



رشته : علوم انسانی (M.A)

گرایش : حقوق خصوصی

موضوع :

ارزیابی نظریه های فقهی قاعده ی لاضرر و بررسی امکان تلقی آن به عنوان مبنای
مسئولیت مدنی در حقوق ایران

فهرست مطالب

<u>صفحه</u>	<u>عنوان</u>
1	چکیده
2	مقدمه
4	الف) بیان مسئله
4	ب) سوالات تحقیق
4	پ) فرضیه های تحقیق
5	ت) پیشینه ی تحقیق
6	ث) اهداف و نوآوری های تحقیق
6	ج) روش تحقیق
7	چ) ساختار تحقیق
8	فصل اول: مستندات و مفردات قاعده ی «لا ضرر»
8	1-1 مستندات قاعده ی «لا ضرر»
8	1-1-1 کتاب
10	2-1-1 سنت
16	3-1-1 عقل
20	4-1-1 اجماع
20	2-1 شرح مفردات حدیث «لا ضرر»

- 20 1-2-1 معنای لا در قاعده ی «لا ضرر» 20
- 21 2-2-1 معنای « ضرر» 21
- 23 3-2-1 معنای « ضرار» 23
- 26 فصل دوم نظریه های فقهی قاعده ی «لا ضرر» و ارزیابی آنها
- 26 1-2 تفاسیر بر اساس نفی بودن لا 26
- 26 1-1-2 نظریه ی نفی اولی و الهی و ارزیابی آن 26
- 28 2-1-2 نظریه ی نفی ثانوی و حکومتی و ارزیابی آن 28
- 32 1-2-1-2 جمع دو نظریه ی نفی ثانوی و اولی 32
- 33 2-2 تفاسیر بر اساس نفی بودن لا 33
- 34 1-2-2 نظریه ی نفی حکم ضرری و ارزیابی آن 34
- 37 1-1-2-2 نقد فقها بر نظریه ی نفی حکم ضرری 37
- 39 2-2-2 نظریه ی نفی حکم به لسان نفی موضوع و ارزیابی آن 39
- 41 3-2-2 نظریه ی نفی ضرر غیر متدراک و ارزیابی آن 41
- 43 4-2-2 نظریه ی وارث و وارث مسلم و از مورث کافرو ارزیابی آن 43
- 44 5-2-2 نظریه ی تخصیص عمومات و تقیید مطلقات اولیه و ارزیابی آن 44
- 45 6-2-2 نظریه عدم حکم الزامی و ارزیابی آن 45

- 47 7-2-2 نظریه ی نفی مشروعیت اعمال ضرری و ارزیابی آن
- 48 8-2-2 نظریه ی نفی مشروعیت مطلق ضرر و ارزیابی آن
- 49 3-2 بررسی شمول قاعده ی «لاضرر» در امور عدمی
- 50 4-2 تعارض قاعده ی «لا ضرر» و تسلیط
- 53 5-2 بررسی شمول قاعده ی «لا ضرر» در مسئله ی اضرار به غیر
- 54 6-2 تعارض دو ضرر
- 56 7-2 قاعده ی «لا ضرر» در احکام جدید
- 57 8-2 قاعده ی «لا ضرر» در ضرر به خود
- 58 فصل سوم: مبنای مسئولیت مدنی در حقوق ایران و جایگاه قاعده لا ضرر در آن
- 58 1-3 مبنای مسئولیت مدنی در حقوق ایران
- 58 1-1-3 نظریه ی تقصیر
- 62 1-1-1-3 نظریه ی مسئولیت محض
- 66 2-1-1-3 نظریه ی عام بودن تقصیر و اخصیت قانون مدنی
- 67 2-1-3 نظریه ی خطر
- 68 3-1-3 نظریه ی مختلط
- 69 4-1-3 نظریه ی قابلیت استناد عرفی
- 72 2-3 بررسی و نقد نظریه ی ابتدای مسئولیت مدنی بر قاعده ی «لا ضرر»
- 72 1-2-3 ابتدای مسئولیت مدنی بر قاعده ی «لاضرر»

73 2-2-3 نقد نظریه ی ابتدای مسئولیت مدنی بر قاعده ی «لاضرر»

76 3-2-3 نظریه ی منتخب

77 نتیجه گیری

78..... منابع و ماخذ

منابع پارس پروانه

چکیده

به رغم اتفاق نظر فقهای شیعه و سنی در کلیت و مبنای قاعده ی «لا ضرر» که اصل 40 قانون اساسی ایران از آن گرفته شده، اما ابهام های زیادی در در شمول این قاعده وجود دارد و دلیل این ابهام، تعدد نظرهای موجود در مفاد قاعده و گسترش پرحجم مباحث نظری این قاعده در آثار فقهی است.

این تحقیق می کوشد با هدف بهره برداری هر چه دقیق تر و کامل تر از قاعده ی مهم فقهی «لا ضرر» در قانونگذاری و تحلیل این قاعده براساس نظرهای گوناگون به این سوالات پاسخ دهد که اولاً میزان کارآمدی قاعده را براساس نظرات مختلف مشخص کند و ثانیاً به این سوال پاسخ دهد که با توجه به تفاسیر ارائه شده از طرف فقها، آیا می توان آن را به عنوان یک مبنا در مسئولیت مدنی در حقوق ایران پذیرفت؟ در پاسخ به سوالات فوق به این نتیجه رسیده ایم که اولاً میزان کارآمدی قاعده نزد فقها بر اساس تفسیر آنها متمایز است، چه اینکه بر اساس مبنای نفی حکم ضرری شیخ اعظم انصاری بالاترین کارآمدی و بر اساس نهی سلطانی امام (ره) پایین ترین کارآمدی را دارد و تنها بر قاعده ی تسلیط حاکم است و ثانیاً از آنجا که در تحقیق، نظر امام (ره) به عنوان نظر شارع مقدس پذیرفته شده، بیان گردید که قاعده ی «لا ضرر» چنین ظرفیت فقهی را ندارد که مبنای مسئولیت مدنی مبتنی بر آن قرار گیرد و بیان گردید که مبنای استناد با فقه و حقوق ایران هماهنگی بیشتری داشته و می تواند مبنای مسئولیت مدنی قرار گیرد، اما پیشنهاد گردید که به حکم قانون و همت قانون گذار در مواردی چون حمایت از حق مصرف کننده از نظریه ی مسئولیت محض استفاده شود و به این ترتیب با فرض مسئولیت تولید کننده حتی نیاز به اثبات استناد عرفی ضرر توسط مصرف کننده نبوده و حقوق او بیشتر رعایت گردد.

واژگان کلیدی :

قاعده ی لا ضرر، نفی حکم ضرری، نفی موضوع ضرری، مبنای مسئولیت مدنی، تقصیر

مقدمه

دقت، صحت و حجیت احکام فقهی یکی از مهم ترین ارکان آنهاست و رسالت فقهای اسلام در طول تاریخ، همین بوده است که با طراحی اصول و قواعد دقیق، مستدل و متقن برای تفسیر دین، از گرفتار شدن دین و احکام دینی در دام خرافات، تحریفات و انحرافات پیشگیری کنند؛ ولی علاوه بر این، مطلب دیگری که نباید از آن غفلت شود، میزان کارآمدی و چگونگی کاربرد این قواعد در مرحله عمل است و اگر اهتمام فقها به مبانی نظری و بنیادهای قواعد و احکام اختصاص یابد و از چگونگی به کارگیری و میزان کارآمدی آنها غفلت شود، ممکن است قواعد ارائه شده در عمل، کارآمدی چندانی نداشته باشند و چنین احساس شود که فقهای معظم فرصت گرانبهای خود را صرف کلی گویی و توضیح واضحات می کنند و قواعدی را به طور مداوم به بحث می گذارند که نتیجه چندانی در عمل ندارد و یا در عمل، به اندازه ای با موانع نظری و عملی، تعدد برداشت ها، اختلاف نظرها و مشکلات مواجه می شود که به تدریج از کارآمدی می افتد و یا حذف شده و به انزوا کشیده می شود و قواعد عرفی، عقلی و تجربی جای آنها را می گیرد، قاعده ی «لا ضرر» از جمله قواعدی است که با وجود دقت های بسیار در مبانی و بنیادها و وجود آثار مبسوط در این باره، از نظر کاربردی و میزان کارآمدی و مبنای مسئولیت مدنی بودن، چندان مورد توجه قرار نگرفته، بحث های مبسوطی درباره آن ارائه نشده است و این تحقیق درصدد پرداختن به این جنبه از قاعده است، قاعده ی «لا ضرر یا نفعی ضرر» قاعده ای است که 1400 سال پیش در اسلام و در ماجرای سمره بن جندب و مرد انصاری مطرح شده، در آن زمان سمره باعث ضرر به مرد انصاری شده بود که حضرت براساس حدیث معروف «لا ضرر و لا ضرار» مانع ضرر رساندن سمره به مرد انصاری شد، در مقابل مسئولیت مدنی وام دار اندیشه های انقلاب فرانسه (1798 میلادی) و نظریات دوران بلافصل انقلاب بوده، مخصوصا تحت تاثیر اندیشه های حقوقدانان عهد کهن این کشور یعنی دوما (1627-1697 میلادی) و پوتیه (1695-1772 میلادی) که این قوانین (بالاخص ماده ی 1382 قانون مدنی فرانسه) در سال 1804 میلادی تدوین شده و به تصویب رسید. قانون فرانسه بخش تعهدات و حقوق قراردادها را از حقوق روم اقتباس کرد و تقصیر به عنوان مبنای مسئولیت مدنی از این طریق وارد قانون مدنی فرانسه و از آنجا به دیگر قوانین دنیا راه یافت.

قاعده ی لا ضرر یکی از 4 یا 5 قاعده ی کلی است که بسیاری از فقهای اسلام آن را اساس تشکیل فقه دانسته‌اند، نه تنها در معاملات که در عبادات نیز کاربرد دارد و مبنای بسیاری از احکام فقهی است (ابن نجیم، [بی تا]، ص 85) اولین فقیهی که نفی ضرر را به صورت قاعده ای فقهی مطرح نمود، شهید اول در کتاب القوائد و القوائد بود (عراقی، 1418، ص 18؛ مکی عاملی، [بی تا]، ص 141)، گرچه عده ای نیز این قاعده را کم ثمر دانسته و معتقدند در تمام مواردی که به قاعده ی «لا ضرر» تمسک می شود دلیل خاصی غیر از این قاعده وجود دارد (آملی، 1395، صص 121 و 122). از این رو بررسی و مطالعه ی این قاعده در مذاهب فقهی و در نتیجه، بهره مندی از نظرات در ابعاد مختلف آن ضروری به نظر می رسد. لفظ این قاعده از نص حدیث مشهور نبوی لا ضرر و لا ضرار گرفته شده است که بسیاری از محدثان شیعه و سنی آن را نقل نموده‌اند، تا جایی که در مورد آن ادعای تواتر شده، که در آن بر رفع زیان با جلوگیری از استمرار آن در جهت حمایت از حقوق مرد انصاری در مقابل سمره صادر شده است (بجنوردی، 1389، ص 190؛ مکارم شیرازی، 1411، ص 49)؛ البته این در حالی است که ادله ی دیگری هم برای این قاعده به ویژه از قرآن کریم ارائه شده است. ولی با وجود این، با گذشت زمان بر ابهامات و پیچیدگی های این قاعده افزوده شده، پرسش های تازه تری مطرح شده است و تنوع نظرات موجود و تعدد آثار ارائه شده مؤید این مطلب است، یکی از ابهام های مهمی که در این قاعده وجود دارد و در آثار پیشین کمتر مورد توجه قرار گرفته است، میزان کارآمدی و چگونگی کاربرد آن است و مباحث نظری و آرای ارائه شده به اندازه ای گسترده و متنوع شده است که حتی ارائه تعریف واحد و روشنی از این قاعده برای بیشتر صاحب نظران ممکن نیست و اکثر آثار، مباحث این قاعده را بدون تعریف روشنی از قاعده مزبور آغاز کرده اند و به پایان برده اند (آخوند خراسانی، 1409، ص 380؛ شیخ انصاری، 1374، ص 300؛ امام خمینی، 1385، ص 6) بدیهی است وقتی تعریف روشنی از قاعده ارائه نشود، محل نزاع، در ادله ای که مبنای قاعده ی لا ضرر است نیز مشخص نبوده، در استنتاج فروع از جمله موارد کاربرد قاعده تأثیرگذار و بلکه تعیین کننده است، در این نوشتار، تلاش بر آن است که از این جنبه قاعده پرده بردارد و میزان کارآمدی و جایگاه کاربرد آن را روشن سازد.

الف) بیان مسئله

مسئله پایان نامه، بیان تفاسیر مختلف فقهای امامیه از قاعده ی لا ضرر و دسته بندی کردن آرای بزرگان و سپس تحلیل اینکه میتوان آن را مبنای مسئولیت مدنی در حقوق ایران دانست ، است.

ب) سوالات تحقیق

در این تحقیق تلاش بر این بوده تا به این سوالات پاسخ دهد :

- 1- تفسیر قاعده ی لا ضرر از منظر فقها چگونه است؟
- 2 - علت حجیت و اعتبار قاعده ی لا ضرر از دیدگاه فقهای امامیه چیست؟
- 3 - با توجه به تفاسیر ارائه شده از طرف فقها، گستره ی قاعده ی لا ضرر به عنوان یک مبنا در مسئولیت مدنی در حقوق ایران چگونه است؟

پ) فرضیه های تحقیق

در پاسخ به سوالات تحقیق ، فرضیه های زیر مطرح است

- 1- به طور کلی با استقراء در نظرات فقها می توان گفت که ده تفسیر از قاعده لا ضرر وجود دارد که هشت تفسیر بر اساس لای نفی و دو تفسیر بر اساس لای نهی می باشد.
- 2- دلایل حجیت قاعده لا ضرر کتاب ، سنت و عقل می باشد ولی به نظر می رسد که دلیل عقلی دلیل مستقل محسوب نمی شود و لذا قائل شدن به الزامات عقلانی قاعده از سوی برخی ، قابل انتقاد به نظر می رسد
- 3- به نظر می رسد نمی توان قاعده لا ضرر را به مثابه مبنای مسئولیت مدنی پذیرفت، زیرا به نظر می رسد که قول و رفتار پیامبر در قضیه سمره در جهت رفع مزاحمت و ظلم و تعدی سمره نسبت به مرد انصاری بوده که بر اساس شئون حکومتی و اجرایی ایشان بوده، بنابراین این نهی، نهی در اجرا و حکومت و از احکام ثانویه

است، در نتیجه قلمرو قاعده بسیار محدود بوده و در غیر این مورد باید به سراغ قواعد دیگر رفت، به نظر مبنای استناد عرفی با حقوق ایران قرابت بیشتری داشته و برای حمایت بیشتر از زیان دیده به حکم قانون، می توان نظریه ی مسئولیت محض را در موارد خاص حاکم کرد، که البته در تحقیق به طور مفصل به دلایل آن ها پرداخته شده است.

ت) پیشنهادی تحقیق

قاعده ی لا ضرر از گذشته، حتی در صدر اسلام (حرّ عاملی، 1391، ص 376؛ نوری طبرسی، 1409، ص 150)، به عنوان قاعده و مبنایی برای نفی احکام ضرری و حرمت اعمال ضرری به اشکال گوناگون مورد استفاده ی فقهای شیعه (طوسی، [بی تا]، ص 522؛ ابن زهره حلبی، [بی تا]، ص 588؛ حلی، [بی تا]، ص 497) و سنّی (ابن قدامه، 1404، ص 542؛ احمد بن حنبل، [بی تا]، ص 326) بوده است؛ ولی مباحث نظری درباره تبیین مبنای آن و تفریع فرود عیش، طاهر از زمان شیخ انصاری (قرن سیزدهم) مرسوم شد و این بزرگوار با بحث نظری از این قاعده در کتاب فرائد الاصول و کتاب مکاسب محرمة، سر حلقه دار مباحث پر دامنه ای در این موضوع شد که در عصر حاضر، به اوج خود رسیده است؛ زیرا با توجه به درسی بودن این دو کتاب در حوزه های علمیه شیعه، انگیزه کافی برای پرورش این موضوع ایجاد شده است و هر فقیهی خود را موظف می بیند تا تحقیقات و بررسی های کافی را در این موضوع انجام و ارائه دهد. امروزه تقریباً همه فقهای صاحب اثر، بخشی از آثار خود را به بررسی این قاعده اختصاص داده اند و در رساله هایی مستقل یا در مجموعه های قواعد فقهی و یا در کتب اصولی خود، این موضوع را به طور مفصل مورد بررسی قرار داده اند (بزرگوار، 1379، ص 14) علاوه بر این نظریات مختلفی در کتب حقوقی نیز در باب مبنای مسئولیت مدنی مطرح گردیده و مقالات مرتبط با این موضوع توسط محققان انجام شده است، از جمله کتب حقوق دانانی که می توان به آنها اشاره کرد، عبارتست از، مسئولیت ناشی از عیب تولید کاتوزیان و مسئولیت مدنی کالاها نوشته ی جعفری تبار و مسئولیت مدنی نوشته ی باریکلو و مسئولیت مدنی صفایی و رحیمی والزام ها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد قاسم زاده و مسئولیت مدنی تولید کنندگان و فروشندگان کالا نوشته ی صادق مددی، در مقالات نیز می توان به مقاله ی گستره کارآمدی قاعده فقهی لا ضرر نوشته ی

رضائی راد و رویکردی نو برای اثبات جریان قاعده لاضرر در احکام عدمی نوشته ی حسن بادینی و مومنی و مبانی قاعده لاضرر از دیدگاه فقهای امامیه نوشته ی ابوبی مهریزی و تحول جهانی مسئولیت مدنی به سوی مبنای نفی ضرر نوشته بهرامی احمدی و قاعده ی لاضرر و بهداشت محیط زیست نوشته محمد هادی عبد خدایی اشاره کرد.

ث) اهداف و نوآوری های تحقیق

با توجه به اینکه بحث های مختلفی که پیرامون قاعده ی لاضرر در بین فقهای امامیه به طور مستقل مطرح گردیده است و نیز از آنجا که ارائه دسته بندی تفاسیر فقها و ارائه تفسیر ایشان از این قاعده صورت نگرفته ، لذا این ضرورت حس میگردد که به این مسئله پاسخ داده شود، از طرف دیگر در این تحقیق سعی گردیده با بررسی نظرات حقوق دانانی چون کاتوزیان و باریکلو و جعفری تبار و لنگرودی و موسی جوان و غیره به این سوال پاسخ داده شود که آیا می توان نظریه ی سنتی تقصیر را کنار گذاشت و « لاضرر » را به عنوان مبنای مسئولیت مدنی قرار داد ، علاوه بر این سعی کرده تا با تشریح مسئله و تجمیع نظرات فقهی و حقوقی بزرگان ، تحلیل خود را ارائه داده و پیشنهاداتی نیز جهت تعدیل نظریه ی تقصیر ارائه دهد. بنابراین با توجه به فقهی بودن قاعده ی « لاضرر » سعی گردید با دیدی فقهی و حقوقی ، مسئله تحلیل شود و در پایان راه حل هایی پیشنهاد گردد.

ج) روش تحقیق

تحقیق حاضر تحقیقی توصیفی تحلیلی و نظری می باشد و روش تحقیق در آن نقلی و در برخی از موارد تفسیری است ، روش گردآوری اطلاعات از نوع کتابخانه ای است که بر اساس مطالعات کتب و مقالات و بانک های اطلاعاتی گردآوری شده است.

چ) ساختار تحقیق

این تحقیق در چهار فصل تنظیم گردیده شده است، در فصل اول مستندات و مفردات قاعده ی « لا ضرر » مورد بررسی قرار گرفته، این فصل دارای دو بخش اصلی با عناوین مستندات قاعده ی لا ضرر و مفردات قاعده ی لا ضرر می باشد. بخش اول نیز خود شامل چهار فصل فرعی با عناوین کتاب و سنت و اجماع و عقل بوده و بخش دوم شامل سه بخش فرعی با عناوین معنای لا در قاعده ی « لا ضرر » و معنای ضرر و معنای ضرار می باشد. فصل دوم مربوط به نظریه های فقهی قاعده ی لا ضرر و ارزیابی آنها می باشد. این فصل خود به دو بخش اصلی لا نهی و لا نفی تقسیم می شود. لا نهی نیز به دو بخش فرعی با عناوین تفسیر و نقد نظریه ی شیخ الشریعه ی اصفهانی و امام خمینی (ره) و ارزیابی نظریه ی ایشان می باشد، در بخش لای نفی نیز هشت نظریه مطرح است که شامل تفسیر و نقد نظریه ی شیخ انصاری و آخوند خراسانی و فاضل تونی و شیخ صدوق و بجنوردی و سبحانی و مکارم شیرازی و محقق داماد تقسیم شده و هر بخش دارای یک بخش فرعی با عنوان ارزیابی نظریه می باشد. در فصل سوم آثار قاعده « لا ضرر » مورد بررسی قرار گرفته است، این بخش شامل بخش های بررسی شمول قاعده « لا ضرر » در امور عدمی و تعارض قاعده ی « لا ضرر » و تسلیط و بررسی شمول قاعده ی « لا ضرر » در مسئله ی اضرار به غیر و تعارض دو ضرر و قاعده « لا ضرر » در احکام جدید و قاعده ی « لا ضرر » در ضرر به خود می باشد. فصل چهارم نیز با عنوان مبنای مسئولیت مدنی در حقوق ایران و جایگاه قاعده ی لا ضرر در آن به دو بخش با نام های مبنای مسئولیت مدنی در حقوق ایران و بررسی نظریه ی ابتدای مسئولیت مدنی بر قاعده لا ضرر تقسیم شده است. بخش اول به چهار بخش با عنوان نظریه ی تقصیر و نظریه ی مختلط و قابلیت استناد عرفی و قاعده ی لا ضرر تقسیم شده و بخش دوم نیز به پنج بخش با عناوین بررسی نظریه ی مسئولیت محض و بررسی نظریه ی لا ضرر و بررسی نظریه ی استناد عرفی و بررسی نظریه ی عام بودن تقصیر و اخص بودن قانون مدنی از آن و نظریه ی منتخب تشکیل شده و در پایان نیز نتیجه گیری آورده شده است.

فصل اول : مستندات و مفردات قاعده ی « لا ضرر »

بدون شک، شناخت قواعد فقهی یکی از ضرورتی ترین مسائلی است که طلاب و دانشجویان علوم دینی و حقوق دانان اسلامی و پویندگان راه اجتهاد به آن نیازمند هستند و بدون آگاهی کامل از آنها، هیچ تلاشی در راه رسیدن به اجتهاد صحیح و فهم حقوق اسلامی به ثمر نمی نشیند. این قواعد فرمول هایی هستند که منشا استنباط قوانین مختلف و متعدد در ابواب مختلف فقه می گردند و اختصاص به مورد خاصی ندارند.

قواعد فقه با مسائل علم اصول این تفاوت را دارند که مسائل اصول کبراهایی هستند که در طریق رسیدن به حکم فرعی الهی مهید واقع می شوند؛ به عبارت دیگر، واسطه و وسیله برای کشف و استنباط احکام شرعی فرعی می گردند. ولی قواعد فقهی به یک اعتبار، خودشان در حکم احکام هستند و نه واسطه برای کشف. مسائل علم اصول متدولوژی کشف و استنباط احکام شرعی است؛ ولی قواعد فقه نهادها و بنیادهای کلی فقهی است که با توجه به کلیت و شمول آنها فقیه در مصادیق مختلف از آن استفاده می کند.

1-1 مستندات قاعده ی « لا ضرر »

قاعده ی « لا ضرر » از اساسی ترین و معروف ترین قواعد فقه اسلامی است و با توجه به مدارک و منابع چهار گانه ی فقه می توان به آن استناد کرد. در اغلب نظام های حقوقی معاصر این موضوع تحت عنوان «عدم جواز سوء استفاده از حق» مطرح شده است و می توان گفت که منشاء عقلی دارد و بنای عقلا بر این قاعده استوار است. از جمله، در حقوق مدنی فرانسه حدود هفتاد سال پیش، در حقوق کامن لو مربوط به انگلستان حدود نود سال پیش و نیز در حقوق آمریکا و کانادا و استرالیا، بحث آن مطرح شده است؛ ولی با وجود همه اینها، اسلام این مسئله را حدود هزار و چهارصد سال پیش، تحت عنوان «لا ضرر ولا ضرار فی الاسلام» مطرح کرده است و می توان گفت که کامل ترین و مترقی ترین نظام حقوقی دنیاست. در اینجا ابتدا مدارک و مستندات این قاعده را با توجه به آیات قرآنی مطرح می کنیم.

1-1-1 کتاب

اگر چه همانطور که از اسم این قاعده پیداست، مدرک مهم این قاعده حدیث متواتر نبوی «لا ضرر ولا ضرار فی الاسلام» است، ولی در قرآن مجید نیز آیاتی وجود دارد که با تصریح به واژه ی «ضرر» و مشتقات آن در موارد خاصی احکامی را ارائه کرده است که از باب تعلیق حکم بر وصف - که خود مُشعر بر علیت است - حاوی

مفهوم عامی است و «لا ضرر» را می‌تواند به صورت یک قاعده تثبیت کند (نیمیه، 1380، ص 25) که مواردی از آن را ذکر می‌کنیم:

1- «لا تضارَ والدَه بولدها و لا مولودٌ له بولده»¹؛ یعنی هیچ مادری نباید به فرزندش ضرر برساند و نیز هیچ پدری نباید به فرزندش زیان بزند. طبق این آیه، از جمله مادران، از اینکه با قطع شیر موجب ضرر و زیان فرزند خود شوند، نهی شده‌اند.

2- «ولا تمسکوا من ضرا را لتعتدوا»²؛ یعنی نگاه ندارید آن زنان را تا تعدی کنید. در مورد این آیه توضیحی لازم است، ظاهراً گروهی از مردان، زنان خود را طلاق می‌گفتند و بعد به آن‌ها رجوع می‌کردند، البته نه به علت رغبتی که به آنها داشتند، بلکه با نیت تجاوز و تعدی و گاه پایمال کردن حقوق مالی ناشی از زوجیت که به زنان تعلق می‌گرفت. قرآن کریم در این آیه نیز مردان از اینکه با نیت تعدی و تجاوز و پایمال کردن حقوق همسر خود، بعد از طلاق به آنها رجوع کنند و آنها را نگاه دارند منع و نهی شده‌اند.

3- «...من بعد وصیه یوصی بها او دین غیر مضار»³؛ یعنی پس از وصیتی که بدان وصیت می‌شود یا دینی، «غیر ضرر رساننده» طبق این آیه، ترک‌ه بعد از آن که مورد وصیت یا دین از آن خارج گردید بین ورثه تقسیم می‌شود، مشروط بر این که موصی زیان رساننده نباشد؛ یعنی وصیتی که در آن موصی به ورثه ظلم نکرده و ضرر نزده باشد نافذ و لازم الاجرا است، چون چه بسا موصی به قصد اضرار به ورثه به دینی اقرار کند یا وصیتی ضالمانه کند و بدین وسیله ورثه را از میراث محروم سازد.

1-البقره: 233/2

2-البقره: 231/2

3-النساء: 12/4

4- «و لا يضار كاتب و لا شهيد»⁴؛ یعنی نویسنده و گواهی دهنده دین نباید ضرر برساند، بدین معنا که کاتب و نویسنده و تنظیم کننده ی دین و معامله (سند نویس) نباید امری را که غیر واقع است بنویسد و هم چنین شاهد باید دقیقاً به چیزی که اتفاق افتاده گواهی دهد و چیزی از آن نگاهد.

5- «والذین اتخذوا مسجدا ضرارا و کفرا و تفریقا...»⁵، به موجب این آیه که بعد از غزوه تبوک نازل شده است، پیامبر اکرم (ص) از اقامه ی نماز در آن مسجدی که در نزدیکی مسجد قبا برای ضرر و کفر و تفرقه ساخته شده بود، نهی شدند و دستور دادند که آن مسجد تخریب یا سوزانده شود و به نقلی آن را تبدیل به زباله دانی کردند (طباطبائی، 1403، ص 391)

1-1-2 سنت

روایت «لا ضرر» به صورت متواتر در کتاب های فقه و حدیث شیعه و اهل تسنن وجود دارد؛ منتها این تواتر لفظی نیست؛ چرا که همه ی روایات مذکور به یک لفظ نیست ولی دارای مضمون و معنای واحدی است و به عبارت دیگر «تواتر معنوی» دارد و لذا فخر المحققین در «ایضاح الفوائد» ادعای تواتر معنوی این روایت کرده است. (حلی، 1387، ص 48) معروف ترین احادیث در مورد این قاعده مربوط به جریان سمره بن جندب است که در ذیل آن عبارت لا ضرر و لا ضرار با اندک تفاوتی نقل شده است؛ این داستان را تدوین کنندگان کتاب های اربعه ی شیعه که به محمدین ثلاثه معروف هستند (محمد بن یعقوب کلینی، مؤلف کتاب «الکافی»؛ محمد بن علی بن بابویه قمی، معروف به شیخ صدوق، مؤلف کتاب «من لا یحضره الفقیه» و محمد بن حسن طوسی معروف به شیخ طوسی، مؤلف دو کتاب «تهذیب الاحکام» و «الاستبصار») با اختلافات جزئی در کتاب های خود آورده اند. به نوشته ی مرحوم مامقانی در کتاب «الرجال» و ابن ابی الحدید معتزلی در شرح نهج البلاغه، سمره بن جندب مرد بسیار بدی بوده است، از دشمنان سر سخت اهل بیت (ع) به شمار می رفته و با گرفتن درهم و دینار، احادیث زیادی را به نفع حکام جائز زمانش جعل کرده است.

4- البقره: 284/2

5- التوبه: 107/9

ابن ابی الحدید می گوید: « سمره از زمان پیامبر اکرم (ص) تا زمان امام حسین (ع) زنده بود و در ماجرای کربلا جزء سپاه عبید الله بن زیاد بود و مردم را به جنگ با امام حسین (ع) تحریک می کرد. » (ابن ابی الحدید مدائنی ، 1428 ، ج 1 ص 230 ؛ مامقانی ، 1352 ، ص 69)

به هر حال ، روایات در باب «لا ضرر» زیاد است که به تعدادی از آن ها اشاره می شود :

1- موثقه ی زراره از امام باقر (ع)

زراره بن اعین از امام باقر (ع) نقل می کند که فرمودند : سمره بن جندب در جوار خانه ی مردی از انصار درخت خرمایی داشت که راه عبور آن از داخل خانه ی مرد انصاری می گذشت و سمره برای سر کشی به آن درخت ، مرتب از داخل خانه ی آن انصاری عبور می کرد ، آن هم به طور سرزده و بدون این که اجازه بگیرد و خانواده ی آن مرد انصاری را خجیر کند (و بدین وسیله ، موجبات اذیت و آزار و مزاحمت آن خانواده را فراهم می کرد). پس مرد انصاری با او صحبت کرد که هنگام عبور اذن بگیرد ؛ ولی سمره از این کار خودداری کرد. در نتیجه ، آن مرد انصاری نزد رسول خدا (ص) آمد و از سمره شکایت کرد. رسول خدا (ص) به دنبال سمره فرستاد و شکایت آن مرد انصاری را به او رساند و به او گفت : هر وقت خواستی از خانه ی انصاری عبور کنی اجازه بگیر و خانواده ی انصاری را مطلع کن ، اما او از اجازه گرفتن خودداری کرد ، وقتی که این کار را کرد ، رسول خدا (ص) حاضر شد آن درخت را به قیمت بالایی از سمره بخرد ولی سمره حاضر به فروختن نشد. رسول خدا (ص) فرمودند : در مقابل آن ، درخت خرمایی از بهشت به تو خواهم داد ، باز سمره از پذیرفتن ابا کرد. سپس رسول خدا (ص) به انصاری فرمودند : برو آن درخت خرمای را بکن و پیش رویش بینداز ؛ به درستی که ضرر و ضراری نیست.⁶ (حرعاملی ، 1391 ، ص 341)

2- مُرْسَلَه ی عبدالله بن مَسْكَان از زراره از امام باقر (ع)

در این روایت آمده که : سمره بن جندب درخت خرمایی داشت که راهش از داخل خانه ی انصاری می گذشت و پیوسته بدون اجازه وارد خانه ی مرد انصاری می شد تا اینکه انصاری به وی گفت ، ای سمره! همیشه در

6- عن زراره عن ابی جعفر (ع) قال : انَّ سمره بن جندب كان له عَدَق في حائط لرجل من الانصار و كان منزل الانصاري بباب البستان فكان يَمُرُّ به إلى رسول الله (ص) فشكا إليه و خَبَّرَهُ فَارْسَل إِلَيْهِ رسول الله (ص) و خَبَّرَهُ بقول الانصاري و ما شكا و قال : اذا اردت الدخول فستأذن ، فابى فلما ابى ساومه حتى بلغ به من الثمن ما شاء الله فابى أن يبيع فقال لك بها عَدَق يمدلك في الجنة فابى ان يقبل فقال رسول الله (ص) للانصاري ، اذهب فأقلعها و أرم بها إليه فإنه لا ضرر و لا ضرار

حالی وارد خانه ی ما می شوی که در آن حال آمدن تو را خوش نداریم ، هر موقع خواستی بیایی اجازه بگیر، سمره گفت برای عبور از راه خودم لازم نیست از شما اجازه بگیرم و این راه مال من است که بتوانم به درختم سر بزنم ، امام باقر فرمود : انصاری نزد رسول خدا (ص) رفت و از سمره شکایت کرد ، حضرت به دنبال سمره فرستاد و سمره آمد. حضرت به وی فرمود : فلان کس از تو شکایت کرده و می گوید که بدون اجازه وارد خانه ی او و خانواده اش می شوی. هر موقع خواستی وارد شوی اجازه بگیر! عرض کرد یا رسول ... درخت مال خودم و راه مال خودم است (چرا) اجازه بگیرم؟ رسول خدا(ص) به وی فرمود آن درخت را به انصاری بده و در جای فلانی به تو یک درخت خرما بدهم ، سمره گفت نه. پیامبر فرمود : در عوض آن ، دو عدد درخت خرما می دهم. سمره گفت نمی خواهم ، همچنان پیامبر پیشنهاد خود را زیاد می کرد تا به ده عدد درخت خرما رسید ، سمره گفت نه ، پیامبر گفت در عوض ده عدد درخت خرما به تو می دهم در جای (باغ) فلانی، سمره از قبول امتناع کرد. پیامبر فرمود از این درخت دست بردار و بجای آن به تو در بهشت یک عدد درخت خرما می دهم ، سمره گفت نمی خواهم ، پس پیامبر فرمود: «انک رجل مضار و لا ضرر و لا ضرار علی مومن»، یعنی تو (ای سمره) مرد مضری هستی و ضرر زدن و مقابله ی ضرر با ضرر برای مومن نیست. سپس پیامبر(ص) دستور فرمود آن درخت را کنند و به سوی وی انداختند و پیامبر فرمود ببر هر جا که خواستی آن را بکار. ⁷ (حرعاملی ، 1391 ، ص 341 ؛ کلینی ، 1360 ، ج 5 ص 294) عده ای گفته اند که چون روایت مرسله است ضعیف است ، بالاخص که ارسال کننده ی آن محمد بن خالد البرقی است که همچنان که ابن غضائری نیز گفته است پیوسته از افراد ضعیف نقل روایت می کرد (قهپائی، 1384 ، ص 205) بعلاوه در سند روایت بحث شده که علی بن محمد بندار قابل اعتماد نبوده است ، اما باید گفت که همچنان که وحید بهبهانی احتمال داده اند راوی این روایت علی بن محمد ابوالقاسم است (مامقانی ، 1352 ، ج 2 ص 69) که نجاشی نیز او را قابل اعتماد معرفی کرده است (نجاشی ، 1317 ، ص 268)

7- عن عبدالله بن مسكان عن زراره عن ابي جعفر (ع) قال : إن سمره بن جندب كان له عذق و كان طريقه اليه في جوف مئول رجل من الانصار ، فكان يجيئ و يدخل الي عذقه بغير اذن من الانصاري فقال الانصاري : يا سمره لا تزال تفتجأنا على حال لا نحب ان تفتجأنا عليها فاذا دخلت فأذن فقال : لا استأذن في طريق و هو طريقى الى عذقى. قال فشكاه الانصاري الى رسول الله (ص) فأرسل اليه رسول الله (ص) فأتاه فقال له ان فلانا قد شكاك الى زعم أنك تمر عليه و على اهله بغير اذنه فأستأذن عليه اذا اردت أن تدخل. فقال : يا رسول الله أستأذن في طريقى الى عذقى؟ فقال له رسول الله (ص) خل عنه و لك مكانه عذق في مكان كذا و كذا فقال : لإقال فلک اثنان ، قال لا اريد. فلم يزل يزيده حتى بلغ عشرة أعداق. فقال لا . قال فلک عشرة في مكان كذا وكذا؛ فأبى فقال: خل عنه و لك مكانه عذق في الجنة . قال لا اريد ، فقال له رسول الله (ص) : انك رجل مضار و لا ضرر و لا ضرار على مؤمن . قال : ثم أمر بها رسول الله فقلعت ثم رمى بها اليه و قال له رسول الله ، إنطلق فأغرسها حيث شئت

بنابراین همان طور که نجاشی در شرح حال محمد بن ابوالقاسم گفته «بندار» لقب جدش ابوالقاسم بود ، از طرف دیگر این روایت اگرچه نظر به «مرسله» بودن از حیث سند ضعف دارد ولی چون معتضد به سایر روایات است و نیز با توجه به عمل بزرگان اصحاب بر طبق آن ، شهرت عملی یافته و همین شهرت عملی موجب جبران ضعف سند حدیث می شود. امام خمینی (ره) در کتاب «الرسائل» می فرماید: «این روایت اگرچه مرسله است ، لکن مضمون آن و مطابقت آن با مؤثقه ی زراره و روایت ابن عبیده حذاء که نقل خواهد شد، در جوهر قضیه ایجاد وثوق به صدق و صدور آن می کند و این مرسله در نقل خصوصیات داستان از بقیه جامع تر است و می توان با آن ادعای وثوق به کلمه ی «علی مؤمن» و عبارت «انطلق فاغرسها حیث شئت» در اصل روایت کرد که در روایات دیگر راویان ، به منظور اختصار این دو عبارت را نیاورده اند، همچنان که تفصیل روایت را نیاورده اند.» (امام خمینی (ره) ، 1385 ، ص 26)

3- روایت حسنه ی ابی عبیده ی حذاء از ابو جعفر الباقر (ع)

آغاز روایت چنین است: «عن ابی عبیده الحذاء قال قال ابو جعفر (ع) ...» حدیث مانند روایت های قبلی است که گذشت ، جز این که بعد از امتناع سمره از اذن گرفتن از انصاری آمده است که رسول خدا (ص) فرمودند: ما اراک یا سمره الا مضاراً. اذهب یا فلان فاقلعها (خافطعها) و ارم بها الیه؛ یعنی ای سمره، تو تنها به دنبال آزار و اذیت هستی. فلانی برو و آن را ببر و به سوی او پرتاب کن (حرّ العاملی، 1391، ص 340)

4- روایت عقبه بن خالد از امام صادق (ع)

عقبه بن خالد از حضرت صادق (ع) نقل می کند که رسول خدا (ص) به شفعه (حق اولویت شریک نسبت به سهم شرکت دیگر در زمین و مسکنی که تقسیم نکرده اند) بین شرکاء در زمین و مسکن قضاوت کردند و فرمودند: ضرر و ضراری نیست.⁸ (کلینی، 1360 ، ج 5 ص 280؛ حر العاملی ، 1391 ، ص 319)

5- روایت «دعائم الاسلام» از امام صادق (ع)

از آن حضرت (ع) سؤال شد دیواری بین دو خانه حد فاصل و ساتر بوده و خراب شده است ، مالک دیوار حاضر نیست دوباره دیوار را بنا کند. آیا به درخواست همسایه ی مجاور ، می توان مالک دیوار را به تجدید بنای آن ملزم ساخت؟ حضرت پرسیدند: آیا مالک بنا بر حقی یا شرطی متعهد به این کار است؟ گفته شد :

8- عن عقبه بن خالد عن ابی عبدالله (ع) قال : قضی بالشفعه بین الشرکاء فی الارضین و المساکن و قال : "لا ضرر و لا ضرار"

خیر؛ حضرت فرمودند: چنین الزامی وجود ندارد و همسایه‌ی مجاور می‌تواند برای ایجاد مانع برای ملک خود دیوار را دوباره به هزینه‌ی شخصی خودش بپردازد. از حضرت سؤال شد: در این فرض، بدون این که 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 فرمودند: چنین حقی ندارد؛ زیرا رسول خدا (ص) فرموده‌اند: لا ضرر و لا ضرار (نوری طبرسی، 1409، ص 118) ضرر و ضراری نیست.

6- روایت هارون بن حمزه ی غنوی از امام صادق (ع)

غنوی از امام صادق (ع) روایت کرده است که دیده که، شخصی شتر مریضی را که می‌فروختند را به ده درهم خرید و شخص دیگری را در مقابل دو درهم در سر و پوست آن شتر شریک کرد. اتفاقاً آن شتر از بیماری بهبودی یافت و قیمت آن به چندین دینار رسید. صاحب شتر به شریک گفت یک پنجم قیمت شتر را بگیر و او امتناع کرد و گفت باید شتر را بکشی و کله و پوست آن را به من بدهی، امام (ع) فرمود: آنکه دو درهم داده در یک پنجم قیمت شتر شریک است و اگر بگویند من همان سر و پوست شتر را می‌خواهم چنین حقی ندارد. اگر یک پنجم قیمت شتر به او داده شود به حق خود رسیده است⁹ (کلینی، [بی تا]، ج 5 ص 293) در اینجا چون لا ضرر معلوم بوده فقط امام به تطبیق مسئله با لا ضرر اکتفا نمودند. (سیستانی، 1389، ص 77)

7- محمد بن حسین می‌گوید: به حضرت رضا (ع) نوشتم که شخصی قناتی داشته، دیگری در جوار او قصد حفر قنات دارد، با توجه به وضعیت محل زمین که سخت باشد با نرم، چه مقدار باید رعایت کند که به صاحب قنات دیگر ضرر نرساند؟ حضرت در پاسخ نوشتند: به گونه‌ای که به دیگری ضرر نرساند.¹⁰ (حر العاملی، 1391، ص 343)

9- عن هارون بن حمزه الغنوی عن ابی عبدالله (ص) فی رجلٍ شهد بغيراً مریضاً و هو یباع فاشترأه رجلٌ بعشره دراهم، فجاءه و اشترک فیہ رجلاً بدرهمین بالرأس و الجلد، ففضی أن البعیر برء فبلغ ثمنه دنا نیر قال فقال: « لصاحب الدرهمین خمس ما بلغ فان قال: ارید الرأس و الجلد فلیس له ملک، هذا الضرار و قد اعطی حقه اعطى الخمس.

10- عن محمد بن الحسین قال: « کتبتُ إلى ابی محمد (ع): رجلٌ کانت له قناه فی قریه فأراد رجلٌ أن یحفر قناه أخرى الی قریه له، کم یكون بینها فی البعد حتّی لا تضرّ إحداهما بالآخری فی الارض إذا کانت صلبه او رخوه؟ فوقع (ع) علی حسب أن لاتضرّ إحداهما بالآخری .»

8- به همان سند روایت قبلی، راوی (محمد بن حسین) می گوید: به حضرت رضا (ع) نوشتم: شخصی 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. آیا صاحب قریه و آب حق دارد چنین رفتار کند؟ حضرت نوشتند: «از خدا بپرهیزد و به نیکی رفتار کند و به برادر مؤمن خود ضرر نزند.» (حر العاملی، 1391، ص 319)

9- در کتاب «المسند» خود از عباد بن صامت (از بزرگان شیعه که در اتقان و ضبط احادیث، متفقاً علیه است) نقل می کند که: «عن رسول الله (ص) قال: و قضي أن لا ضرر و لا ضرار» (حنبل، [بی تا]، ص 326) این بود پاره ای از مهم ترین روایات در باره ی قاعده ی «لا ضرر» که فخر المحققین بر اساس آن ها ادعای تواتر معمولی حدیث «لا ضرر» کرده است. باید متذکر شد که برای حجت دانستن هر روایتی، چند مسأله را باید در آن ملاحظه کنیم: اول آنها «اصاله الصدور» است، یعنی محرز شود که از معصوم (ع) صادر شده است. دوم «اصاله الظهور» است؛ بدین معنی که آیا روایت ظهور دارد و مبین است یا مجمل است؟ سوم این که آیا از روی تقیه صادر شده است یا خیر؟ مهم تر از همه «اصاله الصدور» است که با توجه به تواتر این حدیث، بحث در حجیت آن از نظر «اصاله الصدور» غلط است؛ زیرا خبر متواتر یعنی خبری که «قطعی الصدور» باشد و افاده ی علم کند، و حجیت «علم» و «قطع» ذاتی است (الی القطع ینتهی حجیه کلّ حجیه) و گرنه تسلسل محال لازم می آید. پس از نظر «اصاله الصدور» این روایت، مشکلی نداریم، چون متواتر است و حجیت آن همراه خودش است نه این که خبر واحد باشد و نیاز به ادله ی حجیت داشته باشد؛ گذشته از این که این روایت لا ضرر جزء «جوامع الکلم» پیامبر (ص) است و خود پیامبر اکرم (ص) و ائمه ی اطهار (ع) موارد متعددی را بر این حدیث تطبیق کرده اند.

در کتاب «قواعد الفقیه» آمده: هیچ شکی در حجیت سخن پیامبر (ص) مبنی بر «لا ضرر و لا ضرار» نیست و این یا به سبب تواترش و یا به علت قطع به صدورش و یا به موجب روایت شدن آن در طریق معتبر مانند مؤثقه ی زراره، یا به خاطر جبران ضعف آن به واسطه ی عمل بزرگان اصحاب است که شهرت پیدا کرده و همین شهرت عملی موجب جبران ضعف سند حدیث است. (فقیه، 1407، ص 188)

1-1-3 عقل

همان طور که پیش از این گفته شد، قاعده ی « لا ضرر » مبتنی بر یک مبنای عقلانی است و بنای عقلای عالم - بما هم عقلاء - بر منع ضرر و اضرار به یکدیگر استوار است و این اصل در حقوق بیشتر کشورها، تحت عنوان « عدم جواز سوء استفاده از حق » مطرح شده است. پس به موازات ادله و مدارک دیگر، عقل بر حاکمیت و اعتبار قاعده ی فوق گواهی می دهد. در واقع، مدلول این قاعده جز مستقلات عقلیه است و اگرچه عده ای از فقها - همچون مرحوم میرزای نائینی (ره) - عمدۀ ترین دلیل قاعده ی « لا ضرر » را جمله ی نبوی در ذیل تفسیریه ی سوره بن جنذب دانسته اند، لکن به عقیده ی بعضی دیگر، مهم ترین دلیل حجیت این قاعده همان عقل و بنای عقلاست؛ همان طور که در حدیث هفتم از احادیث نه گانه ای که ذکر شد این نکته فهمیده می شود. زیرا در آن حدیث با توجه به سؤال محمد بن حسین از امام رضا (ع) و جواب آن حضرت معلوم می شود که لزوم عدم اضرار به غیر، جزء باور سؤال کننده بوده است و در نتیجه، سؤال نکرده که آیا عمل می تواند موجب اضرار باشد و یا این که اضرار جایز است یا خیر؟ بلکه فقط سؤال می کند که چه مقدار باید فاصله بگیرد که ضرر نرساند؟ منشاء این سابقه ی ذهنی متداول بودن مفهوم عدم اضرار در عرف جامعه نزد عقلا بوده است؛ یعنی عقلای جامعه بر اعتبار این اصل عقلی مهر تأیید نهاده بودند و سؤال کننده نیز به عنوان یکی از آحاد جامعه، به متابعت از این مفهوم و اعتقاد معمول و جا افتاده به طرح سؤال مبادرت کرده که می تواند موید دلیل نقلی باشد.

اما گروهی معتقدند که: نظریات مطرح شده در باب قاعده ی « لا ضرر » با این پیش فرض بود که عمدۀ مستند این قاعده « حدیث لا ضرر » در جریان ثمره بن جنذب با مرد انصاری است. (نائینی، 1373، ص 397) از همین رو نظریه های مختلفی در این زمینه میان فقها مطرح گردید، بنابراین سبب اساسی نزاع میان فقها همین تلقی نادرست است که عمدۀ دلیل قاعده ی « لا ضرر »، « حدیث لا ضرر » است. چرا که همه ی ادله ی چهارگانه بر اعتبار قاعده ی « لا ضرر » گواهی می دهند. در نتیجه برخلاف تلقی مزبور، مدرک اصلی قاعده ی « لا ضرر » دلیل « عقل » بوده و قاعده ی « لا ضرر » از « مستقلات عقلیه » است و بدون حکم شرع خود عقل به آن می رسد (بادینی و مومنی، 1392، ص 26) به این معنی که گوهر قدسی « عقل » به تنهایی و بدون استعانت از شرع مقدس در خصوص موضوع مورد بحث حکم مستقل دارد و ادله ی لفظیه ای که در این ارتباط وارد شده است، اعم از نصوص قرآنی و نصوص وارد در سنت معصومین علیهم السلام، همگی ارشاد به حکم عقل می باشند.

توضیح مطلب از این قرار است که وقتی بحث از اضرار به دیگران مطرح می شود، مراجعه به دلیل «عقل» دو حکم را فرا روی ما می نهد: اول: حرمت اضرار به غیر، دوم: وجوب تدارک ضرر در صورت ورود زیان از سوی وارد کننده ی زیان. حکم نخست از سوی عقل به این ترتیب از طریق «عقل» استکشاف می شود که: اضرار به دیگران بدون مجوز عقلا قبیح بوده و ترک آن لازم است، هر آنچه عقلا قبیح بوده و ترکش لازم باشد به حکم ملازمه ی بین عقل و شرع، از نظر شرع مقدس حرام است (کبری)، پس اضرار به دیگران بدون مجوز شرعا حرام است (نتیجه). به همین قیاس، حکم دوم (وجوب شرعی تدارک زیان از سوی وارد کننده ی آن) نیز استکشاف می شود. به این ترتیب که در صورت ورود زیان تدارک آن بر وارد کننده ی زیان عقلا لازم است (صغری) و هر آن چه عقلا لازم باشد شرعا نیز واجب است (کبری) پس تدارک زیان از سوی وارد کننده ی زیان شرعا واجب است (نتیجه). این استدلال بر این پایه استوار است که عدم تدارک ضرر، نوعی ظلم بوده و ظلم عقلا قبیح است. هر آن چه عقلا قبیح باشد شرعا حرام است. و هرچه حرام است (عدم تدارک)، ترکش واجب خواهد بود؛ بنابراین، ترک عدم تدارک (تدارک) شرعا واجب است. ممکن است کسی اشکال کند که اگر دلیل عقل مدرک قاعده ی «لا ضرر» باشد، لازم می آید که قاعده ی «لا ضرر» منحصر در ضرر های عمدی شود، زیرا تنها ضرر های عمدی است که عقلا قبیح است، می گوئیم که عقل در این زمینه دو حکم دارد: یکی حرمت اضرار به غیر و دیگری لزوم جبران خسارت زیان دیده از سوی وارد آورنده ی زیان. از این دو حکم فقط حکم نخست اختصاص به زیان های عمدی دارد، ولی حکم دوم شامل همه ی زیان های عمدی و غیر عمدی می شود. (بادینی و مومنی، 1392، ص 27)

از این گذشته، عدم جواز اضرار به غیر و وجوب تدارک زیان از سوی وارد کننده ی زیان از ارتکازات عقلا نیز است. به این معنا که عقلای عالم نیز اولاً اضرار به غیر را قبیح دانسته و ثانیاً در صورتی که شخصی به دیگری زبانی وارد آورد، جبران زیان وارد آمده را بر وی لازم می شمارند. به سخن دیگر، این که حدود هزار سال پیش از ظهور دین مبین اسلام ارسطو، متفکر یونانی، الگوی «عدالت اصلاحی» را به عنوان ساز و کاری جهت جبران خسارت وارد به افراد مطرح می کند (ارسطو، 1378، ص 172) گویای این مهم است که اندیشه ی لزوم جبران خسارت از ابداعات سیستم حقوقی اسلام و مفاد حدیث «لا ضرر» نیست تا برای اثبات آن چاره ای جز دست و پنجه نرم کردن با حدیث «لا ضرر» نداشته باشیم، بلکه اندیشه ی مزبور از ارتکازات عقلایی بوده، بنابراین با استمداد از چهارمین منبع استنباط یعنی «عقل» و نیز بنای عقلا به این نتیجه رسیدیم که قاعده ی «لا ضرر» دارای دو مدلول است: اول، حرمت اضرار به غیر و دوم، وجوب تدارک زیان از سوی وارد کننده ی زیان. (بادینی و مومنی، 1392، ص 28)

در پاسخ به این استدلال باید گفت که ، دلایل حجیت قاعده ی لا ضرر کتاب ، سنت و عقل می باشد ولی به نظر می رسد که دلیل عقلی دلیل مستقل محسوب نمی شود و لذا قائل شدن به الزامات عقلانی قاعده از سوی برخی ، قابل انتقاد به نظر می رسد. چرا که عقل باعثیت و لزوم نمی آورد و هدف بدست آوردن نظر شارع مقدس که خود رئیس العقلا نیز هست ، می باشد و وظیفه عبد بدست آوردن و تامین نظر مولا است و به همین دلیل تفاسیر فقها در باب این قاعده بسیار متفاوت است. آنچه از کلمات علما و اندیشمندان اسلامی استفاده می شود آن است که عنصر عقل می تواند مددکار خوبی برای فقیه به شمار آید، تا به کمک آن بتواند با قدرت به میدان استنباط احکام شرعی پای گذاشته و مسائل مستحدثه و جدید را در هر عصر و زمانی به راحتی حل و فصل نماید ، لذا اگر در موارد خاص از اسلام دستوری نرسیده باشد ، فقیه به کمک عقل می تواند حکم آن را کشف نماید چرا که عقل با سیستم قانون گذاری اسلام آشناست و به خوبی می تواند حکم این گونه از موارد را استخراج نماید ، اگر ثابت شود که سیگار سرطان زا است ، یک مجتهد به حکم عقل حکم می کند که سیگار شرعا حرام است ، متکلمین و اصولیین ، تلازم عقل و شرع را قاعده ملازمه می نامند ، می گویند « کل ما حکم به العقل حکم به الشرع » . یعنی هر چه عقل حکم کند شرع هم طبق آن حکم می کند ، ولی البته این در صورتی است که عقل به یک مصلحت لازم الاستیفاء و یا مفسده لازم الاحتراز به طور قطع و یقین پی برد و به اصطلاح به « ملاک » و « مناط » واقعی به طور یقین و بدون شبهه دست یابد ، والا با صرف ظن و گمان و حدس و تخمین نمی توان نام حکم عقل بر آن نهاد . قیاس به همین جهت باطل است که ظنی و خیالی است نه عقلی و قطعی . آنگاه که به « مناط » قطعی دست یابیم آن را « تنقیح مناط » می نامیم . مطهری ، 1376 ، ص 52) همچنین در مواردی که عقل به مناط احکام دست نمی یابد ولی می بیند که شارع در اینجا حکمی دارد ، حکم می کند که قطعا در اینجا مصلحتی در کار بوده والا شارع حکم نمی کرد . پس عقل همانطور که از کشف مصالح واقعی ، حکم شرعی را کشف می کند ، از کشف حکم شرعی نیز به وجود مصالح واقعی پی می برد ، لهذا همانطور که می گویند : « کل ما حکم به العقل حکم به الشرع » ، می گویند : « کل ما حکم به الشرع حکم به العقل » . (همان ، ص 53) مرحوم مظفر نیز در این رابطه می فرماید : « مراد از دلیل عقلی در کنار کتاب و سنت هر حکم عقلایی است که باعث قطع به حکم شرعی گردد ، به عبارت دیگر ، هر قضیه عقلی که از طریق آن به علم قطعی به حکم شرعی دست یابیم » (مظفر ، 1405 ، ص 188) موسوی بجنوردی معتقد است که : « اما در این سخن که بوسیله دلیل عقلی بهتر می توان به حکم شرعی رسید ، اندکی باید تأمل کرد و دانست عقول ما دست به گریبان افکار شیطانی و مخلوط به شوائب اوهام است و بسیار مشکل است که انسان به واقعیت اشیاء برسد. در واقع به برکت کتاب و سنت و اجماع است که ما در هیچ واقعه ای در

نمی مانیم ، کما اینکه پیامبر اکرم (ص) در حجه الوداع فرمود : «ایها الناس ما من شی یقربکم الی الجنه و یبعدکم عن النار الا وقد مرتکم به و ما من شیء یبعدکم عن الجنه و یقربکم الی النار الا و قد نهبتکم عنه حتی الخدشه الظفار» یعنی ای مردم هیچ چیزی نیست که شما را نزدیک کند به بهشت و دور کند از جهنم مگر آنچه را که شما را به آن امر کرده ام و هیچ چیزی نیست که شما را نزدیک کند به جهنم و دور کند از بهشت مگر آنچه که شما را از آن نهی کردم (موسوی بجنوردی ، 1364 ، ص 27) آیت ... جوادی آملی در این باره فرموده اند: « البته عقل قطعی و ناب هرگز خطا و اشتباه ندارد و تعارضی بین او و وحی نیست اما آیا انسان ها همیشه به چنین حقیقتی دست می یابند؟ اگر چنین بود انسان ها هیچ گاه در دست یابی به عقل قطعی مرتکب اشتباه نمی شدند و تنوع و تعددی در آرای آنان وجود نداشت در حالی که تنوع مذکور آن قدر وسیع و زیاد است که حتی بعضی از آنها نسبت به بعضی دیگر کاملاً متضاد و متعارض بلکه مناقض است» (جوادی آملی ، 1381، ص 47) بنابراین با تمام اهمیتی که به حکم عقلی داریم ولی باید گفت : عقل می تواند از دو جهت دچار اشتباه و خطا شود :

1- از ناحیه نظری؛ یعنی اگر عقل گرفتار مغالطه شود عیناً مثل آن می ماند که میکروبی وارد اندام جسمانی بشود و سلامتی را در معرض خطر قرار دهد. وقتی یک مغالطه و شبهه ای وارد ذهن شود، مانع داوری درست عقل و کارکرد درست آن می شود لذا عقل را گمراه می کند. در نتیجه ، در بعد نظری، مغالطات و خطاهای نظری مانع رسیدن به حقیقت می شود. 2- لغزش های عملی است؛ یعنی پیروی از شهوات و غرایز و غلبه تمایلات موجب می شود که عقل قدرت داوری اش را از دست بدهد. بنابراین می توانیم استدلال کنیم :

1- مشکل استدلال فوق نیز همین ظنی بودن و دچار مغالطه شدن ملاکها در صغرای قیاس ها است ، چرا که در قیاس اول می توان گفت که اگر فردی برای نجات فردی دیگر که در حال غرق شدن است بدون مجوز وارد ملک دیگری شود ویا اینکه علاوه بر ورود بدون مجوز برای عبور و نجات فرد در حال غرق حصار او را خراب کند، عقل و بنای عقلا در این مورد قبحی نمی بیند و آن را قبیح نمی داند ، بنابراین صغرای قیاس اول قبح ذاتی ندارد و مانند العدل حسن و الظلم قبیح نیست، در مورد قیاس دوم نیز همین مشکل وجود دارد، چرا که می توان گفت که عقل و بنای عقلا تاجری را که به فعالیت مشروع اقتصادی دست زده و چه بسا رقیب خود را متضرر کرده و به او خسارت زده را مقصر نمی داند و قبحی برای عمل او قائل نیست ، بنابراین این قیاس نیز از نوع العدل حسن و الظلم قبیح نیست ، و در نتیجه شامل قاعده ی « ما حکم به العقل حکم به الشرع » نمی شود. (مظفر، 1405، ج 2 ص 264)

2- از طرفی دیگر قائلین این نظر معترف اند که : « تا آن جا که نگارندگان در متون فقهی کاوش نموده اند ، از میان فقیهان و حتی حقوق دانان تنها مرحوم میر فتح مراغه ای دو حکم مزبور را به صورت توأمان از قاعده ی «لا ضرر» استفاده کرده است ؛ با این تفاوت که ایشان حکم نخست ، یعنی حرمت اضرار را ، از ادله ی لفظی استنباط نموده است و صرفاً برای حکم دوم ، یعنی وجوب تدارک زیان ، علاوه بر ادله ی لفظی به دلیل «عقل» نیز استناد نموده است (مراغه ای ، 1418، ص 318 به بعد). (بادینی و مومنی ، 1392، ص 28) بنابراین هیچ فقیه و حقوقدانی قائل به این نظر نبوده و تنها میر فتح مراغه ای (آن هم برای اثبات نظریه ی نهی) علاوه بر دلیل لفظی به دلیل عقلی نیز استدلال کرده است آن را موید آورده است.

1-1-4 اجماع

اجماع فقهای اسلام ، اعم از شیعه و سنی ، بر حجیت این قاعده است و ، مستند آن ها همین روایت « لا ضرر و لا اضرار » است همچنان که احمد بن حنبل پیشوای مذهب حنبلی در « مسند » این حدیث را از عباده بن صامت نقل کرده است. البته باید گفت این اجماع اُبی و مدرکی است و با توجه به این ادله و روایات صورت گرفته و بنا به همین دلیل ، حجت نیست و هیچگونه ارزش فقهی و حقوقی ندارد ؛ زیرا اجماع اصولی زمانی حجت است که محقق سنت و کاشف از رای معصوم باشد. (فقیه ، 1407 ، ص 188)

1-2 شرح مفردات قاعده ی « لا ضرر »

در این بخش به شرح مفردات قاعده ی « لا ضرر » پرداخته و به بررسی معنای «لا» و نیز معانی « ضرر » و «اضرار» که توسط فقها و بزرگان بیان گردیده آورده شده و به بررسی آن ها پرداخته شده است.

1-2-1 معنای لا در قاعده ی « لا ضرر »

ابتدا باید دید که کلمه ی « لا » در حدیث به چه معنی است و چه ضابطه ای در این مورد وجود دارد. ادبای عرب متفقند که اگر مدخول « لا » (آن چه بعد از « لا » قرار می گیرد) اسم و نکره بود ، دلالت بر نفی دارد ، آن هم نفی جنس ، و طبیعت آن مدخول ، یعنی طبیعت و ماهیت و جنس شیء ، منفی است ؛ مثلاً وقتی گفته می شود « لا رجل فی الدار » یعنی جنس و طبیعت « رجل » در خانه نیست ؛ پس جمله ی مذکور امکان وجود هر گونه مردی را در منزل نفی می کند و شنونده از این جمله می فهمد که قطعاً هیچ مردی در خانه نیست. احتمال دیگر آن است که « لا » را به معنی نهی بگیریم ، به این صورت که « لا ضرر و لا اضرار » را به معنی «

ضرر و ضرار وارد مکن» یا «ضرر مزین» بگیریم؛ نه اینکه ضرر و ضراری نیست که به معنی نفی باشد. البته این احتمال خلاف قواعد و ضوابط ادبیات عرب محسوب می‌شود و استعمال حقیقی هم نیست و از نوع مجاز است که احتیاج به قرینه دارد و در جایی که بتوانیم «لا» را در معنای حقیقی خود استعمال کنیم، استعمال در معنای مجازی درست نیست. از سوی دیگر، «لا» ی نهی، اختصاص به فعل مضارع دارد. پس طبق قاعده مجبوریم «لا» را به معنای نفی بگیریم؛ یعنی «ضرر نیست»؛ بنا بر این احتمال که «لا» را به معنای نهی بگیریم محدود است. (بجنوردی، 1419، ص 207)

1-2-2-2 معنای «ضرر»

حال ببینیم که «ضرر» در لغت چه معانی دارد و در این جا به چه معنی است:

1- ضرر به «نقص در حق» معنی شده است. (طریحی، 1985 م، ص 373)

2- عده ای ضرر را به «سوء حال» تفسیر می‌کنند؛ اعم از این که سوء حال نفس به سبب قلت علم و فضل یا سوء حال بدن به سبب فقدان عضوی از اعضا یا به علت قلت مال و آبرو باشد. (راغب اصفهانی، 1404، صص 397-398)

3- بعضی ضرر را ضد نفع دانسته و فرموده است: معامله ای که ضرر رساند و غذایی که ضرر رساند و کسی که به دیگری هتک حرمت و اهانت بکند نمی‌گویند فلانی به دیگری ضرر زد، همچنان که به کسی که تعظیم و تجلیل از دیگری بکند، نمی‌گویند که به او نفع رساند. می‌توان گفت جامع معنای ضرر همان «ضیغ» است یعنی تنگی، شدت، سختی و سوء حال و مکروه همچنان که در «صحاح اللغه»، «القاموس المحيط»، «المنجد» و «مصباح المنیر» آمده است. (امام خمینی (ره)، 1385، ص 28)

همچنین در معنای ضرر گفته شده: «ضرر خلاف نفع است و به حکم عرف و لغت ضرر در اموال، تلف شدن مقداری از مال خود شخص یا دیگری است؛ چه عین باشد و چه منفعت - بدون عوض و نفعی در مقابل آن - و اگر فعل غیر باشد، عبارت است از اتلاف مقداری از مال خود یا دیگری بدون عوض و نفعی در مقابل آن. پس هرچه صرف و اتلاف آن به خاطر جلب نفع یا عوض حاصل باشد، ضرر محسوب نمی‌شود و نفع و عوض اعم است از این که دینی باشد یا دنیوی یا به دنیا باشد یا در آخرت و نفع در اموال، حصول زیادت در مالیه است - چه عین باشد چه منفعت - و اگر نفع فعل غیر باشد ایصال آن در زیادت است.

حاصل آن که هر عملی یا حکمی که از کسی در مورد مال خودش یا مال دیگری صادر شود، یا به سبب آن حکم یا عمل تغییر یا تبدیلی در آن مال حاصل نمی شود و یا می شود. اگر تغییر و تبدیلی حاصل شود و عین و نفعی که از آن حاصل می شود عرفاً و عادتاً مساوی آن مال قبلی باشد، در این جا نه نفعی است و نه ضرری؛ و اگر به سبب آن تغییر و تبدیل، ما به ازایی بیشتر از قبل در آن مال حاصل شود، آن زیادت «نفع» نامیده می شود و اگر به سبب تغییر، ما به ازای کمتری حاصل شود، آن نقص «ضرر» نامیده می شود. پس اگر کسی کالایی داشته باشد به قیمت بیست دینار و خودش یا دیگری آن را به پانزده دینار بفروشد او ضرر کرده است و اگر به بیست و پنج دینار بفروشد، به او نفع رسانده و اگر به همان بیست دینار بفروشد، نه نفع به او رسد و نه ضرر. مگر این که مالک خواسته باشد آن را بفروشد و دیگری آن را به همین مبلغ بیست دینار که قیمت آن است به دیگری بفروشد که نفس همین بیع منفعت حاصله ای است برای مالک. همچنین اگر مانعی از فروختن کالای کسی منع کند، این «اضرار» نیست بلکه «منع در نفع» است. به همین ترتیب، اگر کسی ملکی داشته باشد بدون نفع، مانند قنات بایر، و بخواهد آن را مرمت و اصلاح کند و کسی او را از این کار منع کند، او مانع از تحصیل نفع به صاحب قنات شده است، نه این که به او ضرر زده باشد بر خلاف این که کسی قنات دایری داشته باشد و دیگری آب وارد آن کند و قنات خراب شود، این ضرر رساندن به صاحب قنات است؛ همچنان که اگر کسی صاحب قنات را از تعمیر کردن و مرمت چاهی از چاه های آن قنات منع کند تا این که سایر چاه ها نیز خراب شوند باز به او ضرر رسانده است و اگر کسی قسمتی از مال خود را به نیت قربت در راه خدا صرف کند، او به خودش ضرر نزده است، زیرا در مقابل این عمل صالح، چند برابر آن چه خرید کرده است ثواب می برد و درجات اخروی و مقامات معنوی اش بالا می رود. ولی اگر مالی را به خاطر ریا و امثال آن، به فقیری بدهد و نفع دنیوی هم نبرد، چنین کسی به خودش ضرر زده است. (نراقی، 1417، صص 48-50) البته مرحوم نراقی جلوگیری از رسیدن نفع به دیگران را ضرر ندانسته که خود محل تأمل است.

اصولاً در این که آیا ضرر امری است وجودی یا عدمی و با نفع چه نسبت و چه تقابلی دارد، گروهی معتقدند که ضرر امر وجودی و ضد نفع است. گروهی دیگر آن را امری عدمی دانسته و معتقدند بین ضرر و نفع، تقابل «عدم و ملکه» است و معنای ضرر «عدم نفع» است، در مورد موضوعی که قابلیت نفع در آن باشد. اگر ضرر را امر وجود بگیریم تقابل ضرر و نفع، تقابل تضاد است نه عدم و ملکه زیرا تقابل عدم و ملکه، برگشت آن به تقیضین است و امکان ارتفاع آن نیست؛ حال آن که اگر ضرر، امر وجودی باشد، امکان ارتفاع است. چنان که اگر متاعی به قیمتی که خریداری شده فروخته شود، در عرف گفته می شود که در این

معامله نه نفعی بوده و نه ضرری، حال آن که در تقابل «عدم و ملکه» که به نقیضین برگشت می کند، در چنین معامله ای ضرر وجود دارد، چون ضرر عدم نفع است و این جا نیز نفعی نیست. (ابویی مهریزی، 1379، ص 52) ظاهراً مرحوم نراقی (ره) با توجه به گفتاری که از ایشان نقل کردیم، ضرر را امر وجودی و ضد نفع می دانند، از طرفی نظر آیت ا... سید محمد موسوی بجنوردی نیز همین امر است. (موسوی بجنوردی، 1372، ص 55)

1-2-3 معنای «ضرار»

«ضرار» بر وزن «فعال»، مصدر باب «مفاعله» است؛ مانند «قتال» و «جهاد» و امثال آن ها و در لغت، دارای معانی مختلفی است که به آن ها اشاره می شود. (بجنوردی، 1419، ص 214)

1- «ضرار» اسم و مرادف «ضرر» و «همان معنی است و آمدن آن به دنبال ضرر به لحاظ تأکید است. (آخوند خراسانی، 1403، ج 2 ص 267)

2- ضرار به معنای ضیق است (سبحانی 1423، ج 3 ص 94)

3- «ضرار» به معنی اعمال مجازات بر ضرری است که از جانب دیگری به انسان می رسد. به عبارت دیگر، واکنش بر ضرر را گویند. و نیز ضرار را از آن جا که مصدر باب مفاعله است، به معنای ضرر رساندن متقابل دو نفر به یکدیگر است همچنین معنای دیگر «ضرر» در مواردی است که شخص به دیگری ضرر برساند و خودش سود ببرد، ولی «ضرار» در مواردی است که با ضرر رسانیدن به دیگری نفعی عاید خودش نشود. (محقق داماد، 1392، صص 138 و 139)

4- معنای دیگر اینکه ضرار فقط شامل اضرار عمدی است؛ ولی ضرر شامل اصرار عمدی و غیر عمدی هر دو می شود. (نائینی، 1373، ج 2 ص 199)

5- بعضی معتقد اند ضرار از باب مفاعله نیست؛ زیرا در مفاعله تکرار و صدور از دو نفر است ولی قضیه ی سمره، صدور فعل از یک نفر یعنی سمره بن جندب است. لکن بعضی دیگر جواب می دهند که در مفاعله، تکرار و صدور از فاعل شرط است نه از دو فاعل، دو فاعل در باب تفاعل شرط است مانند «تضارب زیء و عمرو»

چنان که در قرآن آمده است که «إِنَّ مَنَافِقِينَ يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَهُوَ خَادِعُهُمْ»¹¹ «همانا منافقین به خدا مکر و حيله می کنند و خدا نیز به آن ها مکر می کند . «طبیعی است که خدا به آن ها خدعه وارد نمی کند . بلکه مکر و خدعه ی آن ها را خنثی و باطل می کند و این منافقین هستند که بر خدعه اصرار می ورزند و آن را تکرار می کنند . پس اشکالی ندارد که ضرار از باب مفاعله این امر را تکرار می کند و «کثیر الضّرر» است و بر ضرر اصرار می ورزد ، به قرینه ی این که پیامبر اکرم (ص) به او فرمودند : «أَنْتَ رَجُلٌ مُضَارٌّ» . (موسوی بجنوردی، 1372 ، صص 55-56)

6- همچنین این که ضرار ظرفینی باشد یا به معنای اعمال مجازات بر ضرر گرفته شود صحیح به نظر نمی رسد . ظاهر روایت هارون بن حمزه ی غنوی از امام صادق (ع) در مورد شتر مریضی که بعداً خوب می شود و امام رضا (ع) در آن حلیث می فرمایند « هذا الضّرار » نیز این نکته را تأکید می کند که « ضرار » معنی اثیننی و اعمال مجازات را ندارد و همان طور که گفته شد ، به معنی «ضرر» است . (نراقی ، 1417 ، ص 49)

7- امام خمینی (ره) در « الرسائل » می فرمایند : « غالب استعمالات ضرر و اضرار مالی یا نفسی است ؛ ولی ضرار و مشتقاتش در تزییق ، احمال ، حرج ، سختی و کلفت شایع و رایج است و در قرآن نیز هر جا که کلمه ی ضرر آمده به معنای ضرر مالی یا نفسی است ؛ ولی هر جا که کلمه ی ضرار آمده است به معنای تزییق و ایصال حرج است ؛ مانند آیه ی مبارکه ی « لا تُضَارُّ وَالِدَةُ بَوْلِهَا ... »¹² و آیه ی شریفه در خصوص مسجد ضرار « وَ الَّذِينَ اتَّخَذُوا مَسْجِدًا ضِرَارًا ... »¹³ که در آن جا ضرار معنای نفسی و مالی نمی دهد و منافقین قصد تلف مال و صدمه ی بدنی به کسی نداشتند بلکه می خواستند با استقرار ابوعامر در آن ، عقاید مسلمانان را مشوش و آنان را دچار تفرقه و نفاق و مکروه روحی کنند . « (امام خمینی (ره) ، 1385 ، صص 28-33)

11- النساء : 142/4

12- البقره : 233/2

13- التّوبه : 107/9

مطابق کلام امام خمینی (ره)، از این حدیث دو قاعده استفاده می شود: یکی قاعده ی «لا ضرر» است و دیگری قاعده ی «نهی حرّج»؛ چرا که مطابق گفته ی ایشان، «لا ضرار» به این معنی است که حرّج و کلفت و مشقت نیست، یا این که نباید باشد. (ابویی مهریزی، 1379، ص 54)

آیت ... سید محمد موسوی بجنوردی (ره) می گوید: «... ضرار تأکید بر ضرر و به معنی اصرار بر ضرر است و تکرار و اصرار بر ضرر همان کاری است که سمره در حق انصاری مرتکب شد و به موجب آن پیامبر اکرم (ص) به او فرمودند: «إِنَّكَ رَجُلٌ مُضَارٌّ» (موسوی بجنوردی، 1372، ص 5)

مطالعه
پایان
پروژه

فصل دوم: نظریه های فقهی قاعده ی « لا ضرر » و ارزیابی آنها

وقتی گفته می شود « لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام » اولین سؤالی که پیش می آید این است که آیا در عالم خارج در اسلام ضرر وجود ندارد؟ قطعاً چنین برداشتی از جمله نادرست است؛ زیرا ما به رأی العین می بینیم که در عالم خارج ضرر وجود دارد و افراد بشر به شکل های گوناگون هر روز منشاء ایجاد ضرر به یکدیگر می شوند. علاوه بر آن، اگر این طور برداشت شود که در عالم خارج ضرر وجود ندارد، این موضوع چه ارتباطی با شارع پیدا می کند و فلسفه ی صدور آن چه می تواند باشد؟ فقها تلاش کرده اند که با مبانی مختلف مربوط به کیفیت استعمال « لا » در این حدیث، آن را به گونه ای معنا و تفسیر کنند که به نظر شارع اقرب باشد.

2-1 تفاسیر بر اساس نهی بودن « لا »

از آنجا که فقها در تفسیر « لا » در قاعده ی « لا ضرر » به دو گروه تقسیم شده اند و عده ای قائل به نهی بودن « لا » در قاعده ی مذکور هستند، لذا در این بخش به تفاسیر ارائه شده توسط فقهای قائل به نهی بودن « لا » هستیم پرداخته شده است.

2-1-1 نظریه ی نهی اولی و الهی و ارزیابی آن

« لا » در حدیث به معنای نهی است، آن هم نهی الهی و شرعی، و بنابراین، « لا ضرر » حکم تکلیفی است و در آن، از احادیث و ایجاد ضرر نهی شده است؛ یعنی ضرر ننزید و ضرر زدن حرام است. طبق این مبنا، « لا » در معنای مجازی استعمال شده است؛ چرا که معنای حقیقی « لا » وقتی که مدخول آن اسم و نکره باشد، نفی ماهیت و جنس است. در این مبنا منظور حدیث، نهی الهی از ضرر و اضرار است مثل این که گفته شود « لا تَشْرَبِ الخمر » یا مانند آیه ی شریفه ی « لا یَغْتَبِ بَعْضُکُمْ بَعْضاً »¹⁴ که نهی الهی و دال بر حرمت غیبت است. پس « لا ضرر و لا ضرار » در مقام نهی از ایجاد ضرر و حرمت آن است؛ مانند آیه ی شریفه ی « فلا رَفَثَ و لا فُسُوقَ و لا جِدَالَ فی الحج »¹⁵ که به معنای نهی از آمیزش با زنان و کار ناروا و ستیزه جویی در ضمن انجام فریضه ی حج است و نیز مانند فرموده ی پیامبر اکرم (ص) « لا سبقَ إلا فی خُفٍّ او حافِرٍ او نَصْلِ »

14- الحجرات: 12/49

15- البقره: 179/2

یعنی هیچ مسابقه (و یا برد و باختی) روا نیست، جز شتر دوانی یا اسب دوانی یا تیراندازی (الحر العاملی ، 1391 ، ص 348) مرحوم شیخ الشریعه مدعی است که علمای لغت و ائمه ی ادبیات عرب این قول را اختیار کرده اند. (مراغه ای ، 1418 ، ص 198؛ شیخ الشریعه ی اصفهانی ، 1407 ، صص 24-27؛ نراقی ، 1417 ، ص 50)

بر این مبنا اشکالاتی وارد شده است ؛ از جمله این که : طبق قواعد ادبیات عرب ، اگر مدخول « لا » اسم و نکره بود ، « لا » در حقیقت در معنای نفی است و اگر جایی در معنای نهی به کار رود ، نیازمند قرینه است که در این حدیث وجود ندارد ، و مثال های مذکور همه به معنای نفی است نه نهی . (آخوند خراسانی ، 1403، ج 2 ص 268)

دیگر این که « لا »ی نهی مختص فعل مضارع است ، همچنان که ابن هشام در « مغنی اللیب » بدان تصریح کرده است (ابن هشام ، 1408 ، ص 323) و استعمال آن در جمله ی اسمیه به معنای نهی ، بر خلاف فصاحت و مغایر قواعد و خلاف ظاهر است .

براساس این نظر، قاعده لا ضرر در حد یک حکم فرعی است و فقط حرمت اضرار را ثابت می کند و طبیعی است این قاعده به عنوان یک حکم فرعی ، در عرض احکام فرعی دیگر قرار می گیرد و در صورت تعارض بر آنها حاکم نمی شود ، بلکه باید با استفاده از ادله تعادل و تراجیح ، قضاوت کرد ؛ مثلاً اگر به حکمی برخوردیم که ضرری بود ، باید دید ادله آن حکم قوی تر ، آشکارتر و مؤکدترند یا ادله لا ضرر و در صورت ترجیح ادله حکم ضرری، قاعده لا ضرر قابل اجرا نیست و حکم ضرری، به قوت خود باقی می ماند؛ به عنوان مثال، وقتی حکم شرعی وجود دارد که تصرف در ملک غیر، بدون اذن او ممنوع و حرام است ؛ ولی عدم تصرف در ملک ، باعث ضرر بر فرد دیگر یا جامعه می شود همچنان که درباره توسعه شهری و مانند آن مطرح می شود ، در اینجا حرمت تصرف در ملک غیر، حکم شرعی است؛ اما ضرری است و براساس این نظر ، چون مدلول قاعده ی « لا ضرر » ، نفی احکام ضرری نیست ، نمی توان به استناد قاعده لا ضرر این حکم ضرری را لغو کرد و حکم به جواز تصرف در ملک غیر داد و در این گونه موارد باید از ادله دیگر (در صورت وجود) کمک گرفت. همچنین در موارد تكثر اولاد و اسقاط جنین که شرعاً نمی توان به استناد لا ضرر ، استحباب این حکم را لغو کرد و به جای آن، حکم حرمت را نشانند. در این گونه موارد باید به ادله رجوع کرد و اگر ادله ی لا ضرر ، قوی تر از ادله حکم تکلیفی موجود بود ، آن را ترجیح داد و در صورتی که ادله حکم تکلیفی قوی تر بود، لا ضرر را کنار گذاشت. (رضائی راد ، 1389 ، ص 75)

پیداست کارآمدی این نظریه در مقایسه با نظر نفی، بسیار پایین و در حد یک امر مسلم است که عقل در کشف آن مستقل است و دلیل شرعی در این باره جز ارشاد چیزی نیست و اگر چنین باشد، در اثبات یا نفی ادله آن نیز دیگر نیازی به بحث مبسوط نیست. طرفداران نظریه نفی، گرچه به صراحت درباره اینکه «در فرض پذیرش نظریه نفی، آیا این قاعده بر نهی هم دلالت دارد یا این دو دیدگاه ما نعة الجمع اند؟» سخنی به میان نیاورده اند؛ ولی به روشنی می توان برداشت کرد که دلالت این قاعده بر نهی از دیدگاه طرفداران نفی مرفوع عنه مسلم فیه بوده و به طریق اولی این قاعده بر نهی هم دلالت دارد؛ زیرا دلالت لاضرر بر نهی از اضرار، مقطوع و مسلم است و کسی در حرمت اضرار به غیر تردید نکرده است و مدلول ادله صریح قرآنی و روایی است و عقل نیز بر آن صحه می گذارد. افزون بر اینکه وقتی حکم خدا در صورت ضرری بودن قابل لغو است و به اصطلاح خدا هم حق ضررزدن به کسی را ندارد، چگونه ممکن است ضررزدن مردم به یکدیگر، مجاز و مشروع باشد؛ بنابراین طرفداران نظریه نفی، به طریق اولی ملتزم به نتایج نظریه نفی نیز خواهند بود؛ ولی عکس این قضیه صادق نیست؛ زیرا طرفداران نهی، به هیچ عنوان دلالت آن را بر نفی بر نمی تابند، بلکه ارائه نظریه نهی جز عکس العملی در مقابل نظریه نفی برای پیشگیری از ورود اشکالات وارد شده بر آن نیست. (رضائی راد، 1389، ص 76)

2-1-2 نظریه ی نهی ثانوی و حکومتی و ارزیابی آن

تفسیر امام خمینی (ره) از این حدیث کاملاً بدیع و ابتکاری است که پیش از آن سابقه نداشته است. به نظر ایشان هرچند لاضرر به معنی نهی از ضرر است، ولی این نهی مانند نهی از شرب خمر و غیبت نهی الهی نیست بلکه این تحریم به عنوان یک حکم حکومتی از سوی رسول خلیل (ص) صادر شده است. شواهد خاصی برای اثبات این تفسیر و ترجیح آن بر تفاسیر دیگر آورده است. (امام خمینی، 1414، ص 86) برخی از فقهای معاصر مانند آیت ا... فاضل لنکرانی این تفسیر را تأیید می کنند. (فاضل لنکرانی، 1415، ص 252) امام (ره) می فرمایند: مفاد لاضرر و لا ضرار نهی است ولی نهی حکومتی و سلطنتی، نه نهی الهی. معنای امام خمینی مبتنی بر چند مقدمه است که باید توضیح داده شود:

مقدمه ی اول: تفکیک بین وظایف متعددی که رسول اکرم (ص) داشته اند. در این باره، ایشان می فرمایند: رسول خدا (ص) در امت سه گونه شأن و مقام داشتند که فرامین آن حضرت باید با توجه به این سه مقام سنجیده شود:

مقام اول : نبوت و رسالت ، یعنی تبلیغ احکام الهی اعم از وضعی و تکلیفی و غیره که در این مقام رسول ... (ص) پیام آور الهی هستند و حکم خداوند را بیان می کنند و فقط نقش سخنگو و مبلغ را دارند و از پیش خود چیزی را بیان نمی کنند و فقط احکام الهی را تبلیغ می کنند . (امام خمینی ، 1385 ، ج 1 ص 50)

مقام دوم : مقام سلطنت و ریاست است زیرا ایشان ولایت مطلقه و ریاست عامه بر کل جامعه ی اسلامی دارند و در این راستا هر امر و نهی که از ایشان صادر شود ، امر و نهی حکومتی به شمار می آید و این مقام غیر از مقام رسالت و نبوت و تبلیغ است ؛ زیرا پیامبر از این نظر که مبلغ و رسول خداست امر و نهی از خودش ندارد و اگر هم امر و نهی از ایشان صادر شود ، ارشاد به حکم و امر و نهی خداست و اگر هم مکلف مخالفت کند ، مخالفت با رسول ... (ص) نیست ، بلکه مخالفت با خدای تعالی است . ولی چنان چه امر و نهی رسول ... (ص) در مقام سلطنت و زمامت باشد ، یعنی از این نظر که سلطان و ساین امت است ، امر و نهی خود پیامبر محسوب می شود و مستقل است و اطاعت از آن ها به مقتضای آیه ی شریفه ی « اطیعوا الله و اطیعوا الرسول و اولی الامر منکم »¹⁶ واجب است و مخالفت با آن ها به مقتضای آیه ی « و ما کان لمؤمن ولا مؤمنه إذا قضی الله و رسوله امرأ أن ینکحوا من أمرهم و من یعص الله و رسوله فقد ضلّ ضلالاً مبیناً »¹⁷ حرام است ؛ مثل این که دستور اعزام سربیه ای را به ناحیه ای صادر کنند که در این حال ، اطاعت ایشان واجب است از این جهت که سلطان و حاکم هستند و اینگونه اوامر ارشاد به حکم الهی نیست و مخالفت با آن مخالفت با رسول است و حرام . (همان ، ج 1 ص 50 ؛ محقق داماد ، 1392 ، ص 147)

مقام سوم : مقام قضاوت و فصل خصومت و حکومت شرعی هنگام تعارض مردم در حق یا مال و بردن مرافعه پیش ایشان است که در این مقام ، قضاوت رسول الله نافذ است و تخلف از آن جایز نیست ؛ نه از این جهت که ایشان رئیس و سلطان هستند ، بلکه از این جهت که ایشان قاضی و حاکم شرعی محسوب می شوند و آیه ی شریفه ی « فلا و ربک لا یؤمنون حتی یحکموا فیما شجر بینهم ثم لا یجدوا فی انفسهم حرجاً مما قضیت و یسئلوا تسلیماً »¹⁸ بر این معنا دلالت دارد . (همان ، ج 1 ص 50)

16- النساء : 55/4

17- الأحزاب : 36/33

18- النساء : 68/4

مقدمه ی دوم : با مراجعه به کل روایات وارده از پیامبر (ص) و امیر المؤمنین (ع) که با لفظ « قضی » و یا « أَمَرَ » و یا « حَكَمَ » و امثال این ها وارد شده است ، در می یابیم که همگی ناظر به حکم حکومتی و سلطنتی یا قضایی آن حضرت است و مراد بیان حکم شرعی الهی (مقام اول) نیست و شاهد و مبین و مؤید این مدعا عدم ورود این الفاظ از ناحیه ی سایر ائمه (ع) است که مقام زعامت و حکومت ظاهری و مقام قضاء و حُکم به حسب ظاهر را نداشته اند و این مقامات سه گانه مختص رسول خدا (ص) و حضرت علی (ع) بوده است و اگر به طور نادر ، این الفاظ در مورد بقیه ی ائمه (ع) وارد شده باشد ، به این اعتبار است که به حسب واقع حاکم و قاضی بوده اند، همان طور که ممکن است از پیامبر (ص) یا یکی از ائمه (ع) با لفظ « أَمَرَ » یا « حَكَمَ » در احکام الهی حکم و امری صادر شود که آن حکم یا امر، ارشاد به حکم خداست . (امام خمینی، 1385، ج1 ص51)

پس هرگاه این گونه کلمات (أَمَرَ ، حَكَمَ ، قَضَى) در روایات مربوط به پیغمبر اکرم (ص) و امام علی (ع) دیده شود ، با تشخیص شأن صدور حکم و کلمات باید تعیین کرد که حکم یا دستور از نوع حکم « حکومتی و اجرایی » یا حکم « قضایی » است و اگر با الفاظ « قَالَ » و « كَتَبَ » باشد ، اغلب حکم الهی است ؛ اگر چه ممکن است با وجود این الفاظ ، به دلیل وجود قرینه بار حکم حکومتی باشد . بنابراین لازم است در باب اخبار ، لسان روایت و مقام حضرت (ص) بررسی شود . امام خمینی (ره) سپس نتیجه گیری می کنند که : در مورد حدیث « لا ضرر و لا ضرار » کاملاً مشهود است که مربوط به مقام سلطنت و حکومت و ریاست بر امت است (امام خمینی ، 1414 ، صص 105-115)؛ به ویژه این که در « المسند » احمد بن حنبل به روایت عباده بن صامت - از أجبلی علمای شیعه است و به اتقان و ضبط حدیث معروف است - به لفظ « و قضی أن لا ضرر و لا ضرار » آمده است و معلوم شد که الفاظی از قبیل « أَمَرَ ، حَكَمَ ، قَضَى » ظاهر در این هستند که مقضی به ، از احکام رسول الله از آن جهت که سلطان یا قاضی هستند محسوب می شود و از قبیل تبلیغ احکام الهی نیست و اگر چه لفظ « قضی » در « المسند » احمد بن حنبل ظهور در این دارد که حکم مربوط به مقام قضاء آن حضرت (ص) است ، ولی باید دانست که به روشنی پیداست که پیامبر اکرم (ص) در مقام قضاء و فصل خصومت و قطع مرافعه بین مرد انصاری و سمره چنین حکمی نداده است ؛ زیرا اصل زمین یا درخت خرما و مالکیت آن محل نزاع بین انصاری و سمره نبوده ، بلکه مرد انصاری از طرز رفتار سمره که بدون اذن بر خانواده ی او وارد و باعث مزاحمت نسبت به خانواده ی انصاری می شد ، شکایت داشت و انصاری به پیامبر

اکرم (ص) تظلم نمی کرد تا میان آنان قضاوت کند و صاحب حق را مشخص کند؛ بلکه از این نظر که رسول الله (ص) حاکم و سلطان بر مسلمین و رئیس و زمامدار آنان بود، عرض حال نمود تا از او رفع ظلم و تعدی کند و با توجه به تعریف قضا «القضاء هو فصل الخصومه بين المخاصمين»، می فهمیم که حکم مذکور یک حکم قضایی فقهی نبوده است. (امام خمینی، 1385، صص 49-57) پس معلوم می شود که حکم مذکور از جمله احکام حکومتی و سلطنتی و اجرایی رسول اکرم (ص) است و ایشان به عنوان یک ضابطه ی حکومتی از اینکه کسی به دیگری ضرر بزند و دیگری را در ضیق و تنگی و حرج و مشقت قرار دهد منع و نهی کردند که به عنوان یک نهی مولوی سلطانی، اطاعت از آن بر مسلمانان واجب است؛ چون به دلیل آیه شریفه «اطيعوا... و اطيعوا الرسول...»، ایشان سلطان مفترض الطاعه بودند. (امام خمینی، 1385، صص 55-57) به نظر امام (ره) از حدیث «لا ضرر و لا ضرار» دو قاعده استفاده میشود؛ یکی ممنوعیت وارد کردن خسارتهای مالی و جانی به دیگران و دوم ممنوعیت ایجاد فشارهای روحی و به وجود آوردن تنگنا و سختی برای دیگران. قاعده ی اول مستفاد از «لا ضرر» و قاعده ی دوم مستفاد از «لا ضرار» است. (امام خمینی، 1421، ج 5، ص 520) زیرا ضرر معمولاً درباره ی آسیب های مالی و جانی استعمال می شود، برخلاف ضرار که اغلب در دشواری و ناراحتی به کار برده می شود و پیامبر (ص) با این جمله از ایجاد هرگونه خسارت مالی، جانی و روحی نهی کرده است. ماجرای سمره ورود خسارت مالی یا جانی «ضرر» برای صاحب خانه نبود، بلکه نوعی مزاحمت روانی «ضرار» سبب سلب آسایش و امنیت روانی از آن خانواده بود. (امام خمینی، 1414، صص 65 و 140) سبحانی می فرمایند: «ولی حکم رسول خدا اختصاص به آن مورد نداشت و از دو جهت عمومیت پیدا کرد؛ یکی عمومیت نسبت به ایجاد هرگونه ناراحتی، فشار و مضیقه و دیگری عمومیت نسبت به ایجاد هرگونه خسارت و زیان مادی. پس در این تفسیر «ضرار» به معنای حرج است (سبحانی، 1423، ص 534) ولی تفاوت قاعده ی «لا ضرار» با قاعده ی لاحرج در آن است که لا ضرار مستند به حدیث نبوی است و با قرائنی که در آن وجود دارد، به معنی نهی حکومتی است، در حالی که قاعده ی لاحرج مستند به آیه ی «ما جعل علیکم فی الدین من حرج» است و امام (ره) هم درباره ی این قاعده مانند فقهای دیگر به همان نهی تشریحی اعتقاد دارند؛ یعنی هیچ حکمی که موجب حرج و مشقت باشد در دین جعل نشده است. اما نکته ای که در اینجا حائز اهمیت است این است که امام معتقدند: لا ضرر از سوی پیامبر (ص) به عنوان شخصیتی که بر امت اسلامی حاکمیت دارد و حکمش بر همه ی نسلها نافذ است، صادر شده است «امر بما انه سلطان علی الامه و بما ان حکمه علی الاولین حکمه علی الآخین» (امام خمینی، 1417، ص 84؛ همان، 1414، ص 129) چنین برداشتی از حکم حکومتی مورد اتفاق نظر بین فقها نیست، برخی آن را تأیید کرده و می پذیرند که حکم

سلطانی هم می تواند دائمی و همیشگی باشد (منتظری، 1409، ص 175 و 307) ولی برخی آن را به طور کلی انکار کرده و از آنجا که لا ضرر را موقتی نمی دانند، حکومتی هم نمی دانند (قمی، 1403، ص 101) به هر حال به نظر امام (ره) قاعده ی لا ضرر یک حکم دائمی است؛ لذا هم اینک در مسائل مختلف فقهی مورد استناد قرار گرفته و برای همه لازم الاتباع است. امام خمینی (ره) در دیگر احکام سلطانی پیامبر (ص) و ائمه (ع) نیز به این مبنا ملتزم اند. (امام خمینی، 1421، ج 3 ص 64)

2-1-2-1-2 جمع دو نظریه ی نهی ثانوی و اولی

اگر چه مبنای مرحوم شیخ الشریعه و امام خمینی (ره) در اینکه هر دو، «لا» در حدیث را بر نهی حمل کرده اند مشترک است، اما باید دانست که بین این دو نظر تفاوت مهمی وجود دارد، زیرا مرحوم شیخ نهی را نهی مولوی و حکومتی نمی داند، بلکه نهی را نهی الهی می داند که مخالفت آن مخالفت با خدای تعالی است، نه مخالفت با رسول الله (ص) ولی امام خمینی (ره) نهی را از اعمال رسول اکرم در مقام اجرا و حکومت تلقی می کنند که در این مقام، پیامبر نیز امر و نهی دارند و مخالفت با آن مخالفت با رسول الله تلقی می شود. (محقق داماد، 1392، ص 149)

به نظر می رسد جمع بین الهی بودن یک حکم و حکومتی بودن همان حکم محذوری ندارد و کاملاً معقول است که پس از تشریح الهی پیامبر (ص) به عنوان حاکم اسلامی به جعل سلطانی و حکومتی بپردازد. چنین جعل مجددی نه محذور اجتماع مثلین دارد و نه محذور لغویت، زیرا جعل سلطانی جعل از طرف سلطان به عنوان سلطنت و حکومت است و چنین جعلی ناظر به آن است که حاکم به عنوان شخص قرار گرفته در رأس قدرت و حکومت اراده ی تحقق آن را در جامعه دارد. همان طور که در قوانین عرفی ابتدا قوه ی مقننه قانون گذاری کرده و سپس رئیس قوه ی مجریه با ابلاغ آن تعهد به اجرای آن را اعلام می کند. در تشریح الهی نیز پس از ابلاغ وحی مبنی بر حرمت اضرار وظیفه و تکلیف مسلمانان روشن است و آنها نباید به اضرار کسی اقدام کنند، ولی وقتی که حاکم اعلام حرمت اضرار می کند، نه به عنوان بیان وحی بلکه به عنوان پیشنهادی حکومت تعهد خود برای عینیت این حکم را اعلام می کند. حتی می توان ملتزم شد که پس از حکم حکومتی اقدام کننده ی به اضرار مرتکب دو معصیت شده؛ یکی معصیت حکم خداوند و دیگری معصیت حکم پیامبر (ص). فقها در موارد مشابه به این مطلب ملتزم شده اند (رشتی، 1401، ص 32) از این رو این اشکالی را که برخی تلامذه ی امام (ره) به استاد خود گرفته اند، نمی توان وارد دانست. اشکال وارده به این شرح است: «در موضوعاتی که حکم شرعی وجود دارد جعل سلطانی معقول نیست» (سبحانی 1415، ص 85) پس نهی از اضرار در تشریح

الهی به این معنی است که خداوند اضرار به دیگران را حرام کرده است، ولی نهی از اضرار به عنوان حکم سلطانی به معنی آن است که حکومت به احدی اجازه ی ضرر زدن به دیگران را در قلمرو حاکمیت خود نمی دهد (امام خمینی ، 1414 ، صص 115 و 120)

میزان کارآمدی این نظر همچنانکه کاملاً آشکار است، نسبت به دیگر نظرها کمترین میزان است ؛ زیرا جواز کاربرد این قاعده را در مرحله افتاء و نیز در مرحله قانونگذاری ، انکار می کنند و فقط به عنوان یک نهی سلطانی و در حیطه اختیارات سلطان ، تفسیر می کنند. بر این اساس : «جز بر قاعده تسلیط یعنی قاعده «الناس مسلطون علی اموالهم» (علامه مجلسی ، 1403 ، ج 1 ص 154) ، بر هیچ دلیلی از ادله احکام ، حکومت ندارد و نمی توان برای نفی حکم در احکام ضرری چون وضو و روزه ضرری از آن استفاده کرد» (امام خمینی ، 1385 ، ص 63)

از فقیه سیاسی، انقلابی و اندیشمندی چون امام خمینی (ره) نباید تعجب کرد که با ارائه ی چنین نظری، کارآمدی این قاعده را به کمترین میزان خود تقلیل داده اند؛ زیرا ، با همه اهمیتی که کارآمدسازی و پویایی احکام شریعت دارد، حفظ مبانی عقلی و نقلی دین از آن بااهمیت تر است و بی شک ، فقیه تیزبین و محققى چون امام (ره) با آگاهی از شبهات و تبعات برداشت گسترده و باز از این قاعده وقوف کامل داشته اند و می دانسته اند که گسترده کردن بیش از اندازه مفاد این قاعده ، چه شبهات و اشکال های مبنایی و بنیادی را وارد می سازد. همچنین در عمل نیز تبعات ناگواری را برمی انگیزد و ممکن است همان گونه که گفته شد، همه دین را به هم بریزد و فقه جدیدی متولد شود. (امام خمینی ، 1385 ، ص 43 به بعد) ، بلکه فقه های جدید که هرکدام نافى دیگری و با هم در تضادند و وضعیتی را برای فقه پدید آورد که در اثر زیاده روی در قیاس و استحسان، برای فقه اهل سنت پیش آمد و پس از مدت کوتاهی اجتهاد آنها را به نظریه حصر اجتهاد و سپس به انسداد آن کشاند (الاشقر ، [بی تا] ، ص 83) و تشتت فراوان و تعدد بی رویه مکاتب و مذاهب فقهی ، کارآمدی و سلامت فقه اهل سنت را مورد تردید قرار داد و پس از مدتی آن را به انزوا کشاند و در جوامع سنی مذهب ، قوانین غربی را جایگزین قوانین اسلامی کرد (الاشقر ، [بی تا] ، ص 84) ؛ زیرا تفسیر باز از قاعده لاضرر ، آن گونه که شیخ انصاری (ره) مطرح کرده اند ، آن را به اندازه ای به استحسان نزدیک میکند و مشابه آن می سازد که مرزی میان آن دو باقی نمی ماند و تشخیص میان لاضرر که قاعده ای مسلم و مجمع فیه است ، با اصل استحسان که بطلان آن در شیعه مورد اتفاق است (پاکتچی ، 1380 ، ص 167) ، بسیار دشوار می شود.

2-2 تفاسیر بر اساس نفی بودن لا

از آنجا که فقها در تفسیر « لا » در قاعده ی « لا ضرر » به دو گروه تقسیم شده اند و عده ای قائل به نفی بودن « لا » در قاعده ی مذکور هستند ، لذا در این بخش به تبیین تفاسیر ارائه شده توسط فقهای که قائل به نفی بودن « لا » هستند می پردازیم.

2-2-1 نظریه ی نفی حکم ضرری و ارزیابی آن

مطابق این مبنا، مفاد حدیث « لا ضرر و لا ضرار » نفی حکم است و نه نهی . بدین معنی که شارع مقدس بر اساس این حدیث ، هر گونه حکم ضرری را از مکتب اسلام نفی می کند ، یعنی من هیچ گونه حکم ضرری و ضراری تشریح نکرده ام ، چه در عبادات و چه در معاملات ، به تعبیر دیگر « لا ضرر فی الاسلام » یعنی : « لا حکم ضرری فی الاسلام » ، در نتیجه ، هر حکمی که از ناحیه شارع مقدس صادر و تشریح می گردد اگر مستلزم ضرر باشد یا از جهت اجرای آن ضرری برای مردم حاصل گردد ، طبق قاعده لا ضرر از صفحه تشریح مرفوع و برداشته می شود . مثلاً در مورد کسی کسی که آب برایش ضرر داشته باشد ، وجوب وضو به موجب قاعده لا ضرر سلب می شود و یا مثلاً اگر معامله غبنی بود - یعنی معامله ای که احدی از طرفین مغبون می گردد - و سبب ضرر شد ، لزوم معامله که « اصالة اللزوم » به آن حکم می کند به موجب قاعده ی لا ضرر برداشته می شود تا خسارت و ضرر بر مغبون وارد نیاید . در اینجا، معامله به قوت خود باقی است ، ولی شخص مغبون خیار فسخ خواهد داشت. (شیخ انصاری ، 1374 ، صص 303-304)

ملاحظه می شود که مرحوم شیخ اعظم انصاری (ره) « لا » در جمله پیامبر (ص) را « لا » ی نفی جنس محسوب کرده اند ، ولی نهایتاً « ضرر » که مدخول « لا » است برداشته نشده ، ولی کلمه « حکم » در جمله ، تقدیر گرفته شده و محذوف است. مرحوم شیخ انصاری می فرماید : چون ضرر مسبب از حکم ضرری است ، حال که حکم ضرری (سبب) نیست ، پس مسبب ، یعنی ضرر هم تحقق پیدا نمی کند. (شیخ انصاری ، 1407 ، صص 534-535) . این مبنا دارای امتیازاتی است ، اولاً مطابق قواعد عربیه است و « لا » در معنی حقیقی خود یعنی « نفی » به کار رفته است. ثانیاً رسول ... (ص) در موضع و مقام قانونگذاری است و لکن مناسب قانونگذاری است تشریح است و نه تکوین، ثالثاً قانونگذار در مقام « امتنان » است و هنگامی که رفع ، تشریحی ، و حکم ، امتنانی بود ، مناسب با این معانی آن است که احکام شرعی از صفحه ی تشریح مرفوع باشند ، زیرا وجود احکام در هیچ جا جز عالم تشریح نیست و اگر خود قانونگذار آن را از عالم تشریح رفع کرد ، از عالم وجود ، حقیقتاً و تحقیقاً برداشته می شود ، به جهت اینکه تشریح حکم ، عین تکوین آن است و به تعبیر دیگر

هویت حکم به تشریح است. به دلیل همین امتیازات، بسیاری از فقها این مبنا را قبول کرده اند، از آن جمله می توان به نظر آیت ا... سیستانی اشاره کرد، ایشان می فرمایند: «به نظر ما معنی حدیث «لا ضرر» یعنی این که پیامبر (ص) فرمود «لا ضرر» همان است که شیخ انصاری فرموده» (سیستانی، 1389 هـ. ش، ص 131)، اگر چه مرحوم آخوند خراسانی (ره) با نظر مرحوم شیخ انصاری (ره) مخالفت کرده است که نظر ایشان در ادامه مطرح گردیده است.

در باب کارآمدی این نظریه می توان گفت که به عنوان مثال، یک زن می تواند به این دلیل که بچه دار شدن باعث ضرر به جسم یا شغل او می شود، از آن امتناع کند یا برای جلوگیری از ضرر مالی بر خود یا جامعه، اسقاط جنین کند. همچنین یک کارگر که روزه گرفتن در ماه رمضان را مانع کار و باعث ضرر اقتصادی بر خود می داند، می تواند آن را ترک کند و حتی می توان با چنین دیدگاهی، احکامی مانند جهاد و حج را که غالباً با ضررهای مالی و جانی برای مکلفان همراه اند، تعطیل و لغو کرد. مهم تر اینکه این تفسیر از قاعده لاضرر برای احکام و مجریان، بسیار کارگشا خواهد بود که احکام شرعی را در هر مرحله ای به حال کشور، مضر دیده، آن را لغو کرده و حکمی خلاف آن صادر کنند؛ مانند حکم به خراب کردن اماکن مذهبی یا خانه های مردم در صورت عدم رضایت به منظور توسعه شهری به استناد اینکه احترام به مالکیت آنها و عدم تخریب آنها باعث ورود ضرر به جامعه و ایجاد دشواری در زندگی اجتماعی و شهری می شود و مضر به حال جامعه است. اما اگر این گونه احکام ضرری را از احکام شرعی مستثنا کنیم، به نوعی محذور محقق شده «تخصیص اکثر» که از نظر فقها، مستهجن و ناپسند است و چون صدور کار مستهجن از خداوند تعالی محال است، نتیجه می گیریم که اشکال از نظریه ای است که به این محذور منجر می شود و به گفته مشکلمان: «اللازم باطل و الملزوم مثله». (رضائی راد، 1389، ص 68) چنان که روشن است، قاعده لاضرر براساس این برداشت بالاترین کارآمدی را می یابد؛ زیرا این قاعده را در حد یک قاعده اصولی و معیاری برای نفی همه احکام ضرری مطرح می سازد و آن را بر همه احکام دیگر حاکم می کند. براساس این دیدگاه در تعارض لاضرر با احکام اولیه حتی اگر حکم ضرری قوی ترین دلیل را داشته باشد، قابل عمل نیست؛ زیرا قاعده لاضرر بر آن حاکم است و با وجود ضرری بودن، منتفی است؛ بنابراین قاعده لاضرر اجرا شده، جلو اجرای ادله ی آن حکم را می گیرد. (شیخ انصاری، 1407، ص 534) براساس این مبنا حتی می توان قاعده ی «لا ضرر» را در بهداشت و محیط زیست نیز کارا دانست، چنانچه محمد هادی عبد خدایی می گوید: «همانطور که پیامبر (ص) به انصاری می فرماید درخت سمره را برکن و به طرف او بینداز، چون این درخت و خبرگیری از آن موجب اضرار شده است،

حکومت اسلامی هم حداقل می تواند از حرکت آن اتومبیل دودزا یا استفاده از این کوره ی آلوده کننده بخاطر
اضرار آن جلوگیری نماید». (عبد خدایی ، 1375 ، ص 108)

طبیعی است که فقیه درد آشنایی چون شیخ انصاری که فکر اجتماعی و دیدگاه های مشهوری در مسائل
حکومتی دارد برای حفظ و تقویت پویایی و بالندگی فقه شیعه و کارآمد سازی آن در مسیر تحول جوامع ، به
ابداع چنین نظریه ای پرداخته ، یا از آن دفاع کرده باشد و جای تحسین دارد اگر سهم عمده ای از پویایی و
جاودانگی فقه شیعه را حاصل زحمات این فقیه بزرگ و امثال ایشان بدانیم ؛ ولی نباید از نظر دور داشت که
کارآمدی بالایی یک نظریه و مشکل گشا بودن آن در امور اجتماعی ، برای پذیرش آن کافی نیست و اگر مبنای
نظری و بنیاد های علمی ، نقلی و نقلی آن استحکام لازم را نداشته باشد ، دوامی نمی آورد و مورد قبول جامعه
ی علمی قرار نمی گیرد و گرفتار شدن در نوعی پراگماتیسم خواهد بود که تنها علامت قبول یک نظر را
کارآمدی آن میدانست ؛ مکتبی که سالهاست متروک و منسوخ شده و با دلایلی مردود شده است. (پاپکین و
استرول ، 1368 ، ص 394)

این نظریه (نظریه شیخ اعظم) ، با وجود آثار مهم و بنیادی که می تواند در فقه داشته باشد ، به اعتقاد برخی
می تواند باعث تولد فقه جدیدی بشود و نظام فقهی و حقوقی موجود را متحول سازد و با وجود رنگ و آهنگ
متعهدانه و روش ضمیرانه ای که از مبتکرش پذیرفته است ، به وسیله بسیاری از فقهای پس از ایشان ، از مبنا و
بنیاد خود مورد نقد قرار گرفته است. (نائینی ، 1373 ، ص 209 ؛ آخوند خراسانی ، 1409 ، ص 380) و
طرفدار چندان کسب نکرده است و تقریباً بیشتر آثار پس از وی از پذیرش نظریه او امتناع کرده یا با تغییراتی
آن را پذیرفته اند.

از مهمترین اشکالاتی که به این نظریه علاوه بر « تخصیص اکثر » گرفته شده است این که نظریه مبتنی بر این
پیش فرض است که در حدیث نبوی ، پس از جمله « لا ضرر و لا ضرار » ، قید « فی الاسلام » نیز ذکر شده
باشد ، حال آنکه در معتبرترین طرق روایت حدیث مذکور ، این قید وجود ندارد و فقط در یک روایت مرسل
از صدوق این قید مطرح شده است (شیخ صدوق ، 1401 ، ص 59 ؛ ابن اثیر ، 1311 ، ص 82) و روایت
مرسل نیز حجیتی ندارد. (عاملی ، 1409 ، ص 48) گرچه این نقد به تنهایی کافی نیست که بنیان این نظریه را
فرو ریزد ؛ ولی ایراد های مهم دیگری نیز بر آن وارد شده است ؛ از جمله اینکه این نظریه می تواند همه ی
احکام دینی را به تعطیلی کشاند و باعث تولد فقه جدیدی شود (شیخ انصاری ، 1407 ، ص 537) که البته این
تعبیر ، تعبیر تلطیف شده ای از نابودی و اضمحلال فقه است و کسانی که با این تعبیر ، نظریه ی شیخ را مورد

انتقاد قرار داده اند ، از تبعات نامطلوب استحسان در فقه اهل سنت نگران بودند و میخواستند دستکاری در احکام شرعی ، باعث اضمحلال تدریجی فقه و تعدد و تکثر بی رویه در آرا و مکاتب فقهی نشود ؛ یعنی همان آفتی که در فقه ، اهل سنت را به حصر اجتهاد و به تبع آن ، انسداد اجتهاد کشانید. (الاشقر ، [بی تا] ، ص 83) زیرا براساس نظریه استحسان، لغو حکم شرعی در صورتی که مصلحت اقتضای لغو آن را داشته باشد، مجاز دانسته شده است و شباهت زیادی با دیدگاه شیخ انصاری دارد که در صورت ضروری بودن حکم ، مجوز لغو آن را صادر می کند. همین نقل، صرف نظر از دیگر نقدهایی که بر آن وارد شده است ، به تنهایی می تواند بنیان آن را فروریزد و در نتیجه، امکان کاربری قاعده لا ضرر را مطابق این تفسیر به حداقل برساند؛ زیرا تفسیری که مدلول حدیث غیرمسندی باشد، حجیتی ندارد تا ملاک عمل قرار گیرد. (رضائی راد ، 1389 ، ص 69)

2-2-1-1-2 نقد فقها بر نظریه ی نفی حکم ضروری

البته شیخ اعظم انصاری در پاسخ به اشکال تخصیص اکثر فرماید : «ما دو نوع عموم و دو نوع تخصیص داریم : عموم افرادی و عموم انواعی و نیز تخصیص افرادی و تخصیص انواعی . اگر تخصیص افرادی باشد و افراد مخصص بیش از خود عام باشد ، این امر مستهجن است ؛ یعنی صحیح نیست که لفظی را به طور عموم عنوان کنیم و سپس افرادی را از آن خارج نماییم ، به نحوی که افراد خارج شده بیش از افراد عام باشد. اما اگر تخصیص انواعی باشد یعنی شارع مقدس عامی را بیان کند و سپس یا چند نوع را از تحت آن خارج نماید و انواع باقی تحت عام بیش از انواع خارج شده باشد ، اینجا تخصیص اکثر نیست . اگر چه افراد آن نوع بیش از افراد خود عام باشند. در اینجا نیز قانونگذار نوع را خارج می کند (خمس و زکات و حج و ...) ، ولی انواع باقی الا ماشاء ... زیاد است و مستهجن نیست». (شیخ انصاری ، 1407 ، ص 537)

اما مرحوم آخوند در اشکال به پاسخ شیخ می فرماید : خروج یک عنوان واحد از عام ، هر چند که افرادش بیشتر از افرادی باشد که باقی می مانند ، مستهجن نیست ؛ به شرط آنکه عموم انواعی باشد و محط نظر قانونگذار نیز اصنافی باشد که برای آن عام است. اما اگر محط نظر قانونگذار به افراد و اشخاص خارج بود ، این مستهجن است ؛ و لو اینکه انواعی باشد. در اینجا نیز محط نظر قانونگذار وجود خارجی انواع است. پس اگر خمس را خارج کند ، به اعتبار افرادش در خارج است و نه مفهوم ذهنی آن ، پس پاسخ شیخ حل معضله نمی کند. (آخوند خراسانی ، 1409 ، ص 381)

اما مرحوم میرزای نائینی در اشکال به آخوند می فرمایند: ملاک این است که ببینیم آیا جعل حکم به نحو « قضیه ی حقیقه » است یا به نحو « قضیه ی خارجیّه ». اگر عموم عام به نحو قضیه خارجیّه باشد (یعنی در آن نظر به خارج و مصادیق باشد مثل اینکه گفته شود: « به هر سربازی که در گردان است فلان مبلغ بدهید مگر فلان سربازان ». و افراد خارج شده بیش از افراد باقی باشند، این معنی نزد عقلا مستهجن است. اما اگر تشریح حکم به نحو قضیه ی حقیقه باشد، یعنی نظر بر روی خود طبیعت باشد و تمام چیز هایی که در ملاک و مصلحت آن حکم دخالت دارد جزء موضوع قرار داده شود، مثلا وجود حج برای کسانی باشد که عاقل و بالغ و مستطیع و سالم هستند، هرگاه این قیود در خارج موجود شد، حج هم واجب است؛ به این صورت که « کما وجد فی الخارج عاقل، بالغ، مستطیع، سالم، یجب علیه الحج ». یعنی نظر قانونگذار روی همان مجمع القیود و الاجزا باشد و این ها را مفروض الوجود می گیرد و حکم را روی مفروض الوجود می برد. اگر تشریح حکم به نحو قضیه ی حقیقه باشد، چون حکم روی خارج و مصادیق نیست، استهجان وجود ندارد؛ ولی این نکته معلوم است که در عمومات شرعیّه، همیشه جعل حکم به نحو قضیه ی حقیقه است. بنابراین، « تخصیص اکثر » که مستهجن است لازم نمی آید، زیرا هیچ گاه نظر به خارج نیست، اصولا همیشه قانونگذاران جعل حکم را به نحو قضیه ی حقیقه در نظر می گیرند، مثلا در قانون می آید که: « هر ذکوری که هجده ساله بود و یگانه نان آور خانه نبود و سالم بود باید به خدمت سربازی برود ». نه این که حکم روی فرد بخصوصی برود. (نائینی، 1373، صص 210-211)

مرحوم آیت ... بجنوردی می فرماید: « در اینجا اصلا « تخصص » است، نه « تخصیص اکثر » که مستهجن باشد. تخصص خروج موضوعی است؛ مانند اینکه عامی بیاید که: « اکرم العلماء »، بعدا دلیل دیگر بگوید: فلانی عالم نیست و جاهل است. در اینجا جاهل تخصصا از موضوع دلیل عام خارج است؛ از این رو، در پاسخ به این اشکال می گوئیم که احکامی مانند حج، جهاد، خمس و زکات که خروجشان دائمی است اصلا بنائشان بر ضرر است و حکمت و علت تشریح، با ضرر ملازمه دارد و اینها تخصصا خارج هستند، نه تخصیصا و آنچه مستهجن است « تخصیص اکثر » است که مشمول این بحث نمی شود. به عبارت دیگر قاعده لاضرر احکامی را که ضرری هستند از اطلاق و عموم ادله خارج می کند و اطلاعات را تقیید و عمومات را به مواردی که ضرری نباشند تخصیص میزند. پس در تخصیص، یک حکم باید دارای دو حالت ضرری و غیر ضرری باشد تا « لا ضرر » نسبت به احکام ضرری تقیید کند و یا عموم را تخصیص بزند؛ اما اگر حکمی تنها یک حالت و یک صنف دارد که دائما ضرری است معنی ندارد که سخن از تقیید و تخصیص به میان بیاید؛ چون تخصصا خارج است. (بجنوردی، 1419، ص 230)

اما آیت ... سیستانی در پاسخ به جناب نائینی می فرمایند: «اولا: چه دلیلی داریم که «لا ضرر» برای حکومت به احکام اولیه گفته شده است تا بگوییم که فقط ناظر به احکامی است که اطلاق یا عموم آنها ضرری است و شامل احکامی که ذاتا ضرری است نمی شود، بلکه، معتقدیم که معنی «لا ضرر» این است از سوی شرع به مردم حکم ضرری تحمیل نشده است چه حکم ضرری ذاتی و چه ضرری عرضی، بلکه شمول حدیث «لا ضرر» به احکامی که ذاتا ضرری است خیلی روشن تر از احکام ضرری عارضی است، بنابراین احکامی که مانند خمس و زکات و حج و جهاد که ذاتا ضرری هستند داخل در عموم «لا ضرر» بوده و خروج آنها موجب تخصیص اکثر است و اشکال به جای خود باقی است.

ثانیا: مبنای شیخ نائینی در تفسیر حدیث «لا ضرر» این است که «لا ضرر» متوجه حکم است، یعنی «لا ضرر» مستقیما حکم ضرری را از بین می برد، با این تفسیر «لا ضرر» نمی تواند بر عدله ی احکام حکومت داشته باشد، چرا که حکمی را که دلیل دیگر (مثل خمس دلیل خمس یا زکات) ثابت می کند، اگر دلیل «لا ضرر» آن را نفی کند این لسان معارضه است و حکومت که لسان مسالمت است نیست». (سیستانی، 1389، صص 209-210)

2-2-2 نظریه ی نفی حکم به لسان نفی موضوع و ارزیابی آن

ایشان می فرمایند، مفاد قاعده لا ضرر نفی حکم به لسان نفی موضوع است بر اساس این ادعا یعنی شارع مقدس احکامی را که در مورد این موضوع ثابت بوده نفی کرده است به نفی موضوع ادعانا به لحاظ آثار و احکامش، اگرچه تکوینا وجود دارد. نظایر آن در اخبار و حتی در آیات زیادی آمده است، مثلا در قران مجید آمده است: «ان هذا الا ملک کریم»¹⁹ در صورتی که حضرت یوسف (ع) ملک نبوده، بلکه ادعایی است، به لحاظ اینکه آثار و علائم زیبایی فرشته در او وجود داشت و یا مانند سخن مولا علی (ع) به اهل بصره که فرمودند: ای کسانی که شبیه مرد هستید ولی مرد نیستید، به سبب اینکه در جنگ جمل آثار مردانگی و مروت و شجاعت در مردم بصره نمی دید.²⁰ (فیض الاسلام، [بی تا]، خطبه ی 27 ص 95)

19- یوسف: 31/12

20- یا اشباه الرجال و لا رجال

طبق این مبنا در موضوعهایی که احکام معینی دارند، اگر عناوین اولیه حکمی باعث ایراد ضرر شوند، آن حکم برداشته می شود، مثلاً وقتی می گوئیم « وضو واجب است »، اینجا وضو « موضوع » و « وجوب » حکم است یا وقتی گفته می شود « بیع لازم است »، بیع موضوع و لزوم حکم است. مرحوم آخوند خراسانی می گویند: موضوع هایی مانند « بیع » و « وضو » احکامی دارند همچون « وجوب » و « لزوم »، این موضوعها اگر به صورت اولیه موجب ضرر باشند، احکام آنها برداشته می شود، مثلاً اگر بیع باعث ضرر گردد، حکمش که « لزوم » است برداشته می شود و اگر وضو موجب ضرر گردد، حکمش که « وجوب » است برداشته می شود. (آخوند خراسانی، 1409، ص 381)

بنا بر قول مرحوم شیخ، آنچه مرفوع و برداشته شده، خود حکم است ابتدائاً، ولی بنا بر قول آخوند خراسانی (ره)، آنچه مرفوع و برداشته شده، ابتدائاً متعلق حکم و به عبارت دیگر خود موضوع است. ثمره بحث آنجا معلوم می شود که موضوع ضرری نیست ولی حکم ضرری است که در این صورت بنا بر نظریه آخوند خراسانی، قاعده لا ضرر شامل مورد نمی شود، زیرا خود موضوع باعث ضرر نیست تا حکمش برداشته شود. ولی طبق نظریه مرحوم شیخ انصاری، اگر خود حکم صادره از ناحیه شارع مقدس موجب ضرر باشد، آن حکم برداشته می شود، مثلاً در معامله غبنی، به نظر مرحوم آخوند، چون خود معامله موجب ضرر نیست بلکه لزوم (حکم در معامله) موجب ضرر است، بنابراین، مشمول قاعده لا ضرر نمی شود و در نتیجه لزوم برداشته نمی شود و شخص مغبون خیار فسخ معامله را ندارد، در حالی که بر اساس مبنای جناب شیخ انصاری، چون لزوم یک حکم شرعی است، مرفوع می گردد و لزوم معامله برداشته می شود و شخص مغبون خیار فسخ دارد. این در صورتی است که مدرک خیار غبن قاعده « لا ضرر » باشد و گرنه لزوم معامله با « لا ضرر » برداشته نمی شود. (محقق داماد، 1392، ص 144)

البته جناب بجنوردی می فرمایند که، حق این است که قاعده لا ضرر مدرک خیار غبن نیست، چرا که مدرک خیار غبن، تخلف شرط ضمنی است، چون در معامله طرفین شرط ضمنی بر تساوی ثمن و مثنی دارند و تخلف از آن تخلف از « المومنون (المسلمون) عند شروطهم » (حر عاملی، 1391، ج 12، ص 353) محسوب می شود. (بجنوردی، 1419، ص 62). در پاسخ به این سخن امام خمینی (ره) در « الرسائل » می فرمایند: « برای تخلف از شرط جداگانه، خیاری وجود دارد که عبارتست از (خیار تخلف شرط) و آن غیر از خیار غبن است. بنابراین، تخلف شرط ضمنی، مدرک خیار غبن نیست، بلکه خیار غبن یک مسئله عرفی و

عقلایی است و عقلا در تمام دورانها به چنین خیاری نظر داشته اند و در صورت ضرر، مغبون به غابن رجوع می کرده است، آن هم به عنوان مغبونیت، نه به عنوان تخلف شرط و شارع مقدس نیز عقلا در این جا متحد المسلك شده و این بنا را رد نکرده بلکه آن را امضا و تایید کرده است. (امام خمینی، 1385، ص 62)

گرچه براساس نظر مرحوم آخوند، بعضی از اشکال های وارده بر نظر شیخ، قابل طرح نیست، به خصوص اشکال تخصیص اکثر و استحسان که در کتب مربوطه به تفصیل بیان شده است (شیخ انصاری، 1407، ص 537؛ نائینی، 1373، ص 199 به بعد) و به نظر می رسد بازگشت این نظریه همان نظریه ی شیخ است (مکارم شیرازی، 1411، ص 59) و در عمل، تفاوت چندانی ندارند؛ زیرا تفکیک موارد میان موضوع ضرری و حکم ضرری، بسیار دشوار است و تقریباً می توان گفت هرگاه موضوع ضرری باشد، حکم ضرری است؛ همچنان که حکم ضرری باشد و اگر بنا باشد حکم موضوع ضرری قابل نفی باشد، به طریق اولی، حکمی که خود ضرری باشد نیز قابل نفی است؛ بنابراین فرق آشکاری میان آنها متصور نیست.

2-2-3 نظریه ی نفی ضرر غیر متدارک و ارزیابی آن

مطابق این نظر، مفاد حدیث «لا ضرر» نفی ضرر غیر متدارک است به این معنی که شارع مقدس از ضرر غیر متدارک نهی می فرماید که کنایه از وجوب تدارک ضرر است و ضرر متدارک در حکم عدم است و شارع مقدس آن را ضرر نمی داند. (فاضل تونی، 1412، صص 193-194) سید مصطفی محقق داماد در مقاله ای این قول را به مرحوم نراقی نیز نسبت داده است. (محقق داماد، 1392، ص 151) مطابق این مبنا، شارع مقدس با این حکم افراد را ملزم به جبران ضرر کرده است، یعنی هر کس موجب ضرر و زیانی نسبت به غیر بشود، جبران آن را باید عهده دار شود و در نظر شارع مقدس موردی نیست که کسی به دیگری ضرری برساند و ملزم به جبران آن نباشد و به اصطلاح ضرر تدارک نشده یا غیر متدارک که ترتیب جبران آن داده نشود در اسلام وجود ندارد که عبارت اخرای «يجب عليك التدارك» است.

براساس نظر فاضل تونی، مفاد قاعده ی لا ضرر در حد یک حکم ایجابی است، نه سلبی و تنها ثمره اش وجوب جبران هر خسارتی است که به وسیله کسی بر دیگری وارد شده است (بجنوردی، 1389، ص 182) بنابراین چیزی شبیه قاعده ضمان از آن فهمیده می شود و معنایی بیش از آن ندارد؛ با این تفاوت که قاعده ضمان فقط ضمان را در اتلاف یا تلف ثابت می کند؛ ولی در این قاعده، این ضمان برای اضرار نیز به اثبات می رسد.

براساس نظر فاضل تونی، این قاعده نمی تواند حکمی از احکام شرعی را نفی کند؛ زیرا خدا خودش می داند که نباید ضرر بزند و اگر هم حکمی از احکام او از جهتی ضرری باشد، از جهات دیگر، منفعت یا مصلحت دارد؛ بنابراین براساس این نظریه، قاعده لاضرر فقط در روابط میان مردم و به منظور اثبات ضمان اضرار، کاربرد می یابد. این دیدگاه، کارآمدی قاعده را کاهش می دهد و در حد قاعده ضمان پایین می آورد و علاوه بر این، در همین حد اندک از کارآمدی نیز مورد اقبال فقها قرار نگرفته، به باد انتقاد گرفته شده است (بجنوردی، 1389، ص 182؛ شیخ انصاری، 1375، ص 327). به خصوص از آن جهت که نتیجه اش خلاف مسلمات و موازین فقهی اثبات شده است؛ زیرا ضمان ضرر با این کلیت مورد قبول قرار نگرفته است و عدم ضمان در بسیاری از موارد ضرر به اثبات رسیده است (شواره، 1418، ص 37) مثلاً ضمان ضرر وارد شده بر مال التجاره که از ورود همان مال التجاره به وسیله تاجر دیگر ناشی شده است. اگر قرار باشد ضرر به غیر، باعث ضمان باشد، باید دولت به همه تولید کنندگان و واردکنندگانی که به دلیل پرداخت یارانه به بعضی کالاها متضرر می شوند نیز خسارت پرداخت کند و چه بسا هر فروشنده و صنفی باید به هم صنفان خود، خسارت پرداخت کند؛ زیرا مبنای بازار بر رقابت است و رقابت تجاری، اقتضای ضرر و سود را به طور توأمان دارد و اگر ضرر نباشد، باب معامله و رقابت بسته می شود.

بنابراین اشکالات زیر بر این نظریه وارد است:

- 1- این معنا حتی مورد خود (قضیه سمره) را هم در بر نمی گیرد زیرا آن ضرری که قابل تدارک و جبران است ضرر مالی است ولی در قضیه سمره بن جندب و مرد انصاری ضرر مالی نبود بلکه آبرویی و حیثیتی بوده.
- 2- ضرر متدارک نازل منزله عدم است، در صورتی که تدارک در خارج تحقق یابد، نه اینکه به صرف حکم شارع مقدس بر وجوب تدارک، ضرر دفع شود.
- 3- اگر این مبنا صحیح باشد، مفاد حدیث «لا ضرر»، جعل حکمی است که بوسیله آن، ضرر تدارک شود و حال آنکه لسان حدیث «لا ضرر» نفی حکم است و نه اثبات حکمی که ضرر بوسیله آن تدارک شود.
- 4- این مبنا بواسطه وجود احکام ضرری زیادی در شریعت که غیر متدارک هستند نقض می شود، مانند خمس و زکات و جهاد و امثال اینها، مگر اینکه جواب داده شود که اجر و ثواب الهی بر این امور موجب تدارک ضرر در آن می شود.

5- حکم شارع به وجوب تدارک و جبران ضرر ، سبب نمی شود که وجود ضرر در خارج نفی گردد ، مثلا حکم شارع به این سارق ، ضامن جبران خسارات مال است باعث نمی شود بگوییم در خارج برای صاحب مال خسارتی نیست. البته جبران خارجی باعث می شود که بگوییم ضرر تدارک شده است ، ولی معنایش این نیست که ضرر در خارج وجود نداشته باشد.

6- در مواردی ، شارع مقدس وجوب جبران و تدارک را مقرر نداشته است ، مانند ضرر ناشی از ورود مال التجاره ای که از ناحیه ی تجاری باعث ضرر سایر تجار می شود و در اینجا تدارک ضرر واجب نیست. (فقیه ، 1407 ، ص 193) ، دلایل گفته شده نشان می دهد که مبنای پنجم مورد قبول نیست.

2-2-4 نظر به ی ارث وارث مسلم از مورث کافر و ارزیابی آن

مطابق این مبنا ، روایت « لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام » ناظر به ارث وارث مسلم از مورث کافر است. توضیح اینکه مطابق حدیث : « لا یتوارث اهل ملتین » پیروان دو دین از یکدیگر ارث نمی برند ، اگر وارث کافر باشد و مورث مسلمان ، و یا اگر وارث مسلمان و مورث کافر ، از یکدیگر ارث نمی برند. منتها مفاد حدیث لا ضرر این است که وارث ، چه کافر باشد و یا مسلمان ، از مورث کافر ارث می برد و یا اگر وارث کافر بود و مسلمان شد از مورث کافر خود ارث می برد. زیرا حدیث می گوید : در اسلام ضرری نیست و در نتیجه این فرد که مسلمان شده نباید ضرر کند ، ولی برعکس آن ، اگر مسلمان کافر شود ، از مورث مسلمان ارث نمی برد ، بلکه اگر مرتد فطری مرد باشد حکمش قتل است. (شیخ صدوق ، 1401 ، ص 243)

مطابق این تفسیر ، قاعده ی « لا ضرر » ناظر به ارث وارث مسلم از مورث کافر است و بیشتر از این را شامل نمی شود و محدود به همین حد است ، اما باید گفت که مبنای مرحوم صدوق نیز صحیح نیست ، چرا که ایشان روایت « لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام » را چنین معنی کرده اند که در اسلام آوردن و مسلمان شدن ضرری نیست و فرد مسلمان شده نباید ضرر کند ، در صورتی که منظور از « اسلام » در حدیث « لا ضرر » احکام اسلامی است و اسلام در حدیث به مجموعه احکام و قوانین در این مکتب اطلاق شده است. گذشته از این ، در بعضی از روایات اصلا « فی الاسلام » نیامده ، مانند موثقه زراره ، و در بعضی « علی مومن » آمده است ، مانند مرسله زراره. این واژه تنها در روایت ابن مسکان از زراره ، از امام محمد باقر (ع) وجود دارد که پس از داستان سمره بن جندب و پس از جمله لا ضرر ولا ضرار از قول پیامبر (ص) نقل شده است. در نتیجه اگر حدیثی را که در آن « فی الاسلام » دارد را بتوانیم مطابق نظر شیخ صدوق معنی کنیم ولی احادیث دیگر « لا ضرر » را که پسوند « فی الاسلام » را ندارد نمی توانیم چنین معنی کنیم در حالی که احادیث صحیح « لا ضرر » بدون

پسوند مزبور است. بعلاوه چنین معنی کردن حدیث لا ضرر مخالف ظاهر آن حدیث است، برای اینکه باید اولاً «فی» را به معنی علت معنی بکنیم و «اسلام» را به معنای اعتقاد به اسلام بدانیم و معلوم است چنین معنایی خلاف ظاهر است. (سیستانی، 1389 هـ. ش، ص 186)

2-2-5 نظریه ی تخصیص عموماً و تقیید مطلقاً اولیه و ارزیابی آن

نظر ایشان این است که مفاد و لسان «لا ضرر» تخصیص عموماً و تقیید مطلقاً اولیه است، چرا که عام مبین اراده استعمالی متکلم است ولی خاص و مخصص مبین اراده جدی متکلم است. در نتیجه «عام» به مقدار مخصص ارزش پیدا می کند و در مازاد بر مخصص هیچ گونه ارزشی ندارد. هنگامی که مخصص آمد، کشف می کنیم که از اول، اراده متکلم همین بوده است. بنابراین، اگر آمده باشد «کتب علیکم الصیام...»²¹ در اینجا حکم وجوب روزه «عام» است، یعنی «یجب علیکم الصوم سواء كان الصوم ضرریاً ام لا»، روزه بر شما واجب است خواه روزه ضرری باشد یا نباشد، معنی آن این است که «کتب علیکم الصیام اذا لم یکن الصوم ضرریاً» و همچنین حج و جهاد غیره و تمامی احکام عبادی و غیره با قاعده لا ضرر تخصیص می خورد. (موسوی بجنوردی، 1372 هـ. ش، صص 64-65)

مطابق نظر ایشان، لسان قاعده «لا ضرر» و مفاد آن «تخصیص» است، نه «حکومت»؛ ابتدا فرق بین حکومت و تخصیص را بیان می کنیم تا سپس ببینیم آیا لسان روایت تخصیص است، یا حکومت.

اساساً در حکومت، دلیل حاکم در خود دلیل محکوم تصرف می کند، ولی تخصیص، تصرف دلیل مخصص در نسبت دلیل عام است نه در خود دلیل؛ مثلاً دلیل عام می گویند: «اکرم العلماء» که به موجب آن اکرام تمام علما واجب است، چون «العلماء» محلی به «ال» است و افاده عموم می کند. حال اگر دلیل خاص بیاید که «لا تکرّم الفساق من العلماء»، در اینجا «دلیل مخصص» دائره و نسبت دلیل عام را تخصیص می زند؛ چون اصاله العموم و عام اراده استعمالی دارد از متکلم؛ اما اراده ی استعمالی وقتی ارزش پیدا می کند که کنارش

اراده ی جدی متکلم هم باشد؛ یعنی « ما قال » « ما اراد » هم باشد تا ترتیب اثر نسبت به « ما قال » داده شود. صرف « ما قال » کافی نیست؛ بلکه بر وفق اراده ی استعمالی، اراده ی جدی متکلم هم باید باشد. عام که آمد، اراده ی استعمالی متکلم است، آن چیزی که اراده ی جدی متکلم است خاص و مخصص است، پس عام به مقدار مخصص ارزش پیدا می کند و عام در مازاد بر مخصص هیچ گونه ارزشی ندارد. مثلاً اگر تعداد علما در عام صد نفر باشند، ولی بیست نفر از آنان فاسق باشند، خاص نسبت و دایره ی عام، یعنی صد نفر را دگرگون می کند و به هشتاد نفر تقلیل می دهد. (ابوبی مهریزی، 1379، ص 66)

حال می گوئیم حدیث « لا ضرر و لا ضرار » در نسبت ادله ی اولیه، تصرف می کند و مثلاً دلیل عام اولیه که گفته « کتب علیکم الصیام ... » سواء كان الصوم ضرریا ام لا، قاعده « لا ضرر » این نسبت را به مواردی که روزه ضرری نباشد تغییر می دهد یعنی روزه بر شما واجب است « فی ما لم یکن ضرریا » و همینطور است حج و جهاد و غیره. در اینجا حکومت، یعنی تصرف در خود دلیل نیست، چون اگر حکومت بود، باید می گفت: سلطنت ضراری سلطنت نیست، ولی می گوید: من حکم « ضرری و ضراری » تشریح نکردم؛ پس سلطنت « ضراری » هم تشریح نشده است. نتیجه اینکه قاعده ی « لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام » موجب تخصیص می زند. از این رو، هیئت ترکیبیه ی جمله ی « لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام » موجب تخصیص عمومات اولیه می شود. (موسوی بجنوردی، 1372، صص 64-65)

به نظر می رسد بین این مبنا و مبنای شیخ اعظم در نتیجه ی حاصله از آن تفاوتی نیست، چه اینکه در اینجا نیز به نظر آقای موسوی بجنوردی حکم ضرری در اسلام تشریح نشده و اگر وضو یا روزه ضرری بود دلیل عام که اراده ی استعمالی شارع است به وسیله ی دلیل « لا ضرر » که اراده ی جدی شارع مقدس است تخصیص می خورد، بنابراین در اینجا نیز اشکالات مبنای شیخ که قائل به عدم تشریح حکم ضرری بود وجود دارد.

2-2-6 نظریه ی عدم حکم الزامی و ارزیابی آن

برطبق نظر ایشان « لا » نافی است اما بر خلاف نظر شیخ اعظم انصاری و آخوند خراسانی معتقد است که فقط در معاملات راه داشته و نه در عبادات و اینکه این عبارت « لا ضرر فی الاسلام » معنایش « لا حکم الزامی فی الاسلام » نیست بلکه علاوه بر وجوب و حرمت که معنای الزام است در مباحات نیز جریان دارد. ایشان می فرمایند: « جناب آخوند خراسانی و شیخ اعظم انصاری می فرمایند که منشأ ضرر شرع است، ولی ما گفتیم که

منشأ ضرر خود مردم هستند و نه شرع. ولذا از نظر ما «لا ضرر» در عبادات جاری نیست، ولی در معاملات که ضرر از جانب خود مردم است جاری می‌باشد.

اما دلیل ایشان در اعم الزام و اباحه: ما عرض می‌کنیم که در هیچ یکی از این دو احکام (احکام الزامیه و احکام اباحیه)، شارع سبب ضرر نیست، زیرا بین حکم الزامی و بین عمل مکلف، اراده مکلف در وسط است، یعنی هر چند که شرع مقدس الزام کرده، اما الزام شارع الجاء نیست، فرق است بین الزام و بین الجاء، شرع مقدس الزام کرده، اما الجاء نکرده، یعنی دست و پای مکلف بسته، بلکه خودش از روی اختیار این فعل را (وضو) انجام می‌دهد. حکم شرع مقدس علت تامه نیست، بلکه بین شرع مقدس و بین این نتیجه، اراده‌ی مکلف در وسط است. در احکام اباحیه نیز مطلب از همین قرار است، به این معنی که در احکام اباحیه نیز هر چند که خود شرع مقدس اباحه کرده ولی بین این ضرر، اراده‌ی مکلف متوسط است.

نتیجه اینکه: اولاً: شرع مقدس علت تامه نیست. ثانیاً: مثل داستان سمره که مورد قاعده لا ضرر است، حکم اباحی مایه ضرر بود و نه حکم الزامی. چون سمره عرض کرد (یا رسول!...! أستاذن لنخلی؟! یعنی آمد و رفت برای من جایز است، از طریق حوازی می‌خواست به طرف مقابل ضرر بزند، پیغمبر (صلی... علیه و آله) فرمود که تو از نخل خود استفاده کن، ولی به طرف مقابل هم ضرر نزن، اتفاقاً آنچه که در مورد «لا ضرر»، منشأ ضرر بود، حکم الزامی شارع نبود، یعنی شارع به سمره الزام نکرد که حتماً وارد باغش بشود، بلکه شارع به او اجازه داد که می‌تواند وارد باغش بشود یا نشود (یعنی اباحه)، ولی او از حکم اباحی سوء استفاده می‌کرد، بنابراین ما باید بگوییم که مفهوم «لا ضرر» این است که شرع مقدس می‌فرماید: در سفره تشریح من، حکمی که منشأ ضرر باشد نیست، خواه این حکم، حکم الزامی باشد مانند وضو، یا حکم تحریمی باشد مانند حرمت خمر و یا اینکه حکم اباحی باشد مانند دخول سمره در باغش. (سبحانی، 1384 هـ. ش، جلسه اول)

براساس نظر شیخ اعظم انصاری و آخوند خراسانی می‌توان استدلال کرد که دلیل این بزرگواران برای فرق گذاشتن بین وجوب و اباحه چه بوده، بر طبق نظر ایشان می‌توان گفت که، اگر حکم الزامی (اعم از وجوب، مانند وجوب وضو، یا حرمت، مانند حرمت خمر)، مایه‌ی حیات و دارویی منحصر است، یعنی اگر این وجوب و حرمت، منشأ ضرر شدند، چنین وجوب و حرمتی، مشروع نیستند، یعنی در اسلام تشریح نشده‌اند. اما برخلاف حکم اباحی، یعنی اگر یک حکم اباحی باشد، شرع مقدس در آنجا الزامی ندارد، بلکه فقط مباح کرده، فلذا اگر چنین حکم اباحی منشأ ضرر شد، «لا ضرر» آن اباحه را بر نمی‌دارد چراکه در اولی مسبب شارع است، یعنی شارع ما را هل می‌دهد که حتماً وضو بگیریم، یا شارع می‌فرماید که این خمر

هر چند که داروی منحصر است نخورید ، ولذا « لا ضرر » می گوید که من در این چنین مواردی ، نه وجوبی دارم و نه حرمتی ، اما در احکام اباحی ، شرع مقدس انسان را ملزم نمی کند و هل نمی دهد براینکه حتماً باید فلان عمل را انجام بدهید ، بلکه خود انسان موجب شده حکم اباحی که ضرر آور است انجام بدهد ، این ارتباطی به شارع ندارد ، یعنی در اینجا خود انسان موجب ضرر است ، هر چند که شرع مقدس مباح کرده ، ولی شرع مقدس الزام نکرده ، بلکه اختیار را بدست خود انسان داده که اگر خواست بجای ترک ، فعل را انتخاب می کند ، و یا بجای فعل ، جانب ترک را انتخاب می نماید. پس قاعده «لا ضرر» از نظر این دو بزرگوار ، احکام الزامیه را شامل می شود ، ولی احکام اباحیه را شامل نمی شود (تشمّل رفع الاحکام الالزامیه ولا تشمّل رفع الاحکام الاباحیه) (سیحانی ، 1384 هـ . ش ، جلسه اول)

2-2-7 نظریه ی نفی مشروعیت اعمال ضرری و ارزیابی آن

یکی از نظریه ها در تفسیر قاعده « لا ضرر » ، نظریه مکارم شیرازی است که می فرمایند : « مفاد قاعده « لا ضرر » ، نفی مشروعیت اعمالی است که باعث ضرر مردم بر یکدیگر می شود ، بنابراین ، تنها عمل ضرری و اضرار به غیر ، جایز نیست ، بلکه هر قانون و حکمی که باعث ضرر مردم بر مردم شود ، اعتبار حقوقی و شرعی ندارد .» (مکارم شیرازی ، 1411 ، ص 59 به بعد)

براساس این دیدگاه ، این قاعده در حد یک حکم کلی است که هرگونه اضرار را ممنوع و غیرمجاز می داند و همچنین آثار حقوقی اعمال ضرری را غیرمعتبر می شناسد ؛ بنابراین برای نفی احکام خدا و ضرری که از جانب حکم خدا بر مکلف وارد می شود ، کاربردی ندارد و فقط به نفی اعمال ضرری مردم بر یکدیگر منحصر است . در این گونه احکام ضرری مانند روزه ، حج و وضوی ضرر باید به قواعد دیگر چون لاجرج و مانند آن استناد کرد . (مکارم شیرازی ، 1411 ، ص 59 به بعد) همچنین مطابق این دیدگاه ، چون قاعده لا ضرر به نفی ضرر مردم بر یکدیگر تفسیر شده است این قاعده بر تحریم اضرار به خود نیز دلالتی ندارد .

بنابراین این دیدگاه نیز به نوعی نظریه نفی را پذیرفته است ، با این تفاوت که به نفی احکام شرعی به دلیل قاعده ی لا ضرر اعتقاد ندارند ، ولی آثار حقوقی و شرعی اعمال ضرری هر دو به یکدیگر را به استناد این قاعده منتفی می دانند . براساس این دیدگاه ، اگر ضرر ، مستند به حکم شرعی و از جانب خدا باشد ، نمی تواند منتفی باشد و به قاعده « لا ضرر » برای نفی آن نمی توان استناد کرد و ضرر موجود در احکام شرعی به دلیل آنکه از جهت یا جهاتی دیگر برای بشر دارای منفعت اند ، مطابق مصلحت بشراند و نمی توان آنها را ضرری

نامید ، بنابراین تخصصاً از مدلول قاعده « لا ضرر » خارج اند ، ولی ضرر های مردم به یکدیگر چون نمی تواند مستند به مصالح خفیه یا مبتنی بر علم لایزال الهی باشد ، مصداق ضرر و قابل نفی و منع با قاعده «لا ضرر»ند. این مولف نیز برای فرار از شبهه استحسان و تخصیصی اکثر ، این دیدگاه را پذیرفته است ، از این رو ، از کارآمدی این قاعده در نفی احکام شرعی ضرری چشم پوشی کرده ، اظهار داشته اند : برای نفی احکام ضرری باید از قواعد دیگر - در صورت وجود - از جمله قاعده عسر و حرج کمک گرفت. (مکارم شیرازی ، 1411 ، ص 69)

این دیدگاه و تفسیر از قاعده لا ضرر در ماهیت و منشا ، از نظریه « نفی » الهام گرفته است ، ولی در نتیجه به نتایج نظریه ی « نهی » قناعت کرده است و ترکیب ماهرانه ی مولف میان این دو نظریه ی متضاد ، هم تحسین بر انگیز و هم تعجب آور است ، زیرا تصور و قبول این مطلب به آسانی میسر نیست که حکم ضرر مردم به یکدیگر در اسلام ، نفی شده باشد ، ولی احکام ضرری خدا بر مردم ، نفی نشده باشد. اگر ضرر زدن مردم به یکدیگر در اسلام ، منتفی و غیر مشروع باشد ، ضرر زدن خداوند به مردم به طریق اولی منتفی است و توجیه به خروج تخصصی احکام الهی از دایره ی ضرر ، گرچه در بسیاری از موارد مانند جهاد و حج ، قابل قبول است ، ولی در مواردی چون وضو و روزه ، ضرری و در مثال هایی مانند تکثر اولاد و معامله غبنیه ، خلاف وجدان و اعتبار عقلی و منطقی است. (رضائی راد ، 1389 ، ص 74)

2-2-8 نظریه ی نفی مشروعیت مطلق ضرر و ارزیابی آن

در بعضی از آثار ، به تبع آثار بزرگان دیگر ، نظریه نفی مشروعیت مطلق ضرر مطرح و ادعا شده است که این نظر از نظر های دیگر کامل تر است و اشکال های نظر های دیگر را ندارد (محقق داماد ، 1392 ، ص 150) ، این مولف محترم گویی می خواهد قاعده ی « لا ضرر » را بگونه ای تفسیر کند که به ضرر هایی که از ناحیه اسلام و حکم شرعی وارد می شود ، محدود نباشد بلکه به معنای نفی مطلق ضرر باشد ، اعم از اسلام و احکام شرعی یا از ناحیه ی اعمال و عملکرد مردم به یکدیگر.

این دیدگاه ممکن است برای پیشگیری از اشکال هایی که به دلیل نقلی نظر شیخ وارد بود و مبتنی بر پیش فرض اثبات نشده وجود قید « فی الاسلام » در روایت بود ، مفید باشد ، ولی شاید مولف محترم قفلت کرده اند که این نظر ، همان نظر شیخ اعظم انصاری (ره) است و تفاوت چندانی با آن ندارد ، زیرا وقتی مرحوم شیخ اعظم ، حکم شرعی و قرآنی را در صورت ضرری بودن منتفی می دانند ، اعم از حکم تکلیفی و وضعی

خواهد بود (شیخ انصاری ، 1407 ، ص 533) و به طریق اولی ضرر های مردم به یکدیگر را نیز شامل می شود و اعمال مردم هرچه باشد دارای یکی از اعمال خمسه تکلیفی است و اگر به دلیل ضرری بودن ، حرام و ممنوع اعلام شوند ، به منزله لغو حکمی از احکام شرع است و با نظریه ی شیخ اعظم ، برای رفع جواز آن عمل ، کارآمدی دارد ، همچنان که این نظر دارد. اگر این نظر ، همان نظر شیخ اعظم انصاری باشد ، پس انتقاد های وارد بر آن نظر ، بر این نظر نیز وارد خواهد بود و میزان کارآمدی و کاربرد آن نیز از نظر شیخ انصاری تبعیت خواهد کرد. (رحمائی راد ، 1389 ، ص 72)

2-3 بررسی شمول قاعده « لا ضرر » در امور عدمی

آیا قاعده « لا ضرر » شامل امور عدمی هم می شود ؟ به عبارت دیگر ، اگر عدم حکمی متضمن ضرر باشد ، آیا می توان به قاعده ی « لا ضرر » تمسک کرد و گفت آن ضرر منتفی است و به موجب آن حکمی وضع نمود؟ مقصود آن است که آیا قاعده ی « لا ضرر » تنها نقش بازدارنده دارد یا می تواند نقش سازنده هم ایفا کند؟ یا اینکه قاعده ی « لا ضرر » فقط حکم ضرری را بر می دارد یا خودش مشرّع هم هست و توان جعل حکم را هم دارد؟ مثلاً شخصی در قفس دیگری را باز می کند و پرنده ی موجود در آن پرواز می کند ، آیا به دلیل قاعده ی « لا ضرر » پرواز دهنده ضامن است؟ که در اینجا عدم ضمان موجب ضرر است. پس آیا اجازه داریم بر طبق قاعده در اینجا برای جبران ضرر به وجود ضمان قائل شویم.

پاسخ : فقها در این مورد اختلاف نظر دارند ، عده ای عقیده دارند که قاعده ی « لا ضرر » اثبات ضمان نمی کند ، چون نقش « لا ضرر » این است که حکمی را بر می دارد و نه اینکه حکمی را ثابت کند ، در واقع قاعده ی « لا ضرر » نقش بازدارنده دارد ، نه نقش سازنده. از جمله مرحوم نائینی (ره) که معتقد است قاعده ی « لا ضرر » همیشه به صورت معارض و مخالف عمومات دیگر وارد صحنه می شود و بر آنها غلبه می کند. پس باید همواره حکم ثابتی به نحو عموم وجود داشته باشد و بعضی مصادیق آن ضرری بوده باشد تا به موجب قاعده ی « لا ضرر » نقش اثباتی در احکام داشته باشد ، لازم می آید فقه جدید تاسیس گردد. (نائینی ، 1373 ، ص 221)

بعضی از فقیهان معاصر نیز همین راه را پیموده و تمسک به قاعده ی « لا ضرر » را برای اثبات ضمان مخدوش می دانند و تالی فاسد آن را لزوم ایجاد فقه جدید بیان کرده اند. (خوانساری ، 1394 ، ج 5 ص 192) ، برعکس ، بعضی از فقها مانند « صاحب ریاض المسائل » برای اثبات ضمان به قاعده ی نفی ضرر تمسک نموده اند. (طباطبائی ، 1392 ، ص 304) اگر بنخواهیم مطابق مبانی ذکر شده قبلی در مفاد و قاعده جواب دهیم باید بگوییم :

مطابق مبنای شیخ الشریعه اصفهانی و امام خمینی (ره) که نهی الهی و حکومتی و سلطانی بود، این مسئله از بحث خارج است، زیرا قاعده از ایراد ضرر نهی می کند.

مطابق مبنای آخوند خراسانی (ره) و شیخ انصاری (ره) که نفی حکم بود (البته با اختلافی که داشتند)، قاعده ی «لا ضرر» هنر جعل و وضع حکم را ندارد، چون فقط اعلام نبودن حکم ضرری در اسلام است، همان طور که نمی تواند حق خیار غبن بر مغبون را ثابت کند.

مطابق مبنای فاضل قزوینی در «شرح وافیه» که نهی از ضرر غیر متدارک بود که خود کنایه از وجوب تدارک ضرر است، قاعده، هنر، و توان تشریح و جعل حکم را دارد و مشرّع است، چون کنایه از وجوب تدارک ضرر است (پس قاعده، حکم و وجوب تدارک را جعل می کند). البته این مبنای غلطی بوده که شرح آن گذشت.

مطابق مبنای مرحوم شیخ صدوق هم قاعده ی «لا ضرر» مشرّع است؛ چرا که با توجه به حدیث «اهل ملتین لا یتوارثان»، وارث مسلمان نباید از مورث کافر ارث ببرد، ولی طبق این قاعده، وارث مسلمان از مورث کافر خود ارث می برد، پس هنر جعل حکم (ارث بردن) را دارد. البته این مبنا هم غلط بود و سابقاً شرح دادیم.

2-4 تعارض قاعده ی «لا ضرر» و تسلیط

در تعارض قاعده ی «لا ضرر» با قاعده ی تسلیط (سلطنت)، چه باید کرد؟ توضیح این که قاعده ی «لا ضرر» حکم ضرری را رفع می کند، اعم از این که حکم تکلیفی و یا وضعی باشد. قاعده ی سلطنت هم از جانب شارع برای مالکان در اموال و املاکشان جعل شده است. حال اگر لازمه ی سلطنت شخصی ضرر به شخص دیگر باشد، آیا قاعده ی «لا ضرر» می تواند این سلطنت را رفع نماید؟ قول مشهور این است که خیر، قاعده ی «لا ضرر» سلطنت ضرری را رفع نمی کند؛ بلکه از شیخ طوسی و ابن ادریس حلی و ابن زهره ادعای عدم خلاف در این مسئله شده است. (امام خمینی، 1385، ص 65)

در عین حال، باید دانست که دامنه ی قاعده ی تسلیط نامحدود نیست و این حکم به صورت مطلق مورد قبول واقع نمی شود، بلکه در موارد معینی قاعده ی «لا ضرر» سلطنت ضرری را رفع می کند، با این اوصاف می توان گفت که به طور کلی شقوقی در این جا مطرح است که محقق داماد در کتاب خود مطرح کرده که ذیلاً بیان و حکم هر کدام گفته می شود:

« الف : اگر تصرف مالک در ملک خود موجب ضرر دیگری نباشد ولی موجب عدم انتفاع دیگری شود ، در اینجا قاعده ی تسلیط حاکم است و شخص می تواند در ملک خود تصرف کند و اشکالی ندارد. ب : اگر عدم تصرف مالک در ملک خود باعث ضرر مالک باشد ولی تصرف او باعث ضرر دیگری شود ، باز قاعده ی تسلیط حاکم است ، زیرا جریان قاعده ی « لا ضرر » نسبت به خود مالک و شخص دیگر با هم تعارض و تساقط می کنند و هنگامی که تساقط کردند مرجع ، قاعده ی سلطنت می شود که بلا معارض است و قهرا مالک می تواند در مال خودش تصرف کند.

ج : اگر عدم تصرف مالک باعث عدم انتفاعش باشد و تصرفش باعث ضرر دیگری به نفع خودش شود ، در این صورت ، بین فقها در حاکمیت « لا ضرر » و یا تسلیط اختلاف است. منشاء تفصیل در فقه در میان متأخرین از آن جاست که فاضل سبزواری در کتاب کفایه از اصحاب نقل کرده است که مالک در هر صورت می تواند در ملک خود تصرف کند سپس گفته این مسئله جای تأمل است ، پس از وی فقها روی آن بحث کرده اند سبزواری می فرماید : « معروف مذهب امامیه این است که حریم چاه و چشمه و دیوار و خانه آن جاست که در زمین موات باشد ، بنابراین حریم مخصوص زمین های موات است و در ملک مردم حریم نیست ، چون حریم هر یکی با حریم دیگری تعارض دارد . فقها گفته اند مالک حق دارد در ملک خود چاه حفر کند ، اگرچه همسایه ی او در نزدیکی آن ، چاه داشته باشد . اگر به سبب چاه او آب چاه همسایه کم شود مکروه است . » (سبزواری ، 1381 ، ص 241) صاحب « مفتاح الکرامه » نیز همین بحث را مطرح کرده است . (عاملی غروی ، [بی تا] ، صص 22-23) ، در این زمینه صاحب جواهر به عدم حکومت قاعده ی تسلیط معتقد است ، می فرماید : « بالجمله در مسئله ، اجماع بر کل مسئله وجود ندارد ، پس ممکن است بگوییم که مالک نمی تواند در ملک خود تصرفی بکند که به دیگری ضرری وارد شود و اگر از تصرفات او به دیگری خسارت وارد شود قاعده ی تسلیط از او رفع مسئولیت نمی نماید . » (نجفی ، 1367 ، ج 38 ص 52) ، پس از آنکه از کلام شیخ انصاری (ره) چنین استفاده می شود که ایشان در این مورد نیز تصرف مالک را جایز دانسته ، یعنی به حاکمیت قاعده ی تسلیط عقیده دارد ؛ او معتقد است که قاعده ی « لا ضرر » هم درباره ی غیر جاری است و هم درباره ی خود مالک . پس در این حالت که تصرف به دیگری ضرر می زند و عدم تصرف به خود مالک ضرر می زند (البته بنابر این که عدم انتفاع را ضرر به حساب بیاوریم) ، قاعده ی تسلیط حکومت دارد ، زیرا در مقام تعارض ، دو ضرر فوق الذکر تساقط می کنند و قاعده ی تسلیط بلا معارض باقی می ماند و حاکم است . (شیخ انصاری ، 1407 ، ج 2 صص 538-539) ، حال اگر استدلال شود که : « اگر چیزی را که ملک کسی می دانیم و مالکیت آن را در آن ملک کامل می دانیم ، پس حق همه گونه از تصرفات اعم از تصرفات تکلیفی و وضعی نیز جزء آن

مالکیت است ، زیرا تحقیق این است که احکام تکلیفی مورد لزوم در داخل احکام وضعی نیز هست و آنچه برای عقلا در مورد مالکیت ارتکازی است این است که مالک حق هر گونه تصرفات را در ملک خود دارد «سیستانی ، 1389 ، صص 300-301) پذیرفته نیست ، چرا که بعضی از حقوق داناها چون سنهوری معتقدند که آنچه که در بطن حق مالکیت است ، مطلق تصرفات نیست ، بلکه تصرفات فی الجمله است ، سنهوری در کتاب « مصادر الحق » زیر عنوان مالکیت مطلق پس از آنکه ماده 11 را از مرشد الحیران نقل می کند به این شرح که « مالکیت مطلق عبارتست از اینکه مالک بتواند در آن همه گونه تصرفات در عین و منفعت آن انجام داده و بهره برداری از آن بنماید از خود مال و از محصولات آن و از میوه های آن و از نتایج آن استفاده کند و همه تصرفات جایزه را بتواند در آن انجام دهد ، » سنهوری از این ماده استفاده کرده می گوید که در فقه اسلامی هم مانند حقوق غربی عناصر مالکیت سه چیز است ، آن سه چیز را شمرده و بعد می گوید : آن طور که عبارت مرشد الحیران نشان می دهد حق مالکیت حق مطلق نیست ، بلکه حق مقید به این است که تصرفات مالک به ضرر همسایه نباشد «سنهوری ، [بی تا] ، ص 31) سنهوری در الوسیط در شرح ماده 341 زیر عنوان محدودیت حق مالک می گوید : «محدودیت مالی را که مالک به عنوان وظیفه ی اجتماعی باید رعایت کند زیاد است و برخی از مثال ها را ذکر کرده ، از جمله : مالک از تصرفاتی که موجب ضرر فاحش همسایه است ممنوع است ، اگر مالک از همسایه توقع دارد که ضرر های معمولی را از او تحمل کند ، نباید توقع داشته باشد که ضرر های غیر معمولی را نیز تحمل کند». (سنهوری ، [بی تا] ، ص 558)

د : اگر تصرف در ملک موجب نفع مالک نباشد و عدم تصرف وی در ملک خودش نیز موجب ضرر او نباشد ، بلکه به دلخواه یا از جهت لهو و لعب یا عبث ، در ملک خود تصرفاتی می کند و باعث ضرر دیگری می شود ، خواه قصد اضرار به غیر داشته باشد یا خیر ، در اینجا فقها عقیده دارند که قاعده « لا ضرر » حاکم است و بنابراین ، جلوی تصرف چنین مالکی در ملک خودش گرفته می شود. جریان سمره بن جندب نیز بر این فرض منطبق است. چون سمره می توانست اذن بگیرد یا از آن راه نرود ، یا درختش را بفروشد و ضرری به انصاری وارد نشود ، ولی هیچ کدام را حاضر نشد انجام دهد . پیامبر اکرم (ص) نیز به موجب « لا ضرر و لا اضرار » جلوی او را گرفت و مانع او شد.

نتیجه اینکه به هر حال ، دامنه قاعده ی تسلیط نامحدود نیست و هرگونه تصرفی از جانب مالک در ملک خود ، به بهانه ی اینکه مالک است ، جایز نیست ، بلکه این گونه تصرفات باید مبتنی بر قواعد و ضوابط خاصی باشد

و اگر قاعده ی « لا ضرر » هم نبود باز عقلا بر چنین تصرفاتی صحه نمی گذاشتند و در نتیجه اعتباری ندارد. (محقق داماد ، 1392 ، صص 154-156)

2-5 بررسی شمول قاعده ی « لا ضرر » در مسئله ی اضرار به غیر

آیا در دفع اضرار از خود ، اضرار به غیر جایز است ؟ واضح است که مقتضی حدیث « لا ضرر » ممنوعیت ضرر و اضرار بر مردم یا مومن است بنابراین ، در دفع ضرر از خود اضرار به غیر جایز نیست ، مثلا جایز نیست که شخص برای رفع سیل از منزلش آن را به طرف منزل همسایه ی خود سوق دهد. زیرا این کار اضرار بر غیر است که ممنوع است ولی جایز است که سیل را از منزلش دفع کند ، اگر چه خود به خود به طرف منزل غیر روانه شود و ضرری به او برساند ، چرا که در این صورت ، مستقیما او آن سیل را به طرف منزل غیر روانه نکرده و هر کس باید مواظب خانه ی خودش در مقابل ورود سیل باشد و آن را از منزلش دفع کند ، بدون اینکه عمدا آن را به طرف منزل دیگری سوق دهد. (امام خمینی ، 1385 ، ص 64) مرحوم شیخ اعظم انصاری (ره) نیز بر این عقیده است و می فرماید: اگر بیم خرابی دیوار خانه ای می رود ، روا نیست که مالک آن را به وسیله ی چوب ، بست و غیره به طرف خانه ی همسایه ی خود متمایل کند ، به نحوی که برای همسایه ایجاد خطر نماید. (شیخ انصاری ، 1374 ، ج 3 ص 308) مکارم شیرازی نیز می فرماید: اساسا به استناد قاعده ی « لا ضرر » این کار مجاز نیست و موجب مسئولیت مدنی است. (مکارم شیرازی ، 1411 ، ص 94) اما کاتوزیان بیان می دارد: برخی از استادان حقوق تبصره ماده 55 را به نحوی تفسیر می کنند که تنها استفاده ی بلاجهت از جانب زیان دیده قابل استناد است و به همین دلیل تنها به اندازه ی کمترین مبلغ میان دارا شدن و زیان دیگری قابل مطالبه است (کاتوزیان ، 1374 ، ش 134 ص 283) ، مثلا چنانچه شخصی برای جلوگیری از ضرر به خود 10 میلیون تومان خسارت ایجاد کرد ولی از 7 میلیون تومان خسارت خویش جلوگیری کرد ، تنها مبلغ 7 میلیون تومان قابل مطالبه است که البته این راه حل قابل پذیرش نیست.

اما در مورد اینکه آیا دفع ضرر از غیر واجب است و یا اینکه آیا تحمل ضرر از غیر واجب است ؛ مثلا آیا دفع سیل از منزل غیر واجب است ؟ و آیا سوق دادن سیل به منزل خود برای اینکه در منزل همسایه نیفتد و به همسایه ضرر نرساند واجب است ؟ ، باید گفت که هیچ کدام از این دو واجب نیست ، زیرا آنچه مطابق مفاد « لا ضرر » ممنوع است ضرر رساندن به غیر است ، مباحثرتا یا تسبیب ، نه اینکه تحمل ضرر از غیر و یا دفع ضرر از غیر واجب باشد. (امام خمینی ، 1385 ، ص 64)

حال اگر شخصی مجبور شود بر اضرار به غیر ، آیا این کار (اضرار به غیر) برای او جایز است ؟ مثل اینکه از طرف سلطان یا شخص مقتدری ، شخصی به قتل دیگری وادار شود و به آن شخص گفته شود که اگر مرتکب چنین قتلی نشود خودش کشته خواهد شد. مرحوم شیخ انصاری (ره) می فرمایند : « در چنین حالتی جایز نیست که شخص خودش را به کشتن بدهد تا خون دیگری ریخته نشود » (انصاری ، 1374 ، ص 308) در « الرسائل » بیان شده : مقتضی حدیث رفع « رفع عن امتی تسعه ... » (شیخ صدوق ، 1377 ، ص 417) جواز این کار است . بنابراین حکومت حدیث رفع بر ادله ی اولیه ؛ لکن واجب است این نکته دانسته شود که در خصوص حدیث رفع و غیر آن از ادله ای که حکومت بر ادله ی اولیه دارند جایز نیست که در تمام موارد بر حکومت آنها بر ادله ی اولیه عمل گردد و بر آن جمود ورزیده شود ، بلکه باید ملاحظه ی (الایم فالایم » بشود و در بسیاری از موارد ، مانند اکراه و خراب کردن کعبه و یا قبر پیامبر اکرم (ص) ، ائمه اطهار (ع) و یا سوزاندن قرآن و ابطال حجت های الهی و غیره و بلکه در بسیاری از موارد حتی با وعده دادن بر قتل ، هم شخص مجاز به انجام این کار ها نیست و نمی توان بوسیله ی دلیل رفع ، ملزم به جواز این گونه کار ها شد. (امام خمینی ، 1385 ، ص 65) به هر حال ، این فتوای مرحوم شیخ انصاری (ره) با اطلاقش مورد قبول دیگران وارد نشده است به عبارت دیگر ، اگر ضرر طبیعی و غیر ارادی باشد تحملش بخاطر دفع ضرر از غیر ، واجب نیست ؛ ولی در اینجا مستقیماً متوجه غیر نیست و در مرحله اول ضرر متوجه خود شخص است. پس جایز نیست به مجرد اکراه برای دفع قتل از خود ، دیگری را بکشیم ، مگر اینکه مسئله به صورت دفع اراده و اختیار برگشت کند و واسطه ی هیچ گونه اراده ای نداشته باشد که در فقه از آن به « الجاء » تعبیر می شود و در آن وقت جایز است. ولی اگر با اراده و اختیارش مرتکب قتلی بشود تا خودش کشته نشود ، در این صورت مسئول خواهد بود. (محقق داماد ، 1392 ، ص 165) امام خمینی (ره) در آخرین تنبیه در « الرسائل » می فرمایند : « بعید نیست که ملزم شویم به اینکه در این مسئله بین حکم وضعی و تکلیفی فرق است و بگوییم در احکام وضعیه به مجرد اکراه و اجبار ، آن احکام مرفوع می شوند ، ولی در احکام تکلیفی ، ملاحظه اهمیت می شود و باید تفصیل قائل شویم بین مهمات آنها که در آنجا به مجرد ضرر ، دلیل رفع حاکم نیست غیر مهمات که در آنها دلیل رفع حاکم است و بگوییم ضرر زدن جایز است. (امام خمینی ، 1385 ، ص 65)

2-6 تعارض دو ضرر

اگر دو ضرر با یکدیگر تعارض داشته باشند ، حکمش چیست ؟ به این صورت که اگر با قاعده ی « لا ضرر » یک حکم را نفی کنیم ، لازمه اش ورود ضرر به شخص دیگر است و اگر بخواهیم قاعده را نسبت به دومی

جاری کنیم ، نفی حکم ملازمه با ورود ضرر به شخص دیگر دارد ، مثلا شخصی خانه ای را یک سال اجاره داده و الان می خواهد سر سال آن را پس بگیرد و اجاره دهد ، ولی زمستان است و مستاجر جایی را ندارد که خانه را خالی کند و به آنجا برود اگر بیرون رود ، ضرر می کند . از طرفی ، اگر تخلیه نکند ، شخص موجر ضرر می کند ، در اینجا چه باید کرد ؟ مثال دیگر ، اگر شخصی زمینی را از دیگری اجاره کند تا در آن زراعت کند و مدتی را که در مثل آن مدت عادتاً زراعت ثمر می دهد در اجاره شرط کند ، سپس به باقی گذاشتن کشته ی خود بعد از تمام شدن آن مدت احتیاج پیدا کند . در اینجا در صورت باقی گذاشتن کشته ، صاحب زمین ضرر می کند و در نتیجه تخلیه ی زمین و کندن زرع ، صاحب زرع ضرر می کند. در اینجا چه باید کرد ؟ ملاحظه می شود که در این دو مثال در هر طرف که بخواهد « لا ضرر » اجرا شود ، طرف دیگر ضرر می کند .

در اینجا بعضی همچون مرحوم شیخ اعظم انصاری (ره) و صاحب کفایه الاصول و مرحوم نائینی (ره) گفته اند : مقام از باب تراحم است پس قاعده نسبت به کسی که بیشتر ضرر می زند جاری می شود و حق به نفع دیگری که کمتر ضرر می زند ثابت می گردد. اما باید دانست که تراحم در جایی است که دو ملاک در حق فاعل واحد مختاری که فقط قدرت انجام یکی از آنها را دارد محرز و ثابت باشد ، مانند دو نفری که در حال غرق هستند و ملاک مقتضی وجوب نجات آن دو وجود دارد و به همین دلیل ، اگر مکلف قدرت نجات هر دو را داشته باشد ، نجات هر دو واجب است و تراحمی هم نیست. منتها اگر تنها قدرت نجات یکی را داشته باشد ، نجات محتمل الاهمیه متعین می شود و اگر در اهمیت مساوی بودند در نجات یکی از آن دو مخیر است ، و لذا تراحم در مقابل امتثال است ، نه در مقابل جعل . قوام باب تراحم این است که هر دو مجعول هستند ، ولی در اینجا مقام تراحم نیست ، زیرا ضرر بر دو شخص است نه بر شخص واحد و ثانیا قضیه ، قضیه ی قدرت و عجز نیست ، بلکه قضیه ی تردد در انطباق دلیل و عدم انطباق دلیل است و همچنین مقام تعارض نیست ، چرا که تعارض در مقام جعل و تشریح است و در تعارض یکی جعل شده و جعل هر دو محال است و تعارض بین دو دلیل و دو خبر است. مثلا یک دلیل می گوید: نماز جمعه در عصر غیبت واجب است و دلیل دیگر می گوید: نماز جمعه در عصر غیبت حرام است که بدون شک یکی می تواند جعل شده باشد. ولی در تعارض ضررین ، یک دلیل است که انطباقش بر هر دو محال و ممتنع است . نهایتاً در این گونه موارد ، ضرر رساندن هر یک از مستاجر و موجر به یکدیگر و یا صاحب زرع و صاحب زمین به واسطه ی قاعده ی « لا ضرر » رفع می شود و مرجع حرمت تصرف در مال غیر بدون اذن مالک است و شکی نیست که در دو مثال قبل ، ابقاء مستاجر در ملک موجر پس از مدت و یا ابقاء زرع در زمین غیر پس از مدت ، تصرف در ملک غیر بدون اذن مالک است. پس باید ملک موجر تخلیه شود و زمین نیز از زرع خالی شود و وقتی خالی شد صاحب خانه و یا صاحب

زمین تسلط بر ملک و زمین خود مییابد، زیرا مقتضی، تسلیط (ملکیت) موجود است و مانع، (اذن مالک به مستاجر و یا صاحب زرع) نیز مفقود است و اگر مستاجر و یا صاحب زرع، زمین را خالی نکنند حاکم شرع می تواند آنها را مجبور به تخلیه کند. (فقیه، 1407، صص 217-220)

2-7 قاعده «لا ضرر» در احکام جدید

براساس نظریه ی نهی این قاعده جزء نهی از اضرار، کارآمدی دیگری ندارد، ولی براساس نظریه ی نفی، هر حکم شرعی که باعث ضرری بر کسی باشد، با این قاعده قابل نفی و لغو است. پرسشی که مطرح می شود اینکه براساس این دیدگاه، آیا احکام شرعی موجود در صورت ضرری بودن، قابل نفی اند یا در موارد عدم حکم و در صورتی که عدم حکم باعث ضرر بود، می توان به استناد قاعده ی «لا ضرر»، احکام شرعی جدید استنباط کرد؟ به عبارت دیگر، هرگاه نه از احکام شرعی موجود، بلکه از نبودن حکم شرعی به فرد یا جامعه ضرری وارد می شود نیز می توان به استناد قاعده ی «لا ضرر» برای دفع آن ضرر، به جعل حکم شرعی جدید اقدام کرد؟ موارد ذکر شده تا اکنون همه در مواردی بود که حکم شرعی موجود باعث ضرر بود، ولی در جایی که نبود حکم شرعی باعث ضرر است، چیزی است که در اینجا از پایان نامه مورد بحث است، مثلاً اگر شخصی، شخص دیگری را در جایی زندانی کند و مانع حضورش در محل کارش شود، آیا ضامن منافع عمل از دست رفته ی اوست یا خیر؟

نظر مشهور فقها این است که عمل حرّ چون مال نیست، مشمول عدله ضمان نمی شود (نجفی، 1367، ص 41؛ امام خمینی، [بی تا]، ص 173؛ حلی، 1404، ج 2 ص 167؛ حلی، 1387، ج 2 ص 168) و ضمان ندارد. اینجاست که عدم حکم بر ضمان عمل حرّ در مسئله مذکور باعث ورود ضرر به فرد محبوس می شود. حال آیا می توان برای دفع ضرر از این فرد، حکم به ضمان حبس کننده نسبت به عمل از دست رفته ی محبوس صادر کرد؟ یا اینکه در صورت استتکاف زوج از پرداخت نفقه ی زوجه بدون عذر شرعی که باعث ضرر به زوجه می شود، آیا می توان به استناد قاعده ی «لا ضرر»، معتقد بود که طلاق زن به وسیله دادگاه و حاکم شرع جایز است؟ حکم به حرمت ضررهای معنوی مانند سلب اعتبار و آبروی شخصی، نادیده گرفتن حق مولف در ذکر نام وی بر جلد اثرش و وجوب جبران آن و نیز الزام جانی به جبران هزینه های درمان و بیمارستان، علاوه بر دیه ی جنایت، مثال های دیگری از احکام وجودی اند که در صورت پذیرش کارآمدی این قاعده در اثبات احکام می توان آنها را پذیرفت. کارآمدی این قاعده برای استنباط احکام جدید مسئله ای معرکه آراست که میان فقها مورد اختلاف است. برخی مانند میرفتاح مراغه ای (مراغه ای، 1418، ص 322) و

مکارم شیرازی (مکارم شیرازی، 1411، ص 86)، کاربرد این قاعده را در عدمیات پذیرفته اند و بعضی مانند نائینی (نائینی، 1373، ج 2 ص 221؛ همان، ج 1 ص 322)، بجنوردی (بجنوردی، 1389، ص 200) و فاضل نراقی (نراقی، 1417، ص 55) با آن به مخالفت برخاسته اند. مرحوم سید کاظم طباطبائی یزدی در مسئله نفقه ی زوجه معتقدند: در صورت استنکاف زوج از پرداخت نفقه زوجه، طلاق زوجه از سوی حاکم جایز است و دلیل آن را قاعده ی «لا ضرر» عنوان کرده است و این مطلب، گویای آن است که ایشان عملاً کاربرد این قاعده را در اثبات احکام پذیرفته اند (ایروانی، 1417، ص 144). سخن مرحوم شیخ انصاری در این باره ابهام دارد و با وجود آنکه در ابتدا اظهار می دارند که «لا ضرر» احکام وجودیه را نفی می کند و در نفی احکام عدمی، اشکال وجود دارد، در ادامه مطلب می فرماید: به وسیله ی این قاعده، مجعولات نفی نشده است، بلکه منفی در این قاعده هر چیزی است که به واسطه ی تدین به دین اسلام حاصل شود، خواه وجودی باشد یا عدمی (شیخ انصاری، 1374، ص 373) کارآمدی قاعده در صورت پذیرش آن، و نفی احکام عدمی در حد بسیار بالایی افزایش می یابد و این قاعده را بصورت یک قاعده ی عام که همه در مسائل جدید و مباحث مستحدثه و موارد سکوت شرع راه گشایی می کند، بالا می برد و می تواند باعث پویایی، گسترش و انعطاف پذیری هرچه بیشتر فقه شود؛ ولی آنچه نباید از نظر دور داشت این که این گونه تلقی از قاعده ی «لا ضرر»، این قاعده را به اصل «استصلاح» نزدیک کرده، با آن مشابه می سازد، اصلی که در فقه اهل سنت پذیرفته شده است (صابری، 1379، ص 235)، ولی به شدت مورد انکار شیعه قرار گرفته، حجت شناخته نشده است (جناتی، 1369، ص 57-73). همین اصل است که می تواند مانند اصل استحسان و قیاس به تشتت و تکثر فقهی و تعدد مذاهب فقهی بی انجامد و در دراز مدت، کارآمدی کل فقه را در اداره ی جامعه ی اسلامی مورد تردید قرار دهد و به انسداد اجتهاد منجر شود؛ یعنی همان وضعیتی که در جوامع اهل سنت اتفاق افتاد (الاشقر، [بی تا]، ص 146). همچنین می تواند با عدله ی فراوان و آشکاری که در موارد سکوت شرع مقدس ما را به سکوت دعوت می کند (فیض الاسلام، [بی تا]، ص 102) و حلال مجمل (ص) حلال تا روز قیامت می شمارد (کلینی، 1360، ج 2 ص 17)، در تضاد قرار گیرد، و به این ترتیب نظر نهی تقویت می شود.

2-8 قاعده ی «لا ضرر» در ضرر به خود

بی شک آنچه می تواند محل کاربرد این قاعده باشد، در مواردی است که عملی به قصد اضرار به غیر صورت گرفته باشد و به همین دلیل در بعضی از قوانین موضوعه ی ایران، بعضی اعمال ضرری به قید «قصد ضرر

رساندن « مقید شده اند²² ؛ ولی در اینکه آیا این قاعده در بیش از این مورد نیز کارایی داشته باشد ، تردید های زیادی بوسیله فقها صورت گرفته است (خویی ، 1410 هـ. ق ، ص 420 ؛ همان ، ص 81 ؛ خویی ، [بی تا] ، ص 438 ؛ سیستانی ، 1389 هـ. ش ، ص 288 ؛ روحانی ، 1412 هـ. ق ، ص 433 ؛ روحانی، [بی تا] ، صص 98-97)؛ از جمله مواردی که درباره ی آن میان فقها اختلاف نظر هایی صورت گرفته است کاربرد « لا ضرر » در ضرر به خویش است. برخی ، اضرار به خود را به طور مطلق حرام دانسته اند (شیخ انصاری ، 1374 هـ. ش ، صص 115 ، 124 ، 452 و 455) و بعضی تنها در صورتی حرام می دانند که آن اضرار با غرض عقلانی صورت نگرفته باشد (خویی ، 1410 هـ. ق ، ص 420 ؛ همان ، ص 81 ؛ خویی ، 1407 هـ. ق ، ص 315 ؛ خویی ، [بی تا] ، ص 428 ؛ سیستانی ، 1389 هـ. ش ، ص 288 ؛ روحانی ، [بی تا] ، ص 98-97 ؛ روحانی ، 1412 هـ. ق ، ص 433 ؛ بهسودی ، 1417 هـ. ق ، ص 549) و ضرر رساندن به خود را فقط در صورتی حرام دانسته اند که در حد هلاکت باشد و گفته اند قاعده لا ضرر، دلالتی بر ضرر رساندن به خود ندارد و اضرار به خود فقط اگر در حد هلاکت باشد، مشمول دلیل « لا تلفوا بایديکم الی التهلکة²³ » شده است و حرام می شود؛ ولی در صورتی که کمتر از حد هلاکت باشد، به دلیل عدم دلیل نمی تواند حرام باشد. شاید فتاوی مبهمی که بعضی از فقها درباره اعمالی که ضرری بودنشان بر هیچ کس پوشیده نیست ، صادر می کنند مانند اعتیاد به مواد مخدر و قمه زنی و اینکه به صراحت حرام بودن آنها را اعلام نمی کنند و از واژه هایی همچون « باید اجتناب شود » استفاده می کنند و با شرط و شروط خاصی مسئله را بیان می دارند (ویژه نامه ش 1 و 2 و 3 ستاد مبارزه با مواد مخدر ؛ هفته نامه ی افق حوزه ش 35) ریشه در چنین دیدگاه و استدلالی داشته باشد. گرچه لغت شناسان به صراحت یا به طور ضمنی ضرر را خسارت زدن به دیگری معنا کرده اند (ابن منظور ، 1408 هـ. ق ، ص 482) ولی به نظر می رسد این بزرگواران با این پیش فرض که ضرر معمولاً به دیگری زده می شود، این نظرها را داده اند و موارد اضرار به خود، به دلیل نادر بودنش در ذهن آنها نبوده است ؛ نه اینکه حقیقتاً مدلول لفظ ضرر را منحصر در ضرر به غیر بدانند و متبادر از معنای ضرر نیز به هیچ وجه ضرر به غیر نیست. بلکه وجداناً ضرر، ضرر است، حتی اگر به خود باشد. به همین دلیل، بعضی از لغویون به قید غیر در معنای ضرر اشاره نکرده اند. (زبیدی ، [بی تا] ، ص 247) با این اوصاف می توان گفت که، مدلول لا ضرر ، نفی یا نهی از ضرر است ؛ اعم از اینکه به خود باشد یا به غیر و هیچ دلیلی وجود ندارد که ضرر به خود از حکم حرمت ضرر مستثنا شده باشد و در این گونه موارد، اصالة العموم حاکم است و عموم لا ضرر ، شامل ضرر به خود نیز می باشد.) رضائی راد ، 1389 ، ص 83)

فصل سوم : مبنای مسئولیت مدنی در حقوق ایران و جایگاه قاعده لا ضرر در آن

3-1 مبنای مسئولیت مدنی در حقوق ایران

در این بخش به بررسی نظریه های مسئولیت مدنی پرداخته شده و اینکه مبنای مسئولیت در حقوق ایران با کدامیک از مبانی مطرح همخوانی دارد و در نهایت به این سوال پاسخ داده شد که آیا می توان مبنای مسئولیت مدنی را قاعده ی «لا ضرر» دانست

3-1-1 نظریه ی تقصیر

تقصیر در لغت از قصر و به معنای کوتاه کردن و یا کوتاهی کردن آمده است. (عمید، 2536، ص 322) در کتاب ترمینولوژی لنگرودی آمده : «تقصیر یعنی خودداری از انجام عملی با وجود توانایی صورت دادن آن عمل» (جعفری لنگرودی، 1372، ص 175) قاسم زاده می گویند: «حقوق دانان مشهور نیز تاکنون تعریف های گوناگونی از تقصیر ارائه کرده اند، برخی آن را تجاوز از تعهد پیشین دانسته اند. تجاوز از رفتار شخص محتاط و آگاه یا رفتار انسان متعارف، تجاوز از تکلیف قابل شناسایی و مراعات، تجاوز از رفتاری که رعایت آن برای حمایت از دیگران لازم است» (قاسم زاده، 1376، ص 34 بعد) در حقوق روم مبنای تقصیر به عنوان مبنای مسئولیت پذیرفته شده بود (بهرامی احمدی، 1390، ص 60) معنای نظریه ی تقصیر این فکر بود که انسان در جایی مسئول است که «خطا» یا «تقصیری» مرتکب شده باشد و به تعبیری دیگر، مسئولیت انسان در جایی است که احساس ناراحتی وجدان کند و از نظر اخلاقی مسئول باشد. در این مورد بین مسئولیت کیفری و مسئولیت مدنی وحدت مبنا بود. به این معنی که انسان در هر دو عرصه کیفری و مدنی در جایی مسئول شناخته می شد که از نظر اخلاقی مسئول بود و به همین علت پیدایش نظریه ی تقصیر را تحت تاثیر دو جریان دانسته اند :

اول : وحدت مسئولیت کیفری و مسئولیت مدنی که در بالا گفته شد.

دوم : آرمان اخلاق گرایی که تحت تاثیر تعالیم کلیسا شکل گرفته بود، بودان ورودیر می گوید براساس این مبنا انسان در جایی مسئول است که ناراحتی وجدان داشته باشد. شالوده ی این نظریه در بخش پایانی حکومت روم ریخته شد و پس از انقراض تمدن رومی در قرون وسطی دانشمندان کشورهای اروپایی، به ویژه حقوق دانان کشور فرانسه با الهام از مبانی طرح شده در حقوق روم مسئولیت را براساس تقصیر بنا نهادند. (قاسم زاده، 1390

، ص 25) سرانجام در سال 1804 میلادی قانون مدنی فرانسه تدوین شد و به تصویب رسید. قانون مدنی فرانسه محتوی اندیشه‌ی اصیل انقلاب فرانسه (1978 میلادی) و نظریات دوران بلافصل انقلاب بوده و مخصوصاً تحت تاثیر اندیشه‌های حقوقی دو حقوق دان عهد کهن این کشور یعنی دوما (1627-1697) و پوتیه (1695-1772) استاد حقوق دانشگاه اُرلئان تدوین شد. (الیوت و ورنون، 1382، ص 83) قانون مدنی فرانسه بخش تعهدات و حقوق قراردادها را از حقوق رم اقتباس کرد و «تقصیر» به عنوان مبنای مسئولیت مدنی از این طریق وارد قانون مدنی فرانسه راه یافت. (Prosser, 1964, p371)

در ماده‌ی 1382 قانون مدنی فرانسه آمده است: هر عملی که شخصی انجام دهد و موجب ضرر دیگری شود، کسی را که در نتیجه‌ی تقصیر او زیان مزبور وارد آمده موظف به جبران خسارت می‌کند. البته در مواد 951 و 952 و 953 قانون مدنی ایران نیز از «تقصیر» نام برده شده است و آن را اعم از «تعدی» و «تفریط» دانسته است که می‌تواند تا اندازه‌ای بر همان مفهوم تقصیر مصطلح در حقوق اروپا منطبق باشد و همه می‌دانیم که قانون مدنی، این اصطلاح را از حقوق اسلامی اقتباس کرده ولی نکته‌ای که معمولاً ناگفته می‌ماند این است که عملکرد تقصیر در حقوق اروپا مقصود و منظور است مبنای مسئولیت مدنی است. به این معنا که هیچ‌کس نه در مسئولیت قراردادی و نه در مسئولیت خارج از قرارداد (جز در صورت تقصیر) ضامن و مسئولیت جبران ضرری را که از سوی او به دیگری وارد آمده ندارد و تنها در صورت ارتکاب تقصیر است که مسئولیت مدنی معنی پیدا می‌کند و در نتیجه مسئولیت جبران ضرر مطرح می‌شود. در حالی که در حقوق اسلامی اصیل، «نفی ضرر» است و جز رابطه‌ی سببیت، عاملی دیگر موثر نیست. آنچه به عنوان نقش «تقصیر» در حقوق اسلامی مطرح نظر است اینکه در صورت وجود امانت، «تقصیر»، مانع «استیمان» را برطرف می‌کند، امانی تبدیل به ید غاصبانه می‌شود و در صورتی که امین مرتکب تقصیر شود طبق قاعده «علی الید» ضامن خواهد بود. کافی است در این مورد به نظر صاحب عناوین توجه کنیم که می‌گوید: استیمان (امانت) از مسقطات ضمان است؛ در نتیجه «امانت» به صرف اینکه مستلزم وضع ید است موجب ضمان نیست. آری اگر تعدی و تفریط (تقصیر) صورت گیرد طبق قاعده‌ی علی الید موجب ضمان می‌شود (مراغه‌ای، 1418، ص 445)

از اواخر قرن نوزدهم بر اثر تحولات اجتماعی و انقلاب صنعتی و استفاده‌ی روز افزون از ماشین و افزایش زیان‌های وارده بر اشخاص آشکار شد که این نظریه کافی و به تنهایی پاسخ‌گوی نیازهای اجتماعی نیست (صفایی و رحیمی، 1391، صص 67 و 68) در زمینه‌ی حمل و نقل نیز همین وضع پیش آمد، ورود

اتومبیل در زندگی مردم خطراتی دائم التزائد را پیش آورده بود و در مجموع می توان گفت که حوادث ناشی از حمل و نقل و روابط کارگر و کارفرما و توسعه ی صنعت و تکنیک اشکالات نظریه ی تقصیر را ملموس و مشخص کرده بود ولی اندیشه ی حقوق دانان که قرن ها به این نظریه خو گرفته و وجود متون قانونی و آراء متعدد و متوالی دادگاه ها نیز مزید علت بود ، لذا هر گونه راه حلی را نیز در درون نظریه تقصیر جستجو می کردند و می کوشیدند تا این چارچوب را حفظ کنند ؛ بنابراین به تدریج به راه حل های زیر متوسل شدند. (بهرامی احمدی ، 1388 ، ص 96)

در آنجا که بهره گیری از قالب « تقصیر قراردادی » میسر یا مناسب نبود ، دیوان کشور فرانسه در اوائل قرن بیستم در حکم خود اعلام کرد که از اگر اشیاء منقول خسارتی به دیگری وارد شود علیه محافظ این اشیاء اماره ی تقصیر وجود دارد لذا اوست که باید بی تقصیری خود را ثابت کند. و بعدا دیوان کشور رای داد که محافظان اشیاء منقول و محافظان حیوانات جز با اثبات قوه ی قاهره از مسئولیت مبرا نمی شوند . نتیجه این نظر با «مسئولیت عینی» تفاوت چندانی ندارد. (بهرامی احمدی ، 1390 ، ص 63)

توجیه مهم روی آوردن حقوق دانها به نظریه ی « تقصیر » عنصر اخلاقی آن بود و آن را دریچه ای برای ورود اخلاق در حقوق می دانستند ؛ ولی ناتوانی فزاینده ی نظریه ی مزبور در حل مشکلات در حال گسترش حقوق ناشی از پیشرفت علم و صنعت باعث شد که حقوق دانها و قاضیان از توجیه اخلاقی « تقصیر » دست کشیدند و گفتند برای آن که کسی مقصر باشد لازم نیست که رفتار او را با ویژگی های خودش بسنجیم . با در نظر گرفتن این ویژگی ها قابل سرزنش بدانیم بلکه باید او را با یک انسان معمولی مقایسه کنیم ، یعنی باید دید که یک انسان معمولی در همان شرایط چگونه رفتار می کند. (Mazeaud,1978,p433;Prosser,1964,p153)

در نتیجه بند 2 ماده ی 489 اصلاحی قانون مدنی فرانسه مسئولیت دیوانه را در اضرار به دیگران پذیرفت ، در حالی که اصولا تقصیر ، قابل انتساب به دیوانه نیست . به این ترتیب ، نظریه ی تقصیر به نظریه ی « مسئولیت موضوعی » نزدیک شد تا آنجا که ریپر که از پیش آهنگان نظریه ی اخلاقی حقوق بود از نظریه ای شبیه نظریه ی موضوعی دفاع کرد و برای محافظ اشیاء بی جان فرضی از تقصیر را مطرح کرد که قابل اثبات خلاف نیست . مازوها که طرفدار جدی نظریه ی تقصیر بودند از نظریه ی « تقصیر نوعی » دفاع کردند و ساواتیه ، ایشان را از طرفداران « نظریه ی خطر » می شمارد. (Savatier,1974,p278)

در کنار این تحولات در قرن بیستم در زمینه‌ی مربوط به « جرم‌شناسی » نیز مکتب‌هایی جدید مطرح شد که این مکتب‌ها نیز در تضعیف نظریه‌ی « تقصیر » موثر بودند، از جمله‌ی این مکتب‌ها « مکتب دفاع اجتماعی » بود که بوسیله آدلف پرینس و فلیپو گراماتیکا و مارک آنسل مطرح شد و توجه به رشته‌هایی جدید در جرم‌شناسی مثل « بزه دیده‌شناسی » و ظهور مکتب « عدالت ترمیمی » در سال 1990 میلادی نیز اندیشه‌ی « ضرورت جبران ضرر » را در مقابل « نظریه‌ی تقصیر » تقویت کرد. در همین مرحله « سالی » اظهار نظر کرد که در مسئولیت مدنی جای بحث‌های اخلاقی نیست، زیرا بحث از دو دارائی است، یعنی مبلغی از یک دارائی کم می‌شود و به دارائی دیگر اضافه می‌شود. لذا ضرورتی برای وجود عنصر تقصیر نیست. نتیجه‌ی این استدلال جدائی مسئولیت مدنی از کیفری است. « سالی » همچنین گفت که حتی از نظر اخلاق و عدالت نیز باید نظریه‌ی تقصیر رها شود، زیرا اخلاق و عدالت ایجاب می‌کند که جبران ضرر بر کسی که با عمل خود به دیگری ضرر زده تحمیل شود، اگر چه تقصیری مرتکب نشده باشد (بهرامی احمدی، 1390، ص 63).

3-1-1-1 نظریه‌ی مسئولیت محض

از جمله نظراتی که نظریه‌ی تقصیر را مورد تعدیل قرار می‌دهد نظریه‌ی مسئولیت محض است، حقوق دانانی که قائل به این نظریه هستند معتقدند، گسترش روزافزون تحولات در زندگی اجتماعی و توسعه صنایع و افزایش ارتباط‌ها در زمینه‌های اقتصادی در سطح داخلی و خارجی موجب شد تا نظام حقوقی که براساس نیازهای گذشته به وجود آمده است پاسخ‌گو نباشد و لزوم تحول در قواعد و قوانین حقوقی مطرح شود. حقوق مجموعه قواعد و قوانینی است که زندگی اجتماعی انسان بر اساس آن اداره می‌شود؛ پس باید حقوق دانان و رویه قضایی به دنبال حقوقی باشند که عدالت را برقرار سازد و قواعدی را بیابند که عادلانه باشد و بتواند عدالت را در منازعات شهروندان برقرار کند. تغییر و تحول در زندگی، تحول در قواعد حقوقی را می‌طلبد؛ پس نبود فاصله بین نظام حقوقی و نیازهای جامعه امری ضروری است. باید نظام حقوقی کهن با همه غنایی که داشته و دارد با نگرشی نو مطالعه شده و پاسخ نیازهای حقوقی جدید در آن یافته شود (کاتوزیان، 1378، ص 639). پرچم دار تئوری مسئولیت محض، ایالات متحده‌ی امریکاست و این تئوری برای اولین بار در سال 1852 میلادی در پرونده‌ی قضایی Thomas.V.Winchester مطرح شد.

اما آغاز مفهوم تئوری مسئولیت محض در امریکا به سال 1944 بر می‌گردد. سالی که دادگاه عالی کالیفرنیا به قضاوت قاضی تری نور به دعوی خانم اسکولا علیه شرکت کوکاکولا رای به مسئولیت محض شرکت مزبور داد. (مددی، 1388، ص 74)

امروزه استفاده روز افزون از فنون و صنایع در زندگی بسیار چشمگیر است و می‌طلبد که قواعد و شرایط حقوق به گونه‌ای باشد که خطا کار نتواند از شرایط سوء استفاده کند؛ نظام تولید چندان پیچیده است که با وجود این، تنها آن نوع مسئولیت می‌تواند پاسخ‌گوی نیازها و ضرورت‌ها باشد که خریداران و مصرف‌کنندگان بتوانند بر اساس آن جبران زیان‌های وارده را از عامل آن به آسانی مطالبه کنند. مسئولیت محض می‌تواند در مورد جبران خسارت توسط تولیدکنندگان و عرضه‌کنندگان کارساز باشد، با این نوع مسئولیت که تحت حکومت قانون است و آن را به نظم عمومی جامعه نسبت می‌دهند (جعفری تبار، 1389 هـ. ش، ص 57). و یا نظام مسئولیتی شبیه به آن خواهان به آسانی می‌تواند اقامه دعوا کرده و در برابر عامل زیان از حق خود دفاع کرده و آن را مطالبه کند. نا برابری خواهان و خواننده در یک دعوا بر پیچیدگی آن می‌افزاید و اثبات تقصیر چنان مشکل است که گاه غیرممکن می‌نماید (کاتوزیان، 1378 هـ. ش، ص 638). زیان و خسارتی که از یک اتومبیل معیوب ممکن است به بار آید گاهی چندین برابر قیمت اتومبیل است در حالیکه مبلغ لازم برای رفع عیب در مقایسه با آن بسیار ناچیز است (کاتوزیان، 1390 هـ. ش، ص 209) که البته آنچه مطرح است جبران ضرر است و تفاوتی در میزان هزینه مورد نیاز برای پیشگیری نیست. در حمایت از مصرف‌کننده قواعد و مبانی قدیمی قانونی کارآمد نیست و تمهید مقدمات قانونی جدید را می‌طلبد. مصرف‌کننده در برابر تولیدکنندگان بزرگ اقتصادی ناتوان است و باید مورد حمایت قرار گیرد، نیز لزوم رعایت حق هر کس در اخلاق و عرف عمومی کاملاً شناخته شده است، هر کس دارای حقی است و باید این حق از جانب دیگران مورد احترام باشد. پس وجود اهرمهای قانونی کارآمد در جهت حفظ و احیای این حق در صورت لزوم در شرایط زمانی مختلف ضروری است؛ این گونه انگیزه‌ها نظام مسئولیتی جدید را می‌طلبد. از آنجا که اثبات تقصیر در موارد متعدد با مشکلاتی مواجه است و در بسیاری از موارد مصرف‌کنندگان، فروشندگان و سازندگان را نمی‌شناسند، مسئولیت محض یک ضمانت برای سلامت کالاها و تضمین رفتار صحیح تولیدی سازندگان است. این مسئولیت چهره‌ای حمایتی دارد و در آن عذر بی‌تقصیری و ناآگاهی از عیب و حتی بی‌مبالاتی قابل‌پیش‌بینی خواهان پذیرفته نیست و تنها اتساع ورود ضرر به قوه‌ی قاهره می‌تواند خواننده را از نتیجه‌ی به بار آمده مبرا کند (کاتوزیان، 1390 هـ. ش، ص 33). البته در این نوع مسئولیت اگر چه نیاز به اثبات تقصیر نیست اما اثبات وجود عیب در تولید و رابطه آن با خسارت در کالا شرط است که این هم در بسیاری از اوقات دشوار می‌نماید. در مسئولیت محض فرض بر این است که عرضه‌کننده کالا در برابر همگان تحت هر شرایطی اعم از قرارداد و رابطه غیرقراردادی مسئول سلامت کالا از خطرات نامتعارف است، پس اگر کالایی معیوب و خطرناک به خریدار عرضه شود، فروشنده بر پایه‌ی نقض تعهد قانونی که به عهده داشته است باید خسارت ناشی از آن را جبران کند. به بیان دیگر، در این نظریه تکلیف مربوط به

عرضه‌ی کالای سالم ریشه قانونی و اجتماعی دارد و به تراضی دو طرف و قرارداد ارتباطی پیدا نمی‌کند (کاتوزیان، 1390 هـ. ش، ص، 8)

در حقوق خارجی مولینا نخستین کسی بود که در قرن شانزدهم میلادی از نظر اخلاقی و حقوق طبیعی مسئولیت بدون تقصیر را توجیه کرد؛ توماسیوس می‌گوید: مسئولیت محض از لحاظ حقوق فطری از اندیشه صلح و آرامش اجتماعی نشأت می‌گیرد؛ در صورتی که وارد کننده زیان به بهانه ارادی نبودن رفتار زیان بار خود از مسئولیت شانه خالی می‌کند (بادینی، 1384 هـ. ش، ص 100). مسئولیت محض در کشور آمریکا نشان دهنده تغییر و تحول در مبنای مسئولیت است و شکل جدید مسئولیت را نمایان می‌کند، یکی از دلایل پیشرفت نظریه‌ی مسئولیت محض در حقوق آمریکا و اروپا نقش مهم بیمه‌های مسئولیت بوده (جعفری تبار، 1389 هـ. ش، ص 61) بیمه با پوشش دادن مسئولیت‌ها شرایط مسئولیت را به نفع زیان دیده تسهیل کرده و از احتمال بروز مشکل در زمینه رشد و فعالیت در بخش اقتصاد پیشگیری می‌کند و راهی است برای حفظ منافع تولید کنندگان و فروشندگان تا با اطمینان از حمایت‌های بیمه‌گر بتوانند به فعالیت ادامه دهند (بابایی، 1386 هـ. ش، صص 9 و 10) روشی که در بسیاری از کشورهای پیشرفته دنیا از جمله اتحادیه اروپایی معمول شد و مبین گرایش به عدالت است. در حقوق ایران نوبه استناد رابطه سببیت بین خسارت و فعل یا ترک فعل سازندگان در صورت بروز چنین حوادثی اگر زیان دیده بتواند وجود عیب و رابطه آن را با زیان وارده بر اساس نظریه کارشناس ثابت کند؛ سازنده یا عرضه کننده به عنوان عامل زیان مسئولیت جبران خسارت را طبق قانون به عهده می‌گیرد، اما این کار نیز گاهی مشکل می‌نماید.

در حقوق ایران لزوم دخالت قانون گذار به شدت حس می‌شود، در این مورد کاتوزیان معتقد است: « در نظام حقوقی ما دادرسی مجری قانون است و نه موجد آن و به همین جهت نمی‌تواند بخاطر حفظ نظم عمومی و حمایت از مصرف کنندگان مسئولیتی را ایجاد کند که قوانین برای آن‌ها نشناخته اند. به ویژه که نه تنها در قانون مسئولیت مدنی و فصل تسبیب از قانون مدنی اصولاً خطاست که رابطه‌ی عرفی بین کار شخص و ایجاد ضرر برقرار می‌کند، در مقررات پزشکی و دارویی و خوراکی و آشامیدنی مصوب 34/3/29 در مورد ضروری ترین کالاهای مورد نیاز عمومی از ایجاد مسئولیت محض پرهیز شده و فقط همین قدر می‌توان استفاده کرد که تقلب تهیه کننده‌ی این گونه مواد می‌تواند موجب مسئولیت او در برابر مصرف کننده شود. دو استدلال دیگر نیز استحسان‌هایی است که می‌تواند امکان رجوع به تولید کننده را توجیه کند، ولی برای شناخت مسئولیت محض در رویه‌ی قضایی کافی به نظر نمی‌رسد. برای رسیدن به این مقصود، دادرسی می‌تواند یکی از دو راه

حل را انتخاب کند:1) با استفاده از ظاهر و امارات قضایی برای تولید کنندگان فرض تقصیر کند و آنان را آگاه به عیب بداند 2) یا در پاره ای موارد مسئولیت تولید کننده را مبتنی بر تعهد او بر تحویل کالای سالم و تضمین ایمنی مبیع سازد «کاتوزیان، 1390 ه.ش، ص 227-228»؛ اما در تفاوت قاعده ی لا ضرر با مسئولیت محض می توان به قلمرو آن اشاره کرد، کاتوزیان معتقد است: «مسئولیت محض از جهت اینکه بر جبران ضرر و توجه به زیان دیده تأکید دارد، مشابه نظریه تضمین حق استارک استاد فقیه فرانسوی است. در حقوق اسلام قاعده لا ضرر بر حمایت از حق زیان دیده تأکید داشته و ابتدای نفی ضرر در فقه اسلامی قرار گرفته است و این قاعده بیش از اینکه به مجازات عامل ضرر و یا تقصیر و بی تقصیری او بیندیشد به لزوم جبران زیان می پردازد. اما تفاوت عمده ی مسئولیت محض با قاعده ی لا ضرر و تضمین استارک در قلمرو آنهاست، در این نظریه ها پایه ی عمومی مسئولیت مدنی بر تضمین حق مشروع زیان دیده گذارده می شود، در حالی که مسئولیت محض قاعده ای استثنائی است که در پاره ای زمینه ها و به دلایل ویژه از سوی قانون گذار یا رویه ی قضایی مقرر می شود و قاعده ی عمومی مسئولیت مدنی همان تقصیر است» (کاتوزیان، 1390 ه.ش، ص 117)

بنابراین نقطه ی تمایز این تئوری با سایر تئوری ها در این است که اولاً: در این تئوری لازم نیست بین زیان دیده و عامل زیان قراردادی موجود باشد. بنابراین حتی شخص ناظر متضرر از کالای معیوب نیز می تواند در خصوص ضرر های وارده به تولید کننده و یا فروشنده مراجعه نماید، ثانیاً: در این تئوری، لازم نیست که متضرر تقصیر عامل زیان را اثبات نماید. حتی اصلاً لازم نیست که عامل زیان در ایجاد خسارت مقصر باشد، بلکه، مسئولیت به صرف ورود خسارت ایجاد می گردد. (مدنی، 1388 ه.ش، ص 74) به نظر می رسد اگر لا را به معنای نفی و آن هم نفی حکم ضرری، یعنی تفسیر شیخ اعظم بدانیم، در این صورت «نفی ضرر» همه محاسن مسئولیت محض را دارد، مضاف بر اینکه از سابقه ای کهن نیز برخوردار بوده و از باورهای موجود در نظام ارزشی جامعه اسلامی حرارت می گیرد. تقویت بنیان های اخلاقی مسئولیت، قلمرو گسترده، داشتن جایگاه معنوی در پیروان ادیان، خصوصاً شریعت مقدس اسلام از جهت اینکه این قاعده انتساب به پیامبر الهی دارد و توجه علمای بزرگ اسلامی به این اصل حقوقی از مرجحات آن است. لا ضرر، هر ضرری را نفی می کند و براساس آن می توان لزوم پیشگیری از زیان مصرف کنندگان خودرو و جبران زیان را در صورت لزوم با اثبات استناد عرفی مسئولیت به سازنده عنوان نموده و او را محکوم به جبران خسارت کرد و این رویه علاوه بر زیان های ناشی از عیب کالا، خسارت های ناشی از عدم ارائه اطلاعات لازم در خصوص استفاده از محصولات گوناگون از جمله محصول صنعتی خودرو را بر مبنای سببیت در خسارت شامل می شود. و از این جهت مشابهت زیادی با مسئولیت محض دارد؛ چنانکه یکی از حقوقدانان می گویند: «اگر بگوییم مسئولیت محض، شکلی

دیگر از قاعده دیرین لاضرر ولاضرار است ادعایی گزاف نکرده‌ایم» (جعفری تبار، 1389 هـ. ش، ص 81)، استادی دیگر می‌گویند: «مفهوم سوء استفاده از حق که برخاسته از فرهنگ غرب است یکی از مصادیق قاعده لاضرر است» (بهرامی احمدی، 1377 هـ. ش، 65)، اما اگر لا را نهی دانسته و با توجه به نظر امام (ره) تفسیر کنیم چنین نتیجه‌ای نداشته و تنها بر قاعده تسلیط حاکم است.

3-1-1-2 نظریه‌ی عام بودن تقصیر و اخصیت قانون مدنی

علاوه بر نظریه‌ی مسئولیت محض، عده‌ای از حقوق دانان مبنای مسئولیت مدنی در حقوق ایران را تقصیر می‌دانند، ایشان معتقدند که نظریه‌ی تقصیر عام و قانون مدنی اخص از آن است.

بر اساس این نظر، قانون مسئولیت مدنی مصوب 1339 هجری شمسی که تحول چشمگیری در حقوق مسئولیت مدنی ایران ایجاد کرده به طور کلی «تقصیر» را مبنای مسئولیت قرار داده است. ماده‌ی یک قانون مزبور مقرر می‌دارد: «هر کس بدون مجوز قانونی عمدا یا در نتیجه‌ی بی احتیاطی به جان یا سلامتی یا مال یا آزادی یا حیثیت یا شهرت تجاری یا به هر حق دیگری که به موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده لطمه‌ای وارد نماید که موجب ضرر مادی شود، مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود می‌باشد»

این ماده با عبارت «عمدا یا در نتیجه‌ی بی احتیاطی» به وضوح مبنای «تقصیر» را پذیرفته است، مواد دیگری از این قانون نیز به مبنای «تقصیر» اشارت دارد. (صفایی و رحیمی، 1391، ص 83) حال باید دید مبنای مسئولیت در حقوق کنونی ایران با توجه به قانون مسئولیت مدنی چیست؟ یک نظر این است که قانونگذار مبنای «تقصیر» را بدون تفکیک بین اتلاف و تسبیب پذیرفته و به طور کلی در حقوق کنونی ایران، مسئولیت چه در اتلاف و چه در تسبیب مبتنی بر تقصیر است. (امیری قائم مقامی، 1378، ص 215؛ عاملی، 1338، ص 78؛ صفایی، 1351، ص 543) نظر دیگری که اقوی می‌نماید و با فقه اسلامی و مبنای قانون مدنی هم بیشتر سازگار است و از جمع بین قوانین موضوعه بدست می‌آید و امروز ظاهر قول مشهور حقوقدانان را تشکیل می‌دهد آن است که ماده یک قانون مسئولیت مدنی که مبنای «تقصیر» را پذیرفته، یک قاعده‌ی عام است که بیشتر موارد مسئولیت مدنی را در بر می‌گیرد، ولی در مواردی، مسئولیت نوعی یا بدون تقصیر در قوانین ما پذیرفته شده که استثنا بر قاعده‌ی عام مذکور و در واقع مخصص آن به شمار می‌آید. از جمله‌ی این موارد، مسئولیت ناشی از اتلاف موضوع مواد 328 تا 330 قانون مدنی و مسئولیت ناشی از وسایل نقلیه زمینی موتوری موضوع قانون بیمه‌ی اجباری مسئولیت 1387 است. این نظر با حقوق تطبیقی نیز

هماهنگی دارد؛ زیرا در اکثر کشور های پیشرفته بویژه فرانسه اصل مسئولیت مبتنی بر تقصیر پذیرفته شده و در عین حال در موارد استثنایی مسئولیت بدون تقصیر یا مسئولیت نوعی در قانون یا رویه قضایی منعکس گردیده است. در میان علمای حقوق غربی هم گاهی تفکیک بین ایراد ضرر به طور مستقیم (اتلاف) و ایراد ضرر به طور غیر مستقیم (تسبیب) از لحاظ عدم لزوم یا لزوم اثبات «تقصیر» مطرح شده است که نمونه ی بارز آن نظریه ی پل لوکلرک دادستان کل بلژیک است. (صفایی و رحیمی، 1391، ص 83-84) قاسم زاده نیز همین نظر را تأیید می کند و می گوید: با توجه به منبع اصلی حقوق ایران (فقه امامیه) به روشنی مشهود است که قانون گذار ایران با تصویب قانون مسئولیت مدنی در صدد نسخ قوانین مغایر نیست. بطلان این نظر با تصویب ق.م.ا و تأیید ضمان اتلاف که مشابه مبانی مسئولیت در قانون مدنی است و اصلاح قانون مدنی (در سال های 1361 و 1370 به بعد) و ابقای همان مقررات، معلوم می گردد. اصولاً مسئولیت بر پایه ی تقصیر است و گاه بدون تقصیر نیز محقق می شود. ولی قانون گذار به تدریج بر تعداد و آمار مسئولیت های بدون تقصیر می افزاید. (قاسم زاده، 1390، صص 56 و 58)

3-1-2 نظریه ی خطر

این نظریه دارای شکل ها و گونه های مختلفی است. برخی بر آن اند شخصی که از فعالیتی سود می برد، باید ضررهای ناشی از آن را نیز تحمل کند و این امر طبیعی و موافق با اخلاق و عدالت است. این نظریه به نظریه ی خطر-نفع معروف است. بنا بر این نظر، مقصود از نفع، سود مالی و اقتصادی است و فعالیت اقتصادی سود آور موجب مسئولیت می شود، هر چند تقصیری در میان نباشد. (صفایی و رحیمی، 1389، ص 68)

عده ای دیگر از حقوق دانان معتقدند، مبنا ی مسئولیت مدنی «خطر ایجاد شده» است و مستفیع شدن عامل زیان از فعالیت، نباید معیاری برای تحقق مسئولیت باشد. از این رو هرکسی، به صرف اینکه در فعالیت خود خطری ایجاد کند، باید پیامد های ناشی از آن را تحمل کند، طرفداران این نظریه معتقدند هیچ فعالیتی بدون نفع نیست، اما نفع ممکن است مادی یا معنوی باشد. (حیاتی، 1392، ص 38) در هر صورت نتیجه ی پذیرش هر یک از مبانی در توجیه نظریه ی خطر صرف نظر نمودن از نقش تقصیر عامل زیان در تحقق مسئولیت است.

در این نظریه، درستی یا نادرستی فعلی که باعث ورود ضرر شده مطرح نیست بلکه آنچه اهمیت دارد انتساب ضرر به خواننده است. بنابراین، نظریه ی مزبور محدود به جایی می شود که شخصی کارگاه یا کارخانه یا

موسسه ی انتفاعی دیگر را راه می اندازد یا مدیریت می کند . چنین فردی را بدون آنکه تقصیری مرتکب شده باشد مسئول زیان های وارده به دیگران می دانند (بهرامی احمدی ، 1390 ، ص 64)

در ارتباط با نظریه ی خطر ذکر دو نظریه ضروری است :

نکته اول : اگر چه نظریه ی خطر جزو مسئولیت های بدون تقصیر به حساب می آید و در واقع هم چنین است ولی نظریه ی خطر با مسئولیت عینی یا لا ضرر مطرح در حقوق اسلام ، یکی نیست . در حقوق اسلامی هر زیانی که به دیگری وارد آید ، عامل آن زیان ، حتی اگر در خواب باشد ضامن است ، ولی در نظریه ی خطر تنها زیانی جبران می شود که عامل آن از کار خود سودی انتظار داشته باشد.

نکته دوم : بعضی از اساتید (کاتوزیان ، 1374 ، ص 100) نظریه ی خطر را با این شعار که « هر کس سود کاری می برد ، زیان آن را نیز باید تحمل کند » مترادف ضابطه ی حقوق اسلامی دانسته اند که : « من له الغنم فعلیه الغرم » . در اینکه این جمله می تواند ترجمه ی خوبی برای بازگو کردن محتوای « نظریه ی خطر » حرف و ایرادی نیست ، ولی باید توجه داشت که ضابطه ی « من له الغنم فعلیه الغرم » که می تواند از قواعد فقه نیز به حساب آید با آنچه از « نظریه ی خطر » مفهوم می شود ارتباطی ندارد . در حقوق اسلامی ضابطه ی « من له الغنم فعلیه الغرم » مدلول روایت « الخراج الضمان » است و منظور از آن تلازم ملک و نمائات است و بر اساس آن می گویند : منافع مبیع در بیع شرط مال مشتری است ، زیرا اگر مبیع تلف شود از مال مشتری تلف شده است به این تلازم « من له الغنم فعلیه الغرم » می گویند . یعنی : هر کس منافع مالی را می برد ، غرامت ، یعنی تلف شدن آن مال نیز به زیان او و به حساب او خواهد بود (بهرامی احمدی ، 1388 ، ج 1 ص 259)

3-1-3 نظریه ی مختلط

با توجه به اشکالاتی که بر نظریه ی تقصیر وارد بود و هیچ یک از آنها برای رفع نیاز های جامعه کافی نمی نمود ، نظریه ی مختلط یا دو گانه که آمیخته ای از دو نظریه ی یاد شده بود پدید آمد. (صفایی و رحیمی ، 1391 ، صص 69 و 70) بنابراین ، در حقوق خارجی این دو نظریه به عنوان مبنای مسئولیت مدنی مورد قبول واقع شد ولی اختلاف باقی مانده در قلمرو و حکومت آن دو بود. (باریکلو ، 1392 ، ص 53)

برای حل این مشکل دو راهکار ارائه شد ، راهکار نخست این بود که مسئولیت مبتنی بر تقصیر به عنوان اصل و قاعده و مسئولیت بدون تقصیر (نظریه ی خطر) به صورت فرعی و جنبی و به صورت استثناء در مواردی که عدل

و انصاف اقتضاء می کند به موقع اجرا گذاشته شود. مقررات و قوانین مسئولیت مدنی در غالب نظام های حقوقی قابل تطبیق با این نظریه است .

راهکار دوم این که چون حوزه ی مسئولیت ، به مسئولیت ناشی از فعل شخصی ، مسئولیت ناشی از فعل غیر و مسئولیت ناشی از مالکیت و تصرف اشیاء و حیوانات تقسیم می گردد ، مصلحت در این است که مسئولیت ناشی از فعل شخص بر مبنای تقصیر مسئولیت در دو قسم اخیر بر مبنای خطر گذاشته شود. بنابراین در قسم نخست خواهان باید تقصیر خواننده را به اثبات برساند ، ولی در قسم اخیر خواهان به اثبات تقصیر خواننده نیاز ندارد. (قاسم زاده ، 1390 ، ص 40)

3-1-4 نظریه ی قابلیت استناد عرفی

یکی دیگر از نظریه هایی که می تواند مبنای مسئولیت مدنی قرار گیرد ، استناد عرفی انجام فعل به شخص مسئول است. با تکیه بر این نظریه مبنای مسئولیت شخص به جبران ضرر وارده به دیگری ، استناد عرفی عمل زیانبار به اوست ، زیرا اصل پاسخگو بودن اشخاص در قبال عملکرد خود ، یک اصل مسلم عقلایی و عرفی است که قابل انکار یا مناقشه نیست. (باریکلو ، 1392 ، ص 54) ، هر شخص نسبت به اعمالی مسئول است که عرفا به او استناد داده شده است ، بنابراین با توجه به مسلم بودن اصل پاسخگویی شخص در قبال اعمال خویش نزد تمام عقلا ، قلمرو و دامنه ی فعل شخص محدود به اعمالی است که عرفا به او استناد داده می شود و مسئولیت او هم مبتنی بر این استناد عرفی است. این نظریه را می توان از صحیحی ی وارده از امام صادق (ع) بدست آورد که میفرماید: « مَنْ أَضَرَ بِشَيْءٍ مِنْ طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ » یعنی هر کس به راه مسلمین ضرری وارد نماید ، مسئول و ضامن جبران آن است (معزی ملایری ، 1373 ، ص 361) با توجه به عبارت «من اضر» که مقید به تقصیر نشده و مطلق استفاده شده ، یعنی کسی که ضرر برساند، می توان نتیجه گرفت ، اگر فعل زیانباری عرفا به شخصی استناد داشته باشد ، او مسئول است که ضرر ناشی از آن را جبران کند ، بنابراین تقصیر برای تحقق مسئولیت مدنی موضوعیت ندارد. بنا بر این نظریه ، صدق عرفی برای مسئولیت کافی است ، به دیگر سخن ، برای تحقق مسئولیت وجود یا اثبات تقصیر شرط نیست ، بلکه اثبات ضرر و رابطه ی سببیت عرفی بین ضرر و فعل یا ترک فعل شخص برای مسئولیت و مطالبه ی خسارت کفایت می کند ، بدیهی است که قبول این نظریه به سود زیان دیده است چه او را از اثبات تقصیر که اغلب کاری دشوار است معاف می کند (صفایی و رحیمی ، 1391 ، صص 69 و 70). میر فتاح مراغه ای بعد از بیان حکم فروعاً متعدد معتقد است : «بعد از دقت در مسائلی که فقها مطرح کرده اند ، آگاه می شوی که ملاک و مدار مسئولیت صدق عرفی

صدور فعل از عامل فعل زیانبار است. (مراغه ای ، 1418 ، ج 2 ص 436) ، شهید ثانی در موردی که کسی با دیگری تصادف نماید و مصدوم کشته شود ، می فرمایند : «تصادف کننده باید از مال خود دیه را پرداخت نماید ، زیرا که تلف مصدوم عرفا به او استناد دارد» (عاملی ، 1367 ، ص 420) صاحب ریاض المسائل در موردی که طوفان کسی را بر روی شخصی دیگر پرتاب نماید و او فوت کند معتقد است که : « آن شخص ضامن نیست ، زیرا مرگ به او استناد ندارد بلکه به امر خارجی (طوفان) استناد دارد» (طباطبائی ، 1392 ، ج 14 ص 207) بنابراین با توجه به اینکه استناد عرفی فعل زیانبار به عامل زیان ، اعم از تقصیر یا عدم تقصیر اوست و در روایات وارده از معصومین (ع) هیچ گونه اشاره ای به لزوم اثبات تقصیر نشده است ، می توان نتیجه گرفت که در حقوق اسلام مبنای مسئولیت مدنی ، استناد عرفی عمل زیانبار به شخص است و این نظریه به عنوان مبنای مسئولیت مدنی مورد قبول واقع شده است. (باریکلو ، 1392 ، ص 56) هر چند ظاهر کلام بعضی از حقوقدانان این است که مبنای مسئولیت مدنی ، نظریه ی مختلط است لیکن به نظر می رسد که نمی توان این نظریه را به عنوان مبنای مسئولیت مدنی در حقوق ایران مورد تأیید قرار داد زیرا نه تنها دلیل موجهی برای اثبات این نظریه ، به عنوان مبنای مسئولیت مدنی وجود ندارد بلکه بسیاری از مواد مربوط به مسئولیت مدنی دلالت بر خلاف آن می کند، چون مقررات مسئولیت مدنی غیر از شانزده ماده ی مصوب 1339 ، که از قانون تعهدات سوئیس اقتباس شده است ، از فقه امامیه گرفته شده است و در فقه اسلامی اثری از نظریه خطر وجود ندارد و سابقه ی مسئولیت مدنی بدون تقصیر در فقه اسلامی به قرن ها قبل از ابراز نظریه ی خطر می انجامد. در نتیجه این نظر نمی تواند مبنای مسئولیت در حقوق ایران قرار گیرد. نظریه ی تقصیر نیز هر چند در بعضی از موارد ، به استناد آن حکم به مسئولیت مدنی شده است ولی به نظر می رسد فقها از تقصیر به عنوان راهی برای احراز استناد عرفی فعل به عامل آن استفاده کرده اند در مواد قانونی نیز هر چند در بعضی از مواد اثبات تقصیر موثر است مانند ماده ی 1 ق.م.م²⁴ که از ماده ی 41 قانون تعهدات سوئیس اقتباس گردیده، همچنین در ماده ی 334 ق.م²⁵ که تقصیر مالک حیوان در حفظ آن ، شرط تحقق مسئولیت مدنی مالک نسبت به اعمال زیانبار حیوان تلقی شده ولی در بسیاری از موارد مانند مواد 319²⁶

24- هر کس بدون مجوز قانونی عمدا یا در نتیجه ی بی احتیاطی به جان یا سلامتی یا مال یا آزادی یا حیثیت یا شهرت تجاری یا به هر حق دیگری که به موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده لطمه ای وارد نماید که موجب ضرر مادی شود ، مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود می باشد.

25 - مالک یا متصرف حیوان ، مسئول خساراتی نیست که از ناحیه ی آن حیوان وارد می شود ، مگر اینکه در حفظ حیوان تقصیر کرده باشد؛ لیکن در هر حال اگر حیوان به واسطه ی عمل کسی منشا ضرر گردد فاعل آن عمل مسئول خسارات وارده خواهد بود.

26 - ماده ی 319 ق.م.ا: «هرگاه طبیعی گرچه حاذق و متخصص باشد ، در معالجه هایی که شخصا انجام می دهد یا دستور انجام آن را صادر می کند ، هر چند به اذن مریض یا ولی او باشد ، باعث تلف جان یا نقص عضو یا خسارت مالی شود ضامن است.»

324 و 320 و 321 و 323 و 325 و 326 ق.م.ا²⁷ که مربوط به مسئولیت مدنی است اشاره ای به تقصیر نشده است. بنابراین با توجه به وابستگی حقوق خصوصی به فقه اسلامی و لزوم تطبیق مقررات قانونی با فقه اسلامی و مواد مذکور مسئولیت مدنی در حقوق ایران مبتنی بر استناد عرفی عمل زیانبار به شخص است. (باریکلو، 1392، ص 57-59) حتی کسانی مانند صفایی و رحیمی که قائل به نظریه ی تقصیر به عنوان مبنای مسئولیت مدنی هستند (صفایی و رحیمی، 1391، ص 83-84)، در باب اتلاف و تسبیب فرقی بین این دو قائل نبوده و قائل به رابطه ی سببیت عرفی بین عمل شخص و خسارت هستند، ایشان می فرمایند: «به نظر می رسد که اشاره به تعدی و تفریط یا تقصیر در باب تسبیب نه از باب آن است که تقصیر رکن یا مبنای مسئولیت است، بلکه از آن روست که چه بسا بدون تقصیر رابطه ی سببیت عرفی بین عمل شخص و خسارت محقق و احراز نمی شود» (صفایی و رحیمی، 1391، ص 81) حقوق دان دیگری نیز معتقد است: «اتلاف و تسبیب دو گونه مبنای مسئولیت نیستند بلکه دو نوع رابطه ی سببیت اند و وجود تقصیر در هیچ یک شرط نیست» (جعفری تبار، 1389، ص 84) بنابراین اگر گفته می شود ماده ی یک قانون مسئولیت مدنی تقصیر را به عنوان مبنای مسئولیت مدنی پذیرفته است می توان گفت در مقررات باب اتلاف و تسبیب قانون مدنی نیز تقصیر به عنوان مبنای مسئولیت پذیرفته شده است. در نتیجه در حقوق ایران به مانند آنچه که در فقه اسلامی بیان گردید، ضرر وارده

27- ماده 320 ق.م.ا: «هرگاه ختنه کننده در اثر بریدن بیش از مقدار لازم موجب جنایت یا خسارت شود ضامن است گرچه ماهر بوده باشد.» ماده ی 321 ق.م.ا: «هرگاه بیطار و دامپزشک گرچه متخصص باشد، در معالجه ی حیوانی هر چند با اذن صاحب او باشد موجب خسارت شود ضامن است.» ماده ی 323 ق.م.ا: «هرگاه کسی در حال خواب بر اثر حرکت و غلتیدن موجب تلف یا نقص عضو دیگری شود جنایت او به منزله ی خطای محض بوده و عاقله ی او عهده دار خواهد بود» ماده ی 324 ق.م.ا: «هرگاه کسی چیزی را همراه خود و یا با وسیله ی نقلیه ی مانند آن حمل کند و به شخص دیگری برخورد نموده موجب جنایت گردد در صورت عمد یا شبه عمد ضامن می باشد و در صورت خطای محض عاقله ی او عهده دار می باشد.» ماده ی 325 ق.م.ا: «هرگاه کسی به روی شخصی سلاح بکشد و یا سگی را به سوی او برانگیزد یا هر کار دیگری که موجب هراس او گردد انجام دهد مانند فریاد کشیدن و یا انفجار صوتی که باعث وحشت می شود و بر اثر این ارباب آن شخص بمیرد اگر این عمل نوعا کشنده باشد یا با قصد قتل انجام شود گرچه نوعا کشنده نباشد قتل عمد محسوب شده و موجب قصاص است و اگر این عمل نه نوعا کشنده و نه با قصد قتل انجام بگیرد قتل شبه عمد محسوب شده و دبه ی آن بر عهده ی قاتل است.» ماده ی 326 ق.م.ا: «هرگاه کسی دیگری را بترساند و موجب فرار او گردد و آن شخص در حال فرار خود را از جای بلندی پرت کند و یا درون چاهی بیفتد و بمیرد در صورتی که آن ترساندن موجب زوال اراده و اختیار و مانع تصمیم او گردد، ترساننده ضامن است.»

به عامل زیان استناد دارد، یعنی بین فعل عامل زیان و ضرر وارده، «رابطه‌ی سببیت عرفی» برقرار است. (حیاتی، 1392، ص 72) همچنین حقوق دان دیگری نیز معتقد به نظریه‌ی قابلیت استناد عرفی به عنوان مبنای مسئولیت در حقوق ایران است، ایشان می‌گویند: «به عقیده‌ی ما نه تنها قانون مسئولیت مدنی، قانون مدنی را نسخ نمی‌نماید، بلکه عملاً تغییری در مبنای مسئولیت مدنی در حقوق ایران نیز ایجاد نموده است. اگر چه ماده‌ی 1 این قانون، وجود تقصیر را برای مسئولیت مدنی ضروری می‌داند، ولی نمی‌توان به مفهوم مخالف این ماده استناد نمود. حقیقت این است، که منطوق این ماده منافاتی با مواد قانون مدنی ندارد و بعید به نظر می‌رسد، بتوان به کمک مفهوم این ماده مواد قانون مدنی را نسخ شده دانست. از لحاظ قواعد اصولی و منطقی، استناد به مفهوم مخالف یک حکم، زمانی امکان پذیر است که قرینه مخالفی موجود نباشد؛ در نتیجه موارد مسئولیت مبتنی بر رابطه‌ی سببیت کماکان به اعتبار خود باقی هستند و ماده‌ی 1 قانون مسئولیت مدنی، چیزی بر احکام سابق نمی‌افزاید و چیزی هم از قلمروی آن نمی‌کاهد» (مبین، 1390، صص 209-210)

3-2 بررسی و نقد نظریه‌ی ابتدای مسئولیت مدنی بر قاعده‌ی «لا ضرر»

در این بخش ابتدا به بیان نظرات حقوق دانانی که قائل به ابتدای مسئولیت مدنی بر قاعده‌ی «لا ضرر» هستند پرداخته شده و در ادامه به نقد این نظریه و دلایل نقد وارد بر آن پرداخته شده و در نهایت نظریه‌ی منتخب بیان گردیده شده است.

3-2-1 ابتدای مسئولیت مدنی بر قاعده‌ی «لا ضرر»

بسیاری از حقوق دانان معتقد به ابتدای مسئولیت مدنی بر قاعده‌ی «لا ضرر» هستند، بر طبق نظر جعفری تبار قاعده‌ی «لا ضرر» می‌تواند مبنای مسئولیت مدنی در حقوق ایران باشد، ایشان می‌فرمایند: بی‌گمان موشکافی‌های بیش از حد بر ابهام «لا ضرر» افزوده است، باریک بینی‌هایی که حقوق دانان برای شناخت مفهوم این قاعده کرده‌اند و آن را از معنی محصل خود خالی کرده‌اند و بیش از آن که دلالت‌گر باشند گمراه کننده‌اند، گویی به این نکته عنایت نکرده‌اند که احکام شرع برای متفاهم عرف است و نه برای موشکافی‌های عقلانی. این که آیا در این اصل، نفی ضرر شده و یا نفی حکم ضرری بحث‌هایی است که اصل را از معنی ساده و مفیدی که از این قاعده فهم می‌شود تهی می‌سازد. باید گفت نظام مسئولیت در تاریخ حقوق ایران مبتنی بر «لا ضرر و لا ضرار» است نه تقصیر و نه تضمین و نه مسئولیت محض و اگر هر آینه باید مقایسه‌ای میان این نظام‌ها انجام داد باید لا ضرر را با مسئولیت محض بیشتر سازگار دانست، در تاریخ حقوق ایران، ورود

ضرر، خود تقصیر است چنان که در مسئولیت قراردادی انجام ندادن تعهد را تقصیر می‌شمرند. هر کجا ضرری (در مفهوم عرفی) در کار هست مسلم است که مسبوق بر تقصیری بوده و باید آن را جبران کرد مگر آن که رابطه‌ی سببیتی میان ضرر و عامل ورود آن نتوان یافت، به دلیل عواملی چون فورس مازور یا تقصیر زیان دیده و یا تقصیر شخص ثالث، ایشان در مورد نظریه محض معتقدند: مسئولیت محض در حقوق ایالات متحده ی امریکا شکلی دیگر از اصل دیرین لا ضرر و لا ضرار در تاریخ ایران است و نباید لا ضرر را تقویم پارینه‌ای دانست که به کار امسال نمی‌آید و قاعده‌ای کهنه که با عصر نو سازگار نیست. (جعفری تبار، 1389، صص 81-84) ضروری است که در اینجا از مرحوم موسی جوان یاد کنیم که قبل از دیگر اساتید به این نکته توجه داده و بعد از اینکه مبنای مسئولیت مدنی (اعم از قراردادی و خارج از قرار دادی) را «نفی ضرر» و مسئولیت موضوعی دانسته به برتری این مبنای «تقصیر» تصریح کرده است. (موسی جوان، 1326، صص 326-327). دیگر اساتید بزرگ و صاحب نام حقوق مدنی ایران از جمله حسین صفایی نیز نظر مشابهی دارد. (صفایی، 1375، ص 348) بهرامی احمدی نیز معتقد است: «قاعده‌ی نفی ضرر مبنای متین و اساسی برای مسئولیت مدنی است و می‌تواند وسیله‌ای مناسب برای پاسخ‌گویی به نیازهای جدید و روزافزون جامعه، در راه حل‌های سازنده برای مسئولیت مدنی باشد.» (بهرامی احمدی، 1391، ص 141) حتی آقای کاتوزیان که همواره حامی و مدافع استوار نظریه‌ی تقصیر بوده‌اند گفته‌اند: «هر چند که امروز چنین نیست، ولی به زودی زمانی فرا می‌رسد که بیشتر خسارت‌ها از راه «مسئولیت محض» جبران شود و این نظریه بر «نظریه‌ی تقصیر» حکومت می‌کند» (کاتوزیان، 1374، ص 240) اخیراً نیز اصل «ضرر» و «نفی ضرر» توجه جرم‌شناسان و دانشمندان علوم اجتماعی را نیز در کشورهای پیشرفته‌ی دنیا به خود جلب کرده است. بسیاری از فیلسوفان کیفری و فلاسفه‌ی لیبرال بر این باورند که دولت تنها در جایی می‌تواند در حقوق و آزادی‌های فردی دخالت کند و منع کیفری نماید که رفتار فرد باعث ورود ضرر به اشخاص شود و حتی کسانی که ورود ضرر را تنها ضابطه نمی‌دانند آن را از مهم‌ترین ضوابط می‌دانند. از جمله اینکه آیا برای جلوگیری از رفتاری که متضمن «ضرر محتمل» است نیز امکان جرم‌انگاری وجود دارد. (محمودی، 1382، ص 175) قابل ذکر است که وجوب دفع الضرر المحتمل نیز قواعد فقهی است. (بهرامی احمدی، 1388، ج 1 ص 331)

3-2-2 نقد نظریه‌ی ابتنای مسئولیت مدنی بر قاعده‌ی «لا ضرر»

به نظر می‌رسد که بر نظر حقوق دانانی که قائل به ابتنای مسئولیت مدنی بر قاعده‌ی «لا ضرر» هستند اشکال وارد است، چرا که نمی‌توان بر این اساس که احکام شرع برای متفاهم عرف است کلیه نظرات فقها در این

مورد را کنار گذاشت و قاعده را بر اساس نیاز خود تفسیر کرد، چه اینکه این قاعده، قاعده ای فقهی است و باید نظر شارع مقدس از آن درک شود، بنابراین باید ابتدا منظور شارع از قاعده فهمیده شود و سپس بر اساس آن عمل شود، با توجه به نظرات آورده شده در تحقیق و دسته بندی تفاسیر به دو بخش نهی و نفی و بیان نظرات مشاهیر فقها، استدلال شد که بر همه ی نظرات نقد و اشکال وارد است، کما اینکه در مورد نهی اولی و الهی بیان شد که این اشکالات وارد است: طبق قواعد ادبیات عرب، اگر مدخول «لا» اسم و نکره بود، «لا» در حقیقت در معنای نفی است و اگر جایی در معنای نهی به کار رود، نیازمند قرینه است که در این حدیث وجود ندارد، و مثال های مذکور همه به معنای نفی است نه نهی (ص 27 تحقیق)، در مورد نظریه نفی حکم ضرری نیز این اشکالات وارد شده است: از مهمترین اشکالاتی که به این نظریه علاوه بر «تخصیص اکثر» گرفته شده است این که نظریه مبسوط بر این پیش فرض است که در حدیث نبوی، پس از جمله «لا ضرر و لا ضرار»، قید «فی الاسلام» نیز ذکر شده باشد، حال آنکه در معتبرترین طرق روایت حدیث مذکور، این قید وجود ندارد و فقط در یک روایت مرسل از صدوق این قید مطرح شده است (شیخ صدوق، 1401، ص 59؛ ابن اثیر، 1311، ص 82) و روایت مرسل نیز حجیتی ندارد. (عاملی، 1409، ص 48) گرچه این نقد به تنهایی کافی نیست که بنیان این نظریه را فرو ریزد؛ ولی ایراد های مهم دیگری نیز بر آن وارد شده است؛ از جمله اینکه این نظریه می تواند همه ی احکام دینی را به تعطیلی کشاند و باعث تولد فقه جدیدی شود (ص 36 تحقیق) در مورد نظریه ی نفی حکم به لسان نفی موضوع بیان شد که: به نظر می رسد بازگشت این نظریه همان نظریه ی شیخ است (مکارم شیرازی، 1411، ص 59) و در عمل، تفاوت چندانی ندارند؛ زیرا تفکیک موارد میان موضوع ضرری و حکم ضرری، بسیار دشوار است و تقریباً می توان گفت هرگاه موضوع ضرری باشد، حکم ضرری است؛ همچنان که حکم ضرری باشد و اگر بنا باشد حکم موضوع ضرری قابل نفی باشد، به طریق اولی، حکمی که خود ضرری باشد نیز قابل نفی است؛ بنابراین فرق آشکاری میان آنها متصور نیست. (ص 41 تحقیق) نظریه ی نفی ضرر غیر متدارک نیز مورد نقد قرار گرفت و بیان گردید: - این معنا حتی مورد خود (قضیه سمره) را هم در بر نمی گیرد 2- اگر این مبنا صحیح باشد، مفاد حدیث «لا ضرر»، جعل حکمی است که بوسیله آن، ضرر تدارک شود و حال آنکه لسان حدیث «لا ضرر» نفی حکم است و نه اثبات حکمی که ضرر بوسیله آن تدارک شود. (ص 42 تحقیق) همچنین بیان شد که بر نظریه ی ارث وارث مسلم از مورث کافر به این بیان اشکال وارد است: چرا که ایشان روایت «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام» را چنین معنی کرده اند که در اسلام آوردن و مسلمان شدن ضرری نیست و فرد مسلمان شده نباید ضرر کند، در صورتی که منظور از «اسلام» در حدیث «لا ضرر» احکام اسلامی است و اسلام در حدیث به مجموعه

احکام و قوانین در این مکتب اطلاق شده است. گذشته از این، در بعضی از روایات اصلاً « فی الاسلام » نیامده، مانند موثقه زراره، و در بعضی « علی مومن » آمده است، مانند مرسله زراره. (ص 43 تحقیق) در مورد نظریه ی تخصیص عمومات و تقیید مطلقات اولیه بیان گردید که: بین این مبنا و مبنای شیخ اعظم در نتیجه ی حاصله از آن تفاوتی نیست، چه اینکه در اینجا نیز به نظر آقای موسوی بجنوردی حکم ضرری در اسلام تشریح نشده و اگر وضو یا روزه ضرری بود دلیل عام که اراده ی استعمالی شارع است به وسیله ی دلیل « لا ضرر » که اراده جلدی شارع مقدس است تخصیص می خورد، بنابراین در اینجا نیز اشکالات مبنای شیخ که قائل به عدم تشریح حکم ضرری بود وجود دارد. (ص 45 تحقیق) همچنین در نقد نظریه ی عدم حکم الزامی بیان گردید که این نظریه همان نظر شیخ اعظم است و فقط محدوده ی آن کمتر شده و فقط شامل معاملات است (ص 46 تحقیق) در مورد نظریه ی نفی مشروعیت اعمال ضرری نیز این اشکال بیان گردید که: تصور و قبول این مطلب به آسانی میسر نیست که حکم ضرر مردم به یکدیگر در اسلام، نفی شده باشد، ولی احکام ضرری خدا بر مردم، نفی نشده باشد. اگر ضرر زدن مردم به یکدیگر در اسلام، متنفی و غیر مشروع باشد، ضرر زدن خداوند به مردم به طریق اولی متنفی است و توجیه به خروج تخصصی احکام الهی از دایره ی ضرر، گرچه در بسیاری از موارد مانند جهاد و حج، قابل قبول است، ولی در مواردی چون وضو و روزه، ضرری و در مثال هایی مانند تکثر اولاد و معامله غبنیه، خلاف وجدان و اعتبار عقلی و منطقی است. (ص 48 تحقیق) در نقد نظریه ی نفی مشروعیت مطلق ضرر نیز بیان گردید: این نظر، همان نظر شیخ اعظم انصاری (ره) است و تفاوت چندانی با آن ندارد، زیرا وقتی مرحوم شیخ اعظم، حکم شرعی و قرآنی را در صورت ضرری بودن متنفی می دانند، اعم از حکم تکلیفی و وضعی خواهد بود (شیخ انصاری، 1407، ص 533) و به طریق اولی ضرر های مردم به یکدیگر را نیز شامل می شود و اعمال مردم هرچه باشد دارای یکی از اعمال خمسسه تکلیفی است و اگر به دلیل ضرری بودن، حرام و ممنوع اعلام شوند، به منزله لغو حکمی از احکام شرع است این نظر، همان نظر شیخ اعظم انصاری (ره) است و تفاوت چندانی با آن ندارد، زیرا وقتی مرحوم شیخ اعظم، حکم شرعی و قرآنی را در صورت ضرری بودن متنفی می دانند، اعم از حکم تکلیفی و وضعی خواهد بود (شیخ انصاری، 1407، ص 533) و به طریق اولی ضرر های مردم به یکدیگر را نیز شامل می شود و اعمال مردم هرچه باشد دارای یکی از اعمال خمسسه تکلیفی است و اگر به دلیل ضرری بودن، حرام و ممنوع اعلام شوند، به منزله لغو حکمی از احکام شرع است، پس انتقاد های وارد بر آن نظر، بر این نظر نیز وارد خواهد بود و میزان کارآمدی و کاربرد آن نیز از نظر شیخ انصاری تبعیت خواهد کرد (صص 48-49 تحقیق)

بنابراین می توان گفت تنها نظریه ی نهی ثانوی و سلطانی امام خمینی (ره) اشکال دیگر نظرات را ندارد و به این ترتیب قابل دفاع بوده و نظر شارع از این قاعده است و از آنجا که بر اساس تفسیر نهی ثانوی ، قاعده ی « لا ضرر » کمترین کارآمدی را داشته و تنها بر قاعده تسلیط حاکم است ، نمی توان ابتدای مبنای مسئولیت بر قاعده ی «لا ضرر» در حقوق ایران را پذیرفت. امام خمینی (ره) در خاتمه بحث «لا ضرر» می فرماید : بر فرض که دلیل دیگری (غیر از لا ضرر) هم نداشتیم ، باشد چراباید اول حکمی را مسلم بگیریم و سپس در صدد دلیل تراشی برای آن برآیم، بلکه در این موارد حق نداریم آن را به شرع نسبت دهیم یا دلیلی برای آن اختراع کنیم. (محقق داماد، 1392 ، 153-154)

3-2-3 نظریه ی منتخب

از آنجا که مبانی مختلفی همچون نظریه ی تقصیر ، خطر و مختلط و قابلیت استناد عرفی به عنوان مبنای مسئولیت مدنی در حقوق ایران توسط حقوق دانان مختلفی مطرح گردیده ، اما می توان گفت که بهترین نظر ، نظریه ی قابلیت استناد عرفی به عنوان مبنای مسئولیت در حقوق ایران است ، چرا که اولاً مبانی دیگر وام گرفته از حقوق کشورهای غربی بوده و با فقه اسلامی که شالوده حقوق ایران را تشکیل می دهد سازگار نیستند ، از طرف دیگر می توان اشکالات وارده بر این نظریه را پاسخ داد و اشکالات ظاهری بیان شده بر آن را توجیه کرد ، کما اینکه حقوق دانانی چون باریکلو و حیاتی و مبین در دفاع از این نظریه آن را توجیه کرده اند و این نظر را با فقه امامی سازگار می دانند (باریکلو ، 1392 ، ص 56؛ حیاتی ، 1392 ، ص 72؛ مبین ، 1390 ، صص 209-210) که در تحقیق به این نظرات اشاره گردید. این نظر با فقه امامی سازگار است و مبنای مسئولیت در حقوق ایران نظریه قابلیت استناد عرفی می باشد. اما در ادامه پیشنهاد می گردد که با همت قانون گذار نظریه مسئولیت محض در مواردی مشخص، چون حمایت از مصرف کننده ، بکار گرفته شود و به این ترتیب حتی رنج اثبات استناد عرفی نیز از زیان دیده برداشته شود و به این ترتیب زیان دیده به سرعت و آسانی به حق و حقوق خود برسد.

نتیجه گیری

از کلیه ی مباحث گفته شده ، مطالب زیر نتیجه گیری و جمع بندی شده و پیشنهادهای نیز داده شده است :

1- با توجه به رشد روز افزون جوامع بشری و پیشرفت آن ، ناکارآمدی نظریه ی « تقصیر » که مبنای مسئولیت مدنی است آشکارتر می شود ، نظریه ای که وام دار حقوق رم بوده و بعد از انقلاب فرانسه ، در سال 1804 میلادی در کشور فرانسه تصویب گردید و سپس به دیگر کشورها راه یافته ، حقوق دانان اروپایی و ایرانی نیز به ناکارآمدی این نظریه اذعان دارند و سیر تحولی حقوق اروپا نشان دهنده ی تعدیل این نظریه و یا حتی حذف آن است.

2- در حقوق اسلامی نیز قاعده ی « لا ضرر » به معنای نفی ضرر به عنوان یک قاعده ی فقهی در حدود 1400 سال پیش توسط رسول اکرم (ص) در ماجرای سمره بن جندب مطرح شده ، حال بحث شده است که با توجه به گرایش های جدید حقوقی مبنی بر حذف نظریه ی تقصیر ، قاعده ی « لا ضرر » چگونه می تواند مبنای مسئولیت مدنی باشد .

از آنجا که قاعده ی « لا ضرر » قاعده ای فقهی است لازم می آید که نظر شارع مقدس از آن حاصل گردد و براساس نظر شارع قاعده تفسیر گردد، به نظرمی رسد تفسیر نهی ثانوی و سلطانی ، نظر شارع مقدس از این روایت بوده ، چرا که قول و رفتار پیامبر در قضیه سمره در جهت رفع مزاحمت و ظلم و تعدی سمره نسبت به مرد انصاری بوده که بر اساس شئون حکومتی و اجرایی ایشان بوده، بنابراین این نهی، نهی در اجرا و حکومت و از احکام ثانویه است ، در نتیجه قلمرو قاعده بسیار محدود بوده و در غیر این مورد باید به سراغ قواعد دیگر رفت. در نتیجه این تفسیر اشکال دیگر تفاسیر را ندارد و به این ترتیب ، قاعده ی «لاضرر» نمی تواند مبنای مسئولیت مدنی قرار گیرد و این قاعده دارای این ظرفیت فقهی نیست ، در نتیجه مبنای مسئولیت مدنی نظریه ی «استناد عرفی» است ، چرا که این مبنا با شالوده ی حقوق ایران که همان فقه امامی است سازگارتر می باشد و معایب نظریه ی «تقصیر» را نیز تا حد زیادی تعدیل می نماید ، گرچه پیشنهاد گردید که به حکم قانون و همت قانون گذار در مواردی چون حمایت از حق مصرف کننده از نظریه ی مسئولیت محض استفاده شود و به این ترتیب با فرض مسئولیت تولید کننده حتی نیاز به اثبات استناد عرفی ضرر توسط مصرف کننده نبوده و حقوقش بیشتر رعایت گردد.

منابع و ماخذ

کتاب فارسی

- 1- ارسطو، 1378 هـ. ش، اخلاق نیکو ماخوس، ترجمه ی محمد حسن لطفی، چ دوم، تهران: طرح نو
- 2- الیوت، کاترین؛ ورنون، کاترین، 1382 هـ. ش، نظام حقوقی فرانسه، ترجمه ی صفر بیگ زاده، ج 5، تهران: مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی
- 3- امیری قائم مقامی، عبدالمجید، 1378 هـ. ش، حقوق تعهدات، ج 1، تهران: انتشارات نشر میزان
- 4- ایروانی، باقر، 1417 هـ. ق، القواعد الفقهیه، چ اول، ج 1، قم: موسسه الفقه للطباعه و النشر
- 5- بابایی، ایرج، 1386 هـ. ش، حقوق بیمه، تهران: انتشارات سمت
- 6- بادینی، حسن، 1384 هـ. ش، فلسفه ی مسئولیت مدنی، تهران: سهامی انتشار
- 7- باریکلو، علیرضا، 1392 هـ. ش، مسئولیت مدنی، چ چهارم، تهران: نشر میزان
- 8- بهرامی احمدی، حمید، 1377 هـ. ش، سوء استفاده از حق، چ سوم، تهران: انتشارات اطلاعات
- 9- بهرامی احمدی، حمید، 1388 هـ. ش، قواعد فقه، ج 1، تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق (ع)
- 10- بهرامی احمدی، حمید، 1388 هـ. ش، مسئولیت مدنی، تهران: انتشارات نشر میزان
- 11- بهرامی احمدی، حمید، 1391 هـ. ش، ضمان قهری، چ اول، تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق (ع)
- 12- پاپکین، ریچارد؛ استرول، آوروم، 1368 هـ. ش، کلیات فلسفه، ترجمه سید جلال الدین مجتبوی، چ پنجم، تهران: حکمت
- 13- پاکتچی، احمد، 1380 هـ. ش، دایره المعارف بزرگ اسلامی، ج 8، تهران، مرکز دائرة المعارف

- 14- پژوهشکده ی فقه و حقوق مرکز مطالعات و تحقیقات اسلامی ، 1379 هـ . ش ، ماخذ شناسی قواعد فقهی ، چ اول ، قم : مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی
- 15- جعفری لنگرودی ، محمد جعفر ، 1367 هـ . ش ، مبسوط ج 1 ، تهران ، انتشارات گنج دانش
- 16- جعفری لنگرودی ، محمد جعفر ، 1372 هـ . ش ، ترمینولوژی حقوق ، چ ششم ، تهران : گنج دانش
- 17- جعفری تبار ، حسن . 1389 هـ . ش ، مسئولیت مدنی کالا ، چاپ اول ، تهران : موسسه ی انتشار دادگستر
- 18- جناتی ، محمد ابراهیم ، 1369 هـ . ش ، جایگاه اسصلاح و مصالح مرسله در منابع اجتهاد ، تهران : کیهان اندیشه
- 19- جوادی آملی ، عبد... ، 1381 هـ . ش ، نسبت دین و دنیا ، قم : انتشارات اسراء
- 20- جوان ، موسی ، 1326 هـ . ش ، مبانی علم حقوق ، تهران : چاپ رنگین
- 21- حیاتی ، عباس ، 1392 هـ . ش ، حقوق مدنی (4) مسئولیت مدنی ، چ اول ، تهران : نشر میزان
- 22- سبحانی ، جعفر ، 1384 هـ . ش ، درس خارج اصول ، جلسه اول ، قم ، مسجد اعظم
- 23- سیستانی ، علی ، 1389 هـ . ش ، تقریرات قاعده ی لا ضرر و لا ضرار ، ترجمه ی دکتر اکبر نایب زاده ، چ اول ، تهران : انتشارات خرسندی
- 24- شیخ صدوق ، محمد بن علی بن بابویه ، 1377 هـ . ق ، الحفال ، ترجمه ی آیت ... کمره ای ، تهران ، انتشارات اسلامیه
- 25- صفایی ، حسین ، 1351 هـ . ش ، تعهدات و قرار دادها ، ج 2 ، تهران : موسسه ی عالی حسابداری
- 26- صفایی ، حسین ، 1375 هـ . ش ، حقوق مدنی و حقوق تطبیقی ، مقاله ی دوم تحت عنوان مسئولیت مدنی ناشی از فعل صغیر و مجنون ، ج 1 ، تهران : نشر میزان
- 27- صفایی ، حسین ؛ رحیمی ، حبیب ... ، 1391 هـ . ش ، مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد) ، تهران : انتشارات سمت

- 28- عمید ، حسن ، 2536 ، فرهنگ عمید ، چ یازدهم ، تهران: انتشارات امیر کبیر
- 29- فیض الاسلام ، علی نقی ، [بی تا] ، ترجمه و شرح نهج البلاغه ، [بی جا] ، [بی نا]
- 30- قاسم زاده ، سید مرتضی ، 1376 هـ . ش ، مبانی مسئولیت مدنی ، چ چهارم ، تهران : نشر میزان
- 31- قاسم زاده ، سید مرتضی ، 1390 هـ . ش ، الزام ها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد، چ نهم، تهران: نشر میزان
- 32- کاتوزیان، ناصر، 1374 هـ. ش، ضمان قهری، مسئولیت مدنی، تهران : دانشگاه تهران
- 33- کاتوزیان، ناصر، 1378 هـ. ش، الزامات خارج از قرارداد، تهران : دانشگاه تهران
- 34- کاتوزیان ، ناصر، 1390 هـ. ش، مسئولیت ناشی از عیب تولید ، تهران : دانشگاه تهران
- 35- مبین، حجت ، 1390 هـ. ش ، نظریه ی قابلیت استناد ، چ اول ، تهران : انتشارات دانشگاه امام صادق (ع)
- 36- محقق داماد ، مصطفی ، 1392 هـ . ش ، قواعد فقه (بخش مدنی) ، ج 1، تهران : مرکز نشر علوم اسلامی
- 37- مددی ، صادق ، 1388 هـ . ش ، مسئولیت مدنی تولید کنندگان و فروشندگان کالا ، چ اول ، تهران : موسسه مطالعات و مشاوره حقوقی وکلای ایران زمین با همکاری نشر میزان
- 38- مطهری ، مرتضی ، 1376 هـ . ش ، آشنایی با علوم اسلامی ، ج 3 ، قم : انتشارات صدرا
- 39- موسوی بجنوردی ، محمد ، 1372 هـ . ش ، قواعد فقهیه ، تهران : نشر میعاد

کتاب عربی

- 1- اثیر ، مجد الدین ابو اسعادات، 1311 هـ . ق ، النهایة فی غریب الحدیث ، ج 3 ، مصر : مطبعة العثمانیه
- 2- اشقر ، عمر سلیمان ، [بی تا] ، تاریخ الفقه الاسلامی ، کویت : مکتبه الفلاح للنشر و التوزیع دار النفائس
- 3- امام خمینی ، روح ا... ، [بی تا] ، تحریر الوسیله ، چ دوم ، ج 2 ، قم: موسسه ی مطبوعاتی دارالعلم

- 4- امام خمینی ، روح ، 1385 هـ . ق ، الرسائل ، قم : موسسه ی اسماعیلیان
- 5- امام خمینی ، روح ، 1414 هـ . ق ، بدائع الدرر ، قم : موسسه ی تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)
- 6- امام خمینی ، روح ، 1417 هـ . ق ، التعادل و التراجیح ، قم : موسسه ی تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)
- 7- امام خمینی ، روح ، 1421 هـ . ق ، کتاب البیع ، تهران : موسسه ی تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)
- 8- آخوند خراسانی ، ملا محمد کاظم ، 1409 هـ . ق ، کفایة الاصول ، قم : موسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث
- 9- آملی ، میرزا هاشم ، 1395 هـ . ق ، قم : المطبعة العلمیه
- 10- بجنوردی ، میرزا ، 1389 هـ . ق ، القواعد الفقهیة ، ج اول ، نجف : مطبعة الاداب
- 11- بجنوردی ، محمد حسن ، 1419 هـ . ق ، القواعد ، ج اول ، ج 1 ، قم : نشر الهادی
- 12- بهسودی ، محمد سرور ، 1417 هـ . ق ، تقریر درس آیت ... خوئی ، چ پنجم ، ج 3 ، قم : مکتب الداوری
- 13- تیمیه ، احمد بن عبد الحلیم ، 1380 هـ . ق ، اسبوع الفقه الاسلامی ، دمشق : مجلس الاعلا لرعاية الفنون و الاداب و العلوم الاجتماعیه
- 14- حدید مدائنی ، عز الدین ، 1428 هـ . ق ، شرح نهج البلاغه به تحقیق محمد ابوالفضل ابراهیم ، ج 1 ، بغداد : دارالانتشارات العربی
- 15- حر عاملی ، محمد بن الحسن ، 1391 هـ . ق ، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه ، 17 ، بیروت : دار الاحیاء التراث العربی
- 16- حلّی (علامه) ، جمال الدین حسن بن یوسف ، [بی تا] ، تذکره الفقها ، چاپ سنگی ، ج اول ، قم : المکتبه الرضویه لاحیاء التراث الجعفریه
- 17- حلّی (علامه) ، جمال الدین حسن بن یوسف ، 1404 هـ . ق ، قواعد الاحکام ، ج اول ، قم : انتشارات رضی
- 18- حلّی (فخر المحققین) ، محمد بن حسن ، 1387 هـ . ق ، ایضاح الفوائد فی شرح المشکلات القواعد ، قم : موسسه ی اسماعیلیان

- 19- حنبل ، احمد بن محمد ، [بی تا] ، المسند ، ج 5 ، هند : بمبئی
- 20- خوانساری ، احمد ، 1394 هـ . ق ، جامع المدارک ، ج 5 ، تهران : مكتبة الصدوق
- 21- خویی ، ابوالقاسم ، [بی تا] ، كتاب الصوم ، ج 1 ، [بی جا] ، [بی نا]
- 22- خویی ، ابوالقاسم ، 1407 هـ . ق ، معتمد العروة الوثقی [كتاب الحج] (محاضرات درس آیت ا... خویی ، تالیف احمد رضا خلیلی ، ج 4 ، قم : انتشارات لطفی
- 23- خویی ، ابوالقاسم ، 1410 هـ . ق ، التنقیح فی شرح العروة الوثقی [كتاب الطهارة الوالی] (تقریرات درس آیت ا... خویی ، تالیف سید علی غروی تبریزی) ، ج 4 ، قم : دارالهادی للمطبوعات
- 24- راغب اصفهانی ، ابوالقاسم ، 1404 هـ . ق ، المفردات فی غریب القرآن ، ج دوم ، مصر : دفتر نشر الكتاب
- 25- رشتی ، میرزا حبیب ا... ، 1401 هـ . ق ، كتاب القضا ، ج 1 ، قم : دار القرآن الکریم
- 26- روحانی ، محمد صادق ، [بی تا] ، فقه الصادق ، ج 24 ، قم : دار الكتاب
- 27- روحانی ، محمد صادق ، 1412 هـ . ق ، زبدة الاصول ، ج 3 ، قم : مدرسه الامام صادق (ع)
- 28- زبیدی ، محمد مرتضی ، [بی تا] ، تاج العروس من جواهر القاموس ، ج 3 ، بیروت : مكتبة الحیات
- 29- زهره ی حلبی ، ابو المکارم ، [بی تا] ، مجموعة الجوامع الفقهیه ، تهران : انتشارات جهان
- 30- سبحانی ، جعفر ، 1415 هـ . ق ، الرسائل المرجع ، ج 2 ، قم : موسسه ی امام صادق (ع)
- 31- سبحانی ، جعفر ، 1423 هـ . ق ، تهذیب الاصول ، ج 3 ، قم : موسسه ی تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)
- 32- سبزواری ، محمد باقر بن محمد مومن ، 1381 هـ . ش ، کفایة الفقه ، ج 1 ، قم : جامعه ی مدرسین حوزه های علمیه ، دفتر انتشارات اسلامی
- 33- سنهوری ، عبد الرزاق ، [بی تا] ، الوسیط فی شرح القانون المدنی ، مصر : دار النهضة
- 34- سنهوری ، عبد الرزاق ، [بی تا] ، مصادر الحق ، ج اول ، ج 1 ، بیروت : دار الاحیاء التراث العربی

- 35- شريعت اصفهانی ، فتح ، 1407 هـ . ق ، قاعده ی لاضرر و لا ضرار ، چ اول ، بيروت : دار الاضواء
- 36- شواره ، عبد الجبار ، 1418 هـ . ق ، نظريه نفي الضرر في الفقه الاسلامي المقارن رابطة الثقافة و العلاقات الاسلاميه ، [بي جا] ، [بي نا]
- 37- شيخ انصاري ، مرتضى ، 1374 هـ . ش ، مكاسب محرمة ، چ دوم ، قم : انتشارات دهاقانی
- 38- شيخ انصاري ، مرتضى ، 1375 هـ . ق ، المكاسب المحشى ، تعليقات سيد محمد كلانتر ، ج 2 ، بيروت : دار احياء التراث العربی
- 39- شيخ انصاري ، مرتضى ، 1407 هـ . ق ، فرائد الاصول ، ج 2 ، قم : موسسه ی نشر اسلامي
- 40- شيخ صدوق ، محمد بن علي بن بابويه ، 1401 هـ . ق ، من لا يحضره الفقيه ، ج 4 ، بيروت : دار الصعب
- 41- طباطباعي ، محمد حسن ، 1403 هـ . ق ، الميزان في تفسير القران ، چ پنجم ، ج 9 ، بيروت : موسسه الاعلمي المطبوعات
- 42- طباطبائي ، علي ، 1392 هـ . ق ، رياض المسائل ، ج 2 ، قم : موسسه النشر الاسلاميه
- 43- طريحي ، فخر الدين ، 1985 ميلادي ، مجمع البحرين ، ج 3 ، بيروت : دارالمكتبة الهلال
- 44- عاملي (شهيد ثاني) ، زين الدين ، 1409 هـ . ق ، الدارويه ، نجف : مطبعة النعمان (قام بنشر محمد جعفرالابراهيم)
- 45- عاملي (شهيد ثاني) ، زين الدين ، 1367 هـ . ش ، شرح لمعه ، چ سوم ، ج 2 ، قم : مركز انتشارات دفتر تبليغات
- 46- عاملي غروي ، جواد بن محمد ، [بي تا] ، مفتاح الكرامه في شرح القواعد العلامه ، ج 7 ، قم : موسسه ی آل البيت
- 47- عراقي ، آفا ضياء ، 1418 هـ . ق ، قاعده ی لاضرر ، قم : انتشارات دفتر تبليغات اسلامي
- 48- فاضل توني ، عبد ... البشروي الخراساني ، 1412 هـ . ق ، الوافيه ، چ اول ف قم : مجمع الفكر الاسلامي
- 49- فاضل لنكراني ، محمد ، 1415 هـ . ق ، تفسير الشريعة ، تهران : نشر عروج

- 50- فقيه ، محمد تقی ، 1407 هـ . ق ، قواعد الفقيه ، چ دوم ، بيروت : دار الاوضاء
- 51- قدمه ، عبد ... بن احمد ، 1404 هـ . ق ، المغنی ، ج 5 ، بيروت : دارالاحياء التراث العربی
- 52- قمی ، تقی ، 1403 هـ . ق ، ثلاث رسائل ، قم : انتشارات محلاتی
- 53- قهپائی ، عنایة ... ، 1384 هـ . ق ، مجمع الرجال ، ج 5 ، اصفهان : [بی نا]
- 54- کلینی ، محمد بن یعقوب ، [بی تا] ، الکافی ، کتاب المعیشه ، چ اول ، تهران : کتابفروشی اسلامیة
- 55- کلینی ، محمد بن یعقوب ، 1360 هـ . ق ، فروع کافی ، تهران : نشرالمکتبه الاسلامیه
- 56- مامقانی ، عبد ... ، 1352 هـ . ق ، تنقیح المقال فی علم الرجال ، چ سنگی ، نجف : مکتبه المرتضویه
- 57- مجلسی ، ملا محمد باقر ، 1403 هـ . ق ، بحار الانوار ، ج 1 ، بيروت : موسسه ی الوفا
- 58- مراغه ای ، عبد الفتاح بن علی ، 1418 هـ . ق ، العناوین ، قم : موسسه ی نشر اسلامی
- 59- مظفر ، محمد رضا ، 1405 هـ . ق ، اصول مظفر ، ج 2 ، تهران : انتشارات نشر دانش اسلامی
- 60- معزی ملایری ، اسماعیل ، 1373 هـ . ق ، جامع احادیث الشیعه فی احکام الشریعه ، چ اول ، ج 6 ، قم : انتشارات مولف
- 61- مکارم شیرازی ، ناصر ، 1411 هـ . ق ، القواعد الفقیهیه ، ج 1 ، قم : انتشارات مدرسه ی امیر المومنین (ع)
- 62- مکی عاملی (شهید اول) ، محمد بن جمال الدین ، [بی تا] ، القواعد والفوائد ، قم : کتابفروشی مفید
- 63- منتظری ، حسینعلی ، 1409 هـ . ق ، دراسات فی ولایه الفقیه ، ج 3 ، قم : تفکر
- 64- منظور ، جمال الدین محمد ، 1408 هـ . ق ، لسان العرب ، ج 4 ، بيروت : دارالاحياء التراث العربی
- 65- نائینی ، محمد حسین ، 1373 هـ . ق ، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب ، تقریر موسی نجفی خوانساری ، ج 1 و 2 ، تهران : مطبعه الحیدریه
- 66- نجاشی ، احمد بن علی ، 1317 هـ . ق ، چاپ سنگی ، بمبئی : شیخ علی محلاتی حائری

67- نجفی ، محمد حسن ، 1367 هـ . ق ، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام ، محقق عباس قوچانی ، چ هفتم ، ج 37 ، تهران : دارالکتب الاسلامیه

68- نجیم ، زین العابدین بن ابراهیم ، [بی تا] ، الاشباب و النظائر ، بیروت : دارالکتب الاسلامیه

69- نراقی ، ملا احمد ، 1417 هـ . ق ، عوائد الایام ، چ اول ، قم : مرکز النشر تابع لمکتب الاعلام الاسلامی

70- نوری طبرسی ، میرزا حسین ، 1409 هـ . ق ، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل ، چ دوم ، بیروت : مؤسسه ی ال هیئت (ع) لاحیاء التراث

71- هشام ، جمال الدین ، 1408 هـ . ق ، مغنی اللیب ، ج 1 ، قم : مکتبه السید الشهدا

کتاب لاتین

1 - Prosser. (William L.) Law of torts. West Publishing Co. Third Edition, 1964.

2 - Mazeaud (Henri. Leon), Leçon de Droit Civil – Paris 1978.

3 - Savatier (René) La Théorie Des Obligations vision Juridique et économique
3e éd Paris 1974 – Traité de la Responsabilité en Droit Français.

مقالات

1- ابویی مهریزی ، حسین ، 1379 هـ . ش ، مبانی قاعده ی « لا ضرر » از دیدگاه فقها ی امامیه ، کاوش نامه ی علوم اسلامی ، سال اول ، شماره یک ، صص 41-82

- 2- بادینی ، حسن ؛ مومنی ، خسرو ، 1392 هـ . ش ، رویکردی نو در اثبات جریان قاعده ی لا ضرر در احکام
عدمی در زمینه ی مسئولیت مدنی ، فصلنامه ی حقوق ، مجله ی دانشکده ی حقوق و علوم سیاسی ، دوره ی
43 ، شماره ی 3 ، صص 19-31
- 3- بهرامی احمدی ، حمید ، 1390 هـ . ش ، تحول جهانی مسئولیت مدنی به سوی مبنای نفی ضرر ، فصلنامه
ی حقوق ، مجله ی دانشکده ی حقوق و علوم سیاسی ، دوره ی 41 ، شماره ی 2 ، صص 59-73
- 4- رضایی راد ، عبدالحسین ، 1389 هـ . ش ، گستره ی کار آمدی قاعده ی فقهی لا ضرر ، فصلنامه ی حقوق
اسلامی ، سال هفتم ، شماره ی 25 ، صص 63-89
- 5- صابری ، حسن ، 1379 هـ . ش ، « استصلاح و پویایی فقه » ، مجله ی دانشکده ی الهیات و معارف اسلامی
، شماره 49 و 50 ، صص 235-286
- 6- عاملی ، باقر ، 1338 هـ . ش ، سخنرانی در باره ی قانون مسئولیت مدنی ، مجله ی حقوقی دادگستری ، ش 8 و 9
، صص 75-95
- 7- عبد خدایی ، محمد هادی ، 1375 هـ . ش ، قاعده ی لا ضرر و بهداشت محیط زیست ، نشریه ی مطالعات
اسلامی ، ش 33 و 34 ، صص 93-110
- 8- موسوی بجنوردی ، محمد ، 1364 هـ . ش ، عقل یکی از ادله ی اربعه ، مجله ی مطالعات حقوقی و قضایی
، شماره ی یک ، صص 19-28

پایان نامه:

- 1 - محمودی ، فیروز ، 1382 هـ . ش ، اصول شیوای جرم انگاری ، رساله ی دکتری ، دانشکده ی حقوق و
علوم سیاسی دانشگاه تهران

Abstract:

Despite the general consensus among Shia and Sunni scholars and the rule Lazrr that Article 40 of the constitution was, but a lot of uncertainty in the application of this rule is the reason for this ambiguity, multiplicity of views voluminous theoretical base and expand the provisions of this rule is legal.

This article seeks to target more accurate and more complete utilization of the rule of law ((La losses)), the legislative analysis of the rule on the various views on the answer. First determine the effectiveness of the rule, based on the different views and secondly, to answer the question with regard to the interpretation provided by jurists ,Whether it can be accepted as a basis for civil liability of the law? To answer these questions we have come to the conclusion that the first rule of the jurists on the effectiveness of their interpretation is different, What is the ruling on the basis of the denial of harm Sheikh Sultan Azam Ansari highest efficiency, based on the superposition of Imam Khomeini (RA) has the lowest efficiency and only rule governing Taslyt and secondly because the research, Imam Khomeini accepted the terms of the holy founder, stated that the rule Lazrr does not have such legal capacity as a basis for civil liability based on it and stated that the common-law cited by some jurists, such as Baryklo was more attuned to the jurisprudence of rights and can be the basis of civil liability , But the suggestion that rule of the law and by legislation such as the Consumer Protection from liability theory as applied and thus the assumption of responsibility by the manufacturer of consumer detriment is not even required to establish virtue of customary rights and respected him more.

Key words: Lazrr rule, hurt sentence negation, negation of the damage, the civil liability, fault