



# نظریه جبران خسارت به حقوق معنوی کودک\*

(قسمت دوم)

دکتر ا. نقیبی

عضو هیأت علمی مدرسه عالی شهید مطهری

## چکیده

عدم رشد بدنی، عقلی و روانی کودک، ضریب آسیب‌پذیری او را بسیار بالا می‌برد. بدین جهت در تعالیم ادیان الهی، مکتب‌های تربیتی، نظام‌های حقوقی، حقوق بین‌الملل و قوانین کشورها برای مصونیت کودک از آسیب‌ها، و جبران خسارت‌های مادی، عاطفی و اخلاقی او، روش‌های حمایتی خاصی پیش‌بینی شده است. حمایت از حقوق مادی و معنوی کودک نیازمند شناسایی مصادیق آن می‌باشد. حقوق معنوی کودک به حقوقی گفته می‌شود که به نحوی با هویت و شکل‌گیری شخصیت عاطفی، عقلانی و فکری او مرتبط می‌باشد؛ حق تابعیت، حق نسب و حق آموزش و پرورش از جمله حقوق معنوی کودک به شمار می‌آیند. نگارنده با شناسایی این حقوق در مجموعه تعالیم تربیتی و حقوق اسلام، تجاوز و تخلف از حقوق معنوی کودک را منشأ مسؤلیت دنیوی و اخروی، اخلاقی، مدنی و کیفری دانسته است. استقراء مفاهیم تربیتی و تأمل در سیاق ادله متضمن این مفاهیم، امکان گذر از مسؤلیت اخلاقی به مسؤلیت مدنی را میسر می‌سازد. نویسنده همچنین با بهره‌گیری از روش اجتهادی به استناد قواعد فقهی لاضرر، حرج و بنای عقلای مبانی فقهی نظریه جبران خسارت به حقوق معنوی کودک را ارائه نموده است.

## واژگان کلیدی

حقوق کودک، حقوق معنوی، مسؤلیت اخلاقی، مسؤلیت مدنی، مسؤلیت کیفری،

جبران خسارت

\* مقاله به دبیرخانه همایش سراسری حقوق اطفال ارائه گردید.



در بخش نخست این مقاله ضمن تأکید بر اهمیت حقوق معنوی کودک، مهمترین مصادیق و موارد آن شناسائی و ارائه گردید. این موارد در جمع‌بندی به شرح ذیل می‌باشد:

- ۱- حق هویت متشکل از حقوق نام‌گذاری، تابعیت و نسبت.
- ۲- حق آموزش و پرورش، در بردارنده حقوق آموزش، پرورش فضایل اخلاقی، تربیتی - اجتماعی.

۳- حق آزادی متشکل از آزادی عقیده و اندیشه.

۴- حق تمامیت جسم و روان.

در این بخش مبانی فقهی جبران خسارت به حقوق معنوی کودک به تفصیل بررسی می‌گردد.

قاعده لاضرر، قاعده نفی عسرو حرج و بنای عقلا سه دلیل عمده‌ای هستند که برای اثبات نظریه جبران خسارت به حقوق معنوی کودک در این نوشتار مورد استناد قرار گرفته‌اند.

۱- بررسی رجالی روایت مورد استناد.

۲- مصادیق حقوق معنوی کودک که عبارتند از:

الف- حق هویت شامل حق نام‌گذاری، تابعیت، نسب.

ب- حق آموزش و پرورش در بردارنده آموزش و تعلیم، پرورش و تربیت، القاء فضایل اخلاقی و اجتماعی.

ج- حق آزادی عقیده و اندیشه.

د- حق تمامیت جسم و روان.

این بار در ادامه بحث، قاعده لاضرر و شمول آن بر ضرر معنوی کودک و جایگاه آن از دید قواعد فقه و نظر فقیهان مورد تأمل قرار می‌گیرد.

## قاعده لاضرر و جبران خسارت به حقوق معنوی کودک

### الف - مستندات قاعده لاضرر

یکی از مهمترین دلایل بر لزوم جبران خسارت به حقوق معنوی کودک، قاعده



لاضرر است. از آن جایی که تجاوز به حقوق معنوی کودک غالباً موجب ایراد خسارت معنوی می‌گردد، بایسته است دلالت قاعده را بر جبران ضرر و زیان معنوی مورد بررسی قرار دهیم.

مستندات و مؤیدات قاعده **لاضرر ولاضرار** آیات و روایات فراوانی است (بقره، ۲۲۱، ۲۸۴، ۲۳۴؛ طلاق، ۷؛ نساء، ۱۲؛ *العاملی*، ۱۴۱۴ هـ. ق. ۱۵، ص ۴۰۲) که زمینه‌های صدور برخی از روایات تنها ضرر مادی است، مانند روایت عقبه بن خالد از امام صادق (علیه السلام) که فرمود: پیامبر بین شرکاء در زمین‌ها و خانه حکم به شفعه کرد و فرمود: «ضرر و ضرار در اسلام وجود ندارد، زمانی که قسمت انجام گرفت و حدود مشخص شد دیگر حق شفعه نیست» (الکلبینی، ۱۴۰۱ هـ. ق. ۵، ص ۲۱۰، ج ۴). موضوع و مورد این روایت، حق شفعه، بعنوان یک حق مالی است. اما شأن صدور برخی از روایات، امور مادی و معنوی است، مانند روایت حسن بن زیاد از امام صادق (علیه السلام) که فرمود: شایسته نیست مرد، زن خویش را طلاق دهد و بعد بدون این که به او رغبت بورزد، به او رجوع کند و برای بار دوم طلاق دهد. این همان ضرر است که خداوند از آن نهی فرمود؛ مگر آن که پس از طلاق رجوع به قصد نگهداشتن باشد (العاملی، ۱۴۱۴ هـ. ق. ۱۵، ص ۳۹۱).

در این روایت، رجوع برای طلاق مجدد چون بدون میل و رغبت می‌باشد، موجب تحمیل فشار روحی و روانی بر زوجه است و از مصادیق خسارت معنوی به شمار می‌آید؛ ممکن است رجوع به جهت واداشتن او به بخشیدن مهریه باشد که در این صورت خسارت مادی خواهد بود و ممکن است رجوع برای هر دو با هم باشد، در این صورت رجوع بدون رغبت می‌تواند موجب خسارت مادی و معنوی گردد. همچنین است آیه شریفه **«لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده»** (بقره، ۲۲۳). بنابراین که والده و مولود له نایب فاعل باشند، معنای آیه چنین است که پدر نباید به خاطر فرزندی که همسر او در شکم دارد، به او زیان برساند و زن نیز به خاطر حمل خویش نباید از مباشرت با شوهر امتناع نماید و موجب ضرر او گردد (مکارم شیرازی، ۱۳۶۷، ج ۲، ص ۱۳۳؛ *الطوسی*، برتا، ج ۲، ص ۲۵۷).

بنابراین امتناع زوج در ایفای وظایف زناشویی ناظر به استنکاف پرداخت نفقه، یک امر مادی است، ولی امتناع زوجه از مباشرت چه بسا موجب تضییق، حرج، تحمیل



فشارهای روحی و روانی بر زوج می‌شود و چه بسا بتوان آن را مصداق ضرر معنوی و ضرار به شمار آورد. لازم به یادآوری است مقتضیات صدوری بعضی از مستندات قاعده لاضرر و لاضرر تنها، زیان به حقوق معنوی است، ولی دلالت آنها اعم از ضرر مادی و معنوی می‌باشد، مانند روایات مربوط به سمره بن جندب که تردیدی در صدور آن به جهت تواتر لفظی یا معنوی یا اجمالی یا حداقل مستفیض بودن وجود ندارد. البته ممکن است ادعا شود که وجود درخت دیگری در ملک و خانه انسان موجب کاهش ارزش ملک خواهد شد، از این رو مورد این دسته از روایات نیز اعم از مادی و معنوی است.

ولی باید عنایت داشت که روایت ناظر به ورود غیر مأذون در منزل دیگری است نه نفس داشتن درخت داخل منزل دیگری، بنابراین آثار ورود غیر مأذون که زیان معنوی بوده، در این روایت نفی شده است. بدین جهت معتقدیم که مقتضای صدوری آن تنها ناظر به ایراد خسارت به حق معنوی مصون بودن در محیط خانه است.

مباحث مربوط به مقتضایات صدوری قاعده لاضرر مبین این معنی است که قانونگذار نسبت به ایراد زیان حقوق معنوی بی تفاوت نبوده است. بلکه در قضیه سمره بن جندب که بین ضرر مادی او و ضرر معنوی مرد انصاری تنافی پدید آمده بود، ضرر معنوی را ترجیح داده و رفع آن را ضروری دانسته است. این موضع‌گیری شارع معرف اهتمام و جدیت او در برخورد با متجاوزان به حقوق معنوی و ضرورت ترمیم خسارت وارد شده می‌باشد. که یکی از مصادیق آن تجاوز به حقوق معنوی کودک است.

### ب- انطباق عنوان ضرر با خسارت به حقوق معنوی کودک

دو عنوان ضرر و ضرار از مفردات قاعده لاضرر است که در این مبحث به انطباق این دو واژه بر زیان معنوی اشاره‌ای خواهیم نمود. اهل لغت و بسیاری از فقیهان در شمول عنوان ضرر به زیان معنوی تردید ندارند و استعمال آن را بر خسارت معنوی حقیقی دانسته‌اند؛ اما برخی از عالمان ضمن طبیعی خواندن اختلاف نظر بین لغویان به علت استعمال‌های مختلف کلمه ضرر، نوشته‌اند: «در مجموع می‌توان گفت: در مورد نفس و مال کلمه ضرر استعمال می‌شود، ولی در مورد فقدان احترام و تجلیل و آبرو کلمه ضرار کمتر



استعمال می‌شود. مثلاً گفته می‌شود فلانی در آن معامله ضرر کرد یا دارویی که مصرف کرد مضر بود یا به او ضرر زده است. باید دانست در بعضی از مقررات که اخیراً به تصویب رسیده، مانند قانون مسؤلیت مدنی که ریشه فرهنگی دارد، این معنی رعایت نشده است و ضرر در مورد خسارت معنوی استعمال شده است که شاید معادل ضرر باشد (محقق داماد، ۱۳۶۱، ص ۱۴۳).

ولی باید عنایت نمود که ضرر از عناوین عرفی است و استعمال‌های مختلف نیز معرف تلقی عرف از معنای آن می‌باشد و اصولاً تطبیق آن بر زیان ناشی از تجاوز به حقوق معنوی کودکان نیز ریشه در عرف دارد و اذعان برخی از فقیهان به شمول عنوان ضرر بر خسارت معنوی مزید این مدعی است.<sup>۱</sup>

### ج - انطباق عنوان ضرر با خسارت به حقوق معنوی کودکان

کلمه ضرر مصدر ثلاثی مجرد است. برخی از لغت شناسان مانند مؤلف صحاح ضره و ضاره را به یک معنی دانسته‌اند که اسم آن ضرر است. در کتاب مصباح المنیر آمده است: ضره بضره به این معناست که شخص مکروه، و ناپسندی به دیگری وارد نماید؛ اضرار از باب افعال نیز به همین معنی می‌باشد. مؤلف قاموس نیز ضرر و ضرار را دارای یک معنی دانسته است با عنایت به این که ما واژه ضرر را به معنای اعم از مادی و معنوی به شمار آورده‌ایم، چنان که شخصی معنای ضرار را همان معنای ضرر تلقی نماید، او فراگیری ضرار را مانند ضرر بر خسارت به حقوق معنوی مورد پذیرش قرار داده است و در نتیجه لاضرار را در بیان رسول اکرم (ﷺ) در حدیث «الاضرر و ضرار فی الاسلام» باید حمل بر تأکید لاضرر نمود. بعضی دیگر از لغت شناسان و فقیهان برای هر یک از این دو کلمه معنای مستقل از دیگری قائل شده‌اند که مجموع آنها را در نظریات زیر می‌توان خلاصه نمود:

۱- در این باره بنگرید به: الخوانساری، منیه الطالب فی شرح المکاسب؛ محمد کاظم خراسانی، کفایه الاصول؛ میرزا حسن بجنوردی قواعد فقهیه؛ ناصر مکارم شیرازی قواعد فقهیه؛ محمد حسن مرعشی، دیدگاه‌های نو در حقوق کیفری؛ محمد نراقی، مشارق الاحکام.



- ۱- برخی گفته‌اند ضرر در فرضی است که شخصی به دیگری زیانی وارد آورد و خودش از او منتفع گردد، ولی ضرار به این معنی است که در برابر زیانی که به دیگری وارد می‌نماید خود شخص فایده‌ای نمی‌برد.
  - ۲- بعضی دیگر گفته‌اند ضرر کم گذاشتن از حق غیر است. ضرار، ضرر رساندن به زیان کار به عنوان جزاست.
  - ۳- برخی ضرر را زیان ابتدایی و ضرار را کیفر و تلافی تلقی نموده‌اند. ولی استعمال واژه ضرار برای سمره بن جندب در فرضی که مرد انصاری به او ضرر وارد نموده بود، کاشف عدم کیفر بودن ضرار است.
  - ۴- برخی ضرر را اسم دانسته و ضرار را مصدر به شمار آورده‌اند که در این صورت فرق است بین فعل زیان بار و ایراد ضرر که از یکی با عنوان ضرار و از دیگری با عنوان ضرر یاده شده است.
  - ۵- بعضی گفته‌اند ضرار از مفاعله به معنای اقدام دو طرفه است، در حالی که ضرر فعل یک شخص است، زیرا سمره بن جندب اصرار بر اضرار داشته است این قصد و عمد او باعث شده است که کار او دو طرفه محسوب شود. ولی واقعیت این است که ضرار به معنای فعل واحد و غیر مجازات نیز در قرآن به کار رفته است.
  - ۶- عده‌ای از فقیهان، ضرار را به معنای تعمد و قصد اضرار دانسته‌اند و در مقابل ضرار به معنایی که اعم از تعمد و قصد است معنی کرده‌اند. یعنی ضرر اعم از زیانی است که با قصد و عمد تحقق پیدا کند یا بدون قصد و عمد صورت پذیرد (نراقی، ۱۴۰۸هـ، ص ۷).
  - ۷- بعضی دیگر گفته‌اند ضرار به معنای تکرار در صدور ضرر است. به خلاف ضرر که فاقد این ویژگی است (بجنوردی، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۷۸).
- در نهایت امام خمینی معنایی از ضرار ارائه می‌نماید که صاحب قاموس نیز بدان اشاره دارد و آن این که ضرار به معنای ضیق یعنی افکندن در حرج و سختی است و ضرر در مقابل آن به معنای نقض در اموال و نفس می‌باشد. به تعبیر دیگر ضرر و اضرار و مشتق‌های آنها در زبان‌های مالی به کار می‌رود ولی در مورد زیان‌های معنوی و ضیق و حرج واژه ضرار استعمال می‌گردد و تأمل در موارد استعمال این واژه در آیات و روایات



مبین این معنی است و نیز قضیه سمره بن جندب مؤید این مدعی است (الخمینی، ۱۴۰۵ هـ ج ۳، ص ۹۴).

واقعیت این است که در آیات و روایت، مواردی از استعمال وجود دارد که بر خلاف مدعی است. در آیه شریفه: «من بعد وصیه یوصی بها او دین غیر مضر» (نساء، ۱۲). واژه مضر ناظر به اضرار به اضرار به وارثان است که تنها زیان مالی می‌باشد. یا حدیث «هارون ابن حمزه غنوی» کلمه ضرار برای زیان مالی از ناحیه امام صادق (علیه السلام) به کار گرفته شده است.

به گمان ما تفاوت اصلی ضرار و ضرر در اعم بودن، استعمال ضرر در مورد تعمد و غیر تعمد در ایراد زیان است، در حالی که وجود تعمد در استعمال واژه ضرار ضروری است. بنابراین زیان اعم از این که مادی باشد یا معنوی، چون بدون تعمد صورت می‌گیرد واژه ضرر برای آن استعمال می‌شود ولی اگر با تعمد صورت پذیرد، صحیح است که واژه ضرر یا ضرار برای آن به کار گرفته شود. چنان که نبی اکرم (صلی الله علیه و آله) در قضیه سمره بن جندب این دو کلمه را برای او که تعمد در ایراد خسارت معنوی داشت، به کار گرفته است. از این رو ضرار را باید بر تأکید در تعمد حمل نمود. اضرار نیز از واژه‌هایی است که بر تعمد در ایراد زیان اعم از مادی و معنوی دلالت می‌نماید.

لذا انطباق واژه‌های ضرر یا ضرار یا هر دو، بر زیان ناشی از تجاوز به حقوق معنوی شمول لفظی نسبت به امکان جبران خسارت به حقوق معنوی کودکان فراهم می‌آورد. بنابراین از مبحث مفردات قاعده لاضرر نتیجه می‌گیریم که شمول مفردات بدون هیچ گونه تردیدی زیان به حقوق معنوی کودکان را نیز در بر می‌گیرد.

**د - بررسی دلالت قاعده لاضرر بر اثبات جواز جبران خسارت به حقوق معنوی کودکان با عنایت به نظریات فقها در زمینه این قاعده**

با عنایت به معانی مفردات قاعده لاضرر و معنای ظاهری آن که نفی هرگونه ضرر و زیان است و وجود خارجی ضرر و زیان به حقوق معنوی کودکان که عرفاً امری غیرقابل انکار می‌باشد، باید حدیث را بر معنایی حمل نمود که اولاً - مطابق با واقع باشد، ثانیاً - معقول و قابل پذیرش باشد. لذا فقیهان در صدد ارائه استظهاری مطابق با واقع برآمده‌اند



که مجموع آراء آنها را در چهار نظریه می‌توان خلاصه نمود. بایسته است که اقوال فقیهان را در مفاد آن مورد مطالعه قرار داده، آثار هر یک را در زمینه جبران خسارت به حقوق معنوی کودکان بیان نماییم. اقوال و نظریات چهارگانه عبارتند از: ۱- حمل نفی بر نفی ۲- نفی ضرر غیر متدارک ۳- نفی حکم ضرری ۴- نفی حکم به صورت نفی موضوع.

## نظریه اراده نهی از نفی و جبران خسارت به حقوق معنوی

### کودکان

فقیهانی که نظریه اراده نهی از نفی را اختیار نموده‌اند، به دو دسته تقسیم می‌شوند: برخی آن را نفی الهی و بعضی نفی سلطانی و حکومتی می‌شمارند. مرحوم فتح الله شریعت اصفهانی معروف به شیخ الشریعه اصفهانی از فقیهانی است که با شمارش موارد استعمال نفی در معنای نفی الهی در روایات، مقصود شارع از لای نفی در حدیث لاضرر را لای نفی دانسته‌اند (شریعت اصفهانی، ۱۴۰۶ هـ، ص ۲۴ و ۲۸). وی در اراده نهی از نفی از معنای اراده شده در کتاب‌التهایه ابن اثیر و نظرات لغت شناسان بعنوان مؤید بهره جسته است. فقیهان بر این نظریه اشکالات زیادی وارد نموده‌اند. بر اساس این نظریه مفاد قاعده لاضرر حکم وضعی نیست، بلکه حدیث لاضرر تنها متضمن حکم تکلیفی حرمت است. بنابراین قاعده به این معنی است که ضرر رساندن به دیگری حرام است. صاحب کتاب عناوین بر این باور است که لای نفی در قاعده لاضرر به معنای نفی تحریمی است. وی در این زمینه می‌نویسد: «حق این است که سیاق روایات ما را به اراده نهی از ضرر رهنمون می‌نماید و مراد شارع، تحریم ضرر و ضرار و منع از آنها بوده است که این معنی به دو طریق قابل استظهار است: نخست این که کلمه لا را حمل بر نفی نماییم و دیگر این که با بقای کلمه لا بر نفی، کلماتی نظیر مشروع، مجاز و یا مباح را بعنوان خبر لا در تقدیر بگیریم. در هر دو صورت، حدیث بر منع و تحریم ضرر دلالت می‌نماید؛ و همین هم بیشتر مناسب مقام است، زیرا شارع در مقام بیان حکم مسأله بوده است نه این که در مقام این باشد که چه چیزی در اسلام یافت می‌شود و چه چیزی یافت نمی‌شود (سراغی، ۱۷ هـ، ج ۱، ص ۳۱۱).





امام خمینی ضمن پذیرش معنای نهی از لا، معتقد است مراد از لا، نهی حکومتی و سبطانی است. ایشان پیامبر (ﷺ) را دارای سه مقام نبوت، حکومت و قضاوت می‌دانند که امرها و نهی‌های الهی ناظر به مقام نبوتند، ولی برخی امرها و نهی‌هایی که از پیامبر (ﷺ) صادر شده به اعتبار مقام حکومت ایشان بوده است. لذا این دسته از نهی‌ها، نهی‌های حکومتی به شمار می‌آید. به همین دلیل استدلال ایشان در قضیه سمره بن جندب این است که اصولاً شبهه موضوعیه و حکمییه در مورد سمره بن جندب وجود ندارد. بنابراین فقیه اطمینان حاصل می‌کند که نهی پیامبر (ﷺ) نهی مولوی و برای قلع ماده فساد صادر شده نه برای قضاوت و حل و فصل خصومت، بلکه به این معنی است که در حکومت من هیچ کس نباید به دیگری ضرر برساند.

آنچه این نتیجه‌گیری را تأیید می‌نماید، دستور پیامبر (ﷺ) به کندن درخت خرماست (الخمینی، ۱۴۰۵ هـ.ج ۱۳، ص ۱۱۳؛ همو، ۱۴۱۰ هـ.ش ص ۵۰ به بعد).

فقیهان این نظریه را نیز نقد کرده‌اند؛ بر اساس این نظریه، مفاد قاعده لاضرر حداکثر حکم تکلیفی است که مربوط به موردی خاص بسته به زمان و واقعه‌ای مشخص می‌باشد و پذیرش آن به صورت قاعده کلی محل تأمل است. با این بیان ممکن است چنین تصور شود که این نظریه هیچ گونه دلالتی بر ضرورت جبران زیان اعم از مادی و معنوی ندارد. ولی واقعیت این است که نهی از یک عمل، دلالت بر حرمت بقای آن عمل می‌نماید. یعنی ضروری است که منشأ بقاء رفع شود، یعنی رفع ضرر واجب است؛ چنان که در عرف نیز نهی از پذیرش هدیه بدون عوض، کنایه از ضرورت دادن هدیه متقابل است و تأکید بر این معناست که پاداش هر احسانی به احسان مقابل است (بجنوردی، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۸۲).

## نظریه نفی ضرر غیر متدارک و جبران خسارت به حقوق

### معنوی کودکان

بر اساس این نظریه، در شریعت اسلامی، ضرری که جبرانی بر آن اعتبار نشده باشد وجود ندارد. اولین فقیه امامیه که این نظریه را اختیار نمود، مرحوم فاضل تونی در کتاب



معروف اصولی «الوافیه فی اصول فقه» است. در تبیین این گفته شده است: ضرر متدارک در حکم عدم ضرر است و شارع نیز چنان که در بین عرف و عقلاً پذیرفته شده است، این ضرر را ضرر تلقی نمی‌کند؛ بنابراین منشأ بازگشت نفی ضرر مطلق در حقیقت به نفی ضرر غیر متدارک می‌باشد.

طبق این نظریه چنانچه شخصی جاهل به غین بوده، مال خود را با ثمن کمتر از ثمن واقعی به دیگری بفروشد، به او خسارت وارد نموده است و جعل خیار فسخ تنها برای جبران ضرر او می‌باشد.

برای پذیرش اثبات حکم از ناحیه حدیث لاضرر به پنج دلیل استدلال شده است که به اختصار بدان اشاره می‌گردد (شهبازی، ۱۳۳۰، ص ۲۵):

### ۱- حکم عقل

اولاً - عقل حکم می‌نماید که ضرر رساندن به دیگری قبیح است؛ ثانیاً - همین عقل به رفع قبح نیز فرمان می‌دهد. بنابراین رفع ضرر امری لازم و ضروری است و که فقط با جبران آن ضرر ممکن است.

### ۲- حکم شرع

برخی معتقدند در نصوصی که در زمینه ضرر وارد شده است، کلمه «لا» ظهور در نهی دارد. بنابراین مفاد آن به معنای حرمت اضرار است. حال اگر ضرر جبران نگردد، نهی شارع همچنان به قوت خویش باقی است و حرمت نیز ادامه می‌یابد. برای این که حرمت مرتفع گردد، جبران واجب می‌گردد. پس جبران و تدارک زیان او ضروری و لازم است.

### ۳- تبادل

از نصوصی که به دست رسیده است، متبادر می‌گردد که رفع ضرر بر کسی که ضرر زده لازم و ضروری است. حکم فقیهان امامیه در ابواب متفاوت فقه به رفع ضرر مبتنی بر همین تبادل بوده است زیرا اگر به نظر فقیهان مفاد حدیث لاضرر تنها بر نفی حکم بوده باشد، نمی‌توانستند حکم به جبران ضرر نمایند.



## ۴- دلالت روایات

از امام صادق (علیه السلام) نقل شده است که آن حضرت فرمود: *کل من اضر بشيء من طریق المسلمین فهو له ضامن (العاملی، ۱۴، ص ۱۸۱، ح ۳)*. حلی همچنین در روایت دیگری از امام صادق (علیه السلام) نقل می‌کند: *کل شیء یضر بطریق المسلمین فصاحبه ضامن لما یصیبه (عمو، ص ۱۸۱، ح ۲)*.

این دو روایت به نحو صریح و روشن به ضمان زیان کار به طریق مسلمین، دلالت دارند. در حقیقت در این دو روایت بر وجوب تدارک و جبران ضرر حکم گردیده است.

## ۵- سبب و تقسیم ضرر زنده و رفع کننده و انحصار وجوب بر ضرر

### زنده

ضرر یا از جانب خدا بر کسی وارد می‌گردد، یا از ناحیه خود مکلف بر خودش، یا از حیوانی بر او، یا از یکی از افراد انسان بر فرد دیگر وارد می‌گردد؛ که در این مبحث، تنها مورد اخیر بررسی می‌شود. در مورد اخیر این سؤال مطرح می‌شود که جبران کننده ضرر چه کسی است؟ خسارت وارده را یا باید خود شخص زیان دیده جبران نماید که این بی‌معنی است، یا این که خداوند با پاداش‌های دنیوی یا اخروی ضرر را جبران نماید که جبران خسارت با پاداش الهی مشکوک یا محل تأمل است؛ از طرف دیگر بر اساس حدیث لاضرر، باید ضرر بطور قطع از بین برود و صرف احتمال جبران از ناحیه خداوند برای شریعت اسلام که مدعی کامل‌ترین شریعت است، کافی نمی‌باشد.

اگر جبران خسارت بر غیر ضرر زنده واجب باشد که ضرر را تدارک نماید، این طریق نیز موجب پیدا شدن ضرر جدید می‌شود که جبران آن نیز ضروری است. در نتیجه منجر به تسلسل می‌گردد و ارتفاع ضرر که مفاد این حدیث است، تأمین نمی‌شود. تدارک و جبران آن از بیت‌المال فرض دیگری است که چون موجب ضرر به امام یا عموم مسلمین می‌شود، درست نمی‌باشد. بنابراین تنها راه این است که فاعل، نتیجه فعل زیان بار را رفع و در نتیجه ضرر را جبران نماید. اثبات این انحصار بر خلاف تصور برخی از فقها (مرحوم ملا احمد نراقی) از طریق دلیل خارجی نیست، بلکه از نفس ادله نفی ضرر این



نتیجه به دست می‌آید. بنابراین فقیهی که مفاد قاعده لاضرر را نفی ضرر غیر متدارک می‌داند، می‌تواند نتیجه بگیرد که قاعده لاضرر اثبات حکم هم می‌نماید. بر اساس چنین برداشتی از قاعده لاضرر، جبران خسارت اعم از مادی و معنوی امری ضروری می‌باشد. مرحوم فاضل تونی نیز در مبحث شروط کتاب «الوفایه» خویش یکی از شروط جریان اصل برائت را عدم ورود ضرر و زیان به دیگری می‌داند. وی در این زمینه می‌نویسد: «اگر بعنوان مثال فردی با باز نمودن قفس پرنده‌ای که به دیگری تعلق دارد، موجب فرار آن پرنده گردد یا با محبوس کردن گوسفند دیگری مایه تلف شدن بچه آن گوسفند شود و بدین وسیله ضرری را به دیگری وارد نماید، تمسک به اصل برائت صحیح نمی‌باشد؛ بلکه در این موارد، اگر نص خاص یا عامی وجود نداشته باشد، فقیه باید در فتوا دادن توقف نماید. فردی هم که موجب ایراد ضرر به دیگری شده، باید بنحوی با صاحب مال مصالحه کند. زیرا این احتمال وجود دارد که این موارد و نظیر آن مشمول این بیان رسول خدا (ﷺ) قرار گیرد: **لا ضرر ولا ضرار فی الاسلام** (فاضل تونی، بی تا، ص ۱۹۳-۱۹۴).

مرحوم فاضل تونی در مواردی که نص خاص یا عام بر ضمان موجود نباشد، بنحو احتمالی جنبه اثباتی حدیث لاضرر را مورد پذیرش قرار داده است. بنابراین تجاوز به حقوق معنوی کودکان چنانچه موجب ایراد زیان به آنان گردد، به استناد قاعده لاضرر باید با روش متناسب اعم از مالی و غیرمالی جبران گردد.

## نظریه نفی حکم ضرری و جبران خسارت به حقوق معنوی

### کودکان

براساس این نظریه، مفاد قاعده لاضرر مبین عدم وضع حکم ضرری از ناحیه قانونگذار و شارع است. اعم از این که ضرر ناشی از خود حکم باشد یا از لزوم عقد و دیگر احکام وضعیه نشأت بگیرد. بنابراین، چنانچه از احکام تکلیفی ضرری به مکلف وارد گردد یا موجب ضرر به دیگری شود، اعم از این که ضرر مادی یا معنوی باشد، آن حکم تکلیفی نفی می‌گردد. مرحوم ملا احمد نراقی در کتاب عوائد الایام این نظریه را بصراحت پذیرفته و فقیهان برجسته‌ای چون شیخ انصاری و میرزای نایینی بر تقویت مبانی آن همت



گماشته‌اند. مؤلف کتاب عوائد الایام معتقد است که چون ضرر و ضرار با «لای» نکره نفی شده است، افاده شمول می‌نماید. براساس معنای سوم، هم ضرر احکام در اسلام منتفی است یعنی هیچ ضرری اعم از مالی یا بدنی یا حیثیتی یا غیر اینها در احکام شرع وجود ندارد؛ و نفی ضرر به این معنی است که هر حکمی که مستلزم ضرر یا ضرار باشد، از احکام شرع اسلام نیست. بنابراین پیروی از آن حکم ضرری واجب نمی‌باشد. بنابراین حکم ضروری وجوب اطاعت فرزند از پدر چنانچه موجب ایراد خسارت به اخلاق کودک شود، منتفی خواهد شد. از این جا کیفیت استدلال به این اخبار در مسائل فقهی آشکار می‌گردد. یعنی استدلال به روایت مزبور به این صورت است که آنچه موجب ضرر یا ضرار گردد، حکم شارع نمی‌باشد، ولی تعیین حکم آن مورد نیازمند دلیلی دیگر است. مثلاً چنانچه بیع غبنی صورت پذیرد و موجب ضرر بایع باشد، این اخبار دلالت می‌نماید که لزوم پذیرش این نوع بیع از سوی احکام شرع ضروری نیست، ولی این که حکم آن خیار بایع یا فساد بیع یا ضمان مشترک است، نیازمند به دلیل بحث دیگری است (نراقی، ۱۴۰۱ هـ. ص ۱۹).

## نظریه نفی حکم ضرری و امکان اثبات حکم شرعی جبران

### خسارت به حقوق معنوی کودکان

مرحوم ملا احمد نراقی معتقد است قاعده نفی ضرر و ضرار تنها حکمی را که موجب ضرر باشد، نفی می‌نماید و اصولاً برای اثبات حکم دلالتی ندارد؛ بلکه اثبات حکم نیازمند به دلیل دیگری است. البته در نهایت به نحوی اثبات حکم به وسیله نفی ضرر را می‌پذیرد. (همو، ص ۲۰۰). براساس این دیدگاه، در هر ضرر اعم از مادی و معنوی چنانچه به جبران آن حکم نگردد، به استناد هیچ حکم دیگری نیز رفع ضرر ممکن نباشد؛ چه بسا بتوان از حدیث لاضرر حکم به جبران خسارت را استنباط نمود. مرحوم میرزای نایینی نیز معتقد است که قاعده لاضرر تنها می‌تواند حکم را منتفی نماید، ولی نمی‌تواند حکمی را اثبات کند (نحواساری، بی تا، ج ۲، ص ۲۲۱). مرحوم شیخ انصاری بر این باور است که قاعده لاضرر نفی احکام وجودی تکلیفی و وضعی می‌نماید. در این، اشکال و تردیدی نیست؛



مع الوصف ایشان از طریق حکم به عدم مسؤولیت که خود موجب ضرر باشد، اثبات حکم ضمان را بعید ندانسته و بنحوی آن را مورد پذیرش قرار داده است. از مجموع مباحث مرحوم شیخ انصاری در ملحقات مکاسب نتیجه گرفته می شود که ایشان مفاد قاعده لاضرر را نفی حکم ضرری می دانند، ولی در نهایت نتیجه می گیرد که حکم عدمی مستلزم احکام وجودی است؛ یعنی حکم به عدم ضمان و مسؤولیت در مواردی مستلزم تحقق ضرر برای زیان دیده می گردد و با عنایت به عمومیت قاعده و حدیث لاضرر بعید نیست که بتوان حکم به ضمان نمود.

برخی از محققان معتقدند که «قاعده لاضرر» اثبات ضمان نمی کند؛ زیرا ضمان نیازمند به اسباب خویش است و به تعبیر دیگر قاعده لاضرر ناظر به احکام مجعول از قبل شارع مقدس برحسب اطلاق و عموم ادله است که در یکی از دو حالت خود است و قاعده این احکام را تخصیص می زند و تقیید می کند. اما اگر حکمی مجعول نبود، برای این قاعده موضوعی نیست و خود قاعده نمی تواند مشرع باشد (بجنوردی، ۱۳۷۹، ص ۲۶۶).

مرحوم محقق خوئی از فقیهانی است که شمول قاعده لاضرر را بر احکام عدمی پذیرفته است. وی در این زمینه می نویسد: عدم جعل حکم در موضوعی قابل جعل، جعل عدم آن حکم است. بنابراین عدم، خود امری مجعول می باشد؛ بویژه این که شارع امری را بدون حکم نگذاشته و برای هر چیزی حکمی جعل نموده است که برخی از احکام وجودی و برخی دیگر عدمی هستند، همان گونه که برخی وضعی و برخی دیگر تکلیفی می باشند. بنابراین از لحاظ کبروی مانعی در این نیست که لاضرر شامل احکام عدمی شود، اما از جهت صغروی حتی یک مورد نمی یابیم که عدم حکم آن، ضرری باشد تا این که حکم به رفع و ثبوت حکم با قاعده لاضرر بنماییم (خوئی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۵۶۰). نظریه محقق خوئی در مواردی که شارع در مقام بیان باشد و موضوع قابل جعل وجود داشته باشد، کاملاً منطقی و پذیرفته است. اگر ما شارع را قانونگذار تلقی نماییم که متکفل بیان سیستم و نظام حقوقی جامعه و مقررات و قوانین شکل دهنده آن است، بر او لازم است که در مواردی که عدم حکم موجب ضرر یا حرج مکلفان می شود، آن را طرح و نفی نماید (محقق داماد، ۱۳۶۱، ص ۷۸). ولی این ادعا که عدم حکم ضرری حتی یک مورد یافت



نمی‌شود، محل تأمل است؛ چنان که برخی از فقیهان مواردی را مطرح نموده و مورد بحث قرار داده‌اند؛ مرحوم سید محمد کاظم طباطبایی بزدی در حکم طلاق زنی که از علقه زوجیت زیان می‌بیند، به قاعده نفی ضرر و حرج استناد کرده است. (طباطبایی، بی‌تا، ج ۲، ص ۶۷). البته فقیهان دیگری در جواب گفته‌اند در صورتی می‌توان به حدیث لاضرر استدلال نمود که ضرر سبب تولید حکم باشد، ولی در فرض مذکور ضرر از عدم قیام زوج به حقوق زوجه ناشی می‌شود؛ در نتیجه ضرر مسبب از زوج است نه از حکم شرعی؛ بنابراین نمی‌توان به آن استدلال نمود (حلی، ۱۴۱۵ هـ. ص ۲۰۹). مؤلف کتاب «بحوث فقهیه» بعد از ارائه این استدلال استناد به قاعده را به نحو دیگری مورد پذیرش قرار داده است. وی در این زمینه می‌نویسد: در هر حال تحقیق برای ما اقتضا می‌نماید که قائل به امکان استدلال به حدیث شریف لاضرر و لاضرار فی الاسلام در ما نحن فیه باشیم. یعنی اجرای طلاق اجباری را نزد حاکم شرعی با تمسک به نفی ضرر مورد پذیرش قرار دهیم، زیرا زوج اگر به حقوق زوجه خویش قیام نکند با این که حاکم شرعی او را به رعایت حقوق زوجه امر نموده، امتناع بورزد، حاکم شرعی نیز نتواند او را اجبار نماید، اصرار زوج بر عدم رعایت حقوق زوجه نظیر اصرار سمره بر ورود به خانه مرد انصاری است. بدین جهت زوج به زوجه خویش زیان می‌رساند و تحت کبرای کلی لاضرر قرار می‌گیرد؛ بدین وسیله باب طلاق اجباری گشوده می‌شود و امر دوران پیدا می‌کند بین دو حالت: یا حاکم شرعی او را بر طلاق اجبار نماید تا زوجه را رها سازد، یا حاکم شخصاً طلاق را به دست گیرد و در صورت امتناع زوجه از اجرای طلاق، آن را فهرراً علیه زوج جاری نماید؛ زیرا حاکم، ولی ممتنع است (حلی، ۱۴۱۵ هـ. ص ۲۰۹-۲۱۰).

از مباحث فوق می‌توان نتیجه گرفت که فلسفه جعل قاعده لاضرر، حراست از سرمایه‌ها، حقوق، اعضا، جسم، اعیان و منافع اموال و اعراض انسان‌ها، اعم از کودکان و غیرکودکان و در نهایت حفظ نظام اجتماعی و اقتصادی بوده است. عدم مسئولیت متجاوز به حقوق معنوی کودکان در فرض ایراد ضرر مادی یا معنوی، با فلسفه تشریح و قانونگذاری این قاعده منافات دارد. بنابراین تفکیک بین ضرر ناشی از احکام وجودی و احکام عدمی از این منظر از منطق درستی برخوردار نیست؛ زیرا بسیاری از احکام عدمی



در واقع بازگشت به نوعی حکم وجودی می‌نمایند و یا مستلزم حکم وجودی هستند. چنان که عدم مسؤولیت ناشی از ایراد خسارت به حقوق معنوی کودکان در حقیقت حکم به برائت ذمه فاعل فعل زیان بار است. حال اگر دلالت لفظی حدیث لاضرر را بر عدمیات نپذیریم، حداقل با تنقیح مناط و الغاء خصوصیت می‌توان شمول آن را بر عدمیات مورد پذیرش قرار داد؛ زیرا ملاک و مصلحت مربوط به نفی ضرر در امور وجودی و عدمی بنحو یکسانی وجود دارد. بنابراین عدم مسؤولیت زیانکاری که موجب خسارت به کودکان شده است، خود ضرر عظیمی است که مانند هر ضرر وجودی دیگر دارای ملاک و مصلحت است؛ لذا به همان نوع ملاک، جبران آن لازم و ضروری است. بنابراین ضرری که از ناحیه ولی او یا دوست یا اشخاص ثالث به حقوق مالی و معنوی کودک ایراد می‌گردد، باید جبران گردد.

## نظریه نفی حکم به زبان نفی موضوع و جبران خسارت به حقوق

### معنوی کودکان

براساس این نظریه شارع می‌تواند موضوع حکم خود را بردارد و بدین وسیله حکم را نفی نماید یا آثار آن را از بین برد. بنابراین مفاد قاعده لاضرر چنین است که بر موضوع ضرری در اسلام حکمی مرتب نیست، مانند بیع غبنی که در اسلام هیچ گونه حکمی برای آن وجود ندارد (خراسانی، ۱۴۱۲ ه. ص ۲۸۱-۲۸۲). به بیان دیگر نفی ضرر در این حدیث کنایه از نفی احکام ضرری در شریعت است (مکارم شیرازی، ۱۴۱۶ ه. ج ۱، ص ۲۵۸). این نظریه را مرحوم آخوند خراسانی در کتاب کفایه الاصول اختیار نمود؛ او در این باره معتقد است: ظاهراً حکم در «لا» برای نفی حقیقت است؛ یعنی کلمه لا را یا باید حقیقتاً بر نفی جنس معنی نمود و یا ادعاء، در هر صورت این نفی کنایه از نفی آثار است. چنان که در مانند «الاصولوه لجمار المسجد الا فی المسجد» و «یا اشیاء الرجال ولا رجال» «لا» برای نفی حقیقت آمده است و این نفی کنایه از نفی آثار می‌باشد. مثلاً در حدیث اول کنایه از نفی کمال یا صحت است و در حدیث دوم کنایه از نفی غیرت و شجاعت می‌باشد. اصولاً مقتضای





بلاغت در کلام ایجاب می‌نماید که لافعی برای نفی حقیقت باشد نه آن که ابتداءً حکم یا صفت را نفی کند (خراسانی، ۱۴۱۲، ص ۳۸۱-۳۸۲).

از مجموع مباحث آخوند خراسانی نتیجه می‌گیریم که معامله غبنی از آن جهت که ضرری است، حکم ندارد؛ یعنی لزوم عقد از بین می‌رود و عقد جایز می‌شود. به تعبیر دیگر منای مذکور ایجاب می‌کند که تنها حکم ضرری نفی شود، ولی خود منجر به جعل حکم جدیدی نمی‌گردد.

برای نمونه با این که لاضرر در ضرر ناشی از غبن، حکم لزوم را بر می‌دارد، ولی حکم خیار غبن از آن به دست نمی‌آید. مع الوصف نباید فراموش کرد که نفی حکم ضرری به زبان نفی موضوع در فرض صحت آن بعنوان روشی برای از بین بردن ضرر پیش‌بینی شده است؛ لذا بقای منشأ ضرر در حکم رضای شارع به استمرار ورود ضرر است. در حالی که شارع نمی‌تواند استمرار ایراد ضرر رضایت داشته باشد لذا به وضع قاعده کلی لاضرر اقدام نموده است.

فقیهان بسیاری از جمله آل کاشف الغطاء و سیدعلی حسینی سیستانی نیز جنبه اثباتی قاعده لاضرر را پذیرفته‌اند (آل کاشف الغطاء، ۱۳۶۰هـ، ص ۲۳؛ سیستانی، تم، ۱۴۱۴هـ، ص ۲۹۱-۲۹۲).

در پایان این مطلب، بایسته است که با نگرشی عمیق‌تر، روح این قاعده را یافته و با عنایت به مقاصد وضع آن با بهره‌گیری از منطلق حقوق، شمول آن را نسبت به خسارت ناشی از تجاوز به حقوق سرمایه‌های معنوی کودکان اذعان نماییم. آنچه که فقیهان در زمینه وضع قاعده لاضرر بدان استدلال نموده‌اند، منت نهادن پروردگار آفرینش در حراست از حقوق و سرمایه‌های آدمیان از تجاوز و تعدی متجاوزان است. منت وقتی تمام و کامل است که تمامی سرمایه‌ها اعم از خرد و کلان، مادی و معنوی از تجاوز و تعدی مصون بماند؛ یا در صورت تعدی، خسارت ایراد گردیده بنحوی جبران گردد. منطلق حقوق اسلامی به ما می‌آموزد که اگر قانونگذار سرمایه‌های مالی کم ارزش را از تعرض مصون داشته و جبران خسارت به آن را ضروری دانسته است، به طریق اولی باید مصونیت سرمایه‌های با ارزش‌تر یعنی معنوی را شناسایی و تضمین نماید و آن را با جبران خسارت وارد شده مورد حمایت جدی قرار دهد. مگر نه این است که قانونگذار الهی احکام



خویش را براساس مصالح واقعیه یعنی بر اساس ملاک و مناط موجود در آنها وضع می‌نماید و خصوصیات و موارد مانند کالبدی هستند که این روح را در خویشتن حفظ می‌نمایند. حقوقدان اسلامی با بهره‌گیری از منطق حقوق اسلامی با القای خصوصیت مورد و تنقیح مناط و احراز وحدت ملاک از کالبد به روح قاعده دست می‌یابد و آن را در مورد همه مصادیق و موارد و انواع ضرر تعمیم می‌دهد. حکم وضع قاعده مهم و زیربنایی لاضرر و لاضرار فی الاسلام به ضمیمه نتایج حاصل از بکارگیری عناصر منطق حقوق اسلامی ما را به پذیرش این قاعده در گستره همه انواع ضررها اعم از مادی و معنوی رهنمون می‌گردد و جبران خسارت بر حقوق معنوی کودکان نیز امری است که جنبه اثباتی قاعده لاضرر ما را به آن فرا می‌خواند. جبران مالی خسارت به حقوق معنوی نیز یکی از راه‌های جبران آن است که دلیلی قاطع بر نفی آن در دست نداریم. علاوه بر آن رابطه موجود ضرر و ضمان، اماره‌ای است که ضرر و زیان معمولاً به وسیله مال جبران گردد و چون برخی از روایات بین پدیده ضرر و ضمان رابطه تولیدی مشاهده می‌گردد. لذا نظر به انصراف ضمان به مال، باید اذعان نمود که بین ضرر و جبران آن، به وسیله مال رابطه تنگاتنگی وجود دارد؛ از روایاتی که بنحوی بر این رابطه دلالت می‌کند، از دو روایت (کل شیء یضر بطریق المسلمین فصاحبه ضامن لما یصیبه) و (کل من اضر بشیء من طریق المسلمین فهو له ضمان) که از امام صادق (علیه السلام) نقل شده است، نام برد (العمالی، ۱۴۱۴ هـ.ج ۱۹، ص ۱۸۱، باب ۹، ح ۳). البته نباید از نظر دور داشت که فقیهان ضرر را از اسباب مسؤولیت مدنی و ضمان به شمار نیاورده‌اند و این دو روایت را ناظر به اتلاف دانسته‌اند. مع الوصف استفاده از این دو روایت بعنوان مؤید در امکان جواز جبران ضرر به وسیله مالی خالی از اشکال است؛ زیرا اگر مراد اصلی از دو روایت مذکور تنها اتلاف بود، باید به آن تصریح می‌نمود؛ یعنی موضوع حکم ضمان را به وضوح یا اشاره و قرینه اتلاف قرار می‌داد در حالی که موضوع حکم ضمان را ضرر قرار داده است. عرف از بیان شارع در دو روایت به روشنی استظهار می‌نماید که تمامی ملاک حکم ضمان در زیان رساندن به مسلمان از طریق مسلمین می‌داند اعم از این که این زیان از طریق اتلاف باشد یا از هر طریق دیگر؛



یعنی اتلاف، موضوعیت ندارد و آنچه موضوعیت دارد، ضرر رساندن است و حکم ضمان نیز دایره مدار موضوع خویش یعنی ضرر می‌باشد.

## شمول قاعده نفی عسرو حرج و جبران خسارت به حقوق معنوی

### کودکان

#### الف - مفهوم حرج

لغت شناسان کلمه حرج را در معنای ضیق، تنگی، گناه و حرام به کار برده‌اند. برخی از آنها عسرو حرج را به معنای محل جمع شدن شیء دانسته‌اند بنحوی که موجب ایجاد تصور ضیق و تنگی شود (راغب اصفهانی، ماده حرج).

در قرآن نیز این کلمه به معنای ضیق، تنگی (انعام، ۱۲۵؛ اعراف، ۲؛ نساء، ۶۵)، سختی و کلفت (مائده، ۶؛ حج، ۷۸)، گناه و اثم (توبه، ۹۱؛ فتح، ۱۷؛ احزاب، ۳۸؛ نور، ۶۱) به کار رفته است و در روایات نیز واژه حرج به معنای ضیق و تنگی استعمال شده است (العالمی، ۱۴۱۴هـ، ج ۱، ص ۱۲۰). کلمه عسر را برخی از لغت شناسان مانند مؤلف صحاح اللغه، نقیض «یسر» و بعضی دیگر مانند مؤلف النهایه و صاحب قاموس المحيط ضد «یسر» دانسته‌اند. بنابراین عسر به معنای صعب، تنگی، دشواری، مشکل، سخت، سخت شدن روزگار و بدخویی می‌باشد و در قرآن نیز به همین معنی استعمال شده است (طلاق، ۷؛ بقره، ۱۸۵؛ انشراح، ۵ و ۶؛ قمر، ۸). برخی عسر را به معنای اعم از حرج و ضیق دانسته‌اند، ولی به نظر می‌رسد عرف نیز عسرو حرج را مساوی می‌داند؛ یعنی هر عملی که آدمی را به تنگنا و ضیق بیفکند، دشوار و سخت می‌پندارد و هر کاری که انجامش برای آدمی سخت و مشکل باشد، موجب تنگی و اعمال فشار بر او می‌داند (محقق داماد، ۱۳۶۱، ج ۲، ص ۶۲).

#### ب - انطباق عنوان حرج بر خسارت به حقوق معنوی کودکان

چنان که در مباحث مربوط به قاعده لاضرر گذشت، یکی از معانی کلمه ضرار معنای ضیق و تنگی است. امام خمینی در این زمینه می‌نویسد: استعمال ضرار در قضیه سمره به معنای ضیق و شدت و ایراد حرج و مکروه به دیگری است. بنابراین عبارت «اما اراک یا



سوره الا مضاراً» به معنای «مضیقاً و مورثاً للشده و الحرج و المکروه علی اخیک» می باشد (امام خمینی، ۱۴۱۰ هـ ج ۱، ص ۳۰).

ایشان برای تأیید استعمال کلمه ضرار در معنای ضیق و حرج به استعمالات این کلمه در قرآن استناد می نمایند که به اجمال و اشاره ارائه می گردد. پروردگار در سوره بقره می فرماید: لا تضار والده بولدها؛ «یعنی زنی که باردار است نباید به جهت باردار بودن از او دوری کرد و او را در حرج و تنگنا قرار داد.» (بقره، ۲۳۴). یا در آیه دیگر آمده است: ولا تضاروهن لتضیتوا علیهن؛ «یعنی هنگامی که زنان خویش را طلاق رجعی دادید با سخت گرفتن و تحت فشار قرار دادن به آنها ضرر نزنید.» (بقره، ۲۴۲). در آیه دیگر می فرماید: و اذا طلقتم النساء قبلن اجلهن فامسکوهن بمعروف او سرحوهن بمعروف ولا تمسکوهن ضرارا لتعتدوا و من فعل نلک فقد ظلم نفسه؛ «یعنی زمانی که زنان را طلاق دادید و عده آنان به سر آمد، یا از راه نیکی و رغبت رجوع کنید یا ایشان را رها سازید و برای به سختی افکندن و تحت فشار قراردادن به ایشان رجوع نکنید. کسی که چنین نماید به خوبستن ظلم کرده است.» (بقره، ۲۳۱). در آیه دیگری فرموده است: و الذین اتخنوا مسجداً ضراراً و کفراً و تفریقاً بین المؤمنین «یعنی کسانی که مسجدی را برگرفتند تا مؤمنی را در فشار و سختی قرار دهند و کفر بورزند و بین آنان تفرقه و جدایی بیفکنند.» (توبه، ۱۰۷).

در روایات نیز واژه ضرار به معنای سختی، ضیق و فشار استعمال شده است؛ بنابراین تردیدی وجود ندارد که یکی از معانی ضرار معنای حرج و تنگی است. در هر صورت از آنجا که معمولاً حرج با فشار روحی، عاطفی و روانی همراه است، در صدق عنوان حرج بر ضرر و خسارت به حقوق معنوی کودکان نباید تردیدی به خویش راه داد.

## ج - دلالت و شمول لفظی قاعده نفی عسرو حرج بر جبران خسارت به حقوق

### معنوی کودکان

فقیهان در این که مفاد قاعده عسرو حرج، نفی احکام حرجی به نحو حقیقت است یا مجاز، یا نفی حکم به زبان نفی موضوع و یا از آن، نهی الهی یا سلطانی اراده شده است اختلاف نموده اند. براساس نظریه مختار یعنی نفی حکم، مفاد قاعده نفی عسرو حرج چنین



است که در دین اسلام هیچ حکم حرجی که موجب ضیق و سختی مکلفان باشد، جعل نشده است. چنان که در مبحث پیشین گذشت، گروهی از مصادیق حرج با مصادیقی از خسارت به حقوق معنوی کودکان انطباق دارد. در نتیجه در تطبیق قاعده لاحرج باید گفت که در دین اسلام حکمی که منجر به خسارت معنوی به کودکان شود، جعل نشده است؛ ولی برای این که بتوانیم دلالت و شمول لفظی قاعده نفی عسرو حرج را بر جواز مطالبه خسارت ناشی از تجاوز به حقوق معنوی کودکان مورد پذیرش قرار دهیم اذعان به چند مقدمه ضروری است. نخست، باید بپذیریم حرج عنوانی است که حداقل برگرویی یا مصادیقی از خسارت معنوی صدق می‌نماید.

دوم، فقیهانی که قاعده نفی حرج را بر روابط مکلفان با یکدیگر نیز حاکم می‌دانند، آسانتر می‌توانند به مقصود مورد نظر دست یابند. ولی فقیهان بسیاری به قرینه «علیکم» در آیه شریفه «ما جعل علیکم فی الدین من حرج» (حج، ۷۸). قاعده نفی حرج را ناظر به ضیق حرج از ناحیه تکالیف شرعی دانسته‌اند (جنوردی، ج ۱، ص ۲۱۲-۲۱۳). عمومات دیگر دلیل‌های قاعده نفی عسرو حرج نیز، این مطلب را تأیید می‌نماید. برخی از فقها معتقدند که حرج و ضیقی که از ناحیه مکلفی بر مکلف دیگر تحمیل می‌شود، قاعده لاضرر آن را نفی می‌نماید (مکارم شیرازی، ۱۴۱۶ هـ، ج ۱، ص ۲۰۰). البته این معنی در صورتی درست است که در قاعده لاضرر، ضرر را صفت فعل مکلفان نه صفت حکم شرعی تلقی کنیم. یعنی زیان کار را ضرر خود مکلفان نه شارع مقدس بدانیم (مکارم شیرازی، ۱۴۱۶ هـ، ج ۱، ص ۶۷).

سوم، باید قاعده نفی حرج دارای جنبه اثباتی نیز باشد. فقیهان این مطلب را تحت عنوان شمول قاعده بر امور عدمی بحث نموده‌اند. بدون تردید قاعده نفی حرج مانند قاعده لاضرر، احکام وجودی را شامل می‌شود و حکم حرجی را از حوزه اعتبار تشریعی اسلام برمی‌دارد. فرض این است که از عدم یک حکم، عسرو حرج بر یک شخص تحمیل شود. آیا قاعده می‌تواند این حرج را طرد نماید و در نتیجه حکمی را اثبات کند. برای مثال اگر فردی به کودکی خسارت معنوی ایراد نماید و آن را جبران نکند و آن کودک در تنگی و ضیق مادی یا معنوی قرار گیرد، آیا عدم جبران چنین خسارتی که موجب حرج است با قاعده نفی عسرو حرج برداشته می‌شود تا تحمیل‌کننده حرج نامشروع ملزم به جبران آن



تلقی شود؟ البته با ملاحظه مباحث تفصیلی مربوط به این سؤال در قاعده لاضرر تا حدود زیادی پاسخ آن روشن می‌گردد، ولی نظر به اهمیت پاسخ به این سؤال در جواز جبران خسارت به حقوق معنوی کودکان به استناد قاعده نفی عسرو حرج، بایسته است به اختصار بدان اشاره گردد.

در پاسخ به این سؤال، عده‌ای از فقیهان مانند میرزای نایینی گفته‌اند: قاعده نفی عسرو حرج شامل احکام عدمی نمی‌شود؛ زیرا قاعده نفی حرج در حقیقت حکم شرعی مستلزم حرج را نفی کرده است؛ اما عدم یک حکم خود یک حکم شرعی نیست تا با قاعده نفی حرج نفی گردد (نجفی خوانساری، ۱۴۱۸ هـ.ج ۲، ص ۲۳۱). در مقابل این نظریه، برخی از فقها تسری قلمرو قاعده عسرو حرج را به احکام عدمی پذیرفته‌اند. براساس این نظریه عدم جعل حکم در موضوعی که قابلیت جعل دارد، در حقیقت جعل عدم آن حکم است؛ یعنی عدم حکم در فرض مذکور خود حکمی مجعول است. چون قانونگذار اسلام هیچ چیز را بدون حکم رها ننموده است و برای همه چیز، حکمی را جعل کرده است. البته برخی از احکام، وجودی هستند و بعضی دیگر عدمی؛ همان گونه که برخی وضعی و بعضی دیگر تکلیفی می‌باشند (خویی، ۱۴۰۸ هـ.ج ۲، ص ۵۶). چنان که مرحوم سید محمد کاظم یزدی، در ملحقات العروة الوثقی، به استناد حکم عدمی، حرج را نفی نموده است. وی در موردی که زوج کمتر از چهار سال مفقود باشد و نفقه زوجه پرداخت نشود، عدم جواز طلاق برای حاکم را موجب ضرر و حرج زوجه دانسته و در طرد و نفی چنین حرجی به قاعده نفی عسرو حرج استدلال نموده است. نتیجه آن حکم عدمی، اثبات جواز طلاق زوجه به وسیله حاکم می‌باشد. ایشان همچنین به روایت ابی بصیر از امام باقر (علیه السلام) نیز استناد کرده‌اند (یزدی، ۱۴۰۸ هـ.ج ۲، ص ۶۷). برخی از فقهای معاصر معتقدند در فرضی که حرج از اوصاف حکم باشد، عرف فرقی بین مواردی که حرج از جعل وضو بر مکلف پدید آید یا ترک جعل تسلط مردم بر اموالشان حادث شود، نمی‌گذارد؛ چون عرف همان گونه که نفی جعل وضوی حرجی را امتنان می‌داند، نفی ترک تسلط مردم بر اموالشان را نیز که موجب حرج شده است، امتنان تلقی می‌کند. بنابراین بین حکم وجودی و عدمی فرقی وجود ندارد (مکارم شیرازی، ۱۴۱۶ هـ.ج ۱، ص ۲۰۱).



از مطالب فوق برمی‌آید که قاعده نفی عسرو حرج اختصاصی به احکام وجودی ندارد، بلکه احکام عدمی که موجب حرج باشند، نیز به وسیله این قاعده قابل نفی می‌باشند. نفی احکام عدمی تنها با رفع و برداشت حرج ممکن و متصور است. بدیهی است برداشت حرج از کودکی که از تحصیل یا آزادی یا عواطف محروم مانده است، تنها با جبران مالی یا غیر مالی خسارت وارد شده به حقوق معنوی او ممکن و متصور است. لذا کمال تمام امتنان ایجاب می‌نماید که شارع هرگونه حرجی را که ناشی از احکام وجودی یا عدمی او باشد، رفع نماید؛ چون ملاک در برداشت حرج در احکام وجودی و عدمی واحد است. در نتیجه جبران آن دسته از خسارت به حقوق معنوی که از مصادیق عنوان حرج به شمار می‌آیند، به هر طریق ممکن به وسیله قاعده نفی عسرو حرج خالی از اشکال خواهد بود.

## بنای عقلا و جبران خسارت به حقوق معنوی کودکان

### مفهوم بنای عقل

یکی از دلایل‌هایی که عالمان علم اصول در قرن اخیر از حجیت آن سخن به میان آورده‌اند، بنای عقلا است که در مباحثی چون حجیت ظواهر کتاب و سنت، خبر واحد، قول لغوی و استصحاب آن را بعنوان دلیل مورد استناد قرار داده‌اند. البته تعبیر آنها از این دلیل یکسان نبوده است، عده‌ای از آن به عرف عقلا تعبیر نموده‌اند و برخی به سیره عقلا (خراسانی، ۱۴۱۲ هـ. ص ۳۴۸؛ حیدری، ۱۳۷۹ هـ. ص ۲۱۶). و بعضی به روش و طریقه عقلا (مس، ص ۳۲۴). در نهایت بیشتر متأخران از آن به بنای عقلا یاد نموده‌اند (جنوردی، بی‌تا، ج ۲، ص ۴۰۹؛ حکیم، ۱۴۱۸ هـ. ص ۴۰۶). بعضی از عامه از آن به عرف عام نیز تعبیر کرده‌اند (خطاوی، ۱۴۰۸ هـ. ص ۱۶۸-۱۶۹). ولی تفاوت فاحشی بین این تعبیر وجود ندارد؛ چنان که بعضی از متأخران دو یا سه تعبیر در یک نوشتار به کار گرفته‌اند. بنای عقلا عبارت است از رویه عملی همه عقلای عالم. به تعبیر دیگر بنای عملی عموم مردم از هر دین و مسلک و همچنین طبع و ارتکاز آنان نسبت به یک عمل است. اگرچه به دلیل عدم تحقق موضوع، براساس آن ارتکاز، عملی از آنان صادر نشده باشد. برخی از حقوق دانان اسلامی ارکان و عناصر بنای عقلا را برشمرده‌اند که آن عناصر عبارت است از اول عمل، دوم تکرار عمل، سوم وصول



تکرار عمل به حد غالب یا عموم در محل معین یا غیر معین، چهارم مفید بودن یا مستحسن بودن عمل، پنجم عمل ممکن است ارادی یا فطری (ارتکازی) بوده باشد. در این صورت عقلا با عرف و عادت از نظر تحقق در خارج رابطه عموم و خصوص من وجه دارد (لنگرودی، ۱۳۸۰، ج ۲، ص ۵۸-۶۰).

همان گونه که در تعریف بنای عقلا گذشت، این عناصر تنها مصداق عملی بنای عقلا است، در حالی که تمامی عقلا در موضوعی خاص بر یک عقیده و رأی باشند؛ اگرچه براساس آن عملی در خارج انجام نداده باشند که در آن موضع خاص بنای عقلا ثابت شده تلقی گردد.

## کیفیت استدلال به بنای عقلا در جبران خسارت به حقوق معنوی

### کودکان

عقلا در فرض ایراد خسارت اعم از خسارت‌های مالی، صدمات بدنی، نطمه به عواطف، فاعل فعل زیان بار نامشروع را مسؤول جبران خسارت پنداشته و او را در جبران خسارت وارد شده ضامن می‌دانند. شارع نیز این بنا را مورد پذیرش قرار داده است؛ اما در زمینه جبران مالی خسارت‌ها، باید عنایت نمود که جبران خسارت‌های مالی با مال بدون هیچ تصرفی از سوی شارع امضا و مورد قبول واقع شده است. یعنی فاعل فعل زیان بار مادی در مقابل مال تلف شده ضامن مثل یا قیمت آن می‌باشد. اما در مورد خسارت‌های معنوی نخست باید تحقق چنین بنایی را از ناحیه عقلا احراز کنیم، سپس درباره همراهی یا عدم همراهی شارع با این بنا بحث نماییم.

بدون تردید عقلا بر اصل جبران متعارف خسارت وارد شده به کودک زیان دیده، اعم از این که خسارت مادی یا معنوی باشد، اتفاق دارند و ارتکاز و طبع اولیه عقلایی به چنین اصلی اذعان و اعتراف دارد. همچنین عمل آنان چنین اصلی را مورد تأیید قرار داده است. مع الوصف چنانچه شارع در برابر مواردی سکوت کرده باشد، از سکوت و عدم ردع او می‌توان رضایت و پذیرش را کشف نمود و حکم شرعی را دریافت و بیان کرد. عقلا روشهای متنوعی را برای جبران خسارت به حقوق معنوی پایبند می‌باشند؛ اعاده وضعیت





به حال سابق بطور کامل به شیوه‌های مادی و معنوی، جبران خسارت به روش نمادین و رسمی پرداخت غرامت کیفری، پرداخت معادل زیان در صورت امکان ارزشیابی آن به پول، از جمله روشهای مادی و معنوی جبران خسارت به حقوق معنوی کودکان به شمار می‌آید که ردعی از ناحیه شارع در زمینه روشهای مذکور در دست نیست؛ لذا می‌توان مشروعیت آن را بر اساس مبنای مربوط به رسمیت شناخت.

از مباحث طرح شده در نوشتار حاضر می‌توان نتیجه گرفت:

- ۱- حقوق کودک به سه قسم مادی، معنوی و تلفیقی از مادی و معنوی تقسیم می‌شود.
- ۲- حقوق معنوی کودک به حقوقی اطلاق می‌گردد که بنحوی با هویت و شخصیت عاطفی، عقلانی و فکری و اجتماعی کودک مربوط می‌باشد.
- ۳- حقوق معنوی کودک مانند حقوق مادی او از حمایت ویژه در تعالیم دینی، مکتب‌های تربیتی، نظامهای حقوقی، حقوق بین الملل و حقوق داخلی کشورها برخوردار است.
- ۴- استقرا در مفاهیم تربیتی ما را به شناسایی مصادیق حقوق معنوی و شناسایی قواعد اخلاقی حاکم بر مناسبات با کودکان رهنمون می‌سازد.
- ۵- مفاهیم و گزاره‌های تربیتی منبع مهم دریافت و اثبات مسؤلیت اخلاقی متجاوز به حقوق معنوی کودک یا متخلف از آن می‌باشد.
- ۶- تأمل در مقاصد تعالیم اخلاقی دین در مناسبات با کودکان و لسان ادله مربوط، امکان اثبات مسؤلیت فراتر از مسؤلیت اخلاقی را فراهم می‌آورد.
- ۷- بررسی مدالیل ادله مسؤلیت اخلاقی در قواعد اخلاقی در تعالیم اخلاقی دین، امکان اثبات مسؤلیت مدنی متجاوز به حقوق مادی و معنوی کودکان را فراهم می‌آورد.
- ۸- صدق عنوان ضرر، ضرار، حرج در قواعد فقهی لا ضرر و لاجرح بر زیان معنوی به کودکان امکان استدلال به این دو قاعده را به دست می‌دهد.
- ۹- برخی از فقها به امکان اثبات حکم به وسیله قاعده لاضرر و لاجرح اذعان نموده‌اند؛ لذا می‌توان در اثبات نظریه جبران خسارت به حقوق معنوی کودکان به این دو قاعده استناد نمود.



- ۱۰- بنای عقلا بر جبران خسارت معنوی کودکان و عدم ردع آن از ناحیه شارع اثبات نظریه جبران خسارت به حقوق معنوی را از نظر حقوق اسلامی میسور می‌سازد.
- ۱۱- روشهای جبران خسارت به حقوق معنوی کودکان بسیار متنوع می‌باشد.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی



### کتابنامه :

- ✓ القرآن الکریم
- ✓ آل کاشف الغطاء، محمد حسین، *تحریرالمجله*، نجف مطبعه الحیدریه، ۱۳۶۰
- ✓ بجنوردی، میرزا احسن، *منتهی الاصول*، قم، مکتبه بصیرتی، بی تا
- ✓ جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *دانشنامه حقوقی*، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۰
- ✓ الحسینی المراغی، عبدالفتاح بن علی، *العناوین*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۷ هـ
- ✓ حکیم، محمد تقی، *الاصول العام للفقہ المقارن*، قم، المجمع العالمی الاهل البیت، چاپ دوم، ۱۴۱۸ هـ
- ✓ الحلّی، حسین، *بحوث فقهیه*، قم، مؤسسه المنار، چاپ اول، ۱۴۱۵ هـ
- ✓ حیدری، علی تقی، *اصول الاستنباط*، قم، المطبعه العلمیه، چاپ اول، ۱۳۷۹ هـ
- ✓ الخراسانی، محمد کاظم، *کفایه الاصول*، بیروت، آل البیت دار احیاء التراث، ۱۴۱۲ هـ
- ✓ خویی، سید ابوالقاسم، *مصباح الاصول*، انتشارات الغدیر، چاپ چهارم، ۱۴۰۸ هـ
- ✓ راغب اصفهانی، ابی ابوالقاسم حسین بن محمد، *المفردات فی غریب القرآن*، تهران، کتابفروشی مرتضوی، چاپ اول، بی تا
- ✓ سیستانی، علی حسینی، *قاعده لاضرر و لاضرار*، قم، مکتبه آیت الله سیستانی، ۱۴۱۴ هـ
- ✓ الشهابی، محمود، *دو رساله وضع الفاظ و قاعده لاضرر*، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۳۰
- ✓ طنطاوی، محمود محمد، *المدخل الی الفقه الاسلامی*، بی جا، دارالتوفیق النموذجیه، ۱۴۰۸ هـ
- ✓ الطوسی، محمد بن الحسن، *التبیان فی تفسیر القرآن*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا



- ✓ العاملی، محمد بن الحسن، *وسایل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*، لبنان، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۱۴ھ
- ✓ فاضل تونی، عبدالله بن محمد، *الواقیه*، بی تا، بی تا
- ✓ الكلینی، محمد بن یعقوب، *قروع الكافی*، بیروت، دارالصعب، دارالتعارف، ۱۴۰۱ھ
- ✓ محقق داماد، سید مصطفی، *قواعد فقه (بخش اول مدنی)*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ اول، ۱۳۶۱
- ✓ مکارم شیرازی، ناصر، *تفسیر نمونه*، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷
- ✓ همو، *قواعد فقهیه*، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب، چاپ اول، ۱۴۱۶ھ
- ✓ الموسوی البجنوردی، سید محمد، *قواعد فقهیه*، تهران، مؤسسه چاپ و نشر عروج، ۱۳۷۹
- ✓ الموسوی البجنوردی، میرزا حسن، *القواعد الفقهیه*، نشر الهادی، قم، ۱۴۱۹ھ
- ✓ الموسوی الخمینی، روح الله، *الرسائل*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول، ۱۴۱۰ھ
- ✓ همو، *تهذیب الاصول*، قم، جماعه المدرسی، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۵ھ
- ✓ نجفی خوانساری، موسی، *منیة الطالب فی شرح المکاسب*، قم، جماعه مدرسین، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸ھ
- ✓ نراقی، احمد، *عوائد الایام*، قم، مکتبه بصیرتی، چاپ سوم، ۱۴۰۸ھ
- ✓ یردی طباطبائی، محمد کاظم، *ملحقات عروه الوثقی*، قم، مکتبه الداوری، بی تا