

# بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## تقریرات درس خارج اصول

### حضرت آیت الله سید محمد رضا مدرّسی طباطبائی نرودی دامت برکاته

دوره‌ی دوم - سال یازدهم - سال تحصیلی ۹۳-۹۴

جلسه ۱۹ - شنبه ۹۳/۸/۲۴

#### وجه چهارم در عدم جریان لاضرر نسبت به عدم الحکم

اگر لاضرر بتواند عدم الحکم را نفی کرده و در نتیجه به حکم تبدیل شود، لازمه‌اش تأسیس فقه جدید است، در حالی که مطمئن هستیم تأسیس فقه جدید امر ناصوابی است. ایشان برای اثبات مدعای خودشان فروعاتی را ذکر کرده‌اند.

#### فروع اوّل

اگر لاضرر عدم الحکم را بردارد لازمه‌اش آنست که اگر فردی حرّی را حبس کند یا به نحو دیگر مانع عمل او بشود باید ضامن باشد. فرض کنید کسی مسیر شخص دیگری که شغل او بنّایی است را مسدود می‌کند و مانع رسیدن او به محلّ کارش می‌شود و در نتیجه به واسطه‌ی مزاحمت این شخص، بنّاء نمی‌تواند مزد روزانه‌ی خود را به دست آورد. حال اگر لاضرر، عدم حکم به ضمان را بردارد لازمه‌اش حکم به ضمان فرد مزاحم است و باید فرد مانع، مبلغ مزد روزانه‌ی بنّاء را به او بپردازد و این حکم، تأسیس فقه جدید است.

#### نقد و بررسی فرع اوّل

اوّلًا: اینکه کسی قائل به ضمان شخص مزاحم شود فقه جدیدی تأسیس نمی‌شود، کما اینکه برخی معاصرین به این حکم قائل شده‌اند و فرموده‌اند اگر کسی مزاحم حرّ کسوب شود ضامن مقدار کسب حرّ خواهد بود.

ثانیاً: می‌توان گفت اساساً لاضرر شامل ما نحن فیه نمی‌شود؛ زیرا:

ضرر یعنی نقص در مال و به تعبیری نبودِ پس از وجود را ضرر گویند، لذا بنّایی که قصد کار کردن دارد هنوز صاحب مزد روزانه‌ی خود نشده است و فرد مزاحم در واقع مانع تحصیل و به دست آوردن بنّاء شده است و نمی‌توان گفت ضرر وارد کرده است. آری، مانع کسب او شده است ولی این غیر از آنست که مال موجود را ضایع کرده باشد.

آری، اگر کسی قطعاً یا قریب به یقین می‌توانست آن مزد روزانه را به دست آورد، ممکن است کسی قائل شود که مزاحم به او ضرر وارد کرده است.

البته بنابر مسلک مختار در این فرع اساساً لاضرر جاری نمی‌شود؛ زیرا لاضرر، ضرر ناشی از شرع را برمی‌دارد و در چنین جایی ضرر از ناحیه‌ی شرع برداشته شده است؛ زیرا شارع با حکم به حرمت مزاحمت برای حرّ، از ابتدا مانع این شده است که کسی مزاحم کسب دیگری شود و شخص مزاحم مرتکب کار حرامی شده است، پس ضرر از ناحیه‌ی شارع منسَدّ بوده است و هرگاه ضرر از ناحیه‌ی شارع منسَدّ شود و به خاطر عصیان فرمان شارع، ضرری وارد شود جای جریان لاضرر نیست؛ زیرا لاضرر بیش از این مقدار بیان نمی‌کند که از ناحیه‌ی شرع ضرری وجود ندارد، نه آنکه اگر ضرری وارد شد باید جبران شود.

بلی، این نکته وجود دارد که اگر کسی اجیر دیگری شده باشد که مثلاً هر روز صبح تا عصر برای کسی بنّایی کند و شخصی مزاحم بنّایی آن اجیر گردد، در این حالت چون بعد از قرارداد، مستأجر صاحب عمل اجیر شده است شخص مزاحم، ضامن مستأجر است به همان مقداری که موجب تفویت مال او شده است و تفصیل این بحث را در بیع بیان کرده‌ایم.<sup>۱</sup>

## فرع دوم

بیان‌های متفاوتی از این فرع شده است که در مجموع این‌گونه خلاصه می‌شود:

اگر شوهری نفقه‌ی همسرش را ندهد، اگر طلاق این همسر مشروع نباشد (یا توسط حاکم یا خود زن یا ولیّ عرفی زن) ضرر به زن وارد می‌شود. لذا اگر لاضرر، عدم مشروعیت طلاق را بردارد معنایش آن است که طلاق به ید حاکم یا خود زن یا ولیّ عرفی زن می‌شود و این همان تأسیس فقه جدید است؛ زیرا به محض اینکه شوهری نفقه ندهد که حکم آن طلاق نیست و طلاق از ید شوهر خارج نمی‌شود؛ چون

---

۱. البیع (تقریرات درس خارج فقه استاد دام‌ظله در مبحث بیع)، ج ۱، ثبوت ضمان در منع از عمل حرّ بعد از معاوضه، ص ۶۳.

«الطلاق بيد من اخذ بالساق»<sup>۱</sup>.

## نقد و بررسی فرع دوم

این سخن نیز قابل پذیرش نیست؛ زیرا:

در زمینه‌ی شوهری که غایب است و خبری از او نیست و ولی نفقه‌ی همسرش را نمی‌دهد، نصوص متعددی بر جواز طلاق وارد شده است<sup>۲</sup> که برخی از آنها صحیح و مورد افتاء است<sup>۳</sup> و لهذا ممکن است از نصوص استفاده شود که مطلق ممتنع از انفاق نسبت به زوجه، اجبار بر انفاق می‌گردد و اگر امتناع کند قدر متیقن آنست که حاکم شرع می‌تواند زوجه‌ی ممتنع از انفاق را طلاق دهد، همان‌گونه که مرحوم سید<sup>۴</sup> در محققات عروة بدان فتوا داده‌اند. هرچند شاید مشهور به این حکم قائل نباشند ولی فتوا دادن با استفاده از این نصوص، تأسیس فقه جدیدی نمی‌شود.

علاوه باید به این مطلب توجه کرد که لاضرر بر فرض که جاری باشد اثبات طلاق نمی‌کند، بلکه نهایتاً اثبات عدم لزوم نکاح می‌کند؛ زیرا استمرار نکاح و لزوم آن ضرری است و لاضرر لزوم نکاح را برمی‌دارد و در نتیجه باید گفت نکاح قابل فسخ است و لذا مناسب بود که این‌گونه اشکال شود که لازمه‌ی جریان لاضرر آن است که هرگاه استمرار لزوم نکاح، ضرری باشد باید بتوان لزوم نکاح را برداشت و چنین حکمی مستلزم تأسیس فقه جدید است؛ زیرا در نکاح غیر از موارد خاص، فسخ معنا ندارد و تنها راه حل نکاح، طلاق است نه فسخ.

۱. مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، ج ۱۵، ص ۳۰۶، ح ۱۸۳۲۹:

ابن ابی جمهور فی دُرِّ اللّٰئِی، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: الطَّلَاقُ بِيَدِ مَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ.

۲. وسائل الشیعة، کتاب الطلاق، أبواب أقسام الطلاق و أحكامه، باب ۲۳: باب حکم طلاق زوجه المفقود و عدتها و تزویجها، ج ۲۲، ص ۱۵۶.

۳. همان، ح ۵، ص ۱۵۸:

و [مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ] عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عِيْسَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْفَضِيلِ عَنْ أَبِي الصَّبَّاحِ الْكِنَانِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ﷺ فِي امْرَأَةٍ غَابَ عَنْهَا زَوْجُهَا أَرْبَعَ سِنِينَ وَ لَمْ يُنْفِقْ عَلَيْهَا (وَ لَمْ تَدْرِ) أَمْ هِيَ أَمْ مَيِّتٌ أَمْ يُجْبَرُ عَلَيْهِ عَلَى أَنْ يُطَلِّقَهَا قَالَ نَعَمْ وَ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَ لِي طَلَّقَهَا السُّلْطَانُ قُلْتُ فَإِنْ قَالَ الْوَلِيُّ أَنَا أَنْفَقُ عَلَيْهَا قَالَ فَلَا يُجْبَرُ عَلَى طَلْقِهَا قَالَ قُلْتُ: أَمْ رَأَيْتَ إِنْ قَالَتْ أَنَا أُرِيدُ مِثْلَ مَا تُرِيدُ النِّسَاءُ وَ لَا أَصْبِرُ وَ لَا أَقْعُدُ كَمَا أَنَا قَالَ لَيْسَ لَهَا ذَلِكَ وَ لَا كَرَامَةٌ إِذَا أَنْفَقَ عَلَيْهَا.

۴. تکملة العروة الوثقى، ج ۱، ص ۷۱:

... و الحاصل: أنه يحمل المطلق منها على المقيد و المجل على المفصل فيصير الحاصل أن عند انقطاع خبره إذا لم يكن من ينفق عليها مع إرادتها التزويج، و جب رفع أمرها إلى الحاكم فيضرب لها المدة و يتفحص عن زوجها، و بعد انقضائها يأمر وليه أن يطلقها و إذا لم يكن له ولي أو امتنع فيطلقها هو و تعدد عدة الوفاة ثم تتزوج إن شاءت مع أن هذا مقتضى الاحتياط أيضا.

ولکن اگر این اشکال را نیز مطرح می‌کردند می‌توان در پاسخ گفت: آنچه قدر متقین در عدم مشروعیت فسخ در نکاح است، فسخ به نحو جعل خیار است، چنان‌که در بیع و بعضی عقود دیگر مشروع است؛ یعنی اگر کسی در عقد ازدواج شرط کند که بعد از مدتی بتواند فسخ نکاح کند، خلاف ضرورت فقه است و کسی بدان قائل نشده است، اما اگر نکاح را معلق بر شرطی نمایند و آن شرط حاصل نباشد و کسی که شرط به نفع اوست بتواند فسخ نماید، خلاف ضرورت فقه نیست و برخی فقهای قدیم فی‌الجمله به این حکم ملتزم شده‌اند<sup>۱</sup> و لهذا ممکن است کسی با لاضرر نیز آن را قابل فسخ بداند. در هر حال قول به اینکه حاکم شرع می‌تواند طلاق دهد یا خود زن بتواند فسخ کند، تأسیس فقه جدید نیست و بلکه می‌توانیم بگوییم: لاضرر لزوم نکاح را برمی‌دارد و اگر ثابت شود که فسخ در نکاح وجود ندارد کشف می‌کنیم طلاق برای این زن مشروع است، از سوی دیگر می‌توان ضمیمه کرد که در چنین مواردی طلاق از جانب غیر حاکم شرع نیز مشروع نیست، پس طلاق به ید حاکم شرع است.

بنابراین با مقدمات مذکور می‌توان گفت طلاق به ید حاکم شرع است و تأسیس فقه جدید هم لازم نمی‌آید.

## فرع سوم

اگر کسی عمداً یا خطاءً مثلاً پای کسی را بشکند، اگر خطائی باشد باید دیه بدهد و اگر عمدی بود و به گونه‌ای بود که قابل قصاص نباشد تبدیل به دیه می‌شود و دیه‌ی پا مشخص است، ولی فرض آنست که شخص مجروح که در بستر بیماری است باید چند برابر پول دیه را خرج کند تا سلامت او باز گردد. حال اگر بگوییم لاضرر جریان دارد و فرد وارد کننده‌ی ضربه باید ما به التفاوت دیه و هزینه‌ی سنگین معالجه را بپردازد، لازمه‌اش تأسیس فقه جدید است؛ زیرا فقه بیان می‌کند اگر کسی جراحی به دیگری وارد کرد خطاءً یا عمد غیر قابل قصاص، به اندازه‌ی دیه ضامن است نه بیشتر و اگر لاضرر جاری شود و عدم ضمان را به ضمان تبدیل کند معنایش آن است که همه‌ی مخارج حتی بیش از دیه بر عهده‌ی ضارب است و این

---

۱. الوسيلة إلى نيل الفضيلة (، محمد بن علی بن حمزه طوسی)، ص ۲۹۷:

والشرط فی العقد ثلاثة أضرب شرط يقتضيه العقد و شرط لا يقتضيه و يخالف الكتاب و السنة و شرط لا يخالفهما. فالأول یكون تأکیداً مثل تعجیل المهر. و الثاني یبطل الشرط دون العقد و هو تسعة أشياء ...

و الثالث یصح ذلك و یلزم و هو ثلاثة أشياء مثل أن یشرط تعجیل بعض المهر و تأجیل الباقي و یصح ذلك بشرطین تعیین مقدار العاجل و تبیین منتهی الأجل فإذا سلم العاجل لزمها تسلیم نفسها أو تشتترط علیه أن لا یخرجها من البلد أو یشرط المهر مائة أن أخرجها و خمسين إن لم یخرجها ما لم یرد إخراجها إلى دار الکفر فإن أراد لزم أو فی المهرین دون الخروج فإن أعتق عبده و شرط علیه حال عتقه أن یزوج جاریته منه علی أن لا یتزوج علیها و لا یتسرى لزم.

تأسیس فقه جدید است.

برخی نیز افزوده‌اند که شخص مجروح چه بسا نتواند مدتی سر کار برود یا مادام العمر نتواند کار کند و لذا اگر در این موارد نیز با لاضرر عدم الضمان تبدیل به ضمان شود تأسیس فقه جدید است.

### نقد و بررسی فرع سوم

آری، می‌پذیریم اگر لاضرر جاری شود فی‌الجمله لازمه‌ی آن تأسیس فقه جدید است؛

**بیان ذلک:** بنابر مبنای ما گرچه جراحت عمدی باشد لاضرر جاری نیست؛ زیرا این فعل توسط شارع حرام و ممنوع شده است و این ضرر از ناحیه‌ی غیر شارع است.

اما اگر جراحت وارده خطائی باشد سخن فوق جاری نیست و اگر حکم به عدم ضمان دهیم معنایش ورود ضرر از ناحیه‌ی شرع بر مجروح است، بنابراین باید عدم ضمان به ضمان تبدیل شود.

ولکن یکی از پاسخ‌هایی که در دوره‌ی سابق به این مسأله داده‌ایم آن است که نه‌تنها در اینجا لاضرر (علی فرض جریان) حکم به ضمان برای معالجه می‌کند بلکه روایتی موثقه وجود دارد که دلالت دارد ضارب علاوه بر دیه باید هزینه‌ی معالجه را نیز بپردازد. با این حال علی‌رغم وجود این موثقه هیچ‌کس بدان فتوا نداده است؛ حتی کسانی که به فتوهای مشهور و اجماعات منقول اعتناء نمی‌کنند چنین فتوایی نداده‌اند و این روایت را معرض‌عنها دانسته‌اند و لذا از آن رفع ید کرده‌اند. حال که با وجود نص خاص، به واسطه‌ی إعراض مشهور از آن رفع ید کردیم، اگر در این مورد گفته شود لاضرر به خاطر إعراض قطعی استثناء خورده است مانند هر قاعده‌ی دیگری، مشکل رفع می‌شود؛ زیرا می‌گوییم لاضرر در عدم الاحکام جاری است إلا در مثل دیه، آن‌هم به خاطر اجماع قطعی بر عدم ضمان إلا به مقدار دیه و این تأسیس فقه جدید نیست، بلکه فقط اطلاق لاضرر به اجماع یا ضروری فقه استثناء خورده است.

### نتیجه‌ی نهایی در شمول لاضرر نسبت به عدم الحکم

بنابراین به نظر ما لاضرر می‌تواند عدم الحکم را بردارد، اما فقط در صورتی که عدم الحکم از ناحیه‌ی دیگری برداشته نشده باشد و إلا اگر عدم الحکم برداشته شده باشد لاضرر جاری نیست و نمی‌تواند تدارک ضرری که از ناحیه‌ی غیر شرع آمده است کند.

مقرر: سید حامد طاهری

ویرایش و استخراج منابع: محمد عبدالهی