

نظریه جبران مالی خسارت معنوی در حقوق اسلامی*

دکتر سید ابوالقاسم نقیبی

استادیار گروه فقه و حقوق خصوصی مدرسه عالی شهید مطهری

Email: info_Motahari@yahoo.com

چکیده

این پژوهش، فرضیه «جبران مالی خسارت معنوی» را در حقوق اسلامی بررسی نموده است. پژوهشگر، پس از تعریف خسارت معنوی به خسارت وارد به روح، جسم، اعتبار، احساسات، عواطف، اندیشه، هنر و آزادیهای شخصی، در اثبات فرضیه از مفاهیم انسان‌شناسی و نظام اخلاقی و قواعد فقهی به روش کتابخانه‌ای و روش اجتهادی بهره جسته است. وی با تتبع گسترده در قاعده لاضرر و با عنایت به مقتضیات صدوری آن و انطباق عنوان ضرر و ضرار بر خسارت معنوی، و امکان اثبات حکم، و با توجه به روح و ملاک مندرج در قاعده مزبور و همچنین فلسفه تأسیس آن، جبران خسارت معنوی را به روشهای شناخته شده ضروری دانسته است که یکی از این روشها، روش جبران مالی است. قاعده نفی عسر و حرج با توجه به انطباق عنوان عسر و حرج بر بسیاری از مصادیق خسارت معنوی و صلاحیت اثبات حکم شرعی به مانند قاعده لاضرر بر جبران مالی خسارت معنوی دلالت دارد.

کلید واژه‌ها: خسارت، خسارت معنوی، جبران خسارت، قاعده لاضرر، قاعده لاحرج، بنای عقلاء، حکم عقل.

مقدمه

تعادل روحی، سلامتی جسم، اعتبار، احساسات، عواطف، هنر، دانش و آزادی از جمله سرمایه‌های معنوی انسان بشمار می‌آیند که از جایگاه برجسته‌ای برخوردارند. تجاوز به هر یک از سرمایه‌های مذکور، شکل‌دهنده خسارت معنوی است. بنابراین، خسارت معنوی زبانی است که به آزادی، حیثیت، اعتبار، احساسات و عواطف خانوادگی، مذهبی و ملی افراد یا آفریده فکری، هنری، علمی، و صنعتی آنان وارد می‌شود، و یا درد و رنجی است که در نتیجه از دست دادن سلامتی جسمی پدید می‌آید، یا ناراحتی روانی است که در زیان‌دیده به جهت کربه‌شدن چهره او در اثر حادثه‌ای، یا به جهت از دست دادن عزیزی یا ملاحظه درد و رنج او پدید می‌آید.

چنان‌که لزوم جبران خسارت مالی از اصول مسلم حقوقی است، نمی‌توان از جبران خسارت معنوی چشم‌پوشی نمود. روشهای اخلاقی جبران خسارت معنوی همواره مورد توجه بوده است، ولی حقوق‌دانان نظامهای حقوقی معاصر در جبران خسارت معنوی به وسیله مال اتفاق نظر ندارند. برخی آن‌را به استناد ادله‌ای چون عدم امکان ارزیابی میزان خسارت معنوی، عدم امکان معادل‌سازی آن به پول، عدم امکان بازگشت به حالت سابق با دادن مال، عدم امکان از بین بردن اثر عمل زیان‌بار، عدم سنخیت بین ضرر و معادل مالی آن، جبران مالی خسارت معنوی را غیر ممکن دانسته‌اند؛ و در مقابل، عده‌ای معتقدند که اگر چه نمی‌توان وضعیت زیان‌دیده را کاملاً به حالت سابق اعاده نمود، ولی می‌توان با پرداخت معادل زیان معنوی در اختیار زیان‌دیده برای او امکان تسکین آلام روحی را فراهم نمود تا لطمه‌های وارده را تا حدودی ترمیم نماید.

حقوق‌دانان اسلامی نیز در زمینه جبران مالی خسارت معنوی اتفاق نظر ندارند؛ برخی چون فقهای شورای نگهبان، جبران مالی خسارت معنوی ناشی از مطبوعات را غیرشرعی دانسته‌اند، و بعضی دیگر آن‌را مورد پذیرش قرار داده‌اند. در این نوشتار

به اختصار فرضیه امکان جبران مالی خسارت معنوی در حقوق اسلامی مورد بررسی قرار گرفته است.

گفتار اول: جبران خسارت معنوی در تعالیم انسان‌شناسی، اخلاقی و فقهی و قاعده لاضرر

۱-۱. انسان‌شناسی اسلامی و ضرورت پاسداری از کرامت و حرمت بشر

در جهان‌بینی اسلامی، انسان موجودی است که پروردگار عالم روح خویش را در او دمیده (نک: ص/۷۲) و قابلیت‌ها و استعداد‌های فراوانی در او پدید آورده که به او صلاحیت جانشینی بخشیده و بدین جهت، او را جانشین خویش در روی زمین قرار داده (نک: بقره/۳۰) و به او کرامت اعطا نموده است (نک: اسری/۷). خداوند در تعالیم دین خویش آدمیان را، به شناسایی منزلتشان سفارش فرموده است (نک: مائده/۱۰۵)، بنابراین، آدمی باید به پاسداری از منزلت خویش اهتمام ورزد. شناسایی منزلت دیگری نیز از مفاد مهم آموزه‌های دینی است، چون ملاک شناسایی منزلت و حرمت خویش و دیگری، در حقیقت، شناسایی ارزش همان گوهر عالی الهی است که در آدمیان به ودیعه نهاده شده است، لذا به همان ملاکی که شناسایی و تأکید بر منزلت و حرمت خویشتن از اهمیت برخوردار است شناسایی و تأکید بر حرمت دیگری نیز باید مورد تأکید باشد، بلکه به طریق اولی باید مورد عنایت قرار گیرد؛ به تعبیر دیگر، انسان از آن جهت که انسان است و کامل‌ترین نوع مخلوق پروردگار است باید از حرمت این نوع پاسداری شود. در اندیشه دینی هتک حرمت این نوع از موجود به وسیله خود او یا دیگری به منزله هتک حرمت الهی تلقی می‌شود. بلکه حرمت او بالاتر از مهم‌ترین حرمت‌های الهی یعنی بیت‌الله الحرام دانسته شده است (ابن ابی الحدید، ۷۸/۱۸). نتیجه اینکه شناسایی حرمت و کرامت آدمی ایجاب می‌نماید که حقوق و منافع معنوی نشأت گرفته از آن نیز مورد حمایت قرار گیرد.

۲ - ۱. برخی موارد ایراد خسارت معنوی و مسئولیتهای ناشی از آن در آموزه‌های اخلاقی اسلام

چنان‌که در مبحث پیشین گذشت، آموزه‌های اخلاقی اسلام یکی از مهم‌ترین منابع کشف مبانی قواعد حقوقی آن است. مفاهیمی چون غیبت، تهمت، استهزاء از مفاهیمی هستند که روشن‌کننده توجه به پاسداری از حرمت آدمی و مقابله با متجاوز به سرمایه و حقوق معنوی انسان در دین اسلام می‌باشند. در نظام اخلاقی اسلام، چنانچه کسی با انگیزه عیب‌جوئی، پشت سر دیگری با ذکر نام یا اشاره یا کنایه بدگوئی کند، به نحوی که جنبه کشف سر داشته و آن فرد دارای آن ویژگی نیز باشد، وی مرتکب غیبت شده است. غیبت یکی از شایع‌ترین روش ایراد خسارت معنوی به دیگران از منظر اخلاق اسلامی است. قرآن کریم در چند مورد شدیداً غیبت را مورد نکوهش قرار داده و از آن نهی نموده است. چنان‌که فرموده است: «وای بر عیب‌جویان هرزه گوی» (همزه/۱) و یا فرموده است: «هیچ یک از شما از دیگری غیبت نکند، آیا کسی از شما دوست دارد که گوشت مردار برادر خود را بخورد همه شما از این کار کراهت دارید» (حجرات/۱۲). تعبیر به خوردن گوشت مردار برادر دینی در حقیقت تنظیر شخصیت فرد به جسم بی‌جان، و تنظیر لطمه به شخصیت به بدترین و فجیع‌ترین نوع لطمه به جسم است. اصولاً «خداوند دوست ندارد کسی با سخنان خویش بدیها را اظهار کند مگر اینکه مورد ستم واقع شده باشد» (نساء/۱۴۸). بدین‌جهت در گفتار معصومین علیهم السلام آمده است: «دشنام دادن به مؤمن گناه (کلینی، ۲۳۵/۹، باب السباب، ح ۲؛ حر عاملی، ۶۱۰/۸، ح ۳) و معامله کردن با آبروی مسلمان بالاترین ربا است (کاشانی، ۲۵۳/۵؛ منذری، ۵۰۳/۳؛ غزالی، مکاشفة القلوب، ۱۵۶؛ مجلسی، ۲۲۰/۷۲) و غیبت بدتر از زنا می‌باشد» (شهید ثانی، کشف الریبه فی احکام القیبه، ۶؛ امام خمینی، مکاسب محرمة، ۴۰؛ منذری، ۵۱۱/۲، ح ۲۴؛ غزالی، احیاء علوم الدین، ۱۴/۳؛ فیض کاشانی، ۲۵۱/۵). در متون اخلاقی، آثار لطمه به شخصیت مؤمن به حدی

است که نماز و روزهٔ غیبت کننده تا چهل روز مقبول نمی‌افتد مگر اینکه غیبت شونده او را مورد عفو قرار دهد (حاکم نیشابوری، ۱۰۶/۲؛ مجلسی، ۲۵۸/۵؛ ابن بابویه، جامع-الآخبار، ۱۷۱)، و همین غیبت (در صورت عدم جلب رضایت غیبت شونده) موجب محرومیت ابدی او از بهشت می‌شود (حرعاملی، ۶۰۲/۸؛ برقی، ۶۳؛ ابن بابویه، ثواب-الاعمال و عقاب الاعمال، ۵۹۶؛ طبرسی، ۱۷۴). شاید محرومیت ابدی بدین جهت است که غیبت، همهٔ حسنات او را نابود می‌سازد (فیض کاشانی، ۲۵۵/۵؛ شهید ثانی، کشف‌الزبیه...، ۹؛ جزایری، ۲۵۹؛ نراقی، محمد مهدی، ۳۰۵) و او را از ولایت الهی خارج می‌کند (حرعاملی، ۶۰۲/۸؛ شهید ثانی، کشف‌الزبیه...، ۱۱) و ایمان او را بدون شاخ و برگ می‌گرداند (منذری، ۵۱۴/۳) و دین او را از بین می‌برد (نراقی، محمد مهدی، ۳۰۴/۲). به همین جهت، از سوی پیشوایان دینی گامهای نخستین در ایراد خسارت معنوی با غیبت و فاش ساختن اسرار دیگری، گام به سوی جهنم دانسته شده است (حرعاملی، ۶۰۲/۸؛ ابن بابویه، ثواب‌الاعمال و عقاب‌الاعمال، ۴۷؛ فیض کاشانی، ۴۵۲/۵). درست بدین جهت است که غیبت‌کننده در قیامت به عذاب سختی گرفتار خواهد شد (مجلسی، ۲۴۳/۷۵؛ شهید ثانی، کشف‌الزبیه...، ۱۱۰؛ غزالی، احياء علوم الدین، ۱۵۳/۳؛ ابن حنبل، ۵۰۶/۲). برخی آن را به همین علت از گناهان کبیره به‌شمار آورده‌اند. از منظر اخلاق اسلامی، غیبت‌کننده علاوه بر طلب مغفرت از پروردگار و توبه نسبت به عدم ارتکاب مجدد آن، باید برای رهایی خویش از آثار آن، رضایت غیبت شونده را که زیان معنوی دیده است جلب نماید؛ یعنی تمام همت خویش را در خشنودسازی او به کار گیرد.

در نظام اخلاقی دین یکی از طرق ایراد خسارت معنوی بهتان است. بهتان به معنای نسبت دادن امری به دیگری به دروغ می‌باشد. در قرآن کریم از بهتان به گناه آشکار تعبیر شده است، آنجا که فرموده است: «آنها که مردان و زنان با ایمان را بدون تقصیر و گناه آزار می‌دهند متحمل بهتان و گناه آشکاری شده‌اند» (احزاب/۵۸). و در

آیه‌ای دیگر می‌فرماید: «کسانی که به افراد پاک‌دامن تهمت می‌زنند ایمان ندارند» (نساء/۱۱۲)؛ یعنی با بهتان ایمان آنان به مانند ذوب شدن نمک در آب ذوب می‌گردد و از بین می‌رود (کلینی، ۳۱/۲؛ مجلسی، ۱۹۷/۷۲). در مقابل چنین عملی در روز قیامت خداوند بهتان زنده را بر تلی از آتش قرار می‌دهد تا از عهده آنچه گفته است بیرون آید (مجلسی، ۲۹۴/۷۲؛ ابن بابویه، *عیون اخبار الرضا*، ۳۲/۲؛ قمی، ۱۱۱/۱). بنابراین، بهتان مانند بسیاری از گناهان دیگر موجب مسئولیت اخلاقی و اخروی است. لازم به یادآوری است که اثبات مسئولیت اخلاقی و اخروی به معنای نفی مسئولیت مدنی یا کیفری نمی‌باشد، چنان‌که برای قذف کننده (بهتان زنده به افراد پاک‌دامن) کیفر قذف نیز پیش‌بینی شده است (نک: توبه/۵۹).

سخریه و استهزاء نیز مانند غیبت و تهمت یکی از روش‌های ایراد خسارت معنوی است که در متون اخلاقی دین مورد سرزنش و نهی قرار گرفته است. خداوند در قرآن کریم فرموده است: «از یکدیگر عیب جویی نکنید و با القاب زشت و ناپسند یکدیگر را یاد نکنید» (حجرات/۱۱). براساس سنت الهی مسخره کننده خود دچار چنین زیانی خواهد شد و عذابی دردناک برای او پیش‌بینی شده است.

از مجموع مباحث پیشین نتیجه می‌گیریم که هرگونه ایراد خسارت معنوی به انسان از منظر تعالیم اخلاقی دین مذموم است؛ از آنجائی‌که حرمت انسان مؤمن بیش از حرمت کعبه تلقی شده (ابن ابی الحدید، ۲۷۸/۱۸) تحقیر و اهانت به مخلوق درحقیقت تحقیر خالق اوست، لذا خوار ساختن او به منزله جنگ با پروردگار به شمار آمده است. (ابن بابویه، *ثواب الاعمال و عقاب الاعمال*، ۲۱۸؛ برقی، ۹۷/۱). بنابراین، لزوم رعایت حرمت اشخاص مهم‌ترین آموزه اخلاقی دین در زمینه اجتماعی است که از آن قاعده مهم حقوقی «لزوم رعایت حرمت و حقوق معنوی انسانها» انتزاع می‌گردد.

۳-۱. مفاهیم اخلاقی و تأثیر آن در شکل‌گیری قواعد فقهی و احکام فرعی شرعی

فقها ارتکاب به غیبت و حتی استماع آنرا حرام دانسته (نجفی، ۷۱/۲۲؛

انصاری، مکاسب، ۴۶؛ خمینی، مکاسب محرمه، ۱/ ۲۹۲؛ عاملی غروی، ۴/ ۶۷) و رد آنرا واجب شمرده‌اند. یا تلف مال دیگری را از آن جهت که اخلاق آنرا مذموم شمرده است موجب ضمان دانسته‌اند. در منابع حدیثی نیز اهل حدیث در دسته بندی روایات، بابتی را تحت عنوان «حرمة اهانة المحترمات فی الدین» گشوده‌اند که یکی از موارد آن حرمت اهانت مؤمن است. برخی از نویسندگان قواعد فقه نیز آن را به صورت یک قاعده کلی فقهی استخراج و بیان داشته‌اند (بجنوردی، ۵/ ۲۵۷-۲۴۹). موضوعاتی وجود دارند که با توجه به عارض شدن ویژگی لطمه به حیثیت و هتک حرمت، احکام آن تغییر می‌یابد؛ به عنوان نمونه، متعه موضوعی است که حکم آن حلیت و جواز است؛ چنان‌که در روایتی امام هفتم (ع) می‌فرماید: «هی حلال مباح مطلق لمن لم یغنه الله بالتزویج» (حرعاملی، ۱۴، ۴۴۹). متعه حلال و مباح آزاد است برای کسی که خدا او را به واسطه ازدواج بی‌نیاز نموده است. و در روایت دیگر، امام صادق (ع) می‌فرماید: «لما تتمتع بالمؤمنة فتذها». مرحوم شیخ حر عاملی در تبیین این روایت می‌گوید: «ممکن است منظور از این روایت این باشد که اگر زن از اهل بیت شرف است و این عمل موجب ننگ خانواده‌اش می‌شود و موجب خواری و ذلت می‌گردد این فعل مکروه است» (حرعاملی، ۱۴، ۴۵۳). متعه دختران نظر به اینکه موجب ایراد خسارت معنوی آنان می‌شود در متون روایی ناپسند شمرده شده است. چنان‌که امام صادق (ع) می‌فرماید: «یکره للعیب علی اهلها» (حرعاملی، ۱۴، ۴۵۹)؛ این عمل کراهت دارد زیرا برای خانواده دختر، عیب محسوب می‌شود. و در روایتی دیگر، از امام معصوم (ع) نقل شده است: «ازدواج متعه برای دختر باکره نیست» (همان، ح ۱۹) و همچنین در روایتی دیگر آمده است: «شخصی از امام صادق (ع) سؤال می‌کند که کنیز باکره‌ای است که پنهانی مرا به سوی خویش می‌خواند، آیا من دعوت او را پاسخ گویم؟ امام (ع) می‌فرماید: باید از موضع فرج پرهیز نمایی، اگر چه او راضی باشد، چون این نوع ارتباط برای باکره عار و ننگ است» (همان، ح ۷). از مجموع این روایات استفاده می‌شود که متعه دختران باکره،

نظر به اینکه موجب از دست رفتن آبرو و حیثیت فرد و خانواده می‌شود ناپسند شمرده شده است، لذا حکم کراهت از آن استظهار می‌گردد.

چنان‌که تأثیرگذاری مفاهیم اخلاقی در احکام و قواعد شرعی، اختصاص به معاملات ندارد، بلکه احکام عبادی نیز از مفاهیم اخلاقی متأثرند، بدین جهت فقها فتوا داده‌اند سفری که اسباب اذیت پدر و مادر باشد حرام است و باید در آن سفر نماز را تمام بخواند و روزه هم بگیرد (خمينی [امام]، رساله توضیح المسائل، ۱۷۷/ مسأله ۱۲۹۵). همچنین، کسی نمی‌تواند بدون اذن امام جماعت دایمی مسجدی در آنجا اقامه جماعت نماید چون به آبرو و اعتبار امام جماعت اصلی لطمه وارد می‌شود (شهید ثانی، الروضة البهیة، ۲۰/۱).

بایسته است پیوند وثیق و عمیق اخلاق دین با احکام آن از نظر فلسفه دین یا فلسفه حقوق اسلامی به وسیله اهل تحقیق با تتبع بیشتر و استقرای کامل کشف و بیان گردد، تا حقوق دانان بتوانند بسیاری از قواعد کلی را از این طریق استخراج نمایند و مورد بهره برداری حقوقی قرار دهند. بعد از مباحث مربوط به شناسایی و حمایت حقوق معنوی در جهان‌بینی و نظام اخلاقی دین، بایسته است برای اثبات تحقق مسئولیت ناشی از ایراد خسارت معنوی، دلیلهایی که صلاحیت استناد دارند مورد بررسی قرار گیرند. اگر چه بر اساس قواعد کلی مسئولیت مدنی، پذیرش نظریه لزوم جبران خسارت معنوی اجتناب‌ناپذیر است؛ مگر اینکه مخالفان این نظریه بتوانند با ارایه دلیلهای محکم و قطعی اثبات نمایند که خسارتهای معنوی از این قواعد کلی استثناء شده‌اند (اسماعیلی، ۳۶).

گفتار دوم: مستندات و مدارک قاعده لاضرر و جبران خسارت معنوی

۱- ۲. مستندات قاعده لاضرر و لاضرار

مستندات و مؤیدات قاعده «لاضرر و لاضرار» آیات و روایات فراوانی

است (مراجعه شود به بقره/۲۳۴، طلاق/۷، نساء/۱۲، بقره/۲۸۴، بقره/۲۳۱؛ حرعاملی، ۳۱۹/۱۷؛ کلینی، ۲۸۰/۵؛ نوری، ۱۱۸/۱۷). زمینه‌های صدور برخی از روایات تنها ضرر مادی است، مانند روایت عقبه بن خالد از امام صادق (ع) که آن حضرت فرمود: «پیامبر بین شرکا در زمینها و خانه، حکم به شفعه کرد و فرمود «لاضرر و لا ضرر فی الاسلام». و فرمود: «زمانی که قسمت انجام گرفت و حدود مشخص شد دیگر حق شفعه نیست» (کلینی، ۲۸۰/۵). موضوع و مورد این روایت حق شفعه است که یک حق مالی است، اما شأن صدور برخی از روایات، امور مادی و معنوی است، مانند روایت حسن بن زیاد از امام صادق (ع) که آن حضرت فرمود: «شایسته نیست مرد زن خویش را طلاق دهد؛ این همان ضرر است که خداوند از آن نهی فرمود، مگر آنکه پس از طلاق وقتی رجوع می‌کند به قصد نگه داشتن او باشد» (حرعاملی، ۴۰۲/۱۵). در این روایت، رجوع برای طلاق مجدد چون بدون میل و رغبت می‌باشد موجب تحمیل فشار روحی، روانی و تنگی بر زوجه است و این از مصادیق خسارت معنوی به شمار می‌آید و ممکن است رجوع به جهت واداشتن او به یخشیدن مهریه باشد که در این صورت، خسارت مادی خواهد بود و ممکن است رجوع برای هر دو با هم باشد که در این صورت رجوع بدون رغبت می‌تواند موجب خسارت مادی و معنوی باشد. همچنین آیه شریفه «لاتضار والدة بولدها و لامولود له بولده» (بقره/۲۳۴) بنابراین که «والدة» و «مولود له» نایب فاعل باشند معنای آیه چنین است که پدر نباید به خاطر فرزندی که همسر او در شکم دارد به او زیان برساند و زن نیز به خاطر حمل خویش نباید از مباشرت با شوهر امتناع نماید و موجب ضرر او گردد (برای آگاهی از نظریات مراجعه شود به: مکارم شیرازی، تفسیر نمونه، ۱۳۳؛ طوسی، ۲۵۷/۲). بنابراین تفسیر که امتناع زوج از ایفای وظایف زناشویی ناظر به استتکاف در پرداخت نفقه و یک امر مادی است، ولی امتناع زوجه از مباشرت چه بسا موجب تضییق و حرج و تحمیل

فشارهای روحی و روانی بر زوج می‌شود احیاناً می‌توان آن را مصداقی از ضرر و ضرار معنوی به شمار آورد.

لازم به یادآوری است که شأن صدور بعضی از مستندات قاعده‌لاضرر و لاضرار تنها خسارت معنوی است، ولی دلالت آنها اعم از ضرر مادی و معنوی می‌باشد، مانند روایات مربوط به سمره‌بن جندب که تردیدی در صدور آن به جهت تواتر لفظی یا معنوی یا اجمالی یا حداقل مستفیض بودن وجود ندارد. البته ممکن است ادعا شود که وجود درخت دیگری در ملک و خانه انسان موجب کاهش ارزش ملک خواهد بود، لذا مورد این دسته از روایات نیز اعم از مادی و معنوی است، ولی باید عنایت نمود که روایت ناظر به ورود غیرمأذون در منزل دیگری است نه نفس داشتن درخت در داخل منزل دیگری، بنابراین، آثار ورود غیر مأذون که زیان معنوی بوده است در این روایت نفی شده است نه داشتن درخت در منزل دیگری. بدین جهت معتقدیم که شأن صدور آن تنها ضرر معنوی است، اگر چه دلالت آن اعم از ضرر مادی و معنوی می‌باشد، زیرا خصوصیت مورد صدور دلیل، مانع از شمول دلیل نخواهد بود، لذا دلالت آن دارای شمول است. ما برای روشن شدن شأن صدور روایات متضمن جریان سمره بن جندب همه آنها را مورد توجه قرار می‌دهیم.

۲-۲. قضیه سمره بن جندب و جبران خسارت معنوی

مرحوم ابن بابویه در کتاب *من لایحضره الفقیه* از حسن صیقل و او از ابو عبیده حذا نقل کرده است که امام باقر (ع) فرمود: «سمره بن جندب درخت خرمایی در باغ فردی داشت، زمانی که برای سرکشی درخت خویش می‌رفت به اهل خانواده آن مرد نگاه می‌کرد و آن مرد از این کار ناراحت بود. بنابراین شکایت محضر رسول خدا (ص) برد و از آن حضرت خواست تا سمره را احضار نماید و از او بخواهد تا هر وقت به سوی درخت خویش می‌رود اجازه بگیرد تا خانواده او بتوانند لباس خویش را بر تن کنند. رسول خدا (ص) فردی را سراغ سمره فرستاد و به او فرمود: ای سمره! مسئله

چيست که فلانی از تو شکایت دارد و می گوید بدون اجازه به خانه اش وارد می شوی و همسر او را به شکلی که دوست ندارد می بینی؟ ای سمره! وقتی وارد خانه او می شوی اجازه بگیر. آنگاه رسول خدا(ص) به او فرمود: دوست داری که در مقابل درخت حرمايت دارای درختی در بهشت باشی؟ سمره گفت: نه. رسول خدا(ص) فرمود: سه درخت چگونه؟ سمره گفت: نه. رسول خدا(ص) فرمود: ای سمره می بینم که تو قصد ضرر زدن داری. ای فلانی! برو آن درخت را بکن و مقابل او بینداز» (حرعاملی، ۳۴۱/۱۷). در این روایت به صورت روشن تری به خسارت معنوی تصریح شده است، چون سمره در وقت سرکشی از درخت خویش به زن مرد انصاری نگاه می کرد و مرد انصاری نیز برای رفع این زیان معنوی نسبت به نهاد خانواده بود که به محضر رسول خدا (ص) شکایت برد، و رسول اکرم(ص) نیز در مرحله نخست، اذن برای ورود را از سمره خواستار شدند. برخی از فقهای معاصر نیز شأن صدور حدیث لاضرر را ایراد ضرر معنوی از ناحیه سمره بن جندب به مرد انصاری دانسته اند (مرعشی، ۱۶۸/۲-۱۶۷).

از مجموع مباحث مربوط به شأن صدور برخی از ادله مربوط به خسارت معنوی، نتیجه می گیریم که قانون گذار اسلامی نسبت به ایراد زیان معنوی بی تفاوت نبوده است، بلکه ایراد زیان معنوی را از حوزه مقررات و احکام نفی نموده است، و در قضیه سمره بن جندب که بین ضرر مادی او و ضرر معنوی انصاری تنافی پدید آمده بود، ضرر معنوی را ترجیح داده و رفع آن را ضروری دانسته و بدان حکم نموده است؛ این موضع گیری شارع معرفت اهتمام و جدیت او در برخورد با متجاوزین به حقوق معنوی و ترمیم خسارت وارده می باشد.

بنابراین، قضیه سمره بن جندب علاوه بر ممنوعیت ایراد خسارت معنوی به لزوم قطع اضرار معنوی نیز دلالت می نماید.

۲-۳. مفردات قاعده «لاضرر و لاضرر فی الاسلام» و خسارت معنوی

۲-۳-۱. انطباق عنوان ضرر بر خسارت معنوی

دو عنوان ضرر و ضرار از مفردات قاعده لاضرر هستند که در این مبحث به انطباق این دو بر زیان معنوی اشاره‌ای خواهیم نمود. چنان‌که در مباحث پیشین گذشت، اهل لغت و بسیاری از فقیهان در شمول عنوان ضرر بر زیان معنوی تردید به خویش راه نداده‌اند و استعمال آن را برای خسارت معنوی حقیقی دانسته‌اند. مع الوصف برخی از عالمان، ضمن طبیعی خواندن اختلاف نظر بین اهل لغت به علت استعمالهای مختلف کلمه ضرر، نوشته‌اند: «در مجموع می‌توان گفت در مورد نفس و مال، کلمه ضرر استعمال می‌شود، ولی در مورد فقدان احترام و تجلیل و آبرو کلمه ضرر کمتر استعمال می‌شود، مثلاً گفته می‌شود فلانی در آن معامله ضرر کرد، یا دارویی که مصرف کرد مضر بود، یا به او ضرر زده است. باید دانست که در بعضی از مقرراتی که اخیراً به تصویب رسیده مانند قانون مسئولیت مدنی که ریشه فرنگی دارد این معنا رعایت نشده و ضرر در مورد خسارت معنوی استعمال شده است که شاید معادل ضرار باشد» (محقق داماد، ۱۴۳). ولی باید عنایت نمود که ضرر از عناوین عرفی است و استعمالهای مختلف نیز معرف تلقی عرف از معنای آن می‌باشد، و اصولاً تطبیق آن بر زیانهای معنوی نیز ریشه در عرف دارد و اذعان برخی از فقیهان نسبت به شمول عنوان ضرر بر خسارت معنوی مؤید این مدعی است.

۲-۳-۲. انطباق عنوان ضرار بر خسارت معنوی

کلمه ضرار مصدر ثلاثی مجرد است. برخی از لغت‌شناسان مانند مؤلف صحاح «ضره و ضاره» را به یک معنا دانسته‌اند که اسم آن ضرر است. در کتاب مصباح‌المنیر آمده است: «ضره یضره به این معناست که شخص به دیگری مکروه و ناپسندی وارد نماید. اضرار از باب افعال نیز به همین معنا می‌باشد. مؤلف قاموس نیز ضرر و ضرار را دارای یک معنا دانسته است. نظر به اینکه ما واژه ضرر را به معنای اعم از مادی و معنوی دانسته‌ایم چنان‌که شخصی معنای ضرار را همان معنای ضرر تلقی نماید او

فراگیری ضرار را مانند ضرر بر خسارت معنوی مورد پذیرش قرار داده و در نتیجه «لاضرار» را در بیان رسول اکرم (ص) باید حمل بر تأکید نماید.

به گمان ما تفاوت اصلی ضرار و ضرر در اعم بودن استعمال «ضرر» در مورد تعمد و غیرتعمد در زیان است. درحالی که وجود تعمد در استعمال ضرار ضروری است، بنابراین زیان اعم از اینکه مادی باشد یا معنوی چون بدون تعمد صورت می‌گیرد واژه ضرر برای آن استعمال می‌شود، ولی اگر با تعمد صورت بپذیرد صحیح است که واژه ضرر یا ضرار برای آن به کار گرفته شود، چنان‌که نبی اکرم (ص) در قضیه سمرة بن جندب این دو کلمه را برای او که تعمد در ایراد خسارت معنوی داشته به کار گرفته است، لذا ضرار را باید حمل بر تأکید در تعمد نمود. اضرار نیز از واژه‌هایی است که بر تعمد در ایراد زیان اعم از مادی و معنوی دلالت می‌نماید.

انطباق واژه‌های ضرر یا ضرار یا هر دو، بر زیان معنوی شمول لفظی قاعده را نسبت به امکان جبران خسارت معنوی فراهم می‌آورد. بنابراین، از مبحث مفردات قاعده لاضرر نتیجه می‌گیریم که شمول قاعده، بدون هیچ‌گونه تردیدی خسارت معنوی را در بر می‌گیرد.

۲-۴. شمول لفظی قاعده لاضرر بر اثبات جواز مطالبه خسارت معنوی

آراء فقها در زمینه دلالت قاعده لاضرر را در چهار نظریه می‌توان خلاصه نمود:

۱- حمل نفی بر نهی ۲- نفی ضرر غیر متدارک ۳- نفی حکم ضرری ۴- نفی حکم به لسان نفی موضوع.

۲-۴-۱. نظریه حمل نفی بر نهی و جبران خسارت معنوی

فقیهانی که این نظریه را اختیار نموده‌اند به دو دسته تقسیم می‌شوند: برخی از آنها نهی را نهی الهی می‌دانند و بعضی دیگر نهی را نهی سلطانی و حکومتی می‌شمارند. مرحوم فتح‌الله شریعت اصفهانی معروف به شیخ الشریعة اصفهانی از فقیهانی است که با شمارش موارد استعمال نفی در معنای نهی الهی در روایات، مقصود

شارع از لای نفی را در حدیث لاضرر لای نهی دانسته‌اند (شریعت اصفهانی، ۲۸-۲۴). وی در اراده معنای نهی از نفی، از معنای ارائه شده در نهاییه ابن اثیر و اقوال لغت-شناسان در کتابهای لغت به عنوان مؤید بهره جسته است. فقیهان بر این نظریه اشکالهای زیادی وارد نموده‌اند. براساس این نظریه مفاد قاعده لاضرر حکم وضعی نیست، بلکه حدیث لاضرر تنها متضمن حکم تکلیفی حرمت است. بنابراین، قاعده به این معنی است که ضرر رساندن به دیگری حرام است. برخی با استناد به بخشهایی از نوشته‌های صاحب عنوان بر این باورند که ایشان نیز مانند مرحوم شیخ الشریعه اصفهانی معتقد است که لای نفی در قاعده لاضرر به معنای نهی تحریمی است، چنان-که وی در این زمینه می‌نویسد: «حق این است که سیاق روایات ما را به اراده نهی از ضرر رهنمون می‌نماید و مراد شارع، تحریم ضرر و ضرار و منع از آنها بوده است که این معنا به دو طریق قابل استظهار است: نخست اینکه کلمه «لا» را حمل بر نهی می‌نمائیم و دیگر اینکه با بقای کلمه «لا» بر نفی، کلماتی نظیر «مشروع» «مجوز» و یا «مباح» را به عنوان خیر «لا» در تقدیر بگیریم؛ در هر دو صورت حدیث بر منع و تحریم ضرر دلالت می‌نماید. و این بیشتر مناسب مقام است، زیرا شارع در مقام بیان حکم مسئله بوده است نه اینکه در مقام بیان این باشد که چه چیزی در اسلام یافت می‌شود و چه چیزی یافت نمی‌شود» (حسینی مراغی، ۳۱۱/۱). ظاهر عبارت نیز مؤید این مدعی است، مع الوصف عبارتهای بسیاری از ایشان وجود دارد که بر نظریه دیگری دلالت می‌نماید. در بدو امر چنین به نظر می‌آید که قاعده، نسبت به ضرورت جبران ضرر اعم از مادی و معنوی یا اشتغال ذمه زیان‌زننده دلالتی ندارد.

امام خمینی (ره) ضمن پذیرش معنای نهی از نفی معتقدند که مراد از نفی، نهی حکومتی و سلطانی است. ایشان پیامبر (ص) را دارای سه مقام نبوت، حکومت و قضاوت می‌دانند که امرها و نهی‌های الهی ناظر به مقام نبوتند، ولی برخی از امرها و نهی‌هایی که از پیامبر (ص) صادر شده به اعتبار مقام حکومت او بوده است، لذا این

دسته از نهی‌ها، نهی‌های حکومتی به شمار می‌آید. بدین جهت ایشان در قضیه سمرة بن جندب استدلال می‌نمایند که اصولاً شبهه موضوعیه و حکمییه در مورد سمرة بن جندب وجود ندارد. لذا فقیه اطمینان پیدا می‌کند که نهی پیامبر (ص) نهی مولوی بوده و برای قلع ماده فساد صادر شده است نه قضاوت و حل و فصل خصومت؛ بلکه به این معنا بوده است که در حکومت من هیچ‌کس نباید به دیگری ضرر برساند. آنچه این نتیجه‌گیری را تأکید می‌نماید دستور پیامبر (ص) به کندن درخت سمرة است (خمینی امام)، تهذیب الاصول، ۱۱۲/۳ به بعد؛ همو، الرسائل، ۵۰ به بعد).

فقیهان بر این نظریه نیز اشکالاتی را ایراد نموده‌اند، براساس این نظریه، مفاد قاعده لا ضرر حداکثر حکمی تکلیفی مربوط به موردی خاص و بسته به زمان و واقعه‌ای مشخص است، لذا پذیرش آن به صورت قاعده کلی محل تأمل است، و با این بیان ممکن است چنین تصور شود که این نظریه نسبت به ضرورت جبران زیان اعم از مادی و معنوی یا اشتغال ذمه زیان‌کننده هیچ‌گونه دلالتی ندارد. ولی واقعیت این است که نهی از یک عمل دلالت بر حرمت بقای آن عمل می‌نماید؛ یعنی ضروری است که منشأ بقاء رفع شود، و در واقع رفع ضرر واجب است، چنان‌که در عرف نیز نهی از پذیرش هدیه بدون عوض کنایه از این است که هدیه را بدون عوض نگذار و هر احسانی را به احسان مقابل پاداش ده (بجنوردی، ۱۸۲/۱).

۲-۴-۲. نظریه نفی ضرر غیر متدارک و جبران خسارت معنوی

براساس این نظریه، ضرری که جبرانی برای آن اعتبار نشده باشد در شریعت اسلامی وجود ندارد. نخستین فقیه امامیه که این نظریه را اختیار نموده مرحوم فاضل تونی است که در کتاب معروف اصولی خویش «الواقیه فی اصول فقه» می‌نویسد:

«نفی ضرر، بر نفی حقیقت آن حمل نمی‌شود، چون حقیقت ضرر قابل نفی نمی‌باشد، بلکه آنچه از حدیث استظهار می‌شود این است که منظور از «نفی ضرر» نفی ضرری است که برای آن در شرع جبرانی مقرر نشده است» (فاضل تونی، ۱۹۴).

مرحوم فاضل تونی همچنین در مبحث شروط کتاب الوافیة یکی از شروط جریان اصل برائت را عدم ورود ضرر و زیان به دیگری می‌داند. وی در این زمینه می‌گوید: «اگر به عنوان مثال فردی با باز نمودن قفس پرنده‌ای که به دیگری تعلق دارد موجب فرار آن پرنده گردد یا با زندانی نمودن گوسفند دیگری مایه تلف شدن بچه آن گوسفند شود و بدین وسیله ضرری را به دیگری وارد نماید، تمسک به اصل برائت صحیح نمی‌باشد، بلکه در این موارد، اگر نص خاص و یا عامی وجود نداشته باشد، فقیه باید در فتوا دادن توقف نماید. و فردی که موجب ایراد ضرر به دیگری شده است باید به نحوی با صاحب مال مصالحه کند، زیرا این احتمال وجود دارد که این موارد و نظیر آن مشمول این بیان رسول خدا (ص) قرار گیرد که فرمود: «لاضرر و لااضرار فی الاسلام» (فاضل تونی، ۱۹۴-۱۹۳). بنابراین، مرحوم فاضل تونی در مواردی که نص خاص یا عام بر ضمان موجود نباشد به نحو احتمالی جنبه اثباتی حدیث لاضرر را مورد پذیرش قرار داده‌اند.

۳-۴-۲. نظریه نفی حکم ضرری و جبران خسارت معنوی

براساس این نظریه، مفاد قاعده لاضرر این است که از ناحیه قانون‌گذار و شارع هیچ حکم ضرری وضع نشده است، اعم از اینکه ضرر ناشی از خود حکم باشد چنانچه از لزوم عقد و دیگر احکام وضعی، ضرر به یکی از متعاقدین وارد آید، یا به اعتبار متعلق حکم باشد چنانچه در وضو و غیر آن از احکام تکلیفی ضرری به مکلف وارد گردد، و اعم از اینکه حکم مستلزم ضرر به خود مکلف باشد یا موجب ضرری به دیگری شود؛ همچنین، اعم از اینکه ضرر مادی باشد یا معنوی؛ به موجب این حدیث چنین حکمی در اسلام وضع نشده است. مرحوم ملا احمد نراقی در کتاب *عوائد الایام* این نظریه را به صراحت و روشنی مورد پذیرش قرار داده‌اند و فقیهان برجسته‌ای چون شیخ انصاری و میرزای نائینی نسبت به تأیید و تأکید آن همت نموده‌اند. مؤلف کتاب *عوائد الایام* در این زمینه می‌نویسد:

« چون ضرر و ضرار نکره منفیه است افاده شمول می‌نماید. بر اساس معنای سوم، همه افراد ضرر در اسلام متفی است، یعنی هیچ چیز ضرری اعم از مالی یا بدنی یا حیثیتی یا غیر اینها در احکام شرع وجود ندارد، و نفی ضرر به این معنا است که هر حکمی که مستلزم ضرر یا ضرار باشد از احکام شرع اسلام نیست، بنابراین، پیروی از آن حکم ضرری واجب نمی‌باشد. از اینجا کیفیت استدلال به این اخبار در مسائل فقهی آشکار می‌گردد؛ یعنی استدلال به این روایت به این صورت است که آنچه موجب ضرر یا ضرار گردد حکم شرعی نمی‌باشد ولی تعیین حکم آن مورد، نیازمند دلیلی دیگر می‌باشد. مثلاً چنانچه بیع غبنی صورت پذیرد و موجب ضرر بایع باشد این اخبار دلالت می‌نماید که لزوم این نوع بیع از احکام شرع نیست ولی اینکه حکم آن خیار بایع یا فساد بیع یا ضمان مشتری است بحث دیگری می‌باشد» (۱۹).

مرحوم شیخ انصاری در کتاب *فرائد الاصول* در این زمینه می‌نویسد: « چون حمل حدیث «لاضرر» بر معنای حقیقی ممکن نمی‌باشد باید بگوییم که منظور این روایت از نفی، ضرر عدم تشریح حکم ضرری است؛ به این معنا که از ناحیه شارع حکمی که از آن ضرری متوجه کسی گردد تشریح نشده است، اعم از اینکه حکم تکلیفی باشد یا حکم وضعی؛ لذا حکم به لزوم بیعی که یکی از طرفین آن مغبون شده‌اند، از آنجائی که موجب ضرر طرف مغبون می‌گردد به واسطه وجود حدیث لاضرر متفی خواهد بود... همان‌گونه که حکم به وجوب وضو از کسی که جز با صرف هزینه بسیار قادر به تهیه آب نمی‌باشد به جهت همین روایت برداشته می‌شود» (۲/۵۳۵-۵۳۴).

مرحوم میرزای نائینی نیز در این زمینه می‌گوید: « نفی در روایت «لاضرر» و موارد شبیه آن، مانند حدیث رفع « لاصلاة الا بطهور» و دیگر موارد مانند اینها، با نظر به عالم اعتبار و تشریح، بر معنای حقیقی آن حمل می‌گردد، زیرا اختیار همه احکام وضعی و تکلیفی به دست شارع است و هر وقت اراده نماید می‌تواند حکمی را قرار

دهد و یا بردارد. بنابراین، زمانی که نفی به یک حکم شرعی تعلق می‌گیرد، این نفی، نفی حقیقی خواهد بود یعنی آن حکم واقعاً در عالم تشریح برداشته می‌شود، این در مورد خود کلمه نفی بود؛ اما اطلاق ضرر بر احکامی که در بردارنده ضرر می‌باشند نیز اطلاق حقیقی می‌باشد زیرا در عرف، مسببات تولیدی، مانند سوزاندن را بر نفس ایجاد اسباب اطلاق می‌نمایند و این امری شایع و رایج است، همان‌گونه که در عرف، به صورت اطلاق حقیقی به شخصی که چیزی را در آتش می‌اندازد می‌گویند که او آن شیء را سوزاند» (نجفی خوانساری، ۲۰۱).

مرحوم نراقی معتقد است، قاعده نفی ضرر و ضرار تنها حکمی را که موجب ضرر باشد نفی می‌نماید و اصولاً بر اثبات حکم دلالتی ندارد، بلکه اثبات حکم نیازمند به دلیل دیگری است. مع الوصف وی در نهایت به نحوی اثبات حکم به وسیله نفی ضرر را می‌پذیرد و در این زمینه می‌نویسد: «چنانچه حکم به گونه‌ای باشد که نبود آن موجب ضرر گردد، یعنی عدم آن حکم به نحو مطلق ایجاد ضرر نماید و رفع ضرر به وجوب حکمی معین منحصر گردد، به ناچار به استناد دلیل «نفی ضرر» باید به ثبوت آن حکم نمود. اما ثبوت حکم در این موارد تنها به استناد لاضرر نیست، بلکه انحصار نفی ضرر با وجود حکمی به قاعده نفی ضرر ضمیمه گردیده تا ثبوت حکم از آن نتیجه گرفته شود (بجنوردی، ۱۸۱۱/۱-۱۸۰). براساس بیان مذکور، در هر ضرر اعم از مادی و معنوی، چنانچه به جبران آن حکم نگردد به استناد هیچ حکم دیگری نیز رفع ضرر ممکن نباشد، انحصار به یاری حدیث لاضرر آمده و می‌توان حکم به خسارت را از آن استنباط نمود.

مرحوم میرزای نائینی نیز معتقد است که قاعده لاضرر تنها می‌تواند حکم را متفی نماید ولی نمی‌تواند حکمی را اثبات کند. او در این زمینه می‌نویسد: «مفاد حدیث لاضرر نفی حکم است که وجود دارد. بنابراین، برای اعمال آن باید اولاً حکم عامی وجود داشته باشد تا بعضی موارد و مصادیق آن ضرری محسوب گردد و با این

قاعده برداشته شود» (نجفی خوانساری، ۲۲۱/۲). مرحوم شیخ انصاری (ره) بر این باورند، در اینکه قاعده لاضرر نفی احکام وجودی تکلیفی و وضعی می‌نماید اشکال و تردیدی نیست؛ مع‌الوصف ایشان از طریق حکم به عدم مسئولیت که خود موجب ضرر باشد اثبات حکم ضمان را بعید ندانسته و به نحوی آن را مورد پذیرش قرار داده‌اند. وی در این زمینه می‌نویسد: «اما در احکام عدمی مانند عدم ضمان چیزی که به دلیل حبس از عمل شخص آزاد فوت می‌گردد اشکال است؛ یعنی اشکال در این است که احکام عدمی نفی گردند و حکم به ضمان شود. اشکال از اینجاست که این قاعده ناظر به نفی آن احکام شرعی است که با عمومات ثابت گردیده، لذا معنای نفی ضرر در اسلام این است که در میان احکام وضع شده در اسلام حکم ضرری نیست. و روشن است که حکم شرع به ضمان در مانند این مسئله از احکامی که شارع وضع کرده باشد نیست و اصولاً حکم شرع به عدم مانند احکام مجعوله نمی‌باشد، بلکه إخبار به عدم حکم شرع به ضمان است، زیرا عدم، نیازی به حکم ندارد، مانند حکم به عدم وجوب و حرمت و غیر این دو انشاء شارع نمی‌باشد، بلکه در حقیقت إخبار اوست. از طرف دیگر نفی فقط از مجعولات نیست، بلکه شامل همه چیزهایی است که در شریعت اسلام به آن عمل می‌گردد، اعم از اینکه وجودی یا عدمی باشد. بنابراین، همان‌گونه که در حکم شارع، نفی احکام ضرری واجب است؛ جعل احکامی که از عدم آن احکام، ضرری به وجود می‌آید نیز واجب است چون حکم عدمی مستلزم احکام وجودی است و عدم ضمان آنچه از منافع شخص، فوت می‌شود مستلزم حرمت مطالبه و مقاصه است. و اگر متعرض گردد مستلزم جواز دفع اوست پس تأمل نما» (انصاری، مکاسب (ملحقات)، رساله لاضرر، ۳۷۳).

علاوه بر این، امکان استظهار و استفاده این نظر از روایت سمرة بن جندب نیز ممکن است، چون پیامبر (ص) مرد انصاری را برکندن درخت سمره مسلط نمود و سبب آن را نفی ضرر در اسلام بیان فرمود، زیرا عدم سلطه مرد انصاری بر کنندن

درخت مایه ضرر بود همان‌گونه که سلطه سمره بر مال خود و رفتن به طرف درخت خود بدون اذن نیز ضرر بود. از مجموع مباحث مرحوم شیخ انصاری نتیجه گرفته می‌شود که اگرچه ایشان مفاد قاعده لاضرر را نفی حکم ضرری می‌دانند ولی در نهایت نتیجه می‌گیرد که حکم عدمی، مستلزم احکام وجودی است یعنی حکم به عدم ضمان و مسئولیت، در مواردی مستلزم تحقق ضرر برای زیان‌دیده می‌گردد و با عنایت به عمومیت قاعده و حدیث لاضرر باید حکم به ضمان نمود.

برخی از محققین معتقدند که قاعده لاضرر اثبات ضمان نمی‌کند، زیرا ضمان نیازمند به اسباب خویش است؛ به تعبیر دیگر، قاعده لاضرر ناظر به احکام مجعول از جانب شارع مقدس برحسب اطلاق و عموم ادله است که در یکی از دو حالت خود ضرری است، و قاعده لبا این احکام را تخصیص می‌زند و تقیید می‌کند. اما اگر حکمی مجعول نبود برای قاعده موضوعی نیست و خود قاعده نمی‌تواند مشرع باشد (موسوی بجنوردی، ۲۶۶).

مرحوم محقق خوئی از فقیهانی است که شمول قاعده لاضرر را نسبت به احکام عدمی پذیرفته است. وی در این زمینه می‌نویسد: «عدم جعل حکم در موضوعی قابل جعل، جعل عدم آن حکم است. بنابراین، عدم، مجعول می‌باشد، به‌ویژه اینکه شارع امری را بدون حکم نگذاشته و برای هر چیزی حکمی جعل نموده است که برخی از این احکام وجودی و برخی عدمی است، همان‌گونه که برخی وضعی و برخی دیگر تکلیفی است. بنابراین، از لحاظ کبروی مانعی از این نیست که لاضرر شامل احکامی عدمی شود، اما از جهت صغروی حتی یک مورد نمی‌یابیم که عدم حکم آن، ضرری باشد تا اینکه حکم به رفع و ثبوت حکم با قاعده لاضرر بنمائیم» (خوئی، ۵۶۰/۲). سخن محقق خوئی نسبت به مواردی که شارع در مقام بیان باشد و موضوع قابل جعل وجود داشته باشد کاملاً منطقی و پذیرفته است. اگر ما شارع را قانون‌گذار تلقی نمائیم که متکفل بیان سیستم و نظام حقوقی جامعه و مقررات و قوانین شکل‌دهنده آن است

بر او لازم است که در مواردی که عدم حکم موجب ضرر یا حرج مکلفان می‌شود آن را طرد و نفی نماید (محقق داماد، ۲۶۶)، ولی این ادعا که عدم حکم ضرری حتی یک مورد یافت نمی‌شود محل تأمل است. برخی فقیهان مواردی را مطرح نموده و مورد بحث قرار داده‌اند، چنان‌که مرحوم سید محمد کاظم طباطبائی یزدی در حکم طلاق زنی که از علقه زوجیت زیان می‌بیند به قاعده نفی ضرر و حرج استناد کرده است (یزدی طباطبائی، ۶۷/۲). البته فقیهان دیگری در جواب گفته‌اند در صورتی می‌توان به حدیث لاضرر استدلال نمود که ضرر مسبب تولیدی حکم باشد، ولی در فرض مذکور ضرر از عدم قیام زوج به حقوق زوجه ناشی می‌شود، در نتیجه ضرر مسبب از زوج است نه از حکم شرعی؛ بنابراین نمی‌توان به آن استدلال نمود (حلی، ۲۰۹). مؤلف کتاب «بحوث فقهیه» بعد از ارائه این استدلال، استناد به قاعده را به نحو دیگری مورد پذیرش قرار می‌دهند. وی در این زمینه می‌نویسد: «در هر حال تحقیق برای ما اقتضاء می‌نماید که قائل به امکان استدلال به حدیث شریف «لاضرر و لااضرار فی الاسلام» در ما نحن فیه باشیم؛ یعنی اجرای طلاق اجباری را نزد حاکم شرعی با تمسک به نفی ضرر مورد پذیرش قرار دهیم، زیرا زوج اگر به حقوق زوجه خویش قیام نکند و با اینکه حاکم شرعی او را به رعایت حقوق او امر نموده، از این کار امتناع بورزد و حاکم شرعی نیز نتواند او را اجبار نماید، اصرار زوج بر عدم رعایت حقوق زوجه نظیر اصرار سمره بر ورود به خانه مرد انصاری است، بدین جهت زوج به زوجه خویش زیان می‌رساند و تحت کبرای کلی لاضرر قرار می‌گیرد. بدین وسیله باب طلاق اجباری گشوده می‌شود و امر دوران پیدا می‌کند بین دو حالت: یا حاکم شرعی او را بر طلاق اجبار نماید، تا زوجه را رها سازد، یا حاکم شخصاً طلاق را به دست گیرد و در صورت امتناع زوج از اجرای طلاق، آن را قهراً علیه زوج جاری نماید زیرا حاکم ولی ممتنع است» (حلی، ۲۱۰-۲۰۹).

به گمان ما فلسفه جعل قاعده لاضرر، حراست از سرمایه‌ها، حقوق، اعضای

جسم، اعیان و منافع اموال و اعراض انسانها و در نهایت حفظ نظام اجتماعی و اقتصادی بوده است. عدم مسئولیت اشخاص در فرض ایراد ضرر مادی یا معنوی با فلسفه تشریح و قانون‌گذاری این قاعده منافات دارد. بنابراین، تفکیک بین ضرر ناشی از احکام وجودی و احکام عدمی از این منظر از منظر درستی برخوردار نمی‌باشد، چون بسیاری از احکام عدمی در واقع بازگشت به نوعی حکم وجودی می‌نماید یا مستلزم حکم وجودی هستند، چنان‌که عدم مسئولیت ناشی از ایراد خسارت معنوی به دیگری در حقیقت حکم به برائت ذمه فاعل فعل زیان‌بار است. حال اگر دلالت لفظی حدیث لاضرر را نسبت به عدمیات نپذیریم حداقل با تنقیح مناط و الغاء خصوصیت می‌توان شمول آن را نسبت به عدمیات اثبات نمود، چون ملاک و مصلحت مربوط به نفی ضرر در امور وجودی و عدمی به نحو یکسانی وجود دارد. بنابراین، عدم مسئولیت فاعل فعل زیان‌باری که موجب هتک حیثیت، شرف یا لطمه به عواطف و احساسات دیگران، خود ضرر عظیمی است که به‌مانند هر ضرر وجودی دیگر دارای ملاک و مصلحت است، لذا به همان ملاک جبران آن لازم و ضروری است.

۴-۲-۴. نظریه نفی حکم به زیان نفی موضوع و جبران خسارت معنوی

براساس این نظریه، شارع می‌تواند موضوع حکم خود را بردارد و بدین‌وسیله حکم را نفی نماید یا آثار آن را از بین برد. بنابراین، مفاد قاعده لاضرر چنین است که موضوع ضرری در اسلام حکم ندارد، مانند بیع غبنی که یک موضوع ضرری است و در اسلام هیچ‌گونه حکمی برای آن وجود ندارد (آخوند خراسانی، مبحث خیار غبن)، به بیان دیگر، نفی ضرر در این حدیث کنایه از نفی احکام ضرری در شریعت است (مکارم شیرازی، القواعد الفقهیه، ۵۸/۱). این نظریه را مرحوم آخوند خراسانی در کفایة الاصول اختیار نموده‌اند. او در این کتاب می‌نویسد: «ظاهراً حکم «لا» برای نفی حقیقت است، زیرا اصل و معنای حقیقی در چنین عباراتی همین معنا است؛ یعنی کلمه «لا» را باید یا حقیقتاً بر نفس جنس معنا نمود و یا ادعائاً، در هر صورت این نفی کنایه

از نفی آثار است. چنان‌که در مانند «لاصلوة لجار المسجد الا فی المسجد» و «یا اشباه الرجال و لا رجال» حکم «لا» برای نفی حقیقت آمده است، اعم از اینکه نفی مزبور حقیقتاً بوده باشد یا ادعائاً، به هر حال، این نفی کنایه از نفی آثار می‌باشد؛ مثلاً در حدیث اول کنایه از نفی کمال یا صحت است و در عبارت بعدی کنایه از نفی غیرت و شجاعت می‌باشد. اصولاً مقتضای بلاغت در کلام آن است که ادعائاً نفی حقیقت مقصود بوده، نه آنکه ابتدائاً نفی حکم یا صفت از آن اراده شده باشد» (خراسانی، ۳۸۲-۳۸۱).

از مجموع مباحث آخوند خراسانی نتیجه می‌گیریم که معامله غبنی از آن جهت که ضرری است حکم ندارد، یعنی لزوم عقد از بین می‌رود و عقد جایز می‌شود؛ و به تعبیر دیگر مبنای مذکور ایجاب می‌کند که تنها حکم ضرری نفی شود ولی خود منجر به جعل حکم جدیدی نمی‌گردد. برای نمونه، با اینکه لاضرر در ضرر ناشی از غبن، حکم لزوم را برمی‌دارد ولی حکم خیار غبن از آن به دست نمی‌آید؛ مع الوصف نباید فراموش کرد که لزوم جبران و تدارک ضرری که وارد گردیده از لوازم نفی حکم ضرری است، اعم از اینکه به زبان نفی موضوع باشد یا مستقیماً خود حکم نفی شده باشد؛ چون شارع از نفی حکم به زبان نفی موضوع در فرض صحت آن به عنوان روشی در جبران ضرر بهره گرفته است، لذا بقای منشأ ضرر در حکم، رضای شارع به استمرار ورود ضرر است و این همان چیزی است که شارع برای نفی آن به وضع قاعده کلی لاضرر اقدام نموده است.

فقیهان بسیاری نیز جنبه اثباتی قاعده لاضرر را پذیرفته‌اند، از آن جمله مؤلف *تحریر المجله* در این زمینه می‌نویسد: «این قاعده یکی از قواعد اساسی و زیربنایی در شریعت اسلامی است... و خلاصه مفاد آن را این‌گونه می‌توان بیان نمود: این قاعده دلالت بر حرمت ضرر و حرمت مقابله ضرر با ضرر، و همچنین وجوب تدارک و جبران ضرر دارد» (۲۳/۱). سید علی حسینی سیستانی در این زمینه می‌گوید: «بلکه

قاعده لاضرر با آن معنای وسیعی که ما برای آن ذکر کردیم به خوبی از عهده اثبات ضمان برمی آید، زیرا بنا بر آنچه ما گفتیم، این قاعده در حقیقت امضای قاعده متداول و متعارف در بین عقلا است، و خود مشتمل بر تشریح احکامی است که مانع از تحقق اضرار به غیر می گردد؛ لذا حکم به ضمان کسی که خسارتی را به بار آورده است از واضح ترین راههایی است که می توان با آن از اضرار امثال شخصی که دیگری را از کار کردن بازداشته است جلوگیری نمود» (۲۹۲-۲۹۱).

از گزاره «لاضرر و لاضرر فی الاسلام»، با عنایت به نظریه مشرع بودن آن، جبران ضرر معنوی استفاده می شود؛ لذا نباید تصور نمود که استفاده لزوم جبران خروج از مورد سمرة بن جندب است، زیرا رسول اکرم (ص) با وضع قاعده کلی لاضرر یک گزاره عام را انشاء نموده اند که دستور به قطع اضرار معنوی مبتنی بر همان شمول نفسی ضرر می باشد. همان گونه که جبران خسارت به وسیله مال نیز از شمول لزوم جبران خسارت استفاده می شود.

نتیجه گیری

در نهایت بایسته است که با نگرشی عمیق تر، روح این قاعده را یافته و با عنایت به مقاصد وضع آن، با بهره گیری از منطق حقوق، شمول آن را نسبت به ضرر معنوی بپذیریم. آنچه فقیهان در زمینه وضع قاعده لاضرر بدان اذعان نموده اند منت نهادن پروردگار آفرینش در حراست از حقوق و سرمایه های آدمیان از تجاوز و تعدی متجاوزین است. منت وقتی تمام و کامل است که تمامی سرمایه ها اعم از خرد و کلان، مادی و معنوی از تجاوز و تعدی مصون بماند و یا در صورت تعدی، خسارت ایراد گردیده به نحوی جبران گردد. منطق حقوق اسلامی به ما می آموزد که اگر قانون گذار سرمایه های کم ارزش را از تعرض مصون داشته و جبران خسارت به آن را ضروری دانسته است به طریق اولی باید مصونیت سرمایه های با ارزش تر را شناسایی و

تضمین نماید و آن را با جبران خسارت وارده، مورد حمایت جدی قرار دهد. مگر نه این است که قانون‌گذار الهی احکام خویش را براساس مصالح و مفاسد واقعی یعنی براساس ملاک و مناط موجود در آنها وضع می‌نماید و خصوصیات و موارد به‌مانند کالبدی هستند که این روح را در خویشتن حفظ می‌نمایند. حقوق‌دان اسلامی با بهره‌گیری از منطق حقوق اسلامی با الغاء خصوصیت مورد و تنقیح مناط و احراز وحدت ملاک از کالبد به روح قاعده دست می‌یابد و آن را نسبت به همهٔ مصادیق و موارد و انواع ضرر تعمیم می‌دهد. حکمت وضع قاعده مهم و زیربنائی «الاضرر و لاضرر فی الاسلام»، به ضمیمهٔ نتایج حاصل از به‌کارگیری عناصر منطق حقوق اسلامی، ما را به پذیرش این قاعده در گسترهٔ همهٔ انواع ضررها اعم از مادی و معنوی رهنمون می‌گردد، و جبران خسارت معنوی وارد شده نیز امری است که جنبهٔ اثباتی قاعده لاضرر ما را به آن فرا می‌خواند. جبران مالی خسارت معنوی نیز یکی از راههای جبران است که دلیلی قاطع بر نفی آن در دست نداریم؛ علاوه بر آن، رابطهٔ موجود ضرر و ضمان، اماره‌ای است که ضرر و زیان معمولاً به‌وسیلهٔ مال جبران گردد، چون در برخی از روایات بین پدیدهٔ ضرر و ضمان رابطهٔ تولیدی مشاهده می‌گردد؛ یعنی بین ضرر به دیگری و ضمان، ملازمه وجود دارد. به تعبیر دیگر، نظر به انصراف ضمان به مال باید اذعان نمود که بین ضرر و جبران آن به‌وسیلهٔ مال رابطهٔ تنگاتنگی وجود دارد. از روایاتی که بر این رابطه به نحوی دلالت می‌کند می‌توان به صحیح حلی (حرعاملی، ۱۸۱/۱۹) و حدیث ابی‌الصلاح (همان) از امام صادق (ع) اشاره نمود. البته نباید از نظر دور داشت که فقیهان، ضرر را از اسباب مسئولیت مدنی و ضمان به شمار نیاورده‌اند و این دو روایت را ناظر به اتلاف دانسته‌اند. مع‌الوصف استفاده از این دو روایت به عنوان مؤید در امکان جواز جبران ضرر به وسیلهٔ مال خالی از اشکال است، زیرا اگر مراد اصلی از دو روایت مذکور تنها اتلاف بود باید به آن تصریح می‌نمود؛ یعنی موضوع حکم ضمان را به‌وضوح یا اشاره و قرینه، اتلاف قرار می‌داد در

حالی که موضوع حکم ضمان را ضرر قرار داده است. عرف از بیان شارع و دو روایت به روشنی استظهار می‌نماید که تمامی ملاک حکم ضمان در زیان رساندن به مسلمان (طریق مسلمین در واقع بازگشت به خود مسلمین دارد) است، اعم از اینکه از طریق اتلاف باشد یا از هر طریق دیگر؛ یعنی اتلاف، موضوعیت ندارد و آنچه موضوعیت دارد ضرر رساندن است و حکم ضمان نیز دائر مدار موضوع خویش یعنی ضرر است. پیش‌بینی دیه برای اولیای دم که لطمه عاطفی شدیدی را تحمل می‌نمایند و دیه اعضا و منافع که صاحب آنها درد رنج فراوانی را تجربه نموده است و وجوب پرداخت ارش در ازای ازاله بکارت که نوعی خسارت معنوی به زن تلقی می‌گردد (لنکرانی، جامع المسائل، ۴۶۱) نیز از ادله یا حداقل از مؤیداتی است که نظریه جبران مالی خسارت معنوی را در حقوق اسلامی مورد تأکید قرار داده است.

گفتار سوم: قاعده نفی عسر و حرج و جبران خسارت معنوی

۳-۱. معنای لغوی و اصطلاحی عسر و حرج

لغت‌شناسان کلمه حرج را در معانی تنگی، اضیق الضیق، تنگنا، گناه و حرام به کار برده‌اند. برخی از آنها عسر و حرج را به معنای محل جمع شدن شیء دانسته‌اند به نحوی که موجب ایجاد تصور ضیق و تنگی شود (راغب اصفهانی، ماده حرج). در قرآن نیز این کلمه به معنای ضیق، تنگی (انعام/ ۱۲۵؛ اعراف/ ۲؛ نساء/ ۶۵)، سختی، کلفت گناه و اثم (مائده/ ۶؛ حج/ ۷۸) به کار رفته است، و در روایات نیز به معنای ضیق و تنگی استعمال شده است (حرعاملی، ۱۲۰/۱). کلمه عسر را برخی از لغت‌شناسان مانند مؤلف صحاح اللغة، نفیض یسر و بعضی دیگر مانند مؤلف النهایة و صاحب قاموس المحيط، ضد یسر دانسته‌اند. بنابراین عسر به معنای صعب، تنگ، دشواری، مشکل، سخت، سخت شدن روزگار و بدخوئی می‌باشد، و در قرآن نیز به همین معنا استعمال شده است (نک: طلاق/ ۷؛ بقره/ ۱۸۵؛ انشراح/ ۵ و ۶؛ قدر/ ۸). اگر چه برخی عسر را به

معنای اعم از حرج و ضیق دانسته‌اند (نراقی، احمد، ۶۱)، ولی به نظر می‌رسد عرف نسبت عسر و حرج را تساوی می‌داند، یعنی هر عملی که آدمی را به تنگنا و ضیق بیفکند دشوار و سخت می‌پندارد، و هر کاری که انجامش برای آدمی سخت و مشکل باشد را موجب تنگی و اعمال فشار بر او می‌داند (محقق داماد، ۶۲/۲).

۳-۲. انطباق عنوان حرج بر خسارت معنوی

چنان‌که در مباحث مربوط به قاعده لاضرر گذشت، یکی از معانی کلمه «ضرار» معنای ضیق و تنگی است. امام خمینی در این زمینه می‌نویسد: «استعمال ضرار در قضیه سمره به معنای ضیق و شدت و ایراد حرج و مکروه به دیگری است، بنابراین عبارت «ما اراک یا سمره الا مضاراً» یعنی «مضیقاً و مورثاً للشده و الحرج المکروه علی اخیک» (خمینی [امام]، الرسائل، ۳۰/۱). ایشان برای تأکید استعمال کلمه ضرار در معنای ضیق و حرج به استعمالات این کلمه در کتاب الهی استناد می‌نماید که به اجمال و اشاره ارایه می‌گردد:

پروردگار در سوره بقره می‌فرماید: «لَا تُضَارُّ وَالِدَهُ بَوْلِدِهَا» (بقره/۲۳۳)؛ یعنی زنی که باردار است نباید به جهت باردار بودن از او دوری کرد و او را در حرج و تنگنا قرار داد. یا در آیه دیگر آمده است: «وَلَا تَضَارُّوهُنَّ لِتَضَيَّقُوا عَلَيَّ» (بقره/۲۸۲)؛ یعنی هنگامی که زنان خویش را طلاق رجعی دادید با سخت گرفتن و تحت فشار قرار دادن به آنها ضرر نزنید. و در آیه دیگر می‌فرماید: «وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلِّغْنَ أَجْلَهُنَّ فَمَا سَكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تَمْسُكُوهُنَّ ضُرَّارًا لَتَعْتَدُوا وَمَنْ فَعَلَ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ» (توبه/۱۰۸)؛ یعنی زمانی که زنان را طلاق دادید و عده آنان به سر آمد یا از راه نیکی و رغبت رجوع کنید یا ایشان را رها سازید و برای به سختی افکندن و تحت فشار قرار دادن به ایشان رجوع نکنید. کسی که چنین نماید به خویشتن ظلم کرده است. یا در آیه دیگری فرموده است: «وَالَّذِينَ اتَّخَذُوا ضُرَّارًا وَكُفْرًا وَتَفْرِيقًا بَيْنَ الْمُؤْمِنِينَ» (حج/۷۸)؛ کسانی که برای ضرر رسانیدن و کفر، و تفرقه افکندن میان مؤمنان

مسجدی را برگرفتند.

در روایات نیز واژه «ضرار» به معنای سختی، ضیق و فشار استعمال شده است؛ بنابراین، تردیدی وجود ندارد که یکی از معانی ضرار حرج و تنگی است. در هر صورت، از آنجائی که معمولاً حرج با فشار روحی و عاطفی و روانی همراه است در صدق عنوان حرج بر ضرر و خسارت معنوی به نحو موجب جزئیة نباید تردیدی به خویش راه داد؛ به تعبیر دیگر، حرج از عناوینی است که بر گروهی از خسارت معنوی مانند ضرر ناشی از فوت پدر یا فرزند به خانواده، یا ضرر ناشی از قطع عضو که با فشارهای عاطفی و روحی فرد و اعضای خانواده ملازمه دارد انطباق می‌یابد. اما خرجهایی که ماهیت مالی و مادی دارند از قلمرو خسارت معنوی خارجند؛ بنابراین، هر ضرری حرج نیست و هر خرجی نیز ضرر را به همراه ندارد، در نتیجه بین این دو عنوان رابطه و نسبت عموم و خصوص من وجه برقرار است. مگر اینکه خرجهای مالی را به اعتبار آثار مترتب بر روان شخص، حرج معنوی تلقی نماییم که در این صورت چه بسا بتوان نسبت این دو را مساوی دانست.

۳-۳. دلالت و شمول لفظی قاعده نفی عسر و حرج بر مطالبه خسارت معنوی

فقیهان در اینکه مفاد قاعده عسر و حرج، نفی احکام خرجی به نحو حقیقت است یا مجاز، یا نفی حکم به زبان نفی موضوع، و یا در حقیقت منظور شارع از آن، نهی الهی یا سلطانی بوده است اختلاف نموده‌اند. براساس نظریه مختار یعنی نفی حکم، مفاد قاعده نفی عسر و حرج چنین است که در دین اسلام هیچ حکم خرجی که موجب ضیق و سختی مکلفان باشد جعل نشده است. چنان‌که در مبحث پیشین گذشت برخی مصادیق حرج با مصادیقی از خسارت معنوی انطباق دارد؛ در نتیجه، درباره معنای قاعده لاجرح باید گفت که در دین اسلام حکمی که منجر به خسارت معنوی شود جعل نشده است ولی برای اینکه بتوانیم دلالت و شمول لفظی قاعده نفی عسر و حرج را بر جواز مطالبه خسارت معنوی مورد پذیرش قرار دهیم، نخست باید پذیریم

حرج عنوانی است که حداقل بر مصادیقی از خسارت معنوی صدق می‌نماید. دوم: فقیهانی که قاعده نفی حرج را بر روابط مکلفین با یکدیگر نیز حاکم می‌دانند آسان‌تر می‌توانند به مقصود مورد نظر دست یابند، ولی فقیهان بسیاری به قرینه «علیکم» در آیه شریفه «ما جعل علیکم فی الدین من حرج» (حج/۷۸) قاعده نفی حرج را ناظر به ضیق حرج از ناحیه تکالیف شرعی دانسته‌اند (بجنوردی، ۱/۲۱۳-۲۱۲)، و عموماً دیگر دلیلهای قاعده نفی عسر و حرج نیز این مطلب را تأیید می‌نمایند. برخی از فقها معتقدند که حرج و ضیقی که از ناحیه مکلفی بر مکلف دیگر تحمیل می‌شود قاعده لاضرر آن را نفی می‌نماید (مکارم شیرازی، القواعد الفقهیه، ۱/۲۰۰). البته این معنا در صورتی درست است که در قاعده لاضرر، ضرر را صفت فعل مکلفان تلقی کنیم نه صفت حکم شرعی، یعنی فاعل ضرر را خود مکلفین بدانیم نه شارع مقدس، در نتیجه آنچه در حدیث شریف مورد نفی قرار گرفته است خود ضرر و ضرار است نه احکامی که بر آنها مترتب است (همان، ۶۷).

سوم: باید قاعده نفی حرج دارای جنبه اثباتی نیز باشد. فقیهان این مطلب را تحت عنوان شمول قاعده بر امور عدمی بحث نموده‌اند. بدون تردید، قاعده نفی حرج مانند قاعده لاضرر، احکام وجودی را شامل می‌شود و حکم حرجی را از حوزه اعتبار تشریحی اسلام برمی‌دارد، ولی سخن در فرضی است که از عدم یک حکم، عسر و حرج بر یک شخص تحمیل شود. آیا قاعده می‌تواند این حرج را طرد نماید و در نتیجه حکمی را اثبات کند. برای مثال، اگر فردی به شخصی خسارت معنوی ایراد نماید و آن را جبران نکند و آن شخص در تنگی و ضیق مادی یا معنوی قرار گیرد، یا با لطمه به حیثیت یا اعتبار او روابط مالی و عاطفی او را بسیار کاهش دهد و در نتیجه او را در تنگی و فشار مادی و معنوی قرار دهد آیا عدم جبران چنین خسارتی که موجب حرج است با قاعده نفی عسر و حرج برداشته می‌شود تا فاعل فعل زیان‌بار و نامشروع ملزم به جبران آن تلقی شود؟ البته با ملاحظه مباحث تفصیلی مربوط به این سؤال در قاعده

لاضرر تا حدود زیادی پاسخ آن روشن می‌گردد، ولی نظر به اهمیت پاسخ به این سؤال در جواز جبران و مطالبه خسارت معنوی به استناد قاعده نفی عسر و حرج بایسته است به اختصار بدان اشاره گردد. در پاسخ به این سؤال عده‌ای از فقیهان مانند میرزای نائینی گفته‌اند: «قاعده نفی عسر و حرج شامل احکام عدمی نمی‌شود، چون قاعده نفی حرج در حقیقت حکم شرعی مستلزم حرج را نفی کرده است، اما عدم یک حکم خود یک حکم شرعی نیست تا با قاعده نفی حرج، نفی گردد» (نجفی خوانساری، ۲/۲۳۱). و همو معتقد است: «چنانچه قاعده لاضرر و لاجرح، احکام عدمی را شامل شوند، فقه جدیدی تأسیس خواهد شد» (همان).

در مقابل این نظریه بسیاری از فقها، تسری قلمرو قاعده نفی عسر و حرج را نسبت به احکام عدمی پذیرفته‌اند. براساس این نظریه، عدم جعل حکم در موضوعی که قابلیت جعل دارد، در حقیقت جعل حکم است؛ یعنی عدم حکم در فرض مذکور خود حکمی مجعول است، چون قانون‌گذار اسلام هیچ چیز را بدون حکم رها ننموده و برای همه چیز، حکمی را جعل کرده است. البته برخی از احکام، وجودی هستند و بعضی دیگر عدمی، همان‌گونه که برخی وضعی و بعضی دیگر تکلیفی می‌باشند (ابوالقاسم خوئی، ۲/۵۶). چنان‌که مرحوم سید کاظم یزدی در *ملحقات عروة الوثقی* باستناد حکم عدمی، حرج را نفی نموده است. وی در موردی که زوج کمتر از چهار سال مفقود باشد و نفقه زوج پرداخت نشود، عدم جواز طلاق برای حاکم را موجب ضرر و حرج زوج دانسته و در طرد و نفی چنین حرجی به قاعده نفی عسر و حرج استدلال نموده است. نتیجه طرد آن حکم عدمی، اثبات جواز طلاق زوج به وسیله حاکم می‌باشد. ایشان همچنین به روایت ابی بصیر از امام محمد باقر (ع) نیز استناد نموده است: «سمعت ابا جعفر (ع) یقول: من کانت عنده امرأة فلم یکسها مایواری عورتها و یطعمها ما یتقیم صلبها لکان حقاً علی الامام ان یفرق بینهما» (یزدی، ۲/۶۷).

برخی از فقهای معاصر معتقدند در فرضی که حرج از اوصاف حکم باشد، عرف

فرقی بین مواردی که لزوم حرج از جعل وضو بر مکلف پدید آید یا با ترک جعل تسلط مردم بر اموالشان حادث شود نمی‌گذارد؛ چون عرف همان‌گونه که نفی جعل وضوی حرجی را امتنان می‌داند، نفی ترک جعل تسلط مردم بر اموالشان را نیز که موجب حرج شده است امتنان تلقی می‌کند. بنابراین، بین حکم وجودی و عدمی فرقی وجود ندارد (مکارم شیرازی، *القواعد الفقهیه*، ۲۰۱/۱).

قاعده نفی عسر و حرج اختصاص به احکام وجودی ندارد، بلکه احکام عدمی موجب حرج باشند نیز به وسیله این قاعده قابل نفی می‌باشند. نفی احکام عدمی تنها با رفع و برداشت حرج ممکن و متصور است. بدیهی است برداشت حرج از زنی که شوهر خویش را در یک حادثه رانندگی ناشی از تصادفی که راننده مقابل مقصر بوده از دست داده است و به نهاد خانواده لطمه جدی وارد نموده است تنها با لزوم جبران مالی یا غیر مالی خسارت وارده ممکن و متصور است؛ لذا کمال و تمامیت امتنان ایجاب می‌نماید که شارع هرگونه حرجی را که ناشی از احکام وجودی یا عدمی او باشد رفع نماید، چون ملاک در برداشت حرج در احکام وجودی و عدمی واحد است، در نتیجه جبران آن دسته از خسارات معنوی که از مصادیق عنوان حرج به شمار می‌آیند به هر طریق ممکن به وسیله قاعده نفی عسر و حرج خالی از اشکال خواهد بود.

نتیجه‌گیری

- ۱- تعالیم اخلاقی دین اسلام و مفاهیم انسان‌شناسی و مقررات عملی اعم از مدنی و کیفری مهم‌ترین منابع شناسایی حقوق و سرمایه‌های معنوی و مسئولیت مدنی و کیفری ناشی از تجاوز به آن است.
- ۲- در مفاهیم انسان‌شناسی دینی، انسان دارای کرامت و حرمت ذاتی است که آدمیان نیز با توجه به ویژگیهای فطری خویش آنرا شناسایی و بر حفظ آن تأکید ورزیده‌اند.

۳- با تتبع در مفاهیم و تعالیم اخلاقی دین اسلام، اصل مهم لزوم رعایت حرمت آدمی و ضرورت جبران لطمه به آن کشف می‌گردد، و در سایه این تتبع پیوند وثیق اخلاق با حقوق دین بیش از پیش آشکار می‌گردد.

۴- قاعده لاضرر با توجه به مقتضیات و شأن صدور آن و انطباق عنوان ضرر و ضرار بر ضرر معنوی و قابلیت و صلاحیت تشریحی در اثبات حکم و روح قاعده و فلسفه تأسیس آن، می‌تواند بر جبران خسارت معنوی به هر طریق ممکن دلالت نماید که یکی از روشها، روش جبران مالی است.

۵- قاعده نفی عسر و حرج با توجه به انطباق عنوان عسر و حرج بر برخی از مصادیق خسارت معنوی و صلاحیت آن در اثبات حکم شرعی، بر جبران خسارت معنوی دلالت می‌نماید.

منابع

ابن ابی الحدید، شرح نهج البلاغه، بی‌جا، منشورات مکتبه الاسلامیه، ۱۳۷۴ق.
ابن بابویه، محمدبن علی، ثواب الاعمال و عقاب الاعمال، تهران، مکتبه الصدوق بی‌تا.

جامع الاخبار، بی‌جا، بی‌تا، بی‌تا.

عیون الاخبار الرضا، نجف، مطبعة الحیدریة، ۱۳۹۰ق.

ابن حنبل، احمد بن محمد، مسند احمد بن حنبل، بی‌جا، بی‌تا، بی‌تا.
آخوند خراسانی، محمد کاظم، حاشیه بر مکاسب، مبحث خیار غبن، اسماعیلی، محسن، نظریه خسارت، تهران، امیرکبیر، ۱۳۷۷ش.

آل کاشف الغطاء، محمد حسین، تحریر المجله، نجف، مطبعة الحیدریة، ۱۳۶۰ق.

انصاری، مرتضی، فرائد الاصول، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، بی‌تا.

مکاسب (ملحقات)، رساله لاضرر، چاپ سنگی، طهران، بی‌تا، ۱۲۸۶ق.

بخاری، ابو عبدالله محمد بن اسماعیل، *صحیح البخاری*، بیروت، احیاء دار التراث العربی، بی تا.

برقی، احمد بن محمد، *المحاسن*، بی جا، بی تا، بی تا.

جزایری، نعمت الله، *الانوار النعمانیة*، چاپ سنگی، تبریز، بی تا، ۱۳۱۶ق.

حاکم نیشابوری، محمد بن عبدالله، *المستدرک علی الصحیحین*، حلب، مکتبه المطبوعات الاسلامیة، بی تا.

حر عاملی، وسایل الشیعه، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.

حسینی سیستانی، علی، *قاعده لاضرر و لاضرار*، قم، مکتبه آیه اله العظمی السید السیستانی، ۱۴۱۴ق.

حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی، *العناوین*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷ق.

حلی، حسین، *بحوث فقهیه*، بی جا، مؤسسه المناره، ۱۴۱۵ق.

خراسانی، محمد کاظم، *کفایة الاصول*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسین، ۱۴۱۴ق.

خمینی [امام]، روح الله، *الرسائل*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۰ق.

_____، *تهذیب الاصول*، قم، مؤسسه نشر الاسلامی، ۱۴۰۵ق.

_____، *رساله توضیح المسائل*، تهران، انتشارات وزارت ارشاد اسلامی، ۱۳۶۴.

_____، *مکاسب محرمة*، قم، مطبعة مهر، ۱۴۰۳ق.

خوئی، ابوالقاسم، *مصباح الاصول*، بی جا، بی تا، بی تا.

راغب اصفهانی، *المفردات فی غریب القرآن*، بی جا، دفتر نشر کتاب، ۱۴۰۴ق.

شریعت اصفهانی، فتح الله، *قاعده لاضرر*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۶ق.

شهید ثانی، زین الدین الجبعی العاملی، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۶۵.

_____، *کشف الريبية في احكام الغيبة*، تهران، مكتبة المرتضويه، بی تا.

طبرسی، ابوالفضل علی، *مشكاة الانوار في غرر الاخبار*، نجف، مكتبة الحيدرية، ۱۳۸۵ق.

طوسی، محمد بن الحسن، *التبيان في تفسير القرآن*، بيروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.

عاملی غروی، جواد، *مفتاح الكرامه في شرح قواعد العلامة*، قاهره، بی تا، ۱۳۲۴-۱۳۲۶.

غزالی، محمد بن محمد، *احیاء علوم الدین*، استانبول، دار الدعوة، ۱۹۸۵م.

_____، *مکاشفة القلوب*، بی جا، بی تا، ۱۳۰۶ق.

فاضل تونی، عبدالله بن محمد، *الواقیه فی اصول الفقه*، به تحقیق محمد حسن رضوی کشمیری، قم، مجمع فکر اسلامی، ۱۴۱۲ق.

فیض کاشانی، محسن، *محنة البيضاء*، قم، اسلامی، بی تا.

فاضل لنکرانی، محمد، *جامع المسائل*، چاپ اول، قم

قمی، عباس، *سفینة البحار*، تهران، فراهانی، بی تا.

کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، *الاصول من الکافی*، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۳ق.

_____، *فروع الکافی*، تهران، دارالاضواء، ۱۴۰۵ق.

مجلسی، محمدباقر، *بحار الانوار*، بی جا، مؤسسه الوفاء، ۱۴۰۳ق.

محقق داماد، مصطفی، *قواعد فقه (بخش اول مدنی)*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۶۱ش.

_____، *قواعد فقه (بخش مدنی ۲)*، تهران، سمت، ۱۳۷۳.

مرعشی، محمد حسن، *دیدگاههای نو در حقوق کیفری اسلام*، تهران، نشر میزان، ۱۳۷۹ش.

- مکارم شیرازی، ناصر، *القواعد الفقهیه*، قم، مدرسه الامام امیرالمؤمنین (ع)، ۱۴۱۱ق.
- _____، *تفسیر نمونه*، تهران، دارالکتاب الاسلامیه، ۱۳۶۷ش.
- منذری، عبدالعظیم، *الترغیب و الترهیب*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۳۸۸ق.
- موسوی بجنوردی، حسن، *القواعد الفقهیه*، نجف، مطبعة الاداب، ۱۳۸۹ق. ۱۹۶۹م.
- موسوی بجنوردی، محمد، *قواعد فقهیه*، تهران، موسسه چاپ و نشر عروج، ۱۳۷۹.
- نجفی الخوانساری، موسی بن محمد، *منیة الطالب فی شرح المکاسب*، قم، جماعة المدرسین بقم المشرفه، موسسه نشر الاسلامی، ۱۴۱۸ - ۱۴۲۱ق.
- نجفی، محمد بن حسن، *جواهر الکلام*، تهران، المکتبه الاسلامیه، ۱۳۶۷ش.
- نراقی، احمد، *عوائد الایام*، چاپ سنگی، طهران، بی نا، ۱۲۴۵ق.
- نراقی، محمد مهدی، *جامع السعادات*، نجف، جامعه النجف الدینیة، ۱۳۸۳ق.
- نراقی، محمد، *مشارق الاحکام*، طهران، بی نا، چاپ سنگی، ۱۲۹۴ق.
- نوری، حسین، *مستدرک الوسائل*، بیروت، دار الاحیاء التراث العربی، بی تا.
- یزدی طباطبائی، محمد کاظم، *ملحقات العروة الوثقی*، قم، مکتبه الداوری، بی تا.

