

**Qualitative Improvement of Social Welfare of Iranian Society in the  
Light of Conflict of Interests Management, Relying on a Comparative  
Study of the No-Harm Principle in Imami Jurisprudence and the Harm  
Principle in the Western Legal System**

**Ali Haddadzadeh Shakiba\***

Received: 03/05/2020

Accepted: 08/12/2020

**Abstract**

One of the respected principles of human societies is the freedom of will of individuals to fulfill their interests. Therefore, not only individuals but also public forces cannot prevent the freedom of will of individuals to enjoy social and economic benefits under any pretext. However, in some cases, the free will of individuals to gain the most benefit is at odds with each other, so that the absolute release of the will of individuals to gain the most benefit, in some cases, harms others. Therefore, determining the limits of freedom of the will of individuals and balancing it and the harm that may be caused to others by this freedom is very important, so that determining it can have a broad impact on the overall progress of a nation-state. Due to this necessity, many schools of thought throughout history have commented on this issue, including the Islamic and Western schools of thought. The philosophical ideas of these two schools, one of which is included in the Islamic rule of "no-harm" and the other in the western rule of "harm", have led the present article to examine the commonalities and differences between these two rules in common interaction to finally conclude that from the perspective of jurisprudence, the freedom of will of individuals to fulfill their interests is of particular importance to ensure the maximum social welfare of society, and governments, in addition to not hindering the activities of the people, but in their management of conflict of interest, must first seek to consolidate the interests of individuals with each other and if that is not possible, give priority to satisfying the interests that have the most public function for most people in society.

**Keywords**

The Principle of Freedom of Action, Harm Principle, Conflict of Interests, Social Welfare, No-Harm Rule.

---

\* PhD in Private Law, Qom University, Qom, Iran.

[haddadzadeh\\_ali@yahoo.com](mailto:haddadzadeh_ali@yahoo.com)

## ارتقاء کیفی رفاه اجتماعی جامعه ایرانی در پرتو مدیریت تعارض منافع با تکیه بر مطالعه تطبیقی قاعده لاضرر در فقه امامیه و اصل ضرر در نظام حقوقی غرب

علی حدادزاده شکیبا\*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۲/۱۶

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۹/۱۸

نوع مقاله: پژوهشی

### چکیده

یکی از اصول مورد احترام جوامع بشری، آزادی اراده اشخاص در برآورده نمودن منافع مدنظر ایشان می‌باشد. از همین رو، نه تنها افراد، بلکه قوای عمومی نیز نمی‌تواند به هر بهانه‌ای مانع آزادی اراده اشخاص در بهره‌مندی از منافع اجتماعی و اقتصادی گردد. با این حال در مواردی، آزادی اراده اشخاص در به دست آوردن بیشترین منفعت، با یکدیگر دچار تزاخم می‌گردد، به نحوی که آزاد گذاشتن مطلق اراده اشخاص برای به دست آوردن منفعت بیشتر، در مواردی موجب زیان رساندن به سایرین می‌شود؛ لذا تعیین حدود و ثغور آزادی اراده افراد و برقراری تعادل میان آن و ضرری که ممکن است از قبل این آزادی به سایرین وارد آید، دارای اهمیت بسیاری است، به نحوی که تعیین آن، می‌تواند تأثیر گسترده‌ای بر پیشرفت همه‌جانبه یک دولت ملت داشته باشد. با توجه به همین ضرورت، مکاتب فکری بسیاری در طول تاریخ، راجع به این مسئله اظهارنظر نموده‌اند که از جمله آنها می‌توان به مکتب فکری اسلامی و غربی اشاره نمود. اندیشه‌های فلسفی این دو مکتب که یکی در قاعده اسلامی «لاضرر» و دیگری در قاعده غربی «ضرر» گنجانده شده است، مقاله حاضر را بر آن داشته که در تعامل اشتراکی میان این دو قاعده، به بررسی نقاط اشتراک و افتراق آنها از یکدیگر پردازد تا نهایتاً به این نتیجه دست یابد که از منظر علم حقوق، آزادی اراده اشخاص در برآوردن منافع خود، از اهمیت ویژه‌ای برای تأمین بیشترین رفاه اجتماعی جامعه برخوردار است و دولت‌ها، علاوه بر اینکه نبایستی مانع فعالیت مردم شوند، بلکه در مدیریتشان نسبت به رفع تزاخم منافع، ابتدا بایستی به دنبال تجمیع منافع افراد با یکدیگر باشند و در صورت عدم امکان، اولویت را به برآورده نمودن منافع دهند که بیشترین کارکرد عمومی را برای بیشترین افراد جامعه دارد.

### واژگان کلیدی

اصل آزادی عمل؛ اصل ضرر؛ تعارض منافع؛ رفاه اجتماعی؛ قاعده لاضرر.

#### مقدمه

در طول تاریخ بشر، همواره انسان‌ها به دنبال نیل به مقاصد خویش، جهت بهتر و شادتر زندگی کردن، بوده‌اند که البته رسیدن به این مقاصد، گاه موجب اختلال و مزاحمت در روند به مقصد رسیدن سایرین به اهدافشان بوده که گاهی نیز موجب تعارضات و نزاع-های بسیاری در تعیین تقدم حق، میان ایشان صورت می‌گرفت. در پی رفع همین تعارضات، در طول تاریخ مکاتب فکری بسیاری در این رابطه اظهار عقیده نموده‌اند که دین مبین اسلام و مذهب امامیه نیز به فراخور رویکرد حقوقی خود در رفع تراحم‌های به وجود آمده از اصل احترام آزادی اشخاص در عمل، از این قافله عقب نمانده و با آورده شدن اصلی عمومی از سوی شارع اسلامی که می‌فرماید «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام» به تبیین نحوه رفع تعارض میان تصادم حقوق قانونی افراد در گستره طیفی اصل حرمت آزادی عمل و محدودیت‌های آن پرداخته است (بهرامی احمدی، ۱۳۹۳، ص. ۱۲۴).

اهمیت رسیدگی به این مسئله از چشم متفکران غربی نیز دور نیفتاده است به نحوی که اصل حرمت آزادی اشخاص در عمل را می‌توان در اعلامیه حقوق بشر و شهروندی فرانسه<sup>۱</sup> به سال ۱۷۸۹ میلادی مشاهده نمود (Tacket, 1988, p. 219). با این وجود، شاید اولین کسی که در غرب پس از بیانیه‌های کلی بتتنام، ژان لاک و ژان ژاک روسو به این مهم پرداخت، جان استوارت میل بود که در کتاب خود با عنوان «درباره آزادی»<sup>۲</sup> اختصاصاً، حدود و ثغور اصل حرمت آزادی عمل اشخاص و محدودیت‌های آن را ذیل اصل ضرر<sup>۳</sup> مشخص نمود (Humbruger, 1999, p. 42).

امروزه در جوامع مدرن بشری، توجه به محدوده آزادی عمل اشخاص برای تأمین حداکثر منافع اقتصادی، امری است لاجرم مهم که قطع به یقین، معیار تعیین رفاه شخصی و عمومی افراد در یک جامعه است. در پی همین چرایی و فلسفه، با هدف دستیابی به تعیین گستره آزادی اشخاص در اقدام به اعمال حقوق قانونی خود و محدودیت‌های مواجه با آن ضمن زندگی عادی و حرفه‌ای خود، مقاله حاضر که مبتنی بر مطالعه تطبیقی بوده، سعی دارد در تبیین تفاوت‌های رویکردی، فلسفی و آمالی اصل لا ضرر در حقوق اسلام و اصل ضرر در حقوق غرب که مبتنی بر تفکرات فیلسوف انگلیسی، جان استوارت میل است، بکوشد تا بدین وسیله، با توجه به عدم وجود

پیشینه مطالعاتی در خور در رابطه با بررسی تطبیقی اصل لاضرر اسلامی با قاعده ضرر غربی، پی به تفاوت‌های مبنایی بسیاری از قوانین اسلامی که در بعضی از دول اسلامی مانند ایران چهره به رخ کشیده، با قوانین برخی دول غربی مانند آمریکا، انگلیس و فرانسه که تا حدودی مبتنی بر فلسفه فکری جان استوارت میل است، مشخص گردد؛ به نحوی که متغیرهای بشردوستانه غربی نیز که برخی از پایه‌هایش مبتنی بر اصل جان میل بوده، با حقوق بشر اسلامی که پایه‌هایش مبتنی بر اصل لاضرر اسلامی است و در مواردی رعایت هر یک موجب نقض دیگری می‌شود، مشخص شود.

در همین رابطه، لازم به ذکر است که هرچند در رابطه با اصل لاضرر اسلامی و اصل ضرر غربی، فقهای اسلامی و فلاسفه غربی قرن‌ها سخن رانده‌اند، لیکن بر اساس اطلاعات نگارنده، تاکنون نویسندگان اسلامی توجه چندانی به اهمیت این اصل بنیادین در مدیریت کلان دولتی و تأمین حداکثر منافع اقتصادی نداشته‌اند و در سال‌های اخیر، تنها مقالاتی از این دست، همچون مقاله «مقایسه تطبیقی «اصل ضرر» و «قاعده لاضرر» در توجیه مداخله کیفری» و مقاله «مطالعه تطبیقی چگونگی رفع تعارض اصل «تسلیط» با قاعده «لاضرر» در رابطه با این مسئله مهم، در مجلات حقوقی به چاپ رسیده است. پر واضح است هیچ یک از این مقالات به تشریح تفاوت‌ها و تشابهات ماهوی میان اصل ضرر و قاعده لاضرر و نحوه رفع تزامم میان آنها با اصل «آزادی عمل افراد» پرداخته است. از همین رو، مقاله مقایسه تطبیقی اصل ضرر و قاعده لاضرر در توجیه مداخله کیفری که پس از ارائه تاریخچه‌ای از اصل ضرر غربی و نقل عباراتی مختصر از فیلسوفان تئوری پرداز در این رابطه، بدون ورود به ماهیت آن، به ارائه توضیحاتی مختصر در ارتباط با قاعده لاضرر که به وفور نیز در کتب فقهی یافت می‌شود، پرداخته و نهایتاً به بررسی محدوده مداخله دولت‌ها در امور کیفری اشتغال یافته است. لذا مقاله مذکور به هیچ عنوان از حیث موضوعی و محتوایی با مقاله حاضر یکسان نبوده و دارای مشابهت نمی‌باشد. در رابطه با مقاله مطالعه تطبیقی چگونگی رفع تعارض اصل «تسلیط» با قاعده لاضرر نیز که به هیچ عنوان به مطالعه تطبیقی قاعده لاضرر اسلامی و اصل ضرر غربی و نحوه رفع تزامم حقوق افراد با یکدیگر به صورت تطبیقی پرداخته است، می‌توان گفت با توجه به اینکه مقاله حاضر به بررسی و تحلیل ماهوی این دو

قاعده و نحوه رفع تراحم حقوق برآمده از آنها، به صورت تطبیقی پرداخته، دارای تمایز و تفاوت می‌باشد. لذا با توجه به رویکرد مطالعه تطبیقی مقاله حاضر در تبیین تفاوت‌ها و تشابهات ماهوی موجود میان این قاعده و آن اصل و قوانین حقوقی برآمده از آنها، می‌توان گفت میان مقاله حاضر با سایر مطالعات مرتبط با قاعده لاضرر توسط فقهای اسلامی و نویسندگان ایرانی و نیز مطالعات فلاسفه غربی در رابطه با اصل ضرر تمایز وجود دارد.

با توجه به همین تفاوت‌ها، مقاله حاضر ابتدا پس از ارائه تعریفی مختصر از هر کدام از این دو اصل اسلامی و غربی، به فروع آنها و مطالعه تطبیقی قوانین برآمده از قاعده لاضرر با قوانین برآمده غربی از اصل ضرر و نحوه تعامل هر یک از این دو در رابطه با رفع تراحم‌های ناشی از اصل آزادی اراده افراد پرداخته خواهد شد.

#### ۱. کلیات و مفاهیم

ذیل این مبحث، اجمالاً به معرفی کلی اصل ضرر در حقوق غربی و اصل لاضرر در حقوق اسلامی پرداخته خواهد شد.

##### ۱-۱. تبیین اصل ضرر در حقوق غربی

جان استوارت میل در کتاب خود «درباره آزادی» چنین می‌گوید «کلیت یک جامعه بشری تنها در صورتی می‌تواند موفق شود که هر یک از افراد آن جامعه، از منظر شخصی خود بتواند شاد زیست نماید؛ و چون مفهوم شادی در زندگی، موضوعی است اعتباری و نهفته در واقعیت آن، لذا در رسیدن به این اعتبار، هر کس آزاد است هر آنچه می‌خواهد و موجب خرسندی او می‌شود، انجام دهد» (Mill, 1895, p. 5). این تفکر جان استوارت میل مبتنی بر اصل حرمت آزادی اشخاص است؛ لذا همو در ادامه می‌گوید «البته گاهی پیرزنی سالخورده که از نشستن در باغچه آرام خود احساس شادی می‌کند با همسایه جوان خود که از گوش دادن آهنگ با صدای بلند لذت می‌برد، دچار تراحم می‌شوند به نحوی که آزادی پیرزن با آزادی عمل همسایه جوان با یکدیگر برخورد نموده و آزادی یکی موجب ناراحتی دیگری می‌گردد که بایستی به طریقی رفع شود» (Mill, 1895, p. 12). در راستای رفع همین تعارض، خود او می‌پذیرد که آزادی

عمل اشخاص نایستی موجب ضرر به دیگران گردد. لذا اصل ضرر را در کنار «اصل آزادی» می‌نشانند. وی در ادامه می‌گوید: «گاه ممکن است آزادی عمل شخصی موجب خوشایندی هزاران نفر گردد، حال آنکه آزادی عمل شخص دیگری موجب خرسندی افراد کمتری شود» (Mill, 1895, p. 25). فرض کنید قرار است در محلی کارخانه یا پارکی افتتاح شود. جهت افتتاح کارخانه یا پارک نیاز به خرید خانه‌های مردم برای تخریب آنهاست. هر کس در فروش خانه خود آزاد است و می‌تواند آن را بفروشد. خانه‌ای که به او احساس آرامش و لذت می‌دهد و حاضر نیست آن را حتی در قبال میلیاردها دلار بفروشد. حال آنکه افتتاح پارک موجب خرسندی هزاران انسان و تأسیس کارخانه موجب رشد اقتصادی و رفاه عمومی ملتی می‌شود و عدم فروش خانه موجب رضایت یک نفر. از طرفی هر کس مختار است آن‌گونه که دوست دارد عمل کند. حال برای رفع این تعارض، کدامین حق ترجیح دارد؟ در پی پاسخ به همین سؤال، او اصل «کارآمدی» را در کنار دو اصل دیگر یعنی اصل آزادی و اصل ضرر قرار می‌دهد و می‌گوید: «در تعارض آزادی اشخاص با یکدیگر، کسی مقدم است که بتواند شادی بیشتری برای افراد بیشتر فراهم آورد» (Mill, 1895, p. 25). پس در تحقق فرضیه او جهت تقدم یک حق، عنصر قدرت فاقد اعتبار است و معیار تعیین‌کننده، ارزش و ضابطه «غلبه رضایتمندی» است؛ یعنی بیشترین شادی و رضایتمندی برای بیشترین افراد؛ لذا دولت نمی‌تواند به این علت که قدرتمند است اشخاص را از آزادی خود ممنوع کند مگر آنکه عمل آن نیز مطابق با اصل کارآمدی باشد.

تمام حرف جان استوارت میل، مربوط به تعارض میان آزادی‌های مشروع است که باز بنا به مبنای فکری هر فیلسوف و مکتب فکری متفاوت می‌باشد؛ لذا هیچ‌کس نمی‌تواند دیگری را حتی اگر آکنده از رنج و درد ناشی از بیماری است به این بهانه که برای اطرافیان او موجب شادی بیشتری است، بکشد؛ چرا که در آزادی‌های نامشروع اصلاً حقی تعریف نشده است تا اینکه بتواند با سایر حقوق و آزادی‌ها دچار تعارض شود. از سویی از منظر او، در تعارض حقوق، حقوق بنیادین مانند حق زیستن بر سایر حقوق مقدم است هرچند که کمترین شادی را برای کمترین افراد در برگیرد (Sutherland, 2003, p. 60).

با توجه به توضیحاتی که آمد جان استوارت میل در فصل اول کتاب خویش، اصل ضرر را این‌گونه معرفی می‌کند: «تنها و تنها حقی که می‌توان برای جامعه و قوای عمومی جهت مانع شدن اشخاص از انجام اعمال مشروع خود، قائل شد، تنها اعمالی است که به دیگران ضرر نامشروع برساند» (Mill, 1895, p. 45).

## ۲-۱. تبیین اصل ضرر در حقوق اسلامی

در فقه و حقوق امامیه، هر شخص آزاد است هرگونه می‌خواهد، عمل کند. این نتیجه منطقی از التزام به قاعده حرمت مال و عمل مسلمان به دست می‌آید (مصطفوی، ۱۳۹۳، ص. ۱۰۱). فقهای امامیه که از این قاعده بیشتر در اثبات احکام وضعی، بدین صورت که در مقابل عمل مسلمان اجرت قرار می‌گیرد، بهره برده‌اند لیکن با قرار دادن این قاعده در کنار اصل اباحه (ابن بابویه، ۱۴۱۸ق، ص. ۲۵۰)، می‌توان به این نتیجه رسید که شخص مسلمان آزاد است هر آنچه که می‌خواهد انجام دهد و کسی نمی‌تواند مانع او شود. لذا با استفاده از اصل اباحه، شخص مسلمان مباح است هر عملی که می‌خواهد انجام دهد و به علت احترامی که عمل او دارد، هیچ کس از قوای عمومی یا اشخاص خصوصی نمی‌تواند مانع اقدامات او گردد.

در فقه و حقوق امامیه نیز اشاراتی به اصل کارکردگرایی جان میل شده است چراکه فقها در باب ضمانت از غاصب، هنگامی که غاصبان متعدد هستند، اظهار داشته‌اند: چنانچه فردی، ضامن دین یکی از غاصبان در برابر صاحب مال شود، به هنگام شک نسبت به اینکه او ضامن دین کدامین غاصب شده است، فقها حکم به ضمان از غاصب اول و برائت او که به تبع وی، سایر غاصبان بعدی نیز بری خواهند شد، داده‌اند (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص. ۲۵۱). از این رو، در حقوق اسلامی نیز می‌توان گفت گستره آزادی عمل اشخاص در اعمال حق خود، باید به‌گونه‌ای تفسیر شود که موجب بیشترین شادی و خوشحالی برای بیشترین افراد گردد. از همین رو از منظر فقهای بسیاری، ولی‌فقیه می‌تواند جهت تطمیع منافع عمومی جامعه اسلامی و در راستای جلب بیشترین رضایت برای بیشترین افراد، مانع آزادی عمل اشخاصی شود که اقداماتشان موجب شادی کمتری برای کمترین افراد می‌گردد (انصاری، ۱۳۸۸، ج ۲، ص. ۱۱۳).

همانگی در کلیت اصل حرمت آزادی عمل اشخاص و اصل ضرر اسلامی با مدل

غربی آن نباید موجب این شائبه گردد که میان این دو هیچ‌گونه تفاوتی نیست بلکه تفاوت اصلی میان این دو قاعده، نهفته در تبیین مفاهیم «ضرر» و «غیر» در این قاعده مشترک - یعنی هر کس تا زمانی که به دیگری ضرر نرساند، آزاد است هر آنچه می‌خواهد، انجام دهد - شده است. لذا در ادامه به بررسی تفسیر مفاهیم نهفته در این عبارات در هر یک از دو مدل غربی و اسلامی پرداخته خواهد شد.

## ۲. مفاهیم

ذیل این مبحث به بررسی مفاهیم تأثیرگذار در اصل ضرر غربی و لاضرر اسلامی پرداخته خواهد شد.

### ۲-۱. مفهوم «آزادی» و «ضرر» در قاعده غربی

هدف اصلی جان استوارت میل تضمین آزادی عمل افراد در مقابل قوای عمومی یعنی دولت است. در رسیدن به این هدف، وی تلاش می‌کند کلیه مقدماتی را که ممکن است موجب تعارض آزادی عمل اشخاص با مشی دولت‌ها شود، شناسایی نموده و به رفع تراحم میان آنها پردازد. لذا وی قائل به این است که اشخاص با رعایت اصول اخلاقی آزادند هر آنچه می‌خواهند انجام دهند. او که تابع مکتب «حقوق فطری» است، دولت‌ها را از تصویب قوانین خلاف اصل آزادی اراده اشخاص بر حذر داشته و قوانین مخالف اصل آزادی عمل اشخاص را بی‌اعتبار تلقی نموده است (Steel, 2008. P. 2).

با توجه به آنچه آمد، مبنای آزادی عمل اشخاص از منظر جان استوارت میل، عدم مغایرت این آزادی‌ها با حقوق فطری است که مهم‌ترین مصداق آن نیز ضرر نرساندن به دیگران است. البته از منظر وی، ضرر مفهوم خاصی دارد که بایستی روشن گردد.

از نگاه جان استوارت میل، عنوان ضرر متلقی در اقداماتی است که مستقیماً و عمداً از جانب شخصی، علیه خواست و میل دیگری واقع گردد. علاوه بر این، چنین اقدامی تنها در صورتی برای دیگری ضرر محسوب می‌شود که با توجه به اوضاع و احوال کلی، ناعادلانه تلقی گردد. لذا هنگامی که دو بوکسور وارد میدان مبارزه می‌شوند، هرچند که یکی از ایشان بر خلاف میل دیگری به حریف خود ضربه‌ای وارد می‌کند لیکن ورود این ضربه و ضرر متعاقب آن ناعادلانه نخواهد بود چرا که اولاً شرکت در



رقابت و به تبع آن ضربه مهلک، با رضایت اولیه خود شخص بوده و ثانیاً در روند قانون ورزشی صورت گرفته؛ لذا محدوده اصلی مفهوم ضرر، از دیدگاه میل، مبتنی بودن آن بر مخالفتش با رضایت اشخاص است (Mill, 1895, p. 112).

در توشیحات وارده بر نظریه میل، آمده است که صدق عنوان ضرر، در حقیقت ایجاد وضعیت نابسامان و بغرنجی است که شخص را نسبت به وضعیت قبلی‌اش در شرایط بدتری قرار می‌دهد. به همین مناسبت، جان استوارت میل در تعریف مسئولیت مدنی گفته است: «اعمالی که مستقیماً و عمداً موجب قرار دادن شخص در وضعیتی بدتر از وضعیت اولیه‌اش گردد». بنابراین از دیدگاه وی، جهت احتساب یک عمل به عنوان ضرر برای محدود کردن آزادی عمل اشخاص، همیشه، بایستی حاوی سه عنصر بنیادین باشد: ۱- آزادی عمل شخص مستقیماً موجب ضرر علیه غیر شود؛ ۲- تنها اعمال عمدی می‌توانند موجب ضرر باشند؛ ۳- ضرر ناعادلانه باشد. از همین رو، وی قائل به این است که عدم اقدام به انجام یک عمل هرگز نمی‌تواند موجب ضرر باشد. بنابراین آسایش و راحتی یک شخص، در تمایل به عدم انجام یک عمل را نمی‌توان با دستاویز ضرر علیه دیگری محدود کرد. در همین راستا، وی قائل به این است که تنها می‌توان اقداماتی را با دستاویز ضرر به غیر، محدود نمود که موجب مسئولیت مدنی<sup>۵</sup> - آن هم با کیفیتی که خودش بیان کرده است - باشد (Sutherland, 2003, p. 150).

جان میل در گستره تفکر فلسفی خود قائل به این موضوع است که عناوین غیر مادی و غیر فیزیکی در طیف مفهومی ضرر نمی‌گنجد بلکه وی ضررهای غیرمادی را تحت عنوان دیگری، یعنی اصل تخطی<sup>۶</sup> می‌گنجد که هرگز نمی‌تواند آزادی عمل اشخاص را محدود نماید. لذا گاهی ممکن است آزادی عمل افراد موجب شوکه شدن یا تحریک احساسات عمومی شود که این البته از منظر وی لازمه زندگی اشتراکی انسانهاست و اجتناب‌ناپذیر می‌باشد و با توجه به ابهامی که در قرار دادن چنین اعمالی ذیل عنوان ضرر و به علت سختی که در تشخیص و سنجش آنها وجود دارد، نمی‌توان با این بهانه‌ها، آزادی عمل اشخاص را محدود نمود. لذا شخصی را که در تابستان لباس نامناسبی پوشیده، به این علت که امنیت روانی جامعه را به هم می‌ریزد، نمی‌توان محدود کرد. در نهایت، وی به این نتیجه می‌رسد که اصل ضرر تنها مانع اعمالی

می‌شود که مستقیماً به دارایی‌های مادی دیگران آسیب می‌رساند. در حالی که اصل تخطی مذموم نبوده و نمی‌تواند دستاویزی جهت محدود نمودن آزادی عمل اشخاص باشد (Wood, 2009, p. 145).

## ۲-۲. مفهوم «آزادی» و «ضرر» در قاعده اسلامی

در کتب فقهی، به حرمت آزادی عمل اشخاص اشاره شده است مگر آنجا که حلالی حرام و یا حرامی حلال شود (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص. ۱۰۹). بنابراین آزادی عمل اشخاص در حقوق اسلامی ارزشی الهی است که البته یکی از مهم‌ترین محدوده‌های آن ضرر نرساندن به دیگری است (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص. ۲۹۲). از این رو از منظر فقهی موارد بسیاری وجود دارد که عمل اشخاص اگرچه هنجارشکنی و تخطی است لیکن به حکم شارع نمی‌توان مانع آزادی عمل اشخاص شد؛ مثلاً در خرید و فروش آثار باستانی توسط اشخاصی که آنها را پیدا می‌کنند، هرچند فروش آنها امری مذموم و هنجارشکن است لیکن تا زمانی که توسط مرجع صالح حکومت اسلامی ممنوع نشود، نمی‌توان مانع آزادی عمل افراد شد. لذا منشأ تعیین‌کننده مفهوم ضرر، نه قوانین فرا دولتی حقوق فطری، بلکه احکامی است که حکومت صالح اسلامی وضع می‌کند. لذا محدوده آزادی عمل افراد در اسلام مبتنی بر شرعیات الهی و طبق نظر ولی فقیه است که مهم‌ترین محدوده آن نیز زیان نرساندن به دیگران است (موسوی خمینی، ۱۴۲۴ق، ج ۱، ص. ۳۱).

با استعانت به مبانی حاکم بر علوم عقلی اسلامی، مفهوم ضرر در سه قالب گنجانده شده است: ۱- گاه مفهوم ضرر نهفته در ایجاد نقصان نفسانی در شخص است؛ مثلاً شخصی به علت دستیابی به اهداف خود مانع شرکت دیگری در جلسه آزمون ورودی دانشگاه می‌شود و باعث محرومیت وی از تحصیلات تکمیلی می‌شود. در حقیقت هنگامی که کسی در دانشگاه پذیرفته می‌شود، این امر برای او کمالی نفسانی محسوب می‌شود و حال که از ورود به دانشگاه بازمانده، پس متحمل ضرر شده است؛ ۲- گاه ضرر به علت ملائمت یک عمل با نفس آدمی است که به تناسب انسان‌ها نیز متفاوت می‌شود؛ مانند گوش دادن به موسیقی با صدای بلند، گاه برای فردی از آن جهت که موجب لذت نفسانی او می‌گردد، پسندیده است؛ حال آنکه همین عمل به علت ملائمت نفسانی دیگری با آن، موجب رنجش نفسانی اوست؛ ۳- در مواردی مفهوم ضرر نهفته

در کثرت و قلت مدح و ذم از سوی دیگران است؛ برای مثال اعمال حق توسط شخصی که با اعمال حق توسط دیگری تزامم پیدا می‌کند چنانچه از سوی عموم جامعه مورد مذمت قرار گیرد، این مسئله نشانه تحقق عنوان ضرر علیه شخص ذی حق است؛ مثلاً وقتی شخصی حق خود بر ساخت گاوداری در منطقه‌ای مسکونی را اعمال می‌نماید، با توجه به اینکه این عمل از منظر عموم قبیح است لذا شناسایی قبح از جانب عموم نیز می‌تواند دال بر شناسایی ضرری بودن آن عمل تلقی گردد (مظفر، ۱۳۹۰، ج ۱، ص. ۳۸۵).

بر خلاف تلقی مفهوم ضرر در معنای اول که نزد همگان یکسان است، ضرر در دو مفهوم دیگر به تناسب سلاطین افراد متفاوت می‌شود لذا مفهوم ضرر در معنای اول آن که نزد همگان قطعی است، مطمئناً می‌تواند محدوده‌ای متقن برای آزادی عمل اشخاص باشد. اما ضرر در معنای دوم و سوم آن، تنها در صورتی دارای مفهوم و محدودیت برای آزادی عمل دیگران است که درک آن از طریق عقل کلی و نه عقل جزئی باشد (شیروانی، ۱۳۹۳، ص. ۲۶۲). برای مثال فرض کنید در تعارض دو حق با یکدیگر، ممانعت از انجام عملی به واسطه اقدام دیگری به عملی مخالف با آن، شخص تنها زمانی دچار ضرر می‌شود که حقوق بنیادین او که با عقل کلی و همگانی ثابت شده مورد تعرض قرار گیرد. لذا طبق قاعده لاضرر با اعمال آن، بر خلاف قاعده ضرر غربی، بیش از آنکه به دنبال شاد کردن افراد باشیم، در پی ممانعت از تحمل رنجی هستیم که با توجه به عقل کلی و نه بهانه‌های واهی، به افراد وارد می‌آید. لذا سالن‌خورده‌ای که نشستن در کنار باغچه خانه‌اش موجب کمال نفسانی (شادابی) او می‌شود، اگر گفته شود که گوش دادن موسیقی با صدای بلند توسط جوان همسایه مانع به وجود آمدن این کمال نفسانی در وی - ضرر در معنای اول که مانع آزادی عمل افراد است - می‌شود، بعید نیست که بتوان مانع عمل وی شد. لذا در تعارض دو حق، هنگامی که یکی مبتنی بر قاعده کلی عقلی و دیگری مبتنی بر قاعده عقلی جزئی مثل سلیقه افراد باشد، حق اول مقدم است. از همین رو، در حکم بسیاری از فقها آمده است که ولی فقیه می‌تواند در جهت رعایت عدالت اجتماعی به عنوان یک نفع کلی، خانه‌های بر سر راه ساخت کارخانه‌ها، بزرگراه‌ها یا پارک‌ها را ولو که صاحبان آن‌ها راضی نباشند، تخریب کند.

از سویی، انگاره مفهوم ضرر در اسلام، صرفاً به عنوان یک امر لحظه‌ای نیست بلکه

تداوم زمان در تشخیص آن بسیار مهم است لذا هیچ کس قائل به این نیست که ممانعت اشخاص از خودکشی موجب محدودیت آزادی و ضرر علیه ایشان است؛ چراکه اگرچه امری ممکن است در بداهه امر ضرری تلقی گردد لیکن با توجه به تبعات آن، نه تنها ضرری نیست بلکه دارای منفعت هم خواهد بود. بنابراین نمی‌توان به بهانه ضرری بودن، مانع شخصی که در حریم ملکی خود مشغول آزمایش‌های علمی است، شد؛ چرا که این ضرر ابتدایی در مقابل کلیات منافع عمومی که ممکن است روزی از این آزمایش‌های به دست آید، اصلاً ضرری نیست (طباطبایی، ۱۴۰۸ق، ص. ۳۸۹).

تفاسیری که از مفهوم ضرر در اسلام شد را می‌توان در آرای فقها و احکام قانونی نیز دید. برای مثال در تعارض حق مالکین، مبنی بر داشتن نورگیر و احساس عدم امنیت ناشی از قابل رویت بودن حریم خصوصی، فقها گفته‌اند مالک دوم نمی‌تواند مالک اول را از داشتن نورگیر محروم کند بلکه صرفاً خودش باید با کشیدن پرده و... از خود رفع ضرر کند (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص. ۹۸).

همان‌گونه که مشخص است تلقی مفهوم ضرر در قاعده غربی و قاعده اسلامی، در مواردی متفاوت از یکدیگر هستند. این تفاوت را می‌توان در یک کلام ترسیم نمود؛ جان استوارت میل معتقد است که اقدام علیه خواست دیگری، آنگاه که مستقیم، عمدی و ناعادلانه باشد، بایستی عملی ضرری تلقی گردد و می‌تواند مانع آزادی عمل اشخاص باشد. حال آنکه از منظر اسلام، تلقی عنوان ضرر، نهفته در مفهومی عقلانی است و ارتباطی با سلايق و تمایلات شخصی افراد ندارد بلکه ریشه در استنباط کلی عقل دارد. لذا در اسلام، آزادی عمل اشخاص علیه خواست دیگران تنها زمانی می‌تواند محدود شود که بر مبنای استنباط کلی عقل، موجب ظلم علیه دیگری باشد و تفاوتی در اینکه مستقیم یا غیر مستقیم، عادلانه یا ناعادلانه، عمدی یا غیر عمدی باشد، وجود ندارد.

### ۲-۳. تبیین مفهوم «دیگری» در قاعده غربی

از دیدگاه جان میل، محدوده آزادی عمل اشخاص در اعمال حق خود، در گرو زیان نرساندن به دیگری است بنابراین تبیین مفهوم و مصادیق «دیگری» جهت تعیین حدود و ثغور این قاعده، دارای اهمیت است.

میل در یک قاعده کلی می‌گوید؛ «دیگری» به کسی اطلاق می‌شود که عیناً در عالم

خارج وجود داشته باشد؛ بنابراین مفاهیم انتزاعی که در عالم خارج و در محیط مادی انسان‌ها وجود ندارند، اصلاً «دیگری» محسوب نمی‌شوند که اعمال ضرر علیه آنها بتواند مانع آزادی عمل اشخاص واقعی گردد. از همین رو، وی معتقد است مفاهیمی مانند خدا، وطن، طبیعت، شرافت بشری و امثالهم در قالب مفهوم دیگری نمی‌گنجد لذا نمی‌توانند محدودیتی برای آزادی عمل اشخاص ایجاد کنند، مگر که این مفاهیم، صرفاً واسطه‌ای غیرمستقیم برای تحقق ضرر مستقیم علیه اشخاص باشند به نحوی که آزادی عمل افراد را اگرچه شرافت بشری نمی‌تواند محدود کند لیکن اگر موجب ایجاد ضرر مستقیم علیه جان یا اموال اشخاص شود، تنها آن زمان می‌تواند محدود کننده و مانع تلقی شود (Wood, 2009, p. 250).

بر همین مبنا، از منظر او ایجاد ضرر علیه مردگان، نسل آینده، موضوعاتی که هنوز وجود خارجی پیدا نکرده‌اند مثل نطفه در رحم مادر، ارزش‌های اعتباری مانند واحد پول و... «دیگری» محسوب نمی‌شوند. لذا نمی‌توان آزادی عمل اشخاص را به سبب اینکه عملی موجب بی‌حرمتی به مرده یا نطفه یک ماهه است، محدود نمود. پس نمی‌توان آزادی مادر در شادتر زیستن را که نهفته در سقط جنین است، به بهانه حرمت جنین محدود کرد. بنابراین، وی که مفهوم «دیگری» را تنها در عنوان شخص حقیقی زنده تعریف می‌کند، مصادیق اشخاص حقوقی را نیز از ذیل آن خارج می‌کند مگر اینکه ضرر به شخص حقوقی مستقیماً مستلزم ضرر به شخص حقیقی باشد.

#### ۴-۲. تبیین مفهوم «دیگری» در قاعده اسلامی

همان‌گونه که قبلاً آمد، در حقوق اسلامی، اصل فقهی «لاضرر و لاضرار فی الاسلام» تعیین‌کننده محدوده آزادی عمل اشخاص است که با تدقیق در آن، می‌توان مفهوم «دیگری» را به دست آورد.

بیرون کشیدن مفهوم دیگری از قاعده لاضرر منوط به طرح دو فرضیه است: ۱- یا کلام دارای دلالت سیاقی است بدین صورت که گفته شود در اقتضای کلام، لفظ «غیر» در تقدیر است؛ لذا گفته شود «لاضرر و لاضرار علی الغیر فی الاسلام» و یا با استفاده از سیاق التزامی کلام، لفظ «غیر» ملتزم شود که البته مشخص است اصل بر ظهور کلام است، مگر قرینه‌ای دال بر خلاف آن باشد (مظفر، ۱۳۹۳، ج ۱، ص. ۶۲)؛ لذا این

احتمال ضعیف است؛ ۲- گفته شود جمله با پیش فرض تحقق مقدمات حکمت، دارای اطلاق است. از این رو وقتی گفته می‌شود «در اسلام هیچ ضرری نیست» یعنی نه موضوعات و نه قوانین اسلامی، به دنبال محدودیت آزادی عمل اشخاص در معنای ضرری آن می‌باشد و نه به کسی چنین اجازه‌ای می‌دهد. بر همین مبنا، با توجه به اینکه حرف «لا» در زمره نواسخ بوده و جنس یک موضوع عام - ضرر - را با همه مصادیقی که دارد نفی می‌نماید بنابراین اولاً در اسلام اصلاً موضوع ضرری وجود ندارد چرا که آنچه در بداهه امر ممکن است ضرری باشد، با در نظر گرفته شدن همه جوانب، دارای منفعت است. ثانیاً هر جا ضرر واقع شود، از منظر اسلام مذموم است. لذا آنچه مهم است عدم تحقق ضرر است، خواه علیه انسان باشد، خواه علیه حیوان، خواه علیه اعتبارات، خواه علیه خدا، خواه علیه شرافت بشر، خواه علیه وطن و... این حکم عالی مرتبه که قرن‌ها پیش در اسلام آمده است و حقوق غربی همچنان قاصر از ارائه آن است، بدین شیوه به دست می‌آید که وقتی سخن از عدم و نیستی یک عنوان، فارغ از مصادیق آن، به میان می‌آید، آن عنوان هرگز نمی‌تواند در هیچ مصادیقی از عالم خارج تحقق پیدا کند. پس اگر کسی بر خلاف این اصل بنیادین عمل کند و بخواهد مصادیقی از عنوان ضرر را بیافریند، قوانین اسلامی مانع او خواهد شد و آزادی عمل او را محدود می‌نماید چرا که در اسلام نه موضوع ضرری وجود دارد و نه حکم ضرری. از این رو تفسیر مرحوم نائینی و شیخ انصاری از قاعده لاضرر، هر دو ناقص بوده چرا که مرحوم نائینی قائل به عدم وجود موضوع ضرری در اسلام و شیخ انصاری قائل به عدم وجود حکم ضرری در آن است، حال آنکه گفته شد، اسلام هر دو مورد را نفی می‌کند (طباطبایی، ۱۴۱۳ق، ص. ۴۵۰)؛ لذا مفهوم «خود» نیز مصادیقی از عنوان «دیگری» است و کسی نمی‌تواند خودش را بکشد یا ماشینش را آتش بزند یا حتی به خاطر آزادی عمل خود به منابع طبیعی، شخص حقیقی یا امنیت روانی دیگران آسیب وارد آورد.

این توضیحات مشخصاً برای لفظ «لاضرر» بود که گفته شد مفهوم عامی است که جنس وجودی هر نوع ضرر را نفی می‌کند. در ادامه قاعده، عبارت «و لا ضرار» وجود دارد. «ضرار» که مصدر ثانویه باب مفاعله می‌باشد، جنبه مشارکتی دارد بدین صورت که گفته می‌شود دو طرف نباید به یکدیگر ضرر برسانند. از آنجا که جنبه مشارکتی تنها

وابسته به اختیار انسانی است و شامل غیر او نمی‌شود، این قسمت از قاعده، مشخصاً برای انسان‌ها وضع گردیده است. لذا لفظ خاص «ضرار» که صرفاً مختص اشخاص حقیقی است پس از لفظ عام «ضرر» به‌عنوان مصدر ثلاثی مجرد که هر نوع ضرری را نفی می‌کند، مبین توجه ویژه اسلام به قبح اقدامات ضرری اشخاص حقیقی علیه یکدیگر می‌باشد. لذا واضح است که آمدن لفظ خاص ضرار پس از لفظ عام ضرر که مصادیق لفظ خاص را نیز در برمی‌گیرد، تنها برای تأکید و ویژه شمردن آن مصادیق یعنی خصوصاً ضرر نرساندن انسان‌ها به یکدیگر است حال آنکه مفهوم ضرر مختص ایشان نمی‌باشد.

در تفاوت مفهوم «دیگری» در قاعده اسلامی و غربی باید گفت منظور از «دیگری» در قاعده غربی تنها انسان است در حالی که در قاعده اسلامی، «دیگری» مفهومی عام و دارد که هدف نهایی آن جلوگیری از تحقق ضرر است، خواه علیه اشخاص حقوقی مثل دولت یا اشخاص حقیقی مادی یا غیر مادی باشد و یا علیه حیوان یا اشیا باشد.

### ۳. نحوه رفع تراحم در اعمال حقوق

با توجه به آنچه که تاکنون آمد، مشخص گردید که آزادی عمل اشخاص گاه موجب ایجاد تراحم میان آنها می‌گردد که چگونگی رفع این تراحم از مهم‌ترین فواید برآمده از تفاوت قاعده غربی و اسلامی است. به همین مناسبت، در ادامه تفاوت عملکرد قاعده غربی و اسلامی تبیین خواهد شد.

#### ۳-۱. رفع تراحم از منظر حقوق غربی

در صورت تراحم آزادی عمل افراد با یکدیگر، در اولین وهله جهت رفع تراحم بایستی به متغیر میزان امکان‌رهایی زیان‌دیده از آن وضعیت توجه نمود. لذا جان‌میل می‌گوید هنگامی که جوان همسایه از حق خود مبنی بر گوش دادن موسیقی با صدای بلند استفاده می‌کند، اولین راه‌چاره این است که همسایه گوش‌های خود را بگیرد یا خانه خود را به‌گونه‌ای تجهیز کند که صدا از آن عبور نکند. در صورتی که اقدام همسایه در رفع ضرر بنا به وضعیتی که او با توجه به ممنوعانش دارد میسر نبود، این دو بایستی از طریق قرارداد دوستانه با یکدیگر کنار آیند؛ برای مثال با هم توافق کنند ساعاتی را که

پیرمرد همسایه در حال استراحت است، جوان موسیقی را با صدای آرام گوش کند (Kayakan, 2016, p. 18). در صورت حاصل شدن توافق میان آن دو، در حقیقت آزادی عمل هر دو تضمین گشته و بهترین نتیجه حاصل شده است.

در صورتی که توافق میان اشخاص به نحوی باشد که هر کدام به میزانی از آزادی خود جهت همزیستی مسالمت‌آمیز، چشم پوشی نکنند بایستی از قوای عمومی جهت مانع شدن اشخاص از اقدامات ضرری‌شان کمک گرفت، به‌گونه‌ای که تنها تا حد رفع ضرر از طرف مقابل، اقدامات واردکننده ضرر محدود گردد. برای مثال شخصی که حق احداث کارخانه دارد، در صورت تعارض با حقوق سایر افراد نسبت به آلودگی صوتی ایجاد شده از آن، دولت نمی‌تواند مانع کارخانه سازی او یا قلع و قمع آن گردد بلکه تنها بایستی اقداماتی جهت رفع آلودگی صوتی کارخانه انجام دهد.

آخرین گام حل نزاع، در صورتی که دیگر راه چاره‌ای برای حل نزاع آزادی عمل اشخاص با یکدیگر وجود نداشته باشد، ممنوع نمودن عمل یکی از طرفین است که معیار تشخیص آن از منظر جان میل، دربرگیرندگی رضایتمندی بیشتر برای بیشترین افراد از جامعه است (Humbruger, 1999, p. 85). لذا در تعارض حق افراد در بنای کارخانه با بنای ملک مسکونی، حق بنای کارخانه به علت اینکه افراد بسیاری را دارای شغل می‌کند، در مقابل حق بنای ملک که تنها موجب خرسندی چند نفر، یعنی ساکنان آن می‌گردد، مقدم است.

### ۲-۳. رفع نزاع از منظر حقوق اسلامی

از منظر حقوق اسلامی، آزادی اراده اشخاص در آنچه که می‌خواهند انجام دهند، از بالاترین ارزش‌های الهی برشمرده شده است. لذا هنگامی که آزادی اراده اشخاص در اعمالی که خواستار انجامش می‌باشند، دچار نزاع گردد بایستی به‌گونه‌ای عمل شود که تا حد ممکن بتوان هر دو حق را قابل اجرا دانست.

از همین‌رو، توجه به فلسفه مبنایی قاعده لاضرر می‌تواند در این زمینه راهگشا باشد. اصل لاضرر که در فقه اسلامی برآمده از قضیه سمره بن جندب است، راجع به نزاع مالکیت و آزادی عمل دارنده یک درخت در مقابل مالکیت و آزادی عمل دارنده حق مالکیت شخصی دیگر بر خانه بود به نحوی که دارنده درخت هرگاه که می‌خواست،



سرزده وارد خانه می‌شد و موجب رنجش صاحب خانه می‌گردید (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ۵۰۷).

توجه به قضاوت پیامبر اکرم (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم) می‌تواند راهنمای تبیین قاعده اسلامی رفع تراحم حق باشد:

۱- پیامبر اکرم (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم)، سمره بن جندب را به واسطه اینکه رسیدگی وی به درختش منتهی به اخلال وی در حق دیگری - آمدن به خانه دیگری - می‌شد، او را ابتداءً از رسیدگی به درختش منع نفرمود؛ چرا که رسیدگی وی به درختش حق طبیعی او بود. بنابراین پیامبر(ص) می‌توانست بفرماید که وی اصلاً حق ورود به ملک دیگری جهت رسیدگی به درختش را ندارد و دعوا را خاتمه دهد. بنابراین از منظر قوانین اسلامی، اشخاص لزومی در محدود ساختن آزادی خود برای راحتی دیگران ندارند اگرچه از منظر اخلاق اسلامی، اقدام به آن، بسیار پسندیده است.

۲- پیامبر اکرم(ص) در زمان رفع تعارض، در مقام قضاوت بودند نه درخواست از سمره؛ لذا ایشان می‌توانست به سمره بگوید درختت را باید قطع کنی و ببری؛ در حالی که از او درخواست کردند در مقابل عوض دنیوی یا اخروی، درختش را بفروشد (مغربی، ۱۳۸۵ق، ج ۲، ص. ۵). بنابراین طبق قاعده اسلامی در تعارض آزادی اراده‌ها، حق با کسی نیست که شادی بیشتری را برای افراد بیشتر به ارمغان بیاورد بلکه ممانعت از عملی است که زیان بیشتر و بزرگ‌تری نسبت به فایده‌ای که آن عمل دارد، به همراه می‌آورد. بنابراین قاعده لاضرر بر خلاف مدل غربی آن، ضرر محور است نه منفعت محور؛ یعنی اولویت با دفع ضرر است نه ایجاد منفعت.

۳- پیامبر(ص) پس از درخواست از سمره و رد همگی درخواست‌ها از جانب وی، فرمود درخت او را قلع نمایند و بیان نمود: «لاضرر و لا ضرار فی الاسلام». بنابراین اولین قدم رفع تعارض در اسلام، رفتار کدخدانسانه است نه الزام طرفین به ایجاد توافق. لذا در قاعده غربی که هدف هماهنگ ساختن میان آزادی افراد از طریق برقراری تعادل میان آنهاست، در اسلام هدف برطرف نمودن ضرر از دوش متضرر است لذا متضرر، یا طبق قانون اسلام می‌تواند از خود دفع ضرر کند که ملزم به آن است پس نیازی به توافق نیست و یا طرف مقابل از حق خودش نگذشته و

زیان‌دیده نیز نمی‌تواند از خود دفع ضرر نماید. پس اگر ذی‌حق در مقابل عوضی از حق خود بگذرد بر زیان‌دیده واجب است که در صورت امکان، عوض را به او بپردازد و از خود رفع ضرر کند. در صورتی که ذی‌حق، حتی در مقابل دریافت عوض نیز حاضر به ترک عمل خود نباشد، بعید نیست که گفته شود آزادی عمل او بنا به قاعده اقدام از احترام افتاده و نه تنها بایستی او را از اقدام خود محروم نمود بلکه در مقابل محروم نمودن او، عوضی هم به او تعلق نخواهد گرفت. البته قرار نگرفتن عوض بایستی در مقابل سوء نیت شخص باشد نه حسن نیت وی.

با توجه به توضیحاتی که آمد، نتیجه نحوه رفع تراحم آزادی اراده اشخاص در اسلام چنین است: به هنگام تراحم حقوق با یکدیگر، کسی که از عمل قانونی شخص دیگری ضرر می‌بیند، ابتداءً خودش مسئول است لذا به هزینه خود باید آن را دفع کند (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص. ۸۶) چرا که اصل آزادی اراده در اسلام بسیار محترم است.

در صورتی که امکان دفع ضرر توسط زیان‌دیده به هیچ وجه وجود نداشته باشد ابتداءً نمی‌توان ذی‌حق را نسبت به انجام عملش محروم نمود بلکه تنها بایستی عوض خسارتی که به دیگری وارد می‌کند، بپردازد مگر اینکه آزادی او مزاحم یک حق اساسی مانند حق حیات شخص باشد که در این صورت در هر حال از ادامه عملش جلوگیری خواهد شد مثل کارخانه‌های سم‌زا که سمشان امنیت جانی افراد را به خطر می‌اندازد.

در مرحله‌ای که پرداخت عوض نیز پاسخگوی زیان‌دیده نباشد، زیان‌دیده بایستی به نحوی ذی‌حق را مجاب به ترک عمل کند؛ در غیر این صورت با پرداخت حق محدود نمودن آزادی اراده، از قوای عمومی می‌خواهد که او را از اقدام خود در صورتی که از روی حسن نیت و برای رفع نیازهایش باشد، بازدارد. در غیر این صورت یعنی چنانچه سوء نیت ذی‌حق ثابت گردد، بعید نیست که گفته شود علاوه بر محدود نمودن آزادی اراده ذی‌حق، در مقابل محدود شدنش، عوضی نیز به او تعلق نخواهد گرفت.

#### ۴. مطالعه تطبیقی قوانین برآمده از اصل «آزادی» و «ضرر»

در این مبحث، سعی در بیان فایده مباحث تئوری مذکور، به صورت پراگماتیک، ذیل

قوانین نظام‌های حقوقی است؛ چرا که تأثیر عملی قاعده‌های فلسفی لاضرر و ضرر در قوانین حقوقی کشورها مبنی بر نحوه رفع تراحم میان آزادی عمل اشخاص و تعیین محدوده آزادی ایشان مشخص می‌گردد. لذا در ادامه اجمالاً به بررسی رویه کشورهای متبوع نظام حقوقی کامن‌لا، نوشته (رومی ژرمنی) و ایران در رابطه با میزان تأثیرپذیری این قوانین از اصل ضرر و نحوه رفع تراحم میان منافع افراد پرداخته خواهد شد.

#### ۴-۱. میزان تأثیرپذیری از اصل ضرر و نحوه رفع تراحم منافع در نظام حقوقی کامن‌لا

طبق آنچه که در نظام حقوقی کشورهای متبوع کامن‌لا مانند آمریکا و انگلیس مرسوم است، اصولاً قانون نوشته‌ای که مبین اصل ضرر و نحوه رفع تراحم میان حقوق باشد وجود ندارد. لیکن در صورتی که میان منافع افراد با یکدیگر تراحم به وجود آید، نظام مدیریتی و دادگاه‌های این کشورها، ملزم به رعایت یکسری اصول حقوقی جهت متقدم نمودن یکی از حقوق بر دیگری هستند که نشانگر میزان پایبندی این نظام‌های حقوقی به اصل ضرر جان استوارت میل است که در ادامه خواهد آمد.

در صورت تعارض منافع افراد با یکدیگر، جهت تصمیم‌گیری برای تقدم یک حق بر دیگری، سازمان‌های مدیریتی و دادگاه‌ها در نظام حقوقی کامن‌لا بایستی اصول زیر را رعایت کنند:

یک. در خدمت منافع عمومی بودن<sup>۷</sup>: در صورت تراحم منافع اشخاص با یکدیگر، منفعتی مقدم می‌باشد که بتواند اعتماد و منافع عمومی بیشتری را برای جامعه فراهم آورد؛ لذا عملی که مطابقت بیشتری با قانون و در راستای اهداف عمومی داشته باشد، همان مقدم می‌گردد (مبین اصل کارکردگرایی جهت تقدم یک حق) (Toolkit by OECD, 2005, p. 34).

دو. شفافیت هدف و قابلیت اعتماد بدان<sup>۸</sup>: آزادی عمل اشخاصی که رفتارشان از شفافیت بیشتری در نیل به هدف برخوردار است، به‌گونه‌ای که بتوان به تحقق هدف امیدوار بود، در صورتی که به دست آمدن نتیجه با توجه به وضعیت وی، برای او هدفمند محسوب گردد، مقدم بر سایر آزادی اعمال بی‌هدف است (مبین رعایت اصل حسن نیت جهت تقدم یک حق) (Crown, 2017, p. 3)

سه. انسجام و یکپارچگی<sup>۹</sup>: آزادی عمل اشخاصی که بر پایه تجمیع منافع عمومی و شخصی است مقدم بر اعمالی خواهد بود که صرفاً برای جلب منافع شخصی است (اصل کارکردگرایی).

چهار. مشروعیت<sup>۱۰</sup>: آزادی عمل اشخاصی که در مقابل سایر اعمال، از منظر عموم، دارای مشروعیت بیشتر است، مقدم می‌باشد (اصل لزوم مشروعیت حق).

پنج. عدالت<sup>۱۱</sup>: آزادی اعمالی که منطبق با رفتارهای یکسان‌گرایانه عمومی و عادلانه باشد مقدم بر اعمالی است که مبتنی بر پیش‌داوری رفتارهای آشوبگرانه هستند. شش. تاثیرگذاری<sup>۱۲</sup>: رفتارهایی که دربردارنده بهترین، بیشترین و مؤثرترین اثر بر پیشرفت بنیان‌های اجتماعی هستند مقدم بر سایر رفتارها می‌باشند (Mill, 1895, p. 25). همان‌گونه که مشخص است کشورهای متبوع نظام حقوقی کامن‌لا به طور مطلق از نظریه ضرر پیروی نکرده‌اند چراکه امروزه در این نظام‌های قانونی و مدیریتی، محدودیت آزادی عمل افراد، صرفاً محدود به ضرر نرساندن به دیگران نیست، بلکه شامل ضرر نزدن به منافع عمومی نیز می‌شود.

## ۲-۴. میزان تأثیرپذیری از اصل ضرر و نحوه مدیریت منافع در نظام‌های حقوقی نوشته

با توجه به اینکه نظام حقوقی فرانسه به‌عنوان نظامی پیشرو در سیستم‌های حقوقی و مدیریتی نوشته محسوب می‌گردد، بررسی قوانین موجود در این سیستم حقوقی موجب بی‌نیازی از بررسی سایر نظام‌های قانونی نوشته است.

قانون مدنی فرانسه<sup>۱۳</sup> در فصل سوم ذیل عنوان «در ارتباط با اموال و صاحبانشان»، در ماده ۵۳۷<sup>۱۴</sup> آورده است که اشخاص آزاد هستند اموال خود را مشروط به رعایت تعدیلاتی که قانون بر این اصل آزادی اراده وارد کرده است، بیرون بیندازند. در ماده ۵۴۴<sup>۱۵</sup> از عنوان دوم همین قانون، ذیل مبحث «مالکیت»، در تعریف مالکیت گفته شده است: «مالکیت حقی است که به مالک آن اجازه هر نوع بهره‌برداری از اموال را می‌دهد مشروط بر اینکه به‌واسطه قوانین یا قواعد حقوقی محدود نگردیده باشد». در ادامه همین بخش ذیل ماده ۵۴۵<sup>۱۶</sup> آمده است که «هیچ کس را نمی‌توان مجبور به اسقاط حق مالکیت خود نمود مگر به جهت رعایت مقاصد عمومی و رعایت عدالت». در ماده ۸۱۵-۲<sup>۱۷</sup> همین قانون، یکی از موانع آزادی عمل اشخاص را محدود به رعایت نفع

اشخاص ثالث در نظر گرفته است که در ماده ۵۴۹ منوط به وجود حسن نیت در عمل شده است.

در نظام‌های حقوقی نوشته نیز آن‌گونه که آمد به طور مطلق از اصل ضرر جان میل پیروی نشده است چراکه یکی از محدودیت‌های اصل آزادی اراده اشخاص، علاوه بر ضرر نرساندن به دیگران، زیان نرساندن به منافع عمومی است که جان میل به آن اعتقادی نداشت. در نظام حقوقی فرانسه نیز در صورت تعارض منافع با یکدیگر آزادی اراده‌ای که مبتنی بر حسن نیت و در راستای منافع عمومی باشد بر سایر منافع مقدم می‌گردد (Ogien, 2016, p. 156). این بدین معناست که کشورهای غربی اصل کارکردگرای جان استوارت میل را به طور مطلق پذیرفته‌اند.

**۳-۴. میزان تأثیرپذیری از قاعده «لاضرر» و نحوه رفع تراحم منافع در نظام حقوقی ایران**

مطابق اصل ۴۰ قانون اساسی، «هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا منافع عمومی قرار دهد». در تفسیر این اصل باید گفت که گویا این اصل قانونی، قیدی برای یک اصل بنیادین دیگر است چرا که این نتیجه بایستی دارای مقدمه واجبی باشد که در صورت منتفی شدن آن، مفهوم این اصل نیز منتفی می‌شود. بنابراین تا زمانی که اشخاص آزادی عمل مطلق نداشته باشند، معنا ندارد که گفته شود هیچ کس نبایستی اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا منافع عمومی قرار دهد. تفسیر این اصل ظرافت دیگری نیز دارد بدین صورت که بایستی آن را در کنار قانون مدنی تفسیر نمود چرا که طبق قانون مدنی، ضرر به غیر، هنگامی تأویل پیدا می‌کند که شخص دارای سوء نیت بوده و در صورتی که وی در اعمال حق مشروع خود دارای حسن نیت باشد، عمل او اصلاً مصداق ضرری پیدا نمی‌کند تا بتوان مانع آن شد. لذا طبق یک قاعده کلی باید گفت: «در حقوق ایران هر کس آزاد است هر آنچه می‌خواهد انجام دهد مگر اینکه از روی سوء نیت به دیگری ضرر برساند یا هرچند عمل او مطابق حسن نیت بوده لیکن ضرر وارد آورده به متضرر را جبران ننماید». بنابراین کسی که از دیوار خانه خود به خانه همسایه در باز می‌کند، مطمئناً سوء نیت دارد و بایستی مانع عمل او شد. در حالی که اگر روزنه یا شبکه باز کند، سوء نیت نداشته و تنها در صورت وارد آوردن زیان به همسایه بایستی خسارت

او را جبران نماید و به هیچ عنوان نمی‌توان او را از آزادی عمل محروم نمود (کاتوزیان، ۱۳۴۹، ج ۱، ص. ۲۵۰). بر همین مبنا در نظام حقوقی ایران که بنا نهاده شده بر قاعده لاضرر است آزادی عمل افراد دارای هر دو محدودیت ضرر نرساندن به دیگران و منافع عمومی است که مطابقت کامل با قاعده لاضرر اسلامی دارد و در صورت تزامم حقوق با یکدیگر، منافی مقدم می‌گردد که مبتنی بر حسن نیت باشد و معیار مطابقت با منافع عمومی به‌عنوان حکم ثانویه و با تشخیص ولی فقیه، در مرتبه دوم قرار می‌گیرد. لذا اعمال حقوقی که مبتنی بر حسن نیت نباشند، هرچند مطابق منافع عمومی باشند، دارای تقدم نخواهند بود.

### نتیجه‌گیری

شاکله و مفهوم اساسی اصل لاضرر در فقه امامیه با اصل ضرر در حقوق غربی تقریباً با یکدیگر مشابه می‌باشند. چرا که هر دو اصل در ضمن خود قائل به این می‌باشند که هر کس تا زمانی که به دیگری زیان نرسانده است، آزاد است هر آنچه می‌خواهد از انجام دهد. لیکن تفاوت میان این دو اصل، نهفته در تفاسیر است که از مفاهیم و الفاظ داخل در این دو قاعده چون «ضرر» و «غیر» می‌باشد.

مفهوم ضرر از منظر قاعده غربی، تنها در برگیرنده زیان‌های مستقیم، مادی و ناعادلانه است به نحوی که زیان‌های غیر مادی و انتزاعی ذیل آن نمی‌گنجد. از طرفی گستره طیفی ضرر از منظر غربی آن تنها شامل اشخاص حقیقی موجود می‌شود. لذا منظور از «غیر» در قاعده غربی تنها انسان است در حالی که در مدل اسلامی آن ضرر شامل هرگونه زیان اعم از مادی و غیر مادی است به نحوی که مفهوم «غیر» نیز در آن شامل انسان، خدا، خود، وطن، حیوان و... می‌شود.

بررسی رویه و قوانین نظام‌های حقوقی غربی نشان داد که این نظام‌ها، در حال حاضر به طور مطلق از اصل ضرر جان‌میل تبعیت ننموده‌اند چرا که در این نظام‌ها، آزادی عمل اشخاص در صورتی که نه تنها به دیگران ضرر رساند بلکه اگر به منافع عمومی نیز زیان وارد کند، محدود گشته است؛ حال آنکه جان‌میل تنها قائل به امکان محدود نمودن آزادی عمل اشخاص در صورت ضرر رساندن به دیگری است نه منافع عمومی. بر خلاف قوانین غربی، قوانین ایران هم‌راستا با قاعده لاضرر

اسلامی بوده به نحوی که با توجه به نفی هرگونه ضرر طبق این قاعده، در اسلام آزادی عمل اشخاص نه تنها محدود به ضرر نرساندن به دیگران بلکه رعایت منافع عمومی نیز می‌باشد.

در راستای مدیریت تراحم منافع افراد جامعه برای رسیدن به بیشترین رفاه اجتماعی، همان گونه که گفته شد، دولت‌ها بایستی ابتدا به دنبال جمع کردن منافع مشروع افراد با یکدیگر باشند و به هیچ عنوان نبایستی مانع فعالیت‌های پویای اشخاص، به علت تعارض فعالیت‌های آنها با منافع دیگران شود، مگر تنها در صورتی که جمع کردن منافع افراد با یکدیگر به صورت عینی و عملی امکان‌پذیر نباشد که در چنین صورتی بایستی اولویت را از آن منافع مشروعی دانست که بیشترین کارکرد را برای بیشترین افراد جامعه دارد. بنابراین، دولت در تعارض منافع طلبکار یک کارخانه در توقیف آن، جهت وصول طلب خود و منافع اقتصادی برآمده از ادامه فعالیت آن، ابتدا بایستی مابین منافع متعارض جمع نماید و در صورت عدم امکان تجمیع منافع، ادامه فعالیت کارخانه و استمهال آن را، با توجه به اینکه موجب منافع بیشتری برای افراد بیشتری و اقتصاد کلان جامعه نسبت به منافع طلبکار دارد، در اولویت قرار دهد.

#### یادداشت‌ها

1. Declaration of the rights of the man and of the citizen
2. on liberty
3. Harm principle
4. Utilization Principle
5. Tort
6. Offence principle
7. Serving the public interest
8. Transparency and accountability
9. Integrity
10. Legitimacy
11. Fairness
12. Efficiency and effectiveness
13. Code civil française
14. L'article 537: les particuliers ont la libes disposition la biens ... sous les modification les loi.
15. L'article 544: la propriete est le droit de juier et disposer des choses de la maniere.
16. Laricle 545: Nul ne peut etre contrainte de ceder sa propriete

17. L'article 815-2: Tout indivisaire peut prendre les mesures nécessaires à la conservation des biens individuels.

#### کتابنامه

- انصاری، مرتضی (۱۳۸۸). مکاسب. تهران: جنگل.
- بهرامی احمدی، حمید (۱۳۹۳). ضمان قهری. تهران: دانشگاه امام صادق علیه السلام.
- شیروانی، علی (۱۳۹۳). المنطق. قم: دار العلم.
- ابن بابویه، محمد بن علی (۱۴۱۸ق). الهدایة فی الاصول والفروع. قم: مؤسسه امام هادی علیه السلام.
- طباطبایی، سید محسن (۱۴۰۸ق). قاعدة الضرر والاضرار. قم: کتابفروشی بصیرتی.
- طباطبایی، محمدتقی (۱۴۱۳ق). عمده المطالب فی التعلیق علی المکاسب. قم: کتابفروشی محلاتی.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الامامیه. تهران: المکتبه الاحیاء لآثار الجعفری.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق). الخلاف. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۴۹). دوره مقدماتی حقوق مدنی. تهران: میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹). قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی. تهران: میزان.
- کلینی محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق). الکافی. تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۴۰۶ق). قواعد فقه. تهران: علوم اسلامی.
- مصطفوی، سید کاظم (۱۳۹۳). قواعد فقه. تهران: میزان.
- مظفر، محمدرضا (۱۳۹۳). اصول الفقه. قم: دار الفکر.
- مغربی، ابوحنیفه (۱۳۸۵ق). دعائم الاسلام. قم: مؤسسه آل البیت (ع).
- موسوی خمینی، سید روح الله (۱۴۲۴ق). توضیح المسائل. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- نائینی، محمدحسین (۱۳۷۳ق). منیه الطالب فی حاشیه مکاسب. تهران: المکتبه المحمديه.
- Baron, Jonathan (1996). *Do no harms*. New York: Russel sage Foundation.
- Crown, Andrew (2017). *Civil liberties in Conflict with Civil rights*. London.
- Kayacan, Dery a Nur (2016). *How to resolve conflicts of rights*. Europe union: saar blupriut.
- La non nuisance*, Texte écrit pour l'université de Tours, mai 2009.
- Ogien, Ruwen (2016). *L'ethique aujour'hui*. France.
- Rabon, ofer (2010). *Conflicts of rights*. Portland: Oregon.
- Steel, Alex (2008). *The harms and wrongs of Stealing*. UNC law journal.
- Sutherland, Cara A. (2003). *The statue of liberty*. China: offset Colt.



- Tackett, Timothy (1988). *The coming of the French revolution*. London: Princeton press.
- Toolkit by oecd in relation uith interests conflict* (2005). Electronic publish: oecd.
- Wood, Gordons (2009). *Emprie of liberty*. New York: oxford press.