

فهرست مطالب

مقدمه	۱۱
بخش اول: مفهوم‌شناسی «سوء استفاده از حق»	۱۳
فصل اول. بررسی لغوی و اصطلاحی واژه‌ها	۱۴
مبحث اول. بررسی لغوی	۱۴
مبحث دوم. بررسی اصطلاحی	۱۵
فصل دوم. پیشینه فقهی حقوقی	۲۳
مبحث اول. حقوق غربی	۲۳
مبحث دوم. حقوق اسلامی	۲۷
گفتار اول. استعمال واژه «ضرار» در قرآن	۲۸
گفتار دوم. استعمال واژه «ضرار» در روایات	۳۶
روایت اول (روایت ابی عبیده و داستان سمرة)	۳۶
روایت دوم (روایت زراره و داستان سمرة)	۳۹
روایت سوم (روایات ابن مسکان و داستان سمرة)	۴۱
روایت چهارم (لاضرر ولاضرار فی الاسلام)	۴۸

- روایت پنجم (روایت دعائم الاسلام در لاضرار)..... ۵۸
- روایت ششم (قضاوت امیرالمؤمنین وقاعده لاضرار)..... ۶۲
- روایت هفتم (روایت عقبه بن خالد)..... ۷۰
- روایت هشتم (روایات عقبه بن خالد در حق شفعة)..... ۸۱
- گفتار سوم. معنای لغوی و اصطلاحی واژه «ضرار»..... ۸۵
- بخش دوم: معیار سوء استفاده از حق در نظام‌های حقوق غربی ۸۹
- بخش سوم: معیار سوء استفاده از حق در نظام‌های حقوقی اسلام..... ۹۳
- فصل اول. تعارض قاعده تسلط با قاعده «لاضرار»..... ۹۳
- مبحث اول. زیان ذی حق در فرض عدم تصرف..... ۹۴
- مبحث دوم. عدم النفع بیش از حد متعارف در فرض عدم تصرف..... ۹۶
- مبحث سوم. عدم النفع مالک در فرض تصرف غیرعقلایی..... ۹۸
- مبحث چهارم. عدم منفعت ناچیز در فرض عدم تصرف..... ۹۹
- مبحث پنجم. اضرار به غیر در قانون مدنی ایران..... ۹۹
- گفتار اول. بررسی مفهومی «عدم النفع»..... ۱۰۰
- باب اول. آثار متفرع بر تمیز نفع و منفعت..... ۱۰۲
- اول. اتلاف و تسیب..... ۱۰۲
- دوم. غصب..... ۱۰۳
- سوم. اضرار..... ۱۰۴
- فصل دوم. موارد تراحم ضررین..... ۱۰۷
- فصل سوم. تعارض ضررین..... ۱۱۱
- نتیجه‌گیری..... ۱۱۳
- فصل چهارم. بررسی تعارض و تراحم «لاضرر» در برخی موضوعات..... ۱۱۴
- بخش چهارم: نظریه سوء استفاده از حق در نظام‌های مدنی کشورهای غربی ۱۲۱
- فصل اول. نظام حقوقی مصر..... ۱۲۱
- الف. در مبحث اموال و مالکیت..... ۱۲۱

فهرست مطالب ۷

ب. مسئولیت ناشی از اعمال شخصی	۱۲۹
فصل دوم. نظام حقوق لبنان	۱۳۸
مبحث اول. مقدمه (سیر تاریخی نظام حقوقی لبنان)	۱۳۸
مبحث دوم. معیار سوء استفاده از حق در نظام حقوقی لبنان	۱۴۰
گفتار اول. اسباب و موجبات تعهد در حقوق لبنان	۱۴۱
گفتار دوم. مسئولیت مدنی اشخاص ثالث در حقوق لبنان	۱۴۹
گفتار سوم. عمومیت ضمان در قانون لبنان	۱۵۹
فصل سوم. نظام حقوقی امارات متحده عربی	۱۶۱
مبحث اول. حدود حق و مصادیق سوء استفاده از حق	۱۶۱
مبحث دوم. احوال شخصیه	۱۶۴
فصل چهارم. نتیجه‌گیری نظریه در نظام‌های مختلف حقوقی	۱۶۶
بخش پنجم: بررسی نظریه «سوء استفاده از حق» در پاره‌ای از موضوعات ...	۱۶۹
فصل اول. وصیت اضرائی و سوء استفاده از حق	۱۶۹
مبحث اول. وصیت اضرائی در قرآن	۱۶۹
بررسی ادبی و مفهومی آیه	۱۷۳
مبحث دوم. صور وصیت ضراری و حکم وضعی آنها	۱۷۷
دلیل اول: انتزاع حکم وضعی بطلان از حکم تکلیفی نهی به وصیت ضراری	۱۸۰
دلیل دوم: قاعده «لاضرر و لااضرار»	۱۸۳
دلیل سوم: قاعده اصولی «النهی یقتضی الفساد»	۱۸۵
دلیل چهارم. کتاب الهی	۱۸۹
دلیل پنجم: روایات	۱۹۹
روایت اول (موثقه سکونی)	۱۹۹
روایت دوم (موثقه زراة)	۲۱۱
فصل دوم. حق طلاق و سوء استفاده از حق	۲۲۵
مقدمه	۲۲۵

- مبحث اول. استتکاف از ایقاع طلاق ۲۲۷
- گفتار اول. ایلاء زوج ۲۲۸
- باب اول: ایلاء در اصطلاح فقهی ۲۲۸
- باب دوم: استدلال حکم الزام به صلح و طلاق ۲۳۱
- اول. استدلال قرآنی ۲۳۱
- دوم. استدلال روایی ۲۳۲
- الف. صحیحۃ حلبی ۲۳۲
- ب. موثقۃ حماد عثمان ۲۳۶
- باب سوم. رابطه حکم ثانوی با اثر حکمی «سوء استفاده از حق» ۲۴۰
- گفتار دوم. ظهار زوج ۲۴۸
- باب اول. ظهار در اصطلاح فقهی ۲۴۸
- باب دوم. استدلال روایی حکم به الزام طلاق ۲۵۱
- گفتار سوم. نشوز زوج ۲۵۷
- باب اول. نشوز در اصطلاح فقهی ۲۵۷
- باب دوم. استتکاف زوج ناشز از طلاق دادن در روایات ۲۶۲
- اول. صحیحۃ فضیل بن یسار ۲۶۲
- دوم. صحیحۃ ابی بصیر ۲۶۷
- باب سوم. اعسار زوجه یا زوج در حکم به الزام طلاق ۲۶۸
- اول. حکم به طلاق در فرض اعسار زوجه ۲۶۸
- دوم. حکم به طلاق در فرض اعسار زوج ۲۷۰
- باب چهارم. تخییر یا ترتیب در الزام به ادای حق یا الزام به طلاق ۲۸۴
- اول. تخییر بین مطالبه الزام به ادای حق و الزام به طلاق ۲۸۴
- دوم. ترتیب بین الزام به ادای حق و الزام به طلاق ۲۸۶
- باب پنجم. بررسی جواز الزام به طلاق در نشوز به غیر ترک نفقه ۲۹۱
- باب ششم. رویکرد حقوقی الزام به طلاق در نشوز زوج ۲۹۸
- گفتار پنجم. اضرار به زوجه با ترک آمیزش جنسی ۳۰۳

فهرست مطالب ۹

باب اول. ترک بدون عذر آمیزش جنسی از سوی زوج	۳۰۶
اول. پیشینه فقهی ترک آمیزش بدون عذر	۳۰۶
دوم. احکام سوء استفاده زوج با ترک بدون عذر آمیزش جنسی	۳۱۱
الف. قبح عقلایی ظلم و سوء استفاده	۳۱۳
۱. زوجة شبنه در متون فقهی	۳۱۶
۲. ترتیب یا تخییر در رفع ضرار	۳۲۰
ب. الغای خصوصیت از مسئله «ایلاء» و «ظهار»	۳۲۶
۱. صحیحہ حلبی	۳۲۷
۲. موثقہ ابی بصیر	۳۲۸
ج. قاعده «لا ضرر و لا ضرار» مطابق تفسیر مشهور	۳۳۳
باب دوم. ترک آمیزش جنسی با وجود عذر	۳۳۵
اول. پیشینه بحث در متون فقهی	۳۳۵
دوم. استدلال روایی در الزام به طلاق	۳۳۸
الف. صحیحہ ابی بصیر	۳۴۰
۲. بررسی حمل مطلق بر مقید	۳۴۶
ب. موثقہ ابی الصباح الكنانی	۳۵۳
گفتار ششم. امتناع به طلاق برای الزام زوجه به بذل مال	۳۶۲
باب اول. تحقق سوء استفاده از حق و اثر آن	۳۶۳
باب دوم. پیشینه بحث در نصوص فقهی	۳۶۵
گفتار هفتم. اصرار به زوجه با آمیزش جنسی غیر متعارف	۳۷۱
باب اول. صور سوء استفاده از حق	۳۷۱
باب دوم. الزام به طلاق در سوء استفاده از آمیزش جنسی	۳۷۵
اول. قاعده «لا ضرر و لا ضرار» مطابق تفسیر مشهور	۳۷۶
دوم. تنافی لاضرار با عدم النفع زوج	۳۸۰
سوم. رفتارهای ناسالم جنسی و تحقق نشوز	۳۸۲
مبحث دوم. ایقاع طلاق	۳۸۳

- گفتار اول. ایقاع طلاق به جهت محرومیت زوجه از ارث ۳۸۳
- روایات ایقاع طلاق به قصد محرومیت زوجه از ارث ۳۸۵
- اول. موثقه سماعه ۳۸۵
- روایت دوم. موثقه یونس بن عبدالرحمن ۴۰۰
- گفتار دوم. صور تحقق سوء استفاده از حق در ایقاع به طلاق ۴۰۲
- باب اول. مبانی تصدیقی و قلمرو بحث ۴۰۲
- باب دوم. صور تحقق سوء استفاده از حق ۴۰۴
- باب سوم. استدلال حکم وضعی سوء استفاده از حق طلاق ۴۱۱
- اول. انتزاع حکم وضعی از حکم تکلیفی ۴۱۱
- دوم. قاعده «لا ضرر و لا ضرار» مطابق نظریه مشهور ۴۱۲
- سوم. اقتضای فساد نهی در طلاق ضراری ۴۱۳
- چهارم. تنقیح مناط از موثقه یونس بن عبدالرحمن ۴۱۳
- منابع ۴۲۱

مقدمه

به موجب قاعده «تسلط» (الناس مسلطون علی اموالهم) در حقوق اسلامی، انسان‌ها بر اموال خود مسلط‌اند و به موجب این قاعده عناصر و ارکان سلطنت مالک عبارت است از:

۱. انحصار؛ از منطوق قاعده به‌خصوص اضافه اموال به «هم» به دست می‌آید که مالک در مایملک خویش تصرفات مالکانه دارد و به تعبیر دیگر تصرفات دیگران جایز نیست. بنابراین «تسلط» انحصار به مالک دارد.

۲. دوام؛ موضوع دوام نیز مستفاد از منطوق قاعده است؛ زیرا وقتی مالک مسلط به تصرفات در ملک خویش است، مادام که مالکیت برای مالک بقاء دارد سلطه مزبور باقی خواهد بود.

۳. اطلاق؛ مفاده قاعده اعتبار حق سلطنت به مالک است و این حق مطلق است، مگر آنکه منع شرعی، عقلی یا عقلایی وجود داشته باشد.

این‌گونه مفاهیم هرچند ممکن است در زندگی‌های غیرجمعی با مشکل چندانی مواجه نباشد، ولی بی‌تردید در یک زندگی اجتماعی که به صورت تمدن شکل گرفته،

اصطکاک آفرین است؛ زیرا هرکس بخواهد از حق مالکیت خود به طور انحصاری و استمراری استفاده کند، در بسیاری از اوقات با حقوق دیگری برخورد می کند و به بیان واضح تر اطلاق و دوام حق مالکیت یک کارخانه اقتضا می کند که هر وقت مالک بخواهد کار کند، درحالی که مقتضای انحصار مالکیت خانه های مجاور، داشتن حریم است. یعنی آنان حق دارند از سر و صدای کارخانه جلوگیری نمایند. ممکن است کارخانه دار هیچ گونه قصد سوئی نسبت به ایجاد زیان برای همسایگان هم نداشته باشد ولی این اصطکاک ناشی از وجود حق مالکیت است که صاحبان حق با توجه به امتیازی که قانونگذار برای آنان قائل شده است خود را دارای موقعیتی می دانند که برای بهره برداری از حق خود، زیان دیگران را نادیده می انگارند. البته این موضوع مختص به حق مالکیت نیست، بلکه مقتضای ذات و ماهیت سایر حقوق نیز همین است، مثلاً داشتن حق اعتصاب به عنوان اعتراض، حق کارگر است، درحالی که بی گمان برای کارفرما موجب ضرر و زیان است. اگر کارفرما منحصرأ مالک است، تعطیلی کارخانه تنها در اختیار اوست نه دیگری؛ درحالی که اگر کارگر مبادرت به اعتصاب کند، کارگر است که کارخانه را تعطیل کرده است.

نظریه سوء استفاده از حق در حقیقت برای محدود ساختن حق مالکیت و کنترل کردن صاحبان آن حق، اندیشیده شده است.

آنچه از نظر خوانندگان و ارباب فضیلت می گذرد، کاری است که به نوعی فقه سنتی با کاربرد جدید عرضه گردیده و امید آنکه مورد قبول آن بزرگواران قرار گیرد، هرچند حبه یقین با تذکرات سروران کرام کمال بیشتری خواهد یافت. از جناب دانشمند ارجمند آقای لقمان رضائزاد که ویراستاری علمی این اثر را به عهده داشتند و انصافاً فاضلانۀ انجام دادند کمال سپاسگزاری را دارم.

بخش اول

مفهوم‌شناسی «سوء استفاده از حق»

پرواضح است که پیش از دلالت تصدیقی، لازم است دلالت تصویری واژه‌های کلیدی معلوم گردد. هرچند در بدو امر، واژه‌های به کاررفته در نظریه «ممنوعیت سوء استفاده از حق» آشنا و بی نیاز از تفسیر و تعریف تلقی می‌شود، اما معرفت به معانی اصطلاحی مذکور، پیچیدگی‌های احتمالی مباحث آتی را تسهیل کرده و در قلمرو مسائل نظریه نیز کمک‌رسانی خواهد داشت.

شناخت مفهوم «حق» و «سوء استفاده» در قلمرو فقه و حقوق، به این سؤال پاسخ می‌دهد که چه فعلی مصداق سوء استفاده خواهد بود و اساساً پیش از آن، چه چیزی برای مالک «حق» قلمداد شده است.

البته بخش مذکور با رعایت اجتناب از اطناب، مورد بحث و بررسی قرار خواهد گرفت تا فرصت برای مباحث بنیادین و کارکردگرایانه نظریه وجود داشته باشد.

فصل اول. بررسی لغوی و اصطلاحی واژه‌ها

مبحث اول. بررسی لغوی

«حق» در لغت: لغت‌شناسان «حق» را به معنای درستی و راستی و نقیض «باطل» تعریف کرده‌اند؛^۱ چنان‌که در لغت‌نامه‌های عربی نیز با اندک اختلافی در تعابیر به همین ترتیب آمده است، برخی آن را به معنای امری ثابت و پایدار دانسته‌اند؛^۲ چه بسا امور باطل را باطل نامیدند از این حیث که پایدار و ماندگار نیست. در واژه‌های قرآنی نیز امور پایدار و ماندگار به عنوان «حق» نامیده شده‌اند؛ مانند وجود مقدس باری تعالی و نزول قرآن و...؛^۳ البته درخور ذکر است که انطباق گزاره‌ها با متن واقع نیز حق شمرده می‌شود؛ زیرا در مقابل «واقع» به جهت ادبیات حکمت، عدم محض و پوچی است، بنابراین «واقع» عین «حق» است و مطابقت با آن نیز مصداق حق است.

درخور ذکر است که بسیاری از تعاریف لغوی‌ها، تعریف به مصداق حق است و ماهیت حق چیزی جز همان ثبوت و راستی نیست که به تناسب ظروف متعدد می‌تواند مصادیق متعددی به خود بگیرد؛ مثلاً ذات اقدس الهی عین حق است و آموزه‌های الهی نیز اموری ثابت هستند و اعتقادات و اندیشه‌های مذهبی مطابق با اراده الهی از آن حیث که منطبق با اراده الهی و خواست اوست حق است، به همین جهت است که برخی واژه‌شناسان قرآنی آن را همان مطابقت و موافقت دانسته‌اند، مانند مطابقت پایه‌های درب که بر

۱. لغت‌نامه: فرهنگ متوسط دهخدا، ج ۱، ص ۱۰۳۴؛ المحکم و المحيط الاعظم، ج ۲، ص ۴۷۲.

۲. اساس البلاغة، ص ۱۳۶: «حقّ الله الامر حقاً: أثبتّه وأوجبه»؛ لسان العرب، ج ۱۰، ص ۴۹.

۳. تاج العروس، ج ۱۳، ص ۸۰.

پاشنه خود به درستی و پایداری می‌چرخد.^۱

ب. «سوء استفاده»: عنوان مذکور، مرگب اسنادی از دو واژه «سوء» و «استفاده» است، واژه «سوء» در مقابل «حسن» و «استفاده» به معنای بهره‌مندی به کار رفته است، با این وصف هر بهره‌مندی که دارای حُسن نباشد، بهره‌مندی سوء و قبیح است، به عبارت روان‌تر سوء استفاده، استفاده نادرست و ناحق است.^۲

واژه‌های مذکور، قلمرو وسیعی را شامل می‌شوند؛ درحالی‌که هر عملی که در عرف و از حیث اخلاقی «سوء» و «قیح» باشد، مصداق عمل ممنوع حقوقی فقهی نیست و ایجاد بار مسئولیت برای عامل سوء نخواهد داشت؛ به همین جهت لازم است، واژه‌های مذکور در حوزه اصطلاحی و تخصصی مورد بررسی قرار گیرد.

مبحث دوم. بررسی اصطلاحی

الف. «حق»: در اصطلاح فقهی «حق» در مقابل «ملک» و گاه در مقابل «حکم» و گاه در مقابل «عین» و «منفعت» به کار رفته است، اگرچه تبیین ماهیت فقهی «حق» در مقابل «ملک» و «حکم» و آثار آن بحثی دنباله‌دار است و اختلاف نظر حائز اهمیتی بین فقها موجود است که چه‌بسا بیان آنها پژوهش پیش رو را از مسیر واقعی منحرف سازد؛ لیک به جهت فهم بهتر، اصطلاح

۱. مفردات الفاظ قرآن، ص ۲۴۶: «أصل الحق: المطابقة و الموافقة مثل رجل الباب فی حقه لدورانه للإستقامة».

۲. لغت‌نامه: فرهنگ متوسط دهخدا، ج ۲، ص ۱۷۲۳.

حقوقی لازم است به نحو اختصار ماهیت «حق» در برابر «ملک» و «حکم» بیان شود، «ملک» چه مقوله اضافه، چه جده و... یا اعتباری باشد، امری است قائم به مالک است و مالک دارای سلطنت کامل و تام است، ولی «حق» سلطنتی ضعیف تر از ملک را برای ذی الحق به همراه دارد و با توجه به متعلق حق (عین، شخص، عقد) در بسیاری موارد بر خلاف «ملک»، طرف مقابل یعنی «من علیه الحق» نیز موجود است، و «حکم» تکلیفی است که بر بندگان بار شده است و حدود و ثغورش به دست حکم کننده است، درحالی که «حق» در مقابل «حکم» به حسب موارد مختلف، قابلیت اسقاط، انتقال و نقل دارد.^۱

حقوق قابل اسقاط مانند حق قسم یا حق نفقه که زوجه می تواند آن را اسقاط کند؛^۲ حقوقی که قابلیت نقل در قالب بیع، صلح یا... دارد، حق اختصاص، حق تحجیر است؛^۳ حقوقی که با موت شخص به نحو قهری به وراثت منتقل می شود مانند حق خیار است؛^۴ البته اقسام حق ابعاد گسترده ای دارد. برخی موارد تمام خصوصیات اسقاط و نقل و انتقال را با هم دارند (مانند حق التحجیر)^۵ یا تنها دو خصوصیت را دارا هستند (حق قسم زوجه که قابل اسقاط و نقل بلاعوض است)^۶ یا اساساً هیچ یک را دارا نیستند مانند حق ولایت، حق حضانت (البته مشروط به اینکه این موارد اخیر حق محسوب شوند)؛ در هر

۱. جهت بررسی اقوال و مطالعه بیشتر رجوع شود به: بلغة الفقیه، ج ۱، ص ۴؛ حاشیة المکاسب، ج ۱، ص ۵؛ نهج الفقاهة، ص ۸؛ قواعد الفقہیة فی فقه الامامیة، ج ۳، ص ۳۵۶؛ المکاسب و البیع، ج ۱، ص ۹۲.

۲. القاموس الفقہی، ص ۷۴؛ معجم مصطلحات فقہی، ص ۴۸۰. ۳. همان، ص.

۴. منیة الطالب فی شرح المکاسب، ج ۱، ص ۴۲. ۵. مکاسب، ص ۷۸.

۶. منیة الطالب فی شرح المکاسب، ج ۱، ص ۴۲.

صورت مراد از قابلیت‌های مذکور، وجود تمام خصوصیت‌ها در «حق» نیست، بلکه در مقابل «حکم» طرح شده است. یعنی «حکم» از جمله مواردی است که قابلیت اسقاط و نقل و انتقال را دارا نیست، نه اینکه هرچه «حق» هست لاجرم باید این خصوصیت‌های سه‌گانه را دارا باشد.

در اصطلاح حقوقی و مطالعه مواد حقوقی که واژه «حق» در آن به کار رفته است، واژه «حق» به مانند رویکرد فقهی گاه در مقابل «عین» و «منفعت» کاربرد دارد، مانند حق خیار، و گاه در مقابل «حکم» به کار رفته است.

به بیان دیگر آنچه را که قانونگذار به شخص واگذار کرده و به او این اختیار داده است که نسبت به امر اعطاشده، بتواند اعمال سلطنت کند و با اراده خود آن را اسقاط کند «حق» گفته می‌شود، به تصریح برخی حقوق‌دانان این «حق» همان «حق» در برابر «حکم» است، چنان‌که در بیان دیگری فرموده‌اند: «قدرتی که از طرف قانون به شخصی داده شده است، «حق» نامیده می‌شود و در فقه در همین معنا کلمه «سلطه» را به کار می‌برند».^۱

با این وصف لازم است دو نکته مورد توجه قرار گیرد:

نکته اول: مجموعه مفاد قانونی که به شخص قدرتی را تفویض کرده یا اختیار اسقاط آن را عطا کرده است، همگی می‌تواند شاهد مثال برای «حق» یا به عبارت دیگر «حق قانونی» باشد؛ زیرا «حق» در این اصطلاح، قدرتی است که از سوی قانونگذار تفویض شده است نه حقوق تفویض‌شده اخلاقی و عرفی صرف؛ هرچند ممکن است موارد اخیر به حسب حکم تکلیفی، مسئولیت شرعی را به همراه داشته باشد و استفاده نادرست از آن حقوق نیز موجب عصیان

۱. ترمینولوژی حقوق، ص ۲۲۳.

باشد. ولی الزاماً بار مسئولیتی و ضمانت وضعی در مقام جبرانگری برای استفاده نادرست را به همراه نداشته باشد.

علاوه بر آنکه قدرت تفویض شده قانونی می تواند یک حکم قانونی باشد. به عبارت دیگر جواز تکلیفی و قوانین آمرانه نیز تفویض قدرت و ایجاد سلطنت برای شخص است، با این وصف واژه «حق» در برابر «حکم» به کار نرفته است، بلکه به معنای سلطه ای است که موافق و مطابق رأی قانونگذار است.

قدرت تفویض شده قانونی چه سلطنت مالک بر ملک خویش باشد یا سلطنت زوج بر برخی امور زوجه یا سلطنت اب بر اولاد یا... یک وظیفه قانونی باشد که بر عهده او نهاده شده باشد، همگی عنوان «حق» داشته و استفاده نادرست از آنها مشمول نظریه ممنوعیت سوء استفاده از حق خواهد بود.

نکته دوم: قلمرو نظریه «ممنوعیت سوء استفاده از حق» در تمام سوء استفاده و استفاده های نادرست از حقوق قانونی است، منتهی آیا هریک از سوء استفاده ها منجر به اثر وضعی خواهد شد؟ ممکن است برخی موارد صرفاً در دایره سوء نیت باقی بماند و اثر وضعی نداشته باشد و برخی دیگر علاوه بر سوء نیت، سوء عمل را هم به همراه داشته باشد یا بالعکس در برخی موارد اساساً هیچ سوء نیتی نیست، ولی بهره وری عمل به گونه ای است که منجر به اضرار به غیر شده است. در فصل های آینده با ذکر معیارهای نظریه مذکور بیان خواهد شد که سوء استفاده مورد نظر از عناوین قصدیه نیست، بلکه ایجاد خسارت ناشی از استفاده نادرست، مصداق سوء بهره وری و سوء استفاده است.

حقوق دانان جامعه عرب نیز «حق» را با همین مضمون تعریف کرده اند: مصطفی زرقا گفته است: «آته إختصاص یقرّ به الشرع سلطه او تکلیفا»؛ تعریف

مذکور اگرچه مختصر است، لکن با اندک اغماضی می‌توان آن را تعریفی دقیق و حائز اهمیت دانست:

الف. قید «اختصاص»؛ این قید حقوق الهی که اختصاص به فرد خاصی ندارد یا امور عام و مباحات را از عنوان «حق» خارج کرده و به تعبیر دیگر آن را رخصت و جواز قانونی دانسته است مانند حق صید که در حقیقت آن را رخصت قانونی دانسته‌اند؛^۱

ب. قید «الشرع»؛ این قید حقوق اخلاقی و عرفی را خارج کرده است، همان‌طور که سلطنت غیرشرعی غاصب و مانند او را از حوزه حق قانونی و شرعی خارج کرده است؛

ج. قید «سلطنت»؛ این قید عموم تفویض قدرت را داخل کرده است؛
د. قید «تکلیف»؛ هر تعهد و التزامی که بر عهده شخص است چه تکلیف الهی چه وظیفه‌ای که شخص با تعهد خود ایجاد کرده است، مانند تعهد به پرداخت اجرت یا وفای به دین، مشمول حق دانسته شده است، تکلیف مذکور وقتی وظیفه قانونی باشد در واقع قانون او را ملتزم به اجرای تعهد کرده و از سوی دیگر ضمانت اجرای نقض تعهد را نیز وضع کرده است.

پس اختصاص وظیفه و تعهد شخصی نیز قدرت و نحوه استعمال و بازخورد وظیفه را به همراه دارد و از این حیث لازم است در اعمال وظیفه خویش درستکار باشد و از نادرستی بپرهیزد. به عبارت دیگر از اعمال عمل خویش سوء نکند.

منتهی به نظر می‌رسد در تعریف مذکور هر حق یا تفویض قانونی هرچند به

۱. التعسف فی استعمال حق الولاية فی الأسرة، ص ۲۷.

دقت حقوقی رخصت یا در قلمرو حقوق عمومی محسوب می‌شود، مادامی که قانون ایجاد سلطه کرده است، بهره‌وری و استعمال نباید نادرست باشد. هرچند غالب موارد سلطه برای شخص حقیقی مانند مالکیت مالک بر اموال خویش، حقوق شرعی انفاق، ولایت و... یا شخص حقوقی مانند نحوه تصرفات بیت‌المال و منافع عمومی امری انحصاری است، اما در بسیاری از حقوق عمومی نیز هر فرد به میزان جواز شرعی، قدرت بهره‌وری دارد و همین میزان از قدرت نیز نوعی اختصاص به حسب همان فرد را ایجاد می‌کند، با این وصف مشمول نظریه ممنوعیت سوء استفاده خواهد بود.

اگر قید «اختصاص» به تفسیر اخیر تأویل شود، تعریف مذکور، تعریف بسزا و گرانقدری خواهد بود و جواز حکمی را نیز شامل شده است. در نتیجه جواز حکمی از آن حیث که نوعی تفویض قانونی و ایجاد سلطه برای فرد محسوب می‌شود، قابلیت عنوان حق یافته است و به بیان دیگر در مفهوم «حق» توسعه داده شده است تا تعریف مختصر مذکور حفظ شود، در غیر این صورت می‌توان به صراحت در کنار حق، مفهوم جواز حکمی را نیز افزود، چنان‌که در طی مباحث این مسئله آشکارتر خواهد شد.

ب. «سوء استفاده»: با توجه به معنای اصطلاحی حق، هر گونه بهره‌وری نادرست از حق، مصداق سوء استفاده از حق است، منتهی در دایره بحث حقوقی، سخن از مسئولیت اخلاقی صرف مدّ نظر نیست. بنابراین لازم است مراد حقوقی تعبیر «نادرست» تبیین شود تا مرز اثر وضعی و تکلیفی سوء استفاده از حق و ملزم ساختن عامل سوء، به جبران خسارت یا منع از اعمال حش آشکار شود.