

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
وَصَلَّى اللَّهُ عَلَى مُحَمَّدٍ وَآلِهِ الطَّاهِرِينَ

قواعد فقہ

جلد دوم

قاعدہ لاضرر

با تطبیق بر قوانین و مطالعہ تطبیقی

تالیف:

دکتر حمید بہرامی احمدی



قواعد فقه

قاعده لاضرر (جلد دوم)

دکتر حمید بهرامی احمدی

ناشر: دانشگاه امام صادق (ع)

شمارگان: ۱۰۰۰

چاپ اول: تابستان ۸۹

چاپ و صحافی: زلال کوثر

قیمت: ۸۰۰۰ تومان

شابک: ۸-۵۴-۵۵۷۴-۶۰۰-۹۶۴

ISBN: 964-600-5574-54-8

حق چاپ و نشر و نسخه برداری دیجیتال محفوظ است.

تهران، بزرگراه شهید چمران، بل مدیریت، دانشگاه امام صادق (ع)، ص.پ، ۱۵۹-۱۴۶۵۵ تلفن: ۵-۸۸۰۹۴۰۰۱

سرشناسه	: بهرامی احمدی، حمید، ۱۳۳۱ -
عنوان قراردادی	: ایران، قوانین و احکام
عنوان و نام پدیدآور	: قواعد فقه: مختصر هفتاد و هفت قاعده فقهی و حقوقی (با تطبیق بر قوانین) حمید بهرامی احمدی.
مشخصات نشر	: تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۸۸ -
مشخصات ظاهری	: ج.
شابک	: ۵۵۰۰۰ ریال: ج. ۱: 978-600-5574-38-8؛ ۸۰۰۰۰ ریال: ج. ۲: 978-600-5574-54-8
وضعیت فهرست	: فیا
نویسی	
یادداشت	: ج. ۲ (چاپ اول: ۱۳۸۹) (فیا).
یادداشت	: کتبانامه: ص. ۳۸۳-۳۸۸؛ همچنین به صورت زیرنویس.
مندرجات	: ج. ۱. قاعده لاضرر با تطبیق بر قوانین و مطالعه تطبیقی. -
موضوع	: فقه - قواعد
موضوع	: قانون مدنی - ایران
شناسه افزوده	: دانشگاه امام صادق (ع)
رده بندی کنگره	: ۱۳۸۸: ۵ ۱۶۹ ب ۹ ق ۹ BP
رده بندی دیویی	: ۲۹۷ ۳۳
شماره کتابشناسی ملی	: ۸۸۳۰۶۹۱

فهرست مطالب

سخن ناشر.....	۱۱
پیشگفتار.....	۱۳
مقدمه.....	۲۳

فصل اول: مدارک قاعده لاضرر

مبحث اول: آیات و روایات.....	۲۸
عنوان اول: آیات قرآن.....	۲۹
عنوان دوم: اخبار و روایات.....	۳۳
اول: اخبار منابع شیعه.....	۳۳
دوم: روایات رسیده از طریق عامه (اهل سنت).....	۴۹
مبحث دوم: جمله "لاضرر" در احادیث "نفی ضرر".....	۵۰
عنوان اول: تعیین متن حدیث سمره.....	۵۱
عنوان دوم: نتیجه این نزاع چیست؟.....	۵۳
مبحث سوم: معنی "لاضرر و لاضرار" با توجه به معنی "ضرر" و "ضرار".....	۵۵
عنوان اول: آیات مربوط به نفی ضرر.....	۵۶
عنوان دوم: روایات مربوط به نفی ضرر.....	۵۷
عنوان سوم: آیا ضرر و ضرار و اضرار باهم مترادفند؟.....	۶۰
عنوان چهارم: بازتاب قاعده لاضرر در آراء فقها.....	۶۶

فصل دوم: معیار قاعده لاضرر

- مبحث اول: لاضرر و ضابطه قصد اضرار..... ۷۵
- عنوان اول: آیات قرآن..... ۷۵
- عنوان دوم: روایات..... ۷۷
- مبحث دوم: معیار قاعده لاضرر در فقه امامیه با توجه به احادیث شفعه و منع
 فضل ماء..... ۸۲
- عنوان اول: نظر شیخ الشریعه و نقد نظر او..... ۸۲
- عنوان دوم: نظر نائینی و نقد نظر او..... ۸۷
- نتیجه بحث در شناخت معیار لاضرر در فقه امامیه..... ۹۸
- مبحث سوم: معیار قاعده لاضرر در فقه اهل سنت..... ۹۹
- عنوان اول: نظریات مالک بن انس..... ۱۰۱
- عنوان دوم: نظریات ابو حنیفه و شاگردان او..... ۱۰۵
- عنوان سوم: نظریات شافعی..... ۱۱۱
- مبحث چهارم: تجدید حیات اخلاق در فقه اهل سنت..... ۱۱۴
- عنوان اول: نظریات غزالی..... ۱۱۵
- عنوان دوم: نظریات ابن قیم..... ۱۱۸
- مبحث پنجم: آثار عملی تجدید حیات اخلاق در معیار قاعده لاضرر در فقه
 اهل سنت..... ۱۲۰
- عنوان اول: معیار قصد اضرار..... ۱۲۲
- عنوان دوم: معیار فقدان نفع..... ۱۲۴
- عنوان سوم: ضابطه خسارت عمومی..... ۱۲۶
- عنوان چهارم: ضرر و زیان فاحش..... ۱۲۷

فصل سوم: قاعده لاضرر و هدف اجتماعی حقوق و نظریه حق مطلق

- مبحث اول: قاعده لاضرر و ضابطه هدف اجتماعی حقوق..... ۱۳۵
- عنوان اول: هدف اجتماعی حقوق در سنت معصومین..... ۱۳۶

فهرست مطالب □ ۷

عنوان دوم: توجه غایات و اهداف احکام شرعی در آراء فقها و قوانین موضوعه	۱۴۱
مبحث دوم: آیا حق مطلق وجود دارد؟	۱۴۷
عنوان اول: حقوق متفاوت	۱۴۹
عنوان دوم: نقد نظر بعضی از اساتید در وجود حقوق مطلق	۱۶۲
عنوان سوم: نتیجه بررسی در مورد وجود یا عدم حق مطلق	۱۶۶
ذکر چند نکته	۱۶۷
نکته اول	۱۶۷
نکته دوم	۱۶۹
نکته سوم	۱۶۹
مبحث سوم: قاعده لاضرر و تبلور اهداف اجتماعی حقوق در قوانین موضوعه ایران	۱۷۰
عنوان اول: قاعده لاضرر در قانون اساسی	۱۷۲
عنوان دوم: قاعده لاضرر در روابط همسایگی	۱۷۳
عنوان سوم: قاعده لاضرر در حقوق خانواده	۱۷۵
عنوان چهارم: قاعده لاضرر در معامله به قصد فرار از دین	۱۷۶
عنوان پنجم: قاعده لاضرر در تقسیم یا انتقال اموال مشاع	۱۸۰
فصل چهارم: قلمرو قاعده لاضرر	
مبحث اول: مصادیق ضرر	۱۸۵
عنوان اول: معنای ضرر	۱۸۵
عنوان دوم: نقطه نظرهای ویژه فقه اهل سنت در مورد "ضرر"	۱۹۱
عنوان سوم: آیا عدم النفع ضرر است؟	۱۹۹
مبحث دوم: رابطه قاعده لاضرر با دیگر ادله احکام	۲۱۱
عنوان اول: عقاید مختلف فقیهان پیرامون رابطه قاعده لاضرر با دیگر ادله احکام	۲۱۳
عنوان دوم: "حکومت" و اصطلاحات مشابه	۲۱۹
عنوان سوم: نحوه حکومت "لاضرر" بر ادله احکام	۲۲۳

۸ □ قواعد فقه (قاعده لاضرر)

- عنوان چهارم: مفهوم قاعده "لاضرر" و "حکومت" ۲۲۶
- مبحث سوم: "قاعده لاضرر" و "قاعده اقدام" ۲۲۹
- عنوان اول: مسئولیت یا عدم مسئولیت صغیر و دیوانه ۲۳۳
- عنوان دوم: غصب ۲۳۵
- عنوان سوم: تصرفات مستاجر در عین مستاجر یا تصرفات یکی از متعاملین در مدت خیار ۲۴۶
- مبحث چهارم: تراحم دو ضرر ۲۴۷
- عنوان اول: اضرار به غیر برای دفع ضرر از خود ۲۴۷
- عنوان دوم: تحمل ضرر برای دفع ضرر از غیر ۲۵۲
- عنوان سوم: تعارض ضررین ۲۵۷
- مبحث پنجم: تعارض "قاعده لاضرر" با "قاعده تسلیط" ۲۶۵
- عنوان اول: تصرفات زیانبار مالک ۲۶۷
- عنوان دوم: نظرهائی از علمای سلف در تعارض لاضرر و تسلیط ۲۷۸
- عنوان سوم: تعارض قواعد لاضرر و تسلیط در قانون مدنی ایران ۲۸۲
- فصل پنجم: مفهوم قاعده لاضرر**
- مبحث اول: مبانی نظری در مفهوم قاعده لاضرر ۲۸۷
- عنوان اول: اراده نهی از نفی ۲۸۸
- عنوان دوم: نفی ضرر غیر متدارک ۳۰۳
- عنوان سوم: نفی حکم ضرری ۳۰۹
- عنوان چهارم: نفی حکم به لسان نفی موضوع ۳۱۸
- مبحث دوم: تجزیه و تحلیل نظریه‌ها در مبانی نظری قاعده لاضرر ۳۲۰
- عنوان اول: مقدمات مرحوم نائینی در تأیید نظر شیخ انصاری ۳۲۰
- عنوان دوم: تفاوت نظر مرحوم شیخ انصاری با نظر آخوند خراسانی در عمل ۳۲۹
- عنوان سوم: نقد نظری از آیت ا... مکارم شیرازی ۳۳۲
- عنوان چهارم: نظر منتخب مرحوم شیخ انصاری در برگزیده نظرهای دیگر ۳۳۵

فصل ششم: ضمانت اجرای قاعده لاضرر

- مبحث اول: آیا قاعده لاضرر نفی حکم می کند یا اثبات حکم؟..... ۳۴۳
- عنوان اول: نظر طرفداران اثبات حکم به وسیله قاعده لاضرر..... ۳۴۴
- عنوان دوم: استدلال کسانی که معتقدند قاعده لاضرر نفی حکم می کند نه اثبات حکم..... ۳۴۷
- عنوان سوم: اثبات حکم توسط قاعده لاضرر و پاسخ شبهات نائینی با توجه به نظریات شیخ انصاری (ره)..... ۳۵۶
- مبحث دوم: مسائل خاص در ضمانت اجرای "قاعده لاضرر"..... ۳۷۰
- عنوان اول: ابعاد تأثیر قاعده "لاضرر"..... ۳۷۰
- عنوان دوم: آیا حکم پیامبر (ص) در کندن درخت سمه مطابقت با قاعده لاضرر است؟..... ۳۷۳

فصل هفتم: مطالعه تطبیقی تحولات معیار مسئولیت مدنی و نزدیک شدن به مفهوم نفی ضرر

- مبحث اول: سیر تاریخی پذیرش تقصیر بعنوان مبنای مسئولیت و تحولات آن ۳۹۵
- عنوان اول: پیشینه تاریخی..... ۳۹۵
- عنوان دوم: تحولات نظریه تقصیر..... ۳۹۸
- مبحث دوم: نظریه های مسئولیت بدون تقصیر..... ۴۰۳
- عنوان اول: نظریه ایجاد خطر..... ۴۰۳
- عنوان دوم: کار نامتعارف..... ۴۰۵
- عنوان سوم: نظریات ژوسران..... ۴۰۷
- عنوان چهارم: افزایش نقش دولت بمنظور ترمیم نقص "نظریه تقصیر"..... ۴۰۸
- کتابنامه..... ۴۱۹

سخن ناشر

تربیت اسلامی، مرجعیت علمی

«کاری کنید که دانشگاه امام صادق علیه السلام ... مرجع تحقیقات مراکز علمی و دانشگاه‌های دنیا بشود» مقام معظم رهبری^۱

فلسفه وجودی دانشگاه امام صادق علیه السلام که از سوی ریاست دانشگاه به کرات مورد توجه قرار گرفته است، تربیت نیروی انسانی‌ای متعهد، باتقوا و کارآمد در عرصه عمل است تا از این طریق دانشگاه بتواند نقش اساسی خود را در عرصه نظر و عمل به انجام رساند.

از این حیث «تربیت» را می‌توان مقوله‌ای محوری یاد نمود که وظایف و کارویژه‌های دانشگاه، در چارچوب آن معنا می‌یابد زیرا که علم بدون تزکیه پیش از آنکه ابزاری در مسیر تعالی و اصلاح امور جامعه باشد، عاملی مشکل‌ساز خواهد بود که سازمان و هویت جامعه را متأثر و دگرگون می‌سازد.

از سوی دیگر «سیاست‌ها» تابع اصول و مبادی علمی هستند و نمی‌توان منکر این تجربه تاریخی شد که استواری و کارآمدی سیاست‌ها در گرو انجام پژوهش‌های علمی و به‌رمندی از نتایج آنهاست. از این منظر پیشگامان عرصه علم و پژوهش، راهبران اصلی جریان‌های فکری و اجرایی به‌حساب می‌آیند و نمی‌توان آینده درخشانی را بدون توانایی‌های علمی - پژوهشی رقم زد و سخن از «مرجعیت علمی» در واقع پاسخ‌گویی به این نیاز بنیادین است.

۱. از بیانات مقام معظم رهبری در ملاقات اساتید و دانشجویان دانشگاه امام صادق (ع) مورخ

دانشگاه امام صادق علیه السلام در واقع یک الگوی عملی برای تحقق ایده دانشگاه اسلامی در شرایط جهان معاصر است. الگویی که «ربع قرن» تجربه شده و هم اکنون ثمرات نیکوی این شجره طیبه در فضای ملی و بین المللی قابل مشاهده است. طبعاً آنچه حاصل آمده محصول نیت خالصانه و جهاد علمی مستمر مجموعه بنیانگذاران این نهاد است که امید می رود در طلیعه دور جدید فعالیتش بتواند به توسعه و تقویت آنها در پرتو عنایات حضرت حق تعالی، اهتمام ورزد.

معاونت پژوهشی دانشگاه امام صادق علیه السلام با توجه به شرایط، امکانات و نیازمندی جامعه در مقطع کنونی با طرحی جامع نسبت به معرفی دستاوردهای پژوهشی دانشگاه، ارزیابی سازمانی- کارکردی آنها و بالاخره تحلیل شرایط آتی اقدام نموده که نتایج این پژوهشها در قالب کتاب، گزارش، نشریات علمی و... تقدیم علاقه‌مندان می‌گردد. هدف از این اقدام ضمن قدردانی از تلاش خالصانه تمام کسانی که با آرمان و اندیشه‌ای بزرگ و ادعایی اندک در این راه گام نهادند، درک کاستی‌ها و اصلاح آنها زمینه پرورش نسل جوان و علاقه‌مند به طی این طریق را نیز فراهم خواهد کرد.

در این راستا، اثر حاضر از مجموعه مطالعاتی «حقوق اسلامی» تقدیم جامعه علمی کشور می‌شود. لازم به ذکر است که سیاست «موضوع محور نمودن» پژوهش‌های دانشگاه طی سه سال گذشته آثار و نتایج مبارکی در پی داشته که از آن جمله می‌توان به غنای موضوعی پژوهش‌های دانشگاه اشاره داشت. در قالب این سیاست، موضوعات با اولویت نخست شناسایی و از منظرهای مختلف علمی به بحث گذارده می‌شوند که «حقوق اسلامی» به دلیل کمبود متون تخصصی، نیاز فزاینده جامعه علمی و بویژه عملیاتی کشور، از جمله آنها می‌باشد.

ناشر بسیار خرسند است که اثری که از این مجموعه را در دستور نشر دارد و امیدوار است که بسته مطالعاتی آرایه شده که از حیث تعداد و محتوا در سطح کشور بی‌نظیر است، به همت سایر پژوهشگران تقویت شده و رشد مطالعات حقوق اسلامی را در آینده نزدیک شاهد باشیم.

بسم ا... الرحمن الرحيم

پیشگفتار

حدود یکهزار و چهارصد سال قبل مطابق با سال ۶۰۹ میلادی پیامبر اسلام (ﷺ) به پیامبری مبعوث شد. سرزمین عربستان منطقه‌ای کم آب و علف با ساکنینی دور از تمدن و نیمه وحشی بود. این سرزمین بین دو دولت نیرومند و متمدن ایران و روم قرار داشت و هیچ جاذبه‌ای نداشت که این دو دولت را وادار به تسخیر این سرزمین کند. لذا هر یک از دو دولت ایران و روم برای آنکه سرزمین خود را از یورش های ایذائی و غارت‌های راهزنان عرب محفوظ نگاهدارند دولتهای دست نشانده‌ای را در مرز خود با اعراب به وجود آورده بودند. رومیان دولت "غسانی" را به وجود آوردند و ایرانیان دولت "حیره" را تاسیس کردند. اصل پادشاهان غسانی و پادشاهان "حیره" از یمن بود و بین ایشان دشمنی سختی در جریان بود. این دو دولت به علت ارتباط با دو دولت متمدن آن روزگار، از دیگر مردم عربستان پیشرفته تر و متمدن تر بودند. پول رایج در سرزمین عربستان دینار رومی و درهم ایرانی

بود.^۱ و اعراب جاهلی از نظر هنر و شعر و موسیقی بیشتر تحت تاثیر فرهنگ ایرانی بودند و از نظر مقررات حقوقی تحت تاثیر فرهنگ رومی قرار داشتند. در زمان ظهور اسلام، حقوق رم در نهایت اعتلا و رشد خود بود و دانشکده حقوقی در شهر "بریتوس" قرار داشت که در نزدیکی شهر بیروت فعلی در لبنان بود و بعدها در اثر زلزله ویران شد.

دین اسلام به سرعت رشد و توسعه یافت و پس از اندک مدتی سرزمین ایران و بخشهای وسیعی از رم شرقی جزو قلمرو حکومت اسلامی شد و حقوقی نیرومند و تاثیر گذار به نام حقوق اسلامی پا گرفت. بعضی از شرق شناسان از ملاحظه پاره ای شباهتها بین قوانین اسلامی و حقوق رم، بر این عقیده اصرار دارند که حقوق اسلامی حقوق مستقلی نیست و تحت تاثیر حقوق رم است.^۲ و گروهی دیگر که بیشتر از حقوقدانان و فقیهان اسلامی هستند تاکید می کنند که حقوق اسلامی حقوق مستقلی است. در اینجا تلاش می شود تا واقعیت امر را به طور خلاصه روشن کنیم.

دانش حقوق نیز همانند دیگر علوم، ضوابط و اصولی دارد. به این معنی که همانطور که در طبیعت قوانینی وجود دارد بر جوامع انسانی هم ضوابطی حکومت می کند. حقوقدانان قوانین مزبور را کشف می کنند و خداوند نیز در مقاطع مختلف با بعثت انبیا مردم را برای دست یافتن به قوانین فطری و طبیعی راهنمایی می کند و کج رویهای بشر را تصحیح می نماید. به آیه ۳۰ سوره روم توجه شود که خداوند به قوانین فطری اشاره می کند که قوانین الهی نیز مبتنی بر فطرتند و با قوانین تغییر ناپذیر حاکم بر جهان همخوانی دارند:

۱. ابوالحسن ماوردی شافعی (متوفی در سال ۴۵۰ قمری)، الاحکام السلطانیة ص ۱۹۶
۲. نگاه کنید به دائره المعارف بریتانیکا، ج ۱۲، ص ۷۱۴ تحت عنوان Islamic law چاپ ۱۹۶۰
و استاد A.S.Tritton. در کتاب اسلام، چاپ لندن Hutchinson & CO، ج ۵، ص ۵۴

"فاقم و جهک للدين حنيفاً فطرت ا... التي فطر الناس عليها لا تبديل لخلق ا... ذلك الدين القيم و لكن اكثر الناس لا يعلمون. به دين يكتا پرستی روی آور که بر مبنای آفرینش است که خداوند مردمان را نیز بر آن مبنای آفریده و تغییر و تبدیلی در آفرینش نیست. دين استوار همين است ولی بیشتر مردم نمی دانند."

همه حقوقدانان به بحث حقوق فطری و حقوق طبیعی و حقوق الهی در تاریخ تحولات حقوق آشنائی دارند و همه متفکرین هر یک به نوعی به وجود آن اقرار و اعتراف داشته اند.

بحث از "مستقلات عقليه" و "غير مستقلات عقليه" که دانشمندان فقه اسلامی از آن بحث کرده اند از همینجا شروع شده است.

مستقلات عقليه مفاهيمی هستند که انسان در هر جای دنیا که باشد و به هر دين آئين و يا نظام حقوقی که پایبند باشد آنها را درک می کند مثل لزوم جبران ضرر، بدی ظلم و خوبی عدل، ضرورت پایبندی به تعهدات و نظائر اینها^۱ و حتی بسیاری از کارهای نیک و بد و حتی گناهان و جرائم نیز جزو "مستقلات عقليه" هستند. و به همین علت علی علیه السلام فرموده:

"لولم ینه ا... تعالی سبحانه عن محارمه لوجب ان یجتنبها العاقل. حتی اگر خدای سبحان نیز از محارم و گناهان نهی نفرموده بود بر عاقل واجب بود از آنها دوری کند."

در برابر مستقلات عقليه "غير مستقلات عقليه" هستند یعنی امور و مفاهيمی که عقل انسان تنها به کمک دستورها و فرامین الهی می تواند به آنها برسد.

۱. به کتابهای مفصل اصول فقه از جمله: میرزای قمی، قوانین الأصول، چاپ رحلی، ج ۲، ص ۱ و بعد مراجعه شود.

و همه می‌دانیم که احکام اسلامی بر دو دسته اند یکی احکام تاسیسی و دیگری احکام امضائی.

احکام تاسیسی احکامی هستند که یا آن احکام اساساً توسط شارع ابداع شده اند و یا شارع کیفیات احکامی را که قبلاً وجود داشته اند تغییر داده و دگرگونی‌هایی در آنها بوجود آورده است.

احکام امضائی احکامی هستند که قبلاً وجود داشتند و شارع اسلام آنها را تایید و امضا کرده است به عقیده فقیهان و حقوقدانان اسلام بیشتر احکام مربوط به معاملات و روابط اقتصادی و مالی مردم احکام امضائی و اکثر احکام مربوط به عبادات تاسیسی هستند.

در قرآن نیز به مناسبت‌های مختلف به این امر اشاره شده یعنی قرآن توجه داده که از جمله اهداف بعثت انبیا ارشاد و هدایت مردم به قوانین و سنت‌های گذشته است. مثلاً خداوند در سوره نساء پس از ذکر آیات مربوط به نکاح و حقوق خانواده در آیات ۱۹ تا ۲۵ سوره مزبور می‌فرماید:

" یرید... لیبین لکم و یهدیکم سنن الذین من قبلکم ... خداوند می‌خواهد تا برای شما موضوع را روشن کند و شما را به قوانین کسانی که قبل از شما بوده اند راهنمایی کند."

و نظیر همین تعبیر را در آیات دیگری از جمله در آیه ۴۸ سوره مائده بیان فرموده است.

پیشرفت حقوق در جوامع انسانی مربوط به پیشرفت و تمدن آن جامعه و نیازهای مربوط به روابط اجتماعی و اقتصادی آن جامعه است. در زمانی که پیامبر (ﷺ) در عربستان مبعوث شد جامعه عربستان در سطح بسیار پائینی از حیث تمدن و فرهنگ قرار داشت و سنت‌های عقب مانده فرهنگی و اجتماعی در آن جامعه وجود داشت. از جمله این سنت‌ها، سنت چند شوهری

زنان^۱ زنده به گور کردن دختران، قربانی کردن پسران^۲، نکاح شغار^۳، رباخواری تحت پوشش بیع عینه^۴ و بسیاری سنتهای مربوط به جوامع انسانی هزاران سال قبل، حاکم بود. و روشن است که در جامعه ای که تعداد با سوادان آن انگشت شمار بودند نمی توانست چنان نهادهای حقوقی پیشرفته و مبتنی بر حق و عدالتی داشته باشد که مورد تایید اسلام قرار گیرد و گذشته از آن دین مورد قبول مردم عربستان - جز در موارد نادر - آیین بت پرستی بود که نمی توانست نمادهای فرهنگی آن، مورد قبول دین الهی اسلام باشد. ولی در ایران و در رم به ترتیب، ادیان الهی زردشتی و مسیحی غالب بود و بیشتر یهودیان نیز در سرزمین ایران و روم ساکن بودند. و در هر حال

۱. ابوالفرج اصفهانی در کتاب معروف "الاغانی"، ج ۱۶ ص ۱۰۳ می نویسد: قبل از اسلام در میان زنان عرب سنت چند شوهری وجود داشته و از قول عایشه همسر پیامبر (ﷺ) نقل می کند که تعداد شوهران ممکن بود تا ده نفر برسد و اگر فرزندی بوجود می آمد زن، همه شوهران را با هم جمع می کرد و یکی از ایشان را به عنوان پدر آن طفل معین می کرد و نسب طفل با او برقرار می شد.

۲. این رسم در بسیاری از جوامع گذشته از جمله در عربستان وجود داشته است. در اولین بیعتی که در محلی بنام "عقبه" بین تازه مسلمانان مدینه و پیامبر (ﷺ) برگزار شد یکی از مواردی که پیامبر (ص) بر آن بیعت و تعهد گرفت این بود که دیگر فرزندان خود را نکشند.

۳. نکاح شغار ازدواجی بود که طی آن شخصی دختر کسی را به ازدواج خود در می آورد و در مقابل آن خواهر خود را به عنوان مهر وی به همسری آن مرد می داد. همچنین در هر موردی که نکاح زنی به عنوان مهر زن دیگر قرار داده شود به آن ازدواج: نکاح شغار می گویند.

۴. بیع عینه (بروزن کینه) به این نحو است که مقرض مالی را به طور نسبه و بیشتر از قیمت واقعی به مقرض می فروشد و خریدار آن را به قیمت واقعی و نقداً به فروشنده (مقرض) می فروشد و پولی که می گیرد در واقع همان قرضی است که می خواهد و پولی که در سررسید معین به عنوان ثمن خرید آن مال باید به طرف بپردازد بهای همان مال به اضافه ربای مورد نظر است. همه فقهای اسلامی بر حرمت "بیع عینه" اتفاق نظر دارند. و برای اجتناب از بیع عینه فقها فتوی داده اند که اگر فروشنده بر خریدار مالی شرط کند که خریدار، آن مال را دوباره به او بفروشد این بیع باطل است.

اگر آثاری از تمدن و فرهنگ - حتی در سطح ابتدایی آن - در جامعه عربستان وجود داشت در اثر ارتباط دو جامعه " حیره " و " غسانی " با جوامع ایران و روم بود و این دو دولت در واقع دریچه‌هایی به سوی جوامع متمدن ایران و روم بودند لذا بعضی مقررات حقوقی از این دو سرزمین مخصوصاً از جامعه رومی در سرزمین عربستان رخنه کرده بود، و اگر اسلام احکامی را امضا یا تایید کرد، احکامی بود که اصل آنها از روم یا ایران وارد جامعه عربستان شده بود و چون در این دو کشور ادیان الهی رسمیت داشتند می‌توان پذیرفت که بسیاری از این احکام ریشه الهی داشتند و گرنه دوری از تمدن و دشمنی با علم و دانش جزو فرهنگ اعراب زمان بعثت پیامبر (ﷺ) بود.^۱

در هر حال پیامبر (ﷺ) بسیاری از معاملات رایج در سرزمین عربستان را هر چند اصل این اعمال حقوقی از حقوق ایران و یا از حقوق روم ناشی شده بود رد فرمود و منع کرد. مثل: بیع غرری، معاملات ربوی. بیع مجهول. جهت نامشروع معامله، عقود تشریفاتی مثل بیع حصاه، بیع منابذه، بیع ملامسه، و همچنین بیع تصریه، بیع عنیه، نکاح شغار و چند شوهری زنان را رد کرد. سلطه نامحدود پدران را بر سرنوشت فرزندان خود محدود کرد. رابطه غیر انسانی بین دائن و مدیون را به رابطه بین دو ذمه تبدیل نمود و در

۱. مخالفت اعراب با علم و دانش، حتی پس از گرویدن به اسلام تا مدتها ادامه داشت. شاید به همین علت بود که خلیفه دوم با تدوین سنت پیامبر (ﷺ) مخالفت کرد و کسانی را که علاقه مند به علم آموزی بودند کیفر می‌داد. (از جمله رفتار با ضبیع تمیمی، شرح نهج البلاغه ابن ابی الحدید، ج ۱۲، ص ۱۰۲ در شرح خطبه ۲۲۳) و کتابخانه‌های ایران را آتش زدند و علوم ایرانی را نابود کردند (از جمله مراجعه شود به حاجی خلیفه، کشف الظنون، ج ۱، ص - مقدمه ابن خلدون ج ۱ ص ۳۲ - تذکره دولتشاه طبع ادوارد براون، ص ۲۵ - مجله المنار، ج ۱۵، ص ۴۱۶ - مقاله مرحوم عباس اقبال تحت عنوان تاریخ ادبی در مجله " دانشکده " شماره ۶، ص ۲۹۳ و تاریخ ادبیات ذکاء الملک)

نتیجه آن، قتل و بردگی مدیون را از بین برد. آزادیهای فطری انسان مثل آزادی سیاسی و آزادی عقیده و بیان را برقرار کرد و آزادی مذهب و حق تعیین سرنوشت انسان و تعیین مسکن و آزادیهای مشروع دیگر را تثبیت نمود. و بسیاری از احکام و ضوابط حقوقی معمول بین مردم را که نتیجه رسوخ تمدن رم و ایران باقیمانده شرایع الهی گذشته و یا نتیجه عقل و تجربه بشر و به هر حال مورد تایید اسلام بود تثبیت و امضا کرد و بعضی از قواعد حقوقی را با تغییراتی پذیرفت و از جمله آنها حکمی است که در این کتاب مورد بحث ماست و جزو احکام دسته اخیر است. برای روشن شدن موضوع به توضیح زیر توجه فرمایید:

آیا قاعده لاضرر از احکام تأسیسی است؟

همانطور که می‌دانیم ضرورت جبران ضرر از مستقلات عقلیه است یعنی هر انسانی در هر جای دنیا که باشد این نکته را می‌فهمد و می‌داند که ضرری را که شخصی به دیگری وارد می‌آورد باید جبران کند. ولی در ارتباط با این اصل عقلی نکاتی وجود دارد که این نکات می‌توانند اصل نفی ضرر را محدود کنند و یا محدوده آنرا توسعه دهند. از جمله:

۱. در حقوق رم مسئولیت کیفری و مسئولیت مدنی هر دو مبتنی بر تقصیر بودند یعنی در مسئولیت مدنی نیز همانند مسئولیت کیفری زمانی زیان زننده ملزم به جبران ضرر وارد آمده به دیگری بود که مرتکب "تقصیر" شده باشد و در خارج از محدوده تقصیر تکلیفی برای جبران ضرر نداشت. اصل "تقصیر" از حقوق رم وارد حقوق اروپا شد و قرن‌ها بر اندیشه حقوقدانان حاکمیت داشت و حتی آنرا جزو اصول تمدن فعلی جهان می‌دانستند. و از ابتدای قرن بیستم است که حقوقدانان و قاضیان بتدریج متوجه شدند که اصل

"تقصیر" برای حل مشکلات حقوقی جهان معاصر، کارایی لازم را ندارد، لذا اندیشه حقوقدانان و قاضیان و قانونگذاران به تدریج متوجه مسئولیت عینی یا مسئولیت محض *Responsabilité Objectif* شد و این نظریه آراء دادگاه ها و قوانین موضوعه را تحت تاثیر گرفت ولی اسلام از همان ابتدا اصل **تقصیر** را بعنوان تنها مبنای مسئولیت مدنی پذیرفت. و با **قاعده لاضرر** و **قاعده اتلاف** مبنای "نفی ضرر" و به تعبیر حقوقدانان، اصل "مسئولیت محض" را پذیرفت. موضوعی که دارد به تدریج مورد پذیرش همه حقوقدانان جهان قرار می گیرد.

۲. نکته حقوقی دیگر آنکه در حقوق رم حق را مطلق می دانستند یعنی عقیده داشتند که اگر قانون به کسی حقی داده باشد و صاحب حق در اجرا و اعمال حق خود به دیگری ضرری وارد آورد صاحب حق، مسئول نیست و تکلیفی برای جبران زیان وارده آمده به دیگران ندارد.^۱ این اصل حقوقی نیز از حقوق رم وارد حقوق اروپا شد و پس از قرنها حقوقدانان و رویه قضائی این کشورها آنهم با شرایطی پذیرفتند که اجرای حقی که به دیگران ضرر بزند می تواند مسئولیت جبران ضرر را بدنبال داشته باشد.

ولی شارع مقدس اسلام با جمله معجزه مانند "**لاضرر و لا ضرار**" اعلام داشت که اولاً هیچ حکمی که از آن ضرری ناشی شود در اسلام نیست و ثانیاً داشتن حق، نمی تواند مجوز اضرار به دیگری باشد. این نکته و نکات متعدد دیگر از مدارک قاعده لاضرر و مخصوصاً از داستان اختلاف

۱. در حقوق رم قاعده ای بود که: *Summum Jus summa injura* یعنی حق مطلق بیعدالتی مطلق. برای توضیح بیشتر مراجعه شود به حمید بهرامی احمدی، سوء استفاده از حق، ص ۲۱

"سُمره بن جندب" با مرد انصاری به خوبی آشکار است و با توجه به تغییرات مهمی که از این جهت روی داد **قاعده لاضرر** را می توان از احکام تأسیسی اسلام دانست. این موضوع در این کتاب، مفصلاً مورد بحث و تجزیه و تحلیل قرار گرفته است.

اگرچه از قبل از ورود به دانشکده حقوق به "قاعده لاضرر" برخورد کرده و توجهم را جلب کرده بود ولی در طول دوران تحصیل در دانشکده حقوق دانشگاه تهران، بیشتر مجذوب این قاعده شدم تا آنجا که موضوع رساله دکتری خود را "سوء استفاده از حق" انتخاب کردم و توفیق یافتم که در حد توانائی خود از این قاعده بهره ها بگیرم. اخیراً که خواستم یادداشتهای خود درباره "قواعد فقه" را جمع آوری و تدوین کنم تصمیم گرفتم که آنها را در دو مجلد مدون کنم. جلد اول آن مخصوص حقوقدانان ذی‌علاقه به "قواعد فقه" است و ضمناً برای تدریس در مقاطع کارشناسی و کارشناسی ارشد حقوق در نظر گرفته شده و در آن هفتاد و هفت قاعده فقهی - حقوقی به طور مختصر توضیح داده شده است. در جلد دوم آن که مخصوص دوره دکتری حقوق است، قاعده ای را که مناسب بحث مفصل دیدم قاعده لاضرر بود. زیرا قاعده مزبور از جمله قواعدی است که در همه ابواب فقه اعم از معاملات و تعهدات بمعنای اعم و جزئیات، و اعم از حقوق خصوصی و عمومی و حقوق بین‌الملل و حتی عبادات و به طور کلی در همه زمینه هائی که شرع اسلام می تواند حکمی داشته باشد بازتاب و مورد عمل دارد. تحقیقات فقهای اسلامی در طول تاریخ فقه در مورد این قاعده نیز گسترده و عمیق است.

و شاید ذکر این نکته نیز ضروری باشد که آنچه در این تحقیق مورد نظر است نقش قاعده لاضرر در اعمال و وقایع حقوقی است و آنچه (مثل

باب عبادات) مربوط به بازتاب قاعده لاضرر در خارج از عرصه حقوق است در این تحقیق مورد بررسی قرار نمی‌گیرد.

مبنای این کتاب بطور عمده تحقیقات نگارنده در رساله دکتری

است که تحت عنوان "سوء استفاده از حق" به چاپ رسیده ولی در طول بیست و سه سال تدریس در مقاطع کارشناسی و کارشناسی ارشد و دکتری حقوق در دانشگاه امام صادق (علیه السلام) در تهران و اخیراً در دانشگاه شهید باهنر کرمان به نقطه نظرهای جدیدی نیز در ارتباط با قاعده لاضرر رسیده ام که آنها را نیز به دست آورده‌های قبلی افزودم و در این کتاب جمع کردم. امید است این خدمت ناقابل مورد قبول درگاه الهی و استفاده شیفتگان قسط و عدل حقیقی اسلامی قرار گیرد.

در پایان، ذکر این نکته ضروری است که چون این یادداشتها در واقع مربوط به تدریس و پژوهش در دوره دکتری حقوق است، لذا اقتضای گستردگی مباحث، نقد و تجزیه و تحلیل نظریات فقهی و حقوقی بعضی از بزرگان فقه و حقوق بوده و بر اهل تحقیق و فضل و کمال روشن است که این نقدها و بررسیها و احیاناً رد بعضی از نظریات چیزی از احترام عمیق نگارنده به ساحت مقدس این اساتید نمی‌کاهد.

رَبَّنَا اغْفِرْ لَنَا وَلِإِخْوَانِنَا الَّذِينَ سَبَقُونَا بِالْإِيمَانِ.

مقدمه

قاعده لاضرر یکی از مهمترین "قواعد فقه" اسلامی است که در همه ابواب "فقه" اعم از عبادات و معاملات، بازتاب داشته و از زمان پیامبر اسلام (ﷺ) تا کنون مورد توجه مسلمانان بوده و فقیهان همه فرقه‌های مذهبی اسلام، قاعده مزبور را مورد توجه قرار داده‌اند. در فقه امامیه نیز به قاعده لاضرر عنایت زیادی بوده و فقیهان بزرگ شیعه در کتابهای فقهی خود کراراً به این قاعده استناد و بسیاری از ایشان درباره قاعده مزبور رسالات مستقل تألیف کرده‌اند.^۱

-
۱. از جمله فقیهانی که درباره قاعده لاضرر تألیف مستقل داشته و یا در کتابهای قواعد فقه درباره این قاعده بطور مشروح بحث کرده‌اند فقیهان زیرند:
(۱) مرحوم حاج ملا احمد نراقی (متوفی در سال ۱۲۴۵ هجری قمری) قاعده لاضرر را در کتاب "عوائدالایام" تحت عنوان "عائده چهارم" ذکر کرده است.
(۲) مرحوم مولامحمدنراقی فرزند حاج ملا احمدنراقی (متوفی در سال ۱۲۹۷ هجری قمری) قاعده لاضرر را تحت عنوان "مشرق چهاردهم" از کتاب "مشارق الاحکام" مورد بحث قرار داده است.
(۳) مرحوم میر عبدالفتاح مراغی (درگذشته در سال ۱۲۵۰ هجری قمری) نیز در کتاب "عناوین" از قاعده لاضرر بحث کرده است.
 - (۴) عالم بزرگ شیخ مرتضی انصاری (درگذشته در سال ۱۲۸۱ هجری قمری) رساله‌ای تحت عنوان قاعده لاضرر تصنیف کرده که در ملحقات کتاب مکاسب چاپ شده و در کتاب فرانسوی الاصول (رسائل) نیز در ذیل قاعده اشتغال از این قاعده بحث کرده است.

- (۵) مرحوم شیخ‌الشریعه اصفهانی (وفات در سال ۱۲۳۹ هجری قمری) نیز رساله ویژه‌ای درباره قاعده لاضرر تألیف کرده و رساله مزبور با ترجمه میرزا محمدعلی قاضی طباطبائی چاپ شده است.
- (۶) از مرحوم میرزا ابوالقاسم امام جمعه تهران (متوفی در سال ۱۳۴۶ هجری قمری) رساله‌ای در قاعده لاضرر بر جای مانده است.
- (۷) مرحوم میرزا ابوطالب موسوی زنجانی (درگذشته در سال ۱۳۲۹ هجری قمری) در تهران نیز رساله‌ای در قاعده لاضرر نوشته است. (الذریعه ج ۱۷، ص ۱۰)
- (۸) سیداسدالله رانکونی اشکوری (متوفی در سال ۱۳۳۳) نیز رساله‌ای در قاعده لاضرر دارد (همان).
- (۹) یکی از شاگردان صاحب جواهر که نامش را نمی‌دانم در سال ۱۲۹۹ هجری قمری رساله‌ای در لاضرر نوشته است (همان).
- (۱۰) تقریرات مرحوم نائینی (درگذشته در سال ۱۳۵۴ قمری) در پایان کتاب منیه الطالب تألیف شیخ موسی خوانساری
- (۱۱) کشف الستار عن قاعده لاضرر و لاضرار تألیف سیدمحمدجعفر حسینی شیرازی چاپ ۱۳۴۷ قمری (همان)
- (۱۲) رساله‌ای در قاعده لاضرر تألیف میرسیدحسن مدرس در اصفهان (همان)
- (۱۳) رساله‌ای در قاعده لاضرر تألیف سیدمحمدصادق حجت طباطبائی (همان).
- (۱۴) میرزا عبدالرحیم کلپیری تبریزی قراجه داغی (متوفی در سال ۱۳۳۴ هجری قمری) نیز رساله مستقلی در مورد قاعده لاضرر نگاشته است (همان)
- (۱۵) رساله‌ای در قاعده لاضرر تألیف سیدمصطفی کاشانی (متوفی در سال ۱۳۳۶ قمری) (همان)
- (۱۶) رساله‌ای در قاعده لاضرر به خط مرحوم فرید اراکی بر جای مانده که احتمالاً تألیف خود آن مرحوم است (به نقل حضرت آیت‌الله شیخ علی کریمی جهرمی)
- (۱۷) رساله‌ای در قاعده لاضرر تألیف حاج شیخ حسن دین‌محمدی زنجانی از شاگردان شیخ‌الشریعه.
- (۱۸) رساله الضرر و مافیة من الاثر تألیف مرحوم حاج میرزا ابوالفضل زاهدی قمی.
- (۱۹) قاعده لاضرر، رساله‌ای تألیف مرحوم شیخ ضیاءالدین عراقی مندرج در جلد دوم "مقالات" نامبرده.
- (۲۰) قاعده لاضرر تألیف شیخ محمدحسین غروی اصفهانی مندرج در پایان جلد دوم "نهایه‌الدرایه فی شرح الکفایه"
- (۲۱) قاعده لاضرر و لاضرار خلاصه درس آقای حسین امامی کاشانی.

فقه‌های امامیه درباره «قاعده لاضرر» تحقیقات مفصل کرده و قاعده مزبور را از جهات مختلف مورد بررسی و تجزیه و تحلیل قرار داده‌اند. فقیهان می‌گویند «نفی ضرر» از «مستقلات عقلیه» است.^۱ یعنی اگر از سوی شارع نیز در این باره حکمی نمی‌رسید، عقل انسانی خود به آن دست

(۲۲) قاعده لاضرر نوشته مرحوم مامقانی، حاشیه بر رساله لاضرر شیخ انصاری (قدس سره).

(۲۳) «تیل الاوطار فی قاعده لاضرر و لاضرار» تقریرات درس امام خمینی (ره) مندرج در مجلد سوم کتاب «تهذیب الاصول» نوشته آقای جعفر سبحانی. همچنین امام خمینی در کتاب «رسائل» نیز از این قاعده بحث کرده‌اند.

(۲۴) قاعده لاضرر نوشته آیت‌الله ناصر مکارم شیرازی در جلد اول قواعد الفقیهیه.

(۲۵) مرحوم حاج میرزا حسن بجنوردی، قاعده لاضرر در «تقواعد الفقیهیه»

(۲۶) مرحوم استاد محمود تنهایی خراسانی. قاعده لاضرر که به عنوان یکی از دو رساله در کتاب دو رساله آن مرحوم درج شده است.

(۲۷) قاعده لاضرر تألیف آیت‌الله العظمی سیستانی.

(۲۸) مقاله مفصل لاضرر در کتاب قواعد فقه آقای دکتر محقق داماد جلد دوم مدنی.

(۲۹) مقاله مفصل لاضرر در کتاب قواعد فقه آقای دکتر ابوالحسن محمدی .

۱. دلیل عقلی بر دو دسته تقسیم می‌شود: الف) مستقلات عقلیه. ب) غیرمستقلات عقلیه. الف) «مستقلات عقلیه»: منظور از مستقلات عقلیه آن دسته از احکام شرعی است که عقل انسان بدون کمک شارع نیز به آن می‌رسد. مثل خوبی عدل و نیکی و بدی ظلم و بدرفتاری. در این مورد برای رسیدن به حکم شرع تنها یک استدلال منطقی لازم است. یعنی: حکم عقل را صغری می‌گیریم و سپس کبرای کلی که «کلما حکم به العقل حکم به الشرع» را به آن اضافه می‌کنیم و حکم شرعی بدست می‌آید. به این دسته از دلایل عقلی «مستقلات عقلیه» می‌گویند که صغری و کبرای قیاس هر دو عقلی هستند یعنی برای کشف حکم شرعی تنها عقل است که دخالت دارد.

ب) «غیرمستقلات عقلیه» به مواردی گفته می‌شود که برای بدست آوردن حکم شرعی تنها عقل دخالت ندارد بلکه نقش عقل پس از دریافت حکم شرع است. مثلاً حکمی از شرع در مورد وجوب عملی می‌رسد ولی برای انجام آن دستور شرعی، انجام مقدماتی لازم است ولی در باب وجوب مقدمه حکمی از شارع نرسیده. در اینجا عقل به وجوب آن مقدمه حکم می‌کند. مثلاً دفاع به دستور شارع واجب شده است. برای دفاع، تهیه ابزار جنگی مناسب ضروری است. در این حال عقل حکم می‌کند که برای دفاع از جامعه اسلامی تهیه سلاح مناسب واجب است.

می‌یافت. همانطور که قبل از شارع اسلام حقوقدانان و عقلای جوامع بشری مفهوم مزبور را درک کرده و مبنای ضمان قهری و مسئولیت مدنی را بر این اساس قرار داده بودند.

گذشته از آنکه "عقل مستقل" به نفسی ضرر و وجوب جبران ضرر می‌رسد، مدرک قاعده لاضرر آیات قرآن و مخصوصاً روایات است.

از آنجا که در این مثال، عقل به تنهایی به وجوب مقدمه نرسیده بلکه به کمک حکم شارع به وجوب ذی‌المقدمه، به وجوب مقدمه دست یافته لذا به آن "غیرمستقلات عقلیه" گفته‌اند. در علم اصول در باب "غیرمستقلات عقلیه" از "مقدمه واجب"، "مبحث ضد"، "مبحث اجزاء" و نظائر اینها بحث و گفتگو می‌شود. (آقا ضیاء عراقی، تقریرات اصول - امام خمینی، تهذیب الاصول، (تقریرات درس امام ره) و دیگر کتب اصولی).

فصل اول

مدارك قاعده لاضرر

- مبحث اول: آیات و روایات
- مبحث دوم: جمله "لاضرر" در احادیث نفی ضرر
- مبحث سوم: معنی "لاضرر و لاضرار" با توجه به معنی ضرر و ضرار

مبحث اول: آیات و روایات

عنوان اول:

آیات قرآن

۱. آیه ۲۳۴ سوره بقره می‌فرماید: **”لَاتُضَارَّ وَالِدَهُ بَوْلُهَا وَلَا مَوْلُودُ لَهُ بَوْلُهَا“**^۱ درباره معنی و مقصود از این آیه دو احتمال داده شده است:

احتمال اول اینکه والده (مادر) و مولودله (پدر) فاعل باشند. در این صورت معنی آیه چنین خواهد بود که: مادر نباید به خاطر اختلافاتی که با شوهر خود دارد به فرزند خود صدمه و زیانی وارد آورد مثلاً شیر دادن به فرزند را ترک کند و پدر نیز سزاوار نیست که به علت ناراحتی که از همسر خود دارد به فرزند، زیان برساند مثل اینکه هزینه زندگی ایشان را نپردازد و

۱. در کتاب وسائل باب اقل مدت الرضاع روایتی از “کلینی” از امام صادق (علیه السلام) نقل شده که آن حضرت فرمود: **”انه نهی ان یضار بالصبی و تضار بامه“** همچنین در همین باب از کتاب وسائل روایتی از شیخ صدوق از امام صادق (علیه السلام) نقل شده که فرمود: **”المطلقة الحلی ینفق علیها حتی تضع حملها و هی احق بولدها ان ترضعه بما تقبله امرأه آخری یقول الله تعالی: و لاتضار والده بولدها و لامولود له بولده و علی الوارث مثل ذلك. لایضار بالصبی و لایضار بامه فی ارضاعه.“** باید نفقه زن مطلقه آبستن داده شود تا وضع حمل نماید و برای شیر دادن طفل از زنان دیگر اولاست، چون خدای تعالی فرموده: **ولاتضار والده بولدها و لامولود له بولده و علی الوارث مثل ذلك.** بنابراین به کودک و مادرش در شیر دادن نباید ضرری وارد آید.

از این نظر باعث خسارت و نقصانی شود. چیزی که این نظر را تأیید می‌کند این است که در ابتدای آیه فوق‌الذکر آمده است: **”والوالدات یرضعن اولادهن حولین کاملین لمن اراد أن یتّم الرضاعه و علی المولود له رزقهن و کسوتهن بالمعروف. لا تُکَلّف نفسٌ إلاًّ وسعها.“** در این بخش از آیه خداوند دو حکم را بیان کرده یکی تعیین مدت شیر دادن که دو سال است و دیگری تأمین هزینه زندگی و نفقه مادران به شکل متعارف، و پس از آن بخش موردنظر ما را که در بالا ذکر شده آورده و گفته: **”لا تضار والده بولدها ولا مولود له بولده.“**

احتمال دوم اینکه **”والده“** و **”مولودله“** نایب فاعل باشند. فاضل مقداد در **”کنزالعرفان“** همین احتمال را تقویت کرده و گفته است: گفته شده که معنی آیه این است که پدر نباید به خاطر فرزندی که همسر او در شکم دارد به وی زیان برساند یعنی از انجام وظایف زناشویی امتناع کند و زن نیز به خاطر حمل خود نباید از نزدیکی با شوهر سر باز زند و به این وسیله باعث زیان وی گردد. در تأیید این نظر روایاتی از امام باقر و امام صادق (علیه السلام) نیز رسیده است.

و در هر حال براساس هر یک از این احتمالات که باشد آیه مزبور دلالت بر نهی از ضرر زدن دارد.

۲. خداوند در آیه ۷ سوره طلاق می‌فرماید: **”ولا تضارّوهن لتضییقوا علیهن.“**

با سخت گرفتن و تحت فشار قرار دادن زنان مطلقه، به آنان ضرر نزنید. این آیه مربوط به زنان مطلقه است و خداوند دستور داده که شوهران در زمان عده با ندادن نفقه و هزینه زندگی بر آنان سخت نگیرند.

۳. آیه دیگر آیه ۲۳۱ سوره بقره است که در این آیه نیز در مورد زنان مطلقه فرموده: "وَ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَهُنَّ أَجْلَهُنَّ فَمَسْكُوهِنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَحَهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تَمْسُكُوهُنَّ ضَرَارًا لَتَعْتَدُوا. وَ مِنْ فَعَلٍ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ" یعنی: وقتی زنان را طلاق دادید و عده آنان به سر آمد یا از راه نیکی و رغبت، به آنان رجوع کنید و یا ایشان را به نیکی رها کنید و به قصد اضرار و آزار رساندن به ایشان رجوع نکنید و کسی که چنین کند به خود ظلم کرده است.

در این آیه خداوند از رجوع به قصد اضرار به مطلقات رجعیه نهی فرموده است. منظور از رجوعی که خداوند نهی کرده رجوعی است که نه از روی میل و رغبت بلکه به قصد ایذاء است.^۱

همچنین شیخ صدوق از حسن بن زیاد از امام صادق (علیه السلام) نقل می‌کند که آن حضرت فرمود:^۲

"لَا يَنْبَغِي لِلرَّجُلِ أَنْ يَطْلُقَ امْرَأَتَهُ ثُمَّ يُرَاجِعَهَا وَ لَيْسَ بِهِ فِيهَا حَاجَةٌ ثُمَّ يَطْلُقُهَا فَهَذَا الضَّرَارُ الَّذِي نَهَى اللَّهُ عَزَّ وَ جَلَّ عَنْهُ أَلَّا أَنْ يَطْلُقَ ثُمَّ يُرَاجِعَ وَ هُوَ يَنْوِي الْأَمْسَاكَ. مَرَدٌ نَبَايِدَ زَنَ خُودَ رَا طَلَّاقٌ دَهْدٌ وَ سَبَسَ بَدُونَ أَنكَه أَوْ رَا خَوَاسْتَه بَاشَد رَجُوعٌ كَنَدُ وَ دُو مَرْتَبَه طَلَّاقٌ دَهْدُ. اَيْنَ هَمَانُ ضَرَارٌ أَسْتُ كَه خَدَاوَنَدُ عَزَّ وَ

۱. شافعی از قول مالک نقل کرده که: مردی زن خود را طلاق داده بود ولی قبل از پایان عده رجوع کرد، به این قصد که بلافاصله وی را مطلقه سازد وی به زن خود گفته بود: "قسم می‌خورم که هرگز نگذارم که از زندگی با من لذت ببری و اجازه نمی‌دهم که عده‌ات سپری شود تا با مرد دیگری ازدواج کنی. به این کار ادامه می‌دهم تا عمرت سپری شود." و به همین علت بود که آیات ۲۳۰ و ۲۲۹ سوره بقره نازل شد و بر این اساس خداوند حکم فرمود: بعد از سه طلاق، دیگر شوهر نمی‌تواند به زن رجوع کند مگر آنکه مرد دیگری با او ازدواج کند و آن شوهر او را طلاق دهد و زن، خود به ازدواج با شوهر سابق رضایت دهد.

۲. کتاب وسائل: باب ۳۴ از ابواب اقسام طلاق از کتاب طلاق.

جل نهی کرده، مگر آنکه پس از طلاق، وقتی رجوع می‌کند به قصد نگهداشتن آن زن باشد.^۱

طبری نیز در تفسیر این آیه همین مفهوم را ذکر کرده است.

۴. آیه دیگر آیه ۱۲ سوره نساء است که خداوند فرموده:

”من بعد وصیّه یوصی بها او دین غیر مضار. وصیّه من الله و الله علیم حکیم.“^۱ پس از آنکه موصی به را خارج کردید و دینی را که به قصد اضرار نبود دادید، سهم ورثه را بدهید. این توصیه از جانب خداست و خداوند دانای حکیم است.“

اسلام به انسان حق داده که بخشی از دارائی خود را (در حد ثلث) در قالب وصیت برای هر موردی که خواسته باشد مصرف نماید. این حق برای این داده شده که شخص به این وسیله از ورثه انتقامجویی کند و در واقع ایشان را از ارث محروم کند. این حق برای این هدف به موصی داده شده که قبل از مرگ بتواند آخرین احسان خود را انجام دهد، لذا موصی برای اضرار به ورثه نمی‌تواند اقرار به دینی کند که وجود ندارد.

در رابطه با این آیه طبری می‌گوید: وصیت غیر مضار وصیتی است که در آن قصد اضرار به بستگان نباشد. **زمخشری** نیز در تفسیر **”کشاف“** می‌گوید: وصیت غیر مضار وصیتی است که از سهم معلوم (ثلث) تجاوز نکند و قصد اضرار وارث نیز در آن نباشد زیرا هدف و منظور از وصیت احسان است و خداوند احسان را دوست دارد.^۲

۱. نهی از اضرار در وصیت در روایات نیز وارد شده است. از جمله در کتاب وسائل، کتاب الوصیه باب ۸ آمده: **”إنّ الأضرار فی الوصیه من الكبائر. یعنی ضرر زدن در وصیت از گناهان بزرگ است.“**

۲. خداوند در آیه ۱۷۶ سوره بقره مردم را تشویق کرده تا در حق والدین و نزدیکان وصیت خوب کنند **”کُتِبَ عَلَیْکُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُکُمُ الْمَوْتُ أَنْ تَرَکَ خَیْرًا لِلْوَالِدِینِ وَالْأَقْرَبِیْنَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَی الْمُتَّقِینَ“** بر شما مقرر شده که اگر مرگ یکی از شما برسد و از خود ثروتی باقی گذارد،

فصل اول: مدارک قاعده لاضرر □ ۳۳

خداوند در جای دیگری از قرآن یعنی در آیه ۱۷۸ سوره بقره نیز به همین معنی اشاره دارد و می‌گوید:

”فمن خاف من موص جناً أو إثمًا فأصلح بينهم فلا اثم عليه.“

اگر کسی از افراط و تفریط یا اضرار به ورثه از سوی موصی

بترسد و بین آنان را اصلاح دهد گناهی مرتکب نشده است.“

و در آیه ۲۸۴ سوره بقره آمده:

”ولا يضارّ كاتب ولا شهيد.“

اگر در این آیه ”کاتب“ و ”شهید“ فاعل باشند یا نایب فاعل باشند معنی آیه تفاوت می‌کند اگر نایب فاعل باشند معنی آیه این خواهد بود که به کاتب و شاهد به علت سندی که نوشته و یا شهادتی که داده‌اند نباید ضرر زد. و اگر فاعل باشند معنی آیه این خواهد شد که کاتب دین و شاهد نباید چیزی را که ندیده‌اند شهادت دهند و به هر حال منظور، نفی ضرر زدن است.

عنوان دوم:

اخبار و روایات

در این باره اخبار از طریق عامه و خاصه هر دو رسیده است.

اول: اخبار منابع شیعه

علت اینکه مدرک قاعده لاضرر بیشتر سنت پیامبر (ﷺ) است این است که

وصیت نیکی در حق پدر و مادر و نزدیکان بنماید این یکی از تکالیف مؤمنین است. ”طبری“ درباره ”وصیت به معروف“ گفته: وصیتی است که از سهم معلوم تجاوز نکند و قصد اضرار هم در آن نباشد. زمخشری و بیضاوی نیز در تفسیر این آیه گفته‌اند که منظور از ”وصیت به معروف“ این است که در آن امتیازی برای شوتمندان نباشد.

سنت در واقع تبلور قرآن در عمل است. چون پیامبر (ﷺ) بعد از هجرت به مدینه به تشکیل حکومت اقدام کرده احکام مربوط به معاملات و روابط مالی، سیاسی و اجتماعی مردم در عمل پیاده گردید و به همین دلیل، سنت در شکل‌گیری حقوق اسلامی نقش اساسی یافت.

مرحوم نراقی در کتاب «عوائد الایام» یازده (۱۱) خبر را پیرامون «قاعده لاضرر» نقل کرده و از فخرالمحققین در کتاب ایضاح حکایت شده^۱ که وی در مبحث رهن ادعا کرده که اخبار مربوط به قاعده لاضرر به حد تواتر رسیده است. بعضی از محققان تواتر لفظی و حتی تواتر معنوی را در این باب درست ندانسته‌اند ولی آخوند خراسانی، تواتر اجمالی در مورد قاعده لاضرر را پذیرفته است. بعضی نیز گفته‌اند^۲ که اگر هیچیک از اقسام تواتر درباره قاعده لاضرر درست نباشد ولی تردیدی نیست که اخبار درباره این قاعده به سرحد «استفاضه» رسیده است.^۳ ذیلاً بعضی اخبار مربوط به نفی ضرر ذکر می‌گردند:

۱. استاد شهابی، دو رساله، قاعده لاضرر صفحه ۲

۲. همان.

۳. «خبر» از جهتی بر دو دسته تقسیم می‌شود: خبر متواتر و خبر واحد.

«خبر متواتر» خبری است که تعداد زیادی راویان که اجتماع آنان بر کذب ممتنع باشد و به نفسه موجب قطع و یقین شود آنرا روایت کرده باشند. «خبر واحد» خبری است که به حد تواتر نرسیده باشد، بنابراین راویان خبر واحد ممکن است متعدد باشند. خبر واحد را به دو دسته تقسیم می‌کنند: مستفیض و غیرمستفیض. خبر مستفیض خبری است که به حد تواتر نمی‌رسد ولی راویان آن بیش از سه نفرند.

خبر متواتر سه قسم است:

(۱) متواتر لفظی خبری است که راویان متعدد خبر مزبور را با یک لفظ بدون کم و کاست نقل کرده باشند. *إنما الاعمال بالنیات*. انی تارک فیکم الثقلین: من کنت مولاه فهذا علی مولاه را از نمونه‌های تواتر لفظی می‌دانند.

روایت اول:

کلینی رضوان الله تعالى عليه در کتاب کافی^۱ از عبدالله بن بُکیر، از زراره، از ابی جعفر امام باقر (علیه السلام) روایت کرده که:

”أَنَّ سَمْرَةَ بْنَ جُنْدَبٍ كَانَ لَهُ عَذْقٌ فِي حَائِطٍ لِرَجُلٍ مِنَ
الْأَنْصَارِ وَكَانَ مَنَزَلُ الْأَنْصَارِيِّ بِيَابِ الْبِسْتَانِ: فَكَانَ يَمْرَأُ إِلَى
نَخْلَتِهِ وَ لَا يَسْتَأْذِنُ: فَكَلَّمَهُ الْأَنْصَارِيُّ أَنْ يَسْتَأْذِنَ إِذَا جَاءَ،
فَأَبَى سَمْرَةَ فَلَمَّا أَبَى جَاءَ الْأَنْصَارِيُّ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ فَشَكَا
إِلَيْهِ وَ خَبَّرَهُ الْخَبْرَ فَارْسَلَ إِلَيْهِ رَسُولُ اللَّهِ وَ خَبَّرَهُ بِقَوْلِ
الْأَنْصَارِيِّ وَ مَا شَكَاهُ. قَالَ: إِذَا أَرَدْتَ الدَّخُولَ فَاسْتَأْذِنْ
فَأَبَى. فَلَمَّا أَبَى سَأَوْتُهُ حَتَّى يَبْلُغَ مِنَ الثَّمَنِ مَا شَاءَ اللَّهُ فَأَبَى أَنْ
يَبِيعَ. فَقَالَ لَكَ بِهَا عَذْقٌ يَمُدُّ لَكَ فِي الْجَنَّةِ، فَأَبَى أَنْ يَقْبَلَ.
فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ (ﷺ) لِلْأَنْصَارِيِّ: اذْهَبْ فَاقْلَعْهَا وَارْمِ بِهَا
إِلَيْهِ فَإِنَّهُ لَأَضُرُّرٌ وَ لَأَضْرَارٌ.“^۲

(۲) متواتر معنوی متواتری است که با الفاظ مختلف ولی با معنای واحد نقل شده باشد. مثل: لاضرر و لاضرار، لاضرر و لاضرار فی الاسلام، و لاضرر و لاضرار علی مؤمن

(۳) متواتر اجمالی متواتری است که به دلالت التزامی از مجموع اخبار نتیجه‌گیری می‌شود. مثل: شجاعت علی (علیه السلام) و سخاوت حاتم.

۱. کلینی: کافی، کتاب المعیشه، باب الضرر، روایت ۲

۲. سمره بن جندب یکی از صحابه پیامبر (ﷺ) و از بنی شمع بن فزاره بود (سمره به فتح اول و ضم دوم و فتح سوم و جندب به ضم اول و سکون دوم و فتح سوم). وی مردی لجوج و عنود و از دشمنان سرسخت اهل بیت و شیعیان بود. او از قتل بی‌گناهان، نشر اکاذیب و جعل اخبار ایثاتی نداشت. فقرات ذیل نمونه‌هایی از خبیث طینت اوست.

(۱) ”ابن ابی الحدید“ در شرح نهج البلاغه می‌گوید: معاویه صدهزار درهم به سمره داد تا از پیامبر (ﷺ) این روایت را جعل کند که آیه: ”و من الناس من یعجبک قوله فی الحیات الدنیا و یشهد الله علی ما فی قلبه و هو الذالخصام...“ درباره علی (علیه السلام) نازل شده و آیه: ”و من الناس من یشری نفسه ابتغاء مرضات الله والله رؤوف بالعباد.“ در حق ابن ملجم نازل گردیده است. سمره