

فصلنامه بین المللی قانون یار

License Number: 78864 Article Cod: 2018Y3N8A24 ISSN-P: 2538-3701

بررسی فقهی و حقوقی قاعده لاضرر در رویه قضایی کنونی

(تاریخ دریافت ۱۳۹۷/۱۱/۱۵، تاریخ تصویب ۱۳۹۸/۰۲/۱۲)

هرمز عبداللهی

وکیل پایه یک دادگستری

چکیده

از جمله قواعدی که در تعدیل یا تکمیل نصوص شرعی کاربرد موثر دارد و احکام فرعی فراوانی از آن متفرع شده است، قاعده لاضرر یا قاعده نفی ضرر است. با آنکه نصوص شرعی متعددی بعنوان مدرک قاعده مزبور مورد استناد فقها واقع شده است. اما بدون تردید، قبح ضرر و حسن جلوگیری از آن و در نتیجه نهی از اضرار، از احکامی است که عقل، صرف-نظر از متون شرعی یا ادله نقلی، به آن حکم می کند و از مستندات عقلیه است. همچنین از جمله قواعدی که در تعدیل یا تکمیل نصوص شرعی کاربرد موثر دارد و احکام فرعی فراوانی از آن متفرع شده است قاعده لاضرر یا قاعده نفی ضرر است. با آنکه نصوص شرعی متعددی به عنوان مدرک قاعده مزبور مورد استناد فقها واقع شده است اما بدون تردید قبح ضرر و حسن جلوگیری از آن و در نتیجه نهی از ضرر از احکامی است که عقل صرف نظر از متون شرعی یا ادله نقلی به آن حکم می کند و از مستقلات عقلیه است به عبارت دیگر این قاعده از قواعد کلی مبتنی بر انصاف است. اهمیت قاعده مذکور به حدی است که بسیاری از فقها از گذشته دور و نزدیک در تالیفات و تقریرات خود رساله مستقلی را به آن اختصاص داده اند. در این مقاله بر آن شدیم قاعده لاضرر در رویه قضایی کنونی را از لحاظ فقهی و قانونی مورد بررسی و تحقیق قرار دهیم.

واژگان کلیدی: قاعده لاضرر، نهی از اضرار، قاعده تسلیط، عدم النفع، قاعده اتلاف



بخش اول: مدارک قاعده لاضرر

۱-قرآن: در قرآن کریم آیاتی وجود دارد که مستقیماً بر نهی از اضرار تأکید دارد که به ذکر چند نمونه از آن مبادرت می‌گردد.

– در آیه ۲۳۳ سوره بقره چنین آمده است: «لا تضار والده بولدها ولا مولود له بولده» به این معنی که پدر و مادر نباید به فرزند خود و خود زیان برسانند یا در صدد زیان رساندن برآیند و یا به پدر و مادر نباید به سبب فرزند زیان رسانیده شود.

– در آیه ۲۳۱ سوره بقره می‌فرماید: «ولا تمسکوهن ضاراً لتعتدوه» در این آیه از اینکه مردان برای ضرر زدن و تجاوز به حقوق زنان آنان را نگهداری کنند و از طلاق آنها خودداری کنند صراحتاً نهی شده است.

– خداوند در آیه ۱۲ از سوره نساء می‌فرماید: «من بعد وصیه یوصی بها او دین غیر مضار» یعنی از بعد وصیتی که وصیت می‌شود به آن یا دینی غیر ضرر رساننده. قضیه از این قرار است که می‌فرماید ترکه بین ورثه تقسیم می‌شود بعد از آنکه مورد وصیت یا دینی که «غیر مضار» است از ترکه خارج گردد یعنی وصیتی که موصی به ورثه ظلم نکرده و ضرر نزده باشد چون ممکن بود موصی به قصد اضرار به ورثه به دینی اقرار کند و بدین وسیله ورثه را از میراث ممنوع و محروم نماید.

آیه ۲۸۴ سوره بقره می‌فرماید: «ولا یضار کاتب و لا شهید» (کاتب و گواهی دهنده دین نباید ضرر برساند) یعنی کاتب و تنظیم کننده دین و معامله نباید امری را که غیر واقع است بنویسد و همچنین شاهد باید دقیقاً به چیزی که اتفاق افتاده گواهی دهد و چیزی از آن نگاهد.

۲- احادیث و روایات: فقها در بحث از قاعده لاضرر اغلب به روایاتی که در این باره وجود دارد استناد کرده‌اند و به ندرت به آیات قرآنی اشاره کرده‌اند. روایات مورد استناد در این باره روایات متعددی هستند که از طرق مختلف نقل شده و در همه آنها عبارت «لاضرر و لااضرار» ذکر شده است معروفترین این روایات روایتی است که به وسیله زراره و ابو عبیده حذاء با اندک

اختلافاتی نقل شده است در کتب اهل سنت نیز عبارت «لا ضرر و لا ضرار» به عنوان حدیث نبوی نقل شده است.

خلاصه موضوع روایات مذکور در کتب حدیث شیعه آن است که شخصی سمره ابن جندب درخت خرمايي در خانه يکي از اهالي مدینه داشت که راه رسیدن به آن از منزل صاحب خانه می گذشت صاحب خانه نزد پیامبر اکرم شکایت برد. پیامبر صاحب درخت را احضار و از وی خواست که هر وقت قصد سرکشی به درخت خود را دارد از صاحب منزل اجازه بگیرد سمره امتناع کرد پیامبر به صاحب خانه فرمود برو درخت را بکن و مقابل صاحبش بینداز تا هر کجا می خواهد آن را بکارد و بعد فرمود: «لا ضرر و لا ضرار» و یا «لا ضرر و لا ضرار علی مؤمن». به عقیده برخی دانشمندان عبارت «لا ضرر و لا ضرار» از جمله معذود احادیثی است که روایت آن به حد تواتر رسیده است. حدیث دیگر روایت دعائم الاسلام از حضرت صادق (ع) است بدین شرح: از حضرت پرسیده شد دیواری بین دو خانه حد فاصل و ساتر بوده و خراب شده است مالک دیوار حاضر نیست دیوار را دوباره بنا کند آیا به درخواست همسایه مجاور می توان مالک دیوار را به تجدید بنای آن ملزم ساخت؟ حضرت پرسید آیا مالک بنا بر حق یا شرطی متعهد به این کار می باشد؟ و چون پاسخ منفی داده شد فرمود چنین الزامی وجود ندارد و همسایه مجاور می تواند برای ایجاد ساتر جهت ملک خود دیوار را دوباره به هزینه شخصی خودش بسازد در همین مورد از حضرت صادق پرسیده شد در چنین فرضی بدون اینکه دیوار خود به خود خراب شود آیا مالک دیوار بدون هیچگونه لزوم و ضرورتی حق دارد به منظور اضرار به همسایه آن را خراب کند؟ حضرت فرمود: چنین حقی ندارد زیرا بنا به فرموده رسول اکرم لا ضرر و لا ضرار. روایت دیگر در وسائل آمده است و شرحش این است که راوی می گوید به حضرت رضا (ع) نوشتم در خصوص شخصی که در پایین نهری آسیابی دارد نهر متعلق به قریه ای است و صاحب قریه تصمیم به تغییر مسیر نهر می گیرد و بدین ترتیب آب آن آسیاب قطع می شود. پرسیده می شود آیا صاحب قریه (صاحب آب) حق دارد چنین رفتار کند و پاسخ نوشته می شود: از خدا بپرهیزد و به نیکی رفتار کند و به برادر مؤمن مسلمان خود ضرر نرساند.

بند اول: متن حدیث لا ضرر

این حدیث به سه نحو خوانده شده:



لاضرر و لاضرار

لاضرر و لاضرار فی الاسلام

لاضرر و لاضرار علی مؤمن

آنچه مسلم و متواتر و درسه نوع قرائت مشترک است نحوه اول است و دو نحوه دیگر به حد تواتر نرسیده .

بند دوم : معانی قاعده لاضرر

در این مبحث ابتدا به بیان مفردات این قاعده می پردازیم سپس تفسیر دانشمندان مختلف از این قاعده را مورد بررسی قرار می دهیم و به نقد و بررسی نظرات آنها می پردازیم .

معنای لا : « لا به معنای نفی جنس است و چون بر سر اسم نکره « ضرر » و « ضرار » آمده مفید عموم است یعنی هیچ ضرر و زیانی وجود ندارد ولی برخی از فقها آن را « ناهیه » گرفته اند .

معنای ضرر : ضرر دارای معنای عرفی است . در نهایه ابن اثیر چنین آمده است : « لاضررای لایضر الرجل اخاه و هو ضد النفع » . در کتب دیگر هم کم و بیش همین تعبیرات است و به طور خلاصه : برخی ضرر را در برابر نفع گرفته اند و برخی دیگر گفته اند : ضرر نقص و کم کردن حق دیگری است . عده ای همچون (راغب) ضرر را به معنای سوء حال دانسته و می نویسد : ضرر یعنی سوء حال و در نفس است به علت کمی دانش و فضل یا در بدن است به لحاظ نقص یا کمبود عضوی و یا ناشی از کمی مال و جاه است . به طوری که ملاحظه می شود همه اینها توضیحاتی در زمینه معنای عرفی ضرر است و به نظر می رسد رساترین توضیح این معنا تعبیر زیر است . «فقد کل ما نجد و ننتفع به من مواهب الحیات من نفس او مال او عرض او غیر ذلک » یعنی نداشتن و از دست دادن هر یک از مواهب زندگی ، جان، مال ، حیثیت و هر چیز دیگری که از آن بهره مند می شویم .

معنای ضرار : ضرار به کسر ضاء ، مصدر باب مفاعله است : ضارّ ، یضارّ ، ضرارا . اسم فاعل و مفعول آن می شود مضارّ که اولی بر وزن مفاعل به کسر عین و دومی بر وزن مفاعل به فتح عین است .



در بیان معنای لغوی ضرار احتمالات زیر داده شده :

- ۱- ضرار یعنی ضرر زدن دو نفر به یکدیگر به مقتضای باب مفاعله .
 - ۲- ضرار یعنی مجازات ، تلافی ، کیفر دادن ضرری که یکی ایجاد کرده .
 - ۳- ضرار یعنی ضرر زدن به دیگری بدون اینکه سودی عاید شود و ضرر یعنی زیان زدن به دیگری به نفع خود .
 - ۴- ضرار مترادف است به ضرر ، و این عقیده صاحب کفایه است .
 - ۵- ضرار یعنی ضیق و عسرو حرج .
 - ۶- ضرار یعنی زیان رساندن به طور عمدی و ضرر اعم است از اینکه عمدی باشد یا غیر عمدی .
 - ۷- ضرار به معنای تکرار صدور ضرر است ، یعنی ضرر زدن به طور مکرر .
- در بیان منظور فقهی و حقوقی روایت لاضرر چهار عقیده مشهور وجود دارد که به بیان آن می پردازیم :

بند سوم: نهی از ضرر

برخی از فقهای متقدم امامیه و اغلب فقهای اهل تسنن ، عقیده دارند که مدلول حدیث لاضرر و لاضرار بیان حکم تکلیفی حرمت وارد ساختن زیان ابتدائاً ، یعنی نباید کسی به دیگری ضرر بزند و نیز حرمت مجازی دفع ضرر به وسیله ضرر است . به این معنی که مثلاً کسی مجاز نیست دیوار خانه دیگری را خراب کند ، و اگر چنین کاری کرد ، صاحب دیوار نباید برای مقابله دیوار خانه او را خراب کند . از بین فقهای امامیه شیخ فتح الله شریعت اصفهانی متوفی به سال ۱۳۳۹ هجری قمری ، در رساله ای که در باب قاعده لاضرر نوشته است به نحو مبسوط این نظر را بیان و در توجیه آن دلایلی ذکر نموده است که مهمترین آنها بیان شواهدی است از کتاب و سنت در مورد کاربرد لای نفی جنس در معنای نهی ، از جمله : لارفت و لافسوق و لاجدال فی الحج و فان لک فی الحیات ان تقول لامساس یا لا ضروره فی الاسلام ، لا طاعه لمخلوق فی معصیه الخالق ، لا هجر



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

بند چهارم: نفی ضرر غیر متدارک

برخی عقیده دارند که «لاضرر» بر نفی ضرر دلالت می‌کند ، با تقييد ضرر به ضرر غیر متدارک . یعنی ضرری که جبران نشده باشد ، در اسلام تجویز نشده است . از آنجا که ضرر هر گاه جبران شود دیگر ضرر نیست حکم به جبران ضرر از جانب شارع ، به منزله آن است که ضرر وجود ندارد . این عقیده مرحوم نراقی است . بر این نظر انتقاداتی وارد شده است ، از جمله اینکه : ضرر در صورتی می‌تواند معدوم فرض شود که در واقع و در عالم خارج جبران شده باشد . بدیهی است که به مجرد حکم شارع به جبران ضرر ، ضرری که در عالم خارج واقع شده است ، جبران نمی‌شود . علاوه بر آن ، شارع حکم به جبرا همه ضررها نکرده است . مثلا ، شارع به جبران ضرری که شخص بر خود وارد می‌سازد ، یا زبانی که بر اثر ارزان فروختن کالا توسط تاجری به سایر تجار وارد می‌گردد ، حکم نکرده است .

بند پنجم: نفی حکم ضرری

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



و جوب وضو در حالی که آب برای وضو گیرنده مضر است و یا تهیه آن مستلزم پرداخت بهای سنگین است ، ضرر بر مکلف است بنابراین به موجب حدیث لاضرر این احکام برداشته شده‌اند . در قرون اخیر تعدادی از فقهای بزرگ مانند شیخ احمد نراقی و شیخ مرتضی انصاری از این نظریه طرفداری کرده‌اند و پس از ایشان توسط بسیاری از فقهای دیگر پسندیده شده است . مرحوم حاج شیخ مرتضی انصاری معتقد است این نظر ، معنی اول ، یعنی حرمت اضرار به غیر را نیز در بر دارد . زیرا مباح بودن اضرار به غیر ، حکم ضرری است که در شرع نفی شده است .

بند ششم: نفی حکم به لسان نفی موضوع

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

بخش دوم: نقد و بررسی نظرات مربوط به معنای قاعده لاضرر

بند اول: نفی حکم ضرری با واقعیت مطابقت ندارد

مهمترین دلیلی که در توجیه این نظریه که معنای قاعده لاضرر نفی حکم ضرری است ، بیان شده است ، آن است که کلمه « لا » در عبارت «لاضرر و لاضرار» ، لای نفی جنس است و معنی حقیقی آن نفی حقیقت ضرر است . و به کار بردن آن در معنای دیگر وقتی جایز است که نتوان آن را در معنای حقیقی استعمال کرد و نزدیکترین معنا به معنای حقیقی ، نفی ضرر در عالم تشریح است . وجود قید فی الاسلام در پایان عبارت در برخی روایات نیز مؤید این نظر است . اما این دلیل تمام نیست ، زیرا اولاً حکم شرعی در صورتی که ضرری باشد، تنها یکی از اسباب ضرر است ، در نتیجه ، استعمال لاضرر و لاضرار، تنها در معنای نفی احکامی که موجب ضرر می‌شوند مسلماً



استعمال آن در معنای حقیقی نیست. به همین سبب و برای رفع این اشکال، مرحوم آخوند خراسانی معتقد شده است، معنای درست قاعده نفی حکم به لسان نفی موضوع است. وجود قید فی الاسلام در برخی احادیث بر فرض که صحت داشته باشد، مجوز محدود ساختن قاعده لاضرر، تنها به احکام شرعی محسوب نمی‌شود زیرا اسلام معنایی بسیار وسیع‌تر از احکام شرعی فرعی دارد.

ثانیا: همانطور که نفی حقیقت ضرر در عالم واقع حقیقت ندارد. نفی آن در عالم تشریح نیز به نحوی که طرفداران عقیده موضوع بحث عنوان کرده‌اند با واقعیت مطابقت ندارد، زیرا نه تنها ضرر در همه موارد موجب رفع حکم شرعی نمی‌گردد، بلکه بسیاری از احکام شرعی مانند وجوب پرداخت خمس و زکات و وجوب روزه و حج و جهاد و حرمت ربا، ملازم با ضرر هستند، و اصولا لازمه انجام هر تکلیفی، تحمل مقداری سختی و مشقت و یا ضرر است. اگر گفته شود: قاعده لاضرر شامل ضررهایی که مربوط به طبیعت حکم شرعی است، نمی‌شود، بلکه شامل ضررهایی است که خارج از طبیعت حکم باشد، نتیجه قبول این مدعا آن است که تنها ضررهای خاصی به وسیله قاعده لاضرر در عالم احکام نفی شده است، نه همه ضررها. همانطور که مرحوم شیخ مرتضی انصاری خود در کتاب فوائد الاصول (رسائل)، تصریح نموده است ضررهایی که شامل این قاعده نمی‌گردند و در واقع مخصوص قاعده لاضرر هستند، چند برابر ضررهایی است که تحت قاعده باقی می‌ماند. بنابراین دیگر نمی‌توان ادعا کرد که معنی ادعا شده مطابق با معنی حقیقی جمله لاضرر، یعنی نفی حقیقت ضرر است. علاوه بر آن، همان مواردی که ادعا شده است شامل قاعده لاضرر هستند، یعنی ضررهای خارج از طبیعت حکم شرعی، نیز موجب رفع حکم شرعی نمی‌گردند و ادعای رفع حکم شرعی در آن موارد با واقعیت مطابقت ندارد، زیرا چنانچه چنین ادعایی واقعیت داشته باشد، می‌بایست ضرری که خارج از طبیعت حکم است به هر اندازه که باشد موجب رفع حکم گردد. مثلا، چنانچه مبنای خیار غبن قاعده لاضرر به معنای مورد بحث باشد، می‌بایست تفاوت بین قیمت مورد توافق در معامله و قیمت عادلانه به هر اندازه که باشد موجب ایجاد خیار غبن گردد و یا وجوب نماز اقتضاء می‌کند که مکلف مقداری از وقت خود را صرف انجام مناسک نماز و مقدمات آن نماید و یا برای تهیه آب وضو مقداری مال صرف



کند، این گونه صرف وقت و مال ضررهایی است که لازمه طبیعت حکم است. اما اگر ضرری بیش از این مقدار از وجوب نماز متوجه نمازگزار گردد، مثلاً اشتغال به نماز موجب گردد تا معامله‌ای را که مقداری سود برای وی به همراه دارد از دست بدهد، بنابر معنای ادعا شده از قاعده لاضرر، می‌بایست نماز در این حالت بر وی واجب نباشد، در حالی که نادرست بودن این نتایج مسلم است. چنانچه گفته شود هر مقدار از ضرر موجب رفع حکم نمی‌شود، بلکه ضرر باید به حدی برسد که قابل تحمل نبوده یا تحمل آن دشوار باشد، در آن صورت باید گفت: پس آنچه موجب رفع حکم می‌شود، ضرر به خودی خود نیست، بلکه قابل تحمل نبودن یا دشوار بودن تحمل آن، یعنی در واقع اضطراب یا عسرو حرج ناشی از قابل تحمل نبودن ضرر است در حقیقت مواردی که تصور شده است عنوان ضرر در آنها موجب رفع حکم شده است، از مصادیق قاعده عسرو حرج یا قاعده اضطراب هستند. همانطور که شیخ مرتضی انصاری خود تصریح نموده است، حمل «لاضرر» بر نفی حکم ضرری، با عبارت «لاضرار» در حدیث «لاضرر و لاضرر» منافات دارد، زیرا کلمه ضرار مصدر باب مفاعله و بنا به قولی به معنای مقابله با ضرر به وسیله ضرر است، و بنا به قول دیگر، به معنای در صدد ضرر برآمدن است. و نفی حکم ضرری هیچ رابطه‌ای با دو معنای یاد شده ندارد. اگر معنای «ضرار» چنانکه برخی چون صاحب کفایه گفته‌اند، همان ضرر و تکرار آن برای تاکید باشد، نیز «لاضرار» با مفهوم نفی حکم ضرری هماهنگی ندارد، زیرا همانطور که بیان گردید، مقصود از نفی ضرر در احکام ضرری هر نوع ضرری نیست، بلکه ضررهایی است که وجود آنها لازمه اصل و طبیعت حکم شرعی نباشد، علاوه بر آن، ضرر به حدی برسد که قابل تحمل نبوده و یا تحمل آن دشوار باشد، و این معنی با تاکید بر کلمه ضرر و تکرار آن هیچ تناسبی ندارد زیرا، تاکید بر ضرر به آن معنی است که هر ضرر به هر اندازه که باشد، موجب رفع حکم می‌گردد.

بند دوم: نامفهوم بودن رفع حکم یا عدم جعل حکم شرعی در مورد ضرر

معنای رفع حکم شرعی یا عدم جعل حکم شرعی در موارد ضرر، به نحوی که توسط طرفداران نظریه مورد بحث بیان شده است، چنان روشن نیست. ظاهراً به عقیده این گروه از دانشمندان، رفع حکم ضرری یا عدم جعل آن، شامل همه اقسام حکم اعم از تکلیفی و وضعی، و در مورد احکام

تکلیفی، شامل احکام الزامیه و ترخیصیه، هر دو می‌گردد. به عنوان مثال، لزوم بیع غبنی، لزوم بیع سهم‌الشرکه بدون وجود حق شفعه برای شریک دیگر، وجوب وضو برای کسی که جز با پرداخت بهای سنگین، نمی‌تواند آب تهیه کند و یا براءت ذمه واردکنندگان زیان از جبران خسارت زیان دیده همه از احکامی هستند که به سبب ضرری بودن، توسط شارع جعل نشده‌اند اما بدون تردید، مقصود آنان این نیست که مثلاً، بیع غبنی یا بیع سهم‌الشرکه و یا وضوی با آب گرانها و یا وارد کردن خسارت به دیگری، به کلی فاقد حکم شرعی هستند، زیرا به هر فعلی از افعال مکلفین حکمی از احکام شرع تعلق گرفته یا حکمی از احکام شرع بر آن مترتب می‌گردد. بنابراین اگر مقصود از رفع حکم شرعی یا عدم جعل آن، این باشد که موضوع ضرری فاقد حکم شرعی است، بدون شک این نظر نادرست است، و اگر مقصود آن باشد که حکم شرعی دیگری جایگزین حکم قبلی می‌گردد، این امر به هیچ وجه رفع حکم یا عدم جعل حکم شرعی نامیده نمی‌شود. در عین حال صرف رفع حکم موجب جایگزین شدن حکم شرعی دیگر به جای حکم رفع شده نمی‌گردد و در هر حال، جایگزینی حکم شرعی دیگر یا جعل حکم شرعی، نیاز به دلیلی غیر از رفع حکم به سبب ضرر دارد. باید توجه داشت این مشکل در مورد قواعدی چون عسروخرج و اضطرار، وجود ندارد. زیرا، عسروخرج و اضطرار موجب رفع تکلیف می‌گردند نه رفع حکم شرعی، به این معنی که در صورت ملازم شدن اعمالی که در حالت عادی حکم شرعی آنها حرمت یا وجوب است با عسروخرج یا اضطرار، وجوب و حرمت آنها رفع می‌گردد و با رفع حرمت و یا وجوب که احکام الزامیه هستند، خود به خود و بنا بر اصل، اباحه کلی جایگزین آنها می‌شود، اما در مورد قاعده لاضرر، چنانچه حکم عمل در حال عادی اباحه باشد و با ضرری شدن، اباحه از آن برداشته می‌شود، به خودی خود حکم الزامی جایگزین آن نمی‌گردد.

بند سوم: حرمت اضرار نمی‌تواند از نفی حکم ضرری ناشی شود

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

جواز اضرار نکرده و یا اضرار به غیر قبل از حکم شارع ، جایز نبوده است تا به لحاظ ضرری بودن جواز آن برداشته شود . مرحوم شیخ مرتضی انصاری (ره) ، در تنبیه چهارم از رساله قاعده لاضرر خود ، پس از بیان اینکه مقتضای قاعده لاضرر ، عدم جواز اضرار به غیر به خاطر دفع ضرر از خود و نیز عدم وجوب تحمل ضرر به خاطر دفع ضرر از غیر است ، برای مورد اول به عدم جواز مایل نمودن دیواری که بیم فروختن آن می‌رود به طرف ملک همسایه ، و برای مورد دوم به جواز اضرار غیر در صورت اکراه ، مثال زده است . در مورد مثال اول پس از نقل قول مخالف آن از جانب شیخ طوسی ، کلام شیخ طوسی را بر موردی حمل نموده است که از مایل نمودن دیوار به طرف ملک همسایه ، بیم وقوع خطر ، در میان باشد . اما نتیجه‌ای که در هر دو مثال بیان شده است ، با این امر که معنای قاعده لاضرر رفع حکم ضرری باشد ، بی‌مناسبت است . زیرا اگر عدم جواز اضرار به غیر نتیجه رفع حکم ضرری باشد ، در آن صورت این عدم جواز حکمی مربوط به عناوین ثانویه خواهد بود ، در حالیکه وجوب حفظ جان انسان بی‌گناه ، حکمی مربوط به عناوین اولیه است ، و از آنجا که احکام عناوین ثانویه ، حاکم بر احکام عناوین اولیه هستند ، بنابراین قاعدتا می‌بایست حتی در صورت وجود خطر مرگ انسان بی‌گناه نیز اضرار به غیر یعنی ، مثلا مایل ساختن دیوار در حال فروریختن به سمت ملک همسایه جایز نباشد حال آنکه این نتیجه بدون تردید ، نتیجه‌ای معقول و منصفانه نیست ، صحیح آن است که حرمت اضرار به غیر حکم اولیه شرعی است و تنها در صورت وجود اضطرار و در حدی که رفع اضطرار ایجاب می‌نماید ، حرمت مذکور برداشته می‌شود . در مثال ذکر شده ، وجوب حفظ نفس محترم ، اضطراری محسوب می‌شود که جواز اضرار به غیر را توجیه می‌کند . در مورد مثال دوم نیز ، چنانچه نظریه مرحوم شیخ انصاری (ره) پذیرفته شود می‌بایست تهدید به هر ضرری ، هر چند کوچک و از هر قبیل ، هر نوع اضرار به غیر ، هر چند بزرگ ، را توجیه کند . اما چنین نتیجه‌ای نیز خلاف عقل و انصاف است . در این مورد نیز صحیح آن است که حرمت اضرار به غیر که حکم اولیه شرعی است ، به وسیله اضطرار ناشی از اکراه برداشته می‌شود . بنابراین تنها در صورتی که تحمل ضرر مورد تهدید به حدی برسد که اکراه شونده مضطر شود ، و تنها تا حدی که رفع اضرار ایجاب نماید ، اضرار به غیر جایز خواهد شد .



بند چهارم: نفی حقیقت ضرر از لحاظ کلی در دین اسلام صحیح است

با توجه به مبانی اعتقادی در دین اسلام از جمله اینکه هستی موجودات به ویژه انسان، تنها محدود به زندگی دنیا نمی‌شود، بلکه زندگی دنیا تنها مرحله‌ای از مراحل تطور انسان است، و هستی وی دارای مراحل دیگری است که اهمیت آنها به مراتب بیشتر از مرحله زندگی دنیا است، و اینکه خداوند سبحان عادل نسبت به بندگان خود مهربان است و به کسی ستم نمی‌کند و هر کس در نهایت ثمره اعمال خود را می‌بیند، و هر کس در گرو اعمال خویش است، خیر و سعادت دنیا و آخرت افراد بشر در پیروی از دستورات الهی است و کسیکه از دین خدا تبعیت کند، هر چند به ظاهر سختی ببیند و گرفتار بلایا و مصائب گردد، نه تنها در نهایت زیان نمی‌بیند، بلکه پاداش وی بیشتر و نیکوتر از اعمال نیکی است که انجام داده است. بنابراین نفی حقیقت ضرر در اسلام، از لحاظ اصول کلی و در زمینه‌ای که مربوط به بحثهای کلامی است، کاملاً درست و منطقی است. اما اینکه در زمینه احکام فرعی قایل به نفی حقیقت ضرر شویم، به نحوی که ضرر، عنوانی برای رفع احکام شرعی محسوب گردد، نتیجه‌اش فراهم شدن زمینه‌ای است که در آن احکام شرعی دستخوش مصلحت‌بینی و عافیت طلبیهای شخصی شود و این چیزی است که با اصول کلی پذیرفته شده در اسلام مطابقت ندارد. شاید به همین سبب است که مرحوم شیخ مرتضی انصاری (ره) در کتاب فرائد الاصول اظهار عقیده می‌کند که اگر به عموم قاعده لاضرر (بنابر معنای مورد بحث) عمل شود، نتیجه‌اش تاسیس فقهی جدید خواهد بود.



بند پنجم: نفی حکم به لسان نفی موضوع در مورد قاعده لاضرر صحیح نیست

نظر مرحوم آخوند خراسانی، مبنی بر اینکه معنای قاعده لاضرر، نفی حکم به لسان نفی موضوع است، اشکالات عمده‌ای در بردارد و آن اینکه: نفی حکم به لسان نفی موضوع، در موردی درست است که موضوع نفی شده خود دارای حکم شرعی باشد. مثلاً در مورد ربا که خود دارای حکم شرعی حرمت است، نفی موضوع، یعنی ربا، می‌تواند به معنای نفی حرمت آن تلقی گردد، اما در مورد ضرر مسلماً چنین چیزی نیست، و چنانچه برای ضرر حکمی شرعی فرض شود، آن حکم حرمت خواهد بود و اگر با نفی موضوع، یعنی ضرر، حکم برداشته شود، به آن معنی است که اضرار به غیر حرام نیست و مسلماً این نتیجه نادرست است. به همین سبب مرحوم آخوند

خراسانی (ره) که خود متوجه این اشکال شده است، عقیده دارد: آنچه نفی شده است حکمی است که برای موضوعات قبل از ضرری شدن وجود داشته است پس از راه یافتن ضرر به آن موضوعات. اما معنی این سخن آن است که با نفی ضرر در واقع حکم چیز دیگری غیر از ضرر (حکم موضوعی که عنوان ضرری پیدا کرده است، قبل از پیدا نمودن آن عنوان) نفی شده است. و این معنی بدون تردید هیچ ارتباطی با معنای حقیقی عبارت «لاضرر و لااضرار» یعنی نفی حقیقت ضرر ندارد.

نتیجه گیری

گفتیم که تنها ایراد وارد بر این نظر که معنای قاعده لاضرر که نهی از اضرار به غیر و مجازات ضرر به وسیله ضرر، و نهایتاً عدم مشروعیت ضرر است، این است که استعمال نفی و اراده کردن نهی از آن تنها در صورتی جایز است که استعمال آن در معنای حقیقی خود صحیح نباشد. و از آنچه بیان شد معلوم گردید که استعمال عبارت «لاضرر» در معنای حقیقی خود یعنی نفی ضرر، صحیح نیست. بنابراین، برای نظر مذکور ایرادی باقی نمی ماند. این معنی، یعنی عدم جواز اضرار به غیر و قبح آن، از احکام عقل مستقل است و ادله نقلی در این خصوص، در حقیقت مؤید حکم عقل هستند. در عین حال هیچ ضرورتی وجود ندارد که برای عباراتی که در کتاب و سنت بیان شده اند تنها یک معنی فرض شود، زیرا بعید نیست عبارتی چون «لاضرر و لااضرار» متحمل معانی متعدد باشد. در این صورت، چنانچه بین معانی مزبور منافات وجود نداشته باشد و دلیلی بر ترجیح یکی از آن معانی بر معنی دیگر موجود نباشد، نمی توان تنها یکی از آن معانی را به عنوان مدلول منحصر کلام تلقی نمود. مثلاً هیچ ایرادی ندارد که مقصود از عبارت مذکور، نفی ضرر نه در احکام شرعی فرعی، بلکه در دین اسلام به طور کلی باشد و در عین حال بر عدم جواز اضرار به غیر و حرمت ضرر و عدم جواز مقابله با ضرر به وسیله ضرر و نیز نفی ضرر غیرمتدارک و نهایتاً لزوم جبران ضرر دلالت داشته باشد. اما اینکه مقصود از آن رفع احکام فرعی شرعی به دلیل وجود ضرر از هر قبیل باشد، امری است که با فلسفه و اهداف کلی احکام و دستورات دین اسلام، به ویژه لزوم صبر و پایداری در مقابل مصائب و مشکلات و نیز سیره عملی پیشوایان دین، که در راه اجرای وظایف دینی خود، سخت ترین دشواریها و ناگواریها را تحمل نموده اند، سازگاری



ندارد. لازم به ذکر است که پس از ثبوت حرمت اضرار، لزوم جبران ضرر قاعده دیگری است که اثبات آن به عهده دلیل قاعده لاضرر نیست. بلکه قاعده مذکور دلایل خاص خود را دارد، نظیر این آیات: ...فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم...، و الذین کسبوا السیئات جزاء سیئه بمثلها...، و ان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به... و احادیثی چون: علی الید ما اخذت حتی تؤدیة.



منابع و ماخذ

- ۱- سيد مصطفی محقق داماد، قواعد فقه، چ پنجم، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامي، ۱۳۷۴، ج ۲
- ۲- شيخ مفيد، المقنعه، تحقيق جامعه المدرسين للقم، چ دوم، قم، مؤسسه النشر الاسلاميه، ۱۴۱۰ ق
- ۳- عمادالدين المعروف الطوسي، النهايه في مجردالفقه و الفتاوى، قم، دارالاندلس
- ۴- شريف رضى، خصائص الائمّه، تحقيق محمدهادى امينى، مشهد، مجمع البحوث الاسلاميه، ۱۴۰۶ ق
- ۵- عمادالدين المعروف الطوسى (ابن حمزه)، الوسيله الى نيل الفضيله، تحقيق محمد الحسون، قم، مكتبه السيد المرعشى، ۱۴۰۸ ق
- ۶- ابن ادريس حلى، السرائر، تحقيق لجنه التحقيق، ط الثانية، قم، مؤسسه النشر الاسلاميه، ۱۴۱۰ ق، ج ۳
- ۷- فاضل الآبى (زين الدين يوسفى)، كشف الرموز فى شرح المختصرالمنافع، تحقيق اشتهاردى و يزدى، قم، جامعه المدرسين، ۱۴۱۰ ق، ج ۳
- ۸- محقق حلى، شرايع الاسلام فى المسائل الحلال و الحرام، تحقيق سيدصادق شيرازى، ط. الثانيه، طهران، استقلال، ۱۴۰۹ ق، ج ۴
- ۹- علامه حلى (حسن بن يوسف)، قواعد الاحكام، تحقيق مؤسسه النشر الاسلاميه، قم، مؤسسه النشر الاسلاميه، ۱۴۱۳ ق، ج ۳
- ۱۰- فخرالمحققين (ابن مطهر حلى)، ايضاح الفوائد، تحقيق كرماني و اشتهاردى و بروجردى، به كوشش محمّد كوشانيور، ناشر بامر آيه الله شاهرودى، ۱۳۸۹ ق، ۴ جلدى
- ۱۱- شهيد اول (محمّد مكى عاملى)، اللعنه الدمشقيه، قم، دارالفكر، ۱۴۱۱ ق



- ۱۲- ابن فهد حلی، الرسائل العشر، تحقیق سیدمهدی روحانی، قم، مرعشی نجفی، ۱۴۰۹ ق
- ۱۳- شهید ثانی (زین الدین الجبعی العاملی)، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة للشهید الاول، تحقیق محمد کلانتر، قم، داوری، ۱۴۱۰ ق، ج ۱۰، ص ۱۲۰ / همو، مسالك الافهام، مؤسسه المعارف الاسلامی، ۱۴۱۶ ق، ج ۱۵
- ۱۴- محقق اردبیلی (احمد)، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح الاذهان، تحقیق اشتهااردی و عراقی و یزدی، قم، جامعه المدرّسین، ۱۴۰۴ ق، ج ۱۴
- ۱۵- شیخ حرّ عاملی، وسائل الشیعه، تحقیق محمد رازی، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ج ۲۹
- ۱۶- سیدابوالقاسم موسوی الخوئی، مبانی تکملة المنهاج، قم، دارالهادی، ۱۳۹۶ ق، ج ۲
- ۱۷- سید مصطفی محقق داماد، پیشین، ج ۲ / سیدمحمد موسوی بجنوردی، قواعد فقهیه، چ سوم، تهران، عروج، ۱۳۷۹
- ۱۸- محمد رضا خسروی، مجموعه کامل قوانین و مقررات جزائی، چ دوم، مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۴
- ۱۹- سیدمصطفی محقق داماد، قواعد فقه، چ دوم، تهران، سمت، ۱۳۷۶

