



**The Scientific Journal in Jurisprudence and Bases of Islamic Law The 17 rd.
Year/NO:2 Summer 2024**

The position of the harmless jurisprudential rule in the theory of abuse of rights

Azra rezazad bari¹ Yosef molaei² hossein javadi³

Received date: 2023/12/11

Acceptance date: 2024/1/11

Abstract

One of the most important and practical rules of jurisprudence is the rule of harmlessness, which has many Qur'anic and narrational origins, and for this reason, it has been the focus of jurists. However, the scope of this rule is disputed by jurists. Following the opinions of jurists shows that the scope of the rule of damages includes material and spiritual damages and it represents the primary ruling among other rulings and it is not in conflict with any ruling except the rule of subrogation. This conclusion is very similar to the theory of abuse of rights, which is expressed in civil liability discussions and its scope is the application and implementation of rights. In French law, in case of abuse in the position of enforcement of the right, the ruling on the right is revoked, and it is equal to the theory of negation of The new criterion proposed for abuse is the unusualness of the damage .the ruling of the relationship caused and, therefore, has a similar criterion to the rule of harmlessness. The channel of the rule is the .application of the right and its scope is more limited than harm

Key words: harmless rule, abuse of right, exercise of right, unconventional damage

¹Specialized doctoral student in private law, Urmia Branch, Islamic Azad University, Urmia, Iran

²(Assistant Professor, Department of Private Law, Urmia Branch, Islamic Azad University, Urmia, Iran (Responsible Author

³Assistant Professor, Department of Private Law, Urmia Branch, Islamic Azad University, Urmia, Iran

جایگاه قاعده فقهی لاضرر در نظریه سوء استفاده از حق

عذرا رضازاد باری^۴ یوسف مولایی^۵ حسین جوادی^۶

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۹/۲۰

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۰/۲۱

چکیده

از مهمترین و کاربردی ترین قواعد فقهیه، قاعده لاضرر می باشد که منشأ قرآنی و روایی فراوانی دارد و به همین جهت مورد توجه فقها قرار گرفته است. با این وجود قلمرو این قاعده مورد اختلاف فقیهان است. تتبع در نظرات فقها نشان می دهد که قلمرو قاعده لاضرر شامل خسارات مادی و معنوی است و بیانگر حکم اولیه در عرض سایر احکام است و در تعارض با هیچ حکمی جز قاعده ی تسلیط نیست. این استنباط شباهت فراوانی با نظریه سوء استفاده از حق پیدا می کند که در مباحث مسؤلیت مدنی ابراز شده و قلمرو آن اعمال و اجرای حق است. در حقوق فرانسه در صورت سوء استفاده در مقام اجرای حق، حکم جواز و اباحه اعمال حق برداشته می شود، و با نظریه نفی حکم رابطه تساوی می یابد. معیار جدید مطرح شده برای سوء استفاده، نامتعارف بودن خسارت ایجاد شده است و از این رو، دارای ملاکی مشابه با قاعده لاضرر است. مجرای قاعده نیز اعمال حق بوده و دامنه آن از لاضرر محدودتر است.

واژگان کلیدی: قاعده لاضرر، سوء استفاده از حق، اعمال حق، ضرر غیر متعارف

Rezazad2013@gmail.com

Y.molaei@gmail.com

Hossein.javadi@iaua.ac.ir

^۴ دانشجوی دکترای تخصصی حقوق خصوصی، واحد ارومیه، دانشگاه آزاد اسلامی، ارومیه، ایران.

^۵ استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد ارومیه، دانشگاه آزاد اسلامی، ارومیه، ایران (نویسنده مسؤل)

^۶ استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد ارومیه، دانشگاه آزاد اسلامی، ارومیه، ایران

مقدمه

یکی از مبنایی‌ترین و پر کاربردترین قواعد حقوقی قاعده لاضرر است. این قاعده که بصورت ساده باید آن را نفی ضرر ناروا دانست در حدود ۱۴۰۰ سال پیش توسط پیامبر اسلام (ص) در ماجرای سمره بن جندب مطرح و تثبیت گردید و تاکنون مباحثات زیادی پیرامون آن در بین فقها و حقوقدانان مطرح بوده است. قاعده لاضرر یکی از قواعد مهم فقهی است که در بسیاری از ابواب فقه، از عبادات تا معاملات و ضمان، کاربرد دارد. اجرای حق برای استفاده از اختیاری است که به صاحب آن داده شده است، اما صاحب حق در این استفاده آزاد و دارای امتیاز مطلق نیست؛ بلکه امتیاز او نسبی و محدود به مبانی اجتماعی حق است و رعایت حقوق دیگران کم و بیش برای حق هرکس محدودیت ایجاد می‌کند؛ در نتیجه هیچکس نمی‌تواند به بهانه اجرای حق و در پناه استفاده از اختیاری که قانون به او اعطا کرده است به دیگری زیان برساند. یکی از قواعدی که از قاعده لاضرر استنباط می‌شود، قاعده منع سوءاستفاده از حق است. برخی حقوقدانان تجاوز فرد از حدود حق خود را سوء استفاده از حق نامیده‌اند. (حجت، ۱۴۰۲: ۱۴۲). طبق اصل ۴۰ قانون اساسی ایران هیچکس نمی‌تواند اعمال حق خود را وسیله اضرار به دیگری قرار دهد. این اصل مبتنی بر نظریه غربی سوء استفاده از حق می‌باشد که در قانون مدنی ایران مبحثی به آن اختصاص نیافته است اما با اندک تأملی در قاعده‌ی فقهی لاضرر آشکار می‌شود که قاعده‌ی لاضرر یکی از منابع این نظریه محسوب می‌شود؛ هر چند که قلمرو این قاعده از سوء استفاده از حق وسیع‌تر است.

در واقع نظریه سوء استفاده از حق در قلمرو قاعده لاضرر قرار دارد و با توجه به این که قاعده مزبور یک قاعده شرعی معتبری نیست بلکه قاعده‌ی عقلی است؛ بنابراین تمامی قوانین موضوعه به دلیل ریشه‌ی واحدی که دارند مانند ماده‌ی ۱۳۲ قانون مدنی با الهام از این قاعده عقلی است (اکبرینه، ۱۳۹۱. ص. ۲۵). در واقع موارد مطروحه در قانون مدنی مبتنی بر قاعده‌ی لاضرر می‌باشد. ارتباط بخشی از مواد قانون مدنی در مبحث همسایگی و مجاورت با تئوری سوء استفاده از حق به حدی نیست که بتوان قائل به پذیرش نظریه سوء استفاده از حق در قانون مدنی شد بلکه این مواد بیشتر مبتنی بر قاعده‌ی لاضرر است که اعم از نظریه سوء استفاده از حق می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۶. ص. ۴۲۷).

اما با توجه به این که قلمرو نظریه سوء استفاده از حق نیز همچون قاعده‌ی لاضرر، اعمال و اجرای حق است به دنبال آن هستیم که ببینیم این دو نظریه چه ارتباطی با هم دارند و جایگاه قاعده لاضرر در این نظریه چیست؟ آیا با وجود قاعده‌ی غنی لاضرر در فقه، ما از نهاد غربی سوء استفاده از حق بی‌نیاز هستیم؟

برای پاسخ به این سؤال در این مقاله، ابتدا به تبیین قاعده لاضرر و معیارو قلمرو آن و سپس به بررسی نظریه‌ی سوء استفاده از حق و ارتباط آن با قاعده لاضرر می‌پردازیم.

مفهوم ضرر و ضرار

ضرر با در نظر گرفتن موارد استعمال آن گاهی در معنای قرار دادن دیگری در تنگنا به کار می‌رود؛ چنانکه در حدیث لا ضرر نیز به همین معنی به کار رفته است. همچنین ضرر به معنای ایجاد نقص در جان و یا مال و یا عرض به کار می‌رود؛ بنابراین تعریف لاضرر نه تنها ضررهای مالی و جانی را شامل می‌شود، بلکه ضررهای معنوی را نیز در بر می‌گیرد. هر چند که به نظر ضرر شامل

ضرر معنوی نمی‌شود اما واقعیت این است که این دیدگاه مضیق بوده و بر پایه برداشت درستی نیست؛ چرا که می‌توان ادعا کرد که حدیث لاضرر در ارتباط با ضرر معنوی که "سمره" بر انصاری وارد می‌نموده صادر گردیده است. علاوه بر آن حدیث لاضرر در مقام بیان یک حکم تعبدی نیست بلکه یک قاعده عقلانی است که به منظور اجرای عدالت اجتماعی و رفع هر گونه ظلم و تجاوز به تمام انسان‌هاست. (جلالی، ۱۴۰۱، ص. ۵۲۱).

در نظام حقوقی ما در مفهوم ضرر اختلافی مشاهده نمی‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص. ۲۴۲) اما فقهای امامیه در معنای ضرر و ضرار اختلاف داشته و نظرات متعددی مطرح نموده‌اند.

برخی بر این باورند که ضرر در مقابل نفع و به معنای نقص در جان یا عضو یا شرافت یا مال است و ضرار نیز به همین معنی و برای تأکید لاضرر است (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ هـ ق. ص. ۳۸۱) ضعف این نظریه به آن علت است که تکرار خلاف اصل بوده و نیازمند دلیل است؛ در حالی که در روایت سمره بن جندب چنین دلیلی وجود ندارد؛ بلکه برعکس ظاهر روایت نشان می‌دهد که رسول خدا در پی بیان دو مفهوم بوده است؛ به علاوه در بعضی آیات و روایات تنها از ضرار سخن آمده و این خود نشان می‌دهد که ضرار مشتمل بر معنایی است که ضرر شامل آن نمی‌شود.

جمعی از فقها با توجه به برخی از آیات قرآن کریم و روایت سمره "ضرار" را به معنای ضرر عمدی و لجاجت و ضرر را اعم از آن دانسته‌اند که هرگاه در مقابل ضرار بکار رود به معنای ضرر غیر عمدی خواهد بود. این مفهوم نیز با انتقاد روبه‌رو است؛ زیرا برعکس ضرار که به معنی مصدری است و ممکن است متضمن عمد در اضرار باشد، ضرر نه مصدر که اسم مصدر از مصدر الضرر است و از این رو به فاعلی نسبت داده نمی‌شود. پس نمی‌تواند به معنای ایراد ضرر غیر عمدی یا اعم از اضرار عمدی یا غیر عمدی باشد. برخی نیز معتقدند ضرر در موردی است که شخصی به دیگری زیان می‌رساند تا نفعی ببرد ولی ضرار وارد کردن خسارت است بدون این که نفعی عاید ضرر زنده شود (نائینی، ۱۳۷۲، ص. ۱/۱۹۹).

عده‌ای هم بر این عقیده‌اند ضرر به معنی ضرر طرفینی است یعنی یک طرف به دیگری ضرر وارد کند و دیگری هم متقابلاً ضرر بزند، برخلاف ضرر که شامل ضرر یک طرفه است. حضرت امام خمینی (ره) معتقدند «ضرر و اضرار» و مشتقات آن در امور مالی و نفسی به کار می‌رود در حالی که کاربرد ضرار در تزییق افعال حرج است (امام خمینی (ره)، ۱۴۱۱ هـ ق. ص. ۷۲).

خلاصه‌ی روایت آن است که حضرت رسول (ص) در موضوع اختلاف سمره بن جندب و مرد انصاری در نحوه‌ی استفاده از درختی که سمره بن جندب در باغ انصاری داشت و تردد وی از خانه انصاری موجب ضرر و مشقت برای انصاری و خانواده‌ی او می‌شد؛ پس از اصرار فراوان مبنی بر عدم ورود ضرر به انصاری می‌فرماید: "اذهب فاقلعها و ارم الیه فانه لاضرر و لاضرار فی المومن" یعنی برو درخت وی را بیرون آور و نزد او بیانداز چرا که ضرر و ضرار نیست.

در نهایت باید توجه داشت که در روایت سمره که مستند اصلی قاعده لاضرر است نیز، عمل سمره متضمن ضرر مالی و جسمی نبود بلکه با رفتار خود موجب آزار مرد انصاری و خانواده او و در تنگا قرار دادن ایشان می‌شد و به همین لحاظ رسول اکرم براساس یکی از نقلهای معتبر خطاب به سمره فرمودند: انک رجل مضار و نفرمودند رجل مضر.

بنابراین با توجه به آیات و روایات مستنده، می‌توان نظر حضرت امام(ره) را تأیید کرد که ضرر به معنای ضرر مادی، ضرر بر جان یا مال است و ضرر به مفهوم ضرر معنوی است؛ یعنی ضرری که همراه با آزار و اذیت و در مضیقه و مشقت قرار دادن دیگری است.

مفهوم قاعده لاضرر و لاضرار

در خصوص مفهوم قاعده، نظرات گوناگونی مطرح شده که مهمترین آنها عبارت است از:

۱- نهی از ضرر

۲- نفی حکم ضرری

۳- نفی حکم به لسان نفی موضوع

نهی از ضرر

برخی از فقهای متقدم امامیه (نجفی. ۱۴۰۴ ه. ق. ص. ۳۷/۱۵) عقیده دارند که مدلول حدیث لاضرر و لاضرار بیان حکم تکلیفی حرمت وارد ساختن زیان ابتدائاً و نیز حرمت مجازی دفع ضرر به وسیله ی ضرر است؛ به این معنی که مثلاً کسی مجاز نیست دیوار خانه دیگری را خراب کند و اگر چنین کرد صاحب دیوار نباید برای مقابله دیوار خانه او را خراب کند. این نظریه با ایرادات فراوان رو به رو شده است؛ زیرا استعمال لای نفی جنس به معنای نهی، مرسوم و معهود نیست. (آخوندخراسانی. ۱۴۰۹ ه. ق. ص. ۳۸۲) و حتی برخی گفته‌اند وقتی «لا» بر اسم داخل شود استعمال مجازی آن به معنای نهی صحیح نیست. همچنین نظر مذکور با مستندات قاعده لاضرر از جمله روایت سمره انطباق ندارد؛ زیرا پیامبر (ص) دامنه قاعده تسلیط را بدین وسیله محدود نمودند و حکم به قلع درخت دادند که بدون تردید یک حکم وضعی است.

نفی حکم ضرری

روایت لاضرر و لاضرار یکی از روایات مشهور است و کاربرد گسترده‌ای در حقوق ایران و اسلام دارد، به طوری که مدرک اصلی قاعده نفی ضرر در قلمرو عبادات، عقود، ایقاعات، احکام و مبنای برخی مواد قانونی تلقی می‌شود؛ از این رو محققان اهمیت ویژه‌ای برای این روایت قائل شده و راجع به مفاد آن بحث‌هایی را انجام داده‌اند.

عده ای معتقدند مقصود از حدیث لاضرر آن است که حقیقت ضرر در عالم تشریح نفی شده است. به این معنا که از طرف شارع حکمی که موجب ضرر مکلفان گردد، جعل نشده است. به عقیده طرفداران این نظر، دلیل ضرر از احکام ثانویه است؛ مثلاً حکم شرع به لزوم بیع غبنی، ضرر بر مغبون است و یا وجوب وضو درحالی که آب برای وضو گیرنده مضر است و یا تهیه آن مستلزم پرداخت بهای سنگینی است، ضرر بر مکلف است. بنابراین به موجب حدیث لاضرر این احکام برداشته شده است. این دیدگاه نیز مصون از انتقادات نمانده است. صاحب کفایه فرموده اند اراده ی نفی مسبب (ضرر) از نفی سبب (حکم) با علاقه‌ی سبب و مسبب ثابت نمی‌شود و به دلیل دیگری نیاز دارد؛ زیرا استفاده از علاقه‌ی پیش گفته در صورتی صحیح است که از نفی مطلق سبب، مسبب نفی گردد، به عبارت دیگر سبب منحصر باشد. در حالی که ضرر اسباب تعدد دارد و حکم تنها یکی از آنهاست

بنابراین از نفی ضرر نمی‌توان به نفی حکم رسید. به علاوه، ضرر از اموری نیست که وضع و رفع آن مستقیماً به دست شارع باشد تا آن را رفع و به صورت تبعی نفی حکم را که مسبب ضرر است اراده کند (باقری اصل. ۱۴۰۲. ص. ۳۳).

نفی حکم به لسان نفی موضوع

مرحوم آخوند خراسانی در کفایه نظر داده است که در این قاعده از راه نفی موضوع، حکم ضرری از بین رفته است. منظور شارع این بوده است که برای موضوع ضرری حکمی وجود ندارد؛ چنانچه در معامله مغبون به دلیل این که موضوع ضرری است حکم لزوم از بین می‌رود؛ پس از لاضرر تنها نفی حکم نتیجه می‌شود و خود حکم جدیدی به بار نمی‌آورد. (آخوند خراسانی. ۱۴۰۹ ه. ق. ص. ۳۸۱).

فقه‌های امامیه بر این نظر نیز خرده گرفته‌اند، آیت الله خوئی می‌گوید: «اگر متن حدیث متضمن عبارت لاضرری فی الاسلام بود گفته مرحوم آخوند درست مینمود؛ اما حدیث لاضرر است و فرق لاضرر و لاضرری واضح است زیرا ضرر جزئی از موضوع یا قید آن است و نفی آن معنی ندارد (خوئی. ۱۴۱۷ ه. ق. ص. ۸۷/۳).

مفهوم قاعده لاضرر

بعد از آنکه از منظر فقهاء با معنی و مفهوم قواعد فقهی آشنا شدیم، می‌توان قاعده لاضرر را که محور بحث در این پژوهش است، با تأکید بر دیدگاه شیخ اعظم و آخوند خراسانی، تعریف کنیم. هرچند مرحوم شیخ، تعریف خاصی از قاعده لاضرر ارائه نداده است؛ اما باتوجه به دیدگاه ایشان در تبیین قاعده فوق که مراد از نفی ضرر را، نفی حکم ضرری می‌داند، می‌توان قاعده فوق را این‌گونه تعریف کرد: قاعده لاضرر، قاعده‌ای است که در تمام ابواب فقه جریان دارد و معنی آن نفی حکم ضرری در شریعت اسلام است.

اما بر اساس نوع نگاهی که آخوند به قاعده لاضرر و روایات آن دارد، به نظر ایشان در جمله لاضرر نفی حکم به لسان نفی موضوع صورت گرفته است که موارد آن را در منابع دینی داریم، به‌عنوان مثال موضوعاتی که دارای احکامی است، اگر عناوین اولیه آن باعث ضرر شوند، حکم آن برداشته می‌شود، مثلاً وقتی می‌گوییم وضو واجب است، این‌جا وضو موضوع و وجوب حکم است. وقتی گفته می‌شود بیع لازم است، بیع موضوع و لزوم حکم است، بنابراین در کلام پیامبر (ص)، نفی حکم به لسان نفی موضوع شده است. طبق این رویکرد، خود ضرر نفی گردیده نه حکم ضرری (چنانکه شیخ انصاری معتقد بود) منتهی این نفی ضرر یا حقیقتاً می‌باشد و یا ادعائاً، با نفی موضوع، هرچند ادعائاً حکم نیز نفی می‌شود؛ بنا براین باتوجه به دیدگاه آخوند قاعده فوق را می‌توان این‌گونه تعریف کرد: قاعده‌ای عمومی و فراگیر که نفی حکم می‌کند به لسان موضوع حقیقتاً یا ادعائاً و تنزیلاً (آخوند خراسانی. ۱۴۱۷ ه. ق. ص. ۲۶۸/۲).

مدرک و مستند قاعده لاضرر

درباره مدرک و مستند قاعده لاضرر می‌توان ادعا کرد که قاعده فوق، از جهت مستند دارای پشتوانه قوی و محکم بوده و از مبانی فقهی، کتاب، سنت، عقل و اجماع بر آن دلالت دارد. آنچه ضروری است در این‌جا مورد بررسی قرار گیرد، مبانی روایی قاعده

لاضرر می‌باشد. با توجه به واژگانی که در این روایات به کار رفته و هیئت ترکیبیه‌ای که این واژه‌ها تشکیل می‌دهد، زمینه برداشت‌های مختلف و متفاوتی را در میان اندیشمندان فقهی و اصولی پدید آورده است. واژگان به کار رفته در روایات، عبارتند از: ضرر، ضرار و لای نفی جنس. واژگان ضرر و ضرار هم از نظر لغت‌دانان و هم از منظر دانشمندان علم اصول فقه، مورد اختلاف واقع شده است و در بردارنده این سؤال است که آیا از نظر بار معنایی، واژگان ضرر و ضرار، دارای یک معنی بوده و باهم از جهت مفهومی وحدت و اتحاد دارند یا این‌که دارای بار معنایی واحدی نبوده بلکه از جهت معنا باهم تفاوت و اختلاف دارند؟

ضرر اسم مصدر است و مصدر آن «ضَرَّ» می‌باشد؛ اما واژه «ضرار» هم می‌تواند مصدر ثلاثی مجرد باشد و هم مصدر باب مفاعله از ثلاثی مزید. جوهری، «ضرر» را اسم مصدر یعنی «الضَّر» از باب ضَرَّ یضُرُّ دانسته که ثلاثی مزید آن، «ضارَّ» می‌باشد. ولی واژه «ضرار» را مصدر باب مفاعله می‌داند (جوهری، ۱۳۷۶ ه. ق. ص. ۱۲۵/۲).

این اثیر واژگان ضرر و ضرار را مصدر «ضَرَّ» که ضد نفع است دانسته، اما کلمه لاضرر در روایت را به مجازات و مقابله به مثل تفسیر کرده است (ابن اثیر، ۱۴۱۸ ه. ق. ص. ۱۴۹).

صاحب مصباح المنیر هم بین واژگان ضرر و ضرار تفاوت معنایی قائل نگردیده و هر دو را به یک معنی تلقی نموده است که طبق دیدگاه ایشان، ضرار تأکید برای ضرر خواهد بود (فیومی، ۱۴۲۸ ه. ق. ص. ۵۶۸).

همان‌گونه که ذکر شد نظر ارباب لغت درباره واژگان ضرر و ضرار مختلف است. طبق دیدگاه ابن اثیر «ضرار» به معنی مجازات است که ضرر بین دو نفر و طرفینی را تداعی می‌کند در حالیکه مطابق دیدگاه صاحب مصباح المنیر و جوهری واژه ضرار به معنی ضرر و تأکید آن می‌باشد. بنابراین، وقتی دیدگاه‌های اهل لغت را در روایات قاعده لاضرر تطبیق کنیم نتایج آن نیز متفاوت خواهد بود. طبق دیدگاه ابن اثیر در برخی موارد با مشکل مواجه خواهیم شد؛ به همین دلیل، برخی فقهای معاصر، واژگان «ضرر و ضرار» را در روایات قاعده لاضرر به یک معنا دانسته و براین باورند که در ادبیات دینی و در کتاب و سنت هیچگاه واژه «ضرار» به معنی مجازات و از باب مفاعله به کار نرفته است. لذا، بین آن دو از جهت معنی تفاوتی وجود نخواهد داشت بلکه تفاوت از جهت متعلق و مورد می‌باشد. زیرا ضرر و اضرار در مورد ضررهای مالی و جانی کاربرد دارد، اما ضرار به معنای تضییق و در تنگنا قرار دادن و اکراه می‌باشد. این واژگان در قرآن کریم و روایات به همین معنا مورد بهره‌برداری قرار گرفته است (امام خمینی، ۱۴۱۱ ه. ق. ص. ۹۳/۳).

دلیلی که ایشان برای اثبات این مدعا اقامه می‌کند، این است که در روایت زراره واژه مضار به کار رفته که به معنی ضرر بین دو نفر و طرفینی نیست: «و لای صحَّ به معنی المجازات علی الضرر او به معنی اضرار کلِّ علی صاحبه و هذه الجملة، صغری لقوله: لاضرر و لاضرار، فی لزوم اتحاد الکلمتی فی المعنی»، ضرر «در روایات قاعده لاضرر» را به معنی مجازات ضرری یا به معنی ضررزدن هرفردی بر طرف مقابل دانستن، صحیح نیست؛ و این جمله، صغری است برای گفتار پیامبر اکرم که فرمود: لاضرر و لاضرار. (امام خمینی، ۱۴۱۱ ه. ق. ص. ۹۷).

مضاف براین، آنچه که بین علمای علم نحو معروف است مبنی بر طرفینی بودن باب مفاعله، قابل پذیرش نیست؛ برای این که به اعتقاد برخی از اندیشمندان و فقهای معاصر، تتبع و بررسی این واژگان و کاربرد آن‌ها در متون دینی و روایی، خلاف نظریه نحویین را به اثبات می‌رساند؛ چون در حقیقت، هیئت مفاعله برای قیام فاعل در مقام ایجاد ماده وضع شده و هیئت فوق دلالت

دارد بر این که فاعل در صدد ایجاد فعل است نه ایجاد فعل از دو طرف (خوئی، ۱۴۲۲ه ق. ص ۵۷۸/۲) (عراقی، ۱۳۷۱. ص. ۱۲۳).

واژه دیگری که در هیئت ترکیبیه «لاضرر و لاضرار» به کار رفته، لای نفی جنس است که وقتی بر اسم نکره افزوده می‌شود، نفی حقیقت و ماهیت می‌کند. قرار گرفتن این واژه در این هیئت ترکیبیه، این سؤال را پدید می‌آورد که آنچه به وسیله لا، نفی شده است چیست؟

این هیئت ترکیبیه، منشأ دیدگاه‌ها و برداشت‌های متفاوت از سوی فقهاء و اصولیین از روایات وارده در مورد قاعده لاضرر شده است که به برخی آن‌ها اشاره می‌گردد:

۱. یک نظریه این است که مفاد هیئت ترکیبیه لاضرر و لاضرار، نهی از ایجاد ضرر است، اعم از این که ضرر مربوط به خود انسان باشد یا دیگران. شیخ الشریعه اصفهانی در رساله‌ای که درباره قاعده لاضرر نوشته است از این نظریه و رویکرد جانب‌داری نموده است (اصفهانی، ۱۴۰۶ ه ق. ص. ۲۴-۲۵) (خوئی، ۱۴۲۲ه ق. ص. ۵۸۲).

۲. دیدگاه دیگر این است که مراد نفی حکم است به لسان موضوع. مرحوم آخوند خراسانی از این نظریه پشتیبانی نموده است (آخوند خراسانی، ۱۴۱۷ه ق. ص. ۳۸۱).

۳. نظریه دیگر این است که مراد نفی حکم است به این معنا که در شریعت مقدس اسلام حکم ضرری از سوی شارع مقدس تشریح و جعل نشده است. مرحوم شیخ اعظم از این دیدگاه جانب‌داری نموده است (شیخ انصاری، ۱۴۱۶ه ق. ص. ۱۶۵/۲). از فقهای معاصرین، میرزا حسین نائینی (نائینی، ۱۴۱۸. ص. ۳/۳۸۰) این دیدگاه را دارند. به عقیده برخی اندیشمندان، طبق این دیدگاه، لای نفی جنس به معنای حقیقی یعنی نفی طبیعت و ماهیت به کار رفته است؛ به عبارت دیگر حقیقتاً نفی حکم نموده است نه ادعائاً (بجنوردی، ۱۴۱۹ه ق. ص. ۲۱۷).

۴. دیدگاه چهارم این است که مراد نفی ضرر غیر متدارک است؛ چون ضرری که قابل تدارک باشد در حقیقت ضرر نخواهد بود. این نظریه را فاضل تونی برگزیده و بر آن تأکید نموده است (فاضل تونی، بی‌تا. ص. ۱۹۴).

۵. دیدگاه دیگر این است که مراد از نفی ضرر در قاعده لاضرر، نفی ذات ضرر است حقیقتاً نه ادعائاً (عراقی، ۱۳۷۱. ص. ۱۲۳).

۶. دیدگاه دیگر این است که مراد از نفی ضرر، نهی آن، البته نه از قبیل نواهی الهیه که در کتاب و سنت آمده بلکه به عنوان نهی ولایی و سلطانی و حکومتی است بنابراین، شش دیدگاه متفاوت در میان فقهاء و اصولیین نسبت به مفاد قاعده لاضرر وجود دارد.

از میان دیدگاه‌ها و گرایش‌هایی که در میان فقیهان نسبت به این مسئله وجود دارد، شیخ اعظم به دو دیدگاه اشاره می‌کند: الف) نظریه نخست که همان دیدگاه خود ایشان است، این است که آنچه در روایات قاعده لاضرر در لسان پیامبر گرامی اسلام (ص) نفی شده حکم است؛ یعنی در شریعت مقدس اسلام حکمی که دارای بار منفی ضرر و زیان باشد، از سوی شارع مقدس جعل و تشریح نگردیده است. از دیدگاه شیخ اعظم، اراده معنی حقیقی از این هیئت ترکیبیه که با «لای نفی جنس» آغاز شده است

ممکن نیست؛ زیرا لای نفی جنس وقتی بر نکره داخل شود نفی حقیقت و ماهیت می‌کند، یعنی ما نمی‌توانیم بگوئیم که در خارج و در میان جامعه اسلامی ضرر وجود ندارد، مسلمانان به یکدیگر ضرر وارد نمی‌کنند؛ چون این حرف کذب خواهد بود؛ برای این که در خارج به نحو چشمگیری ضرر وجود دارد؛ (شیخ انصاری. ۱۴۱۶ ه. ق. ص ۲/۱۶۶) از این رو، با بهره‌گیری از قرینه سیاقیه یا دلالت اقتضا معنی دیگری را باید بر اختیار نماییم. به اعتقاد شیخ انصاری، این گونه مرکبات ظهور در اخبار داشته و از یک واقعیت خارجی و نفس الامر حکایت می‌کند؛ به همین علت، منظور پیامبر (ص) این است که در اسلام حکم ضرری اعم از تکلیفی و وضعی توسط شارع مقدس و قانون‌گذار تشریح نگردیده است. ایشان در ادامه مواردی را به عنوان مثال برای قاعده نفی ضرر متذکر می‌شود.

ب) دومین نظریه را که مرحوم شیخ بدان پرداخته این است که مراد از نفی در هیئت ترکیبیه فوق، نهی است؛ این که رسول خدا می‌فرماید: «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام علی المؤمن» منظور طلب ترک فعل است؛ یعنی نباید و کسی حق ندارد که به خویشتن یا به دیگران ابتدائاً و یا از روی مقابله بمثل و مجازات، ضرر و زیان وارد کند.

ریشه این دو نوع نگاه به همان دیدگاه اهل لغت بر می‌گردد، در صورتی که واژه ضرار را تأکید برای واژه ضرر بدانیم با مشکلی مواجه نخواهیم بود؛ اما اگر واژه ضرار را مصدر باب مفاعله بدانیم، در مقام تطبیق روایات قاعده لا ضرر، با چالش روبرو می‌شویم؛ ولی آنچه که در ادبیات دینی و روایی ما از واژه ضرار اراده شده فعل بین دو طرف نیست.

از میان این دو دیدگاه که بیان شد، مرحوم شیخ دیدگاه نخست را تقویت نموده می‌فرماید: والظاهر بملاحظه نفس الفقره و نظائرها و موارد ذکرها فی الروایات و فهم العلماء هو المعنی الاول؛ اظهر، با توجه به نفس هیئت ترکیبیه لا ضرر و لا ضرار و نظایر و موارد آن در روایات و برداشت دانشمندان، معنای اول است .

مرحوم شیخ در این فراز از گفتارش در حقیقت به چهار دلیل برای اثبات دیدگاه نخست که همان نفی حکم است اشاره می‌کند:

۱. جمله لا ضرر و لا ضرار، از مرکباتی است که با لای نفی جنس آغاز گردیده و ظهور در اخبار دارد؛ یعنی از یک معنی حقیقی و نفس الامر حکایت نموده و پرده بر می‌دارد.
۲. نظیر این جمله که از شارع صادر شده، مانند لاجرح و امثال آن نیز ظهور در اخبار دارد. از حکم این نظایر می‌توانیم حکم قاعده نفی ضرر را به دست بیاوریم.

۳- از موارد ذکر این جمله در روایات، در موارد مختلف، خبر بودن استفاده می‌شود نه انشاء. مثلاً در حق شفعه در قاعده لا ضرر، حرمت استفاده نمی‌شود تا حمل بر انشاء شود.

۴. علماء نیز از روایات قاعده لا ضرر، اخبار را فهمیده‌اند و در عدم لزوم بیع غبنی به همین قاعده استدلال نموده‌اند، در حالی که بیع غبنی حرام نیست (مصباح. ۱۴۰۰. ص ۶۰)

برخی عقیده دارند که لا ضرر بر نفی ضرر دلالت می‌کند، با تقیید ضرر به ضرر غیر متدارک؛ یعنی ضرری که جبران نشده باشد در اسلام تجویز نشده است. (مکارم شیرازی. ۱۴۱۱. ص ۵۹۱) از آنجا که ضرر هرگاه جبران شود دیگر ضرر نیست حکم به جبران ضرر از جانب شارع به منزله ی آن است که ضرر وجود ندارد.

شیخ انصاری این نظر را ضعیفترین نظریه در مفهوم قاعده لاضرر می‌داند؛ چرا که صرف حکم شارع بر لزوم جبران و تدارک، ضرر موجب نفی ضرر موجود نمی‌شود. در حقیقت در غالب موارد بین تحقق ضرر و جبران آن فاصله می‌افتد و در این فاصله ضرر وجود داشته است و وجود این ضرر با حدیث لاضرر که ضرر را نفی کرده است، منافات دارد.

با توجه به مطالب فوق از مجموع معانی چهارگانه، گفته ی شیخ انصاری که حکم ضرری را بدین وسیله نفی کرده است طرفداران بیشتری دارد و فقها در موارد گوناگونی به آن استناد کرده اند. چنانچه که در بسیاری از کتب فقهی خیار غبن مستند به حدیث نفی ضرر است و هر جا که لزوم معامله، مستلزم ضرر بر مغبون است با نفی ضرر به مغبون اختیار فسخ معامله داده شده است. بنابراین باید با مشهور فقهای امامیه هم عقیده شد و بر این نظر بود که به موجب قاعده لاضرر حکمی که متضمن ضرر است تشریح شده و لاضرر چنین حکمی را نفی می‌نماید؛ خواه ضرری که از حکم بر می‌خیزد مادی باشد یا معنوی.

قلمرو قاعده لاضرر

قاعده لاضرر دارای قلمرو گسترده ای است به گونه ای که فقها چه در باب عبادات و چه در باب معاملات چه در احکام تکلیفی و چه در احکام وضعی به آن استناد کرده اند (انصاری. ۱۴۱۶ه.ق.ص ۲/۵۳۴) قاعده لاضرر در مصادیق دیگری که بحث اجرای حق مطرح نیست و فردی از اعمال حق خویش سوء استفاده نکرده نیز جاری می‌شود؛ چه در مواردی مثل عدم لزوم ادای شهادت در صورت تحقق ضرر، سقوط اقامه حدود در صورت عدم امنیت، عدم اجبار به تقسیم، خیار تأخیر و رؤیت و عیب و غبن (در صورت جهل غابن) و تعذر تسلیم و تبعض صفقه و حلول دین با موت مدیون، قاعده لاضرر جریان دارد، بدون آنکه بحث اعمال حق مطرح بوده یا سوء استفاده ای رخ داده باشد تا تئوری سوء استفاده از حق جاری گردد. (کریمی، رابطه منطقی قاعده فقهی لاضرر و قاعده غریبی سوء استفاده از حق. ص ۱۴۹).

بنابراین معلوم می‌شود که در فقه امامیه هر نقصانی را در مورد مال یا عرض یا جان فرد دیگر ضرر می‌شمارند. در مورد مال هم تفاوتی بین این که عین باشد یا منفعت قائل نیستند. به عقیده اغلب فقها، در قاعده لاضرر ضابطه شخصی حاکم است؛ به این معنا که برای تشخیص ضرر باید وضع شخصی که زیان بر او وارد آمده در نظر گرفته شود؛ در مقابل ضابطه نوعی که باید حادثه را در رابطه با افراد عادی سنجید و ضرر را در ارتباط با نوع افراد در نظر گرفت. از جمله نظر شیخ انصاری بر همین ضابطه شخصی است. (انصاری. ۱۴۱۱ ه.ق. ص ۳۷۴)

حال باید دید ملاک قاعده چیست؟ آیا صرف تحقق ضرر کافی است یا باید ضرر غیر متعارف را معیار قرارداد؟ برخی از نویسندگان صرف تحقق ضرر را ملاک قرار داده اند (بهرامی. ۱۳۷۰. ص ۲۷۱) بدین معنی که هرگاه کسی در اعمال حق خویش سبب ضرر دیگری شود به موجب قاعده لاضرر و در راستای حکومت قاعده لاضرر بر قاعده تسلیط، صاحب حق از اجرای حق منع می‌شود. اما پذیرش این نظریه به نفی خود حق می‌انجامد. در واقع اعمال هر حقی کم و بیش برای دیگران زیان به همراه دارد؛ مثلاً مالکی که در باغ خویش چاه آبی حفر می‌کند موجب کم شدن آب چاه باغ همسایه می‌شود؛ فقها نیز در مسأله حریم املاک، جواز تصرف مالک را گرچه مستلزم تضرر دیگری باشد پذیرفته اند.

برخی از نویسندگان هم ضرر غیر متعارف را معیار قرارداد داده اند. (کریمی. همان. ص ۱۵۵) به نظر می رسد معیار قاعده لاضرر، نه قصد اضرار بلکه ضرر غیر متعارف است؛ به این معنا که اگر کسی در انجام عمل خود ضرر متعارفی به دیگری بزند مشمول قاعده لاضرر قرار نمی گیرد و از انجام عمل خود منع نمی شود اما اگر ضرر غیر متعارفی به دیگری بزند از انجام عمل خود منع می شود. برای مثال تحمل ضررهای ناشی از سر و صدا و بوی طبخ غذا در آپارتمان شایع و متعارف است، در مقابل ساخت آپارتمان ۲۰ طبقه در منطقه روستایی که معمولاً دو یا سه طبقه بیشتر ساخته نمی شود، متعارف نیست. در تأیید این معیار می توان به قول برخی از فقها امامیه اشاره کرد؛ علامه حلی در تذکره به مالکان اجازه می دهد که هر تصرفی که بخواهند در ملک خویش انجام دهند و در این صورت ضمانی بر آنها نیست؛ مگر این که تعدی نمایند (علامه حلی. ۱۴۱۴ ه. ق. ص ۳۸۸)

آیت الله سبحانی نیز تصرفاتی از قبیل ساخت اصطبل و آهنگری را در اماکن مسکونی خلاف متعارف و موجب نقص حقوق و اذیت همسایه شمرده اند (سبحانی. ۱۴۱۵ ه. ق. ص ۱۲۴).

مفهوم نظریه سوء استفاده از حق

حق عبارت از سلطه و اختیاری است که هر شخص در جامعه و در برابر دیگران دارد و این موضوع در حق حبس نیز متصور است. این امتیاز می تواند نسبت به شخص دیگر، مال یا هر دو برقرار باشد. قصد قانونگذار از دادن حق به اشخاص تأمین نظم و برقراری عدالت است که نمونه ی بارز آن حق حبس است.

سوء استفاده در لغت به کار بردن نادرست، استفاده نادرست یا غیر مجاز، زیاده روی و تجاوز، آسیب رساندن و بی عدالتی است. سوء استفاده یا تجاوز از حق، یعنی ورود ضرر به دیگری در راستای اجرای حق می باشد نه خارج از محدوده و قلمرو حق. سوء استفاده از حق بدین معناست که دارنده ی حق می تواند طبق اصول و قواعد حقوقی از حقوق اعطایی استفاده نماید اما به محض اجرا در صورت داشتن قصد اضرار و یا بدون قصد اضرار اما در نتیجه اجرا ضرری وارد گردد مفهوم استفاده ی سوء محقق می گردد. در واقع در مفهوم سوء استفاده از حق باید ابتدائاً حقی برای افراد مورد شناسایی قرار گیرد و عمل شخصی که بدون داشتن حق مرتکب فعل زیان بار می گردد نوعی نقض حق می باشد نه سوء استفاده از حق. علاوه بر این عمل زیان بار باید به صورت فعل مادی مثبت باشد و نمی توان ورود ضرر را به صورت ترک فعل تصور کرد. (لطفی. ۱۴۰۱. ص ۱۸۷۹)

اساس نظریه سوء استفاده از حق از آنجا ناشی شده که باید در اعمال، حق نظارت و کنترلی وجود داشته باشد تا به حقوق و آزادی های دیگران تجاوز نشود. چون مطلق دیدن حق باعث می گردد که صاحبان حق با بهره گیری از امتیازی که قانون به آنان داده است، حق خود را به زیان دیگران به کار برند و حتی ممکن است که اقدام ایشان باعث شود که به اهداف و غایات مورد توجه مقنن تجاوز شود. بنابراین تقریباً در کلیه ملل متمدن دنیا ضرورت محدود کردن اعمال حق پذیرفته شده و مفهوم نظریه سوء استفاده از حق مورد قبول قرار گرفته است. (بهرامی. ۱۳۷۷. ص ۸۷)

این نکته را نیز باید در نظر گرفت که سوء استفاده از حق ناظر به موردی است که امکان اضرار به غیر در مفاد و طبیعت حق موجود باشد؛ مانند حق اعتصاب یا فسخ قرارداد یا ساختن بنا، لیکن جایی که اجرای حق مستلزم زیان دیگران در حال متعارف خود نیست کسی که با عمل ناشایست خود به دیگران صدمه می زند حقی در این باره ندارد تا بتوان ادعا کرد که از آن سوء

استفاده شده است. برای مثال اگر قاتلی با کارد خود به مقتول حمله کند نباید گفت از حق مالکیت خود بر کارد سوء استفاده کرده است هیچ کس حق حمله به دیگران را ندارد و طبق قواعد عمومی با او رفتار می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۴۲۸). با توجه به آنچه در خصوص مفهوم قاعده لاضرر و قاعده سوء استفاده از حق گفته شد، معلوم می‌شود که رابطه ی آن دو تساوی است و هر دو حکمی را که سبب ضرر می‌شود، نفی می‌کنند. در حقیقت، به موجب قاعده لاضرر، هر حکمی که باعث ضرر غیر شود، برداشته می‌شود؛ خواه حکم مزبور تکلیفی باشد یا وضعی، خواه ضرر یاد شده مادی باشد یا معنوی و خواه عامل زیان در مقام اعمال حق خود باشد یا نه. در قاعده سوء استفاده از حق نیز حکم اباحه انجام عملی که سبب ضرر غیر در مقام اعمال حق می‌شود، برداشته می‌شود؛ به این معنا که انجام فعلی که اصولاً مباح بوده است، در اثر سوء استفاده، حکم جواز خود را از دست می‌دهد و دیگر طرف نمی‌تواند آن عمل را انجام دهد. بنابراین، هر دو قاعده از نفی حکم (جواز اضرار به غیر) سخن می‌گویند، با این تفاوت که قاعده لاضرر اختصاص به نفی حکم ضرری در مقام اعمال حق ندارد و در حوزه های دیگر نظام حقوقی نیز به کار می‌آید. (کریمی، همان، ص ۱۴۹)

مبنا و قلمرو سوء استفاده از حق

از نظر تاریخی در اکثر نظامهای حقوقی پیرو مکتب اصالت فرد که حق را مطلق می‌دانستند، نظریه سوء استفاده از حق چندان با اقبال رو به رو نشد. حقوقدانان رومی معتقدند هیچکس در اعمال حق خود مقصر شناخته نمی‌شود، کسی که حقوق خود را اعمال می‌کند به دیگری ضرر نمی‌رساند. در حقوق انگلیس و آمریکا نیز ضرورت کنترل حق به سختی و پس از قرن ها مطلق دیدن حق و بعد از مدتها تردید و تزلزل تا اندازه ای پذیرفته شد؛ اما وضع حقوق فرانسه از این لحاظ روشنتر است؛ حقوقدانان فرانسوی در ایجاد نظریه سوء استفاده از حق نقش اساسی داشتند. در طول سالها تحول، سه مبنای نظری مختلف برای سوء استفاده از حق در حقوق فرانسه به وجود آمد:

۱- قصد اضرار

۲- تقصیر

۳- غایت اجتماعی حقوق

قصد اضرار

طبق این نظریه، سوء استفاده از حق به موردی گفته می‌شود که شخص کار مباحی را در حدود حق خویش انجام می‌دهد ولی هدف آن اضرار به دیگران است نه رفع احتیاج و دفع ضرر از خود؛ یعنی تقصیر عمدی سبب مسئولیت صاحب حق می‌شود. این نظریه مورد انتقاد است؛ زیرا بسیار مضیق بوده و تنها تعمد در اضرار را منع می‌کند در حالی که ممکن است هدف اعمال کننده حق اضرار به دیگری نباشد ولی سوء استفاده صدق نماید. از این رو این معیار مانع اغیار نیست (کریمی، همان، ص ۱۵۷) از طرفی چطور امکان دارد که شخص در مقام اجرای حق خویش مرتکب بی احتیاطی و بی مبالاتی شود و از نتایج آن مصون بماند؟

تقصیر

گروهی از نویسندگان ضابطه تعیین سوء استفاده از حق را ارتکاب تقصیر در اجرای حق می‌دانند. به نظر اینان همان گونه که اشخاص در روابط خود و هنگام استفاده از آزادی‌ها باید به طور متعارف و با احتیاط رفتار کنند، در اجرای حق نیز باید جانب احتیاط را نگه دارند؛ به این ترتیب کسی که صاحب حق است ممکن است خطا کار باشد و معیار تشخیص خطا مانند سایر موارد رفتار انسانی معقول است (کاتوزیان. همان. ص ۳۳۱)

پاره ای از نویسندگان به این نظر ایراد گرفته اند و معتقدند پذیرش این نظر موجب می‌گردد که میان کسی که حق خود را اجرا کرده با کسی که بدون حق به دیگری ضرر می‌زند و در واقع از آزادی خود بهره می‌برد، تفاوتی گذاشته نشود به علاوه، حتی اگر سوء استفاده را نوعی تقصیر بدانیم ابتدا باید مشخص کنیم که چه نوع تقصیری روی داده است. برخی نیز از بی فایده بودن این تئوری در فرض تقصیر سخن گفته اند. (کریمی. همان. ص ۱۵۹)

برخی از حقوقدانان با تأیید این مبنا در سوء استفاده از حق معتقدند اجرای قواعد عمومی در اجرای حق تنها راه اعتدال میان دو مبنای دیگر است. در شیوه اجرای حق نیز امکان ارتکاب تقصیر وجود دارد، پس باید مطابق قواعد عمومی رفتار کرد و تجاوز از عرف را بر او نبخشد. (کاتوزیان. همان. ص ۴۳۴)

غایت اجتماعی حقوق

به موجب این نظر، سوء استفاده از حق تنها به موردی گفته می‌شود که صاحب آن به قصد اضرار به دیگری اقدام کند یا در اجرای حق مرتکب تقصیر شود؛ هر جا که حقی برخلاف هدفهای اقتصادی و سیاسی آن مورد استفاده قرار گیرد و اختیاری که به صاحب حق داده شده از مسیر دلخواه اجتماعی منحرف می‌شود، از حق سوء استفاده شده است.

این نظریه نیز مورد انتقاد قرار گرفته چرا که به دادرسی اجازه می‌دهد که همانند بازرسی، در هر مورد در جستجوی هدف اجتماعی برقراری حق بگردد و با توجه به ضابطه مند نبودن این معیار، او دانسته‌ها و اعتقادات شخصی و تمایلات سیاسی و اجتماعی خود را مبنا قرار می‌دهد. (کریمی. همان. ص ۱۶۰)

آنچه که به عنوان نتیجه این بحث باید گفت این است که در حقوق فرانسه که مهد نظریه سوء استفاده از حق است مسئولیت مدنی (تقصیر) صراحتاً به عنوان مبنای نظریه سوء استفاده از حق شناخته شده و حتی نویسندگان حقوقی آن را تحت عنوان "تقصیر در اعمال حق" مطالعه کرده اند. اما در حقوق اسلام، منع سوء استفاده از حق بر مبنای هیچ یک از مفاهیم فوق نیست؛ بلکه منبع آن بر مبنای قاعده لاضرر است و قاعده مزبور قاعده مستقلی است و ضوابط و معیارهای خاص خود را دارد.

دامنه قاعده سوء استفاده از حق در مقایسه با قاعده لاضرر به معنای مرسوم و فقهی خود، بسیار محدود است، زیرا نه تنها در امور عبادی و در روابط خداوند متعال و بندگان جاری نمی‌شود، که در روابط انسانها نیز تنها درباره حقوق اعمال می‌شود، بدین معنا که شخص در اعمال حق خویش سوء استفاده نموده و باعث ضرر غیرشود. اما در عالم حقوق که به روابط انسانها با یکدیگر پرداخته و از حق‌ها صحبت می‌کنند، قلمروی قاعده لاضرر به سوء استفاده از حق نزدیک می‌شود. نتیجه آنکه قلمروی قاعده لاضرر در حقوق اسلام و ایران (در حوزه روابط حقوقی و نه در باب عبادات)، به قاعده سوء استفاده از حق در حقوق فرانسه

نزدیک است. عنوان مثال، کسی که برای گران شدن کالای مورد نیاز مردم دست به احتکار می زند، از حق مالکیت و اختیار فروش خود سوء استفاده کرده و به همین دلیل، مشمول هر دو قاعده لاضرر و سوء استفاده از حق می شود. اما این بدان معنا نیست که قلمروی آن دو یکسان است؛ بلکه باید گفت که قاعده لاضرر دارای قلمروی گسترده تری از سوء استفاده از حق است؛ نظریه سوء استفاده از حق تنها در مقام اعمال حق جاری می شود، در حالی که قاعده لاضرر به حیطة مرسوم ناظر بر اجرای حق از قبیل حق مالکیت نیست.

نتیجه گیری

مطالعه تطبیقی میان قاعده لاضرر در حقوق اسلام با قاعده سوء استفاده از حق در حقوق فرانسه اثبات می کند که در هیچ یک از آنها حق مطلق نیست، بلکه صاحب حق در اعمال آن با محدودیت هایی روبه روست و مرزهای این محدودیت را قاعده نفی ضرر در اسلام و قاعده نفی سوء استفاده از حق در فرانسه تعیین می کنند.

قاعده لاضرر قلمرویی وسیع تر از نظریه سوء استفاده از حق دارد و فقیهان اسلامی از آن به عنوان حکمی محدود کننده استفاده کرده اند تا هر جا که ضرری نامشروع و نامتناسب از احکام ناشی می شود از آن پرهیز کنند؛ لیکن چون به اعتقاد همگان قاعده لاضرر بر اصل احترام به مالکیت حکومت دارد و اختیار مالک را در مواردی که به دیگران ضرر می رساند محدود می کند، باید از آن به عنوان منبع جلوگیری از سوء استفاده از حق نام برد. در حقوق کنونی ایران تنها موردی که دادگاه ها برای جلوگیری از تقصیر و سوء استفاده از حق اقدام مؤثر کرده اند در روابط بین مالکان است.

در سایر موارد هنوز رویه قضایی صراحتاً اشاره به سوء استفاده از حق نکرده است. در واقع مسأله سوء استفاده از حق از مصادیق قاعده لاضرر است و بیشتر مواد قانونی مبتنی بر قاعده لاضرر است نه سوء استفاده از حق. از این رو، با وجود نهاد بومی و تأسیس قرآنی و روایی لاضرر، دلیلی بر استناد به نهاد عاریتی سوء استفاده از حق در نظام حقوقی ما وجود ندارد. با توجه به این که نظریه سوء استفاده از حق از قوانین کشورهای خارجی ناشی می شود، بومی سازی مقررات براساس منبع فقهی لاضرر می تواند در تضمین حقوق صاحبان حق و جلوگیری از آسیب های ناشی از سوء استفاده از حق مؤثر واقع شود.

منابع

قرآن کریم

آخوند خراسانی، محمد کاظم (۱۴۰۹ ه.ق). کفایه الاصول، قم، مؤسسه آل البیت.

اکبرینه، پروین (۱۳۹۱). منع سوء استفاده از حقوق عینی در قانون مدنی. تهران. فصلنامه علمی پژوهشی فقه و مبانی حقوق اسلامی سال چهارم شماره ۱۲.

امامی، حسن (۱۳۷۲). دوره حقوق مدنی جلد اول و دوم چاپ، نهم. تهران. نشر امامیه.

انصاری، مرتضی (۱۴۱۴ ه.ق). رسائل فقهیه. جلد اول. قم. کنگره جهانی بزرگداشت شیخ انصاری.

- انصاری، مرتضی (۱۴۱۶ ه.ق). فوائد الاصول جلد دوم. چاپ پنجم. قم. مؤسسه نشر اسلامی.
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۱ ه.ق). المكاسب المحرمه و البيع و الخيارات جلد دوم. چاپ اول. قم. نشر دارالذخائر.
- باقری اصل، حیدر (۱۴۰۲). تأثیر وجود یا فقدان قید «فی الاسلام» در روایت «لا ضرر و لا ضرار» در استنباط مسائل فقهی. مجله فقه و اصول.
- بهبود، پردیس (۱۴۰۲). حمایت از حقوق مالکانه کاربران بازی‌های فضای مجازی بر مبنای قاعده لاضرر. مجله حقوق فناوری‌های نوین.
- بهرامی احمدی، حمید (۱۳۷۷). سوء استفاده از حق مطالعه تطبیقی در حقوق اسلام و دیگر نظام‌های حقوقی. چاپ سوم. تهران. نشر اطلاعات تهران.
- جوهری، اسماعیل ابن حماد (۱۳۷۶) صحاح اللغت. تحقیق محمد عبدالغفور عطار. بیروت. دارالملايين.
- حلی، علامه حسن بن یوسف (۱۴۱۴ ه.ق). تذکره الفقها. چاپ اول. قم. مؤسسه آل البيت.
- خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۷ ه.ق). هدایه فی الاصول، تقریر حسن صافی اصفهانی. جلد سوم. چاپ اول. قم. مؤسسه صاحب الاصول عجل الله.
- ساکي، رضا (۱۴۰۱). چالشی پیرامون دلالت قاعده لاضرر در توجیه مطالبه طلاق از سوی زوجه در پرتو نظام حقوقی ایران و مصر. ماهنامه جامعه شناسی سیاسی ایران.
- سبحانی، جعفر (۱۴۱۵ ه.ق). الرسائل الأربع قواعد اصوله و فقهیه. جلد دوم. چاپ اول. قم. مؤسسه امام صادق (ع).
- سید حسین، سعید (۱۳۹۶). نوآوریهای امام خمینی در قاعده لاضرر و شباهت آن با سوء استفاده از حق در مسؤلیت مدنی. تهران. پژوهشنامه متین سال نوزدهم شماره ۷۴.
- عبادی، توحید (۱۴۰۰). نظریه سوء استفاده از حق در حق حبس در حقوق ایران و کانادا. ماهنامه جامعه شناسی سیاسی ایران.
- فیومی مقری، احمد بن محمد (۱۳۸۳). المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی. جلد اول. چاپ سوم.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۶). الزامهای خارج از قرارداد ضمان قهری. جلد اول. چاپ سوم. تهران. انتشارات دانشگاه تهران.
- کریمی، عباس (۱۳۹۳). رابطه منطقی قاعده فقهی لاضرر و قاعده غربی سوء استفاده از حق. تهران. فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب.
- محمدی، ابوالحسن (۱۳۹۰). قواعد فقه. چاپ دوازدهم. تهران. نشر میزان.
- مصباح، عبدالرئوف (۱۴۰۰). بررسی تطبیقی قاعده لاضرر در اندیشه شیخ انصاری و آخوند خراسانی.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۱ ه.ق). قواعد فقهیه. جلد اول. چاپ سوم. قم. مدرسه امام امیرالمؤمنین.
- موسوی خمینی، سید روح الله (۱۳۷۲). بدائع الدرر فی قاعده نفی الضرر. تهران. مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام (ره).
- نائینی، میرزا محمد حسین (۱۳۷۲). رساله فی قاعده نفی الضرر. ضمیمه منیه الطالب فی حاشیه المكاسب. تقریر موسی خوانساری جلد اول. تهران. مکتبه المحمدیه.
- نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴ ه.ق). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام جلد ۳۷. چاپ هفتم. بیروت. بینا.