

بررسی معیارها و قوانین تشخیص سوء استفاده از حق

اکبر رضاپور فرد

کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تبریز

چکیده

در حقوق ایران اطلاق «حق مالکیت» با استثنائات فراوانی مواجه شده است و قوانین مختلف آن را محدود کرده است. اصل 40 قانون اساسی اجازه نمی‌دهد که اعمال حق مالکیت وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی باشد. در حقیقت این اصل به «قاعده لاضرر» که محدود کننده «قاعده تسلیط» است اشاره دارد. اما معیار تشخیص سوء استفاده از حق را به دست نمی‌دهد. در نوشتار حاضر به بررسی معیارها و قوانین تشخیص سوء استفاده از حق پرداخته شده است که مهم‌ترین این معیارها عبارتند از تمسک به عمومات و اطلاقات، توجه به لسان دلیل، قیاس اولویت، توجه به دلالت گزاره‌های خبری، استقراء و تنقیح مناط، سیره عقلا، وجود مصلحت گذشت نکردنی قدر متعارف و تقصیر عرف، تصرف در حد متعارف، رفع حاجت و یا ضرر از خود، رفع یا دفع ضرری که به همسایه وارد می‌شود. به طور کلی می‌توان نتیجه گرفت که هر چقدر زمان به پیش می‌رود نقش و جایگاه منافع اشخاص خصوصی در مقابل منافع سوء استفاده از حق در حقوق خصوصی دولتها در عرصه حقوق خصوصی اهمیت و رونق بیشتری می‌یابد. هدف اول همه قواعد حقوق خصوصی تأمین حداکثر منافع اشخاص خصوصی است و مصالح دولتها صرفاً به عنوان یک استثناء در موارد مضیق به کار می‌آید. اعتقاد به این تحول بسیاری از مفاهیم رایج در حقوق خصوصی را تحت تأثیر قرار می‌دهد. کاوش در مکنونات ذهنی اشخاص از قبیل قصد قلب که هیچ گونه بارقه عینی و نماد خارجی ندارد ثبات و قابلیت پیش بینی را در روابط خصوصی فراملی متزلزل می‌سازد و حقوق و منافع مشروع اشخاص ثالث را دچار مخاطره می‌نماید مگر اینکه بر ارزیابی و محاسبه معیارهای عینی از قبیل مصالح عمومی و منافع اشخاص ثالث مبتنی باشد. بدین ترتیب قاعده منع تقلب نسبت به قانون نیز از بازرسی نیت درونی و قد باطنی اشخاص فاصله گرفته و با توجه به معیارهای فوق الذکر یا نظم عمومی قرابت و مشابهت بیشتری می‌یابد. در نوشتار حاضر به صورت توصیفی-تحلیلی به بررسی معیارها و قوانین تشخیص سوء استفاده از حق پرداخته شده است.

واژگان کلیدی: حق، سوء استفاده از حق، ضرر، قاعده تسلیط، نظم عمومی.

مقدمه

مطابق «قاعده تسلیط» مالکیت حقوق مطلق است و هیچ فردی در اعماق حق خود تابع هیچ محدودیتی نیست. اما این نظریه به صورت مذکور مورد قبول نگرفته و محدوده اعمال حق مالکیت منوط به عدم اضرار به غیر است. از نظر فقها و حقوقدانان ملاک‌هایی برای عدم سوءاستفاده از حق وجود دارد که در ادامه به بررسی آنها پرداخته خواهد شد. سوء استفاده از حق یکی از نهادهای مهجور حقوقی کشورمان می‌باشد که اهمیت دادن به آن می‌تواند نقش بسزایی در امنیت اجتماعی داشته باشد چرا که هر جا حق می‌باشد سوء استفاده از حق هم می‌تواند یا ممکن است در آن جا باشد. بحث سوءاستفاده از حق از آنجا نشأت می‌گیرد که حق مطلق نبوده و دارنده آن در اعمال حق کامل آزاد نیست و محدودیت‌هایی در اعمال حق خود دارد یعنی حق مساوی است با تکلیف. در قوانین فعلی ایران پذیرفته است که هر حق محدود به هدفی است که قانون از ایجاد آن داشته و هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به دیگری قرار دهد و آن را در راهی قرار دهد که قانون منع کرده از آنجایی که هر کس نسبت به مالکیت حق هرگونه تصرف را دارد (قاعده تسلیط) اما این تسلیط در صورت سوء استفاده و ضرر به دیگری تاب و توان در مقابل ضرری به دیگری را ندارد قاعده لا ضرر و لا اضرار فی اسلام و این هم یکی دیگر از از محدودیت‌های برخورداری کامل از حق می‌باشد. (مشایخی، ۱۳۸۷: ۵۶)

در قوانین ایران معیارهای متفاوتی برای تشخیص سوء استفاده از حق ارائه گردیده در ماده ۱۳۲ قم از معیار عرف استفاده کرد. در اصل ۱۴۰ ق. اساسی جمهوری اسلامی ایران از معیار قصد اضرار نام برده که در این معیار هر کدام در جایگاه و زمان و مکان خود قابل دفاع می‌باشند. در نوشتار حاضر به بررسی معیارها و قوانین تشخیص سوء استفاده از حق پرداخته خواهد شد.

1- روش‌شناسی تشخیص سوء استفاده از حق

1-1- روش‌شناسی تشخیص حق از حکم در حوزه حقوق

شناخت حق از سایر تکالیفی که به نوعی قسیم اباحه به معنی الاعم است نیز امری بایسته است که به نظر می‌رسد در پرتو معیارهایی که ارائه می‌شود بتوان به این مهم دست یافت (شهیدی، ۱۳۸۶، ۹۶)

1-1-1- تمسک به عمومات و اطلاعات

عموم و اطلاعات ادله، مهم‌ترین معیاری است که می‌تواند در مقام اثبات گسست حق از حکم را نشان دهد بنابراین قبل از سایر معیارها بدان توجه می‌شود. در عین حال باید توجه داشت، دو قسم دلیل می‌تواند معیار تشخیص قرار گیرد. نخست عموماتی که در باب معاملات وجود دارد و از این نظر که نوع تصرفات تردید شده در حقوق زن قالب قراردادی دارد مصداق این عمومات قرار می‌گیرد دوم دلایلی که در خصوص حق متنازع فیه وجود دارد که عموم و اطالق آن دلیل با دلالت بیشتری امکان تطبیق پیدا می‌یابد طبیعی است بر فرض وجود دلیل خاص و تمام بودن دلالت آن نوبت به دلیل عام نمی‌رسد. (توکلی، ۱۳۸۴، ۳۲)

اگر در قابلیت عرفی مجعول شرعی برای اسقاط و نقل و انتقال تردید پدید آید، به دلیل وجود شبهه می‌توان به کمک عمومات احراز کرد اما اگر در جریان برخی از آثار حق از جمله امکان شرعی اسقاط یا نقل تردید پدید آید شاید بتوان با تمسک به عمومات بر این تردید غلبه کرد زیرا شان این عمومات رفع این قبیل تردیدهاست و شک در ممکن نبودن شرعی نقل و اسقاط در حقیقت به این موضوع بر می‌گردد که شارع شرط یا قیدی را در ناحیه یکی از عوضین اخذ کرده است یا خیر؛ شکی نیست که عمومات رافع این قبیل تردیدهاست. بنابراین برای مثال اگر زن ضمن عقد ازدواج حقی از حقوق خود را ساقط کند، چنانچه درباره این عمل تردید شود می‌توان از ضوابط یاد شده در رفع تردید و خروج از شک بهره گرفت. در نهایت چنانچه شخصی بر خلاف مدلول عمومات فوق مدعی باشد که حق یاد شده به دلیل پیوند با نظم عمومی با مصالح غیر قابل گذشت و نظایر آن در سباق حکم قرار دارد و اسقاط دربارهی آن بی‌تاثیر است در مقام مدعی قرار می‌گیرد و باید ادعای خود را اثبات کند (امامی، ۱۳۸۳: ۷۵)

علاوه بر عمومات موجود در باب معاملات ممکن است در حوزه‌ی حقی که چیستی آن محل تردید است، دلایل خاصی وجود داشته باشد که بتوان به آن دلایل تمسک جست. این دلایل به دلیل خاص بودن بر عمومات معاملات مقدم است یکی از مهم‌ترین حوزه‌های حقوق زن که در دامنه‌ی چالش حق و تکلیف (حکم) قرار می‌گیرد امکان تصرف در حیثیات جسمانی است. این سؤال مطرح می‌شود که آیا حق حیات در حوزه‌ی اراده‌ی اشخاص هم از خود شخص موضوع حیات یا اشخاص ثالث قرار می‌گیرد یا خیر؟ به دیگر سخن آیا امکان دارد حق حیات در حد یک حق خصوصی تنزل داده شود؟

2-1-1- توجه به لسان دلیل

اگر در لسان دلیل تعییراتی باشد که در حق یا حکم بودن مجعول شرعی ظهور داشته باشد. مطابق آن عمل می‌شود البته اگر مورد عرفاً تلقی شود مفاد دلیل هم قاعداً، محمول بر همان معنای عرفی بوده و در همان معنا ظهور خواهد داشت؛ برای مثال اگر مفاد اثبات حقی برای شخص باشد. نظیر حق فسخ در نکاح ظاهر در حق است مگر آنکه خلاف آن ثابت شود. از سوی دیگر اگر بحث در مورد عملی باشد که مالاً به هتک حیثیت معنوی زن یا خانواده منجر شود لسان برخی از روایات به خوبی نشان می‌دهد که قواعد و ضوابط مرتبط با آبروی اشخاص در زمرهی احکام به شمار می‌رود روایات مختلفی در این باره وجود دارد که همگی بر لزوم صیانت از حیثیت معنوی و نبود جواز اذلال نفس و هتک آبرو دلالت دارند؛ برای مثال، برخی روایات به صیانت از آبرو اشارهی صریح دارد صونوا اعراضکم و برخی دیگر بر نبود جواز نقض آن تصریح می‌کند «لیس أن یذل نفسه، و إن الله تبارک و تعالی فوض إلی المؤمن کل شیء إلا إذلال نفسه» (ازگیر، ۱۳۷۷: ۳۴)

به‌علاوه، سیاق این قبیل روایات نشان می‌دهد شارع مقدس در این موارد در صدد برقراری نظم عمومی خاصی در جغرافیای فرهنگی مسلمانان است که می‌توان آن را نظم عمومی فرهنگی و اخلاقی نام نهاد بدیهی است هر نوع عملی که بر خلاف نظم یاد شده انجام شود، مشروعیت نداشته و اثری بر آن مترتب نیست در نتیجه می‌توان گفت اگر در چیستی حقی تردید باشد که به‌نوعی با آبرو و حیثیت معنوی شخص موضوع حق با افراد مرتبط با وی گره‌خورده است، می‌توان آن را از مقوله‌ی احکام و عدول‌ناپذیر تلقی کرد چه اینکه مسئله‌ی آبرو به شخص تفویض نشده و اساساً عرض و آبروی شخص در قبضه‌ی قدرت او نیست تا بتواند آن را تفویض یا نسبت به هتک آبروی خود اقدام کند. (زراعت، ۱۳۸۸: ۱۲۴)

3-1-1- قیاس اولویت

یکی از معیارهای تشخیص چیستی حق قیاس اولویت است قیاس اولویت در صورت کامل بودن عناصر از جمله رو شهابی است که به‌طور قطع ما را به حکم تکلیفی شرعی رهنمون می‌سازد. به همین دلیل از این روش در تشخیص سنخ حقوق زن و چیستی آن می‌توان بهره گرفت. در این باره هم در مورد تصرف در حیثیات جسمانی و هم در حیثیات معنوی می‌توان مثال آورد؛ برای مثال، یکی از پرسش‌های مطرح در مورد تصرف در حیثیات جسمانی این است که آیا زن می‌تواند خود را در معرض شهری قرار دهد که مالا به هتک حیثیت معنوی و از بین رفتن آبروی او منجر شود؟

اشتغال به اموری که منافی حیثیت شخصی و خانوادگی او می‌شود از جمله این موارد است در پاسخ به پرسش یاد شده می‌توان از قیاس اولویت برخی از فتاوای فقهی هم به نتیجه‌ی موردنظر دست‌یافت برخی از فقیهان اذن در اتلاف نفس و عضو را شرعاً جایز نمی‌دانند با فرض اهمیت بیشتر حیثیات معنوی نسبت به حیثیات جسمانی می‌توان نتیجه گرفت که به‌طریق‌اولی اذن در از بین بردن آبرو یا عملی که با آن ملازمه دارد جایز نخواهد بود. بنابراین اولاً، زن در انجام این عمل و اذن در انجام آن اختیاری ندارد. ثانیاً قراردادهایی که در این زمینه منعقد می‌شود نیز از درجه‌ی اعتبار ساقط خواهد بود؛ چه اینکه نهی شارع در چنین مواردی متوجه مسبب است که با فساد عمل حقوقی واقع شده ملازمه دارد (قهرمانی، ۱۳۸۴: ۳۵)

یکی دیگر از مواردی که می‌توان چیستی آن را با تمسک به اولویت به دست آورد و حق بر نسب است. منظور از حق بر نسب حق حفظ نام و نسب است که همان حق بر حفظ ارتباط رسمی نسبی در قالب نام خانوادگی است. این حق در بند الف ماده‌ی ۶ اعلامیه حقوق بشر اسلامی نیز به صراحت تأکید شده است:

در حیثیت انسانی، زن با مرد برابر است و به همان اندازه که زن وظایفی دارد از حقوق نیز برخوردار است و دارای شخصیت

مدنی و دمه‌ی مالی مستقل و حق حفظ نام و نسب خویش را دارد (مشایخی، ۱۳۸۷: ۱۵۲)

4-1-1- توجه به دلالت گزاره‌های خبری

گزاره‌هایی که حاوی اراده تشریعی شارع مقدس است نوعاً در قالب امرونهی و به صورت انشایی صادر می‌شود اما گاهی گزاره‌های خبری هم مفید حکم تکلیفی مناسب مقام صدور است. اگر موضوع قضیه خبری فعل اختیاری انسان باشد علی‌رغم اینکه به صورت خبری ابراز شده ولی حاکی از فعل مطلوب شارع است. در این موارد قضیه از نظر ادبی خبری است ولی کاربرد انشایی دارد (حکمت‌نیا، ۱۳۹۰: ۲۹۶)

گفته شده است ظهور این‌گونه قضا با در تکلیف و وجوب روشن‌تر از قضایای انشایی است. دامنه این تصرفات مواردی از قبیل اهدای عضو در قالب پیوند (تصرفات جنسی) و (سلب) منفعت را شامل می‌شود امکان‌سنجی این تصرفات مادی در اعضاء و اجزای بدن از آن‌جهت مهم است که امروزه در پرتو پیشرفت‌های پزشکی امکان عملی تصرفات پیش گفته فراهم شده و روزه‌روز در حال گسترش است.

استفاده نهی از این‌گونه گزاره‌های خبری در روایات باعث می‌شود حتی اگر قرارداد یا عملی در این باره و بر خلاف مفاد روایت واقع شده باشد فاسد و بی‌اعتبار باشد زیرا نهی در معاملات مقتضی فساد است. به‌علاوه سیاق این قبیل روایات نشان می‌دهد شارع مقدس در این موارد در صدد برقراری نظم عمومی خاصی در جغرافیای فرهنگی مسلمانان است که می‌توان آن را نظم عمومی فرهنگی و اخلاقی نام نهاد. بدیهی است هر نوع عملی که بر خلاف نظم یاد شده انجام شود، مشروعیت نداشته و اثری بر آن مترتب نیست (نصرتی صدقیانی، ۱۳۸۹: ۳۵)

5-1-1- استقراء و تنقیح مناط

از دیدگاه برخی از محققان از جمله شهید صدر (حق) بر خلاف حکم اسقاط پذیر است. وی در تبیین این مطلب به چند ضابطه اشاره دارد. یکی از این ضوابط استقراء و تنقیح مناط از موارد استقرایی است. از نظر وی باید مواردی را که دلیلی بر اسقاط‌پذیری آنها وجود دارد شمرده و آنگاه ملاک و نکته‌ای را که اشتراک این موارد را در قابلیت اسقاط موجب شده، انتزاع کرده و سپس به عنوان یک قاعده کلی هر مجعولی را که مشتمل بر این نکته باشد حتی اگر دلیل خاصی هم در آن باره نباشد باتوجه‌به همین ملاک حق تلقی کرد. البته حجیت این ملاک به این است که این استقراء مفید قطع و بدون استثناء باشد برای مثال با استقراء در مواردی که در بحث پوشش ارتباط با نامحرم و نظایر آن وارد شده معلوم می‌شود که از دیدگاه شرع مقدس امور عفاف در گرو رضایت اشخاص قرار ندارد و شارع خود در این باره نظم فرهنگی ویژه‌ای را برقرار کرده است و حتی اصول عملیه نیز در خصوص امور عفاف منقلب می‌شود و اصل احتیاط جای آن را می‌گیرد (صالحی ذهابی، ۱۳۸۱: ۷۵)

6-1-1- سیره عقلاً

سیره عقلاً یکی دیگر از ضوابطی است که شهید صدر در مقام تمیز حق از حکم مطرح می‌کند. از دیدگاه وی می‌توان با توجه و تمسک به ارتکازها و قضاوت‌های عرفی و عقلایی و کشف ملاک قضاوت عرف به ضابطه‌ای در مقام تشخیص دست‌یافت. ایشان در تبیین این ضابطه به سه مطلب اشاره می‌کند؛ نخست در شرع مقدس منعی در این باره نیامده باشد. دوم، نظیر وضع لغوی در این‌گونه موارد ارتکاز عقلایی بر ظهور ادله حکومت داشته باشد سوم، از مفاد برخی از روایات می‌توان این ارتکاز عقلایی را امضاء شده تلقی کرد. نکته مهم در تمسک به سیره عقلاً این است که این مسئله با اثبات امضاء شارع و رجوع به اخباری که ظهور در امضاء دارند، با وجود برخی موارد نقض زیر سؤال نمی‌رود زیرا این موارد به دو صورت توجیه‌پذیر است؛ یا شارع مقدس در این موارد سیره عقلاً را نمی‌پذیرد ولی در سایر موارد که دلیلی بر رد نباشد با اخبار و ادله ظهور در امضاء داشته باشند، سیره کماکان حجت است یا اینکه اساساً این قبیل موارد از حق اصطلاحی خارج و در مقوله حکم داخل است (حائری شاه باغ، ۱۳۸۲: ۶۳۱)

7-1-1- وجود مصلحت گذشت‌نکردنی

از آنجاکه احکام بر مبنای وجود مصالح و با مفسده جعل شده است اگر معلوم شود در مقام مصلحت گذشت‌نکردنی وجود دارد

یا حکم شرعی به‌طور قطع یا با احتمال عقلایی قوی با وجود مفسده‌های پیوند خورده است می‌توان به حکم بودن آن اعلام نظر کرد. همچنین اگر معلوم شود، حق مورد نظر، علاوه بر جنبه‌های حق‌الناسی جنبه حق‌اللهی هم دارد، می‌توان آن را حکم تلقی کرد. یکی از راه‌هایی که ممکن است در تشخیص حق از حکم مؤثر باشد، وجود مصالح عمومی و جنبه حق‌اللهی یا احتمال مفسده در ناحیه احکام است؛ برای مثال یکی از حقوقی که برای زن لحاظ می‌شود حق بر نگهداری جسمی و فیزیکی فرزند است که از آن تحت عنوان یاد می‌شود. اگر حضانت را حق به معنای اصطلاحی بدانیم حضانت والدین در اعمال و اسقاط آن مختار خواهند بود و تعهد الزام‌آوری در این باره متوجه والدین نخواهد بود، اما اگر حضانت حکم باشد والدین به این امر مکلف‌اند و نمی‌توانند از این امر شانه خالی کرده و یا آن را ساقط کنند. (احمدی بهرامی، ۱۳۸۹: ۱۰۳)

2-1- روش‌شناسی تشخیص حق از سایر احکام

1-2-1- قدر متعارف و تقصیر

همان‌طور که در ماده ۱۳۲ ق.م.آ 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 احد 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 احد متعارف باید ابتدا ببینیم خود عرف به چه معناست و بعد به توصیف حد متعارف و شرایط تقصیر بپردازیم.

الف- 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، ۱۷۸) عبدالوهاب خلاف عرف را این‌چنین تعریف کرده است عرف روشی در گفتار یا کردار با ترک آن دو که در بین مردم شناخته شده است و بر طبق آن مشی می‌کنند. این تعریف باتوجه به اطلاقی که در آن هست شامل عرف عام و خاص و عرف صحیح و فاسد هم می‌شود (خلاف علم اصول الفقه، ۹۹)

از جمله شرایط اعتبار عرف عبارت است از کلیت و غلبه به‌حسب 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 ذی حق 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 آن را بپذیرد 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 (شیخ‌الاسلامی، ۱۳۸۲: ۲۲) بنابراین به‌طور کلی عرف هر راه و روشی است که به صورت قانون یا مدون درنیامده ولی مردم خود را به‌حسب عادت تا حدی ملزم به رعایت آن می‌دانند به‌طوری که کسی که از آن سرپیچی کند حداقل مورد انتقاد قرار می‌گیرد و گاه مقصر در ایجاد زبان شناخته می‌شود شرایط و ضوابط عرف در هر زمان و مکانی می‌تواند متفاوت باشد و باتوجه به این تعریف و اینکه قانون ما قانونی برگرفته از اسلام است، اگر توسط شرع و عقلاً رد نشده باشد عرفی صحیح و قابل استناد خواهد بود.

ب- 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 دادرس 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، داوری 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 خوانده 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 هر چند که مورد عادت همگان باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۳۴۶).

در تشخیص تقصیر باید به شرایط خارجی مسئله توجه کرد به 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 (زراعت، ۱۳۸۸: ۵۲).

ج- 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 ضمان آور 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 ذی حق 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 سوءاستفاده 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: «هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد» نشان می‌دهد که قصد اضرار در اعمال حق محترم شمرده نشده و مسئولیت آور 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 سوءاستفاده 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. (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۶).

2-2-1- رفع حاجت و یا ضرر از خود

در ماده ۱۳۲ ق.م.تصرفی که برای رفع حاجت یا ضرر از خود نباشد و درعین حال به ضرر همسایه باشد منع شده است. قانون‌گذار با تصرف زبان بار خارج از این شرایط، نیت سوء متصرف را مفروض می‌داند و قاضی را از کاوش درباره 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 ذی حق واجد نفع معقولی نباشد فرض را بر این می‌گیرد که شخص با قصد اضرار دست به این کار زده است و هر چند 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، ذی حق در حدود عرف مجالی برای رسیدن به نیت سوء خود می‌یافت.

الف- رفع یا دفع

در ماده 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 با این امر نشان از مسامحه قانون‌گذار است؟ چرا که برخی در تشریح این ماده در کنار واژه «رفع» از واژه «دفع» نیز استفاده کرده اند و یا این دو واژه را بطور مترادف استفاده نموده اند 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 زبان پدید آمده را نیز رفع گویند. «دفع ضرر» در اصول به معنای از میان برداشتن تمامی زمینه‌های موجود است که می‌تواند به زبان بینجامد. 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).

باتوجه به اولویت مفهوم بر منطوق و ترجیح روح قانون بر الفاظ و همین‌طور از آنجاکه 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 زبانی 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 به‌طرف زمین مجاور جاری گردد. این امر نیز به‌مانند 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 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 این‌گونه تصرفات را در ملک خود بنماید ولو آنکه موجب ضرر همسایه شود.

در نوشته‌های فقهی به عبارت «رفع نیاز» بسنده شده و بادقت 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).

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 داوری 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 داوری 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 منصور باشد والا بحث از نحوه تصرف و اعمال حق مالکیت بدون ضرر غیر، نابجا خواهد بود.

تمیز نیازهای مادی و معنوی مالک بر مبنای داوری عرف تعیین می‌شود. منتها باید شرایط ویژه مالک نیز مدنظر باشد. لذا معیار داوری 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.دانست چرا که محدوده ماده ۱۳۲ ق.م.د به قدری گسترده می‌کند که وضع آن را بیهوده می‌سازد.

ب- 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 ریا با مطابق اصل ۴۰ قانون اساسیبه 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 با 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 درء المفسد اولی من جلب المنفعة مبتنی است که 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 حقوق دانان (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 درحالی‌که 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 بر اهمیت است. بنابراین تفسیر ماده به صرف لفی ضرر کافی نخواهد بود. برای مثال اگر راه متعارف دیگری برای رفع حاجت و رفع ضرر مالک موجود باشد، انتخاب راهی زبان بار نشانه بی‌مبالاتی یا قصد اضرار است.

نکته آخر راجع به ماده ۱۳۲ ق.م. این 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).

درحالی‌که به نظر نگارنده مفهوم ماده ۳۰ ق.م. این است که تصرفات مالک مباح است، مگر اینکه در قانون استثنا شده باشد. یعنی اصل بر اباحه تصرفات است و در صورت تردید، خلاف آن باید به اثبات برسد.

3- چگونگی تشخیص حق از باطل را در دیدگاه قرآن

از نظر قرآن انسان به طور طبیعی و فطری حق طلب است و گرایش به حق دارد، زیرا کمال‌گرایی و نقص‌گریزی در انسان فطری و طبیعی است و از آنجایی که کمال تنها در حق یافت می‌شود و باطل چیزی جز نقص نیست او به حق گرایش داشته و از باطل گریزان است.

بنابراین انسان با توجه به ماهیت و ساختار فطری‌اش باید جویای حق و پیرو حقیقت باشد، راه درست را برگزیده و همیشه با حقیقت همراه و همدم باشد و بنا بر مسئولیت و هدفی که از خلقت برایش تعریف شده باید در درون و برون نفس خویش با تمسک به حق و مصادیق تعریف شده آن با باطل در پیکار و نبرد باشد.

در قرآن هم (حَق) به معنای «ثابت گردید» آمده است:

۶۱۴۷۲: قَالَ الَّذِينَ حَقَّ عَلَيْهِمُ الْقَوْلُ رَبَّنَا هَؤُلَاءِ الَّذِينَ أَغْوَيْنَا أَغْوَيْنَاهُمْ كَمَا غَوَيْنَا تَبَرَّأْنَا إِلَيْكَ مَا كَانُوا إِيَّانَا يَعْبُدُونَ (سوره قصص، آیه ۶۳)

یعنی: کسانی که فرمان عذاب درباره آنها مسلم و ثابت شده بود، گفتند...

در آیه زیر هم (حَقَّت) به معنای «لازم و ثابت گردید» آمده است: وَسِيقَ الَّذِينَ كَفَرُوا إِلَىٰ جَهَنَّمَ زُمَرًا ۚ حَتَّىٰ إِذَا جَاءُوهَا فَتَحَتْ أَبْوَابُهَا وَقَالَ لَهُمْ خَزَنَتُهَا أَلَمْ يَأْنِكُمْ رُسُلٌ مِّنْكُمْ يَتْلُونَ عَلَيْكُمْ آيَاتِ رَبِّكُمْ وَيُنذِرُونَكُمْ لِقَاءَ يَوْمِكُمْ هَٰذَا قَالُوا بَلَىٰ وَلَكِنْ حَقَّتْ كَلِمَةُ الْعَذَابِ عَلَى الْكَافِرِينَ: (سوره زمر، آیه ۷۱)

و اما فرمان عذاب بر کافران لازم و ثابت شده است.

و «استحق الشيء». یعنی: فلان چیز را مستحق شد، در همین معنا در قرآن چنین آمده است: فَإِنْ عَثَرَ عَلَىٰ أَنَّهُمَا اسْتَحَقَّا إِثْمًا فَاخْرَأْ يَقُومَانِ مَقَامَهُمَا مِنَ الَّذِينَ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِمُ الْأُولِيَّانِ فَيُفْسِمَانِ بِاللَّهِ لَشَٰهَدَتِنَا أَحَقُّ مِنْ شَٰهَدَتِهِمَا وَمَا اعْتَدِينَا إِنَّا إِذَا لَمِنَ الظَّالِمِينَ. (سوره مائده، آیه ۱۰۷)

یعنی: «اگر معلوم شد که آن دو نفر (به علت خیانت) گناه را بر خود ثابت کرده اند.»

در «الْمُعْجَمُ الْوَسِيطُ» نیز چنین آمده است: «حَقَّ الْأَمْرُ يَحِقُّ حَقًّا» یعنی: فلان مسئله صحت یافت، ثابت شد و راست از آب درآمد.

و «تَحَقَّقَ الْأَمْرُ»، یعنی: فلان قضیه صحت یافت و عملاً رخ داد و «حَقَّقَ الْأَمْرَ»، یعنی: فلان مسئله را اثبات کرد و راستی آن را نشان داد. (احمد بن فارس، ۱۴۰۴ هـ ق ۱۸۷/۱).

اصل واحد در ماده «حق» نبوت و پابرجایی همراه با مطابق واقع بودن است، این قید در مفهوم تمامی مصادیق آن در نظر گرفته شده است. (مصطفوی، ۱۳۶۰ ش، ج ۲، ص ۲۶۲)

سپس این واژه بر هر امر ثابتی که انکار نمی‌شود اطلاق گردیده (از باب اطلاق مصدر و اراده اسم فاعل از آن) (ابن عاشور، ۱۹۸۴ م، ج ۶، ص ۱۶۶)

حق به معنای ثبوت و واقعیت داشتن است و در کلام خداوند متعال در مقابل باطل و ضلال استعمال می‌شود زیرا باطل آن چیزی است که برای آن ثبوت و واقعیت نباشد و ضلال عبارت است از انحراف و خروج از برنامه حق و راه صحیح (مصطفوی، ۱۳۸۰ ش، ج ۱، ص ۳۵۸)

با توجه به مطالب فوق معلوم می‌گردد که مفهوم لغوی «حق» بر ثبوت لزوم و صحت استوار است. بنابراین می‌توان گفت که حق یعنی ثابت، لازم و صحیح.

4- شناخت حق از باطل با توجه به ساختار و طرز فکر صحیح

"برای تشخیص حق، باید ساختار فکری درست و طرز فکر صحیح داشته باشیم. مطابق فرمایش حضرت، کسانی که به پایین نگاه می‌کنند و به همه جوانب امر توجه نمی‌کنند دچار اشتباه خواهند شد. باید همه حق را دید نه یک جزئی از آن را برای این کار باید عیوبی که در انسان وجود دارد و بر طرز فکر انسان و قدرت تشخیص او تأثیر منفی دارند را بشناسیم و اصلاح کنیم. گاهی عیوب کوچکی مانند "رودربایستی" لطامات جبران ناپذیری به انسان خواهد زد. اگر در دفاع از حق با دفاع از یک مؤمن و محب اهل بیت بخاطر رو دربایستی کوتاهی کنیم ضررش را خواهیم دید. چنین عیوبی تنها در رفتار ما تأثیر گذار نیستند بلکه کم کم در قدرت تشخیص ما هم تأثیر می‌گذارند. مثلاً اگر به یکی از محبین اهل بیت در نزد ما بی حرمتی شود و به ناحق مطلبی گفته شود و ما بدلیل رودربایستی از او دفاع نکنیم ثمره شومش را خواهیم دید. این گونه رفتارها در آخر الزمان از حساسیت خاصی برخوردار می‌شود (فرهیخته، ۱۳۸۶، ۲۵)

"امام سجاد (ع) داستانی از امیرالمومنین (ع) نقل می‌کنند که در آنجا حضرت امیر (ع) علت گرفتاری یکی از اصحابشان به درد شدید و زجرآور دو ماهه را نتیجه رودربایستی در دفاع از سلمان دانستند و به او فرمودند: "آیا آن روز را یاد می‌آید که فلانی در حضور تو به سلمان فارسی بخاطر موالاتش نسبت به ما طعنه زد و تو فقط به دلیل رودربایستی و خجالت جوابش را ندادی و تحقیرش نکردی؟ به همین دلیل گرفتار این بلا شدی ..."

(أَتَذْكُرُ يَوْمَ عَمَرَ عَلَى سَلْمَانَ الْفَارِسِيِّ قُلَّانٌ وَ طَعَنَ عَلَيْهِ لِمَوَالَاتِهِ لَنَا؟ فَلَمْ يَمْنَعْكَ مِنَ الرَّدِّ وَ الْاسْتِخْفَافِ بِهْ خَوْفُ عَلِيٍّ نَفْسَكَ وَ لَا عَلَى أَهْلِكَ وَ لَا عَلَى وَلَدِكَ وَ مَالِكَ أَكْثَرَ مِنْ أَنْ اسْتَحْيَيْتَهُ. فَلِذَلِكَ أَصَابَكَ...) (مستدرک الوسائل 335/12)

"یکی دیگر از آن موارد ظریف که گاهی حساسیت بالایی پیدا می‌کند اینست که گروهی، عیب یک انسان خوب را بهانه قرار داده و از خوبی‌ها فاصله می‌گیرند در شخصی که در جبهه حق است عیبی مشاهده می‌کنند و به واسطه آن از مسیر اصلی منحرف می‌شوند. البته اینگونه افراد نوعاً در دل دچار مشکل هستند و تنها در پی بهانه ای برای انحراف خود می‌باشند. معاویه قبل از شروع جنگ صفین با استفاده از این حربه برای خود لشگری آماده کرد در حالی که لشکر امیرالمؤمنین (ع) از مدت‌ها قبل آماده جنگ با معاویه بود او با ترفندهایی جنگ را به تعویق انداخت تا برای خود سپاهی آماده کند و با عیب جویی از اطرافیان علی (ع) عده ای را به سمت خود کشید. پای رکاب حضرت مؤمنینی بودند که نقش مختصری در کشته شدن عثمان داشتند هر چند حضرت قبلاً آنان را از این کار نهی کرده بود. معاویه از این نقطه ضعف کوچک در یاران حضرت استفاده کرد و با این حربه توانست عده ای را بفریبد و بگوید که در اطراف علی (ع) کسانی هستند که دستشان به خون خلیفه اعشته است. (نصرتی صدقیانی، ۱۳۸۹: ۳۶۲)

یکی از معیارهای خوب ولی ظریف برای تشخیص حق اینست که ببینیم چه کسانی در دفاع از یک موضوع با جریان به پا می‌خیزند. البته این معیار کمی پیچیده است و باید دقت خود را بالا ببریم و دچار اشتباه نشویم. در جریان سوال شخصی به نام حارث در جنگ جمل که گفته بود. به نظر من طلحه و زبیر و عایشه به حق احتجاج می‌کردند و نظر حضرت علی (ع) را

خواسته بود. حضرت پس از اینکه به او گفتند ایراد گرفتند که تو حق را نمی‌شناسی به عنوان راه کاری برای تشخیص حق فرمودند:

إِنَّ الْحَقَّ وَالْبَاطِلَ لَا يَعْرِفَانِ بِالنَّاسِ وَلَكِنْ اعْرِفِ الْحَقَّ بِاتِّبَاعِ مَنْ أَتَّبَعَهُ وَالْبَاطِلَ بِاجْتِنَابِ مَنْ اجْتَنَبَهُ (امالی طوسی / ۱۳۴)

یعنی برای اینکه حقانیت یک جریان را بشناسی ببین چه کسانی در پی آنند و چه کسانی از آن اجتناب می‌کنند. وقتی آدم‌های بدی و یا حتی دشمنان اسلام از یک جریان حمایت کنند وضع آن جریان معلوم است. در اوج پیچیدگی فتنه‌ها همواره خداوند روشن‌ترین دلایل را برای تشخیص حق از باطل قرار می‌دهد. حق هیچ وقت به صورت گسترده طرفداران به پیدا نمی‌کند و انسان‌های ناپاک هیچگاه به صورت مداوم یاور حق نخواهند شد. هیچ وقت نفاق آنقدر پیچیده نمی‌شود که این علامت‌ها و نشانه‌ها را از دست بدهیم.

بر اساس همین روایت یکی از روشن‌ترین نشانه‌ها و ملاک تشخیص حق از باطل، طرفداری دشمن خارجی " است. اینکه انسان ببیند آنان که در فلسطین و عراق و افغانستان و سایر مناطق دنیا، دستانشان به خون بی‌گناهان آغشته است از چه کسانی طرفداری می‌کنند. آمریکا و اسرائیل که به این روشنی در دنیا حنایت می‌کنند به چه کسانی مایل هستند؟ گویا خداوند نمی‌خواهد کسی دچار اشتباه شود که چنین ملاک و دلیل روشنی را برای ما قرار داده است.

از یک نگاه می‌توان گفت در فتنه‌های صدر اسلام تشخیص حق و باطل، کمی سخت‌تر از الان بود چرا که آنان دشمن خارجی مشابه با آنچه که ما داریم نداشتند. در چنین فضایی که ما قرار داریم، و تقریباً همه چیز شفاف می‌شود. دشمن خارجی ما با این وضوح از یک جریان حمایت می‌کند در چنین فضای شفافی چه کسانی دچار ریزش خواهند شد؟ چرا اینها دقت لازم را ندارند و تشخیص غلط می‌دهند؟ کسانی که خود را از عیوب نفسانی پاک نکرده‌اند و یا بیمار دل هستند. برای چنین فرد بیمار دلی هر چقدر استدلال ارائه شود باز هم دو دل است و تردید دارد. رسول خدا (ص) بحث کردن با چنین افرادی را بی‌فایده دانسته و اصحابشان را از بحث کردن با ایشان نهی می‌فرمودند:

إِيَّاكُمْ وَجَدَالَ كُلِّ مَفْتُونٍ فَإِنَّ كُلَّ مَفْتُونٍ مَلَقَنَ حَجَّتَهُ إِلَى انْقِضَاءِ مُدَّتِهِ فَإِذَا انْقَضَتْ مُدَّتُهُ أَحْرَقَتْهُ فَتْنَةٌ بِالنَّارِ (توحید صدوق / ۴۵۹)

تنها مقداری ایمان و عقل لازم است برای اینکه به سلامت از فتنه‌های آخر الزمان عبور کنیم. در آینده با کمال تعجب در مقابل دیدگان ما پدیده‌های توبه توی نفاق از سوی کسانی که اصلاً انتظارش را نداریم شکل خواهد گرفت نباید به خود تردید راه دهیم و حتی نباید غصه آنها را بخوریم؛ به گونه ای که غصه خوردن به حال چنین افرادی ما را در پیروی حق دچار تزلزل کند. در جریان بازدید که امیرالمؤمنین همراه عمار یاسر از کشته‌های جنگ جمل داشتند، یکی از کشته‌های سپاه عایشه، پسر مقداد صحابی بسیار گرانقدر پیامبر (ص) و علی (ع) بود. عمار یاسر پس از اینکه خدا را بر کشته شدن او شکر کرد (الحمد لله الذی أَوْقَعَهُ وَجَعَلَ خَدَهُ الْأَسْفَلَ؛ خدا را شکر که او را بعمل ناپاکش گرفتار کرده و صورتش را بخاک مالید خطاب به امیر المؤمنین (ع) گفت: انا و الله یا امیر المؤمنین مَا تَبَالَى مَنْ عِنْدَ عَنِ الْحَقِّ مَنْ وَلَدَ وَ الْوَالِدَ (سوگند بخدا از کشتن هیچ فرد منحرفی باک نداریم پدر باشد یا پسر هم در نظر ما یکسانیت حضرت عمار را تأیید کرده و برایش دعا کردند. (رحمک الله و جزاک عن الحق خیراً) (ارشاد مفید / 255/1)

5- مسئولیت مدنی ناشی از اعمال حق

به موجب قانون اساسی افراد از حقوق گوناگونی برخوردارند. ارزش این حقوق در این است که صاحب حق اختیار اعمال آن را داشته باشد. رعایت حقوق دیگران از سوی اعمال کننده حق به هنگام اعمال آن منوط به این است که دیگران را متحمل ضرر با مشقتی نکنند. در قاعده لاضرر، از مفاهیم ضرر» و ضاره تعابیر مختلفی شده است. یکی از تعابیر دقیق این است که «ضرر» به معنی هر نقصان یا عیبی است که در مال یا نفس به وجود آید و ضار هم به معنی تضییع است. (توکل، ۱۳۸۴: ۵۲)

همچنین، مطابق اصل ۴۰ قانون اساسی:

«هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد»

حکم مقرر در این اصل به قاعده ممنوعیت اسوء استفاده از حق شهرت دارد. بنابراین اگر اعمال کننده حق به انگیزه متضرر کردن دیگری در حق خود تصرف کند عمل او از نظر حقوقی مجاز نبوده و سزای این نیت سوء این است که از تصرف در حق خویش محروم شود. ماده ۱۳۲ قانون مدنی نیز تصرفاتی را که فردی در ملک خود می‌کند و باعث ضرار همسایه می‌شود، در صورتی مجاز دانسته است که این تصرفات متعارف باشد. این ماده مقرر کرده است: «کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود مگر تصرفی که به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا رفع ضرر از خود باشد (صادقی، ۱۳۸۶: ۳۶)

1-5- تکلیف در صورت تعارض میان قاعده تسلیط و قاعده لاضرر

در تعارض قاعده تسلیط و بخش دوم قاعده لاضرر یعنی (الاضرار فی الاسلام) قاعده تسلیط حاکم است مقید به اینکه تصرفات متصرف در حقوق خویش متعارف باشد. بنابراین، اگر تصرفات متصرف متعارف نباشد و در عین حال مستلزم ضرار تضییق دیگری باشد، تعارضی بین دو قاعده مورد اشاره قابل تصور نیست.

دومین نکته ای که درباره ماده ۱۳۲ قانون مدنی باید گفت این است که مطابق قسمت اخیر این ماده معیار تشخیص متعارف بودن تصرف اعمال حق این است که این تصرفات باید برای رفع حاجت یا دفع ضرر از خود باشد. نکته سوم متعارف نبودن تصرفی است که باعث تضرر (تضییق) دیگری شده و اماره بر سوءاستفاده از حق است. لذا اگر تصرفی برای یکی از این دو مقصود نباشد، متعارف نیست و البته متصرف در صورتی از آن منع می‌شود که برای دیگری ایجاد مزاحمت کند.

بنابراین می‌توان گفت قانونگذار در بیان حکم مقرر در ماده ۱۳۲ دچار مسامحه شده است و بهتر بود به جای آن مقرر می‌کرد کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی نماید که برای دیگری مزاحمت ایجاد کند مگر اینکه تصرف وی برای رفع حاجت یا دفع ضرر از خود عرفاً لازم باشد، در نهایت باید گفت که اگر بر اثر اعمال حق ضرری به دیگری وارد شود اعمال کننده حق در برابر زبان دیده مسئولیت دارد و نمی‌تواند برای رهایی از مسئولیت به قاعده تسلیط استناد کند، زیرا قاعده تسلیط حتی در تصرفات متعارف مسئولیت مدنی اعمال کننده حق را رفع نمی‌کند. (قهرمانی، ۱۳۸۴: ۷۸)

2-5- تفاوت مواد ۵۲۱ ق.م.ا با ماده ۱۳۲ ق.م.

در ماده ۵۲۱ ق.م.ا آمده هرگاه کسی در ملک خود به مقدار نیاز با 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 آتش افروز است (شکری، ۱۳۸۴: ۳۷۳)

در ادامه در ماده ۵۲۱ 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 عهده دار آن خواهد بود گرچه به مقدار نیاز خودش روشن کرده باشد. در جمع این دو ماده استاد دکتر کاتوزیان اینچنین آورده اند که از جمع این دو ماده چنین بر می‌آید که معیار تمیز تصرف مباح شخصی در ملک خود نیاز به آن تصرف نیست امکان و پیش بینی عدم ورود ضرر به دیگران است و از این جهت با مفاد ماده ۱۳۲ ق.م که انگیزه رفع حاجت و رفع ضرر را یکی از شرایط اباحه تصرف زبان بار قرار می‌دهد تفاوت دارد» (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۳۰۰).

در ماده ۵۲۱ 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 ۵۲۱ روشن کردن آتش به وسیله مالک در ملک خویش اگرچه متعارف و به اندازه نیاز باشد اگر سرایت آن مستند به روشن کننده باشد. موجب مسئولیت روشن کننده است.

«خروج از محدوده و دامنه حق مالکیت» یا با اراده شخص صورت می‌گیرد یا خارج از اراده وی است. یا قابل پیش بینی است و یا خیر اگر با اراده خود شخص صورت گرفته باشد و یا این خروج قابل پیش بینی 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 پیش بینی 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 اگر آن عمل

را برای رفع حاجت و ضرر از خود و به قدر متعارف انجام داده باشد مسئولیتی برای وی در بر نخواهد داشت؛ خواه قابل پیش بینی باشد و خواه نباشد و خواه قابل استناد به شخص باشد یا نباشد. (نصرتی صدقیانی، ۱۳۸۹: ۱۰۲)

در واقع این مواد قانون مجازات برای زمانی است که فاعل از حق خود تجاوز نموده است و دیگر نام آن عمل را نمی توان اعمال حق دانست چراکه اعمال حق مالکیت شامل تصرفاتی که باعث تصرف در ملک دیگری می شود نمی گردد و همان طور که از نص این مواد بر می آید، سرایت آتش به ملک دیگری در واقع تصرف در ملک دیگر است. لذا به این علت است که این مواد به لزوم پیش بینی ضرر و قابلیت استناد ضرر به عمل فاعل اشاره کرده اند و گرنه محدودیت اعمال حق با قابلیت پیش بینی ضرر با قابلیت استناد ضرر به عمل فاعل امری غیر منطقی به نظر می آید. چراکه پیش بینی ضرر یا قابلیت استناد ضرر به اعمال کننده حق در اکثر حقوقها امری بدیهی است. (شیخ الاسلامی، ۱۳۸۲: ۸۵)

3-5- تخصیص یا عدم تخصیص ماده ۱۳۲ ق.م.ب.س ماده ۵۲۱ ق.م.ا

ماده ۱۳۲ ق.م.ب.س می گوید: «کسی نمی تواند 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 مالکانه ای 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 پیش بینی ضرر یا قابلیت استناد ضرر به عمل فاعل در ایجاد مسئولیت ننموده است.

از طرفی مواد ۵۲۱ ق.م.ا به گونه ای وضع شده که این شبهه را ایجاد می نماید که موضوع این مواد با موضوع ماد ۱۳۲ ق.م.ب.س یکی بوده و از آنجا که تاریخ وضع آنها مؤخر بر تاریخ وضع ماده ۱۳۲ است لذا مخصص این ماده بوده و حکم قضیه سوءاستفاده از حق مالکیت را متفاوت می نماید.

برخی از اساتید و حقوق دانان من جمله مرحوم استاد دکتر شهیدی مواد ۵۲۱ ق.م.ا را با توجه به اینکه تاریخ وضع آنها (سال ۱۳۷۵) مؤخر بر ماده ۱۳۲ ق.م.ب.س است در موارد غیر قابل جمع، ناسخ مقررات ماده ۱۳۲ ق.م.ب.س دانسته اند شهیدی (۱۳۸۰: ۳۹) و در جمع این دو طرف چنین نتیجه گیری نموده اند که کسی نمی تواند در ملک خود تصرفی کند که موجب تضرر دیگری شود مگر تصرف متعارفی که برای رفع حاجت یا دفع ضرر باشد و نیز زیان آور 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 اعمال کننده 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 پیش بینی بوده باشد یا قابل پیش بینی نبوده ولی قابلیت استناد مستقیم به فاعل را داشته باشد، اعمال کننده حق مسئول است.

ابتدا باید گفت که تصرف بر مال خود از جهتی بر دو گونه است تصرفی که باعث تصرف در مال دیگری نمی شود و چنین استلزامی را ندارد و تصرفی که باعث تصرف در مال دیگری می گردد. به نظر نگارنده دایره شمول قاعده تسلیط شامل تصرفاتی که باعث تصرف در مال دیگری خواهد شد نمی گردد. همان طور 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 بر می آید 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 می گذارد و ترجیح و تقدیم قاعده تسلیط بر لاضرر را در اولی حاکم نمی داند (توکلی، ۱۳۸۱: ۴۵).

به نظر می رسد که حکم مواد مذکور از قانون مجازات بر چنین تصرفاتی حاکم است. چرا که آتش به ملک دیگری سرایت می کند. مسئله را باید با احکام اتلاف و تسبیب حل نمود و تأثیر پیش بینی ورود ضرر یا قابلیت استناد را نمی توان به حکم ماده ۱۳۲ ق.م.ب.س 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 تضرر دیگری و عدم تصرف مالک باعث تضرر 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 پیش بینی یا قابلیت استناد سوای 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 کرده ایم. همان‌طور که در تعریف سوءاستفاده 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 پیش بینی و قابل استناد به عمل فاعل در این باره برخی حقوقدانان (بابایی، ۱۳۸۱: ۵۱ و ۹۸) چنین بیان داشته‌اند: «در حقوق ما اخلاق حکم می‌کند که صرف نظر از نحوه عملکرد و تقصیر زبان زننده خساراتی را که وی به نحو مستقیم (مباشرت در اتلاف) یا غیر مستقیم به دیگری که بدون هیچ تقصیری متحمل زبان 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 پیش بینی 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 بی ارزش می‌شود اگر داشتن و نداشتن حق یکسان باشد، باید گفت که آنچنان حقی دیگر حق نیست. بنابر این نفس حق برای دارنده اش 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 زبان 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 زیاده روی بپرهیزند. لذا معیار تشخیص خطا برای اعمال کننده 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 بی اعتنا 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 (حائری شاه باغ، ۱۳۸۲: ۳۶).

از طرفی با نگاهی دقیق‌تر به موضوع به نظر می‌رسد که اصولاً ورود به بحث مقایسه ماده ۱۳۲ ق.م.ا با مواد ۵۲۱ 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 ۵۲۱ 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 ۵۲۱ و سایر مواد باب هفتم قانون مجازات اسلامی و نیز عبارات آسیب و خسارت که مکرراً در مواد ۵۲۱ قانون مجازات اسلامی تکرار شده است باعث شده است که بخشی از ادبیات حقوقی به مقایسه مواد مذکور بپردازد. در حالی که این اشتراک در الفاظ به معنای اشتراک در معنا نیست. (عبداللهی، ۱۳۹۲: ۱۰۲)

ماده ۱۳۲ ق.م.ا زیر مجموعه عنوانی است که قانون گذار آنرا در احکام و آثار املاک نسبت به املاک مجاوره نام داده است که خود زیر مجموعه 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 ۵۲۱ ق.م.ا زیر مجموعه باب هفتم از قانون مجازات اسلامی تحت عنوان تسبیب در جنایت 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 زیر مجموعه باب هفتم در تسبیب در جنایت هستند و جنایت جز بر انسان متصور نیست بحث اموال خارج از این موضوع هست. بنابراین همان طوری که از متن مواد ۵۲۱ 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 مع الفارق است. (مشایخی، ۱۳۸۷: ۹۶)

4-5- 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 اعمال کننده حق این امتیاز را می‌دهد تا حتی در صورتی که اعمال حق با ضرر دیگری همراه باشد، حقش را اعمال کند؟

دنایای 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 ذی حق 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. (واسعی، ۱۳۸۳: ۴۷)

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 با 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 اعمال کننده حق با دیگران هم به ضرر اعمال کننده حق توجه شده و هم با محدود کردن منطقی اعمال حق به حق دیگران.

این ماده در عین این که در مورد مسئله سوءاستفاده از حق خصوصاً حق مالکیت است. از آن جهت که تصرف ذی حق باعث تضرر دیگری و عدم اعمال حق باعث تضرر خود ذی حق می‌گردد متعرض مسئله تزامم قاعده لاضرر و تسلیط نیز شده است. مورد بیان نهاد حقوقی سوءاستفاده از حق است. زیرا شخص ذی حق 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 سوءاستفاده کرده است. تزامم 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 مسئولیت آور است و تنها در صورت اضرار منصرف را از مسئولیت کیفری 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 بهره مند شود تا شامل حدود اعمال حق چه در تصرفات ملکی و چه غیر آن می‌شد و شمول کلی ای راجع به حدود اعمال حق و منع سوءاستفاده 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. (شهیدی، ۱۳۸۶: ۶۹)

تشابه تعریف ژسران 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 اساسی ای که قبل از تشریح این ماده باید به آن پرداخت این است که اگر تصرفات مالک در ملک خود ضرر و زیانی به غیر وارد نیابد اگر چه از قدر متعارف در آن محل و زمان تجاوز نماید، مباح و قاعده تسلیط حکم‌فرما خواهد بود (امامی، ۱۳۸۳: ۴۱).

مسئله تحدید حق مالکیت برای جلوگیری از ضرر است. هرگاه از این تصرفات ضرری متوجه کسی نشود جلوگیری از اعمال حق مالکیت بی دلیل و بی منطق خواهد بود. هر چند آن تصرف غیر متعارف و غیر عقلانی باشد. البته برخی تصرفات غیر عقلایی را غیر مجاز شمرده اند (مکارم شیرازی، ۱۳۴۰: ۹).

ولی باید گفت منع تصرفات غیر عقلایی زمانی است که از آن تصرفات ضرری برای غیر منصور باشد.

5-5- نکات خاص ماده ۱۳۲ قانون مدنی

بله نخست اینکه این ماده در مقام بیان تعارض قاعده تسلیط «با قسمت اخیر قاعده لاضرر» و حل آن است. قاعده «لاضرر و لاضرار فی الاسلام» مبین این حکم است که در شریعت اسلام حکمی یافت نمی‌شود که ضرر زدن و ضرر بر دیگری را مباح کند. در صورتی که ضرری به دیگری وارد آید عامل زبان ملزم به جبران می‌شود و در صورتی که برای دیگری تضییقی وارد آید عامل تضییق رفع خواهد شد. با این توصیف باید گفته شود که ماده ۱۳۲ در صدد تبیین تعارض میان قاعده تسلیط و بخش اخیر قاعده «لاضرر یعنی الاضرار فی الاسلام» است. لذا واژه «تضرر» در ماده مزبور باید به مزاحمت تعبیر شود که مطابق حکم بیان شده کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که باعث ضرر (تضییق یا مزاحمت) همسایه شود مگر اینکه تصرفاتش متعارف باشد که در این صورت تحمل چنین تضییقاتی در زندگی اجتماعی اجتناب ناپذیر است. (بهرامی احمدی، ۱۳۸۷: ۹۶)

نتیجه گیری

در حقوق ایران اطلاق «حق مالکیت» با استثنای‌های فراوان مواجه شده است و قوانین مختلف آن را محدود کرده است. اصل ۰ قانون اساسی اجازه نمی‌دهد که اعمال حق مالکیت وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی باشد. در حقیقت این اصل به «قاعده لاضرر» که محدود کننده «قاعده تسلیط» است اشاره دارد. اما معیار تشخیص سوءاستفاده از حق را به دست نمی‌دهد. برای جستجوی این معیار باید به قانون مدنی مراجعه کرد. به موجب ماده این قانون کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند... گرچه این ماده ناظر به تصرفی است که مالک در مال غیر منقول خود می‌کند و از آن زبانی به همسایه وارد می‌شود لیکن می‌توان بنابر وحدت ملاک و با توجه به اصل ۴۰ قانون اساسی حکم آن را به کلیه تصرفات زبان اور مالک در مال منقول یا غیر منقول تسری داد مشروط به این که شرایط مندرج در ماده قانون مدنی در آن جمع باشد. استفاده ناروا از حق و اختیار ممکن است جنبه سلبی یا ایجابی داشته باشد. در جنبه سلبی فرد با عدم استفاده از حق، اختیار مقام قدرت و... موجب ورود ضرر به دیگری می‌شود. مانند کسی که از حق ولایت خود نسبت به فرزند منصرف شود و فرزند صغیر دچار زبان مادی و معنوی شود با شوهری از حق تمکین خود استفاده نکند و در اثر آن همسر با بحران روحی مواجه شود اما در جنبه ایجابی سوءاستفاده از حق دارنده حق از حقوق خویش به شکل درست استفاده نمی‌کند و در نتیجه به دیگری ضرر وارد می‌کند مانند راننده ای که در روز بارانی با سرعت زیاد از معبر رد شود و در نتیجه آن لباس عابر پیاده ای آلوده شود.

در نوشتار حاضر به بررسی معیارها و قوانین تشخیص سوء استفاده از حق پرداخته شده است که مهم‌ترین این معیارها عبارتند از تمسک به عمومات و اطلاعات، توجه به لسان دلیل، قیاس اولویت، توجه به دلالت گزاره‌های خبری، استقراء و تنقیح مناط، سیره عقلا، وجود مصلحت گذشت نکردنی قدر متعارف و تقصیر عرف، تصرف در حد متعارف، رفع حاجت و یا ضرر از خود، رفع یا دفع ضرری که به همسایه وارد می‌شود. به طور کلی می‌توان نتیجه گرفت که هر چقدر زمان به پیش می‌رود نقش و جایگاه منافع اشخاص خصوصی در مقابل منافع سوءاستفاده از حق در حقوق خصوصی دولتها در عرصه حقوق خصوصی اهمیت و رونق بیشتری می‌یابد. هدف اول همه قواعد حقوق خصوصی تأمین حداکثر منافع اشخاص خصوصی است و مصالح دولتها صرفاً به عنوان یک استثناء در موارد مضیق به کار می‌آید. اعتقاد به این تحول بسیاری از مفاهیم رایج در حقوق خصوصی را تحت تأثیر قرار می‌دهد. کاوش در مکنونات ذهنی اشخاص از قبیل قصد تقلب که هیچ گونه بارقه عینی و نماد خارجی ندارد ثبات و قابلیت پیش بینی را در روابط خصوصی فراملی متزلزل می‌سازد و حقوق و منافع مشروع اشخاص ثالث را دچار مخاطره می‌نماید مگر اینکه بر ارزیابی و محاسبه معیارهای عینی از قبیل مصالح عمومی و منافع اشخاص ثالث مبتنی باشد. بدین ترتیب قاعده منع تقلب نسبت به قانون نیز از بازرسی نیت درونی و قد باطنی اشخاص فاصله گرفته و با توجه به معیارهای فوق الذکر یا نظم عمومی قرابت و مشابهت بیشتری می‌یابد.

منابع

قرآن کریم

الف- کتب

- (۱) احمدی بهرامی، حمید (۱۳۸۹) سوءاستفاده از حق نشر اطلاعات. چاپ سوم.
- (۲) ازگیر، یدالله (۱۳۷۷)، آرا دیوان عالی کشور در امور حقوقی، جلد ۳، چاپ اول، انتشارات ققنوس.
- (۳) امامی، سید حسن (۱۳۸۳) حقوق مدنی، جلد اول، تهران، نشر اسلامی، چاپ بیست و چهارم.
- (۴) جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۳) مقدمه عمومی علم حقوق، چاپ هفتم، تهران، گنج دانش.
- (۵) جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۸) حقوق اموال، چاپ ششم، تهران، کتابخانه گنج دانش.
- (۶) حائری شاه باغ، سید علی (۱۳۸۲)، شرح قانون مدنی، جلد دوم تهران، نشر گنج، چاپ اول.
- (۷) زراعت، عباس (۱۳۸۸) قواعد فقه مدنی، تهران، انتشارات جنگل، جاودانه، چاپ اول.
- (۸) شکری، رضا و سیروس قادر (۱۳۹۴) قانون مجازات اسلامی در نظم حقوق کنونی، چاپ چهارم تهران، انتشارات نشر مهاجر.
- (۹) شهیدی، مهدی (۱۳۸۶) تجاوز از حق تحقیقات حقوقی، شماره ۳۳ و ۳۴.
- (۱۰) صالحی ذهابی، جمال (۱۳۸۱) مسئولیت مدنی و قانون حاکم بر آن در تعارض قوانین، پژوهشنامه بیمه، شماره ۶۷.
- (۱۱) عبداللهی، عبدالکریم، (۱۳۹۲) قواعدی از فقه، تهران، نشر دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ اول.
- (۱۲) فرهیخته، شمس‌الدین (۱۳۸۶) فرهنگ فرهیخته، چاپ اول، تهران، انتشارات زرین.
- (۱۳) قاسم‌زاده، سید مرتضی، ره پیک کیایی، عبدالله (۱۳۸۸) تفسیر قانون مدنی، اسناد، آراء، اندیشه‌های حقوقی، تهران، انتشارات سمت، چاپ سوم.
- (۱۴) کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳) اموال و مالکیت، دوره مقدماتی، چاپ هشتم، تهران، نشر میزان.
- (۱۵) کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵) الزام‌های خارج از قرارداد، دوره پیشرفته تک جلدی، چاپ پنجم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- (۱۶) مشایخی، قدرت الله، (۱۳۸۷) قاعده‌های فقهی، تهران، نشر سمت، چاپ سوم.
- (۱۷) مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۴۰) قواعد الفقهیه، ج ۱، چاپ اول، قم، دارالعلم.

ب- مقالات

- (۱) بابایی، ایرج (۱۳۸۶) بررسی عنصر خطا در حقوق مسئولیت مدنی، مجله پژوهش حقوق و سیاست، شماره ۷.
- (۲) توکلی، سعید (۱۳۸۴) قاعده لاضرر و قاعده تسلیط در نظام حقوقی ایران، مجله دادرسی، شماره ۳
- (۳) شیخ الاسلامی، سید محسن، (۱۳۸۲) تقلب نسبت به قانون در حقوق بین الملل خصوصی، مجله نامه مفید، دوره نهم، شماره ۴۰.
- (۴) صادقی، م. محمودی، (۱۳۸۶) تعامل و هم‌زیستی قراردادهای پروانه بهره‌برداری از حقوق مالکیت فکری با حقوق رقابت فصلنامه پژوهش‌های بازرگانی شماره چهل و سوم.
- (۵) فیض، علیرضا (۱۳۸۳) پویایی و اجتهاد در پرتو عرف یا در بستر زمان و مکان، علی، مکرم، سی دی مجموعه مقالات حقوقی، نسخه ۳/۱.
- (۶) قاسم‌زاده، مرتضی، (۱۳۷۸) مفهوم غیرقانونی بودن یا ناهنجاری فعل زیان‌بار در مسئولیت مدنی، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی شماره ۱۳.
- (۷) قهرمانی، نصرالله. ۱۳۸۴، مطالعه تطبیقی چگونگی رفع تعارض اصل تسلیط با قاعده لاضرر، مجله کانون وکلا، شماره ۱۸۸ و ۱۸۹.

- 8) نصرتی صدقیانی، ناصر (۱۳۸۹) سوءاستفاده از حق مالکیت در آپارتمان‌ها، دانشگاه پیام‌نور تهران، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، ۱۳۸۹.
- 9) واسعی، سید محمد (۱۳۸۳) فقه و عرف، مجله قیسات، شماره ۱۵ و ۱۶.

Examining the criteria and rules for detecting abuse of rights

First Author Akbar Rezapoor Fard

Masters degree in private law Islamic Azad University Tabriz branch

1-1- Abstract

In Iranian law, the term "property right" has faced many exceptions and various laws have limited it. Article 40 of the Constitution does not allow the exercise of property rights to be a means of harming others or encroaching on public interests. In fact, this principle refers to the "harmless rule" which limits the "rule of subrogation". But it does not provide the criterion for detecting the abuse of the right. In this article, the criteria and rules for detecting the abuse of rights have been examined, the most important of which are adherence to generalities and applications, attention to the language of reason, comparison of priority, attention to the implication of news statements, induction and revision of Manat, Sirah Aqla, Existence of unforgivable expediency of conventional value and custom's fault, possession within the conventional limit, removal of need or loss from oneself, removal or removal of damage caused to the neighbor. In general, it can be concluded that as time goes on, the role and position of the interests of private individuals against the interests of the abuse of rights in the private rights of governments in the field of private rights becomes more important and prosperous. The first goal of all rules of private law is to secure the maximum interests of private individuals, and the interests of governments are only used as an exception in rare cases. Belief in this evolution affects many common concepts in private law law. Exploring the mental state of persons such as the intention to cheat, which does not have any objective or external symbol, destabilizes the stability and predictability in transnational private relations and endangers the legitimate rights and interests of third parties, unless it is based on the evaluation and calculation of objective criteria of such as public interests and the interests of third parties. In this way, the rule of prohibiting fraud, compared to the law, is far away from the inspection of the inner intentions and inner height of individuals, and it is closer and more similar to the above-mentioned criteria or public order. In this article, the criteria and rules for detecting the abuse of rights have been analyzed in a descriptive-analytical way.

Keywords: Right, abuse of right, damage, subordination rule, public order.