



شپوشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

رتال جامع علوم انسانی

بخش اول *

مقاله‌ها و گزارش‌ها



پرویشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

جبران خسارت به حق معنوی: مبانی فقهی و حقوقی

سید ابوالقاسم نقیبی

اشاره

پدیدآورنده یک اثر فکری، هنری و ادبی به مجرد پیدایش اثرش از حقوق معنوی آن برخوردار می‌شود. این حق از ثبات، دوام و پیوستگی همیشگی با شخصیت پدیدآورنده برخوردار است و برای او مزیت‌ها و امتیازهایی را به همراه می‌آورد. پس از جنبه‌های ثبوتی چنین حقی نوبت به بررسی خسارت‌های آن می‌رسد. اگر اصل حق معنوی را مبحثی نسبتاً جدی بدانیم، خسارت‌های آن جدی‌تر است.

نویسنده با عنایت به اهمیت و حرمت حقوق معنوی و مبانی مشروعیت آن، ضرورت جبران خسارت ناشی از تجاوز به آن را پیش کشیده است. بیشتر حجم مقاله را دلیل‌ها تشکیل می‌دهند. از منظر فقهی، قاعده لا ضرر، قاعده لا حرج، دلیل عقل و بنای عقلا از ادله مشروعیت و ضرورت جبران خسارت به حقوق معنوی بشمار می‌آید. نویسنده پس از تعریف و تاریخچه حق معنوی به سراغ مسائل فقهی و حقوقی آن رفته است. او به دلیل پژوهش‌ها و تأملاتی که در عرصه مالکیت فکری داشته با تسلط ویژه به تحلیل فقهی و حقوقی مبحث جبران خسارت پرداخته است.

برای پدیدآورندگان آثار فکری، ادبی، هنری مانند کتاب، پایان نامه، مقاله، شعر، اثر سمعی و بصری، اثر موسیقی، نقاشی، تصویر، طرح، اثر عکاسی با روش ابتکاری، هنرهای دستی، مجسمه، آثار نرم‌افزاری و... دو نوع حقوق یعنی مادی و معنوی پیش‌بینی شده است. حق نشر و تکثیر، حق ترجمه، حق اقتباس و تلخیص و تبدیل، حق عرضه و اجرا از مهم‌ترین حقوق و امتیازات مالی می‌باشند.

حق انتساب اثر به پدیدآورنده، حق انتشار اثر، حق احترام به اثر، حق استرداد و عدول، حق دادوستد اثر و حق پاداش از مصادیق مهم حقوق غیر مادی پدیدآورندگان آثار فکری، ادبی و هنری به شمار می‌آید. قانون‌گذار ایرانی در مواد ۳ و ۴ قانون حمایت مؤلفان، مصنفان و هنرمندان سال ۱۳۴۸ از آن به عنوان «حقوق معنوی»^۱ یاد نموده است.

تعریف حق معنوی پدیدآورنده

قانون‌گذار ایرانی مانند قانون‌گذار فرانسه و کنوانسیون‌های بین‌المللی از حق معنوی تعریفی ارایه نکرده است. ولی با عنایت به مصادیق حقوق معنوی در قانون حمایت مؤلفان، مصنفان و هنرمندان مصوب ۱۱ دی ماه ۱۳۴۸ و آرا و انظار حقوقدانان ایران حق معنوی را این گونه می‌توان تعریف نمود: حق معنوی، حقی است غیرمادی که قانون‌گذار به پدیدآورنده یک اثر فکری و هنری اعطا می‌نماید. این حق از اثبات، دوام، پیوستگی و همیشگی با شخصیت پدیدآورنده برخوردار است و برای او مزیت‌هایی را به همراه می‌آورد بنا بر این حق معنوی، با ویژگی‌های زیر شناخته می‌شود:

- ۱ - به شخصیت پدیدآورنده اثر فکری و هنری تعلق دارد و بعد از فوت او به وارثان او تعلق می‌گیرد.
- ۲ - امری پایدار و همیشگی است.
- ۳ - غیر قابل انتقال است.
- ۴ - تغییر، تبدیل و تعدیل نمی‌پذیرد.
- ۵ - با مرور زمان از بین نمی‌رود.
- ۶ - مزیت‌هایی را برای صاحب حق ایجاد می‌کند.

پیشینه حمایت از حق معنوی پدیدآورنده

آدمی بر اساس فطرت و خلقت خویش، سرمایه‌ها و حقوق معنوی را به مانند سرمایه و حقوق مادی به رسمیت می‌شناسد. اصولاً حق مالکیت اعم از این که متعلق آن امر مادی یا معنوی باشد از حقوقی است که بشر ماقبل از اجتماع به آن اذعان و اعتراف داشته و از «اعتبارات ماقبل الاجتماع» به شمار می‌آید. شناسایی این دسته از حقوق در ادوار تاریخ تمدن فرهنگی و معنوی به اشکال مختلف متجلی شده است. با این وصف گفته شده است از نظر تاریخی، برای نخستین بار در قرن هیجدهم میلادی «امانوئل کانت» دانشمند معروف آلمانی، به حق معنوی اشاره نمود و پیرو آن، حقوقدانان بر این نظریه پای فشرده‌اند. در سال ۱۹۲۸ م برای نخستین بار کنفرانس بین‌المللی رم، حق معنوی مؤلف را مورد شناسایی قرار داد و به دولت‌های عضو «اتحادیه برن» توصیه نمود که قوانین مؤلف را در این زمینه تکمیل نمایند.^۲ کنفرانس رم توصیه نمود که مستقل از حقوق مالی، حتی بعد از واگذاری حقوق مزبور، حق معنوی وجود خواهد داشت. پدیدآورنده اثر، حق دارد که با هر نوع تغییر شکل اثر و هرگونه نقض یا تبدیل آن که به شرافت، شهرت و حیثیت او لطمه وارد می‌نماید، مخالفت کند. به دنبال آن برخی از کشورها، حق معنوی را در قوانین خویش گنجانیدند و کشورهای که قوانین آن‌ها در این زمینه ساکت است، رویه قضایی حمایت از حق معنوی را مورد شناسایی قرار داده‌اند.

نتایج و آثار شناسایی حق معنوی پدیدآورنده

از مهم‌ترین نتایج و آثار شناسایی حق معنوی پدیدآورنده می‌توان به موارد زیر اشاره نمود:

الف - جلوگیری از هرگونه تحریف، حذف، الحاق و تقلب نسبت به اثر

ب - جلوگیری از تجاوز به نام و عنوان اثر

ج - جلوگیری از هر عملی که به شرافت شخص پدیدآورنده و شهرت او لطمه وارد می‌سازد

د - حق مطالبه ترمیم و جبران خسارت وارد شده به اثر یا پدیدآورنده آن

ه - امکان اقامه دعوی کیفری

و - امکان اقدام به مجازات‌های تکمیلی

مصادیق مهم حقوق معنوی پدیدآورنده

قانون‌گذار ایرانی در مواد ۳، ۸ و ۱۷ قانون حمایت مؤلفان، مصنفان و هنرمندان به این حق اشاره نموده است و ماده ۲۱ قانون مزبور، ثبت اثر، نام و عنوان و نشانه ویژه اثر را اختیاری اعلام کرده است و بند ۲ ماده ۵ کنوانسیون ژنو نیز می‌گوید «عنوان اصلی و نام مؤلف اثر در روی تمامی نسخ ترجمه شده چاپ خواهد شد» عناوین اصلی پدید آورنده، عناوینی هستند که پدیدآورنده واجد آن عناوین می‌باشد مانند استاد دانشگاه.

حق انتساب اثر و حرمت عنوان، حقی است که همواره با اثر خواهد بود و فوت مؤلف تأثیری در آن نخواهد داشت بنا بر این چنان که شخصی اثر دیگری را به نام خویش چاپ نماید به این حق تجاوز نموده و موجب ایراد خسارت به پدیدآورنده شده است که باید جبران شود.

اثر، تبلور شخصیت علمی، ادبی و هنری انسان است؛ به طوری که می‌تواند آن را منتشر نماید و در اختیار دیگران قرار دهد یا از انتشار آن جلوگیری نماید. زیرا او بر آثار مانند اموال خویش، سلطه کامل دارد.

پدیده ادبی، هنری و علمی درست مانند پدیدآورنده دارای احترام است. از این رو اثر در مقابل هرگونه تجاوز به تمامت آن مورد حمایت قانون‌گذاران در کشورهای مختلف واقع شده است. ممنوعیت تغییر و تحریف اثر دیگری در مواد ۱۸ و ۱۹ قانون حمایت مؤلفان، مصنفان و هنرمندان ۱۳۴۸ مبین حمایت ضمنی قانون‌گذار ایرانی از این حق است. ماده ۶ مکرر «کنوانسیون برن» نیز این حق را به صراحت به رسمیت شناخته است. بر اساس ماده ۱۲ آن، کشورهای عضو حق انحصاری، شرح، تعلیق، تنظیم و دیگر تغییرات مربوط به نویسندگی را در اثر مؤلف برای او به رسمیت می‌شناسند. هیچ شخصی بدون اجازه مؤلف، حق چنین تصرفاتی را ندارد. ماده ۱۹ قانون ۱۳۴۸ در این زمینه می‌گوید: «هرگونه تغییر یا تحریف در اثرهای مورد حمایت این قانون و نشر آن بدون اجازه پدیدآورنده، ممنوع است.» بنا بر این حق حرمت اثر، دیگری را از تصرف در اثر باز می‌دارد و هرگونه تصرفی را برای

پدیدآورنده، محفوظ می‌دارد. اگر کارگردانی بر اساس فیلمنامه منتشر شده بخواهد فیلمی بسازد و بخواهد چیزی را به آن بیفزاید یا از آن بکاهد باید از مؤلف نویسنده فیلمنامه اجازه بگیرد.

از جمله حقوق معنوی برای پدیدآورنده اثر حق عدول و استرداد اثر است. یعنی چنانچه پدیدآورنده، اثر خویش را بر اساس قراردادی به دیگری واگذار نماید، می‌تواند از تسلیم اثر، عدول نماید یا بعد از تسلیم اثر آن را استرداد نماید. البته او باید خسارت ناشی از نقض قرارداد را جبران کند در ماده ۲۲ قانون فرانسه مصوب ۱۹۵۷ این حق پیش‌بینی شده است. احترام به شخصیت پدیدآورنده، ایجاب می‌نماید که در صورت عدم رضایت او، نتوان او را مجبور به تسلیم یا انتشار اثرش نمود. این حق شخصی بوده و وابسته به خود پدیدآورنده است لذا پس از مرگ وی، این حق به بازماندگانش منتقل نمی‌گردد.^۳

حق پاداش و جایزه نیز از حقوقی است که دارای دو جنبه مادی و معنوی می‌باشد. انتقال اثر به دیگری برای مدت ۵ سال مانع از آن نیست که پاداش و جایزه اثر به صاحب اثر تعلق بگیرد. چون به موجب تبصره ماده ۱۳ قانون ۱۳۴۸ پاداش و جایزه متعلق به مؤلف است. حقوقدانان ایرانی به شناسایی مصادیق این حق اهتمام نموده‌اند.^۴ در قوانین برخی از کشورها به برخی موارد و مصادیق این حق اشاره شده است. ماده ۱۹ قانون ۱۹۵۷ کشور فرانسه حق انتشار و ماده ۶ همین قانون حق احترام نسبت به اثر را و ماده ۲۲ آن حق عدول یا استرداد اثر را به رسمیت شناخته است. اگرچه کشور انگلستان نخستین کشوری است که در زمینه شناسایی حق مؤلف اقدام نموده است^۵ و این حق را به موجب قانون خاص «Copy Right Act» مورد حمایت قرار داده است. ولی قبل از «کنوانسیون برن» در سال ۱۹۸۸ قانون انگلستان در زمینه حق معنوی پیشرفت قابل ملاحظه‌ای نداشته است. اصولاً قانون «کپی رایت» ناظر به حقوق مالی بوده است. قانون حقوق مؤلف مصوب ۱۹۵۶ به روشنی و وضوح، تنها انتساب دروغین یک اثر را ممنوع اعلام نموده است.

ولی به تدریج مصادیق دیگر حقوق معنوی مورد پذیرش قرار گرفت و حقوقدانان موارد زیادی از حقوق معنوی را که در حقوق انگلستان پیش‌بینی نشده بود را شمارش نموده‌اند.^۶ قانون‌گذار لبنانی در ماده ۲۱ قانون مصوب ۱۹۹۹ همچنین قانون‌گذار اردنی در ماده ۸ حمایت حق مؤلف سال ۱۹۹۲ انواع حق معنوی را در پنج مورد پیش‌بینی نموده است.

نظریه عدم مشروعیت: فقهای امامیه نسبت به مشروعیت حق تألیف اختلاف نظر دارند. برخی از فقها مانند امام خمینی در کتاب *تحریر الوسيله*^۷ و آیت‌الله لطف الله صافی^۸ آن را نامشروع تلقی نموده‌اند. ولی یکی از راه‌هایی که امام خمینی برای حفظ حق مخترع، حق مؤلف و امثال آن پیشنهاد نمودند، استفاده از اختیارات والی مسلمین است^۹ برخی از محققان اظهار داشته‌اند که نظر امام در زمینه حق تألیف در اواخر عمرشان تغییر کرده است و ایشان آن را مشروع دانسته‌اند.^{۱۰}

نظریه مشروعیت: بسیاری از فقهای معاصر حق تألیف را مشروع دانسته‌اند.^{۱۱} در نهایت مقام رهبری در پاسخ استفتای وزیر فرهنگ و ارشاد اسلامی مرقوم نموده‌اند: «حق التألیف درباره مؤلفین و مصنفین داخل کشور، امری منطقی و شرعی است لکن انعقاد قرارداد متقابل این حق (کپی رایت) با کشورهای دیگر را در حال حاضر مفید و به مصلحت نمی‌دانیم بلکه به ضرر و بر خلاف مصلحت می‌دانم».^{۱۲} بنا بر این از نظر ایشان نیز حق تألیف، مشروع می‌باشد و عدم پذیرش آن در روابط متقابل با کشورهای دیگر به دلیل عدم مصلحت می‌باشد.

مبانی فقهی جبران خسارت

قاعده لا ضرر: یکی از مهم‌ترین دلایل بر لزوم جبران خسارت به حقوق معنوی پدیدآورنده قاعده لا ضرر است. از آنجائی که خسارت به حقوق معنوی غالباً موجب ایراد خسارت معنوی می‌گردد بایسته است دلالت قاعده را نسبت به جبران ضرر و زیان معنوی مورد بررسی قرار دهیم.

مستندات و مؤیدات قاعده «لا ضرر و لا ضرار» آیات و روایات فراوانی است^{۱۳} که زمینه‌های صدور برخی از روایات تنها ضرر مادی است مانند روایت عقبه بن خالد از امام صادق (ع) که آن حضرت فرمود: «پیامبر بین شرکاء در زمین‌ها و خانه، حکم به شفعه کرد و فرمود «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام» و ضرار وجود ندارد و فرمود: «زمانی که قسمت انجام گرفت و حدود مشخص شد دیگر حق شفعه نیست».^{۱۴} موضوع و مورد این روایت حق شفعه به عنوان یک حق مالی است. اما شأن صدور برخی از روایات، امور مادی و معنوی است. مانند روایت حسن بن زیاد از امام صادق (ع) که آن حضرت فرمود: «شایسته نیست مرد زن خویش را طلاق دهد سپس 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 نگه داشتن او باشد».^{۱۵} در این روایت رجوع برای طلاق مجدد چون بدون میل و رغبت می‌باشد موجب تحمیل فشار روحی و روانی و ضیق بر زوجه است 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 باشد. همچنین آیه شریفه «لا تضار والدة بولدها و لا مولود له بولده»^{۱۶} بنا بر این 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.^{۱۷} بنا بر این امتناع زوج در ایفای وظایف زناشویی ناظر به استتکاف پرداخت نفقه، یک امر مادی است ولی امتناع زوجه از مباشرت چه بسا موجب تضییق و حرج تحمیل فشارهای روحی و روانی بر زوج می‌شود چه بسا بتوان آن را مصداقی از ضرر معنوی و ضرار به شمار آورد.

لازم به یادآوری است مقتضیات صدور بی‌عوضی از مستندات قاعده لا ضرر و لا ضرار تنها خسارت 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 که ادعا شود که وجود درخت دیگری در ملک و خانه انسان موجب کاهش ارزش ملک خواهد شد، از این‌رو 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 نه نفس داشتن درخت در داخل منزل دیگری است. بنا بر این آثار ورود غیر مأذون که زیان معنوی بوده در این روایت نفی شده است. بدین جهت معتقدیم که مقتضای صدور بی‌عوضی آن تنها ایراد خسارت به حق معنوی مصون بودن در محیط خانه اگرچه دلالت آن اعم از ضرر مادی و معنوی می‌باشد زیرا خصوصیت مورد صدور دلیل، مانع از شمول دلیل نخواهد بود. بنا بر این دلالت آن دارای شمول است. ما برای روشن شدن مقتضای صدور بی‌عوضی روایات متضمن جریان سمره بن جندب، توجه به نقل‌های مختلف در کتاب‌های روایی لازم است.^{۱۸}

نتیجه‌گیری: نتیجه مباحث مربوط به مقتضیات صدور بی‌عوضی برخی از ادله مربوط به خسارت حقوق معنوی این است که قانون‌گذار اسلامی نسبت به زیان معنوی بی‌تفاوت نبوده است. بلکه در قضیه سمره به جندب که بین ضرر مادی او و ضرر معنوی انصاری تنافی پدید آمده بود ضرر معنوی را ترجیح داده و رفع آن را ضروری دانسته است. این موضع‌گیری شارع معرفت‌آفرین و جدیت او در برخورد با متجاوزین به حقوق معنوی و ترمیم خسارت وارده می‌باشد.

انطباق عنوان ضرر با خسارت به حقوق معنوی: دو عنوان ضرر و ضرار از مفردات قاعده لا ضرر است که در این مبحث به انطباق این دو بر زیان معنوی اشاره‌ای خواهیم نمود. اهل لغت و بسیاری از فقیهان در شمول عنوان ضرر نسبت به زیان معنوی تردید ندارند و استعمال آن بر خسارت معنوی را حقیقی دانسته‌اند. اما برخی از عالمان ضمن طبیعی خواندن اختلاف نظر بین لغویین به علت استعمالات 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 ضرر 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 اخیراً به تصویب رسیده مانند قانون مسوولیت مدنی که ریشه فرنگی دارد این معنی رعایت نشده است و ضرر در مورد خسارت معنوی استعمال شده است که شاید معادل ضرر باشد».^{۱۹} ولی باید عنایت نمود که ضرر از عناوین عرفیه است و استعمالات مختلف نیز معرف تلقی عرف از معنای آن می‌باشد و اصولاً تطبیق آن بر زیان‌های معنوی نیز ریشه در عرف دارد و ادعان برخی از فقیهان نسبت به شمول عنوان ضرر بر خسارت معنوی مؤید این مدعی است.^{۲۰}

انطباق عنوان ضرار با خسارت به حقوق معنوی: کلمه ضرار مصدر ثلاثی مجرد است. برخی از لغت‌شناسان مانند مؤلف صحاح «ضره و ضاره» را به یک معنی دانسته‌اند که اسم آن ضرر است. در کتاب مصباح‌المنیر آمده است: «ضره یضره به این معناست که شخص به دیگری مکروه و ناپسندی وارد نماید. اضرار از باب افعال نیز به همین معنی می‌باشد. مؤلف قاموس نیز ضرر و ضرار را دارای یک معنی دانسته است. نظر به این که ما واژه ضرر را به معنای اعم از مادی و معنوی دانسته‌ایم چنان که شخصی معنای ضرار را همان معنای ضرر تلقی نماید او فراگیری ضرار را مانند ضرر بر خسارت معنوی مورد پذیرش قرار داده و در نتیجه «لا ضرار» را در بیان رسول اکرم (ص) در «ضرر و لا ضرار» باید حمل بر تأکید نماید. بعضی دیگر از لغت‌شناسان و فقیهان برای هر یک از این دو کلمه یک معنی مستقل از دیگری قائل شده‌اند که مجموع آن‌ها را در نظریات زیر می‌توان خلاصه نمود.

۱ - برخی گفته‌اند ضرر در فرضی است که شخصی به دیگری زبانی وارد می‌آورد و خودش از او منتفع می‌گردد ولی ضرار به این معنی است که در برابر زبانی که به دیگری وارد می‌نماید خود شخص فایده‌ای نمی‌برد.

۲ - بعضی دیگر گفته‌اند ضرر کم گذاشتن از حق غیر است. ضاره، ضرر رساندن به ضرار به عنوان جزاء است.

۳ - برخی ضرر را زیان ابتدائی و ضرار را به عنوان کیفر و تلافی تلقی نموده‌اند. ولی استعمال واژه ضرار برای سمره بن جندب در فرضی که مرد انصاری به او ضرری وارد ننموده است، کاشف عدم کیفری بودن ضرار است.

۴ - برخی ضرر را اسم دانسته و ضرار را مصدر به شمار آورده‌اند که در این صورت فرق است بین فعل زیان‌بار و ایراد ضرر که از یکی با عنوان ضرار و از دیگری بعنوان ضرر یاد شده است.

۵ - بعضی گفته‌اند ضرار از مفاعله به معنای اقدام دو طرفه است در حالی که ضرر فعل یک شخص است از آن‌جائی که سمره بن جندب اصرار بر اضرار داشته است این قصد و عمد او باعث شده است که کار او به عنوان دو طرفه محسوب می‌شود. ولی واقعیت این است که ضرار به معنای فعل واحد و غیر مجازات نیز در قرآن به کار رفته است.

۶ - بسیاری از فقیهان ضرار را به معنای تعدد و قصد اضرار دانسته‌اند و در مقابل ضرر را به معنایی که اعم از تعدد و قصد است معنی کرده‌اند یعنی ضرر اعم از زبانی که با قصد و عمد تحقق پیدا کند یا بدون قصد و عمد صورت پذیرد.^{۲۱}

۷ - بعضی دیگر گفته‌اند که ضرار به معنای تکرار در صدور ضرر است به خلاف ضرر که فاقد این ویژگی است.^{۲۲}

۸ - در نهایت معنایی که امام خمینی از ضرار ارایه 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

نقص در اموال و نفس می‌باشد و به تعبیر دیگر ضرر و اضرار و مشتق‌های آن‌ها در زیان‌های 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 موید این مدعی است.^{۳۳}

ولی واقعیت این است که در آیات و روایات موارد استعمالی وجود دارد که بر خلاف مدعی است. در آیه شریفه «... من بعد وصیة یوصی بها او دین غیر مضار...»^{۳۴} واژه مضار ناظر به اضرار به وارثان است که تنها زیان مالی می‌باشد. یا حدیث هارون بن حمزه غنوی کلمه ضرار برای زیان مالی از ناحیه امام صادق (ع) 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 زیان است، در حالی که وجود تعمد در استعمال ضرار ضروری است بنا بر این 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 بپذیرد صحیح است که واژه ضرر یا ضرار برای آن به کار گرفته شود چنان که نبی اکرم (ص) در قضیه سمره بن جندب این دو کلمه را برای او که تعمد در ایراد خسارت معنوی داشته است 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.

نتیجه‌گیری: انطباق واژه‌های ضرر یا ضرار یا هر دو، بر زیان حقوق معنوی شمول لفظی قاعده را نسبت به امکان جبران خسارت معنوی فراهم می‌آورد. بنا بر این از مبحث مفردات قاعده لا ضرر نتیجه می‌گیریم که شمول قاعده بدون هیچ‌گونه تردیدی خسارت معنوی را در برمی‌گیرد.

نظریات فقهاء در بررسی دلالت قاعده لا ضرر بر اثبات جواز مطالبه خسارت به حقوق معنوی: با عنایت به معانی مفردات قاعده لا ضرر و معنای ظاهری آن که نفی هرگونه ضرر و زیان است و وجود خارجی ضرر و زیان به حقوق معنوی که امری غیر قابل 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 ارایه استظهاری مطابق با واقع برآمده‌اند که مجموع آراء آن‌ها را در چهار نظریه می‌توان خلاصه نمود. بایسته است که اقوال فقیهان را نسبت به مفاد آن مورد مطالعه قرار داده و آثار هر یک را در زمینه جبران خسارت به حقوق معنوی بیان نمائیم. 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 نفی از نفی و جبران خسارت به حقوق معنوی: فقیهانی که این نظریه را اختیار نموده‌اند به دو دسته تقسیم می‌شوند: برخی آن را نفی الهی می‌دانند و بعضی آن را 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 نهی الهی در روایات، مقصود شارع از لای نفی در حدیث لا ضرر را لای نهی دانسته‌اند.^{۲۵} وی در اراده معنای نهی از نفی از معنای ارایه شده در کتاب نهیابیه ابن اثیر و نظرات لغت شناسان به عنوان مؤید بهره جسته است. فقیهان بر این نظریه اشکالات زیادی وارد نموده‌اند بر اساس این نظریه مفاد قاعده لا ضرر حکم وضعی نیست بلکه حدیث لا ضرر تنها متضمن حکم تکلیفی حرمت است. بنا بر این قاعده به این معنی است که ضرر رساندن به دیگری حرام است. صاحب کتاب عناوین بر این باور است که لای نفی در قاعده لا ضرر به معنای نهی 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 نهی می‌نمائیم و دیگر این که با بقای کلمه «لا» بر نفی، کلماتی نظیر «مشروع»، «مجاز» و یا «مباح» را به عنوان 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».^{۲۶}

امام خمینی ضمن پذیرش معنای نهی از «لا» معتقد است: مراد از «لا»، نهی حکومتی و سلطانی است. ایشان پیامبر(ص) را دارای سه مقام نبوت، حکومت و قضاوت می‌دانند که امرها و نهی‌های الهی ناظر به مقام نبوتند ولی برخی از امرها و نهی‌هایی که از پیامبر(ص) صادر شده به اعتبار مقام حکومت او 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 حکمیه در مورد سمره بن جندب وجود ندارد. بنا بر این فقیه اطمینان پیدا می‌کند که نهی پیامبر(ص) نهی مولوی و برای قلع ماده فساد صادر شده نه قضاوت و حل و فصل خصومت بوده است؛ بلکه به این معنی بوده است که در حکومت من هیچکس نباید به دیگری ضرر برساند. آن چه این نتیجه‌گیری را تأکید می‌نماید دستور پیامبر(ص) به کندن درخت سمره است.^{۲۷} فقیهان این نظریه را نیز نقادی کرده‌اند. بر اساس این نظریه، مفاد قاعده لا ضرر حداکثر حکم تکلیفی است که مربوط به موردی خاص و بسته به زمان و واقعه‌ای مشخص است پذیرش آن به صورت قاعده کلی محل تأمل است و با این بیان ممکن است چنین تصور شود که این نظریه نسبت به ضرورت جبران زیان اعم از مادی و معنوی یا اشتغال ذمه. زیان کننده هیچ‌گونه دلالتی ندارد. ولی واقعیت این است که نهی از یک عمل دلالت بر حرمت بقای آن عمل می‌نماید یعنی ضروری است که منشاء بقاء رفع شود یعنی رفع ضرر واجب است چنان‌که در عرف نیز نهی از پذیرش هدیه بدون عوض کنایه از نهی هدیه بدون عوض است و تأکید بر پاداش هر احسانی به احسان مقابل است.^{۲۸}

نظریه نفی ضرر غیر متدارک و جبران به حقوق معنوی: 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 خویش الوافیه فی اصول فقه است:

مرحوم میرزا حسن بجنوردی در تبیین این نظریه می‌گوید: «ضرر متدارک در حکم عدم ضرر است و شارع نیز چنان‌که در بین عرف و عقلا پذیرفته شده است این ضرر را ضرر تلقی نمی‌کند بنا بر این منشأ بازگشت نفی «ضرر مطلق» در حقیقت به نفی «ضرر غیر متدارک» می‌باشد و ظاهر نفی از برخی از عبارتهای کتاب العناوین استفاده می‌شود که مرحوم میرفتاح حسینی مراغی نیز این نظریه را داشته‌اند. طبق این نظریه چنان‌چه شخصی جاهل به غبن بوده و مال خود را با ثمنی کمتر از ثمن واقعی به دیگری بفروشد به او خسارت ایراد نموده است و جعل خیار فسخ تنها برای جبران ضرر او می‌باشد. برخی از فقیهان بر این نظریه اشکالاتی را وارد نموده‌اند.^{۲۹} کسانی که به این نظریه باور دارند بدون تردید باید به قدرت اثبات حکم به وسیله قاعده لا ضرر اذعان نمایند. برای پذیرش اثبات حکم از ناحیه حدیث لا ضرر به پنج دلیل استدلال شده است که به اختصار بدان اشاره می‌گردد:^{۳۰}

۱. حکم عقل

اولاً عقل حکم می‌نماید که ضرر رساندن به دیگری قبیح است و ثانیاً همین عقل نسبت به رفع قبیح نیز فرمان می‌دهد. بنا بر این رفع ضرر امری لازم و ضروری است و این فقط با جبران آن ضرر ممکن است.

۲. حکم شرع

در نصوصی که در زمینه ضرر وارد شده است کلمه «لا» ظهور در نهی دارد. بنا بر این 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 ضرر واجب می‌گردد. پس جبران و تدارک زیان او ضروری و لازم است.

۳. تبادر

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

۴. دلالت صحیحۀ کنانی^{۳۱} و روایت حلبی^{۳۲}

این دو روایت به نحو صریح و روشن به ضمان ضارّ به طریق مسلمین، حکم شده است. در حقیقت در این دو روایت بر وجوب تدارک و جبران ضرر حکم گردیده است. حتی روایت سمره نیز

همین نفی را می‌رساند. زیرا رسول اکرم(ص) ضرر عرضی و حیثیتی که بر مرد انصاری وارد آمده است را با کندن درخت سمزه رفع نموده است.

۵. سیر 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 از مورد اخیر بحث می‌گردد. 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 و یا این که خداوند با پاداش‌های دنیوی و اخروی ضرر را جبران نماید که جبران خسارت با پاداش الهی مشکوک و محل تأمل است در حالی که بر اساس حدیث لا ضرر، باید ضرر به طور 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 پیدایش ضرر جدید می‌شود که جبران آن نیز ضروری است در نتیجه منجر به تسلسل می‌شود و ارتفاع ضرر که مفاد ادله مربوط و مراد و مقصود شارع در 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. صاحب عناوین در نهایت نتیجه می‌گیرد که تنها راه این است که فاعل فعل زیانبار رفع و جبران ضرر نماید.

اثبات این انحصار بر خلاف تصور برخی از فقها (مرحوم نراقی) از طریق دلیل خارجی نیست بلکه از نفس ادله نفی ضرر این نتیجه بدست می‌آید. بنا بر این فقیهی که مفاد قاعده لا ضرر را نفی ضرر غیر متدارک می‌داند می‌تواند نتیجه بگیرد که قاعده لا ضرر اثبات حکم هم می‌نماید. بر اساس چنین برداشتی از قاعده لا ضرر، جبران خسارت اعم از مادی و معنوی امری ضرورت می‌یابد و مفاد قاعده لا ضرر بر آن دلالت می‌نماید و احتیاجی به دلیل دیگر نیست. مرحوم فاضل تونی نیز در مبحث شروط کتاب الوافیة خویش یکی از شروط جریان اصل برائت را عدم ورود ضرر و زیان به دیگری می‌داند. وی در این زمینه می‌نویسد: «اگر به عنوان مثال فردی با باز نمودن قفس پرنده‌ای که به دیگری تعلق دارد موجب فرار آن پرنده گردد یا با زندانی نمودن گوسفند دیگری مایه تلف شدن بچه آن گوسفند شود. بدین وسیله ضرری را به دیگری وارد نماید تمسک به اصل برائت صحیح نمی‌باشد بلکه در این موارد، اگر نص خاص و یا عامی وجود نداشته باشد، فقیه باید در فتوا دادن توقف نماید. و فردی که موجب ایراد ضرر به دیگری شده باید به نحوی با صاحب مال مصالحه کند. زیرا این احتمال وجود دارد که این موارد و نظیر آن مشمول این بیان رسول خدا(ص) قرار گیرد: «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام».^{۳۳} بنا بر این مرحوم فاضل تونی در مواردی که نص خاص یا عام بر ضمان موجود نباشد به نحو احتمالی جنبه اثباتی حدیث لا ضرر را مورد پذیرش قرار داده‌اند.

نظریه نفی حکم ضرری و جبران خسارت به حقوق معنوی: بر اساس این نظریه مفاد قاعده لا ضرر، عدم وضع حکم ضرری از ناحیه قانون‌گذار و شارع است. اعم از این که ضرر ناشی از خود حکم باشد چنانچه از لزوم عقد و دیگر احکام وضعیه ضرر به یکی از متعاقدین وارد آید، یا به اعتبار متعلق حکم باشد. چنانچه در وضوء و غیر آن از احکام تکلیفی ضرری به مکلف وارد گردد و اعم از این که حکم مستلزم ضرر به خود مکلف باشد یا موجب ضرر به دیگری شود. همچنین اعم از اینکه ضرر مادی یا معنوی باشد. مرحوم ملا احمد نراقی در کتاب *عوائد الایام* این نظریه را به صراحت پذیرفته و فقیهان برجسته‌ای چون شیخ انصاری و میرزائی نائینی نسبت به تأیید و تأکید آن همت نموده‌اند. مؤلف کتاب *عوائد الایام* در این زمینه می‌نویسد: «چون ضرر و ضرار نکره منفیه است افاده شمول می‌نماید. بر اساس معنای سوم، هم افراد ضرر در اسلام منتفی است یعنی هیچ چیز 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 بنا بر این پیروی از آن حکم ضرری واجب نمی‌باشد. از این جا کیفیت استدلال به این اخبار در مسائل فقهی آشکار می‌گردد یعنی استدلال به این روایت به این صورت است که آن چه موجب ضرر یا ضرار گردد حکم شرعی نمی‌باشد ولی تعیین حکم آن مورد، نیازمند دلیلی دیگر می‌باشد. مثلاً چنانچه بیع غبنی صورت پذیرد و موجب ضرر بایع باشد این اخبار دلالت می‌نمایند که لزوم این نوع بیع از احکام شرع نیست ولی این که حکم آن خیار بایع یا فساد بیع یا ضمان مشتری است بحث دیگری می‌باشد».^{۳۳}

آنچه از بیان فقیهان در زمینه نفی نقل شد، جهت تبیین بیشتر اصل نظریه نفی بود. البته در مقام نقد و ارزیابی آن‌ها نیستیم بلکه غرض از طرح دیدگاه‌های متفاوت، آماده سازی ذهن در پذیرش کیفیت‌های متفاوت از استدلال به قاعده لا ضرر در اثبات حکم جواز مطالبه خسارت به حقوق معنوی است.

نظریه امکان اثبات حکم شرعی جبران خسارت به حقوق معنوی به وسیله حدیث نفی ضرر: مرحوم نراقی معتقد است قاعده نفی ضرر و ضرار تنها حکمی را که موجب ضرر باشد نفی می‌نماید و اصولاً بر 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.^{۳۴} بر اساس 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 نیست. به یاری حدیث لا ضرر انحصاری فهمیده می‌شود که حکم به جبران خسارت را از آن می‌توان استنباط نمود.

مرحوم میرزائی نائینی نیز معتقدند که قاعده لا ضرر تنها می‌تواند حکم را منتفی نماید ولی نمی‌تواند حکمی را اثبات کند.^{۳۵} مرحوم شیخ انصاری بر این باورند در این که قاعده لا ضرر نفی احکام وجودی تکلیفی و وضعی می‌نماید 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 به نحوی آن را در مورد

پذیرش قرار داده است.^{۳۷} علاوه بر این، مکان استظهار و استفاده این نظر از روایت سمره بن جندب نیز ممکن است چون پیامبر(ص) مرد انصاری را بر کندن درخت سمره مسلط نمود و سبب آن را نفی ضرر در اسلام بیان فرمود، زیرا عدم سلطه مرد انصاری بر کندن درخت مایه ضرر بود همان گونه که سلطه سمره بر مال خود و رفتن به طرف درخت خود بدون اذن نیز ضرر بود». از مجموع مباحث مرحوم شیخ انصاری نتیجه گرفته می شود اگرچه ایشان مفاد قاعده لا ضرر 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 لا ضرر باید حکم به ضمان نمود.

برخی از محققین معتقدند قاعده لا ضرر اثبات ضمان نمی کند، زیرا ضمان نیازمند به اسباب خویش است و به تعبیر دیگر قاعده لا ضرر ناظر به احکام مجعول از قبل شارع مقدس بر حسب اطلاق و عموم ادله است که در یکی از دو حالت خود ضرری است و قاعده، لباً این احکام را تخصیص می زند و تقیید می کنند. اما اگر حکمی مجعول نبود برای این قاعده موضوعی نیست و خود قاعده نمی تواند مشرع باشد.^{۳۸}

مرحوم محقق خوئی از فقیهانی است که شمول قاعده لا ضرر را نسبت به احکام عدمی پذیرفته است. وی در این زمینه می نویسد: «عدم جعل حکم در موضوعی قابل جعل، جعل عدم آن حکم است. بنا بر این عدم، مجعول می باشد، به ویژه این که شارع امری را بدون حکم نگذاشته و برای هر چیزی حکمی جعل نموده است که برخی از احکام وجودی و برخی عدمی است همان گونه که برخی وضعی و برخی دیگر تکلیفی است. بنا بر این از لحاظ کبروی مانعی از این نیست که لا ضرر شامل احکام عدمی شود اما از جهت صفروی حتی یک مورد نمی یابیم که عدم حکم آن، ضرری باشد تا این که حکم به رفع و ثبوت حکم با قاعده لا ضرر بنمائیم».^{۳۹} سخن محقق خوئی نسبت به مواردی که شارع در مقام بیان باشد و موضوع قابل جعل، وجود داشته باشد کاملاً منطقی و پذیرفته است. اگر ما شارع را قانون گذاری تلقی نمائیم 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 طرد و نفی نماید.^{۴۰} ولی این ادعای عدم حکم ضرری حتی یک مورد یافت نمی شود محل تأمل است؛ حتی برخی از فقیهان مواردی را مطرح نموده و مورد بحث قرار داده اند چنان که مرحوم سید محمد کاظم طباطبائی یزدی در حکم طلاق زنی که از علقه زوجیت زیان می بیند به قاعده نفی ضرر و حرج استناد کرده است.^{۴۱} البته فقیهان دیگری در جواب گفته اند در صورتی می توان به حدیث لا ضرر استدلال نمود که ضرر مسبب تولیدی حکم باشد ولی در فرض مذکور ضرر از عدم قیام زوج به حقوق زوجه ناشی می شود در نتیجه ضرر مسبب از زوج است نه از حکم شرعی؛ بنا بر این

نمی‌توان به آن استدلال نمود.^{۴۲} مؤلف کتاب «بحوث فقیهه» بعد از ارایه این استدلال استناد به قاعده را به نحو دیگری مورد پذیرش قرار می‌دهند. وی در این زمینه می‌نویسد: «در هر حال تحقیق برای ما اقتضاء می‌نماید که قائل به امکان استدلال به حدیث شریف «لا ضرر و لا ضرر 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 او امر نموده، امتناع بورزد و 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 لا ضرر 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 بدست گیرد و در صورت امتناع زوج از اجرای طلاق، آن را قهراً علیه زوج جاری نماید زیرا حاکم ولی ممتنع است».^{۴۳}

نتیجه‌گیری: به گمان ما فلسفه جعل قاعده لا ضرر، حراست از سرمایه‌ها، حقوق، اعضاء جسم، اعیان و منافع اموال و اعراض انسان‌ها و در نهایت حفظ نظام اجتماعی و اقتصادی بوده است. عدم مسؤولیت اشخاص در فرض ایراد ضرر مادی یا معنوی با فلسفه تشریح و قانون‌گذاری این قاعده منافات دارد. بنا بر این تفکیک بین ضرر ناشی از احکام وجودی و احکام عدمی از این منظر از منطق درستی برخوردار نمی‌باشد چون بسیاری از احکام عدمی در واقع بازگشت به نوعی حکم وجودی می‌نمایند یا مستلزم حکم وجودی هستند چنان‌که عدم مسؤولیت ناشی از ایراد خسارت معنوی به دیگری در حقیقت حکم به برائت ذمه فاعل فعل زیان بار است. حال اگر دلالت لفظی حدیث لا ضرر را نسبت به عدمیات نپذیریم حداقل با تنقیح مناط و الغاء خصوصیت می‌توان شمول آن را نسبت به عدمیان اثبات نمود چون ملاک و مصلحت مربوط به نفی ضرر در امور وجودی و عدمی به نحو یکسانی وجود دارد. بنا بر این عدم مسؤولیت فاعل فعل زیانباری که موجب هتک حیثیت، شرف یا لطمه به شخصیت فکری، علمی، ادبی و هنری دیگران خود ضرر عظیمی است که بمانند هر ضرر وجودی دیگر دارای ملاک و مصلحت است لذا به همان ملاک، جبران آن لازم و ضروری است.

نظریه نفی حکم به زیان نفی موضوع و جبران خسارت به حقوق معنوی: بر اساس این نظریه شارع می‌تواند موضوع حکم خود را بردارد و بدین وسیله حکم را نفی نماید یا آثار آن را از بین برد. بنا بر این مفاد قاعده لا ضرر چنین است که موضوع ضرری در اسلام حکم ندارد؛ مانند بیع غبنی که یک موضوع است در اسلام هیچ‌گونه حکمی برای آن وجود ندارد،^{۴۴} به بیان دیگر نفی ضرر در این حدیث کنایه از نفی احکام ضرری در شریعت است.^{۴۵} این نظریه را مرحوم آخوند خراسانی در کتاب کفایة الاصول اختیار نموده و در این باره می‌نویسد: «ظاهراً حکم «لا» برای نفی حقیقت است زیرا اصل و

معنای حقیقی و چنین عباراتی همین معنا است یعنی کلمه «لا» را باید یا حقیقاً بر نفس جنس معنی نمود و یا ادعاءً و در هر صورت این نفی کنایه از نفی آثار است. چنان که در مانند «لا صلوة لجار المسجد الا فی المسجد» و «یا اشباه الرجال و لا رجال» حکم «لا» برای نفی حقیقت آمده است اعم از این که نفی مزبور حقیقتاً بوده باشد یا ادعاءً، به هر حال این نفی کنایه از نفی آثار می باشد مثلاً در حدیث اول کنایه از نفی کمال یا صحت است و در عبارت بعدی کنایه از نفی غیرت و شجاعت می باشد. اصولاً مقتضای بلاغت در کلام آن است که ادعاءً نفی حقیقت مقصود بوده نه آن که ابتداءً نفی حکم یا صفت از آن اراده باشد.^{۴۶}

از مجموع مباحث آخوند خراسانی نتیجه می گیریم که معامله غبنی از آن جهت ضرری است حکم ندارد یعنی لزوم عقد از بین می رود و عقد جایز می شود و به تعبیر دیگر مبنای مذکور ایجاب می کند که تنها حکم ضرری نفی شود ولی خود منجر به جعل حکم جدیدی نمی گردد.

برای نمونه با این که لا ضرر در ضرر ناشی از غبن، حکم لزوم را برمی دارد ولی حکم خیار غبن از آن بدست نمی آید. مع الوصف نباید فراموش کرد که لزوم جبران و تدارک ضرری که وارد گردیده از لوازم نفی حکم ضرری است اعم از این که به زبان نفی موضوع باشد مستقیماً خود حکم نفی شده باشد؛ چون شارع از نفی حکم به زبان نفی موضوع در فرض صحت آن به عنوان روشی در جبران ضرر بهره گرفته است لذا بقای منشاء ضرر در حکم رضای شارع به استمرار ورود ضرر است و این همان چیزی است که شارع برای نفی آن به وضع قاعده کلی لا ضرر اقدام نموده است.

فقیهان بسیاری از جمله آل کاشف الغطاء و سیدعلی حسینی سیستانی نیز جنبه اثباتی قاعده لا ضرر را پذیرفته اند.^{۴۷}

نتیجه گیری: در نهایت بایسته است که با نگرشی عمیق تر، روح این قاعده را یافته و با عنایت به مقاصد وضع آن، با بهره گیری از منطق حقوق، شمول آن را نسبت به ضرر معنوی مورد پذیرش قرار دهیم. آنچه که فقیهان در زمینه وضع قاعده لا ضرر بدان ادعان نموده اند منت نهادن پروردگار آفرینش در حراست از حقوق و سرمایه های آدمیان از تجاوز و تعدی متجاوزین است. منت وقتی تمام و کامل است که تمامی سرمایه ها اعم از خرد و کلان، مادی و معنوی از تجاوز و تعدی مصون بماند و یا در صورت تعدی، خسارت ایراد گردیده به نحوی جبران گردد. منطق حقوق اسلامی به ما می آموزد که اگر قانون گذار سرمایه های کم ارزش را از تعرض مصون داشته و جبران خسارت به آن را ضروری دانسته است به طریق اولی باید مصونیت سرمایه های با ارزش تر را شناسایی و تضمین نماید و آن را با جبران خسارت وارده، مورد حمایت جدی قرار دهد. مگر نه این است که قانون گذار الهی احکام خویش را بر اساس مصالح و فاسد واقعیه یعنی بر اساس ملاک و مناط موجود در آن ها وضع می نماید و خصوصیات و موارد بمانند کالبدی هستند که این روح را در خویشتن حفظ می نمایند. حقوقدان اسلامی

با بهره‌گیری از منطق حقوق اسلامی با الغای خصوصیت مورد و تنقیح مناط و احراز وحدت ملاک از کالبد به روح قاعده دست می‌یابد و آن را نسبت به همه مصادیق و موارد و انواع ضرر تعمیم می‌دهد. حکم وضع قاعده مهم زیربنائی «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام» به ضمیمه نتایج حاصل از به کارگیری 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 به حقوق معنوی نیز امری است که جنبه اثباتی قاعده لا ضرر ما را به آن فرامی‌خواند. 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 بوسیله مال جبران گردد چون برخی از روایات بین پدیده ضرر و ضمان رابطه تولیدی مشاهده می‌گردد یعنی بین ضرر به دیگری و ضمان، ملازمه وجود دارد. به تعبیر دیگر 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 بر این رابطه به نحوی دلالت می‌کند می‌توان از صحیح‌ه حلبی^{۴۸} و حدیث ابی‌الصلاح^{۴۹} از امام صادق(ع) یاد نمود. 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. مع‌الوصف استفاده از این دو روایت به عنوان 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 بوضوح یا اشاره و قرینه اتلاف قرار می‌داد در حالی که موضوع حکم ضمان را ضرر قرار داده است. عرف از بیان شارع و دو روایت به روشنی استظهار می‌نماید که تمامی ملاک حکم ضمان در زیان رساندن به مسلمان (طریق مسلمین در واقع بازگشت به خود مسلمین دارد) است اعم از این که از طریق اتلاف باشد یا از هر طریق دیگر، یعنی اتلاف، موضوعیت ندارد و آنچه موضوعیت دارد ضرر رساندن است و حکم ضمان نیز دائر مدار موضوع خویش یعنی ضرر است.

قاعده نفی عسر و حرج و جبران خسارت به حقوق معنوی: لغت شناسان کلمه حرج را در معنای ضیق، تنگی، گناه و حرام به کار برده‌اند. برخی از آن‌ها عسر و حرج را به معنای محل جمع شدن شیء دانسته‌اند به نحوی که موجب ایجاد تصور ضیق و تنگی شود.^{۵۰} در قرآن نیز این کلمه به معنای ضیق، تنگی،^{۵۱} سختی و کلفت،^{۵۲} گناه و اثم،^{۵۳} به کار رفته است. و در روایات نیز به معنای ضیق و تنگی استعمال شده است.^{۵۴} کلمه عسر را برخی از لغت شناسان مانند مؤلف صحاح اللغه، نقیض یسر و بعضی دیگر مانند مؤلف النهایه و صاحب قاموس المیحط، ضد یسر دانسته‌اند. بنا بر این عسر به معنای صعب، تنگ، دشواری، مشکل، سخت، سخت شدن روزگار و بدخوئی می‌باشد و در قرآن نیز به همین معنی استعمال شده است.^{۵۵} اگرچه برخی عسر را به معنای اعم از حرج و ضیق دانسته‌اند^{۵۶} ولی به نظر می‌رسد عرف نسبت عسر و حرج را تساوی می‌داند یعنی هر عملی که آدمی را به تنگنا و ضیق

بیفکند دشوار و سخت می‌پندارد و هر کاری را که انجامش برای آدمی سخت و مشکل باشد موجب تنگی و اعمال فشار بر او می‌داند.^{۵۷}

انطباق عنوان حرج بر خسارت به حقوق معنوی: چنان‌که در مباحث مربوط به قاعده لا ضرر 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 بنا بر این عبارت «ما اراک یا سمره الامضاراً» یعنی مضیقاً و مورثاً للشدّه و الحرج و المکروه علی اخیک».^{۵۸} ایشان برای تأکید استعمال کلمه ضرار در معنای ضیق و حرج به استعمالات این کلمه در کتاب الهی استناد می‌نماید که به اجمال و اشاره ارایه می‌گردد:

پروردگار در سوره بقره می‌فرماید: «لا تضار والده بولدها»^{۵۹} یعنی زنی که باردار است نباید به جهت باردار بودن از او دوری کرد و او را در حرج و تنگنا قرار داد. یا در آیه دیگر آمده است: «و لا تضاروهن لتضیقوا علیهن»^{۶۰} یعنی هنگامی که زنان خویش را طلاق رجعی دادید با سخت گرفتن و تحت فشار قرار دادن به آن‌ها ضرر نزنید. و در آیه دیگر می‌فرماید: «و اذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن فامسکوهن بمعروف او سرحوهن بمعروف و لا تمسکوهن ضرارا لتعتدوا و من فعل ذلك فقد ظلم نفسه»^{۶۱} 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 قرار دادن به ایشان رجوع نکنید، کسی که چنین نماید به خویشتن ظلم کرده است. یا در آیه دیگری فرموده است «و الذین اتخذوا مسجداً ضراراً و کفراً و تفریقاً بنی المومنین»^{۶۲} کسانی که مسجدی را برگرفتند تا مومنی را در فشار و سختی قرار دهند و کفر بورزند و بین آنان تفرقه و جدائی بیافکنند.

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

دلالت و شمول لفظی قاعده نفی عسر و حرج بر مطالبه خسارت به حقوق معنوی: فقیهان در این که مفاد قاعده عسر و حرج، نفی احکام حرجی به نحو حقیقت است یا مجاز، یا نفی حکم به زبان نفی موضوع و یا در حقیقت منظور شارع از آن، نهی الهی یا سلطانی بوده است اختلاف نموده‌اند. بر اساس نظریه مختار یعنی نفی حکم، مفاد قاعده نفی عسر و حرج چنین است که در دین اسلام هیچ حکم حرجی که موجب ضیق و سختی مکلفان باشد جعل نشده است. چنان‌که در مبحث پیشین گذشت گروهی از مصادیق حرج با مصادیقی از خسارت معنوی انطباق دارد، در نتیجه در معنای قاعده لا حرج باید گفت که در دین اسلام حکمی که منجر به خسارت معنوی شود جعل نشده است ولی برای این که

بتوانیم دلالت و شمول لفظی قاعده نفی عسر و حرج را بر جواز مطالبه خسارت معنوی مورد پذیرش قرار دهیم، نخست باید بپذیریم حرج عنوانی است که حداقل بر گروهی یا مصادیقی از خسارت معنوی صدق می‌نماید.

دوم: فقیهانی که قاعده نفی حرج را بر روابط مکلفین 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»^{۶۴} قاعده نفی حرج را ناظر به ضیق حرج از ناحیه تکالیف شرعی دانسته‌اند^{۶۴} و عموماً دیگر دلیل‌های قاعده نفی عسر و 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 لا ضرر آن‌را نفی می‌نماید.^{۶۵} البته این معنی در صورتی درست است که در قاعده لا ضرر، ضرر را صفت فعل مکلفان نه صفت حکم شرعی تلقی کنیم. یعنی فاعل ضرر را خود مکلفین نه شارع مقدس بدانیم. در نتیجه آن‌چه در حدیث شریف مورد نفی قرار گرفته است خود ضرر و ضرار است.^{۶۶}

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 لا ضرر، احکام وجودی را شامل می‌شود و حکم حرجی را از حوزه اعتبار تشریحی اسلام برمی‌دارد. ولی سخن در فرضی است که از عدم یک حکم، عسر و 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 شخصی خسارت معنوی ایراد نماید و آن را جبران نکند و آن شخص در تنگی و ضیق مادی یا معنوی قرار گیرد، یا با لطمه به حیثیت یا اعتبار او روابط مالی و عاطفی او را بسیار کاهش دهد و در نتیجه او را در تنگی و فشار مادی و معنوی قرار دهد آیا عدم جبران چنین خسارتی که موجب حرج است با قاعده نفی عسر و حرج برداشته می‌شود تا فاعل فعل زیانبار نامشروع ملزم به جبران آن تلقی شود. البته با ملاحظه مباحث تفصیلی مربوط به این سوال در قاعده لا ضرر تا حدود زیادی پاسخ آن روشن می‌گردد، ولی نظر به اهمیت پاسخ به این سوال در جواز جبران و مطالبه خسارت معنوی به استناد قاعده نفی عسر و حرج بایسته است به اختصار بدان اشاره گردد. در پاسخ به این سوال عده‌ای از فقیهان مانند میرزای نائینی گفته‌اند: «قاعده نفی عسر و 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».^{۶۷}

در مقابل این نظریه بسیاری از فقهاء، تسری قلمرو قاعده نفی عسر و حرج را نسبت به احکام عدمی پذیرفته‌اند. بر اساس این نظریه، عدم جعل حکم در موضوعی که قابلیت جعل دارد، در حقیقت جعل 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، همان‌گونه که برخی وضعی و بعضی دیگر تکلیفی می‌باشند.^{۶۸} چنان‌که مرحوم سید محمد کاظم یزدی در *ملحقات العروة الوثقی* باستناد حکم عدمی، حرج را نفی نموده است وی در موردی که زوج کمتر از چهار سال مفقود باشد و نفقه زوجه پرداخت پرداخت نشود، عدم جواز طلاق برای حاکم را موجب ضرر و حرج زوجه دانسته و در طرد و نفی چنین حرجی به قاعده نفی عسر و حرج استدلال نموده است. نتیجه طرد آن حکم عدی، اثبات جواز طلاق زوجه به وسیله حاکم می‌باشد ایشان همچنین به روایت ابی بصیر از امام باقر(ع) نیز استناد کرده‌اند.^{۶۹} برخی از فقهای معاصر معتقدند در فرضی که حرج از اوصاف حکم باشد عرف فرقی بین مواردی که لزوم حرج از جعل وضو بر مکلف پدید آید یا ترک جعل تسلط مردم بر اموالشان حادث شود نمی‌گذارد، چون عرف همان‌گونه که نفی جعل وضو، حرجی را امتنان می‌داند، نفی ترک جعل تسلط مردم بر اموالشان را نیز که موجب حرج شده است امتنان تلقی می‌کند. بنا بر این بین حکم وجودی و عدمی فرقی وجود ندارد.^{۷۰}

نتیجه‌گیری: قاعده نفی عسر و حرج اختصاص 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 زنی که شوهر خویش را در یک حادثه رانندگی ناشی از تصادفی که راننده مقابل مقصر بوده از دست داده است تنها با لزوم جبران مالی یا غیر مالی خسارت وارده مادی و معنوی ممکن و متصور است؛ لذا کمال و تمامیت 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 عسر و حرج خالی از اشکال خواهد بود.

جایگاه دلیل عقل (مستقلات عقلیه) در اکتشاف حکم شرعی: فقیهان امامیه از دیر زمان تاکنون عقل را به عنوان منبع فقه در طول^{۷۱} یا در عرض^{۷۲} کتاب، سنت، اجماع به رسمیت شناخته‌اند.^{۷۳} در منطق حقوق اسلامی چنان‌چه فقیه برای کشف حکم شرعی در کبرای قیاس خویش از نقل استفاده کند دلیل او نقلی خوانده می‌شود و گاهی او کبرای قیاس خود را قضیه عقلی قرار می‌دهد که در این فرض دلیل او عقلی به شمار می‌آید. بنا بر این ملاک در نقلی یا عقلی بودن یک دلیل در کشف حکم شرعی، کبرای کلی آن دلیل است. حال اگر صغرای قیاس نیز قضیه‌ای عقلی باشد در این صورت عقل به نحو مستقل به کشف حکم شرعی نایل می‌آید که شرعاً در اصطلاح علم اصول از آن به مستقلات عقلی تعبیر می‌شود. مانند عدل حسن است عقلاً، هرچه را عقل حکم کند شرع نیز حکم می‌کند پس عدل حسن است شرعاً.

مراد از عقل مستقل، عقلی است که از انفعالات، اوهام، عادات و عواطف خالی باشد و به طور طبیعی درک کند و داوری نماید و این عقل عملی^{۷۳} است که بایسته‌های انسانی را در هر ظرف زمانی از مجموع شرایط، باورها و نیازها دریافت و ارایه می‌دهد. و مقصود از «مستقلات عقلی» اموری است که عقل آدمی، به صورت مستقل و با قطع نظر از بیان شارع بر آن حکم می‌نماید. این امور به حدی روشن و بدیهی هستند که هیچ‌گونه تردیدی در صحت خویش باقی نمی‌گذارند، مانند لزوم وفای به عهد، حرمت ظلم، لزوم رد و ودیعه.

حکیم ابو علی سینا این دسته از امور را قضایای مشهوره و آرای محموده نام نهاده است و همو می‌گوید قضیه «عدل نیکوست» از جمله قضایای مشهوره‌ای است که علت تصدیق به آن اذعان همه مردم یا اکثر آن‌ها یا اذعان همه خردمندان عالم یا اکثر آنان است^{۷۵} یا حکم عقل به قبح سلب مال دیگر را واجب القبول دانسته‌اند نه از جهت این که واجب القبول است بلکه به جهت این که عامه مردم بدان اذعان و اعتراف دارند.^{۷۶} برخی از حکیمان این دسته از قضایا را از مقوله قضایای یقینی^{۷۷} به شمار آورده‌اند نه از مشهورات.^{۷۸} در دانش اصول، برای وصل به درک و داوری عقل، اصولیان ابتدا، حسن و قبح ذاتی^{۷۹} افعال را مورد بحث و اثبات قرار داده‌اند سپس از امکان ادراک حسن و قبح افعال بوسیله عقل بحث نموده‌اند؛ در این زمینه اگرچه عده‌ای از فقیهان اخباری منکر امکان ادراک حسن و قبح هستند ولی مشهور فقیهان بر این باورند که عقل می‌تواند حسن و قبح یا مصلحت و مفسده افعال را درک نماید. اصولیان آنگاه این مسأله را در دانش اصول مطرح نموده‌اند که آیا آنچه را عقل حسن و قبح می‌شمارد شرع نیز به همانگونه آن را واجب یا حرام می‌داند؟ به تعبیر دیگر آیا مصالح و مفاسد علت احکام شرعی هستند؟ آیا احکام تابع مصالح و مفاسد می‌باشند؟ در پاسخ به این سوال، اشاعره اظهار داشته‌اند احکام الهی تابعی از مصالح و مفاسد نمی‌باشد بلکه مصالح و مفاسد تابعی از احکام و افعال الهی هستند.^{۸۰} عده‌ای از عالمان اصول مانند صاحب فصول معتقدند که مصالح و مفاسد مقتضی حکم هستند و عقل هیچ‌گونه ملازمه‌ای بین حسن فعل و تکلیف به آن نمی‌یابد.^{۸۱} برخی دیگر مانند صدر معتقدند که آنچه را عقل درک می‌نماید بعضی از جهات نیکویی و زشتی فعل است؛ بنا بر این حسن و قبح علت تامه برای حکم نیست.^{۸۲} برخی دیگر به تبعیت از بعضی عامه اعتقاد دارند که حکم عقل تنها ستودن و نکوهش افعال را سبب می‌شود و بر آن ثواب و عقابی مترتب نمی‌باشد و آثار حکم شرعی را ندارد، بنا بر این نمی‌توان گفت که حکم عقل بر حکم شرعی دلالت می‌نماید.^{۸۳} برخی در مقابل نوشته‌اند: «الشرع معلل بالمصالح»^{۸۴} ولی مشهور علمای امامیه بر این باورند که خداوند حکیم منبع فیض و خیر مطلق است؛ چگونه ممکن است فعلی که عقل قبیح می‌داند خداوند آن را مجاز شمرد یا به فعلی که عقل حسن می‌پندارد امر ننماید؛ بدین جهت گفته‌اند: «کَلِمَا حَكَمَ بِهِ الْعَقْلُ حَكَمَ بِهِ الشَّرْعُ وَ كَلِمَا حَكَمَ بِهِ الشَّرْعُ حَكَمَ بِهِ الْعَقْلُ»^{۸۵} و آن را به صورت یک قاعده مهم و بنیادین در

اکتشاف حکم شرعی به کار گرفته‌اند. در حقیقت همین ملازمه که خود مدرک عقل نظری است به ضمیمه حکم عقل عملی به فقیه توان دسترسی به حکم شرعی را می‌بخشد. بنا بر این اگر یک صغرای عقلی مانند عدل حسن است با یک کبرای کلی عقلی دیگر یعنی «هر چیزی که عقل حکم کند شرع نیز به آن حکم می‌کند» ضمیمه گردد، مستقله عقلی شکل می‌گیرد که نتیجه آن حکم به حسن شرعی عدل است. مولف کتاب قوانین الاصول در مقام اثبات نقش مستقلات عقلی در وصول به حکم شرعی می‌نویسد: «در چنین اموری، خداوند به زبان عقل به ما امر می‌کند و همانگونه که پیامبر ظاهر او احکام و نواهی او را بیان می‌نماید عقل نیز مبین دسته‌ای از آن احکام است؛ کسی که عقلش به وجود مبدأ و صانع حکیم و قادر و عالم حکم می‌نماید، این را نیز درک می‌کند که او بنده توانمند خویش را به جهت ظلم بر بنده ناتوان دیگر، یا امتناع از رد امانت مورد نیاز او، عقاب می‌نماید و به بنده توانمند و بلند مرتبه‌ای که با بنده ناتوان و نیازمند او مهربانی می‌کند پاداش نیک می‌دهد.»^{۸۶} و همو در دلالت حکم عقل بر شرع می‌نویسد: «به حکم ضرورت و دلالت اخبار، برای هر امری حکمی از جانب خداوند جعل شده که این احکام نیز نزد معصومان است اگرچه همه آن احکام به ما نرسیده باشد؛ آنچه عقل قبح آن را در می‌یابد ناچار از اموری است که خداوند از آن نهی فرموده است و آنچه را که عقل مدح می‌نماید از اموری است که خداوند بدان امر نموده است زیرا خداوند به عدل و احسان حکم می‌نماید و نهی او به فحشا و منکر تعلق می‌گیرد.»^{۸۷}

بنا بر این عقل مستقل را باید به عنوان منبعی در اکتشاف حکم شرعی به شمار آورد که حکم آن روشن و قطعی است و حجیت آن نیز به جهت قطع، ضروری و ذاتی می‌باشد. برخی از فقیهان حتی از عقل مستقل با عنوان «عقل فطری» یاد نموده‌اند.^{۸۸} و از برخی تعبیرات فقیهان دیگر استظهار می‌گردد که قاعده ملازمه، حکم فطری است.^{۸۹} بعضی دیگر از حقوقدانان اسلامی مستقلات عقلی را مقرراتی دانسته‌اند که هر انسان عاقلی در فطرت خویش به آن‌ها عقیده دارد.^{۹۰} شاید به همین دلیل است که گفته شده است «الاحکام الشرعیه الطاف فی الاحکام العقلیه».

کیفیت استدلال به مستقلات عقلیه در جواز مطالبه جبران خسارت به حقوق معنوی؛ عقل همان‌گونه که ظلم را قبیح و ناپسند تلقی می‌نماید رفع ظلم را نیکو می‌شمارد. ایراد خسارت اعم از مادی و معنوی ظلم است از این‌رو عقل آنرا ناپسند تلقی می‌نماید و از طرف دیگر رفع آن تنها با جبران به هر طریق ممکن میسر است؛ لذا جبران خسارت به حقوق معنوی به هر طریق ممکن در نزد عقل نیکو و پسندیده است. عقل تنها به نیکو پنداشتن بسنده نمی‌کند بلکه بدان حکم می‌نماید یعنی می‌گوید باید خسارت به حقوق معنوی را به هر طریق ممکن جبران نمود، به تعبیر دیگر لزوم جبران خسارت به حقوق معنوی وارده از مدرک‌های عقل عملی است که همه به آن اذعان و اعتراف دارند. حال اگر همین حکم عقل عملی به کبرای کلی «هر چیزی که عقل حکم کند شرع نیز بدان حکم می‌نماید»

ضمیمه شود نتیجه می‌گیریم که جبران خسارت به حقوق معنوی به هر طریق ممکن امری است که شرع بدان حکم می‌نماید؛ که از جمله این روش‌ها، روش جبران مالی خسارت معنوی است.

بنای عقلا و جبران خسارت به حقوق معنوی: عالمان علم اصول در قرن اخیر یکی از دلیل‌هایی را که از حجیت آن سخن به میان آورده‌اند دلیل بنای عقلا است و در مباحثی چون حجیت ظواهر کتاب و سنت، خیر واحد، قول لغوی و استصحاب آن را به عنوان دلیل مورد استناد قرار داده‌اند. البته تعابیر آن‌ها از این دلیل یکسان نبوده است، عده‌ای از آن به عرف عقلا تعبیر نموده‌اند و برخی به سیره عقلا^{۹۱} و بعضی به روش و طریقه عقلا^{۹۲} در نهایت بیشتر متأخرین از آن به بنای عقلا^{۹۳} یاد نموده‌اند. بعضی از عامه از آن به عرف عام نیز تعبیر نموده‌اند،^{۹۴} ولی تفاوتی در این تعابیر نیست چنان‌که بعضی از متأخرین دو یا سه تعبیر در یک نوشتار به کار گرفته‌اند.

بنای عقلا عبارت است از زویه 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، بر اساس آن ارتکاز، عملی از آنان صادر نشده باشد.

برخی از حقوقدانان 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^{۹۵} ولی همان‌گونه که در تعریف بنای عقلا گذشت این عناصر تنها مبین مصادیق عملی بنای عقلا است در حالی که چنان‌چه تمامی عقلا در موضوعی خاص بر یک عقیده و رأی باشد اگرچه بر اساس آن عملی در خارج انجام نداده باشند بنظر می‌رسد که در آن موضوع خاص بنای عقلا ثابت شده تلقی می‌گردد.

کیفیت استدلال به بنای عقلا در جبران خسارت به حقوق معنوی: عقلا در فرض ایراد خسارت اعم از خسارت‌های مالی، صدمات بدنی، لطمه به حیثیت و اعتبار، فاعل فعل زیان بار نامشروع را مسؤول جبران خسارت پنداشته و او را در جبران متعارف خسارت وارد شده ضامن می‌دانند، شارع نیز این بنای 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 نمائیم سپس از همراهی یا عدم همراهی شارع با این بنا بحث نمائیم. بدون تردید عقلا بر اصل جبران متعارف خسارت وارده به زیان دیده اعم از این‌که خسارت مادی یا معنوی باشد اتفاق دارند و ارتکاز و طبع اولیه عقلایی به

چنین اصلی اذعان و اعتراف دارد و همچنین عمل آنان چنین اصلی را مورد تایید قرار داده است. معالوصف چنانچه نسبت به مواردی شارع سکوت کرده باشد از سکوت و عدم ردع او می‌توان رضایت و پذیرش را کشف نموده و حکم شرعی را دریافت و بیان کرد. ولی بحث اساسی در اصل جبران متعارف خسارت‌ها نیست بلکه در جبران مالی خسارت به حقوق معنوی است. نخستین سؤال از وجود بنای عقلا بر جبران خسارت به حقوق معنوی بوسیله مال به مانند جبران خسارت مادی بوسیله مال است به این بیان که آیا جبران خسارت معنوی به پول از پشتوانه بنای عقلا برخوردار است؟ وجود چنین بنای عقلایی مورد تردید است زیرا برخی از حقوقدانان در نظام‌های مختلف حقوقی در امکان جبران خسارت معنوی تردید نموده‌اند یا حتی برخی آن را انکار کرده و کیفر خصوصی را در مقابل چنین خسارتی پیشنهاد نموده‌اند مگر این که پذیرش جبران مالی خسارت معنوی در قوانین و رویه‌های قضایی را در نظام‌های مختلف حقوقی و کشورهای تابع این نظام‌ها، کاشف از تحقق بنای عقلا تلقی نماییم. در چنین فرضی چه بسا بتوان از عدم ردع شارع، امضای جواز جبران مالی خسارت به حقوق معنوی را کشف نمود.

مبانی حقوقی جبران خسارت به حق معنوی پدیدآورنده: قانون‌گذار ایرانی در قوانین اساسی و عادی، مسؤولیت مدنی ناشی از تجاوز به حقوق معنوی را به وضوح و روشنی یا با پذیرفتن خسارت معنوی پیش‌بینی نموده است. اصل ۱۷۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به وضوح ضرورت، جبران خسارت معنوی یعنی جبران خسارت به سرمایه‌ها و حقوق معنوی را مورد پذیرش قرار داده است. اگرچه این اصل در زمینه مسؤولیت ناشی از ایراد خسارت مادی و معنوی به وسیله قاضی است. ولی با کشف ملاک، می‌توان آن را نسبت به تمامی موارد ایراد خسارت مادی و معنوی تعمیم بخشید. در این اصل به خسارت معنوی به دیده یک خسارت مستقل نگریسته شده و اعاده حیثیت زیان دیده در هر حال لازم و ضروری بشمار آمده است.

اصل ۱۷۱ در خصوص تقصیر، قاضی تنها او را ضامن دانسته است. شاید با کمی تسامح بتوان ادعاء نمود که واژه ضامن ناظر به جبران مالی خسارت مادی و معنوی است. به تعبیر دیگر در این اصل، در زمینه امکان تبدیل خسارت معنوی به پول حکم صریحی وجود ندارد و ضامن قاضی نیز اعم از ضامن کیفری و مدنی است ولی جبران خسارت مادی و معنوی ناشی از اشتباه قاضی به وسیله دولت نوعاً با دادن پول یا اعطای حقوق مالی میسر است.

بنا بر این ایراد خسارت معنوی به وسیله قاضی باید مانند خسارت مادی به وسیله پرداخت پول یا هر طریق دیگری که موجب اعاده حیثیت زیان دیده می‌شود جبران گردد تجاوز به حقوق معنوی پدیدآورنده نیز چنانچه موجب ایراد خسارت مادی یا معنوی گردد باید به هر طریق ممکن جبران گردد.

علاوه بر اصل ۱۷۱ قانون اساسی، ماده یک قانون مسؤولیت مدنی مصوب اردیبهشت ۱۳۳۹ نیز مسئله جبران خسارت معنوی را به رسمیت شناخته است. ماده یک این قانون مقرر می‌دارد: «هر کس بدون مجوز قانونی عمداً یا در نتیجه احتیاطی به جان یا سلامتی یا مال یا آزادی یا حیثیت یا شهرت تجارتهی یا هر حق دیگر که به موجب قانون برای افراد ایجاد گردید لطمه وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود، مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود می‌باشد» در این ماده لطمه به حیثیت و عنوان هر حق دیگری با خسارت به حقوق معنوی قابل انطباق می‌باشد. عنوان هر حق دیگری از چنان شمول و فراگیری برخوردار است که به آسانی می‌توان ایراد خسارت به حق معنوی پدیدآورنده آثار فکری، هنری و ادبی از مصادیق آن بشمار آورد.

همچنین ماده ۲ همین قانون لزوم جبران خسارت مادی و معنوی را مورد شناسایی قرار داده است. این ماده مقرر می‌دارد «در موردی که عمل وارد کننده زیان موجب خسارت مادی یا معنوی زیان دیده شده باشد دادگاه پس از رسیدگی و ثبوت امر، او را به جبران خسارت مزبور محکوم می‌نماید. و چنانچه عمل وارد کننده زیان موجب یکی از خسارات مزبور باشد دادگاه او را به جبران همان نوع خسارتی که وارد نموده محکوم خواهد نمود» بنا بر این چنانچه سازنده فیلم از یک فیلمنامه با تصرف غیر مشروع خویش بر فیلمنامه به نویسنده آن لطمه وارد نماید دادگاه می‌تواند پس از رسیدگی و ثبوت امر، زیانکار را به جبران خسارت محکوم نماید.

ماده ۱۰ ق. م. م. نیز مطالبه جبران خسارت معنوی ناشی از لطمه به حیثیت و اعتبارات را پیش‌بینی نموده است. دادگاه بر حسب مورد و اهمیت زیان و میزان تقصیر می‌تواند علاوه بر صدور حکم به جبران خسارت از طریق پرداخت مال، ارزش‌های دیگری نظیر الزام به عذرخواهی و درج حکم در جراید و امثال آن اقدام نماید.

در نظام‌های حقوقی رمی، ژرمی و کامنلا، اقامه دعوی مدنی به طور جداگانه یا ضمن دعوای جزایی به عنوان دادخواست ضرر و زیان، برای زیان دیده پیش‌بینی شده است. و آرای فراوانی در این زمینه صادر شده است.^{۶۴}

قوانین بسیاری از کشورها، اصل جبران خسارت ناشی از تجاوز به حق معنوی را پذیرفته‌اند. ماده ۸۴ قانون حمایت از مالکیت فکری و فنی لبنان به صراحت از جبران خسارت را پذیرفته است. علاوه بر مسؤولیت مدنی، متجاوز به حقوق معنوی دارای مسؤولیت کیفری می‌باشد. ماده ۴۷ و ۴۸ قانون حمایت حق مؤلف کشور مصر، ماده ۵۱ قانون حمایت حق مؤلف اردن (۱۹۹۲)، ماده ۸۴ قانون حمایت مالکیت فکری و فنی لبنان، ماده ۲۳، ۲۵ و ۱۹ قانون ۱۳۴۸ ایران و بند ۹ ماده ۶ قانون مطبوعات ۱۳۶۴ مصوب ۱۳۷۹ و ماده ۶۹۸ قانون مجازات اسلامی، مسؤولیت کیفری را برای متجاوزان به حقوق معنوی پیش‌بینی نموده‌اند.

پی‌نوشت

1. Moral Rights.

۲. محمد مشیریان، حق مؤلف و حقوق تطبیقی، تهران، بی‌نا، ۱۳۳۹، ص ۲۷.
۳. عبدالرزاق احمد سنهوری، الوسيط فی شرح القانون المدني، ج ۸، ص ۳۲۰.
۴. حسین صفایی، مقالاتی درباره حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، صص ۸۴-۸۶.
۵. محمد مشیریان، همان، ص ۲۷.

6. Encyclopedia Information Technology Law, Sweet & Maxwell, P. 2. 29.

۷. امام خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۶۲۵.
۸. لطف‌الله صافی، «استفتاءات و نظرات پیرامون مسائل مستحدثه فقهی و حقوقی»، فصل‌نامه رهنمون، شماره ۲ و ۳ (پائیز و زمستان ۱۳۷۱)، ص ۲۰۸.
۹. امام خمینی، همان، ج ۲، ص ۶۰۵.
۱۰. به نقل از مرتضی چیت سازیان، حقوق مالکیت‌های فکری، رساله دکتری، دانشگاه تهران: ۱۳۷۵، ص ۶۲.
۱۱. محمد فاضل لنگرانی، ناصر مکارم شیرازی، جعفر سبحانی، سید محمد بجنوردی، سید محمد حسن مرعشی، «استفتاءات و نظرات پیرامون مسائل مستحدثه فقهی و حقوقی»، فصل‌نامه رهنمون شماره ۲ و ۳ (پائیز و زمستان ۱۳۷۱)، ص ۲۱۳-۲۰۷.
۱۲. مرتضی چیت سازیان، حقوق مالکیت‌های فکری، ص ۱۰۶.
۱۳. مراجعه شود به بقره آیات ۲۳۴، ۲۸۴، ۳۲۱؛ طلاق آیه ۷؛ نساء آیه ۱۲؛ وسایل الشیعه، باب ۳۴ از ابواب اقسام طلاق از کتاب طلاق؛ کتاب احیاء الموات، باب ۱۲؛ و کتاب الشفعه، باب ۵؛ فروع الکافی، کتاب المعیسه، باب الضرار، روایت ۲ و ۶؛ مستدرک الوسایل، کتاب احیاء الموات، باب ۹ از ابواب موجبات ضمان.
۱۴. محمد بن یعقوب کلینی، فروع الکافی، کتاب الشفعه، باب ۵.
۱۵. شیخ حرّ عاملی، وسایل الشیعه، باب ۲۴ از ابواب اقسام طلاق از کتاب طلاق.
۱۶. بقره آیه ۲۳۴.
۱۷. برای آگاهی از نظریات مراجعه شود به: ناصر مکارم شیرازی، تفسیر نمونه، تهران: دارالکتاب الاسلامیه، ۱۳۶۷، ج ۲، ص ۱۳۳؛ محمد بن الحسن طوسی، التبیان فی تفسیر القرآن، بیروت: دار احیاء التراث العربی، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۲۵۷.
۱۸. این روایت را کلینی در دو جا به روایت عبدالله بن بکیر و ابن مسکان (نگاه کنید به فروع الکافی، کتاب المعیسه باب ضرر، روایت ۳ و همان، باب اضرار، روایت ۸) و شیخ صدوق به روایت حسن صیقل (نگاه کنید به وسایل الشیعه، کتاب احیاء الموات، باب ۱۲) نقل کرده‌اند.
۱۹. سید مصطفی محقق داماد، قواعد فقه: بخش اول مدنی، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۶۱، ص ۱۴۳.
۲۰. موسی بن محمد بن النجفی خوانساری، منیه الطالب فی شرح المکاسب، ج ۲، ص ۱۹۸؛ میرزا حسن بجنوردی، القواعد الفقهیه، ج ۱، ص ۱۷۸؛ حسین حلی، بحوث فقهیه، ص ۲۰۱؛ محمد کاظم خراسانی، کفایة الاصول، ص ۴۳۲؛ ناصر مکارم شیرازی، القواعد الفقهیه، ج ۱، ص ۴۹؛ محمد حسن مرعشی، ج ۲، ص ۱۶۶-۱۶۷؛ محمد نراقی، مشارق الاحکام، طهران: [بی‌تا]، چاپ سنگی، ۱۲۹۴ق، ص ۱۸۷.
۲۱. حسین حلی، ص ۱۸۶؛ احمد نراقی، عوائد الایام، عائده چهارم، قم: مکتبه بصیرتی، چاپ سوم، ۱۴۰۸ق، ص ۱۷؛ موسی نجفی خوانساری، ج ۲، ص ۱۹۹.
۲۲. میرزا حسن بجنوردی، همان، ج ۱، ص ۱۷۸.
۲۳. امام خمینی، تهذیب الاصول، ج ۳، ص ۹۴؛ همو، الرسائل، ج ۱، ص ۳۱.
۲۴. نساء آیه ۱۲.
۲۵. فتح الله شریعت اصفهانی، قاعده ۷ ضرر قم: موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۶ ق، ص ۲۸-۲۴.

۲۶. عبدالفتاح بن علی حسینی مراغی، العناوین، قم: مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۷ ق، ج ۱، ص ۳۱۱.
۲۷. امام خمینی، تهذیب الأصول، ج ۲، ص ۱۱۲ به بعد؛ همو، الرسائل قم: موسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۰ ق، ص ۵۰ به بعد.
۲۸. میرزا حسن بجنوردی، همان، ج ۱، ص ۱۸۲.
۲۹. مرتضی انصاری، ملحقات مکاسب، ص ۳۷۳؛ موسی نجفی خوانساری، همان، ج ۲، ص ۲۰۱-۲۰۰.
۳۰. به نقل از محمود شهابی، دو رساله: وضع الفاظ و قاعده لا ضرر، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۳۰، ص ۲۵.
۳۱. «کل من اضر بشی من طریق المسلمین فهو له ضامن» (وسایل الشیعه، ج ۱۹، ص ۱۸۱، باب ۹، ج ۳).
۳۲. عن الحلبي عن ابي عبدالله (ع) «قال سأله عن الشيء يوضع على الطريق فتمر الدابة فتنتفر بصاحبها فتنقره فقال كل شيء يضر بطريق المسلمين فصاحبه ضامن لما يصبه». (وسایل الشیعه، ج ۱۹، ص ۱۸۱، باب ۹، ج ۲).
۳۳. عبدالله بن محمد فاضل تونی، همان، ص ۱۹۴-۱۹۳.
۳۴. احمد نراقی، ص ۱۹؛ نیز نگاه کنید به مرتضی انصاری، فرائد الاصول، قم: مؤسسة النشر الاسلامی، بی تا، ج ۲، ص ۵۲۵-۵۲۴؛ موسی نجفی خوانساری، ج ۲، ص ۲۰۱؛ میرزا حسن بجنوردی، همان، ج ۱، ص ۱۸۱-۱۸۰.
۳۵. احمد نراقی، ص ۲۰.
۳۶. موسی نجفی خوانساری، همان، ج ۲، ص ۲۲۱.
۳۷. مرتضی انصاری، مکاسب (ملحقات)، رساله لا ضرر، ص ۳۷۳.
۳۸. سید محمد موسوی بجنوردی، تهران، موسسه چاپ و نشر عروج، ۱۳۷۹، ص ۲۶۶.
۳۹. سید ابوالقاسم خوئی، مصباح الاصول، ج ۲، ص ۵۶۰.
۴۰. سید مصطفی محقق داماد، همان، ص ۷۸.
۴۱. محمد کاظم یزدی طباطبائی، ملحقات العروة الوثقی، قم: مکتبه الداوری، [بی تا]، ج ۲، ص ۶۷.
۴۲. حسین حلی، همان، ص ۲۰۹.
۴۳. همان، ص ۲۱۰-۲۰۹.
۴۴. محمد کاظم خراسانی (آخوند خراسانی)، حاشیه بر مکاسب، میحت خیار غین.
۴۵. ناصر مکارم شیرازی، همان، ج ۱، ص ۵۸.
۴۶. محمد کاظم خراسانی، همان، ص ۳۸۲-۳۸۱.
۴۷. محمد حسین آل کاشف العطاء، تحریر المجله، ج ۱، ص ۲۳؛ علی حسینی سیستانی، قاعده لا ضرر و لا ضرار، قم: مکتبه آیه الله العظمی السید السیستانی، ۱۴۱۴ ق، ص ۲۹۲-۲۹۱.
۴۸. «کل شی یضر بطریق المسلمین فصاحبه ضامن لما یصبه». (وسایل الشیعه، ج ۱۹، ص ۱۸۱، باب ۹، حدیث ۲).
۴۹. «کل من اضر بشی من طریق المسلمین فهو له ضامن». (وسایل الشیعه، ج ۱۹، ص ۱۸۱، باب ۹، حدیث ۳).
۵۰. راغب اصفهانی، المفردات فی غریب القرآن، ماده حرج.
۵۱. انعام آیه ۱۲۵؛ اعراف آیه ۲؛ نساء آیه ۶۵.
۵۲. مائده آیه ۶؛ حج آیه ۷۸.
۵۳. توبه آیه ۹۱؛ الفتح آیه ۱۷؛ احزاب آیه ۳۸؛ نور آیه ۶۱.
۵۴. حر عاملی، همان، ج ۱، ص ۱۲۰.
۵۵. طلاق آیه ۷؛ بقره آیه ۱۸۵؛ انشراح آیه ۵؛ قمر آیه ۸.
۵۶. احمد بن محمد نراقی، همان، ص ۶۱.
۵۷. سید مصطفی محقق داماد، همان، ج ۲، ص ۶۲.
۵۸. امام خمینی، الرسائل، ج ۱، ص ۳۰.
۵۹. بقره آیه ۲۳۴.

۶۰. بقره آیه ۲۸۲.
۶۱. توبه آیه ۱۰۸.
۶۲. حج آیه ۷۸.
۶۳. حج آیه ۷۸.
۶۴. میرزا حسن بجنوردی، ج ۱، ص ۲۱۳-۲۱۲.
۶۵. ناصر مکارم شیرازی، ج ۱، ص ۲۰۰.
۶۶. همان، ص ۶۷.
۶۷. موسی نجفی خوانساری، همان، ج ۲، ص ۲۳۱.
۶۸. سید ابوالقاسم خوئی، همان، ج ۲، ص ۵۶.
۶۹. محمد کاظم یزدی، *ملحقات عروة الوثقی*، ج ۲، ص ۶۷.
۷۰. ناصر مکارم شیرازی، همان، ج ۱، ص ۲۰۱.
۷۱. محمد بن ادریس حلی، *السرائر*، ص ۴۶؛ نجم الدین جعفر، محقق حلی، *المعتبر فی شرح المختصر*، قم: مجمع الذخائر الاسلامیه، بی‌تا، ص ۷.
۷۲. یوسف بحرانی، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۶۳، ص ۱۲۳-۱۲۹.
۷۳. شیخ مفید، *اوائل المقالات*، بیروت: دار المفید، ۱۴۱۴ ق - ۱۹۹۳ م، ص ۱۱؛ ابو جعفر محمد بن الحسن الشیخ الطوسی، *عدة الاصول*، ص ۲۰۵، محمد بن مکی (شهید اول)، *القواعد و الفوائد*، نجف: مکتبى النشر فی النجف، ۱۹۸۰ م. ص ۶۶؛ محقق حلی، همان، ص ۷.
۷۴. در دانش فلسفه و منطق عقل به اعتبار معلومات به دو قسم نظری و عملی تقسیم شده است. مراد از عقل نظری، عقلی است که مدرک‌های آن امور صرفاً نظری باشد یعنی از اموری است که از نوع دانستنی‌هاست و ارتباطی به عمل ندارد. مانند کل بزرگ‌تر از جزء است، یا اجتماع نقیضین محال است. ولی منظور از عقل عملی، عقلی است که مدرک‌های آن امور عملی (اعمال یا اجتناب از عمل) است. مانند حسن عدل و قبح ظلم.
۷۵. محمد رضا مظفر، *المنطق*، ص ۲۹۳-۲۹۲.
۷۶. ابن سینا، *الاشارات و التنبیهات*، ج ۱، [بی‌جا]: دفتر نشر کتاب، ۱۴۰۳ق، ص ۲۱۹.
۷۷. یقینیات به مانند مشهورات مفید تصدیق جازم است ولی اعتبار یقینیات به این است که وجود آن‌ها مطابق واقع و نفس‌الامر است که با الفاظ حق و یقین از آن تعبیر می‌شود. اما اعتبار مشهورات، به انطباق آن‌ها با آراء عمومی است چون جز انطباق با آراء عمومی واقعیت دیگری ندارد.
۷۸. عبدالرزاق لاهیجی، *سرمایه ایمان*، تهران: الزهراء، ۱۳۷۲، ص ۶۲-۶۰.
۷۹. مراد از حسن و قبح ذاتی افعال آن است که فعل علت برای حکم عقل به حسن یا قبح باشد یعنی عنوان فعل تمام موضوع برای حکم تلقی شود. مثلاً عنوان عدل حسن ذاتی دارد یعنی تمام موضوع برای حکم به حسن است و مادامی که عنوان عدل صادق باشد محال است که فعلی عدل باشد ولی قبیح به شمار آید، در مقابل عنوان ظلم قبح ذاتی دارد یعنی مادامی که بر یک فعلی عنوان ظلم صادق باشد محال است که حسن تلقی گردد. (محمد رضا مظفر، *اصول الفقه*، ج ۲، ص ۲۲۹-۲۲۸).
۸۰. معتزله در مقابل اشاعره معتقدند احکام الهی تابع مصالح و مفاسد واقعی است.
۸۱. محمد حسین اصفهانی، *الفصول النوریه*، چاپ سنگی، [بی‌جا]: دار احیاء العلوم الاسلامیه، ۱۴۰۴ق، صص ۴۳۲-۴۳۱.
۸۲. صدرالدین قمی، *شرح الوافیة*، خطی، کتابخانه آیت الله مرعشی، شماره ۲۶۵۶.
۸۳. به نقل از: ابوالقاسم قمی، *قوانین الاصول*، چاپ سنگی، ج ۲، [بی‌جا، بی‌تا، ۱۳۳۴ق]، ص ۳.
۸۴. محمد بن مکی (شهید اول)، *القواعد و الفوائد*، ص ۹۸.

۸۵. قال علی (ع): ان الله تعالى لم يامرک الا بحسن و لا ینهک الا عن قبیح (نهج البلاغه/نامه ۳۱). قال علی (ع): العقل شرع من داخل و الشرع عقل من خارج.
۸۶. ابوالقاسم قمی، *قوانین الاصول*، ج ۲، ص ۱ به بعد.
۸۷. همان، ص ۳.
۸۸. مرتضی انصاری، ص ۱۸؛ یوسف بحرانی، همان، ج ۱، ص ۱۲۹-۱۳۲.
۸۹. ابوالقاسم کلانتر، *مطرح الانظار، طهران*: [بی‌نا]، ۱۳۰۸ ق: چاپ سنگی.
۹۰. محمد جعفر جعفری لنگرودی، *ترمیم‌لویزی حقوق*، ص ۶۷۰ ش ۵۱۸۷.
۹۱. آخوند محمد کاظم خراسانی، همان، ص ۳۳۸؛ علی نقی حیدری، *اصول الاستنباط*، قم: المطبعة العلمية، ۱۳۲۹ق/۱۳۳۸، ص ۲۱۶؛ میرزای نائینی، همان، ج ۴، ص ۳۲۱-۳۲۲.
۹۲. آخوند محمد کاظم خراسانی، همان، ص ۳۲۴.
۹۳. همان، ص ۳۳۹؛ میرزا حسن بجنوردی، *منتهی الاصول*، قم: مکتبه بصیرتی، بی‌تا، ج ۲، ص ۴۰۹؛ محمد تقی حکیم، *الاصول العامة للفقہ المقارن*، قم: المجمع العالمی لأهل البیت، چاپ دوم، ۱۴۱۸ق/۱۹۹۷م، ص ۴۰۶.
۹۴. محمود محمد طنطاوی، *المدخل الی الفقه الاسلامی*، بی‌جا: دار التوفیق النموذجية، ۱۴۰۸ق/۱۹۸۷م، ص ۱۶۹-۱۶۸؛ محمد جعفر جعفری لنگرودی، *مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام*، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۰، ص ۲۱۸.
۹۵. محمد جعفر جعفری لنگرودی، *دانشنامه حقوقی*، ج ۲، ص ۶۰-۵۸؛ همو، *مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام*، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۰، ص ۲۱۸.

96. David I. Bridge, *Intellectual properties*, Third, London: Pirmanpub, 1996, P. 100-101.