

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تقریرات درس خارج اصول

حضرت آیت الله سید محمد رضا مدرّسی طباطبائی نردوی دامت برکات

دوره‌ی دوم - سال یازدهم - سال تحصیلی ۹۴-۹۳

جلسه ۱۷ - دوشنبه ۱۹/۸/۹۳

بررسی مسأله‌ی غصب و نظیر آن در رابطه با لاضرر

در صورتی که کسی قطعه چوبی را غصباً در کشتی خود به کار گیرد لاضرر در حق او جاری نیست؛ زیرا: او از اوّل دارای کشتی سالم و کامل نبوده است، بلکه با قطعه چوبی که در ملک مردم بوده است کشتی ساخته است و لذا بدین شکل مالک کشتی مذکور نبوده است و از این جهت اگر کشتی و اثاثیه‌ی آن تلف شود در واقع خودش اقدام بر آن کرده است و مانند این است که از ابتدا کشتی معیوبی را پر از اثاث نموده و می‌داند وسط دریا غرق می‌شود و لاضرر در این موارد کاربرد ندارد؛ به دلیل آنکه خود آن شخص اقدام به ضرر کرده است.

همچنین در صورتی که کسی زمینی را اجاره کرده باشد با علم یا احتمال عقلایی به اینکه محصول کاشته شده تا پایان مدت اجاره به بار نمی‌نشیند، در واقع ضرری متوجه او نیست؛ زیرا از ابتدا او تنها مالک کشت تا پایان مدت اجاره بوده است و بیش از آن مقدار را مالک نشده است، مانند اینکه از اوّل ولو سفها تصمیم بگیرد محصول بکارد و احتمال دهد یا می‌داند قبل از به ثمر رسیدن نابود می‌شود. در این موارد حقی برای او ثابت نمی‌شود و لاضرر تنها ضرر را بر می‌دارد و حال آنکه این شخص بیش از مدت اجاره مالک چیزی نبوده است.

اما اگر احتمال عقلایی ندهد که این محصول، بیش از مدت اجاره نیاز به بقای در زمین داشته باشد و بر اثر تغییر آب و هوا و شرایط جوّی غیر محتمل، محصول مذکور در آن مدت به ثمر ننشیند آیا لاضرر در حق او جاری است؟

احتمال قوی وجود دارد که در اینجا نیز لاضرر جاری نباشد؛ زیرا چنین فردی در متن واقع بیش از زرع نارس، مالک چیز دیگری نبوده است و محاسبه‌ی اشتباه او موجب نمی‌شود که ملکیت او فراتر از زرع نارس گردد. بدین جهت لاضرر برای مستأجر جاری نمی‌شود؛ زیرا لاضرر یعنی نقص در مال و حال آنکه مستأجر بیش از زرع ناقص و نارس مالی نداشته است و اگر کسی اصرار کند که در این حالت که مستأجر نمی‌دانسته است و احتمال عقلایی نمی‌داده است، ضرر صادق است (هر چند بعید است) می‌گوییم این مورد از موارد تعارض ضررین است؛ زیرا مالک نمی‌تواند در ملک خود تصرف کند پس متضرر است و از سویی چون زرع زارع نارس است متضرر است، لامحاله تساقط رخ می‌دهد و لاضرر شامل هیچ‌کدام نمی‌شود و رجوع به قواعد اولیه می‌شود؛ یعنی هر مالکی می‌تواند در ملک خود تصرف کند و غصب حرام است، لذا مالک زمین می‌تواند ملک خود را باز گرداند و مسترد کند ولی زارع نمی‌تواند مانع مالک شود.

آنچه بیان شد مربوط به شرایط معمولی است که ضرر زیادی رخ نمی‌دهد، اما اگر استرداد مالک نسبت به مالش به گونه‌ای باشد که موجب تضييع مال مستأجر یا حتی غاصب گردد به گونه‌ای که صدق اسراف حرام کند و ضرر قابل اعتنایی متوجه مالک نشود؛ زیرا می‌تواند اجرة المثل خود را از مستأجر بگیرد، یا اسراف‌ی دهد که بدانیم شارع بدان رضایت ندارد، در این صورت می‌گوییم؛

از آنجا اسراف حرام است و می‌دانیم بعض مراتب آن حتی اگر ضرر مختصری به مالک بخورد مورد رضایت شارع نیست، در آن موارد باید مالک راضی به اجرة المثل گردد و اجرة المثل را بپذیرد و زمین را در اختیار زارع گذارد تا زرع به بار بنشیند و یا قرارداد دیگری منعقد نماید و بعید نیست که ادعا شود اساساً لاضرر از این موارد منصرف است.

تنبیه پنجم: جریان لاضرر در احکام عدمیه

تا به حال آنچه درباره‌ی لاضرر بیان شد آن بود که احکام وجودیه‌ی ضرری را می‌توان با لاضرر برداشت؛ مثلاً اگر وجوب وضو دارای ضرر بود با لاضرر آن وجوب برداشته می‌شود یا وجوب غسل یا لزوم بیع و ...، اما آیا می‌توانیم با لاضرر احکام عدمیه را نیز برداریم؟ و به تعبیر دیگر می‌توانیم عدم الحکم را برداریم؟

نتیجه‌ی این بحث این‌گونه خواهد شد که اگر عدم الحکم را برداریم، از آنجا که یک طرف نقیض را برداشته‌ایم نقیض دیگر جایگزین می‌شود و با رفع عدم الحکم، حکم جانشین آن خواهد شد و حکم اثباتی

بالملازمه اثبات می‌شود.

در پایان مبحث براءت از فاضل تونی رحمته الله نقل شد^۱ که اگر کسی دیگری را بگیرد و دابه‌ی او فرار کند یا در قفسی را بگشاید و پرنده‌ی صاحب قفس فرار کند می‌توان با لاضرر اثبات ضمان نمود؛ زیرا عدم ضمان، ضرری است پس لاضرر، عدم ضمان را برمی‌دارد و چون ارتفاع نقیضین محال است در نتیجه ضمان جای آن قرار می‌گیرد.

یا برخی گفته‌اند اگر زوجی نفقه‌ی زوجه‌اش را ندهد، اگر امکان طلاق نباشد ضرر وارد می‌شود؛ یعنی عدم الطلاق ضرری خواهد بود، پس طلاق در چنین جایی مشروع است و بعضی گفته‌اند این طلاق باید به دست حاکم شرع باشد با این تقریر: **عدم جواز الطلاق من الحاکم الشرعی ضرری فیرفع** و به جای آن جواز یا وجوب طلاق به دست حاکم شرع ثابت می‌شود.

یا در مسأله‌ی خیار غبن گفته‌اند اگر در معامله‌ی غبنه خیار نباشد عدم الخیار ضرری است، پس با لاضرر رفع می‌شود و خیار ثابت می‌شود.

اصولاً هر کجا عدم الحکم، ضرری باشد باید به جای آن یک حکمی که ضرری نباشد جایگزین گردد. بنابراین اگر مدعای فوق اثبات شود و بتوانیم با لاضرر، عدم الحکم را برداریم در بسیاری از موارد احکام اثباتی را می‌توانیم جایگزین نماییم.

از کسانی که به طور جدی با این نظریه مخالف هستند محقق نائینی رحمته الله و برخی تلامیذ ایشان هستند و فرموده‌اند^۲ لاضرر نمی‌تواند حاکم بر عدم الحکم باشد.

۱. الوافیة فی أصول الفقه، ص ۱۹۳:

و اعلم: أن لجواز التمسک بأصالة براءة الذمة، و بأصالة العدم، و بأصالة عدم تقدّم الحادث - شروطاً: أحدها: ما مرّ من عدم استلزامه لثبوت حکم شرعی من جهة أخرى. و ثانيها: أن لا يتضرّر بسبب التمسک به مسلم أو من فی حکمه. مثلاً: إذا فتح إنسان قفصاً لطائر، فطار، أو حبس شاة، فمات ولدها، أو أمسک رجلاً، فهربت دابته و ضلت، أو نحو ذلك؛ فإنه حينئذ لا يصحّ التمسک ببراءة الذمة، بل ينبغي للمفتی التوقف عن الإفتاء حينئذ، و لصاحب الواقعة الصلح، إذا لم يكن منصوصاً بنصّ خاصّ أو عام؛ لاحتمال اندراج مثل هذه الصور فی قوله عليه السلام: «لا ضرر و لا إضرار فی الإسلام»، و فيما يدلّ على حکم من أتلف مالا لغيره، إذ نفى الضرر غیر محمول على نفی حقیقته، لأنّه غیر منفی، بل الظاهر أن المراد به: نفی الضرر من غیر جبران بحسب الشرع.

۲. منیة الطالب فی حاشیة المکاسب (تقریرات خوانساری)، ج ۲، رساله فی قاعدة لاضرر، ص ۲۱۹:

الرابع مقتضى ما بینا من فقه الحديث أن لا ضرر حاکم على الأحكام الوجودیة تکلیفیة كانت أو وضعیة و نتیجة حکومتها رفع هذه الأحكام و أمّا حکومتها على الأحكام العدمیة ففيها إشکال بل لا دلیل عليها فعلى هذا إذا لزم من عدم الحکم فی مورد ضرر على شخص لا

بیان محقق نائینی رحمته الله در عدم صحت حاکمیت لاضرر بر عدم احکام

کلام ایشان در چهار وجه خلاصه شده است:

وجه اول^۱

عدم الحکم همان گونه که معلوم است، حکم نیست و مجعول نمی باشد؛ زیرا عدم نیاز به جعل ندارد و ظاهر لاضرر آنست که مجعولات ضرری را بر می دارد و چیزی که مجعول نیست تحت چمبره‌ی لاضرر قرار نمی گیرد، لهذا لاضرر کاری به عدم الحکم ندارد.

إن قلت: چگونه عدم الحکم، حکم نیست و مجعول نیست؟ در حالی که تعبیر «الاحکام العدمیه» تعبیری رایج است.

قلت: این تعبیر نوعی تسامح است که عدم الحکم را به حکم تشبیه نموده‌اند و إلا معقول نیست که عدم، مجعول باشد.

در مقابل این سخن پاسخ هایی داده شده است^۲ که چکیده‌ی آنها را می توان این گونه بیان کرد:

يمكن نفي هذا العدم بقاعدة لا ضرر بأن يكون مفادها إثبات الحكم الغير الثابت كما يكون مفادها نفي الحكم الثابت فلو فتح شخص قفص طائر فطار أو حبس حرّاً ففات عمله لا يمكن الحكم بالضمان من باب أنه لو لا الحكم به يلزم الضرر على صاحب الطير و على الحرّ و بعبارة أخرى في الموارد التي لا تدخل تحت قاعدة الإلتلاف و غيرها من موجبات الضمان كاليد و نحوها لا يمكن للفقير الحكم بالضمان من جهة أنه لو لا الحكم به لزم ضرر على شخص.

۱. همان، ص ۲۲۰:

لأن قاعدة لا ضرر ناظره إلى نفي ما ثبت بالعمومات من الأحكام الشرعية و مرجع مفادها إلى أن الأحكام المجعولة إذا نشأ منها الضرر فهي منقبة و عدم الحكم بالضمان ليس من الأحكام المجعولة و دعوى أن العدم و إن لم يستند بحسب بدوه و مفهومه إلى الشارع لأن العدم الأولى عبارة عن عدم وجود علة الوجود لا عن وجود علة العدم إلا أنه بحسب البقاء مستند إلى الشارع لأن ما هو الملاك لتعلق النهي بنفس أن لا تفعل لا الكفّ هو الملاك لصحة إسناد العدم إلى الشارع ممّا لا يتفعل في المقام فإن العدم و إن كان قابلاً لأن تناله يد الجعل بحسب البقاء بأن يرفعه الشارع أو يقيه على حاله بأن يحكم بعدم الضمان إلا أنه لو لم يتعلّق به الجعل لا وضعاً على حاله و لا رفعا فلا معنى لأن يكون مستندا إلى الشارع و بعبارة أخرى لو كان الحكم المجعول هو عدم الضمان فإذا نشأ منه الضرر لقلنا بارتفاعه و أمّا إذا لم يكن هناك جعل أصلاً فلا يمكن أن تكون قاعدة لا ضرر حاکمة على ما ليس مجعولاً فإن ما ليس مجعولاً لا يستند إلى المشهور.

۲. سید خویی، مصباح الأصول (ط - مؤسسه احیاء آثار)، ج ۱، ص ۶۴۹:

أقول: أمّا إیراده الأول فغير وارد، لأنّ عدم جعل الحکم فی موضع قابل للجعل جعل لعدم ذلك الحکم، فيكون العدم مجعولاً، و لا سيّما بملاحظة ما ورد من أنّ الله سبحانه لم يترك شيئاً بلا حكم، فقد جعل الحکم من قبل الشارع لجميع الأشياء، غاية الأمر أنّ بعضها وجودي و بعضها عدمي، كما أنّ بعضها تكليفي و بعضها وضعي. و عليه فلا مانع من شمول دليل لا ضرر للأحكام العدمية أيضاً إن كانت ضرورية، هذا من حيث الكبرى، إلا أنّ الصغرى لهذه الكبرى غير متحققة، فأنّ لم نجد مورداً كان فيه عدم الحکم ضرورياً حتّى نحكم برفعه و بثبوت الحکم بقاعدة لا ضرر.

از آنجا که اسلام یک مجموعه‌ی نظام‌مند است که وجود و عدم حکم هر دو در این نظام معنا دارد و این نظام کلّ زندگی انسان نسبت به دنیا و آخرت را ساماندهی می‌کند، لذا وقتی در عالم تشریح گفته می‌شود: «لاضرر و لاضرار» مراد این است که به هیچ وجه ضرر در این نظام نیست ولو به ابقاء عدمی که از ازل بوده است؛ زیرا هر چند عدم از ازل بوده و جعل بدان تعلق نمی‌گیرد ولی شارع می‌تواند عدم را منقلب به وجود کند و اگر شارع این کار را نکند و این کار ضرری باشد اطلاق لاضرر شامل آن می‌شود؛ مخصوصاً اینکه ما قبلاً بیان کردیم که هر چند از طریق صحیح، قید «فی الاسلام» به ما نرسیده است اما با مقدماتی که بیان کردیم ظاهر کلام پیامبر ﷺ ظهور در بیان تشریعیات بما هی تشریعیات دارد و لذا قید «فی الاسلام» مقدر است ولو ذکر نشده باشد لفظاً و لذا می‌توان گفت شارع فرموده است که در قاموس اسلام نفیاً و اثباتاً ضرر وجود ندارد. بنابراین وجه اول کلام نائینی رحمته ناتمام است.

مقرر: سید حامد طاهری

ویرایش و استخراج منابع: محمد عبدالهی