



---

# حق و سوء استفاده از آن

---

محمدعلی موحد



www.ketab.ir

تهران، نوروز ۱۳۹۸



مجلس شورای اسلامی ایران  
معاونت امور فرهنگی

- سرشناسه : موحد، محمدعلی، ۱۳۰۳-  
عنوان و نام پدیدآور : حق و سوءاستفاده از آن / محمدعلی موحد  
مشخصات نشر : تهران: نشر کارنامه، ۱۳۹۷.  
مشخصات ظاهری : ۱۹۹ ص.  
فروست : کارنامه حقوق سیاسی و قضایی؛ ۶.  
شابک : ISBN 978-964-431-101-7  
وضعیت فهرست‌نویسی : فیا.  
یادداشت : کتاب‌نامه: ص. ۱۸۵-۱۹۱؛ همچنین به صورت زیرنویس.  
یادداشت : نمایه.  
موضوع : سوءاستفاده از حق.  
موضوع : Abuse of Rights  
موضوع : قاعده لاضرر.  
موضوع : Lazarar Formula (Islamic Law)  
رده‌بندی کنگره : ۱۳۹۷ م ۸ ۹ س/ ۵۷۹ K  
رده‌بندی دیویی : ۳۴۲/۰۸۵  
شماره کتاب‌شناسی ملی : ۵۴۸۳۱۹۸

# دانا مکتبہ احمدیہ رقم

دعوتِ اسلامیہ

حق و سبوح استفاده از آن محمد علی موحد



کارگاه نشر کارنامه

رده درخشانی، سمیه منیر، مجید رنجبر  
زهره جعفر پوز، شہلا شمس و عادل قشقایی  
سمانه ایران بست

امور هنری

تصویرسازی صفحه ۴  
طرح و اجرای جلد  
ناظر چاپ  
مریم تکلو  
محسن حقیقی

مدیر هنری و ناظر مسئول

روزبه زہریایی

چاپ ستاره سبز  
صحافی معین

چاپ اول ۱۳۹۷

چاپ دوم، نوروز ۱۳۹۸ ۱۱۰۰ نسخه

همه حقوق چاپ و نشر این اثر انحصاراً برای نشر کارنامه محفوظ است.  
هرگونه استفاده از کتاب آرایشی و عناصر آرایشی این کتاب اکیداً ممنوع است. همچنین هر نوع استفاده تجاری از این اثر یا تکثیر آن  
به هر صورت (چاپ، فتوکپی، کتاب صوتی و الکترونیک و نشر در فضای مجازی)، کلاً و جزئاً، ممنوع است و پیگرد قانونی دارد.

مراکز پیشش و فروش:

پخش کارنامه، خیابان شهید باهنر (نیاوران)، شماره ۱۳۵، تلفن ۲۶۱۱۷۹۸۵، ۲۶۱۱۷۹۸۶ و ۲۶۱۱۷۹۸۷

فروشگاه بزرگ شهر کتاب با همکاری نشر کارنامه، خیابان شهید باهنر (نیاوران)، شماره ۱۳۷

تلفن ۲۲۲۸۵۹۶۹ • فکس ۲۲۸۰۸۱۹۲

نشر کارنامه: شماره ۹۰ کویله فردانش، خیابان وصال شیرازی، تهران، ۱۴۱۷۷۳۳۴۷۳ تلفن ۸۸۹۵۶۲۸۲، فکس ۸۸۹۵۶۲۸۶

۱۷ ..... مقدمه

۲۷ ..... مدخل

۲۷ ..... حق، حد مادی و حد معنوی آن

۲۷ ..... تجاوز از حق و سوءاستفاده از آن

۲۸ ..... سابقه تاریخی بحث

۲۹ ..... روایتی نو از نظریه‌ای کهن

۳۱ ..... فصل اول: سوءاستفاده از حق از نظرگاه فقه اسلام

۳۳ ..... پرواک نظریه در میان حقوق‌دانان مسلمان

۳۴ ..... انعکاس نظریه در قوانین کشورهای اسلامی

۳۵ ..... قانون ایران

۳۶ ..... ریشه فقهی قوانین جدید

۳۷ ..... مجله الاحکام و تحریر المجلة

۳۷ ..... معیارهای سوءاستفاده از حق

۳۸ ..... سوءاستفاده یا تجاوز از حق؟

## فصل دوم: سوءاستفاده از حق و مستندات قرآنی آن ..... ۴۱

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

## فصل سوم: قاعده لاضرر و مستندات روایی آن ..... ۵۲

- ۵۵ ..... ۱. مرور فراگیر قاعده
- ۵۶ ..... ۲. ویژه فقهای شیعه
- ۵۶ ..... ۳. نظر شهید اول
- ۵۷ ..... ۴. توسیحات مراعات
- ۵۸ ..... ۵. شاطبی: تجان قاعده براساس مصالح و مفاسد
- ۵۹ ..... ۶. هم‌زمانی شهید شاطبی
- ۵۹ ..... ۷. مصلحت از منظر غنایی
- ۶۰ ..... ۸. تعارض میان مصالح و مفاسد
- ۶۱ ..... ۹. متفرعات یا اقسام قاعده لاضرر
- ۶۲ ..... ۱۰. گستره جریان قاعده لاضرر
- ۶۲ ..... ۱۱. تفکیک سوءاستفاده از حق از سایر موارد شمول لاضرر
- ۶۳ ..... ۱۲. حق و رخصت
- ۶۳ ..... ۱۳. حق به معنی امتیاز و اولویت
- ۶۴ ..... ۱۴. بحثی درباره حق و حکم
- ۶۴ ..... ۱۵. حق در نظر شیخ انصاری
- ۶۵ ..... ۱۶. نظر آخوند خراسانی
- ۶۵ ..... ۱۷. نظر کمپانی
- ۶۶ ..... ۱۸. خلاصه بحث
- ۶۶ ..... ۱۹. مستندات روایی قاعده لاضرر
- ۶۷ ..... ۲۰. روایت سمره
- ۶۸ ..... ۲۱. نظر فقهای شیعه
- ۶۸ ..... ۲۲. نظر فقهای عامه

## فصل چهارم: تجزیه و تحلیل حدیث لاضرر ..... ۷۱

- ۷۳ ..... ۱. ضرر و معنی عرفی آن
- ۷۳ ..... ۲. عرف متغیر است

۷۳	ضرر اعم از مادی و معنوی
۷۴	ضرر و ضرار
۷۵	کاربردها و معانی دیگر
۷۶	خلاصه بحث
۷۷	احتمالات سه گانه در معنی لاضرر
۷۸	وجه مختار شیخ
۷۸	نهی حکم به لسان نفی موضوع
۷۸	معنی حکومت و تقدم لاضرر
۷۹	لاضرر حاکم بر ادله احکام
۷۹	نمونه استفاده از قاعده لاضرر
۸۰	تکرار امام خمینی درباره مفاد لاضرر
۸۲	تائیدات و باریک بینی ها
۸۲	تحلیلا نائین
۸۳	اصرار امام خمین بر نظر خود
۸۳	حکم سیاسی
۸۴	خلاصه نظر
۸۴	ملاحظات پایانی

فصل پنجم: در تطبیق قاعده نسبت به سوابق استناد به سوء استفاده از حق

۸۷	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	برداشت های فقهای امامیه
۱۰۲	نظر مختار شیخ انصاری
۱۰۴	تحلیل امام خمینی
۱۰۶	فتوای امام در تحریر الوسيلة

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 ..... عرض عرض قانون‌گذار

۱۱۹ ..... انواع اقوال در تعریف سبب

۱۲۰ ..... تحلیل میرزای قمی

۱۲۰ ..... معیار مسئولیت در سوءاستفاده از حق و فقه امامیه

۱۲۲ ..... برکردن خلاف قانون

۱۲۲ ..... نظر محقق و شیبین

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 داری‌ها

۱۳۳ ..... ماحصل کلام در اجرای قاعده

۱۳۴ ..... پرسش‌ها

۱۳۴ ..... موازنه مصالح یا تراحم ضررین

۱۳۵ ..... انگیزه نامشروع

۱۳۶ ..... جهت مخالف مقصود شرع

۱۳۸ ..... حیل و تقلب در قانون

۱۳۹ ..... حسن‌نیت 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 «سوء استفاده از حق» را از «تجاوز از حق» باز نمی‌شناسد؟
- ۱۵۲ ..... آیا در مسئله سوء استفاده 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



## مقدمه

۱ حق چیز خوبی است و سر چیز خوبی ممکن است مورد سوءاستفاده قرار بگیرد. واژه حق عمدتاً به دو چیز خوب دلالت دارد؛ در یک معنی حق اشاره است به ذات مقدس و متعالی پروردگار: «فَتَعَالَى الَّذِي أَنزَلَ الْحَقُّ»<sup>۱</sup>، و در معنایی دیگر مراد از حق قدرت و امتیاز و اختیاری است که در اجتماع سری 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 جلب می‌دارد. کسی که در مقام اعمال و اجرای حق خود برآمده است در نظر اول هیچ آزادی 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 آن‌که 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، روزه روز 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.

اصه لاً اعمال هر حقی ملازمه دارد با محروم کردن دیگری از آن حق، و این معنی در مظاسر حق مالکیت و نیز در حق‌های مشابه مالکیت، مانند حق زوجیت که انحصار آن بودن حق جزو ذات آن است، کاملاً روشن می‌باشد. حتی در مورد حق‌های بسیار کم‌نگر مانند حق استفاده از نمکتی 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 دیگری 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. 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 فرو نگذارد 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. سوء استفاده 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 اعضا و همه مدن‌هاست 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 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. راه‌یست بیشتری دارد. مثلاً مسئولیت قدرت عمومی در نظم داخلی دولت‌ها تابع قاعده‌هاست که حقوق اداری فرانسه تحت عنوان «détournement de pouvoir» از آن یاد می‌کند. راز «détournement de pouvoir» 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

رئیس‌جمهور فرستاد. میتران از امضای آن‌ها خودداری نمود و در یک مصاحبه تلویزیونی گفت: رئیس‌جمهور علاوه بر تعهدی که به حفظ قانون اساسی دارد متعهد به حفظ استقلال ملی کشور نیز هست. حالا پارلمان آمده یک قانون مختصر و مجمل تصویب کرده که فقط راهکارهایی را معین می‌کند و آن‌گاه فهرستی مشتمل بر ۶۵ واحد همراه این قانون است که مشمول خصوصی‌سازی خواهند شد و من نمی‌توانم قبول کنم صنایع و اموال و کالاهای فرآورده‌هایی که از نظر استقلال ملی ما ضرورت و اهمیت دارد بدین نحو در معرض فروش گذارده شود و فردا به دست بیگانگان بیفتند. عیب خیلی مشکل و پیچیده و مهم است و نمی‌توان آن را برعهده دولت گذاشت. پارلمان باید خود مسئولیت امر را برعهده گیرد و ملاحظات را که لازم می‌داند در متن قانون برآورد.

ماجرای بحث‌ها و بگو-بگوهای را در میان حقوق‌دانان به دنبال آورد. آیا امضای رئیس‌جمهور در پای مقررات مصوب دولت به چه معنی است؟ رئیس‌جمهور ملزم است آن را امضا کند یا اختیار امضا، عدم امضا - هر دو - را دارد؟ در زمان ریاست‌جمهوری ژنرال دوگل هم ماجرای مشابه آن رخ داده بود؛ تبصره اصل دهم قانون اساسی سال ۱۹۵۸ مقرر می‌داشت که قوانین مصوب پارلمان در ظرف مدت پانزده روز به امضای رئیس‌جمهور برسد. برخی از حقوق‌دانان فرانسه بر آن بودند که چون اصل سیزدهم قانون اساسی جدید برای امضای رئیس‌جمهور مدتی معین نکرده است معلوم می‌شود او مختار در امضا و عدم امضا است؛ نمی‌تواند امضا کند و می‌تواند از امضا خودداری نماید. مخالفان پاسخ می‌دادند که اگر هم بگوئیم رئیس‌جمهور حق داشته که امضا نکند تازه این سؤال مطرح می‌شود که آیا در اعمال این حق معقولانه عمل کرده یا مرتکب سوءاستفاده از حق شده است؟

نظیر این ماجرا در زمان ریاست‌جمهوری آقای احمدی‌نژاد هم در ایران اتفاق افتاد و ما ندیدیم که چنین بحث‌هایی را به دنبال داشته باشد. رئیس‌جمهور وقت بارها از امضا و ابلاغ مصوبات مجلس خودداری نمود اما نه او در صدد توجیه عمل خود برآمد و نه حقوق‌دانان ما در جوانب حقوقی آن مذاقه فرمودند.

۵ از یکپهرست، که از صاحب‌نظران حقوق بین‌الملل است، نقل شده که گفته است یک نمونه خوب برای سوءاستفاده از حق را در زمینه قانون‌گذاری می‌توان سراغ

گرفت. هر دولتی حق وضع قانون ملی خود را دارد و قانونی که وضع می‌کند باید مورد احترام قرار گیرد. اما دولتی که بخواهد با وضع قانون ملی به ضرر دولتی دیگر اقدام کند مرتکب سوءاستفاده از حق شده است. مثالی که ایکهرست آورده است مربوط می‌شود به ایالات متحده آمریکا و پیشنهادی که کنگره آن کشور در ۱۹۲۰ می‌خواسته است به صورت قانون درآورد. <۲> توجه ایکهرست به قلمرو حقوق بین‌الملل عمومی معطوف بوده است و من‌گمان می‌کنم در قلمرو حقوق عمومی داخلی نیز می‌توان به همین تقریب از مواردی یاد کرد که دولتی بخواهد با وضع قانون در مقام نقض حقوق و آزادی‌های فردی اتباع خود برآید و همان است که آن را «قانون بی‌قانون» نامیده‌اند.

۶ اینک که به کاربرد تریه سوءاستفاده از حق در قلمرو حقوق بین‌الملل اشاره کردیم باید از مقاله‌نامه‌های بین‌المللی یاد کنیم که در برخی از آن‌ها صریحاً از آن نام برده شده است، مثلاً کنوانسیون بین‌المللی مربوط به حقوق دریاها مصوب ۱۰ دسامبر ۱۹۸۲ در ماده ۳۰۰ مقرر می‌دارد:

کشورهای عضو تعهداتی را که موجب این کنوانسیون برعهده دارند با حسن‌نیت به موقع اجرا خواهند گذاشت و در اعلان حقوق و صلاحیت و آزادی‌هایی که در این کنوانسیون مقرر گشته است طوری رفتار خواهد کرد که مشمول عنوان سوءاستفاده از حق نشود.

همچنین ماده ۱۷ پروتکل شماره ۱۱ مورخ ۱۹۹۸ راجع به حریمیت از حقوق بشر و آزادی‌های اساسی زیر عنوان «ممنوعیت سوءاستفاده از حقوق» مقرر می‌دارد:

هیچ‌یک از مقررات این کنوانسیون نباید طوری تفسیر شود که کشوری یا گروهی یا شخصی بتواند به استناد آن در فعالیتی شرکت نماید یا عملی کند که هدف آن از میان بردن حقوق و آزادی‌های مقرر در این کنوانسیون یا وضع محدودیت‌های بیشتری بر حقوق و آزادی‌های مذکور باشد.

با مروری سطحی بر مواد کنوانسیون‌های بین‌المللی مصوب در نیمه دوم قرن بیستم درخصوص مسائلی چون حفاظت محیط زیست و جنگل‌ها و هوا و فضای

ماورای جو و کانال‌ها و رودخانه‌های بین‌المللی، خسارات حاصل از آلودگی توسط هیدروکربورها، خسارات مربوط به حمل و نقل مواد هسته‌ای، خسارات ناشی از پرتاب ماهواره‌ها و مقایسه آن‌ها با کنوانسیون‌های مشابه که در نیمه اول قرن به امضا رسیده بودند، چنین به نظر می‌رسد که رویکرد مقابله‌نامه‌ها رفته‌رفته از محور حق به سوی محور تکلیف چرخیده است. در اوایل امر برداشت کلی این بود که اگر منع سوءاستفاده از حق به عنوان یک قاعده حقوق بین‌الملل مورد قبول قرار گیرد، آن‌گاه هر عملی و اقدامی در مسیر سوءاستفاده از حق ناقض چنین قاعده‌ای خواهد بود و بدین‌گونه می‌کوشیدند تا مسائلی مانند مسئولیت حاصل از آزمایش‌های هسته‌ای را از طریق نظریه سوءاستفاده از حق حل کنند. اما برخی از صاحب‌نظران بر آن بودند که اگر کشوری با صلاحات حاصل از آزمایش‌های هسته‌ای موجب آلودگی هوا یا آلودگی آب در کشور دیگری می‌شود، نمی‌توان گفت که حق خود را به موقع اجرا گذاشته؛ بلکه در واقع چنان‌گویی اصل عدم تجاوز را که یک اصل شناخته‌شده حقوق بین‌الملل عرفی است نقض کرده است. هیچ کشوری حق ندارد قلمرو خود را طوری مورد استفاده قرار دهد که آلودگی و خسارت دیگری را آلوده گرداند یا خسارتی بر آن وارد کند. در این صورت اصلاحات موجود ندارد تا سوءاستفاده از آن مطرح گردد. با توجه به این قبیل ملاحظات بین‌المللی می‌نماید که لحن مقابله‌نامه‌ها و اسناد بین‌المللی در این‌گونه موارد تغییر کرده است. بدن می‌بینیم که دیگر سخن از حق نیست تا مسئله سوءاستفاده از آن قابل طرح تواند بود؛ بلکه در این مقابله‌نامه‌ها همه تأکید بر تکلیف و تعهد و مسئولیت است و یا اگر سخن از حق می‌رود بلافاصله و متقابلاً از تکلیف نیز یادآوری می‌شود. مثلاً در اعلامیه دریاها ۱۹۹۱ راجع به محیط زیست درعین حال که حق حاکمانه دولت‌ها در بهره‌برداری از منابع تحت حاکمیت خود به عنوان یک اصل مورد تأیید قرار گرفته، بلافاصله تکلیف دولت‌ها نیز گوشزد شده که آن فعالیت‌ها نباید موجب خسارت‌های فرامرزی شود و حتی تأکید شده است که حق توسعه باید به گونه‌ای تحقق یابد که نیازهای مربوط به توسعه و محیط زیست نسل‌های آینده را نیز به طور منصفانه برآورده سازد، و همچنین در اعلامیه دیگر ریو راجع به اصول حفاظت از جنگل‌ها درعین حال که برخوردار از دولت‌ها از حق حاکمیت در استفاده از منابع طبیعی خود به رسمیت شناخته شده تعهد آن‌ها در زمینه خسارت‌های زیست‌محیطی مناطق فرامرزی نیز مورد تأکید قرار گرفته است.

در این جا سخن از تلازم حق و تکلیف است و نه تقابل آن‌ها که از قدیم گفته شده بود در برابر هر حقی تکلیفی است. بدین معنی که اگر شخص الف فرضاً مالکیت این خانه را دارد دیگران هم متقابلاً مکلف‌اند حق مالکیت او را محترم شمارند و از تجاوز به آن خودداری نمایند. این جا حق خود توأم با تکلیف و مقید و مشروط به آن است.

۷ آری در برخی از مهم‌ترین اسناد بین‌المللی، دیگر اصلاً سخن از حق نیست و تمرکز و تأکید بر مسئولیت و تعهد و تکلیف است و تعهد چنان که در جای خود مقرر است بر دو قسم است: تعهد انجام کار و تعهد نتیجه. در تعهد نتیجه مطلب روشن است و آنچه از متعهد خواسته می‌شود حصول امری است که عینیت دارد، مانند تعهد متصدی حمل و نقل که کالا را از نقطه الف به نقطه ب منتقل سازد. اما همه تعهدات این‌گونه نیستند. مانند تعهد جراح بر انجام عملی که به منظور شفا و نجات بیمار صورت می‌گیرد ولی هیچ تضمین حصول نتیجه نیست. او کار خود را انجام می‌دهد و اگر به نتیجه مطلوب یعنی شفا بیمار نرسید جراح مسئول آن نخواهد بود. مسئولیت متعهد در این قبیل تعهدات محدود به آن است که در کار خود معقولانه عمل کند، معقول بودن یا معقولانه عمل کردن این معنات که سلوک او مقرون به سوءنیت و بی‌مبالاتی و عدم احتیاط نباشد. اصل احتیاط مستلزم توجه به پیشگیری است و پیشگیری مستلزم شفافیت در عمل است و شفافیت خود متضمن تکلیف اطلاع‌رسانی به اشخاص ذی‌نفع و نیز متضمن تکلیف همکاری با ازاله مانع از وقوع خطر یا به حداقل رسانیدن اثر زیان‌بار آن است در صورتی که ممانعت از وقوع آن مقدور نباشد.

۸ در هر حال کاربرد اصل سوءاستفاده از حق در حل و فصل اختلافات بین‌المللی، به‌ویژه منازعات مربوط به منافع مشترک یا مناطق مجاور بین دو یا چند کشور، فوق‌العاده مهم است. کشور ما با چند کشور دیگر، چه در خشکی و چه در دریا، مرزهای مشترک دارد. مشکلات ناشی از این موقعیت جغرافیایی، مانند استفاده مشترک از رودخانه‌های مرزی و مناطق صید دریایی و دلوپسی‌های مربوط به مهاجرت آلودگی‌های هوایی و آبی از یک طرف به طرف دیگر و نیز پیچیدگی‌های خاص

<sup>1</sup> reasonableness

استفاده از ذخایر نفت و گاز واقع در مناطق همجوار، از مسائل مبتلابه روزانه ماست و زمینه‌های حقوقی مرتبط با این مسائل باید در دانشکده‌های حقوق کشور مورد توجه ویژه قرار گیرد و بخش مهمی از فعالیت‌های فکری و اشتغالات ذهنی کارشناسان حقوقی ما باید مصروف تجزیه و تحلیل آرای صادره از مراجع بین‌المللی در منازعات برخاسته از این قبیل مسائل باشد. اساتید محترم بر من نگیرند که دارد مسائل را در هم می‌آمیزد و نظریه و اصل و قاعده را به جای هم می‌گیرد. آری عناوین مختلف در قلم و‌های متفاوت به‌ظاهر جدا از هم می‌نماید اما پوسته آن‌ها را که بشکنی چه بسا با مفهومی واحد روبه‌رو می‌شوی که در مجامع و محافل مختلف با لباس‌های متفاوت جلوه‌گر می‌شود. اشمیتوف کتابی دارد دربارهٔ بازرگانی بین‌المللی، این کتاب به زبان‌های فرانسوی، آلمانی و روسی و چینی نیز ترجمه شده و من ویراست یازدهمین آن را دارم که در سال ۲۰۰۰ چاپ شده است. > فصل بیست‌ونهم کتاب دربارهٔ مقررات حاکم بر رقابت تجاری است و آن فصل خود منقسم بر ۳۸ بخش است و تقریباً در سرتاسر این بخش‌ها بحث سوءاستفاده یا «سوءاستفاده از موقعیت مسلط» > در میان است و موقعیت مسلط همان قدرت و اختیاری است که کسی را در مقابل دیگران ممتاز می‌گرداند، و امتیاز و قدرت و اختیاری عبارت اخراج مفهومی است که از آن با کلمهٔ حق تعبیر می‌شود.

۹ من این رساله را سال‌ها پیش نوشتم. در آن ایام هنوز در قلمرو دانش حقوق گام می‌زدم و اقتراح آن از جناب آقای دکتر افتخار جهرم بود. قرار ما این بود که مسئلهٔ سوءاستفاده از حق در ارتباط با رشته‌های حقوق خصوصی و عمومی، ملی و بین‌المللی، بررسی شود و کاربرد آن در ساحت‌های مختلف در رسالهٔ تحقیقی مستقل مورد بحث و استقصا قرار گیرد. تحقیق امر از نظر فقه اسلامی برعهدهٔ من بود که آن را انجام دادم لیکن دوستان دیگر ظاهراً پیگیر امر نبودند و این رساله روی دست ما ماند. سال‌ها گذشت و دغدغهٔ حق و سوءاستفاده از آن همچنان در ذهن من بود و رجوع به آن از عوامل و انگیزه‌هایی بود که در پدید آمدن کتاب در هوای حق و عدالت مؤثر افتاد. آن کتاب را من در ۱۳۷۸ نوشتم و در ۱۳۸۱ به چاپ رسید. مسئلهٔ سوءاستفاده از حق در همان فصل اول کتاب مطرح شده و در فصول دیگر هم از آن سخن رفته و یک فصل تمام (فصل هشتم) مستقلاً به بحث دربارهٔ آن تخصیص



یافته است. به همین مناسبت در ایامی که با شادروان محمد زهرایی مدیر نشر کارنامه مشغول چاپ آن کتاب بودیم یادی از این رساله نیز در میان آمد و او پیشنهاد چاپ آن را در میان آورد و یکی دوبار هم عنوان رساله را جزو کتاب‌های در شرف انتشار کارنامه اعلان کرد. اما من فکر می‌کردم موضوع رساله یک بحث تخصصی است که از حوزه مسائل مورد علاقه طیف خاص مشتریان کارنامه خارج می‌باشد و نگران آن بودم که مبادا سرمایه‌ای که ناشر برای چاپ آن خرج می‌کند ضایع شود و مایه خجالت من گردد. یک بار هم پیشنهاد چاپ را به رأی و تشخیص نادره استاد زمان آقای مصطی ماکیان موکول کردم و چون رأی ایشان نیز به چاپ آن تعلق گرفت بنده تمیم نمودم.

آن‌گاه رساله به درخواست من به جوان فاضل مدقق وکیل دادگستری سینا گلستانی سپرده شد تا مآخذ و مراجع آن را بازبینی کنند و نمایه‌ای برای مطالب آن فراهم آورند و این همه چند روز طول کشید که زهرایی به رحمت ایزدی پیوست و از آن پس مهلتی دیگر لازم بود تا کارنامه به سامان آید و این بار نوبت من بود که می‌بایستی مقدمه‌ای بر آن بنویسم و در این مرحله بود که آقای گلستانی نسخه کامپیوتری رساله‌ای ارجمند از افادات آیت‌الله العظمی آقای سید نانو پیرامون قاعده «لا ضرر و لا ضرار» را برای من آورد. حضرت ایشان در این رساله سرمشقی برای هرگونه بحث دقیق و منظم و منسجم علمی ارائه کرده و الحق به لحاظ فقهی بیچ نکته‌ای را فروگذار ننموده‌اند. رساله حتی، فارغ از موضوع اصلی، متضمن اراغی مستقل بر فواید جانبی بسیار در حواشی و تضاعیف کلام است. و اما بحث اصلی در سه بخش پی گرفته شده است: اول تشخیص متن حدیث و دسته‌بندی روایاتی که عبارتند از ضرر و لا ضرار — چه از طرق عامه و چه از طرق خاصه — در آن‌ها وارد شده است؛ دوم تحقیق در مفاد حدیث و بیان مفهوم لغوی واژگان ضرر و ضرار و تأمل پیرامون بار معنایی آن‌ها؛ و هر یک از حالات انفراد و ترکیب، و توضیح دقیق مضمون و مراد حدیث؛ سوم ملاحظات درباره حدیث و اشکالات مطرح شده درباره آن و بررسی مضمون آن با استناد به شواهدی از کتاب و سنت و بحث از تقدم و حکومت آن بر ادله احکام اولیه و وجوه استفاده از آن و نسبت آن با قاعده عدل و انصاف و قاعده سلطنت و قاعده نفی حرج. فقهای عظام، مخصوصاً پس از شیخ اعظم انصاری، مطالب زیادی — چه به صورت رساله مستقل و چه در ضمن مباحث دیگر — درباره این قاعده نوشته‌اند اما رساله

آقای سیستانی از میان همه آن‌ها ممتاز است به دو لحاظ: اول به لحاظ جامعیت و اشراف بر آرا و اقوال بزرگان تا زمان حاضر و نقد و تنقیح و تهذیب آن‌ها و نظم و انسجام و روشنی کلام که به آن اشاره کردیم؛ دوم به لحاظ توجهی که آقای سیستانی به آثار حقوق دانان جدید — به تعبیر ایشان «اهل القانون» — دارند و این توجه از ارجاعات ایشان به کتاب‌های سنه‌وری مانند الوسیط و مصادرالحق پیداست. و از همین رو انتظار خواننده رساله چنان است که در پایان این بحث ممتع نظر مبارک ایشان درباره نظریه جدید سوءاستفاده از حق — مطرح در میان اهل القانون — و نسبت آن با قاعده لاضرر و لاضرار نیز ولو به اجمال معلوم گردد و برای اهل تحقیق غیبی عنایم است که رساله بدون پرداختن به این موضوع خاتمه می‌یابد.

۱۰ شاید بتوان گفت که فقه ما بر سه پایه یا سه قاعده اساسی و مهم استوار است: قاعده سلطنت یا مالکیت؛ قاعده لزوم عقد یا حاکمیت اراده؛ و قاعده لاضرر که شامل ممنوعیت سوءاستفاده از حق بلکه وسیع‌تر و فراگیرتر از آن است. قواعد دیگر فقه و احکام آن در زیر چتر این مثلث قویم قرار دارد. قاعده سلطنت مستند است به حدیث نبوی «لَا تَسْ مُلْطَنَ عَلٰی اَمْوَالِهِمْ وَ اَنْفُسِهِمْ» و ناظر است بر آزادی مردم در هرگونه تصرف عقلایی در جان و مال خود. این قاعده از جهتی سراسر حوزه حقوقی اموال و مالکیت را فرا می‌گیرد. — خواه اموال مادی و خواه اموال معنوی — هر چیزی که جنبه مالیت دارد در بازار ارزشی پولی برای آن قائل می‌شوند مشمول این قاعده است. و از جهت دیگر همین قاعده سلطنت را می‌توان ناظر دانست بر حق مردم در گزینش نوع حکومتی که مردم برای خود پسندند. چون حکومت از هر نوع و به هر شکل که تصور شود جز تصرف در اموال و انفس کاری ندارد و سلطنت یا اختیار مطلق آن به موجب این قاعده با مردم است. اما ضلع دوم مثلثی که از آن یاد کردیم قاعده لزوم عقد است که مستند به آیه شریفه «اَوْفُوا بِالْعُقُودِ» است و قاعده لاضرر به مثابه ضلع ثالث یا قاعده مثلث است که در عین حال بر دو قاعده دیگر، بلکه بر کلیه ادله احکام، حکومت دارد و از همین رو آن را تاج القواعد فقه اسلام می‌توان خواند.