

ضمان قهری مجاورت های غیر متعارف در حقوق اسلام، ایران و فرانسه

عباس کریمی* / الهام صادقی راد** / ابراهیم تقی زاده***
تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۳/۰۶ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۷/۲۲

چکیده

امروزه یکی از مواردی که در همسایگی ها مورد توجه قرار گرفته، بهره مندی از حق کیفیت زندگی است. فعالیت های مختلف در املاک مجاور می تواند کیفیت زندگی همسایگان را مختل نماید. برخی از این فعالیت ها توأم با تقصیرند، اما برخی در زمره فعالیت های قانونمند قرار می گیرند. وابستگی اغلب سیستم های مسئولیت مدنی به مقوله تقصیر، مانع از ارائه راهکار کارآمد در خصوص فعالیت های قانونمند منجر به اختلال در کیفیت زندگی در مجاورت هاست. از اینرو در نظام حقوقی فرانسه در مورد مجاورت های غیر متعارف، نظریه جدیدی تحت عنوان «مجاورت غیر متعارف» مطرح گردیده است. در این نظریه سعی شده است که معیار مناسبی برای جبران این نوع خسارت های ارائه شود. به نظر می رسد سیستم کثرت گرای ضمان قهری شرعی می تواند با تمسک به قاعده نفع - مخاطره، راهکار مناسبی را در خصوص مجاورت های غیر متعارف فراهم آورد.

کلیدواژه: ضمان قهری، مجاورت غیر متعارف، تقصیر، قاعده نفع - مخاطره، کیفیت زندگی

* استاد حقوق خصوصی دانشگاه تهران، تهران، ایران

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه پیام نور، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

elhamsadeghirad@yahoo.com

***دانشیار حقوق خصوصی دانشگاه پیام نور، تهران، ایران

۱- مقدمه

هرچند کیفیت زندگی، موضوع اصلی بسیاری از تحقیقات در رشته های گوناگون علمی بوده است، اما ارائه تعریفی جامع برای این مفهوم هنوز هم به صورت یک مشکل باقی مانده است (اونق، ۱۳۸۴: ۳۴). بسیاری از محققان بر این باورند که کیفیت زندگی، مفهومی چند وجهی، نسبی، متأثر از زمان و مکان و ارزشه ای فردی و اجتماعی است؛ بنابراین ارائه تعریفی جامع برای آن امکان پذیر نمی باشد (رضوانی، ۱۳۸۷: ۳۷)، ابعاد محیطی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی از مهم ترین ابعادی هستند که می توانند در تعریف کیفیت زندگی، شاخص های متمایز ارائه دهند.

واژه کیفیت زندگی از بُعد محیطی بیشتر با محیط طبیعی و شرایط خارجی زندگی افراد از قبیل آلودگی، کیفیت مسکن، جنبه های زیبایی شناسانه، تراکم ترافیک، شیوع جرم و مانند اینها در ارتباط است. این متغیرها تأثیر قابل ملاحظه ای بر سطح رضایت افراد از زندگیشان دارند.

انواع مختلف تصرفات در املاک مجاور می تواند کیفیت زندگی همسایه ها را مختل نماید. برخی از این تصرفات، قانونی و متعارف اند و برخی توأم با تقصیر و غیر قانونی اند. تمرکز بر مقوله تقصیر در سیستم های مسئولیت مدنی مبتنی بر تقصیر، باعث شده بسیاری از فعالیت های مجاوران که منجر به از دست رفتن کیفیت زندگی همسایگان می گردد، به بهانه قانونی بودن، بدون پاسخ و جبران خسارت باقی بماند. به عنوان نمونه، تأسیس یک کارخانه و فعالیت آن هرچند بر اساس موازین قانونی باشد، با ایجاد آلودگی هوا، کیفیت زندگی مجاورین آن را مختل می نماید. همچنین احداث اتوبان در مجاورت مناطق مسکونی با تولید سر و صدای نامتعارف و آلودگی هوا، کیفیت زندگی را متأثر می سازد. در ابعاد کوچک تر می توان به نگهداری حیوانات خانگی در املاک مجاور اشاره کرد که ممکن است با تولید صدای غیر متعارف کیفیت زندگی همسایه ها را مختل نماید.

در نظام حقوقی فرانسه، توجه به مقوله کیفیت زندگی در مجاورت‌ها در کنار ضعف غیر قابل انکار سیستم مسئولیت مدنی مبتنی بر تقصیر، منجر به پیدایش نظریه مجاورت غیر متعارف گردیده است. این نظریه تلاش می‌کند با تأکید بر وصف نامتعارف بودن نتایج برخی مجاورت‌ها، راهکار مناسبی برای ضررهای ناشی از مجاورت‌ها فراهم آورد.

با الهام از نظریه مجاورت غیر متعارف در حقوق فرانسه، در این نوشتار، فعالیت‌های قانونی و بدون تقصیری را که در زمین‌های مجاور انجام گرفته و منجر به تحمیل خسارات غیر متعارف به همسایگان می‌گردند به اختصار «مجاورت غیر متعارف» نامیده ایم. در مجاورت غیر متعارف، ملاک نامتعارف بودن، آثار تصرفات در املاک مجاور با در نظر گرفتن شرایط و اوضاع و احوال زمانی و مکانی است.

گاه از تصرفات متعارف و قانونی فرد در ملک، نتایج مستوجب اضرار (بالفعل یا بالقوه) برای غیر فراهم می‌آید. تحمل برخی از این ضررها، نتیجه و حاصل پذیرش زندگی اجتماعی است. بی‌شک هدف این نیست که همه ضررها جبران شوند، اما برخی از ضررها و آثار مترتب بر تصرفات متعارف در املاک مجاور، برای مجاورین ضررهای غیر قابل اغماضی را فراهم می‌آورد که عرف آن را نمی‌پذیرد و آن را ما به ازای زندگی اجتماعی قلمداد نمی‌نماید. مذاقه در ابزارها و موجبات بیشتر شناخته شده ضمان قهری شرعی مانند اتلاف و تسبیب نشان می‌دهد به جهت متعارف بودن این تصرفات، ساز و کار مناسبی برای جبران مجاورت غیر متعارف در این سطح فراهم نمی‌آید. از آن روی که موجبات ضمان قهری، حصری نیستند باید دید که آیا شرع، راهکار دیگری را برای پاسخ مناسب در قبال این نحو خسارات دارد یا خیر؟

در این نوشتار پس از تبیین راهکار نظام حقوقی فرانسه در مواجهه با مجاورت‌های غیر متعارف، رویکرد نظام حقوقی ایران به مقوله کیفیت زندگی و راهبرد‌های این نظام در حمایت از کیفیت زندگی در مجاورت‌ها مورد توجه قرار خواهد گرفت و در نهایت قاعده «نفع - مخاطره» زیر عنوان «من له الغنم فعليه الغرم» و «الخراج

بالضمان» در ضمان قهری شرعی به مثابه یک ابزار مترقی برای مواجهه با مجاورت های غیر متعارف، پیشنهاد و تبیین خواهد گردید.

۲- نظریه مجاورت های غیر متعارف در حقوق فرانسه

شاید از مهم ترین اشکالاتی که تمرکز بر ضابطه تقصیر در روابط همسایگی فراهم می آورد، این باشد که مانع داوری و اجرای حکم در کلیه شرایط ایجاد شده در مزاحمت های همسایگی می شود. به عنوان مثال، تمامی اقدامات زیان آوری را که برای اقدام کنندگان، یک امر قانونی محسوب می شود در بر نمی گیرد. بسیاری از مسائلی که کیفیت زندگی را تحت تأثیر منفی خود قرار می دهند و محیط زیست را به ورطه نابودی می کشاند، خود در زمره امور و افعال متعارف و قانونی تلقی می شوند؛ لذا ابتناء بر تقصیر نمی تواند نقش حمایتی کامل و رضایت بخشی را در خصوص کیفیت زندگی در مجاورت ها فراهم آورد. این مشکل، باعث ایجاد یک رویه قضایی و به دنبال آن یک تئوری جدید تحت عنوان مجاورت غیر متعارف (Le Trouble anormal de voisinage) در فرانسه گردیده است که معیار ویژه ای را در این خصوص به ارمغان می آورد.^۱

بی شک برخی از انواع مجاورت های غیر متعارف زیر ماده ۱۳۸۲ قانون مدنی فرانسه مصوب ۱۸۰۴ و مواد مترتب بر آن قابلیت پیگیری حقوقی دارند. این ماده اذعان می دارد: «هرگاه عمل شخصی موجب خسارت دیگری گردد آن شخص به

۱. البته در قانون مدنی فرانسه برخی موارد و مصادیق مجاورت غیر متعارف به صورت خاص مورد توجه قرار گرفته و برای محدود کردن آن راهکارهایی در نظر گرفته شده است. از این دست می توان به موارد مربوط به نما و منظر، حق مالکیت مشترک و رعایت فاصله درختان و گیاهان اشاره کرد. اما بدیهی است که در نظر گرفتن راه های مجزا و مختلف برای تک تک موضوعات و مصادیق مختلف مجاورت غیر متعارف برای حل و فصل اختلافات میان همسایگان کار عبث و بیهوده ای است.

خاطر «تقصیری» که مرتکب شده است مجبور به جبران خسارت وارده می باشد» ولی ابتداء بر تقصیر به عنوان یک راه حل در برخی منازعات مربوط به مجاورت های غیر متعارف، با محدودیت هایی مواجه است. این در حالی است که اذهان عمومی بر این باورند که مزاحمت های بیش از حد اندازه و غیر متعارف حتی اگر فاقد عنصر تقصیر باشد ضمان آورند (Ejuris Consult, 2017).

حکم اولیه ای که منجر به پدید آمدن تئوری مجاورت های نامتعارف شد، از سوی دیوان عالی فرانسه در قالب مسئولیت زیست محیطی و در تاریخ ۲۷ نوامبر ۱۸۴۴ صادر شد. در قضیه ای سر و صدای فعالیت کارخانه ای باعث مزاحمت ساکنان اطراف می شد. جمع بین حمایت از همسایگان کارخانه از یک سو، و تجویز گسترش فعالیت های صنعتی از سوی دیگر، موجب شد دیوان عالی کشور اعلام کند: «هیچ مالکی اجازه ندارد به ملک مجاور خود خسارت وارد کند و از حدود معمول حق همسایگی عدول کند.» و «حق مالکیت، محدود به یک تعهد طبیعی و قانونی است که به مالکیت دیگری هیچ خسارتی وارد نکند.» از آنجا که مسئولیت مدنی مبتنی بر تقصیر نمی توانست به خوبی در این خصوص پاسخگو باشد در سال ۱۹۷۱ نظریه مزاحمت به عنوان یک نظریه مستقل از تقصیر مطرح شد. در ۱۹ نوامبر ۱۹۸۶ دیوان عالی فرانسه، اصل جدیدی را اعلام کرد که به طور کلی فراتر از مفاد مواد ۵۴۴ و ۱۳۸۲ قانون مدنی فرانسه بود. آن اصل عبارت بود از این که: «هیچ کس حق ندارد برای همسایه خود مزاحمت های غیر متعارف ایجاد کند» (François Guy Trébulle, 2005).

بدین ترتیب بود که در فرانسه یک حق قانونی متولد شد و به دنبال خود، کیفیت و آرامش زندگی را به همراه آورد. تجزیه و تحلیل این حق قانونی منجر به روشن شدن بسیاری از نکات شد و روابط همسایگی به طور وسیعی مورد احترام قرار گرفت.

۱-۲- معیار حاکم بر نظریه مجاورت غیر متعارف

امتیاز ویژه مسئولیت ناشی از مزاحمت این است که از قواعد سنتی مسئولیت در فرانسه فاصله گرفته و در صورتی که عامل اضرار، تقصیری هم مرتکب نشده باشد او را مسئول می داند. بدین سان، رفتاری که مطابق قواعد جاری و با استفاده متعارف از مالکیت بر مبنای نظریات مبتنی بر تقصیر مثل سوء استفاده از حق موجب مسئولیت نمی شود، اگر به طور آشکار، توأم با مزاحمت غیر متعارف برای همسایه ها باشد، موجب مسئولیت عامل مزاحمت می شود. البته شرط اصلی دعوای مزاحمت این است که منشأ دردسر در زمین های همسایه بوده و به صورت غیر متعارف باشد.

این تئوری بر این مبنا استوار است که مالک یا مستاجر دارای یک حق مطلق نیست که هر کار بخواهد انجام دهد. در حقیقت، مجاورت یا همسایگی، ما را ملزم می کند که رفتاری مناسب و سنجیده با همسایگان خود داشته باشیم^۱ (Ejuris Consult, 2017).

برای اعمال تئوری مجاورت غیر متعارف نسبت به اقدامی که موجب آزار و اذیت همسایگان شده است، باید ابتدا مشخص شود که عواقب این اقدام، متعارف است یا خیر؟ اگر متعارف باشد دیگران ملزم به تحمل آن هستند، ولی اگر از حد طبیعی خارج شود و حدود حق همسایگی رعایت نشود باید مورد بررسی و بازبینی قرار گیرد. (Ejouris Consult, 2017).

تئوری مجاورت غیر متعارف در لایحه قانون مدنی فرانسه در ماده ۱۳۶۱ مورد پیش بینی قرار گرفته است. این ماده اذعان می دارد: «مالک متصرف یا بهره بردار زمین و

۱. دعوای مزاحمت در فرانسه عموماً با عناوین زیست محیطی مطرح می شوند. آلودگی ها، انتشار بوها، دودها، سموم، سر و صدا، گرفتن جلوی دید و روشنایی، یا بر عکس، نورافشانی زیاد از مواردی است که در رویه قضایی فرانسه بر مبنای مزاحمت مطرح شده اند. حتی فرا تر از این می توان گفت که ایجاد بک خطر، آسیب به زیبایی محل یا مزاحمت مربوط به دید زنی در ساختمان های مجاور نیز می تواند بر مبنای نظریه مزاحمت مطرح شود.

شخصی که مزاحمتی بیشتر از حد متعارف برای همسایگان وارد کند، نسبت به پیامد های چنین مزاحمتی مسئولیت محض دارد.»

در ادامه به نمونه هایی از مجاورت غیر متعارف اشاره می شود که مورد توجه دیوان عالی فرانسه قرار گرفته و منجر به صدور حکم گردیده است. توجه به این مصادیق می تواند نظریه مجاورت های غیر متعارف را بهتر به نمایش بگذارد:

۱- ایجاد سر و صدا توسط آپارتمان های طبقه بالا: در مورد همسایه ای که سر و صدای زیادی ایجاد می کند (صدای پا و راه رفتن، صدای جارو برقی، جابجایی وسایل و پرتاب وسایل روی زمین و یا پرتاب آشغال و زباله از طبقات فوقانی) که توسط نگهبان و سرایدار نیز مشاهده شده باشد (Court of Cassation, 1969) سر و صدای زوزه یکسره سگ و یا سر و صدای کودکان نیز مشمول این دسته می شود.

۲- انبار کردن کاه در حوالی منازل مسکونی: در شرایطی که یکی از همسایگان، انبار کاهی خارج از منزل و یا حتی در زیر سقف سر پوشیده ای داشته باشد که در فاصله کمتر از ۲۵ متری همسایگان و یا نزدیک ترین فاصله از منازل مسکونی قرار داشته باشد و خطر بروز آتش سوزی احساس شود (Court of Cassation, 2005) of

۳- جلوگیری از تابش نور خورشید: در صورت احداث ساختمانی به ارتفاع ۲۴ متر در زمین هایی که در منطقه مسکونی واقع شده اند، ممنوع می باشد و جلوگیری از تابش نور خورشید برای ساکنین و نیز باغچه منزل و تبدیل جنوب منزل به یک چاه تاریک و بدون دید (Court of Cassation, 2011).

۴- ایجاد مزاحمت های غیر متعارفی که به زیبایی ساختمان ها لطمه می زنند: در صورت انبار کردن آهن آلات گوناگون، چوب و تخته و سایر ابزار آلات بلا استفاده در محدوده کمتر از بیست متری ملک شخصی و همچنین علیرغم حق محصور کردن

ملک، استفاده از وسایل و ابزار آلات «غیر معمول و زشت» که باعث ضایع کردن حقوق همجواری می شود (Court of Cassation, 2015).

۲-۲- تعارض ضررین در نظریه مجاورت غیر متعارف

در بسیاری از مصادیق مجاورت غیر متعارف، با تعارض دو ضرر مواجه هستیم؛ بدین صورت که تصرفی که در ملک صورت می گیرد واجد منافی برای متصرف است در حالی که منجر به بروز مزاحمت و مجاورت غیر متعارف برای همسایگان و مجاورین است. بدین ترتیب، از سویی حکم به ممانعت از فعالیت، موجب تضرر متصرفان است و از سوی دیگر، ادامه فعالیت، ضرر و خسارت مجاورین را به همراه خواهد داشت. رویه قضایی فرانسه نشان می دهد که قضات کوشیده اند با در نظر گرفتن ضمانت اجراهای متنوع و متناسب با شرایط زمانی و مکانی و خصوصیات خاص هر پرونده این تعارض را به نحوی مقتضی حل نمایند. به عنوان نمونه، در خصوص ساخت و سازی که به نحو مجاز و قانونی انجام شده و سبب عدم تابش نور خورشید به ویلاهای مجاور گردیده است، حکم به جبران خسارت مالی داده شده است (Court of Cassation, 2011) همچنین در خصوص بوی بد ناشی از انبار کردن کود در یک دامداری در یک روستا و مزاحمتی که از این جهت برای مجاورین ایجاد گردیده بود دادگاه رأی به جبران خسارت مادی داد (Court of Appeal of Poitiers, May 15, 2013). این در حالی است که در خصوص انبار کردن کاه که مخاطره آتش سوزی را به مجاورین تحمیل می نمود حکم به جلوگیری از ادامه چنین تصرفی و رفع اثر از آن داده شده است (Court of Cassation, 2015). بدین ترتیب، با انتخاب حذف فعالیت، کاهش فعالیت و یا جبران خسارت مالی تلاش نموده اند تا تعارض بین دو ضرر را پوشش دهند.

۳- نظام حقوقی ایران

در ادبیات حقوقی ایران و آراء محاکم قضایی، عبارت «کیفیت زندگی»، مطرح نشده است. حتی حقوق زیر مجموعه آن مثل حق آرامش، حق منظر، حق آفتاب به طور مستقیم مورد توجه قرار نگرفته، اما توجه به دو مقوله «مسکن مناسب» و «محیط زیست سالم» می تواند مبنای پذیرش ضمنی این حق مترقی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران قرار گیرد.

در بین قوانین داخلی ایران، اصل ۲۲ قانون اساسی پیشتاز حمایت از «حق مسکن» افراد و مصون دانستن از هر گونه تعدی و تعرض به شمار می رود که بی تردید، قابل تسری هم به دولت و هم اشخاص ثالث است. این اصل اذعان می دارد: «حیثیت، جان، مال، حقوق، مسکن و شغل اشخاص از تعرض مصون است مگر در مواردی که قانون تجویز کند.»

حق بر مسکن مناسب به واسطه عضویت ایران در میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در سال ۱۳۵۴ و نیز عضویت و مشارکت در تدوین بیانیه استانبول پیرامون سکونت گاه های انسانی در سال ۱۹۹۹، در زمره حقوق داخلی و قوانین عادی ایران به شمار می رود. با این وجود، تاکنون هیچ استنادی به این موارد در دادگاه های ایران مورد قبول قرار نگرفته است.

در خصوص حمایت از «محیط زیست سالم» تا کنون بیش از ۲۸۰ معاهده، موافقت نامه و پروتکل بین المللی به تصویب رسیده است و ایران ۱۸ معاهده را به تصویب رسانیده است. همچنین قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، به صراحت از حفظ محیط زیست به عنوان یکی از مصادیق حقوق اشخاص اشاره نموده است. از اصل پنجاه قانون اساسی نیز برداشت می شود که عدم تخریب محیط زیست، شرط لازم

۱. «محیط زیست عبارت است از مجموعه شرایط و اوضاع و احوال طبیعی که به نحوی از انحاء در بقاء یا سلامت یا زیست بهتر و زیباتر انسان و دیگر گونه های جانوری و گیاهی موثر است» (امیدی، ۱۳۹۳: ۹).

انجام فعالیت های اقتصادی است. این اصل اذعان می دارد که فعالیت های اقتصادی و غیر آن که با آلودگی محیط زیست یا تخریب غیر قابل جبران آن ملازمه پیدا کند ممنوع است. برخی اصول دیگر قانون اساسی نیز وجود دارند که ارتباط کامل با این اصل داشته و تضمین هر یک از آنها اثر مستقیمی بر رعایت حق محیط زیست سالم خواهد داشت؛ مانند اصل ۲۲ در خصوص حق حیات، و یا اصل ۲۹ در خصوص بهداشت همگانی.

اهمیت و ارتباط حق حیات با حق بر محیط زیست سالم به راحتی می توانست مورد استناد محاکم قضایی در تضمین حق بر محیط زیست سالم قرار بگیرد، همچنان که بسیاری از محاکم کشور های دیگر چنین کرده اند. برخی قوانین عادی فعلی جمهوری اسلامی ایران نیز به مقوله محیط زیست سالم اشعار دارند.

با در نظر گرفتن اصل پنجاه قانون اساسی و قوانین عادی مرتبط با محیط زیست به این نتیجه می رسیم که این حق به صراحت به عنوان یکی از مصادیق حقوق شهروندی مورد توجه قرار نگرفته است. با این حال می توان گفت که در نظام حقوق ایران، چارچوب اولیه برای تضمین حق بر محیط زیست به طور کلی وجود دارد.

هرچند که سیستم حقوقی ایران هنوز مسیر طولانی را در حمایت از دو حق بشری: مسکن مناسب و محیط زیست سالم در پیش دارد، اما با به رسمیت شناختن دو حق «مسکن مناسب» و «محیط زیست سالم» به طور کلی در این سیستم می توان ادعا کرد که حق کیفیت زندگی را هم به طور تلویحی در حقوق ایران قابل احترام دانست.

یکی از شرایط اساسی تضمین این حقوق همانند هر حق دیگری، داشتن ضمانت اجرایی کافی برای تحقق آن حق است. دعاوی جبران خسارت این حقوق در ایران باید در پرتو عناوین مربوط به مسئولیت مدنی اقامه و مطالبه گردد.

مطابق ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹: «هر کس بدون مجوز قانونی یا در نتیجه بی احتیاطی به جان یا سلامتی یا مال یا آزادی یا حیثیت یا شهرت تجاری یا

به هر حق دیگری که به موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده لطمه ای وارد نماید که موجب ضرر مادی و معنوی دیگری شود مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود می باشد.» این ماده در کنار ماده ۱۳۲ قانون مدنی که به طور خاص به تعیین تکلیف مسئولیت در این خصوص می پردازد، بر لزوم وجود تقصیر تأکید دارد. بنابراین در نظام حقوقی ایران برای آن دسته از تصرفاتی که توأمان با تقصیر منجر به تضییع حق کیفیت زندگی هستند می توان مواجهه قانونی مناسبی را متصور بود. اما وابستگی به تقصیر مانع از آن است که در سیستم حقوقی معاصر ایران بتوان راهکار مناسبی برای برخورد با همه انواع مجاورت های غیر متعارف ارائه داد.

۴- اسلام و مجاورت غیر متعارف

مجاورت در املاک، از نقطه نظر تلاقی و تصادم با حقوق مجاورین، در حقوق اسلام می تواند به دو دسته تقسیم گردد:

دسته اول، تصرفاتی غیر مباح و یا غیر قانونی: این دسته را به خوبی می توان در قواعد اتلاف و تسبیب در نظام قهری اسلام تحت پوشش قرار داد و از ضابطه های این قواعد جهت پیشگیری و جبران خسارات مترتب بر این نوع تصرفات بهره جست.

دسته دوم، تصرفات مباح و قانونی: هر چند این دسته از نظر اسلام مباح و قانونی اند اما به هر روی، خسارات غیر متعارفی را به همراه دارند. قواعد پیش گفته ضمان قهری در اسلام قادر به پوشش آنها نیستند. هر چند برخی از ضرر ها و خسارات مترتب بر چنین تصرفاتی، متعارف و لازمه زندگی اجتماعی است و اجتماع، انتظار جبران آنها را ندارد اما در دامنه این تصرفات، گاه برخی منجر به خساراتی می گردند که غیر متعارف بوده و انتظار جبران را به همراه دارند. کیفیت زندگی و محیط زیست از جمله حقوقی است که در این نوع از مجاورت ها تضییع می گردد.

شایان توجه است که اسباب ضمان قهری در اسلام، حصری نیستند، لذا هر قاعده ای که تاب ایجاد مسئولیت و ضمان را داشته باشد می تواند در دامنه این مجموعه قرار

گیرد. پیشنهاد نویسنده در این خصوص، قاعده ملازمه نفع - مخاطره در زیر عبارات «من له الغنم فعلیه الغرم» و «الخراج بالضمان» است. این قاعده می تواند در کنار کاربرد وسیعی که در حقوق اسلام دارد، نقش تعیین کننده ای در خصوص مجاورت های غیر متعارف بازی کند. پیش از تبیین مفهوم و ملازمه ناظر بر قاعده مذکور به بررسی اعتبار آن می پردازیم.

۱-۴- اعتبار قاعده ملازمه نفع و مخاطره

عبارات «من له الغنم فعلیه الغرم» و «الخراج بالضمان»، مستند قاعده نفع - مخاطره در حقوق اسلام است. متن و عبارت قاعده «من له الغنم فعلیه الغرم»، در مصادر حدیثی عامه و امامیه وارد نشده است، اما فحوای این قاعده با عبارات مشابه در حدیث سعید

۱. فقهای شیعه، در مواضع متعددی به تعریف اصطلاحی ضمان پرداخته اند. به عنوان نمونه، فقیهی آن را با عبارت «كُونُ تَلْفِهِ عَلَيْهِ» تعریف کرده است: یعنی ضامن کسی است که تلف مال بر عهده او باشد. (انصاری، ۱۴۲۹: ۱۸۰)، دیگری آن را «ادخالُ الشيءِ فی العَهْدِ» دانسته است؛ یعنی داخل نمودن (پذیرش) چیزی (کالا و دارایی و ...) بر عهده دانسته اند. (بحرالعلوم، ۱۴۰۳: ۲۴)، چنان که از معنای اصطلاحی دریافت می شود نوعی خطر پذیری در معنای ضمان مستتر است.

غرم به عنوان مترادف در مقابل واژه ضمان در کتب لغت معرفی شده است و بر معنای مشابهی دلالت دارد. (مصطفوی، ۱۴۰۲: ۲۱۳-۲۱۴) ضرر، کفالت، خسارت و غرامت به عنوان معانی غرم مطرح شده اند.

با توجه به تعریف فوق به نظر می رسد واژه مخاطره بتواند جایگزین فارسی مناسبی برای واژه های «ضمان» و «غرم» تلقی گردد. از نظر اصطلاحی، تعاریف متعددی برای مخاطره بیان شده و دیدگاه های متفاوتی را در این خصوص به ارمغان آورده است. منظور ما از مخاطره در این نوشتار حالتی است که کسب نتیجه مشخص از یک اتفاق در آینده دقیقاً مشخص نیست و بر احتمال پذیرش نوعی خسارت یا زیان در آینده دلالت دارد.

بدین ترتیب، معنای کلی و جامع واژه های «ضمان» و «غرم»، تنها به معنای وجوب پرداخت خسارت و درک یا بازگرداندن عین مال نیست، بلکه به مفهوم حکم وضعی، قرار گرفتن مخاطره مال در عهده است از جمله آثار آن، وجوب تکلیفی پرداخت خسارت و درک است. «ضمان»، مفهوم و حقیقتی واحد به معنای قرار گرفتن مخاطره مال در عهده دارد. این مفهوم واحد، به اعتبار اسباب گوناگون تحمیل ریسک و مخاطره، تکثر می یابد. تقسیم ضمان به: اختیاری و قهری، اصلی و تبعی، جعلی و معاوضی در متون فقهی، حقوقی و حدیث به اعتبار همین اسباب صورت گرفته است. (برای اطلاع بیشتر ر.ک: کریمی، ۱۳۹۷: ۲۵۵-۲۵۸).

بن مسیب از ابی هریره از پیامبر اکرم (ص) تجسّم یافته است و به اعتبار این روایت، از منظر فقه شیعی خدشه ای وارد نبوده و مورد استناد قرار گرفته است (موسوی، ۱۴۱۴: ۳۴۹؛ شیخ طوسی، ۱۴۱۷: ۱۲۶). بر اساس این حدیث، منافع (غنم) مال مورد رهن در ملکیت راهن است، چراکه خسارات و مخاطرات (غرم)، مال مورد رهن را او متقبّل می شود (شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۲۵۷).

از سوی دیگر، چنان که وهبه الزحیلی در کتاب «نظریه الضمان» می نویسد هرچند عبارت «من له الغنم فعليه الغرم» از نظر لفظ، عکس قاعده «الخراج بالضمان» است اما هر دو به یک معنا هستند (الزحیلی، ۱۴۲۹: ۲۱۵)؛ بنابراین برای قاعده الغنم علاوه بر این روایت، مدارک روایی دیگری نیز ذیل عبارت «الخراج بالضمان» قابل طرح است. متون فقهی شیعی مؤید این نظریه هستند (مصطفوی، ۱۴۰۲: ۲۱۵).

قاعده «الخراج بالضمان»، از جمله قواعد فقهیه مشهور میان فقها در باب معاملات و معاوضات می باشد. افزون بر این، به عنوان یک اصل مسلم اقتصادی در تمام نظام های اقتصادی مورد پذیرش قرار گرفته است (کریمی، ۱۳۹۷: ۲۴۳)؛ به علاوه، استقراء در نصوص نشان می دهد که این عبارت، همان حدیث نبوی مشهور است که هم در کتب عامّه (قزوینی، بی تا: ۷۵۴/۲؛ حاکم نیشابوری، ۱۴۲۲: ۱۸/۲-۱۹) و هم خاصّه (نوری طبرسی، ۱۴۰۸: ۳۰۲/۱۳) وجود دارد.

قاعده الخراج بالضمان در روایات نقل شده از طریق شیعه تنها در روایتی از ابن ابی جمهور احسایی در عوالی اللّثالی آمده است: «روی عنه صلی الله علیه و آله أنّه قضی بأنّ الخراج بالضمان» (الحاکم النیشابوری، ۱۴۲۲: ۴۷۳).

هرچند این روایت از طریق خاصّه نقل نشده است اما استقراء در فتاوی ایشان نشان می دهد که بسیاری از فقهای امامیه در موارد بسیاری از فقه شیعه به این قاعده تمسک نموده اند (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۱۲۶؛ ابن حمزه، ۱۴۰۸: ۲۵۵-۲۴۹؛ علامه حلی، ۱۴۱۴: ۱۱۴؛ طبرسی، ۱۴۱۰: ۵۵۸؛ شهید اول، ۱۴۱۷: ۲۸۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۶: ۲۱۶؛ محقق اردبیلی، ۱۴۰۳: ۵۱۷؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۸؛ نجفی خوانساری، ۱۴۱۸، ۱۳۱؛ آملی، ۱۴۱۳:

۲۷)؛ مفاد قاعده همچنین از روایات بسیاری که از طریق خاصه نقل شده است قابل استنباط می باشد (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۱۰۴).

افزون بر اسناد روایی و استقراء فقهی، ملازمه «خراج» و «ضمان»، بنای عقلاء نیز هست و به نظر می رسد مفاد قاعده، از احکام امضایی است نه تأسیسی (نائینی، ۱۴۱۸: ۲۳۲/۱)؛ عبارتی مانند «هرکس خربزه می خورد پای لرزش باید بنشیند» و "no pain no gain" مؤید همین امر هستند.

با وجود این که ملازمه نفع و مخاطره از ارتکازات عقلی و مسلّمات عند العقلاء بوده و عبارات فوق مؤید آن می باشند، اما نحوه استناد به این دو عبارت و ملازمه ناظر بر آنها در فقه شیعی این ابهام را به وجود می آورد که ملازمه نفع - مخاطره به طور محدود و تنها در باب معاملات در حقوق اسلام قابل طرح است و امکان استناد به آن در ضمان قهری وجود ندارد. بررسی متون فقهی نشان می دهد که عبارت الخراج بالضمان با توجه به تفاسیر فقها تنها در ضمان اختیاری قراردادی و در بحث خیارات مورد استفاده و استناد قرار گرفته است. در تحلیل این قاعده، فقها به طور ویژه جایگاه صرفی واژه ضمان را مورد توجه قرار داده و تلاش نموده اند با در نظر گرفتن جایگاه مصدری، از برخی تعارضات مانند قرار گرفتن ضمان غاصب ذیل قاعده جلوگیری نمایند. این در حالی است که قاعده «من له الغنم فعلیه الغرم» دامنه کاربرد وسیع تری را تجربه کرده است و در کاربرد های فقهی و حقوقی موارد مربوط به ضمان غیر قراردادی را هم شامل شده است و به نوعی نظریه خطر را در مسئولیت مدنی با حدود و ثغور متفاوتی ترسیم می نماید. شاید همین کاربرد متفاوت دو قاعده باعث شده است

۱. از نقطه نظر کاربرد صرفی، «ضمان» هم به عنوان مصدر و هم اسم مصدر می تواند استفاده شود. باید دید کاربرد آن در عبارات و روایات کدام معنا را خواهد داشت. در معنای مصدری، فاعل مستتر است؛ از این روی، «ضمان» با قبول التزام و تقبل آن به واسطه فاعل محقق می گردد و به عبارتی، ضمان قراردادی و اختیاری خواهد بود. اما در معنای حاصل مصدر، حاصل ضمان در معنای مصدری مدّنظر است، فارغ از این که فاعل، اراده تحمّل چنین التزامی را داشته است یا خیر. معنای ضمان در این برداشت، «ملتزم و ضامن تلقی شدن» است.

که هر دو عبارت محجور بمانند. جایگاه مصدری ضمان در نظر فقها، مانع از نمایش درست قاعده «من له الغنم فعلیه الغرم» گردیده است، به نحوی که قاعده الغنم به عنوان یک مثل عرفی در نزد حقوقدانان معرفی شده و کاربرد محدود و غیر قابل توجه و کم‌رنگی را تجربه می‌نماید. به نظر می‌رسد مشکل مذکور، ناشی از نحوه تبیین متعارض ملازمه نفع و مخاطره در دو عبارت است.

۲-۴- ملازمه ناظر بر «من له الغنم فعلیه الغرم»

هرچند فقها به طور مستقیم در خصوص چگونگی ملازمه ناظر بر این عبارت، سخنی نگفته‌اند، اما با توجه به نحوه استناد ایشان می‌توان به چگونگی این ملازمه از دیدگاه ایشان پی برده و به این پرسش پاسخ داد که آیا فقها، «غنم» را تنها در مقابل غرم (ضمان) ناشی از قرارداد قرار داده‌اند یا خیر؟ به عنوان نمونه، در هنگام معامله با مال یتیم، با وجود دیدگاه حمایتی فقه در خصوص صغیر یتیم، از آنجا که سود و منافع کسب و کار با مال یتیم، برای او خواهد بود خسران مترتب بر آن نیز با تمسک به عنوان «من له الغنم فعلیه الغرم» بر دارایی یتیم تحمیل می‌گردد (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۸/۱۵).

همچنین به عبارت مذکور، به عنوان یک کبری کلی برای حکم بر ضمان همه شرکاء دارای نفع در خصوص خسارت مترتب بر عقود مانند مضاربه و مزارعه و مساقات، استناد شده است (مازندرانی، ۱۴۲۷: ۱۹۵).

در خصوص وجوب کفن عبد بر مولی، از آن روی که اگر عبد مالی داشت به ارث مولی می‌رسید، کفن هم با استناد به «من له الغنم فعلیه الغرم»، بر عهده مولی گذارده شده است (اشتهاردی، ۱۴۱۷: ۱۱۰)؛ ضمان مولی نسبت به خسارات مترتب بر عمل عبدی که در اجاره غیر است، مستند به همین عبارت شده است (همان: ۱۷۴/۲۷)؛ مالکیت مولی بر مهریه‌آم، به همین شکل مستند شده است (همان: ۱۶/۳۰)؛ میراث عبد آزاد شده در قبال مال داده شده برای آزادی اش، متعلق به آزاد کننده است (صدر، ۱۴۲۰: ۲۹۵/۸)؛ در ضمان جریره، ضمان معادل غرم در نظر گرفته شده و

میراث مضمون^{۱۰} عنه برای ضامن جریره است (همان)؛ همچنین در موارد متعددی در باب ارث به این قاعده استناد شده است (همان: ۲۷-۲۸-۳۰)؛ به عنوان نمونه، در صورت وجود زوج، نقص تنها به خواهر یا خواهران ابی تحمیل می گردد، از اینرو و با توجه به «من له الغنم فعلیه الغرم» در صورت عدم وجود زوج نیز منفعت یا به عبارتی زاید بر فرض باید به آنها رد شود (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۱۲۹/۸-۱۳۰).

دیه فرد مقتولی که قاتل او مجهول است و اولیای دم مطالبه دیه می نمایند، تحت شرایطی و با استناد به عبارت مذکور بر عهده بیت المال گذاشته شده است (قمی، ۱۴۲۵: ۵۳).

حقوقدانان در مباحث مسئولیت مدنی به طور ویژه در مباحث مربوط به نظریه خطر-انتفاع مادی و حقوق مصرف کننده و مسئولیت تولید کننده در قبال عیب کالا، به قاعده استناد نموده اند. در این موارد، با استناد به قواعد اولیه ضمان مانند تسبیب و اتلاف نمی توان سرمایه گذار را مسئول تلقی کرد، اما استناد به عبارت مذکور می تواند توازن از دست رفته میان زیان دیده و سرمایه گذار را جبران نماید (علوی قزوینی؛ مسعودیان زاده، ۱۳۹۳: ۷۶؛ کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۲۲۵).

در میان فقهای عامه، حنفی ها با عبارت «الغرم بالغنم» به قاعده استناد کرده اند. در مجله الاحکام با عنوان «الغرم بالغنم» به قاعده اشاره شده است. یکی از مصادیق مورد استناد در این مجله، ماده ۱۳۲۶ است. طبق این ماده، مخارج گودال کنی و اصلاح نهر برای اراضی مشترک بر اساس قاعده «الغرم بالغرم» محاسبه می گردد؛ بدین نحو که ابتدا تمام اراضی در این مخارج مشترک می باشند، اما پس از تجاوز از زمین اول، او دیگر جزو هزینه گر ها نبوده و از لیست خارج می شود.

اجرت نگهداری از عین مرهونه، در مواد ۷۲۲ و ۷۲۳ المجله، به این دلیل بر مرتهن تحمیل گردیده است که مرتهن با تأمین و توثیق عین مرهونه از آن بهره مند می گردد. (الزحیلی، ۱۴۲۹: ۲۱۶)؛ همچنین ماده ۷۲۴ المجله در مورد عهده راهن نسبت به

مخارج و مثنوات عین مرهونه، مستنبط از این قاعده است (حیدر، ۱۴۲۳: ۳۱۰/۲)؛ با استناد به عبارت الغرم بالغنم، مشتری عهده دار اجرت تحریر بیع نامه و مخارج دفاتر اسناد در نظر گرفته می شود (الزحیلی، ۱۴۲۹: ۲۱۶)؛ همچنین مخارج تعمیر و ترمیم مال مشترک به اندازه حصّه هر یک از شریکان بر عهده آنها قرار داده شد (حیدر، ۱۴۲۳: ۱۱۰/۳).

چنان که در این چند سطر ملاحظه می شود فقها و حقوقدانان، با ابتناء به عبارت «من له الغنم فعلیه الغرم»، ملازمه ای را بین «غنم» و «غرم»، فارغ از اسباب ایجاد غرم (ضمان) اعم از قراردادی یا غیر قراردادی برقرار دانسته اند.

موارد فوق همگی بر برقراری ملازمه بین نفع و مخاطره بدون توجه به منشأ قراردادی یا غیر قراردادی مخاطره دلالت دارد. ملازمه ناظر بر عبارت «من له الغنم فعلیه الغرم» با توجه به نحوه استناد فقها، می تواند مبنای جبران خسارت ناشی از مجاورت های نا متعارف را فراهم آورد. این قاعده می تواند نتیجه ای مشابه نظریه مجاورت غیر متعارف در فرانسه را به همراه داشته باشد.

۳-۴- ملازمه ناظر بر عبارت «الخراج بالضمنان»

با بررسی کتب فقهی، تفاسیر متفاوتی در خصوص «الخراج بالضمنان» به چشم می خورد که مهم ترین آنها عبارت است از ملازمه بین مالکیت نفع و ضمان جعلی (قراردادی).

در این تفسیر از ملازمه اگر فرد به نحو ضمان قراردادی، مالک و ضامن مالی شود، منافع مال هم برای اوست (امامی خوانساری، بی تا: ۳۴۴). بر اساس این نظریه، دامنه کاربرد قاعده، محدود به خرید و فروش و داد و ستد خواهد شد. بهره و سود حاصل از عین، از آن مالک و دارنده عین است. از اینرو اگر عین، تلف شده یا ناقص گردد از دارایی مالک خواهد بود، چراکه او پاسخگوی غرامت و جبران خسارت است. به عبارت دیگر، خردمند ضمانت ملک دیگری را به هدف بهره مندی از سود انجام خواهد داد (ساکت، ۱۳۷۵: ۱۸۳).

عمده دليل فقها در تمسك به اين نظريه، جلوگيري از قرار گرفتن ضمان غاصب تحت قاعده «الخراج بالضمن» است؛ چراکه در صورت در نظر گرفتن معنای حاصل مصدري برای ضمان، ضمان غاصب، استعداد قرار گرفتن تحت اين قاعده را خواهد يافت و در نتيجه، ممکن است در مواردی با استناد به «الخراج بالضمن» حکم به مالکيت غاصب نسبت به منافع مال غصبی داده شود. اين امر سابقه تاريخی نیز دارد، چنان که در یکی از قضاوت های ابوحنيفه با استناد به عبارت مذکور، حکم به مالکيت غاصب نسبت به منافع مال غصبی داده شده، و اين قضاوت به شدت از جانب امام صادق(ع) نهی شد (حرّ عاملی، ۱۴۰۹:).

در نقد اين نظريه بايد گفت که هرچند برای جلوگيري از قرار گرفتن غاصب در شمول عبارت «الخراج بالضمن» اين نحو تفسير در نظر گرفته شده است، اما محدود نمودن ملازمه نفع و ضمان در عبارت «الخراج بالضمن» به ضمان جعلی (قراردادی)، با نحوه استناد فقها به عبارت «من له الغنم فعليه الغرم» و ملازمه نفع و ضمان ناظر بر آن، در موارد مرتبط با ضمان قهري و غير قراردادی مغاير است. اين دو رویکرد متناقض به دو عبارت، دو شیوه ملازمه مختلف را بين نفع و مخاطره در فقه رقم زده است. شايد همين تعارضات باعث گردیده تا اين عبارات با وجود اين که يك ملازمه عقلی و مسلّم عند العقلاء را بيان می کنند در سطح يك مثل عرفی باقی بمانند.

۴-۴- جمع بين دو عبارت

با توجه به معنای اصطلاحی مفردات و طبق نحوه کاربرد فقها، دو عبارت «الخراج بالضمن» و «من له الغنم فعليه الغرم» بر هم منطبق هستند. بر اين مبنا پيشنهاده می شود که ملازمه بين نفع و ضمان در جایگاه اسم مصدري برقرار گردد. کاربرد ضمان در جایگاه اسم مصدري، ممکن است اين شائبه را به وجود آورد که اين نظريه در واقع، همان نظريه ابوحنيفه است و نتایج غير قابل پذيرش آن را به همراه خواهد داشت. برای ردّ اين شائبه، روايت مربوط به قضاوت ابوحنيفه را مورد مذاقّه قرار می دهيم.

در این روایت، شخصی بر خلاف قرارداد اجاره، حیوانی را در مسیری غیر از مسیر مورد توافق، مورد استفاده قرار می دهد. صاحب حیوان از او به دلیل عدم رعایت مفاد قرارداد و بطلان آن تقاضای جبران خسارت و اجره المثل حیوان را می نماید. ابوحنیفه در مقام قضاوت بین این دو، بر اساس قاعده «الخراج بالضمنان»، با استناد به این امر که در صورت ورود خسارت به حیوان در مدت وضع ید، مستأجر، ضامن تلقی می شد حکم به مالکیت او در این مدت نسبت به منافع می نماید و از آن روی که خسارتی نیز به حیوان وارد نیامده است، حکم به بی حقی موجر می دهد. این امر به استحضار امام صادق(ع) می رسد. ایشان این نحو قضاوت را مورد قبول ندانسته و رویکرد انتقادی شدیدی نسبت به آن اتخاذ می نمایند. همچنین در مقام پاسخ، نقد خویش را معطوف واژه قضا نموده و می فرمایند با اینگونه قضاوت ها باران از آسمان نخواهد بارید. روشن است که آن چه در قضاوت رخ می دهد، اختصاص یک حکم کلی به یک موضوع جزئی است؛ بنابراین نهایت امری که می توان از این روایت تا این قسمت استنباط نمود، عدم امکان استناد به قاعده در موضوعات با وصف غاصبانه است. در ادامه روایت، این ابهام برای مستأجر به وجود می آید که در طول مسیر، تأمین علف به عهده مستأجر بوده است، پس موجر باید جبران خسارت کند (گویی این بار به عکس قاعده استناد شده است؛ حال که منافع از آن موجر است، بنابراین موجر عهده دار مؤونه نیز می باشد). امام علیه السلام در رد استدلال مستأجر، او را ضامن دانسته و بر عنوان غاصبانه مستأجر تأکید می نمایند. به تعبیری از سخن ایشان این طور برداشت می شود که از آن روی که ضامن بودن مستأجر، توأم با وصف غاصبانه بودن ید اوست، هر چند سهمی در منافع ندارد اما عهده دار علوفه است. فقها با استناد به این روایت و با طرح نظریه جایگاه صرفی مصدری برای واژه «ضمنان»، اساساً ضمنان غاصب را از دایره شمول ضمنان در عبارت «الخراج بالضمنان» خارج نموده و در نتیجه، فاصله ای عمیق بین این عبارت و عبارت «من له الغنم فعليه الغرم» رقم زده اند.

نحوه پرسشگری و پاسخ دهی در این روایت، حاکی از آن است که هر چند ضمان غاصب هم می تواند تحت شمول این قاعده قرار گیرد، اما با حکم خاص در خصوص غاصب (الغاصب یؤخذ بأشقّ الأحوال)، این موضوع خاص از دایره شمول این قاعده خارج شده و به عبارتی تخصیص خورده است. نحوه بیان امام صادق علیه السلام نشان دهنده این است که ایشان ضمن تأیید ضمنی قاعده، تطبیق حکم قاعده بر موضوع خاص غاصب در قالب قضاوت ابوحنیفه را صحیح نمی دانند. از آن روی که ایشان حکم خود را مدلل به وصف غاصبانه موضوع مورد سؤال نموده اند، حداکثر نتیجه ای که می توان گرفت این است که ضمان غاصب از ذیل قاعده تخصیص خورده است.

به عبارت دیگر، نحوه استناد معصوم بدین نحو است که گویی اگر فقط و فقط همین قاعده بود ضمان غاصب نیز تحت شمول این قاعده قرار می گرفت، اما از آن روی که برای غاصب، قاعده خاص داریم که اذعان می دارد «الغاصب یؤخذ بأشقّ الأحوال»، قاعده الخراج تخصیص خورده و ضمان غاصب، از دایره شمول قاعده خارج گردیده است. بر اساس این روایت، شدیدترین مجازات باید برای غاصب در نظر گرفته شود. از اینرو فقها به عنوان نمونه، با استناد به این روایت، به ضمان غاصب نسبت به منافع حکم داده اند. قرار دادن غاصب ذیل حکم قاعده «الخراج بالضمنان»، مغایر با «یؤخذ بأشده» در این نص است. بدین ترتیب، گفتمان صورت گرفته در روایت، نظریه مبتنی بر جایگاه صرفی اسم مصدری برای ضمان را تقویت می نماید. با پذیرش معنای اسم مصدری برای ضمان، هر چند قاعده، توسعه معنایی قابل ملاحظه ای را خواهد داشت، اما منجر به صدور فتاوی و قضاوت های خلاف شرع نخواهد گردید.

با توجه به ملاحظات بیان شده، معنای عبارات «من له الغنم فعليه الغرم» و «الخراج بالضمنان» چنین است: «هر شخصی که ملتزم به تحمّل مخاطرات یک مال یا فعالیت تلقی گردد، از منافع مال نیز سود خواهد برد و برعکس.»؛ به عبارتی موجز، «سود در

مقابل مخاطره است و برعکس. این دو سویه بودن عبارت، مبتنی بر تحلیل حرف «باء» و روایاتی است که قبلاً از نظر گذشت.

در صورتی که ملازمه نفع و مخاطره را تنها محدود به ضمان اختیاری و قراردادی نمائیم، با توجه به مترادف بودن دو عبارت «من له الغنم فعليه الغرم» و «الخراج بالضمان»، برخی استنادات فقهی به قاعده و روایاتی که در مبحث نخست از نظر گذشت، غیر قابل توجیه خواهد بود، اما پذیرش معنای اسم مصدری می تواند این تعارضات را بر طرف سازد.

۵-۴- کاربرد قاعده در مجاورت غیر متعارف

هرچند با تعریفی که از قاعده ارائه شد، ملازمه نفع و مخاطره به مثابه یک قاعده عام برای تمام پیکره نظام حقوقی، کارآمد خواهد بود اما استناد به آن از باب ضمان قهری نیز گریز ناپذیر است. بدین نحو که هر کس از منافع شیء و یا فعالیتی بهره مند گردیده است باید مخاطرات حاصل بر آن را هم پذیرا بوده و نسبت به آنها متعهد تلقی گردد. با توجه به ملازمه ناظر بر این قاعده، صرف استناد به این قاعده می تواند منجر به صدور حکم بر محکومیت منتفع به جبران مخاطرات مترتب بر شیء یا فعل گردد. برای استناد به این قاعده، نخست باید انتفاع اتفاق بیافتد؛ دوم، ضرر و خسارتی به صورت بالفعل یا بالقوه به غیر وارد گردد؛ سوم، ملازمه ای بین این انتفاع و ضرر وجود داشته باشد. اگر ورود ضرر به غیر، به دنبال انتفاع نباشد این ملازمه برقرار نخواهد گردید. اگر شرایط مقرر فوق فراهم باشد، هر کس منتفع شده باید خسارات را متحمل گردد و یا در بخشی از منافع به نسبت مخاطرات سهیم باشد. از آن روی که مخاطره و منفعت، علت و معلول یکدیگر تلقی شده اند باید گفت که ضمان و نفع باید از حیث کمیت و کیفیت متوازن باشند.

ضوابط ناظر بر قاعده می تواند به خوبی در خصوص حمایت از کیفیت زندگی و حقوق مترتب بر آن راهگشا بوده و ارائه ضابطه نماید. بر اساس این قاعده، نیازمند اثبات تقصیر شخصی یا نوعی در فاعل ضرر نخواهیم بود و با توجه به شرایط می توان

یکی از راهکار های ترمیم توازن بر هم خورده میان حقوق مالکانه در مجاورت یکدیگر را فراهم آورد؛ گاه می توان برای همسایگانی که متحمل خسارات ناشی از مجاورت غیر متعارف شده اند سهمی در منافع در نظر گرفت؛ همچنین می توان حکم به جبران خسارت داد. البته این خسارت باید متناسب با منفعت حاصل باشد.

نتیجه گیری

مزاحمت های غیر عادی همسایگی که در این پژوهش به اختصار مجاورت غیر متعارف نامیده می شود، به رفتار هایی اطلاق می شود که در آسایش و آرامش همسایگانی که به نوعی در مجاورت هم زندگی می کنند اختلال ایجاد می کند. ضعف نظام مسئولیت مدنی مبتنی بر تقصیر در خصوص حمایت از کیفیت زندگی در همه انواع مجاورت ها، منجر به پیدایش نظریه جدیدی تحت عنوان «مجاورت های غیر متعارف» در نظام حقوقی فرانسه گردیده است. این نظریه می کوشد راهکاری جهت جبران خسارات مترتب بر مجاورت های غیر متعارف فراهم آورد. قاعده ملازمه نفع و مخاطره زیر عنوان «من له الغنم فعلیه الغرم»، مفهومی مشابه این نظریه را به شکلی مترقی و پیشرو ارائه می نماید. این قاعده، از نقطه نظر ضمان قهری در مجاورت های غیر متعارف، مشخصاً منتفع از فعالیت های منجر به مجاورت غیر متعارف را ملزم به جبران مخاطرات تحمیلی می نماید و یا برای متضرر، سهمی در منافع در نظر می گیرد. این قاعده به نحو قابل ملاحظه ای می تواند توازن از دست رفته در منافع مجاورین را خاصه در مسائل زیست محیطی ترمیم نماید و حتی در مواقعی با توجه به امکان سنجی اقتصادی، جنبه پیشگیرانه درخوری را فراهم آورد. بدین نحو که متصرف در املاک مجاور، فارغ از نوع فعالیتش، مخاطرات مترتب بر افعال خود را که به نوعی به همسایگان تحمیل شده است به عنوان هزینه فعالیت محاسبه کرده و تنها در صورت صرفه اقتصادی به انجام فعالیت مربوطه می پردازند.

منابع

- ابن حمزه طوسی، محمد بن علی بن حمزه (۱۴۰۸ق)، **الوسيله إلى نیل الفضيله**، قم: کتابخانه آیه الله العظمی مرعشی نجفی (ره).
- ابن فارس، احمد بن زکریا (۱۴۱۱ق)، **معجم مقائیس اللغه**، ج ۳، بیروت: دار الجیل.
- ابن منظور، جمال الدین محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق)، **لسان العرب**، ج ۸، تصحیح احمد فارس صاحب الجواب، بیروت: دار الفکر.
- ابن ماجه قزوینی، محمد بن یزید (بی تا)، **السنن لابن ماجه**، ج ۲، بیروت: دار احیاء الکتب العربی.
- اردبیلی (محقق)، احمد بن محمد (۱۴۰۳ق)، **مجمع الفائده و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان**، ج ۸، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- اشتهاردی، شیخ علی پناه (۱۴۱۷ق)، **مدارک العروه**، ج ۷ و ۷ و ۲۷ و ۳۰، تهران: دار الاسوه.
- امامی خوانساری، محمد (بی تا)، **الحاشیه الثانیه علی المکاسب**، بی جا.
- امیدی، جلیل؛ یوسفی پور، فرهاد (۱۳۹۳)، **موقعیت و مبانی ارزشگذاری محیط زیست و لزوم مقابله با آلاینده ها در فقه اسلام**، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۱۰، ۷-۳۰.
- انصاری (شیخ)، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۵ق)، **المکاسب**، قم: کنگره بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- انصاری (شیخ)، مرتضی بن محمد امین (۱۴۲۹ق)، **المکاسب**، ج ۳، چ ۱۰، قم: مجمع فکر الاسلامی.
- اونق، ناز محمد (۱۳۸۴)، **پرسی رابطه بین سرمایه اجتماعی و کیفیت زندگی**، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشکده علوم اجتماعی تهران.
- بحر العلوم، محمد بن محمد تقی (۱۴۰۳ق)، **بلغه الفقیه**، ج ۱، تهران: مکتبه الصادق.
- عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۶ق)، **تمهید القواعد الاصولیه و العربیه لتفріح قواعد الاحکام الشرعیه**، تصحیح عباس تبریزیان و همکاران، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۰ق)، **الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه**، ج ۸، قم: داوری.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق)، **وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه**، ج ۱۸ و ۱۳، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.

ضمان قهری مجاورت های غیر متعارف در حقوق اسلام، ایران و فرانسه ————— ۲۶۸

- حلی (علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۱۴ق)، تذکره الفقهاء، ج ۱۰، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- حیدر، علی (۱۴۲۳ق)، **دور الحکام شرح مجله الأحكام**، ج ۲ و ۳، ریاض: دار عالم الکتب.
- خوئی، سید ابو القاسم (۱۴۱۰ق)، **مبانی تکمله المنهاج**، قم: مدینه العلم.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۲ق)، **مفردات الفاظ القرآن**، تصحیح صفوان عدنان داودی، لبنان: الدار الشامیه.
- رضوانی، محمدرضا؛ منصوریان، حسین (۱۳۸۷)، «**سنجش کیفیت زندگی: بررسی مفاهیم شاخص ها و مدل ها و آرایه مدل پیشنهادی برای نواحی روستایی**»، فصلنامه روستا و توسعه، ۳، ۱-۲۶.
- الزحیلی، وهبه (۱۴۲۹ق)، **نظریه الضمان**، دمشق: دار الفکر.
- ساکت، محمدحسین (۱۳۷۵)، **نگاهی به قاعده فقهی «الخراج بالضمنان»**، فصلنامه فقه و اصول، ۳۱ و ۳۲، ۱۷۷-۱۹۰.
- سبحانی، جعفر (بی تا)، **سلسله المسائل الفقهیه**، ج ۱۲، قم: بی نا.
- سیفی مازندرانی، علی اکبر (۱۴۲۷ق)، **دلیل تحریر الوسیله (مضاربه)**، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- شریف مرتضی (علم الهدی)، علی بن حسین موسوی (۱۴۱۴ق)، **المسائل الناصریات**، تهران: رابطه الثقافه و العلاقات الاسلامیه.
- صدر، سید محمدباقر (۱۴۲۰ق)، **ماوراء الفقه**، ج ۸، بیروت: دار الاضواء.
- طبرسی (امین الإسلام)، فضل بن حسن (۱۴۱۰ق)، **المؤتلف من المختلف بین أئمه السلف**، ج ۱، مشهد: مجمع البحوث الإسلامیه.
- طوسی (شیخ الطائفه)، محمد بن حسن (۱۳۸۷)، **المبسوط فی فقه الإمامیه**، ج ۲، تحقیق سید محمد تقی کشفی، تهران: المکتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه.
- طوسی (شیخ الطائفه)، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق)، **الخلاص**، ج ۲، تصحیح علی خراسانی و همکاران، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- طوسی (شیخ الطائفه)، محمد بن حسن (۱۴۰۰ق)، **النهايه فی مجرد الفقه و الفتاوى**، ج ۱، بیروت: دار الکتب العربی.

۲۶۹ _____ مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۱۱ - شماره ۲۱ - پاییز و زمستان ۹۸

- طریحی، فخرالدین (۱۴۱۶ق)، **مجمع البحرين**، ج ۲، تصحیح سید احمد حسینی، تهران: مرتضوی.

- عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی (۱۴۱۷ق)، **الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیه**، ج ۳، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

- فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۰۵ق)، **العین**، قم: دار الهجره.

- قزوینی علوی، سید علی؛ مسعودیان زاده، سید ذبیح الله (۱۳۹۳). **قاعده من له الغنم فعلیه الغرم**، پژوهشنامه اندیشه های حقوقی، ۴، ۷۵-۹۱.

- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴)، **مسئولیت ناشی از عیب تولید**، تهران: چاپ و انتشارات دانشگاه تهران.

- کریمی، آیت (۱۳۷۷)، **بیمه اموال و مسئولیت**، تهران: دانشکده امور اقتصادی.

- مؤمن قمی، محمد (۱۴۲۵ق)، **الولایه الالهیه**، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

- مصطفوی، حسن (۱۴۰۲ق)، **التحقیق فی کلمات القرآن الکریم**، تهران: مرکز کتاب.

- موسوی بجنوردی، سید حسن (۱۴۰۱ق)، **القواعد الفقهیه**، ج ۲، تهران: مؤسسه عروج.

- نجفی (صاحب جواهر)، محمد حسن (۱۴۰۴ق)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، ج ۱۵، تصحیح عباس قوچانی، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

- نیشابوری، محمد بن عبدالله (۱۴۲۲ق)، **المستدرک علی الصحیحین**، ج ۲، بیروت: دار الکتب العلمیه.

- واسطی زبیدی، سید محمد مرتضی حسینی (۱۴۱۴ق)، **تاج العروس من جواهر القاموس**، تصحیح علی شیری، بیروت: دار الفکر.

- EJuris Consult, **La Théorie des Troubles de Voisinage**, (2017) Available at: www.ejuris-consult.be/troubles-voisinage.shtml (Accessed in 8 April 2017) (in French)

- François Guy Trébulle, **Les Techniques Contentieuses au Service de l'Environnement**, (2005) Available at: www.courdecassation.fr (Accessed in 29 July 2017) (in French)

- Court of Cassation civil chamber 2 Public Hearing on Friday, 3 January 1969 N ° of appeal: 67-13391 Published in the newsletter CASSATION Available at: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006978644> (Accessed in 29 July 2017) (in French)

- Court of Cassation, Civil Chamber 2, 24 February 2005, 04-10.362, published in the Bulletin, Available in:

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007052697> Accessed in 29 July 2017) (in French)

-Court of Cassation civil chamber 2 Public Hearing on Thursday, April 28, 2011 Number of appeals, Available at: 08-13760 Not published in bulletin <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000023932786>, (Accessed in 29 July 2017) (in French)

-Court of Cassation civil chamber 3 Public Hearing on Thursday, November 19, 2015 N ° of appeals, Available at: 14-23342 Not published in bulletin <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000031509383&fastReqId=1828964244&fastPos=1>, (Accessed in 29 July 2017) (in French)

-Court of Appeal of Poitiers, May 15, 2013, available at: <https://www.Doctrine.fr/d/CA/Poitiers/2013/BD179121D578A580394A6> (in french)

