

بسم الله الرحمن الرحيم



دانشکده‌ی الهیات و معارف اسلامی

پایان‌نامه جهت دریافت درجه کارشناسی ارشد رشته‌ی حقوق خصوصی

# بررسی مقایسه‌ای قاعده لاضرر در قانون مدنی ایران و قانون

## مدنی عثمانی

استاد/استادان راهنما:

دکتر علیرضا پور اسماعیلی

استاد / استادان مشاور:

دکتر عباس برزویی

پژوهشگر:

عامر شمسی

ماه و سال

اسکن صورت جلسه‌ی دفاع



دانشگاه حکیم سبزواری

## سوگندنامه دانش آموختگان دانشگاه حکیم سبزواری

کزین برتر اندیشه بر نگذرد

به نام خداوند جان و خرد

اینک که به خواست آفریدگار پاک، کوشش خویش و بهره‌گیری از دانش استادان و سرمایه‌های مادی و معنوی این مرز و بوم، توشه ای از دانش و خرد گردآورده‌ام، در پیشگاه خداوند بزرگ سوگند یاد می‌کنم که در به کارگیری دانش خویش، همواره بر راه راست و درست گام بردارم. خداوند بزرگ، شما شاهدان، دانشجویان و دیگر حاضران را به عنوان داورانی امین گواه می‌گیرم که از همه دانش و توان خود برای گسترش مرزهای دانش بهره‌گیرم و از هیچ کوششی برای تبدیل جهان به جایی بهتر برای زیستن، دریغ نورزم. پیمان می‌بندم که همواره کرامت انسانی را در نظر داشته باشم و هموعان خود را در هر زمان و مکان تا سر حد امکان یاری دهم. سوگند می‌خورم که در به کارگیری دانش خویش به کاری که با راه و رسم انسانی، آیین پرهیزگاری، شرافت و اصول اخلاقی برخاسته از ادیان بزرگ الهی، به ویژه دین مبین اسلام، مبیانت دارد دست نیازم. همچنین در سایه اصول جهان شمول انسانی و اسلامی، پیمان می‌بندم از هیچ کوششی برای آبادانی و سرافرازی میهن و هم میهنانم فروگذاری نکنم و خداوند بزرگ را به یاری طلبم تا همواره در پیشگاه او و در برابر وجدان بیدار خویش و ملت سرافراز، بر این پیمان تا ابد استوار بمانم.

نام و نام خانوادگی و امضای دانشجو

عامر شمسی

## تاییدیه‌ی صحت و اصالت نتایج

بسمه تعالی

این جانب عامر شمس‌ی به شماره دانشجویی 9413291029 رشته حقوق خصوصی مقطع تحصیلی کارشناسی ارشد تأیید می‌نمایم که کلیه نتایج این پایان‌نامه حاصل کار اینجانب و بدون هرگونه دخل و تصرف و موارد نسخه برداری شده از آثار دیگران را با ذکر کامل مشخصات منبع ذکر کرده‌ام در صورت اثبات خلاف مندرجات فوق به تشخیص دانشگاه مطابق با ضوابط و مقررات حاکم (قانون حمایت از حقوق مولفان و مصنفان، قانون ترجمه و تکثیر کتب و نشریات و آثار صوتی ضوابط و مقررات آموزشی پژوهشی و انضباطی...) با این جانب رفتار خواهد شد. و حق هرگونه اعتراض در خصوص احقاق حقوق مکتسب و تشخیص و تعیین تخلف و مجازات را از خویش سلب می‌نمایم. در ضمن مسئولیت هرگونه پاسخ‌گویی به اشخاص اعم از حقیقی و حقوقی و مراجع ذی‌صلاح (اعم از اداری و قضایی) به عهده‌ی این جانب خواهد بود و دانشگاه هیچ‌گونه مسئولیتی در این خصوص نخواهد داشت.

نام و نام خانوادگی

عامر شمس‌ی

اسکن امضای دانشجو

تقدیم به:

پدر و مادر عزیز و مهربانم

تقدیر و تشکر

از پدر و مادرم و همسرم که همیشه در کنار من بوده و هستند و نیز از اساتید عزیزم که پژوهش کردن را به من آموختند تقدیر و تشکر می‌کنم.

## Contents

2	چکیده:
3	مقدمه
4	اهمیت و ضرورت انجام تحقیق
4	مرور ادبیات و سوابق مربوطه
5	روش تحقیق
5	هدف کلی و اهداف اختصاصی تحقیق (یا بیان پرسشها و فرضیههای تحقیق):
7	فصل اول: مفاهیم و کلیات
7	1-1. ضرر و ضرار در لغت
7	1-1-1. ضرر
7	2-1-1. ضرار
8	3-1-1. تفاوت ضرر با ضرار
9	2-1. قاعده لاضرر و لاضرار در اصطلاح
12	3-1. منابع قاعده لاضرر:
12	1-3-1. کتاب
15	2-3-1. عقل
16	3-3-1. روایات:
16	1-3-3-1. اخباری که در آن نص «لاضرر و لاضرار» آمده است
19	2-3-3-1. اخباری که مفاد قاعده «لا ضرر ولا ضرار» در آن آمده است:
20	4-1. متفرعات قاعده لاضرر:
20	1-4-1. نیازهای ضروری حرامها را مباح میگردانند
21	2-4-1. اباحهی محظور در حد ضرورت
23	3-4-1. قاعدهی عذر
23	4-4-1. عدم دفع ضرر با ضرر

- 24.....1-4-4-1. تحمل ضرر خاص برای دفع ضرر عام
- 25.....2-4-4-1. دفع ضرر بزرگتر با ضرر کمتر
- 26.....5-4-1. ارتکاب مفسدهی خفیفتر
- 27.....6-4-1. اولویت دفع مفسده
- 28.....7-4-1. حاجت به منزله ضرورت قرار میگیرد
- 29..... فصل دوم: نقش قاعده لاضرر در قراردادهای
- 29.....1-2. شرایط اساسی صحت معامله
- 35.....2-2. قراردادهای فضولی و موجبات ضمان قهری
- 41.....3-2. عقود معین
- 41.....1-3-2. عقد بیع
- 52.....2-3-2. مزارعه
- 57.....3-3-2. شرکت
- 62.....4-3-2. رهن
- 65.....5-3-2. اجاره:
- 70.....4-2. خيارات
- 71.....1-4-2. خيار قبول
- 73.....2-4-2. خيار شرط
- 76.....3-4-2. خيار وصف
- 77.....4-4-2. خيار نقد:
- 78.....5-4-2. خيار تعیین
- 80.....6-4-2. خيار رؤیت:
- 82.....7-4-2. خيار عیب:
- 83.....1-7-4-2. دریافت ارزش در خيار عیب
- 85.....8-6-4. خيار غبن و تغیر:
- 87.....9-6-4. خيار تأخیر ثمن:
- 88.....10-6-4. خيار رؤیت و تخلف وصف:

89.....	11-6-4. خیار غبن
90.....	12-6-4. خیار عیب:
91.....	13-6-4. خیار تدلیس:
92.....	14-6-4. خیار تبعض صفقه
93.....	15-6-4. خیار تخلف از شرط:
97.....	فصل سوم: نقش قاعده لاضرر در حوزه اموال و مالکیت
97.....	1-3. تعارض قاعده لاضرر با قاعده تسلیط
102.....	2-3. دیوار مشترک
106.....	3-3. مباحات
107.....	4-3. حق انتفاع و ارتفاق
113.....	نتیجه
116.....	منابع و مأخذ
116.....	منابع فارسی
116.....	منابع عربی





دانشگاه حکیم سبزواری

فرم چکیده‌ی پایان‌نامه‌ی دوره‌ی تحصیلات تکمیلی

مدیریت تحصیلات تکمیلی

نام خانوادگی دانشجو: عامر شمس‌ی		نام: محیدین	شماره دانش‌جویی: 9413291029
استاد راهنما: دکتر علیرضا پور اسماعیلی		استاد مشاور: دکتر عباس برزویی	
دانشکده: الهیات	رشته: حقوق	گرایش: خصوصی	
مقطع: کارشناسی ارشد	تاریخ دفاع: 1397/4/16	تعداد صفحات:	
عنوان پایان‌نامه: بررسی مقایسه‌ای قاعده لاضرر در قانون مدنی ایران و قانون مدنی عثمانی			
کلیدواژه‌ها: لاضرر، قانون مدنی عثمانی، قانون مدنی ایران، ضرر فاحش.			

## چکیده:

قاعده لاضرر در بسیاری از مواد قانون مدنی عثمانی و نیز قانون مدنی ایران کاربرد داشته و تأثیر گذاشته است، قانون مدنی عثمانی در همان ابتدای مواد، به ذکر قاعده لاضرر و متفرعات آن پرداخته است، اما در قانون مدنی ایران بحثی از متفرعات قاعده لاضرر نشده و با رجوع به فقه شیعه نیز این متفرعات را به گستردگی‌ای که در فقه حنفی وجود دارد نمی‌بینیم. در بحث معنی لاضرر و لاضرر مباحثی مطرح شده و علمای مذهب حنفی و شیعه دیدگاه‌هایی را مطرح کرده‌اند و اهل سنت از دیدگاه نهی پیروی نموده و معتقدند که لای موجود در این قاعده لای نهی به لسان نفی است، اما در میان شیعه دیدگاه نفی حکم به لسان نفی موضوع از شهرت بیشتری برخوردار است. یکی از کاربردهای قاعده لاضرر در بحث حجر و اعمال حجر بر محجورین است، آنجا که صغیر ممیز و سفیه از تصرفات ضرری در اموال خود ممنوع هستند که این دو قانون تقریباً یک رویه را در پیش گرفته‌اند. قاعده لاضرر بر بسیاری از احکام عقود معینی چون بیع، مزارعه، شرکت و غیره تأثیر گذاشته و بیشتر احکام آن در این دو قانون شبیه به هم است و تنها در پاره‌ای موارد با یکدیگر اختلاف دارند، مثلاً مبنای حق شفعه در هر دو قانون قاعده لاضرر است، با این تفاوت که در فقه شیعه حق شفعه تنها برای شریک ملک در نظر گرفته شده است، اما در فقه حنفی علاوه بر شریک ملک، همسایه نیز حق شفعه دارد، یا اینکه مطابق قانون مدنی ایران: اگر مبیع از قبیل خانه یا فرش باشد که تجزیه‌ی آن بدون ضرر ممکن نمی‌شود و به شرط مقدار معین فروخته شده ولی در حین تسلیم کمتر یا بیشتر درآید، در صورت اولی مشتری و در صورت دوم بایع حق فسخ خواهد داشت، اما مطابق قانون مدنی عثمانی: در صورتی که مبیع کمتر درآید و ضرر متوجه مشتری باشد، مشتری حق فسخ دارد، اما در صورت دوم که مبیع بیشتر درآید، بایع هیچ حقی ندارد. در قانون مدنی عثمانی به پیروی از فقه حنفی مبنای تمامی خیرات قاعده لاضرر است، اما با رجوع به فقه جعفری در می‌یابیم که لاضرر مبنای تمامی خیرات نیست، در بحث اموال و مالکیت نیز قاعده لاضرر تأثیر بسیاری گذاشته و نقش آن را بیشتر در تعارض قاعده لاضرر با تسلیط مشاهده می‌کنیم، آنجا که حاکمیت لاضرر بر تسلیط در قانون مدنی ایران بیشتر است تا قانون مدنی عثمانی.

قاعده لاضرر یکی از مهم‌ترین قواعد در بحث معاملات است و در طول زمان و در قوانین مختلف بسط و گسترش بسیاری یافته و به جنبه‌های مختلف تسری یافته است. قانون ایران به عنوان قانونی اسلامی و ملهم از فقه شیعی اثنا عشری به قاعده لاضرر اهتمام و توجه بسیاری داشته است؛ بطوری که این قاعده بر بسیاری از قوانین حاکم بر ایران، بخصوص قانون مدنی تأثیر گذاشته است؛ قانون مدنی در ماده 132 تصرف مالک را در ملک خود منوط به این دانسته که به ضرر همسایه نباشد، مگر اینکه تصرف او به قدر متعارف و برای رفع حاجت و یا دفع ضرر از خودش باشد و مطابق ماده 114 قانون مدنی هیچ یک از شرکا نمی‌تواند دیگری را اجبار بر بنا و تعمیر دیوار مشترک نماید؛ مگر اینکه دفع ضرر به نحو دیگر ممکن نباشد. در بحث معاملات نیز قاعده لاضرر بر جنبه‌های مختلف آن تأثیر گذاشته است، از شرایط اساسی صحت معامله گرفته تا بحث خیارات و عقود معین.

یکی دیگر از قوانین بسیار مهم که ملهم از پرطرفدارترین مذهب فقهی؛ یعنی فقه حنفی است، مجله الاحکام العدلیه می‌باشد که در زمان حکومت عثمانی‌ها تدوین شد. قانون مدنی عثمانی موسوم به «مجله الاحکام العدلیه» اختصاصاً ناظر به مقررات اموال و مالکیت است. بنابراین راجع به احوال شخصیه مقرراتی در آن وجود ندارد. این قانون در مقاله اول خود که ماده 1 تا 100 را در بر می‌گیرد به تعریف فقه و اقسام آن می‌پردازد و به قواعد فقهی نیز اشاره‌ای داشته است. ماده 19 این قانون نص مورد توافق مذاهب در خصوص قاعده لاضرر را بدین صورت بیان می‌کند: «لاضرر و لاضرار» و در ماده 25 آمده است: «ضرر را نباید با ضرر دفع نمود» که این ماده نیز عبارتی دیگر از قاعده لاضرر است. افزون بر این در بسیاری از مواد این قانون شاهد اعمال این قاعده و کاربرد آن هستیم؛ مثلاً در ماده 1197 تصرفات مالکانه را مشروط به این می‌داند که ضرر فاحشی برای دیگری در بر نداشته باشد. در فقه حنفی در بسیاری از ابواب فقه این قاعده جاری است؛ از جمله: خیارات، حجر و انواع آن، شفعه، کفارات، حدود، قصاص و غیره. در فقه امامیه نیز مبنای برخی از ابواب فقه همچون شفعه و خیارات عیب، غبن و تأخیر ثمن و برخی دیگر از خیارات البته با اندک اختلافی میان فقها، قاعده لاضرر و دیگر ادله می‌باشد.

در این پژوهش تأثیر قاعده لاضرر در این دو قانون مورد بررسی قرار گرفته است، اما از آنجایی که در قانون مدنی عثمانی مباحث مربوط به احوال شخصیه ذکر نشده و پژوهش ما نیز یک پژوهش مقایسه‌ای است، از

ورود در این بحث و تأثیر قاعده لاضرر در آن چشم پوشیدیم و به مواردی که در هر دو قانون در مورد آن صحبت شده، پرداختیم.

### اهمیت و ضرورت انجام تحقیق

قانون مدنی ایران ملهم از فقه امامیه است و کاربرد قواعد و مسائل فقهی در آن مشهود است، از طرفی یکی از مهم‌ترین و غنی‌ترین قوانینی که در فقه حنفی تدوین شده و از بسیاری از قواعد فقهی اثر پذیرفته، قانون مدنی عثمانی است که هر چند امروزه به عنوان قانون کاربرد ندارد، اما یکی از متون مهم فقه احناف محسوب می‌شود، در این تحقیق می‌خواهیم چگونگی تأثیر این قانون از یکی از مهمترین قواعد در مباحث مدنی؛ یعنی قاعده لاضرر را بررسی کنیم تا از این خلال دریابیم که قاعده لاضرر مبنای چه موضوعاتی در این دو قانون بوده و در هر یک چه تأثیر از خود بجای گذاشته است و در نتیجه به اهمیت قواعد فقه و تأثیر شگرف آنها بر این دو قانون اسلامی پی ببریم.

### مرور ادبیات و سوابق مربوطه

پیرامون قاعده لاضرر در قانون ایران و فقه امامیه پایان‌نامه‌ها و مقالات بسیاری نوشته شده است؛ از جمله: قاعده لاضرر و تأثیر آن در موارد عدم حکم، دانشگاه شهید مدنی آذربایجان - دانشکده الهیات و معارف اسلامی، 1393؛ جایگاه قاعده لاضرر در حقوق خانواده؛ دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی - دانشکده ادبیات و علوم انسانی، 1391؛ قاعده لاضرر در فقه و حقوق موضوعه ایران (با رویکردی بر مبانی فقهی حضرت امام خمینی قدس)، 1380؛ قاعده لاضرر به عنوان مبنای مسوولیت مدنی، دانشگاه تهران، 1376.

آنچه در این تحقیقات مورد بررسی قرار گرفته، تأثیر قاعده لاضرر در یک بخش خاص است و تنها قانون ایران و فقه امامی محل بحث آنها بوده است، اما در این پژوهش تأثیر قاعده لاضرر در قانون مدنی ایران که ملهم از فقه جعفری است از سویی و قانون مدنی عثمانی از سویی دیگر مورد بررسی قرار گرفته تا از این خلال به موارد افتراق و نیز تشابه این دو قانون در بهره‌گیری از قاعده لاضرر پی ببریم.

## روش تحقیق

روش تحقیق به صورت مقایسه‌ای می‌باشد و در جمع‌آوری مطالب این پژوهش از منابع کتابخانه‌ای، مقالات، پایان‌نامه‌ها و تارنما استفاده می‌شود. ابزار گردآوری مطالب نیز فیش برداری خواهد بود، لازم به ذکر است که این پژوهش به تأثیر قاعده لاضرر در دو قانون مدنی عثمانی و قانون مدنی ایران به صورت مقایسه‌ای می‌پردازد.

### هدف کلی و اهداف اختصاصی تحقیق (یا بیان پرسش‌ها و فرضیه‌های تحقیق):

هدف اصلی این تحقیق بررسی میزان تأثیر قاعده لاضرر بر قانون مدنی ایران و مجله الأحكام العدلیه، تفاوت‌ها و تشابهات این اثر پذیری می‌باشد.

### الف- سوال اصلی:

وجوه افتراق و اشتراك قانون مدنی ایران و عثمانی در استفاده از قاعده لاضرر کدام است؟

### ب- سوالات فرعی:

الف) قاعده لاضرر بر کدام بخش‌های مبحث قراردادها اثر گذاشته و این اثر گذاری چگونه است؟

ب) در تقابل قاعده لاضرر با اصل تسلیط قانون مدنی ایران و قانون مدنی عثمانی چه رویه‌ای را در پیش گرفته‌اند؟

### ج- فرضیه‌های اصلی

1- مقررات قانون مدنی عثمانی برگرفته از فقه حنفی است و مقررات قانون مدنی ایران عمدتاً برگرفته

از فقه شیعه است و این دو مکتب در مقررات اموال و مالکیت و نیز عقود معین از نقاط مشترک

بسیاری برخوردارند، اما در بخش‌های تفاوت‌ها بیش از شباهت‌هاست، به همین خاطر اثر

پذیری قانون مدنی ایران و قانون مدنی عثمانی از قاعده لاضرر در عقود معین و اموال و مالکیت نزدیک به یکدیگر است، اما در بخش اختیارات تفاوت‌های آنها بیش از شباهت‌هایشان می‌باشد.

#### د- فرضیه‌های فرعی

1- از جمله وجوه اشتراک این دو قانون این است که آن دسته از معاملات صغیر ممیز و سفیه که دایر بر ضرر و فایده است بر مبنای قاعده لاضرر غیر نافذ اعلام شده است.

2- از جمله وجوه افتراق این دو قانون اثر پذیری بیشتر قانون مدنی عثمانی در بحث اختیارات نسبت به قانون مدنی ایران و نیز منع مالک از تصرف در ملکش در صورتی است که تصرف او منجر به ضرر فاحش همسایه شود، در حالی که در قانون مدنی ایران ضرر نامتعارف یا ضرر ناروا ملاک جلوگیری از تصرف اوست.

## فصل اول: مفاهیم و کلیات

### 1-1. ضرر و ضرار در لغت

آیا این دو کلمه دارای یک معنی هستند یا معانی متفاوتی دارند؟

این موضوع که آیا این دو کلمه یک معنی دارند یا هر یک معنای متفاوتی از دیگری دارد، مورد اختلاف است؛ قول مشهور این است که این دو کلمه دارای معانی متفاوتی هستند؛ زیرا در مورد الفاظ مشابه یا باید یک کلمه را تأکیدی بر کلمه مشابه با آن بدانیم و یا لفظ را بر تأسیس جدید حمل کنیم و نه تأکید، یعنی برای لفظ معنای مستقل و خاصی قائل شویم نه اینکه آن را تأکیدی بر معنای لفظ مشابه بدانیم و حمل لفظ بر تأسیس برتر و بهتر است از حمل آن بر تأکید است (زرقا، 1409 هـ: 165). در نتیجه بهتر آن است که بگوییم کلمه ضرار تأکیدی بر کلمه ضرر نیست، بلکه لفظی است با معنای متفاوت از کلمه ضرر.

#### 1-1-1. ضرر

ضرر در لغت از ریشه «ضر» گرفته شده که هم به فتح و هم به ضم می‌باشد؛ الضَرُّ با ضم «ض» عبارت است از هر گونه شدت و سختی و حالت بدی که در بدن انسان به وجود آید، اما الضَرُّ با فتح «ض» عبارت از هر چیزی است که در مقابل با نفع باشد (ابن منظور، 1412 هـ: 44/8؛ فیومی، 1418 هـ: 136).

در القاموس المحيط آمده است: الضَرُّ با ضمه، ضد نفع است و الضراء به معنی شدت و نقص در جان و مال می‌باشد و الضرر به معنی ضیق و تنگی است (فیروز آبادی، 1418 هـ: 450/1).  
بر مبنای تعریف ابن منظور، کلمه الضَرُّ با فتحه، شمول بیشتری دارد از کلمه الضَرُّ با ضمه، زیرا الضَرُّ با فتحه در برابر نفع است، یعنی همان زیان، حال چه این زیان جانی باشد، چه مالی و ...

#### 1-1-2. ضرار

ضرار بر وزن فعال، برگرفته از «الضر» است، یعنی او را با ایراد ضرر به وی مجازات نکن (ابن منظور، 1412 هـ: 482/4).

### 1-1-3. تفاوت ضرر با ضرار

ضرر امری است وجودی و ضد نفع. لفظ ضرر عرفاً عبارت است از: نقص در مال، آبرو، جان یا امری از امور شخص که بعد از وقوع آن یا وجود مقتضی عرفی آن به وجود می‌آید (بجنوردی، 1401هـ: 214/1).

دیگری می‌گوید: ضرر به معنای رساندن مفسده به دیگری بطور مطلق است (أبرو، 2013م: 35).

این تعریف، دایره وسیعی از زیان‌های وارده به شخص را در بر گرفته است و تقریباً همانند تعریف قبلی است، زیرا در تعریف قبلی عبارت: «امر از امور شخص» هر چیزی را که مربوط به شخص باشد و به آن ضرر وارد شود، در بر می‌گیرد.

و ضرر در ابتدا صورت می‌گیرد و ضرار، ضرری است که در برابر ضرر وارده، به ضرر زنده زده می‌شود (ابن منظور، 1412هـ: 482/4).

برای کلمه ضرار چندین معنی ذکر شده است:

الف) مجازات بر ضرری که از جانب دیگری به انسان می‌رسد.

ب) ضرر رساندن متقابل دو نفر به یکدیگر.

ج) ضرر در مواردی است که شخصی به دیگری ضرر می‌رساند تا خودش منتفع گردد و ضرار در موردی است که با ضرر رسانیدن به دیگری نفعی عاید شخص نشود.

د) ضرر با ضرار دارای یک معنی می‌باشند (محقق داماد، 1383: 139).

دیگری در تعریف ضرار می‌گوید: این کلمه مصدر باب مفاعله است و حالت طرفینی دارد؛ یعنی ضرر رساندن به دیگری در برابر ضرری که غیر به فرد وارد می‌کند (بجنوردی، 1401هـ: 124/1)، یعنی اینکه یک نفر از جانب شخصی متحمل ضرر می‌شود، حال این ضرر می‌تواند جانی، مالی و... باشد؛ این فرد برای مجازات طرف مقابل، متقابلاً به او ضرر می‌زند، به این عمل او لفظ ضرار اطلاق می‌شود؛ در واقع ضرار عبارت از مقابله ضرر با ضرر است (أبرو، 2013م: 35).



علمای حنفی مذهب نیز معانی مختلف لغوی ضرار را ذکر کرده‌اند، ولی آنچه مورد قبول آنها به نظر می‌آید، این است که ضرار عبارت است از: ضرر زدن به کسی که به شما ضرر رسانده است (ابن عابدین، 1404هـ: 219/28).

در نتیجه ضرار به معنای ایراد ضرر به دیگری برای جبران و یا مجازات ضرر وارده از سوی آن شخص است.

از توضیحاتی که پیرامون معنای لفظ ضرر و ضرار داده شد، تفاوت این دو آشکار می‌شود.

علامه ابن حجر هیتمی در شرح اربعین علامه نووی تفاوت این دو لفظ را چنین بر شمرده است: ضرر به معنی رساندن مفسده به دیگری به طور مطلق است، اما ضرار به معنای رساندن مفسده به دیگری بر وجه مقابله است، توضیح اینکه وارد نمودن این مفسده بر وجه مقابله، نه از باب مقابله به مثل است و نه از باب نصرت و یاری حق و حقیقت. و منظور از ضرر در این قاعده، ضرری که شریعت آن را جواز داده نمی‌باشد؛ ضرری چون قصاص، حدود و دیگر عقوبت‌ها و تعزیرها (زرقاء، 1409هـ: 165) و امام خمینی می‌گوید: «غالب استعمال ضرر و مشتقات آن مالی یا نفسی است ولی کاربرد ضرار و مشتقات آن در تضییق، اهمال، حرج، سختی و کلفت رایج و شایع است» (خمینی، 1376: 31/1).

بطور خلاصه می‌توان چنین گفت که: ضرر عبارت است از رساندن مفسده به دیگری و ضرار عبارت است از: مقابله ضرر با ضرر (کلینی، 1387: 280/5).

## 1-2. قاعده لاضرر و لاضرار در اصطلاح

در مورد معنای این قاعده از علما چندین قول نقل شده است:

الف) نفی به لسان نهی: برخی می‌گویند مفاد آن نهی از ایجاد ضرر به غیر و یا نهی از ضرر بطور مطلق، حتی ضرر به خود است و دلیل آن هم این آیه است: «در حجّ آمیزش جنسی با زنان و گناه و جدالی نیست (و نباید مرتکب چنین اعمالی شود).»<sup>۱</sup> این آیه بر حرمت این امور دلالت دارد.

<sup>۱</sup> «فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ»

مفاد استدلال این عده به این صورت است که: در این آیه عبارت‌های «لارفت» و «لا فسوق» و «لا جدال» به کار رفته است و همچنانکه مشخص است کلمه «لا» در این عبارت‌ها، لای نفی است، اما به لسان نهی وارد شده است؛ یعنی نمی‌توان گفت که در حج گناه و جدال و آمیزش جنسی با زنان وجود ندارد، بلکه شارع از آمیزش جنسی با زنان و گناه و جدال نهی کرد یعنی نمی‌توان گفت ضرر و ضرار وجود ندارد، بلکه از ضرر و ضرار نهی شده است.

در مورد اینکه لاضرر نفی است و یا نهی میان علما اختلاف است؛ عموماً اهل سنت آن را نهی و منع می‌دانند (حیدر، 1423 هـ: 36/1؛ زرقاء، 1409 هـ: 166)؛ دلیل ایشان نیز این است که اگر نفی بدانیم به این معنی است که ضرری وجود ندارد؛ در حالی که در عالم واقع ضرر وجود دارد و مردم پیوسته به یکدیگر ضرر می‌زنند و قاعده لاضرر در مقام نهی است و مردم را از ضرر رساندن به یکدیگر نهی می‌کند. این نظریه که لاضرر و لاضرار را نهی می‌داند در میان فقهای شیعه مورد پذیرش فقهای چون آیت الله شریعت اصفهانی است (محقق داماد، 1383: 144)؛ آیت الله خوئی نیز برای لای که بعد از آن اسم آمده، چهار معنا ذکر می‌کند و معنای اول آن را نهی می‌داند و برای آن مصادیقی را نیز ذکر می‌کند (استاد اشرفی، درس خارج اصول، 21 فروردین 92، سایت مدرسه فقهت).

#### ب) نفی حکم ضرری:

این نظریه، نظریه شیخ انصاری است، مطابق با دیدگاه شیخ انصاری لای موجود در لاضرر لای نفی جنس است، اما از آنجایی که ضرر در عالم واقع وجود دارد، باید گفت که لای موجود در لاضرر و لاضرار لای نفی جنس حقیقی نیست، بلکه منظور نفی حکم ضرری است و لفظ حکم در تقدیر آن است، یعنی در واقع باید جمله را اینطور تعبیر کنیم: «لا حکم ضرری فی الاسلام». پس مطابق با این دیدگاه چنانچه شارع حکمی را تشریح نماید که برای مکلف مستلزم ضرر است، آن حکم برداشته می‌شود؛ به عنوان مثال شارع می‌گوید: وضو گرفتن برای مکلفی که آب در اختیار دارد، واجب است و بدون وضو نمی‌توان نماز گزارد؛ حال اگر وضو گرفتن و استعمال آب برای یکی از مکلفین در بر دارنده ضرر باشد، حکم وجوب وضو از او برداشته می‌شود. در نتیجه مقصود شیخ این است که چون حکم ضرری در اسلام وجود ندارد، پس اصولاً در اسلام ضرر موجود نیست.

#### ج) نفی حکم به لسان نفی موضوع:

مرحوم محقق خراسانی بر این باور است که در لاضرر نفی حکم به لسان نفی موضوع صورت گرفته است، یعنی موضوعاتی که دارای احکامی هستند اگر عناوین اولیه آنها باعث ضرر بشوند، حکمشان برداشته می‌شود؛ به عنوان مثال در جمله وضو واجب است، وضو موضوع است و وجوب حکم؛ حال برای مکلف مورد نظر ما آب ضرر دارد و نباید این آب به بدن او برسد، در نتیجه مطابق با این دیدگاه، حکم وجوب بخاطر ضرری بودن موضوع که همان وضو است، برداشته می‌شود.

تفاوت این دیدگاه و دیدگاه شیخ آنجاست که مطابق نظریه شیخ انصاری حکم ضرری در اسلام وجود ندارد و حکم مستقیماً برداشته می‌شود، اما مطابق این نظریه، این موضوع است که ضرری است و برداشته می‌شود و ثمره این دو نظریه آنجا آشکار می‌شود که موضوع ضرری نباشد اما حکم ضرری باشد، مثل معامله غبنی که مطابق دیدگاه محقق خراسانی معامله ضرری نیست بلکه این لزوم آن است که موجب ضرر است، پس در چنین حالتی قاعده لاضرر شامل مورد نیست.

(د) نفی ضرر غیر متدارک:

دکتر مصطفی محقق داماد به نقل از مرحوم نراقی می‌گوید: مقصود ضرر در لاضرر، ضرر غیر متدارک است، یعنی ضرر تدارک نشده یا غیر متدارک که ترتیب جبران آن داده نشود در اسلام وجود ندارد و به این دلیل نفی شده که شارع مقدس ضرر غیر متدارک را جایز نمی‌داند، پس در عالم تشریح آن را نفی کرده است و مطابق با دیدگاه ایشان، اضرار به غیر یکی از اسباب ضمان است. (محقق داماد، 1383: 142 - 146؛ بجنوردی، 1401هـ: 215/1 - 218).

سید مصطفی محقق داماد بعد از اینکه نظریات مختلفی چون نظریه شیخ انصاری، امام خمینی و غیره را در معنای لاضرر ذکر می‌کند، چنین نتیجه می‌گیرد: اولاً کلمه لا در جمله لاضرر و لاضرار نافیه است و نه ناهیه؛ ثانیاً اختصاصی به ضرر شخصی ندارد بلکه ضرر نوعی را هم شامل می‌شود؛ و ثالثاً احکام شریعت اسلام اعم از تکلیفی و وضعی مبتنی بر نفی ضرر عمومی و نوعی است و در احکام اولیه اسلام بطور کلی این اصل؛ یعنی عدم زیان عامه رعایت گردیده و همچنین در روابط اجتماعی مردم نیز هر گونه اقدام زیان بار مورد امضای شرع مقدس نیست (محقق داماد، 1383: 150 - 151).

### 3-1. منابع قاعده لاضرر:

#### 1-3-1. کتاب

ضرر و مشتقات آن در آیات بسیاری از قرآن کریم آمده است و از ضرر رساندن نهی کرده است؛ به عنوان نمونه چند آیه را در ذیل ذکر می‌کنیم:

الف) خداوند در آیه 102 سوره بقره می‌فرماید: «و آنان به کسی زیانی نمی‌رسانند مگر به اذن خداوند و چیزی را می‌آموختند که به آنها زیان می‌رساند و به آنها سودی نمی‌بخشید»<sup>۱</sup>. خداوند در این آیه از سحر صحبت کرده و آن را مساوی با کفر دانسته است و می‌گوید: مردم برای این سحر را از آنها آموختند تا با آن به دیگران ضرر بزنند و بین زن و مرد جدایی افکنند. خداوند این کار را بسیار زشت دانسته است و می‌گوید: آنها مستقلاً توان این را ندارند که با سحر و جادو به کسی زیانی برسانند مگر اینکه خداوند بخواهد (خرم دل، تفسیر نور: آیه‌ی 102 سوره بقره)؛ پس نمی‌توان زیان را منتفی دانست، بلکه زیان وجود دارد و خداوند در این آیه انسان‌ها را از اینکه سحر و جادو یاد بگیرند که با آن به دیگران زیان برسانند، نهی کرده است. از طرفی در این آیه ضرر در برابر نفع بکار رفته است. در نتیجه مفهوم قاعده لاضرر به خوبی در این آیه نمایان است.

ب) خداوند در آیه 231 سوره بقره می‌فرماید: «هیچ مادری نباید به خاطر فرزندش زیان ببیند، و هیچ پدری نیز نباید به خاطر فرزندش زیان ببیند»<sup>۲</sup>، یعنی حلال نیست که مادر بخاطر فرزندش زیان ببیند؛ به این صورت که از شیر دادن به فرزندش جلوگیری شود، و یا نفقه و پوشاک و مزد او داده نشود. و پدر نیز نباید به خاطر فرزندش ضرر ببیند؛ به این صورت که مادر به خاطر زیان رساندن به پدر از شیر دادن امتناع ورزد و یا شیر دهنده بیش از مقدار واجب، نفقه و خوراک از او طلب کند و امثال این‌ها (سعدی، تفسیر راستین: آیه‌ی 231 سوره بقره).

در این آیه نیز خداوند از اینکه پدر و یا مادر بخاطر فرزند دچار زیان شوند، نهی کرده است؛ در واقع زیان وارده به والدین، بخاطر فرزند از سوی شخص سومی وارد می‌شود که معمولاً زیان از طرف پدر به مادر و

2. «وَمَا هُمْ بِضَارِّينَ بِهِ مِنْ أَحَدٍ إِلَّا بِإِذْنِ اللَّهِ وَيَتَعَلَّمُونَ مَا يَضُرُّهُمْ وَلَا يَنْفَعُهُمْ».

3. «لَا تَضَارَّ وَالِدَةُ بَوْلِدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهٗ بِوَلِدِهِ».