

محدوده قاعده «لاضرر» در قانونگذاری

تبیین دیدگاه امام خمینی و شهید صدر

فربیا علاسوند*

تأیید: ۹۴/۷/۷

دریافت: ۹۴/۲/۱۳

چکیده

قاعده «لاضرر» از قواعد کاربردی در فقه اسلامی است که در دیدگاه امام خمینی ۱ و شهید صدر (ره)، ابعاد متفاوتی برای آن طرح شده است. این مقاله پس از مرور اجمالی بر سند و دلالت روایاتی که مستند قاعده هستند، به تبیین ابعاد ذیل با توجه به دیدگاه امام خمینی و شهید صدر پرداخته، ایده‌های متمایز در نگرش دو فقیه را مطرح کرده است: ۱. سلطانی (حکومتی) بودن قاعده لاضرر؛ ۲. مفهوم‌شناسی، ملاک‌شناسی و مصداق‌یابی ضرر؛ ۳. استخراج احکام وضعی از قاعده لاضرر. نتایج به‌دست آمده از این قرار است: ۱. امام خمینی قاعده لاضرر را حکومتی دانسته و این قاعده در اختیار فقیه حاکم، مبنای احکام وضعی و اجتماعی قرار می‌گیرد. ۲. شهید صدر با بسط در معنای ضرر؛ به‌ویژه در توسعه آن به نقص در کرامت و اعتقاد به ضرورت شناخت محل اصلی ضرر با واکاوی مسائل، راه مهمی را برای حل مشکلات خانوادگی و مسائل عرصه خصوصی باز کرده و با تأکید بر اعتبار شناخت مصداق ضرر به وسیله عرف و قطعیت دلالت روایات بر قوانین وضعی، محدوده و کاربرد قاعده را افزایش دادند. این نوشتار نشان می‌دهد با بازخوانی دیدگاه‌های فقهاء درباره قواعد فقهی می‌توان ظرفیت قانونگذاری را بر مبنای فقه حکومتی افزایش داد.

واژگان کلیدی

امام خمینی ۱، شهید صدر، لاضرر، قوانین وضعی، قانونگذاری

* استادیار مرکز تحقیقات زن و خانواده.

مقدمه

انحصار حق قانونگذاری در خداوند (امام خمینی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۱۰۰؛ همو، ۱۳۸۱، ج ۲، ص ۱۰۵)، محوری‌ترین مسأله‌ای است که میان حکومت دینی و غیر دینی از ابتدا تفاوت ایجاد می‌کند. کسانی که حکومت را ذاتاً تأسیسی، مدرن و بشری می‌دانند، مسیر قانونگذاری را هم به طور کلی بشری می‌دانند.

اگر چه تشکیل هر حکومتی دارای عقلانیت و اهدافی است که یکی از آنها عبارت است از ایجاد انضباط اجتماعی از طریق قانونگذاری‌های تکلیفی و وضعی، انحصار حق قانونگذاری در خداوند، ضمن آنکه معتقد است: «حکومت نشان‌دهنده جنبه عملی فقه در برخورد با تمامی معضلات اجتماعی و سیاسی و نظامی و فرهنگی است»،^۱ هر گونه دخالت حکومت در نظم عمومی و خصوصی را نفی نمی‌کند، بلکه از آنجا که شارع، گاهی با تأیید برخی روش‌ها، اصول و قواعد عرفی و عقلایی نظر خود را به ویژه در حیطه زندگی معاملی مردم بیان کرده، همواره امکان دخالت حاکم اسلامی از طریق قانونگذاری در این جهت باز است.

نکته مهم در این قرائت این است که حکومت و قانونگذاران در وهله اول، موظف به فراهم کردن اجرای احکام اولی هستند؛ زیرا شارع مقدس بر اساس کشف از واقع، احکام شرعی را اعتبار کرده است. ایشان در وهله بعد نیز باید به اهداف شریعت از قوانین شرعی نظر داشته باشند.

برای مثال، اگر هدف فقه از احکام ازدواج و خانواده، حفظ فروج، سلامت نسل و گسترش مودت و رحمت میان همسران باشد، قوانین حکومت باید با قوانین توسعه‌ای خود به تحقق این اهداف کمک کند و با تکمیل چرخه‌های اجرایی کارآمدی احکام معلوم شود. قوانین حکومتی نباید فضای امنی برای کسی بسازند که با سوء استفاده از همین احکام، رسیدن به نتایج و اهداف الهی از تشریح قوانین را سخت می‌کند.

منشأیت خداوند برای قانون، به آن مشروعیت می‌دهد و چنانکه برخی محققان نوشته‌اند: «مشروعیت یک ترم تئوریک است» (راسخ، ۱۳۸۵، ش ۵۱، ص ۳۱) و باید بر

یک پایه اعتقادی و نظری استوار باشد. در مقابل مقبولیت قانون که گاهی تنها به خوشایند عرفی تعبیر می‌شود، ممکن است یک قانون از نظر مردمی مقبول باشد، ولی مشروع نباشد. بر این اساس، زمانی که از مشروعیت قانون سخن می‌گوییم، به دنبال اثبات بنیانی نظری و اعتقادی هستیم.

در کنار قوانینی که ناظر به احکام اولی هستند، قوانین سلطانی و حکومتی هم وجود دارند که بر اساس نیاز جامعه اسلامی و بر پایه مصلحت عمومی جعل شده، ماهیتی موقتی دارند. اعتبار و حجیت این قوانین در نهایت به ادله‌ای ارجاع می‌شوند که به عنوان یک حکم اولی، اصدار حکم برای حاکم را مجاز دانسته‌اند.

اگر چه احکام حکومتی، بخشی از قوانین کشور محسوب می‌شوند، افزون بر آنها حکومت برای اداره کشور به قوانین خرد و کلان دیگری هم احتیاج دارد که باید لازم‌الاجراء تلقی شوند؛ وگرنه اداره کشور انتظام نخواهد یافت. این قوانین در تعاریف رایج فقهاء مانند قوانین داخلی یک وزارتخانه از احکام حکومتی قرار نمی‌گیرند. بعید نیست بگوییم اعتبار این قوانین تابع اصول حجیت درباره احکام شرعی نیست. در عین حال، باید از عقلانیتی برخوردار باشند که تقنین آنها را تبیین کند.

به هر صورت، باور به اصالت حق قانونگذاری و تشریح، در خداوند و باز نهادان مجالی برای دخالت حاکم در اداره کشور ناگزیر به تقنین و اصدار حکم می‌شود. یکی از ظرفیت‌های مهم قانونگذاری اسلامی که کاربردهای آن در ابعاد کلان حکومتی بسیار وسیع است، استفاده از قواعد فقهی است. وجود قواعد فقهی با مضامین بلند که مصادیق زیادی را تحت پوشش گرفته‌اند، انطباق دین با تحولات را ممکن و در عین حال، به ثبات دین در زندگی رو به تغییر کمک کرده است.

حفظ گزاره‌های فقهی جزئی که ملاک‌های خاص احکام را تحقق می‌بخشند، ضرورت مهمی در قانونگذاری اسلامی دارند که پیچیدگی‌های خود را دارد، اما تطبیق قواعد فقهی بر موضوعات در هر زمان با استخراج احکام وضعی متناسب، از جلوه‌های پیش‌رو در فقه جواهری است. در عین حال، به نظر می‌رسد از چنین قواعدی بیشتر در تطبیقات جزئی و یا اصدار احکام قضایی استفاده می‌شود.

یکی از موارد یا مصادیق این قواعد که به دخالت قانونگذارانه حاکم در جامعه کمک می‌کند، قاعده «لاضرر» است که بنا بر مکتب فقهی برخی فقهاء؛ نظیر امام خمینی¹، بخشی از مستندات اصلی آن مانند حدیث معروف «سمره» از لاضرر که مهمترین منبع قاعده است، شامل نهی سلطانی است (امام خمینی، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۵). همین مسأله نقطه اصلی تفاوت میان ایشان و سایر فقهاست.

اگر چه فقهای عظام در موارد خرد و برای نفی احکامی که موجب ضرر بر اشخاص در حوزه زندگی شخصی آنها است؛ مانند نفی وجوب وضو در صورت ضرر استفاده از آب برای مکلف نیز به قاعده لاضرر استناد می‌کنند، اما حضرت امام به رویکرد متفاوتی از قاعده اشاره دارند.

این رویکرد که از دلایل قاعده؛ به‌ویژه حدیث معروف سمره استفاده شده تا قبل از امام به کیفیتی که ایشان استدلال کرده مورد توجه فقیهان قرار نگرفت. کیفیت بحث ایشان به مستندات قاعده به گونه‌ای است که خواننده به این گمان می‌رسد که بهره‌برداری از ادله برای استخراج قاعده سلطانی مورد تأکید امام و نوآوری ایشان از فقه‌الحدیث مهمترین مستند قاعده است.

افزون بر این، تحلیل‌های دیگری هم از قاعده وجود دارد که ظرفیت قانونگذاری بیشتری به قاعده می‌دهد. برای مثال، حکومت برای جریان امور خود در موارد متعددی دست به جعل قوانین وضعی زده و در امور معاملاتی و غیر معاملاتی مردم تصرف می‌کند. این تصرفات، عموماً در راستای حفاظت از کیان اسلام، حراست از حقوق مردم، اجرای عدالت و کنترل نظم عمومی است. در این میان، اسلامی بودن حکومت اقتضاء می‌کند که ابزار این قوانین و تصرفات ناشی از آن در فقه جستجو شود. به نظر می‌رسد قاعده لاضرر؛ به‌ویژه در تحلیل برخی فقهاء دارای این ظرفیت است. لذا تحلیل امام خمینی و شهید صدر از قاعده، حاوی نوآوری‌هایی است.

بنابراین، به منظور دستیابی به این نوآوری‌ها، مباحث خود را در این عناوین مطرح می‌سازیم: ۱. مروری بر مستندات قاعده؛ ۲. سلطانی بودن قاعده لاضرر؛ ۳. مفهوم‌شناسی، ملاک‌شناسی و مصداقیابی ضرر؛ ۴. استخراج احکام وضعی از قاعده لاضرر.

۱. مروری بر مستندات قاعده لاضرر

قاعده لاضرر از احادیثی اصطیاد شده است که در آنها به صراحت تعبیر «لاضرر و لاضرار» و گاهی با قیودی؛ مانند «فی الاسلام» یا «علی مؤمن» آمده است. برخی از فقهاء نوشته‌اند:

قضایایی که متضمن حدیث لاضرر هستند؛ یعنی مواردی که معصوم این تعبیر را به دنبال رخدادی در آنها به زبان آورده در مجموع کتب فریقین هشت قضیه‌اند. سه تا در کتب شیعه، یکی در «دعائم الاسلام قاضی نعمان مصری اسماعیلی» و چهار مورد در کتب عامه است و مشهورترین آنها قضیه «سمره بن جندب» است (سیستانی، ۱۴۱۴ق، ص ۱۱).

امام خمینی ۱ از میان احادیثی که متضمن این مضمون هستند، دوازده مورد را که مرتبط با مقام می‌دانند، شمرده و تصریح می‌کنند در صدور این مضمون تردیدی وجود ندارد؛ زیرا میان شیعه و سنی، مشهور و روایات آن مستفیض است (امام خمینی، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۵). ایشان حتی روایت «احمد بن حنبل» که از طریق وی به «عباد بن صامت» از اجلاء شیعه، رسیده را به نوعی تأیید کرده و مضمون موافق آن را ترجیح داده‌اند (همان، ص ۵۶). مرحوم شیخ «حر عاملی» ۹ روایت را در باب «عدم جواز الاضرار بالمسلم» ذکر کرده که یکی از آنها از مرحوم «صدوق» به واسطه «ابن بکیر» از اصحاب اجماع است (حر عاملی، ۴۰۹ق، ج ۲۵، ص ۴۳۳-۴۲۷).

گفتنی است در روایات دیگر، مضمون نفی ضرر و اضرار آمده؛ اگر چه این تعبیر در آنها ذکر نشده است (همان، ج ۱۴، ص ۲۱۸ باب ۱۱ من أبواب عقد النکاح و أولیاء العقد، ج ۲، ص ۳۴۱، باب ۱۲ من أبواب إحياء الموات، ج ۲، ص ۱۷، ج ۱۷، ص ۵۳۴، باب ۱۴ من أبواب میراث الأزواج، ج ۷، ص ۱۷، ج ۱۷، ص ۵۳۴، باب ۱۴ من أبواب میراث الأزواج، ج ۹، ص ۳۴۲، باب ۱۳ من أبواب إحياء الموات، ج ۱ و ج ۱۷، ص ۳۴۲، باب ۱۴ من أبواب إحياء الموات، ج ۱). بر این اساس، قابلیت اجرای قاعده لاضرر با بررسی موارد فراوان و منتشر شده در متن فقه به دست می‌آید.

جهت نمونه یکی از این روایات که به سند معتبر در کافی آمده ذکر می‌شود:

عن عدة من أصحابنا عن أحمد بن محمد بن خالد، عن أبيه عن عبدالله بن بكير، عن زرارة عن أبي جعفر 7 قال: «ان سمرة بن جندب كان له عذق في حائط لرجل من الأنصار و كان منزل الأنصاري بباب البستان فكان يمر به إلى نخلته، و لا يستأذن، فكلمه الأنصاري ان يستأذن إذا جاء، فأبى سمرة فلما تأبى جاء الأنصاري إلى رسول الله 9 فشكا إليه و خبره الخبر، فأرسل إليه رسول الله 9 و خبره بقول الأنصاري و ما شكاه و قال: إذا أردت الدخول فاستأذن فأبى فلما أبى ساومه حتى بلغ به من الثمن ما شاء الله فأبى ان يبيع فقال: لك بها عذق يمد لك في الجنة فأبى أن يقبل فقال: رسول الله 9 للأنصاري: اذهب فاقلعها و ارم بها إليه فإنه لا ضرر و لا ضرار» (كليني، 1429ق، ج 10، ص 477).

ترجمه اجمالی حدیث این است که سمرة بن جندب، درخت نخلی در مکانی داشت که در واقع آن مکان در تملک مردی انصاری بود. خانه مرد انصاری هم در همان بستان قرار داشت. سمرة هر بار بدون کسب اجازه از مرد انصاری به سراغ درخت خود رفته که در واقع مزاحم حریم خصوصی وی بود. انصاری که از استیذان سمرة ناامید شد، به رسول خدا شکایت کرده و حضرت پس از منع او از این کار و امر او به کسب اجازه و یا فروش درختش به قیمت دلخواه و پاداشی بهشتی با امتناع سمرة مواجه گردید که پس از آن، مرد انصاری را به کندن درخت امر فرمود و تصریح کرد «لاضرر و لا ضرار». تعبیر «لاضرر» در دو روایت دیگر در کافی به اسناد مختلف و درباره موضوعات متفاوت بکار رفته است (همان، ص 436 و ص 485-484)² و چنانکه از نمونه فوق و سایر اسناد روشن می شود، قاعده لاضرر به حسب سند معتبر است. این اسناد جزء اسناد قابل قبول در میان فقهاء هستند (انصاری، 1405ق، ج 2، ص 537). چنانکه شهید «صدر» این احادیث را متقن شمرده و نوشته است: «أن دلیل القاعدة قطعی السند باعتبار استفاضة نصوص لا ضرر» (صدر، 1420ق، ص 349).

اگر چه بحث راجع به اسناد حدیث در اهداف این نوشتار تأثیر آشکاری ندارد، اما اشاره مختصر به مستندات، نشان از کاربرد متعدد آن در فقه دارد؛ کاربردهایی که در

مواردی با هم متفاوت هستند. در مواردی به قاعده لاضرر در راستای یک قضیه شخصیه استناد شده است که کاربردی خرد است، اما در مواردی دیگر، قاعده لاضرر به صورت حاکمیتی مورد استناد قرار گرفته است که تبیین آن خواهد آمد؛ چنین کاربردهایی کلان است.

از نظر دلالت، در ابتدا باید دامنه ضرر را شناخت. مراد از ضرر، ضرر شخصی است، نه نوعی (عراقی، ۱۴۱۸ق، ص ۲۰۹؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۲۳۷). البته مرحوم شیخ انصاری نوشته‌اند از ظاهر عبارات برخی از فقهاء برمی‌آید که مراد، ضرر نوعی باشد، اما ادله در ضرر شخصی ظهور دارند (انصاری، ۱۴۰۵ق، ج ۲، ص ۵۳۷).

نکته مهمی در فرمایش ایشان برای توجیه نوعی بودن ضرر وجود دارد که به ویژه در امر قانونگذاری مفید است. ایشان می‌فرمایند اگر در صدق ضرر بر چیزی همین بس باشد که در اغلب موارد آن امر ضرری باشد، می‌توان پذیرفت که ملاک تطبیق قاعده، ضرر نوعی باشد، نه شخصی (همان، ص ۵۳۸-۵۳۷). چنین تبیینی در تقنین و قضاء بسیار مفید است؛ زیرا قانونگذار می‌تواند مصادیقی را به عنوان مصداق نوعی شمارش کرده در متن قانون قرار دهد و با این کار به اجرای آن و رسیدگی‌های قضایی در محاکم کمک کند.

بحث دیگر، نسبت‌سنجی میان قاعده لاضرر و احکام و قواعد دیگر است که به فهم ما از معنای «لا» در عبارت «لاضرر و لااضرار» برمی‌گردد. برخی «لا» را به معنای نفی شمرده و قاعده را حاکم بر همه احکام از عبادات و معاملات می‌دانند. در نتیجه طبق قاعده، هر حکمی که منشاء ضرر باشد، منفی است (نمازی اصفهانی، ۱۴۱۰ق، ص ۱۹). مراد از ضرر هم ضرر دنیوی است. برخی دیگر معتقدند «لا» به معنای نهی است، نه نفی و مفاد آن تحریم اضرار است و در عین حال، قاعده لاضرر بر ادله احکام اولیه حاکم خواهد بود (همان).

در این میان، حضرت امام معتقد است، «لا» به معنای نهی است، ولی مفاد آن یک حکم حکومتی است. در این باره کسانی به پیروی از ایشان نظریه مزبور را پذیرفته‌اند (فاضل لنکرانی، ۱۴۱۹ق، ص ۲۵۲).

مرحوم صدر نیز تقریری از هر دو معنا برای «لا» آورده، نوشته‌اند: اگر «لا» ناهیه باشد از ضرر غیر متدارک منع می‌کند؛ یعنی به آدمیان خطاب می‌کند که ضرر به دیگران حرام است و باید آن را جبران نمایند. در این صورت، حدیث متضمن معنای ضمان هم هست (صدر، ۱۴۲۰ق، ص ۱۹۸ و ۳۰۱) و اگر «لا» نافیه باشد به این معناست که ضرر خارجی وجود ندارد؛ یعنی خداوند شریعت خود را به گونه‌ای قرار داده که سبب ضرر در زندگی انسانها را فراهم نیاورد و آدمیان نیز باید ضررهای وارده بر یکدیگر را جبران کنند (همان، ص ۲۸۷).

چنانکه ملاحظه شد در برخی از تبیین‌های فوق، قاعده لاضرر کاربست قانونگذاری بیشتری می‌یابد؛ مانند تبیینی که امام خمینی ۱ از قاعده به عنوان حکم حکومتی دارند و یا تبیینی که افزون بر اثبات حرمت ضرررسانی، ضمانی بر عهده فرد قرار می‌دهد.

۲. جنبه سلطانی بودن قاعده لاضرر

از نظر امام خمینی از حدیث لاضرر که پیامبر آن را در ذیل حکم خود درباره سمرقند بن‌جندب ذکر کرده دو نکته استفاده می‌شود: ۱. تحریم آسیب مالی و جانی به دیگران؛ ۲. ممنوعیت ایجاد فشارهای روحی و به‌وجود آوردن تنگنا و سختی برای دیگران (امام خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۵۲۰). همچنین استنباط ایشان این است که روایت، قاعده‌ای حاکمیتی به دست می‌دهد: «امر بما انه سلطان علی الامة و بان حکمه علی الاولین حکمه علی الآخین» (امام خمینی، ۱۴۱۴ق، ص ۱۲۹).

ایشان به تفکیک میان شؤن پیامبر ۹ اشاره کرده و می‌نویسند هرگاه در احادیث، گفته‌ای با واژه «قضی» یا «حکم» یا «امر» به حضرت اسناد داده شده باشد، آن دستورالعمل، حکومتی و سلطانی بوده و از شأن مدیریتی حضرت صادر شده است. گاهی نیز از قرائن استفاده می‌شود حکم صادره، سلطانی است؛ اگر چه از الفاظ فوق در روایت استفاده نشده باشد.

آنگاه بررسی نشان می‌دهد بخشی از احادیث لاضرر از همین قسم هستند. افزون بر روایت باب شفعه و باب آبیاری (مساقات) (کلینی، ۱۴۲۹ق، ج ۱۰، ص ۴۲۶؛

بروجردی، ۱۴۲۹ق، ج ۲۳، ص ۱۰۲۸)،^۳ در روایتی که «عباد بن صامت» قضیه سمره را نقل کرده از واژه قضی استفاده شده و در روایات دیگر قرائنی هست که سلطانی بودن استفاده از قاعده را ثابت می‌کنند (امام خمینی، بی تا، ج ۱، ص ۵۲).

علت عدم موافقت عده‌ای با برداشت امام، مبنی بر سلطانی دانستن قاعده این است که حکم سلطانی و حکومتی نمی‌تواند دائمی باشد و حال آنکه لاضرر حکمی همیشگی است، اما ایشان معتقدند حدیث لاضرر و لاضرار، علیرغم عدم حکومتش بر احکام اولی و علاوه بر افاده حکم حرمت اضرار به عنوان یک حکم تکلیفی، سلطه و حق افراد را نیز محدود می‌کند و به طور غیر مستقیم اثر وضعی هم دارد و از این جهت ناظر بر قاعده سلطنت «الناس مسلطون علی اموالهم» است^۴ (همان). ایشان در کتاب «بیع» نیز این چنین تأکید می‌کنند: «لاضرر و لاضرار نهی‌ای سلطانی و نافذ در امت و جامعه است و ارتباطی با مسأله حکومت بر احکام الهی و محدود ساختن آنها ندارد»^۵ (امام خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۵۲۰).

نکته مهم در درک مکتب امام، راجع به قاعده این است که این دیدگاه امام، فقه حکومتی را گسترش می‌دهد؛ اگر چه ممکن است دست فقه فردی را از قاعده کوتاه کند. بنابراین، عالمانی که نوشته‌اند تفسیر امام از قاعده، هیچ فایده‌ای در فقه ندارد و قاعده را از دسترس فقه خارج می‌کند (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۵ق، ص ۱۱۳)،^۶ مرادشان باید فقه فردی باشد، نه حکومتی.

دلیل گفته فوق این است که در واقع امام خمینی^۱ به برداشتی از روایات لاضرر اقدام نمودند که به وسیله آن شاه‌کلیدی برای رفع خصومات و جلوگیری از سوء استفاده از احکام فردی به دست حاکم می‌دهد. این حقیقت که هر حکومتی به ابزاری قدرتمند و فراگیر برای حل مشکلات اجتماعی نیاز دارد که فراتر از اراده‌های شخصی مردم است، نیاز به استدلال زیادی ندارد، اما ویژگی ادله قاعده لاضرر این است که اشخاص در مقابل حاکمیت، گاهی به دلایل عقلایی (مانند حق تسلط بر اموال) یا دلایل شرعی (مانند جواز تصرف در ملک خود) برای کسب آزادی عمل بیشتر و اعمال حاکمیت اراده‌های فردی خویش به سلب امنیت اجتماعی یا تضييع حقوق دیگران مبادرت می‌کنند.

فقدان نگاه کلان‌نگر به فقه و نبود قواعد عمومی و مسلط برای حل مشکلی که طرفین یا اطراف متعدد دعوا به استناد احکام جزئی از اقدام به آن خودداری می‌کنند، به معنای بن‌بست در اداره جامعه است. در چنین موقعیتی دخالت حاکم اسلامی، منطقی و ضرورت آن تردیدناپذیر است.

باور به وجود شأن حاکمیتی برای حضرت و استفاده از الگوی احکام صادرشده از ایشان با توجه به نیازهای اجتماعی مردم، کمک بزرگی به حاکمان اسلامی در بسترسازی برای اجرای دین است. این مهم، زمانی ارزش بیشتری می‌یابد که حکم سلطانی حضرت، مستند به قاعده‌ای بزرگ و از مصادیق یک قانون کلان باشد که در هر زمان و جامعه‌ای اجرای آن ممکن و مفید باشد.

چنانکه استفاده حکم وضعی از قاعده و امکان دخالت حاکم در وضع چنین قوانینی؛ مانند ضمان مسأله بسیار مهمی است که دست حکومت اسلامی را برای تنظیم امور باز می‌کند، اما در عین حال، همچنانکه برخی نوشته‌اند حاکمیت این اصل صرفاً بر قاعده سلطنت بر اموال، دست فقیه را از کاربرد آن در حوزه خانواده (که عرصه خصوصی است) می‌بندد (سروش محلاتی، ۱۳۹۰، ش ۵۱، ص ۸۳)؛ در حالی که برای مثال، ممنوعیت اضرار بر اهل و عیال، مفاد مطابقی آیات بسیاری در قرآن کریم در حوزه خانوادگی است: «وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْنَهُنَّ» (طلاق (۶۵): ۶)؛ و به آنها زیان نرسانید تا کار را بر آنان تنگ کنید (و مجبور به ترک منزل شوند). «وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا» (بقره (۲): ۲۳۱)؛ و هیچگاه به خاطر زیان‌رساندن و تعدی کردن، آنها را نگاه ندارید. نویسنده «عناوین» نیز، جداسازی مادر از فرزند و خیار زوجه در صورت فقر زوج را از جمله مصادیقی شمرده است که قاعده لاضرر در آنها جاری می‌شود (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص ۳۰۵).

شاید بتوان این‌گونه میان دو مزیت برای قاعده جمع کرد که قاعده لاضرر از دسته‌ای روایت به دست آمده که از همه‌نظر هم‌مضمون نیستند. در حدیث سمره‌بن-جندب، رسول خدا ﷺ به طور مستقیم دخالت کرده و به کندن درخت مرد انصاری امر فرمودند، با وجود آنکه این عمل از سویی به ضرر مرد انصاری بود؛ نکته‌ای که

باعث گردید فقهاء درباره شمول و عدم شمول حدیث، نسبت به مورد خودش به مباحثات جدی روی آورند؛ زیرا کندن درخت مرد انصاری نوعی اضرار به وی بود که اگر حدیث بخواهد این اضرار را هم نفی کند مستلزم دور است.

اگر چه برای حل این مشکل نظرات متعددی در کتب فقهاء آمده است (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص ۳۰۵)، اما چنانکه گذشت، امام خمینی^۱ معتقدند اساساً این دستور امری سلطانی است، بلکه برای از میان بردن ماده فساد در جامعه و جلوگیری از جرأت مردم بر ضرررسانی به یکدیگر از پیامبر صادر شده است. حتی برخی از فقهای معاصر معتقدند حکم پیامبر در حدیث سمره برای رفع خصومت و مرافعه هم نیست، بلکه از میان بردن فساد و تجری اجتماعی در وارد کردن ضرر بر دیگران، ملاک حکم حضرت بود (روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۸، ص ۳۹۶). دو روایت دیگر هم که یکی در باب شفعه^۷ و دیگری در باب منع اضافه آبی که در تملک کسی است برای ورود به ملک دیگری^۸ وارد شده از جهاتی با حدیث سمره شبیه هستند (کلینی، ۱۴۲۹ق، ج ۱۰، ص ۴۲۶؛ بروجردی، ۱۴۲۹ق، ج ۲۳، ص ۱۰۲۸).

درباره شمول هر دو روایت به همه مصادیق باب، اشکالاتی وجود دارد و در هر دو به وضوح آمده که رسول خدا در این موارد میان افراد حکم کرده و مرافعه را به عنوان حاکم، حل و فصل کرده است.

در چنین مواردی تنها با این استدلال که اراده حاکم اسلامی و مصلحت امنیت عمومی فراتر از اراده‌ها و منافع شخصی مردم است و فقط حاکم می‌تواند به هدف ایجاد نظم عمومی، گاهی بر فرد ضرررسان، ضرری وارد آورد، ادله لاضرر را جاری نمود. در غیر این صورت، هر کسی نمی‌تواند علیه دیگری و برای دفع ضرر از خویشتن به دیگری صدمه‌ای وارد کند.

در عین حال، روایات قاعده؛ اعم از آنچه که عبارت لاضرر و لاضرار در آنها آمده و آنها که مضمون نفی ضرر، مستند حکم قرار گرفته در ابواب مختلف فقه فراوانند و بی‌تردید مفاد هر دلیل خاصی که مضمون آن نفی ضرر باشد، در مورد خودش جاری می‌شود؛ اگر چه جزئی و غیر حکومتی باشد؛ مانند جواز تیمم در صورت ضرر استفاده از آب.

افزون بر آن، اگر از همین موارد جزئی قاعده‌ای اصطیاد گردد، به عنوان قاعده برای موارد جزئی و غیر حکومتی نیز جاری خواهد بود، اما در عین حال، نمی‌توان از مفاد ادله‌ای که قاعده‌ای کلان در اختیار می‌نهند و شأن حاکمیتی پیامبر در اصدار آنها مهم بود، صرف‌نظر کرد و چنین استفاده مهمی را فدای کاربرد جزئی قاعده نمود. بر این اساس، می‌توان مدعی شد قاعده دارای دو کاربرد حکومتی و غیر حکومتی است.

۳. مفهوم‌شناسی، ملاک‌شناسی و مصداق‌یابی ضرر

کوشش برای فهم محتوای قاعده، ابعادی فراروی آن می‌گشاید که بخشی از آن در راستای فقه حکومتی و امر قانونگذاری مهم هستند. درباره مفاد قاعده «لاضرر» با توجه به نصوص آن، اقوال متعددی وجود دارد.

شهید صدر در کتاب خود راجع به قاعده، نکاتی متمایز از علمای دیگر دارند که بر اساس آنها می‌توان از قاعده مذکور در ابواب مختلف فقه استفاده‌های زیادی کرد. از نظر ایشان، فقهای اهل سنت به دلیل جدایی زود هنگام از نص معصومانه، منطقه فراغ از روایات نبوی را با سازوکار مصالح مرسله پر کردند و فقهای شیعه پس از غیبت امام عصر 7، در عرصه فقدان نص به بنائات عقلاییه روی آوردند که البته اعتبار آنها به شرایطی وابسته بوده است که در نهایت، امضای شارع از ورای آنها کشف شود.

ایشان معتقد است قاعده لاضرر، اگر به عنوان قاعده‌ای امضایی فهم شود که در پی تأیید ملاک و نکته اصلی در دسته‌ای از ارتکازات عقلایی است، می‌تواند به جای تعدادی از بنائات عقلاء بنشیند و مصدر فتوی گردد، بدون آنکه به تحقق شرایط لازم در اعتبار سیره نیازمند باشد؛ چرا که قاعده لاضرر از سوی روایات متعدد و صحیحی پشتیبانی می‌شود.

با ملاحظه به تمام مواردی که معصوم به عبارت لاضرر و لاضرار استناد کرده نشان می‌دهد که در آن مسائل، عرف پیشاپیش شرع، ممنوعیت اضرار به دیگران یا به خویشتن را می‌فهمید و شارع ملاک این ارتکاز عقلایی را امضاء کرده است.

این مبنا به ذهن مأنوس است و شاید بتوان ادعا کرد که عقل در درک این کبرای

کلی که ضرر زدن به دیگران قبیح است، مستقل است. بنابراین، در موارد متعددی که این ارتکاز در میان مردم وجود داشته باشد، می‌توان قاعده را جاری نموده، حقوق عرفی زیادی را با آن اثبات کرد. به عبارت دیگر، در تطبیق قاعده پس از اذعان به صدق موضوع، نیازی به امساک بیشتر وجود ندارد (صدر، ۱۴۲۰ق، ص ۲۸۳).

بسط مفهوم ضرر نیز که از مفهوم‌شناسی دقیق آن ناشی می‌شود، امکان جریان قاعده در طول زمان و متناسب با تحولات اجتماعی را فراهم می‌کند. تحلیل دقیق از مفهوم ضرر در جای خود به مصداقیابی موشکافانه‌تری می‌انجامد که در بررسی‌های قضایی کمک شایانی به دادرسان می‌کند.

دیدگاه مرحوم صدر در این باره از دو جهت اهمیت دارد: اولین جهت این است که واژه ضرر به معنای نقص است و نقص در کرامت و اعتبار را می‌توان جایگزین نقص در عرض نمود تا قاعده شامل همه موارد ضرر در حیطه زندگی انسان شده و افزون بر این، حدیث بتواند با این تعبیر شامل مورد خود هم بشود (همان، ص ۱۳۸).^۹ نکته دیگر این است که عرف، بر این معنا دلالت می‌کند (همان، ص ۱۴۱).^{۱۰}

توجه به بسط مفهوم ضرر تا آنجا که عرف هم مساعد معنا باشد، باعث می‌شود اجرای قاعده در مواردی که ضرر محسوس بر کرامت و اعتبار انسان وارد شود، ممکن باشد و الا فقهاء از اجرای قاعده در این موارد که گاهی هم شدیدتر از نقص مالی یا بدنی است، خودداری می‌کنند (همان).

بنابراین، توسعه در معنای ضرر به معانی فوق‌الذکر، علاوه بر شناسایی محل اصلی ضرر، به حل مسائل زیادی به ویژه در دعاوی خانوادگی کمک می‌رساند.

شهید صدر در بحث از اجرای قاعده در احکام عدمی، نمونه‌ای از توجه به مفاهیم اعتباری معنای ضرر و شناخت موضوع اصلی ضرر که ممکن است در نگاه اول دیده نشود، ارائه می‌کنند که دقت به آنها امر قضاء را به عدالت نزدیکتر می‌کند. ایشان ابتدا عبارتی از مرحوم خوئی را ذکر کرده و سپس پاسخ می‌دهند. مورد استشهاد ما پاسخ شهید است که پیش از آن عبارت مرحوم خوئی را ذکر می‌کنیم:

... در مسأله، امور سه‌گانه وجود دارد: خودداری شوهر از پرداخت نفقه،

پیوند زوجیت و اختیارداری شوهر در حق طلاق. خودداری شوهر از پرداخت نفقه، علت اصلی وقوع ضرر بر زن است که شارع درباره آن تریخی (به مرد) نداده است، اما پیوند زوجیت (خود) ضرری نیست و زن نیز خود، در قبال مهریه به آن اقدام کرده است و چنین است مورد سوم. بنابراین، از جانب شارع و به لحاظ عالم تشریح ضرری ایجاد نشده است تا بخواهد با حدیث لاضرر رفع شود. در نهایت حکم به جواز طلاق، ضرر ناشی از عدم انفاق را جبران می‌کند و دانستید که چنین مواردی مشمول حدیث لاضرر نیستند (خویی، بی تا، ج ۱، ص ۵۶).

مرحوم صدر با توجه به ترکیب فوق به این مطلب پاسخی داده که می‌تواند الگویی در فهم و تطبیق قاعده قرار گیرد:

جواب از فرمایش استاد این است که این اعتراض بر تصور تقلیدی از ضرر مبتنی است که نقص در مال است؛ چرا که بنا بر این معنا گفته می‌شود زوجه مستحق مالی بر عهده شوهر بوده که از آن منع شده است. در این صورت، واضح است که این ضرر با رفع زوجیت یا دادن ولایت بر طلاق به زن، مرتفع نمی‌شود، بلکه با حکم به حرمت عدم انفاق و لزوم پرداخت نفقه متفی می‌گردد و اگر انفاق برای شوهر ناممکن شود یا وی از روی عصیان انفاق نکند، ضرر در هر حال، به زن وارد شده و شارع (بما هو شارع) نمی‌تواند جلوی ضرر را بگیرد. اما این تصور (از نظر ما) نادرست است؛ زیرا در اباحت گذشته گفتیم ضرر، مصادیق اعتباری دارد؛ مانند وضعیت بد و تنگنا و مانند آن که به حسب ارتکاز عقلایی نقص است. زن نیز مانند هر انسان دیگری حقوق مادی و معنوی دارد. پس اگر بخشی از این حقوق در معرض نقص قرار گیرد، منجر به سختی وضعیت و بدحالی او می‌شود و چه بسا بعضی از مصادیق اعتباری نقص و ضرر از مصادیق مادی آن واضح‌تر باشند. بنابراین، تطبیق قاعده در مورد بحث، به خاطر ضرر مالی ناشی از عدم انفاق بر زن نیست تا گفته شود این ضرر با رفع زوجیت یا قراردادن

ولایت بر طلاق، برای زن رفع نمی‌شود، بلکه به لحاظ سوء وضعیتی است که به دلیل عدم امکان طلاق این زن از شوهری که نفقه او را پرداخت نمی‌کند، پدید آمده که این از واضح‌ترین مصادیق اعتباری ضرر است و رفع آن ممکن نیست، مگر اینکه زن بتواند خود را طلاق داده، از این علقه خلاصی یابد. گفتنی است این ولایت از طریق قاضی اعمال می‌شود، نه اینکه به لحاظ حکم اولی زمام طلاق به دست زن باشد (صدر، ۱۴۲۰ق، ص ۳۲۱).

چنانکه ملاحظه می‌شود، توجه به معنای اعتباری نقص و قبول توسعه در مفهوم ضرر، به وضوح در تعیین مصادیق واقعی ضرر و تطبیق قاعده اثرگذار است؛ مسأله‌ای که در راستای موضوع‌شناسی فقهی مؤثر و در هر دو بخش قانونگذاری و قضاء بسیار مفید است.

از آنجا که قانون با فتوی متفاوت بوده و در قانونگذاری، تسهیل امر برای مجریان قانون؛ اعم از مردم و مسئولان و همچنین برای متولیان دستگاه قضایی حائز اهمیت است، تمثیل و تحدید برای قانون در راستای فهم موضوع به این مسأله کمک زیادی می‌کند. توسعه و تحدید موضوع آنچنانکه در فهم روایت به‌وسیله شهید صدر صورت گرفته، دستیابی به مصادیق را برای قانونگذاران راحت‌تر می‌نماید.

شهید صدر از وجود دو دیدگاه روشن از قاعده گزارش می‌دهد که تنها یکی از آنها حوزه قانونگذاری را بسط می‌دهد:

در اینجا دو دیدگاه در تفسیر جمله (لاضرر فی الاسلام) وجود دارد: یکی مبتنی بر این است که بگوییم این قاعده حکمی از احکام تکلیفی است؛ یعنی حرمت ضرررسانی و دوم اینکه بگوییم این قاعده احکامی را تشریح می‌کند، پس از آن احیاناً احکام تکلیفی و وضعی پیدا شوند و گاهی این قاعده حقوق و مالکیت‌ها را تغییر می‌دهد و دیگر تغییرات و تصرفاتی که نفی ضرر و ضرار در اسلام مقتضی آن است (همان، ص ۱۱۵).

۴. استخراج احکام وضعی از قاعده لاضرر

کسانی که «لا» را نافیه می‌دانند، معتقدند از آنجا که حدیث، امتنانی است در محدوده احکام تکلیفی، حکم الزامی و در محدوده احکام وضعی، لزوم را نفی می‌کند (همان، ص ۲۴۷). مرحوم «مراغی» نیز به این امر مهم اشاره کرده و معتقد است آنچه در مورد قاعده لاضرر اهمیت دارد، رابطه آن با احکام وضعی است و نوشته‌اند: «این - یعنی استفاده احکام وضعی از قاعده - همان چیزی است که به ما سود می‌بخشد و گر نه استفاده حکم تکلیفی از (ادله لاضرر) شایسته بحث نیست» (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص ۳۱۷).^{۱۱}

اگر چه فقهای بزرگی معتقدند قاعده، نفی حکم ضرری می‌کند، ولی برای شخص ضررزننده یا تلف‌کننده اثبات یا تعیین ضمان که حکم وضعی است را نمی‌کند (نراقی، ۱۴۱۷ق، ص ۲۰)، اما مرحوم مراغی پنج دلیل ارائه می‌کند مبنی بر اینکه شخص مضار ضامن است و باید ضرری را که وارد کرده رفع کند و در این باره فرقی نمی‌کند «لا» به معنای نفی باشد یا نهی (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص ۳۲۰-۳۱۸). چنانکه گذشت مرحوم صدر نیز معتقدند ضمان و تدارک ضرر از همین قاعده استفاده می‌شود و نیازی به انضمام دلیل دیگر ندارد (صدر، ۱۴۲۰ق، ص ۲۱۶).

برخی فقهای دیگر نیز تأکید کرده‌اند امکان استفاده احکام وضعی به وسیله قاعده لاضرر نکته‌ای است که از «صحیح حلبی» هم برمی‌آید:

امام صادق ۷ فرمود بر زن باردار مطلقه باید انفاق نمود تا زمان زایمان وی و او به فرزند خود برای شیردادن در ازای وجهی که هر زن دیگری هم همان را طلب می‌کند سزاوارتر است؛ چرا که خداوند فرموده مادر و پدر نباید به فرزند خود ضرر بزنند و بر وارث هم همین حکم لازم است (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۱، ص ۴۷۲).^{۱۲}

طبق این بیان با توجه به سیاق آیه ۲۳۳ سوره بقره و قرائن داخلی آن، برای زن، هم حق رضاع و هم ضمان نفقه ثابت می‌شود (هاشمی شاهرودی، ۱۴۱۷ق، ص ۱۶۹-۱۶۵). تحلیل شهید صدر در این باره متفاوت است. دو معنای طولی برای قاعده در نظر

می‌گیرند که البته معتقدند این معنای طولی در فهمی واحد و عرفی از قاعده پدید می‌آید. فهم دوم، مکمل فهم اول و راهی برای پیدایش احکام وضعی و تکلیفی متعدد برای جبران ضرر پدید آمده است و در یک لابدیت عقلی فهم می‌شود. به عبارت دیگر، یک دلالت التزامی قوی است که بدون آن، نفی ضرر به عنوان یک مدلول قطعی در دین حاصل نخواهد شد. عبارت ایشان از قرار ذیل است:

نتیجه این است که ضرر در دو مرتبه طولی، نفی شده است. در مرتبه اول خود ضرر به لحاظ آنچه در شریعت است، نفی شده است و در این مرحله زمانی که نفی را بر قضیه سمره با مرد انصاری تطبیق می‌کنیم نفی ضرر حداکثر به این معناست که شارع بر سمره ضرررسانی بر مرد انصاری را حرام کرده است، اما در مرحله دوم ضرری نفی می‌شود که در مرحله اول نفی آن عملی نشد. به عبارت دیگر، در این مرحله ضرر حرام نفی می‌شود که این یک علاج قانونی غیر از راه حل پیشین است. این تعبیر دوم دری را به سوی درهای متعددی در فقه می‌گشاید. برای مثال، اگر زوج تلاش کند که از حقوق شرعی خود مانند حق طلاق بر علیه زن استفاده کند، برای ضرررسانی به زن و محروم کردن او از برخی حقوقی که بر عهده دارد؛ مانند کاری که سمره کرد که (ظاهراً) می‌خواست بر حق ملکیت خود نسبت به درخت تحفظ کند و حق مرد انصاری را نسبت به عرض و کرامتش نادیده گیرد و اجبار زوج هم نسبت به ادای حقوق زن ممکن نباشد، پس این ضرررسانی به زوجه است. در چنین فرضی روشن است تحریم ضرر به تنهایی سودمند نیست، بلکه باید به مرحله دیگری منتقل شد و آن رفع تسلط شوهر بر ابقای زوجیتی است که هدفش اضرار به زن است که نتیجه نفی ضرر در این مرحله اعطای ولایت به حاکم برای طلاق (به سود) زن است (همان، ص ۲۹۰).

با تبیین شهید، حتی اگر قاعده را مانند امام خمینی 1 قاعده‌ای سلطانی ندانیم، می‌توان به فراخور مورد، تدارک ضرر را بر عهده حاکم نهاد.

شهید صدر به مشکلی در تطبیق قاعده بر مورد حدیث سمره اشاره کرده‌اند که به نظر می‌رسد همین مسأله باعث تردید در دامنه دلالت و تطبیق حدیث شده است. اگر لاضرر حکم ضرری را نفی یا نهی می‌کند، پس به استناد این روایت تنها باید از ورود سمره به خانه مرد انصاری، بدون اجازه جلوگیری کرد، اما واضح است که پیامبر «لاضرر و لاضرار» را بر کندن درخت سمره و دورانداختن آن تطبیق نمودند (همان، ص ۲۱۲).

به عبارت روشن، دو حکم بر قاعده تطبیق فرمودند که یکی قطعاً وضعی و قانونگذارانه بود. از نگاه ایشان عدم حل این تطبیق و طفره از ترتب حکم وضعی باعث شده که برخی امر به کندن درخت را امری ولایی بدانند (نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۲، ص ۲۰۹).

به نظر می‌رسد تفاوت دو دیدگاه در این است که برابر نظریه شهید صدر، امکان اجرای قاعده در حیطة گسترده‌تری نسبت به دیدگاه‌های پیشین فقهی فراهم شده و فقیهان در عرصه‌های خصوصی بهتر می‌توانند در راستای حل مشکلات پنهان مردم مداخله نمایند. افزون بر این، قانونگذاری بسط بیشتری پیدا می‌کند. در دیدگاه امام، این قاعده در دستان فقیه حاکم قرار گرفته و به عنوان یک ابزار مهم در فقه حکومتی به حل مسائل اجتماعی می‌پردازد.

جمع‌بندی نگارنده این است که بعید به نظر می‌رسد شهید صدر در این باره نظر به فرمایش امام خمینی^۱ داشته باشند، اما اگر این مسأله در کلام امام، مبنای سلطانی دانستن حکم باشد، باز هم قابل دقت است؛ زیرا اجرای احکام وضعی؛ مانند حکم به ضمان یا اجرای حکمی کیفری به ویژه در سطحی که برای همگان در مناسبات پیچیده جوامع امروز عملی باشد، به طور قطع نیاز به سلطه قضایی یا حکومتی دارد و اضرار به غیر با مسأله تدارک ضرر درباره خویشتن تفاوت جدی دارد؛ چرا که ضرر به خود، گاهی با ثواب اخروی قابل تدارک است، ولی احادیثی مانند قضیه سمره در حیطة رفتارهای اجتماعی مطرح شده‌اند.

نتیجه گیری

یکی از ظرفیت‌های مهم فقهی برای حل پاره‌ای مشکلات، قاعده لاضرر است. این قاعده در صورتی که افزون بر حکم تکلیفی، بر احکام وضعی دلالت کند، در قانونگذاری کلان کاربرد ویژه پیدا می‌کند. دلالت روایات لاضرر بر احکام وضعی در صورتی روشن‌تر است که مراد از «لا» در روایات، ناهیه بوده و نهی، تحریمی باشد. در این صورت، به دلالت التزامی احکام وضعی از روایات استنباط می‌شود.

نکته بارز در نگاه فقهی امام به قاعده، سلطانی دانستن آن است که در نتیجه، قاعده، کاربردی حکومتی یافته و قانونگذاری را در حیطه فقه حکومتی بسط می‌دهد. گفتنی است مراجعه به روایات مختلفی که در آنها حکم، بر نفی ضرر مبتنی شده است؛ روایاتی که در ابواب مختلف فقهی پراکنده هستند، نشان می‌دهد قاعده دو کاربرد دارد؛ در مواردی پیامبر به عنوان حاکم جامعه استناد به لاضرر کرده و به نفی ضرر دستور دادند و در مواردی که به طور عمده در احادیث صادر شده از امامان معصوم : مندرج است، در موارد جزئی به قاعده استدلال و حکم تبیین شده است.

توسعه در معنای ضرر از ابتکارات شهید صدر است؛ به صورتی که واژه ضرر شامل نقص در کرامت و اعتبار هم بشود. این توسعه در قوانین خانواده تأثیر زیادی خواهد داشت. نکته دوم، ضرورت شناخت محل اصلی ضرر است که اسم آن را می‌توان رمزگشایی از مشکلات و منازعات گذاشت. چنین مبنایی نیز در حل مشکلات عرصه‌های خصوصی؛ مانند نهاد خانواده و مصداق‌یابی ضرر بسیار مؤثر است. نکته سوم، اعتبار فهم عرف در شناسایی موارد ضرر است که از کوشش برای فهم ملاک قاعده به دست می‌آید. به نظر شهید صدر، اگر عرف، مصداق ضرر را شناسایی کرد، دیگر نباید برای اجرای قاعده امساک کرد. در آخر نیز ایشان معتقدند امکان استنباط احکام وضعی از روایات، مسلم است و نفی این مطلب باعث می‌شود حدیث متقنی مانند حدیث سمره، احکام وضعی موجود در خود، مانند امر به کندن درخت را توجیه نکند.

یادداشت‌ها

۱. منشور روحانیت، ۱۳۶۳/۱۲/۳.
۲. در یک سند، «احمدبن محمدبن خالد» است که شیخ ایشان را توثیق و نجاشی، نه خود وی، بلکه حدیثش را به دلیل نقل از ضعاف تضعیف نموده است (سیدابوالقاسم خوئی، معجم الرجال، ج ۱۶، ص ۲۵۲-۲۵۱). در یک سند هم «محمدبن هلال» است که مرحوم خوئی ایشان را ثقه می‌داند (همان، ج ۱۱، ص ۱۵۳-۱۵۲).
۳. محمدبن یحیی، عن محمدبن الحسین، عن محمدبن عبدالله بن هلال، عن عقبه بن خالد: عن أبي عبد الله 7 قال: «قضى رسول الله 9 بالشفعة بين الشركاء في الارضين و المساكن، و قال: لا ضرر و لا ضرار». محمدبن یحیی عن محمدبن الحسین عن محمدبن عبدالله بن هلال عن عقبه بن خالد عن أبي عبد الله 7 قال: «قضى رسول الله 9 بين أهل المدينة في مشارب النخل أنه لا يمنع نفع الشيء وقضى 9 بين أهل البادية أنه لا يمنع فضل ماء ليمنع به فضل كالأوقال لا ضرر ولا ضرار».
۴. «بناء على ما ذهبنا إليه لا يكون دليل لا ضرر حاكماً على ادلة الاحكام الاولية سوى قاعدة السلطنة فان دليل نفي ضرر ورد لكسرتلك القاعدة الموجبة للضرر و الضرار على الناس».
۵. «ان لا ضرر و لا ضرار نهى سلطاني ناقد في الامة و لادخل له في تحديد الاحكام الالهية و الحكومة عليها».
۶. من وجهة نظر الإمام الخمينی 1 فإن لا ضرر ليس حكماً تحريمياً مثل «لا تشرب الخمر»، أى أنه ليس حكماً تحريمياً ثابتاً إلى يوم القيامة. بل هو حكم ولائى يدخل ضمن المهام الحكوميه للرسول 9 شرعه الرسول حفاظاً للنظام الموجود في مجتمعه 9 آنذاك. و من هنا فإن مقولة «لا ضرر» على رأى سيدنا الإمام 1 لا تنفد الفقه لا من قريب و لا من بعيد. كما أنه يعتقد بضرورة فصل هذه المقولة عن فقها.
۷. محمدبن یحیی، عن محمدبن الحسین، عن محمدبن عبدالله بن هلال، عن عقبه بن خالد: عن أبي عبد الله 7 قال: «قضى رسول الله 9 بالشفعة بين الشركاء في الارضين و المساكن، و قال: لا ضرر و لا ضرار».
۸. محمدبن یحیی، عن محمدبن الحسین، عن محمدبن عبدالله بن هلال، عن عقبه بن خالد: عن أبي عبد الله 7 قال: «قضى رسول الله 9 بين أهل المدينة في مشارب النخل أنه لا يمنع نفع الشيء وقضى 9 بين أهل البادية أنه لا يمنع فضل ماء ليمنع به فضل كالأوقال لا ضرر ولا ضرار».
۹. عبارت ایشان از این قرار است: «همانا گفتیم ضرر، یک بعد و معنای موضوعی دارد که نقص است و تعیین دایره معنای نقص لازم است. گفته‌اند نقص یا در جان است یا مال یا آبرو و ما از «عرض» تعبیر وسیع‌تری می‌کنیم که کرامت و اعتبار است؛ چرا که جهات مربوط به انسان یا حقیقی بوده، به وجود او برمی‌گردد یا اعتباری‌اند؛ مانند موقعیت، آبرو و کرامت و یا مالی‌اند. پس نقصی که به هر

یک از آنها عارض می‌گردد، بی‌شک ضرر است؛ همچنانکه هر افزایش و مزیتی که در این امور رخ دهد، سود شمرده می‌شود».

۱۰. «بنابراین، توسعه (مذکور) در مفهوم ضرر، علاوه بر اینکه ارتکاز عرفی آن را تأیید می‌کند، قرینه‌ای هم در خود روایت دارد؛ زیرا بدون این توسعه روایت در مقام تطبیق (حتی بر مورد خودش) شامل موارد لازم نمی‌شود».

۱۱. «هذا الذي ينفعا في الفروع و الا فمجرد الحكم التكليفي لا ينبغي ان يبحث عنه».

۱۲. عن ابي عبدالله 7 قال: «الجبلى المطلقة ينفق عليها حتى تضع حملها و هي احق بولدها ان ترضعه بما تقبله امرأة اخرى ان الله عزوجل يقول: لا تضار والده بولدها و لامولود له بولده و على الوارث مثل ذلك».

منابع و مأخذ

۱. الحائري، سيدالكاظم، اساس الحكومة الاسلاميه، بيروت: مطبعة النبل، ۱۳۹۹ق.
۲. الخوئي، سيدابوالقاسم، مصباح الاصول، ج ۱، قم: مكتبة الداوري، بی تا.
۳. -----، معجم الرجال و تفصيل طبقات الرواة، ج ۱ و ۱۶، بارگزاری شده از نرم افزار نورالدرایة مرکز کامپیوتری علوم اسلامی.
۴. امام خمینی، سیدروح‌الله، بدائع الدرر، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ج ۲، ۴۱۴ق.
۵. -----، کتاب البیع، ج ۵، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۴۲۱ق.
۶. -----، منشور روحانیت، ۳/ ۱۲/ ۱۳۶۳.
۷. -----، القواعد الفقهية و الاجتهاد و التقليد (الرسائل)، ج ۱، قم: اسماعیلیان، بی تا.
۸. -----، الرسائل، محقق: مجتبی تهرانی، ج ۲، قم: اسماعیلیان، ۱۳۸۵.
۹. -----، المكاسب المحرمة، محقق: مجتبی تهرانی، ج ۲، قم: اسماعیلیان، ۱۳۸۱.
۱۰. انصاری، مرتضی، فرائد الاصول، تحقیق سیدمهدی رجایی، ج ۲، قم: دارالقرآن الکریم، ۱۴۰۵ق.
۱۱. بروجردی، سیدحسین، جامع احادیث الشیعة، ج ۲۳، تهران: انتشارات فرهنگ سبز، ۱۴۲۹ق.
۱۲. حر عاملی، محمدبن حسن، وسائل الشیعة الى تحصيل مسائل الشریعة، ج ۱۴، ۱۷، ۲۱ و ۲۵، قم: مؤسسه آل‌البتیت ،: ۱۴۰۹ق.

۱۳. راسخ، محمد، «ویژگی‌های ذاتی و عرضی قانون»، فصلنامه مجلس و پژوهش، سال سیزدهم، ش ۵۱، ۱۳۸۵.
۱۴. روحانی، سیدصادق، **فقه الصادق 7**، ج ۱۸، قم: دارالکتاب - مدرسه امام صادق 7، ۱۴۱۲ق.
۱۵. سروش محلاتی، محمد، «نظریه امام خمینی (ره) درباره لاضرر و کاربرد آن در حقوق خانواده»، **مجله راهبردی زنان**، ش ۵۱، ۱۳۹۰.
۱۶. سیستانی حسینی، سیدعلی، **قاعده لاضرر و لاضرار**، قم: دفتر آیه‌الله سیستانی، ۱۴۱۴ق.
۱۷. صدر، سیدمحمدباقر، **قاعده لاضرر و لاضرار**، قم: دارالصادقین للطباعة و النشر، ۱۴۲۰ق.
۱۸. عراقی، آقاضیاءالدين، **قاعده لاضرر**، تحقیق علی کزازی، قم: بوستان کتاب، ۱۴۱۸ق.
۱۹. غروی نائینی، محمدحسین، **منیة الطالب فی حاشیة المکاسب**، ج ۲، تهران: انتشارات محمدیه، ۱۳۷۳ق.
۲۰. فاضل لنکرانی، محمد، **تفصیل الشریعة**، تهران: نشر عروج، ۱۴۱۹ق.
۲۱. -----، **ثلاث رسائل**، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار ، ۱۴۲۵ق.
۲۲. کلینی، محمدبن یعقوب، **الکافی**، ج ۱۰، قم: دارالحدیث للطباعة و النشر، ۱۴۲۹ق.
۲۳. مراغی، سیدمیر عبدالفتاح بن علی، **العناوین الفقهیة**، ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
۲۴. موسوی بجنوردی، سیدحسن، **القواعد الفقهیة**، ج ۱، قم: نشر الهادی، ۱۴۱۹ق.
۲۵. نراقی، احمد، **عوائد الايام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام**، قم: بوستان کتاب، ۱۴۱۷ق.
۲۶. نمازی اصفهانی، شیخ الشریعة فتح الله، **قاعده لاضرر**، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ق.
۲۷. هاشمی شاهرودی، سید محمود، **مقالات فقهیة**، بیروت: مرکز الغدیر للدراسات الاسلامیة، ۱۴۱۷ق.