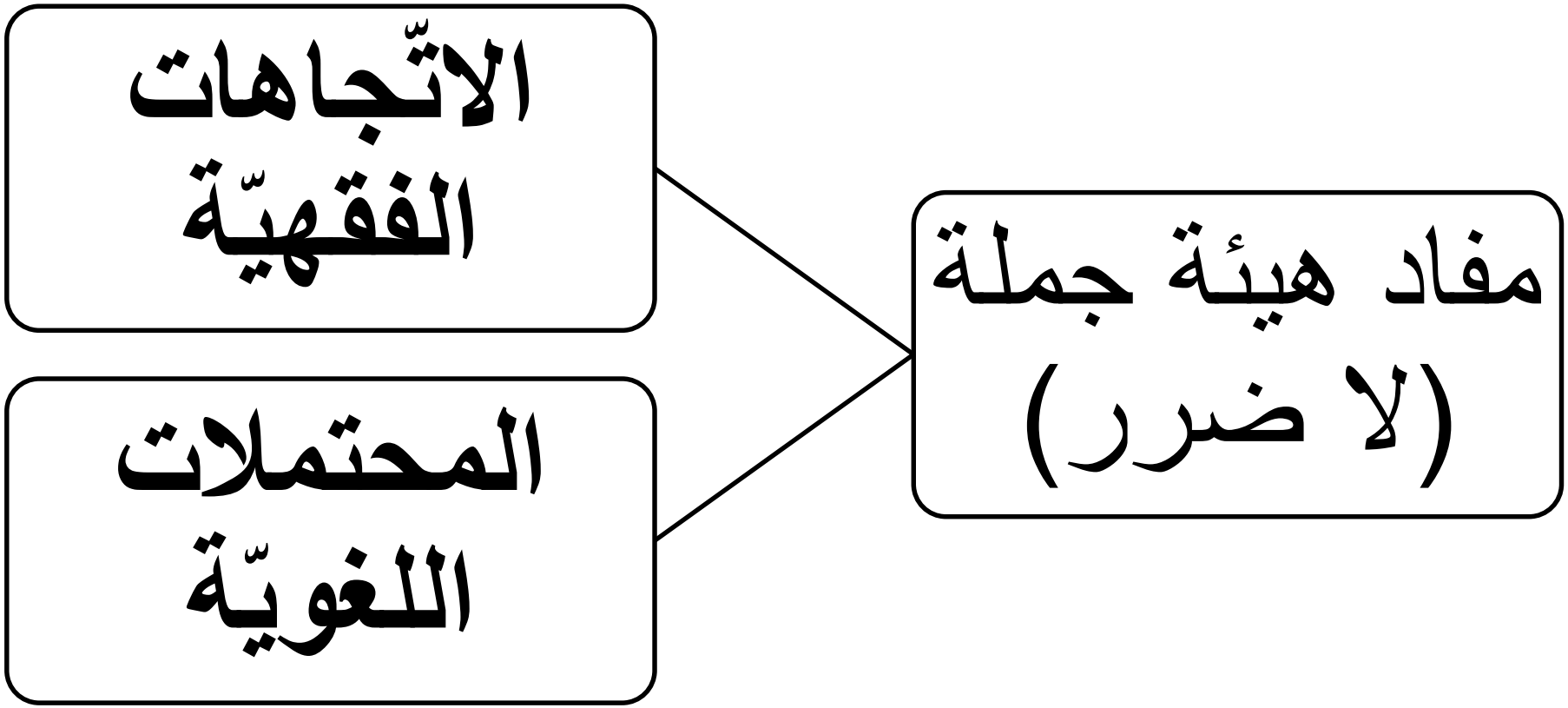
علم اصول الفقه

قاعدة لاضرر ١٣-٩-١٤٠٢ ٣٥

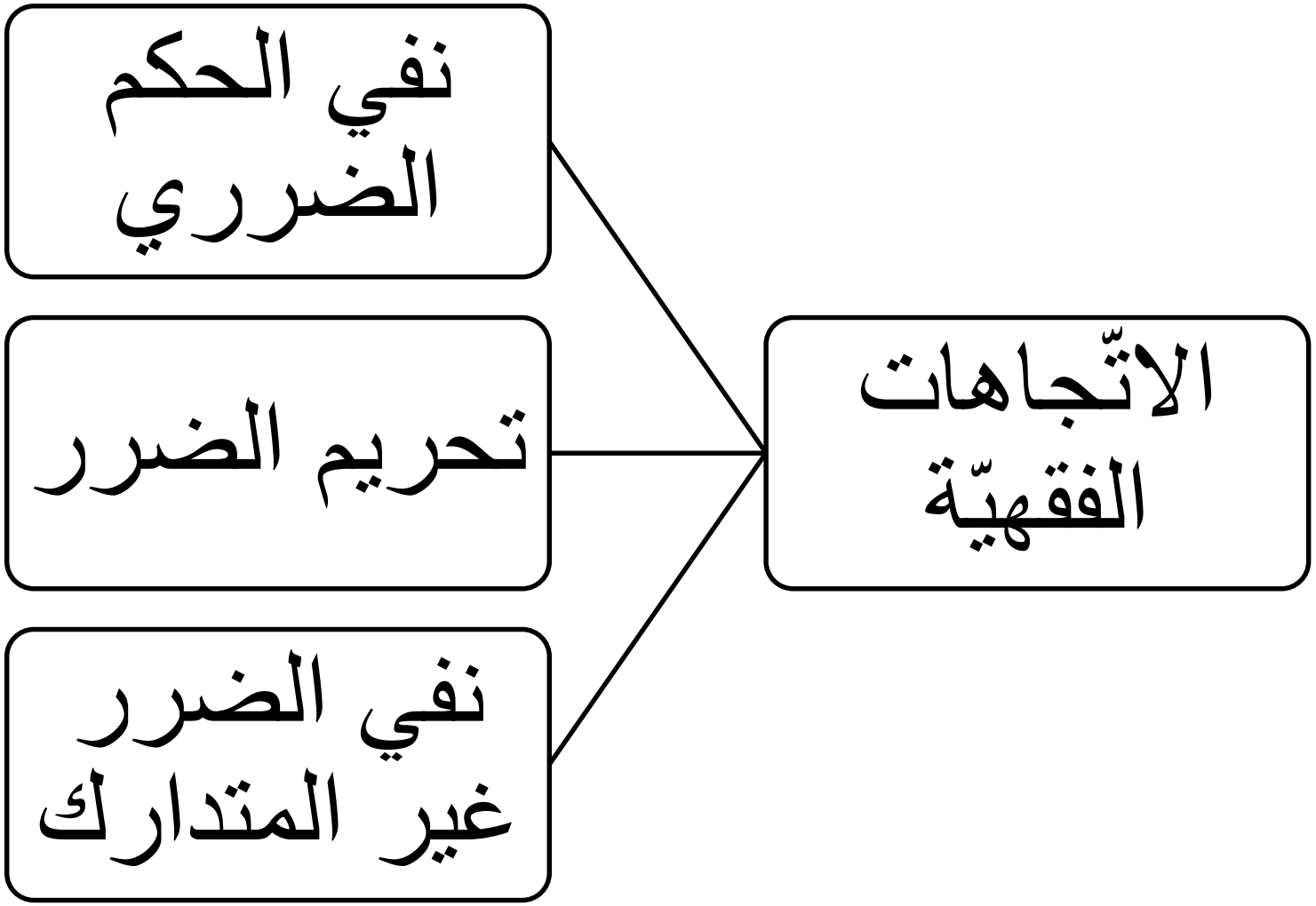
دراسات الاستاذ:
مهدي الهادوي الطهراني

مفاد هيئة جملة (لا ضرر)



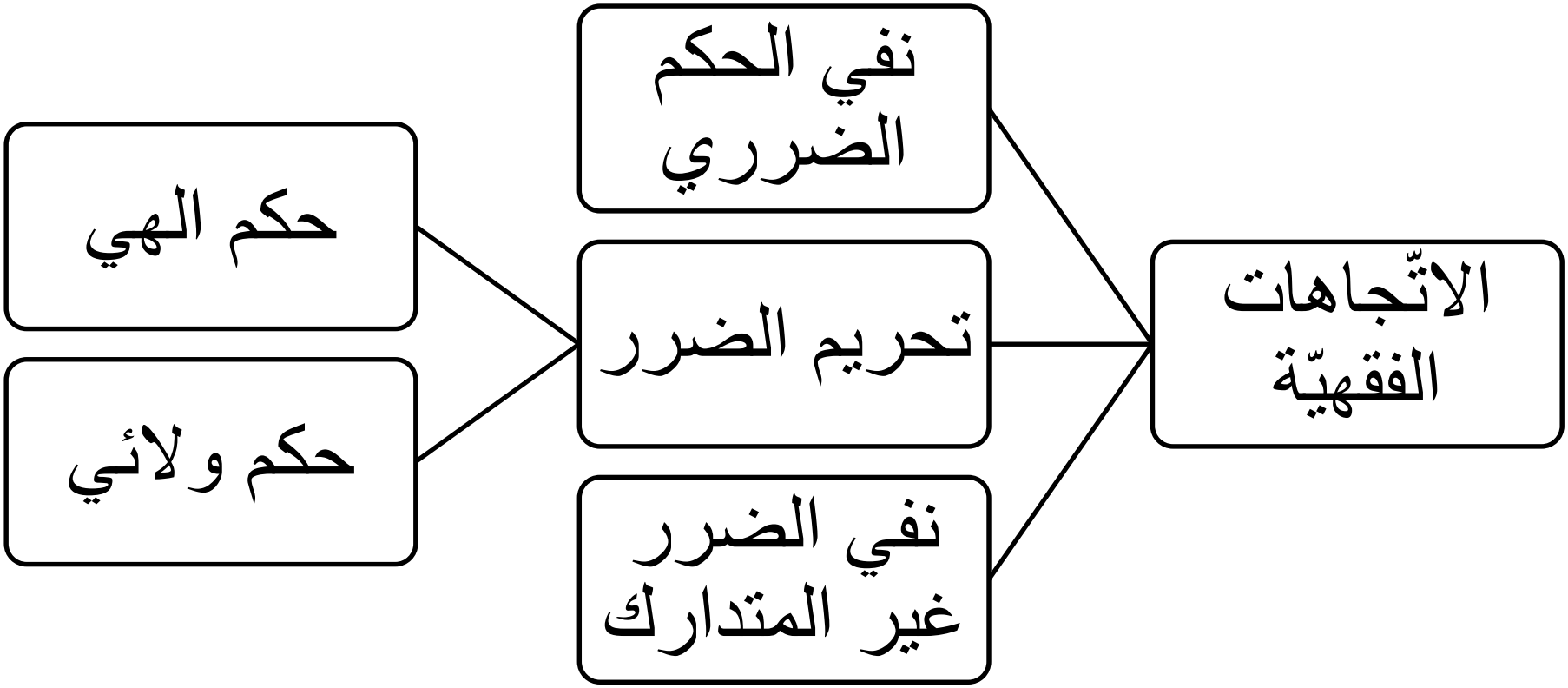
مباحث الأصول ؛ ج۴ ؛ ص۵۳۶

مفاد هيئة جملة (لا ضرر)



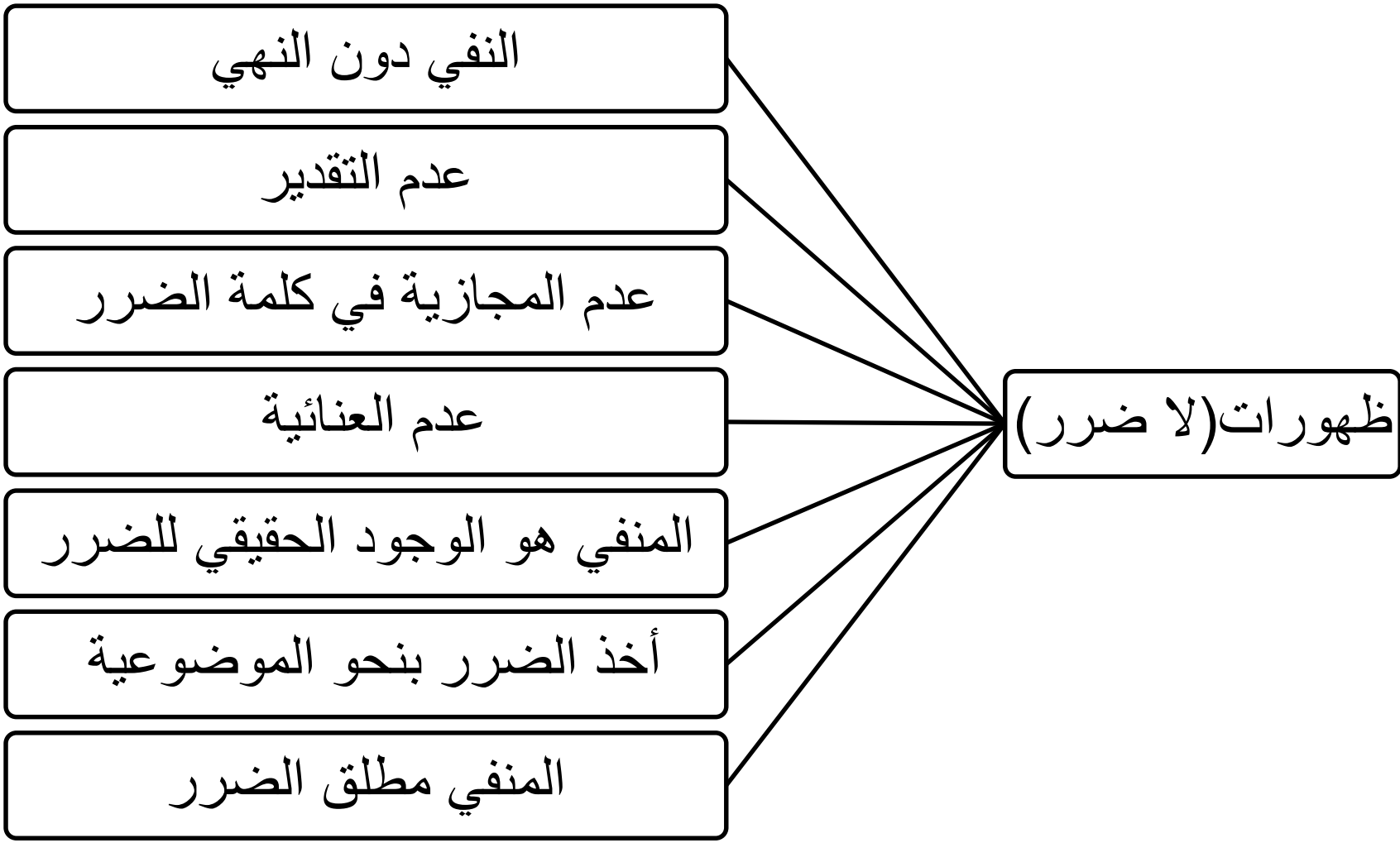
مباحث الأصول ؛ ج۴ ؛ ص۵۳۶

مفاد هيئة جملة (لا ضرر)



مباحث الأصول ؛ ج۴ ؛ ص۵۳۶

المختار فى لا ضرر



بحوث فى علم الأصول ؛ ج٥ ؛ ص٤٦٩

مفاد هيئة جملة (لا ضرر)

- و منها ما أفاده شيخنا العلامة رحمه اللّه على ما ببالى من ان نفى الضرر و الضرار انما هو فى لحاظ التشريع و حومة سلطان الشريعة، فمن قلع أسباب تحقق الضرر فى صفحة سلطانه بنفى الأحكام الضررية و المنع عن إضرار الناس بعضهم بعضا و حكم بتداركه على فرض تحققه يصح له ان يقول: لا ضرر فى مملكتى و حوزة سلطانى و حمى قدرتى، و هو رحمه اللّٰه كان يقول انه بناء على هذا يكون نفى الضرر و الضرار محمولا على الحقيقة لا الحقيقة الادعائية،

القواعد الفقهية و الاجتهاد و التقليد (الرسائل للإمام الخمينى)، ج١، ص: ٣٦

المشاكل المثارة فى فقه لا ضرر

- المشاكل المثارة فى فقه لا ضرر:
- الجهة الخامسة- فى استعراض المشكلات التى أثيرت فى مقام اقتناص المدلول النهائى من الحديث بعد فرض إمكان نفى الحكم الضررى به، و هى كما يلى:

بحوث فى علم الأصول ؛ ج٥ ؛ ص٤٧١

المشاكل المثارة فی فقه لا ضرر

- الأول- ان الحديث علی هذا يبتلی بتخصيص الأكثر، لأن كثيرا من الأحكام الفقهية تستبطن الضرر كالحدود و الدّيات و القصاص و الضمان و الخمس و الزكاة و الجهاد و الحج و غير ذلک فلا بد من ان يراد منه معنی آخر غير نفی الحكم الضررى،

بحوث فی علم الأصول ؛ ج۵ ؛ ص۴۷۱

المشاكل المثارة فى فقه لا ضرر

- و من هنا ذهب بعضهم إلى إجمال الحديث و عدم إمكان العمل به، و بعضهم إلى انه يعمل به فى حدود ما عمل به المشهور.

بحوث فى علم الأصول ؛ ج٥ ؛ ص٤٧١

المشاكل المثارة فى فقه لا ضرر

- و أجاب عن الإشكال آخرون بان الحديث باعتباره حاكما على أدلة الأحكام الأولية ينظر إلى تحديد إطلاقاتها لا أصلها فلا يشمل الأحكام المذكورة التى تكون ضررية بحسب طبعها.

بحوث فى علم الأصول ؛ ج٥ ؛ ص٤٧١

المشاكل المثارة فى فقه لا ضرر

- الثانى – ان الحديث طبق فى مسألة الشفعة فى بعض رواياته مع ان بيع الشريک لحصته لا يكون ضررا على شريكه إلّا نادرا و بنحو قد يكون مقدمة إعدادية للضرر كما إذا كان المشترى رجلا خبيثا قد يضر بالشريک الأول، و مثل هذه المقدمات الإعدادية للضرر لا تمنع عن ترتب الحكم الشرعى جزما.

بحوث فى علم الأصول ؛ ج۵ ؛ ص۴۷۱

المشاكل المثارة فى فقه لا ضرر

- و قد أجيب عن ذلک
- تارة بان ذلک من الجمع فى الرواية لا المروى فلا يرتبط حديث لا ضرر بحكم الشفعة،
- و أخرى بان الضرر فى باب الشفعة من باب الحكمة لا العلّة،

بحوث فى علم الأصول ؛ ج۵ ؛ ص۴۷۱

المشاكل المثارة فى فقه لا ضرر

- و ثالثة بان لا ضرر تفريع على حكم الشفعة لا علّة له أى باعتبار ان حق الشفعة مجعول للشريک فلا يترتب ضرر على بيع الشريک خارجا لإمكان فسخه من قبل الشريک الأول، و على هذا فيسقط الاستدلال بهذا الطريق للحديث على القاعدة.

بحوث فى علم الأصول ؛ ج۵ ؛ ص۴۷۱

المشاكل المثارة فى فقه لا ضرر

- الثالث- ان الحديث طبق فى بعض طرقه على مسألة منع فضل الماء مع انه ليس بضرر على الثانى و انما هو من باب عدم النّفع، فهل يراد بالضرر مجرد عدم النّفع و كيف يمكن ان يلتزم بذلک؟ بل هنا لا يمكن ان يكون الضرر حتى حكمة للحكم بحرمة منع فضل الماء،

بحوث فى علم الأصول ؛ ج۵ ؛ ص۴۷۱

المشاكل المثارة فى فقه لا ضرر

- و من هنا جعل بعضهم ذلک أيضا من بـاب الجمـع فى الرواية لا المروى.

بحوث فى علم الأصول ؛ ج٥ ؛ ص٤٧١

المشاكل المثارة فى فقه لا ضرر

- الرابع – ان تطبيق الحديث على قضية سمرة بن جندب أيضا لا يخلو من إشكال لأن النبى صلى اللّه عليه و آله قد طبق ذلك لإثبات جواز قلع النخلة الراجعة لسمرة مع ان الأمر الضررى انما هو جواز الدخول بلا استئذان فلا بد من ارتفاع هذا الحكم لا حرمة قلع النخل،

بحوث فى علم الأصول، ج۵، ص: ۴۷۲

المشاكل المثارة فى فقه لا ضرر

- و من هنا جعل بعضهم ذلک تعليلا لعدم جواز الدخول بلا استئذان لا لجواز قلع النخلـة، بـل كان حكم النبى صلى اللّه عليه و آله بالقلع من باب كونه ولى الأمر.

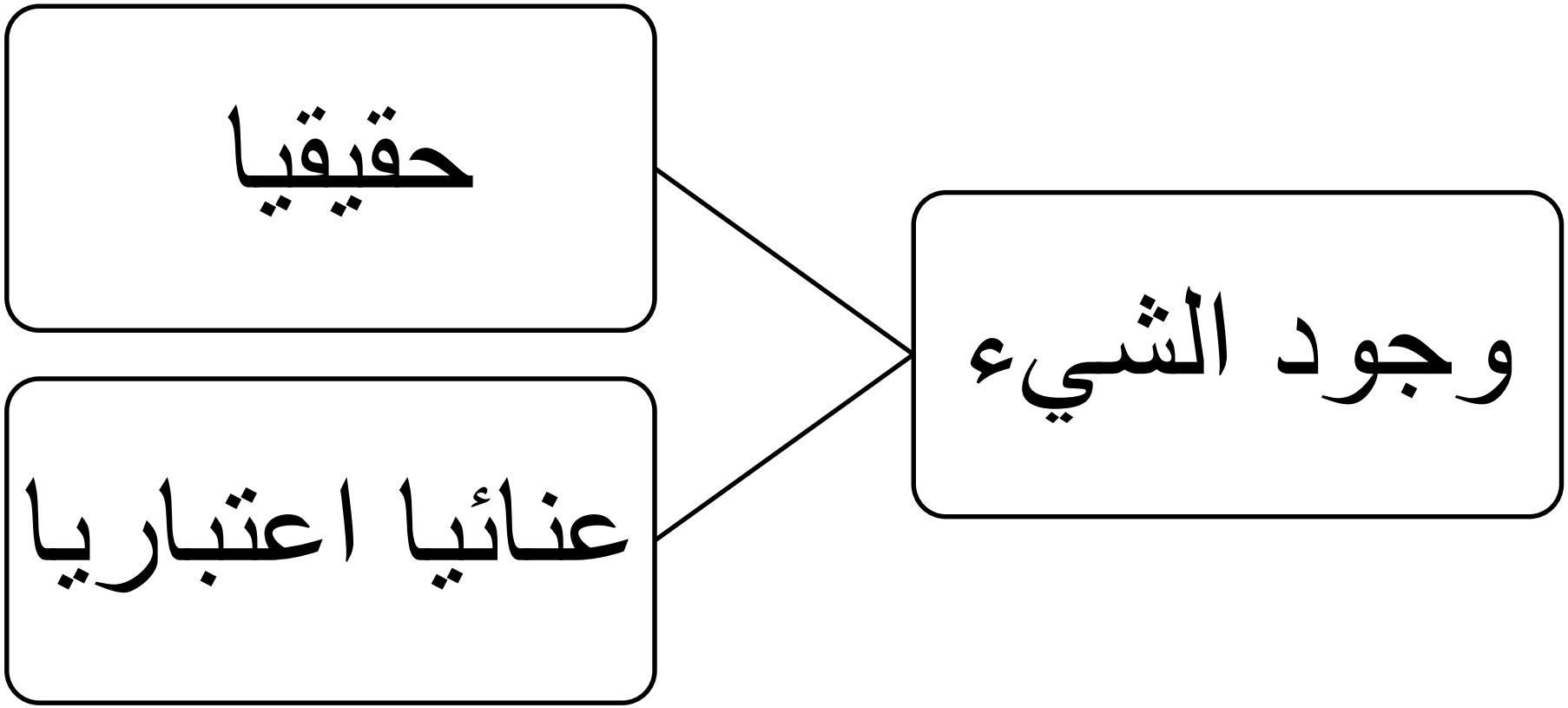
بحوث فى علم الأصول، ج۵، ص: ۴۷۲

المشاكل المثارة فى فقه لا ضرر

- و التحقيق: فى دفع كل ما أثير من المشـكلات ان نلتفت إلى أمور ثلاثة:

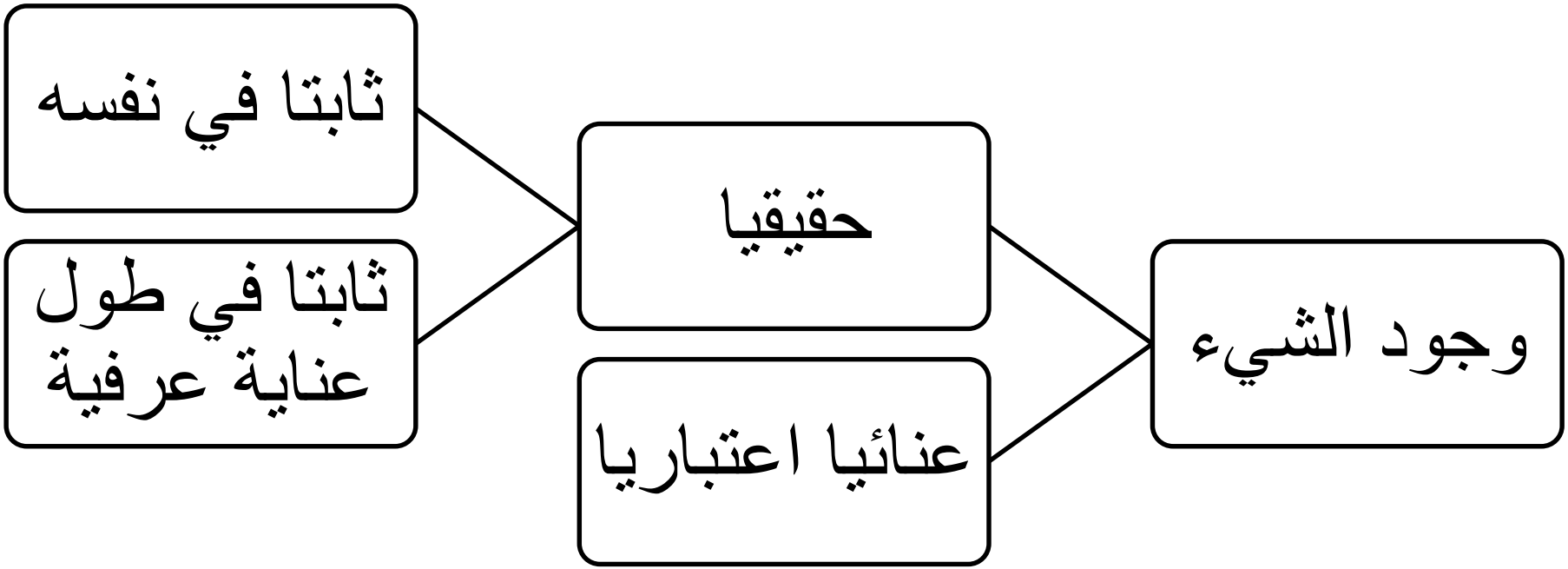
بحوث فى علم الأصول، ج۵، ص: ۴۷۲

المشاكل المثارة فى فقه لا ضرر



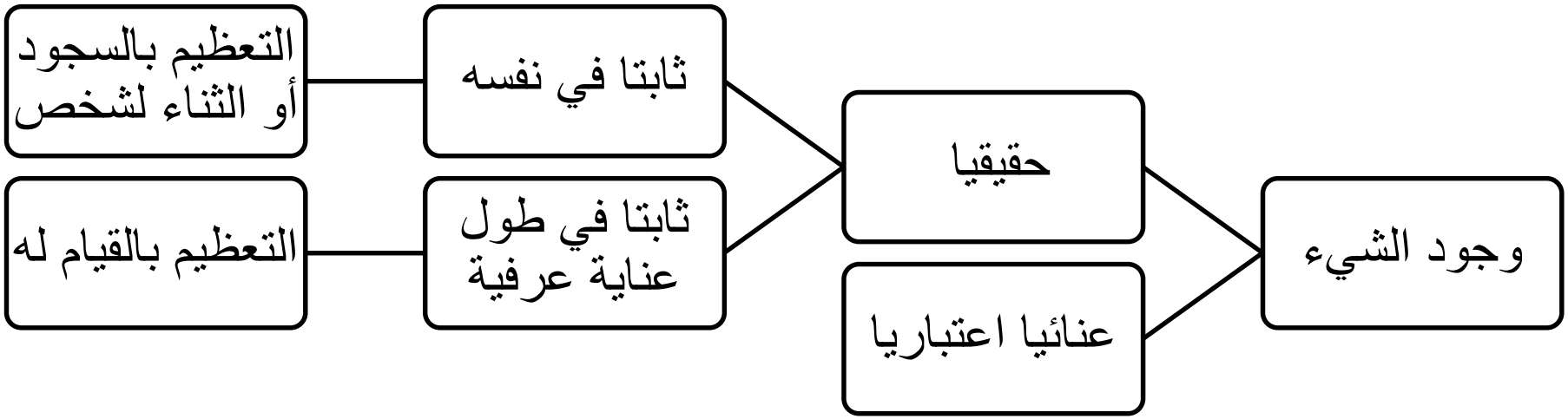
بحوث فى علم الأصول، ج۵، ص: ۴۷۲

المشاكل المثارة فى فقه لا ضرر



بحوث فى علم الأصول، ج۵، ص: ۴۷۲

المشاكل المثارة فى فقه لا ضرر



بحوث فى علم الأصول، ج۵، ص: ۴۷۲

المشاكل المثارة فى فقه لا ضرر

- الأمر الأول- ان وجود الشيء قد يكون حقيقيا ثابتا فى نفسه، و قد يكون حقيقيا ثابتا فى طول عناية عرفية، و ثالثة يكون عنائيا اعتباريا.

بحوث فى علم الأصول، ج۵، ص: ۴۷۲

المشاكل المثارة فى فقه لا ضرر

- فالأوّل من قبيل التعظيم بالسجود أو الثناء لشخص، و الثانى من قبيل التعظيم بالقيام له فى مجتمع جعل القيام فيه أسلوبا من أساليب التعظيم، و من هنا يكون تحقق التعظيم فى طول ذلك الجعل، و الثالث من قبيل العناوين العنائية و المجازية أو الاعتبارية.

بحوث فى علم الأصول، ج۵، ص: ۴۷۲

المشاكل المثارة فى فقه لا ضرر

- و إذا ورد لفظ مطلق فى لسان دليل فكما يشمل الفرد الحقيقى الأول يشمل أيضا الفرد الحقيقى الثانى الّذى يكون فى طول عناية العرف إذا كانت تلك العناية ثابتة فى المجتمع أو العرف الّذى يتكلم فيه الشارع.

بحوث فى علم الأصول، ج۵، ص: ۴۷۲

المشاكل المثارة فی فقه لا ضرر

- و علی هذا الأساس نقول: ان عنوان الضرر کما یشمل المصداق الحقیقی للضرر کقطع الید مثلا کذلک یشمل منع الشریک عن حق الشفعة فانه ضرر فی طول افتراض ان العرف یری بحسب ارتکازه حقا للشریک فی الشفعة فإذا لم یکن له مثل هذا الحق کان نحو إضرار به و هو ضرر حقیقی لأنه نقص لحق مرکوز عقلائیا- کما تشهد بذلک الشواهد التاریخیة القانونیة-

بحوث فی علم الأصول، ج۵، ص: ۴۷۲

المشاكل المثارة فى فقه لا ضرر

- و كذلک حق الانتفاع من فضل الماء و ما أشبه ذلک فى الثروات العامة الطبيعية التى خلقها اللّٰه سبحانه و تعالى للناس عموما لإشباع حاجاتهم بها فيكون منع الزائد على الحاجة منه نحو إضرار بالآخرين فى طول هذه العناية حقيقة.

بحوث فى علم الأصول، ج۵، ص: ۴۷۲

المشاكل المثارة فى فقه لا ضرر

- و بهذا يعرف الوجه أيضا فى تطبيق القاعدة على مثل خيار الغبن أو تبعض الصفقة مع انه لا ضرر فى تبعض الصفقة و تبعض الثمن بتبعه، فان هذه الخيارات حقوق عقلائية.
- و إن شئت قلت: ان إلزام المشترى بذلک و تحميله عليه نحو إضرار به عقلائيا فيكون مشمولا للقاعدة و تكون القاعدة إمضاء لمثل هذه الحقوق أيضا كما تفيد التأسيس فى موارد أخرى.

بحوث فى علم الأصول، ج۵، ص: ۴۷۲

المشاكل المثارة فى فقه لا ضرر

- و كأن خفاء هذا المطلب هو الّذى دعا مثل المحقق العراقى (قده) ان يفترض متمما لهذه القاعدة فى المرتبة السابقة فسلخها عن التأسيسية و حملها على انها إشارة إلى قواعد مجعولة فى موردها من قبل نظير ما ذكره فى حديث مسعدة بن صدقة (كل شىء لك حلال حتى تعرف انه حرام) الوارد فى مورد السوق و اليد و نحو ذلك، و قد عرفت ان الصحيح ما ذكرناه.

بحوث فى علم الأصول، ج۵، ص: ۴۷۳

المشاكل المثارة فی فقه لا ضرر

- الأمر الثانی- ان حدیث کثرة التخصیصات علی قاعدة لا ضرر انما ینجم من الجمود علی الظهور الأولی للکلام بقطع النّظر عن تحکیم مناسبات الحکم و الموضوع و الارتکازات العقلائیة و الاجتماعیة علیه،

بحوث فی علم الأصول، ج۵، ص: ۴۷۳

المشاكل المثارة فى فقه لا ضرر

- ذلک ان الشريعة من مقوماتها بحسب المرتكز العقلائى اشتمالها على قواعد و أنظمة تحقق العدالة الاجتماعية و تنظم الحياة العامة للناس و هي تستتبع لا محالة تحميلا على الناس أو تحديدا لهم إلّا ان هذا ليس بضرر اجتماعيا بلحاظ المشرع- و إن فرض بالقياس إلى الفرد لو أراد ان يحمل شيئا على آخر كان ضررا- بل الضرر ان تخلو الشريعة عن تلک الأنظمة

بحوث فى علم الأصول، ج۵، ص: ۴۷۳

المشاكل المثارة فى فقه لا ضرر

- فان الشريعة التى لا تضمن من أتلف مال الغير و لا تقتص من جان و لا تعاقب سارقا و لا تأخذ زكاة للفقراء هى التى تكون ضررية
- و هكذا يتضح انه بالنسبة إلى المشرع الصادر منه هذه القاعدة لا تكون الأحكام المذكورة بحسب مناسبات الحكم و الموضوع الاجتماعية أحكاما ضررية لكى يقال بأنها تخصيص الأكثر.

بحوث فى علم الأصول، ج۵، ص: ۴۷۳

المشاكل المثارة فى فقه لا ضرر

- و اما الأحكام العباديـة الأخـرى فلـو فـرض فيهـا مـا يستلزم نقص مال أو تحديد حرية و لم تكـن مشـمولة للارتكاز و المناسبة المشار إليهـا فـلا إشـكال فـى ان هناك ارتكازا آخر محكما على هذا الدليل الصادر مـن شارعنا الأقدس و هـو انـه لـيس للعبـد تجـاه مـولاه الحقيقى حق الحرية و الملك ليكون تكليفه بذلك مـن أجل المولى ضررا عليه نعم تحمله لذلك تجاه الآخرين يكون ضررا و هو المنفى بهذه القاعدة.

بحوث فى علم الأصول، ج۵، ص: ۴۷۳

المشاكل المثارة فى فقه لا ضرر

- و هكذا يتضح فى ضوء هذا الأمر الجواب على إشكال كثرة التخصيص الّذى تجشم الشيخ فى مقام دفعه بان التخصيص الوارد قد تعلق بعنوان واحد لا بعناوين متعددة فانه ليس هناك تخصيص بل تخصص.

بحوث فى علم الأصول، ج۵، ص: ۴۷۳

المشاكل المثارة فى فقه لا ضرر

- و اما الأجوبة المتقدمة فجواب الشيخ قابل للمناقشة من ناحية عدم ورود التخصيصات بعنوان واحد بل عناوين عديدة حسب الأبواب الفقهية المختلفة،

بحوث فى علم الأصول، ج۵، ص: ۴۷۳

المشاكل المثارة فى فقه لا ضرر

- و لو فرض ذلک فلا فرق فی استهجان تخصيص الأكثر بين كونه بعنوان واحد أو عناوين عديدة خصوصا فی مثل هذا اللسان الآبی عن التخصيص و الناظر إلى الشريعة و أحكامها بما هی قضايا خارجية متعينة لا قضية حقيقية.

بحوث فی علم الأصول، ج۵، ص: ۴۷۴

المشاكل المثارة فی فقه لا ضرر

- و اما جواب المحقق الخراسانیّ من ظهور القاعدة فی مانعیة الضرر فلا یشمل فرض کون الضرر بنفسه مقتضیا لحکم فیرد علیه:
- ان المقتضی للأحکام التی تکون من أصلها ضرریة- بقطع النّظر عما ذکرناه- لیس هو الضرر بل المصالح المترتبة فی تلک الأحکام و إن کانت ملازمة مع تضرر المکلفین فلما ذا لم یجعل الضرر مانعا عن تأثیر تلک المصالح کما منعت عن تأثیر مصلحة الوضوء الضرری.

بحوث فی علم الأصول، ج۵، ص: ۴۷۴

المشاكل المثارة فى فقه لا ضرر

- و اما جواب المحقق النائينى (قده) من ان حديث لا ضرر حاكم على أدلة الأحكام الأولية بملاك النّظر إليها فلا بد من ان يفترض ثبوت ذلک الحكم فى المرتبة السابقة فلا يمكن للحديث ان يرفع أصل الحكم الضررى و انما ينحصر مفاده فى نفى إطلاق الحكم الضررى.

بحوث فى علم الأصول، ج۵، ص: ۴۷۴

المشاكل المثارة فى فقه لا ضرر

- فالجواب: ان الحديث ناظر إلى الشريعة ككل لا إلى كل حكم حكم و هو ينفى ثبوت الحكم الضررى فيها سواء كان أصله ضرريا أو إطلاقه، و اما الشريعة فهى مفترضة و ثابتة فى المرتبة السابقة.

بحوث فى علم الأصول، ج۵، ص: ۴۷۴

المشاكل المثارة فى فقه لا ضرر

- و اما ما ذكره المحقق النائينى (قده) أيضا من المناقشة فى ضررية هذه الأحكام فذكر فى الخمس و الزكاة مثلا بأنه ليس ضررا بل عدم النّفع فانه ليس إلّا عبارة عن جعل الفقير شريكا مع الغنى من أول الأمر نظير جعل غير الولد شريكا معه فى الإرث.

بحوث فى علم الأصول، ج۵، ص: ۴۷۴

المشاكل المثارة فى فقه لا ضرر

- فيرد عليه: انه لو قطعنا النّظر عن المناسبات التى أشرنا إليها كان عنوان الضرر صادقا هنا لأن الخمس و الزكاة انما يكون فى طول تحقق ملكيۀ الغنى أولا فهما يخرجان عن ملكه إلى ملک الفقير أو الإمام عليه السلام.

بحوث فى علم الأصول، ج۵، ص: ۴۷۴

المشاكل المثارة فى فقه لا ضرر

- و ذكر فى ضمان اليد بأنه ليس ضررا لأنه هو الّذى أقدم عليه فكأنّه لا ضرر عرفا
- و فيه: ان الضمان كثيرا ما يكون من دون اقدام من الضامن على الإتلاف كما فى الإتلاف غير العمدى و كما فى موارد الجهل و اعتقاد ان هذا المـال لـه فأخذه فتبين بعد التلف انه لغيره.

بحوث فى علم الأصول، ج۵، ص: ۴۷۴

المشاكل المثارة فى فقه لا ضرر

- و المحقق العراقى (قده) أشكل على هذا الكلام من المحقق النائينى (قده) بإشكال الدور، فان الإقدام على الضرر فرع ثبوت الضمان الّذى هو فرع عدم جريان قاعدة لا ضرر الّذى هو فرع الإقدام على الضرر و هذا دور، و سوف يأتى التعليق على هذا الإشكال.

بحوث فى علم الأصول، ج۵، ص: ۴۷۵

المشاكل المثارة فى فقه لا ضرر

-

- [١] هـذا الإشـكال نقلـه الشـيخ العراقـى رحمـه اللّـه فـى المقالات: ج ٢، ص ١٢٣ عن أستاذه الشيخ الآخونـد فـى مقام إبطال منع التمسّک ب (لا ضرر) لرفع وجـوب الغسـل الضررى لدى الإقدام على الجنابة عالما عامدا، بدعوى: أنـه هو الّذى أقدم على الضرر، فذكر الشيخ الآخوند حسب نقـل المحقق العراقى فى مقام الجواب عن ذلک: أن إقدامه علـى الضرر لا يكون إلّا بتوسيط ثبوت وجوب الغسل، و هو فـرع صدق الإقدام على الضـرر، و هـو دور، ثـم نـاقش الشـيخ العراقى رحمه اللّه هذا الدور فى ص ١٢٤ فراجع.

المشاكل المثارة فى فقه لا ضرر

- و أنا لم أجد فى فحصى الناقص فى الكفاية و تعليق الآخوند على الرسائل و تعليقه على الكفاية ذكرا لهذا الدور. و لعلّ المحقّق العراقى ينقله عن مجلس درسه. و على أىّ حال فسيأتى من أستاذنا الشهيد رحمه اللّه الحديث عن حال هذا الدور فى التنبيه الثانى من تنبيهات القاعدة.

مباحث الأصول ؛ ج۴ ؛ ص۵۶۱

المشاكل المثارة فى فقه لا ضرر

- و ذكر فى مطلق الضمان و القصاص بأنه من موارد تعارض الضررين، فان عدم الضمان ضرر على المضمون له و عدم القصاص ضرر على ولى الدم، و الحديث لا يشمل موارد تعارض الضررين.
- و فيه: ان هذا فى القصاص معقول باعتبار ان الاقتصاص ضرر حقيقى على المقتص منه من دون ان يكون فى طول جعل حق عقلائى فى المرتبة السابقة و عدم القصاص أيضا ضرر على ولى الدم فى طول جعل حق الاقتصاص له ارتكازا و عقلائيا، و اما فى الضمان فحيث ان الضمان ليس نقصا حقيقيا على الضامن بل هو نقص فى طول فرض حق عقلائى و هو تسلط الإنسان على ذمته حتى فى قبال من أتلف ماله فكونه من تعارض الضررين فرع افتراض حق للمضمون له على ذمة الضامن فى المرتبة السابقة ليكون عدمه ضررا عليه، و مثل هذين الفرضين لا يمكن تحققهما معا لأن العقلاء اما ان يفترضوا التحقق و السلطنة للضامن على ذمته أو للمضمون له و لا يمكن افتراض جعلهما معا فانهما متضادان و معه لا يعقل ان يكون باب الضمان من تعارض الضررين [١].
- [١]- الظاهر ان صدق الضرر على المضمون له فى فرض عدم الضمان انما هو بلحاظ خسارته للمال التالف لأنه كان مملوكا له من الأول الأمر لا بلحاظ حق له على ذمة الضامن.

بحوث فى علم الأصول، ج۵، ص: ۴۷۵

المشاكل المثارة فى فقه لا ضرر

- و فـى الدراسـات* عبـارة يحتمـل ان يـراد منهـا ان التخصيصات المذكورة كانت معلومـة لـدى المخـاطبين لوضوحها فى الشريعة، فان الرواية لـم تـرد فـى أوائـل التشريع فـلا قـبح و لا اسـتهجان فـى كثرتهـا لكونهـا كالمتصل، و يحتمل ان يراد منها ما تقدم عن الشيخ مـن كون التخصيصات بعنوان واحد هو الأحكام الضررية من أصلها فلا يكون مستهجنا.
- * راجع الدراسات: ج ٣، ص ٣٣٢، و المصباح: ج ٢، ص ٥٣٩

بحوث فى علم الأصول، ج٥، ص: ٤٧٥

المشاكل المثارة فى فقه لا ضرر

- و كلا المطلبين غير تام، فان مجرد معلومية الأحكام الضررية لدى المخاطب لا يرفع استهجان المخاطبة بعموم من قبيل لا ضرر و لا ضرار ما لم يكن قرينة متصلة صارفة لأصل الظهور فى الخطاب إلى معنى آخر لا يشمل تلك الموارد و الثابت فيها أحكام ضررية فى الشريعة، كما انَّ تلك الأحكام على القول بضرريتها لا تكون مخصصة بعنوان الحكم الضررى من أصله بل بعناوينها التفصيلية حسب تلك الأبواب الفقهية المتنوعة.

بحوث فى علم الأصول، ج۵، ص: ۴۷۵

المشاكل المثارة فى فقه لا ضرر

- الأمر الثالث- و اما كيفية انطباق القاعدة على قصة سمرة بن جندب مع الأنصارى و تجويز قطع عذقه من قبل الأنصارى فقد يذكر بصدد ذلك ما عن الشيخ الأعظم (قده)* من انَّ صعوبة فهم هذا التطبيق لا يمنع من التمسک بأصل القاعدة فى نفسها،

- *راجع قاعدة (لا ضرر) للشيخ الأنصارى، ص ١١١ (رسائل فقهيّة، المؤتمر المئوى للشيخ)

بحوث فى علم الأصول، ج٥، ص: ٤٧٦

المشاكل المثارة فى فقه لا ضرر

- إلّا انَّ هذا المطلب غير تام إذا كان الاعتماد فى سند هذه القاعدة على الحديث الناقل لقصة سمرة لكونه الصحيح فقط، لأنَّ إجمال المورد المطبق فيه القاعدة فى هذا الحديث يسرى لا محالة إلى أصل القاعدة إذ لعل فهم المورد و نكتة التطبيق فيه يغير من ظهور القاعدة نفسها.

بحوث فى علم الأصول، ج۵، ص: ۴۷۶

المشاكل المثارة فى فقه لا ضرر

- و المحقق النائينى (قده)* جعل تطبيق القاعدة فى الحديث بلحاظ الحكم الأول و هو المنع عن الدخول بلا استئذان لا بلحاظ قلع العذق فانه حكم آخر صدر من النبى صلى الله عليه و آله بوصفه ولى الأمر تأديباً لسمرة بن جندب.
- *راجع منية الطالب: ج ٢، ص ٢٠٩

بحوث فى علم الأصول، ج٥، ص: ٤٧٦

المشاكل المثارة فى فقه لا ضرر

- و هذا الفهم للحديث أيضاً غير تام، لأنه خلاف ظاهر الحديث لأنَّ النبى صلى اللَّه عليه و آله أولا امر سمرة بالاستئذان من الأنصارى فلم يقبل ثم أراد ان يشترى منه العذق فلم يقبل أيضاً فقال حينذاک للأنصارى اقلعه و ارم بها وجه صاحبه فانه لا ضرر و لا ضرار، و هذا واضح الظهور فى انه تعليل للحكم بالقلع.

بحوث فى علم الأصول، ج۵، ص: ۴۷۶

المشاكل المثارة فى فقه لا ضرر

- و التحقيق ان يقال: انَّ كل هذا البحث انما يتجه بناءً على توهم انَّ تطبيق القاعدة فى هذا الحديث على قصة سمرة بن جندب انما هو بلحاظ فقرة (لا ضرر) مع ان الصحيح ان التطبيق بلحاظ فقرة (لا ضرار) كما يؤيده ما ورد فى بعض أسانيد القاعدة من النبى صلى اللَّه عليه و آله قال لسمرة انک رجل مضار، أو ما أراک يا سمرة إلّا مضارا بناء على ان الضرار مصدر لضار، و الضرر مصدر لضر. و اما كيفية تطبيق لا ضرار على الحكم بقلع العذق فسوف يأتى بيانه مفصلا فى الجهة القادمة.

بحوث فى علم الأصول، ج۵، ص: ۴۷۶

المشاكل المثارة فی فقه لا ضرر

- ثم ان الحكم الأول فی الحديث و هو لزوم الاستئذان من قبل سمرة فی الدخول علی عذقه هل يمكن تخريجه على أساس قاعدة لا ضرر أم لا؟.
- ذكر المشهور فی تخريج ذلک بان حق سمرة فی الدخول فی صورة عدم الاستئذان ضرری فينفی بالقاعدة.

بحوث فی علم الأصول، ج۵، ص: ۴۷۶

المشاكل المثارة فی فقه لا ضرر

- و علّق المحقق العراقی (قده) علی ذلک ان نفی القاعدة لهذا الحق یکون خلاف الامتنان علی سمرة و الحدیث ظاهره الامتنان فلا یمکن ان یکون التطبیق بهذا الاعتبار و انما الحدیث أثبت حقا للأنصاری فی حفظ عیاله لأن عدمه ضرر علیه فیقع تزاحم بین هذا الحق و حق سمرة فی الدخول علی عذقه فیقدم علیه لأهمیته لا بقاعدة لا ضرر لکی یلزم کونها خلاف الامتنان.
- أقول: سیأتی ان امتنانیة القاعدة لیست بهذا المعنی بل بمعنی لا یتنافی مع تضرر من منه الضرر.

بحوث فی علم الأصول، ج۵، ص: ۴۷۷

المشاكل المثارة فى فقه لا ضرر

- و اما مسألة التزاحم بين ضررين و حقين فهذا فرع ان يكون حق الدخول لسمرة بن جندب مجعولا بشكل مستقل كما إذا كان ذلک شرطا ضمن عقد مثلا لا ما إذا كان من جهة توقف حقه فى عذقه على الدخول مقدمة، فانه فى مثل ذلک لا يقع أى تزاحم بين حقه فى عذقه و بين حق الأنصارى فى حفظ عياله و سترهم و عدم الدخول عليهم بلا استئذان، فان المقصود منه فى المقام مجرد اخبارهم من أجل التستر لا توقف دخوله على اذنه بحيث له ان لا يأذن له بالدخول،

بحوث فى علم الأصول، ج۵، ص: ۴۷۷

المشاكل المثارة فى فقه لا ضرر

- و من الواضح انه مع كون المقدمة ممكنة و مقدورة لصاحب العذق لا يقع تزاحم بين حقه فى العذق و حق الأنصارى فلا وجه لرفع اليد عن إطلاق حقه فى عذقه للضرر أو للتزاحم و عليه فيكون تطبيق لا ضرر على المورد بلحاظ إثبات أصل حق الأنصارى و حرمة الدخول على بيته بلا استئذان بالمعنى المتقدم.

بحوث فى علم الأصول، ج۵، ص: ۴۷۷

المشاكل المثارة فى فقه لا ضرر

- نعم لو جعل لسمرة حق فى الدخول مستقلا- و هذا ما لا يمكن استفادته من الحديث- لوقع التزاحم بين حقه هذا فى الدخول و حق الأنصارى فى الستر على عياله فيكون تطبيق القاعدة عندئذ بلحاظ التزاحم و تقديم حق الأنصارى على حق سمرة، و ليس فيه مخالفة للامتنان على ما سوف يظهر وجهه.

بحوث فى علم الأصول، ج۵، ص: ۴۷۷

المشاكل المثارة فى فقه لا ضرر

- لا يقال- أى فرق بين الفرضيتين، فانه كما ان الحق فى العذق يتوقف على جامع الدخول الأعم من الدخول الاستئذانى و غير الاستئذانى كذلک لو تعلق حق بالدخول ابتداء فانه متعلق بجامع الدخول فلا يتزاحم مع حق الأنصارى فى المنع عن أحد فرديه و هو الدخول غير الاستئذانى.

بحوث فى علم الأصول، ج۵، ص: ۴۷۷

المشاكل المثارة فى فقه لا ضرر

- لأنه يقال- الدخول له فرد واحد و الاستئذان و عدمه من المقارنات و حينئذ إذاكان حق سمرة متعلقا بالدخول ابتداء فيكون منعه أو تحديده منعا له عن متعلق حقه لا محالة بخلاف ما إذا كان حقه فى العذق المتوقف على الدخول فان المنع عن المقدمة فى حال يمكن للشخص تغييرها إلى حال أخرى ليس منعا عن ذى المقدمة الّذى هو متعلق حقه فلا تزاحم بين المتعلقين فى هذه الصورة.
- و هكذا يتضح عدم تماميۀ شىء من الاعتراضات المثارة بشأن كليۀ هذه القاعدة و عمومها.

بحوث فى علم الأصول، ج۵، ص: ۴۷۸

تطبيق القاعدة بلحاظ الأضرار الاعتبارية

- تطبيق القاعدة بلحاظ الأضرار الاعتبارية:
- الجهة السابعة- قد عرفت ممّا سبق ان الضرر فى الحديث يشمل الضرر الحقيقى كقطع اليد، و الضرر الاعتبارى الّذى يكون فى طول ارتكاز حق عقلائى كما فى حرمان الشخص من حقوقه العرفية، و نريد هنا البحث عن تطبيق القاعدة بلحاظ هذا النوع من الإضرار من ناحيتين:

بحوث فى علم الأصول ؛ ج٥ ؛ ص٤٨٥

تطبيق القاعدة بلحاظ الأضرار الاعتبارية

- الناحية الأولى- مدرک هذا التطبيق و شمول الحديث لهذا النوع من الإضرار رغم انها ليست إضراراً حقيقية.
- الناحية الثانية- ضابط هذا النوع من الإضرار الاعتبارية، و انَّ الدليل هل يشمل الافراد الاعتبارية المتجددة بعد زمن المعصوم عليه السلام أم لا.

بحوث فی علم الأصول، ج۵، ص: ۴۸۶

تطبيق القاعدة بلحاظ الأضرار الاعتبارية

- اما الناحية الأولى- فيمكن إثبات شمول الحديث لهذا النوع من الإضرار بأحد تقريبين:
- الأول- دعوى الإطلاق اللفظى فى الحديث، لأن الشارع عند ما يخاطب العرف يقصد بألفاظه ما هو معناها عرفا و خارجا، و مفهوم الضرر عرفا يشمل الضرر الحقيقى و الارتكازى فانه فى طول ترسخ ذلک الحق ارتكازا يرى ذلک النقص ضررا لا محالة.

بحوث فى علم الأصول، ج۵، ص: ۴۸۶

تطبيق القاعدة بلحاظ الأضرار الاعتبارية

- الثانی- دعوی الإطلاق المقامی، فانه لو فرض ان الضرر لا یشمل إلّا الضرر الحقیقی أو الضرر الاعتباری الّذی یقبله المتکلم نفسه مع ذلک قلنا بان المتکلم إذا کان فی مقام البیان لا الإجمال فسوف ینعقد لخطابه إطلاق مقامی یدل علی إمضائه لنفس الاعتبارات العقلائیة و العرفیة و اعتماده علیها فی تعیین ما هو الضرر، فکأنّه اعتمد علی الارتکاز العرفی فی تحدید مراده.

بحوث فی علم الأصول، ج۵، ص: ۴۸۶

تطبيق القاعدة بلحاظ الأضرار الاعتبارية

- و اما الناحية الثانية من البحث فتحقيق الكلام فيها ان العناوين التى لها افراد و مصاديق غير حقيقية- اعتبارية و عنائية- تكون بأنحاء عديدة:

بحوث فى علم الأصول، ج۵، ص: ۴۸۶

تطبيق القاعدة بلحاظ الأضرار الاعتبارية

- الأول- ان تكون العناية فى الفرد غير الحقيقى من جهة الخطأ فى التطبيق، كما إذا تصور العرف نتيجة نظرته المسامحية ان زيدا مصداق للعالم باللّه لمجرد كونه معتقدا بوجوده تعالى.
- و لا إشكال انه لا عبرة بمثل هذه العناية العرفية بعد فرض انه من باب الخطأ فى التطبيق و الاخبار بحيث لو التفت إليه العرف لتنبه إلى خطأه.

بحوث فى علم الأصول، ج۵، ص: ۴۸۶

تطبيق القاعدة بلحاظ الأضرار الاعتبارية

- الثانى- ان تكون العناية فى الفرد إنشائية لا إخبارية أى ان العرف يوجد فردا حقيقيا من ذلك العنوان بإيجاد منشئه.

بحوث فى علم الأصول، ج٥، ص: ٤٨٦

تطبيق القاعدة بلحاظ الأضرار الاعتبارية

- و هذا يكون فى عناوين يمكن إيجادها بعمل إنشائى كعنوان التعظيم و الدلالة، فانه في طول وضع عرف القيام مثلا من أجل تعظيم القادم، أو وضع لفظ للدلالة على معنى معين يتحقق التعظيم بالقيام و الدلالة باستعمال ذلک الوضع حقيقة، لأن التعظيم لا يراد به إلّا إظهار الاحترام بمبرز ما، و الدلالة لا يراد بها إلّا الاقتران بين اللفظ و المعنى تصورا، و كلاهما يمكن ان يحصل بالتواضع و الإنشاء حقيقة.

بحوث فى علم الأصول، ج۵، ص: ۴۸۷

تطبيق القاعدة بلحاظ الأضرار الاعتبارية

- و فی مثل هذا النوع من الافراد العنائیة لا إشکال فی شمول إطلاق الدلیل لافراده المتجددة بعد زمن المعصوم أیضا لکونها افرادا حقیقیة للمعنی نظیر إیجاد مصداق للماء بعلاج لم یکن متیسرا فی زمن المعصوم فإنه مشمول أیضا لإطلاق دلیل المطهریة.

بحوث فی علم الأصول، ج۵، ص: ۴۸۷

تطبيق القاعدة بلحاظ الأضرار الاعتبارية

- الثالث- ان تكون فردية الفرد إنشائية و لكنها مختصة بعرف خاص لكونها في طول إمضاء العرف و قبوله لذلک الأمر الإنشائی أو الاعتباری و لیس کما فی القسم السابق، و هذا نظیر عنوان الضرر فانه عبارة عن النقص الحقیقي أو الاعتباری لملک أو حق عند عرف یعتبر الملکیة أو الحقیة فی ذلک المورد، فانه بمنظار ذلک العرف یکون نقصه ضررا بخلاف منظار عرف لا یعتبر ذلک الحق.

بحوث فی علم الأصول، ج۵، ص: ۴۸۷

تطبيق القاعدة بلحاظ الأضرار الاعتبارية

- و فى هذا القسم من الافراد الاعتبارية لا يشمل إطلاق الدليل إلّا ما يكون مصداقا للعنوان عند الشارع أى فى الموارد التى تكون تلك الاعتبارات المحققة للعنوان ممضاة من قبل الشارع نفسه، و هذا يختص لا محالة بالافراد العنائية للعنوان المتواجدة فى عصر الشارع حيث يكون نفس إطلاق الدليل أو سكوت الشارع إمضاء لها، و اما الإضرار العنائية المستجدة بعد عصر التشريع فلا يشمله إطلاق الدليل إذ لا ينعقد إطلاق لشمولها لا لفظا و لا مقاما كما لا يخفى.

بحوث فى علم الأصول، ج۵، ص: ۴۸۷

تطبيق القاعدة بلحاظ الأضرار الاعتبارية

- و منه يعرف حال قاعدة لا ضرر، فانها لا يمكن ان تشمل كافة مصاديق الضرر العنائية المستجدة فى العصور المتأخرة إلّا فى حدود ما يحرز قبول الشارع لثبوت الحق فيها، بل حتى إذا افترضنا الإطلاق اللفظى فى لا ضرر لمثل هذه الأضرار كان لا بد من تقييد مفادها بما كان فى عصر الشارع ضررا لا أكثر، إذ من الواضح ان حكم الشارع ليس تابعا لأحكام العقلاء دائما و أبدا

بحوث فى علم الأصول، ج۵، ص: ۴۸۷

تطبيق القاعدة بلحاظ الأضرار الاعتبارية

- فان هذا لا بد و ان يكون على أساس أحد امرين كلاهما يقطع بخلافه و خلاف ظاهر الخطابات.
- أحدهما- ان يكون مجرد حكم العقلاء كافيا لحكم الشارع لأن مطابقة حكم العقلاء بما هو تمام الموضوع لحكم الشارع، و هذا يقطع بعدمه.

بحوث فى علم الأصول، ج۵، ص: ۴۸۷

تطبيق القاعدة بلحاظ الأضرار الاعتبارية

- الثانی- ان یکون المولی قد علم بمقتضی علمه بالغیب ان کل ما سیجعله العقلاء خارجا سوف یکون علی طبق ما یریده هو أیضا، و هذا أیضا خلاف ظاهر الخطابات و مقطوع البطلان.

بحوث فی علم الأصول، ج۵، ص: ۴۸۸

تطبيق القاعدة بلحاظ الأضرار الاعتبارية

- ثم انه لا ينبغى ان يعتبر هذا الكلام تحديدا مطلقا لمفاد القاعدة و أمثالها من الخطابات الشرعية و إلغاء لها أو تخصيصها بالافراد الارتكازية التى يحرز وجودها فى عصر الشارع فقط فلا يمكن تعميمها للمصاديق العرفية فى ازمنتنا للضرر، فان هناك نكتتين أخريين توجبان التوسعة بمقدار ما:

بحوث فى علم الأصول، ج۵، ص: ۴۸۸

تطبيق القاعدة بلحاظ الأضرار الاعتبارية

- إحداهما- إذا فرض ان فردا من افراد الضرر فى عرفنا المعاصر لم يكن موجودا فى عصر الشارع بشخصه و لكنه كان ثابتا بنكتته، أى ان ذلک الحق المشروع فى عرفنا المعاصر كان نظيره أو كبراه مركوزا فى عصر التشريع أيضا و لم يردع عنه الشارع بل أمضاه كفى ذلک فى شمول القاعدة له، فالعبرة بسعة النكتة العقلائية الممضاة فى عصر التشريع لا بالحدود الواقعة خارجا من مصاديق تلک النكتة كما أشرنا إلى ذلک فى بعض البحوث السابقة.

بحوث فى علم الأصول، ج۵، ص: ۴۸۸

تطبيق القاعدة بلحاظ الأضرار الاعتبارية

- الثانية- انه عند الشک فی ثبوت هـذا الحـق فـی زمـن التشـريع، أو دخوله تحت نکتة ممضاة من قبله لا نحتاج إلی إثبات ذلک بالشواهد التاريخية القطعية الأمر الّذی يتعسر غالبا أو يتعذر، بل يمکـن إثبـات ذلک بطريق آخر تعبدی و هو إجراء أصالة الثبات فـی الظهـور لمـا ذکرنا من ان هذه الافراد العنائية توجب ظهورا و توسـعة فـی مـدلول الخطاب لفظا أو مقاما بحيث يشمل الخطاب هذه الافراد فإذا شک فی إمضاء الشارع لها رجع إلی الشک فی تحديد ظهور الخطاب و ان مـا نفهمه اليوم من إطلاقه هل کان ثابتا له فی عصر التشـريع أيضـا أم لا فيکون من موارد التمسک بأصالة الثبات و عدم النقل فی الظهور [۱].

بحوث فی علم الأصول، ج۵، ص: ۴۸۸

تطبيق القاعدة بلحاظ الأضرار الاعتبارية

- [١]- تارة يشک فی ان معنی اللفظ هل هو الجامع الأعم أو الحصة الخاصة منه، و أخری يحرز المعنی و انه عبارة عن النقص مثلا علی کل حال و انما يشک فی شموله للنقص فی حق من جهة الشک فی إمضاء الشارع لذلک الحق، ففی الحالة الأولی تجری أصالة الثبات إذا أحرز ان معنی اللفظ اليوم هو الجامع لا الحصة فيثبت الإطلاق فی طول ذلک، و اما فی الحالة الثانية فلا تجری أصالة الثبات إذ لا شک فی ما هو المدلول اللغوی للفظ و انما الشک فی امر محقق لمصداق من مصاديق اللفظ و هذا ليس تغييرا فی ما هو مدلول اللفظ بحسب الحقيقة لکی تجری أصالة الثبات فيه.

بحوث فی علم الأصول، ج۵، ص: ۴۸۸

تطبيق القاعدة بلحاظ الأضرار الاعتبارية

- و بإحدى هاتين الطريقتين نستطيع تخريج الكثير من الحقوق و المرتكزات العقلائية المستجدة بعد عصر المعصومين عليهم السلام.

بحوث فى علم الأصول، ج۵، ص: ۴۸۹