



حق و سوء استفاده از آن

محمدعلی موحد



موسسه مطالعات و تحقیقات اجتماعی

موسسه مطالعات و تحقیقات اجتماعی

تهران، خیابان ولیعصر، پلاک ۱۰۰، طبقه دوم

تلفن: ۸۸۰۰۰۰۰۰ - ۸۸۰۰۰۰۰۱

پست: ۱۹۱۱۱

سال ۱۳۹۸

مجله حقوق

شماره ۱۰۰

پاییز ۱۳۹۸

موسسه مطالعات و تحقیقات اجتماعی

تهران

۱۳۹۸

شماره ۱۰۰

پاییز ۱۳۹۸

موسسه مطالعات و تحقیقات اجتماعی

تهران، خیابان ولیعصر، پلاک ۱۰۰، طبقه دوم

تلفن: ۸۸۰۰۰۰۰۰ - ۸۸۰۰۰۰۰۱

پست: ۱۹۱۱۱

سال ۱۳۹۸

مجله حقوق

شماره ۱۰۰

پاییز ۱۳۹۸

تهران، نوروز ۱۳۹۸

۱۶	بررسی امکان‌پذیری آرایه‌های تائیدیه و ردیه‌ها در فقه امامیه	۱۶
۷۲	حقوق و حقوق	۷۲
۷۵	تأثیر فقه امامیه بر حقوق ایران	۷۵
۷۶	مبانی فقه امامیه	۷۶
۸۲	استفاده از فقه امامیه در حقوق ایران	۸۲
۸۴	رویه اختیار شیخ	۸۴
۸۸	آرایه‌های فقه امامیه	۸۸
۹۸	فلسفه حکم به نمان فی موضوع	۹۸
۶۵	مبانی حکم به نمان فی موضوع و آرایه‌های تائیدیه و ردیه‌ها	۶۵
۷۱	لاهور: مذاکره بر اساس احکام	۷۱
۵۵	نقشه استفاده از فقه امامیه در حقوق ایران	۵۵
۶۵	فلسفه حکم به نمان فی موضوع	۶۵
۶۵	تأثیر فقه امامیه بر حقوق ایران	۶۵
۷۵	مبانی فقه امامیه	۷۵
۸۵	بررسی امکان‌پذیری آرایه‌های تائیدیه و ردیه‌ها در فقه امامیه	۸۵
۸۲	رویه اختیار شیخ	۸۲
۸۴	آرایه‌های فقه امامیه	۸۴
۸۸	فلسفه حکم به نمان فی موضوع	۸۸
۹۸	مبانی حکم به نمان فی موضوع و آرایه‌های تائیدیه و ردیه‌ها	۹۸
۱۷	مقدمه	۱۷
۲۷	مدخل	۲۷
۲۷	حق، حد مادی و حد معنوی آن	۲۷
۲۷	تجاوز از حق و سوءاستفاده از آن	۲۷
۲۸	سابقه تاریخی بحث	۲۸
۲۹	روایتی نو از نظریه‌ای کهن	۲۹
۳۱	فصل اول: سوءاستفاده از حق از نظرگاه فقه اسلام	۳۱
۳۳	پژواک نظریه در میان حقوق‌دانان مسلمان	۳۳
۳۴	انعکاس نظریه در قوانین کشورهای اسلامی	۳۴
۳۵	قانون ایران	۳۵
۳۶	ریشه فقهی قوانین جدید	۳۶
۳۷	مجله الاحکام و تحریر المجله	۳۷
۳۷	معیارهای سوءاستفاده از حق	۳۷
۳۸	سوءاستفاده یا تجاوز از حق؟	۳۸

فصل دوم: سوءاستفاده از حق و مستندات قرآنی آن

۴۱	۱. آیه ۲۳۱ سوره بقره
۴۳	۲. آیه ۲۳۳ سوره بقره
۴۵	۳. آیه ۱۲ سوره نساء
۴۸	۴. آیه‌های دیگر از قرآن
۵۰	

فصل سوم: قاعده لاضرر و مستندات روایی آن

۵۳	قلمرو فراگیر قاعده
۵۵	توجه ویژه فقهای شیعه
۵۶	نظر شهید اول
۵۶	توضیحات مراغی
۵۷	شاطبی و تحلیل قاعده براساس مصالح و مفاسد
۵۸	همزبانی شهید با شاطبی
۵۹	مصلحت از منظر غزالی
۵۹	تعارض میان مصالح و مفاسد
۶۰	متفرعات یا اقسام قاعده لاضرر
۶۱	گستره جریان قاعده لاضرر
۶۲	تفکیک سوءاستفاده از حق از سایر موارد شمول لاضرر
۶۲	حق و رخصت
۶۳	حق به معنی امتیاز و اولویت
۶۳	بحثی درباره حق و حکم
۶۴	حق در نظر شیخ انصاری
۶۴	نظر آخوند خراسانی
۶۵	نظر کمپانی
۶۵	خلاصه بحث
۶۶	مستندات روایی قاعده لاضرر
۶۶	روایت سمره
۶۷	نظر فقهای شیعه
۶۸	نظر فقهای عامه
۶۸	

فصل چهارم: تجزیه و تحلیل حدیث لاضرر

۷۱	ضرر و معنی عرفی آن
۷۳	عرف متغیر است
۷۳	

۷۳	ضرر اعم از مادی و معنوی
۷۴	ضرر و ضرار
۷۵	کاربردها و معانی دیگر
۷۶	خلاصه بحث
۷۷	احتمالات سه‌گانه در معنی لاضرر
۷۸	وجه مختار شیخ
۷۸	نفی حکم به لسان نفی موضوع
۷۸	معنی حکومت و تقدم لاضرر
۷۹	لاضرر حاکم بر ادله احکام
۷۹	نمونه استفاده از قاعده لاضرر
۸۰	نظر امام خمینی درباره مفاد لاضرر
۸۲	تأملات و باریکی‌بینی‌ها
۸۲	تحلیل نائینی
۸۳	اصرار امام خمینی بر نظر خود
۸۳	حکم سیاسی
۸۴	خلاصه نظر
۸۴	ملاحظات پایانی

فصل پنجم: در تطبیق قاعده نسبت به موارد سوءاستفاده از حق

۸۷	
۸۹	سوابق استناد به قاعده لاضرر
۹۰	سوابق از طریق عامه
۹۰	نظر شافعی
۹۱	نظر ابوحنیفه
۹۲	استحسان
۹۳	فاحش بودن ضرر تابع عرف است
۹۴	نظر ابن حنبل
۹۴	نظریه ابن القیم
۹۵	ابن حزم و امام مالک
۹۵	قاعده سد ذرایع
۹۶	تحلیل شاطبی
۹۹	تحلیل طوفی
۱۰۰	برداشت‌های فقهای امامیه
۱۰۲	نظر مختار شیخ انصاری
۱۰۴	تحلیل امام خمینی
۱۰۶	فتوای امام در تحریر الوسیله

۱۰۸	تحلیل میرزای قمی
۱۱۱	فصل ششم: مبنای مسئولیت در سوءاستفاده از حق
۱۱۳	اصل تقصیر یا نسبیت حقوق؟
۱۱۴	بحثی درباره خطا
۱۱۵	مبنای مسئولیت از نظر فقها
۱۱۶	مفهوم تعدی
۱۱۷	نظر شاطبی درباره تعدی
۱۱۸	تقص غرض قانون‌گذار
۱۱۹	اختلاف اقوال در تعریف سبب
۱۲۰	تحلیل میرزای قمی
۱۲۰	معیار مسئولیت در سوءاستفاده از حق و فقه امامیه
۱۲۲	پر کردن خلأ قانونی
۱۲۲	نظر محقق و شهیدین
۱۲۴	تقسیمات میرزای قمی
۱۲۵	تأمل بیشتر در اقوال فقها
۱۲۷	قوانین ایران
۱۲۸	تحلیلی از آل کاشف‌الغطاء
۱۳۰	نتیجه بحث
۱۳۱	فصل هفتم: جمع‌بندی مطالب، نتیجه‌گیری‌ها و داوری‌ها
۱۳۳	ماحصل کلام در اجرای قاعده
۱۳۴	پرسش‌ها
۱۳۴	موازنه مصالح یا تراحم ضررین
۱۳۵	انگیزه نامشروع
۱۳۶	جهت مخالف مقصود شرع
۱۳۸	حیله و تقلب در قانون
۱۳۹	حسن نیت و معیارهای مشابه آن
۱۴۰	معیار غزالی
۱۴۱	نمونه‌هایی از احکام دادگاه‌های غرب
۱۴۲	مقاومت محافظه‌کاران
۱۴۳	تحولات اجتماعی و اثر آن در بسط مفاهیم حقوقی
۱۴۴	لاضرر در خارج از محدوده روابط همجواری
۱۴۷	ایراد این‌که فقه اسلام نظریه سوءاستفاده از حق را بر نمی‌تابد

۱۴۹	آیا فقه اسلام «سوءاستفاده از حق» را از «تجاوز از حق» بازنمی‌شناسد؟
۱۵۲	آیا در مسئله سوءاستفاده از حق، اختلاف بارزی بین فقه امامیه و فقه
۱۵۳	اقبال فقهای متأخر امامیه به بحث از قاعده لاضرر
۱۵۷	پایان سخن
۱۶۳	پی‌نوشت‌ها
۱۶۵	پی‌نوشت‌های مقدمه
۱۶۶	پی‌نوشت‌های فصل اول
۱۶۷	پی‌نوشت‌های فصل دوم
۱۶۸	پی‌نوشت‌های فصل سوم
۱۷۰	پی‌نوشت‌های فصل چهارم
۱۷۳	پی‌نوشت‌های فصل پنجم
۱۷۸	پی‌نوشت‌های فصل ششم
۱۸۰	پی‌نوشت‌های فصل هفتم
۱۸۵	فهرست منابع
۱۹۳	نمایه

۲۴۱ تعلیق بر عقول بشری و امکان و عدم امکان استفاده و کمال عقل اول

۲۴۲ حد و بند و ملاقات و دوری و امکان و عدم امکان استفاده و کمال عقل اول

۲۴۳ تشبیه معنای مسئولیت در حقوق و فایده آن در حد و بند عقل اول

۲۴۴ احسان و حسن و استقامت جنود و مسئولیت در حد و بند عقل اول

۲۴۵ حکمت در باره خطا

۲۴۶ معیار مسئولیت از نظر فقهاء و فایده آن در حد و بند عقل اول

۲۴۷ مفهوم حقیقی و فایده آن در حد و بند عقل اول

۲۴۸ مفهوم شاطی و فایده آن در حد و بند عقل اول

۲۴۹ نقش شرع در تعیین مسئولیت و فایده آن در حد و بند عقل اول

۲۵۰ اختلاف نظر در تعیین مسئولیت و فایده آن در حد و بند عقل اول

۲۵۱ نظریه مرتوی و فایده آن در حد و بند عقل اول

۲۵۲ معیار مسئولیت در تعیین فایده آن در حد و بند عقل اول

۲۵۳ نظر کردن بر علل قانونی و فایده آن در حد و بند عقل اول

۲۵۴ نظر حقوقی و فایده آن در حد و بند عقل اول

۲۵۵ تضمینات قراردادی و فایده آن در حد و بند عقل اول

۲۵۶ تحلیل بیشتر در باره فقه و فایده آن در حد و بند عقل اول

۲۵۷ تفاوتی میان حق و فایده آن در حد و بند عقل اول

۲۵۸ تحلیل بیشتر در باره فقه و فایده آن در حد و بند عقل اول

۲۵۹ فصل پنجم: جمع بندی مطالب و نتیجه گیری

۲۶۰ تحلیل کلامی در امرای فایده

۲۶۱ تحلیل کلامی در امرای فایده

۲۶۲ تحلیل کلامی در امرای فایده

۲۶۳ تحلیل کلامی در امرای فایده

۲۶۴ تحلیل کلامی در امرای فایده

۲۶۵ تحلیل کلامی در امرای فایده

۲۶۶ تحلیل کلامی در امرای فایده

۲۶۷ تحلیل کلامی در امرای فایده

مقدمه

۱ حق چیز خوبی است و هر چیز خوبی ممکن است مورد سوءاستفاده قرار بگیرد. و از آن جهت که حق دو چیز خوب دلالت دارد؛ در یک معنی حق اشاره است به ذات مقدس و متعالی پروردگار: «فَتَعَالَى اللَّهُ الْمَلِكُ الْحَقُّ»^۱، و در معنای دیگر مراد از حق قدرت و امتیاز و اختیاری است که در اجتماع بشری به یک شخص (خواه حقیقی و خواه حقوقی) اعطا شده باشد، و در همین معنی اخیر است که احتمال سوءاستفاده از آن توجه صاحب نظران علم حقوق را به خود معطوف می‌دارد. کسی که در مقام اعمال و اجرای حق خود برآمده است در نظر اول هیچ ایرادی متوجه او نیست. حقی که نشود از آن برخوردار شد معنی و مفهوم خود را از دست می‌دهد، اما استفاده هم بد و خوب دارد. چه ملاک‌هایی ممکن است برای تشخیص استفاده بد از استفاده خوب مورد نظر قرار گیرد؟

روشن‌ترین مصداق استفاده بد آن جاست که صاحب حق سوءنیت دارد؛ حقی را به موقع اجرا می‌گذارد برای آن که به دیگری آسیب برساند. اصلاً ممکن است در این اعمال حق فایده‌ای به خود او نرسد یا فایده‌ای جزئی برسد که در مقایسه با آسیبی که به دیگری می‌رسد وزنی نیاورد. این البته معنی سراسر «سوءاستفاده» است و باید از آن جلوگیری شود. اما چه بسا که مطلب به این روشنی نیست.

۲ در اواخر قرن هجدهم بود که نگرش حق محور در اروپا رونق گرفت و تأکید بر حقوق فردی، که تبلور آن را در اعلامیه حقوق بشر و شهروندی ۱۷۸۹ فرانسه می‌یابیم، روزبه‌روز بیشتر شد و اهمیت و جلا و درخشندگی جهانی پیدا کرد. اما اجرای حق همیشه با خیر و برکت توأم نیست. آری صاحب حق به خواسته خود می‌رسد اما گاهی دود آن به چشم دیگری می‌رود. اجرای حق او موجب خسارتی می‌شود که به گردن غیر (اشخاص دیگر و یا اجتماع) می‌افتد.

اصولاً اعمال هر حقی ملازمه دارد با محروم کردن دیگری از آن حق، و این معنی در مظاهر حق مالکیت و نیز در حق‌های مشابه مالکیت، مانند حق زوجیت که انحصاری بودن حق جزو ذات آن است، کاملاً روشن می‌باشد. حتی در مورد حق‌های بسیار کم‌رنگ‌تر مانند حق استفاده از نیمکتی که در گوشه یک پارک عمومی گذاشته‌اند نیز قابل ملاحظه است. پس می‌توان گفت که در این معنی استفاده از هر حقی مستلزم حرمان شخص دیگر است و این خود آسیبی است که با هرگونه اجرای حق ملازمه دارد. آسیبی به دیگری است اما از این آسیب‌ها در عرف تعبیر به ضرر و زیان نمی‌شود و گرنه اجتماع بشری فلج می‌گردد و هیچ حرکتی در آن مقدور نمی‌شود. وجدان مشترک جامعه این مقدار آسیب را که در هر حال ملازمه با برخورداری از حق دارد می‌پذیرد و در عین حال صاحب حق را مکلف می‌سازد که در استفاده از حق خود جانب احتیاط را فرونگذارد و معقولانه عمل کند. کافی نیست که صاحب حق در اجرای حق خود نیت تخطی و اضرار به غیر را نداشته باشد بلکه شیوه عمل و رفتار وی نیز باید مسئولانه باشد. مسئولیت او در وهله اول رعایت جانب حزم و احتیاط است و اگر شانه از زیر بار این مسئولیت خالی کند مسئولیت جبران خسارت بر او تحمیل خواهد شد.

۳ اجرای حق در عمل صورت‌های گوناگون پیدا می‌کند و پیچیدگی‌های روابط بشری در آن مؤثر می‌افتد و به آسانی نمی‌توان درباره آن حکم کرد. سوءاستفاده از حق در معنی عام شامل هر عملی است از صاحب حق که با هدف اخلاقی یا غایت اجتماعی تأسیس آن حق منافات داشته باشد. شاعر گفته است:

تو را تیشه دادند هیزم شکن / نگفتند دیوار مردم بکن

حق نیز به منزله تیشه‌ای است که برای شکستن هیزم در اختیار کسی قرار داده شده است و نه برای کندن پی دیوار مردم. سوءاستفاده از تیشه همان سوءاستفاده از حق است.

۴ تلازم حق و مسئولیت در اعماق ضمیر عدالت‌جوی انسان‌ها ریشه دارد، اما در اواخر قرن نوزدهم بود که این ریشه جوانه زد و سر از خاک درآورد و گل کرد و انظار را متوجه خود ساخت. تحولات شگرف اقتصادی و اجتماعی دنیای جدید سبب شد که آن اندیشه مبهم که در نهان‌خانه اقلیم عدل و قضا خفته بود شکل بگیرد و در قامت نظریه‌ای تازه در قلمرو مباحث حقوقی به میدان آید و صراحت و شفافیت چشمگیری پیدا کند. ژوسران حقوق‌دان فرانسوی گفته است که شکل‌گیری این مفهوم پیروزی بزرگی برای فن قضاست و این پیروزی متعلق به همه کشورهای و همه اعصار و همه تمدن‌هاست و نشانگر یک ضرورت اجتناب‌ناپذیر و تکامل حتمی است. حوزه عملکرد این نظریه در ابتدای امر «حقوق خصوصی» یعنی روابط میان افراد بود و اعمال آن در روابط میان فرد و دولت با اندک تأخیری بر کرسی نشست و آن‌گاه به قلمروهای دیگر علم حقوق راه جست. اینک نظریه سوءاستفاده از حق با عرصه فراگیر مصالح اجتماعی و اقتصادی گره خورده است و به مقتضای آن هر عملی که موجب زیان دیگری بشود مستوجب مسئولیت است. و مقصود از آن تنها زیان‌های فردی نیست که متضرر از آن یک یا چند شخص معین باشد، بلکه زیان‌های عمومی که در نتیجه اعمال حق ممکن است حاصل شود اهمیت بیشتری دارد. مثلاً مسئولیت قدرت عمومی در نظم داخلی دولت‌ها تابع قاعده‌ای است که حقوق اداری فرانسه تحت عنوان «détournement de pouvoir» از آن یاد می‌کند. واژه فرانسوی *détournement* به معنی تحریف است و مراد از آن منحرف کردن یک مقام اداری از قدرت و اختیاری است که به او تفویض شده و استفاده از آن برای مقاصدی جز آنچه در قانون مورد نظر بوده است. <۲>

در ۱۹۸۶ میتران، لیدر حزب سوسیالیست فرانسه، رئیس‌جمهور آن کشور بود. سوسیالیست‌ها در انتخاباتی که صورت گرفت موفق نبودند و اکثریت پارلمان به دست مخالفان افتاد. از اولویت‌های مهم آن پارلمان تصویب مقرراتی برای خصوصی‌سازی بود که با شعارهای سوسیالیسم منافات کلی داشت. دولت منتخب پارلمان هم آیین‌نامه‌های اجرایی قانون را تنظیم کرد و به موجب مقررات قانون اساسی را برای امضا نزد