

مروری دوباره بر قاعده لاضرر و تأثیر آن بر ضرر متعهد

دکتر سیامک ره‌پیک*

قاعده لاضرر از معروف‌ترین قواعد حقوق اسلام است که در طول تاریخ فقه نظرات مختلفی پیرامون مفاد و آثار آن ارائه شده است. در حقوق خارجی قواعدی مشابه با این قاعده وجود دارد که به طور خاص در بحث تعهدات مورد استفاده قرار می‌گیرد. بحث اصلی این مقاله آن است که آیا در مواردی که اجرای تعهد ضرری گردد قاعده لاضرر، به جبران ضرر حکم می‌کند یا خیر؟ و آیا این قاعده علاوه بر نفی حکم ضرری، راه حل دیگری را برای جلوگیری از ضرر پیش بینی می‌کند یا خیر؟ بر اساس نظر ارائه شده در مقاله، قاعده لاضرر هم بر نفی حکم ضرری دلالت دارد و هم نهی از ضرر خارجی و این امر با پیش‌بینی راه حل برای جلوگیری از ضرر و جبران خسارت ملازمه دارد.

طرح مطلب

در بین قوانین جدید برخی از کشورها و نظریات حقوقی مطرح شده، ضرر غیر متعارف وارد به متعهد به جهت اجرای تعهد از اسباب تعدیل تعهد و در برخی از موارد حتی موجب معافیت متعهد از اجرای تعهد می‌گردد.^۱ در برخی از کشورها^۲

* عضو هیأت علمی دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری

1- J. Bell, S. Boyron, S. Whittaker, Principle of French Law, Oxford University Press, 1998, P. 199.

همچنین در مورد اینکه آیا این ضرر موجب تعدیل است یا معافیت ر.ک به:

احمد حشمت ابوستیت، نظریه الائتزام، مکتبه عبد وهبه، مصر، ۱۳۶۴، ص ۲۵۱ تا ۲۴۸؛ عبدالرزاق السنهوری، نظریه العقد، داراحیاء التراث العربی، بیروت، ۱۹۳۴، ص ۹۷۲ به بعد.

۲- این نظریه در حقوق فرانسه در اصل برای موضوعات حقوق عمومی و به طور خاص حقوق اداری مطرح شده است ر.ک به

J. Bell, S. Boyron, S. Whittaker, Ibid, P. 199.

برای ملاحظه آراء مختلف در دادگاههای فرانسه و مصر در مورد اثر تئوری عدم پیش بینی ر.ک به: <

این موضوع تحت عنوان نظریه عدم پیش‌بینی^۳ (Imprevison) و در کشورهای دارای نظام کامن‌لا در ذیل نظریه عقیم شدن قرارداد (Frustration) یا عناوین دیگر مورد مطالعه قرار می‌گیرد.^۴ در فقه قاعده لاضرر که مستند عمده آن تعدادی از روایات^۵ می‌باشد با مفادی شبیه به قواعدی مانند نفی حرج، با تقدم بر احکام اولیه می‌تواند آنها را منتفی سازد.

بررسی تفصیلی نظرات مختلف در مفاد این قاعده از بحث ما خارج است و کتب قواعد فقه به طور مبسوط به این امر پرداخته‌اند.

قاعده لاضرر بر خلاف قاعده نفی عسر و حرج به طور گسترده‌ای در ابواب غیر عبادی، مورد استناد کتب فقهی قرار گرفته است.^۶ برخی از فقهاء اعتقاد دارند این قاعده، ضرر و ضرار در بین مکلفین را رفع می‌نماید لذا شامل باب عبادات نمی‌گردد و به روابط انسانها اختصاص دارد.^۷

«ادامه صفحه قبل» عبدالرزاق السنهوری، پیشین، صص ۹۷۳-۹۷۴. در همین مورد به فقره ۲ از ماده ۱۴۷ قانون مدنی جدید مصر توجه نمایند: «ومع ذلك اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعا و ترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدی و ان لم يصح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للفاضي تبعاً للظروف و بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول يقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك»، عبدالرزاق السنهوری، الوسيط، ج ۷، داراحياء التراث العربی، ص ۶۲۹.

۳- بسیاری از دادگاههای مدرن کشورهای حقوق کامن‌لا مفهوم عقیم شدن قرارداد را شامل افزایش شدید هزینه و مشکلات غیر عادی و وسیع نیز دانسته‌اند. ر.ک به:

B.J.Kolasa, B.Meyer, Legal Systems, Prentic - Hall, 1978, P. 793.

و همچنین ر.ک به مجله حقوقی، دفتر خدمات بین‌المللی ج.ا.ا. شماره ۱۰ ص ۲۸۱.

در برخی از مواد U.C.C مشکلات، هزینه‌ها، صدمات و ضررهای زیاد و غیر متعارف در جریان اجرا به ناممکن بودن اجرای متعهد (Impossibility) ملحق شده‌است. ر.ک به

H.C.Black, Black's Law Dictionary, West Publishing Co. 1993., Impossibility; U.C.C.2-613, 615.

۴- جهت ملاحظه این قاعده و ریشه آن در حقوق رم و عناوین مشابه در کشورهای دیگر اروپایی مانند آلمان نگاه کنید به:

Reinhard Zimmermann, The Law of Obligations, Oxford, clarendon Press, 1996, pp.580-582.

۵- ر.ک به شیخ کلینی، کافی، کتاب المعیشة، باب الضرر، حدیث ۲ و ۸۰؛ شیخ حر عاملی، وسایل الشیعة، کتاب احیاء موات، باب ۷ و ۱۲، کتاب الشفعة باب ۵، ابواب بیع حیوان، باب ۱۲؛ محدث نوری، مستدرک الوسائل، ج ۳، کتاب احیاء موات، باب ۹.

۶- ماده ۱۱۳۵ ق.م. هر دو عنوان ضرر و حرج را بکار برده است.

۷- ناصر مکارم شیرازی، القواعد الفقهیه، ج ۱، ص ۶۱: نقل از حمید بهرامی، سوءاستفاده از حق، انتشارات < «ادامه

نظریات در قاعده لاضرر

اگر چه در مورد مفاد این قاعده اختلاف نظر وجود داشته است اما فقهاء در کتب خود به طور شایع در موارد مختلفی به قاعده لاضرر تمسک نموده‌اند از جمله:

سقوط فریضة امر بمعروف و نهی از منکر در مواضع خوف، رفع وجوب شهادت در هنگام خوف، حرمت تدلیس و غش، مقاصه، احتکار، جعل خیارات مانند: غبن، تاخیر، عیب، تصریه، تبعض صفقه، تعذر تسلیم، حرمت تصرف در حریم املاک احیاء شده و ...^۸

آنچه برای ما اهمیت دارد این است که بتوانیم با توجه به ادله قاعده لاضرر و در مورد تعهد متعهدی که از اجرای آن متضرر می‌گردد حکم مشخصی را بدست آوریم.

در میان احادیث مورد استناد در قاعده، احادیث مربوط به سمره بن جندب که با اختلاف کمی نقل شده است^۹ مورد توجه صاحب نظران قرار گرفته است. البته ظاهراً ضرر و ضراری که در این واقعه بوسیله پیامبر اسلام "صلی الله علیه و آله" منتفی شده، نوعی ضرر معنوی می‌باشد زیرا مرد انصاری از رفت و آمد سمره بن جندب هیچگونه ضرر مادی را تحمل نمی‌کرده است بلکه آمد و شد صاحب نخله، باعث گردیده بود که مرد انصاری و خانواده او در فشار روحی و حرج قرار گیرند. برخی از بزرگان با توجه به استعمالات مختلف ضرر و ضرار در قرآن و روایات، کلمه ضرار را به معنی خسارت و ضرر معنوی و کلمه ضرر را به معنی ضرر مادی و مالی دانسته‌اند.^{۱۰}

صفحه قبل، اطلاعات، ۱۳۶۶، ص ۳۲۹.

۸- ر.ک. به عبدالفتاح مراغای، عناوین، قاعده لاضرر؛ و فاضل مقداد، نضد القواعد الفقہیة انتشارات خیام، قم، ۱۴۰۳، ص ۸۱ به بعد؛ و نیز رجوع کنید به کتب مختلف استدلالی مانند جواهر الکلام و شرح لمعه که در موارد فوق به لاضرر استناد شده است.

۹- متن یکی از روایات چنین است: "ان سمره بن جندب کان له عذق فی حائط لرجل من الانصار وکان منزل الانصاری بباب البستان، فکان یمرالی نخلته ولا یستاذن فکلمه الانصاری ان یستاذن اذا جاء فابی سمره فلما ابی جاء الانصاری الی رسول الله فشکا الیه و خیره الخیر فارسل الیه رسول الله و خیره بقول الانصاری و ما شکاه قال: اذا اردت الدخول فاستاذن فابی فلما ابی ساومه حتی بلغ من الثمن ماشاء الله فابی ان یبیع فقال: لک بها عذق بمدک فی الجنة فا بی ان تقبل فقال رسول الله صلی الله علیه و آله للانصاری: اذهب فاقلمها و ارم به الیه فانه لاضرر ولا ضرار" ر.ک به کافی، کتاب المعیشه، باب الضرر حدیث ۲.

۱۰- امام خمینی، تهذیب الاصول ج/۳، موسسه اسماعیلیان، قم، ص ۹۴؛ امام خمینی، الرسائل، ص ۳۰.

بزرگان فقه، در مفاد جمله "لاضرر و لاضرار" اختلاف نموده‌اند؛ برخی آنرا نفی حکم ضرری^{۱۱} و برخی نفی حکم به لسان نفی موضوع ضرری^{۱۲} و گروهی نفی ضرر غیر متدارک^{۱۳} و عده‌ای نهی از ضرر^{۱۴} و بعضی از آنها، آنرا از احکام حکومتی^{۱۵} دانسته‌اند. اگر چه بسیاری از فقهاء این قاعده را تنها در مقام نفی حکم می‌دانند و نه جعل آن ولی همانگونه که مشاهده شد در تعداد قابل توجهی از مسایل فقهی به جنبه اثباتی قاعده لاضرر اشاره شده است.

بررسی و تحلیل قاعده

آنچه از مجموع نظرات و با توجه به بیان پیامبر اسلام "صلی الله علیه و آله" بدست می‌آید این است که معنای "لا" در "لاضرر"، نفی می‌باشد اما این نفی در مقام اجرایی تحویل به نهی می‌گردد. پیامبر عظیم الشان اسلام "صلی الله علیه و آله" با بیان جمله "لاضرر و لاضرار" به اصل "نفی ضرر" اشاره فرموده است. اما سخنان قبلی و همچنین اقدام نهایی ایشان از نهی عملی در مقام اجرایی حکایت می‌کند. بطور مثال اگر کسی بگوید: "در خانه ما اسراف وجود ندارد"، معنایش آن است که در این خانه اسراف تحقق پیدا نمی‌کند و در صورت تحقق از آن جلوگیری می‌شود، والا اگر امکان و اجازه ممانعت از اسراف وجود نداشته باشد و در عین حال زمینه آن موجود باشد، کلام سابق، صحیح نمی‌باشد.^{۱۷}

در حدیث سمره نیز پیامبر اسلام "صلی الله علیه و آله" ضرر و ضرار را در اسلام

۱۱- ملا احمد نراقی، عوائد الایام، انتشارات بصیرتی، قم، ۱۴۰۸، صص ۱۹-۲۰؛ شیخ انصاری، مکاسب (رساله لاضرر)، چاپ سنگی، مطبعة الاطلاعات، تبریز، ۱۳۵۷، ص ۳۷۳.

۱۲- آخوند خراسانی، کفایة الاصول ج ۲/ قاعده لاضرر.

۱۳- عبدالفتاح مراغه‌ای، عناوین، قاعده لاضرر؛ همچنین ر.ک. به شیخ انصاری، مکاسب، ص ۳۷۲.

۱۴- شیخ فتح اله شریعت اصفهانی، رساله قاعده لاضرر، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۰۶.

۱۵- امام خمینی، تهذیب الاصول، ج ۳، ص ۱۱۲، امام خمینی، الرسائل ص ۵۰ به بعد.

۱۶- ر.ک. به حمید بهرامی احمدی، سوء استفاده از حق؛ شیخ انصاری، مکاسب، ص ۳۷۲ به بعد. علامه بجنوردی، القواعد الفقهیة ج ۱/، قاعده لاضرر؛ ناصر مکارم القواعد الفقهیة ج ۱/ قاعده لاضرر.

۱۷- امام خمینی، کتاب البیع، ج ۲/ مؤسسه اسماعیلیان، قم، ص ۳۵۲، ایشان حدیث لاضرر را حکم حکومتی می‌دانند و آنرا حاکم بر ادله احکام نمی‌دانند. اما بنا بر فرض قبول نظر نفی حکم می‌فرمایند: ... لابد فی ادعاء نفی الحقیقة فی الخارج من صحیح و هو فی المقام سد جمیع انحاء الضررفی حیطة الاسلام.

(بنابراینکه عبارت "فی الاسلام" در احادیث باشد) یا بطور کلی در جامعه نفی فرموده است، و چون سمره با عمل خود موجبات ضرر (معنوی) مرد انصاری و خانواده او را ایجاد کرده بود، ایشان در مقام اجرا، برای تحقق "لاضرر" با نهی لفظی و عملی خود، سبب ضرر را از بین برد.

با تمسک به فهم عرفی - عقلایی از ادله شرعی و پرهیز از دقتهای عقلی (فلسفی) که جایی در استنباطات فقهی - حقوقی ندارد، می توان ضرر را مطلق ضرری دانست که عرف و عقلا آنرا مصداقی از ضرر می دانند خواه مستقیماً ناشی از حکم باشد و خواه ناشی از موضوع (در نهی از ضرر خارجی).

عبارت "لاضرر و لاضرار" به خوبی می تواند این دو معنا را با هم افاده کند، از طرفی کل احکام ضرری را در شریعت نفی می کند و از طرف دیگر می فرماید ضرر زدن خارجی بوسیله حاکم و قانون نفی می شود. به عبارت دیگر شارع می فرماید در قانون اسلام ضرر نیست و در جامعه اسلامی نیز ضرر نیست بدین معنا که نباید از وقوع آن جلوگیری شود. شاید تعبیر «فی الاسلام» در روایات و عمل پیامبر اسلام (ص) دلالت بر معنای فوق داشته باشد.

بر این نظر اشکال استعمال لفظ در اکثر از یک معنی وارد نمی باشد زیرا این دو معنا به دو اعتبار، از عبارت، حاصل می شود و در واقع یک معنا بیشتر نیست که در دو عالم، دو معنای ظاهراً متفاوت را افاده می کند.

همچنین منظور از این نظر این نیست که می توان از "هست‌ها" به "بایدها" و از "نیست‌ها" به "نبایدها" رسید زیرا اولاً این بحث مربوط به رابطه تکوین و تشریح است و با موضوع مورد نظر ما تفاوت دارد و ثانیاً همانگونه که گفته شد اقتضای فهم عرفی از این عبارت که در مقام قانونگذاری صادر شده آن است که در عالم تشریح، نفی حقیقی کند و در عالم خارجی، نفی تأویل به نهی (و به تعبیر بهتر ادعای نفی حقیقی).

کلیت و عمومیت حدیث شریف به حدی است که هر دو معنا را با هم شامل می شود و قبول یکی، مستلزم، نفی دیگری نیست زیرا این دو حکم در دو مرتبه واقع می شوند. در حقیقت، این دو حکم، نتیجه قهری ارتباط بین مقام تشریح و مقام اجرا می باشد. بهمین دلیل، از نهی در مقام اجرا می توان به نفی در مقام تشریح نیز پی برد. بطور مثال اگر قانونگذار در مقام اجرا بگوید: "کسی نباید به حقوق دیگران

تجاوز کند" با استفاده از رابطه قهری فوق که لازمه یک دستگاه حکومتی کامل می‌باشد می‌توان از این نهی، نفی در مقام تشریح را بدست آورد. یعنی: "در احکام قانونگذار تجاوز به حقوق دیگران وجود ندارد."^{۱۸}

با توجه به این بیان، توفیقی بین اقوال مختلف حاصل می‌گردد، از طرفی بین نفی و نهی رابطه برقرار شده است و از جهت دیگر بین حکم حکومتی و حکم تشریحی، زیرا حکم حکومتی در عین اینکه خصوصیت جزئی بودن خود را داراست می‌تواند منشایی کلی در احکام الهی (اعم از اولیه و ثانویه) داشته باشد. لذا ایراد برخی از فقهاء^{۱۹} در این مورد خالی از اشکال نمی‌باشد.

در خصوص نظریه نفی ضرر غیر متدارک و اینکه آیا قاعده لاضرر تنه‌ارفع حکم می‌کند یا قادر به اثبات حکم نیز می‌باشد با توجه به مطالب سابق، باید قایل به این عقیده باشیم که لاضرر هم رفع حکم می‌کند و هم اثبات حکم، زیرا آنچه در جمله "لاضرر و لاضرار" نفی (و نهی) شده است مطلق ضرر (بنا به تقریری که گذشت) می‌باشد و قیدی مبنی بر اینکه منشاء آن وجود حکم است یا عدم حکم در احادیث وجود ندارد، بنابراین نیازی به پاسخ دادن به این سخن که "عدم حکم به ضمان از احکام مجعوله شارع نیست لذا اگر موردی وجود داشته باشد که تحت قواعد ضمان در نیاید فقیه به استناد اینکه اگر حکم به ضمان ندهد، ضرری بر شخص وارد می‌آید، نمی‌تواند حکم به ضمان دهد"^{۲۰} نمی‌باشد، اگر چه انکار ملازمه بین احکام وجودی و احکام عدمی از اشکالات وارده بر آن است، زیرا در نظر عقلاء این دو قابل تحویل به یکدیگر می‌باشند و هر دو نیز می‌توانند سبب ضرر منفی قرار گیرند، لذا از بزرگانی که قایل به نفی حکم ضرری شده‌اند، برخی، این

۱۸- مرحوم میر فتح در قاعده لاضرر به معنای نهی معتقد می‌باشد اما در برخی از مواضع به رابطه قهری فوق اشاره نموده است: "الحق ان سیاق الروایات یرشد الی ارادة النهی من ذلك و ان المراد تحريم الضرر و الضرار و المنع عنهما و ذلك اما بحمل "لا" علی معنی النهی و اما بتقدیر کلمة "مشروع و مجوز و مباح" فی خبره مع بقائه علی نفيه و علی التقديرین فید المنع و التحريم و هذا هو الانسب بملاحظة كون الشارع فی مقام الحكم من حيث هو كذلك لا فی مقام ما يوجد فی دین ولا يوجد منعه فیه و منعه فیه مستلزم لخروجه عنه ...". نقل از رساله قاعده لاضرر، مرحوم شیخ الشریعة الاصفهانی، صص ۲۷-۲۸.

۱۹- ناصر مکارم شیرازی، القواعد الفقهية ج ۱، ص ۶۷: نقل از: حمید بهرامی سوء استفاده از حق ص ۳۰۱.

۲۰- ملا احمد نراقی، عوائد الایام صص ۱۹-۲۰؛ شیخ موسی خوانساری، منیة الطالب (تقریرات نائینی) چاپ سنگی، ۱۳۷۳، صص ۲۲۰-۲۲۱.

حقیقت را صریحاً بیان داشته‌اند و آن را به عنوان یک نظریه مورد بحث قرار داده‌اند.^{۲۱} علاوه بر اینکه استعمال "عدم حکم" در مورد شریعت اسلام صحیح نمی‌باشد زیرا هیچ قضیه‌ای خالی از حکم شرع نیست اگر چه حکم شرع، مساوق یا موید حکم عقل بر برائت باشد، به همین دلیل همانگونه که بیان شد بسیاری از فقهاء در عمل از قاعده لاضرر برای اثبات حکم استفاده نموده‌اند.^{۲۲}

بررسی احادیث دیگر که به ضرر مالی یا ضرر مطلق اشاره دارند نیز همین نتایج را در بر دارد. حال اگر بواسطه حوادث خارجی، پس از ایجاد تعهد، اجرای آن ناممکن نگردد اما مستلزم ورود ضرر به متعهد باشد، قاعده لاضرر می‌تواند لزوم اجرای تعهد را رفع نماید و از این جهت متعهد را معاف کند؟^{۲۳}

البته باید دقت داشت که منظور از معافیت در اینجا، قابلیت معافیت نیز می‌باشد؛ بدین معنا که با اثبات حق فسخ برای متضرر و اعمال آن، متعهد معاف می‌گردد. قاعده لاضرر به عنوان یک اصل تعدیل‌کننده، ممکن است بر حسب مورد آثاری مانند اثبات حق مطالبه خسارت یا حق فسخ را بدنبال داشته باشد. با توجه به مطالب گذشته مشخص می‌گردد که قاعده لاضرر، یک قاعده کلی در خصوص جلوگیری از ضرر را ارائه می‌کند اما در مورد نوع جبران یا اقدامی که غرض شارع را تأمین می‌کند ساکت است بنابراین، دفع ماده ضرر مانند عمل پیامبر(ص)، پیش بینی حق فسخ، تعدیل و

۲۱- شیخ انصاری، مکاسب، رساله لاضرر ص ۳۷۳: «و من ان المنفی لیس خصوص المجمولات بل مطلق ما یندین به و یعامل علیه فی شریعة الاسلام وجوداً یا کان او عدمیاً فکما انه یجب فی حکمة الشارع نفی الاحکام الضرریة کذلک یجب جعل الاحکام التي یلزم من عدمها الضرر مع ان الحکم العدمی ینسئلزم احکام وجودیة فان عدم ضمان ما یفوت به من المنافع ینسئلزم حرمة مطالبته و مقاصته و التعرض له و جواز دفعه عند التعرض فتأمل. هذا مضافاً الی امکان استفاده ذلک من مورد روایة سمره بن جندب حیث انه سلط الانصاری علی قلع نخل سمره معللاً بنفی الضرر حیث ان عدم تسلطه علیه ضرر کما ان سلطنة سمره علی ماله و المرور علیه بغير الاذن ضرر فتأمل.»

۲۲- سید علی طباطبائی، ریاض المسائل مؤسسه آل‌البیت، قم، ۱۴۰۲، ج ۱/ صص ۵۲۵-۵۲۶ و ج ۲/ ص ۳۰۱؛ شهید ثانی، شرح لمعه، دارالعالم الاسلامی، بیروت، ج ۳/ صص ۴۵۹-۴۶۰، فقهاء در بسیاری از موارد برای اثبات خیار به قاعده لاضرر تمسک کرده‌اند، ر.ک به فیض کاشانی، مفاتیح الشرایع، انتشارات خیام، قم، ۱۴۰۱، ج ۳/ ص ۷۳؛ و همین نوشتار ص ۳ پاورقی (۱) و ر.ک به ناصرکاتوزیان، ضمان قهری مسئولیت مدنی، انتشارات دهخدا، ۱۳۶۲، ص ۳۸ به بعد.

۲۳- ر.ک به حمید بهرامی، سوء استفاده از حق ۱۹۹ پاورقی، این کتاب، تحقیق نسبتاً جامعی در مورد قاعده لاضرر را انجام داده‌است که می‌تواند مورد استفاده قرار گیرد.

جبران خسارات می‌تواند به عنوان طرق وصول به غایت قاعده مورد توجه قرار گیرد. در فقه اهل سنت نیز قاعده لا ضرر کاربرد قابل توجهی دارد و از طریق فسخ قرار داد که بارزترین اثر این قاعده می‌باشد موجبات تعادل و وضعیت طرفین را فراهم می‌آورد.^{۲۴} در خاتمه، نکاتی چند در تکمیل بحث بیان می‌گردد:

(الف) با توجه به اینکه در احادیث، معیار مشخصی برای ضرر و ضرار تعیین نشده است باید آنرا ضرری دانست که با توجه به موارد، عرفاً غیر عادی و غیر قابل اغماض باشد و ضررهای قابل مسامحه عرفی، از مفاد احادیث خارج می‌باشند.^{۲۵}

(ب) همانگونه که گفته شد، لفظ ضرار اطلاق دارد بنابراین شامل ضررهای مالی، جانی و معنوی می‌گردد و هر یک از اینها می‌تواند موجب رفع تعهد گردد.^{۲۶}

(ج) در مقام تراحم ضرر متعهد و متعهد له، علاوه بر نفس ضرر باید به نوع آنها توجه شود و با عنایت به ادله مرجحات و اهمیت آنها، یکی بر دیگری ترجیح داده شود. بطور مثال اگر اجرای تعهد منجر به ضرر جانی متعهد و ضرر مالی متعهد له می‌گردد. مسلماً بدلیل اهمیت ضرر جانی، این ضرر مقدم و تعهد متعهد رفع می‌شود.^{۲۷} برخی فقهاء در مواردی که رد عین برای غاصب موجب عسر و حرج یا ضرر (غیر متعارف) باشد الزام به رد را با قاعده لا ضرر رفع و پرداخت بدل را صحیح دانسته‌اند.^{۲۸}

(د) در تمامی موارد اعمال قاعده لا حرج و لا ضرر که از متعهد رفع مسؤلیت می‌شود، متعهد نباید در ایجاد حرج و ضرر تقصیر یا اقدام نموده باشد، در مواردی که تعهد با تقصیر متعهد غیر قابل اجرامی گردد، رفع اجرای تعهد منافاتی با مسؤلیت متعهد در جبران خسارت ندارد.

۲۴- ابن عابدین، الفتاوی الهندیة، ج/۵، ص، ۷۶: "والحاصل ان كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه الا بضرر يلحقه في نفسه او ماله يثبت له حق الفسخ" نقل از: السنهوری، نظریة العقد، ص ۹۶۹ پاورقی (۱).

۲۵- جهت تطبیق با حقوق خارجی، تحت عنوان "تغییر اوضاع و احوال" ر.ک. به: مجله حقوقی شماره ۱۰ ص ۲۸۱؛ همچنین ر.ک. به منابع طرح مطلب در ابتدای این مقاله.

۲۶- محقق حلی، شرایع الاسلام، منشورات اعلی، ج/۲، ص ۱۶۳: "اذا استودع وجب علیه الحفظ ولا یلزمه درکها لو نلقت من غیر تفریط او اخذت منه قهراً نعم لو تمکن من الدفع وجب ولولم یفعل ضمن ولا یجب تحمل الضرر الكثير بالدفع كالجرح و اخذ المال...؛ امام خمینی، تحریر الوسیلة، مؤسسه دارالعلم، ج/۲، ص ۵۹۹: ایشان نیز ضرر بدنی، هتک عرض و خسارت مالی را موجب رفع مسؤلیت مستودع دانسته‌اند.

۲۷- ر.ک. به فاضل مقداد، نضد القوا عدل الفقیه، ص ۸۳، قاعده نفی ضرر؛ سید احمد خوانساری، جامع المدارک، ج/۵، مؤسسه اسماعیلیان، قم، ۱۴۰۵، ص ۲۰۹.

۲۸- ر.ک. سید احمد خوانساری، جامع المدارک، ج/۵، ص ۲۱۰.

ها) اگر احادیثی که عبارت "فی الاسلام" یا "علی المومن" در آنها وجود دارد مستند قاعده قرار گیرند، احتمالاً این قاعده نیز مانند قاعده نفی عسر و حرج از مختصات مسلمانان می باشد مگر اینکه با الغاء خصوصیت، حکم قاعده را عام و مطلق بدانیم. با توجه با آنچه گذشت شاید مقصود از عبارات فوق جامعه اسلامی باشد نه مسلمانان. در هر حال، اگر چه فقهای اسلام در این قاعده، نظرات مختلفی را ابراز نموده اند اما هر یک حقایقی را بیان داشته اند که نظامهای حقوقی پیشرفته در عصر حاضر، آنها را قوانین خود وارد کرده اند. این امر بخوبی نشان می دهد نظام حقوقی اسلام که مبتنی بر فطرت و عقل سلیم و صادر از مصدر وحی می باشد قادر است با حفظ طراوات و حیات خود مشکلات جوامع بشری را بر اساس عدل و انصاف بر طرف نماید.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی



پرویشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی