

عدالت

به مثابه «قاعده»

همراه با

قواعد: «لا ضرر»، «لا حرج»، «عدل و انصاف» و...

نوشته

دکتر سید محمد اصغری

عضو هیأت علمی دانشگاه تهران



انتشارات اطلاعات

تهران - ۱۳۸۸

سرشناسه: اصغری، سید محمد، ۱۳۲۷ -
عنوان و نام پدیدآور: عدالت به مثابه «قاعده»: همراه با قواعد «لا ضرر»، «لا حرج»، «عدل و انصاف» و ... /
مشخصات نشر: نوشته محمد اصغری
مشخصات ظاهری: تهران: اطلاعات، ۱۳۸۸
شابک: ۲۹۵ ص.
978-964-423-740-9
وضعیت فهرست نویسی: فیبا
یادداشت: کتابنامه: ص. ۲۸۷-۲۹۵؛ همچنین به صورت زیر نویس
موضوع: فقه - قواعد
موضوع: قاعده عدل و انصاف
موضوع: قاعده (اسلام)
موضوع: عسر و حرج
موضوع: قاعده لا ضرر
شناسه افزوده: مؤسسه اطلاعات
رده بندی کنگره: ۱۳۸۷ ۶۴ الف ۱۶۹ BP
رده بندی دیویی: ۲۹۷/۳۲۴۱
شماره کتابشناسی ملی: ۱۶۵۴۸۹۱



انتشارات اطلاعات

تهران: خیابان میرداماد، خیابان نفت جنوبی، روزنامه اطلاعات، شماره پستی ۱۵۴۹۹۵۳۱۱۱
تلفن: ۶-۲۹۹۹۳۴۵۵
فروشگاه مرکزی: خیابان انقلاب اسلامی، روبروی دانشگاه تهران، تلفن: ۶۶۴۶۰۷۳۴
تلفن دفتر توزیع و فروش: ۲۹۹۹۳۲۴۲

عدالت به مثابه «قاعده»

نوشته دکتر سید محمد اصغری

ویراستار: افسانه فارونی
حروف نگار: سید حسن صالحی
طراح روی جلد: رضا گنجی
حروف نگاری، چاپ و صحافی: مؤسسه اطلاعات
چاپ اول: ۱۳۸۸
شمارگان: ۲۱۰۰ نسخه

قیمت: ۲۴۰۰ تومان

شابک: ۹۷۸-۹۶۴-۴۲۳-۷۴۰-۹

ISBN: 978-964-423-740-9

همه حقوق چاپ و نشر برای ناشر محفوظ است. Printed in Iran

فهرست مطالب

۱۷	پیشگفتار
	بخش نخست: تعاریف، کلیات و مفاهیم عدالت
۲۳	طرح مسئله
۲۵	فصل اوّل: تعاریف و تطوّر مفهوم عدالت
۲۵	الف - واژه عدالت
۲۵	ب - تعاریف عدالت
۲۹	ج - دگرگونی مفهوم عدالت
۲۹	- عدالت در سنت «هابزی»
۳۰	- عدالت در سنت «کانتی»
۳۱	- عدالت و سوسیالیسم
۳۲	- عدالت در اندیشه فلاسفه قرن بیستم
۳۲	اوّل: جان راولز
۳۴	دوّم: رابرت نوزیک
۳۵	د - جمع بندی
۳۸	فصل دوّم: اندیشمندان اسلامی و عدالت
۳۸	الف - طرح بحث
۴۱	ب - محورهای عمده از دیدگاه لیبرالیسم و سوسیالیسم

- ج - دیدگاه اندیشمندان اسلامی در عدالت اقتصادی ۴۳
- ۱- «چیستی حق!» ۴۴
- ۲- نظر شهید مطهری ۴۵

بخش دوم: عدالت به مثابه قاعده فقهی و حقوقی

- طرح مسئله ۵۱
- فصل اول: کلیات، تعاریف و عدالت در مناصب اجتماعی ۵۴
- الف - قاعده فقهی ۵۴
- ب - نقش قواعد فقه و ویژگی های آن ۵۴
- ج - نظام حقوقی ۵۶
- د - عدالت و قسط ۶۰
- ه - تعریف فقهی عدالت ۶۱
- ۱- تعاریف فقها ۶۱
- ۲- تعریف محقق نراقی ۶۴
- و - عدالت در مناصب اجتماعی ۶۵
- ز - فقها و عدالت در مناصب اجتماعی ۶۹
- ح - فقهای شیعه، و عنصر عدالت ۷۱
- ۱- رویکرد فعال گرایانه ۷۴
- ۲- رویکرد پرهیز، یا پارساگرایانه ۷۵
- ۳- رویکرد مسالمت جویانه ۷۷
- فصل دوم: عدالت، انصاف و «قاعده عدل و انصاف» ۸۰
- الف - واژه «انصاف» ۸۰
- ب - تعریف «انصاف» ۸۱
- ج - در معنای تنصیف ۸۲
- د - انصاف عرفی (در غیر معنای تنصیف) ۸۳
- ه - تفاوت عدالت و انصاف ۸۸
- و - «عدالت به مثابه انصاف» ۸۹

۹۱	ز- انصاف و استحسان
۹۴	ح- قاعده «عدل و انصاف»
۹۷	فصل سوم: انصاف و عدالت ترمیمی
۹۷	الف- تعریف
۱۰۰	ب- ریشه‌های مذهبی عدالت ترمیمی
۱۰۱	ج- عدالت ترمیمی در معارف اسلامی
۱۰۱	۱- همراهی حقوق و اخلاق
۱۰۴	۲- عفو و گذشت
۱۰۶	۳- در روایات
۱۰۷	۴- نگاه به مجرم
۱۰۸	۵- توبه، و ندامت
۱۱۰	۶- «احیاء» و بازپروری
۱۱۱	۷- مسئولیت اجتماعی
۱۱۵	فصل چهارم: عدالت به مثابه قاعده فقهی
۱۱۵	طرح بحث
۱۲۰	الف- اهمیت عدالت به عنوان «قاعده»
۱۲۲	ب- ادله قاعده عدالت
۱۲۲	۱- «کتاب»
۱۲۶	۲- «سُنَّت»
۱۲۹	۳- «اجماع»
۱۳۱	۴- «عقل»
۱۳۲	۵- «سیره عقلا»
۱۳۲	۶- فتاوی فقه و نظرات حقوقدانان
۱۶۱	ج- محقق نائینی و عدالت
۱۶۳	د- مصادیق عدل در قلمرو زمان و مکان
۱۶۶	ه- در فراق عدل و انصاف

- و- برخی مصادیق عدل در روزگار جهانی شدن ۱۶۹
- ۱- نگاه به «مقاصد الشریعه» ۱۶۹
- ۲- معلق و مشروط بر خوردن نکردن ۱۷۰
- ۳- شناخت موضوع ۱۷۰
- ۴- همگامی با عدالت ۱۷۱
- ۵- پاسخهای نو به پرسشهای نو ۱۷۱
- ز- عدالت منضبط (عدل سامان مند) ۱۷۴

بخش سوم: قاعده «لاضرر» و «لاضرار»

- طرح مسئله ۱۸۱
- فصل اول: کلیات و مدارک قاعده ۱۸۵
- الف - کلیات ۱۸۵
- ۱- پیشینه قاعده لاضرر ۱۸۵
- ۲- «لاضرر» و مسئله سوءاستفاده از حق ۱۸۷
- ۳- سوءاستفاده از حق و تقلب نسبت به قانون ۱۸۷
- ۴- تفاوت قاعده لاضرر و سوءاستفاده از حق ۱۸۸
- ۵- معنی «ضرر و ضرار» ۱۹۰
- ب- مدارک و ادله قاعده لاضرر ۱۹۲
- ۱- عقل ۱۹۲
- ۲- اجماع ۱۹۲
- ۳- کتاب ۱۹۲
- ۴- سنت ۱۹۴
- فصل دوم: مفاد فقهی و دلالت قاعده ۱۹۸
- نظرات فقها ۱۹۸
- ۱- نفی حکم ضرری ۱۹۸
- ۲- نفی حکم، به لسان نفی موضوع ۱۹۹
- ۳- ضرر غیر متدارک ۲۰۰

۲۰۱	۴- «لا» به معنی نهی
۲۰۲	نظر حضرت امام خمینی (قدس سرّه)
۲۰۲	الف- لاء ناهیه، ونهی، نهی سلطانی و حکومتی
۲۰۲	ب- شئون مختلف رسالت پیامبر (ص)
۲۰۲	۱- شأن رسالت و نبوت
۲۰۲	۲- شأن ولایت و ریاست عامه
۲۰۳	۳- شأن قضا و فصل خصومت
۲۰۳	۴- روایاتی که با «قضا» و «امر» وارد شده است
۲۰۵	فصل سوّم: ایرادهای وارد بر قاعده، و «تنبیها»
۲۰۵	ملاحظه
۲۰۶	۱- عدم شمول قاعده بر مورد خود
۲۰۷	۲- تخصیص اکثر
۲۰۸	۳- قاعده تنها نهی حکم می کند
۲۱۲	۴- ضرر شخصی؛ ضرر نوعی
۲۱۳	۵- ضرر و عدم النفع
۲۱۴	فصل چهارم: چگونگی تقدّم قاعده بر ادله احکام
۲۱۶	۱- حکومت
۲۱۷	۲- تفاوت «حکومت» و تخصیص
۲۲۰	۳- اضرار به غیر به منظور دفع ضرر
۲۲۱	۴- اکراه در قتل
۲۲۳	فصل پنجم: تعارض یا تراحم دو ضرر
۲۲۳	۱- انتخاب «اخف الضررین» در شخص واحد
۲۲۳	۲- تعارض نسبت به دو شخص
۲۲۴	۳- تعارض قاعده لاضرر و قاعده تسلیط
۲۲۹	خاتمه
۲۲۹	۱- عدالت و قاعده لاضرر

۲۳۱ ۲- تفاوت دو قاعده عدالت و لاضرر

بخش چهارم: قاعده نفی عسر و حرج

۲۳۵ طرح مسئله

۲۳۵ ۱- رمز و راز ماندگاری

۲۳۷ ۲- بیماری «افراط و تفریط»

۲۳۹ ۳- قاعده «نفی حَرَج»

۲۴۱ فصل اول: تعاریف، کلیات و مستندات قاعده

۲۴۱ ۱- واژه‌های عسر و حرج

۲۴۲ ۲- تکلیف مالا یطاق

۲۴۲ مستندات قاعده

۲۴۲ الف- قرآن

۲۴۴ ب- نگاهی به اخبار (سنت)

۲۴۵ یک نکته اخلاقی

۲۴۶ ج- اجماع

۲۴۷ د- عَقْل و بِنَاء عَقْلًا

۲۵۱ فصل دوم: مفاد و دلالت قاعده

۲۵۴ الف- حرج شخصی یا حرج نوعی

۲۵۴ ب- ضابطه اضطرار (حرج)

۲۵۵ ج- اضطرار در حقوق مدنی

۲۵۶ د- گستره قاعده «نفی عسر و حرج» در امور علمی

۲۵۷ ه- رُخَصْت و عَزِیْمَت

۲۶۰ فصل سوم: تعارض قاعده لآخرَج با قواعد دیگر

۲۶۲ الف- تعارض با قاعده تسلیط

۲۶۲ ب- تعارض با قاعده لاضرر

۲۶۳ ج- تعارض دو حرج

۲۶۷ فصل چهارم: مصادیق یا موارد تطبیق قاعده

۲۶۷	اول - مصادیق قاعده در فقه
۲۶۸	الف - عُسر و حرج و اضطرار
۲۶۸	ب - ضرورت
۲۶۹	۱- توجه به مقدار و اندازه
۲۶۹	۲- محدودیت زمان
۲۷۰	۳- مصادیق
۲۷۲	دوم - مصادیق قاعده در قوانین
۲۷۳	الف - طلاق بر اساس قاعده نفی حرج
۲۷۴	۱- نگاهی به پیشینه تاریخی
۲۷۵	۲- توجه به «حوادث واقعه» و نیازهای زمان
۲۷۵	۳- حقوق تطبیقی و نظرات فقها
۲۷۶	۴- فقهای امامیه
۲۷۷	نظر آیت الله سید محمد کاظم یزدی
۲۷۹	ب - در روابط استیجاری
۲۸۱	ج - در سایر موارد قانونی
۲۸۲	د - توضیحاتی برای شناخت بیشتر
۲۸۲	۱- حَرَج و عدم قدرت عقلی
۲۸۳	۲- ضرر و حَرَج
۲۸۳	۳- قاعده نفی حرج و مسئله «ضمان»
۲۸۷	کتاب نامه

پیشگفتار

عدالت در تمام شئون حیات و هستی انسان، و شاید باید گفت: در گستره کلیت آفرینش، چه در عرصه تکوین و چه در میدان تشریح، پایه، اساس، اصل، مبنا، میزان و «قاعده» است؛ و از همین ناحیه، این دفتر را «عدالت به مثابه قاعده» نامیدیم، و واژه «فقهی و حقوقی» را که در پی عبارت یاد شده آمده بود، حذف کردیم، زیرا که «عدالت» نه تنها در دانش فقه و حقوق، که در همه عرصه‌ها و صحنه‌ها و علوم و معارف بشری یادینی و الهی «قاعده» و «اصل الاصول» است. همان‌سان که پیام آور عدل و عقل و آزادی فرمود: «بالعدل قامت السموات...» و «الملك یبقی مع الکفر، و لا یبقی مع الظلم!» سخن زیر هم از «فردریک داگلاس» یکی از فلاسفه غربی، زیبا و حکیمانه است. می‌گوید:

«در کشمکش برای عدالت، تنها پاداش، فرصتی جهت حضور، در این میدان است.»
و زیباتر و رساتر و درخشانده‌تر از گفته «داگلاس» کلام پرتین «محمدبن عبدالله حمیری»، شاعر شیعی است. می‌گوید:

«وَلَا وَاللَّهِ لَا تَزُكُوا صَلَاةً بَغَيْرِ وَلَايَةِ الْعَدْلِ الْإِمَامِ» ی

«سوگند به خدا، جز در حکومت عدل و رهبری پیشوا و «امام» عادل، نماز هم، نماز زلال و مصفایی نیست!...» و «حمیری» هم از تبار شاعران عدالت‌خواهی است، که «یک عمر، دازِ مرگ خویش را، بر پشت و بازوی خود حمل می‌کرد»!؟

... اما این دفتر، فراهم آمده از یادداشتهایی است، که همراه با برخی کتب و منابع، در درس «قواعد فقه»، در اختیار دانشجویان عزیز، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه

تهران، قرار می‌گرفت. در آغاز، تنها تدوین و تنظیم یادداشتهای مربوط به «قاعده عدالت» مورد نظر بود؛ قاعده‌ای که به گفته شهید مطهری، مظلوم افتاده است: (در فقه به هر مناسبتی، قاعده‌ای شکل گرفته، اما در مورد «عدالت»، غفلت یا غفلت‌هایی (!) چهره بسته است) اما نظر به مناسبت‌های مختلف، یادداشتهای مربوط به قاعده «عدل و انصاف» و قاعده «لاضرر» و «لاحرَج» نیز تنظیم و همراه با قاعده عزیز عدالت، به چاپ سپرده شد. گفتیم نظر به «مناسبت‌ها»، چرا که قواعدی چون: «عدالت»، «عدل و انصاف»، «لاضرر» و «نفی عسر و حرج»، در حقیقت قواعدی مبتنی بر اخلاق و معنویت بوده، و در عین حال، مانع و رادع ظلم و ستم، عهده‌دار «روز آمد» کردن احکام، و مایه و پایه همراه کردن آموزه‌های دین با تحولات عصر، و ضروریات زندگی جدید و عقل زمانه‌اند. این قواعد به نوعی ضامن جاودانگی احکام دینی و فقهی، و در نهایت ابزار و بستر «سرمدیت» و مقوله بسیار عظیم و دوران‌ساز «خاتمیت» نبوت محمدی (ص)‌اند.

دفتری که پیش روی داریم، از چهار بخش عمده، و در هر بخش از فصول چندی شکل یافته است.

در بخش نخست واژه عدالت تعریف و مفاهیم عدالت، تطور مفهوم در زمانها و مکانهای مختلف، عدالت در سنت هابزی، عدالت در سنت کانتی، در سوسیالیسم، و در اندیشه فلاسفه قرن بیستم، در اندیشه فلاسفه اسلامی، چیستی حق، و تفسیرها و رویکردهای مختلف حتی در یک مذهب، مورد بحث قرار می‌گیرد. این بخش، تعریف، مفهوم و ماهیت عدالت را در مکتب‌ها و منظرهای مختلف مورد بررسی قرار می‌دهد.

در بخش دوم، اساس بحث، همان «عدالت به مثابه قاعده فقهی» است، اما قبل از پرداختن به اصل مطلب، در فصل نخست، تعریف قاعده فقهی، نقش قواعد فقه در حقوق اسلامی، تفاوت عدالت و قسط، تعریف فقهی عدالت، عدالت در مناصب اجتماعی، رویکردهای مختلف فقهای امامیه به عدالت فقهی، و همکاری یا عدم همکاری با قدرتها و «سلاطین جور»، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

آنگاه در فصل دوم همین بخش، عدالت، انصاف، و همچنین قاعده «عدل و انصاف» را بی‌می‌گیریم. در این فصل، تفاوت عدالت و انصاف، انصاف عرفی، انصاف در معنای «تصنیف»، «عدالت به مثابه انصاف»، انصاف و استحسان، انصاف در معنای «Equity»^۱ و...

به بحث گذاشته می‌شود.

فصل سوم این بخش عهده‌دار یک هم‌سنجی و نگرش «تطبیقی»^۱، به مقوله انصاف و «عدالت ترمیمی»^۲ است. عدالت ترمیمی بیش یا نگاه نوی به «عدالت» است که بیشتر در امور کیفری کاربرد می‌یابد. هدف اصلی در این فصل بررسی دیدگاه حقوق اسلامی، به مقوله «عدالت ترمیمی» است. در این فصل از ریشه‌های مذهبی عدالت ترمیمی، همگامی و همراهی «حقوق و اخلاق»، عفو و گذشت، از چگونگی نگاه به «مجرم»، از «توبه و ندامت»، از احیاء و بازپروری و به اصطلاح «بازپذیری» مجرم، و از گستره «مسئولیت جمعی» و اجتماعی، در عرصه‌های اجتماع محلی، شهری، کشوری و جهانی سخن می‌رود.

فصل چهارم بخش دوم: از «عدالت به مثابه قاعده فقهی» بحث می‌کند. فصلی که صفحات بیشتری را به خود اختصاص داده، و فصول قبل در واقع نوعی بسترسازی و ایجاد زمینه برای طرح و بررسی عدالت، به عنوان «قاعده فقهی» و حقوقی است.

در این فصل از دلایل و مدارک «قاعده»، در کتاب، سنت، اجماع، عقل، سیره عقلا و خصوصاً شیمه و شیوه فقها، و رویه آنها در استناد به عدالت به مثابه «قاعده»، در امر استنباط و استخراج حکم، بحث و گفتگو می‌شود.

استقراء در میان فتاوی فقهای نامدار، و بررسی کتابهای فقه استدلالی، نشان می‌دهد که فقیهان بزرگی از علمای شیعه، در عرصه‌های مختلفی به قاعده عدالت، زیر عناوینی چون «انصاف»، «عدل»، «عقل»، «قیح ظلم»، «عدل و انصاف»، «مذاق شریعت»، «مقاصد الشریعه»، دفع ضرر و امثال و نظایر اینها استناد کرده‌اند. هر چند «استقراء» ناقص انجام گرفته، اما همین مقدار از فحص و جستجو، نشان می‌دهد که به مرور ایام، و در میدانهای نیاز و ضرورت، توجه دانشمندان، خصوصاً فقهای امامیه، به سوی عدل و قاعده «عدالت و انصاف» جلب شده است. در ادامه، از مصادیق عدل در قلمرو زمان و مکان، و چگونگی «انضباط» و سامان‌یابی قاعده عدالت، سخن رفته است.

بخش سوم رساله، از قاعده «لاضرر و لااضرار» گفتگو می‌کند، و نهایتاً در بخش چهارم، به بررسی قاعده «نفی عسر و حرج» پرداخته‌ایم.

امید است، اساتید و دانشمندان عزیز و صاحب‌نظر، با راهنمایی‌ها، و اعلام موارد خبط و خطا، چون همیشه، بر این دانشجو منت نهند و با نظرات ثمربخش و سازنده خود، قرین

1. Comparative (Law)

2. Restorative (justice)

افتخار و امتنانم فرمایند.

در پایان، از مدیریت ارجمند مؤسسه اطلاعات، و کارکنان عزیز «انتشارات» آن مؤسسه، که بی تلاش و زحمات آنها، این دفتر، سامانی نمی گرفت، کمال سپاس و امتنان دارم.

دانشگاه تهران - دانشکده حقوق و علوم سیاسی

سید محمد اصغری