

سید ابراهیم موسوی
قاضی دادگستری - لرستان

قاعده لاضرر

از جمله قواعدی که در تعدیل یا تکمیل نصوص شرعی کاربرد مؤثر دارد و احکام فرعی فروانی از آن متفرع شده است، قاعده لاضرر یا قاعده نفی ضرر است. با آنکه نصوص شرعی متعددی به عنوان مدرک قاعده مزبور مورد استناد فقهاء واقع شده است، اما بدون تردید، قبح ضرر و حسن جلوگیری از آن و در نتیجه نهی از اضرار، از احکامی است که عقل، صرفنظر از منون شرعی یا ادله نقلی، به آن حکم می‌کند و از مستقلات عقلیه است. به عبارت دیگر این قاعده از قواعد کلی مبتنی بر انصاف است. با این وجود، بین متأخرین از فقهای امامیه، در مورد معنی قاعده اختلاف نظر عمده‌ای بروز کرده است که منشاء آن، تفسیرهای گوناگون و استنباطهای مختلفی است که از نصوص تلقی شده به عنوان مدرک قاعده به عمل آمده است. به همین سبب، ضمن اشاره به مدرک قاعده مذکور، نظرات ابراز شده درباره معنای آن را مورد نقد و بررسی قرار می‌دهیم:

۱- مدارک قاعده لاضرر:

در قرآن کریم آیاتی وجود دارد که مستقیماً بر نهی از اضرار تأکید دارند. به عنوان

مثال، در آیه ۲۳۱ سوره بقره چنین آمده است: «وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَمَسْكُونَهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تَمْسُكُوهُنَّ ضَرَارًا لَتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ...». در این آیه از اینکه مردان برای ضرر زدن و تجاوز به حقوق زنان آنان را نگهداری کنند و از طلاق آنها خودداری نمایند، صراحتاً نهی شده است. در آیه ۲۳۳ همین سوره، با این عبارت که «لَاتُضَارَّ وَالِدَةٌ وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بَوْلَةٌ وَلَا عَلَى الْوَارِثِ مِثْلَ ذَلِكَ...»، برحسب اینکه «لَاتُضَارَّ» فعل مضارع مبنی بر معلوم باشد و در نتیجه «والدة» مولود له^۱ یعنی پدر و مادر فاعل باشند، و یا فعل مضارع مبنی بر مجهول و پدر و مادر نایب فاعل باشند، به این معنی که پدر و مادر نباید به فرزند خود و خود زیان برسانند یا درصدد زیان رساندن برآیند، و یا به پدر و مادر نباید به سبب فرزند زیان رسانیده شود، و وارث، (وارث پدر و مادر یا وارث فرزند) نیز همین وظیفه را به عهده دارند،^۱ بر نهی از ضرر تصریح دارد.^۲ در آیات دیگری به طور غیرمستقیم و با تقبیح پذیرش یا انتخاب ضرر، از زیان رساندن به خود یا دیگران نهی شده است. مثلاً، در آیه ۱۳ سوره حج می‌فرماید: «يَدْعُوا لِمَنْ ضَرَّهُ أَقْرَبُ مِنْ نَفْعِهِ لِبَيْسِ الْمَوْلَىٰ وَ لِبَيْسِ الْعَشِيرِ». در آیه ۱۲ سوره نساء، در همین زمینه، آمده است: «... مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِيٰ بِهَا أَوْ دِينَ غَيْرِ مِضَارٍّ...».

با این وجود، فقهاء در بحث از قاعده لاضرر اغلب به روایاتی که در این باره وجود دارد استناد کرده‌اند و به ندرت به آیات قرآنی اشاره کرده‌اند. روایات مورد استناد در این باره، روایات متعددی هستند که از طرق مختلف نقل شده و در همه آنها عبارت «لا ضرر ولا ضرار» ذکر شده است.^۳ معروفترین این روایات، روایتی است که به وسیله زراره^۴

۱- کزالعرفان فی فقه القرآن، فاضل مقداد: در تفسیر آیه مذکور.

۲- در همین باره به آیات ۲۸۴ سوره بقره و ۶ سوره طلاق رجوع شود.

۳- مستدرک، کتاب احیاء الموات، باب ۹ وسائل الشیعه، کتاب شفعه، باب ۵، کتاب التجاره باب ۱۲ از ابواب بیع حیوان. اصول کافی، کتاب المعیشه، باب ۱۲ از ابواب بیع حیوان، اصول کافی، کتاب المعیشه، باب ضرر.

۴- اصول کافی، کتاب المعیشه، باب ضرر. وسائل الشیعه، باب ۱۲ کتاب احیاء مرات.

و ابو عبیده حذاء،^۱ با اندک اختلافاتی نقل شده است. در کتب اهل سنت نیز عبارت «لاضرر و لاضرار»، به عنوان حدیث نبوی نقل شده است.^۲

خلاصه موضوع روایات مذکور در کتب حدیث شیعه، آن است که شخصی به نام سمره ابن جندب درخت خرمایی در خانه یکی از اهالی مدینه داشت که راه رسیدن به آن از منزل صاحب‌خانه می‌گذشت. صاحب‌خانه نزد پیامبر اکرم (ص) شکایت برد. پیامبر (ص) صاحب درخت را احضار و از وی خواست که هر وقت قصد سرکشی به درخت خود را دارد از صاحب منزل اجازه بگیرد. سمره امتناع کرد. پیامبر (ص) به صاحب‌خانه فرمود برو درخت را بکن و مقابل صاحبش بیانداز تا هر کجا می‌خواهد آن را بکارد و بعد فرمود: «لاضرر و لاضرار» و یا «لاضرر و لاضرار علی المومن». به عقیده برخی از دانشمندان عبارت «لاضرر و لاضرار» از جمله معدود احادیثی است که روایت آن به حد تواتر رسیده است.^۳

۲- معانی قاعده لاضرر:

فقهاء بحث‌های خود را در مورد معنی قاعده لاضرر، عمدتاً بر تفسیر عبارت «لاضرر و لاضرار» متمرکز ساخته‌اند. از آنجا که «لا» در عبارت مذکور، لای نفی جنس است، معنای حقیقی عبارت این است که طبیعت ضرر وجود ندارد. و چون این معنی، به سبب وجود ضررهای فراوان در عالم واقع، نمی‌تواند قابل قبول باشد، دانشمندان حقوق اسلام از طرق مختلف به توجیه و تفسیر عبارت یاد شده پرداخته‌اند و به همین سبب نظرات مختلفی در این مورد به وجود آمده است:

۱- وسائل الشیعه، باب ۱۲ از کتاب احیاء الموات. تهذیب الاحکام، جلد ۷، صفحه ۱۴۶، فرائد الاصول (رسائل)، شیخ مرتضی انصاری، جلد دوم صفحه ۵۳۳ ملحقات مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، قاعده لاضرر.
 ۲- مسند، احمد ابن حنبل، جلد ۵، صفحه ۳۲۶، النهایه، ابن اثیر، جلد ۲، صفحه ۸۲. رسائل، شیخ مرتضی انصاری، جلد دوم، صفحه ۵۳۴.
 ۳- ابضاح القوائد، فخرالمحققین، کتاب رهن، جلد دوم، صفحه ۴۸. کفایه الاصول، آخوند ملامحمد کاظم خراسانی، صفحه ۴۳۲.

الف - نهی از ضرر:

برخی از فقهای متقدم امامیه^۱ و اغلب فقهای اهل تسنن، عقیده دارند که مدلول حدیث لاضرر و لاضرار بیان حکم تکلیفی حرمت وارد ساختن زیان ابتدائاً، و نیز حرمت مجازی دفع ضرر به وسیله ضرر است. به این معنی که مثلاً کسی مجاز نیست دیوار خانه دیگری را خراب کند، و اگر چنین کاری کرد، صاحب دیوار نباید، برای مقابله، دیوار خانه او را خراب کند.^۲

از بین فقهای امامیه، شیخ فتح‌الله شریعت اصفهانی، متوفی به سال ۱۳۳۹، هجری قمری، در رساله‌ای که در باب قاعده لاضرر نوشته است،^۳ به نحو مبسوط این نظر را بیان و در توجیه آن دلایلی ذکر نموده است که مهمترین آنها بیان شواهدی است از کتاب و سنت در مورد کاربرد لای نفی جنس در معنای نهی، از جمله: لا رفت و لافسوق و لاجدال فی الحج^۴ و فان لك فی الحیوة ان تقول لامساس^۵ یا لا ضرورة فی الاسلام، لاطاعة لمخلوق فی معصية الخالق، لاهجر بین المسلمین فوق ثلاثة ایام و یا لاغش بین المسلمین.

کسانی که با این نظر مخالفت کرده‌اند، دلیل خود را چنین بیان کرده‌اند که استعمال نفی به جای نهی، یعنی به کار بردن لفظ در معنای مجازی، خلاف ظاهر است و عدول از معنای ظاهری کلام در صورتی جایز است که حمل آن بر آن معنی ممکن نباشد، در حالی که استعمال عبارت «لاضرر» در معنای ظاهری آن یعنی نفی ضرر ممکن است.

۱- جواهرالکلام جلد ۳۷، صفحه ۱۵.

۲- النهایه، ابن‌اثیر، جلد ۳، صفحه ۸۸ به بعد. المجله، شرح رستم بازلینانی، ماده ۱۹.

۳- قاعده لاضرر، ضریعت اصفهانی، چاپ تابش قم، صفحه ۲۵ به بعد.

۴- سوره بقره، آیه ۱۹۷.

۵- سوره طه، آیه ۹۷.

ب - نفی ضرر غیر مقدارک:

برخی عقیده دارند که «لاضرر» بر نفی ضرر دلالت می‌کند، با تقیید ضرر به ضرر غیر مقدارک. یعنی ضرری که جبران نشده باشد، در اسلام تجویز نشده است.^۱

از آنجا که ضرر، هرگاه جبران شود، دیگر ضرر نیست، حکم به جبران ضرر از جانب شارع، به منزله آن است که ضرر، وجود ندارد.

بر این نظر انتقاداتی وارد شده است، از جمله اینکه: ضرر در صورتی می‌تواند معدوم فرض شود که در واقع و در عالم خارج جبران شده باشد. بدیهی است که به مجرد حکم شارع به جبران ضرر، ضرری که در عالم خارج واقع شده است، جبران نمی‌شود. علاوه بر آن، شارع حکم به جبران همه ضررها نکرده است. مثلاً، شارع به جبران ضرری که شخص بر خود وارد می‌سازد، یا زبانی که بر اثر ارزان فروختن کالا توسط تاجری به سایر تجار وارد می‌گردد، حکم نکرده است.

ج - نفی حکم ضرری:

عده‌ای معتقدند مقصود از حدیث «لاضرر»، و به تبع آن قاعده لاضرر، آن است که حقیقت ضرر در عالم تشریح نفی شده است. به این معنی که از طرف شارع حکمی که موجب ضرر مکلفان گردد، جعل نشده است. به عنوان مثال، طوفی حنبلی^۲ در تفسیر حدیث «لاضرر و لاضرار» می‌گوید: «هنگام تعارض مصلحت با حکم منصوص، لازم است مصلحت، بر سبیل تخصیص یا تبیین مقدم داشته شود.» به عبارت دیگر، منظور از حدیث مذکور آن بوده است که پس از هر حکمی این جمله افزوده شود که مگر در مواردی که مصلحت خلاف آن را ایجاب نماید، یعنی از حکم، ضرری حاصل شود.^۳ به این ترتیب، به عقیده طرف‌داران این نظر، دلیل ضرر مانند عسر و حرج، از احکام ثانویه

۱- عناوین، میرعبدالفتاح مراغه‌ای، چاپ سنگی. جواهرالکلام، جلد ۳۷، صفحه ۱۵.

۲- نجم‌الدین ابوریع سلیمان ابن عبدالغوی طوفی، متوفی به سال ۷۱۶ هـ. ق.

۳- فلسفه قانونگذاری در اسلام، دکتر صبحی محمصانی، صفحه ۲۰۳، به نقل از کتاب الاسلام

روح‌المدینه، شیخ مصطفی غلابینی.

است. مثلاً، حکم شرع به لزوم بیع غبنی، ضرر بر مغبون است و یا وجوب وضو در حالی که آب برای وضوگیرنده مضر است و یا تهیه آن مستلزم پرداخت بهای سنگین است، ضرر بر مکلف است، بنابراین، به موجب حدیث لاضرر این احکام برداشته شده‌اند.^۱

در قرون اخیر، تعدادی از فقهای بزرگ، مانند شیخ احمد نراقی^۲ و شیخ مرتضی انصاری^۳، از این نظریه طرفداری کرده‌اند و بس از ایشان، توسط بسیاری از فقهای دیگر پسندیده شده است.^۴

مرحوم حاج شیخ مرتضی انصاری معتقد است این نظر، معنی اول، یعنی حرمت اضرار به غیر را نیز دربردارد. زیرا مباح بودن اضرار به غیر، حکم ضرری است که در شرع نفی شده است.^۵

د - نفی حکم به لسان نفی موضوع:

معنای دیگری، ظاهراً توسط مرحوم آخوند خراسانی صاحب کفایه، برای قاعده لاضرر پیشنهاد شده است، و آن اینکه مقصود از «لاضرر» نفی حکم به لسان نفی موضوع باشد.^۶ به این معنی که مقصود از لاضرر، نفی حقیقت ضرر است، اما نفی حقیقت ممکن است حقیقتاً باشد یا ادعائاً مقصود از نفی حقیقی به طور ادعائی نفی آثار است، مانند آنکه گفته شود: لاصلاة لجار المسجد الا فی المسجد و یا لیس بین الوالد و ولده ربا که مقصود از آنها نفی آثار صلاة و ربا است. به این ترتیب شارع با نفی ضرر، در واقع احکام موضوعاتی را که ضرر در آنها راه پیدا می‌کند، نفی کرده است. به عبارت دیگر، احکام خود را از موضوعات ضرری برداشته است.

۱- ملحقات مکاسب، رساله قاعده لاضرر، شیخ مرتضی انصاری. فرائد الاصول (رسائل) جلد دوم، صفحه ۵۳۴.

۲- عوائد الايام، شیخ احمد نراقی، عانده چهارم.

۳- فرائد الاصول (رسائل)، جلد دوم، صفحه ۵۳۳ به بعد، ملحقات مکاسب، رساله لاضرر.

۴- منية الطالب، تقریرات میرزا نائینی (شیخ موسی خوانساری)، ج ۲ ص ۳۰۱.

۵- همان مأخذ.

۶- کفایه الاصول، صفحه ۳۵۸.

۳- نقد و بررسی نظرات مربوط به معنای قاعده لاضرر:

الف - نفی حکم ضرری با واقعیت مطابقت ندارد:

مهمترین دلیلی که در توجیه این نظریه که معنای قاعده لاضرر نفی حکم ضرری است، بیان شده است، آن است که کلمه «لا» در عبارت «لاضرر و لاضرار»، لای نفی جنس است و معنی حقیقی آن نفی حقیقت ضرر است. و به کار بردن آن در معنای دیگر وقتی جایز است که نتوان آن را در معنای حقیقی استعمال کرد و نزدیکترین معنی به معنای حقیقی، نفی ضرر در عالم تشریح است. وجود قید فی الاسلام در پایان عبارت، در برخی روایات، نیز مؤید این نظر است.

اما این دلیل تمام نیست، زیرا اولاً حکم شرعی در صورتی که ضرری باشد، تنها یکی از اسباب ضرر است، در نتیجه، استعمال لاضرر و لاضرار، تنها در معنای نفی احکامی که موجب ضرر می‌شوند، مسلماً استعمال آن در معنای حقیقی نیست. به همین سبب و برای رفع این اشکال، مرحوم آخوند خراسانی معتقد شده است، معنای درست قاعده نفی حکم به لسان نفی موضوع است. وجود قید فی الاسلام در برخی احادیث، بر فرض که صحت داشته باشد، مجوز محدود ساختن قاعده لاضرر، تنها به احکام شرعی محسوب نمی‌شود. زیرا اسلام معنایی بسیار وسیع‌تر از احکام شرعی فرعی دارد.

ثانیاً: همانطور که نفی حقیقت ضرر در عالم واقع حقیقت ندارد. نفی آن در عالم تشریح نیز به نحوی که طرفداران عقیده موضوع بحث عنوان کرده‌اند با واقعیت مطابقت ندارد، زیرا نه تنها ضرر در همه موارد موجب رفع حکم شرعی نمی‌گردد، بلکه بسیاری از احکام شرعی مانند وجوب پرداخت خمس و زکات و وجوب روزه و حجّ و جهاد و حرمت ربا، ملازم با ضرر هستند، و اصولاً لازمه انجام هر تکلیفی، تحمّل مقداری سختی و مشقت یا ضرر است.

اگر گفته شود: قاعده لاضرر شامل ضررهایی که مربوط به طبیعت حکم شرعی

است، نمی‌شود، بلکه شامل ضررهایی است که خارج از طبیعت حکم باشد، نتیجه قبول این مدعا آن است که تنها ضررهای خاصی به وسیله قاعده لاضرر در عالم احکام نفی شده است، نه همه ضررها. همان‌طور که مرحوم شیخ مرتضی انصاری خود در کتاب فرائد الاصول (رسائل)^۱، تصریح نموده است ضررهایی که شامل این قاعده نمی‌گردند و در واقع مخصص قاعده لاضرر هستند، چند برابر ضررهایی است که تحت قاعده باقی می‌مانند. بنابراین دیگر نمی‌توان ادعا کرد که معنی ادعا شده مطابق با معنی حقیقی جمله لاضرر، یعنی نفی حقیقت ضرر است. علاوه بر آن، همان مواردی که ادعا شده است شامل قاعده لاضرر هستند، یعنی ضررهای خارج از طبیعت حکم شرعی، نیز موجب رفع حکم شرعی نمی‌گردند و ادعای رفع حکم شرعی در آن موارد با واقعیت مطابقت ندارد، زیرا چنانچه چنین ادعایی واقعیت داشته باشد، می‌بایست ضرری که خارج از طبیعت حکم است به هر اندازه که باشد موجب رفع حکم گردد. مثلاً، چنانچه مبنای خیار غبن قاعده لاضرر به معنای مورد بحث باشد، می‌بایست تفاوت بین قیمت مورد توافق در معامله و قیمت عادله به هر اندازه که باشد موجب ایجاد خیار غبن گردد و یا وجوب نماز اقتضاء می‌کند که مکلف مقداری از وقت خود را صرف انجام مناسک نماز و مقدمات آن نماید و یا برای تهیه آب وضو مقداری مال صرف کند، این گونه صرف وقت و مال ضررهایی است که لازمه طبیعت حکم است. اما اگر ضرری بیش از این مقدار از جوب نماز متوجه نمازگزار گردد، مثلاً اشتغال به نماز موجب گردد تا معامله‌ای را که مقداری سود برای وی به همراه دارد از دست بدهد، بنابراین ادعا شده از قاعده لاضرر، می‌بایست نماز در این حالت بر وی واجب نباشد، در حالی نادرست بودن این نتایج مسلم است.

چنانچه گفته شود هر مقدار از ضرر موجب رفع حکم نمی‌شود، بلکه ضرر باید به حدی برسد که قابل تحمل نبوده یا تحمل آن دشوار باشد، در آن صورت باید گفت: پس

۱- فرائد الاصول (رسائل)، جلد دوم، صفحه ۵۳۷.

آنچه موجب رفع حکم می‌شود، ضرر به خودی خود نیست، بلکه قابل تحمّل نبودن یا دشوار بودن تحمّل آن، یعنی در واقع اضطراب یا عسر و حرج ناشی از قابل تحمّل نبودن ضرر است. در حقیقت مواردی که تصور شده است عنوان ضرر در آنها موجب رفع حکم شده است، از مصادیق قاعده عسر و حرج یا قاعده اضطراب هستند.

ب - در صورتی که معنی قاعده لاضرر، نفی حکم ضرری باشد، عبارت «لاضرار» لغو خواهد بود:

همان‌طور که شیخ مرتضی انصاری خود تصریح نموده است،^۱ حمل «لاضرر» بر نفی حکم ضرری، با عبارت «لاضرار» در حدیث «لاضرر و لاضرار» منافات دارد، زیرا کلمه ضرار مصدر باب مفاعله و بنا به قولی به معنای مقابله با ضرر به وسیله ضرر است،^۲ و بنا به قولی دیگر، به معنای درصدد ضرر برآمدن است.^۳ و نفی حکم ضرری هیچ رابطه‌ای با دو معنای یاد شده ندارد.

اگر معنای «ضرار»، چنانکه برخی چون صاحب کفایه گفته‌اند، همان ضرر و تکرار آن برای تأکید باشد،^۴ نیز «لاضرار» با مفهوم نفی حکم ضرری هاهنگی ندارد، زیرا همان‌طور که بیان گردید، مقصود از نفی ضرر در احکام ضرری، هر نوع ضرر نیست، بلکه ضررهایی است که وجود آنها لازمه اصل و طبیعت حکم شرعی نباشد، علاوه بر آن، ضرر به حدی برسد که قابل تحمّل نبوده و یا تحمّل آن دشوار باشد، و این معنی با تأکید بر کلمه ضرر و تکرار آن هیچ تناسبی ندارد، زیرا، تأکید بر ضرر به آن معنی است که هر ضرر به هر اندازه که باشد، موجب رفع حکم می‌گردد.

۱- رساله قاعده لاضرر، ملحقات مکاسب.

۲- النهایه، ابن‌اثیر، جلد سوم: صفحه ۸۲.

۳- در آیاتی که از قرآن کریم بیان گردید، کلمه ضرار به همین معنی آمده است، در آیه ۹ سوره بقره نیز (یخادعون الله و الذین آمنوا و ما یخدعون الا انفسهم)، مصدر باب مفاعله به همین معنی آمده است.

۴- کفایه الاصول، آخوند ملا محمد کاظم خراسانی، صفحه ۳۵۸.

ج - نامفهوم بودن رفع حکم یا عدم جعل حکم شرعی در مورد ضرر:

معنای رفع حکم شرعی یا عدم جعل حکم شرعی در موارد ضرر، به نحوی که توسط طرفداران نظریه مورد بحث بیان شده است، چندان روشن نیست.

ظاهراً به عقیده این گروه از دانشمندان، رفع حکم ضرری یا عدم جعل آن، شامل همه اقسام حکم اعم از تکلیفی و وضعی، و در مورد احکام تکلیفی، شامل احکام الزامیه و ترخیصیه، هر دو می‌گردد. به عنوان مثال، لزوم بیع غبنی، لزوم بیع سهم‌الشرکه بدون وجود حق شفعه برای شریک دیگر، وجوب وضوء برای کسی که جز با پرداخت بهای سنگین، نمی‌تواند آب تهیه کند و یا براءت‌ذمه واردکنندگان زیان از جبران خسارت زیان‌دیده، همه از احکامی هستند که به سبب ضرری بودن، توسط شارع جعل نشده‌اند^۱ اما بدون تردید، مقصود آنان این نیست که مثلاً، بیع غبنی یا بیع سهم‌الشرکه و یا وضوی با آب گرانبها و یا وارد کردن خسارت به دیگری، به کلی فاقد حکم شرعی هستند، زیرا به هر فعلی از افعال مکلفین حکمی از احکام شرع تعلق گرفته یا حکمی از احکام شرع بر آن مترتب می‌گردد. بنابراین اگر مقصود از رفع حکم شرعی یا عدم جعل آن، این باشد که موضوع ضرری فاقد حکم شرعی است، بدون شك این نظر نادرست است، و اگر مقصود آن باشد که حکم شرعی دیگری جایگزین حکم قبلی می‌گردد، این امر به هیچ‌وجه رفع حکم یا عدم جعل حکم شرعی نامیده نمی‌شود. در عین حال صرف رفع حکم موجب جایگزین شدن حکم شرعی دیگر به جای حکم رفع شده نمی‌گردد و در هر حال، جایگزینی حکم شرعی دیگر یا جعل حکم شرعی، نیاز به دلیلی غیر از رفع حکم به سبب ضرر دارد.

باید توجه داشت این مشکل در مورد قواعدی چون عسرو حرج و اضطرار، وجود ندارد. زیرا، عسر و حرج و اضطرار موجب رفع تکلیف می‌گردند نه رفع حکم شرعی، به این معنی که در صورت ملازم شدن اعمالی که در حالت عادی حکم شرعی آنها حرمت یا

یا وجوب است با عسر و حرج یا اضطرار، وجوب و حرمت آنها رفع می‌گردد و با رفع حرمت و یا وجوب که احکام الزامیه هستند، خود به خود و بنا بر اصل، اباحه کلی جایگزین آنها می‌شود، اما در مورد قاعده لاضرر، چنانچه حکم عمل در حال عادی اباحه باشد و با ضرری شدن، اباحه از آن برداشته شود، به خودی خود حکم الزامی جایگزین آن نمی‌گردد.^۱

د - حرمت اضرار نمی‌تواند از نفی حکم ضرری ناشی شود:

اینکه از نفی حکم ضرری، حرمت اضرار به غیر ناشی گردد، ادعایی است که با واقع مطابقت ندارد. زیرا، لازمه چنین امری آن است که حکم اولیه اضرار به غیر جواز باشد و به سبب ضرری بودن آن حکم نفی شده و به حرمت مبدل شده باشد، در حالی که مسلماً چنین نیست، بلکه حکم اولیه شارع، بنا به دلیل عقلی، نهی از اضرار به غیر یا اضرار به نفس است و هیچ‌گاه شارع حکم به جواز اضرار نکرده و یا اضرار به غیر قبل از حکم شارع، جایز نبوده است تا به لحاظ ضرری بودن جواز آن برداشته شود.

مرحوم شیخ مرتضی انصاری (ره)، در تنبیه چهارم از رساله قاعده لاضرر خود، پس از بیان اینکه مقتضای قاعده لاضرر، عدم جواز اضرار به غیر به خاطر دفع ضرر از خود و نیز عدم وجوب تحمل ضرر به خاطر دفع ضرر از غیر است، برای مورد اول به عدم جواز مایل نمودن دیواری که بیم فروریختن آن می‌رود به طرف ملک همسایه، و برای مورد دوم به جواز اضرار غیر در صورت اکراه، مثال زده است. در مورد مثال اول پس از نقل قول مخالف آن از جانب شیخ طوسی، کلام شیخ طوسی را بر موردی حمل نموده است که از مایل نمودن دیوار به طرف ملک همسایه، بیم وقوع خطر، در میان باشد. اما نتیجه‌ای که در هر دو مثال بیان شده است، با این امر که معنای قاعده لاضرر رفع حکم ضرری باشد، بی‌مناسبت است. زیرا، اگر عدم جواز اضرار به غیر نتیجه رفع

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، صفحه ۲۲۵ - حاشیه مکاسب، آخوند ملا محمد کاظم خراسانی،

حکم ضرری باشد، در آن صورت این عدم جواز حکمی مربوط به عناوین ثانویه خواهد بود، در حالی که وجوب حفظ جان انسان بی‌گناه، حکمی مربوط به عناوین اولیه است، و از آنجا که احکام عناوین ثانویه، حاکم بر احکام عناوین اولیه هستند، بنابراین قاعدتاً می‌بایست حتی در صورت وجود خطر مرگ انسان بی‌گناه نیز اضرار به غیر یعنی، مثلاً مایل ساختن دیوار در حال فروریختن به سمت ملك همسایه، جایز نباشد. حال آنکه این نتیجه بدون تردید، نتیجه‌ای معقول و منصفانه نیست. صحیح آن است که حرمت اضرار به غیر حکم اولیه شرعی است و تنها در صورت وجود اضطرار و در حدی که رفع اضطرار ایجاب می‌نماید، حرمت مذکور برداشته می‌شود. در مثال ذکر شده، وجوب حفظ نفس محترم، اضطراری محسوب می‌شود که جواز اضرار به غیر را توجیه می‌کند. در مورد مثال دوم نیز، چنانچه نظریه مرحوم شیخ انصاری (ره) پذیرفته شود می‌بایست تهدید به هر ضری، هرچند کوچک و از هر قبیل، هر نوع اضرار به غیر، هرچند بزرگ، را توجیه کند. اما چنین نتیجه‌ای نیز خلاف عقل و انصاف است. در این مورد نیز صحیح آن است که حرمت اضرار به غیر که حکم اولیه شرعی است، به وسیله اضطرار ناشی از اکراه برداشته می‌شود. بنابراین تنها در صورتی که تحمّل ضرر مورد تهدید به حدی برسد که اکراه‌شونده مضطر شود، و تنها تا حدی که رفع اضرار ایجاب نماید، اضرار به غیر جایز خواهد شد.

هـ- نفی حقیقت ضرر از لحاظ کلی، در دین اسلام صحیح است:

با توجه به مبانی اعتقادی در دین اسلام، از جمله اینکه هستی موجودات بویژه انسان، تنها محدود به زندگی دنیا نمی‌شود، بلکه زندگی دنیا تنها مرحله‌ای از مراحل تطوّر انسان است، و هستی وی دارای مراحل دیگری است که اهمّیت آنها به مراتب بیشتر از مرحله زندگی دنیا است،^۱ و اینکه خداوند سبحان عادل و نسبت به همه بندگان خود مهربان است و به کسی ستم نمی‌کند و هرکس در نهایت ثمره اعمال خود را

۱- وما الحیوة الدنیا الا لعب و لهو و الذار الاخرة خیر للذین یتقون افلا تعلقون (سوره انعام آیه ۳۲).

می‌بیند،^۱ و هرکس در گرو اعمال خویش است،^۲ خیر و سعادت دنیا و آخرت افراد بشر در پیروی از دستورات الهی است و کسی که از دین خدا تبعیت کند، هرچند به ظاهر سختی ببیند و گرفتار بلایا و مصائب گردد، نه تنها در نهایت زیانی نمی‌بیند، بلکه پاداش وی بیشتر و نیکوتر از اعمال نیکی است که انجام داده است.^۳

بنابراین نفی حقیقت ضرر در اسلام، از لحاظ اصول کلی و در زمینه‌ای که مربوط به بحث‌های کلامی است، کاملاً درست و منطقی است. اما اینکه در زمینه احکام فرعی قائل به نفی حقیقت ضرر شویم، به نحوی که ضرر، عنوانی برای رفع احکام شرعی محسوب گردد، نتیجه‌اش فراهم شدن زمینه‌ای است که در آن، احکام شرعی دستخوش مصلحت‌بینی و عافیت‌طلبیهای شخصی شود و این چیزی است که با اصول کلی پذیرفته شده در اسلام مطابقت ندارد. شاید به همین سبب است که مرحوم شیخ مرتضی انصاری (ره) در کتاب فرائد الاصول، اظهار عقیده می‌کند که اگر به عموم قاعده لاضرر (بنا بر معنای مورد بحث) عمل شود، نتیجه‌اش تأسیس فقهی جدید خواهد بود.^۴

و- نفی حکم به لسان نفی موضوع در مورد قاعده لاضرر صحیح نیست:

نظر مرحوم آخوند خراسانی، مبنی بر اینکه معنای قاعده لاضرر، نفی حکم به لسان نفی موضوع است، علاوه بر همراه داشتن تمام اشکالاتی که تا اینجا بیان گردید، اشکالات عمده دیگری در بردارد و آن اینکه: نفی حکم به لسان نفی موضوع، در موردی درست است که موضوع نفی شده خود دارای حکم شرعی باشد. مثلاً در مورد ربا که خود دارای حکم شرعی حرمت است، نفی موضوع، یعنی ربا، می‌تواند به معنای نفی حرمت آن تلقی گردد، اما در مورد ضرر مسلماً چنین چیزی نیست، و چنانچه برای ضرر

۱- فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره و من يعمل مثقال ذرة شراً يره (سوره زلزال).

۲- کل امری: بما کسب رهین (سوه طور، آیه ۲۱).

۳- من عمل صالحاً من ذکر او انثی و هو مؤمن فلنحییته حیوة طیبة و لنجزینهم اجرهم باحسن ما کانوا یعملون (سوره نحل، آیه ۹۶).

۴- فرائد الاصول (رسائل)، جلد دوم، صفحه ۵۲۷.

حکمی شرعی فرض شود، آن حکم حرمت خواهد بود و اگر با نفی موضوع، یعنی ضرر، حکم آن برداشته شود، به آن معنی است که اضرار به غیر حرام نیست و مسلماً این نتیجه نادرست است. به همین سبب مرحوم آخوند خراسانی (ره) که خود متوجه این اشکال شده است، عقیده دارد: آنچه نفی شده است حکمی است که برای موضوعات قبل از ضرری شدن وجود داشته است پس از راه یافتن ضرر به آن موضوعات. اما معنی این سخن آن است که با نفی ضرر در واقع حکم چیز دیگری غیر از ضرر (حکم موضوعی که عنوان ضرری پیدا نموده است، قبل از پیدا نمودن آن عنوان) نفی شده است. و این معنی بدون تردید هیچ ارتباطی با معنای حقیقی عبارت «لاضرر و لااضرار»، یعنی نفی حقیقت ضرر ندارد.

۴- نتیجه بحث:

دانسته شد که تنها ایراد وارد بر این نظر که معنای قاعده لاضرر، نهی از اضرار به غیر و مجازات ضرر به وسیله ضرر، و نهایتاً عدم مشروعیت ضرر است، این است که استعمال نفی و اراده کردن نهی از آن تنها در صورتی جایز است که استعمال آن در معنای حقیقی خود صحیح نباشد. و از آنچه بیان شد، معلوم گردید که استعمال عبارت «لاضرر» در معنای حقیقی خود یعنی نفی ضرر، صحیح نیست. بنابراین، برای نظر مذکور ایرادی باقی نمی ماند.

این معنی، یعنی عدم جواز اضرار به غیر و قبح آن، از احکام عقل مستقل است و ادله نقلی در این خصوص، درحقیقت مؤید حکم عقل هستند. در عین حال هیچ ضرورتی وجود ندارد که برای عباراتی که در کتاب و سنت بیان شده اند تنها یک معنی فرض شود، زیرا بعید نیست عبارتی چون «لاضرر و لااضرار» متحمل معانی متعدّد باشد. در این صورت، چنانچه بین معانی مزبور منافات وجود نداشته باشد و دلیلی بر ترجیح یکی از آن معانی بر معنی دیگر موجود نباشد، نمی توان تنها یکی از آن معانی را

به عنوان مدلول منحصر کلام تلقی نمود. مثلاً هیچ ایرادی ندارد که مقصود از عبارت مذکور، نفی ضرر نه در احکام فرعی شرعی، بلکه در دین اسلام بطور کلی باشد و در عین حال بر عدم جواز اضرار به غیر و حرمت ضرر و عدم جواز مقابله با ضرر به وسیله ضرر و نیز نفی ضرر غیرمتدارک و نهایتاً لزوم جبران ضرر دلالت داشته باشد. اما اینکه مقصود از آن رفع احکام فرعی شرعی به دلیل وجود ضرر از هر قبیل باشد، امری است که با فلسفه و اهداف کلی احکام و دستورات دین اسلام، بویژه لزوم صبر و پایداری در مقابل مصائب و مشکلات و نیز سیره عملی پیشوایان دین، که در راه اجرای وظایف دینی خود، سخت‌ترین دشواریها و ناگواریها را تحمل نموده‌اند، سازگاری ندارد.

لازم به ذکر است که پس از ثبوت حرمت اضرار، لزوم جبران ضرر قاعده دیگری است که اثبات آن به عهده دلیل قاعده لاضرر نیست. بلکه قاعده مذکور دلایل خاص خود را دارد، نظیر آیات ذیل: ... فمن اعتدى علیکم فاعتدوا علیه بمثل ما اعتدى علیکم...^۱، والذین کسبوا السیئیات جزاء سیئه بمثلها...^۲، و ان عاقبتکم فعاقبوا بمثل ما عوقبتکم...^۳ و احادیثی چون: علی الید ما اخذت حتی تؤدیة^۴ و با وجود دلایل مذکور، برای اثبات لزوم ضرر، نیازی به حدیث لاضرر وجود ندارد.

۵- آثار حقوقی قاعده لاضرر:

چنانچه معنای مشهور بین عامه مسلمین از قاعده لاضرر در نظر گرفته شود، این قاعده مانند سایر قواعدی که وجود آنها در شرع مقدس اسلام ثابت است، می‌تواند به عنوان علت منصوصه برای بسیاری از احکام مورد استفاده واقع شود. مثلاً، بسیاری

۱- سوره بقره، آیه ۱۹۴.

۲- سوره یونس، آیه ۲۷.

۳- سوره نحل، آیه ۱۲۶.

۴- مستدرک، باب اول از کتاب غصب، حدیث ۴ - سنن بیهقی، جلد ششم، صفحه ۹۵.

از چیزها که خوردن آنها حرام شده است به آن علت است که برای خورنده زیان آور هستند، خواه ضرر آنها متوجه حیات انسان باشد یا عقل یا سلامت او. به همین سبب بعضی اندیشمندان مسلمان عقیده دارند که، نان‌گندم که در حلال بودن آن تردید نیست، چنانچه خوردن آن مضر باشد، بنا بر نهی ناشی از لاضرر و لاضرار حرام است.^۱

همچنین تصرف مالك در ملك خود بنا بر اصل کلی اباحه جایز است، اما تصرفی که موجب اضرار غیر گردد، بنا بر قاعده لاضرر جایز نخواهد بود.

از طرف دیگر با آنکه «لاضرر» از احکام تکلیفی است، اما به طور غیرمستقیم زمینه ایجاد احکام وضعی را در بسیاری موارد فراهم می‌کند. به عنوان مثال، از آنجا که به حکم لاضرر و لاضرار، زیان رساندن به خود و دیگران نهی شده است، عملی که به قصد اضرار انجام گیرد هرچند ظاهر آن مشروع باشد، به سبب وجود قصد اضرار نامشروع خواهد شد. وجود قصد اضرار در معاملات موجب نامشروع شدن جهت معامله و در نتیجه عدم صحت آن خواهد شد، به همین سبب، هبه‌ای که به قصد ضرر زدن به ورثه صورت گرفته باشد صحیح نیست.^۲

مغیوب ساختن طرف معامله و یا تدلیس در معامله، به نحوی که موجب اضرار طرف مقابل گردد، بنا بر قاعده لاضرر ممنوع است. در نتیجه غابن و یا کسی که مبادرت به تدلیس در معامله نموده است، نمی‌تواند طرف مغیوب و زیان‌دیده را به انجام تعهدات ناشی از معامله ملزم نماید. و یا در موردی که کسی بالمباشره یا به تسبیب، زیانی به دیگری وارد می‌سازد، هرچند قاعده لاضرر مستقیماً بر ضمان وی دلالت ندارد، اما با توجه به دلالت آن بر نامشروع بودن عمل زیانبار، زمینه برای ضمان واردکننده زیان به وسیله آن فراهم می‌گردد. در واقع پس از حکم به نامشروع بودن اضرار به غیر، عقل ضامن بودن واردکننده خسارت را از حکم مذکور انتزاع می‌کند.

۱- احیاء علوم دین، امام محمد غزالی، کتاب چهارم از ربع عادات در حلال و حرام.

۲- احیاء العلوم الدین، امام محمد غزالی، کتاب حلال و حرام از ربع عادات.

مثال دیگر در این باره، معامله به قصد فرار از دین است. از آنجا که معامله به قصد فرار از دین موجب اضرار طلبکاران معامله‌کننده می‌شود، بنابر قاعده لاضرر، دارای حرمت است^۱ و هرچند این معامله به خودی خود باطل نیست اما نامشروع بودن آن به طلبکاران این حق را می‌دهد که ابطال آن را از حاکم بخواهند.

رابطه قاعده لاضرر با سایر احکام:

بنابر معنای مورد نظر مرحوم شیخ مرتضی انصاری و شاگردان ایشان درباره قاعده لاضرر، یعنی نفی احکام ضرری، این قاعده از احکام عناوین ثانویه بوده و در مقام تعارض بین آن و ادله احکام عناوین اولیه، از آنجا که احکام عناوین ثانویه بر احکام عناوین اولیه، حکومت دارند، ترجیح با قاعده لاضرر است و در مقام تعارض بین آن و ادله احکام ثانوی دیگر، هر دو قاعده معارض ساقط می‌شوند.^۲

اما چنانکه بیان گردید، معنای درست قاعده لاضرر، حرمت اضرار است، در نتیجه این قاعده از احکام عناوین اولیه است و جایی برای تعارض بین آن و سایر ادله احکام باقی نمی‌ماند. با این وجود، براساس تفسیری که برخی از قاعده تسلیط که از حدیث نبوی: **الناس مسلطون علی اموالهم**^۳ اتخاذ شده است، کرده‌اند، قاعده لاضرر در این معنی، یعنی حرمت اضرار به غیر نیز، با قاعده تسلیط تعارض پیدا می‌کند.

توضیح آنکه، گروهی عقیده دارند معنای **الناس مسلطون علی اموالهم** این است که مالک حق هرگونه تصرف در اموال خود را دارد، و هرگاه در جواز یا عدم جواز تصرف خاصی تردید حاصل شود، اصل جواز تصرف مالک در ملک خود می‌باشد.^۴ اما این عقیده درست نیست، زیرا اگر حدیث مذکور چنین معنایی داشته‌باشد، در آن صورت

۱- رساله سؤال و جواب، سید محمد کاظم طباطبائی یزدی، جلد اول، صفحه ۲۲۴.

۲- رساله قاعده لاضرر، ملحقات مکاسب، تنبیه اول - فرائد الاصول و رسائل، جلد دوم، صفحه ۵۲۵ - منیه

الطالب، میرزا نائینی و شیخ موسی خوانساری، جلد دوم، صفحه ۲۱۳.

۳- عوالی الثمالی، ابن ابی‌جمهور احسانی، جلد سوم صفحه ۲۰۸ - بحار الانوار، محمدتقی مجلسی، جلد

اول، صفحه ۱۵۲.

۴- مکاسب، حاج شیخ مرتضی انصاری، صفحه ۸۳.

تمام احکامی که در باب حرمت تصرفات نامشروع وارد شده‌اند با حکم ناشی از این حدیث تعارض پیدا می‌کنند در نتیجه هیچ عمل حرامی بر حرمت خود باقی نمی‌ماند، زیرا حکم بر حرمت هر عمل حرامی در تعارض با قاعده تسلیط به معنای یاد شده، یا بنا بر قاعده تساقط احکام متعارض همراه با قاعده تسلیط ساقط خواهد شد، و یا بنا بر قاعده تخییر، اختیار هر یک از احکام متعارض جایز خواهد بود.

همانطور که برخی محققین بیان کرده‌اند،^۱ معنای درست النَّاسِ مَسْلُطُونَ عَلٰی اَمْوَالِهِمْ آن است که مالک از تصرف در اموال خود محجور نیست و نمی‌توان از سلطه وی بر مال خود جلوگیری کرد. اما اینکه چه نوع تصرفاتی برای مالک مجاز است و چه نوع تصرفاتی غیرمجاز، امری است که بیان آن به عهده حدیث مذکور نیست. به عبارت دیگر حدیث النَّاسِ مَسْلُطُونَ عَلٰی اَمْوَالِهِمْ مشرّع نیست، یعنی نمی‌توان حکم جواز تصرفات مشكوك الصَّحَهِ را از آن استخراج کرد. در نتیجه مبنای جواز تصرفات مشكوك الصَّحَهِ، تنها اصل کلی اباحه است و مسلم است که اصل کلی اباحه تنها تا وقتی که اماره‌ای شرعی بر خلاف آن وجود نداشته باشد قابل استناد است و مجالی برای تعارض آن با امارات شرعی وجود ندارد. بنابراین وجهی برای تعارض بین قاعده تسلیط و قاعده لاضرر وجود ندارد، در نتیجه اگر تصرف مالک در ملک خود موجب اضرار به غیر گردد، این تصرف بنا بر قاعده کلی حرمت اضرار به غیر، جایز نخواهد بود.

حکم حرمت اضرار به غیر از احکام عناوین اولیّه است، اما اگر عناوینی چون اضرار و عسر و حرج در موضوع آن راه پیدا کند، بنا بر قاعده کلی حکومت احکام عناوین ثانویه بر احکام عناوین اولیّه،^۲ حرمت مذکور برداشته می‌شود. بنابراین چنانچه تصرف مالک در ملک خود موجب اضرار غیر گردد ولی عدم تصرف وی موجب

۱- همان مأخذ، صفحه ۸۲ - جزوه درس حقوق اسلامی، استاد دکتر کرجی.

۲- لمعة الدمشقیة و شرح آن، شهید اول و شهید ثانی کتاب دیات - جامع المقاصد، کتاب دیات -

فرائد الاصول (رسائل) جلد دوم، صفحه ۵۲۸.

اضطرار یا عسر و حرج برای خودش گردد، تا حدی که رفع اضطرار و عسر و حرج ایجاب می‌نماید، حرمت اضرار به غیر و ممنوعیت آن برداشته می‌شود. با این حال، رفع حرمت اضرار به غیر به سبب اضطرار یا عسر و حرج نافی ضمان مالک نسبت به خساراتی که بر اثر عمل وی به سایرین وارد می‌گردد نیست.^۱ نظر کسانی که در این مورد، صرفاً به استناد سلطنت مالک بر مال خود، قائل به عدم ضمان شده‌اند، با قواعد کلی ضمان مطابقت ندارد و مخالف با حکم انصاف است.

رابطه خیارات با قاعده لاضرر:

بسیاری از فقهاء مهمترین مدرک برخی خیارات چون خیار غبن، خیار عیب و خیار تأخیر ثمن را قاعده لاضرر دانسته‌اند.^۲ کسانی که معنای قاعده مذکور را نفی حکم ضرری دانسته‌اند، در توجیه رابطه این قاعده با خیارات مذکور گفته‌اند: چون لزوم معامله غبنی یا معامله‌ای که احد عوضین آن معیوب است و یا الزام فروشنده به معامله با وجود تأخیر مشتری در تأدیه ثمن، احکامی ضرری هستند، توسط شارع وضع نگردیده‌اند، در نتیجه لزوم معامله ضرری برداشته شده است و طرف متضرر می‌تواند معامله را فسخ نماید.^۳ اما این توجیه با اشکالات متعددی روبه رو است که برخی از آنها مورد توجه طرفداران همین عقیده واقع شده است: مرحوم شیخ مرتضی انصاری (ره) در کتاب مکاسب،^۴ پس از بیان این مطلب که قویترین دلیلی که برای اثبات خیار غبن مورد استناد فقهاء واقع شده است، حدیث لاضرر و لاضرار است و اینکه این حدیث دلالت بر تزلزل هر عقدی که لزوم آن موجب ضرر باشد، دارد، اضافه می‌فرماید که: اما **استناد به حدیث لاضرر برای اثبات خیار غبن قابل‌خنده است، زیرا انتفاء لزوم معامله**

۱- در رساله قاعده لاضرر شیخ مرتضی انصاری (تنبیه هفتم) به نقل از شهید اول در کتاب دروس آمده است که وی، در مسئله سرایت آتش به ملک غیر، هرچند ضرر غیرقابل پیش‌بینی باشد و برای رفع حاجت افروخته شده باشد، قائل به ضمان شده است.

۲- جامع‌الشتات، محقق قمی، جلد ۲، صفحه ۱۱۹ چاپ کیهان - جواهر الکلام جلد ۲۷، صفحه ۱۵ - مکاسب، صفحه ۲۴۵ - ۲۳۵ - حاشیه مکاسب، آخوند خراسانی، صفحه ۱۸۳ - شرح لمعه جلد اول، صفحه ۳۷۸.

۳ و ۴- مکاسب، صفحه ۲۳۵.

و ثبوت تزلزل در آن مستلزم آن نیست که برای مغبون خیار ایجاد شود. آنچه مسلم است برداشته شدن لزوم معامله با ایجاد حق فسخ برای یکی از طرفین آن دو امر کاملاً مغایر هستند. مرحوم شیخ (ره) در کتاب رسائل (فرائد الاصول)^۱ بر دلالت حدیث لاضرر بر ثبوت خیار غبن این اشکال را وارد می‌داند که این‌گونه ضررها که در مثل معاملات غبنی موجب نفی لزوم آن معاملات می‌گردند، ضررهای نوعی هستند، در حالی که ضرر موجب رفع حکم شرعی ضرر شخصی است، همچنین در مواردی که معامله غبنی برای مغبون زیانی در بر ندارد، مانند موردی که بایع مغبون باشد اما مبیع خریدار نداشته باشد و یا آنکه در معرض تلف یا غصب قرار داشته باشد و بقاء آن نزد بایع به صرفه او نباشد، باز هم همه حکم به ثبوت خیار برای مغبون کرده‌اند.

علاوه بر آنچه بیان شد، چنانچه قاعده لاضرر موجب رفع حکم معامله ضرری گردد، می‌بایست این‌گونه معاملات باطل شوند نه آنکه برای طرف متضرر حق فسخ به وجود آید، زیرا در این قبیل معاملات، ضرر از خود معامله یعنی صحت آن ناشی می‌شود نه از بقاء آن، به عبارت دیگر: لزوم بیع غبنی، به عنوان مثال، موجب ایجاد ضرر نمی‌گردد، بلکه بقاء بر ضرر را موجب می‌شود. در نتیجه حکمی که موجب ایجاد ضرر شده است، یعنی صحت بیع، می‌بایست برداشته شود نه لزوم آن.

به این ترتیب، چنانچه معنای قاعده لاضرر، نفی حکم ضرری باشد، برای اثبات حق فسخ در معاملات ضرری کافی نیست. اما چنانچه معنای قاعده مذکور نهی از اضرار و حرمت ضرر باشد، این معنی با عدم لزوم معاملات ضرری تناسب بیشتری دارد، زیرا هرچند حرمت معامله ضرری موجب بطلان آن نمی‌شود، اما از آنجا که اضرار طرف معامله توسط طرف دیگر نامشروع است، طرف زیان‌زننده نمی‌تواند از عمل نامشروع خود امتیاز کسب نماید، یعنی او را به تحمل زیان و انجام تعهدات ناشی از معامله الزام نماید.

۱- فرائد الاصول، شیخ مرتضی انصاری، جلد دوم، صفحه ۵۳۷.

با تمام این احوال به نظر می‌رسد، صحیح آن است که استناد به قاعده لاضرر در این گونه موارد و نیز در مورد احکامی نظیر شفعه، و یا ذکر عبارت «لاضرر و لاضرار» در انتهای برخی احادیث در این باره، به آن معنی نیست که قاعده لاضرر علت حکم است، بلکه هریک از احکام مذکور دلیل خاص خود را دارد و قاعده نفی ضرر نیز به عنوان مؤید آن احکام یا حکمت آنها قابل استفاده است. مثلاً: علت اصلی راه یافتن حق فسخ در معاملات ضرری، مانند معامله غبنی، به هم خوردن تعادل عوضین در معامله است و چون یکی از شرایط عمده معامله که به صورت ضمنی در هر معامله معوضی وجود دارد، تعادل عوضین است، تخلف از این شرط ضمنی برای کسی که از عدم تحقق شرط متضرر می‌شود، حق فسخ معامله را ایجاد می‌نماید.

رابطه قاعده لاضرر با شفعه

با وجود آنکه دانشمندان حقوق اسلام برای اثبات حق شفعه، در موردی که یکی از دو شریک سهم خود را به عقد بیع به شخص ثالثی منتقل می‌نماید، به قاعده نفی ضرر استناد کرده‌اند،^۱ اما دلیل لاضرر هیچ‌گونه دلالتی بر ثبوت چنین حقی ندارد. زیرا چنانچه احتمال اینکه مشتری خواستار تقسیم مال مشترک شود، برای شریک دیگر ضرر محسوب گردد، این احتمال قبل از بیع سهم‌الشرکه از جانب شریک بایع نیز وجود داشته است. و بر فرض که انتقال سهم‌الشرکه شریک به شخص ثالث برای شریک دیگر ضرر محسوب شود، اخذ به شفعه نیز برای مشتری ضرر به همراه دارد.

به نظر می‌رسد مبنای اصلی حق شفعه، امتیازی است که از عقد شرکت ناشی می‌شود و در حقیقت اولویتی است که شارع برای شریک قرار داده است تا چنانچه شریک دیگر بخواهد سهم خود را بفروشد شریک دیگر برای خریدن آن با ثمنی که مورد

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، لمعه و شرح آن، شهیدین، جلد دوم، کتاب شفعه.

رضای بایع واقع شده است، سزاوارتر از دیگران باشد. اخذ به شفعه در واقع، اعمال این حق اولویت است.

دلیل لاضرر در این خصوص، مؤیدی برای حکم مذکور است، به این معنی که نباید با نادیده گرفتن حق اولویت مذکور به شریک ضرر وارد شود و نیز می‌تواند به این معنی باشد که اخذکننده به شفعه همان ثمنی را پرداخت کند که فروشنده راضی شده است سهم خود را از مال مشترک با آن معاوضه نماید و گرفتن یا پرداخت ثمنی کمتر یا بیشتر موجب ضرر شرکاء است و بناء به قاعده لاضرر ممنوع است.

منع سوءاستفاده از حق و قاعده لاضرر:

اصطلاحاً منع سوء استفاده از حق،^۱ از تأسیسات جدید در حقوق کشورهای اروپایی است که به وسیله رویه قضائی آن کشورها، به منظور جبران نواقص موجود در قواعد حقوقی شناخته شده در آن کشورها، ایجاد شده است.^۲ چنین اصطلاحی در حقوق اسلامی به کار نرفته است. با این حال از آنجا که برخی حقوقدانها قاعده لاضرر را با قاعده منع سوءاستفاده از حق مقایسه نموده و بعضاً آن را از مصادیق قاعده لاضرر دانسته‌اند،^۳ برای جلوگیری از مشتبه شدن مفاهیم حقوقی، ذکر نکاتی چند در این باره مفید به نظر می‌رسد.

از آنجا که در حقوق اغلب کشورهای اروپایی حق مالکیت حقی مطلق است و قواعد منظم و جامعی که حدود و کاربرد آن را مشخص و معین نماید وجود ندارد، برای تکمیل این نقیصه رویه قضائی این کشورها قواعد خاصی به وجود آورده است که از جمله آنها قاعده منع سوء استفاده از حق است.

تئوری منع سوءاستفاده از حق دارای ابهامهای فراوان و فاقد ضابطه مشخصی

1- Abus des droits.

2- La Theorie de l'abus des droits en droit compare, Milivoie Markovitch, P46.

۳- کتاب سوءاستفاده از حق، دکتر حمید بهرامی احمدی، صفحه ۱۷۴ و ۲۲۱ به بعد

است که مصایق و نحوه اعمال آن را نشان دهد. در نتیجه همیشه این احتمال وجود دارد که امنیت حقوق فردی به وسیله آن نقض گردد و حقوق افراد به وسیله آن در معرض خودکامگی قضائی قرار گیرد. به همین سبب تعدادی از حقوقدانهای غربی با این تئوری سخت به مخالفت برخاسته‌اند.^۱

صرف‌نظر از نظرات موافق و مخالفی که در باب تئوری منع سوءاستفاده از حق مطرح شده است، آنچه مسلم است، وارد ساختن این گونه مفاهیم که براساس شرایط ویژه موجود در سیستمهای حقوقی کشورهای اروپایی ایجاد شده است، در حقوق اسلامی که خود دارای قواعد جامعی در زمینه تنظیم حدود مالکیت و حقوق فردی و طریقه کاربرد آنها است، نه تنها مفید نیست، بلکه ممکن است بر اثر مشتبه نمودن مفاهیم، موجب عدم درک صحیح نظام منطقی و منسجم و مبتنی بر انصاف قواعد حقوقی اسلامی گردد و نهایتاً در مسیر اجرای عدالتی که مورد نظر شارع مقدس اسلام است، مانع ایجاد نماید.

به طوری که منتقدین نظریه منع سوءاستفاده از حق بیان کرده‌اند: علاوه بر اشکال عمده‌ای که به آن اشاره شد، در این نظریه نوعی تناقض نهفته است، زیرا مقصود از حق نوعی توانائی است که برای شخص در برابر دیگران ایجاد می‌کند و هرگاه شخص فاقد این توانایی گردد نمی‌توان گفت حقی برای وی وجود دارد. منع افراد از اعمال حق، با صاحب حق بودن آنان منافات دارد. اما در قواعد تعیین‌کننده حدود مالکیت و حق در حقوق اسلامی، چنین تناقضی وجود ندارد. زیرا همان‌طور که بیان گردید، گرچه اصل کلی تسلط مالک یا صاحب حق بر مال یا حق خود در حقوق اسلام پذیرفته شده است، اما مبنای اصلی این تسلط، اصل کلی اباحه است. در نتیجه برای صاحب حق تنها تصرفاتی جایز است که واجد یکی از عناوین حرمت نباشند. از آنجا که با وجود اختلاف نظر در معنای قاعده لاضرر، در اینکه اضرار به غیر درحقوق اسلام ممنوع

۱- مأخذ پیشین و نیز، مسئولیت مدنی و ضمانات قهری، دکتر ناصر کاتوزیان، شماره ۱۱۱.

است، بین دانشمندان حقوق اسلامی اختلافی نیست، تصرفی که موجب ضرر دیگران گردد ممنوع است و این ممنوعیت تنها در حالت اضطرار و عسر و حرج رفع می‌گردد. بنابراین، آنجا که کسی بخواهد حق خود را وسیله اضرار دیگران قرار دهد، اصولاً حقی وجود ندارد که بتواند مورد سوءاستفاده قرار گیرد. اما چنانچه اعمال حق موجب ارتکاب عمل حرامی از جانب صاحب حق نگردد، هیچ ممنوعیتی برای آن وجود نخواهد داشت. به عنوان مثال: هرگاه کسی مال دیگری را غصب نموده باشد، صاحب مال می‌تواند عین مال خود را از غاصب بگیرد، هرچند گرفتن عین مال موجب ورود خسارت به غاصب گردد. مانند موردی که غاصب مصالح غصب شده را در بنای خود به کار ببرد، که در این صورت صاحب مصالح می‌تواند عین مصالح خود را (در صورتی که موجود باشد و در حکم مال تلف شده به حساب نیاید) مطالبه کند، هرچند این عمل موجب خراب شدن بنای ساخته شده توسط غاصب گردد.^۱



کلنگ یا قلم؟

قلمی از قلمدان قاضی افتاد، شخصی که حضور داشت گفت: جناب قاضی کلنگ خود را بردارید! قاضی گفت: مردك این قلم است نه کلنگ، تو هنوز کلنگ و قلم را از هم باز نشناسی؟ مرد گفت هر چه هست تو خانه مرا با آن ویران کردی!

از لطیفه‌های ادبی «بقا» ص ۳۱۳

۱- جواهرالکلام، شیخ محمدحسن نجفی، جلد ۲۷، صفحه ۷۷ - ایضاح الفوائد، فخرالمحققین، جلد ۲، صفحه ۱۸۷ - مسالك الافهام، شهید ثانی، جلد ۲، صفحه ۲۴۶ - کنزالعرفان فی فقه القرآن، فاضل مقداد، جلد ۲، صفحه ۸۵.