

مقدمه:

حق مالکیت مانند هر حق دیگری، برخلاف آنچه که پیروان مکتب اصالت فرد می‌پنداشتند، حقی مطلق و انحصاری نیست؛ بلکه ضرورت‌های زندگی اجتماعی و تأمین صلح عمومی باعث تقیید و تحدید این حق شده است به این ترتیب که از یک سو تصرفات مالک در مال خویش مشروط به عدم ایراد ضرر فاحش به دیگران است، همچنان که به منظور تأمین نیازهای عمومی از قبیل آب و برق و گاز و تلفن، تحمل برخی حقوق از توافقی به املاک اشخاص و حتی تملک قهری آنها ضرورت یافته است.

یکی از بارزترین جلوه‌های تعارض حقوق مالکانه با مصالح دیگران، روابط همسایگی است که با توجه به رابطه مستقیم میان چگونگی اعمال حق و آثار ناشی از آن، برخی قانونگذاری‌ها استفاده نامتعارف مالک از ملک خود و برخی دیگر ایراد ضرر نامتعارف مالک

از ملک خود و برخی دیگر ایراد ضرر نامتعارف یا فاحش به دیگر همسایگان را ملاک مسئولیت مالک قرارداده‌اند.

ماده (۱۳۲) قانون مدنی از جمله قوانین دسته اول و ماده (۱۱۹۷) مجله الاحکام العدلیه، در زمره دسته دوم از این قوانین است. به موجب این ماده: «هیچ کس را نمی‌توان از تصرف در ملک خویش منع نمود، مگر آنکه این تصرف باعث ضرر فاحش دیگری شود.»^(۱)

گفتار اول - مقایسه ضررهای نامتعارف همسایگی و مفاهیم حقوقی مشابه

برای توصیف بهتر مفهوم ضررهای نامتعارف همسایگی، مقایسه آن با مفاهیم حقوقی مشابه ضروری است. ضررهای نامتعارف همسایگی از جهاتی به دو مفهوم حقوقی، تقصیر در استفاده از حق مالکیت و سوءاستفاده از حق مالکیت قابل تشبیه است. لیکن به رغم این شباهت ظاهری، از نظر

ماهوی با این دو یکسان نمی‌باشد.

بند اول - تقصیر در استفاده از حق مالکیت
تقصیر مالک در استفاده از حق خویش، ممکن است به یکی از دو صورت تجاوز به قوانین و مقررات مربوط یا خطای در اعمال حق باشد. مالک در اعمال حق خود باید قوانین و مقررات مربوط را رعایت کند؛ نادیده گرفتن این قوانین مانند پرداختن به مشاغل مخل آسایش عمومی یا سلامت محیط زیست، بدون اخذ مجوز لازم، تقصیر مالک محسوب می‌شود.^(۲) دومین حالت از تقصیر مالک، تجاوز از رفتار انسان متعارف است؛ مانند آنکه در منزل مسکونی خود مجالس پر سرو صدای جشن و پایکوبی ترتیب دهد یا در آن بیش از حد معمول آتش روشن کند. تقصیر در اعمال حق به هریک از اشکال آن ممنوع و باعث مسئولیت مطلق مالک به جبران ضرر همسایه است.^(۳)

بند دوم - سوءاستفاده از حق مالکیت
اعمال بدون قید و شرط حق مالکیت بدون توجه به انگیزه سوء مالک با توصیف آن به عنوان یک وظیفه اجتماعی یا حداقل یک حق طبیعی، با وظیفه اجتماعی سازگاری ندارد. حقوق ما در زمینه سوءاستفاده از حق، حداقل از نقطه نظر متون قانونی از غنای چندانی برخوردار نیست. تدوین یک اصل کلی صریح در قانون اساسی و اصول دیگری که به طور ضمنی به این نظریه پرداخته‌اند، هر چند بیانگر پذیرش اولیه این اصل بنیادین حقوق است، لیکن در مقایسه با حقوق اغلب کشورها که به مرحله وضع معیارهای مشخص از سوءاستفاده از حق رسیده‌اند، کافی به نظر نمی‌رسد.^(۴) برخی از مهم‌ترین این معیارها را می‌توان به قرار زیر دانست: اولین معیار، قصد اضرار به غیر است. چنانچه مالک از حق خود سوءاستفاده کرده است، مانند آنکه مالک به انگیزه جلوگیری از رسیدن نور کافی به خانه همسایه و بدون ضرورت در ملک خود درختان بلند بکارد.^(۵)

معیار دوم، سوءاستفاده از حق، غلبه ضرر



ناشی از اعمال حق بر نفع ناشی از اعمال آن است. به عنوان مثال: مالک دیواری که با تخریب آن باعث ضرر همسایه می‌شود و خود از این کار نفع چندانی نمی‌برد، نمی‌تواند دیوار مزبور را خراب کند. (مفاد ماده ۸۱۸ قانون مدنی مصر)^(۶)

سومین معیار، اعمال حق به انگیزه تأمین منافع نامشروع است؛ مانند آنکه مالک زمین مجاور فرودگاه برای وادار کردن شرکت هواپیمایی به خرید ملک خود با قرار دادن سیم خاردار یا تیرهای بلند در آن، فرود هواپیما را در باند فرودگاه مشکل سازد.^(۷) معیار چهارم، تجاوز از مبانی اجتماعی حقی است که به موجب آن، اختیارات و حقوق اعطایی به اشخاص در جهت تسهیل زندگی اجتماعی است و اعمال این اختیارات برخلاف مصالح عمومی، سوءاستفاده از حق محسوب می‌شود.^(۸) به عنوان مثال: در حقوق فرانسه، اکثریت سهامداران شرکتهای تجاری در مواردی می‌توانند سهام اقلیت را به صورت قهری تملک نمایند. دیوان عالی کشور فرانسه معتقد است، در مواردی که اکثریت این حق را در جهت منافع شرکت اعمال می‌کند، به دلیل تخلف از مبانی اجتماعی حق، مرتکب سوءاستفاده از حق شده است.^(۹)

بند سوم - نظارت‌ها

با بررسی دو عنوان تقصیر در اعمال حق مالکیت و سوءاستفاده از حق مالکیت، بهتر می‌توان مفهوم ضررهای نامتعارف همسایگی را درک نمود. در مواردی مالک با اعمال حق خویش به همسایه خود ضرر می‌زند، بدون این که تعدی و تفریط از او سرزده باشد، مرتکب سوءاستفاده از حق بر مبنای معیارهای مختلف آن نیز نشده است، آیا باز هم می‌توان او را ممنوع از این تصرف و مسئول جبران ضرر همسایه دانست یا خیر؟ پاسخ این سؤال در حقوق داخلی با توجه به مفاد ماده (۱۳۲) قانون مدنی، مانند حقوق بسیاری از کشورها احتمالاً مثبت خواهد بود. بند " ۲ " ماده (۱۲۲۵) قانون مدنی ایتوپی می‌گوید: «مالک در استفاده از ملک

خود باید از هرگونه زیاده‌روی که موجب کاهش استفاده یا به خطر افتادن استفاده از ملک همسایه یا کاهش ارزش آن گردد خودداری کند.»^(۱۰) بند " ۱ " ماده (۸۰۷) قانون مدنی مصر در این مورد می‌گوید: «مالک در استفاده از ملک خود نباید زیاده‌روی کند تا حدی که به ملک همسایه خود ضرر بزند.» بند " ۲ " این ماده می‌گوید:

یکی از بارزترین جلوه‌های تعارض حقوق مالکانه با مصالح دیگران، روابط همسایگی است که با توجه به رابطه مستقیم میان چگونگی اعمال حق و آثار ناشی از آن، برخی قانونگذاران آنها استفاده نامتعارف مالک از ملک خود و برخی دیگر ایراد ضرر نامتعارف مالک از ملک خود و برخی دیگر همسایگان را ملایم مسئولیت مالک قرار داده‌اند

«همسایه نمی‌تواند نسبت به ضررهای متعارف و غیر قابل اجتناب همسایگی به مالک رجوع کند، او می‌تواند جبران این ضررها را در صورتی که از حد متعارف بگذرد، مطالبه کند...»^(۱۲) و...^(۱۳) تفاوت ضررهای نامتعارف همسایگی و دو حالت تقصیر در استفاده از حق مالکیت و سوءاستفاده از حق مالکیت به این ترتیب است که در وضعیت تقصیر در استفاده از حق مالکیت، شرط مسئولیت مالک، ارتکاب تقصیر است که یا باید اثبات شود و یا مفروض انگاشته شود. در مورد سوءاستفاده از حق مالکیت نیز مالک ملزم به جبران ضرر، صرف نظر از سبکی یا سنگینی آن است. در حالی که در خصوص ضررهای نامتعارف همسایگی، مالک نه مرتکب خطایی شده و نه از حق مالکیت خویش سوءاستفاده کرده است؛ بلکه تنها به واسطه استفاده از حق مالکیت خود باعث ضرر

نامتعارف همسایه شده است. به همین خاطر او تنها ضرر نامتعارف یا فاحش را جبران می‌کند و در مقابل ضرر متعارف و غیر قابل اجتنابی که لازمه زندگی اجتماعی است، مسئولیتی نخواهد داشت.^(۱۴)

گفتار دوم - معیار ضرر نامتعارف

در تشخیص ضرر نامتعارف، عواملی چند مورد بررسی قرار می‌گیرد که بارزترین آنها عرف و عادت است. صرف نظر از اشتقاق لغوی عرف و متعارف از ریشه واحد، اصولاً همچون هرامر موضوعی دیگری، عرف، مرجع اساسی در تشخیص موضوعی حکم منع ایراد ضرر نامتعارف به غیر، یعنی ضرر نامتعارف می‌باشد. دادگاه در داوری خود، به زمان و مکان وقوع ضرر ادعایی توجه خواهد کرد. آنچه که در زمان و مکان خاص، متعارف محسوب می‌شود، ممکن است در زمان و مکان دیگری نامتعارف شمرده شود. نگهداری گاو و گوسفند که در یک محیط روستایی متعارف محسوب می‌شود، در مناطق شهری نامتعارف خواهد بود. مناطق شلوغ و پر جمعیت پایین شهری تحمل سرو صدا و تردد بیشتری دارد تا مناطق آرام و کم جمعیت بالای شهری. علاوه بر عرف، عوامل دیگری همچون وضعیت جغرافیایی و موقعیت املاک نسبت به یکدیگر و استفاده مورد نظر از آنها نیز در تشخیص ضرر نامتعارف مؤثر می‌باشد. به عنوان مثال: ملکی که برای سکونت در نظر گرفته می‌شود یا ملکی که به دفتر شرکت یا مهد کودک اختصاص می‌یابد مشمول حکم اولی ضرر نامتعارف است. در مورد دومی و سومی می‌تواند متعارف و معمول محسوب شود.^(۱۶)

گفتار سوم - نقش وضعیت خاص زیان

دیدگاه در تشخیص ضرر نامتعارف

سؤالی که به ذهن می‌رسد، این است که آیا دادگاه در تشخیص ضرر نامتعارف، وضعیت خاص زیان دیده را مدنظر قرار خواهد داد یا خیر؟ به عنوان مثال: آیا وضعیت همسایه‌ای که از یک بیماری عصبی رنج می‌برد یا همسایه‌ای که به کار فکری مستلزم تمرکز و

آرامش اشتغال دارد، در تصمیم دادگاه مؤثر است یا خیر؟ غالب حقوقدانان به طور مطلق، وضعیت خاص زیان دیده را در داوری خویش دخالت نداده‌اند؛^{(۱۸)(۱۷)} از نظر ایشان، ملاک تشخیص ضرر نامتعارف، وضعیت یک انسان عادی است که از آنچه که دیگر همسایگان را به زحمت می‌آندازد، به مشقت می‌افتد و آنچه را که معمولاً همسایگان تحمل می‌کنند، تحمل می‌کند. پس همسایه‌ای که از تحملی بیش از تحمل انسان متعارف برخوردار است، نفع آن را می‌برد و همسایه‌ای که تحملی کمتر از یک همسایه متعارف دارد زیان آن را خواهد دید.^(۱۹) برخی از حقوقدانان میان شرایط استثنایی و شرایط عادی قایل به تفکیک شده‌اند. به این ترتیب که از نظر ایشان، شرایط دسته دوم برخلاف شرایط دسته اول، در تشخیص دادگاه مؤثر است. به عنوان مثال: در مورد ناراحتی از سروصدا، معتقدند سروصدای کم نسبت به همسایه‌ای که حرفه او مانند وکالت دادگستری مستلزم کار فکری است، برخلاف همسایه‌ای که از ناراحتی عصبی رنج می‌برد، ضرر نامتعارف شمرده می‌شود؛ زیرا اشتغال به کارهای فکری برخلاف عدم تعادل عصبی، امری عادی و متعارف است، که باید در تشخیص دادگاه مورد توجه قرار گیرد.^(۲۰)

گفتار چهارم - اثر سبق تملک و استفاده در تشخیص ضرر نامتعارف

چنانچه مالک مدتی از ملک خود استفاده خاصی بکند و متعاقباً همسایه جدید او از این استفاده متضرر شود، آیا همسایه جدید حق اعتراض به استفاده زیانبار مالک را دارد یا خیر؟ عده‌ای به این سؤال پاسخ منفی داده و گفته‌اند: «این ضرر نامشروع نیست؛ زیرا این ضرری است که همسایه جدید، خود، به آن تن در داده است. مثلاً کسی که در مجاورت کارخانه‌ای، منزل مسکونی احداث می‌کند، چون همسایه جدید است به ضرر خود اقدام کرده. بنابراین، حق اعتراض به مالک کارخانه را ندارد.»^(۲۱) بنا به نظری دیگر، تو به استفاده سابق، زمانی امکان‌پذیر است که همگانی

باشد. به این معنا که همگان و نه صرفاً معدودی از مالکان، خود، چنین استفاده‌ای بکنند.^(۲۲) به گونه‌ای که این استفاده همگانی باعث تعیین بافت منطقه و صنعتی یا تجاری یا مسکونی شمردن آن گردد؛ مثلاً دایر کردن چند کارگاه صنعتی در یک منطقه مسکونی باعث نمی‌شود که بتوان آن منطقه را صنعتی دانست و صاحبان چنین کارگاه‌هایی

اعمال بدون قید و شرط حق مالکیت بدون توجه به انگیزه سوء مالک با توصیف آن به عنوان یک وظیفه اجتماعی یا حداقل یک حق طبیعی، با وظیفه اجتماعی سازگاری ندارد

نمی‌توانند به استفاده سابق خود در مقابل همسایگان جدید استناد کنند...^(۲۳) و...^(۲۴)

گفتار پنجم - اثر اذن مقام اداری در تشخیص ضرر نامتعارف

استفاده مالک از ملک خویش ممکن است منوط به کسب مجوز از مراجع اداری ذی‌ربط باشد. مانند آنچه که در مورد اشتغال به صنایع مزاحم محل بهداشت عمومی و سلامت محیط زیست معمول است. در خصوص اینکه صدور این قبیل مجوزها اضرار به دیگران را مباح می‌سازد یا به‌رغم صدور چنین مجوزهایی، مالک همچون گذشته مسئول آثار زیانبار تصرف خویش است، اختلاف نظر شده است. برخی معتقدند: «اجازه مقام اداری وصف نامتعارف را از تصرف برداشته و متصرف را از مسئولیت بری می‌سازد؛ زیرا اقدامات او مطابق قانون و مقررات بوده است.»^(۲۵) در مقابل، عده‌ای دیگر گفته‌اند: «اذن مقام اداری به هیچوجه مانع مسئولیت

مالک نسبت به ضررهای همسایه نیست؛ زیرا هدف از الزامی کردن کسب مجوز، تضمین رعایت ضوابطی است که قانون برای پرداختن به برخی مشاغل، ضروری می‌داند و کسب این قبیل مجوزها تأثیری بر حقوق همسایگان زیان دیده ندارد.»^(۲۶) دسته سومی از حقوقدانان راه حل میانه‌ای را برگزیده‌اند: «هرچند اجازه مقام اداری مانع مسئولیت مالک نیست و فعل نامشروع او را مباح نمی‌سازد، با این حال نمی‌توان مالک را از تصرف مضر ممنوع دانست؛ زیرا این امر مستلزم ابطال تصمیم مقام اداری توسط مقام قضایی و تجاوز به اصل اساسی استقلال قواست؛ و این اختیار دادگاه منحصر به محکوم کردن مالک به پرداخت غرامت ناشی از تصرف نامتعارف است.»^(۲۷) اما این نظر را می‌توان نوعی قیاس مع الفارق دانست؛ زیرا اذن مقام اداری به هیچوجه ناظر به حقوق خصوصی اشخاص نیست و منافاتی با آن ندارد و مقام اداری این مجوز را با لحاظ حقوق آن صادر می‌کند و دادگاه نیز در صدور حکم به رفع ضرر، صلاحیت اختصاصی خود را مستقل از تصمیم مراجع اداری اعمال می‌کند.^(۲۸) پس با توجه به این نقد، قوت و رجحان نظر دوم آشکارتر می‌شود.

گفتار ششم - مبنای حقوقی تعهد به خودداری از ایراد ضرر نامتعارف همسایگی

در حقوق فرانسه که همچون حقوق کشورما، نص قانونی خاصی در مورد مسئولیت ناشی از ضررهای نامتعارف همسایگی وجود ندارد، و این نهاد حقوقی حاصل رویه قضایی و نظریات حقوقدانان است صاحب نظران در یافتن مبنایی برای این مسئولیت، به یک راه نرفته‌اند؛ بلکه هریک سعی بر تشبیه این نهاد حقوقی جدید به یکی از عناوین آشنایی مسئولیت داشته‌اند که عمده‌ترین نظریات ارائه شده را در این خصوص می‌توان به شرح زیر دانست:

بند اول - تعهد همسایگی

برخی از حقوقدانان فرانسوی،^(۲۹) مسئولیت مالک به جبران ضررهای نامتعارف همسایگی

را مبتنی بر تعهدی می‌دانند که قانون بر مالک تحمیل کرده است. به عقیده ایشان، این تعهد را می‌توان از برخی متون قانونی از جمله ماده (۶۵۱) قانون مدنی فرانسه استخراج کرد.

به موجب این ماده:

«قانون تکالیف مختلفی را بر مالکان نسبت به یگدیگر تحمیل می‌کند، بدون آنکه هیچگونه توافقی در این خصوص میان آنها وجود داشته باشد.»^(۲۰) براین نظر ایراد شده است که قانون مدنی فرانسه به هیچ وجه به چنین تعهدی تصریح نکرده است و ماده (۶۵۱) قانون مدنی فرانسه، همچنان که ماده (۶۵۲) این قانون نیز بیان می‌کند. نظر به نوع خاصی از تعهدات مقرر در قوانین خاص و نیز تعهدات مربوط به دیوار مشترک و پنجره و شبکه و روزنه و مسیل و حق عبور (موضوع مبحث دوم از فصل سوم قانون مدنی ایران مواد ۱۰۹ الی ۱۳۵) دارد.^(۲۱)

بند دوم - منع سوءاستفاده از حق

به عقیده عده‌ای از حقوقدانان، مسئولیت مالک مبتنی بر منع سوءاستفاده از حق است. «مالکی که در جریان اعمال حق مالکیت به همسایه خود ضرر نامتعارفی می‌زند، در واقع از حق خود سوءاستفاده کرده است.» ایراد این نظریه آن است که همچنان که بیشتر حقوقدانان معتقدند، مفهوم ضررهای نامتعارف همسایگی در هیچ یک از مصادیق شناخته شده سوءاستفاده از حق نمی‌گنجد. به علاوه، سوءاستفاده از حق به معنای اعمال آن بدون انگیزه جدی و مشروع است؛ در حالی که در این مورد مالک با اعمال حق خود در صدد تحقق منفعتی جدی و مشروع است.^(۲۲)

بند سوم - نظریه خطر

برخی از حقوقدانان، مسئولیت مالک را مبتنی بر نظریه خطر می‌دانند. «مالک با استفاده از حق مالکیت خویش به همسایه ضرر متعارفی زده است. فرض براین است که او مرتکب خطایی نشده و در استفاده از حق خویش سوءاستفاده‌ای نیز نکرده است، پس تنها این فرض باقی می‌ماند که او باید پذیرای

آثار و تبعات استفاده از حق مالکیت خویش باشد.»^(۲۳) لیکن این معیار در نظام‌های حقوقی مانند حقوق فرانسه و ایران که در آن مسئولیت مبتنی بر تقصیر است، قابل اعمال نیست. برای پذیرش مسئولیت مبتنی بر نظریه خطر، نص قانونی خاصی لازم است، که حداقل در حقوق فرانسه و ایران در مورد مسئولیت ناشی از ضررهای نامتعارف همسایگی چنین نصی وجود ندارد.^(۲۴)

تجاوز از مبانی اجتماعی

حقی است که به موجب آن،

اختیارات و حقوق اعطایی به

اشخاص در جهت تسهیل

زندگی اجتماعی است و اعمال

این اختیارات برخلاف

مصالح عمومی، سوء

استفاده از حق محسوب

می‌شود

بند چهارم - زیاده‌روی در استفاده از حق

برخی از حقوقدانان، زیاده‌روی مالک را در استفاده از ملک خویش ممنوع و این کار را موجب مسئولیت او نسبت به جبران ضررهای نامتعارف همسایگی می‌دانند. «اگر مالک در اعمال حقوق مالکانه خود زیاده‌روی کند، با اعمال حق به شیوه‌ای غیرعادی به همسایه خود ضرر زده و در مقابل او مسئولیت خواهد داشت. این استفاده استثنایی که به منظور دستیابی به نفع بیشتر به عمل می‌آید، متضمن خطایی از جانب مالک نیست و خطای مستلزم مسئولیت مالک عدم جبران ضرر همسایه است.»^(۲۵)

برای قبول این نظریه، پیش از هر چیز باید ثابت کنیم، که استفاده از حق مالکیت مستلزم جبران خسارت است. این تعهد هم قاعداً باید مبتنی بر نص قانونی باشد، نصی که در حقوق

داخلی و حقوق فرانسه وجود ندارد.^(۲۶)

گفتار هفتم - مبنای پیشنهادی قاعده

لاضرر

در جستجوی مبنای حقوقی روابط همسایگان در حقوق داخلی و تحلیل ماده (۱۳۲) قانون مدنی، یعنی صریح‌ترین و کامل‌ترین متن قانونی در این مورد، با توجه به تأثیر قاعده لاضرر در اندیشه تدوین کنندگان آن، بهتر است ابتدا به بررسی مختصر این قاعده فقهی و ارتباط آن با قاعده سلطنت یا به عبارتی، مفاد ماده (۱۳۲) قانون مدنی بپردازیم.

بند اول - مفاد حدیث لاضرر

ضرر در لغت به معنای کاستی وارد بر شیء یا حق و خلاف نفع است.^(۲۷) فقها در تعریف ضرر و ضرار گفته‌اند: «ضرر آن چیزی است که نفعی به تو و زبانی به دیگری می‌رساند و ضرار آن چیزی است که به دیگری ضرر بزند و نفعی به تو نرساند.»^(۲۸) صاحب کتاب "قواعد الفقهیه" در تعریف ضرر می‌گوید: «ضرر عبارت است که از نقص در مال یا عرض یا نفس یا در بعدی از ابعاد وجود بعد از تحقیق آن یا تحقق مقتضی قریب آن، به گونه‌ای که عرف آن را موجود بدانند.»^(۲۹) در مورد مفاد این قاعده، در میان فقها نظریات مختلفی ابراز شده است که مقبول‌ترین آنها نظریه منتسب به شیخ انصاری است به موجب آن. مفاد حدیث لاضرر نفی حکم ضرری است؛ بدین معنا که هرگاه حکم شرعی مستلزم ضرر باشد، اعم از آنکه ضرر به خود مکلف باشد یا به دیگری، آن حکم برداشته می‌شود. مانند رفع حکم لزوم از معامله‌ای که یکی از متعاملین در آن مغبون شده باشد و کاستن از اطلاق اختیارات مالک از تصرف در ملک خویش، چنانچه تصرفات مزبور برای دیگران ضروری شود. استعمال کلمه "لا" به معنای حقیقی و رفع حکم ضرری نیز به همین صورت است؛ زیرا در عالم تشریح، حکم ضرری وجود ندارد.^(۳۰)

بند دوم - تعارض لاضرر با قاعده سلطنت

یکی از جنبه‌های مهم قاعده لاضرر، تعارض آن با قاعده سلطنت است. به گونه‌ای که برخی صاحب نظران تنها زمینه اعمال

اگر مالک در اعمال حقوق مالکانه خود زیاده روی کند، با اعمال حق به شیوه ای غیر عادی به همسایه خود ضرر زده و در مقابل او مسئولیت خواهد داشت. این استفاده استثنایی که به منظور دستیابی به نفع بیشتر به عمل می آید، منضمین خطایی از جانب مالک نیست و خطای مستلزم مسئولیت مالک عدم جبران ضرر همسایه است

قاعده لاضرر را در حکومت آن بر قاعده سلطنت می دانند.^(۲۲)

اختیارات اعتباری و قراردادی که برای مالکان نسبت به اموال خویش مقرر شده است، چنانچه ضرری شود، بنا به قاعده لاضرر، محدود می شود. برای تصرفات مالک در ملک خود می توان اشکال مختلفی در نظر گرفت که مهم ترین آنها به قرار زیر است: صورت اول، تصرفی است که قانوناً مجاز بوده، باعث ضرر غیر نیز نباشد. چنین تصرفی قطعاً بلامانع خواهد بود. صورت دوم، تصرفی که قانوناً مجاز باشد و متضمن ضرر غیر است. که مالک بدون قصد اضرار به غیر در مال خود انجام می دهد. این تصرف نیز اصولاً ممنوع نیست جز در دو مورد استثنایی: مورد اول، در جایی است که ضرر ناشی از تصرف متوجه عموم باشد.^(۲۳) مانند آنکه شخصی که خانه او در طرح عمران شهری قرار دارد از فروش ملک خود به شهرداری خودداری می کند.^(۲۴) مورد دوم، تصرفی است که منجر به ضرر قطعی شخص خاصی می شود، در حالی که ترک آن، ضرری متوجه مالک نمی کند. مانند آنکه مالک بدون ضرورت در تاریکی پشت در خانه خود چاهی حفر کند، که سقوط اشخاص در آن قطعی باشد. در توجیه ممنوعیت چنین تصرفی می توان گفت، هر چند مالک قصد اضرار به غیر ندارد، اما آگاهی او بر ضرری بودن تصرف یا منجر شدن چنین تصرفی به ضرر غیر، به طور معمول با توجه به عدم تضییع

مالک از ترک تصرف، اماره بر قصد اضرار مالک است.^(۲۵) سومین صورت از تصرفات مالک، آن است که به قصد اضرار به غیر بوده عملاً منجر به ضرر نیز بشود، که تردیدی در ممنوعیت آن وجود ندارد. تصرف نوع چهارم، تصرف متضمن ضرر غیر است، که در آن انگیزه جلب منفعت شخصی با انگیزه اضرار به غیر توأم شده باشد. مانند آنکه تاجر به انگیزه سودجویی و ضرر زدن به رقبای تجاری خود، کالایش را به کمتر از قیمت واقعی بفروشد. ممکن است با توجه به عموم قاعده لاضرر، بتوان حکم به ممنوعیت چنین تصرفی داد؛ لکن دقت بیشتر، ما را به تفصیل در مسئله وامی دارد. به این ترتیب که با توجه به اجتماع انگیزه تأمین نفع شخصی و انگیزه اضرار به غیر، چنانچه مالک از راه دیگری بتواند منافع خود را تأمین نماید، اشکالی در منع او از تصرف مزبور به نظر نمی رسد و در غیر این صورت، نمی توان او را از تصرف مضر ممنوع دانست؛ زیرا آنچه که مالک از آن منع شده است، قصد اضرار به غیر است نه خود اضرار به غیر که در مواردی غیر قابل اجتناب به نظر می رسد.^(۲۶)

گفتار هشتم - شرح ماده (۱۳۲) قانون مدنی

ماده (۳۰) قانون مدنی، اصل آزادی مالک در استفاده از مال خود را بیان می کند. به موجب این ماده، که مبتنی بر قاعده فقهی سلطنت است: «هر مالکی نسبت به مایملک خود حق هرگونه تصرف و انتفاع دارد مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد.» موارد خارج از شمول قاعده سلطنت را در وهله اول باید در متون قانونی جستجو کرد؛ و ماده (۱۳۲) قانون مدنی، متن قانونی عام در این زمینه است که به موجب آن: «کسی نمی تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضییع همسایه شود، مگر تصرفی که به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا رفع ضرر از خود باشد.» بنابراین، برای یافتن مستثنیات قاعده سلطنت نمی توان به محدودیت های مقرر در متون قانونی بسنده کرد، بلکه عرف نیز در این تقیید نقش غیر قابل انکاری ایفا می کند.

به علاوه، قاعده لاضرر نیز چون سدی استوار در مقابل زیاده خواهی های مالکان قرار گرفته، ایشان را از هرگونه تصرف نامتعارفی در اموال خویش باز می دارد.^(۲۷) در حقوق اروپایی، مفاد ماده (۱۳۲) قانون مدنی در زمینه روابط همسایگان غالباً در پرتو نظریه سوء استفاده از حق مورد بررسی قرار می گیرد.^(۲۸) پیش از بررسی ماده مزبور، لازم است رابطه قاعده لاضرر و نظریه سوء استفاده از حق را بیان نماییم. «با توجه به قرابت مبنایی دو قاعده لاضرر و منع سوء استفاده از حق، تفکیک کامل آنها از یکدیگر صحیح نمی باشد؛ بلکه با اذعان به شباهت های زیاد این دو با یکدیگر، به نظر می رسد، از یک سو، از حیث مفادی، قلمرو قاعده لاضرر وسیع تر از نظریه سوء استفاده از حق است و فقها از آن تعبیر به حکم ثانوی مخصص احکام اولیه ای که به عموم خود ضرری می شوند، تعبیر کرده اند؛ در حالی که موارد سوء استفاده از حق کاملاً منحصر به مصادیق معدود می باشد. از سوی دیگر، از حیث عملی، کاربرد قاعده لاضرر در حقوق اسلامی به اندازه ای که اروپاییان از نظر سوء استفاده از حق، بهره برداری کرده اند نبوده و زمینه اعمال آن بیشتر در تنظیم روابط همسایگان می باشد؛ چندان که به طور قطع می توان مبنای اصلی ماده (۱۳۲) قانون مدنی را قاعده لاضرر دانست.»^(۲۹)

بر اساس این ماده، مالک نمی تواند در ملک خود تصرفی کند که به ضرر همسایه باشد. این اصل در مورد تصرفی که دارای دو ویژگی باشد اجرا نمی شود. ویژگی اول، متعارف بودن تصرف؛ و ویژگی دوم، نیاز مالک به انجام تصرف مزبور است.^(۳۰) این دو ویژگی را به ترتیب بررسی می کنیم:

بند اول - تصرف متعارف

مفهوم استفاده متعارف، از آن چنان بداهت و وضوحی برخوردار است که نیاز به تحلیل و بررسی اضافی ندارد. عرف برای استفاده از هر مالی، شیوه خاصی را مقرر می دارد که بر حسب شرایط و اوضاع و احوال ممکن است متفاوت باشد. به عنوان مثال: منزل محل

از حیث عملی، کاربرد قاعده
لاضرر در حقوق اسلامی
به اندازه‌ای که اروپاییان از نظر
سوءاستفاده از حق، بهره‌برداری
کرده‌اند نبوده و زمینه اعمال آن
بیشتر در تنظیم روابط همسایگان
می‌باشد؛ چندان که به طور قطع
می‌توان مبنای اصلی ماده (۱۳۲)
قانون مدنی را قاعده لاضرر
دانست

ممنوع کردن مالک از تصرفاتی که متضمن ضرر
اجتناب‌ناپذیر است، باعث تعطیل حقوق و
دشواری زندگی اجتماعی است. همچنان که
پذیرش مطلق جواز تصرفات مالک، منجر به
وقوع نزاع و به خطر افتادن صلح اجتماعی
می‌گردد. مالک در تصرف در ملک خود از
ایراد ضرر فاحش ممنوع است و ضرر فاحش،
خود، ناشی از تصرف نامتعارف است. ماده
(۱۳۲) قانون مدنی نیز از همین ضابطه
تبعیت کرده‌است؛ لیکن برای رعایت حال
بیشتر همسایگان مالک و جلوگیری از
زیاده‌روی‌های مالک، تصرفات متعارفی را که
از سرتفنن و بیهودگی بوده متضمن جلب
منفعتی یا دفع مفسده‌ای نباشد، مجاز
نمی‌شمارد. به عبارتی دیگر، تصرف باید
برای مالک سودمند باشد به این ترتیب که یا
حاجت او را برآورده کند یا ضرری را از او رفع
کند. برای داوری کردن در مورد کارایی و
چاره‌سازی این ماده قانونی در تنظیم روابط
همسایگان، صرف نظر از توجه به تعدد
روزافزون جنبه‌های مختلف این روابط،
تحلیل مبنای حقوقی این ماده نیز مفید
خواهد بود. شاید بتوان گفت، این ماده به نوعی
جمع بین دو معیار تقصیر و سوءاستفاده از حق
کرده‌است؛ زیرا کسی که در ملک خود تصرف
نامتعارف می‌کند، مرتکب تقصیر (هرچند از
نوع خاص آن) شده‌است و کسی که بدون نیاز
در ملک خود تصرف می‌کند، مرتکب
سوءاستفاده از حق شده‌است و این امر، اماره

اگر ضرر مالک بر اثر عدم تصرف، به مراتب
کمتر از ضرر ناشی از انجام تصرف برای
همسایه باشد، تصرف مزبور مجاز خواهد بود.
لکن پذیرش این نظر، صرف نظر از تالی فاسد
عملی آن، از جهت تئوریک نیز دشوار است؛
زیرا شکی نیست که قانونگذار، ماده (۱۳۲)
قانون مدنی را تحت تأثیر مکتب اصالت
اجتماعی و با الهام از قاعده لاضرر و
مستخرجات آن از جمله قاعده پذیرش ضرر
کمتر برای دفع ضرر بزرگتر (بخنار آهون
الشیرین) تدوین کرده‌است. همان طور که
قانونگذار ضرر همسایه به سبب تصرف
بی‌فایده مالک را روا نمی‌دارد، تحمیل ضرر
سنگین به همسایه در مقابل دفع ضرر ناچیز
از مالک را نیز نمی‌پذیرد. به علاوه،
همچنان که می‌دانیم، رفتار متعارف، شرط
تخلف‌ناپذیری است که همواره تصرفات
مالک در ملک خویش را مقید و محدود
می‌کند. این قید علاوه بر آنکه ملاک
تشخیص نیاز مالک به انجام تصرفی خاص و
ضرر ناشی از عدم انجام آن است، در تشخیص
حدود ضرری که وی می‌تواند بر اثر انجام این
تصرف به همسایه خویش تحمیل کند نیز
حاکم می‌باشد. عرف، تصرفی را که مالک به
واسطه انجام آن، حاجت کوچکی را برآورده یا
ضرر کوچکی را از خود رفع می‌کند و در عین
حال ضرر سنگینی به همسایه وارد می‌کند،
لغو و مالک را از انجام آن ممنوع می‌داند.
بنابراین، سکوت ماده (۱۳۲) قانون مدنی را
در مورد ضرورت سنجش ضرر مالک (دراثر
عدم تصرف) و ضرر همسایه (دراثر انجام
تصرف) نباید سکوت عمدی در مقام بیان
دانست؛ بلکه این امر را بیشتر باید ناشی از
بدهات موضوع و عدم نیاز به تصریح و تأکید
اضافی به مفاد اصول عام حقوقی و عقلی
دانست.

نتیجه‌گیری:

یکی از مهم‌ترین عرصه‌های محدودیت
حق مالکیت، در روابط همسایگی تجلی
می‌یابد. تصرف مالک در ملک خویش باعث
تحمیل ضررهایی بر همسایگان می‌شود.

سکونت، ودکان محل کسب و کار است.
اتومبیل سواری مناسب استفاده اشخاص و
اتومبیل باری مناسب حمل بار است. در
آپارتمان مسکونی نگاهداری مرغ یا گوسفند
و انجام عملیات آهنگری و دباغی، متعارف و
معمول نیست. استفاده نامتعارف حتی برای
رفع حاجت مالک یا رفع ضرر از او نیز جایز
نمی‌باشد. مثلاً مالک که به امر چاپ و انتشار
کتاب اشتغال دارد نمی‌تواند به بهانه
گسترده‌گی حجم فعالیت‌های خود و عدم
تکافوی فضای کارگاه، بخشی از کارهای خود
را با دستگاه‌های چاپی که در منزل خود
مستقر کرده است انجام دهد. یا اینکه برای
فراری دادن پرندگان و راندن آنها از باغ خود
با مواد محترقه و آتش‌زا صداها بلند و آزاد
دهنده ایجاد کند.

بند دوم - رفع حاجت و رفع ضرر از خود

تصرف مستلزم اضرار به غیر در صورتی
جایز است که علاوه بر متعارف بودن، مبتنی
بر انگیزه‌های موجه و مشروع باشد؛ و الا تصرف
لغو و بیهوده‌ای که برای مالک نفعی در
بر نداشته باشد، هر چند متعارف و معمول نیز
باشد، جایز نخواهد بود. برخی از حقوقدانان با
یکسان دانستن دو مفهوم رفع حاجت و رفع
ضرر، ذکر عبارت "رفع ضرر" در ماده (۱۳۲)
قانون مدنی را بی‌مورد دانسته‌اند.^(۵۱) لیکن
این ایراد چندان موجه به نظر نمی‌رسد؛ زیرا
علاوه بر تفاوت مصادیق این دو اصطلاح،
عرف نیز آنها را یکسان نمی‌داند؛ هر چند نه
در نهایت، این دو به عبارتی دیگر مالک در
هر دو حالت رفع حاجت و رفع ضرر به نفع خود
عمل می‌کند؛ ولی به هر حال این دو مفهوم
یکسان نمی‌باشند.

از ظاهر ماده (۱۳۲) قانون چنین به نظر
می‌رسد که چنانچه از تصرف متعارف مالک
در ملک خود ضرری متوجه همسایه بشود و
بر اثر عدم تصرف، خود مالک متضرر شود،
نفع مالک به طور مطلق مقدم شمرده شده و
وی مجاز به انجام چنین تصرفی است، بدون
آنکه از نظر کمی مقایسه‌ای میان ضرر
طرفین صورت گیرد. به عبارتی دیگر، حتی

بر قصد اضرار از جانب اوست. لیکن به رغم قرابت مبنایی ماده (۱۳۲) قانون مدنی با این تئوریهای حقوقی، باید گفت این ماده از مبنای جداگانه‌ای، یعنی قاعده فقهی لاضرر نشأت گرفته است، که از نظر مفادی، از جامعیت و شمول بیشتری نسبت به دوتئوری مزبور برخوردار می‌باشد. قاعده‌ای که بر عموم کلیه ادله‌ای که به عموم خود مستلزم حکم ضرری است، مانند ادله لزوم عقود و سلطنت اشخاص بر اموال خویش، حکومت دارد. بنابراین، با توجه به گستردگی مفاد قاعده مزبور، بدیهی است که ماده (۱۳۲) قانون مدنی به تنهایی نمی‌تواند بیانگر جنبه‌های مختلف آن باشد. ضمن آنکه با گسترش شهرنشینی و کاهش فاصله جوامع شهری ضرورت تدوین مقررات جدیدتری همانند آنچه که در مورد قانون تملک آپارتمانها صورت گرفته است، به شدت احساس می‌شود.

پی‌نوشت‌ها:

- ۱- علی حیدر، در الاحکام شرح مجله الاحکام، دارالکتب العلمیه، ج ۱۰، ص ۲۲۲.
- ۲- جمال، دکتر مصطفی، نظام الملکیه فی القانون اللبنانی والمقارن، الدار الجامعیه، سال ۱۹۸۷، ش ۶۵.
- ۳- صده، دکتر عبدالمنعم فرج الحقوق العینیه الاصلیه، دراسته فی القانون اللبنانی والمصری، دارالنهضة العربیه، ش ۴۰.
- ۴- ارتباط بخشی از مواد قانون مدنی در مبحث همسایگی و مجاورت با تئوری سوءاستفاده از حق، به حدی نیست که بتوان قائل به پذیرش نظریه سوءاستفاده از حق در قانون مدنی شد؛ بلکه این مواد بیشتر مبتنی بر قاعده لاضرر است که اعم از نظریه سوءاستفاده از حق می‌باشد. (کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق مدنی، ضمان قهری، نشر دانشگاه تهران، چاپ اول، ۱۳۷۴، ش ۱۸۹)
- ۵- در حقوق فرانسه: و کاتوزیان، دکتر ناصر، همان مأخذ، ش ۱۸۱ و محمصانی دکتر صبحی، النظرية العامة للعقود والموجبات فی الشریعة الاسلامیه، چاپ دوم، سال ۱۹۸۳، دارالعلم الملایین، ص ۵۳.
- ۶- صده، دکتر عبدالمنعم فرج، همان مأخذ، ش ۴۱.
- ۷- جمال، دکتر مصطفی، همان مأخذ، ش ۶۵ و بهرامی احمدی، دکتر حمید، سوءاستفاده از حق، چاپ سوم، سال ۱۳۷۷، مؤسسه اطلاعات، ش ۱۱۴.
- ۸- ژوسران، حقوقدان فرانسوی را می‌توان از واضعان این نظریه دانست. ماده (۲) قانون تعهدات سؤیس نیز تقریباً متضمن چنین معنایی است. (جمال، دکتر مصطفی، همان مأخذ، ش ۶۵)
- ۹- حکم ۲۲ مارس ۱۹۵۳ دیوان عالی کشور فرانسه. (بهرامی احمدی، دکتر حمید، همان مأخذ، ش ۱۱۴)
- ۱۰- در حقوق انگلیسی نیز که مواد (۴۳۸) و (۴۳۰) قانون شرکتها مصوب سال ۱۹۸۵ م، این حق را به رسمیت می‌شناسد، اعمال آن را منوط به رعایت حسن نیت و اجتناب از سوءاستفاده از حق کرده است.

- ۱۱- جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، حقوق اموال، دوره متوسط شرح قانون مدنی، حقوق اموال، گنج دانش، ش ۴۳۹.
- ۱۲- سنهوری، دکتر عبدالرزاق، الوسیط فی شرح القانون المدنی، داراحیاء التراث العربی، سال ۱۹۶۸ م، ح ۴۲۷.
- ۱۳- در حقوق فرانسه نیز که نص قانونی خاصی در این زمینه وجود ندارد، رویه قضایی تحت تأثیر تحولات اقتصادی، این نظریه را مطرح کرده و به تکامل رساند. (سنهوری، دکتر عبدالرزاق، همان مأخذ، ج ۸، پاورقی ص ۶۹۳)
- ۱۴- در حقوق کامن لاء، نیز تنها ضرر نامتعارف قابل جبران است و پاره‌ای ضررها را که لازمه زندگی اجتماعی به ویژه در جوامع شهری است، باید تحمل کرد. به عنوان مثال: شخص باید سروصدای اول صبح شیرفروش محله را تحمل کند؛ اما اجباری در تحمل عربده کشی‌ها همسایه مست خود ندارد.
- ۱۵- صده، دکتر عبدالمنعم فرج، همان مأخذ، ش ۴۲ و شکرى سرور، دکتر محمد، موجز تنظیم حق الملکیه فی القانون المدنی الکویتی دراسته مقارنه، طبعه ثانیه، ۱۹۸۸ م، ش ۳۱۵.
- ۱۶- کاتوزیان، دکتر ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اموال و مالکیت، نشر دادگستر، چاپ سوم، ۱۳۷۸، ش ۱۱۳ و صده، دکتر عبدالمنعم فرج، همان مأخذ، ش ۴۴.

sohnbell sophie, Boyron, and whittaker, principles of french law - oxford - 1998. P. 364.

- ۱۷- فقها در بحث از قاعده لاضرر به این موضوع پرداخته و غالباً معیار شخصی را ترجیح داده‌اند؛ زیرا لازمه امتناعی بودن نفی ضرر آن است که رفع آن در هر مورد با ملاحظه شرایط و اوضاع و احوال اشخاص صورت گیرد و در رفع حکم از شخصی به اعتبار وضعیت دیگری لطف و امتناعی وجود ندارد. (بجنوری، آیت الله محمد حسن، القواعد الفقیهه مطبوعه الآداب، سال ۱۹۶۹، ج ۱، ص ۲۳۷)
- ۱۸- در حقوق کامن لاء، ضابطه نوعی ترجیح داده شده است و حساسیت نامتعارف اشخاص (abnormal sensitivity) نمی‌تواند مانعی در راه اعمال اختیارات مالکانه به حساب آید. دعوی معروف (v. Kilvert Robinson) بر همین مناسبت.
- ۱۹- سنهوری، دکتر عبدالرزاق، همان مأخذ، ج ۸، ش ۴۲۹، و جمال، دکتر مصطفی، همان مأخذ، ش ۶۸.
- ۲۰- صده، دکتر عبدالمنعم فرج، همان مأخذ، ش ۴۴ و شکرى سرور، دکتر محمد، همان مأخذ، ش ۳۶۶.
- ۲۱- جمال، دکتر مصطفی، همان مأخذ، ش ۶۸.
- ۲۲- کاتوزیان، دکتر ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اموال و مالکیت، نشر دادگستر، چاپ سوم، سال ۷۸، ش ۱۱۴.

Harris. J. w. property problem from Genes to pension funds, p.72.

- ۲۳- شکرى سرور، دکتر محمد، همان مأخذ، ش ۳۶۸ و کاتوزیان، دکتر ناصر، همان مأخذ، ش ۱۱۴.
- ۲۴- در حقوق انگلیس رجوع کنید به: دعوی ۱۸۷۹ م، Sturges. V. Bridgman و Bills V Han 1838 به نقل از H Rogers. W. V. همان مأخذ، ص ۴۰۷.
- ۲۵- رویه قدیم دادگاههای فرانسه چنین بوده است. (کاتوزیان، دکتر ناصر، همان مأخذ، ص ۱۱۱)
- ۲۶- برخی قانونگذاری‌ها از جمله ماده (۸۰۷) قانون مدنی مصر صریحاً همین نظر را پذیرفته‌اند. (صده، دکتر عبدالمنعم فرج، همان مأخذ، ش ۴۷)
- ۲۷- رویه قضایی فرانسه و غالب حقوقدانان فرانسوی از جمله 'کولن و کاپتان لاموراندیر و الکس ویل' از این نظر پیروی کرده‌اند. (به نقل از کاتوزیان، دکتر ناصر، همان مأخذ، ص ۱۱۱)
- ۲۸- صده، دکتر عبدالمنعم فرج، همان مأخذ، ش ۴۷ و

- سنهوری، دکتر عبدالرزاق، همان مأخذ، ج ۸، ش ۴۴۰.
- ۲۹- هنری کاپیتان، به نقل از سنهوری، دکتر عبدالرزاق، همان مأخذ، ج ۸، ش ۴۳۳.
- ۳۰- سنهوری، دکتر عبدالرزاق، همان مأخذ، ج ۸، ش ۴۳۳.
- ۳۱- پلنیول و ریبریویکار به نقل از صده، دکتر عبدالمنعم فرج، همان مأخذ، ش ۴۳.
- ۳۲- پلنیول و ریبریویکار به نقل از صده، دکتر عبدالمنعم فرج، همان مأخذ، ش ۴۳.
- ۳۳- ژوسران، بررسی نظریه سوءاستفاده از حق و پلنیول ریبر و پیکار، به نقل از سنهوری، دکتر عبدالرزاق، همان مأخذ، ج ۸، ش ۴۳۵.
- ۳۴- سنهوری، دکتر عبدالرزاق، همان مأخذ، ج ۸، ش ۴۳۵.
- ۳۵- پلنیول، ریبری و پیکار به نقل از صده، دکتر عبدالمنعم فرج، همان مأخذ، ش ۴۳.
- ۳۶- سنهوری، دکتر عبدالرزاق، همان مأخذ، ج ۸، ش ۴۳۶.
- ۳۷- موسوی خلیفانی، آیت الله سید مرتضی، قاعده لاضرر ولاضرار، تقریر بحث شیخ ضیاء الدین عراقی، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، سال ۱۳۷۶، ص ۲۸ و خلیف، استاد علی، الملکیه فی الشریعة الاسلامیه دارالنهضة العربیه، چاپ اول، سال ۱۹۹۰، ص ۱۱۹.
- ۳۸- الامام الباجی، المنتقی، شرح موطاء الامام مالک، دارالکتب العربیه، ج ۶، ص ۴۰ و شافعی محمدبن ادریس، الام ج ۳، ص ۲۵۵.
- ۳۹- مقتضی قریب، سببی است که اگر مانعی نباشد، اثر متعارف خود را ایجاد می‌کند. مثلاً در فقه گفته‌اند توقیف کارگری که قرارداد کار دارد برخلاف کارگری که قرارداد ندارد، ضمان آور است. هر چند این نظر مخالفان مشهوری نیز دارد.
- ۴۰- بجنوردی، آیت الله محمد حسن، القواعد الفقیهیه، ج ۱، ص ۲۱۴.
- ۴۱- خوانساری، شیخ موسی، منیه الطالب، تقریرات دروس میرزا حسن ثانی، ج ۲، ص ۲۰۱ و بجنوردی، سید محمد حسن، القواعد الفقیهیه، ج ۱، ص ۲۲۴ و شراوه، دکتر عبدالجبار احمد، نظریه نفی الضرر فی الفقه الاسلامی المقارن، چاپ اول، ۱۹۷۷، ناشر رابطه الثقافة و العلاقات الاسلامیه، ص ۷۵.
- ۴۲- امام خمینی، رسالت، ج ۱، ص ۶۳، نقل از دکتر سید مصطفی محقق داماد، قواعد فقه بخش مدنی، نشر اندیشه‌های نو در علوم اسلامی، چاپ دوم، سال ۱۳۶۶، ص ۱۵۶.
- ۴۳- اللخمی، ابی اسحاق ابراهیم بن موسی مشهور به شاطبی، الموافقات فی اصول الاحکام، دارالفکر، ج ۲، ص ۲۴۳.
- ۴۴- در فقه با استناد به قاعده «یتحمل الضرر الخاص لاجتناب الضرر العام» به همین نتیجه می‌رسند. نمونه‌هایی که در فقه برای این نوع تصرفات ذکر می‌کنند، تلقی الرکیان و بیع الحاضر للباد و شرط ضمان صنعتگر است. (نقل از شراوه، دکتر عبدالجبار احمد، همان مأخذ، ص ۱۸۶)
- ۴۵- اللخمی، ابی اسحاق ابراهیم شاطبی، همان مأخذ، ص ۲۴۹، قاعده «درء المفسدات اولی من جلب المنافع» در همین معناست.
- ۴۶- محصانی، دکتر صبحی، همان مأخذ، ص ۵۲.
- ۴۷- اللخمی، ابی اسحاق ابراهیم شاطبی، همان مأخذ، ج ۲، ص ۲۴۳.
- ۴۸- کاتوزیان، دکتر ناصر، همان مأخذ، ش ۱۱۳.
- ۴۹- کاتوزیان، دکتر ناصر، ضمان قهری، ش ۱۸۹.
- ۵۰- کاتوزیان، دکتر ناصر حقوق مدنی، اموال و مالکیت، ش ۱۱۳.
- ۵۱- جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، همان مأخذ، ش ۴۴۲.