

مقایسه تطبیقی «اصل ضرر» و «قاعده لاضرر» در توجیه مداخله کیفری

مهرانگیز روستایی

استادیار گروه حقوق، دانشگاه ملایر، ملایر، ایران

دریافت: ۹۴/۳/۳

پذیرش: ۹۴/۶/۲۱

چکیده

اصل منع ایراد ضرر به غیر در حقوق آنگلو-آمریکایی در میان اصول رقیبی همچون پدرسالاری و اخلاق‌گرایی قانونی، بارها به چالش کشیده شده و توانسته است همچنان و علیرغم انتقادات وارد، به‌عنوان یک اصل موجه در مداخله دولت به توجیه چرایی تحدید آزادی‌های فردی در قالب یک نظام کیفری حداقلی ادامه حیات دهد. اخیراً برخی حقوقدانان مسلمان مدعی شده‌اند که قاعده لاضرر در فقه اسلامی، ظرفیت توسعه به منظور طرح یک اصل اولی برای مداخله کیفری دولت بر مبنای این قاعده را دارد. تحلیل اصل ضرر و قاعده لاضرر و فروکاستن آن دو به ارکان تشکیل‌دهنده و مدعاهای اصلی نشان می‌دهد که قاعده لاضرر به دلیل تفاوت مبنایی با اصل ضرر، توان مشروعیت‌بخشی به مداخله کیفری را ندارد.

واژگان کلیدی: اصل ضرر، قاعده لاضرر، مشروعیت‌بخشی به مداخله کیفری، تحدید آزادی فردی، توجیه جرم‌انگاری

Email: m.roustaie@gmail.com *نویسنده مسئول مقاله:



۱. مقدمه

در فرایند زمانی تبدیل انسان از موجودی صرفاً تکلیف‌محور به موجودی حق و تکلیف‌محور، توجیه مداخله کیفری دولت اهمیتی دوچندان می‌یابد؛ زیرا بی‌تردید تصویب قوانین کیفری از نقطه نظر فردی، شدیدترین وجه مداخله دولت است که از طریق آن، از یک سو، آزادی عمل فردی محدود می‌شود و از سوی دیگر، نقض آن مستلزم کیفر خواهد بود.

برخورداری حقوق کیفری از ابزارهای قدرتمند جرم‌انگاری و کیفردهی، در قالب اختیار تعریف جرم، طبقه‌بندی جرائم براساس قصد و نیت، رتبه‌بندی جرائم براساس شدت آسیب اجتماعی و تعیین دادگاه صالح به رسیدگی، ضرورت تحمیل محدودیت‌هایی را بر آن، به مانند هر قدرت دیگری، ایجاب می‌کند. اصولی که می‌کوشند این قدرت فراگیر را تا حد امکان مهار کنند، در یک تقسیم‌بندی ابداعی به اصول کلاسیک و نوین تحدید قدرت کیفری تقسیم می‌شوند. اصولی مانند کنترل نهاد تقصیر و مجرمیت، منع مجازات مضاعف، برقراری سیستم ادله قانونی، حمایت برابر توسط قانون، منع عطف به ماسبق شدن قوانین، قواعد ناظر به صلاحیت، فرض برائت، مرور زمان و .. از جمله محدودیت‌های کلاسیک بر حقوق کیفری است. این محدودیت‌ها بر حقوق کیفری موجود، فارغ از پرسش از مشروعیت شکل‌گیری آن اعمال می‌شوند.

در مقابل، دسته دیگر را اصول نوین تحدید قدرت حقوق کیفری می‌نامیم. این‌ها اصولی هستند که عمدتاً در حوزه‌هایی خارج از دانش حقوق کیفری و توسط افرادی غیرحقوقدان شکل گرفته و سپس وارد فضای اندیشه عالمان حقوق کیفری شده‌اند. «الگوی دفاعی»^۱ عنوانی است که به‌خوبی نشان‌دهنده ویژگی مشترک این اصول و فلسفه پیدایش آن‌ها است [۱، ص ۲۴]. هدف از به‌کارگیری الگوی دفاعی، حمایت از افراد در مقابل تجاوز دولت از قدرت خود، سرکوب بیش از حد شهروندان در اشکال قانونی و غیرقانونی و نیز ممانعت از تجاوز به حریم خصوصی است. در این الگو، قدرت دولت

1. defensive model

به‌عنوان یک خیراندیشی ضروری مورد توجه قرار نمی‌گیرد، بلکه بر قدرت او در حوزه جرم‌انگاری و تعیین کیفر، محدودیت‌هایی وارد می‌شود. در نظام حقوقی لیبرال، اصل ضرر به دلیل انطباق بر اقتضائات دولت لیبرالی به‌عنوان مهم‌ترین الگوی دفاعی در توجیه جرم‌انگاری شناخته شده است.

وجود قاعده لاضرر در فقه اسلامی، موجب این نتیجه‌گیری از سوی برخی اندیشمندان شده که اصل یا قاعده ضرر به مفهوم نهی ضرر به دیگری، در همه نظام‌های مختلف حقوقی و توسط اندیشمندان حقوقی با مبانی استدلالی کم و بیش مشابه پذیرفته شده و ادعا شده است غنای فقه اسلامی در این زمینه می‌تواند در مبناسازی برای مداخله کیفری با استفاده از این قاعده راهگشا باشد و یک اصل اولی برای محدود کردن مداخله کیفری دولتی ارائه دهد [۲، ص ۱۸۷]. پرسشی که در این‌جا قصد پرداختن بدان را داریم این است که آیا در مبناسازی برای مداخله کیفری، قاعده لاضرر خواهد توانست متناظر با اصل ضرر باشد؟ و آیا علاوه بر مشابهت لفظی خواهد توانست در تحدید قدرت کیفری دولت نقشی همانند اصل ضرر ایفا کند؟ بدین منظور در ابتدا اصل ضرر و نقش آن در توجیه مداخله کیفری را مورد بررسی قرار داده، سپس به مقایسه قاعده لاضرر با آن خواهیم پرداخت.

۲. اصل ضرر؛ پیدایش و مدعاهای بنیادین

سده هجدهم میلادی با بکاریا نخستین نشانه‌های وجدان علمی در ارتباط با کاربرد حقوق کیفری را به خود دید و سده نوزدهم شاهد آغاز بحث در این باره بود که آیا کاربرد مزبور هیچ‌گونه مرز طبیعی یا نظری دارد یا خیر [۳، ص ۴۹۴]. این بحث از فایده‌گرایی شروع شد و با رساله درباب آزادی «جان استوارت میل» در حقوق کیفری غرب شوری به پا کرد. رساله یاد شده برای نخستین بار این موضوع را پیش کشید که حقوق کیفری 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 دیگران» را از اعمال «مرتبط با خود» جدا می‌سازد.

۱-۲. بسترهای پیدایش اصل ضرر

جمع میان سامان‌دهی زندگی فرد و اجتماع و تعیین محدوده آزادی فردی و به عبارتی جمع میان قانون و آزادی، همواره یکی از بنیادی‌ترین مسائل در حقوق عمومی بوده است. در این میان نظریه سیاسی لیبرال قرن نوزدهم، از آن رو که مقتضی ایجاد قواعدی برای مداخله دولت بود، تأثیر مهمی بر حقوق کیفری به طور کلی داشت. به همین دلیل، میل در اوج تحولات دموکراتیک و رشد حکومت اکثریت، دغدغه آزادی فرد را داشت و به دفاع از آزادی فرد در مقابل خطرهای حکومت اکثریت پرداخت. پیام او برای حقوق عمومی در تنظیم رابطه قانون و آزادی، «اصل ضرر» به‌عنوان محک ارزیابی سیاستگذاری و وضع قانون بود. بر این اساس، «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 به‌درستی بر اعضای یک جامعه متمدن برخلاف اراده آنها اعمال شود، پیشگیری از ایراد ضرر به دیگران است. خیر فردی توجیه کافی برای مداخله نیست. به لحاظ قانونی نمی‌توان فرد را مجبور به انجام یا خودداری از انجام کاری کرد، صرفاً به این دلیل که برای او بهتر است یا او را شادتر می‌کند یا به این دلیل که در نظر دیگران انجام چنین عملی عاقلانه یا حتی درست است. این‌ها دلایل خوبی برای نکوهش وی یا محاجه با او یا ترغیب وی هستند؛ اما دلایل خوبی بر اجبار یا مجازات وی در صورت سر باز زدن از خواست ما نخواهند بود» [۴، ص ۳۲۰].

در قرن نوزدهم و در زمان طرح اصل ضرر، جدال فکری میان کسانی که طرفدار آزادی فردی بودند و کسانی که می‌کوشیدند فرد را مقهور قدرت اجتماع سازند به بزرگ‌ترین مسأله سیاسی روز و شدیدترین مناقشه اقتصادی تبدیل شده بود [۵، ص ۲۰]. طرح این اصل، نوعی اعتراض به شرایط سیاسی و فضای عمومی جامعه در سرکوب آزادی‌های فردی بود. بر طبق این اصل، آزادی فردی، آزادی سیاسی و آزادی

افکار و عقاید، حقوقی است که هر فرد آن را به درستی ادعا می‌کند، مشروط به این‌که آزادی او به آزادی دیگران لطمه نزند و خودش نیز از قوانینی که هدفش تأمین همین آزادی برای سایر افراد اجتماع است اطاعت کند.

قدرت این اصل که بی‌شک بانفوذترین اصل در الگوی لیبرال جرم‌انگاری است از بینش اخلاقی آن ناشی می‌شود که در شرایط برابر، رفتارهایی که برای دیگران ضرری به همراه ندارد، در حوزه مداخلات دیگران و از جمله قانونگذار قرار نمی‌گیرد. این بینش اخلاقی توسط ارزشی که لیبرالیسم مدعی است برای خودمختاری فردی، حریم خصوصی، بردباری و مداخله حداقلی در زندگی فردی قائل است، حمایت می‌شود. از اصل ضرر، دو اصل اساسی برای تنظیم روابط جامعه با فرد و روابط فرد با جامعه مشتق می‌شود:

- هیچ فرد انسانی را نمی‌توان به علت اعمالی که انجام می‌دهد، هنگامی که آن اعمال به مصالح کسی جز مصالح خویش لطمه نمی‌زند، مورد بازخواست اجتماع قرار داد.
- هر فرد انسانی به علت ارتکاب اعمالی که به مصالح دیگران لطمه می‌زند، بازخواست شدنی است و اگر جامعه احساس کند که می‌تواند رفتار وی را با به کاربردن تنبیهات اجتماعی یا قانونی اصلاح کند، در آن صورت، مجاز است هر کدام از این دو وسیله را که ضروری تشخیص داد، در مورد وی به کار برد [۶، ص ۲۰-۲۱].
اصل ضرر به تدریج در طول دهه‌های ۶۰ تا ۸۰، بر بحث الزام قانونی اخلاق حاکم شد و در تعیین مرز میان حقوق و اخلاق به اصلی مهم تبدیل گردید.

۲-۲. تحول اصل ضرر در توجیه جرم‌انگاری

در فرایند پیدایش و بسط اصل ضرر، «میل» مدافعی سرسخت برای این اصل و «فاینبرگ» تعدیل‌کننده اندیشه‌های سکف خود است. برشمردن تفاوت میان این دو به درک بهتر تحول این اصل کمک می‌کند:

برای میل، اصل ضرر یک اصل انحصاری و تنها اصلی است که توان توجیه



مداخله‌های دولت را دارد. در ساخت‌بندی کلاسیک از اصل ضرر، آنچه این اصل در رابطه با جرم‌انگاری انجام می‌دهد، برقراری محدودیت‌هایی بر مداخلات دولت علیه افراد از طریق حقوق کیفری و تعیین مداخلات موجه است. این محدودیت‌ها در قالب واژگانی ضدپدرسالارانه و ضد اخلاق‌گرایانه برقرار می‌شود که بر مبنای آن، تنها برای رفتاری می‌توان تعیین کیفر کرد که موجب ایراد ضرر به دیگران باشد و مداخله برای مصلحت خود فرد یا مداخله بر مبنای اخلاق متعارف کنار گذاشته می‌شود.

برداشت فاینبرگ محدودتر از میل است. او ضرر به دیگری را تنها معیار نمی‌داند، بلکه آن را دلیل خوبی برای تصویب قوانین کیفری می‌داند [۷، ص ۷]. در این نگرش، ضرر یکی از ملاحظات در میان سایر ملاحظات وضع قانون کیفری است. نتیجه حاصل از اندیشه فاینبرگ آن است که از یک سو، یک رفتار مضر ممکن است با توجه به دلایل دیگر جرم‌انگاری نشود و از سویی دیگر، یک رفتار بدون ضرر، ممکن است با توجه به دلایلی غیر از ضرر، جرم شناخته شود.

یکی دیگر از تفاوت‌ها میان قرائت‌های میل و فاینبرگ از اصل ضرر آن است که معیار «ناظر به دیگری بودن» در اصل ضرر میل، تنها معیاری است که به روشن کردن مفهوم ضرر کمک می‌کند؛ اما فاینبرگ در تلاش برای تعیین معنا و مفهوم ضرر، به تمیز میان دو مفهوم دست می‌زند. نخست مفهوم ضرر به مثابه «پس زدن منافع دیگری»^۱ و دیگری ضرر به مثابه «پس زدن خطاکارانه^۲ منافع دیگری». طبق این برداشت، تنها ضرر در معنای دوم می‌تواند دلیل کافی برای جرم‌انگاری باشد. آنچه ضرر در معنای اول را از ضرر در معنای دوم متمایز می‌کند، پیامد آسیب‌زا نیست، بلکه ماهیت آن رفتار است [۸، ص ۲۷]. این برداشت فاینبرگ، معرف یک مفهوم اخلاقی از ضرر است. در نتیجه، ضرر به کار رفته در این اصل، باید انطباق ضرر در معنای اول و دوم را نشان دهد و تنها پس زدن خطاکارانه منفعت، ضرر به مثابه شرط جرم‌انگاری خواهد بود. خارج کردن تعداد زیادی از رفتارهای مضر از قلمرو حقوق کیفری و نیز ممانعت

1. setback of individual's interest
2. wrong

از جرم‌انگاری رفتارهای توأم با رضایت، نتیجه افزودن شرط خطا به پس زدن منفعت است.

فاینبرگ معیاری برای تمیز حق‌های قانونی از اخلاقی ارائه نمی‌کند، اما متذکر می‌شود که اگرچه گاهی اوقات یک حق اخلاقی از یک حق قانونی ناشی می‌شود، مانند هنجار قانونی رانندگی در یک طرف خاص جاده، اما چنین مواردی خلاف قاعده هستند. وی در تعریف حق اخلاقی آن را ادعایی می‌داند که توسط دلایل معتبر حمایت می‌شود و وجدان فرد مدعی یا نگرش عمومی به آن توجه دارد و کارکردش حمایت از منفعت مشخصی است [۸، ص ۱۱۰]. وی معنای ضرر را به معنای منفعت احاله می‌دهد و منافع رفاهی^۱ را مبنایی برای ادعاهای معتبر در مقابل دیگران می‌داند. از سوی دیگر، منافع که وجهه غیراخلاقی دارند باید از این حوزه کنار گذاشته شوند. برای مثال منفعی که سبب درد و رنج برای دارنده آن می‌شوند یا منافع بیمارگونه و خودآزاردهنده نمی‌توانند مبنای ادعا علیه دیگران باشند و باید آن‌ها را آمرانه از حوزه قانونگذاری خارج کرد [۸، ج ۲، ص ۱۱۰].

۳. قاعده لاضرر

قاعده لاضرر از آن رو که اختصاص به ابواب معینی از فقه ندارد یک قاعده فقهی عام است؛ یعنی فرمولی بسیار کلی که منشأ استنباط در موارد مختلف قرار می‌گیرد [۹، ص ۳۶]. اهمیت این قاعده به‌اندازه‌ای است که برخی از آن به‌عنوان رمز هماهنگی اسلام با پیشرفت‌ها و توسعه فرهنگ یاد کرده‌اند و آن را از قواعد حاکمی دانسته‌اند که بر سرتاسر فقه حکومت دارد و کار آن کنترل و تعدیل قوانین دیگر است [۱۰، ص ۳۶]. به همین دلیل گفته شده است که اگر فقه دایر مدار پنج قاعده باشد، یکی از آن‌ها قاعده لاضرر است [۱۱، ص ۱۲۲] 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.

1. welfare interests



به‌رغم بحث‌های مفصلی که پیرامون قاعده لاضرر وجود دارد و با وجود قدمت پردازش علمی، بحث از آن در حوزه پیدایش خود باقی مانده و راه به مباحث بنیادین حقوق کیفری نیافته است. حداکثر کاربردی که تاکنون این قاعده در حقوق کیفری داشته، محدود به رعایت شرایط زمانی و مکانی در اجرای مجازات‌ها بوده است^۱ و سابقه‌ای از تفسیر آن به‌عنوان مبنایی برای جرم‌انگاری، مشاهده نمی‌شود. در به‌کارگیری این اصل در نظریه جرم‌انگاری، این موضوع مطرح می‌شود که آیا می‌توان اصلی بر این مبنا برای توجیه جرم‌انگاری در حقوق کیفری داخلی ارائه داد. به عبارت دیگر، آیا این قاعده می‌تواند عملکردی مشابه اصل ضرر در توجیه مداخله کیفری داشته باشد؟

۱-۳. پیدایش، پیشینه و مفهوم قاعده

حدیث لاضرر و لاضرار که مبنای پیدایش قاعده لاضرر است، در روایت‌های مختلفی در کتب شیعه و اهل سنت آمده است که هرکدام از آنها از جهت سند و مفاد به تفصیل مورد بررسی قرار گرفته است. در برخی از آن‌ها وجود عبارت «لاضرر و لاضرار» در قضیه مورد تردید واقع شده است [۱۲، ص ۶]. در برخی موارد، ارتباط لاضرر با حدیث نقل شده مورد انکار قرار گرفته است [۱۳، ص ۱۵۰]. صحت برخی روایات مورد قبول همه نیست و برخی روایات با اقوال مختلف نقل شده‌اند. با وجود این، ما مبنای بحث خود را بر نظر مشهور یعنی عدم تردید در بیان عبارت لاضرر و لاضرار توسط پیامبر (ص) و زاید بودن عبارات «فی الاسلام» و «علی مؤمن» در پایان حدیث قرار می‌دهیم [۱۴] و از درافتادن در اختلافاتی که در نحوه نقل این روایت وجود دارد پرهیز می‌کنیم.

۱-۱-۳. پیشینه قاعده

مشهورترین مستند روایی قاعده لاضرر، قضیه سمره بن جندب است [۱۴، ج ۱، ص

۱. از آن جمله است مواد ۴۳۹ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ و ماده ۵۰۱ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲.

۱۰۸]. در این روایت آمده است: «ابن بکیر از زراره و او از امام محمد باقر(ع) نقل کرده که آن حضرت فرمود: سمره بن جندب درخت خرمایی در باغچه مرد انصاری داشت و راه آن از خانه مرد انصاری می‌گذشت. سمره می‌آمد و به باغچه می‌رفت و از انصاری اجازه نمی‌گرفت. انصاری به سمره گفت: تو می‌آیی و به باغچه می‌روی و ممکن است ما در حالتی باشیم که نمی‌خواهیم تو ما را به آن حالت ببینی. بنابراین هر موقع خواستی بیایی خبر بده تا خودمان را آماده کنیم و سپس به تو اجازه آمدن بدهیم. سمره گفت درخت مال من است و هر وقت خواستم به آن سر می‌زنم و هیچ وقت از شما اجازه نمی‌گیرم. انصاری نزد پیامبر (ص) آمد و گفته سمره را بازگو کرد. حضرت به دنبال سمره فرستاد. پیامبر (ص) به او فرمود اجازه بگیر. سمره از قبول آن امتناع کرد و همان جوابی را که به انصاری داده بود به پیامبر (ص) نیز داد. حضرت پیشنهاد کرد که سمره آن درخت را به قیمت بفروشد، اما سمره قبول نکرد. حضرت قیمت را بالا می‌برد و سمره امتناع می‌کرد. وقتی حضرت وضعیت را چنین دید به سمره فرمود در عوض این درخت یک درخت در بهشت مال تو باشد. باز هم سمره امتناع کرد. حضرت به انصاری دستور داد که آن درخت را کنده و به سوی سمره بیندازد و فرمود لاضرر و لاضرار» [۱۳، ص ۱۴۷].

۳-۲. ساختار واژگانی ضرر و ضرار

اولین بحث در روشن کردن معنای قاعده، پرداختن به هیأت واژگانی ضرر و ضرار است. معنای این دو واژه و بالاخص تفاوت‌های آن‌ها با یکدیگر محل اختلاف است. در نهاییه ابن اثیر آمده است که ضرر ضد نفع است و معنی لاضرر این است که کسی به برادرش ضرر نزند و حقش را پایمال نکند. ضرار نیز مصدر دوم از باب مفاعله و به این معنا است که در مقابل ضرر، به دیگری ضرر نزنند. به عبارت دیگر، ضرر کار یک نفر است و ضرار کار دو نفر و عوض دادن و مجازات کردن ضرر با ضرر. بر این اساس، معنای لاضرر این است که به کسی که به او ضرر زده است

علمای لغت در پاسخ به این تفکیک رایج گفته‌اند که گرچه این باب غالباً برای مشارکت به کار می‌رود، اما همواره این‌گونه نیست و برای تصدیق ادعای خود نمونه‌هایی از غیرمشارکتی بودن باب مفاعله را نشان می‌دهند.^۱ علاوه بر آن، مواردی از استعمال این لفظ در قرآن و احادیث نشان می‌دهد که فقط معنای مشارکت از این باب برداشت نمی‌شود.^۲

گروه سوم آن دو را مترادف و تکرار آن‌ها را از باب تأکید دانسته‌اند؛ در حالی که از نظر ساختاری، ضرر اسم مصدر برگرفته از ثلاثی مجرد و ضرار مصدری است که به نسبتی دلالت دارد که آن نیز نسبت دیگری را به دنبال دارد. لذا گفته شده است که مفاعله مبالغه را معنا می‌دهد و منظور از مبالغه همان استمرار نسبت است [۱۶]، ص ۴۸۲.

در نهایت، قول مختار که تفاوت در ساختار واژگانی این دو کلمه آن را تأیید می‌کند این است که ضرار به معنای تکرار یا استمرار ضرر است و به همین جهت پیامبر (ص) به سمره فرمودند: أنت رجل مضار؛ زیرا ضرر خود را به مرد انصاری ادامه می‌داد و مکرر بدون اجازه وارد منزل او می‌شد [۱۴، ص ۱۳۱].

۱. مثال‌های متعددی را می‌توان برشمرد: سافر، سارع، ساور، عاند و مانند آن.
 ﴿آیات ۲۳۱، ۲۳۲ و ۲۸۲ سوره بقره، آیه ۱۲ سوره نسا، آیه ۱۰۷ سوره توبه و آیه ۶ سوره طلاق.﴾

۳-۲. دلالت قاعده لاضرر

پس از روشن شدن ساختار لغوی و مفهومی، این دو واژه را باید در هیأت ترکیبی آن دید. مبناسازی برای مداخله کیفری با تکیه بر این قاعده، نیازمند بررسی مفاد قاعده است.

۳-۲-۱. تفسیر لاضرر به نهی از ضرر و ضرار

مهم‌ترین روش تفسیر قاعده لاضرر، بعد از قول مشهور، تفسیر آن به نهی از ضرر و ضرار است. از این منظر معنای لاضرر و لاضرار در لغت و ترکیب یکی است و تکرار جمله فقط از باب تأکید است. این نهی به سه سبک تفسیر شده است. نهی اولیه تحریمی، نهی ثانوی حکومتی و نهی جامع نهی تکلیفی و ارشادی [۱۲، ص ۱۹].

در تفسیر نفی به نهی مولوی و تحریم ایراد ضرر به دیگری، دلیل به کار بردن نفی در نهی این است که نفی، وجود چیزی را نهی می‌کند. نهی نیز با حرام شمردن آن می‌خواهد آن شیء نفی شود. دلیل بر اراده نهی از نفی این است که گوینده با این مجازگویی در انزجار خود از ضرر زدن مبالغه می‌کند و به جای این‌که بگوید ضرر نزنید، آن را به صورت نفی جنس ضرر بیان می‌کند [۱۴، ص ۱۶۴]. برای مثال هنگامی که گفته می‌شود «لا رقت و لا فسوق و لا جدال فی الحج»^۱ به معنای آن است که این موارد نباید در حج باشد. بر سر امکان [۱۲، ص ۳۷-۳۹] یا عدم امکان اراده نهی از نفی از منظر لغت‌شناسی، اختلاف دیدگاه وجود دارد. از سوی دیگر، ادعای کثرت استعمال این معنا در این ترکیب نیز صحت ندارد [۱۴، ص ۱۶۵]. مهم‌ترین دلیل رد این تفسیر آن است که آیه فوق تنها در وجود «لا»ی نفی به حدیث «لاضرر» شبیه است و نه در قرائن و خصوصیات که مؤثر در معنا است. در حدیث لاضرر چیزی نفی شده که انسان طبیعتاً مایل به تحمل آن نیست، مگر این‌که گمان کند شرع آن را دستور داده و تحمیل کرده است [۱۴، ج ۱، ص ۱۳۵] و هدف از نفی آن، ابطال این تصور است؛ در حالی که

۱. آیه ۱۹۷ سوره بقره.



آیه فوق کاری است که انسان به خاطر داشتن قوه شهوت و غضب مایل به انجام آن است [۱۴، ج ۱، ص ۱۷۸].

روش دوم در تفسیر نفی به نهی این است که منظور از نهی، اعم از نهی مولوی و ارشادی است؛ به این معنا که نهی موجود در این حدیث علاوه بر حرمت، به فساد و بطلان نیز دلالت دارد. چون در بسیاری از روایات با حدیث لاضرر نه برای تحریم تکلیفی، بلکه برای فساد و بطلان استدلال شده، پس معنای حدیث این است که هرگونه ضرر به خود و دیگری، هم حرام و هم باطل است [۱۷، ص ۵۳۵].

روش سوم در تفسیر اراده نهی از نفی در لاضرر این است که این نهی، نهی سلطانی است؛ یعنی پیامبر (ص) از حیث ریاست عمومی که بر مردم داشته‌اند به آن حکم فرموده‌اند و نه از حیث سمت پیامبری یا داوری در میان مردم [۱۸، ص ۵۰-۵۵]. یک ایراد اساسی وارد بر این برداشت آن است که لاضرر و لاضرر بیشتر از این که حکم سلطانی باشد، یک حکم کلی الهی است؛ زیرا ضرر زدن به دیگری ظلم و یکی از مصادیق روشن حسن و قبح عقلی است. در حالی که احکام الهی بیانی از احکام فطری است چگونه ممکن است نظام قانونگذاری اسلام فاقد این حکم فطری باشد و نیاز باشد که پیامبر (ص) آن را به صورت حکم حکومتی تشریع کنند؟ از آن گذشته، ضرر اسم مصدر و فاقد نسبت صدور است و این معنا تناسبی با معنای نهی ندارد، زیرا ضرر چیزی است که مردم از آن گریزانند و حاضر نیستند آن را تحمل کنند، مگر به تصور این که شرع آن را دستور داده است و طبعاً لاضرر این تصور را نفی می‌کند. اما برگرداندن معنای ضرر به نهی، بدون اشکال و صحیح است [۱۴، ص ۱۷۸].

۳-۲-۲. نفی ضرر غیر متدارک

در این دیدگاه، نفی به حال خود باقی است و به این معنا است که ضرر و ضرار در شرع تجویز نشده، اما این عدم تجویز تنها به این معنا نیست که ضرر زدن حرام است، بلکه به این معنا است که ضرر جبران نشده در اسلام تجویز نشده است [۱۹، ص ۳۰۴].

بر این اساس، ضرری که در برابر آن نفعی باشد ضرر نیست؛ همان‌گونه که اگر ضرری باشد و از سوی شارع حکم به جبران ضرر باشد، وجود آن ضرر به منزله عدم است. بنابراین، اگر مالی از کسی تلف شود و در برابر آن جبرانی نباشد، ضرر به حساب می‌آید؛ اما هنگامی که شارع حکم بر جبران ضرر داشته باشد، دیگر ضرر نیست [۱۹، ج ۱، ص ۳۰۵-۳۰۶]. نخستین ایراد این نظر آن است که فقها اضرار به نفس را نیز از مصادیق ضررهایی دانسته‌اند که با قاعده لاضرر نفی شده است، در حالی که اگر مفهوم حدیث لاضرر، ضرر غیرمتدارک باشد، در مورد اضرار به نفس، حکمی از سوی شارع برای جبران ضرر نرسیده است [۲۰، ص ۳۰۶]. ایراد دوم آن است که پس از وقوع ضرر، به صرف حکم شارع بر ضرورت جبران ضرر، آن ضرر به منزله معدوم فرض نخواهد شد. برای مثال، در حالتی که «الف» جراحی به «ب» وارد و دیه آن را پرداخت کند، چگونه می‌توان گفت که ضرری رخ نداده است؟

۳-۲-۳. نفی حکم به لسان نفی موضوع

در این تفسیر، ضرر در مقابل نفع و عبارت از نقص در نفس یا عضو یا آبرو آمده و ضرر نیز هم‌معنا با ضرر، اما به صورت مؤکد دانسته شده است. در این برداشت، واژه «لا» برای نفی جنس و شامل همه انواع ضرر است. در توضیح باید گفت نفی حقیقت می‌تواند به صورت حقیقی و واقعی، یا به صورت ادعایی و کنایه از نفی آثار باشد. نفی موجود در لاضرر و لاضرار از یک سو نفی حقیقت است و چون شارع می‌تواند موضوع حکم خود را بردارد، بنابراین، معنا و مفهوم حدیث این است که موضوع ضرری در اسلام حکم ندارد. دلیل ترجیح این معنا بر معانی دیگر این است که نزدیک‌ترین مجاز به معنای حقیقی است. معنای حقیقی لای نفی جنس، نفی واقعی حقیقت است، اما هنگامی که نفی حقیقت به طور واقعی امکان‌پذیر نباشد، نفی طبیعت ادعایی نزدیک‌ترین معنای مجاز به معنای حقیقی است که در سایر قرائت‌ها لحاظ نشده است. از سوی دیگر، نفی موجود در ترکیب لاضرر و لاضرار غالباً به صورت نفی



ادعایی به کار می‌رود، به گونه‌ای که نفی ادعایی معنی مجازی غالب این ترکیب است [۲۱، ص ۳۸۱].

ایراد وارد به این خوانش از حدیث لاضرر نخست آن است که یکی دانستن معنای لاضرر و لاضرار صحیح نیست. دوم این‌که اگر لاضرر و لاضرار بخواهد نفی حکم به لسان نفی موضوع باشد، باید اثبات شود که منظور از ضرر و ضرار، عمل مضری است؛ زیرا اگر ضرر را به معنای صحیح آن که اسم مصدر است معنا کنیم (یعنی ضرر حاصل از عمل مضر)، این حکمی ندارد تا نفی شود، زیرا حرام و ضمان‌آور بودن از آثار معنای مصدری است. همچنین اگر ضرار به معنای صحیحش که مصدر است معنا شود درست است که آثار حرمت و ضمان دارد، اما نفی آن آثار از آن، مقصود و در واقع معقول نیست؛ زیرا در این صورت، معنای لاضرار این می‌شود که جواب ضرر را دادن، حرام و موجب ضمان نیست، در حالی که این معنا مقصود حدیث نیست [۱۴، ص ۱۹۱]. سوم این‌که اگر همه جا با نفی موضوع بخواهیم حکم را نفی کنیم، در جایی که حکم حرمت باشد، مثلاً جایی که فعلی مانند خودزنی یا خودکشی موجب ضرر جانی برای مکلف است، اگر بگوییم حدیث لاضرر با نفی موضوع نفی حکم می‌کند، در این‌جا نیز باید از این فعل ضرری رفع حرمت شود و در نتیجه، خودزنی و خودکشی جایز شود که مسلماً این معنا مورد قبول هیچ کس نیست.

۳-۲-۴. نفی حکم ضرری

در آخرین خوانش از این حدیث، برخلاف تفاسیر پیشین که معمولاً لاضرر و لاضرار به یک معنا گرفته می‌شود، بخش نخست حدیث (لاضرر)، ایراد ضرر از طریق جعل حکم ضرری را نفی می‌کند [۱۷، ص ۵۳۵] و بخش دوم (لاضرار) سبب اضرار غیر شدن را نفی می‌کند [۱۴، ص ۱۳۴]. نفی طبیعت چیزی در شرع معانی مختلفی دارد؛ از قبیل تحریم مولوی، تحریم ارشادی و بیان نبودن چیزی در شرع. استفاده از هریک از این معانی، بسته به نوع موضوع و مجموع قرائنی است که با آن همراه است. در این حدیث

دو چیز نفی شده است: ضرر و ضرار. در جملات نفی، شکل جملات یکسان است. پس اختلاف معنای آن‌ها مربوط به عنصر معنا است و نه لفظ که در جمله پنهان است. تعیین لای نفی که در اینجا بر سر ضرر و ضرار آمده، تعیین‌کننده معنای حدیث است و شناخت معنای کلام متوقف بر شناخت قبلی عواملی است که معنای جمله را عوض می‌کند.

ایرادی که به این تفسیر وارد شده آن است که ظاهر و معنای حقیقی لاضرر، نبود ضرر در عالم خارج است، حال آن‌که مسلماً این معنا مورد نظر پیامبر (ص) نبوده است. بنابراین، اختیار هر معنای مجازی به جای این معنای حقیقی، خلاف اصل و نیازمند قرینه است. ما در توضیح تفصیلی قرائت مختار خواهیم گفت که با توجه به طبیعت ضرر که اسم مصدر است، این ایراد به قرائت نفی جعل حکم ضرری وارد نیست؛ در حالی که این ایراد به کسانی که ادعا می‌کنند مجازاً از نفی، نهی اراده شده وارد است، زیرا این مجاز هیچ قرینه‌ای ندارد و قرینه‌ای که در بالا گفته شد برخلاف آن است و نهی با نفی موضوع تناسبی ندارد و میان نفی ضرر و نهی از ضرر زدن علاقه‌ای نیست [۱۴، ص ۱۵۴]. بنابراین، کسانی که به نفی جعل حکم ضرری ایراد می‌گیرند که معنای مجازی لاضرر را اراده کرده است، همین ایراد را می‌توانند بر نظر کسانی که منظور از نفی را نهی می‌دانند، وارد کنند.

اگر لاضرر در این روایات تنها نهی تکلیفی بود، استدلال سمره که می‌گفت من در آن‌جا حق عبور دارم، زیرا مسیر رسیدن به درختم است، بی‌جواب می‌ماند؛ در حالی که در صورت تفسیر لاضرر به نفی جعل حکم ضرری می‌توان به وی این‌گونه پاسخ داد که شرع، احکام عرفی را در صورتی که موجب تفویت حق یا ایراد ضرر به دیگری شود تأیید نمی‌کند. یعنی درست است که تو در آن‌جا حق رفت و آمد داری، اما هر وقت خواستی نمی‌توانی وارد خانه انصاری شوی. به عبارت دیگر، حق رفت و آمد تو مشروط به این است که آزادی او را سلب نکرده، به وی ضرر وارد نکنی. این تفسیر تناسب بیش‌تری با قضیه دارد تا این‌که آن را به نهی از ضرر زدن تفسیر کنیم [۱۷، ص ۵۳۹].



در این تفسیر، ضرر اسم مصدر و به معنای نقصی است که به ضرر دیده وارد شده است و مانند لاضرر نسبت صدوری ندارد؛ یعنی کسی آن را وارد نکرده است. گریز انسان از ضرر امری طبیعی است و انسان هیچ‌گاه نمی‌خواهد متحمل ضرر شود، مگر آن‌که شرع آن را تحمیل کند. بنابراین در چنین مواردی، نفی ضرر از جانب شارع به این معنا است که شارع چنین حکم ضرری را مقرر نکرده است. بنابراین، معنای لاضرر این است که خدا حکمی قرار نداده که سبب ضرر باشد.

لاضرر نیز در معنا و قرائن با لاضرر فرق دارد؛ زیرا مصدري است که نسبت فاعلی را می‌رساند و در مورد کسی است که به دیگری ضرر می‌زند. انسان طبیعتاً پیوسته در مقام ضرر زدن به دیگری است و شارع مقدس با بیان لاضرر تدابیری اندیشیده که از ضرر زدن به دیگری جلوگیری شود. بنابراین برای آن‌که کسی به دیگری ضرر نزند نخست آن را حرام اعلام کرده و دوم این‌که به حاکم شرع اجازه می‌دهد که از ضرر زدن به دیگری عملاً جلوگیری و برای آن ضمانت اجرا تعیین کند [۱۴، ص ۱۳۵].

تفسیر لاضرر به نفی جعل حکم ضرری با بیان اهل سنت که این قاعده را یکی از محورهای پنج گانه فقه می‌دانند سازگارتر است؛ زیرا در آن برداشت، لاضرر به‌عنوان یک قاعده کلی نگریسته می‌شود که ادله احکام اولیه را در مسائل مختلف فقهی تخصیص می‌زند [۱۱، ص ۹۲-۹۳]. عالمان فقه شیعه نیز دلیل توجیه احکام مختلفی را قاعده لاضرر می‌دانند؛ از جمله لزوم پرداخت دیه افرادی که در جنگ از آن‌ها به‌عنوان سپر استفاده می‌شود، سقوط نهی از منکر در جایی که اثری بر آن مترتب نیست، سقوط اجرای حد در سرزمین کفر، برداشته شدن وجوب ادای شهادت در صورت وجود ضرر و مانند آن. در همه این موارد، استدلال با لاضرر منوط به آن است که لاضرر را نفی حکم ضرری بدانیم [۱۹، ص ۳-۴].

تفسیر اخیر با تفکیک میان لاضرر و لاضرار، به نظر بهترین ایده موجود برای تفسیر قاعده لاضرر به‌عنوان مبنای مداخله کیفری می‌آید. علت پذیرش این خوانش،

برکنار بودن آن از ایرادات لغوی و مفهومی سایر قرائت‌ها است.

۳-۳. تفسیر قاعده لاضرر به مثابه الگوی دفاعی

اگر قاعده لاضرر بخواهد در تحدید قدرت کیفری دولت اثری شبیه به اصل ضرر داشته باشد باید قادر به وضع محدودیت بر شارع باشد. در چهارمین خوانشی که از قاعده لاضرر به عمل آمد، این قاعده به دو بخش تقسیم شد: «لاضرر» و «لاضرار». به موجب تفسیری که از این دو بخش به عمل آمد، باید انتظار داشت که بخش نخست، یعنی لاضرر قادر به وضع محدودیت بر قانونگذار باشد. به موجب لاضرر، صدور حکم ضرری از سوی شارع نفی می‌شود. حال سؤالی که مطرح می‌شود این است که اگر در جایی نبود حکم، ضرری به دنبال داشته باشد، آیا لاضرر اثبات حکم نیز می‌کند؟ و آیا در فقه جایی به عنوان شاهد و مثال وجود دارد که در آنجا لاضرر حکم ساخته باشد؟ در قابلیت اصل ضرر برای دارا شدن چنین کارکردی و نیز وجود چنین مصادیقی تردید وجود دارد؛ به گونه‌ای که برخی کبرا و صغرای قضیه را با هم انکار کرده‌اند [۲۲، ص ۱۱۹-۱۲۲]. برخی کبری را قبول دارند، اما صغرا را انکار می‌کنند؛ به این معنا که در فقه مسأله‌ای دیده نشده است که نبود حکم ضرری باشد و لاضرر بخواهد برای آن مورد حکم بسازد [۱۴، ص ۱۳۳ و ۱۳۴]. برخی نیز صغرا و کبرا را برای قضیه هر دو را قبول دارند [۱۴، ج ۱، ص ۱۳۴ به بعد]. این در حالی است که مثال‌هایی که دسته اخیر برای اثبات صغرای قضیه می‌آورند از سوی گروه نخست محکوم به رد شده و بسیاری از آن‌ها با قواعد دیگری از جمله اتلاف و تسبیب و حرج قابل تبیین است.

این‌که قاعده لاضرر بتواند واضع حکم باشد، نخستین شرط برای به‌کارگیری آن به عنوان یک اصل اولی در مداخله کیفری است، زیرا در قرائت حال حاضر، تنها کاری که لاضرر می‌کند برداشتن حکم ضرری است؛ اما به‌طور ایجابی نمی‌گوید در کجا قانونگذار باید مداخله کند.

واضع یا رافع حکم بودن قاعده مذکور بستگی به تفسیری دارد که از قاعده لاضرر



به عمل می‌آید. کسانی که آن را به نفی ضرر غیرمتدارک تفسیر می‌کنند طبیعتاً از آن وضع حکم را استخراج می‌کنند؛ قرائتی که ایرادات آن پیش‌تر روشن شد. اما از تفسیر لاضرر به نفی حکم ضرری غیر از نفی، اثبات بر نمی‌آید. با این حال و حتی در صورتی که لاضرر به وضع حکم برگردانده شود، بدین صورت که گفته شود آنچه به‌عنوان حکم عدمی تصور می‌شود، در واقع حکم عدمی نیست، بلکه می‌تواند حکم وجودی باشد^۱ [۲۰، ص ۳۵۸]، تمامی مصداق‌های برشمرده شده نشان می‌دهند که این وضع حکم در روابط میان‌فردی است؛ بدین ترتیب که اگر عدم حکم موجب اضرار «الف» به «ب» شود، وضع حکم به موجب این قاعده لازم می‌آید. بنابراین، آنچه از وضع حکم برمی‌آید این است که اگر ضرری بر کسی وارد آید که حکمی برای جبران آن نباشد، باید به جبران آن حکم داد و همچنان مبنایی برای مداخله قهری دولت به دست نمی‌آید. وجود این اختلاف مبنایی در کارکرد قاعده لاضرر، مانع از این می‌شود که بتوان آن را به‌سادگی مبنای مشروعیت مداخله کیفری دانست. به دلیل تفاوت در خاستگاه قاعده لاضرر در فقه اسلامی و اصل ضرر در سنت حقوقی آنگلوآمریکایی، قاعده مذکور تاب چنین تفسیری ندارد؛ زیرا هدف شارع از وضع این قاعده ابتدائاً محدود کردن خود نبوده است، بلکه این یک قاعده روبنایی است که به صورت امری استثنایی در جایی که احکام اولیه با ضرر درگیر می‌شوند، حکم موجود را برمی‌دارد و ضرر را رفع می‌کند. بنابراین، لاضرر یک قاعده ایجابی برای مشخص کردن محدوده مداخله کیفری نیست که بگوید مبنای مداخله ایراد ضرر است. نهایت استفاده‌ای که از تفسیر قاعده لاضرر به نفی حکم ضرری می‌توان کرد آن است که دولت نمی‌تواند در جایی مداخله کند که از مداخله‌اش ضرر پدید آید. با این تفسیر، اگرچه دولت در مداخلاتش محدود می‌شود، اما لاضرر تبدیل به یک قاعده مشروعیت‌بخش به اجبار نخواهد شد که به صورت هنجاری بگوید در کجا باید مداخله کند.

۱. مثلاً اگر زیانی از سوی شخصی به دیگری وارد بیاید و حکمی از سوی شارع برای جبران آن زیان وجود نداشته باشد معنی آن برائت ذمه شخص زیان‌زننده از ضمان و جبران ضرر است و این در واقع حکمی وجودی است.

دومین دلیل بر عدم امکان تفسیر قاعده لاضرر به الگوی دفاعی جرم‌انگاری، 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 لاضرر 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. در حالی که اصل ضرر از پشتیبانی اصل آزادی برخوردار است و معیارهایی عینی برای تعیین مفهوم و قلمرو ضرر دارد، مفهوم عرفی ضرر در قاعده لاضرر و عدم وجود معیاری برای تحدید آن به دامنه خاصی از رفتارها، موجب می‌شود اعمال این قاعده به‌عنوان یک اصل اولی برای مداخله کیفری دولت در مقابل اصل برائت ایستادگی کرده، محملی برای جرم‌انگاری‌های گسترده شود. در صورت درگیری قاعده لاضرر با 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 لاضرر، موجب تحدید آزادی‌های فردی می‌شود. پیش‌تر مشاهده شد که در تفسیری که از معنای ضرر توسط فقها به عمل آمده، هیچ نوع ضرری، اعم از ضرر به خود و دیگری و ضرر مادی و غیرمادی، از قلمرو آن بیرون دانسته نشده است؛ حال آن‌که تعیین هنجاری قلمرو اصل ضرر مهم‌ترین رکن در تعیین نقش اصل ضرر است.

به موجب تفکیک به عمل آمده در قرائت مختار، جمله دوم محتوایی متفاوت از جمله اول دارد. به موجب لاضرر، اولاً ضرر زدن به دیگری تحریم می‌شود و ثانیاً وسایلی برای پیشگیری از آن فراهم می‌شود و در برخی موارد، موضوع ضرر از میان برداشته می‌شود.

پس از تفکیک قاعده به دو بخش لاضرر و لاضرر، به منظور تعیین جایگاه کنونی آن در توجیه مداخله کیفری، آن را بر فرایند فیلترینگ جرم‌انگاری منطبق می‌کنیم. در فرایند پالایش که برای یک جرم‌انگاری اخلاقاً موجه ضروری و کافی است،



رفتار مورد بحث برای تبدیل شدن به جرم باید از سه فیلتر عبور کند تا بتوان گفت به طور موجهی جرم‌انگاری شده است [۲۳، ص ۶۶ به بعد]. فیلتر نخست، فیلتر اصول نامیده شده است. در این مرحله به نفع مجموعه‌ای از اصول اقتدار دولت استدلال می‌شود. این‌ها همان‌هایی هستند که به سبک و سنگین کردن امکان یا عدم امکان مداخله دولت در آزادی‌های فردی می‌پردازند. به بیان دیگر در فیلتر اصول، به این موضوع پرداخته می‌شود که آیا رفتار مورد بحث در قلمرو اقتدار اخلاقی دولت قرار می‌گیرد یا خیر. در فیلتر دوم که فیلتر پیش‌فرض‌ها است این موضوع بررسی خواهد شد که آیا توسل به ابزارهای غیرکیفری در مقایسه با تدابیر کیفری خواهد توانست شیوع رفتار مذکور را به سطح قابل قبولی کاهش دهد یا خیر. در فیلتر سوم، یعنی فیلتر کارکردها، به بررسی پیامدهای تصویب و اجرای قوانین کیفری پرداخته می‌شود و یک تحلیل هزینه فایده‌ای از آن پیامدها به عمل می‌آید.

قاعده لاضرر به‌رغم این‌که در فیلتر اول که جرم‌انگاری را براساس مبانی نظری توجیه می‌کند مسکوت است، می‌تواند همانند فیلتر دوم و سوم عمل کند: بر طبق تفسیر لاضرر به نفی حکم ضرری، قانونگذار نباید قانونی وضع کند که موجب ضرر شود یا به این دلیل که جرم‌انگاری آخرین راه‌حل در برخورد با آن مشکل نبوده است (فیلتر مفروضات) و یا به این دلیل که پیامدها و هزینه‌های عملی جرم‌انگاری را نادیده گرفته است (فیلتر کارکردها).

نتیجه جمع میان این دو بخش آن است که «لاضرر» قانونگذار را محدود به مداخله در رفتارهای مضر نمی‌کند و به طور ایجابی حکم نمی‌کند که در چه رفتارهایی مداخله کند. «لاضرار» نیز افراد را از ایراد ضرر به یکدیگر (و خود) منع کرده، ایراد ضرر را موجب محدود کردن آزادی فردی می‌داند. پس می‌توان گفت که این قاعده از قواعد «محدودکننده آزادی فردی»^۱ است و نه «مشروعیت‌بخش به اجبار»^۲.

1. liberty-limiting
2. coercion-legitimizing

۴. نتیجه‌گیری

بررسی دلالت قاعده لاضرر نشان داد که این قاعده منشأیی متفاوت از اصل ضرر دارد. تفاوت در مبنای صدور این اصل و آن قاعده، مانع از کارکردی یکسان برای آن دو در تحدید قدرت کیفری می‌شود. اصل ضرر به‌عنوان منشور دولت حداقلی، یک نظریه در فلسفه سیاسی برای تحدید قدرت دولت است که در رأس آن حقوق کیفری به‌عنوان مهم‌ترین قدرت داخلی دولت قرار دارد. این اصل در ابتدا برای محدود کردن قدرت کیفری دولت مطرح شد و لازمه این امر ارائه تعریفی هنجاری از ضرر بود که موجب خروج بسیاری از خطاها از دایره مداخله کیفری گشت. اما قاعده لاضرر در ابتدا برای بستن دست شارع نیامد، بلکه تنها حکم ضرری را به طور ثانوی رفع کرد.

معنای هنجاری ضرر در اصل ضرر و معنای عرفی ضرر در قاعده لاضرر مانع از قدرت گرفتن آن به‌عنوان یک قاعده مشروعیت‌بخش به اجبار می‌شود. از سوی دیگر، این معنای عرفی، موجب اصطکاک قاعده لاضرر با اصل برائت و مداخله در هر رفتاری خواهد شد که به گونه‌ای ضرر تلقی شود. در نتیجه، قاعده لاضرر قدرت مشروعیت‌بخشی به اجبار کیفری را ندارد و نمی‌تواند به طور ایجابی بگوید که در چه رفتاری می‌توان مداخله کرد. با این حال، این تفسیر مانع از این نیست که این قاعده بتواند به‌عنوان صافی دوم و سوم فرایند جرم‌انگاری، از جرم‌انگاری‌های ضرری جلوگیری کند؛ مانند جرم‌انگاری‌هایی که موجب وهن نظام اسلامی، آموزه‌های دینی و حتی مخدوش شدن چهره دین خواهد شد و یا جرم‌انگاری‌هایی که اثربخشی، کارایی، امکان‌پذیری و قابلیت اجرایی آن‌ها با تردید جدی مواجه است.

۵. منابع

- [1] Jareborg, Nils, (ed), *What Kind of Criminal Law Do we Want*, Oslo, Pax Forlag, 1995.



- [۲] محمودی جانکی، فیروز، مبانی، اصول و شیوه‌های جرم‌نگاری، رساله دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، ۱۳۸۲.
- [۳] کلی، جان، تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، ترجمه محمد راسخ، تهران، طرح نو، ۱۳۸۲.
- [۴] ادواردز، الستر، جولز تا ونزند، تفسیرهای جدید بر فلیسوفان سیاسی مدرن، از ماکیاولی تا مارکس، ترجمه خشایار دیهیمی، تهران، نشر نی، ۱۳۹۰.
- [5] Mill, John Stuart, *On Liberty* (2 ed.), London: John W. Parker & Son, 1859.
- [۶] میل، جان استوارت، رساله درباره آزادی، ترجمه جواد شیخ‌الاسلامی، چ ۵، تهران، شرکت انتشارات علمی و فرهنگی، ۱۳۸۵.
- [7] Feinberg, Joel, *Harm to Others*, Vol. 1, New York, Oxford University Press, 1984.
- [8] Feinberg, Joel, *Offence to Others*, Vol. 2, Oxford University Press, 1985.
- [۹] ریسونی، احمد، اهداف دین از نگاه شاطبی، ترجمه سید حسن اسلامی و سید محمد علی احمدی ابهری، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۶.
- [۱۰] مطهری، مرتضی، نظام حقوق زن در اسلام، انتشارات صدرا، ۱۳۵۱.
- [۱۱] سیوطی، جلال‌الدین، تنویر الحوالک، شرح موطأ الامام مالک، ج ۲، مطبعه مصطفی محمد، بی‌تا.
- [۱۲] اصفهانی، فتح‌الله بن محمد، قاعده لاضرر، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ هـ.ق.
- [۱۳] صدوق، محمد بن علی، من لایحضره الفقیه، ج ۳، قم، انتشارات امام المهدی، ۱۳۹۰ هـ.ق.
- [۱۴] سیستانی، سید علی حسینی، قاعده لاضرر و لاضرار، قم، انتشارات دفتر آیت‌الله

سیستانی، ۱۴۱۴ هـ.ق.

- [۱۵] ابن اثیر، مبارک بن محمد، *النهايه فى غريب الحديث و الاثر*، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، بی‌تا.
- [۱۶] ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، مصحح احمد فارس، چ ۳، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۴ هـ.ق.
- [۱۷] انصاری، شیخ مرتضی، *فرائد الاصول*، ج ۲، قم، مجمع الفکر الاسلامی، بی‌تا.
- [۱۸] خمینی، روح‌الله، *القواعد الفقهيہ و الاجتهاد و التقليد (الرسائل)*، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، بی‌تا.
- [۱۹] مراغی، میر عبدالفتاح، *عناوین*، چاپ سنگی، قم، مؤسسه نشر الاسلامی، ۱۴۲۹ هـ.ق.
- [۲۰] بهرامی احمدی، حمید، *قواعد فقه*، قاعده لاضرر با تطبیق بر قوانین و مطالعه تطبیقی، ج ۲، تهران، انتشارات دانشگاه امام صادق، ۱۳۹۰.
- [۲۱] آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، *کفایه الاصول*، قم، مؤسسه آل‌البیت، ۱۴۰۹ هـ.ق.
- [۲۲] نائینی، محمد حسن، *منیه الطالب فى شرح المکاسب*، ج ۲، مکتبه محمدی، ۱۳۷۳ هـ.ق.

[23] Schonsheck, J, *On criminalization*, Kluwer, Dordrecht-Boston-London, 1994.