بسم الله الرحمن الرحيم

والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، محمد وآله الطيبين الطاهرين

واللعن الدائم على أعدائهم أجمعين إلى قيام يوم الدين.

والحاصل أن ما ذكره السيد الشهيد قدس سره [في بحوثه ج٥ ص٤٨٥] وإن كان بحثاً حول مفاد (لا ضرر) ولكن يمكن إثبات المطلب من خلال عنوان الظلم. وبيان ذلك بذكر أمور أربعة:

الأول: أن الظلم له تقرر واقعي بنظر العرف، وأن الاعتبار إنما هو بنظرهم طريق لإحراز الواقع.

والسر في ذلك: أن الظلم هو عبارة عن سلب الحق، فلا بد من تقدير الحق في رتبة سابقة، والحق بحسب المرتكزات العقلائية وإن كان ماهية اعتبارية بمعنى أن العقلاء يقومون باعتبار الحق وإنشاءه، لكنه عبارة عن الاعتبار الذي تصان به مصلحة ضرورية أو تدفع به مفسدة خطيرة، فإذا قرر العقلاء بما هم عقلاء أن للإنسان حقاً في التصرف في أمواله فهذا الاعتبار وإن كان عملية إنشائية إلا أن المصلحة اللازمة لنظام العقلاء هي التي تقتضي اعتبار أن له حق التصرف في أمواله، فحيث إن الظلم سلب الحق والحق اعتبار لصون مصلحة أو دفع مفسدة كان الظلم بنظر العقلاء مما له واقع والأنظار الاعتبارية إنما هي للوصول لذلك الواقع.

فلأجل ذلك قد يصدر من الشرع تخطئة لنظر العرف في تحديد الظلم، إذ ما دام أن للظلم تقرراً والاعتبار الصادر من العرف إنما هو اعتبار في طول حفظ الواقع كان للمشرع دور التنبيه والتخطئة بلحاظ المقارنة بين الاعتبارات.

فمثلاً: قد يصدر الاعتبار بحكم العقل العملي – وذلك في القضايا البديهية التي يدركها كل إنسان بما هو عاقل – نحو أن للإنسان حق الحياة وحق رعاية العرض والكرامة، وهو اعتبار من العقل العملي لصون مصلحة أو دفع مفسدة.

وقد يكون الاعتبار من قبل الشرع كأن يقول الشرع للزوجة حق النفقة وإن لم يحكم بذلك العقل، أو للأب والجد الولاية على تزويج البكر وإن لم يحكم بذلك العقل فهو اعتبار يؤسس لحق وسلبه يكون ظلماً.

وقد يكون الاعتبار صادراً من العرف وإن لم يحكم به الشرع ولا العقل لو خلي ونفسه، وذلك في الاعتبارات القانونية، كما إذا اعتبر القانون أن من حاز صكاً على الأرض الموات فله حق فيها، مع أنه ليس بمالك شرعاً للأرض الموات، ولا يرى العقل العملي بما هو عقل أن من حاز صكاً على الأرض الموات فإن له

حقاً فيها، وإنما هو قانون شرعه العرف لأجل صون مصلحة أو دفع مفسدة، ولو أن المشرع رفض ما يعتبره القانون حقاً، أو أنشأ ما لا يعتبره القانون حقاً فهو من باب التخطئة والتنبيه، فمثلاً القانون يعتبر أن استنقاذ مال الكافر حربي ظلم، ولكن الشرع لايراه ظلماً، فتدخل الشارع هنا ليس من باب تجويز الظلم بمعنى أنه يقول: هو ظلم حلال، بل هو ليس بظلم، فهو يكشف عن عدم الموضوع لا أنه يثبت الموضوع ويخالف العقلاء في الحكم، بل يقول هذا ليس بظلم لنفي الحق منه في رتبة سابقة.

وبما أنه هو سيد العقلاء فنظره في الكشف عن المصالح والمفاسد رافع لحكم العرف القانوني، حيث إن العرف لا يرى أن للأب والجد ولاية على تزويج البكر، ولكن المشرع يرى أن لهما حق الولاية على تزويج البكر، فهو يرشد العرف إلى حق لا يلتفت اليه.

الأمر الثاني: إذا قال المشرع: (يحرم الظلم) فهل ظاهره الظلم الشرعي؟ يعني الظلم الواقعي بنظر الشارع؟ أي أن ما يراه الشارع ظلماً فهو الحرام، لا ما يراه العرف القانوني ظلماً؟

الصحيح أنه ليس كذلك، فإن العناوين الاعتبارية وإن كان ظاهرها أن المراد بها ما يوافق اعتبار المتكلم، مثلاً إذا قال المشرع: (يحرم التصرف في مال دون إذن مالكه) فالمنصرف من المالك من يراه الشارع مالكاً لا كل مالك.

أو إذا قال المشرع: (يجب على الزوج معاشرة زوجته بالمعروف)، فإن ظاهره أن المراد بالزوج هو الزوج الشرعي لا الزوج العرفي فان الظاهر من العناوين الاعتبارية لو خليت وحدها أن المراد بها ما يوافق اعتبار المتكلم نفسه.

ولكن في الظلم لا تأتي هذه القاعدة، فإذا قال المشرع: (يحرم الظلم) فليس ظاهره أنه يحرم ما يراه الشارع ظلماً، وإلا يلزم اللغوية والاستهجان، لأن ما يراه الشارع ظلماً يعني أنه مبغوض وحرام لديه فلا معنى لبيانه، بل تصبح القضية كأنها قضية ضرورية بشرط المحمول: أي: (ما هو ظلم شرعاً حرام شرعاً) حيث لا يحتمل أن يكون ما هو ظلم شرعاً حلالاً شرعاً، فلا معنى لأن ترجع قضية (يحرم الظلم) إلى قوله: (ما هو ظلم شرعاً حرام شرعاً) فهذه قرينة سياقية على أن المراد بقوله: (يحرم الظلم) – بضميمة كون الخطاب ملقى إلى العرف العام ليراد من العرف العام ترتيب الأثر عليه – أن ما يراه العرف العقلائي ظلماً فهو حرام، أي الظلم الواقعي بنظر عرف العقلاء.

ولا فرق فيما يراه العرف العقلائي ظلماً بين العرف المعاصر لزمان الشارع أو الأعراف المستجدة، فإن المفروض أن الظاهر من قوله: (يحرم الظلم) هو الإطلاق، أي يحرم ما يراه العرف العقلائي ظلماً، فيشمل كل ما يراه العرف العقلائي ظلماً ما لم يقم تخطئة أو ردع من المشرع على خلافه.

ومما يراه العرف العقلائي ظلماً هو سلب الحقوق المستجدة كسلب حق التأليف عن من ثبت له قانوناً أو سلب حق الاختراع.

الأمر الثالث: ذكر السيد الشهيد أنه لو كان الأمر كذلك للزم متابعة الشرع للعرف، وهذا مقطوع العدم، فان معناه أن تمام موضوع حكم الشارع هو بناء العقلاء، والمشرع سيد العقلاء فكيف يتصور تبعيته في أحكامه للعقلاء؟!

ولكن هذا الإشكال محل تأمل، حيث إن هناك فرقاً بين التبعية في الثبوت وإعطاء الحجية في مقام الإثبات، إذ ليس المراد بقوله: (يحرم الظلم العقلائي) تبعية المشرع ثبوتاً وواقعاً لما يراه العقلاء ظلماً، فإن اعتبار العرف للحق ليس له موضوعية، وإنما هو ملحوظ على نحو الكاشفية عن الواقع، وبالتالي فدور المشرع إمضاء الكاشفية لا الأخذ بالاعتبار، فهو كسائر الأمارات العقلائية فكما أن أمارية اليد على الملكية أمارية عقلائية وقد أمضى المشرع أماريتها، لا بمعنى التبعية الثبوتية، بل بمعنى جعل الحجية إثباتاً، فكذلك قد جعل الحجية في المقام لاعتبار العقلاء للحق الذي يترتب عليه اعتبار العقلاء للظلم بما هو أمارة على ثبوت الحق لا أن المشرع تابع للعقلاء ثبوتاً.

ومن الواضح كما ذكر في بحث الجمع بين الحكم الواقعي والحكم الظاهري أن الشارع عندما يجعل الحجية لأمارة عقلائية فهو لأحد وجهين:

إما لأنه أحرز غلبة مطابقة هذه الأمارة للواقع، كما أحرز مطابقة أمارية خبر الثقة للواقع فأمضى حجية خبر الثقة وأحرز غلبة مطابقة أمارية اليد على الملكية للواقع فأمضاها أو من باب التسهيل، بمعنى أن مصلحة التسهيل في إمضاء ما عليه العقلاء أهم من المصالح الواقعية التي قد تفوت نتيجة بناء العقلاء على الأمارة.

فكذلك الأمر في المقام، فإن اعتبار العقلاء بما هم عقلاء للحق المترتب عليه اعتبار الظلم أمارة على إحراز الواقع، وقد جعل لها الحجية فلا يرد إشكال متابعة المشرع للعرف.

الأمر الرابع: إذا أحرز العرف في زماننا أن ظاهر عنوان الظلم في قوله: (يحرم الظلم) هو الظلم بنظر العرف، أو قال: (لا ضرر) وأحرز العرف في زماننا أن المراد بالضرر هو الضرر بنظر العرف، فمقتضى أصالة

الثبات أنه كذلك في زمن النص – بناءً على أصالة الثبات – وهو أن المراد بقوله: (يحرم الظلم) هو الظلم بنظر العرف العقلائي في أي زمان كان، ولا يمنع من جريان أصالة الثبات عدم التفات العرف في زمان النص إلى بعض المصاديق مثل حق التأليف وحق الاختراع وحق القبض القانوني – بأن تضع الدولة الرواتب والبدلات في الحساب البنكي – فإن عدم التفات العرف إلى المصاديق في زمان النص لا يعني أن الظاهر من قوله: (يحرم الظلم) أنه يحرم الظلم بنظر العرف المعاصر للنص، بل يحرم الظلم بنظر العرف وإن كان العرف في زمان النص مما لا يلتفت إلى هذه المصاديق.

فلذلك حتى لو حصل لنا القطع بأن العرف في زمان النص يحصر النظر في نظره فإنه إنما يحصر النظر في نظره لعدم التفاته لسعة المصاديق، وإلا فالنكتة كل النكتة أن موضوع الحرمة هو الظلم بنظر العرف العقلائي، وهذه النكتة لا تختص بزمن العرف المعاصر للمشرع.

الوجه الثاني: هو الإطلاق المقامي، فإنه لو منع الإطلاق اللفظي فالثابت هو الإطلاق المقامي، فإن القاء الشارع هذا الخطاب للعرف العقلائي في زمانه مع التفاته إلى أن العرف تتغير أنظاره في المصاديق، وأن مصداق الظلم قد يتسع باختلاف الأزمنة نتيجة لاختلاف اعتبار الحق، فمقتضى الإطلاق المقامي إمضاء الشارع لنظر العرف في تشخيص مصداق الظلم الواقعي بحسب كل زمان يقوم فيه عرف عقلائي على ذلك.

والحمد لله رب العالمين.