

گستره کارآمدی قاعده فقهی لاضرر

تاریخ دریافت: ۸۹/۱/۲۵

تاریخ تأیید: ۸۹/۳/۲۶

عبدالحسین رضائی راد*

چکیده

به رغم اتفاق نظر فقهای شیعه و سنی در کلیت و مبنای قاعده لاضرر که اصل ۴۰ قانون اساسی ایران از آن گرفته شده، محدوده کاربرد این اصل دچار ابهام‌های فراوانی است؛ به اندازه‌ای که گاه قانونگذار و مجری را در چگونگی اعمال آن، به سردرگمی و بلا تکلیفی می‌کشاند و دلیل این ابهام، تعدد نظرهای موجود در مفاد قاعده و گسترش پرحجم مباحث نظری این قاعده در آثار فقهی است.

این مقاله می‌کوشد با هدف بهره‌برداری هرچه دقیق‌تر و کامل‌تر از این اصل قانونی و قاعده مهم فقهی در قانونگذاری و پاسخگویی هرچه بیشتر به مسائل و قضایای جدید حقوقی و فقهی و نشان دادن کارآمدی فقه اهل بیت^{علیهم‌السلام} و همچنین پیشگیری از استفاده نادرست از آن، بدون غوطه‌ور شدن در مباحث دامنه‌دار نظری، مرزهای دقیق کاربرد این قاعده را در توان مقاله، براساس نظرهای گوناگون مورد تحلیل قرار دهد تا با ارائه نگرشی نوین به قاعده مذکور، کارآمدی آن آشکارتر شده، از به کارگیری نابجای آن پیشگیری شود.

کارآمدی یا عدم کارآمدی قاعده لاضرر در نفی احکام ضرری، اثبات احکام جدید برای دفع ضرر و در مقام تراحم قوانین در هنگام اجرای آنها در دفع ضرر از خود و نهایتاً در صورت تعارض ضررها براساس هر کدام از دیدگاه‌های موجود در تفسیر این قاعده، ابهام‌هایی است که این تحقیق در صدد پاسخگویی به آنهاست.

واژگان کلیدی: قواعد فقهی، لاضرر، فقه، قانونگذاری، حکومت.

* استادیار دانشگاه شهید چمران اهواز (ahrr39@scu.ac.ir).

مقدمه

دقت، صحت و حجیت احکام فقهی یکی از مهم‌ترین 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 گرفتارشدن 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 به‌کارگیری و میزان کارآمدی آنها غفلت شود، ممکن است قواعد ارائه‌شده در عمل، کارآمدی چندانی نداشته باشند و چنین احساس شود که فقهای معظم فرصت گرانبهای خود را صرف کلی‌گویی و توضیح واضحات می‌کنند و قواعدی را به طور مداوم به بحث می‌گذارند که نتیجه چندانی در عمل ندارد و یا در عمل، به اندازه‌ای با موانع نظری و عملی، تعدد برداشت‌ها، اختلاف نظرها و مشکلات مواجه می‌شود که به تدریج از کارآمدی می‌افتد و یا حذف‌شده و به انزوا کشیده می‌شود و قواعد عرفی، عقلی و تجربی جای آنها را می‌گیرد.

قاعده لاضرر از جمله قواعدی است که با وجود دقت‌های بسیار در مبانی و بنیادها و وجود آثار مبسوط در این باره، از نظر کاربردی و میزان کارآمدی چندان مورد توجه قرار نگرفته، بحث‌های مبسوطی درباره آن ارائه نشده است و این تحقیق درصدد پرداختن به این جنبه از قاعده است.

الف) پیشینه تحقیق

قاعده لاضرر از گذشته، حتی در صدر اسلام (ر.ک به: حرّ عاملی، ۱۳۹۱، ص ۳۷۶، باب ۵ / نوری طبرسی، ۱۴۰۹، ص ۱۵۰)، به عنوان قاعده و مبنایی برای نفی احکام ضرری و حرمت اعمال ضرری به اشکال گوناگون مورد استفاده فقهای شیعه (ر.ک به: طوسی، [بی تا]، ج ۱، ص ۵۲۲ / ابن‌زهره حلبی، [بی تا]، ص ۵۸۸ / حلی، [بی تا]،

ج ۱، ص ۴۹۷) و سنی (ر.ک به: ابن‌فدمه، ۱۴۰۴، ج ۵، ص ۵۴۲ / احمدبن حنبل، [بی‌تا]، ج ۵، ص ۳۲۶) بوده است؛ ولی مباحث نظری درباره تبیین مبنای آن و تفریع فروعش، ظاهراً از زمان شیخ/انصاری (قرن سیزدهم) مرسوم شد و این بزرگوار با بحث نظری از این قاعده در کتاب *فرائدالاصول* و کتاب *مکاسب محرمه*، سرحلقه‌دار مباحث پُردامنه‌ای در این موضوع شد که در عصر حاضر، به اوج خود رسیده است؛ زیرا با توجه به درسی بودن این دو کتاب در حوزه‌های علمیه شیعه، انگیزه کافی برای پرورش این موضوع ایجاد شده است و هر فقیهی خود را موظف می‌بیند تا تحقیقات و بررسی‌های 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 داده‌اند و در رساله‌هایی مستقل یا در مجموعه‌های قواعد فقهی و یا در کتب اصولی خود، این موضوع را به طور مفصل مورد بررسی قرار داده‌اند (ر.ک به: پژوهشکده فقه و حقوق مرکز مطالعات و تحقیقات اسلامی، ۱۳۷۹)؛ ولی با وجود این، با گذشت زمان بر ابهامات و پیچیدگی‌های این قاعده افزوده شده، پرسش‌های تازه‌تری مطرح شده است و تنوع نظرات موجود و تعدد آثار ارائه‌شده، مؤید این مطلب است.

یکی از ابهام‌های 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 ارائه‌شده به اندازه‌ای گسترده و متنوع شده است که حتی ارائه تعریف واحد و روشنی از این قاعده برای بیشتر صاحب‌نظران ممکن نیست و اکثر آثار، مباحث این قاعده را بدون تعریف روشنی از قاعده مزبور آغاز کرده‌اند و به پایان می‌برند (ر.ک به: آخوند خراسانی، ۱۴۰۶، ص ۳۸۰ / انصاری، ۱۳۷۵، ج ۲، ص ۲ / خمینی، ۱۳۸۵، ص ۶). بدیهی است وقتی تعریف روشنی از قاعده ارائه نشود، محل نزاع، در ادله‌ای که مبنای قاعده لاضرر است نیز مشخص نبوده، در استنتاج فروع - از جمله موارد کاربرد قاعده - تأثیرگذار و بلکه تعیین‌کننده است.

در این نوشتار، تلاش محقق بر آن است که از این جنبه قاعده پرده بردارد و میزان کارآمدی و جایگاه کاربرد آن را روشن سازد.

ب) بیان مسئله

صرف نظر از اینکه دلیل و مبنای قاعده لاضرر چه باشد و جدا از مبنای نظری این قاعده و با فرض قبول صحت و حجیت آن، پرسش‌های مهمی که پیش می‌آید اینکه این قاعده در چه حیطه‌ای قابل استفاده است؟ آیا مانند یک قاعده اصولی، مبنایی برای استنباط احکام و حاکم بر ادله احکام فرعی است و در صورت تعارض با ادله دیگر بر آنها حاکم می‌شود یا حکمی فرعی است که در عرض ادله دیگر قرار گرفته، گاهی با آنها دچار تعارض یا تداخل می‌گردد و محکوم ادله تراجیح قرار می‌گیرد؟ یا آنکه فقط یک راهکار اجرایی و حکومتی است که تنها در صورت تزامم حقوق و به وسیله مجری و حاکم قابل استفاده است؟ و یا فقط قاعده‌ای فردی و شخصی است و به معنای پرهیز از هر عمل ضرری و حرمت ضرر زدن به خویش است یا آنکه به همه این معانی دلالت دارد و هیچ مرز و محدوده‌ای دایره شمول آن را محدود نمی‌سازد؟

در قانون اساسی ایران این قاعده، مبنای اصل ۴۰ قرار گرفته، در بخش حقوق مردم که مهم‌ترین بخش هر قانون اساسی است، مطرح شده و با توجه به آنکه قانون اساسی نیز خود مبنای صحت و قانونیت سایر قوانین است (اصل ۷۲ ق.ا.ا.)، به نظر می‌رسد آنچه در پیش‌زمینه ذهن مؤلفان این قانون بوده، دیدگاه اول از دیدگاه‌های مذکور یعنی نگرش اصولی به این قاعده و فراققهی و فراقانونی بودن آن است؛ ولی نکته مهم، بررسی دقیق‌تر این دیدگاه است و اینکه آیا قاعده لاضرر به راستی چنین کارآمدی دارد یا خیر و اگر دارد، چه دلیل و منطقی می‌تواند پشتوانه آن باشد؟

ج) داده‌های تحقیق

نظریات گوناگونی در تبیین و تحدید مفاد این قاعده وجود دارد که به بیش از هفت نظر می‌رسند و هر یک از فقها به فراخور فهم و تفسیری که از احادیث این باب دارند - به خصوص حدیث مربوط به ماجرای سمره بن جندب و مرد انصاری (کلینی، ۱۳۶۰، ص ۲۹۴ / حرّ عاملی، ۱۳۹۱، ص ۳۴۰) - برداشت و تحلیل خاصی از این قاعده ارائه داده‌اند که بررسی و فهم کارآمدی قاعده لاضرر براساس هر یک از این تفسیرها،

متفاوت خواهد بود و از آنجا که نمی‌توان با قوانین و برداشت‌های متعدد جامعه را اداره کرد و جامعه به نظام و قانونی واحد نیازمند است، کشف دقیق چگونگی کاربرد این قاعده از لابه‌لای آن برداشت‌های متنوع، اجتناب‌ناپذیر است.

۱. بیان نظرها

نظریه‌های هفت‌گانه موجود در مفاد قاعده لاضرر را می‌توان در دو دسته کلی تقسیم‌بندی کرد که هریک از آنها زیرشاخه یکی از این دو نظر محسوب می‌شوند و با اندکی تفاوت، از یکی از آن دو منشعب شده‌اند: شاخه اول، نظریه نفی و مبتکر آن، شیخ انصاری است (انصاری، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۵۳۲ به بعد) و شاخه دوم، نظریه نهی است که منسوب به شریعت‌اصفهانی می‌باشد (شریعت‌اصفهانی، ۱۴۰۷، ص ۲۵).

۱-۱. نظریه شیخ انصاری

نظریه اول، نظریه نفی است و به شیخ انصاری منتسب است که براساس آن، هر حکم ضرری حتی اگر به ظاهر از احکام شرعی باشد، شرعیت ندارد و منتفی است؛ مثلاً اگر معامله‌ای غبنی باشد، چون لزوم آن باعث ضرر بر مغبون است، این لزوم شرعی نیست و منتفی می‌شود؛ بنابراین معامله غبنیه، جایز و قابل فسخ می‌شود. همچنین وقتی توقف گرفتن حق، بر ترافع به حکام جور متوقف باشد و عدم ترافع باعث ضرر بر ذی‌حق باشد، حرمت ترافع به حکام جور، به رغم اینکه مشروع و حکمی قرآنی است (ر.ک به: نساء: ۶۰ و ۶۵)، منتفی می‌شود و حرمت آن دیگر شرعیت ندارد (انصاری، [بی‌تا]، ص ۵۳۳-۵۳۴)؛ به عنوان مثال، یک زن می‌تواند به این دلیل که بچه‌دار شدن باعث ضرر به جسم یا شغل او می‌شود، 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 می‌داند، می‌تواند آن را ترک کند و حتی می‌تواند با چنین دیدگاهی، احکامی مانند جهاد و حج را که غالباً با ضررهای مالی و جانی برای مکلفان همراه‌اند، تعطیل و لغو کرد. مهم‌تر اینکه این تفسیر از قاعده لاضرر برای احکام و مجریان، بسیار کارگشا خواهد بود که احکام شرعی را در هر مرحله‌ای به حال کشور،

مضر دیده، آن را لغو کرده و حکمی خلاف آن صادر کنند؛ مانند حکم به خراب کردن اماکن مذهبی یا خانه‌های 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 می‌شود و مضر به حال جامعه است. همچنین می‌توان به این تفسیر از قاعده متوسل شد و حکم به کاهش نسل و کنترل موالید داد و امر پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله به ازدیاد نسل و استحباب این عمل را به دلیل ضرری بودن آن بر اقتصاد کشور، نادیده گرفت و ده‌ها یا صدها مثال دیگر که اگر این‌گونه 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 می‌گیریم که اشکال از نظریه‌ای است که به این محذور منجر می‌شود و به گفته متکلمان: «اللازم باطل والملزوم مثله».

۱-۱-۱. کارآمدی نظریه شیخ انصاری

چنان‌که روشن است، قاعده لاضرر براساس این برداشت بالاترین کارآمدی را می‌یابد؛ زیرا این قاعده را در حد یک قاعده اصولی و معیاری برای نفی همه احکام ضرری مطرح می‌سازد و آن را بر همه احکام دیگر حاکم می‌کند. براساس این دیدگاه در تعارض لاضرر با احکام اولیه حتی اگر حکم ضرری قوی‌ترین 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 آن حکم را می‌گیرد (همان، ص ۵۳۴).

طبیعی است که فقیه درآشنایی چون شیخ انصاری که فکر اجتماعی و دیدگاه‌های مشهوری در مسائل حکومتی دارد، برای حفظ و تقویت پویایی و بالندگی فقه شیعه و کارآمدسازی آن در مسیر تحول جوامع، به ابداع چنین نظریه‌ای پرداخته یا از آن دفاع کرده باشد و جای تحسین دارد اگر سهم عمده‌ای از پویایی و جاودانگی فقه شیعه را حاصل زحمات این فقیه بزرگ و امثال ایشان بدانیم؛ ولی نباید از نظر دور داشت که کارآمدی بالای یک نظریه و مشکل‌گشا بودن آن در امور اجتماعی، برای پذیرش آن

کافی نیست و اگر مبنای نظری و بنیادهای علمی، نقلی و عقلی آن استحکام لازم را نداشته باشد، دوامی نمی‌آورد و مورد قبول جامعه علمی قرار نمی‌گیرد 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، ۱۳۶۸، ص ۳۹۴).

این نظریه (نظریه نفی)، با وجود آثار مهم و بنیادی که می‌تواند در فقه داشته باشد، به اعتقاد برخی می‌تواند باعث تولد فقه جدیدی شود و نظام فقهی - حقوقی موجود را متحول سازد و با وجود رنگ و آهنگ متعهدانه و روش ضمیرانه‌ای که از مبتکرش پذیرفته است، به وسیله بیشتر فقهای پس از ایشان، از مبنا و بنیاد خود مورد نقد قرار گرفته است (ر.ک به: نائینی، ۱۳۷۳، ص ۲۰۹ / آخوند خراسانی، ۱۴۰۹، ص ۳۸۰) و طرفدار چندانی کسب نکرده است و تقریباً بیشتر آثار پس از وی از پذیرش نظریه او امتناع کرده یا با تغییراتی آن را پذیرفته‌اند.

از مهم‌ترین اشکالاتی که به این نظریه گرفته شده است اینکه نظریه مبتنی بر این پیش‌فرض است که در حدیث نبوی، پس از جمله «لاضرر و لاضرار»، 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 (صدوق، ۱۴۰۴، ج ۳، ص ۵۹ / ابن‌اثیر، ۱۳۱۱، ج ۳، ص ۸۲) و روایت مرسل نیز حجیتی ندارد (عاملی، ۱۴۰۹، ص ۴۸). گرچه این نقد به تنهایی کافی است که بنیان این نظریه را فروریزد؛ ولی ایرادهای مهم دیگری نیز بر آن وارد شده است؛ از جمله اینکه این نظریه می‌تواند همه احکام دینی را به تعطیلی کشاند و باعث تولد فقه جدیدی شود (انصاری، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۵۳۷) که به نظر نگارنده، این تعبیر، تعبیر تلطیف‌شده‌ای از نابودی و اضمحلال فقه است و کسانی که با این تعبیر، نظریه شیخ را مورد انتقاد قرار داده‌اند، از تبعات نامطلوب استحسان در فقه اهل سنت نگران بوده‌اند و می‌خواسته‌اند دستکاری در احکام شرعی، باعث اضمحلال تدریجی فقه و تعدد و تکثر بی‌رویه 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، [بی‌تا]، ص ۸۳)؛ 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 ضرری بودن حکم، مجوز لغو آن را صادر می‌کنند. همین نقد، صرف نظر از دیگر نقدهایی که بر آن وارد شده است، به تنهایی می‌تواند بنیان آن را فروریزد و در نتیجه، امکان کاربری قاعده لاضرر را مطابق این تفسیر به حداقل برساند؛ زیرا تفسیری که مدلول حدیث غیرمسندی باشد، حجیتی ندارد تا ملاک عمل قرار گیرد.

۱-۲. نظریه آخوند خراسانی

برای رفع مشکلات نظری و مبنایی نظر شیخ انصاری که پیش‌تر بدان اشاره شد و گریز از انتقادهای وارده مرحوم آخوند، با اصلاحاتی در این نظر، آن را به گونه دیگری مطرح می‌سازند و می‌فرمایند: «این قاعده به معنای نفی حکم نیست، بلکه نفی حکم است به لسان نفی موضوع» (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶، ص ۲۶۷). در این قاعده، حکم ضرری و موضوع ضرری نفی شده است؛ ولی مقصود، نفی حکم آن موضوع ضرری است؛ به عنوان مثال، در جمله «وضو واجب است»، «وضو» موضوع حکم و «واجب است» حکم آن است و در صورتی که وضو که موضوع حکم است، ضرری باشد، حکم آن (یعنی وجوب) برداشته می‌شود؛ ولی در جمله «معامله غبنیه لازم است»، «معامله غبنیه» موضوع است و «لازم است» حکم آن است. در این مثال، «معامله غبنیه» موضوع است و ضرری نیست، بلکه ضرر در صورتی است که این معامله، لازم و غیرقابل فسخ باشد؛ پس ضرر در حکم است (لزوم) و براساس نظر مرحوم آخوند، در این مثال و مانند آن که موضوع، ضرری نیست، قاعده لاضرر برای نفی حکم، کاربردی ندارد؛ ولی براساس نظریه شیخ، در این مورد قاعده لاضرر کاربرد دارد (همان، ص ۱۸۱).

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، مرحوم آخوند خراسانی با طرح این تفسیر از قاعده لاضرر می‌خواهند عدم کاربرد این قاعده را به عنوان مجوزی برای لغو حکم و دخالت در کار خدا بیان دارند و فقط لغو حکم را در جایی می‌پذیرند که موضوع، حکم ضرری باشد و ضرر، مستند به موضوع باشد تا خود را از معرض این انتقاد که لاضرر مانند استحسان، نوعی بدعت‌گزاری و دخل و تصرف در احکام الهی و نیز از این اشکال که ضرر واقع است و ادعای نبودن ضرر، خلاف واقع است، در امان دارند.

۱-۲-۱. کارآمدی نظریه آخوند خراسانی

گرچه براساس نظر مرحوم آخوند، بعضی از اشکال‌های وارده بر نظر شیخ، قابل طرح نیست، به خصوص اشکال تخصیص اکثر که در کتب مربوطه به تفصیل بیان شده است (انصاری، [بی تا]، ص ۵۳۷ / ر.ک به: نائینی، ۱۳۷۳، ص ۱۹۹ به بعد)، به نظر می‌رسد بازگشت این نظریه همان نظریه شیخ است (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ج ۱، ص ۵۹) و در عمل، تفاوت چندانی ندارند؛ زیرا تفکیک موارد میان موضوع ضرری و حکم ضرری، بسیار دشوار است و تقریباً می‌توان 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.

۱-۳-۱. نظریه فاضل تونی

نظریه نفی به وسیله مرحوم فاضل تونی به شکل دیگری مطرح شده است و آن اینکه مقصود از لاضرر، نه نفی حکم ضرری است و نه نفی حکم موضوع ضرری، بلکه نفی ضرری است که جبران آن نشده باشد (فاضل تونی، ۱۴۱۲، ص ۱۹۳-۱۹۴)؛ یعنی براساس دیدگاه این بزرگوار، در احکام اسلام، یا هیچ حکم ضرری وجود ندارد یا اگر دارد، جبران آن نیز پیش‌بینی شده است و از جهات دیگری آن ضرر برای مکلفان جبران شده است و به این اعتبار که عرفاً ضرر جبران‌شده ضرر به حساب نمی‌آید، در حدیث گفته شده است که در اسلام ضرر نداریم؛ نه به این اعتبار که حقیقتاً هیچ ضرری در دین اتفاق نمی‌افتد.

۱-۳-۱. کارآمدی نظریه فاضل تونی

براساس نظر فاضل تونی، مفاد قاعده لاضرر در حد یک حکم ایجابی است، نه سلبی و تنها ثمره‌اش وجوب جبران هر خسارتی است که به وسیله کسی بر دیگری وارد شده است (بجنوردی، ۱۳۸۹، ج ۱، ص ۱۸۲)؛ بنابراین چیزی شبیه قاعده ضمان از آن فهمیده می‌شود و معنایی بیش از آن ندارد؛ با این تفاوت که قاعده ضمان فقط ضمان

را در اتلاف یا تلف ثابت می‌کند؛ ولی در این قاعده، این ضمان برای اضرار نیز به اثبات می‌رسد.

براساس نظر فاضل تونی، این قاعده نمی‌تواند حکمی از احکام شرعی را نفی کند؛ زیرا خدا خودش می‌داند 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 می‌یابد. این دیدگاه، کارآمدی قاعده را کاهش می‌دهد و در حد قاعده ضمان پایین می‌آورد و علاوه بر این، در همین حد اندک از کارآمدی نیز مورد اقبال فقها قرار نگرفته، به باد انتقاد گرفته شده است (بجنوردی، ۱۳۸۹، ج ۱، ص ۱۸۲ / انصاری، ۱۳۷۵، ص ۳۲۷)؛ به خصوص از آن جهت که نتیجه‌اش 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، ۱۴۱۸، ص ۳۷)؛ مثلاً ضمان ضرر وارد شده بر مال‌التجاره که از ورود همان مال‌التجاره به وسیله تاجر دیگر ناشی شده است. اگر قرار باشد ضرر به غیر، باعث ضمان باشد، باید دولت به همه تولیدکنندگان و واردکنندگانی که به دلیل پرداخت یارانه به بعضی کالاها متضرر می‌شوند نیز خسارت پرداخت کند و چه بسا هر فروشنده و صنفی باید به هم‌صنفان 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 می‌شود.

۴-۱. نظریه نفی مشروعیت مطلق ضرر

در بعضی از آثار، به تبع آثار بزرگان دیگر، نظریه نفی مشروعیت مطلق ضرر مطرح و ادعا شده است که این نظر از نظرهای دیگر کامل‌تر است و اشکال‌های نظرهای دیگر را ندارد (محقق داماد، ۱۳۸۲، ص ۱۵۰). این مؤلف محترم گویی می‌خواهد قاعده لاضرر را به گونه‌ای تفسیر کند که به ضررهایی که از ناحیه اسلام و حکم شرعی وارد می‌شود، محدود نباشد، بلکه به معنای نفی مطلق ضرر باشد؛ اعم از اسلام و احکام شرعی یا از ناحیه اعمال و عملکرد مردم به یکدیگر.

این دیدگاه ممکن است برای پیشگیری از اشکال‌هایی که به دلیل نقلی نظر شیخ وارد بود و مبتنی بر پیش‌فرض اثبات‌نشده وجود قید «فی‌الاسلام» در روایت بود، مفید باشد؛ ولی شاید مؤلف محترم غفلت کرده‌اند که این نظر، همان نظر شیخ انصاری است و تفاوت چندانی با آن ندارد؛ زیرا وقتی مرحوم شیخ، حکم شرعی و قرآنی را در صورت ضرری بودن منتفی می‌دانند، اعم از حکم تکلیفی و وضعی خواهد بود (انصاری، [بی‌تا]، ص ۵۳۴) و به طریق اولی، ضررهای مردم به یکدیگر را نیز شامل می‌شود و اعمال مردم هرچه باشد، دارای یکی از احکام 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 شیخ، برای رفع جواز آن عمل کارآمدی دارد؛ همچنان‌که این نظر دارد. اگر این نظر، همان نظر شیخ انصاری باشد، پس انتقادهای وارد بر آن نظر، بر این نیز وارد خواهد بود و میزان کارآمدی و کاربرد آن نیز از نظر شیخ انصاری تبعیت خواهد کرد.

۵-۱. نظریه مکارم شیرازی

یکی از نظریه‌ها در تفسیر قاعده لاضرر، نظریه آقای مکارم شیرازی است که می‌فرمایند: «مفاد قاعده لاضرر، نفی مشروعیت اعمالی است که باعث ضرر مردم بر یکدیگر می‌شود؛ بنابراین نه 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، ۱۴۱۱، ج ۱، ص ۵۹ به بعد).

این دیدگاه نیز به نوعی نظریه نفی را پذیرفته است، با این تفاوت که به نفی احکام شرعی به دلیل قاعده لاضرر اعتقاد ندارند؛ ولی آثار حقوقی و شرعی اعمال ضرری مردم به یکدیگر را به استناد این قاعده، منتفی می‌دانند.

براساس این دیدگاه، اگر ضرر، مستند به حکم شرعی و از جانب خدا باشد، نمی‌تواند منتفی باشد و به قاعده لاضرر برای نفی آن نمی‌توان استناد کرد و ضرر موجود در احکام شرعی به دلیل آنکه از جهت یا جهاتی دیگر برای بشر دارای منفعت‌اند، مطابق مصلحت بشرند و نمی‌توان آنها را ضرری نامید؛ بنابراین تخصصاً از مدلول قاعده لاضرر خارج‌اند؛ ولی ضررهای مردم به یکدیگر چون نمی‌تواند

مستند به مصالح خفیه یا مبتنی بر علم لایزال الهی باشد، مصداق ضرر و قابل نفی و منع با قاعده لاضررند.

این مؤلف نیز برای فرار از شبهه استحسان و تخصیص اکثر، این دیدگاه را پذیرفته است؛ از این رو، از کارآمدی این قاعده در نفی احکام شرعی ضرری چشم‌پوشی کرده، اظهار داشته‌اند: برای نفی احکام ضرری باید از قواعد دیگر - در صورت وجود - از جمله قاعده عسر و حرج کمک گرفت (همان، ص ۶۹).

این دیدگاه و تفسیر از قاعده لاضرر در ماهیت و منشأ، از نظریه «نفی» الهام گرفته است؛ ولی در نتیجه به نتایج نظریه «نهی» قناعت کرده است و ترکیب ماهرانه مؤلف میان این دو نظریه متضاد، هم تحسین‌برانگیز و هم تعجب‌آور 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 غیرمشروع باشد، ضرر زدن خدا به مردم به طریق اولی منتفی است و توجیه به خروج تخصصی احکام الهی از دایره ضرر، گرچه در بسیاری از موارد مانند جهاد و حج، قابل قبول است؛ ولی در مواردی چون وضو و روزه، ضرری و در مثال‌هایی مانند تکثر اولاد و معامله غبنیه، خلاف وجدان و اعتبار عقلی و منطقی است.

۱-۵-۱. کارآمدی نظریه مکارم شیرازی

براساس این دیدگاه، این قاعده در حد یک حکم کلی است که هرگونه اضرار را ممنوع و غیرمجاز می‌داند و همچنین آثار حقوقی اعمال ضرری را غیرمعتبر می‌شناسد؛ بنابراین برای نفی احکام خدا و ضرری که از جانب حکم خدا بر مکلف وارد می‌شود، 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 لاجرح و مانند آن استناد کرد (همان).

همچنین مطابق این دیدگاه، چون قاعده لاضرر به نفی ضرر مردم بر یکدیگر تفسیر شده است، این قاعده بر تحریم اضرار به خود نیز دلالتی ندارد.

۶-۱. نظریه شریعت اصفهانی

در مقابل طرفداران نفی که پیش‌تر به دیدگاه آنها اشاره شد، گروه دیگری مانند شریعت‌اصفهانی و میرفتاح مراغی نیز وجود دارند که مفاد قاعده لاضرر را نهی می‌دانند و خودداری می‌کنند از اینکه بتوان از این قاعده یک جمله خبریه و معنای نفی وجود ضرر فهمید و این قاعده را به صورت جمله‌ای ناهیه و فعل نهی معنا می‌کنند و می‌گویند: گرچه به ظاهر لاء نفی جنس آمده است؛ ولی معنای آن نهی است (شریعت‌اصفهانی، ۱۴۰۷، ص ۴۴ / میرفتاح مراغی، ۱۴۱۸، ص ۱۹۸).

۱-۶-۱. کارآمدی نظریه شریعت اصفهانی

براساس این نظر، قاعده لاضرر در حد یک حکم فرعی است و فقط حرمت اضرار را ثابت می‌کند و طبیعی است این قاعده به عنوان یک حکم فرعی، در عرض احکام فرعی دیگر قرار می‌گیرد و در صورت تعارض بر آنها حاکم نمی‌شود، بلکه باید با استفاده از ادله تعادل و ترجیح، قضاوت کرد؛ مثلاً اگر به حکمی برخوردیم که ضرری بود، باید دید ادله آن حکم قوی‌تر، آشکارتر و مؤکدترند یا ادله لاضرر و در صورت ترجیح ادله حکم ضرری، قاعده لاضرر قابل اجرا نیست و حکم ضرری، به قوت خود باقی می‌ماند؛ 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 می‌شود - همچنان‌که درباره توسعه شهری و مانند آن مطرح می‌شود - در اینجا حرمت تصرف در ملک غیر، حکم شرعی است؛ اما ضرری است و براساس این نظر، چون مدلول قاعده لاضرر، نفی احکام ضرری نیست، نمی‌توان به استناد قاعده لاضرر این حکم ضرری را لغو کرد و حکم به جواز تصرف در ملک غیر داد و در این‌گونه موارد باید از ادله دیگر (در صورت وجود) کمک گرفت. همچنین در مواردی مانند تکثیر اولاد و اسقاط جنین که شرعاً نمی‌توان به استناد لاضرر، استحباب این حکم را لغو کرد و به جای آن، حکم حرمت را نشانند. در این‌گونه موارد باید به ادله رجوع کرد و اگر ادله لاضرر، قوی‌تر از ادله حکم تکلیفی موجود بود، آن را ترجیح داد و در صورتی که ادله حکم تکلیفی قوی‌تر بود، لاضرر را کنار گذاشت.

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 مانعة‌الجمع‌اند؟»، سخنی به میان نیاورده‌اند؛ ولی به روشنی می‌توان برداشت کرد که دلالت این قاعده بر نهی از دیدگاه طرفداران نفی، مفروعٌ عنه و مسلمٌ فیه بوده است 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 می‌گذارد. افزون بر اینکه وقتی حکم خدا در صورت ضرری بودن قابل لغو است و به اصطلاح خدا هم حق ضرر زدن به کسی را ندارد، چگونه ممکن است ضرر زدن 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 نمی‌تابند، بلکه ارائه نظریه نفی جز عکس‌العملی در مقابل نظریه نفی برای پیشگیری از ورود اشکالات وارد شده بر آن نیست.

۷-۱. نظریه امام خمینی *

امام خمینی * قاعده لاضرر را یک حکم اصولی و حاکم بر همه احکام یا حتی یک حکم فرعی و در عرض احکام دیگر نمی‌دانند، بلکه آن را یک حکم سلطانی و حکومتی می‌دانند که فقط در مقام سلطنت و حکومت و اجرای احکام و در صورت تزاحم حقوق در عمل قابل اجراست (خمینی، ۱۳۸۵، ص ۵۰ به بعد).

این نظریه، قاعده لاضرر را به عنوان یک حکم فرعی تکلیفی و برای نهی از اضرار و حرمت آن یا به عنوان قاعده‌ای فقهی و مبنایی برای لغو هرگونه حکم ضرری مطرح نمی‌کند، بلکه به عنوان یک قاعده اجرایی مطرح می‌کند که کارآمدی آن به مرحله اجرای احکام و آن هم با تشخیص حاکم و مجری منحصر است؛ بنابراین در حیطه قانونگذاری، تشریح و صدور فتوای فقهی، کارایی ندارد و براساس آن نمی‌توان فرضاً

برای جلوگیری از ضرر حکم شرعی، لزوم را در معامله غبنیه به جواز یا در مسئله تکثر اولاد یا اسقاط، حکم استحباب را به حرمت تبدیل کرد، بلکه حکم شرعی به قوت خود باقی است و فقط در موارد خاص و در جایی که حاکم تشخیص دهد و ضرری را در اجرای حکم ببیند، می‌تواند از اجرای آن جلوگیری کند؛ ولی فقیه و قانونگذار، نمی‌توانند در حکم شرعی دست برده، آن را تغییر دهند.

همچنین از آنجا که این نظریه با نظریه نهی نیز متفاوت است، براساس آن حتی نمی‌توان به استناد قاعده لاضرر حکم به حرمت چیزی که مضر است، صادر کرد؛ ولی در صورتی که در موارد خاص، عملی از اعمال مردم باعث ضرر و زیانی به فرد دیگر یا جامعه باشد، با تشخیص حاکم می‌توان از انجام آن عمل جلوگیری کرد؛ مثلاً اگر مصرف سیگار، مضر تشخیص داده شود یا اعتیاد به مواد مخدر، مضر به حال فرد تشخیص داده شود، نمی‌توان با استناد به قاعده لاضرر، حکم به حرمت آنها صادر کرد و باید برای اثبات حرمت این گونه اعمال، به ادله دیگر (در صورت وجود) مراجعه کرد و در صورت عدم وجود چنین ادله‌ای، براساس اصل براءت، حکم به حرمت و اباحه صادر کرد.

امام خمینی^ع این نظریه را در کتاب رسائل در بخش خاصی که به این قاعده اختصاص دارد، مطرح کرده، ادله خود را بر این مطلب اقامه کرده‌اند؛ ولی ما صرف نظر از ادله و میزان صحت و سقم آن ادله و نقدهایی که بر آن شده است یا ممکن است بشود، از زاویه میزان کارآمدی به آن نظر می‌افکنیم.

۱-۷-۱. کارآمدی نظریه امام خمینی^ع

میزان کارآمدی این نظر همچنان که 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 می‌کنند و فقط به عنوان یک نهی سلطانی و در حیطه اختیارات سلطان، تفسیر می‌کنند. بر این اساس: «جز بر قاعده تسلیط، بر هیچ دلیلی از ادله احکام، حکومت ندارد و نمی‌توان برای نفی حکم در احکام ضرری چون وضو و روزه ضرری از آن استفاده کرد» (همان، ص ۶۳).

از فقیه سیاسی، انقلابی و اندیشمندی چون امام خمینی^ع، نباید تعجب کرد که با ارائه چنین نظری، کارآمدی این قاعده را به کمترین میزان خود تقلیل داده‌اند؛ زیرا طبق مطالب پیش‌گفته، با همه اهمیتی که کارآمدسازی و پویایی احکام شریعت دارد، حفظ مبانی عقلی و نقلی دین از آن بااهمیت‌تر است و بی‌شک، فقیه تیزبین و محقق‌پس چون امام^ع، با آگاهی از شبهات و تبعات برداشت گسترده و باز از این قاعده وقوف کامل داشته‌اند و می‌دانسته‌اند که گسترده‌کردن بیش از اندازه مفاد این قاعده، چه شبهات و اشکال‌های مبانی و بنیادی را وارد می‌سازد. همچنین در عمل نیز تبعات ناگواری را برمی‌انگیزد و ممکن است همان‌گونه که گفته شد، همه دین را به هم بریزد و فقه جدیدی متولد شود (همان، ص ۴۳ به بعد)، بلکه فقه‌های جدید که هر کدام نافی دیگری و با هم در تضادند و وضعیتی را برای فقه پدید آورد که در اثر زیاده‌روی 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، [بی‌تا]، ص ۸۳) و تشتت فراوان و تعدد بی‌رویه 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 (همان)؛ زیرا تفسیر باز از قاعده لاضرر، آن‌گونه که شیخ انصاری مطرح کرده‌اند، آن را به اندازه‌ای به استحسان نزدیک می‌کند و مشابه آن می‌سازد که مرزی میان آن دو باقی نمی‌ماند و تشخیص میان لاضرر که قاعده‌ای مسلم و مُجمع‌فیه است، با اصل استحسان که بطلان آن در شیعه مورد اتفاق است (پاکتچی، ۱۳۸۰، ج ۸، ص ۱۶۷)، بسیار دشوار می‌شود.

۲. جمع‌بندی نظرها

چنان‌که ملاحظه شد، نظرها در مفاد و معنای قاعده لاضرر از تنوع زیادی برخوردار است و بعضی از آنها با بعضی دیگر قابل جمع نیست و نافی یکدیگرند و زمانی که جمع میان این نظرها میسر نباشد، باید به انتخاب یکی از آنها بیندیشیم؛ ولی این کار اگر در مباحث فقهی کار چندان دشواری نباشد و بتوان با بررسی ادله قائلان به آن،

یکی را بر بقیه ترجیح داد، در مقام اجتهاد و تقلید و مسائل فردی و عبادی هم شاید راه حلی داشته باشد و بتوان گفت نظر هر مجتهدی هرچند در تضاد با مجتهدان دیگر باشد، برای خود و مقلدانش حجت است و مشکلی پیش نمی‌آید؛ ولی در حیطه قانونگذاری و اداره جامعه نمی‌توان به قاعده‌ای که برداشت‌ها و معانی گوناگون و متفاوتی دارد، تکیه کرد.

جامعه به قانون واحدی نیاز دارد که روشن و بدون ابهام باشد و بر این اساس، تفسیر نهایی و قطعی این قاعده برای نظام قانونگذاری، اجتناب‌ناپذیر است؛ ولی این تفسیر نهایی چیست و چه کسی باید آن را معلوم کند؟ آیا نظری است که جامع همه نظرها باشد یا نظری که قدر متیقن و وجه مشترک همه آنهاست؟ و یا حداکثر کارآمدی و وسعت را به آن می‌بخشد یا آنکه مدلول آشکار و قطعی ادله نقلی اقتضای آن را دارد یا آنچه اکثریت فقها با آن موافق باشند یا فارغ از همه ادله اجتهادی و مباحث فقهی، رأی مجموعه قانونگذاری و نظام حاکم یا فقیه حاکم و مصلحت جامعه، حرف آخر را بیان کند؟

اینها پرسش‌های بنیادی است که کارآمدی لاضرر، بدون پاسخ‌گویی به آنها محقق نمی‌شود و التزام به هر کدام از آنها به مبانی فکری و استدلالی خاص خودش نیاز دارد و نوع خاصی از نظام حکومتی را ایجاد می‌کند و بعضاً در جوامع دیگر نیز تجربه شده است و تبعات خاص خود را نیز به دنبال داشته است و برگزیننده هر کدام از این نظرها باید به تبعات آن نیز ملتزم باشد.



۳. کارآمدی قاعده لاضرر در احکام جدید

براساس نظریه نهی، این قاعده جز نهی از اضرار، کارآمدی دیگری ندارد؛ ولی براساس نظریه نفی، هر حکم شرعی که باعث ضرری بر کسی باشد، با این قاعده قابل نفی و لغو است. پرسشی که مطرح می‌شود اینکه براساس این دیدگاه، آیا احکام شرعی موجود در صورت ضرری بودن، قابل نفی‌اند یا در موارد عدم حکم و در صورتی که عدم حکم باعث ضرر بود، می‌توان به استناد قاعده لاضرر، 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 می‌شود نیز می‌توان به استناد قاعده لاضرر برای دفع آن ضرر، به جعل حکم شرعی جدید اقدام کرد؟

مثال‌هایی که تاکنون ذکر شد 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 این بخش از مقاله 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 اوست یا خیر؟

نظر مشهور فقها این است که عمل حراً چون مال نیست، مشمول ادله ضمان نمی‌شود (ر.ک به: نجفی، ۱۳۶۷، ج ۳۷، ص ۴۱ / خمینی، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۱۷۳ / حلی، ۱۴۰۴، ج ۲، ص ۱۶۷ / حلی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۱۶۸) و ضمان ندارد. اینجاست که عدم حکم بر ضمان عمل حراً در مسئله مذکور باعث ورود ضرر به فرد محبوس می‌شود. حال آیا می‌توان برای دفع ضرر از این فرد، حکم به ضمان حبس‌کننده نسبت به عمل از دست‌رفته محبوس صادر کرد؟ یا اینکه در صورت استنکاف زوج از پرداخت نفقه زوجه بدون عذر شرعی که باعث ضرر به زوجه می‌شود، آیا می‌توان به استناد قاعده لاضرر، معتقد بود که طلاق زن به وسیله دادگاه و حاکم شرع جایز است؟

حکم به حرمت ضررهای معنوی مانند سلب اعتبار و آبروی شخصی، نادیده‌گرفتن حق مؤلف در ذکر نام وی بر جلد اثرش و وجوب جبران آن و نیز الزام جانی به جبران هزینه‌های درمان و بیمارستان، علاوه بر دیه جنایت، مثال‌های دیگری از احکام وجودی‌اند که در صورت پذیرش کارآمدی این قاعده در اثبات احکام، می‌توان آنها را پذیرفت.

کاربرد این قاعده برای استنباط احکام جدید، مسئله‌ای معرکه‌آراست که میان فقها مورد اختلاف است. برخی مانند میرفتاح مراغی (میرفتاح مراغی، ۱۴۱۸، ص ۳۲۲) و مکارم شیرازی (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ج ۱، ص ۸۶)، کاربرد این قاعده را در عدمیات پذیرفته‌اند و بعضی مانند نائینی (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۲۲۱ / همان، ج ۱، ص ۳۲۲)، بجنوردی (بجنوردی، ۱۳۸۹، ج ۱، ص ۲۰۰) و فاضل نراقی (نراقی، ۱۴۱۷، ص ۵۵)، با آن به مخالفت برخاسته‌اند.

مرحوم سیدکاظم طباطبایی یزدی در مسئله نفقه زوجه، معتقدند: در صورت استنکاف زوج از پرداخت نفقه زوجه، طلاق زوجه از سوی حاکم، جایز است و دلیل آن را قاعده لاضرر بیان کرده‌اند و این مطلب، گویای آن است که ایشان عملاً کاربرد این قاعده را در اثبات احکام پذیرفته‌اند (ر.ک به: ایروانی، ۱۴۱۷، ج ۱، ص ۱۴۴). سخن مرحوم شیخ انصاری نیز در این باره ابهام دارد و با وجود آنکه در ابتدا اظهار می‌دارند که لاضرر، احکام وجودیه را نفی می‌کند و در نفی احکام عدمی، اشکال وجود دارد، در ادامه مطلب می‌فرمایند: به وسیله این قاعده، مجعولات نفی نشده است، بلکه منفی در این قاعده هر چیزی است که به واسطه تدبیر به دین اسلام حاصل شود، خواه وجودی باشد یا عدمی (انصاری، ۱۳۷۵، ص ۳۷۳).

کارآمدی قاعده در صورت پذیرش آن، در نفی احکام عدمی در حد بسیار بالایی افزایش می‌یابد و این قاعده را به صورت یک قاعده عام که در همه مباحث جدید و مسائل مستحدثه و موارد سکوت شرع، راهگشایی می‌کند، بالا می‌برد و می‌تواند باعث پویایی، گسترش و انعطاف‌پذیری هرچه بیشتر فقه شود؛ ولی آنچه نباید از نظر دور داشت اینکه این گونه تلقی از قاعده لاضرر، این قاعده را به اصل «استصلاح» نزدیک کرده، با آن مشابه می‌سازد؛ اصلی که در فقه اهل سنت پذیرفته شده است (صابری، ۱۳۷۹، ص ۲۳۵)؛ ولی به شدت مورد انکار شیعه قرار گرفته، حجت شناخته نشده است (جناتی، ۱۳۶۹، ص ۵۷-۷۳). همین اصل است که می‌تواند مانند اصل استحسان و قیاس به تشنت و تکثر فقهی و تعدد مذاهب فقهی بیانجامد و در درازمدت، کارآمدی کل فقه را در اداره جامعه اسلامی مورد تردید قرار دهد و به انسداد اجتهاد منجر شود؛ یعنی همان وضعیتی که در جوامع اهل سنت اتفاق افتاد (الاشقر، [بی‌تا]، ص ۱۴۶). همچنین

می‌تواند با ادله فراوان و آشکاری که در موارد سکوت شرع ما را به سکوت دعوت می‌کند (فیض الاسلام، [بی‌تا]، ش ۱۰۲) و حلال محمد را حلال تا روز قیامت می‌شمارد (کلینی، ۱۳۶۰، ج ۲، ص ۱۷)، در تضاد قرار گیرد.

۴. کارآمدی قاعده لاضرر در ضرر به خود

بی‌شک آنچه می‌تواند محل کاربرد این قاعده باشد، در مواردی است که عملی به قصد اضرار به غیر صورت گرفته باشد و به همین دلیل در برخی قوانین موضوعه ایران، بعضی اعمال ضرری به قید «قصد ضرر رساندن» مقید شده‌اند (قانون تعزیرات حکومتی، ماده ۴ و ۶۰)؛ ولی در اینکه آیا این قاعده در بیش از این مورد نیز کارایی داشته باشد، تردیدهای زیادی به وسیله فقها صورت گرفته است (خویی، ۱۴۱۰، ج ۴، ص ۴۲۰ / همان، ج ۵، ص ۸۱ / خویی، [بی‌تا]، ج ۱، ص ۴۳۸ / سیستانی، ۱۴۱۴، ص ۲۸۸ / روحانی، ۱۴۱۲، ج ۳، ص ۴۳۳ / همان، ج ۲۴، ص ۹۸-۹۷)؛ از جمله مواردی که درباره آن میان فقها اختلاف نظرهایی صورت گرفته است که کاربرد لاضرر در ضرر به خویش است.

برخی، اضرار به خود را به طور مطلق حرام دانسته‌اند (انصاری، ۱۳۷۵، ج ۲، صص ۱۱۵، ۱۲۴، ۴۵۲ و ۴۵۵) و بعضی فقط در صورتی حرام می‌دانند که آن اضرار با غرض عقلانی صورت نگرفته باشد (خویی، ۱۴۱۰، ج ۴، ص ۴۲۰ / همان، ج ۵، ص ۸۱ / خویی، [بی‌تا]، ج ۱، ص ۴۲۸ / سیستانی، ۱۴۱۴، ص ۲۸۸ / روحانی، ۱۴۱۲، ج ۲۴، ص ۹۸-۹۷ / روحانی، ۱۴۱۲، ج ۳، ص ۴۳۳ / بهسودی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۵۴۹) و ضرر رساندن به خود را فقط در صورتی حرام دانسته‌اند که در حد هلاکت باشد و گفته‌اند قاعده لاضرر، دلالتی بر ضرر رساندن به خود ندارد و اضرار به خود فقط اگر در حد هلاکت باشد، مشمول دلیل «لَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ» (بقره: ۱۹۵) شده است و حرام می‌شود؛ ولی در صورتی که کمتر از حد هلاکت باشد، به دلیل عدم دلیل نمی‌تواند حرام باشد (همان).

شاید فتاوی مبهمی که بعضی از فقها درباره اعمالی که ضرری بودنشان بر هیچ‌کس پوشیده نیست، صادر می‌کنند مانند اعتیاد به مواد مخدر و قه‌زنی و اینکه به صراحت

حرام بودن آنها را اعلام نمی‌کنند و از واژه‌هایی همچون «جایز نیست» و «باید اجتناب شود» استفاده می‌کنند و با شرط و شروط خاصی مسئله را بیان می‌دارند (ویژه‌نامه ش ۱، ۲ و ۳ ستاد مبارزه با مواد مخدر / هفته‌نامه افق حوزه، پیش‌شماره ۳۵)، ریشه در چنین دیدگاه و استدلالی داشته باشد و شاید راه حل مناسب این مشکل، بازخوانی ادله لاضرر باشد؛ به گونه‌ای که شامل اضرار به خود نیز باشد.

گرچه لغت‌شناسان به صراحت یا به طور ضمنی ضرر را خسارت زدن به دیگری معنا کرده‌اند (ابن منظور، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۴۸۲)؛ ولی به نظر می‌رسد این بزرگواران با این پیش‌فرض که ضرر معمولاً به دیگری زده می‌شود، این نظرها را داده‌اند 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 نکرده‌اند (زبیدی، [بی‌تا]، ج ۳، ص ۲۴۷).

با این اوصاف، مدلول لاضرر، 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 لاضرر، شامل ضرر به خود نیز می‌باشد.

۵. کارآمدی قاعده لاضرر در تعارض ضررها

یکی از مواردی که کاربرد قاعده لاضرر در آن مورد تردید قرار گرفته است، درباره تعارض ضررهاست و در مواردی که هم عدم اجرای لاضرر باعث ضرر است و هم اجرای آن؛ مانند مواردی که تصرف مالک در ملک خودش باعث ضرر به دیگری است و عدم تصرف آن باعث ضرر به خود اوست یا موردی که دفع ضرر از یک فرد، مستلزم ورود ضرر به شخص دیگری است (ر.ک به: انصاری، [بی‌تا]، ص ۵۳۸ به بعد / بجنوردی، ۱۳۸۹، ج ۱، ص ۲۰۲ به بعد)، در این گونه موارد، در حقیقت قاعده لاضرر با خودش در تضاد می‌افتد. بیشتر مواردی که در جامعه مورد

ابتلاست، از این گونه موارد است؛ زیرا مواردی که ضرر یک‌سویه و یک‌جانبه است، معمولاً حکم آن روشن است و نیاز به بحث فقهی ندارد، حتی مورد حدیث؛ یعنی دعوی سمره و مرد انصاری نیز می‌تواند از مصادیق تعارض ضررها به حساب آید؛ زیرا دفع ضرر از انصاری، مستلزم ورود ضرری به سمره بود و دفع ضرر از سمره، مستلزم ورود ضرر به مرد انصاری بود. اگر قاعده لاضرر بتواند راهکار مناسب را درباره تعارض ضررها به روی ما بگشاید، قاعده‌ای بسیار کارآمد و مورد نیاز خواهد بود؛ ولی متأسفانه در این باره اتفاق نظری وجود ندارد و بیشتر فقها قاعده لاضرر را درباره تعارض ضررها، اگر هیچ‌کدام از دو ضرر اهم نباشد و جمع هم امکان‌پذیر نباشد، کارآمد نمی‌دانند (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ج ۱، ص ۹۸) و می‌گویند: این قاعده به ضرر یک طرف به دیگری انصراف دارد (ر.ک به: بجنوردی، ۱۳۸۹، ج ۱، ص ۲۰۵ / انصاری، [بی‌تا]، ص ۵۳۸) و تعارض ضررها، بالانصراف از موارد شمول این قاعده خارج است؛ زیرا اجرای قاعده برای دفع ضرر از یک سو با اجرای قاعده برای دفع ضرر از سوی دیگر، متعارض است و تساقط می‌شود؛ پس به ناچار باید به ادله دیگر رجوع کرد.

نتیجه

۱. قاعده لاضرر در اصل و مبنای خود، مسلّم فیه و مورد اتفاق فریقین است؛ ولی در چگونگی تفسیر مفاد آن، نظرهای متعددی وجود دارد که در دو نظر عمده «نفی» و «نهی»، قابل دسته‌بندی‌اند.
۲. میزان کارآمدی قاعده لاضرر، براساس هریک از نظرهای موجود در مفاد آن متفاوت است و از نوسان بسیاری برخوردار است.
۳. براساس نظریه نفی، قاعده لاضرر بیشترین کارآمدی و براساس نظریه نهی سلطانی کمترین کارآمدی را دارد.
۴. به اعتقاد برخی فقها، قاعده لاضرر در نهی و تحریم ضرر به خود کاربردی ندارد؛ ولی برخی این قاعده را در این باره نیز کارآمد می‌دانند.
۵. در کاربرد این قاعده برای اثبات حکم جدید در موارد سکوت شارع، اتفاق نظر

وجود ندارد و مخالفان و موافقان زیادی دارد.

۶. قاعده لاضرر در صورت تعارض ضررها کاربرد ندارد و در این گونه موارد با صرف نظر از لاضرر و تساقط آن به دلیل تعارض با خودش باید به ادله دیگر مراجعه کرد.

۷. با توجه به اینکه این قاعده در هریک از نظرها به شکلی مجوز تعطیل بعضی از احکام شرعی و دخل و تصرف در حقوق و تکالیف افراد و به تبع آن، محدودکردن حقوق مالکیت‌ها و آزادی‌های اشخاص است، با دو قاعده استصلاح و استحسان که در فقه اهل سنت مورد استفاده است، ولی حجیت‌شان در فقه شیعه مردود شناخته شده است، در مواردی شباهت زیادی دارد و می‌تواند نتایج نادرست و نقاط ضعف آنها را نیز به دنبال داشته باشد؛ از این رو، این نوشتار می‌تواند زمینه‌ساز تحقیق‌های بعدی درباره شباهت‌ها و تفاوت‌های این قاعده با آن دو، برای پیشگیری از به وجود آمدن تبعات نامطلوب آن دو اصل مردود برای این قاعده مسلم فیه و متفق علیه باشد.

منابع

١. ابن اثیر، مجدالدین ابوالسعادات؛ *النهاية في غريب الحديث*؛ ج ٣، مصر: مطبعة العثمانية، ١٣١١ق.
٢. ابن زهره حلبی، ابوالمکارم؛ «غنية النزوع الى علمي الاصول والفروع»؛ مجموعة *الجوامع الفقهية*؛ تهران: انتشارات جهان، [بی تا].
٣. ابن منظور، جمال الدین محمد بن مکرم؛ *لسان العرب*؛ ج ٤، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ١٤٠٨ق.
٤. احمد بن حنبل؛ *ابو عبدالله؛ مسند*؛ بیروت: مسند دار صادر، [بی تا].
٥. آخوند خراسانی، محمد کاظم؛ *حاشیه بر مکاسب*؛ تهران: انتشارات وزارت ارشاد اسلامی، ١٤٠٦ق.
٦. —؛ *کفاية الاصول*؛ ج ١، قم: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، ١٤٠٩ق.
٧. الاشقر، عمر سلیمان؛ *تاریخ الفقه الاسلامی*؛ کویت: مکتبه الفلاح للنشر والتوزیع دار النفائس، [بی تا].
٨. انصاری، مرتضی؛ *المکاسب المحشی* (چاپ اطلاعات)؛ تعلیقات سید محمد کلانتر؛ ج ٢، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ١٣٧٥ق.
٩. —؛ *فرائد الاصول* (رسائل)؛ تحقیق و مقدمه عبدالله نورانی؛ ج ٢، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، [بی تا].
١٠. ایروانی، باقر؛ *القواعد الفقهية*؛ ج ١، ج ١، قم: مؤسسه الفقه للطباعة والنشر، ١٤١٧ق.
١١. بجنوردی، سید میرزا؛ *القواعد الفقهية*؛ ج ١، نجف: مطبعة الآداب، ١٣٨٩ق.
١٢. بهسودی، محمد سرور الواعظ الحسینی؛ *تقرير درس آیت الله الخویی*؛ ج ٣، ج ٥، قم: مکتبه الداوری، ١٤١٧ق.
١٣. پاپکین، ریچارد و آروم استرول؛ *کلیات فلسفه*؛ ترجمه سید جلال الدین مجتبی؛ ج ٥، تهران: انتشارات حکمت، ١٣٦٨.

۱۴. پاکتچی، احمد؛ دایرةالمعارف بزرگ اسلامی؛ ج ۸، تهران: مرکز دایرةالمعارف، ۱۳۸۰.
۱۵. پژوهشکده فقه و حقوق مرکز مطالعات و تحقیقات اسلامی؛ مأخذشناسی قواعد فقهی؛ ج ۱، قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۳۷۹.
۱۶. جناتی، محمدابراهیم؛ «جایگاه استصلاح و مصالح مرسله در منابع اجتهاد»؛ کیهان اندیشه؛ ش ۳۱، مرداد و شهریور ۱۳۶۹.
۱۷. حرّ عاملی، محمدحسن؛ وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة؛ بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۳۹۱ق.
۱۸. حلّی، جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر (علامه)؛ تذکرة الفقهاء؛ ج ۱، نسخه خطی، تهران: مکتبة المرتضویه، [بی تا].
۱۹. —؛ قواعد الاحکام؛ ج ۱، قم: انتشارات رضی؛ ۱۴۰۴ق.
۲۰. حلّی، محمد بن حسن (فخرالمحققین)؛ ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد؛ قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۷.
۲۱. خمینی، سیدروح الله؛ الرسائل؛ قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۵ق.
۲۲. —؛ تحریر الوسیله؛ ج ۲، ج ۲، قم: مؤسسه مطبوعاتی دارالعلم، [بی تا].
۲۳. خویی، سیدابوالقاسم؛ التنقیح فی شرح العروة الوثقی «کتاب الطهارة الاولى» (تقریرات درس آیت الله خویی)؛ تألیف سیدعلی غروی تبریزی؛ ج ۴ و ۵، ج ۳، قم: دارالهادی للمطبوعات، ۱۴۱۰ق.
۲۴. —؛ کتاب الصوم؛ ج ۱، [بی جا]؛ [بی نا]، [بی تا].
۲۵. —؛ معتمد العروة الوثقی «کتاب الحج» (محاضرات درس آیت الله خویی)؛ تألیف احمدرضا خلخالی؛ ج ۴، قم: انتشارات لطفی، ۱۴۰۷ق.
۲۶. روحانی، سیدمحمدصادق؛ زیدة الاصول؛ ج ۳، قم: مدرسة الامام الصادق علیه السلام، ۱۴۱۲ق.
۲۷. —؛ فقه الصادق؛ ج ۳ و ۲۴، قم: دارالکتاب، [بی تا].
۲۸. زبیدی، محمد مرتضی؛ تاج العروس من جواهر القاموس؛ ج ۳، بیروت: مکتبة الحیاة، [بی تا].

۲۹. سیستانی، سیدعلی؛ قاعده لاضرر (محاضرات درس آیت الله سیستانی)؛ ج ۱، قم: مکتبه آیت الله سیستانی، ۱۴۱۴ق.
۳۰. شریعت اصفهانی، فتح الله بن محمد (شیخ الشریعه اصفهانی)؛ قاعده لاضرر و لاضرار؛ ج ۱، بیروت: دارالاضواء، ۱۴۰۷ق.
۳۱. شواره، عبدالجبار احمد؛ نظریه نفی الضرر فی الفقه الاسلامی المقارن رابطة الثقافة والعلاقات الاسلامیة؛ [بی جا]: [بی نا]، ۱۴۱۸ق.
۳۲. صابری، حسن؛ «استصلاح و پویایی فقه»؛ مجله دانشکده الهیات و معارف اسلامی؛ مشهد: دانشگاه فردوسی، ش ۴۹ و ۵۰، پاییز و تابستان ۱۳۷۹.
۳۳. صدوق، ابوجعفر محمد بن بابویه قمی (شیخ صدوق)؛ من لایحضره الفقیه؛ ج ۳، بیروت: دارالصعب و دارالتعارف، ۱۴۰۴ق.
۳۴. طوسی، محمد بن حسن؛ الخلاف؛ ج ۱، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، [بی تا].
۳۵. عاملی، زین الدین (شهید ثانی)؛ الدراییة؛ نجف: مطبعة النعمان (قام بنشره محمد جعفر الابراهیم)، ۱۴۰۹ق.
۳۶. الفاضل التونی، عبدالله بن محمد، الوافیة؛ تحقیق سید محمد حسین رضوی کشمیری، [بی جا]: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۲ق.
۳۷. فیض الاسلام، سیدعلینقی؛ ترجمه و شرح نهج البلاغه؛ [بی جا]: [بی نا]، [بی تا].
۳۸. قانون تعزیرات حکومتی مصوب ۱۳۶۷/۱۲/۲۳؛ روزنامه رسمی؛ ش ۱۲۸۴۲، ۱۳۶۸/۱/۱۰.
۳۹. کلینی، محمد بن یعقوب؛ فروع کافی؛ ج ۲، تهران: نشر المکتبه الاسلامیة، ۱۳۶۰.
۴۰. محقق داماد، سید مصطفی؛ قواعد فقه (بخش مدنی مالکیت و مسئولیت)؛ ج ۲، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۳.
۴۱. مکارم شیرازی، ناصر؛ القواعد الفقهیة؛ ج ۱، قم: انتشارات مدرسه امیر المؤمنین علیه السلام، ۱۴۱۱ق.
۴۲. میرفتاح مراغی، عبدالفتاح بن علی؛ العناوین؛ ج ۱، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ق.

۴۳. نائینی، محمدحسین؛ منیة الطالب فی حاشیة المکاسب؛ تقریر موسی نجفی خوانساری؛ ج ۱ و ۲، تهران: مطبعة حیدریة، ۱۳۷۳ق.
۴۴. نجفی، محمدحسن؛ جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام؛ محقق عباس قوچانی؛ ج ۳۷، چ ۷، تهران: دارالکتب الاسلامیة، ۱۳۶۷.
۴۵. نراقی، مولی احمد؛ عوائد الایام؛ چ ۱، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ق.
۴۶. نوری طبرسی، میرزا؛ مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل؛ چ ۲، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، [بی تا].
۴۷. هفته نامه افق حوزه؛ پیش شماره ۳۵، ۲۸ مهر ۱۳۸۲.
۴۸. ویژه نامه ش ۱، ۲ و ۳ ستاد مبارزه با مواد مخدر.

