



قواعد فقہیہ ۱

(درس تمہیدیہ فی القواعد الفقہیہ)

کرایش فقہ و اصول

(قاعدہ لا ضرر)

استاد: حجت الاسلام والمسلمین آل‌وستانی
آموزشیار: آقای محمد تقی خواجوی

مقدمه

بحث پیرامون مراد و مقصود حدیث لا ضرر بود، در جلسات گذشته مصنف چهار نظریه از جانب علماء مطرح کردند و به نقد بررسی آن نظریات پرداختند و در این جلسه می‌خواهند نظریه خویش را مطرح کنند و آنرا با نظریات گذشته مقایسه کنند.

و همچنین در این درس مصنف اشکالی که شیخ اعظم انصاری(قده) بر تطبیق حدیث لا ضرر نسبت به قضیه سمره را مطرح می‌کنند و جوابی که خود شیخ از این اشکال داده را ذکر می‌کنند و به نقد و بررسی جواب شیخ اعظم(قده) می‌پردازند.

متن درس

[المقصود من قاعدة لا ضرر قد اختلفت الاجابة عن هذا التساؤل.... أ- ان المقصود النهي و إفادة تحريم الضرر تكليفا. و هذا الرأي ذكره الآخوند فى الكفاية، و اختاره شيخ الشريعة الاصفهاني.... ب- ان المقصود نفي الضرر غير المتدارك. و هذا هو المنسوب للفاضل التونى.... ج- ان المقصود نفي تشريع الحكم الذى يستلزم الضرر و يسببه. و هذا ما اختاره الشيخ الاعظم و الميرزا و السيد الخوئى.... د- ان المقصود نفي الحكم بلسان نفي الموضوع. و هذا ما اختاره الآخوند الخراسانى فى الكفاية....]

الصحيح أن يقال

و الصحيح أن يقال: أنه توجد لدينا فقرتان: فقرة «لا ضرر» و فقرة «لا ضرار»، و كل واحدة منهما يمكن ان يستفاد منها غير ما يستفاد من الأخرى، و لا ينبغي التعامل معهما بشكل واحد.

أما فقرة «لا ضرر» فيمكن ان نستفيد منها انتفاء كل حكم يكون ثبوته مستلزما للضرر كما افاده الشيخ الاعظم، و لكن لا لأحد البيانات السابقة فانها ضعيفة كما تقدم، و انما ذلك من جهة ان كلمة الضرر تعنى نفس النقص كما تقدم، و إرادة النهي عن ذلك غير محتملة كما تقدم، اذ نفس النقص لا معنى للنهي عنه فما ذا يقصد اذن؟

انّ النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ حينما يتكلم لا بدّ و انه يتكلّم بما هو شارع، و الشارع حينما يخبر عن عدم الضرر لا بدّ و أن يكون مقصوده نفي تحقّق الضرر من ناحية أحكامه و تشريعاته، انّ ذلك هو المناسب له.

و بذلك يثبت انّ المقصود نفي تحقّق الضرر فى حق المكلف من ناحية التشريع و الأحكام، فكل حكم يكون ثبوته مستلزما للضرر يكون منتفيا.

و فرق هذا التقريب عن التقريبات السابقة أنه على هذا التقريب لا نكون بحاجة إلى تقدير كلمة حكم، كما أنه لا يلزم استعمال كلمة الضرر فى الحكم و إنّما المنفى هو نفس الضرر لكننا نقيّد النفي و أنّه نفي للضرر من ناحية الحكم و التشريع.

و لا يخفى أنه لو خيلنا نحن و هذه الفقرة لأمكن ان نستفيد منها- اضافة إلى ما ذكرناه من انتفاء كل حكم ضررى- حرمة الاضرار بالآخرين و عدم اباحته، لأنّ الحكم بإباحته مستلزم للضرر على الآخرين فيكون منتفيا.

و عليه فما رامه شيخ الشريعة من استفادة تحريم الضرر يكون ثابتا ضمن هذا التفسير أيضا.

هذا بالنسبة إلى فقرة «لا ضرر».

و اما بالنسبة إلى فقرة «لا ضرار» فيستفاد منها النهي عن الاضرار و تحريمه كما رام ذلك شيخ الشريعة، حيث ان الضرار لوحظ فيه جنبه الصدور من الفاعل، و هو أشبه بكلمة اضرار، فكما أنه في جملة «لا اضرار» يستفاد النهي عن الاضرار كذلك في لا ضرار.

و نلفت النظر إلى ان تحريم الاضرار بدون تشريع وسائل وقائية تحول دون حدوث الضرر أو دون بقاءه ليس عقلاييا، فالتحريم تكليفا للإضرار يلزم تشريع الوسائل المانعة من حدوث أو بقاء الضرر.

و بهذا يتضح الجواب عن التساؤل الذي ستأتى الإشارة له إن شاء الله تعالى و هو: ان المناسب لحرمة الاضرار منع دخول سمرة الى منزل الأنصاري دون الأمر بقلع النخلة.

و وجه الجواب: ان تحريم الاضرار منفكاً عن تشريع الوسائل الوقائية حيث أنه ليس عقلاييا فيكون أمر النبي صلى الله عليه و آله و سلم بقلع النخلة من هذه الناحية.

كما يتضح من خلال ما ذكرناه وجه الارتباط بين تحريم الاضرار و تشريع حق الشفعة، ان ذلك من جهة ان بيع الشريك لحصته لما كان يولّد حقا للشريك الأول في المطالبة بالحصة لنفسه بازاء بذله للثمن، و لمّا كان منعه من إعمال حقه هذا اضرارا به فمن المناسب بعد حرمة الاضرار ثبوت حق الشفعة.

فالتناسب على هذا تناسب بين الفقرة الثانية و ثبوت حق الشفعة، و ليس تناسبا بين الفقرة الأولى و حق الشفعة.

٧- تطبيق الحديث على قضية سمرة

هناك إشكال ذكره الشيخ الأعظم في رسالة لا ضرر بقوله: «و في هذه القضية إشكال من حيث حكم النبي صلى الله عليه و آله و سلم بقطع العذق مع أن القواعد لا تقتضيه، و نفى الضرر لا يوجب ذلك، لكن ذلك لا يخل بالاستدلال».

و حاصله: انه صلى الله عليه و آله و سلم أمر بقلع الشجرة و علّل ذلك بقوله لا ضرر و لا ضرار، و الحال ان تحريم الضرر لا يقتضى جواز قلع الشجرة، و إنّما أقصى ما يقتضى منع سمرة من الدخول بدون استئذان، حيث ان في ذلك اضرارا و هو محرم، و لا معنى لتجوز قلع الشجرة.

هذا بناء على أنّ مفاد قاعدة لا ضرر تحريم الاضرار، و أمّا إذا كان مفادها نفي الحكم الضرري فالامر مشكل أيضا، لأنّ الحكم بثبوت حق لسمرة في بقاء نخلته في ملك الأنصاري ليس ضرا على الأنصاري لكي يكون مرفوعا بالقاعدة، و إنّما الحكم الضرري هو تجويز الاستطراق بدون استئذان فيكون هو المرفوع.

و قد اجيب عن ذلك بعدة أجوبة نذكر منها:

١- ما أشار إليه الشيخ الأعظم في العبارة السابقة و هو ان عدم المعرفة بكيفية التطبيق لا يمنع من الاستدلال بالقاعدة و لا يؤثر على ذلك.

و يرد: ان عدم التعرّف على كيفية التطبيق على نفس المورد يوئد احتمال كون المقصود من القاعدة شيئا آخر غير ما نفهمه، إذ لو كان المقصود ما نفهمه منها يلزم عدم الملاءمة بين ما نفهمه منها و بين تطبيقها.

[٢- ما اختاره جماعة كالميرزا و السيد الخوئي، من ان الأمر بالقلع لم يستند إلى القاعدة، و إنّما استند إلى ولايته صلّى الله عليه و آله و سلّم و كونه حاكما وظيفته حفظ النظام].

نظریه مصنف

مصنف بعد آنکه نظریه علمای راجع به مفهوم حدیث لا ضرر قبول نکردند، در صدد بر آمدند که نظریه خویش را مطرح کنند به این بیان که:

حدیث لا ضرر، مشتمل بر دو قسمت می باشد لذا باید از هر دو جهت مورد بررسی قرار گیرد، یکی بحث از «لا ضرر» و دیگری بحث از «لا ضرار» می باشد و با توجه به اینکه قسمت دوم حدیث عطف بر قسمت اول شده است از ظهور حدیث چنین استفاده می شود که دو قسمت آن در مقام بیان دو مطلب جداگانه می باشند، لذا شایسته است بحث از حدیث لا ضرر در مقام جداگانه بحث شود.

اول) «لا ضرر»

ظهور از فقره اول حدیث این است که در مقام نفی هر حکم ضرری می باشد و اینکه حکمی که لازمه آن ضرر باشد، از ناحیه شارع جعل نشده است به عبارت دیگر تمام احکامی که در دین اسلام جعل شده است، مقید به عدم ضرر می باشد و اگر در حکمی ضرر بر مکلف لازم آید، آن حکم از جانب شارع مقدس در حق مکلف جعل نمی شود.

اشکال به شیخ انصاری و شیخ الشریعة اصفهانی

مرحوم شیخ انصاری، مانند مصنف قائلند که فقره «لا ضرر» دلالت بر نفی کردن هر حکم ضرری می کند و لکن دلیل شیخ انصاری مورد پذیرش مصنف نمی باشد.

زیرا مراد از ضرر همان طور که در گذشته بیان شد معنای اسم مصدری می باشد که مرادف با معنای نقص است، و جانب فاعلیت در آن لحاظ نشده است لذا اگر طبق نظر شیخ انصاری، ضرر را استعمال کنیم و از آن اراده حکم کنیم صحیح نمی باشد زیرا حکم معنای مصدری دارد که جانب فاعلیت در آن لحاظ شده است در حالی که ضرر معنای اسم مصدری دارد که جانب فاعلیت در آن لحاظ نشده است.

همچنین طبق این کلام (مراد از ضرر معنای اسم مصدری است) مختار شیخ الشریعة اصفهانی هم که قائل به انشاء نهی بودند، مخدوش خواهد بود زیرا معنا ندارد که نقص که معنای اسم مصدری دارد، به تنهایی مورد نهی تعلق گیرد، زیرا زمانی نهی صحیح است که آنرا به فاعلی اسناد دهیم زیرا نهی به فعل مکلف تعلق می گیرد و بیان شد که در معنای اسم مصدری، فاعل لحاظ نشده است.

دلیل بر ظهور لا ضرر در نفی حکم ضرری

رسول اکرم حدیث «لا ضرر و لا ضرار» را با عنوان شارع بودن بیان می کنند، و از این جایگاه که مبلغ و شارع احکام اسلامی می باشند، احکام را بیان می کنند، لذا باید کلامش را از این جایگاه تفسیر شود، لذا زمانیکه در حدیث لا

ضرر، به صورت خبری، ضرر را نفی می‌کنند، مرادش نفی تحقق ضرر به لحاظ مقام جعل و تشریح احکام الهی می‌باشد یعنی هر حکمی که مستلزم ضرر در حق مکلف باشد، منتفی بوده و در حق مکلف جعل نمی‌شود.

تفاوت دلیل مصنف و شیخ انصاری

در دلیل شیخ انصاری باید کلمه حکم در تقدیر گرفته شود به این بیان که یا لفظ ضرر به صورت مجاز، در حکم استعمال شود (مجاز در لغت) و یا اینکه لفظ ضرر، به صورت حقیقت عرفیه در حکم استعمال شود (حقیقت عرفیه) و یا اینکه لفظ حکم قبل از واژه ضرر در تقدیر گرفته شود (مجاز در حذف) و در هر سه صورت باید کلمه حکم در تقدیر گرفته شود و یا اینکه کلمه ضرر در حکم استعمال شود، لکن طبق مختار مصنف نیاز به این تقدیر نیست و آنچه مورد نفی قرار می‌گیرد و خود واژه ضرر است و فقط این نفی را، از این جهت که از ناحیه حکم و تشریح احکام است، مقید می‌کنیم.

استفاده انشاء نهی از حدیث لا ضرر

اگر حدیث لا ضرر به همین مقدار بود و فقره دوم (ولا ضرار) نداشت، همان‌گونه که در بعضی از روایات چنین است، با توجه به تقریب مصنف از لا ضرر، می‌توان مختار شیخ الشریعه اصفهانی که قائل به انشاء نهی بودند، از حدیث لا ضرر استفاده شود، به این بیان که جعل حکم اباحه ضرر رساندن به دیگران، ضرری است و هر حکم ضرری با توجه به روایت منفی است، لذا نتیجه این می‌شود حکم اباحه ضرر رساندن، دیگران منفی است، و وقتی این ضرر رساندن مباح نباشد، حرام خواهد بود، لذا نتیجه این می‌شود که اگر چه مفاد مطابقی حدیث لا ضرر، این است که حکم ضرری در حق مکلف جعل نشده است لکن به دلالت التزامی دلالت دارد که ضرر رساندن به دیگران حرام می‌باشد که مختار شیخ الشریعه اصفهانی همین بود.

دوم) «و لا ضرار»

فقره «لا ضرار» قطعاً دلالت بر نهی دارد و در مقام بیان حکم تکلیفی ضرر رساندن به دیگران می‌باشد، همان‌طور که مختار شیخ الشریعه اصفهانی چنین بود، به دلیل اینکه همان‌طور که در گذشته بیان شد، لفظ «ضرار» مصدر می‌باشد، و در آن حیثیت صدور از فاعل لحاظ شده است، لذا ضرار شبیه به اضرار می‌باشد، پس همان‌طور که اگر گفته شود: «لا اضرار» از آن تحریم ضرر رساندن به دیگران استفاده می‌شود چون اضرار مصدر است و در آن حیثیت صدور از ناحیه فاعل لحاظ شده و با توجه به این نکته اضرار می‌تواند متعلق نهی قرار گیرد، در «لا ضرار» هم می‌توان، حرمت ضرر رساندن به دیگران، استفاده شود.

۱. ضرر: به معنای اسم مصدری است.

۲. ضرار: به معنای مصدری می‌باشد.

FG

معنای ضرر و ضرار

تطبیق

و الصحيح أن يقال: أنه^۱ توجد لدينا فقرتان: «لا ضرر» و «لا ضرار»، و كل واحدة منهما يمكن ان يستفاد منها غير ما يستفاد من الأخرى، و لا ينبغي التعامل معهما بشكل واحد.

و صحيح اینکه گفته شود: نزد ما، دو قسمت وجود دارد، قسمت «لا ضرر» و قسمت «لا ضرار» و هر یک از آن دو، ممکن است از آن استفاده شود، غیر از آنچه از دیگری استفاده می‌شود، و معامله کردن با هر دو به‌گونه واحد، سزاوار نیست.

أما فقرة «لا ضرر» فيمكن ان نستفيد منها انتفاء كل حكم يكون ثبوته مستلزما لالضرر كما افاده الشيخ الاعظم، و لكن لا لأحد البيانات السابقة فانها ضعيفة كما تقدم، و انما ذلك من جهة ان كلمة الضرر تعني نفس النقص كما تقدم، و إرادة النهي عن ذلك غير محتملة كما تقدم، اذ نفس النقص لا معنى للنهي عنه فماذا يقصد اذن؟

أما قسمت «لا ضرر» پس ممکن است از آن، منتفی شدن هر حکمی که ثبوت آن، ضرر را در پی دارد، استفاده کنیم، همانگونه که شیخ اعظم فرمودند، و لکن نه به خاطر یکی از این بیان‌هایی که در گذشته آمد زیرا آنها همان طور که گذشت ضعیف هستند، و آن (ضعیف بودن) از این جهت که کلمه ضرر همان طور که گذشت، به معنای نقص می‌باشد، و اراده کردن نهی از آن (لا ضرر) همان‌طور که گذشت، احتمال نمی‌رود، زیرا خود نقص، نهی از آن معنا ندارد، پس چه چیزی در این هنگام قصد شده است؟

انّ النبی صلی الله علیه و آله و سلمّ حينما يتكلم لا بدّ و انه يتكلّم بما هو شارع، و الشارع حينما يخبر عن عدم الضرر لا بدّ و أنّ يكون مقصوده نفی تحقّق الضرر من ناحية أحكامه و تشريعاته، انّ ذلك هو المناسب له.

. همانا نبی (درود خدا بر او و اهل بیتش) وقتی سخن می‌گوید چاره‌ای نیست او به لحاظ اینکه شارع است، سخن بگوید و شارع هنگامیکه از عدم ضرر خبر می‌دهد، چاره‌ای نیست مرادش نفی کردن وجود ضرر از ناحیه احکامش و قوانینش باشد، همانا آن مناسب برای شارع است.

و بذلك يثبت انّ المقصود نفی تحقّق الضرر فی حق المكلّف من ناحية التشريع و الأحكام، فكل حكم يكون ثبوته مستلزما للضرر يكون^۲ منتفيا.

و بواسطه آن ثابت می‌شود که مراد، نفی وجود ضرر در ذمه مکلف از ناحیه قانونگذاری و احکام است.

پس هر حکمی که ثبوتش، ضرر را در پی داشته باشد، منتفی می‌باشد.

۱. مرجع ضمیر: شأن

۲. لام تقویت

۳. خبر کل حکم

و فرق هذا التقريب عن التقريبات السابقة أنه على هذا التقريب لا نكون بحاجة إلى تقدير كلمة حكم، كما أنه لا يلزم استعمال كلمة الضرر في الحكم وإنما المنفى هو نفس الضرر لكننا نقيّد المنفى و أنه نفى للضرر من ناحية الحكم و التشريع.

و فرق این بیان با بیان‌های گذشته این است که طبق این بیان محتاج به تقدیر کلمه حکم نمی‌باشیم، همان‌طور که استعمال کلمه ضرر در حکم لازم نمی‌آید و خود ضرر، منفی است لکن ما نفی را تقیید می‌زنیم به اینکه نفی، نفی به ضرر از ناحیه حکم و قانونگذاری است.

و لا يخفى أنه^۱ لو خَلينا نحن و هذه الفقرة لأمكن ان نستفيد منها - إضافة إلى ما ذكرناه من انتفاء كل حكم ضرري - حرمة^۲ الاضرار بالآخرين و عدم اباحته، لأن الحكم بإباحته مستلزم للضرر «۱» على الآخرين فيكون منتفياً.

مخفی نماند اگر ما و این قسمت بودیم، هر آینه امکان داشت حرمت ضرر رساندن به دیگران و عدم مباح بودن آنرا، استفاده کنیم - علاوه بر منتفی شدن هر حکم ضرری که ذکر کردیم - زیرا حکم به مباح بودن آن، ضرر را بر دیگران در پی دارد و پس آن (حکم) منتفی است.

و عليه فما رامه^۳ شيخ الشريعة من استفادة تحريم الضرر يكون ثابتاً ضمن هذا التفسير أيضاً. هذا بالنسبة إلى فقرة «لا ضرر».

و بنابراین پس آنچه شیخ الشریعه از استفادۀ حرام بودن ضرر، طلب کرده است، ضمن این تفسیر هم موجود می‌باشد. این نسبت به قسمت «لا ضرر» بوده است.

و اما بالنسبة إلى فقرة «لا ضرار» فيستفاد منها النهي عن الاضرار و تحريمه كما رام ذلك شيخ الشريعة، حيث^۴ ان الضرار لوحظ فيه جنبه الصدور من الفاعل، و هو أشبه بكلمة اضرار، فكما أنه في جملة «لا اضرار» يستفاد النهي عن الاضرار كذلك في لا ضرار.

و اما نسبت به قسمت «لا ضرر» از آن نهی از ضرر رساندن و حرمت آن، استفاده می‌شود همان‌طور که شیخ الشریعه آنرا طلب کرد، زیرا در ضرر رساندن، جنبه صدور از فاعل لحاظ شده است، و آن (ضرر) شبیه به کلمه «إضرار» می‌باشد پس همان‌طور که همانا در جمله «لا اضرار» نهی از ضرر رساندن استفاده می‌شود مثل آن است در «لا ضرار»

Sc01:17:09

۱. مرجع ضمیر: شأن

۲. مفعول ان نستفيد.

۳. متعدی بنفسه بمعنی: طلب کردن

۴. للتعليل

تشریح عوامل بازدارنده

مصنف قائلند شارع برای لغو نبودن حدیث لا ضرر احکام دیگری را نیز جعل می‌کنند به این بیان که: شارع اگر در موردی عملی را حرام کند، مثلاً ضرر رساندن به دیگران را مورد نهی قرار دهد، در چنین صورتی باید یک ضمانت اجرایی برای این حکم حرمت قرار دهد تا این حکم اجراء شود وگرنه صرف حکم به حرمت به تنهایی تأثیر خارجی نخواهد داشت و مورد قبول عقلاء نخواهد بود، در نتیجه حرمت تکلیفی ضرر رساندن ملازمه دارد با تشریح چیزهایی که سبب بازداشتن ضرر از حیث حدود و یا از حیث بقاء ضرر می‌شود و اینکه اگر شخص دست از ضرر رساندن به دیگران بر نداشت بتوان بوسیله عوامل بازدارنده‌ای که شارع آنرا جعل کرده است، جلوی شخص ضرر رساننده، گرفته شود.

مثالی دیگر

در شرح لمعه آمده است که نگاه کردن به درون خانه دیگران حرام است و در ادامه آمده که اگر شخصی این نگاه را ادامه دهد صاحب‌خانه می‌تواند او را از این عمل باز دارد تا آنجا که می‌گویند: می‌توان با پرتاب کردن سنگ به طرف وی، او را از عمل زشتش باز داشت، چون جعل حرمت نگاه کردن به حریم دیگران، به تنهایی بازدارنده نیست، لذا شارع در کنار این حکم، احکام دیگری را تشریح کرده تا این حکم لغو نباشد.^۱

اشکال

با توجه به این مطلب، جواب اشکالی که به روایت وارد شده واضح می‌گردد. اشکال این است که، حرمت ضرر رساندن به دیگران اقتضاء دارد که رسول اکرم، سمره بن جندب را منع کنند از اینکه بدون اجازه مرد انصاری، وارد خانه وی شود، اما دستور پیامبر به کندن درخت سمره بن جندب، از حدیث «لا ضرر» استفاده نمی‌شود.

جواب

و جواب هم که از توضیح بالا، واضح شد این است که، کندن درخت سمره بن جندب از باب ضمانت اجرایی می‌باشد، یعنی وقتی رسول اکرم (ص) دیدند که سمره بن جندب به عمل زشت خود ادامه داده و تنها راه بازداشتن وی، کندن درخت می‌باشد، لذا حکم به قطع درخت نمودند تا جلوی عمل سمره بن جندب گرفته شود.

۱. و لو اطلع علی عوره قوم و لو الی وجه امرأة لیس بمحرم للمطلع فلهم زجره، فإن امتنع و أصر علی النظر جاز لهم رمیه بما یندفع به، فإن فعلوا فرموه بحصاة و نحوها فجنی علیه کان هدرا و لو بدره من غیر زجر ضمنوه و الرحم الذی یجوز نظره للمطلع علیهم یزجر لا غیر إلا أن یکون المنظور امرأة مجردة فیجوز رمیه بعد زجره کالأجنبی، لمساواته له فی تحریم نظر العورة. و یجب التدرج فی المرمی به من الأسهل إلی الأثوی علی وجه ینزجر به، فإن لم یندفع إلا برمیه بما یقتله فهدر. و لا فرق بین المطلع من ملک المنظور و غیره حتی الطریق، و ملک الناظر، و لو کان المنظور فی الطریق لم یکن له رمی من ینظر إلیه، لتفریطه نعم له زجره، لتحریم نظره مطلقا(عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (المحشی - کلانتر)، ۱۰ جلد، کتابفروشی دآوری، قم - ایران، اول، ۱۴۱۰ هـ ق)

ارتباط حرمت ضرر رساندن و تشریح حق شفعه

با توجه به مطالب بالا نکته دیگری روشن می‌گردد و آن رابطه بین حرمت ضرر رساندن و تشریح حق شفعه^۱ است، به این بیان که اگر دو نفر مثلاً در زمینی با یکدیگر شریک باشد، در چنین صورتی اگر یکی از شریک‌ها، سهم خود را به نفر سومی بفروشد، لازمه مالک شدن و شریک شدن نفر سوم، حصول ضرر در حق شخص می‌باشد زیرا وقتی نفر سوم مثلاً در زمین شریک باشد لازمه این شرکت ضرر برای شخص می‌باشد، لذا شارع برای اینکه جلوی ضرر به شریک اول گرفته شود، برای او حق شفعه قرار داده لذا با اعمال حق شفعه می‌تواند معامله را به هم بزند و با پرداخت قیمت به فروشنده، خودش مالک همه زمین بشود.

لذا حق شفعه جعل شده است به عنوان وسیله و ابزاری برای جلوگیری از استمرار ضرری که نسبت به شریک وارد شده است.

FG

لوازم جعل حرمت ضرر ← تشریح عوامل بازدارنده از لوازم جعل حرمت ضرر می‌باشد.

۱. الشفعة فی اللغة مصدر بمعنى جعل الشيء زوجاً للشيء و بمعنى التقوية و الإعانة يقال شفع الشيء بالشيء أي كان وترا فجعله شفعاً أي زوجاً و يقال شفعه أي أعانه و قواه. و الشفعة أيضا اسم للمشفوع كاللقمة اسم للملقوم.

و أما فی اصطلاح الفقهاء فهي عبارة عن حق مجعول للشريك متعلق بحصة الشريك الآخر إذا باعها من غيره، بأن ينتزعها من المشتري و يملكها بما بذل من الثمن، فهي حكم وضعي اعتباري جعله الشارع لشريك البائع فإذا باع أحد شريكي الدار مثلاً حصته من زيد بألف و تمت المعاملة، كان للشريك الآخر أن ينتزعها من المشتري ببذل مقدار الثمن و لو لم يرض به، و يسمى الحق بالشفعة و صاحبه بالشفيع.

و ذكروا فی تبیین حكم المقام ان هذا الحق ثابت فی كل ما لا ينقل و كان قابلاً للقسمة كالأراضي و البساتين و الدور، و فی ثبوته فی المنقول و فيما لا يقبل القسمة من غير المنقول كالبئر و الحمام و إشكال، و يشترط فی ثبوته الانتقال إلى المشتري بالبيع لا بالصلح و الهبة و نحوهما، و كون العين بيد شريكين و كون الشفيع قادراً على أداء الثمن. (مشكيني . ميرزا علي. مصطلحات الفقه. ص ۳۱۸).

تطبيق

و نلفت النظر إلى ان تحريم الاضرار بدون تشريع وسائل وقائية تحول دون¹ حدوث الضرر أو دون بقاءه ليس عقلائيًا، فالتحريم تكليفا للإضرار يلزم تشريع الوسائل المانعة من حدوث أو بقاء الضرر.

توجه را جلب می‌کنیم به اینکه حرمت ضرر رساندن بدون جعل کردن وسائل بازدارنده‌ای که هنگام حدوث ضرر یا هنگام بقاء آن مانع گردد، عقلائی نیست، پس حرمت تکلیفی برای ضرر رساندن، جعل وسائل بازدارنده از حدوث یا بقاء ضرر را در پی دارد.

و بهذا يتضح الجواب عن التساؤل الذي ستأتى الإشارة له إن شاء الله تعالى و هو: أن المناسب لحرمة الاضرار منع دخول سمرة الى منزل الأنصاري دون الأمر بقلع النخلة.

و بوسیله این، جواب از سؤالی که به زودی اشاره به آن می‌آید ان شاء الله، واضح می‌گردد و آن: مناسب با حرمت ضرر رساندن، منع داخل شدن سمرة به منزل انصاری است نه اینکه دستور به کندن درختش داده شود.

و وجه الجواب: ان تحريم الاضرار منفكاً عن تشريع الوسائل الوقائية حيث أنه² ليس عقلائيًا فيكون أمر النبي صلى الله عليه وآله وسلم بقلع النخلة من هذه الناحية.

و توضیح جواب: حرمت ضرر رساندن در حال جدا بودن از تشريع وسائل بازدارنده، از این جهت که عقلائی نیست، پس دستور نبی به کندن درخت از این ناحیه می‌باشد.

كما يتضح من خلال ما ذكرناه وجه الارتباط بين تحريم الاضرار و تشريع حق الشفعة، ان ذلك³ من جهة ان بيع الشريك لحصته لما كان يولد حقا للشريك الأول في المطالبة بالحصة لنفسه بازاء بذله للثمن،

همان‌طور که از لا به لای آنچه ذکر کردیم، صورت ارتباط بین حرمت ضرر رساندن و حکم حق شفعه واضح می‌گردد، آن (جعل حق شفعه) از این جهت که فروختن شریک سمهش را چون حقی برای شریک اول در مطالبه آن حصه برای خودش در مقابل دادن مبلغ آن، ایجاد می‌کند،

و لما كان منعه من إعمال حقه هذا اضرارا به⁴ فمن المناسب بعد حرمة الاضرار ثبوت حق الشفعة. فالتناسب على هذا تناسب بين الفقرة الثانية و ثبوت حق الشفعة، و ليس تناسبا بين الفقرة الأولى و حق الشفعة.

و چون منع کردنش از انجام دادن حقی ضرر به اوست، پس وجود حق شفعه بعد از حرمت ضرر رساندن مناسب است.

پس مناسبت با این توضیح، مناسبت بین قسمت دوم و وجوب حق شفعه است و مناسبتی بین قسمت اول و حق شفعه نیست.

Scot: 20: 37

۱. یعنی: عند.

۲. مرجع ضمیر: انفکاک.

۳. مشارالیه: تشريع حق شفعه.

۴. مرجع ضمیر: شریک اول.

۷) تطبیق دادن حدیث بر قضیه سمره

مصنف در این محور در مقام تطبیق دادن قاعده لا ضرر نسبت به ماجرای سمره بن جندب می‌باشند و قصد دارند اشکالی که شیخ انصاری در رساله لا ضرر^۱، مطرح کردند را جواب دهند.

بیان اشکال

حکم به کندن درخت از جانب رسول اکرم(ص)، مطابق با قواعد و همچنین مطابق با مقتضای نفی ضرری که در حدیث لا ضرر مطرح گردیده است، نمی‌باشد، زیرا نهایت چیزی که حدیث دلالت می‌کند، این است که رسول اکرم(ص) به خاطر حرمت رساندن به دیگران، مانع از ورود سمره بن جندب به منزل مرد انصاری شود، نه اینکه دستور به کندن درخت او دهند.

اگر در حدیث لا ضرر قائل به مبنای شیخ الشریعه اصفهانی باشیم که حدیث در مقام جعل تحریم است، اشکال واضحتر است، زیرا حرمت ضرر رساندن به دیگران نهایت چیزی را که اقتضاء دارد اینکه مانعی از فعل ضرری ایجاد شود مثلاً جلوی رفت و آمد سمره بن جندب به منزل مرد انصاری گرفته شود و سمره بن جندب بدون اجازه وارد منزل مرد انصاری نشود و این مسأله هیچ ربطی به بقاء درخت یا کندن درخت در منزل مرد انصاری ندارد و حال آنکه رسول اکرم(ص) برای کندن درخت، به این حدیث استناد نمودند.

و اگر در حدیث لا ضرر قائل شویم که دلالت بر نفی هر حکم ضرری می‌کند، با این وجود هم اشکال روشن است، زیرا مقتضای نفی حکم ضرری این است، که اگر از جعل آن حکم ضرری مترتب گردد، آن حکم منتفی است، در اینجا حکم ضرری، ورود و خروج سمره بن جندب بدون اجازه به منزل مرد انصاری است و این حکم چون ضرری است، منتفی است، و مسأله نفی حکم ضرری، ربطی به بقاء درخت یا کندن درخت ندارد، زیرا بقاء درخت در منزل مرد انصاری، مستلزم حکم ضرری نمی‌باشد تا اینکه مطابق حدیث لا ضرر، منتفی گردد.

جواب‌هایی که بر این اشکال بیان شده است.

به اشکال فوق جوابهایی داده شده که محقق بجنوردی به نقد و بررسی بعضی از آنها می‌پردازند.

جواب شیخ اعظم

شیخ انصاری می‌فرماید: اگر نتوانستیم حدیث لا ضرر را بر ماجرای سمره بن جندب تطبیق دهیم دلیل بر این نمی‌باشد که برداشت ما از حدیث لا ضرر اشتباه بوده است و دیگر نمی‌توان به مفاد آن تمسک جست بلکه روایت بر نفی حکم ضرری ظهور دارد، اگرچه تطبیق آن بر قضیه سمره بن جندب مشکل باشد. مثلاً به خاطر قضیه خارجی^۲ و علتی که در روایت ذکر نشده است، رسول اکرم(ص) درخت را قطع کرده است.

۱. ر.ک: رسائل فقهیه، ص ۱۱۱.

۲. اگر بپذیریم که دستور پیامبر به کندن درخت به خاطر قضیه خارجی بوده و علت آن بر ما پوشیده است لازمه آن این است که در موارد دیگر نمی‌توان چنین حکمی را سرایت داد، لکن اگر بتوانیم قاعده لا ضرر را بر ماجرای سمره تطبیق دهیم می‌توان حکم را به نظائر آن سرایت داد. (آموزشیار)

اشکال

عدم اطلاع یافتن بر اینکه چگونه لا ضرر منطبق بر قضیه سمره بن جندب می‌شود، این احتمال را ایجاد می‌کند که شاید مُراد از حدیث لا ضرر، غیر از آن چیزی است که ما از آن فهمیدیم و چون غافل از آن معنا شدیم، قدرت بر تطبیق حدیث بر قضیه نداریم، نه اینکه برداشت و فهم ما از حدیث لا ضرر درست است و فقط قدرت بر تطبیق نداریم. پس با وجود این احتمال، جواب شیخ اعظم صحیح نخواهد بود.

تطبیق

تطبیق الحدیث علی قضیه سمره

تطبیق دادن حدیث بر ماجرای سمره

هناك إشكال ذكره الشيخ الأعظم في رسالة لا ضرر بقوله: «و في هذه القضية إشكال من حيث^١ حكم النبي صلى الله عليه وآله وسلم بقطع العذق مع أن القواعد لا تقتضيه، ونفي الضرر لا يوجب ذلك، لكن ذلك لا يخل بالاستدلال».

اینجا اشکالی است که شیخ اعظم در رساله لا ضرر آنرا ذکر کرد به کلامش: «و در این قضیه اشکالی است از جهت حکم کردن نبی به کندن درخت با اینکه اصول آنرا دلالت نمی‌کند و نفی ضرر آنرا اثبات نمی‌کند، لکن آن (اشکال) ایرادی به استدلال وارد نمی‌کند».

و حاصله: انه صلى الله عليه وآله وسلم أمر بقلع الشجرة و علل ذلك بقوله لا ضرر و لا ضرار، و الحال ان تحريم الضرر لا يقتضي جواز قلع الشجرة، و إنما أقصى ما يقتضي منع سمره من الدخول بدون استئذان، حيث ان في ذلك^٢ اضرارا و هو^٣ محرم، و لا معنى لتجويز قلع الشجرة.

و حاصل آن (اشکال): او (نبی اکرم) به کندن درخت دستور داد و علت آنرا به کلامش لا ضرر و لا ضرار بیان کرد و در حالی که حرمت ضرر رساندن، سبب جواز کندن درخت نیست، و منع سمره از داخل شدن بدون اجازه، نهایت چیزی است که آنرا اقتضاء می‌کند زیرا در آن (ورود بدون طلب اذن) ضرر رساندن است و آن حرام است و هیچ دلیلی برای جواز کندن درخت وجود ندارد.

١. یعنی: جهت.

٢. مشاراإلیه: ورود بدون اذن.

٣. مرجع ضمیر: اضرار.

هذا بناء على ان مفاد قاعدة لا ضرر تحريم الاضرار، و اما إذا كان مفادها نفي الحكم الضرري فالامر مشكل أيضا، لأن الحكم بثبوت حق لسمة في بقاء نخلته في ملك الأنصاري ليس ضررا على الأنصاري لكي يكون مرفوعا بالقاعدة، و إنما الحكم الضرري هو تجويز الاستطراق بدون استئذان فيكون هو المرفوع.

این مبنی بر این است که مضمون قاعده لا ضرر، حرمت ضرر رساندن باشد و اما اگر مضمون آن نفي حکم ضرری باشد، پس جریان مشکل است همچنین، برای اینکه همانا حکم کردن به وجود حق برای سمره در باقی ماندن درختش در ملک انصاری، ضرر برای انصاری نیست تا اینکه بوسیله قاعده، منتفی باشد و همانا حکم ضرری فقط جواز رفت و آمد بدون اجازه است و آن (جواز رفت و آمدن بدون اذن) منتفی است.

و قد اجيب عن ذلك^۱ بعدة أجوبة نذكر منها:

از آن جوابهایی داده شده که بعضی از آنها را ذکر می‌کنیم:

۱- ما أشار إليه الشيخ الأعظم في العبارة السابقة و هو ان عدم المعرفة بكيفية التطبيق لا يمنع من الاستدلال بالقاعدة و لا يؤثر على ذلك.

۱- آن مطلبی که شیخ اعظم در عبارت گذشته به طور اشاره فرمود و آن اینکه ندانستن چگونگی تطبیق مانع از استدلال به قاعده نمی‌شود و هیچ تأثیری بر آن ندارد.

و یرده: ان عدم التعرف^۲ على كيفية التطبيق على نفس المورد يولد^۳ احتمال كون المقصود من القاعدة شيئا آخر غير ما نفهمه، إذ لو كان المقصود ما نفهمه منها يلزم عدم الملازمة بين ما نفهمه منها و بين تطبيقها. و آنرا اشکال می‌کند: ندانستن چگونگی تطبیق بر ماجرا، این احتمال که مراد از قاعده، چیزی غیر از آنچه فهمیدیم را ایجاد می‌کند زیرا اگر مراد از آن مطلبی باشد که ما فهمیدیم لازم می‌آید که ناسازگاری بین آنچه فهمیدیم و بین تطبیق دادن حاصل شود.

۱. مشار إليه: اشکال.

۲. یعنی: اطلاع یافتن.

۳. یعنی: ایجاد می‌کند.

چکیده

۱. مصنف: ظهور فقره اول حدیث لا ضرر در مقام نفی هر حکم ضرری می‌باشد.
۲. مصنف: مراد از کلمه ضرر در فقره اول حدیث، معنای اسم مصدری که مرادف با معنای نقص است می‌باشد.
۳. مصنف: رسول اکرم حدیث لا ضرر را با ناحیه شارع بودن بیان کردند.
۴. فقره دوم حدیث یعنی «لا ضرار» در مقام بیان حکم تکلیفی حرمت ضرر رساندن به دیگران می‌باشد.
۵. شیخ انصاری: حکم به کندن درخت، مطابق با قاعده لا ضرر نمی‌باشد.