

دکتر نصرالله قهرمانی
وکیل پایه یک دادگستری

مطالعه تطبیقی چگونگی رفع تعارض اصل تسلیط با قاعده لاضرر

● مقدمه:

از آنجایی که قوام جوامع انسانی به اجرای عدالت در میان افراد جامعه بستگی دارد، در عالم تکوین، حس عدالتخواهی و گرایش به حق به عنوان یک موهبت الهی در نهاد بشر به ودیعه گذاشته شده است.

از ابتدایی‌ترین ادوار تاریخی، افکار عمومی و بالاخص متفکرین هر قوم تلاش داشته‌اند، عادلانه‌ترین موازین قضایی را برای رفع خصومت بین افراد کشف و ارایه دهند. در این راستا، مکاتبی که ریشه در باورهای مذهبی مردم داشته‌اند، به دلیل اعتقاد به ماوراءالطبیعه و وقوف کامل به تبعات دنیوی و اخروی ظلم، وسواس بیشتری از خود نشان داده‌اند و لزوماً به دلیل دسترسی داشتن به منابع وحی، دقیق‌ترین نظرات را ابراز کرده‌اند.

تلاش حقوقدانان و فقهای اسلامی در این زمینه بسیار چشمگیر بوده و محصول این تلاش‌ها، قواعد فقهی متعددی است که به عنوان وسیله سنجش حق در مقام رفع خصومت به جامعه بشری عرضه گردیده است و این مقاله درصدد بحث تطبیقی یکی از این قواعد است.

اصل تسلیط: به معنای «استفاده از حق، به‌رنحوی که صاحب حق مقتضی بداند» از اصول مسلم در همه سیستم‌های حقوقی است. قدیمی‌ترین متن حقوقی در این زمینه مربوط به

حقوق رم است که الهام بخش قانونگذار فرانسه در پذیرش این اصل بوده و کشورهایی که حقوق خود را از حقوق فرانسه اقتباس کرده‌اند، نیز این قاعده را در سیستم حقوقی خود وارد کرده‌اند.

فقها و حقوقدانان اسلامی نیز با تمسک به حدیث نبوی «الناس مسلطون علی اموالهم» اصل تسلیط را از اصول مسلم حقوق اسلامی می‌دانند و در آراء محاکم کشورهایی هم که دارای سیستم حقوقی کامن لو می‌باشند این اصل مورد لحاظ قرار می‌گیرد.

از آنجایی که طبق اصل تسلیط، مالک می‌تواند در مایملک خود همه گونه تصرف بعمل آورد بدون آنکه کسی بتواند مزاحمتی برای وی ایجاد کند، بنابراین برخورد و تعارض چنین قاعده‌ای با قاعده «لاضرر» امری طبیعی است، زیرا قاعده لاضرر به منظور محدود کردن اقتدارات و اختیارات ناشی از قاعده تسلیط مقرر گردیده است.

• مبنای قاعده لاضرر

این قاعده مستند به کتاب و سنت است و با وجودی که در قرآن مجید آیاتی وجود دارد که با تصریح به واژه ضرر و مشتقاتش در موارد خاصی حاوی معنای علمی است که لاضرر را به صورت یک قاعده تثبیت می‌کند* لیکن به نظر مرحوم نائینی عمده‌ترین دلیل برای قاعده لاضرر، جمله نبوی در ذیل قضیه سمره بن جندب است** که به دو عبارت ذیل نقش شده است:

- انک رجل مضار، و لاضرر و لاضرار علی مؤمن
- اذهب فاقلعها و ارم بها وجهه فانه لاضرر و لاضرار

• معنای ضرر و ضرار

اهل لغت و ادب برای ضرر معانی مختلفی ذکر کرده‌اند: صاحب قاموس «ضرر» را ضد نفع معنا کرده است و در مجمع البحرین ضرر به «نقص

* - سوره بقره آیه ۲۳۳، سوره بقره آیه ۲۳۱، سوره نساء آیه ۱۲، سوره بقره آیه ۲۸۴.

** - منیته الطالب - رساله لاضرر ص ۲۰۹.

در حق» معنا شده است و بالاخره در مصباح المنیر ضرر به معنای عمل مکروه نسبت به یک شخص و یا نقص در اعیان معنا شده است. اختلاف نظر بین اهل لغت ناشی از استعمال این کلمه در معانی مختلف است ولی در مجموع می‌توان گفت کاربرد کلمه «ضرر» در مورد نفس و مال شایع‌تر بوده، لیکن استعمال آن به معنای خسارت معنوی رایج نیست. ذکر این نکته ضروری است که در قانون مسؤلیت مدنی ایران، ضرر در مورد خسارت معنوی هم استعمال شده است.

• ضرار

ضرار بر وزن فعال مصدر باب مفاعله و مبین ایراد ضرر متقابل است. در نه‌یاب ابن اثیر برای ضرار چهار معنای مختلف ذکر شده است:

۱. مجازات بر ضرری که از جانب دیگری، به انسان می‌رسد.
 ۲. ضرر رساندن متقابل دو نفر به یکدیگر.
 ۳. ضرر رساندن به دیگری بدون آنکه نفعی از آن عاید خود شخص گردد.
 ۴. ضرار به معنای ضرر که در این معنا، هر دو کلمه دارای معنای واحدی هستند. صاحب قاموس علاوه بر معانی فوق، معنای دیگری نیز برای «ضرار» ذکر کرده است و آن را معادل ضیق و حرج دانسته است.
- از بررسی موارد استعمال «ضرر» و «ضرار» در آیات قرآنی و احادیث، چنین استنباط می‌گردد که کلمه «ضرر» مفید اضرار مادی و نفسی بوده در حالی که کلمه «ضرار» معنای تضییق و حرج و سختی را افاده می‌کند.^{۱۱۸}

• تعارض قاعده تسلیط و لاضرر

همان‌گونه که پیش‌تر نیز بیان گردید، حقوق‌دانان اسلامی در مقام رفع تعارض بین این دو قاعده حقوقی، نظرات متفاوتی ابراز داشته‌اند. فقهای شافعی و حنفی قایل به اطلاق تسلیط بوده و مآلاً در مقام رفع تعارض، اصل

۱۱۸ - کتاب الرسائل امام خمینی ص ۲۸ به بعد.

تسلیط را مقدم بر اصل لاضرر می‌دانند. این دسته از فقها: مبانی نظر خود را با «جواز الشرع ینافی الضمان» توجیه می‌کنند.

دسته دیگر از فقهای بین‌موردی که صاحب حق با سوءاستفاده از حق تسلیط خود زیبایی را متوجه دیگری می‌سازد و سایر موارد، قائل به تفکیک گردیده‌اند و بالاخره پاره‌ای از طرفداران منع سوءاستفاده از حق تسلیط، مبانی نظر خود را به نتیجه حاصل از اعمال حق، مربوط کرده‌اند، با این توضیح که چنانچه نتیجه حاصله از اعمال حق صاحب حق، به صورت ضرر فاحش تجلی کند، بدون توجه به نیت عامل، اعمال حق تسلیط را ممنوع دانسته‌اند. از سوی دیگر بعضی دیگر از فقها، نظریه منع سوءاستفاده از حق تسلیط را بدون توجه به زیان حاصله از آن، بر نیت عامل مبتنی ساخته‌اند که ذیلاً به تفصیل هر یک از این نظرات فقهی و حقوقی می‌پردازیم.

● نظریه اطلاق حق تسلیط یا تقدم قاعده تسلیط بر لاضرر

پیروان این نظریه با تمسک به اطلاق قاعده تسلیط، حق را به طور مطلق بدون آنکه مقید به قید یا محدود به حدودی باشد نافذ می‌دانند. ابوحنیفه، شافعی و احمد بن حنبل و داود ظاهری حسب مورد در دعاوی مربوط به هم‌جواری، این اصل را در رفع خصومت میان اصحاب دعوی اعمال کرده‌اند، ابوحنیفه می‌گوید: «نمی‌توان متعرض کسی که در ملک خود تصرفاتی می‌کند شد، ولو اینکه تصرفات وی سبب ضرر همسایه گردد».^{۳۹}

حکایت شده است شخصی که از حفر چاهی در ملک همسایه، متضرر شده بود، از این اقدام همسایه به ابوحنیفه شکایت کرد. ابوحنیفه به استناد اطلاق حق تسلیط، شکایت او را رد کرد، لیکن شاکي را ارشاد کرد تا او هم در نزدیکی چاه همسایه اش چاهی حفر کند. با وجودی که طرفین موجب اضرار یکدیگر شدند، لیکن ابوحنیفه هیچ یک را از عمل خود نهی نکرد، زیرا به اعتقاد وی هریک شرعاً مجاز به انجام تصرفات در ملک خود بودند.

محمد بن ادریس شافعی در کتاب «الأم» در دفاع از این نظر، چنین اظهار نظر کرده است: «به هیچ کس نمی‌توان آنچه را که بر او واجب نیست تحمیل کرد، زیرا هر کس در ملک خود مجاز به انواع تصرفات بوده ولو عمل وی بر ضرر خود و یا شخص دیگر باشد.»*

ابن حزم ظاهری به نقل از استاد خود ابن سلیمان ظاهری و ابوحنیفه و شافعی در این رابطه چنین اظهار نظر کرده است:

«هیچ ضرری بالاتر از این نیست که به مراعات حق دیگری، مانع تصرفات مالک در ملک خود شوند. زیرا منع صاحب حق از اعمال حق، ضرر است. بنابراین هر کس مجاز است در دیوار ملکی خود هر چند روزنه که بخواهد به ملک دیگری باز کند و متقابلاً متضرر از این اقدام مالک نیز، می‌تواند در ملک خود، جلو آنها را مسدود کند.»**

این فقیه در مورد دیگری چنین فتوا داده است:

«هر کس حق دارد بنای خود را تا هر ارتفاعی که بخواهد، بالا ببرد ولو اینکه مانع رسیدن هوا و تابش آفتاب به ملک همسایه شود. زیرا نمی‌توان مانع اعمال حق مباح و مجاز افراد گردید. چه، دلیلی بر منع وجود دارد.»***

از فقهای شیعه شیخ طوسی طرفدار این نظریه است. وی در کتاب مبسوط در باب احیاء اراضی موات فرموده است:

«اگر مالکی در ملک خود چاهی حفر کرده باشد، همسایه او نیز می‌تواند در ملک خود نزدیک چاه همسایه، چاه دیگری حفر کند، هر چند چاه دوم باعث کاهش آب چاه اول شود.»

محقق ثانی در کتاب جامع المقاصد که شرح کتاب قواعد علامه است، در مسأله افروختن آتش در ملک خود چنین اظهار نظر کرده است:

«مالک می‌تواند در ملک خود انواع تصرفات را کرده گرچه این اقدام وی باعث تعدی به غیر باشد.»

* - کتاب الام ج ۳ ص ۲۲۲.

** - المحلی جلد ۸، شماره ۱۳۵۵.

*** - المغنی ج ۸ شماره ۱۳۵۷.

ابن ادریس نیز در کتاب سرائر درباب «حریم حقوق» به قاعده الناس مسلطون علی اموالهم تمسک کرده، تصرف مالک را در ملک خود، خواه ضرری باشد یا غیرضرری، جایز دانسته است.

نظریه این دسته از فقها و حقوقدانان اسلامی، به نظریه حقوق فردی که در قرن شانزدهم، فرانسویان مبتکر آن بودند، شباهت دارد. زیرا در مکتب حقوق فردی نیز، آزادی افراد به عنوان یک پارامتر ثابت در روابط حقوقی ملحوظ می‌گردد. علت اینکه در قانون مدنی فرانسه برعکس سایر کشورها بحثی پیرامون سوءاستفاده از حق، دیده نمی‌شود همین نکته است. ریشه این تفکر در افکار حقوقدانان فرانسه به قدری عمیق است که حتی در رویه قضایی این کشور نیز سوءاستفاده از حق نتوانسته است جایی برای خود باز کند تا جایی که پلانیول استاد حقوق فرانسوی گفته است:

«حق منتهی می‌شود به جایی که سوءاستفاده از حق شروع می‌شود. زیرا این دو با هم جمع نمی‌شوند و اساساً ممکن نیست عملی در آن واحد هم موافق و هم مخالف حق باشد.»*

در سیستم حقوقی کامن لو بالاخص حقوق کشورهای انگلیس و امریکا، نظریه حقوق فردی تقویت شده است. در رویه قضایی این کشورها عملی که قانوناً مشروع باشد، ضمان آور نیست و هرچند نتیجه سوء از آن ناشی گردد، نمی‌توان صاحب حق را از اعمال حق خود منع کرد. به عبارت دیگر در حقوق این دو کشور باید دایره اعمال حق را با قانون سنجید، چنانچه حق در محدوده قانونی خود اجرا شده باشد، موجب ضمان اعمال کننده حق نمی‌شود، اعم از اینکه نیت متعدی، اضرار به غیر باشد یا نه.

پیروان نظریه اطلاق حق تسلیط، بین «تصرفات فعلی غیرمباح» و تصرفاتی که در حدود قوانین اعمال گردد، قایل به تفکیک گردیده‌اند. به عبارت دیگر، هرچند طبق این نظریه، اعمال حق بدون هیچ گونه قید و شرطی موجب ضمان نمی‌گردد، لیکن این اطلاق مواردی را که تصرفات مالک طبق نصوص قانونی از نوع تصرفات غیرمباح شمرده شده باشد، شامل نمی‌گردد. فقها تصرفات غیرمباح را به تصرفاتی که موجب آزار دیگران

باشد، تعریف کرده‌اند، هرچند معنای دقیق این اصطلاح را به دشواری می‌توان تبیین کرد، لیکن از مصادیقی که حقوقدانان برای آن برشمرده‌اند، چنین استنباط می‌گردد که: «آزار به آن قسم از نتایج اعمالی اطلاق می‌گردد که منشاء سلب آسایش شده و برای سلامتی مضر باشد. بنابراین اقدام کسی که دود بخاری یا کارخانه او، هوای اطراف را آلوده کرده و در تنفس هوای سالم همسایگان اختلال ایجاد می‌کند و یا کارخانه‌ای که گردش ماشین‌آلات آن، صدای گوشخراشی از خود تولید کرده و باعث اذیت اهالی خانه‌های همجوار می‌گردد، از مصادیق «آزار» تلقی می‌گردد که نظریه اطلاق حق تسلیط منصرف از آن می‌باشد. ابن حزم که از طرفداران جدی آزادی استفاده از حق می‌باشد، معتقد است:

«هیچ کس در تصرفات مالکانه‌اش در ملک خود، حق ندارد با متصاعد کردن دود، همسایه خود را آزار دهد.»

بنابراین اطلاق حق تسلیط تا جایی است که زیان جسمانی برای افراد حاصل نگردد و این قاعده در برخورد با آسایش و سلامت افراد کلیت و اطلاق خود را از دست می‌دهد.

● نظریه منع سوءاستفاده از حق تسلیط

همان‌گونه که در بررسی نظریه اطلاق حق تسلیط دیدیم، پیروان این نظریه مواردی را که طبق نصوص قانونی از نوع تصرفات «غیرمباح» شمرده می‌شود، از دایره اطلاق حق تسلیط خارج کرده و در مقام حل تعارض بین «قاعده تسلیط» و «لاضرر»، اصل لاضرر را مقدم شمرده‌اند. از آنجا که فقها و حقوقدانان تصرفات «غیرمباح» را عمدتاً در ارتباط با مسایل همجواری مورد بحث قرار می‌دهند، بنابراین استثنائاتی را که بر نظریه اطلاق حق تسلیط وارد شده است، باید از این زاویه بررسی کرد. در میان اعراب قبل از اسلام، رعایت حسن همجواری ریشه‌های عمیق سنتی داشته است، به طوری که همسایگی را نوعی عقد می‌دانسته‌اند که به موجب آن همسایگان قدیم ملزم و متعهد به حمایت از همسایه جدید می‌گردیدند.

تأکید دین اسلام به ضرورت رعایت حال همسایه در آیات و احادیث* حقوق همسایگی را قوت و اعتبار بیشتری بخشید تا جایی که بعضی از مذاهب برای همسایه قایل به حقوقی گردیده‌اند که از جمله «حق شفعه» و «حق منع ضرر فاحش» است.**

«منع ضرر فاحش» به همسایه خود منشاء پیدایش نظریه جدیدی در باب تعارض قاعده تسلیط و لاضرر شده است که به نظریه منع سوءاستفاده از حق تسلیط معروف شده است و مبانی آن بر قاعده «درء المفسد اولی من جلب المنفعه» مبتنی است.

به موجب این نظریه، اطلاق حق تسلیط بدین معنا نیست که صاحب حق بدون توجه به میزان آثار زیانبار ناشی از اعمال خود، مجاز به استفاده از حق تسلیط باشد. به عبارت دیگر چنانچه در تعارض قاعده لاضرر و حق تسلیط، «مفسده» حاصل از اعمال حق، بیش از «منفعت» مترتب بر آن باشد، لزوماً حق تسلیط ساقط می‌گردد.

پیش از هر چیز باید دید «مفسده» چیست و «منفعت» کدام است؟ بدون شک عدم النفع، عنوان مفسده نداشته و چنانچه تصرفات مالک منجر به عدم النفع همسایه گردد، مورد از مصادیق سوءاستفاده از حق نخواهد بود.

در مذهب مالکی و حنفی، مفسده به زیان فاحش تعبیر شده است و زیان فاحش را به: «کل ما يمنع الحواتج الاصلیه» معنا کرده‌اند. بنابراین ضابطه فاحش بودن زیان، میزان وابستگی انسان به موضوع ضرر است که موارد زیر را فقهای مذاهب فوق، از مصادیق زیان فاحش دانسته‌اند:

۱. امتناع از دادن غذا و آب به شخصی که شدیداً به آنها احتیاج دارد، در حالی که مالک این مواد به هنگام سؤال شخص نیازمند، نیاز آبی به آب و غذا نداشته باشد. در این مورد چنین استدلال می‌شود که شخص مضطر در لحظه احتیاج، استحقاق بیشتری به آب و غذای موجود دارد و شرعاً می‌تواند از باب صیانت ذات حتی با توسل به زور آن را از صاحب اصلی مال بگیرد. بنابراین چنانچه صاحب مال از دادن آب و غذای مورد نیاز

* - آیه ۳۶ سوره نساء و حدیث نبوی: لا یومن احدکم حتی یحب لاجیه اولجازه ما یحب لنفسه (صحیح بخاری ج ۱ ص ۴۹).

** - در مذهب حنفی به استناد روایتی که از حضرت علی(ع) نقل می‌کنند که فرمود: قضی رسول الله بالشفعه للجوار، برای همسایه حق شفعه قایل گردیده است (تراث الخلفاء الراشدين ص ۴۷۶ تألیف دکتر محمصانی).

شخص مضطر به وی امتناع ورزد و به این ترتیب موجب مرگ شخص مضطر گردد، ضامن تلف وی خواهد بود.*

۲. هر اقدامی که به استحکام بنای متعلق به غیر زیان وارد کند، و یا در درازمدت موجب آن گردد.

۳. تصرفاتی که منجر به متصاعد گردیدن دود یا ایجاد صداهای ناهنجار و باعث سلب آسایش دیگران شود.

۴. تصرفاتی که ورود نور و هوا را کلاً به خانه همسایه مانع گردد.

کلیه مثال‌های فوق، مبتنی بر نیاز حیاتی انسان به مسایل مورد اضرار است. انهدام بنا، نیاز مسکونی شخص را به خانه‌اش مورد تهدید قرار می‌دهد و تصرفاتی که به کلی موجب جلوگیری از ورود نور و هوا به خانه همسایه می‌گردد نیاز زیستی او را به این مواد حیاتی مختل می‌سازد و بالاخره تولید صداهای آزاردهنده، آسایشی را که زندگی بدون آن فاقد مفهوم خواهد بود از دیگران سلب می‌کند. بنابراین ضابطه‌ای که برای تشخیص زیان فاحش از ضررهای غیر فاحش توسط فقهای این مذاهب ارایه شده است، به اندازه کافی گویا بوده و نیاز به تعبیر و تفسیر بیشتری ندارد. نتیجه آنکه چنانچه تصرفات مالک موجب تفویت منافی از غیر گردد که جزو نیازهای اصلی انسان نوعی نباشد مانند موردی که مالک با احداث دیواری مرتفع در ملک خود، مانع مرئی و منظر همسایه می‌گردد، چون استفاده از مرئی جزو حوائج اصلی انسان شمرده نمی‌شود، اقدام چنین مالکی به عنوان منشاء یک ضرر فاحش تلقی نمی‌گردد. در تکمیل بیان این نظر، ذکر این نکته ضروری است که اعمال قاعده «دراء المفاسد اولی من جلب المنافع» تنها در موردی مصداق پیدا می‌کند که زیان حاصل از اعمال حق تسلیط، بیش از منفعت مترتب بر آن باشد. حتی در صورت تساوی آثار زیانبار تصرفات مالک و منافع حاصل از آن، به قاعده «اذا تعارضا تساقطا» دلیلی بر تقدم قاعده لاضرر بر قاعده تسلیط باقی نمی‌ماند و به قاعده «حق ماثبت له الحق مقدم» حق تسلیط مالک قابل اعمال است.

نتیجه حاصل از بحث فوق، این است که طبق نظریه منع سوءاستفاده از حق تسلیط،

قاعده «الجواز الشرعی، ینافی الضمان»، که مبنای نظریه اطلاق حق تسلیط می باشد، به صورت زیر درمی آید:

«الجواز الشرعی ینافی الضمان، ما خلا احوال الضرر الفاحش».

● نظریه منع استفاده از حق تسلیط با قصد اضرار

همان گونه که در بررسی های نظریه منع سوءاستفاده از حق تسلیط بیان گردید، آثار زیانبار ناشی از تصرفات صاحب حق، بدون توجه به قصد وی تنها ضابطه تشخیص حق تسلیط مشروع از نوع غیرمشروع آن است. به عبارت دیگر چنانچه صاحب حق حتی با قصد اضرار بغیر در ملک خود تصرفاتی بنماید که منشاء ضرر برای دیگران باشد، تنها در صورت فاحش بودن زیان وارده به معنایی که قبلاً توضیح داده شده، می توان مانع استفاده از اعمال حق وی گردید. لیکن یکی از فقهای قرن هشتم هجری به نام ابواسحاق شاطی در کتاب «موافقات فی اصول الشریعه» تحقیقی در رابطه با تعارض اصل تسلیط و لاضرر ارائه داده است که باب جدیدی را در زمینه سوءاستفاده از حق تسلیط باز کرده است.

ابواسحاق شاطی تصرفات صاحب حق را در ملک خود از چهار حالت خارج ندانسته است:

حالت اول: مواردی که تصرفات مالک دارای جواز شرعی بوده و مستلزم اضرار بغیر نیز نمی باشد. بدیهی است در چنین حالتی اساساً بحث پیرامون تعارض اصل تسلیط و قاعده لاضرر موضوعیت نخواهد داشت.

حالت دوم: مواردی است که تصرفات مالک دارای جواز شرعی بوده و با وجودی که صاحب حق نیز قصد اضرار بغیر ندارد، مع الوصف تصرفات وی منشاء آثار زیانبار برای دیگران می گردد. در این حالت دو فرض متصور است:

۱. چنانچه زیان ناشی از تصرفات صاحب حق، جنبه عمومی داشته باشد، چون مصالح عامه مقدم بر مصلحت شخص است، مالک از تصرفات زیانبار خود منع می گردد.

۲. در صورتی که زیان حاصل از تصرفات صاحب حق، متوجه شخص معینی بوده و

بازداشتن مالک از تصرفات خود منشاء ضرر و زیانی برای شخص وی نباشد، در این صورت نیز به قاعده «دراء المفاسد اولی من جلب المنافع» تصرفات وی فاقد جواز شرعی خواهد بود.

حالت سوم: با وجودی که تصرفات صاحب حق در ملک خود، دارای مجوز شرعی می باشد، لیکن صاحب حق صرفاً به قصد اضرار به غیر تصرفات مزبور را اعمال می کند، در این حالت با توجه به دو حدیث «الاعمال بالنیات» و «انما لكل امرء ما نوى» مباح بودن تصرفات صاحب حق به دلیل اقتران آن با قصد اضرار به غیر که در شرع نهی گردیده است، به «عمل غیر مباح» تبدیل می گردد.

حالت چهارم: با وجودی که تصرفات صاحب حق ذاتاً مباح می باشد، لیکن مالک تصرفات مزبور را توأماً به قصد جلب منفعت شخصی و اضرار به غیر اعمال می کند. در این حالت باید قایل به تفصیل شد، چنانچه امکان تحصیل منفعتی که مالک تصرفات خود را به اعتبار جلب آن اعمال می کند به طریق دیگر وجود داشته باشد، در این صورت چون به نظر می رسد انگیزه مالک در انتخاب روش تحصیل منفعت عمدتاً اضرار به غیر بوده است، به قاعده لاضرر و لا اضرار، از اعمال حق تسلیط وی جلوگیری می شود و مالک باید روش دیگری را برای تحصیل منفعت خود انتخاب کند، اما در صورتی که روش دیگری برای جلب منفعت برای مالک غیر از آنچه انتخاب کرده است، وجود نداشته باشد، به قاعده «حق من ثبت له الحق مقدم» نمی توان مانع اعمال حق تسلیط وی گردید.

خلاصه آنکه طبق نظریه شاطی، هیچ مالکی حق ندارد، حقوق قانونی خود را صرفاً به قصد اضرار به غیر اعمال کند.

نظر شاطی کاملاً بر نظریه منع استفاده از حق به قصد اضرار که در سیستم های حقوقی جدید مطرح گردیده، منطبق است.

پیروان این نظریه با طرفداران نظریه منع سوء استفاده از حق از دو جهت با هم وحدت نظر دارند که:

اولاً: حق تسلیط باید محدود باشد.

ثانیاً: از حق تسلیط نباید سوء استفاده شود.

لیکن تفاوت دیدگاه‌های آنها، در تعریف «سوءاستفاده» است. پیروان نظریه منع استفاده از حق به قصد اضرار، ولو اینکه تصرفات منشاء زیان فاحش برای دیگران نباشد، در صورت توأم بودن آن با قصد اضرار با هر درجه از زیان ناشی از آن، اقدامات مالک را غیرمباح و مآلاً ضمان آور می‌دانند. بنابراین در این نظریه قصد اضرار، تنها حد فاصل بین فعل مباح و غیرمباح یعنی ممنوع می‌باشد. بنابراین کسی که در ملک خود برای جلوگیری از ورود دزد به منزلش و یا جلوگیری از اشراف خانه‌های همجوار به داخل ملک خود، اقدام به احداث دیوار بلندی می‌کند، لکن این عمل وی نتیجتاً مانع تابش نور آفتاب به خانه همسایه می‌گردد، در این صورت به علت فقدان قصد اضرار، تصرفات مالک موجب ضمان نمی‌گردد.

● نظر فقهای امامیه

برای تکمیل بحث، ذکر این نکته ضروری است که بین نظر مشهور فقهای امامیه با نظر فقها و حقوقدانان مذاهب اربعه در باب تعارض قاعده لاضرر و اصل تسلیط، تجانس وجود دارد. جز مرحوم محقق قمی که قاعده لاضرر را مطلقاً بر قاعده تسلیط مقدم می‌داند، می‌توان گفت سایر فقها تقریباً همان تفصیل را که حقوقدانان اهل تسنن در این زمینه بیان داشته‌اند، پذیرفته‌اند. به عقیده مشهور فقها، تصرفات مالک در مایملک خود از سه حال خارج نیست:

الف) برای دفع ضرر

ب) برای جلب نفع

ج) تصرفاتی که غایت عقلانی (دفع ضرر و جلب نفع) بر آنها مترتب نیست.

در حالت اول بنابر عموم قاعده تسلیط، این نحو از تصرفات را گرچه موجب ضرر غیرهم باشد، جایز دانسته و موجب ضمان نمی‌دانند. زیرا قاعده لاضرر الزام مالک را به تحمل ضرر به لحاظ متضرر شدن غیر، نفی می‌کند.

در حالت دوم، منع مالک را از انتفاع، امری ضرری دانسته و تحمل این ضرر را برای دفع ضرر غیر، واجب نمی‌دانند، بدیهی است این حکم ناظر به مواردی است که دو ضرر مساوی باشند ولی در صورت عدم تساوی، مقتضای قاعده، نفی حکم اکثر است. در حالت سوم چون منع مالک از تصرف در مال خود موجب ضرر نمی‌گردد، لیکن

اقدام وی منشاء ضرر برای دیگری است، از سوی دیگر به دلیل غیرعقلانی بودن تصرفاتش، سوءنیت وی در اضرار به دیگران، مفروض است، لزوماً قاعده لاضرر را بر قاعده تسلیط مقدم می‌دانند.

با بررسی نظر فقهای شیعه، ملاحظه می‌گردد که عنصر سوءنیت در اعمال حق تسلیط مورد توجه فقهای امامیه نیز بوده است و از این جهت نظر فقهای ما به نظر ابواسحاق شاطبی شباهت بیشتری دارد.

● مطالعه تطبیقی

نظریه منع سوءاستفاده از حق به قصد اضرار غیر جز در حقوق انگلیس و امریکا تقریباً در همه سیستم‌های حقوقی دنیا مورد پذیرش قرار گرفته است. در ماده ۲ قانون مدنی ترکیه که از ماده ۲ قانون مدنی سوئیس اقتباس شده است، می‌خوانیم که: «هر شهروند می‌بایست حقوق مکسبه خود را براساس حسن نیت اعمال کند. سوءاستفاده از حق، مورد حمایت قانون قرار نخواهد گرفت.» و طبق ماده ۲۳۶ قانون مدنی آلمان: «اعمال حق چنانچه مبتنی بر قصد اضرار به غیر باشد، جایز نیست.»

و در قانون ۱۹۲۳ اتحاد جماهیر شوروی چنین آمده است: «حقوق مدنی افراد جز در مواردی که اعمال آنها مغایر با منافع اقتصادی و اجتماعی جامعه باشد، مور حمایت قانون است.» در سیستم‌های حقوقی دیگر که منع استفاده از حق، به قصد اضرار غیر مستقلاً مورد تصریح قرار نگرفته است، این تئوری به صورت پراکنده در مباحث مختلف حقوقی مورد عنایت قانونگذاران واقع شده است.

از باب نمونه به موجب ماده ۲۴۸ قانون مدنی لبنان، چنانچه هر یک از طرفین عقد خیریتی که حق فسخ یک جانبه عقد را دارند، جهت مشروع، به قصد اضرار به طرف دیگر اقدام به فسخ عقد کند، باید خسارات وارده به طرف مقابل را بپردازد. و نیز طبق ماده ۸۲۲ همان قانون در صورتی که وکیل با موکل بدون جهت و در غیر موقع مناسب با استفاده از جواز عقد وکالت، آن را فسخ نمایند، طرف دیگر می‌تواند از باب سوءاستفاده از حق از طرف مقابل مطالبه ضرر و زیان کند.

• و اما در حقوق ایران

با وجوی که قانونگذاران ایران، در موارد متعدد حق تسلیط صاحب حق را در تعارض با اصل لاضرر محدود ساخته است و احکام پیش‌بینی شده در موارد ۶۵، ۱۱۴، ۱۲۲، ۱۳۲، ۱۳۸، ۱۳۹، ۱۵۹، ۵۹۱، ۵۹۲، ۵۹۴، ۶۰۰، ۸۳۳ و ۱۱۳۰ قانون مدنی مؤید این معناست لیکن در پاره‌ای موارد بر حق تسلیط صاحب حق اصرار ورزیده است، به طوری که امکان سوءاستفاده از این را با سوءنیت محتمل ساخته است. ماده ۱۲۰ قانون مدنی مثال بارز این مور است. ماده ۱۲۰ قانون مدنی:

«اگر صاحب دیوار به همسایه اذن دهد که بر روی دیوار او سرتیری بگذارد یا روی آن بنا کند، هر وقت بخواهد می‌تواند از اذن خود رجوع کند، مگر اینکه به وجه ملزومی این حق را از خود سلب کرده باشد.»

بنابراین می‌توان گفت که واضعین قانون مدنی ما در رابطه با چگونگی حل تعارض بین اصل تسلیط و قاعده لاضرر از صراحت لازم برخوردار نبوده‌اند و از یک سیستم فکری منسجم تبعیت نکرده‌اند. نتیجه آنکه عنصر سوءنیت که در سایر سیستم‌های حقوقی عامل بازدارنده صاحبان حق از اعمال حق تسلیط آنان به شمار می‌آورد، در حقوق مدنی ایران، ناشناخته باقیمانده است.

به نظر می‌رسد برای پر کردن این خلاء قانونی، دادگاه‌ها می‌توانند از اصل ۴۰ قانون اساسی که سوء استفاده از حق را ممنوع کرده است استفاده کنند. استناد به این اصل در بسیاری از موارد مانع از سوء استفاده دارندگان حق از امتیازات قانونی آنان خواهد شد. از باب مثال حتی می‌توان از این اصل حق طلاق موضوع ماده ۱۱۳۱ را نیز محدود کرد. زیرا هرچند چنین حقی به دلیل ایقاع بودن طلاق به مرد داده شده است اما هیچ مردی نمی‌تواند با سوء استفاده از آن، این حق را وسیله‌ای برای هوسرانی و تجدید فراش‌های پی‌درپی خود قرار دهد. متأسفانه در آراء دادگاه‌های خانواده کمترین اثری از تلفیق اصل چهل قانون اساسی با ماده ۱۱۳۱ قانون مدنی دیده نمی‌شود. به همین دلیل اکثر درخواست‌های طلاق که از طرف شوهران طرح می‌شود، منجر به صدور اجازه طلاق می‌گردد.