

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



پردیس دانشگاهی

گروه حقوق

گرایش حقوق خصوصی

بررسی رابطه نوسانات نرخ ارز خارجی و پول رایج با مطالبه خسارت ناشی از عدم تادیه در سر رسید در حقوق

وفقه امامیه

عباس فرزوقی

استاد راهنما

دکتر عیسی مقدم

استاد مشاور

دکتر رضا دریایی

شهریور ۱۳۹۹



بسمه تعالی
صور تجلسه دفاع از پایان نامه کارشناسی ارشد

شماره: ۶۴۳۲۲
تاریخ: ۱۳۹۹/۰۷/۰۵

جلسه دفاع از پایان نامه کارشناسی ارشد آقای عباس فرزوقی در رشته: حقوق خصوصی با عنوان: بررسی رابطه نوسانات نرخ ارز خارجی و پول رایج با مطالبه خسارت ناشی از عدم تادیه در سر رسید در حقوق و فقه امامیه به ارزش ۰ واحد، در ساعت ۱۶:۰۰ مورخ ۱۳۹۹/۰۶/۱۹ در محل پردیس دانشگاه گیلان دانشگاه گیلان تشکیل شد. هیأت داوران پس از بررسی، نتیجه را به شرح زیر اعلام می دارند:

پایان نامه در وضع فعلی با اصلاحات جزئی و نمره ۱۵.۵ و با امتیاز متوسط پذیرفته شد.

امضا	محل کار عضو هیات داوران	تخصص	مرتبه دانشگاهی	اعضای هیات داوران
	دانشگاه گیلان		استاد یار	استاد راهنما عیسی مقدم
	دانشگاه گیلان	حقوق خصوصی	استاد یار	استاد مشاور رضا دریایی
	رشت	حقوق بین الملل	استاد یار	داور داخلی مهین سبحانی
	دانشگاه گیلان	حقوق خصوصی	دانشیار	داور داخلی رضا مقصودی پاشاکی

امضا	گروه آموزشی/پژوهشی	مرتبه دانشگاهی	نماینده تحصیلات تکمیلی
	جنگلداری	دانشیار	مهرداد نیکوی

این نامه بدون شماره، تاریخ، مهر و امضای امور آموزشی و امده تکمیل کننده فاقد اعتبار می باشد



دانشگاه گیلان

حوزه معاونت آموزشی و تحصیلات تکمیلی دانشگاه

تعهدنامه پایان نامه

اینجانب **عباس فرزوقی** دانش‌آموخته مقطع کارشناسی ارشد در رشته: **حقوق گرایش: حقوق خصوصی** که در تاریخ ۹۹/۰۶/۱۹ از پایان‌نامه خود با عنوان:

بررسی رابطه نوسانات نرخ ارز خارجی و پول رایج با مطالبه خسارت ناشی از عدم تادیه در سر

رسید در حقوق و فقه امامیه

با کسب نمره **۱۵/۰۵** و درجه **خوب** دفاع نموده‌ام بدین وسیله اعتراف می‌کنم:

۱) این پایان‌نامه حاصل تحقیق و پژوهش اینجانب بوده و در مواردی که از دستاوردهای علمی و پژوهشی دیگران (اعم از پایان‌نامه، کتاب، مقاله و ...) استفاده کرده‌ام، مطابق ضوابط موجود، نام منبع مورد استفاده و سایر مشخصات آن را در فهرست منابع ذکر و درج نموده‌ام.

۲) این پایان‌نامه قبلاً برای دریافت هیچ مدرک تحصیلی (هم سطح، پایین‌تر یا بالاتر) در سایر دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی داخلی و خارجی ارائه نشده‌است.

ضمناً متعهد می‌شوم:

۳) چنانچه بعد از فراغت از تحصیل، قصد استفاده و هر گونه بهره‌برداری اعم از چاپ مقاله، کتاب، ثبت اختراع و ... از این پایان‌نامه را داشته باشم، از استاد محترم راهنما و گروه آموزشی مربوطه مجوزهای لازم را اخذ نمایم.

۴) چنانچه در هر مقطع زمانی خلاف موارد فوق ثابت شود، عواقب ناشی از آن را بپذیرم و دانشگاه گیلان مجاز است با اینجانب مطابق ضوابط و مقررات رفتار نموده و در صورت ابطال مدرک تحصیلی‌ام، هیچگونه ادعایی نخواهم داشت.

نام و نام خانوادگی: **عباس فرزوقی**

تاریخ و امضاء: **۹۹/۰۶/۱۹**

خدای را بسی شاکرم که از روی کرم پدر و مادری فداکار نصیبم ساخته تا در سایه درخت پر بار وجودشان بیاسایم و از ریشه آنها شاخ و برگ گیرم و از سایه وجودشان در راه کسب علم و دانش تلاش نمایم. والدینی که بودنشان تاج افتخاری است بر سرم و نامشان دلیلی است بر بودنم چرا که این دو وجود پس از پروردگار مایه هستی ام بوده اند دستم را گرفتند و راه رفتن را در این وادی زندگی پر از فراز و نشیب آموختند.

اکنون که با استعانت از الطاف الهی و با یاری خداوند متعال توانسته ام این مرحله از تحصیلم را به پایان رسانم، بر خود لازم و واجب می دانم که از اساتید محترم راهنما جناب آقای دکتر عیسی مقدم و جناب آقای دکتر رضا دریایی نهایت تشکر و قدردانی را اعلام دارم

عنوان صفحه

مقدمه..... ۲

فصل اول : کلیات

۱-۱ بیان مسأله تحقیق..... ۴

۲-۱ اهداف تحقیق..... ۲۳

۳-۱ ضرورت تحقیق..... ۲۳

۴-۱ سوالات تحقیق..... ۲۴

۵-۱ فرضیه ها تحقیق..... ۲۴

۶-۱ پیشینه تحقیق..... ۲۴

۷-۱ ساماندهی تحقیق..... ۲۷

۸-۱ روش تحقیق..... ۲۸

فصل دوم : تعاریف و مفاهیم

۱-۲ ارزش خارجی..... ۳۰

۲-۲ تعریف لغوی..... ۳۰

۳-۲ تعریف اصطلاحی..... ۳۰

۴-۲ نوسانات نرخ ارز..... ۳۰

۵-۲ تعریف لغوی..... ۳۱

۶-۲ تعریف اصطلاحی..... ۳۱

۷-۲ خسارت..... ۳۷

۸-۲ تعریف لغوی..... ۳۷

۹-۲ تعریف اصطلاحی..... ۳۷

فصل سوم : خسارت کاهش ارزش پول در اثر نوسانات نرخ ارز در حقوق ایران و فقه اسلام

۱-۳ ماهیت خسارت..... ۴۱

۲-۳ خسارت ناشی از قرارداد..... ۴۱

۳-۳ خسارت غیرقراردادی..... ۴۱

۴-۳ ارکان خسارت ناشی از کاهش ارزش پول در اثر نوسانات نرخ ارز..... ۴۲

۱-۴-۳ تاخیر در تادیه..... ۴۲

۵-۳ ورود ضرر..... ۴۵

۶-۳ رابطه انتساب..... ۴۷

۷-۳ بررسی تطبیق نوسانات نرخ ارز با فورس ماژور..... ۴۷

۱-۷-۳ تعریف فورس ماژور..... ۴۷

۲-۷-۳ آثار قوه قاهره..... ۴۹

۳-۷-۳ اصول حاکم بر فورس ماژور..... ۵۰

۴-۷-۳ جمع بندی تطبیق نوسانات نرخ ارز با فورس ماژور..... ۵۴

فصل چهارم : مطالبه خسارت کاهش ارزش پول در اثر نوسانات نرخ ارز در حقوق ایران و فقه اسلام

۱-۴ شرایط مطالبه خسارت در اثر نوسانات نرخ ارز..... ۵۶

۲-۴ شرایط متقاضی..... ۵۶

۳-۴ اثبات طلب..... ۵۸

۱-۳-۴ راههای اثبات طلب..... ۵۸

۴-۴ اثبات مطالبه..... ۶۲

۴-۵ اثبات ضرر ۶۲

۴-۶ مرجع صالح به رسیدگی به مطالبه خسارت ۶۲

۴-۷ شورای حل اختلاف ۶۲

۴-۸ دادگاه بدوی ۶۵

۴-۹ دادگاه تجدید نظر ۶۵

۴-۱۰ داوری ۶۵

۴-۱۱ نمونه آرای قضائی مطالبه خسارت کاهش ارزش پول در اثر نوسانات نرخ ارز ۶۸

فصل پنجم: مقایسه خسارت کاهش ارزش پول در اثر نوسانات نرخ ارز و خسارت تأخیر در حقوق ایران و فقه

۵-۱ مشابهت های خسارت کاهش ارزش پول در اثر نوسانات نرخ ارز و خسارت تأخیر در حقوق ایران و فقه ۷۴

۵-۲ مشابهت در نفس خسارت بودن ۷۴

۵-۳ مشابهت در مبانی ۷۵

۵-۴ تفاوت های خسارت کاهش ارزش پول در اثر نوسانات نرخ ارز و خسارت تأخیر در حقوق ایران و فقه ۷۶

۵-۵ تفاوت در رابطه انتساب ۷۶

۵-۶ تفاوت در اراده و عدم اراده متعهد ۷۷

۵-۷ تفاوت در نیاز به اثبات ضرر ۷۸

فصل ششم: نتیجه گیری و جمع بندی ۸۰

فهرست منابع ۸۳

بررسی رابطه نوسانات نرخ ارز خارجی و پول رایج با مطالبه خسارت ناشی از عدم تادیه در سر رسید در حقوق

وفقه امامیه

عباس فرزوقی

محور این پژوهش موضع « بررسی رابطه نوسانات نرخ ارز خارجی و مطالبه خسارت تأخیر و کاهش ارزش پول در حقوق ایران و فقه اسلام » می باشد. در این پایان نامه با تبیین تفاوت خسارت تأخیر تادیه و خسارت ناشی از افت ارزش پول ملی و شرایط مطالبه خسارت تأخیر تادیه در فقه و حقوق، این نکته کلیدی اثبات و تأکید شده است که خسارت تأخیر تادیه در واقع خسارت نیست بلکه پایین آمدن ارزش پول است و صرفاً نمی توان منتسب به بدهکار و ناشی از تأخیر وی در ادای دین دانست و همچنین مطالبه خسارت تأخیر تادیه مستلزم شرایطی از قبیل وجه رایج بودن دین، مطالبه آن از طرف دائن و عدم پرداخت به مدیون با وجود توانایی مالی وی می باشد. این پایان نامه به تبیین « رابطه نوسانات نرخ ارز خارجی و مطالبه خسارت تأخیر و کاهش ارزش پول در حقوق ایران و فقه اسلام » می پردازد.

کلید واژه ها: فقه، حقوق، مطالبه خسارت، تأخیر تادیه

مقدمه

مقدمه :

با توجه به توسعه روز افزون جوامع بشری و پیچیده‌تر شدن مناسبات تبادلات مالی در دنیای امروز نیاز به تعاریف جدید و تجدیدنظر در قواعدی که در مناسبات مالی حاکم است، بیش از پیش احساس می‌شود. اعمال قواعد فقهی مبادلات مالی که در قراردادهای و عقود در دنیای امروز است با ارزشهای خارجی به انجام می‌رسد، در صورت عدم انجام تعهد توسط مدیون منجر به بروز دعوا و دادخواهی شده و رسیدگی به موضوع نیازمند آگاهی و تجزیه و تحلیل درست قضات، و کلا و حقوق دانان است. برای صدور حکم صحیح و عادلانه در مورد این گونه مبادلات مالی نیازمند تجدیدنظر و بررسی موشکافانه در حوزه معاملات مذکور در این پژوهش هستیم. در این پژوهش مورد بررسی در واقع «خسارت کاهش ارزش پول پس از سررسید» احوال فقهی و حقوقی ناظر به مورد تجزیه و تحلیل و بررسی نقادانه قرار خواهند گرفت. در این بررسی‌ها، پس از مشخص کردن نسبت پول‌های امروزی (اسکناس، پول الکترونیکی و غیره) با عناوینی مانند: مثلی و قیمی، مال و مالیت و ... از قول حقوق دانان دفاع شده و به اثبات خواهد رسید که: پول در نسبت عرضی و طولی زمانی می‌تواند مثلی یا قیمی فرض شود. افزون بر پول‌های امروزی، اموالی اعتباری و قراردادی هستند و مفهوم مال و مالیت در آنها قابل تفکیک نیست، لذا ورود خسارت به مالیت به معنای ورود خسارت به عین مال تلقی می‌شود و با قاعده لا ضرر باید جبران شود.

فصل اول

کلیات

۱-۱ بیان مسأله تحقیق :

بین کلمات عهد، قرارداد و تعهد ارتباط نزدیکی وجود دارد. به طوری که بعضاً در یک معنا به کار می‌روند. عهد عنوانی اعم از قرارداد و عقد است. لذا عنوان «عدم انجام تعهد» نیز می‌تواند اعم از «عدم تأدیه دین» و «عدم انجام قرارداد» باشد. به همین دلیل کتب حقوقی، بحث «خسارت تأخیر تأدیه» را تحت عنوان عام و کلی «خسارت حاصله از عدم اجرای تعهدات» مطرح کرده‌اند و به عبارت دیگر، بحث خسارت تأخیر تأدیه در اکثر این گونه کتب در باب تعهدات و تحت عنوان جزئی «تعهدی که مورد آن دین یا مورد آن وجه نقد است» آمده است. البته «خسارت تأخیر تأدیه» عنوانی است اعم که بر موارد مختلفی تطبیق می‌یابد و به همین جهت اگر بخواهیم تعریفی کلی از این عبارت نماییم، بایستی بگوییم: خسارت تأخیر تأدیه، عبارت است از خسارتی که بر اثر تأخیر در پرداخت و تأدیه دین حاصل می‌شود. در این میان کلمه «دین» عنوانی است که هم در نسبه می‌تواند مطرح باشد و هم در نقد، می‌تواند هم وجه نباشد و هم غیر نقد، هم فعل باشد و هم ترک فعل، که البته بدون ذکر مقدمات مشروحه زیر تعریف دیگر به دست می‌آید که تعریفی کلی و نارسا خواهد بود. لازم به توضیح است که به دلیل محدود شدن تحقیق به حقوق ایران به دلیل اینکه حقوق ایران منبعث از فقه شیعه است، در باب تطبیق با فقه شیعه و از باب غلبه موضوع مطروحه را تجزیه و تحلیل می‌کنیم.

درباره معانی تأدیه باید گفت تعدی بر حسب متعلقش (مورد تأدیه) می‌تواند به معانی گوناگون باشد: انجام دادن به جا آوردن، پرداخت دین، مطلق پرداخت، در باب اقسام مؤدی (مورد تأدیه)، باید گفت که با توجه به نوع عقد و قرارداد، مؤدی (مورد تأدیه) می‌تواند به صور زیر باشد: فعل (انجام عملی) چه به عنوان ثمن و بها در معامله یا به عنوان شرط ضمن عقد و شرط نیز چه شرط نتیجه و چه شرط فعل، نفیاً و اثباتاً، انجام تعهد، پرداخت چیزی غیر از وجه نقد (پول رایج کشور).

توضیح اینکه آن قسمت مؤدی که به عنوان ثمن و بها و به طور کلی معوض باشد به موضوع پژوهش مربوط نمی‌شود؛ زیرا وقتی چیزی به عنوان ثمن و بها مورد معامله قرار گرفت، وارد مبحث بیع و معاملاتی نظیر آن می‌شود از بحث است این پژوهش خارج است و این پژوهش بخشی را مورد بحث قرار می‌دهد که موعد تأدیه (مؤدی) بعنوان دین باشد.

منظور از تأخیر در عبارت «خسارت تأخیر تأدیه» گذشت زمان است به نحوی که عرف، گذشت و سپری شدن زمان را تأخیر و دیرکرد به حساب آورد. حال چه در مهلت مقرر، در عقد و قرارداد تصریح شده باشد و چه بدون تصریح، عرف برای آن فعل یا معامله، مهلت قائل باشد.

جبران خسارت در باب قراردادهای در صورت متضرر شدن یکی از طرفین دارای مبانی محکم فقهی است . مبانی لزوم جبران خسارت عبارتند از :

اول: اصل لاضرر

معنای این اصل این است که در اسلام هیچ ضرر و اضطراب وجود ندارد . به عبارت دیگر ، قاعده لاضرر از قواعد مشهور فقهی است که در بیشتر ابواب فقه کاربرد دارد و معنای آن این است که ضرر در اسلام مشروعیت ندارد و هر گونه ضرر و اضرار در اسلام نفی شده است .^۱ از این قاعده با عناوین دیگری نیز یاد شده است . تعبیری همچون قاعده ضرر ، قاعده ضرر و ضرار ، قاعده لاضرر و لاضرار و قاعده نفی ضرر

یکی از مهم‌ترین مسائلی که قاعده ضرر در آن کار برد دارد مسئله عسر و حرج است . یعنی هر آنچه برای انسان مشقت بسیار و عجز و ناتوانی به همراه داشته‌باشد طبق این قاعده از نظر اسلام ممنوع خواهد بود .^۲

یکی از قواعد معروف فقهی که در مباحث مختلف فقه و حقوق آثار فراوانی به همراه دارد، قاعده لاضرر می‌باشد . در خصوص قاعده لاضرر فقهای امامیه در مباحث مختلف و برخی به صورت مستقل جنبه‌های مختلفی از آن را مورد دقت و بررسی قرار داده‌اند اهمیت قاعده لاضرر به عنوان یکی از قواعد اساسی و بنیادین به اندازه‌ای است که در بیشتر ابواب فقهی از عبادات گرفته تا معاملات مورد استناد و استفاده قرار گرفته است .

معنای لا : لا به معنای نفی جنس است و چون بر سر اسم نکره «ضرر» و «ضرار» مفید عموم است یعنی هیچ ضرر و زیانی وجود ندارد ولی برخی از فقها آن را «ناهی» گرفته‌اند . معنای ضرر: ضرر دارای معنای عرفی است . در کتب دیگر به‌طور خلاصه چنین آمده است : برخی ضرر را در مقابل نفع گرفته‌اند : ضرر نقص و کم کردن حق دیگری است . در جای دیگر را غب ضرر را به معنای سوء حال دانسته و می‌نویسد : ضرر یعنی سوء حال و در نفس می‌باشد و به علت کمی دانش و فضل یا در بدن است به لحاظ نقص و کمبود عضوی و یا ناشی از کمی مال و جاه است . همه اینها توضیحاتی در زمینه مبانی عرفی ضرر است اما به طور جامع می‌توان گفت : «فقد کل مانجد و نفع به من مواهب الحیات من نفس او مال او عرض او غیر ذلک» یعنی نداشتن و از دست دادن هر یک از مواهب زندگی، جان، مال، حیثیت و هر چیز دیگری که از آن بهره‌مند می‌شویم .^۳

قاعده لاضرر دارای منشأ متفاوت از اصل ضرر دارد ، تفاوت بر مبنای صدور این اصل و آن قاعده مانع از کارکرد یکسان برای آن دو در تحدید قدرت کیفری می‌شود . اصل ضرر به عنوان منشور دولت حداقلی ، یک نظریه در فلسفه سیاسی برای تحدید

^۱ سجادی ، جعفر، فرهنگ معارف اسلامی، تهران، جلد سوم ، ص ۴۸۹

^۲ مکارم شیرازی، ناصر، قواعد فقهیه ، قم ، مدرسه امام علی علی بن ابی طالب (ع) ، ۱۳۷۰ ، جلد اول ، ص ۲۸

^۳ عبداللهی، هرمز، بررسی فقهی و حقوقی قاعده لاضرر در رویه قضایی کنونی، فصلنامه بین‌المللی قانونی یافت، ۱۳۹۸، شماره ۷۸۸۶۴ ، ص ۵-۳

قدرت دولت است که در راس آن حقوق کیفری به عنوان مهم‌ترین قدرت داخلی دولت قرار دارند. این اصل در ابتدا برای محدود کردن قدرت کیفری دولت مطرح شد و لازمه این امر ارائه تعریفی هنجاری از ضرر بود که موجب خروج بسیاری از خطاها از دایره مداخله کیفری گشت. اما قاعده لاضرر در ابتدا برای بستن دست شارع نیامد، بلکه تنها حکم ضرری را به طور ثانوی رفع کرد.

معنای هنجاری ضرر در اصل ضرر و معنای عرفی ضرر در قاعده لاضرر مانع از قدرت گرفتن آن به عنوان یک قاعده مشهود بخش به اجبار می‌باشد. از سوی دیگر، این معنای عرفی، موجب اصطکاک قاعده لاضرر با اصل برائت و مداخله در هر رفتاری خواهد شد که به گونه‌ای ضرر تلقی شود. در نتیجه قاعده لاضرر قدرت مشروعیت بخشی به اجبار کیفری را ندارد و نمی‌تواند به طور ایجابی بگوید که در چه رفتاری می‌توان مداخله کرد. با این حال، این تفسیر مانع از این نیست که این قاعده بتواند به عنوان صافی دوم و سوم فرآیند جرم‌انگاری، از جرم‌انگاری‌های ضرری جلوگیری کند: مانند جرم‌انگاری‌هایی که موجب وهن نظام اسلامی، آموزه‌های دینی و حتی مخدوش شدن چهره این خواهد شد و یا جرم‌انگاری‌هایی که اثربخشی، کارایی، امکان‌پذیری و قابلیت اجرایی آنها با تردید جدی مواجه است.^۴

در دین حنیف اسلام قانونی بنام « نفی ضرر و ضرار » به منظور حفظ حقوق همه انسان‌ها و تنظیم روابط اجتماعی و فردی و بیان مبنای معاملات مردم با یکدیگر و جلوگیری از اختلافات و اختلال در نظم جامعه و رسیدن هر صاحب حقی بهحقیقش تشریح شده است و بدین ترتیب، اسلام اولین بنیانگذار و مؤسس و مدافع حقوق بشر در جهان بوده است زیرا از آنجا که منشأ و خاستگاه حقوق بشر فطرت انسان است، خالق این فطرت بهتر و بیشتر از هر مرجع دیگری از افریده خود دادگاه است که چه حقوقی در خور منزلت انسانی او است. به عبارت دیگر، یکی از مشهورترین قواعد فقهی که در بیشتر ابواب فقه مانند عبادات، معاملات و ... به آن استناد می‌شود قاعده لاضرر است که مستند بسیاری از مسائل فقهی می‌باشد. قاعده لاضرر یکی از چهار یا پنج قاعده کلی است که بسیاری از فقهای اسلام آن را اساس تشکیل فقه دانسته‌اند. لذا بررسی و مطالعه این قاعده در مذاهب فقهی و در نتیجه بهره‌مندی از نظرات در ابعاد مختلف آن ضروری به نظر می‌رسد.^۵ اهمیت قاعده مذکور به حدی می‌باشد که بسیاری از فقها از گذشته دور و نزدیک در تألیفات و تحقیقات خود رساله مستقلی را به آن اختصاص داده‌اند. این قاعده از اساسی‌ترین و معروف‌ترین قواعد فقه اسلامی است. و با توجه به مدارک و منابع چهارگانه فقهی می‌توان به آن استناد کرد. در اغلب نظام‌های حقوقی معاصر، این موضوع تحت عنوان عدم جواز سوءاستفاده از حق مطرح شده است و می‌توان گفت منشأ عقلی دارد و بنای عقلا بر این قاعده استوار است. درباره مبانی و دلایل قاعده لاضرر می‌توان گفت این قاعده دارای

^۴ روستایی، مهرانگیز، مقایسه تطبیقی اصل ضرر و قاعده لاضرر در توجیه مداخله کیفری، ۱۳۹۴، ص ۲۱

^۵ صاعد رازی، محمد حسین، قاعده لاضرر و لاضرار در مذاهب فقهی، درجه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۰، ص ۶

^۶ محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، چاپ دوم، تهران، چاپخانه وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۶، ص ۶۷

پشتوانه قوی و محکمی است . از کتاب و سنت گرفته تا دلیل عقل بر آن دلالت دارد. علاوه بر اینکه علی‌رغم وجود آیات و روایات متعدد در مورد قاعده مزبور دلایل عقلی محکمی نیز وجود دارد که می‌توان ادعا کرد این قاعده در زمره مستقلات عقلیه قرار می‌گیرد .

اگر چه همان‌طور که از اسم این قاعده پیداست ، مدرک مهم این قاعده حدیث متواتر نبوی لاضرر و لاضرار فی اسلام است ولی در قرآن مجید نیز آیاتی وجود دارد که با تصریح به واژه ضرر و مشتقات آن موارد خاصی احکام را ارائه کرده است . که از باب تعلیق حکم بر وصف که خود «مشعر بر علیت» است، حاوی مفهوم عامی است و لا ضرر را می‌تواند به صورت یک قاعده تثبیت کند مثل :

«لاتضارو والده بولدها و لامولود له بولده» در این آیه مادران از اینکه با خط‌کشی موجب ضرر و زیان فرزند خود شوند نهی شده‌اند .^۷

یکی از منابع فقهی و ادله قاعده لاضرر که شاید اساسی‌ترین دلیل بر قاعده لاضرر نیز محسوب می‌شود بنای عقلا می‌باشد، که سایر ادله نیز به این معنی بازمی‌گردند و البته فقها نیز کمتر به این دلیل توجه فرموده‌اند. زیرا ایشان با وجود روایات خود را بی‌نیاز از بنای عقلا دانسته‌اند .

بنای عقلا در استنباط احکام نقش مؤثری را ایفا می‌کند . شارع مقدس، که خود از عقلا و نیز رئیس عقلا می‌باشد قطعاً روش‌های عقلانی را در احکام شرعی تایید می‌نماید . بدیهی است که مقصود از بنای عقلا هر گونه بنایی نیست که با روش‌های عقلانی سازگاری نداشته باشد ، چنانچه اگر عقلا اعمالی را انجام دهند که با اصول عقلانی هماهنگ نباشد و با اصول عدالت سازگاری نداشته باشد نمی‌توان آن را داخل در حوزه بنای عقلا دانست .^۸

روایاتی که از ائمه معصومین در ارتباط با قاعده لاضرر رسیده است ، بسیار فراوان می‌باشد . که این روایات از طرف شیعه و اهل سنت نقل شده است اگر چه الفاظ و کلمات روایات به یک شکل نقل نشده است . اما به صورت نقل به مضمون می‌توان مدعی تواتر مضمونی بود . مهم‌ترین روایت در این خصوص روایت مربوط به داستان سمره بن جندب است ، روایت مورد استفاده در این باب روایات متعددی هستند که از طریق مختلف نقل شده در همه آنها عبارت «لاضرر و لا اضرار» ذکر شده است . اصل این قاعده از روایتی که از رسول مکرم اسلام صلی‌الله علیه واله وارد شده اخذ شده است. در این روایت از حضرت

^۷ مظلوم، علیرضا ، جهان‌آباد ، عنایت‌الله ، حاجتی، فتح‌الله، تحویل قاعده لاضرر و لا ضرر در مباحث فقهی ، ماهنامه پژوهش ملل ، دوره دوم ، شماره ۲۳ ، آبان ۱۳۹۶ ، صص ۲۲-۲۳

^۸ مکارم شیرازی ناصر و دیگران ، تفسیر نمونه ، جلد دوم ، تهران ، انتشارات دارالکتاب اسلامی ، ۱۳۶۲ ، ص ۱۴۱

فرموده‌اند: « لاضرر و لا ضرار فی الاسلام ». « یعنی در دین اسلام نه می‌شود به خود ضرر وارد نمود و نه به دیگران ضرر وارد ساخت ». ^۹

اجماع فقهای اسلام، اعم از شیعه و سنی، بر حجیت این قاعده است و مستند آنها همین روایت لاضرر و ضرار است. ^۹

دوم : ضمان ید

در اینکه لغت ضمان، از چه کلمه‌ای مشتق شده است اختلاف نظر وجود دارد. برخی می‌گویند ضمان از ضم به معنای ضمیمه شدن چیزی به چیز دیگر است. در حالی که اکثر لغویون ضمان را در مصدر ضمن می‌دانند که معنای آن چیزی را به عهده کسی گذاشتن می‌باشد. قول اول را صاحب کشف القناع گفته است. و می‌گوید: « ضمان مشتق از ضم می‌باشد » و در ادامه می‌افزاید: « اگر اشکال شود به اینکه لام الفعل در ضمان «نون» است در حالی که در ضم «میم» است در پاسخ گفته می‌شود این به خاطر اشتقاق اکبر است. و منظور این است که ضمان با توجه به معنای آن در بسیاری از حروف اصلی نیز با «ضم» مشترک است. اما قائلین دوم سال بسیارند که به‌طور مثال مولف «تاج العروس» می‌گوید: « ضمن الشیء به معنی تضمه و منه قولهم، مضمون کتاب کذا و کذا». در لسان العرب چنین آمده آمده: «ضمن: الضمین / ضمن الشیء به معنی تضمه و ضمناً و ضماناً، کفل به و ضمنه ایه کفله» از تمام نظرات درمی‌یابیم که ضمان مأخذ از ضمن است و نه ضم پس هرگاه گفته شود: ضمانت مالک معنای آن این است که «من آن را به ملکیت خودم است در آوردم و عهده من با آن مشغول است».

مفهوم ضمان در اصطلاح فقها و حقوق دانان اسلامی به دو بخش کلی تقسیم می‌شود که با بیان هر یک از این دو بخش معنای اصطلاحی ضمان روشن خواهد شد.

۱- ضمان جعلی ۲- ضمان قهری و خارج از قرارداد

ضمان جعلی تعهدی است که در آن متعهد به اختیار خود عهده دار پرداخت مالی می‌شود. ضمان قهری و خارج از قرارداد: نامه دیگر این ضمان، ضمان واقعی است که آن را ضمان مثل و قیمت نیز گویند. و آن عبارت از اینکه شخصی به‌طور مستقیم و یا غیر مستقیم در مقابل تصرف مال دیگری تعهد پرداخت مقدار معینی نکرده است اعم از آنکه اصلاً تعهدی وجود نداشته باشد و ضمان منحصرأً به حکم قانون باشد. مانند: موارد: ید، اتلاف، سبب و ... و یا اگر تعهدی هم وجود داشته باشد د تعهد

^۹ خسروی، محمد باقر و دیگران بیتا، نقش هویت ساز قاعده لاضرر در شکل‌گیری الگوی معماری اسلامی، فصلنامه نقش جهان، دوره ۳، شماره ۶، ص

صحیحی نیست. پس از یک معنای مختلف ضمان باید دانست که معنای مطلق ضمان یک چیز بیشتر نیست که مرحوم علامه بجنوردی آن را چنین تعریف می‌کنند: «اگر چه فقها، برای ضمان تعاریف متعددی ذکر کرده‌اند ولیکن عرف از لفظ ضمان چیزی جز استقرار شیئی و ثبوت آن در عالم اعتبار بر عهده ضامن، نمی‌فهمد. پس ضمان امری خارجی و تکوینی نیست بلکه امری اعتباری است که شارع و عقلا و یا هر دوی آنها، آن را اعتبار می‌کنند. «معنای قاعده ضمان ید این است که، هر کس بر مال دیگری مستولی شود ضامن تلف و نقص آن می‌باشد. به عبارت دیگر، از قواعد مشهور و مهم فقهی، قاعده ضمان ید است که در ابواب مختلف فقه، مانند: ذکات، خمس، حج، بیع فاسد، وقف، عاریه، رهن، صلح، مضاربه، مساقاه، ودیعه، رشوه، به خصوص در باب غضب، و برخی دیگر از ابواب فقهی، مورد استفاده قرار می‌گیرد: این قاعده برگرفته از حدیث نبوی معروف «علی الید ما اخذت حتی تودی» است. مشهور فقهای امامیه از این قاعده مسئله ضمان را استفاده کرده، و بیان داشته‌اند: طبق این قاعده، اگر کسی بدون آن که از طرف مالک ماذون باشد، بر مال دیگری دست یابد، ضامن آن مال خواهد بود، و نیز چنانچه بر مالی که استحقاق اخذ آن را ندارد تسلط پیدا کند، مانند آنکه ذکات بگیرد در حالی که فقیر نباشد، ضامن است، و فقها برای ضمان، به عموم همین قاعده استدلال نموده‌اند.^{۱۰}

اسباب ضمان عبارتند از :

یک (ید) اولین سبب ضمان، ید یعنی تسلط غیر شرعی بر مال دیگری است این مطلب از حدیث معروف علی الید استفاده می‌شود، در صورتی که این قاعده دلالت بر ضمان داشته‌باشد، که مشهور علما و بزرگان از این قاعده ضمان را استفاده کرده‌اند، اگر شخص در مال غیر استیلا پیدا کند، ذمه او مشغول شده و ضامن آن مال خواهد بود.

دو (اتلاف) یکی دیگر از اسباب ضمان، اتلاف است. یعنی اگر زمانی شخصی مال دیگری را از بین ببرد، هر چند که بر آن ید و تسلط نداشته‌باشد، ضامن خواهد بود. لازم به ذکر است که قاعده اتلاف نیز از قواعد مشهور فقهی، و برگرفته از حدیث «من اتلف مال الغیر فهو له ضامن» است.^{۱۱}

سه (غرور) سبب دیگری که برای ضمان وجود دارد، این است که هرگاه شخص باعث ضرر دیگری شود، نسبت به آن، ضامن است.

چهار (تعدی و تفریط) این سبب در مورد امانت مطرح می‌شود، که اگر شخص امین در نگهداری و حفظ امانت کوتاهی نماید، و به واسطه تعدی و تفریط و، مال امانی از بین برود ضامن خواهد بود.

^{۱۰}فاضل لنکرانی، محمد جواد، (ترتیب و تنظیم جواد حسینی خواه) سلسله درس‌های از قواعد فقهی، انتشارات مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)، قم، ص ۲۵۵

^{۱۱}الاشتهاردی، علی پناه، تقریرات ثلاثه، تقریر لبحث السيد الحاج آقا حسین بروجردی، مؤسسه نشر اسلامی، الطبعة اولی، قم، ۱۴۱۳ قمری، ص ۱۰۲۳

به طور کلی خود عقد ضمان، در ضمانت عقدی است که مفهوم و معنای آن تعهد ذمه بوده و همچون دیگر عقود، نیاز به ایجاب و قبول دارد بنابراین در عقد ضمان شخص ضامن متعهد می‌شود دینی را که بر عهده و ذمه مدیون است بپردازد.^{۱۲}

سوم : اتلاف

اتلاف در لغت به معنای هلاک کردن، نیست کردن، نابود کردن، تلف کردن آمده است، همچنین افناء: او را بغرامت آن اتلاف و تزییع مواخذت کرد. (ترجمه تاریخ یمینی). - اتلاف کردن: اسراف، تلف کردن.^{۱۳} همچنین در جای دیگر آمده است، وقت بیهوده صرف کردن، به کارهای نا سودمند پرداختن و از وقت بهره نبردن است.^{۱۴}

به طور کلی واژه تلف، در برخی منابع فقهی و حقوقی در قالب تعابیر و عناوینی مانند تلف مبیع و یا تلف عین و یا تلف عین مرهونه، تلف ودیعه و تلف عین مستأجره و ... که گاه تا بیست عنوان فرعی برای آن شمرده شده است. لازم به ذکر است، در برخی منابع، این اصطلاح از جهات گوناگون تقسیم و برای هر مورد، حکم وضعی خاص ذکر شده است.

یکی از قواعدی که برای نفی تشریح ضرر در اسلام و برای ایجاد مسئولیت مدنی و ضمان قهری تشریح گردیده است، و قانون‌گذار با توجه به این قاعده، مواد قانونی و تأدیه خسارت را تدوین نموده است قاعده اتلاف می باشد، از دیدگاه فقه شیعه، موجبات ضمان قهری سه چیز است:

ضمانت، اتلاف و تسبیب. قاعده اتلاف یکی از قواعد مسلم و مورد اتفاق بین جمیع فرق مسلمین است، و اتلاف یکی از منابع مسئولیت مدنی قراردادی و قهری در فقه می‌باشد که منظور آن بر طبق ماده ۳۲۸ قانون مدنی عبارتند از:

«هر کس مال غیر را تلف کند ضامن آنست و باید مثل یا قیمت آن را بدهد اعم از اینکه از روی عمد تلف کرده باشد یا بدون عمد و اعم از اینکه عین باشد یا منفعت و اگر آن را ناقص یا معیوب کند ضامن نقض قیمت آن مال است.» یعنی کسی که موجب اتلاف مال دیگری شود محکوم به تأدیه خسارت است. همچنین، در قرآن نیز مواردی از اتلاف بیان شده است از جمله: «من اعتدی علیکم فاعتدوا علیه بمثل ما اعتدی علیکم» هر کس بر شمار تجاوز نماید و به مثل آنچه که بر شما انجام داده انجام دهید.

^{۱۲} التوحیدی، محمدعلی، مصباح الفقاهه فی المعاملات، تقریراً لابیاح السید ابوالقاسم الموسوی الخوئی، قم، مؤسسه انصاریان، الطبعة الرابعة ۱۴۱۷ قمری، ص ۸۸۷.

(^{۱۳} دهخدا علی‌اکبر، لغت‌نامه علی‌اکبر دهخدا، زیر نظر محمد معین و سید جعفر شهیدی، تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۷۷ اتلاف).

(^{۱۴} معین، محمد، فرهنگ معین، تهران، انتشارات بهزاد، ۱۳۸۶، واژه - اتلاف).