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

**جلسه339 – 22/ 06/ 1399 شمول لا ضرر نسبت به احکام عدمی /تنبیهات /قاعده لا ضرر**

**خلاصه مباحث گذشته و جلسه امروز:**

بحث درباره شمول «لا ضرر» نسبت به عدمیات بود. در این باره دو بحث کبروی و صغروی وجود دارد که استاد دام ظله در جلسات سابق بحث کبروی را به اتمام رساندند و از این جلسه وارد بحث صغروی و بحث درباره مصادیقی می شوند که برای این مطلب بیان شده است.

# چکیده مختار در بحث کبروی اثبات حکم با تمسک به «لا ضرر»

بحث در این باره بود که آیا «لا ضرر» می تواند حکمی را اثبات کند که در صورت نبود آن ضرر وجود دارد؟ آقای سیستانی پس از بحث کبروی، وارد بحث در صغری می شوند که آیا این کبری در فقه، صغری دارد؟ محصّل عرض ما در بحث کبروی این بود که مطابق مبنای مختار که از «لا ضرر و لا ضرار» ممنوعیت ضرر و ضرار به یک معنای عام استفاده می شود، نمی توان از آن اثبات حکم را نتیجه گرفت. مطابق مبنای معروف در معنای «لا ضرر و لا ضرار» حداکثر می توان با ضمیمه بنای عقلا مطلب را تمام کرد. اگر مفاد حدیث این باشد که شارع مقدس برای جلوگیری از ضرر اقدام مناسب را به کار می گیرد اما این که اقدام مناسب چیست؟ این اقدام مناسب، باید با حکم شرعی بیان شود و تشخیص اقدام مناسب به مکلّف واگذار نشده است. پس روایت بیان نمی کند که هر اقدامی که برای جلوگیری از ضرر امکان دارد مؤثر باشد، شارع آن را اعمال کرده است. حداکثر این که به سیره عقلا تمسک شده، گفته شود: روش هایی که عقلا برای جلوگیری از ضرر دارند به واسطه «لا ضرر» امضا شده است. پس به انضمام سیره عقلا می توان روش مناسبی را که شارع برای جلوگیری از متضرّر شدن عباد جعل کرده – امضاء یا تأسیسا- تشخیص داد.

# بحث صغروی اثبات حکم با تمسک به «لا ضرر»

## مورد اول در کلام آقای سیستانی: اثبات ضمان

آقای سیستانی درباره صغرای اثبات حکم با «لا ضرر و لا ضرار» می فرماید: دو مورد برای صغرای این بحث ذکر شده است.

اول: در مواردی که سبب متعارف ضمان مانند اتلاف و ید عادیه وجود ندارد، می توان با این قاعده ضمان را به واسطه تلف، ثابت کرد. از موارد انحصار دلیل ضمان به قاعده ضرر این مثال ها زده شده است. حبس کردن انسان و فوت شدن عمل او، حبس کردن انسان و فرار کردن عبد و حیوان محبوس، در این مثال ها بیان شده: اگر حکم به ضمان نکنیم، محبوس متضرّر می شود. مرحوم نائینی ضمان را در این موارد منکر شده، این گونه استدلال کرده است که اثبات ضمان در این موارد، مبتنی بر پذیرش مبنای مرحوم فاضل تونی در قاعده لا ضرر است. مرحوم فاضل تونی قائل بودند: مراد از «لا ضرر» ضرر غیر متدارک است و به همین جهت از «لا ضرر» لزوم تدارک ضرر نتیجه گرفته می شود. [[1]](#footnote-1)

### تفاوت جواز تدارک ضرر از بیت المال با الزام تدارک ضرر

 آقای سیستانی به هنگام نقل کلام مرحوم نائینی این گونه تعبیر کرده که لازمه این حرف این است که باید قائل به لزوم تدارک توسط انسانی شویم که ضرر از ناحیه او ایجاد شده است و در صورت عدم امکان، از بیت المال تدارک شود. در حالی که قطعا می دانیم مطلب این گونه نیست. شبیه این مطلب در کلام مرحوم آقای خویی نیز وجود دارد. لزوم تدارک ضرر از بیت المال در ضررهای طبیعی قطعا موافق ادله نیست و کسی قائل به آن نیست. مثل آنکه باران آمده و بدون کوتاهی دولت، خانه شخص خراب شده است. پس دلیلی نداریم که در صورت متضرّر شدن افراد بدون کوتاهی و دخالت دولت، جبران آن ضرر توسط بیت المال لازم باشد. بله بیت المال مصارفی دارد که امکان دارد از آن مصارف ضرر افراد تدارک شود مانند «فی سبیل الله» یا «زکات». اما این تنها بدین معناست که حاکم می تواند از این مصارف، ضرر را جبران کند اما دلیلی بر الزام تدارک ضرر بر حاکم وجود ندارد.

## ادامه کلام آقای سیستانی: اثبات ضمان بدون نیاز به تمسک به «لا ضرر»

آقای سیستانی می فرماید ضمان در این موارد بدون شک ثابت است حتی اگر «لا ضرر» دلیل بر آن نباشد و قائل به مسلک فاضل تونی در معنای «لا ضرر و لا ضرار» نشویم. ایشان دو بیان برای اثبات ضمان بیان کرده است:

ایشان در بیان اول، به قاعده اتلاف استدلال کرده است، می فرماید: حبس حرّ کسوب، پیش عقلا تفویت منافع مقدره الوجود این حرّ کسوب است و شخص ضامن این منافع مقدره الوجود است. این مطلب در سایر مثال ها نیز جاری است مانند حبس شخص و فرار کردن عبد یا حیوان او و مثال های دیگری از همین سنخ مانند حبس شخص و جلوگیری از ایجاد آب بند جلوی سیل و در نتیجه تخریب خانه محبوس با سیل یا حبس شخص و جلوگیری از خاموش کردن اجاق و در نتیجه سوختن غذا یا حتی خانه و مانند این موارد. در تمام این موارد، از نظر عقلایی اتلاف مال صدق می کند و ضامن حابس است.

ایشان در بیان دوم می فرماید: لازم نیست به «لا ضرر» تمسک کنیم و می توانیم به «لا ضرار» تمسک کنیم. زیرا معنای واسع «لا ضرار» تسبیب به عدم اضرار غیر است و شارع مقدس برای جلوگیری از ضرار، راه حل هایی را جعل کرده است. بیان مرحوم آقای خویی این است که در این موارد تعارض ضررین وجود دارد و حکم به ضمان حابس، ضرر بر حابس است و حکم به عدم ضمان، ضرر بر محبوس است. به همین دلیل نمی توان به «لا ضرر» در این موارد تمسک کرد. آقای سیستانی در پاسخ می فرماید: چون بعد از «لا ضرر»، «لا ضرار» وجود دارد، ضررهایی که «لا ضرار» دالّ بر آنهاست از دایره شمول «لا ضرر» خارج است.

### بررسی کلام آقای سیستانی

هر چند باید این بحث به صورت تفصیلی در فقه مورد بحث قرار گیرد اما نکات کوتاه اصولی در اینجا بیان می شود و تفصیل آن به فقه واگذار می شود.

#### نکته اول: صادق نبودن ضرار در اتلاف نا آگاهانه

اولین نکته این است که بحث تنها در جایی نیست که شخص به خاطر ضرر زدن به غیر او را حبس کرده است. بلکه شامل مواردی می شود که شخص را حبس کرده و هیچ اطلاعی نداشته که چنین حوادثی اتفاق می افتد. شمول «لا ضرار» نسبت به این موارد مشکل است زیرا «لا ضرار» به معنای تسبیب به عدم اضرار است و اضرار در مواردی است که شخص تصمیم بر ضرر زدن به غیر داشته باشد و شخص چون علم به تحقق این حوادث را نداشته است، تصمیمی بر ضرر زدن نداشته است. باید دقت داشت: تصمیم به تحقق ضرر برای صدق ضرار لازم نیست و همین که حابس علم یا حتی احتمال بدهد که حبس باعث می شود ضرری به محبوس وارد شود، در صدق ضرار و اضرار کفایت می کند. در نتیجه، ضرار در مواردی که بدون علم یا احتمال حابس، ضرری مانند سرقت منزل متوجه محبوس شود، صدق نمی کند. در گذشته نیز به این مطلب اشاره شد که ضمان در موارد اتلاف غیر آگاهانه به این نحو که ضرر زننده هیچ گونه توجهی ندارد که عمل او منشأ متضرر شدن غیر می شود، نمی تواند با قاعده اتلاف ثابت شود.

آقای سیستانی تدارک را از باب سدّ ابواب وجود اضرار پذیرفت نه از این باب که ضرر متدارک در «لا ضرر» نفی شده باشد. در توضیح کلام مرحوم حاج شیخ بیان شد: ظاهر عبارت ایشان این است که شارع تدارک را به این دلیل جعل کرده که از اضرار جلوگیری کند. این مطلب در جایی وجود دارد که شخص و لو احتمالا توجه دارد که کار او به اضرار می انجامد و شامل جایی که شخص التفات نداشته باشد، نمی شود. پس شامل مواردی که محبوس به خاطر عمل حابس متضرّر شده و لو حابس به این ضرر التفات نداشته است، نمی شود و دلیل اخص از مدعاست.

#### نکته دوم: تأمل در صدق اتلاف بر تفویت منافع مقدرّه الوجود

دومین نکته این که آقای سیستانی «لا ضرار» را به معنای واسعی تفسیر کرده است. بیان شد: معنای واسع در صورتی صحیح است که در چارچوب بنای عقلا توضیح داده شود. مطابق این مبنا، باید وجه دوم با وجه اول تکمیل شود و برای استدلال دوم نیز قاعده اتلاف را مطرح کنیم. اما آیا این موارد جزو مصادیق اتلاف است؟

در این بحث معمولا به مثال حبس شخص و تفویت عمل او مثال زده نشده است و به دو مثال دیگر تمثیل شده است. در مثال هایی که آقای سیستانی در ادامه بیان کرده است، می تواند اتلاف صادق باشد زیرا در صدق اتلاف، عمدی بودن شرط نیست و لو شخص تصوّر کند، مال برای خودش است. پس در صدق اتلاف لازم نیست شخص بداند این مال، مال غیر است و بداند که فعل او به این اتلاف منجر می شود. اما در مواردی که منافع مقدرّه الوجود با فعل شخص، تفویت شود از مصادیق اتلاف مال است؟ یا از مصادیق جلوگیری از به دست آوردن مال محسوب می شود؟

هر چند در حقوق جدید به خصوص کشورهای خارجی، ضمان اعمال می شود و مثلا اگر شرکت هواپیمایی در پرواز تأخیر کند و باعث شود تاجر به تجارت خود نرسد و تاجر این مطلب را بتواند اثبات کند که این تجارت چه میزان سود داشته است، دادگاه به نفع تاجر حکم می کند. اما آیا فقهای عامه و خاصه و تمام حقوق ها چنین ضمانی را ثابت کرده اند؟ باید تتبّع شود تا روشن شود از نظر فتوایی، ضمان ثابت شده است. شاید بتوان از این بحث که ضرر بر عدم النفع صدق نمی کند، استفاده کرد که فقیهان بسیاری از موارد تفویت منافع مقدرّه الوجود را عدم النفع می دانند نه ضرر. تفصیل این بحث باید در فقه دنبال شود و به همین میزان در اینجا اکتفا می شود.

## مورد دوم در کلام آقای سیستانی: اثبات حق طلاق برای حاکم

مورد دومی که آقای سیستانی از مصادیق قاعده اثبات حکم با «لا ضرر» قرار داده، اثبات حق طلاق برای حاکم است. در جایی که زوجه خارجا از حقوق زوجیت محروم شود و آن را مطالبه کند اما راهی برای رسیدن به حقوق خود نداشته باشد مثل آنکه نمی توان زوج را بر اداء حقوق زوجه مجبور کرد و لو با تعزیر. یکی از موارد روشن آن جایی است که زوج مفقود است و از مکان او اطلاعی در دسترس نیست یا زوج غائب است و دسترسی به او وجود ندارد. صورت مسأله مختص به جایی نیست که زوج غنی است و نفقه را پرداخت نمی کند بلکه شامل مواردی می شود که زوج معسور است. آیا در این موارد، اگر زوجه از حاکم شرع تقاضای طلاق کند، حاکم می تواند طلاق را جاری کند و آیا طلاق او نافذ است؟

بحث اصلی در این مورد، نفقه است و سایر حقوق کمتر مورد بحث واقع شده است.

مرحوم سید یزدی در ملحقات عروه که در چاپ جامعه مدرسین به عنوان جلد ششم عروه چاپ شده، می فرماید: طلاق حاکم صحیح است. ایشان برای اثبات این مطلب به قاعده لا ضرر و لا حرج و روایات خاصه موجود در مسأله تمسک کرده است. مرحوم نائینی در اینجا مناقشه کرده، می فرماید: تمسک به لا ضرر و لا حرج مبتنی بر این است که «لا ضرر و لا ضرار» بتواند حکم اثباتی ثابت کند و این بر خلاف مبنای ماست. دو اشکال درباره روایات خاصه، وجود دارد. اولا این روایات معمولٌ بها نیست و ثانیا با روایات دیگری در تعارض است. پس تمسک به روایات خاصه نیز صحیح نیست. آقای سیستانی می فرماید: خصوص جایی که زوج از ادای نفقه زوجه خودداری کند را مورد بحث قرار می دهیم.

بنده در گذشته بحث را کامل دیده ام اما در نگاه اجمالی به نظر می رسد مراد آقای سیستانی از «ما لو امتنع الزوج عن اداء النفقه» اعم از جایی است که زوج امکان اداء نفقه را داشته باشد یا به علت اعسار نتواند نفقه را پرداخت کند.

آقای سیستانی بیان می کند: بحث در سه مرحله بیان می شود.

مرحله اول: آیا می توان برای زوجه حق فسخ نکاح را به ملاحظه طبیعت عقد نکاح قائل شویم؟ به این بیان که طبیعت عقد نکاح اقتضایی دارد که حق فسخ را برای زوجه ثابت می کند.

مرحله دوم: به وسیله «لا ضرر» یا «لا ضرار» حق فسخ یا حق طلاق را برای حاکم ثابت کنیم؟

مرحله سوم: به ملاحظه ادله خاصه بحث را دنبال کنیم.[[2]](#footnote-2)

پیش از ورود به اصل بحث، این نکته را متذکّر می شویم که آقای سیستانی به هنگام طرح بحث، به ملاحظه طبیعت عقد نکاح، تنها حق فسخ را برای زوجه مطرح کرده است اما در جایی که «لا ضرر و لا ضرار» را ذکر می کند، حق طلاق را نیز بیان می کند. این بحث ممکن است مطرح شود که آیا می توان به معنایی از طبیعت عقد نکاح، حق طلاق را ثابت کنیم و لو بگوییم به ملاحظه طبیعت عقد نکاح، حاکم شرع می تواند زوجه را طلاق دهد؟ تکیه اصلی ایشان در ادامه نیز حق فسخ است و در لابلای بحث، اشاراتی به این مطلب دارند که برخی قائل به حق طلاق در این موارد شده اند.

### مرحله اول بحث: تمسک به شرط ارتکازی برای اثبات حق فسخ

آقای سیستانی در مرحله اول بحث این تقریب را بیان می کند که شرط ارتکازی ضمنی در ضمن عقد نکاح وجود دارد. این شرط ارتکازی این است که اگر زوجه از رسیدن به حق نفقه محروم شد، بتواند عقد نکاح را فسخ کند. مانند تقریبی که در خیار غبن برخی از بزرگان فرموده اند که وجه ثبوت خیار غبن در بیع این است که در ضمن بیع این شرط ارتکازی وجود دارد که در صورتی که بایع یا مشتری مغبون شوند، بتوانند بیع را فسخ کنند. آقای سیستانی می فرماید: هر چند زن در عقد نکاح، ازدواج دائمی را انشاء می کند ولی دائمی بودن این ازدواج با مقیّد بودن این ازدواج به پرداخت نفقه منافاتی ندارد. پس انشاء زوجه نسبت به مواردی که زوج از پرداخت نفقه خودداری می کند، اطلاق ندارد. حقیقت ازدواج علاوه بر حقوق جنسی، تعهّداتی است که زن و شوهر به یکدیگر می دهند. زن خود را تحت قیمومیّت مرد قرار می دهد در ازای اینکه مرد عهده دار نفقه زن شود. آیه شریفه ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَ بِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهمِ ﴾[[3]](#footnote-3) نیز اشاره به این مطلب دارد. آقای سیستانی در ادامه عباراتی را از تفسیر قرطبی نقل می کند که علما از آیه شریفه فهمیده اند اگر مرد از پرداخت نفقه زن عاجز باشد، قوّام نیست و در این فرض، زن حق فسخ دارد. ایشان در ادامه اختلاف فقها در این زمینه را نقل کرده و به روایتی که از امام صادق ع نقل شده، اشاره می کنند. ایشان می فرماید: تمسک ما به آیه شریفه و روایت نیست، بلکه مقصود این است که مرتکز ذهنی زوجه، انشاء زوجیت مقیّده است نه آنکه زوجیت بدون قید و شرط را انشاء کرده باشد.[[4]](#footnote-4)

آقای سیستانی دو وجه را به عنوان اشکال بیان کرده، رد می کنند. در این جلسه به صورت اجمالی این دو وجه اشاره می شود و تفصیل آن به جلسه آینده واگذار می شود.

وجه اول این است که بین بیع و نکاح تفاوت وجود دارد و مقایسه بین خیار غبن و فسخ در نکاح، صحیح نیست. به این اعتبار که رکن بیع، مال ها هستند بنابراین اگر مال ها شرایط لازم را نداشته باشند، شرط ارتکازی مقتضی اثبات خیار است اما رکن عقد نکاح، طرفین هستند. بنابراین اگر اشکالاتی مربوط به طرفین باشد مانند عیوبی که یکی از دو طرف داشته باشد یا تدلیس، موجب خیار می شود. به خصوص آنکه شارع مقدس عیوب خاصی را مطرح کرده و آن در دایره خاصی محدود کرده است. اما اشکالاتی که مربوط به طرفین نیست و به وصف زوجین بازگشت ندارد و تنها احکامی شرعی است که عملی نشده، از شروط ارتکازی و عقلایی نیست به خصوص آنکه که در بسیاری از نظام ها نفقه بر مرد لازم نیست و زن و مرد هر دو مخارج زندگی را پرداخت می کنند و حتی در برخی از نظام های ابتدایی نفقه بر عهده زن بوده است.

وجه دوم این است که شرط ارتکازی در صورتی حق فسخ را به دنبال دارد که در صورت تصریح موجب حق فسخ شود و در مورد بحث در صورت تصریح، حق فسخ به وجود نمی آید.

1. قاعدة لا ضرر و لا ضرار (للسيستاني)؛ ص: 294 [↑](#footnote-ref-1)
2. قاعدة لا ضرر و لا ضرار (للسيستاني)؛ ص: 295 [↑](#footnote-ref-2)
3. النساء: 34 [↑](#footnote-ref-3)
4. قاعدة لا ضرر و لا ضرار (للسيستاني)؛ ص: 296 [↑](#footnote-ref-4)