**اصول، جلسه ۱: ۱۶/۶/۱۳۹۹ سید محمد جواد شبیری**

**موضوع: تنبیهات: شمول لا ضرر نسبت به احکام عدمی**

**اعوذ بالله من الشیطان الرجیم**

**بسم الله الرحمن الرحیم**

و به نستعین انه خیر ناصر و معین الحمد لله رب العالمین و صلی الله علی سیدنا و نبینا محمد و آله الطاهرین

و اللعن علی اعدائهم اجمعین من الآن الی قیام یوم الدین

بحث تنبیهات لا ضرر بود. تنبیه ششمی که در مصباح الاصول مرحوم آقای خویی مطرح شده این تنبیه را می‌خواهیم ان‌شاءالله دنبال کنیم. این تنبیه در کلمات بسیاری از بزرگان مورد بحث قرار گرفته، در مورد این‌که قاعدة لا ضرر آیا فقط احکام وجودیه را برمی‌دارد، یا احکام عدمیه را هم برمی‌دارد؟ اگر یک حکم شرعی وجودی باعث ضرر بشود، لا ضرر آن را برمی‌دارد. حالا اگر شارع حکم نکند، طرف متضرر می‌شود. آیا از این استفاده می‌شود که شارع حکم را کرده؟ و مثال‌هایی برای این زده شده. آن این است که یک کسی را در جایی زندانی بکنند، حیوانش فرار بکند یا عبدش فرار کند، اینجا اگر شارع حکم نکند به ضامن بودن حابس آن شخص متضرر می‌شود به خاطر حیوانی که فرار کرده، اسبی که فرار کرده، حکم به ضمان. یا یک مثال دیگری که مرحوم سید در ملحقات عروه آوردند و به همین قاعده تمسک کردند که لا ضرر، به علاوة قاعدة لا ضرر روایت خاصه هم تمسک شده آن این است که اگر زوج امتناع بورزد نفقة زوجه‌اش، آیا می‌توانیم ما با قاعدة لا ضرر جواز طلاق حاکم را نتیجه بگیریم به این معنا که اگر شارع مقدس اجازة طلاق را به حاکم نداده باشد، زوجه متضرر می‌شود. مرحوم نایینی اینجا دو تا ایراد بر این استدلال وارد کرده که مرحوم آقای خویی می‌فرمایند که این ایراد اوّلش بازگشت می‌کند به اصل قاعده و ایراد کبروی است. یک ایراد هم ایراد صغروی هست و تطبیق کبری بر این صغری را ایراد می‌کنند. ایراد کبروی‌اش این است که لا ضرر ناظر به احکام مجعولة در شریعت مقدسه است، می‌خواهد بگوید این احکام مجعوله در جایی که منشاء ضرر بشود وجود ندارد، مقیِّد احکام مجعولة شرعیه به صورت عدم ضرر هست و عدم حکم این حکم مجعولی نیست، حدیث لا ضرر او را شامل نمی‌شود.

اشکال دوم ایشان که در واقع اشکال صغروی هست، آن این هست که حدیث لا ضرر ناظر به نفی ضرر در عالم تشریع هست و آن ضرر خارجی که از غیر جهت حکم شرعی ایجاد شده باشد به آن ضرر به تدارک آن ضرر خارجی که آن ضرر از غیر حکم شرعی ایجاد شده باشد به آن ناظر نیست و ضرر در این دو مثال ناشی از قِبَل شارع در عالم تشریع ایجاد نشده تا این‌که با حدیث لا ضرر ما بخواهیم نفی‌اش کنیم. بنابراین نمی‌شود، حالا بعد آقای خویی این را توضیح می‌دهند. بنابراین ما نمی‌توانیم به حدیث لا ضرر ضمان را در مسئلة اوّل ثابت کنیم و جواز طلاق را هم در مسئلة دوم ثابت کنیم. این بیانی هست که مرحوم آقای خویی از مرحوم آقای نایینی نقل می‌کنند. ایشان بعد در مقام تحلیل این دو وجه می‌گویند، می‌گویند ایراد اوّل ایشان وارد نیست، ۷:۵۴ تعبیر مرحوم آقای خویی این هست: چون عدم جعل حکم در جایی که قابلیت جعل دارد خود این جعل عدم هست. ایشان تعبیر می‌کند:

«أمّا إيراده الأوّل فغير وارد، لأنّ عدم جعل الحكم في موضع قابل للجعل جعل لعدم ذلك الحكم، فيكون العدم مجعولًا، و لا سيّما بملاحظة ما ورد من أنّ اللَّه سبحانه لم يترك شيئاً بلا حكم‏، فقد جعل الحكم من قبل الشارع لجميع الأشياء» شارع مقدس در مورد همة چیزها حکم جعل کرده، البته بعضی از حکم‌هایی که جعل کرده وجودی هست، بعضی‌هایش عدمی است، بعضی‌هایش تکلیفی است، بعضی‌هایش وضعی است، ولی ما لازم نیست حتماً احکام را، احکام مجعوله را اختصاص بدهیم به احکام وجودیه، یک احکام عدمیه‌ای هم ما داریم. بنابراین مانعی نیست از این‌که دلیل لا ضرر را بگوییم احکام عدمیه را هم شامل می‌شود اگر این احکام عدمیه ضرریه باشد. این بحث کبروی.

اما بحث صغروی، ایشان می‌فرماید که ما جایی را ندیدیم. اصلاً آقای خویی انکار می‌کنند که اصلاً صغرای این قائل ۹:۵۰ کلی داشته باشد. این‌که عدم حکم منشاء ضرر شده باشد این را به طور کلی انکار می‌کنند و این دو تا مثال را هم از مصادیق مثال نمی‌دانند، این قاعده نمی‌دانند و به‌طور کلی. بنابراین اشکال دوم مرحوم نایینی را که حکم به ضمان و حکم به جواز طلاق از سوی حاکم از مصادیق این قاعده نیست، این را می‌پذیرند، بعد توضیح می‌دهند، می‌گویند که برای چی حکم به ضمان باید بشود؟ برای این‌که آن ضرری که از طرف حابس بر محبوس وارد شده آن ضرر را می‌خواهیم تدارک کنیم، و حدیث لا ضرر این را شامل نمی‌شود، به دلیل این‌که این ضرر، ضرری نیست که شارع کأنّ این ضرر را ایجاد کرده باشد، این ضرر، ضرری هست که خود مکلّفین برای همدیگر ایجاد می‌کنند.

این مسئلة اوّل.

اما در مسئلة دوم این‌که نمی‌شود جواز طلاق را با حدیث لا ضرر نتیجه گرفت، ایشان می‌فرماید که سه تا مسئله اینجا وجود دارد. یکی این‌که زوج نفقه نمی‌دهد، دوم این‌که یک زوجیت داریم، نکتة سوم این‌که طلاق به دست زوج هست، اختیار طلاق را شارع به دست زوج قرار داده. آن‌که اینجا منشاء ضرر شده است، امتناع زوج از نفقه است. چون زوج نفقه نمی‌دهد اینجا ضرر ایجاد شده. اما نفس زوجیت، این ضرری نیست، خود زوج و زوجه اقدام به این مطلب کردند، زوجه هم اقدام کرده در مقابل مهریه‌ای که وجود دارد آن ضرری نیست، مقابل دارد و با اختیار خودش به ازاء مهریه‌ای که مالک شده آن را پذیرفته. از آن طرف این‌که طلاق بید الزوج هست، آن هم کأنّ ضرری نیست. ایشان می‌فرماید که شارع در عالم تشریع اینجا ضرری متوجه زوجه نکرده تا با حدیث لا ضرر ما بتوانیم این ضرر را مرتفع کنیم. بله، اگر شارع مقدس حکم به جواز طلاق برای حاکم شرعی بکند، این حکم به جواز طلاق آن ضرری را که از عدم انفاق زوج ناشی می‌شود آن ضرر را تدارک می‌کند و حدیث لا ضرر ناظر به تدارک نیست، ناظر به تدارک ضررهای واقع شده نیست، بلکه ناظر به این هست که شارع نمی‌گذارد ضرر محقق بشود، اما تدارک ضرر آن از حدیث لا ضرر استفاده نمی‌شود.

بعد ایشان وارد یک روایت‌های خاصه می‌شوند، می‌گویند بله ما روایت‌های خاصه‌ای داریم، از روایت‌های خاصه این مسئله استفاده می‌شود که در مسئلة دوم جواز طلاق آن این است که اگر شوهر حاضر نباشد نفقه را بپردازد بحث جواز طلاق وجود دارد و حاکم می‌تواند بین اینها تفرقه ایجاد کند و این روایات، روایاتی است که مانعی ندارد در موردش می‌شود به آن روایات عمل کرد. مرحوم نایینی این روایات را معارض قرار داده، با یک روایت‌های دیگری که گفته انها ابتلیت فلتصبر، خلاصه گرفتار شده و باید صبر کند. آقای خویی می‌فرماید آن روایت‌هایی که انها ابتلیت فلتصبر مربوط به بحث امتناع از مواقعه است، نه بحث نفقه. این یک مورد خاصی است که روایات گفتند و خود جهت امتناع از مواقعه و این‌که این حق را شوهر رعایت نمی‌کند، جواز طلاق برای زوجه از طرف حاکم ثابت نمی‌شود و اینها ربطی به هم ندارند.

شاگرد: مورد این روایت کجاست؟

استاد: موردش این روایاتی که گفته اگر زوج. از همان چهار ماه یکباری که هست. البته بعضی تعبیرات ممکن است شامل چهار ماه یک بار هم نباشد، ولی تعبیری که در مورد روایات هست می‌گوید، در بعضی روایت‌هایش هست که اگر مثلاً زوجه آن چیزها را، درخواست مباشرت دارد، این درخواست باعث نمی‌شود که جواز طلاق ثابت بشود. به نظرم بعضی از اینها در روایاتی هست که اصلاً در مورد زوج غائب است. اگر زوج غائب باشد، ولی از مال زوج اموالی باشد که بتوانند از آن اموال بردارند خرج زوجه کنند، اموالی وجود دارد و روایات می‌گود که نه حق طلاق زوجه وجود ندارد، به نظرم در ذهنم هست اینجوری است. می‌گوید اگر زوج گفت که نه من حق مباشرت و امثال اینها را می‌خواهم، روایت می‌گوید نه انها ابتلیت فلتصبر. گرفتار شده است و زوجه‌اش نیست و باید صبر کند. مربوط به نفقه و اینها نیست. این فرق دارد که اگر زوج نفقه ندهد، حاکم شرع می‌تواند زوجه را طلاق بدهد. این دو تا موضوع مختلف هست. ایشان می‌فرماید که بله، یک روایت‌های عامی داریم که الطلاق بید من اخذ بالساق. که این روایت‌ها طلاق را حق زوج قرار داده، می‌گوید کسی غیر از زوج حق طلاق ندارد. این همچین روایاتی هست. ولی این روایات عام است. این روایت‌های مورد بحث ما خاص است، به وسیلة این روایت‌های خاص آن روایت‌های عام تخصیص خورده می‌شود و امثال اینها. البته ایشان می‌فرمایند که از اینها استفاده می‌شود که در مرحلة اوّل زوج را مجبور می‌کنند به انفاق، نتیجة این ملاحظة این دو دسته روایات این هست که اگر بشود زوج را به نفقه دادن مجبور کنند، این اوّلین مرحلة بحث هست. اگر نه زوج را نتوانند به نفقه دادن مجبور کنند، مجبورش می‌کنند به طلاق دادن. اگر نه حاضر به طلاق هم نباشد و امثال اینها در مرحلة آخر حاکم شرع طلاق می‌دهد.

البته مرحوم آقای خویی می‌فرمایند که این که زوج حاضر به انفاق نباشد، روایتی دارد که اگر زوج حاضر نباشد به انفاق حاکم شرع آنها را طلاق می‌دهد. ایشان می‌فرمایند این مختص به صورتی هست که زوج بلا عذرٍ از انفاق کردن خودداری کند. البته باید روایت این را دید که اگر واقعاً ایشان فرض کنید که زوج نداشته باشد مال، به دلیل نداشتن مال انفاق نمی‌کند، آیا این موارد را حاکم شرع می‌تواند طلاق بدهد یا طلاق نمی‌دهد. لحن آقای خوی این است که اینجا حاکم شرع نمی‌تواند طلاق بدهد. چون ندارد که بدهد، عذر دارد. ولی باید روایاتش را ملاحظه کرد که آیا واقعاً این روایت‌ها اختصاص دارد به جایی که زوج داشته باشد و از انفاق کردن خودداری کند، یا این‌که جایی که زوج نداشته باشد هم و حاضر به طلاق هم نباشد حاکم شرع می‌تواند آنها را طلاق بدهد.

شاگرد: بالأخره مجبور به طلاق کردن ندارد. روایت می‌گوید اگر نفقه نداد، حاکم طلاق می‌دهد، اصلاً اجبار به طلاق.

استاد: حالا اینهایش می‌خواهند بگویند از آن طرف روایاتی که می‌گوید الطلاق بید من اخذ بالساق آن اقتضا می‌کند در جایی که بشود او را مجبور کرد به اطلاق آن تمسک می‌کنند. اگر بشود آن روایات را، یعنی ظهور روایت‌هایی که تا حد امکان طلاق را باید زوج انجام بدهد، آن ظهورش قوی‌تر از شمولش هست نسبت به این روایت. در واقع اینجوری ایشان می‌خواهند مشی کنند. بعد آقای خویی می‌فرمایند که بنابراین، این‌که ایشان اختصاص می‌دهند روایت‌ها را به جایی که این روایت‌های جواز طلاق حاکم را اختصاص می‌دهند به جایی که زوج بلا عذرٍ از انفاق خودداری کند، می‌گویند نتیجة این بحث این است که بین این دسته روایات، و روایاتی که دال بر این هست که اگر زوج غائب شد، حاکم نمی‌تواند طلاق بدهد مگر بعد از این‌که چهار سال فحص کند و دنبالش و امثال اینها، ایشان می‌فرمایند بین اینها طلاق چیز نیست، می‌گویند شاید فلعل عدم الانفاق من الزوج الغائب یکون لعذر. شاید عذر داشته و امثال اینها، اینجوری تعبیر می‌کنند. حالا باید مفصل وارد این بحث‌هایش بشویم. فقط یک نکته‌ای در مورد بحث اخیر ایشان عرض می‌کنم بعد بعضی بحث‌هایش را امروز توضیح مختصر می‌دهم دیگر ادامة بحث باشد از فردا، دوستان ملاحظه بفرمایند، بحث‌هایی که آقایان کردند در غیر این بحث، بعداً در موردش صحبت می‌کنیم.

یک مطلب دیگر این‌که بین روایت‌هایی که دربارة غیبت زوج و روایت‌های جواز طلاق حاکم هست، آن روایت‌ها اصلاً خیلی ظهور قوی ندارد در مورد این‌که زوج غائب را هم شامل می‌شود. روایات می‌گوید اگر زوج از نفقه دادن خودداری کند، نفقه ندهد. حالا فرض کنید ما بگوییم این نفقه ندهد اطلاق هم دارد. یعنی چه بتواند نفقه بدهد و نفقه ندهد، چه نتواند، علی ای تقدیر اگر زوج از نفقه دادن خودداری کند، منشاء این خودداری کردن این باشد که نمی‌تواند، یا نه، می‌تواند و به جهت دیگری خودداری می‌کند. اینها مفروضش جایی هست که زوج هست، اما جایی که زوج نیست، اصلاً موضوع این‌که نمی‌دهد و اینها خیلی ظهورش در شمولش نسبت به این صورت ظهور ضعیفی است. و اگر هم فی الجمله ظهور ضعیفی داشته باشد، روایت‌های غیبت زوج، روایت‌هایی است که به راحتی می‌شود اینها را تخصیص زد، بگوییم که ناظر به این صورت نیست. دیگر نیازی نیست برای حل تعارض بین اینها وارد این بحث این‌که بلاعذر و امثال اینها. حتی اگر ما بگوییم که جواز طلاق حاکم در جایی که زوج عذر هم داشته باشد ثابت است، با این حال بحث غیبت یک بحث خاص دیگری است، آن روایت‌های خاص خودش را باید دنبال کرد در موردش، این را نیاز نبود به این سبک بحث را دنبال کنیم.

شاگرد: آقای خویی می‌گویند حکم به ضمان و جواز طلاق، ؟؟؟ ۲۵:۴۷ به آن حابس و

استاد: حالا آنها یک بحث دیگری هم هست که اینجا آقای خویی هم مطرح کردند که من.

حالا من یک چیزی را از کلام آقای خویی فراموش کردم عرض کنم، آن هم همین بحث هست که آقای خویی اینجا بحث تعارض ضررین را هم مطرح کردند. یکی از اشکالات دیگری که مرحوم آقای خویی اینجا مطرح می‌فرمایند آن همین هست که اگر بخواهیم ضمان برای حابس ثابت کنیم یا جواز طلاق به حاکم بدهیم، اینها باعث می‌شوند که آن محبوس و آن حابس و زوج متضرر بشوند، این باب تعارض ضررین هست و امثال اینها و بنابراین ما نمی‌توانیم یکی از دو ضرر را بر ضرر دیگری ترجیح بدهیم. و یک ان قلت و قلتی آقای خویی در همین زمینه مطرح می‌فرمایند که شما حابس با این عملی که انجام داده است به خودش ضرر زده، اقدام بر ضرر کرده است. شبیه همین در مورد زوجه هم هست. حالا ما در مورد حابس تطبیقش بکنیم. ایشان می‌گوید حابس چون حبس کرده اقدام کرده بر ضرر. ایشان می‌فرماید آن اقدامی که حابس کرده، اقدام کرده بر ضرر به محبوس، نه بر ضرر به خودش. اگر شما می‌گویید که چون اقدام کرده است بر ضرر محبوس و اقدام بر ضرر به محبوس شارع مقدس حکم به ضمان کرده، این اوّل کلام است، دوری، بحث سر این است که اگر اثبات بشود که اقدام حابس بر ضرر به محبوس منشاء ضمان می‌شود خب درست، ولی اوّل اثبات کنید اقدام حابس بر حبس محبوس باعث ضمانش می‌شود تا این بحث، این را نمی‌توانید اثبات کنید. آن‌که خارجاً یک بحث اقدام داریم، گاهی اوقات سر طرف معامله می‌کند، یک معاملة ضرری می‌کند، آنجا طرف خودش معامله کرده این معامله ملتزم شده به این‌که این مال را با مال کمتر معامله کند، آن با این بحثی که اینجا هست فرق دارد. آن طرف اقدام به ضمانی نکرده.

حالا ببینیم این بحث‌ها چجوری است. اینجا فقط یک نکته بگویم بقیة بحث از فردا دنبال می‌کنیم.

در بحث تدارک یک نکته‌ای مرحوم شیخ انصاری اینجا متعرض شده بودند، بعضی‌ها فاضل تونی بود که ایشان مطرح می‌فرمودند که از قاعدة لا ضرر ما لزوم تدارک را می‌توانیم نتیجه بگیریم به این بیان که ضرر متدارک عرفاً ضرر تلقی نمی‌شود. بنابراین شارع اگر حکم به تدارک بکند، این حکم به تدارک می‌شود، این ضرر می‌شود، می‌شود ضرر متدارک. و ضرر متدارک که شد این دیگر ضرر صدق نمی‌کند. پس بنابراین این‌که محبوس اینجا ضرر کرده است، به دلیل این‌که اگر شارع حکم به ضمان نکرده باشد، عدم حکم شارع به ضمان منشاء متضرر شدن شده، چون فرض این هست که عرفاً ضرر متدارک کلا ضرر هست. بنابراین این از حکم شارع به تدارک استفاده می‌شود از لا ضرر با این بیان، اگر آن کبری را بپذیریم. فرض این است که لا ضرر نسبت به احکام عدمیه هم اثبات حکم وجوبی که اگر نباشد طرف ضرر می‌کند را کرده. اینجا تدارک اگر نباشد این ضرر، ضرر غیر متدارک می‌شود، و ضرر غیر متدارک فرض این است که ضرر است و الا ضرر متدارک ضرر نیست. این ممکن است شخصی اینجوری تقریب کند.

مرحوم شیخ آنجا در بحث پاسخ به فاضل تونی یک نکته‌ای را متذکر می‌شوند شاید آقای خویی هم روی این نکته بحث را بستند. آن این است که نفس تدارک خارجی ضرر را از ضرر بودن خارج می‌کند، نه حکم شارع به لزوم تدارک. شارع حکم کرد به لزوم تدارک، خب طرف تدارک نمی‌کند پس طرف هنوز متضرر باقی می‌ماند دیگر. مجرد این‌که شارع حکم کرده است به لزوم تدارک باعث نمی‌شود که خارجاً تدارک تحقق پیدا کند دیگر. پس آن چیزی که منشاء می‌شود که ضرر از ضرر بودن عرفاً خارج است، این‌که خارج است آن طرف تدارک می‌کند. ولی اگر شارع خارجاً آن ضرر تدارک نکند که چیزی نمی‌شود. بنابراین ممکن است آقای خویی روی این بیان می‌گویند لزوم تدارک باعث نمی‌شود که از لا ضرر نمی‌توانیم لزوم تدارک را نتیجه بگیریم.

حالا این بحث را ملاحظه بفرمایید. هم بحث‌های کبروی دارد، جای بحثی آقای، در کلمات آقایان مختلف. آقای اراکی یک بیانی دارند در اصولشان، می‌خواهند بگویند این بحث کبری وابسته به این هست که ما مبنایمان، مبنای مرحوم شیخ باشد یا مبنای دیگری که مرحوم حاج شیخ آن را دنبال کرده آن باشد، آنها را ملاحظه بفرمایید. آقایان دیگر هم بحث‌های مفصل، آقای سیستانی مفصل بحث کردند، آقایان دیگر هم بحث کردند ان‌شاءالله فردا صحبت می‌کنیم.

و صلی الله علی سیدنا و نبینا محمد و آل محمد

پایان