

لا ضرر به مثابه نظریه در ساختار نظام فقهی و حقوقی

محمود حکمت‌نیا*

چکیده

لا ضرر یکی از قواعد مهم حاکم بر نظام حقوق خانواده در اسلام است. درباره‌ی روایات لا ضرر و چگونگی استفاده از آن در استنباط احکام شرعی در نظام حقوقی اسلام به طور کلی و در نظام حقوق خانواده به طور خاص دیدگاه‌های گوناگونی توسط فقیهان ابراز شده است. با وجود اهمیت مباحث انجام شده درباره‌ی این روایات در این نوشتار تلاش می‌شود مجموعه‌ی این مباحث در قالب نظریه‌ی نهی و نفی ضرر بازخوانی مجدد شود. هرچند مباحث مربوط به سند این روایات و امور پیرامونی آن نیز مهم است، اما به دلیل نبود اختلاف در اصل اعتبار این ادله از این گونه مباحث صرف نظر شده است. همچنین برای ساماندهی نظریه به جای ورود به متن روایات و مدلول‌شناسی آنها، ابتدا حوزه‌های نظریه و سطوح نظام حقوقی اسلام شناسایی شده و با نگاه نظام‌مند جایگاه نفی و نهی از ضرر در آنها بررسی شده است.

کلید واژه

حقوق خانواده، نظام حقوق خانواده، نظام حقوقی اسلام، لا ضرر، نظریه‌ی لا ضرر، قاعده لا ضرر، حکم تشریحی، رفتار مکلف، رفتار دولت.

*- دانشیار پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی
تاریخ دریافت: ۹۰/۲/۱۸ تاریخ تصویب نهایی: ۹۰/۳/۱۸

مقدمه

نظام حقوق خانواده از جمله خرده‌نظام‌های نظام حقوق اسلام است که با دارا بودن قواعد اختصاصی به لحاظ ذات خود مبانی، منابع و اصول مشترکی نیز با این نظام دارد. احکام و قواعد حقوقی تنظیم‌کننده‌ی مستقیم یا غیر مستقیم روابط اشخاص است. روابط موجود در نظام حقوق خانواده به تناسب نقش‌های خانوادگی به روابط میان زن و شوهر، روابط میان والدین و اولاد، روابط اولاد با یکدیگر و در مجموع روابط خانواده و اعضای آن با دولت تقسیم می‌شود. بیشتر این روابط از سوی شارع به صورت حکم مقرر شده و در مواردی نیز اراده‌ی افراد در تعیین ضوابط رفتاری مؤثر است.

شناخت و تحلیل و تعیین ضوابط رفتار اعضای خانواده مستلزم شناخت مبانی، ادله و حکمت‌های احکام است. در این میان یکی از مهم‌ترین امور مؤثر در تعیین چارچوب نظام حقوق خانواده لاضرر است. تحلیل لاضرر در ساختار حقوق خانواده با همه‌ی ابعاد آن نیازمند بازپژوهی درباره‌ی ابعاد مختلف آن است. پیرامون روایات لاضرر دیدگاه‌های بسیاری متنوعی مطرح شده است. برخی آنها را مجمل و استنادناپذیر می‌دانند؛ برخی هم به فهم مشترک فقیهان اعتماد کرده و به اندازه‌ی عمل مشهور، عمل به روایات لاضرر را جایز دانسته و زاید بر آن را مجاز نمی‌دانند (صدر ۱۴۱۷: ۴۷۱). در نتیجه جایگاه روایات لاضرر در تحول و پیشرفت نظام حقوقی متوقف خواهد بود. برخی آن را به اندازه‌ی یک حکم شرعی مبتنی بر ممنوعیت اضرار تنزل داده و آن را حکم تکلیفی دانسته‌اند. برخی دیگر آن را به عنوان یک قاعده‌ی فقهی دانسته و کسانی آن را در حد اصول کلی شریعت و حتی از جمله‌ی مهم‌ترین اصول دانسته‌اند (سیوطی: ۶۷۲).

لاضرر به مثابه نظریه در ساختار نظام فقهی و حقوقی

صرف نظر از ادله‌ی هر یک از دیدگاه‌های فوق باید گفت مباحث مربوط به نفی ضرر و نهي از اضرار هرچند ذیل روایات لاضرر و لاضرار و به مناسبت موضوعات مختلف فقهی در ابواب متعددی به صورت پراکنده مطرح شده است، اما به دلیل گستردگی و انسجام می‌توان آنها را به عنوان یک نظریه در ساختار نظام حقوق اسلامی مطرح کرد، زیرا گرچه فقیهان در صدد اثبات قاعده‌ی فقهی بوده‌اند، اما برای تحلیل مفاد قاعده و پاسخ به شبهات پیرامون آن ناگزیر شده‌اند ابعاد مهمی از نظام حقوقی را کاویده و جایگاه ضرر و اضرار را در آن مشخص کنند.

همچنین لاضرر هم در نظام حقوقی اسلام و هم در روایات بیش از یک قاعده‌ی فقهی مطرح بوده است. از سوی دیگر از لاضرر قرائت‌های گوناگونی شده است. از این رو فقیهانی که تلاش کرده‌اند مفاد آن را به صورت یک قاعده‌ی فقهی یا قرائتی خاص تنزل دهند ناچار شده‌اند روایات مهمی چون روایت اثبات‌کننده‌ی شفعه را توجیه یا بی‌ارتباطی حق شفعه با لاضرر را جست‌وجو کنند (سیستانی ۱۴۱۴: ۳۰).

گذشته از ابعاد نظریه، فقیهان به مناسبت تنقیح روایات لاضرر و لاضرار به لحاظ سند و مفاد ناگزیر بسیاری از امور دیگر را نیز بررسی کرده‌اند. اموری از قبیل چگونگی نقل معصوم از معصوم دیگر، نقل غیر معصوم از معصوم، شئون پیامبر، چگونگی ضبط احادیث، تفاوت متون روایی و چگونگی شیوه‌ی حل اختلاف (همان: ۳۱، ۳۴، ۳۵ و ۶۴)، چگونگی استخراج حکم کلی از احکام قضایی، تطبیق مفهوم بر مصداق، حکمت و علت حکم (نجفی‌خوانساری ۱۴۱۸: ج ۳، ص ۳۷۰) و حتی شناخت موقعیت تاریخی برخی از متون روایی مانند کتاب دعائم الاسلام (سیستانی ۱۴۱۴: ص ۶۴).

شیوه‌ی مطالعه‌ی این قاعده نیز مبتنی بر مبنای نظام حقوقی اسلام به این نحو بوده است که فقیهان با شمارش ادله و روایات و احراز سند به بررسی مفردات و هیئت

ترکیبی مذکور در روایات پرداخته و مفاد به دست آمده را با روایاتی که در آنها تطبیق وجود داشته هماهنگ ساخته‌اند. همچنین در بررسی مفادی، لوازم هر احتمال را نیز ملاحظه و با توجه به آن مطلب را بررسی کرده‌اند. به دیگر سخن، شیوه‌ی آنها در این بررسی تفصیلی بیشتر متن محور و از طریق بررسی متون و نصوص بوده است. روش دیگر طرح ضرر به عنوان یک نظریه است. به این صورت که پرسش‌های اصلی مربوط به ضرر را در چارچوب نظام حقوقی و فقهی مطرح و با دستیابی به احکام هر یک صورت انسجام یافته و هماهنگی از قضایا تحصیل کرد.

مطلب مد نظر در این مقاله پرداختن به لاضرر به مثابه یک نظریه در نظام حقوقی و فقهی اسلام است؛ لذا به مباحث مطرح در حاشیه‌ی تحلیل قاعده پرداخته نخواهد شد. همچنین در مقاله تلاش می‌شود به جای دستیابی به یک تحلیل معین از حدیث لاضرر به مسائل پیرامون آن توجه شده و بر پاسخ‌های آنها تأکید شود. به عبارت دیگر در این مقاله تأکید بر مسائل نظام حقوقی است که برای اثبات نظریه ضروری است. برای طرح لاضرر به عنوان یک نظریه باید دانست نظریه در صورتی محقق می‌شود که مجموعه قضایای مرتبط و منسجم به اثبات رسد و اموری که ممکن است آنها را نقض کنند نیز دفع گردیده یا با ارزیابی مجدد قضایای پایه، به اصلاح مجدد آنها پرداخته شود. در ادامه به مسائل مختلفی که درباره‌ی لاضرر به عنوان نظریه مطرح است، پرداخته می‌شود.

قضایای مطرح پیرامون لاضرر را به سه دسته می‌توان تقسیم کرد:

الف - قاعده‌ی لاضرر قاعده‌ای در حیطه‌ی دستگاه قانون‌گذاری است و چارچوب تشریحی را مشخص می‌کند و از آنجا که عمده‌ی احکام و قواعد حاکم بر خانواده به صورت تشریح خاص است، قاعده‌ی لاضرر در آن کاربرد دارد؛

ب- لاضرر یک حکم تشریحی مربوط به رفتار اشخاص در روابط اجتماعی است. از همین رو این قاعده در روابط اعضای خانواده (رابطه‌ی زن و شوهر و رابطه‌ی والدین و اولاد) به کار می‌رود؛

ج- لاضرر قاعده‌ای در دستگاه حکومت بوده و چارچوب رفتاری دولت را معین می‌کند. از آنجا که افعال دولت در حوزه‌ی خانواده نیز جایگاه مهمی دارد، این قاعده می‌تواند یکی از عوامل نقش دهنده به چارچوب رفتار دولت در خانواده را تعیین کند. علاوه بر این سه امر لازم است ارکان و خصوصیات لاضرر بررسی شده و آثار و ضمانت اجراهای قاعده در ساختار نظام حقوقی اسلام مطالعه شود.

این مقاله بر آن است که ساختاری مبتنی بر نظریه قلمداد کردن لاضرر ارائه دهد؛ لذا در این نوشتار اثبات هر یک از گزاره‌ها و ذکر دقیق ادله و مستندات مد نظر نیست. هرچند مناسب بود در بررسی این نظریه موضوعات مربوط به نظام حقوق خانواده بیشتر بررسی شود ولی از آنجا که این مقاله بیشتر در صدد ارائه‌ی چارچوب کلی برای نظریه است از ورود به موضوعات اختلافی پرهیز شده است.

گفتنی است در این مجال به مباحث سندی و متون معتبر و میزان اعتبار آنها پرداخته نخواهد شد، اما باید اذعان داشت که شناخت متون و میزان الفاظ معتبر و صادر شده از پیامبر (ص) و دیگر معصومان (ع) در ترسیم بنیان‌ها و میزان شمول نظریه مؤثر است که باید در جای خود بررسی شود.

۱) جایگاه لاضرر در دستگاه قانون‌گذاری

قوانین و مقررات نظام فقهی و حقوقی اسلام به صورت کلی وضع گردیده است. قانون‌گذار نیز با ملاحظه‌ی مصالحی و بدون در نظر گرفتن نفع شخصی به وضع

قوانین در قالب قضایای کلی پرداخته است. اصولیین باب واسعی را به تحلیل مراحل حکم و قضایای شرعی اختصاص داده و احکام شرعی و ماهیت آنها را بررسی کرده‌اند (سید عدنان ۱۴۱۴: ۵۰؛ حکیم ۱۴۱۶: ج ۳، ص ۸۱). اکنون سخن این است آیا شارع در وضع قوانین نظام فقهی به نفی ضرر توجه کرده به این معنا که احکام تشریعی خود را مبتنی بر نبود ضرر طراحی کرده باشد.

موقعیت نفی ضرر در این مرحله به صورت‌های گوناگون تحلیل می‌شود. نخست اینکه نفی ضرر را به عنوان حکمت احکام در نظر گرفته باشد و دیگر اینکه نفی ضرر ضابطه‌ی تحدید احکام بوده و سوم اینکه نفی ضرر راهی برای توسعه‌ی احکام قلمداد شود. در ادامه این موارد بررسی خواهد شد.

۱-۱) موقعیت نفی ضرر نسبت به احکام منصوص

این مسئله دو بعد مهم دارد؛ یکی مربوط به شناخت شریعت است که جایگاه نظریه‌ی لاضرر را در آن مشخص خواهد کرد و دیگری ارتباط این امر با بحث استنباط فقهی از روایات لاضرر است.

درباره‌ی مطلب اول برخی از روایات حاکی است که شارع با توجه به نفی ضرر و به تعبیر دیگر برای پیشگیری از ضرر احکامی را مقرر کرده است. نهاد شفعه در برخی روایات به صراحت به لاضرر مستند شده است (طوسی ۱۳۶۵: ج ۷، ص ۱۶۴). هرچند برخی فقیهان وحدت روایت در شفعه و لاضرر را با تردید مواجه ساخته‌اند، اما خود به این امر اذعان داشته‌اند که با پذیرش وحدت روایت چاره‌ای جز این نیست که گفته شود شارع برای سد راه هر گونه ضرری، شفعه را برای شریک وضع کرده است (نجفی‌خوانساری ۱۴۱۸: ج ۳، ص ۳۷۰).

این امر به لحاظ اثباتی مشکلی ندارد. نقض قاعده در مرحله‌ی تشریح مهم است

لاضرر به مثابه نظریه در ساختار نظام فقهی و حقوقی

و فقیهان بیشتر در صدد اثبات این موضوع بوده‌اند، زیرا از نظر آنها در نظام فقهی و حقوقی مقررات و نهادهایی وجود دارد که در بادی امر ضرری محسوب می‌شود مانند نهاد جهاد، خمس، زکات، کفارات و مانند اینها. از آنجا که این نهادها همه موجب از دست دادن جان و مال است در این نگاه نهادها و احکام آنها ضرری است. از سوی دیگر اگر شارع با ابراز لاضرر و لاضرار در صدد نفی احکام ضرری باشد چگونه مفاد قاعده را رعایت نکرده است. به نظر آنها اگر قاعده‌ای اینچنین باشد باید به تخصیص قائل شد حال آنکه اگر دلیلی کثرت تخصیص داشته باشد عمومیت آن استنادناپذیر بوده و باید آن را مجمل پنداشت. زیرا از یک سو بیان قاعده و تخصیص زدن فراوان حکیمانه نیست و از سوی دیگر نمی‌توان صدور سخن را از شارع حکیم غیر حکیمانه دانست. بنابراین سخن بیان شده در این قالب مجمل و مبهم است و نمی‌توان آن را به عنوان یک ضابطه به کار گرفت (همان: ۴۰۳).

پاسخ‌های متفاوتی به این مسئله داده شده است. برخی با توجه به فنون قانون‌گذاری این‌گونه نهادها را توجیه کرده‌اند. بنا بر این دیدگاه، نهادهای استثنا شده در ذیل عناوین حقوقی کثرت ندارند، اما افراد و مصادیق آنها در خارج کثرت دارند. در منطق حقوقی تخصیص عناوین فراوان ناپسند است نه عناوین محدود که افراد زیاد دارند. این سخن در صدد پذیرش نقض کلیت قاعده و رد غیر حکیمانه بودن آن است (مکارم شیرازی ۱۴۱۱: ۷۵؛ نجفی خوانساری ۱۴۱۸: ج ۲، ص ۴۰).

این سخن ممکن است به لحاظ فنون قانون‌گذاری درست باشد، اما نمی‌توان آن را بر اساس فلسفه‌ی تقنین پذیرفت. زیرا باید دید استثنا - حتی در یک مورد - حکیمانه و مبتنی بر مبانی حقوقی هست یا نه. از همین رو اصولیین گاه سخن از عموماتی می‌گویند که آبی از تخصیص است (مکارم شیرازی ۱۴۱۱: ج ۱، ص ۱۹۵). آنها با این‌گونه

سخن در صددند که توضیح دهند استثنا هرچند به صورت مورد خاص خردمندانه نیست. با توجه به این سخن استثنا یک موضوع از حکمی دو جهت دارد؛ یکی اینکه به لحاظ مفاد و دیگر اینکه به لحاظ فنون قانون گذاری خردمندانه باشد.

راه دیگر توجه به این نکته است که این قاعده موقعیت نظارت و حکومت بر سایر ادله دارد. بنابراین اگر حکمی در موضوعی مضر وضع شده باشد، قاعده‌ی لاضرر نمی‌تواند به عنوان حکم ثانوی بر دلیل فوق حکومت کرده و حکم اولی را نفی کند. این مطلب در صورتی است که حکم اولی در موضوع ضرر وضع شده باشد و نتوان برای آن دو حالت با ضرر و بدون ضرر را به تصویر کشید. مثال بارز این موارد وجوب خمس، زکات و جهاد است. همه‌ی این موارد در نگاه ظاهر ضرری است و برای آن دو فرد متفاوت نمی‌توان تصویر کرد (کاظمی خراسانی ۱۴۰۹: ج ۳، ص ۲۵۰) با اینکه این سخن قابل نقد است، اما بر اساس آن نمی‌توان احکام به ظاهر ضرری در حقوق خانواده را بر اساس قاعده‌ی لاضرر نفی کرد. برای مثال، وجوب نفقه یا وجوب پرداخت مهر نسبت به شوهر چنین وضعیتی دارد. در این گونه موارد قاعده‌ی لاضرر کاربردی ندارد.

راه دیگر پیوند امور دنیوی و اخروی است. به این معنی که انجام دادن تکالیف و وظایف شرعی هرچند منجر به ورود ضرر شود چون موجب ارتقا و ثواب است، ضرر محسوب نمی‌شود (خوئی ۱۳۶۶: ج ۶، ص ۳۲۹). این سخن نیز چندان موجه نیست، زیرا ظاهر ضرر منفی در روایات مربوط به امور دنیوی است. داشتن ثواب و اجر در آخرت ماهیت ضرر را تغییر نمی‌دهد بلکه روان انسان برای پذیرش ضرر را قانع می‌کند.

راه چهارم این است که ضمن توجه به تحلیل معنای ضرر در مفهوم دنیوی

نهادهایی که ادعا شده است ناقض نظریه هستند تحلیل مجدد شوند. برخی از فقیهان این روش را اتخاذ کرده‌اند و از این طریق می‌توان بر کلیت نظریه پافشاری کرد. برای مثال، در تحلیل خمس گفته شده است پرداخت خمس از دست دادن مال نیست بلکه از آنجا که مال موضوع خمس به لحاظ تحلیلی در ملک شخص نیست نهاد خمس راهی برای تملک شخص محسوب می‌شود و در نتیجه تشریح خمس به طور کامل در راستای منافع اشخاص است نه اینکه یک نهاد ضرری استثنایی قلمداد گردد (سیستانی ۱۴۱۴: ۲۲۳). همچنین بسیاری از احکام ضرری ضمانت اجراهای کیفی و غیر کیفی‌اند که فلسفه‌ی وجودی آنها و لازمه‌ی ماهیت آنها ضرری بودن است. برای مثال، حکم قطع ید در سرقت این‌گونه است. در اینجا شخص تخلفی را مرتکب شده است که مجازات وی ایراد ضرر خواهد بود. البته بررسی اینکه چرا افراد را باید مجازات کرد تا در نتیجه‌ی آن ایراد زیان توجیه‌پذیر باشد به فلسفه‌ی مجازات مربوط می‌شود (همان: ۲۲۲).

سید محمد باقر صدر در تحلیل این‌گونه نهادها بر این باور است که با نگاه نظام‌مند و خردمندانه به احکام شرعی درمی‌یابیم که نبود این احکام در نظام حقوقی در نگاه کلان ضرر محسوب می‌شود (صدر ۱۴۱۷: ۴۷۴). مطابق چنین نگاهی نمی‌توان در ساختار نظام حقوقی اسلام قواعد و نهادهای حقوقی را به صورت مجزای از یکدیگر و بریده از اهداف نظام حقوقی مطالعه و تحلیل کرد.

۲-۱) نفی ضرر به عنوان ضابطه‌ی تحدید احکام

دیگر جایگاه متصور برای نظریه‌ی ضرر در دستگاه تشریح پذیرش ضرر به عنوان معیاری برای تعیین مرزهای نظام حقوقی است. قواعد و اصول کلی حقوق به لحاظ ساختار کلان نظام حقوقی دو نقش دارند. یکی توجیه‌کننده‌ی قواعد حقوقی و دیگری

معین‌کننده‌ی مرزها و نقش سلبی آنهاست. اینک سخن از مرز سلبی نظام حقوقی است. از نظر فقیهان این مرز به دو صورت معین شده است.

۱-۲-۱) تعیین ضابطه برای مباحات

برخی بر این باورند فعلی که ضرر نزدیک و یا دیر هنگام نداشته باشد، مباح است (موسوی بغدادی ۱۴۱۵: ۲۶۸ و ۴۰۱). در این دیدگاه، منظور از ضرر نزدیک ضرر دنیوی است که بر اساس عرف و عادت شناسایی شده و منظور از ضرر دیر هنگام ضرر اخروی است که از آن به عقاب یاد شده و بر اساس ادله‌ی معتبر شناسایی می‌شود (همان: ۱۲۷). سید مرتضی در برابر فقیهان اهل سنت برای اثبات مشروعیت نکاح موقت به این دیدگاه استدلال کرده است (همان). نگاه وی در این استدلال این نیست که ضرر بر ادله‌ی مباحات نیز حکومت و دایره‌ی احکام مباح را مقید می‌کند بلکه با نگاه فیلسوفانه و با نظر به احکام عقلی در صدد است اباحه‌ی شرعی را با استناد به نبود مانع به اثبات رساند.

۱-۲-۲) تعیین ضابطه برای تحدید دیگر احکام

نظام‌های حقوقی برای سامان‌دهی و نظم‌بخشی به ساختار خود قالب‌ها و قواعد گوناگونی دارند. نظام حقوقی اسلام در ترسیم و نظم‌بخشی خود دو دسته قواعد اولی و ثانوی دارد؛ قواعد اولی ناظر به موضوعاتی است که صرف نظر از موضوعات دیگر، خود به صورت ابتدایی و مستقیم مصادیق خارجی دارد (نجفی خوانساری ۱۴۱۸: ج ۳، ص ۳۷۰). قواعد ثانوی ناظر به قواعد اولی است و معمولاً حدود اجرای قواعد را مشخص می‌کند (همان: ج ۱، ص ۲۲). در دیدگاه فقیهان، لاضرر هنگامی که به عنوان قاعده مطرح می‌شود در صدد ایفای چنین نقشی است. این نقش برای ادله‌ی لاضرر

لاضرر به مثابه نظریه در ساختار نظام فقهی و حقوقی

در صورتی اثبات می‌شود که بتوان لاضرر را به معنای نفی حکم ضرری یا نفی موضوع ضرری تحلیل کرد. با توجه به این سخن، فقیهان به بررسی رابطه‌ی میان قواعد اولیه و قواعد ثانویه (موسوی الخمینی ۱۴۰۹: ج ۴، ص ۱۱۲ و ج ۵، ص ۱۷۳؛ بجنوردی ۱۴۱۹: ج ۳، ص ۱۹۱ و ج ۵، ص ۵۴) و بررسی رابطه‌ی میان قواعد ثانویه پرداخته‌اند (خوئی ۱۴۰۷: ج ۱، ص ۴۴۸). نقش تحدیدی قاعده‌ی لاضرر نسبت به احکام فردی که در حوزه‌ی عبادی یا حقوق شخصی وجود دارد با مشکل چندانی روبه‌رو نیست، اما در صورتی که لاضرر بخواهد قواعد حاکم بر روابط اجتماعی افراد را معین و چارچوب اجرای آن را مشخص کند، نیازمند بررسی و تحلیل است. از همین رو، فقیهان هنگام بررسی روابط مالک با همسایگان، مباحث مفصلی را درباره‌ی حدود قاعده‌ی «الناس مسلطون علی اموالهم» و جایگاه لاضرر در تحدید آن مطرح کرده‌اند (انصاری ۱۴۱۴: ۱۲۷).

اعمال قاعده‌ی لاضرر در مواردی که قاعده‌ی اولیه مبین فعل شخصی باشد با مشکل چندانی روبه‌رو نیست. چگونگی بیان این ضابطه در نظام حقوقی مهم است. به این معنا که در حکومت اسلامی با فرض پذیرش قانون موضوعه در سامان‌دهی امور، قانون‌گذار چگونه می‌تواند از قاعده‌ی لاضرر در وضع قانون استفاده کند. تحلیل مطلب اینکه در نظام حقوقی وجود یک حکم ضرری صورت‌های گوناگونی دارد. گاهی ضرری بودن حکم به صورتی است که شخص باید درباره‌ی آن تصمیم‌گیری فوری کند. در اینجا قانون‌گذار با بیان ضابطه‌ی کلی می‌تواند آثار قاعده‌ی اولیه را با فرض اثبات ضرری بودن از شخص منتفی بداند. این امر در قوانین جزایی کاربرد دارد.

همچنین اگر وجود حکمی در شریعت - در صورت تحقق - یک عنوان ضرری محسوب شود، قانون‌گذار می‌تواند با بیان امر موجب ضرر حکم و با فرض انتفای

حکم اولیه حکم ثانویه‌ی مناسب را در قانون بیاورد. نمونه‌ی این امر را می‌توان در خیار غبن با این فرض که لاضرر آن را به اثبات رساند مشاهده کرد (مکارم شیرازی ۱۴۱۱: ج ۱، ص ۹۱).

همچنین اگر وجود زیان منجر به تغییر یا نفی رابطه‌ی حقوقی افراد با یکدیگر شود، این امر نیاز به تشخیص قضایی دارد. تشخیص قضایی در صلاحیت دادرس است. تعیین چارچوب و بیان قاعده در قوانین موضوعه میسر است به شرط اینکه به مقام صلاحیت‌دار تشخیص دهنده اشاره شود.

۳-۱) نفی ضرر به عنوان ضابطه‌ی تشریح احکام

از جمله مهم‌ترین مباحث مربوط به نفی ضرر اثبات احکام از طریق قاعده‌ی لاضرر است. اگر چه دلیل لاضرر توسط فقیهان برای اثبات حکم در موارد متعددی به کار گرفته شده است، اما برخی با نگاه تحلیلی به آن اثبات حکم را به واسطه‌ی قاعده منتفی دانسته‌اند. عمده دلیل این نگاه لحاظ ضرر برای اثبات حکم، در مرحله‌ی تشریح است و تشریح وظیفه‌ی قانون‌گذار است. از این رو در مقام استنباط نمی‌توان با احراز ضرر حکمی را تشریح کرد (آملی ۱۴۱۳: ج ۲، ص ۲۷۴). برخی دیگر به وجود مانع استناد کرده‌اند که این مانع استلزام اثبات حکم به وسیله‌ی لاضرر به فقه جدید است (نجفی خوانساری ۱۴۱۸: ج ۳، ص ۴۲۱). شیخ انصاری استدلال به عموم روایت در اثبات حکم را مستلزم فقه جدید می‌داند به خصوص اگر قرار باشد ضرر ناشی از جهل به حکم مستلزم اثبات حکم باشد (انصاری ۱۴۲۰: ج ۶، ص ۱۰۱). همچنین اگر قاعده‌ی لاضرر مثبت حکم باشد مستلزم تأسیس فقه جدید است و لازمه‌ی سخن آن است که هرگونه خسارتی از بیت‌المال یا اموال اغنیا تدارک شود که در این صورت سنگ روی سنگ نمی‌ماند (نجفی خوانساری ۱۴۱۸: ج ۲، ص ۱۷۱).

لاضرر به مثابه نظریه در ساختار نظام فقهی و حقوقی

امکان پاسخ به این گونه استدلال‌ها وجود دارد، زیرا شرایط اثبات حکم به وسیله‌ی لاضرر باید در یک چارچوب معین شود. همچنین اثبات حکم به معنای تشریح نیست بلکه لاضرر چارچوبی است که در قالب آن می‌توان به اراده‌ی تشریحی شارع نسبت به وجود حکمی در مورد معین پی برد.

مهم این است که روش اعمال قاعده برای احراز حکم شرعی طراحی شود. در برابر این سخن برخی تلاش کرده‌اند جریان لاضرر را در اثبات حکم تحلیل کنند. برای اثبات حکم چه به صورت عمومی و چه در موارد خاص به صورت‌های گوناگون استدلال شده است.

۱-۳-۱) تحلیل از طریق استدلال مستقیم

نظریه‌ی محقق کرکی با عنوان نظریه‌ی ضرر غیر متدارک حکایت از استدلال وی برای اثباتی بودن قاعده است. وی در باب براءت با استدلال به اصالت براءت تمسک به آن را در صورتی مجاز می‌داند که مسلمان یا کسی که در حکم مسلمان است متضرر نگردد. برای مثال، اگر انسانی قفس را باز کند و پرنده‌ی درون آن بیرون بپرد، یا حیوانی را حبس کند و بچه‌ی آن بمیرد، یا مردی را بگیرد و حیوان وی فرار کند و گم شود، در این موارد نمی‌توان به اصالت براءت استناد کرد، زیرا احتمال دارد این گونه موارد در روایت «لاضرر و لاضرار فی الاسلام» وارد شود. در این روایت نفی ضرر بر معنای حقیقی‌اش حمل نمی‌شود، چون ضرر نفی نشده است (فاضل تونی ۱۴۱۲: ۱۹۳ و ۱۹۴).

شیخ انصاری با بیان احتمالات متعدد دیدگاه فاضل تونی را ناموجه‌ترین احتمال‌ها شمرده است، زیرا ضرر خارجی با حکم شرع به لزوم تدارک، نازل منزله‌ی عدم نخواهد شد. منشأ احتمال فوق این است که بین ضرر متدارک به صورت فعلی و

ضرری که به لزوم تدارک آن حکم می‌شود خلط شده است و آنچه با معنای حقیقی مناسب است ضرر متدارک است نه حکم به لزوم تدارک ضرر (انصاری ۱۴۱۵: ج ۲، ص ۴۵۳).

۱-۳-۲) تحلیل از طریق ملازمه

صاحب عناوین تلاش کرده است از راه دیگری وجه اثباتی لاضرر را تحلیل کند. به نظر ایشان روایات لاضرر یک حکم دستوری را بیان کرده و دلالت بر نهی می‌کند، زیرا کلمه‌ی لا در معنای نهی به کار رفته است. اگر هم لا برای نفی باشد، کلماتی از قبیل مشروع، مجوز و مباح در تقدیر گرفته می‌شود که در این صورت هم با اینکه لا نافیه است، بر منع و تحریم دلالت می‌کند (حسینی مراغی ۱۴۱۷: ج ۱، ص ۳۱۱). سپس ایشان به این نکته اشاره می‌کند که اگر در خارج ضرری واقع شد، فقط حکم به حرمت اضرار مشکلی را حل نمی‌کند بلکه باید برای رفع ضرر راهی پیشنهاد داد (همان: ۳۱۷).

در ادامه، مرحوم مراغی همان شیوه‌ی فاضل تونی را پیش گرفته و بر این باور است که اگر ضرر جبران داشته باشد، ضرر شمرده نمی‌شود. در نتیجه‌ی این سخن با اعمال لاضرر حکم نیز اثبات می‌شود.

مرحوم مراغی علاوه بر استناد به روایات به دلیل عقلی نیز اشاره کرده و در این باره می‌نویسد: «بعد ما علمنا أن هذا شيء قبيح، فمتى ما صدر من شخص و كان قابلاً لرفع قبحه و لم ينجز بالفعل، يحكم العقل القاطع بلزوم رفع هذا العمل القبيح على فاعله»؛ بعد از اینکه دانستیم ایراد ضرر قبیح است، هرگاه ضرر از شخصی صادر شود و قبح آن رفع پذیر بوده و قبح بالفعل نشده باشد، عقل به لزوم رفع عمل قبیح از طرف فاعل حکم می‌کند (همان).

وی سپس در استناد به دلیل نقلی می‌نویسد: «بنا بر اینکه نصوص به معنای نهی از ایراد ضرر باشد، نتیجه گرفته خواهد شد که اضرار حرام است. اکنون با این فرض که نقض به وجود آمده در صورت جبران، اضرار نخواهد بود، نتیجه می‌گیریم ابداً بر حالت ضرر که در قدرت شخص وارد کننده‌ی ضرر بوده، اضرار حرام است، لازمه‌ی سخن، وجوب رفع ضرر توسط وارد کننده‌ی ضرر خواهد بود» (همان: ۳۱۹).

این سخن مانند دیدگاه برخی از حقوق‌دانان غربی است. آنها نیز به این مسئله توجه کرده و دو قاعده در ضرر مقرر داشته‌اند؛ قاعده‌ی اول که در حکم قاعده‌ی پایه است بر ممنوعیت اضرار دلالت می‌کند و قاعده‌ی دوم که بر پایه‌ی قاعده‌ی اول مبتنی است، بر جبران ضرر وارده دلالت می‌کند. جان آستین^۱ و پوتیه^۲ تعهد اول را تعهد پایه^۳ نامیده و تعهد تبعی را که به دنبال نقض تعهد اول می‌آید، تعهد ثانوی^۴ یا تعهد جبرانی^۵ نامیده‌اند (Birks 1995: 38).

اشکال وارد احتمالی این است که اگر نقض در مال، حق یا بدن حاصل شود، ضرر صدق می‌کند و جبران شدن بعد از آن ضرر را رفع نمی‌کند.

پاسخ این است که صدق ضرر معلق است و در صورت کشف جبران و مقابل در آینده روشن می‌شود که از ابتدا ضرر نبوده است. به دیگر سخن، در صدق نبود ضرر، بین اینکه اصلاً ضرری واقع نشود یا ضرری واقع شود و جانشین و جبران داشته باشد، تفاوتی نیست.

پس در صورت وقوع ضرر به مقتضای ادله‌ی لاضرر پی برده می‌شود که چیزی

1-John austin

2-Pother

3-Primary obligation

4- Secondary obligation

5-Remedial obligation

به عنوان رافع ضرر به نحوی که دیگر ضرر صدق نکند وجود دارد، زیرا اگر چنین رافعی وجود نداشته باشد به معنای وقوع و جواز ضرر است، حال آنکه فرض شده، در شریعت ضرر وجود ندارد.

مطابق آنچه گفته شد، باید برای رفع ضرر رافعی وجود داشته باشد، اما اینکه رافع ضرر کیست و با چه کاری می‌توان رفع ضرر کرد سخن دیگری است که باید به آن پرداخت (حسینی مراغی ۱۴۱۷: ج ۱، ص ۳۱۸).

۱-۳-۳) تحلیل از طریق توسعه‌ی احکام به احکام عدمی

بی‌تردید با این فرض که لاضرر حکم ضرری را منتفی کند، این قاعده احکام وجودی مصرح در متون دینی یا مستنبط از ادله را نفی می‌کند. حال از آنجا که بر اساس ساختار نظام حقوقی اسلام خداوند مرجع انحصاری تشریح است و هیچ‌کس بدون اذن وی حق تشریح و اعمال ولایت و حاکمیت ندارد، اگر وی در جایی حکمی تشریح نکند و این تشریح نکردن خود ضرری محسوب شود آیا می‌توان نتیجه گرفت حکم کشف می‌شود و می‌توان آن را در حوزه‌ی نظام حقوقی اسلام آورد. برای دستیابی به این نتیجه که با لحاظ لاضرر می‌توان در موارد نبود حکم به حکم دست یافت مقدماتی را باید به اثبات رساند. این مقدمات عبارت‌اند از:

- نبود حکم در حوزه‌ی تشریح است؛
 - قاعده‌ی لاضرر شامل نبود حکم می‌شود؛
 - نفی نبود حکم مستلزم وجود و پی بردن به تشریح است؛
 - حکم کشف شده متناسب با حکم منفی است.
- در صورت اثبات نشدن هر یک از این مقدمات، وارد کننده‌ی زیان مسئولیت مدنی نخواهد داشت. اکنون هر یک از مقدمات فوق به تفصیل بررسی می‌شود.

الف - جایگاه احکام عدمی در شریعت

یکی از موضوعات مهم جایگاه احکام عدمی در شریعت است، زیرا ممکن است ادعا شود که نبود حکم در حوزه‌ی شریعت جای نمی‌گیرد و بنابراین قواعد مربوط به شریعت هم ناظر به نبود حکم نیست. در یکی از روایات قاعده‌ی لاضرر، عبارت «لاضرر و لاضرار فی الاسلام» وجود دارد و ممکن است در این روایت سخن قوی جریان یافته و ادعا شود که احکام عدمی داخل در حوزه‌ی اسلام نبوده، زیرا قاعده از پیامبر (ص) با لحاظ اینکه قانون‌گذار است، صادر شده و لذا مفاد آن در درون شریعت جریان می‌یابد.

با اندک تأملی این شبهه از بین می‌رود، زیرا اسلام عبارت از مجموعه قواعد و مقررات شرعی است که خداوند برای مردم فرض کرده و این قواعد و مقررات فقط مختص احکام وجودی نبوده بلکه شامل احکام عدمی هم می‌شود (حیدری ۱۳۷۹: ۲۹۷). این مسئله در سایر نظام‌های حقوقی هم مطرح است. اگر قانون‌گذار برای عنوانی حکمی جعل نکرد، نمی‌توان گفت که آن عنوان از حوزه‌ی نظام حقوقی خارج است. پذیرش قرار گرفتن احکام عدمی در حوزه‌ی شریعت، ممکت است به مباحثی دیگر از قبیل تغییرات در این ناحیه، شیوه‌ی عمل مردم به حکم عدمی و مانند اینها منجر شود که از بحث ما خارج است.

ب - ماهیت احکام عدمی

در بحث جایگاه احکام عدمی در شریعت مشکل چندانی نیست، اما در ماهیت آن اختلاف مهمی وجود دارد. شیخ انصاری احکام عدمی را حکم مجعول شرعی نمی‌داند و معتقد است حتی اگر شارع در سخنی عدم حکمی را بیان کند، ماهیت سخن اخبار خواهد بود نه انشا؛ «من المعلوم ان عدم حکم الشرع بالضمان فی نظائر

المسألة المذكورة ليس من الاحكام المجعولة في الاسلام و حكمه بالعدم ليس من قبيل الحكم المجعول بل هو اخبار بعدم حكمه بالضمنان اذ لا يحتاج العدم الى الحكم به نظير حكمه بعدم الوجوب او الحرمة او غيرهما فانه ليس انشاء بل هو اخبار حقيقة» (انصاری ۱۴۱۴: ۱۱۹). نائینی نیز این دیدگاه را پذیرفته است (نجفی خوانساری ۱۴۱۸: ج ۳، ص ۴۱۸). در برابر این سخن، برخی اندیشمندان در اموری چون عدم ضمان احکام عدمی را به احکام وجودی مانند براءت ذمه ارجاع داده و آن را نیازمند جعل شارع دانسته‌اند؛ درست مانند اباحه در احکام تکلیفی که از امور وجودی به حساب می‌آید (مکارم شیرازی ۱۴۱۱: ۸۰).

در اینجا بین دو صورت باید تفکیک کرد؛ گاهی شارع حکم خود را روی نبود تکلیف می‌برد، مثل اباحه یا حلّیت که در حقیقت عدم حکم نیست بلکه حکم به عدم است و صورت دیگر، عدم جعل حکم است، البته جعل نکردن حکم در جایی مطرح می‌شود که امکان وضع حکم وجود دارد.

از قسمتی از کلام شیخ انصاری استفاده می‌شود که هر دو فرض نبود حکم بوده و در آثار مشترک‌اند، زیرا حکم به عدم در حقیقت اخبار است نه انشا (انصاری: همان). بعضی دیگر عدم جعل حکم در موضع قابل جعل را در بعضی مواقع به منزله‌ی جعل عدم دانسته‌اند (هاشمی شاهرودی: ج ۳، ص ۵۲۸). در دیدگاهی دیگر بین جعل حکم عدمی و عدم جعل به لحاظ ماهیت، تفاوت گذاشته شده است (سیستانی ۱۴۱۴: ۲۹۲ و ۲۹۳).

به نظر می‌رسد انشائی بودن احکام عدمی اشکال عقلی ندارد، لکن بررسی ماهیت حکم عدمی با گستره‌ی فقه از یک سو و روش وضع احکام در حوزه‌ی حقوق اسلامی از سوی دیگر مرتبط است؛ یعنی ابتدا باید دید آیا مسئله و عنوان داخل در

لاضرر به مثابه نظریه در ساختار نظام فقهی و حقوقی

حوزه‌ی شریعت است و بنا بر این فرض شارع در جعل و بیان احکام خود چگونه عمل کرده است. این دو محور از مسائل فلسفه‌ی فقه است.

به اجمال می‌توان گفت، شارع در ترسیم و تأسیس نظام حقوقی اسلام در یک فضای خالی از هر حکمی عمل نکرده است، بلکه تلاش کرده است با توجه به نظام موجود و احکام و مقررات جاری قواعد و مقررات خود را بیان کند. به عبارت دیگر، قواعد حقوقی در بستر عرف موجود در زمان شارع وضع شده است. این امر باعث شده است که شارع گاهی با اتکا بر امر موجود در عرف وضع مستقلی انجام ندهد.

چگونگی پی بردن به چنین امری سخن دیگری است که با اجماع، عرف، سیره‌ی عقلا و مانند اینها ارتباط پیدا می‌کند. بنابراین می‌توان گفت عدم حکم در جایی که مربوط به شارع است، خود حکم مجعول شرعی است. اگر بنای شارع در عدم حکم اتکا بر عرف و عدم بیان باشد، می‌توان در جایی که مفاد دلیل عدم حکم است آن را به معنای اخبار دانست؛ البته اخبار به حکم موجود شرعی که از رویه‌ی شارع به دست آمده باشد.

ج - شمول قاعده‌ی لاضرر نسبت به احکام عدمی

حال با فرض اینکه عدم جعل حکم مجعول شرعی باشد، باید این مطلب را بررسی کرد که آیا قاعده‌ی لاضرر شامل این گونه احکام می‌شود و دیگر اینکه با پذیرش فرض دیگر آیا جایی برای اجرای قاعده وجود ندارد؟ در اینجا نیز دیدگاه‌ها مختلف است.

در یکی از احتمال‌های ذکر شده در کلام شیخ انصاری و در دیدگاه مرحوم نائینی اجرای قاعده‌ی لاضرر منوط به مجعول دانستن احکام عدمی است (انصاری ۱۴۲۰: ۱۱۹؛ نجفی خوانساری ۱۴۱۸: ج ۲، ص ۲۲۰). همچنین این دیدگاه را می‌توان به محققان دیگری

اسناد داد که برای مجعول قلمداد کردن احکام عدمی تلاش کرده‌اند (هاشمی شاهرودی: ج ۳، ص ۵۲۸).

در برابر این دیدگاه، بعضی بر این باورند که حتی اگر احکام عدمی مجعول هم نباشند، قاعده‌ی لاضرر در آنها جاری می‌شود (مکارم شیرازی ۱۴۱۱: ۸۰؛ حیدری ۱۳۷۹: ۲۹۵). استدلال دیدگاه فوق به تفسیر آنها از قاعده‌ی لاضرر باز می‌گردد. با این توضیح که نبود ضرر مذکور در قاعده، ضرر مرتبط با شارع است و اگر گفته می‌شود حکم ضرری نفی شده است، از آن روست که وضع و رفع حکم به دست شارع است و گرنه کلمه‌ی حکم در قاعده ذکر نشده است. به دلیل ارتباط عدم جعل حکم با شارع اگر ضرری به عدم جعل حکم توسط شارع مستند شود این عدم حکم نفی شده است. بنابراین روایت لاضرر شامل هر دو قسم احکام می‌شود. به علاوه ممکن است از تنقیح مناط و الغای خصوصیت میان احکام وجودی و عدمی هم استفاده کرد و مناط دلیل را شامل هر دو دانست (مکارم شیرازی ۱۴۱۱: ۸۱).

د - میزان اثبات حکم

با فرض اینکه دلیل لاضرر بتواند اثبات حکم کند میزان حکم اثباتی حکمی است که کمترین محذور را داشته باشد (همان: ۹۱). برای مثال، اگر ادامه‌ی زندگی خانوادگی برای زن ضرری شود و زن نتواند به زندگی مشترک ادامه دهد دو فرض متصور است؛ یکی اینکه طلاق را به دست زن بسپارد به گونه‌ای که او بتواند با رعایت تشریفات طلاق خود را مطلقه سازد و دیگر اینکه اختیار طلاق با حاکم باشد. با توجه به ساختار حقوق اسلامی که اختیار طلاق به دست زوج است و این امر جنبه‌ی سلبی دارد به این معنا که اختیار طلاق در دست زن نیست می‌توان نتیجه گرفت که واگذاری طلاق به دست حاکم در محذور کمتری است (همان).

۱-۳-۴) تحلیل از طریق مذاق شریعت

گرچه برای اثبات حکم شرعی در موارد نفی ضرر به صراحت به مذاق شریعت استناد نشده است، ممکن است با مراجعه به مجموعه احکام مقرر در نظام حقوقی اسلام این سخن پذیرفته شود که شارع در راستای سامان‌دهی افعال مکلفین منطقه‌ای را بدون حکم نگذاشته است. از این رو، در صورتی که عدم حکم به نقص شریعت منجر گردد، باید قائل به وجود حکم شد. لذا برخی فقها این احتمال را مطرح کرده‌اند که نظام حقوقی امنیت نسبت به ضرر را برقرار ساخته است به طوری که اضرار شخصی به دیگری را منع و واردکننده‌ی زیان را به جبران آن ملزم کرده است. از این گونه قضایا می‌توان اثباتی بودن لاضرر را استنباط کرد (موسوی الخمینی ۱۴۰۹: ج ۴، ص ۲۷۱). البته ممکن است به این سخن اشکال شود که پیشگیری از ضرر یا جبران آن بیش از آنکه با شارع مرتبط باشد با حاکم ارتباط دارد. از این رو، اثبات حکم تشریحی از قاعده‌ی نفی ضرر از این طریق با مشکل روبه‌روست (همان: ۲۷۳).

۲) جایگاه لاضرر به عنوان ضابطه‌ی رفتاری مردم

ممنوعیت اضرار از جمله احکامی است که در کلیت آن تردیدی نیست. این ممنوعیت گاه ناظر به اضرار به دیگری و گاه ناظر به اضرار به خود است.

۲-۱) منع اضرار به دیگری

اضرار به دیگری به لحاظ حکم تکلیفی عملی حرام و به لحاظ حکم وضعی با وجود شرایطی موجب ضمان خواهد بود. روایات لاضرر با فرض دلالت بر نهی دال بر حرمت ضررند. همچنین با پذیرش نظریه‌ی نفی حکم ضرری در این دسته روایات نیز می‌توان حرمت اضرار را اثبات کرد، زیرا اباحه‌ی اضرار به غیر حکم ضرری

است که ادله‌ی لاضرر آن را منتفی می‌کند. با فرض انتفای حکم اباحه با ملازمه حکم حرمت اثبات می‌شود (انصاری ۱۴۲۰: ۱۱۶) و در صورتی که ملازمه پذیرفته نشود نبود حکم به حرمت اضرار خود ضرر است که بر اساس ادله منتفی شده و با نفی نقیض آن - که حرمت اضرار است - اثبات می‌شود.

علاوه بر این استدلال روایات دیگری نیز اضرار به دیگری را - به خصوص در موارد اضرار غیر مستقیم - موضوع سخن قرار داده‌اند، این روایات به شرح زیر است:

- من اضر بطریق المسلمین شیئا فهو ضامن (طوسی ۱۳۶۵: ج ۹، ص ۱۵۸):

- من اضر بشيء من طریق المسلمین فهو له ضامن (همان: ج ۱۰، ص ۲۳۰).

با وجود بحث درباره‌ی معنا و مفاد این روایات می‌توان گفت بر اساس چنین روایاتی هر کس به سبب شیئی در راه مسلمانان ضرر وارد کند، ضامن است.

خصوصیت بارز این روایات این است که اضرار غیر مستقیم را که مسئولیت در برابر آن ممکن است محل تردید باشد بیان می‌کند. مهم‌تر اینکه این روایات به مسئولیت مدنی اشاره دارند که مهم‌ترین وجه برای ضمانت اجراست.

اگرچه درباره‌ی حکم تکلیفی و وضعی اضرار بحث چندانی نیست ولی از آنجا که اضرار به غیر یک مسئله‌ی شخصی نبوده بلکه یک مسئله‌ی اجتماعی است، حل و فصل آن را نمی‌توان تنها به دست افراد سپرد. هرچند این امر گاهی در قالب دفاع مشروع پیش‌بینی شده است، اما در غیر دفاع مشروع واگذاری حل و فصل به طرفین موضوع با مشکل روبه‌روست.

این مشکل هنگامی آغاز می‌شود که اشخاص با استفاده از حق مشروع خود یا حقی که تصور آن را دارند بخواهند عملی انجام دهند که منجر به ضرر دیگران می‌شود. برخی روایات لاضرر به چنین مطلبی اشعار صریح دارند. برای مثال، می‌توان

لاضرر به مثابه نظریه در ساختار نظام فقهی و حقوقی

به روایتی اشاره کرد که در آن بادیه نشینان برای ممانعت دیگران در استفاده از مراتع اطراف چاه آب که مباح بوده اقدام به ممانعت از استفاده‌ی آب چاه می‌کردند (حر عاملی ۱۴۱۴: ج ۱۷، ص ۳۳۳). آنها در واقع با سلطنت بر چاه به گونه‌ای رفتار می‌کردند که مانع استفاده‌ی دیگران از چراگاه شوند. چنین استفاده‌ای بنا بر وضعیت عرفی ناقض مالکیت ایشان نبود. انگیزه‌ی ایشان از چنین کاری ممانعت دیگران از بهره‌برداری منابع طبیعی بود (سیستانی ۱۴۱۴: ۵۶).

مورد دیگر دیواری است که میان دو منزل واقع شده است و نسبت به یکدیگر ستر محسوب می‌شود. اگر دیوار ملک یکی از آن دو باشد بر اساس قاعده‌ی ملکیت حق هر گونه تصرفی دارد و از جمله تصرفات این است که بتواند دیوار را خراب کند. مطابق این روایات اگر صاحب دیوار برای اضرار به همسایه خویش بخواهد اقدام به تخریب کند امام (ع) مستند به قاعده‌ی لاضرر اجازه‌ی چنین تخریبی را نداده است و در صورت تخریب الزام به تعمیر و بنای مجدد می‌شود (محدث نوری ۱۴۰۸: ج ۱۳، ص ۴۴۷). نکته‌ی مهم در این روایات وجه الزام به تجدید بناست. برخی احتمال داده‌اند که چنین الزامی بیشتر وجه کیفی دارد و برای آن نمونه‌هایی ذکر کرده‌اند مبنی بر اینکه شخص متخلف به عنوان مجازات ملزم به جبران شده است. لکن باید توجه داشت که این یک امر ولایی محسوب می‌شود (سیستانی ۱۴۱۴: ۶۷).

روایت دیگر مربوط به درخت خرما می‌باشد که دو نفر در آن شریک بودند و کار آنها به دعوا کشید. دعوا را خدمت پیامبر (ص) عرضه کردند؛ یکی از آن دو نصف کردن درخت را درخواست کرد که پیامبر (ص) با استناد به قاعده این درخواست را مردود دانستند (متقی هندی ۱۴۱۹: ج ۵، ص ۸۴۳). این دعوا نیز ناظر به حقوق مالکانه‌ی شخص است و نشان می‌دهد که اشخاص نمی‌توانند با استناد به حق خود موجب

زیان دیگری شوند.

منع از اضرار در روابط زوجین در حقوق خانواده نیز به صورت خاص در آیات قرآن اشاره شده است. خداوند در آیه‌ی ۲۳۳ سوره‌ی بقره با اشاره به احکام ناظر به روابط زوجین و فرزند به ممنوعیت اضرار اشاره می‌فرماید: «لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده». درباره‌ی مفاد آیه و محوریت ممنوعیت اضرار جای گفت‌وگوست که در این میان به این دو احتمال می‌توان اشاره کرد؛ احتمال اول اینکه والدین حق ندارند سرنوشت کودک را وجه‌المصالحه‌ی اختلافات خویش قرار دهند و بر جسم و روح نوزاد ضربه وارد کنند و احتمال دوم اینکه پدر نمی‌تواند حق زناشویی زن را به خاطر ترس از باردار شدن وی و در نتیجه زیان دیدن شیرخوار سلب کند. همچنین مادر نیز نمی‌تواند شوهر را به همین دلیل باز دارد (مکارم شیرازی: ج ۲، ص ۱۸۹).

درباره‌ی اضرار به دیگری مباحث مهمی چون تشخیص موضوع و شناخت حکم وجود دارد. نظر به اینکه در بیشتر این موارد روابط طرفین موضوع دعوا قرار می‌گیرد شناخت حکم و موضوع امر قضایی محسوب می‌شود. همچنین بر فرض شناخت حقوق طرفین بنا بر اقتضای ادله‌ی امر به معروف و نهی از منکر حاکم مانع اضرار می‌شود. عدالت اجتماعی نیز موجب می‌شود که حاکم با توجه به تشخیص مصلحت حکم مناسب با قضیه صادر و تصمیم مناسب اتخاذ کند.

برخی از فقیهان با توجه به ابعاد مختلف قضیه تلاش کرده‌اند قضیه سمره بن جندب را تحلیل حقوقی و اجتماعی کنند. از این منظر آنچه در این قضیه اتفاق افتاد تشخیص حقوق طرفین بود که پیامبر (ص) تلاش کردند با احترام به حقوق مالکانه و حق تصرف طرفین شخص را از مزاحمت منع کنند، اما هنگام مشاهده‌ی اضرار سمره ضمن استفاده از شأن حکومتی خویش یعنی برقراری عدالت سبب دعوا را - که

موضوع اضرار بود - منتفی و دستور کندن درخت را صادر کردند (سیستانی ۱۴۱۴: ۱۵۱). از منظر دیگر، در اینجا سه قضیه متفاوت وجود دارد؛ یکی به لحاظ تقنینی و بررسی اینکه در فرض تراحم حقوق مالکانه با ضرر دیگری چگونه باید حدود حقوق هر شخص را معین کرد. دیگر اینکه با فرض تراحم و تعرض حقوق به لحاظ قضایی چه باید کرد و در نهایت اینکه در مرحله‌ی اجرا ضمانت اجرای مناسب را اعمال کرد. این امر نیز در خانواده به خصوص در تراحم حق زوج و زوجه جای گفت‌وگوست. برای مثال، مباحث مربوط به خروج زوجه از منزل، محدودیت اشتغال زنان، تحصیل زوجه، خروج از کشور دختران و زوجه در این چارچوب بررسی می‌شود.

۲-۲) منع اضرار به خود

افراد نسبت به تصرف در بدن خود با رعایت شرایطی سلطنت دارند. اکنون سخن این است که آیا آنها می‌توانند به خود زیان رسانند. این موضوع صور متفاوت دارد؛ یکی اینکه زیان مربوط به موردی است که شخص می‌خواهد تکلیف عبادی انجام دهد، دیگر اینکه شخص می‌خواهد به تعهدی که به دیگری دارد وفا کند و صورت سوم این است که به خود زیان می‌رساند و عنوان دیگری بر آن صدق نمی‌کند. اگر منشأ زیان انجام دادن تکلیف باشد ادله‌ی نفی ضرر این امر را نفی کرده و تکلیف ساقط می‌شود. برای مثال، اگر وضو گرفتن برای شخص متضمن زیان باشد وضو گرفتن منتفی می‌شود. البته این در صورتی است که دلیل لاضرر و لاضرار مقید به قید علی المومن نباشد، زیرا در این صورت فقط ضرر به غیر را شامل می‌شود. البته در صورتی که نتوان از طریق لاضرر به انتفای چنین احکامی دست یافت مشروط به مهیا بودن شرایط باید از طریق قاعده‌ی لاجرح قائل به نفی حکم شد.

تکالیف مالی همچون خمس و زکات شرایط خاص داشته از حوزه‌ی ضرر

خارج‌اند. همچنین اگر شخص نسبت به دیگری تعهد مالی داشته باشد این تعهد را باید انجام دهد. البته اگر انجام دادن تعهد موجب زیان جانی برای وی باشد این تعهد معلق می‌ماند.

صورت سوم این است که شخص بخواهد نسبت به اموال یا بدن یا عرض یا عفاف خود زیان وارد کند. به مقتضای تسلط شخص بر اموال اضرار به اموال خود ممنوعیتی ندارد مگر آنکه منجر به اسراف باشد - که باید آن را در جای خود بررسی کرد. گذشته از این اگر اضرار به اموال با قصد انتفاع باشد در صدق ضرر هم اشکال وجود دارد و جایی برای ممنوعیت و محدودیت وجود ندارد (انصاری ۱۴۱۴: ۱۱۵).

اگر اضرار به بدن منجر به هلاکت نفس شود نهی شده و حرام است (بقره: ۱۹۵)؛ اما نسبت به زیان‌های مربوط به عرض اشخاص بر خود سلطنتی نداشته و کسی نمی‌تواند عرض و آبروی خود را در معرض ضرر قرار دهد.

۳) جایگاه لاضرر به عنوان ضابطه‌ی فعل رفتاری حکومت و حاکم

یکی از مباحث مهم در حوزه‌ی حقوق و سیاست ماهیت حکومت و میزان اختیارات و مسئولیت آن است. این امر بستگی تام به نظریه‌های دولت و مبانی نظریه‌ها از یک سو و ادله و مبانی مسئولیت از سوی دیگر دارد. همچنین تعیین ماهیت رابطه‌ی مردم با حکومت و چگونگی اعمال حاکمیت از طریق نهادها و فرایندهای معین اهمیت خاصی دارد.

از این رو تعیین عناوین رفتاری دولت به گونه‌ای که بتوان ضوابط رفتاری را مشخص کرد کار آسانی نیست. این سخن که در حوزه‌ی فرمانروایی اعمال حاکمیت و اعمال تصدی مجزای از یکدیگرند و بر هر یک ضوابط خاصی حکومت می‌کند

لاضرر به مثابه نظریه در ساختار نظام فقهی و حقوقی

حکایت از نوعی تقسیم‌بندی برگرفته از مبانی نظری دولت دارد. در این ساختار اعمالی که دولت و حکومت جهت نفع و مصلحت عمومی و با استفاده از حق حاکمیت و اقتدار ملی انجام می‌دهد و هیچ قصد انتفاعی در آنها ندارد عمل حکومتی نامیده می‌شود. بر این اساس اموری چون اخذ مالیات، وضع قانون یا اعلان جنگ و صلح با دیگر کشورها از جمله اعمال حاکمیت قلمداد می‌شود. از سوی دیگر اعمال انتفاعی که دولت در آنها همچون اشخاص حقیقی در نقش تاجر و صنعتگر ظاهر می‌شود اعمال تصدی به حساب می‌آید (کاتوزیان ۱۳۷۹: ۶۷).

بر اساس اندیشه‌ی اسلامی مفهوم ولایت و اعمال آن و قواعد و ضوابط حاکم بر آن اهمیت دارد. در نتیجه باید میان اعمال ولایی و غیر ولایی تفکیک کرد. اعمال ولایی و غیر ولایی - هر گونه که توصیف شود - توسط اشخاص حقیقی یا حقوقی صاحب منصب یا مسئولیت صورت می‌پذیرد. محدوده‌ی ولایت و فرایند و چگونگی اعمال آن از موضوعات مهمی است که باید به آن پرداخته شود. با توجه به این سخن باید به نقش نفی ضرر و نهی از اضرار در دو حوزه‌ی اعمال ولایت و امور غیر ولایی توجه کرد.

موضوع مهمی که در حوزه‌ی خانواده با آن روبه‌رو می‌شویم طلاق قضایی است که قاضی بتواند در شرایطی زوج را ملزم به طلاق کرده یا خود با اعمال ولایت زوجه را طلاق دهد.

۴) ارکان، خصوصیات و ضمانت اجراها

نفی ضرر و نهی از آن به عنوان یک قاعده و نظریه ارکان و خصوصیتی دارد که در ادامه به آن اشاره می‌شود.

۴-۱) ارکان قاعده

برای تحقق و اعمال قاعده‌ی لاضرر باید ارکان آن محقق شود. این ارکان عبارت‌اند از تحقق ضرر و اسناد ضرر به حکم یا فعل. در ادامه این ارکان بررسی خواهند شد.

۴-۱-۱) تحقق ضرر

مهم‌ترین شرط برای اعمال قاعده، تحقق ضرر است. درباره‌ی چیستی ضرر نظرات گوناگونی مطرح شده است. آنچه مسلم است، ضرر شامل نقص اموال و بدن می‌شود. حتی این ادعا نیز مطرح شده است که ضرر فقط شامل نقص در مال و بدن می‌شود (موسوی الخمینی ۱۴۰۹: ج ۵، ص ۳۴۶) زیرا امور دیگر نقص ناپذیرند. با وجود این درباره‌ی توسعه‌ی مصادیقی ضرر نظرات گوناگونی ارائه شده است. برخی نقص به حقوق مربوط به عرض (خوئی ۱۳۶۶: ج ۴، ص ۲۹۸) و کرامت (صدر ۱۴۱۷: ج ۵، ص ۴۵۱) را نیز ضرر پنداشته‌اند. به علاوه، برخی محققان تعرض به حقوق مالی را نیز از مصادیق ضرر پنداشته و مهم‌تر از همه در پاره‌ای از نوشته‌های فقهی این سخن مطرح شده است که ضرر شامل تعدی به حقوق عقلایی می‌شود که در شریعت نیز پیش‌بینی نشده است (همان: ۴۷۳). گذشته از این موارد، مباحثی نیز درباره‌ی عدم‌النفع و انواع آن و رابطه‌ی ضرر با آنها مطرح شده است (حسینی مراغی ۱۴۱۷: ج ۱، ص ۳۲۵؛ نجفی خوانساری ۱۴۱۸: ج ۳، ص ۳۷۱). پذیرش هر یک از موارد فوق آثار فراوانی در نظام حقوقی در پی دارد. برای مثال، اگر پذیرفته شود که ضرر و اضرار شامل حقوق عقلایی می‌شود، راهی برای شناسایی حقوقی گشوده می‌شود که در نگاه اولیه ممکن است بر اساس مبانی و قواعد فقهی توجیه‌پذیر نباشد.

نکته‌ی حائز اهمیت دیگر این است که برای تحقق ضرر علاوه بر نقص در امور فوق آیا به وضعیت روانی متضرر نیز توجه می‌شود. بدین معنا که برای تحقق ضرر

لاضرر به مثابه نظریه در ساختار نظام فقهی و حقوقی

متضرر باید احساس تضییع نیز بکند. این امر در ضررهای جزئی مؤثر است، زیرا چه بسا نقص جزئی اموال یا نقص جزئی بدن و مانند آنها در نگاه عرف با توجه به عنصر روانی شخص ضرر محسوب نشود. از این رو، برخی بر این باورند که ضرر عنوانی است که از نقص در مال و نفس و عرض انتزاع می‌شود مشروط بر آنکه به درجه‌ای باشد که شخص متضرر به حسب طبع خویش احساس ضیق و شدت کند. البته احساس ضیق به تنهایی نیز برای تحقق ضرر کفایت نمی‌کند بلکه باید نقص وجود داشته باشد. مطابق این دیدگاه، برای پرهیز از عنصر روانی شخصی تحقق فعلیت ضیق نفسی لازم نیست، بلکه اگر نقصی به حسب طبع خویش اقتضای ضیق را داشته باشد کفایت می‌کند (صدر ۱۴۱۷: ج ۵، ص ۴۵۰). شاید از این امر بتوان نتیجه گرفت که در این دیدگاه عنصر روانی - به صورت نوعی و نه شخصی - به همراه تحقق نقص، شرط انتزاع عنوان ضرر است.

امر دیگری که مورد توجه برخی محققان قرار گرفته است، این نکته است که تحمل نقص برای دستیابی به چیزی ضرر محسوب نمی‌شود. در این دیدگاه، علاوه بر عنصر روانی به غایت فاعل نیز توجه می‌شود (مؤمن ۱۴۱۹: ج ۲، ص ۲۴۸).

۴-۱-۲) اسناد ضرر

یکی دیگر از ارکان قاعده‌ی لاضرر اسناد آن است. بسته به اینکه ضرر را در حوزه‌ی تشریح یا حوزه‌ی رفتار فردی معنا کنیم، وضعیت اسناد متفاوت خواهد بود. با این فرض که ضرر را مربوط به حوزه‌ی تشریح دانسته و قاعده‌ی نفی ضرر را به معنای نفی حکم شرعی بدانیم، به خوبی روشن است ضرر باید مستند به حکم شرعی باشد. اسناد ضرر به حکم به این معنا نیست که شارع به عنوان واضع حکم، وارد کننده‌ی ضرر به اشخاص و مکلفین است. اشخاص در زندگی فردی و اجتماعی بر

اساس قواعدی رفتار می‌کنند که شارع آن قواعد را وضع کرده است. با این فرض، اگر اشخاص بر اساس اجرای قواعد به خود یا دیگری ضرر وارد کنند این ضرر ریشه در حکم شرعی خواهد داشت که شارع از آنان خواسته است. دلیل نفی ضرر چنین حکمی را منتفی می‌کند (مکارم شیرازی ۱۴۱۱: ج ۱، صص ۷۰ و ۷۱). همچنین در صورت جریان لاضرر در سطح رفتار فردی و تصمیم در تحلیل رفتارهای زیان‌بار لازم است میان فعل شخص و زیان رابطه‌ی سببیت برقرار شود.

۲-۴) خصوصیات قاعده

نفی ضرر در ساختار نظام حقوقی خصوصیتی به شرح زیر دارد.

۱-۲-۴) امتنانی بودن

قاعده‌ی نفی ضرر یا ممنوعیت اضرار یک قاعده‌ی امتنانی است. اقتضای امتنان این است که شارع از طریق قاعده حکمی را از مکلف رفع کند و وی را ملزم به تکلیف ضرری نکند (عراقی ۱۴۲۰: ج ۲، ص ۳۰۳). با توجه به امتنانی بودن قاعده باید گفت اعمال قاعده و نفی ضرر از شخص نباید منجر به ضرر دیگری برای وی گردد. همچنین اجرای قاعده‌ی نفی ضرر یا ممنوعیت اضرار نمی‌تواند ضرر را نسبت به کسی نفی کند، اما این نفی متضمن ضرر به دیگری باشد (همان: ۳۲۳). به دلیل امتنانی بودن قاعده‌ی لاضرر، این قاعده نمی‌تواند احکام امتنانی دیگر را نفی کند (همان: ۳۰۵). این خصوصیت باید در حوزه‌ی خانواده به دقت توجه شود، زیرا احکام خانواده روابط میان اعضا را مشخص می‌کند. چه بسا اعمال لاضرر نسبت به یکی از اعضا موجب ضرر به دیگری شود. از همین رو، برخی محققان طلاق زوج مفقودالایثر را با اشکال مواجه دانسته‌اند (همان: ۳۱۵).

۴-۲-۲) دوگانگی ماهیت

در صورت پذیرش این فرض که لاضرر گاه نفی حکم می‌کند و گاه دلالت بر ممنوعیت اضرار به خود یا دیگری دارد برمی‌آید که این قاعده ماهیت دوگانه‌ای دارد. به این شرح که اگر قاعده ناظر به نفی حکم باشد ماهیت ثانوی پیدا می‌کند و نظارت آن بر قواعد اولی خواهد بود، اما در صورت دلالت قاعده‌ی لاضرر بر نهی از اضرار لازم است فعل ضرری از شخص صادر شود. صدور ضرر ممکن است مستقیم یا غیر مستقیم باشد.

ممکن است این اشکال مطرح شود که چگونه لاضرر در دو مفاد مختلف یکی بر نفی و دیگری بر نهی دلالت می‌کند. این شبهه زمانی وارد است که لاضرر فقط در یک روایت آمده بود حال آنکه مفاد لاضرر در چندین روایات با خصوصیات مختلف وارد شده است و در نتیجه ممکن است هر دو مفاد را داشته باشد.

با فرض وجود هر دو مفاد در نظام حقوقی باید نسبت هر یک را در ساختار نظام مشخص کرد. اگر مفاد لاضرر نفی حکم ضرری باشد رابطه‌ی آن به صورت قاعده‌ی ثانویه خواهد بود و بر دیگر ادله حکومت خواهد کرد، اما در مواردی که مفاد قاعده نهی از اضرار باشد مانند دیگر ادله است و یک قاعده‌ی اولی محسوب می‌شود.

۴-۳) آثار و ضمانت اجرای قاعده

آثار و ضمانت اجرای نفی و نهی از ضرر بسته به اینکه این قاعده در چه سطحی معنا شود متفاوت است. با این فرض که قاعده در سطح تشریح و قانون‌گذاری قلمداد گردد و به معنای نفی احکام ضرری باشد، حکم منشأ ضرر نفی و بر فرض اثبات، حکم متناسب با رفع ضرر کشف می‌شود. این امر در مرحله‌ی تشریح است که مقام استنباط‌کننده‌ی حکم را به صورتی کلی استخراج کرده و بیان می‌دارد.

لیکن گاه صرف نفی حکم برای از میان بردن منشأ ضرر کفایت نمی‌کند. در اینجا بر اساس ساختار نظام حقوقی و کیفری اسلام، قاضی و حاکم دستور مناسب را صادر می‌کند. برای مثال، در قضیه‌ی سمره بن جندب ضمانت اجرای مناسب برای نفی حکم کندن درخت و تسلیم آن به مالک بود، زیرا بر اساس گزارش این واقعه‌ی تاریخی صاحب درخت حاضر به رعایت حقوق صاحب ملک نشده بود و تنها راه باقی مانده به لحاظ قضایی و کیفری کندن درخت و خاتمه دادن به دعوا از این طریق بود. از همین رو، کندن درخت به صورت ضمانت اجرای کیفری جلوه می‌کند.

این وضعیت درباره‌ی اضرارهای شخص به دیگری نیز متصور است، زیرا منع اضرار به لحاظ حقوقی و ارشادی کفایت نمی‌کند. گاه لازم است حاکم بر اساس مبانی امر به معروف و نهی از منکر یا ادله‌ی کیفری دیگر اقدام مناسب را نسبت به فاعل وارد کننده‌ی زیان اعمال کند.

همچنین در صورت جریان نفی از ضرر نسبت به رفتارهای دولت حدود اختیارات وی محدود می‌شود و اگر دولت اقدام زیان‌باری انجام دهد که به لحاظ تکلیفی مشروع باشد ممکن است به لحاظ مدنی مسئول باشد. از این رو باید مسئولیت مدنی دولت را نسبت به اقدامات انجام شده توسط کارکنان وی بررسی کرد.

نتیجه‌گیری

با توجه به مجموع مباحث فوق روشن شد نه تنها روایات لاضرر مجمل و مبهم نیست، بلکه مباحث پیرامون آن نیز حاوی چنان نظامی است که می‌توان آنها را در قالب نظریه‌ی لاضرر بازخوانی کرد. با بازخوانی روایات لاضرر و دیگر روایات مرتبط به عنوان یک نظریه‌ی عام معلوم می‌شود که شارع در مرحله‌ی تشریح به

لاضرر به مثابه نظریه در ساختار نظام فقهی و حقوقی

لاضرر توجه کرده است به گونه‌ای که این روایات قابلیت آن را دارد تا حد سلبی برای مجموعه مقررات و احکام تشریحی قلمداد گردیده و از سوی دیگر می‌تواند مصدوری برای استنباط احکام جدید تلقی شود. همچنین سطوح این نظریه قابلیت آن را دارد که به عنوان ضابطه‌ای برای رفتار اشخاص - چه نسبت به خود چه نسبت به دیگری - قرار گیرد و از سوی دیگر با ملاحظاتی می‌توان جایگاه لاضرر را نسبت به رفتار دولت نیز مطالعه کرد.

با فرض نفی یا نهی از ضرر اعمال آن ارکان و شرایطی دارد که با بررسی دقیق این ارکان می‌توان درباره‌ی آن در موضوعات اظهار نظر کرد. همچنین اعمال لاضرر ضمانت اجراهای مناسبی دارد که برخی از آنها در متون روایی نیز آمده است. بازخوانی لاضرر به عنوان نظریه راه مناسبی برای ساماندهی مطالعات انجام شده ارائه می‌دهد و از سوی دیگر این قابلیت را دارد تا به مجموعه‌ی مباحث در حوزه‌های تخصصی مانند حقوق خانواده نظام مناسب بخشیده و محققان به جای درگیر شدن در موضوعات و مسائل غیر مرتبط به دقت موضوع مرتبط را تشخیص داده به تحلیل همان موضوع بپردازند.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

منابع

- ◀ آملی، محمدتقی ۱۴۱۳ق. کتاب المکاسب و البیع (تقریرات ابحاث النائینی)، قم، الاسلامی.
- ◀ انصاری، مرتضی ۱۴۱۴ق. رسائل فقهیه، قم، کنگره شیخ انصاری.
- ◀ _____ ۱۴۱۵ق. کتاب الطهاره، قم، الهادی.

- ◀ _____ ۱۴۲۰ق. کتاب المکاسب، قم، مجمع الفقه الاسلامی.
- ◀ بجنوردی، سید محمد حسین ۱۴۱۹ق. القواعد الفقهيہ، قم، الهادی.
- ◀ حر عاملی، محمدبن حسن ۱۴۱۴ق. وسائل الشيعه، قم، آل البيت لاحياء التراث.
- ◀ حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح ۱۴۱۶ق. العناوين الفقهيہ، قم، الاسلامی.
- ◀ حکیم، سید عبدالصاحب ۱۴۱۶ق. منتقى الاصول، قم، الهادی.
- ◀ حیدری، سید کمال ۱۳۷۹. قاعده لاضرر و لاضرار (ابحاث سید محمد باقر صدر)، قم، دارالصادقین.
- ◀ خوانساری، محمد علی ۱۴۱۵ق. الموسوعه الفقهيہ الميسره، قم، مجمع الفكر الاسلامی.
- ◀ خوئی، سید ابوالقاسم ۱۴۰۷ق. کتاب الحج، قم، العلمیه.
- ◀ _____ ۱۳۶۶ق. مصباح الفقاهه، قم، حاجیانی.
- ◀ سید عدنان، سید منیر ۱۴۱۴ق. الرافد (تقریرات سید علی سیستانی)، قم، مکتب آیت الله العظمی السید السیستانی.
- ◀ سیستانی، سید علی ۱۴۱۴ق. قاعده لاضرر و لاضرار، قم، مکتب آیت الله العظمی السید علی السیستانی.
- ◀ صدر، سید محمد باقر ۱۴۱۷ق. بحوث فی علم الاصول، قم، دائره المعارف فقه اسلامی.
- ◀ طوسی، محمدبن حسن ۱۳۶۵ق. تهذیب الاحکام، دارالکتب الاسلامیه.
- ◀ عراقی، ضیاء الدین ۱۴۲۰ق. مقالات الاصول، قم، مجمع الفكر الاسلامی.
- ◀ فاضل تونی، عبدالله بن محمد ۱۴۱۲ق. الواقیه فی اصول الفقه، قم، مجمع الفكر الاسلامی.
- ◀ کاتوزیان، ناصر ۱۳۷۹. وقایع حقوقی، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- ◀ کاظمی خراسانی، محمد علی ۱۴۰۹ق. فوائد الاصول، قم، الاسلامی.
- ◀ مؤمن، محمد ۱۴۱۹ق. تسدید الاصول، قم، الاسلامی.

لاضرر به مثابه نظریه در ساختار نظام فقهی و حقوقی

- ◀ متقی هندی، علاءالدین علی ۱۴۱۹ق. کنز العمال فی سنن الاقوال و الافعال، تدوین محمود عمر الدمیاطی، بیروت، دارالکتب العلمیه.
- ◀ محدث نوری، حسین ۱۴۰۸ق. مستدرک الوسائل و مستنبط الوسائل، قم، آل‌البتیت لاحیاء التراث.
- ◀ مکارم شیرازی، ناصر ۱۴۱۱ق. القواعد الفقهیه، قم، الامام امیرالمؤمنین (ع).
- ◀ _____ . تفسیر نمونه، تهران، دارالکتب الاسلامیه.
- ◀ موسوی بغدادی، علی بن حسین (سید مرتضی) ۱۴۱۵ق. الانتصار، قم، الاسلامی.
- ◀ _____ ۱۴۰۵ق. رسائل المرتضی. قم، دارالقرآن.
- ◀ موسوی الخمینی، سید روح‌الله ۱۴۱۰ق. کتاب البیع. قم، اسماعیلیان.
- ◀ نجفی خوانساری، موسی ۱۴۱۸ق. منیه الطالب فی شرح المکاسب، تقریرات میرزا محمد حسین نائینی، قم، الاسلامی، ج ۱ و ۲ و ۳.
- ◀ هاشمی شاهرودی، سید علی. دراسات فی علم الأصول تقریرا لایحات سماحة آية الله العظمی السید ابوالقاسم الخوئی، قم، دائرة المعارف الفقه الاسلامی.

➤ Birks, Peter. *The Concept of a Civil Wrong (Philosophical Foundation of Tort Law)*, Edited by David G. Owen. Oxford: Clareson Press, 1995.