**درس خارج اصول استاد سید محمد جواد شبیری(دام ظله)**

**جلسه246 – 06/ 09/ 1398 حدیث منع فضل ماء /نقل های قاعده /قاعده لا ضرر**

**خلاصه مباحث گذشته و جلسه امروز:**

یکی از نقل های قاعده لا ضرر، حدیث منع فضل ماء بود. بحث این بود که آیا لا ضرر در کلام پیامبر ص متصل به منع فضل ماء بوده است؟ علاوه بر شواهدی که در حدیث شفعه بدان استدلال شده، دو شاهد مستقل برای انکار اتصال بیان شده است. در این جلسه، پاسخ های آقای سیستانی به این دو شاهد بیان شده و مورد بررسی قرار می گیرد.

## قرائن انکار اتصال لا ضرر به حدیث منع فضل ماء

ذیل حدیث منع فضل ماء، عبارت «و قال: لا ضرر و لا ضرار» وارد شده که با قرائنی، اتصال این عبارت به کلام پیامبر ص در منع فضل ماء انکار شده است. یکی از شواهد این بود که مضمون حدیث منع فضل ماء با لا ضرر و لا ضرار قابل اثبات نیست. زیرا اولا: منع فضل ماء، موجب ضرر به دیگری نبوده و تنها مانع انتفاع او است. ثانیا: نهی از منع فضل ماء، تنزیهی و کراهی است در حالی که لا ضرر و لا ضرار به تمام معنای محتمل در آن، الزامی است نه استحبابی.

### پاسخ آقای سیستانی

آقای سیستانی به این دو بیان، پاسخ هایی داده که برخی مشترک بین دو بیان بوده و برخی مختص به بیان دوم است.

#### پاسخ مشترک: حق داشتن دیگران در استفاده از فضل ماء

پاسخ مشترک آقای سیستانی این است که بازگشت این دو بیان به این است که دیگران حق استفاده از فضل ماء را ندارند پس منع فضل ماء مصداق ضرر نبوده و اگر نهیی وجود داشته باشد، نهی تنزیهی خواهد بود. در حالی که چون دیگری حق استفاده از فضل ماء را دارد، منع او ضرر بوده و از مصادیق نهی تحریمی خواهد بود. ایشان در توضیح این مطلب می فرماید:

چاه هایی که در بادیه وجود داشته و اهل بادیه از آن استفاده می کنند، از دو حال خارج نیست:

1. یا از مباحات اصلی و به منزله مباحات اصلی است مانند موقوفات عامه که بعید نیست غالب چاه ها به همین صورت باشند. در این فرض، روشن است اهل بادیه تنها حق سبق به این چاه داشته و در صورت تزاحم با استفاده دیگران، حق اولویت دارند ولی نمی تواند مانع استفاده دیگران از اضافی آب شوند.
2. یا ملک شخصی اهل بادیه است که در این صورت، به بنای عقلا، ملکیت مالک، ملکیت محدودی است که مقتضی منع دیگران از آشامیدن، وضو گرفتن و استفاده حیوانات نیست. مانند انهار کبیره که آشامیدن و وضو گرفتن از آنها جایز است و لو مالک نهی کرده یا بین ملّاک، صغیر و مجنون وجود داشته باشد.[[1]](#footnote-1)

##### اشکال: عدم ارتباط لا ضرر به نقع البئر

به نظر می رسد، بحث انهار کبیره با بحث حاضر متفاوت بوده و حتی مرتبط به بحث ملک البئر بالاحیاء نیست زیرا در روایت مورد بحث، قبل از لا ضرر و لا ضرار، دو قطعه وارد شده است. قَضَى رَسُولُ اللَّهِ ص بَيْنَ أَهْلِ الْمَدِينَةِ فِي مَشَارِبِ النَّخْلِ أَنَّهُ لَا يُمْنَعُ نَفْعُ الشَّيْ‏ءِ (نقع البئر) وَ قَضَى ص بَيْنَ أَهْلِ الْبَادِيَةِ أَنَّهُ لَا يُمْنَعُ فَضْلُ مَاءٍ لِيُمْنَعَ بِهِ فَضْلُ كَلَإٍ وَ قَالَ لَا ضَرَرَ وَ لَا ضِرَار[[2]](#footnote-2) لا ضرر و لا ضرار قطعا تعلیل برای قطعه اخیر بوده و روشن نیست قید قطعه اول باشد به این دلیل که نظارت استثنا و قید متعقّب به جمل متعدّده به جمله قبل از اخیر، محل اشکال و مناقشه است. پس باید لَا يُمْنَعُ فَضْلُ مَاءٍ لِيُمْنَعَ بِهِ فَضْلُ كَلَإٍ را با لا ضرر و لا ضرار تطبیق داد. معنای لَا يُمْنَعُ فَضْلُ مَاءٍ لِيُمْنَعَ بِهِ فَضْلُ كَلَإٍ نیز این است که منع فضل ماء به هدف منع فضل کلإ اشکال دارد و گرنه اگر کلإی وجود نداشته باشد، منع فضل ماء، متعلق نهی نخواهد بود. ضرر موجود در این فرض، جلوگیری از استفاده اشخاص از فضل کلإ با منع فضل ماء است نه آنکه نفس منع فضل ماء موجب ضرر شده باشد به این اعتبار که افراد در فضل ماء، حق دارند. پس بین انهار کبیره و منع فضل ماء لیمنع به فضل کلإ، تفاوت وجود داشته و اولی، نفس منع فضل ماء بوده و دومی، منع فضل کلإ است. هم چنین در انهار کبیره، شخص مالک آب بوده و با این حال، استفاده از آن برای دیگران به نحو شرب و وضو جایز است حتی اگر مالک نهر از استفاده منع کند در حالی که منع فضل کلإ، توسط مالک اتفاق نیافتاده و غیر مالک به سبب منع فضل ماء، از استفاده گله از علفزار عمومی، منع می کند.

بله اگر تعلیل به لا ضرر برای قطعه اول بود، تنظیر به انهار کبیره جا داشت. به نظر می رسد، آقای سیستانی، لا ضرر را تعلیل برای نقع البئر ملاحظه کرده و به همین دلیل، بحث از آبار (جمع البئر) را مطرح کرده است. ایشان می فرماید: إن الابار التي كان أهل البادية و هم الاعراب الرحل يستفيدون من مائها أما أنها كانت من المباحات الأصلية، أو ما هي في حكمها...[[3]](#footnote-3)

در نتیجه در روایت دو حکم بیان شده، اولی منع نقع البئر و دومی «منع فضل الماء لیمنع فضل کلإ» و لا ضرر و لا ضرار بیش از تعلیل بودن برای حکم اخیر، ظهوری ندارد. حکم اخیر نیز روشن نیست درباره بئر بوده و امکان دارد درباره آب های چشمه و جاری باشد. پس مباحثی که ایشان در انهار کبیره بیان کرده، هر چند امکان دارد در جایگاه خویش صحیح باشد، اما ارتباطی به بحث حاضر ندارد.

#### محدود بودن ملکیت بئر به سیره عقلا

آقای سیستانی به این مطلب اشاره دارند که: تصوّر جواز منع مالک از استفاده دیگران از فضل ماء، از اینجا نشأت گرفته که لازمه ملکیت، حق منع داشتن است. در حالی که حق منع، لازمه ملکیت مطلقه بوده و در بئر، به بنای عقلا، ملکیت جعل شده، محدّده بوده و ملکیت مطلقه ای که مجوّز منع دیگران باشد، جعل نشده است. پس ملکیت مطلقه ای وجود ندارد تا حق منع وجود داشته باشد.

به نظر می رسد لازم نیست در رتبه سابق لا ضرر و لا ضرار و با قطع نظر از آن، ملکیت و حق ثابت شده باشد بلکه خود لا ضرر می تواند محدود کننده ملکیت ها به عدم اضرار باشد. به عبارتی دیگر، لا ضرر و لا ضرار تقییدی موضوعی یا حکمی به میزان سلطه مالک بوده و بیان می کند: الناس مسلطون علی اموالهم، دالّ بر سلطه غیر محدود نیست. مطابق این تفسیر باید بحث کرد، لا ضرر محدود کننده ملکیت بوده یا محدود کننده سلطه ای است که از لوازم ملکیت است؟ تفصیل این بحث در آبنده بیان خواهد شد که این بحث در فهم معنای لا ضرر، تعیین کننده است.

#### رادع نبودن «لا یحل مال امرئ ...» از سیره عقلا

آقای سیستانی بیان می کند: برخی «لا یحل مال امرئ مسلم الا بطیب نفسه» را رادع سیره موجود در جواز تصرف غیر مالک از انهار کبیره و آبار دانسته اند اما این روایت نمی تواند رادع سیره باشد زیرا این روایت بیان حکم عقلایی است و چون خود حکم عقلایی، قید دارد، روایت بیش از آن نمی تواند دلالت داشته باشد.

به نظر می رسد نباید بحث را این گونه طرح کرد و دو اشکال بر این مطلب وارد است:

1. اگر فرض شود از نظر عقلایی، غیر مالک حق دارد، دیگر نمی توان به «لا یحل مال امرئ مسلم الا بطیب نفسه» برای عدم جواز تصرف غیر مالک تصرف کرد. مثل آنکه موجر خانه خود را به مستأجر اجاره داده و خانه متعلق حق او شده است. آیا می توان از «لا یحلّ مال امرئ مسلم الا بطیب نفسه» برداشت کرد که موجر حق دارد جلوی استفاده مستأجر از عین مستأجره را بگیرد؟

به عبارتی دیگر، اگر عقلا ملکیت مالک نسبت به آب را محدود دانسته و حقی را برای دیگران قائل باشند، دیگر «لا یحل مال امرئ مسلم الا بطیب نفسه» دلالت بر جواز منع صاحب حق از حقش را ندارد.

بله اگر عقلا، ملکیت مطلقه را برای مالک آب قائل بوده و حقی را برای دیگران قائل نبودند اما با این حال، لازمه ملکیت را سلطه مطلقه ندانسته و به همین دلیل، تصرف غیر مالک در آب را تجویز می کردند، «لا یحل مال امرئ مسلم الا بطیب نفسه» می توانست رادع سیره عقلا تلقی شود. مرحوم جد ما در رساله ایضاح الاحوال فی احکام الحالات الطارئه علی الاحوال، مدعی استثنا داشتن «الناس مسلطون علی اموالهم» هستند و استثنائات این قاعده را ذکر کرده و ذیل آن، انهار کبیره را بحث کرده اند. مطابق این دیدگاه، این موارد تخصیص «الناس مسلطون علی اموالهم» هستند.

اما دیدگاه آقای سیستانی به این نحو نبوده و ایشان بیان می کنند: به سیره عقلا، نفس ملکیت مجعول برای مالکان انهار کبیره و آبار، ملکیت محدوده است و این ملکیت، با ذی حق بودن دیگران، جمع می شود. مانند آنکه، مالک خانه، ملک خود را اجاره داده و پس از آن این ملک را به دیگری فروخت. در این فرض، ملک به مشتری مسلوب المنفعه منتقل شده و اصل ملکیت او محدود است. بدین صورت که بین ملکیت مشتری و مسلوب المنفعه بودن خانه تا مدت اجاره، جمع شده است. حال با فرض مقیده بودن ملکیت و جمع شدن با حق دیگری در ملک، این ملکیت مقتضی جواز منع ذی حق از حق نیست.

1. ممکن است گفته شود: «مال امرئ» مختص به مالک نبوده و شامل ذی حق نیز می شود. با این بیان، در صورت اثبات حق برای غیر مالک، نفس «لا یحل مال امرئ مسلم الا بطیب نفسه» دال بر عدم جواز منع مالک از استفاده دیگران است نه آنکه حکم به جواز منع کند. برای شمول «مال امرئ» نسبت به حق، علاوه بر آنکه در برخی از نقل ها، اضافه حق نیز وجود دارد، می توان این گونه تقریب کرد که یا کلمه مال، عام بوده و شامل حق نیز می شود یا به تناسبات حکم و موضوع و الغای خصوصیت عرفی، عدم جواز تصرف بدون رضایت، در تصرف در حق دیگران بدون رضایت ذی حق نیز موجود است.

احتمال دارد مراد آقای سیستانی این باشد که

اولا: مطابق بنای عقلا، ملکیت مالک بئر، محدود است.

ثانیا: اگر ملکیت مالک بئر، مطلق باشد اما عقلا، سلطه مالک را مقید می دانند. ایشان در فرض اخیر، احتمال ردع به «لا یحل مال امرئ مسلم الا بطیب نفسه» مطرح کرده و به آن پاسخ داده که «لا یحل مال امرئ مسلم الا بطیب نفسه» انصراف به محدوده امر عقلایی دارد.

#### تمسک به سیره متشرعه برای جواز استفاده از انهار کبیره

آقای سیستانی در ادامه، کلامی را از مرحوم حکیم[[4]](#footnote-4) نقل کرده که جواز استفاده از آب انها کبار، به سیره متشرعه ثابت است. سپس این اشکال را وارد می کنند که این بحث جایگاه تمسک به سیره متشرعه نیست زیرا در صورتی به سیره متشرعه تمسک می شود که متشرعه بما هم متشرعه، عملی را انجام دهند و از آن حکم تأسیسی برداشت شود. اما در جایی که متشرعه بما هم عقلا، سیره ای داشتند، این سیره، سیره عقلاست نه سیره متشرعه.

##### تمسک به سیره متشرعه برای احراز امضای سیره عقلا

به نظر می رسد به دو نحو می توان به سیره متشرعه تمسک کرد.

اول: سیره متشرعه بما هم متشرعه در مواردی که عقلا حکمی ندارند. به فرض در عدد رکعات نماز. این سیره متشرعه کاشف از حکم تأسیسی شرع است.

دوم: سیره متشرعه در مواردی که عقلا سیره دارند به هدف امضای سیره عقلا. در توضیح این مورد باید گفت: کشف امضای سیره عقلا، گاه با عدم ردع است که این راه محل مناقشه بوده و ممکن است گفته شود: شارع سیره عقلا را ردع کرده و ردع او به ما نرسیده است و احراز عدم ردع از عدم وصول ردع، مشکل بوده و نیازمند بحث جدی است که باید مشکلات آن را حل کرد. گاه برای اثبات عدم ردع سیره عقلا، این گونه بیان می شود که به سیره عقلا، متشرعه نیز عمل کرده اند و اگر شارع ردع کرده بود، متشرعه به سیره عقلا عمل نمی کردند. پس با تمسک به سیره متشرعه، امضای سیره عقلا کشف می شود.

پس در مجموع سه نوع سیره قابل تمسک است: سیره عقلا، سیره متشرعه بما هم متشرعه و سیره متشرعه بما هم عقلا.

##### تمسک به سیره متشرعه برای احراز سیره عقلا

تمسک به سیره متشرعه بما هم عقلا نیز در دو جایگاه قابل تمسک است.

اول در جایی که سیره عقلا وجود داشته و کشف عدم ردع از آن مشکل باشد که با تمسک به سیره متشرعه بما هم متشرعه، امضای آن اثبات می شود.

دوم در جایی که سیره عقلا احراز نشده که با تمسک به سیره متشرعه بما هم عقلا، هم سیره عقلا از نظر صغروی ثابت شده و هم از نظر کبروی، کشف امضا می شود.

با این توضیح، می توان به سیره متشرعه تمسک کرد حتی اگر بما هم متشرعه یا بما هم عقلا بودن آن احراز نشود زیرا یا سیره، متشرعه بما هم متشرعه است که کشف از حکم تأسیسی شرعی می کند یا سیره، متشرعه بما هم عقلاست که کشف از سیره عقلا و امضای آن می کند که از آن، حکم امضایی شرعی کشف می شود. بیشتر موارد تمسک به سیره متشرعه، از سنخ اخیر بوده و به علت عدم وضوح ثبوت سیره متشرعه بما هم متشرعه، به نحو کلی به سیره متشرعه تمسک شده است.

فرض کنید: حجیت خبر واحد به سیره عقلا روشن نیست ولی حجیت خبر واحد به سیره متشرعه روشن است. در این فرض می توان گفت: یا سیره متشرعه امضای سیره عقلا بوده یا کاشف از حکم تأسیسی شرعی است.

پس اشکال آقای سیستانی به مرحوم حکیم، صحیح به نظر می رسد.

### پاسخ مختص به بیان دوم: تفاوت معنای لا ضرر و اتصال، توسط امام ع

آقای سیستانی پس از ذکر اشکال مشترک به دو بیان، اشکال مختص به بیان دوم را ذکر می کند. بیان دوم این بود که نهی از منع فضل ماء، نهی تنزیهی بوده و به همین دلیل، لا ضرر و لا ضرار نمی تواند تعلیل برای آن باشد. آقای سیستانی به این بیان، دو اشکال ذکر کرده است:

1. نهایتا می توان گفت لا ضرر و لا ضرار در این روایت تنزیهی بوده و در سایر روایات، تحریمی باشد و دلیلی نداریم که لا ضرر در همه موارد دالّ بر تحریم باشد. ایشان می فرماید: فيكون لهذا الحكم أي (لا ضرر) مستويان: مستوى أخلاقي تمثل في حديث منع فضل الماء، و مستوى إلزامي و هو المراد به في حديث سمرة و نحوه و وحدة اللفظ لا تفرض وحدة المعنى بعد قضاء القرائن خلافها.[[5]](#footnote-5)
2. این اشکالات در صورتی است که لا ضرر و لا ضرار متصل به کلام پیامبر ص باشد. اما در صورتی که لا ضرر و لا ضرار به وسیله امام ع به حدیث منع فضل ماء متصل شده باشد، می توان گفت: امام ع از باب اخذ به شواهد کتاب و سنت، لا ضرر و لا ضرار را بیان کرده و در این فرض، صرف ارتباط بین لا ضرر و لا ضرار و منع فضل ماء کفایت می کند. ایشان می فرماید: و لا يقدح حينئذ عدم افادة (لا ضرر) للنهي التشريعي لكفاية التوافق الروحي و المبدئي بين الأمرين في مثل ذلك كما‌ تقدم نظيره في حديث الشفعة.

روایات خاصه متعدّدی در حکم منع فضل ماء وارد شده که بدون بررسی آنها نمی توان این حدیث شریف را از جهت تحریمی یا تنزیهی بودن، معنا کرد به همین دلیل، در کلاس راهنما این روایات مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

1. فرض مالک خصوصی داشتن انهار کبیره به این نحو است که شخص با حفر کانال، آب را از رود اصلی به زمین خود هدایت کند مانند شریعه دجله و فرات که نوعی حیازت آب مباح است که شخص با کندن شریعه و تغییر مسیر اصلی بخشی از آب، آب داخل شریعه را حیازت کرده است. [↑](#footnote-ref-1)
2. [الکافی، محمد بن یعقوب کلینی، ج5، ص293.](http://lib.eshia.ir/11005/5/293/%DA%A9%D9%84%D8%A7) [↑](#footnote-ref-2)
3. قاعدة لا ضرر و لا ضرار (للسيستاني)؛ ص: 59 [↑](#footnote-ref-3)
4. [مستمسک العروه الوثقی، سید محسن حکیم، ج2، ص434.](http://lib.eshia.ir/10152/2/434/%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AC%D8%A7%D9%86%DB%8C%D9%86) [↑](#footnote-ref-4)
5. قاعدة لا ضرر و لا ضرار (للسيستاني)؛ ص: 62 [↑](#footnote-ref-5)