

آید؟ از این دیدگاه وی خواهان یک دولت حد اقلی است که به طور طبیعی از طریق فرایند زیر موجودیت پیدا می‌کند:

(۱) در مرحله اول مردم برای حفاظت خود دست یکی می‌کنند و هسته‌هایی برای تأمین امنیت و حراست در برابر حملات و تهاجمات که در معرض آن قرار دارند به وجود می‌آورند.

(۲) در مرحله بعد، یکی از این هسته‌های حراستی نیرومندتر می‌گردد و بر دیگران تفوق می‌یابد و این در حالی است که هسته‌های دیگر هنوز موجودیت و استقلال خود را حفظ می‌کنند.

(۳) این هسته‌ها در واقع پاسگاه‌هایی هستند که دستمزدی می‌گیرند و حراست مردم را عهده‌دار می‌شوند. اما کم‌کم از آن میان هسته‌ای که نیرومندتر گشته و تفوق جسته است بر دیگران مسلط می‌گردد و مانع کار آنها می‌شود و خود به صورت «عسس»^۱ در می‌آید و وظایفی مانند حفظ امنیت در برابر دزدی و قلدری و تقلب و تخلفات قراردادی را بر عهده می‌گیرد و قدرت جامعه منحصراً در دست او می‌افتد. این یک دولت حد اقلی است که برای حفظ نظم و امنیت کفایت می‌نماید و به مثابه یک اژانس خدماتی حراستی کار می‌کند و مردم مشتریانی هستند که از خدمات او استفاده می‌کنند و بهای آن را می‌پردازند. اما اگر دولت بخواهد از این حد فراتر رود و در امر توزیع ثروت نیز مداخله کند ناچار خواهد بود که تضییق در آزادی‌های افراد را روا دارد و از تطاول به آنها نهراسد.

آن دولت حد اقلی برای جلوگیری از هرج و مرج ضرورت دارد اما وجود دولت فراتر از آن اصولاً قابل توجیه نخواهد بود، به ویژه هرگاه چنین دولتی در صدد توزیع ثروت برآید زیرا وضع مالیات برای تعدیل ثروت‌ها در حکم آن است که به بردگی گرفتن انسان‌ها و بیگاری کشیدن از آنها را تجویز کنند. آنها که توزیع اجباری ثروت را قبول دارند چرا توزیع اجباری

^۱ night-watch man

اعضای بدن را قبول نمی‌کنند؟ مثلاً اگر کسی دو کلیه سالم داشته باشد و کس دیگری از داشتن کلیه سالم مطلقاً محروم باشد چرا یک کلیه شخص سالم را اجباراً از او نگیریم تا آن را به کسی که ندارد بدهیم؟ آری این کار به معنی آن است که کسی در تن کس دیگری صاحب حق شناخته شود اما با منطق آن‌ها که دخالت اجباری در توزیع ثروت را جایز می‌دانند سازگار درمی‌آید. مگر آن‌ها نمی‌گویند که یک نفر مالیات بدهد تا سطح زندگی کس دیگر ارتقا یابد؟ مگر این سخن بدان معنی نیست که بخشی از وقت یک فرد به نفع فردی دیگر تخصیص داده شود؟

نازیک می‌گوید: مالکیت از سه راه به دست می‌آید:

الف) حیازت مباحات که انسان مالی را که قبلاً در قید تملک نبوده است مستقیماً از طبیعت می‌گیرد.

ب) انتقال مشروع مال از مالک قبلی به مالک بعدی (اعم از انتقالات

قهری مانند ارث و انتقالات ارادی مانند بیع و هبه).

ج) طرق دیگر مانند دست اندازی به مال غیر یا غصب و دزدی و هرگونه

انتقال نامشروع دارایی کسی به دیگری. تملک حاصل از دوشق اول مالکیت

مشروع و عادلانه است که باید مورد حمایت قرار گیرد و مصونیت یابد

ولی شق سوم مالکیت نامشروع و خلاف عدالت است که باید جلوی آن

گرفته شود. حفظ و حمایت دو شق اول مالکیت، و نیز اصلاح و ترمیم

انحرافات حاصل از شق سوم، با یک دولت حداقلی امکان پذیر است و

نیازی به فراتر از آن نیست.

در هر حال حق فرد باید محفوظ بماند و جدایی و فردانیت او محترم

شمرده شود. باید قبول شود که هرکس درباره خود حق انحصاری و مانع

للیغیر دارد و هیچ کس را نمی‌توان به عنوان وسیله برای هدف دیگری

تلقی کرد. ثروت اگر از راه درست و مشروع به دست آمده باشد دولت

نمی‌تواند در آن دخالت کند. حتی بهانه منافع عمومی برای توجیه

دخالت دولت در ثروت مشروع افراد کافی نیست. مثلاً اگر دولت می‌خواهد

جاده بکشد و به این منظور ملک کسی را تصرف می‌کند باید با رضایت خود او باشد چه حق مالکیت و آزادی فرد با هم پیوند دارد. مالکیت بر پایه حق انسان بر نتیجه کار خود توجیه می‌گردد و آزادی بر اساس حق مالکیت معنی می‌شود، پس مالکیت بیانگر آزادی فرد است. هر فرد آزاد است و هر کس حق دارد که از ثمره کار خود برخوردار گردد و هیچ کس را حقی بردیگری نیست، و کار ساماندهی توزیع بر عهده بازار است. نازیک دلواپسی درباره طبقات محروم را به خود راه نمی‌دهد.

هایک و نظم خودجوش بازار

هایک نیز در انتقاد از نظریه رالز و تأکید بر نفی مداخله دولت در ساماندهی و مدیریت اجتماع با نازیک هم‌آواز است. او حتی اندیشه عدالت اجتماعی را از بیخ و بن یاوه و پوچ می‌داند و می‌گوید که هواداران آن می‌خواهند دولت را از وظایف اصلی خود منحرف کنند و به یک پنگاه خیریه مبدل سازند. به گفته هایک دولت باید ملتزم به اصل تساوی افراد در برابر قانون باشد و حال آن که برنامه‌ریزی‌های متمرکز و اعطای یارانه و دخالت‌های اجباری در توزیع ثروت با التزام دولت به این اصل منافات پیدا می‌کند و راه را به روی حکومت‌های تمامت خواه می‌گشاید. به نظر هایک نظم خودجوشی که در نتیجه عملکرد آزاد بازار حاصل می‌شود مآلاً به نفع همه تمام می‌شود و هرگونه دخالت در این نظم و تحمیل الگوی خاص، چه به نام اخلاق و چه به نام عقل، مایه اختلال کلی می‌گردد و به زیان آزادی تمام می‌شود و مآلاً همان محرومان جامعه را بیش از همه متضرر می‌گرداند. نظم بازار به همان دلیل که خودجوش است قابل پیش‌بینی نیست و چون چنین است و نمی‌توان آن را به عمل فرد منتسب دانست پس وصف «ناعادلانه» درباره آن راست در نمی‌آید.

هایک از انواع برابری‌ها تنها با برابری در مقابل قانون روی خوش نشان می‌دهد و نابرابری‌های دیگر را امری طبیعی می‌داند که از میان برداشتن آن‌ها محال است و خشم و ناراحتی از بابت آن‌ها با عقل سلیم وفق

نمی‌دهد. مگر تفاوت افراد در قد و قامت و زشتی و زیبایی و امثال آن را با خونسردی تلقی نمی‌کنیم؟ یک انسان در منطقهٔ یخ‌زدهٔ قطبی به دنیا می‌آید و دیگری در قلب دنیای مرفه در محیطی سبز و خرم از مادر می‌زاید. جایی جنگل است و جایی کوه و جایی بیابان، و این تفاوت‌ها کسی را بر نمی‌آشوبد و هیچ خردمندی وسوسهٔ از میان برداشتن آن‌ها را به دل راه نمی‌دهد. همچنان که اطلاقِ صفتِ «عادلانه» یا «غیر عادلانه» در مورد آن تفاوت‌های طبیعی درست نیست، نابرابری‌های اجتماعی را نیز نمی‌توان عادلانه یا غیر عادلانه خواند زیرا نابرابری آنجا می‌تواند نا عادلانه خوانده شود که عامل آن معلوم باشد. کاری را که از کسی سر می‌زند ممکن است عادلانه یا غیر عادلانه دانست اما آنچه مستند به عمل شخص معینی نیست چنین وصفی را نمی‌پذیرد. <۳۳>

تحلیل اقتصادی قانون و نظریهٔ دورکین

از نظر فایده‌گرایان التزام به اطاعت از قانون مبتنی است بر ملاحظات خیر همگانی. به عنوان مثال قانون منع خرید و فروش مواد مخدر را در نظر می‌گیریم. چنین قانونی البته به زیان عده‌ای که به خرید و فروش مواد مخدر می‌پردازند تمام می‌شود ولی زیان این عدهٔ معدود در برابر سودی که نصیب اجتماع می‌گردد ناچیز تلقی می‌شود. پس غایت و نتیجهٔ هر قانونی در سودی که برای همگان بار می‌آورد خلاصه می‌شود. فی‌المثل اگر قانونی حکم کند که ده درصد مردم که ثروت‌شان از حدی بالاتر است نیمی از درآمد خود را به بیمارستان‌ها بدهند فایده‌ای که در نتیجهٔ اجرای تهیهٔ حکم نصیب عموم می‌شود از زیانی که برده درصد از مردم تحمیل می‌گردد بیش‌تر است، بنابراین چنین قانونی قابل توجیه خواهد بود.

برخی از فلاسفهٔ لیبرال کوشیده‌اند تا این برداشت فایده‌گرایانه را با الگوی بازار و اقتصاد انطباق دهند. مردمی که به بازار می‌روند دنبال خواسته‌های خودند، مردمی هستند که می‌خواهند از طریق داد و ستد عقلایی به حداکثر

خواسته‌های خود دست یابند. معاملات منصفانه در میان این مردم بر محور «دارایی» جریان پیدا می‌کند. دارایی یکی از مهم‌ترین منابع آزادی است. البته آزادی یک سره و کلاً در ثروت خلاصه نمی‌شود اما مسلم است که انسان هرچه دست و بالش بازتر باشد خود را آزادتر احساس می‌کند. از سوی دیگر ثروت نیز در گرو استعداد است یعنی آن‌ها که از استعداد بیش‌تری برخوردارند به ثروت بیش‌تر دست می‌یابند و آن‌ها که استعداد کمتری دارند در نیل به ثروت نیز عقب می‌افتند. از این لحاظ می‌توان گفت که آن‌ها که از استعداد بیش‌تری بهره‌مندند آزادتر از دیگران‌اند.

شکی نیست که اگر انسان بتواند زندگی خود را بر اساس آمال و اعتقادات خویش تنظیم کند رضایت خاطر بیش‌تری خواهد داشت. کسی که مقدرات او را عوامل خارج از اختیار او شکل می‌دهد در واقع مشکل می‌تواند مدعی «زندگی» باشد. پس در وجود هر آدمی دو جنبه کار می‌کند: یک جنبه آمال و اعتقاداتی که صورت دلخواه زندگی را برای او ترسیم می‌کند و جنبه‌ای دیگر قابلیت و کفایت یا استعدادی که می‌تواند آن صورت دلخواه را از قوه به فعل در آورد و تحقق بخشد.

دورکین بر آن است که انسان‌ها در انسان بودن برابرند. آدمی زادگان چه درویش و چه توانگر، چه مستعد و چه کم‌استعداد، به لحاظ انسانیت امتیازی برهم ندارند و کسی انسان‌تر از کس دیگر نیست. رنگ، نژاد، طبقه، جنسیت و غیره مانند کوتاهی و بلندی و چاقی و لاغری تفاوتی از نظر انسانیت ایجاد نمی‌کند. این‌ها همه انسان‌اند ولی قبول این اصل به خودی خود مشکل را حل نمی‌کند و بحث برابری یا آزادی همچنان ادامه می‌یابد.

دورکین می‌گوید که دولت باید از حیث آزادی با همه افراد به یک نحو معامله کند یعنی از این حیث، و تا آنجا که ممکن است، همه را برابر بداند و برای هر کس حداکثر آزادی را قائل شود تا او بتواند به مراد خود زندگی کند و آمال و اعتقادات خویش را در زندگی تحقق بخشد. پیداست این حداکثر آزادی آنجا که به فرد آدم‌ها تعلق می‌گیرد قید و شرط پیدا

خواهد کرد؛ یعنی قلمرو آزادی هر فرد تا حدی گسترش خواهد داشت که با قلمرو آزادی فردی دیگر تلاقی کند و این نقطه تلاقی مرزی است که تجاوز از آن مجاز نخواهد بود.

تعارض آزادی و برابری

حالا این آزادی فردی در برخورد با مسئله توزیع منابع جامعه چه صورتی پیدا می‌کند؟ دورکین بر آن است که هیچ کس و هیچ گروه نباید در استفاده از منابع جامعه آزادی مطلق داشته باشد چه این آزادی به زیان دیگران تمام می‌شود. نباید اجازه داده شود که هیچ کس بر منابع جامعه تسلط یابد. برابری افراد را نمی‌توان فدای آزادی آنان کرد. رعایت آزادی افراد لزوماً به رعایت برابری در میان آنان نمی‌انجامد. کسی که دست ندارد کافی نیست که او را بر سر سفره با دیگران بنشانیم و آزادش بگذاریم. باید وضعیتی برای او فراهم آوریم که او هم بتواند مانند دیگران در استفاده از غذا شرکت کند و سهم خود را برگیرد. در شرایط آزادی طبیعی آدم‌های با استعدادتر، به دلیل هوش و استعداد بیش‌تر، می‌توانند سهم بیش‌تری را تصاحب کنند و آدم‌های کم‌استعدادتر نصیب کمتری می‌یابند. پس باید کاری کرد که آزادی‌ها به نحوی تقسیم شود که هیچ کس چشم طمع در آزادی دیگری نداشته باشد یعنی بتواند بر بیش‌ترین خواسته خود دست یابد. دورکین می‌گوید اقتضای برابری انسان‌ها این است که معلوم شود که آزادی هر کس چه هزینه‌ای برای دیگران دارد و زندگی هر فرد در مقابله با دیگران به چه قیمت تمام می‌شود. حالا ببینیم افراد که در بازار زندگی می‌آیند چه چیزهایی لازم دارند و چه چیزهایی می‌خواهند. اولاً امنیت شخصی می‌خواهند که برای همه آنها اهمیت دارد. ثانیاً معامله یک‌سان می‌خواهند. در بازار با همه به یک‌سان معامله می‌شود. پس تمثیل بازار در این بحث وقتی معنی پیدا می‌کند که شرایط بازار را نیز در نظر بگیریم. در این تمثیل، شخص بر بازار تقدم دارد چون شخص است که به بازار می‌آید و این نه بازار است که حقوق اشخاص را

معین می‌کند بلکه بازار چیزی جز عملکرد حقوق اشخاص نیست. آنچه مهم است شرایطی است که بر جریان بازار حکم فرما می‌باشد و اهم آن‌ها همان مسئله امنیت شخصی است و همچنین مسئله معامله یک‌سان با افراد که دستور العمل بازار است.

تأکید دورکین بر این امر که منافع و امکاناتی که در اختیار افراد قرار دارد شامل ثروت و استعداد هر دو می‌باشد نکته‌ای مهم است. استعداد و ثروت دو محتوای ظرفیت آزادی فردی است که داخل بازار می‌شود. او از یک سو به موجودی‌های بانکی خود و از سوی دیگر به هوش و زیرکی خود اتکا دارد. پس برای این که افراد در وضع متعادلی قرار بگیرند و بازار بر پایه برابری و حداکثر آزادی جریان یابد باید به آدم‌های کم استعداد آن قدر داد که اگر کم استعداد نبودند می‌توانستند به دست آورند و از آدم‌های پر استعداد آن قدر گرفت که وضع آن‌ها با آدم‌های کم استعداد یک‌سان شود.

تقدم برابری بر آزادی

البته این یک برداشت آرمانی از اندیشه بازار است و بازار واقعی هرگز آن اساس برابری و حداکثر آزادی را که دورکین می‌گوید بر نمی‌تابد. مقصود دورکین از پیش کشیدن این مطالب تلفیق نگرش سوسیالیستی با نگرش آزادی خواهانه است که اولی فرد را فارغ از هرگونه شرایط و اوضاع و احوال اختصاصی او — و تنها به عنوان یک انسان — در نظر می‌گیرد و دومی بر آن است که بهتر است انسان را آزاد بگذارند تا هر کس بر حسب دید و دریافت خود زندگی کند. در این تلفیق دورکین می‌کوشد تا نه مانند سوسیالیست‌ها به محدودیتی ناروا در آزادی تن در دهد و نه مانند هواداران آزادی مطلق ناگزیر شود که به حمایت از امتیازات ناموجه اقلیتی متمتع و برخوردار گردن نهد. در نظر او برابری از اهمیتی هم سطح با آزادی، بلکه والاتر از آزادی، برخوردار است؛ پس در مقام معارضه میان آن دوازدهش، برابری را ترجیح می‌نهد. دورکین در عین حال می‌کوشد تا یک مبنای اخلاقی برای

تصحیح ساخت‌کار بازار ارائه دهد.

خلاصه کلام، دورکین لیبرالیستی است که برابری را ارزشی مهم‌تر و بنیادین‌تر از آزادی می‌شناسد. افراد در برابر دولت مستحق حرمت و رعایتی یک‌سان هستند. آزادی ارزشی مستقل از برابری نیست بلکه نتیجه و ثمره آن است و بنابراین در مقام تعارض با برابری نمی‌تواند بر آن پیشی جوید. این که گفته می‌شود دولت اگر بخواهد از راه وضع مالیات در مقام تقلیل نابرابری‌ها برآید ناچار یک حق برتر شهروند یعنی آزادی او در کسب ثروت را نقض خواهد کرد، از دیدگاه دورکین مهمل و بی‌معنی است، زیرا که آزادی حق برتر نیست و در قیاس با برابری همواره درجه دوم اهمیت را دارد.

تأکید بر اصل برابری از نظر دورکین به نتایج عملی مهمی منتهی می‌شود؛ چه حقوق اکثریت در یک جامعه دموکرات در هر حال محترم شمرده می‌شود. اما وقتی قبول کنیم که دولت در قبال شهروندان مکلف به معامله برابر است رعایت این تکلیف ایجاب می‌کند که دل‌واپسی خاصی نسبت به حقوق اقلیت نشان داده شود. دولتی که حفظ و حمایت برابری شهروندان را اساسی‌ترین اصل اخلاق سیاسی می‌داند لاجرم در مقابل حقوقی که اکثریت آن را نمی‌پسندد و از پذیرفتنش ابا می‌ورزد احتیاط بیش‌تری می‌کند و خود را از دغدغه رعایت جانب طرف ضعیف فارغ نگاه نمی‌دارد.

دورکین می‌گوید: قوانین اساسی کشورهای دموکرات همه بر اصلی واحد مبتنی هستند و آن این است که فرد باید در برابر هرگونه تجاوز و زورگویی، چه از ناحیه فردی دیگر و چه از ناحیه دولت، در امان باشد. این حقی است که فرد می‌تواند در برابر دولت به آن استناد ورزد. این حق از آغاز تأسیس دولت وجود داشته است و بر هرچه قانون که در مجموعه‌های قوانین گردآوری شده است حکومت دارد؛ حقی است که دولت نمی‌تواند آن را از فرد سلب کند.

قانون هرگز جدا از اخلاق و اقتصاد و جامعه‌شناسی نیست. دولتی که

می‌خواهد قانون را محترم بدارد باید حق را جدی بگیرد. لازمه این اصول آن است که هر شهروند بتواند در برابر قانونی که آن را ناعادلانه می‌داند به مخالفت برخیزد اگرچه آن قانون بر طبق مقررات دموکراسی به تصویبِ قوهٔ قانون‌گذاری کشور رسیده و از پشتیبانی اکثریت برخوردار باشد.

این موضع متهورانهٔ دورکین در برابر تعالیم مکتبی که از بودن و هابز تا کانت ادامه داشته در خور توجه است. برداشت او معارض اثبات‌گرایی هانس کلسن و شاید الهام گرفته از جریانی است که نخست در مبارزات استقلال‌طلبانهٔ هندوستان به رهبری مهاتما گاندی و پس از آن در مبارزات جوانان امریکایی در مخالفت با جنگ ویتنام و سیاست جداسازی نژادی^۱ به وقوع پیوست.

دورکین حقوق‌دانی فیلسوف و فیلسوفی حقوق‌دان است که از یک سو با فایده‌گرایی و از سوی دیگر با اثبات‌گرایی حقوقی مصاف می‌دهد. او حقوق را مشتمل بر یک رشته اصول و یک رشته قواعد می‌داند. این اصول و قواعد را نمی‌توان به تعدادی مادهٔ قانون که در مجموعه‌های قوانین گردآوری شده است فروکاست. قواعد حقوقی سلسله مراتب خاص خود را دارند و هر قاعده‌ای به قاعدهٔ اصلی‌تر دیگری منتسب است اما اصول و ضوابط عمومی و کلی هستند که محتوای آن‌ها بیانگر مبادی اخلاقی است و قاضی در مقام تفسیر و اعمال قانون ناچار به اخلاق روی می‌آورد. ریشهٔ اصول در سرزمین اخلاق است و قانون‌گذار یا قاضی نمی‌تواند در آن تصرفی بکند. دورکین در نزاع میان رالز و نازیک خود را به رالز نزدیک‌تر می‌داند و موضع خود را چنین تشریح می‌کند:

اختلاف نظرهایی که با هم داریم - لاقلاً از دیدگاهی که به عقیدهٔ من مهم است - از توجه به این فکر آشنا معلوم می‌شود که می‌گویند آزادی و برابری گاهی با هم تعارض پیدا می‌کنند و بنابراین باید یا یکی را

^۱ segregation

انتخاب کرد یا تن به سازش داد. موضع نازیک در حد افراط است. او می‌گوید آزادی یعنی همه چیز و برابری یعنی هیچ، مگر این که برابری محصول فرعی داد و ستد آزادانه باشد (که البته فوق‌العاده نامحتمل است). از طرف دیگر، وقتی رالز دو اصلی را که به آن‌ها معتقد است ارائه می‌دهد، دست کم به ظاهر به نظر می‌رسد که می‌خواهد نوعی سازش بین این دو آرمان برقرار کند. او بعضی آزادی‌های سیاسی معین - یعنی همان آزادی‌های اساسی شناخته شده - را انتخاب می‌کند و می‌گوید تقدم با این‌هاست. آزادی‌های اساسی ممکن است با مقتضیات برابری که اصل دوم نمایندۀ آن‌هاست تعارض پیدا کنند و در این صورت آزادی‌های اساسی اولویت دارند...

و اما هدف من ردّ این فرض است که این آزادی‌های اساسی متعارفی که ما نام‌شان را حقوق گذاشته‌ایم از بنیاد با برابری تعارض دارند. به نظر من، حقوق فردی به شرطی بالاترین معنا را پیدا می‌کنند که وجودشان برای هر نظریه قابل دفاعی درباره برابری ضروری دانسته شود. من می‌خواهم چارچوب همیشگی بحث را تغییر بدهم و هر وقت کسی مدعی حق آزادی فردی شد به جای آن که سؤال کنم: برای احترام کافی به این حق تا چه حد باید از برابری صرف نظر کنم؟ بپرسم: آیا وجود این حق برای حفظ برابری ضروری است؟ می‌خواهم این اتهام را رد کنم که می‌گویند لیبرالیسم به قیمت فدا کردن بهزیستی و رفاه پایین‌ترین قشر جامعه از فرد حمایت می‌کند. نازیک اتهام مذکور را می‌پذیرد اما ادعا دارد که این جرم فضیلت است. رالز هم به طرفداری آزادی (در قالب بعضی آزادی‌های اساسی) استدلال می‌کند و هم در دفاع از رفاه و بهزیستی فقیرترین گروه... من سعی کرده‌ام استدلال کنم که برابری اقتصادی و آزادی‌های فردی متعارف هر دو از تصور بنیادی برابری به معنای استقلال سرچشمه می‌گیرند و بنابراین برابری نیروی محرک و موتور لیبرالیسم است و هر دفاعی از لیبرالیسم به منزله دفاع از برابری است. < ۳۳ >

در فصل‌های گذشته اشاره کردیم که بحث آزادی پس از جنگ دوم جهانی در قلمرو اندیشه محصور نماند. به این معنی که بحث از عالم تفکر انتزاعی به جهان واقعی روابط و مناسبات عادی بشری راه جست. توسعه و وسایل ارتباطی و خبررسانی سبب شد که هر اتفاق تازه در هر گوشه‌ای از جهان تقریباً بلافاصله به اطلاع مردم رسانیده شود. بدین‌گونه همه مردم جهان خود را در هر اتفاقی که رخ دهد ذی‌نفع و صاحب‌نظر می‌شناسند. امروزه اگر کسی را در گوشه‌ای از جهان شکنجه کنند همه مردم دنیا در برابر آن واکنش نشان می‌دهند. دیگر آن زمان گذشته است که یک دیکتاتور خون‌خوار در یک نقطه دنیا از کله منار برپا کند یا به قلع و قمع و قتل عام مردم یک شهر پردازد و مردم دیگر حتی در شهرهای مجاور سال‌ها و ماه‌ها بی‌خبر بمانند. گاهی وقایعی که اتفاق می‌افتد در همان زمان که اتفاق می‌افتد در برابر میلیون‌ها چشم تماشاکنندگان قرار می‌گیرد. کشتارهای مخفیانه، سر به نیست کردن زندانیان، و فجایعی از این قبیل به آسانی میسر نمی‌شود.

رابطه بین آزادی و حق معنا و مفهومی ظریف‌تر و حساس‌تر پیدا کرده است. اگر تعریف‌های علمی و تحلیلی حق را به کنار نهیم و معنایی محصل، و در عین حال دست‌یاب و عملی، برای آن جست و جو کنیم باید بگوییم که حق چیزی است که بشود در برابر مراجع قدرت به آن استناد نمود و در محاکم عنوان کرد. آیا می‌توان گفت که آزادی همان حق است و آیا می‌توان آزادی‌های فردی را به عنوان حقوق فرد تعبیر کرد؟ مثلاً آزادی اطلاعات یک حق است؟ در زبان عادی مردم، آری، همه این‌ها حق است ولی به لحاظ فنی وقتی حق است که بشود آن را در محکمه عنوان کرد و به آن اتکا نمود. حق کار، حق سلامتی، حق برخورداری از یک زندگی آبرومندانه، آیا این‌ها در زمره حقوقی هستند که بشود تأیید و تضمین آن‌ها را از دادگاه خواست و از تجاوز به آن‌ها جلوگیری کرد؟ در اینجا است که دورکین بر نقش قاضی تأکید می‌کند.

دورکین می‌گوید: علم حقوق را نمی‌توان به تعدادی ماده قانون که در

مجموعه‌های قوانین گردآورده‌اند فروکاست. این مواد قانونی البته در مورد مسائل ساده کارساز است اما در مواجهه با امری که حکم قانونی روشن درباره آن وجود ندارد قاضی از مراجعه به مجموعه‌های قوانین طرفی بر نمی‌بندد و ناچار به تفسیر قانون متوسل می‌شود و در این مقام تکیه گاهی جز اخلاق ندارد. البته مراد دورکین اخلاقی نیست که با باورهای مذهبی و منافع طبقاتی و پای‌بندی‌های شخص قاضی اختلاط دارد بلکه مراد از اخلاق اصول بنیادینی است که قانون اساسی هر کشور دموکرات ناظر بر آن‌هاست و آن اصول مشتمل بر حقوقی است که تقدم آن‌ها بر همه قوانین مکتوب مورد قبول است و هیچ قانون مکتوبی نمی‌تواند آن‌ها را نسخ و ابطال کند. در یک حکومت دموکرات فرد حق دارد که در برابر دولت و قانون — آنجا که پای عدالت در میان است — سر بردارد؛ اگرچه آن قانون بر اساس اصول پارلمانی به تصویب رسیده و اکثریت افکار عمومی پشتیبان آن باشد. دولتی که دم از دموکراسی می‌زند باید این حق فرد را جدی بگیرد.

www.KetabFarsi.com

فصل هشتم

سوء استفاده از حق و قدرت

www.KetabFarsi.com

www.KetabFarsi.com

جامعه یک مؤسسه تعاونی برای کسب مزایای مشترک میان اعضای آن است. در این مؤسسه تضاد منافع همدوش با وحدت منافع وجود دارد. وحدت منافع از آن روست که تعاون اجتماعی به سود همه تمام می شود و زندگی بهتری را برای همه فراهم می آورد که افراد در تنهایی نمی توانستند به آن دست یابند. اما تضاد منافع از این جهت است که مردم در برابر وضع بهتری که در توزیع مزایا نصیب دیگران می شود بی تفاوت نمی مانند و هرکس می خواهد سهم بیش تری به دست آورد.

— رالز، تئوری عدالت، ص ۱۰۹

حاکمیت دولت و حاکمیت فرد

پس سخن همواره از فرد است و اجتماع: افراد انسانی که با هم در انبوه گروه‌ها زندگی می کنند؛ و گروه‌ها که از تک تک افراد انسانی تشکیل می شوند. در زندگی گروهی انسان‌ها با هم زناشویی می کنند و داد و ستد دارند و روابطی با یکدیگر که لازمه زندگی دسته جمعی است برقرار می کنند. این روابط اصولاً براساس دو رشته از غرایز متخالف شکل می گیرد و تحول می یابد. از یک سو زندگی گروهی انسان‌ها را به همدلی و همدستی فرا می خواند که مقتضی تفاهم و محبت و تعاون و ایثار است و از سوی دیگر حرص و ولع و برتری جویی آنان را به زیاده طلبی و زورگویی وامی دارد. قانون محدوده التزاماتی را که افراد در برابر همدیگر برعهده می گیرند معین می کند و بدین سان زندگی در درون گروه امکان پذیر می گردد. ادامه زندگی گروه‌ها نیازمند نظم و نسقی است که با برقراری نوعی سلطه و ریاست ملازمه دارد و صورت اولیه آن در ریاست مرد بر خانواده تجلی می کند و ریاست و سالاری بر گروه‌ها در واحد وسیع و فراگیر جامعه به شکل دولت درمی آید.

حاکمیت دولت مفهومی در برابر آزادی فردی است. به عبارت دیگر آزادی فرد را باید به منزله حاکمیت او در برابر حاکمیت دولت تلقی کرد. اگر این معنی صحیح است که حق را به نوعی سلطه یا اختیار و امتیاز تعبیر کرده‌اند دولت مظهر بالاترین حد سلطه و اختیار است. افراد نیز بر حسب سلسله مراتب جایگاه‌هایی که در اجتماع دارند از اختیارات و امتیازاتی برخوردار هستند و با بهره‌گیری از آن‌ها در برابر یکدیگر اعمال سلطه می‌کنند. اما هم آن حق حاکمیت دولت و هم این حق آزادی فرد ممکن است در معرض سوء استفاده قرار گیرد و نیازمند تعدیل و تحدید باشد.

تنازع در ساحت حقوق و آزادی‌ها

حق حاکمیت دولت با حقوق و آزادی‌های فردی در تقابل و تنازع دایم است. ساحت حقوق و آزادی‌های فردی نیز خود جولانگاه طبیعی برخورد و تعارض و تزاخم است. از سوی دیگر آزادی فردی همچنان که در نتیجه مداخلات بی‌قید و شرط دولت در معرض خطر قرار می‌گیرد عدم مداخله دولت نیز خطری برای آزادی است. دولت، چه دولت مداخله‌جو و چه دولت حداقلی که نازیک و امثال او پیشنهاد می‌کنند، در هر حال مزاحم حقوق و آزادی‌های فردی است و در عین حال همین دولت است که پاسداری و تضمین حقوق و آزادی‌های افراد را در برابر یکدیگر عهده‌دار است. مداخله بی‌حد و مرز دولت به یک جامعه استالینیستی می‌انجامد. عدم مداخله دولت و رها کردن کار به امید عوامل مبهم و نامشخصی چون «نظم خودجوش بازار» نیز میدان را برای استضعاف اکثریت جامعه از سوی اربابان زور و زر باز می‌گذارد. آزادی بی‌قید و شرط دولت و آزادی بی‌قید و شرط فرد هر دو مفسده‌ای است که ممکن است بدترین نوع استثمار و قساوت و بیدادگری را بار آورد و ریشه حق و آزادی را بخشکاند.

پوپر می‌گوید:

زیاده‌روی در اعمال قدرت دولت منجر به فقدان آزادی می‌شود. اما

در عین حال چیزی نیز به نام زیاده‌روی در برخورداری از آزادی وجود دارد. متأسفانه همان‌طور که قدرت می‌تواند مورد سوء استفاده واقع شود با آزادی نیز می‌توان چنین کرد. به عنوان مثال می‌توان آزادی بیان، یا آزادی مطبوعات را با نشر اکاذیب و تحریک به طغیان مورد سوء استفاده قرار داد. درست به همین صورت قدرت حکومت می‌تواند هر نوع محدودیت آزادی را مورد استفاده قرار دهد.

ما به آزادی نیاز داریم تا بتوانیم از سوء استفاده حکومت از قدرت جلوگیری کنیم و به حکومت نیاز داریم تا از سوء استفاده از آزادی جلوگیری به عمل آوریم. <۱>

سوء استفاده در کاربرد حق

استفاده از حقوق و امتیازات قانونی چه در حوزه فعالیت‌های فردی و چه در حوزه عملیات دولتی به صورت‌های گوناگون ظهور پیدا می‌کند. هرگاه اعمال یک حق قانونی به زیان دیگری تمام شود چه باید کرد؟ در یک اجتماع زنده و متحرک مردم مدام حقوق و آزادی‌هایی را که دارند به کار می‌گیرند؛ مالک زمین بر روی زمین خود بنایی احداث می‌کند؛ شوهری از حقوق خود درباره ریاست خانواده استفاده می‌کند؛ متصدی یکی از مشاغل عمومی به صلاحیت و اختیاری در زمینه گزینش افراد که به او تفویض شده است استناد می‌کند؛ فرمانده قوای تأمینی، نیروهایی را که برای حفظ نظم و آرامش در اختیار او گذاشته شده است به کار می‌گیرد. آیا به کارگیری این حقوق و امتیازات قانونی می‌تواند موجب مسؤولیت گردد؟ اصل این است که اگر کسی در محدوده قانون عمل می‌کند مسؤولیت ندارد. فقها هم گفته‌اند که *الْجَوَازُ الشَّرْعِيُّ يُنَافِي الضَّمَانَ*. اختیاری که از قانون برمی‌خیزد با مسؤولیت منافات دارد. پس اگر مقامی به حکم قانون کسی را بازداشت می‌کند و در حبس نگاه می‌دارد، یا اگر بستانکاری با اقامه دعوی بر بدهکار مخل آزادی او می‌شود نباید مسؤول شناخته شود. این البته یک روی مسئله است. اما

از سوی دیگر می‌دانیم که چنان که حقوق‌دانان رومی گفته‌اند افراط در حق و قانون ممکن است به بی‌عدالتی فاحش بینجامد. آری، حق سلطه و امتیازی است که قانون از آن حمایت می‌کند اما این سلطه و امتیاز به عبث و برای هوس‌رانی که برقرار نگردیده است. هر سلطه و امتیازی برای تأمین یک هدف اجتماعی مشروعیت پیدا می‌کند و مورد شناسایی و حمایت قرار می‌گیرد. حال اگر صاحب حق آن را از هدف خود منحرف گرداند و در راه ارضای هوس‌ها یا اعتقادات و باورهای شخصی خویش به کار ببرد چه باید کرد؟

سابقه تاریخی نظریه سوء استفاده از حق

این مشکل البته از روزگاران قدیم مطرح بود اما ابعاد آن به گستردگی و اهمیت امروز نبود و برای مقابله با آن در چارچوب روابط حقوقی ساده‌ای که در جوامع کهن وجود داشت راه‌حلی اندیشیده شده بود. مثلاً کسی که در محدوده ملک خود چاه می‌کند و در نتیجه آن چاه آب همسایه می‌خشکد، یا در دیوار خانه خود پنجره‌ای کار می‌گذاشت که داخل خانه همسایه در مرئی و منظر او قرار می‌گرفت، یا جلوی سیلی را که رو به خانه او سرازیر شده بود سد می‌کرد و در نتیجه سیل به خانه دیگری رومی آورد و خسارت به او می‌زد — امثال این مسائل در جوامع سنتی پیش می‌آمد و راه‌حلی ساده برای مشکلات ساده کفایت می‌نمود. «۱» اما با توسعه عظیم روابط اجتماعی و اقتصادی در عرصه مناسبات جوامع بسیار پیچیده جدید، مسئله صورت دیگری پیدا کرد و چنین بود که از اوایل قرن بیستم وضع نظریه‌ای مستقل و جامع در این باره ضرورت یافت.

تحریر محل نزاع

نخست باید مسئله سوء استفاده از حق از مسئله تجاوز از حق جدا گردد. تجاوز از حق در واقع رعایت نکردن مرزهای بیرونی حق است، مانند

وکیلی که از حدود وکالتی که دارد خارج می‌شود، یک مأمور پلیس که در امر قضاوت مداخله می‌کند، یک سازمان عمومی که در خارج از دایره صلاحیت قانونی خود عمل می‌کند، کسی که در ملک دیگری تصرف می‌کند — این‌ها همه مشمول عنوان تجاوز از حق است و با سوء استفاده از حق فرق دارد. آنجا که از مرز بیرونی حق تجاوز شود اصلاً حقی وجود ندارد تا سوء استفاده از آن مصداق پیدا کند. بحث سوء استفاده جایی قابل طرح است که کسی به استناد حق مشروع خود عمل می‌کند. در اینجا است که باید میان موجودیت حق و کاربرد آن جدایی قائل شد. به عبارت دیگر سوء استفاده از حق، برخلاف تجاوز از حق، ناظر بر مرحله ثبوت و موجودیت حق نیست بلکه ناظر بر مرحله اجرایی آن است: حقی وجود دارد و صاحب حق در مقام اعمال آن است و در این مسیر است که مشکل سوء استفاده پیش می‌آید.

مظاهر مختلف سوء استفاده از حق

سوء استفاده از حق ممکن است در اشکال گوناگون و موقعیت‌های متفاوت مصداق پیدا کند. یک شکل سوء استفاده آن است که کسی حق خود را به نحوی اعمال کند که به قول فقها به «نقض غرض از مشروعیت» آن بینجامد و این همان است که حقوق‌دانان غربی به کاربرد حق در جهت خلاف هدف و غایت آن تعبیر کرده‌اند، مانند پلیسی که او را برای حمایت مردم و تأمین راحت و امنیت و اطمینان آنان مسلح کرده‌اند و او آن سلاح را برای اخافه و ارعاب و سرکوب مردم به کار گیرد. حقی که عالماً و عامداً در راه دست‌یابی به هدفی جز آنچه حق برای خاطر آن برقرار گردیده است اعمال شود مصداق سوء استفاده از اختیارات^۲ است که در حقوق اداری از آن بحث می‌شود. این‌گونه سوء استفاده نه تنها در عمل متصدیان دولتی

^۱ ultra vires

^۲ détournement de pouvoir

در داخل یک کشور بلکه در عمل سازمان‌های بین‌المللی که اختیارات و صلاحیت‌هایی به آنان تفویض گردیده است نیز مصداق پیدا می‌کند. شکل دیگر سوء استفاده آن است که حق به صورتی اعمال گردد که اعمال حق مشابه برای صاحب حق دیگری را منتفی سازد. این نوع سوء استفاده مثلاً در حوزه روابط بین‌الملل در مورد رودخانه‌هایی که در بیش از خاک یک کشور جریان دارد، و نیز در مورد آب‌راه‌های مشترک، و همچنین در بهره‌برداری از منابع نفت و گاز که مشترک میان چند کشور باشد، می‌تواند مصداق بیابند. در این قبیل موارد تراحم حقوق به صورتی است که استفاده یک طرف ممکن است به نقصان استفاده طرف دیگر تمام شود.

مصداق این نوع سوء استفاده را در حوزه روابط خصوصی میان افراد نیز می‌توان سراغ گرفت. مثلاً کسی در ملک خود اقدام به حفاری چاه می‌کند بدون آن که واقعاً به آب نیاز داشته باشد بلکه می‌خواهد که از این راه در بازده مخازن زیرزمینی آب همسایه تأثیر منفی بگذارد.

باز شکل دیگر سوء استفاده از حق توسط به راه‌های نامشروع در استفاده از آزادی‌های مشروع است، مانند تاجری که در استفاده از آزادی رقابت مشروع بازرگانی به وسایل مکارانه و نامشروع توسل جوید.

فقه‌های اسلام و کاربرد ناشایسته حق

مشکل سوء استفاده از حق چنان که گفتیم از زمان‌های قدیم وجود داشت منتهی دامنه آن گسترش و اهمیتی را که در زمان ما دارد نداشت. آنچه که فقیه مالکی شاطبی در کتاب خود به نام الموافقات «کاربرد ناشایسته» یا «استعمال مذموم» می‌خواند دقیقاً ناظر بر عملی است که ذاتاً مشروع و مجاز است لیکن انجام آن مایه زیان دیگری می‌شود. امام محمد غزالی در کتاب کیمیای سعادت گوید:

... بسیار معاملت بُود که فتویٰ کنیم که درست است، ولیکن آن کس در لعنتِ خدای بُود و آن معاملتی بُود در رنج و زیان مسلمانان بُود. و این

بر دو قسم است: یکی عام و یکی خاص... <۲>

و همین مطلب را در احیاء العلوم به صورت زیر آورده است:
 إِغْلَمُ أَنْ الْمَعَامِلَةَ قَدْ تَجْرَى عَلَى وَجْهِ يَخْكُمُ الْمَفْتَى بِصِحَّتِهَا وَ
 انْعِقَادِهَا وَ لَكِنَّهَا تَشْتَمِلُ عَلَى الظلم... وَ هَذَا الظلمَ يَعْنِي مَا اسْتَضِرُّ بِهَا الْغَيْرُ وَ
 هُوَ مَنْقَسِمٌ إِلَى مَا يَعْمُرُهُ ضَرَرُهُ وَإِلَى مَا يَخْصُ الْمَعَامِلَ. <۲>

برخورد محافظه کارانه قضات انگلیس

در اواخر قرن نوزدهم دعوایی در انگلستان مطرح شد. موضوع دعوی شکایت شهرداری برادفورد بود از شخصی به نام پیکلس. این شخص دست به حفاری چاه در ملک خود زده بود که در نتیجه آن بازده آب در چاه‌های ملک مجاور نقصان فاحش پیدا کرده بود. ملک مجاور متعلق به شهرداری بود و آب مصرفی شهر از آن چاه‌ها تأمین می‌شد. پیکلس در واقع احتیاجی به آب نداشت بلکه مقصود وی آن بود که بر شهرداری فشار وارد آورد تا به خاطر حفظ بازده منابع مورد نیاز مصرف شهر ملک او را به بهایی بالاتر از قیمت عادلانه آن بخرد. این عمل پیکلس مصداق بارز سوء استفاده از حق بود اما دادگاه انگلیس هنوز آمادگی نداشت که آن را محکوم کند. نظر دادگاه آن بود که مالکیت حقی مطلق است و پیکلس مثل هر مالک دیگری حق داشته است تا در ملک خود جز در مواردی که قانون صراحةً منع کرده باشد هرگونه تصرف بکند. <۳>

تعارض میان صورت و معنی

کسی که اعمال حق خود را وسیلهٔ اضرار دیگری قرار می‌دهد در عین حال که لفظ قانون را مراعات کرده روح آن را نادیده گرفته است. رگه‌هایی از اندیشهٔ تقابل و تعارض حقوق، و لزوم جلوگیری از افراط و زیاده روی در اعمال حق را در نوشته‌های لاک می‌بینیم. لاک حق طبیعی

پدر را در تسلط بر فرزند قبول دارد اما می‌گوید که این حق به لحاظ خیر و مصلحت فرزند برقرار گردیده است و بنابراین رسیدن فرزند به سن رشد موجب سقوط حق پدر می‌گردد، و نیز اگر پدری درباره فرزند کوتاهی نماید این حق او ساقط می‌شود.

حق تسلط حکومت نیز از دیدگاه لاک مبتنی بر مواضعه و تبانی مردم است که برای حفظ امنیت خود چنین حقی را به دولت تفویض می‌کنند و حکومت با وضع و اجرای قانون وظیفه حفظ جان و مال مردم و مجازات متعديان را بر عهده می‌گیرد.

اصل حسن نیت و قرائت سنتی آن

ایدئولوژی مسلط در میان عموم حقوق دانان بزرگ مکتب حقوق طبیعی از گروسیوس به بعد فردگرایی و تقویت استقلال فردی بود. در خلال دو قرن هجدهم و نوزدهم قوانین موضوعه نیز آزادی فرد و تأمین امنیت و ثبات و اطمینان در ضوابط اجتماعی را هدف قرار دادند و متفکران و حقوق دانان همین خط فکری را تعقیب و تقویت کردند.

قاعده حاکم در زمینه قرارداد در همه نظام‌های شناخته شده حقوقی قاعده الزام آور بودن عقود است. حقوق دانان در استدلال برای تحکیم این قاعده به اصل «حسن نیت»^۱ استناد می‌کردند و هنوز چنین می‌کنند و مقصودشان از این اصل همان وفای به عهد و احترام از پیمان شکنی است که در حقوق روم و کلیسا هم مورد تأکید بود.

اگر حقوق دانان قدیم از حسن نیت در قرارداد سخن می‌گفتند مقصودشان آن بود که مفاد قرارداد، هرچه هست، باید اجرا شود و کسی حق ندارد از زیر بار تعهدی که در ایجاد آن شرکت کرده است شانه خالی کند.

در قرائت عموم صاحب نظران کلاسیک حقوق حسن نیت به معنی وفای

^۱ good faith

به عهد، «تقدّس قرارداد»^۱ و قطعی بودن آن است. «نشکند مرد اگرش سر برود پیمان را». قرارداد یک بار که با رضایت طرفین انعقاد یافت لازم الاجرا می‌گردد. تفسیر قرارداد و اجرای آن باید از قصد و نیت طرفین تبعیت نماید.

قرائت تازه از اصل حسن نیت

حقوق دانان معاصر نیز اصل حرمت قرارداد و حق مبتنی بر آن را می‌پذیرند اما نتایج به کلی متفاوتی را از آن انتظار دارند. حسن نیت در تلقی جدید همراه و هم‌ردیف با انصاف و عدالت به کار می‌رود و مقصود از آن شکستن سورت و صلابت قراردادی است که تعادل و توازن عادلانه منافع دو طرف را مختل ساخته باشد. آری حسن نیت مقتضی وفای به عهد و احترام به قرارداد است. اما قرائت جدید چیزی فزون‌تر می‌طلبد یعنی وظیفه تعدیل و تحدید حق را هم بر عهده قواعد مبتنی بر «حسن نیت» می‌داند. مثلاً یکی از قواعد مبتنی بر «حسن نیت» آن است که در اعمال قدرت «تناسب»^۲ ملحوظ باشد. دولت حق نظارت دارد، حق حفظ نظم و امنیت دارد، حق کسب اطلاعات دارد، اما این حقوق نمی‌تواند به طور غیر متناسب به کار گرفته شود. حسن نیت مقتضی رعایت تناسب در استفاده از اختیارات است. باز حسن نیت اقتضا می‌کند که اختیار در راستای هدفی که برای خاطر آن برقرار گردیده است اعمال شود. به عبارت روشن‌تر اختیار در حدود نیاز برای تحقق هدف، و متناسب با آن قابل اعمال است.

این یک قرائت تازه و فهم جدیدی از قاعده «حسن نیت» بود که البته حقوق دانان سنتی قبولش نداشتند و خشم و ناراحتی خود را از آن برداشت غریب و نوظهور پنهان نمی‌کردند. تویه یکی از نخستین مفسران قانون مدنی ناپلئون می‌گوید:

نمی‌توان به سودای یک انصاف خیالی محض... قراردادی را که

^۱ sanctity of contract

^۲ proportionalitè

روشن است فرو گذاشت و به بهانه انصاف یا حسن نیت از مدلول قرارداد تخلف نمود. <۶>

تأسیس نظریه بر پایه قرائت تازه

تلقی جدید از حسن نیت که در بالا به آن اشاره کردیم مبنای نظریه سوء استفاده از حق است. منشأ این نظریه اصلاً در زمینه مالکیت و حق جوار بود که حقوق دان فرانسوی ژوسران در اوایل قرن بیستم به تعمیم آن همت گماشت. در مجموعه قانون مدنی سال ۱۸۰۴م فرانسه، که آن را مادر قوانین مدنی کشورهای اروپا می‌شمارند، هیچ حکمی درباره حسن نیت و لزوم خودداری از سوء استفاده از حق وجود ندارد. ماده ۵۴۴ این قانون حق مطلق مالک را برای انتفاع از ملک خود مورد تأکید قرار داده است مگر آن که استفاده مورد نظر برخلاف قوانین و مقررات باشد. این حکم بعدها در رویه قضایی فرانسه بسط و توسعه پیدا کرد و در اواخر قرن نوزدهم بحث‌هایی دایر بر ممنوعیت استفاده‌هایی که منافی اخلاق و انصاف باشد در میان آمد. مقارن همین تحول که در دیدگاه‌های قضایی فرانسه شکل می‌گرفت مطالعاتی نیز در کشور سوئیس برای تهیه قانون مدنی جریان داشت و نتیجه آن مطالعات متنی بود که از ژوئیه سال ۱۹۱۲م به موقع اجرا گذارده شد. مسئله سوء استفاده از حق نخستین بار به وسیله این متن در قوانین موضوعه راه یافت، بدین سان که تبصره اول ماده ۲ این قانون لزوم اجرای حقوق و تعهدات را بر وفق قاعده «حسن نیت» مورد تأکید قرارداد و در پی آن تبصره دوم مقرر داشت: «سوء استفاده از حق مورد حمایت قانون نمی‌باشد!» <۷>

آنچه مسلم است در روابط میان مردم حسن نیت و سوء نیت درهم‌اند. ما از بام تا شام با مصادیق بارز قانون‌مداری و احترام به قانون از یک سو و قانون‌شکنی و تقلب و حقه‌بازی از سوی دیگر روبه‌رو می‌شویم و حق

در معرض این جنگ همیشگی است. در عین حال هیچ نظام حقوقی کامل نیست و مباحثه در میان مکتب‌های مختلف حقوق خود نمایانگر این حقیقت است. هر نظام حقوقی مدام باید در مقام بازبینی و اصلاح و تکمیل خود باشد و در عین حال که آمادگی خود را برای تثبیت حقوق و دفاع از آزادی‌ها تقویت می‌کند در جلوگیری از زیاده‌روی‌ها و افراط‌گرایی‌ها و سوء استفاده از نام حق و آزادی نیز کوتاهی روا ندارد.

قانون در مصاف با انصاف

تاریخ صحنه تغییرات شگرف است که دایم در برابر چشمان ما جریان دارد. هم واقعیت‌ها در عالم انسانی تغییر می‌کنند و هم ارزش‌هایی که انسان برای واقعیت‌ها قائل می‌شود در معرض دگرگونی قرار می‌گیرند. همارگی و دایمی بودن این تغییرات نه از باب نسبی بودن داورهای بلکه از جهت آن است که هر روز نظرگاه‌هایی تازه‌تر و روش‌های تازه‌تری در اختیار ما قرار می‌گیرد و این روش‌های دگرگون ما را به نتایج دگرگون می‌رسانند. هیچ کس نباید مدعی راه حل مطلقاً درست باشد بلکه باید راه حلی را که از میان راه‌های مختلف، در محدوده واقعیت‌ها و ارزش‌های موجود، درست‌تر می‌نماید برگزیند. هرچه هست ابهام در ذات و طبیعت انسانی است.

حق و آزادی دل مشغولی عظیم و خطیر فرد انسانی است. حفظ و حمایت این دو گوهر گران‌بها، و حراست و نگهبانی آن‌ها از آفت افراط و تفریط را بزرگ‌ترین معضل اخلاق سیاسی باید به حساب آورد. سوء استفاده از حق و آزادی به همان اندازه اهمال و بی‌اعتنایی نسبت به حق و آزادی مهم و خطرناک است. اصل حسن نیت اقتضا می‌کند که طرفین قرارداد با هم با انصاف و مروت رفتار کنند. پس از یک طرف صادقانه باید بکوشند تا آنچه را که بر عهده گرفته‌اند انجام دهند و به تعهدات خود وفادار باشند و از طرف دیگر باید از اتخاذ موضعی که با انصاف و مروت منافات داشته باشد بپرهیزند. یعنی حسن نیت در عین حال که بر اجرای مفاد قانون و قرارداد

تأکید دارد هرگونه تفسیر لفظی قانون و قرارداد را که به نتایج غیر منصفانه منتهی گردد نفی می‌کند و در ورای ظاهر الفاظی که بر کاغذ نقش بسته است روح یا مقصود و مؤدای راستین آن‌ها را می‌طلبد. به ویژه نظام حقوقی مبتنی بر قانون مکتوب بدون یاری جستن از روش تفسیر که در شرایطی تازه‌تر روز به روز کلیات را به ساحت تطبیق با مصادیق در میدان اجرا و عمل سوق دهد ناقص و ناتمام خواهد بود.

کشت قانون بدون آبیاری از سرچشمه انصاف و عدالت و حسن نیت ثمر نمی‌دهد و حقی که صرفاً در حصار حرمت قرارداد محبوس بماند، یا با جمود به ظاهر قانون مستمسک سوء استفاده قرار گیرد، به ضد خود مبدل خواهد گشت. حقوق‌دان نباید فراموش کند که چسبیدن به مَرِّ قانون یا مبالغه در پای‌بندی به قانون محض^۱ پرتگاهی است که سراز وادی مصاف با انصاف در می‌آورد.

ذهنیت و عینیت در حسن نیت

در تحلیل اصل حسن نیت این مسئله روشن شد که این اصل از دو دیدگاه مختلف به دو صورت متفاوت و ناساز می‌تواند تفسیر شود. تفسیری که در روم کهن و در مکاتب حقوق طبیعی و حتی در زمان تدوین قانون مدنی فرانسه از این اصل داشتند حسن نیت را در التزام به مفاد قرارداد می‌جست که بر پایه قصد و نیت افراد قرار دارد. نگرش جدیدتر حسن نیت را اصلی برون ذاتی و مستقل از اراده افراد می‌بیند، اصلی که نه مقهور اراده افراد است بلکه بر آن حکومت می‌کند و انحرافات و کژروی‌های آن را اصلاح و تصحیح می‌کند. بنابراین کسی به صرف یاد گرفتن و دانستن متون قوانین حقوق‌دان و قاضی نمی‌شود بلکه باید به قواعد و اصول کلی حقوقی نیز آشنا باشد و راه تفسیر متون را با استمداد از آن قواعد و

^۱ droit strict

اصول کلی فراگیرد تا آنچه که اصطلاحاً شَمّ حقوقی نامیده می‌شود در او پیدا آید و بتواند چهرهٔ عدالت را از پس پردهٔ الفاظ قرارداد شناسایی کند.

چنان که پیش‌تر اشاره کرده‌ایم قانون مدنی سوئیس در مادهٔ ۲، پیش‌از بیان حکم سوء استفاده از حق، به لزوم رعایت موازین حسن نیت در اجرای حقوق و تعهدات تأکید ورزیده است:

هرکس مکلف است که در اجرای حقوق و ایفای تعهدات خود بروفق قواعد حسن نیت عمل کند.

اینجا مقصود حسن نیت به معنی ذهنی (سوپرکتیف) آن است که در روابط اجتماعی و معاملاتی افراد اصل تلقی می‌شود یعنی فرض این است که کسی قصد فریب طرف خود را ندارد، آنچه اظهار می‌کند دروغ و نیرنگ و تزویر نیست و بنابراین می‌توان به قول او اعتماد کرد. در اینجا صاحب حق تا حد و مرزی که وجداناً خود را ملتزم به آن می‌داند پیش می‌رود. اما تبصرهٔ دیگر مادهٔ ۲ قانون که سوء استفاده از حق را محکوم می‌کند نظر به مفهوم عینی (اوبژکتیف) و برون ذاتی حسن نیت دارد و به حد و مرزی دیگر، فارغ از تلقی ذهنی صاحب حق، اشاره می‌کند.

تبصرهٔ دوم می‌خواهد که حق حقیقی برحق صوری تقدم یابد. محتوای مادهٔ ۲ قانون مدنی سوئیس از این باور سرچشمه می‌گیرد که قانون موضوعه در هر حال نمی‌تواند همهٔ تعارضات یک زندگی اجتماعی را پیش‌بینی بکند و حکم هر مورد را جداگانه بیان دارد. آری قانون‌گذار می‌کوشد تا خلئی در قانون بر جای نگذارد اما این خلأ ناگزیر است و عملاً قبایی نمی‌توان دوخت که بر هر قامتی راست درآید. به لسان فقهی گاهی موضوعات جدید در میان می‌آید که اصلاً حکمی در قانون برای آن‌ها پیش‌بینی نشده است و گاهی موضوعات مورد نظر قانون‌گذار عوض می‌شود و با تغییر موضوع حکمی هم که برای آن مقرر شده بود معنی و مفهوم خود را از

دست می‌دهد. مقصود از قانون این نیست که مردم صرفاً از یک رشته بایدها و نبایدها پیروی نمایند. مقصود این است که یک نوع هماهنگی مطلوب در روابط اجتماعی پیدا آید. چه راهی باید در پیش گرفت تا مجموعه حقوق و تعهدات فردی و اجتماعی در چارچوب نظامی معین به هماهنگی دست یابد؟ آنگاه که از اخلاق حسنه سخن می‌گوییم معیارهای یک آدم متوسط — آدم خوب — و نه معیارهای یک قهرمان یا یک قدیس را در نظر می‌گیریم، اما وقتی از حسن نیت صحبت می‌کنیم به یک معیار والاتری چشم می‌دوزیم. حسن نیت در مفهوم عینی به معنی دعوت برگذشت و ترحم و این گونه حرف‌ها نیست بلکه می‌خواهد تا عمل فردی به سطح مقاصد و غایات اجتماعی ارتقا یابد. می‌خواهد تا حق و امتیازی که برای فرد مقرر گشته است همخوانی و هماهنگی خود را با ارزش‌های اجتماعی حفظ کند. عدالت نمی‌تواند چشم خود را بر ناهماهنگی‌هایی که ممکن است میان ماده قانون و صورت آن وجود داشته باشد فرو بندد.

حسن نیت خمیرمایه اعتماد و اطمینان است که حق بر آن استوار است و به منزله چرخ دنده است که تحرک مطلوب در تعامل اجتماعی را میسر می‌سازد. به گفته کانت: «حقوق مجموعه شرایطی است که در چارچوب آن اراده یک فرد با اراده یک فرد دیگر بر حسب یک قانون کلی آزادی به توافق می‌رسد.» اعتماد و اطمینان حق را از دو صفت قابل پیش‌بینی بودن و ثبات برخوردار می‌سازد. اگر کسی روزنامه‌ای را مشترک شده و پول اشتراک را پرداخته است می‌داند که در تمام مدت اشتراک روزنامه را مرتباً دریافت خواهد کرد. اگر بلیت تماشاخانه یا کنسرتی را خریده می‌داند که آن بلیت پروانه ورود در سالنی است که صندلی خاصی برای نشستن در تمام مدت اجرای نمایش یا کنسرت در اختیار او خواهد بود، می‌داند که برنامه طبق آنچه قبلاً اعلام شده است جریان خواهد یافت. بدیهی است که اگر این مایه از اطمینان از میان برخیزد نظم حقوقی فرو خواهد پاشید و آنگاه حقی که از دولت حسن نیت محروم افتاده باشد معنی خود را از دست خواهد داد.

ارتباط نظریه با مسئله تقصیر

بعضی از حقوق دانان کوشیده‌اند تا سوء استفاده از حق را با مسئله تقصیر مرتبط گردانند. از این دیدگاه سوء استفاده از حق تنها در صورت احراز قصدِ اضرار به غیر، یعنی در محدوده تقصیر عمدی، محقق می‌شود و یا تحقق آن در نهایت محدود می‌شود به مواردی که صاحب حق مسامحه و بی‌مبالاتی به خرج دهد و در اعمال حق خود شرط احتیاط به جانیاورد و تدابیر لازم را مرعی ندارد.

از این قرار برای اثبات ضرر در هر مورد دو ضابطه عمده مورد نظر خواهد بود که باید تحقق آن‌ها به اثبات برسد:

الف) این که تقصیر فرع وجود اراده است. آنجا که عملی ارادی صورت نگرفته باشد تقصیری هم وجود نخواهد داشت.

ب) این که میان تقصیر و ضرر باید رابطه سببیت وجود داشته باشد.

در واقع بحث سوء استفاده از حق وقتی معنی پیدا می‌کند که کسی در مقام اعمال حق خود به عملی دست زده و دیگری در نتیجه آن عمل متضرر گشته باشد. در این گونه موارد طرف زیان دیده نوعاً بر آن است که صاحب حق یا از گلیم خود فراتر نهاده و از حقی که دارد سوء استفاده کرده است. از طرف دیگر صاحب حق که عمل خود را مستند به حقی مشروع می‌داند بر آن است که در محدوده حق خود عمل کرده و اعتراض بر آن را موجه تلقی نمی‌کند.

پیدا است که جریان نظریه سوء استفاده از حق مستلزم نوعی ارزش گذاری بر عمل صاحب حق است: طرف زیان دیده باید ثابت کند که صاحب حق یا به علت نادیده گرفتن حکمی از قانون، و یا با تخلف از راه و رسم عقلایی، مرتکب تقصیری گشته و موجب زیان او شده است. وقتی کسی رانندگی می‌کند در مقام استفاده از حق و آزادی خود است اما اگر مقررات راهنمایی و رانندگی را مراعات نکند و زیانی به دیگری وارد آورد مقصر تلقی می‌شود. همچنین خطای انحراف از روش متعارف و معتاد، بی احتیاطی و بی‌مبالاتی، و

به عبارت ساده‌تر: مراعات نکردن قواعد بازی که به زیان دیگری بینجامد موجب ثبوت تقصیر و توجه مسؤولیت است. به طور کلی آنجا که از تقصیر بحث می‌شود فرض این است که عملی ناروا و غیرموجه صورت گرفته است اما موجه بودن عمل به چه چیز محقق می‌شود؟ قانون‌گذار البته نمی‌تواند شرایط و اسباب توجیه‌کننده اعمال را، که دلیل خروج آن‌ها از حیطه تقصیر باشد، برشمارد. اصل یا توجیه کلی هم که وجود دارد با فرض تقصیر سازگار در نمی‌آید زیرا که صاحب حق از امتیاز قانونی خود استفاده می‌کرده است. اگر کسی در مقام استفاده از آزادی کسب و کار مغازه‌ای در جایی باز کند و با این عمل موجب کساد بازار و نکث کسب و کار مغازه دیگری شود که در جوار آن وجود دارد مسؤولیتی متوجه او نیست؛ چه او در مقام استفاده از حق خویش و نه در مقام سوء استفاده از آن بوده است و رقابت مشروع و کوشش برای جلب مشتری بیش‌تر از قواعد شناخته شده بازی در زمینه کسب و کار است.

مخالفان نظریه

مخالفان نظریه سوء استفاده از حق هم که این نظریه را از بیخ و بن غیر منطقی تلقی کرده‌اند اعتراض و ایراد خود را از همین نقطه آغاز نهاده‌اند. آن‌ها گفته‌اند: آنجا که سوء استفاده هست حقی نیست و تا آنجا که حقی هست سوء استفاده معنی پیدا نمی‌کند. باز گفته‌اند: این نظریه تناقض‌گویی بیش نیست. حق اگر در مرحله اجرا فروماند تمام فایده خود را از دست می‌دهد. اجرای حق چگونه می‌تواند برخلاف حق باشد زیرا که قابلیت اجرا خود در جوهر حق ملحوظ است. بنابراین نظریه سوء استفاده از حق به لحاظ امنیت عمومی خطرناک است زیرا که مفهوم حق را تضعیف می‌کند و آن را صبغه‌ای اجتماعی و اخلاقی می‌دهد و قوه قضائیه را به بیراهه می‌کشاند و کار را به جایی می‌رساند که قاضی به دستاویز آن نظریه خود هر روز مرتکب سوء استفاده از حق بشود. من اگر حقی دارم استفاده از آن هم باید