدمی؛ و به دیگر بیان جنبه اثبات‌کنندگی لا ضرر از جمله مسائل اختلافی پیرامون این قاعده بوده است. با این توضیح که بدون هیچ تردیدی لا ضرر شامل امور وجودی شریعت گردیده و هر حکمی که به واسطه وجود آن ضرری برای یکی از آحاد جامعه ایجاد نماید، قاعده لا ضرر آن را برمی‌دارد. آنچه که مورد مناقشه فقیهان قرار گرفته این است که آیا لا ضرر در موارد عدم الحکم شارع و به عبارتی دیگر در عدمیات نیز جاری می‌گردد یا خیر؟ به دیگر عبارت سخن در این است که آیا اگر از وضع نمودن قانونی به یکی از مکلفان ضرر وارد آید، آیا قاعده لا ضرر توان نفی آن عدم الحکم و در نتیجه اثبات نمودن حکم را داراست یا خیر؟ به عنوان مثال اگر فردی انسانی را حبس نماید و از کار و پیشه او جلوگیری کند و از این رهگذر منجر به ورود ضرر به وی شود، عده‌ای از فقها قائل به عدم ضمان حابس نسبت به منافع از دست رفته محبوس هستند (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۳، ص. ۱۸۵؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۲، ص. ۱۵۸؛ خوانساری نجفی، ۱۳۷۳ق، ج ۱، ص. ۹۱). همچنین به عنوان مثالی دیگر، در صورت عدم پرداخت نفقه

زوجه از سوی شوهر، زن حق درخواست طلاق از سوی حاکم را نداشته و باید تا ملائت شوهر صبر نماید (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص. ۱۱۷؛ طوسی، ۱۳۵۱ ش، ج ۶، ص. ۲۱؛ ابن حمزه، ۱۴۰۸ق، ص. ۲۸۶؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۶۵۶)؛ اما با فرض پذیرش نظریه اثبات‌کنندگی لا ضرر در امور عدمی، می‌توان در این دو مثال اثبات حکم نمود و در مثال اول حکم به ضمان و در مثال دوم قائل به جواز طلاق زوجه در فرض اعسار زوجه گردید. امری که مورد مخالفت جدی منکران اثبات حکم قرار گرفته است. از جمله مهم‌ترین دلایل ایشان این بوده است که این نظریه موجب تأسیس فقه جدید می‌شود؛ از دیدگاه نگارندگان این مقاله با توجه به دایره شمول قاعده نسبت به احکام عدمی مفاد آن به هیچ وجه منحصر و محدود به نظر مشهور نیست. تلاش برای پاسخ به ایراد فوق‌الذکر که مانعی مهم و غیر قابل حل بر سر راه اثبات حکم با لا ضرر انگاشته شده، اصلی‌ترین محور مورد مطالعه در تحقیق حاضر است. در این مقاله بر آنیم با چشم‌پوشی از سایر اشکالات وارده بر نظریه اثبات حکم به وسیله قاعده لا ضرر، صرفاً با بیان «محدور تأسیس فقه جدید» به‌عنوان یکی از یکی از مهم‌ترین ادله مشهور، دیدگاه ایشان را در بوته نقد کشیده و دیدگاه قائلین به اثبات حکم را تقویت نموده که در صورت پذیرش دیدگاه فوق‌الذکر، مانعی بسیار بزرگ از استناد به لا ضرر در اثبات حکم و قدرت اثبات‌کنندگی لا ضرر برداشته می‌شود.

در خصوص پیشینه تحقیق باید گفت با بررسی مقالات و کتب مرتبط دریافتیم که به قدر کفایت در مورد واژه‌های ضرر، ضرار، احکام وجودی و عدمی سخن رانده شده و آنچه که مغفول آثار فوق واقع شده، دقت و ریزنگری در بیان ادله مخالفین و نقد جدی آن‌ها است که در این پژوهش به بررسی و نقد تفصیلی یکی از ایرادات اساسی ایشان پرداخته‌ایم. مقاله اثبات حکم با قاعده لا ضرر، اثر سید علی محمد یثربی و جواد محمودی؛ مقاله حدیث لا ضرر و اختلاف در اثبات حکم بر پایه‌ی آن اثر احمد باقری و محمدجواد باقی زاده و مقاله آیا قاعده لا ضرر بر احکام عدمی حکومت دارد (آیا قاعده لا ضرر اثبات حکم می‌کند)؟ اثر حمید بهرامی احمدی از جمله آثاری هستند که در این زمینه نگاشته شده‌اند اما در هیچ‌یک از این موارد به میزان و دقت و حجم مقاله حاضر، «محدور تأسیس فقه جدید» مورد بررسی دقیق قرار نگرفته است. لذا نخست با

تلاش برای استقصای مخالفان و موافقان دیدگاه اثبات حکم با قاعده لا ضرر، به طرح ایراد اساسی فوق‌الذکر پرداخته و پاسخ‌هایی که می‌توان به آن داد را بررسی می‌نماییم.

۱. پیشینه تاریخی شمول لا ضرر بر عدمیات

با تتبع در کتب فقهی و اصولی و قواعد فقهی دانشوران امامی می‌توان به این نتیجه رسید که دو دیدگاه کلی درباره امکان اثبات حکم با قاعده لا ضرر در میان ایشان وجود دارد دسته‌ای موافق اثبات حکم و دسته‌ای دیگر مخالف اثبات حکم با قاعده فوق‌الذکر هستند.

۱-۱. قائلین به عدم شمول

فقه‌های زیادی را می‌توان از مخالفان شمول لا ضرر بر احکام عدمی محسوب کرد که از جمله آن‌ها می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

حبیب‌الله رشتی (رشتی، بی‌تا، ص. ۵)، میرزا محمدحسن آشتیانی (آشتیانی، بی‌تا، ج ۲، صص. ۲۲۹-۲۳۰)، موسی تبریزی، (تبریزی، ۱۳۶۹ق، صص. ۴۲۷-۴۲۹)، محمد امامی خوانساری (امامی خوانساری، ۱۳۵۲، صص. ۵۰۴-۵۰۵؛ امامی خوانساری، بی‌تا، صص. ۲۱۸ و ۳۴۷)، ملا عبدالله مامقانی (مامقانی، ۱۳۵۰ق، صص. ۳۳۹-۳۴۰)، ضیاءالدین عراقی (عراقی، بی‌تا، ج ۴، صص. ۳۵۴-۳۵۵ و ۳۶۳، موسوی خلخالی، ۱۴۱۸ق، ص. ۱۳۹)، محمدحسین اصفهانی (اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۴، صص. ۲۴۴-۲۴۶ و ۲۶۴)، میرزا محمدحسین نائینی (نائینی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص. ۳۲ و ج ۲، ص. ۲۰۴ و ۲۷۳-۲۷۴؛ خوانساری نجفی، ۱۳۷۳ق، ج ۱، ص. ۳۲ و ج ۲، صص. ۲۲۰-۲۲۲)، علی ایروانی (ایروانی، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص. ۲۸)، موسی خوانساری (خوانساری نجفی، ۱۳۷۳ق، صص. ۲۱۹-۲۲۰)، سید مرتضی فیروزآبادی (حسینی فیروزآبادی، ۱۴۰۰ق، ج ۴، صص. ۲۱۳ و ۳۱۲-۳۱۳)، سید محمود حسینی شاهرودی (جزایری، ۱۳۹۴ق، ج ۵، ص. ۳۳۵)، سید حسن بجنوردی (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، صص. ۲۳۵-۲۳۷ و ج ۲، ص. ۲۷۳)، سید محسن طباطبایی حکیم (حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۲، ص. ۲۳۹؛ حکیم، بی‌تا، صص. ۱۶۶ و ۲۶۹ و ۳۸۰)، میرزا فتاح شهیدی تبریزی (شهیدی تبریزی، ۱۳۷۵، ج ۳، ص. ۴۵۷)، سید احمد خوانساری (موسوی خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۷، ص. ۲۱۷ و ج ۵، ص. ۲۶۱)، امام خمینی^۱ (طاهری خرم‌آبادی، ۱۴۱۸ق، ص. ۴۰۴)، میرزا هاشم

آملی، (آملی، هاشم، ۱۳۹۵ق، ج ۵، صص. ۳-۴)، محمدتقی آملی (آملی، ۱۳۸۰ق، ج ۱۱، ص. ۴۱۷ و ج ۱۰، ص. ۴۶ و ج ۲، ص. ۲۱۸)، علی کاشف الغطاء (کاشف الغطاء، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص. ۲۳۱)، سید محمد روحانی (روحانی، ۱۴۲۰ق، ج ۱، ص. ۳۷۲؛ روحانی، ۱۴۱۳ق، ج ۵، ص. ۴۵۳)، سید محمدجعفر مروج جزایری (جزایری، ۱۴۱۶ق، ج ۵، ص. ۵۳۵ و ج ۶، ص. ۴۹ و ج ۷، ص. ۴۳۹؛ جزایری، ۱۴۱۵ق، ج ۶، صص. ۶۳۰-۶۳۵)، علی صافی گلپایگانی (صافی گلپایگانی، ۱۴۲۷ق، ج ۶، ص. ۵۱)، سید محمدصادق روحانی (روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۸، ص. ۴۱۶ و ج ۱۷، صص. ۱۷۹ و ۱۹۴ و ۲۵۲؛ روحانی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۴۵۷ و ج ۵، ص. ۴۳۱؛ روحانی، ۱۳۸۲ق، ج ۵، صص. ۲۵۷-۲۶۰ و ۲۷۴)، محمد اسحاق فیاض (فیاض، بی تا، ج ۷، ص. ۸۵ و ج ۸، ص. ۳۱۲)، محمدحسین ترحینی عاملی (ترحینی عاملی، ۱۴۲۷ق، ج ۸، ص. ۲۵)، علی اکبر سیفی مازندرانی (سیفی، ۱۴۳۰ق، صص. ۱۷۷-۱۷۸)، سید محمود هاشمی شاهرودی (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ص. ۱۹۰)، سید تقی طباطبایی قمی (طباطبایی قمی، بی تا، صص. ۱۳۷-۱۳۹؛ طباطبایی قمی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص. ۱۶۵ و ج ۳، صص. ۳۹۷ و ۴۶۰ و ج ۴، صص. ۱۱۴-۱۱۵؛ طباطبایی قمی، ۱۴۲۶ق، ج ۷، ص. ۵۴۵ و ج ۸، ص. ۵۹؛ طباطبایی قمی، بی تا، ج ۲، ص. ۳۴۱؛ طباطبایی قمی، ۱۴۰۰ق، ج ۴، ص. ۱۸۶)، محمد فاضل موحدی لنکرانی (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۵ق، ص. ۱۵۷؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۴ق، صص. ۱۴۹ و ۴۸۲، فاضل لنکرانی، ۱۴۰۳ق، ص. ۴۱۴؛ فاضل لنکرانی، ۱۳۸۳ق، ص. ۲۱)، یوسف مدنی تبریزی (مدنی تبریزی، ۱۴۲۹ق، صص. ۲۰۸-۲۰۹؛ مدنی تبریزی، ۱۴۰۳ق، ج ۵، ص. ۳۶۳)، محمدتقی حکیم (حکیم، ۱۴۱۸ق، صص. ۱۰۹-۱۱۰ و ۱۹۶-۱۹۷)، علی مروجی (مروجی، ۱۴۱۰ق، ج ۸، ص. ۳۱۳)، جواد تبریزی (تبریزی، ۱۴۲۶ق، ج ۴، ص. ۴۲۸؛ تبریزی، بی تا، ص. ۴۰؛ تبریزی، ۱۴۱۶ق، ج ۴، ص. ۱۶۷ و ۸۲)، سید محمد بجنوردی (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱ق، ج ۱، ص. ۲۶۶؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۷۸ق، صص. ۸۷-۸۸) و محمدتقی فقیه (فقیه، ۱۴۱۸ق، صص. ۲۲۵-۲۲۷).

۲-۱. قائلین به شمول

فقهای زیر را می توان از قائلین به شمول محسوب نمود:

ملا احمد نراقی (نراقی، ۱۴۱۷ق، ص. ۵۵)، میر عبد الفتاح مراغی (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۱، صص. ۳۱۶-۳۱۷)، شیخ اعظم انصاری (انصاری، ۱۴۱۴ق، ص. ۱۱۹)، محمد بن احمد نراقی (نراقی، ۱۴۲۲ق، ص. ۲۷۳)، علی موسوی قزوینی (قزوینی، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص. ۸۷۸)، حاج آقا رضا همدانی (همدانی، ۱۴۲۰ق، صص. ۵۷-۵۸ و ۱۲۱)، سید محمدکاظم یزدی (یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص. ۳۷؛ یزدی، ۱۴۲۶ق، ج ۲، ص. ۵۷۵)، ابوالحسن مشکینی (مشکینی اردبیلی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص. ۲۶۲؛ مشکینی اردبیلی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، صص. ۳۵۹ و ۳۶۲)، عبدالکریم حائری یزدی (به نقل از: طاهری خرمآبادی، ۱۴۱۸ق، ص. ۴۰۳؛ خمینی، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص. ۷۹؛ اراکی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، صص. ۴۸۲-۴۸۳)، سید محمد محقق داماد (طاهری، ۱۳۸۲، ج ۲، صص. ۵۵۶-۵۵۷)، سید ابوالقاسم خویی (خویی، ۱۴۱۷ق، ج ۳، صص. ۵۷۳-۵۷۶؛ خویی، بی تا، ج ۲، صص. ۵۰۳-۵۰۴؛ خویی، بی تا، ج ۳، صص. ۵۰۸-۵۰۹؛ واعظ الحسینی، ۱۴۱۷ق، ج ۱، صص. ۶۴۸-۶۵۲) ۲، شیخ حسین حلی، (حلی، ۱۴۱۵ق، صص. ۲۰۸-۲۱۰)، سید محمدباقر صدر (صدر، بی تا، ج ۵، صص. ۴۹۲-۴۹۴؛ صدر، ۱۴۰۸ق، ج ۴، صص. ۵۹۳-۵۹۴ حیدری، ۱۴۲۰ق، ص. ۲۹۶)، رضا مدنی کاشانی (مدنی کاشانی، ۱۴۱۰ق، ص. ۱۹۰)، محمدباقر خالسی (خالسی، ۱۴۱۵ق، ص. ۸۳)، محسن خرازی (خرازی، ۱۴۲۲ق، ج ۶، صص. ۴۵۲-۴۵۵)، سید علی حسینی سیستانی (حسینی سیستانی، ۱۴۱۴ق، صص. ۲۹۱-۲۹۲)، سید صادق حسینی شیرازی (حسینی شیرازی، ۱۴۲۷ق، ج ۵، ص. ۱۶۶)، حسین مرعشی شوشتری (مرعشی شوشتری، ۱۴۲۷ق، ج ۲، ص. ۱۵۳)، ناصر مکارم شیرازی (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ق، صص. ۱۴۸-۱۴۹ و ۳۶۶؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۸ق، ج ۳، صص. ۲۶۱-۲۶۳؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ج ۱، صص. ۸۶-۹۰؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۲ق، ص. ۳۷۸)، جعفر سبحانی تبریزی (سبحانی تبریزی، ۱۴۰۸ق، صص. ۸۳-۸۴؛ سبحانی تبریزی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، صص. ۱۱۰-۱۱۲؛ سبحانی تبریزی، ۱۴۱۴ق، صص. ۲۰۴-۲۰۵)، محمدکاظم مصطفوی^۳ (مصطفوی، ۱۴۲۶ق، ج ۲، ص. ۵۷)، باقر ایروانی (ایروانی، ۱۴۲۶ق، ج ۱، صص. ۱۴۶-۱۴۷) و مصطفی محقق داماد (محقق داماد، ۱۳۸۵، ج ۲، صص. ۹۶-۹۷ و ج ۱، صص. ۱۵۸-۱۶۱).

۲. محذور تأسیس فقه جدید

از دیدگاه مخالفین، ثمره پذیرفتن این نظریه، تن دادن تأسیس فقهی جدید و کنار گذاردن بسیاری از احکام و قوانین مسلم فقهی است. محقق خوانساری محذورات فقه جدید را چنین عنوان می‌کند: ۱- اگر قاعده شامل احکام عدمی شود؛ باید تدارک هر ضرری لازم باشد؛ اگر سبب ضرر، شخص باشد جبران زیان به عهده او والا جبران زیان با بیت‌المال است؛ پس باید در آفات آسمانی و زمینی هم لا ضرر جاری شود، یعنی شارع باید ویران گر تمام ضررها باشد حتی ضررهایی که در اثر آفات ارضی و سماوی حاصل می‌شوند؛ ۲- لازم می‌آید که طلاق به دست زوجه باشد در صورتی که بقاء بر زوجیت مضر به حال او باشد مثل موردی که شوهر غائب باشد یا نفقه او را به علت نداری یا از روی عمد ندهد؛ ۳- لازم می‌آید که در مثال زوجه و عبد، زوجیت و رقیبت، خود به خود منحل شود نه اینکه به دست زوجه یا عبد یا به دست حاکم باشد. التزام برخی از فقها، به این محذورات به علت قاعده لا ضرر نیست، بلکه به دلیل خاص و روایاتی است که در این زمینه وجود دارد که دلالت بر جواز طلاق زنی که کسی حاضر به ادای نفقه او نیست یا زوجه او غایب باشد، توسط والی و حاکم دارد. ایشان التزام به طلاق زوجه توسط حاکم را به علت ضرر معارض با روایات نبوی دیگر، می‌داند که حکم به صبر نموده‌اند تا مرگ شوهر یا طلاق او محرز شود. با اعمال قاعده لا ضرر نمی‌توان ولایت حاکم شرع را اثبات کرد به این دلیل که عدم ثبوت ولایت شرعی، موجب ضرر بر زوجه است. گذشته از اینکه باید در بقیه علاقه‌هایی که وجود دارد مثل علاقه رقیبت، علاقه تبعیت و غیره اگر بقاء علقه، موجب ضرر باشد باید حاکم بتواند رفع اثر از آن نماید. گذشته از اینکه قائلین به این قول، از این نیز فراتر رفته و طلاق حاکم را نازل منزله طلاق شوهر قرار داده‌اند که مرجع این قول به اثبات حکم طلاق به وسیله قاعده لا ضرر باشد (خوانساری نجفی، ۱۳۷۳ق، ص. ۲۲۱).

خلاصه، 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، قاعده «لا ضرر» ولایت بر امر طلاق برای زوجه یا حاکم شرعی، مطمئناً ضرری به حال زوجه است بنابراین،

قاعده‌ی «لا ضرر» 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 (خوانساری نجفی، ۱۳۷۳ق، ص. ۲۲۱). نظیر این مطلب را برخی از فقیهان در مورد ضمان منافع انسان آزاد به واسطه حبس، اظهار کرده و مدعی شده‌اند اگر قاعده‌ی نفی ضرر و ضرار، مقتضی ضمان در این بحث شود، موجب ایجاد فقه جدیدی می‌شود، چراکه 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 (ع) مقرر شده است؛ بنابراین وجهی برای ضمان وجود ندارد، همان‌طور که فقیهان به این حکم قطع پیدا کرده‌اند (خوانساری نجفی، ۱۳۷۳ق، ص. ۲۲۱).

۳. پاسخ به اشکال

به این اشکال نیز شش پاسخ می‌توان داد:

۳-۱. پاسخ اول

البته قسمت اول اشکال ایشان را بعدها جداگانه آورده و به تفصیل پاسخ می‌دهیم لکن به‌طور خلاصه می‌گوییم: در موردی که ضرر بر اثر حوادث قهری باشد، حکم به لزوم جبران آن از بیت‌المال وجهی ندارد؛ زیرا قاعده، خبر از تکوین ندارد تا حکم به جبران از آن قابل استنباط باشد (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص. ۱۱۲).

هم‌چنین مسئله طلاق دارای صورت‌های بسیاری است. مثلاً یا زوج حاضر است یا غائب؛ در صورت غیبت، زنده بودن شوهر معلوم است یا خیر؛ در هر دو فرض، یا ولی زوج نفقه زن را می‌دهد یا خیر؛ نهایت چیزی که قاعده می‌رساند این است که جواز انحلال علقه زوجیت است؛ اما در دلالت بر اینکه طلاق، به دست زوجه یا حاکم باشد، قاصر است (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص. ۱۱۳). بعلاوه اینکه ممکن است حکم هر موری با مورد دیگر فرق داشته باشد؛ لذا همه صور را به یک چوب راندن کار صحیحی نیست. مکارم شیرازی در این باره مطرح نموده اینکه گفته شد، اگر شوهر زن غایب شود، امر طلاق به دست زوجه می‌افتد این حکم مخالف نصوص خاصه‌ای است

که در کتاب طلاق وارد شده و این مسئله صورت‌های مختلفی دارد که در آنجا ذکر شده است؛ زیرا زوجه یا علم به حیات زوج دارد یا ندارد، اگر می‌داند که زنده است، باید صبر کند و اگر نمی‌داند زنده است یا نه یا ولی زوج نفقه او را می‌دهد یا نمی‌دهد، اگر ولی زوج نفقه او را می‌دهد که در این صورت نیز باید صبر کند و اگر نمی‌دهد، به حاکم شرع شکایت می‌کند و حاکم به مدت چهار سال در امر او تحقیق می‌کند و الی آخر و احکام دیگری که با مدارک و نصوص آن، در کتاب طلاق مذکور است.

خلاصه اینکه اگر حکم به جواز طلاق زوجه در آنجا نمی‌دهند، به جهت پیروی از نصوص است و اگر این نصوص نبود، تمسک به قاعده «لا ضرر» در این باب مانند سایر ابواب، بعید نبود.

گذشته از این، از تمسک به قاعده «لا ضرر» در اینجا، لازم نمی‌آید که امر طلاق به دست زوجه بیافتد - آن چنان که محقق مذکور گمان کرده - بلکه نهایت چیزی که از این قاعده در اینجا استفاده می‌شود، جواز به هم زدن عقد نکاح است؛ اما اینکه این کار به دست زوجه باشد، از این قاعده استفاده نمی‌شود؛ پس می‌گوییم که امر طلاق یا به دست حاکم است، یا به دست ولی زوج، اگر ولی زوج طلاق داد که هیچ و اگر طلاق نداد، حاکم او را مجبور به طلاق می‌کند. این حکم، مقتضای قواعد مذهب و مقتضای جمع بین نصوص است؛ و گروهی هم قائل شده‌اند به اینکه در بعضی صور مسئله، نیازی به طلاق نیست؛ بلکه حاکم امر می‌کند که عدّه نگه دارد و با رعایت عدّه از زوج جدا می‌شود (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ص. ۹۰).

ایشان دلیل سوم مرحوم نائینی را نیز مورد نقد قرار می‌دهد. به این صورت که مرحوم نائینی می‌گوید: در مثال زوجه تحت شدت و در مثال عبد تحت شدت، علقه زوجیت و یا رقیت، باید خود به خود منحل شود و نه اینکه به دست زوجه و یا به دست حاکم باشد. ایشان در نقد بیانات محقق نائینی می‌گوید: بیشترین چیزی که از قاعده لا ضرر، به دست می‌آید، رفع ضرر از زوجه و عبد تحت شدت است و قاعده لا ضرر، فقط عدم جواز طلاق و یا عدم جواز عتق را بر می‌دارد و نسبت به سایر جهات باید به قواعد مراجعه بکنیم؛ زیرا در قاعده لا ضرر، هیچ دلیلی وجود ندارد برای انحلال علقه زوجیت و یا رقیت؛ بنابراین اینکه آیا انحلال زوجیت و یا رقیت، سبب

می‌خواهد یا اینکه سبب نمی‌خواهد و همچنین سایر موارد بر عهده قاعده لا ضرر نیست (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص. ۱۱۳). هم‌چنین مکارم شیرازی در این باره می‌گوید آنچه محقق نائینی (قدس سره) بیان داشتند که احتمال دارد نکاح بدون احتیاج به طلاق منفسخ شود، حرف عجیبی است؛ زیرا اقتضای جمع بین احکام شرع و اهداف آن و ملاکات احکام آن، این است که به طریقی رفع ضرر شود که کمترین محذور پیش آید و از طرفی می‌دانیم این دو حکم: ۱- از بین رفتن پیوند ازدواج متوقف بر طلاق است. ۲- اختیار طلاق به دست زوج است. از احکام ثابت شرع است. حال اگر دفع ضرر تنها با الغاء حکم دوم که در واقع شرطی از شرایط طلاق است امکان پذیر باشد، به اینکه ما حق طلاق را به ولی امر که حافظ نفوس و اموال و آبروی مسلمین است بدهیم، دیگر چه وجهی دارد که حکم اول که اصل طلاق و متوقف بودن فسخ زوجیت بر آن، باشد را مهمل بگذاریم و حکم کنیم که به مجرد ضرر بدون طلاق پیوند زوجیت منفسخ می‌شود؟! نتیجه اینکه برای تخصیص زدن عمومات احکام اولیه، به وسیله قاعده «لا ضرر»، تنها بر مورد ضرورت اقتضار می‌شود (مکارم، شیرازی، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ص. ۹۰). لکن فرضی که زوج حاضر است، ولی نفقه نمی‌دهد، حال یا به خاطر فقر، یا از سر عصیان یا اینکه غایب است ولی به دلیل عدم بسط ید حاکم، یا موانع دیگر، امکان جستجو و تحقیق درباره او نیست و کسی هم نیست که نفقه او را بپردازد و راضی به صبر کردن هم نمی‌شود، محقق طباطبایی یزدی در «ملحقات عروه» قائل است به اینکه ممکن است بگوییم جایز است حاکم او را طلاق دهد، خصوصاً اگر جوان باشد و اگر بخواهد تمام مدت عمر خود را صبر کند به مشقت شدید می‌افتد، به دلیل دو قاعده «نفی حرج» و «نفی ضرر» (یزدی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص. ۷۵) و به دلیل اخبار فراوانی که در «باب وجوب نفقه زوجه» وارد شده که «اگر زوج آنچه با آن زوجه خود را بپوشاند به او ندهد و غذای او تأمین نکند، امام حق دارد که آن دو را از یکدیگر جدا کند» (ابن بابویه، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص. ۴۴۱؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص. ۷۸۹)، یا اینکه بر زوج لازم است او را طلاق دهد که روایات صحیحه نیز در آن وجود دارد و تأیید سخن سید این است که علما در باب وجوب نفقه زوجه، به این روایات استدلال کرده‌اند و این اشکال را مطرح نکرده‌اند که این روایات، با قاعده «لا ضرر» مخالفت

دارد اگر چنین بود عادتاً باید به آن گوشزد می‌کردند. برای تأیید گفته‌ها می‌توان به کتاب جواهر (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص. ۳۰۱) و ریاض (طباطبائی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۱، ص. ۲۹۴)، باب وجوب نفقه مراجعه نمود.

در مسالک (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۹، ص. ۲۸۸) نیز در باب «کسی که شوهرش غایب است» این قول را حکایت کرده که اگر زوج از پرداخت نفقه ناتوان شد، زن می‌تواند از نکاح او خارج شود، هر چند قائل آن را نام نبرده؛ و برای جواز طلاق در بعضی از صور مسئله (مسئله زنی که شوهرش از او غائب است) علاوه بر نصوص، به دو قاعده «نفی حرج» و «نفی ضرر» استدلال کرده است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۹، ص. ۲۸۶).

نتیجه اینکه، مخالفت این فتوا با فتوای اصحاب معلوم نیست، خصوصاً که این بزرگان به آن قائل شده یا به آن تمایل نشان داده‌اند. باقر ایروانی نیز می‌گوید اشکال میرزای نائینی شبیه شعار است و هیچ پشتوانه و دلیل علمی ندارد، زیرا خود ایشان نقل کردند که مرحوم سید یزدی در ملحقات عروه این حکم را پذیرفته است و به وسیله قاعده لا ضرر قائل به ثبوت حق طلاق برای غیر زوج می‌باشد (ایروانی، ۱۴۲۶ق، ج ۱، ص. ۱۴۶). لذا اینکه از سوی برخی فقیهان ادعا شده فتوای سید یزدی مستند به لا ضرر و لا حرج نبوده و فقط به دلیل روایات خاصه در با طلاق است صحیح نیست (جزائری، ۱۳۹۴ق، ج ۵، ص. ۳۳۶؛ روحانی، ۱۳۸۲، ج ۵، ص. ۲۶۰).

۲-۳. پاسخ دوم

در مثالی که منکرین آورده‌اند، حتی بر مبنای تفسیر ایشان از قاعده‌ی لا ضرر می‌توان عدم انحصار ولایت زوج بر طلاق در مواقع ضرورت و اضطرار را استنتاج کرد، چه آن‌که 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 قاعده، نفی می‌شود؛ اما از آنجا که اجماع و ضرورات فقه دلالت 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 (کلینی، ۱۳۸۸ق، ج ۵، ص. ۴۰۳؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۲، ص. ۹۸).

۳-۳. پاسخ سوم

این حکم و احکام از این قبیل هرگز فقه جدیدی را تأسیس نمی‌کنند زیرا روایات وارد شده در این مسئله دلالت دارند بر اینکه اگر زوج نفقه زوجه‌اش را پرداخت نکرد، زن می‌تواند به حاکم رجوع کند و او زوج را به پرداخت نفقه یا طلاق زوجه، وادار کند و چنان چه شوهر امتناع کند حاکم از جانب او، طلاق را جاری خواهد کرد؛ زیرا حاکم، ولی ممتنع است (ابن بابویه، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص. ۴۴۱؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۱، ص. ۵۰۹؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۶ق، ج ۲۲، ص. ۷۸۹).

حکم به ضمان در مسائلی نظیر آنچه گفته شد نه تنها فقه جدیدی را تأسیس نمی‌کند و مخالف مبانی فقهی و قواعدی که از اهل بیت (ع) رسیده است، نیست بلکه به عکس با روح قوانین شریعت مبنی بر ظلم ستیزی و حمایت از منافع مظلوم و دفاع از حق الناس و جلوگیری از ورود خسارت بی‌جهت به افراد، سازگارتر است.

۳-۴. پاسخ چهارم

به فرض که این نظر مستلزم تأسیس 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 نبود، یا باید آن را پذیرفت یا با ادله‌ای که مبنای شرعی یا عقلی داشته باشد باید آن را رد کرد زیرا «نحن ابناء الدلیل». لذا پایبندی به دستگاه سنتی فقهت شیعه، هیچ منافاتی با نتایج جدید فقهی ندارد.

فقه به معنای ثبوت کامل و همیشگی همه فتواها نیست. فتاوی مخالف مشهور که بدو از سوی مشهور فقها مورد انکار قرار گرفته و سپس به قول مشهور بدل شده کم نیستند. فقها ۵۰۰ سال می‌گفتند: آب چاه، حکم آب قلیل را دارد و مثلاً در صورت برخورد با نجاست نجس می‌شود. مرحوم علامه حلی با بررسی مجدد ادله، نظر جدیدی ارائه دادند. حال ما فتوای مرحوم حلی را جزو فقه سنتی می‌دانیم. مگر فقیهانی همچون وحید بهبهانی یا شیخ انصاری یا در دوران معاصر، آیت‌الله خویی دستگاه فقهت جدید و در برخی موارد، مخالف مشهور ارائه نکرده‌اند؟ مگر نظر شیخ جعفر کاشف الغطاء

درباره معاطات بدیع نبود؟ مگر وحید بهبهانی نظریه «انسداد» را در امامیه نپرواند؟ مگر شیخ انصاری برای نخستین بار از حجیت سیره سخن نگفت و در باب تعارض و اصول عملیه به ابداع دست نزد؟ مگر آیت الله خوئی از نخستین کسانی نبود که از عدم انجبار و وهن خبر با عمل و اعراض فقیهان سخن گفت و علاوه بر آن بسیاری از مبانی مشهور امامیه در بررسی اخبار و روایات و هم‌چنین بسیاری از شهرت‌ها و اجامعات و... را زیر سؤال نبرد؟ خود همین صاحب جواهر که برخی ادعا می‌کنند جواهر در واقع سخنگوی مشهور است ولی به نظر می‌رسد این‌طور نیست. درست است که وی به اجماع و شهرت اعتماد دارد ولی در موارد بسیاری برخلاف مشهور فتوا داده و ادله آن‌ها را به شدت مورد نقد و ایراد قرار داده است. بی‌شک تأکید حضرت امام (ره) بر ضرورت تحفظ بر جریان فقه سنتی و اجتهاد جواهری به معنای حفظ تمام خصوصیات متعین فقه جواهری نیست که اگر چنین بود مکتب شیخ انصاری و ابتکارات مرحوم نائینی و مرحوم محقق اصفهانی و مرحوم آقا ضیاء و مرحوم آقای خوئی و... همگی عدول از فقه جواهری به حساب می‌آید! بلکه ابتکارات خود حضرت امام (ره) هم‌چون خطابات قانونیه که به تعبیر برخی بزرگان کل فقه و اصول را متحول می‌سازد، همگی عدول از فقه جواهری خواهد بود!

علاوه بر این، فقه قدیم یا جدید هیچ موضوعیتی ندارد بلکه آنچه مهم است نحوه‌ی استناد به ادله و براهین عقلی و شرعی است. بر این اساس باید توجه داشت «شمول حدیث لا ضرر نسبت به احکام عدمی، مطلبی صحیح است و تا زمانی که اجماعی برخلاف آن قائم نداشته باشد، آثار و نتایج مترتب به آن پذیرفته شود وگرنه مشهور نبودن حکمی در نظر فقها و اینکه مشهور علما به آن فتوا نداده‌اند مانع از تمسک به عدم حدیث لا ضرر نمی‌باشد و حدیث لا ضرر چه در احکام وجودی و چه در احکام عدمی جاری است اگرچه مشهور فقها به آن فتوا نداده باشند» (ایروانی، ۱۴۲۶ق، ج ۱، ص. ۱۴۶).

۳-۵. پاسخ پنجم

پاسخ دیگر این است که اساساً تأسیس فقه جدید نمی‌تواند یکی از ادله در کنار ادله اربعه باشد. صاحب جواهر اولین فقیهی که به محذور بودن تأسیس فقه جدید، به‌عنوان

پشتوانه یک حکم فقهی پرداخته است (نجفی، ۱۴۲۱ق، ج ۴، ص. ۴۳۵). وی در بحث لباس نمازگزار به این محذور استناد کرده است. پس از وی شیخ انصاری در کتاب مکاسب، فرائد الاصول و مطرح الانظار از محذور بودن تأسیس فقه جدید به عنوان دلیل، برای مباحث فقهی و اصول فقهی استفاده کرده (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶، ص. ۱۰۱؛ انصاری، ۱۳۸۳، ج ۲، ص. ۴۵۹؛ انصاری، ۱۴۱۲ق، ج ۴، ص. ۴۱۳)؛ و قبل از ایشان هیچ اثری از این تعبیر در میان کتب اصولی و فقهی دیده نمی‌شود. پس از این دو فقیه، فقهای زیادی در مباحث متنوع فقهی و اصولی به این دلیل استناد کرده‌اند. البته این دو فقیه سایر فقها به عنوان دلیل از این محذور استفاده کرده اما پشتوانه این دلیل را مورد بررسی قرار نداده‌اند صرفاً از این جمله که در موارد مختلفی از جانب فقیهان برای اثبات دیدگاه خود یا تخطئه فتوای مخالف استفاده شده به این نحو که قول خود را بیان نموده و می‌گویند در غیر این صورت منجر به تأسیس فقه جدید می‌شود^۱ یا اینکه در رد قول مخالف می‌گویند التزام به این قول منجر به تأسیس فقه جدید می‌شود^۲؛ لکن این نوع استدلال نمودن هیچ وجهی ندارد؛ زیرا اگر مراد ایشان از التزام به دیدگاهی فقهی یا اصولی - که مثلاً در فرض مسئله ما ادعای شمول لا ضرر بر عدمیات منجر به تأسیس فقه جدید می‌شود - مخالفت با اجماع فقیهان و تسالم اصحاب یا هر مورد فقهی و اصولی دیگری که باشد خود آن ادله فقهی مانع از اثبات آن حکم خاص می‌گردد و نیاز به استفاده از محذور بودن تأسیس فقه جدید به عنوان یک دلیل نیست.

لذا علاوه بر اینکه لزوم تأسیس فقه جدید که هیچ اصل و پایه و اساسی ندارد را، به عنوان یک دلیل مستقل قبول نداریم. در صورت پذیرفتن تأسیس فقه جدید به عنوان یک محذور، باز هم این نکته به تقویت دیدگاه نائینی منجر نمی‌شود و بلکه به عکس، به ایشان اشکال می‌نماییم که با توجه به استفاده متعدد دانشوران امامی - که حتی قبل از ایشان بوده‌اند و خصوصاً فقهای متقدم - از قاعده لا ضرر به نحو عام (هم در احکام وجودی و هم احکام عدمی) در مصادیق گوناگون فقهی، قائل شدن به انحصار شمول لا ضرر بر احکام وجودی منجر به تأسیس فقه جدید می‌شود و ایشان باید پاسخ دهند که چگونه می‌توانند برای اثبات مدعای خویش از این محذور بزرگ رهایی یابند.

۶-۳. پاسخ ششم

پاسخ دیگر این است که جناب نائینی که به‌عنوان یک فقیه و اصولی برای رد نظر مخالف اصطلاح تأسیس فقه جدید را به کار می‌برد باید توجه داشته باشد که همین نکته دامن دیدگاه‌های خود ایشان را در دیگر مسائل فقهی و اصولی خواهد گرفت و از ایراد نمودن دیگر فقیهان نسبت به آرای خود با حربه تأسیس فقه جدید مصون نخواهد ماند که به‌عنوان نمونه به دو دیدگاه ایشان که به ادعای دیگر فقیهان موجب تأسیس فقه جدید خواهد شد، اشاره می‌نماییم. در حالی که شیخ انصاری بیان می‌کند: معنای لا ضرر این است که از جانب شارع حکمی که مستلزم ضرر بر شخصی باشد تشریح نشده است خواه حکم تکلیفی باشد یا وضعی (انصاری، ۱۴۱۲ق، ج ۲، ص. ۵۳۴) که میرزای نائینی نیز گرچه شمول لا ضرر بر احکام عدمی را منکر است لکن لا ضرر را در احکام وضعی مانند دیدگاه شیخ انصاری جاری دانسته و از قائلان به همین دیدگاه است (خوانساری نجفی، ۱۳۷۳ق، ص. ۲۲۰). برخی از فقها استفاده از قاعده لا ضرر در احکام وضعی را منجر به تأسیس فقه جدید می‌دانند (طباطبایی قمی، ۱۴۲۶ق، ج ۳، ص. ۴۳۲). لذا دیدگاه ایشان منجر به تأسیس فقه جدید می‌شود. یا در مورد دیگر، ایراد شهید صدر به دیدگاه نائینی و مدرسه ایشان در مورد دلیل دلالت ماده امر، بر وجوب است که ایشان می‌گویند به حکم عقل است که امر دلالت بر وجوب دارد. شهید صدر به ایشان ایراد نموده که دیدگاه ایشان منجر به تأسیس فقه جدید می‌شود به این بیان که مشهور بین اصولیان متأخر دلالت ماده امر بر وجوب است. شهید صدر در توضیح ظهور ماده امر و صیغه امر در وجوب می‌فرماید ظهور امر در وجوب قطعی است اما بحث در مورد کیفیت دلالت امر بر وجوب است که اختلاف دارند که بر سه دسته‌اند:

۱- مسلک دلالت وضعی. بر این اساس دلالت بر اساس وضع ماده امر بر وجوب است به این مفهوم که در هنگام وضع ماده امر معنای وجوب را هم در آن لحاظ کرده‌اند که مشهور بر این عقیده‌اند.

۲- مسلک دلالت عقلی. بر این اساس دلالت بر وجوب، به حکم عقل است چون مولی بر ما حق طاعت دارد بنابراین باید تمام امرها و طلب‌های وی را عملی ساخت مگر خودش قرینه‌ای بر ترخیص بدهد که نائینی و مدرسه ایشان بر این عقیده‌اند.

۳- مسلک اطلاق و مقدمات حکمت. بر این اساس دلالت بر وجوب با اطلاق و مقدمات حکمت است: به این مفهوم که اگر مولی به چیزی به طور مطلق امر کند و قیدی مبنی بر عدم لزوم انجام امر ذکر نکند کشف می‌کنیم که منظورش وجوب بوده، زیرا اگر منظورش استحباب بود باید قید اضافی می‌آورد. مشهور قول اول را قبول کرده‌اند که محقق عراقی بر این عقیده است (صدر، بی تا، ج ۲، ص. ۱۸).

محقق نائینی در تبیین حکم عقل به وجوب می‌گوید: مفاد کلمه امر، طلب است و همان طور که صیغه امر دلالت بر وجوب نمی‌کند بلکه در صورت صدور صیغه امر از سوی مولی تا قبل از وصول ترخیص در ترک، عقل حکم به وجوب می‌کند، در مورد ماده امر نیز به همین صورت خواهد بود (نائینی، ۱۳۵۲، ج ۱، ص. ۹۵).

شهید صدر دو اشکال اساسی بر مسلک نائینی وارد می‌نماید که در اشکال دوم می‌گوید دیدگاه ایشان منجر به تأسیس فقه جدید می‌شود.

اشکال اصلی و اول ایشان این است که حکم عقل به وجوب نمی‌تواند مطلق بعث باشد؛ زیرا تا طلب و بعث شدید احراز نشود، عقل حکم به وجوب نمی‌کند. برای احراز بعث و طلب شدید هم به دلالت دلیل لفظی نیاز هست. لذا نمی‌توان مسئله را موکول به حکم عقل کرد. به این بیان که موضوع حکم عقل به وجوب، مطلق صدور طلب و بعث نیست؛ زیرا اگر عبدی از طریقی می‌دانست که در موردی که طلب یا بعث صادر شده است ملاکی وجود دارد که فوت شدن آن مولا را ناراحت نمی‌کند، در این صورت عبد برای خود قائل به جواز ترخیص خواهد بود. در نتیجه ملاک وجوب، اصل صدور طلب یا بعث نیست بلکه مرتبه شدید طلب است که موضوع حکم به وجوب است. در حرمت هم همین گونه است.

حال که مرتبه شدید طلب یا بعث و زجر موضوع حکم عقل شد، کشف این مرتبه شدید از طریق دلیل لفظی ممکن خواهد بود؛ بنابراین نمی‌توان گفت منشأ ظهور، حکم عقل است، بلکه این دلیل لفظی است که کاشف از مرتبه شدید طلب است و اگر دلیل، دلالتی بر مرتبه شدید طلب نداشت، وجوب و حرمتی وجود نخواهد داشت.

تفاوت این بیان با بیان محقق نائینی این است که در بیان محقق نائینی مطلق طلب مولا موضوع حکم عقل بر لزوم امتثال بود؛ اما در بیان شهید صدر، صرف طلب موضوع

نیست بلکه مرتبه شدیدتر طلب است که موضوع حکم عقل است و تنها راه برای فهم این مرتبه هم دلالت لفظی دلیل است. در نتیجه همه چیز مستند به دلیل لفظی خواهد شد.^۶

در خصوص اشکال دوم ایشان می‌گویند اگر کسی بخواهد بگوید حکم عقل در وادی امثال مبنای وجوب و حرمت است این مستلزم فقه جدید است که اشکال دوم خویش را به صورت نقض‌هایی، مطرح می‌کنند. برخی از این نقض‌ها را بررسی خواهیم نمود.

در نقض اول ایشان دو تالی فاسد بر دیدگاه نائینی ذکر می‌نماید:

الف) تالی فاسد اول، منتفی شدن تعارض بین عام و خاص: وقتی خاصی داشته باشیم نظیر «اکرم الفقیه» و عامی نظیر «لا بأس بترک اکرام العالم»^۷ یا «لا بأس بترک اکرام العلما»؛ در اینجا نسبت فقیه با عالم، نسبت عموم و خصوص مطلق است. در روال عادی در فقه گفته می‌شود این دو دلیل، تعارض دارند و این تعارض، غیر مستقر است. مشکل این تعارض با تخصیص حل می‌شود. چون خاص، قرینه بر رفع ظهور عام می‌شود؛ زیرا ایشان ظهور خاص را اقوی از عام می‌دانند و همین نکته منجر به تخصیص عام می‌شود. در نتیجه این تعارض، تعارض بدوی و تعارض غیر مستقر است. فلذا در مثال مورد نظر «اکرم الفقیه»، «لا بأس بترک اکرام العالم» را تخصیص می‌زند و نتیجه نهایی، «وجوب اکرام فقیه» و «عدم وجوب علمای غیر فقیه»، خواهد بود.

لکن اینجا اصلاً تعارضی وجود نخواهد داشت؛ زیرا «اکرم الفقیه»، دلالت بر اصل طلب می‌کند؛ و دلالت بر وجوب نمی‌کند تا تعارضی بین وجوب و «لا بأس» آید. در حالی که در سیستم مشهور از «اکرم الفقیه»، وجوب به دست می‌آید و از «لا بأس بترک اکرام العالم»، نفی وجوب به دست می‌آید. پس در مبنای مشهور تعارض وجود دارد اما بر مبنای محقق نائینی از «اکرم الفقیه»، اصلاً وجوبی به دست نمی‌آید و تعارضی وجود نخواهد داشت ولو به شکل تعارض غیر مستقر به بیانی دیگر فرمایش محقق نائینی، در این فرض تعارض غیر مستقری وجود ندارد؛ زیرا «اکرم الفقیه» دلالت بر وجوب

نمی‌کند. بلکه دلالت بر مطلق طلب می‌کند. در این صورت با «لا بأس» درگیر نیست. «لا بأس» با وجوب درگیر است؛ اما با این توضیح، وجوبی در کار نیست تا «لا بأس» با آن درگیر باشد. پس اولاً تعارض مستقر نداریم.^۸

ب) تالی فاسد دوم بر فرض تنزل از اشکال اول، تقدم عام ترخیصی بر خاص لزومی: تالی فاسد دوم ایشان این است که اگر تعارضی هم باشد، لا بأس باید موضوع «اکرم الفقیه» را بردارد؛ زیرا «لا بأس» ترخیص است و ترخیص موضوع حکم عقل بر وجوب را برمی‌دارد؛ و این بر عکس روال مرسوم در فقه است و هیچ کس بدان ملتزم نیست؛ یعنی اگر از مورد اول تنزل شود و فرض شود تعارضی به وجود می‌آید - مثلاً کسی بگوید بالاخره طلب هم با «لا بأس» تعارض دارد و برای تحقق تعارض، لزومی نیست حتماً وجوب باشد، بر اساس مسلک محقق نائینی متعین این است که «لا بأس» موضوع وجوب را بردارد. وقتی موضوع وجوب، برداشته شد، نتیجه بر عکس حرف مشهور می‌شود؛ زیرا این «لا بأس» است که تقدم بر «اکرم الفقیه» پیدا می‌کند؛ و تقدم آن‌هم از باب برداشتن موضوع است؛ زیرا محقق نائینی فرمودند حکم عقل بر وجوب، معلق بر عدم وجود ترخیص است. در نتیجه «لا بأس» از این باب که ترخیص است، موضوع حکم عقل را برمی‌دارد. در نتیجه با رفتن موضوع، وجوب منتفی می‌شود.^۹

به خاطر همین نکته است که شهید صدر قائل هستند که بیان محقق نائینی منجر به فقه جدید خواهد شد. به نظر ایشان، اولاً نباید فتوا به عدم تعارض غیر مستقر داده شود و ثانیاً نباید فتوا به تقدم خاص بر عام داده شود، بلکه در این موارد باید فتوا دهید که عام، رافع موضوع خاص است. موضوع خاص این بود که ترخیصی نباشد، در حالی که «لا بأس» (عام) ترخیص است. در نتیجه وجوبی در کار نخواهد بود. لذا به بیان ایشان، این نتایج منجر به فقه جدید خواهد شد.

در نقض دوم هم بیان می‌نماید که بر اساس مسلک محقق نائینی باید سؤال شود که اگر موضوع حکم عقل عدم ترخیص متصل است، مشکل پیش می‌آید. مشکل هم این است که در این صورت وجود بیان منفصل منافات با حکم عقل خواهد داشت. وقتی ترخیص متصلی وجود ندارد، عقل حکم به وجوب می‌کند ولی این وجوب با بیان

منفصل منافات دارد و کسی به این ملتزم نیست؛ و اگر گفته شود موضوع حکم عقل، مطلق عدم ترخیص است (چه متصل و چه منفصل)؛ در این صورت در فرض شک در ترخیص منفصل باید دست از حکم عقل برداشته شود؛ و این خلاف مسلک آقایان است؛ زیرا این بزرگواران می‌خواستند بگویند اگر بعث مولا محقق شد، نباید بعث مولا بدون جواب بماند. ولی اگر مبنا نبود مطلق بیان شد، دیگر عقل عند الشک حکم به وجوب نمی‌کند. اگر هم گفته شود که بحث مسئله احراز است و کاری با واقع نداریم که حال واقع یا با بیان متصل به دست آید یا با بیان منفصل؛ همین که ترخیص احراز نشد، عقل حکم می‌کند. ایشان می‌فرمایند اشکالات قبلی اینجا وجود ندارد ولی اشکال دیگری وجود دارد و آن اینکه این وجوب، وجوب واقعی نیست. بلکه وجوب در وادی امتثال است. در حالی که آقایان در این فرض قائل به وجوب واقعی هستند؛ به عبارت دیگر، شهید صدر در نکته دوم خود می‌گوید در این جور موارد باید معلوم شود که وقتی این مسلک معتقد است موضوعی وجود دارد برای وجوب، دقیقاً این موضوع چیست؟ سه فرض وجود دارد:

- ۱- اینکه وقتی ترخیص متصل نبود، عقل حکم به وجوب می‌کند.
 - ۲- اینکه مطلق ترخیص (اعم از ترخیص متصل و ترخیص منفصل) مراد باشد؛ یعنی برای اینکه عقل حکم به وجوب کند، نباید هیچ‌گونه ترخیصی وجود داشته باشد؛ نه ترخیص متصل و نه ترخیص منفصل.
 - ۳- اینکه مراد «احراز ترخیص» باشد. احراز یک امر اثباتی است اما بیان متصل یا منفصل یک امر ثبوتی است. پس در این فرض واقع ترخیص مدنظر نیست بلکه مهم، احراز آن است. ایشان می‌فرمایند به هر سه فرض اشکال وارد است.
- در فرض اول، وقتی گفته می‌شود موضوع، ترخیص متصل است یعنی برای حکم عقل بر وجوب، وجود نداشتن ترخیص متصل ملاک است. در این صورت اگر بعداً ترخیص منفصلی آمد، باید گفت بین آن حکم عقل بر وجوب و صدور این ترخیص منفصل منافات وجود دارد.
- در فرض دوم یعنی وقتی موضوع حکم عقل مطلق ترخیص باشد، هنگامی که در وجود ترخیص منفصل شک می‌شود، باید از حکم عقل بر وجوب دست برداشت. در

حالی که بر مبنای محقق نائینی، عقل در صورت وجود بعث، حکم به وجوب می‌کند تا زمانی که خلاف آن اثبات شود، اما بر اساس این تحلیلی که ارائه می‌دهید در فرض موضوع بودن مطلق ترخیص، عقل در فرض احتمال وجود ترخیص منفصل دیگر حکم به وجوب نمی‌کند.

در فرض سوم یعنی وقتی گفته شود واقع ملاک نیست (تا با متصل یا منفصل، واقع شناسایی شود)، بلکه آنچه مهم است احراز ترخیص است. در این صورت اشکالات قبلی وارد نخواهد بود لکن اشکال دیگری پیش می‌آید و آن این است که حکمی که به دست می‌آید یک حکم ظاهری خواهد بود، در حالی که فرض کلام تحلیل یک حکم واقعی بود.

بنابراین مجموع فرمایش شهید صدر در این نقض این است که لازمه سازمان وجوب و حرمت عقلی، یک فقه جدید خواهد بود!

بنابراین شهید صدر بعد از اشکال اصلی به محقق نائینی، لوازمی را برای مسلک ایشان برمی‌شمارند که نتیجه آن‌ها را ایجاد منهجی جدید در فقه می‌دانند. مورد اول، نفی تعارض ولو غیر مستقر در فرض دلالت خاص بر لزوم و دلالت عام بر ترخیص است. به نظر ایشان بر فرض تنزل از این اشکال، عام ترخیصی بر خاص لزومی مقدم خواهد بود. خوب در این مورد هم میرزای نائینی باید پاسخ دهند که دیدگاه ایشان منجر به تأسیس فقه جدید نمی‌شود. لذا این دو مثال گفته شده به این جهت بود که با ادعای تأسیس فقه جدید سنگی روی سنگ بنا نمی‌شود و هر کس از فقیهان امامی برای رد نظر مخالف با توسل به این حرب، هیچ اعتباری برای نظریات و دیدگاه‌های فقهی و اصولی دیگر فقیهان باقی نمی‌گذارد و بنیان تفقه را در میان فقیهان نابود می‌کند. فقیهی که به حربه فوق‌الذکر، دیدگاه او مورد خدشه قرار گرفته هر چه از ادله اربعه دلیل بیاورد باز هم آن ارزش و اعتبار اولیه نظریه‌اش به جای خود بر نمی‌گردد و جبران نمی‌شود.

جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

آنچه تا به حال در افواه فقیهان معروف بود این بوده که انحصار قاعده لا ضرر در نفی حکم وجودی قول مشهور و دیدگاه شمولیت لا ضرر بر عدم الحکم قول شاذ محسوب

می‌شده و از ارزش علمی چندانی برخوردار نبوده که با تنوع در میان اقوال دانشوران امامی مشخص شد که هر دو دیدگاه قائلان زیادی دارد که البته قائلان به قول اول تعدادشان بیشتر است. با نکته فوق‌الذکر می‌توان نتیجه گرفت که قول اول دیدگاه اشهر و قول دوم دیدگاه مشهور در میان فقیهان است. در تقابل بین این دو، قول مشهور است که از اعتبار بیشتری میان ایشان برخوردار است. نکته دیگر آنکه اصطلاح تأسیس فقه جدید موجب می‌شود فقیه، حتی اگر در مواردی که مقتضای ادله با آنچه مسلمات نامیده می‌شود در تناقض باشد به خود جرئت حکم بر طبق مقتضای ادله و مخالفت با آنچه «مسلمات» تلقی می‌شود را ندهد. در این موارد، نظر جدید با چماق «لزوم تأسیس فقه جدید» سرکوب می‌شود بدون آنکه دلیل خاصی مبنی بر باطل بودن آن نظر جدید ذکر شود. لذا این هژمونی موجب می‌گردد فقیه در علم فقه و در مقام فتوا به آنچه در علم اصول و فقه اعتقاد یافته اعتنا نکند و عملاً همان‌گونه که مشهور فتوا داده‌اند اظهار نظر کند. شاید یکی از علت‌هایی که باعث شده تا فقیهان و اصولیان برخی اوقات، بر خلاف نظریات و نتایج موجود در کتب فقهی و اصولی خود فتوا دهند، همین عبارت ترسناک تأسیس فقه جدید و فرار از برچسب آن باشد. لذا دلیلی بر بطلان تأسیس فقه جدید، وجود ندارد؛ بلکه موافق با قواعد و اصول مذهبی ما است؛ زیرا فقهای شیعه معتقد به مذهب تخطئه در اجتهاد هستند (اصفهانی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۶۹۴؛ قزوینی، ۱۴۲۷ق، ج ۷، ص. ۵۷؛ منتظری، ۱۳۸۴، ص. ۲۵۰)؛ به فرض که اعمال قاعده منجر گردد که احدی از مسلمات فقه، حکمی عکس بر خود بگیرد، بدین معناست که فقها و مجتهدین فقیهان در قول خود به خطا رفته‌اند و از نظر شیعه چنین مطلبی صحیح است. اگر منظور از فقه جدید این باشد که اعمال قاعده، منجر گردد که تمامی مسلمات فقه، حکمی عکس به خود گیرند، چنین چیزی میسر نیست؛ زیرا بسیاری از مسلمات، احکام وجودی است که قاعده در آن‌ها مدخلیتی ندارد. بر فرض بتوان قائل بود که قاعده لا ضرر بتواند جعل حکم کند و در مرحله جعل و اقتضا نیز دستی دارد باید گفت، این قاعده تنها ناظر به احکام ثانوی است و کاری به احکام اولی ندارد، این مطلب در حالی است که مسلمات و آنچه انقلاب حکم باعث تأسیس فقه جدید می‌شود در احکام اولی و ثابت و دائمی رخ می‌دهد نه در احکام ثانوی که موقت بودن

در ذات آن نهفته است؛ بنابراین؛ چنین کلیتی قابلیت تحقق را ندارد. بر فرض، اگر چنین کلیتی را بتوان در احکام پذیرفت باید گفت قاعده حتی در یک مورد نیز باعث انقلاب حکم نمی‌گردد؛ زیرا قاعده لا ضرر در احکام عدمی و وجودی تنها مربوط به مرحله فعلیت است و کاری به مرحله اقتضا و جعل ندارد و اساساً چنین نتیجه‌ای به دور از تمام اصول مربوط به جعل احکام است. در نتیجه باید اصلاح فوق‌الذکر و امثال آن را بدون ضابطه به کار نبریم و به جای آن، مقصودمان را از ذکر آن‌ها مشخص کنیم تا در نتیجه، راه برای ابراز نظریات جدید بسته نشود.

یادداشت‌ها

۱. البته ایشان در جای دیگری گفته که با غض نظر از دیدگاه نهی و قبول دیدگاه نفی ایرادی در قبول مشرع بودن لا ضرر وجود ندارد (ر.ک: خمینی، بی تا، ج ۲، ص. ۴۷۲).
۲. البته آیت‌الله خوئی در کتاب‌های فوق شمول لا ضرر بر امور عدمی را پذیرفته و لکن از لحاظ کبری می‌گوید موردی وجود ندارد که مصداقی برای شمول لا ضرر بر امور عدمی باشد. البته ایشان در فقه به شدت با شمولیت لا ضرر بر امور عدمی و اثبات حکم به وسیله قاعده مخالفانند (ر.ک: خوئی، بی تا، ج ۵، ص. ۱۱۱).
۳. البته ایشان نیز مانند آیت‌الله خوئی شمولیت لا ضرر بر امور عدمی را قبول و صغری را نفی نموده است.
۴. به عنوان نمونه سید محمد روحانی در باب انحلال علم اجمالی می‌گوید: «والمحصل: انه لم ينهض وجه من هذه الوجوه لإثبات الانحلال المتسالم عليه، والمأخوذ بنحو إرسال المسلمات أصولاً وفقها، بحيث يستلزم إنكاره تأسيس فقه جديد؛ وجوهی که برای اثبات انحلال بیان شده، هیچ کدام خالی از خدشه نیست و نمی‌توانند انحلال را اثبات کنند، با اینکه انحلال علم اجمالی از نظر فقه و اصول، امر مسلمی است و همه قبول دارند، به گونه‌ای که اگر این را قبول نکنیم، موجب تأسیس فقه جدید می‌شود (روحانی، ۱۴۱۳ق، ج ۵، ص. ۹۹).
۵. در فقه بحثی راجع به تمسک به عمومیت قاعده قرعه مطرح شده که عمل به عموم ادله قاعده قرعه قابل التزام نیست و موجب تأسیس فقه جدید می‌شود و لذا به قاعده قرعه صرفاً در مواردی عمل می‌شود که مشهور به قرعه ملتزم شده باشند و الا به قرعه عمل نخواهد شد. مرحوم خوئی در اشکال به این دیدگاه فرموده‌اند: کلام ایشان صحیح نیست؛ چون موضوع

قاعده قرعه، امر مجهول و مشکل است که حکم واقعی و ظاهری آن شرعاً و عقلاً معین نباشد؛ چون تعبیر «القرعة لكل امر مشکل» به معنای این است که امر شیء بر مکلف مشکل شود و در مورد آن متحیر باقی بماند و لذا حکم ظاهری هم نباید مشخص باشد. با این بیان التزام به عموم قرعه در مجهول مطلق، تأسیس فقه جدید لازم نمی‌آید بلکه در هر موردی که اصل شرعی یا عقلی همانند وجوب احتیاط در اطراف علم اجمالی وجود داشته باشد، به همان اصل عمل خواهد شد و صرفاً در مواردی که مال مردد بین دو نفر است و هیچ اصلی تعیین نمی‌کند که مال ملک زید یا عمرو است، از قاعده قرعه استفاده می‌شود (خویی، بی‌تا، ص. ۱۴۸).

۶. «و یرد علیه: أولاً- ان موضوع حکم العقل بلزوم الامتثال لا یکفی فیہ مجرد صدور الطلب مع عدم اقترانہ بالترخیص لوضوح ان المكلف إذا اطع بدون ترخیص من قبل المولی علی ان طلبه نشأ من ملاک غیر لزومی و لا یؤذی المولی فواته لم یحکم العقل بلزوم الامتثال و هذا یعنی ان الوجوب العقلی فرع مرتبة معینة فی ملاک الطلب و هذه المرتبة لا کاشف عنها الا الدلیل اللفظی فلا بد من أخذها فی مدلول اللفظ لکی ینتجح بذلك موضوع الوجوب العقلی و هو معنی کون الدلالة لفظیة» (صدر، بی‌تا، ج ۲، ص. ۱۹).

۷. این عام، وجوب اکرام عالم را نفی می‌کند.

۸. «لزوم رفع الید عن دلالة الأمر علی الوجوب فیما إذا اقترن بأمر عام یدل علی الإباحة و الترخیص كما إذا ورد أکرم الفقیه و لا بأس بترك إکرام العالم؛ و توضیحه: ان بناء الفقهاء و الارتکاز العرفی علی تخصیص العام فی مثل ذلك و الالتزام بوجوب إکرام الفقیه و اعتباره من التعارض غیر المستقر بینما علی هذا المسلك لا تعارض أصلاً و لو بنحو غیر مستقر بین الأمر و العام لیقدم الأمر بالأخصیة لأن الأمر لا یتکفل إلّا أصل الطلب و هو لا ینافی الترخیص فی الترك» (صدر، بی‌تا، ج ۲، ص. ۱۹).

۹. «بل المتعین علی هذا المسلك ان ینكون العام رافعا لموضوع حکم العقل بالوجوب لأن حکم العقل معلق علی عدم ورود الترخیص من المولی كما ذکر فی شرح هذا المسلك» (صدر، بی‌تا، ج ۲، ص. ۱۹).

۱۰. «منها انه لو صدر امر و لم یقترن بترخیص متصل و لكن احتملنا وجود ترخیص منفصل فالبناء الفقهي و العقلای علی استفادة الوجوب من الأمر حتی یثبت خلافه مع ان هذا مما لا یمکن إثباته علی هذا المسلك لأنه قد فرض فیہ ان العقل انما یحکم بالوجوب معلقا علی عدم ورود الترخیص

من الشارع و حينئذ نتساءل هل يراد بذلك كونه معلقا على عدم اتصال الترخيص بالأمر أو على عدم صدور الترخيص من المولى واقعا و لو بصورة منفصلة أو على عدم إحراز الترخيص و العلم به؟ و الكل باطل. أما الأول - فلأنه يستلزم كون الترخيص المنفصل منافيا لحكم العقل بالوجوب فيمتنع و هو واضح البطلان و ما أكثر القرائن المنفصلة على عدم الوجوب. و أما الثاني - فلأنه يستلزم عدم إمكان إحراز الوجوب عند الشك في الترخيص المنفصل مع القطع بعدم وروده متصلا لأنه معلق بحسب الفرض على عدم ورود الترخيص و لو منفصلاً فمع الشك فيه يشك في الوجوب لا محالة. و أما الثالث - فهو خروج عن محل الكلام لأن البحث في الوجوب الواقعي الذي يشترك فيه الجاهل و العالم لا في المنجزية» (صدر، بی تا، ج ۲، صص. ۱۹-۲۰).

کتابنامه

- ابن ادریس، محمد بن منصور (۱۴۱۰ق). *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ابن حمزه، محمد بن علی (۱۴۰۸ق). *الوسیله الی نیل الفضیله*. قم: موسسه آیت الله مرعشی.
- ابن بابویه، محمد بن علی (۱۴۱۳ق). *من لا یحضره الفقیه*. قم: انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- اراکي، محمد علی (۱۴۱۵ق). *أصول الفقه*. قم: موسسه در راه حق.
- آشتیانی، محمدحسن بن جعفر (بی تا). *بحر الفوائد*. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
- اصفهانى، محمدحسین (۱۴۱۸ق). *حاشیة کتاب المکاسب*. قم: أنوار الهدی.
- اصفهانى، محمدتقی بن عبدالرحیم (۱۴۲۹ق). *هدایة المسترشدين فی شرح معالم الدین*. قم: موسسه النشر الاسلامی.
- امامی خوانساری، محمد (۱۳۵۲). *تسديد القواعد فی حاشیة القرائن*. تهران: بی نا.
- امامی خوانساری، محمد (بی تا). *الحاشیة الثانیة علی المکاسب*. بی جا: بی نا.
- آملی، هاشم (۱۳۹۵ق). *مجمع الأفكار و مطرح الأنظار*. قم: المطبعة العلمية.
- آملی، محمدتقی (۱۳۸۰ق). *مصباح الهدی فی شرح العروة الوثقى*. تهران: مؤلف.
- انصاری، مرتضی بن محمدامین (۱۳۷۲). *کتاب المکاسب*. قم: انتشارات دهقانی.
- انصاری، مرتضی بن محمدامین (۱۳۸۳). *مطرح الأنظار*. قم: مجمع الفكر الاسلامی.
- انصاری، مرتضی بن محمدامین (۱۴۱۲ق). *فرائد الأصول*. قم: بی نا.
- انصاری، مرتضی بن محمدامین (۱۴۱۴ق). *رسائل فقهیة*. قم: مجمع الفكر الاسلامی.

- ایروانی، باقر (۱۴۲۶ق). دروس تمهیدیه فی القواعد الفقهیه. قم: دار الفقه للطباعة و النشر.
- ایروانی، علی (۱۴۰۶ق). حاشیه مکاسب. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- بجنوردی، حسن (۱۴۱۹ق). القواعد الفقهیه. قم: نشر الهادی.
- تبریزی، جواد (۱۴۱۶ق). إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- تبریزی، جواد (۱۴۲۶ق). تنقیح مبانی العروة - کتاب الطهاره. قم: دار الصدیقه الشهیده سلام الله علیها.
- تبریزی، جواد (بی تا). أسس القضاء و الشهاده. قم: دفتر مؤلف.
- تبریزی، موسی بن جعفر (۱۳۶۹ق). أوثق الوسائل. قم: کتابفروشی کتبی نجفی.
- ترحینی عاملی، محمدحسین (۱۴۲۷ق). الزبده الفقهیه فی شرح الروضه البهیة. قم: دار الفقه للطباعة و النشر.
- جزایری، محمدجعفر (۱۳۹۴ق). نتائج الأفكار فی الأصول. قم: آل مرتضی علیهم السلام.
- جزایری، محمدجعفر (۱۴۱۵ق). منتهی الدرایه فی توضیح کفایه. قم: مؤسسه دار الکتاب.
- جزایری، محمدجعفر (۱۴۱۶ق). هدی الطالب الی شرح مکاسب. قم: مؤسسه دار الکتاب.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق). تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه. قم: مؤسسه آل البیت علیهم السلام.
- حسینی شیرازی، سید صادق (۱۴۲۷ق). بیان الأصول. قم: دار الانصار.
- حسینی سیستانی، سید علی (۱۴۱۴ق). قاعده لا ضرر ولا ضرار. قم: دفتر آیت الله سیستانی.
- حسینی فیروزآبادی، مرتضی (۱۴۰۰ق). عنایه الاصول فی شرح کفایه الاصول. قم: کتابفروشی فیروزآبادی.
- حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی (۱۴۱۷ق). العناوین الفقهیه. قم: انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- حکیم، سید محسن (۱۴۱۶ق). مستمسک العروه الوثقی. قم: مؤسسه دار التفسیر.
- حکیم، سید محسن (بی تا). نهج الفقاهه. قم: انتشارات ۲۲ بهمن.
- حکیم، محمدتقی (۱۴۱۸ق). القواعد العامه فی الفقه المقارن. تهران: المجمع العالمی للتقرب بین المذاهب الاسلامیه المعاونیه الثقافیه.
- حلی، حسین (۱۴۱۵ق). بحوث فقهیه. قم: مؤسسه المنار.
- حیدری، سید کمال (۱۴۲۰ق). لا ضرر ولا ضرار (من ابیاحث سیدنا الاستاذ آیه الله العظمی الشهید محمدباقر الصدر). قم: دار الصادقین للطباعة و النشر.

- خالصی، محمدباقر (۱۴۱۵ق). رفع الغرر عن قاعده لا ضرر. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- خرازی، سید محسن (۱۴۲۲ق). عمده الأصول. قم: موسسه در راه حق.
- خمینی، روح الله (۱۴۱۵ق). بدائع الدرر فی قاعده نفی الضرر. قم: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- خمینی، روح الله (بی تا). کتاب البیع. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره.
- خوانساری نجفی، موسی بن محمد (۱۳۷۳ق). رساله فی قاعده لا ضرر. تهران: خوانساری نجفی، موسی بن محمد (۱۳۷۳ق). منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، تهران: المکتبه المحمديه.
- خویی، سید ابوالقاسم (بی تا). المستند فی شرح العروه الوثقی. بی جا: بی نا.
- خویی، سید ابوالقاسم (بی تا). دراسات فی علم الأصول. قم: موسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
- خویی، سید ابوالقاسم (بی تا). غایه المأمول من علم الأصول. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- خویی، سید ابوالقاسم (بی تا). مصباح الفقاهه. بی جا: بی نا.
- رشتی، حبیب الله (بی تا). کتاب الغصب. بی جا: بی نا.
- روحانی، سید محمد (۱۴۱۳ق). منتقى الاصول. قم: دفتر آیت الله سید محمد حسینی روحانی.
- روحانی، سید محمد (۱۴۲۰ق). المرتقى إلى الفقه الأرقی - کتاب الخيارات. تهران: مؤسسه الجلیل.
- روحانی، سید محمدصادق (۱۳۸۲). زبده الأصول. تهران: حدیث دل.
- روحانی، سید محمدصادق (۱۴۱۲ق). فقه الصادق علیه السلام. قم: دارالکتاب - مدرسه امام صادق علیه السلام.
- روحانی، سید محمدصادق (۱۴۲۹ق). منهاج الفقاهه. قم: انوار الهدی.
- سبحانی تبریزی، جعفر (۱۴۰۸ق). قاعدتان فقهیتان (الا ضرر و الرضاع). قم: مطبعه الخيام.
- سبحانی تبریزی، جعفر (۱۴۱۴ق). المختار فی أحكام الخیار. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
- سبحانی تبریزی، جعفر (۱۴۱۵ق). الرسائل الأربع (قواعد اصولیه و فقهیه). قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.

- سینفی، علی اکبر (۱۴۳۰ق). دلیل تحریر الوسیلة - فقه الربا. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق). مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة.
- شهیدی تبریزی، میرفتاح (۱۳۷۵). هداية الطالب إلى أسرار المكاسب. تبریز: چاپخانه اطلاعات.
- صافی اصفهانی، حسن (۱۴۱۷ق). الهدایة فی الأصول. قم: مؤسسه صاحب الامر (عج).
- صافی گلپایگانی، علی (۱۴۲۷ق). ذخیره العقبی فی شرح العروة الوثقی. قم: گنج عرفان.
- صدر، سید محمدباقر (۱۴۰۸ق). مباحث الأصول. قم: دفتر جناب مقرر.
- صدر، سید محمدباقر (بی تا) بحوث فی علم الأصول. قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
- طاهری خرم آبادی، حسن (۱۴۱۸ق). البیع. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره.
- طاهری، سید جلال الدین (۱۳۸۲). المحاضرات. قم: نشر مبارک.
- طباطبایی قمی، سید تقی (۱۴۰۰ق). درساتنا من الفقه الجعفری. قم: مطبعة الخيام.
- طباطبایی قمی، سید تقی (۱۴۱۳ق). عمدة المطالب فی التعلیق علی المكاسب. قم: کتابفروشی محلاتی.
- طباطبایی قمی، سید تقی (۱۴۲۶ق). مبانی منهاج الصالحین. قم: منشورات قلم الشرق.
- طباطبایی قمی، سید تقی (بی تا). آراؤنا فی أصول الفقه. قم: محلاتی.
- طباطبایی قمی، سید تقی (بی تا). ثلاث رسائل. قم: انتشارات محلاتی.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۳۵۱). المبسوط. تهران: مؤسسه المرتضویة.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق). الخلاف. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- عراقی، ضیاء الدین (بی تا). منهاج الأصول. بیروت: دار البلاغة.
- فاضل لنکرانی، محمد (۱۳۸۳). القواعد الفقھیة. قم: مرکز فقه الاثمه الاطهار (ع).
- فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۰۳ق). تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة - أحكام النخلی. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۴ق). تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة - الإجارة. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.

- فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۵ق). ثلاث رسائل. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام. فقیه، محمدتقی (۱۴۱۸ق). قواعد الفقیه. بیروت: دار الاضواء.
- فیاض، محمد اسحاق (بی تا). تعالیق مبسوطه علی العروه الوثقی. قم: انتشارات محلاتی.
- فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی (۱۴۰۶ق). الوافی. اصفهان: کتابخانه امام امیرالمؤمنین. قزوینی، علی بن اسماعیل (۱۴۲۴ق). ینابیع الأحکام فی معرفه الحلال و الحرام. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- قزوینی، علی بن اسماعیل (۱۴۲۷ق). تعلیقہ علی معالم الأصول. قم: دفتر انتشارات اسلامی. کاشف الغطاء، علی (۱۴۰۸ق). مصادر الحکم الشرعی و القانون المدني. نجف اشرف: مطبعه الآداب.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۳۸۸ق). الکافی. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- مامقانی، عبدالله بن محمدحسن (۱۳۵۰ق). حاشیئہ علی رسالہ لا ضرر. قم: مجمع الذخائر الاسلامیه.
- محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. قم: موسسه اسماعیلیان.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۵). قواعد فقه (بخش مدنی). تهران: انتشارات سمت.
- مدنی تبریزی، یوسف (۱۴۰۳ق). درر الفوائد فی شرح الفرائد. قم: مکتبه بصیرتی.
- مدنی تبریزی، یوسف (۱۴۲۹ق). قواعد الأصول. قم: دفتر معظم له.
- مدنی کاشانی، رضا (۱۴۱۰ق). کتاب القصاص للفقهاء و الخواص. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- مرعشی شوشتری، سید محمدحسن (۱۴۲۷ق). دیدگاه‌های نو در حقوق کیفری اسلام. تهران: نشر میزان.
- مروجی، علی (۱۴۱۰ق). تمهید الوسائل فی شرح الرسائل. قم: مکتب النشر الاسلامی.
- مشکینی اردبیلی، ابوالحسن (۱۴۱۳ق). حاشیئہ کفایه الأصول. قم: لقمان.
- مشکینی اردبیلی، ابوالحسن (۱۴۱۳ق). قاعده المیسور و نفی الضرر و الاجتهاد و التقليد. قم: کتاب فروشی لقمان.
- مصطفوی، سید محمدکاظم (۱۴۲۶ق). القواعد الفقیهیه. قم: بی نا.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۱ق). القواعد الفقیهیه. قم: مدرسه الامام امیرالمؤمنین (ع).

- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۲ق). بحوث فقهیه هامه. قم: انتشارات مدرسه الإمام علی بن ابی طالب علیه السلام.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۵ق). أنوار الفقاهة - كتاب البيع. قم: انتشارات مدرسه الإمام علی بن ابی طالب علیه السلام.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۸ق). أنوار الأصول. قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع) منتظری، حسینعلی (۱۳۸۴). مجمع الفوائد. قم: نشر سایه.
- موسوی بجنوردی، محمد (۱۳۷۸). مصادر التشريع عند الإمامیه و السنه. بی جا: بی نا.
- موسوی بجنوردی، محمد (۱۴۰۱ق). قواعد فقهیه. تهران: مؤسسه عروج.
- موسوی خلخالی، مرتضی (۱۴۱۸ق). قاعده لا ضرر و لا ضرار. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- موسوی خوانساری، احمد (۱۴۰۵ق). جامع المدارک فی شرح مختصر النافع. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- نائینی، محمدحسین (۱۳۵۲). أجود التقريرات. قم: مطبعه العرفان.
- نائینی، محمدحسین (۱۴۱۳ق). المكاسب و البيع. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- نجفی، محمدحسن بن باقر (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- نجفی، محمدحسن بن باقر (۱۴۲۱ق). جواهر الکلام فی ثوبه الجدید. قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی (۱۴۱۷ق). عوائد الايام فی بیان قواعد الأحکام. قم: مرکز انتشارات تبلیغات اسلامی.
- نراقی، عبدالصاحب محمد بن احمد (۱۴۲۲ق). مشارق الأحکام. قم: کنگره نراقیین ملا مهدی و ملا احمد.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۴۲۳ق). قراءات فقهیه معاصره. قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
- همدانی، رضا بن محمد هادی (۱۴۲۰ق). حاشیه المكاسب. قم: دفتر مؤلف.
- واعظ الحسینی، محمدرور (۱۴۱۷ق). فوائد الأصول. قم: کتابفروشی داوری.
- یزدی، سید محمد کاظم بن عبد العظیم (۱۴۱۴ق). تکمله العروه الوثقی. قم: کتابفروشی داوری.

۱۲۴ سال نهم، شماره اول (پیاپی ۱۷)، پاییز و زمستان ۱۳۹۹

یزدی، سید محمدکاظم بن عبد العظیم (۱۴۲۱ق). حاشیة المکاسب. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
یزدی، سید محمدکاظم بن عبد العظیم (۱۴۲۶ق). حاشیة فرائد الأصول. قم: دار الهدی.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی