madsage
IRan Education
Research
NETwork
(IRERNET)
شبکه آموزشی-پژوهشی مادسیج
با هدف بهبود پیشرفت علمی
و دسترسی راحت به اطلاعات
برای جامعه بزرگ علمی ایران
ایجاد شده است
مادسیج
شبکه آموزشی-پژوهشی ایران
madsg.com
مادسیج

قواعد فقه در فقه امامیه ............ ۲
برخی از کتابهای قواعد فقه بعد از شهیدین ............ ۳
تعریف قاعده فقهی: ............ ۴
فرق قاعده فقهی با قاعده اصولی: ............ ۴
تقسیمات حکم: ............ ۵
الف) ۱- تکلیفی ۲- وضعی ............ ۵
ب) تقسیم حکم به : ............ ۶
ج)تقسیم حکم به : ............ ۶
حکم ارشادی و مولوی ............ ۷
قاعده اول: قاعده لا ضرر ............ ۸
الف- قرآن مجید: ............ ۸
ب- روایات و قضایا ............ ۸
معنای ضرر و ضرار: ............ ۹
مفاد قاعده لاضرر: ............ ۱۱
دیدگاه شیخ الشریعه اصفهانی ............ ۱۱
دیدگاه شیخ انصاری: ............ ۱۲
دیدگاه امام خمینی ............ ۱۳
٤- دیدگاه آقای سیستانی ............ ۱٤
۳- مستند سوم قاعده لاضرر ............ ۱٤
رابطه قاعده لاضرر و قاعده سلطنت: ............ ۱۵
آیا قاعده لاضرر شامل امور عدمي نیز مي‌شود؟ ............ ۱۶
بررسي ۲ مثال: ............ ۱۷
قاعدۀ نفی عسر و حرج ............ ۱۸
مفهوم عسر و حرج ............ ۱۸
رابطۀ عسر و حرج ............ ۱۹
مبانی فقهی ............ ۱۹
۱. کتاب ............ ۱۹
۲. سنت ............ ۲۰
مفاد قاعده نفی حرج ............ ۲۱
دو فرع از فروعات قاعده نفی حرج در کلمات فقهای متقدم ............ ۲۱
نقض تمامیت قاعده نفی حرج با احکامی چون وجوب جهاد و روزه گرفتن در روزهای گرم و طولانی ............ ۲۲
**قاعده ید** ............ ۲۳

**برخی از مصادیق ید** ........ ۲۴
**مستندات قاعده** ........ ۲۴
**اماره بودن ید و مبانی آن** ........ ۲۵
**معارضه ذو الید با مدعی** ........ ۲۶
**ید و مالکیت منافع** ........ ۲۶
**قاعده ضمان ید:** ........ ۲۷
**۱- سیره عقلاء:** ........ ۲۷
**۲- روایات** ........ ۲۷
**دایره ضمان بر اساس حديث علي‌اليد:** ........ ۲۸
**قاعده اتلاف و تفاوت آن با قاعده ضمان ید:** ........ ۳۰
**تفاوت قاعده اتلاف و قاعده تسبیب:** ........ ۳۱
**مستند قاعده تسبب:** ........ ۳۱
**اجتماع سبب و مباشر** ........ ۳۲
اصل صحت: ........ ۳۲
دلایل اصل صحت به مفهوم وضعي آن: ........ ۳۳
دایره و محدوده اجراي اصل صحت: ........ ۳۳

## قواعد فقه در فقه امامیه

با تصدیق این امر که فقیهان عامه، به ویژه متقدمان آنها، به علت به کارگیری ابزارهای خاصی نظیر قیاس و استحسان در استنباط فقهی، بی‌گمان تلاش بیشتری در تنظیم قواعد فقهی به عمل آورده‌اند، به نظر می‌رسد که بسیاری از آن قواعد کلی که در کتابهای اهل سنت آمده است، بعینه در روایات و احادیثی که از پیشوایان شیعه امامیه رسیده موجود است که از آن میان برخی از حضرت رسول اکرم (ص) روایت شده است و برخی دیگر هم برگرفته از تعلیمات مستقیم آنان است. اگر این تعلیمات را به حساب آوریم، باید گفت که به یقین فقه امامیه در این باره در مقایسه با فقه عامه نه فقط متأخر نیست، بلکه مبتکر نیز هست، به ویژه آنکه بر حسب روایات موجود، روش تعلیماتی پیشوایان شیعه، به طور کلی بیان قواعد و اصول بوده است تا آنکه پیروان آنان ضمن رعایت متدلوژی خاصی که از آنان فرا می‌گرفته‌اند و پرهیز از هرگونه استنتاج قیاسی، قبل از به دست آوردن مناط و علت اصلی حکم از طریق تنصیص و تصریح شرعی بتوانند تفریع فروع و انقسام شقوق کنند. برای نمونه در این باره حضرت رضا (ع) می‌فرماید:«علینا إلقاء الاصول و علیکم التّفریع» به این معنا که ما قواعد عام و اصول کلی فقهی را بیان می‌کنیم و شما بر اساس همان اصول و قواعد، حکم مصادیق جزئی را حسب مورد استنباط کنید. تاریخ فقه

شیعه نیز شاهد آن است که اجتهاد پویای شیعه از همین دستور العمل الهام گرفته است. برای مثال می‌توان از میان انبوه کتب فقهی به آثار شیخ طوسی (۳۸۵- ۴۶۰ ه) اشاره کرد.

چنانچه آثاری را که تحت عنوان اشباه و نظائر در زمینه فقه نگاشته شده است از زمرهٔ قواعد فقه محسوب کنیم- همان‌طور که فقیهان عامه چنین کرده‌اند- باید تصدیق کرد که رساله "نزهة الناظر فی الجمع بین الاشباه و النظائر" که توسط نجیب الدین یحیی بن سعید حلی مشهور به یحیی بن سعید (۶۰۱- ۶۹۸ ه) نوشته شده بر اثر شهید اول (القواعد و الفوائد) مقدم است؛ اما چون میان این روش نگارش و سبک قواعد فقهی، تمایز شگرفی وجود دارد، بازهم باید گفت که تدوین قواعد فقهی از شهید اول آغاز شده است.

شهید اول در اجازهٔ خود به ابن خازن، کتاب خود را چنین معرفی می‌کند: «فممّا صنّفته کتاب القواعد و الفوائد مختصر یشتمل علی ضوابط کلیّة، اصولیّة و فرعیّة تستنبط منها الاحکام الشّرعیة لم یعمل الاصحاب مثله»: یکی از مصنفات من کتاب قواعد و فوائد است. کتابی است مختصر مشتمل بر ضوابط کلی، اصولی و فقهی که احکام شرعی از آن به دست می‌آید و در میان اصحاب امامیه کتابی همانند آن تألیف نشده است.ذکر این نکته ضروری است که کتاب مزبور اگر چه حاوی قواعد فقهی است، گاه به قواعد اصولی و ادبی نیز پرداخته است و در مجموع مشتمل است بر حدود سیصد و سه قاعده و صد فائده. حواشی و تعلیقات گوناگونی در تبیین و تشریح کتاب شهید اول توسط محققان و فقیهان بزرگوار به رشته تحریر درآمده است.

کتاب قواعد شهید اول توسط بعضی فقیهان پس از او تنقیح شده و تجدید نگارش یافته است که از جمله آنها می‌توان موارد زیر را برشمرد:۱. نضد القواعد الفقهیة علی مذهب الامامیة که به وسیله فاضل مقداد بن عبد الله سیوری حلی (متوفای ۸۲۶ ه) که از شاگردان مبرّز شهید اول بوده نگارش یافته است. ۲. تمهید القواعد الاصولیة و العربیة لتفریع فوائد الاحکام الشرعیة که به وسیله شیخ زین الدین جبع عاملی مشهور به شهید ثانی نگارش یافته است.

## برخی از کتابهای قواعد فقه بعد از شهیدین

۱. عوائد الایام من مهمات ادلة الاحکام؛ تألیف احمد بن محمد مهدی نراقی (متوفای ۱۲۰۹ ه). این کتاب از آخرین مصنفات نراقی محسوب می‌شود و مشتمل بر ۸۸ عائده است که در هر کدام یکی از قواعد فقهی مورد بحث و استدلال قرار گرفته است. البته در این کتاب تعدادی از قواعد منطقی نیز مطرح شده است.

۲. عناوین (العناوین الفقهیة)؛ تألیف سید عبد الفتاح بن علی حسینی مراغی (متوفای حدود ۱۲۷۴ ه).

۳. تحریر المجلة؛ تألیف شیخ محمد حسین آل کاشف الغطاء (۱۲۹۴- ۱۳۷۳ ه).

۴. القواعد الفقهیة (هفت جلدی)؛ تألیف سید محمد حسن موسوی بجنوردی. این اثر ارزشمند مشتمل بر حدود هفتاد قاعده فقهی است؛

## تعریف قاعده فقهی:

فقه در لغت به معنای فهم است. فهم با علم متفاوت است. فهم همراه با دقت است. علم آن صورتی است که در ذهن ما به وجود می‌آید. فقه در لغت به معنای فهم است. لازمه آن دقت و تأمل است. در قرآن نیز در چندین آیه عبارت لا یفقهون به کار رفته است، یعنی نمی‌فهمند. کلمه تفقه یعنی رسیدن به یک بصیرت و فهم عمیق، پس تفقه در دین به این معناست که شخص در احکام اخلاق، خداشناسی به یک فهم عمیقی رسیده باشد. کلمه فقه در اصطلاح، علم به احکام شرعی از روی ادله تفصیلی می‌باشد، پس علم فقه علمی است که بر اساس استدلال می‌باشد.

کلمه قواعد در دانشهای گوناگون به کار گرفته می‌شود و معنای آن نزديك به معنای لغوی آن است.

فیومی می‌نویسد:

«و القاعدة في اصطلاح بمعنى الضابط و هما الأمر الكلي و المنطبق على جميع جزئياته.»

قاعده در اصطلاح عبارت است از قانون و این دو (قاعده و قانون) فراگیرند و بر تمامی افراد و موارد خود منطبق می‌گردند.

تهانوی می‌نویسد:

«هی تطلق على معان ترادف الأصل و القانون و المسألة و الضابط و المقصد و عرفت بأنّها أمر كلي منطبق على جميع جزئياته».

قواعد، در اصطلاح عبارت است: مفهومی که همراه معنای اصل، قانون، مسأله، ضابطه و مقصد است و فهمیدی که اینها عبارتند از: مطلب کلی که تمامی افراد خود را در بر می‌گیرد.

و به عبارت دیگر

قواعد فقهی فرمولهای بسیار کلی هستند که منشأ استنباط قوانین محدودتر می‌شوند و به یک مورد ویژه اختصاص ندارد بلکه مبنای قوانین مختلف و متعدد قرار می‌گیرند.

تنبیه:

قواعد فقهی بر دو قسم می باشند برخی از آنها در تمام ابواب فقهی جریان دارند مثل قاعده نفی عسر و حرج و قاعده لاضرر و برخی از آنها مختص برخی از ابواب هستند. مثل قاعدة لا تعاد، که مختص باب نماز است یا، قاعدة طهارت و قاعدة ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده که مختص معاملات است.

و به لحاظ دیگری قواعد فقهی بر دو نوعند.يك دسته آنها که به طور کامل از نصوص- اعم از کتاب و سنت- گرفته شده‌اند، مانند قاعده لا ضرر، قاعدۀ ید، و قاعدۀ تسلیط، و دسته دیگر آنهایی که هر چند در متون شرعی ذکر نشده‌اند، مستند به نصوص شرعی و یا دیگر ادلۀ فقهی هستند، مانند قاعدۀ «ما یضمن بصحیحه، یضمن بفاسده». البته گروه دیگری از قواعد فقهی نیز وجود دارد که فقیهان با ملاحظۀ موارد متعدد و اتخاذ وحدت ملاك آنها را بنا کرده‌اند. این نوع از قواعد در فقه عامه بسیار مرسوم است و گاهی تحت عنوان «الاشباه و النظائر» گردآوری می‌شوند.

## فرق قاعده فقهی با قاعده اصولی:

قواعد فقهی به کمک قواعد اصول فقه استنباط می‌شوند. یکی از مباحث مهم در علم قواعد فقه، معیار و ضابطه‌ای برای تشخیص قاعده فقهی از قاعده اصولی می‌باشد حتی در برخی از قواعد بین فقها و علمای اصول بحث به وجود آمده است که فلان قاعده (مثلاً اصل صحت یا اصل استصحاب) آیا جزء قواعد اصولی است که باید در علم اصول به آن پرداخت یا این‌که یک قاعده فقهی است و محل آن علم قواعد فقه است.

برای شناسایی این دو از هم می‌توان به معیارهای زیر توجه کرد:

**۱**- قاعده فقهی خود یک حکم فقهی هستند که بر احکام شرعی جزئی متعددی تطبیق می‌شود، اما قاعده اصولی واسطه و وسیله است برای کشف و استنباط حکم شرعی. برای مثال قاعده لاضرر خود حکم شرعی است که به موجب آن وارد کردن ضرر و زیان بر دیگری و یا احکام ضرری نفی شده است. اما قاعده حجیت خبر واحد و یا قاعده حجیت ظواهر قواعدی هستند که در مسیر استنباط حکم شرعی قرار می گیرند. به بیان دیگر علم اصول روش کشف و استنباط حکم شرعی است، ولی قواعد فقه نهادها و بنیادهای کلی فقهی هستند که با توجه به کلیت و شمول خود فقیه در موارد مختلف از آنها استفاده می‌کند.

**۲**- قاعده فقهی را مکلف نیز می‌تواند اجرا کند مثل قاعده طهارت اما قاعده اصولی فقط برای مجتهدین است مثل حجیت خبر ثقه.

**۳**- خروجی قواعد اصولی همیشه احکام کلی هستند، اما خروجی قواعد فقهی غالباً احکام جزئی می‌باشند.

## تقسیمات حکم:

## الف) ۱- تکلیفی ۲- وضعی

**حکم تکلیفی:** حکم تکلیفی مستقیماً به اعمال و رفتار انسان مربوط می‌باشد و به آن جهت می‌دهد.

احکام تکلیفی مستقیماً به فعل مکلف جهت می‌دهد. که بر پنج قسمند و به آنها احکام خمسه گفته می شود و عبارتند از:

۱- وجوب ۲- اباحه (جواز) ۳- حرمت ٤- استحباب ٥- کراهت

جواز دو استعمال دارد: ۱- معنای خاص ۲- معنای عام که صرف عدم حرمت است و با وجوب نیز قابل جمع است.

**حکم وضعی:** حکم وضعی حکمی است که به طور مستقیم متوجه افعال و رفتار مکلف نمی‌شود بلکه وضعیت و حالتی را بیان می‌کنند که در رفتار مکلف تأثیر دارد، تمام احکام غیر از ۵ مورد ذکر شده احکام وضعی می‌باشد. مثل وکالت، کفالت و...

حکم وضعی بر ۲ نوع می باشد :

۱.گاهی از اوقات موضوع حکم تکلیفی می باشد مانند زوجیت که موضوع حکم وجوب پرداخت نفقه می باشد.

۲. منتزع از حکم تکلیفی : برای مثال وقتی شارع می گوید خواندن نماز ظهر هنگام زوال واجب است از این می فهمیم که زوال شرط وجوب نماز ظهر است.

یا اگر شارع بگوید اگر مال شخصی را تلف کردی باید مثل یا قیمت آن را بدهی از این حکم تکلیفی حکم ضمان هنگام اتلاف برداشت و انتزاع می شود .

نکته ) یکی از آثار تقسیم حکم به وضعی و تکلیفی این است که حکم تکلیفی مشروط به بلوغ و عقل است اما حکم وضعی مشروط به بلوغ و عقل نمی باشد. لذا در ماده ۱۲۱۶ قانون مدنی آمده است که اگر صغیر یا مجنون ضرری به دیگری وارد سازد باید جبران نماید .پس حکم ضمان یک حکم وضعی است و بلوغ و جنون در آن تاثیرگزار نیستند.

## ب) تقسیم حکم به :

۱.حکم امضایی
۲.حکم تاسیسی

۱.حکم تاسیسی : حکمی است که از طرف شارع جعل و صادر شده و سابقه ای در عرف در بین عقلا نداشته اند مثل حکم وجوب حج.
۲.حکم امضایی : امور اعتباری هستند که عرف و عقلا آنها را معتبر کرده اند . همانند ملکیت و زوجیت و دیگر منشآت عقود و ایقاعات . این امور اعتباری قبل از شریعت هم در جامعه‌ی انسانی وجود داشته اند و نظام اجتماعی و اقتصادی جامعه مبتنی بر آنها بوده است و شارع مقدس اسلام نیز آنها را تایید و امضا کرده است .
احکام مربوط به معاملات احکام امضایی هستند لذا اگر در صحت قراردادی شک کنند که این به شکل خاصی درست است یا خیر (مثلا در نکاح، صیغه به عربی باید باشد و یا اینکه لازم نیست و فارسی هم کافی است ) حکم آن بدینصورت است که چون احکام معاملات امضایی است هر آنچه که عرفا نکاح محسوب شود شرعا نیز نکاح خواهد بود البته به همراه تحقق شرائط شرعی و نبود موانع آن
نکته ) در بسیاری از موارد شارع روش عقلا را تایید کرده است و در برخی از موارد نیز آنها را رد کرده است و در آیه ی ۲۷۶ سوره ی بقره خداوند می فرماید "احل الله البیع و حرم الربا" یعنی خداوند بیع و خرید و فروش را امضا کرده است و ربا را رد کرده است .

## ج)تقسیم حکم به :

۱.حکم شرعی
۲.حکم عقلی

۱.حکم عقلی : آن دسته از احکامی هستند که عقل بدون توجه به شرع آنها را صادر می کند.
در منطق عقل به دو قسمت تقسیم می شود :
الف)عقل نظری : قواعدی که در جامعه و هستی وجود دارد و عقل این واقعیات را درک و کشف می کند.مثل اینکه عقل درک می کند که جمع میان ۲ نقیض ممتنع است . این دسته را مدرکات عقل نظری می گویند . بطور خلاصه در عقل نظری مدرک از اموری است که (ینبغی ان یعلم ..........یعنی سزاوار است که دانسته شود)
ب ) عقل عملی : مدرکات عقل عملی از آن چیزهایی است که به رفتار و کردار انسان مرتبط می شود. یعنی اینکه چه کاری خوب است و انجام دهنده ی آن شایسته ی ستایش لست و چه کاری بد است و انجام دهنده ی آن شایسته ی مذمت است .

این دسته از امور را مدرکات عقل عملی می نامند . بطور خلاصـــــــه در عقل عملی مدرَک چیزی است که سزاوار است انجام شود یا ترک شود (بطور مستقیم ) و مباحث مستقلات عقلیه در علم اصول فقه ناظر به همین حکم عقل عملی می باشد .

۲.احکام شرعی احکامی هستند که اگر شریعت آنها را صادر نمی کرد عقل نسبت به آنها ساکت بود مثل وجوب حج برای شخص مستطیع .

## حکم ارشادی و مولوی

در تکمیل تقسیم حکم به عقلی و ارشادی می توان تقسیم حکم به ارشادی و مولوی را نیز افزود.
۱.حکم ارشادی
۲.حکم مولوی (مولی)
حکم ارشادی: در مواردی که حکم عقلی وجود دارد اما شرع نیز هم حکم می‌کند حکم شارع ارشادی می‌باشد یعنی ارشاد به حکم عقل است و حکم مستقلی محسوب نمی‌شود، مانند حکم اطیعوا الله ( خدا را اطاعت کنید/ سوره نسا ۵۹) این حکم یک حکم ارشادی است چرا که عقل، خود با قطع نظر از شرع به این موضوع حکم می کند و بنابراین این حکم، ارشاد به حکم عقل خواهد بود. اساساً لحاظ جهت مولویت در این حکم معقول نمی‌باشد چرا که مقصود از امر مولوی بعث و تحریک مکلف می‌باشد و زمانی که عقل خود مکلف را به چنین اطاعتی تحریک می‌کند، تحریک مجدد شارع بیهوده خواهد بود و به عبارتی تحریک مجدد شارع از مصادیق تحصیل حاصل می‌شود.
گاهی از اوقات ارشاد به یک معنای گسترده‌تری نیز بکار می‌رود. طبق این اصطلاح هر حکمی که هدف از آن بیان مصلحت مکلف است بدون اینکه عقلاً یا شرعاً یا عادتاً جهت علو و برتری آن را در نظر بگیریم حکم ارشادی خواهد بود. مانند امر و دستور پزشک که مبین مصلحت مریض در خوردن دارو است و الا پزشک جهت علو و آمریت را در نظر نگرفته است.
در مواردی که حکم عقل وجود ندارد حکم صادر از سوی شارع مولوی محسوب می‌شود. اثر حکم ارشادی این است که بر مخالفت آن عقاب و بر اطاعت و امتثالش پاداشی مترتب نمی‌شود در حالی که بر مخالفت با حکم مولوی عقاب و بر اطاعتش ثواب مترتب می‌شود.

## قاعده اول: قاعده لا ضرر

یکی از مشهورترین قواعد فقهی که در بیشتر ابواب فقهی مانند عبادات و معاملات به آن استناد می‌شود قاعده لاضرر است که مستند بسیاری از مسائل فقهی محسوب می‌شود اهمیت قاعده به حدی است که بسیاری از فقهای بزرگ درباره آن یک کتاب مستقل نوشته‌اند. مانند کتاب قاعده لاضرر برای شیخ الشریعه اصفهانی، آقا ضیاء عراقی، آقای سیستانی و بسیاری دیگر
مستندات قاعده:

### الف- قرآن مجید:

در قرآن آیه‌ای که به صراحت و به شکل کلی قاعده لاضرر را بیان کند ذکر نشده است اما در آیات متعددی ایراد ضرر در شرایط خاصی منع شده است می‌توان از این مصادیق متعدد تنقیح مناط کرد و این قاعده را به شکل کلی و عام استفاده کرد و از طرفی تعلیق حکمی بر وصفی اشعار به عمومیت آن دارد.
برخی از این آیات عبارتند از:
۱- «لٰا تُضَارَّ وٰالِدَةٌ بِوَلَدِهٰا وَ لٰا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ» آیه ۲۳۳ سوره بقره که می‌فرماید هیچ مادری نباید به فرزندش ضرر برساند و نیز هیچ پدری نباید به فرزندش زیان بزند»
۲-«مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصىٰ بِهٰا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ»(نساء ۱۲) یعنی پس از وصیتی که بدان وصیت می‌شود یا دینی، «غیر ضرر رساننده». طبق این آیه، ترکه بعد از آن که مورد وصیت یا دین از آن خارج گردید بین ورثه تقسیم می‌شود، مشروط بر این که موصی زیان رساننده نباشد؛ یعنی وصیتی که در آن، موصی به ورثه ظلم نکرده و ضرر نزده باشد نافذ و لازم الاجرا است؛ چون چه بسا موصی به قصد اضرار به ورثه به دینی اقرار کند یا وصیتی ظالمانه کند و بدین وسیله ورثه را از میراث محروم سازد.
۳- «وَ لٰا يُضَارَّ كٰاتِبٌ وَ لٰا شَهِيدٌ» در آیه ۲۸۲ سوره بقره آمده کاتب و گواهی دهنده دین نباید ضرر رسانند بدین معنا که کاتب و تنظیم کننده دین و معامله نباید امری را که غیرواقع است بنویسد و همچنین شاهد باید دقیقاً به چیزی که اتفاق افتاده گواهی دهد.
از مجموع این آیات استفاده می‌شود که ایراد ضرر به غیر ممنوع است. در تمامی این آیات از مشتقات کلمه ضرار استفاده شده است که همچون کلمه جهاد مصدر باب مفاعله است.

### ب- روایات و قضایا

در خصوص قاعده لاضرر روایات بسیار زیادی وارد شده است که می‌توان گفت دارای تواتر اجمالی می‌باشند. به این معنا که هر چند همه روایات به یک لفظ نیستند ولی مضمون مشترکی دارند. معروفترین حدیث در این مورد مربوط به داستان ( سمرة بن جندب) می‌باشد.
آقای سیستانی در کتاب لا ضرر خود در مورد تطبیقات عبارت لا ضرر و لا ضرار هشت قضیه را مطرح نموده است و می نویسد:" و القضايا التي تضمنت ذكر حديث (لا ضرر و لا ضرار) تبلغ ثماني قضايا، وردت في مجموع كتب الفريقين: منها ثلاث قضايا وردت في كتب الإمامية، و واحدة وردت في دعائم الإسلام للقاضي نعمان المصري الاسماعيلي، و أربع قضايا وردت في كتب العامة، و نحن نبحث عن الجميع مفصلا"[۱]

[۱] قاعدة لا ضرر و لا ضرار (للسيستاني)، ص: ۱۱

۱- قضیه سمرة بن جندب: ما نقله الكليني في باب الضرار من كتاب المعيشة عن عدة من أصحابنا عن أحمد بن محمد بن خالد، عن أبيه، عن عبد الله ابن بكير، عن زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: إن سمرة بن جندب كان له عذق في حائط لرجل من الأنصار و كان منزل الأنصاري بباب البستان و كان يمر به إلى نخلته و لا يستأذن، فكلمه الأنصاري أن يستأذن إذا جاء، فأبى سمرة، فلما تأبى جاء الأنصاري إلى رسول الله صلى الله عليه و آله فشكا إليه و خبره الخبر، فأرسل رسول الله صلى الله عليه و آله و خبره بقول الأنصاري و ما شكا، و قال: إن أردت الدخول فاستأذن، فأبى. فلما أبى ساومه حتى بلغ به من الثمن ما شاء الله فأبى أن يبيع، فقال صلى الله عليه و آله: لك بها عذق يمد لك في الجنة فأبى أن يقبل، فقال رسول الله صلى الله عليه و آله للأنصاري اذهب فاقلعها و ارم بها إليه فإنه لا ضرر و لا ضرار «۱». و هذه الرواية معتبرة سندا

بر اساس نقل مرحوم کلینی در کتاب کافی در زمان رسول خدا « سمره» در کنار خانه مردی از انصار درخت خرمایی داشت که راه رسیدن به آن از داخل ملک آن مرد انصاری می‌گذشت، سمره برای سرکشی بارها، سرزده وارد ملک مرد انصاری شده بود و همین مسئله بین مرد انصاری و او به یک مشکل تبدیل شده بود و این مرد حاضر به اجازه گرفتن نبود. شکایت را نزد رسول خدا بردند و حضرت گفت هنگام عبور حضور خودت را اعلام کن. سمره نپذیرفت. حضرت گفت از این درخت دست بردار آن را بفروش و قیمتهای متفاوتی را حضرت ارائه کردند تمرد در این شخص همچنان ادامه پیدا کرد تا اینکه رسول خدا به مرد انصاری گفتند برو و درخت را بکن و آن را جلوی این شخص بیانداز فانه لا ضرر و لا ضرار. در برخی از روایات آمده" فقال له رسول الله صلى الله عليه و آله: إنك رجل مضار و لا ضرر و لا ضرار على مؤمن"[1]

۲- حديث الشفعة. و قد رواه المشايخ الثلاثة: رواه الكليني، عن محمد بن يحيى، عن محمد بن الحسين، عن محمد بن عبد الله بن حلال، عن عقبة بن خالد، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قضى رسول الله صلى الله عليه و آله بالشفعة بين الشركاء في الأرضين و المساكن و قال: لا ضرر و لا ضرار، و قال: إذا رفت الأرف و حدّت الحدود فلا شفعة.[2]

از این حدیث معلوم می‌شود که علت و حکمت اعتبار حق شفعه در حقوق اسلامی برای شريك همان لزوم نفی ضرر و ضرار است؛ زیرا انسان به هر شریکی راضی نیست. این سخن در اموال مشاعی که قابل قسمت باشد، قبل از تقسیم مصداق دارد و لذا بعد از افراز و تقسیم، دیگر حق شفعه مطرح نیست. در دنباله حدیث، پیغمبر (ص) می‌فرمایند: «اذا رقّت الارف و حدّت الحدود فلا شفعة»؛ یعنی اگر در زمین علامت گذاشته شد، و حدود مالکیت‌ها تعیین گردید، دیگر شفعه‌ای در کار نیست.

۳-به موجب روایت دیگری که مرحوم کلینی نقل کرده: شخصی به نام محمد بن حسین می‌گوید: به حضرت ابی محمد (ع) نوشتم که شخصی قناتی دارد و دیگری در جوار او قصد حفر قنات دارد. با توجه به وضعیت محل چه مقدار باید رعایت حریم کند که به صاحب قنات دیگر ضرر نرساند. حضرت (ع) در پاسخ نوشت: «على حسب ان لا تضرّ إحداهما بالاخرى»، یعنی به گونه‌ای که یکی به دیگری ضرر نرساند.

## معنای ضرر و ضرار:

برخی از استعمالات ضرر و مشتقات آن در قرآن

برای کلمه ضرر در کتابهای لغت معانی و مصادیق زیادی بیان شده است مثل عدم نفع، سوء حال (بدبختی)، نقص، بیماری و مرض، قحطی و ...

به نظر می‌رسد معانی ذکر شده برای ضرر تماماً به سه معنا برمی‌گردد: ۱- نقص ۲- ضیق ( در تنگنا بودن) ۳- سوء حال

---

[1] الكافي ٥: ٢٩٤/ ٨

[2] الكافي ٥/ ٢٨٠/ ٤.

در اینجا دو احتمال وجود دارد احتمال اول این است که بگوییم کلمه ضرر مشترک لفظی بین این سه معنا است. احتمال دوم اینکه از بین این سه معنا یک معنا را معنای اصلی بدانیم و بگوییم معانی دیگر به آن باز می‌گردد که به نظر این احتمال درست‌تر می‌باشد. بر این اساس عده‌ای معنای اصلی ضرر را ضیق دانسته‌اند و سایر معانی را به آن برگردانده اند.
عده‌ای دیگر معنای اصلی را « سوء الحال» گرفته‌اند و معانی دیگر را به آن برگردانده‌اند مثل راغب اصفهانی اما هر دو دیدگاه اشتباه می‌باشد و درست این است که بگوییم معنای اصلی ضرر نقص می‌باشد و سایر معانی قراردادها به این معنا باز می‌گردد مقصود از نقص، نقص یک چیز از چیزی است که سزاور است آنگونه باشد، نقص می‌تواند در کمیت باشد و می‌تواند در کیفیت باشد، مثل مرض و بیماری که از مصادیق ضرر بیان شده چون مریض نسبت به شرایط عادی نقض دارد و همچنین می‌تواند در مورد اعتبارات قانونی باشد مانند عدم مراعات حقی از حقوق دیگران همان طور که در داستان سمره وی حق مرد انصاری را رعایت نمی‌کرد و بدون اذن وارد می‌شد. به این اعتبار می‌گوییم سمره مردی است که ضرر به غیر وارد می‌سازد.
تفصیل مطلب از کتاب آقای سیستانی
فهنا عدة اقتراحات:
الأول: أن يجعل المعنى الأصلي، (سوء الحال)
و يرجع المعنيان الآخران إليه، و هذا هو الذي اختاره الراغب في مفرداته قال (الضر سوء الحال إما في نفسه كقلة العلم و الفضل و الفقه و إما في بدنه لعدم جارحة و نقص، أو في حالة ظاهرة من قلة مال و جاه). و الملاحظ عليه إن سوء الحال من المفاهيم المعنوية المحضة بخلاف الضيق و النقص فإنهما من المعافي المحسوسة، و فرض الأمور المعنوية المحضة معنى أصيلا للفظ يخالف طبيعة اللغة، فإن أصول اللغة معاني محسوسة و إنما ارتبطت الألفاظ بالمفاهيم غير المحسوسة متأصلة كانت أو اعتبارية بالتطور في المفاهيم الأصلية المحسوسة، و لذلك قلنا في محله في الأصول إن الاعتبارات المتأصلة كالاعتبارات القانونية مثل الملكية و الزوجية متأخرة في حدوثها عن الاعتبارات الأدبية كالاستعارات و المجازات، كما إن الاعتبارات الأدبية متأخرة عن المعاني الحسية، فالمعاني الحسية هي بمثابة رأس المال
للمفاهيم اللغوية، حتى أن لفظ (العقل) المعبر عن القوة المفكرة للإنسان أصله من (عقال البعير) و هو الحبل الذي يشد به ليمنعه عن الحركة و هو أمر محسوس، و هذا يشير إلى مدى أصالة المفاهيم الحسية في تكوين اللغة، و عليه فتفسير اللفظ بمعنى حسي أو أعم من الحسي و غيره بحيث يكون أصيلا في الحس ثم يتطور إلى معنى أعم هو الأقرب إلى طبيعة اللغة و ما يعرف من مبادئ تكوينها، ففي المقام يكون تفسير مادة (ضرر) بالضيق أو النقص أولى و أقرب من تفسيرها بمفهوم تجريدي كسوء الحال. و الحاصل إن تفسير الضرر بسوء الحال بعيد عن المعنى اللغوي و الراغب الأصفهاني الذي فسره به يغلب عليه النزعة الفلسفية في تفسير المفردات اللغوية، فهو يفسر اللغة بالمنظار الفلسفي و انتزاعه لمعنى اللفظ متأثر في حالات كثيرة بهذه النظرة، كما إن بعضا آخر من اللغويين، كالفيومي في المصباح المنير متأثر بالمصطلحات الفقهية في ذكر معاني الألفاظ، و قد أوضحنا اختلاف حال اللغوي و تأثرهم بالعوامل الدخيلة في تفسير معاني الألفاظ في البحث عن حجية قول اللغوي في الأصول فلاحظ.
الثاني: أن يجعل المعنى الأصلي (الضيق) سواء أ كان حسيا مكانيا أو معنويا حاليا
، بحيث يكون استعمال الضرر في موارد النقص و سوء الحال إنما هو بلحاظ تسبيبها للضيق. و يرد عليه: إن الملاحظ كثرة استعمال الضرر في موارد النقص و إن لم يستوجب ضيقا على الشخص، مضافا إلى أن الضيق قد جعل في الآية الكريمة (وَ لٰا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ) سورة الطلاق ۶۵/ ۶ غاية للإضرار فلا ينسجم مع كون الضرر بمعنى الضيق إذ لا معنى لجعل الشيء غاية لنفسه فتدبر.
الثالث: أن يجعل المعنى الأصلي (النقص)

و هذا هو الصحيح لأنه. أنسب للتدرج في توسعة دائرة مفهوم اللفظ من الأمور المحسوسة إلى غيرها، و أقدر على استيعاب الموارد المختلفة التي استعملت فيها هذه المادة من دون عناية و تنزيل. و المقصود بالنقص نقص الشيء عما ينبغي أن يكون عليه سواء كان النقص في الكم المتصل كما في مورد ضيق المكان، أم في الكم المنفصل كما في نقص النقود و ما ماثلها من أقسام العروض، أم في الكيف كما في سوء الحال بالمرض، أم في العين كما في المركبات الخارجية كنقص العضو، أم في مورد الاعتبار القانوني كعدم مراعاة حق من حقوق الآخرين كما في قضية سمرة حيث لم يراع حق الأنصاري في أن يعيش حرا في بيته بدخوله عليه من غير استيذان.[1]

در مورد کلمه ضرار نظرات متعددی بیان شده است برخی به اعتبار اینکه کلمه ضرار از باب مفاعله است گفته‌اند ضرار مجازات بر ضرری است که از جانب دیگری به انسان می‌رسد برخی گفته اند ضرر در جایی است که به خود ضرر زننده نفعی می‌رسد اما در ضرار به خود ضرر زننده نفعی نمی‌رسد برخی نیز گفته‌اند ضرر در امور مالی و یا جانی به کار می‌رود. اما ضرار در تضییق ( در تنگنا قراردادن) و ایجاد حرج به کار می‌رود اما طبق نظر عده‌ای دیگر بین ضرر و ضرار تفاوت مهمی وجود ندارد و همانطور که کلمه ضرار در موارد نقص مالی و جانی بکار می‌رود، کلمه ضرر نیز گاهی از اوقات به معنای در تنگنا قرار دادن به کار می‌رود.
و يمكن القول بأن الضرار يفترق عن الضرر بلحاظ إنه يعني تكرر صدور المعنى عن الفاعل أو استمراره. و بهذه العناية أطلق النبي صلى الله عليه و آله على سمرة أنه مضار لتكرر دخوله في دار الأنصاري دون استيذان.[2]

( جمله لاضرر و لاضرار درمعنای اولیه خودش بکار رفته است.این نظر همه فقهاست. این جمله اخباری است در واقعیت ولی اینطور نیست و مقصود رساندن خبر نیست.)

**مفاد قاعده لاضرر:**

در عبارت «لاضرر و لاضرار» «حرف لا» لای نفی جنس می‌باشد. برای مثال زمانی که گفته می‌شود «لارجل فی‌الدار، معنایش این است که هیچ مردی در خانه نیست و اصولاً این نوع جملات در مقام بیان یک واقعیت خارجی ( اخبار) به کار می‌رود. اما در این قاعده قطعاً معنای نفی جنس بدون در نظر گرفتن کلمه محذوف یا اعمال تاویل ممکن نیست. به عبارت دیگر قطعاً در این روایات معنای ظاهری آن مقصود نمی‌باشد به دو دلیل : اولاً با چشم خود می‌بینیم در عالم خارج ضرر وجود دارد پس اگر مقصود از لاضرر این باشد که هیچ ضرری وجود ندارد دروغ خواهد بود، چرا که در میان مسلمانان نیز ضرر و ضرار وجود دارد و ثانیاً شارع به عنوان شارع به امور تکوینی ارتباطی ندارد بلکه شارع اعتبارات و احکام خود را بیان می‌کند حال در تفسیر این روایت دیدگاه‌های متعددی بیان شده است که به برخی از آنها اشاره می‌کنیم:

## دیدگاه شیخ الشریعه اصفهانی

۱- دیدگاه شیخ الشریعه اصفهانی و عده‌ی دیگر از فقها: بر اساس این دیدگاه عبارت لاضرر به شکل مجازی در معنای نهی به کار رفته است پس معنای روایت اینگونه می‌شود که کسی نباید به دیگری ضرر بزند در قرآن و روایات نیز این استعمال وجود دارد برای مثال در آیه ۱۹۷ سوره بقره که می‌فرماید «فَلَا رَفَثَ وَ لَا فُسُوقَ وَ لَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ» مقصود از لا، معنای

[1] قاعدة لا ضرر و لا ضرار (للسيستاني)؛ ص: ۱۱۱ -۱۱۳
[2] قاعدة لا ضرر و لا ضرار (للسيستاني)، ص: ۱۳۱

نهی است یعنی در حج دروغ نگویید مجادله نکنید . همچنین در آیه ۹۷ سوره طه که در مورد سامریمی‌فرماید «فَإِنَّ لَكَ فِي الْحَيَاةِ أَنْ تَقُولَ لَا مساس» این جمله لا مساس به معنای نهی است یعنی مس نکنید – دست به من نزنید.
برخی در ایراد به این دیدگاه گفته‌اند:بر نظر شیخ الشریعة اشکالاتی وارد گردیده است، از جمله این که در علم نحو استعمال «لا» در جمله اسمیه به معنای نهی بر خلاف فصاحت است؛ زیرا معنی حقیقی «لا»، نفی است و به همین معنا باید استعمال شود، مثل جمله «لا اله الا الله» که «لا» در این جمله وجود هر خدایی غیر از خدای یکتا را نفی کرده است.[1]
اما به نظر می‌رسد که از نظر فصاحت، دیدگاه شیخ‌الشریعه اصفهانی اشکالی ندارد چرا که به اعتقاد وی نیز «لا» لای نفی جنس است اما این جمله اسمیه در مقام انشاء به کار رفته است همانطور که جمله « المؤمنون عندالشروطهم» و « یعید الصلاة» با اینکه اصولاً جملات خبری هستند اما در مقام انشاء بکار رفته‌اند و معنایشان اینگونه می‌باشد. نماز را باید دوباه بخواند. مؤمنین باید به شروط خود عمل کنند.

## دیدگاه شیخ انصاری:

۲- دیدگاه شیخ انصاری و آخوند خراسانی: وی برای اینکه عبارت لاضرر معنای صحیحی پیدا کند معتقد است که باید بعد از کلمه لا کلمه «حکم» در تقدیر گرفته‌شود.به عبارت دیگر حکم حذف شده است پس معنای عبارت« لاضرر فی‌الاسلام» می‌شود لاحکم ضرری فی‌الاسلام» پس اگر حکمی که از ناحیه شارع صادر گردید مستلزم ضرر باشد یا از اجرای آن ضرری برای مردم حاصل شود طبق قاعده « لاضرر» برداشته می‌شود . مثلاً در مورد کسی که آب برایش ضرر داشته باشد وجوب وضو به موجب قاعده لاضرر برداشته می‌شود یا در معامله غبنی یعنی معامله‌ای که یکی از متعاملین ضرر فاحش کرده اگر بیع لازم باشد حکم لزوم باعث ضرر بر مغبون است که در اینجا طبق قاعده لاضرر حکم لزوم به منظور جلوگیری از ورود خسارت به مغبون برداشته می‌شود و در حالی که معامله به قوت خود باقی است شخص مغبون خیار غبن خواهد داشت. بر اساس نظر شیخ انصاری قاعده «لاضرر» ناظر بر کلیه احکام ضرری است و همه آنها را در مقام تعارض منتفی می‌سازد. آخوند خراسانی نیز نظری نزدیک به این نظر دارد آخوند خراسانی معتقد است در جمله « لاضرر» نفی حکم شده است بر اساس و لسان نفی موضوع. مثلا وقتی می‌گوییم وضو واجب است در اینجا وضو، «موضوع» و وجوب، «حکم» است . محقق خراسانی می‌گوید: موضوعات مانند وضو احکامی دارند، نظیر وجوبکه این احکام به صورت عناوین اولیه بر آن موضوعات مترتب شده‌اند. حال اگر موضوعات موجب ضرر باشند، احکام آن‌ها برداشته می‌شوند. مثلا اگر وضو موجب ضرر گردد، حکمش که وجوب است، برداشته می‌شود. بنابراین در کلام پیغمبر (ص) نفی حکم شده است به لسان نفی موضوع.
ثمره بحث در آنجا معلوم می‌شود که موضوع ضرری نباشد، ولی حکم ضرری باشد که در این صورت، بنا بر نظریه مرحوم محقق خراسانی، قاعده لا ضرر شامل مورد نیست؛ زیرا خود موضوع باعث ضرر نیست تا حکمش برداشته شود، ولی طبق نظریه مرحوم شیخ اگر خود حکم صادر شده از ناحیه شارع موجب ضرر باشد، آن حکم برداشته می‌شود. مثلا در معامله غبنی، به نظر مرحوم محقق خراسانی چون خود معامله موجب ضرر نیست، بلکه لزوم آن موجب ضرر است، مشمول قاعده لا ضرر نیست؛ ولی برعکس در مثال وضو، موجب ضرر، خود موضوع، یعنی خود وضو و تماس آب با بدن است نه وجوب وضو که حکم است و بنابراین مشمول قاعده لا ضرر می‌شود؛ در حالی که بنا بر نظریه مرحوم شیخ، قاعده لا ضرر بر بیع ضرری قابل انطباق است.

[1] قواعد فقه (محقق داماد)، ج۱، ص: ۱۴۵

## دیدگاه امام خمینی

۳) دیدگاه امام خمینی: وی معتقد است نهی در جمله « لاضرر» یک نهی حکومتی می‌باشد بر این اساس قاعده «لاضرر» مسئله حکومتی و اجرایی می‌باشد و فقط با قاعده تسلیط تعارض دارد و در مقام معارضه محدوده دایره تسلیط را که از احکام اولیه است محدودتر می‌کند و برخوردی با احکام دیگر ندارد و از این قاعده در اموری مانند « وضو یا روزه یا بیع ضرری» نمی‌توان استفاده کرد . امام خمینی برای پیامبر ۳ مقام و جایگاه متفاوت بیان می‌کند. ۱- مقام نبوت که بر این اساس رسول خدا پیام آور الهی است و نظر شارع مقدس از زبان او بیان می‌گردد ۲- مقام ریاست و تصدی امر سیاست که بر این اساس رسول خدا به عنوان رئیس امت شخصاً و با صلاحدید خودشان دستور صادر می‌کنند. مانند اینکه پیامبر برای دفاع در مقابل دشمنان، فرمانده سپاه را منصوب می‌کردند و به جنگ می‌فرستادند. اطاعت از اوامر پیغمبر (ص) در این مقام نیز بنا بر آیه شریفه «أَطِيعُوا اللهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ وَ أُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ»[1] بر همه مسلمانان واجب است ۳- مقام قضاوت است که ایشان برای رفع مخاصمات حکمی را بیان می‌کردند. قرآن مجید می‌فرماید: «وَ ما كانَ لِمُؤْمِنٍ وَ لا مُؤْمِنَةٍ إِذا قَضَى اللهُ وَ رَسُولُهُ أَمْراً أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَ مَنْ يَعْصِ اللهَ وَ رَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلالًا مُبِيناً»؛[2] یعنی هیچ مؤمن و مؤمنه‌ای حق ندارد وقتی که خداوند و پیغمبرش در امری قضاوت کرده‌اند نسبت به اوامر و نواهی خدا و پیغمبر اعمال نظر کند. هر کس خدا و پیغمبر را معصیت کند، گمراهی بزرگ و واضحی مرتکب شده است.

با توجه به این سه مقام پیامبر، امام خمینی معتقدند که فرمایش پیامبر در مورد لاضرر بر اساس مقام دوم می‌باشد چرا که کلام پیامبردر مقام رفع مخاصمه میان مرد انصاری وسمره بن جندب نمی‌باشد زیرا اصل زمین یا درخت خرما محل نزاع بین شخص انصاری و سمره نبوده ودر مالکیت آن خصومتی وجود نداشته است.

به این ترتیب مفاد جمله این می‌شود که پیامبر در مقام حکمرانی با بیان « لاضرر» به عنوان یک ضابطه حکومتی مردم تحت خود را از ایراد ضرر و خسارت بر یکدیگر منع فرموده است.

نظر امام خمینی با دیدگاه اول از این جهت که هر دو مفاد روایت را نهی می‌گیرند مشترک می‌باشد. ولی فرق مهمی بین دیدگاه شریعت اصفهانی و امام خمینی وجود دارد. زیرا مرحوم شریعت نهی را نهی الهی یعنی نهی قانونی و از احکام اولیه می‌داند در حالی که امام خمینی نهی را ناشی از حکم الهی نمی‌داند، بلکه اینگونه نهی را از اعمال رسول خدا در مقام اجرا و حکومت که از احکام ثانویه است تلقی می‌کند.

تتمه دیدگاه امام خمینی

بدین ترتیب، به موجب این نظریه، قاعده لا ضرر در سایر ابواب فقه هیچ گونه نقشی ندارد. پس در مواردی نظیر وضو یا روزه یا بیع ضرری، طبق چه ضابطه‌ای تعیین تکلیف می‌شود؟ ایشان در پاسخ می‌فرمایند: احکام کلیه این موارد در شرع انور در ادله خاصه وارد شده، به طوری که در این گونه موارد نیازی به تمسك به قاعده لا ضرر نیست؛ یعنی چنین نیست که اگر قاعده لا ضرر نباشد در موارد وضو یا روزه ضرری نتوانیم حکم وجوب را برداریم. امام (قدس سره) اضافه می‌کنند این که گفته شده است در خیار غبن، دلیل موجه دیگری غیر از قاعده لا ضرر نداریم، صحیح نیست؛ یعنی مستند خیار غبن، طبق نظر ایشان قاعده لا ضرر نیست، زیرا مغبون شدن در معاملات در کلیه زمان‌ها امکان داشته و عملا هم از قدیم‌ترین دوران‌ها، معاملات غبنی اینجا و آنجا واقع می‌شده و وجود خیار در این گونه معاملات یك موضوع عقلایی بوده و عقلا در کلیه دوران‌ها

---

[1] مائده، ۵۹

[2] احزاب، ۳۶

به اعتبار چنین خیاری نظر داشته‌اند و شارع هم با عدم ردّ این بنا، آن را امضا کرده است.ادله دیگری نیز در خصوص خیار غبن اقامه گردیده که مرحوم شیخ انصاری در مکاسب نقل کرده است.امام (قدس سره) در خاتمه می‌گویند: بر فرض که دلیل دیگری هم نداشته باشیم، چرا باید اول حکمی را مسلّم بگیریم و سپس در صدد دلیل تراشیدن برای آن برآییم. بلکه در این گونه موارد حق نداریم آن را به شرع نسبت بدهیم یا دلیلی برای آن اختراع کنیم. مثلا اگر برای خیار غبن یا هر حکم دیگر در اسلام دلیل وجود نداشته باشد، باید گفته شود آن امر ثابت نیست، نه این که با ثابت انگاشتن آن در صدد دلیل‌تراشی برایش باشیم. به هر حال به نظر ایشان، قاعده لا ضرر فقط ناظر به قاعده تسلیط است و آن را محدود می‌کند.[1]

## ٤- دیدگاه آقای سیستانی

نظریه برگزیده در مورد عبارت« لاضرر و ضرار»

درگذشته برای این عبارت ۳ معنا واحتمال بیان شد. بر اساس هر ۳ معنایش قسمت «لاضرر » و قسمت « لاضرار» تفاوتی وجود ندارد و معناهای گفته شده برای کل عبارت است. اما صحیح این است که گفته شود عبارت لاضرر معنایی را می‌رساند و عبارت لاضرار معنای دیگری را می‌رساند بر این اساس «لاضرر» همان معنایی است که شیخ انصاری بیان کرده‌اند و مقصود از آن نفی حکم ضرری می‌باشد به عبارتی دیگر شارع با جعل حکم ضرری مسبب ضرر نمی‌شود.

اما قسمت دوم روایت دلالت بر نفی اضرار می‌کند که خود شامل ۲ تشریع می‌گردد: ۱- حرمت مولوی تکلیفی ضرر زدن به دیگران ۲- مشروعیت به کارگیری وسایل اجرایی برای عدم تحقق این فعل حرام در جامعه.

توضیح اجمالی این دیدگاه به این صورت می‌باشد که بین کلمه ضرر و ضرار تفاوت وجود دارد هر چند هر دو معنای نقص را در خود دارند. کلمه ضرر از نظر ادبیات عرب یک اسم مصدری می‌باشد که بیان کننده خودِ ضرری است که در شخص متضرر وجود دارد که در آن نسبت صدوری وجود ندارد و این معنا بر اساس طبیعت انسانها قابل قبول نمی‌باشد یعنی انسانها سعی می‌کنند که نقصی در مال یا جان آنها به وجود نیاید پس اینکه شارع مقدس این معنا را نفی می‌کند به این معناست که شارع هیچ وقت مسبب وقوع این ضرر نمی‌شود و حکمی را که منجر به ضرر بشود را وضع نمی‌کند اما کلمه ضرار مانند کلمه اضرار مصدر می‌باشد و در آن جهت صدور وجود دارد و از آنجا که انسان بر اساس قوای نیروهای غریزی خود متمایل به ضرر زدن به دیگران می‌باشد، شارع با عبارت لاضرار این مجوز را از او می‌گیرد و در نتیجه می‌توان گفت « لازمه لاضرار دو چیز می‌باشد»

۱- تحریم تکلیفی ضرر زدن به دیگران چرا که این تحریم اولین قدم برای تحقق نیافتن ضرر و اضرار در عالم خارج است.

۲- مشروعیت به کارگیری وسایل یا روشهای اجرایی در مقابل ضرر زدن انسانها به یکدیگر. چرا که صرف تحریم قانونی اضرار مادامی که با راهکارهای اجرایی تأکید و تضمین نشود باعث نمی‌شود که مسلمانان به یکدیگر ضرر نزنند.[2] و ذیل روایت سمرة بن جندب که پیامبر لخ شخص انصاری می‌فرمایند برو درخت را بکن و آن را مقابلش بیانداز موید مشروعیت این راهکارهای اجرایی می‌باشد.

## ۳- مستند سوم قاعده لاضرر

صرف نظر از آیات و روایات، سیره عقلا و بنای عقلا، پشتوانه محکمی برای قاعده لاضرر می‌باشد بی‌تردید بنای عقلا بدین شکل است که در زندگی اجتماعی اولا زیان رساندن به دیگران امری ناپسند است و ثانیاً عامل زیان در مقابل زیان دیده

[1] قواعد فقه (محقق داماد)، ج۱، ص: ١٥٤

[2] قاعدة لا ضرر و لا ضرار (للسيستاني)؛ ص: ۱۳۳

مسئول پرداخت خسارت است. این اصل در کلیه نظام‌های حقوقی پذیرفته شده و در مورد این سیره عقلا از ناحیه شارع مقدس ردع و منعی بر ما نرسیده است بدین ترتیب می‌توان گفت این سیره عقلا مورد تأیید شارع می‌باشد.
توجه به این نکته در این قسمت لازم است که اگر سیره عقلا را در این بحث بعنوان یک دلیل مستقل بپذیریم برخی از مشکلات درخصوص این قاعده که طبق برخی مبانی به کمک روایات قابل حل نیست، به کمک این سیره پاسخ داده می‌شود مانند بحث وضع و جعل حکم به کمک قاعده لاضرر (مثل اثبات ضمان به وسیله قاعده لاضرر)

## رابطه قاعده لاضرر و قاعده سلطنت:

می‌دانیم که قاعده تسلیط از جمله قواعد مسلّم فقهی و مبنای آن، جمله مشهور «النّاس مسلّطون علی اموالهم» است. طبق این قاعده، مالك می‌تواند در ملك خود هر گونه تصرف به عمل آورد، بدون این که کسی حق ایجاد مزاحمت برای او داشته باشد.برخورد و تعارض چنین قاعده‌ای با قاعده لا ضرر امری طبیعی است؛ زیرا قاعده لا ضرر به منظور محدودتر کردن اقتدارات و اختیارات ناشی از همین قاعده تسلیط مقرر گردیده و قطعا با آن تعارض پیدا می‌کند. می‌خواهیم ببینیم در مقام معارضه این دو قاعده، مشکل چگونه حل می‌شود؟
برای توضیح این مسئله سه صورت بیان می‌شود:
۱- مواردی که ترک تصرف مالک در ملک خود باعث ضرر مالک می‌شود و در عین حال تصرف او موجب تضرر دیگری می‌شود.
۲- عدم تصرف مالک باعث عدم انتفاع می‌شود و تصرف او موجب ضرر دیگری می‌شود.
۳- ترک تصرف مالک موجب ضرر او نیست و تصرف وی نیز نفعی عقلایی برای او ندارد و در عین حال تصرف او موجب ضرر دیگری است.
در فرض سوم به اجماع فقها قاعده «لاضرر» قاعده سلطنت را محدود می‌کند و مالک حق چنین تصرفی را نخواهد داشت. در فرض دوم بین فقها اختلاف نظر وجود دارد. برخی به حاکمیت قاعده سلطنت و برخی به حاکمیت قاعده لاضرر معتقدند. برخی از فقها قید احتیاج شدید را مطرح کرده‌اند یعنی اگر مالک در این فرض احتیاج شدید به چنین تصرفی دارد مجاز به تصرف است و در غیر این صورت مجاز نیست. برخی نیز تصرف عادی و معمول را ملاک قرار داده‌اند. یعنی اگر در چنین فرضی تصرف او یک تصرف معمول عقلایی باشد گفته‌اند که مالک مجاز به تصرف است.

اما در فرض اول که ترک تصرف موجب ضرر است و تصرف مالک برای دیگری ضرر دارد،بیشتر فقها معتقدند در اینجا ۲ لاضرر قابل اجرا مي‌باشد يك بار به اعتبار مالك مي‌توان گفت: لاضرر و يك بار به اعتبار همسايه (غير) مي‌توان گفت لاضرر. پس این ۲ لاضرر با یکدیگر تعارض مي‌کنند و هر ۲ ساقط مي‌شوند و در نتیجه به قواعد اولیه مثل همان اصل سلطنت و اصل برائت رجوع مي‌شود

اما برخی دیگر در این مسئله معتقدند که «لاضرر» در طرف غیر(همسایه) مقدم می‌باشد. بر این اساس مالک حق تصرف در ملک خود را نخواهد داشت. هر چند که ضرر کند.

تذکر این نکته لازم است که حتی فقهایی که مالک را شرعا مجاز به تصرف می‌دانند معتقدند در صورت وقوع ضرر مالک مسئول جبران خسارت است.

طرح بحث به شکلی دیگر:

اظهار نظر در خصوص بحث تعارض قاعده لاضرر و قاعده سلطنت متوقف بر تعيين دايره سلطنت و اختيارات مالك است، پس بايد ديد قاعده سلطنت كه مي‌گويد هر مالكي نسبت به مايملك خود حق تصرف دارد، چه نوع تصرفاتي را شامل مي‌شود. اگر بگوييم كه دايره اختيارات مالك عام است و هر نوع تصرفي را به هر شكلي شامل مي‌شود، در اين صورت تعارض با قاعده لاضرر به وجود مي‌آيد. اما اگر بنا بر ديدگاه صحيح بگوييم كه براساس ارتكاز عرفي و عقلايي محدوده قاعده سلطنت محدود است، اساساً تعارض به وجود نمي‌آيد. در نتيجه مي‌توان گفت كه مالك حق تصرف در ملك خود را دارد، مشروط بر اين‌كه موجب ضرر غير نشود، پس در صورتي كه تصرف مالك مضر به غير است، اساساً قاعده سلطنت چنين اجازه تصرفي را به او نمي‌دهد، ولي در صورتي كه ترك تصرف او براي خودش ضرر داشته باشد، در اين صورت بر اساس قاعده سلطنت مجاز به تصرف است، مگر اين‌كه ضرري كه متوجه مالك است نسبت به ضرري كه به غير وارد مي‌شود ضرر كمتري باشد، به نحوي كه اصلاً ضرر او به چشم نمي‌آيد.[1]

## آيا قاعده لاضرر شامل امور عدمي نيز مي‌شود؟

ترديدي نيست كه احكام وجودي مشمول قاعده لاضرر مي‌باشد، پس اگر بر اساس اطلاق يا عموم دليلي در برخي از مصاديق حكم ضرري به وجود آيد، قاعده لاضرر آنها را نفي مي‌كند. اما سوالي كه در اين بحث مطرح مي‌شود اين است كه اگر از نبود يك حكمي ضرر و زيان به وجود آيد، آيا قاعده لاضرر نبود حكم (عدم حكم) را نيز نفي مي‌كند كه در نتيجه به وسيله آن بتوانيم حكمي را اثبات كنيم، چراكه نفي عدمِ حكم، به معناي اثبات حكم است. مثلاً اگر عدم حكمي متضمن ضرر

---

[1] اصل ۱۴۰ قانون اساسي:هيچ كس نمي تواننداعمال حق خويش راوسيله اضراربه غيرياتجاوزبه منافع عمومي قراردهد.

ماده ۱۳۲ قانون مدني:كسي نمي تواننددرملك خودتصرفي كندكه مستلزم تضرر همسايه شودمگرتصرفي كه به قدرمتعارف وبراي رفع حاجت يا رفع ضرراز خودباشد.

درمواردزيرقاعده لاضررمبناي قانون گذاري بوده است.

۱-ماده ۶۵ قانون مدني،كه به موجب آن وقفي كه به جهت اضرار ديّان(طلبكاران) باشد را منوط به اجازه ديّان دانسته است.

۲-ماده ۱۱۴ قانون مدني،مبني برمجازدانستن اجبارشريك براي تعميرديوارمشترك درصورتي كه دفع ضرربه طريق ديگري ممكن نباشد.

۳-مواد ۱۳۸و۱۳۹ قانون مدني،كه تصرف درحريم رابه منظورجلوگيري ازضرربه صاحب حريم منع كرده وميزان حريم رابه اندازه اي معين كرده كه براي دفع ضرركافي باشد.

۴-همچنين مراجعه كنيدبه مواد۱۵۹و۵۹۱و۵۹۴و۶۰۰و۸۳۳و۱۱۳۰قانون مدني

باشد، آيا مي‌توان به قاعده لاضرر تمسك كرد و آن ضرر را منتفي دانست و به موجب آن حكمي را وضع كرد. فقها در اين مورد اختلاف‌نظر دارند. عده‌اي از فقها به پيروي از نظر شيخ انصاري معتقدند قاعده لاضرر اثبات ضمان نمي‌كند، چون نقش لاضرر اين است كه حكمي را بردارد، نه اين‌كه حكمي را ثابت كند. مرحوم نائيني از جمله اين گروه است و اعتقاد دارد كه قاعده لاضرر هميشه به صورت معارض و مخالف عمومات ديگر وارد صحنه مي‌شود و بر آنها غلبه مي‌كند. پس بايد همواره حكم ثابتي به نحو عموم وجود داشته باشد و بعضي مصاديق آن، ضرري باشد تا به موجب قاعده لاضرر شمول آن حكم عام نسبت به آن مصداق مرتفع گردد. به نظر محقق نائيني، قاعده لاضرر نقش بازدارنده دارند نه نقش سازنده. ايشان تا آنجا بر اين نظر اصرار ورزيده كه عقيده دارد چنانچه لاضرر نقش اثباتي در احكام داشته باشد، لازم مي‌آيد كه فقه جديدي تأسيس شود. در مقابل برخي از فقها استفاده از قاعده لاضرر را براي وضع احكام ضمان پذيرفته‌اند، پس در حكم عدمي از قاعده لاضرر استفاده نموده‌اند. (مثل صاحب كتاب رياض‌المسائل)[1]

نظريه برگزيده: بر اساس معنايي كه قبلا براي عبارت لاضرر و لاضرار بيان شد، مي‌توان گفت به كمك قاعده لاضرر نفي حكم عدمي (يا همان نفي عدم حكم) ممكن است، چراكه معناي حديث اين بود كه شارع به عنوان يك قانونگذار در شريعت اسلامي مسبب وقوع و تحمل ضرر نمي‌شود و اين معنا همان‌طور كه در احكام وجودي مصداق پيدا مي‌كند، در احكام عدمي نيز مصداق پيدا مي‌كند و به عبارت ديگر اگر در برخي از شرايط شارع حكمي را جعل نكند، خود اين عدم وضع حكم توسط شارع منجر به وقوع ضرر مي‌شود، پس توسط قاعده لاضرر اين عدمِ وضع برداشته مي‌شود و در نتيجه حكمي ثابت مي‌شود.

## بررسي ۲ مثال:

براي اين مسأله ۲ مثال مطرح و بررسي می‌شود.

مثال اول، حكم به ضمان در مواردي است كه قاعده اتلاف و يا قاعده ضمان يد نمي‌تواند ضمان را ثابت كند و تنها دليلي كه مي‌تواند حكم ضمان را ثابت كند، قاعده لاضرر است. براي اين مورد برخي از فقها اين دو مثال را مطرح نموده‌اند.

۱- جايي كه شخصي انسانی را (مثل بنا) زنداني كند تا كار خود را براي مدتي از دست بدهد و ۲- جايي كه شخصی درِ قفس پرنده‌اي را باز مي‌كند تا پرواز كند. در اين ۲ مثال عده‌اي گفته‌اند از قاعده اتلاف مال و قاعده ضمان يد نمي‌توان استفاده كرد و تنها دليل ممكن براي اثبات ضمان قاعده لاضرر است و قاعده لاضرر نيز نمي‌تواند حكم ضمان را اثبات كند، اما مي‌گوييم هم با قاعده اتلاف مال مي‌توان در اين ۲ مثال حكم ضمان را ثابت كرد و هم با قاعده لاضرر. چراكه زنداني كردن شخصي كه اهل كار است از نظر عقلا موجب از بين رفتن منافع مقدر و مسلم وي مي‌شود. پس اتلاف مال در اينجا وجود دارد و از طرفي به كمك قاعده لاضرر نيز كه تأييد روش عقلاست نيز مي توان حكم ضمان را ثابت كرد، چراكه همان‌طور كه گذشت گفتيم به حكم عبارت لاضرار اعمال اقدامات عملي و اجرايي براي عدم تحقق اضرار مشروع است و حكم به ضمان و لزوم پرداخت خسارت از ناحيه شخص زنداني‌كننده يكي از راه‌هاي منع از ضرر زدن به يكديگر مي‌باشد.

مثال دوم، اثبات حق طلاق براي حاكم شرع به كمك قاعده لاضرر و لاحرج. در صورتي كه زوجه از حقوق زوجيت يعني حق نفقه محروم شده باشد و راهي براي استيفاي حق خود نداشته باشد، بدين‌صورت كه اجبار شوهر بر پرداخت نفقه حتي با تعزير ممكن نباشد، سوال اين است كه آيا در چنين شرايطي زوجه مي‌تواند از حاكم شرع طلاق خود را مطالبه كند و بر

---

[1] و لو حبس صانعا حرا زمانا له أجرة عادة لم يضمن أجرته إذا لم يستعمله قالوا لأن منافع الحر لا تدخل تحت اليد تبعا له سواء كان قد استأجره لعمل قد اعتقله و لم يستعمله أم لا نعم لو كان قد استأجره مدة معينة فمضت زمن اعتقاله و هو باذل نفسه للعمل استقرت الأجرة لذلك لا للغصب بخلاف الرقيق لأنه مال محض و منافعه كذلك و ظاهرهم القطع بعدم الضمان في صورته و به صرح في الكفاية فإن تم إجماعا و إلا ففيه مناقشة حيث يكون الحابس سببا مفوتا لمنافع المحبوس لقوة الضمان فيه لا للغصب بل لإيجابه الضرر عليه المنفي (رياض المسائل (ط - القديمة)؛ ج۲، ص: ۳۰۲)

محاکم نیز پذیرفتن این درخواست لازم است یا خیر. در این مورد سید کاظم طباطبائی در ملحقات عروة الوثقی حق طلاق را برای حاکم بر اساس دو قاعده لاضرر و قاعده عسر و حرج پذیرفته است. اما عده‌اي همچون میرزاي نائیني استفاده از این ۲ قاعده را صحیح نمي‌دانند و معتقدند قاعده لاضرر حق طلاق را اثبات نمي‌کند، اما بر اساس دیدگاه دیگر، در صورتي که غیر از زوج هیچ‌کس اختیار طلاق زوجه را نداشته باشد، در مثال گفته شده باعث مي‌شود که شارع مسبب وقوع ضرر بر زوجه مي‌شود. پس به کمك لاضرر مي‌توان حق طلاق را براي حاکم ثابت کرد و به بیان دیگر بر اساس آنچه از آیات و روایات استفاده مي‌شود، وظیفه زوج یا امساك به معروف (نگه داشتن به شایستگي) و یا تسریح به احسان (رها کردن به نیکویي) مي‌باشد و زماني که شوهر این وظیفه را حتی با مراجعه زوجه به حاکم شرعی انجام ندهد و از طلاق دادن نیز امتناع ورزد، در این صورت حاکم شرعي حق طلاق را خواهد داشت، چراکه حاکم ولي شخص ممتنع است و روایات نیز این معنا را تأیید مي‌کنند. در معتبرة جمیل، از امام نقل شده: قال إذا کساها ما یواري عورتها و یطعمها ما یقیم صلبها أقامت معه و إلا طلقها.

## قاعدۀ نفی عسر و حرج

## مفهوم عسر و حرج

حرج در لغت به معنی ضیق، تنگی، تنگنا، گناه و حرام است. جوهری می‌نویسد:مَکَانٌ حَرَجٌ و حَرِجٌ، أی ضَیِّقٌ کثیر الشجَر لا تصل إلیه الراعیة. ..و قد حَرِجَ صدرُه یَحْرَجُ حَرَجاً. والحَرَجُ: الإثمُ: و الحَرَجُ أیضاً: الناقة الضامرة
در قرآن نیز واژه حرج به معنای ضیق، تنگی، سختی و گناه به کار رفته است؛ چنان که خداوند می‌فرماید: «... مٰا یُرِیدُ اللّٰهُ لِیَجْعَلَ عَلَیْکُمْ مِنْ حَرَجٍ وَ لٰکِنْ یُرِیدُ لِیُطَهِّرَکُمْ ...»[1]؛ خداوند نمی‌خواهد شما را در تنگنا و سختی قرار دهد؛ لکن می‌خواهد شما را تطهیر کند. در جای دیگری از قرآن نیز آمده است: «فَمَنْ یُرِدِ اللّٰهُ أَنْ یَهْدِیَهُ یَشْرَحْ صَدْرَهُ لِلْإِسْلاٰمِ وَ مَنْ یُرِدْ أَنْ یُضِلَّهُ یَجْعَلْ صَدْرَهُ ضَیِّقاً حَرَجاً ...» [2] و یا: «... مٰا جَعَلَ عَلَیْکُمْ فِي الدِّینِ مِنْ حَرَجٍ ...»[3] که حرج در هر دو آیه، به معنی تنگنا و سختی است.
در پاره‌ای آیات نیز حرج به معنی گناه به کار رفته است؛ چنان که خداوند فرموده است: «لَیْسَ عَلَی الضُّعَفٰاءِ وَ لٰا عَلَی الْمَرْضیٰ وَ لٰا عَلَی الَّذِینَ لٰا یَجِدُونَ مٰا یُنْفِقُونَ حَرَجٌ ...»؛[4] یعنی بر ضعیفان و بیماران و کسانی که اموال قابل انفاق ندارند، گناهی نیست یا: «لَیْسَ عَلَی الْأَعْمیٰ حَرَجٌ وَ لٰا عَلَی الْأَعْرَجِ حَرَجٌ ...»؛[5] و یا «مٰا کٰانَ عَلَی النَّبِيِّ مِنْ حَرَجٍ فِیمٰا فَرَضَ اللّٰهُ لَهُ ...».[6]

---

[1] مائده، ٦

[2] انعام، ١٢٥.

[3] حج، ٧٨

[4] توبه، ٩١.
[5] فتح، ١٧.
[6] احزاب، ٣٨.

در روایات نیز واژه حرج به معنی ضیق و تنگی استعمال شده است؛ چنان که در روایت ابی بصیر آمده است: «ان الدین لیس بمضیّق فانّ الله یقول مٰا جَعَلَ عَلَیْکُمْ فِي الدِّینِ مِنْ حَرَجٍ».

واژه «عسر» نیز متضاد «یسر» است و در معنی صعب، تنگ، دشوار، بدخویی، مشکل، سخت و سخت شدن روزگار به کار می‌رود. این واژه در قرآن کریم، به همین معنی است؛ چنان که خداوند فرموده است: «فَإِنَّ مَعَ الْعُسْرِ یُسْراً» یا «سَیَجْعَلُ اللهُ بَعْدَ عُسْرٍ یُسْراً».[1] بدین ترتیب، معنای عسر عبارت از صعوبت، مشقت و شدت است که از آن به دشواری و سختی نیز تعبیر می‌شود.

## رابطهٔ عسر و حرج

بعضی رابطه میان عسر و حرج را عموم و خصوص مطلق دانسته و گفته‌اند: «عسر اعم و مطلق از حرج و ضیق است؛ زیرا هر ضیقی عسر است، ولی عکس آنکه هر عسری ضیق باشد، صادق نیست»؛[2] چنان که اگر کسی بردهٔ خود را الزام کند که دارویی تلخ بخورد، گفته می‌شود او را در عسر قرار داده است؛ ولی اینکه گفته شود در ضیق واقع شده و مولایش بر او سخت گرفته، صحیح نیست. به عقیده این افراد تکالیف از نظر میزان عسر و حرج، درجاتی به شرح زیر دارند:

۱. تکالیف مادون عسر که سهل و آسان است؛
۲. تکالیف عسرآوری که موجب ضیق و تنگنا نمی‌شود (عسر)؛
۳. تکالیف ضیق‌آور که مکلف طاقت انجام دادن آنها را دارد (حرج)؛
۴. تکالیف ما لا یطاق که انجام دادن آن خارج از طاقت مکلف است.

## مبانی فقهی

### ۱. کتاب

الف) از مهمترین آیاتی که به عنوان دلیل قاعده عسر و حرج مورد استناد قرار می‌گیرد، آیه ۷۸ سوره حج است. خداوند سبحان پس از آنکه در آیه ۷۷ مؤمنان را ملزم می‌کند که برای گشایش راههای فلاح و رستگاری، به رکوع و سجود و پرستش پروردگارشان قیام کنند و فاعل خیر شوند، در آیه بعد می‌فرماید: «وَ جٰاهِدُوا فِي اللهِ حَقَّ جِهٰادِهِ هُوَ اجْتَبٰاکُمْ وَ مٰا جَعَلَ عَلَیْکُمْ فِي الدِّینِ مِنْ حَرَجٍ ...»؛ جهاد کنید در راه خداوند، آن طوری که شایسته جهاد در راه اوست. او شما را برگزیده و در دین برای شما حرجی قرار نداده است.

معنی جهاد در این آیه طبق گفته بیشتر مفسرین، اعم از جهاد اصطلاحی است و به قرینه آیه قبل، انجام دادن همه واجبات و ترک تمامی محرمات را شامل می‌شود و معنی واژه «دین» مندرج در آیه نیز ظهور در کل احکام و تکالیف دارد و فقط به حکم ویژه جهاد دلالت ندارد.

همچنین، استعمال کلمه «جعل» به این معنی است که خداوند احکام حرجی را از مؤمنان برداشته است؛ نه آنکه مرفوع، خود موضوعات حرجی باشد.

---

[1] طلاق، ۷
[2] نراقی، احمد بن محمد؛ عوائد الایام؛ ص ۶۱.

بدین ترتیب، «مٰا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» ناظر به کلیه قوانین اسلام است و اختصاص به برخی احکام ویژه ندارد و منظور از آیه این است که هرگاه در اثر عمل به احکام و الزامات شرعی، مکلف در عسر و حرج واقع شود، این احکام و الزامات از عهده او برداشته می‌شود.

ب) یکی دیگر از آیات مستند قاعده عسر و حرج آیه ششم سوره مائده است که متن آن بدین شرح است:
«... وَ إِنْ كُنْتُمْ جُنُباً فَاطَّهَّرُوا وَ إِنْ كُنْتُمْ مَرْضىٰ أَوْ عَلىٰ سَفَرٍ أَوْ جٰاءَ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنَ الْغٰائِطِ أَوْ لاٰمَسْتُمُ النِّسٰاءَ فَلَمْ تَجِدُوا مٰاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيداً طَيِّباً فَامْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وَ أَيْدِيكُمْ مِنْهُ مٰا يُرِيدُ اللّٰهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَ لٰكِنْ يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَ لِيُتِمَّ نِعْمَتَهُ عَلَيْكُمْ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ»؛ یعنی اگر جنب بودید تطهیر کنید و اگر مریض یا در سفر بودید یا قضای حاجت کردید و یا با زنان هم‌بستر شدید و آب برای تطهیر نیافتید، با خاك پاك تیمم کنید و صورت و دستهای خود را مسح کنید. خداوند نخواسته است که شما را در حرج قرار دهد، بلکه می‌خواهد شما را تطهیر کند و نعمت خود را بر شما تمام سازد، شاید شما شکرگزار شوید.

ج) در آیه ۱۸۵ سوره بقره خداوند می‌فرماید: «... وَ مَنْ كٰانَ مَرِيضاً أَوْ عَلىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيّٰامٍ أُخَرَ يُرِيدُ اللّٰهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَ لاٰ يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ...»؛ «۲» هر کس که مریض یا مسافر باشد، پس در تعدادی از ایام دیگر [روزه بگیرد]. خداوند برای شما آسانی می‌خواهد و مشقّت و عسر را برای شما نمی‌خواهد.

چون در این آیه، نفی عسر به صورت علت کلی یك حکم جزئی بیان شده است، جملهٔ «يُرِيدُ اللّٰهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَ لاٰ يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ» عام است و از لحاظ ثبوتی، همهٔ احکام را شامل می‌شود.

## ۲. سنت

روایتهای متعددی نیز از معصومان (ع) نقل شده که مبنای قاعده نفی عسر و حرج قرار گرفته است و در ادامه به درج و تبیین مختصر آنها می‌پردازیم:

الف) روایت عبد الاعلی مولی آل سام. «قلت لأبي عبد الله علیه السّلام عثرت فانقطع ظفری فجعلت علی اصبعی مرارة فکیف اصنع بالوضوء؟ قال یعرف هذا و اشباهه من کتاب الله عزّ و جلّ: قال الله مٰا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ، امسح علیه».[1] در این روایت، راوی به امام صادق (ع) می‌گوید که به زمین افتاده و ناخن وی جدا شده و انگشت خود را با پارچه بسته است، حال چگونه باید وضو بگیرد. امام (ع) می‌فرماید: حکم این قضیه و نظایر آن از کتاب خدا روشن می‌شود؛ زیرا خداوند فرموده است که در دین بر شما حرجی قرار داده نشده است؛ پس بر آن مسح کن. از این پاسخ امام (ع) نکات زیر استنتاج می‌شود:

۱. نفی حرج یك قاعده کلی است و طبق رهنمود امام (ع) می‌توان از آن برای رفع احکامی که برای مکلفان مضیقه‌ساز و مشقت‌آورند، استفاده کرد.

۲. از اینکه امام (ع) به جای نفی حرج ذیل آیهٔ وضو- که تناسب بیشتری با سؤال دارد- به نفی حرج مذکور در آیه ۷۸ سوره حج استناد می‌کند، چنین بر می‌آید که لا حرج مذکور در آیه اخیر، علاوه بر آنکه از عمومیت و شمول بیشتری نسبت به آیه وضو برخوردار است، بیشتر مربوط به موارد حرج عرفی است تا حرج ذاتی که در آیهٔ وضو ذکر شده است.

ب) موثقه ابی بصیر. «عن ابی بصیر، قال، قلت لأبي عبد الله (ع) انّا نسافر فربّما بلینا بالغدیر من المطر یکون الی جانب القریة فیکون فیه العذرة و یبول فیه الصّبیّ و تبول فیه الدّابّة و تروث. فقال (علیه السلام): ان عرض فی قلبك منه شیء فقل: هکذا، یعنی امزج الماء بیدك ثمّ توضّأ فانّ الدّین لیس بمضیّق؛ لانّ الله عزّ و جلّ یقول: مٰا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ».[2]

---

[1] وسائل الشیعة؛ ج ۱، ص ۳۲۷

[2] وسائل الشیعة؛ ج ۱، ص ۱۲۰.

ابی بصیر از امام می‌پرسد در سفرها چه بسا به برکه‌هایی بر می‌خوریم که در کنار آبادی است و انواع نجاسات در آن یافت می‌شود. حضرت می‌فرماید آب را با دستت به هم بزن و سپس وضو بگیر؛ زیرا در این، مضیقه و تنگنا نیست و خداوند می‌فرماید: «مٰا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ».

بدین ترتیب، حکمت عدم انفعال آب کُر، در واقع خود دلیل نفی عسر و حرج و وجود توسعه و گشایش و رفع تنگنا و مضیقه از مسلمانان است.

## مفاد قاعده نفی حرج

مرحوم طبرسی در تفسیر خود مجمع البیان در تبیین معنای این قسمت از آخرین آیه سوره حج می‌نویسد:

«وَ ما جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» أي من ضيق لا مخرج منه و لا مخلص من عقابه بل جعل التوبة و الكفارات و رد المظالم مخلصا من الذنوب فليس في دين الإسلام ما لا سبيل إلى الخلاص من العقاب به فلا عذر لأحد في ترك الاستعداد للقيامة و قيل معناه أن الله سبحانه لم يضيق عليكم أمر الدين فلن يكلفكم ما لا تطيقون بل كلف دون الوسع فلا عذر لكم في تركه و قيل أنه يعني الرخص عند الضرورات كالقصر و التيمم و أكل الميتة عن الكلبي و مقاتل و اختاره الزجاج.[1]

اما معنای متداول و مرسوم برای این قاعده، توضیح شیخ انصاری می‌باشد. به عقیده ایشان، مفاد قاعده نفی عسر و حرج نیز مانند قاعده لا ضرر، نفی حکم حرجی در دین است؛ به این نحو که در اسلام هیچ حکم حرجی که موجب مضیقه و در تنگنا افتادن مکلفان باشد، تشریع نشده است.

شارحان نظریه شیخ گفته‌اند منظور از نفی حکم ضرری و حرجی در قواعد لا ضرر و لا حرج در واقع نفی حقیقی است. به عبارت دیگر، ظاهر ادله نفی حرج و نفی ضرر این است که منظور از آنها رفع احکام حرجی و ضرری به نحو حقیقت و در عالم تشریع است؛ به این معنی که وضعیت این ادلّه به درستی مانند حدیث رفع است؛ زیرا رفع در این دو مورد به معنی اخبار نیست تا برای پرهیز از کذب، مجاز یا ادعا لازم آید، بلکه به معنی انشا است. آنگاه با این بیان نتیجه می‌گیرند که در اینجا حکم ضرری و حرجی به نحو حقیقی نفی شده است.

## دو فرع از فروعات قاعده نفی حرج در کلمات فقهای متقدم

۱- سید مرتضی در مساله ۲۱۱ از انفردات می‌نویسد:

و من انفراد الإمامية به: القول بأن من صام من الشهر الثاني يوما أو أكثر من صيام الشهرين المتتابعين و أفطر من غير عذر كان مسيئا، و جاز له أن يبني على ما تقدم من غير استئناف. و خالف باقي الفقهاء في ذلك.

دليلنا: بعد الإجماع الذي يتكرر، قوله تعالى «وَ مٰا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» ، و قوله تعالى «يُرِيدُ اللّٰهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ» ، و قد علمنا أن إلزام من ذكرناه الاستئناف مشقة شديدة و حرج عظيم.[2]

۲- علامه حلی در مختلف می‌نویسد: مسألة: أطلق الأصحاب عدم جواز ردّ الوصية إذا لم يعلم الوصي بها حتى يموت الموصي أو يعلم و يردّ، و لما يعلم الموصي بالردّ، لروايات كثيرة. منها: .......و الوجه عندي المصير الى ذلك إن كان قد قبل الوصية أوّلا، و ان لم يكن قبل و لا علم جاز له الرجوع، للأصل و لإزالة الضرر الواصل إليه بالتحمل غير المستحق، و قد قال الله تعالى «وَ مٰا

[1] مجمع البيان في تفسير القرآن، ج۷، ص: ۱۵

[2] الانتصار في انفرادات الإمامية؛ ص: ۳۶۸

جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» «٣» و قال- عليه السلام-: «لا ضرر و لا ضرار في الإسلام» .و تحمل الأحاديث على حصول القبول أوّلا، لأنّه عقد فلا بد فيه من القبول.[1]

## نقض تمامیت قاعده نفی حرج با احکامی چون وجوب جهاد و روزه گرفتن در روزهای گرم و طولانی

در بیان این اشکال و جواب به آن کتاب مرحوم مراغی استفاده شده که عبارت ایشان با برخی حذفیات نقل می‌شود. وی می-نویسد:

« و الذي أوجب الاضطراب في هذا الباب أمران: أحدهما: أنا نرى التكاليف الشاقة و الأحكام الصعبة واردة في الشرع، و أهل العرف يعدونه عسرا و حرجا و ضيقا، كالصوم في اليوم الحار الطويل، و الحج، و الجهاد، و لزوم الثبات في مقابلة الكفار، و حرمة الفرار، و التوضؤ بالماء البارد الشتاء و في السفر، و مجاهدة النفس، و السعي في طلب العلم في البلاد البعيدة، و عدم الخوف من لومة لائم في بيان أحكام الله و إجراء حدوده، و الجهاد في سبيله، و نظائر ذلك و ثانيهما: أن الشارع لم يرض في بعض الأمور الجزئية و التكاليف السهلة بالارتكاب، و ورد في النصوص الاستدلال في نفيها بأدلة العسر و الحرج، فكيف يكون أمثال ما مر في الأخبار عسرا و حرجا، و لا يكون ما ثبت من الأمور المتقدمة التي هي أصعب منها بمراتب عسرا و حرجا؟ و من هذين الأمرين تولد الأشكال من وجهين:

أحدهما: وجود العسر و الحرج في الشرع، مع أنه نفاه ما سبق من الأدلة. و ثانيهما: عدم إمكان الجمع بين كون هذه الجزئيات السهلة من باب العسر و عدم كون تلك التكاليف الشديدة من ذلك الباب. قال الفاضل المعاصر في عوائده: الأمر في قاعدة العسر و الحرج كما في سائر العمومات المخصصة في الكتاب الكريم و الأخبار الواردة في الشرع القويم، و أدلة العسر و الحرج يدل على انتفائهما كلية، لأنهما لفظان مطلقان واقعان موقع النفي، فيفيدان العموم، و قد ورد في الشرع بعض التكاليف الشاقة، و لا يلزم من وروده إشكال في المقام، كما لا يرد بعد قوله تعالى وَ أُحِلَّ لَكُمْ مٰا وَرٰاءَ ذٰلِكُمْ إشكال في تحريم كثير مما وراءه، و لا بعد قوله: قل لا أجد فيما اوحي إلى محرما إلى آخره تحريم أشياء كثيرة، بل فكما يخصص بأدلة تحريم غيره عموم ذلك فكذا هنا، فإن تخصيص العمومات بمخصصات كثيرة ليس بعزيز، بل هو أمر في أدلة الأحكام شائع، فغاية الأمر كون أدلة نفي العسر و الحرج عمومات يجب العمل بها فيما لم يظهر لها مخصص، و بعد ظهوره يعمل بقاعدة التخصيص، فلا يرد عليه شيء من الإشكالين. و لعل لذلك لم يتعرض الأكثر لذكر الإشكال، إذ لا إشكال في التخصيص، و لا يلزم تخصيص الأكثر أيضا، فإن الأمور العسرة الصعبة غير متناهية و التكاليف محصورة متناهية، و أكثرها مما ليس فيه صعوبة و لا مشقة. و قال في الجواب عن الثاني: أما عدم رضاء الله [سبحانه] بأدنى مشقة في بعض الأمور، و رضاه بما هو أصعب منه كثيرا في بعض، فلا يعلم أن عدم رضاه بالأول لكونه صعبا و عسرا، بل لعله لأمر آخر، و لو علم أنه لذلك فلا منافاة بين عدم رضاه بمشقة و رضاه بمشقة آخر لمصلحة خفية عنا. و أما احتجاج الأئمة [الأطياب] لنفي التكليف في بعض الأمور بانتفاء العسر و الحرج، فهو كاحتجاجهم بحلية بعض الأشياء بقوله تعالى قُلْ لٰا أَجِدُ فِي مٰا أُوحِيَ إِلَيَّ إلى آخره، و مرجعه إلى الاحتجاج بالعموم و عدم وجود المخصص........ هذا كلامه زيد إكرامه بحذف الزوائد و تنقيح الفوائد. و قد عرفت مما قررنا: أن كون هذه الأدلة من باب الأصل مستبعد جدا، و ظواهرها تأبى عن ذلك، و هما ( اى العسر و الحرج) بالمعنى المتقدم ينفيهما العقل أيضا بملاحظة ما بيناه، مضافا إلى أن الظاهر من احتجاجات الأئمة عليهم السلام نفي ذلك الشيء الخاص مثلا لأنه حرج فراجع الأخبار حتى تعرف هذا المعنى لا لأنه داخل تحت العموم و لم يقم دليل على خلافه. بل الظاهر من الآيات الشريفة: أن هذا الدين المركب من

[1] مختلف الشيعة في أحكام الشريعة، ج۶، ص: ۳۳۷

هذه التكاليف التي يدعي كونها حرجا و ضيقا لا حرج فيه. و توضيحه: أن (الدين) اسم لمجموع ما ورد من الأحكام و التكاليف، و لو كان بعض منها حرجا فكيف يقول سبحانه و تعالى وَ مٰا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ مع أنه جعله في التكاليف كثيرا؟ و بالجملة: هذا التوجيه ينافيه ظواهر الأدلة، فتبصر. سيما أن قوله تعالى: مَنْ كٰانَ مَرِيضاً أَوْ عَلىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيّٰامٍ أُخَرَ يُرِيدُ اللّٰهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَ لٰا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ظاهر، بل صريح في أن الصوم على الصحيح الحاضر ليس بعسر، بل العسر وجوبه على المريض و المسافر، فكيف يقال: إن الصوم في اليوم الحار الطويل عسر مع أن كتاب الله ناطق بخلافه؟! و نظير ذلك من ملاحظة الآيات الأخر أيضا، فتدبر. و قال الفاضل المحقق القمي: و الذي يقتضيه النظر بعد القطع بأن التكاليف الشاقة و المضار الكثيرة واردة في الشريعة أن المراد بنفي العسر و الضرر و الحرج نفي ما هو زائد على ما هو لازم لطبائع التكاليف الثابتة بالنسبة إلى طاقة أوساط الناس، المبرئين عن المرض و العذر الذي هو معيار التكاليف، بل هي منتفية من الأصل إلا فيما ثبت و بقدر ما ثبت. و الحاصل: أنا نقول: إن الله سبحانه لا يريد بعباده العسر و الحرج، إلا من جهة التكاليف الثابتة بحسب أحوال متعارف الأوساط، و هم: الأغلبون، و الباقي منفي، سواء لم يثبت أصله أصلا أو ثبت، و لكن على نهج لا يستلزم هذه الزيادة .[1]

......

و الذي يقتضيه النظر في بعض أجزاء كلامه أن يكون مراده: عدم كون ما هو ثابت في التكاليف عسرا و حرجا، بمعنى: أن التكليف لا بد أن يكون فيه مشقة و كلفة، لكن المقدار الموجود في هذه التكاليف بالنظر إلى متعارف الأوساط ليس بعسر و لا حرج. و في هذا المعنى قال العلامة الطباطبائي: و أما ما ورد في هذه الشريعة من التكاليف الشديدة كالحج و الجهاد و الزكاة بالنسبة إلى بعض الناس، و الدية على العاقلة و نحوها فليس شيء منها من الحرج في شيء، فإن العادة قاضية بوقوع مثلها، و الناس يرتكبون مثل ذلك من دون تكليف و من دون عوض كالمحارب للحمية أو بعوض يسير كما إذا اعطي على ذلك أجرة، فإنا نرى أن كثيرا يفعلون ذلك بشيء يسير. و بالجملة: فما جرت العادة بالإتيان بمثله و المسامحة [فيه] و إن كان عظيما في نفسه كبذل النفس و المال [الكثير-] فليس ذلك من الحرج في شيء. نعم، تعذيب النفس و تحريم المباحات و المنع عن جميع المشتبهات أو نوع منها على الدوام حرج و ضيق، و مثله منتف في الشرع.[2] هذا كلامه رفع في الخلد مقامه.»[3]

## قاعده يد

تعریف ید

ید عبارت است از سلطه و اقتدار شخص بر شیء به گونه‌ای که عرفا آن شیء در اختیار و استیلای او باشد و بتواند هر گونه تصرف و تغییری در آن به عمل آورد.[4]

همان طور که ملاحظه می‌شود، عامل عرف در تعریف ید نقش بسزایی دارد و صدق عنصر سلطه و استیلا، منوط به تشخیص عرف است. از این رو، ید از کیفیت بخصوصی برخوردار نیست و حد خاصی ندارد، بلکه حسب مورد و به تناسب مقام، جلوه‌های گوناگون و مصادیق مختلف دارد.

---

[1] قوانين الأصول ۲: ۴۹- ۵۰.

[2] نقله بتمامه السيّد المجاهد قدّس سرّه في مفاتيح الأصول (۵۳۶) عن «السيّد الأستاد» و الظاهر أنّه «بحر العلوم» قدّس الله روحه.

[3] العناوين الفقهية، ج۱، ص: ۲۹۱-۲۹۶

[4] و المراد بها السلطنة العرفية و الاستيلاء على الشيء المختلفة بحسب الموارد بأن يكون تحت اختياره و تصرفه(تكملة العروة الوثقى؛ ج۲، ص: ۱۱۸)

## برخی از مصادیق ید

مصادیق ید را تحت دو عنوان عمده می‌توان دسته‌بندی کرد:
الف) تعلق اشیا به افراد با رابطه‌های حقیقی و کیفیت‌های فیزیکی معلوم می‌شود، مانند پولی که در دست یا جیب اشخاص است و یا لباسی که بر تن آن‌ها است. در این موارد، بین شیء مورد تملك و مالك رابطه حقیقی، مستقیم، فیزیکی و مکانی وجود دارد.
ب) مصداق دیگر ید، وجود اسناد، علائم، نوشته‌ها و سمبل‌هایی است که تعلق شیء به شخص را می‌رساند که مثال بارز آن، وجود اسناد مالکیت در مورد اموال غیر منقول است، بدین نحو که صرف وجود سند مالکیت در دست فرد و به نام دارنده، مثبت مالکیت او بر مال غیر منقول است؛ هر چند بالمباشره و مستقیما بر غیر منقول مسلط نباشد و یا دیگری آن را از قبل مالك مورد تصرف و استیفا قرار داده باشد.
از گروه اول مصادیق ید نمونه‌های زیادی در زندگی وجود دارد که بعضی از آن‌ها عبارتند از:
۱. وجود اشیا در دست اشخاص،
۲. وجود لباس بر تن افراد،
۳. سوار بودن راکب بر مرکب،
۴. گرفتن زمام چیزی مانند این که کسی زمام شتری را در دست داشته باشد،
۵. سکونت در محل،
۶. وجود کلید خانه یا مغازه در دست فرد حتی اگر در آن استقرار نیافته باشد،
۷. پاره‌ای اعمال و افعال بر روی اشیا، مانند شخم و تسطیح زمین یا مرمت محل مسکونی.
استیلای حاکم و یا رژیم سیاسی بر قلمرو حکومتی، مرزها، حریم دریایی و حریم فضایی می‌تواند از مصادیق گروه دوم محسوب گردد. نصب پرچم یك کشور در نقاط خاص یا علائم دریایی به عنوان فلات قاره اختصاصی، تجلّی ید و استیلا است.
گاهی مصادیق ید به علت تنوع، در معارضه با یکدیگر قرار می‌گیرند. مثلا فردی سوار بر اسب است و دیگری زمام آن را در دست دارد و یا فردی پشت فرمان اتومبیل نشسته و دیگری سوئیچ آن را در دست دارد. حال اگر در مورد مالکیت این موارد معارضه پیش آید کدامیك می‌تواند به استناد ید، مالکیت خود را بر کالا اثبات کند؟
این مسائل همه ناشی از آن است که ید چارچوب مشخص و محدودی ندارد، بلکه عامل اصلی در تشخیص آن، عرف است و بر حسب موارد، جلوه‌های گوناگون دارد.
گاهی نیز ممکن است جهات متعدد در یك مورد تلاقی کنند، مثل همین مورد که هر فرد از جهتی بر مال ید و استیلا دارد. این گونه موارد باید در دادگاه مورد رسیدگی قرار گیرند و دادگاه اگر یکی از یدین اقوا از دیگری باشد به نفع او حکم می‌کند، یعنی او را «ذو الید» می‌داند و اگر جهت قوت و ترجیحی وجود نداشت، حکم به تساقط ید خواهد داد.

## مستندات قاعده

فقها برای حجیت ید به چند دلیل استناد کرده‌اند که به برخی از آنها اشاره می‌شود:
الف) سیره: روش مستمر مسلمانان در جمیع اعصار این بوده که با دارنده شیء معامله مالک کرده، و بدون اذن و اجازه او در آن تصرفی نمی‌کنند. سیره در فقه یکی از مستندات است، ولی در صورتی حجت است که به زمان معصوم (ع) متصل گردد، یعنی در زمان معصوم (ع) نیز معمول بوده باشد.
ب) سنت: دلیل دیگر بر حجیت ید، روایات است. روایاتی که برای حجیت ید مورد استناد قرار گرفته به شرح زیر است:

۱. حفص بن غیاث که در میان فقها بسیار معروف است در مورد ید از حضرت صادق (ع) نقل می‌کند که: آن حضرت (ع) به مردی که از ایشان سؤال کرده بود آیا اگر من چیزی در دست کسی ببینم جایز است شهادت بدهم آن شیء مال او است؟ فرمود: آری جایز است. آن مرد گفت: شهادت خواهم داد که آن مال در دست او است، ولی گواهی نمی‌دهم که به او تعلق دارد، زیرا ممکن است مال دیگری باشد. حضرت (ع) فرمود آیا حلال است آن شیء از او خریده شود؟ مرد گفت: آری حلال است. امام (ع) فرمودند:

شاید مال دیگری باشد پس چگونه جائز است تو آن را بخری و بعد از تملکش بگویی که متعلق به من است و بر آن سوگند یاد کنی، ولی جایز نیست نسبت به مالکیت کسی که تو از ناحیه او مالك گردیده‌ای اقرار کنی؟ سپس حضرت (ع) فرمود: «لو لم یجز هذا لم یقم للمسلمین سوق»؛[1] یعنی اگر این امر جائز نباشد برای مسلمان‌ها بازاری برپا نمی‌ماند.

این روایت از نظر سند قوی نیست، ولی چون فقها به آن عمل کرده‌اند و به اصطلاح «شهرت فتوایی» دارد، ضعف سند بدین وسیله جبران شده است. روایت مذکور علاوه بر آن که ید را اماره مالکیت می‌داند، اجازه شهادت بر مالکیت اشیای موجود در دست افراد را نیز داده است.

۲. یونس بن یعقوب از حضرت صادق (ع) نقل کرده است که وقتی درباره تقسیم اثاث خانه- هنگامی که زن پیش از مرد فوت کند و یا مرد قبل از زن وفات یابد- از آن حضرت پرسش به عمل آمد، ایشان در پاسخ گفتند: آنچه ویژه زنان است از آن زن است و متاعی که به کار مردان و زنان می‌آید، میان آن‌ها مشترك است. آنگاه امام (ع) می‌افزاید: «من استولی علی شیء منه فهو له»؛[2] یعنی کسی که بر چیزی تسلط دارد، آن چیزمتعلق به اوست.

هر چند این روایت در باب اختلاف ورثه زوج و زوجه در مورد سهم الارث آن‌ها نسبت به اثاث البیت وارد شده ولی محتوای ذیل حدیث، یك مطلب عام است و با وحدت ملاك قابل تعمیم به موارد دیگر است. حضرت (ع) در این روایت می‌فرماید: هر یك از زوج یا زوجه نسبت به آنچه در دست دارد و بر آن مسلط است، اولی است، یعنی آن حضرت اماریت ید بر مالکیت اشیا را بدین وسیله تصدیق کرده است.

## اماره بودن ید و مبانی آن

متصرف مال ممکن است مالك واقعی آن باشد و یا با اجازه مالك، در آن تصرف کند، همچنان که ممکن است بر خلاف رضایت مالك بر آن سیطره یافته، عدوانا و غاصبانه آن را در اختیار خویش گرفته باشد.

مفاد قاعده ید این است که استیلا و سلطه فرد بر شیء، مثبت مالکیت آن شخص است و همان طور که خواهد آمد ، طبع اصلی و اولیه تسلط انسان بر شیء، نشانه مالکیت شخص و ملك بودن شیء است، مگر آن که خلافش ثابت شود. با این بیان معلوم می‌گردد که بی‌شك قاعده ید از امارات معتبر موضوعی است، نه از اصول، چرا که مفاد قاعده مزبور کاشفیت و طریقیت به واقع است و به همین علت، حجیت یافته است.

کلیه امارات در معارضه با اصول، تقدم می‌یابند و لذا ید بر استصحاب مقدم است.

---

[1] حفص بن غیاث عن ابی عبد الله قال: قال له رجل اذا رایت شیئا فی یدی رجل یجوز لی ان اشهد انّه له؟ قال: نعم قال الرّجل: اشهد انّه فی یده و لا اشهد انّه له فلعلّه لغیره. فقال ابو عبد الله أ فیحل الشراء منه؟ قال: نعم. فقال ابو عبد الله فلعلّه لغیره فمن این جاز لك ان تشریه و یصیر ملکا لك ثمّ تقول بعد الملك هو لی و تحلف علیه و لا یجوز ان تنسبه الی من صار ملکه من قبله الیك؟ ثم قال ابو عبد الله (ع): لو لم یجز هذا لم یقم للمسلمین سوق (حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة، ج ۱۸، ص ۲۱۵، کتاب القضاء، باب ۲۵ حدیث ۲).

[2] عن ابی عبد الله (ع) فی امرأة تموت قبل الرّجل او رجل قبل المرأة قال: «ما کان من متاع النساء فهو للمرأة و ما کان من متاع الرّجال و النساء فهو بینهما و من استولی علی شیء منه فهو له (همان، ج ۱۷ ص ۵۲۵، باب ۸ از ابواب میراث الازواج، حدیث ۳)

در مورد مبانی اماره بودن ید بین فقها دو نظر وجود دارد که به توضیح مختصر هر يك می‌پردازیم:
الف) گروهی از فقها عقیده دارند که چون در جامعه غالبا «ید مالکانه» بر «ید عدوانی» غلبه دارد، بنا بر قاعده غلبه، غالب بودن ید، دلیل و نشانه مالکیت است. در اصطلاح فقه گفته می‌شود: «الظّن یلحق الشّيء بالأعمّ الاغلب»، یعنی هرگاه در مورد چیزی شك حادث شود، امر مشکوك به مورد غالب و رایج ملحق می‌شود. بنا بر عقیده این دسته از فقها، هرگاه مالی در ید فردی مشاهده شود، چون متعارف و معمول در جامعه این است که غالب و اکثر ایادی مالکانه‌اند، در موارد شك، مورد را محمول و ملحق به موارد غالب و کثیر دانسته، ید را مالکانه و غیر غاصبانه و دارنده شیء را مالك تلقی می‌کنیم.
ب) نظر دیگر این است که اماره بودن ید بر مالکیت، به علت غلبه موارد ید مالکانه در جامعه نیست، بلکه طبیعت و اقتضای اولیه و اصلی این است که وجود شیء در ید شخص، دلیل بر تسلط مالکانه آن شخص بر آن شیء باشد

## معارضه ذو الید با مدعی

در مقام معارضه ذو الید با مدعی نزد دادگاه حالات مختلفی ممکن است حادث شود:
که در اینجا فقط به یک حالت خاص اشاره می‌شود، در این حالت پس از وقوع نزاع، صاحب ید اقرار می‌کند که ملك سابقا متعلق به مدعی بوده، ولی به سبب ناقلی به او رسیده است. در این مورد فقها اختلاف نظر دارند.
مشهور آنان معتقدند در اینجا دعوا منقلب می‌شود؛ به این ترتیب که ذو الید تا این مرحله منکر و طرف مقابل مدعی بود، ولی پس از اقرارش به مالکیت سابق مدعی، از حیث اثبات انتقال به ناقل قانونی، مدعی تلقی می‌شود و باید بینه اقامه کند و نمی‌تواند با وجود اقرار به ید سابق مدعی، به استناد ید فعلی از اقامه بینه معاف گردد.
در مقابل، گروه کمتری نظریه مشهور را نپذیرفته، بر اماریت ید در این مورد هم حکم صادر کرده‌اند.
قانون مدنی ایران به پیروی از نظریه مشهور در این مورد در ماده ۳۷ می‌گوید: «اگر متصرف فعلی اقرار کند که ملك سابقا مال مدعی او بوده است، در این صورت مشار الیه نمی‌تواند برای رد ادعای مالکیت شخص مزبور به تصرف خود استناد کند، مگر این که ثابت نماید که ملك به ناقل صحیح به او منتقل شده است».
سید کاظم یزدی ضمن نقل نظر مشهور در آن به این شکل اشکال گرفته‌اند:
هذا كله إذا لم يكن صاحب اليد مقرا بانّ العين كانت للمدعى أو بيده سابقا بل شهدت البينة بذلك، و امّا لو أقر بهما فالمشهور انقلابه مدعيا و المدعى منكرا لرجوعه حينئذ إلى دعوى الانتقال منه إليه، و كذا إذا شهدت البينة بأنّه أقر في السابق انّه له، فعن الكفاية انّه قال: «و في كلامهم القطع بانّ صاحب اليد لو أقر أمس بأنّ الملك له أي للمدعي أو شهدت البينة بإقراره أمس له أو أقر بأنّ هذا له أمس قضى به له، و في إطلاق الحكم بذلك إشكال» انتهى، قلت: نعم في الحكم المذكور إشكال إذ نمنع صيرورته بذلك مدعيا لانّه لا يدعي الانتقال بل مدعى الملكية متشبثا باليد خصوصا إذا كان الإقرار سابقا أو شهدت البينة بإقراره سابقا. نعم لو ادعى الانتقال إليه بأن كان مصب الدعوى الشراء أو عدمه مثلا يكون مدعيا، و امّا إذا قال: هذا كان سابقا له و الآن هو لي و لم يذكر انّي اشتريته أو انتقل إلى بأن كان مصب الدعوى كونه له أو ليس له فلا يكون مدعيا. نعم يكون مدعيا للملكية و حجته على ذلك يده الفعلية.[1]

## ید و مالکیت منافع

سید کاظم یزدی در خصوص اثبات مالکیت منافع به کمک ید می‌نویسد:

---

[1] تكملة العروة الوثقى، ج۲، ص: ۱۴۸

مسألة ۲: كما انّ اليد أمارة على ملكية الأعيان كذلك أمارة على ملكية المنافع و على الحقوق كحق الاختصاص[۱] و حق الانتفاع و حق الاستيثاق و حق التحجير و نحو ذلك، كما إذا كان ماله في يده يدعى كون منافعه له بالإجارة أو الوقفية أو نحو ذلك، أو ادعى كونه متوليا على ما في يده من العين الموقوفة، أو ادعى كون ما في يده رهنا عنده، أو كان له رحى على نهر الغير، أو كان جذوعه على حائط الغير و نحو ذلك، لظهور الإجماع و عموم بعض ما مر من الأخبار كقوله (ع): «من استولى على شيء منه فهو له» و نحوه، بل لا ينبغي الإشكال فيه.[۲]

## قاعده ضمان يد:

يكي از قواعد مشهور فقهي قاعده ضمان يد است. به عقيده فقهاء مقتضاي اوليه تصرف و يا استيلا بر مال ديگري اين است كه متصرف در مقابل مالك ضامن است، يعني علاوه بر آن‌كه مكلف به بازگرداندن عين در زمان بقاي آن است، اگر تلف شود يا نقص و خسارتي بر آن وارد گردد، بايد از عهده خسارت وارده نيز برآيد. براي يد، ۳ صورت را مي‌توان تصور كرد:

۱- **يد اماني** كه همراه با اذن مالك است و طبق نظر برخي از فقها مجاني بودن نيز در آن دخيل است.

۲- **يد ضماني عدواني** كه عنصر عدوان و تعدي و تجاوز در آن وجود دارد.

۳- **يد ضماني غير عدواني** مثل مالي كه بر اساس يك عقد فاسد گرفته شده است. (مقبوض به عقد فاسد) و يا كالايي كه مشتري هنگام بررسي آن تلف شده است (ماخوذ باالسوّم).

در بدو امر قاعده ضمان يد شامل تمام اين يدها مي‌باشد و ليكن يد اماني به واسطه دليل خاص تخصيص خورده است. برخي نيز معتقدند كه يد اماني تخصصاً از شمول قاعده ضمان يد خارج است. براي اين‌كه در اين خصوص بهتر بتوان قضاوت كرد، لازم است مستندات قاعده بررسي شوند. از اين‌رو ۲ دليل اصلي اين قاعده يعني بناء عقلاء و روايات بررسي مي‌گردند.

### ۱- سيره عقلاء:

رجوع به روش عقلاء نشان مي‌دهد كه عقلاء شخصي را كه در مال ديگري تصرف مي‌كند، در مقابل مالك مسئول مي‌دانند يعني علاوه بر آن‌كه آن شخص را مكلف و ملزم به برگرداندن عين مال مي‌دانند، در صورت وقوع خسارت يا تلف مسئوليت را نيز متوجه وي مي‌دانند. شاهد اين مدعا آن است كه در زمان حاضر تمام نظام‌هاي حقوقي اين معنا را پذيرفته‌اند، شرع مقدس نيز نه تنها اين روش را رد نكرده است بلكه به كمك نصوص و روايات رسيده آن را تأييد كرده است. پس اين سيره عقلاء خود يك دليل شرعي بر اعتبار قاعده ضمان يد مي‌باشد.

### ۲- روايات

در ميان روايات حديث "علي‌اليد ما اَخَذَت حتي تُودّيه" در اين باره معروف است. لازم است اين حديث در دو قسمت بررسي شود: ۱- بررسي سند حديث ۲- بررسي مفاد حديث (فقه الحديث)

۱- سند حديث: مدرك و مستند روايي قاعده ضمان يد حديث مشهوري از رسول اكرم (ص) مي‌باشد كه مي‌فرمايد: علي‌اليد ما اخذت حتي توديه: يعني بر دست است آنچه را گرفته تا وقتي كه آن را ادا كند. اين روايت مرسل و سندش ضعيف مي‌باشد[۳]، ولي بعضي معتقدند كه چون تعداد زيادي از فقها بر اساس آن فتوا داده‌اند، ضعف سند جبران مي‌شود و به

---

[۱] حق اولويت را در اصطلاح فقهی «حق الاختصاص» می‌گویند

[۲] تكملة العروة الوثقى، ج۲، ص: ۱۲۱

[۳] ناقل حديث از رسول الله (ص) سمرة بن جندب است كه سوابق بسيار سوئی در تاريخ اسلام دارد.

اصطلاح، اين روايت داراي شهرت عملي است و طبق قاعده‌اي كه در علم اصول بيان شده شهرت جبران‌كننده (جابر) ضعف حديث است.[1] به هر حال گفته شده مفاد حديث از تأسيسات و ابداعات شريعت اسلام نيست و از طرفي درجه فصاحت و بلاغت جمله فوق ضريب احتمال صدور آن را از پيامبر بسيار قوي مي‌سازد.

۲- بيان مفاد حديث: كلمه (على) لفظي است كه در موارد ضرر استفاده مي‌شود. وقتي گفته مي‌شود عليه دينٌ: يعني بر عهده او يك بدهي است. مقصود از يد نيز همان شخص يا انسان است و كلمه يد به شكل مجازي در معناي انسان به كار رفته است و علاقه مجاز در اينجا علاقه جزء و كل مي‌باشد. همان‌طور كه به جاسوس عين (چشم) گفته مي‌شود. در اين حديث به انسان يد گفته شده كه نشان‌دهنده حيثيت قدرت و اقتدار انسان است.

مقصود از (ما اخذت) مالي است كه گرفته است. در تبيين مقصود نهايي اين عبارت ۲ نظر ذكرشده: ۱- در اين حديث كلمه (رد) حذف شده است، پس حديث اين‌گونه خواهد شد: علي اليد يجب ردّ ما اخذت: يعني بر انسان واجب است برگرداندن آنچه كه گرفته است. طبق اين احتمال مفاد اين حديث ابتداءاً يك حكم تكليفي به برگرداندن مال مي‌باشد.

۲- گفته شده كه در اين حديث در تقدير گرفتن كلمه (رد) صحيح نمي‌باشد و اساساً اصل بر عدم تقدير است، پس بدون تقدير نيز معناي حديث صحيح است و دليلي بر حذف شدن كلمه (رد) وجود ندارد. طبق اين بيان، معناي حديث اين‌گونه خواهد شد كه بر عهده انسان است، آن مالي كه گرفته تا آن را ادا كند. به موجب اين حديث وقتي انسان چيزي را مي‌گيرد و يا به تعبير ديگر بر مالي استيلا مي‌يابد، آن چيز بر عهده او قرار مي‌گيرد و چون عهده به معناي ذمه است و عين خارجي نمي‌تواند در ذمه قرار گيرد، پس وجود اعتباري آن مورد نظر است كه در ذمه قرار مي‌گيرد و بعد از آن‌كه در ذمه قرار گرفت، فرد مشغول‌الذمه بايد از عهده آن برآيد و سقوط اين تعهد به اين است كه شخص عين آن مال را به شكل سالم به صاحبش برگرداند و اگر تلف بشود يا به هر جهتي برگرداندن عين ممكن نباشد، بايستي مثل يا قيمت آن به صاحب مال بدهد.

## دايره ضمان بر اساس حديث علي‌اليد:

براي اين‌كه ببينيم حديث يد از بين اقسام سه‌گانه يد كدام مورد را شامل مي‌شود، لازم است معناي كلمه اخذ بررسي شود. در خصوص معناي اخذ ۲ ديدگاه بيان شده است:

۱- برخي همچون ميرزاي نائيني معتقدند كه اخذ به معناي گرفتن با قهر و غلبه مي‌باشد[2] و در نتيجه اين حديث فقط مواردی را شامل می‌شود كه يد، عدوانی باشد و ضمان در ۲ حالت ديگر با اين حديث اثبات نمي‌شود. پس مواردي كه مال با اذن و رضايت صاحب مال تصرف مي‌شود تخصصاً از موضوع حديث خارج است، بنابراين حكم ضمان در مال مقبوض به عقد فاسد يا هر يد ضماني غير عدواني بر اساس اين حديث ثابت نمي‌شود و اثبات ضمان در اين موارد نيازمند دليل‌هاي ديگري مي‌باشد.

[1] البته حسب تحقيقات انجام شده، جمله فوق در كتب قدمای اماميه چندان مورد استناد قرار نگرفته و اگر گاه‌وبيگاه در بعضی از آثار ديده می‌شود، به انگيزه احتجاج عليه مخالفان بوده نه آن كه بر آن اعتماد شده باشد.

[2] وَ لَقَدْ أَخَذْناهُمْ بِالْعَذابِ فَمَا اسْتَكانُوا لِرَبِّهِمْ وَ ما يَتَضَرَّعُونَ ( مومنون ۷۶) و كَذَّبُوا بِآياتِنا كُلِّها فَأَخَذْناهُمْ أَخْذَ عَزيزٍ مُقْتَدِرٍ ( قمر ۴۲)

۲- طبق نظر ديگر -كه به نظر مي‌رسد قوي‌تر است- برخی معتقدند كلمه اخذ به معناي گرفتن محض است.[1] حال چه با اجبار باشد يا بدون اجبار. بر اين اساس حديث يد مي‌گويد: هر نوع استيلاي بر مال غير، موجب ضمان مي‌باشد. خواه به قهر و غلبه باشد و خواه اجبار نباشد. بله يد اماني از عموميت اين قاعده خارج مي‌شود و اين عموم تخصيص مي‌خورد. در نتيجه به كمك حديث يد ضمان در يد ضماني عدواني و يد ضماني غير عدواني ثابت مي‌شود و يد اماني تخصيص مي‌خورد.

اين دو نظريه علاوه بر اين‌كه از نظر فقهي نتايج متفاوتي دارند، از نظر قضايي نيز آثار متفاوتي دارند. بنابر نظريه نخست بارِ اثبات عدوانِ يعني گرفتن به زور بر عهده كسي خواهد بود كه ادعاي ضمان مي‌كند و مادامي كه عدوان ثابت نشود ضمان نيز ثابت نخواهد شد، در حالي‌كه بنابر نظريه دوم صرف اثبات تصرف در مال غير براي ضمان كافي است و كسي كه مي‌گويد ضمان وجود ندارد بايد اثبات كند. پس اگر بين شخص مالكي و شخص ديگري در مالي كه نزد وي تلف شده است نزاع به وجود آيد و مالك عين بگويد اين شخص ضامن مال وي مي‌باشد، اما شخص دوم مي‌گويد ضامن نيست چراكه مال را با اذن او گرفته است. طبق نظريه نخست، مالك مدعي است و بايد عنصر عدوان را اثبات نمايد و طبق نظر دوم مالك منكر است و شخص ديگر بايد عدم ضمان را اثبات نمايد.

## حکم ضمان منافع

فقهای امامیه منافع عین مغصوبه را به دو دسته تقسیم کرده‌اند: ۱- منافع مستوفات ۲- غیرمستوفات. مقصود از منافع مستوفات، منافعی که شخص پس از استیلای بر مال از آن بهره‌مند شده است.

مثل اینکه خودرویی را غصب کرده و مدتی سوار آن شده است و مقصود از منافع غیرمستوفات آن دسته از منافع هستند که امکان بهره‌برداری از آن وجود داشته اما شخص غاصب خود از آن منافع استفاده نکرده و مالک را نیز از آن منافع منع کرده است. نسبت به ضمان منافع مالک و ابوحنیفه که پیشوایان مذاهب مالکی و حنفی می‌باشند معتقدند.«شخص غاصب ضامن منافع نیست چرا که غاصب ضامن عین است. پس منافع مال مغصوب از آنجایی که عین مال بر عهده غاصب بوده مضمون نیست. ابوحنیفه  به حدیث «الخراج بالضمان» استناد کرده است. امام صادق علیه السلام طبقه صحیحة ابی ولاد حناط با این دیدگاه ابوحنیفه مخالفت می‌کند و چنین فتواهایی را مانع از نزول برکات الهی می‌دانند.[2] البته معنای حدیث و قاعده الخراج

---

[1] در آیه ۱۷۲ سوره اعراف خداوند می‌فرماید:وَ إِذْ أَخَذَ رَبُّكَ مِنْ بَني‏ آدَمَ مِنْ ظُهُورِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ وَ أَشْهَدَهُمْ عَلى‏ أَنْفُسِهِمْ أَ لَسْتُ بِرَبِّكُمْ قالُوا بَلى‏ شَهِدْنا. اخذ در اینجا قطعا بدون قهر و غلبه است.

[2] عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ أَبِي وَلَّادٍ الْحَنَّاطِ قَالَ اكْتَرَيْتُ بَغْلًا إِلَى قَصْرِ ابْنِ هُبَيْرَةَ ذَاهِباً وَ جَائِياً بِكَذَا وَ كَذَا وَ خَرَجْتُ فِي طَلَبِ غَرِيمٍ لِي فَلَمَّا صِرْتُ قُرْبَ قَنْطَرَةِ الْكُوفَةِ خُبِّرْتُ أَنَّ صَاحِبِي تَوَجَّهَ إِلَى النِّيلِ فَتَوَجَّهْتُ نَحْوَ النِّيلِ فَلَمَّا أَتَيْتُ النِّيلَ خُبِّرْتُ أَنَّ صَاحِبِي تَوَجَّهَ إِلَى بَغْدَادَ فَاتَّبَعْتُهُ وَ ظَفِرْتُ بِهِ وَ فَرَغْتُ مِمَّا بَيْنِي وَ بَيْنَهُ وَ رَجَعْنَا إِلَى الْكُوفَةِ وَ كَانَ ذَهَابِي وَ مَجِيئِي خَمْسَةَ عَشَرَ يَوْماً فَأَخْبَرْتُ صَاحِبَ الْبَغْلِ بِعُذْرِي وَ أَرَدْتُ أَنْ أَتَحَلَّلَ مِنْهُ مِمَّا صَنَعْتُ وَ أُرْضِيَهُ فَبَذَلْتُ لَهُ خَمْسَةَ عَشَرَ دِرْهَماً فَأَبَى أَنْ يَقْبَلَ فَتَرَاضَيْنَا بِأَبِي حَنِيفَةَ فَأَخْبَرْتُهُ بِالْقِصَّةِ وَ أَخْبَرَهُ الرَّجُلُ فَقَالَ لِي وَ مَا صَنَعْتَ بِالْبَغْلِ فَقُلْتُ قَدْ دَفَعْتُهُ إِلَيْهِ سَلِيماً قَالَ نَعَمْ بَعْدَ خَمْسَةَ عَشَرَ يَوْماً فَقَالَ مَا تُرِيدُ مِنَ الرَّجُلِ قَالَ أُرِيدُ كِرَى بَغْلِي فَقَدْ حَبَسَهُ عَلَيَّ خَمْسَةَ عَشَرَ يَوْماً فَقَالَ مَا أَرَى لَكَ حَقّاً لِأَنَّهُ اكْتَرَاهُ إِلَى قَصْرِ ابْنِ هُبَيْرَةَ فَخَالَفَ وَ رَكِبَهُ إِلَى النِّيلِ وَ إِلَى بَغْدَادَ فَضَمِنَ قِيمَةَ الْبَغْلِ وَ سَقَطَ الْكِرَى فَلَمَّا رَدَّ الْبَغْلَ سَلِيماً وَ قَبَضْتَهُ لَمْ يَلْزَمْهُ الْكِرَى قَالَ فَخَرَجْنَا مِنْ عِنْدِهِ وَ جَعَلَ صَاحِبُ الْبَغْلِ يَسْتَرْجِعُ فَرَحِمْتُهُ مِمَّا أَفْتَى بِهِ أَبُو حَنِيفَةَ فَأَعْطَيْتُهُ شَيْئاً وَ تَحَلَّلْتُ مِنْهُ فَحَجَجْتُ تِلْكَ السَّنَةَ فَأَخْبَرْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ع بِمَا أَفْتَى بِهِ أَبُو حَنِيفَةَ فَقَالَ فِي مِثْلِ هَذَا الْقَضَاءِ وَ شِبْهِهِ تَحْبِسُ السَّمَاءُ مَاءَهَا وَ تَمْنَعُ الْأَرْضُ بَرَكَتَهَا قَالَ فَقُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فَمَا تَرَى أَنْتَ قَالَ أَرَى لَهُ عَلَيْكَ مِثْلَ كِرَى بَغْلٍ ذَاهِباً مِنَ الْكُوفَةِ إِلَى النِّيلِ وَ مِثْلَ كِرَى بَغْلٍ رَاكِباً مِنَ النِّيلِ إِلَى بَغْدَادَ وَ مِثْلَ كِرَى بَغْلٍ مِنْ بَغْدَادَ إِلَى الْكُوفَةِ تُوَفِّيهِ إِيَّاهُ قَالَ فَقُلْتُ جُعِلْتُ فِدَاكَ إِنِّي قَدْ عَلَفْتُهُ بِدَرَاهِمَ فَلِي عَلَيْهِ عَلَفُهُ فَقَالَ لَا لِأَنَّكَ غَاصِبٌ  الكافي ج : ۵ ص : ۲۹۱

بالضمان، مالکیت منافع در ضمان معاوضه‌ای و قراردادی است نه ضمان ناشی از غصب و برخی از روایات خود اهل سنت این مطلب را به روشنی بیان می‌کند که به یکی از آنها در پاورقی اشاره شده است.[1]
اما فقهای امامیه نسبت به ضمان منافع مستوفات اتفاق نظر دارند و در غیرمستوفات نیز قول مشهور، حکم به ضمان است.
برای اثبات حکم ضمان می‌توان از ادله زیر استفاده کرد:
۱- براساس حدیث «علی الید ما اخذت» شخص غاصب نسبت به اموالی که برآن مسلط می‌شود ضامن می‌باشد. منافع نیز، مال محسوب می‌شوند. پس شخص غاصب بر منافع به شکل مستقیم و یا به تبع عین مسلط است و نسبت به آن ضامن می‌باشد.[2]
۲- در فرض استیفای منافع، غاصب متلف منافع است و در فرض عدم استیفاء غاصب مسبب تلف شدن منافع می‌باشد.
۳- براساس قاعده احترام مال مسلمان استیفای منافع بدون حکم به ضمان قابل قبول نمی‌باشد.
٤- در منافع غیرمستوفات، تقویت منافع صدق می‌کند به این معنا که غاصب منافع مال مغصوب را بر مالک تفویت کرده و مانع مالک از انتفاع از مال خود شده است و عنوان تفویت، خود می‌تواند عامل ضمان باشد.

## قاعده اتلاف و تفاوت آن با قاعده ضمان ید:

قبل از بیان این تفاوت مقداری درباره قاعده اتلاف توضیح داده می‌شود مفاد قاعده اتلاف این است که هر کس که مال شخص دیگری را از بین ببرد ضامن می‌باشد برای تحقق ضمان کافی است که تلف شدن مال منتسب به شخصی باشد تا او را ضامن بدانیم برای اثبات اعتبار قاعده اتلاف علاوه بر سیره قطعی و مسلم عقلاء، می‌توان از آیات و روایات نیز استفاده نمود آیه ۱۹۰ سوره بقره می‌گوید «فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ...» هر کس به حق شما تجاوز کرد پس بر او به مانند آنچه بر شما تعدی کرده است تجاوز کنید و این تعدی می‌توان به این باشد که مثل یا قیمت مال تلف شده را از وی بگیرد. در برخی از روایات نیز آمده احترام مال مسلمان مانند احترام خون او می‌باشد. عبارت "من اتلف مال الغیر هو له ضامن" نیز صراحتاً اعتبار قاعده اتلاف را بیان می‌کند اما این عبارت در مجامع معتبر حدیثی ذکر نشده است بلکه ظاهرا حکمی است که از مجموعه‌ای از روایات برداشت شده است (صید شده) از این رو به این جنس قواعد، قواعد اصطیادی می‌گویند.
اتلاف: اتلاف بر دو قسم است: اتلاف حقیقی و اتلاف حکمی. «اتلاف حقیقی» آن است که شخصی مال دیگری را به کلی از بین ببرد، مثلا لباس یا فرش او را بسوزاند یا خانه‌اش را خراب کند؛ ولی در «اتلاف حکمی» نفس مال از بین نمی‌رود، بلکه با بقای اصل مال، مالیت آن نابود می‌شود، مانند این که شخصی یخ و برف متعلق به دیگری را در فصل تابستان در مکانی مخفی کند و در زمستان آن را اظهار و به صاحبش برگرداند. در اینجا، هر چند مرتکب، عین یخ و برف را نابود نکرده (اتلاف حقیقی) ولی چون آن را از مالیت و ارزش انداخته، مرتکب اتلاف حکمی شده است.بعضی از فقها قاعده اتلاف را شامل

---

[1] حدثنا هِشَامُ بن عَمَّارٍ ثنا مُسْلِمُ بن خَالِدٍ الزَّنْجِيُّ ثنا هِشَامُ بن عُرْوَةَ عن أبيه عن عَائِشَةَ أَنَّ رَجُلًا اشْتَرَى عَبْدًا فَاسْتَغَلَّهُ ثُمَّ وَجَدَ بِهِ عَيْبًا فَرَدَّهُ فقال يا رَسُولَ اللهِ إنه قد اسْتَغَلَّ غُلَامِي فقال رسول اللهِ صلى الله عليه وسلم الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ "سنن ابن ماجه ج ۲ ص ۷٥٤"

[2] شیخ انصاری نظریه مشهور را مورد انتقاد قرار داده، شمول قاعده علی الید را بر منافع مخدوش می‌داند. ایشان نسبت به این که منافع از مصادیق مال است، تردید ندارند، اما در مورد شمول مفهوم و مفاد واژه «اخذت» می‌گوید: «حصول منفعت در ید متصرف از طریق قبض عین، موجب صدق «اخذ» نیست». به نظر ایشان آنچه اخذ شده عین است و منافع غیر مستوفات مأخوذ نشده است. شیخ انصاری برای ضمان منافع غیر مستوفات مستندات دیگری پیشنهاد می‌کند.

هر دو گونه اتلاف دانسته‌اند، اما به نظر بسیاری از فقیهان، اتلاف مال، شامل اتلاف حکمی نمی‌شود.هر چند بر اساس استدلالها و مبانی دیگری ضمان را در موارد اتلاف حکمی پذیرفته‌اند.
تفاوت قاعده اتلاف و قاعده ضمان ید در این است که در ضمان ید علاوه بر این که عنصر عمد و تقصیر دخالتی ندارد در موارد منجر به تلف احراز رابطه علیت مادی بین فعل متصرف و تلف نیز ضروری نیست لذا چنانچه متصرف این نکته را هم ثابت کند که تلف مال در اثر آفت آسمانی بوده (یعنی او هیچ نقشی نداشته و امری خدایی بوده است) از مسئولیت حقوقی او کم نمی‌شود اما در قاعده اتلاف لازم است که فعل مستقیماً به تلف کننده مستند گردد نه بعلت و دلیل دیگر پس به طور خلاصه در ضمان ید محور ضمان اصل استیلا و وضع ید بر مال دیگری است نه تلف مال اما در قاعده اتلاف محور ضمان از بین بردن مال دیگری است.
باتوضیحات داده شده مشخص گردید که در تحقق ضمان ید انتساب و استناد نقشی ندارد و همچنین عالم بودن یا جاهل بودن نیز تأثیری در این حکم ندارد بنابر این عالم و جاهل هر دو در مسئولیت مدنی مشترک هستند ولی در مسئولیت کیفری متفاوت‌اند.

## تفاوت قاعده اتلاف و قاعده تسبیب:

در اتلاف شخص به شکل مستقیم و با مباشرت باعث اتلاف مالي مي‌گردد، ولي در تسبيب عمل مسبِّب با واسطه سبب مي‌شود که مال غیر از بین برود. براي مثال اگر شخصي مال منقول ديگري را مباشرتاً آتش بزند يا حيوان متعلق به ديگري را بکشد متلف است، اما اگر در مسیر عمومي چاهي حفر کند و حیوان متعلق به دیگری در آن بیافتد و بمیرد مسبب است.
سبب هر چيزي است که از وجود آن وجود ديگري لازم نيايد، ولي از عدم آن عدم ديگري لازم بيايد. در تسبيب عمل شخص مستقيماً مال ديگري را از بين نمي‌برد بلکه رابطه بين عمل شخص و تلف مال به اين‌گونه است که اگر آن عمل واقع نشود تلف مال نيز اتفاق نمي‌افتد. احراز انتساب خسارت به فعل مسبب لازم است و به خاطر همين در صورت عدم تقصير در خصوص مورد تسبيب انتساب خسارت به مسبب احراز نمي‌گردد. از اين‌رو هر گاه حيوان متعلق به شخصي بر حيوان ديگري يا مال او هجوم آورد و خسارت وارد سازد صاحب حيوان ضامن نيست مگر اين‌که در حفظ آن تقصير و کوتاهي کرده باشد.

## مستند قاعده تسبب:

صاحب جواهر در مورد ضمان ناشی از تسبب می‌گوید در این خصوص بین فقها، اختلافی نیست، بدین ترتیب، اتفاق نظر و اجماع فقها یکی از مستندات این قاعده می‌باشد. و در کنار آن روایات نیز مورد اتکای فقهاء می‌باشند که برخی از آنها عبارتند از:

۱- صحیحه حلبی که می‌گوید: از حضرت صادق (ع) پرسیدم اگر کسی چیزی در راه دیگری قرار دهد، به طوری که مرکب آن شخص در برخورد با آن رم کند و صاحبش را به زمین بزند، حکم قضیه چیست؟ حضرت فرمود: «کل شیء یضرّ بطریق المسلمین فصاحبه ضامن لما یصیبه»؛ یعنی صاحب هر چیزی که در راه مسلمین [واقع شود و] به آن‌ها ضرر بزند، ضامن پیامدهای آن است.

۲- صحیحه زراره، زراره می‌گوید: به حضرت صادق (ع) عرض کردم حکم کسی که چاهی در غیر ملك خویش حفر کند و عابری در حین عبور در آن بیفتد، چیست؟ حضرت (ع) فرمود: «علیه ضمان لانّ کلّ من حفر بئرا فی غیر ملکه کان علیه ضمان» ؛ یعنی بر حفرکننده چاه ضمان است، زیرا هر کس چاهی در غیر ملك خود حفر کند، ضامن است.
۳- خبر سکّونی، او از حضرت صادق (ع) نقل می‌کند که فرمود: قال رسول الله (ص) «من اخرج میزابا او کنیفا او اوتد وتدا او اوثق دابّة او حفر شیئا فی طریق المسلمین فاصاب فعطب فهو له ضامن»؛ یعنی پیغمبر (ص) فرمود: هر کس ناودانی یا گودالی در میان راه مسلمین ایجاد کند یا میخ یا افسار مرکبش را بکوبد، یا چاهی در راه مسلمین حفر کند و کسی به آن‌ها اصابت کند و به زمین بیفتد، ضامن است.

## اجتماع سبب و مباشر

در هر صورتی که در تلف شدن مال هم مباشر باشد وجود داشته باشد و هم سبب، مباش، ضامن خواهد بود مگر اینکه سبب از مباشر قوی‌تر باشد. پس اگر مباشر، نه فریب خورده باشد و نه مجبور شده باشد ضامن خواهد بود، اما اگر مباشر مغرور وفریب خورده باشد مانند پرستاری که به دستور پزشک داروی کشنده‌ای را تزریق می‌کند، بنابر قاعده «المغرور یرجع الی من غرّه» یعنی فریب خورده رجوع می‌کند به کسی که او را فریب داده است. اگر خسارتی از پرستار ناشی شود به فریب دهنده (پزشک) مراجعه می‌کند و اگر شخص مباشر مکره باشد(مجبور شده باشد) در این صورت مباشر ضامن نخواهد بود و شخص مکره (احبارکننده) ضامن خواهد بود زیرا در این جا سبب از مباشر اقوی می‌باشد. به طور خلاصه معیار ضمان، انتساب عرفی عمل می‌باشد.

## اصل صحت:

قاعده صحت به عبارتی «اصالة الصحة» از قواعد بسیار مهم فقهی است که کاربرد فراوان دارد و مهمترین استفاده از آن در قراردادها می‌باشد، فقها اصل صحت را با ۲ معنا بیان کرده و پذیرفته‌اند:
**۱- صحت به معناي جواز تكليفي**: در این صورت مقصود از آن این است که اعمال دیگران را باید مشروع و حلال تلقي كرد و تا زماني‌که دليلي بر تحقق عمل حرام يافت نشود، بايستي عمل شخص مسلمان را حمل بر صحت نمود. پس اگر كسي در حال نوشيدن مايعي است كه ممكن است از مشروبات الكلي باشد يا غير آن، بايستي فعل او را حمل بر جايز كرد. علامه حلي مي‌گويد: اگر شخصي به نحوي وصيت كند كه هم مصداق حلال مي‌تواند داشته باشد و هم مصداق حرام، لفظ منصرف به مصداق حلال مي‌باشد. به خاطر اين‌كه اصل در تصرفات مسلمان صحت و جواز است، يا اگر شخصي در حيوان خريداري شده در روز دوم تصرفي انجام مي‌دهد كه مي‌تواند مصداق عمل حرام ( به اين شكل كه پيش خود معامله را فسخ كرده و در مال غير تصرف كرده) باشد و مي‌تواند مصداق عمل جايز باشد، در اين صورت بايد آن را حمل بر جواز كرد و گفت كه او از خيار حيوان استفاده كرده و معامله را فسخ كرده است.

**۲- اصل صحت به معناي وضعي:** صحت در اينجا در برابر فاسد قرار دارد. مقصود از صحت طبق نظر برخي تماميت (تمام بودن) اجزاء و شرايط مي‌باشد. از اين روي صحت فقط در امور مركب معنا پيدا مي‌كند و در امور بسيط صحت معنا نخواهد داشت. پس بهتر است گفته شود صحت يك چيز به اين معناست كه آن چيز حيثيت و جهتي كه مطلوب و مقصود از آن است را دارد. حال چه مي‌خواهد يك امر مركب باشد يا يك امر بسيط. به هر حال مقصود از اصل صحت در اين مورد، اين است كه اگر قرارداد يا ايقاع يا عبارتي واقع شود و احتمال بدهيم كه فاسد و باطل بوده‌اند، به اين احتمال اعتنا نمی‌شود و بنابر صحت گذارده مي‌شود. از همين جهت در م۲۲۳ق.م آمده است، هر معامله كه واقع شده باشد، محمول بر صحت است، مگر آن‌كه فساد آن معلوم شود. پس اگر بين بايع و خريدار اختلاف شود و بايع بگويد مبيع را به شكل نسيه و ۳ماهه فروخته است و مشتري بگويد زماني در عقد مشخص نشده است، در اين صورت گفته مشتري برخلاف اصل مي‌باشد، چراكه جَهالت به زمان در بيع نسيه عقد را باطل مي‌كند. پس اصل بر صحت اين عقد است، مگر اين‌كه مشتري بطلان را اثبات نمايد.

## دلايل اصل صحت به مفهوم وضعي آن:

**۱**- اجماع: بررسي فتاواي فقها نشان مي‌دهد كه تمام آنها قبول دارند كه در صورت اختلاف در صحت و يا بطلان عقد، جانب صحت مقدم است.

**۲**- ظاهر حال مسلمانان: شيخ طوسي در كتاب مبسوط مي‌گويد: عقد زماني كه واقع مي‌شود، ظاهر حالْ صحت آن مي‌باشد. بر اين اساس مسلمانان به علت پايبندي به مقررات اسلامي مرتكب عمل خِلاف شرع نمي‌شوند و اين ظاهر حال، دليلي است بر اين كه عقد به شكل صحيح واقع شده است، والا تصرف آنها در اموال يكديگر تصرف باطلي خواهد بود.

۳- بنا و روش عقلاء: مهمترين دليل اعتبار اصل صحت سيره عقلاء مي‌باشد. روش عقلاء در همه جوامع بر اين است كه اعمال ديگران را حمل بر صحت مي‌كنند، مگر اين‌كه خلاف آن ثابت شود. اين روش در ميان مسلمانان نيز وجود داشته و شارع مقدس آن را تأييد كرده است و از طرفي عدم اجراي اصل صحت موجب هرج و مرج و اختلاف در نظم جامعه مي‌شود، پس اصل صحت همانند قاعده يد است كه نپذيرفتن آنها موجب اختلال نظم عمومي مي‌شود. پس اصل صحت براي حيات اجتماعي و اقتصادي مردم منطق عُقلايي دارد.

## دايره و محدوده اجراي اصل صحت:

شك در صحت معامله مي‌تواند ناشي از شك در اهليت متعاقدين (قابليت فاعل) باشد و مي‌تواند ناشي از شك در قابليت مورد باشد و مي‌تواند ناشي از شك در وجود مانع يا عدم تحقق شرط باشد و به تعبير برخي شك در صحت مي‌تواند ناشي از شك در تحقق اركان عرفي و شرعي عقد باشد و مي‌تواند ناشي از شرط و مانع باشد. شيخ انصاري معتقد است: براي جلوگيري از اختلاف در نظم جامعه در تمام اين موارد به اصل صحت رجوع مي‌شود، اما عده‌اي از فقها معتقدند قدر متقين (قدر يقين) از سيره عقلاء فقط صورت شك در وجود مانع يا عدم تحقق شرط است. محقق كَرَكي در جامع‌المقاصد مي‌گويد: اصل در قراردادها صحت است اما بعد از اين‌كه اركان آن كامل باشد، چراكه بدون كامل بودن اركان، عقد وجود نخواهد داشت تا بخواهيم به اصل صحت مراجعه نماييم. بر اين اساس اِحراز اركان عرفي و شرعي براي استناد به اصل صحت لازم است. برخي نيز معتقدند اِحراز اركان عرفي كافي مي‌باشد و شايد م۲۲۳ق.م نيز اشاره به همين نظريه داشته باشد.

# مادسیج

شبکه آموزشی-پژوهشی ایران