

سوءاستفاده از حق

مطالعهٔ تطبیقی در حقوق اسلام

و دیگر نظریه‌های حقوقی

نوشته

دکتر حمید بهرامی احمدی



انتشارات اطلاعات

تهران - ۱۳۷۷

بهرامی احمدی، حمید

سوه استفاده از حق، مطالعه تطبیقی در حقوق اسلام و دیگر نظامهای حقوقی / نوشته حمید بهرامی احمدی . - تهران: اطلاعات، ۱۳۶۶ .

. ۳۷۶ ص.

کتابنامه .

چاپ سوم . ۱۳۷۷

۱. حقوق مدنی-سوه استفاده . ۲. فقه-قواعد . ۳. فقه تطبیقی .
۴. حقوق تطبیقی . الف. عنوان .

۲۹۷/۳۲۴

س ۸۴۴ ب

س ۹ ب/۱۹۸/۸



بهرامی احمدی، حمید

سوه استفاده از حق

چاپ سوم: ۱۳۷۷

تعداد: ۲۱۰۰ نسخه

حروفجنبی، چاپ و صحافی: مؤسسه اطلاعات

همه حقوق محفوظ است

شابک ۶-۰۷۳-۴۲۳-۹۶۴ ISBN 964-423-073-6

فهرست مطالب

- ۵ مقدمه جاب سوم
۷ مقدمه جاب اول: سابقه آشنایی نگارنده با قاعده‌لاضرر.
- ۱۹ فصل اول: سابقه تاریخی و مبانی نظریه سوءاستفاده از حق:
۲۱ الف- نظریه سوءاستفاده از حق در حقوق رم قدیم:
۲۳ ب- نظریه سوءاستفاده از حق در کامان‌لا.
۲۵ مبحث اول- ظهور نظریه سوءاستفاده از حق:
۳۰ مبحث دوم- تحول نظریه سوءاستفاده از حق در کامان‌لا:
۳۱ اول- تحول نظریه سوءاستفاده از حق در زمینه اعمال دسته جمعی حق.
۳۲ انکاس نظریه مداخله گرانه.
۳۳ انکاس نظریه آزادیخواهانه
۳۳ - عکس العمل مجلس لردان در برابر نظریه سوءاستفاده از حق.
۴۴ - رد نظریه سوءاستفاده از حق در دعوای آلن-فلد.
۳۵ - دلائل اکثربت مجلس لردان برای توجیه رد سوءاستفاده از حق در قضیه مورد بحث.
۳۶ دوم- تجدید حیات نظریه سوءاستفاده از حق در قالب نظریه محدود توطنه
۳۸ سوم- از قضیه کوین لیتم تارایی سورل اسمیت:
۳۹ الف- دعوای پرات- B.M.A.
۴۱ ب- دعوای W.F.M.T.A.
۴۴ چهارم- حکم مجلس لردان در قضیه سورل- اسمیت
۵۰ ج- سابقه تاریخی و تحول نظریه سوءاستفاده از حق در حقوق فرانسه:
۵۹ تجزیه و تحلیلی از نظرات موافق و مخالف نظریه سوءاستفاده از حق.
۶۵ د- سابقه تاریخی و مبانی مفهوم نظریه سوءاستفاده از حق در حقوق اسلام «قاعده‌لاضرر»

- الف- مدارک قاعده لاضر.
- ب- بحثی در متن احادیث «لاضر»
- ۸۳ ۱- تعیین متن حدیث.
- ۸۳ ۲- نتیجه ابن تزاع چیست
- ۸۵ ه- سوه استفاده از حق در حقوق ایران.
- ۸۶ نتیجه گیری فصل اول
- ۸۷
- فصل دوم- معیار سوه استفاده از حق.
- ۸۹ مبحث اول - کامان لا.
- ۹۰ استاندارد حقوقی.
- ۹۱ مبحث دوم- حقوق فرانسه.
- ۹۲ الف- عقاید علمی حقوق فرانسه.
- ۹۳ ۱- تقصیر در اعمال حقوق.
- ۹۴ ۲- قصد اضرار.
- ۹۵ ۳- غایت اجتماعی حقوق.
- ۹۶ ب- رویه عمومی دادگاههای فرانسه.
- ۹۷ مبحث سوم- نظر اجمالی بر حقوق کشورهای مختلف از نظر معیار سوه استفاده از حق.
- ۹۸ الف- معیار قصد اضرار.
- ۹۹ ب- غایت اجتماعی حقوق.
- ۱۰۰ ج- معیار تقصیر یا سُؤولیت مدنی.
- ۱۰۱ ۱- ضابطه شق مضر.
- ۱۰۲ ۲- ضابطه عدم تناسب بین زیان و نفع.
- ۱۰۳ مبحث چهارم- حقوق اسلام.
- ۱۰۴ الف- معیار سوه استفاده از حق در حقوق اهل سنت.
- ۱۰۵ ۱- نظریات مالک بن انس.
- ۱۰۶ ضابطه اول- اعمال حق باید درجهتی باشد که حق برای آن به وجود آمده است.
- ۱۰۷ ضابطه دوم- اگر اعمال حق باعث ضرر فاحش شود صاحب حق از اعمال آن منبع می شود.
- ۱۰۸ ضابطه سوم- کسی نمی تواند حق را که برای او نفعی ندارد، ولی باعث ضرر دیگری است اعمال کند.
- ۱۰۹ ۱- نظریات ابوحنیفه و شاگردان بالفصل او
- ۱۱۰ ۲- نظر شافعی.
- ۱۱۱ تحولات فقه اهل سنت در جهت توسعه مفهوم سوه استفاده از حق
- ۱۱۲ نظریات غزالی.
- ۱۱۳ نظرات ابن قیم (شمس الدین محمد)
- ۱۱۴ ۱- قصد اضرار در اعمال حق.
- ۱۱۵ ۲- ضابطه فقدان نفع.

- ۱۶۰ ۳- ضایعه خسارت عمومی.
- ۱۶۱ ۴- ضایعه ضرروزیان فاحش.
- ۱۶۴ ب- معیار سوه استفاده از حق در فقه امامیه.
- ۱۶۵ ۱- معنی لا ضرر ولا ضرار با توجه به معنی ضرر و ضرار.
- ۱۷۱ ۲- معیارهای سوه استفاده از حق در فقه امامیه با توجه به مدارک قاعده لا ضرر و نظرات نتها.
- الف- لا ضرر و ضایعه قصد اضرار.
- ۱۷۸ آیا جمله لا ضرر ولا ضرار در متن احادیث شفاعة و منع فضل ماء وجود دارد؟
- ۱۸۹ ب- لا ضرر و ضایعه هدف اجتماعی حقوق.
- ۲۰۲ مبحث پنجم- معیار سوه استفاده از حق از لحاظ قوانین موضوعه ایران.
- ۲۰۳ الف- قوانین موضوعه و ضرورت یا عدم ضرورت وجود قصد اضرار.
- ۲۰۸ ب- قوانین موضوعه و توجه به غایات حقوق.
- ۲۱۱ نتیجه گیری فصل دوم
-
- ۲۱۵ فصل سوم- قلمرو سوه استفاده از حق
- ۲۱۶ بخش اول- تحلیل مبانی نظری سوه استفاده از حق.
- ۲۱۶ الف- سوه استفاده از حق و نظریه جهت نامشروع.
- ۲۲۱ موقعیت علت در قانون مدنی ایران و حقوق اروپا.
- ۲۲۵ ب- حسن نیت و نظریه سوه استفاده از حق.
- ۲۲۸ ج- مسؤولیت مدنی و نظریه سوه استفاده از حق.
- ۲۳۱ د- مبانی سوه استفاده از حق در حقوق اسلام.
- ۲۳۳ بخش دوم- قلمرو سوه استفاده از حق در حقوق اسلامی).
- ۲۳۴ مبحث اول- بحثی در مصاديق ضرر.
- ۲۳۸ آیا عدم النفع ضرر است؟
- ۲۴۱ مبحث دوم- ضایعه ضرر نوعی است یا شخصی؟
- ۲۴۴ مبحث سوم- رابطه قاعده لا ضرر با دیگر ادله احکام.
- ۲۵۰ نحوه حکومت لا ضرر بر ادله احکام.
- ۲۵۴ مبحث چهارم- قاعده لا ضرر و اقدام.
- ۲۵۷ الف- غصب
- ۲۶۳ ب- تصرفات مستأجر و معامل در مدت خیار.
- ۲۶۵ مبحث پنجم- تراحم دو ضرر.
- ۲۶۵ الف- اضرار به غیر برای دفع ضرر از خود.
- ۲۶۸ ب- تحمل ضرر برای دفع ضرر از غیر.
- ۲۷۲ ج- تعارض ضررین.
- ۲۷۷ مبحث ششم- تعارض لا ضرر با قاعده تسليط.
- ۲۸۸ راه حل تعارض لا ضرر و تسليط در قانون مدنی ایران.

- نتیجه گیری فصل سوم.
- ۲۸۹
فصل چهارم- ضمانت اجرای سوه استفاده از حق
- ۲۹۱
بخش اول- مبانی نظری
- ۲۹۲
مبحث اول- مفهوم قاعدة لا ضرر.
- ۲۹۳
۱- اراده نهی از نفی یا نهی از اضرار
- ۳۰۲
۲- نفی ضرر غیر متدارک.
- ۳۰۵
۳- نفی حکم ضرری.
- ۳۱۱
۴- نفی حکم به زبان نفی موضوع.
- ۳۱۳
مقدمات مرحوم نائینی در تأیید نظر شیخ انصاری.
- ۳۱۴
مقدمه اول.
- ۳۱۷
مقدمه دوم.
- ۳۱۹
مقدمه سوم.
- ۳۲۲
مبحث دوم- تفاوت عملی نظر آخوند خراسانی با نظر نراقی و شیخ انصاری.
- ۳۳۲
مبحث سوم- آیا قاعدة لا ضرر نفی حکم می کند یا اثبات حکم؟
- ۳۳۴
الف- نظر طرفداران اثبات حکم به وسیله قاعدة لا ضرر.
- ۳۳۵
ب- نظر کسانی که معتقدند قاعدة لا ضرر نفی حکم می کند نه اثبات حکم.
- ۳۴۹
بخش دوم- جنبه های عملی ضمانت اجرای سوه استفاده از حق.
- ۳۵۱
مبحث اول- نظر فقهای اهل سنت در ضمانت اجرای سوه استفاده از حق
- ۳۵۱
۱- مجازاتهای حقوقی مستقیم.
- ۳۵۲
الف- منوعیت اعمال حق.
- ۳۵۲
ب- اعمال حق با رعایت شرایط خاص.
- ۳۵۳
ج- بطلان و عدم نفوذ عمل حقوقی.
- ۳۵۳
۲- مجازاتهای حقوقی غیرمستقیم.
- ۳۵۳
۳- مجازاتهای صرفاً مذهبی.
- ۳۵۴
۴- تعزیر.
- ۳۵۵
مبحث دوم- جنبه های عملی ضمانت اجرای سوه استفاده از حق در فقه امامیه
- ۳۵۵
الف- آیا حکم پیامبر(ص) در داستان سمرة با ضمانت اجرای قاعدة موافق است؟
- ۳۶۳
ب- قاعدة لا ضرر و مصادره اموال.
- ۳۶۷
نتیجه

مقدمهٔ چاپ سوم

کتاب «سوء استفاده از حق» رساله دکتری اینجانب در حقوق خصوصی و اسلامی است که به راهنمائی استاد ارجمند جناب آقای دکتر سیدحسین صفائی و مشاوره اساتید معظم جنابان آقایان دکتر درودیان و دکتر الماسی در دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران از آن دفاع و مورد تصویب قرار است. از ده سال قبل که چاپ اول این کتاب منتشر شده تا امروز که سومین چاپ آن به نظر صاحبنظران می‌رسد از سوی اساتید محترم، حقوقدانان هوشمند و دانشجویان و دانشپژوهان گرامی اظهار لطف و همچنین اظهارنظرهای سودمندی درباره این تألیف صورت گرفته است. در خلال این مدت اینجانب توفیق داشتم که دروس مختلف مربوط به حقوق خصوصی، مخصوصاً مباحث مربوط به الزامات قراردادی و خارج از قرارداد را تدریس نمایم و این اقدام آموزشی نیز این باور قبلی مرا تأیید کرد که نظریه سوء استفاده از حق، نظریه‌ای عام الشمول است و نقش مهمی در حل معضلات حقوقی دارد و می‌تواند راه حل‌های بسیاری از مسائل پیچیده اجتماعی را به حق و عدالت نزدیک کند.

در مقدمهٔ چاپ اول این کتاب آرزو کرده بودم که دادگستری جمهوری اسلامی ایران که فرهنگ حقوقی اسلامی را به عنوان پشتونه خوددارد، حق و عدالت را در جامعه ایران برقرار کند و رویه قضایی عادلانه و نیرومندی درجهٔ تطبیق قوانین بر نیازهای رو به گسترش جامعه بوجود آورد. این آرزو کماکان باقی است. و اینک چشم امید خود را به دانشجویان تیزهوش و شریف رشته حقوق دوخته‌ام و از خدا می‌خواهم که در برقراری حق و عدالت در جامعه سهمی شایسته داشته باشند. وجود عناصر پاکدامن، لایق، هوشمند و علاقه‌مند در میان این قشر شریف مرا به آینده امیدوار می‌کند.

روشن است که دست آوردهای علمی ما مرهون زحمات آموزگاران، دبیران و اساتیدی است که در طی سالهای طولانی تحصیل از برکات علمی و معنوی ایشان بهره برده ایم. برای آنان که در حیاتند آرزوی توفيق و برای آنان که درگذشته اند غفران و رحمت الهی را آرزومندم.

حمید بهرامی احمدی

تهران - ۱۳۷۶/۱۰/۳۰

سابقه آشنایی نگارنده با قاعده لا ضرر

حدود بیست سال قبل که در کرمان سال اخر دیبرستان را می گذراندم از زبان یک جوان روحانی روشنل که ذوق شاعری داشت^۱. برای اولین بار ضمن شعری جمله «لا ضرر ولا ضرار» را شنیدم. شاید درج استادانه این جمله در آن شعر بود که توجه مرا جلب کرد. و هنگامی که به سوال من در باره آن توضیح داد، معنا و مفهوم آن نیز در همان سطح ابتدایی خاطر مرا به خود مشغول داشت. بعدها در دانشکده حقوق دانستم که این جمله از قواعد فقه اسلامی است و بتدریج آشنا شدم که قاعده مذکور در استنباط احکام، نقش فراوان دارد و می تواند برای حل بعضی معضلات حقوقی و اجتماعی در یک جامعه اسلامی مورد استفاده قرار گیرد. لازم به توضیح نیست که با مفهوم «سوء استفاده از حق» نیز در همان دانشکده حقوق آشنا شدم و از نزدیکی و نقاط مشترک «نظریه سوء استفاده از حق» با قاعده لا ضرر آگاه گردیدم. آرزوی برقراری یک نظام اسلامی و حل نابسامانیهای اجتماعی که انگیزه فعالیتهای سیاسی نگارنده در دوران تحصیل دانشگاه و پس از آن بود باعث شد که به «قاعده لا ضرر» و «نظریه سوء استفاده از حق» با علاقه بیشتری توجه کنم. زیرا کسانی که در برابر بیعدالتیها حساسیت دارند و در مقابل ابعاد مختلف آن از روابط معمولی انسانهای عادی گرفته تا جریانات پیچیده سیاسی و اجتماعی - حداقل از لحاظ درونی - عکس العمل مخالف نشان می دهند، این موضوع توجه آنها را به خود جلب می کند که بیشتر این بیعدالتیها با ادعای حق داشتن و تحت پوشش حق خواهی صورت می گیرد. بنابراین علاقه من به بحث نظریه سوء استفاده از حق و قاعده لا ضرر در ابتدانه از مطالعه مفاهیم حقوق خصوصی، بلکه به انگیزه مسائل اجتماعی و سیاسی بود. کم متوجه شدم که مشکلات حقوقی در روابط گستردۀ اجتماعی و سیاسی نیز در عین پهناوری دامنه شمول، در واقع بازتاب قسمتی از اصول حقوق خصوصی است و همین مفاهیم با تغییراتی، در آن زمینه نیز منطبق است. بنابراین نمایندگی

۱. حجت الاسلام سید احمد جعفری ساکن زرنده کرمان.

پارلمان در واقع، مبتنی بر همان نهاد وکالت در حقوق خصوصی است و سوه استفاده از حق بالاترین مقام مملکت همان وضعی را دارد که سوه استفاده از حق یک فرد عادی جامعه. هنگامی که گفته می شود حکم ضرری در اسلام نیست. دیگر تفاوتی نمی کند که این ضرر در رابطه بین دو فرد باشد یا مربوط به منافع جمع. بنابراین چنانکه در نظامهای «حقوق نوشته» گفته اند ریشه همه رشتہ های حقوق، حقوق خصوصی است. احکام شریعت نیز برای اقامه حق و عدل است و حق و عدل نیز کوچک و بزرگ ندارد.

به علت اهمیتی که برای این موضوع قائل بودم عنوان رساله دکتری خود را همین نهاد حقوقی انتخاب کدم و قسمت مهمی از مطالعات خود را روی آن متمرکز نمودم و یادداشتهای حاضر، نتیجه آن مطالعات است. در این یادداشتها، هم به مطالعات و نظرات علمای حقوق اروپا توجه و هم به تحقیقات و آراء فقهای اسلام، استناد و نظرات آنان در رابطه با نظریه سوه استفاده از حق و نفی ضرر مورد مطالعه قرار گرفته است.

به حقوق اروپا از این جهت توجه شده که حقوق حاکم بر کشورهایی است که از لحاظ روابط اجتماعی و علم و صنعت و تمدن دارای ویژگیهای غیر قابل انکاری هستند. در این سرزمینها در زمینه حقوق نیز مثل دیگر زمینه ها دانشمندان بزرگ و متفکرین ارزشمندی ظهور کرده اند. وقتی روابط اجتماعی تکامل پیدا کرده و ضرورتهای جدیدی در جامعه پیدا شده، حقوق آن جامعه نمی تواند در رابطه با این پدیده ها به نظرات تازه ای نرسیده باشد. ممکن نیست تحولات علم و صنعت در مفاهیم حقوقی بی تأثیر باشد. گذشته از آن، حقوق کشورهای اروپایی در قوانین بسیاری از سرزمینهای دیگر تأثیر گذاشته و صحیح یا غلط آنها را زیر نفوذ خود قرار داده است. حتی نویسندهای قانون مدنی ایران نیز درباره ای موارد تحت تأثیر حقوق اروپا بوده اند، متنهای این مواردرا با فقه اسلام تطبیق داده اند. آشنایی با چنین فرهنگ حقوقی برای یک حقوقدان ضرورت دارد و ذهن او را برای شناختن ابعاد پدیده های حقوقی باز می کند. این امر برای کسانی که از غرب زدگی در نگرانی هستند نباید دلهره آفرین باشد. اطلاع و آگاهی از نقطه نظرات دیگران و دانستن مکاتب فکری مختلف، یک چیز است و خوب باختگی، چیز دیگر. کسی که در را به روی عوالم معنوی و طی کمالات روحانی اثر مثبت داشته باشد، در زمینه های سیاسی و اجتماعی، اثر منفی دارد. حتی در عوالم معنوی نیز از وا بطور دائم تجویز نشده و از همین روست که اسلام ترک جامعه و رهبانیت را مجاز نشمرده است. اگر ترکیه نفس دور از محیط اجتماع صورت گیرد چندان ارزشی ندارد. چگونه می توان در این دنیای متحول و پرتلاطم، زندگی کرد و چگونه می توان مشکلات خود را حل نمود در حالی که از آنچه که در اطراف می گذرد بی خبر و نسبت به آنها بی

اعتنا بود؟ گذشته از آن، علم حقوق نیز مانند بقیه علوم، ضوابط و معیارهای عقلی و طبیعی دارد که بشر با پای خودش نیز - اگرچه لنگان لنگان و با تحمل مراتتها - به بعضی از آنها می‌رسد. وقتی یک حقوقدان مسلمان مشاهده می‌کند که انسان متعدد در پیش‌رفته ترین جوامع، پس از مدت‌ها تلاش و تحول در مسیر تکاملی خود به اصولی رسیده یا به ضوابطی نزدیک شده که قرنها قبل از آن، حقوقدانان مسلمان به آن رسیده و یا بیش از هزار سال قبل، از زبان پیشوایان اسلام شنیده شده است، احساس دلگرمی و افتخار می‌کند.

ضرورت مطالعه فقه اسلامی از دو نقطه نظر می‌تواند تحلیل شود. یکی از این نظر که حقوق اسلام مبتنی بر وحی و متضمن قواعد فطری است و در برگیرنده راه حل‌هایی است که می‌تواند حق و عدالت را در جامعه پیاده کند؛ دیگر از این جهت که عرف حقوقی مسلم جامعه‌ما مبتنی بر حقوق اسلام است. احکام شرع در طول قرنها و نسل‌بعد نسل در جامعه ایرانی و همه جوامع اسلامی بطور طبیعی جاری و مورد عمل بوده است. حتی آنان که به حقوق اسلام به عنوان حقوق ناشی از وحی نمی‌نگردند و یا اصولاً به این امر وقوع نمی‌گذارند نیز بر اساس طرز فکر غربی یا شرقی خودشان این نکته را نمی‌توانند انکار کنند که حقوق هر ملت باید متناسب با فرهنگ و عرف و عادات آن ملت باشد و برای درک روح قانون هر جامعه باید به عرف و عادات آن جامعه توجه کرد. تازه این در صورتی است که حقوق اسلام به صورت حقوق مدون، مورد عمل جامعه قرار نگرفته باشد. اگر کسانی قبل از انقلاب به خود حق می‌دادند که در ضرورت مطالعه عمیق فقه، برای درک مفاهیم و روح حقوق ایران تردید کنند، پس از انقلاب اسلامی دیگر چنین تردیدی نمی‌تواند داشته باشند زیرا قانون اساسی صراحتاً مشخص کرده که قوانین ایران باید منطبق با مقررات اسلام باشد.

قبل از پیروزی انقلاب اسلامی نیز از لحاظ حقوق مدنی، وضع بیش و کم به همین شکل بود، زیرا قانون مدنی ایران به وسیله کسانی تنظیم شده بود که فقه می‌دانستند. ایشان اکثر مواد قانون مدنی را طبق مقررات شرع اسلام و فقه جعفری نوشته‌اند. به همین علت پس از پیروزی انقلاب که مجلس شورای اسلامی در صدد برآمد تا قوانین مملکت را با مقررات اسلام منطبق سازد، تنها پاره‌ای از مواد قانون مدنی را تغییر داد و اکثر مواد این قانون دست نخورده باقی ماند. در هر حال صرفنظر از این واقعیت که مقررات اسلام، منبع قانون مدنی و روح حقوق ایران است، حقوق اسلام و بطور مشخص حقوق شیعه دارای ویژگیهایی است که آن را از دیگر مکاتیب حقوقی متمایز می‌سازد، از جمله:

۱- ریشه این حقوق از وحی است و در فقه شیعه این وحی به وسیله ائمه (ع) تفسیر شده که علم را از سرچشمه زلال و بلاواسطه آن کسب کرده بودند. بنابراین برای کسانی که معتقد به این

- واقعیت هستند، برتری مکتب حقوقی اسلام و غنا و پرباری آن امر پذیرفته شده‌ای است.
- ۲- در فقه شیعه به دستور ائمه (ع) باب اجتهاد همواره مفتوح بوده و هست و این آزادی عمل در تفکر و اندیشه که به فقیه شیعی داده شده، باعث گردیده که حقوق امامیه در طول قرنها، تحول و تکامل یابد و به عنوان گنجینه‌ای عظیم از دانش بشری برای آیندگان به میراث بماند.
- ۳- نکته دیگر تقوی و پاکدامنی است که ضرورت فقاہت است. ادعای نمی‌کنم که همه فقیهان و حقوقدانان اسلامی در طول تاریخ از حداعلای تصفیه روح و تقوی و پرهیزگاری برخوردار بوده‌اند، ولی نکته‌ای که هست این است که مدعیان، تأثیری در روند تکاملی و سهمی در این میراث گرانبها نداشته‌اند. استوانه‌های فقه شیعه از قبیل شیخ طوسی و شیخ مفید و سید مرتضی و شهیدین و علامه و محقق و نراقی و صاحب جواهر و شیخ انصاری و نظائر آنان کسانی بوده‌اند که نمونه‌های تقوی و پاکی و عدالت به شمار می‌رفته‌اند؛ و پوشیده نیست که وصول به علوم الهی و آگاهی به حقایق کلی جهان، جز با تقوی و تصفیه روح میسر نیست. علم، نور خداست و این نور جز بردهای پاک وارد نمی‌شود پاکی و صفاتی روح، ضرورت وصول به حقایق و کاربرد آنها در جهت خیر است و انحصاری به مسلمان و غیر مسلمان ندارد.
- ۴- نکته دیگر (که شاید از فروع نکته قبل باشد) این است که انگیزه تلاش‌های علمی فقیهانی که در تکوین حقوق اسلامی مؤثر بوده‌اند، وصول به اهداف مادی نبوده است. این نیز لازمه موقیت در همه تلاش‌های علمی و معنوی است. این فقیهان برای خدا کار می‌کردند لذا همه توش و توان خود را صرف وصول به هدف معنوی می‌ساختند.
- ۵- فقهانی که حقوق شیعه را تکامل و غنا بخشیدند، وابسته به قدرت‌های زمان نبوده‌اند. بسیاری از آنان از خانواده‌های معمولی جامعه بر می‌خاستند و اتهام وابستگی طبقاتی و تأثیرگر فتن اندیشه‌های آنان از روابط تولیدی استثماری که به زعم صاحبان این گمان، شکل دهنده افکار و اندیشه‌های علمی و حقوقی و هنری و غیره است، در مورد ایشان منتفی است. عدم وابستگی
-
۲. امام صادق (ع) طی سخنان نسبتاً طولانی به عنوان بصری چنین فرمودند: «لیس العلم بالتعلم بل نور يقذفه الله في قلب من يشاء فإذا أردت العلم فاطلب في نفسك أولاً حقيقة العبودية. علم به تعلم و يادگیری نیست بلکه نوری است که خداوند در دل هر کس که بخواهد می‌اندازد؛ پس هر وقت اراده کسب داشت کردی ابتدا حقیقت بندگی خد را در دل خود فراهم کن.» از شافعی پیشوای اهل سنت نیز دو بیت زیر نقل گردیده است:
- «شکوت الى وقع سوء حفظى فاوصانى الى ترك العاصى
فان العلم نور من إله ونور الله لا يعطي ل العاصى
- از بدی یادگیریم به وقیع (نام استاد شافعی) شکایت کردم و او را به ترك العاصى توصیه کرد و گفت: علم، نوری ا.
- جانب خداست و نور خدا به انسان گناهکار داده نمی‌شود.»

جریان روحانیت شیعه به ثروتمندان و قدرتمندان، قابل انکار نیست. محیط زندگی و تحصیل و تدریس و تأثیف آنان خالی از نقطه ضعف است. اصولاً در طول قرنها شیعه از خود حکومتی نداشته تا رهبران مذهبی اش به حکومت نزدیک باشند. در سده‌های اخیر هم که اکثریت مردم ایران شیعه و حکومت نیز بالتع از میان شیعی مذهبان بوده این امر به معنای نزدیکی پیشوایان مذهبی با حاکمان به حساب نمی‌آید، بلکه همواره بین این حکومتها که نوعاً غیراسلامی بودند با رهبران مذهبی برخوردهای نهانی و آشکار وجود داشته است و جالب آن که درگیری مردم با این حکومتها نیز غالباً پشت سر فقیهان و رهبران مذهبی انجام می‌گرفته است.

این شرایط و شرایط مشابه باعث شده که فقه شیعه، خلوص و غنای بی‌نظیری داشته و از میان حقوقدانان امامیه کسانی چون شیخ انصاری و صاحب جواهر برخاسته‌اند که صرفاً نظر از جهات مذهبی از حیث وسعت نظر و دقت فکر و قدرت اندیشه و دیگر ویژگیها از بزرگترین حقوقدانان تاریخ پسر محسوب می‌شوند. بنابراین چگونه می‌توان پذیرفت کسی که در حقوق ایران مطالعه می‌کند از تحقیق در فقه بی‌نیاز باشد؟

از حدود یک قرن قبل در حوزه‌های علمیه، گرایشی به طرف بحثهای مجرد لفظی و غور در مسائل غیر عملی دیده شده و زمانی که می‌توانست این گرایش تصحیح شود، ضایعه‌ای به وقوع پیوست و آن تحولاتی بود که پس از کودتای سال ۱۲۹۹ رضاخان اتفاق افتاد. تلاش حکومت جدید با الهام از مواراء بخار، در جهت حذف مکمله‌های شرعی تحت عنوان جایگزین کردن تشکیلات عدلیه به سبک کشورهای اروپایی، در واقع حذف احکام اسلام از زندگی حقوقی جامعه بود. هرچند قانون مدنی بر اساس فقه، تنظیم شد (و به همین علت از جهت استحکام در نوع خود کم‌نظیر است) ولی قضاوت از فقیهان گرفته شد و انگیزه باروری مباحث حقوقی از حوزه‌های علمیه سلب گردید. (این جهت گیری حکومت در حذف مقررات اسلام از جامعه، در سالهای اخیر قبل از انقلاب اسلامی شدت پیشتری یافت.) و شاید همین دوراندن از واقعیات و عمل بود که باعث شد بحثهای مجرد لفظی و غیر عملی بتواند به حیات خود در حوزه‌های علمیه ادامه دهد. در هر حال، بسیاری از دانشجویان و طلاب با استعداد علوم دینی به طرف وعظ و خطابه کشیده شدند و آنان که در زمینه فقاهت کار می‌کردند، بیشتر سعی و تلاش خود را روی بخش عبادات می‌گذاشتند و به دیگر ابواب فقه - چون کاربرد عملی زیادی نداشت - اهتمام مؤثری نداشتند. قسمت جزاییات یعنی حدود و دیات و قصاص تقریباً متوقف مانده بود و به بحث معاملات و عقود و ایقاعات نیز توجه زیادی نمی‌شد. نتیجه این دوران پر ضایعه این بود که با مرگ فقهای بزرگی که بقیه السلف و یادگار دوران گذشته بودند، نه تنها تعداد مجتهدین در گوش و کنار مملکت تقلیل یافت و نه تنها در حوزه‌های علمیه نیز شمار مجتهدان جامع الشرایط کم شد، بلکه حتی تعداد

افرادی که واجد شرایط قضاوت باشند نیز کاهش یافت تا آنجا که وقتی تشکیلات قضایی پس از انقلاب ایران خواست در نظم جدید خود از قصاصات شرع استفاده کند با کمبود قاضی واجد شرایط رو برو گردید. ریشه بعضی از نابسامانیهای اخیر دستگاه قضایی را نیز باید در همین عامل جستجو کرد.

در عصر حاضر، مسائل و نیازهای جدیدی در جهان پیش آمده و در جامعه ما نیز این نیازها مطرح گردیده است. ظهور پدیده‌های تازه ایجاب می‌کند که راه حل‌های مناسب از نظر فقه اسلام ارائه و تثبیت شود. دو عامل مؤثر می‌تواند قدرت و توانایی فقه را در برخورد با این مسائل و در حل مشکلات جامعه نشان دهد. اولین عامل، وجود مجتهدین و حقوقدانان معتمد و مسلط بر حقوق اسلامی و آگاه از مسائل و نیازهای زمان است که تقویت مبانی نظری فقه اسلامی را بر عهده خواهد داشت. دومین عامل، عمل محاکم است که باید براساس قوانین شرع حکم صادر نمایند. دادگاهها مخصوصاً دیوان کشور می‌توانند رو به قضایی مستحکمی در تأیید مواضع حقوق اسلام به وجود آورند، ولی متأسفانه به علی که در بالا به آنها اشاره گردید در حال حاضر محتوای محاکم ضعیف است، ولی امید است در آینده این مشکل حل گردد و جامعه اسلامی شاهد حضور تعداد کثیری از حقوقدانان و مجتهدین با تقوی و محیط به علوم اسلامی و فقه جعفری و توانای در استنباط احکام، و تغییرناپذیر در برابر جریانات و گرایش‌های التقاطی باشد، که با اجتهاد خود به حقوق اسلام پویایی جدید بیخشند و خاطرهٔ فقیهانی چون شیخ انصاری را زنده سازند. و امید است در آینده، جامعه ایران شاهد محاکمی باشد که قاضیان دانشمند و با تقویش عدالت را در جامعه برقرار سازند و رو به قضایی استواری بر مبنای احکام اسلام به وجود آورند.

نکته‌ای که توجه به آن را برای کسانی که می‌خواهند در زمینه حقوق اسلام تحقیق کنند، لازم می‌داند این است که این حقوق برای خود، ضوابط و روش بحث و نتیجه‌گیری ویژه دارد و نباید آن را با اصول و ضوابط حقوق غربی سنجید، این استباه به نتیجه‌گیری غلط می‌انجامد. همچنین نباید با پیشداوری نظریات و راه حل‌های ارائه شده به وسیله حقوقدانان غیراسلامی به مطالعه فقه پرداخت، و برای توجیه نقطه نظرهای از پیش تعیین شده به دنبال دست آویزهایی در فقه اسلام گشت. این روش به التقاط منتهی می‌شود. حقوق اسلام حقوق اسلام است و هر حکم آن در مجموعهٔ خودش معنای درست خود را دارد.

با مطالعه این مقدمه خواننده حق دارد این ایراد را بر من وارد کند که چرا عنوان این کتاب را «سوء استفاده از حق» قرار دادم که اصطلاحی ترجمه شده از حقوق فرنگی است و نام آن را «لاضرر» یا چیزی شبیه به آن نگذاشتم تا اصطلاحی متخذ از فقه اسلام باشد؟ و بر همین مبنای

ممکن است پس از مطالعه این کتاب، خواننده انتقاد کند که چرا محور بعضی از مباحث، فقه اسلام نیست. عذری که من دارم این است که همانطور که گفته شد، این کتاب در اصل، رساله دکتری اینجانب بوده که تحت عنوان «سوء استفاده از حق» تصویب شده بود و روشن است که سوء استفاده از حق، تنها مصدق قاعده لاضرر نیست. تا آنجا که نگارنده اطلاع دارد در زبان فارسی تا کنون در زمینه «سوء استفاده از حق»، کتابی منتشر نشده ولی فقها از قرنها قبل در باره قاعده لاضرر بحثهای مفصل داشته‌اند. مخصوصاً در سده‌های اخیر، بعضی از فقها رساله‌های مستقلی در این زمینه تألیف و در آن بطور مشروح در باره این قاعده بحث کرده‌اند.^۳ این قاعده در

۳. در این جای مناسب نیست به باره‌ای از تأثیفات شیعه در رابطه با قاعده لاضرر اشاره شود:
۱. از آن جمله مرحوم حاج ملا احمد نراقی است (درگذشته سال ۱۲۴۵ هجری قمری) که قاعده لاضرر را تحت عنوان عانده چهارم از کتاب «عونان» خود ذکر و در کتاب «مشارق» نیز تحت عنوان مشرق چهاردهم از آن بحث کرده است.

۲. مرحوم میرعبدالفتاح مراغه‌ای نیز در کتاب «عنایون»، قاعده مذکور را مورد مطالعه قرار داده است.
۳. عالم بزرگ، شیخ مرتضی انصاری (درگذشته سال ۱۲۸۱ هجری قمری) نیز رساله‌ای تحت عنوان قاعده لاضرر تصنیف کرده که در ملحقات مکاسب چاپ شده است. در کتاب فرائد (رسائل) نیز در ذیل قاعده اشتغال از این قاعده بحث کرده است.

۴. مرحوم شیخ الشریعة اصفهانی (درگذشته سال ۱۳۳۹ هجری قمری) نیز بطور مستقل از این قاعده بحث و درباره آن نظریات ویژه‌ای ابراز نموده است. این رساله اخیراً با ترجمه میرزا محمدعلی قاضی طباطبائی چاپ شده است.

۵. نظریات مرحوم نائینی (درگذشته سال ۱۳۵۴ هجری قمری) در زمینه قاعده لاضرر به وسیله شاگرد گرانقدر شیخ موسی خوانساری تدوین و در بیان کتاب منیه الطالب که تقریرات مرحوم نائینی در شرح مکاسب چاپ گردیده.

۶. از مرحوم میرزا ابوالقاسم امام جمعه تهران (درگذشته سال ۱۳۴۶ هجری قمری) نیز رساله‌ای در قاعده لاضرر بجای مانده است.

۷. رساله‌ای در قاعده لاضرر تألیف میرزا ابوطالب موسوی زنجانی (درگذشته سال ۱۳۲۹ هجری قمری) در تهران (النریعه ج ۱۷ ص ۱۰).

۸. رساله‌ای در قاعده لاضرر تألیف سید اسدالله رانکوئی اشکوری (درگذشته سال ۱۳۳۳ هجری قمری). (مدرك سابق الذکر)

۹. کشف السیار عن قاعده لاضرر و لاضرار تألیف سید محمد جعفر حسینی شیرازی چاپ شده در سال ۱۳۴۷ هجری قمری (مدرك سابق الذکر)

۱۰. رساله‌ای در قاعده لاضرر تألیف یکی از شاگردان صاحب جواهر تاریخ تألیف آن ظاهراً سال ۱۲۹۹ هجری قمری است. (مدرك سابق الذکر)

۱۱. رساله‌ای در قاعده لاضرر تألیف امیر سید حسن مدرس در اصفهان (مدرك سابق الذکر)

۱۲. رساله‌ای در قاعده لاضرر از سید محمد صادق حجت طباطبائی (مدرك سابق الذکر)

فقه اسلام مخصوصاً در فقه امامیه کاربرد وسیعی داشته و در اکثر ابواب فقه، چه در عبادات و چه در معاملات به آن استناد شده و حتی می‌توان گفت که در بسیاری مسائل، تنها مدرک استدلال بوده است.

نگارنده تصور می‌کند که اگر تحقیقات فقهای شیعه در رابطه با قاعده لا ضرر به زبانهای اروپایی ترجمه گردد، در جوامع حقوقی اروپا تأثیر قابل توجهی خواهد گذاشت چون حقوق شیعه تاکنون برای غیرشیعه تقریباً ناشناخته بوده است.

برای اولین بار در سال ۱۹۰۳ میلادی در شهر لیون فرانسه یک رساله دکتری، تحت عنوان «نظریه اسلامی سوء استفاده از حق»^۳ منتشر شد. نویسنده آن، یک حقوقدان جوان مصری به نام محمود فتحی بود. انتشار این کتاب، سروصدای زیادی در محافل علمی و حقوقی ایجاد کرد. محافل علمی اروپا برای اولین بار دانستند که قبل از آن که نظریه سوء استفاده از حق با آن همه

۱۳. رساله‌ای در قاعده لا ضرر از میرزا عبدالرحیم کلی پری تبریزی قراجه‌داعی (در گذشته سال ۱۳۳۴ هجری قمری) (مدرک سابق الذکر)

۱۴. رساله‌ای در قاعده لا ضرر تألیف سیدمصطفی کاشانی (در گذشته سال ۱۳۳۶ هجری قمری) (مدرک سابق الذکر)

۱۵. به نقل یکی از فضلای حوزه علمیه قم (آقای حاج شیخ علی کربیعی جهرمی) به خط مرحوم فرید اراکی نیز رساله‌ای در قاعده لا ضرر باتفاق مانده که احتمالاً از خود انمرحوم است.

۱۶. رساله‌ای در قاعده لا ضرر تألیف حاج شیخ حسن دین محمدی زنجانی از شاگردان شیخ الشریعة.

۱۷. رساله‌الضرر و مافیه من اثر تألیف مرحوم حاج میرزا ابوالفضل زاهدی قمی.

۱۸. قاعده لا ضرر از شیخ محمدحسین غروی اصفهانی مندرج در پایان جلد دوم «نهاية الدرایة في شرح الكفاية».

۱۹. حدیث لا ضرر تألیف مرحوم شیخ ضیاء الدین عراقی مندرج در جلد دوم کتاب «مقالات» نامبرده.

۲۰. قاعده لا ضرر و لا ضرار مختصر درس حاج آقا حسین امامی کاشانی.

۲۱. قاعده لا ضرر نوشته مرحوم مامقانی به عنوان حاشیه بر رساله لا ضرر شیخ انصاری قدس سره.

۲۲. حضرت امام خمینی نیز در کتاب «رسائل» از این قاعده بحث کرده اند و تقریرات ایشان در رابطه با این قاعده به طور علیحده نیز تحت عنوان «نیل الا و طارقی قاعده لا ضرر و لا ضرار» در جلد سوم کتاب «تهذیب الاصول» به وسیله آقای جعفر سبحانی نوشته شده است.

۲۳. آقای ناصر مکارم نیز در کتاب قواعد الفقهه جلد اول از این قاعده مفصلأ بحث کرده اند.

۲۴. آقای بحضوری نیز قاعده مذبور را در کتاب قواعد الفقهه مورد بررسی قرار داده اند.

۲۵. مرحوم استاد محمود شهابی نیز یکی از دو رساله کتاب «دو رساله» خود را به قاعده لا ضرر اختصاص داده است. (نامبرده اخیراً در گذشته و من در اینجا از فرصت استفاده می‌کنم و برای آن مرحوم که استاد نگارنده بوده و حق بزرگی برگردان من دارد طلب مغفرت می‌نمایم).

مشقت توسط رویه قضایی فرانسه تکمیل شود، این نظریه توسط حقوقدانان مسلمان، مورد تحقیق قرار گرفته و توسعه یافته است. این حقوقدان جوان مصری، خیلی زود درگذشت ولی تأثیف او باعث شد که دانشمندان اروپایی به عمق و اصالت حقوق اسلام پی ببرند. پس از آن حقوقدانان اروپایی که در زمینه سوءاستفاده از حق در حقوق اسلام مطالعه کردند، تحت تأثیر کتاب محمود فتحی بودند. از جمله در سال ۱۹۱۰ Doyan Morand کتابی تحت عنوان «نظریه سوءاستفاده از حق» در حقوق اسلامی الجزایر تأثیف کرد. پس از او Emil Tyan در سال ۱۹۲۶ در اثر خود به نام «مسئولیت ناشی از جرم در حقوق مسلمان» مسئله سوءاستفاده از حق در حقوق اسلامی را مطالعه کرد.^۵

نکته‌ای که باید مذکور شد این است که محمود فتحی از اهل سنت بود و کتاب او نیز در واقع بررسی سوءاستفاده از حق از نظر فقه اهل سنت به شمار می‌رفت و طبیعی است که نظریات عمیق حقوقدانان شیعه را در بر نداشت. به طور کلی این نقص در اطلاعات دانشمندان غیراسلامی وجود دارد که آگاهی ایشان از حقوق و فرهنگ اسلامی منحصر به حقوق و فرهنگ اهل سنت است و اطلاع ایشان از شیعه و معارف آن که خط اصیل اسلام است، اندک می‌باشد. اکنون با انقلاب اسلامی و تشکیل جمهوری اسلامی ایران دنیا متوجه شیعه گردیده و این واقعیت فراموش شده چشم دنیا را خیره کرده است. اکنون وظیفه حوزه‌های علمیه و دانشگاهها و دانشمندان متعدد اسلامی و جوانان هوشمند شیعه است که دور از شعار و سطحی نگری با تلاشهای عمیق علمی، شیعه و فرهنگ غنی آن را به دنیا معرفی کنند تا دنیا، اسلام اصیل را بشناسد و با عمق و اصالت این فرهنگ آشنا شود. این کاری است بزرگ و به افکار بلند و اراده‌های قوی نیازمند است.

اما باید به خاطر داشته باشیم که زمانی قادر به ارائه موفقیت آمیز فرهنگ شیعه خواهیم بود که توانسته باشیم حق و عدالت را در جامعه خود مستقر سازیم و ارزش‌های اسلامی را در سرزمین خود پیاده کنیم. ارائه نمونه‌های عینی عدل و تقوی از خوارهای کتاب و رساله و طومارها شعار و مقاله مؤثرتر است. اگر ما نتوانیم جامعه خود را به عنوان یک نمونه موفق عینی از تطبیق ارزش‌های قسط اسلامی ارائه کنیم، ادعای مارا در داشتن مکتبی آنکه از مفاهیم پر بار و انسان ساز به چیزی نمی‌خند و در این صورت مطالعه تحقیقات حقوقی حقوقدانان اسلامی برای دانشمندان غیرمسلمان، ارزشی بیش از مطالعه بخشی از تاریخ حقوق مربوط به مکتبهای مض محل شده حقوقی مثل مکتبهای حقوقی رم و زرمن ندارد.

* * * *

مطالعه اینجانب در این رساله در چهار فصل انجام گرفته است.

۵. شفیق شحاته - نظریه سوءاستفاده از حق از نظر حقوقدانان اسلامی ص ۱ و ۲

فصل اول : تحت عنوان «سابقه تاریخی و مبانی نظریه سوء استفاده از حق» است. در این فصل به ترتیب س سابقه تاریخی و نحوه تکوین این نظریه در حقوق رم و کامان لا و حقوق فرانسه و حقوق اسلام مطالعه گردیده و س سابقه تاریخی و مدارک قاعدة «لا ضرر» به طور مشروح مورد بحث قرار گرفته است.

فصل دوم : تحت عنوان «معیار سوء استفاده از حق» است. در این فصل از این موضوع بحث می شود که برای تحقق سوء استفاده از حق چه ضابطه و معیاری وجود دارد و نقش اراده انسان در تحقق آن چگونه است. آیا ضابطه آن، قصد اضرار است یا ملاک آن تقصیر، و یا تجاوز به غایت اجتماعی حقوق می باشد؟ و اگر هیچیک از اینها نیست چه معیاری برای آن وجود دارد؟ ما در این فصل نظامهای کامان لا و حقوق فرانسه را مطالعه کرده و بر دیگر نظامهای حقوقی دنیا نیز نظری کلی اندخته و در نهایت معیار سوء استفاده از حق را در حقوق اسلام مطالعه کرده ایم. حقوق اهل سنت و امامیه بطور جداگانه مورد بررسی قرار گرفته و نقاط افتراق و تمایز دیدگاه حقوق اسلام در معیار سوء استفاده از حق با دیگر نظامهای حقوقی نشان داده شده است. در پایان، معیار سوء استفاده از حق در حقوق ایران نیز بررسی گردیده است.

فصل سوم : تحت عنوان «قلمر و نظریه سوء استفاده از حق» مطالعه شده است. در این بررسی، دو نقطه نظر وجود داشته یکی آن که مبنای نظری سوء استفاده از حق، تحلیل شود و مرز این نظریه با دیگر نهادهای حقوقی روشن گردد و دیگر آن که دامنه نفوذ و حدود تأثیر این نظریه مشخص شود. در این رابطه، نظریه سوء استفاده از حق با «نظریه جهت نامشروع» و «نظریه حسن نیت» و «مسئولیت مدنی» سنجیده شده و امکان تحلیل سوء استفاده از حق با نظریات مذکور بررسی گردیده و این مطالعه در رابطه با نظامهای حقوقی کامان لا و حقوق نوشته و حقوق اسلام صورت گرفته است. همچنین قلمرو قاعده لا ضرر در رابطه با «مصاديق ضرر»، «عدم النفع»، «ضابطه نوعی و شخصی ضرر»، «رابطه قاعده لا ضرر با دیگر ادله احکام»، «قاعده لا ضرر و اقدام»، «تزاحم دو ضرر»، و «تعارض لا ضرر با قاعده تسليط» مطالعه گردیده و در پایان، موضع حقوق ایران مشخص شده است.

فصل چهارم : این رساله تحت عنوان «ضمانات اجرای سوء استفاده از حق» است. در این فصل، مبانی نظری، ضمانات اجرای سوء استفاده از حق با جنبه های عملی آن به طور جداگانه بررسی شده است. در قسمت مبانی نظری، از مسئولیت مدنی به عنوان مبنای نظری ضمانات اجرای سوء استفاده از حق در حقوق اروپیا نام برده شده و در رابطه با قاعده لا ضرر نظریات مشهور در ارتباط با مفهوم قاعده لا ضرر تجزیه و تحلیل گردیده است. در ارتباط با جنبه های عملی آن به ماده ۱۳۸۲ قانون مدنی فرانسه توجه شده و در رابطه با حقوق اسلام، نظر فقهای اهل سنت و شیعه

به طور جداگانه آورده شده است. در قسمت بحث از حقوق شیعه، حکم پیامبر (ص) در کندن درخت سمرة تجزیه و تحلیل گردیده و مصادره و سلب مالکیت به عنوان ضمانت اجرای سوء استفاده از حق، مورد نقد و بررسی قرار گرفته است.

۲۵ فروردینماه ۱۳۶۶ هجری شمسی

