

قاعده لاضرر و تطبیق آن بر مصادیق روز جامعه

معصومه اسدی نیان

کارشناسی ارشد رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی

چکیده

یکی از مشهورترین قواعد فقهی که در بیشتر ابواب فقه مانند عبادات، معاملات و غیره به آن استناد می‌شود، قاعده لاضرر است و مستند بسیاری از مسائل فقهی همین قاعده می‌باشد. اهمیت قاعده مذکور به حدی است که بسیاری از فقهاء از گذشته دور و نزدیک در تألیفات و تقریرات خود رساله مستقلی را به آن اختصاص داده‌اند. افراد در زندگی روزمره، در هنگام انجام کارهای مختلف و به دلایل گوناگون ممکن است خواسته یا ناخواسته خساراتی به وسایل و اموال سایرین وارد کرده و موجب ورود ضرر و زیان مالی به این افراد شوند. اما با این وجود ضرر و زبانی که ممکن است به افراد وارد شود همیشه به معنای تخریب کامل وسایل یا ورود آسیب به اموال آنها نیست بلکه در مواردی ممکن است این خسارات به دلایل دیگری به فرد وارد شود؛ و شامل موارد معنوی هم باشد ولی در این تحقیق ما به بررسی مصادیق مهم آن در جامعه پرداختیم.

واژه‌های کلیدی: ضرر، ضرار، ایدز، پیوند اعضا، تشریح جسد.

مقدمه:

یکی از ظرفیت‌های مهم فقهی برای حل پاره‌ای مشکلات، قاعده لاضرر است. این قاعده در صورتی که افزون بر حکم تکلیفی، بر احکام وضعی دلالت کند، در قانونگذاری کلان کاربرد ویژه پیدا می‌کند. دلالت روایات لاضرر بر احکام وضعی در صورتی روشن‌تر است که مراد از «لا» در روایات، ناهیه بوده و نهی، تحریمی باشد. در این صورت، به دلالت التزامی احکام وضعی از روایات استنباط می‌شود. ضرر ممکن است مادی باشد یا معنوی و گاهی هردو جنبه را دار است و علاوه بر این ممکن است جسمانی باشد و دورو شکلی برای جبران خسارت وجود دارد یکی جبران عینی و دیگری جبران بدلی که هریک از این دو شیوه اشکال مختلفی دارد و حقوق ایران و فقه اسلامی نیز شیوه‌های مزبور پذیرفته شده‌اند و حداقل در خصوص ضررهای مالی جبران عینی ارجحیت دارد لکن در باب ضررهای جسمانی جبران بدلی دارای تقدم است. از سویی در حقوق ایران روش جبران خسارت‌های جسمانی کامل نیست. جبران مالی ضررهای معنوی نه در قوانین و نه در رویه قضایی جایگاه شفافی ندارد ولی در مورد ضررهای مالی در فقه و حقوق ما کاملاً در این مورد شفاف سازی شده.

-تحقیق در مفهوم ضرر

در کتاب قاموس «ضرر» به معنی خسارت و زیان در برابر نفع و بهره و سود قرار دارد. تقابل ضرر و نفع را می‌توان به چهار صورت زیر تصور کرد: الف) تقابل تضاد؛ مانند تقابل رنگ‌های متضاد. ضرر به معنای خسارت و زیان در برابر نفع و بهره و سود قرار دارد. تقابل ضرر و نفع را می‌توان به چهار صورت زیر تصور کرد:

الف: تقابل تضاد؛ مانند تقابل رنگ‌های متضاد. در این صورت هر کدام از ضرر و نفع، امر وجودی محسوب میشوند که در یک جا جمع نمی‌شود اما امکان آن هست که کار یا چیزی را فقدان دو فرض کنیم؛ بدیهی است باچنین فرضی نمی‌توان گفت فقدان نفع، ضرر محسوب می‌شود زیرا ممکن است هیچکدام وجود نداشته باشد. ب: در پاره‌ای موارد دو شیء متضاد به گونه‌ای هستند که در عین امر وجودی بودن، همان طور که اجتماعشان ممکن نیست، افتراقشان هم نشاید؛ این گونه موارد را «ضدان لا ثالث لهما» می‌گویند؛ بنابراین احتمال، اگر در موردی نفع نبود خواه نا خواه خسارت صادق خواهد بود و برای اثبات خسارت کافی است که نفعی در میان نباشد. ج: تقابل عدم و ملکه به این معنی که خسارت حالتی است که از نبود نفع در جایی که شایستگی نفع دهی را دارد، انتزاع می‌شود؛ مانند علم که طبیعتاً نافع است و هر گاه کسی از آن نفعی نبرد خواه ناخواه زیان کرده است. اما اگر چیزی ذاتاً نفعی نداشته باشد فقدانش زیان محسوب نمی‌شود. د: ناقض به این معنی که سود را امر وجودی و زیان و ضرر را امر عدمی فرض کنیم و در این حالت طبعاً وقتی سود نباشد ضرر صدق خواهد کرد. ضرر به این معنی گرچه در نتیجه با ضرر به معنی دوم، یکسان است ولی در معنی تفاوت اصولی بین آن دو وجود دارد که در معنی دو نفع و ضرر هر دو به امر تفسیر شده ولی در معنی چهارم (تناقض) ضرر به معنی امر عدمی و عدم نفع دانسته شده است. (محقق داماد، ۱۳۷۳، ۱۴۲).

در نهاییه ابن اثیر و مجمع البحرین ضرر را نقص در حق دانسته‌اند. مصباح المنیر ضرر را به معنای عمل مکروه نسبت به یک شخص یا نقص در اعیان می‌گیرد. مفردات راغب اصفهانی ضرر را به سوء حال تفسیر می‌کند اعم از اینکه سوء حال نفس به خاطر قلت علم و فضل یا سوء حال بدن به خاطر فقدان عضوی از اعضاء و یا به خاطر قلت مال و آبرو.

اختلاف نظر بین لغوتین به علت استعمالات مختلف کلمه ضرر امری طبیعی است. ولی در مجموع می‌توان گفت: در مورد نفس و مال کلمه ضرر استعمال می‌شود؛ اما در مورد فقدان احترام و تجلیل و آبرو، کلمه ضرر کمتر استعمال می‌شود. مثلاً گفته می‌شود فلان در آن معامله ضرر کرد، یا داروئی که مصرف کرد مضر بود و یا برایش ضرر داشت ولی اگر کسی از دیگری هتک آبروئی بکند اصطلاحاً گفته نمی‌شود که به او ضرر زده است، باید دانست در بعضی از مقررات اخیر التصویب، مانند قانون

مسئولیت مدنی که ریشه فرنگی دارد، این معنا رعایت نشده و ضرر در مورد خسارت معنوی هم استعمال شده است که شاید معادل ضرار باشد.

به نظر امام خمینی مد ظله ضرر به معنای ضد نفع و مقابل نفع است؛ اما کلمه ضرار دارای معانی مختلفی است. ضرار بر وزن فعال مصدر باب مفاعله است. باب مفاعله دلالت بر اعمال طرفین می‌کند. پس ضرار که مصدر باب مفاعله است میباید امکان ورود ضرر بر دو جانب است بر خلاف ضرر که همیشه از یک طرف علیه طرف دیگر ایجاد می‌شود (محقق داماد، همان، ۱۴۳).

حسینی مراغه ای در کتاب خود نظر شیخ انصاری را اینگونه می‌گوید: شیخ انصاری، پس از نقل باره ای از روایات مستند این قاعده و ادعای تواتر آنها، می‌نویسد: «فالمهم بیان معنی الضرر، اما الضرر فهو معلوم عرفاً، ففي المصباح، الضر بفتح الضاد مصدر ضره یضره اذا فعل به مکروها» (حسینی مراغه ای ۱۴۱۸، ۱۱۱: ۲) ... و قد یطلق علی نقص فی الاعیان... وفي النهاية معنی قوله (ع) لا ضرر: ایی ضرر الرجل اخاه بانی نقصه شیئاً منحقوقه. (نراقی، ۱۳۷۵، ۵۱) مصباح المنیر: ضرر، عمل ناپسند نسبت به دیگران و یا نقص در اعیان باشد. امام خمینی «رحمه الله»، پس از نقل قولهای گوناگون از کتابهای لغت و با استمداد از آیات قرآن می‌نویسد: "ضرر" و "اضرار"، بیشتر، به معنای کاستی وارد کردن در مال و جان به کار برده شده است؛ ولی "ضرار"، به معنای در تنگنا قرار گرفتن و رساندن ناراحتی و زبان به دیگران (زیانهای معنوی) می‌باشد. بنابراین، "ضرار" به معنای ضرر، اضرار بر ضرر، مجازات بر ضرر و یا ضرر متقابل نیز، نیست. (نائینی ۱۳۷۳، ۳۰۱: ۲)

-فرق ضرر با ضرار

قاعده لا ضرر از قواعد مهم و مشهور فقهی است که در ابواب گوناگون فقه کاربرد دارد، از این رو، فقهای بسیاری در مورد این قاعده نظرات خود را در قالب درس، رساله و کتاب بیان کرده‌اند. آیت الله سیستانی نیز در درس خود به این بحث پرداخته‌اند که توسط فرزند ایشان به زبان عربی تحت عنوان "قاعده لا ضرر و لا ضرار" تدوین شده است. ایشان پس از ذکر روایات مربوط به این قاعده در دومین فصل این رساله ابتدا به طور تفصیلی معانی لغوی کلمات این حدیث را تشریح کرده‌اند و سپس در سه مقام به مباحث آن پرداخته‌اند. در مقام اول مفاد ریشه "ضرر" را بررسی کرده‌اند و در مقام دوم که مورد بحث ما در اینجا است به مفهوم هیئت کلمات "ضرر"، "ضرار" و "اضرار" پرداخته‌اند و در مقام سوم درباره مفاد هیئت ترکیبیه این حدیث یا به عبارت دیگر فقه الحدیث آن بحث کرده‌اند.

آیت الله سیستانی در مورد ماده «ضرر» می‌فرماید: (سیستانی ۱۴۱۴ ق، ۱۱۵ و ۱۱۶) به حسب هیئت، "ضرر" اسم حدث است و اسماء احداث به سه قسم: دال بر معنی مصدری، دال بر معنی اسمی و دال بر معنی اسمی و مصدری مشترکاً، تقسیم می‌شوند. به گفته ایشان فرق معنوی مصدر «زیان زدن» با اسم مصدر «زیان» این است که در معنای مصدری یک نوع نسبت تقییدیه ناقص وجود دارد؛ ولی در معنای اسم مصدری چنین نسبتی نیست بلکه خود معنا مراد است. پس نسبت مصدر به اسم مصدر، نسبت «ایجاد و وجود» است که در خارج یکی هستند ولی در عالم اعتبار مختلف‌اند. مثلاً وقتی می‌گوییم: «زیان زدن» یعنی کسی این زیان زدن را انجام داده است؛ ولی وقتی می‌گوییم: «زیان» دیگر نسبتی در آن نیست و از هر فاعلی به هر مفعولی ممکن است صورت بگیرد. یا مثلاً وقتی «علم: دانستن» بدون در نظر داشتن نسبت آن به عالم و معلوم ملاحظه شود، در اینجا معنای اسمی دارد چنانچه در مفعول مطلق می‌آید، می‌گوییم: «علمت علماً» یعنی دانستم دانستنی که مطلق دانش منظور است؛ ولی اگر در هیئت منسوب به عالم ملاحظه شود، معنای مصدری دارد مثل «علمٌ زید بكذا محرزٌ» یعنی علم زید به فلان مطلب محرز است. این فرق معنوی مصدر و اسم مصدر بود اما فرق لفظی آن در زبان فارسی روشن است زیرا معمولاً مصدر به حرف «نون» ختم می‌شود مثل: رفتن و رفتار؛ گفتن و گفتار؛ گشتن و کشتار، کردن و کردار؛ گردیدن و گردش» ولی در زبان عربی غالباً به لحاظ لفظی فرقی ندارند و هر دو معنا با یک لفظ استعمال می‌شوند و باید از خصوصیات

کاربرد، مصدر را از اسم مصدر تشخیص دهیم. پس از ذکر این مقدمه ایشان می‌فرمایند: الظاهر إن لفظه "الضرر" اسم مصدر كما عدها بعض علماء اللغة لأن المعنى المنساق منها لا يتضمن النسبة التقييدية. (سیستانی ۱۴۱۴، ۱۱۶)

ظاهراً لفظ «ضرر» اسم مصدر است چنانچه برخی از واژه‌شناسان گفته‌اند، زیرا مفهومی که از این کلمه به ذهن متبادر می‌شود، متضمن نسبت تقييدیه نیست. با تفحصی که انجام شد ظاهراً مقصود ایشان از برخی واژه‌شناسان، جوهری در صحاح است، وی می‌گوید: الضَّرُّ: خلاف النفع؛ و قد ضَرَّه و ضَارَّهَ بمعنی؛ و الاسم الضَّرُّ. (جوهری ۱۴۰۷، ۷۱۹: ۲) "ضَرَّ" مقابل سود است. «ضَرَّه» (ثلاثی مجرد آن) و "ضارّه" (باب مفاعله آن) یکسان است و اسم آن "ضرر" است. ایشان در مورد کلمه "ضرار" می‌فرمایند: أما "الضرار" فهو مصدر علی وزن (فعال) لباب (فاعل یفاعل) و المصدر الآخر لهذا الباب هو (المفاعلة) یقال: ضاره یضاره مضارّة و ضاراً و یعبر عن هذا الباب بباب المفاعلة نسبةً إلى أشهر مصادرها. (سیستانی ۱۴۱۴، ۱۱۶) اما کلمه "ضرار" مصدر است بر وزن «فعال» برای باب "فاعل یفاعل" و مصدر دیگر این باب «مفاعله» است، گفته می‌شود: "ضارّه، یضاره، مضارّة و ضارراً" و از این باب به مشهورترین مصادر آن یعنی «مفاعله» تعبیر می‌شود. ایشان در ادامه می‌گویند مشهور است که باب مفاعله به معنای مشارکت است و سپس در چندین صفحه به نقد آن و دیگر معانی بیان شده در باره این باب می‌پردازند؛ بنابراین، به نظر ایشان فرق "ضرر" با "ضرار" این است که اولی اسم مصدر و به معنای «زیان» است و دومی مصدر و به معنای «زیان رساندن» است پس معنای حدیث می‌شود: نه زیان و نه زیان رساندن وجود ندارد. خلاصه ایشان بر اساس همین معنا، مبنای فقه الحدیثی خودشان را مترتب کردند.

-نظر برگزیده

به نظر ما با وجود این اختلافاتی که در معنای "ضرر" و "ضرار" وجود دارد، نمی‌توان به هیچ یک از آنها استناد کرد و بر پایه آن روایت را معنا کرد، روایتی که خود اساس یک قاعده مهم و مشهور فقهی است، زیرا با اینکه برخی از معانی از طرف بزرگان و فحول از فقها مطرح شده است، با این حال خود همین اختلاف نظر نشان می‌دهد که اینها نظراتی نیست که بتوان برای معنا کردن روایت به آنها اعتماد کرد. از این رو؛ باید با تکیه بر قراین به فقه الحدیث این روایت بپردازیم تا معنای روایت روشن شود.

- اهمیت قاعده لاضرر

قاعده لا ضرر از چند حیث برای فقها حائز اهمیت فقهی است: به لحاظ کثرت فروع آن و کاربرد وسیعی که این قاعده در ابواب فقه دارد؛ به طوری که کمتر بابی از فقه می‌توان یافت که فاقد فروع و مصادیق آن باشد. مشکلاتی که قاعده مزبور از نظر مستندات، ادله و نیز به لحاظ موارد گسترده به خصوص تطبیق با آن مواجه است. (محقق داماد ۱۳۷۳، ۱۴۳) میدان وسیع بحث و مناقشه که مفاد قاعده لا ضرر و مدلول محتوایی آن دارد.

- آیا تمسک به «قاعده لاضرر» صحیح است؟

در بررسی اجمالی قاعده لاضرر به این نتیجه رسیدیم: وارد کردن ضرر و زیان بر جان و مال مردم حرام و از نظر اسلام مورد نهی قرار گرفته است و بر اساس ادله ضمان اگر کسی به نحو مباشر یا سبب به مال یا جان فردی ضرر و نقصانی وارد کند، ضامن ضرر و نقصان خواهد بود؛ اما دو مورد، از مفاد این گونه احادیث خارج می‌باشد: یک. در صورتی که ضرری متوجه کسی یا مال وی گردد، اگر انسان بتواند آن ضرر را از او دفع کند، از مفاد این روایات نمی‌توان استفاده نمود که دفع چنین ضرری واجب و لازم می‌باشد. دو. اگر مال شخصی نزد فردی به امانت یا بر طبق قرارداد شرعی به مدت معینی قرار گیرد، ولی در این

مدت نقصی بر آن مال وارد گردد، از مفاد این روایات لزوم جبران نقص استفاده نمی‌شود؛ مگر آن که شخصی که مال نزد او می‌باشد به نحو مباشر یا سبب، مؤثر در نقص مال باشد.

بنابراین اگر پول رایج بر اساس قرارداد شرعی، مثل قرض یا به نحو امانت، مدت مدیدی نزد شخصی قرارگیرد و در این مدت ارزش پول کاهش پیدا کند، مقتضی و مدیون یا امانت دار هیچ گونه نقشی نه به نحو مباشر و نه سبب در کاهش ارزش پول نداشته باشد، بلکه کاهش ارزش پول علل اقتصادی و غیر اقتصادی دیگری داشته باشد، در این صورت ضامن نقصان و کاهش ارزش پول نخواهد بود. به علاوه این قاعده، حکم ضرری را بر می‌دارد، نه آن حکمی را که از نبودش زبانی پدید می‌آید، اثبات کند حتی اگر شخص امین یا مدیون بتواند از زیان وارد بر پول جلوگیری کند، یعنی مانع کاهش ارزش پول شود، از این قاعده نمی‌توان استفاده نمود و حکم به لزوم جلوگیری از کاهش ارزش پول را برای امانت دار یا مدیون صادر نمود هر چند وقوع ضرر بر مال داین یا امانت گذار غیر قابل انکار است. از این مطالب این امر مسلم است که برای وجوب جبران کاهش ارزش پول توسط مدیون نمی‌توان به این قاعده تمسک کرد.

- کاربرد قاعده "لا ضرر" در کلام فقها

آیت الله سبحانی فرموده اند که مشهور فقها در موارد فراوانی به این قاعده استدلال کرده‌اند. متن فرمایش ایشان چنین است: قد استدلّ المشهور بالقاعدة فی موارد كثيرة نشیر إلى أقل القلیل منها (الرسائل الأربع (للسبحانی)، ۴۵: ۲) ایشان در ادامه، کلام شیخ طوسی، ابن زهره و علامه را به عنوان نمونه ذکر می‌کنند. ولی بر اساس جستجویی که انجام شد، ظاهراً اینکه استفاده از این قاعده در میان متأخرین مشهور باشد، قابل قبول است؛ ولیکن در میان قدما خیلی رواج ندارد و چند مورد بیشتر یافت نشد که در اینجا برخی از آنها را بیان می‌کنیم.

اولین کسی که به فتوای او دسترسی داریم و به این قاعده استدلال کرده است، مرحوم ابن جنید اسکافی (قرن ۴ ق) است. ایشان در این مسئله که آیا حفر چاه یا ایجاد چشمه در نزدیکی چاه یا چشمه شخص دیگر که موجب کم شدن آب چاه یا چشمه او می‌شود، جایز است یا نه؟ به این قاعده استدلال کرده است و می‌فرماید: فان حفر فتبتین الضرر بذلک فعموم قوله صلی الله علیه و آله: "لا ضرر و لا ضرار" حاضر. (مجموعه فتاوی ابن جنید، ص ۲۲۳). اگر مشخص شود که حفر چاه موجب ضرر است، عموم روایت فوق مانع آن می‌شود.

همچنین شیخ طوسی (۴۶۰ ق) در کتاب *الخلافا* برای عدم لزوم بیع غبنی به این قاعده استدلال کرده است. ایشان پس از بیان قول شیعه مبنی بر حق خیار داشتن مشتری در چنین بیعی و قول عامه که نظرات دیگری ارائه کرده‌اند، می‌فرماید: دلیلنا: ما روی عن النبی صلی الله علیه وآله انقال: "لا ضرر ولا ضرار" و هذا ضرر، لأنه إذا اشتري ما يساوي عشرة بمائة فان ذلك غاية الضرر و قول النبی صلی الله علیه وآله يبطله (طوسی ۱۴۰۷، ۴۲: ۳) دلیل ما این روایت نبوی است که می‌فرماید: "لا ضرر و لا ضرار" و این ضرر است، زیرا اگر چیزی را که معادل ده (درهم) است، صد (درهم) بخرد، خیلی ضرر کرده است و این روایت آن را باطل می‌کند. ایشان در این مسئله هم که اگر خرماهای درخت نخلی قبل از رسیدنشان فروخته شود می‌فرمایند: فروشنده باید صبر کند تا آنها برسند و نمی‌تواند خریدار را ملزم به چیدن خرماها در همان زمان کند. یکی از دلایل ایشان در مقابل قول ابو حنیفه که قائل به چنین الزامی است، قاعده "لا ضرر" است. می‌فرماید: دلیلنا علی وجوب تبقيته: أن المرجع فی ذلك الى العادة و العادة جاریة أن الثمار لا تشتري إلا علی أن تأخذ فی أوانها، فأما قبل أوانها فان ذلك لم تجربه العادة؛ و لأن النبی صلی الله علیه وآله انقال: "لا ضرر ولا ضرار" و قطعها فی غیر وقتها فیه ضرر (طوسی ۱۴۰۷، ۸۱: ۳) دلیل ما بر وجوب باقی گذاشتن خرماها تا زمان رسیدن این است که مرجع در این موارد عادت (عرف) است و عادت بر این جاری است که میوه فروخته نمی‌شود مگر زمانی که رسیده باشد، اما فروش قبل از رسیدنش

خلاف عادت است. همچنین به خاطر این روایت نبوی که فرمود: "لا ضرر و لا ضرار" زیرا برداشت خرماها در غیر وقتش موجب ضرر است (که در این روایت نفی شده است). شیخ طوسی در مسئله بیع زمینی که در آن گندم یا جو وجود دارد نیز به دلیل همین روایت می‌فرماید: اگر به صورت مطلق و بدون اشتراط محصول فروخته شده باشد، مشتری باید تا زمان برداشت محصول صبر کند (طوسی ۱۴۰۷، ۸۳: ۳)

ایشان در این موارد روایت را بدون قید «فی الإسلام» نقل کرده است، اما در یک مورد نیز این روایت را به صورت «لا ضرر و لا ضرار فی الإسلام» آورده (طوسی ۱۴۰۷، ۴۴۰: ۳) که ظاهراً چون در مقام محاجه با اهل سنت بوده، بر اساس نقل خود آنها و از باب الزام خصم به این روایت استدلال کرده است، همان طور که درباره نقل شیخ صدوق چنین گفتیم.

قاضی ابن براج (۴۸۱ ق) نیز که یکی دیگر از قدماست مبنای «کتاب القسمة و البنیان» را همین روایت نبوی قرار داده است و بر اساس آن به صورت تفصیلی شقوق مختلف این بحث را بیان کرده است. بخشی از متن ایشان چنین است: «کتاب القسمة و البنیان»: روی عن رسول الله صلی الله علیه و آله انه قال: "لا ضرر و لا ضرار" فکل ما کان مشترکاً و هو مما یصح قسمته من غیر ضرر یتعلق بأحد الشراک فطلب بعضهم أو جمیعهم القسمة قسم ذلک بینهم و أخذ کل واحد منهم بحقه منه. (ابن براج ۱۴۰۶، ۵۷۳: ۲)

بحث تقسیم اموال و بناها. از رسول خدا (صلی الله علیه و آله و سلم) روایت شده که فرمود: ضرر و ضرررسانی ممنوع است. بنا بر این، در هر چیزی که میان چند نفر مشترک باشد و بتوان آن را بدون آنکه به یکی از شرکاء ضرری وارد شود، تقسیم نمود، اگر یکی از شرکاء یا همه آنها خواستار تقسیم آن شوند، میان آنها تقسیم می‌شود و هر یک حق خود را اخذ می‌کند. ابن زهره حلبی (۵۸۵ ق) نیز در همان بحث خیار غبن برای نفی لزوم بیع غبنی به همین روایت استدلال نموده است. (ابن زهره حلبی ۱۴۱۷، ۲۲۴) اینها مواردی بود که قدمای از فقها از این قاعده استفاده کرده بودند و طبق جستجوی ما غیر از این چهار نفر، کس دیگری از قدما به این روایت استدلال نکرده است، البته استدلال به دفع ضرر در میان آنها بدون استناد به این روایت یا این قاعده وجود دارد، چنانچه شیخ طوسی در المبسوط در مسئله وضوی کسی که آب برایش ضرر دارد، چنین کرده است، ایشان می‌فرمایند: إن خاف استعمال الماء لشدة البرد و أمکنه إسخانه و جب علیه ذلک؛ و إلا تیمم و صلی و لا إعادة علیه مسافراً کان أو مقيماً و من کان فی بعض جسده أو بعض أعضاء طهارته ما لا ضرر علیه و الباقی علیه جراح، أو علیه ضرر فی إیصال الماء إلیه جاز له تیمم و لا یجب علیه غسل الأعضاء الصحیحة و إن غسلها و تیمم کان أحوط. (طوسی ۱۳۸۷، ۳۵: ۵)

اگر از استعمال آب به خاطر شدت سرما می‌ترسد، اگر می‌تواند آن را گرم کند باید چنین کند و اگر نمی‌تواند تیمم می‌کند و نماز می‌خواند و دیگر اعاده آن لازم نیست، حال مسافر باشد یا غیر مسافر؛ و کسی که آب برای مقداری از بدنش یا برخی از اعضای وضویش ضرر ندارد و بقیه اعضایش زخم است یا رسیدن آب به آن ضرر دارد، می‌تواند تیمم کند و لازم نیست که اعضای سالمش را بشوید، البته اگر آنها را بشوید و تیمم هم بکند، احوط است. شیخ در این مسئله، بحث ضرر را مطرح کرده است و در برخی صور به خاطر ضرر قائل به تبدیل حکم وضو به تیمم شده است؛ ولی به قاعده "لا ضرر" روایت آن استنادی نکرده است. در واقع مستند ایشان در این حکم همان روایاتی است که اضرار به نفس را نهی می‌کرد.

با توجه به آنچه بیان شد، نتیجه می‌گیریم که: اولاً استدلال به این قاعده در میان قدما شهرتی ندارد، هرچند از زمان علامه حلی به بعد استدلال به آن رواج پیدا کرده است. ثانیاً مواردی هم که قدما به آن استدلال کرده‌اند، مربوط به ضررهایی بود که فاعلش خود انسان است نه شارع و در مواردی که حکم ضرری ناشی از جعل شارع باشد مثل گرفتن وضو برای کسی که آب برایش ضرر دارد، به این قاعده اشاره‌ای نشده است، اما در میان متأخرین از این قاعده حتی در عبادات و مواردی که

ضرر ناشی از جعل شارع است هم استفاده شده است؛ به عبارت دیگر، مورد استناد قاعده "لا ضرر" در میان قدام بحث اضرار به غیر است نه ضرری که در احکام تکلیفی باشد؛ ولی از حدود قرن شش به بعد برای رفع حکم تکلیفی نیز به این قاعده استناد شده است.

-اقسام ضرر با توجه به شخص متضرر

با توجه به وضع شخصی انسانها از لحاظ قدرت و ناتوانی مادی و روحی و خصوصیات آنان، ضرر وارد بر شخص، اقسام گوناگونی پیدا می‌کند از قبیل: ۱- قابل تحمل و غیر قابل تحمل. ۲- قابل جبران و غیر قابل جبران. ۳- اختلاف بوجود آمده در تأثرات روانی در مقابل ضررهای وارده. با اندک دقت در این دو تقسیم (از نظر حقیقت ضرر و شخص متضرر) به این نتیجه بدیهی می‌رسیم که به طور کلی مفهوم ضرر یکی از مفاهیم کاملا نسبی است.

-اقسام ضرر با توجه به علل و انگیزه‌های آن

اصول ضررها با توجه به علل و انگیزه‌های آنها بر چهار قسم است (علامه جعفری، ۱۴۱۹ ق، ۱۰۰) ۱- ضرر ناشی از جریان قوانین طبیعی. ۲- ضرر ناشی از خود انسانها به همدیگر در نتیجه تزاخم در منافع تنازع در بقاء و هوا و هوسهای حیوانی. ۳- ضرر ناشی از خود مقررات و قوانین موضوعه برای زندگانی فردی و اجتماعی. ۴- ضرر ناشی از تزاخم حقوق.

- ضررهای ناشی از جریان قوانین طبیعی:

آن چه که با توجه به جریان قوانین طبیعت و ضرورت واقعی و ریاضی آنها به دست می‌آید این است که آن قوانین به طور خود هشیار، نه به سود ما جریان دارند نه به زیان ما. در آن نقطه از زندگانی که ما قرار گرفته‌ایم احتیاجات و تمایلات خود را محاسبه نموده از جهان طبیعت توقع داریم که جریان قوانین خود را مطابق دل خواه ما تنظیم کند ولی او ملزم نیست به این خواسته ما همواره جواب مثبت بدهد. آن گاه که طبیعت در جریان خود با بر آورده شدن یکی از احتیاجات و تمایلات ما روی موافق نشان می‌دهد آن را سود بخش و در صورت تزاخم و ممانعت، آن را زیان بخش و مضر تلقی می‌کنیم.

بنابراین، اعتقاد بر این که زلزله‌ای خانه مرا خراب کرد پس به من ضرر رسانیده است، در نتیجه یک اعتقاد قلبی است که من برای زندگانی‌ام مسکن را ضروری دیده و آن را بنا نموده‌ام. این یک وضع منطقی طبیعی است که من در زندگانی به خود گرفته‌ام؛ و یا این اعتقاد مانند این است که می‌خواهم نظام جریان قوانین طبیعت بسته باشد و آن را از نقطه و وضع معین بر کنار ننماید در نتیجه می‌گویم طبیعت به من ضرر رسانیده است. با همین ملاحظه که در باره ضرر طبیعی انجام دادیم می‌توانیم در باره سود نیز بررسی داشته باشیم. سود ناشی از جریان قوانین طبیعی، عبارت است از به دست آمدن مزیتی به اضافه آن وضع معین که انسان در زندگانی خود در حال تماس با طبیعت دارد؛ مثلا محصول گندم در یک محیط مخصوص با توجه به عوامل طبیعی از قبیل آب و آفتاب و سایر وسایل کشاورزی در سه ماه به دست می‌آید. امسال که آب فراوانتر یا تابش خورشید مناسبتر بود محصول من بهتر و یا زیادتر و یا زود رسیده است در اینجا تصور می‌شود که طبیعت برای من سود بخش بوده است (علامه جعفری، ۱۴۱۹ ق، ۱۰۱) این تصور سود و زیان از جریان قوانین طبیعی یک تصور فطری و طبیعی است که معمولا مردم آن را دارا می‌باشند ولی چنانکه گفتیم سود و زیان حاصل از جریان قوانین طبیعی به طور خود آگاه نمی‌باشد.

– ضرر ناشی از خود انسانها به یکدیگر در نتیجه تراحم و تنازع در بقاء و هوا و هوس

انسان با چهره طبیعی که دارد جز یک حیوان با هوش تر و متفکرتر چیزی نیست. طبیعت مادی انسانی غیر از «خود طبیعی» محور و ملاکی برای زندگانی ندارد؛ و به عبارت دیگر و مختصرتر انسان با نظر به بعد طبیعی او فقط از این اصل حیوانی پیروی خواهد کرد که: «همه وسیله و من هدف» مقتضای این اصل همان منطق تنازع در بقاء است و با فرض صحت منطق مزبور طرفداری از انسانیت و مقام انسانی عالی و نوع پرستی و گذشت در راه آرمانهای نوع انسانی اشعاری هستند که سرایندهگان آگاه آنها بهتر می دانند که یا مردم را گول می زنند یا آرزوهای خامی در سر می پروراندند که هرگز جامه عمل نخواهد پوشید.

بنابر اصل تنازع در بقاء، ضررهای ناشی از انسانها به یکدیگر از یک جهت شبیه به ضررهای ناشی از جریان قوانین طبیعت بوده و از جهت دیگر تلخ تر از آن می باشد، زیرا ضررهای وارده از ناحیه طبیعت با خود هشیاری انجام نمی گیرد، در صورتی که زیانهای وارده از افراد انسانی به یکدیگر با توجه به انسان و خوشیها و دردهای او انجام می گیرد. کوشش ادیان در این راه مصروف شده است که انسانها بطلان منطق مزبور را از درون خود دریافت نمایند و این مطلب با یک اصل گوشزد شده است که همه انسانها محصول کارگاه خداوندی هستند و همه آنها مورد توجه خدا در خلقت می باشند.

کوشش اخلاق هم اگر چه برای همین مطلب بوده است، یعنی کوشیده است که حالت درندگی را از انسانها سلب نموده و آنها را به تساوی در انسانیت وادار بسازد ولی در این راه به نتایج مطلوب نرسیده است مگر آن مکتبهای اخلاقی که اصل ارتباط انسانها را با خدا قبول نموده و انگیزه تساوی را همان اصل قرار داده اند. کوشش نظامهای حقوقی تا کنون طور دیگر عمل کرده است. این عمل بدین گونه بوده است (علامه جعفری، ۱۴۱۹ ق، ۱۰۲) که می گوید: برای همزیستی مجبورید از قوانین و مقررات اجتماعی پیروی نمایید و در غیر این صورت، کیفر شما را خواهد گرفت، به همین جهت است که می گوئیم حقوقهایی که تا کنون برای بشریت وضع شده است فقط و فقط توانسته تا حدود زیادی از مزاحمت افراد در زندگانی با همدیگر جلوگیری نماید و اما در تکامل شخصیت انسانها حتی قدمی هم نتوانسته است بردارد.

– ضرر ناشی از خود مقررات و قوانین موضوعه برای زندگانی فردی یا اجتماعی

با کمی دقت در علل و انگیزه های مقررات و قوانین، این نتیجه را می گیریم که هدف از مقررات و قوانین هر گز نمی تواند به ضرر انسان یا انسانها بوده باشد. برای توضیح این مطلب مجبوریم وضع انسان در حال انفرادی و انسان در حال زندگانی دسته جمعی را از نظر بگذرانیم. با توجه به این که زندگانی انسانی در این جهان با عظمت هستی، که نشانه های حکمت از تمام پدیده های آن آشکار است و نظم و ترتیبی که در آن حکمفرما است، نمی تواند بیهوده باشد، مخصوصاً از نظر تمام ادیان الهی که در تاریخ بشریت بروز نموده اند، این اصل روشن می شود که انسان بایستی در زندگانی خود به خور و خواب و خشم و شهوت قناعت نکند و احساس لزوم تکامل را که شخصیت او را به ثمر خواهد رسانید اشباع نماید. برای به دست آوردن این رشد و تکامل، خداوند حکیم پیامبران و عقل و وجدان انسانی را به عنوان زبان گویای خود به بشریت عنایت فرموده است. این پیامبران ظاهری و درونی، تکالیفی را به انسان معرفی و ابلاغ می کنند که برای رشد و به ثمر رسانیدن شخصیت انسانی لازم الاتباع می باشند و بدون شک، معنای این مقررات و تکالیف در جهت مخالف طبیعت پست حیوانی انسان و در جهت موافق رشد انسانی خواهد بود؛ و به اصطلاح معمولی می گوئیم انجام تکلیف تلخ است. یا راه و مسیر انجام وظیفه سنگلاخ است.

این سختی و مشقت و یا به اصطلاح این تلخی از آن جهت است که در خلاف مسیر طبیعت حیوانی ما می باشد. ولی با توجه به حکمت وجودی ما که عبارت است از تکامل در این جهان که دامنه آن متصل به ابدیت و لقاء خداوندی و رجوع به سوی (علامه جعفری، ۱۴۱۹ ق، ۱۰۳)

بارگاه ربوبی اوست، نه تنها تلخ نیست بلکه شیرین تر از این تکالیف برای روح انسانی چیزی وجود ندارد. به همین جهت استعمال مفهوم ضرر که ناشی از زحمت و مشقت در حدّ مقدر در راه انجام تکلیف است بی‌مورد خواهد بود، لذا این که بعضی از فقها در بحث قاعده «لا ضرر و لا ضرار» می‌گویند: این قاعده ضررهایی را که ناشی از خود تکلیف است بر طرف نمی‌کند، یک مسامحه است که از دیدگاه عرف معمولی انسانها سرچشمه می‌گیرد.

مطابق آن قاعده که می‌گوید: تحمل ضرر کوچک برای دفع نمودن ضرر بزرگ اصلاً ضرر محسوب نمی‌گردد و چه ضرری بزرگتر از این که اگر انسان در این زندگانی با بی‌اعتنایی به تکلیف، مانند چارپایان فقط بخورد و بخوابد و خدمتگزار با وفای تنازع در بقا بوده باشد، ابدیت را از دست داده و تکامل خود را مبدل به تنزل حیوانی نموده باشد؟ بنا بر این، کوشش و تحمل زحمات در راه انجام عبادات ضرر نیست تا ما این مسأله را مطرح کنیم که قاعده «لا ضرر» شامل ضررهای ناشی از خود قوانین هم می‌باشد یا نه؟ و اگر شامل نباشد نتیجه‌اش این است که قاعده مزبور موارد بسیار کمی را منظور نموده و تقریباً بی‌فایده می‌باشد؛ اما تحمل ضرر در باره زندگانی اجتماعی به این معنا ضرری که ناشی از قوانین و مقرراتی است که برای امکان هم‌زیستی در اجتماع است، باز با توجه به ضرورت زندگانی دسته جمعی و لزوم محدود ساختن تمایلات انسان‌ها برای اجرای همین زندگانی بدون بذل مساعی جانی و مالی امکان پذیر نخواهد بود. این یک حکم بدیهی عقلی است که بقای زندگی دسته جمعی مربوط به محدودیت تمایلات است. بنا بر این، وضع مالیات مثلاً از قبیل زکات را، نمی‌توان یک حکم ضرری تلقی نمود، بلکه طبیعت و ماهیت زندگانی اجتماعی پرداخت چنین مالیات را الزام می‌نماید. توجه فرمایید به آیه ۱۹۵ از سوره بقره: "وَأَنْفِقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ" (و در راه خدا انفاق کنید و خودتان را با دست خویشتن به هلاکت نیندازید). پس معلوم می‌شود که با پرداخت نکردن حقوق مالی جامعه است که انسان ضرر را بر خود وارد می‌نماید؛ و هم چنین جهاد در راه خدا را نمی‌توان حکم ضرری پنداشت (علامه جعفری، ۱۴۱۹ ق، ۱۰۴) زیرا حیات پاکیزه برای افراد انسانی بدون جهاد امکان پذیر نمی‌باشد.

- ضرر ناشی از تراحم حقوق

قوانینی که در مکتب اسلام وضع شده است مانند سایر مکتب‌های اجتماعی و حقوق ملت‌ها شامل یک سلسله حقوق سودمند به حال اشخاص است از قبیل استفاده مطلق مالک از مال مشروع خود یا استفاده مطلق انسان از اندیشه و بیان خود. این حقوق به طور کلی اگر از اختلافات مکاتب در حدود و کیفیت‌ها و عوامل آنها صرف نظر کنیم، در هر مکتب اجتماعی برای اشخاص داده شده است ولی از آن طرف این حقوق در مواجهه با حقوق دیگران ممکن است حالت تراحم پیدا کند و در نتیجه ضرر و اضرار مطرح شود. قاعده لا ضرر و لا ضرار از این تراحم که موجب ضرر به خود یا ضرر به دیگران است جلوگیری می‌کند. چند مطلب اساسی را بایستی برای توضیح این مسأله بیان کنیم: ۱- عواملی در شئون انسانی وجود دارند که برای اشخاص ایجاد حق می‌کنند. قانون اسلام رابطه میان آن عامل و حق را امضاء نموده یا آن رابطه را وضع کرده است مانند: کار و مزد، احیای زمین و مالکیت آن. ۲- بعضی از حقوق، عاملی خارج از وجود شخص انسانی ندارند، بلکه انسان از نیرویی که دارد، حق بهره برداری از آن نیرو را دارا می‌باشد، مانند نیروی تفکر و معلومات و ذوق نویسندگی و بیان این گونه حقوق نیز به طور طبیعی برای شخص از نظر قانون تثبیت گشته است. ۳- این حقوق و اجرای آن گهگاه به حالت تراحم با حقوق دیگر خود شخص یا حقوق دیگران تراحم پیدا می‌کند؛ اما تراحم حقوق در باره یک شخص، مانند این که اگر کسی بخواهد از حق اختیار کار مثلاً از اداره‌ای به اداره دیگر منتقل گردد، یا با داشتن حق انتقال، از کشوری به کشور دیگر مهاجرت نماید، بهره برداری از این حقوق بدون تردید با بهره برداری از حقوق محل کار اول و کشوری که اولاً در آن سکونت داشت تراحم پیدا خواهد کرد، در این صورت منطبق زندگی و قانون عقلانی او را وادار به تشخیص آن چه که دارای اهمیت است (علامه جعفری، ۱۴۱۹ ق، ۱۰۵) خواهد نمود؛ اما تراحم حقوق با حقوق دیگران مانند این که تصرف مطلق در مال، باعث سلب حق دیگری در همان مورد خواهد بود. از نظر زیر بنای حقوقی با نظر به مطالب فوق ما بر سر دو راهی خواهیم رسید که باید یکی از آن دو راه را انتخاب

نماییم، این دو راه عبارتند از: ۱- اصل اولی در حقوق، ثبات و مطلق بودن است و در حالت تراحم این ثبات و مطلق بودن از بین نمی‌رود. ۲- برای هیچ حقی به تنهایی ثبات و مطلق بودن وجود ندارد بلکه تمام حقوق به طور مربوط به یکدیگر وضع شده است. هر یک از این دو راه هوادارانی از حقوق دانان ملل و فقهای اسلامی دارد. آن چه که به نظر می‌رسد این است که با توجه به مجموع نظام قانونگذاری اسلام راه دومی منطقی‌تر می‌باشد، زیرا: اولاً- خود قاعده لا ضرر و لا ضرار که به همین شکل در منابع اسلامی وارد شده است همین راه دوم را تأیید می‌کند و کلمه «لا» می‌رساند که حقوق اشخاص تا آنجا که حال تراحم و اضرار پیدا نکرده است مشروع می‌باشد چون روشن است که کلمه «لا» نمی‌گوید ضرر و اضرار در خارج وجود ندارد زیرا این یک امر محسوس است که افراد انسانی می‌توانند به خود و به دیگران ضرر برسانند. پس آن چه که مقصود از قاعده مزبور است نفی آن حکم است که حقی را اثبات کند و آن حق به جهت گسترش خود موجب اضرار به دیگری بوده باشد. ثانیاً- شخص متضرر نیز یکی دیگر از افراد جامعه بوده و مشمول همان مقررات و قوانین است که به صاحب حق مزبور شامل است و در هیچ یک از حقوق طرفین از نظر اسلامی ترجیحی بر دیگری وجود ندارد. نتیجه چنین می‌شود که قانونگذار اسلام با نظر به ارتباط زندگانی انسانها با هم که منشأ تراحم حقوق خواهد گشت به وضع قانون پرداخته است؛ و بدیهی است که اصل در موارد تراحم، تقدیم اهم بر مهم است (علامه جعفری، ۱۴۱۹ ق، ۱۰۶)

-مصادیق قاعده لا ضرر

یکی از مسائلی که شاید بتوان به عنوان نمونه روشن فعل ضرری نگاه کرد بحث درباره پیوند اعضا از شخص زنده و سالم به شخص دیگری که به این اعضا احتیاج دارد می‌باشد که در ادامه به روشن شدن این بحث می‌پردازیم

-پیوند اعضا مصداق نوعی ضرر

۱. سوال: آیا بر انسان واجب است به بیماری که اعضای داخلی- مانند قلب، کبد و ریه- یا اعضای ظاهری اش از کار افتاده، به واسطه در اختیار قرار دادن اعضای خود، کمک برساند، با قطع نظر از این که مقتضای حکم اضرار به نفس چه باشد؟ مثلاً آیا به انسانی که می‌تواند یک کلیه خود را اهدا کند، واجب است یک کلیه خود را در اختیار بیماری که هر دو کلیه خود را از دست داده، قرار دهد؟

۲. سوال: به فرض که واجب باشد به واسطه جلوگیری از ضرر یا برطرف کردن آن، جان دیگران را نجات دهیم، آیا در صورت وارد شدن ضرر به خود نجات دهنده، این حکم برداشته نمی‌شود؟ مثل اهدای یک کلیه به بیماری که هر دو کلیه خود را از دست داده، که به یقین اهدا کننده متضرر می‌شود؛ چون در این فرض حکم پیشین یعنی وجوب نجات مریض حکمی ضرری است و متضرر شدن نجات دهنده را در پی دارد و طبق قاعده «لاضرر» حکم وجوب نجات، برداشته می‌شود و چه راه حل فقهی وجود دارد که به رغم متضرر شدن اهدا کننده عضو، همچنان نجات جان بیمار واجب باشد؟

۳. به فرض که وجوب دفع ضرر از دیگران همچنان باقی باشد و حدیث «لاضرر» آن را بر ندارد، بین وجوب نجات دیگری از ضرر و حرمت ضرر زدن به خود، تراحم پیدا می‌شود؛ زیرا بیمار از بیماری وقتی نجات می‌یابد که اهدا کننده، برخی اعضای خود را به او اهدا کند و در این صورت وجوب نجات دیگری با حرمت ضرر زدن به خود، اجتماع می‌کنند، در حالی که برای مکلف جمع بین این دو ممکن نیست (مکلف نمی‌تواند در آن واحد به هر دو حکم عمل کند) (مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)؛ ۵: ۳۱) از طرف دیگر چون در مقام تشریح، بین این دو حکم (وجوب نجات جان مریض و حرمت ضرر زدن به خود) تنافی نیست بلکه در مقام عمل بین این دو تنافی است. این مورد از باب تراحم است نه تعارض. سؤال این است که در این جا علاج تراحم به چیست؟

این بود سه پرسش فقهی درباره پیوند اعضا از زنده به زنده یا از مرده به زنده

- پاسخ ایرادات

- پاسخ پرسش اول: بدون هیچ اشکال نجات دادن نفس محترم از مرگ واجب است و دلیل آن قبل از هر چیز حکم عقل است؛ چون عقل به تنهایی قطع به لزوم نجات و حفظ نفس محترم دارد. حکم عقل عملی است و با ضمیمه تلازم بین حکم عقل و شرع، که حکم عقل نظری است، وجوب نجات و حفظ نفس محترم از نظر شرع به دلیل عقل ثابت می‌شود. از روایاتی که در حق مؤمن بر مؤمن وارد شده که در حد تواتر معنوی است، به وضوح حفظ جان مسلمان ثابت می‌شود، چنان که از کلمه «مؤمن» و «مسلم» فهمیده شود و این مطلب بعید نیست. همچنین مطمئناً سیره متشرعه از دیر باز در این مسأله بر وجوب حفظ جان مسلمان بوده است، نه فقط رجحان. این سیره، متصل به عصر معصومان و کاشف از احادیث معصومان است.

- پاسخ پرسش دوم: این مسأله داخل در دوران امر بین اضرار به خود و ضرر به دیگری است. این مسأله دارای سه فرض است. محور بحث، فرض سوم است، لیکن ضرورت دارد دو فرض اول را که ارتباط مستقیم با محل بحث ندارند نیز از باب مقدمه ذکر کنیم فرض نخست: ضرر متوجه یکی از دو نفر، به طور یکسان بشود، به نحوی که هر (مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)؛ ۶: ۳۱) کدام بخواهد خود را از ضرر نجات دهد، باید ضرر را به دیگری برساند؛ مانند قرار گرفتن تصادفی اسبی در یک ساختمان، به گونه‌ای که نجات دادن آن با حفظ ساختمان ممکن نیست، بلکه یا باید ساختمان را خراب کرد یا حیوان را کشت. در این فرض می‌توان گفت که صاحب خانه می‌تواند مالک حیوان را از نجات حیوان زنده منع کند و او را وادار کند که حیوان را بعد از سربریدن از خانه بیرون بکنند و می‌تواند به او اجازه بیرون کردن حیوان را به صورت زنده بدهد، به شرط این که ضمانت تخریب خانه را به عهده بگیرد.

دلیل ضمان: همان طور که صاحب حیوان از فواید آن بهره‌مند می‌شود مسؤول غرامت‌های او نیز می‌باشد و هر که غنیمت می‌برد، غرامت می‌کشد و هر ملکی هم غنیمت می‌رساند و هم غرامت: «كُلِّ مَلِكٍ غَنَمٌ وَ غَرْمٌ مَعًا» از آن جا که حیوان با پای خود، وارد ساختمان شده، مالک آن موظف به خارج کردن آن و پرداخت خسارت خانه به صاحب خانه است. تفصیل این مسأله مجال دیگری می‌طلبد

فرض دوم: ضرر در آغاز، متوجه خود شخص باشد و او در صدد برآید آن را به دیگری متوجه کند، مثلاً سیلی را که به طرف خانه‌اش می‌آید، متوجه دیگری کند. محقق نایینی در باره این صورت، می‌گوید: متوجه کردن ضرر وارد به خود، به دیگری جایز نیست، لذا در صورتی که سیل، خانه او را تهدید می‌کند، می‌تواند در جهت دفع آن تلاش کند نه آن که متوجه خانه دیگری کند؛ زیرا ضرر خود با اضرار دیگری تعارض نموده بدون این که هیچ یک مرجحی داشته باشد. اگر امر بین دو حکم ضرری دور بزند به گونه‌ای که حکم به عدم یکی مستلزم ثبوت دیگری باشد، باید حکمی را که ضررش کمتر است، اختیار کرد، چه این دو حکم ضرری، متوجه یک نفر باشد یا دو نفر؛ زیرا اگر با نفی حکم ضرری، بر بندگان منت نهاده و فرض هم آن است که نسبت حکم نفی شده، به تمام بندگان مساوی است، پس همان گونه که در صورت توجه یکی از دو ضرر به یک شخص، باید کمترین و سبک‌ترین آنها را برگزید، در فرض توجه ضرر به یکی از دو شخص نیز باید چنین عمل کرد.

بنابراین، اگر بین آن دو ترجیحی نباشد، مقتضای قاعده، تخییر است، نه رجوع (مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)؛ ۷: ۳۱) به سایر قواعد؛ زیرا مقام مورد بحث، از باب تعارض دو دلیل نیست؛ چرا که ممکن نبودن جمع بین آن دو، از ممکن نبودن جمع در مقام جعل و تشریح، نشأت نگرفته است بلکه ناشی از تزامم دو حق است، بسان تزامم دو غریق، او بر طبق قانون باب تزامم اگر یکی دارای اهمیت بیشتری بود باید همان را انجام داد مانند دوران بین ضرر آبرویی و ضرر مالی که ضرر مالی مقدم

است. اگر هیچ کدام بر دیگری ترجیح نداشت، مکلف در انجام هر یک، مخیر است (خوانساری ۱۳۷۳ ق، ۲۲۳-۲۲۲). خلاصه نظر محقق نایینی این است که در این جا دو حکم ضرری وجود دارد و نفی هر یک از آن دو به مقتضای قاعده لاضرر، مقتضی ثبوت دیگری است و این صورت، از حالات تزاحم بین دو حکم است، لذا به مقتضای قواعد باب تزاحم اگر یکی از دو ضرر مهم تر از دیگری باشد، حکم ضرر دیگر ساقط می شود و اگر مساوی باشند، مکلف مخیر است.

این دو حکم از این قرارند: ۱. حرمت ضرر رساندن به غیر، که بدون هیچ اشکالی این حکم در متن شریعت ثابت است، ولی این حکم را قاعده لاضرر رفع می کند؛ چون مقتضای این حکم در این فرض ضرر رساندن به خود می باشد و رفع حکم اضرار به غیر به معنای اضرار به غیر است. ۲. حکم به جواز اضرار به غیر، که یک حکم ثانوی است، خود یک حکم ضرری برای طرف دوم است.

به این ترتیب مقتضای رفع هر یک از این دو حکم، ثبوت حکم دوم است؛ چون رفع حکم حرمت اضرار به غیر، مستلزم جواز اضرار به غیر است و رفع حکم جواز اضرار به غیر، مستلزم حرمت اضرار به غیر است. در این صورت این مسأله داخل باب تزاحم می شود، نه تعارض؛ چون این اشکال (مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)؛ ۸: ۳۱) ناشی از جعل حکم نیست. ممکن است جعل هر دو حکم صحیح باشد؛ یعنی حرمت اضرار به غیر به لحاظ حکم اولی و جواز اضرار به غیر به لحاظ حکم ثانوی از لحاظ جعل با همدیگر تنافی ندارند و تنافی این دو حکم فقط در مقام عمل و امتنان و ناشی از عجز مکلف در امتثال هر دو حکم است.

با این توضیح، در این جا دو حکم داریم: حرمت اضرار به غیر و عدم حرمت اضرار به غیر. قاعده در چنین مواردی در باب تزاحم این است که آن حکم که مستلزم ضرر بیش تر است، برداشته شود. بنابراین اگر ضرر به نفس در مورد حکم به حرمت اضرار به غیر بیش تر از ضرر به غیر در مورد حکم به عدم حرمت اضرار به غیر باشد، حکم اول برداشته می شود و حکم دوم باقی می ماند، چنان که ضرر اول مثلاً ضرری جانی یا عرضی باشد و ضرر دوم ضرر مالی قابل تحمّل برای طرف دوم باشد و در صورت تساوی هر دو ضرر، مکلف مخیر خواهد بود.

در این جا لازم است تذکر دهیم که سخن محقق نایینی در این مسأله کمی مضطرب و ناهمگون به نظر می رسد و صدور ذیل کلام ایشان با هم نمی خواند و ما تا آن جا که توانستیم سخن وی را توضیح دادیم.

نقد سخن محقق نایینی: سخنان محقق نایینی بی اشکال نیست؛ با این توضیح که این مورد به خلاف آنچه وی می گوید، از موارد باب تزاحم نیست. ما در این مورد به جز یک حکم نداریم که با قاعده لاضرر رفع می شود، نه دو حکم که هر کدام حکمی ضرری باشد و با قاعده لاضرر مرتفع بشود، که در نتیجه، ارتفاع هر یک از این دو حکم ملازم با ثبوت حکم دیگر باشد تا در باب تزاحم داخل شود. چنان که محقق نایینی می فرماید که چون قاعده لاضرر در مورد منت گذاری بر امت وارد شده؛ چنان که از سیاق حدیث لاضرر پیدا است.

با این توضیح ممکن نیست قاعده لاضرر در هر دو مورد جاری شود تا در نتیجه این مسأله داخل در باب تزاحم بشود؛ چون هیچ امتنانی در ارتفاع حکم ضرری- در مورد ضرر سبک تر- وجود ندارد؛ مثلاً در حکم به حرمت اضرار به همسایه، ضرر برای خود شخص وجود دارد (مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)؛ ۹: ۳۱) و طبق قاعده، حرمت ضرر زدن به همسایه، از بین می رود و این در صورتی است که ضرر ملحق به شخص اول از ضرر ملحق به شخص دوم دشوارتر باشد. در این صورت جریان مجدد قاعده لاضرر در حکم به جواز ضرر زدن به غیر لازم نمی آید تا نوبت به تزاحم برسد؛ زیرا قاعده لاضرر در مقام امتنان است و در فرضی که ضرر صاحب خانه (شخص اول) بیش از ضرر همسایه باشد، در نفی جواز ضرر زدن به همسایه امتنانی

نیست. بنابراین صحیح آن است که نفی حرمت ضرر زدن به همسایه با حدیث لاضرر، دایر مدار وجود امتنان و عدم آن است. اگر از دیدگاه عرف در نفی این حرمت، امتنانی وجود داشته باشد، این نفی صحیح است و حرمت برداشته شده و ضمان مستقر نمی‌شود و چنانچه ضرر متوجه شخص اول، مثلاً جانی باشد و ضرر متوجه به شخص دوم، مثلاً ضرر به ساختمان یا مزرعه باشد، قاعده لاضرر در مورد حکم به جواز اضرار به غیر به کلی جاری نمی‌شود؛ زیرا حکم به نفی حرمت ضرر رساندن به غیر و جواز ضرر رساندن به همسایه، اگر چه مضر به حال همسایه است، لیکن از آن جا که برداشته شدن این حکم (جواز ضرر رساندن به همسایه) برخلاف امتنان است، پس قاعده لاضرر در این حکم جاری نمی‌شود و آن را بر نمی‌دارد و نوبت به تراحم نمی‌رسد. سر این مطلب هم روشن است؛ چون امتنانی که مجرای این قاعده است در مورد تحکیم ضرر قوی‌تر بر ضرر کمتر است ولی بر عکس نیست، چه آن دو ضرر به یک نفر ملحق شوند یا به دو نفر، لذا در فرضی که ضرر نفر اول به مقدار چشم‌گیری بیش از ضرر نفر دوم باشد، قاعده لاضرر به جهت نفی حرمت ضرر رساندن به غیر، جاری می‌شود؛ چون این حکم ضرری است و رفع آن امتنانی است ولی این قاعده در مورد نفی حکم اخیر (جواز اضرار به غیر) جاری نمی‌شود؛ چون هیچ امتنانی در رفع این حکم وجود ندارد. بنابراین نوبت به تراحم بین دو حکم نمی‌رسد، چنان که محقق نایینی فرمود.

اما اگر ضرر نخست بیشتر از ضرر دوم نباشد بلکه مساوی با آن باشد یا به مقدار ناچیزی که مورد اعتنا نیست، بیشتر باشد، در این صورت به کلی قاعده لاضرر، در حکم به حرمت ضرر رساندن به غیر، جاری نمی‌شود و آن را بر نمی‌دارد؛ زیرا امتنانی در آن نیست و اساساً این مورد از موارد جریان قاعده نیست پس قاعده جاری نمی‌شود تا نوبت به تراحم دو حکم برسد. (مجله فقه اهل بیت علیهم السلام؛ فارسی؛ ۱۰: ۳۱)

خلاصه، در موضوع قاعده لاضرر دو چیز منظور شده است: حکم مورد نظر ضرری باشد و در ارتفاع آن حکم امتنانی وجود داشته باشد. با منتفی شدن یکی از این دو شرط موردی برای جریان قاعده لاضرر باقی نمی‌ماند. در این جا ابهامی در مورد رفع حکم حرمت اضرار به غیر به قاعده لاضرر پیش می‌آید و آن این که قاعده لاضرر همان طور که احکام تکلیفی را برمی‌دارد، احکام وضعی را نیز برمی‌دارد. قاعده‌تاً همان طور که حرمت اضرار به غیر برداشته می‌شود، ضمان هم که یک حکم وضعی است، باید برداشته شود و در این صورت اضرار به غیر نه حرمت دارد و نه ضمان

جواب: ضمان، حکمی است که در مورد ضرر وارد شده و حدیث لاضرر نمی‌تواند آن را بردارد. چنان که مثلاً حکم وجوب جهاد، همراه با ضرر است اما حدیث لاضرر نمی‌تواند آن را بردارد و حکم تشریحی خمس و زکات نیز متضمن ضررند ولی نمی‌توان آنها را با قاعده لاضرر رفع کرد.

فرض سوم: ضرر در آغاز متوجه دیگری بوده ولی می‌تواند ضرر را از او دفع نموده متوجه خود سازد؛ مثل این که در آغاز سیل متوجه خانه دیگری باشد، در این جا آیا واجب است با متوجه کردن سیل به خانه خودش، ضرر را از دیگری دفع کند؟ و نیز مانند این که ظالمی او را مجبور کند که به دیگری ضرر برساند و او را تهدید کند که اگر به دیگری ضرر نرساند به خودت ضرر می‌رسانم مثلاً او را به غارت اموال دیگری مجبور کند و تهدید کند که در صورت اجرا نکردن این دستور، اموال خودت را غارت خواهم کرد، در این جا آیا برای او ضرر زدن به دیگری جایز است اگر چه ضرر متوجه به خود، به مراتب کمتر از ضرر به دیگری باشد؟ چنان که شیخ انصاری و اکثر فقها برآند و یا این که مقایسه بین دو ضرر و اختیار ضرر کمتر لازم است؟ چنان که برخی از محققان این نظر را پذیرفته‌اند.

مسأله مورد بحث از همین نوع است؛ زیرا در آغاز خطر و ضرر به شخص مریض متوجه شده است، لیکن مکلف زنده می‌تواند با بخشیدن عضو مورد نیاز مریض در زمان حیات خود با اجازه خود یا با اجازه ورثه به بخشیدن آن بعد از مرگ، خطر را از مریض

دفع کند. توضیح بیشتر در این باره خواهد آمد مهم فعلا شناخت حکم مسأله است. (مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)؛ ۱۱: ۳۱)

دیدگاه شیخ انصاری: وی می‌نویسد: اشکال در این است که آیا به مجرد اکراه و اجبار برای ضرر زدن به دیگران آبرو و اموال آنها مباح می‌شود اگر چه ضرر به دیگران زیاد باشد و ضرر متوجه خودش به مراتب کمتر از ضرر به دیگری باشد یا این که باید دو ضرر را با هم مقایسه کند و حکمی را که ضرر کمتر دارد انتخاب کند؟ دو وجه وجود دارد: وجه قول اول: ادله اکراه مطلقند و نیز قاعده «الضرورات تبیح المحظورات» در این جا جاری است. وجه قول دوم: مستفاد از ادله اکراه این است که برای دفع ضرر، تشریح شده است و دفع ضرر از خود با ضرر رساندن به دیگری جایز نیست حتی در صورتی که اضرار به غیر کمتر از اضرار به خود باشد تا چه رسد به فرض آن که اضرار به خود، کمتر از اضرار به غیر باشد ... اقوی قول اول است؛ زیرا دلیل نفی اکراه عام است و شامل همه محرمات می‌شود حتی ضرر رساندن به دیگری، البته به شرطی که به حد خون نرسد

بیان مطلب: وقتی که ضرر متوجه شخصی شده است - یعنی مقتضی حاصل شده - لازم نیست که با ضرر رساندن به دیگری، از او دفع ضرر کرد ... بنابراین اگر بر غارت مال دیگری اکراه شد، بر او واجب نیست که به منظور دفع ضرر دیگری، با ترک غارت، خودش متحمل ضرر شود. (کتاب المکاسب، شیخ انصاری، ص ۵۸-۵۷)

شیخ انصاری در رساله ملحق به مکاسب تحت عنوان «قاعده نفی الضرر»، همین نظر را برگزیده است. در آن جا می‌گوید (مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)؛ ۱۲: ۳۱) به مقتضای این قاعده اولاً، برای هیچ کس جایز نیست که به منظور دفع ضرر متوجه به خود، به دیگری ضرر برساند و ثانیاً، بر هیچ کس لازم نیست به منظور دفع ضرر از دیگران به خود ضرر برساند ...

به مقتضای حکم دوم، ضرر رساندن به دیگری، دلیل اکراه یا تقیه، جایز است، به این معنا که اگر ظالم به شخصی دستور داد به دیگری ضرر برساند و او را تهدید کرد که در صورت عدم اجرای دستور، ضرر را متوجه خود او می‌کند شخص مأمور می‌تواند به دیگری ضرر برساند و تحمل ضرر به منظور رفع ضرر از دیگری، واجب نیست.

دیدگاه محقق نایینی: محقق نایینی، در تنبیه ششم از تنبیهات قاعده لاضرر، همین نظر را پذیرفته و می‌نویسد: به مقتضای این که حدیث در مقام منت گذاردن وارد شده، بر انسان واجب نیست که ضرر متوجه به دیگری را به منظور دفع از او، خودش متحمل شود و نیز تدارک ضرر وارد شده بر دیگری نیز واجب نیست؛ یعنی نه رفع ضرر از دیگری واجب است و نه دفع ضرر از او. (خوانساری ۱۳۷۳ ق، ۲۲۲)

دیدگاه امام خمینی: همین نظر را امام خمینی در بحث قاعده لاضرر در اصول، برگزیده است لیکن با توجیهی متفاوت از توجیه شیخ انصاری و محقق نایینی می‌نگارد: اضرار به دیگران به نحو تسبیب یا مباشرت ممنوع است؛ اما حدیث شامل رفع ضرر یا دفع ضرر از دیگران نمی‌شود و این نکته بسیار واضح است؛ بنابراین در صورت توجه ضرر به خانه دیگری، بر انسان واجب نیست آن را دفع کند و نیز واجب نیست با متوجه کردن سیل به خانه خود، ضرر را از همسایه رفع کند. (سبحانی ۱۴۰۵ ق، ۴۹۸: ۲) (مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)؛ ۱۳: ۳۱)

خلاصه دیدگاه مشهور: می‌توان رأی مشهور فقها در هر دو مسأله را در دو قول خلاصه کرد: ۱. واجب نبودن رفع ضرر یا دفع ضرر از دیگران. این قول از کلام امام خمینی استفاده می‌شود. ۲. به دلیل قاعده لاضرر که حکم ضرری را رفع می‌کند، حکم به وجوب دفع ضرر از دیگری - به فرض ثبوت آن - و نیز حکم به وجوب رفع ضرر از دیگری با تحمل ضرر از طرف او مرتفع می‌شود.

به همین دلیل شیخ انصاری در مکاسب و در رساله نفی الضرر قول به جواز ضرر رساندن به دیگری را پذیرفته است در صورتی که ظالم وی را به آن مجبور کند اگر چه ضرری که به آن تهدید شده به مراتب کمتر از ضرری باشد که به آن اجبار شده است تا چه رسد به جایی که ضرری که به آن تهدید شده بیشتر از ضرری باشد که به آن اکراه شده است، مگر در قتل، به دلیل «لا تقیة فی الدم».

نقد و مناقشه: این نظریه خالی از ضعف و ایراد نیست. ما دیدگاه خود را ضمن چند نکته بیان می‌کنیم: ۱. بدون اشکال فریادرسی از گرفتاران و نجات جان مسلمانان از خطر و زیان‌های سنگین، واجب است، اگر چه این زیان به حدّ هلاکت نرسیده باشد. روایات در این زمینه فراوان است و در باب‌های مختلف، تحت عناوین متعدّد، پراکنده است؛ مانند وجوب فریادرسی مسلمانان و وجوب یاری مسلمانان در بلاها البته در صورتی که ضرر بزرگ باشد و نیز وجوب نجات آنها از خطرهایی که به آنها روی کرده است؛ خواه ضررها و خطرها متوجه فرد باشد یا گروه.

این نصوص دلالتشان در وجوب، واضح است؛ مانند قول معصوم (ع): من سمع رجلا ینادی یا للمسلمین فلم یجبه فلیس بمسلم. «۱» (مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)؛ ۱۴: ۳۱) هر کس در این روایات- که فراوان هستند و در سراسر ابواب منابع روایی پراکنده‌اند- دقت کند شک نمی‌کند که دستگیری از مؤمنان و زدودن گرفتاری‌ها و اذیت‌ها و بدی‌ها از ایشان و نیز حفظ جان و مال و آبروی آنها از خطرات، واجب است؛ لذا مرحوم صاحب مسالك در کتاب ودیعه فتوا داده است که اگر ودیعه گذارنده ناچار به امانت سپاری است بر مؤمن دیگر پذیرفتن آن و امانت‌داری واجب است. (نجفی، ۱۳۶۲ ق، ۱۰۲: ۲۷)

نفی اسلام از شخصی که بر دفع خطر یا رفع آن از مسلمان دیگر یا گروه مسلمانان قدرت داشته ولی به داد آنها نرسد صریح در وجوب دفع یا رفع است (مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)، ج ۳۱، ص: ۱۵) آیا احدی در وجوب تذکر به کوری که در آستانه سقوط در چاه است، شک می‌کند هر چند که برای او خطر مرگ را در پی نداشته باشد، ولی برای او آسیب‌های فراوانی را در پی داشته باشد. آری، اگر ضرر، بزرگ نبود یا احتمال خطر، جدی نباشد، دفع ضرر از دیگری واجب نیست.

۲. حکم به وجوب دفع ضرر از دیگری در این مورد یک حکم ضرری است؛ زیرا لازمه این حکم آن است که انسان به خودش ضرر برساند؛ چرا که مفروض در مثال اول آن است که برگرداندن سیل از خانه دیگری به خانه خود، به انسان ضرر می‌زند و مفروض در مثال دوم این است که اگر شخص مأمور از جای امر حاکم در ضرر رساندن به غیر، سرپیچی کند، ضرر به خودش متوجه می‌شود. (مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)؛ ۱۶: ۳۱) در این صورت، حکم به وجوب دفع ضرر از دیگری، حکمی ضرری است که با قاعده «لاضرر» رفع می‌شود، پس نه دفع ضرر از غیر واجب است و نه رفع ضرر از او.

۳. از آن جا که حدیث لاضرر در مقام امتنان وارد شده است، هر جا که در رفع حکم امتنان نباشد قاعده لاضرر جاری نمی‌شود و امتنان در این حدیث در مجموع دو طرف دارد نه یک طرف.

در محل بحث- یعنی رفع حکم به وجوب دفع ضرر از غیر- فقط برای طرف نجات دهنده که مکلف به دفع ضرر از غیر است، امتنانی است، لیکن امتنان بر نجات دهنده با رفع «وجوب دفع از ضرر از غیر»، از عهده او- موجب اضرار به غیر است.

و این خلاف امتنان است. زیرا امتنان در حدیث «لاضرر» اختصاص به یکی از دو طرف ندارد بلکه امتنان برای همه امت است و چه امتنانی در رفع حکم به وجوب دفع ضرر از غیر وجود دارد، چنانچه ضرری که متوجه غیر باشد سنگین و ضرری که متوجه نجات دهنده باشد سبک و ناچیز باشد؟

براساس گفته‌ی شیخ انصاری اگر ضرری که ظالم، شخص را به آن اکراه کرده، غارت خانه‌ی غیر و مصادره‌ی جمیع اموال او از روی ظلم و عدو ان باشد و ضرری که در صورت سرپیچی از فرمان ظالم، دچار مأمور می‌شود کلمه‌ای خشن از جانب ظالم است، در این صورت مأمور می‌تواند به غیر ضرر برساند. اگر این گفته‌ی شیخ را بپذیریم، آیا امتنان بر امت چنين چیزی را اقتضا می‌کند؟

۴. معنای این سخن آن نیست که از این رأی به نظری که شیخ در مکاسب ذکر کرده ولی تأیید نکرده، منتقل شویم؛ یعنی ارتکاب ضرر کمتر و اجتناب از ضرر بیشتر. بلکه صحیح آن است که ملاک را امتنان و عدم آن قرار دهیم، پس هر جا امتنان اقتضا کند که حکم به وجوب دفع ضرر از غیر، برداشته شود، آن حکم برداشته می‌شود و هر کجا اقتضا نکند، برداشته نمی‌شود، زیرا یقین داریم که امتنان بر مجموع دو طرف است نه خصوص یک طرف و این امری عرفی است که با مقیاس‌های عقلی دقیق، سازگار نیست. بنابراین در مثالی که شیخ ذکر کرد، اگر حکم به وجوب دفع ضرر از غیر در فرضی که ضرر متوجه مأمور شود سبب شود که سخن خشن و تندی که برای امثال او قابل تحمل باشد متوجه او گردد (مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)؛ ۱۷: ۳۱) بدون اشکال این امتنان منتفی است و در این مثال ارتفاع حکم به وجوب دفع ضرر به قطع، خلاف امتنان است و لذا مشمول حدیث لاضرر نخواهد بود و حکم به وجوب دفع ضرر از او، با حدیث لاضرر برداشته نمی‌شود.

اما اگر فرض کنیم ضرر ملحق به مأمور مساوی ضرر ملحق به طرف دیگر یا کمی کمتر از آن باشد، می‌توان گفت: امتنان، اقتضا می‌کند که حکم به وجوب دفع ضرر از غیر، برداشته شود؛ زیرا این حکم، سر از ضرر طرف اول (مأمور) درمی‌آورد. همچنین در امثال این موارد نیز معیار جریان و عدم جریان قاعده لاضرر، وجود امتنان و عدم آن است؛ زیرا یقین داریم که در امتنان، هر دو طرف مورد توجه است نه خصوص یک طرف و نیز امتنان، مسأله عقلی نیست که با ضرر کمتر به صورت دقیق ریاضی مقایسه شود.

۵. اگر فرض کنیم دلیل «لا ضرر» حکم به وجوب نجات و دفع ضرر از غیر را برمی‌دارد، بدون شک تنها وجوب را برمی‌دارد، اما محبوبیت عمل، به حال خود باقی است؛ زیرا امتنان تنها الزام حکم را برمی‌دارد نه محبوبیت عمل را؛ چون امتنان فقط در مورد رفع حکم الزامی است نه رفع استحباب و محبوبیت عمل. پس از روشن شدن این مطالب، پاسخ پرسش سوم چنین خواهد بود که اگر فرض کنیم دفع ضرر یا رفع آن از غیر واجب بوده و با حدیث «لاضرر و لاضرار» مرتفع نمی‌شود، این مسأله قطعاً در باب تزاحم داخل می‌شود؛ زیرا از یک طرف به حسب فرض، در این مسأله دفع ضرر یا رفع آن از غیر، مستلزم ضرر زدن به خود است و از طرف دیگر ضرر زدن به خود حرام است، در نتیجه بین وجوب نجات مریض و حرمت ضرر زدن به خود، تزاحم واقع می‌شود.

-اضرار به دیگران با استناد به آیه

آیه شریفه دویست و سی و سه سوره بقره؛ یعنی **لَا تُضَارُّ وَالِدَهُ بَوْلِدِهَا وَ لَا مَوْلُودٌ لَهُ بَوْلِدِهِ**، درباره اضرار به دیگران وارد شده است که بدین شرح استاد آن را بیان داشتند این است که این آیه مضاره و ضرر رساندن است. و در اینجا این مفهوم یا منطوقاً و یا مفهوماً از اضرار به ولد منع می‌کند و اضرار هم مطلق است و اطلاق اضرار شامل همه نوع ضرری و به هرکسی را دربرمی‌گیرد.

-نفع رساندن به فرزند، در معنای عام و یا خاص

تأکید این آیه این بود که بحث این نیست که سودی به او برساند، بلکه تأکید آن روی ضرر است، پس فرق این آیه با آیات دیگر همان ضرر است، البته ممکن بود آن‌ها شامل نفع رساندن هم بشوند، اما بحث این آیه بحث ضرر است و در قاعده لا ضرر

بحث شده که بین نفع و ضرر واسطه است. بنا بر آنچه مشهور است، بین نفع و ضرر تضاد و علاقه ضدین است. لذا به بحث‌هایی که در قاعده لا ضرر شده است، ارجاع می‌دهم، ولی آنچه در اینجا قابل قبول تر است، این است که ضرر غیر از نفع است و بعضی از چیزها سود دارد و بعضی از چیزها ضرر دارد و بعضی از چیزها هم نه سود دارد و نه زیانی. اگر ما این علاقه تضاد را بپذیریم، آن وقت این آیه عنایتی به این ندارد که سودی برساند، بلکه می‌گوید ضرری به فرزند نرسد؛ یعنی پدر و مادر وظیفه دارند که ضرری را متوجه فرزند نکنند و اما اینکه وظیفه دارند که سودی به او برسانند، این فراتر از عدم ضرر است و نفع رساندن چیزی فراتر از ضرر رساندن است و آیه تأکیدش روی این است که به او ضرر نرسانند و آنچه موجب ضرر به او می‌شود، مثل اینکه به او شیر ندهد و بچه را از مادرش بگیرد و کاری بکند که به فرزند ضرری متوجه بشود، این‌ها را منع می‌کند، بنابراین تا اینجا این تفاوت را دارد؛

یعنی این برخلاف روایاتی که می‌گوید تأدیب بکن و امثال این. روایت می‌گوید که ضرر نرسان و لذا این با روایات تأدیب و امثال این‌ها یک مقدار متفاوت است؛ چون در تأدیب و امثال آن، یک بار اضافه نفع رساندن دارد و همیشه دفع الضرر نیست، به عبارت دیگر این آیه شریفه دفع الضرر را افاده می‌کند و لازم می‌کند؛ یعنی اضرار را نهی و زجر می‌کند و دفع ضرر واجب می‌کند، ولی در هر حال تأکید آیه روی این نیست که نفعی به او برسان، بلکه می‌گوید ضرری به او نرسان. اگر نفع به معنای عام باشد در آیه هست، ولی نفع به معنای خاص نیست، پس آیه وظیفه‌ای را که الزام می‌کند، با معروف متفاوت است، البته ممکن است بگوییم با وقایه بر هم منطبق می‌شوند؛ چون در وقایه هم می‌گوید اهلتان را از آتش حفظ کنید و این یعنی به او ضرر نزن. آنچه موجب دفع ضرر می‌شود واجب است و شاید با آن بر هم منطبق بشوند، اما با معروف و تأدیبی که در روایات آمده دایره‌اش اعم و اخص می‌شود و تفاوت پیدا می‌کند.

-نتیجه

آنچه به عنوان وظیفه پدر و مادر، مورد نهی قرار گرفته است، اضرار به فرزند است. می‌گوید به فرزندتان ضرر نرسانید و این وظیفه شماست.

سؤال: آیا در اینجا (در این آیه) ضرر شامل ضرر اخروی می‌شود، یا نه؟

جواب: این نکته مهمی است. اگر فضای سیاق اولیه و مورد آیه را بگیریم، بحث شیر و رضاع و اضرار مادی به فرزند است، این بچه باید شیر بخورد و اگر مادر بیاید بگوید که من شیرش نمی‌دهم و به این اجرت هم راضی نمی‌شوم و کسی دیگر هم پیدا نمی‌شود تا به بچه شیر بدهد، نتیجه این می‌گوید نفع واجب است؛ چون ممکن است که او بگوید و او هم اجرتی ندهد و شیر خشک مناسب است که ضرر به او می‌رساند، ولی نفع آن چنانی ندارد و آن حرام نمی‌شود.

آنچه آیه روی آن تأکید دارد، این است که تعامل شما و ارتباط شما در حال طلاق و یا غیر طلاق، باید طوری باشد که به بچه ضرر وارد نشود. این ضرر در سیاق آیه و متن آیه ضرر و نفع و ضرر مادی رضاع و امثال این‌ها است. اگر طبق بعضی از وجه‌های قبلی این را از مورد تعمیم بدهیم و بگوییم سایر ضررها را هم می‌گیرد و ضررهای عاطفی را هم می‌گیرد، آن شمول اطلاق را بعید نبود که بگیرد. آیا این اطلاق حتی ضرر اخروی را هم می‌گیرد؟ اگر بگیرد با آیه وقایه خیلی به هم نزدیک می‌شوند که می‌فرمود: **قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا؛** یعنی از ضرر آتش حفظشان بکنید و این هم می‌گوید: **لَا تُضَارُّ وَالِدَةً بَوْلَدِهَا وَلَا مَوْلُودًا لَهُ يَوْلَدُهُ بِالْمَنْطُوقِ أَوْ بِالْمَفْهُومِ.** می‌گوید نباید به این بچه ضرر وارد بشود. وقتی ضرر نباید وارد بشود یعنی ضرر اخروی هم نباید وارد بشود. آن وقت اگر ضرر اخروی هم نباید وارد بشود، آن وقت آموزش‌های دینی و تربیت دینی و آنچه موجب این می‌شود که او از نظر شخصیت معنوی و روحی هم ضرر نکند، مشمول این آیه می‌شود. این هم نکته مهمی است.

نکات قبلی ما در حقیقت می‌گفتیم که ضرر را فقط به بحث رضاع و شیردهی جسمی تخصیص نزنیم، بلکه ضرر عاطفی و روحی و شخصیتی او را هم در نظر بگیریم و این مخصوص دوره رضاع هم نیست، حتی دوره‌های بعد هم می‌گوید؛ یعنی آن وقتی که بالغ نیست و تحت ولایت والدین است را هم شامل می‌قبلاً دادیم و گفتیم لا یبعد. این تعمیم سوم را هم می‌شود در آیه داد، یا نه؟ که بگوییم این لا تضار ناظر به ضرر اخروی هم هست؟ حقیقت این است که در آیه قرآن خیلی واضحی نیست.

-نمره بحث

اگر ما تعمیم ندهیم، آن وقت نسبت این آیه با آیه وقایه این طور می‌شود که آن می‌گوید: «قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا» «و ناظر به چیزی است که ضرر اخروی دارد و این ناظر به ضرر دنیوی است. آن آیه می‌گوید که هر چه موجب دفع ضرر اخروی می‌شود واجب است، این می‌فرماید هر چه که موجب دفع ضرر مادی می‌شود واجب است. باز هم این دو تا همدیگر را تکمیل می‌کنند. این آیه مربوط به ضرر معنوی و اخروی می‌شود و این مربوط به ضرر مادی و جسمی و امثال این‌ها می‌شود، اما اگر بگوییم که این ضرر معنوی را هم می‌گیرد، آن وقت این آیه اعم از آیه وقایه می‌شود. (تقریر سخنرانی درس خارج فقه تربیتی، استاد علیرضا اعرافی، ۸۳/۱۱/۳۰)

-تشریح جسد میت با وصیت خود شخص

هرگاه مسلمانی وصیت کند که پس از مرگش جسد او را تشریح کنند و برای نجات بیماران نیازمند، به آنها پیوند زنند، آیا چنین وصیتی نافذ و قابل اجراست یا خیر؟

می‌توان مدعی جواز بود و وصیت میت را نافذ دانست. البته نه از آن جهت که برخی گفته اند که با وجود مصلحت عقلایی در چنین وصیتی ضرر صدق نمی‌کند؛ زیرا چنین نیست که به خاطر وجود انگیزه های عقلایی ضرر از مفهوم ضرر بودن خارج شود؛ (مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)؛ ۳۹: ۲۵) بلکه دلیل جواز و نفوذ وصیت میت این است که مانع شرعی -که همان عنوان ضرر باشد -تنها به دوران حیات اختصاص دارد. از این رو مانعی ندارد که بگوییم: چون این مانع با مرگ برداشته شده، وصیت میت نافذ و قابل اجراست؛ زیرا کافی است که در حین عمل، مشروعیت تحقق داشته باشد. همان گونه که برای حسن خطاب شارع کافی است که در حال عمل و فعل، قدرت محقق باشد.

اشکال: روایاتی که دلالت دارد حرمت میت بسان حرمت او در حال حیات است اقتضا دارد، که وصیت میت مبنی بر تشریح بدنش پس از مرگ، نافذ نباشد؛ زیرا چنین وصیتی با حرمت او ناسازگار است.

جواب: منافی با حرمت میت این است که اعضای او از روی دشمنی قطعه قطعه شود؛ اما تشریحی که توسط خود میت اجازه داده شده با احترام میت منافات ندارد و مورد روایات، قطعه قطعه کردن عدوانی جسد میت است.

اشکال: حرمت و احترام میت از جمله حقوق به شمار نمی‌رود تا با وصیت و اذن اسقاط گردد، بلکه از جمله احکام است که با اذن ساقط نمی‌شود. همان گونه که خوار ساختن مؤمن از جمله احکام است و حرمت آن با اذن ساقط نمی‌شود.

جواب: مقتضای تشبیه احترام شخص مرده به احترام انسان زنده این است که احترام میت با شخص زنده مشابهت و همسانی دارد. احترام گذاردن به شخص زنده به استثنای اذلال و خوارساختن از باب حقوق است و با اذن ساقط می‌شود؛ به عنوان مثال گذاشتن پا بر سر یا دوش دیگری بی احترامی به اوست اما اگر آن شخص به خاطر انگیزه ای به چنین کاری اجازه دهد دیگر با احترام او منافات نخواهد داشت. روایاتی که امور را به استثنای خوار ساختن، به مؤمن واگذار کرده اند، مدعیای ما را تأیید کرده یا گواه مدعاست. این روایات ظهور دارند که تمام امور به استثنای خوار ساختن، از جمله حقوق است. بنابر این احترام میت نیز از باب حقوق به شمار خواهد رفت (مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)؛ ۴۰: ۲۵) - (حر عاملی، ۱۴۱۰، ق، ۴۲۴: ۱۱)

مگر گفته شود: از آن جا که وصیت میت به تشریح بدن با وجوب غسل دادن و کفن و دفن میت منافات دارد از این جهت

مشروع نبوده و قابل اجرا نیست. بلی، اگر وصیت کند که برخی از اعضای بدنش را برای پیوند به بیماران نیازمند بدهند، با واجبات مزبور منافات نخواهد داشت. افزون بر این، چنین وصیتی چه بسا خوار ساختن میت را همراه دارد و از این جهت نیز نمی‌تواند نافذ باشد.

به هر روی اگر به خاطر احتمال این که وصیت به تشریح بدن، وصیت به معصیت باشد، درجواز چنین وصیتی شک شود، در این صورت نمی‌توان به عموم ادله ای تمسک کرد که برفوذ وصیت میت دلالت دارد؛ زیرا پس از آن که می‌دانیم این عموماً به مواردی که وصیت به معصیت نباشد تخصیص خورده است، چنین تمسکی، تمسک به عام در شبهات مصداقیه خواهد بود. اشکال: جریان لاضرر برای نفی لزوم پرداخت هزینه های رد از سوی مشتری معارض است با جریان لاضرر برای نفی وجوب پرداخت هزینه های رد از سوی بایع و مالک.

جواب: لاضرر به نفع مالک جاری نیست؛ زیرا ضرر متوجه او ناشی شده از اقدام خودش برتسلیم مبیع با این که آگاهی از فساد آن داشته است و قاعده لاضرر در مواردی جاری است که منشأ ضرر حکم شارع باشد.

- کاربرد لاضرر در ایدز

گفتنی است پرداختن جدی فقهی نسبت به پدیده ایدز، می‌تواند کارآمدی و پویایی فقه را تضمین نماید و فقه اجتماعی را پربار سازد؛ فقهی که موضوع آن فرد نیست، بلکه در فقه اجتماعی، جامعه به صورت موضوع دیده شده و مسائل مورد ابتلای آن، بررسی فقهی می‌شود. (اراک، ۲۶/۷/۸۹) در پردازش فقهی ایدز، می‌توان از عناوینی کمک جست که زوایای فقهی و حقوقی پدیده ایدز را در ساحت‌های فرد، جامعه و حکومت روشن می‌سازد. گفتنی است این عناوین با استقرا، به دست آمده است و می‌توان با واکاوی بیش‌تر در موضوع ایدز و بحث‌های فقهی، تعداد بیش‌تری بدان افزود.

۱- تطبیق قاعده لاضرر و لاضرار بر ایدز

در سنت فقه، ضررهای فردی و گاه کوچک مورد توجه بوده و بر اساس قاعده فقهی لاضرر، از فرد، نفی شده است؛ اما اگر ضرر در مقیاس کلان «قرار بگیرد، موضوع لاضرر از فرد به» جامعه «تغییر پیدا می‌کند. پدیده ایدز به درستی یکی از ضررهای سهمگینی است که بر جامعه وارد می‌شود. بر اساس» لاضرار نیز به یقین انتقال ویروس ایدز از روی آگاهی، ضرر رساندن به دیگری و حرام است؛ اما با نگاهی دقیق‌تر می‌توان وظیفه حکومت و قانون‌گذار را نسبت به پدیده ایدز، روشن ساخت. در این جا به موضوع اصلی نوشتار پرداخته، ابتدا مفاد لاضرر و لاضرار را که در احادیث آمده (کلینی، ۱۴۰۷، ۲۸۰ و ۲۹۳) بیان می‌کنیم. در ادامه بیان خواهیم کرد که تنها بنا بر تفسیری از این قاعده که از برخی بزرگان فقه و اصول خواهد آمد، می‌توان حمایت حکومت و قانون را از فرد مبتلا و وظیفه آن دو نسبت به پدیده ایدز را بیان کرد.

۲- تطبیق فقهی لاضرار بر ایدز

در ابتدا سخن یکی از پژوهشگران فرهیخته را درباره لزوم حمایت فقهی در پدیده ایدز نقل می‌کنیم. وی می‌گوید: این جا بحث فقهی و فتوایی داریم که بر اساس چه ادله‌ای می‌توان به فعالیت‌های مرتبط با حوزه ایدز، لباس فقهی پوشاند و حرام یا واجب کرد؟ مثلاً بگوییم حمایت واجب است یا خیر؟ آیا این حمایت مثل همه حمایت‌های دیگری که نسبت به بیماری‌های دیگر داریم، هست یا خیر؟ بله، مثل بقیه بیمارها که می‌گویند با بیمار خوب رفتار کنید و مستحب است! یعنی واجب نیست که من حتماً در مقابل بیمار حمایت داشته باشم! آیا در ایدز هم، حمایت همان معنای استحباب و خوب را دارد؟ یا خیر، برخی از حمایت‌ها واجب است؛ چون اگر حمایت نشود، جامعه را فرا می‌گیرد. در فقه جاهایی هست که ترک کردن حرام است. یعنی ترک کردن، موجب تضییق حقوق یا موجب مردن می‌شود. حتی در حیوانات هم بحث شده که اگر شما فرض

کنید دادن یک علف را به یک حیوان، ترک کنید، این ترک کردن در این جا، منتهی به مرگ حیوان می‌شود. حالا مرگ تدریجی هم، مرگ است. مگر مرگ بنا است حتماً دفعی باشد. در این حوزه، تکلیف، متوجه دولت، افراد و خانواده‌ها و خود مبتلا و مراکز بهداشتی است. ما باید برای مراکز بهداشتی، وظایفشان را مشخص کنیم. این جور نیست که مثل بیماری‌های دیگر با بیمار ایدز روبه‌رو شوند و یا برخورد کنند! (مبلغی ۸۸/۰۶/۳۰)

پرسش وی که اساس این نوشتار را تشکیل می‌دهد، آن است که بر اساس چه ادله‌ای می‌توان به فعالیت‌های مرتبط با حوزه ایدز، لباس فقهی پوشاند؟ در پاسخ به این سؤال، ما بخش دوم قاعده لاضرر و لاضرار را پیش‌روی ایشان و دیگر پژوهشگران قرار می‌دهیم. این استاد ارجمند تلاش نموده بر اساس یک ملازمه عقلی، وجوب حمایت را استفاده نماید. بدین صورت که لازمه حمایت نکردن از فعالیت‌های مربوط به ایدز و افراد مبتلا، نادیده گرفتن حقوق دیگران است. روشن است که زیرپا گذاشتن حقوق دیگران روا نیست. بنابراین حمایت، ثابت می‌شود.

می‌توان گفت با این مبنا وجوب حمایت بر پایه یک دلیل شرعی روشن نیست. حکم عقل بر پایه ملازمه، می‌تواند در بسیاری از موارد تنها رجحان داشته باشد و وجوب را نرساند. اگر وضع قوانین و الزام سازمانی و نهادی برای حمایت در پدیده ایدز، مستقیماً بر پایه مفاد دلیل شرعی باشد و فقه را دارای چنین ظرفیتی بدانیم، دیگر نیازی به ملازمه عقلی نیست. لاضرار چنان روشن سخن می‌گوید و وظیفه حکومت اسلامی و قانون‌گذار را بیان می‌نماید که دیگر به دنبال لباس فقهی گشتن، برطرف می‌شود.

استاد پژوهشگر یاد شده در بخش دیگری از سخنان خود نسبت به موضوع حمایت، می‌گوید: بحث حمایت خیلی مهم است؛ به این دلیل که انتقال و پیدایش ایدز، به شدت اجتماعی است. یعنی ماهیت تماماً اجتماعی دارد. بحث شخصی و فردی نیست که شما بخواهید کسی را مکلف بدانید یا ندانید. ماهیت بحث حمایت، صرفاً اخلاقی نیست؛ بلکه حقوقی است و باید حقوقی بحث کرد. لذا تا آن ابعاد مربوط به ایدز و چگونگی مواجهه با آن در یک جامعه و بُعد اجتماعی‌اش تحلیل نشود، نمی‌توان حمایت را در این جا معنا کرد! واژه حمایت به نظرم در این بحث، واژه سستی است؛ مگر این که در فقه وارد شود و بُعد صلابت و بُعد الزام به خودش پیدا کند. (مبلغی، همان) باید گفت نگاه حقوقی به موضوع حمایت که برای حکومت و قانون‌گذار الزام ایجاد نماید، می‌تواند از رهگذر لاضرار به دست آید. بُعد صلابت و الزام نسبت به حمایت در مسأله ایدز، در فقه وجود دارد که لاضرار می‌تواند این مهم را تأمین سازد. گفته شد که لاضرار تنها به معنای حرمت آسیب رساندن به دیگران نیست، بلکه حاکم اسلامی باید راه‌هایی را فراهم سازد تا از پدید آمدن آسیب به دیگران و گسترش آن در جامعه جلوگیری نماید. راه‌هایی که به قانون تبدیل شده، در جامعه اجرا شود. از این رو با تطبیق قاعده لاضرار، وظیفه حکومت اسلامی و جنبه حمایتی نسبت به این آسیب بزرگ اجتماعی ایدز روشن می‌گردد.

بدین نکته مهم نیز باید توجه نمود که تنها بر اساس مبنایی که گفته شد، چنین برداشتی می‌توان از لاضرار داشت که قانون‌گذار برای حمایت از حکم و جلوگیری از تحقق آسیب رساندن به فرد و جامعه، باید اقدام نماید. تمامی مبانی فقهی دیگر، تنها حرمت تکلیفی لاضرار را می‌رساند و از این که بتواند علاوه بر حرمت تکلیفی، این قاعده را به عرصه حکومت و جامعه وارد سازد، ناتوان است.

تنها امام خمینی، لاضرار را حکم حکومتی و سلطانی می‌داند که اساساً نهی تشریحی در آن وجود ندارد. (خمینی، ۱۳۸۵، ۵۶) در نقد این مبنا، گفته شده که نهی از ضرر رساندن به دیگران، مناسب است که حکم الهی کلی باشد. چرا که اضرار، ظلم است و قبح ظلم از قوانین فطری است و چگونه ممکن است تشریح الهی خالی از این حکم فطری باشد. قرینه‌هایی نیز وجود دارد که صرفاً حکم حکومتی بودن، اضرار را نفی می‌کند. (سیستانی، ۱۴۰۴، ۱۸۶) اما جالب آن که اولین پرسشی که برخی

انجمن‌های فعال در عرصه ایدز) موسسه همیاران مثبت در نشست تخصصی فقه ایدز، ۳۰/۶/۸۸) از فقه طرح کرده‌اند، چنین است که ادله فقهی در حمایت از کسانی که با بیماری ایدز زندگی می‌کنند، چیست؟

به نظر می‌رسد تنها دلیل فقهی که به روشنی حمایت از افراد مبتلا را وظیفه حکومت اسلامی می‌داند، مفاد لاضرار (بر مبنای تفسیر برگزیده از این قاعده) است. البته عناوین فقهی دیگری که در فقه ایدز کارآیی دارد که برشمرده شد (افساد و اهلاک نفس، اختلال نظام و کرامت انسانی)؛ اما می‌توان به طور کلی گفت که هیچ یک از عناوین فوق به روشنی لاضرار نمی‌توانند مسؤولیت حکومت اسلامی را نسبت به مسأله ایدز و جلوگیری از گسترش آن و لزوم قانون‌گذاری در حمایت از بیماران مبتلا به ایدز، بیان کند. بیش‌تر این عناوین، فرد آلوده به ایدز را به عنوان یک «مجرم» می‌نگرد تا یک شهروند دارای بیماری بحرانی تا به اقدام بایسته و هدفمند در حمایت از او توجه شود. نگاه مجرمانه به بیمار، بنا بر نظر کارشناسان، یکی از بزرگ‌ترین آفت‌های مدیریت پدیده ایدز عنوان می‌شود. علاوه بر آن که این عناوین، مستقیماً به سراغ پدیده ایدز نمی‌رود و از زاویه فرد مبتلا به ایدز، بدین مسأله می‌نگرد. به سخن رساتر، موضوع این عناوین، فرد بیمار و اعمال اوست که با توجه به عنصر قصد و اراده عامدانه وی، این عناوین مانند اختلال نظام، انتزاع می‌شود؛ اما در لاضرار، خود پدیده ایدز می‌تواند بررسی شود و بر حکومت، الزام می‌نماید تا به مدیریت این پدیده پرداخته، مانع گسترش آن شود.

۳- مسؤولیت‌های حکومت اسلامی درباره پدیده ایدز

بنا بر قاعده لاضرار، علاوه بر آن که انتقال و گسترش ویروس ایدز، دارای حرمت تکلیفی و عذاب اخروی است، باید حکومت اسلامی بر اساس این قاعده فقهی (لاضرار) قوانینی را وضع کند تا از تحقق آسیب به جامعه، جلوگیری نماید و حمایت قانونی خویش را از فعالیت‌های مرتبط با ایدز که سبب کاهش این آسیب می‌شود، ابراز دارد. این گونه، فقه، مسؤولیت‌های اجرایی زیر را نسبت به مسأله ایدز بر عهده حکومت اسلامی می‌گذارد: ۱- تأسیس نهاد و سازمان کلان مؤثر برای سیاست‌گذاری و هماهنگی برای جلوگیری از گسترش ایدز. ۲- وضع قوانین راهگشا برای مدیریت پدیده ایدز در جامعه و رعایت حقوق بیماران مبتلا به ایدز و حمایت حکومتی از آنان. ۳- ایجاد نهادهای حمایتی و نظارتی نسبت به افراد مبتلا و حمایت گسترده از نهادها و انجمن‌های مردمی و غیردولتی مرتبط با ایدز. ۴- راه‌اندازی برنامه‌های آموزشی و آگاهی‌سازی فرهنگی شفاف و بدون ملاحظات خودساخته و حیاهای کاذب، برای شناخت جامعه به منظور پیشگیری از ایدز. ۵- تأسیس مراکز درمانی پیشرفته برای کاستن سرعت انتشار ایدز. ۶- مجازات بازدارنده برای اقدامات مجرمانه نسبت به انتقال و انتشار ایدز در جامعه. بنابر این برای جلوگیری از گسترش ایدز، مدیریت این پدیده و حمایت قانونی و مدنی و همه جانبه از افراد مبتلا، امری واجب و الزامی از جانب حکومت به شمار می‌رود.

۴- تطبیق لاضرر بر حقوق شهروندان بیماران ایدز

باید گفت افزون بر کاربرد پر اهمیت قسمت لاضرار در مسأله ایدز، بخش دیگر قاعده یعنی لاضررنیز کارآیی مهم و راهگشایی نسبت به حقوق شهروندی بیماران مبتلا به ایدز ایفا می‌کند. گفته شد یکی از مصادیق ضرر، می‌تواند با توجه به اعتبار قانونی و نفی حقوق شهروندی باشد. به عبارت دیگر، نسبت به تمام حقوقی که عقلاً برای زندگی یک فرد در جامعه در نظر می‌گیرند و نیز حقوق شرعی‌ای که در شریعت ثابت شده، از بین بردن هر کدام از این حقوق، ضرر بر فرد محسوب می‌شود. همچنین در لاضرر، هر گونه سبب شرعی‌ای که شخص را دچار نقصی سازد، نفی شده است.

بدین ترتیب بر پایه لاضرر، رفتار حکومت و اساساً هیچ حکم و قانونی، نمی‌تواند حقی از حقوق یک شهروند را نادیده بگیرد و چنین حکمی در عالم تشریح و قانون‌گذاری، بر اساس قاعده لاضرر، نفی می‌شود. درباره تطبیق لاضرر نسبت به ایدز، باید گفت

که همه افراد مبتلا باید مانند دیگر افراد جامعه از حقوق شهروندی برخوردار باشند و هیچ یک از احکام و قوانین و نیز برداشت نادرست مردم از این بیماری، نمی‌تواند حقوق افراد مبتلا را نادیده انگارد. مثلاً حکومتِ لاضرر بر ادله فقهی دیگر، می‌تواند سبب گردد حقوق بیمار مبتلا به ایدز در مسائلی مانند ازدواج یا طلاق از میان برداشته نشود. فرد مبتلا به ایدز می‌تواند ازدواج نماید و لاضرر، جلوگیری از حق ازدواج او را نفی می‌کند. البته بنا بر لاضرر نیز نمی‌تواند به گونه‌ای رابطه زناشویی داشته باشد که باعث انتقال ویروس ایدز به همسر خویش شود. با توجه به ناظر بودن قاعده لاضرر و «حکومت» آن بر تمامی ادله اولیه احکام، نمی‌توان فقه ایدز را به گونه‌ای تنظیم کرد که از حقوق شهروندی مبتلایان به ایدز کاسته شود و به نگاه مجرمانه به این افراد - که از فرهنگ نادرست و نابجا ناشی شده است - رسمیت بخشید و رنگ و بوی فقهی داد.

به نظر نگارنده قاعده فقهی «لاضرر و لاضرر» کارآیی چشمگیری در بررسی فقهی ایدز دارد. از یک سو لاضرر، حقوق شهروندی و قانونی فرد مبتلا به ایدز را پاس می‌دارد؛ به گونه‌ای که دیگر قوانین، نمی‌تواند این حقوق را نادیده بگیرد؛ و از سوی دیگر، لاضرر، به دنبال وضع قوانین از سوی حکومت اسلامی است تا از تحقق آسیب به فرد و جامعه جلوگیری کند و پدیده ایدز را ریشه‌کن سازد و به این منظور از فعالیت‌های مرتبط با مسأله ایدز، حمایت همه‌جانبه نماید.

این برداشت از مفاد لاضرر که علاوه بر تحریم تکلیفی، وضع قوانین برای سازوکارهای اجرایی بازدارنده از تحقق خارجی ضرر را می‌رساند، بر اساس مبنای برگزیده در تفسیر قاعده فقهی لاضرر و لاضرر است که می‌تواند این قاعده را به ساحت حکومت و جامعه وارد سازد و آن را با اختیار ولی امر و حکومت اسلامی، پیوند زند.

-اضرابه غیر

آیا برای دفع اضرار از خود، اضرار به غیر جایز است؟ مرحوم شیخ انصاری در تنبیه چهارم از رساله لاضرر، به طرح این موضوع پرداخته است. ایشان مسأله را به دو صورت مطرح کرده است: اول این که آیا شخص اجازه دارد به منظور دفع ضرر از خود، به دیگری ضرر بزند و دوم این که آیا واجب است شخص به منظور دفع ضرر از دیگری، به خود ضرر وارد سازد؟ در مورد اول، شیخ مثال می‌زند که اگر بیم خرابی دیوار خانه‌ای در بین باشد، روا نیست که مالک، آن را به وسیله چوب بست و غیره به طرف خانه همسایه متمایل کند، به نحوی که برای همسایه ایجاد خطر کند و در مورد دوم می‌گوید: اگر از طرف سلطانیا شخصی مقتدر، فردی وادار به قتل‌دیگری بشود و به او گفته شود که اگر مرتکب چنین قتلی نشوی، خودت کشته خواهی شد، جایز نیست که آن شخص خودش را به کشتن بدهد تا خون شخص دیگر ریخته نشود البته این فتوایشیخ را دیگران به این اطلاق قبول ندارند. مهم‌ترین اشکال بر نظر شیخ این است که ضررهایی که تحملش به خاطر دفع ضرر از دیگری واجب نیست، ضررهای طبیعیو غیر ارادی‌اند؛ اما در اینجا که ضرر مستقیماً متوجه غیر نیست و در واقع ضرر در مرحله اول متوجه خود فرد است، این چنین نیست. منتهای مطلب این است که کشتند دیگری به منظور دفع قتل از خود جایز نیست؛ مگر این که مورد از صورت اکراه به دفع اراده و اختیار برگشت کند؛ چون گاه اوضاع طوری است که واسطه، هیچ نوع اراده‌ای ندارد، مثل اینکه اراده اش از کار افتاده که در فقه از آن بهالجاه «و» اضطرابتعبیر می‌شود؛ اما اگر شخصی با اراده و اختیار مرتکب قتلی بشود تا خودش به قتل نرسد، مسئول خواهد بود و بر نظر شیخ از این لحاظ خدشه وارد شده است. (انصاری، ۱۴۲۰، ۳۷۴ رساله لاضرر)

-نتیجه‌گیری

یکی از قواعد مهم فقهی برای حل پاره‌ای مشکلات، قاعده لاضرر است. این قاعده در صورتی که افزون بر حکم تکلیفی، بر احکام وضعی دلالت کند، در قانونگذاری کلان کاربرد ویژه پیدا می‌کند. توسعه در معنای ضرر از ابتکارات شهید صدر است؛ به صورتی که واژه ضرر شامل نقص در کرامت و اعتبار هم بشود. این توسعه در قوانین خانواده تأثیر زیادی خواهد داشت. نکته دوم،

ضرورت شناخت محل اصلی ضرر است که اسم آن را می‌توان رمزگشایی از مشکلات و منازعات گذاشت. چنین مبنایی نیز در حل مشکلات عرصه‌های خصوصی؛ مانند نهاد خانواده و مصداقیابی ضرر بسیار مؤثر است. نکته سوم، اعتبار فهم عرف در شناسایی موارد ضرر است که از کوشش برای فهم ملاک قاعده به دست می‌آید. به نظر شهید صدر، اگر عرف، مصداق ضرر را شناسایی کرد، دیگر نباید برای اجرای قاعده امساک کرد. در آخر نیز ایشان معتقدند امکان استنباط احکام وضعی از روایات، مسلم است و نفی این مطلب باعث می‌شود حدیث متقنی مانند حدیث سمره، احکام وضعی موجود در خود، مانند امر به کردن درخت را توجیه نکند. البته باید این نکته را متذکر شد که قاعده ضرر و فعل زیان دارای مصادیق متعددی در جامعه بوده به طوری که صدمات جسمی و روحی و مالی را همه و همه در بر می‌گیرد پس یکی از ارکانی که برای تحقق مسئولیت لازم است ضرورت وجود فعل زیانبار می‌باشد برای تحقق مسئولیت مدنی و لزوم جبران خسارت توسط زیان رساننده در اغلب موارد لازم است که فعل زیانباری بوقوع پیوسته باشد تا حق مطالبه خسارت برای زیان دیده ایجاد گردد و ورود ضرر و زیان به شخصی الزاماً در اثر ارتکاب یک فعل زیانبار نیست بلکه چه بسا زیان و خسارت در نتیجه یک ترک فعل حاصل شود آنچه باعث شده است که حقوقدانان ارتکاب فعل زیانبار را از شرایط تحقق مسئولیت مدنی بدانند، آنست که در اغلب موارد خسارت از فعل زیانبار عامل ورود ضرر ناشی می‌شود و الا در پاره‌ای از موارد نیز ترک فعل می‌تواند منشأ ایجاد مسئولیت جبران خسارت باشد!... توجه به این نکته نیز دارای اهمیت است که اشخاص تنها مسئول آثار و نتایج اعمال خویش نیستند. بلکه ممکن است عمل زیانبار یک شخص برای دیگری ایجاد مسئولیت کند حتی بدون اینکه شخصی که مسئول جبران خسارت شناخته می‌شود مرتکب تقصیریابی احتیاطی شده باشد؛ اما ضرورت یک نکته دیگر در پایان بحث این است که قاعده ضرر با قواعد دیگر فقه مانند قاعده اتلاف و قاعده خسارت و برخی دیگر از قواعد دارای ارتباط تنگاتنگی است که خود بررسی این موضوع تحقیقات جدیدی را می‌طلبد.

منابع

۱. انصاری. مرتضی بن محمد امین. (۱۴۲۰ ق). کتاب المکاسب. قم: طاهر.
۲. اراکی، محسن: فقه حکومتی در راستای تحول فقه، مصاحبه شفاهی منتشر نشده، ۲۶/۷/۱۳۸۹.
۳. جعفری تبریزی. محمد تقی. (۱۴۱۹ ق). رسائل فقهی (علامه جعفری). تهران: مؤسسه منشورات کرامت.
۴. جمعی از مؤلفان. (بی تا) مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام. (نرم افزار جامع فقه اهل بیت (ع)).
۵. حر عاملی. محمد بن الحسن. (۱۴۱۰). وسائل الشیعه. بیروت: دارالاحیاء التراث العربی. ج ۱۵، ۱۸، ۱۹.
۶. حسینی مراغی. میر عبدالفتاح. (۱۴۱۷ ق). العناوین. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۷. خوانساری. شیخ موسی. (۱۳۷۳). منیة الطالب (تقریر مباحث محقق نایینی) بحث قاعده لاضرر. تهران: محمدیه.
۸. خوبی. ابوالقاسم. (۱۴۰۸ ق). (۱۳۷۲). مصباح الفقاهة. قم: مکتبه الداوری. ج ۲.
۹. خمینی، روح الله: الرسائل، موسسه اسماعیلیان، قم، ۱۳۸۵ ق.
۱۰. سبحانی تبریزی. جعفر. (۱۴۱۵ ق). الرسائل الأربع (للسبحانی). قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام. ج ۲.
۱۱. سیستانی. سید علی (۱۴۱۴ ق). قاعده "لا ضرر و لا ضرار". قم: مدرسه امیر المومنین.
۱۲. طباطبایی. علی. (۱۴۱۸). ریاض المسائل. قم: آل البيت (ع). ج ۸.
۱۳. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ ق). الکافی، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ج ۵.
۱۴. الطوسی. محمد بن حسن. (۱۳۸۷). المبسوط فی فقه الامامیه. تهران. المکتبه المرتضویه. ج ۱.
۱۵. الطوسی. محمد بن حسن. (۱۴۰۷). الخلاف. قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم. ج ۳.
۱۶. محقق داماد. سید مصطفی (۱۳۷۳). قواعد فقه (بخش مدنی). سلسله درس های استاد. تهران: انتشارات مرکز نشر علوم اسلامی.

۱۷. مبلغی، احمد: نشست تخصصی فقه ایدز، دفتر تبلیغات اسلامی، مشهد، ۳۰/۶/۱۳۸۸.
۱۸. نائینی. محمد حسین. (۱۴۱۳ ق). کتاب المكاسب و البیع.. قم: مؤسسه نشر اسلامی. ج ۱.
۱۹. نائینی. محمد حسین (۱۳۷۳ ق). منیه الطالب فی حاشیه المكاسب. تهران: انتشارات محمدیه. ج ۲.
۲۰. نجفی. محمد حسن. (۱۳۶۲ ق). جواهر الكلام فی شرح شرایع الاسلام. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۲۱. نراقی. احمد بن محمد مهدی. (۱۴۱۷ ق). مستند الشیعه فی أحكام الشریعه. مشهد: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث.
۲۲. جوهری. اسماعیل بن حماد. (۱۴۰۷). الصحاح لسان: تاج اللغة و صحاح العربیة.. قاهره: احمد عبدالغفور عطار. ج ۲.
۲۳. حلبی. ابن زهره. حمزة بن علی حسینی. (۱۴۱۷ ق). غنیة النزوع إلى علمی الأصول و الفروع. قم: مؤسسه امام صادق علیه.
۲۴. نراقی. ملا احمد. عوائد الأيام. قم: مرکز النشر التابع لمکتب الإعلام الإسلامی. ج ۱. ۱۳۷۵ ش.
۲۵. اعرافی. علیرضا. تقریرسخنرانی درس خارج فقه تربیتی. (۸۳/۱۱/۳۰).

The rule of wickedness and its adaptation to the events of the day of society

Masoumeh Asadi Nian
Master of jurisprudence and Islamic law

Abstract

One of the most famous rules of jurisprudence cited in most jurisprudence, such as prayers, transactions, and so on, is the rule of law. And the documentary of many jurisprudential issues is the same. The significance of this rule is to the extent that so many of the Pugas have devoted an independent treatise from their past and present in their own deliberations. Individuals in everyday life, when doing different things and for various reasons, may wish to or unwanted damages to other people's belongings and cause financial losses to those individuals. However, the losses that may come to people are not always meant to completely damage equipment or damage to their property, but in some cases they may be damaged for some other reason, including spiritual matters, but in In this research, we looked at the important examples of this community.

Keywords: harm, trauma, AIDS, organ transplantation, body description
