

بررسی تطبیقی غفلت از قاعده لاضرار در فقه و رویه قضایی کیفری

مصطفی احمدی^۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۱/۳۱

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۳/۳۱

چکیده

در روابط حقوقی، قواعدی وجود دارد که زیربنای آن را تشکیل داده و باعث استواری بنای عدالت می شود. قاعده لاضرار یکی از این قواعد پایه‌ای بوده که در اصل چهلم قانون اساسی بر آن تاکید شده است. مفهوم این قاعده این است که هیچکس حق سوء استفاده از حقوق خود را به زیان دیگری ندارد. این قاعده علاوه بر ریشه‌های قرآنی و روایی و فقهی، بر منطق و عقلانیت انسان‌ها نیز استوار است. در حقوق غربی این قاعده به سوء استفاده از حق معروف است که یکی از اصول محدودکننده آزادی افراد است. در قوانین مدنی و تجاری ما این قاعده به کرات و انحاء مختلف یادآوری شده است که پایه قانون مسئولیت مدنی نیز این قاعده می‌باشد. اما در حقوق کیفری به جز معدودی از قوانین که صرفاً تشابه لفظی با قاعده دارد هیچ استفاده‌ای از این موضوع نشده است و این امر باعث سوء استفاده‌های فراوانی از جانب افراد می‌گردد. مواردی مانند اعسار و تبدیل مجازات و تخفیفات و اصول برائت و مرور زمان و ... از مواردی است که سوء استفاده‌های زیادی در آن صورت می‌گیرد. قلمرو موضوع این تحقیق حقوق کیفری ایران می‌باشد که به روشی تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و تجربیات کاری در صدد واکاوی و یادآوری قاعده به افراد ذیربط می‌باشد.

واژگان کلیدی: لاضرار، حق، عدالت، حقوق کیفری.



مقدمه

قاعده لاضرار، بعنوان یکی از پایه‌های اصلی حقوق خصوصی، محسوب می‌شود. از آنجاییکه مواردی که در حقوق خصوصی و رابطه بین افراد برای جامعه اهمیت بسزایی داشته باشد جرم انگاری شده و جامعه برای تجاوز به آن با حصول شرایط قانونی، مجازات در نظر می‌گیرد. که از جمله این حقوق، حق مالکیت است که سلب عامدانه آن با احراز شرایط، جرایم مربوط به مالکیت از جمله کلاهبرداری و خیانت در امانت و سرقت و... را شامل می‌گردد. یا حق حیات و حق آسایش و... بطور کلی وظیفه اصلی حقوق کیفری، سرکوب کردن اعمالی است که به نحوی، ارزش‌ها، منافع و نظم عمومی را مورد تعرض قرار می‌دهد. لذا حقوق کیفری نیز برای کارکرد بهتر و با اهمیت بیشتری، از قواعد اساسی حقوق خصوصی استفاده کرده و نیازمند کاربست این قواعد در اجرا می‌باشد.

قاعده لاضرار در حقوق کامن‌لا و لاتین به منع سوء استفاده از حق معروف است و از اهمیت بسیار بیشتری نسبت به حقوق اسلامی ما برخوردار است. اما با وجود بی‌توجهی یا حداقل کم‌توجهی به این قاعده در حقوق نوین ما که در امور کیفری با درجه بیشتری این امر رخ می‌دهد، تاکید بر این موضوع در آیات و روایات دینی، حاکی از اهمیت شرعی آن می‌باشد. از نظر مستند و دلیل، قاعده لاضرار دارای پشتوانه قوی و محکمی است. از کتاب و سنت گرفته تا دلیل عقلی بر آن دلالت دارد. در قرآن کریم آیاتی نیز وجود دارد که به روشنی بر قاعده لاضرار دلالت دارد؛ آیات ۲۸۲، ۱۹۶، ۲۳۳، ۲۳۱ و ۱۷۳ سوره بقره، آیه ۱۲ سوره نساء و آیه ۶ سوره طلاق گویای این مطلب هستند. همچنین در مورد قاعده لاضرار روایات فراوانی داریم که از طرف شیعه و اهل سنت نقل شده است اگر چه الفاظ و کلمات روایات به یک شکل نقل نشده است. اما به صورت نقل به مضمون می‌توان مدعی تواتر مضمونی بود. مهم‌ترین روایت در این خصوص روایت مربوط به داستان سمره بن جندب و حدیث شفعه است. در همین راستا ماده ۴۰ قانون اساسی سال ۱۳۵۸ با تأکیدی خاص، اجازه اضرار به غیر یا تجاوز به حق دیگران را با اعمال حق خود نمی‌دهد. برای توجیه این اصل آمده است: در همه جوامع بشری و نظام‌های حقوقی کشورهای دنیا بر اساس قواعد عقلی و نیز اقتضائات عدالت اجتماعی، قانونگذاران برای پیشگیری نزاع میان مردم اقدام به وضع قواعد و هنجارهایی می‌نمایند که از ورود ضرر به سایرین، هر چند در مقام اعمال حق افراد باشد، جلوگیری به عمل آورند (اشکیوس، ۱۳۹۶: ۵). بی‌توجهی مراجع اجرای قانون به این امر حاکی از عدم توجه به اصل ۴ قانون اساسی (تطبیق با منابع شرعی و فقهی) در این زمینه می‌باشد.



اهمیت بکارگیری قاعده لاضرار: اهمیت این قاعده به اندازه‌ای است که برخی از آن به عنوان رمز هماهنگی اسلام با پیشرفت‌ها و توسعه فرهنگ یاد کرده‌اند و آن را از قواعد حاکمی دانسته‌اند که بر سرتاسر فقه حکومت دارد. یکی از مواردی که به دین خاصیت تحرک و انطباق بخشیده است و آن را زنده و جاوید نگاه می‌دارد. این است که یکسری قواعد و قوانین در خود این دین وضع شده است که کار آن‌ها کنترل و تعدیل دیگر قوانین است. فقها این قواعد را قواعد حاکمه می‌نامند. مانند قاعده لاجرح و لاضرر که بر سراسر فقه حکومت می‌کنند. کار این قواعد، کنترل و تعدیل دیگر قوانین است. در حقیقت، اسلام برای این قواعد نسبت به باقی قوانین و مقررات حق و تو قائل شده است (مطهری، ۱۳۹۶: ۱۰۸). به همین دلیل گفته شده است که اگر فقه دایر مدار پنج قاعده باشد، یکی از آن‌ها قاعده لاضرر است. پس دلیلی بر محصور کردن این قاعده به باب عبادات و معاملات وجود ندارد و در بسیاری از مسائل سیاسی و اجتماعی نیز می‌تواند کارساز باشد (روستایی، ۱۳۹۴: ۵۷). البته این قاعده با تفاسیر مختلفی که در فقه از آن شده است و با توجه به اینکه قوانین ما بر اساس اصل ۴ قانون اساسی نباید مغایر شرع باشند. در اختلافی که در استنباط شرعی از نظرات مختلفی که هر کدام با منطق خود نمودی شرعی در مورد این قاعده دارند و بستگی به این دارند که کدامیک مورد نظر قانونگذار باشد. که در مرحله نظارت قوانین حتما قوانینش از فیلتر شرع خواهد گذشت.

۱. تعاریف

۱-۱ قاعده حقوقی

قاعده در لغت به معنای اساس و ریشه و قانون ذکر شده است (عمید، ۱۳۹۰: ۹۳۲). به این مناسبت ستون‌های خانه را «قواعد» می‌گویند. حقوق‌دانان بر این باورند که قاعده حقوقی، قاعده‌ای الزام‌آور است که به منظور ایجاد نظم و استقرار عدالت بر زندگی اجتماعی انسان حکومت می‌کند و اجرای آن از طرف دولت تضمین می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۸: ۵۱۵). با توجه به این تعریف، قاعده حقوقی می‌تواند اعم از حکمی خرد و جزئی باشد که به طور مستقیم ناظر به کار و رفتار معین است، مانند لزوم پرداخت نفقه از سوی شوهر یا کیفر و جزای سارق و اصول و امری کلی باشد که بر مصادیق و موارد جزئی نیز صدق کرده و منطبق است؛ مانند قاعده لاضرار یا قاعده مصلحت. گفته شده: قواعد فقهی، اصول کلی با عبارت‌های کوتاه و اساسی است که احکام تشریحی عام را در حوادثی که در موضوعات آن‌ها داخل است، شامل می‌شود (ولایی، ۱۳۹۸: ۱۴). البته ممکن است قاعده حقوقی خرد یا کلان باشد اما در هر صورت فرایند تشخیص موضوع و مصداق معین و



تطبیق قاعده بر آن در هر دو حالت صورت می‌پذیرد؛ از این رو، تعاریف فقها و اصولیان از این قاعده دقیق‌تر به نظر می‌رسد.

قاعده سازی در احکام جزایی به دو صورت ممکن است: ۱- با رصد قواعد منصوص که بیانگر یک قاعده کلی است و به لحاظ عادت عموم و اطلاق نص به موارد دیگر تسری دارد مانند حرمت مالکیت. ۲- قاعده سازی از طریق فروع مطالب، اقوال و مستندات فقهی به منظور دستیابی به قدر مشترک و استخراج ضابطه کلی که بیشتر قواعد فقهی از این راه شکل گرفته و رواج یافته است (عمید زنجانی، ۱۳۸۷: ۲). قاعده لاضرار نیز قاعده ای کلی است که مورد تایید همه عقلا، علاوه بر تاکیدات شرعی و روایی آن می‌باشد.

۲-۱- ضرر

اهل لغت برای لفظ ضرر معانی متعددی ذکر کرده‌اند. برخی ضرر را در مقابل نفع قرار داده‌اند. همچنین ضرر به معنای سوء حال (بدی حال) نیز آمده است (عمید، ۱۳۹۰: ۸۳۶). اما در معنای عرفی، ضرر یعنی زیان زدن به دیگری بِنفع خود. همچنین ضرر به معنای عمل مکروه نسبت به دیگری و نقص در اعیان نیز آمده است. ضمن این که ضَرُّ به معنای بدی حال و تنگدستی و فقر نیز بکار رفته است (ابن منظور، بی تا/ ۴: ۴۸۲).

۳-۱- ضرار

ضرار بر وزنِ فَعَالٍ مصدر باب مفاعله می‌باشد و دلالت بر ایراد ضرر از طرفین به یکدیگر دارد به تعبیر دیگر در ضرار طرفینی بودن با توجه به باب مفاعله مفروض است. معنای دیگر آن؛ مجازات، تلافی و کیفر دادن ضرری که یکی ایجاد کرده است معنی کرده‌اند. معنای دیگر ضرار را ضرر زدن به دیگری بدون اینکه سودی عاید شود، نیز گفته‌اند (محمدی، ۱۳۸۹: ۱۷۴).

۴-۱- تفاوت ضرر و ضرار

ضرر را اسم مصدر می‌دانند به معنای زیان و ضرار مصدر است به معنای زیان رساندن. تفاوت معنایی مصدر «زیان زدن» با اسم مصدر «زیان» این است که در معنای مصدری یک نوع نسبت تقییدیه ناقص وجود دارد؛ ولی در معنای اسم مصدری چنین نسبتی نیست بلکه خود معنا مراد است (سیستانی، ۱۴۱۴ ه.ق: ۱۱۵). همچنین در مورد معنای ضرار گفته شده ضرار به معنای مجازات بر ضرری است که از طرف دیگری به انسان وارد می‌گردد. ضرار به معنای ضیق و عسر و حرج نیز آمده است. برخی نیز گفته‌اند که ضرر به معنای



تکرار صدور ضرر از کسی است و گفته شده ضرر تنها برای موارد اضرار عمدی استعمال می‌گردد. ولی ضرر هم شامل اضرار عمدی و هم غیر عمدی می‌گردد. و اگر این دو حکم (ضرر و اضرار) در برابر یکدیگر قرار بگیرند، ضرر، زیان غیر ارادی است و اضرار، زیان ارادی است. شیخ انصاری گفته‌اند: ضرر در جاهایی است که انسان به دیگری ضرر می‌رساند که خودش سودی ببرد؛ اما اضرار، در جاهایی است که با ضرر به دیگران سودی هم به خودش بر نمی‌گردد. والا ضرر و اضرار به یک معنا می‌باشند (انصاری: ۳۷۲). امام خمینی، پس از نقل قول‌های گوناگون از کتاب‌های لغت و با استمداد از آیات قرآن می‌نویسد: ضرر و اضرار، بیش‌تر، به معنای کاستی وارد کردن در مال و جان به کار برده شده است و اضرار و برگرفته‌های از آن، به معنای در تنگنا قرار گرفتن و رساندن ناراحتی و زیان به دیگران (زیانهای معنوی). بنابراین، اضرار به معنای ضرر، مجازات بر ضرر و یا ضرر متقابل نیز نیست (خمینی: ۳۲).

۲- ریشه‌های قاعده لاضرار و بسترهای بنیادین آن

۱-۲ خواستگاه اولیه توجه به قاعده لاضرار

این قاعده از دیرباز و در متون رومی قوانین لاتین، بر مبنای حسن نیت به کار برده شده است. در حقوق روم مبنای تقصیر به عنوان مبنای مسئولیت پذیرفته شده بود (بهرامی احمدی، ۱۳۸۸: ۶۰). ریشه نظریه تقصیر این فکر بود که انسان در جایی مسئول است که خطا یا تقصیری مرتکب شده باشد و به تعبیری دیگر، مسئولیت انسان در جایی است که احساس ناراحتی وجدان کند و از نظر اخلاقی مسئول باشد. در این مورد بین مسئولیت کیفری و مسئولیت مدنی وحدت مبنا بود. در حقوق، حسن نیت؛ در اصل، مفهومی اخلاقی است که به تدریج به علم حقوق راه یافته و نهادینه شده است. در واقع، قاعده حسن نیت یکی از نمادهای تأثیر اخلاق بر حقوق به‌شمار می‌رود (جعفرزاده و صراف، ۱۳۸۴: ۱۴۱ تا ۱۶۰). این مفهوم اخلاقی برای پرهیز از هر نوع خدعه و نیرنگ در روابط بین افراد بکار می‌رود. پیرو این قاعده که اجازه هیچ نوع سوء استفاده را در روابط افراد نمی‌دهد. قاعده سوء استفاده از حق بعنوان یک قاعده مبنایی در حقوق غربی اعم از لاتین و کامن لا مورد توجه قرار گرفته است. بعداً با رساله بکاریا در حقوق کیفری، دادگاه، حق مجازات رفتارها را صرفاً به این دلیل که جامعه آن‌ها را تأیید نمی‌کند، ندارد و مرزی که قدرت دولتی حق تجاوز از آن را ندارد، مرزی است که اعمال مرتبط با خود و دیگران را جدا می‌کند (روستایی، ۱۳۹۴: ۵۳). البته در این میان، جمع میان قانون و آزادی، همواره یکی از بنیادی‌ترین مسائل در حقوق عمومی بوده. مکاتب آزادی-خواهانه بدنبال توجیه و ایجاد محدودیت‌هایی برای مداخله دولت در این زمینه بودند. جان استوارت میل



معتقد بود: تنها هدفی که انسان‌ها را مجاز به دخالت در آزادی عمل دیگران می‌کند، صیانت از ذات است. به دیگر سخن، تنها هدفی که برای آن، قدرت می‌تواند به درستی بر اعضای یک جامعه متمدن برخلاف اراده آن‌ها اعمال شود، پیشگیری از ایراد ضرر به دیگران است (تاونزند و جولز، ۱۳۹۰: ۳۲۰). این دیدگاه حقوقی در غرب ناشی از بینش اخلاقی جهت جلوگیری از دخالت دولت در آزادی افراد و توجیه آن در شرایط سوءاستفاده از حسن نیت در رابطه بین افراد است.

اما این قاعده با شدت بیشتر و بهتری در بینش اسلامی بر پایه متون اسلامی پیش بینی شده است. علاوه بر نص قرآنی این موضوع که در جای خود آورده خواهد شد. در روایات متعددی این امر نقل شده و تاکید بزرگان دین بر این امر حاکی از توجه دین به این امر می‌باشد. حدیث لاضرار که در قضیه سمره بن جندب به تواتر نقل شده به خوبی بیانگر توجه خاص اسلام بوده و فقها بعداً با مباحثی که در این مورد پیش کشیده‌اند سعی در اجتهاد و تفقه بر این امر جهت توسعه حقوق اسلامی داشته‌اند.

۲-۲ دیدگاه شرعی در مورد لاضرار

مشهورترین موضوعی که جهت توجیه این قاعده در منابع اسلامی ذکر شده است موضوعی است که به وسیله زراره و ابو عبیده حذاء با اندک اختلافاتی نقل شده است. در کتب اهل سنت نیز عبارت لاضرار و لاضرار، به عنوان حدیث نبوی نقل شده است. خلاصه این روایت در باره موضوع مذکور در کتب حدیث شیعه آن است که سمره ابن جندب درخت خرمایی در خانه یکی از انصار داشت که راه رسیدن به آن از منزل صاحب خانه می‌گذشت صاحب خانه نزد پیامبر اکرم شکایت برد. پیامبر صاحب درخت را احضار و از وی خواست که هر وقت قصد سرکشی به درخت خود را دارد از صاحب منزل اجازه بگیرد سمره امتناع کرد پیامبر به صاحب خانه فرمود برو درخت را بکن و مقابل صاحبش بینداز تا هر کجا می‌خواهد آن را بکارد و بعد فرمود: «اضرر و لاضرار» و یا «لاضرر ولاضرار علی مؤمن» (سیستانی، ۱۴۱۴ ه.ق: ۱۱). فقها این نظر را با عناوین مختلف تفسیر کرده‌اند. مهم‌ترین نظرات در مورد قاعده لاضرار در فقه شیعه عبارتند:

۱. نظریه شیخ انصاری (ره) که معتقد بودند عبارت لاضرار را باید اینگونه خواند که «لا حکم ضرری فی الاسلام» بدین معنا که در اسلام حکم ضرری وجود ندارد.
۲. نظر دیگر از محقق خراسانی است مبنی بر آنکه قاعده لاضرر موجب نفی موضوع است. بنابراین اگر بیعی موجب ضرر شود یا گرفتن وضو با ضرر همراه باشد، آن بیع و وضوی ضرری، جایز نخواهند بود.



۳. نظریه ملا احمد نراقی این است که مقصود از ضرر، ضرر غیر متدارک است یعنی شارع مقدس با این حکم، افراد را ملزم به جبران خسارت کرده است و در نظر شارع هیچ ضرری به کسی وارد نمی‌شود که نتوان آنرا جبران کرد.

۴. نظریه دیگری نیز مطرح است که به برداشت امام خمینی (ره) از قاعده لاضرر مرتبط است. ایشان این قاعده را یک حکم حکومتی می‌دانند. که فقیه می‌تواند در مواقع لزوم با استناد به رفع ضرر، طی حکم حکومتی، حکم به تحریم موضوعی بدهد. به عقیده حضرت امام (ره) قاعده لاضرر فقط با قاعده تسلیط تعارض دارد و موجب تقدم قاعده لاضرر بر آن می‌شود (محقق داماد، ۱۳۹۱، ص ۱۴۲-۱۵۴). نظریه جدیدی را هم آیت الله سبحانی مطرح کرده‌اند که «لا» را مثل سه قول اول به معنای نفی می‌دانند، ولی دایره «ضرر» را ضیق می‌کنند و می‌فرمایند: مراد، نفی، ضرری است که ناشی از جانب مردم باشد نه از ناحیه شارع (سبحانی، ۱۳۹۴: ۹۴/۲/۲۷).

۳-۲ تفاسیر فقهی در مورد "لا" در قاعده لاضرر

لا در قاعده لاضرر، به عنوان نفی جنس بکار می‌رود و مطابق این تفسیر لای منفی دلالت بر هیچ است. یعنی به طور کلی موجود نیست به این ترتیب لا ضرر و لا ضرار یعنی به طور کلی ضرر و زیانی نیست. البته در این مورد پنج نظر فقهی موجود است از جمله نظریه شیخ انصاری که می‌فرماید: «چون ضرر واقعاً در خارج است لذا «لا»، لای نفی جنس حقیقی نیست. و منظور «لا حکم ضرری فی الاسلام» یعنی حکم ضرری در دین اسلام نیست.» بنابراین به نظر شیخ انصاری «حکم» در جمله مقدر است (انصاری، ۱۷۲) نظر دیگر در اینخصوص نظر آخوند خراسانی است که بیان می‌دارند: در این جمله نفی حکم شده است به لسان نفی موضوع. لذا به نظر ایشان آنچه که برداشته شده است، متعلق حکم و به عبارت دیگر، خود موضوع است. فائده بحث در جایی است که موضوع ضرری نباشد، ولی حکم ضرری باشد که به نظر آخوند خراسانی قاعده شامل آن نمی‌شود مانند معامله غبنی. به نظر شریعت اصفهانی در این قاعده به معنای مجازی بکار رفته و «لا» به معنای نهی است، نه نفی جنس (شریعت اصفهانی، ۲۵) و اما نظریه دیگری که از نراقی نقل شده است و بر اساس آن منظور از لا در قاعده ضرری است که متدارک نباشد و ضرری است که جبران نشده باشد (سیستانی، ۱۴۱۴ ه. ق: ۱۳۳). در مقابل این نظرات، نظر دیگری است از حضرت امام خمینی (ره) که وی نیز لا را لای نفی جنس نمی‌داند و آن را لای نهی می‌داند منتها بر اساس نظر امام نهی مذکور ناشی از حکم الهی نیست بلکه ناشی از مقام حکومتی حضرت رسول (ص) می‌باشد (صیقلی و...، ۱۳۹۶: ۸۲) در اینخصوص



ایشان معتقدند که پیامبر سه شان داشته‌اند اول نبوت دوم قضاوت و سوم حکومت که این قاعده صادره از جانب ایشان، ناشی از شان حاکمیتی پیامبر می‌باشد.

۴-۲ قاعده لاضرار در قوانین

مهم‌ترین و صریح‌ترین اشاره در قانون اساسی در اصل ۴۰ بکاررفته شده است در بند ۵ اصل ۴۰ قانون اساسی آمده است که: «هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد» با توجه به این اصل مترقی هر شخص اعم از حقیقی یا حقوقی مسئولیت پاسخ‌گویی را دارد. بعضی از حقوقدانان لزوم تشخیص ضرر از طریق عرف را تصریح نموده‌اند. این امر با توجه به جنبه مدنی آن در حقوق مدنی و در ماده ۱۳۲ اشاره شده است. ماده ۱۳۲ ق.م می‌گوید: «کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود مگر تصرفی که به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا ضرر از خود باشد». این ماده تصرفات مالکانه‌ای را که در حد متعارف و برای رفع حاجت و یا ضرر از خود باشد حتی در صورتی که به ضرر دیگری باشد مجاز اعلام داشته است. مواد دیگری در مورد اضرار دیان و شرکا و همسایه در مواد ۳۰ و ۶۵ و ۱۱۴ و ۱۲۲ و ۱۳۹ و ۵۹۲ و ۵۹۴ و ۶۰۰ و ۸۳۳ و همچنین مواد ۱۰۳۰ و ۱۱۳۰ در مورد روابط زوجین از دیگر قوانین مدنی در خصوص لاضرار می‌باشند. در قوانین تجارت نیز این قاعده کاربرد فراوانی بخصوص در شرکت‌های تجاری و شرح وظایف افراد و مسئولیت‌های قضایی و غیر قضایی در صورت سوء استفاده از حق پیش‌بینی شده است.

در قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹ از جمله مواردی است که قانونگذار وارد بحث قاعده لاضرار شده و مسئولیت ضمان را حکم کرده است و با تحت شمول قراردادان اشخاص حقیقی و حقوقی در ماده یک آن آمده که هر کس بدون مجوز قانونی عمداً یا در نتیجه بی احتیاطی به جان یا سلامتی یا مال یا آزادی یا حیثیت یا شهرت تجارتي یا به هر حق دیگر که به موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده لطمه‌ای وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود می‌باشد. در قوانین دیگر، از جمله در قانون بیمه اجباری وسایل نقلیه موتوری، تعهدات قراردادی شرکت‌های بیمه در قبال اشخاص مقید در قوانین مختلف، قانون کار و تأمین اجتماعی، قانون تخلفات اداری و در مجموع در کلیه قوانین شاخص مستلزم فعل یا ترک فعل مسئولیت اشخاص اعم از حقیقی یا حقوقی از باب مدنی یا کیفری مواردی تصریح و خوشبختانه قانون‌گذار به سمت و سوی تضمین اجرای آن بدون لزوم مراجعه به مراجع قضایی همانند قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۸۹/۱۰/۱۲ (مندرج در روزنامه رسمی ۱۹۲۰۷-)



در تنظیم سند رسمی پیش فروش در دفتر خانه اسناد رسمی و اجرای کلیه نقل و انتقالات با نظارت داوران با پیش بینی مسئولیت‌های پیش فروشنده و پیش خریدار و ضمانت اجراهای کیفری عدم تنظیم سند رسمی و مداخله مشاوران املاک صرفاً جهت مذاکره مقدماتی جهت تنظیم سند رسمی قرارداد پیش فروش می‌رود.

متأسفانه قوانین مجازات، جزء معدود قوانینی هستند که اشاره خاصی به این قاعده در آن‌ها نشده و سه ماده ۳۵۲ تا ۳۵۴ در مورد انجام امور خاصی در ملک خویش است که در صورت زیان به دیگری موجب ضمان شناخته شده بود که در قانون مجازات ۱۳۹۲ در ماده ۵۲۱ با یکپارچه کردن و اصلاح مواد سابق روشن کردن آتش در ملک خود را با شرایطی موجب ضمان دانسته است. یا ماده ۶۹۸ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات و ماده ۷۴۶ قانون یاد شده بخش جرایم رایانه ای در نشر اکاذیب به این امر اشاره کرده است که صرفاً از لحاظ لفظی با قاعده لاضرار، مشابهت داشته باشد و هیچ قانون و فرض و اشاره‌ای در قوانین مجازات ما به این قاعده پایه؛ حقوق افراد، اشاره نکرده است. درحالی‌که همانگونه که اشاره شد تجاوز به حقوق مورد اهمیت افراد در جامعه ضمانت اجرای کیفری دارد و این موضوع حاکی از بی اهمیت بودن این امر از دید سیاست جنایی ما می‌باشد.

۵-۲-بسترهای منطقی قاعده لاضرار

صرف نظر از دلایل لفظی در مورد قاعده لاضرار، به نظر می‌رسد بنای عقلا پشتمانه محکمی برای این قاعده محسوب است. بی تردید بنای عقلا در این امر محقق است که در زندگی اجتماعی و مدنی، زیان رساندن به دیگران اولاً امری ناپسند است و ثانیاً عامل زیان در مقابل زیان دیده مسئول پرداخت خسارت است و لذا 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 شارع احراز می‌گردد. با توجه به این دلیل، بسیاری از مشکلات در مورد قاعده لاضرار از میان برداشته می‌شود. برای مثال، بحث این که آیا قاعده لا ضرار می‌تواند وضع ضمان کند یا خیر، ناشی از تفسیر «لا» در جمله لا ضرر و لا ضرار است، ولی در تمسک به بنای خردمندان طبعاً پاسخ واضح است (صیقلی، ۱۳۹۶: ۹۱). چنانچه گفته شود هر مقدار از ضرر موجب رفع حکم نمی‌شود، بلکه ضرر باید به حدی برسد که قابل تحمل نبوده یا تحمل آن دشوار باشد، پس آنچه موجب رفع حکم می‌شود، ضرر به خودی خود نیست، بلکه قابل تحمل نبودن یا دشوار بودن تحمل آن، یعنی در واقع اضطراب یا عسر و حرج ناشی از قابل تحمل نبودن ضرر است در حقیقت مواردی که تصور



شده است عنوان ضرر در آن‌ها موجب رفع حکم شده است، از مصادیق قاعده عسرو حرج یا قاعده اضطرار هستند.

۶-۲ تبیین قاعده لاضرار و اصل برائت

مطابق قاعده لاضرار تشریح و تصویب حکم ضرری و زیان رسان ممنوع است و از سوی دیگر دلیل بر عدم امکان تفسیر قاعده لاضرار به الگوی دفاعی جرم انگاری، نبود تعریف هنجاری از ضرر است. در حالی که مهم‌ترین ویژگی هر اصل مدعی توجیه مداخله کیفری، توان ترسیم مرز میان هنجارهای کیفری از سایر هنجارها است، تعریف ارائه شده از ضرر در قاعده لاضرار تعریفی عرفی است و از این رو، ضرر مفهومی گسترده و غیرشفاف دارد. از سوی دیگر، بنای ضرر بر تعریفی عرفی، بیم اصطکاک این قاعده با اصل برائت را به دنبال دارد (روستایی، ۱۳۹۴: ۶۵). اصل ضرر از پشتیبانی اصل آزادی برخوردار است و معیارهایی عینی برای تعیین مفهوم و قلمرو ضرر دارد، مفهوم عرفی ضرر در قاعده لاضرار و عدم وجود معیاری برای تحدید آن به دامنه خاصی از رفتارها، موجب می‌شود اعمال این قاعده بعنوان یک اصل اولیه برای مداخله کیفری دولت در مقابل اصل برائت ایستادگی کرده، محملی برای جرم انگاریهای گسترده شود.

در صورت درگیری قاعده لاضرار با اصل برائت، آثار آن با اصل ضرر یکی می‌شود « شما مشمول اصل برائتید، مگر اینکه رفتار شما مشتمل بر ضرر باشد.» در این حالت، فقدان معنای هنجاری برای ضرر در قاعده لاضرار، موجب تحدید آزادی‌های فردی می‌شود (روستایی، ۱۳۹۴: ۶۹). اصولاً در تمامی حقوق، امکان سوء استفاده وجود دارد و حق امری نسبی است که ممکن است افرادی، حقوقی معارض با هم داشته باشند و نکته‌ای که اینجا مورد توجه است این است که کدام حق مهم‌تر است یا نمود سوء استفاده در کدام حق وجود داشته یا مفروض است.

۳. توجیه کاربرد قاعده لاضرار در حقوق کیفری

۱-۳. توجیه عقلی قاعده لاضرار

گفته شده، حق تا جاییکه نیاز است باید استفاده شود و استفاده از حق بیش از نیاز، در صورتیکه با حق دیگران تعارض داشته باشد؛ مانند اینکه فرد، دیوار خانه خود را بلندتر از حد بسازد تا همسایه از نور محروم شود. باید تا قدر کفایت، محدود گردد. از سوی دیگر اگر بنا بر عمل به قانون باشد این امر در اجتماع، مستلزم



گذشتن از مقداری از حق خود است و این معنای تحدید آزادی در یک نظام قانونمند است که به نفع جامعه و فرد است.

در برداشت‌های مختلفی که در مورد قاعده لاضرار وجود دارد این موضوع که آیا این قاعده حکمی را اثبات می‌کند یا اینکه حکمی را نفی می‌کند. مورد مناقشه است. مثلاً اینکه امری را که شامل حال قاعده می‌شود مانند سوء استفاده از حق داشتن وکیل و عدم حضور در جلسه تفهیم اتهام، که باعث تضرر شاکی و جامعه خواهد شد و اینکه هیچ قانونی مبنی بر منع این امر و جبران ضرر وجود ندارد آیا می‌توان به استناد این قاعده جبران زیان را درخواست کرد یا اینکه تنها ممنوعیت از این امر وجود دارد و هیچ نوع جبران زیانی نخواهد بود. البته در خارج از قانون و بر اساس منطق عقلی و دیدگاه فقهی مشهور حتماً جبران و حکم نیز در کار خواهد بود. البته بر نفی ضرر علاوه بر مستندات شرعی، دلایل عقلی محکم نیز وجود دارد و در واقع باید گفت که مدلول این قاعده جزو مستقلات عقلیه است و مهم‌ترین دلیل بر حجیت آن مدرک چهارم فقه، یعنی عقل است. علاوه بر عقل که به موازات ادله و مدارک دیگر بر حاکمیت و اعتبار قاعده لاضرر گواهی می‌دهد. به شرح مندرج در قرآن مجید و مضمون روایاتی که در این باب وارد شده است قاعده لاضرار به روایت و مناسبات بین مردم حاکم است (محقق داماد، ۱۳۹۴/۲: ۲۱۴). در به کارگیری این اصل در نظریه جرم انگاری، این موضوع مطرح می‌شود که آیا می‌توان اصلی بر این مبنا برای توجیه جرم انگاری در حقوق کیفری داخلی ارائه داد. به عبارت دیگر، آیا این قاعده می‌تواند عملکردی مشابه اصل ضرر در توجیه مداخله کیفری داشته باشد؟ (روستایی، ۱۳۹۴: ۵۸) لازم به ذکر است با توجه به اصل ضرر که در حقوق غربی منشا جبران زیان افراد در موارد زیان از جانب دیگری است. بیشتر جنبه مدنی مسئولیت مدنظر است و قاعدتاً در صورت سوء نیت در سوء استفاده از حق که منظور نظر ما در تفسیر کیفری قاعده لاضرار است این امر در صورت جرم انگاری قابلیت اثبات حکم عدمی را خواهد داشت.

توجیه حکومت قاعده لاضرار بر احکام عدمی یا عدم حکم از آنجاست که اگر وظیفه‌ای برعهده کسی باشد او نه تنها مسئول آثار کارهایی است، که در ارتباط با مسئولیت خود انجام می‌دهد بلکه مسئول ترک فعل‌های خود نیز هست و این مسئولیت مورد قبول همه نظام‌های حقوقی است و مخصوصاً وقتی شارع خداوند است، نمی‌توان پذیرفت، که در بخش مهمی از حقوق مردم، وضع قانون نکرده باشد. ولی واقعیت این است، که اسلام این وظیفه را به بهترین وجه انجام داده و این انجام وظیفه با وضع «قاعده لاضرر» بوده است. یعنی اسلام با وضع قاعده لاضرر اعلام کرده که هیچ ضرری را بر نمی‌تابد و نه تنها هیچ حکمی که مجوز ضرر باشد وضع نکرده بلکه در این زمینه هیچ خلاء و کمبودی نیز در شرع اسلام نیست و شگفت‌آور



است، که این موضوع روشن و بدیهی را که از افتخارات اسلام است، کسانی درک نمی‌کنند (بهرامی احمدی، ۱۳۸۸: ۲۷).

۱-۳ توجیه حقوقی قاعده لاضرار بر محور عدالت

حق، در تعریف عدالت، حضوری آشکار دارد. گویی حق و عدالت در کنار هم معنا می‌یابند و به یکدیگر وابسته می‌باشند. یکی از معانی حق در لغت؛ عدل، است (ابن منظور، ۱۴۱۹/۱۰: ۵۳). اینکه حق چیست و چگونه باید استفاده شود بحثی است که مورد مناقشه مکاتب فکری و به تبع آن نظام‌های حقوقی گردیده است. گروهی معتقدند که حق در راستای اهداف اجتماعی بکار گرفته می‌شود و هر نوع استفاده از حق در راستای منافع جامعه باید باشد. این دیدگاه بیشتر نظر اشتراکی و اصالت جامعه است که محدود کننده آزادی افراد است که در حال حاضر کاربردی نسبی دارد. دیدگاه دیگر که اصالت فرد در استفاده از حقوق خود را مد نظر دارد تنها محدودیت استفاده از حق را زیان دیگری می‌داند که اصل ضرر در دیدگاه غربی به این موضوع اشاره دارد. و دیدگاه دیگر که مد نظر ماست سوء استفاده از حق است که باید بر علیه حقوق دیگری بکار برده شود. امام علی می‌فرماید: از جمله حقوق الهی حقوقی است که برای مردم بر مردم قرار داده است، آن‌ها را چنان وضع کرده که هر حقی در برابر حق دیگر قرار می‌گیرد، هر حقی به نفع یک فرد و یا یک جمعیت، موجب حقی دیگر است که آن‌ها را متعهد می‌کند، هر حقی آنگاه الزام آور می‌گردد که دیگری هم وظیفه خود را در مورد حقوقی که بر عهده دارد انجام دهد (نهج البلاغه، ۱۳۷۸: خطبه ۲۱۴).

حق، هنگامی رعایت می‌گردد که در جامعه، عدالت حاکم باشد. شالوده عدالت، احقاق حقوق است (مطهری، ۱۳۹۶: ۳۰). ابن سینا در خصوص حاکمیت، با برهان نبوت دیدگاه خاصی در مورد راهکار عدالت محور ارائه کرده است. تکیه گاه این برهان بر مدنی بودن و اجتماعی بودن انسان‌ها است. آدمی بدون مشارکت دیگر آدمیان از بین خواهد رفت. مشارکت، متوقف بر رابطه و معامله است. معامله، سنت و عدل می‌خواهد. سنت و عدل، عدالت گزار انسانی می‌خواهد. والا، کار جوامع انسانی به اختلاف و نزاع می‌انجامد. به عبارت دیگر بنای جوامع انسانی متوقف بر قانون عادلانه و مجری عادل است (شکوری، ۱۳۸۴: ۳۰۸) در باب اهمیت مفهوم عدالت در اسلام، همین بس که برخی معتقدند که اصل عدالت را می‌توان به عنوان معیاری برای فقاقت و استنباط‌های فقهی مطرح نمود و در این راستا شهید مطهری نیز عدالت را از مقیاس‌های اسلام شمرده و انکار آن را موجب عدم رشد فلسفه اجتماعی و فقه متناسب با اصول می‌داند و لذا می‌گوید که اگر حریت و آزادی فکر وجود داشت، اگر موضوع برتری اصحاب سنت بر اصل عدل پیش



نمی‌آمد، اگر بر شیعه مصیبت اخباریگری نرسیده بود و فقه ما نیز بر مبنای اصل عدالت بنا شده بود، دیگر دچار تضادها و بن بست‌های کنونی نمی‌شدیم (مطهری، ۱۴۰۳، ه.ق: ۱۴-۱۵).

۳-۴ توجیه عدالت در پرتو قانون

متأسفانه بیشتر حقوقدانان و افراد مرتبط با حقوق در مواجهه با بعضی قوانین و اجرای آن‌ها از ضعف قانون و یا اشتباهات قانونگذار صحبت می‌کنند. این امر در دادگاه‌ها بیشتر شایع است و بدون غور در فلسفه تقریر قانون و ایجاد آن که برقراری نظم و عدالت در جامعه توسط نهادی که مدافع حقوق جامعه است، با انتقاد از قانون و قانونگذار برداشت‌هایی اشتباه و بدتر از همه، ناعادلانه از قانون را بکار می‌گیرند. فارغ از اینکه مهم نیست چه کسی قانون را وضع کرده یا ظاهر قانون، چه گفته است. قانونگذار فارغ از هر فرضی، شخصیتی حقوقی و منطقی و عادل و مدافع حقوق جامعه خود با وظیفه برقراری قوانینی در راستای این اهداف است.

همه اندیشمندان، به رغم اختلاف نظرهای آنان درباره نظام حکومتی مطلوب، این اصل کلی را می‌پذیرند که نظام حکومتی مطلوب، بایستی حکومت قانون به عنوان تنها امکان رعایت مصلحت عمومی همه شهروندان باشد. قانون بر مبنای نیازهای جامعه و توسط دانایان هر جامعه صورت می‌گیرد. بوعلی در کتاب شفا می‌گوید: چون اوضاع زمان متغیر است. و پیوسته مسائل جدیدی پیش می‌آید؛ و از سوی دیگر قوانین شرع ثابت و لایتغیر است، نیاز است که در همه زمان‌ها افرادی باشند که با معرفت و خبرویت کامل در مسائل اسلامی و با توجه به مسائل جدید هر عصر، پاسخگوی احتیاجات مسلمین باشد (شکوری، ۱۳۸۴: ۱۱). افلاطون در قوانین تا آن جا پیش می‌رود که فراهم کردن بیش‌ترین سعادت و بیش‌ترین دوستی متقابل ممکن برای شهروندان را هدف اصلی قانون‌گذاری می‌داند. از آنجاییکه بشر قابل فساد است پس لازم است که حتی بهترین و خردمندترین حکام نیز بوسیله مقررات و قواعد قانونی محدود شوند.

فضیلت انسانی اساساً عبارت است از حالت مناسب نسبت به لذت و درد یا مهار مناسب درد و لذت. مهار مناسب، مهاری است که از استدلال درست سرچشمه می‌گیرد. قانونگذار کامل طالب این است که این آموزه صریحاً سودمند تعلیم داده شود؛ حتی اگر حقیقت نداشته باشد (افلاطون، ۱۳۸۰: جلد یک-۱۶۵). بر پایه این نظر، قانون که از عقل و حکمت (صفات اصلی قانونگذار است) ناشی می‌شود. قدرت جلوگیری از امیال و هوس‌های افراد را دارد. مشروط بر اینکه عادلانه باشد. ارسطو معتقد است که از مهم‌ترین شاخصه‌های حکومت خوب، حاکمیت و تفوق قانون بر جامعه و شهر است. به نظر او مهم نیست که حکومت چه شکلی



دارد. بلکه مهم آن است که قدرت تفویض شده را طبق قانون به کار ببرد. ارسطو در سیاست می گوید: فرمانروایی یک نفر اغلب خودخواهانه و بدون محدودیت‌های قانونی است. چون هیچ طبقه‌ای حق حاکم شدن ندارد، پس حاکمیت باید طبق قانون باشد. قانون مورد نظر ارسطو، عام و کلی است. از دید او همه قوانین باید به سود عدالت به کار برده شود (ارسطو، ۱۳۹۰: ۱۱۵). البته ارسطو می‌پذیرد که قانون نمی‌تواند ثابت باشد و لازم است که بر حسب اوضاع و احوال تغییر کند. به نظر وی هر دولتی متناسب با مردم خود است و بهتر یا بدتر نمی‌تواند باشد. بنابراین هر کاری باید کرد تا جمعی عقلایی و تابع عقل سلیم، میانه‌رو و اخلاقی از شهروندان ایجاد کرد (علی خانی، ۱۳۹۷: ۷۷). البته نکته ای که در سیستم قانونگذاری اسلامی ما وجود دارد، حاکمیت دین در راس امور است. و راهکاری که در موارد ضعف قانون و قانونگذار ارائه می‌شود احکام حکومتی است در مورد احکام حکومتی علامه طباطبایی این قسم از احکام را در مقابل احکام و قوانین ثابت و غیر قابل تغییر معنا نموده و معتقدند «سلسله تصمیماتی که ولی امر به مقتضای مصلحت و توجه به زمان و مکان می‌گیرند. احکام حکومتی متغیر و موقتی هستند و هرگاه مصلحت و شرایط زمانی و مکانی از بین برود قابل تغییر و تعطیل می‌باشند (طباطبایی، ۱۳۸۷: ۶۵). البته حکم حکومتی نیز بخشی از وظایف قانون و قانونگذار را شامل می‌گردد. و فقط راهکاری در مقابل موارد فوری و موثر بر احوال جامعه می‌باشد.

قانونگذار شخصیتی حقوقی است که طبق فرض اصلی، شخصیتی منطقی و مدافع حقوق جامعه می‌باشد و این امر می‌رساند که هیچ کار عبث و ناعادلانه و غیرعقلایی نخواهد داشت. قانونگذار اصلی و حکیم‌ترین حکما باری تعالی می‌باشد و انسان در جامعه این وظیفه را به نهادی با خصوصیات عاقل و دانا و حکیم و عادل، می‌سپارد. امام خمینی (ره) می‌فرماید: قانونگذار طبق وظیفه‌ای که برعهده دارد باید کسی باشد که از نفع بردن و شهوترانی و هواهای نفسانی و ستمکاری برکنار باشد، و درباره او احتمال اینگونه چیزها ندهیم، و آن غیر خدای عادل نیست (خمینی، ۱۳۹۲: ۳۸۴). آیت الله مکارم شیرازی در این خصوص موارد زیر را بیان داشته‌اند: قانون گذاری برای انسان‌ها، باید صفات زیر را داشته باشد. ۱- شناخت کامل نوع انسان. ۲- استفاده از قانون برای شکوفا شدن استعداد های انسانی ۳- شناخت حوادثی را که ممکن است برای جامعه پیش آید ۴- نداشتن منافع در جامعه ۵- آگاهی از تمام پیشرفت‌ها و همچنین انحطاط‌ها و سقوط‌ها ۶- دارا بودن حداکثر مصونیت ۷- داشتن قدرتی که مرعوب هیچ مقام و قدرتی نگردد، در عین حال فوق العاده مهربان و دلسوز باشد (مکارم شیرازی، ۱۳۷۶: ۱۶۱). بنابراین غیر از خدا و کسی که شرایط فوق را داشته باشد کسی نمی‌تواند قانون گذار خوب و جامعی باشد. قانونگذار مطلوب باید قوانینی با ویژگی‌های عادلانه و منطقی



تصویب کند. این امر بدست نمی‌آید مگر اینکه اصولی در نظر گرفته شود. منظور از ویژگی‌های اصلی قانون آن دسته از وجوه ممیز و عناصر مقوم است که بدون وجود آن‌ها اساساً قانون منعقد نمی‌شود. اگر قاعده‌ای ویژگی‌های زیر را دارا نباشد از موقعیت یک قانون برخوردار نخواهد شد و کارکردهای ضروری یک قانون، کارکردهای حداقلی، را انجام نخواهد داد. از این رو شاید بتوان فهرست زیر را حداقلی و کارکردگرا نیز نامید: الف- الزام آور، ب- عام، ج- امری، د- علنی، ه- واضح، و- معطوف به آینده، ز- مفید قطعیت، ح- مصوب مرجع صلاحیتدار. (گزارش شماره ۶۹۸۱ مرکز پژوهش‌های مجلس با عنوان: آشنایی اجمالی با کلیات علم حقوق در زمینه قانونگذاری و قوای سه‌گانه) قوانین می‌تواند سه مشکل بزرگ را برای ما حل کند: ۱- قانون حدود وظائف هر فرد را در برابر جامعه، و وظائف جامعه را در برابر هر فرد روشن می‌سازد، استعدادها را شکوفا و تلاش‌ها را هماهنگ می‌کند. ۲- قانون راه را برای نظارت لازم بر انجام وظیفه از سوی افراد هموار می‌نماید. ۳- قانون جلو تجاوز افراد را به حقوق یکدیگر گرفته، و مانع هرج و مرج و برخورد افراد و گروه‌ها می‌گردد، و در صورت لزوم برای متجاوزان مجازات مناسب را تعیین می‌کند (مکارم شیرازی، ۱۳۷۶: ۱۶۲).

۵-۳ توجیه اصولی قاعده لاضرار

در امور کیفری موارد متعددی وجود دارد که لزوم کاربرد این قاعده وجود داشته و مطمئناً منظور نظر قانونگذار و هر انسان عاقل و با منطقی (فرض اصلی قانونگذار) نیز این امر می‌باشد. شاید این موضوع ناشی از تعارضی ظاهری (البته در مرحله اجرا قوانین باهم تزام دارند) باشد که در واقع بین ادله تعارض وجود ندارد و با کمی تأمل، عرف، به راه حلی برای رفع آن دست می‌یابد. این تعارض شامل شعب و فروع زیر است: تخصص، تخصیص، تقييد، حکومت و ورود (ولایی، ۱۳۸۷: ۱۸۳). قبلاً گفتیم که از نظر آیت الله سیستانی و شیخ انصاری و امام خمینی قاعده لاضرار بر قواعد و دلایل معارض، حکومت دارد یعنی قاعده لاضرار، اعم از قواعد و دلایل دیگر است.

گروهی معتقدند که قاعده لاضرار جهت تنظیم امور شخصی افراد وضع شده و مختص قوانین تجاری و مدنی است. در حالیکه با توجه به عدم صراحت قانون و شرع در این مورد و در موارد شک، اصولی وجود دارد که چاره ساز است و راهکار مورد قبول همه عقلاً می‌باشد. در ابتدا با کمک اصالة العموم وقتی در عام یا خاص بودن لفظی شک کردیم حکم به عام بودن آن می‌دهیم (ولایی، ۱۳۸۷: ۱۴۷). پس لفظ قاعده لاضرار برای تمام امور حقوقی افراد وضع شده و تنها مختص روابط شخصی یا مدنی نمی‌باشد. از سوی دیگر مطابق



اصل اصالة الاطلاق وقتی شک کردیم که لفظی مقید به قیدی می‌باشد یا نه. اصل را بر مطلق بودن و مقید نبودن می‌گذاریم (ولایی، ۱۳۸۷: ۱۴۶). پس چون لفظ قاعده لاضرار مقید به هیچ قیدی که اختصاص آن را به امور تجاری و مدنی افراد قرار داده باشد ندارد پس در تمام امور و روابط افراد چه حقیقی و چه حقوقی کاربرد دارد.

۴. موارد کاربرد قاعده لاضرار در امور کیفری

این موضوع در حقوق از تزامم دو حق متقابل بوجود می‌آید. یعنی ابتدا باید شخصی حقی داشته باشد و در مقابل آن حقی دیگر نیز وجود داشته باشد که کاربرد یکی به ضرر دیگری است. البته گفته شده حق نسبی است و افراد در استفاده از حقوق خود، نسبت به یکدیگر ممکن است با تعارض مواجه شوند. در این مورد تحدید آزادی افراد پیش می‌آید و فقط تا حدی حق استفاده از حقوق خود را دارند که برای حقوق دیگران مزاحمت ایجاد نکند. یا در تعبیر قاعده موضوع بحث مقاله، زینانی برای حق دیگری ایجاد نکند. پس در رویه قضایی و حقوقی هرگاه با این موضوع مواجه شدیم، بی‌درنگ به قاعده عقلی لاضرار مراجعه کرده و اجازه سوء استفاده از حق را؛ در جهت برقراری عدالت، نمی‌دهیم. با توجه به مشکلاتی که از عدم توجه به قاعده لاضرار در امور کیفری وجود دارد. مواردی بعنوان نمونه از این تعارضات ذکر می‌شود.

۱-۴ اعسار

اعسار حقیست که مطابق قاعده تفلیس، بیان می‌کند: المفلس فی امان الله. هر مدیونی که مالی بر دین دارد و توان پرداخت آنرا ندارد مطابق ماده یک قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی ۱۳۹۴ می‌تواند از دادگاه بخواهد و مطابق ماده ۳ قانون یادشده مانعی برای حبس محکوم علیه است. مبنایی که در قاعده تفلیس مقرر شده هرچند برخلاف اصل ملاتت افراد است. ولی قاعده ای منطقیست که متأسفانه موجب سوء استفاده افراد از این حق گردیده است. در موضوعات کیفری چون مالی وجود ندارد به جز جزای نقدی که مطابق صراحت قانونی قابلیت تقسیط دارد. در باقی مجازات‌های مالی که مهم‌ترین آن، رد مال می‌باشد؛ که مجازات اصلی جرایم اختلاس و سرقت و کلاهبرداری است، اولاً بدلیل اینکه رد مال، مجازات است و ثانیاً محکوم علیه باید ثابت کند که مال تحصیل شده از جرم را تلف کرده است تا دادگاه وارد بحث اعسار وی گردد. ثالثاً با وجود این امور این امر خلاف قاعده لاضرار است که در تعارض حق محکوم له و محکوم علیه، قاعدتاً باید سختگیری بیشتری از سوی مراجع قضایی برای احقاق حق محکوم له صورت گیرد.



۲-۴ مرور زمان

مرور زمان در موضوعات کیفری برخلاف امور مدنی که پذیرفته نشده است. قاعده ایست که هم در مرحله شکایت هم تعقیب و هم در مرحله تحقیق و رسیدگی و اجرای حکم توسط قانونگذار پذیرفته شده و در موارد بسیاری مانع از احقاق حقوق افراد بدلیل شمول مرور زمان یا سوء استفاده مجرمین از این امر می شود. هرچند در تبصره ماده ۱۰ و ۱۰۹ قانون مجازات اسلامی برخی جرایم از شمول این ماده خارج شده- اند با اینکه رای وحدت رویه ۶۹۶ جرمی مثل کلاهبرداری را مشمول مرور زمان نمی داند ولی رویه قضایی؛ رای وحدت رویه را که منطقی شرعی مبتنی بر اکل مال باطل بودن موضوع و عدم اجازه دخل و تصرف در احکام شرعی می داند، با توجه به قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ نسخ شده می داند! توجه به حقوق بزه دیده در بسیاری از جرایم حق الناسی در مرحله شکایت و دیگر جرایم در مراحل دیگر در صورت تعارض با حقوق افراد یا سوء استفاده مجرمین از این امر باعث اجرای بهتر عدالت خواهد شد.

۳-۴ حقوق مکتسبه متهم

این حق در موارد عطف به ماسبق شدن قانون در شرایط شکلی قوانین کیفری بوجود می آید. اما در مواردی در شرایط ماهوی نیز اعمال می گردد. مانند اینکه متهمی در قانون قدیم مطابق قاعده درء می توانست از براءت استفاده کند ولی قانون جدید فرضی را برقرار کرده است که نیازمند اثبات بی گناهی از جانب متهم است. مطمئنا قانون لاحق بر اساس شرایط جدید و در جهت دفاع بهتر از حقوق افراد و جامعه وضع شده است و استفاده از حقوق مکتسبه در قانون سابق خلاف عدالت و نوعی سوء استفاده از حق می باشد.

۴-۴ تبدیل مجازات حبس

در ماده ۵۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری مقرر شده که اگر محکوم به حبس، تحمل زندان را نداشته باشد به پیشنهاد قاضی اجرای احکام؛ موضوع، برای تبدیل مجازات حبس به دادگاه صادر کننده رای قطعی ارسال می شود. این حقی منطقی و قانونی برای بزهکاری است که توان حبس را ندارند و بقیه مجازات‌ها نیز به همین شکل از نظر منطقی باید قابل تبدیل باشد. اما نکته ای که در اجرا متأسفانه در رویه قضایی به آن توجه نمی شود این است که مثلاً اگر یک کلاهبردار به این دلیل شرایط اجرای حبس را نداشته باشد. تکلیف بقیه مجازات‌ها چه خواهد شد؟ می دانیم که تنها ضمانت اجرای مجازات‌های مالی، حبس است و بزهکاری که بنا بر قاعده اعسار مال ندارد و شرایط حبس را نیز ندارد چگونه انجام باقی مجازات‌ها را می توانیم اجرا کنیم.



موارد عدیده‌ای از این موضوع در مرحله اجرا اتفاق می‌افتد که مصداق بارز قاعده لاضرار می‌باشد که شایسته رفع این تعارض جهت برقراری عدالت می‌باشد.

۵-۴ قانون جدید کاهش مجازات حبس تعزیری

مطابق این قانون حبس در بسیاری از جرایم مشمول کاهش گردید و فقط مجازات توهین، افزایش یافت که به نوع خود گنجانیدن این موضوع در قانونی که بنام کاهش مجازات حبس مشهور شده نوعی بی‌توجهی قانونگذار (گفتیم که قانونگذار عاقل است و منطقی تصمیم می‌گیرد) است. در هر حال تناقضی که در رویه جاری دادگاهها وجود دارد ارسال پرونده های دارای رای غیابی از اجرا جهت کاهش قانونی می‌باشد که در یک مورد، حبس یک سارق بدلیل شمول قانون، تبدیل به جزای نقدی گردید. بزه دیده نیز که بعد از چند سال دوندگی و پیگیری، نتوانسته بود، بدلیل متواری بودن سارق حکم را اجرا کند مواجه با حکمی شده بود که دیگر هیچ ضمانت اجرایی جهت حکم صادره در آن وجود نداشت. نکته بعدی در این قانون در مورد تعدد و تکرار جرم است که مجرمین حرفه ای هرچه جرایم با درجات شش و پایتتر مثل کلاهبرداری کمتر از یک میلیارد ریال یا خیانت در امانت را مرتکب شوند. مقام قضایی هیچ راهکاری جهت تشدید مجازات وی نداشته و شاید اگر با اقدامات تامینی سازگار باشد این ضمانت را بکار گیرد که بدلیل عدم وجود زیرساخت و توجیهی در مورد این اقدامات، رویه قضایی تمایلی به کاربرد آن نشان نمی‌دهد.

۶-۴ تامین کیفری

تامین در جرایم، ضمانتی است که لازمه آزاد بودن فرد متهم تا مرحله اجرا می‌باشد و جبران خسارات بزه دیده نیز یکی از دلایل اخذ تامین می‌باشد ولی در مواردی که متهم متواری است. تامینی نیز اخذ نخواهد شد زیرا تامین بعد از حضور متهم در دادگاه و تفهیم اتهام به وی صورت می‌گیرد و تامین غیابی معنا ندارد. اما متأسفانه مشاهده شده که متهمین متواری از آرای دادگاهها و اخواهی و تجدید نظرخواهی نیز می‌کنند و دادگاهها بدون توجه به این مورد و با توجیه این امر که اعتراض حق متهم است و ممکن است دلایلی ارائه کند که تبرئه شود بدون اخذ تامین به اعتراض وی رسیدگی می‌کنند. البته ماده ۴۰۶ آیین دادرسی کیفری در مرحله اجرا، و اخواهی را با حضور متهم و ارسال پرونده، تحت الحفظ متهم به دادگاه جهت اخذ تامین پیش بینی کرده است. ولی در باقی موارد دادگاهها بدون توجه به سوء استفاده‌ای که بزهکاران از این حق بعمل می‌آورند و بدون توجه به حقوق بزه دیده به درخواست محکوم علیه رسیدگی می‌کنند.



۷-۴ وکالت در امور کیفری

وکالت حقیقت که مطابق اصل ۳۵ قانون اساسی برای طرفین دعوا در همه دادگاه‌ها مقرر شده است. این حق جهت افرادی که دانش کافی یا وقت کافی یا شان حضور در دادگاه‌ها را ندارند امری بسیار پسندیده و منطقی می‌باشد. اما در مواردی که افراد جهت عدم حضور در دادگاه مانند نسپردن تامین یا عدم ملاحظه قضایی (شرایط فیزیکی و ظاهری افراد یکی از عوامل موثر در صدور رای است) یا اعلام نکردن محل اقامت، وکلا را بکار می‌گیرند. دادگاه‌ها، با محذوراتی جهت پذیرش یا عدم پذیرش وکیل مواجه می‌باشند. که اولویت اصل ۴ قانون اساسی بر اصل ۳۵ و منطقی بودن اصل ۴ از نظر عقلا، راهکاریست که باید مورد توجه قرار گیرد.

۵. تاثیر توجه به قاعده لاضرار در پیشگیری از جرم

راهکار پیشگیرانه از جرم مبتنی بر حفظ حقوق و سلامت جامعه و حقوق بزه دیده و شان بزهکار می‌باشد. در صورت سختگیری و توجه به قاعده لاضرار امکان سوء استفاده افراد آماده جرم یا بزهکاران، برای جرایم بعدی بسته یا حداقل کمتر خواهد شد. زیرا این امر باعث کاهش انگیزه‌ها و وسوسه‌های بزهکاران خواهد شد (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۷۲: ۴۱۴-۴۱۶). مطمئناً با توجه بیشتر به این قاعده در دادگاه‌ها و دکتترین حقوقی، شدت، نرخ جرایم، بخصوص جرایم مالی که بزهکاران مترصد رخنه‌ای در قانون، جهت سوء استفاده از آن می‌باشند بسته خواهد شد و گام‌های بلندی به سمت عدالت و جلب اعتماد جامعه برداشته خواهد شد.



نتیجه‌گیری

حقوق جهت برقراری نظم بین افراد وضع شده و قوانین ابزاری جهت برقراری این نظم در جامعه می‌باشند. ویژگی اصلی قوانین عادلانه و حق محور بودن آن است. قاعده لاضرار نیز جهت برقراری این نظم و عدالت از جانب شارع و روایات و منطق عقلا استنباط شده است. اینکه این قاعده تا چه حد در حقوق ما تاثیر گذار بوده است. رویه جاری دادگاه‌ها و اینکه بیشتر قانون محور هستند و شجاعت تفسیر قانون بر اساس قواعد اصلی آنرا ندارند. موبد غفلت از این قاعده در دادگاه‌ها و رویه حقوقی ما می‌باشد. این امر شاید ناشی از کم توجهی دکتربین ما که نقش آموزشی مهمی دارند باشد. بی‌توجهی و غفلت از این موضوع در موضوعات کیفری شاید بیشتر به چشم بیاید چونکه موضوعاتی که از نظر جامعه دارای ارزش بیشتری هستند در آن بحث می‌شود و عدم توجه به این قاعده اساسی، احساس بی‌عدالتی در بزه دیدگان و احساس رندی و زیرکی و توسل به ترفندهای حق به جانبانه در بزهکاران حرفه ای را در پی دارد.

راهکار پیشگیرانه شاید بیشترین کاربرد را در برخورد با جرایم داشته باشد. اما قدرتی باید باشد که با شناخت کامل از این راهکار و بکارگیری آن همراه با زیرساخت‌های فرهنگی آن به آن مبادرت ورزد. که متأسفانه وقتی تا این حد بی‌توجهی به یکی از قواعد اساسی حقوقی مشاهده می‌شود احساس می‌شود یا آشنایی کافی با این قواعد عدالت وجود ندارد و یا اراده‌ای برای توجه به آن وجود نداشته یا توانی جهت اجرا وجود ندارد که هر سه مورد تالی فاسد قربانی کردن عدالت و حقوق افراد ضعیف در مقابل بزهکاران و قانون شکنان است.



منابع

۱. کتب

- قران کریم
- علامه شریف رضی (۱۳۷۸)، *نهج البلاغه*، ترجمه سید جعفر شهیدی، تهران: شرکت انتشارات علمی و فرهنگی.
- ابن منظور (ه.ق. ۱۴۱۹)، *لسان العرب*، عربی، ج ۴ و ج ۱۰، بیروت: نشر دار إحياء التراث العربی.
- ارسطو (۱۳۹۰)، *سیاست*، ترجمه حمید عنایت، چاپ هفتم، تهران: انتشارات علمی و فرهنگی.
- طباطبایی، محمد حسین (۱۳۸۷)، *معنویت شیعه*، چاپ ۴، تشیع، قم: نشر تشیع.
- دواردز، الستر، جولز، تاونزند (۱۳۹۰)، *تفسیرهای جدید بر فلیسوفان سیاسی مدرن*، از *ماکیاولی تا مارکس*، ترجمه خشایار دیهیمی، تهران: نشر نی.
- اشکبوس، حمزه (۱۳۹۶)، *بررسی اصل چهارم قانون اساسی - موضوع جلسه سیام مشروح مذاکرات*، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
- افلاطون (۱۳۸۰)، *دوره آثار افلاطون*، جلدیک، ترجمه محمدحسن لطفی، تهران: انتشارات خوارزمی.
- انصاری (۱۴۱۱.ق)، *مکاسب*، قم: نشر منشورات دارالذخائر چاپخانه خیام.
- انصاری، مرتضی (۱۲۱۴)، *رسائل*، قم: نشر تحقیقات و نشر معارف اهل بیت (ع) کتاب خطی.
- خانی، علی (۱۳۹۷)، *اندیشه‌های ارسطو در باب سیاست، جامعه و اخلاق*، قم: دانشنامه پژوهه، پژوهشکده باقرالعلوم.
- خمینی، روح الله (۱۳۷۸)، *رسائل*، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره) جلدیک.
- خمینی، روح الله (۱۳۹۲)، *حکومت اسلامی و ولایت فقیه در اندیشه امام خمینی*، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- سبحانی، جعفر (۱۳۹۴)، *بیان استاد سبحانی در مورد قاعده لاضرار*، درس خارج اصول، جلسه ۹۴/۲/۲۷، قم، مسجد اعظم.
- سیستانی، علی (۱۴۱۴.ق)، *قاعده لاضرر و لاضرار*، قم: مکتب ایت الله سیستانی.
- شکوری، ابوالفضل (۱۳۸۴)، *فلسفه‌ی سیاسی ابن سینا و تاثیر آن بر ادوار بعدی*، چاپ اول، قم: عقل سرخ.



- عمید، حسن (۱۳۹۰)، فرهنگ عمید، چاپ ۳۸، تهران: نشر امیرکبیر.
- عمیدزنجانی، عباسعلی (۱۳۸۷)، قواعد فقه بخش جزا، چاپ سوم، تهران: نشر سمت.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷)، فلسفه حقوق؛ ج ۱، چ ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- محقق داماد، مصطفی (۱۳۹۳)، قواعد فقه، جلد ۴، چاپ ۱۲، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محقق داماد، مصطفی (۱۳۹۴)، مباحثی از اصول فقه، جلد ۲ چاپ ۱۷، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محمدی، ابوالحسن (۱۳۸۹)، قواعد فقه، چاپ یازدهم، تهران: انتشارات میزان.
- مطهری، مرتضی (۱۳۸۶)، نظام حقوق زن در اسلام، قم: نشر صدرا.
- مطهری، مرتضی (۱۴۰۳)، بررسی اجمالی مبانی اقتصاد اسلامی، تهران: حکمت.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۶)، پنجاه درس اصول عقائد برای جوانان، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع).
- ولایی، عیسی (۱۳۸۷)، اصول فقه، چاپ چهارم، قم: نشر دارالفکر.
- ولایی، عیسی (۱۳۹۸)، قواعد فقه، چاپ هشتم، تهران: نشر مجد.

۲. مقالات

- بهرامی احمدی، حمید (۱۳۸۸)، آیا قاعده لاضرر بر احکام عدمی حکومت دارد؟ آیا قاعده لاضرر اثبات حکم می‌کند؟ تهران: پژوهشنامه حقوق اسلامی، دانشگاه امام صادق، دوره ۱۰، شماره ۲۹.
- جعفرزاده، میر قاسم و سیمائی صراف، حسین (۱۳۸۴)، حسن نیت در قراردادهای بین‌المللی: قاعده‌ای فراگیر یا حکمی استثنائی، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، دوفصلنامه تحقیقات حقوقی، ش ۴۱.
- روستائی، مهرانگیز (۱۳۹۴)، مقایسه تطبیقی «اصل ضرر» و «قاعده لاضرر» در توجیه مداخله کیفری، تهران: فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی، تهران: دانشگاه تربیت مدرس، سال نوزدهم شماره ۲.
- صیقلی محسن و لاجوردی، سمانه و کلاه مال همدانی، احمد (۱۳۹۶)، کاربرد قاعده لاضرر و لاضرار در مدیریت مبارزه با قاچاق کالا و ارز از منظر فقه شیعه، دو ماهنامه اقتصاد پنهان، تهران: ستاد مرکزی مبارزه با قاچاق کالا و ارز، دی ۱۳۹۶ تا اردیبهشت ۱۳۹۷ شماره ۶ و ۷.
- نجفی ابرندآبادی (۱۳۷۲)، جرم‌شناس: صاحب یک تخصص علمی یا صاحب یک کار حرفه‌ای؟، تهران: مجله کانون وکلا، شماره ۶-۷، سال ۷۲-۱۳۷۱.