



**دانشگاه آزاد اسلامی
واحد بین المللی بندر انزلی**

پایان نامه کارشناسی ارشد رشته : حقوق

گرایش : حقوق خصوصی

**موضوع : بررسی تعارض قاعده سلطنت (اصل آزادی افراد) وقاعده
لاضرر در معاملات در فقه و حقوق موضوعه**

استاد راهنما :

دکتر محمدرضا داداشی نیاکی

نگارنده :

محمدعلی علی نژاد رنجکش

تابستان ۱۳۹۷

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

معبود بی همتای من!

سپاسگزارم که از راه های حکیمانه ات من را به آنچه خیر و صلاح است
می رسانی و

سپاسگزارم که هر لحظه مرا به مسیر درست هدایت می کنی و
سپاسگزارم که ایمان و باورم را روز به روز قوی تر می کنی و
سپاسگزارم که هر روزی نهایت راه و از جایی که فکرش را نمی کنم
به من رزق و روزی می دهی و

سپاسگزارم که هر روز بهترین ها را وارد زندگی ام می کنی و
و ای زیباترین خالق!

بابت زیباترین تکرار این دنیا که بیداری ست از تو سپاسگزارم.

تقدیم به آنان که آموختند مرا، تا بیاموزم
اساتید بزرگوارم
تقدیم به پدرم که راه را به من نشان داد
و تقدیم به مادرم که چگونه راه رفتن را
و تقدیم به همسرم که مسیح وار با صبرش در تمامی لحظات رفیق راه من بود
و تقدیم به پسر عزیزتر از جانم که کودکی گمشده ام را در چهره معصومش
پیدا کردم.

فهرست مطالب

عنوان.....	صفحه.....
چکیده.....	۱.....
مقدمه.....	۲.....
۱- بیان مساله.....	۳.....
۲- اهمیت و ضرورت تحقیق.....	۶.....
۳- اهداف تحقیق.....	۷.....
۴- سوال های تحقیق.....	۷.....
۵- فرضیه های تحقیق.....	۷.....
۶- سابقه تحقیق.....	۸.....
۷- نوع و روش تحقیق.....	۸.....
۸- ساختار تحقیق.....	۹.....
فصل اول: مفهوم شناسی و کلیات.....	۱۰.....
۱-۱ مفهوم قواعد فقه.....	۱۱.....
۱-۱-۱ معنای لغوی قاعده.....	۱۱.....
۱-۱-۲ معنای اصطلاحی قاعده.....	۱۲.....
۲-۱ قاعده لاضرر.....	۱۴.....
۱-۲-۱ ضرر و ضرار در اصطلاح فقیهان.....	۱۵.....
۲-۲-۱ نسبت قاعده لاضرر به احکام اولیه.....	۲۱.....
۳-۱ قاعده سلطنت.....	۲۸.....
۴-۱ مفهوم تعارض.....	۳۳.....
۱-۴-۱ معنای فقهی تعارض.....	۳۳.....

۳۶.....	۲-۴-۱ شروط تعارض
۳۷.....	۵-۱ تفاوت تعارض و تزامم
۳۷.....	۶-۱ اقسام تعارض بین دو دلیل اجتهادی(اماره)
۳۸.....	فصل دوم:مصادیق تعارض قاعده سلطنت و لاضرر.....
۳۸.....	۱-۲ تعارض منفعت مستأجر با تسلط موجر (تعمیرات ملک استیجاری) ..
۴۲.....	۲-۲ معامله به قصد فرار از دین مصداق تعارض قاعده سلطنت و قاعده لاضرر
۴۳.....	۳-۲ معامله ملک یا زمین به قصد نصب دکل اپراتورهای تلفن همراه
۴۴.....	۴-۲ هبه به قصد فرار از دین مصداق تعارض قاعده سلطنت وقاعده لاضرر
۴۵.....	۵-۲ تدلیس تصریه در معامله مصداق تعارض قاعده سلطنت و قاعده لاضرر
۴۷.....	فصل سوم:راه حل های رفع تعارض قاعده سلطنت ولاضرر در معاملات.....
۴۸.....	۱-۳ حل تعارض منفعت مستأجر با تسلط موجر(تعمیرات ملک استیجاری)
۴۸.....	۲-۳ حل تعارض معامله به قصد فرار از دین.....
۵۰.....	۳-۳ حل تعارض معامله ملک یا زمین به قصد نصب دکل اپراتورهای تلفن همراه.....
۵۱.....	۴-۳ حل تعارض هبه به قصد فرار از دین.....
۵۳.....	۵-۳ حل تعارض تدلیس تصریه در معامله.....
۵۴.....	۶-۳ حکم در تعارض بین اصل تسلیط و قاعده لاضرر.....
۵۹.....	۷-۳ قاعده « درأ المفاسد اولی من جلب المنافع ».....
۶۷.....	۸-۳ مصادیق رفع تعارض
۶۷.....	۱- ۸-۳ تعدی به حق دیگران
۶۸.....	۲- ۸-۳ در تعارض قاعده سلطنت بر اموال خصوصی با منافع عمومی.....
۶۹.....	۳-۹ پیش بینی قانون برای تعارض اصل تسلیط با قاعده لاضرر
۷۲.....	نتیجه گیری
۷۵.....	منابع و مأخذ

چکیده

قاعده تسلیط از جمله قواعد مسلم فقهی است و مبنای آن، جمله مشهور « مردم بر اموالشان مسلط هستند » است. بنابراین قاعده، مالک می‌تواند در ملک خود هر گونه تصرف به عمل آورد، بدون این که کسی حق ایجاد مزاحمت برای او داشته باشد. برخورد و تعارض چنین قاعده‌ای با قاعده لا ضرر امری طبیعی است؛ زیرا قاعده لا ضرر به منظور محدودتر کردن اقتدارات و اختیارات ناشی از همین قاعده تسلیط مقرر گردیده و قطعاً با آن تعارض پیدا می‌کند.

در مقام معارضه این دو قاعده، مشکل چگونه حل می‌شود؟ با وجود این که قانونگذاران ایران، در موارد متعدد حق تسلیط صاحب حق را در تعارض با اصل لا ضرر محدود ساخته است و احکام پیش بینی شده در موارد ۶۵، ۱۱۴، ۱۲۲، ۱۳۲، ۱۳۸، ۱۳۹، ۱۵۹، ۵۹۱، ۵۹۲، ۵۹۴، ۶۰۰، ۸۳۳ و ۱۱۳۰ قانون مدنی مؤید این معناست، لیکن در پاره ای موارد برحق تسلیط صاحب حق اصرار ورزیده است، به طوری که امکان سوءاستفاده از این را با سوءنیت محتمل ساخته است. بین نظر مشهور فقهای امامیه با نظر فقها و حقوقدانان مذاهب اربعه در باب تعارض قاعده لا ضرر و اصل تسلیط، تجانس وجود دارد.

جز مرحوم محقق قمی که قاعده لا ضرر را مطلقاً بر قاعده تسلیط مقدم می‌داند، می‌توان گفت سایر فقها تقریباً همان تفصیل را که حقوقدانان اهل تسنن در این زمینه بیان داشته‌اند، پذیرفته‌اند. برخی از احکام شرعی، اگر به عموم آنها توجه شود و قاعده لا ضرر، در آنها جاری نشود، زیان بر خود و دیگران را در پی دارد.

کلید واژه ها:

تعارض، معاملات، قاعده لا ضرر، قاعده سلطنت، لا ضرر،

مقدمه

قواعد فقهی متعددی وجود دارند که به عنوان وسیله ی سنجش حق در مقام رفع خصومت به جامعه بشری عرضه گردیده است. قواعد فقهی لاضرر و تسلیط از قواعد مهم و پرکاربرد فقهی هستند و در زندگی روزمره و در معاملات بسیار مورد استفاده قرار می گیرند .

قاعده لاضرر از قواعد مشهور فقهی است که در بیشتر ابواب فقه کاربرد دارد و مضمون آن این است که ضرر در اسلام مشروعیت ندارد و هرگونه ضرر و اضرار در اسلام نفی شده است.

قاعده تسلیط یا سلطنت عبارت است از تسلط و اختیار مالک برای هرگونه تصرف در اموال خویش، هر دو از قواعد مهم و پرکاربرد فقهی هستند اما در خصوص تعارض دو قاعده لاضرر و تسلیط اختلاف نظر وجود دارد و حقوقدانان اسلامی در مقام رفع تعارض بین این دو قاعده فقهی نظرات متفاوتی ابراز داشته اند و نیاز به بررسی و تحقیق بیشتر دارد.

نظر اکثریت فقها و حقوقدانان بر این است که مالک در مال و ملک خود حق هرگونه تصرف دارد مگر تصرفاتی که موجب ورود زیان به دیگری می گردد، و لذا قاعده لاضرر را وارد بر قاعده تسلیط دانسته اند و برخی از فقها و حقوقدانان بر این عقیده اند که میان دو قاعده تسلیط و لاضرر هیچ گونه تعارضی موجود نمی باشد، زیرا قاعده تسلیط با صیغه جمع استعمال گردیده و منظور از آن این بوده است که همه کس در مال و نفس خودشان تسلط دارند و نه هر فرد بطور جداگانه و منفرد نسبت به مال و ملک خود تسلط داشته باشد و تسلط هر فرد بایستی چنان باشد که مانع از تسلط دیگران نگردد و در حقیقت این قاعده به جهت نظم اجتماعی و رفاه مردم وضع گردیده نه تسلط فردی.

آثار حقوقی تعارض قاعده لاضرر و تسلیط در معاملاتی که موجب اضرار به طرف مقابل گردد، بنابر قاعده لاضرر ممنوع است و نمی تواند طرف مغبون یا زیان دیده را به انجام تعهدات ناشی از معامله ملزم نماید.

۱- بیان مساله

علم فقه در برگیرنده احکام شرعی بوده که فقیه می بایست با استنباط از منابع، حکم الهی را در زمینه های مختلف عبادی، سیاسی، اجتماعی و ... با دلایل قوی استخراج و برای مکلفین یا مقلدین عرضه نماید و همه افراد و آحاد جامعه اسلامی نیز مکلف به اطاعت و پیروی از آن احکام هستند. تعارض به معنای تلاقی دو فکر در جهت عکس یکدیگر به طوری که جمع بین آنها مقدور نباشد. تغایر و ناسازگاری بین مدلول دو اماره مانند تغایر مدلول دو حدیث و یا تغایر مدلول یک آیه و یک حدیث و یا تعارض اقتضای دو اجماع و مانند اینها. «تعارض عبارت است از برخورد مدلول دو یا چند دلیل کامل عرفی در مرحله جعل و انشاء اعم از اینکه قابلیت جمع عرفی بین ادله موجود باشد یا نه» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹: ۲۹۸) در عرف، تعارض، تنافی داشتن مقتضای دو یا چند دلیل با یکدیگر است، به طوری که باهم متضاد یا متناقض باشند، مانند آنکه دلیلی بر وجوب کاری دلالت کند و دلیلی دیگر بر حرمت یا واجب نبودن آن.

می دانیم که قاعده تسلیط از جمله قواعد مسلم فقهی و مبنای آن، جمله مشهور «مردم بر اموالشان مسلط هستند» است. بنابراین قاعده، مالک می تواند در ملک خود هر گونه تصرف به عمل آورد، بدون این که کسی حق ایجاد مزاحمت برای او داشته باشد.

برخورد و تعارض چنین قاعده ای با قاعده لا ضرر امری طبیعی است؛ زیرا قاعده لا ضرر به منظور محدودتر کردن اقتدارات و اختیارات ناشی از همین قاعده تسلیط مقرر گردیده و قطعاً با آن تعارض پیدا می کند. می خواهیم ببینیم در مقام معارضه این دو قاعده، مشکل چگونه حل می شود؟

فقها در این مقام، نظرهای مختلفی دارند که برای سهولت فهم، این موارد به دو دسته بزرگ تقسیم

می شوند:

الف) تصرف مالک در ملک خود موجب ضرر دیگری نیست، ولی موجب عدم انتفاع دیگری است. در اینجا قاعده تسلیط حکومت دارد و بر اساس آن، تصرف مالک صحیح است. ب) تصرف مالک در ملک خود موجب ضرر دیگری است که خود به سه صورت ممکن است؛

فرض اول: عدم تصرف مالک در ملک خود باعث ضرر مالک می‌شود که در این صورت قاعده تسلیط حاکم است.

فرض دوم: عدم تصرف مالک باعث عدم انتفاعش می‌شود که بین فقها در این مورد اختلاف نظر وجود دارد: جمعی به حاکمیت قاعده تسلیط و گروهی به حکومت قاعده لا ضرر معتقدند.

فرض سوم: نه عدم تصرف مالک در ملک خودش موجب ضرر است و نه تصرف او موجب نفع برای خودش می‌شود. در این صورت فقها متفقا عقیده دارند که قاعده لا ضرر حاکم است.

شک نیست که دامنه قاعده تسلیط نامحدود نیست و مالک نمی‌تواند با استناد به این قاعده در ملک خود هر نوع تصرفی بکند، بلکه اعمال این گونه تصرفات باید مبتنی بر قواعد و تحت اصول و ضوابط باشد، به طوری که اگر قاعده لا ضرر هم نباشد باز مالک حق نداشته باشد در تصرفات خود موجبات اضرار به غیر را فراهم سازد؛ یعنی تصرفات مالک در ملک خود باید عقلایی باشد و در ورای این گونه تصرفات عقلایی چنانچه مالک در ملک خود اقدام و تصرفی بکند، عقلا بر آن صحه نمی‌گذارند و چنین تصرفی اعتباری نخواهد داشت.

به نظر می‌رسد در تصرفاتی که برای مالک نفعی وجود ندارد و از ترک آنها هم ضرری متوجه مالک نمی‌شود، و او بدون هر گونه غرض و منظور عقلایی و صرفاً از روی هوی و هوس مبادرت به تصرف می‌کند، اصولاً در صورتی که مستلزم اضرار به غیر باشد، تصرفاتش جایز نیست، یعنی مالک در چنین حالتی مجاز به اعمال تصرف نیست؛ زیرا این گونه تصرفات خارج از حدود سلطه عرفی و عقلایی در باب اموالند

و عقلا هم بر آن صحه نمی گذارند. توضیح این که تصرفات مالک در اموال خود، مانند سایر اعتبارات عقلایی، محدود به حدودی است که نباید از آن‌ها تعدی و تجاوز بشود و اگر تعدی بشود، شرعا جوازی وجود ندارد. اما در مقام رفع تعارض بین دو قاعده تسلیط و لاضرر، حقوقدانان اسلامی نظرات متفاوتی ابراز داشته‌اند. فقهای شافعی و حنفی قایل به اطلاق تسلیط بوده و در مقام رفع تعارض، اصل تسلیط را مقدم بر اصل لاضرر میدانند این دسته از فقها: مبانی نظر خود را با مجوز «ینافی الضمان» توجیه می‌کنند.

دسته دیگر از فقهای بین‌موردی که صاحب حق با سوءاستفاده از حق تسلیط خود زیانی را متوجه دیگری می‌سازد و سایر موارد، قائل به تفکیک گردیده‌اند و بالاخره پاره‌ای از طرفداران منع سوءاستفاده از حق تسلیط، مبنای نظر خود را به نتیجه حاصل از اعمال حق، مربوط کرده‌اند، با این توضیح که چنانچه نتیجه حاصله از اعمال حق صاحب حق، به صورت ضرر فاحش تجلی کند، بدون توجه به نیت عامل، اعمال حق تسلیط را ممنوع دانسته‌اند. چرا که تمسک به قاعده سلطنت مانند قواعد فقهی دیگر، مطلق نیست بلکه شرائط و محدودیتهائی دارد که باید رعایت شود. از جمله آن شرائط این است که اولاً اصل تملک ثابت باشد و تمسک به قاعده برای دست‌یابی به حکم در موارد تصرف مشکوک باشد نه برای اثبات مالکیت متصرف. چون تسلط متفرع بر تملک است، پس نمی‌توان تملک را با این قاعده اثبات کرد؛ ثانیاً: سلطنت مذکور از نظر شرعی جایز باشد.

از سوی دیگر بعضی دیگر از فقها، نظریه منع سوءاستفاده از حق تسلیط را بدون توجه به زیان حاصله از آن، بر نیت عامل مبتنی ساخته‌اند. نظریه اطلاق حق تسلیط یا تقدم قاعده تسلیط بر لاضرر پیروان این نظریه با تمسک به اطلاق قاعده تسلیط، حق را به طور مطلق بدون آنکه مقید به قید یا محدود به حدودی باشند نافذ می‌دانند. (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۲۱۹)

در معاملات هم حتی اگر شخصی بخواهد نسبت به اموال یا بدن یا عرض یا عفاف خود زیان وارد کند نیز قاعده لاضرر این را نفی می‌کند.

آثار حقوقی تعارض قاعده لاضرر و قاعده تسلیط و قصد اضرار در معاملات نیز موجب نامشروع شدن جهت معامله و در نتیجه عدم صحت آن خواهد شد.

به دلیل اختلاف نظرهایی که در تعارض دو قاعده لاضرر و سلطنت در معاملات وجود دارد در این پژوهش سعی در بررسی و تطبیق نظرات فقها و حقوقدانان در وجود تعارض یا عدم تعارض بین دو قاعده لاضرر و سلطنت در معاملات داریم .

۲- اهمیت و ضرورت تحقیق

از آنجایی که قوام جوامع انسانی به اجرای عدالت در میان افراد جامعه بستگی دارد، در عالم تکوین، حس عدالت خواهی و گرایش به حق به عنوان یک موهبت الهی در نهاد بشر به ودیعه گذاشته شده است. از ابتدایی ترین ادوار تاریخی، افکار عمومی و بالاخص متفکرین هر قوم تلاش داشته‌اند، عادلانه ترین موازن قضایی را برای رفع خصومت بین افراد کشف و ارایه دهند. در این راستا، مکاتبی که ریشه در باورهای مذهبی مردم داشته‌اند، به دلیل اعتقاد به ماوراءالطبیعه و وقوف کامل به تبعات دنیوی و اخروی ظلم، وسواس بیشتری از خود نشان داده‌اند و لزوماً به دلیل دسترسی داشتن به منابع وحی، دقیق ترین نظرات را ابراز کرده‌اند. تلاش حقوقدانان و فقهای اسلامی در این زمینه بسیار چشمگیر بوده و محصول این تلاشها، قواعد فقهی متعددی است که به عنوان وسیله سنجش حق در مقام رفع خصومت به جامعه بشری عرضه گردیده است. می دانیم که هر دو این قواعد از قواعد مهم و پرکاربرد فقهی هستند و در زندگی روزمره و در معاملات بسیار مورد استفاده قرار می گیرند اما در خصوص تعارض دو قاعده لاضرر و سلطنت در معاملات اختلاف نظر وجود دارد این موضوع اهمیت بررسی و تحقیق بیشتر دارد.

۳- اهداف تحقیق

- ۱ - مطالعه فقهی تعارض بین قاعده لاضرر و قاعده سلطنت در معاملات
- ۲ - مطالعه حقوقی تعارض بین قاعده لاضرر و قاعده سلطنت در معاملات
- ۳ - بررسی راههای رفع تعارض این دو قاعده در معاملات از دیدگاه فقها و حقوقدانان

۴- سوال های تحقیق

- ۱- آیا از منظر فقه و حقوق در معاملات و برخی از مصادیق آن بین قاعده لاضرر و سلطنت تعارض وجود دارد یا خیر؟
- ۲- راه حل های رفع تعارض در معاملات بین دو قاعده لاضرر و سلطنت از منظر فقه و حقوق موضوعه چیست؟

۵ - فرضیه های تحقیق

- ۱- بله وجود دارد . گاهی ممکن است تصرف در مال خودت باعث ضرر رساندن به دیگری شود مثلاً کسی که دینی را باید به دیگری بدهد یا تکلیف پرداخت واجب النفقه ای را بر ذمه دارد اموالش را به دیگری انتقال دهد.
- ۲ - گاهی لاضرر روگاهی سلطنت محدود می شوند و در این تصمیم گیری تمسک به حکم شارع و به گفته برخی فقها بنای عقلا می تواند مشکل را حل کند . ولی بطور کلی قاعده لاضرر بر قاعده سلطنت حاکمیت دارد . قانون مدنی ایران در معارضه اعمال حق سلطنت و قاعده لاضرر، حاکمیت لاضرر را پذیرفته است .

۶ - سابقه تحقیق

حسن رضایی در مقاله ای با عنوان سلطنت که در سال ۱۳۹۳ به رشته تحریر در آورده است چنین بیان داشته نسبت قاعده با قاعده نفی ضرر در این است که این دو قاعده با یکدیگر تعارض ابتدایی دارند و در این که کدام یک مقدم می شوند؛ میان علما اختلاف نظر وجود دارد؛ عده ای معتقدند که قاعده نفی ضرر مقدم است. ولی عده ای دیگر معتقدند که با توجه به شهرت این قاعده، حتی در موارد وجود ضرر به دیگران، باز هم این تسلط وجود دارد و ممنوع نیست.

یدالله صفری در مقاله ای با عنوان قاعده سلطنت که در سال ۱۳۹۲ به چاپ رسیده است چنین بیان داشته اند: گاهی ممکن است در میان قاعده سلطنت و قاعده لاضرر تعارض پیش بیاید که لازم است در تقدیم یکی از دو قاعده بر دیگری توضیح داده شود. این دو قاعده با یکدیگر تعارض ابتدایی دارند و در این که کدام یک مقدم می شوند؛ میان علما اختلاف نظر وجود دارد. مثلاً اگر کسی در ملک خود چاهی بکند که وجود آن به ضرر همسایه است، مقتضای قاعده سلطنت، جواز و مقتضای لاضرر، عدم جواز است. عده ای معتقدند که قاعده نفی ضرر مقدم است ولی عده ای دیگر معتقدند که با توجه به شهرت این قاعده، حتی در موارد وجود ضرر به دیگران، باز هم این تسلط وجود دارد و ممنوع نیست و برخی دیگر نیز به تفصیل قائل شده اند.

۷- نوع و روش تحقیق

این تحقیق از نوع توصیفی تحلیلی است. روش گردآوری اطلاعات کتابخانه ای بوده و با کمک ابزار فیش برداری صورت می گیرد. تجزیه و تحلیل مطالب با تحلیل و تطبیق نظرات فقها با یکدیگر و با قانون ایران انجام خواهد شد.

۸ - ساختار تحقیق

این پژوهش در ۳ فصل تهیه و تدوین شده است. فصل اول به مفهوم شناسی و کلیات تحقیق اختصاص داده شده است فصل دوم مصادیق تعارض قاعده سلطنت و قاعده لاضرر بررسی شده و در فصل سوم به راه حل های رفع تعارض بین قاعده سلطنت و قاعده لاضرر پرداخته شده است. در پایان نیز به جمع بندی مطالب ارائه شده و نتیجه گیری اختصاص داده شده است.

فصل اول

مفهوم شناسی و کلیات

قواعد فقهی که در فقه اسلامی به این صورت یاد می شود شالوده ی فقه و حقوق اسلامی است. قاعده

به معنای بنیان و اساس هر چیزی است که معنای اصطلاحی آن رابطه تنگاتنگی با معنای لغوی آن دارد.

به طور کلی قواعد فقهی قواعدی هستند که در راه بدست آوردن احکام شرعی الهی واقع می شوند و

از باب استنباط و واسطه نیست بلکه از باب تطبیق است.

ضرار به معنی ضیق و عسر و حرج است و برخی نیز گفته اند که ضرر به معنای تکرار صدور ضرر از

کسی است و گفته شده ضرار تنها برای موارد اضرار عمدی استعمال می گردد، ولی ضرر هم شامل اضرار

عمدی و هم غیرعمدی می گردد، ضرر زیان غیرارادی و ضرار زیان ارادی است.

«لا ضرر... فی الاسلام» یعنی «لا حکم ضرری فی الاسلام» بدین معنا که واژه حکم را در تقدیر گرفته و

بگوییم منظور رسول اکرم صلی الله علیه و آله و سلم این است که حکم ضرری در دین اسلام نیست و هر

حکمی که از ناحیه شارع صادر می گردد اگر مستلزم ضرر باشد یا از اجرای آن ضرری برای مردم حاصل

شود طبق قاعده لا ضرر برداشته می شود. رسول اکرم صلی الله علیه و آله سمره را مضار خواند و ناگفته

پیداست که وی با استفاده از حق خود می خواست به صاحب منزل زیان وارد سازد.

تسلط مالک بر اموالش به نحو کامل و به هر شکلی که می خواهد، مگر در مواردی که ممنوع می باشد، قاعده تسلیط است که در لسان فقها به نام قاعده سلطنت مشهور است. برخی فقها مدرک این قاعده را ادله چهارگانه (کتاب، سنت، عقل، اجماع) می دانند در دوره اخیر فقهای شیعه قاعده تسلیط را با توجه به حدیث نبوی «الناس المسلمون علی اموالهم» نامگذاری و مطرح کرده اند.

تعارض ادله ندر اصول فقه درباره تقابل ادله احکام و روش های رفع آن می باشد و معنای فقهی تعارض در مشهور اصولی ها به «تنافی دو دلیل» به صورت تناقض یا تضاد تعریف شده است.

تعارض در جایی است که امتناع و تنافی مدلول ها به مقام تشریح و قانون گذاری باشد، ولی اگر این امتناع مربوط به مقام امتثال باشد، هر دو در زمان و مکان واحد ممکن نباشد تراحم وجود دارد و این تفاوت عمده تعارض و تراحم می باشد، تعارض بین دو دلیل اجتهادی (اماره) مستقر یا غیر مستقر است.

۱-۱ مفهوم قواعد فقه

احکام و تکالیف شرعی در قرآن و سنت، در بسیاری از موضوعات به گونه جزئی بیان شده اند و خداوند متعال و اولیای معصوم الهی، حکم شرعی این موضوعات را به طور خاص بیان و وظیفه افراد را در این موارد تبیین کرده اند؛ لکن در موارد متعدد دیگر، این احکام تحت عناوین و قواعد عام و کلی بیان شده اند تا انسان ها بتوانند با توجه به نوع موضوع مورد نیاز خود و شرایط زمان و مکان، حکم متناسب با موضوعات مذکور را از این قانون ها و قواعد کلی برداشت کنند که از این قانون های عام و کلی در فقه اسلامی با عنوان قواعد فقهی یاد می شود. قواعد فقهی شالوده ی فقه و حقوق اسلامی را تشکیل می دهند.

۱-۱-۱ معنای لغوی قاعده:

«قاعده» در لغت به معنای اساس و ریشه است و به این تناسب، ستون های خانه را «قواعد» می گویند.

طریحی در «مجمع البحرین» می نویسد: قواعد جمع قاعده به معنای بنیان و پایه برای چیزی است که در بالای آن قرار دارد. (طریحی، ۱۳۷۵، ص ۱۴۵ به نقل از بهرامی احمدی، ۱۳۸۹، ص ۱۲۳)

قاعده علاوه بر آن که در امور مادی مانند بنیان های ساختمان به کار گرفته شده، در برخی امور معنوی نیز که جنبه اساسی و زیربنایی دارد استعمال شده است؛ مانند قواعد اخلاقی، قواعد اسلامی و قواعد علمی. به طور کلی به مسائل بنیادی هر علمی که حکم بسیاری از مسائل دیگر به آن ها توقف دارد، قواعد آن علم گویند.

۱-۱-۲ معنای اصطلاحی قاعده

معنای اصطلاحی قاعده، رابطه تنگاتنگی با معنای لغوی آن دارد، تهانوی در توصیف معنای اصطلاحی قاعده می نویسد: قاعده امری است کلی، که در هنگام شناسایی احکام جزئیات از آن، بر تمامی جزئیات خود منطبق باشد. (تهانوی، ۱۴۰۵، ج ۱، ص ۲۴۱، به نقل از بهرامی احمدی، ۱۳۸۹، ص ۱۲۳)

در تعریف قواعد فقهی میان فقیهان اتفاق نظری وجود ندارد، و هر یک از تعاریف به یکی از جنبه های تمایز قاعده فقهی با سایر قواعد اشاره دارد، که در ذیل برخی از آن ها را بیان می کنیم:

برخی در تعریف قاعده فقهی گفته اند: قواعد فقهی قواعدی است که در راه به دست آوردن احکام شرعی الهی واقع می شوند، ولی این استفاده از باب استنباط و توسیط نبوده بلکه از باب تطبیق است. (فیاض، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۲۴۱، به نقل از بهرامی احمدی، ۱۳۸۹، ص ۱۲۳).

قاعده فقهی قاعده ای است که اجرای آن میان مجتهد و مقلد مشترک است بر خلاف قاعده اصولی که مختص به مجتهد است. (انصاری، ۱۴۲۷، ج ۲، ص ۵۴۴)

بعضی دیگر آن را چنین تعریف می کنند:

قواعد فقهی، اصول فقهی کلی است با عبارت های کوتاه و اساسی که شامل می شود احکام تشریحی عام را در حوادثی که در موضوعات آن ها داخل است. (زرقاء، ۱۴۲۵، ج ۲، ص ۹۲۴، به نقل از محقق داماد، ۱۳۸۰، ص ۸۷)

قواعد فقهی، قواعدی هستند که در راه بدست آوردن احکام شرعی الهی واقع می شوند، گر چه این استفاده از باب استنباط و واسطه نیست، بلکه از باب تطبیق است، به عبارتی قواعد فقهی فرمول های بسیار کلی و عام هستند که به ابواب مختلف مربوط می شوند و مختص یک باب نیستند. (محقق داماد، ۱۳۸۰، ص ۸۷)

در قرآن کریم نیز کلمه قاعده به معنای اساس و پایه آمده است:

ترجمه: همانا کسانی که قبل از ایشان بودند (نیز) مکر ورزیدند، پس قهر خداوند به سراغ پایه های بنای آنان آمد، پس سقف از بالای سرشان بر آنان فرو ریخت و از آنجا که اندیشه اش را نمی کردند، عذاب الهی آمد. (نحل: ۲۶، ترجمه فولادوند)

فقیهان اسلامی با الهام از آیات قرآن و روایات اسلامی، از همان آغاز تدوین فقه، علاوه بر برداشت و استنباط احکام شرعی از آیات صریح و جزئی قرآن، قواعد عام و کلی متعددی را نیز از این کتاب الهی برداشت و بر اساس هر یک از این قواعد احکام موضوعات متعددی را در فقه تبیین کرده اند.

عصر حاضر به جهت ظهور عقاید و مکاتب مختلف بشری، تحولات چشم گیر علمی و صنعتی و نگاه نقادانه به دین و گسترش ارتباطات، مسئولیت عالمان دینی را دو چندان کرده است. عالمان و فقیهان باید به نیکی چالش های نوین را دریابند، شیوه های استنباط را مهذب کنند، موضوعات جدید را پاسخ در خور دهند و میراث کهن فقه شیعه را به زبان روز و متناسب با فهم و انتظار انسان سرگشته و نقاد امروز بازسازی نمایند تا از ره گذر این تلاش، دین و فقه را در عرصه زندگی اجتماعی جوامع بشری زنده و بالنده نگه دارند و مسئولیت دینی و تاریخی خویش را به بهترین وجه ایفا نمایند. انجام این وظیفه، نیازمند نگاه بیرونی به

مجموعه فقه، آشنایی باشیوه های مشابه استنباط و بررسی دقیق علوم وابسته به فقه، نظیر اصول، رجال، درایه و ... می باشد و بدون تردید تلاشی به این وسعت نیازمند بسیج جمعی محققان زبده و زمان شناس است.

۲-۱ قاعده لاضرر

یکی از قواعد معروف فقهی که در مباحث مختلف فقه و حقوق آثار فراوانی به همراه دارد. قاعده «لاضرر» می باشد. در خصوص این قاعده فقهای امامیه در مباحث مختلف و برخی به صورت مستقل جنبه های مختلفی از آن را مورد دقت و بررسی قرار داده اند. اهمیت قاعده لاضرر به عنوان یکی از قواعد اساسی و بنیادین به اندازه ای است که در بیش تر ابواب فقهی از عبادات گرفته تا معاملات مورد استناد و استفاده قرار می گیرد.

اهل لغت برای لفظ ضرر معانی متعددی ذکر کرده اند. برخی ضرر را در مقابل نفع قرار داده اند. همچنین ضرر به معنای سوء حال (بدی حال) نیز آمده است، همچنین ضرر به معنای عمل مکروه نسبت به دیگری و نقص در اعیان نیز آمده است. ضمن این که ضرر به معنای بدی حال و تنگدستی و فقر نیز بکار رفته است. ابن اثیر ضرر را به معنای نقص حق می داند. (ابن اثیر، ۱۳۶۷، ج ۲، ص ۱۷۷، به نقل از پیوندی، ۱۳۹۰، ص ۴۴)

ولی راغب اصفهانی ضرر را به معنای بدی حال می داند اعم از این که بدی حال نسبت به نفس به خاطر کمی دانش و فضیلت باشد و یا بدی حال نسبت به بدن به لحاظ فقدان عضو از آن و یا به لحاظ کمی مال و آبرو. (راغب اصفهانی، ۱۴۰۱، ج ۶، ص ۲۴۵، به نقل از پیوندی، ۱۳۹۰، ص ۴۴)

در هر حال به نظر می رسد کلمه «ضرر» در اکثر موارد برای نفس و مال استفاده می شود و کاربرد آن در مورد آبرو و حیثیت افراد کم تر است. اما کلمه «ضرار» بر وزنِ فِعَالِ مصدر باب مفاعله می باشد و دلالت بر