هو العلیم

قاعده لاضرر و بررسی فقهی اضرار به همسایه و جامعه

بررسی محدوده تصرفات عقلایی و مهار ضرر غیر

سلسله دروس قواعد فقهیه ـ قاعده لاضرر ـ جلسه سیزدهم

استاد

آیت‌الله حاج سید محمدمحسن حسینی طهرانی

قدّس‌الله‌سرّه

أعوذُ بِاللَه مِنَ الشَّيطانِ الرَّجيم

بِسمِ اللَه الرَّحمَنِ الرَّحيم

تبیین قاعده هدم جدار و سنجش ضرر عقلایی به جامعه در دعائم الاسلام

بحث در مورد روایت هدم جدار بود که از دعائم الاسلامِ قاضی نعمان مصری روایتش را خواندیم. در مورد این روایت وجه استدلالش روشن شد، که اگر یک عملی، یک فعلی از یک شخصی در یک جامعه‌ای، به طور کلی ما آن جامعه را اعمّ می‌گیریم از جارّ و از غیر جار، سر بزند که آن عمل یک ضرر عقلاییِ بر غیر داشته باشد، از نظر عقلا آن عمل ضرر محسوب می‌شود و مطرود است. گرچه برای خود این شخص نفعی داشته باشد و عرض کردیم که نفع این عمل از نقطهٔ نظر تعلق حق، و اضرار به غیر باید با هم دیگر سنجیده شود هر کدام که ترجیح پیدا کرد متبع است. مطلبی که در اینجا عرض شد و

استفاده‌ای که در اینجا شد، مطلبی بود که مربوط می‌شود به تعلق حقی که از ناحیهٔ یک حکم کلی پیدا می‌شود که آن تعلق حق، به جامعهٔ مردم و مسلمین تعلق می‌گیرد و منافع فردی به واسطهٔ این تعلق حق دیگر در این صورت باید اغماض شود و آن حق کلی در اینجا مطرح می‌شود. که این هدم ابنیه در اطراف مشاهد مشرّفه بایّ نحوٍ کان، چه اینکه بنای شخصی باشد یا وقفی باشد یا اینکه مسجد باشد و غیر ذلک، تمام اینها داخل در تحت همین حکم قرار می‌گیرند و آن حکم، کلّیت پیدا می‌کند و حکومت پیدا می‌کند بر این حقوق جزئیه.

تحلیل فقهی اضرار به همسایه و تصرّف عقلایی در اموال

سؤال: مطلب در اینجا دو تاست زیرا گاهی ضرر به جار می‌خورد یا گاهی ضرر به اجتماع می‌خورد در تناسب اینجا که نفعی برای شخصی که ضرر می‌زند نفع او را بسنجیم با ضرر جامعه خب اینجا ترجیح پیدا نمی‌کند با ضرر بر جامعه، و لهذا نفعش باید منتفی بشود یعنی ضرر نزند. امّا اگر جار باشد

اینجا دیگر اهم و مهم پیدا نمی‌شود؟!

جواب: در آنجا که جار است شخص می خواهد یک کاری انجام بدهد، یک فعلی می‌خواهد انجام بدهد یک وقتی شخص می‌خواهد تصرّفی در ملک خودش بکند که آن تصرّف غیر عقلایی است و آن تصرّف باعث ضرری به جار می‌شود. در این صورت عقلاً این تصرّف محکوم است و ما نمی‌توانیم یک همچنین عمومیّت و سعه‌ای را **در اَلنَّاس مسلطون علی اموالهم** قائل بشویم با توجّه به اضرار به حق غیر. بلکه همیشه النّاس مسلطون در تحت یک حکم عقلایی توسعه و تضییق پیدا می‌کند. یک وقتی ان تصرّفی که می‌خواهد بکند، تصرّف عقلایی است، ولی آن تصرّف عقلایی یک ضرری به غیر می‌زند. آن وقت در این صورت یا اینکه این شخص (همسایه) حقّی داشته نسبت به این گونه تصرّف یعنی حق اِعمال داشته یا حق نداشته.

من باب مثال دو تا منزل است، آمده‌اند هر دو منزل را با هم خریده‌اند خب این منزل هم دیوار حیاطش یکی است. این دیوار، دیوار مشترک است. و این دیوار مشترک نصفی از آن، مال آن زمین است،

نصف آن مال این زمین است. حالا این شخص من باب مثال بگوید من این نصفی مال خودم را می‌خواهم بتراشم. خب شما که می‌خواهید الآن بتراشید این دیوار نازک می‌شود، ده سانتی می‌شود و می‌افتد، می‌گوئیم این شخص خودش برود به دیوارش اضافه کند. می‌گوئیم نه، این دیوار یک حق مشترک است بین این و او بوده است، این نمی‌تواند از حقش طوری استفاده بکند که به دیگری ضرر بزند ولو تصرّف، تصرّف عقلایی است. می‌خواهد این نصف دیوار را بتراشد و به حیاط منزلش اضافه کند یا اینکه یک کاری انجام بدهد در این دیوار، یک باغچه‌ای در بیاورد، منزلش باغچه ندارد. تصرّف، تصرّف عقلایی است. یک وقت غیر عقلایی است که در آن بحثی نیست. اگر عقلایی باشد باز حقی داشته باشد این همسایه، می‌تواند جلوی او را بگیرد. امّا یک وقت حقّی ندارد. فرض کنید که این از اوّل آمده است این منزلش را خریده است، این منزل مال این است و دیوار هم مال خودش است. اصلاً همسایه دیوار ندارد. یعنی همسایه دارد از دیوار این

استفاده می‌کند. خب خیلی از منازل اینطوری است. در این صورت اگر تصرّف او تصرّف عقلایی باشد، ولو اضرار به حق او وارد می‌شود، در این صورت اشکالی ندارد. بالأخره تصرّف عقلایی است و دارد در مالش تصرّف می‌کند و مسئله‌ای نیست. این صور باید از هم دیگر تفکیک بشود.

بررسی روایی استناد به قاعده لاضرر در تنصیف درخت نخل

در مورد اجتماع هم ما همین را گفتیم اگر در مورد اجتماع ضرری به یک شخصی وارد می‌شود، آن ضرر بنابران مصلحت کلی تدارک می‌شود. گرچه در این گونه موارد آن اجتماع آن حق را به آن شخص می‌دهد که این را در جای دیگر برایش منزلی تهیّه بکند. ولی این حق سکونت در اینجا، حق اختیار، این ضرر با آن ضرر کلی مندفع می‌شود و از بین می‌رود و آن ضرر دیگر حاکم می‌شود و این را کنار می‌زند. بنابراین یکی از احتمالاتی که مرحوم صاحب جواهر داده است و این احتمال را تقویت کرده است این است که این روایت ناظر بر آن مواردی است که جار حقّی دارد نسبت به این جدار،

این ناظر به آنجا است. این احتمال مندفع می‌شود به این که خود لسان روایت آبی از این است. یعنی در خود روایت یک همچنین مطلبی مطرح شده است و حضرت صورتی که حقی داشته باشد، آن صورت را قبلاً بیان کرده‌اند و این مورد دوّم، موردی است که آن طرف حقّی ندارد بلکه بخواهد تصرّفی بکند تصرّف لَغوی، در این صورت جلوی او گرفته می‌شود. این جواب هم مندفع می‌شود. این یک روایتی که در دعائم الاسلام هست. روایت دیگر روایتی است که در کنز العُمّال نقل شده است به اسنادش عن حجّاج بن ارتاح که یکی از اصحاب امام صادق علیه السلام بوده است البته این روایت مرسل است و سندش خیلی سند عالی‌ای نیست تا حجاج بن ارتاح سند منقطع است. روایت راجع به این است: قال اَخبَرنی ابو جعفر علیه السلام: **اَنَّ نَخلَةً کانت بَینَ رجلین فاختصما فیها الی النبی صلی اللهَ علیه و آله فَقالَ احدهما:اشققهما نصفین بینی و بینه فقال النّبی صلی اللهَ علیه و آله و سلّم لاضرر و لاضرار فی الاسلام یتقاومان فیها.**

یک نخلی بوده است بین دو نفر که هر دو مالک این نخل بوده‌اند ظاهراً نخل خشک شده است و یا

اینکه خشک هم نشده است این سر جایش بوده است. یکی گفته است که: من این را می‌خواهم که نصفش کنیم، من می‌خواهم از چوبش استفاده کنم. اینطور که از لسان روایت بر میآید این است که خشک نبوده است و گفته است می‌خواهم از چوبش استفاده کنم و نصفش را بده می‌خواهم بروم. حضرت فرمودند: این نصفه‌ای که می‌خواهی بکنی این ضرر به دیگری وارد می‌شود. یعنی ضرر به حیات نخله وارد می‌شود. و حق او از بین می‌رود، حالا تو می‌خواهی از حقّت صرف نظر بکنی او که نمی‌خواهد صرف نظر بکند. این را باید قیمت کنند، این شخص نصف قیمت این درخت سالم را بپردازد و جلوی این ضرر گرفته بشود. گرچه این نخل مال این دو تا هست، ولی با نصف کردن درخت، به این شخص ضرر وارد می‌شود. که لاضرر و لاضرار فی الاسلام در اینجا هست. گرچه روایت مرسل است، ولی فی الاسلام دارد که حالا انشاء اللَه در بحث اینکه آیا این قاعده، مذیّل به فی الاسلام هست یا مذیّل به فی الاسلام نیست؟ و در دوران امر بین زیاده و نقیصه، انشاء اللَه عن قریبٍ یک بحث اینطوری هم در آینده داریم.

و نظیرش را در موارد دیگر هم بیان کرده‌اند، و

نظیر آن قضیه، آن است که امام صادق علیه السلام در صحیح غنوی که مروی در کافی هست، حضرت می‌فرماید: **فی رَجلٍ شَهدَ بَعیراً مَریضا**. این روایاتی که من می‌خوانم به خاطر این است که این همه خیلی چون از نظر سند، خیلی سندش متقن نیست از باب تأیید ما این روایتها را می‌خوانیم تا اینکه به بحثهای مهم لاضرر برسیم. چون اینها خیلی در همین روایات گرچه به حدّی رسیده‌اند که آن روایت مستفیض بشود یا اینکه روایت به تواتر برسد که به نظر من روایت، روایت تواتر نباشد حداقل مستفیض هست. این روایتها حُسنی که دارد این است که مواردی که این روایتها در آن مورد آمده است، راه گشای استفادهٔ ما هست در احکام وضعی و احکام تکلیفی که بعداً می‌آئیم اینها را می‌خوانیم، اینها را عرض می‌کنیم که آیا روایت ناظر به حکم تکلیفی است یا اینکه ناظر به حکم وضعی است و از نظر توسعه و تضییق در چه مرحله‌ای ما می‌توانیم از این قواعد استفاده کنیم. اینها خیلی به درد اینها می‌خوردکه شما می‌بینید در اینجا روایت ناظر به

حکم وضعی است و جلوی تنصیف را گرفته در این اینجا، در این روایت، گرچه خب سند ندارد، ولی بالاخره روایتی است که نقل شده است و ما بایستی که روی آن نظر کنیم.

استفاده فقهی از روایت شتر مریض و سالم در ثبوت حکم وضعی لاضرر

روایت دیگر روایتی است که در کافی است از امام صادق علیه السلام: **فی رَجل شَهدَ بَعیراً مریضا و هو یُباع فَشتراه رَجل بعشرة دَراهم فَجاءَ وَ اَشرَکَ فیه رَجلا بدرهمین بالرّأس والجلد فقضا ان البّعیر بَرء: فَبَلَغَ ثمنه دَنانیر. فقالَ لصاحب الدرهَمین خذ خُمسَ ما بَلَغَ فأبا. قال اُریدُ الرأسَ و الجلد. فقال علیه السلام: لَیسَ له ذلکَ هذا الضّرار، وقد اُوتی حَقّه اذا أوتی الخمس.**

در این روایت هست که داشتند یک شتری را می‌فروختند، آن طرف پولش کم بود، مثلاً ده درهم داشتند می‌فروختند، پولش کم بود. رفت یکی دیگر را آورد.گفت که من هشت تومان دارم تو هم دو تومان بده می‌شود ده درهم. آن گفت:عیبی ندارد، من دو تومان می‌دهم ولی این دو تومان را در ازای سرش و پوستش می‌دهم کانّ خود گوشت شتر هشت درهم ارزش دارد. این دو درهم مال پوست و

سرش، من آنها را برمی‌دارم. قبول کردند و این شتر را خریدند. بعد شتر خوب شد. وقتی شتر خوب شد، قیمتش رفت بالا. مریض بود به قیمت خیلی رخیص داشتند این شتر را می‌فروختند. این قیمتش رفت بالا، وقتی رفت بالا آن آمد گفت که سرش و پوستش را بده به من. این گفت: خب اگر سر و پوستش را بخواهم بدهم به تو ضرر می‌کنم. این شتر الآن سالم است، الآن من ضرر می‌کنم، آن گفتش که نه، من سرش را می‌خواهم و پوستش را چون من برای سرش و پوستش شریک شدم.

حکمی که در اینجا هست، اوّلاً در اینجا حضرت می‌فرماید: نه، این باید خمس قیمت را بگیرد چون دو درهم داده است در قبال ده درهم، یک پنجم داده است، پس یک پنجم باید این بگیرد. ولی صحبتی که در اینجا هست، این هست که موضوع در اینجا عوض شده است. چرا حضرت در اینجا می‌گویند خمس را بده؟ چون موضوع عوض شده است. موضوع در آنجا شتر مریض بود، یعنی در آنجا که این دو درهم را داد در ازای سر و پوست شتر، در

ازای سر و پوست شتر مریض را داده است. ولی چون موضوع عوض شده است، شتر سالم شد دیگر در این صورت قضیهٔ دو درهم برمی‌گردد و می‌رود در بقیّهٔ اموال و تسهیم می‌شود به نسبت شتر سالم. دو درهم نسبت به هشت درهم می‌شود یک چهارم. یک چهارم به اضافهٔ آن چهار قسمت می‌شود یک پنجم کل این شتر سالم. لذا حضرت در اینجا حکم به تسهیم کل قیمت در اینجا کرده‌اند. این یک مطلب.

مطلب دوّمی که در اینجا هست، این هست که این شخص که گفت: پوست و سرش را بده به من، به واسطهٔ پوست و سر دادن، این الآن متضرّر می‌شود. این الآن حکم آن نخله را پیدا می‌کند. آن نخله ای که الآن سر جا و برپا هست وقتی که او می‌گوید: نصف از این نخله را قطع کن و بده به من این الآن نسبت به حیات نخله، آن شریک دیگرمتضرّر می‌شود. درست است که نصف نخله را الآن به شریکش داده است، ولی آن نصف نخله، آن نصف نخله‌ای است که دیگر حیاتش را از دست داده است و تبدیل به چوب شده است. خب ضرر این را

چطور شما در اینجا تدارک می‌کنید؟ و آن شخص حق حیات دارد نسبت به نخله، الآن هم وقتی شتر سالم می‌شود این شخص نسبت به این شتر حق حیات دارد. یعنی نسبت به سلامت این شتر حقّ حیات دارد. اگر بخواهند این شتر را از بین ببرند، این شخص نسبت به این متضرّر می‌شود، نسبت به حق حیاتی که راجع به این شتر دارد تضرر پیدا می‌کند. پس بنابراین به طور کلی باز موضوع عوض می‌شود. یعنی به خاطر تبدّل موضوع که از حال مرض برگشته است به حال صحّت، از این نقطهٔ نظر اگر بخواهند این شتر را بکشند ضرر ایجاد می‌شود چون شتری را می‌کشند که می‌خواهند از گوشتش استفاده کنند ولی شتری که سالم می‌شود، از این شتر برای باربردن استفاده می‌کنند، از حرکتش استفاده می‌کنند و به خاطر همین هم شتر از ده درهم تبدیل شده به دَنانیر والا خود گوشتش از اوّل ده درهم ارزش داشت اینی که می خواستند ده درهم بفروشند به خاطر گوشتش هست که ده درهم ارزش دارد، چرا تبدیل به دنانیر شد؟ به خاطر سلامت. پس الآن

من باب مثال ده درهم پول گوشتش شده است و نود درهم پول سلامتش شده است. در حالتی که شما که می‌خواهید سر و پوستش را بگیرید نود درهم به این الآن داری ضرر می‌زنی. لذا در این صورت باید خمسش را از این نقطهٔ نظر بپردازی.

اینها یک نکاتی است که ما داریم از این روایت در می‌آوریم، به این می‌گویند فقه الحدیث و شَمُّ الفقاهه، این دو جهت. شَمُّ الفقاهه و فقه الحدیث این است که انسان آن نکاتی که این روایت بر اساس آن نکات پی ریزی شده است آن نکات را استنتاج کند، آن وقت اینها مبانی برای استنباط او واقع می‌شود که در موارد دیگر این مبانی را به کار ببرد که الآن که حضرت آمدند این شتری که مریض بود اینطور حکم کرده‌اند، حالا که سالم شد اینطور حکم کرده‌اند دلیلش چیست؟ دلیلش این است که الآن تو داری نود درهم به این شخص ضرر وارد می‌کنی. الآن نود درهم پول گوشت با پول شتر سالم دو پول است. پول گوشت ده درهم است، پول شتر سالم صد درهم است. نود درهم در ازای سلامت در اینجا هست که به واسطهٔ کشتن شتر و سر پوست به تو

دادن، نود درهم به طور کلّی از بین می‌رود. من باب مثال هشتاد درهم از بین می‌رود، هفتاد درهم از بین می‌رود. این آن وقت ضرر به او وارد می‌شود. ولی نسبت به تو ضرری وارد نمی‌شود زیرا تو آمدی فقط سر و پوست را خواسته‌ای. چه شتر مریض باشد سر و پوست را به تو می‌دهند، شتر سالم باشد باز سر و پوست را می‌دهند. تو که ضرری نکرده‌ای در اینجا. پس بنابراین در اینجا این ضرر متوجه شخصی می‌شود که این در اینجا هشت درهم داده است. آن وقت چون در اینجا دیگر شتر موضوعش عوض می‌شود از این نقطهٔ نظر دیگر پول تو داخل در بقیّهٔ پولها می‌شود و مسأله، مسألهٔ خمس می‌شود.

این هم یک روایت که در اینجا باز این روایتِ لاضرر و لاضرار، حکم وضعی را در اینجا می گیرد یا جعل حکم وضعی در اینجا می کند و باعث عدم ایجاد ضرر می‌شود. این هم یک روایت که روایت قسمت عین مشترکه است.

نقل حکایت عذق ابی لبابه در مراسیل ابی داود و دلالت آن بر لاضرر

یک روایت دیگر، روایت عذق ابی لبابه است.

روایت عذق ابی لبابه روایت معروفی است. این روایت را ابی داود در مراسیل خودش نقل کرده است : قال کان لاَبی لبابه عذق فی حائط رَجلٍ فکلّمه یک نخل داشته در باغ یک کسی، درمنزل یک کسی، حائط به آن چهار دیواری می‌گفتند که هم منزل بود و هم باغ بود، به اصطلاح حدیقه. فکلّمه با او صحبت می‌کند. فقالَ اِنَّکَ تتأ حائطی اِلی عذقک فانا اَعطیتَکَ مثله فی حائطی تو می‌آیی در این حائط و باغچهٔ من حرکت می‌کنی، راه می‌روی، من اینجا زن و بچه دارم گاهی اوقات خب می‌آیی رَدّ می‌شوی خلاصه باعث اذیّت من است که تو بدون اجازه در را باز می‌کنی می‌آیی جلو، خب یک موقعیتهایی کسانی هستند و اینها، یک حائط دیگر نظیر این با همین میوه با همین فلان، بهتر از این یک جای دیگر است بیا مسأله‌ای نیست، زن و بچه‌ای نیست می‌توانی بیایی و بروی اشکالی ندارد، فأبی، این اباء می‌کند.

فکلّمهُ النبی صلی الله علیه و آله و سلم، می‌رود پیش پیغمبر و شکایت می‌کند فقل یا اَبالبابه خُذ مثل

عذقک فخذها إلی مالک و اکفُف عن صاحبک حضرت فرمودند: اَبالبابه مثل این درختت را بگیر و این را به مالت اضافه بکن و اکفف عن صاحبک ... آنچه که دوست ندارد انجام نده، خلاصه تو می‌روی توی این باغ ، زن و بچه‌اش اینجا هستند و فلان هستند فقال: ما أنا بفاعل من انجام نمی‌دهم فقال: اذهب فاخرج له مثل عذقه الی حائطه ثم ...فقال لاضرر فی الاسلام و لاضرار یعنی در اینجا مسأله مثل قضیهٔ سمرة بن جندب هست. حضرت فرمودند: برو این درختی که اینجا هست در بیاور و بزن به دیوار لاضرر و لاضرار فی الاسلام. این یک روایت که مال مرا سیل ابی داود است و راوی آن از اهل تسنن است و روایت را غیر از قضیهٔ سمره در اینجا ایشان هم بیان کرده‌اند. خب این هم فقط به عنوان شاهد برای اینکه نظیر این روایتها در اهل تسنن هم هست. از این نقطهٔ نظر ما بیان کردیم و اشکالی هم ندارد، به اصطلاح بحث راجع به اینها خیلی هم خوب است. در اینجا لاضرر و لاضرار فی الاسلام هم داریم یعنی یک جمله اضافه.

بررسی سند و متن روایت عبد الرزّاق صنعانی

پیرامون گذاشتن چوب بر دیوار همسایه

روایت دیگر یک روایتی است از عبد الرزّاق

صنعانی در مصنّف که بسیار کتاب خوبی است، مال اهل تسنن عن معمّر عن جابر عن عکرمه عن ابن عباس قال صلی اللَه علیه و آله و سلم که ایشان فرموده‌اند: لاضرر و لاضرار و این قاعده را حضرت بیان کرده‌اند. روایت ناظر به همان مسأله‌ای است که ما قبلاً گفتیم. ببینید در منازل سابق ــچون ما خودمان منزل خراب کرده‌ایم واین را دیده ایم ــ در منزلهای سابق اگر شما نگاه کنید می‌بینید که این چوبها توی هم دیگر رفته است. یعنی از این ملک رفته چوب توی آن ملک، از آن ملک آمده است توی ملک بغلی، این چوبها را توی هم دیگر قرار می‌دادند به خاطر اینکه خب اینها محکم تر باشد. فرض کنید که خب سقفی که دارند می‌زنند اگر چوب همان جا باشد این شاید آن استحکام را نداشته باشد تا اینکه چوب را بلندتر بگیرند که این داخل در ملک آن بشود که این سقفی که روی آن وارد می‌شود، این بتواند بهتر نگه دارد این سقف را. این یک رسمی بوده است که سابق انجام می‌دادند. مخصوصاً با توجه به مصالحی که در آن موقع بود و این وسائل امروزی نبوده است، منازلی که اگر می‌خواستند

چوب محدود بگذارند آن استحکام کافی را نداشته است. خودمان آن منزلی را که در مشهد خراب کردیم، چوب همسایه یک متر و نیم آمده بود توی سقف این منزل، آن وقت از این هم رفته بوده آن تو که همهٔ آنها را ارّه کرده بودند تا اینکه چیز کنند. در واقع می‌توانیم بگوئیم اینها هم دیگر را مثل کلاف داشته‌اند. یک دفعه نگاه می‌کردی شما می‌دیدی توی یک محلّه که این خانه بوده چند تا خانهٔ دیگر این چوبها توی هم دیگر هستند، این چوبها فرو رفته بود. البته از نظر استحکام می‌گفتند این قسم بهتر است. یک همچنین حقی در آن زمان ظاهراً برای همسایه بوده است که مشترکاً وقتی که با هم دیگر یک منزلی می‌ساختند، این چوبش را برمی‌دارد کمی درازتر می‌گیرد که سقف آن هم روی این باشد، این هم همین طور نسبت به بقیّه.

بعد یک مردی از اینها آمده یک منزل بسازد. آن همسایه‌اش اجازه نداده است که این چوب بلندتر بگیرد، گفته: که برای چه شما می‌خواهید این چوب را داخل منزل من قرار بدهید؟ آن همسایه اجازه

نداده است، این رفته است پیش پیغمبر، حضرت فرموده‌اند: **لرَجل اَنَ یجعَلَ خشبةً فی حائط جاره و الطریق سبعة اَذرُع** البته راجع به بحث طریق، آن راهی که هست هفت ذراع هست. چون فرموده‌اند: هفت تا. آن نمی‌تواند ملک خودش را بیاورد جلو که این هفت ذراع که تقریباً می‌شود حدود دو متر، دو متر و نیم، این مقدار می‌شود. مرد می‌تواند چوبش را داخل در آن دیوار همسایه بگذارد، یک همچنین حقّی را دارد. به خاطر استحکام در بناء این کار را انجام می‌دادند که حالا فرض کنید که همسایه دیوار دارد ما نمی‌توانیم این چوب را حالا که دارد درست می‌کند این چوب را می‌گذارد روی آن دیوار بغلی، چون جا نبوده است، یا اینکه آن دیوارش، دیوار محکمی بوده است، به هر صورت یک همچنین حقّی را دارد.

عنوان دوّم که **الطریق سبعة اذرع** که به ما نحنُ فیه خیلی مربوط نیست، آن بحث جلو آمدن خانه‌هایی هست که در مسیر هستند. حضرت می‌خواهند بفرمایند: که نمی‌شود آنقدر جلو بیاید که راه تنگ شود. از این طرف و از آن طرف، فاصله در

عرض بین کوچه باید دیگر هفت ذراع بیشتر نباشد.

این هم یک روایتی است که از ممانعت همسایه جلوگیری می‌کند که باز این را هم می‌توانیم حکم تکلیفی بگیریم که حرمت را استفاده بکنیم، هم می‌توانیم حکم وضعی بگیریم که آن شخص حق دارد همچنین عملی را انجام بدهد. این روایت را احمد بن حنبل در مسندش به اسناد از ابن عباس هم نقل می‌کند. طبرانی و بیهقی و ابن ماجه در سنن دار قطنی نقل می‌کنند و مطلب مهمّی هم در اینجا نیست، یعنی یک روایتی هست که لاضرر و لاضرار دارد، منتهی فی الاسلام ندارد، ولی خود آن جملهٔ لاضرر و لاضرار این کفایت می‌کند. این هم یک روایت.

تحلیل روایی مشارب نخل و تقدم حق آب در قنوات موقوفه

روایت دیگر که در اینجا هست، روایت مشارب نخل است که این هم روایتی است از پیغمبر اکرم و مربوط می‌شود به آن مواردی که افرادی که یک قناتی از یک جایی زده‌اند و این قنات در یک ارتفاع واقع

شده است و همین طوری می‌آید پایین، این آبادی‌های بالا را مشروب می‌کند تا می‌رسد به پایین، حضرت در اینجا می‌فرمایند که این بالاییها نمی‌توانند جلوگیری کنند از این قناتی که می‌آید برای پایین. این قنات را از بالا می‌بندد تا مناطق بالا سیراب شود وقتی که سیراب شد باید رها کنند و بگذارند بیاید پایین، پایینی را هم در مرحلهٔ پایین تر سیراب کند تا اینکه بیاید پایین و خلاصه به انتهای آن محلّهٔ پایین برسد. این را می‌گویند مشارب نخل.

این روایت، روایتی است که در کنز العمّال از ابی نعین از صفوان بن سعید به سَعَدة بن ابی مالک نقل می‌کند که انّ رسول الله صلی الله علیه و آله و سلّم قال: **لاضرر و لاضرار و اَن رسول الله صلی الله علیه و آله و سلّم قضی فی مشارب النخل بالسیل الاعلی الی الاسفل حتّی یَشربَ الاعلی و یرمی الماء الی الکفّین ثُمَ یُصرَحُ الماءُ الاسفل** وقتی که آب کاملاً این مشارب نخل را سیراب کرد، به اندازهٔ دو کف وقتی که بالا آمد یعنی آب به آن ریشه رسید بعد آب را رها می‌کنند تا اینکه به اسفل برسد **و کذلک حتی تنقضی الحوائط** و ... تا اینکه تمام این

حائطها و همهٔ این باغها و باغچه‌ها تمام بشوند و آب هم کفایت بکند. حضرت در اینجا فرموده‌اند که لاضرر و لاضرار، گرچه بعضی‌ها ممکن است در اینجا بگویند روایت ظهوری ندارد. حضرت نفرمودند کسی نباید منع بکند. امّا ظهور این روایت که اول باید بالا سیراب کنند و بعد پایین و همین طور، این استفاده می‌شود با آن جملهٔ لاضرر و لاضرار که بالاییها حق منع پایینی‌ها را ندارند. یعنی نمی‌توانند جلوگیری بکنند از رسیدن آب به پایین، گرچه آب در مرحلهٔ بالا هست و اینها، و آنها تقدّم دارند نسبت به آب ولی این تقدّم باعث نمی‌شود که حقوق بقیّه نسبت به این ماء در نظر گرفته نشود، بلکه تمام اینها علی السّواء هستند منتهی از نقطهٔ نظر اینکه آنها در ارتفاع واقع هستند، حق آنها از این نقطهٔ نظر مقدّم است بر بقیّه، از این نقطهٔ نظر می‌توانیم بگوئیم اشکالی به این روایت وارد نمی‌شود، گرچه روایت، روایتی است که اهل تسنن نقل کرده‌اند ولی این خودش تأیید بر این است که روایات امثال شفعه و رَجُل انصاری و منع فضل ماء که از ائمه علیهم

السلام نقل شده است، نظیر اینها از پیغمبر هم نقل شده است. چون روایت منع فضل ماء از امام صادق علیه السلام بود و از پیغمبر هم خود همین‌ها نقل کرده‌اند.

بحث پیرامون وجود قید فی الاسلام در روایات قاعده لاضرر و ارزش مراسیل صدوق

این روایات، روایاتی بود که در این روایات جملهٔ لاضرر و لاضرار بود. البته ما یک روایات دیگری هم داریم که انشاء اللَه فردا می‌آئیم آن روایات را می‌خوانیم که در آنها جملهٔ لاضرر و لاضرار نیست، لاضرر هست، یا اینکه لاضرار تنها هست، یا در آنها ضرر تنها است آن یک بحث دیگر است راجع به آنها ولی قبل از اینکه ما به آن روایات دیگر برسیم که در آنها لفظ ضرر آمده یا اینکه به مضمونها دلالت بر نفی ضرر می‌کنند، ما راجع به خود این لاضرر و لاضرار بحث را تمام می‌کنیم و اینکه بالاخره لاضرر و لاضرار مسلم است و شک و شبهه‌ای در این نیست که قاعدهٔ لاضرر و لاضرار هست.

حالا آیا لاضرر و لاضرار فی الاسلام است یا

لاضرر و لاضرار علی مومن است؟ چطور اینکه بعضی از روایات فی الاسلام بود و بعضی ها علی مؤمن است. ما در روایات شیعه فی الاسلام نداشتیم فقط یک مرسلۀ صدوق بود که در آنجا فی الاسلام بود. ولی در روایت دعائم الاسلام، فی الاسلام داریم. در این دو و سه تا روایاتی که حدیث جعل خَشَب یا در حدیث قسمت عین مشترکه عبارت فی الاسلام داریم یعنی تنها یک روایت صدوق است که مرسل است البته صدوق هم به عنوان روایت نقل نکرده است، ولی ظهور مراسیل صدوق در نقل روایت است، انهایی که در فقیه نقل می‌کند. بعضی‌ها گفته‌اند شاید از این نقطۀ نظر که قید فی الاسلام پیش صدوق و پیش آن زمان یک قید ظاهری بود، از این نقطه نظر صدوق آمده است قید فی الاسلام را نقل کرده است و لکن بعضی‌ها گفته‌اند، نه این دلیل نمی‌شود چون در بسیاری از موارد ما می‌بینیم که صدوق با اینکه یک روایت، روایت مسلمی نیست، بلکه ما خلاف آن را می‌بینیم آمده آن را در مراسیل خودش آورده است. اینطور نیست که

آنچه صدوق به عنوان مرسل ذکر می‌کند، چون پیش او دیگر واضح البیان و روشن بوده است قضیه، بیانش خیلی، بیان روشنی بوده است. از این نقطهٔ نظر سند را نقل نکرده است. پس بنابراین ما به مراسیل صدوق به عنوان مسانید نمی‌توانیم توجه کنیم و حق هم البته با آنها است. چون به طور کلّی همان طوری که عرض کردم، بنای ما در اخذ به روایت، بناء، بنای عقلایی است.

یک وقتی مسأله، مطلبی است که در مورد مستحباب است، در مورد مکروهات و امثال ذلک است در این موارد خب ما می‌توانیم مراسیل صدوق و بزرگان را به عنوان اینکه اینها عنایت داشته‌اند، آن جهت بلاغ را در آنها لحاظ بکنیم و امثال ذلک. و یک وقتی نه، مسأله، مسألهٔ حکم و فتوای است و مسأله، مسألهٔ وجوب است و مسأله، مسألهٔ حرمت است، مساله، مسألهٔ عرض و مال و نفوس و این حرفها است روی این حساب ما نمی‌توانیم مراسیل صدوق را در حکم مسانید تلقی کنیم، و آنچه را که ایشان به عنوان فتوی نقل کرده‌اند به عنوان روایت تلقّی بکنیم. این مطلب را ما نمی‌توانیم انجام بدهیم.

بله به عنوان تأیید می‌توانیم ذکر بکنیم، و با این مرسل یک روایت را بر روایت دیگر ترجیح بدهیم در مقام تعارض و امثال ذلک، می‌توانیم این کار را انجام بدهیم. امّا اینکه به عنوان یک دلیل مستقل بگیریم یک همچنین جرأتی را من ندارم، حالا دیگر این بسته است به نظر بقیّه هست که تا چه حدّ بتوانند جرأت بکنند. در مورد احکام وضعی یا در مورد تکلیفات چه به عنوان وجوب و چه به عنوان حرمت ما به مراسیل صدوق نمی‌توانیم اعتماد بکنیم، مگر اینکه آن مسانیدش را پیدا بکنیم.

بحث ما فردا راجع به این است که آیا قید فی الاسلام هست در لاضرر و لاضرار یا اینکه فی الاسلام نداریم. گرچه خیلی تفاوتی نسبت به اصل قضیه ندارد. امّا خب بالأخره این بحث را کرده‌اند ما هم انجام می‌دهیم. در موارد دیگر مفید است همان بحث زیاده و نقیصهٔ معروف است که ببینیم در چه مواردی است. بحث، بحث خیلی مفیدی است ولو در اینجا خیلی موضوع نداشته باشد، خیلی مطلب نداشته باشد، آن یک بحث دیگر است

سؤال: آیا در مسألهٔ مشارب نخل فرق نمی‌کند که این قنات ملک کسی باشد یا اینکه یک قنات طبیعی باشد؟

جواب: این بحث را ما قبلاً در بحث منع فضل ماء کردیم، این مسأله مربوط به قنات طبیعی است. در آن بحث منع فضل ماء عرض شد که در آن زمانها اغلب این قناتهایی که می‌کندند، اینها قبلاً قناتهایی وقفی بوده است. و اینها آبار و قنواتی بوده است که اینها را می‌کندند و جهت عام المنفعه‌ای داشته است. اگر یک حقی پیدا می‌شد نسبت به شخصی، حق تقدّم و الوّیت بوده است، این به طور کلی و امّا راجع به ...

...اینکه ملک شخصی باشد، راجع به این استفادهٔ شخصی و استفادهٔ از مواشی را امثال شیخ فتوی داده‌اند و همان ارتکاز عقلایی بر این است که استفاده می‌شود ولو اینکه...، ولی از نظر نخل و مشارب نخل و زرع کسی فتوی نداده است، آن آب زیادی را می‌طلبد و جلب می‌کند. استجلاب آب زیاد را می‌کند. از این نقطهٔ نظر می‌توانیم بگوئیم که این روایت مربوط می‌شود به همان آبار موقوفه یا

قنوات موقوفه که اینها ملک شخصی نبوده است و آنها حق تقدّم داشته‌اند. آن مسأله مربوط به مواشی و استفادهٔ شخصی انسان است، که در آنجا آن ملکیت دخالت ندارد و همان حکم عقلایی در آنجا این است که این استفاده‌ها را شخص انجام می‌دهد، در صورتی که آب زیاد باشد، مسأله‌ای نیست و اشکال ندارد. ولی راجع به زراعت و امثالها چون خیلی آب می‌برد و استجلاب آب زیاد می‌کند، در آنجا کسی فتوی نداده است. البته بعضی از اهل تسنن فتوی داده‌اند ولیکن از خاصه فتوای به مزرعه و مشارب نخل و زراعت و مساقات داده نشده است، و فتوی داده نشدن هم به خاطر همین ارتکاز عقلایی است که یک وقتی یک کسی می‌گوید مواشی بیایند آب بخورند، یک وقتی می‌گویند سه ساعت آب را در مزرعه ول بکنند. خب این خیلی فرق می‌کند، آن آب همه هدر می‌رود، خب این آب چاه کم می‌شود ، غیر از اینکه یک بشکه و یک سطل و دو سطل آب خوردن و یک استکان آب برداشتن...

سؤال: یعنی جایز نیست و ما می توانیم استفاده

کنیم اینکه یک کف آب برداشتن اشکال ندارد

جواب: بله، این را عقلاء می گویند که اشکال ندارد

سؤال: ...؟

جواب: بله، حالا در اینجا غیر از این مورد را هم گفته‌اند. حتی در صورت منع آن هم می‌گویند جایز است. مثلاً شیخ فتوی داده است.

سؤال: ابن زهره؟

جواب: بله، ابن زهره، شیخ، امثال ذلک اینها همه را عرض کردیم که در آنجا ولو در صورت کراهت مالک هم، در آن صورت باز اشکال ندارد. مثل فرض کنید حق الماره می‌ماند، مثل جلوس در باغ بدون حصار می‌ماند.

سؤال: همین را می‌گویند که اگر صاحب منع کرد نمی‌توانند استفاده بکنند؟

جواب: نه، حق الماره حقش هست اگر منعی دارد درخت را بکشد در منزل خودش، این هم جای صحبت است. در هر صورت، در این مسأله ولو در صورت منع هم گفته‌اند ولوکرِهَ باز اشکال ندارد. البته خب فعلی‌ها شاید نظرشان به این باشد. این به

خاطر همان یک ارتکاز عقلایی است که عقلاء این گونه موارد را دفع می‌کنند و آن تسلط بر مال حمل می‌شود بر آن ارتکاز عقلایی، نه اینکه یک حکم تأسیسی جدای از آن بناء عقلای باشد. ولی در مورد زرع و مساقات و امثال ذلک بنای عقلایی ما نداریم. لذا این روایات همه ناظر است به آن مواردی که آبار و اینها از چیزهای موقوفه باشند یا از اموال مشترک المنافع باشد، به ملک شخصی کاری ندارد.

اللّهم صل علی محمد و آل محمد