تقرير جلسة تطبيقات قاعدة لا ضرر ) 1( - ليلة الأربعاء 29 شعبان 1444 ه الأستاذ السيد منير الخباز

### 001

إن كلمات الاعلام في مفاد حديث لا ضرر على أقوال أربعة :

**القول الأول :** أن مفاد لا ضرر هو النهي المولوي، بمعنى حرمة الإضرار بالنفس والإضرار بالغير، وهو قول شيخ الشريعة قدس سره ]في رسالة لا ضرر ص 2٦ .]

### **القول الثاني :** أن مفاد لا ضرر هو النهي الولايتي، بمعنى أن قول النبي صلى الله عليه وآله: )لا ضرر ولا ضرار( المنع الولايتي عن وقوع الضرر والضرار على أحد في محيط دولته وحكومته، وهو قول بعض الأكابر قدس سره ]في تهذيب الأصول ج ٣ ص ٥24 ] .

**القول الثالث :** أن مفاد لا ضرر هو نفي الضرر غير المتدارك لا نفي مطلق الضرر، وقد نسب الشيخ الأعظم قدس سره ]في الرسائل ج 2 ص ٥٣2 [ هذا القول إلى الفاضل التوني رحمه الله. ومحصله أن جميع الأحكام الشرعية لا يصدق عليها أنها احكام ضرورية، لأن الضرر إنما يصدق على النقص إذا لم يقابل بعوض يمنع من تأثيره، فكل نقص بإزائه عوض يمنع من تأثيره فلا يصدق عليه أنه ضرر، والمفروض أن الأحكام الشرعية محققة لمصلحتين: دنيوية وأخروية، فبلحاظ كونها محققة لمصلحة دنيوية وأخروية لا يصدق على الحكم الشرعي أنه حكم ضرري.

فلا محالة ليس مفاد لا ضرر هو نفي الحكم الشرعي الضرري، لأنه لا يوجد حكم شرعي ضرري، وإنما مفاد لا ضرر ضمان الضرر إذا حصل بفعل المكلف، كما لو أوقع أحد الضرر على غيره بعقد أو إيقاع أو إتلاف أو تفويت، فالمشرع وضع الضمان لتدارك ذلك الضرر الذي حصل من قبل شخص في حق غيره، فلا ضرر ولا ضرار تنفي وجود ضرر غير متدارك في الشريعة، لأن جميع الأضرار في الشريعة متداركة بالضمان.

**القول الرابع وهو المعروف** - - **:** أن مفاد لا ضرر نفي الحكم الضرري، بمعنى أن كل حكم له إطلاق بحيث يشمل حال الضرر وحال عدمه كوجوب الصوم أو وجوب الحج أو وجوب الصلاة عن طهارة - مائية فإن هذا الحكم يتضيق بفرض عدم الضرر، فمفاد لا ضرر نفي الحكم الضرري. -

والبحث سيقع بنا ء على القول الرابع المشهور من أن مفاد لا ضرر ولا ضرار نفي الحكم الضرري،

وذلك في التطبيقات الفقهية التي ورد بعضها في كلمات الفقهاء منها :

1 إعمال الحاكم الشرعي ولايته لمنع الضرر والضرار. -

2 عدم الأمر بالوضوء الضرري. -

٣ - ثبوت خيار الغبن.

4 عدم شمول سلطنة الإنسان على نفسه إذا كانت السلطنة وسيلة للإضرار بنفسه. -

٥ طلاق الحاكم الشرعي لمن غاب عنها زوجها أو كان مضار ا بها. -

٦ - شمول لا ضرر للأحكام العدمية، نظير ثبوت ضمان منافع الحر الكسوب عند حبسه.

7 شمول لا ضرر لفرض الإقدام على الضرر، كما لو أقدم المستأجر على زراعة أرض بمدة لا تسع - لتحصيل الحصاد والثمر، فهل إقدام المستأجر على هذا يمنع من شمول لا ضرر له أم لا؟

8 صور تعارض الضررين بين شخصين. –

9 - ثبوت الحقوق المستحدثة بمناط حديث لا ضرر وغيرها.

## **التطبيق الأول :** وهو أن يستفاد من لا ضرر أن للحاكم الشرعي أن يعمل ولايته في منع مادة الضرر أومنع وسيلة الإضرار بالآخرين.

**وبيان هذا التطبيق بذكر مطالب ثلاثة ترتبط بالمقام :**

**المطلب الأول :** ذكر في كلمات بعض الأعلام أن المستفاد من حديث لا ضرر أنه لو وقع التزاحم بين حقين فإن للحاكم الشرعي أن يقدم أحد الحقين المتزاحمين على الآخر بمناط لا ضرر، مثلا لو وقع تزاحم حقين: حق السبق وحق المارة كما لو فرض أن شخصا وضع بضاعته في طريق هو محل استطراق الناس - -فحصل التزاحم بين حق السبق في المكان وحق المارة في المرور، فهنا يمكن للحاكم الشرعي أن يقدم حق السبق على حق المارة لو كان السابق هو المتضرر في رزقه لو رفع حقه وقدم حق المارة.

**وتوضيحه:** أنه لا يتصور التزاحم في حق صاحب الحق، لأن صاحب الحق كحق السبق لا تزاحم - -في حقه، إذ لا يجب عليه حفظ حق الغير كما لا يجب عليه أيض ا إعمال حقه، فلا تزاحم في حقه لأن التزاحم فرع تكليفين متوجهين للشخص، وهنا لا يوجد ذلك حيث لا يجب عليه حفظ حق المارة ولا يجب عليه إعمال حقه حتى يقع عنده تزاحم بين تكليفين،

 وإنما يتصور التزاحم النوعي بمعنى أن الحاكم الشرعي يرى أنه لا يمكن الجمع بين حق السبق وحق المارة، فحينئذ للحاكم الشرعي أن يعمل ولايته فيقدم أحد الحقين

على الآخر بمناط دفع الضرر إذا كان دفع أحد الحقين مستوجب ا للضرر على صاحب الحق مضاف ا لنقص حقه الذي هو محذور مشترك بين الطرفين.

والوجه في ذلك حديث لا ضرر، حيث إن هناك حقين: حق ا للأنصاري في حفظ عرضه من الهتك، وحق ا لسمرة في الاستطراق إلى عذقه، وهما ليسا متزاحمين لا في حق الأنصاري ولا في حق سمرة، ولكنهما متزاحمان نوعا ، بمعنى أن عدم إمكان استيفائهما معا صنع تنازعا بين طرفين عند الحاكم.

والرسول صلى الله عليه وآله بمقتضى كونه ولي الأمر قدم أحد الحقين على الآخر، وهو حق الأنصاري على حق سمرة.

**فإن قلت:** إن تقديم حق أحدهما على الثاني خلاف الامتنان، وحديث لا ضرر وارد مورد الامتنان، ولا امتنان في حفظ حق شخص على حساب تفويت حق شخص آخر.

**قلت:** إن سمرة أقدم على الإضرار بالأنصاري عناد ا مع أن الرسول صلى الله عليه وآله أمره بأن يستأذن إذا أراد الدخول إلى عذقه، ومن كان في مقام العناد والمكابرة فليس مورد ا للامتنان لدى المرتكزات العقلائية، بل إنه أقدم على الإضرار بنفسه حيث إنه أصر على المعاندة رغم ما عرض عليه النبي صلى الله عليه وآله من ضمان حقه وتعويضه بعذق في مكان آخر بل في الجنة، ومقتضى ذلك أنه أقدم على تفويت حقه في الاستطراق إلى العذق، إذ كان بإمكانه استيفاء حقه في الاستطراق عبر الاستئذان أو الصلح ونحوه، لكنه أبى فأقدم على تفويت حقه إذ لا يمكن بقاء الحق مع منافاته لحق آخر فهو ليس مورد ا للامتنان، ولذلك - -قدم الرسول صلى الله عليه وآله حق الأنصاري على حقه.

**ولكن موضع التأمل في ما سبق أن هناك قضيتين مسلمتين :**

**الأولى :** أن مقتضى ولاية الحاكم الشرعي في الأمور الحسبية المبنية على حفظ النظام أن يرفع التنازع برفع التزاحم بين الحقوق، فإن كان أحد الحقين أهم قدمه، وإن لم يكن أحدهما أهم أقرع بين صاحبي الحق، وهذه ككبرى لا نقاش فيها.

**الثانية :** أن للحاكم الشرعي أن يرفع وسيلة الإضرار بالناس إذا لم ترتفع إلا بتدخل الحاكم الشرعي بغض النظر عن وجود تزاحم. وهذا أيضا ثابت بنفس أدلة ثبوت الولاية للحاكم الشرعي في الأمور الحسبية.

**وإنما الكلام في أمرين :**

**الأول :** هل هناك صغرى في الفقه للتزاحم بين حقين يكون تقديم أحدهما موجب ا للضرر المعتد به أم لا؟

فقد يقال: لا يوجد مصداق في الفقه، لأنه متى حصل تدافع بين حقين وكانت فعلية أحدهما في موردا لتنافي موجبا لوقوع ضرر معتد به على الآخر فلا تزاحم في البين، إذ لا سعة في الحق لفرض يكون منشأ لضرر على الآخر، فمن الأول الحق ضيق لا سعة فيه لمورد يكون منشأ لوقوع ضرر على الآخر،

فلو حصل تدافع بين حق السبق وحق المارة فدليل حق السبق قاصر الشمول لمثل هذا المورد، فإن السبق إن لم يحدث ضررا فلا تزاحم، وإن أحدث ضرر ا فلا سعة في الحق للشمول لهذا المورد كي يكون هناك تزاحم.

والأوضح من ذلك في باب الوقف، فلو أنه حصل بين الموقوف عليهم تشاح في استيفاء منفعة الوقف إذا كانت لا تكفي لاثنين، ونتيجة ذلك التنازع بينهما، فإن كان أحد الحقين أهم قدم، ولو لم يكن أهم يقرع بينهما، لا أن لدليل الحق سعة لصورة إيقاع الضرر على الآخر، فلا صغرى لتزاحم حقين يستلزم ثبوت أحدهما وقوع الضرر بالآخر.

**الأمر الثاني :** هل يستفاد من دليل لا ضرر أن للحاكم الشرعي الولاية في تقديم أحد الحقين بمناط لا ضرر بغض النظر عن حجم الضرر ونوعه؟ حيث إن المدعى هو التمسك بإطلاق لا ضرر، وأنه متى كان هناك ضرر فللحاكم الشرعي الولاية في دفعه، لا من باب الولاية في الأمور الحسبية حتى تتقيد بالضرر المعتد به الذي يشكل خل لا في النظام، بل بإطلاق لا ضرر ولا ضرار.

**المطلب الثاني :** يلوح من كلام المحقق العراقي قدس سره ]في المقالات ج 2 ص ٣٠٥ [ أنه قد يشكل على مفاد قاعدة لا ضرر بأن ظاهر الرواية هو نفي سلطنة سمرة على الدخول لنخلته استناداً إلى لا ضرر، مع أن لا ضرر امتنانية، فنفي حق سمرة بها خلاف الامتنان، بينما مورد الرواية هو التزاحم بين الحقين فيقدم حق الأنصاري على حق سمرة لأهميته لا لقاعدة لا ضرر، وأجاب عن ذلك ]ص ٥٠٦ [ بأنه يمكن أن يكون الحديث ناظرا لعدم شرعية هتك عرض الأنصاري باستطراق سمرة من دون استئذان الموجب للحرج على

الأنصاري في حفظ عرضه، ومن الواضح أهمية العرض شرع ا من حفظ المال لذلك قدم حق الأنصاري على

حق سمرة، فلم ترتفع سلطنة سمرة على عذقه بقاعدة نفي الضرر كي يشكل بأن ذلك خلاف الامتنان، بل

لأنه وقع تزاحم بين الحقين فقدم الأهم منهما، وبعبارة أخرى: إن الرسول صلى الله عليه وآله قدم حق

الأنصاري لأهميته، لا من باب لا ضرر، ففي المورد حقان: حق للأنصاري في حفظ عرضه، وحق لسمرة

في الاستطراق لعذقه، والرسول صلى الله عليه وآله قدم حق الأنصاري على حق سمرة لأهميته باعتبار أن

حفظ للعرض عن الهتك أهم، والتعبير ب )لا ضرر( لا يعني أنها قاعدة مستقلة برأسها، بل هي مشيرة

لقواعد مختلفة، نظير تقديم أحد الحقين على الثاني لأهميته وإن كان منشأ الأهمية أن الضرر الوارد برفعه أشد.

**ولكن هنا مناقشتان لما أفيد :**

**الأولى :** ما ذكره السيد الصدر قدس سره ]في تطبيقات لا ضرر ج ٥ ص 477 [ من بحوثه في الأصول،

تقرير جلسة تطبيقات قاعدة لا ضرر ) 1( - ليلة الأربعاء 29 شعبان 1444 ه الأستاذ السيد منير الخباز

٥

وتقريبه أنه لو كان لسمرة حق الاستطراق ابتدا ء كما لو شرط ذلك في ضمن العقد على الأنصاري - -

لحصل تزاحم بين حقين، ولكن لا ظهور في الحديث في ثبوت حق لسمرة أص لا ، وإنما الاستطراق حكم

تكليفي مقدمي لا أكثر، بمعنى أن سمرة ملك عذق ا فيجوز له شرع ا أن يستطرق إلى عذقه، وحقه في

الشجرة وليس حقه في الاستطراق، والرسول صلى الله عليه وآله أبان أن الحكم التكليفي الترخيصي قاصر

عن أن يشمل فرض الإضرار بالآخر وهو فرض عدم الاستئذان ، فليس لسمرة جواز العبور مطلق ا بل - -

في حال الاستئذان، لا أن هناك حقين متزاحمين قدم الرسول صلى الله عليه وآله أحد الحقين لأهميته.

**المناقشة الثانية :** لو سلمنا أنه حق نفسي بمعنى أن من ثبت له عذق ثبت له عند العقلاء حق وهو حق

الاستطراق إلى عذقه، لكن لا دليل على هذا الحق إلا البناء العقلائي، ولا يحرز بناء العقلاء على الحق حتى في

مورد يكون الحق مستلزم ا للإضرار بالغير، فمن الأصل لا تزاحم بين الحقين.

**المطلب الثالث:** وهو أنه قد ورد في الرواية المعتبرة سند ا )اذهب فاقلعها وارم بها إليه فإنه لا ضرر ولا

ضرار(، فما هو الحكم المنفي بلا ضرر? هل هو ملكية سمرة للنخلة مع أنها ليست منشأ للضرر حتى ترفع

بلا ضرر؟ أو حق الاستطراق إلى عذقه مع أن حق الاستطراق قاصر من الأول عن الشمول لمورد الضرر؟

أو أن المراد بيان حرمة تكليفية وهي حرمة العبور من دون استئذان لكن التحريم لا يقتضي قلع النخلة؟

فما هو وجه تعليل الأمر بالقلع ب )لا ضرر ولا ضرار(؟ وإذا أجمل التعليل أجمل مفاد الحديث كما يقول

المحقق النائيني خلاف ا للشيخ الأعظم قدس سرهما، حيث إن الشيخ الأعظم قدس سره يقول: لا يوجد

تلازم بين إجمال التطبيق وإجمال الكبرى، فإن لا ضرر واضح المفاد وهو نفي الحكم الضرري، لكن تطبيقه

على المقام مجمل، وإلا فالكبرى واضحة.

وأفاد المحقق النائيني قدس سره أن خروج المورد عن عموم العلة مستهجن، فيكشف عن ذلك عن

عدم إرادة ما هو ظاهر بالظهور الأولي، فإنه إذا اجمل الربط بين العلة والمعلل سرى الإجمال إلى مفاد )لا

ضرر(، إذ ليستا جملتين منفصلتين، وإنما هما تعليل ومعلل، فإجمال تطبيق التعليل يوجب إجمال المعلل به، فلا

يمكن حينئذ استكشاف ما هو مفاد لا ضرر في المقام.

**وهنا وجوه للجواب :**

**الوجه الأول :** أن العلة ترتبط ب )لا ضرر( لا ب )لا ضرار(، وهوما ذكره السيد الخوئي قدس سره ]في

مصباح الأصول ج 2 ص ٥٣2 [، وهو أن التعليل ليس للأمر بالقلع وإنما لحرمة الدخول بغير استئذان، فهنا

قضيتان :

تقرير جلسة تطبيقات قاعدة لا ضرر ) 1( - ليلة الأربعاء 29 شعبان 1444 ه الأستاذ السيد منير الخباز

٦

القضية الأولى : هل لسمرة حق الاستطراق إلى عذقه دون إذن?

والجواب: ليس له ذلك، فإن الحق في المقام ضرري فيرتفع ب )لا ضرر(.

القضية الثانية : هي أمر النبي صلى الله عليه وآله بقلع النخلة وهذا أمر ولايتي محض ليس معل لا ب - -

)لا ضرر(، وإنما هو لدفع مادة الفساد من باب الولاية العامة الثابتة للنبي صلى الله عليه وآله، أو الولاية في

الأمور الحسبية.

ولكن هذا الوجه خلاف ظاهر الجملة: )اذهب فاقلعها وارم بها إليه فإنه لا ضرر( فإن ظاهرها أنه

تعليل للأمر، لا أنه بيان لكون الحق ضرري ا .

**الوجه الثاني :** أن حرمة قلع النخلة حرمة ضررية، أي أن مقتضى القاعدة الأولية هو حرمة التصرف في

النخلة لكونها مال الغير، ولكن حيث إن الرسول صلى الله عليه وآله حاول مع سمرة بمختلف الطرق

فأبى، وتعذرت كل وسائل منع وقوع الضرر على الأنصاري، وانحصر دفع الضرر في قلع النخلة، فصارت

هي المنشأ للضرر في فرض الانحصار، وبالتالي فحرمة قلع مال الغير في هذا الفرض وهو فرض عناد -

سمرة عن القبول بأي وسيلة أخرى حرمة ضررية فترتفع ب )لا ضرر(. فما صنعه الرسول صلى الله عليه -

وآله من الأمر بالقلع ليس من باب الولاية في شيء، بل هو تطبيق لكون الحرمة ضررية، فلا يصح

الاستشهاد بالرواية على إعمال الحاكم الشرعي ولايته في دفع مادة الضرر أو في رفع التزاحم بين الحقين.

والرواية المعتبرة سند ا ما رواه الكليني ]ج ٥ ص 292 [ عن عدة من أصحابنا عن أحمد بن محمد بن خالد

عن أبيه عن عبد الله بن بكير عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: **)إِنَّ سَمُرَةَ بْنَ جُنْدَبٍ كَانَ لَهُ عَذْقٌ فِي**

**حَائِطٍ لِرَجُلٍ مِنَ الأنْصَارِ ، وَكَانَ مَنْزِلُ الأنْصَارِيِّ بِبَابِ الْبُسْتَانِ ، وَكَانَ يَمُرُّ بِهِ إِلَى نَخْلَتِهِ وَلا يَسْتَأْذِنُ ، فَكَلَّمَهُ**

**الأنْصَارِيُّ أَنْ يَسْتَأْذِنَ إِذَا جَاءَ فَأَبَى سَمُرَةُ ، فَلَمَّا تَأَبَّى جَاءَ الأنْصَارِيُّ إِلَى رَسُولِ اللهِ )صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِه( فَشَكَا**

**إِلَيْهِ وَخَبَََّّهُ الَْْبَََّ ، فَأَرْسَلَ إِلَيْهِ رَسُولُ اللهِ )صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِه( وَخَبَََّّهُ بِقَوْلِ الأنْصَارِيِّ وَمَا شَكَا، وَقَالَ : إِنْ**

**أَرَدْتَ الدُّخُولَ فَاسْتَأْذِنْ ، فَأَبَى فَلَمَّا أَ بَى سَاوَمَهُ حَتَّى بَلَغَ بِهِ مِنَ الثَّمَنِ مَا شَاءَ اللهُ فَأَبَى أَنْ يَبِيعَ ، فَقَالَ : لَكَ بَِِا**

**عَذْقٌ يُمَدُّ لَكَ فِي الَْْنَّةِ فَأَبَى أَنْ يَقْبَلَ ، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ )صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِه( لِلأنْصَارِيِّ : اذْهَبْ فَاقْلَعْهَا وَ ارْمِ**

**اَرَ**

**لا ضَِ فَإِنَّهُ لا ضَََرَ وَ هِبَِِا إِلَيْ (**.

وقد وثق الشيخ محمد بن خالد البرقي في رجاله، ولا يعارضه قول النجاشي: )كان ضعيف ا في الحديث(،

لأن ضعف الحديث لا يعني ضعف اللسان، وإنما هو بمعنى أن في أحاديثه مناكير. وتتلاءم عبارة النجاشي

مع عبارة ابن الغضائري: )حديثه يعرف وينكر(. بل هناك طريق آخر من قبل الصدوق لا يمر بمحمد بن

تقرير جلسة تطبيقات قاعدة لا ضرر ) 1( - ليلة الأربعاء 29 شعبان 1444 ه الأستاذ السيد منير الخباز

7

خالد، رواه بإسناده عن ابن بكير، وسند الصدوق في المشيخة إلى ابن بكير: ما كان فيه عن عبد الله بن بكير

فقد رويته عن أبي عن عبد الله بن جعفر الحميري عن أحمد بن محمد بن عيسى عن الحسن بن علي بن فضال

عن عبد الله بن بكير.

### 002

تتمة الكلام في التطبيق الاول من قاعدة لا ضرر :

ما هو وجه الربط بين التعليل والمعلل في قوله عليه السلام : اذهب فاقلعها وارم بها اليه فانه لا ضرر ولا ضرار

حيث ان ظاهر سياق التعليل ان المعلل بلا ضرر هو الامر بالقلع وهذا ما طرح التساؤل في ان الامر بالقلع هل هو شرعي او ولايتي?

وسبق ان ذكرنا بعض الوجوه

الوجه الاخير في تحليل سياق هذه الفقرة :

ما ذكره السيد الاستاذ مد ظله في قاعدة لا ضرر :

من ان التعليل لا يعود الى فقرة لا ضرر وانما يعود الى فقرة لا ضرار وبيان ذلك بحسب مبناه :

ان مفاد قوله لا ضرر ولا ضرار نفي التسبيب للضرر والتسبيب لعدم الضرر ، فالفقرة الاولى وهي قوله لا ضرر مفادها نفي التسبيب للضرر اي ان المشرع لم يتسبب لضرر على المكلف بينما مفاد الفقرة الثانية وهي لا ضرار التسبيب لعدم الضرر اي ان المشرع كما لم يتسبب لضرر على المكلف فانه تسبب لعدم الاضرار بالمكلف ، فكأن من معالم هذا الشرع الحنيف انه لم يتسبب بضرر على احد بل تسبب لعدم الاضرار باحد فمقتضى عدم التسبيب حكمان :

الاول : حرمة الاضرار

لان معنى التسبيب لعدم الاضرار ان يحرم الاضرار سواء اضرالمكلف بنفسه ام بغيره حتى يصدق على تحريم الاضرار انه تسبيب لعدم الاضرار .

والحكم الثاني :

ان للحاكم الشرعي الصلاحية والولاية لمنع اي وسيلة من وسائل الاضرار بالناس بحيث متى كان هناك وسيلة للاضرار بالناس فللحاكم الشرعي الولاية والصلاحية لرفع تلك الوسيلة ولمنعها ، فهو من جهة حرم الاضرار ومن جهة اخرى منع الوسائل التي تؤدي الى الاضرار بالناس

فبناءا على ذلك يتضح وجه الربط بين قوله اذهب فاقلعها وارم بها اليه فانه لا ضرر ولا ضرار ، اي بما ان لا ضرار تعني تحريم الاضرار وان للحاكم الشرعي ان يتدخل في منع وسائل الاضرار لاجل ذلك تدخل الرسول صلى الله عليه واله بما هو حاكم شرعي وبما هو ولي الامر تدخل فرفع وسيلة الاضرار بولايته كاتخاذ مثلا سمرة نخلته او عذقه في بيت الانصاري وسيلة للاضرار بالانصاري فالامر بالقلع امر ولايتي صادر من الحاكم الشرعي ولكنه صادر على اساس لا ضرار يعني على اساس ان من معالم هذا الشرع التسبيب لعدم الاضرار ومن التسبيب لعدم الاضرار منع وسائل الاضرار بالولاية .

وهذا الذي ذكره مد ظله من حيث تحليل الربط بين التعليل والمعلل متين لو سلمنا بمبناه بان مفاد لا ضرار هو عبارة عن التسبيب لعدم الاضرار وان التسبيب لوحظ بالجامع بين الحرمة والمنع الولايتي من وسائل الاضرار .

ولكن المبنى نفسه محل تأمل باعتبار ان ظاهر السياق ان النفي في لا ضرار على نسق النفي في لا ضرر فدعوى ان النفي في لا ضرار بمعنى التسبيب للعدم بينما النفي في لا ضرر بمعنى عدم التسبيب للوجود مناف للسياق ، حيث ظاهر السياق ان كلا النفيين على نسق واحد .

مضافا الى ان تحميل لا ضرار هذا المعنى الجامع بين حكم تكليفي وحكم وضعي فالحكم التكليفي بمعنى تحريم الاضرار تكليفا والحكم الوضعي بمعنى ان لولي الامر الولاية في منع نفوذ او وجود وسائل الاضرار بلا شاهد.

هذا تمام الكلام في التطبيق الاول وهو تطبيق لا ضرر ولا ضرار على اعمال الحاكم الشرعي ولايته في تعارض الضررين او تزاحم الحقين .

## التطبيق الثاني من تطبيقات لا ضرار :

حكومة لا ضرار على الامر العبادي سواء كان صوما او صلاة او طوافا او وضوءا او غسلا ونقوم اولا بالتصنيف فنتحدث عن كل صنف على حدة اذ تارة يقع الحديث حول الضرر واخرى حول العبادة الضررية غير الصوم وغير الوضوء كالصلاة والطواف والسعي وثالثة حول الوضوء ومنشأ اختلاف الادلة في المقام .

### اما الصنف الاول : وهو الصوم الضرري

ففي الصوم الضرري اختلف كلام سيدنا الخوئي قدس سره الشريف بين ما ذكر في منهاج الصالحين وما ذكر في موسوعته المباركة تعليقا على كلام متن العروة ، ففي المنهاج في باب الصوم قال : من صام لاعتقاده عدم الضرر فبان الخلاف يعني تبين ان صومه ضرري فصومه صحيح الا ان يكون الضرر بحد الحرمة اي كان الضرر من مصاديق الالقاء بالنفس في التهلكة مثلا ، فح الصوم باطل على كل حال عالما كان او جاهلا لان المبغوض لا يصلح للمقربية .

فالكلام في الشق الاول انه قال اذا صام باعتقاد عدم الضرر فبان الخلاف فصومه صحيح .

لكنه افاد في موسوعته ج21 ص496 في تعليقته على متن العروة موافقته لمتن العروة في القول بالبطلان اي ان المكلف لو صام باعتقاد عدم الضرر فتبين ان صومه ضرري فالحكم هو البطلان .

وهنا يتأمل في ان الامر بالصوم ما هو الرافع له? هل الرافع له هو الظهور الاولي للاية ام الرافع له ظهور سياق استثناء المريض في الارفاق? ام ان الرافع له حديث لا ضرر?

فهنا ثلاثة وجوه قد يستفاد منها رفع وجوب الصوم الضرري :

الوجه الاول :

ما ذكره هو في موسوعته المباركة قال : ظاهر المقابلة في الاية : شهر رمضان الذي انزل فيه القرآن هدى للناس وبينات من الهدى والفرقان فمن شهد منكم الشهر فليصمه ومن كان مريضا او على سفر فعدة من ايام اخر مقتضى المقابلة بين من شهد ومن كان مريض ان موضوع الامر بالصوم هو الحاضر الصحيح السليم وعليه فذيل الاية مقيد لموضوع الحكم في صدر الاية اي يتبين بقرينة المقابلة ان موضوع الامر بالصوم من الاول هو الحاضر السليم او الحاضر الصحيح فبالنتيجة المريض لا امر بالصوم في حقه اصلا علم بالمرض والضر ام لا ، فاذا صام باعتقاد عدم الضرر ثم انكشف ان الصوم ضرري تبين ان لا امر بالصوم في حقه فلا يمكن تصحيح صومه لا بالامر اذ لا امر في حقه ولا بالملاك اذ الكاشف عن الملاك هو الامر فمع سقوط الامر فلا كاشف عن الملاك وبالتالي مقتضى الاية المباركة الحكم بان من صام باعتقاد عدم الضرر فتبين ضررية صومه ان صومه باطل كما ذكر في العروة .

الوجه الثاني :

ان الرافع لوجوب الصوم ظهور قوله : فمن كان منكم مريضا في سياق الارفاق ، اي ان الاية في مقام الارفاق بالمريض وان مقتضى الارفاق ان لا يلزم بالصوم فغاية ما يستفاد من سياق الارفاق ارتفاع الالزام لا اصل الطلب ، فبما ان ظاهر الذيل سياق الارفاق بالمريض بمقتضى كونه مريضا او مسافرا فان مقتضى المدلول الالتزامي لسياق الارفاق ان المرتفع في حق مريض هو الالزام بالصوم لا اصل الامر وطلب الصوم .

وبالتالي اذا صام معتقدا عدم الضرر فتبين ان الصوم ضرري فمقتضى القاعدة ان صومه صحيح لان اصل الامر بالصوم باق لم يزل وسياق الارفاق لا يرفع اصل الطلب .

الوجه الثالث :

ان الرافع للأمر بالصوم هو حديث لا ضرر وبما ان حديث لا ضرر وارد مورد الامتنان اذن مقتضى الامتنان ارتفاع الالزام واصل الطلب

و بعبارة اخرى لو قلنا بان من صام معتقدا عدم الضرر او جاهلا بالضرر فتبين ان صومه ضرري لو قلنا بفساد صومه لكن ذلك خلاف الامتنان عليه فمقتضى الامتنان الذي هو سياق حديث لا ضرر ان لا يحكم ببطلان صوم من صام معتقدا عدم الضرر .

اذن كلامه في المنهاج يوافق الوجهين الاخرين اللذين ذكرناهما لكنه لم يتعرض لهما وانما الذي تعرض له هو الوجه الاول وهو الموافق لما في تعليقته على متن العروة .

نعم اذا كان الصوم سببا لضرر بحد الحرمة فالصوم حينئذ مبغوض لكون سببا للضرر المحرم والمبغوض لا يصلح للمقربية علم المكلف بذلك ام جهل? هذا ما يتعلق بالصنف الاول وهو الصوم الضرري .

ونحن نرجح الوجه الثاني بمقتضى الظهور في سياق يعني الوجه الاول كان مع غض النظر عن ظهور الذيل في سياق الارفاق واما مع الالتفات الى ظهور ذيل الاية في سياق الارفاق فمقتضى ذلك الحكم بصحة صومه .

الصنف الثاني :

هو العبادة غير الصوم وغير الوضوء كالصلاة والطواف ، فاذا افترضنا ان الصلاة ضررية فتارة نلاحظ الدليل الخاص الوارد في المريض وتارة نلاحظ الدليل العام وهو دليل لا حرج او لا ضرر

فاذا لوحظ الدليل الخاص :

كالمريض يصلي جالسا هذا الدليل ظاهره ان وظيفته المتعينة حال مرضه انه يصلي جالسا لا ان قوله : المريض يصلي جالسا امر في موضع توهم الحظر ، فاذا قلنا بان هذا التعبير المريض يصلي جالسا امر في مورد توهم الحظر اذن لا يستفاد منه الا الترخيص وانه مرخص لا ان يصلي جالسا ، ولكن لا يستفاد منه الالزام .

واما اذا قلنا :

الظاهر من قوله : الصحيح يصلي قائما والمريض يصلي جالسا انه في مقام تحديد الوظيفة التعيينة لا انه في مقام دفع توهم الحظر فاذا كان في مقام بيان الوظيفة التعيينية فلو فرضنا انه تحمل المرض وصلى قائما فصلاته باطلة ما دام ظاهر الدليل ان وظيفته المتعينة ان يصلي جالسا اذن اذا خالف الوظيفة حتى ولو قال انا اتحمل ذلك فاصلي قائما تكون صلاته باطلة ,

هذا اذا لاحظنا الدليل الخاص وفهمنا من سياقه انه في مقام تحديد الوظيفة لا في مقام توهم الحظر .

واما اذا لاحظنا الدليل العام بان يقال : هذا مكلف لا يستطيع الطواف لكون الطواف ضرريا عليه او لا يستطيع السعي لكون السعي ضرريا عليه والدليل الرافع للامر بالطواف او السعي في حقه هو دليل لا ضرر فالكلام في انه ماذا يستفاد من دليل لا ضرر? هل يستفاد رفع اصل الطلب? او غاية ما يستفاد من دليل لا ضرر رفع الالزام?

ظاهر كلمات سيدنا الخوئي قدس سره في مصباح الاصول ان المرتفع اصل الطلب ولا امر في حق من كان طوافه ضرريا او سعيه ضرريا ـ ولكن ظاهر كلماته في ج8 من موسوعته المباركة انه يمكن التفصيل وهو الصحيح فيمكن التفصيل بلحاظ ما هو منشأ ظهور الامر في الوجوب ؟ حيث هناك امر بالطواف وهذا الامر ظاهر في الوجوب ، فما هو منشأ ظهوره في الوجوب ؟ على الخلاف في الاصول هل ان منشأ الظهور في الوجوب الوضع? ام منشأ الظهور في الوجوب الاطلاق المبني على مقدمات الحكمة? ام منشا الوجوب حكم العقل كما هو مبنى سيدنا الخوئي قدس سره ؟

فاذا قلنا بان منشأ استفادة الوجوب هو الوضع ، فالامر ليس له مدلولان وانما الامر وضع للوجوب كما هو مبنى صاحب الكفاية قدس سره ونفس هذا الامر قد ارتفع بدليل لا ضرر فلا شاهد على وجود امر اخر وثبوت امر اخر بالطواف او السعي يحتاج الى دليل ، اذن بناء على هذا المبنى يكون طوافه باطلا لا امر به .

واما لو قلنا بالمبنى الثاني :

ان استفادة الوجوب من الاطلاق فالامر لا يدل على الوجوب وانما يدل على الطلب وببركة مقدمات الحكمة ومن مقدمات الحكمة عدم ورود الترخيص في الترك استفدنا الوجوب ، يعني من باب تعدد الدال والمدلول ـ حيث الدال ان الامر يدل على اصل الطلب والدال الاخر عدم ورود الترخيص ومن مجموع الامرين نستفيد الوجوب فاذا جاء لا ضرر فرفع الامر يعني دل على الترخيص وحيث دل لا ضرر على الترخيص ارتفعت مقدمة من مقدمات الحكمة فلم ينعقد الاطلاق الذي يستفاد منه وجوب فاذا ارتفع الاطلاق الذي يستفاد منه الوجوب اصل الامر ما زال باقيا ودالا على اصل الطلب ومقتضى دلالته على اصل الطلب ان الطواف صحيح وان كان ضرريا

اما اذا قلنا بالمبنى الثالث :

وهو مبنى سيدنا الخوئي وشيخه المحقق النائيني قدس سرهما من ان الوجوب بحكم العقل فالامر لا يدل على الوجوب وانما العقل يدرك ان كان هناك ترخيصا فلا الزام وان لم يكن هناك ترخيص العقل يحكم بالالزام فالوجوب حكم عقلي هنا ذكر سيدنا الخوئي قدس سره ان الوجوب لا يقبل الرفع ، لان الوجوب حكم عقلي والحكم العقلي لا يقبل الرفع شرعا وانما ما يقبل الرفع شرعا هو ما يقبل الوضع شرعا فاذا كان الوجوب حكما عقليا فهو لا يقبل الوضع كي يقبل الرفع اذا دليل لا ضرر لا يرفع الوجوب ، فما الذي يرفعه دليل لا ضرر يرفع اصل اعتبار الفعل على ذمة المكلف فاذا ارتفع اصل اعتبار الفعل على ذمة المكلف فلا دليل على امر بالطواف الضرري .

ولكن هذا الكلام ايضا محل تأمل :

باعتبار ان موضوع حكم العقل بالوجوب هو مركب من امر وعدم ترخيص فاذا كان هناك امر وعدم ترخيص فالعقل يحكم بالوجوب فاذا جاء لا ضرر فلماذا تقولون دليل لا ضرر رفع اصل اعتبار الفعل ؟ باعتبار ان الفعل على ذمة المكلف ليس هو الوجوب وانما الوجوب مجموع الامرين

وبعبارة اخرى موضوع حكم العقل بالوجوب مجموع الامرين اعتبار الفعل على ذمة المكلف المستفادة من الامر وعدم الترخيص

واذا جاء دليل لا ضرر رفع موضوع الوجوب برفع احد اجزائه يعني رفع عدم الترخيص الى الترخيص ، فاذن اصل دلالة الامر على اعتبار الفعل على ذمة المكلف باق مقتضى بقاء اصل الامر ان يكون ايضا طوافه صحيحا فاذن استفادة صحة الطواف يختلف باختلاف المسالك في منشأ استفادة الوجوب

نأتي الى هذه الرواية الشريفة بعض الاعلام قدس سره ذكر بان هناك رواية شريفة قد يستفاد منها ان سقوط الحكم دائما سقوط العزيمة لا سقوط الرخصة ، يعني مفاد دليل لا ضرر ومفاد ما جعل عليكم في الدين من حرج ومفاد رفع القلم عن ثلاثة سقوط العزيمة لا سقوط الرخصة وهي موثقة السكوني عن ابي جعفر عن ابائه عن رسول الله صلى الله عليه واله : ان الله اهدى الى امتي هدية لم يهدها الى احد من الامم كرامة من الله لنا ، قالوا وما ذلك يا رسول الله? قال الافطار في السفر والتقصير في الصلاة ثم قال فمن يفعل ذلك فقد رد على الله عز وجل هديته

فتمسك بعض الاعلام بهذه الفقرة من الذيل : فقد رد على الله عز وجل هديته معناه ان كل هدية يهديها الله تبارك وتعالى لعباده فهذه الهدية على نحو العزيمة ولا تكن على نحو الرخصة فاذن مفاد دليل لا ضرر عزيمة ومفاد رفع عن امتي ما لا يعلمون عزيمة ومفاد رفع القلم عن ثلاثة عزيمة ومفاد ما جعل عليكم في الدين من حرج عزيمة ، فلا معنى ان نقول بالتفكيك وان نقول بقي اصل الطلب وارتفع الالزام منه ، هذا رد لهدية الله ومقتضى ذلك انه دائما السقوط عزيمة ، اذا دائما لا امر ولا اصل للطلب فمقتضاه ان من اتى بالطواف الضرري او السعي الضرري او الصلاة الضررية فصلاته باطلة واذا كان ملتفتا فقد رد على الله عز وجل هديته فهل هذا ظاهر في العموم ام لا?

هذا محل تأمل

و يأتي الكلام في البقية

والحمد لله رب العالمين

وصلى الله على محمد واله الطاهرين

### 003

### الصنف الثالث : وهو البحث في الوضوء الضرري

والبحث في الوضوء الضرري في مقامين :

1-     في الضرر غير المحرم

2-     وفي الضرر المحرم .

المقام الاول : وهو البحث في الوضوء الضرري غير المحرم :

وينعقد البحث في موارد ثلاثة :

1-     في شمول اية الوضوء لفرض الضرر

2-     وفي ثبوت الامر الاستحبابي بالوضوء ولو كان وضوءا ضرريا

3-     وفي شمول قاعدة لا ضرر بحيث يترتب على شمولها عدم صحة الوضوء الضرري

اما المورد الاول :

وهو شمول اية الوضوء في حد ذاتها للوضوء الضرري فلابد من تقريب دلالة الاية اولا ثم التعقيب على هذه النقطة .

اما دلالة الاية المباركة على شمول الامر بالوضوء للوضوء الضرري وعدمه تبتني على عنصرين :

العنصر الاول :

ان المرض في الاية (فان كنتم مرضى او على سفر او جاء احد منكم من الغائط او لامستم النساء فلم تجدوا ماء فتيمموا ) هل هو كناية عن الضرر ام ان المرض كناية عن الحرج?

حيث ذهب جملة من الاعلام الى ان عنوان المرض كناية عن الحرج وذلك بلحاظ قرينتين :

القرينة الاولى :

قرن المرض بالسفر حيث قال فان كنتم مرضى او على سفر ، بتقريب ان السفر عنوان يشير الى صعوبة تحصيل الماء والمشقة في تحصيل الماء في تلك الازمنة فالمرض ايضا كذلك فان كنتم مرضى يعني فان كان استعمال الماء مما يشق عليكم ومما هو حرج عليكم ، فلاجل ذلك عنوان المرض ليس كناية عن الضرر وانما هو كناية عن الحرج والمشقة .

القرينة الثانية :

ذيل الآية حيث قال تبارك وتعالى : ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج ولكن يريد ليطهركم

فان ظاهرها ان العذر المنظور في الاية المباركة هو الحرج لا المرض ، وعليه فالاية اجنبية عن الوضوء الضرري ، بل هي ناظرة للوضوء الحرجي .

ولكن هذا التحليل غير تام :

باعتبار ان المرض عرفا كناية عن الضرر ولا يعبر عرفا عن المرض ويراد به الحرج والمشقة ، فلا يستعمل عنوان المرض بحسب الاستعمالات العرفية في الكناية عن الحرج والمشقة ، بل المرض بحسب المنظور العرفي كناية عن الضرر وبالتالي اقحام مسألة السفر ليس من هذا الباب وانما من باب التنويع ، بمعنى ان ذكر المرض والسفر في الاية يراد به ان المسوغ للتيمم احد امرين :

1-     اما التضرر من الماء - وهو المعبر عنه بالمرض

2-     او صعوبة تحصيل الماء او عدم وجدانه - وهو المعبر عنه بالسفر .

فالسفر باعتبار انه في تلك الازمنة مصداق عرفي لعدم وجدان الماء او مشقة تحصيله لذلك الآية تذكر بان المسوغ للتيمم اما التضرر من استعمال الماء او عدم وجدان الماء او تعذر تحصيله لذلك اتى بالمرض والسفر والا لو كان المراد بعدم الوجدان هو المشقة والحرج لم يكن هناك حاجة لذكر عنوان المرض وعنوان السفر .

واما ما ذكر في ذيل الاية : ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج ولكن يريد ليطهركم فهذا الذيل ليس ناظرا لي بدلية التيمم عن الوضوء وانما هذا الذيل ناظر لاصل جعل الطهارات الثلاث ، اي لماذا جعل المشرع الطهارات الثلاث? الوضوء والغسل والتيمم ؟ انما جعل الطهارات الثلاث لا لغرض ايقاعكم في الحرج بل لغرض تطهيركم ، فالنكتة الملحوظة في الذيل هي مرتبطة باصل جعل الطهارة الثلاث وليست مرتبطة ببدلية التيمم عن الوضوء كي يقال ان الذيل قرينة على ان المراد بالمرض الذي هو موضوع للتيمم يراد به الحرج ، فليس الامر كذلك .

فبالنتيجة العنصر الاول من الآية المباركة ان المرض كناية عن الضرر

والعنصر الثاني ان الاية المباركة قسمت حال المكلف الى قسمين وتعرضت لموضوع القسم الثاني اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم الى ان قال وان كنتم مرضى او على سفر او جاء احد منكم من الغائط او لامستم النساء فلم تجدوا ماء فتيمموا ، حيث انه تعرض للقسم الثاني حكما وهو الامر بالتيمم وموضوعا وهو المرض والسفر فيستفاد من ذلك ومن باب قرينة ان التقسيم قاطع للشركة وقد تعرض للقسم الثاني حكما وموضوعا مقتضى ذلك ان موضوع القسم الاول وهو الامر بالوضوء الا وهو السليم يعني الذي لا يتضرر باستعمال الماء موضوع

اذن هناك قسمان

القسم الاول الامر بالوضوء وموضوعه من ليس متضررا

والقسم الثاني الامر بالتيمم وموضوعه المتضرر او الذي ليس واجدا للماء كالمسافر والتقسيم قاطع للشركة ونتيجة ذلك ان موضوع الامر بالوضوء اخذ فيه عدم الضرر ، اذن الامر بالوضوء لا يشمل الضرر من الاول لا ان الامر بالوضوء يشمل الضرر فنحتاج الى اخراج فرض الضرر الى دليل اخر و انما من الاول الامر بالوضوء لا يشمل فرض الضرر والوضوء الضرري لا امر به بمقتضى ان الاية قسمت حال المكلف الى تيمم عند التضرر ووضوء عند عدم التضرر حيث ان التقسيم قاطع للشركة فالمستفاد من الاية سقوط الامر بالوضوء في حال الضرر بلا حاجة الى ان نتشبث بقاعدة لا ضرر بل اصل الامر في الاية لا يشمل حال التضرر من استعمال الماء

وسيدنا الخوئي قدس سره في مصباح الاصول ج2 ص 551 حمل المرض في الاية على خصوص الضرر المحرم قال : المراد في فان كنتم مرضى يعني فان كنتم تتضررون باستعمال الماء بحد الضرر المحرم وقال هناك فرق بين اية الصوم واية الوضوء ففي اية الصوم قال فمن كان منكم مريضا او على سفر فعدة من ايام اخر ولم يذكر قيدا اخر سوى المرض والسفر لذلك قلنا في باب الصوم مطلق الضرر مسقط للصوم وانه متى حصل ضرر فالصوم باطل سواء علم المكلف بالضرر ام جهل به واما في اية الوضوء لم يقتصر على ذكر المرض بل اضاف قيدا وهو قوله فلم تجدوا ماءا ، قال تعالى : فان كنتم مرضى او على سفر او جاء احد منكم من الغائط او لامستم النساء فلم تجدوا ماء فتيمموا ، وظاهر قوله : فلم تجدوا انه قيد لكل ما قبله مرض وسفر ولامستم وجاء احد منكم من الغائط فلم تجدوا ماء قيد لما قبله

اذن المرض لم يذكر وحده وانما ذكر معه عدم وجدان الماء فبما ان هذا القيد مما لا معنى له عرفا الا عدم التمكن من استعمال الماء فان كنتم مرضى ولم تجدوا ماءا  يعني فان كنتم مرضى ولا يمكنكم استعمال الماء فعدم الوجدان كناية عن عدم التمكن من الاستعمال لا مطلق المرض ومن الواضح ان عدم التمكن من الاستعمال قد يكون لمانع تكويني قد يكون لمانع شرعي لا يتمكن من استعمال الماء ككونه مغصوبا مثلا او هناك تزاحم بينه وبين من عليه غسل فريضة ونحو ذلك

فبالنتيجة المنظور في الاية الضرر الذي لا يمكن معه استعمال الماء لمانع تكويني او مانع شرعي وهو خصوص الضرر المحرم فالاية ناظرة للضرر المحرم واذا كانت الاية ناظرة للضرر المحرم لاجل ذلك لا يصح الاستدلال بالاية على سقوط الامر بالوضوء الضرري مطلقا وانما بالوضوء الضرري الموجب لضرر محرم لا مطلق الضرر.

و يلاحظ على ما افيد في كلمات سيدنا الخوئي قدس سره :

ان كلمة فلم تجدوا ماءا ناظرة الى السفر لا ناظرة الى المرض اذ لا يقال عرفا للمريض انه لا يجد ماء فلو فرض ان مريضا امامه ماء ولكنه لا يقدر على استعماله لا يقال عرفا هذا مريض لا يجد ماء وانما يقال هذا مريض لا يقدر على استعمال الماء لانه مريض لا انه لا يجد ماءا فالتعبير بـ فلن تجدوا ماء لا يصح عرفا ان يكون قيدا للمرض وانما بمعنى الكناية عن عدم القدرة على الاستعمال بحيث يشمل خصوص التعذر التكويني او المانع الشرعي بمعنى كون الضرر ضررا محرما والا لو كان المراد بعدم الوجدان هو عدم التمكن من استعمال الماء ما احتجنا الى هذه العناوين كلها ، فمن الاول كان يقول فان كنتم لا تقدرون على الماء فتيمموا فلا حاجة الى ان يقول مريض وسفر وكذا وانما يقول فلم تجدوا ماء ، فما دام عدم الوجدان كناية عن عدم القدرة اذن جعل الضرر في الاية او جعل المرض في الاية خصوص الضرر المحرم بلا وجه فالاية شاملة لمطلق الوضوء الضرري سواء كان ضررا مباحا ام ضررا محرما .

 وبالتالي الكلام في ان الاية هل الامر بالوضوء يشمل الوضوء الضرري ام لا? وهذه هي نقطة البحث يعني بعد المفروغية عن الاستدلال بالاية وبيان ان الاية قد قسمت حال المكلف الى قسمين قسم حكمه التيمم وهو المتضرر باستعمال الماء وقسم حكمه الوضوء وهو غير المتضرر باستعمال الماء بعد المفروغية عن ذلك نبحث هل ان الامر الذي يسقط بالتضرر هو الالزام او اصل الطلب ؟

صحيح ان الاية ذكرت ان الامر لا يشمل المتضرر ولكن اي امر لا يشمل المتضرر ؟ هل ا

لالزام بالوضوء لا يشمل المتضرر ؟ اذن يبقى الامر الندبي يشمل الوضوء الضرري ، ام ان مفاد الاية اصل الامر بالوضوء ولو كان امرا ندبيا لا يشمل المتضرر باستعمال الماء ؟

فهذه هي النكتة التي نحتاج الى البحث فيها .

فهنا اتجاهان :

الاول :

ان ظاهر سياق الاية بقرينة مناسبة الحكم للموضوع ان المرتفع هو الالزام بالوضوء او فقل الامر الشرطي بالوضوء ، لان الامر المعلق على العذر ظاهر عرفا في كونه هو الالزام والمؤاخذة ، كما ذكر ذلك في حديث الرافع رفع عن امتي ما استكرهوا عليه وما اضطروا اليه قالوا ظاهر ربط الرفع بالعذر ان المرتفع هو الالزام او التكليف الالزامي

او قوله رفع القلم عن ثلاثة فظاهر رفع القلم عن ذوي الاعذار رفع قلم الالزام لا جعل هؤلاء كالبهائم لا امر في حقهم ولو كان ندبيا .

هنا ايضا ظاهر ربط الامر بالتيمم بذوي الاعذار وهم المريض والمسافر ان الذي ارتفع بحصول العذر هو الالزام او الامر الشرطي يعني اشتراط الصلاة بالطهارة المائية فالالزام بهذا الشرط يرتفع في فرض العذر .

هكذا مناسبة الحكم للموضوع .

مثلا :

اذا قال المولى لعبده : احفظ سورة من القرآن ، فان لم تقدر فاقرأ سورة قصيرة فظاهره ان الالزام هو الذي يسقط بحفظ سورة من القرآن لا اصل الطلب ، بمعنى ان المكلف لو تحمل المشقة وحفظ سورة من القرآن لكان عمله مجزيا ومسقطا للامر .

ويؤيد هذا الاتجاه ذكره بعض الاعلام قدس سره في مصباح المنهاج ج8 ص 109 :

طبعا هو نظره قدس سره لفرض الحرج ولكن في التعليل الذي ذكره يشمل فرض الضرر ايضا قال : اذا خالف المكلف عمدا فتوضأ في مورد يكون الوضوء فيه حرجيا مع ان الحرج يسقط الامر بالوضوء لكن المكلف تحمل الحرج وتوضأ كالوضوء في شدة البرد صح وضوءه ،

كما مال اليه في الجواهر وصرح به غير واحد لان الحرج وان كان رافعا للتكليف الا انه لا يوجب قصور موضوعه تخصيصا يعني ليس مصنفا للموضوع الحرجي عرفا بحيث يقسم موضوع التكليف الى قسمين المتحرج وغير المتحرج بل هو عرفا من سنخ العذر الرافع للالزام مع بقاء الملاك والرجحان ، فعنوان الحرج بنظر العرف من سنخ العذر الذي يرفع الحكم لا انه يصنف الموضوع ، ففرق بين العناوين التي تصنف الموضوع كالمستطيع فان عنوان المستطيع يصنف الموضوع و مثل عنوان الطهارة تصنف الموضوع ،

اما عنوان المرض لا يصنف الموضوع بالنظر العرفي وانما يؤثر على الحكم لا انه يقسم الموضوع الى قسمين فهو متصرف في الحكم عرفا رافع للالزام لا انه مقسم للموضوع ، فيتعين صحة الطهارة المائية وامكان التقرب بهذا الوضوء .

وما ذكره قدس سره يأتي في الضرر باعتبار ان الضرر كالحرج عذر عرفا ومؤثر على الحكم والالزام لا انه مصنف للموضوع .

هذا هو الاتجاه الاول .

الاتجاه الثاني :

ما هو ظاهر كلمات السيد الاستاذ مد ظله الشريف في قاعدة لا ضرر ص 284 :

ان اصل الامر بالوضوء يسقط في فرض الضرر فضلا عن الالزام حتى لو كان امرا ندبيا ورجحانا فاصل الامر بالوضوء يسقط في فرض الضرر ، وهذا هو منظور الاية المباركة .

ويمكن التقريب عليه باحدى نكتتين :

الاولى :

ان ظاهر قوله : فتيمموا تعيين الوظيفة لانه ترخيص ، فان كنتم مرضى او على سفر او جاء احد منكم من الغائط او لامستم النساء فلم تجدوا ماء فتيمموا يعني فالوظيفة المتعينة هي التيمم ، فتيمموا ليس لسانها الترخيص و انه لا يجب عليكم الوضوء ويرخص لكم التيمم ، وانما فتيمموا لسان التعيين ، يعني لسان فتيمموا مثل لسان فعدة من ايام اخر في اية الصوم : فمن كان منكم مريضا او على سفر فعدة من ايام اخر ، و هذا ليس معناه مرخص لكم ان تؤجلوا الصوم الى ايام اخر بل المتعين عليكم الصوم في ايام اخر ، فهذا مثل هذا و ظاهر اللسان هو التعيين ،

طبعا هو لم يذكر هذه النكتة انا اضفت هذه النكتة باعتبار انه قد تساعد على دعم الاتجاه الثاني .

النكتة الثانية :

ان هناك فرقا بين عنوان الحرج عنوان الضرر ، فعنوان الحرج كما يقول سيد المصباح قدس سره عنوان لو عرض على العرف لما رؤي فيه الا انه رافع للمؤاخذة والالزام لا انه مصنف للموضوعات بخلاف عنوان الضرر او عنوان المرض فانه سنخ عنوان قد يؤثر في تغير الموضوع فيقال هذا الموضوع قسمان سليم ومريض ، فالسليم مأمور بالوضوء والمريض مأمور بالتيمم خصوصا ان المرض يحتمل عرفا تأثيره على الطهارة ، فالطهارة اي هذه الحالة النفسية التي يجدها المكلف بعد الاتيان بالوضوء قد لا تتأتى في حال المرض فمن المحتمل ان الطهارة التي تترتب على الوضوء قد لا تتأتى في حال المرض فالملاك اصلا مفقود حال المرض والضرر ، ولاجل ذلك هنا موضوعان لحكمين .

ثم يقول :

لو قال المولى لعبده : عليك بالمشي كل يوم كيلومتر باعتبار انه يشكو قلة الصحة فقال له عليك بالمشي كل يوم كيلو متر لتجديد صحتك ونشاطك فان تضررت بذلك فخذ العلاج الاخر وهو شرب الدواء مثلا ، فهل يستفاد من هذا اللسان انه لو تحمل الضرر ومشى كيلومتر لاجزأه ؟

قال لا ، و انما ظاهر هذا اللسان انه عند التضرر يتعين عليك استعمال الدواء واستعمال العلاج الاخر لا ان الساقط فقط الالزام بل لا امر في حقك لانه لا علاج في حقك الا بهذا النحو .

هذان اتجاهان ذكرناهما في تحليل مفاد الاية المباركة .

ولكن قد يقال في مناقشة الاتجاه الثاني :

ان نكتة الاتجاه الاول ليست هي دائرة مدار العنوان وهو ان المأخوذ عنوان الضرر او عنوان الحرج كي يقال لو كان المأخوذ عنوان الحرج لقبلنا بينما الماخوذ هو عنوان المرض فالمسألة لا تدور مدار العنوان وانما المسألة تدور مدار قرينة مناسبة الحكم للموضوع ـ، بمعنى ان تعليق الامر بالتيمم على ما هو عذر بالنظر العرفي ظاهر بقرينة مناسبة الحكم للموضوع انه لا يستفاد منه الا رفع الالزام بالوضوء لا تعيين التيمم ، لذلك لا ظهور في قوله فتيمموا في التعيين وانما غاية ما يستفاد ببركة قرينة مناسبة الحكم للموضوع ان قوله : فتيمموا يعني فلا يجب عليكم الوضوء وامامكم بديل اخر ، وما يريد الله ليجعل عليكم من حرج ولكن يريد ليطهركم ، فلا يستفاد منه التعيين كي يقال بان هذا ظاهر في ان لا امر من الاساس ولو كان امرا ندبيا بالوضوء في حال فرض العذر .

المورد الثاني : في التمسك بالامر الندبي

فلنفترض ان الامر في الاية سقط هل هناك امر ندبي من خارج الاية يشمل فرض الوضوء الضرري? اي ان الامر في الاية لا يشمل الوضوء الضرري لكن هل يستفاد من خارج الاية ان الامر الندبي بالوضوء يشمل الوضوء الضرري ام لا?

طبعا الامر الندبي بغض النظر عن الخلاف بين السيد الخوئي والسيد السيستاني في ان الامر الندبي هل هو امر بذات الوضوء او هو امر بالكون على الطهارة ، المهم ان هناك امر ندبي سواء كان متعلق الامر الندبي عنوان الوضوء او الكون على الطهارة والوضوء مجرد محقق ومحصل ، فبغض النظر عن هل الامر الندبي المستفاد من الادلة الاخرى يشمل الوضوء الضرري ام لا .

فالسيد الاستاذ مد ظله في قاعدة لا ضرر ص 285 افاد بالنفي و ذلك لوجهين :

الوجه الاول :

ان الامر ندبي فلا اطلاق له في الحث و الترغيب لفرض كون الوضوء مضرا بحال المكلف فلا يحرز اطلاق الامر الندبي في نفسه .

والوجه الثاني :

ان ظاهر الاية ان المعلق على عدم المرض هو الامر المحصل للطهارة ، لانه قال : اذا قمتم الى الصلاة يعني اذا اردتم تحصيل الطهارة للصلاة فاغسلوا ، فهو ناظر للامر المحصل للطهارة الزاميا كان او ندبيا هذا ليس منظور في الاية ، فليس المنظور في الاية الامر الالزامي حتى تقولون سقط الالزام وبقي الندب ، و انما المنظور في الاية بمقتضى قوله : اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوتا الامر المحصل لشرط الصلاة يسقط وهذا لا فرق فيه بين ان يكون امرا الزاميا او ندبيا ، فبالنتيجة حتى الامر الندبي هو محقق لشرط الصلاة فالاية تريد ان تقول الوضوء المحصل لشرط الصلاة سواء كان محصلا بعنوانه او محصلا بعنوان الكون على الطهارة الوضوء المحصل لشرط الصلاة لا يشمل الوضوء الضرري ، سواء كان الامر به الزاميا او ندبيا او من خارج الاية او من داخل الاية لا علاقة له بالمطلب ?

ولكن الملاحظ :

اما بالنسبة الى الوجه الاول :

فقد يقال الامر الاستحبابي بالوضوء مطلق وهو قوله تعالى / ان الله يحب التوابين ويحب المتطهرين والوضوء طهور بضم الاخبار حيث قال في صحيحة زرارة : فان التيمم احد طهورين ، فيستفاد من هذا التقسيم : فان التيمم احد الطهورين ان الوضوء طهور فبضم هذه الرواية للاية وهي قوله : ان الله يحب التوابين ويحب المتطهرين استفيد ان الوضوء محبوب ـ سواء كان محبوبا بعنوانه او محبوبا بلحاظ كونه محققا للطهارة هذا بحث اخر ولكن بضم الاية للرواية استفيد الامر الندبي اما بعنوان الوضوء او بعنوان الكون على الطهارة .

وان كان شيخنا الاستاذ التبريزي قدس سره يقول ظاهر صحيحة زرارة الأخرى : لا ينقض الوضوء الا ما خرج من طرفيك الاسفلين ظاهرها ان الطهور هو الوضوء نفسه وليس المسبب عنه ، فلا ينقض الوضوء اي الوضوء بعنوانه لا ينقض الا ما خرج من طرفيك الاسفلين ، وظاهره ان الوضوء هو امر قابل للنقض والبقاء وان الناقض له ما يخرج من احد الطرفين الاسفلين وهذا يشير الى ان نفس الوضوء هو الشرط وهو المطلوب لا ان المسبب عن الوضوء وهو الطهارة هو المطلوب .

فبغض النظر عن هذه المناقشة نريد ان نقول بان ما دل على محبوبية الوضوء يشمل فرض الضرر نعم لا يشمل فرض الضرر المحرم فلا معنى للحث على وضوء موجب لضرر محرم وهذا كلام صحيح عرفا ان الامر الاستحبابي لا يشمل الوضوء بضرر محرم لكن اذا كان الوضوء مضرا فلا يشمله الامر الاستحبابي فافترض انه لا يمكنه تحصيل الوضوء الا بمال كثير فالضرر ضرر مالي وليس بدنيا يعني لا يشمله الامر الندبي ؟ قطعا يشمله الامر الندبي ، نعم لا يشمل الضرر المحرم ، حيث مقتضى الاطلاق ان الله يحب التوابين ويحب المتطهرين لذلك.

واما الوجه الثاني :

الذي افيد في كلمات السيد الاستاذ ان ظاهر الاية ان الامر المحصل لشرط الصلاة يسقط بالوضوء الضرري سواء كان استحبابيا او الزاميا فنحن لو خلينا والاية المباركة لفهمنا عرفا ان الامر بالصلاة عن طهارة مائية يسقط في حال كون الوضوء ضرريا ، ولكن هذا لا يعني سقوط الامر الندبي بالطهارة ، يعني الامر الندبي المحقق للطهارات خصوصا على مبناه هو مد ظله من ان الوضوء التجديدي مستحب في نفسه مع ان الوضوء التجديدي ليس محققا للطهارة او مثلا وضوء الحائض مستحب وان لم يكن محققا للطهارة فنحن نريد ان نقول ان الامر الندبي المحقق لما هو المحبوب للمولى وهو الطهارة لا دليل على سقوطه بسقوط امر الالزامي بالصلاة عن طهارة مائية فلا نستفيد من الاية الا سقوط الامر الالزامي بالصلاة عن طهارة مائية اما كل امر محقق للطهارة بالوضوء فقد سقط بتقييد الموضوع في الاية بالوضوء غير الضرري هذا غير واضح .

والله العالم بالصواب .

وصل الكلام الى المورد الثالث وهو التمسك بقاعدة لا ضرر لنفي الامر بالوضوء الضرري.

### 004

### المورد الثالث : دلالة حديث لا ضرر على فساد الوضوء الضرري ،

فانه بناء على شمول قوله تعالى : اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم للوضوء الضرري وبناء على شمول دليل الاستحباب وهو قوله تعالى : ان الله يحب التوابين ويحب المتطهرين الى الوضوء الضرري ، يقع الكلام في ان حديث لا ضرر هل يدل على بطلان الوضوء الضرري ام لا?

والصحيح عدم دلالة حديث لا ضرر على البطلان على كلا المسلكين في نسبة الوضوء للحكم حيث ان هناك مسلكين سبق عرضهما في الليلة السابقة :

المسلك الاول :

ان نسبة الوضوء الى الامر نسبة المتعلق وهو المشهور من ان الوضوء مستحب بعنوانه ، فالامر قد تعلق بالوضوء كما يتعلق باي مستحب اخر فنسبة الوضوء الى الامر نسبة المتعلق

والمسلك الاخر :

ما ذهب اليه جماعة منهم السيد الاستاذ مدظله من ان نسبة الوضوء الى الامر نسبة الموضوع لا المتعلق اي ان الوضوء موضوع لا متعلق ، اذا حصل الوضوء اعتبر الشارع في طول حصول الوضوء الطهارة ، فالوضوء موضوع لاعتبار الطهارة لا ان الوضوء بعنوانه متعلق للامر الندبي ، ما هو متعلق الامر الندبي هو الكون على الطهارة والوضوء موضوع لاعتبار الشارع على الطهارة .

بينما على المسلك الاول الوضوء متعلق للامر فكان الطهارة عنوان مشير لنفس الوضوء من الغسلتين والمسحتين .

فسواء اخترنا المسلك الاول وهو ان نسبة الوضوء للأمر نسبة المتعلق او اخترنا المسلك الثاني وهو ان نسبة الوضوء الى الامر بالطهارة نسبة الموضوع

فعلى كلا المسلكين نقول بان حديث لا ضرر لا دلالة فيه على بطلان الوضوء الضرري .

نبدأ بالمسلك الاول : ان الوضوء بعنوانه مستحب .

فهل الوضوء الضرري باطل بمقتضى حديث لا ضرر ام لا?

ذكر هنا وجهان :

الاول :

ان الامر الندبي بالوضوء ليس منشأ للضرر كي يرفع بلا ضرر فان لا ضرر ترفع الحكم الذي يكون منشأ للضرر والحكم الذي منشأ للضرر هو الالزام لان الالزام هو الذي يوقع المكلف في كلفة فيضطر المكلف لارتكاب الضرر من اجل امتثاله واما الحكم الندبي كاستحباب الوضوء في نفسه فليس موجبا لوقوع المكلف في كلفة امتثاله كي يكون منشأ للضرر .

فلأجل ان الامر الندبي ليس منشأ للضرر فليس حكما ضرريا فليس مشمولا لحديث لا ضرر وبالتالي حديث لا ضرر انما يرفع الالزام بالوضوء لا انه يرفع استحباب الوضوء الذي يشمل الوضوء ضرري وبالتالي فالاتيان بالوضوء امتثالا لامره الندبي يقع صحيحا .

الوجه الثاني :

ما نقلناه سابقا عن بعض الاعلام قدس سره في مصباح المنهاج :

ان دليل لا ضرر وارد مورد الامتنان ومقتضى ذلك بقاء المقتضي والرجحان اذ لا معنى للامتنان مع فقد المقتضي ، فلو قلنا بان الوضوء الضرري او الصوم الضرري اصلا لا مقتضي فيه للأمر فلا معنى لان يكون رفعه امتنانيا ، وانما يكون رفع الامر بالوضوء الضرري او الصوم الضرري بحديث لا ضرر امتنانيا اذا فرض تمامية المقتضي له ، والمقتضي تام وهو انه عمل راجح مندوب مع ذلك رفعه الشارع بحديث لا ضرر امتنانا .

اذن بما ان حديث لا ضرر وارد مورد الامتنان والامتنان فرع تمامية المقتضي في نفسه فنفس حديث لا ضرر دال بالدلالة الالتزامية ان المقتضي للوضوء الضرري ما زال باقيا وان رفع بحديث لا ضرر ، فالمرفوع بحديث لا ضرر وجوبه واما رجحانه فالمقتضي لندبيته ما زال باقيا بنفس المدلول الالتزامي لحديث لا ضرر وهو ورود حديث لا ضرر في سياق الامتنان .

اذن على مسلك ان نسبة الوضوء للأمر نسبة المتعلق فالوضوء صحيح ولو كان ضرريا في حال العلم بالضرر فضلا عن حال الجهل وذلك لاجل هذين الوجهين اللذين تعرضنا لهما .

**واما على مسلك الموضوعية:**

اي ان الوضوء موضوع لاعتبار الشارع للطهارة لا ان الوضوء متعلق فبناء على هذا فيقال بان موضوعية او سببية الوضوء للطهارة تعتمد على عنصرين :

العنصر الاول : قصد القربة لان الوضوء الذي هو سبب للطهارة ما كان عن قصد القربة

العنصر الثاني : حكم الشارع بالطهارة على اثر تحقق الوضوء خارجا .

وكلا العنصرين يتوفران حتى مع العلم بالضرر فضلا عن الجهل به :

اما العنصر الاول :

وهو الاتيان بالوضوء بقصد القربة مع علم المكلف ان هذا الوضوء ضرري فان قصد القربة كما هو مسلك السيد الخوئي وتلامذته لا يتوقف على وجود امر اصلا ، فحتى ولو لم يكن هناك امر يكفي في التقرب الى المولى اضافة العمل اليه اضافة تذللية ، اي متى حصلت الاضافة التذللية كان العمل قربيا ويكفي في الاضافة التذللية في المقام ان المكلف يقصد الكون على الطهارة وهو محبوب في نفسه فان المولى قال : ان الله يحب التوابين ويحب المتطهرين ، فاذا اتى بالوضوء الذي لا امر به لكن قاصدا به الكون على الطهارة الذي هو محبوب في نفسه بمقتضى الاية تحقق كون الوضوء قربيا وتحقق قصد القربة باعتبار انه اذا كان الوضوء ضرريا فالامر الالزامي بالصلاة عن وضوء قد سقط ببركة دليل لا ضرر فح الامر المقدمي بالوضوء مقدمة للصلاة ايضا سقط ، و اذا سقط الامر بذي المقدمة سقط الامر بالمقدمة ، اذن لا يوجد امر بالوضوء ، فمع انه لا يوجد امر بالوضوء لكنه اذا اتى بالوضوء بقصد التوصل لما هو محبوب عند المولى وهو الكون على الطهارة تحقق كون الوضوء قربيا.

اما العنصر الثاني : وهو حكم الشارع بالطهارة

فان حكم الشارع بالطهارة على اثر الوضوء كحكم الشارع بالطهارة على اثر عملية تطهير البدن ، فلو فرضنا انه تنجس بدنه وتطهير بدنه بالماء مضرا به مع ذلك لو قام وطهر بدنه يشمله حكم الشارع بالطهارة ما دام طهر بدنه وان كان استعمال الماء مضرا به لكنه بعد ان تحمل الضرر وطهر بدنه بالماء الشارع يعتبره طاهرا طهارة خبثية كما ان حكم الشارع بالطهارة الخبثية حكم وضعي يكفي فيه حصول الموضوع كذلك حكم الشارع بالطهارة الحدثية يكفي فيه حصول موضوعه خارجا وهو الوضوء القربي ، فاذا حصل الوضوء القربي حكم الشارع بالطهارة الحدثية وهذا الحكم الوضعي وهو حكم الشارع بالطهارة على اثر الوضوء ليس حكما ضرريا كي يرفع بلا ضرر ، لانه حكم في طول الفعل خارجا وليس في رتبة سابقة ، حيث الشرع يقول انا لا امرك بشيء حتى تقول بانني اوقعتك في الضرر ، انت اذا اوجدت الوضوء القربي بغرض الوصول الى الطهارة انا اعتبرك طاهرا فاعتبار الطهارة الحدثية متأخر رتبة عن صدور العمل فح فليس منشأ للضرر كي ينفى بحديث لا ضرر .

بالنتيجة سواء قلنا بان نسبة الوضوء للامر نسبة المتعلق او نسبة الوضوء للامر نسبة الموضوع على كلا المسلكين الوضوء الضرري ليس باطلا بمقتضى ورود وحكومة حديث لاضرر .

هذا في فرض العلم بانه ضرري فكيف بفرض الجهل? فلو سلمنا انه في فرض العلم لا يصح ففي فرض الجهل قطعا يصح :

اولا :

لان منشأ الضرر في فرض الجهل ليس هو الحكم بل الجهل هو منشأ الضرر اذا الانسان يجهل ان الوضوء ضرري ويتوضأ فمنشأ وقوعه في الضرر ليس هو امر الشارع بل منشأ وقوعه في الضرر جهله بان الوضوء ضرري ولا ضرر انما ترفع الحكم الضرري والمفروض ان الامر بالوضوء هنا ليس ضرريا لانه لم يوقع المكلف في الضرر وانما الذي اوقع المكلف في الضرر جهله بان الوضوء ضرري فلا مسرح ولا موضوع لحديث لاضرر .

وثانيا :

لو سلمنا ان منشأ الوقوع هو هذا فحينئذ ياتي نفس النكتة السابقة ان ورود حديث لا ضرر في مورد الامتنان يجعله قاصرا عن الحكومة في فرض الجهل لان مقتضى الحكومة ان يقال للجاهل : اعد وضوءك ، فلو كان قد توضأ وصلى بهذا الوضوء صلوات فيقال له مقتضى حكومة لا ضرر على الادلة الاولية اعادة صلواتك وهذا خلاف الامتنان ، فمقتضى ورود حديث لا ضرر مورد الامتنان عدم حكومته على الوضوء الضرري في فرض الجهل .

هذا تمام الكلام في المقام الاول وهو الوضوء الضرري بضرر غير محرم .

### المقام الثاني : ما اذا كان الوضوء ضرريا محرما :

اي ضررا يصدق عليه انه اهلاك او اتلاف عضو او اتلاف جزء من البدن بحيث يصدق عليه انه ايقاع للنفس في التهلكة

فح اذا كان الوضوء في السابق قلتم بانه هو صحيح ففي المقام ماذا تقولون?

وهنا فرضان :

الاول : فرض الغفلة

الثاني : فرض عدمها .

اما الفرض الاول :

وهو ان يتوضأ وضوءا مضرا ضررا محرما عن غفلة للضرر لا عن التفات فهنا لا اشكال في ان وضوءه صحيح باعتبار ان حرمة ارتكاب الضرر مرتفعة حال الغفلة بمقتضى قوله : رفع عن امتي النسيان فمقتضى حديث رفع النسيان رفع الحرمة الفعلية حال الغفلة فحرمة ارتكاب الضرر المحرم قد ارتفعت فعليتها بمقتضى حديث الرفع اذن الامر بالوضوء اصبح فعليا ولا مانع من فعلية الامر بالوضوء الا فعلية الحرمة فاذا ارتفعت الحرمة بحديث الرفع نتيجة النسيان او الغفلة فالامر بالوضوء فعليا وبالتالي فالوضوء صحيحا.

الفرض الثاني : فرض عدم الغفلة

وهذا الفرض ايضا يتصور فيه جهتان :

1. فرض العلم بان هناك ضرر محرم
2. فرض الجهل البسيط

حيث لا يدري ان هناك ضرر محرم ام لا? فشك في ذلك فاستصحب عدم الضرر فارتكب الوضوء الضرري استصحابا لعدم الضرر :

اما الجهة الاولى :

بان يعلم ان الضرر محرم ومع ذلك اقدم على الوضوء وان تحقق منه الضرر المحرم

هنا ايضا لابد ان نبحث على كلا المبنيين : مبنى التعلق ومبنى الموضوعية

اما على مبنى التعلق :

اي ان الوضوء بنفسه مطلوب وان الوضوء بنفسه شرط ، فالشرط لصحة الصلاة نفس الوضوء بعنوانه وهو بعنوانه مطلوب فبناء على هذا المبنى فهو كمبنى سيدنا الخوئي والشيخ التبريزي قدس سرهما ان الوضوء بعنوانه هو المطلوب وهو الشرط في صحة الصلاة فالمكلف يعلم بان هذا الوضوء مضر ضررا محرما ومع ذلك ارتكبه فهنا هل ان الاضرار متحد بالوضوء? اي ان بين الوضوء والاضرار تركيبا اتحاديا ؟ الوجود واحد هو وضوء وهو اضرار؟

فاذا قلنا بان بين الوضوء والاضرار تركيب اتحادي فهذا الوضوء مبغوض لكونه اضرارا والمبغوض ليس صالحا للمقربية فيكون باطلا

اما اذا قلنا نسبة الوضوء للإضرار نسبة السبب للمسبب فهناك حيثيتان وجوديتان حيثية الوضوء وحيثية تولد الضرر من الوضوء ، والوضوء سبب توليدي للضرر لا ان الوضوء هو المسمى بالمضر على نحو المعنى المصدري و انما بينهما فرق وهناك حيثيتان وجوديتان .

وهذا ما تبناه سيدنا الخوئي قدس سره ان هناك فرقا بين الوضوء بين حيثية توليد الضرر، فبما ان هناك حيثيتين وجوديتين اذن التركيب انضمامي وليس اتحاديا ، فبما ان هناك تركيبا انضماميا

فح يقال تارة يكون للمكلف مندوحة و اخرى لا يكون له مندوحة، فاذا كان له مندوحة و يستطيع ان يتوضأ وضوءا غير ضرري كان يتوضأ بماء دافئ لا يوجب ضررا عليه ولكنه اصر على ان يتوضأ بماء مثلج بحيث يوجب ضررا محرما عليه ففي هذا الفرض وضوءه صحيح وان كان الضرر محرما وكان ملتفتا الى ان الضرر محرم

والسر في ذلك:

ان الامر بطبيعي الوضوء يشمله حيث الامر بطبيعي الوضوء اخذ فيه القدرة على مسلك المشهور ، فأخذت القدرة في فعلية الامر فلا امر الا بالمقدور وطبيعي الوضوء مقدور بالقدرة على صرف الوجود منه وان كان هذا الفرد من الوضوء وهو المضر ضررا محرما ممنوعا شرعا ولكن هذا الفرض ليس مأمورا به فما هو المأمور به وهو طبيعي الوضوء مقدور عقلا وشرعا وما هو المحرم منه وهو هذا الفرد من الوضوء وليس هو المأمور به فاذا اتى بطبيعي الوضوء وطبقه بسوء اختياره على الوضوء المحرم فقد حدثت منه اطاعة ومعصية من حيث ان هذا العمل وضوء اتى به متقربا الى الله تعالى ومن لحاظ الحيثية الوجودية الاخرى وهي الضرر ارتكب معصية والا فوضوؤه صحيح ولا اشكال فيه من هذه الجهة .

هذا اذا كانت له مندوحة .

واما اذا لم تكن له مندوحة :

اي لا مجال له الا ان يتوضأ بهذا الوضوء المضر ضررا محرما وما يقدر ان يتيمم او ليس عنده ما يصح به التيمم كالمحبوس في الارض المغصوبة لا مجال له الا ان يصلي صلاة غصبيىة

وهنا يقع التزاحم ويكون المقام من باب التزاحم بين الامر بطبيعي الوضوء وبين النهي عن الضرر المحرم او عن الاضرار بالضرر المحرم فهنا يقع التزاحم بينهما .

فعلى مسلك المحقق النائيني قدس سره الذي اخترناه في الاصول ان هذا الوضوء باطل لا مجال لتصحيحه لا بالامر الاولي ولا بالامر الترتبي ، لا بالملاك ، فلا يمكن تصحيحه بالامر الاولي لان المفروض ان الامر الاولي قد سقط بالمزاحمة بينه وبين النهي فسقط عن الفعلية بالمزاحمة ولا يمكن تصحيحه بالامر الترتبي بان يقول المشرع لا تضر بنفسك فان اضررت بنفسك فتوضأ ، هذا ايضا غير ممكن لان الامر بالوضوء على فرض حصول الاضرار تحصيل للحاصل لان مرجع قوله لا تضر فان اضررت فتوضأ مرجعه الى لا تضر بنفسك بهذا الوضوء فان اضررت نفسك بهذا الوضوء فتوضأ فالامر بالوضوء معلق على عصيان النهي عن الاضرار المحرم المتشخص بالوضوء امر بتحصيل الحاصل وهو باطل واذا سقط كلا الامرين لا امر بالمطلق ولا امر ترتبي فلا كاشف عن الملاك واذا لم يكن كاشف عن الملاك فبالنتيجة الوضوء باطل .

بل حتى لو قلنا بمسلك بعض الاعلام :

من ان سقوط الامر لا يعني سقوط الملاك مع ذلك العقلاء لا يرون العمل المشتمل على الحيثية المحرمة ذا ملاك حتى لو قلنا بان الدلالة الالتزامية غير تابعة للدلالة المطابقة والامر يدل دلالتين دلالة مطابقية على المطلوبية ودلالة التزامية على وجود الملاك والدلالة المطابقية سقطت نتيجة المزاحمة مع النهي? فهل تبقى الدلالة الالتزامية وهو انه ذو ملاك? البناء العقلائي يقول ما دام هذا العمل مشتملا على حيثية مبغوضة اذن لا يحرز وجود الملاك فيه ، فلا يبنى على حجية الدلالة الالتزامية في مثل هذه الموارد حتى لو لم نقل بالتبعية بينها وبين المطابقية في الموارد الاخرى .

اذن لا مصحح لهذا الوضوء .

اما على مسلك السيد الصدر قدس سره :

من انه الوضوء صحيح بالامر الترتبي وهو ان المعلق عليه ليس النهي عن الاضرار الوضوئي حتى يصير تحصيل حاصل وانما المعلق عليه النهي عن طبيعي الاضرار فكان المشرع ناظر لما نريد فيقول المشرع : لا ترتكب طبيعي الاضرار بنفسك فهو غير ناظر للاضرار عن طريق الوضوء او غيره وانما ناظر للطبيعي فيقول لا ترتكب طبيعي الاضرار بنفسك فان ارتكبت طبيعي الاضرار فتوضأ ـ، فالامر بالوضوء القربي معلق على عصيان النهي عن طبيعي الاضرار وليس امرا بتحصيل الحاصل حتى يرد فيه المحذور الذي اصر عليه المحقق النائيني قدس سره ، فيمكن تصحيح الوضوء حتى بناء على هذا الفرض ولكن بالامر الترتبي .

### 005

وصل الكلام الى مبنى السيد الاستاذ مد ظله :

في ان الوضوء موضوع للحكم بالطهارة هل يمكن ان يصح الوضوء مع علم المكلف بترتب الضرر المحرم على الوضوء ام لا ؟

وقد افاد مد ظله في قاعدة لا ضرر ص287 :

بانه يصح ذلك فان في الوضوء حيثيتان :

1. ان الوضوء سبب للطهارة بمعنى انه متى حصل الوضوء القربي حكم الشارع بالطهارة وهذه حيثية اعتبارية
2. ان الوضوء سبب للضرر المحرم وهي حيثية تكوينية واقعية .

فاذا التفت المكلف الى ان وضوءه محقق من جهة للضرر المحرم وهو موضوع بنظر المشرع الى الحكم بالطهارة امكنه ان يأتي بالوضوء بقصد التوصل الى ما هو المحبوب عند المشرع وهو الكون على الطهارة وان كان يعلم بانه سيحقق الضرر المحرم الا انه ما دام الوضوء مشتملا على حيثيتين احداهما حيثية اعتبارية وهي كون الوضوء القربي محققا للطهارة والاخرى حيثية تكوينية انه منشأ للضرر المحرم فيمكنه ان يأتي بالوضوء بقصد الحيثية الاولى اذ لا يعتبر في العبادة اكثر من اضافة العمل الى المولى فاذا اتى بالوضوء بقصد تحقيق ما هو محبوب المولى وهو الكون على الطهارة فقد تحقق الوضوء القربي وترتب عليه اعتبار المشرع للطهارة .

هذا في فرض العلم والالتفات فضلا عن فرض الجهل .

ولكن للتأمل في ذلك مجال :

ولا يختص هذا التأمل بمبنى السيد الاستاذ من ان الوضوء موضوع للطهارة بل يشمل مبنى الاخر وهو القول بان الوضوء بعنوانه مأمور به ، فإذا التفت المكلف الى ان الوضوء المأمور به بعنوانه محقق تكوينا للضرر المحرم فان هذا الوضوء لا يصح على كلا المبنيين .

والوجه في ذلك :

ان المحقق للعبادية بحسب المرتكز ليس هو مجرد قصد القربة وانما المحقق للعبادية ان يكون العمل تقربا من المولى ، فالاتيان بعمل محقق لمبغوض المولى وهو الضرر المحرم لا يعد تقربا للمولى ، فبالمرتكز العرفي لا يرى العبد متقربا للمولى بعمل محقق لمبغوض المولى وان كانت هناك حيثيتان وجوديتان احداهما الوضوء بمنزلة السبب والاخرى الضرر المحرم وهو بمنزلة المسبب وللسبب وجود كما للمسبب وجود الا ان المفروض ان الوضوء سبب توليدي اي ليس هناك اختيار بين الوضوء وبين مسببه وهو ترتب الضرر المحرم .

اذن الاتيان بالوضوء مع الالتفات الى كونه محققا لما هو مبغوض المولى لا يعد تقربا للمولى بحسب المرتكز العقلاء وان قصد المكلف القربى بمعنى انه قصد بالوضوء التوصل لما هو محبوب لدى المولى والمرتكز العقلائي حاف بالادلة بمثابة القرينة المتصلة الموجبة لانصراف ادلة الامر بالوضوء او الامر بالكون على الطهارة عن مثل هذا الوضوء المحقق لما هو مبغوض للمولى .

ولو اغمضنا النظر عن حيثية التقرب فان مجرد كون الوضوء سببا لما هو المبغوض محذور مانع من مقربيته بغض النظر عن عنوان التقرب الذي هو عنوان ينشأ عن التفات حتى لو لم يكن المكلف ملتفتا الى ذلك فالاتيان بالوضوء المحقق لما هو مبغوض للمولى مانع من مقربيته

هذا في فرض العلم .

واما في فرض الجهل البسيط :

كما لو شك في ان الوضوء ضرري ام لا? فاستصحب عدم كونه ضرريا واقدم على الوضوء متقربا به الى المولى ثم تبين ان الوضوء ضرري اي انكشف في الواقع انه ضرري فان قلنا بان المانع ان الوضوء المحقق للمبغوض لا يصلح للمقربية فلا فرق في ذلك بين العلم والجهل فان وضوءه باطل

وان قلنا بان المانع من صحته انه لا يصدق عليه التقرب مع الالتفات الى اشتماله على ما هو محقق للمبغوض لدى المولى فحينئذ في فرض الجهل لا يطرد هذا المانع فيمكن القول بصحة الوضوء في فرض الجهل خصوصا ان التزاحم بين حرمة الضرر وبين الامر بالوضوء انما يتصور في فرض وصول الامر والنهي واما مع عدم وصول احدهما كما لو شك في الضرر فاستصحب عدم الضرر فلا تزاحم في المقام وبالتالي فلا مانع من فعلية الامر بالوضوء وفاعليته بمعنى محركيته نحو العمل .

هذا تمام الكلام في التطبيق الثاني من تطبيقات قاعدة لا ضرر .

التطبيق الثالث : سلطنة الانسان على التصرف الضرري في نفسه

فهل للإنسان ان يؤجر نفسه لعمل موجب للضرر عليه ام لا? فلو اجر نفسه لعمل مضر كالمصارعة او الملاكمة او حمل الاثقال او ما اشبه ذلك من العمل الذي يحرز انه مضر بجسده فهل تنفذ الاجارة في حقه بحيث يملك المستأجر على ذمته العمل المستأجر عليه ؟ ام يقال بان نفوذ عقد الاجارة حكم ضرري ومقتضاه ان يكون مرتفعا بلا ضرر .

هذا بالنسبة الى التصرف الاعتباري وهو اجارة نفسه .

وكذلك السؤال بالنسبة الى التصرف الحسي :

كان يقوم بالتبرع ببعض اعضائه مع ان التبرع بالعضو كما لو كان داخليا كاحدى الكليتين او مثلا المرارة او ما اشبه ذلك مع التفاته الى ان التبرع باحد اعضائه موجب للضرر على بدنه فهل يقال بان سلطنة الانسان على نفسه بحيث يتبرع ببعض اعضائه ضررية ومقتضى كونها سلطنة ضررية انها منفية بحديث لا ضرر ؟؟

والكلام فعلا في ثلاث جهات :

الاولى :

هل ان للانسان سلطنة على تغيير جسده او تغيير هيئة بدنه ام لا? كما لو اراد ان يقوم بالتبرع ببعض اعضائه او منع الانجاب كما يقوم به كثير في انه يقوم بعملية جراحية يترتب عليها امتناع الانجاب ؟ فهل للإنسان سلطنة في تغيير ما عليه هيئة جسده التي خلق عليها ام لا? وهذا بغض النظر عن مسألة الضرر وعدم الضرر اساسا هل هناك سلطنة بهذا النحو ام لا?

طبعا مقتضى الاصل ان الانسان له السلطنة

اما للمرتكز العقلائي الممضى شرعا وهو ان للانسان سلطنة على نفسه وامواله وجسده فالسلطنة ثابتة له ابتداء وبالعنوان الاولي مضافا الى موثقة سماعه قال قال ابو عبدالله عليه السلام ان الله عز وجل فوض الى المؤمن اموره كلها ولم يفوض اليه ان يذل نفسه ، الم تسمع لقول الله عز وجل : ولله العزة ولرسوله وللمؤمنين فالمؤمن ينبغي ان يكون عزيزا ولا يكون ذليلا يعزه الله بالايمان والاسلام فيقال مقتضى الاصل ان له السلطنة فالخروج عن مقتضى الاصل يحتاج الى دليل فلو اراد التبرع ببعض اعضائه كمنع الانجاب او تغيير هيئة بدنه فالخروج عن مقتضى السلطنة هو الذي يحتاج الى دليل .

وقد يذكر في المقام وجهان للحد من سلطنة الانسان على جسده:

الاول :

قوله تبارك وتعالى حكاية عن قول الشيطان : ولامرنهم فليغيرن خلق الله وهذا تغيير لخلق الله حيث الخلق اما الاعضاء وقد ابدل بعض اعضائه او تبرع بها ونحو ذلك من الموارد .

ولكن هنا مناقشتان :

المناقشة الاولى :

وقد احتملها بعض الاعلام قدس سره من ان تغيير خلق الله بمعنى تغيير الدين وذلك بالمقارنة بين هذه الاية وبين قوله تبارك وتعالى : فاقم وجهك للدين حنيفا فطرة الله التي فطر الناس عليها لا تبديل لخلق الله ذلك الدين القيم .

فالمقارنة بين الايتين يشعر الى ان المراد بـ : ولأمرنهم فليغيرن خلق الله بمعنى تبديل الدين الذي فطر عليه الانسان .

ولكن مجرد التعبير بالتبديل لخلق الله في اية اخرى لا يصلح قرينة على انصراف عنوان تغيير خلق الله في هذه الاية بتغيير الدين ولا اقل من الاطلاق .

المناقشة الثانية :

ان تغيير خلق الله عنوان عرفي ومصداقه العرفي تغيير الجنس كان يتحول من ذكر الى انثى مثلا كما في زماننا هذا بتغيير شكله وهرموناته الى ان يصبح انثى مثلا او تغيير الشكل الخارجي تغييرا دائما لا تغييرا مؤقتا بحيث من يراه يرى في الذكر شكل الانثى او في الانثى شكل الذكر وان لم يتغير جنسه .

فيقال هذا مصداق عرفي لتغيير خلق الله واما ان المكلف يقوم بعملية جراحية يمنع الانجاب او يتبرع ببعض اعضائه مثلا خصوصا اذا كانت اعضاء داخلية فهذا ليس مصداقا عرفيا لتغيير خلق الله كي يكون مندرجا تحت الاية المباركة .

الوجه الثاني :

ما دل على حرمة المثلة ، كما في معتبرة معاوية بن عمار عن ابي عبدالله عليه السلام قال : كان رسول الله صلى الله عليه واله اذا اراد ان يبعث سرية دعاهم فاجلسهم بين يديه ثم يقول : بسم الله وكذا الى ان قال : ولا تمثلوا ...

فيدعى ان بتر عضو او التبرع بعضو او قطع وسيلة الانجاب مثلة وتمثيل ببدنه فيدخل تحت عنوان ما دل على تحريم المثلة.

وقد ناقش في ذلك سيدنا الخوئي قده (المحاضرات في الفقه الجعفري ج1 ص 196) :

ان المثلة هي التنكيل بالغير بقصد هتكه ، فيعتبر فيها عنصران

1. ان تكون تصرف في الغير لا تصرفا في النفس فالتصرف في النفس ليس مثلة
2. وان يكون بقصد الهتك .

والا لو قام الطبيب بعملية جراحية فبتر عضوا لا يعد هذا مثلة وانما المثلة ما كانت تصرفا في جسد الغير بقصد هتكه واهانته لا مطلق التصرف .

ولكن قد يقال :

بان تخصيص المثلة بقصد الهتك بمعنى انه كان فقط اعتباطا وعبثا و لم يكن بقصد الهتك هل هذا لا يكون مثله? قد يقال في موارد الاستعمال في الروايات طبقت المثلة على ما لم يكن بقصد الهتك كما في قوله صلى الله عليه واله اذا تمت الرواية : اياكم والمثلة ولو بالكلب العقور ،

او قوله : لعن الله من مثل بالحيوان ، وان لم يكن بقصد الهتك بل كان مثلا بقصد التخلص منه فقطع بعض اعضائه هذا شاهد على ان عنوان المثله لا يختص بفرض القصد بل هو اعم من ذلك .

واما ان المثلة هل تشمل التصرف في النفس ام لا?

اطلق في بعض الروايات عنوان المثله على التصرف في النفس ، مثلا خبر حفص : حلق الرأس في غير حج او عمرة مثلة ، حيث في الزمن القديم كانوا يبقون شعر رؤوسهم من حج الى حج ومن عمرة الى عمرة فقال : حلق الرأس في غير حج او عمرة مثلة .

ونحوه خرم الانف من المثلة

وفي خبر الجعفريات : حلق اللحية من المثلة ومن مثل فعليه لعنة الله وروايات كثيرة متضمنة لهذا التعبير مما قد يستفاد منه شمول عنوان المثلة للتصرف في النفس ايضا ولا يختص ذلك بالتصرف في الغير .

الا ان يقال :

ان هذه الروايات في سياق التنزيل يعني تنزيل هذا التصرف منزلة المثلة فهو تنزيل شرعي وليس من الاخبار يعني هناك فرق بين قوله الفقاع خمر وقوله حلق اللحية من المثلة فقوله : الفقاع خمر هو اخبار ان هذا خمر واستصغره الناس و اما في قوله : حلق اللحية من المثلة تنزيل يعني تنزيل حلق اللحية من جهة المبغوضية منزلة المثلة ، لا انه اخبار عن المثلة كي يكون شاهدا على عموم المثلة بكل تصرف ولو كان تصرفا في النفس .

فعلى اية حال المناقشة في الاستدلال بهذه الروايات التي نهت عن المثلة على التصرف في الجسد انه لا يبعد ان المثله كما ذكر ابن الاثير ان المثلة ليس هو كل تصرف في الجسد و انما هو التصرف المشوه لصورة الجسد

قال ابن الاثير يقول : مثلت بالحيوان اذا قطعت اطرافه وشوهت ، ومثلت بالقتيل اذا جدعت انفه او اذنه او مذاكيره او شيئا من اطرافه بحيث يصدق عليه انه شوه الجسد واما مثلا قطع عضو داخلي او تبرع ببعض الاعضاء مما لا يوجب تشويه الجسد خصوصا اذا كان لغرض عقلائي كالعلاج وما اشبه ذلك فمن الواضح عرفا انه ليس من المثلة في شيء .

هذا هو البحث في الجهة الاولى

الجهة الثانية :

بعد المفروغية عن ان الانسان له سلطنة على التصرف في جسده ولو بقطع او بتر مما لا يعد مثلة ولا تغييرا لخلق الله فهل التصرف في جسده بنحو لا يكون مثله ولا تغيير لخلق الله ولكنه تصرف بنحو مضر بجسده فهل يحرم على الانسان ذلك? وهل سلطنته محدودة بعدم الضرر ام لا?

قطعا لا يراد مطلق حرمة الاضرار يعني اي ضرر حرام ، فلو ان المكلف شخص انه اذا زار الحرم الشريف سيبتلى بحمى او اذا زار الحرم الشريف سيبتلى بعدوى او صداع او ما شابه ذلك فلا اشكال ان هذا ليس محرما جزما فليس كل اضرار بالجسد محرما .

اذن ما هو مناط وملاك حرمة الاضرار بالجسد بحيث لا سلطنة للانسان لمثل هذا الاضرار ؟

هنا اقوال ثلاثة نذكرها ونذكر تفصيلها في الليلة القادمة .

القول الاول :

ما ذهب اليه سيدنا الخوئي قدس سره الشريف من ان مناط حرمة التصرف في الجسد ان يصدق على التصرف عنوان القاء النفس في التهلكة والا فلا ـ، فحتى لو كان مضرا لا يحرم ما لم يصدق عليه هذا العنوان .

ولعل السيد الاستاذ مد ظله الشريف ناظر لذلك كما في تعليقته على العروة في باب الوضوء حيث افاد هناك هذه العبارة في مسألة 678 ، حيث قال صاحب العروة قدس سره : عصى بفعله الاول ، هنا السيد السيستاني علق عليه : لا دليل على حرمة مطلق الاضرار بالنفس بل الحرام خصوص البالغ حد اتلاف النفس او ما يلحق به كفساد عضو من الاعضاء.

القول الثاني :

وهو اوسع وهو ما ذهب اليه شيخنا الاستاذ الشيخ التبريزي قدس سره من ان مناط الحرمة الجناية على النفس ولو لم يكن تهلكة ولا اتلاف ، و انما كل تصرف ضرري يصدق عليه بالنظر العرفي انه جناية على النفس وظلم للنفس فهو حرام وان لم يصل الى درجة الاتلاف او الافساد او ما يصدق عليه التهلكة .

القول الثالث :

ما يظهر من السيد الحكيم السبط قدس سره :

من ان المحرم اوسع من عنوان التهلكة وعنوان الجناية على النفس ، وانما المدار في الحرمة على الضرر البليغ وان لم يقل العرف انه جنى على نفسه لان الضرر البليغ يكون محرما .

لذلك في هذا الاستفتاء الذي سئل عن استعمال الادوية المانعة من الحمل برضا الطرفين هل يسمح لذوي الاعذار الشرعية كالمرض ونحوه بذلك? قال : يجوز استعمال ذلك الا ان يؤدي الى ضرر بليغ بالصحة .

وهذا ما نقف عنده ويأتي تفصيله في الليلة القادمة ان شاء الله تعالى .

006

وصل الكلام في سلطنة الانسان على الاضرار بنفسه الى بيان الاقوال التي ذكرها الفقهاء رضوان الله عليهم في حدود سلطنة الانسان على التصرف في نفسه :

فالقول الاول :

ما ذهب اليه سيدنا الخوئي قده ج20 ص 1من ان للانسان سلطنة على التصرف في نفسه ولو باضرار جسده ما لم يكن ذلك مصداقا للالقاء بالنفس الى التهلكة فالحد الفاصل بين الحرمة والحلية هو صدق القاء النفس في التهلكة فقد افاد في صلاة المسافر فيما اذا كان السفر مضرا ببدنه فقال : لا دليل على حرمته ما لم يبلغ الالقاء في التهلكة المنهي عنه في الاية المباركة والا فدون ذلك من الاضرار سيما اذا كان الضرر يسيرا كحمى يوم او يومين ولا سيما اذا كان الغرض خطيرا مهم من تجارة او زيارة ونحو ذلك مهما عند العقلاء واستقر بناؤهم على الاقتحام فيه وعدم الاعتناء بتلك الاضرار فلم تثبت حرمته بوجه كما لا يخفى .

وظاهر كلامه قدس سره الشريف انه يستدل على حرمة القاء النفس في التهلكة بوجهين :

الاول : هو البناء العقلائي

بمعنى ان البناء العقلاءي قائم على ان للانسان ولاية وسلطنة على التصرف بجسده حتى بالاضرار ما لم يبلغ ذلك عنوان الالقاء في التهلكة كاتلاف النفس او اتلاف العضو او افساد عمل الاعضاء وما اشبه ذلك ، والا فسلطنة الانسان ثابتة على الاضرار بجسده

الوجه الثاني : الاستدلال بالاية المباركة :

وانفقوا في سبيل الله ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة واحسنوا ان الله يحب المحسنين ، فان ظاهر الاية المباركة ان الفقرة الوسطى وهي قوله ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة ذكرت من باب ذكر الكبرى التي تنطبق على مصاديق عديدة سواء من ناحية الانفاق او من ناحية الاحسان او غيره فان المدار على الكبرى وهو ان لا يلزم من اي تصرف صدق عنوان الالقاء في التهلكة .

اما بالنسبة الى الوجه الاول :

وهو الاتكاء على البناء العقلائي سيأتي من خلال عرض الاقوال الاخرى ان البناء العقلائي على ما هو اوسع من مناط القاء النفس في التهلكة .

وانما النقاش كلام في الاستدلال بالاية الشريفة :

المناقشة الاولى :

ان الاية ناظرة الى التهلكة الجمعية حيث ان سياق الاية وما قبلها سياق الخطاب للمجموع بما هو مجموع : وانفقوا في سبيل الله باموالكم ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة واحسنوا ان الله يحب المحسنين ، وظاهرها ان المطلوب من المسلمين على نحو المجموع بما هو مجموع ان ينفقوا على القتال وان يحسنوا في سبيل الله اي في سبيل الجهاد والقتال في تلك الفترة وان لا يقوموا بعمل يوجب تهلكة المجموعية ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة .

وبعبارة اخرى :

المطلوب من مجموع المسلمين دعم الجهاد اما ببذل بعضهم للمال او ببذل البعض الاخر للعدة والعتاد او بتصدي البعض الثالث للقتال بنفسه فلو تخلت فئة عن احد هذه امور لكان هذا التخلي القاء بمجموع المسلمين الى التهلكة فالمنظور في الاية التهلكة المجموعية .

ولذلك لا يصح الاستدلال بها على مبغوضية او حرمة التهلكة الفردية كي يستدل بها على المقام وتعتبر مناطا في تصرف الانسان باضرار جسده .

وثانيا :

بان هناك وجها ذكره المحقق النائيني قدس سره في اجود التقريرات ج2 ص 31 والمحقق الاصفهاني في حاشية المكاسب ج3 ص 303 :

ان مدلول الاية اوسع مما ذهب اليه سيدنا الخوئي قدس سره ، بمعنى ان الاية لم تقل : ولا تهلكوا انفسكم كي تكون ناظرة لحرمة التهلكة بل قالت : ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة والتعبير بالالقاء يختلف عن التعبير بالاهلاك ، فلاجل ذلك يكون ظاهرها انه لا تدخلوا في طريق هو معرض التهلكة فان الدخول في طريق كالسفر الخطير المعرض للهلاك فهو القاء باليد الى التهلكة فلاجل ذلك حيث دلت الاية بالمطابقة على حرمة تعريض النفس للتهلكة دلت بالالتزام على حرمة التهلكة في نفسها ، لا ان منظور الاية بشكل مباشر هو حرمة التهلكة .

فلاجل ذلك اذا اراد سيدنا الخوئي ان يستدل بالاية المباركة فمقتضى ذلك ان يستدل بها على السعة لا على خصوص اهلاك النفس .

وثالثا :

ورد في الروايات الشريفة تطبيق الاية المباركة على الانفاق ، فقد روى الكليني رضوان الله عليه بسنده عن حماد اللحام عن ابي عبدالله عليه السلام قال : لو ان رجلا انفق ما في يديه في سبيل الله ما كان احسن ولا وفق ، اليس يقول الله تعالى : ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة واحسنوا ان الله يحب المحسنين يعني المقتصدين .

فكان الاية المباركة في قوله تبارك وتعالى : وانفقوا في سبيل الله ثم اعقبتها ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة اي ان المأمور به الانفاق الذي لا يصل الى حد ان يفتقر الانسان فلا يبقى معه ما يوجب مؤنته وان كان لا يهلك ولا يموت ولكن بقاء شيء من المال الذي يفي بمؤنته هو الاحسان وهو الاقتصاد المطلوب فالنتيجة ان الاية اوسع مدلولا مما نظر اليه سيدنا الخوئي قدس سره ، فلو كانت هي الدليل لكان ينبغي ان يوسع المفاد في الاية المباركة الى ما تم ذكره .

هذا هو القول الاول .

القول الثاني :

ما ذهب اليه شيخنا الاستاذ التبريزي قدس سره الشريف :

من ان المحرم اوسع من عنوان القاء النفس في التهلكة بل المحرم عنوان الجناية على النفس عرفا ، فالمدار على ما يراه العرف انه ظلم وجناية للنفس ، لا خصوص القاء النفس في التهلكة باتلاف البدن او اتلاف العضو و انما الامر اوسع من ذلك ، سواء كانت الجناية عن طريق الرياضة فيجهد نفسه الى حد يعد الجناية على النفس او عن طريق قضاء حوائج المؤمنين بل حتى عن طريق العبادة فلو قام بعبادة بنحو يوجب تلف راحته الجسدية بحيث لا يقوى على الاعمال الاخرى وان لم يتلف شيء من بدنه ولم يفسد شيء من اعضائه فانه يعد بنظر العقلاء جانيا على نفسه .

فالمحرم عنوان الجناية على النفس والظلم لها .

وقد يستدل على ذلك باحد وجهين :

الاول : الوجه العقلائي :

حيث افاد بان المرتكز العقلاءي على ذم ومبغوضية ومنع الدخول في اي امر يوجب الجناية على النفس ، طبعا هذا ما لم يكن هناك غرض عقلائي معتد به والا فالغرض يرفع صدق عنوان جناية على النفس .

الوجه الثاني :

معتبرة زيد الشحام عن ابي عبدالله عليه السلام قال : ان رسول الله صلى الله عليه واله وقف بمنى حين قضى مناسكها في حجة الوداع الى ان قال : الا من كانت عنده امانة فليؤدها الى من ائتمنه عليها فانه لا يحل دم امرئ مسلم ولا ماله الا بطيبة نفسه ولا تظلموا انفسكم ولا ترجعوا بعدي كفارا .

بتقريب ان قوله : ولا تظلموا انفسكم مطلق يدل على الحرمة اي عمل يعد ظلما للنفس ويعد جناية على النفس من اي سنخ ومن اي صنف فهو مندرج تحت النهي .

وربما يناقش الاستدلال :

ان الظلم المنظور في الرواية ظلم الانسان لنفسه بالمعاصي والذنوب لان فيها تعريضا للنفس للعقاب والهلكة الاخروية .

ولكن هذا التخصيص يحتاج الى قرينة تشهد بذلك .

او ربما يناقش في الاستدلال بالايه :

بان المنظور ولا تظلموا انفسكم يعني ولا يظلم بعضكم بعضا فان ظلم بعضكم لبعض ظلم لانفسكم لا ان المقصود بالنفس الشخص وانما المقصود بالانفس عنوان مجتمع الاسلامي وعنوان المجموع الديني اي لا يظلم بعضكم بعضا بقرينة السياق حيث تعرض لاداء الامانة وتعرض الى المحافظة على الدين فقال : ولا تظلموا .

ولكنه ايضا يحتاج الى شاهد وقرينه ، فان الظاهر من قوله ولا تظلموا انفسكم على الاقل انه مطلق يشمل ما كان ظلما للشخص وظلما لنفس الانسان وان لم يكن ظلما لغيره .

القول الثالث : حرمة الضرر المعتد به ولو لم يكن القاء للنفس في التهلكة

كما هو مبنى سيدنا الخوئي ولو لم يكن مصداقا للجناية على النفس وظلمها كما هو مبنى شيخنا الاستاذ قدس سرهما بل متى ما كان ضررا بليغا معتدا به فانه محرم . كما يظهر من استفتاءات السيد الحكيم السبط ان المدار على الضرر المعتد به والضرر البليغ بغض النظر عن العناوين الاخرى .

وربما يستدل لهذا القول الثالث بثلاث طوائف من الروايات الشريفة التي ركزت على عنوان الضرر بغض النظر عن اي شيء اخر :

الطائفة الاولى : الدالة على حرمة الاضرار بالبدن لكونه افسادا او اسرافا

والطائفة الثانية : ما دل على حرمة اكل الميتة لكونها ضررا بالبدن .

والطائفة الثالثة : ما دل على حرمة اكل الطين لكونه مضرا بالبدن .

اما الطائفة الاولى :

فقد روى الشيخ الكليني عن علي ابن ابراهيم عن احمد بن محمد عن محمد بن اسلم الجبلي – وقد رمي بالغلو - عن علي ابن ابي حمزة عن ابان ابن تغلب قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام : انا لنسافر ولا يكون معنا نخالة فنتدلك بالدقيق ، فقال: لا بأس

فهل يتدلك بالدقيق ؟ الدقيق يؤكل لا انه يتدلك به ، فهنا تأتي شبهة الفساد او الاسراف ان هذا افساد في الارض او ان هذا اسراف فقال عليه السلام لا بأس انما الفساد فيما اضر بالبدن واتلف المال ، فاما ما اصلح البدن فانه ليس بفساد اني ربما امرت غلامي فكذا فلت لي النقيب بالزيت فاتدلك به .

فهذا ليس مصداقا للفساد والاسراف وكان الرواية فرغت عن حرمة فساد والاسراف ان الفساد والاسراف امر محرم انما هل ينطبق على التدلك بالدقيق ام لا? الامام يقول لا الفساد المحرم لا ينطبق على التدلك بالدقيق انما الذي ينطبق عليه الفساد المحرم الاضرار بالبدن .

الرواية الثانية :

الكليني عن عدة من اصحابنا عن احمد بن محمد بن خالد عن عثمان بن عيسى عن اسحاق بن عبدالعزيز – وهو بناء على وثاقة من يروي عنه ابن ابي عمير يكون ثقة وان قال عنه ابن الغضائر حديثه يعرف وينكر ويجوز ان يخرج شاهدا - قال : سئل ابو عبدالله عليه السلام عن التدلك الدقيق ؟ فقال : لا بأس ، قلت يزعمون انه اسراف قال ليس فيما اصلح البدن اسراف واني ربما امرت بالنقي فيلت لي فاتدلك بالزيت ، انما الاسراف فيما اتلف المال واضر بالبدن .

فظاهره ان النهي الوارد في القرآن : ولا تسرفوا انه لا يحب المسرفين ، ناظر للاضرار بالبدن لا مجرد التدلك بالدقيق او بالزيت او نحو ذلك .

هذه الطائفة الاولى .

الطائفة الثانية :

وقد تعرض لها سيدنا الخوئي قدس سره في دراسات في علم الاصول ج3 ص 522 :

رواية بسندين احدهما تام :

عن المفضل ابن عمر عن الصادق عليه السلام في حديث طويل قال عليه السلام : ان الله تعالى لم يحرم ذلك - اشارة الى ما في صدر الرواية وهو الخمر والميتة والدم ولحم الخنزير - على عباده واحل لهم سواه رغبة منه فيما حرم عليهم ولا زهدا فيما احل لهم ولكنه خلق الخلق وعلم عز وجل ما تقوم به ابدانهم وما يصلحهم فاحله لهم واباحه تفضلا منه عليهم به تبارك وتعالى لمصلحتهم وعلم ما يضرهم فنهاهم عنه وحرمه عليهم ،

ثم قال في ذيل الرواية :

اما الميتة فانه لا يدمنها احد الا ضعف بدنه ونحف جسمه وذهبت قوته الى اخر الرواية ...

فيقال : ظاهر قوله نهاهم عما يضر ببدنهم ان مصب الحرمة هو الاضرار بالبدن وحيث لا يحتمل حرمة كل اضرار ولو كان بحمى او بانفلونزا او بصداع فلا اقل ان المنصرف من قوله : الاضرار بالبدن هو الضرر البليغ المعتد به عند العرف وان لم يصدق عليه انه جناية ولا القاء بالنفس على التهلكة بل ربما يرتكبه الناس لاجل الدخول في المصارعة والملاكمات وحمل الاثقال وما اشبه ذلك فانهم لا يعتبرون هذا جناية عند العقلاء ولا يعتبرونه القاء للنفس بالتهلكة لكن بما انه مورد للضرر البليغ المعتاد فيكون داخلا تحت هذه الروايات الناهية .

ونذكر الطائفة الثالثة وندع المناقشة لليلة القادمة لان السيد الخوئي ناقش في هذه الطائفة الثانية .

الطائفة الثالثة :

ما دل على حرمة اكل الطين معللا ذلك بانه مضر حيث في الوسائل ج24 ص 220 ح 2 :

وعنه عن احمد عن علي بن الحكم عن اسماعيل ابن محمد عن جده عن زياد ابن ابي زياد عن ابي جعفر عليه السلام قال : ان التمني عمل الوسوسة واكثر مكائد الشيطان اكل الطين ، ان الطين يورث السقم في الجسد ويهيج الداء ومن اكل الطين فضعف عن قوته التي كانت قبل ان يأكله وضعف عن العمل الذي كان يعمله قبل ان يأكله حوسب على ما بين ضعفه وقوته وعذب عليه .

فيقال ظاهر الذيل ان اكل الطين محرم باعتبار انه يورث السقم وهو مورد العذاب يعني ما يورث السقم في البدن بحيث تضعف قوة الشخص هو محل للعذاب وهذه كناية عن الحرمة .

### 007

ذكرنا انه قد يستدل على القول الثالث وهو ان المحرم هو الضرر المعتد به او الضرر البليغ سواء كان مصداقا للجناية على النفس او لم يكن وسواء كان القاء للنفس في التهلكة ام لم يكن استدل لذلك بثلاث طوائف من الروايات:

الطائفة الاولى :

ما دل على ان الاسراف المنهي عنه في الكتاب والسنة اي موضوع الحرمة هو الاضرار بالبدن او بالمال :

فقد يقال في مناقشة الاستدلال بهذه الطائفة :

ان غاية مفادها ان الاسراف المنهي عنه هو المتقوم بالإضرار بالبدن وهذا شيء.

 وان موضوع الحرمة ومناط الحرمة هو الاضرار بالبدن هذا شيء اخر فتارة نتكلم عن مفهوم ما هو المحرم ، فندري ان من المحرمات الاسراف ونحن نبحث عن مفهوم الاسراف فنقول بان الاسراف المحرم متقوم بالاضرار سواء كان اضرارا بالبدن او اضرارا بالمال هذا شيء.

 وتارة نبحث هل ان مناط الحرمة في فعل الانسان وفي تصرف الانسان بنفسه هو الاضرار ام لا? هذا بحث اخر

ولا ملازمة بين الامرين فلا ملازمة بين دخالة الاضرار بالبدن في مفهوم محرم وبين كون مناط الحرمة هو الاضرار بالبدن بحيث تدور الحرمة مداره فلا ملازمة بين الامرين كي يستدل بهذه الطائفة التي بينت ان الاسراف المنهي عنه متقوم بالاضرار سواء كان الاضرار بالبدن او اضرارا بالمال.

واما الطائفة الثانية :

وهي الروايات التي اكدت على ان النكتة في تحريم الميتة والدم والخمر ولحم الخنزير هو الاضرار بالبدن .

فقد يتأمل في هذه الطائفة تارة من ناحية السند باشتمال احد طريقي الكليني على الارسال واشتمال طريقه الاخر على محمد بن اسلم وهو مجهول واشتمال طريق الصدوق على محمد بن عذافر واشتمال طريق المحاسن على محمد بن اسلم.

الا ان يقال :

اذا كانت الرواية واحدة ومتعددة الطرق بحيث رواها الكليني بطريق والبرقي بطريق والصدوق بطريق والشيخ بطريق فان تعدد الطرق لرواية واحدة وان كان في بعض هذه الطرق مجاهيل لا ضعاف قرينة من قرائن الوثوق بصدور الرواية .

او بعبارة اخرى :

ان تعدد الطرق يجعل الرواية مشهورة والشهرة قرينة من قرائن الوثوق بالصدور

واما من جهة الدلالة :

فقد ناقش في ذلك سيدنا الخوئي قدس سره في مصباح الاصول ج2 ص 549 وكذلك شيخنا الاستاذ التبريزي قدس سره في دروس في مسائل علم الاصول ج5 ص 105 :

بان ظاهر هذه الروايات الشريفة كون الاضرار بالبدن حكمة لا علة اي هذه الروايات الشريفة بينت ان من المحرمات الدم ولحم الخنزير والخمر والميتة وعللت الحرمة باشتمال هذه المذكورات على الاضرار بالبدن وغاية ما يستفاد من ذلك ان الاضرار بالبدن حكمة لا علة والسر في هذا انه هناك قرينتان على انها مجرد حكمة لا علة :

القرينة الاولى :

انه لو كان العلة في حرمة الميتة هو الاضرار بالبدن لاختصت حرمة الميتة بما اذا كانت مضرة ، فلو كانت الميتة غير مضرة بالبدن فلا تحرم

ويقول السيد الخوئي قده : لا نحتمل ان كل ميتة مضرة بالبدن ، مثلا اي فرق بين تعمد ترك الاستقبال والغفلة عن ترك الاستقبال ؟ يعني ان كانت الذبيحة مما ترك الاستقبال بها عمدا تكون مضرة واما اذا ترك الذابح الاستقبال بها غفلة و نسيانا ليست بمضرة هذا غير محتمل يعني لا يحتمل مجرد العمد وعدم العمد سببا في الضرر وعدمه

اذن نحن نجزم بان بعض صور الميتة ليست مضرة فلو كان الضرر هو العلة التامة لحرمة الميتة للزم التفصيل في حرمة الميتة ولم يقل بذلك احد بل هو مناف لاطلاقات حرمة الميتة مما يعني ان الاضرار مجرد حكمة لا علة

القرينة الثانية :

بناء على ان الاضرار بالبدن علة للحرمة اذن الروايات الواردة في الاطعمة والاشربة التي تبين مضارها كأكل الجبن في النهار بلا شيء اخر او مثلا الادمان على اكل السماك او الادمان على اكل التفاح الحامض او اشبه ذلك مما ورد في روايات الاطعمة والاشربة بيان اضرارها مقتضى ذلك ان تلتزموا بحرمة هذه الامور لان المدار على الاضرار وقد كشفت الروايات عن كون هذه الاشياء مضرة بالبدن والحال بانه لم يلتزم بذلك فقيه بالحرمة

ومما يؤكد ان هذه الروايات الشريفة في مقام بيان الحكمة لا العلة انها ذكرت في ذيلها ان الادمان على الميتة سبب للضر يعني لم تذكر ان نفس الميتة سبب للضرر وانما الادمان على الميتة سبب للضرر مع ان المحرم اكل الميتة سواء ادمن او لم يدمن .

فهذا مؤيد الى ان هذه الروايات في بيان الحكمة لاالعلة

ولكن هنا ملاحظات ثلاث على هذه المناقشة :

الملاحظة الاولى :

لو كان لسان الروايات بهذا النسق : يحرم الميتة لإضرارها بالبدن لربما ورد الاشكال ان هذا حكمة لا علة فهو في مقام بيان حرمة الميتة وذكر وجها للحرمة ضمن ذلك وهو انها مضرة بالبدن واما المفروض ان لسان الروايات تحريم ما اضر لا تحريم الميتة لانها تضر ما تضمنته الروايات تحريم الاضرار بالبدن لا تحريم الميتة لانها مضرة بالبدن وقرأنا هذه الروايات في الليلة السابقة حيث قال في هذه الرواية الشريفة :

قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع أَخْبِرْنِي جُعِلْتُ فِدَاكَ لِمَ حَرَّمَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَ تَعَالَى الْخَمْرَ وَ الْمَيْتَةَ وَ الدَّمَ وَ لَحْمَ الْخِنْزِيرِ فَقَالَ إِنَّ اللَّهَ سُبْحَانَهُ وَ تَعَالَى لَمْ يُحَرِّمْ ذَلِكَ عَلَى عِبَادِهِ وَ أَحَلَّ لَهُمْ سِوَاهُ رَغْبَةً مِنْهُ فِيمَا حَرَّمَ عَلَيْهِمْ وَ لَا زُهْداً فِيمَا أَحَلَّ لَهُمْ وَ لَكِنَّهُ خَلَقَ الْخَلْقَ وَ عَلِمَ عَزَّ وَ جَلَّ مَا تَقُومُ بِهِ أَبْدَانُهُمْ وَ مَا يُصْلِحُهُمْ فَأَحَلَّهُ لَهُمْ وَ أَبَاحَهُ تَفَضُّلًا مِنْهُ عَلَيْهِمْ بِهِ تَبَارَكَ وَ تَعَالَى لِمَصْلَحَتِهِمْ وَ عَلِمَ مَا يَضُرُّهُمْ فَنَهَاهُمْ عَنْهُ وَ حَرَّمَهُ عَلَيْهِمْ ثُمَّ أَبَاحَهُ لِلْمُضْطَرِّ وَ أَحَلَّهُ لَهُ فِي الْوَقْتِ الَّذِي لَا يَقُومُ بَدَنُهُ إِلَّا بِهِ فَأَمَرَهُ أَنْ يَنَالَ مِنْهُ بِقَدْرِ الْبُلْغَةِ لَا غَيْرِ ذَلِكَ ثُمَّ قَالَ أَمَّا الْمَيْتَةُ فَإِنَّهُ لَا يُدْمِنُهَا أَحَدٌ إِلَّا ضَعُفَ بَدَنُهُ وَ نَحَلَ جِسْمُهُ وَ ذَهَبَتْ قُوَّتُهُ وَ انْقَطَعَ نَسْلُهُ وَ لَا يَمُوتُ آكِلُ الْمَيْتَةِ إِلَّا فَجْأَةً

فظاهر هذا اللسان انه بيان لكبرى وهي حرمة الاضرار بالبدن غاية الامر ان الامام طبق هذه الكبرى ايضا على مسألة الخنزير والميتة والدم والا فهو من باب تطبيق الكبرى لا انه في مقام بيان حرمة الميتة لاجل انها مضرة بل في مقام بيان تحريم ما يضر ومنه الميتة

وثانيا :

ان الرواية كما ان ظاهرها بيان الكبرى وهي حرمة الاضرار بالبدن ظاهرها ايضا التطبيق ومقتضى التطبيق ان الامام كشف عن كون الميتة مضرة بالبدن سواء علمنا به جهلنا لا خصوصية له بالمسألة يعني كما يقول سيدنا الخوئي نحن نجزم بانه لا فرق بين الحالتين كيف في فرض ترك الاستقبال عمدا هي مضرة ولكن في فرض ترك الاستقبال غفلة مثلا غير مضرة

نقول بعد ان تصدى المشرع لبيان الكبرى وهي حرمة الاضرار وبيان الصغرى وهو ان الميتة مضرة لا مجال بعد ذلك الى ان يقال اذن هذا يعني ان حرمة الميتة تدور مدار الاضرار فلو لم تكن الميتة مضرة لم تكن محرمة ، فلا يتصور فرض ان لا تكون الميتة مضرة بعد ان كشف الشارع عن كونها مضرة وانها مصداق لهذه الكبرى المعلومة اذ بعد كشف الشارع عن اشتمال الميتة بكونها مضرة مقتضى اطلاق كلام الشارع ان لا فرض للميتة الا وهي متضمنة للاضرار بغض النظر عن هذه المرتبة من الاضرار ونحوها .

نعم ذكر في ذيل الرواية ان الادمان على الميتة موجب للسقم وموجب لكذا وموجب لكذا لكن هذا لا يضر بدلالة الرواية على ان مطلق الميتة مضر لان الادمان مجمع لعدة اضرار حيث ذكر ان الادمان سبب للموت فجأة يعني مضافا لاضراره ان الادمان على اكل الميتة سبب للموت فجأة وايضا سبب لانقطاع النسل فاضاف الى الاضرار التي اقتضت حرمته امرا اخر ان الادمان عليها يزيد ضررها اضرارا اخرى لا انه في مقام بيان ان المدار على الادمان في حدوث الضرر .

وثالثا :

روايات الاطعمة والاشربة من الواضح انها ليست حكما مولويا وانما هي في مقام الارشاد الى خواص تكوينية طبيعية قائمة بهذه الاطعمة والاشربة وذكر بعض الاضرار لبعض الاطعمة في بعض الاحيان هذا لا يصلح نقضا باعتبار ان هذه الروايات الشريفة بينت ان في هذه الاطعمة ضررا لا اكثر اما ان الضرر الموجود فيها بمستوى الموجب للحرمة وهو الضرر البليغ لم تتعرض الروايات لذلك كي يحصل التنافي بين مدلول هذه الروايات وما دل على حرمة الاضرار بالبدن اذا كان بحد الاضرار البليغ .

ويؤيد ذلك رواية محمد ابن سنان :

وقلنا يؤيد باعتبار الكلام في وثاقته روى عن الرضا ورواه الصدوق في العلل باسانيده عن محمد بن سنان عنه عليه السلام فيما كتب اليه من جواب مسائله : وحرمت الميتة لما فيها من فساد الابدان والافة ولما اراد الله عز وجل ان يجعل تسميته سببا للتحليل وفرقا بين الحلال والحرام وحرم الله الدم كتحريم الميتة لما فيه من فساد الابدان .

واما الطائفة الثالثة :

وهي ما ورد فيها من تحريم اكل الطين :

فهذه الروايات وردت بأربع طرق للكليني والصدوق والبرقي والشيخ الا ان المشكلة فيها انها كلها تنتهي الى اسماعيل ابن محمد عن جده زياد ابن ابي زياد وزياد الجد مجهول فمن هذه الجهة هي محل توقف.

والنقاش في دلالتها :

هو النقاش في دلالة الطائفة الثانية .

فالمتحصل:

ان الصحيح ما ذهب اليه السيد الحكيم السبط قدس سره من ان المستفاد من مجموع هذه الروايات وان نوقش في بعضها سندا وبعضها دلالة الا ان المستفاد من المجموع ان مناط الحرمة هو الضرر البليغ سواء صدق عليه عنوان الجناية على النفس كما هو مبنى شيخنا الاستاذ التبريزي ام لم يصدق? او صدق عليه عنوان القاء النفس في التهلكة كما هو مبنى سيدنا الخوئي قدس سره او لم يصدق ، ظاهر مجموع هذه الروايات ان الضرر البليغ في حد ذاته موضوع للحرمة .

ومنه يعلم ان لهذه الطوائف مدلولا مطابقيا ومدلولا التزاميا .

المدلول المطابقي : حرمة الاضرار بالنفس

والمدلول الالتزامي : ان للانسان سلطنة على التصرف في جسده ما لم تصل الى حد الضرر البليغ .

فنفس هذه الروايات تدل على ان للانسان سلطنة على في جسده فلا نحتاج الى ان نتمسك باثبات السلطنة بالمرتكز العقلائي او نتمسك بموثقة السكوني : ان الله فوض الى المؤمن اموره كلها ولم يفوض ان يذل نفسه ، لانه قد يناقش في دلالتها ان الله فوض الى المؤمن اموره كلها يعني الامور التي تتعلق بعلاقته مع الناس هو مفوض في ذلك ما لم يكن اذلالا لنفسه .

الجهة الثالثة من البحث: هل يمكن التمسك بحديث لا ضرر ولا ضرار لاثبات قصور سلطنة الانسان على نفسه بما اذا لم يستلزم التصرف الضرر حتى لو لم يكن بليغا ؟ فهل هل يستفاد من قوله : لا ضرر ولا ضرار ان سلطنة الانسان على نفسه محدودة بالضرر فلا سلطنة له على الاضرار بنفسه ولو كان اضرارا طفيفا ولم يكن بليغا بمقتضى اطلاق لا ضرر ولا ضرار ؟

والجواب عن ذلك :

ان التصرف الصادر من الانسان تارة تصرف اعتباري وتارة تصرف تكليفي

فان كان تصرفا اعتباريا كما لو اجر الانسان نفسه لعمل مضر كحمل الاثقال التي تضر ببدنه او قيادة مركبة يضر ببدنه فهل يمكن ان يستفاد من لا ضرر عدم نفوذ الاجارة باعتبار ان الاجارة حكم ضرري ومقتضى كون النفوذ حكما ضروريا ارتفاعه بلا ضرر ؟

نقول : لا يمكن ان يستفاد منها ذلك لان المفروض ان مورد لا ضرر هو الامتنان على المكلف ولا امتنان فيما اقدم عليه هو ، فاذا كان المكلف قد اقدم على الاجارة من اجل تحصيل النفع المادي فمقتضى الامتنان ان لا يرفع نفوذ الاجارة لانه لو رفع نفوذ الاجارة في حقه لكان خلاف الامتنان عليه بالوصول الى غرضه عبر هذه الاجارة وعبر هذه المعاملة .

اذن لا دلالة في دليل لا ضرر بمقتضى وروده مورد الامتنان على نفي نفوذ الاجارة التي اقدم عليها المكلف برضاه واختياره .

واما اذا كان التصرف حسيا وليس اعتباريا مثل ما مثلنا سابقا ان يقوم المكلف بقطع او باغلاق الانابيب يعني بمنع عملية الانجاب يمنع نفسه من الانجاب وهذا ضرر عليه او ان هذا المكلف يتبرع ببعض اعضائه للغير ويتضرر بذلك فهل لا ضرر تدل على عدم سلطنته على هذا النحو من التصرفات ما لم يكن الضرر ضررا بليغا ، ففي الضرر البليغ الحرمة واضحة وانما كلامنا في الضرر غير البليغ

نقول بحسب مبنى سيدنا الخوئي وهو الصحيح ان لا ضرر تختص بالاحكام الالزامية ولا ترفع الاحكام الترخيصية فلا ضرر لا تنفي الحكم الترخيصي وانما لا ضرر تنفي الحكم الالزامي ، فوقوع المكلف في الضرر حينئذ بارادته لا بحكم الشارع لان الشارع مجرد انه رخص له اما القيام بالعمل وعدم القيام به فهو تابع لارادته فلو اختار العمل وتبرع ببعض اعضائه او منع عملية الانجاب فوقوعه في الضرر ليس بترخيص الشارع بل بارادته المحضة.

ومنه يعلم ان ما ذهب اليه بعض الاعلام قدس سره من ان زيارة عليه السلام لو كانت مستلزمة للضرر فهي منفية بلا ضرر اي ان استحباب زيارة الحسين او رجحان زيارة الحسين عليه السلام منفية بلا ضرر اذا كانت الزيارة منشأ للضرر باعتبار حكومة لا ضرر على الادلة الاولية ومن هذه الادلة الاولية استحباب زيارة الحسين عليه السلام .

نقول : هذا ليس صحيحا لان استحباب الزيارة حكم ترخيصي لا الزامي ، استحباب الزيارة غاية ما فيه انه يرغب في الزيارة اما التلبس بالزيارة فهو تابع لارادة مكلف واختياره فلو فرض ان المكلف وقع نتيجة الزيارة في ضرر فوقوعه في الضرر ناشئ عن ارادته وليس ناشئا عن استحباب الزيارة .

مضافا الى ان ما يترتب على الزيارة من مصالح الدنيوية والاخروية مما لا يحصى قد يمنع صدق كون الزيارة ضررية على المكلف ولذلك ورد في صحيحة معاوية بن وهب بحسب نقل الصدوق من قول ابي عبدالله عليه السلام : لا تدعه لخوف فمن تركه لخوف رأى من الحسرة ما يتمنى ان قبره كان بيده .

فهذا المقدار ليس كافيا في سقوط استحباب الزيارة .

وهنا تعقيبان :

الاول : الوصية بالتبرع بالاعضاء :

حيث ذهب سيدنا الخوئي قده الى نفوذ الوصية وانه ما دام بعد موته لا يضره فيتبرع باعضاءه بعد موته والتبرع بالعضو بعد موته هي وصية بالخير فحينئذ مقتضى ذلك نفوذ الوصية .

ولكن استشكل السيد الاستاذ مد ظله في ذلك ، ولا يبعد ان هذا هو الصحيح لانه لا يحرز اصلا ولاية الانسان على جسده بعد موته غايته ولايته على جسده في حياته ما لم يكن التصرف مضرا ضررا بليغا اما ان له الولاية على جسده بعد موته هذا من اين نثبته? نعم تحديد مكان دفنه وزمان دفنه و طريقة تجهيزه بما لا يتنافى مع الاحكام الشرعية هذا بيده ، اما التصرف في جسده بنزع او بقطع فمما لا يحرز ولاية الانسان عليه بعد موته ، لذلك يشكل نفوذ الوصية .

نعم لو ترتب امر اخر اهم هذه مسألة اخرى كان يترتب غرض اهم على قطع عضو او اخذ عضو منه هذا من باب الغرض الاهم لا من باب الوصية ، سواء اوصى او لم يوص لا علاقة له بذلك ، ولذلك في هذه الرواية المعتبرة ان الله تبارك وتعالى يقول ابن ادم تطولت عليك بثلاثة سترت عليك ما لو يعلم به اهلك ما واروك ، واوسعت عليك فاستقرضت منك فلم تقدم خيرا ، وجعلت لك نظرة عند موتك في ثلثك فلم تقدم خيرا .

وفي موثقة السكوني عن جعفر بن محمد عن ابيه قال : قال علي عليه السلام : من اوصى فلم يحف ولم يضار كان كمن تصدق في حياته.

التعقيب الاخير:

لو لم نجد دليلا يحدد لنا ما هو مقدار سلطنة الانسان على نفسه? وهل تشمل فرض الاضرار ام لا و وصلت النوبة للاصل العملي? فاذا شككنا فحينئذ لابد من التفصيل بين التصرف الاعتباري والتصرف التكويني فالتصرف الاعتباري كما لو ان المكلف اجر نفسه لعمل مضر به ولا ندري هل له السلطنة عليه ام لا? مقتضاه جريان اصالة الفساد ، لاننا نشك في نفوذ عقد الاجارة وعدمه فتجري اصالة الفساد عن استصحاب عدم الملكية ، هذا اذا كان التصرف اعتباريا واما اذا كان التصرف تكوينيا كما اذا شك في انه يحرم عليه التبرع بالعضو ام لا? فيجري اصالة البراءة عن الحرمة .

### 008

## التطبيق الرابع من تطبيقات قاعدة لا ضرر :

وهو نفوذ طلاق الحاكم الشرعي للزوجة المحرومة من بعض الحقوق من قبل زوجها حيث وقع البحث في انه هل يمكن التمسك بقاعدة لا ضرر لرفع الزوجية عند كون بقاء الزوجية حكما ضرريا او التمسك بقاعدة لا ضرر لاثبات نفوذ طلاق الحاكم الشرعي في فرض كون الزوج مضارا او كون الزوجة محرومة من بعض الحقوق .

والبحث في مقامين :

المقام الاول :

في لتحديد مدخل البحث كما ذكره سيدنا الخوئي قدس سره في مصباح الاصول

والمقام الثاني :

في جهات البحث وتفاصيله .

اما المقام الاول :

فقد ذكر سيدنا الخوئي في مصباح الاصول ج2 ص 533 :

ان سيد العروة قدس سره في ملحقات العروة استدل بقاعدة لا ضرر عند امتناع الزوج عن الانفاق على زوجته لاثبات ولاية الحاكم الشرعي على الطلاق بلحاظ انه لو لم نقل بنفوذ طلاق الحاكم مع امتناع الزوج عن الانفاق وعدم وجود وسيلة تجبره على الانفاق لكان بقاء الزوجية حكما ضرريا ، فمقتضى لا ضرر ان يكون للحاكم الشرعي ولاية على ابانة الزوجة من زوجها

ولكن سيدنا الخوئي في نفس المصدر ناقش في ذلك وقال لا مورد لاثبات ولاية الحاكم الشرعي على الطلاق بقاعدة لا ضرر ، نعم يمكن ان نستند الى الروايات الخاصة وهي لها شروط خاصة اما ان نستند للا ضرر لاثبات ان بقاء الزوجية في فرض الامتناع عن الانفاق وعدم وجود وسيلة اخرى تجبر الزوج على الانفاق ان بقاء الزوجية ضرر وان للحاكم الشرعي رفع الزوجية بتطليقه هذا لا يثبت بقاعدة لا ضرر .

وبيانه ان هنا امورا ثلاثة :

1. امتناع الزوج عن الانفاق .
2. العلقة الزوجية بين الزوج والزوجة المنشأة بالعقد
3. كون الطلاق بيد الزوج وليس بيد شخص اخر

هنا قال السيد اي الامور منشؤ للضرر ؟ هل منشأ الضرر العلقة الزوجية? هل منشأ الضرر كون ولاية الطلاق بيد الزوج? ليس ذلك منشأ الضرر منشأ الضرر امتناع الزوج عن الانفاق والا نفس العلقة الزوجية ليست منشأ للضرر ونفس كون الطلاق بيد من اخذ بالساق كما في الرواية ليس منشأ للضرر منشأ الضرر الوحيد هو امتناع الزوج عن الانفاق فبما ان امتناع الزوج هو منشأ الضرر اذن يرفع الشارع هذا المنشأ بالزام الزوج بالانفاق وبتحريم امتناعه عن الانفاق وبتعزيره ان ابى ذلك فلا ينحصر رفع الضرر برفع العلقة زوجية او بتوسعة الولاية على الطلاق لما يشمل الحاكم الشرعي فتبقى الولاية على الطلاق بيد الزوج تبقى العلقة الزوجية اما امتناع الزوج عن الانفاق الذي هو منشأ للضرر يمكن ان يرفعه الشارع بالتحريم وبالتعزير وباي وسيلة متاحة للشارع في ذلك .

نعم لا اشكال ان الحكم بنفوذ طلاق الحاكم يتدارك به الضرر يعني لو ان المشرع اعطى الولاية للحاكم الشرعي في مثل هذا الفرض فقام الحاكم الشرعي وطلقها تدارك ضررها الا ان مفاد قاعدة لا ضرر ليس هو تدارك الضرر وشرحنا هذا في اول ليلة فليس مفاد قاعدة لا ضرر ان هناك ضرر خارجي قائم ويراد بقاعدة لا ضرر تداركه وانما مفاد قاعدة لا ضرر ان يكون نفس الحكم الشرعي ضرريا فيرتفع ببركة قاعدة لا ضرر والمفروض انه لا يوجد هنا حكم شرعي ضرري لا العلقة الزوجية ولا كون الطلاق بيد من اخذ بالساق .

ثم يقول قدس سره : مضافا لتعارض الضررين فان رفع الضرر عن الزوجة بجعل الولاية للحاكم الشرعي على الطلاق معارض بان هذا ضرر في حق الزوج لان النتيجة ستكون نقص ولايته على الطلاق يعني ارتفاع القوامة منه ونقص ولايته على الطلاق هو بنفسه ضرر فصار اعمال لا ضرر لرفع الضرر موجبا للضرر على الزوج ولا اطلاق في قاعدة لا ضرر لفرض يترتب على اعمالها ضرر على احد الطرفين ولا مرجح لاحدهما على الاخر

ان قلت :

المفروض ان الزوج اقدم على الضرر فلا يراعى في تطبيق قاعدة لا ضرر كما سبق ذكره في بعض ليالي السابقة ان قاعدة لا ضرر لا تشمل على من اقدم على الضرر ملتفتا ، والمفروض ان الزوج قد اقدم على الضرر فلا يراعى في مجال تطبيق قاعدة لا ضرر .

قلت :

الزوج لم يقدم على الضرر بنفسه انما اقدم على الاضرار بالزوجة من خلال امتناعه عن الانفاق ولا يصدق انه اقدم على الاضرار بنفسه الا اذا قلتم لا ولاية له على الطلاق وما لم نقل بهذا فهو ما اقدم على الاضرار بنفسه ، فهو زوج والطلاق بيده غاية ما في الباب انه مضر بالزوجة نتيجة امتناعه عن الانفاق فهو اضر بالزوجة لا انه اقدم على الاضرار بنفسه كي يقال لا تشمله قاعدة لا ضرر لانه اقدم على الاضرار بنفسه

نعم لو قلنا اذا كان امتناعه عن الانفاق سببا في سلب ولايته على الطلاق فباقدامه على المنع من الانفاق يكون قد اقدم على الضرر بنفسه لان باقدامه على المنع من الانفاق اقدم على سلب ولايته فيكون قد اقدم على الاضرار بنفسه فيقول السيد الخوئي اذن صارت المسألة دورية حيث تطبيق قاعدة لا ضرر عليه لا يتم مع اقدامه على الضرر فانتم تقولون عدم شمول قاعدة لا ضرر له لانه اقدم على الضرر اضرار بنفسه واقدامه على الاضرار نفسه فرع سلب الولاية عنه وسلب الولاية عنه فرع تطبيق لا ضرر فرجعنا الى المسألة بنكتة دورية

فالنتيجة :

ان مقتضى الصناعة ان زوج مضار ويجبر على الانفاق ولو بالتعزير والحبس ويرتفع الضرر بذلك ولا موجب لسلب الولاية على الطلاق او سلب علقة الزوجية

وهنا عدة تعليقات بعضها مناقشة بعضها توسعة في الكلام لابد منها في بيان المدخل للمسألة :

التعليقة الاولى :

تحريم الامتناع عن الانفاق لا يكفي لسد باب الضرر ، نفقة الزوجة على زوجته واجب من الاساس فتحريم الامتناع عن الانفاق لا يكفي لسد باب الضرر على الزوجة ما دام الزوج ابيا مصرا على الامتناع عن الانفاق بل قد يكون الزوج غير قادر على الانفاق و لا يكون بالضرورة ممتنعا فقد الزوج غير قادر على الانفاق لكونه محبوسا زمنا طويلا او لكونه معسرا ولا يمكنه الاستدانة لكونه معسرا ففي هذا الفرض كيف يسد باب الضرر?

التعليقة الثانية :

قد يقال اذا امتنع الزوج عن الانفاق ولم يمكن اجباره ولا تعزيره كما لو لم يكن للحاكم الشرعي بسط لليد ولا قدرة على العمل بشيء في هذا الفرض الخاص يكون الحكم ببقاء الزوجية حكما ضرريا على الزوجة اوفقل حصر الولاية على الطلاق بيد الزوج في مثل هذا الفرض حكما ضرريا

التعليقة الثالثة :

طبعا هذه الجهات ما تعرض لها السيد الخوئي وانما تعرض لها المتأخرون عنه انه قد يكون الزوج مضارا اما لقسوته عليها او ضربه لها او لانه مدمن للمخدرات كما في هذا الزمان فكون الزوج مضارا بالزوجة هو ينفق عليها ولكنه مضار بها ضررا لا يمكن علاجه مع هذا الزوج ، ففي مثل هذا الفرض ماذا يقال? اذا لم تكن هناك وسيلة اخرى لمنع اضرره بها فتعين ان يكون الحكم بحصر الولاية على الطلاق بيد الزوج حكما ضرريا

التعليقة الرابعة : المفقود زوجها

ورد في الروايات تعرض لحكمها انه ان كان حيا صبرت وان لم يعرف انه حي او ميت فان كان له مال ينفق عليها من ماله الموجود او كان له ولي ينفق عليها من ماله ثم يحتسبه دينا على الزوج ايضا عليها ان تصبر واذا لم يكن يفحص اربع سنوات عنه فان لم يمكن الوصول اليه يطلقها الحاكم الشرعي بطلبها

وورد في بعض الروايات صحيحة انها لو قالت اريد ما تريد النساء فالرواية تقول فلتصبر ولا كرامة

من هنا علق سيد العروة في الملحقات على هذه النقطة في الرواية ان هذا الكلام فلتصبر ولا كرامة مطلق يعني لم يرد مورد الضرر ، فلعله مجرد الحرج لا يكفي في طلاقها او مجرد العسر انها تبقى بلا علقة خاصة بينها وبين الزوج بقاؤها بلا هذه العلقة الخاصة مثلا عسر وحرج عليها وصعب لكنه لم يبلغ حد الضرر فما في الرواية مطلق لم يرد مورد الضرر لانه لم يرد مورد الضرر فهو كسائر الاحكام الاولية التي قد تكون ضررية وقد لا تكون ، فنقول لو بلغ صبرها او عجزها عن تحمل عدم العلاقة الخاصة بينها وبين الزوج لو بلغ حد الضرر او ترتكب الحرام والعياذ بالله فلو بلغ هذا الحد فحينئذ يصح ان نقول اذن بقاء العلقة الزوجية في هذا الفرض حكم ضرري او حصر الولاية بيد الزوج حكم ضرري فيشمله ايضا حديث لا ضرر

ان قلت :

نطرحه تتميما كلام سيد العروة بانه اذا كان بقاء العلقة الزوجية ضرريا فلا نحتاج لطلاق الحاكم حيث بقاء العلقة الزوجية ضررية فترتفع العلقة الزوجية بنفس دليل لا ضرر لماذا تقولون يطلقها الحاكم? يعني توسيط طلاق الحاكم في البين ما هو الوجه فيه? فلها ان تزوج نفسها باي شخص اخر

قلت :

انما يكون بقاء العلقة الزوجية ضرريا في طول طلاق الحاكم والا نفس بقاء العلقة الزوجية لا ضرر فيه في حد ذاته ، اذا قلنا مع طلاق الحاكم لها مع ذلك تبقى العلقة الزوجية هنا يكون بقاؤها ضرريا مع طلاق الحاكم لها ومع ذلك تعتبر زوجة اعتبارها زوجة حتى طلاق الحاكم لها حكم ضرري لا ان نفس بقاء العلقة الزوجية حكم ضرري بقاء العلقة في فرض صدور الطلاق من الحاكم والا اذا لم يصدر الطلاق من الحاكم بعد هناك عدة وسائل فلا ينحصر كون العلقة الزوجية هي الضرر انما يكون بقاء العلقة الزوجية ضرريا في فرض صدور الطلاق من الحاكم وعدم تنفيذه

وورد في الروايات الشريفة معتبرة عاصم بن حميد عن ابي بصير قال سمعت ابا جعفر عليه السلام يقول : من كانت عنده امرأة فلم يكسها ما يواري عورتها ويطعمها ما يقيم صلبها كان حقا على الامام ان يفرق بينهما

وايضا صحيحة الحلبي عن علي ابن ابراهيم عن ابيه عن ابن ابي عمير عن حماد عن الحلبي عن ابي عبدالله عليه السلام : سئل عن المفقود ؟ فقال المفقود اذا مضى له اربع سنين بعث الوالي او يكتب الى الناحية التي هو غائب فيها فان لم يوجد له اثر امر الوالي وليه ان ينفق عليها فما انفق عليها فهي امرأته ، قال قلت : فانها تقول اني اريد ما تريد النساء قال ليس ذلك لها ولا كرامة فان لم ينفق عليها وليه او وكيله امره ان يطلقها فكان ذلك عليها طلاقا

ونحوها عدة روايات بهذا المضمون

فقد يقال نفس هذه الادلة بغض النظر عن قاعدة لا ضرر العرف يلغي خصوصية كونه مفقودا او العرف يلغي كونه ممتنعا من الانفاق ويرى ان النكتة انه مضار بها اما لامتناعه عن الانفاق او لحبسه مدة طويلة المهم ان النكتة التي يستفيدها العرف من هذه الروايات ان بقاء الزوجية معها ضرر عليها فيستفاد من نفس هذه الروايات مع غمض النظر عن حديث لا ضرر ان للحاكم الشرعي ان يطلقها في فرض ان لا يكون مجال لرفع الضرر عنها الا بذلك .

التعليق الخامسة والاخيرة :

ان لم يتم تطبيق قاعدة لا ضرر بلحاظها فيتم تطبيق لا ضرار بلحاظها ، باعتبار ان عندنا فقرتين فقرة لا ضرر الناظر للضرر على النفس ، وفقرة لا ضرار الناظر للضرر على الغير ، فان لم يتم تطبيق لا ضرر فيتم تطبيق لا ضرار فيقال امتناع الزوج عن الطلاق مع كونه مضارا بها موجب للضرار عليها فيرفع اختصاص ولايته على الطلاق بالزوج باعتبار ان هذا الاختصاص حكم ضراري الزوجة .

هل هذا هو الحكم الشرعي او منتزع من الحكم الشرعي?

هذا محل نقاش .

### 009

المقام الثاني : في نفوذ طلاق الحاكم عند كون الزوجة محرومة من بعض الحقوق الزوجية

وهذا المقام يستند الى وجوه :

الوجه الاول : الاستناد الى الروايات الخاصة

ومنها ما رواه الصدوق عن ربعي بن عبدالله والفضيل ابن يسار عن ابي عبدالله عليه السلام قال : ان انفق عليها ما يقيم ظهرها مع كسوة والا فرق بينهما .

ومنها ما رواه الصدوق ايضا عن عاصم بن حميد عن ابي بصير : سمعت ابا جعفر عليه السلام يقول : من كانت عنده امرأة فلم يكسها ما يواري عورتها ويطعمها ما يقيم صلبها كان حقا على الامام ان يفرق بينهما .

وتقريب الاستدلال بهذه الروايات الشريفة :

انها وان وردت في فرض امتناع الزوج عن الانفاق او في فرض اعساره الا ان العرف يلغي خصوصية المورد ويرى ان النكتة والمدار على وقوع الزوجة في الضرر البليغ نتيجة عدم النفقة عليها ، او نتيجة كون الزوج غائبا عنها او نتيجة كون الزوج مضارا بها مؤذيا لها فان النكتة الجامعة لهذه الموارد وقوع الزوجة في ضرر شديد من جهة الزوج لا يرتفع الا بتدخل الحاكم الشرعي وطلاقه لها .

وناقش المحقق النائيني قدس سره في ذلك :

اولا :

بان هذه الاخبار لا عامل بها ، باعتبار ان القدماء بين قولين وهما لزوم الصبر مهما حصل ، او ان لها الفسخ كما قال به ابن الجنيد اما ان حكم هذه المرأة هو طلاق الحاكم فكأن هذا خلاف الاجماع المركب او ان العمل بها في مثل هذا المورد عمل بما اعرض عنه قدماء الاصحاب .

ولكن كما قال صاحب الحدائق رحمه الله :

بان الاعراض لم يثبت عن العمل بهذه الروايات الشريفة ، نعم ربما خصصها البعض بفرض امتناع الزوج عن النفقة ولم يلغ خصوصية وربما ضعف سندها البعض اعتمادا على طريق الشيخ في التهذيب لها وهو ضعيف ولكن بملاحظة طريق الصدوق لها في الفقيه فهو طريق معتبر

واما ثبوت الاعراض بحيث يكون موهنا لحجيتها فهذا غير تام .

الاشكال الثاني الذي ذكره المحقق النائيني قدس سره :

ان هذه الروايات معارضة بالنبوي : تصبر امرأة المفقود حتى يأتيها يقين بموته او طلاقه .

يعني لا مجال لطلاقها من قبل الحاكم .

والعلوي وهي رواية السكوني عن جعفر بن محمد عن ابائه صلوات الله عليهم عن علي امير المؤمنين علي عليه السلام لا تتزوج امرأة المفقود حتى يبلغها موته او طلاقه او لحوقه باهل الشرك يعني الارتداد .

ولكن كما ذكر سيدنا الخوئي قدس سره وغيره :

اما رواية السكوني فهي ضعيفة باشتمال الطريق على بنان ابن محمد الذي لم يوثق واما النبوي فلم يثبت اعتباره حتى عند اصحاب السنن من العامة كما ذكر ذلك ابن قدامة في المغني

واما العلوي غير رواية السكوني فهو مرسل من قبل علي بن الحكم وحماد نعم عندنا رواية معتبرة وهي موثقة سماعة : سألته عن المفقود فقال : ان علمت انه في ارض فهي منتظرة له ابدا حتى يأتيها موته او يأتيها طلاق

ومقتضى اطلاقها انه متى علمت انه في ارض حي فعليها ان تصبر حتى يأتيها موته او طلاقه ومعناه انه حتى لو لم يكن منفقا عليها ولم يكن له ولي ينفق عليها ان تصبر الى ان يأتي خبر موته او طلاقه وموردها طبعا اخص من بقية الروايات لانها واردة في فرض العلم بالحياة فلذلك لا تصلح لمعارضة الروايات الاخرى التي نصت على انه من كان موجودا ولم ينفق عليها ولم يمكن اجباره على الانفاق عليها فالوظيفة هي ان يقوم الحاكم بتطليقها .

ولكن كما ذكرنا في الليلة السابقة حتى هذه الرواية التي تقول بان عليها ان تصبر ولا كرامة مطلقة من حيث الضرر وعدم الضرر فاذا كان صبرها على هجرانه لها او تعليقه لها او بعده عنها او عدم خبره او نحو ذلك من الدواعي والاسباب ضرريا بحد لا يتحمل او ترتكب الحرام فان مقتضى لا ضرر حكومتها على مثل هذه الروايات الشريفة وان وردت في مورد خاص الا ان مقتضى حكومة لا ضرر انتفاء بقاء العلقة الزوجية لفرض يكون بقاء العلقة الزوجية ضرريا عليها بهذا النحو الذي لا يتحمل .

هذا هو الوجه الاول وهو المصير الى طلاق الحاكم استنادا الى الاخبار والروايات الشريفة .

الوجه الثاني : المصير الى طلاق الحاكم او الفسخ استنادا الى قاعدة لا ضرر .

فلنفترض ان هذه الاخبار وردت في خصوص الممتنع عن الانفاق او في خصوص المعسر ففي غير ذلك من الموارد يمكن الاستناد الى قاعدة لا ضرر .

وهنا اشكل على الاستناد الى قاعدة لا ضرر باشكالين :

الاشكال الاول :

ما ذكر في كتاب بحوث فقهية للشيخ الحلي قدس سره من انه اشكل على التمسك بلا ضرر في هذه الموارد بان منشأ الضرر ليس هو حكم الشارع ببقاء العلقة الزوجية وليس منشأ الضرر حكم الشارع بان الولاية على الطلاق بيد الزوج بل منشأ الضرر ارادة الزوج يعني كون الزوج ممتنعا عن الانفاق او كون الزوج مضارا او كون الزوج هاجرا لها او كون الزوج معلقا لها منشأ الضرر هو فعل الزوج وليس منشأ الضرر نفس الحكم الشرعي ببقاء الزوجية او جعل الولاية على الطلاق بيد الزوج فبما ان الحكم الشرعي ليس ضرريا يعني عالم التشريع ليس ضرريا وانما منشأ الضرر من الخارج فان لا ضرر لا تتكفل رفع الاضرار الخارجية وانما ما تتكفل له لا ضرر رفع الضرر التشريعي اذا كان الضرر ناشئا عن نفس الحكم الشرعي ونفس التشريع اما اذا كان الضرر مستندا الى عامل خارجي فهذا ليس موردا لحديث لا ضرر .

ولكن الجواب :

اولا : بان هذا خاص بفرض اختيار الزوج اما لو فرض ان الزوج غائب ولا يمكن الوصول اليه او فرضنا ان الزوج محبوس لا يرجى عوده او ان الزوج مبتلى بمرض العنن بحيث لا يمكن ان يؤدي حق الزوجة في المباشرة بالنتيجة لم يكن الضرر ناشئا عن ارادة الزوج فحينئذ يقال حكم الشارع ببقاء العلقة الزوجية في هذا الفرض حكم ضرري يعني اطلاق حكمه ببقاء الزوجية اطلاق ضرري ومقتضى كونه اطلاقا ضرريا ان يكون مرفوعا بحديث لا ضرر .

وثانيا :

فرق بين المباني في المقام ، فعلى مبنى المحقق النائيني وتبعه السيد الخوئي وشيخنا الاستاذ التبريزي قدست اسرارهم من ان الحكم الشرعي المرفوع بدليل لا ضرر ما كان سببا توليديا للضرر ، و يرتفع الحكم الشرعي بلا ضرر في فرض كون نفس الحكم سبب توليدي للضرر بحيث لا يتخلف الضرر عنه يعني نفس اطلاق الحكم الشرعي سبب توليدي للضرر لا يتخلف عنه

المسلك الاخر :

وهو مسلك السيد الاستاذ مد ظله : انه لا يعتبر في حكومة لا ضرر ان يكون الحكم الشرعي سببا توليديا للضرر بحيث لا يتخلف عنه وانما يكفي ان يكون الحكم الشرعي في طريق الضرر يعني يكفيه ان يكون الحكم الشرعي فيه تسبيب واقتضاء للضرر وان لم يكن سببا توليديا للضرر ما يتخلف عنه فما دام في الحكم الشرعي اقتضاء وتسبيب للضرر ولو بالواسطة فهذا كاف في حكومة لا ضرر

فبناء على المسلك الاول :

يقال هنا الضرر من الخارج وليس من نفس الحكم الشرعي فهناك شيء خارجي يساعد على الضرر وهو اعسار الزوج او حبس الزوج او غيبة الزوج او اي شيء اخر ، يعني ليس الحكم الشرعي وحده سبب في حصول الضرر فليس هذا موردا لحكومة لا ضرر .

اما بناء على مسلك السيد السيستاني مد ظله :

انه لاحاجة الى ذلك وانما مقتضى اطلاق لا ضرر رفعها للحكم الذي يكون فيه تسبيب واقتضاء للضرر ولو لم يكن سببا تاما وشمول قاعدة لا ضرر لمثل هذه الموارد بالنتيجة لولا حكم الشارع ببقاء الزوجية لبقيت المرأة في الضرر وان كان هناك عامل خارجي ساعد على فعلية الضرر وهو اعساره او هجرانه او غيبته او نحو ذلك .

هذا الاشكال الاول وما فيه .

الاشكال الثاني :

ايضا ذكره الشيخ الحلي رحمه انه قاعدة لا ضرر رفعت العلقة الزوجية ولكن ما عينت ما هو الحل والعلاج? فالرفع غير الاثبات قاعدة لا ضرر رفعت العلقة الزوجية وقالت بقاء العلقة الزوجية على هذه الزوجة ضرري ، فهل كونها ضرريا يعني ترتفع تلقائيا ام لابد لها من رافع ولم تحدد قاعدة لا ضرر ما هو الرافع? هل الرافع طلاق الزوج? هل الرافع فسخ الزوجة? هل الرافع احدهما لا بعينه? هل الرافع طلاق وليها? طلاق وليه ؟ فلا تعين قاعدة لا ضرر وانما تقول بقاء العلقة الزوجية في هذا الفرض ضرري لابد من رافع واما تعيين هذا الرافع فلا تتكفل له قاعدة لا ضرر وبالتالي فالتشبث بقاعد لا ضرر دون اثبات ما هو العلاج وما هو الرافع للعلقة الزوجية مع قيام الضرورة عندهم والتسالم ان العلقة الزوجية لا ترتفع وحدها صحيح هي ضررية اما لا ترتفع وحدها ويحتاج رفع العلقة الزوجية الى رافع فقاعدة لا ضرر لم تعين ما هو الرافع فحينئذ يكون التمسك بها موجبا للاجمال من هذه الجهة

الا ان نجيب عن ذلك :

اولا :

اننا اذا نستقرأ النصوص في العلقة الزوجية في باب النكاح فظاهر مجموع النصوص الواردة في باب النكاح ان الرافع اربعة اشياء

1. اما الطلاق بشروطه
2. اما الفسخ لاحد العيوب المنصوصة
3. واما اللعان بحسب شروطه
4. واما الارتداد

وفي المقام لا ارتداد ولا لعان وليس من العيوب المنصوصة فتصل النوبة الى الطلاق يعني مقتضى استقراء النصوص ان الرافع في فرض اللعان وعدم الارتداد وعدم العيوب المنصوصة هو الطلاق .

اما طلاق الزوج فاذا كان الزوج و وليه غير موجود فالحاكم باعتبار ان الحاكم ولي الممتنع ومن باب ولايته في الامور الحسبية فيطلقها حيث من الولاية في الامور الحسبية الولاية على الممتنع عن الطلاق او الممتنع عن اداء الدين وما اشبه ذلك من الموارد

نقرأ بعض هذه النصوص :

مثلا قوله عز وجل فامساك بمعروف او تسريح باحسان ، فلا يرتفع الزوجية هكذا امساك بمعروف او تسريح باحسان

او مثلا معتبرة جميل عن احدهما عليهما السلام اذا كساها ما يواري عورتها ويطعمها ما يقيم صلبها اقامت معه والا طلقها

يعني حصر الرافع في الطلاق .

وما ورد في المفقود من ان الولي يطلقها بامر الحاكم فان لم يطلقها الولي طلقها الحاكم قرأنا هذه الروايات في الجلسة السابقة

ومعتبرة محمد ابن قيس عن ابي جعفر عليه السلام - هذه ربما اوضح دلالة - :

قضى في رجل تزوج امرأة وهي اصدقته واشترطت عليه ان بيدها الجماع والطلاق ، قال خالفت السنة ووليت حقا ليست باهله، وقضى ان عليه الصداق وبيده الجماع والطلاق وذلك السنة .

فمقتضى اطلاق هذه الروايات ان لا رافع لعلقته بها الا بيده وولايته على الطلاق غاية ما في الامر اذا امتنع من الطلاق وفي هذه الموارد المضرة قام الحاكم الشرعي مقامه .

هذا اولا .

وثانيا :

يمكن اثبات الطلاق للحاكم الشرعي هذه الموارد بما ذهب اليه السيد الاستاذ مد ظله كما ذكر في قاعدة لا ضرر بالتمسك بفقرة لا ضرار طبعا بناء على مسلكه وناقشناه في بعض الليالي السابقة قال : مفاد كلمة لا ضرار التسبيب لعدم الضرار ومن التسبيب لعدم الضرار ولاية الحاكم فان الشارع اذا اعطى الحاكم الشرعي ولاية يمنع بها وسائل الاضرار فهو مستفاد من نفس قوله لا ضرار لا ضرار يعني ان الشارع سبب لمنع الضرار بالناس والتسبيب لمنع الضرار ان يجعل الولاية للحاكم الشرعي لمنع وقوع الضرر على اي احد .

010

### الوجه الثالث : انفصام العلقة الزوجية بفسخ الزوجة عند الضرر:

ان المنشئ من قبل الزوجة في عقد النكاح على ثلاثة انحاء :

1. اللا بشرط
2. المقيد بفرض عدم الضرر
3. او العلقة الزوجية مبنية على الشرط الارتكازي وهو فرض عدم الضرر .

النحو الاول :

لو كان المنشأ في عقد النكاح هو العلقة الزوجية بين الطرفين على نحو اللا بشرط لكان عقدا دائما غير قابل للفسخ وغير قابل للبينونة بنفسه.

النحو الثاني :

ان يكون المنشأ في عقد النكاح العلقة الزوجية المقيدة بفرض عدم الضرر من ناحية الزوج او المقيدة بفرض وفاء سائر الحقوق من ناحية الزوج والا فلا علقة زوجية يعني ما انشأته العلقة الزوجية الضيقة القاصرة في حد ذاتها عن السعة والشمول.

فقد يقال بان هذا الفرض غير تام لوجوه ثلاثة:

الاول :

ما يظهر من سيدنا الخوئي قدس سره في باب النكاح ان هذا لا عقد دائم ولا منقطع ، اما انه لا عقد دائم لانه قيدت العلقة الزوجية مبدأ ومنتهى بفرض عدم الضرر ومعناه انه متى ورد الضرر من ناحية الزوج باي نحو كان فتنتهي العلقة الزوجية ولا عقدا منقطعا لانه لم يؤجل باجل زمني معلوم حتى يكون عقدا منقطعا .

فبما انه لا دائم ولا منقطع والمستفاد من الاية و الرواية ان عقد النكاح لا يخلو اما دائم او منقطع فهذا يعني عدم نفوذ هذا العقد من اساسه .

الوجه الثاني :

ان المستفاد من التسالم واستقراء النصوص كما ذكرنا في الليلة السابقة ان عقد الدائم لا يرتفع بنفسه فيما سوى الارتداد الا برافع سواء كان ذلك الرافع طلاق الزوج او طلاق الحاكم او فسخ الزوج او فسخ الزوجة ، اذن فانشاء عقد الزوجية مقيدا بفرض عدم الضرر بحيث يرتفع بمجرد حصول الضرر من دون رافع وهذا ما هو المتسالم عليه والمستفاد من النصوص الشريفة.

الوجه الثالث :

ان النكتة في ارتفاع العقد عند تضرر الزوجة من قبل الزوج هي نكتة الضرر والضرر لا ينشأ من نفس العلقة الزوجية حتى ترتفع العلقة الزوجية بمجرد الضرر وانما الضرر ينشأ من لزوم العلقة لا من ذات العلقة الزوجية ، والا لو كانت العلقة الزوجية ترتفع بالطلاق او ترتفع بالفسخ ما كانت في حد ذاتها امرا ضرريا فهي في حد ذاتها ليست امرا ضرريا وليست منشئا للضرر او فقل العلقة الزوجية في حد ذاتها كسائر الاحكام الوضعية لا تعني امرا ضرريا وانما لزومها حتى بعد فسخ الزوجة ضرري و لزومها حتى بعد الطلاق ضرري ، فالضررية في اللزوم لا في اصل العلقة الزوجية .

فبما ان الضررية في اللزوم لا في عقد الزوجية فحينئذ تقييد العلقة الزوجية بفرض عدم الضرر مع انه لا ضرر في نفس العلقة الزوجية لا يوجب ارتفاع العلقة الزوجية بمجرد حصول الضرر.

فهذه وجوه ثلاثة تبين ان هذا النحو الثاني من المنشأ وهو ان ينشأ النكاح مقيدا بفرض عدم الضرر موجب لبطلان هذا العقد .

فيتعين النحو الثالث :

وهو ان المنشأ هو العلقة الزوجية مبني على الشرط الارتكازي وهو قيام الزوج بحقوق الزوجية او عدم الضرر من ناحية الزوج كشرط ارتكازي في العلقة الزوجية .

وهذا نظير ما ذكره الشيخ الاعظم قدس سره في بحث الخيارات في مسألة خيار الغبن وخيار العيب ، حيث قال : يمكن تخريج خيار الغبن وخيار العيب بان ينشئ البائع المبادلة بين المالين مبنية على الشرط الارتكازي وهو التساوي بين الثمن والمثمن من حيث المالية وسلامة المبيع بحيث لو تبين خلل المبيع او تبين ان المشتري مغبون في الثمن كان له الخيار ، فانشاء المبادلة بين المالين مبنية على شرط ارتكازي وهو المساواة وسلامة المبيع .

وكذلك في المقام ، فالزوجة انشأت علقة النكاح مبنية على شرط ارتكازي وهو قيام الزوج بحقوق الزوجية فلو لم يقم لكان لها الخيار ولها سلطة فسخ العقد .

هذا هو بيان الوجه الثالث في التمكن من رفع العلقة الزوجية بفسخ الزوجة .

وقد يشكل على هذا الوجه بعدة اشكالات :

الاشكال الاول :

يختص بمسألة الانفاق او مسألة الاحكام التكليفية في حق الزوج :

بمعنى ان يفرق بين ما هو من مقومات العلقة الزوجية لدى المرتكز العقلائي وما هو من الاثار للعلقة الزوجية? فما هو من المقومات كالتمكين عند طلب الزوج او المعاشرة بالمعروف فح يقال نعم هذا يدخل ضمن الشرط الارتكازي واما وجوب الانفاق على الزوج فهذا ليس من مقومات العلقة الزوجية لدى المجتمع العقلاءي ، ولذلك بعض المجتمعات يكون المتكفل بالانفاق هو المرأة وليس الرجل فهذا ليس امرا ارتكازيا ، او ان تخرج من البيت مثلا بدون اذنه او ما اشبه ذلك من الاحكام المترتبة على الزواج .

فانشاء العلقة الزوجية مبنية على الشرط الارتكازي لا يشمل مثل الاحكام التكليفية او الاحكام الخاصة بالدين الاسلامي مثلا وانما يكون ناظرا الى ما هو من مقومات علقة النكاح لدى العقلاء.

وهذا الاشكال واضح الدفع:

بانه اذا كانت الزوجة من المجتمع الاسلامي الملتفت الى الاحكام الشرعية فهذا امر ارتكازي لدى المسلمين فمن المرتكزات لدى المسلمين ان الزوج يتكفل بالانفاق على الزوجة ومن المرتكزات ان تكون القوامة بيده وما اشبه ذلك من المرتكزات ، فهي اذا انشأت مبنية على الشرط الارتكازي شمل الشرط الارتكازي هذا النوع من الاحكام الملتفت اليها نوعا بين المسلمين .

الاشكال الثاني :

ما هي ثمرة الشرط? ان ثمرة الشرط هو الفسخ عند التخلف ، فهل عقد النكاح يقبل الفسخ ام لا? فبما ان ثمرة الاشتراط السلطة على الفسخ عند التخلف فمرجع اشتراط الانفاق او الوفاء بالحقوق الزوجية مرجع اشتراط ذلك الى اشتراط الفسخ عند التخلف واشتراط الفسخ عند التخلف مناف لكون عقد النكاح عقدا يقع لازما ولا يقع خياريا .

فهذا مناف للمتسالم عليه كما ذكر الشيخ الاعظم من ان عقد النكاح عقد لا يقع الا لازما و لا يقع خياريا .

بل اضاف سيدنا الخوئي قدس سره الى انه اصلا هذا العقد لايكون نكاحا دائميا لانه اذا اشترطت ان ينفق عليها والا فسخت فمرجع اشتراطها هذا الى اشتراط علقة النكاح بحال عدم الفسخ يعني كانها انشأت عقد النكاح مقيدا بعدم الفسخ او فقل كأنها قالت : هذا نكاح ما لم افسخ واذا كان هذا نكاحا ما لم تفسخ فلا هو عقد دائم ولا هو عقد منقطع ، فليس هو بعقد دائم لانه اشترط بعدم زمان الفسخ ولا هو عقد منقطع لانه لم يقيد بزمن معلوم ، فاذن هذا النكاح باطل لانه ليس دواما وليس منقطعا.

طبعا هذا الكلام السيد الخوئي ذكره في باب الخيارات ايضا وكرره في باب النكاح وكانه من انظاره التي تتكرر قال حتى في باب الخيارات لو انشأ البيع مشروطا بالخيار وقال بعت هذا الكتاب بشرط ان يكون لي الخيار ، يقول السيد الخوئي هذا ليس بيعا مطلق وانما بيع ضيق في ذاته يعني اصلا انشأ العلقة الملكية مضيقة في حد ذاتها بعدم زمان الفسخ ،

هنا يقول لا هذا ليس تاما على طبق نظري هو في باب الشروط لا يرجع الشرط الى القيد في المنشأ وانما مرجع حقيقة الاشتراط الى التعليق والتعليق اما تعليق المنشأ على امر خارجي او تعليق المنشأ على التزام فعلي او تعليق الالتزام بالمنشأ على امر خارجي فدائما مرجعه الى تعليق خارج عن اطار ذات المنشأ وخارج عن حريم ذات المنشأ لا انه قيد في المنشأ والا لم يكن من باب الشروط بل كان قيدا في المنشأ وهذا خلف انه شرط اشترطه في العقد لا انه انشأ العقد مقيدا به والا يرجع الى النحو الثاني الذي تكلمنا عنه .

لاجل ذلك عندما الانسان ينشئ عقد البيع وقال بعتك هذا الكتاب بدينارين واشترط بان تفعل كذا ، فح ما هو مرجع قوله : اشترط؟ ان رجع الى تعليق المنشأ وهو الملكية على التزام الطرف المقابل التزامه الفعلي النفسي بامر يعني علقة الملكية المنشأة على التزامك الفعلي بان تعطيني كذا ولكن المعلق هو الالتزام الفعلي ، صح العقد لان الالتزام الفعلي موجود والمعلق عليه موجود والمعلق موجود والمنشأ تم ولا اثر لهذا التعليق الا حكم تكليفي محض وهو ان يفي بما التزمه حين العقد فقط ، وليس له اي حكم اخر بحيث لو تخلف فقط اثم والا ليس للبائع الشارط اي صفة حينئذ .

هذا النحو الاول .

النحو الثاني :

ان يعلق المنشأ على امر خارجي لا على الالتزام الفعلي ، بان يقول بعتك هذا الكتاب بشرط ان تخيط لي ثوبا فهذا من التعليق المبطل للعقد ، لبطلان التعليق لانه لم يعلقه على امر فعلي بل علقه على امر استقبالي فيدخل ضمن التعليق المبطل .

النحو الثالث :

ان يعلق الالتزام لا انه يعلق نفس العقد ونفس المنشأ وانما يقول هذا العقد تم انا التزم بهذا العقد او لا التزم ، التزم بمعنى ان لا افسخ واعلق التزامي بهذا العقد على ان تخيط لي ثوبا والا فلا التزام يعني فلي حق الفسخ . فهذا هو محور الكلام في النحو الثالث ان يرجع الى تعليق التزامه بالعقد على امر خارجي وثمرة تعليق الالتزام على امر خارجي ان له خيار الفسخ.

فهذا هل يتصور في النكاح ام لا ؟ هذا هو الكلام ، فمرجع الاشتراط في باب النكاح الى هذا النحو الثالث وهو ان الزوجة انشأت العلقة الزوجية مبنية على شرط ارتكازي وهو وفاء الزوج بحقوق الزوجية مرجع ذلك الى انه كأن الزوجة قالت التزامي بهذا العقد وعدم فسخه اياه مبني على وفائك بالحقوق الزوجية فاذا لم تف فلا التزام لي لا انه يرجع الى تقييد المنشأ بقيد فهذا اصلا ليس من باب الاشتراط في شيء .

هذا الذي قلنا بانه مرجع الاشتراط قيل بانه مناف للتسالم وما يستفاد من النصوص من ان عقد النكاح لا يقع خياريا .

### 011

والمتحصل مما سبق : ان اشتراط النكاح بان يقوم الزوج باداء الحقوق الزوجية بحيث يكون مرجع اشتراط ذلك الى ان للزوجة حق الفسخ عند عدم وفاء الزوج بالشروط مورد لثلاثة اشكالات :

الاول :

ما ذكره سيدنا الخوئي قدس سره (مصباح الفقاهة ج6ص272) :

ان العقود على ثلاثة اقسام :

1. قسم لا يقبل التوقيت ابدا .
2. وقسم يقبل التوقيت ولو بغير المباشرة .
3. وقسم فيه تفصيل .

اما القسم الذي لا يقبل التوقيت والتحديد فهو الوقف :

فان ظاهر الادلة الواردة في باب الوقف انه اخذ في حقيقة الوقف التأبيد والا كان حبسا والتأبيد لا يجتمع مع التوقيت.

اما القسم الثاني :

وهو ما يقبل التوقيت ولكن لا بالمباشرة كما في عقد البيع فان البيع يقبل اشتراط الخيار بان يشترط احد المتعاملين على الاخر الخيار واشتراط الخيار مرجعه الى التوقيت ، اي الى ان المنشئ بينهما الملكية المؤقتة بعدم فسخ احدهما للعقد.

واما القسم الثالث :

فهو النكاح فان في النكاح تفصيلا بين الشروط الفاسدة في نفسها والشروط الصحيحة لولا كونها في عقد النكاح ، فاذا كان الشرط في عقد النكاح من الشروط الفاسدة في نفسها كما اذا اشترطت المرأة على الزوج ان تكون العصمة بيدها فهو شرط فاسد لكنه لا يفسد النكاح والنكاح صحيح ولكن الشرط فاسد بلحاظ كونه محللا للحرام حيث ان مقتضى الحرمة الوضعية ان تكون العصمة بيد الزوج لا بيد الزوجة ، فاشتراط ان تكون العصمة بيد الزوجة شرط فاسد محلل للحرام وكل شرط خالف كتاب الله فهو رد او المؤمنون عند شروطهم الا شرطا احل حراما او حرم حلالا .

واما اذا لم يكن من الشروط الفاسدة في البين وهو في حد نفسه شرط صحيح وموافق للاطلاقات ولكن في باب النكاح لا يصح لا لمشكلة في الشرط بل لمشكلة في النكاح ، كما لو اشترطت الزوجة في عقد النكاح ان يكون لها الخيار متى ارادت الفسخ او اشترطت الزوجة في عقد النكاح ان يفي زوجها بالحقوق الزوجية والا فسخت العقد فان المشترط في حد ذاته ليس مخالفا للكتاب ولا محرما لحلال او محللا لحرام ، ولكن المشكلة في عقد النكاح انه لا يقبل الشرط :

والسر في ذلك :

ان مرجع الاشتراط بحسب نظر سيدنا الخوئي قدس سره يعود الى تضييق دائرة المنشأ فاي شرط يرجع الى تضييق دائرة المنشأ فعندما يجري عقد البيع بين شخصين فيقول بعتك هذا الكتاب بالف دينار على ان لي الخيار فمرجع ذلك الى ان الملكية المنشأة ضيقة وهي الملكية المحدودة بعدم استعمال الخيار او الملكية المحدودة بزمن عدم استعمال الخيار ، فمتى استعمل الخيار انتهى امد الملكية المنشأة المجعولة ، فمرجع اشتراط الخيار او ما يؤدي الى اشتراط الخيار الى تضييق دائرة المجعول وتضييق دائرة المنشأ بحيث اذا تحقق الحد تبين انقضاء امد المجعول وانه من الاول قاصر عن الشمول لمثل هذا الفرض .

وبناء على ذلك :

اذا اشترطت المرأة الخيار لنفسها في عقد النكاح او ما يؤدي الى اشتراط الفسخ مرجع ذلك الى ان يكون عقد النكاح مؤقتا لان مرجع الاشتراط الى تضييق الدائرة فيكون عقد النكاح مؤقتا وعقد النكاح اما دائم او منقطع ولا يقع شيئا غير ذلك فاما هو مؤجل باجل معلوم فهو منقطع او انه دائم ، اما ان يوجد عقد نكاح لا مؤجل باجل معلوم كي يكون منقطعا ولا انه دائم لانه مؤقت بعدم استعمال الخيار وبعدم استعمال السلطنة على الفسخ فهذا عقد باطل لقيام النصوص على ان العقد منحصر في العقد الدائم او المنقطع ولا يوجد عندنا قسم ثالث .

نعم لو كان التوقيت في عقد النكاح بما جعله الشارع رافعا له حيث ان الشارع جعل روافع لعقد النكاح منها الطلاق ومنها الفسخ لاحد العيوب المنصوصة فلو ان الزوجين تعاقدا في حين عقد النكاح على توقيت عقد النكاح بعدم الطلاق او توقيت عقد النكاح بعدم الفسخ نتيجة لاحد العيوب المنصوصة فهذا لا مانع منه ولا يضر بكون العقد عقدا دواما لان ما وقت به هو ما وقته به الشارع وهو الطلاق والفسخ لاحد العيوب المنصوصة فتوقيته بالطلاق او بالفسخ باحد العيوب المنصوصة لا ينافي كونه عقدا دائما لانه وقت بما وقته به الشارع .

فالنتيجة انه :

لابد من التفصيل في عقد النكاح بين الشروط الفاسدة والشروط الصحيحة في نفسها فان عقد النكاح لا يقبلها بل تكون مبطلة له لان مرجع ذلك الى عقد لا دائم ولا منقطع .

وذكر قدس سره الشريف ايضا :

بان ما هو الوجه في ان يكون الشرط تضييقا لدائرة المجعول ؟ فلو قال : بعت هذا الكتاب بالف دينار بشرط ان يكون لي الخيار لماذا يكون شرط الخيار تضييقا لدائرة المجعول ؟ اي لماذا اذا اشترطت المرأة مثلا الطلاق فهو تضييق لدائرة المجعول ؟

يقول لانه العقد بالنسبة الى الشرط كعقد النكاح بالنسبة الى شرط الخيار اما مهمل او مطلق او مقيد بوجوده او مقيد بعدمه ولا يتصور شق خامس واذا بطلت الشقوق الثلاثة الاولى تعين الشق الرابع

فلا يعقل الشق الاول وهو ان يكون النكاح مهملا من ناحية الطلاق فانه لا يعقل الاهمال في مقام الجعل اذ لا محالة مجعول المولى متعين حدودا مبدءا ومنتهى ولا يعقل الاهمال في مقام الجعل .

واما انه مطلق فكأنه قال جعل النكاح سواء وقع الطلاق ام لم يقع فالنكاح لا بشرط بالنسبة للطلاق وهذا خلف كون الطلاق رافعا للنكاح بضرورة الشرع اذن لا يعقل ان يكون النكاح مطلقا من الطلاق .

ولا يعقل الشق الثالث ان يكون النكاح مقيد بوجود الطلاق فان هذا تهافت في المجعول وجمع بين المتباينين

فتعين الشق الرابع وهو ان يكون النكاح منذ جعله وانشائه مقيدا بعدم الطلاق فالطلاق لا محالة حد عدمي لما هو المجعول من علقة النكاح

وكذلك الفسخ فيما لو فرضنا ان الزوجة اشترطته في عقد النكاح فان مرجع ذلك الى تضييق دائرة المجعول وهو العلقة الزوجية بما لم يقع فسخ .

هذا ما افاد سيدنا الخوئي قدس سره الشريف .

ولكن يلاحظ على ما افيد :

اولا :

بان المراجعة للمرتكزات العقلائية والمتشرعية تظهر ان نسبة الطلاق لعقد النكاح نسبة الرافع لا الحد فان الطلاق ليس حدا للنكاح بل هو رافع له كما ان الفسخ الرافع له ليس حدا وفرق بين نسبة الرافع وبين نسبة الحد.

والسر في ذلك :

ان الطلاق او الفسخ او الارتداد كما لو حصل ارتداد احد الزوجين فتحصل البينونة بين الزوجين او اللعان هذه الامور اخذت في الامضاء لا في النكاح ، وفرق بين الامرين ففرق بين علقة النكاح وبين امضاء الشارع لعلقة النكاح تماما كما في العقود الاخرى

مثلا

بالنسبة الى البيع فالمجعول فيه ملكية لا بشرط لا ملكية محدودة بعدم الفسخ ولذلك البيع لا يقبل الملكية المؤقتة حيث الملكية المؤقتة ليست بيعا كما في النكاح ، فالمجعول في باب البيع ملكية لا بشرط غاية ما في الامر لو ان المشتري بعد ان تملك المبيع مات فورثه وارثه هذا لا يعد حدا للملكية المجعولة بل هو رافع لها وتمليك لشخص اخر او ان المشتري بعد ملكية المبيع ملك المبيع لشخص اخر هبة او معاوضة او امهارا او نحو ذلك فهذا رافع للملكية لا انه حد لها ، فالمجعول من اول الامر ملكية لا بشرط من حيث الوقت اما تمليك المشتري ما ملكه فهو رافع لتلك الملكية المجعولة لا انه حد لها في مرحلة الجعل والانشاء .

وكذلك بالنسبة للعبادة فمثلا الصلاة المأمور بها محدودة منذ جعلها بعدم الحدث وعدم الاستدبار وعدم كلام الادمي هذه حدود للمجعول اما لو تمت الصلوات والصيام ثم ارتد كان ارتداده مبطلا لاعماله فنسبة الارتداد بالنسبة الى العبادات نسبة الرافع لا نسبة الحد وما جعله المشرع صلاة هي لا بشرط من حيث الارتداد وعدمه وانما الارتداد مبطل لاعماله .

فكما ان الامر في العقود وفي العبادة بهذه النسبة في باب النكاح ايضا كذلك نسبة النكاح الى الطلاق نسبة اللا بشرط فحقيقة النكاح لا بشرط من حيث الطلاق فحقيقة النكاح لم يؤخذ فيها حد وهو عدم الطلاق وانما المجعول بالنسبة للزوجة هو العلقة الزوجية او كما يقولون تمليك البضع ، المجعول بالنسبة للزوجة هذه العلقة الزوجية لا بشرط من جهة الطلاق وعدمه ، الطلاق رافع لا حد ، نظيره نظير الفسخ عند حصول احد العيوب المنصوصة نظير ارتداد احد الزوجين فهو رافع وليس حدا وانما اعتبر رافعا لانه قيد في الامضاء لا في النكاح فالنكاح حصل و المجعول حصل وتم على نحو اللا بشرط وانما الشارع يقول امضي هذا النكاح ان لم يحصل طلاق وارتداد وفسخ فاستمرار الامضاء من قبل المشرع للمجعول اخذ في موضوعه عدم الطلاق وعدم الارتداد فالطلاق والارتداد والفسخ لاحد العيوب المنصوصة اخذ عدمه في موضوع الامضاء لا انه اخذ حدا في المجعول المنشأ من قبل الزوجة كي يقال بان العقد المنشأ من قبل الزوجة محدود بعدم الطلاق او بعدم الفسخ ، ففرق كبير بين الرافع وبين الحد.

هذا اولا .

وثانيا :

هناك مقالة يكررها سيدنا الخوئي قدس سره في عدة موارد ان العقد بالنسبة الى هذا الشيء اما مهمل وهو محال واما مطلق وهو خلف كونه رافعا واما مقيد بوجوده وهو تهافت واما مقيد بعدمه وهو المتعين

والكلام هو الكلام :

نقول بل نلتزم العقد بالنسبة للطلاق مهمل والاهمال ليس ممتنعا ولا اشكال في ذلك فلا هو مطلق بالنسبة له ولا هو مقيد بالنسبة اليه ولا مانع من التزام الاهمال في ذلك لان الاهمال المحال نوعان

1. الاهمال الوجودي
2. والاهمال اللحاظي بالنسبة الى مصحح الجعل .

كما تعرض الى ذلك المحقق الاصفهاني قدس سره في بحث التعبدي والتوصلي.

اما بالنسبة الى النوع الاول من الاهمال المحال هو الاهمال في الوجود فما يعقل ان يوجد شيء وجودا مهملا فلا محالة يوجد متشخصا متعينا فكذلك الاعتبارات ، فالاعتبارات نحو من الوجود في وعاء الاعتبار ولا يعقل ان يوجد الاعتبار وجودا مهملا فلا محالة يوجد في افق الاعتبار متعينا وهذا معنى امتناع الاهمال في الواقعيات يعني امتناع الاهمال بلحاظ الوجود .

واما النوع الثاني : وهو امتناع الاهمال

فهو ان الجاعل عندما يريد ان يجعل لا بد من مصحح للجعل والا لكان الجعل جزافا ولغوا فلا بد لكل مجعول من مصحح فعندما يكون الجاعل غير ملتفت الى حدود المصحح فالجهل بحدود المصحح يعني الجعل بحدود المجعول هنا يكون الجعل مع عدم محدودية المصحح لغوا وممتنعا على الحكيم وان لم يكن ممتنعا في نفسه .

فالنوع الثاني من الاهمال الممتنع هو امتناع الاهمال بالنسبة الى الحكيم اذا لم يكن المصحح والملاك الذي يقتضي الجعل معلوم الحدود ، فعدم كون المصحح والملاك معلوم الحدود يقتضي ان يكون المجعول غير معلوم الحدود لان المجعول على طبق المصحح والملاك فيقال هنا جعل مهمل والجعل المهمل خلاف الحكمة وجزاف ولغو .

واما الاهمال اللحاظي الاختياري من قبل الجاعل امر ممكن بل لازم في عدة موارد نص عليها المحققون من الاصوليين :

من هذه الموارد نسبة الموضوع الى الحكم

مثلا

اذا قيل زيد عالم فزيد موضوع وعالم محمول فما هي نسبة زيد الى عالم ? فان كان مطلق يعني زيد لا بشرط من حيث العلم وعدم العلم عالم فهذا لا معنى له ، فاذا هو لا بشرط من حيث العلم وعدم العلم فكيف يكون عالم ؟

واذا كان زيد بشرط العلم عالم صارت القضية ضرورية بشرط المحمول وما صارت قضية مفيدة بل هي قضية ضرورية بشرط المحمول وليست في حيز الامكان .

اذن بالنتيجة انه مهمل لا ان الموضوع مطلق بالنسبة للمحمول ولا مقيد بوجوده ولا مقيد بعدمه والا لزم التضاد اذن لا محالة يكون الموضوع مهملا بالنسبة الى المحمول اهمالا لحاظيا اختياريا ولا بد ان يقوم به الموضوع ولا بد ان يقوم به المتكلم والا كيف يخبر بقضية امكانية مفيدة ؟

وكذلك الامر بالنسبة اي مجعول لما هو اجنبي عنه فاي مجعول بالنسبة لما هو اجنبي عنه لا مطلق ولا مقيد

مثلا :

المولى يريد ان يجعل وجوب الصلاة فيقول الصلاة المأمور بها مقيدة بعدم الحدث وعدم الاستدبار وعدم كلام الادمي لكن لو سئل الصلاة المجعولة في حق المكلف ما هي نسبتها الى نسبة الجاذبية بين الشمس والقمر ؟ فهذا اجنبي عن حريم المجعول فلا هو مطلق ولا هو مقيد بل هو مهمل اهمالا لحاظيا بالنسبة لذلك لانه امر اجنبي تماما عن موضوع المجعول

وكذلك الزوجة عندما تنشئ عقد النكاح بينها وبين زوجها فيقال ما هي النسبة بين هذا المجعول وهو العلقة الزوجية وبين المسافة بين العراق وخراسان ? يقولون هذا المجعول لا هو مطلق لا هو مقيد بل هو مهمل اهمالا لحاظيا لعدم ربط هذا الامر المنظور بما هو المجعول .

وبعبارة المحقق النائيني قدس سره :

موضوع الاطلاق والتقييد المورد القابل لهما والمورد القابل لهما ما كان محصصا للمجعول بالنظر العقلائي ـ اي ما يتحصص به المجعول بحيث ينقسم الى حصتين بالنظر العقلائي هو المورد القابل للاطلاق والتقييد والمجعول وهو النكاح لا يتحصص بلحاظ المسافة بين النجف وخراسان لعدم العلاقة ، فما هو المورد القابل للاطلاق والتقييد ما كان مخصصا للمجعول ومنوعا له واما ما كان خارجا عن اطار ودائرة التحصيص والتنويع فليس موردا قابلا للاطلاق والتقييد بل يكون المجعول بالنسبة اليه مهملا اهمالا لحاظيا .

والقسم الثالث :

وهو ما كان رافعا مثل محل الكلام اي نسبة النكاح الى الطلاق رافع ومعنى انه رافع يعني فرغ عن ان المقتضي للنكاح واستمراره تام لا قصور فيه ، فبعد المفروغية عن تمامية المقتضي للنكاح واستمراره يأتي دور الطلاق كرافع فبما انه رافع يعني متأخر رتبة عن تمامية المقتضي وبما انه متأخر رتبة عن تمامية المقتضي اذن النكاح بالنسبة اليه لا مطلق ولا مقيد بل هو مهمل اهمالا لحاظيا فلا معنى لمحاصرة الفقهاء بان نقول النكاح اما مهمل واما مطلق واما مقيد بالوجود او مقيد فتعين الرابع ، كلا بل نقول هو لا مطلق ولا مقيد بل هو مهمل بالنسبة الى هذا الجانب اهمالا لحاظيا .

فلاجل ذلك سيدنا الخوئي قدس سره الشريف نفسه في موسوعته المباركة ج32 ص 160 قال :

ثم انه لا يخفى انه لا منافاة بين الزوجية الدائمة وبين الطلاق حيث ان الطلاق انما هو بمنزلة الرافع فلا ينافي كون المنشأ هو الزوجية الابدية نظير البيع بالنسبة الى الملكية اذ لا منافاة بينهما فيحق للذي يملك الشيء بالملكية الابدية ان يرفعها وينقل ذلك الشيء بالبيع او غيره الى غيره .

اذن بما ان نسبة النكاح للطلاق نسبة الرافع لا الحد كذلك نسبة الفسخ فلو ان المرأة اشترطت في عقد النكاح ان يكون لها السلطنة على الفسخ عند حصول احد المسوغات فهذا لا يكون منافيا لكون العقد عقدا دائما بل يكون نسبته اليه نسبة الرافع كما في الطلاق ولا ينافي انه عقد دائم لما ذكرناه في الليلة السابقة من الفرق بين الشرط والقيد فليس الاشتراط قيدا كي يكون موجبا لتضييق دائرة المجعول بل الشرط تعليق خارج عن اطار دائرة المجعول وحريمه .

### 012

**الوجه الثاني:** أن اشتراط الفسخ في عقد النكاح مخالف للإجماع وللروايات الدالة على أن الرافع لعقد

النكاح منحصر إما في طلاق الزوج أو طلاق الحاكم أو الفسخ لأحد العيوب المنصوصة أو اللعان أو الكفر،

فقد ورد في عدة عبارات لبعض الفقهاء بيان مخالفة اشتراط الفسخ في عقد النكاح للإجماع، وضم لذلك

عدة تعليلات، منها أن النكاح فيه شائبة العبادة فلا يقبل الخيار، ومنها أن اشتراط الفسخ في عقد النكاح

موجب لابتذال المرأة ومهانتها، ومنها أن اشتراط الفسخ في عقد النكاح لازمه أن المقصود نكاح مشروط،

وهذا لا يجتمع مع قصد النكاح الموضوع في الأدلة للإمضاء، ومنها أن اشتراط الفسخ مناسب لعقد

المعاوضة الموضوع للتروي بينما عقد النكاح مسبوقاً بالتروي لا موضوع له، ومنها كون الاشتراط منافياً

للاحتياط التام في الفروج.

**وهذه بعض عبارات الفقهاء التي تعرضت لمثل هذه الوجوه التي ضمت للإجماع :**

1 - الفاضل في كشف اللثام ]كاتب النكاح مبحث خيار الشرط[، قال: ولو شرط الخيار في النكاح -

بطل العقد في المشهور وهو الوجه، لأن فيه شائبة العبادة، فلا يقبل الخيار، )فكأنه لما كان النكاح مستحباً

كانت فيه شائبة العبادة، والعبادة لا تقبل التراجع والفسخ، لأن ما كان لله فلا رجعة فيه(، )والتعليل الثاني:

أنهما( لم يتراضيا إلا بما دخله الخيار، فلم يريدا بلفظ العقد معنى النكاح فيلغو، )أي بما أنهما قصدا نكاحاً

مشروطاً فهما لم يقصدا النكاح المعهود وهو الموضوع في الأدلة للإمضاء ، وحيث لم يقصدا النكاح - -

المعهود فهذا النكاح لا تشمله أدلة الإمضاء والنفوذ(.

2 - المحقق الكركي في جامع المقاصد ]ج 4 ص 303 [، قال: وإنما لم يدخل خيار الشرط النكاح مع

تناول عموم قوله: )المؤمنون عند شروطهم( ]حيث يشمل بإطلاقه النكاح[ للإجماع، لأنه ليس عقد - -

معاوضة ليشرع فيه التروي والاختيار، )أي كأن عقد المعاوضة يعطي كلا من الطرفين فرصة التروي

والاختيار وأن المبيع سليم من العيوب أم لا وأنه مغبون أم لا، فيعطى فرصة للتروي والاختيار على إثرها

يمكن أن يعمل سلطنته في الفسخ، بينما النكاح عقد مسبوق بالتروي لا ملحوق بالتروي، بمعنى أن على

تقرير جلسة تطبيقات قاعدة لا ضرر ) 12 ( – ليلة الأحد 11 شهر رمضان 1444 ه الأستاذ السيد منير الخباز

2

طرفي النكاح أن يترويا قبل عقد النكاح، فإذا قبل كل منهما الآخر وأقدما على النكاح فلا مجال للتراجع بعد

ذلك(.

3 - المحقق العاملي في مفتاح الكرامة ]ج 14 ص 218 [، قال: أما النكاح فلا يجري فيه خيار أصلاً

إجماعاً كما في الخلاف والمبسوط والسرائر وجامع المقاصد والمسالك لمشاكلته العبادة ]وهذا ما مضى -

بيانه[ وابتنائه على الاحتياط التام، )يعني أن مقتضى الاحتياط في الفروج أن لا يكون النكاح قابلاً للفسخ -

والتراجع(، ثم قال: وتوقف رفعه على رافع مخصوص )وهذا وجه ثالث ذكره مفتاح الكرامة وهو الطلاق

والفسخ لأحد العيوب المنصوصة والكفر واللعان، فلا شمول إلى رافع مثلاً خامس وهو اشتراط الزوجة

الفسخ(.

4 - الشهيد الثاني في المسالك ]ج 8 ص 256 [، قال: المشهور بين الأصحاب بطلان النكاح بشرط الخيار

فيه، قطع بذلك الشيخ في المبسوط وغيره من المتأخرين محتجين بأن النكاح ليس من عقود المعاوضات

القابلة لخيار الشرط بل فيه شائبة العبادة فالشرط يخرجه عن وضعه .

ثم قال ]نفس المصدر ص 257 [: وبالغ ابن ادريس في أنه لا دليل على البطلان من كتاب ولا سنة ولا

إجماع، بل الإجماع على الصحة، لأنه لم يذهب إلى البطلان أحد من أصحابنا، وإنما هو تخريج المخالفين

وفروعهم، اختاره الشيخ على عادته في الكتاب.

5 صاحب الجواهر قدس سره في الجواهر ]ج - 29 ص 149 [، قال: لا يصح اشتراط النكاح بالخيار في

العقد اتفاقاً في كشف اللثام وغيره، وقد أومأ إليه المصنف بقوله: )خاصة( لأنه ليس معاوضة، ولذا لم يعتبر

فيه العلم بالمعقود عليها برؤية ولا وصف رافع للجهالة، ويصح من غير تسمية للعوض ]يعني المهر[ ومع

العوض الفاسد ]أيضاً يصح[، ولأن فيه شائبة العبادة التي لا يدخلها الخيار، ولأن فسخه باشتراط الخيار

يفضي إلى ابتذال للمرأة وضررها، ولهذا وجب بالطلاق قبل الدخول نصف المهر ]يعني مما يدل على أن -

الشارع احترم المرأة في عقد النكاح أنه أعطاها نصف المهر لو طلقت قبل الدخول[ جبراً له، بل لعل -

منافاته يعني شرط الخيار لعقد النكاح من ضروريات الفقه - - .

**ويمكن التعليق على هذه التعليلات التي عُلل بها المنع فنقول :**

**أولاً:** إن نفس التعليل بهذه العلل كاشف عن كون الإجماع إجماعاً مدركياً وليس إجماعاً تعبدياً كي يكون

دليلاً في المسألة .

تقرير جلسة تطبيقات قاعدة لا ضرر ) 12 ( – ليلة الأحد 11 شهر رمضان 1444 ه الأستاذ السيد منير الخباز

3

**ثانياً:** إن مخالفة ابن إدريس وابن الجنيد، وكما نقل صاحب الحدائق عن السيد السند في شرح النافع أنه

مال إلى ابن الجنيد، بل ذكر ابن إدريس أنه لم يختلف أصحابنا قبل الشيخ في صحة اشتراط النكاح بالخيار، مما

يكشف عن عدم انعقاد إجماع محصل على المنع كي يكون دليلاً في المسألة .

**وأما الوجوه أو العلل الاستحسانية التي ذكرت في البين :**

**منها:** أن النكاح فيه شائبة العبادة، بينما من الواضح أن النكاح لا يعتبر فيه قصد القربة، وكونه مستحباً

لا يعني أن فيه شائبة العبادة، فكم من الأمور التوصلية هي في نفسها أمر مستحب كالتجارة وطلب العلم

وإماطة الأذى عن الطريق وما أشبه ذلك من الأمور المستحبة التي هي ليست عبادة بل هي من التوصليات،

فلا ملازمة بين كون النكاح مستحباً وأن فيه شائبة العبادة .

**ومنها:** ابتذال المرأة، بمعنى أن العقد لو شرط بالخيار لكان موجباً لابتذال المرأة، لكن المفروض أن المرأة

أقدمت برضاها واختيارها على عقد النكاح الذي شرط فيه الخيار، فإقدامها على ذلك يخرجها عن كونها

موضوعاً لدليل نفي الضرر أو لدليل نفي الحرج .

**ومنها:** أن عقد النكاح مسبوق بالتروي وليس ملحوقاً بالتروي لكن هذا لا ينافي أن يشترط فيه الفسخ

لا من باب أنه مورد للتروي، بل من باب أن في اشتراط الفسخ تلافياً لأضرار مستقبلية، فلا ملازمة بين

الأمرين .

**ومنها:** كون النكاح مبنياً على الاحتياط التام، ولكن الاحتياط كما هو مطلوب في الفروج فهو مطلوب

في الأموال أيضاً ، ومع ذلك العقود المالية لا تتنافى مع اشتراط الخيار فيها، بل ليس مقتضى الاحتياط بطلان

النكاح إذا اشترط فيه الخيار، وإنما مقتضى الاحتياط أن تطلّق المرأة ثم يعقد عليها عقد جديد، لا أن مقتضى

الاحتياط إبطال الشرط لعقد النكاح كما يقال .

**ومنها:** دعوى الإجماع على أن عقد النكاح لا يصح فيه الاشتراط ولا يرتفع إلا بالروافع الأربعة

المعلومة ويرد عليه عدة شواهد في الفقه على قبول النكاح اشتراطَ الخيار أو قبول النكاح الفسخ وإن لم يكن

فسخاً لأحد العيوب المنصوصة، فمن ذلك خيار الحرة في عقد نفسها إذا تزوج زوجها بأمة من غير إذنها،

فقد قال جمع بأن لها الخيار في الفسخ، ومن ذلك خيار الخالة والعمة إذا تزوج زوجها على بنت أختها أو بنت

أخيها بغير إذنها أو رضاها، ومن ذلك خيار الصغيرين بعد البلوغ إذا زوجهما الولي قبله، ومن ذلك خيار

الأمة في نكاح نفسها إذا أعتقت وهي تحت عبد، وغير ذلك من الموارد. ولذلك قال الشهيد الأول في

اللمعة: )لو شرط كونها بنت مهيرة فظهرت بنت أمة فله الفسخ(. ونظير هذه العبارة قوله أيضاً: )ولو

تقرير جلسة تطبيقات قاعدة لا ضرر ) 12 ( – ليلة الأحد 11 شهر رمضان 1444 ه الأستاذ السيد منير الخباز

4

شرطها بكراً فظهرت ثيباً فله الفسخ إذا ثبت سبقه على العقد(. وأوضح من ذلك كلام صاحب الجواهر

رحمه الله ]ج 3 ص 376 [ تعليقاً على قول صاحب الشرائع: )إذا تزوج امرأة وشرط كونها بكراً فوجدها ثيباً

قال رحمه الله: وثبت بالإقرار أو بالبينة سبق ذلك على العقد كان له الفسخ، لانتفاء الشرط الذي قد عرفت

أن فائدته ذلك )وهو السلطنة على الفسخ( . - -

هذا بالنسبة إلى الإجماع، وأما بالنسبة إلى الروايات التي حصرت الرافع كما يقال: بالاستقراء في -

الفسخ لأحد العيوب أو الطلاق أو اللعان أو الكفر فإن هذه الروايات وردت في موارد خاصة، وهي -

الممتنع عن الإنفاق وفي المفقود، ومحل كلامنا فيما إذا اشترطت الزوجة أن لها الخيار أو اشترطت الزوجة أن

يكون الزوج في مقام الوفاء بالحقوق الزوجية وإلا لكان لها الفسخ، فمورد الروايات ما لم يكن هناك

اشتراط، بينما محل الكلام ما كان العقد فيه مشروطاً .

**الوجه الثالث للمنع:** هو معتبرة محمد ابن قيس التي أفيد في بيانها أن ظاهرها أنه ليس للزوجة شيء من

ذلك، يعني ليس للزوجة سلطنة على الفسخ إطلاقاً، وهي: )معتبرة محمد ابن قيس عن أبي جعفر عليه

السلام أنه قضى في رجل تزوج امرأة وأصدقته هي، واشترطت عليه أن بيدها الجماع والطلاق، قال: خالفت

السنة ووليت حقاً ليست بأهله، وقضى أن عليه يعني على الزوج الصداق وبيده الجماع والطلاق، وذلك - -

السنة(، وقد يقال: إن ظاهر هذه الرواية أن ليس للمرأة مجال وسلطنة على عقد النكاح باشتراطها الفسخ أو

باشتراطها شرطاً يؤدي إلى سلطنتها على الفسخ فهذا كله مخالف للسنة .

ولكن يمكن تخريج المسألة بحيث لا يكون بينها وبين الرواية المعتبرة اختلاف بأحد نحوين :

**النحو الأول:** أن تشترط الوكالة، يعني أن تشترط على الزوج أن تكون وكيلة عنه في فسخ العقد إذا

حصل أحد المبررات للفسخ، لا أن لها السلطنة ابتداءً على الفسخ كي يكون ذلك مخالفاً للسنة .

**النحو الثاني:** أن تشترط جامع الفسخ عند حصول المبرر له لا فسخها، بل المهم أن يكون العقد مورداً

للفسخ إما بطلب من الزوج أن يفسخ أو بفسخ الحاكم عند امتناعه أو بفسخها عن طريق إذن من الحاكم،

فإذا اشترطت الجامع جامع الفسخ لا فسخها ابتداءً لم يكن ذلك منافياً للسنة كما في الرواية الشريفة، - -

ودعوى أن لازم ذلك أن لها سلطنة على الفسخ محل تأمل، فإن غاية ذلك أنه يجب على الزوج تكليفاً من باب

وجوب الوفاء بالشرط أن يفسخ، لا أن للزوجة سلطنة وضعية على الفسخ.

نعم، ناقش بعضهم في الاستدلال بالرواية بأن مفاد الرواية أن ثبوت المجموع لها من الجماع والطلاق

هو المخالف للسنة، ولكن ظاهر الذيل حيث قال عليه السلام: )وذلك السنة( هو الانحلال، ودعوى أن

تقرير جلسة تطبيقات قاعدة لا ضرر ) 12 ( – ليلة الأحد 11 شهر رمضان 1444 ه الأستاذ السيد منير الخباز

5

مفادها خاص بالطلاق دون الفسخ تفريق غير عرفي، فإنهما من وا د واحد من حيث كونهما سلطنة على هدم

العقد وإن اختلفا في بعض الآثار .

**والحمد لله رب العالمين.**\_\_

### 013

## التطبيق الخامس من تطبيق قاعدة لا ضرر : ثبوت خيار الغبن للمغبون سواء كان بائعا او مشتريا .

والكلام في هذه النقطة يبتني على عدة جهات :

الاولى :

في ان قاعدة لا ضرر هل تنفي صحة البيع الغبني ام تنفي لزوم البيع الغبني?

والجهة الثانية :

بعد الفراغ عن كون قاعدة لا ضرر تنفي لزوم البيع الغبني لا صحته فهل ينسجم نفي اللزوم مع سياق قاعدة لا ضرر وهو ورودها في نفي الضر عن المؤمن امتنانا عليه ام لا?

والجهة الثالثة :

على فرض ان لا ضرر تنفي لزوم البيع الغبني فهل يثبت بلا ضرر الجواز الحكمي ام الجواز الحقي? بمعنى انه هل يثبت بلا ضرر ان للمغبون حقا بحيث يقابل هذا الحق بالمال ويورث وينقل ام لا يثبت بقاعدة لا ضرر اكثر من تزلزل العقد الغبني من دون ان يثبت للمغبون حق مالي ؟

والجهة الرابعة :

على فرض ان لا ضرر لا تثبت حقا بالنسبة للمغبون فهل يمكن اثبات هذا الحق له بالشرط الارتكازي او بالسيرة العقلائية ام لا?

اما الجهة الاولى :

في ان لا ضرر هل تنفي صحة البيع الغبني ام انها تنفي اللزوم?

فهنا افاد سيدنا الخوئي قدس سره (مصباح الفقاهة ج4ص342):

وكما ذهب لذلك المحقق الايرواني قدس سره في حاشيته على المكاسب بانه قد يقال ان لا ضرر تنفي الصحة لا اللزوم اي ان اساس صحة بيع الغبني حكم ضرري ينتفي بلا ضرر ومقتضاه عود كل مال الى صاحبه كما كان ، وهذا لا يختص بالبيع الغبني بل يشمل ايضا بيع المعيب ويشمل ايضا فرض تبعض الصفقة وما اشبه ذلك من الاضرار المالية اذ لا يختص الضرر المالي بالبيع الغبني بل قد يترتب الضرر المالي على شراء المبيع المعيب او تبعض الصفقة على المشتري ونحو ذلك من البيوع التي يترتب عليها ضرر مالي .

وتقريب كلامي العلمين قدس سرهما من ان لا ضرر تنفي اصل صحة البيع الغبني يعتمد على بيان مقدمتين :

الاولى :

هناك خلاف في ان لزوم المعاملة حكم اخر وراء صحة المعاملة ام ان اللزوم مجرد عنوان انتزاعي من بقاء الصحة? بمعنى هل صدر من المشرع حكمان حكم بصحة البيع وحكم بلزومه ؟ ام اللزوم مجرد عنوان انتزاعي ؟ بمعنى ان المشرع حكم بصحة البيع ولكن لو لم ترتفع هذه الصحة برافع فاستمرار الصحة انتزع منه عنوان اللزوم والا لا يوجد حكم شرعي اسمه اللزوم فليس هناك الا الحكم بالصحة وليس شيئا اخر انتزع من بقاء الصحة عنوان اللزوم . فهنا من الواضح ان قاعدة لا ضرر تنفي الحكم الشرعي الضرري والحكم الشرعي الضرري هو الصحة اذا المفروض ان اللزوم ليس حكما شرعيا وما هو حكم شرعي ضرري هو الحكم بالصحة اذ المفروض ان اللزوم ليس حكما شرعيا وراء الحكم بالصحة فبما ان لا ضرر تنفي الحكم الضرري والحكم الضرري هو الصحة اذا لا ضرر تنفي الصحة.

هذا بناء على ان هناك حكما واحدا وهو الحكم بالصحة .

واما اذا قلنا كما هو المعروف بين الفقهاء خصوصا في باب الخيارات ان هناك حكمين :

1. حكما بالصحة
2. وحكما باللزوم .

فهنا يقال صحيح هناك حكمان اما ما هو منشأ الضرر? هل منشأ الضرر على المغبون حكم الشارع باللزوم ؟ ام منشأ حدوث الضرر على المغبون حكم الشارع بالصحة ؟

فقد يقال عند التدقيق منشأ حدوث الضرر على المغبون حكم الشارع بصحة البيع الغبني لان المشرع عندما حكم بصحة البيع الغبني انتقل المال من المغبون الى الغابن وانتقال المال من المغبون الى الغابن بلا ازاء لان المغبون دفع مالا ازيد مما استلم فانتقال المال من المغبون الى الغابن بلا ازاء هو ضرري ، فنفس حكم الشارع بالانتقال وبصحة البيع الغبني هو بنفسه منشأ لحدوث الضرر ، اذن هو بنفسه حكم ضرري .

نعم اذا حكم الشارع باللزوم استقر الضرر على المغبون واما حدوث الضرر فقد نشأ من نفس الحكم بالصحة ولذلك حكم الشارع باللزوم بعد حكمه بالصحة لا يحدث ضررا جديدا وراء ذلك الضرر ، فالانتقال شيء واحد انتقل المال من المغبون الى الغابن بلا مقابل ، وهذا الانتقال لا يتعدد ولا يزيد ، فحكم الشارع بالصحة هو منشأ حدوث الضرر على المغبون وهو انتقال مال من امواله بلا مقابل، غاية ما في الامر يستقر هذا الضرر باللزوم والا الضرر حصل من خلال حكم الشارع بالصحة .

بل زاد المحقق الايرواني قدس سره (في حاشية المكاسب ج2 ص30):

بانه قد يقال اصلا نفي اللزوم منشأ الضرر ، فنفي اللزوم لا يعالج الضرر وانما نفي اللزوم منشأ لضرر والسر في ذلك انه لو فرضنا ان البائع المغبون باع داره وبعد سنة من بيع داره التفت الى الغبن اي بعد ان استفاد المشتري من الدار وربما اجرها واستفاد من اجارها بعد سنة التفت المغبون الى ان البيع كان غبنيا ، فهنا اذا نفيت الصحة سوف يرجع كل مال كما كان الى صاحبه ، يعني سوف ترجع الدار ومنافعها المستوفاة خلال السنة تعود ، يعني يحق للمغبون مطالبة المشتري الغابن باجرة المثل مقابل منافع الدار التي استوفاها لمدة سنة .

اما اذا قلنا بان لا ضرر تنفي اللزوم ولا تنفي الصحة فالبيع وقع صحيحا لمدة سنة ، فهنا جاءت لا ضرر ونفت اللزوم من حينه لا نفت اللزوم من حين وقوع البيع لان الفسخ انما يقع من حينه لا من الاول ، فبعد الفسخ لا يحق للبائع المغبون ان يطالب المشتري باجرة المثل عن المنافع التي استوفاها باعتبار ان المشتري استوفى المنافع في ملكه لا في ملك البائع ، اذن صار نفي اللزوم بلا ضرر منشأ للضرر منشأ للضرر على البائع المغبون ، وهذا مما يؤكد ان جذر الضرر هو في الحكم بالصحة لا في الحكم باللزوم ، فمقتضى لا ضرر نفي الحكم بالصحة لا نفي اللزوم لكي يثبت الخيار للمغبون .

هذه المقدمة الاولى .

المقدمة الثانية :

ذكر المحقق الاصفهاني قدس سره (الحاشية على المكاسب ج4 ص244):

انه عندنا تسالم على صحة البيع الغبني ولولا التسالم لقلنا بان لا ضرر ترفع الحكم بالصحة لكن هناك تسالم على ان البيع الغبني صحيح ، وهذا التسالم لم يثبت وقد شكك فيه السيد الخوئي وغيره ولكن لو ثبت التسالم اتجهت لا ضرر الى نفي اللزوم

ولكن حيث لم يثبت التسالم فتارة نقول هناك ضرر واحد نشأ من الحكم بالصحة فلا ضرر تتجه الى الحكم بالصحة فترفعه ، واما لو قلنا بان هناك ضررين كما يصر عليه عدة منهم السيد اليزدي في حاشيته وغيره ان هناك ضررين ضرر في الصحة و ضرر في اللزوم ، فلنفترض وجود ضررين لا ضررا واحدا مع ذلك رفع اللزوم لا يقتلع منشأ الضرر ، رفع اللزوم غاية ما في الباب انه يهيء للمغبون فرصة تدارك الضرر ولكنه لا يقتلع منشأ الضرر ، لان الصحة ما زالت باقية فانتقال مال المغبون الى الغابن ما زال حاصلا ، بينما اذا رفعت لا ضرر اصل الصحة ارتفع اللزوم بطريقة تلقائية فلو كان هناك ضرر يترتب على اللزوم فكلا الضررين سيرتفعان بقاعدة لا ضرر النافية للصحة.

بالنتيجة :

اذا دار الامر بين رفع اللزوم ورفع الصحة فالرافع لمنشأ الضرر واقتلاعه هو تصدي وتكفل لا ضرر لنفي الصحة .

هذا هو تقريب كلامي العلمين الايرواني والسيد الخوئي قدس سرهما من ان لا ضرر تنفي الصحة فلا مجال اصلا لخيار البيع .

ولكن هناك اشكالان نذكرهما

الاشكال الاول :

ان هذا ليس بضرر ، فالغبن القابل للازالة ليس ضررا عرفا ، صحيح ان الحكم بالصحة منشأ لضرر ولكن ما دام البيع غير لازم وما دام المغبون قادرا على ازالة الغبن باستخدام الخيار نتيجةً لرفع اللزوم لا يعد هذا الغبن القابل للازالة بأدنى شيء انه ضرر عرفا ،

اذن دعوى ان منشأ الضرر الحكم بالصحة هو الضرر العرفي او كما عرفه مثلا عدة ممن تحدث عن قاعدة لا ضرر هو الضرر بمعنى سوء الحال.

 ولا يصدق على هذا المقدار القابل للازالة بانه سوء الحال.

اذن بالنتيجة انما يصدق الضرر لو كان البيع لازما واما مجرد ان البيع صحيح ويقدر المغبون على ان يرفع هذا الضرر بأدنى شيء هذا لا يعد ضررا عرفا كي يكون موردا لحكومة لا ضرر .

الايراد الثاني :

ان نفي الصحة خلاف الامتنان لانه لعل للمغبون غرضا في ان يبقى البيع صحيحا ، او لعل رفع الصحة ضرر على الغابن مثلا ، ففي بقاء الحكم بالصحة وكفاية رفع اللزوم امتنان وبما ان قاعدة لا ضرر واردة مورد الامتنان فمقتضى ورودها موردا الامتنان تكفلها لنفي اللزوم لا نفي الصحة .

لكن هذا الكلام الثاني محل تنظر :

باعتبار انه متى يقال هذا وفق الامتنان او خلاف الامتنان ؟ انه بلحاظ عدمه ، يعني دائما يقاس الشي بلحاظ عدمه لا بلحظ شيء اخر ، لا اشكال انه لو قسنا الصحة مع عدمها ، لا الصحة مع اللزوم فح لقلنا رفع الصحة امتناني لان برفع الصحة يرتفع الضرر عن المغبون فرفع الصحة بلا ضرر مقابل عدم الرفع من الاصل يعد حكما امتنانيا وان كان رفع الصحة بالقياس لرفع حكم اخر قد يكون امتنانيا لكن المدار على الامتنان في المقايسة بين الحكم وعدمه لا بالمقايسة بين حال الحكم وحال حكم اخر .

مضافا على ان اختلاف الامتنان هو باختلاف الموارد والاشخاص فربما يتضرر الغابن وربما لا يتضرر وربما تكون مصلحة المغبون في نفي اصل الصحة لا في نفي اللزوم ، فهذا يختلف باختلاف الموارد .

فبعد المفروغية عن هذه الجهة يأتي الكلام في الجهة الثانية وهي انه اذا قلنا بان الضرر او الغبن المتوجه للمغبون عبر الحكم بالصحة ليس ضرر عرفا وانما الضرر هو الناشئ عن اللزوم وقلنا بان اللزوم حكم شرعي اخر هو منشأ للضرر يتجه لا ضرر لنفي اللزوم ، هل ان نفي اللزوم بقاعدة لا ضرر سالم من الاشكالات ام لا?

هنا طرح بعض الايرادات نقتصر على الايراد الاول :

وهو انما يكون اللزوم ضرريا اذا كان الغابن آبيا عن دفع الارش اما لو قال الغابن انا ادفع المقدار الفارق فلا يبقى شيء في المقام، حيث انتم تقولون ان المغبون تضرر لانه دفع باكثر مما دخل في ملكه انا اعوض ذلك بالارش ، فاذا لم يرفض الغابن اداء الارش مقابل النقص الذي حدث للمغبون اذن اللزوم ليس حكما ضرريا فيلزم المعاملة والغابن يدفع الارش ، انما يكون الحكم باللزوم ضرريا لو رفض الغابن ان يدفع الارش .

ان قلت :

كما افاد السيد الصدر في البحوث بانه :

لا ضرر تنفي ولا تثبت ، الان انتم تريدون تثبتوا استحقاق الارش و لا ضرر لا تثبت شيء وانما لا ضرر تنفي ، مثلا هنا ضرر حاصل من اللزوم فقاعدة لا ضرر تنفيه اما انكم تريدون بقاعدة لا ضرر اثبات شيء وهو استحقاق المغبون للأرش فان لا ضرر لا تثبت وانما تنفي.

قلت:

نحن لا نريد ان نثبت وانما نحن نقول لا يصدق انه حكم ضرري ، فالحكم باللزوم مع قبول الغابن لدفع الارش ليس حكما ضرريا بالنظر العرفي فهذا الذي نريد ان نقوله ـ، فنقول بان لا ضرر رافع للحكم الضرري وهو اللزوم ، و انما يكون الحكم باللزوم حكما ضررا عرفا اذا لم يكن الغابن متعهدا او قابلا لرفع الغبن بالأرش ، و اما اذا كان موافقا على ذلك لم يكن هذا حكما ضرريا كي يرتفع بلا ضرر ، لا اننا نريد اثبات استحقاق المغبون للارش مقابل النقص بقاعدة لا ضرر .

014

الايراد الثاني على ان لا ضرر ترفع لزوم البيع الغبني :

ان قاعدة لا ضرر واردة مورد الامتنان فلا تجري في فرض يلزم منه الضرر على طرف اخر ، فلا ضرر وان رفعت الضرر في حق المغبون الا انها وجهت ضررا الى الغابن ، باعتبار ان مقتضى لا ضرر عدم لزوم العقد وعدم لزوم العقد يعني سلطنة المغبون على استرجاع المال من الغابن ، وانتزاع المال من الغابن بعد ملكه اياه ملكية شرعية صحيحة ضرر عليه فلزم من لا ضرر توجه ضرر للغير وهذا يتنافى مع ورود لا ضرر في مورد الامتنان .

والجواب عن ذلك :

انه لا بد من التفكيك بين نقطتين :

1. ان لا ضرر واردة مورد الامتنان
2. هل ان قاعدة لا ضرر لها اطلاق حتى لفرض استلزام جريانها ورود ضرر على اخر ام لا?

اما النقطة الاولى :

وهي مسألة الامتنان حيث تكرر في كلمات الاعلام قدست اسرارهم ان لا ضرر واردة في مورد الامتنان .

وهنا لابد من التفصيل قد تعرضنا له في بحوث اصولية سابقة ان هناك فرقا بين الامتنان السياقي والامتنان الملاكي:

فالامتنان السياقي :

هو الامتنان الذي يستفاد من نفس سياق الكلام ، كما في حديث الرفع حيث قال صلى الله عليه واله رفع عن امتي ما لا يعلمون وما اضطروا اليه وما استكرهوا عليه الى اخره ... فنفس هذا التعبير تعبير يفيد سياق الامتنان ، فالامتنان هنا مستفاد من الظهور السياقي للكلام .

اما الامتنان الملاكي:

هو ان المضمون يشتمل على نكتة تتناسب مع الامتنان ، فعندما يرد مضمون معين كقوله تبارك وتعالى : يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر او وانما يريد ليطهركم و امثال هذه المضامين فيها نكتة تقتضي ملاحظة الامتنان ، اي ان الامتنان لوحظ في مثل هذه المضامين ولو على نحو انه غرض من الاغراض وهدف من الاهداف اريد الوصول اليه من خلال ذلك .

والفرق في الثمرة بين الامتنان السياق والامتنان الملاكي :

ان الامتنان السياقي يشكل علة منحصرة يدور مداره الحكم فبما ان الامتنان سياقي اذن الامر يدور مداره.

مثلا :

الرفع في حديث الرفع وهو قوله صلى الله عليه واله : رفع عن امتي ما لا يعلمون الرفع ، الرفع هنا امتناني ، فبما ان السياق سياق الامتنان فظاهره ان العلة المنحصرة للرفع هو الامتنان فالرفع يدور مدار الامتنان ، لذلك لا يشمل الرفع موردا ليس فيه امتنان ، بل لا بد ان يكون الرفع في كل مورد ذا امتنان لان الامتنان فيه علة منحصرة استفيدت من السياق .

بينما في الامتنان الملاكي فالامتنان حكمة وغرض الاغراض اي من اغراض المضمون الوصول الى الامتنان فبما ان الامتنان احد الملاكات و احد الاغراض لذلك لا يدور الرفع مدار الامتنان ، انما لا يكون على خلاف الامتنان ففي الامتنان الملاكي المهم ان لا يكون المفاد خلاف الامتنان لا ان يكون المفاد دائرا مدار الامتنان ، ففرق بين المضمونين و المعنيين .

انه في مثل حديث لا ضرر لا ضرار نقول ليس السياق سياق الامتنان كي يكون الامتنان سياقيا ويكون علة يدور مدارها لا ضرر وجودا وعدما ، بل قوله لا ضرر مفاده ان من معالم الشرع الاسلامي انه شرع لا يتسبب بضرر على المكلف فهو في مقام بيان صفة من صفات التشريع وهو ان التشريع لا يتسبب بضرر على المكلف ، وهذا من حكمه ومن ملاكاته هو الامتنان اي من الاغراض والاهداف التي لوحظت في بيان ان الشريعة سهلة سمحاء ومن معالمها نفي الضرر ونفي الحرج ، فمن الاهداف التي لوحظت هو الامتنان ، فالامتنان احد الملاكات لا ان الامتنان يدور مداره الرفع في حديث لا ضرر وجودا وعدما .

وبالتالي فيقال بانه المهم ان لا يجري لا ضرر على خلاف الامتنان ، لا ان يدور لا ضرر مدار الامتنان وجودا وعدما ، ولذلك تمسكنا بلا ضرر في مسألة رفع الالزام دون رفع الرجحان يعني مثلا الوضوء ما يرفع منه لا ضرر لزومه لا رجحانه لان رفع رجحان الوضوء خلاف الامتنان على العبد ، فان مقتضى الامتنان على العبد ان يتيسر له المستحبات والوصول الى ثوابها واجرها ، فشمول حديث لا ضرر حتى للأحكام الندبية خلاف الامتنان ، لذلك لا يجري لا ضرر في الاحكام الندبية ، او مثلا من توضأ وضوءا ضرريا جاهلا بكونه وضوءا ضرريا وصلى به فلو قلنا بان لا ضرر هنا تشمله وترفع الامر بالوضوء للزم من ذلك بطلان صلاته وهذا خلاف الامتنان فلا تجري لا ضرر في مورد يلزم من جريانها خلاف الامتنان لا انها تدور مدار الامتنان وجودا وعدما .

فلاجل ذلك نقول :

بان الاشكال على جريان لا ضرر لرفع اللزوم يعني لزوم البيع الغبني بان مقتضى الامتنان ان لا يحصل من جريان لا ضرر ضرر على الشخص الاخر فان هذا غير مهم ، لان المهم ان لا تجري لا ضرر خلاف الامتنان ، خلاف الامتنان في حق من تجري لا ضرر بالنسبة له ، فهذا شخص مغبون اذن لا ضرر تجري له لا عليه ، ومقتضى جريان لا ضرر له يعني بالنسبة للمغبون رفع لزوم البيع الغبني ، لان لزومه ضرر عليه فيرتفع . واما لو لزم من جريانها في حق المغبون ضرر على الغابن فلا ضرر لا تدور مدار الامتنان ، و انما المهم ان لا يكون جريانها خلاف الامتنان في حق من تجري بالنسبة له ولا في حق النوع ولا في حق جميع المكلفين وجميع الاطراف .

نعم قد يصاغ الاشكال بنحو اخر لا علاقة له بمسألة الامتنان :

فيقال لا ضرر لا اطلاق فيها يلزم منها رفع الضرر عن شخص وتوجيهه لشخص اخر ، وهذا لا من باب رعاية قرينة الامتنان بل من باب منع الاطلاق ، فلا ضرر لا اطلاق فيها لفرض يكون مفادها رفع الضرر عن شخص وتحميله على شخص اخر ،

مثلا :

لو ان الغابن اشترى دواء مهما لصحته من المغبون اشتراه باقل من سعره ثم التفت المغبون الى ذلك فهنا المغبون لو فسخ الخيار وقد ارتفعت القيمة السوقية للدواء بحيث اذا عاد الدواء الى المغبون لا يمكن للغابن ان يحصل على هذا الدواء الضروري لصحته فقد يقل هنا بما انه يلزم من جريان لا ضرر بالنسبة الى المغبون ايراد ضرر على الغابن فلا اطلاق في حديث لا ضرر ، لا انه من باب قرينية الامتنان بل من باب عدم احراز اطلاقها لمثل هذا المورد .

هذا تمام الكلام في الجهة الثانية وهي ان لا ضرر تجري لرفع اللزوم وقد قلنا بان هذه الجهة تامة .

الجهة الثالثة :

هل ان لا ضرر عندما تجري وترفع اللزوم توجب تزلزل العقد او توجب حقا للمغبون ؟

وبعبارة اخرى :

هل الذي يثبت بلا ضرر الجواز الحكمي ام الجواز الحقي ؟ ففرق بين الجواز الحكمي والجواز الحقي كما في تعبيرات المحقق النائيني قدس سره . الجواز الحكمي مثل الهبة ، فالهبة عقد جائز يعني الشارع حكم بان الهبة عقد جائز وهذا جواز حكمي لا علاقة له برضى الواهب او عدم رضاه ولا علاقة له بقبول الموهوب له او عدم قبوله الهبة عقد جائز بحكم الشارع هذا جواز حكمي .

بينما اذا جعل الشارع للخالة حق بان تفسخ العقد على ابنة اختها فهذا جواز حقي وليس جوازا حكميا ، يعني جعل للخالة حقا وسلطنة على الفسخ يدور مدار رضاها فلو قبلت فالعقد نافذ ولازم

فهل الذي يترتب على جريان لا ضرر هو الجواز الحكمي ام الجواز حقي?

افاد المحقق العراقي قدس سره :

وذلك في المقالات ج ص قال : لا يثبت بلا ضرر اكثر من الجواز الحكمي يعني ان هذا العقد يمكن فسخه اما ليس هناك حق ، لان هناك فرقا بين الحق وبين الجواز الحكمي وهناك عدة اثار تترتب على الجواز الحقي منها هذه الاثار ان الحق بحسب المرتكز العقلائي مال يمكن المصالحة عليه بالمال يعني يمكن ان يكون لصاحب الحق ان يرفع يده عن حقه مقابل مال ، بينما في الجواز الحكمي فليس له ، فلا يوجد هنا حق يقابل بالمال اي الجواز الحقي يعني الحق ، والحق يعني بحسب المرتكز العقلائي مال ويمكن نقله ـ، فانقل حقي الى شخص اخر وانقل سلطنتي على هذا العقد الى شخص اخر هبة او مقابل مال او اسقطه مقابل مال.

وايضا من الفوارق ان الحق يورث والجواز الحكمي لا يورث ، فالحق بما انه من سنخ الاموال يشمله قوله عليه السلام : ما تركه الميت من مال فهو لوارثه ، فتشمل كلمة المال الحق وينتقل من المورث الى الوارث .

فاذن هناك فرق بين الجواز الحقي والجواز الحكمي فما الذي يترتب على اعمال لا ضرر في المقام?

افاد المحقق النائيني قدس سره ( منية الطالب ج ص ) :

ان الجواز هنا حقي وليس حكميا وبيانه :

ان كل العقود المعاوضية من البيع والاجارة والصلح المعاوضي وغيرها كل العقود تشتمل على التزامين :

1. التزام بالمنشأ
2. والتزام بالثبات على العقد

فعندما يقول البائع للمشتري : بعتك هذا الكتاب بعشرة الاف دينار ، فقد صدر من البائع انشاء امرين والتزامين :

1. التزام بالمنشأ وهو تمليك الكتاب للمشتري
2. والتزام حقي وهو انه لك الحق ان لا ارفع يدي عن هذا البيع

وهذا التزام اخر فكما التزم بالتمليك التزم بالبقاء على العقد وعدم رفع يدي عن العقد وهذا التزام حقي اي جعلت لك الحق ان لا ارفع يدي عن هذا البيع بعد صدور هذين التزامين من البائع يأتي دور العقلاء والشرع يمضي الالتزامين ويقول امضينا العقد على ما وقع عليه من الالتزامين معا اوفوا بالعقود .

ولذلك يقول المحقق النائيني :

ان اللزوم ليس حكما شرعيا وانما اللزوم حكم امضائي عقلائي فرع وجود التزام من قبل البائع لان البائع التزم ان لا يفسخ امضى العقلاء والشارع التزامه ، والا لا يوجد حكم شرعي ابتدائي اسمه اللزوم ، و انما اللزوم مجرد امضاء لان البائع التزم ان لا يفسخ فأمضى التزامه العقلاء والمشرع .

فلذلك هذا الامضاء لم يحصل في خيار المجلس وفي خيار الحيوان وفي خيار العيب .

مثلا :

ما دام هناك مجلس او حيوان او عيب فالشارع لم يمض التزام البائع في مثل هذه الصورة .

فالنتيجة :

انه لا يوجد حكم شرعي بالصحة و باللزوم و انما هناك انشاء متضمن لالتزامين امضى العقلاء والشارع هذين الالتزامين لا اكثر من ذلك وبما ان الالتزام الثاني وهو الالتزام بان لا افسخ هو عبارة عن اعطاء حق للطرف الاخر اذن هذا الالتزام سنخ الزام حقي وضده جواز حقي ، فاذا لم يمض الشارع هذا الالتزام فحينئذ معناه انه وقع في مقابل ذلك الالزام الحقي جواز حقي فيترتب عليه اثار الجواز الحقي .

هذا بالنسبة الى كلام المحقق النائيني قدس سره .

ولكن السيد الخوئي قدس سره خالف في ذلك و افاد:

بانه لا توجد حقوق في الشريعة كلها ، و انما هي احكام فكل ما يعبر عنه بالحقوق فهو اصطلاح اخلاقي ادبي والا بحسب الصياغة الفنية للتشريع لا يوجد لزوم حكمي ولزوم حقي وجواز حكمي وجواز حقي

وذلك لانه:

اولا السيد الخوئي يرى ان اللزوم ليس حكما إمضائيا وانما هو حكم شرعي ابتدائي فكما ان المشرع يحكم بصحة العقد يحكم بلزومه فحكم الشارع باللزوم حكم ابتدائي وليس حكما إمضائيا ، بل هو على قياس حكمه بالصحة وعلى قياس حكمه بالنجاسة والتذكية وما اشبه ذلك . فح لا يوجد قبله التزامان من البائع وانما هو التزام واحد الشارع حكم به وهو الصحة واللزوم.

ثانيا :

ان الشارع جعل نحوين من اللزوم :

1. لزوما قابلا للاسقاط
2. ولزوما غير قابل للاسقاط .

فهما حكمان وهذا الذي سموه حقي هو حكم لزومي قابل للإسقاط ولزوم لا يقبل الاسقاط ، فلزوم النكاح لزوم لا يقبل الاسقاط ولزوم البيع لزوم يقبل الاسقاط ، فالحكم باللزوم نحوان وصنفان لا ان هناك لزوما حقيا ولزوما حكميا كما ذكر ذلك في مصباح الفقاهة ج6 ص 297.

فح نتسائل انه باي وجه يورث الخيار اذا لم يكن حقا ؟

هنا السيد الخوئي ادعي تخريجا اخر للميراث وقال لا يوجد لزوم حقي و هذا حكم شرعي ولكنه يورث الخيار بإحدى نكتتين

1. ان ينزل الوارث منزلة المورث ويعتبر الوارث وجودا تنزيليا للمورث ، فالغبن للمورث غبن للوارث فيصير الوارث هو المغبون واذا صار هو المغبون ثبت له الخيار فثبوت الخيار له لا بالارث بل ثبوت الخيار له لانه المغبون وكونه المغبون لانه وجود تنزيلي للمورث المغبون يعني المورث ما ورثه الا الغبن والخسارة فالوارث وجود تنزيلي للمغبون ورث الغبن من مورثه .
2. واذا ما قبلت الوجود التنزيلي وقلت هذا يحتاج الى دليل ، نقول حتى مع ذلك نقول بالنتيجة هناك عقد بين المغبون والغابن وتوفي الغابن صار طرف العقد الان الوارث لان هذه الملكية بين طرفين وبمجرد ان يكون الطرف هو الوارث فالوارث مغبون بلا حاجة الى تنزيل وبما انه مغبون فالخيار له ، لا ان الخيار يورث ، و انما يثبت للوارث بالاصالة و بما انه مغبون.

فلا تأتي هذه الثمرة في التفريق بين الجواز الحكمي والجواز الحقي التي اصر المحقق النائيني قدس سره الشريف .

وهنا افاد السيد الصدر في البحوث ج5 ص 483:

وذلك عندما تعرض الى هذا التطبيق من تطبيقات لا ضرر قبل كلام المحقق النائيني قدس سره من هذا التقسيم ولا يبعد ان ما ذكره المحقق هو الموافق للمرتكزات العقلائية من ان هناك نحوين من اللزوم ونحوين من الجواز وان ما يصدر من العاقد فعلا يصدر منه امران وانشاءان لا انشاء واحد .

فتحليل المحقق النائيني تحليل متوافق مع طبيعة العقود الجارية العقلائية.

015

الجهة الرابعة :

على فرض ان لا ضرر لا تثبت خيارا للمغبون فهل يمكن اثبات حق الخيار للمغبون بطريق اخر غير لا ضرر ام لا ؟

وهنا عدة وجوه لإثبات الخيار في حق المغبون من غير حاجة للتمسك بدليل لا ضرر :

الاول :

ما ذكره المحقق النائيني (ج3 ص107) والمحقق الاصفهاني (حاشية المكاسب ج4ص248) وسيدنا الخوئي (مصباح الفقاهةج6ص291):

ان مدرك الخيار هو الشرط الارتكازي بمعنى ان كل معاملة معاوضية مبنية على شرط ارتكازي نوعي عبر عنه بعضهم (بشرط المساواة في المالية) وذلك بين ما انتقل منه وما انتقل اليه ، وان كان بعضهم عبر بتعبير ادق (عدم الاختلاف الفاحش بين الثمن والمثمن ) لا ان الشرط الارتكازي المساواة في المالية ، لان البيوع غالبا مبنية على المغابنة والمرابحة فما يدعى انه شرط ارتكازي هو عدم تفاوت الفاحش بين المثمن والثمن ، ومن الطبيعي ان هذا الشرط الارتكازي يختص ببعض المجتمعات ، يعني ليست كل المجتمعات تبني المعاملات والمعاوضات المالية على شرط عدم التفاوت الفاحش بل في بعض المجتمعات التفاوت الفاحش امر مقبول ومتعارف.

وبعبارة اخرى :

هذا الشرط الارتكازي لو سلم لا يشمل المجتمعات التي تبني المعاوضات على المغابنة كما لا تشمل المجتمعات التي ترى ان الخيار على نحو الترتب وهو ما تعرض له المحقق العراقي : ان الخيار ترتبي بمعنى انه اذا التفت احد المتعاملين الى انه مغبون فما يثبت اولا هو الضمان ، اي ان الغابن يضمن له مقدار التفاوت ، فان ابى الغابن ان يضمن له مقدار التفاوت تصل النوبة الى الخيار ، فالخيار ليس مجعولا ابتداء وانما مجعول على نحو الترتب اي في طول عدم تعهد الغابن بالضمان .

اذن من يقول بان الخيار ثابت بالشرط الارتكازي يراه في خصوص المجتمعات التي ترى ان هناك شرطا ارتكازيا هو عبارة عن عدم التفاوت الفاحش فاذا تبين التفاوت الفاحش ثبت الخيار لا من باب خيار الغبن بل من باب خيار تخلف الشرط .

هذا الوجه الاول وهو صحيح لكنه خاص ببعض المجتمعات كما ذكرنا .

الوجه الثاني :

ما ذكره بعض الاكابر قدس سره (كتاب البيع ج4ص270):

ان هناك بناء عقلائيا على الخيار ، فلانحتاج لشرط ارتكازي و لا دعوى لا ضرر ، فنفس الخيار مجعول بالسيرة العقلائية ، هناك بناء عقلائي ان للمغبون حق الخيار و كذا حق الخيار لمن استلم المبيع معيبا وكذا لمن استلم الصفقة متبعضة وخيار العيب وخيار الغبن ووو كلها خيارات عقلائية ، يعني العقلاء بنوا عليها بلا حاجة لوجه اخر وهو دعوى لا ضرر ودعوى تخلف الشرط الارتكازي .

ولكن السنهوري (مصادر الحق ج2 ص232):

نفى ذلك وقال انه في عالم العقلاء لا يوجد ثبوت حق الخيار في حال الغبن ، نعم اذا كان هناك تدليس او تغرير فله الخيار ، وفرق بين التدليس والتغرير وبين الغبن اذا كان هناك تدليس واخفاء لبعض العيوب او بعض الصفات او كان هناك تغرير بالسلعة ثم تبين ان السلعة ليست كما قيل عنها نعم هنا يثبت عند العقلاء خيار اما اذا لم يكن هناك تدليس ولا تغرير دعوى ان بناء العقلاء على ثبوت حق الخيار بمناط الغبن هذا غير موجود في القوانين الوضعية .

فكلام السنهوري وهو الخبير القانوني يشكل مانعا عن احراز بناء العقلاء على ثبوت الخيار بعنوان خيار الغبن .

الوجه الثالث :

ما ذكره السيد الشهيد قدس سره (البحوث ج5ص483) :

من ثبوت الخيار بلا ضرر بمعنى ان لا ضرر تثبت الخيار لا انه تنفي ، حيث كان بحثنا في الجهة الثانية ان لا ضرر تنفي ، اي نقول لزوم البيع الغبني حكم ضرري ينفى بلا ضرر ، لكن السيد الصدر يقول : كلا لماذا ندعي هذه الدعوى ثم المحقق العراقي يقول ان لا ضرر لا تثبت الجواز الحقي كما بحثناه في الليلة السابقة وانما تثبت الجواز الحكمي او الجواز بالمعنى العام الان نحن نريد ان ندعي دعوى اخرى ان لا ضرر تثبت الخيار لا انها تنفي اللزوم كي يقال نفي اللزوم لا يستلزم ثبوت الخيار نقول لا ضرر مباشرة تثبت خيارا للمغبون في تعويض غبنه وترميم خسارته.

وهذا الكلام منه قدس سره مبني على ان لا ضرر تثبت احكاما كما تنفي احكاما ، وهذا قد يمكننا خلال الشهر ان نبحثه ان لا ضرر هل تتكفل اثبات الاحكام كما تتكفل نفي الاحكام الضررية ام لا?

وهذا محل بحث حيث ان المشهور ذهب الى ان لا ضرر ناف وليس مثبتا الا السيد الاستاذ مد ظله والسيد الصدر قدس سره ذهبا الى ان لا ضرر كما ينفي فهو مثبت وهذا يأتي بحثه في محله .

هذا تمام الكلام في ثبوت خيار الغبن بلا ضرر او بوجوه اخرى .

فرع :

يتعلق بنفس المطلب تعرض له سيدنا الخوئي قدس سره (مصباح الفقاهةج6ص378):

اذا اشترى المشتري ارض خالية فزرع فيها او غرس اشجارا او بنى بناية ، ثم بعد مدة التفت المغبون الى انه باع الارض باقل من سعرها السوقي بنحو متفاوت ففسخ المعاملة ، فما حكم زرع الارض وغرس الاشجار و الاعمار في مثل هذا الفرض?

وهنا ثلاث حالات :

1. ان يكون بين المشتري والبائع شرط انه اذا حصل فسخ فله ابقاء ما زرع او قلع ما زرع فيعمل به.

1. ان لا يوجد شرط لكن يوجد لدى الغابن احراز ولو بامارات عقلائية ان البائع سيفسخ المعاملة بعد مدة يعني الغابن يدري انه غابن وان هذا المغبون سيلتفت الى خياره وسيعمل الخيار بعد مدة ومع ذلك اقدم و زرع وبنى ، فهنا قد اقدم على الاضرار بنفسه .
2. و هي الحالة المهمة ان الغابن اما لا يعلم بانه غابن او يعلم لكن لا يعلم بثبوت خيار الغبن او يعلم انه غابن ويعلم بثبوت خيار الغبن ولكن مطمئن بان المغبون لن يفسخ اما لصداقته واما لتسامحه ، و لكن المغبون علم ففسخ ، ففي هذه الحالة ما هي الوظيفة?

وهنا اقوال ثلاثة :

القول الاول لسيدنا الخوئي قدس سره :

انه لا شيء للغابن بمعنى ان المغبون من حقه مطالبة الغابن بقلع غرسه وزرعه وبنائه ولا عوض له

القول الثاني ما عن المحقق النائيني قدس سره :

انه له سلطنة على ذلك لكن مع الارش يعني المغبون يقول للغابن اقتلع وانا ادفع لك التفاوت بين الشجرة والخشبة اي قيمة التفاوت بين الشجرة والخشبة المهم اقتلعها او بنى في الارض يقول له اقتلع البناء وانا ادفع لك التفاوت بين البناء والاحجار فللمغبون سلطنة على القلع لكن بشرط ضمان الارش .

القول الثالث :

التخيير ، اي ان المغبون صاحب الارض لما فسخ الارض وعادت اليه فهو مخير بين مطالبة الغابن بالقلع مع الارش او يجيز للغابن ان يبقي ما غرس او بنى بشرط دفع الاجرة ، لانه حاليا يستخدم ارضه فاما ان يقلع فيعطيه ارشا او يبقي فيدفع اجرة .

الان ناتي للقول الثاني :

لان السيد الخوئي لاحظ قول شيخه - ان للمالك مطالبة الارض مع ضمان الارش للغابن - ونقده ثم شيد الدليل على كلامه

استدل المحقق النائيني بوجهين :

1. بقاعدة لا ضرر ، قال بان هذا الغابن ما كان في باله ان المغبون يفسخ وما كان يحتمل ذلك الان تفاجأ بان المغبون فسخ فبالنتيجة ما خسره على الارض من احياء واعمار وما بذله من اموال حتى قامت هذه الاشجار وتم هذا البناء امر ضرري ، و بعبارة دقيقة حرمة ابقاء الاشجار في ارض الغير بدون اذنه حرمة ضررية ، ونحن نقول هذه الحرمة حرمة ضررية لانه لازم هذه الحرمة ان يقتلع هذه الاشجار فاذا اقتلعها خسر ما خسر من اموال بذل فيها وهذه الحرمة مرتفعة بلا ضرر
2. ما دل من النصوص على حرمة مال المسلم وان مال المسلم ودمه حرام يعني ان مال المسلم لا يذهب هدرا والان عندما يطالبه بالقلع بلا مقابل فهذا خلاف احترام مال المسلم وما بذله من اموال طائلة في سبيل احياء الارض سواء بالزرع او بالبناء او غير ذلك .

هذا ما استدل به المحقق النائيني قدس سره الشريف .

اما ادلة السيد الخوئي ان لا شيء للغابن:

1. مقتضى الفسخ :

اي معنى الفسخ عند العقلاء هو عود كل مال كما كان ، وقد سلم المغبون الارض خالية غير مستثمرة المنفعة فمقتضى الفسخ ان تعود الارض خالية ، فنفس ما يقتضيه الفسخ يقتضي ان للمغبون ان يطالب الغابن بقلع ما وضعه في الارض بلا مقابل .

1. النبوي المعروف :

على اليد ما اخذت حتى تؤدي ، فيد الغابن بعد الفسخ يد عادية لا امينة حيث لما فسخ رجعت الارض الى صاحبها اذن يده الان على الارض يد عادية فيشمله على اليد ما اخذت حتى تؤدي ، ففي كل ان يمر عليه استثمار الارض بزرعه او بنائه غصب وليس لعرق ظالم حق ، كما ورد في الروايات ، فعليه ان يقلع هو لا المغبون حتى يصدق انه ادى الارض كما هي عليه بلا مقابل.

ونحن ندع المناقشة في الادلة والوجوه لليلة القادمة ولكن نشير لهذه الرواية التي ذكرها السيد الخوئي في مسألة اخرى للتدبر والتامل فيها هل تفيدنا في المقام ام لا?

صحيحة محمد ابن الحسين :

مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ قَالَ: كَتَبْتُ إِلَى أَبِي مُحَمَّدٍ ع :

رَجُلٌ كَانَتْ لَهُ قَنَاةٌ فِي قَرْيَةٍ فَأَرَادَ رَجُلٌ أَنْ يَحْفِرَ قَنَاةً أُخْرَى إِلَى قَرْيَةٍ لَهُ كَمْ يَكُونُ بَيْنَهُمَا فِي الْبُعْدِ حَتَّى لَا يُضِرَّ بِالْأُخْرَى فِي الْأَرْضِ إِذَا كَانَتْ صُلْبَةً أَوْ رِخْوَةً ?

فَوَقَّعَ ع : عَلَى حَسَبِ أَنْ لَا يُضِرَّ إِحْدَاهُمَا بِالْأُخْرَى إِنْ شَاءَ اللَّهُ

قَالَ : وَ كَتَبْتُ إِلَيْهِ ع :

رَجُلٌ كَانَتْ لَهُ رَحًى عَلَى نَهَرِ قَرْيَةٍ وَ الْقَرْيَةُ لِرَجُلٍ فَأَرَادَ صَاحِبُ الْقَرْيَةِ أَنْ يَسُوقَ إِلَى قَرْيَتِهِ‏ الْمَاءَ فِي غَيْرِ هَذَا النَّهَرِ وَ يُعَطِّلَ هَذِهِ الرَّحَى أَ لَهُ ذَلِكَ أَمْ لَا ?

فَوَقَّعَ ع : يَتَّقِي اللَّهَ وَ يَعْمَلُ فِي ذَلِكَ بِالْمَعْرُوفِ وَ لَا يَضُرُّ أَخَاهُ الْمُؤْمِنَ.

فهل هذه الرواية يستفاد منها حرمة تكليفية فقط? او يستفاد منها حرمة وضعية ؟ يعني ان لصاحب القرية حقا وضعيا بان يحول النهر ام لا ؟ ماذا يستفاد من هذه الرواية الشريفة?

ان شاء الله يأتي

والحمد لله رب العالمين

وصلى الله على محمد واله الطاهرين

016

ذكرنا فيما سبق ان في مسألة من اشترى ارضا وبنى او زرع فيها ثم تبين ان البائع مغبون ففسخ المعاملة واسترد الارض ان في المسألة اقوالا :

ومنها :

1. ان لصاحب الارض ان يطالب باقتلاع الزرع او البناء بلا ارش ولا ضمان وهو رأي سيدنا الخوئي قدس سره .
2. ومنها ان مالك الارض مخير بين ان يطالب بقلع الاشجار مع الضمان او ان يبقيها باجرة على صاحب الزرع

وذكرنا انه قد استدل بوجهين لاثبات ان المالك ليس له المطالبة بالقلع الا مع ضمان الارش وهو مقدار التفاوت بين الشجر والخشب او البناء والحجر :

الوجه الاول : قاعدة احترام مال المسلم :

فان مقتضى حرمة مال المسلم ان لا يذهب البناء او الشجر هدرا وبناء على ذلك فهو مضمون على مالك الارض لو طالب بالقلع .

ويلاحظ على هذا الاستدلال:

ان مقتضى قاعدة حرمة مال المسلم المستفادة من قوله عليه السلام : مال المسلم ودمه حرام ، الحرمتان التكليفية والوضعية على المتلف ، والمتلف هو مالك الزرع ، لان من حق صاحب الارض ان يطالب الزارع برفع زرعه او قلع غرسه او بنزع بنائه فالمطالب وهو مالك الارض ليس هو المتلف كي تترتب عليه الحرمتان التكليفية والوضعية ، فالمتلف وهو الزارع نفسه هو المالك ، و من طالبه بذلك لحقه في الارض ليس متلفا كي تترتب عليه الحرمة التكليفية والوضعية ولا يستفاد من قاعدة حرمة مال المسلم ثبوت الضمان على شخص اخر غير من تصدى لعملية الاتلاف .

الوجه الثاني : الاستدلال بقاعدة لا ضرر :

بدعوى ان حرمة ابقاء الزرع في مال الغير دون اذنه حرمة ضررية ، فبالعنوان الاولي نعم يحرم على الزارع ان يبقي زرعه او بناءه في ارض الغير بدون اذنه ولابد من القلع ، لكن المفروض ان هذه الحرمة ضررية لان لازم القلع تلف ماله عليه من زرع او بناء او غرس ، والمفروض ان هذه قام بها حينما كانت الارض ملكا له وهو ليس بغاصب لها وبالتالي حرمة ابقاء الزرع في هذه الارض حكم ضرري بالنسبة للزارع فمقتضى لا ضرر ارتفاع هذه الحرمة فاذا ارتفعت فيمكن له ان يبقي الزرع في ملك الغير مع دفع الاجرة .

لكن اجيب عن هذا الاستدلال بوجهين :

اولا :

ما ذكره المحقق الايرواني قدس سره :

من ان هذا منع نفع لا احداث ضرر ، بمعنى ان مالك الارض اذا طالب الزارع بقلع زرعه فاقتلاع الزرع منع نفع غاية الامر انه لن ينتفع بهذا الزرع الذي اقامه في هذه الارض لا انه احدث ضررا وفرق بين منع النفع واحداث الضرر .

اذن حرمة ابقاء الزرع في ارض الغير بغير اذنه ليست حرمة ضررية لانه غاية ما يترتب على ازالة الزرع هو منع النفع بثمره لا احداث ضرر كي تكون الحرمة حرمة ضرريا .

ولكن يلاحظ عليه :

بان هذا خلاف الوجدان ، لان المفروض ان المزارع بذل اموالا في اصلاح الارض وتسميدها الى ان صارت صالحة للزراعة ثم زرع وغرس او بنى وكل ذلك كلفه اموالا وبالتالي قلع الزرع او ازالة البناء كل ذلك بلا اشكال مصداق للضرر الواضح فالحرمة حينئذ حرمة ضررية .

هذا الاشكال الاول وما فيه .

الاشكال الثاني :

ان المورد من تعارض الضررين بمعنى ان هناك ضررين :

1. ضرر الزارع
2. وضرر المالك

باعتبار ان حرمة ابقاء الزرع من دون اذن المالك ضرر على المزارع و تحجيم سلطة المالك على ارضه بحيث يقال لا سلطنة له على ارضه بحيث تؤدي هذه السلطنة الى اتلاف مال الغير هذا التحجيم ايضا ضرر على مالك الارض ، ان سلطنته لا تثبت على ازالة الزرع وتحجيم سلطنته ايضا حكم ضرري بالنسبة الى مالك الارض فيقع تعارض ضررين ولا شمول في حديث لا ضرر لمورد يوجب تعارض الضررين .

ولكن السيد الصدر قدس سره (البحوث ج5ص502):

افاد بانه لا يوجد ضرران ، فتارة يلحظ الضرر العيني وتارة يلحظ الضرر المالي

والضرر العيني عبارة عن نقص السلطنة ـ يعني السلطنة على العين تكون معدومة او ناقصة

والضرر المالي هو عبارة عن خسارة المال .

فان كان المنظور الضرر العيني فليس هناك سلطنتان حتى يقع التعارض بينهما اذ لا يعقل اجتماع سلطنتين في وقت واحد على مال واحد وهي سلطنة المزارع على الارض بان يبقي المال فيها وسلطنة المالك على الارض بان يطالب بقلع الزرع منها ولا يعقل ثبوت السلطنتين في آن واحد في مورد واحد ، اذن احدى السلطنتين قاصرة عن الشمول للمقام ، اذن لا يوجد ضرران ، لان الضررين فرع وجود المقتضي لسلطنتين تامتين لولا تزاحمهما ، فهذا يقال تعارض الضرران اما لا يعقل اصلا اجتماع السلطنتين ، اذن لا محالة احدى السلطنتين في المقام منتفية من الاساس اذن لا يوجد ضرران احدى السلطنتين لا مقتضي لها للشمول لهذا المورد من الاول فلا يوجد مقتضي للسلطنتين كي يقال بان هذا من موارد تزاحم الضررين .

وهذا نظير ان الموكل اي صاحب البيت يبيع البيت والوكيل آجر البيت ، فالمشتري استلم بيتا مسلوب المنفعة والمستأجر استأجر منفعة لا سلطنة له على اكثر من ذلك فكل منهما قاصر السلطنة لا ان هناك اجتماعا بين سلطنتين متضادتين .

وهنا ايضا احدهما قاصر السلطنة والاخر له السلطنة التامة فلا يوجد تعارض ضررين بمعنى الضرر العيني الذي يعني انعدام السلطنة او نقص السلطنة ، فاحدى السلطنتين منتفية .

واما الضرر المالي فلا يوجد ايضا :

لان المرتكز العقلائي اما ان يقرر بان السلطنة لمالك الارض او يقرر ان السلطنة للمزارع ، فان قرر المرتكز ان السلطنة لمالك الارض فمقتضى سلطنته انه اما ان يقلع فيدفع الارش واما ان يبقي فيأخذ اجرة من المزارع وحينئذ لا يترتب ضرر على المزارع لانه ان ازيل زرعه فقد عوض بالارش ولا يوجد اي ضرر

واذا اختار المرتكز العقلائي ان السلطنة للمزارع على ان يبقي زرعه فح لا ضرر ايضا على صاحب الارض لانه سيبقي زرعه باجرة ، اذن اين الضرر المالي? فلا يوجد ضرران عينيان ولا ضرران ماليان ، فاين تعارض الضررين كي يقال بان جريان لا ضرر لرفع الحرمة مستلزم لورود ضررين على الاخر ولا ضرر لا تشمل رفع ضرر يستلزم ورود ضرر .

ولكن قد يقال :

بان التنافي هنا بين ضرر مالي بالنسبة للمزارع وضرر عيني بالنسبة لصاحب الارض ، يعني نحن بغض النظر عن لا ضرر وبغض النظر عن الاحكام الاخرى لو نظرنا لكل منهما في نفسه فنقول ان جئنا لصاحب الزرع فيقال بان حرمة ابقاء الزرع عليه دون اذن المالك حرمة ضررية لان نتيجة هذه الحرمة ان يزيل الزرع واذا زال الزرع خسر فهذا ضرر مالي في نفسه بغض النظر عن اي دليل اخر .

وايضا اذا جئنا لمالك الارض فيقال بان ليس له ان يتصدى لقلع زرع الغير باعتبار ان فيه ضررا على الغير وايضا هذا ضرر بمعنى نقص السلطنة فلا يستطيع ان يتصرف في ارضه .

اذن بالنتيجة هناك ضرر مالي في حق صاحب الزرع وهناك ضرر عيني بمعنى نقص السلطنة في حق صاحب الارض فيقع التعارض بين الضررين واجراء لا ضرر لرفع ضرر المزارع معارض باجراء لا ضرر لرفع ضرر المالك من ناحية نقص سلطنته فلا تجري لا ضرر لا بلحاظ هذا ولا بلحاظ هذا ، فاذا لم تجر لا ضرر بلحاظ اي منهما فما هو مقتضى القاعدة الاولية في المقام ؟

قيل في عدة كلمات منهم كلمات سيدنا الخوئي قدس سره ان مقتضى القاعدة الاولية ان المالك بعد ان فسخ المعاملة له السلطنة على ارضه والكلام فيما هو مدرك هذه السلطنة حتى نعرف هل لها اطلاق لمثل هذا الفرض وهو ان يطالب بقلع الزرع او البناء وان ترتب عليه ضرر ام لا?

وهنا عدة وجوه يستدل بها على السلطنة :

1. دعوى السيرة العقلائية :

حيث السيرة العقلائية قائمة على ان الناس مسلطون على اموالهم واملاكهم ومقتضى هذه السيرة ان له السلطنة.

والجواب عنه :

ان السيرة دليل لبي مؤداه قدر متيقن والقدر المتيقن من سلطنة المالك على ارضه عدم سعة هذه السلطنة بحد يستلزم اتلافه مال الغير الذي خسر عليه اموالا .

طبعا بعض الروايات وردت في منجزات المريض حيث المريض في مرض الموت في بعض الروايات له ان يوصي بماله بما يريد وهو احق بماله ، فهذا التعبير ورد في هذه الروايات (وهو احق بماله) بعض الفقهاء استدل وقال لا نحتاج للسيرة العقلاء وانما نستدل بهذه الرواية وهو احق بماله ، فهذا صاحب الارض وهو احق بارضه يتصرف فيها بما يشاء

واجيب عن ذلك :

بان الروايات ليست في مقام البيان من هذه الجهة وانما هذه الروايات في مقام البيان ان مرض الموت لا يوجب حجرا على التصرف في المال وهذا في مرض الموت ويريد ان يوصي بثلث ماله او يريد ان يتصرف في ماله في مرض الموت لا يوجب حجرا على التصرف في المال وهذا معنى هو احق بماله لا انها في مقام بيان السلطنة على المال كي يتمسك باطلاقها لاثبات السلطنة حتى لو استلزمت السلطنة اتلاف ماله ، فهي ليست في مقام البيان من هذه الجهة ، فبما انها في مقام بيان من جهة عدم كون مرض الموت محجرا اذن ليست في مقام البيان من تمام الجهات كي يتمسك باطلاق قوله : وهو احق بماله .

اذن هذا الدليل على ان للمالك سلطنة على الارض في مثل هذا الفرض غير تام.

017

**الوجه الثالث:** بناء الارتكاز العقلائي على أن الضرر الذي لم يصل إلى حد الاضطرار الشديد ليس مسوغ ا للتصرف في ملك الغير دون إذنه، سوا ء كان للغير سلطنة على ملكه أم لم يكن كالقاصر أو كان -

المال مجهول المالك ، وإلا لجاز لكل أحد إذا اضطر لحفظ ماله من التلف وتوقف دفع الضرر عن ماله على - التصرف في ملك الغير أن يتصرف فيه دون حاجة لإذنه مع دفع الأجرة، ولم يقل بذلك أحد، وأثر ذلك أن

للمالك المطالبة بالقلع من دون ضمان أرش التلف. نعم، قام الدليل على جواز الدخول في البساتين الواسعة

والشرب والوضوء من مائها والأكل من ثمارها وكذلك الأرض المفتوحة ونحوها الثمار المتساقطة مما لا يعد

ضرر ا على مالك المال، وأضاف بعض الفقهاء قيد ا لذلك وهو: ما لم يبرز المالك كراهته، كما اعتبرها بعضهم

من باب الولاية للشارع لا الجواز الشرعي.

وهذا الارتكاز بمثابة القرينة المتصلة بالأدلة اللفظية الترخيصية، فهو مانع من شمول )لا ضرر( أو )لا حرج( لصاحب الزرع في المقام، بدعوى أن في حرمة إبقاء زرعه أو بناءه في أرض الغير ضرر ا أو حرجا فترتفع الحرمة بهما،

 ولكن قد يقال: إن بعض صور محل الكلام من موارد الاضطرار لشدة الخسائر المترتبة على قلع الزرع، وبالتالي فلا يحرز شمول الارتكاز المانع من التصرف لمثله، ومقتضى القاعدة حينئذ قصور السعة في السلطنة على الأرض لما يشمل القلع بدون ضمان، فالقدر المتيقن من سلطنة صاحب الأرض عليها في هذا الفرض السلطنة مع ضمان الأرش، ويتفرع عليه عدم جريان )لا ضرر( في حق الزارع، إذ لا ضرر في حرمة إبقاء زرعه في أرض مع تعهد المالك له بضمان الأرش على فرض القلع ما لم يرضى المالك بالبقاء مع الأجرة. والنتيجة هي تخيّر المالك بين القلع مع الأرش أو القبول مع أجرة المثل، لقصور في السلطنة على أكثر

من هذا الإطار، أو فقل: إن البناء العقلائي قائم في هذا المورد على الجمع بين الحقين: حق صاحب الأرض في عدم استيفاء منفعة أرضه مجانا ، وحق الزارع في حفظ ماله عن التلف في فرض عدم الغصب والتعدي.

ولكن سيدنا الخوئي قدس سره ]في موسوعته ج ٣٠ ص 41٨ [ في باب المزارعة أفاد أن ظاهر جملة من الروايات حرمة الإضرار بالمسلم أو المؤمن نحو: ]الكافي ط الإسلامية ج - 5 ص 29٣

مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ قَالَ: كَتَبْتُ إِلَى أَبِي مُحَمَّدٍ ع :

رَجُلٌ كَانَتْ لَهُ قَنَاةٌ فِي قَرْيَةٍ فَأَرَادَ رَجُلٌ أَنْ يَحْفِرَ قَنَاةً أُخْرَى إِلَى قَرْيَةٍ لَهُ كَمْ يَكُونُ بَيْنَهُمَا فِي الْبُعْدِ حَتَّى لَا يُضِرَّ بِالْأُخْرَى فِي الْأَرْضِ إِذَا كَانَتْ صُلْبَةً أَوْ رِخْوَةً ?

فَوَقَّعَ ع : عَلَى حَسَبِ أَنْ لَا يُضِرَّ إِحْدَاهُمَا بِالْأُخْرَى إِنْ شَاءَ اللَّهُونحو: قا ل

مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ النُّعْمَانِ عَنْ أَبِي الصَّبَّاحِ الْكِنَانِيِّ قَالَ قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ع مَنْ أَضَرَّ بِشَيْ‌ءٍ مِنْ طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ.وتقريب كلامه قدس سره: أن ظاهر هذه الروايات ثبوت الحرمة التكليفية والوضعية للتعبير ب)الضمان( في الرواية الثالثة. ويمكن العمل بالرواية في عدة موارد منها:

1 ما إذا آجر المالك أرضه للزراعة وانقضت مدة الإجارة قبل أوان الحصاد لا لتقصير من المستأجر بل -لعارض سماوي أوجب تأخر الإنتاج الذي يعني أن مطالبة المالك بقلع الزرع ضرر فادح على المستأجر.

2 ما إذا أذن صاحب الدار لولده أو لشخص معين ببناء طابق في داره وبعد أن تمّ البناء سكنه أم لم -يسكن طلب منه إزالة البناء أو يدفع الأجرة.

٣ أن يحفر المالك في بيته بئرا أو بالوعة توجب تضرر بيت الجار بنقص الماء أو رطوبة جدران بيته أو -يقوم بالطبخ على الخشب بنحو يوجب تلف عين مال الجار أو تلف وصفه أو كيفيته المساوق لنقص المالية نقصا فاحشا . نعم، لا يشمل ذلك ما لا يكون تلف للمال أو نقصها حسا ، كما لو فتح دكان ا يبيع نفس البضاعة التي يبيعها الدكان المجاور أو بنحو أفضل لا بقصد الإضرار به مما أوجب كساد بضاعته. - -

4 محل الكلام، وهو ما إذا باع الأرض ثم اكتشف أنه مغبون ففسخ المعاملة وكانت الأرض مشغولة - بزرع الغابن، مما يستوجب قلع الزرع الخسارة الفادحة عليه،

 فإن جميع هذه الموارد تشترك في القيام بعمل يوجب ورود الضرر على الغير، فهو محرم لا بدليل )لا ضرر( كي يقال بانصرافها عن المقام لكونَا لا تشمل فرض تعارض الضررين أو لورودها في مقام الامتنان فلا شمول لها لما يوجب خلاف الامتنان على المتصرف، بل بدلالة نفس هذه الروايات على الحرمة.

ولكن قد يقال: إن الاستدلال بها على الحرمة والضمان مبني على أمور:

1 أن المتن كما في الكافي )ولا يضر أخاه المؤمن(، وأما على ما في الفقيه والتهذيب )ولا يضار أخاه – المؤمن (، فقد يناقش بدعوى أن المضارة ظاهرة عرفا في تعمد إيراد الضرر على الغير كما يظهر من قول الرسول صلى اللَّ عليه وآله لسمرة: )إنك رجل مضار(، ولذلك كان محرما ، فلا يتمّ الاستدلال به على حرمة مطلق الضرر ولو لم يكن بقصد.

2 عدم انصراف الرواية لفرض ثبوت حق سابق لصاحب الرحى في النهر، سواء كان ذلك الحق من - جهة حق الاختصاص أو حق السبق إن قلنا به في هذه الموارد، فقد بنى شيخنا الأستاذ التبريزي قدس سره على انصراف الرواية لذلك، بتقريب أن من البديهي لدى المرتكز المتشرعي أنه لا يحرم على صاحب القرية صرف الماء لجهة أخرى في أرض ليست مملوكة لأحد، فلا معنى لأن يكون ذلك منشأ السؤال فيها، مما يشكل قرينة على انصراف الرواية لفرض ثبوت حق لصاحب الرحى منع من التصرف، ولو تم الانصراف لم يصح الاستدلال بها في المقام مما ليس لصاحب الزرع حق شرعي في الأرض بعد الفسخ أو انتهاء مدة الإجارة،

ولكن قد يقال: لا موجب للانصراف المزبور، فإن متعلق النهي هو الإضرار الذي يصدق عرفا حتى مع عدم ثبوت حق له ما دام عمله وهو وضع الرحى على النهر سائغا في نفسه، فمن المحتمل أن - -كلا الطرفين استفاد من النهر في زمن واحد ثم أراد صاحب القرية تغيير مجرى النهر مما يوجب الضرر على الرحى بتعطيل عملها لاعتماده على الماء.

٣ انصراف الرواية عن فرض تضرر مالك القرية بعدم تغيير النهر بمقتضى مناسبة الحكم للموضوع -حيث قال: ) يتَّقِي اللَّ و يعْ م ح ل فِي ذلِ ك بِالمعْروفِ و لا ي ح ضرُّ أ خا ح ه (، فإن ظاهر النهي عن إضرار أخيه عدم تضرره بالترك، وإلا لكان المورد من تعارض الضررين الذي لم يرد أي إشارة له.

ولكن قد يناقش في دلالة الرواية على الحرمة الوضعية أي الضمان بلحاظ أن ظاهر النهي هو الحرمة - - المولوية التكليفية، وأما ما ورد من التعبير بالضمان عند الإضرار بطريق المسلمين فلا ربط له بمحل الكلام، فإنه من الواضح أن الإضرار هو عبارة عن الإتلاف مباشرة أو تسبيبا وهو موجب للضمان بالبداهة، بخلاف عدم الإذن في بقاء زرع المستأجر أو المأذون سابقا أو المالك السابق، فإنه ليس إتلافا ولا تسبيب ا له كي يكون مورد ا للضمان.

وحيث لا ظهور للرواية في أكثر من الحرمة التكليفية، فنتيجة الاستدلال بها في المقام أنه يجب على مالك الأرض أن يرضى عق لا تخلص ا من ارتكاب حرمة الإضرار إما بالقلع مع الأرش أو الإبقاء مع الأجرة، ولكن لو لم يرضى بذلك ولم نقل بقضاء المرتكز العقلائي بذلك جمع ا بين الحقين فلا بد لصاحب الزرع من القلع وهكذا في سائر موارد الغبن وإن تضرر.

### 018

### التطبيق السادس من تطبيقات قاعدة لا ضرر تطبيق لا ضرر على الاحكام العدمية :

بيان ذلك:

انه لو فرض ان عدم الحكم ضرر فهل يستفاد من لا ضرر ثبوت الحكم ام لا?

مثلا :

اذا بذل شخص لشخص مبلغ الحج فيجب على المبذول له حجة الاسلام ، فاذا شرع في الحج وبعد ذلك توقف اتمام حجه على بذل مبلغ ازيد من قبل الباذل ، فهل يضمن الباذل باقي مصاريف الحج من باب لا ضرر ؟ بان يقال عدم بذله باقي المال ضرر على من شرع وتلبس بالحج نتيجة بذله ، ومقتضى لا ضرر ثبوت الضمان عليه ؟

وقد افاد المحقق النائيني قدس سره (منية الطالب ج3ص418):

ان القول بان لا ضرر تثبت احكاما يستلزم فقها جديدا ، لان لازم هذا الكلام ضمان بيت المال لتلف اموال الناس تلفا سماويا ، فيقال كلما تلف مال لشخص ولو بآفة سماوية فعلى بيت المال الضمان لان عدم الضمان ضرر على من تلف ماله فمقتضى لا ضرر الضمان ، وهذا لا يلتزم به احد ، او يقال مقتضى لا ضرر ان للزوجة الطلاق اذا غاب عنها الزوج او امتنع من الانفاق عليها او كان فقيرا لان عدم الحكم بولايتها على الطلاق ضرر عليها ، فمقتضى لا ضرر ثبوت ولايتها على الطلاق وهكذا من الاحكام التي لا يفتي بها احد

لذلك ذكر النائيني و جمع منهم السيد الروحاني في المنتقى و غيره ان لسان لا ضرر هو النفي لا الاثبات ، فبما ان لسان لا ضرر النفي فاستخراج حكم من النفي بذريعة ان لولا ثبوت الحكم لكان ذلك ضررا على المكلف مما لا شاهد عليه .

ولكن في المقابل ذهب جمع الى ان لا ضرر لها الحكومة على الاحكام الوجودية والعدمية :

بمعنى انه كما ان لا ضرر تنفي الحكم الوجودي اذا كان ضرريا فهي تنفي الحكم العدمي اذا كان عدم الحكم ضرريا فتثبت بديله الحكم الوجود الرافع للضرر .

وقد قرب ذلك باحد وجوه :

الوجه الاول :

ما ذكره في مصباح الاصول – لا يخفى ان السيد الخوئي في مصباح الاصول ارتضى ذلك ان لا ضرر تنفي الاحكام العدمية ايضا وان قال لا صغرى لها كما سيأتي – فذكر ان مفاد لاضرر رفع كل ضرر بيد الشارع رفعه ، فان قوله لا ضرر يعني ان الشارع رفع الضرر الذي من شأنه بما هو شارع رفعه اذن مقتضى هذه النكتة انه اذا ترتب على عدم الحكم ضرر فبامكان الشارع ان يرفع الضرر باثبات حكم يرفع ذلك الضرر ، اي من شأنه رفع ذلك الضرر باثبات حكم وجودي كي يكون رافعا لذلك الضرر .

والملاحظة :

انه لا قرينة على ان مفاد لا ضرر هو تصدي الشارع لرفع كل ضرر من شأنه رفعه بما هو شارع كي يقال بان لا ضرر حاكم على الاحكام العدمية كالوجودية.

الوجه الثاني :

ما ذكره السيد الصدر قدس سره (البحوث ج5ص ):

ان مفاد لا ضرر كل موقف للشارع موجب للضرر فهو منفي كانما لا ضرر تقول اي موقف ضرري لم يصدر من الشارع والموقف الضرري كما يصدق على الوجود كذلك يصدق على العدم ، اي كما يصدق على ايجاب الوضوء الضرري انه موقف ضرري يصدق على عدم الحكم بضمان منافع الحر الكسوب انه موقف ضرري والموقف الضرري لا يختص بالامور الوجودية بل يشمل الاحكام العدمية فيقال عدم حكم الشارع بضمان منافع الحر الكسوب عند حبسه موقف ضرري ومقتضى نفي الموقف الضرري ثبوت الحكم بالضمان .

الوجه الثالث :

ما افيد في كلمات السيد الاستاذ مد ظله (قاعدة لا ضرر ص ):

ان مفاد لا ضرر نفي تسبيب الشارع بما هو شارع للضرر ، اي ان الشارع لم يتسبب بالضرر بما هو شارع وهذا يصدق على الوجود وعلى العدم فالشارع بما انه حكيم وملتفت الى اللوازم والملابسات عدم حكمه بما هو شارع بضمان منافع الحر الكسوب عند حبسه هذا تسبيب للضرر ، فمقتضى كون مفاد لا ضرر نفي تسبيب الشارع للضرر على احد هو شمول لا ضرر للاحكام الوجودية والعدمية فيقال مقتضى لا ضرر اثبات بدائل العدم باحكام ترفع الضرر .

لكننا حيث اخترنا في مفاد لا ضرر انه بيان نزاهة الشرع الشريف وان المشرع بالمقارنة مع القوانين الاخرى والشرائع الاخرى يقول بان هذا الشرع سليم ومنزه عن ان يضر باحد لا كالشرائع التي لا تراعي حال المكلف فهو في مقام بيان معنى سلبي من نزاهة الشرع وسلامته من كونه اداة لتوليد ضرر على احد ، كما ان قوله ما جعل عليكم في الدين من حرج بيان لسماحة الشرع وانه لم يوجب ولم يوقع مكلفا في حرج او عسر كذلك من سماحة الشارع انه لم يوجب وقوع مكلف في ضرر .

فاستفادة ان له احكام بدائل لما يرفع الضرر على المكلف يعني تحميل لعبارة لا ضرر ولا ضرار باكثر من مفادها العرفي بحيث يحتاج الى قرينة واضحة .

الان بناء على ما قاله هؤلاء الاعلام من ان لاضرر تنفي و تثبت هل لهذه الكبرى صغرى ام لا ؟

ان السيد الخوئي قبل بالكبرى ولكن ناقش في الصغرى وانه لا مصداق لها ، لذلك جهد بعض الاعلام في اثبات مصداق لها ، و نحن نركز على هذه الصغرى بغض النظر عن مسالة البذل التي ناقشها سيد المنتقى في فقه الحج (من تعهد بالبذل ثم بعد ان شرع الحاج في عمله هل يجب عليه ضمان ما بذله ام لا ) كما ان السيد الخوئي ناقش عدة صغريات .

ولكن نحن نركز على هذه الصغرى و هي (ضمان منافع حر الكسوب عند حبسه)

اي اذا حبس الحر الكسوب هل يجب على الحابس ضمان منافعه ايام حبسه بلا ضرر ام لا?

طبعا هذه المسألة بحثت من نواحي اخرى يعني استدل على الضمان بغير لا ضرر بوجوه :

الاول :

انه حبس الحر اتلاف لمنافعه واتلاف مال الغير موضوع للضمان ، فعمل الحر بالنظر العرفي مال وان لم يكن ملك له لكن هو مؤهل لان يملك عمله لكن لا يقال ملكه بالفعل.

الوجه الثاني :

انه تفويت حيث فوت على الحر منافعه بحبسه فالتفويت موجب للضمان بالسيرة العقلائية ، فهل هذه السيرة ممضاة ؟ هناك خلاف في الاصول ، فاذا قلنا بان السيرة الممضاة ما كانت عملا معاصرا لزمان النص كما هو مبنى المحقق الاصفهاني فلا يوجد عندنا سيرة معاصرة لزمان النص على ضمان منافع الحر الكسوب اذا حبس ،

اما اذا كان الامضاء يطال النكتة الارتكازية و ان لم تتحول الى عمل كما هو مسلك الاكثر و منهم السيد الصدر فهنا توجد هذه النكتة على ان التفويت موجب للضمان ، مثلا حبس الدابة بما هي اداة للعمل وللكسب تفويت لمنافع الدابة على مالكها فيضمنها ، او حبس ادوات النجارة وادوات الحدادة تفويت لمنافعها على مالكها فيضمن .

فالنكتة الارتكازية لتفويت المنافع هذه النكتة موجودة في زمان النص ومقتضى وجود هذه النكتة الارتكازية ضمان منافع الحر الكسوب وان لم تقم سيرة في خصوص الحر الكسوب .

ولكن بعضهم قال بما ان المشهور افتى بعدم الضمان ، حيث ذكر في مفتاح الكرامة : ان عدم الضمان مقطوع به في كلام الاصحاب كما في الكفاية.

ولكن السيد الخوئي اختلف كلامه ، ففي باب البيع (مصباح الفقاهة ج2ص36) قال بالضمان ، ولكن في باب الاجارة في المستند لم يقل بالضمان ، وعلى اية حال بعضهم يقول فتوى المشهور بعدم الضمان مانع من اكتشاف سيرة عقلائية على الضمان او مانع من اكتشاف امضاء السيرة العقلائية على الضمان لوجود فتوى مشهور بعدم الضمان .

فتأمل .

اما اثبات ضمان منافع الحر الكسوب بلاضرر فهنا وجهان لاثبات ذلك :

الاول :

ما ذكرناه من التشبث بفقرة (لاضرر) حيث ان عدم الحكم بضمان منافع الحر الكسوب ايام حبسه ضرر والشارع لم يسبب ضررا فمقتضى عدم تسبيب الشارع للضرر رفع العدم بالوجود والحكم بالضمان .

واشكل على ذلك سيدنا الخوئي قدس سره بثلاثة اشكالات (مصباح الاصول ج ص ):

اولا :

قال هذا ليس بضرر و انما هذا منع نفع ، كمن افلت من الصياد اداة الصيد ، اي وجه الصياد اداة الصيد لكي يصطاد السمكة او الطير فجاء شخصا وضرب اداة الصيد وامالها ففاتت السمكة او فات الطير ، هذا لا يعد اضرارا به و انما هذا يعد منع نفع وهو غير الاضرار . هنا ايضا هذا الحر الكسوب لو لم يحبس لانتفع بعمله واستجلب اموالا بعمله ولكن بحبسه منع من الانتفاع لا انه اضرر به .

ولكن هذا الوجه من المناقشة محل تأمل:

حيث قلنا بان عمل الحر الكسوب مال بالنظر العرفي فما دام كسوب ومزاول للكسب فاتلافه بالحبس تفويت للمال وبالتالي واضح انه ضرري عليه .

وحتى في مسألة الصياد هي ضرر وليست منع نفع ، يعني حبس النفع بعد تمامية المقتضي لوجوده ضرر حيث المقتضي تام واداة الصيد موجهة والطير امامه فكسرها او رمى بها ، فهنا هو منع النفع مع تمامية سائر المقدمات و لاشك في انه ضرر لا انه ليس بضرر فضلا عن محل الكلام الذي هو بالنظر العرفي اتلاف للمال او تفويت للمال .

طبعا المثال الذي ذكروه من تعطيل السوق كما لو عطلت الحكومة السوق قال هذا اضرار بالناس او انه ممنوع فتح الدكاكين وقت المظاهرة او وقت الصلاة ، فهنا ليس اضررا بالناس و انما هذا منع نفع يعني منعهم من الربح لا انه اضر بالنظر العرفي عن منع التاجر من فتح دكانه حيث بضاعته لا زالت موجودة و لم تتلف ، هناك لم يتم المقتضي بعد لاجل تحصيل المنفعة بينما هنا المقتضي تام الحر الكسوب ذو استعداد للعمل فيحبس فحبسه يعد تفويت لمنافعه عليه فهو ضرر .

الاشكال الثاني للسيد الخوئي :

انه لو سلمنا انه ضرر ولكن قاعدة لا ضرر امتنانية ، ونحن نرفع الضرر عن المحبوس و نلقي بالضرر على الحابس ، كيف يتم ذلك ؟؟

طبعا هنا لابد من التفصيل ، انه هل الحبس بحق ام لا ، فان كان الحبس بحق فلا مراعاة للمحبوس و ان كان الحبس بغير حق فان كان يمكن الجمع بين الحبس والعمل فلا موجب لمنعه من العمل وان كان يمكن الجمع بين كون الحبس عملا يعني بعض السجناء هو في السجن يشتغل ويعطى على عمله اجرة فهو ما ضيع عمله عليه ،

اذن اذا كان الحبس بغير حق او بحق ولكن يمكن الجمع بينه وبين العمل فح لا مجال لمراعاة الحابس ، انما تاتي مراعاة الحابس اذا كان الحبس بحق و توقفت عقوبته على منعه من العمل ،

فهنا نقول لا ضرر لا تجري لا لاجل الامتنان كما قال به سيدنا قده ، فان المقصود بالامتنان هو الامتنان بلحاظ من تجري له لا في حق من تجري عليه ، وانما لا ضرر لا تشمل موردا يلزم من شمولها ايراد ضرر على اخر بغير حق كما في المقام .

الاشكال الثالث للسيد الخوئي :

قال بان هنا الضرر صار وحصل ، فالحكم بالضمان تدارك للضرر لا رفع للضرر ، وفرق بين تدارك الضرر ورفع الضرر ، فلا ضرر ترفع الضرر لا تتدارك الضرر بمعنى ان لا ضرر تمنع وقوع الضرر خارجا لا انه يقع ثم لا ضرر تتداركه ، والمقام من التدارك لا من الرفع ، فالحر حبس وبعد ما حبس ضاع عليه عمله وبعد ان ضاع علي عمله تضرر وبعد ان تضرر حكمتم بالضمان? فصار الحكم بلا ضرر هنا تداركا وليس رفعا ولا ضرر لا تفيد التدارك بل تفيد الرفع يعني منع وقوع الضرر خارجا بمقتضى الحكم الشرعي .

ولكن قد يجاب عن ذلك :

انه اذا حكم بالضمان من الاول فهو محكوم بالضمان وهذا ليس تداركا ، وانما من الاول الحبس يعني الاتلاف والحبس يعني التفويت والحبس يعني موضوع للضمان واشتغال ذمة الحابس فيكون رفعا للضرر وليس تداركا .

الوجه الثاني :

ما ذكره السيد الاستاذ مد ظله في قاعدة لا ضرر (ص) من التمسك بلا ضرار :

انه اذا لم يمكن التمسك بلا ضرر فيمكن التمسك بالفقرة الثانية وهي لا ضرار وسبق ان تعرضنا له قال مفاد لا ضرر نفي التسبيب ومفاد لا ضرار التسبيب للعدم ، فبما ان مفاد لا ضرار تسبيب الشارع لعدم ضرار احد باحد فمقتضى التسبيب ان يمنع الحابس من الحبس وان يضمن وان يعزر ، فهذا معنى التسبيب اي لكي يسبب الشارع لعدم الضرر يحتاج لكل هذه الاجراءات و كل هذه الوسائل حتى يقال الشارع تسبب في عدم الضرر ، فيقول ليس للحابس ان يحبس وهذي حرمة تكليفية وعليه الضمان اذا حبس وهذي حرمة وضعية بل يعزر على حبسه وهذه وسيلة اجرائية ، اذن مقتضى لاضرار هو الضمان ، لان الضمان من مصاديق التسبب لعدم الضرار .

وهنا نطرح اشكالا :

اذا كان لا ضرار تثبت حكما لان لا ضرار كما قلنا معناها التسبيب فهي تثبت حكما وهو الضمان على الحابس ، ولكن لا ضرر تثبت الضمان عليه ولا ضرار تنفي الضمان عليه فكيف نجمع بينهما? و بعبارة اخرى لا ضرار تثبت الضمان عليه ولكن ثبوت الضمان ضرري عليه ولا ضرر ترفعه فيحصل التنافي بين لا ضرر ولا ضرار ، لا ضرر تقول حرام ان تحبسه ، و هو يقول هذه الحرمة ضررية علينا ولابد لنا من حبسه اذن هذه الحرمة ترتفع بلا ضرر فما تثبته لا ضرار ترفعه لا ضرر ، كيف هذا يمكن? هل لا ضرر تحكم حتى على لا ضرار ؟ او يتعارضان فيرجع الى دليل اخر ؟ او يقال في هذه الموارد هما متلائمان ؟

والحمد لله رب العالمين

وصلى الله على محمد واله الطاهرين