

رابطه منطقی قاعده فقهی لاضرر و قاعده غربی سوء استفاده از حق

عباس کریمی^۱
هادی شعبانی کندسری^۲

چکیده

با مطالعه در آیات قرآن، اخبار رسیده و آرای فقهای امامیه معلوم می‌گردد که «ضرر» به معنای زیان مادی، و «ضرار» به مفهوم ضرر معنوی و همراه با آزار و اذیت است. مفاد قاعده لاضرر، نفی حکم ضرری و معیار تحقق ضرر نیز خسارت و ضرر نامتعارف است. دامنه‌ی قاعده نیز بسیار وسیع است، و در نظام حقوقی برای مقابله با ضرر ناشی از احکام حقوقی و از جمله جهت مبارزه با جواز اجرای حقی که به ضرر دیگری می‌انجامد، به کار می‌رود. از سوی دیگر، در حقوق فرانسه در صورت سوء استفاده در مقام اجرای حق، حکم جواز و اباحه اعمال حق برداشته می‌شود، و با نظریه نفی حکم رابطه تساوی می‌یابد. 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. بنابراین، با وجود نهاد بومی و دینی لاضرر نیازی به استناد به تأسیس عاریتی سوء استفاده از حق نیست.

واژگان کلیدی: ضرر، قاعده لاضرر، قاعده سوء استفاده از حق، قاعده تسلیط، اجرای حق.

۱ - استاد گروه حقوق خصوصی و اسلامی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران (نویسنده مسؤول).

رایانامه: abkarimi@ut.ac.ir

۲ - دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران.



مقدمه

صلوات بر پیشوایان
نیکی لطیف حق اسلام و غرب

تا دو قرن اخیر، بسیاری از نویسندگان فرانسوی حق را مطلق می‌پنداشتند، به این معنی که کسی که حق خود را اعمال می‌کند، هر چند در اجرای آن به دیگری ضرر زند، محدودیت و مسؤولیتی ندارد. اگر از عمل مشروع کسی زیانی به دیگری وارد آید، به دلیل مشروع بودن رفتار نباید مرتکب آن را مسؤول جبران خسارت قرار داد. ولی، به تدریج با افول نظر فردگرایان، نویسندگان پذیرفتند که اجرای هیچ حقی آن‌چنان که پیشینیان می‌پنداشتند، مطلق نیست و هیچ کس نمی‌تواند با «سوءاستفاده از حق» خویش به دیگری زیان رساند (Colin et Capitan, 1953: no1103 ; Ripert et Boulanger, 1957: no 671 et s.; Josserand, 1939: no161 et s.; Carbonnier, 1976: no 45 ;Ghestin et Gooubeaux, 1993: no 693 et s کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۰۳ به بعد). بنابراین، سوءاستفاده از حق نهادی است که در حقوق فرانسه برای کنترل و محدودیت اعمال حق در دو قرن اخیر ایجاد شده است. در حقوق اسلام نیز یکی از کارکردهای مرسوم قاعده لاضرر که قدمتی به تاریخ اسلام دارد، تحدید قلمروی قاعده تسلیط و کاستن از دامنه‌ی اختیارات مالک بوده است. به بیان دیگر، قاعده لاضرر اجازه نمی‌دهد که مالک، هر طور که مایل است، از ملک خویش، هر چند به ضرر دیگری، استفاده کند. در حقیقت، مالکی که به حق مالکیت خود و اعمال حق خویش استناد می‌کند، در استفاده از آن آزاد نبوده و حق مالکیت وی مطلق نیست؛ به طوری که قاعده لاضرر، اضرار به دیگری هنگام استفاده از حق مالکیت را منع می‌کند. این قاعده که پشتوانه قرآنی و روایی محکم و متعددی دارد، بر خلاف سایر نظام‌های حقوقی، در اصل (۴۰) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران انعکاس یافته است، و ماده ۱۳۲ قانون مدنی نیز معیار آن را در روابط همسایگان به دست داده است. به رغم شباهت‌هایی که بین قاعده لاضرر در حقوق اسلام و ایران از یک طرف، و قاعده سوءاستفاده از حق در حقوق فرانسه از طرف دیگر وجود دارد؛ در حقوق ما این دو قاعده به طور موازی پیش‌رفته‌اند، بدون اینکه رابطه‌ی آن‌ها با یکدیگر تبیین و لزوم استفاده از نهاد عاریتی غربی با وجود نهاد مشابه بومی و دینی توجیه گردد. از این رو، لازم است رابطه‌ی قاعده لاضرر و قاعده سوءاستفاده از حق از حیث منطقی مورد بررسی قرار گیرد و





مشخص گردد که بین آن دو کدام یک از نسبت‌های چهارگانه (تساوی، تباین، عموم و خصوص مطلق یا عموم و خصوص من وجه) برقرار است. برای پاسخ به این پرسش، نسبت دو قاعده‌ی مذکور از حیث مفهوم و قلمرو (۱) و از جهت معیار (۲) مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

۱. رابطه منطقی قاعده لاضرر و قاعده سوءاستفاده از حق از حیث مفهوم و قلمرو

۱-۱. رابطه قاعده لاضرر و قاعده سوءاستفاده از حق از حیث مفهوم

برای اینکه رابطه منطقی قاعده لاضرر و قاعده سوءاستفاده از حق از حیث مفهوم روشن گردد، لازم است مفهوم قاعده لاضرر (۱-۱-۱) و قاعده سوءاستفاده از حق (۱-۱-۲) به طور مجزا مطرح شود تا زمینه لازم برای نتیجه‌گیری فراهم آید.

۱-۱-۱. مفهوم قاعده لاضرر

به منظور تبیین مفهوم هیأت ترکیبی قاعده، یعنی لاضرر و لاضرار، نخست باید مفهوم هیأت افرادی قاعده، یعنی ضرر و ضرار، مشخص گردد.

۱-۱-۱-۱. مفهوم هیأت افرادی قاعده (ضرر و ضرار)

۱-۱-۱-۱-۱. مفهوم ضرر و ضرار از دیدگاه واژه‌شناسان

گرچه در نظام حقوقی ما در مفهوم ضرر اختلافی مشاهده نمی‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۴۲؛ صفایی و رحیمی، ۱۳۸۹: ۱۰۰)، در کتب لغت و فقه در خصوص معنای ضرر و به ویژه ضرار بحث‌های زیادی در گرفته است. بسیاری از واژه‌شناسان و فرهنگ‌نویسان ضرر و ضرار را مرادف به کار برده‌اند. به عنوان مثال در صحاح، «ضرر» خلاف نفع معنا شده و گفته است: «ضره و ضاره» نیز به یک معنا بوده و اسم آن ضرر است (جوهری، ۱۴۱۰: ۷۱۹). مصباح‌المنیر نیز «ضره یضره و أضر» را مرادف شمرده و «ضاره مضاره و ضراراً» را نیز به معنای «ضره» دانسته است (فیومی، بی‌تا: ۳۶۰). قاموس هم «ضرر فلان» و «به ضرر» و ضراراً را به معنای وارد کردن چیز مکروه و اذیت دیگری معنا کرده و «ضار فلان» مضاره و ضراراً را به معنای «ضره» شمرده است (ابوجیب، ۱۴۰۸: ۲۲۲). در مجمع‌البحرین (طریحی، ۱۴۱۶: ۳۷۳) و النهایه (ابن اثیر، بی‌تا: ۸۱) آمده است: «الضرر ضد نفع است، و عرب به صورت "ضره یضره ضراً و ضراراً و أضر به یضر إضراراً" از آن استفاده می‌کند. معنی لاضرر این است که کسی به برادرش ضرر نزند و حق او را پایمال نکنند. لاضرار نیز





بدین معناست که در مقابل ضرر، به دیگری ضرر نزنند و ضرر را با ضرر تلافی نکنند. ضرر کار یک نفر است ولی ضرر کار دو نفر و جنبه متقابل دارد. ضرر ابتدا زیان رساندن است و "ضرر" ضرر را با ضرر پاسخ دادن. آنان افزوده‌اند: «برخی نیز گفته‌اند ضرر این است که شخصی به دیگری زیان وارد آورد و خود از آن استفاده برد، اما ضرر به معنای ضرر زدن به دیگری بدون سود بردن از آن است. پاره‌ای هم ضرر و ضرار را مترادف دانسته‌اند که برای تأکید تکرار شده است». در لسان العرب (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۴۸۲) و تاج العروس (زبیدی، ۱۴۱۴: ۱۲۲) نیز همین عبارت تکرار شده است.

۱-۱-۱-۲. مفهوم ضرر و ضرار از دیدگاه فقها

فقهای امامیه در معنای ضرر و ضرار اختلاف داشته و نظرات متعددی پیرامون آن مطرح نموده‌اند. برخی از بزرگان فقه با وجود مشخص بودن مفهوم قاعده که بر ضرر وارد شده است، خود را از تعریف بی‌نیاز دیده‌اند (شیخ انصاری، ۱۴۱۴: ۱۱۳؛ نراقی، ۱۴۱۷: ۴۸، مامقانی، ۱۳۵۰: ۳۳۱؛ نراقی، ۱۴۲۲، ۲۶۹). از آن جهت که معنای ضرر و ضرار در فهم و اجرای قاعده اهمیت اساسی داشته، ولی این نظر موضوع نفی را مشخص نمی‌سازد، قابل انتقاد است. پاره‌ای دیگر 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، و «انک رجل مضار» را به عنوان شاهی بر مدعای خویش می‌آورند (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹: ۳۸۱؛ فیروزآبادی، ۱۴۰۰: ۶۰۶؛ مصطفوی، ۱۴۲۱: ۲۴۵؛ مشکینی، ۱۴۱۳: ۳۵۳). ضعف این گفته نیز واضح است، زیرا تکرار خلاف اصل بوده و نیازمند دلیل است، در حالی که در قضیه سمره بن جندب چنین دلیلی وجود ندارد. بلکه، برعکس، ظاهر روایت نشان می‌دهد که رسول خدا (صلی الله علیه و آله و سلم) دو مفهوم را بیان کرده است (در تأیید این ایراد، ر.ک. صدر، ۱۴۰۸: ۵۳۳؛ خمینی، ۱۴۱۰: ۳۳). به علاوه، در بعضی از آیات و روایات تنها از ضرار سخن به میان آمده، و این خود نشان می‌دهد که ضرار مشتمل بر معنایی است که ضرر شامل آن نمی‌شود (سبحانی، ۱۴۱۵: ۶۶).

عده‌ای دیگر بر این باورند که صیغه ی مبالغه برای متعدی کردن فعل به کار می‌رود، خواه فعل قبلاً لازم بوده و در این باب متعدی گردد یا متعدی به حرف جر بوده و در هیأت مفاعله به خودی خود متعدی شود، همانند «جلس الیه» و «جالس»؛ یا اینکه قبلاً به چیزی متعدی بوده و حالا به چیز دیگر متعدی شود، مثل «کتبت الحدیث الیه» و «کاتبه الحدیث»،





و از این بحث نتیجه می‌گیرند که هیأت مفاعله برای قصد و عمد داشتن در رساندن اثر فعل به دیگری به کار می‌رود، اما فعل مجرد متضمن قصد در انجام فعل نیست، مانند «ضرب» و «ضارب» (اصفهانی، ۱۴۲۹: ۴۳۸-۴۳۹؛ اصفهانی، ۱۴۱۸، ۱۰). بر این نظر ایراد شده که متعدی کردن فعل مستلزم داشتن قصد و عمد در انجام آن فعل نیست، زیرا متعدی شدن فعل خاصیت لفظ آن فعل است، در حالی که داشتن قصد و عمد از فاعل فعل است (سیستانی، ۱۴۱۴: ۱۲۶ و نیز ر.ک. صدر، ۱۴۰۸: ۵۲۳ به بعد).

آیت الله سیستانی در کتاب ارزشمند خود معتقد است «ضرر» اسم مصدر برگرفته از ثلاثی مجرد، و به معنای نقضی است که به زیان دیده وارد شده است، نه مصدر؛ و از این رو، به فاعلی نسبت داده نمی‌شود. اما «ضرار» مصدر باب مفاعله است. ولی، بر خلاف آنچه که برخی از علمای لغت گفته‌اند، «ضرار» به معنای مشارکت و ایراد ضرر از ناحیه دو نفر نیست، زیرا در فرازهای قرآنی، نظیر «لا تمسکوهن ضرراً لتعتدوا»^۱ با اینکه ضرر تنها از یک طرف بوده، خداوند متعال مشتقات «ضرار» را استعمال فرموده‌اند. در قضیه سمره نیز با اینکه تنها او به مرد انصاری ضرر می‌زد، پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) «ضرار» را به کار برده‌اند. این فقیه برجسته پس از بحث فراوان در معنای صیغه مفاعله می‌نویسند: «استعمال‌های گوناگون هیأت مفاعله نشان می‌دهد که این صیغه، بر نسبتی دلالت دارد که آن نسبت نیز نسبت دیگری را بالفعل یا بالقوه به دنبال دارد، که با اختلاف موارد متفاوت است. گاهی نسبت دوم همانند نسبت اول، کاری است که از فاعل نسبت به همان مفعول انجام می‌شود، که در این حالت دلالت بر مبالغه یا امتداد و طول می‌کند، و در صورت اخیر در برخی موارد مانند تابع و واصل به ملازمه بر قصد و عمد در انجام کار دلالت دارد، و گاهی یک نسبت از فاعل و نسبت دیگر از مفعول صادر می‌شود، مثل مضاربه که این حالت را مشارکت می‌نامند». ایشان سرانجام از این بحث نتیجه می‌گیرند که «ضرار» به معنای تکرار یا استمرار ضرر است و از همین روست که نبی اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) به سمره فرمودند: «انک رجل مضار»، زیرا او مکرراً بدون اجازه وارد خانه مرد انصاری می‌شد و ضرر خود را به وی ادامه می‌داد (سیستانی، ۱۴۱۴: ۱۳۳-۱۱۵؛ در تأیید این نظر، ر.ک. مصطفوی، ۱۴۰۲، ۲۷؛ بجنوردی، ۱۴۱۹، ۲۱۴؛ عراقی، ۱۴۱۸: ۱۳۰؛ بجنوردی، ۱۴۰۱: ۲۵۳). با این وجود، این عقیده نشان نمی‌دهد که چرا در قضیه سمره بین

۱. بقره، ۲۸۲، ۲۳۳، ۲۳۱؛ توبه، ۱۰۷؛ طلاق، ۶.



«ضرر» و «ضرار» تمایز گذاشته شده، و اساساً تفکیکِ ضرر لحظه‌ای و ضرر مستمر و مداوم بر چه مبنایی توجیه می‌یابد؟ اگر ضرر نفی شده است، توجیه منطقی و عقلانی وجود ندارد که شارع حکیم یک مرتبه از ضرر لحظه‌ای منع کند و سپس از ضرر مستمر. افزون بر آن، حمل ضرار به ضرر مستمر و مداوم سبب می‌شود، جمله نخست یعنی «لاضرر» به ضرر غیرمستمر اختصاص یابد، در حالی که چنین تفسیری با ظاهر خبر و اطلاق آن سازگاری ندارد.

جمعی از فقها با توجه به برخی از آیات شریفه قرآن کریم^۱ و قضیه سمره «ضرار» را به معنای ضرر عمدی و لجاجت، و «ضرر» را اعم از آن دانسته‌اند که هرگاه در مقابل «ضرار» به کار رود، به معنای ضرر غیرعمدی خواهد بود (نائینی، ۱۳۷۳: ۱۹۹؛ مکارم، ۱۴۱۱: ۵۶؛ سبحانی، ۱۴۱۵: ۶۷؛ صدر، ۱۴۰۸: ۵۳۳ و ۵۸۶؛ صدر، ۱۴۲۰: ۱۶۳؛ روحانی، ۱۴۱۲: ۳۸۳-۳۸۱؛ طباطبایی قمی، بی‌تا: ۷۴؛ ایروانی، ۱۴۲۶: ۱۱۷؛ سبحانی، ۱۴۰۸: ۳۸. در تأیید این نظر، ر.ک. بهرامی احمدی، ۱۳۷۰: ۱۶۹). این مفهوم نیز با انتقادات زیادی روبه‌روست، زیرا برعکس «ضرار» که معنی مصدوری دارد و ممکن است متضمن عمد در اضرار باشد، «ضرر» نه مصدور، که اسم مصدور از مصدر «الضر» است، و از این رو به فاعلی نسبت داده نمی‌شود (خویی، ۱۴۱۷: ۵۳۲-۵۳۳؛ و ۱۴۱۹: ۴۹۹). پس نمی‌تواند به معنای ایراد ضرر غیرعمدی یا اعم از اضرار عمدی و غیرعمدی باشد. به علاوه، اگر «ضرار» به معنای ایراد ضرر عمدی می‌بود، کافی بود از واژه «اضرار» که این مفهوم را بهتر می‌رساند، استفاده شود. همچنین، در روابط انسان‌ها نه تنها اضرار عمدی منفی است، ضرر غیرعمدی نیز نفی شده است. بنابراین، دلیلی برای اختصاص نفی ضرار به اضرار عمدی وجود ندارد. افزون بر همه‌ی این‌ها، چنان‌که خواهد آمد، از آیات متعددی که به رعایت معروف امر شده برداشت می‌شود که نفی «ضرار» در دایره‌ی محدود اضرار عمدی نمی‌گنجد و مفهوم گسترده‌تری دارد.

تتبع امام خمینی (رحمه الله علیه) در آیات قرآن مجید، ایشان را به این نتیجه رسانده که «ضرر» به صورت ثلاثی مجرد و ثلاثی مزید فیه از باب افعال (یعنی ضرر، اضرار و مشتقات آن‌ها) به معنی نقص در مال و جان است؛ هم‌چنان‌که عرف نیز به اذیت و آزار و از بین بردن حق کسی، ضرر و اضرار نمی‌گوید. اما «ضرر» مزید فیه از باب مفاعله (یعنی ضرار و





مضاره) در مفهوم اذیت و آزار و کسی را در مضیقه و مشقت قرار دادن به کار می‌رود. همان‌طور که در قضیه مسجد ضرار^۱ سازندگان آن قصد ایراد ضرر مالی و جانی نداشتند، بلکه می‌خواستند بین مسلمانان تفرقه اندازند و آنان را تضعیف نمایند. به کار بردن بحث از «ضرار» در قضیه سمره نیز از همین قبیل است، زیرا سمره ضرر مالی یا جانی به مرد انصاری وارد نمی‌کرد، بلکه زندگی را بر او تنگ و موجب عسر و حرج او در خانه‌اش شده بود (خمینی، ۱۴۱۰: ۳۲-۳۰؛ و ۱۳۸۲: ۹۶-۹۲).

با اندک تغییری باید بر این نظریه مهر تأیید نهاد که ضرر به معنای «ضرر مادی»، ضرر بر جان یا مال، است و ضرار به مفهوم «ضرر معنوی» است، یعنی ضرری که همراه با آزار و اذیت و در مضیقه و مشقت قرار دادن دیگری است. قضیه سمره نیز این برداشت را تأیید می‌کند، چه سمره گاه و بی‌گاه بر مرد انصاری و خانواده وی وارد می‌شد و مرد انصاری نزد پیامبر (صلی الله علیه و آله و سلم) شکایت برد که او در حالی بر من وارد می‌شود که من خوش ندارم (کلینی، ۱۴۰۷: ۲۹۳-۲۹۴؛ صدوق، ۱۴۱۳: ۲۳۳؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۱۴۷؛ حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۵: ۴۲۸). بنابراین، روشن است که در این قضیه، مسأله ضرر معنوی مطرح بوده، نه ضرر مادی، و به همین دلیل، رسول گرامی اسلام (صلی الله علیه و آله و سلم) به «ضرار» اشاره فرموده و سمره را مضار نامیده‌اند. از قرآن کریم نیز بر می‌آید که «ضرار» به همین معنا استعمال می‌شود. به عنوان مثال، آیه شریفه (۲۳۱) سوره مبارکه بقره، بعد از بیان اینکه پس از طلاق و در نزدیک پایان عده، یا زنان را به معروف نگاه دارید یا به معروف رها کنید، آمده است: «و لا تمسکوهن ضرراً لتعتدوا...» و آن را ظلم به نفس می‌داند. در این آیه شریفه، هدف شوهر نه رجوع واقعی، بلکه در مشقت قرار دادن زن و در حقیقت، ایراد ضرر معنوی به اوست. همچنین، خداوند متعال در آیه شریفه (۶) سوره طلاق مردان را مکلف فرموده‌اند تا در ایام عده‌ی رجعی، زنان را در منزلی که برای آنان میسر است، اسکان دهند و سپس می‌فرمایند: «و لا تضاروهن لتضیقوا علیهن». انتخاب مسکن هم حق مرد است، ولی او نمی‌تواند از این اختیار به قصد اضرار و در مضیقه قرار دادن زن استفاده کند، مثلاً او را در منزلی بسیار کوچک، یا پر سر و صدا یا نامناسب نگه دارد (ره پیک، ۱۳۸۲: ۸۳). از آیات (۲۳۳) و (۲۸۲) سوره مبارکه بقره نیز همین معنی برداشت می‌





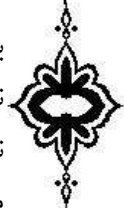
شود. بنابراین، از آیات و روایات فوق بر می آید که «ضرر» به مفهوم ضرر مادی و «ضرار» به معنای ضرر معنوی است.

۱-۱-۱-۲. مفهوم هیأت ترکیبی قاعده (لاضرر و لاضرار)

در خصوص معنای هیأت ترکیبی قاعده و به عبارت دیگر، مفهوم قاعده لاضرر تاکنون نظرات متفاوتی از سوی فقهای امامیه ابراز شده است، که مهم ترین آن ها عبارت اند از: نهی تحریمی (۱-۱-۱-۱)؛ نهی حکومتی و سلطانی (۱-۱-۱-۲)؛ نفی ضرر غیر متدارک (۱-۱-۱-۳)؛ نفی حکم به لسان نفی موضوع (۱-۱-۱-۴) و نفی حکم ضرری (۱-۱-۱-۵) که به ترتیب مطالعه می شوند.

۱-۱-۱-۲-۱. نهی تحریمی

مرحوم شیخ الشریعه بر این باورند که از نفی ضرر و ضرار، اراده ی نهی شده است؛ به این معنا که شارع مقدس ضرر زدن را حرام نموده است. بنابراین، مفهوم این روایت بیان حکم تکلیفی، و نه وضعی است. ایشان برای اثبات دیدگاه خویش می نویسند: این شیوه استعمال در آیات قرآن و اخبار نبوی بسیار شایع است. به عنوان مثال، در آیه (۱۹۷) سوره بقره آمده است «فلا رفث ولا فسوق ولا جدال فی الحج»؛ پیامبر اسلام (صلی الله علیه و آله و سلم) نیز فرمودند: «لا إحصاء فی الإسلام»؛ «لا سبق إلا فی خف او حافر او نصل»؛ «لا صمات یوم إلى اللیل»؛ «لا ضروره فی الإسلام»؛ «لا غش بین المسلمین»؛ «لا هجر بین المسلمین فوق ثلاثه أيام»؛ «لا طاعه لمخلوق فی معصیه الخالق» و... به علاوه، همان طور که گفته شد، لغت شناسان لاضرر و لاضرار را به معنای نهی از ایراد ضرر دانسته اند (اصفهانی، ۱۴۱۰: ۲۸-۲۴) در تأیید این نظر ر.ک. جزایری، ۱۴۱۵: ۶۱۱؛ فیروزآبادی، ۱۴۰۰: ۳۱۰؛ خالسی، ۱۴۱۵: ۳۵-۲۷). این نظریه با ایرادات فراوان روبرو شده است؛ زیرا استعمال لای نفی جنس به معنای نهی، مرسوم و معهود نیست (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹: ۳۸۲) و حتی برخی گفته اند: وقتی «لا» بر اسم داخل شود، استعمال مجازی آن به معنای نهی صحیح نیست (صدر، ۱۴۰۸: ۵۵۱). وانگهی، عبارت «فی الاسلام» در این مثال ها نشان می دهد که از آن ها اراده ی نهی نشده است، بلکه مراد این است که در عالم تشریع چنین ماهیتی نفی گردیده و چنین حکمی وجود ندارد. در غیر این صورت، لازم می آید که چنین اموری در غیر اسلام جایز باشند. افزون بر آن، در برخی موارد مانند قرارداد مسابقه منظور از نفی، نفی صحت است نه نهی از آن. اگر هم در مواردی از قبیل «لاخصی فی الاسلام» مقصود تحریم باشد، از باب نفی حکم به لسان نفی موضوع است. بنابراین، تنها موارد اندکی از قبیل آیه فوق باقی می ماند که در آن ها مراد از نفی، نهی است که این موارد نیز تقویت و ترجیح دیدگاه

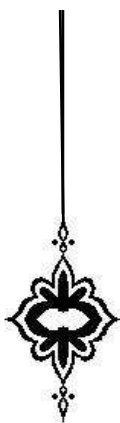




شیخ الشریعه و ضعف نظرات دیگران را اثبات نمی‌کند. به علاوه، قول لغوی در جایی که معنی حقیقی مفردات حدیث منظور نیست، بلکه بحث در تشخیص معنای مجازی آن است، حجت نیست. همچنین، نظر مذکور با مدارک قاعده لاضرر از جمله حدیث شفعه و قضیه سمره انطباق ندارد، زیرا پیامبر اسلام (صلی الله علیه و آله و سلم) دامنه‌ی قاعده تسلیط را بدین وسیله محدود نمودند و حکم به قلع درخت دادند، که بدون تردید یک حکم وضعی است. فقها نیز در بسیاری از ابواب فقه از جمله خیار غبن و عدم وجوب وضو یا روزه یا حج ضرری به قاعده لاضرر استناد کرده‌اند که با اراده‌ی نهی از نفی سازگاری ندارد. علاوه بر موارد مذکور، اگر پذیرفته شود که عبارت «فی الإسلام» در قضیه سمره و در متن حدیث وجود داشته است، مانع از پذیرش این تفسیر می‌شود، زیرا لازمه‌ی گفته‌ی شیخ الشریعه تجویز ایراد ضرر در غیر اسلام است؛ در حالی که منع اضرار به غیر از مستقلات عقلی بوده و قبیح است و اختصاص به جامعه اسلامی و مسلمانان ندارد (سیستانی، ۱۴۱۴: ۱۸۳-۱۶۶؛ خویی، ۱۴۱۹: ۵۰۳؛ شیخ انصاری، ۱۴۱۴: ۱۱۴؛ نراقی، ۱۴۱۷: ۵۱).

۱-۱-۱-۲. نهی حکومتی و سلطانی

امام خمینی (رحمه الله علیه) معتقدند مراد از لاضرر و لاضرر نهی از اضرار است، اما نه به معنای نهی الهی، بلکه به معنای نهی سلطانی و حکومتی؛ زیرا پیامبر (صلی الله علیه و آله و سلم) دارای سه مقام نبوت و رسالت، حکومت و سیاست و مقام قضاوت هستند. از این رو، هر روایتی که با واژه «امر» یا «قضا» از ایشان نقل می‌شود، ظاهر در این است که به عنوان حاکم و امیر چنین دستوری داده‌اند، نه به عنوان بیان‌کننده احکام، و هر گونه تعبیر دیگری نیازمند دلیل است. از آنجا که روایت احمد بن حنبل از عباد بن صامت از نبی اسلام (صلی الله علیه و آله و سلم) با «قضا» شروع شده است، پس دلالت دارد که مورد از مواردی بوده که ایشان به عنوان حاکم یا قاضی چنین دستوری صادر کرده است. ولی می‌دانیم که مورد از موارد فصل خصومت نبوده، زیرا برای سمره و مرد انصاری شبهه موضوعیه و حکمیه وجود نداشته است. پس منحصراً دستور حکومتی بوده، و به این معنی است که کسی نباید در حکومت من به دیگری ضرر بزند. ایشان دستور پیامبر (صلی الله علیه و آله و سلم) بر کندن درخت را به عنوان تأییدی بر صحت این برداشت ذکر می‌کنند (خمینی، ۱۳۸۲: ۱۲۰-۱۱۲؛ و ۱۴۱۰: ۵۶-۵۰). علاوه بر اینکه ایرادات نهی تحریمی بر این نظر نیز وارد است، این گفته در صورتی وجهی داشت که ادله قاعده لاضرر اختصاص به قضیه سمره داشت، در حالی که احادیث شفعه و امثال آن نادرست بودن نظر پیش گفته را آشکار می‌کند. به علاوه، در رد





نظر حضرت امام (رحمه الله علیه) گفته شده است: نهی از اضرار مناسب حکم کلی الهی است نه حکم حکومتی، زیرا اضرار به غیر ظلم است و قبح ظلم، از قوانین فطری، بلکه از روشن ترین مصادیق حسن و قبح عقلی است و مناسب احکام الهی می باشد که تفصیل و توضیح احکام فطری است، و چگونه ممکن است صفحه قانونگذاری اسلام از این حکم فطری خالی بوده، و پیامبر (صلی الله علیه و آله و سلم) آن را به صورت حکم حکومتی تشریع نماید؟ (سیستانی، ۱۴۱۴: ۱۸۶). اضافه بر اینکه اختیار حکومتی منحصر به موارد خاص و جزئی بوده و بسته به مورد مشخص و زمان معین است و تحت ضوابط کلی در نمی آید. از این رو، اختیار پیامبر (صلی الله علیه و آله و سلم) شامل وضع مقررات کلی مثل لاضرر و لاضرار نمی شود (مکارم، ۱۴۱۱: ۷۲؛ سبحانی، ۱۴۱۵: ۸۴؛ روحانی، ۱۴۱۲: ۳۹۷). افزون بر عدم حجیت روایت مورد استناد، شواهدی که حضرت امام (رحمه الله علیه) برای اثبات نظریه خویش آورده اند، نیز جای تأمل دارد، زیرا مرد انصاری و سمره در حکم با هم اختلاف داشتند. شاهد این مدعا این است که مرد انصاری معتقد بود سمره بدون اجازه حق عبور ندارد و سمره می گفت: برای سر زدن به درخت خودم اجازه بگیرم؟! وانگهی، حتی بر فرض پذیرش، عبارت «قضی» نیز نشان می دهد که پیامبر اسلام (صلی الله علیه و آله و سلم) در مقام قضاوت بودند و حمل آن بر حکم حکومتی خلاف ظاهر آن است. همچنین، کندن درخت دلالتی بر حکومتی بودن دستور پیامبر (صلی الله علیه و آله و سلم) ندارد، چرا که اگر نفی حکم نتواند قلع درخت را توجیه کند، نهی از اضرار و حکم حکومتی نیز توان آن را ندارد.

۱-۱-۲-۳. نفی ضرر غیر متدارک

طبق این دیدگاه، در حدیث پیش گفته ضرر و ضرار نفی شده است. ضرر و ضرار در صورتی تحقق می یابد که در برابر آن تدارک و جبرانی نباشد، زیرا ضرری که در برابر آن نفعی وجود دارد، ضرر محسوب نمی شود. همین طور وقتی در کنار ضرر، حکم شارع بر تدارک آن نیز موجود باشد، وجود این ضرر به منزله عدم است و گویا ضرری وجود ندارد. پس، مراد نفی وجود ضرر بدون تدارک است. از این رو، هرگاه ضرری محقق شد، باید همراه با لزوم تدارک باشد (مراغی، ۱۴۱۷: ۳۱۰-۳۲۲؛ تونی، ۱۴۱۵: ۱۹۴).

بر نظر مذکور ایرادات فراوانی وارد شده است، به نحوی که شیخ انصاری این نظر را ضعیف ترین نظریه در مفهوم قاعده نفی ضرر می داند؛ چرا که صرف حکم شارع بر لزوم



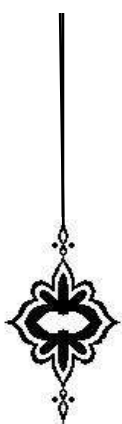


جبران و تدارك ضرر، موجب نفی ضرر موجود نمی‌شود. در حقیقت، در غالب موارد بین تحقق ضرر و جبران آن فاصله می‌افتد و در این فاصله ضرر وجود داشته است، و وجود این ضرر با حدیث لا ضرر که ضرر را نفی کرده است، منافات دارد (شیخ انصاری، ۱۴۱۴: ۱۱۴؛ بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۱: ۲۲۳). به علاوه، اراده‌ی ضرر غیرمتدارك از نفی ضرر از قبیل استعمال کلی در فرد بوده و نیازمند قرینه است که در اینجا چنین قرینه‌ای وجود ندارد (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹: ۳۸۲؛ سیستانی، ۱۴۱۴: ۱۹۷. برای ملاحظه ایرادات دیگر ر.ک. طباطبایی قمی، بی تا: ۹۹-۹۶؛ خویی، ۱۴۱۹: ۵۰۱).

۱-۱-۱-۲-۴. نفی حکم به لسان نفی موضوع

صاحب کفایه بر این باور است که لای نفی جنس برای نفی طبیعت چیزی به کار می‌رود. نفی طبیعت گاهی حقیقی است، مثل «لا رجل فی الدار»، یعنی جنس مردی در خانه نیست؛ و گاه به صورت ادعایی کنایه از نفی آثار مانند «لا صلوه لجار المسجد الا فی المسجد»، بدین معنی که می‌توان ادعا کرد که نماز همسایه‌ی مسجد در خانه، آثار کمال نماز را ندارد. حدیث لا ضرر از قسم اخیر است و به معنی نفی حکم ضرری است، ولی حکمی که از نفی آن نفی ضرر اراده شده است. با این توضیح که نفی ضرر آن حکمی را دفع می‌کند که برای فعلی ثابت شده است. به عنوان مثال، وضو برای نماز واجب است. حال اگر آن وضو برای مکلف ضرر داشته باشد، آن وجوب برداشته می‌شود. به طور خلاصه، تأکید ایشان بر موضوع ضرری است نه حکم ضرری. مرحوم آخوند برای توجیه نظر خود، این معنی را نزدیک‌ترین مجاز به معنای حقیقی می‌بیند، زیرا وقتی اراده‌ی نفی حقیقی ممکن نباشد، نفی ادعایی، نزدیک‌ترین معنای مجاز خواهد بود. در حالی که در سایر نظرات این نکته رعایت نشده است (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹: ۳۸۲-۳۸۱).

فقه‌های معاصر بر این نظر خرده‌های زیادی گرفته‌اند که نمودار ظرافت، تیزی و دقت نظر آنان در علم بلاغت است. آیت‌الله خویی با ظرافت تمام می‌فرماید: «اگر متن حدیث متضمن عبارت «لا ضرری فی الإسلام» بود، گفته مرحوم آخوند درست می‌نمود؛ اما حدیث «لا ضرر» است، و فرق ضرر و ضرری واضح است، زیرا ضرر جزیی از موضوع یا قید آن است و نفی آن معنی ندارد (خویی، ۱۴۱۷: ۵۴۵؛ و ۱۴۲۲: ۶۱۴-۶۱۲). شاگرد ایشان نیز می‌افزاید: در صورتی این حدیث دلالت بر نفی حکم به لسان نفی موضوع می‌کند که منظور از ضرر و ضرار فعل زیانبار باشد و نه معنی حقیقی آن‌ها، زیرا «ضرر» اسم مصدر است و حکمی ندارد که نفی شود و حرمت و ضمان از آثار معنای مصدری است.





«ضرار» نیز گرچه مصدر و دارای حکم از قبیل ضمان و حرمت است، ولی همان طور که صاحب کفایه متوجه آن بوده‌اند، نفی آن آثار، مقصود و معقول نیست. اراده‌ی نفی عمل زیانبار از نفی ضرر نیز خلاف ظاهر است، و از این جهت نظر ایشان ترجیحی بر سایر نظرات ندارد. به علاوه، نفی حکم از طریق نفی موضوع همیشه صحیح نیست و گاه منجر به نتایج نامطلوب می‌شود. به عنوان مثال، هرگاه حکم موضوعی مثل اضرار به نفس حرمت باشد، نفی حکم به لسان نفی موضوع موجب نفی حرمت می‌شود. در حالی که عدم التزام به آن واضح است (سیستانی، ۱۴۱۴: ۱۹۳-۱۹۰؛ و نیز ر.ک. سبحانی، ۱۴۱۵: ۷۴-۷۲؛ مصطفوی، ۱۴۲۱: ۲۴۶؛ بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۲۱؛ طباطبایی قمی، بی تا: ۹۴؛ موسوی کماری، ۱۴۱۵: ۷۲-۷۰).

وانگهی، نظر آخوند در صورتی موجه می‌نمود که قاعده لاضرر برای نفی مالکیت تشریع شده باشد، در حالی که انشای این قاعده در تعارض با قاعده تسلیط بوده، چرا که مالکیت سمره برای مرد انصاری زیان بار نبود، بلکه تسلط او بر انحاء تصرفات موجب زیان صاحب خانه و خانواده‌ی وی می‌شد. همان طور که می‌دانیم، تسلیط حکمی بر موضوع مالکیت است، و این حکم شارع مقدس است که گاهی منشأ ضرر می‌شود، نه اینکه موضوع یعنی مالکیت ضرری باشد و نبی اکرم اسلام (صلی الله علیه و آله و سلم) نیز دایره اصل تسلیط را محدود نمودند و در واقع، حکم ضرری را برداشتند.

۱-۱-۲-۵. نفی حکم ضرری

گرچه در ادوار مختلف فقه، اندیشه‌ی نفی حکم ضرری مورد توجه فقها بوده است، ولی نخستین بار ملا احمد نراقی، استاد شیخ انصاری، آن را تحت قاعده در آورد و پس از ایشان شیخ انصاری به تقویت آن همت گماشت. صاحب کتاب ارزشمند عواید الأیام می‌نویسند: طبق این حدیث ماهیت ضرر در دین اسلام نفی شده است، یعنی ضرر و ضراری در دین اسلام نیست. این بدین معناست که حکمی که سبب ضرر و ضرار شود، در دین اسلام وجود ندارد. بنابراین، حکم ضرری از احکام شرع اسلام نیست، زیرا خداوند به ضرر بندگانش راضی نیست، خواه ضرر از جانب ذات مقدس احدیت بر بندگان وارد آید، یا از طرف بندگانش بر یکدیگر» (نراقی، ۱۴۱۷: ۵۲-۵۰).

شیخ انصاری نیز معتقد است منظور از این حدیث، نفی آن حکم شرعی است که عمل به آن ضرری بر بندگان وارد آورد، به این معنی که در اسلام حکم ضرری، از قبیل لزوم بیع غبنی و وجوب وضوی ضرری جعل نشده است. همین طور، مباح بودن اضرار به غیر نیز حکم ضرری است که در





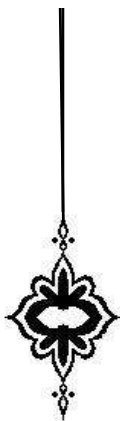
شرع نفی شده است. شیخ برای اثبات ادعای خویش به ظهور روایت، استعمال نظیر این حدیث در «لا حرج فی الدین»، تناسب نفی حکم با روایات وارد شده و همچنین، تفسیر اکثر علما استناد کرده اند (شیخ انصاری، ۱۴۱۴: ۱۱۴-۱۱۶؛ و ۱۴۱۶: ۵۳۴-۵۳۵).

پس از شیخ اعظم، بسیاری از فقهای امامیه از همین نظر پیروی کرده اند (نائینی، ۱۳۷۳: ۲۰۱؛ اصفهانی، ۱۴۰۹: ۱۰۰؛ مامقانی، ۱۳۵۰: ۳۳۲-۳۳۳؛ مصطفوی، ۱۴۲۱: ۲۴۳؛ بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۱۸؛ نراقی، ۱۴۲۲: ۲۷۳؛ بجنوردی، ۱۴۰۱: ۲۵۸؛ روحانی، ۱۴۱۳: ۴۰۷؛ صدر، ۱۴۲۰: ۱۶۴؛ خویی، ۱۴۱۷: ۵۴۰؛ موسوی کماری، ۱۴۱۵: ۷۲).

تفاوت این نظریه و دیدگاه مرحوم آخوند در این است که طبق رویکرد حاضر، آنچه اولاً و بالذات نفی شده، حکم است، خواه از باب مجاز، یعنی مطلق گذاشتن مسبب و اراده‌ی سبب، و خواه از باب تقدیر گرفتن واژه‌ی حکم، در نظر گرفته شود. اما در باور آخوند آنچه منفی است، موضوع است و از آن، نفی حکم اراده شده است. به طور خلاصه، طبق عقیده‌ی نخست حکم ضرری جعل نشده، و بر اساس نظر اخیر موضوع ضرری حکم ندارد.

دیدگاه مبنی بر اراده‌ی نفی حکم نیز از انتقاد مصون نمانده است. صاحب کفایه بیان فرموده اند «اراده‌ی نفی مسبب (ضرر) از نفی سبب (حکم)، با علاقه‌ی سببی و مسببی 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 متعدد 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» (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹: ۳۸۱-۳۸۲). به این ایراد چنین جواب داده شده است که به کار بردن مسبب به جای سبب در عناوین تولیدی معمول و شایع است و نیاز به قرینه ندارد (سیستانی، ۱۴۱۴: ۱۶۱).

با توجه به مطالب فوق و آنچه در خصوص متعلق نفی در حدیث نبوی در قضیه‌ی سمره گفته شد، باید همین مفهوم از قاعده لاضرر را تأیید نمود، چرا که در این حدیث، تسلیط که حکمی از احکام شارع مقدس است، نفی 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، تشریع نشده و لاضرر چنین حکمی را نفی می‌نماید، ضرری که از





حکم بر می‌خیزد، خواه مادی باشد یا معنوی، و اعم از اینکه در مقام اعمال حق باشد یا خیر.

۱-۱-۲. مفهوم قاعده سوءاستفاده از حق

بر خلاف قاعده لاضرر که مفهوم آن از سوی فقها بسیار مورد بحث قرار گرفته و اختلاف نظر نیز پیرامون آن زیاد است، مفهوم قاعده‌ی سوءاستفاده از حق چندان پیچیده نیست. در واقع، پس از اینکه نظریه مطلق بودن حق و جواز اعمال حق بدون هیچ گونه محدودیت کنار گذاشته شد و تئوری سوءاستفاده از حق مورد پذیرش قرار گرفت، تنها تردید جدی که نسبت به آن وجود داشت، تعارض درونی موجود در آن بود. پلانیول معتقد بود هنگامی که سوءاستفاده آغاز می‌شود، حق متوقف می‌گردد. به عبارت دیگر، عمل واحد نمی‌تواند هم موافق حق باشد، هم مغایر آن. وقتی شخصی از حق خود سوءاستفاده می‌کند، دیگر حقی ندارد تا سوءاستفاده از حق صدق کند؛ چرا که با سوءاستفاده از حق، عمل غیرقانونی می‌شود. اما این ایراد به وسیله ژوسران رد شد، وی معتقد بود می‌توان تصور کرد که حقی مانند حق مالکیت وجود داشته و وجود آن فی نفسه محرز باشد، ولی شیوه‌ی اجرای آن نامشروع باشد و به صورت درست مورد استفاده قرار نگیرد. بنابراین، همین شیوه‌ی اجرا باید ممنوع گردد، بدون اینکه این ضمانت اجرا بخواهد وجود خود حق (مالکیت) را انکار کند. ضمانت اجرای مبارزه با سوءاستفاده از حق، تنها با شیوه‌ی اعمال حق برخورد می‌کند و به صورت مشخص تنها برخی و نه همه‌ی امتیازات ناشی از آن حق را تقلیل می‌دهد. بنابراین، نظریه سوءاستفاده از حق اساساً وسیله‌ای برای تعیین مرزهای یک حق است (Tunc, 1972: nos 8-9).

برخی از حقوقدانان معاصر فرانسه برای تبیین مفهوم سوءاستفاده از حق محدودیت‌های ناظر بر حق را به داخلی و خارجی تقسیم نموده‌اند: کسی که ساختمان می‌سازد، نمی‌تواند به زمین همسایه تجاوز کند، یا منتفع نمی‌تواند محل انتفاع را تخریب کند. این‌ها محدودیت‌های خارجی حق هستند. حق دارای حدود داخلی نیز هست که به وسیله‌ی اصول کلی و روح نظام حقوقی معین می‌شود که از آن به «سوءاستفاده از حق» تعبیر می‌شود (Ghestin et Goubeaux, 1993: no 697). به نظر عده‌ای دیگر، سوءاستفاده از حق ناظر به موردی است که امکان اضرار به غیر در طبیعت حق موجود باشد، مانند ساختن بنا یا حق اعتصاب. ولی در جایی که اجرای حق به طور متعارف مستلزم زیان دیگری نیست،





کسی که با عمل ناشایسته ی خود به دیگری ضرر می زند، حتی در این باره ندارد که از آن سوء استفاده کند (Starck, 1972: no 305 et s.; Savatier, 1951: no 38). به طور خلاصه، ضرری که شخصی به دیگری می زند، ممکن است در مقام اعمال حق و یا بدون داشتن حتی باشد. تنها در فرض نخست است که سوء استفاده از حق قابل طرح خواهد بود. با توجه به آنچه در خصوص مفهوم قاعده لاضرر و قاعده سوء استفاده از حق گفته شد، معلوم می شود که رابطه ی آن دو تساوی است و هر دو حکمی را که سبب ضرر می شود، نفی می کنند. در حقیقت، به موجب قاعده لاضرر، هر حکمی که باعث ضرر غیر شود، برداشته می شود، گویا شارع چنین حکمی ندارد؛ 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 می شود، برداشته می شود؛ به این معنا که انجام فعلی که اصولاً مباح بوده است، در اثر سوء استفاده، حکم جواز خود را از دست می دهد و دیگر طرف نمی تواند آن عمل را انجام دهد. بنابراین، هر دو قاعده از نفی حکم (جواز اضرار به غیر) سخن می گویند، 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 می آید که تحت عنوان قلمرو دو قاعده در ذیل بررسی می شود.

۲-۱. رابطه قاعده لاضرر و قاعده سوء استفاده از حق از حیث قلمرو

پس از مشخص شدن مفهوم دو قاعده، اینک شایسته است قلمروی قاعده لاضرر (۱-۲) و قاعده سوء استفاده از حق (۱-۲-۲) تبیین شود.

۱-۲-۱. قلمروی قاعده لاضرر

قاعده لاضرر دارای قلمرویی گسترده 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 (مصطفوی، ۱۴۲۱: ۲۴۳؛ نراقی، ۱۴۲۲: ۲۷۳؛ خویی، ۱۴۲۲: ۶۲۱؛ انصاری، ۱۴۱۶: ۵۳۴؛ مکارم، ۱۴۱۱: ۲۸؛ جهت ملاحظه ی نظر ایشان مبنی بر عدم جریان لاضرر در عبادات به صفحه ۶۷ همان منبع مراجعه شود).

در هر مورد که قاعده نفی عسر و حرج قابل اعمال است، قاعده نفی ضرر و ضرار نیز جاری شده است. صاحب عناوین ضمن تأیید این مطلب، مصادیق اجرای این قاعده را در





ابواب مختلف فقه به تفصیل بیان می‌کند که مهم‌ترین آن‌ها عبارت‌اند از: سقوط نهی از منکر و اقامه حدود در صورت عدم امنیت، عدم اجبار به تقسیم و عدم لزوم ادای شهادت در صورت تحقق ضرر، حرمت سحر و غش و تدلیس، مشروعیت تقاص، حرمت احتکار و اجبار محترک به فروش در صورت نیاز مردم، خیار مسلم در صورت ناپدید شدن مسلم‌فیه در سر رسید و تخیر مراتب در صورت کذب و خدیعه، خیار تأخیر و رؤیت و عیب و غبن و تدلیس و تعذر تسلیم و تبعض صفقه، خیار مشتری در صورت مسلوب‌المنفعه بودن عین، عدم سقوط خیار غبن در صورت خروج مبیع از ملکیت خریدار، بیع رهن در صورت بیم فساد آن، عدم لزوم دفع غاصب بر مستودع، جواز دادن مورد ودیعه به حاکم یا فرد مورد اعتماد در حالت ضرورت، حلول دیون با موت مدیون، عدم جواز رجوع از عاریه در مواردی از قبیل عاریه تخته‌ای استفاده شده در کشتی، منع تبعض در اخذ به شفعه و باطل نشدن آن در صورت فسخ بیع به عیب و امثال آن، عدم لزوم وصایت تا زمانی که قبول نشده است، تخیر مولی علیه در صورتی که نکاح منعقد شده توسط ولی به غیر هم کفو یا فرد دارای عیب باشد، حرمت ورود در معامله و خواستگاری شخص دیگر در صورت اجابت دیگری، حرمت مانع شدن دیگران یا طول دادن استفاده از مشترکات، شنیدن ادعای مقر مبنی بر تبانی، شرعیت اصل قصاص و دیات و بسیاری از جزئیات فروع آن دو از قبیل عدم جواز قصاص طرف در صورتی که بیم هلاک نفس باشد (مراغی، ۱۴۱۷: ۳۰۶-۳۰۴؛ و نیز ر.ک. عاملی، بی تا: ۱۴۱؛ عراقی، ۱۴۱۸: ۱۷).^۱

۲-۲-۲. قلمرو قاعده سوءاستفاده از حق

قاعده سوءاستفاده از حق در جایی اعمال می‌شود که شخصی دارای حقی بوده و در مقام اعمال آن با سوءاستفاده نموده و به دیگری ضرر بزند. بنابراین، محل جریان قاعده سوءاستفاده از حق، اعمال و اجرای حق است. با وجود این، برخی از حقوق که به حقوق مطلق موسوم‌اند، از جمله حق مخالفت والدین با ازدواج فرزندان، حق تنفیذ نکاح فرزندان

۱. برخی دیگر از نویسندگان نیز ضمن تحقیقی جامع و تتبع در اقوال فقها، مصادیقی از اجرای قاعده لاضرر رادر ابواب مختلف فقه، طهارت، روزه، حج، امر به معروف، خیارات، بیع نسیه و ائمار و سلم، عقد ضمان و حواله، تقسیم مال مشترک، باب مزارعه، مساقات و مضاربه، ودیعه و عاریه، اجاره و صلح، وصیت و شفعه، کتاب نکاح و لعان، اقرار، باب خوراکها، کتاب غضب، احیای موات، لقطه، قضا، کتاب حدود و قصاص و دیات که در آثار فقهی استفاده شده است، بر شمرده‌اند (زاهد، بی تا: ۵۲-۳۴).





صغیر توسط اولیا و حق محروم کردن وارث از ارث از شمول قاعده سوءاستفاده از حق خارج بوده و مورد کنترل قرار نمی گیرند (Rouast, 1944, 1; Ghestin et Goubeaux, 1993: no 736-737; Tunc, 1972: no 175 ایران، ر.ک. کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۱۵؛ و ۱۳۸۷: ۲۱۷).

با توجه به مطلب پیش گفته، دامنه قاعده سوءاستفاده از حق در مقایسه با قاعده لاضرر به معنای مرسوم و فقهی خود، بسیار محدود است، زیرا نه تنها در امور عبادی و در رابط خداوند متعال و بندگان جاری نمی شود، که در روابط انسان ها نیز تنها درباره حقوق اعمال می شود، بدین معنا که شخص در اعمال حق خویش سوءاستفاده نموده و باعث ضرر غیر شود.

اما در عالم حقوق که به روابط انسان ها با یکدیگر پرداخته و از «حق» ها صحبت می کند، قلمروی قاعده لاضرر به سوءاستفاده از حق نزدیک می شود: در «حقوق خودخواهانه»^۱ یا صلاح دیدی که اعمال آن ها به اختیار و تشخیص صاحب حق واگذار شده، سوءاستفاده از حق جریان دارد؛ و نویسندگان فرانسوی تنها از وصیت و محروم کردن از ارث تحت عنوان حقوق مطلق نام می برند که از شمول تئوری سوءاستفاده از حق خارج است. خروج وصیت تا ثلث اموال از شمول قاعده لاضرر در فقه و حقوق ما نیز پذیرفته شده است، زیرا وصیت تا یک سوم دارایی، هر چند به قصد اضرار به وراثت انجام شود، نافذ بوده و مازاد بر آن نیازمند تنفیذ آنان است (فاضل مقداد، ۱۴۲۵: ۳۳۳). روایات متعددی نیز از معصومین (علیهم السلام) وارد شده که وصیت تا یک سوم اموال را نافذ شمرده و زیاده بر آن را به علت اضرار به وراثت نیازمند اجازه آنان دانسته اند؛ و در واقع، وصیت بر مال برای رفع ضرر از ورثه، به ثلث آن محدود شده است، به لحاظ همین عدم تحقق «وصیت مضار» است که انسان بدون وارث می تواند تمام اموالش را به نفع هر کس که می خواهد وصیت نماید (ر.ک. حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۹: ۲۶۴ و ۲۸۲-۲۶۷؛ بروجردی، ۱۴۲۹: ۳۹۴-۳۵۷). در «حقوق کارکردی»^۲ که آمیزه ای از حق و تکلیف است، همانند حق مخالفت والدین با ازدواج فرزندان یا حق تنفیذ نکاح فرزندان صغیر توسط اولیا، غالباً نیازی به استناد به تئوری سوءاستفاده از حق نیست، چرا که در چنین حقوقی صاحبان حق باید



۱. Droit égoïste.

۲. Droit fonctionnel



مصلحت طرف مقابل را رعایت کنند و نظریه رعایت مصلحت برای حمایت از آنان کفایت می‌کند. در فقه و حقوق ما نیز ولی و قیم مکلفند مصلحت طفل را مراعات نمایند، و گرنه اعمال آن‌ها نافذ نیست. پس در هر دو نظام در مورد حقوق کارکردی اصولاً قاعده سوءاستفاده از حق یا لاضرر کاربرد ندارد، هر چند این موضوع اعتبار مطلق ندارد، چرا که اگر مثلاً ولی طفل در محلی که مرسوم نیست، ساختمان ده طبقه بسازد و نور و هوای همسایه را از بین ببرد، به موجب قاعده لاضرر و سوءاستفاده از حق، از انجام عمل خویش منع می‌شود و ناچار به تخریب طبقات مازاد است. پس، در این دسته از حقوق نیز قاعده لاضرر و سوءاستفاده از حق به طور محدود جریان دارد.

نتیجه آنکه قلمروی قاعده لاضرر در حقوق اسلام و ایران (در حوزه روابط حقوقی و نه باب عبادات)، با قاعده سوءاستفاده از حق در حقوق فرانسه بسیار قرابت دارد. از برخی از مصادیقی که صاحب عناوین نام برده است، نیز این شباهت برداشت می‌شود. به عنوان مثال، کسی که برای گران شدن کالای مورد نیاز مردم دست به احتکار می‌زند، از حق مالکیت و اختیار فروش خود سوءاستفاده کرده و به همین دلیل، مشمول هر دو قاعده لاضرر و سوءاستفاده از حق می‌شود. اما این گفته بدان معنا نیست که قلمروی آن دو یکسان است؛ بلکه باید بر این موضع بود که حتی در نظام حقوقی قاعده لاضرر دارای قلمروی گسترده‌تری از سوءاستفاده از حق است؛ نظریه سوءاستفاده تنها در مقام اعمال حق جاری می‌شود، در حالی که قاعده لاضرر به حیطة مرسوم ناظر بر اجرای حق از قبیل حق مالکیت یا حق عبور محدود نیست. به دیگر سخن، قاعده لاضرر در مصادیق دیگری که بحث اجرای حق مطرح نیست و فردی از اعمال حق خویش سوءاستفاده نکرده نیز جاری می‌شود. مصادیقی که صاحب عناوین به عنوان مجرای قاعده لاضرر بر شمرده است، این گفته را تأیید می‌کند، 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 دیون با موت مدیون، قاعده لاضرر جریان دارد، بدون آنکه بحث اعمال حق مطرح بوده یا سوءاستفاده ای رخ داده باشد تا تئوری سوءاستفاده از حق جاری گردد.





۲. رابطه منطقی قاعده لاضرر و قاعده سوءاستفاده از حق از حیث معیار

مهم‌ترین بحث در خصوص قاعده لاضرر و قاعده سوءاستفاده از حق، معیار تحقق ضرر و سوءاستفاده است. از این رو، برای نتیجه‌گیری صحیح از رابطه منطقی دو قاعده از حیث معیار، ابتدا معیار قاعده لاضرر مطالعه شده (۱-۲)، آنگاه به بررسی معیار سوءاستفاده از حق می‌پردازیم (۲-۲).

۲-۱. معیار قاعده لاضرر

موافق قاعده لاضرر، حکم ضرری نفی شده است. اینکه منظور چه نوع ضرری بوده و معیار تحقق آن چیست، جای بحث دارد. پاره‌ای از نویسندگان، صرف تحقق ضرر را ملاک قاعده قرار داده‌اند (بهرامی احمدی، ۱۳۷۰: ۲۰۱ و ۳۶۷)، بدین معنی که هرگاه کسی در اعمال حق خویش سبب ضرر دیگری شود، به موجب قاعده لاضرر چنین ضرری بر طرف شده، و در راستای حکومت قاعده لاضرر بر قاعده تسلیط، صاحب حق از اجرای حق خویش منع می‌گردد. در فقه نیز برخی از علما تصرف در ملک را تنها در صورتی جایز می‌دانند که سبب ضرر همسایه نشود^۱ (خویی، ۱۴۱۰: ۱۵۶؛ طباطبایی قمی، ۱۴۲۶: ۱۴۹؛ بجنوردی، ۱۴۰۱: ۲۶۷؛ صدر، ۱۴۰۸: ۶۳۲؛ عراقی، ۱۴۱۸: ۱۸۷-۱۸۵؛ ایروانی، ۱۴۲۶: ۱۶۷؛ کاشف الغطاء، ۱۳۵۹: ۲۴). اما، این نظر به شدت مورد انتقاد است، زیرا به نفی خود حق می‌انجامد. در حقیقت، اعمال هر حقی کم و بیش برای دیگران زیان به همراه دارد. به عنوان مثال، مالکی که در باغ خویش آب چاهی حفر می‌کند، موجب کم شدن آب چاه باغ همسایه می‌شود. کاسبی که در محله‌ای مغازه می‌زند، مسلماً از مشتریان سایر مغازه‌دارها می‌کاهد و سبب ضرر آن‌ها می‌گردد. تاجری که در اثر تبلیغات متعارف از مشتریان رقبای خود کاسته و بر شمار مشتریان خود می‌افزاید، به رقبای خود زیان می‌رساند. نویسنده‌ای که با انتقاد از آثار دیگران، خوانندگان بیشتری جلب می‌نماید، به ضرر دیگر نویسندگان اقدام می‌کند. منتقد فیلم و تئاتر و آثار هنری نیز به نوبه خود از اعتبار صاحب اثر می‌کاهد و



۱. با وجود این، محقق خویی در هدایه فی الأصول تنها حالتی را از این قاعده مستثنی کرده است که عدم تصرف مالک موجب زیان او گردد. اما اگر تصرف به خاطر جلب منفعت بوده و عدم تصرف سبب فوت منفعت گردد و یا برای اضرار به همسایه یا بیهوده بوده باشد، حکم به عدم جواز تصرف داده و در صورت انجام آن، مالک را ضامن خسارت دانسته‌اند (خویی، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۵۸۲-۵۷۹ و برای ملاحظه نظری مشابه آن ر.ک.: قظ ۱۴۲۲، ج ۱، ص ۶۵۸-۶۵۴؛ خالصی، ۱۴۱۵، ص ۱۰۵-۹۹؛ نائینی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۲۲۶).

متقاضیان آثار وی را تحت تأثیر قرار می‌دهد و بدین ترتیب زیانی را موجی می‌شود. اگر به صرف زیان دیگری صاحب حق از اعمال حق خود منع شود، باید به کلی به انکار حق و نفی قاعده‌ی تسلط قائل شد. در حالی که کسی به این نتیجه ملتزم نمی‌شود.

فقه‌های امامیه نیز در کتاب احیای موات و در مسأله حریم املاک جواز تصرف مالک را گرچه مستلزم تضییع دیگری باشد، پذیرفته‌اند. آنان حکم حریم را در املاک جاری نمی‌دانند و به مالکان حق می‌دهند که هر طور که می‌خواهند در ملک خویش تصرف نمایند و بر این باورند اگر از این تصرف ضرری به دیگری رسد، مثلاً آب چاه همسایه کم شود، مالک مسؤولیتی ندارد. بسیاری برای این حکم به حدیث نبوی «الناس مسلطون علی اموالهم» استناد نموده و حتی بر این حکم ادعای عدم خلاف کرده‌اند. حتی بعضی بیان داشته‌اند که مالک می‌تواند خانه‌اش را که بین خانه‌های دیگر قرار دارد، تبدیل به کاروانسرا، حمام، آسیاب، رختشوی خانه و حتی آهنگری نماید (شیخ طوسی، ۱۳۷۸: ۲۷۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۲۶۸ و ۱۴۲۰: ۴۸۸؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۲۶؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۴۹۷؛ حلبی، ۱۴۱۷: ۲۹۵؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۷: ۳۸۲؛ عاملی، ۱۴۱۳: ۴۱۵؛ فیض کاشانی، بی‌تا، ج ۳: ۳۱؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۹: ۳۶۸؛ علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۶: ۹۲). با این وجود، اطلاق نظر مذکور مبنی بر اینکه مالک و صاحب حق هر گونه که بخواهد، بتواند در ملک خویش تصرف کند نیز قابل پذیرش نیست، زیرا موجب می‌شود صاحب حق بدون هیچ گونه قید و محدودیتی و حتی به قصد ضرر زدن به دیگران در حق خویش تصرف کرده و اعمال حق خود را وسیله‌ی اضرار به دیگران قرار دهد. در حالی که دیدیم در آیات قرآن و اخبار رسیده، شارع مقدس این گونه تصرفات را نفی کرده است. چه این که مذکور افتاد قرآن کریم مردان را از رجوع به زنان با هدف اضرار به ایشان نهی کرده است، و در قضیه سمره نیز که وی قصد آزار مرد انصاری را داشت، پیامبر اسلام (صلی الله علیه و آله و سلم) دامنه اصل تسلیط را محدود فرموده و سوءاستفاده از حق را مجاز نشمردند. بنابراین، اضرار عمدی در اعمال حق بر اساس نصوص نفی شده است.

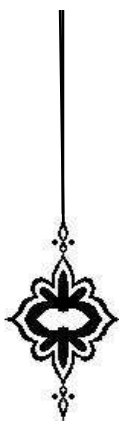
١٠. «يجوز للرجل التصرف في ملكه بأي أنواع التصرفات شاء، سواء حصل به تضررٌ للجار أو لا، فله أن يبني ملكه حماماً بين الدور، و أن يفتح خبازاً بين العطارين، أو يجعله دكان قصاره بين المساكن و إن أضرت الحيطان بالندق و أخرّبها، و أن يحفر بئرًا إلى جانب بئر جاره يجتذّب ماءها، أو يحفر بالوعة أو مرفقًا يجري ماؤه إلى بئر جاره...».



توجه به حدیث نبوی در خصوص سمره سبب شده که برخی از فقهاء، مالک را از تصرفی که تنها به قصد اضرار به دیگری و بدون جلب منفعت یا دفع ضرر انجام شده است، باز دارند، اما اگر تصرف مزبور نه به قصد اضرار بلکه با هدف دفع ضرر یا جلب منفعت صورت گرفته باشد، مجاز شمارند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۳۶۹؛ حائری، ۱۴۱۸: ۱۲۱؛ جزایری، ۱۴۱۵: ۶۴۸؛ طباطبایی قمی، بی تا: ۱۴۱). بعضی نیز تصرفی که عبث و بیهوده بوده و برای مالک هیچ فایده‌ای نداشته باشد، بلکه تنها به جهت امیال نفسانی صورت گیرد، را به قصد اضرار ملحق و مشمول قاعده لاضرر شمرده‌اند (شیخ انصاری، ۱۴۱۶: ۵۳۹؛ و ۱۴۱۴: ۱۳۰-۱۲۸؛ بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۴۲؛ طباطبایی قمی، بی تا: ۱۴۱). ضابطه‌ی قصد اضرار برای تحقق سوءاستفاده از حق، از این جهت که بر اعمال حق محدودیت و کنترل را لازم می‌داند و با آیات و روایات پیش گفته انطباق دارد، نیکوست، ولی کافی نیست، زیرا صاحب حق ممکن است قصد ضرر زدن به دیگری را نداشته ولی در حق خویش تصرفی کند که به دیگری ضرر ناروا زند و ضرر و ضرار صدق نماید.

به نظر می‌رسد معیار قاعده لاضرر، نه قصد اضرار بلکه ضرر غیرمتعارف است؛ به این معنا که اگر کسی در انجام عمل خود ضرر متعارفی به دیگری بزند، مشمول قاعده نفی ضرر قرار نمی‌گیرد و از انجام عمل خود منع نمی‌شود. اما اگر ضرر نامتعارفی به دیگری برساند، به موجب قاعده لاضرر از آن منع می‌گردد. به عنوان مثال، تحمل ضررهای ناشی از سر و صدا و بوی طبخ غذا در آپارتمان‌ها شایع و متعارف است. بنابراین، کسی نمی‌تواند منع همسایه از ایجاد این قبیل زیان‌ها را با استناد به قاعده لاضرر بخواهد. در مقابل، ساخت آپارتمان بیست طبقه در منطقه روستایی که معمولاً دو یا سه طبقه بالاتر ساخته نمی‌شود، متعارف نیست. از این رو، اگر همسایه‌ای مدعی شود که در اثر ساخت آپارتمان بیست طبقه، نور و هوای خانه‌ی وی از بین رفته یا کم شده و بدین خاطر زیان دیده است، قاعده لاضرر دخالت کرده و مالک را از ساخت آپارتمان بیش از حد متعارف منع می‌کند.

در برخی از روایات، از قبیل حدیث شفعه، در مبنای قاعده لاضرر نیز به لاضرر و لاضرار استناد شده است (کلینی، ۱۴۰۷: ۲۸۰؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۱۶۴؛ صدوق، ۱۴۱۳: ۷۶؛ حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۵: ۴۰۰) و از اینجا معلوم می‌شود که معیار قاعده مذکور، قصد اضرار نیست، بلکه ضرر نامتعارف ملاک است.





در تأیید این معیار می‌توان به قول برخی از فقهای امامیه نیز استناد نمود. علامه حلی در تذکره به مالکان اجازه می‌دهد که هر تصرف متعارفی که بخواهند در ملک خویش انجام دهند، و در این صورت ضمانی بر آن‌ها نیست، گرچه منجر به تلف شود، مگر اینکه تعدی نمایند (علامه حلی، ۱۳۸۸: ۴۱۴). صاحب دروس نیز می‌فرماید مالک می‌تواند تصرفی را که عادت بر آن جریان دارد، در ملک خویش انجام دهد، هرچند موجب زیان شود و مسؤول آن نیست (عاملی، ۱۴۱۷: ۶۰).^۱ عده‌ای از فقهای معاصر نیز تصرفاتی از قبیل ساخت اصطبل و آهنگری را در اماکن مسکونی خلاف متعارف و موجب نقض حقوق و اذیت همسایه‌ها شمرده‌اند (سبحانی، ۱۴۱۵: ۱۲۴؛ سبحانی، ۱۴۰۸: ۹۷).

۲-۲. معیار قاعده سوءاستفاده از حق

معیارهایی که در حقوق فرانسه برای تحقق سوءاستفاده از حق توسط رویه قضایی و دکترین ارائه شده است، عبارتند از: قصد اضرار (۲-۲-۱)، انحراف از حدود اجتماعی حق (۲-۲-۲)، غیرمتعارف بودن (تقصیر در) اجرای حق (۲-۲-۳) و غیرمتعارف بودن ضرر ایجاد شده (۲-۲-۴) که در این بخش مورد مطالعه قرار خواهند گرفت.

۲-۲-۱. قصد اضرار

برخی از صاحب‌نظران فرانسوی که مشهورترین آن‌ها ریپراس، معتقدند سوءاستفاده از حق در صورتی محقق می‌شود که فرد با هدف او ضرر زدن به دیگری در محدوده‌ی حق خویش عمل نماید. به عبارت دیگر، تنها عمد و قصد اضرار است که اعمال حق را نامشروع می‌کند و سوءاستفاده تلقی می‌شود (Ripert, 1949: no 90 et s.; Ripert et Boulanger, 1957: no 966; Savatier, 1974: no 266). این معیار در نخستین رأیی که در سال ۱۸۵۵ در خصوص سوءاستفاده از حق صادر شده، مورد عمل قرار گرفته است. در این پرونده، دادگاه تجدیدنظر کلمار، حکم محکومیت مالکی را صادر نمود که برای مسدود کردن نور خانه‌ی همسایه، دودکش کاذبی روی سقف خانه خود نصب کرده بود (CA Colmar, 2 mai 1855 D. 1856, 2, 9; V. aussi: Cass. civ., 8 juin 1857: S. 1858, I, 305; CA Paris, 4 déc. 1894 et 1895 : S. 1897, 2, 73 note Wahel, D. 1895, 2, 484). در سال ۱۹۰۲ نیز دیوان عالی کشور فرانسه شخصی که زمین خود را مورد گودبرداری عمیق قرار داده بود، تنها با این هدف که چشمه‌های مورد استفاده‌ی



۱. برای دیدن محدودیت‌های عقلایی و عرفی وارد بر مالکیت ر.ک. مکارم، ۱۴۱۱: ۱۰۲؛ صدر، ۱۴۲۰: ۳۸۳.



Cass. Req., 10 juin 1902: S. 1903, 1, 11; V.) همسایه را قطع کند، محکوم نمود (aussi: CA Amiens, 7 févr. 1912 : D. 1913, 2, 177, note Josserand; CA Paris, 8 févr. 1912 : S. 1914, 2, 209 et D. 1912, 2, 273. در پرونده معروف کلیمان بیارد که شخصی میله‌هایی را در پشت بام خویش نصب کرده تا مانع برخاستن بالن‌های همسایه شود و از این طریق او را مجبور به فروش زمین خود نماید، دیوان عالی اقدام او را بدون فایده و تنها به قصد اضرار همسایه تشخیص داده و تحت عنوان سوءاستفاده محکوم نمود (Cass. req., 3 août 1915; D. 1917, 1, 79; S. 1920, 1, 301). از این زمان به بعد، دادگاه‌ها و شعب دیوان عالی کشور فرانسه قصد اضرار را به عنوان معیار سوءاستفاده از حق در زمینه‌های بسیار متعددی اعمال نموده‌اند (V. Gain, 1913, 138 et s.; Cadiet, 1994, 77 et s.; Karimi, 2001, 77 no36 et s.; Ghestin et Gooubeaux, 1993, 77 et s.). آنجا که در پرونده‌های طرح شده شخصی که از حق خود سوءاستفاده می‌کرد، قصد اضرار داشت و دادگاه‌ها با وجود قصد اضرار سوءاستفاده را محرز می‌دانستند، چنین تصور می‌شد که از دید رویه قضایی، قصد اضرار شرط حتمی تحقق سوءاستفاده است و از همین رو، این معیار برای چند دهه حتی میان دکترین به عنوان معیار سوءاستفاده به کار می‌رفت (Ripert, 1949: no 90 et s.; Saleilles, 1905: 339, 345 et 378; Daban, 1905: 293) (et s).

از آنجا که اثبات قصد اضرار بسیار دشوار می‌نماید، برخی از نویسندگان و قضات، فقدان نفع قانونی و مشروع را فرض بر ایراد زیان عمدی در مقام اعمال حق شمرده و برای تعدیل این تئوری از حیث عملی، صرف بی‌فایده بودن عمل را مثبت قصد اضرار محسوب نموده‌اند (Ripert, 1949: no 103; Starck, 1972: no 310; Ghestin et Gooubeaux, 1993: no 716; Cass. req., 10 juin 1902: D. 1902, I, 454, S. 1903, I, II; Cass. req., 15 avril 1919: S. 1920, I, 300; Cass. req., 5 nov. 1923: D. 1924, I, II, S. 1924, I, 215). باید افزود که از تئوری فقدان نفع مشروع به عنوان معیار مستقل نیز یاد کرد (Karimi, 2001: 80). طبق نظریه اخیر، حقوق و اختیارات برای ارضا کردن منافع قانونی انسان به وی اعطا شده‌اند. پس، استفاده از این حقوق بدون هیچ گونه نفع و فایده‌ای برای صاحب آن، سوءاستفاده از حق محسوب می‌شود (Pardessus, Traité des servitudes, 51, cité par: Karimi, 2001: 80).

با گذشت زمان، ضابطه‌ی قصد اضرار مورد نقد قرار گرفت، زیرا بسیار مضیق بوده و تنها تعمد در اضرار را منع می‌کند (Ghestin et Gooubeaux, 1993: no 716; Karimi, 2001: 80).





77: 2001). در حالی که ممکن است هدف اعمال‌کننده‌ی حق، اضرار به دیگری نباشد، ولی سوءاستفاده صدق نماید. از این رو، این معیار مانع اغیار نیست. در پاره‌ای موارد از جمله مخالفت با ازدواج فرزندان صغیر وجود قصد اضرار سبب تحقق سوءاستفاده نمی‌شود (Rouast, 1944: 1; Ghestin et Gooubeaux, 1993: no 736-737). پس، ضابطه‌ی مذکور نیز جامع افراد نیست. برخی از نویسندگان به این نتیجه رسیده‌اند که آرای پیش گفته نشان نمی‌دهد که از نظر رویه قضایی سوءاستفاده از حق بدون وجود قصد اضرار تحقق نمی‌یابد (Mazeaud, 1978: no 460). نظریه‌ی فقدان نفع مشروع نیز نتوانست از انتقادات وارد بر این تئوری بکاهد، زیرا علاوه بر مضیق بودن آن، ممکن است در اعمال حق نفع قانونی و مشروعی وجود داشته باشد، ولی سوءاستفاده نیز متصور باشد.

۲-۲-۲. انحراف از غایت اجتماعی حق

ژوسران استاد فرانسوی که دید سوسیالیستی دارد و از این زاویه به حقوق می‌نگرد، بر این باور است که تمامی امتیازات و توانایی‌های حقوقی، حتی حقوق خودخواهانه، در اصل و جوهر خود غایت اجتماعی دارند و از این رو، هرگاه حقی بر خلاف اهداف اجتماعی آن مورد استفاده قرار گیرد، از آن سوءاستفاده شده است. به عنوان مثال، حمایت قانونگذار از مالکیت و احترام به آن بدین خاطر است که بهترین راه اداره‌ی اموال و بهره‌برداری از زمین را در حفظ آن می‌بیند. بنابراین، صاحب حق باید در همین راستا از حق خویش استفاده نماید، و گرنه مرتکب انحرافی شده که سوءاستفاده از حق نام دارد (Josserand, 1939: no 292; Josserand, 1939: no 166 et s. et t.II, no 430-433). بهرامی احمدی، (۱۳۷۰: ۱۷۷). این معیار، در رویه قضایی نیز به ندرت قابل مشاهده است. به عنوان مثال، دیوان کشور فرانسه در رأی مورخ ۲۲ مارس ۱۹۵۳ اعتصاب‌هایی که هدف سیاسی داشتند، را سوءاستفاده شمرده است.

این نظریه نیز در معرض انتقادهای زیادی قرار گرفته است. انحراف از هدف اجتماعی حق برای احراز سوءاستفاده نه تنها معیار دقیق و روشنی نیست، بلکه بسیار خطرناک است، چرا که به دادرس اجازه می‌دهد که همانند مفتش در هر مورد در جستجوی هدف اجتماعی برقراری حق بگردد، و با توجه به ضابطه‌مند نبودن این معیار، او دانسته‌ها و اعتقادات شخصی و تمایلات سیاسی و اجتماعی خود را مبنا قرار می‌دهد. نتیجه این امر آن است که حق افراد حتی در روشن‌ترین مظاهر آن به راحتی در معرض انکار قرار می‌گیرد و اعتماد افراد به اعمالی که به ظاهر طبق قانون انجام می‌شود، از بین می‌رود.





به علاوه، باید اعتراف کرد که تئوری غایت‌گرای ژوسران به نابودی نظریه حقوق فردی می‌انجامد. همچنین، این تئوری هیچ دلالتی بر مواردی که به‌رغم انحراف از مقاصد اجتماعی حق، سوءاستفاده تلقی نشده و به حقوق مطلق موسوم‌اند، ندارد. بنابراین، هیچ‌گاه از اعتبار نظریه‌ای مطلق برخوردار نیست (Dabin, 1952: 292; Karimi, 2001: 83-87).

۲-۳-۲. غیرمتعارف بودن اعمال حق یا تقصیر در اجرای حق

این معیار که مورد استقبال برخی از اساتید حقوق مدنی فرانسه قرار گرفته است، تئوری سوءاستفاده از حق را بر مبنای نظریه‌ی کلاسیک مسئولیت مدنی بنا می‌نهد، و با توجه به ماده (۱۳۸۲) قانون مدنی که مسئولیت مدنی را بر پایه تقصیر استوار می‌سازد، سوءاستفاده از حق را با مسئولیت مدنی در می‌آمیزد. بنا بر این رویکرد همان‌گونه که افراد در روابط خود باید محتاط و به صورت متعارف عمل نمایند، در موقع اعمال حق نیز می‌بایست جانب احتیاط را نگه داشته و از تقصیر پرهیزند. در نتیجه، ضابطه در اعمال حق نیز تقصیر است و معیار آن رفتار انسانی معقول و متعارف می‌باشد (Capitan, 1928: 367; Colin et Capitan, 1953: no 195; Demogue, 1931: no 658; Gaudmet, 1937: no 231 et 236; Lalou, 1949: no 410 et s.; Marty et Raynaud, 1962: no 417; Mazeaud et Tunc, 1965: no 564 et s., not. no 579-582; Mazeaud et Chabas, 1978: no 455 et 458; Tunc, 1972: no 19-20; Carbonnier, 1976: no 178; Ghestin et Goubeaux, 1993: no 711 et s.). در برخی از آرا از جمله رأی ۲۳ آوریل ۱۹۷۴ نیز تقصیر در اقامه دعوی بدون مبنا ملاک سوءاستفاده از حق قرار گرفته است. به نظر برخی از حقوقدانان، در کشور ایران نیز در بحث مسئولیت مدنی، تقصیر در اجرای حق و تصرف نامتعارف، معیار سوءاستفاده از حق را تشکیل می‌دهد (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۱۱؛ و ۱۳۸۷: ۴۱۹؛ صفایی و رحیمی، ۱۳۸۹: ۱۸۷).

این ضابطه نیز در معرض انتقاد قرار گرفته است. به نظر عده‌ای، 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، نادیده تفاوتی گذاشته نشود. به علاوه، حتی اگر سوءاستفاده را نوعی تقصیر بدانیم، ابتدا باید مشخص کنیم که چه نوع تقصیری روی داده است. برخی نیز از بی‌فایده بودن این تئوری در فرض تقصیر سبک سخن گفته‌اند و عده‌ای خاص بودن این معیار را منکر شده‌اند (Ghestin et Goubeaux, 1993: no 712; Starck, 1972: no 306; Josserand, 1939: no 238 et s., not. no 285; Karimi, 2001: 73-75).

۲-۴-۲. غیرمتعارف بودن اعمال حق یا تقصیر در اجرای حق

طبق این نظریه، آنچه که سبب تحقق سوءاستفاده از حق می‌شود، غیرمتعارف بودن اعمال حق نیست، بلکه غیرمتعارف بودن خسارتی است که از اجرای حق به وجود می‌آید. به نظر تعدادی از





حقوقدانان فرانسه، پاره‌ای از ضررها از قبیل تحمل صداها، بوها، دودها و غیره ضررهای مجاز هستند که شخص حق ایجاد آن‌ها را دارد و در صورتی که از حالت عادی و متعارف خارج نشوند، سبب مسؤولیت نمی‌گردند (Starck, Roland et Boyer, 1991: no 395).

با توجه به مطالب پیش گفته در خصوص معیار قاعده لاضرر و قاعده سوءاستفاده از حق، به نظر می‌رسد نظام فرانسوی به همان معیاری که حقوق اسلام در دوره آغازین خود اعلام داشته رسیده است؛ یعنی در هر دو ضرر غیر متعارف نفی شده است. بنابراین، معیار تحقق لاضرر و سوءاستفاده از حق، ضرر یا خسارت غیر متعارف، و نه قصد اضرار و نه نظریه‌ی تقصیر در اعمال حق می‌باشد.

نتیجه گیری

مطالعه تطبیقی میان قاعده لاضرر در حقوق اسلام با قاعده سوءاستفاده از حق در حقوق فرانسه اثبات می‌کند که در هیچ یک از آن‌ها حق مطلق نیست، بلکه صاحب حق در اعمال آن با محدودیت‌هایی روبه‌روست و مرزهای این محدوده را قاعده نفی ضرر در اسلام و قاعده نفی سوءاستفاده از حق در فرانسه تعیین می‌کنند.

بررسی آیات قرآن و روایات معصومین (علیهم‌السلام) نشان می‌دهد که در عبارت لاضرر و لاضرار، «ضرر» به معنای زیان مادی و خسارات وارد بر جسم و مال است، و «ضرار» به معنی ضرر معنوی و آزار و اذیت دیگری و در مضیقه و مشقت قرار دادن اوست. به موجب قاعده لاضرر حکم ضرری نفی شده است، خواه تکلیفی باشد یا وضعی، خواه ضرر منشأ حکم مادی باشد یا معنوی، و خواه عامل ضرر در مقام اعمال حق خویش باشد یا خیر. ملاک و معیار قاعده لاضرر نیز ضرر غیر متعارف است و قصد اضرار برای تحقق آن لازم نیست. قاعده لاضرر از حیث قلمرو نیز دامنه‌ی وسیعی دارد، که علاوه بر روابط میان انسان‌ها، در حوزه عبادات نیز به کار می‌آید. در حوزه‌ی روابط حقوقی نیز اختصاصی به اعمال حق ندارد، و فراتر از آن، هر کجا ضرری از حکمی بر خیزد، حکم مزبور را بر می‌دارد.

قاعده سوءاستفاده از حق در حقوق فرانسه نیز برای نفی حکم اباحه‌ی انجام عمل در حالت سوءاستفاده به کار می‌رود، هر چند به آن تصریح نشده است، رد پای نظریه‌ی نفی حکم را می‌توان آشکارا در آن دید. معیار سوءاستفاده از حق در فرانسه مورد اختلاف





است و نظر جدیدتری که توسط حقوقدانان مطرح شده است، تئوری نامتعارف بودن خسارت ایجاد شده است. از لحاظ قلمرو و محل جریان نیز قاعده سوءاستفاده از حق در جایی جاری می‌شود که شخص در مقام اجرای حق خویش است و با سوءاستفاده از آن، به دیگری ضرر می‌زند.

بنابراین، رابطه‌ی قاعده لاضرر و قاعده سوءاستفاده از حق، از حیث مفهوم تساوی (نفی حکم اباحه‌ی اضرار به غیر)، و از حیث قلمرو، عموم و خصوص مطلق به نفع لاضرر، و از حیث معیار نیز تساوی است. از این رو، با وجود نهاد بومی و تأسیس قرآنی و روایی لاضرر، دلیلی بر استناد به نهاد عاریتی سوءاستفاده از حق در نظام حقوقی ما وجود ندارد.

منابع

قرآن کریم

۱. ابن اثیر جزری، مبارک بن محمد، بی‌تا، النهایه فی غریب الحدیث و الأثر، قم، اسماعیلیان، ج ۳.
۲. ابن منظور، ابو الفضل محمد بن مکرم، ۱۴۱۴ق، لسان العرب، بیروت، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع، ج ۳، ۴.
۳. ابوجیب، سعدی، ۱۴۰۸ق، القاموس الفقہی لغه و اصطلاحا، دمشق، دار الفکر، ج ۲.
۴. اردبیلی [مقدس]، احمد، ۱۴۰۳ق، مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ج ۱، ۱۰.
۵. اصفهانی، فتح الله، ۱۴۱۰ق، قاعده لاضرر، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ج ۱.
۶. اصفهانی، محمد حسین، ۱۴۰۹ق، الإجاره، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ج ۲.
۷. _____، ۱۴۱۸ق، حاشیه کتاب المکاسب، قم، أنوار الهدی، ج ۱، ۱.
۸. _____، ۱۴۲۹ق، نهایه الدرایه فی شرح الکفایه، بیروت، مؤسسه آل البیت علیهم السلام لاحیاء التراث، ج ۲، ۴.
۹. انصاری، شیخ مرتضی، ۱۴۱۴ق، رسائل فقہیه، ت قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ج ۱.
۱۰. _____، ۱۴۱۶ق، فرائد الاصول، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ج ۵، ۲.
۱۱. ایروانی، باقر، ۱۴۲۶ق، دروس تمهیدیه فی القواعد الفقہیه، قم، دار الفقه للطباعة و النشر، ج ۳، ۱.





۱۲. بجنوردی، سید حسن، ۱۴۱۹ ق، القواعد الفقهیه، قم، نشر الهادی، ج ۱، ج ۱.
۱۳. بجنوردی، سید محمد، ۱۴۰۱ ق، قواعد فقهیه، تهران، مؤسسه عروج، ج ۳، ج ۱.
۱۴. بروجردی، آقا حسین، ۱۴۲۹ ق، جامع أحادیث الشیعه، تهران، انتشارات فرهنگ سبز، ج ۱، ج ۲۴.
۱۵. بهرامی احمدی، حمید، ۱۳۷۰ ش، سوءاستفاده از حق، تهران، انتشارات اطلاعات، ج ۲.
۱۶. تونی، عبدالله بن محمد، ۱۴۱۵ ق، الوافیه فی أصول الفقه، قم، مجمع الفکر الإسلامی، ج ۲.
۱۷. جزایری، محمدجعفر، ۱۴۱۵ ق، منتهی الدرایه فی توضیح الکفایه، قم، مؤسسه دار الکتب، ج ۴، ج ۶.
۱۸. جوهری، اسماعیل بن حماد، ۱۴۱۰ ق، صحاح، بیروت، دار العلم للملایین، ج ۱، ج ۲.
۱۹. حائری، سید علی، ۱۴۱۸ ق، ریاض المسائل، قم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، ج ۱، ج ۱۴.
۲۰. حلبی، حمزه بن علی بن زهره، ۱۴۱۷ ق، غنیہ النزوع إلى علمی الأصول و الفروع، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ج ۱.
۲۱. حسینی عاملی، سید جواد، ۱۴۱۹ ق، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ج ۱، ج ۱۹.
۲۲. حلی [ابن ادریس]، محمد بن منصور، ۱۴۱۰ ق، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ج ۲، ج ۲.
۲۳. حلی [علامه]، حسن بن یوسف، ۱۴۲۰ ق، تحریر الأحکام الشرعیه علی مذهب الإمامیه، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ج ۱، ج ۴.
۲۴. _____، ۱۳۸۸ ش، تذکره الفقهاء، قم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، ج ۱.
۲۵. _____، ۱۴۱۴ ق، تذکره الفقهاء، قم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، ج ۱، ج ۱۶.
۲۶. _____، ۱۴۱۳ ق، قواعد الأحکام فی معرفه الحلال و الحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ج ۱.
۲۷. خالصی، محمدباقر، ۱۴۱۵ ق، الرفع الغرر عن قاعده لا ضرر، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ج ۱.
۲۸. خراسانی، محمد کاظم، ۱۴۰۹ ق، کفایه الأصول، قم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، ج ۱.
۲۹. خمینی، سید روح الله، ۱۴۱۰ ق، مف الرسائل، قم، اسماعیلیان، ج ۱، ج ۱.
۳۰. _____، ۱۳۸۲ ش، تهذیب الأصول، تقریر جعفر سبحانی، قم، دار الفکر، ج ۱، ج ۳.





۳۱. خویی، سید ابوالقاسم، ۱۴۱۹ق، دراسات فی علم الأصول، تقرير هاشمی شاهرودی، قم، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، ج ۱، ج ۳.
۳۲. _____، ۱۴۲۲ق، مصباح الأصول، تقرير محمد سرور واعظ حسینی، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخویی، ج ۱، ج ۱.
۳۳. _____، ۱۴۱۰ق، منهاج الصالحین، قم، نشر مدینه العلم، ج ۲۸، ج ۲.
۳۴. _____، ۱۴۱۷ق، هدایه فی الأصول، تقرير حسن صافی اصفهانی، قم، مؤسسه صاحب الامر عجل الله تعالی فرجه الشریف، ج ۱، ج ۳.
۳۵. سبحانی، جعفر، ۱۴۱۵ق، الرسائل الأربع: قواعد اصولیه و فقهیه، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ج ۱، ج ۲.
۳۶. _____، ۱۴۰۸ق، قاعدتان فقهیتان: قاعده لا ضرر و قاعده الرضاع، قم، مطبعه الخیام، ج ۱.
۳۷. سیستانی، سید علی، ۱۴۱۴ق، قاعده لا ضرر و لا ضرار، قم، دفتر آیه الله سیستانی، ج ۱.
۳۸. سیوری حلی، مقداد، ۱۴۲۵ق، کنز العرفان فی فقه القرآن، قم، انتشارات مرتضوی، ج ۱، ج ۲.
۳۹. روحانی، سید صادق، ۱۴۱۲ق، فقه الصادق علیه السلام، قم، دار الکتاب - مدرسه امام صادق علیه السلام، ج ۱، ج ۱۸.
۴۰. روحانی، سید محمد، ۱۴۱۳ق، متقی الأصول، تقرير عبدالصاحب حکیم، قم، دفتر آیت الله سید محمد روحانی، ج ۱، ج ۵.
۴۱. ره پیک، حسن، ۱۳۸۲ش، منع سوء استفاده از حق در نظریه های حقوقی و مفاهیم قرآنی، مجله مطالعات اسلامی، ش ۶۲.
۴۲. زاهد، میرزا ابوالفضل، بی تا، رساله الضرر و ما فیہ من الخبر و ما له من الاثر، قم، مطبعه الحکمه، ج ۱.
۴۳. زبیدی، محب الدین سید محمد مرتضی، ۱۴۱۴ق، تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت، دار الفکر للطباعه و النشر و التوزیع، ج ۱، ج ۷.
۴۴. صدر، سید محمد باقر، ۱۴۱۷ق، بحوث فی علم الأصول، تقرير سید محمود هاشمی شاهرودی، قم، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، ج ۳.
۴۵. _____، ۱۴۲۰ق، قاعده لا ضرر و لا ضرار، تقرير سید کمال حیدری، قم، دار الصادقین للطباعه و النشر، ج ۱.
۴۶. _____، ۱۴۰۸ق، مباحث الأصول، تقرير سید کاظم حائری، قم، مطبعه مرکز النشر، ج ۴.



۴۷. صدوق، محمد بن علی بن بابویه، ۱۴۱۳ق، من لا یحضره الفقیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ج ۳.
۴۸. صفایی، سیدحسین و رحیمی، حبیب الله، ۱۳۸۹ش، مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)، تهران، سمت، بی جا.
۴۹. طباطبایی قمی، سیدتقی، بی تا، ثلاث رسائل، قم، انتشارات محلاتی، ج ۱.
۵۰. _____، ۱۴۲۶ق، مبانی منهاج الصالحین، قم، منشورات قلم الشرق، ج ۱، ج ۹.
۵۱. طریحی، فخر الدین، ۱۴۱۶ق، مجمع البحرین، تهران، کتابفروشی مرتضوی، ج ۳، ج ۳.
۵۲. طوسی، محمد بن حسن، ۱۴۰۷ق، تهذیب الأحکام، تهران، دار الکتب الإسلامیه، ج ۴، ج ۷.
۵۳. _____، ۱۳۸۷ش، المبسوط فی فقه الإمامیه، تهران، المکتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه، ج ۳، ج ۳.
۵۴. عاملی [شهید ثانی]، زین الدین بن علی، ۱۴۱۳ق، مسالک الافهام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ج ۱، ج ۱۲.
۵۵. عاملی [شیخ حر]، محمد بن الحسن، ۱۴۰۹ق، تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ج ۱، ج ۲۵-۱۹.
۵۶. عاملی [شهید اول]، محمد بن مکی، ۱۴۱۷ق، الدروس الشرعیه فی فقه الإمامیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ج ۲، ج ۳.
۵۷. _____، بی تا، القواعد و الفوائد، قم، کتابفروشی مفید، ج ۱.
۵۸. عاملی کرکی [محقق ثانی]، علی بن حسین، ۱۴۱۴ق، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ج ۲، ج ۷.
۵۹. عراقی کزازی، آقا ضیاء الدین علی، ۱۴۱۸ق، قاعده لا ضرر، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ج ۱.
۶۰. فیروز آبادی، سید مرتضی، ۱۴۰۰ق، عنایه الأصول، قم، کتابفروشی فیروز آبادی، ج ۴، ج ۴.
۶۱. فیض کاشانی، محمد محسن، بی تا، مفاتیح الشرائع، قم، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ج ۱، ج ۳.
۶۲. فیومی، احمد بن محمد، بی تا، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، قم، منشورات دار الرضی، ج ۱، ج ۲.
۶۳. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۷ش، الزامهای خارج از قرارداد: مسئولیت مدنی، تهران، دانشگاه تهران، ج ۸، ج ۱.





۶۴. _____، ۱۳۸۵ش، سوءاستفاده از حق یا تقصیر در اجرای حق، نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۲۱.

۶۵. کاشف الغطاء نجفی، محمد حسین، ۱۳۵۹ق، تحریر المجله، نجف، المكتبة المرتضویه، چ ۱، ج ۱.

۶۶. کلینی، محمد بن یعقوب، ۱۴۰۷ق، الکافی، تهران، دار الکتب الإسلامیه، چ ۴، ج ۵.

۶۷. مامقانی، ملا عبدالله، ۱۳۵۰ش، حاشیه علی رساله لا ضرر، قم، مجمع الذخائر الإسلامیه، چ ۱.

۶۸. مراغی، سید میر عبدالفتاح، ۱۴۱۷ق، العناوین الفقهیة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چ ۱، ج ۱.

۶۹. مشکینی، ابوالحسن، ۱۴۱۳ق، قاعده المیسور و نفی الضرر و الاجتهاد و التقليد، قم، کتاب فروشی لقمان، چ ۱، ج ۴.

۷۰. مصطفوی، حسن، ۱۴۰۲ق، التحقيق فی کلمات القرآن الکریم، تهران، مرکز کتاب لترجمه و النشر، چ ۱، ج ۷.

۷۱. مصطفوی، سید محمد کاظم، ۱۴۲۱ق، مائه قاعده فقهیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چ ۴.

۷۲. مکارم شیرازی، ناصر، بی تا، القواعد الفقهیة، قم، مدرسه امام امیر المؤمنین، چ ۳، ج ۱.

۷۳. موسوی کماری، مهدی، ۱۴۱۵ق، رساله فی قاعده لا ضرر و لا ضرار، تهران، پیام، چ ۱.

۷۴. نائینی، میرزا محمد حسین، ۱۳۷۲ش، رساله فی قاعده نفی الضرر، ضمیمه منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، تقریر موسی خوانساری، تهران، المكتبة المحمدیه، چ ۱.

۷۵. نراقی، احمد، ۱۴۱۷ق، عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، چ ۱.

۷۶. نراقی، محمد، ۱۴۲۲ق، مشارق الأحکام، قم، کنگره نراقین، چ ۲.

77. Cadet, L., mis à jour, (1994), Encycl. D., Rep. D. Civ., V. "Abus de droit".

78. Capitan, H., 1928, "Sur l'abs des droits", RTD civ.

79. Carbonnier, J., (1976), Droit civil, t.IV, obligations, Paris, PUF.

80. Colin, A. et Capitan, H., (1953), Traité de droit civil, Paris, Dalloz, 8th Ed., t.II.

81. Dabin, J., (1952), Le droit subjectif, Paris, Dalloz.

82. Demogue, R., (1931), Traité des obligations en général, Paris, Rousseau, t. IV.

83. Gain, M., (1913), Essai sur l'abus do droit, These Lyon.

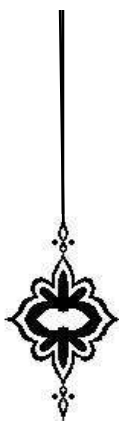
84. Gaudmet, E., (1937), Théorie générale des obligations, par H. Debios et J. Gaudmet, Paris, Siery, t. I.

85. Ghestin, J. et Goubeaux, G., (1993), Traité de droit civil – Introduction générale, Paris, L.G.D.J., 3rd Ed.

86. Josserand, L., (1939), L'esprit du droit romain, I- De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits, Paris, Dalloz, 2nd Ed.

87. _____, (1939), Cours de droit civil positif Français, Paris, t. I et II.

88. Lalou, H., (1949), Traité pratique de la responsabilité civile, Paris, Dalloz, 4th Ed.



89. Marty, G et Raynaud, P., (1962), Droit civil, Siery, Paris,t.II.
90. Mazeaud, H., L. et J. et Chabas, F., (1978), Leçons de droit civil, Paris, Montchrestien,6èmeéd.,t.II, 1er vol.
91. ————, et Tunc, A., (1956), Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, Paris, Montchrestien, 6th Ed.
92. Ripert, G et Boulanger, J., (1957), Traité de droit civil, t. II: Obligations et droits réels, Paris, L.G.D.J..
93. ————, (1949), La règle morale dans les obligation civiles, Paris, L.G.D.J., 4th Ed.
94. Rouast, A., (1944), “Les droits discrétionnaires et les droits controlés”, RTD civ.
95. Saleilles, R., (1905), “De l’abus de droit, rapport présenté à la première sous-commission de la commission de revision du code civil», Bull. Soc. études legislative.
96. Savatier, R., (1974), La théorie des obligations, Vision juridique et économique, Paris, 3rd Ed.
97. ————, (1951), Traité de la responsabilité civile en droit Français, Paris, 2nd Ed., t.I.
98. Starck, B., (1972), Droit civile: Obligation, Paris.
99. Roland, H. et Boyer, (1991), L., Obligations: responsabilité delictuelle, Litec, 4th Ed.
100. Tunc, A., (1972), International encyclopedia of comparative law, “Abus de droit”, Torts, New York, Oceana, Vol. XI.
101. CA Amiens, 7 févr. 1912 : D. 1913, 2, 177, note Josserand.
102. CA Colmar, 2 mai 1855, D. 1856, 2, 9.
103. CA Paris, 4 déc. 1894 et 1895 : S. 1897, 2, 73 note Wahel, D. 1895, 2, 484.
104. CA Paris, 8 févr. 1912 : S. 1914, 2, 209 et D. 1912, 2, 273.
105. Cass. civ., 8 juin 1857: S. 1858, I, 305.
106. Cass. req., 10 juin 1902: D. 1902, I, 454, S. 1903, I, II.
107. Cass. Req., 10 juin 1902: S. 1903, 1, 11.
108. Cass. req., 15 avril 1919: S. 1920, I, 300.
109. Cass. req., 3 aout 1915,: D. 1917, 1, 79; S. 1920, 1, 301.
110. Cass. req., 5 nov. 1923: D. 1924, I, II, S. 1924, I, 215.



فصلنامه پژوهش حقوق اسلام و غرب

