

تولد فقهی جدید در پرتو وسعت قاعده لا ضرر (کاوشی در نظریات شیخ انصاری و امام خمینی^(س))

سید محمد موسوی بجنوردی^۱

اشرف نایب زاده^۲

چکیده: یکی از قواعد فقهی فراگیر که در بسیاری از مسائل سیاسی و اجتماعی بدان استناد می‌شود، قاعده لا ضرر است. به‌رغم اتفاق نظر فقهای شیعه و سنی در کلیت و مبنای قاعده لا ضرر، فقها در برداشت از احادیثی که در این باب وارد شده، اختلاف نظر دارند. مبنای این پژوهش بررسی و مذاقه در نظرات شیخ انصاری، بنیان‌گذار مکتب نفی و امام خمینی، بنیان‌گذار مکتب نهی، است. در این تحقیق پس از تبیین و تحلیل این دو نظریه، به نتایج حاصل از هر نظریه و کاربرد آن‌ها در احکام شرع پرداخته شده است. از نظر شیخ انصاری و بیشتر فقیهان حکمی که از عمل به آن ضرری بر بندگان وارد آید در اسلام وضع نشده است. امام خمینی از فقیهان معاصر از زوایای گوناگون به این قاعده پرداخته و دیدگاه نو و تازه‌ای ارائه نموده است. در صورتی که دیدگاه ایشان را بپذیریم، قاعده لا ضرر دیگر به‌عنوان یک قاعده فقهی مطرح نیست؛ بلکه حکم حکومتی و سیاسی است.

کلیدواژه‌ها: ضرر، ضرار، قاعده لا ضرر، مکتب نهی، مکتب نفی.

۱. استاد پژوهش‌کنده امام خمینی و انقلاب اسلامی، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)

E-mail: mosavi@ri-khomeini.com

۲. دانشجوی دکتری گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی واحد علوم تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

E-mail: nayebzadeh57@gmail.com

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۹/۱۳ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۱۲/۳

پژوهشنامه متین/سال بیست و دوم/شماره هشتاد و نه/زمستان ۱۳۹۹/صص ۲۳-۱

۱. مقدمه

قاعده لا ضرر یکی از قواعد کلی است که بسیاری از فقهای اسلام آن را اساس تشکیل فقه دانسته‌اند؛ لذا بررسی و مطالعه این قاعده و بهره‌مندی از نظرات فقهای گران‌قدر در ابعاد مختلف آن ضروری به نظر می‌رسد. لفظ این قاعده از نص حدیث مشهور نبوی «لا ضرر و لا ضرار» گرفته شده است که بسیاری از محدثان شیعه و سنی آن را نقل نموده‌اند؛ تا جایی که در مورد آن ادعای تواتر شده است. البته این در حالی است که ادله دیگری هم برای این قاعده به‌ویژه از قرآن کریم ارائه شده است. این قاعده مهم‌ترین مستند برای جلوگیری از اعمال ضرری است و از هر ضرر زدن مادی و معنوی به آبرو، مال و جان مؤمنان منع می‌کند. این قاعده در بسیاری از ابواب فقهی معاملات، عبادات و سیاسیات کاربرد دارد و بسیاری از مسائل فرعی فقهی مبتنی بر این قاعده است. فقها برداشت‌های مختلفی از آن دارند که تعداد نظرات اخیراً به هفت نظر رسیده و ممکن است نظرهای تازه نیز ارائه شود. دو مکتب اصلی در برداشت از این حدیث وجود دارد: مکتب نفی و مکتب نهی که هرکدام از آن‌ها مکاتب فرعی متعددی دارند. پرچم‌دار مکتب نفی شیخ انصاری و امام خمینی از پرچم‌داران مکتب نهی است. این مقاله به‌منظور مقایسه نظرات این دو بزرگوار است. صرف‌نظر از این که دلیل و مبنای قاعده لا ضرر چه باشد و جدا از مبنای نظری این قاعده با فرض قبول صحت و حجیت آن، پرسش‌های مهمی که پیش می‌آید عبارت است از:

پرسش‌های تحقیق:

۱. قلمروی کاربرد قاعده لا ضرر چیست؟
 ۲. آیا در صورت تعارض با ادله دیگر، بر آن‌ها حاکم است؟ یا حکمی فرعی است که در عرض ادله دیگر قرار گرفته، گاهی با آن‌ها دچار تعارض یا تداخل می‌گردد و محکوم ادله تراجیح قرار می‌گیرد؟
- و سؤالات دیگر که در مقایسه نظرات این دو مکتب بیشتر روشن خواهد شد.

پیشینه تحقیق:

شاید اولین فقیه شیعی که «لا ضرر» را به‌صورت یک قاعده فقهی مطرح و بعضی از موارد

تطبیق آن را در ابواب مختلف نیز بیان کرده، شهید اول (۷۸۶ - ۷۳۴ ق) در کتاب القواعد و الفوائد است (بی تاج ۱:۱۱۴). به دنبال ایشان بحث‌های زیادی از این قاعده در میان فقیهان پدید آمد. این قاعده در کتب اصول نیز در ذیل اصل برائت و اشتغال مورد بحث واقع شده است. اولین کسی که در علم اصول متعرض این قاعده شد و همچنین به روایات مستند آن پرداخت، فاضل تونی (۱۰۷۹ ق) در کتاب وافیه (۱۹:۱۴۱۲) بود. پس از آن میرزای قمی (۱۲۰۵ ق) در کتاب قوانین الأصول (۱۳۷۸ ج ۲: ۴) به تفصیل بحث می‌کند. ایشان بعد از نقد نظریه فاضل تونی، از میان سه احتمال در معنای حدیث، یکی را برمی‌گزیند و سپس به رد اشکالات می‌پردازد. بعد از میرزای قمی، ملا احمد نراقی (۱۱۸۵-۲۴۵ ق) در عوائد الأیام (۱۴۱۷: ۴۳) و میر عبدالفتاح مراغه‌ای (۱۲۵۰ ق) در العناوین (۱: ۳۱۰) به طرح بحث می‌پردازند. فقیه و اصولی برجسته شیخ انصاری (۱۲۸۱-۱۲۱۴ ق) در دو جا این قاعده را مورد تحقیق و بررسی قرار داده است؛ یکی ضمن فرائد الأصول (۱۴۱۶ ج ۲: ۵۳۳) و دیگر رساله مستقلی در کتاب مکاسب.

امام خمینی، از فقیهان معاصر، علاوه بر تقریرات کتاب تهذیب الاصول جلد ۳ که جعفر سبحانی آن را نگاشته است، رساله‌ای به نام بدائع الدرر فی قاعده نفی ضرر^۱ تألیف کرده است که در آن به طور مفصل به روایات وارده از شیعه و سنی در این باب می‌پردازد. ایشان با تحقیق در مفهوم لغوی و اصطلاحی ضرر و ضرار و با استمداد از آیات قرآن در این زمینه به بررسی مفاد جمله و رد نظرات دیگران می‌پردازد و سپس دیدگاه جدیدی ارائه می‌کند که به آن خواهیم پرداخت.

فایده بحث

بر اساس مدعای مشهور لا ضرر و لا ضرار از احکام ثانویه و مفاد آن، نفی هر حکم شرعی است که موجب ضرر شود. این قاعده چنانچه شیخ انصاری نیز گفته است حاکم بر احکام اولیه می‌شود و بسیاری از احکام شرعیه اولیه در صورت ضرر برداشته می‌شوند؛ از جمله: وجوب وضو، وجوب روزه، حرمت نگاه پزشک مرد به زن نامحرم هنگام زایمان، حرمت

۱. این رساله متن تصحیح و تحقیق شده نوشته‌ای است که به قلم خود ایشان در کتاب الرسائل منتشر شده است.

غش، احتکار، وجوب شهادت و بسیاری از احکام دیگر. بر مبنای نفی ضرر غیر متدارک که فاضل تونی گفته است، لا ضرر اثبات ضمان می کند و یکی از اسباب ضمان، ضرر و ضرار است؛ اما بر اساس دیدگاه امام لا ضرر و لا ضرار تنها بر قاعده سلطنت حاکم است و دایره سلطنت مالک را محدود می کند و هیچ گونه ارتباطی با سایر احکام اولیه مانند وجوب وضو و روزه... ندارد؛ بنابراین در این گونه احکام نمی توان به این قاعده استناد جست؛ بلکه برای اثبات آن ها ادله دیگری نیاز است و در صورتی که مفاد آن نهی الهی باشد «لا ضرر و لا ضرار»، صرفاً یک حکم شرعی الهی از احکام اولیه و به معنای حرمت زیان رساندن به دیگران است. پس اگر در موردی یک حکم شرعی سبب ضرر شود، با اطلاق آن حکم تعارض می کند؛ مثلاً اگر وجوب وضو باعث ضرر شود با این حکم الهی که می گوید ضرر زدن به دیگران حرام است، معارضه می کند و در باب تعارض داخل می شود.

مستندات قاعده:

برای اثبات قاعده لا ضرر علاوه بر قرآن (بقره: ۲۳۳، ۳۲۱؛ نساء: ۱۲؛ بقره: ۲۸۲) و روایاتی که در این باب وارد شده است (کلینی ۱۳۶۹ ج ۵: ۲۹۲ ح ۲؛ حر عاملی ۱۴۱۴ ج ۱۷: ۳۴۰)، دلایل عقلی محکم نیز موجود است. فقها و علمای اصول برای اثبات قاعده لا ضرر به قرآن، سنت، اجماع و عقل استناد کرده اند.

۲. مفاهیم تحقیق

۲-۱. مفهوم ضرر

۲-۱-۱. مفهوم لغوی ضرر

اهل لغت برای لفظ ضرر معانی متعددی ذکر کرده اند. ضرر به معنای سوء حال، کاستی در چیزی و به معنای ضیق و تنگی است (فیروزآبادی بی تا ج ۲: ۷۷).

ضرر به فعل ناپسند و گاهی هم نقص اعیان نیز ترجمه می شود (فیومی ۱۴۱۴ ج ۲: ۴۲۵). ابن اثیر در شرح حدیث، ضرر را به نقص معنا می کند (ابن اثیر ۱۳۶۷ ج ۳: ۸۱).

۲-۱-۲. مفهوم ضرر در بیان فقها

اختلاف نظر موجود بین اهل لغت به فقه نیز سرایت کرده و موجب اختلاف آرای فقهی شده است. برخی ضرر را نقصان در مال یا آبرو یا جان فرد دیگر ترجمه کرده و در نهایت گفته‌اند که در مورد فقدان احترام یا آبرو، کلمه ضرر کمتر استعمال می‌شود (نائینی ۱۳۷۳ ج ۲: ۹۸). شیخ انصاری^۱ می‌گوید: مهم روشن کردن معنای ضرر است. معنای ضرر در عرف روشن است و نیازی به تعریف ندارد (انصاری ۱۴۱۶ ج ۲: ۵۳۴).

امام خمینی چنین می‌گوید: معنای ضرر نزد عرف شناخته شده است و شاید معنای عرفی آن کاستی در دارایی‌ها باشد؛ چنانکه نفع که در مقابل آن است به همین معناست. مثلاً گفته می‌شود: فلان معامله به او ضرر زد یا با این معامله به دیگری ضرر وارد ساخت یا معامله ضرری است (امام خمینی ۱۴۱۴: ۶۱).

۲-۲. مفهوم ضرار

۲-۲-۱. مفهوم لغوی ضرار

ابن اثیر می‌گوید: ضرار مجازات بر ضرر است. ضرر فعل واحد و ضرار فعل دو نفر است (ابن اثیر ۱۳۶۷ ج ۳: ۶۹). ضرر ابتدایی است و ضرار جزای آن است و گفته شده است که ضرر جایی است که در مقابل ضرر، منفعتی نصیب مضر می‌گردد. ولی ضرار در جایی است که در مقابل ضرر، مضر نفعی نمی‌برد؛ یعنی به فردی ضرر می‌زند بدون اینکه چیزی عایدش گردد (ابن منظور ۱۴۱۴ ج ۸: ۴۴).

۲-۲-۲. مفهوم ضرار در بیان فقها

کلمه «ضرار» نیز دارای معانی مختلفی است. ضرار بر وزن فعال، مصدر باب مفاعله است.

۱. شیخ انصاری از قاموس چنین نقل کرده است که ضرر به معنای سوء الحال و ضرار به معنای ضیق است... ولی در قاموس ضرر را به معنای سوء الحال و نقصان و ضیق معنا کرده است نه ضرار را و به نظر می‌آید شیخ نسخه دیگری داشته یا در نقل اشتباه شده است و این مطلب را فیروزآبادی در عنایة الأصول نیز نوشته است. «ثم حکى (شیخ انصاری) عن القاموس أن الضرار الضیق و لکتی راجعت القاموس فوجدت فيه أن الضرر الضیق لا الضرار و لعل النسخ مختلفة، أو الشيخ قد اشبهه فی النقل» (حسینی فیروز آبادی ۱۴۱۰ ج ۴: ۳۰۵).

در معنای «ضرار» چندین احتمال داده شده است. معنای اول، ضرر رساندن متقابل دو نفر به یکدیگر است برخلاف ضرر. معنای دوم، مجازات بر ضرری است که از جانب دیگری به انسان می‌رسد. قول سوم این است که ضرار در موردی است که با ضرر رسانیدن به دیگری نفعی عاید شخص نشود؛ برخلاف ضرر که شخص با ضرر رساندن به دیگری خودش منتفع می‌شود. بنا بر قول چهارم، ضرر و ضرار به یک معنی هستند (ابن اثیر ۱۳۶۷ ج ۳: ۸۱). صاحب قاموس قول پنجمی برای ضرر آورده و آن را معادل ضیق گرفته است. در معنای ششم، ضرار به معنای اضرار عمدی و ضرر مشتمل بر اضرار عمدی و غیرعمدی است و چنانچه در مقابل هم قرار گیرند، ضرر زیان زدن غیرارادی و ضرار، زیان زدن ارادی است. مکارم شیرازی در کتاب القواعدالفقهیه خود همین قول را تقویت کرده است (۱۳۷۹ ج ۱: ۵۶).

۲-۲-۳. تفاوت ضرر و ضرار در آرای فقیهان

اصولپون و فقها در معنای حقیقی لفظ ضرر و تفاوت آن با ضرار دیدگاه‌های متفاوتی دارند: شیخ انصاری می‌گوید: این که ضرر و ضرار به یک معنا هستند یا نه چندان بحث مهمی نیست (انصاری ۱۳۷۴ ج ۳: ۳۰۳). میرزای نائینی در فرق بین «ضرر» و «ضرار» می‌نویسد: اگر از حکم یا کاری که بدون قصد انجام گرفته زیان برخیزد، به آن «ضرر» گفته می‌شود؛ ولی اگر با قصد و عمد باشد، در آن صورت «ضرار» است (نائینی ۱۳۷۳ ج ۲: ۱۹۹). آخوند خراسانی درباره فرق بین «ضرر» و «ضرار» می‌گوید که میان واژه ضرر و ضرار، هیچ‌گونه تفاوتی وجود ندارد؛ بنابراین در قاعده لا ضرر و لا ضرار، کلمه ضرار جنبه تأکیدی دارد. امام خمینی در معنای ضرر و ضرار و تفاوت میان آن دو بحث گسترده‌ای مطرح کرده و یک فصل از رساله خود را در این مقوله قرار داده است و می‌گوید: کاربرد ضرر و ضرار و مضار در حدیث سمره به این معنا نیست که این ماده به معنای هتک و نقصان در عرض و آبرو به کار می‌رود، آن‌چنان که در میان بعضی شایع است؛ زیرا چنین کاربردی در هیچ‌یک از عرف و لغت شناخته شده نیست؛ بلکه استعمال آن در داستان سمره به معنای ضیق و شدت و سختی و ناراحتی رساندن به دیگری است. پیامبر به سمره فرمود: «ای سمره! تو دیگران را در تنگنا و سختی قرار می‌دهی و قصدی جز این نداری و معنای مضار این نیست که تو با داخل

شدن به منزل انصاری و نگاه به اهل و عیال او هتک حرمتش کرده‌ای». سپس می‌گوید: ضرر و ضرار در هیچ‌یک از لغت و قرآن و حدیث، در هتک حرمت به کار نرفته است؛ پس از جست‌وجو، در هیچ موردی نیافتم که ضرر و ضرار و سایر برگرفته‌های آن در معنای مفاعله یا مجازات بر ضرر به کاررفته باشد و بسیاری از متبحرین اهل علم لغت تصریح کرده‌اند به اینکه ضرار به معنای ضرر است و باب ضرار در شش مورد از آیات قرآن آمده که در همه آن‌ها به معنای اضرار است (امام خمینی ۱۴۱۴: ۶۳-۶۲). پس از ذکر آیات می‌گوید: در احادیث نیز برای ضرار معنایی غیر از معنای اضرار نیافتم و احادیثی بر اثبات ادعای خود می‌آورد (امام خمینی ۱۴۱۴: ۶۴). ایشان در ادامه فرق بین ضرر و ضرار را فقط در استعمال و کاربرد آن‌ها می‌داند و می‌گوید غالب کاربردهای ضرر و اضرار و مشتقات آن‌ها در ضرر مالی و نفسی است؛ برخلاف ضرار و مشتقات آن که کاربرد آن به معنی در تنگنا قرار دادن شخص و سختی و ناراحتی رساندن به او، شایع و رایج است و غالب کاربردهای ضرار و مشتقاتش در قرآن نیز به همین معناست به جز یک مورد، در آیه وصیت (طلاق: ۶) که به معنای اضرار مالی است به ورثه (امام خمینی ۱۴۱۴: ۶۹-۶۵).

خلاصه کلام امام خمینی این است که: معنای ضرر در حدیث نقص در اموال و نفس است و معنای ضرار در تنگنا قرار دادن و به مشقت انداختن است. قضیه سمره بن جندب از باب ضرار بر مرد انصاری بود؛ زیرا بدون اجازه وارد خانه او می‌شد و با نگاه به اهل خانه اسباب ناراحتی و مشقت او و خانواده‌اش را فراهم می‌کرد. امام خمینی برای اثبات این ادعا که ضرار به معنای اضرار است و غالباً در معنای تضییق و در تنگنا و فشار قرار دادن به کار می‌رود، نه به معنای ضرر مالی و جانی و نه به معنای اصرار بر ضرر یا مجازات بر ضرر و غیر آن، به آیات قرآن در این باب اشاره می‌کند و می‌گوید: در ۶ مورد از قرآن^۱ باب ضرار آمده است و در همه آن‌ها به معنای اضرار است و نیز در غالب آن‌ها در معنای تضییق و ایجاد مشقت و تنگنایی برای غیر، به کاررفته است. این آیات عبارتند از:

۱. در قرآن کریم ۱۶ مورد ضرر در مقابل نفع به کاررفته که ۹ مورد به صیغه مصدر و ۷ مورد به صیغه مضارع و کلمه ضرر فقط در یک آیه به کاررفته که مقصود از آن اسم مصدر است و همچنین کلمه ضرار در قالب مصدر با اسم فاعل یا فعل مضارع در شش مورد از قرآن آمده است.

۱. سوره بقره آیه ۲۳۳: در تفسیر این آیه اختلاف شده امام خمینی می گوید: بنا بر دو تفسیر ضرار به معنای تضییق و در فشار و تنگی قرارداد است (عیاشی ۱۳۸۰ ج ۱: ۱۲۰؛ مقدس اردبیلی ۱۳۷۵: ۷۰۴؛ طباطبایی ۱۳۹۳ ج ۲: ۲۴۰).
 ۲. سوره بقره آیه ۲۸۲: این آیه در مورد رجعت در طلاق است و ضراراً به معنای اضراراً بیان شده است.
 ۳. سوره بقره آیه ۲۸۲ (وَلَا يُضَارُّ كَاتِبٌ وَلَا شَّهِيدٌ): دو احتمال در این آیه است که احتمال اول ظاهرتر است؛ یعنی کاتب فاعل یضار باشد، یعنی کاتب و نویسنده نباید ضرر برساند (طبرسی ۱۳۷۹ ج ۱: ۳۹۵).
 ۴. سوره طلاق آیه ۶: امام می گوید ضرار در این آیه به معنایی که ما گفتیم (تضییق) رجوع می کند (امام خمینی ۱۴۱۴: ۶۹).
 ۵. سوره توبه آیه ۱۰۷: داستان مسجد ضرار که امام خمینی نظرشان این است که از داستان مشخص می شود که ضرار در اینجا به معنای تضییق و مشقت بر مؤمنین است (امام خمینی ۱۴۱۴: ۶۳؛ رشید پور ۱۳۸۳: ۶۱).
 ۶. سوره نساء آیه ۱۲: طبق روایات وصیت بیش از ثلث، اضرار به ورثه است و نفوذ آن مشروط به رضایت آنهاست و یا این که برای محروم ساختن ورثه و زیان رساندن به آنها، اعتراف به دیون و بدهی کند و حال آنکه واقعاً بدهکار نباشد (جمعی از نویسندگان ۱۳۷۹ ج ۳: ۳۳۲). در این آیه به اعتراف خود امام، لا ضرار به معنای نقص مالی نیست (امام خمینی ۱۴۱۴: ۶۸-۶۷).
- هدف امام با استفاده از این آیات این بوده است که ثابت کند معنای ضرار به معنای مشهور باب مفاعله (معنای بین الاثنین با مجازات بر ضرر) نیست؛ بلکه به معنای اضرار است و این با ملاحظه آیات مطلب درستی است. امام مانند مشهور فقها ضرر را به معنای نقص می دانند، ولی در گستره آن با هم اختلاف نظر دارند. اکثر فقها نقص را شامل نقص مالی، جانی، حیثیتی، عرضی و نقص در همه حقوق عقلایی و شرعی می دانند؛ اما ایشان ضرر را فقط به نفع مالی و جانی معنا کرده و از سایر حقوق عقلانی و شرعی سخنی به میان نیاورده است. در رابطه با عرض و آبرو می گوید: در هیچ یک از لغت، عرف، احادیث و قرآن ضرر به معنای هتک حرمت و نقص در عرض به کار نرفته است. ایشان در اصل معنا

بین ضرر و ضرار تفاوتی نمی‌بیند و از ظاهر کلامشان چنین برمی‌آید که ضرر و ضرار در معنای ماده باهم مشترکند و ضرار همیشه به معنای اضرار، یعنی معنی باب افعال (تعدی)، است و تنها تفاوت آن‌ها در نحوه کاربرد و استعمال آن‌هاست؛ یعنی وقتی ماده ضرر در هیئت اضرار به کار می‌رود، به معنای وارد کردن نقص و کاستی است؛ ولی وقتی در ضرار به کار می‌رود، غالباً به معنای در تنگنا قرار دادن و ایجاد مشقت و سختی است. به آیات قرآن نیز استشهاد می‌کند و می‌گوید که در شش مورد از قرآن باب ضرار آمده است که در همه آن‌ها ضرر به معنی اضرار است و در غالب آن‌ها در معنای تضییق به کاررفته به معنای نقص (امام خمینی ۱۴۱۴: ۶۳).

۲-۳. مفهوم قاعده لا ضرر

در مورد مفهوم قاعده لا ضرر نظریات متعدد و مختلفی بیان شده است. ملا آقای دربندی، از علمای قرن سیزدهم هجری و صاحب کتاب خزائن در اصول، اقوال رسیده در این باب را نه قول دانسته که البته بسیاری از این نه قول از متفرعات یکدیگر هستند؛ ولی بیشتر فقهای محقق، مهم‌ترین نظریات رسیده در این باب را چهار قول به شرح ذیل دانسته‌اند:

۱. دیدگاه شیخ انصاری؛ نفی حکم ضرر

۲. دیدگاه فاضل تونی؛ نفی ضرر غیرمتدارک

۳. دیدگاه شیخ الشریعه اصفهانی؛ نهی تکلیفی

۴. دیدگاه امام خمینی؛ نهی سلطانی و حکومتی

از آنجایی که این تحقیق مقایسه‌ای در نظرات شیخ اعظم انصاری و امام خمینی است، به نقل و بسط نظرات این دو فقیه پرداخته و جهت عدم اطاله کلام از بسط و توضیح دو نظر دیگر خودداری می‌کنیم:

۱-۲-۳. دیدگاه شیخ انصاری نفی حکم ضرر

طبق این نظر در اسلام حکمی که از آن ضرری ناشی شود وجود ندارد؛ خواه حکم تکلیفی باشد یا حکم وضعی. شیخ مرتضی انصاری در فرائد الاصول (۱۴۱۶ ج ۲: ۵۳۴) و بجنوردی در قواعد فقهیه (۱۳۸۹ ج ۱: ۱۸۲) و خویی در مصباح الاصول (۱۴۱۷ ج ۲: ۵۲۷) این نظر را ترجیح داده‌اند.

شیخ انصاری می‌گوید: معنای ظاهری جمله بعد از آن که نتوانستیم معنای حقیقی جمله را قصد کنیم، این است که شارع حکمی را که سبب ضرر بر شخص شود جعل نکرده است (انصاری ۱۴۱۶ ج ۲: ۵۳۴). ایشان در توجیه این نظریه گفته است: منظور از این حدیث، نفی آن حکم شرعی است که از آن بر بندگان ضرری وارد آید؛ به این معنی که در اسلام حکم ضرری جعل نشده است. به عبارت دیگر، حکمی که از عمل به آن ضرری بر بندگان وارد آید در اسلام وضع نگردیده است. مثلاً حکم شرعی به لزوم بیع غبنی ضرر بر مغبون است؛ پس در شرع اسلام نفی گردیده است. به همین شکل، وجوب وضو در شرایطی که استعمال آب برای وضو گیرنده ضرر داشته باشد، حکم ضرری است که در اسلام نیست، همین طور مباح بودن اضرار به غیر نیز حکم ضرری است که در شرع نفی گردیده است (انصاری ۱۴۱۶ ج ۲: ۵۳۴) یا این که مراجعه به حکام جور برای حل و فصل دعاوی حرام است؛ اما چنانچه گرفتن حق منوط بدان باشد، طبق این حدیث حرمت آن برداشته می‌شود و چنانچه شخصی بر دیگری ضرر جانی یا مالی وارد کند، برائت ذمه ضرر زننده نسبت به جبران ضرر بر مبنای قاعده برداشته می‌شود؛ زیرا همان طوری که تشریح کلی که منجر به ضرر شود طبق قاعده مرفوع است، تشریح آنچه موجب بقای ضرر ایجاد شده شود نیز مرفوع است؛ بنابراین حکم مشروع در مثال بالا باید به گونه‌ای باشد که ضرر حادث جبران شود (انصاری ۱۴۱۶ ج ۲: ۵۳۵).

طبق این نظر «لا» در معنای حقیقی خود استعمال شده است؛ ولی حکم در تقدیر گرفته شده است و از این حیث مرتکب مجاز شده است. مقصود ایشان این است که چون حکم ضرری در اسلام وجود ندارد، پس اصولاً در اسلام ضرر موجود نیست؛ چون اگر حکم ضرری وجود داشته باشد، این حکم سبب برای ضرر است و ضرر در اینجا مسبب است و حال که حکم (سبب) نیست، پس مسبب (ضرر) تحقق پیدا نمی‌کند (محقق داماد ۱۴۰۶ ج ۱: ۱۴۳).

در این نظریه، ضرر چه از ناحیه افراد باشد و چه از جانب احکام و در احکام نیز چه ناشی از حکم تکلیفی یا وضعی باشد، مرفوع است. از طرفی این قاعده نه تنها می‌تواند رافع احکامی که موجب ضرر است باشد، بلکه می‌تواند مثبت احکامی که عدم آن موجب ضرر است نیز باشد.

شیخ انصاری در توجیه نظریه فاضل تونی در نفی ضرر غیر متدارک می گوید: اگر ضرری تدارک شد، از دید عرف گویا هیچ ضرری واقع نشده است. برای مثال، اگر کسی جاهل به غبن باشد و مال خود را کمتر از قیمت واقعی اش بفروشد، بر او ضرر واقع شده و خیار فسخ برای جبران زیان او قرار داده شده است (انصاری ۱۳۷۴: ۳۰۳).

بنابراین به نظر شیخ انصاری، قاعده لا ضرر بر همه احکام اولیه، مانند لزوم عقود، سلطنت مردم بر اموال خود، وجوب وضو برای نماز، حرام بودن رجوع به حکام جور و غیره، که در کلیت خود ممکن است برای کسی موجب ضرر باشد، حکومت دارد و احکام اولیه را به صورت غیر ضرری محدود می کند. به علاوه چون لا ضرر مانند لا حرج و لا اکراه یک قاعده امتنانی است و در مقام امتنان وارد شده است، لذا بر احکام دیگر حکومت دارد. شیخ در رساله لا ضرر می گوید: در حکومت لا ضرر بر ادله اولیه احکام باید به اندازه حکومت اکتفا کنیم؛ یعنی لا ضرر به مقداری بر ادله احکام حاکم است که از امتنان بودن خارج نشود. فی المثل، اگر کسی نمی داند که وضو یا غسل برای او ضرر دارد، وضو گرفت یا غسلی کرد، لا ضرر این وضو یا غسل او را باطل نمی کند؛ چون این خلاف امتنان است. به علاوه این ضرر از ندانستن او ناشی شده و ضرر مستند به حکم شرع نیست تا با لا ضرر نفی شود.

به نظر شیخ، قاعده لا ضرر مدرکش از لحاظ سند و دلالت، کم و کسری ندارد، جز اینکه بر این قاعده اشکال تخصیص اکثر وارد است؛ چون ضررهای زیادی که در احکام شرع از قبیل روزه، زکات، خمس، حج، جهاد، حدود، قصاص و ضمانات که همگی ضرری هستند از قاعده لا ضرر استثنا شده اند به مراتب بیشتر از آن است که تحت لا ضرر باقیمانده است و این تخصیص اکثر و قبیح است. شیخ از ایراد تخصیص اکثر جواب می دهد که اولاً زیاد بودن تخصیص را قبول نداریم؛ ثانیاً تخصیص اکثر در صورتی قبیح است که با عنوان متعدد باشد. ولی در دین، آنها که از لا ضرر خارجند با یک عنوان خارج شدند. معنی لا ضرر این است که ضرر نیست؛ مگر آنجا که خود شرع گفته است؛ روزه، خمس، زکات و جهاد و حج و غیره را چون خود شرع گفته آنها با لا ضرر نفی نمی شود و تخصیصاً از لا ضرر خارج است و شاهد بر این گفته این است که سیره فقها این است که با لا ضرر در مقابل احکام اولیه مانند لزوم بیع و وجوب غسل و وضو وقتی

ضرری است، استدلال می‌کنند؛ ولی آنجا که دلیل قوی مانند ادله روزه، زکات، خمس و جهاد آن‌ها را واجب می‌کند، از لا ضرر دست برمی‌دارند. همان‌طور که سایر قواعد مانند «المؤمنون عند شروطهم» و «اوفوا بالعقود» نیز مبتلا به کثرت تخصیص هستند؛ جز اینکه آنچه خارج از این قواعد است، چون با یک عنوان خارج شده‌اند، ایرادی بر این قواعد وارد نشده است. البته امام خمینی این اشکال را که از طرف خود شیخ وارد شده و پاسخ داده است، قانع‌کننده نمی‌داند و پاسخ شیخ را برای خارج شدن از استهجان کافی نمی‌داند. از دیدگاه امام خمینی در نظر شیخ انصاری چاره‌ای از این اشکال نیست؛ زیرا اولاً احکام خارج دارای عنوان واحد نیست ثانیاً موارد تخصیصات ظاهراً جامعی ندارد بر فرض اگر در واقع هم جامع داشته باشد چون برای مخاطب مجهول است باز از نظر مخاطبین مستهجن است. ثالثاً اگر خروج به صورت عنوان واحد بود در صورتی که مخصص منفصل است باز کلام از استهجان خارج نمی‌شود... آری ممکن است بگوییم دلیل نفی ضرر منصرف از این احکام ضرری است و خروج این احکام در این صورت تخصیص نیست (بلکه تخصیصی است) ولی باز هم اصل اشکال در نظر شیخ باقی است (امام خمینی ۱۴۱۴: ۹۱-۸۹).

حاصل دیدگاه شیخ انصاری

۱. مطابق نظریه نفی حکم ضرری قاعده لا ضرر بر ادله احکام اولیه حاکم است. شیخ انصاری در این رابطه می‌گوید: این قاعده بر جمیع عمومات که با عمومشان بر تشریح حکم ضرری دلالت دارند حاکم است؛ مانند ادله لزوم عقد، ادله سلطنت مردم به اموالشان و غیره (انصاری ۱۴۱۶ ج ۲: ۵۳۵).
۲. طبق این نظر، قاعده لا ضرر ناظر بر کلیه احکام ضرری است و همه آن‌ها را در مقام تعارض منتفی می‌سازد.
۳. شیخ انصاری در تبیین چهارم از رساله لا ضرر در پاسخ به این سؤال که آیا برای دفع اضرار از خود، اضرار به غیر جایز است، مسئله را به دو صورت مطرح کرده است: اول این که آیا شخص اجازه دارد به منظور دفع ضرر از خود، به دیگری ضرر بزند و دوم این که آیا واجب است شخص به منظور دفع ضرر از دیگری، به خود ضرر وارد سازد؟ در مورد اول، شیخ مثال می‌زند که اگر بیم خرابی دیوار خانه‌ای در بین

باشد، روا نیست که مالک آن را به وسیله چوب بست و غیره به طرف خانه همسایه متمایل کند؛ به نحوی که برای همسایه ایجاد خطر کند و در مورد دوم می گوید: اگر از طرف سلطان یا شخصی مقتدر، فردی وادار به قتل دیگری بشود و به او گفته شود که اگر مرتکب چنین قتلی نشوی، خودت کشته خواهی شد، جایز نیست که آن شخص خودش را به کشتن بدهد تا خون شخص دیگر ریخته نشود (انصاری ۱۳۷۴ ج ۳: ۳۰۸).

۴. نظریه شیخ در لا ضرر بالاترین کارآمدی را دارد. این تفسیر از لا ضرر برای حکام و مجریان بسیار کارگشاست؛ چون آنان با توجه به لا ضرر می توانند در هر مرحله حکمی را که به حال کشور یا جامعه ضرر دارد لغو کنند و حکمی خلاف آن را صادر کنند؛ برای مثال خانه های مردم، مساجد و اماکن متبرکه را اگر برای توسعه شهر و خیابان کشی لازم و ضروری بود و عدم آن موجب ضرر بر رفت و آمد و ترافیک بود، مجریان می توانند با لا ضرر خراب کنند.

۵. در نظریه شیخ لا ضرر در حد یک قاعده اصولی و معیاری است برای نفی احکام ضرری و آن را بر همه احکام اولیه حاکم می کند.

۶. بر اساس این دیدگاه، در تعارض لا ضرر با احکام اولیه، اگر حکمی ضرری است ولی قوی ترین دلیل را دارد، قابل عمل نیست؛ زیرا قاعده لا ضرر بر آن حاکم است و در صورت ضرری بودن منتفی است.

۲-۳-۲. دیدگاه امام خمینی؛ نهی سلطانی و حکومتی

به نظر ایشان، مفاد لا ضرر نهی است؛ اما نه نهی الهی تا حکم شرعی باشد، بلکه نهی سلطانی و حکومتی است که از جانب پیامبر (ص) به عنوان رهبر و حاکم جامعه صادر شده است و ناظر به قاعده سلطنت است و در حقیقت قاعده سلطنت را توضیح می دهد؛ به این معنا که در جامعه اسلامی هیچ کس حق ندارد با استناد به قاعده سلطنت به دیگران زیان برساند (سبحانی ۱۴۲۳ ج ۳: ۵۳۳-۵۳۲).

امام در توضیح رأی خویش چند مقدمه را بیان می دارد:

مقدمه اول: مناصب پیامبر اکرم (ص)

رسول اکرم (ص) از سوی خداوند دارای سه مقام و منصب بوده است:

الف) نبوت و رسالت: در این مقام، کار پیامبر تبلیغ احکام الهی و رساندن پیام خدا به بندگان است. آیه ۳۹ سوره احزاب اشاره به منصب رسالت حضرت دارد.

ب) سلطنت، ریاست و سیاست: در این مقام پیامبر پیشوای جامعه است و اداره جامعه اسلامی به عهده اوست. آیه ۳۶ سوره احزاب اشاره به منصب حکومت حضرت رسول (ص) دارد. در این مقام چنانچه پیامبر به عنوان سلطان امر یا نهی صادر نمود، اطاعت ایشان لازم است و آیه ۷۰ سوره انفال ناظر به این اوامر صادره از حضرت رسول (ص) و اولوالأمر به عنوان سلطان و ولی مردم است.

امام خمینی در تفاوت مقام اول و دوم می گوید: در مقام اول پیامبر هیچ گونه دستوری از جانب خود ندارد و چنانچه دستوری از ایشان صادر شود، جنبه ارشاد و راهنمایی به دستور خداست و سرپیچی از آن در واقع مستقیماً سرپیچی از دستور خداوند است، نه از دستورات پیامبر (ص)؛ اما در مقام دوم حضرت با صلاحدید خود دستور صادر می نماید، پس حکم ایشان حکم مولوی است نه ارشادی و پیروی از فرمانهای ایشان واجب است و سرپیچی از آنها موجب عقوبت الهی است؛ به دلیل آیاتی نظیر «أَطِيعُوا اللَّهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ وَ أُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ» (نساء: ۵۹).

ج) منصب قضاوت و حکومت شرعی: یکی از وظایف حضرت، داوری و رفع منازعات میان مردم است و خداوند حکم ایشان را از این جهت نافذ و لازم الاجرا قرار داده و فرموده است: «فَلَا وَ رَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ» (نساء: ۶۵). حال هر جا الفاظی مثل قضا، حکم، امر و امثال آن از رسول الله یا امیرالمؤمنین (ع) وارد شده است، بیان حکم شرعی نیست. بلکه این اوامر از حیث این که ایشان سلطان و امیر و یا قاضی و حاکم شرعی هستند، صادر شده است؛ نه از حیث این که مبلغ احکام الهی بوده و در مقام بیان حلال و حرام شرعی است. امام با آوردن شواهدی بر مطلب از روایاتی که در آن لفظ «قضا» به کار رفته است، نظریه خویش را در مورد حدیث لا ضرر و لا ضرار این گونه بیان می دارند: حدیث نفی ضرر و ضرار از مسند احمد بن حنبل... از عبادة بن صامت در ضمن قضایای حضرت رسول نقل شده است و لفظ آن چنین است: «و قضا ان لا ضرر

و لا ضرار» و با توجه به این که الفاظ «حکم، قضی، امر» ظاهر در این مطلب هستند که احکام صادره از مقام قضاوت یا سلطنت صادر شده‌اند و از قبیل تبلیغ احکام نیستند و مقام مورد بحث مقام قضاوت و فصل خصومت است؛ زیرا شکایت انصاری به محضر رسول اکرم^(ص) به‌عنوان مقام حکومت ایشان بوده است؛ بنابراین قول حضرت رسول در این زمینه از احکام حکومتی ایشان به‌عنوان سلطان است. ایشان به‌عنوان رئیس ملت و سلطان و امیر ایشان، نهی از ضرر و ضرار نموده‌اند و مفاد آن چنین است که رسول‌الله حکم نمودند که هیچ‌کس نباید به دیگری ضرر وارد نماید و یا این که او را در ضیق یا حرج قرار دهد. پس بر امت اطاعت این نهی مولوی سلطانی به‌عنوان سلطان مفترض الطاعة لازم است (سیحانی ۱۴۲۳ ج ۳: ۵۳۳).

مقدمه دوم: معیار شناخت روایات حکومتی

در مستون روایی، روایاتی که بیانگر احکام حکومتی پیامبر^(ص) و یا امامان معصوم^(ع) هستند، با دیگر روایات در کنار هم آمده‌اند و این سبب اشتباه شماری از فقیهان شده است. از این روی، امام خمینی بر آن می‌شود که معیاری برای شناخت روایات حکومتی از غیر آن ارائه دهد: هر روایتی که با واژه‌هایی چون «حکم، قضی، امر» وارد شده ظاهر این است که در مقام بیان یک دستور حکومتی یا قضایی است. از این رو این گونه از تعبیر در روایات سایر امامان معصوم کمتر دیده می‌شود؛ زیرا آن‌ها مقام حکومت و قضاوت ظاهری نداشتند. اگر در موارد اندکی از این تعبیر استفاده کرده‌اند به اعتبار حکومتی است که به‌حسب واقع داشته‌اند.

شاید گفته شود: داستان سمره، در منابع شیعی با واژه‌های: قضی، حکم و امر شروع نشده است؛ پس استناد به آن روا نیست. امام به این اشکال توجه داشته است؛ از این روی، پس از نتیجه‌گیری یادشده این گونه استدلال می‌کند: هر چند در روایات ما این حدیث با آن واژه‌ها نیامده، ولی دقت در آغاز داستان و نیز پایان آن و همچنین شأن صدور حدیث از قرینه‌هایی مستند که اطمینان نزدیک به قطع به فقیه می‌دهند که لا ضرر و لا ضرار، حکم حکومتی و صادر شده از سوی پیامبر^(ص) است. مرد انصاری به حاکم اسلامی، پیامبر^(ص) شکایت کرد تا از او رفع ظلم کند. پیامبر^(ص) نیز بر همین اساس سمره

را احضار و با او در این باره گفتگو کرد. وقتی از راه مسالمت آمیز و با در نظر گرفتن حقوق او، کار به انجام نرسید، پیامبر (ص) دستور داد که درخت را برکنند. پیامبر (ص) در این ماجرا، درصدد بیان حکم الهی نبوده تا بگوییم معنای حدیث این است که: خداوند حکم ضرری تشریح نکرده و یا این که بگوییم خداوند از ضرر به دیگران نهی کرده است. برای سمره و مرد انصاری، نه شبهه موضوعیه و نه حکمیه، هیچ کدام وجود نداشته است. تنها در اینجا تجاوز و ستم سمره انصاری و سرپیچی او از دستور پیامبر اسلام (ص)، اجازه گرفتن از مرد انصاری به هنگام ورود به باغ او مطرح بوده است و چون سمره از این حکم سرپیچی کرد، پیامبر (ص) دستور به کندن درخت او داده است. بنابراین، هرچند در روایات ما (لا ضرر و لا ضرار) با واژه‌های یادشده نیامده، ولی نشانه‌های بسیار بیانگر این نکته‌اند که مقصود حکم حکومتی بوده است (سبحانی ۱۴۲۳ ج ۳: ۵۳۵-۵۳۴).

مقدمه سوم: احکام حکومتی با واژه قال

احکام حکومتی و قضایی در پاره‌ای از روایات با واژه (قال) و مانند آن آمده که شناخت آن‌ها از راه قرینه حالی یا مقامی امکان‌پذیر است؛ از باب نمونه: اگر در حدیثی آمده بود که پیامبر (ص) به فردی گفت: تو رئیس لشگری و به فلان منطقه حرکت کن. هرچند با واژه (قال) از آن حضرت نقل شده باشد، ولی به قرینه مقام می‌فهمیم که این دستور، دستور حکومتی است (سبحانی ۱۴۲۳ ج ۳: ۵۲۸).

مقدمه چهارم: روایات مؤیده

در این مقدمه مجموعه‌ای از روایات را که با واژه‌های یادشده: قضی، امر و حکم وارد شده‌اند و همچنین روایاتی که بدون آن واژگان حکم حکومتی دلالت می‌کنند، برای تأیید نکته‌های گذشته بیان نموده است (امام خمینی ۱۴۱۴: ۱۱۳) امام پس از این مقدمات نتیجه می‌گیرد که مفاد حدیث لا ضرر و لا ضرار، نهی حکومتی است و داخل در احکام سلطانیه پیامبر است؛ چه به لحاظ روایات اهل سنت و چه به لحاظ روایات شیعه.

حاصل دیدگاه امام خمینی

۱. در صورتی که دیدگاه امام خمینی را بپذیریم، قاعده (لا ضرر) دیگر به عنوان یک قاعده فقهی مطرح نیست؛ بلکه حکم حکومتی و سیاسی است. امام در ضمن بیان دیدگاه خود احکام را بر سه دسته: احکام الهی، احکام ولایی و احکام قضایی تقسیم می کند و دستورات پیامبر شامل هر سه قسم می شود. ایشان در مقام اثبات و بازشناسی هر یک معیاری ارائه می دهد.
۲. بعضی از احکام حکومتی جزئی هستند؛ مانند حکم به قطع درخت سمرة و بعضی کلی اند؛ مانند «لا ضرر و لا ضرار» که از احکام کلی سلطانی است و پیامبر به عنوان مستند و علت حکم به قطع درخت سمرة دادند (فاضل لنکرانی ۱۳۷۷ ج ۳: ۵۹۹).
۳. پیروی از احکام حکومتی مانند احکام شرعی واجب است؛ مانند حکم امام در قوانین راهنمایی و رانندگی.
۴. احکام قضایی احکام جداگانه ای در عرض دو قسم دیگر نیستند؛ بلکه احکام جزئی ای هستند که مستند آنها یک حکم کلی الهی یا حکم حکومتی است. چون قاضی در موارد خاصی این احکام را بر اساس احکام حکومت یا شرع صادر می کند، بنابراین «لا ضرر و لا ضرار» نمی تواند حکم قضایی باشد، ولی می تواند مستند یک حکم قضایی شود. امام می گوید: مورد حدیث نشان می دهد که مرد انصاری بعد از جروبحث با سمرة برای رفع ظلم از باب شکایت به حاکم نزد پیامبر آمده؛ نه برای این که پیامبر بین آنها قضاوت کند؛ بنابراین حکم به قطع درخت یک حکم تأدیبی سیاسی است که پیامبر به عنوان حاکم صادر نمودند و دلیل آن را «لا ضرر و لا ضرار» قرار دادند و تناسب میان علت و معلول اقتضا می کند که «لا ضرر و لا ضرار» نیز یک حکم سیاسی باشد؛ زیرا حرمت شرعی اضرار نمی تواند سبب اضرار به دیگران و قطع درخت دیگران شود (امام خمینی ۱۴۲۳ ج ۳: ۵۳۹).
۵. مطابق نظر امام خمینی، قاعده لا ضرر امری حکومتی و اجرایی است و فقط با تسلیط تعارض دارد و در مقام معارضه قلمرو تسلیط را محدود می کند و برخوردی با ادله دیگر ندارد. به موجب نظر ایشان، قاعده لا ضرر در سایر ابواب فقه هیچ گونه

نقشی ندارد. در مواردی نظیر وضو یا بیع یا روزه ضرری از ادله دیگر استفاده می‌شود؛ به طوری که در این موارد نیازی نیست به قاعده لا ضرر تمسک کرد (سبحانی ۱۴۲۳ ج ۳: ۵۴۷).

۶. بنا بر نظر ایشان، قاعده لا ضرر تنها در فروعی که مربوط به ملکیت و حقوق اشخاص است جاری می‌شود و حاکم اسلامی می‌تواند با استناد به آن، تصرف افراد را در ملک خود محدود به عدم اضرار به دیگران کند و جلوی فساد را در جامعه بگیرد. همچنین اسباب ملکیت مانند حیازت و احیا را محدود کرده و از ثروت‌ها و منافع ملی محافظت نماید.

۷. میزان کارآمدی نظریه امام خمینی نسبت به دیگر نظرها کمترین میزان است؛ زیرا جواز کاربرد این قاعده را از مرحله افتاء و نیز در مرحله قانون‌گذاری انکار می‌کند، فقط آن را به‌عنوان یک نهی سلطانی و در حیطه اختیارات سلطان تفسیر می‌کند. بر این اساس، لا ضرر جز بر قاعده تسلیط بر هیچ دلیلی از ادله احکام حکومت ندارد و نمی‌توان از آن در نفی حکم در احکام ضرری مانند وضو و غسل ضرری و روزه ضرری استفاده کرد. از آن نمی‌توان فرضاً لزوم معامله غبنی را از بین برد و یا وجوب یا استحباب تکثیر اولاد را به حرمت تبدیل کرد؛ بلکه احکام شرع بنا بر این عقیده به قوت خود باقی است. فقط در موارد خاص و در هر جا که حاکم تشخیص دهد و ضرری را در اجرای احکام مشاهده کند، می‌تواند از اجرای آن جلوگیری کند. ولی فقیه و قانون‌گذار با این قاعده نمی‌تواند در حکم شرعی دست برده و آن را تغییر دهد.

۳. انعکاس قاعده لا ضرر در قانون مدنی

قانون مدنی ایران در معارضه اعمال حق و لا ضرر، عقیده شیخ را، یعنی حاکمیت لا ضرر، پذیرفته است؛ زیرا نویسنده جلد اول قانون مدنی سید محمد فاطمی بوده که شاگرد باواسطه شیخ انصاری است.^۱ سید محمد فاطمی پس از رفراندوم در سال‌های ۱۳۰۶ و ۱۳۰۷ شمسی

۱. سید محمد فاطمی شاگرد شیخ محمد حسن آشتیانی و آشتیانی شاگرد شیخ انصاری است.

جلد اول قانون مدنی را با استفاده از کتاب‌های فقهی در ۹۵۵ ماده نوشت و قانون مزبور در مجلس شورای ملی به تصویب رسید.

به‌هرحال حکومت لا ضرر بر احکام اولیه در مواد زیادی از قانون مدنی پیداست که به موارد ذیل اشاره می‌شود:

الف) وقفی را که به قصد اضرار دیان واقع شده، منوط به اجازه دیان کرده است (ماده ۶۵).

ب) اجبار شریک را برای تعمیر دیوار مشترک در صورتی که دفع ضرر به طریق دیگری ممکن نباشد مجاز شناخته است (ماده ۱۱۴).

ج) اجبار صاحب دیوار مشرف به خرابی را به تخریب آن، به علت خوف اضرار به غیر پذیرفته است (ماده ۱۲۲).

د) تصرف مالک را در ملک خود در صورت استلزام تضییع همسایه ممنوع کرده است؛ جز در شرایط معین (ماده ۱۳۲).

ه) تصرف در حریم را به‌منظور جلوگیری از ضرر به صاحب حریم منع کرده و میزان حریم را به‌اندازه‌ای معین کرده که برای دفع ضرر کافی باشد (مواد ۱۳۸ و ۱۳۹).

و) استفاده از آب رودخانه برای احیای اراضی جدید را منوط به عدم تضییع و اضرار به صاحبان اراضی سابق کرده است (ماده ۱۵۹).

ز) تقسیم مال مشترک را در صورتی که متضمن ضرر شریک باشد، بدون رضای شریک متضرر، ممنوع کرده است (مواد ۵۹۱ و ۵۹۲).

ح) در تنقیه یا تعمیر قنات مشترک برای دفع ضرر، اجبار شریک ممتنع را به شرکت در تنقیه و تعمیر یا اجاره یا فروش سهم او اجازه داده است (ماده ۵۹۴).

ط) برهم زدن تقسیم را به لحاظ ظهور عیب در حصه یک یا چند نفر از شرکا، به لحاظ ضرر واردشده، روا دانسته است (ماده ۶۰۰).

ی) تأخیر اعلام رد یا قبول موصی له را در صورتی که موجب تضییع ورثه باشد، موجب اجبار او از طرف حاکم بر اعلام تصمیم شناخته است (ماده ۸۳۳).

ک) ورود ضرر را به زوجه از موارد اجبار شوهر به طلاق معین کرده است (ماده ۱۳۰).

۱-۳. انعکاس قاعده لا ضرر در قوانین، بر مبنای نظریه امام خمینی

نظر امام خمینی در حکم حکومتی بودن لا ضرر در قوانین پس از انقلاب اسلامی جلوه گر است:

علاوه بر این که قانون حدود و دیات و قصاص با استفاده از تحریرالوسیله امام در سال ۱۳۶۱ به تصویب رسید، قانون اساسی نیز در اصول ذیل جلوه‌های از نظریه امام خمینی است:

الف) اصل پنجم قانون اساسی (ولایت فقیه):

ب) اصل ۱۰۷ قانون اساسی (رهبری):

ج) اصل ۱۰۸ قانون اساسی (خبرگان):

د) اصل ۱۰۹ قانون اساسی (شرایط و صفات رهبری):

ه) اصل ۱۱۰ قانون اساسی (وظایف رهبر):

و) اصل ۱۱۱ قانون اساسی (جانشین رهبری):

ز) اصل ۱۱۲ قانون اساسی (مجمع تشخیص مصلحت):

و همچنین قانون اراضی شهری؛ قانون واگذاری زمین و قانون تعزیرات حکومتی.

۴. نتیجه‌گیری

ارزیابی نظریه شیخ:

قاعده لا ضرر، بر اساس برداشت شیخ، بالاترین کارآمدی را داراست. شیخ این قاعده را در حد یک قاعده اصولی و معیاری برای نفی همه احکام ضرری مطرح ساخته و آن را بر همه احکام دیگر حاکم می‌کند. طبیعی است که وقتی فقیه بزرگواری چون شیخ انصاری که فکر اجتماعی و دیدگاه‌های مشهوری در مسائل حکومتی دارد، برای حفظ و تقویت پویایی و بالندگی فقه شیعه و کارآمد سازی آن در مسیر تحول جامعه، به ابداع چنین نظریه‌ای پرداخته و از آن دفاع کرده است. جای تحسین دارد ولی نباید از نظر دور داشت که کارآمدی بالای یک نظریه و مشکل‌گشا بودن آن در امور اجتماعی برای پذیرش آن کافی نیست و اگر مبنای نظری و بنیادهای علمی، نقلی و عقلی آن استحکام لازم را نداشته باشد، دوامی نمی‌آورد و مورد قبول جامعه علمی قرار نمی‌گیرد.

این نظریه با وجود آثار مهم و بنیادی‌ای که می‌تواند در فقه داشته باشد، استفاده وسیع از آن خطرناک است و به اعتقاد برخی می‌تواند باعث تولد فقه جدیدی شود و نظام فقهی و حقوقی موجود را عوض کند. این نظریه می‌تواند همه احکام دینی را به تعطیلی بکشاند. شیخ خود متوجه این خطر بوده که می‌گوید: اگر از این قاعده به صورت وسیع استفاده شود، از آن فقه جدید تولید می‌شود. منتها شیخ عملکرد فقها را عذر قرار می‌دهد که علمای شیعه و سنی پیوسته در مقابل احکام اولیه از این قاعده استفاده کرده‌اند و به کسانی که با این تعبیر نظریه شیخ را مورد انتقاد قرار داده و از تبعات نامطلوب آن که به استحسان اهل سنت می‌ماند، نگران بودند باید گفت: اسراف در هر چیزی و در هر روشی ناپسند است ((إِنَّ الْمُبَدِّرِينَ كَانُوا إِخْوَانَ الشَّيَاطِينِ وَكَانَ الشَّيْطَانُ لِرَبِّهِ كَفُورًا)) (اسراء: ۲۷).

ارزیابی نظریه امام خمینی

از فقیه سیاسی انقلابی و اندیشمندی چون امام خمینی نباید تعجب کرد که با ارائه چنین نظریه کارآمدی، قاعده لا ضرر را به کم‌ترین میزان تقلیل داده است؛ زیرا طبق مطالب فوق با همه اهمیتی که کارآمد سازی و پویایی احکام شریعت دارد، حفظ مبانی عقلی و نقلی دین از آن مهم‌تر است. امام می‌دانست که گسترده کردن بیش از اندازه مفاد این قاعده چه شبهات و اشکالات مبنایی و بنیادی وارد می‌سازد و در عمل تبعات ناگواری پیش می‌آورد؛ همان‌گونه که گفته شده ممکن است دین را به هم ریخته و فقه جدیدی از آن متولد شود. از آن جهت لا ضرر را به حکم حکومتی تفسیر کردند که حاکم اسلامی که فقیه عادل و باتقوا و آگاه به زمان، شجاع، مدیر و مدبر است در هر مورد مصلحت ایجاب کند می‌تواند از آن بهره ببرد.

منابع

- ابن اثیر، مجدالدین جزری. (۱۳۶۷) *النهیة فی غریب الحدیث*، قم: نشر اسماعیلیان، چاپ چهارم، ۵ جلد.
- امام خمینی، سید روح‌الله. (۱۴۱۴ ق) *بدایع الدرر فی قاندة نفی الضرر*، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ سوم، ۱ جلد.

- انصاری، مرتضی. (۱۳۷۴) **المکاسب**، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۳ جلد.
- _____ . (۱۴۱۶ ق) **فرائد الاصول**، قم: مؤسسه نشر اسلامی، چاپ پنجم، ۲ جلد.
- جمعی از نویسندگان زیر نظر ناصر مکارم شیرازی. (۱۳۷۹) **تفسیر نمونه**، تهران: دار الکتب الاسلامیه، چاپ بیست و هشتم.
- حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۱۴ ق) **وسائل الشیعه**، قم: آل البيت، ۳۰ جلد.
- حسینی فیروز آبادی، سید مرتضی. (۱۴۱۰ ق) **عناية الاصول فی شرح کفایة الاصول**، قم: انتشارات فیروز آبادی.
- خویی، ابوالقاسم. (۱۴۱۷ ق) **مصباح الاصول**، قم: مکتبه الداوری، چاپ پنجم، ۳ جلد.
- رشیدپور، ابوالقاسم. (۱۳۸۳) **نقد و بررسی دیدگاه امام خمینی در قاعده لاضرر**، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه قم، دانشکده الهیات و معارف اسلامی.
- سبحانی، جعفر. (۱۴۲۳ ق) **تهذیب الاصول**، تقریر ابیحات سید روح الله موسوی خمینی، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ۳ جلد.
- شهید اول، محمد بن مکی. (بی تا) **القوائد و الفوائد**، قم: مکتبه المفید، چاپ اول، ۲ جلد.
- طباطبایی، محمدحسین. (۱۳۹۳ ق) **تفسیر المیزان**، بیروت: انتشارات الاعلمی، چاپ سوم.
- طبرسی، فضل بن حسن. (۱۳۷۹ ق) **مجمع البیان فی تفسیر القرآن**، تهران: شرکت المعارف الاسلامیه.
- عیاشی، محمد بن مسعود. (۱۳۸۰) **التفسیر**، تهران: مکتبه العلمیه الاسلامیه، چاپ اول، ۲ جلد.
- فاضل تونی، عبدالله بن محمد بشروی. (۱۴۱۲ ق) **الوافیه**، قم: مجمع الفکر الاسلامی، چاپ اول، ۱ جلد.
- فاضل لنکرانی، محمد. (۱۳۷۷) **سیری کامل در اصول فقه**، قم: انتشارات فیضیه، چاپ اول، ۱۶ جلد.

- فیروز آبادی، محمد بن یعقوب. (بی تا) **القاموس المحيط**، بیروت: دار الجیل.
- فیومی، احمد بن محمد. (۱۴۱۴ق) **المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی**. قم: دارالهجره.
- کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۳۶۹) **اصول کافی**، قم: دارالحديث، چاپ اول، ۱۵ جلد.
- محقق داماد، مصطفی. (۱۴۰۶ ق) **قواعد فقه**، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوازدهم، ۴ جلد.
- مراغی، میرعبدالفتاح. (۱۴۱۸ ق) **العناوین**، قم: مؤسسه نشر اسلامی، چاپ دوم، ۲ جلد.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۳۷۵) **زبدة البیان فی احکام القرآن**، تهران: مکتب مرتضوی، چاپ اول، ۱ جلد.
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۷۹) **القواعد الفقهیه**، قم: مدرسه امام علی بن ابیطالب، چاپ پنجم.
- موسوی بجنوردی، میرزا حسن. (۱۳۸۹ ق) **القواعد الفقهیه**، نجف: مطبعة الآداب، چاپ اول.
- میرزای قمی، ابوالقاسم. (۱۳۷۸) **قوانین الأصول**، تهران: نشر مکتبه العلمیه الاسلامیه، چاپ دوم، ۱ جلد.
- نائینی، محمدحسین. (۱۳۷۳) **منیة الطلاب فی حاشیة المکاسب**، تهران: مکتبه المحمديه، چاپ اول، ۲ جلد.
- نراقی، احمد. (۱۴۱۷ ق) **عوائد الایام**، قم: مکتب الاعلام الاسلامی، چاپ اول، ۱ جلد.