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

**جلسه335 – 16/ 06/ 1399 شمول لا ضرر نسبت به احکام عدمی /تنبیهات /قاعده لا ضرر**

**خلاصه مباحث گذشته:**

متن خلاصه ...

# تنبیه ششم: شمول لا ضرر نسبت به احکام عدمی

بحث درباره تنبیهات قاعده لا ضرر بود. ششمین تنبیهی که در مصباح الاصول مرحوم خویی[[1]](#footnote-1) وارد شده و در کلام بسیاری از بزرگان مورد بحث قرار گرفته، درباره حکومت لا ضرر نسبت به احکام عدمی است. در این تنبیه به دنبال پاسخ به این پرسش هستیم که اگر حکم نکردن شارع موجب ضرر شود، «لا ضرر» می تواند آن را برداشته، حکم را اثبات کند؟

مثال های مختلفی برای برداشتن احکام عدمی زده شده است مثل آنکه زندانی کردن شخصی موجب فرار کردن حیوان یا عبد او شود. اگر شارع به ضامن نبودن حابس حکم نکند، شخص به خاطر حیوان یا عبد فراری خود متضرّر می شود. مثال دیگر، مثالی است که مرحوم سید در ملحقات عروه ذکر کرده و برای اثبات آن علاوه بر «لا ضرر» به روایات خاصه نیز استدلال کرده است. در این مثال بیان شده: اگر زوج از نفقه زوجه امتناع بورزد، آیا می توان با تمسک قاعده «لا ضرر» جواز طلاق حاکم را نتیجه گرفت؟ با این تقریب که اگر شارع مقدس اجازه طلاق را به حاکم نداده باشد، زوجه متضرّر می شود.[[2]](#footnote-2)

## کلام مرحوم نائینی: مجعول نبودن عدم حکم

مرحوم خویی دو ایراد برای شمول «لا ضرر» نسبت به احکام عدمی را مرحوم نائینی نقل کرده، بیان می کند: یک ایراد کبروی است و به اصل قاعده لا ضرر بازگشت می کند و یک ایراد صغروی است و تطبیق کبری بر صغری را ایراد گرفته است. ایراد کبروی این است که «لا ضرر» ناظر به احکام مجعول شرعی است و آن را به صورت عدم ضرر، مقیّد می کند و عدم حکم، حکم مجعول نیست تا «لا ضرر» شامل آن باشد. اشکال دوم این است که «لا ضرر» ناظر به نفی ضرر در عالم تشریع است و به ضرر خارجی که از غیر حکم شرعی ایجاد شده باشد، ناظر نیست.[[3]](#footnote-3) در این دو مثال، ضرر از طرف شارع ایجاد نشده تا با «لا ضرر» بتوان آن را نفی کرد. بنابراین نمی توان به حدیث «لا ضرر» ضمان را در مثال اول و جواز طلاق را در مثال دوم ثابت کرد.

### اشکال اول مرحوم خویی: تلازم عدم جعل حکم با جعل عدم

مرحوم خویی در مقام تحلیل این دو وجه می فرماید: ایراد اول وارد نیست زیرا عدم جعل حکم در جایی که قابلیت جعل دارد، جعل عدم محسوب می شود. عبارت ایشان این است:

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، غاية الأمر أنّ بعضها وجودي و بعضها عدمي، كما أنّ بعضها تكليفي و بعضها وضعي. وعليه فلا مانع من شمول دليل لا ضرر للأحكام العدمية أيضاً إن كانت ضررية،[[4]](#footnote-4)

ایشان می فرماید: شارع مقدس در تمام موضوعات حکم جعل کرده البته برخی وجودی بوده، برخی عدمی است و برخی تکلیفی و برخی وضعی است اما لازم نیست احکام مجعوله به احکام وجودی اختصاص داده شود. پس در صورتی که احکام عدمی ضرری باشد، مانعی از شمول «لا ضرر» نسبت به آنها وجود ندارد.

### اشکال دوم مرحوم خویی: منشأ ضرر نبودن عدم حکم

در بررسی اشکال صغروی، مرحوم خویی این مطلب را انکار می کنند که عدم حکم منشأ ضرر باشد و منشأ ضرر در این دو مثال را عدم حکم شارع نمی دانند. ایشان در مثال ضمان می فرمایند: حابس ضرری را متوجه به محبوس کرده است و شارع می تواند با جعل ضمان، این ضرر را تدارک کند. پس حکم شارع موجب تدارک ضرر است و در صورت نبود حکم شارع، ضرر تدارک نشده است نه آنکه از ناحیه حکم شرعی ضرری به محبوس متوجه شود. ایشان در مثال دوم می فرماید: سه مسأله در اینجا وجود دارد اول آنکه زوج نفقه نمی دهد، دو آنکه زوجیت وجود دارد و سه آنکه طلاق به دست زوج است و اختیار طلاق با اوست. در اینجا امتناع زوج از نفقه منشأ ضرر شده است اما نفس زوجیت، ضرری نیست و خود زوجه در مقابله مهریه، اقدام بر زوجیت کرده است. این حکم شرعی که طلاق به دست زوج باشد نیز ضرری نیست. پس شارع در عالم تشریع ضرری را متوجه زوجه نکرده تا با حدیث «لا ضرر» بتوان این ضرر را مرتفع کرد. بله اگر شارع حکم به جواز طلاق را برای حاکم قرار دهد، ضرر ناشی از عدم انفاق زوج را تدارک می کند اما «لا ضرر» ناظر به تدارک ضرر ایجاد شده نیست.

### ادامه کلام مرحوم خویی: تمسک به روایات خاصه برای اثبات جواز طلاق

ایشان در ادامه وارد بحث از روایات خاصه می شوند و بیان می کنند: از روایات خاصه استفاده می شود اگر زوج حاضر به پرداخت نفقه نباشد، حاکم می تواند بین زوج و زوجه تفرقه ایجاد کند.[[5]](#footnote-5) البته مرحوم نائینی این روایات را با روایاتی معارض می داند که در آنها بیان شده: «انها ابتلیت فلتصبر»[[6]](#footnote-6) اما مرحوم آقای خویی می فرماید: این روایات مربوط به بحث امتناع از مواقعه است نه بحث نفقه. این روایات بیان می کنند در صورت امتناع زوج از مواقعه و عدم رعایت این حق، حق طلاق برای حاکم ایجاد نمی شود. در برخی از این روایات آمده: اگر زوجه درخواست مباشرت دارد و زوج امتناع کند، جواز طلاق ثابت نمی شود. برخی از این روایات نیز درباره زوج غائبی است که اموالی دارد که بتوان از آن اموال خرج زوجه کرد و در آنها بیان شده: اگر زوجه درخواست حق مواقعه را داشته باشد، حق طلاق ثابت نمی شود.

ایشان می فرماید: در روایات عام «الطلاق بید من اخذ بالساق» طلاق را حق زوج قرار داده است اما این روایات عام است و به وسیله روایات خاص مورد بحث، این روایات تخصیص زده می شود. البته نتیجه ملاحظه این دو دسته روایات این است که مرحله اول، اجبار زوج بر نفقه است در مرحله دوم زوج را بر طلاق مجبور می کنند و در مرحله آخر، حاکم شرع طلاق می دهد.

مرحوم خویی می فرماید: ظاهر روایاتی که حق طلاق را در فرض امتناع زوج از نفقه برای حاکم قرار داده، جایی است که زوج بدون عذر از انفاق خودداری کند. لحن این کلام این است که در مواردی که زوج مال ندارد و به همین دلیل انفاق نمی کند، حاکم شرع نمی تواند طلاق دهد. اما باید روایات را دید و بررسی کرد آیا شامل مواردی که زوج مال ندارد و به همین دلیل انفاق نمی کند، می شود؟

مرحوم خویی می فرماید: با این توجیه، تعارض بین این روایات که حق طلاق را در صورت عدم انفاق زوج برای حاکم قرار داده و روایاتی که در صورت مفقود بودن زوج، حق طلاق را مختص به چهار سال فحص کرده، تعارضی نیست زیرا شاید مفقود به خاطر عذر، انفاق نکرده است.

#### بررسی کلام مرحوم خویی: ظهور روایات امتناع از نفقه در حضور زوج

در این جلسه تنها به یک نکته درباره بحث اخیر مرحوم آقای خویی اشاره می شود و در جلسه آینده به تفصیل وارد بحث درباره کلام مرحوم آقای خویی می شویم.

به نظر می رسد روایات جواز طلا حاکم ظهور قوی ندارد که شامل زوج غائب نیز باشد. حتی اگر اطلاق این روایات پذیرفته شود به این معنا که اگر زوج نفقه ندهد اعم از اینکه منشأ امتناع، عدم قدرت باشد یا به علتی دیگر، انفاق نکند، حاکم می تواند زوجه را طلاق دهد، باز ظهور این روایات در حضور زوج است. به همین دلیل روایاتی که حکم غیبت زوج را بیان کرده، به آسانی قابل جمع با این روایات است و نیازی به اختصاص این روایات به عدم عذر نیست. در نتیجه حتی با شمول روایات امتناع از نفقه نسبت به امتناع عن عذر، باز بین این روایات و روایات غیبت زوج، تعارضی وجود ندارد.

### ادامه کلام مرحوم خویی: دخول مورد بحث در تعارض ضررین

مرحوم آقای خویی در اینجا بحث تعارض ضررین را نیز مطرح کرده است. یکی از اشکالاتی که ایشان مطرح کرده این است که اثبات ضمان برای حابس یا جواز طلاق برای حاکم، باعث می شود حابس و زوج متضرّر شوند و چون مورد از باب تعارض ضررین است، نمی توان یکی از دو ضرر را بر دیگری ترجیح داد. ایشان در اشکال بیان می کند: حابس اقدام بر ضرر کرده است. و در پاسخ می فرماید: حابس اقدام بر ضرر بر محبوس کرده نه اقدام بر ضرر به خودش. اگر گفته شود: به علت اقدام بر ضرر به محبوس، شارع حکم به ضمان کرده است، این مطلب دوری است. زیرا باید اول اثبات شود اقدام حابس بر حبس محبوس باعث ضمان است. در نتیجه اقدام بر معامله ضرری با مورد بحث تفاوت دارد.[[7]](#footnote-7)

#### وجه استفاده لزوم تدارک از لا ضرر و پاسخ به آن

مرحوم فاضل تونی مطرح کرد: از قاعده لا ضرر می توان لزوم تدارک را نتیجه گرفت زیرا ضرر متدارک عرفا ضرر نیست. بنابراین اگر شارع حکم به تدارک کند، ضرر متدارک است و دیگر ضرر بر آن صدق نمی کند. در مورد بحث نیز عدم حکم شارع به ضمان، منشأ متضرر شدن محبوس است زیرا فرض آن است که از نظر عرفی، ضرر متدارک کلا ضرر است. پس اگر کبری را بپذیریم، تدارک با حکم به ضمان، باعث نفی ضرر می شود و در صورت عدم تدارک و عدم حکم به ضمان، ضرر وجود خواهد داشت.

مرحوم شیخ در پاسخ به فاضل تونی نکته ای را متذکر شده که شاید مرحوم آقای خویی مبتنی بر این نکته بحث کرده باشند. مرحوم شیخ می فرماید: تدارک خارجی باعث عدم صدق عرفی ضرر می شود و مجرد حکم شارع به ضمان، باعث حصول تدارک در خارج نیست.

در این بحث مرحوم آقای اراکی بیانی دارند و آقای سیستانی و دیگر بزرگان نیز در این موضوع، مباحث مفصلی دارند که در جلسات آینده در این باره بحث خواهیم کرد.

1. مصباح الأصول ( طبع موسسة إحياء آثار السيد الخوئي )، ج‏1، ص: 648 [↑](#footnote-ref-1)
2. تكملة العروة الوثقى؛ ج‌1، ص: 75

مسألة 33: في المفقود الّذي لم يعلم خبره و انّه حيّ أو ميت إذا لم يمكن إعمال الكيفيات المذكورة في تخليص زوجته لمانع من الموانع و لو من جهة عدم النفقة لها في المدة المضروبة، و عدم وجود باذل من متبرّع أو من وليّ الزوج، لا يبعد جواز طلاقها للحاكم الشرعي مع مطالبتها و عدم صبرها، بل و كذا المفقود المعلوم حياته مع عدم تمكن زوجته من الصبر، بل و في غير المفقود ممن علم انّه محبوس في مكان لا يمكن مجيؤه أبدا، و كذا في الحاضر المعسر الّذي لا يتمكن من الإنفاق مع عدم صبر زوجته على هذه الحالة، ففي جميع هذه الصور و أشباهها و إن كان ظاهر كلماتهم عدم جواز فكها و طلاقها للحاكم لأنّ الطلاق بيد من أخذ بالساق، إلّا انّه يمكن أن يقال: بجوازه لقاعدة نفى الحرج و الضرر، خصوصا إذا كانت شابة و استلزم صبرها طول عمرها وقوعها في مشقة شديدة، و لما يمكن أن يستفاد من بعض الأخبار. [↑](#footnote-ref-2)
3. منية الطالب في حاشية المكاسب؛ ج‌1، ص: 156 [↑](#footnote-ref-3)
4. مصباح الأصول ( طبع موسسة إحياء آثار السيد الخوئي ) ؛ ج‏1 ؛ ص649 [↑](#footnote-ref-4)
5. وسائل الشیعه؛ ج 21، ص: 509، ابواب النفقات، باب 1، ح 1 و 2

مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيِّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ رِبْعِيِّ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ وَ الْفُضَيْلِ بْنِ يَسَارٍ جَمِيعاً عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع‏ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى‏ وَ مَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتاهُ اللَّهُ‏ - قَالَ إِنْ أَنْفَقَ عَلَيْهَا مَا يُقِيمُ ظَهْرَهَا مَعَ كِسْوَةٍ وَ إِلَّا فُرِّقَ بَيْنَهُمَا.

وَ بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَاصِمِ بْنِ حُمَيْدٍ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ يَعْنِي الْمُرَادِيَّ قَالَ سَمِعْتُ أَبَا جَعْفَرٍ ع يَقُولُ‏ مَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ امْرَأَةٌ فَلَمْ يَكْسُهَا مَا يُوَارِي عَوْرَتَهَا وَ يُطْعِمْهَا مَا يُقِيمُ صُلْبَهَا كَانَ حَقّاً عَلَى الْإِمَامِ أَنْ يُفَرِّقَ بَيْنَهُمَا. [↑](#footnote-ref-5)
6. مناقب آل أبي طالب عليهم السلام (لابن شهرآشوب) ؛ ج‏2 ؛ ص365

وَ رُوِيَ مِنْ اخْتِلَافِهِمْ فِي امْرَأَةِ الْمَفْقُودِ فَذَكَرُوا أَنَّ عَلِيّاً حَكَمَ بِأَنَّهَا لَا تَتَزَوَّجُ حَتَّى يَجِي‏ءَ نَعْيُ مَوْتِهِ وَ قَالَ هِيَ امْرَأَةٌ ابْتُلِيَتْ‏ فَلْتَصْبِرْ وَ قَالَ عُمَرُ تَتَرَبَّصُ أَرْبَعَ سِنِينَ ثُمَّ يُطَلِّقُهَا وَلِيُّ زَوْجِهَا ثُمَّ تَتَرَبَّصُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَ عَشْراً ثُمَّ رَجَعَ إِلَى قَوْلِ عَلِيٍّ ع‏ [↑](#footnote-ref-6)
7. مصباح الأصول ( طبع موسسة إحياء آثار السيد الخوئي )، ج‏1، ص: 650 [↑](#footnote-ref-7)