

## بحث در اطراف ماده ۱۳۲ قانون مدنی

ماده مزبوره ظاهراً مالکیت مالک را محدود نموده که نوشته شده مالک میتواند هرگونه تصرفی را در ملک خود بنماید مادام که مضر بر همسایه نباشد.

مدرك ومبنای این حکم قاعده «لاضرر ولاضرار» است ولی بعموم نفی ضرر هم نمیشود در تمام موارد تمسک نمود زیرا قاعده لاضرر من حیث العموم معارض است باعموم «الناس مسلطون علی اموالهم» و در تعارض عاین لازم است عمل بمرجحات شود و اگر بدون عمل بمرجحات یکی از دو عام را مورد عمل قرار دهیم ترجیح بلامرجح میشود که اینک در جمع بین عاین من وجه هم قبل از فحص از مخصص عمل جایز نیست و در تعارض عاین اگر مرجعی پیدا نشد مورد تخییر است که این مسئله در مقام خود تشریح گردیده است.

فعلاً باید چاره جوئی شود در باب تعارض بین قاعده تسلیط و قاعده لاضرر و برای تنقیح باید تعارض بین این دو قاعده را معلوم و ترجیح و تقدم و تأخر هر یک را در نظر گرفت.

شکی نیست که قاعده لاضرر ولاضرار در امور تکلیفیه و امور وضعیه جاری و ساری است و تعارض بین این قاعده با قاعده تسلیط هم مسلم است.

هرچند دانشمند محترم آقای دکتر موسی جوان در شماره ۵ مجله منکر تعارض شده و بر عقیده ایشان آقای توحیدی انتقاداتی نموده اند و ایشان هم در شماره ۹ مجله پاسخ هائی داده اند این ذره بيمقدار در مقام صحت یا سقم فرموده های طرفین نیستم بلکه در مقام بیان موارد تعارض بین دو قاعده و عمل نمودن بمرجحات و مورد استعمال هر یک هستم و برای نیل باین مقصود و تنقیح مناط بیان چند مطلب میشود.

### مطلب اول

در معنای متصرف است - متصرف کسی را گویند که استیلاء بد داشته باشد بر مال و بتواند هرگونه اقدامی را بخواهد در آن بنماید چنین تصرفی را کاشف مالکیت قرار داده اند که در ماده ۳۰ قانون مدنی هم توضیح داده شد که تصرف دلیل مالکیت است و فرموده اند «لولا التصرف لما كان للمسلمین سوق» و هر متصرفی میتواند انحاء تصرفات و تملکات را در ملک خود بنماید مگر مواردیکه مستثنی گردیده است مثل تصرفات صغیر و محجور که بالنص والاجماع از جمیع تصرفات محروم است مگر تصرفات برای عبادات و دخول در خانه را هم با اذن صغیر جایز دانسته اند بدلیل اینکه اذن از مقوله تصرفات نیست ولی اذن سفیه بلا اثر است زیرا سفیه بوجه سلطنتی برای تصرف

در اموال خود ندارد و قاعده « **الناس مسلطون علی اموالهم** » شامل سفیه نیست از این جهت است که فقهاء عظام در ابواب فقه و کلیه عقود مثل بیع و رهن قرض و اجاره و مزارعه و نکاح و طلاق و غیره رشد را معتبر و لازم دانسته‌اند و اگر سفیه تسلطی و استیلائی در اموال خود داشته باشد بکلی اموال خود را توضیح و تقریب خواهد نمود

دستورالهی هم همین است که فرموده: « **فان انستم منهم رشداً فادفعوا اليهم اموالهم** » و جای دیگر فرموده است: « **ولا تقوا السفهاء اموالکم** » که از مجموع آیات و اخبار معلوم میشود که محجور و سفیه تصرفات آنها منشاء اثری نیست مگر در موارد خاص که دلیل خاص بر جواز صادر گردیده که از آن جمله در مورد وصیت است که وصیت عهدی سفیه و محجور را صحیح دانسته‌اند

بعضی فرق گذارده‌اند بین معاملات صغیر باین معنی که اگر سفیه با اذن ولی معامله نماید خالی از اشکال میدانند ولیکن معاملات صغیر ولو با اذن ولی باشد باطل است زیرا اهلیت متعالمین و رشد آنها حین معامله شرط است

محتمل است سفیه حین معامله رشید شده باشد ولی اگر فقهاء بصورت کلی معاملات سفیه را باطل دانسته‌اند و عموم « **لا تاکلوا اموالکم بینکم بالباطل** » شامل معاملات با سفیه هم میشود بنابراین اگر نسبت بسند معامله بین اصحاب دعوی اختلاف در اهلیت ناقل یا منتقل الیه بشود دادرس دادگاه مکلف برسد گوی است گاهی متعالمین بایکی از آنها سفیه و محجور است و اصل معامله سفیهی است بهر حال با فرض اینکه رفع حجر هم مورد شک شود اصل بقاء حجر و رشد حین معامله باید اثبات شود

در مواردیکه سفیه معامله نماید و بعداً ولی او امضاء نماید دور نیست معامله بی اشکال شود زیرا عمل سفیه معامله فضولی محسوب است و این مسئله فرع بر مسئله دیگر است که آیا اجازه بعدی کاشف است یا ناقل است که در محل خود بسط کلام داده شده است

### مطلب دوم

شکی نیست که اگر عاقل بالغی تصرفاتی در ملک خود نماید که مضر بر همسایه باشد مسئولیت دارد گفتگو در این است که آیا بمقتضای لاضرر و ضراء اصلا مجاز در تصرفات ضرری نیست و قاعده الناس مسلطون علی اموالهم شامل این مورد نیست یا اینکه سلطنتی و استیلائی را که در مال خود دارد همه گونه تصرفات میتواند بکند حتی تصرفات ضرری نهایتاً مسئولیت او آنستکه واجب است دفع ضرر از همسایه را بنماید

جمعی قائل شده‌اند که تصرفات مالک در ملک خود طبق قاعده تسلیط صحیح است و مادامیکه ضرر بر همسایه وارد نشود حق ندارد جلوگیری از تصرفات مالک نماید زیرا اضرار بغیر وقتی است که ضرر محقق گردد

ولی ظاهر اخبار و روایات آنستکه شارع امر دین اسلام اقدامات ضرری را

حرام نموده و بحکم عقل هم تکلیف ضرری قبیح است لذا در مسئله عسر و جرح حکم ضرری برداشته شده که نفی عسر و جرح شده لقوله تعالی « **ما یرید الله لیجعل علیکم فی الدین من حرج** » و لقوله تعالی « **یرید الله بکم الیسر ولا یرید بکم العسر** » و روایت صحیحه عن ابا جعفر علیه السلام « **ان الخوارج ضیقو اعلی انفسهم بجهالة** » و « **ان الدین اوسع من ذلك** » که بعموم آیات و اخبار تمسک مینمایند که در دین اسلام حکم ضرری نیست .

هر چند بعمومات عسر و جرح هم تخصیص بر خورده است که تکالیف شاقه مثل حج جهاد و غیره است ولی در تکالیفی که ضرری است تکلیف مرتفع است و ضروی ضرری در دین اسلام نیست و جوب امر بمعروف و نهی از منکر که موجب ضرر شود مرتفع است بنا بر این اضرار بغیر بموجب قاعده لاضرر و لاضرار ممنوع پس در این مورد که مالک میخواید تصرفاتی در ملک خود نماید که اضرار بهمسایه است جایز نخواهد بود و قاعده لاضرر در این مورد بر قاعده تسلیط حکومت دارد .

### مطلب سوم

در موارد دیگری هم تعارض بین این دو قاعده واقع میشود که در بعضی از آنها قاعده لاضرر لازم الرعایه است و در بعضی دیگر قاعده الناس مسلطون علی اموالهم مقدم است . یکی از موارد در تقسیمات است که البته هر مالکی مجاز است طبق اختیار کلی که دارد باستناد بند ۸ از ماده ۱۳ آئین دادرسی تقاضای افراز و تقسیم سهم خود را از سهام سایر شرکاء بخواهد و دادگاه هم مکلف است شریک متمتع را مجبور به تقسیم نماید و لکن اگر تقسیم ضرری باشد نمیتوان شریک متمتع را مجبور به تقسیم نمود بلکه عدم مشروعیت این تقسیم در این مورد ثابت است .

فقهاء عظام در کتاب قضا و شهادات تفسیر ضرر را نموده اند بنقص در قسمت که اگر برای یکی از شرکاء در تقسیم نقص در ارزش پیدا شود تقسیم اجباری نمیتوان نمود ؛ مثل اینکه خانه محقری است بین شرکاء که اگر تقسیم شود دیگر قابل سکنی نیست چون تقسیم ضرری است و اضرار بشریک جایز نیست بقاعده لاضرر حکم بتقسیم نمیشود نمود .

در اینگونه موارد رفع تنازع یا بفروش میشود یا بهبه و یا اجاره دادن بشرکاء و در بعضی موارد است که شریک الملک برای سخت گیری بشریک خود حاضر باجاره و استجاره هم نمیشود و عدم رضایت خود را از تصرفات در خانه مشترکی اعلام مینماید در اینصورت مالک سشاعی میتواند طبق قاعده تسلیط تصرفات نماید حتی نماز کردن او هم در خانه مشترکی صحیح است جمعی از فقها قائل شده اند که یا منع شریک هم نماز او صحیح است و قاعده الناس مسلطون باموالهم در این مورد حکومت بر قاعده لاضرر دارد :

### مطلب چهارم

در طریقه تقسیم است دادگاه در مواردیکه تقاضای تقسیم میشود سه امر را باید منظور نظر قرار دهد

یکی در باب قاسم یکی در باب مقسوم یکی در کیفیت تقسیم

البته قسمت‌کننده باید کسی باشد که خبرویت داشته باشد و قاسم را باید اصحاب دعوی بتراضی تعیین نمایند و در مواردیکه تراضی نمیشود باید بقرعه تعیین نمود بمقتضای «**القرعه لكل امر مشكل**» تفویض امر الی الله میشود و اینکه در بعضی موارد دینه شده که بعد از استقراع باصحاب دعوی اخطار میشود اگر اعتراض بکارشناس دارند ظرف سه روز اظهار نمایند این عمل مخالف احکام قرعه است

مطابق اخبار معتبره و موازین شرعیه وقتی تفویض امر الی الله شد عمل بقرعه واجب است و مخالفت با قرعه موجب اختلال نظام و بطوء جریان و تعطیل احکام میشود ماده ۴۸؛ آئین دادرسی هم ناظر بمورد قرعه نیست و ماده ۴۵؛ هم که اصلاح شده چنین اخطاری را قید نموده بهتر آنستکه محاکم دادگستری هم قبل از استقراع اشخاصی را که برای قرعه در نظر گرفته اند بطرفین دعوی اعلام دارند که اگر دلیلی بر رد آنها دارند اظهار نمایند که دیگر بعد از قرعه اعتراضی پذیرفته نشود

نیز دادگاه باید عطف توجه بمقسوم هم بنماید اگر مقسوم از قبیل حیوانات است و مکیل و موزون است که متساوی الاجزاء است یا زمین ساده است که بمساحت تعیین سهام میشود حکم بتقسیم آن سهل المونه است و بسهولت حصه هر یک از شرکاء معلوم میشود و هرگاه مقسوم متساوی الاجزاء نیست البته بانظردقیق کارشناس باید طوری حصه‌ها را تعیین نماید که تقصاتی در ارزش نباشد که اگر تقسیم موجب نقصان قیمت میشود خودداری از تقسیم شود و اگر حصه‌هایی که تعیین میشود متساوی الاجزاء است و بدون ضرر است شریک محتج مجبور بافراز و تقسیم شود

امر سوم که باید در نظر گرفته شود کیفیت تقسیم است که بسا میشود اجزاء و رقبات و بیوانات و املاک مورد تقسیم از حیث مرغوبیت و عدم مرغوبیت تفاوت فاحش دارد لذا قبلاً رقبات من حیث المجموع تقویم میشود و سهام هر یک از شرکاء من حیث القیمه معین میشود که با تعدیل سهام شرکاء اگر بتراضی سهام معین شده را قبول نکردند بقرعه تعیین میشود و حکم بافراز صادر میگردد

در بعضی موارد حکم بتقسیم خیلی مشکل میشود مثل اینکه چند خانه و چند مغازه مشترک بین ورثه است اگر یکی از شرکاء بخواهد بابت سهم خود یکی از خانه‌ها یا یکی از مغازه‌ها را ببعوض سهم خود از سایر رقبات بردارد و برای این منظور تقاضای تقسیم نماید این تقاضا غیر قابل قبول است چرا که با عدم تراضی سایر شرکاء نمیتوان چنین حکمی را بتقسیم داد یا شرکاء محتج را مجبور بقبول نمود زیرا هر شریکی میتواند سهم خود را از هر فردی از رقبات مجزی نماید در اینصورت موردی هم برای قرعه نیست

در این مورد جز بتراضی شرکاء چاره دیگری نیست البته ممکن است بتراضی شرکاء با رعایت ارزش بنحو مرقوم تقسیم نمایند بنا بر آنچه ذکر شد در مورد تقسیم قاعده لاضرر مقدم بر قاعده تسلیط است که اگر تقسیم ضرری باشد حکم تقسیم مورد ندارد و با عدم ضرر حکم بتقسیم طبق تراضی شرکاء یا بحکم قرعه صادر میگردد و با تقسیمی که بقرعه میشود حق مخالفت ندارند و اگر یکی از شرکاء مدعی بطلان تقسیم شود دعوی اوقابل استماع نیست مگر در صورتیکه رقبات مورد تقسیم مستحقاً للغير بوده کلاً ام بعضاً یا بدون شرکت مالک مزبور تقسیم بعمل آمده که در این صورت حکم بطلان تقسیم داده میشود.

### مطلب پنجم

یکی از مواردیکه تعارض واقع میشود بین قاعده لاضرر و قاعده تسلیط در مسئله احتکار است البته مالک هر جنس بقاعده الناس مسلطون علی اموالهم میتواند اجناس و متاع خود را نگاه داری نماید ولی در مقامیکه اجناس مرقوم مورد احتیاج عموم باشد و مالک مزبور برای استفاده خود و اضرار بمسلمین از فروش خودداری نماید محکرات است و احتکار یکی از محرمات شرعیه است

اخبار کثیره در حرمت احتکار رسیده که از آن جمله حدیث نبوی است که فرمود

« در جهنم يك وادی آتش است که محل سه طایفه است یکی محتکر یکی شراب فروش یکی قواد » نگاه داری اجناسی که مورد احتیاج اهالی باشد بر چهل روز جایز نیست هر چند مالک اجناس بموجب قاعده تسلیط مختار در نگاه داری است ولی چون نگاه داری برای انتفاع شخصی مضر بحال عمومی است قاعده لاضرر و لاضرر مقدم بر قاعده تسلیط است لذا مرحوم علامه حلی و مرحوم شهید و جمع دیگر نوشته اند :

باید قبلاً مالک را اجبار بفروش نمود و اگر تجافی از فروش کرد تا بخواهد اجحاف در ارزش نماید حاکم تسعیر مینماید و برای دفع ضرر اهالی اجناس احتکار شده را بفروش میرساند اعم از اینکه ضرر مادی باشد یا معنوی وقتی محتکر اهالی را در مضیقه گذارد برای استفاده شخص خود و با این سوء نیت احتکار نماید مرتکب فعل حرام شده و لوائیکه موفق با استفاده هم نشود .

### مطلب ششم

در تعارض بین دو قاعده مذکوره است در باب ضمان مثل اینکه در دیوار مشترکی هر یک از شرکاء بموجب قانون الناس مسلطون علی الموالهم میتواند تصرف نموده خراب نماید یا بر روی دیوار مشترکی ساختمان نماید که چون مستلزم ضرر شریک است قاعده لاضرر جلوگیری او است حتی در صورتی که دیوار مشترک را خراب کند مجبور است بهزینه خود مجدداً بنا کند و اگر بخواهد تصرف جزئی هم نماید مثل اینکه سرتیر را روی دیوار مشترک گذارد بدون اجازه شریک ممنوع است

در کلیه این موارد که موجب ضرر و مورت ضامن میگردد قاعده لاضرر مقدم بر قاعده تسلیط است و هرگاه تعهد خرابی را نماید چون ضرری بر شریک وارد نمیشود باستناد قاعده تسلیط مجاز در خرابی است

در مواردیکه خرابی دیوار مشترك خطر میباشد برای یکی از شرکاء آنها شریک برای ضرر از خود مجاز در خرابی است زیرا امر دائر بین ضرر بر مالک و ضرر بر شریک یا ضرر بر همسایه است در چنین موردی بعمومات جواز تصرف و قاعده تسلیط میتواند تمسک نماید و قاعده تسلیط در اینجا حکومت دارد بر قاعده لاضرر ولی در صورتیکه تصرفات و خرابی فقط برای جلب نفع خود باشد البته لاضرر و لاضرر مقدم بر الناس مسلطون میشود فروعات کثیره در مسئله ضامن است که بالمباشره خراب کند یا بالتسبیب و آیا ضرری که وارد میشود قابل جبران است یا خیر و آیا اطلاق ضرر در چه موردی میشود که اگر همسایه در خانه خود حدادی نماید و مضر به همسایه باشد کدام یک از دو قاعده مقدم است یا صدای رادیو و آوازهها اضرار است یا خیر البته در کلیه موارد و فروعات قاضی دادگاه موظف است تشخیص دهد که اطلاق ضرر میشود یا خیر و ضرر قابل جبران است یا غیر قابل جبران سپس حکم شایسته را صادر نماید و با اذن شریک هرگونه تصرفی نماید بی اشکال است

نسبت بقنوات مشتركه اگر محتاج تعمیر شود و شریک حاضر بدادن سهمیه مخارج نشود و مانع از تعمیر شود باید رجوع بحاکم شود تا بمقتضای «**الحاکم ولی الممتنع**» حاکم او را اجبار و الزام نماید زیرا عدم تعمیر مستلزم ضرر بر شریک است و قاعده لاضرر در این مورد حکومت بر قاعده تسلیط دارد حاکم طبق ماده ۵۹۴ مدنی عمل مینماید .

### مطلب هفتم

در باب معاملاتی است که بقصد فرار از دین میشود یا صلحی که برای محروم نمودن ورثه بشود که در این مورد هم تعارض بین قاعده تسلیط و قاعده لاضرر است و قاعده لاضرر وارد بر قاعده الناس مسلطون است و در کلیه معاملاتی که مورت ضرر بر یکی از متعاملین شود رعایت قاعده لاضرر و لاضرر باید بشود و قاعده لاضرر هم حکم تکلیفی می آورد و هم حکم وضعی

هر چند جمعی از فقهاء حکم تکلیفی را در صورت علم بحرمت دانسته اند هرگاه کسی عالم بحرمت معاملات غری نباشد یا عالم بحرمت معامله در مال غیر نباشد فقط معاملات او باطل است و عقوبتی ندارد

ممکن است کسی نسبت بمال غیر معامله فضولی نماید البته در این مورد فعل حرامی را مرتکب نشده و ضرر و اضراری را وارد نیاورده زیرا صحت معامله فضولی منوط برضایت و اجازه مالک است از این جهت است که عقد فضولی را اکثر علما اعلام قریب باجماع قائل بصحت آن شده و ترتب آثار عقد منوط برضایت و اجازه مالک دانسته اند در کلیه عقود مگر در عقد نکاح دوشیزه که بدون اذن ولی جایز نیست

در سایر عقود عقد فضولی جایز است ولی آثار صحت آن منوط با اجازه و رضایت مالک است کلامی که هست در این است که اذن قبلی لازم است یا باذن و اجازه بعدا لعقد هم معامله خالی از اشکال میشود

جمعی از قههء اجازه و اذن بعدی را هم مثبت صحت عقد دانسته اند و تمسک سینماینده بتقریر نبی صلی الله علیه وآله در حکایت عروه بارقی که آنحضرت یک دینار باو دادند برای خریدن یک گوسفند جهت قربانی و مشارالیه از یک دینار دو گوسفند خرید و در بین راه یکی از آنها را فروخت بیک دینار و گوسفند دیگر را با یک دینار آورد خدمت رسول خدا و معامله را نقل نمود حضرت فرمودند: «**بارك الله لك في صفقة يمينك**» جمعی میگویند معلوم میشود عروه بارقی عالم بوده برضای نبی و الاقبض و اقباض در بیع فضولی که حرام است عروه بارقی مرتکب نمیشد

علی ای حال چون عقد فضولی جایز است و ضرری هم بکسی وارد نمی شود تمسک مال غیر نیست و خالی از اشکال است

بالجمله در ابواب قهه بسیار موارد تعارض بین لاضرر و لاضرار یا قاعده الناس مسلطون علی اموالهم واقع میشود و قاعده لاضرر مقدم است این مقاله زاید بر این گنجایش ندارد



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

