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

**جلسه259 – 26/ 09/ 1398 حدیث مشارب النخل /نقل های قاعده /قاعده لا ضرر**

**خلاصه مباحث گذشته و جلسه امروز:**

بحث در نقل های قاعده لا ضرر بود. در این جلسه، مبحث کیفیت ارتباط حکم مشارب نخل با لا ضرر جمع بندی شده و سه متن دیگر از متن های قاعده لا ضرر که آقای سیستانی به آن اشاره نکرده، بیان می گردد.

## مستند نبودن حکم مشارب نخل به لا ضرر

بحث درباره رابطه حدیث مشارب نخل و لا ضرر و لا ضرار بود. در جلسه گذشته بیان شد: لا ضرر نمی تواند تعلیل حدّ تعیین شده در مشارب نخل باشد. برای توضیح بیشتر این مطلب باید گفت:

پیامبر ص در حدیث مشارب نخل حکم کرده که صاحب نخلستان بالا به اندازه کعبین حق داشته و باید آب بیش از آن را برای نخلستان پایین، رها کند. فرض کنیم: ظاهر بدوی روایت این است که لا ضرر و لا ضرار، حکمی عام بوده و تعیین حدّ شرب نخلستان بالا به میزان کعبین، از مصادیق آن است، حکم مذکور در کلام پیامبر ص، شامل چند صورت است:

1. آب تنها به مقدار کعبین بوده یا کمتر از آن باشد. در این فرض، آب برای نخلستان بالا بوده و نخلستان پایین حقی ندارد. این حکم ارتباطی به لا ضرر نداشته و فرض آن است که هر دو متضرّر می شوند ولی پیامبر ص حق صاحب نخلستان بالا را مقدم بر صاحب نخلستان پایین کرده است. پس این مورد از مصادیق تعارض ضررین بوده و لا ضرر نمی تواند تعیین کننده تقدیم کدام یک از دو ضرر بر دیگری باشد. از سویی دیگر، تعیین حدّ کعبین برای نخلستان بالا چه نخلستان پایین متضرّر شده و چه متضرّر نشود و چه آب به نخلستان پایین برسد و چه نرسد، نمی تواند مستند به لا ضرر باشد.
2. آب بیش از مقدار کعبین بوده و نخلستان بالا نیاز به آب بیشتر داشته باشد. در این فرض، اضافه آب باید برای نخلستان پایین رها شود. این حکم نیز ارتباطی به لا ضرر ندارد زیرا فرض آن است که نخلستان بالا به بیش از کعبین نیاز به آب داشته و اکتفا به کعبین موجب ضرر آن است. اما با این حال آب باید برای نخلستان پایین رها شده و اضافه آب برای نخلستان پایین است. این مورد از مصادیق تزاحم ضررین و تقدیم حق نخلستان پایین بر نخلستان بالاست.
3. آب بیش از کعبین بوده و نخلستان بالا نیاز به آب نداشته باشد. در این فرض، اضافه آب باید برای نخلستان پایین رها شود. این حکم می تواند مستند به لا ضرر باشد زیرا فرض آن است که نخلستان بالا به اندازه نیاز از آب استفاده کرده و به همین دلیل حق ندارد اضافه آب را از نخلستان پایین، منع کند.

از بین این سه صورت تنها صورت اخیر می تواند مستند به لا ضرر باشد. اگر لا ضرر به عنوان قانون عام، می توانست بر تمام صور یا اکثر صورت ها تطبیق داده شود، اشکالی در پذیرش عمومیت لا ضرر و تطبیق آن بر حکم مشارب نخل نبود. اما فرض آن است که لا ضرر، نمی تواند بر اکثر صورت های تعیین حدّ در مشارب نخل تطبیق داده شود. به همین دلیل، باید از ظهور حدیث در تطبیق کردن لا ضرر بر حکم مشارب نخل رفع ید کرده و بیان کرد: امام ع در مقام تطبیق قانون لا ضرر بر حکم مشارب نخل نبوده و حکم مشارب نخل به قانون دیگری مستند بوده یا حکمی تعبّدی است. مطابق این توجیه، ارتباط بین لا ضرر و حکم مشارب نخل تنها به صورت اشتراک آنها در جعل شدن به غرض تأمین حقوق شهروندی است.

همانگونه که بیان شد: برخی از این صورت ها، از مصادیق تعارض ضررین بوده و شارع یکی از دو ضرر را بر دیگری تقدیم کرده است. تقدیم احد الضررین بر دیگری به هیچ وجه نمی تواند مستند به لا ضرر باشد زیرا فرض آن است که در هر دو طرف، لا ضرر تطبیق می شود و صرف اقوی بودن ضرر یکی از دو طرف، موجب اختصاص جریان لا ضرر به آن طرف نیست. در این موارد، شارع یکی از دو ضرر را بر دیگری مقدم کرده و مورد بحث نیز از همین موارد است. مثل آنکه شارع لزوم احترام پدر را بر مادر مقدم کند. آیا این تقدیم می تواند مستند به دلیل دالّ بر لزوم احترام پدر و مادر باشد؟

### صحت استناد حق شفعه و حرمت منع فضل ماء به لا ضرر

ممکن است این اشکال مطرح شود که حق شفعه نیز مانند حکم مشارب نخل بوده و شریک جدید یا بدتر از شریک اول بوده و یا بهتر از اوست. با این فرض، تنها در صورتی که شریک دوم بدتر از شریک اول باشد، ضرر صادق خواهد بود و این مورد در حق شفعه غلبه ندارد.

پاسخ این اشکال در بحث از حدیث شفعه، به تفصیل بیان شد که خلاصه آن این است: صرف تساوی در احتمالات، دلیل بر اکثری نبودن ضرر نیست و باید محتملات بررسی شود. با بررسی موارد فروش به شریک جدید، روشن می شود در غالب موارد، ضرر وجود دارد که شواهد آن در بحث حدیث شفعه، بیان شد.

حکم منع فضل ماء نیز مانند حق شفعه می تواند مستند به لا ضرر باشد زیرا آب موجود در چاه از دو صورت خارج نیست:

1. آب تنها به میزان استفاده مالک بوده و فضل مائی وجود ندارد. در این فرض، مالک می تواند آب را از غیر منع کند هر چند منع، موجب ضرر به غیر شود. همانگونه که روشن است، حق منع مالک مستند به لا ضرر نبوده و به ملکیت مالک، منسوب است.
2. آب زیاد بوده و بیش از میزان آب مورد نیاز مالک است. در این فرض، الزام مالک به منع نکردن، ضرر به مالک نیست در حالی که منع مالک ضرر به دیگران است. در این فرض، استناد عدم جواز منع فضل ماء به لا ضرر بدون اشکال است.

خلاصه آنکه، حدیث مشارب نخل تنها ناظر به جعل حق اولویت و سبق برای نخلستان بالا بوده و نمی تواند ناظر به تطبیق لا ضرر در مشارب نخل ندارد. زیرا ظهور دلیل در تطبیق قانون عام لا ضرر بر مورد، به مقداری از قوت نیست که بتوانیم با خارج بودن اکثر صور از لا ضرر، بر آن ظهور، تحفّظ کرده و روایت را در مقام تطبیق لا ضرر تنها بر یکی از صورت های مشارب نخل، بدانیم.

بله، جعل خشبه در دیوار همسایه مانند حکم مشارب نخل، از مصادیق تعارض الضررین و تقدیم یکی از دو ضرر بر دیگری است و به همین دلیل نمی تواند مستند به لا ضرر باشد.

### تفسیر مفاد حدیث مشارب نخل با توجه به نقل ابن ابی عاصم

مصدر اصلی روایت مشارب نخل، کتاب الآحاد و المثانی ابن ابی عاصم[[1]](#footnote-1) بوده و ابی نعیم در معرفه الصحابه[[2]](#footnote-2) از ابن ابی عاصم نقل کرده است. در این مصدر، ذیل روایت مطلبی بیان شده که ممکن است مطلب را روشن تر کرده و بیان ما را تأکید کند. ذیل این روایت آمده است: «قَالَ ابْنُ أَبِي عَاصِمٍ: هَذَا بِالْمَدِينَةِ خَاصَّةً» به این معنا که این حکم، مخصوص مدینه است. شاید به این معنا که درختان نخل مدینه، بیش از کعبین نیازمند آب نبوده اند. به همین دلیل، پیامبرص تعیین کرده که نخلستان بالا تا کعبین حق داشته و بیش از آن را باید برای نخلستان پایین رها کند. در حقیقت پیامبر ص مصداق ضرر را در مدینه را تعیین کرده و آن را به لا ضرر مستند کرده است.

باید دقت داشت: مراد از نیاز داشتن نخل های مدینه به آب تا میزان کعبین، ملاحظه نوعیه است. نه آنکه همیشه احتیاج نخل ها در مدینه یکسان بوده در حالی که تغییر فصل و سرما و گرمای هوا قطعا در میزان احتیاج نخل به آب، متفاوت است. در نتیجه به این دلیل که در مدینه، نوعا احتیاج نخلستان بالا با آبیاری به میزان کعبین، تأمین می شده و در نوع موارد، رها کردن آب بیش از کعبین برای نخلستان پایین ضرر به نخلستان بالا نبوده و منع زیادی آب، ضرر به نخلستان پایین است، شارع حدّ کعبین را با ملاحظه این ضرر نوعی، جعل کرده است. نتیجه این معنا تعبّدی بودن تطبیق لا ضرر بر این مورد است زیرا تطبیق حقیقی لا ضرر در صورتی است که ضرر در شخص مورد وجود داشته باشد. پس لا ضرر، تنها بیان کننده حکمت جعل بوده و مورد روایت از تطبیقات لا ضرر نخواهد بود.

حتی امکان دارد گفته شود: شارع لا ضرر و لا ضرار را به عنوان حکمی که تطبیق آن را به مکلّفین واگذار کرده، جعل نکرده است. به این تقریب که با تعبّدی بودن تطبیق در مورد حدیثی که در آن لا ضرر وارد شده، کشف می شود تطبیق لا ضرر به مکلفین واگذار نشده است.

خلاصه آنکه، با توجه به تطبیق مورد، نمی توان مفاد لا ضرر را تعیین کرد زیرا این تطبیق خارج از فهم عرف است. از سویی دیگر، اصل این که شارع لا ضرر را به عنوان قانون عامی جعل کرده که تطبیق آن با عرف است نیز روشن نیست.

مطابق ذیلی که در نقل ابن ابی عاصم وارد شده، روایت در مقام بیان دو حکم است:

1. اگر آب کمتر از کعبین باشد و نخلستان بالا احتیاج داشته باشد، حق با نخلستان بالاست و لو نخلستان پایین احتیاج به آب داشته باشد.
2. اگر آب بیش از کعبین باشد، چون نوعا نیاز نخلستان بالا با کعبین تأمین می شود، باید اضافه آب برای نخلستان پایین رها شود.

هر چند حکم دوم و لو با تطبیق تعبّدی می تواند مستند به لا ضرر باشد اما حکم اولی از مصادیق تعارض الضررین و تقدیم یکی از دو ضرر بر دیگری بوده و لا ضرر نمی تواند تعلیل آن باشد. در نتیجه در روایت دو حکم اصلی وجود دارد که یکی به لا ضرر مستند بوده و دیگری به لا ضرر مستند نیست. حتی با فرض ظهور روایت در تطبیق بودن حکم مشارب نخل برای قانون عام لا ضرر، این ظهور به حدی قوی نیست که گفته شود: به این ظهور اخذ شده و تطبیق بودن یکی از دو صورت حکم مشارب نخل برای لا ضرر اثبات می شود. بلکه می توان گفت: با توجه به تطبیق نبودن یکی از دو صورت حکم مشارب نخل نسبت به لا ضرر، از ظهور روایت در تطبیق بودن رفع ید شده و گفته می شود: به علت ارتباط بین حکم مشارب نخل و لا ضرر که هر دو در راستای توجه به حقوق شهروندی هستند، بین حکم مشارب نخل و لا ضرر جمع شده نه آنکه حکم مشارب نخل، تطبیق لا ضرر باشد.

آقای سیستانی به 8 نقل از نقل های قاعده لا ضرر، اشاره کردند اما دو نقل دیگر نیز وجود دارد که در مجموع قاعده لا ضرر ده نقل دارد. نقل یازدهمی نیز وجود دارد که هر چند روایت نیست اما توجه به آن در مباحث مفید است.

## نقل نهم: نقل موجود در مقنع صدوق

نهمین نقل از نقل های قاعده لا ضرر، نقل مقنع شیخ صدوق است که در گذشته نیز به آن اشاره شد:

و رويت أنّه جاء رجل إلى عمر بن الخطاب و معه رجل، فقال: إنّ بقرة هذا شقّت بطن جملي، فقال عمر: قضى رسول اللّه صلى اللّه عليه و آله و سلم فيما قتل البهائم: إنّه جُبار - و الجبار الذي لا دية له و لا قود.

فقال أمير المؤمنين- عليه السلام- قضى النّبيّ صلى اللّه عليه و آله و سلم: لا ضرر و لا ضرار. إن كان صاحب البقرة ربطها على طريق الجمل فهو له ضامن، فنظروا فإذا تلك البقرة جاء بها صاحبها من السّواد، و ربطها على طريق الجمل، فأخذ عمر برأيه- عليه السلام-، و أغرم صاحب البقرة ثمن الجمل‏[[3]](#footnote-3)

## نقل دهم: نقل موجود در کتاب الخراج

ظاهر این روایت با تمام روایاتی که با بدین جا نقل شد، متفاوت است. به تصوّر بنده روایت محرّف و دستکاری شده است:

عن مجاهد ، قال : كانت نخلة لرجل في حائط قوم ، فأرادوه أن يبيعهم فأبى، فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال : « لا ضرر في الإسلام »[[4]](#footnote-4)

مطابق این نقل، شخصی نخلی در حائط قومی داشت و از او خواستند که نخل را به آنان بفروشد. اما شخص آن نخل را نمی فروخت. این قضیه برای پیامبر ص نقل شده و حضرت ع فرمودند: «لا ضرر فی الاسلام» به این معنا که حق ندارید شخص را برای فروش نخل، مجبور کنید. به نظر می رسد، مفاد ابتدایی روایت مدّ نظر نبوده و این روایت ناظر به قضیه سمره یا ابی لبابه باشد. به این معنا که شخص به قوم اذیت کرده و پیامبر ص می فرماید: باید نخل را به این قوم بفروشد. پس با توجه به حذف قطعات متعدّدی از روایت، برداشت متفاوتی از آن ایجاد شده است.

## متن یازدهم: متن موجود در تهذیب الآثار

هر چند این متن، روایت نیست اما توجه به آن در بحث لا ضرر مفید است:

عن محمد بن جعفر بن الزبير ، قال : احتفر الزبير قناة ، فبلغ المخرج حائطا لبعض الأنصار ، فمنعه أن يجري في حائطه أو يحفر ، فرفعه إلى عمر بن الخطاب ، فقال : ائذن له ، فقال : لا أفعل ، قال : فبعه إذا الموضع الذي يسلك فيه ، فقال : لا أفعل ، قال عمر للزبير : « انطلق فاحفر ، فإنه لا ضرر في الإسلام ، ولا إضرار »[[5]](#footnote-5)

قنات متشکل از چاه های متعدّد است که به هم متصّل بوده و در سراشیبی ادامه دارد که آب در انتها و مظهر قنات، از آن خارج می شود. در این نقل بیان شده، زبیر جاه های متعدّدی را حفر کرده و مخرج (مظهر قنات) او در باغ برخی از انصاری خارج شده است. به علت نبود محسابات دقیق، این اتفاق امری عادی بوده است.[[6]](#footnote-6) زبیر تقاضا داشته یا قنات را از همان جا خارج کند یا قنات را از زیر عبور داده و در جایی دیگر، مظهر را خارج کند. اما انصاری اجازه نمی داده است. عمر می گوید: این موضع را به زبیر بفروش. انصاری قبول نکرده و عمر با تمسک به لا ضرر و لا ضرار، گفته: انصاری حق ندارد مانع کار تو شود.

هر چند در این نقل، عمر لا ضرر را به پیامبر ص نسبت نداده اما در مباحث آینده این نقل مفید است. یکی از بحث های آینده این است که آیا قید فی الاسلام در روایت پیامبر ص وجود دارد؟ مرحوم شیخ الشریعه اصرار دارد که قید فی الاسلام در روایت نیست. البته تطبیق موجود که توسط زبیر و عمر اتفاق افتاده، اعتباری نداشته و نمی توان گفت: عرف متعارف این تطبیق را انجام می دهد. هر چند تطبیق زبیر و عمر به عنوان دو فرد از عرف، می تواند مؤید باشد.

مناظره ای بین شافعی[[7]](#footnote-7) و بعض اصحاب ابی حنفیه درمصر اتفاق افتاده که موجب مشهور شدن شافعی می شود. این مناظره در کتب طبقات شافعی نقل شده است. یکی از قدیمی ترین تمسک های به لا ضرر، تمسکی است که شافعی در این مناظره انجام داده و این تمسک برای فهم معنای زمان صدور لا ضرر، مؤثر است. هر چند تطبیق شافعی از جهت اعتبار مانند تطبیق عمر است اما در فهم لا ضرر تأثیر گذار است. این مناظره برای دو نکته مفید است. اول: صدور روایت از پیامبر ص از مسلّمات بوده است. دوم: فهم معنای لا ضرر در عصر ائمه ع.

نقل های قاعده لا ضرر به اتمام رسید. بحث بعدی در متن صحیح لا ضرر و است که آیا اولا: قید فی الاسلام در آن وجود دارد؟ ثانیا: آیا علی مؤمن در آن هست؟ و ثالثا: آیا لا اضرار در روایت وجود دارد؟ بر فرض وجود قطعه دوم، کدام یک از لا اضرار، لا ضرار، لا ضروره صحیح است؟

1. الآحاد و المثانی لان ابی عاصم؛ ج 4، ص: 55 [↑](#footnote-ref-1)
2. معرفه الصحابه لابی نعیم؛ ج 6، ص: 287 [↑](#footnote-ref-2)
3. [المقنع، شیخ صدوق، ج، ص537.](http://lib.eshia.ir/10050//537/%D8%A7%D9%84%D8%A8%D9%87%D8%A7%D8%A6%D9%85) [↑](#footnote-ref-3)
4. الخراج لیحیی بن آدم؛ (چاپ مطبعه سلفی سال 1384 ق) ج 1، ص: 94 [↑](#footnote-ref-4)
5. تهذیب الآثار للطبری؛ ج 7، ص: 268 [↑](#footnote-ref-5)
6. در کتاب شرح زندگانی من نوشته عبد الله مستوفی آمده است: پدر میرزا محمد ارباب از ادبا بوده و در امور کشاورزی مهارت زیادی داشته است. به حدی که با یک نگاه، امور محاسباتی را تعیین می کرد. این افراد ویژه و نابغه با یک نگاه می توانند انتهای قنات را تشخیص دهند. پسر عموی ما از حسین آقای خمینی نقل می کرد که مرحوم خویی به منزل مرحوم امام تشریف آورند. نجف سرداب سن دارد که بیش از چهل پله پیچ در پیچ خورده و بسیار خنک است. مرحوم آقای خویی به زیرزمین رفته و مشاهده می کنند هر چند سرداب خنک است اما بسیار دم دارد. ایشان بالا آمده و موضعی را برای کندن تعیین می کنند و می فرماید: اینجا به سرداب سن راه دارد. پس از کندن معلوم شد، آن نقطه به سرداب راه داشته و کندن آنجا باعث خنک شدن سرداب شد. ایشان با ذهن ریاضی و مهندسی خود محاسبه کرده و معیّن می گنند کجا به سرداب راه دارد. حتی ایشان برخی از مدارس علمیه نجف را خودشان نقشه کشی کردند. [↑](#footnote-ref-6)
7. شافعی در روز مرگ ابو حنفیه به دنیا آمده است. [↑](#footnote-ref-7)