

برداشت‌های تربیتی و اخلاقی از اصل فقهی-حقوقی اصل لاضرر و زیان با تأکید بر تلافی زیان

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۱/۲۰

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۲/۰۷

کد مقاله: ۶۱۰۲۰

سید عرفان سیدالموسوی^۱

چکیده

اصل لاضرر و زیان " از اصول مامر فقهی-حقوقی که بر پایه آیات قرآن، روایات و اجماع برخوردار می باشد. این اصل جزو اصل های حاکمه و عام و در جهت تکامل و بهبود قوانین دیگر می باشد. قانون مدنی ایران به شکل ترجمان فقه تشیع، سرتاسر آن ملهم از "اصل لاضرر و زیان" می باشد. زمینه‌های می باشدند که "اصل لاضرر و زیان" در بخش‌های گوناگون قانون مدنی مهستی می باشد. مثل مباحث مالکیت و اموال، خیارات، عقود معین، فقه و حقوق خانواده و غیره. جامعه‌ای مهستی نیست که در آن ضرر و زیان و زیان رساندن به دیگران مباح باشد. واضح است که یکی از اصول شناخته شده و بنیادین در سیستم اجتماعی، منع اضرار به دیگران می باشد که در فقه دین اسلام مورد تحقیق و تبیین دقیق دانشمندان قرار است. اصل لاضرر و زیان هم بر رد امر لازم دلالت دارد و هم نهی از ضرر و زیان خارجی و این امر با پیش‌بینی راه حل برای جاد جلوگیری از ضرر و زیان و تلافی زیان ملازمه دارد. در این تحقیق به بررسی موضوع برداشت‌های تربیتی و اخلاقی از اصل فقهی-حقوقی اصل لاضرر و زیان با تأکید بر تلافی زیان پرداخته می‌گردد.

واژگان کلیدی: اصل لاضرر و زیان، ضرر و زیان، زیان، اضرار، تلافی زیان

۱- مقدمه

یکی از اصول معروف فقهی-حقوقی که در اغلب مکتب‌های اقتصادی، جامعه‌شناسی، فرهنگی و دولتی کاربرد بسیاری دارد، اصل لا ضرر و زیان و لاضرار می‌باشد که همواره مورد تحقیق فقیهان بوده است. این اصل از امور سه یا چهار اصل کلی می‌باشد که اغلب فقیهان اسلام آن را بنیاد شکل‌گیری فقه در نظر می‌گیرند. از این رو نه تنها تبیین و مطالعه این اصل در مذاهب فقهی-حقوقی لازم می‌باشد، بلکه استفاده و آشنایی با نظرات و تفسیرهای تربیتی و اخلاقی و دیدگاه‌های از ابعاد متفاوت و متنوع آن، از اهمیت زیادی برخوردار می‌باشد.

۲- تعریف اصل لاضرر و زیان

حدیث اصل لاضرر و زیان به سه شکل آورده شده است که شامل «اصل لاضرر و زیان و لاضرار»، «اصل لاضرر و زیان و لاضرار فی‌الاسلام» و «اصل لاضرر و زیان و لاضرار علی مؤمن» می‌باشد. آنچه یقینی و متواتر و در سه نوع تفسیر مشترک مهستی است، شکل اول می‌باشد و دو شکل دیگر به حد تواتر نرسیده‌اند.

۲-۱- ضرر و زیان

بعضی ضرر و زیان را در برابر سود تلقی می‌کنند و بعضی نیز ضرر و زیان را به قصد نقص و کم کردن حق فرد و یا شخص دیگری در نظر می‌گیرند، گروهی هم ضرر و زیان را به معنای سوء حال در نظر می‌گیرند (مکارم‌شیرازی، ۱۳۸۲). نائینی بر این باور می‌باشد که ضرر و زیان عبارت می‌باشد از هر کمبودی در جان، مال، آبرو. ضرر و زیان را برخلاف سود، نقص در ح، سوء حال اعم از سوء حال نفس و بدن و مال و آبرو، ضد سود و برابر سود معنا گرفته‌اند. سوالی که بیان می‌شود این می‌باشد که ضرر و زیان امری می‌باشد هستی یا نیستی؟ بیان کرده‌اند که ضرر و زیان امری هستی می‌باشد. در این حال ضرر و زیان در برابر سود قرار می‌گیرد. فرد و یا شخص دیگری گفته؛ ضرر و زیان امری نیستی می‌باشد. در این حال ضرر و زیان نیستی سودی می‌باشد که در آن قابلیت سود باشد. اگر کالایی را به همان قیمت خریداری شده فروش شود، از دیدگاه عرف، در این معامله نه سودی حاصل شده و نه ضرر و زیانی، اما اگر قائل به نیستی بودن ضرر و زیان باشیم و آن را در برابر سود بدانیم، در چنین معامله‌ای ضرر و زیان مهستی است.

۲-۲- ضرار

ضرار به کسر ضاء، بر وزن فعال، مصدر باب مفاعله می‌باشد. و درباره معنای لغوی آن نیز ممکنات زیر می‌باشد: از این جهت که از باب مفاعله می‌باشد از این رو یعنی ضرر و زیان زدن به یکدیگر (یعنی مجازات، تلافی) ضرر و زیان زدن به فرد و یا شخص دیگری بدون اینکه سودی عاید ضرر و زیان زنده باشد بر خلاف ضرر و زیان رساننده سودی نیز می‌برد- ضرار یعنی ضرر و زیان- یعنی عسر و حرج- زیان رساندن به طور عمدی و ضرر و زیان اعم از عمدی و غیرعمدی - ضرار به معنای تکرار صدور ضرر و زیان (محمدی، ۱۳۸۹).

ضرار را به مجازات بر ضرر و زیانی که از طرف فرد و یا شخص دیگری به انسان می‌رسد، ضرر و زیان رسانی متقابل به یکدیگر، ضرر و زیان رساندن به فرد و یا شخص دیگری بدون اینکه برای ضرر و زیان رسان سودی داشته باشد (بر خلاف ضرر و زیان که ضرر و زیان رسانی برای منتفع شدن ضرر و زیان رسان می‌باشد). مترادف ضرر و زیان، در تنگنا قرار دادن فرد و یا شخص دیگری، زیان عمدی (ضرر و زیان زیان عمدی و غیر عمدی می‌باشد)، زیان رسانی غیرارادی... معنا گرفته‌اند. در برخی امور ضرار بیشتر در معنای تضییق و اهمال و به سختی انداختن به کار می‌رود. نکته قابل ذکر این می‌باشد که سخن از «زیان روحی» می‌باشد. اینکه ای زیان روحی آسیب می‌باشد یا ضرار... در عرف آمده می‌باشد فردی در معامله آسیب کرد یا دارویی را که برایش آسیب داشت مصرف کرد، اما عرف به شخصی که نسبت به فرد و یا شخص دیگری هتاک کرده نسبت آسیب‌رسان نمی‌دهد از این رو می‌توان هتاک به فرد و یا شخص دیگری را ضرار یا زیان روحی را از مصادیق ضرار دانست.

اصل لاضرر و زیان به قصد رد مشروعیت هر گونه ضرر و زیان و اضرار در اسلام می‌باشد. (مشکینی، ۱۳۷۱)

از این اصل به اصل ضرر و زیان، اصل ضرر و زیان و ضرار، اصل لاضرر و زیان و لاضرار و اصل رد ضرر و زیان نیز تفسیر می‌شود. اصل لا ضرر و زیان از اصول معروف فقهی-حقوقی می‌باشد که در بیش‌تر ابواب فقه کاربرد دارد و محتوای آن این می‌باشد که ضرر و زیان در اسلام مشروعیت ندارد و هرگونه آسیب و اضرار در اسلام رد شده می‌باشد.

هستی اصل لاضرر و زیان در فقه دین اسلام، علت این نتیجه‌گیری از سوی بعضی دانشمندان شده که اصل یا اصل ضرر و زیان به مفهوم نهی ضرر و زیان به فرد و یا شخص دیگری در همه سیستم‌های متفاوت حقوقی توسط دانشمندان حقوقی با مبانی می‌باشد دلالتی کم و بیش مشابه پذیرفته شده و ادعا شده می‌باشد غنای فقه دین اسلام در این زمینه می‌تواند در مبناسازی برای مداخله کیفری با می‌باشدفاده از این اصل راهگشا باشد و یک اصل اولی برای محدود کردن مداخله کیفری دولتی ارائه دهد.

۳- اهمیت اصل لاضرر و زیان و لاضرار

۳-۱- اهمیت اصل لاضرر

یکی از وجوه انصاف آن است که اگر فردی به فرد و یا شخص دیگری زبانی برساند یعنی حقی را از فرد و یا شخص دیگری سلب کند، مجبور به تلافی زیان وارده خواهد شد و اصل فقهی لاضرر و لا ضرار فی الاسلام نیز ناشی از همین تفسیر است. یکی از مشهورترین قواعد فقهی که در بیشتر ابواب فقه مانند عبادات، معاملات و غیره به آن استناد میشود، اصل لاضرر است و مستند بسیاری از مسائل فقهی همین اصل می باشد. دکتر جعفری لنگرودی، اصل لاضرر را از قواعد منطقی حقوقی دانسته و بر این باور است که لاضرر نیمی از فقه است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴، ج ۳: ۱۴۴۴).

اهمیت اصل مذکور به حدی است که بسیاری از فقها از گذشته دور و نزدیک در تالیفات و تقریرات خود رساله مستقلی را به آن اختصاص داده اند. قواعدی مانند اصل لاضرر به دادرسی اجازه میدهد که مسائل حادث را با اصول کلی حقوقی منطبق سازد و هنگام روبرو شدن با دعوی تازه احساس درماندگی نکند.

این اصل در عین سادی ظاهر و کوتاهی عبارت، دارای مفهوم عمیق و کاربرد وسیعی است. با آنکه فقهای عظام در طول تاریخ فقه امامیه بحث های گسترده در رابطه با این اصل بعمل آورده اند، معذک اصل شریف لاضرر و احادیث و مدارک این اصل، رازهای ناشناخته فرد و یا شخص دیگری دارد که کشف این رازها میتواند راه گشای بسیاری از مشکلات حقوقی و اجتماعی باشد. این اصل میتواند وسیله موثری در دست فقها و حقوقدانان و رهبران حکومت اسلامی باشد تا به کمک آن، انصاف و عدالت را برقرار سازد (بهرامی احمدی، ۱۳۷۰: ۳۶۹).

قانون مدنی ایران نیز معارضه اعمال حق و اصل لاضرر، حاکمیت لاضرر را پذیرفته است. امور زیر را برای مثال میتوان ارائه داد (محقق داماد، ۱۳۷۰: ۱۶۸):

۱- به علت ماده ۶۵ قانون مدنی، صحت وقفی که بعلت اضرار دیان واقع شده است، منوط به اجازه دیان است.

۲- به علت ماده ۱۱۴۵ قانون مدنی، اجبار شریک برای تعمیر دیوار مشترک در حالی که دفع ضرر به طریق فرد و یا شخص دیگری ممکن نباشد، مجاز شناخته شده است.

۳- به علت ماده ۱۳۲ قانون مدنی، کسی نمیتواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود مگر در حال هستی شرایط معین.

۴- به علت ماده ۱۳۸ و ۱۳۹ قانون مدنی، تصرف در حریم املاک، به منظور جلوگیری از ضرر به صاحب حریم منع گردیده است و میزان حریم به اندازه ای معین گردیده که برای دفع ضرر کافی باشد.

۵- به علت مواد ۵۹۱ و ۵۹۲ قانون مدنی، تقسیم مال مشترک در حالی که متضمن ضرر شریک باشد، بدون رضای شریک متضرر، ممنوع گردیده است.

در هر حال باید دانست که اولاً: اصل لاضرر شامل تمام انواع ضرر می شود، ثانیاً: در شمول اصل اضرار، "قصد اضرار ضروری نیست. در هر موردی که ضرر هستی داشته باشد، خواه با قصد اضرار و خواه بدون قصد اضرار مشمول اصل لاضرر میگردد. ثالثاً: فقها اصل لاضرر را هم در رابطه با عبادات به کار برده اند و هم در مورد احکام مرتبط به معاملات و روابط قراردادی. رابعاً: اصل مذکور را هم در احکام تکلیفی مورد استفاده قرار داده اند و هم در احکام وضعی (بهرامی احمدی، ۱۳۷۰: ۱۷۱-۱۷۲).

از مجموع مقررات قانون فوق الذکر و نیز سایر مقررات مشابه نیز میتوان استنباط کرد که قانونگذار هیچ ضرری را بدون تلافی نمی گذارد و به هیچ کس اجازه نمیدهد به ناروا به فرد و یا شخص دیگری ضرر بزند. (مفاد اصل لاضرر)

بدین ترتیب اصل لاضرر اصل فقهی فوق العاده مهمی می باشد که دایره شمول آن بسیار وسیع می باشد و میتواند طیف گسترده ای از مشکلات و معضلات حقوقی ما را تحت پوشش خود قرار داده و چاره جویی نماید. بعنوان نمونه استناد به عمومات مربوط به لزوم تلافی تمام ضرر و اصل لاضرر، لزوم تلافی ضررهای روحی و ضرر و زیان های ناشی از جرم مازاد بر میزان دیه و صدمات تأخیر تادیه و اموری از این دست را به راحتی و به آسانی و به دور از استدلال های خشک و تصنعی و خسته کننده توجیه میکند و حقوقدان را از تبیین بیشتر پیرامون مساله، فارغ البال و آسوده می سازد. متأسفانه نیستی توجه و التفات کافی پیرامون این امر یعنی تدفیق و تامل درباره شمول اصل لاضرر سبب گردیده است خلاهای بسیاری در حقوق ما مشاهده گردد و مسلماً تداوم این امر از غنای حقوق سنتی و ملی ما خواهد کاست.

بعنوان بحث تطبیقی، در حقوق غربی نیز اصل لاضرر آمده است بدین مضمون که اگر فردی بواسطه اعمالش به منافع دیگران لطمه بزند، او را در برابر جامعه مسئول در نظر گرفته اند و بیان کرده اند که صدمات جسمی و روحی زیان دیده را باید تلافی کند. بدیهی است که این حق برای اجتماع حدودی دارد (نجومیان، ۱۳۷۶: ۱۴۰).

به گفته روبیه، استاد فرانسوی، رهبر عقل در این دآوری ها، فکر عدالت (و انصاف) است؛ یعنی عقل در می یابد که اگر ضرر تلافی شود عادلانه رفتار شده است (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ج ۱: ۹۸).

همچنین از جمله قواعد حاکم بر انصاف در حقوق انگلیس اصل ای است تحت این عنوان که "انصاف اجازه نخواهد داد که یک ضرر بدون تلافی بماند." "Equality will not suffer a wrong to be without a remedy" اصل در ورای این اصل کلی آن است که انصاف، حقی را که شاید بعلت نقضی فنی در حقوق الزام آور نیست، مورد حمایت قرار میدهد. کافی نیست که خواننده به لحاظ تقصیری اخلاقی بتواند مقصر شناخته شود بلکه بایستی حق خواهان حق خواهان برای اجرا شدن توسط دادگاه

قابل ادعا باشد. این اصل کلی قابل اعمال در زمینه های گوناگون از جمله قابل اعمال در زمینه وسائل تلافی منصفانه است، بدین ترتیب که وسیله تلافی منصفانه داده خواهد شد در موردی که تقصیر خواننده از نظر کامن لا تقصیر محسوب نمیگردد. بعنوان مثال در خصوص قرار منع، خواهان میتواند موفق به تحصیل یک قرار منع برای جلوگیری نمودن از یک تجاوز مورد تهدید واقع شده گردد هر چند که بر طبق حقوق کامن لا تا زمانیکه تجاوز وقوع نیافته است حق طرح دعوی نداشته باشد.

در ماده ۲۰ مجله احکام عدلیه نیز مقرر گردیده است که: "الضرر بزال" یعنی "ضرر باید رفع شود". بدین ترتیب، هر کس تجاوزی زیان آور علیه فرد و یا شخص دیگری انجام دهد به تلافی آن محکوم و مکلف است. این یکی از قواعد مهمی است که تعادل اجتماعی افراد حقیقی و حقوقی را تأمین میکند (صاحبی، ۱۳۷۶: ۳۵۳).

با تامل و دقت در نظریه های ارائه شده در حقوق خارجی که با اصل لاضرر شباهت دارند، میتوان به این نتیجه رسید که وجه مشترک همه آنها لزوم تلافی ضرر و رد هرگونه ضرری است که بدون تلافی باقی بماند. بدین ترتیب، اصل لاضرر مقبولیت عامه و جهانی دارد.

۴- اهمیت اصل لاضرر در اخلاق و تکلیف معاملات از دیدگاه امام خمینی (ره)

بنیادی ترین و مهم ترین بحث در این مقوله، مفهوم اصل لاضرر است. در این زمینه دیدگاهها یکسان نیست. مهم ترین دیدگاههایی که در زمان ما از آنها سخن به میان آمده و امام خمینی هم به نقل و نقد آن پرداخته اند به شرح زیر است:

۱. حمل نفی بر نهی؛ یعنی مقصود از لاضرر و لاضرار، حرام بودن ضرر زدن به دیگران است.
۲. نفی ضرر غیر متدارک؛ یعنی ضرری که تلافی نشده باشد، در اسلام هستی ندارد.
۳. نفی حکم ضرری
۴. نفی حکم به لسان نفی موضوع

امام خمینی پس از نقل و نقد دیدگاههای یاد شده دیدگاه دیگری را به این شرح آورده است:

(لا) نفی جنس به معنی نهی است. و مقصود از آن نهی حکومتی و سلطانی است، نه نهی تکلیفی، چنانکه دیدگاه نخست، بیانگر آن بود.

در این بخش، پس از اشاره ای گذرا به دیدگاههای دیگر، به شرح این دیدگاه می پردازیم. امام راحل، در گاه روشنگری دیدگاه خود، به مطالب سودمند دیگری چون: احکام حکومتی و مبانی آن، روایات احکام حکومتی و همچنین معیار روایات حکومتی از غیر آن پرداخته که به آنها خواهیم پرداخت.

۴-۱- حمل نفی بر نهی

گروهی از فقهای شیعه و اهل سنت بر این باورند که: مفهوم اصل لاضرر، حکم تکلیفی است، نه وضعی (بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۳: ۲۵۷)؛ یعنی ضرر زدن اضرار به یکدیگر از دید شرع ممنوع و حرام است و دلالتی بر بایستگی تلافی ضرر و یا پیش داشتن لاضرر بر دیگر احکام شرعی و... نخواهد داشت.

شیخ انصاری، همین دیدگاه را پذیرفته است:

(فقیهان، دیدگاههای گوناگونی را درباره مفهوم حدیث (ضرر) آورده اند از جمله: از (لاضرر) نهی اراده شده باشد. از این رو، حدیث لاضرر، همانند: نمونه های زیر است: (لا رفث ولا فسوق ولا جدال فی الحج). (لا جلب ولا جنب ولا شعار فی الاسلام) (لاحمی فی الاسلام) (لا مناجته فی الاسلام) (لا احصای فی الاسلام و لابنای کنیسه.) (شیخ انصاری، ج ۲، بی تا: ۱۸۷).

در روایات یاد شده (لا) نفی جنس به معنای نهی آمده است. از این رو، لاضرر و لاضرار نیز هر چند با (لا) نفی جنس آمده است، ولی مقصود از آن نهی است.

وی پس از آوردن نمونه های دیگر و یادآوری این نکته که نقل همه روایاتی که (لا) نفی جنس به معنای نهی به کار برده شده، این گفتار را طولانی می کند می نویسد:

با نقل این نمونه می خواهم بگویم: اراده نهی از نفی بسیار است سخنان کسانی که چنین کاربردی را انکار می کنند، درست نیست، وی، سپس با استناد به لغت بر این معنی تأکید می کند و آن را می پذیرد. (شیخ انصاری، ج ۲، بی تا: ۲۵۱).

۴-۲- نفی ضرر غیر متدارک

بر بنیاد این دیدگاه نفی به حال خودش باقی است. (لاضرر و لا ضرار) به این معناست که هر کس به فرد دیگری ضرری بزند، باید آن را تلافی کند. بر بنیاد این دیدگاه اگر مالی از کسی از بین برود و تلافی در برابر آن نباشد، این ضرر است و چون این ضرر، در شرع شریعت اسلام نفی شده است، پس باید در برابر آن تدارک و تلافی هستی داشته باشد. اگر کسی جاهل به (غبن) است و مال خود را به کم تر از ارزش واقعی آن به دیگری فروخته، بر او ضرر وارد شده و خیار فسخ که برای او در نظر گرفته شده، برای تلافی زیان اوست.

فقه‌های شیعه، انتقادها و اشکالهای بسیاری به این دیدگاه دارند. شیخ انصاری در ضمن نقد این دیدگاه آن را از همه دیدگاهها ضعیف تر و سست تر دانسته است (شیخ انصاری، ج ۲، بی تا: ۱۲۴).

۴-۳- نفی حکم ضرری

بر بنیاد این دیدگاه، معنای حدیث (لاضرر و لاضرار) این است: از سوی شارع هیچ حکم ضرری وضع نشده است. به دیگر سخن: هر حکمی که از سوی شارع مقدس صادر شده، اگر زیان آور باشد، ضرر بر نفس مکلف و یا غیر، ضرر مالی یا غیر مالی، حکم یاد شده به استناد اصل لاضرر برداشته می شود.

علامه نراقی، همین دیدگاه را پذیرفته است (نراقی، ۱۳۷۵، ج ۲: ۳۷۸) و شماری دیدگاه دوم را به او نسبت داده اند، ولی این درست نیست؛ زیرا سخنان ایشان در پذیرش نفی، روشن است (همان).

شیخ انصاری، نائینی و بسیاری از دیگر فقیهان بنام، همین دیدگاه را پذیرفته اند. شیخ انصاری پس از نقل و نقد دیگر دیدگاهها، می نویسد:

(مقصود حدیث، نفی حکم شرعی زیان زننده بر بندگان است به این معنی که در اسلام حکم زیان جعل نشده است. به دیگر سخن، حکمی که از عمل به آن ضرری بر بندگان وارد آید در اسلام وضع نشده است. از باب نمونه: حکم شرعی به لزوم بیع غبنی، ضرر بر مغیوب است، پس در شرع اسلام نفی شده است. وجوب وضوء در حالی که آب برای وضوء گیرنده ضرر داشته باشد، حکم ضرری است که در اسلام نیست. همچنین جایز بودن ضرر به دیگران، حکم ضرری است که در اسلام نفی شده است...) (شیخ انصاری، ج ۲، بی تا: ۳۷۲).

۴-۴- نفی حکم به لسان نفی موضوع

آخوند خراسانی دیدگاه شیخ را نپذیرفته اند و بر آن اشکالهایی وارد ساخته و سپس یادآور شده: مفهوم حدیث (لاضرر و لاضرار) نفی حکم است به لسان نفی موضوع (آخوند خراسانی، ۱۳۸۹: ۲۴۴).

یعنی نفی ضرر، کنایه از نفی احکام ضرری است. بر بنیاد این دیدگاه، ضرر نفی شده است، نه حکم ضرری، چنانکه شیخ انصاری می گفت. ممکن است در جایی حکم ضرری باشد، ولی موضوع ضرری نباشد. از باب نمونه:

در معامله غبنی، خود معامله، زیان زننده نیست، بلکه لزوم آن زیان زننده است (شیخ انصاری، ج ۲، بی تا: ۱۳۶). از دیدگاه آخوند خراسانی، اصل لاضرر مثل این مورد را نمی گیرد و حال آن که بر بنیاد دیدگاه شیخ، اصل لاضرر بیع ضرری را نیز در بر می گیرد (آخوند خراسانی، ۱۳۸۹: ۲۴۸).

پس از شیخ انصاری بیش تر فقیهان، دیدگاه او را پذیرفته اند، از جمله اینان، میرزای نائینی است که می نویسد: (بهترین دیدگاه همان دیدگاه برگزیده شیخ انصاری است و این دیدگاه، میتواند مدرک اصل فقهی قرار گیرد، به عکس دیدگاه دوم و چهارم (حرام بودن زیان زدن و نفی ضرر غیر متدارک) دیدگاه دوم درست نیست؛ زیرا اگر آن را بپذیریم، لاضرر حکم فرعی می شود برای حرام بودن ضرر، مانند دیگر احکام فرعی که بیانگر حرام بودند. اما دیدگاه چهارم درست نیست، چون هیچ یک از فقیهان ضرر را از اسباب غرامت ندانسته و به آن استناد نکرده اند (شیخ انصاری، ج ۲، بی تا: ۱۴۷).

فقیهان بر بنیاد دیدگاه نخست (نفی حکم ضرری) بسیاری از احکام شرعی همانند:

خیار غبن، سقوط نهی از منکر و اقامه حدود و لزوم ادای شهادت، وجوب وضوء و جز آن به این اصل استناد جسته اند. مجموعه ای از این امور در کتاب (عناوین) آمده است. هر چند پاره ای از آنها را می شود در بوته نقد گذارد؛ زیرا در پاره ای از آنها تنها مدرک حکم اصل لاضرر نیست. در هر حال، این اصل مدرک بسیاری از مسائل است و کسی که در کتابهای فقیهان، بویژه (تذکره) علامه جست وجو کرده باشد، بر آن آگاه خواهد شد. (نائینی، ۱۳۶۵، ج ۳: ۱۶۱).

امام خمینی، در چندین جا، همین دیدگاه را پذیرفته (امام خمینی، ۱۳۶۵: ۱۱۰)، ولی در رساله مستقل خود دیدگاه جدیدی را ارائه داده است.

۴-۵- نهی حکومتی و سلطانی

امام خمینی، پس از نقل دیدگاههای یاد شده، با دقت و به شرح، به نقد و بررسی آنها می پردازد و سپس یادآور می شود: اگر بنا باشد از میان دیدگاههای یاد شده یکی را برگزینیم، دیدگاه شیخ الشریعه برتر از دیدگاههاست (امام خمینی، ۱۴۲۴، ج ۱: ۳۲۱) که آنها را هم به نقد می کشد و از پذیرفتن آن، سر باز می زند و دیدگاه خود را به این شرح، ارائه می دهد.

(و هیئتا احتمال رابع یکون راجحا فی نظری القاصر و ان لم اعثر علیه فی کلام القوم، وهو کونه نهیا لامعنی الا لهی حتی یکون حکما الهیا کحرمه شرب الخمر و حرمه القمار بل بمعنی النهی السلطانی الذی صدر عن رسول الله (ص) بما انه سلطان المله و سأس الدوله) (امام خمینی، ۱۴۲۴، ج ۱: ۳۳۰).

در حدیث لاضرر، دیدگاه چهارمی هستی دارد که از نگاه من برتر از دیگر دیدگاههاست، هر چند در سخن فقیهان به آن برخورد کرده ام. در این دیدگاه، نفی به معنای نهی است؛ اما نه نهی الهی، تا لاضرر حکم شرعی الهی همانند: حرام بودن نوشیدن

شراب و حرام بودن قمار باشد، بلکه نهی سلطانی و حکومتی است. این نهی از پیامبر (ص) به سبب آن که رهبر و حاکم بوده است صادر شده است.

امام راحل، دیدگاه محقق خراسانی را به حال مستقل نیاورده است؛ از این روی، از دیدگاه خود به عنوان احتمال چهارم یاد می‌کند (امام خمینی، ۱۴۲۴، ج ۱: ۳۶۱-۳۶۲).

امام خمینی، برای روشن شدن دیدگاه خود چند نکته را یادآور می‌شود که اکنون خلاصه‌ای از آنها را ارائه می‌دهیم و سپس به جمع بندی می‌پردازیم:

۱. پیامبر اسلام (ص) دارای سه منصب و مقام است:

الف. نبوت و رسالت: بر بنیاد این منصب، به تبلیغ احکام الهی می‌پردازد.

ب. مقام حکومت و سیاست: پیامبر، ولی و پیشوای جامعه اسلامی از سوی خداوند است. بر بنیاد این منصب، آن حضرت حق امر و نهی دارد و پیروی از او واجب است، آیه: (اطيعوا الله واطيعوا الرسول واولی الامر منکم) (نساء/۵۹) و آیه: (و ما کان لمومن و لا مومنه اذا قضی الله ورسوله امرا ان یکون لهم الخیره) (احزاب/۳۶) به این گونه از دستورها و بازداشتها اشارت دارند.

۲. مقام قضاوت و داوری در میان مردم: پیامبر اسلام (ص) بر بنیاد این منصب به قضاوت در میان مردم می‌پردازد و بر مسلمانان نیز پیروی از احکام وی و نیز اجرای آن واجب است. آیه شریفه: (فلا وربک لا یؤمنون حتی یحکموک فیما شجر بینهم...) (نساء/۶۵) به این منصب اشارت دارد (امام خمینی، ج ۱، ۱۳۶۵: ۵۰).

۳. در متون روایی، روایاتی که بیانگر احکام حکومتی پیامبر (ص) و یا امامان معصوم (ع) اند، با دیگر روایات در کنار هم آمده‌اند و این سبب اشتباه شماری از فقیهان شده است، از این روی، امام خمینی بر آن می‌شود معیاری برای شناخت روایات حکومتی از غیر آن ارائه دهد:

(هر روایتی که از پیامبر (ص) و علی (ع) با واژه‌هایی چون: (قضی)، (حکم)، یا (امر) و... وارد شده، بر حکم حکومتی و قضایی دلالت دارد، نه بر حکم شرعی. و اگر مقصود از آن روایت، حکم شرعی باشد، یا به حال مجاز در آن معنی به کار برده شده و یا ارشاد به حکم الهی است؛ زیرا از ظاهر این واژه برمی‌آید: پیامبر(ص) از آن جهت که حاکم و قاضی است دستور داده، نه از آن جهت که بیان کننده احکام الهی و مبلغ حلال و حرام است... تحقیق در مقام و همچنین ظهور لفظی، سخنان ما را تأیید می‌کند، افزون بر این، اگر در مورد کار برد این واژه‌ها: قضی، امر، حکم، پی جویی دقت کنیم، همین مطلب به دست می‌آید.) (امام خمینی، ۱۳۶۵: ۵۱).

سپس یادآور می‌شود: چون دیگر امامان معصوم (ع) حکومت ظاهری نداشته‌اند، چنین تفسیرهایی از آنان دیده نمی‌شود. و اگر در امور اندک از این واژه‌ها استفاده کرده، به اعتبار آن بوده که بزرگواران به حسب واقع حاکم بر مردم بوده‌اند.

۳. آیا با این معیار و تراز می‌توانیم همه روایات و احکام حکومتی و قضایی را بشناسیم و از دیگر روایات جدا کنیم؟ بی‌گمان با معیار یاد شده بسیاری از احکام حکومتی را می‌توان شناخت، ولی چه بسیار روایاتی که بیانگر احکام حکومتی و یا قضای آن، ولی با این واژه‌ها در متون روایی نیامده‌اند. امام خمینی، گاه کامل کردن معیاری که ارائه داده می‌نویسد: احکام حکومتی و قضایی در پاره‌ای از روایات با واژه (قال) و مانند آن آمده که شناخت آنها از راه قرینه‌های یا مقامی امکان‌پذیر است، از باب نمونه:

اگر در حدیثی آمده بود: پیامبر(ص) به فردی گفت: تو رئیس لشگری، به فلان منطقه حرکت کن. هر چند با واژه (قال) از آن حضرت نقل شده باشد، ولی به قرینه مقام می‌فهمیم که این دستور، دستور حکومتی است (امام خمینی، ۱۳۶۵: ۵۲).

۴. در مقدمه چهارم، مجموعه‌ای از روایات را که با واژه‌های یاد شده:

قضی، امر و حکم وارد شده‌اند و همچنین روایاتی که بدون آن واژگان حکم حکومتی دلالت می‌کنند، برای تأیید نکته‌های گذشته آورده است (امام خمینی، ج ۱، ۱۳۶۵: ۵۲-۵۴).

۵- منابع اصل لاضرر و زیان در کتب شیعه

روایات متعددی به شکل منابع اصل حدیث شده می‌باشد که مهم‌ترین آن‌ها جریان سمره بن جندب می‌باشد که ابتدا این حدیث تبیین خواهد شد.

حدیث اول

رَوَى الْحَسَنُ الصَّبَّاقُ عَنْ أَبِي عُبَيْدَةَ الْحَدَّاءِ قَالَ قَالَ أَبُو جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ كَانَ لِسَمْرَةَ بِنْتِ جَنْدَبٍ نَخْلَةٌ فِي حَائِطِ بَيْتِي فَلَانِ فَكَانَ إِذَا جَاءَ إِلَى نَخْلَتِهِ نَظَرَ إِلَى شَيْءٍ مِنْ أَهْلِ الرَّجُلِ يَكْرَهُهُ الرَّجُلُ قَالَ فَذَهَبَ الرَّجُلُ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ فَشَكَاهُ... امام (ره) و شاگردان ایشان با می‌باشند به این حدیث بر این باورند اصل لاضرر و زیان تنها در مکتب دولتی می‌باشد. یعنی حاکم می‌تواند مالکیتی را که علت اذیت دیگران می‌باشد را محدود کند. از این رو اصل لاضرر و زیان، فرع فقهی-حقوقی حکومتی و لیس باصل فقیه... مفاد این حدیث امر دولتی یا اصل فقهی-حقوقی را اثبات می‌کند.

تبیین حجت حدیث اول:

الف) محمد بن علی بن حسین عن الحسن الصبقل؛ حجت شیخ صدوق به حسن صبقل حجت درستی می‌باشد و لو اینکه در این سلسله علی بن حسین سعد آبادی که صریحاً توثیق ندارد هستی داشته باشد. و لیکن اشاراتی مهستی است که دال بر توثیق علی بن حسین می‌شود:

۱. علی بن حسین از مشایخ اهل قم بوده می باشد. قمی‌ها معروف به وسواس زیاد در گرفتن حدیث بوده‌اند. قمی‌ها ملاک عدالت و فسق راوی را در حدیث موثق حدیث می‌دانستند به طوری که فضای قم طوری بود که احمد بن محمد بن محمد بن عیسی؛ احمد بن محمد بن خالد برقی را از قم تبعید کردند؛ با این وسواسی که در فضای اهل قم حاکم بود؛ قمی‌ها علی بن حسین را شیخ حدیثی خودشان قرار دادند. این اولین موید برای توثیق علی بن حسین می باشد.

۲. بزرگانی مثل کلینی و فقیه زراری به علی بن حسین اعتماد کردند. ما در توثیق حدیث تنها ملاک را رجال نجاشی و کشی قرار نمی‌دهیم بلکه تبیین می‌کنیم که این راوی از اصحاب اجماع یا از مشایخ اجازه هستند یا خیر؟ این‌ها قرائنی می باشد که می‌توان وثاقت راوی را به دست آورد. پس حدیث کردن افراد بزرگ و جلیل‌القدر می‌تواند اماره‌ای برای توثیق افراد باشد. ۳. شاهد سوم اینکه علی بن حسین، توثیق عام کامل الزیارات را دارد.

(ب) اَبی عُبَیْدَةَ الْحَدَّاءَ (کفاش)، نام او زیاد بن عیسی می‌باشد؛ ثقّه می باشد؛ وی از حضرت باقر (ع) و حضرت صادق (ع) حدیث می‌کند. درباره او بیان کرده‌اند: کان حَسَنَ الْمَنْزِلَةِ عِنْدَ آلِ مُحَمَّدٍ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ زامل ابی جعفر الی مکّه.

حدیث دوم

عَدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا (گروهی که از احمد بن خالد برقی حدیث می‌کنند حداقل یک ثقّه در بین آنها مهستی است). عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ خَالِدٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ بُكَيْرٍ (وی از آن فتحی‌هایی می باشد که تا مرگ عبدالله بر این باور به امامت او بود. بعد از مرگ عبدالله به امامت حضرت کاظم بر این باور شد). عَنْ زُرَّارَةَ (پس حدیث موثقه می باشد). عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: إِنَّ سَمْرَةَ بْنَ جُنْدَبٍ كَانَ لَهُ عَدَقٌ (درخت خرمائی که به پار نشسته می باشد). فِي حَائِطٍ لِرَجُلٍ مِنَ الْأَنْصَارِ وَ كَانَ مَنْزِلُ الْأَنْصَارِيِّ بِيَابِ الْبُسْتَانِ وَ كَانَ يَمُرُّ بِهِ إِلَى نَخْلَتِهِ وَ لَا يَسْتَأْذِنُ فَكَلَّمَهُ الْأَنْصَارِيُّ أَنْ يَسْتَأْذِنَ إِذَا جَاءَ فَأَبَى سَمْرَةَ فَلَمَّا تَأَبَّى جَاءَ الْأَنْصَارِيُّ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ فَشَكَا إِلَيْهِ... در این حدیث علی مؤمن یا علی یقینی مهستی نیست. در حدیث شیخ صدوق (ره) (حدیث اول)، اصل لا ضرر و زیان و لا ضرر هم مهستی نیست.

حدیث سوم

عَلِيُّ بْنُ مُحَمَّدٍ بْنِ بُنْدَارٍ (کلینی (ره) از علی بن محمد بن بندار حدیث می‌کند که نوه دختری احمد بن محمد بن خالد برقی می باشد. وی بزرگی می باشد که گاهی به اسم علی بن محمد ابی القاسم ماجیلویه می باشد ثقّه فاضل فقیه؛ تأدب علیه (نزد پدر بزرگ (احمد بن محمد) تربیت شده می باشد. این حجت، شیخ اجازه کلینی می باشد). عَنْ أَحْمَدَ بْنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (عن احمد بن ابی عبدالله یعنی عن احمد بن محمد بن خالد) عَنْ أَبِيهِ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِنَا (با این حجت، حدیث مرسل شد). عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مُسْكَانٍ. عَنْ زُرَّارَةَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: إِنَّ سَمْرَةَ بْنَ جُنْدَبٍ كَانَ لَهُ عَدَقٌ وَ كَانَ طَرِيقَهُ إِلَيْهِ فِي جَوْفِ مَنْزِلِ رَجُلٍ مِنَ الْأَنْصَارِ... اصل و برهان تحقیق در باب اصل لا ضرر و زیان این حدیث می باشد.

۵- بنای عقلا در مورد اصل ضرر و زیان

صرف نظر از دلایل لفظی در مورد اصل ضرر و زیان، به نظر می‌رسد بنای عقلا پشتوانه مامری برای این اصل محسوب می باشد. بی تردید بنای عقلا در این امر محقق می باشد که در زندگی اجتماعی و مدنی، زیان رساندن به دیگران اولاً امری ناپحجت می باشد و ثانیاً عامل زیان در برابر زیان دیده مسئول پرداخت زیان می باشد و از این رو این اصل در کلیه سیستم‌های حقوقی پذیرفته شده و در مورد چنین بنایی از ناحیه شرع مقدس، ردع و منعی واصل نشده که از این رهگذر، امضای حاکم دینی احراز می‌گردد. با توجه به این دلیل، اغلب مشکلات در مورد اصل لا ضرر و زیان از میان برداشته می‌شود. برای مثال، تحقیق این که آیا اصل لا ضرر و زیان می‌تواند وضع ضمان کند یا خیر، ناشی از تفسیر «لا» در جمله لا ضرر و زیان و لا ضرر می باشد، اما در تمسک به بنای خردمندان طبعاً پاسخ واضح می باشد.

مدرک اصل

طوائف زیادی از روایات، مدرک این اصل می‌باشند که مهم‌ترین آن‌ها قصه سمرة بن جندب می باشد. این جریان را شیعه و سنی، حدیث گرفته‌اند.

شیخ انصاری (ره) در پایان تحقیق برائت، آخوند خراسانی نیز در کفایه این تحقیق را آورده‌اند. سمرة بن جندب درختی در چهار دیواری یک فرد انصاری داشت. وی به بهانه آب دادن درخت خرمای خود مزاحم اهل و عیال آن فرد انصاری می‌شد. مرد انصاری نیز از او گله کرد و گفت موقع آمدن خبر بدهید. سمرة گوشش به این سخنان بدهکار نبود و می‌گفت درخت خودم می‌باشد و نیازی به اجازه نیست. مرد انصاری نزد پیامبر رفته و شکایت کرد؛ پیامبر خیلی تلاش کرد که با سمرة مصالحه کند اما او حتی به درختی در بهشت هم راضی نشد. پیامبر با دیدن این لجاجت سمرة، به مرد انصاری فرمود برو و درخت را از ریشه بکن و به سمت سمرة بیانداز. پیامبر (ص) فرمود سمرة فردی مضار می باشد و در دین امری که علت ضرر و زیان به مؤمنی باشد، نداریم.

روی الشیخ عن هارون بن حمزة الغنوی، عن ابی عبدالله (علیه السلام) فی رجل شهید بعیراً مریضاً و هو یباع فاشتره رجل بعشرة دراهم، و اشرك فيه رجلاً بدرهمین بالرأس والجلد، و قضی ان البعیر برئ، فبلغ ثمنه (ثمانیه خ ل) دانایر قال: فقال لصاحب الدرهمین خمس ما بلغ، فان قال: ارید الرأس والجلد فلیس له ذلك، هذا الضرار، و قد اعطی حقه اذا اعطی الخمس. (الوسائل، ج ۱۳، باب ۲۲، از ابواب بیع حیوان، ح ۱) ...تفاسیر گوناگونی درباره این اصل بیان شده که به طور عمده می‌توان به دو بخش تقسیم

کرد؛ گروهی مراد «لا» در این اصل را «ناهیه» در نظر می‌گیرند و گروهی «نافیه». اگر به معنای نهی گرفته شود، تنها بر نهی تکلیفی دلالت دارد و اگر معنای نافیه مورد نظر باشد، بر رد امر لازم دلالت می‌کند. حال آن امر ضرر و زیانی، تکلیفی باشد یا وضعی. از این رو، دو دیدگاه در این جا بیان می‌شود.

۱. نهی از ضرر و زیان: بعضی از فقیهان اولیه تشیع و اغلب فقیهان اهل تسنن، بر این باورند که مدلول حدیث اصل لاضرر و زیان و لاضرار بیان امر تکلیفی حرمت وارد ساختن زیان ابتدائاً، یعنی نباید شخصی به فرد و یا شخص دیگری ضرر و زیان بزند و نیز حرمت مجازی دفع ضرر و زیان به وسیله ضرر و زیان می‌باشد. این قصد که مثلاً شخصی جایز نیست دیوار خانه فرد و یا شخص دیگری را خراب کند و اگر چنین کاری کرد، صاحب دیوار نباید برای در برابر دیوار خانه او را خراب کند. از بین فقیهان تشیع شیخ فتح‌الله شریعت اصفهانی در رساله‌ای که در باب اصل لاضرر و زیان نوشته می‌باشد به نحو مبسوط این دیدگاه را بیان و در توجیه آن دلایلی ذکر نموده می‌باشد که مهم‌ترین آن‌ها بیان شواهدی می‌باشد از کتاب و سنت در مورد کاربرد لای رد جنس در معنای نهی، از جمله: لارفت و لافسوق و لاجدال فی الحج و فان لک فی الحیات ان تقول لامساس یا لا ضروره فی الاسلام، لا طاعه لمخلوق فی معصیه الخالق، لا هجر بین المسلمین فوق ثلاثه ایام و یا غش بین المسلمین... کسانی که با این دیدگاه مخالفت گرفته اند دلیل خود را چنین بیان گرفته اند که می‌باشد عمل رد به جای نهی، یعنی به کار بردن لفظ در معنای مجازی، خلاف ظاهر می‌باشد و عدول از معنای ظاهری کلام در حالی جایز می‌باشد که حمل آن بر آن معنا ممکن نباشد، در حالی که می‌باشد عمل متن «اصل لاضرر و زیان» در معنای ظاهری آن یعنی رد ضرر و زیان ممکن می‌باشد.

۲. رد ضرر و زیان غیر متدارک: بعضی بر این باورند که «اصل لاضرر و زیان» بر رد ضرر و زیان دلالت می‌کند، با تقیید ضرر و زیان به ضرر و زیان غیر متدارک. یعنی ضرر و زیانی که تلافی نشده باشد، در اسلام تجویز نشده می‌باشد. ملاً احمد نراقی بر این باور می‌باشد از آنجا که ضرر و زیان هر گاه تلافی شود دیگر ضرر و زیان نیست امر به تلافی ضرر و زیان از طرف حاکم دینی، به منزله آن می‌باشد که ضرر و زیان مهستی نیست. بر این دیدگاه انتقاداتی وارد شده می‌باشد، از جمله «ضرر و زیان در حالی می‌تواند معدوم فرض شود که در واقع و در عالم خارج تلافی شده باشد». روشن می‌باشد که به مجرد امر حاکم دینی به تلافی ضرر و زیان، ضرر و زیانی که در عالم خارج واقع شده می‌باشد، تلافی نمی‌شود. علاوه بر آن، حاکم دینی امر به تلافی همه ضرر و زیانها نکرده می‌باشد. حاکم دینی به تلافی ضرر و زیانی که شخص بر خود وارد می‌سازد، یا زیانی که بر اثر فروش کمتر از ارزش کالا توسط تاجری به سایر تجار وارد می‌گردد، امر نکرده می‌باشد.

۳. رد امر ضرر و زیانی: بعضی بر این باورند مقصود از حدیث «اصل لاضرر و زیان»، و به تبع آن اصل لاضرر و زیان، آن می‌باشد که حقیقت ضرر و زیان در عالم تشریح رد شده می‌باشد. به این قصد که از طرف حاکم دینی امری که علت ضرر و زیان مکلفان گردد، جعل نشده می‌باشد. برای نمونه طوفی حنبلی در تفسیر حدیث «اصل لاضرر و زیان و لاضرار» آورده می‌باشد که هنگام تعارض مصلحت با امر منصوص لازم می‌باشد مصلحت، بر سبیل تخصیص یا تبیین مقدم داشته شود» به بیان دیگر، پس از هر امری این جمله افزوده شود که مگر در امری که مصلحت خلاف آن را لازم نماید، یعنی از امر، ضرر و زیانی حاصل شود. به این ترتیب به عقیده طرفداران این دیدگاه دلیل ضرر و زیان مثل عسرو حرج، از امر و احکام ثانویه می‌باشد. امر شرع به لزوم بیع غبنی ضرر و زیان بر معنوی می‌باشد و یا وجوب وضو در حالی که آب برای وضو گیرنده مضر می‌باشد و یا تهیه آن مستلزم پرداخت بهای سنگین می‌باشد، ضرر و زیان بر مکلف می‌باشد. از این رو به علت حدیث اصل لاضرر و زیان این امر و احکام برداشته شده‌اند.

اخیراً تعدادی از فقیهان مثل شیخ احمد نراقی و شیخ مرتضی انصاری از این نظریه حمایت گرفته اند و پس از ایشان توسط بسیاری از فقیهان دیگر پجحتیده شده می‌باشد. شیخ مرتضی انصاری بر این باور می‌باشد این دیدگاه، قصد اول، یعنی حرمت اضرار به غیر را نیز در بر دارد، زیرا مباح بودن اضرار به غیر، امر ضرر و زیانی می‌باشد که در شرع رد شده می‌باشد.

۴. رد امر به لسان رد موضوع: معنای فرد و یا شخص دیگری از آخوند خراسانی صاحب کفایه، برای اصل لاضرر و زیان توصیه شده می‌باشد: مقصود از «اصل لاضرر و زیان» رد امر به لسان رد موضوع باشد، به این قصد که مقصود از اصل لاضرر و زیان، رد حقیقت ضرر و زیان می‌باشد، و لیکن رد حقیقت ممکن می‌باشد حقیقتاً باشد یا ادعائاً مقصود از رد حقیقی به طور ادعائی رد آثار می‌باشد، مثل آنکه گفته شود: لاصلوه لجار المسجد الا فی المسجد و یا لیس بین الوالد و ولده ربا که مقصود از آنها رد آثار صلاه و ربا می‌باشد. به این ترتیب حاکم دینی با رد ضرر و زیان، در واقع امر و احکام موضوعاتی را که ضرر و زیان در آنها راه پیدای کند، رد کرده می‌باشد. به بیان دیگر، امر و احکام خود را از موضوعات ضرر و زیانی برداشته می‌باشد.

۶- نتیجه‌گیری

در فقه و حقوق اسلام اصل لاضرر و زیان بر حمایت از حق زیان دیده تاکید داشته و ابتدای رد ضرر و زیان در فقه دین اسلام قرار گرفته می‌باشد و این اصل بیش از اینکه به مجازات عمل ضرر و زیان و یا تقصیر و بی تقصیری او ببیندیشد به لزوم تلافی زیان می‌پردازد. تلافی زیان شخص زیان دیده و برقراری عدالت اجتماعی از مهم‌ترین اهداف پذیرش اصل قابلیت تلافی کلیه خسارات و انتساب زیان وارده به شخص عامل زیان و رد ضرر و زیان در اجتماع مهم‌ترین منای نظری پذیرش این اصل در حقوق مسئولیت مدنی می‌باشد.

در خصوص تبیین مطلوبیت اصل قابلیت تلافی زیان کلیه خسارات از لحاظ اجتماعی و اقتصادی باید گفت که این اصل حقوقی نیز همثل سایر اصول حقوقی، هم دارای نقاط ضعف و دارای نقاط مثبت می‌باشد. هر چند که پذیرش این اصل اثرات و پیامدهای مرد اجتماعی، اقتصادی و حقوقی، همچون گسترش لجام گسیخته دعاوی مسئولیت مدنی و افزایش دامنه تلافی زیان، گرانی حق بیمه‌های دریافتی و به تبع آن ایجاد فضای آشفته در سطح جامعه، جلوگیری از آزادی عمل و ابتکار و نوآوری و مشکلات حقوقی ناشی از استناد به عرف را در پی خواهد داشت. و لیکن اعمال اصل قابلیت تلافی زیان در راستای اهداف مسئولیت مدنی که همان تلافی زیان و بازدارندگی می باشد، می‌باشد چون پذیرش این اصل در رتبه اول بردامنه زیان قابل تلافی می‌افزاید و حمایت هر چه بیشتر از زیان دیدگان را علت می‌شود و در رتبه بعدی بازدارندگی بیش‌تر در سطح جامعه را فراهم می‌آورد.

امام خمینی، با این که مفهوم لاضرر را نهی حکومتی می‌داند، به حکومت لاضرر بر اصل تسلیط حکم کرده است. به نظر وی، واجب نبودن وضویی که ضرر داشته باشد، و یا لزوم در معامله غبنی و همانند آن، هیچ پیوستگی و پیوندی با لاضرر ندارد و احکامی از این دست که فقها در سرتاسر فقه برای ثابت کردن آنها، به لاضرر، استدلال جسته اند از مفهوم این حدیث، به دورند. گروهی برآنند: بربنیاد این مبنا بسیاری از فروع فقهی، همانند خیار غبن و... دلیل فقهی خود را از دست می‌دهند، امام به این شبهه پاسخ می‌دهد هر جا، در بابهای گوناگون فقه، به اصل لاضرر استناد شده، مدرک آنها، تنها لاضرر نیست از باب نمونه: خیار غبن، امری عرفی و عقلایی است. کسی که در معامله ای زیان ببیند، از نگاه عقلا می‌تواند آن معامله را به هم بزند و برای ثابت کردن آن نیازی به اصل لاضرر نیست.

منابع

۱. قرآن کریم
۲. احمدی، عبدالله (۱۳۸۲). جرم قاچاق، انتشارات میزان، تهران.
۳. انصاری، شیخ مرتضی (بی‌تا)، فرائد الاصول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۴. آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین (۱۳۲۱). کفایه الاصول، جلد دوم، انتشارات موسسه آل‌البیت (علیهم السلام)، قم.
۵. آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین (۱۳۸۹). کفایه الاصول، ج ۱، ص ۳۸۱.
۶. انصاری، مرتضی (۱۲۱۴). رسائل، تحقیقات و نشر معارف اهل‌البیت (ع) کتاب خطی
۷. انصاری، مرتضی بن محمدامین، فرائد الاصول، ج ۲، ص ۴۶۰.
۸. بهرامی احمدی، حمید (۱۳۷۰). سو استفاده از حق، انتشارات اطلاعات، چاپ دوم، تهران
۹. بجنوردی، محمد حسن (۱۳۷۷). القواعد الفقهیه، تحقیق: مهدی المهریزی - محمد حسین الدرایتی، قم: نشر الهادی.
۱۰. جعفری تبار، حسن (۱۳۸۹) مسئولیت مدنی کالا، چاپ اول تهران، موسسه انتشار گستر
۱۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۴). دائره المعارف اسلامی قضایی (منطق حقوقی)، ج ۳
۱۲. خوبی، ابو القاسم، مصباح الاصول، ج ۲، ص ۵۱۸.
۱۳. روحانی، محمد، منتقى الاصول، ج ۵، ص ۳۸۳.
۱۴. شریعت‌اصفهانی، فتح‌الله بن محمدجواد (...). اصل لاضرر و زیان، جماعه المدرسین فی الحوزة العلمیه بقم، مؤسسه النشر الدین اسلام.
۱۵. صاحبی، مهدی (۱۳۷۶). تفسیر قرار دادها در حقوق خصوصی، انتشارات ققنوس
۱۶. عاملی، شیخ حر (۱۴۱۱) وسایل الشیعه، نشر آل‌البیت، قم.
۱۷. عمید، حسن (۱۳۶۵) فرهنگ عمید، جلد ۳، تهران، انتشارات امیر کبیر.
۱۸. فرهنگ دلیر، مهدی (۱۳۹۲). امر و احکام قاچاق و تبیین امر و احکام فقهی-حقوقی خرید و فروش کالای قاچاق، انتشارات قلم جوان، قم.
۱۹. قطبی، میلاد (۱۳۹۵). تبیین ظرفیت‌های فقه در مبارزه با قاچاق کالا و ارز، معاونت فرهنگی و تحقیق ستاد مبارزه با قاچاق کالا و ارز، جلسه علمی تخصصی فقه و قاچاق کالا و ارز.
۲۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳). فلسفه حقوق، جدل اول، تهران، چاپ هفتم، شرکت سهامی انتشار
۲۱. گرایلی، محمد باقر (۱۳۹۱). تبیین مبانی فقهی-حقوقی، حقوقی قاچاق کالا و ارز (مجموعه مقالات)، اداره کل تبلیغات دین اسلام خراسان رضوی، مشهد.
۲۲. محسنی، حسن (۱۳۸۹). پیامدهای اقتصادی، اجتماعی، سیاسی و فرهنگی پدیده قاچاق، مجموعه مقالات اولین جشنواره فراخوان مقالات اقتصاد سالم، ستاد مرکزی مبارزه با قاچاق کالا و ارز.
۲۳. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۷۰). قواعد فقه، بخش مدنی (۱)، نشر اندیشه های نو در علوم اسلامی، چاپ سوم، تهران، تابستان
۲۴. محقق داماد، سید مصطفی (۱۴۰۶). اصل های فقه، جلد ۴، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران.
۲۵. محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۸۹). فقه پزشکی. انتشارات حقوقی. چاپ اول.

۲۶. محمودی جانکی، فیروز، مبانی، اصول و شیوه‌های جرم‌انگاری، رساله دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، ۱۳۸۲.
۲۷. محمدی ابوالحسن (۱۳۸۹). اصل‌های فقه، چاپ یازدهم، انتشارات میزان.
۲۸. مشکینی، علی، اصطلاحات الاصول، ص ۲۰۳.
۲۹. معین، محمد (۱۳۶۴). فرهنگ فارسی، ج ۲، تهران، انتشارات امیر کبیر.
۳۰. مقامی‌نیا، داریوش (۱۳۹۷). مبانی فقهی-حقوقی مسئولیت مدنی با نگاهی به اصل لاضرر و زیان فصدنامه قانون یار شماره ۸ زمستان ۹۷ ص ۴۰۵.
۳۱. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۲). الاصل‌های الفقهی-حقوقیه، جلد اول، ناشر مدرسه الامام علی ابن ابی طالب قم.
۳۲. موسوی خمینی، سیدروح الله (۱۴۲۴). توضیح المسائل (محشی)، جلد ۲، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم.
۳۳. خمینی، سید روح‌الله (۱۳۸۵)، الرسائل، تحقیق مجتبی طهرانی، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۳۴. ناصر مکارم شیرازی (۱۳۸۲ ق) الاصل‌های الفقهی-حقوقیه، جلد اول.
۳۵. نائینی، محمد حسین (۱۳۷۸). فوائد الاصول، دفتر انتشارات دین اسلام وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم.
۳۶. نائینی، محمد حسین، فوائد الاصول (۱۳۶۵ق). ج ۳، ص ۲۶۱-۲۶۴.
۳۷. نجفی، شیخ محمد حسن. (۱۴۰۴ ه.ق). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام. دار احیاء التراث العربی. الطبعة السابعة.
۳۸. نراقی، محمد بن احمد، عوائد الایام (۱۲۵۳). ص ۱۷-۱۸.
۳۹. نراقی، ملا احمد (۱۳۷۵). عوائد الایام، بیروت: نشر مکتب الاعلام الدین اسلام.
۴۰. نراقی، ملا احمد (۱۲۹۴). مشارق الامر و احکام، بیروت، دارالخلافة الباهره.
۴۱. نگهداری، فاطمه ف مشایخ گندس کلایی، نصیر (۱۳۹۹). تبیین اصل تلافی زیان از دیدگاه قرآن، فقه تشیع و حقوق ایران، فصلنامه مطالعات قرآنی سال یازدهم شماره ۴۳.
۴۲. نجومیان، حسین (۱۳۷۶). مبانی حقوق در ایران. موسسه و چاپ و انتشارات آستان قدس رضوی، چاپ دوم
۴۳. یعقوبی، داریوش (۱۳۹۳). تبیین عوامل مؤثر بر قاچاق کالا، معاونت فرهنگی و تحقیق ستاد مرکزی مبارزه با قاچاق کالا و ارز، تهران.
۴۴. قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲.
۴۵. قانون مجازات اخلاگران در سیستم اقتصادی کشور مصوب ۱۳۶۹.