



تحقق ضرر، شرط جریان و حاکمیت قاعده لاضرر

نادره جعفرزاده^۱

اصغر عربیان^۲

ابوالفضل قهاری^۳

تاریخ دریافت مقاله: ۱۴۰۴/۲/۳۰ تاریخ پذیرش نهایی: ۱۴۰۴/۴/۲۵

چکیده

فقها بر این اتفاق دارند که قاعده «لاضرر» حاکم بر ادله اولیه بوده و احکام متضمن ضرر را از دایره تشریع برمی دارد. اما با چه شرایطی و در چه مرحله ای؟ و آیا تنها ضرر واقعی و شخصی موجب نفی حکم است یا ضرر نوعی و احتمالی نیز کفایت دارد؟ این تحقق نشان می دهد؛ تحقق ضرر واقعی شرط جریان قاعده لاضرر است. با بررسی منابع فقه امامیه، بیشتر فقهای متقدم و متأخر، از شیخ انصاری تا امام خمینی و دیگر متأخرین و معاصرین، تحقق ضرر واقعی را شرط لازم دانسته اند، هرچند در مواردی، ظن عقلایی به وجود ضرر را در حکم ضرر محقق به شمار آورده اند. مبنای این دیدگاه، تفسیر عرفی واژه «ضرر» در حدیث نبوی و مبانی عقلایی قاعده است؛ چراکه در قلمرو تشریع، بنا و سیره عقلا، در نفی حکم ضرری مورد امضا بوده است.

در مقابل، برخی، با تأکید بر بعد نوعی و مقاصدی قاعده، دامنه آن را به ضررهای جمعی و حکومتی نیز گسترش داده و تحقق ضرر را به صورت نوعی و فرضی کافی دانسته اند. نتیجه پژوهش حکایت از این دارد که فقه امامیه، تحقق ضرر را در هر دو بعد (فردی و اجتماعی) ملحوظ داشته و با پایداری بر دلالت عرفی حدیث، در ضررهای نوعی نیز بر حاکمیت قاعده مهر تاییدی زده است. در کنار نظرات غالب فقه امامیه - که تحقق ضرر (ضرر فعلی و عرفی) را ملاک حاکمیت قاعده لاضرر میداند - صاحب نظرانی از فقهاء اهل سنت با تکیه بر مصالح عامه و مقاصد شریعت در برخی موارد، ضرر محتمل را نیز مشمول

^۱ دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد چالوس، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران nadi1540@gmail.com

^۲ دانشیار گروه حقوق خصوصی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران (نویسنده مسئول): a.arabian42@gmail.com

^۳ استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تنکابن، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

قاعده می‌شمارند. بنا براین، تفاوت رویکردها در مبانی نظری قاعده و شرایط تحقق ضرر، موجب اختلاف در گستره و آثار قاعده می‌شود.

کلید واژه‌ها

قاعده لاضرر، تحقق ضرر، فقه امامیه، فقه اهل سنت، بنای عقلا، ضرر نوعی، حکم ضرری

۱. مقدمه

قاعده «لاضرر» از قواعد مسلم فقهی است که در منابع روایی چون وسائل الشیعه (حرعاملی، ج ۱، ص ۲۵۲) و اصول کافی، مورد تأکید قرار گرفته است. بر پایه این قاعده، شارع مقدس هیچ حکمی را که موجب ضرر و زیان بر مکلف باشد، جعل نکرده است. از این رو، احکام ضرری قابل رفع و نفی‌اند. قاعده‌ی «لاضرر» یکی از پرکاربردترین قواعد فقهی در نظام حقوقی و فقه امامیه است؛ قاعده‌ای که گستره‌ی نفوذ آن از عبادات تا معاملات و از حوزه‌ی حقوق خصوصی تا قلمرو حقوق عمومی امتداد یافته است. این قاعده بر پایه‌ی حدیث نبوی «لاضرر ولا ضرار فی الإسلام» استوار است؛ حدیثی که به اجماع فریقین از معتبرترین اصول رفتاری و تشریعی به شمار میرود.

قاعده‌ی لاضرر مبنای بخش وسیعی از احکام فقهی و حقوقی، به‌ویژه در حوزه‌ی مسئولیت مدنی، تعارض حقوق، و نفی اجحاف در معاملات قرار گرفته است. با این حال، یکی از مسائل بنیادین در فهم این قاعده، تعیین شرط تحقق «ضرر» در جریان آن می‌باشد. فقها درباره‌ی این شرط پرسش‌های متعددی را مطرح کرده‌اند؛ از جمله اینکه آیا قاعده‌ی لاضرر ناظر به هرگونه ضرر عرفی است یا تنها ضرر محقق و واقعی را شامل می‌شود؟ همچنین آیا قاعده در فرض احتمال ضرر نیز جاری می‌شود یا تحقق خارجی ضرر لازم است؟ تفسیر و کارکرد این قاعده در طول تاریخ فقه، همواره محل بحث بوده است، به‌ویژه در تعیین ملاک و شرایط حاکمیت قاعده بویژه در «شرط تحقق ضرر» یا «ضررهای محتمل»؛ بدین معنا که آیا صرف وقوع ضرر ظاهری برای شمول قاعده کافی است، یا تحقق واقعی و مؤثر آن شرط جریان است؟ و اینکه مفهوم ضرر در این قاعده، شامل ضررهای مادی و معنوی، در حوزه حق الهی یا حقوق خصوصی و حتی حقوق عمومی نیز میشود. تفاوت در پاسخ به این پرسش‌ها سبب اختلاف در دامنه‌ی اجرای قاعده لاضرر در ابواب مختلف فقه از قبیل: بیع، طلاق، ولایت، دیات یا عبادات و.... شده است.

تبیین دقیق مفهوم «تحقق ضرر» و شرایط جریان آن، تأثیر مستقیم در قلمرو قاعده لاضرر دارد. از این رو، فقیهان امامیه از زمان شیخ انصاری تا اندیشه‌های معاصر امام خمینی (ره)، بجنوردی، مکارم شیرازی و محقق داماد، هر یک با مبنایی متفاوت به تحلیل این قاعده پرداخته‌اند. محور مشترک در دیدگاه ایشان، تلاش برای تعیین مرز میان «ضرر شخصی محقق» و «احتمال ضرر» یا «ضرر عرفی غیرمعتبر» است، به‌گونه‌ای که از تعمیم بی‌رویه‌ی قاعده و مختل شدن نظام احکام جلوگیری شود.

در کنار فقه امامیه، فقه اهل سنت نیز در پرتو آثار فقیهان بزرگ همچون امام شافعی، ابوحنیفه، غزالی، شاطبی و ابن قدامه، رویکردهای قابل توجهی در باب قاعده لاضرر و محدوده تحقق ضرر ارائه کرده است. مقایسه میان این دیدگاه‌ها نه تنها به فهم مبنایی قاعده در اندیشه اسلامی کمک می‌کند، بلکه بستر مناسبی برای انطباق آن با نظام حقوقی ایران، به‌ویژه در قواعد مسئولیت مدنی و عدالت قراردادی، فراهم می‌آورد.

بنابراین، پژوهش حاضر با هدف تحلیل شرط تحقق ضرر به‌عنوان زمینه‌ی جریان قاعده لاضرر در فقه امامیه، و با نگاهی به دیدگاه‌های شاخص فقه اهل سنت و با رویکرد تبیینی - تحلیلی به واکاوی مبنایی نظریات مختلف در این خصوص می‌پردازد و مسئله‌ی اصلی تحقیق حاضر آن است که آیا تحقق ضرر شرط لازم برای جریان قاعده لاضرر در فقه امامیه است؟ و در صورت مثبت بودن پاسخ، حد تحقق ضرر و معیار آن بر پایه‌ی عرف، نص یا تحلیل عقلی چگونه تبیین می‌شود؟

۲. مفهوم‌شناسی قاعده لاضرر

از نظر فقهی، قاعده لاضرر به این معناست که هیچ حکمی از احکام شرع، که موجب ضرر واقعی یا غیرقابل تحمل بر مکلف باشد، از سوی شارع جعل نشده است. این قاعده در حقیقت، ابزاری برای رفع ضرر و اصلاح حکم در موارد تزاحم میان ضرر و مصلحت تشریعی است.

از جهت لغوی، «ضرر» به معنای از بین بردن نفع موجود یا ایجاد نقص در مال، جان یا عرض است. ریشه‌ی ماده «ضَرَر» در مقابل «نفع» قرار دارد و «ضرار» را برخی به معنای؛ تکرار فعل از مبدأ آن یعنی تکرار فعل ضرر از سوی فاعل و برخی دیگر آن را به معنی: مقابله ضرر به ضرر دانسته‌اند. به همین جهت، برخی تصریح کرده‌اند که «لاضرر» نفی حکم ضرری می‌کند و «لاضرار» نهی از رفتار متقابل زیان‌رسان است.

گفته شده: قاعده لاضرر علاوه بر نفی ضررهای مادی (تلف مال یا صدمه جسمی)، در حوزه‌ی ضررهای معنوی و حیثیتی نیز جاری است؛ مشروط بر اینکه عرفاً مصداق ضرر باشد. برای مثال، هتک حرمت یا اضرار به آبرو، اگر به حدی باشد که عرفاً زیان محسوب شود، می‌تواند تحت شمول قاعده قرار گیرد. اصولاً ضرر ملحوظ در قضیه سمره - که منشأ قاعده لاضرر شده - ضرر معنوی و حیثیتی (هتک حریم خانه) بوده و به عبارتی علی‌الابتدا «لاضرر» در ضرر معنوی مطرح است. بدین ترتیب، قاعده در تمامی ابواب فقه - اعم از عبادات، معاملات و سیاسات - قابل تطبیق است. اگر حکمی عبادی، مانند وجوب نماز در شرایطی که باعث بیماری شدید شود، یا حکمی معاملاتی، مانند لزوم بیعی که منجر به ورشکستگی قطعی شود، ضرر مستقیمی بر مکلف وارد آورد، قاعده لاضرر قابلیت اعمال دارد.

- در فقه امامیه، این قاعده گاهی «امضایی» (تأیید یک حکم عقلی یا شرعی از پیش موجود) و گاهی «تأسیسی» (ایجاد حکمی جدید توسط شارع) تلقی می‌شود. پذیرش تأسیسی بودن (که نظر مشهور است) اهمیت قاعده را در نفی حکم جعل شده تقویت می‌کند.

۳. مستند روایی قاعده لاضرر

مهم‌ترین مستند این قاعده، روایت نبوی مشهور «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام» است که در قضیه سمره ابن جندب و ورود بدون اذن به منزل انصاری مطرح شده و منابع متعدد شیعه و سنی نقل کرده است (حرعاملی، وسائل‌الشیعه، ج ۱۷، ص ۳۴۱؛ نووی، شرح صحیح مسلم، ج ۱، ص ۲۲۰). در منابع امامیه، غالباً این روایت به صورت منقطع (مرسل) نقل شده، اما حجیت آن مبتنی بر شهرت و سیره عملی فقهاست. علاوه بر این روایات دیگری در باب؛ شفعه، آبیاری نخیلات از آب مشترک و موارد دیگر نقل است که نفی ضرر در تمام این روایات به تعبیر مختلف منتفی اعلام شده است (بجنوردی، القواعد الفقهیه، ج ۱ ص ۲۱۳)

۴. قلمرو کاربردی قاعده در فقه امامیه

۴.۱. تحقق ضرر در احکام تکلیفی و وضعی

بجنوردی معتقد است که قاعده لاضرر شامل هر دو نوع حکم تکلیفی (وجوب، حرمت، استحباب) و وضعی (صحت، بطلان، خیار) می‌شود. (القواعد الفقهیه، ج ۱ ص ۲۳۵)

- در احکام تکلیفی: اگر حکمی موجب ضرر شود، آن حکم (مانند وجوب یا حرمت) برداشته می‌شود. به عنوان مثال، وجوب ادای دین در زمانی که موجب ورشکستگی حتمی شود، رفع می‌گردد.

- در احکام وضعی: اگر حکمی وضعی موجب ضرر گردد، آن حکم باطل می‌شود. به عنوان مثال، در جایی که مالکیت موجب ضرر فاحش مالک شود (مثلاً در غصب)، قاعده می‌تواند سبب ضمان یا سلب مالکیت شود. بنابراین، شرط تحقق ضرر در هر دو حوزه، یکسان و مبتنی بر احراز وقوع آن در عالم اعتبار و عمل است.

قاعده لاضرر در فقه امامیه دامنه‌ی گسترده‌ای دارد و در ابواب مختلف فقهی کاربرد دارد، زیرا هر جا حکم شرعی به صورت عام یا خاص، عملی را الزام‌آور ساخته باشد، قابلیت بررسی ضرری بودن آن وجود دارد.

۴.۲. کاربردهای مهم قاعده لاضرر

- بیع و معاملات: در باب خیار غبن، تحقق ضرر واقعی (غبن فاحش) به مثابه شرط فسخ عقد تلقی می‌شود. اگرچه غبن یک امر احتمالی نیست، اما زیان اقتصادی وارده باید عرفی باشد. (نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۶، ص ۲۳۴).
- وقف و حبس: اگر شرط واقف موجب ضرر به موقوف‌علیهم شود، می‌توان با استناد به قاعده، آن شرط را محدود یا باطل ساخت.
- ضمان ید و غصب: اگر نگهداری عین مغضوبه بیش از حد متعارف، سبب ضرر به مالک شود، قواعد مربوط به ضمان تشدید می‌گردد.

در فقه امامیه، جریان قاعده مشروط به این است که ضرر مستند به «حکم شرعی» یا «فعل دیگری که حکم شرعی آن را تأیید کرده» باشد (مانند غصب که با حکم شرعی ضمان همراه است).

۴.۳. جایگاه قاعده لاضرر در نظام حقوقی ایران

در حقوق مدنی ایران، انعکاس لاضرر را می‌توان در مواد متعددی از قانون مدنی یافت. مهم‌ترین موارد عبارتند از:

- ماده ۱۳۲ قانون مدنی: «کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود.» این ماده دقیق‌ترین ترجمان قاعده لاضرر در حقوق خصوصی است.
- مواد مربوط به خیارات (مواد ۴۱۶، ۴۲۰ و ۴۲۱): که مبنای آن جلوگیری از ضرر مغبون است.
- ماده ۴۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: که تصریح دارد: «هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله‌ی اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد.»

این مقررات بیانگر آن است که قاعده لاضرر از حوزه‌ی فقه به قلمرو حقوق مدون کشور ورود کرده و مفهومی زنده در استنباط قضایی به شمار می‌آید.

۴,۴. معیار عرفی در تشخیص ضرر

عرف، معیار نهایی در تشخیص «ضرر» دانسته می‌شود. در فقه، قاعده کلی این است که احکام عرفی تابع عرف هستند. در نتیجه، ضرر ناچیز، جزئی یا قابل چشم‌پوشی (مانند ضرر در حد یک درهم در معاملات بزرگ) مشمول قاعده نیست (محقق داماد، قواعد فقه، ج ۱، ص ۶۷).

ضروری است ضرر به حدی باشد که عرف آن را زیان قابل ملاحظه محسوب کند؛ مانند تلف مالی قابل توجه، سلب منفعت مسلم، یا تحمیل تکلیف غیرقابل تحمل شرعی که موجب مشقت شدید شود. اگر ضرر پیش‌بینی شده، در مقابل مصلحت حاصل از حکم، ناچیز باشد، حکم شرعی باقی می‌ماند.

۴,۴,۱. تحلیل تمایز ضرر شخصی و نوعی (اجتماعی)

ضرر شخصی: مانند ضرر ناشی از معامله‌ای که فرد را به ورشکستگی می‌کشاند. و ضرر نوعی مانند ضرری که اجرای یک قانون حکومتی بر اکثریت جامعه وارد می‌آورد.

در فقه امامیه، تمایز بین ضرر شخصی و ضرر نوعی اهمیت دارد؛ زیرا برخی فقها، مانند امام خمینی (تحریرالوسیله، ج ۱، ص ۴۵)، ضرر نوعی را نیز مشمول قاعده دانسته‌اند، مشروط بر اینکه مفسده آن عمومی باشد. از دیدگاه اصولی، ضرر مطلق (نکره در سیاق نفی) شامل هر زیانی است که با اراده مکلف یا حکم شارع واقع شود.

در این‌که مقصود از «ضرر» منفی‌شده در این قاعده (قاعده لاضرر) چیست، آیا مراد، ضرر شخصی است یا نوعی؟

گفته شده؛ مقصود از ضرر شخصی این است که ملاک در رفع حکم، پیدایش ضرر فردی و خارجی برای شخص باشد؛ بدین معنا که در هر موردی که از ناحیه‌ی حکم شرعی، ضرر خارجی نسبت به شخصی پدید آید، آن حکم در حق او برداشته می‌شود، نه در مورد کسی که از آن متضرر نمی‌شود. بنابراین ممکن است حکمی برای فردی ضرری باشد، ولی برای فرد دیگر نه؛ بلکه حتی برای همان شخص نیز در وضعیتی ضرری و در وضعیتی دیگر غیرضرری باشد. اما مقصود از ضرر نوعی آن است که حکم به لحاظ نوع و طبیعتش، ضرری باشد، هرچند در برخی موارد یا نسبت به بعضی اشخاص از آن ضرری پدید نیاید.

۴،۴،۲. ظهور احادیث در ضرر شخصی

ظاهر حدیث شریف، ناظر به ضرر شخصی است نه نوعی؛ زیرا معنای «حکومت» (یعنی حاکم بودن قاعده بر احکام) همان است که در هر موردی که از ناحیه‌ی حکم ضرری پدید آمده باشد، آن حکم برداشته شود. اما در موردی که از آن ضرری حاصل نشده است، رفع آن حکم بی‌معناست؛ بلکه اطلاق کلام حدیث همچنان شامل آن مورد (غیرضرری) خواهد بود. به عبارت دیگر، چون حدیث در مقام امتنان (تخفیف و فضیلت بر بندگان) وارد شده است، اقتضا دارد که رفع حکم بر اساس حال و وضعیت هر شخص سنجیده شود. و اگر حکم از یک نفر به خاطر ضرر شخص دیگر برداشته شود، چه وجه امتنانی در آن خواهد بود؟

همین معنا در قاعده‌ی لاحرج نیز جاری است؛ زیرا در آن‌جا نیز حکم از حیث «خرج شخصی» برداشته می‌شود نه «خرج نوعی». و از این جهت، هر دو قاعده (لاضرر و لاحرج) از یک سنخ هستند. (بجنوردی، القواعد الفقهیه، ج ۱ ص ۱۳۷)

برخی معاصرین مانند مکارم شیرازی امکان جریان قاعده در ضررهای نوعی محتمل را نیز قابل بررسی می‌دانند، به‌ویژه در جایی که احتمال تحقق ضرر بسیار قوی باشد و عرف آن را جدی بگیرد. متن نظر ایشان چنین است:

«در این‌که ادله‌ باب، ظهور در ضرر شخصی دارد، اشکالی نیست. اما بنابر نظر مختار ما، که امر واضح است، زیرا نهی از ضرر، مانند نهی از سایر موضوعات، تابع وجود مصداق خارجی است که عین تشخص است؛ و این‌که ضرر از عناوین ثانویه است، با این ظهور هیچ برخوردی ندارد. و اما بنابر نظر کسانی که مفاد «لا ضرر» را نفی احکام ضرری به طور مطلق می‌دانند نیز همین گونه است؛ زیرا تمامی الفاظ، هر کجا که تحقق پیدا کنند، ظهور در مصادیق خارجی شخصی دارند؛ پس اگر حکم، نسبت به بعضی افراد مکلفین ضرری است و نسبت به برخی دیگر نیست، قاعده مختص می‌شود به آن مکلفینی که ضرر در حق آن‌ها صدق می‌کند و نه دیگران.» (القواعد الفقهیه، ج ۱، ص ۱۹۷).

امام خمینی (تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۵۶۲) قائل است که هر چند اصل قاعده ناظر به رفع ضرر شخصی است (ضرر وارد بر مکلف خاص)، ولی در صورتی که ضرر به شکل نوعی و اجتماعی پدید آید، می‌تواند در احکام حکومتی و ولایی نیز جریان یابد. در نتیجه، شرط تحقق ضرر بسته به نوع حکم متفاوت است؛ برای احکام فردی، ضرر باید بر شخص محقق شود، اما در احکام اجتماعی، ضرر باید بر نوع (جامعه) وارد شود.

۵. دیدگاه‌های فقهاء اهل سنت در مودای لاضرر

فقهاء اهل سنت نیز روایت «لا ضرر و لا ضرار» را پذیرفته‌اند و آن را از اصول مهم شمرده‌اند، اما در مبنا و قلمرو آن اختلاف دیدگاه‌های مهمی وجود دارد:

- ابن‌قدامه (حنبلی) قاعده را غالباً مربوط به جلوگیری از اضرار متقابل میان مردم

می‌داند (حقوق اشخاص نسبت به یکدیگر) و کمتر آن را مستند نفی احکام شرعی

(تکلیفی) می‌داند. تمرکز ایشان بر ضررهای متقابل است (المغنی، ج ۵، ص ۲۴۵). در

این رویکرد، تحقق ضرر باید به صورت مستقیم از سوی یک شخص به شخص دیگر باشد.

- شاطبی در الموافقات قاعده را ناظر به تحقق مقاصد شریعت دانسته است که از جمله آنها رفع ضرر و حرج از مسلمانان است. این دیدگاه، قاعده را با اصل «سد الذرایع» و «جلب مصالح» پیوند می‌دهد (الموافقات، ج ۲، ص ۶۱). بدین ترتیب، در فقه اهل سنت، تحقق ضرر عام (نه صرفاً شخصی) و مصلحت‌اندیشی محور اعمال قاعده شمرده می‌شود.

در فقه امامیه، قاعده لاضرر برای نفی هر حکم ضرری حتی در سطح فردی قابل اعمال است، اما در فقه اهل سنت که قاعده لاضرر به مقاصد شریعت پیوند خورده، تحقق ضرر از منظر عمومی و اجتماعی سنجیده می‌شود. لذا در مواردی که ضرر فردی در جهت مصلحت عامه باشد (مانند اجرای قانون مالیاتی که به فرد ضرر می‌زند اما به جامعه سود می‌رساند)، قاعده در مذهب عامه جریان نمی‌یابد، در حالی که امامیه آن را به حکم حکومتی تخصیص می‌زند و در صورت تحقق ضرر فردی فاحش، حکم را محدود می‌سازد

۶. شرط تحقق ضرر برای جریان قاعده لاضرر

بحث اصلی در این مقال است که تحقق ضرر را شرط جریان و حاکمیت قاعده لاضرر میدانند. یعنی تعیین میزان و کیفیت تحقق ضرر است که شرط اساسی برای فعال شدن مکانیسم نفی حکم (رفع ضرر) می‌باشد. ابتدا بحث معروف لاضرر در امور عدمی:

۶.۱. جریان قاعده لاضرر در امور عدمی

ضرر معمولاً در امور وجودی متصور است (فعل، الزام، تکلیف)، اما در امور عدمی یعنی ترک و نفی حکم، یا رفع یک حق، فقها اختلاف نظر دارند که آیا قاعده لاضرر می‌تواند شامل آن هم بشود یا نه؟ گفته شده: قاعده لاضرر تنها می‌تواند حکمی را که بالفعل از سوی شارع وجود دارد و باعث ضرر شده، رفع کند؛ اما نمی‌تواند در جایی که اصلاً حکمی جعل نشده، صرفاً به خاطر ضرر داشتن آن عدم، «حکم وجودی جدید» بسازد.

- شهید اول: ضرر، عنوان وجودی است و در امور عدمی صدق نمی‌کند؛ لذا قاعده لاضرر در مواردی که ترک حکم یا فقدان جعل حق موجب زیان شود، جریان ندارد، مگر آنکه به اعتبار عرف، عدم جعل آن حکم، ضرری تلقی گردد که در این صورت باید به حکم وجودی جبرانی بازگردد. (شهید اول، القواعد و الفوائد، ج ۱، ص ۲۷۰-۲۷۲)

قاعده لاضرر تنها می‌تواند حکمی را که بالفعل از سوی شارع وجود دارد و باعث ضرر شده، رفع کند؛ اما نمی‌تواند در جایی که اصلاً حکمی جعل نشده، صرفاً به خاطر ضرر داشتن آن عدم، «حکم وجودی جدید» بسازد.

- بجنوردی: جایز نیست عدم حکمی را که موجب ضرر است، با احکامی که مورد رفع قرار می‌گیرند قیاس کنیم و بگوییم نفی «عدم حکم» در این گونه موارد، به معنای «اثبات حکم ضرری» است؛ زیرا

مفاد قاعده «رفع» است نه «وضع». و این نه از آن جهت است که عدم، به خودی خود قابل رفع نیست تا گفته شود در مرحله بقاء، عدم، قابلیت قرار گرفتن در معرض جعل (وضع) یا رفع را دارد، بلکه از این جهت است که قاعده لاضرر ناظر به احکام جعل شده از سوی شارع است، مطابق با اطلاق یا عموم ادله آن احکام، چه در حالت ضرری و چه در حالت غیرضرری. بنابراین مفاد قاعده، تقیید همان احکام جعل شده به صورت «عدم ضرری بودن» است؛ پس اگر اصلاً حکمی از سوی شارع جعل نشده باشد، موضوعی برای جریان این قاعده وجود نخواهد داشت. اما این که گفته شود «عدم جعل حکم» در موردی که قابلیت جعل دارد، به منزله «جعل عدم» است - چنان که برخی پنداشته‌اند - سخنی است شگفت‌انگیز و نادرست. (القواعد الفقهیه، ج ۱ ص ۲۳۶)

- نراقی: قاعده لاضرر تنها در امور وجودی امتداد دارد، زیرا ضرر و ضرار عرفاً وصفی است که بر موجودات تعلق می‌گیرد نه بر عدم‌ها؛ بنابراین اگر ضرر از ناحیه ترک حکمی ناشی شود، بازگشتش به رفع آن ترک با جعل وجودی است، نه به امر عدمی. (نراقی، عوائد الأیام، ص ۲۵۴-۲۵۶).

- امام خمینی: قاعده لاضرر، ناظر به نفی احکام ضرری وجودی است نه به امور عدمی؛ زیرا عدم جعل حکم ضرری نیست، مگر آنکه ترک جعل حکم موجب ضرر عرفی تکوینی به مکلف شود، که در این صورت به جعل حکم جبرانی بازمی‌گردد. (کتاب الاجتهاد و التقلید، ص ۵۳۴-۵۳۶).

- مکارم شیرازی: حق این است که در شمول قاعده «لا ضرر»، بین امور وجودی و عدمی فرقی نیست؛ بدلیل این که: اولاً، آن چه در این گونه موارد به آن «حکم عدمی» می‌گویند، در حقیقت «حکم وجودی» است؛ بنابراین، عدم ضمان در دو مثال گذشته، در واقع حکم به برائت ذمه است؛ و این حکم حکمی شرعی است که نیاز به جعل شارع دارد، همان گونه که حکم به مشغول بودن ذمه نیاز به جعل شارع دارد. به عبارت دیگر: حکم به برائت ذمه در احکام وضعی، مانند حکم به اباحه در احکام تکلیفی است. و همان گونه که اباحه و ترخیص، از امور وجودی است، حکم شارع به برائت ذمه از پرداخت غرامت کسی که شخص حرّی را حبس کرده نیز حکم وضعی و وجودی است. (القواعد الفقهیه، ج ۱، ص ۸۴ تا ۸۶)

۶.۲. فعلیت ضرر در مقابل وقوع احتمالی آن (نظر مشهور)

فقه‌ای امامیه در خصوص نوع ضرر معتبر اختلاف نظر دارند. این اختلاف عمدتاً بر محور «وقوع فعلی ضرر» در مقابل «احتمال وقوع آن» استوار است.

بسیاری از فقها، مانند شیخ انصاری، قابل به فعلیت ضرر هستند؛ یعنی جریان قاعده منوط به تحقق واقعی و عینی ضرر است. به عبارت دیگر اگر حکمی فقط احتمال ایجاد ضرر در آینده را داشته باشد، مادامی که آن ضرر محقق نشده است، قاعده قابلیت اعمال ندارد. میرزا حسن بجنوردی (القواعد الفقهیه ج ۱) در استدلالی که در مبحث حاکمیت لاضرر در احکام وضعی کرده عبارت آخری آن این است که تا ضرر محقق نشود قاعده لاضرر جریان ندارد یعنی برای ضررهای محقق شده در خارج می‌توان به قاعده تمسک کرد ایشان تاکید دارند؛ قاعده لا ضرر، حکم تعبدی نیست بلکه امضای سیره

عقلا در دفع ضرر است؛ لذا تا عنوان ضرر صدق نکند، قاعده جاری نمی‌گردد. این یعنی وجود ضرر شرط موضوعی برای نفوذ قاعده است؛ مثل «موضوع حکم» در امر و نهی شرعی. برآیند نظر امام خمینی هم این است که لاضرر ناظر به مواردی است که ضرر بالفعل واقع شود یا در شرف وقوع باشد؛ نه صرف توهم ضرر.

۶،۳. وجود ضرر شرط موضوعی برای نفوذ قاعده

گفته شده: ضرر فرضی و موهوم کافی نیست؛ باید ضرر عرفی واقع شود، خواه کم باشد یا زیاد، چون ملاک نفی، عنوان ضرر است نه احساس فردی. (مکارم شیرازی، القواعد الفقهیه، ج ۱، ص ۱۷۹) یعنی از دیدگاه ایشان، قاعده زمانی حاکم می‌شود که ضرر خارجی و واقعی در کار باشد، نه احساس ذهنی یا پیش‌بینی‌های دور از احتمال عقلایی. نتیجه اینکه؛ قاعده فقط در فرضی کاربرد دارد که ضرر نوعی، عرفی، و قابل انتساب به حکم شرعی یا فعل مکلف باشد.

در همین زمینه، دکتر کاتوزیان نیز اظهار می‌دارد: قاعده لاضرر زمانی قابل اعمال است که زیان مسلم و عرفی وجود داشته باشد؛ گمان یا ضرر احتمالی، کافی نیست. (اعمال حقوقی، ص ۳۲۲) پس در لاضرر، ابتدا باید ضرر واقع شود یا احراز گردد، سپس شارع حکم ضرری را نفی می‌کند.

۶،۴. آثار فقهی و حقوقی شرط تحقق ضرر

تحقق ضرر واقعی به عنوان شرط جریان قاعده، در چند حوزه اثر مستقیم دارد:

الف) در عبادات: اگر وضو یا روزه موجب ضرر جسمی شود، وجوب آن برداشته می‌شود. ولی صرف احتمال ضعیف، موجب سقوط وجوب نیست.

ب) در معاملات: هرگاه اجرای عقدی موجب زیان غیرمتعارف شود، می‌توان با تمسک به قاعده لاضرر، حکم به حق فسخ یا رفع الزام داد (مانند خیار غبن).

ج) در حقوق مدنی ایران: برخی مواد از جمله ماده ۱۳۲ قانون مدنی بر تحقق ضرر واقعی مبتنی است: «تصرف در ملک شخصی تا زمانی مجاز است که واقعاً موجب تضرر همسایه نشود».

۷. نتیجه‌گیری

۱- مطالعه حاضر نشان داد که قاعده لاضرر در فقه امامیه بر پایه‌ی مبتنی بر فعلیت و عرفیت ضرر است و شرط اساسی جریان آن، تحقق ضرر واقعی و محقق است. فقها با استناد به حدیث و بنای عقلا، معتقدند قاعده صرفاً زمانی نافذ است که ضرر بالفعل برای مکلف اثبات شود؛ نه نسبت به ضررهای فرضی یا موهوم. مبنای این دیدگاه می‌تواند امتنانی بودن حدیث و اقتضای عقل در دفع ضرر محقق باشد.

۲- در باب ضررهای نوعی و اجتماعی، برخی فقها امامیه رویکردی منعطف دارند: هرچند اساس بر ضرر شخصی است، اما اگر عرفاً زیان نوعی به‌عنوان ضرر واقعی محسوب گردد، قاعده می‌تواند شامل آن نیز شود. در اینجا، برداشت امام خمینی و مکارم شیرازی ناظر به همین جمع بین فرد و نوع است. در

مقابل، فقه اهل سنت به جهت توجه بیشتر به مصالح عمومی، دامنه قاعده را تا ضرر محتمل نیز گسترش داده است.

۳- نکته‌ی دیگر، جریان قاعده در امور عدمی است. فقهای امامیه (شهید اول، نراقی، بجنوردی، امام خمینی و برخی دیگر) معتقدند قاعده تنها در نفی حکم ضرری موجود موثر است و حکم عدمی را رفع نمی‌کند، مگر آنکه عدم جعل حکم خود عرفاً سبب ضرر گردد. در این صورت، باید به حکم جبرانی یا اثباتی رجوع کرد. مکارم شیرازی در این زمینه نظری فراگیرتر دارد و حکم عدمی (مانند برائت ذمه) را حکمی وجودی قلمداد می‌کند.

۴- از حیث آثار، قاعده لاضرر در فقه و حقوق ایران موجب سقوط یا تعدیل احکام ضرری شده است؛ از جمله در عبادات (مانند سقوط روزه در صورت ضرر جسمی)، در معاملات (مانند خیار غبن)، و در حقوق مدنی (مانند ماده ۱۳۲ قانون مدنی درباره منع اضرار به همسایه). این گستره نشان می‌دهد که قاعده، همچنان ظرفیت تطبیق در عرصه‌های نوین حقوقی و اجتماعی را دارد.

۴. منابع

- ۱- انصاری، مرتضی، المکاسب، قم، ۱۴۱۰ هـ، موسسه مطبوعاتی دارالکتاب چ سوم
- ۲- ----- رسائل فقهیه
- ۳- ----- فرائد الاصول
- ۴- حر عاملی، وسائل الشیعه
- ۵- حائری اصفهانی، الفصول الغریبه
- ۶- حسینی خواه، سید جواد، قاعده لاجرح، ۱۳۸۵ هـ قم، مرکز فقهی ائمه اطهار
- ۷- حکیم، مستمسک العروه الوثقی
- ۸- خویی موسوعه
- ۹- شبیری زنجانی، موسی، کتاب نکاح، موسسه پژوهشی رای پرداز، چ اول
- ۱۰- طباطبایی حکیم، محمد تقی، ۱۴۲۹ هـ القواعد العامه فی الفقه المقارن، تهران، المجمع العالمی للتقریب... چ اول
- ۱۱- طباطبایی قمی، انوارالبهیة فی القواعد الفقهیه، ۱۴۲۳ هـ قم انتشارات محلاتی چ اول
- ۱۲- علامه حلی، تذکره الفقهاء
- ۱۳- علامه مجلسی، بحار الانوار
- ۱۴- مکارم شیرازی، القواعد الفقهیه، قم، ۱۴۱۱ هجری، موسسه امام امیر المومنین چ سوم
- ۱۵- موسوی بجنوردی، سید حسن، القواعد الفقهیه، ۱۴۱۹ هـ قم، نشر الهادی چ اول
- ۱۶- موسوی خمینی، سید روح الله، البیع

۱۷- ----- تنقیح الاصول،

۱۸- -----، انوار الهدایه فی التعلیقہ علی الکفایہ، تهرآن، مؤسسه تنظیم و نشر آثار

امام خمینی، چاپ سوم، ۱۳۸۵ ش

۱۹- ----- کتاب الطهارة

۲۰- نائینی منبأ الطالب

۲۱- نائینی فوائد الاصول

۲۲- نورمفیدی، درس خارج فقه، جلسه سی و پنجم، سایت:

۲۳- همدانی، مصباح الفقیه



The order of indemnification on the occurrence of damage and the possibility of prevention

Nadereh Jafarzadeh *

Asghar Arabian **

Abolfazl Ghahari ***

Abstract

There is no doubt about the validity of the mandatory rule of no harm among jurists, and there is a consensus on its sovereignty and precedence over primary evidence. It is also a well-known saying of jurists that the language of the rule of no harm is "a negation of the ruling" and does not prove the ruling. As a result, by relying on no harm, the religious requirements and the necessity of contracts are removed, and the proof of a new positive ruling is beyond the power of the rule. In this regard, in court decisions, the ruling to compensate for the loss is seen by citing the rule of no harm, while after the rule of no harm and the removal of the ruling, the necessity to compensate for the damage is ruled by using the rules of loss and attribution or guarantee of the hand. In addition to this, the rule of no harm is sometimes raised and invoked in preventive lawsuits in the courts and even in legal forums to prevent accidental events such as the possible collapse of nearby buildings during excavation. With regard to the inevitable losses and the actions and practices that typically result in these losses, it is possible to enforce the rule of law by adhering to the criterion of validity, of course, by providing compensation for possible losses to the other party.

Keywords

No-harm rule, mandatory rule, prevention, compensation for damage, no-harm.

* PhD Student in Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Chalus Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran nadi1540@gmail.com

** Associate Professor of Private Law, Science and Research Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran (Corresponding Author): a.arabian42@gmail.com

*** Assistant Professor of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Tonekabon Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran

A Detailed Abstract

.