

أَعُوذُ بِاللَّهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ
بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بحث در مورد روایت هدم جدار بود که از دعائم الاسلام 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 اعم می‌گیریم از جار و از غیر جار، سر بزند که آن عمل یک ضرر عقلایی 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 نقطه 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 ناحیه یک حکم کلی پیدا می‌شود که آن تعلق حق، به جامعه مردم و مسلمین تعلق می‌گیرد و منافع فردی به واسطه 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 مشرفه بای نحو 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، کلیت پیدا می‌کند و حکومت پیدا می‌کند بر این حقوق جزئی.

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 خوب اینجا ترجیح پیدا نمی‌کند با ضرر بر جامعه، و لهذا نفعش باید منتفی بشود یعنی ضرر نزند. اما اگر جار باشد اینجا دیگر اهم و مهم پیدا نمی‌شود؟!

جواب: در آنجا که جار است شخص می‌خواهد یک کاری انجام بدهد، یک فعلی می‌خواهد انجام بدهد یک وقتی شخص می‌خواهد تصرفی در ملک خودش بکند که آن تصرف غیر عقلایی است

و آن تصرف باعث ضرری به جار می‌شود. در این صورت عقلاً این تصرف محکوم است و ما نمی‌توانیم یک همچین عمومیت و سعه‌ای را در الناس مسلطون علی اموالهم قائل بشویم با توجه به اضرار به حق غیر. بلکه همیشه الناس مسلطون در تحت یک حکم عقلایی توسعه و تضییق پیدا می‌کند. یک وقتی آن تصرفی که می‌خواهد بکند، تصرف عقلایی است، ولی آن تصرف عقلایی یک ضرری به غیر می‌زند. آن وقت در این صورت یا اینکه این شخص (همسایه) حقی داشته نسبت به این گونه تصرف یعنی حق اعمال 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 حقتش طوری استفاده بکند که به دیگری ضرر بزند ولو تصرف، تصرف 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. تصرف، تصرف 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. اما یک وقت حقی 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 تصرف او تصرف عقلایی باشد، ولو اضرار به حق او وارد می‌شود، در این صورت اشکالی ندارد. بالأخره تصرف عقلایی است و دارد در مالش تصرف می‌کند و مسئله‌ای نیست. این صور باید از هم دیگر تفکیک بشود.

در مورد اجتماع هم ما همین را گفتیم اگر در مورد اجتماع ضرری به یک شخصی وارد می‌شود، آن ضرر بنا بر آن 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 تهیه بکند. ولی این حق سکونت در اینجا، حق اختیار، این ضرر با آن ضرر کلی مندرج 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 حقی دارد نسبت به این جدار، این ناظر به آنجا است. این احتمال مندفع می شود 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 کرده اند و این مورد دوم، موردی است که آن طرف حقی ندارد بلکه بخواهد تصرفی بکند تصرف لغوی، در این صورت جلوی او گرفته می شود. این جواب هم مندفع می شود. این یک روایتی که در دعائم الاسلام هست. روایت دیگر روایتی است که در کنز العمال نقل شده است به اسنادش عن حجاج بن ارتاح که یکی از اصحاب امام صادق علیه السلام بوده است البته این روایت مرسل است و سندش خیلی سند عالی ای نیست تا حجاج بن ارتاح سند منقطع است. روایت راجع به این است: قال أَخْبَرَنِي أَبُو جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ: أَنَّ نَخْلَةَ كَانَتْ بَيْنَ رَجُلَيْنِ فَاخْتَصَمَا فِيهَا إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ فَقَالَ أَحَدُهُمَا: أَشَقَقَهُمَا نَصْفَيْنِ بَيْنِي وَبَيْنَهُ فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَ سَلَّمَ لِأَضْرَرٍ وَ لِأَضْرَرٍ فِي الْإِسْلَامِ يَتَقَاوَمَانِ فِيهَا.

یک نخلی بوده است بین دو نفر که هر دو مالک این نخل بوده اند ظاهراً نخل خشک شده است و یا اینکه خشک هم نشده است این سر جایش بوده است. یکی گفته است که: من این را می خواهم که نصفش کنیم، من می خواهم از چوبش استفاده کنم. اینطور که از لسان روایت بر می آید این است که خشک نبوده است و گفته است می خواهم از چوبش استفاده کنم و نصفش را بده می خواهم بروم. حضرت فرمودند: این نصفه ای که می خواهی بکنی این ضرر به دیگری وارد می شود. یعنی ضرر به حیات نخله وارد می شود. و حق او از بین می رود، حالا تو می خواهی از حقت صرف نظر بکنی او که نمی خواهد 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 می شود. که لاضرر و لاضرر فی الاسلام در اینجا هست. گرچه روایت مرسل است، ولی فی الاسلام دارد که حالا انشاء الله در بحث اینکه آیا این قاعده، مذیل به فی الاسلام هست یا مذیل به فی الاسلام نیست؟ و در دوران امر بین زیاده و نقیصه، انشاء الله عن قریب یک بحث اینطوری هم در آینده داریم.

و نظیرش را در موارد دیگر هم بیان کرده اند، و نظیر آن قضیه، آن است که امام صادق علیه السلام در صحیح غنوی که مروی در کافی هست، حضرت می فرماید: فِي رَجُلٍ شَهِدَ بَعِيرًا مَرِيضًا. این روایاتی که من می خوانم 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 حدی 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 حسنی که دارد این است که مواردی که این روایتها در آن مورد آمده است، راه گشای استفاده 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 می‌خورد که 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.

روایت دیگر روایتی است که در کافی است از امام صادق علیه السلام: **فِي رَجُلٍ شَهِدَ بَعِيرًا مَرِيضًا وَ هُوَ يَبِيعُ فَشْتَرَاهُ رَجُلٌ بَعِشْرَةَ دَرَاهِمَ فَجَاءَ وَ أَشْرَكَ فِيهِ رَجُلًا بَدْرَهْمِينَ بِالرَّأْسِ وَ الْجِلْدَ فَقَضَا انَّ البَعِيرَ بَرءٌ: فَبَلَغَ ثَمَنَهُ دَنَانِيرًا. فَقَالَ لِصَاحِبِ الدَّرَهْمِينَ خذْ خُمْسَ مَا بَلَغَ فَأَبَا. قَالَ أُرِيدُ الرَّأْسَ وَ الْجِلْدَ. فَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: لَيْسَ لَكَ ذَلِكَ هَذَا الضَّرَّارُ، وَقَدْ أُوتِيَ حَقُّهُ إِذَا أُوتِيَ الخُمُسُ.**

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 کان 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 الان سالم است، الان 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، اولاً 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 قضیه دو درهم برمی گردد و می رود در بقیه اموال و تسهیم می شود به نسبت شتر سالم. دو درهم نسبت به هشت درهم می شود یک چهارم. یک چهارم به اضافه آن چهار قسمت می شود یک پنجم کل این شتر سالم. لذا حضرت در اینجا حکم به تسهیم کل قیمت در اینجا کرده اند. این یک مطلب.

مطلب دومی که در اینجا هست، این هست که این شخص که گفت: پوست و سرش را بده به من، به واسطه پوست و سر دادن، این الآن متضرر می شود. این الآن حکم آن نخله را پیدا می کند. آن نخله ای که الآن سر جا و برپا هست وقتی که او می گوید: نصف از این نخله را قطع کن و بده به من این الآن نسبت به حیات نخله، آن شریک دیگر متضرر می شود. درست است که نصف نخله را الآن به شریکش داده است، ولی آن نصف نخله، آن نصف نخله ای است که دیگر حیاتش را از دست داده است و تبدیل به چوب شده است. خب ضرر این را چطور شما در اینجا تدارک می کنید؟ و آن شخص حق حیات دارد نسبت به نخله، الآن هم وقتی شتر سالم می شود این شخص نسبت به این شتر حق حیات دارد. یعنی نسبت به سلامت این شتر حق حیات دارد. اگر بخواهند این شتر را از بین ببرند، این شخص نسبت به این متضرر می شود، نسبت به حق حیاتی که راجع به این شتر دارد تضرر پیدا می کند. پس بنابراین به طور کلی باز موضوع عوض می شود. یعنی به خاطر تبدل موضوع که از حال مرض برگشته است به حال صحت، از این نقطه نظر اگر بخواهند این شتر را بکشند ضرر ایجاد می شود چون شتری را می کشند که می خواهند از گوشتش استفاده کنند ولی شتری که سالم می شود، از این شتر برای باربردن استفاده می کنند، از حرکتش استفاده می کنند و به خاطر همین هم شتر از ده درهم تبدیل شده به دنانیر والا خود گوشتش از اول 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 می خواهید سر و پوستش را بگیرید نود درهم به این الآن داری ضرر می زنی. لذا در این صورت باید خمسش را از این نقطه نظر پردازای.

اینها یک نکاتی است که ما داریم از این روایت در می آوریم، به این می گویند 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

می شود که در موارد دیگر این مبانی را به کار ببرد که الآن که حضرت آمدند این شتری که مریض بود اینطور حکم کرده اند، حالا که سالم شد اینطور حکم کرده اند دلیلش چیست؟ دلیلش این است که الآن تو داری نود درهم به این شخص ضرر وارد می کنی. 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 واسطه کشتن شتر و سر پوست به تو دادن، نود درهم به طور کلی از بین می رود. من باب مثال هشتاد درهم از بین می رود، هفتاد درهم از بین می رود. این آن وقت ضرر به او وارد می شود. ولی نسبت به تو ضرری وارد نمی شود زیرا تو آمدی فقط سر و پوست را خواسته ای. چه شتر مریض باشد سر و پوست را به تو می دهند، شتر سالم باشد باز سر و پوست را می دهند. تو که ضرری نکرده ای در اینجا. پس بنابراین در اینجا این ضرر متوجه شخصی می شود که این در اینجا هشتاد درهم داده است. آن وقت چون در اینجا دیگر شتر موضوعش عوض می شود از این نقطه نظر دیگر پول تو داخل در بقیه پولها می شود و مسأله، مسأله خمس می شود.

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

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 لابی لبابه عذق فی حائط رجل فکلّمه یک نخل داشته در باغ یک کسی، در منزل یک کسی، حائط به آن چهار دیواری می گفتند که هم منزل بود و هم باغ بود، به اصطلاح حدیقه. فکلّمه با او صحبت می کند. فقال إنک تتأ حائطی الی عذقک فانا أعطیتک مثله فی حائطی تو می آیی در این حائط و باغچه من حرکت می کنی، راه می روی، من اینجا زن و بچه دارم گاهی اوقات خب می آیی ردّ می شوی خلاصه باعث اذیت من است که تو بدون اجازه در را باز می کنی می آیی 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 مسأله ای نیست، زن و بچه ای نیست می توانی بیایی و بروی اشکالی ندارد، فأبی، این اباء می کند.

فکلّمه النبی صلی الله علیه و آله و سلم، می رود پیش پیغمبر و شکایت می کند فقل یا ابا لبابه خذ مثل عذقک فخذها الی مالک و اکفّف عن صاحبک حضرت فرمودند: ابا لبابه مثل این درخت را بگیر و این را به مالت اضافه بکن و اکفّف عن صاحبک ... آنچه که دوست ندارد انجام نده، خلاصه

تومی روی 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 لاضرر یعنی در اینجا مسأله مثل قضیه سمرة بن جندب هست. حضرت فرمودند: برو این درختی که اینجا هست در بیاور و بزن به دیوار لاضرر و لاضرر فی الاسلام. این یک روایت که مال مرا سیل ابی داود است و راوی آن از اهل تسنن است و روایت را غیر از قضیه سمرة 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 نقطه نظر ما بیان کردیم و اشکالی هم ندارد، به اصطلاح بحث راجع به اینها خیلی هم خوب است. در اینجا لاضرر و لاضرر فی الاسلام هم داریم یعنی یک جمله اضافه.

روایت دیگر یک روایتی است از عبد الرزاق صنعانی در مصنف که بسیار کتاب خوبی است، مال اهل تسنن عن معمر عن جابر عن عكرمة عن ابن عباس قال صلى الله عليه و آله و سلم که ایشان فرموده‌اند: لاضرر و لاضرر و این قاعده را حضرت بیان کرده‌اند. روایت ناظر به همان مسأله‌ای است که ما قبلاً گفتیم. ببینید در منازل سابق _ چون ما خودمان منزل خراب کرده‌ایم و این را دیده‌ایم _ 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 همه آنها را اره کرده بودند تا اینکه چیز کنند. در واقع می‌توانیم بگوئیم اینها هم دیگر را مثل کلاف داشته‌اند. یک دفعه نگاه می‌کردی شما می‌دید توی یک محله که این خانه بوده چند تا خانه 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 بقیه.

بعد یک مردی از اینها آمده یک منزل بسازد. آن همسایه اش اجازه نداده است که این چوب بلندتر بگیرد، گفته: که برای چه شما می خواهید این چوب را داخل منزل من قرار بدهید؟ آن همسایه اجازه نداده است، این رفته است پیش پیغمبر، حضرت فرموده اند: لِرَجُلٍ أَنْ يَجْعَلَ خَشْبَةً فِي حَائِطِ جَارِهِ وَ الطَّرِيقِ سَبْعَةَ أَذْرُعٍ الْبَتَّةِ رَاجِعٌ بِهِ بَحْثِ طَرِيقٍ، آن راهی که هست هفت ذراع هست. چون فرموده اند: هفت تا. آن نمی تواند ملک خودش را بیاورد جلو که این هفت ذراع که تقریباً می شود حدود دو متر، دو متر و نیم، این مقدار می شود. مرد می تواند چوبش را داخل در آن دیوار همسایه بگذارد، یک همچنین حقی را دارد. به خاطر استحکام در بناء این کار را انجام می دادند که حالا فرض کنید که همسایه دیوار دارد ما نمی توانیم این چوب را حالا که دارد درست می کند این چوب را می گذارد روی آن دیوار بغلی، چون جا نبوده است، یا اینکه آن دیوارش، دیوار محکمی بوده است، به هر صورت یک همچنین حقی را دارد.

عنوان دوّم که الطَّرِيقُ سَبْعَةَ أَذْرُعٍ که به ما نحنُ فیه خیلی مربوط نیست، آن بحث جلو آمدن خانه هایی هست که در مسیر هستند. حضرت می خواهند بفرمایند: که نمی شود 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 می کند که باز این را هم می توانیم حکم تکلیفی بگیریم که حرمت را استفاده نکنیم، هم می توانیم 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 می کند. طبرانی و بیهقی و ابن ماجه در سنن دارقطنی نقل می کنند و مطلب مهمی هم در اینجا نیست، یعنی یک روایتی هست که لاضرر و لاضرار دارد، منتهی فی الاسلام ندارد، ولی خود آن جمله لاضرر و لاضرار این کفایت می کند. این هم یک روایت.

روایت دیگر که در اینجا هست، روایت مشارب نخل است که این هم روایتی است از پیغمبر اکرم و مربوط می شود به آن مواردی که افرادی که یک قناتی از یک جایی زده اند و این قنات در یک ارتفاع واقع شده است و همین طوری می آید پایین، این آبادی های بالا را مشروب می کند تا می رسد به پایین، حضرت در اینجا می فرمایند که این بالایها نمی توانند جلوگیری کنند از این قناتی که می آید برای پایین. این قنات را از بالا می بندد تا مناطق بالا سیراب شود وقتی که سیراب شد باید رها کنند و بگذارند بیاید پایین، پایینی را هم در مرحله پایین تر سیراب کند تا اینکه بیاید پایین و خلاصه به انتهای آن محله پایین برسد. این را می گویند مشارب نخل.

این روایت، روایتی است که در کنز العمال از ابی نَعین از صفوان بن سعید به سَعْدَة بن ابی مالک نقل می کند که آن رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم قال: لا ضرر و لا ضرار و آن رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم قضی فی مشارب النخل بالسیل الاعلی الی الاسفل حتی یَشرب الاعلی و یرمی الماء الی الکفین ثم یُصرح الماء الاسفل وقتی که آب کاملاً این مشارب نخل را سیراب کرد، به اندازه دو کف وقتی که بالا آمد یعنی آب به آن ریشه رسید بعد آب را رها می کنند تا اینکه به اسفل برسد و كذلك حتى تنقضي الحوائط و ... تا اینکه تمام این حائطها و همه این باغها و باغچه ها تمام بشوند و آب هم کفایت بکند. حضرت در اینجا فرموده اند که لا ضرر و لا ضرار، گرچه بعضی ها ممکن است در اینجا بگویند روایت ظهوری ندارد. حضرت فرمودند کسی نباید منع بکند. اما ظهور این روایت که اول باید بالا سیراب کنند و بعد پایین و همین طور، این استفاده می شود با آن جمله لا ضرر و لا ضرار که بالاییها حق منع پایینیها را ندارند. یعنی نمی توانند جلوگیری بکنند از رسیدن آب به پایین، گرچه آب در مرحله بالا هست و اینها، و آنها تقدّم دارند نسبت به آب ولی این تقدّم باعث نمی شود که حقوق بقیه نسبت به این ماء در نظر گرفته نشود، بلکه تمام اینها علی السواء هستند منتهی از نقطه نظر اینکه آنها در ارتفاع واقع هستند، حق آنها از این نقطه نظر مقدّم است بر بقیه، از این نقطه نظر می توانیم بگوئیم اشکالی به این روایت وارد نمی شود، گرچه روایت، روایتی است که اهل تسنن نقل کرده اند ولی این خودش تأیید بر این است که روایات امثال شفعه و رجُل 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 کرده اند.

این روایات، روایاتی بود که در این روایات جمله لا ضرر و لا ضرار بود. البته ما یک روایات دیگری هم داریم که انشاء الله فردا می آئیم آن روایات را می خوانیم که در آنها جمله لا ضرر و لا ضرار نیست، لا ضرر هست، یا اینکه لا ضرار 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 می کنند، ما راجع به خود این لا ضرر و لا ضرار بحث را تمام می کنیم و اینکه بالاخره لا ضرر و لا ضرار مسلم است و شک و شبهه ای در این نیست که قاعده لا ضرر و لا ضرار هست.

حالا آیا لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام است یا لا ضرر و لا ضرار 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 مرسله 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، آنهایی که در فقیه نقل می‌کند. بعضی‌ها گفته‌اند شاید از این نقطه 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 نقطه 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 کلی 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، مسأله حکم و فتوای است و مسأله، مسأله وجوب است و مسأله، مسأله حرمت است، مسأله، مسأله 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 تلقی 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. اما اینکه به عنوان یک دلیل مستقل بگیریم یک همچنین جرأتی را من ندارم، حالا دیگر این بسته است به نظر بقیه هست که تا چه حد 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. اما خب بالأخره این بحث را کرده‌اند ما هم انجام می‌دهیم. در موارد دیگر مفید است همان بحث زیاده و نقیصه 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 مسأله 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 می‌کنند، اینها قبلاً قناتهایی وقفی بوده است. و اینها آبار و قنواتی بوده است که اینها را می‌کنند 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 استفاده شخصی و استفاده 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 نقطه 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 استفاده 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 مسابقات داده نشده است، و فتوی داده نشدن هم به خاطر همین ارتکاز عقلایی است که یک وقتی یک کسی می‌گوید مواشی بیابند 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 می‌توانیم استفاده کنیم اینکه یک کف آب برداشتن اشکال ندارد

جواب: بله، این را عقلاء می‌گویند 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 می ماند، مثل جلوس در باغ بدون حصار می ماند.

سؤال: همین را می گویند که اگر صاحب منع کرد نمی توانند 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 گفته اند ولو کره باز اشکال ندارد. البته خب فعلی ها شاید نظرشان به این باشد. این به خاطر همان یک ارتکاز عقلائی است که عقلاء این گونه موارد را دفع می کنند و آن تسلط بر مال حمل می شود بر آن ارتکاز عقلائی، نه اینکه یک حکم تأسیسی جدای از آن بناء عقلائی باشد. ولی در مورد زرع و مساقات و امثال ذلک بنای عقلائی 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.

اللهم صل علی محمد و آل محمد