

تحلیلی از مسؤلیت مندرج در ماده ۱۳۲ قانون مدنی و تأملی بر تخصیص یا عدم تخصیص آن

فرهاد پروین^۱

ناصر نصرتی صدقیانی^۲

چکیده

اعمال حق مالکیت در حقوق ایران با ضوابط و شرایطی روبروست که این شرایط را ماده ۱۳۲ قانون مدنی بیان می‌دارد. براساس این ماده اگر اعمال حق مالکیت به ضرر دیگری است می‌باید به «قدر متعارف» و «برای رفع حاجت و یا ضرر از خود» باشد تا برای اعمال کننده آن مسؤلیتی به بار نیآورد. از این بیان می‌توان این‌گونه استنتاج کرد که هر ضرری که از اعمال حق به دیگری وارد می‌آید ناآرام نیست و قانون مدنی فقط ضرر ناآرام را به هنگام اعمال حق، باعث ایجاد مسؤلیت دانسته است. در این مقاله به بررسی میزان قیود و حدود این ضرر ناآرام و اعمال حق با توجه به این ماده پرداخته شده است. از طرف دیگر موادی از قانون مجازات اسلامی، یعنی مواد ۳۵۲ تا ۳۵۴، در مورد این موضوع که شخصی در ملک خود آتشی روشن کند و این آتش به ملک دیگری سرایت کند احکامی دارد که برخی حقوق‌دانان حکم این مواد از قانون مجازات را از آنجا که مؤخر بر ماده ۱۳۲ ق.م.هستند، مخصص ماده ۱۳۲ ق.م.می‌دانند. نتیجه این امر تغییر شرایط اعمال حق و شرایط ایجاد مسؤلیت برای اعمال کننده حق است. نگارنده با دلالی، من جمله اینکه موضوع ماده ۱۳۲ ق.م. با این مواد از قانون مجازات یکی نیست تا یکدیگر را تخصیص بزنند، این موضوع را رد کرده و مورد نقد قرار داده است.

واژه‌های کلیدی: تخصیص، اعمال حق مالکیت، قدر متعارف، ماده ۱۳۲ ق.م، قابلیت استناد.

^۱ - استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی

Email: nasern2@yahoo.com

^۲ - کارشناس ارشد حقوق خصوصی

مقدمه

در ابتدا باید گفت که ماده ۱۳۲ ق.م. یکی از مستندات قانونی قاعده «منع سوء استفاده از حق» است. سوء استفاده از حق به معنی «وارد آوردن ضرر ناروای ناشی از اعمال حق به دیگری» است (نصرتی صدقیانی، ۱۳۸۹: ۹) که البته این معنی بطور اختصاصی راجع به سوء استفاده از حق مالکیت، آن هم در املاک همسایه است ولی در حقوق مدنی با توجه به امکان تفسیر موسع می‌توان آن را به موضوعات دیگر نیز سرایت داد.

در این مقاله با نگاهی به تحلیل و بررسی مسئولیت مندرج در ماده ۱۳۲ ق.م از آن جهت که شباهتی با مواد ۳۵۲ تا ۳۵۴ قانون مجازات اسلامی^۱ دارد نو پرداخته خواهد شد. هدف از این بررسی این است که بدانیم محدوده اعمال این ماده به چه شکل است و اینکه روشن شود آیا مواد مذکور از قانون مجازات با ماده ۱۳۲ ق.م همپوشانی دارد و آیا این دو امکان تخصیص یکدیگر را دارند یا خیر؟

ماده ۱۳۲ ق.م می‌گوید: «کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود مگر تصرفی که به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا ضرر از خود باشد». این ماده تصرفات مالکانه‌ای را که در حد متعارف و برای رفع حاجت و یا ضرر از خود باشد حتی در صورتی که به ضرر دیگری باشد مجاز اعلام داشته است.

از طرفی مواد ۳۵۲ تا ۳۵۴ ق.م.ا به گونه‌ای وضع شده که این شبهه را ایجاد می‌نماید که موضوع این مواد با موضوع ماده ۱۳۲ ق.م یکی بوده و از آنجا که تاریخ وضع آنها مؤخر

^۱ - ماده ۳۵۲ ق.م.ا: «هرگاه کسی در ملک خود به مقدار نیاز یا زاید بر آن آتش روشن کند و بداند که به جایی سرایت نمی‌کند و عادتاً نیز سرایت نکند لکن اتفاقاً بجای دیگری سرایت کند و موجب تلف یا خسارت شود ضامن نخواهد بود».

ماده ۳۵۳ ق.م.ا: «هرگاه کسی در ملک خود آتش روشن کند که عادتاً به محل دیگر سرایت می‌نماید یا بداند که به جای دیگر سرایت خواهد کرد و در اثر سرایت موجب تلف یا خسارت شود عهده‌دار آن خواهد بود گرچه به مقدار نیاز خودش روشن کرده باشد».

ماده ۳۵۴ ق.م.ا: «هرگاه کسی در ملک خود آتشی روشن کند و آتش به جایی سرایت نماید و سرایت به او استناد داشته باشد ضامن تلف و خسارت‌های وارد می‌باشد گرچه به مقدار نیاز خود روشن کرده باشد».

بر تاریخ وضع ماده ۱۳۲ است، لذا مخصص این ماده هستند. نگارنده در ابتدا لازم دید که موضوع را با تحلیل مسئولیت مندرج در ماده ۱۳۲ ق.م و شرایط اعمال حق در آن، با توجه به اصل چهلم قانون اساسی، بررسی و سپس به تفاوت این ماده با مواد ۳۵۲ تا ۳۵۴ قانون مجازات اسلامی بپردازد. در مبحث بعد از آن به بررسی امکان یا عدم امکان تخصیص ماده ۱۳۲ ق.م با این مواد از قانون مجازات پرداخته می‌شود.

(۱) تحلیل مسئولیت مندرج در ماده ۱۳۲ قانون مدنی

اگر فرض کنیم که شخصی دارای حقی و خواستار اعمال آن است و شخصی دیگر از اعمال حق او، متضرر می‌شود. اگر صاحب حق اعمال نکند ضرر می‌کند و اگر اعمال کند به دیگری ضرر می‌زند. دو ضرر با هم ساقط می‌گردند. بدیهی است که این امر به شرط تساوی بین آنها است. به عنوان مثال ضرر جانی با مالی برخورد ندارد و ساقط نمی‌شوند و قابل مقایسه نیستند و نمی‌توان هر دو را ساقط و به معیار دیگری رو آورد و مسلماً رفع ضرر جانی بر رفع ضرر مالی ارجح است. در این بین چه ترجیحی بین این دو صاحب حق هست که به اعمال‌کننده حق این امتیاز را می‌دهد تا حتی در صورتی که اعمال حق با ضرر دیگری همراه باشد، حقی را اعمال کند؟

دنیای مادی و اجتماعی دارای محدودیت‌هایی است که باید با آنها کنار آمد. از ویژگی‌های زندگی اجتماعی و مادی این است که باید برخی یا خیلی از ضررها را که از جانب کسی وارد می‌شود مجاز بدانیم. اگر قرار باشد اعمال حق با ضرر دیگران به عبارتی تنها با معیار ضرر، آن هم زمانی که با عدم اعمال حق به خود ذی‌حق ضرر می‌رسد، متوقف و غیر مجاز تلقی شود، طبیعتاً حدود و گستره اعمال حقوق بیش از اندازه محدود می‌شود و این تهدیدی است برای زندگی اجتماعی و آزادی افراد. به این معنی که هر کس به این علت که احساس می‌کند آزادی از او سلب شده است، برای اعمال حق خود به مکانی می‌اندیشد که انسان دیگری در آنجا زندگی نکند. چرا که با اعمال خیلی از حقوق ممکن است ضرری برای دیگر صاحبان حق متصور باشد. لذا باید امتیازی حتی در صورت ضرر دیگران، برای صاحب هر حقی قائل باشیم.

از طرفی اگر قرار باشد هر کس مجاز باشد که بدون توجه به دیگران، حقوق خود را آزادانه و بی پروا اعمال کند نیز این زندگی اجتماعی به همان دلیل به خطر خواهد افتاد؛ چراکه افراد با اعمال آزادانه حق، آزادی یکدیگر را از بین می‌برند. حال چه می‌توان کرد؟ راه حلی که برای حل این مشکل ارائه شده این است که اعمال حق چنانچه برای دیگری ضرری به همراه داشت به شرطی مجاز است که به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا ضرر از خود باشد. این راه حلی است که ماده ۱۳۲ ق.م.بیانگر آن است. در واقع در این ماده هنگام تعارض ضرر بین اعمال‌کننده حق با دیگران، هم به ضرر اعمال‌کننده حق توجه شده و هم با محدود کردن منطقی اعمال حق، به حق دیگران.

این ماده در عین این که در مورد مسئله سوء استفاده از حق، خصوصاً حق مالکیت است، از آن جهت که تصرف ذی‌حق باعث تضرر دیگری و عدم اعمال حق، باعث تضرر خود ذی‌حق می‌گردد متعرض مسئله تراحم قاعده لاضرر و تسلیط نیز شده است. مورد بیان، نهاد حقوقی سوء استفاده از حق است. زیرا شخص ذی‌حق در تصرف به هنگام اعمال حق از این حق قانونی خود به نحو نادرستی استفاده کرده که باعث اضرار به غیر می‌شود. لذا در اصطلاح گفته می‌شود که از حق مالکیت خود سوء استفاده کرده است. تراحم قاعده لاضرر با قاعده تسلیط است. زیرا که اطلاق قاعده تسلیط زمانی ممکن است باعث اضرار دیگری شود که قاعده لاضرر حد و حدود این قاعده را به مانند این ماده مشخص نموده و از ضرر ناروای هر دو طرف تا آنجا که ممکن باشد جلوگیری می‌نماید. ولی شامل تعارض دو حق تسلیط نیست. از آن جهت که تصرف در مال دیگری چه به طور مستقیم و چه غیر مستقیم از شمول قاعده تسلیط خارج بوده و مسئولیت‌آور است و تنها در صورت اضطرار متصرف را از مسئولیت کیفری مبرا می‌سازد. نکته دیگری که در رابطه با این ماده باید متذکر شد این است که بجای اینکه ماده ۱۳۲، مسئله را به طور جزئی بیان می‌کرد بهتر می‌بود از عبارات کلی‌تری بهره‌مند شود تا شامل حدود اعمال حق چه در تصرفات ملکی و چه غیر آن می‌شد و شمول کلی‌ای راجع به حدود اعمال حق و منع سوء استفاده از حق به دست می‌داد. فرضاً بجای کلمه «ملک» از کلمه «حق»، بجای کلمه «تصرف» از عبارت «اعمال حق»، بجای

کلمه «همسایه» از کلمه «دیگری» استفاده می‌شد. در واقع بهتر می‌بود از کلمات وسیع‌تری در این باره استفاده می‌شد.

تشابه تعریف ژسران^۱ از تقصیر با ماده ۱۳۲ ق.م.نظر نگارنده را جلب کرد و خالی از فایده نیست این تعریف که مطرح شود. ژسران پیشنهاد می‌کند که در تعریف تقصیر گفته شود: «تقصیر عبارت است از ضرر زدن به دیگری، بدون اینکه مرتکب بتواند حقی معادل یا برتر از آن را در عملی که مرتکب شده است برای خود ثابت کند» (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۲۰۷).

نکته اساسی‌ای که قبل از تشریح این ماده باید به آن پرداخت این است که اگر تصرفات مالک در ملک خود ضرر و زبانی به غیر وارد نیورد، اگر چه از قدر متعارف در آن محل و زمان تجاوز نماید، مباح و قاعده تسلیط حکم‌فرما خواهد بود (امامی، ۱۳۸۳: ۱، ۵۵). مسئله تحدید حق مالکیت برای جلوگیری از ضرر است. هرگاه از این تصرفات ضرری متوجه کسی نشود جلوگیری از اعمال حق مالکیت بی‌دلیل و بی‌منطق خواهد بود. هر چند آن تصرف غیر متعارف و غیر عقلانی باشد. البته برخی تصرفات غیر عقلایی را غیر مجاز شمرده‌اند (مکارم شیرازی، ۱۳۴۰: ۱، ۹). ولی باید گفت منع تصرفات غیر عقلایی زمانی است که از آن تصرفات ضرری برای غیر متصور باشد.

حال به بررسی عناصر کلیدی ماده ۱۳۲ ق.م.پرداخته می‌شود.

۱-۱- قدر متعارف و تقصیر

همان‌طور که در ماده ۱۳۲ ق.م.آمده است تصرفات مضر برای دیگران اگر متعارف و برای رفع حاجت یا ضرر از خود باشد مجاز است. در توصیف این ماده، اولین و اساسی‌ترین مفهومی که نیاز به تعریف دارد «حد متعارف» است که خروج از آن را به تقصیر، تعبیر می‌کنند. همچنین گفتنی است که دیگر شرایط ماده نیز با این معیار سنجیده می‌شود. لذا این مفهوم در این ماده از اهمیت بالایی برخوردار است. برای تشریح عبارت «حد متعارف»

^۱ - استاد دانشگاه لیون در فرانسه.

باید ابتدا ببینیم خود عرف به چه معناست و بعد به توصیف حد متعارف و شرایط تقصیر بپردازیم.

۱-۱-۱- عرف

در تعریف عرف گفته‌اند که هر پدیده‌ای که در میان مردم رایج می‌شود؛ هر شیوه عملی یا قولی است که در بین اکثریت توده‌ها و اقشار مردم متداول و متعارف می‌گردد و از آن پیروی می‌شود (فیض، ۱۳۸۳)^۱. عبدالوهاب خلاف، عرف را اینچنین تعریف کرده است: «عرف، روشی در گفتار یا کردار یا ترک آن دو، که در بین مردم شناخته شده است و بر طبق آن مشی می‌کنند». این تعریف با توجه به اطلاق که در آن هست، شامل عرف عام و خاص و عرف صحیح و فاسد هم می‌شود (خلاف، علم اصول الفقه، ۹۹).^۲ از جمله شرایط اعتبار عرف عبارت است از: کلیت و غلبه به حسب افراد مشمول آن و تکرار عمل. عرفی که بر یک واقعه‌ای حاکم می‌شود باید قبل از آن واقعه به وجود آید. از طرف شخص صلاحیت‌دار تصریحی بر خلاف اقتضای آن عرف نشده باشد والا اعتباری به عرف مزبور نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۳: ۱۳۸).

در مورد اقسام عرف نیز باید گفت که در اجتماع عرف‌های گوناگونی شکل می‌گیرد که برخی از آنها از منشأ مناسبی شکل نمی‌گیرند و عرف پسندیده‌ای حداقل در اسلام نیست. بنابراین منطقی به نظر نمی‌رسد که هر عرفی را معتبر بدانیم و به استناد آن از تصرفات ذی‌حق در تصرف جلوگیری نماییم. لذا عرفی باید مستند حکم باشد که از طرف شارع رد نشده باشد و برآمده از عقل و نیازهای معقول جامعه باشد و هر طبع سلیمی آنرا پذیرا باشد. سید محمدتقی حکیم می‌فرماید: «عرف صحیح، راه و روشی است که در میان مردم و در نفوس آنان، در پرتو راهنمایی عقل و اندیشه، استقرار پیدا می‌کند و رایج می‌گردد و طبایع مردم آن را می‌پذیرند و با قانون شرع، مخالفتی نداشته باشد و مصلحتی را از بین نبرد و مفسده‌ای ایجاد نکند» (همان).

^۱ - به نقل از: مکرم، علی، ۱۳۸۳، نرم افزار مجموعه مقالات حقوقی، نسخه ۳/۱

^۲ - به نقل از: واسعی، فقه و عرف، مجله قیسات، ص ۴۶

بنابراین بطور کلی، عرف هر راه و روشی است که به صورت قانون یا مدون درنیامده، ولی مردم خود را به حسب عادت، تا حدی ملزم به رعایت آن می‌دانند. بطوری که کسی که از آن سرپیچی کند حداقل مورد انتقاد قرار می‌گیرد و گاه مقصر در ایجاد زیان شناخته می‌شود. شرایط و ضوابط عرف در هر زمان و مکانی می‌تواند متفاوت باشد و با توجه به این تعریف و اینکه قانون ما قانونی بر گرفته از اسلام است، اگر توسط شرع و عقلا رد نشده باشد عرفی صحیح و قابل استناد خواهد بود.

۱-۲-۱- معیار تشخیص قدر متعارف

تشخیص نیت شخص ممکن نیست. زیرا هر شخص برای خود رفتاری خاص بر اساس تمایلات نفسانی خویش دارد و ضابطه کلی را نمی‌توان از رفتارهای گوناگون و شاید متضاد افراد بدست آورد. لذا برای حل این مشکل دادرسی و قاضی دادگاه رفتار انسانی متعارف و معقول را در آن اوضاع و احوال ملاک و معیار خود قرار می‌دهد. از طرف دیگر مقررات مربوط به مسئولیت مدنی از نظر احکام اسلام، وضعی هستند که تقصیر شخصی در آنها مبنای مسئولیت نمی‌باشد. قانون مدنی هم به پیروی از فقه اسلامی ضمن مواد ۹۵۱، ۹۵۲ و ۹۵۳ به ویژه ماده ۱۲۱۶، داورى درباره تقصیر را با معیار نوعی پذیرفته است. زیرا در این مواد به شرایط جسمی و روحی مقصر توجهی نشده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۷: ۱۰۵۳).

با این تفاسیر باید گفت که شخص متعارف، کسی است که در زندگی اجتماعی (در اعمال و اقوال) خویش معیارها و ضوابط عرف را مراعات کند. نفس تجاوز به معیار عرفی یعنی «رفتار مباح در زندگی اجتماعی» خود باعث ضمان است و به نیت مرتکب پرداخته نمی‌شود. در واقع باید انسانی متعارف و معقول و محتاط را که نماینده و مظهر اخلاق و رسوم اجتماعی است، در شرایط خواننده دعوی قرار داد و بررسی کرد که او هم در آن شرایط همان کار را انجام می‌دهد یا خیر؟ با افزودن معیار عقل، عرف تحدید می‌شود به عرف معقول. چرا که ممکن است عرف نامعقول نیز وجود داشته باشد که مورد نظر قانون‌گذار نیست. رفتار نامعقول بی‌احتیاطی است هرچند که مورد عادت همگان باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۳۴۶).

در تشخیص تقصیر باید به شرایط خارجی مسئله توجه کرد نه اوضاع داخلی مانند شرایط جسمی و سن و ... البته امور تخصصی با معیارهای شخص متعارف در آن تخصص سنجیده می‌شود. مثلاً اگر در تصرفاتی که مالک انجام می‌دهد نیاز به مهندس معماری داشته باشد، رفتار وی با رفتار یک مهندس معماری متعارف مقایسه می‌شود. اگر به متخصص هم رجوع نکرده باشد، در عین اینکه نیاز به این کار بوده، باز هم عمل او با مهندس معماری متعارف مقایسه می‌شود. چرا که در مراجعه به متخصص قصور کرده است. ضابطه نوعی به نوع فعالیت ارتباط دارد نه شخصیت مرتکب. به عبارت دیگر باید دید که مرتکب فعل زیان‌بار در کدام دسته اجتماعی قرار دارد تا با آن نمونه تقصیر وی را سنجید.

۱-۱-۳- تصرف در حد متعارف

معیار اندازه عرفی تصرف، رفتار انسانی متعارف در شرایط مالک، و تجاوز از آن تقصیر است (همان، ۵۹۶). مالک نمی‌تواند از ورود گاز و دود و امثال آنها از املاک مجاور به ملک خود که ضرری ندارد یا ضرر آن بی‌اهمیت است جلوگیری کند. اگر ضرر مهم باشد، لکن ناشی از استعمال ملک به طور متعارف باشد، مانند اینکه از روشن کردن اتومبیل صدا در خانه همسایه می‌پیچد نیز نمی‌توان مانع شد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۱۲۴). ولی اگر ضررهایی است که قابل مقایسه با دیگر ضررها نیست، می‌توان مانع انجام آنها شد چرا که چنین اعمال حق‌هایی خارج از حد متعارف است.

در جمع این قید و ماده ۳۰ ق.م باید گفت که هر کس باید حق خود را به شیوه متعارف اجرا کند و تجاوز از رفتار انسانی متعارف و معقول، تقصیر محسوب می‌شود و ضمان‌آور است. به بیان دیگر در مقام اجرای حق نیز شخص ممکن است مرتکب تقصیر شود (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۱۰۹). بدین ترتیب اگر مالکی بدون داشتن نفع مشروع و به قصد آزار همسایه، مثلاً دودکش مرکز حرارت خانه خود را بالا ببرد تا از نور خانه همسایه بکاهد، از اقدام او جلوگیری می‌شود. ولی ایجاد بوی ناشی از پخت‌وپز و صدای ناشی از رفت‌وآمد با ماشین که محدودیت‌های طبیعی و متعارف زندگی شهرنشینی است مانعی ندارد (همان: ۱۰۹). آنجا که ذی‌حق به هنگام تصرفات در ملک، رعایت قدر متعارف را نکند و به منظور رفع ضرر از خود موجب ضرر دیگری شود نیز از حق خود سوء استفاده کرده و مرتکب

تقصیر در اجرای حق شده است. همچنین گفتنی است که تصرفات لغو و بیهوده که هیچ نفعی برای مالک نداشته و هیچ ضرری را از او رفع نمی‌نماید و یا رفع حاجتی ناچیز از مالک نماید عرفاً به معنی تصرفات مورد نیاز و ضروری محسوب نخواهد شد (مکارم شیرازی، ۱۳۴۰: ۴۶). البته با متعارف بودن، همه تصرفات مباح نمی‌گردد. همان‌طور که ظاهر اصل ۴۰ قانون اساسی که در آن آمده است: «هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیلهٔ اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد» نشان می‌دهد که قصد اضرار در اعمال حق محترم شمرده نشده و مسئولیت‌آور خواهد بود. یعنی اگر تصرفی یا به عبارتی اعمال حقی متعارف بود، ولی با قصد اضرار صورت گرفت نیز اعمال حق غیر مجاز خواهد بود. لکن با توجه به اینکه قانون اساسی، قانون مرجع ما است و قانون مدنی نیز طبق آن باید تفسیر شود، تصرفی هم که متعارف است ولی به قصد اضرار صورت می‌گیرد نامشروع خواهد بود. البته قانون اساسی نیز در مقام بیان جزئیات یا بیان همه موارد نیست. لذا ممکن است موارد دیگری که شامل سوء استفاده از حق باشد ولی قانون آن را بیان نکرده باشد که باید آنها را طبق فقه اسلامی استخراج کنیم که از جمله قصد اضرار است. البته می‌توان اعمال حق با قصد اضرار را نیز نوعی اعمال حق غیر متعارف دانست.

۱-۲- رفع حاجت و یا ضرر از خود

در ماده ۱۳۲ ق.م.تصرفی که برای رفع حاجت یا ضرر از خود نباشد و در عین حال به ضرر همسایه باشد، منع شده است. قانون‌گذار با تصرف زیان‌بار خارج از این شرایط، نیت سوء متصرف را مفروض می‌داند و قاضی را از کاوش دربارهٔ قصد اضرار متصرف معاف می‌کند. چرا که تصرفاتی که به این منظورها انجام نشود و برای دیگری نیز زیان‌بار باشد، اغلب به قصد اضرار صورت می‌گیرد. بنابراین قانون‌گذار به معیار نفع مالک توجه کرده و در جایی که تصرف برای ذی‌حق واجد نفع معقولی نباشد، فرض را بر این می‌گیرد که شخص با قصد اضرار، دست به این کار زده است و هرچند تصرف وی در حد متعارف باشد، باید از تصرف وی جلوگیری کرد (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۴۳۴). همچنین در ارتباط با این موضوع باید اشاره کرد که اگر تنها کار نامتعارف ممنوع می‌شد، ذی‌حق در حدود عرف مجالی برای رسیدن به نیت سوء خود می‌یافت.

۱-۲-۱- رفع یا دفع

در ماه ۱۳۲ ق.م آمده: «... و برای رفع حاجت یا ضرر از خود باشد». همان‌طور که ملاحظه می‌شود در این ماده صراحتاً از عبارت «رفع ضرر» استفاده شده است. حال باید دید قانون‌گذار از درج انحصاری این عبارت منظور خاصی داشته یا این امر نشان از مسامحه قانون‌گذار است؟ چرا که برخی در تشریح این ماده در کنار واژه «رفع» از واژه «دفع» نیز استفاده کرده‌اند و یا این دو واژه را بطور مترادف استفاده نموده‌اند در حالی که معنای این دو واژه بسیار متفاوت از هم است.

با بررسی این دو واژه در کتب فرهنگ لغت معلوم می‌شود که «رفع» به معنای برداشتن، ازاله و ابطال وضعیتی آمده است. همچنین جبران کردن زیان پدید آمده را نیز رفع گویند. «دفع ضرر» در اصول به معنای از میان برداشتن تمامی زمینه‌های موجود است که می‌تواند به زیان بیانجامد. به عبارتی تفاوت دفع با رفع در این است که دفع پیش‌گیری از وقوع یک رخداد است، حال آنکه «رفع»، جبران امر وقوع یافته را گویند (طاهری، ۱۳۸۴: ۲، ذیل واژگان). با توجه به اولویت مفهوم بر منطوق و ترجیح روح قانون بر الفاظ و همین‌طور از آنجا که ملاک در هر دو یکی است، می‌توان از تنقیح مناط و وحدت ملاک استفاده نمود و ماده را در مورد «دفع» نیز حاکم دانست.

منظور از این که تصرف مالک برای رفع ضرر از خود باشد، این است که ضرری متوجه ملک شده باشد و رفع آن محتاج به عملیاتی در ملک مزبور باشد، چنانکه گله گوسفندی که متعلق به دیگری است در مزرعه او بیاید، مالک مزرعه می‌تواند برای جلوگیری از زیان بیشتر، آنها را از مزرعه خود براند و مسئول زیانی که از گله گوسفند به مزرعه‌های مجاور وارد آید نمی‌باشد (امامی، ۱۳۸۳: ۵۶). همچنین است دفع و جلوگیری از ضرر، چنانچه کسی جلوی زمین خود را سد ببندد تا سیل متوجه زمین او نشود و به طرف زمین مجاور جاری گردد. این امر نیز به مانند مورد رفع حاجت و رفع ضرر در صورتی جایز است که جلوگیری از سیل به طریق دیگری که موجب زیان همسایگان نشود، ممکن نباشد والا باید مالک به طریق دیگر دفع ضرر از خود بنماید (همان).

دو مورد بالا در صورتی است که اگر مالک در ملک خود تصرف نکند متضرر می‌شود و هر گاه تصرف کند موجب ضرر همسایه می‌گردد. زیرا در این صورت، دو ضرر با یکدیگر تعارض نموده ساقط می‌شود، و قاعده تسلیط حکم‌فرما خواهد بود و به مالک اجازه می‌دهد که این گونه تصرفات را در ملک خود بنماید ولو آنکه موجب ضرر همسایه شود (همان).

در نوشته‌های فقهی به عبارت «رفع نیاز» بسنده شده و با دقت به مفاهیم به نظر می‌رسد که تفاوتی بین «رفع حاجت» و «رفع ضرر» وجود نداشته باشد. زیرا عبارت رفع حاجت مذکور در نوشته‌های فقهی هم شامل رفع ضرر و رفع نیاز است (شهیدی، ۱۳۸۰: ۴۳).

تشخیص تصرفاتی که برای رفع حاجت و یا رفع ضرر است موضوعی است که باید با کمک عرف انجام شود (فرهیخته، ۱۳۷۷: ۵۴۶). راجع به این موضوع در مبحث مربوط به عرف بحث کرده‌ایم.

منظور از حاجت، احتیاجی است که وضعیت ملک اقتضای آن را نماید، یا حاجت شخصی مالک آن را ایجاب کند (امامی، ۱۳۸۳: ۵۶). آنچه باید مبنای داورى قرار گیرد خواسته‌ها و هوس‌های بیهوده و غیرعقلانی مالک نیست. زیرا تشخیص قصد اضرار از هوس‌های غیرمتعارف، از قلمرو علم حقوق خارج است. پس باید به داورى عرفی و نوعی روی آورد و مالک را از کاری که به طور معمول برای رفع حاجت و دفع ضرر انجام نمی‌شود ممنوع ساخت (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۱۰۹). البته باز هم شایان ذکر است که همه این مباحث در جایی مطرح است که ضرری برای دیگری متصور باشد والا بحث از نحوه تصرف و اعمال حق مالکیت بدون ضرر غیر، نایجا خواهد بود.

تمیز نیازهای مادی و معنوی مالک بر مبنای داورى عرف تعیین می‌شود. منتها باید شرایط ویژه مالک نیز مدنظر باشد. لذا معیار، داورى نوعی است. از این جهت که رفتار انسانی متعارف در نظر گرفته می‌شود. ولی به قولی (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۵۹۷) می‌توان آن را نوعی - شخصی نیز دانست. شخصی از این لحاظ که شرایط خاص مالک نیز به حساب می‌آید. یعنی باید رفتار انسانی متعارف در آن شرایط در نظر گرفته شود.

همچنین قانون فقط به ذکر رفع ضرر اشاره نکرده و رفع حاجت را نیز در این مورد آورده است و این نشان از تأکید قانون‌گذار بر اولویت مالک، زمانی که عدم تصرف وی باعث عدم انتفاع وی از ملکش در برابر ضرر طرف مقابل می‌شود، دارد. والا لزومی نداشت که عبارت «رفع ضرر» و «رفع حاجت» را توأمان بیاورد. البته نباید هر حاجتی را مشمول این ماده قرار داد. ممکن است شخص هر اراده‌ای بکند که نتوان آن را در دسته حاجات ماده ۱۳۲ ق.م.دانتس. چرا که محدوده ماده ۱۳۲ ق.م.د را به قدری گسترده می‌کند که وضع آن را بیهوده می‌سازد.

۱-۲-۲- ضرری که به همسایه وارد می‌شود

با این تفاسیر باید گفت که ضرری که به همسایه وارد می‌شود باید ناروا باشد تا اعمال‌کننده حق را مسئول آن بدانیم و هر ضرری را که ناشی از اعمال حق است ممنوع ندانیم. باید گفت که در اعمال حق، ضرری ناروا است که خارج از قدر متعارف و نه برای رفع حاجت و ضرر از خود و یا مطابق اصل ۴۰ قانون اساسی^۱ به قصد اضرار دیگری صورت گرفته است.

نکته‌ای که در این بین باید بیان کرد، توجه به میزان ضرری است که به غیر وارد خواهد آمد. استاد دکتر کاتوزیان پس از بیان شرایط ماده ۱۳۲ بیان داشته‌اند که در صورتی که این دو شرط (رعایت حد متعارف و رفع حاجت یا ضرر از خود) با هم وجود داشته باشد، «ضرر همسایه هر اندازه هم که زیاد باشد، مانع از تصرف مالک نیست» (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۱۰۸). در خصوص این مورد باید گفت که در خود ماده به طور تلویحی به این موضوع اشاره شده که باید اعمال‌کننده حق مالکیت میزان ضرری را که به غیر وارد می‌شود در نظر داشته باشد. چرا که فرد متعارف دست به رفع حاجتی نمی‌زند که در برابر ضرری که به غیر می‌آورد، ناچیز باشد. این امر خارج از حد متعارف است. در فقه نیز به عنوان مثال در مذهب مالکی و حنفی به قاعده «منع ضرر فاحش» استناد شده که به نظریه منع سوءاستفاده از حق تسلیط معروف شده است که بر قاعده «دراء المفاسد اولی من جلب المنفعة» مبتنی است که

^۱ - اصل ۴۰ ق.ا: «هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد».

نتیجه حاصل از آن، این خواهد بود که قاعده «الجواز الشرعی، ینافی الضمان» به «الجواز الشرعی ینافی الضمان، ما خلا احوال الضرر الفاحشة» تبدیل می‌گردد که به موجب این نظریه 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 (قهرمانی، ۱۳۸۴: ۱۲۰). بنابراین آوردن این عبارت که «ضرر همسایه به هر اندازه هم که باشد» قابل تأمل است.

نکته دیگر راجع به این ماده این است که برخی حقوق‌دانان (بهرامی احمدی، ۱۳۷۷: ۲۰۴ و ۲۰۵) ماده ۱۳۲ را با توجه به عبارت «کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود...» نشان‌دهنده ضابطه کلی نفی ضرر دانسته و در ادامه بیان می‌دارند که «ممکن است شخصی بدون آنکه قصد اضرار داشته باشد بیش از حد متعارف یا بیش از نیاز در ملک خود تصرف کند و این تصرف موجب ضرر دیگری شود ولی تصرف مالک برای دفع ضرر از خود باشد. در این صورت نیز تصرف او مجاز محسوب می‌گردد». در حالی که به نقل از خود ماده ۱۳۲ ق.م.تصرفی که برای رفع حاجت و ضرر از خود می‌باشد باید در حد متعارف صورت گیرد و این نوع از تفسیر مخالف صریح ماده و البته فقه است. درست است که در فقه کمتر سخنی مستقیماً از رعایت متعارف آمده است، ولی اکثر فقها به معیارهای مختلف عرفی و تقصیر اشاراتی داشته‌اند. لذا رعایت معیار متعارف و تقصیر در فقه نیز پراهمیت است. بنابراین تفسیر ماده به صرف نفی ضرر کافی نخواهد بود. برای مثال اگر راه متعارف دیگری برای رفع حاجت و رفع ضرر مالک موجود باشد، انتخاب راهی زیان‌بار نشانه بی‌مبالاتی یا قصد اضرار است.

نکته آخر راجع به ماده ۱۳۲ ق.م.تصرفی است که استاد دکتر کاتوزیان لحن ماده ۱۳۲ ق.م. را به گونه‌ای دانسته‌اند که هرگاه در متعارف بودن اندازه تصرف و هدف از انجام دادن آن تردید باشد، باید از تصرف مضر ممانعت کرد (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۵۹۷). در حالی که به نظر نگارنده، مفهوم ماده ۳۰ ق.م.تصرفی است که تصرفات مالک مباح است، مگر اینکه در قانون استثنا شده باشد. یعنی اصل بر اباحت تصرفات است و در صورت تردید، خلاف آن باید به اثبات برسد.

۲) تفاوت مواد ۳۵۲ تا ۳۵۴ ق.م.ا با ماده ۱۳۲ ق.م.

در ماده ۳۵۲ ق.م.ا آمده: «هرگاه کسی در ملک خود به مقدار نیاز یا زاید بر آن آتش روشن کند و بداند که به جایی سرایت نمی‌کند و عادتاً نیز سرایت نکند لکن اتفاقاً بجای دیگری سرایت کند و موجب تلف یا خسارت شود ضامن نخواهد بود». دلیل عدم ضمان در این فرض، عدم تعدی و تفریط آتش‌افروز است (شکری، ۱۳۸۴: ۳۷۳). در ادامه در ماده ۳۵۳ ق.م.ا نیز آمده: «هرگاه کسی در ملک خود آتش روشن کند که عادتاً به محل دیگر سرایت می‌نماید یا بداند که به جای دیگر سرایت خواهد کرد و در اثر سرایت موجب تلف یا خسارت شود عهده‌دار آن خواهد بود گرچه به مقدار نیاز خودش روشن کرده باشد». در جمع این دو ماده استاد دکتر کاتوزیان اینچنین آورده‌اند که: «از جمع این دو ماده چنین برمی‌آید که معیار تمیز تصرف مباح شخصی در ملک خود، نیاز به آن تصرف نیست. امکان و پیش‌بینی عدم ورود ضرر به دیگران است و از این جهت با مفاد ماده ۱۳۲ ق.م.ا که انگیزه رفع حاجت و رفع ضرر را یکی از شرایط اباحه تصرف زیان‌بار قرار می‌دهد تفاوت دارد» (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۳۰۰).

در ماده ۳۵۴ ق.م.ا آمده است که «هرگاه کسی در ملک خود آتشی روشن کند و آتش به جایی سرایت نماید و سرایت به او استناد داشته باشد ضامن تلف و خسارت‌های وارد می‌باشد گرچه به مقدار نیاز خود روشن کرده باشد».

تفاوت این ماده با ماده ۱۳۲ ق.م.ا این است که در ماده ۳۵۴، روشن کردن آتش به وسیله مالک در ملک خویش، اگرچه متعارف و به اندازه نیاز باشد، اگر سرایت آن مستند به روشن‌کننده باشد، موجب مسئولیت روشن‌کننده است.

در این رابطه نظر و بیان نگارنده کمی متفاوت است. چرا که «خروج از محدوده و دامنه حق مالکیت» یا با اراده شخص صورت می‌گیرد یا خارج از اراده وی است. یا قابل پیش‌بینی است و یا خیر. اگر با اراده خود شخص صورت گرفته باشد و یا این خروج قابل پیش‌بینی بوده باشد، در این حالت اگر به دیگران ضرری وارد آید شخص مسئول خواهد بود و اما اگر غیر از اراده شخص و غیر قابل پیش‌بینی بوده باشد، شخص مسئولیتی نخواهد داشت. ولی

اگر شخص در دامنه و محدوده حق مالکیت خود ضرری به دیگری وارد آورد، به حکم ماده ۱۳۲ ق.م.ا.گ. عمل را برای رفع حاجت و ضرر از خود و به قدر متعارف انجام داده باشد مسئولیتی برای وی دربرنخواهد داشت؛ خواه قابل پیش‌بینی باشد و خواه نباشد و خواه قابل استناد به شخص باشد یا نباشد.

در واقع این مواد قانون مجازات برای زمانی است که فاعل از حق خود تجاوز نموده است و دیگر نام آن عمل را نمی‌توان اعمال حق دانست. چراکه اعمال حق مالکیت شامل تصرفاتی که باعث تصرف در ملک دیگری می‌شود نمی‌گردد و همان‌طور که از نص این مواد برمی‌آید، سرایت آتش به ملک دیگری در واقع تصرف در ملک دیگریست. لذا به این علت است که این مواد به لزوم پیش‌بینی ضرر و قابلیت استناد ضرر به عمل فاعل اشاره کرده‌اند و گرنه محدودیت اعمال حق با قابلیت پیش‌بینی ضرر یا قابلیت استناد ضرر به عمل فاعل، امری غیر منطقی به نظر می‌آید. چراکه پیش‌بینی ضرر یا قابلیت استناد ضرر به اعمال‌کننده حق در اکثر حقوق‌ها امری بدیهی است.

۳) تخصیص یا عدم تخصیص ماده ۱۳۲ ق.م.ب.وسیله مواد ۳۵۲ تا ۳۵۴ ق.م.ا.

ماده ۱۳۲ ق.م.ا.گ. می‌گوید: «کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود مگر تصرفی که به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا ضرر از خود باشد». این ماده تصرفات مالکانه‌ای را که در حد متعارف و برای رفع حاجت و ضرر از خود باشد حتی در صورتی که به ضرر دیگری باشد مجاز اعلام داشته است و سخنی از لزوم پیش‌بینی ضرر یا قابلیت استناد ضرر به عمل فاعل، در ایجاد مسئولیت ننموده است.^۱

از طرفی مواد ۳۵۲ تا ۳۵۴ ق.م.ا.ب. به گونه‌ای وضع شده که این شبهه را ایجاد می‌نماید که موضوع این مواد با موضوع ماد ۱۳۲ ق.م.ا.گ. یکی بوده و از آنجا که تاریخ وضع آنها مؤخر

^۱ - «در این صورت غیر ذی‌حق، در اضرار به غیر، در مواردی که علم یا ظن به ورود خسارت نداشته باشد، ولی احتمال آن را بدهد از باب تسبیب مسئول است ولی دارنده حق طبق ماده ۱۳۲ ق.م.سئول نیست» (شهیدی، ۱۳۸۰: ۴۶ و ۴۷).

بر تاریخ وضع ماده ۱۳۲ است، لذا مخصص این ماده بوده و حکم قضیه سوء استفاده از حق مالکیت را متفاوت می‌نماید.

برخی از اساتید و حقوق‌دانان من جمله مرحوم استاد دکتر شهیدی، مواد ۳۵۲ تا ۳۵۴ ق.م.ا را با توجه به اینکه تاریخ وضع آنها (سال ۱۳۷۵) مؤخر بر ماده ۱۳۲ ق.م.ا است، در موارد غیر قابل جمع، ناسخ مقررات ماده ۱۳۲ ق.م.ا دانسته‌اند (شهیدی، ۱۳۸۰: ۳۹) و در جمع این دو طرف، چنین نتیجه‌گیری نموده‌اند که: «کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که موجب ضرر دیگری شود مگر تصرف متعارفی که برای رفع حاجت یا دفع ضرر باشد و نیز زیان‌آور بودن آن معلوم یا مطابق با عادت نباشد، جز در صورتی که ورود زیان مستقیماً مستند به فاعل باشد که در این صورت مسئول خواهد بود» (همان: ۴۱). در واقع اگر اعمال‌کننده حقی نیاز به تصرفی یا در واقع اعمال حقی داشت و این عمل را بصورت متعارف انجام داد و از این عمل به دیگری ضرری وارد آمد، اگر ضرر قابل پیش‌بینی بوده باشد، یا قابل پیش‌بینی نبوده ولی قابلیت استناد مستقیم به فاعل را داشته باشد، اعمال‌کننده حق مسئول است.

ولی به نظر نگارنده این نتیجه‌گیری و تخصیص قابل تأمل است. ابتدا باید گفت که تصرف بر مال خود از جهتی بر دو گونه است: تصرفی که باعث تصرف در مال دیگری نمی‌شود و چنین استلزامی را ندارد و تصرفی که باعث تصرف در مال دیگری می‌گردد. به نظر نگارنده دایره شمول قاعده تسلیط شامل تصرفاتی که باعث تصرف در مال دیگری خواهد شد نمی‌گردد. همان‌طور که متصرف خواستار اعمال حق مالکیت خود است، طرف دیگر نیز چنین حقی دارد و همچنین حق ممانعت از تجاوزات دیگران به ملکش را داراست. اگر قاعده تسلیط را به هر نحو در تصرفاتی که مستلزم تصرف در ملک دیگری است نیز حاکم بدانیم، نقض غرض خواهد بود؛ چراکه چنین اعمال حقی باعث زیر پا گذاشتن قاعده تسلیط و حق مالکیت دیگریست و در واقع چنین تصرفی دیگر از دایره اعمال حق خارج است.

در همین راستا از ظاهر کتاب «جواهر» باب «احیاء الموات» نیز چنین برمی‌آید که مؤلف آن هم بر این عقیده بوده است. زیرا وی میان تصرفاتی که مستلزم تصرف در ملک

همسایه است با تصرفاتی که این استلزام را ندارد فرق می‌گذارد و ترجیح و تقدیم قاعده تسلیط بر لاضرر را در اولی حاکم نمی‌داند (توکلی، ۱۳۸۱: ۴۵). به نظر می‌رسد که حکم مواد مذکور از قانون مجازات بر چنین تصرفاتی حاکم است. چرا که آتش به ملک دیگری سرایت می‌کند. مسئله را باید با احکام اتلاف و تسبیب حل نمود و تأثیر پیش‌بینی ورود ضرر یا قابلیت استناد را نمی‌توان به حکم ماده ۱۳۲ ق.م. نسبت داد. از آنجا که موضوع در دو حکم یکی نیست، این دو قابلیت نسخ و تخصیص یکدیگر را ندارند. همچنین سرایت حکم آتش را که صراحتاً در این مواد از قانون مجازات آمده با توجه به اصل تفسیر مضیق در حقوق جزا، نمی‌توان به راحتی به دیگر موارد سرایت داد و به آن عمومیت بخشید (نصرتی صدقیانی، ۱۳۸۹: ۴۴).

همچنین در فقه در تراحم بین قاعده تسلیط و قاعده لاضرر در قسمی که تصرف مالک باعث ضرر دیگری و عدم تصرف مالک باعث ضرر خود صاحب حق می‌گردد، تقریباً همه فقها بر این نظر هستند که در این مورد تصرف مالک جایز است (توکلی، ۱۳۸۱: ۴۳).

از طرفی اگر قرار باشد با صرف پیش‌بینی یا قابلیت استناد سواى اینکه تصرفات در حد متعارف و برای رفع حاجت یا ضرر از خود است یا نه، از اعمال حق جلوگیری نماییم، یا به عبارتی هر ضرری را منشأ ایجاد مسئولیت بدانیم، دایره شمول حق را بسیار محدود کرده‌ایم. همان‌طور که در تعریف سوء استفاده از حق نیز آمد، باید ضرری که از اعمال حق ناشی می‌گردد ناروا باشد. در واقع برخی ضررها، عوارض و لوازم اجرای حق هستند و اصولاً و عموماً قابل پیش‌بینی و قابل استناد به عمل فاعل. در این باره برخی حقوقدانان (بابایی، ۱۳۸۱: ۵۱ و ۵۲) چنین بیان داشته‌اند: «در حقوق ما اخلاق حکم می‌کند که صرف‌نظر از نحوه عملکرد و تفسیر زیان‌زننده، خساراتی را که وی به نحو مستقیم (مباشرت در اتلاف) یا غیرمستقیم به دیگری، که بدون هیچ تفسیری متحمل زیان شده است، وارد کرده جبران نماید. البته در این باب، خساراتی که از اعمال حق متعارف حق به دیگری وارد می‌شود استثناست و به عنوان لوازم و عوارض اجرای حق قابل جبران نیست». همچنین در تأیید این نظر برخی دیگر از حقوق‌دانان (قاسم زاده، ۱۳۷۸: ۸۴) گفته‌اند: «اصولاً در اجرای هر حقی برای صاحب آن امتیازی پیش‌بینی شده است و هر حقی، اختیار و اقتداری برای

صاحب آن ایجاد می‌کند که این اقتدار بر ضرر دیگران است. در غیر این صورت، حق مفهوم خود را از دست می‌دهد و بی‌ارزش می‌شود. اگر داشتن و نداشتن حق یکسان باشد، باید گفت که آنچنان حقی دیگر حق نیست. بنابراین نفس حق برای دارنده‌اش توانایی ایجاد می‌کند و این توانایی برای دیگران محدودیت می‌آورد. اگر عرف این گونه محدودیت‌ها را ضرر بداند، صاحب حق در صورت استفاده، مسئول جبران ناشی از آنها نیست. زیرا اجرای حق اصولاً نباید ضمان آور باشد».

همچنین زمانی که از عدم اعمال حق، صاحب حق زیان می‌بیند و از اعمال حق، دیگری متضرر می‌شود باید صاحب حق را در اعمال حق خود برتری داد. این برتری باعث اضرار دیگری می‌شود و این اضرار در حالی که اعمال حق است، نباید ایجاد مسئولیت کند. بله باید پذیرفت که زمانی که شرایط مذکور وجود نداشته نباشد، اعمال حق با اضرار به غیر ملازمه ندارد. طبق این نظر، همان‌طور که اشخاص در روابط خود باید به طور متعارف و با احتیاط رفتار کنند، در اجرای حق نیز باید جانب احتیاط را نگاه دارند و از خطا و زیاده‌روی بپرهیزند. لذا معیار تشخیص خطا برای اعمال‌کننده حق رفتار انسانی متعارف و معقول در شرایط اعمال آن حق است. زیرا انسان متعارف در رفتار خود تنها در اندیشه خودخواهی نیست و به نتیجه اعمال خود بی‌اعتنا نمی‌ماند و دست کم، نفع اندک یا هوس خویش را بر ضرر فاحش دیگران مقدم نمی‌دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۴۳۴).

موضوع دیگری که در این ارتباط باید بررسی شود این است که آیا معیار مسئولیت در حقوق جزا با حقوق مدنی یکی است؟ اگر یکی باشد، آیا یکی می‌تواند دیگری را تخصیص زند؟ به نظر می‌آید که موضوع و شرایط شکل‌گیری مسئولیت در حقوق جزا با حقوق مدنی متفاوت است. عنصر معنوی از ممیزات حقوق جزا نسبت به حقوق مدنی است. درست است که در ضمن ایجاد مسئولیت جزائی برای فردی، ممکن است که مسئولیت مدنی نیز ایجاد شود، ولی این به معنی یکی بودن شرایط و موضوع آنها نیست. هم چنین درست است که برخی موضوعات مانند تخریب، در حقوق جزا و حقوق مدنی مورد بحث قرار می‌گیرد، ولی شرایط ایجاد مسئولیت مدنی با مسئولیت کیفری متفاوت است. برخی اساتید در پاسخ به این موضوع اینگونه بیان داشته‌اند که: «اگر حکم روشن کردن آتش در ملک خود نیاز به عنصر

معنوی ندارد و مرتکب در هر حال، همان‌طور که از نظر مدنی پاسخگوست از نظر کیفری هم پاسخگو خواهد بود، در این صورت اگر مجنونی هم در ملک خود آتشی روشن کند که به ملک مجاور لطمه بزند، قابل مجازات خواهد بود. با این مقدمات به نظر نمی‌رسد که مقررات کیفری مربوط به جرایم علیه اموال و مالکیت موجب نسخ یا اصلاح مقررات مشابه در حقوق خصوصی شود^۱.

از طرفی با نگاهی دقیق‌تر به موضوع به نظر می‌رسد که اصولاً ورود به بحث مقایسه ماده ۱۳۲ ق.م.ا با مواد ۳۵۲ تا ۳۵۴ ق.م.ا به منظور تخصیص، از جهت دیگری قابل تأمل بوده و ناصحیح به نظر می‌آید. وجود اصطلاح ضمان قهری در ماده ۳۰۷ ق.م.ا و اختصاص مواد ۳۲۸ تا ۳۳۰ قانون مدنی به بحث اتلاف و نیز اختصاص مواد ۳۳۱ تا ۳۳۵ همین قانون به بحث تسبیب و نیز استفاده از اصطلاح ضامن در مواد ۳۵۲ تا ۳۵۴ و مواد دیگری از قانون مجازات اسلامی مثل ماده ۳۴۱، و همچنین وجود عنوان تسبیب در باب هفتم قانون مجازات اسلامی و ذکر اصطلاح «تلف» در ماده ۳۵۲، ۳۵۳ و سایر مواد باب هفتم قانون مجازات اسلامی، و نیز عبارات «آسیب» و «خسارت» که مکرراً در مواد ۳۴۰ تا ۳۶۶ قانون مجازات اسلامی تکرار شده است باعث شده است که بخشی از ادبیات حقوقی به مقایسه مواد مذکور پردازد. در حالی که این اشتراک در الفاظ به معنای اشتراک در معنا نیست.

ماده ۱۳۲ ق.م.ا زیرمجموعه عنوانی است که قانون‌گذار آنرا «در احکام و آثار املاک نسبت به املاک مجاور» نام داده است که خود زیرمجموعه کتاب اول قانون مدنی تحت عنوان «در بیان اموال و مالکیت به طور کلی» است. بنابراین ماده ۱۳۲ ق.م.ا ناظر بر حدود اعمال حق مالکیت نسبت به املاک مجاور و آثار آن بر «اموال» است و ضمان قهری مذکور در ماده ۳۰۷ به بعد قانون مدنی و مباحث اتلاف و تسبیب، همگی ناظر بر اتلاف و تسبیب مربوط به اموال و ضمان ناشی از آسیب و صدمه به اموال (اعم از منقول و غیر منقول) هستند. البته منطقی هم نیست که ماده مزبور مجوز وارد آوردن ضرر جانی را در شرایط مذکور به شخص داده باشد. در حالی که مواد ۳۵۲ تا ۳۵۴ ق.م.ا زیرمجموعه باب

^۱ - مطلب مذکور در پاسخ به سؤال نگارنده از استاد دکتر آزمایش با پست الکترونیک ارسال گردیده است.

هفتم از قانون مجازات اسلامی تحت عنوان «تسبیب در جنایت»^۱ است و تمامی این مواد از قانون مجازات اسلامی از کتاب چهارم تحت عنوان «دیات» و جنایت بر نفس یا عضو مجنی علیه هستند که با موضوع جبران خسارت وارده بر اموال در قانون مدنی تفاوت اساسی دارد. البته به ندرت می‌توان در قانون مجازات اسلامی موادی را یافت که صراحتاً به اموال اشاره کرده باشد. هر جا که چنین صراحتی نیست، با توجه به اینکه این مواد زیرمجموعه باب هفتم (در تسبیب در جنایت) هستند و جنایت جز بر انسان متصور نیست، بحث اموال خارج از این موضوع هست. بنابراین همان‌طوری که از متن مواد ۳۱۶ تا ۳۶۶ ق.م.ا کاملاً مشهود است، موضوع این مواد ضمان مربوط به آسیب‌ها و صدمات وارده بر اشخاص است. لذا مقایسه این مواد از قانون مجازات با ماده ۱۳۲ ق.م.ا علی‌رغم وجود شباهت‌ها اصولاً قیاس مع‌الفارق است.

نتیجه‌گیری

متن ماده ۱۳۲ ق.م.ا به گونه‌ای تنظیم شده است که شامل تمامی حقوق نیست و بهتر می‌بود از عبارات عام‌تری استفاده می‌شد. مانند اینکه بجای کلمه «ملک» کلمه «حق» بکار گرفته می‌شد. مهمترین نتیجه‌ای که از این ماده می‌توان استنتاج کرد این است که ضرری که به دیگری وارد می‌آید می‌باید ناروا باشد تا باعث ایجاد مسئولیت برای اعمال‌کننده آن شود و هر ضرری را که ناشی از اعمال حق است نمی‌توان ممنوع دانست. با توجه به این ماده در اعمال حق، ضرری ناروا است که خارج از قدر متعارف و نه برای رفع حاجت و نه رفع ضرر از خود و یا به قصد اضرار دیگری صورت گرفته است. در این ماده در شرایط ایجاد مسئولیت برای اعمال‌کننده حق مالکیت سخنی از لزوم پیش‌بینی ضرر و یا قابلیت استناد ضرر به فاعل آن بیان نشده است و منطقی هم نمی‌آید که اعمال حق را با این قیود محدود نماییم.

^۱ - ماده ۳۱۸ ق.م.ا تسبیب در جنایت را به این صورت تبیین نموده است: «تسبیب در جنایت آن است که انسان سبب تلف شدن یا جنایت علیه دیگری را فراهم کند و خود مستقیماً مرتکب جنایت نشود به طوری که اگر نبود جنایت حاصل نمی‌شد. مانند آنکه چاهی بکند و کسی در آن بیفتد و آسیب ببیند». مراد از جنایت ایراد صدمه فیزیکی به غیر می‌باشد.

موضوع دیگر در تحلیل مسئولیت ماده ۱۳۲ ق.م. شباغت موضوعات مورد حکم در ماده ۱۳۲ ق.م. و مواد ۳۵۲ تا ۳۵۴ ق.م.ا می‌باشد که باعث شده موضوع تخصیص یا نسخ ماده ۱۳۲ ق.م. بخشی از ادبیات حقوقی را تشکیل دهد. در حالی که مواد ۳۵۲ تا ۳۵۴ ق.م.ا را حتی ناظر بر ضمان مربوط به اموال نیز بدانیم، از آنجا که تصرف در ملک دیگری شامل حدود حق مالکیت نیست و مواد ۳۵۲ تا ۳۵۴ ق.م.ا ناظر بر چنین تصرفاتی است، موضوع آنها با موضوع ماده ۱۳۲ ق.م. متفاوت است. برای نسخ و تخصیص می‌باید موضوع طرفین یکی باشد. بنابراین موضوع تخصیص و نسخ منتفی خواهد بود. همچنین در فقه نیز در تراجم قاعده لاضرر با قاعده تسلیط در قسمتی که اعمال حق باعث تضرر دیگری و عدم اعمال آن باعث تضرر خود ذی‌حق می‌گردد، تقریباً همه فقها حکم به جواز این‌گونه اعمال حق داده‌اند و موضوع ماده ۱۳۲ ق.م. همان‌طور که بیان شد ناظر بر چنین اعمال حقی است. از طرفی دیگر وقتی موضوع مواد ۳۵۲ تا ۳۵۴ ق.م.ا را در باب تسبیب در جنایت و صدمات وارد بر اشخاص بدانیم، در حالی که ماده ۱۳۲ ق.م. ناظر بر اموال است، بدیهی است که در این مقایسه، بحث از تخصیص یا عدم تخصیص به علت تفاوت در موضوع منتفی است.

بنابراین نگارنده قائل به این امر است که ماده ۱۳۲ ق.م. در حقوق اموال، به قوت خود باقیست و اعمال‌کننده حق مالکیت را گرچه آگاه به ورود ضرر باشد و نیز قابلیت استناد مستقیم ضرر به اعمال‌کننده حق وجود داشته باشد، در صورتی که اعمال حق برای رفع حاجت یا ضرر از خود و به قدر متعارف باشد، مسئول نمی‌داند.

منابع

- ۱- امامی، سید حسن. ۱۳۸۳، *حقوق مدنی*، ج ۱، چاپ بیست و چهارم، تهران، انتشارات کتابفروشی اسلامیة.
- ۲- بابایی، ایرج. ۱۳۸۱، *بررسی عنصر خطا در حقوق مسؤلیت مدنی*، مجله پژوهش حقوق و سیاست، شماره ۷.
- ۳- بهرامی احمدی، حمید. ۱۳۷۷، *سوء استفاده از حق*، چاپ سوم، تهران، انتشارات اطلاعات.
- ۴- توکلی، سعید. ۱۳۸۱، *قاعده لاضرر و قاعده تسلیط در نظام حقوقی ایران*، مجله دادرسی، شماره ۳۵.
- ۵- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. ۱۳۵۷، *دایرة المعارف حقوق مدنی و تجارت*، چاپ اول، تهران، انتشارات بنیاد اسناد.
- ۶- _____ . ۱۳۸۸، *حقوق اموال*، چاپ ششم، تهران، کتابخانه گنج دانش.
- ۷- _____ . ۱۳۸۳، *مقدمه عمومی علم حقوق*، چاپ هفتم، تهران، گنج دانش.
- ۸- شکری، رضا و سیروس، قادر. ۱۳۸۴، *قانون مجازات اسلامی در نظم حقوق کنونی*، چاپ چهارم، تهران، انتشارات نشر مهاجر.
- ۹- شهیدی، مهدی. ۱۳۸۰، *تجاوز از حق، تحقیقات حقوقی*، شماره ۳۳ و ۳۴.
- ۱۰- طاهری، محمدعلی. ۱۳۸۴، *دانشنامه حقوق خصوصی*، ج ۲، چاپ اول، تهران، انتشارات محراب فکر.
- ۱۱- فرهیخته، شمس‌الدین. ۱۳۷۷، *فرهنگ فرهیخته*، چاپ اول، تهران، انتشارات زرین.
- ۱۲- فیض، علیرضا. ۱۳۸۳، *بویایی و اجتهاد در پرتو عرف یا در بستر زمان و مکان*، علی، مکرم، سی دی مجموعه مقالات حقوقی، نسخه ۳/۱.
- ۱۳- قاسم‌زاده، سید مرتضی. ۱۳۷۸، *مفهوم غیر قانونی بودن یا ناهنجاری فعل زانبار در مسؤلیت مدنی*، مجله دیدگاه‌های حقوقی، شماره ۱۳ و ۱۴.

- ۱۴- قهرمانی، نصرالله. ۱۳۸۴، *مطالعه تطبیقی چگونگی رفع تعارض اصل تسلط با قاعده لاضرر*، مجله کانون وکلا، شماره ۱۸۸ و ۱۸۹.
- ۱۵- کاتوزیان، ناصر. ۱۳۸۵، *الزامهای خارج از قرارداد*، دوره پیشرفته تک جلدی، چاپ پنجم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- ۱۶- _____، ۱۳۸۳، *اموال و مالکیت*، دوره مقدماتی، چاپ هشتم، تهران، نشر میزان.
- ۱۷- _____، ۱۳۸۸، *تحول مفهوم تقصیر در حقوق مسئولیت مدنی*، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۹، شماره ۱.
- ۱۸- مکارم شیرازی، ناصر. ۱۳۴۰، *قواعد الفقهیه*، ج ۱، چاپ اول، قم، دارالعلم.
- ۱۹- نصرتی صدقیانی، ناصر. *سوء استفاده از حق مالکیت در آپارتمان‌ها*، دانشگاه پیام نور تهران، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، ۱۳۸۹.
- ۲۰- واسعی، سید محمد. ۱۳۸۳، *فقه و عرف*، مجله قیاسات، شماره ۱۵ و ۱۶.

