

# مسئولیت مدنی ناشی از تصرفات مالکانه

محمود حکمت‌نیا\*  
مسعود فیاضی\*\*

تاریخ تأیید: ۹۳/۰۵/۰۲

تاریخ دریافت: ۹۲/۱۲/۲۰

## چکیده

یکی از حوزه‌های مهم مسئولیت مدنی، مسئولیت مدنی ناشی از تصرفات مالکانه است که منجر به ورود ضرر به غیر می‌شود. بررسی مسئولیت در این موارد در گرو بررسی میزان و چگونگی دلالت ادله دارای اقتضای اثبات ضمان از سویی و میزان و چگونگی دلالت ادله صالح برای ایجاد مانع در برابر اقتضات مزبور از سوی دیگر است. ادله مقتضی مسئولیت، قواعد اتلاف و تسبیب و لاضرر - در طرف غیر - هستند که قواعد سلطه، لاجرح و لاضرر - در طرف مالک - نیز صلاحیت مانعیت در برابر آنها را دارند. وجود عواملی مانند «قصد اضرار داشتن یا نداشتن مالک از تصرف»، «علم داشتن یا نداشتن مالک نسبت به ورود ضرر به غیر»، «به اندازه نیاز بودن یا نبودن میزان تصرف مالک»، «ضرر کردن یا ضرر نکردن مالک از عدم تصرف»، «به حرج افتادن یا نیفتادن مالک در صورت عدم تصرف» و «میزان ضرر همسایه در مقایسه با ضرر مالک» در این نوع از تصرفات تعیین‌کننده جریان یا عدم جریان هر یک از ادله مزبور در مورد می‌باشند. از این رو در مقاله با تفکیک شرایط مختلف موضوع، نحوه جریان و جمع بین ادله فوق، نشان داده شده و موارد ثبوت مسئولیت مشخص شده‌اند.

**واژگان کلیدی:** مسئولیت مدنی، تصرفات مالکانه، ضمان، اضرار، تضرر، اتلاف،

تسبیب، لاضرر.

\* دانشیار پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی / نویسنده مسئول (mh.hekmatnia@yahoo.com).

\*\* پژوهشگر پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی (msd.fayazi@gmail.com).

## مقدمه

یکی از حوزه‌های مهم مسئولیت مدنی، مسئولیت مدنی ناشی از تصرفاتی است که فرد در ملک خود انجام می‌دهد و موجب وارد شدن زیان به دیگری - که در بیشتر موارد همسایگان هستند - می‌شود. این‌گونه تصرفات، ممکن است دارای دو حکم تکلیفی و وضعی باشد. بررسی و تعیین حکم تکلیفی، حدود تصرفات مالکانه مالک را مشخص می‌سازد و معلوم می‌کند که چه تصرفاتی برای او جایز و چه تصرفاتی ممنوع است. بررسی حکم وضعی نیز که دغدغه اصلی مقاله است، به دلیل اینکه در شرایطی مطرح می‌شود که تصرفات مزبور موجب ورود زیان به دیگری شده باشد، معلوم می‌کند که در چه مواردی ضمان وجود دارد و در چه مواردی وجود ندارد.

در ماده ۳۰ قانون مدنی به منظور تعیین حکم تکلیفی این‌گونه تصرفات گفته شده است: «هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه‌گونه تصرف و انتفاع دارد، مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد»، سپس در ماده ۱۳۲ همین قانون، یکی از موارد استثنا را به این نحو بیان می‌کند که: «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». بر این اساس، تصرفی که موجب تضرر همسایه شود و به قدر متعارف نباشد یا برای رفع حاجت و دفع ضرر از خود نباشد، ممنوع دانسته شده است. البته در قانون مدنی راجع به مسئولیت مدنی این‌گونه تصرفات، نص صریحی وجود ندارد و بر اساس مشی این قانون، حکم مزبور را باید از عموماً قوانین جست‌وجو کرد؛ اما در قانون مجازات اسلامی به صورت خاص به نوعی از تصرف که همان آتش‌افروختن در ملک است، اشاره شده و صورت‌های مختلف موجب مسئولیت مورد توجه قانونگذار، قرار گرفته است.\*

\* در خصوص حکم وضعی این مورد در قانون مجازات اسلامی ابلاغ شده در سال ۱۳۷۰، در مواد ۳۵۲ تا ۳۵۴ گفته شده است: «هرگاه کسی در ملک خود به مقدار نیاز یا زائد بر آن آتش روشن کند و بداند که به جایی سرایت نمی‌کند و عادتاً نیز سرایت نکند لکن اتفاقاً به جای دیگر سرایت کند و موجب تلف یا خسارت شود ضامن نخواهد بود». «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» و «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 وارده می‌باشد گرچه به مقدار نیاز خود روشن کرده باشد». البته این سه ماده در قانون مجازات اسلامی

بحث از این‌گونه تصرفات در بین فقها نیز در باب‌های احیاء موات، مبحث شروط تملک به احیاء، ذیل شرط دوم که عبارت از نبودن در حریم ملک دیگر است، در باب دیات، مبحث موجبات ضمان، در ضمن مسئله برافروختن آتش یا رهاکردن آب در ملک خود که موجب تضرر دیگری است، در باب غضب در مسئله‌ای شبیه مسئله باب دیات و نهایتاً در مبحث قاعده لاضرر در ذیل مباحث مربوط به تعارض ضررین مطرح شده است. مطالعه نظر فقها نشان می‌دهد که تشتت بسیاری در بین نظریات ایشان وجود دارد که حتی ارائه دسته‌بندی دقیق از آنها را نیز مشکل می‌کند. دلیل آن نیز این است که این مسئله از ابتدا در بین فقیهان متقدم به صورت منقح مطرح نشده است و از آنجا که رویه فقهای بعدی معمولاً بر ارائه نظریات در ضمن حاشیه‌نگاری یا نگاهستن شرح‌های تفصیلی بر متون موجز فقهای بزرگ قبلی بوده است، این عدم تنقیح به مباحث آنها نیز سرایت کرده و موجب تشتت زیادی در مسئله شده است.

برای بررسی حکم وضعی این‌گونه تصرفات، شناخت شرایط مختلفی از موضوع که بر روی حکم تأثیر دارند ضروری است. برای دریافت این شرایط، ابتدا تلاش می‌کنیم عناصر مزبور را از دیدگاه فقها شمارش نماییم. در بیانات ایشان عناصر «به قدر حاجت بودن تصرف»، «علم یا ظن قوی داشتن به سرایت»، «قصد اضرار داشتن مالک در تصرف» (عاملی، [بی تا]، ج ۷، ص ۲۲)، «مناسب بودن شرایط محیطی در موقع تصرف»، «تعددی و تفریط نمودن در ضمن تصرف» (حلی، [بی تا]، ب، ص ۴۱۴)، «رعایت کردن میزان عادت و متعارف در اندازه تصرف» (حلی، [بی تا]، ب، ج ۲، صص ۱۳۱ و ۱۳۸ / عاملی، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۶۰)، «تحقق تضرر غیر که نوعاً جایز نیست» (سبزواری، [بی تا]، ج ۲، ص ۵۵۶ / خویی، ۱۴۱۰، ب، ج ۲، ص ۱۵۶)، «ضرر کردن مالک از ترک تصرف» و «به حرج افتادن مالک از ترک تصرف» (عاملی، [بی تا]، ج ۷، ص ۲۲ / انصاری، [بی تا]، ج ۲، صص ۴۶۷ و ۴۷۰)، به عنوان شرایطی از موضوع که در وجود یا عدم مسئولیت نقش آفرینند، سخن به میان آمده است.

---

مصوب سال ۱۳۹۲، ادغام شده و ماده ۵۲۱ را به خود اختصاص داده که عبارت است از: «هرگاه شخصی در ملک خود یا مکان مجاز دیگری، آتشی روشن کند و بداند به جایی سرایت نمی‌کند و غالباً نیز سرایت نکند، لکن اتفاقاً به جایی دیگر سرایت نماید و موجب خسارت و صدمه گردد ضمان ثابت نیست و در غیر این صورت ضمان ثابت است.»

البته فقها وقتی در مقام بیان حکم قرار گرفته‌اند، گاه متعرض حکم تکلیفی شده‌اند و گاه به بیان حکم وضعی پرداخته‌اند. در مقام اثبات حکم وضعی مسئولیت نیز به دلایلی مانند: «سرایت ناشی از تصرف حرام» (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۱۰۳ / حلی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۴۹۴)، «سرایت از عدوان» (حلی، [بی تا]، الف، ج ۲، ص ۱۳۸)، «تعدی و تفریط» (حلی، ۱۴۱۳، ب، ج ۳، ص ۶۵۵ / حلی، [بی تا]، ب، ص ۴۱۴ / حلی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۶۶۴)، «قاعده اتلاف» و روایات «من اضر» (مراغی، ۱۴۱۷، ج ۱، ص ۳۳۶ / خمینی، [بی تا]، ب، ج ۲، ص ۵۶۶ / لنکرانی، ۱۴۱۸، ص ۹۱)، «وجود سببیت موجب ضمان» (عاملی، ۱۴۱۰، ج ۱۲، ص ۱۶۶ / سبزواری، [بی تا]، ج ۲، ص ۶۳۶)، «قاعده لاضرر» (سبزواری، [بی تا]، ج ۲، ص ۵۵۶ / انصاری، ۱۴۱۴، ص ۱۲۸ / خوبی، ۱۴۱۰، ب، ج ۲، ص ۱۵۶) و «عدم جمع بین حقین»\* (عاملی، ۱۴۱۰، ج ۷، ص ۳۴) تمسک کرده‌اند.

در این مقاله برای بررسی مسئولیت مدنی در شرایط مختلف موضوع، ابتدا باید شرایط مزبور را به خوبی شمارش کنیم. بنابراین تلاش می‌کنیم این مهم را با تحلیل آرای فقیهان به انجام برسانیم. سپس برای تعیین حکم مسئولیت در هر یک از حالات مزبور، باید ادله مقتضی اثبات مسئولیت و ادله مانعه را بررسی نموده و بین آنها به جمع عرفی قابل قبولی دست پیدا کنیم.

البته به دلیل اهمیت شناخت ادله مزبور که مبانی اثبات یا عدم اثبات مسئولیت هستند، ابتدا به آنها پرداخته و نظر مختار در مورد آنها را بیان می‌داریم، سپس موضوع‌شناسی کرده و حالات مختلف موضوع را معین می‌کنیم و نهایتاً با بررسی چگونگی تأثیر ادله به حکم‌شناسی می‌پردازیم.\*\* روش به کار رفته در مقاله نیز ساماندهی، تحلیل، نقد و نتیجه‌گیری نسبت به ملاک‌های متعددی است که از سوی فقها برای اثبات مسئولیت ناشی از تصرفات مالک در ملک خود بیان شده است.

\* حق مالک در تصرف در ملک خود و حق همسایه در ضرزندان.

\*\* توجه به این نکته نیز لازم است که، این بحث در کتاب مسئولیت مدنی (حکمت‌نیا، ۱۳۸۶، ص ۱۳۷-۱۵۰) نیز به صورت اجمالی پرداخته شده است، ولی این مقاله نسبت به آن تفصیلی‌تر است و با تفکیک گسترده‌تر در ناحیه موضوع تلاش کرده به حل مسئله پردازد.

## ۱. مبانی مسئولیت مدنی ناشی از تصرفات مالکانه

اثبات مسئولیت مدنی وابسته به تحقق سه رکن فعل زیانبار، زیان و رابطه سببیت است. در بحث حاضر، مواردی که بین تصرفات مالک و ضرر همسایه هیچ رابطه‌ای حتی رابطه عقلی - و نه عرفی - وجود ندارد، خارج از محل کلام است؛ زیرا این بحث در جایی قابل طرح است که میان ضرر و فعل مالک، دست‌کم رابطه عقلی وجود داشته باشد. در این صورت است که می‌توان به عناوین دارای اثری دست یافت و حکم مسئله را مشخص کرد؛ زیرا اگر بین فعل مالک و زیان وارد شده غیر از رابطه عقلی، رابطه سببیت عرفی نیز برقرار باشد، عناوین «اضرار» یا «اتلاف» بر فعل مالک صدق می‌کند؛ ولی اگر عرف رابطه‌ای بین آن دو تشخیص ندهد و تنها عقل به وجود رابطه بین آن دو حکم نماید، تنها عنوانی که وجود دارد عنوان «تضرر» همسایه خواهد بود. از این جهت است که برخی فقیهان برای اثبات مسئولیت، صدق عنوان «اضرار» و «اتلاف» را نسبت به فعل مالک ضروری می‌شمارند و تنها صدق عنوان «تضرر» را موجب اثبات مسئولیت نمی‌دانند. البته در بین ایشان نیز فقهایی وجود دارند که به ادله دیگری تمسک کرده و برخی صور «تضرر» همسایه را نیز شامل مسئولیت مدنی دانسته‌اند. در ذیل، ادله دارای صلاحیت برای اثبات مسئولیت و ادله دارای صلاحیت برای مانعیت نسبت به مسئولیت را بررسی می‌نماییم.

### ۱-۱. ادله مقتضی اثبات مسئولیت

فقها برای اثبات مسئولیت برای مالک به دلایلی تمسک کرده‌اند که برخی از آنها مستقلاً مقتضی اثبات ضمان بوده، برخی نیز دلیل مستقلی نیستند و بازگشت آنها به دلایل دیگر است. به همین دلیل باید همه آنها را بررسی کنیم تا با تشخیص ادله مستقل، بتوان نسبت به ثبوت یا عدم ثبوت ضمان در مورد مالک در بخش حکم‌شناسی قضاوت نمود.

#### ۱-۱-۱. ضمان ناشی از تصرفات حرام

نزد بسیاری از فقیهان - خصوصاً متقدمین - اگر در اثر تصرفی که دارای حکم تکلیفی حرمت است، ضرری به دیگری وارد شود، همان حرمت عمل، دلیل بر ضمان خواهد

بود. از این نوع ضررها با عناوین «سرایت از فعل محظور» و مانند آن یاد می‌شود (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۱۰۳/حلی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۴۹۴). این تلقی در بین بسیاری از فقهای متقدم و برخی فقهای متأخر شیوع دارد و گویی مورد اتفاق ایشان است (مامقانی، ۱۳۵۰، ص ۳۴۲)؛ برای مثال، در مسئله‌ای که فردی برای منزل خود ناودانی به سمت خیابان نصب کرده و اتفاقاً ناودان مزبور می‌افتد و موجب ورود ضرر به دیگری می‌شود، شیخ مفید به این مطلب به صورت قاعده‌ای عمومی اشاره می‌کند و معتقد است، هر تصرفی که به اذن شارع مقدس باشد ضمانی ندارد (عکبری بغدادی، ۱۴۱۳، ص ۷۴۹). همین امر را محقق در شرایع الاسلام نیز تأیید کرده و اصلاً آن را به عنوان یک ضابطه کلی برشمرده است (حلی، ۱۴۰۸، ج ۳، ص ۱۸۶). شهید اول و شهید ثانی نیز در جایی که زوج بعد از بلوغ زوجه به او دخول کرده و اتفاقاً او را افضاء می‌کند، معتقدند به دلیل اینکه فعل او مأذون بوده، لذا دیه‌ای بر او نیست (عاملی (شهید اول)، ۱۴۱۰، ص ۲۸۱/عاملی، ۱۴۱۰، ج ۱۰، ص ۲۴۰). مقدس اردبیلی نیز در باب دیات حتی در تعریف سببیت، تصرف غیر مباح را شرط دانسته و آن را از ارکان سببیت موجب ضمان برشمرده است (اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۴، ص ۲۵۸)؛ اما به نظر می‌رسد این قاعده به کلیتی که بیان شد و به صورت قاعده‌ای مستقل از بقیه قواعد، درست نباشد؛ زیرا در فقه موارد نقض زیادی دارد، به گونه‌ای که بسیاری از فقها چنین رابطه دو سوبه‌ای بین فعل حرام یا مباح و ضمان را منکر شده‌اند (مراغی، ۱۴۱۷، ج ۱، ص ۳۳۵/انصاری، ۱۴۱۴، ص ۱۲۸/نجفی، [بی تا]، ج ۳۷، ص ۵۹)؛ برای مثال، به اتفاق همه فقها، همه افعال کودک به لحاظ حکم تکلیفی مباح است؛ ولی با این حال اگر او مالی از دیگران را تلف نماید، با اینکه مرتکب حرام نشده است؛ ولی ضامن آن است و اولیای او باید خسارت زیان‌دیده را بپردازند. به همین دلیل نمی‌توان گفت که این قاعده یک قاعده مستقل و عامی در فقه است؛ بلکه باید گفت مواردی که در لسان فقها برای اثبات ضمان به تصرف از حرام استناد شده است، در حقیقت قاعده اثبات‌کننده مسئولیت دیگری مطرح است که دلیل اصلی اثبات ضمان همان است؛ ولی به دلیل ملازمه با تصرف از حرام، فقها اثبات ضمان را به آن اسناد داده‌اند. از این رو فقهای متأخر در اثبات ضمان به این قاعده تمسک نکرده و به قواعد دیگری استناد می‌کنند.

## ۲-۱-۱. قاعده اتلاف و تسبیب

از جمله قواعد مهمی که به عنوان مبنای مهم اثبات مسئولیت مدنی مورد توجه فقها قرار دارد، قاعده اتلاف و تسبیب است. برخی از فقها معتقدند قاعده اتلاف و قاعده تسبیب دو قاعده مستقل اند که اولی مربوط به مواردی است که فعل مستقیماً موجب ضرر به غیر است و دومی نیز در مواردی جریان می‌یابد که فعل به طور غیر مستقیم موجب ضرر به غیر می‌شود و بین فعل زیانبار و زیان نیز، عمل فاعل مختاری فاصله نشده است. در مقابل برخی دیگر از فقها نیز معتقدند که آنچه مستفاد از روایات و اصول عقلایی است، تنها قاعده اتلاف است و قاعده تسبیب از فروع همان است؛ زیرا آنچه از ادله استفاده می‌شود اینکه، تنها صدق عنوان «اتلاف» یا «اضرار»<sup>\*</sup> موجب ضمان است، حال گاه این «اتلاف» یا «اضرار» مستقیماً و مباشرتاً رخ می‌دهد و گاه غیر مستقیم و تسبیبی (ر.ک: مراغی، ۱۴۱۷، ج ۱، ص ۳۳۵/ خمینی، [بی تا]، ب، ج ۲، ص ۶۸/ خمینی، [بی تا]، الف، ج ۳، ص ۱۳۰/ حسینی سیستانی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۲۷۳). در مقابل این دو دسته، مرحوم شهید صدر معتقد است قاعده تسبیب، قاعده مستقلی است که منشأ روایی نیز دارد. تلقی ایشان نیز از این قاعده با تلقی مشهور متفاوت است؛ زیرا ایشان می‌گویند این قاعده دقیقاً مربوط به مواردی است که بین فعل زیانبار و ضرر، فعل فاعل مختاری فاصله شده و ضمان نیز ثابت است. از این رو همه مواردی را که مصداق تسبیب از دید مشهور است به قاعده اتلاف برمی‌گردانند. مثال آن نیز بر اساس روایات<sup>\*\*</sup> مربوط به جایی است که در اثر شهادت غلط شاهدان، قاضی حکمی را به اشتباه صادر می‌کند و عامل او هم، حکم را اجرا و متهم را مجازات می‌کند. در این

\* البته در روایات عنوان اضرار وجود دارد نه اتلاف و عنوان اضرار نیز اعم از اتلاف است؛ زیرا گاه اضرار وجود دارد ولی اتلاف وجود ندارد؛ مانند ماجرای سمره بن جندب که اتلافی انجام نداده بود ولی از سوی پیامبر اکرم ﷺ «مضار» خطاب شد (کلینی، ۱۴۲۹، ج ۱۰، ص ۴۸۶)، ولی این قاعده با عنوان قاعده اتلاف در بین فقها معروف است.

\*\* معتبره إبراهیم بن عبد الحمید عن ابی عبدالله علیه السلام فی شاهدین شهدا علی امرأة بأن زوجها طلقها فتزوجت ثم جاء زوجها فأنکر الطلاق قال: یضربان الحد و یضمنان الصداق للزوج (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۷، ص ۳۲۱).

معتبره جمیل عن ابی عبدالله علیه السلام «فی شاهد الزور قال ان کان الشیء قائماً بعینه رد علی صاحبه و ان لم یکن قائماً ضمن بقدر ما أتلّف من مال الرجل» (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۷، ص ۳۲۷).

مثال، شهود، ضامن زیان وارده به متهم هستند، هرچند فعل قاضی و عامل او، در میان واقع شده است (ر.ک: صدر، ۱۴۰۸، الف، ج ۴، ص ۳۲۷).

### ۳-۱-۱. «تعدی» و «تفریط»

تعدی و تفریط مالک در تصرفاتی که در ملک خود انجام می‌دهد، دلیل مستقلی است که برخی فقها برای اثبات ضمان به آن در این موارد تمسک کرده‌اند (حلی، ۱۴۱۳، ب، ج ۳، ص ۶۵۵/حلی، [بی تا]، ب، ص ۴۱۴/حلی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۶۶۴/عاملی، ۱۴۱۳، الف، ج ۱۲، ص ۱۶۷)؛ اما باید توجه داشت که تلقی ایشان از تعدی و تفریط در این مسئله، همان تلقی فقها از دو واژه تعدی و تفریط در اثبات ضمان در باب اجاره و رهن و عاریه و مانند آن نیست؛ زیرا در ابواب مزبور تعدی و تفریط در جایی صدق می‌کند که مستأجر یا مرتهن یا... نسبت به نگهداری مالی که از دیگری در دستشان است، تعدی یا تفریط نموده، موجب تلف آن مال گردند. در این موارد به دلیل قاعده علی‌الید ضامن تلف مزبور هستند (مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، صص ۴۱۳ و ۴۳۰). به همین جهت در ابواب مزبور اثبات ضمان مستقیماً به تعدی و تفریط اسناد داده نمی‌شود؛ بلکه دلیل اثبات ضمان در آن ابواب همان قاعده علی‌الید است؛ اما در مسئله تصرفات مالکانه گویی تعدی و تفریط به عنوان یک دلیل مستقل برای اثبات ضمان در نظر گرفته شده است. ثمره این اختلاف نیز در تلف سماوی ظاهر می‌شود؛ زیرا در صورت اول که تعدی یا تفریط موجب عدوانی شدن ید فرد می‌شوند، اگر مال به تلف سماوی نیز تلف شود، فرد باز هم ضامن است؛ ولی در صورت دوم اگر فرد در ملک خود تعدی یا تفریط کرد و مثلاً دیوار ملک خود را کج ساخت، اگر دیوار مزبور به دلیل زلزله و مانند آن - نه به دلیل کج‌بودنش - خراب گشت و ضرری به غیر وارد نمود، ضمانی متوجه مالک نیست؛ چراکه این ضرر مستند به تعدی و تفریط مالک نمی‌باشد.

سؤالی که در اینجا وجود دارد این است که آیا تعدی و تفریطی که در این باب مطرح می‌شود، می‌تواند قاعده مستقلی برای اثبات ضمان باشد؟ آیا بازگشت این عناوین به همان تسبیب یا عناوین دیگر موجب مسئولیت نیست؟ برای پاسخ به این



سؤال باید موارد استناد فقهای مزبور به این دلیل را تحلیل نماییم تا قضاوت درستی داشته باشیم.

یکی از مواردی که به تعدی و تفریط برای اثبات ضمان استناد شده است، موردی است که مالک با علم به اینکه همسایه از تصرف او در ملک خودش متضرر می‌شود، در ملک خود تصرف می‌کند، صرف نظر از اینکه این نیاز به اندازه نیازش بوده یا خیر؟ و اگر آن را ترک کند به ضرر و حرج می‌افتد یا خیر؟ در این موارد برخی از فقها به دلیل تعدی ضمان را ثابت کرده‌اند؛ ولی در توضیح تعدی گفته‌اند، مالک به این دلیل تعدی کرده است که به ورود ضرر به همسایه علم داشته است (حلی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۶۶۴/ عاملی، ۱۴۱۳، الف، ج ۱۲، ص ۱۶۷/ نجفی، [بی تا]، ج ۴۳، ص ۱۱۴).

مورد دیگری که به دلیل تعدی اشاره شده است، مربوط به فردی است که در ملک خود تصرف مشروعی را انجام داده و اتفاقاً به دیگری ضرری وارد شده است. در این مورد برخی فقها برای اثبات عدم مسئولیت به «عدم تعدی» استناد کرده‌اند و در توضیح آن گفته‌اند که به این دلیل تعدی صورت نگرفته است که فعل او به لحاظ شرعی مأذون بوده است (عاملی، ۱۴۱۳، الف، ج ۱۲، ص ۱۶۶/ نجفی، [بی تا]، ج ۴۳، ص ۱۱۴).

مورد دیگر که به تعدی و تفریط اشاره شده است، مربوط به جایی است که زوج در اثر دخول به زوجه بعد از بلوغ او، موجب افضای او شده است. در این صورت با اینکه این فعل مأذون بوده است؛ ولی هم علامه حلی و هم شهید ثانی به شرط رخ دادن تفریط، ضمان را ثابت کرده‌اند (حلی، ۱۴۱۳، الف، ج ۹، ص ۳۹۸/ عاملی، ۱۴۱۰، ج ۱۰، ص ۲۴۰)؛ اما شهید ثانی در همین جا برای توضیح اینکه مراد از تفریط چیست می‌گویند: «تفریط به این است که زوج ظن قوی به افضای زوجه در اثر دخول داشته باشد؛ ولی باز هم دخول نماید»\* (همان).

علاوه بر این، فقها از سویی معتقدند در شرع مقدس تعدی و تفریط به همان معنای لغوی خود به کار رفته‌اند (وزارت‌الاعواقف و الشؤون الاسلامیه الکویت، ۱۴۰۴-۱۴۲۷، ج ۱۲، ص ۲۳۳) و از سوی دیگر در بیان معنی تفریط گفته‌اند: «تفریط ترک امر واجبی

\* شهید ثانی در این مورد واژه تفریط را به کار برده است هرچند واژه تعدی برای این مسئله مناسب‌تر به نظر می‌رسد.

از روی سستی و تقصیر است» (نجفی، [بی تا]، ج ۲۷، ص ۱۲۸ / خمینی، [بی تا]، ب، ج ۱، ص ۵۵۳ / عاملی، ۱۴۱۳، ب، ص ۴۷)، یا در تعریف تعدی بیان داشته‌اند؛ تعدی تجاوز از حد است (عبدالرحمان، [بی تا]، ج ۱، ص ۴۶۸)، یا تعدی انجام فعلی است که شرعاً جایز نیست (حلی، ۱۴۰۷، ج ۳، ص ۱۱). همین معنا در مورد تعدی و تفریط در باب غصب و اتلاف نیز به کار رفته است (عبدالرحمان، [بی تا]، ج ۱، ص ۴۶۸). البته تفریط در موارد اهمال و ترک یک عمل واجب استعمال می‌شود و تعدی به مواردی اطلاق می‌شود که فعلی انجام شده است؛ ولی از حد خود گذشته است (وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامیه الکویت، ۱۴۰۴ تا ۱۴۲۷، ج ۱۳، ص ۱۵۰).

دقت در موارد بالا نشان می‌دهد که تعدی و تفریط، در مسئله تصرفات مالکانه به عنوان یک قاعده مستقل به کار نرفته‌اند؛ بلکه به قواعد دیگری باز می‌گردند. بر این اساس می‌توان گفت، تعدی و تفریط در این باب، عناوین عامی هستند که در هر مورد که از حدود لازم تجاوز شده باشد یا در رعایت آنها کوتاهی شده باشد، اطلاق می‌شوند. از این رو وقتی گفته می‌شود ضمان به دلیل تعدی یا تفریط ثابت می‌شود، یا صدق آنها به قاعده اتلاف برمی‌گردد و از تعدی صورت گرفته به شهادت عرف سببیت در اتلاف فهمیده می‌شود یا به تصرف ناشی از فعل حرام باز می‌گردد، که البته پیش از این مشخص شد که آن نیز قاعده مستقلی نیست و به قواعد دیگر برمی‌گردد. شاهد دیگری بر این مدعا اینکه، حتی ابن‌عرفه تعدی را به «اضرار بالغیر بغیر حق» تعریف کرده است (همان).

#### ۴-۱-۱. قاعده لاضرر

یکی دیگر از قواعدی که برای اثبات مسئولیت مدنی در تصرفات مالکانه استفاده شده است، جریان قاعده لاضرر در خصوص همسایه است (عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۹، ص ۶۹)؛ زیرا در مواردی از تصرفات مالک در ملک خود که ضرری به همسایه وارد می‌شود، عرف، عنوان «ضرر» در مورد همسایه را احراز می‌کند و از این جهت قاعده لاضرر در مورد او جریان یافته، ضمان را در عهده مالک اثبات می‌کند و لذا حتی در مواردی که به دلیل عدم صدق عناوین «اتلاف» یا «اضرار» نمی‌توان با استناد به قاعده اتلاف و تسبیب ضمان مالک را ثابت نمود، این قاعده کاربرد دارد و می‌تواند ضمان را در ذمه

مالک ثابت نماید و اینها همه در صورتی است که همان‌طور که مفاد نظریه مختار است، دامنه این قاعده منحصر به گستره احکام تکلیفی نباشد و شامل محدوده احکام وضعی نیز باشد؛ زیرا برآیند قاعده لاضرر، نفی هرگونه حکم شرعی - اعم از تکلیفی و وضعی - است که از جهت آن ضرری متوجه مکلف گردد (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۱، ص ۲۱۷).

## ۲-۱. ادله مانع

در بالا دلایلی مورد بحث قرار گرفتند که در مسئله مورد بحث، مقتضی اثبات مسئولیت بودند؛ اما دلایلی نیز وجود دارند که در این مسئله به عنوان موانع اثبات مسئولیت مطرح‌اند. این دلایل عبارتند از: «سرایت از مباح» (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۱۰۳/حلی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۴۹۴)، «عدم تعدی» (حلی، [بی‌تا]، ب، ج ۲، ص ۳۷۶)، «عدم صدق اتلاف» (مراغی ۱۴۱۷، ج ۱، ص ۳۳۷/نجفی، [بی‌تا]، ج ۳۷، ص ۵۹/عاملی، ۱۴۱۳، الف، ج ۱۲، ص ۱۶۶)، قاعده سلطنت (عاملی کرکی، [بی‌تا]، ج ۷، ص ۳۷۶)، قاعده لاجرح (انصاری، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۴۶۷) و تعارض ضررین\* (حائری طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۱۴، ص ۱۲۱/عاملی، ۱۴۱۹، ج ۷، ص ۲۲).

مراد از استناد به «سرایت از مباح» در اثبات عدم مسئولیت اینکه، وقتی تصرف مالک در ملکش مباح است، ضرری که از جهت آن به همسایه وارد می‌شود موجب ضمان نیست؛ چراکه فعل مالک حرام نبوده و تصرفات حرام است که موجب ضمان است؛ لکن در بخش قبل ثابت شد که تصرف ناشی از حرام، دلیل مستقلی برای اثبات ضمان نیست. از این‌رو نقطه مقابل آن نیز که سرایت از مباح است، مانعی در برابر ادله مقتضی مسئولیت نمی‌تواند باشد. استناد به «عدم تعدی» و «عدم صدق اتلاف» نیز که نقطه مقابل تعدی و اتلاف‌اند، شبیه استناد به سرایت از مباح در اثبات عدم مسئولیت است، که چون در بخش قبل به قاعده تعدی و اتلاف پرداخته شده است، در اینجا توضیح بیشتر داده نمی‌شود. از این‌رو عناوین «سرایت از مباح»، «عدم تعدی» و «عدم صدق اتلاف» در مقام بیان عدم وجود مقتضی هستند، نه اینکه دلایل مستقلی در برابر

\* ناشی از اجرای قاعده لاضرر در طرف مالک و همسایه.

اقتضای ادله اثبات‌کننده مسئولیت باشند.

اما قاعده سلطنت که مفاد روایت نبوی مرسل «الناس مسلطون علی اموالهم» (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۳، ص ۱۷۶ / مجلسی، ۱۴۰۴، ج ۲، ص ۲۷۲) است، می‌تواند به عنوان دلیل مانع، قلمداد شود؛ زیرا مفاد این قاعده این است که مالک نسبت به اموال خود سلطنت مطلقه دارد که لازمه آن، انجام هر تصرفی در آن است ولو اینکه همسایه از تصرف او متضرر شود. البته برخی از فقها به دلیل ضعف سند این روایت، معتقدند مدرک قاعده سلطنت اجماع و سیره عقلاست و نه دلیل لفظی مزبور. از این رو به دلیل اینکه سیره و اجماع از دلایل لیبی‌اند و قدر متیقن در آنها مهم است، اطلاقی وجود ندارد تا بتوان در این موارد به آن تمسک کرد (صدر، ۱۴۱۷، ج ۵، ص ۵۰۵)؛ زیرا قدر متیقن از تسلط مالک مواردی است که تسلط او موجب ضرر به همسایه نشود. به همین دلیل این قاعده نیز صلاحیت مانعیت ندارد؛ اما به نظر می‌رسد این استدلال صحیح نباشد؛ زیرا این روایت توسط شیخ طوسی در کتاب **الخلافا** (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۳، ص ۱۷۶) و علامه مجلسی در **بحار الانوار** (مجلسی، ۱۴۰۴، ج ۲، ص ۲۷۲) نقل شده است و محقق **حلی** در **الرسائل التسع (حلی)**، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۳۰۷ و علامه **حلی** در **تذکره الفقهاء** و کتب دیگرش (حلی، [بی‌تا]، ب، ج ۱۰، ص ۲۴۷) نیز این روایت را به صورت جزمی به پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله اسناد داده‌اند و این جرم در اسناد موجب وثاقت به صدور روایت از حضرت ختمی صلی الله علیه و آله می‌باشد. مضافاً اینکه از سویی اجماع مزبور مدرکی است و از سوی دیگر ضعف سند روایت نقل شده از سوی شیخ طوسی و علامه مجلسی نیز با عمل فقها جبران می‌شود. بنابراین این قاعده با پشتوانه اطلاق دلیل لفظی مستند آن صلاحیت مانعیت برای ادله مقتضی را دارد.

قاعده لاجرح نیز که مفادی شبیه به مفاد قاعده لاضرر دارد، می‌تواند در شرایط حرج نسبت به مالک، مانعی برای ادله مقتضی مسئولیت باشد؛ زیرا بر اساس این قاعده هر نوع حکم شرعی اعم از تکلیفی و وضعی که برای مکلف حرجی باشد یعنی فراتر از دامنه طاقت او باشد در اسلام نفی شده، برای مکلف فعلیت ندارد (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۱، ص ۲۵۴). نحوه مانعیت آن در برابر ادله مثبتیه نیز به این صورت است که اگر عدم تصرف مالک در ملک خود به دلیل ضرر همسایه موجب

حرجی شدن شرایط برای او شود این قاعده مانع حکم ممنوعیت تصرف شده و مجوز تصرف را به مالک می‌دهد؛ زیرا مفاد قاعده لاضرر و لاجرح، امتنانی است و به همین دلیل لازم نیست مکلف برای به ضرر نیفتادن دیگری خود را به حرج اندازد (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۲، ص ۹۰).

استناد به «تعارض ضررین» در مقام اثبات عدم مسئولیت نیز متفرع بر اجرای قاعده لاضرر در طرف همسایه و مالک به صورت توأمان است که منجر به تعارض و تساقط هر دو شده، پس از آن با استناد به قاعده سلطنت می‌توان تصرف مالک در ملکش را جایز دانسته و ضمانی نیز متوجه او ندانست. دلیل اجرای قاعده لاضرر در طرف مالک نیز - که در این صورت می‌تواند از ادله مانع در برابر ادله اثبات‌کننده مسئولیت به حساب بیاید - به این صورت است که اگر او (مالک) به دلیل ضرر دیدن همسایه، از تصرف در ملکش منع گردد، خود متضرر می‌شود، قاعده لاضرر در حق او قابلیت جریان یافته و این منع را برداشته و اجازه تصرف در ملکش را به او می‌دهد. از این رو، برخی از فقها مانند شهید ثانی ناظر به همین مطلب با عنوان «جمع بین حقین» تلاش کرده‌اند تصرفات مالک را در این موارد جایز بدانند (عاملی، ۱۴۱۰، ج ۷، ص ۳۴).

## ۲. موضوع شناسی

با مراجعه به آرای فقها در می‌یابیم که به متغیرهای متعددی در موضوع به عنوان عوامل تأثیرگذار در حکم اشاره کرده‌اند، که عبارتند از: «به قدر حاجت بودن یا نبودن تصرف»، «علم یا ظن قوی داشتن یا نداشتن به سرایت»، «قصد اضرار داشتن یا نداشتن مالک در تصرف»، «مناسب بودن یا نبودن شرایط محیطی در موقع تصرف»، «تعدي و تفریط نمودن یا ننمودن در ضمن تصرف» (حلی، [بی تا]، ب، ص ۴۱۴)، «رعایت کردن یا نکردن میزان عادت و متعارف در اندازه تصرف» (حلی، [بی تا]، الف، ج ۲، صص ۱۳۱ و ۱۳۸ / عاملی، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۶۰)، «وجود داشتن یا نداشتن تضرر فاحش غیر، که نوعاً جایز نیست» (سبزوای، [بی تا]، ج ۲، ص ۵۵۶ / خویی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۱۵۶)، «ضرر کردن یا ضرر نکردن مالک از ترک تصرف» و «به حرج افتادن یا نیفتادن مالک از ترک تصرف» (عاملی، [بی تا]، ج ۷، ص ۲۲ / انصاری،

[بی تا]، ج ۲، صص ۶۶۷ و ۴۷۰).

اما تحلیل این متغیرها نشان می‌دهد که برخی متغیرهای اصلی بوده، مابقی به آنها برگشت می‌کنند؛ چراکه برای مثال «مناسب‌بودن یا نبودن شرایط محیطی در موقع تصرف» به عامل «علم یا ظن قوی داشتن یا نداشتن به سرایت» برگشت می‌کند. از این رو شهید ثانی در شرح لمعه وقتی تأثیر این عامل در مسئولیت را، در مسئله برافروختن آتش شماره می‌کند در توضیح آن می‌فرماید: «در موقع روشن نمودن آتش نباید باد به قدری تند بوزد که علم یا ظن قوی پیدا شود که این آتش از خانه تجاوز و به همسایه سرایت می‌کند» (عاملی، ۱۴۱۰، ج ۷، ص ۳۳). بر این اساس به عقیده کسانی مانند شهید اول که بدی هوا و شرایط محیطی را به عنوان عامل مستقلی در برابر علم برای اثبات مسئولیت بر شمرده‌اند (به نقل از همان) نمی‌توان ملتزم شد. البته باید توجه داشت که علم و ظنی که در اینجا مورد توجه است علم و ظن نوعی است نه علم و ظن شخصی (عاملی، ۱۴۱۳، الف، ج ۱۲، ص ۱۶۷/ خمینی، [بی تا]، ب، ج ۲، ص ۵۶۶) و لذا اگر کسی به دلیل بلاهت متوجه نشود که شرایط محیط به گونه‌ای است که در اثر برافروختن آتش یا مواردی شبیه آن طبیعتاً به همسایه سرایت ضرر رخ می‌دهد، نافی مسئولیت او نخواهد بود (همان).

در مورد «تعدي و تفریط در ضمن تصرف» نیز پیش از این بیان شد که عنوان مزبور عامل مستقلی نیست؛ بلکه عنوان عامی است که در هر مورد به تجاوز یا کوتاهی کردن نسبت به حدود لازم‌الرعايه در آن بر می‌گردد.

عنوان «رعایت میزان عادت و متعارف در اندازه تصرف» نیز در بین خود فقها گاه به «مناسب‌بودن شرایط محیطی یا عدم آن» برگشت داده شده است (عاملی، ۱۴۱۳، الف، ج ۱۲، ص ۱۶۷)، گاه نیز از آن به میزانی که فرد معمولاً به آن مقدر نیازمند است یاد شده است (سبزواری، [بی تا]، ج ۲، ص ۶۳۶).

بر این اساس، در نهایت، با شش عامل مؤثر روبرو هستیم که پنج مورد مربوط به حالات و شرایط مالک‌اند و یکی نیز مربوط به شرایط همسایه می‌باشد. که عبارتند از:  
شرایط مالک:

الف) به قدر حاجت‌بودن یا نبودن تصرف او؛

ب) علم یا ظن قوی داشتن یا نداشتن او نسبت به سرایت ضرر به غیر؛  
 ج) قصد اضرار داشتن یا نداشتن مالک در تصرف؛  
 چ) ضرر کردن یا ضرر نکردن مالک از ترک تصرف؛  
 ح) به حرج افتادن یا نیفتادن مالک از ترک تصرف.  
 شرایط همسایه:

الف) میزان و شدت ضرر (ضرری که فاحش و نامتعارف است؛ ولی تحملش برای همسایه ممکن است/ ضرری که فاحش و نامتعارف است و تحملش برای همسایه ممکن نیست/ ضرر اندک و متعارف).

نکته مهم اینکه در خصوص عامل «ضرر کردن یا ضرر نکردن مالک» باید توجه داشت که ناظر به این متغیر، تصرفات مالک سه گونه می‌تواند باشد. اول: عدم تصرف موجب ضرر او گردد. دوم: عدم تصرف موجب عدم نفع گردد و سوم: تصرف تأثیری در ضرر یا عدم نفع مالک نداشته باشد. مورد اول و دوم به شهادت عرف مصداق ضرر است؛ ولی مورد سوم مصداق ضرر نمی‌باشد (حکمت‌نیا، ۱۳۸۶، ص ۱۴۹).

با توجه به آنچه بیان شد، با محوریت دادن به انواع تصرفات مالک، می‌توان متغیرهای موثر در موضوع را به نحو زیر دسته‌بندی و حکم هریک را با توجه به ادله پیش‌گفته بیان کرد. در حین بررسی هر حالت، میزان زیان همسایه نیز باید مد نظر باشد.

۱. مالک در تصرف قصد اضرار به همسایه را دارد:

۱-۱. از تصرفش تنها قصد اضرار دارد.\*

۱-۲. در تصرفش غیر از قصد اضرار قصد رفع نیاز خود را نیز دارد:

۱-۲-۱. تصرفش به اندازه نیازش است.

۱-۲-۱-۱. اگر تصرف نکند ضرر می‌کند (یا به حرج می‌افتد یا نمی‌افتد).

۱-۲-۱-۲. اگر تصرف نکند ضرر نمی‌کند.

۱-۲-۲. تصرفش بیش از اندازه نیازش است.

۲. مالک از تصرف قصد اضرار به همسایه را ندارد:

\* موردی که مالک تصرفی در ملک خود نکند بلکه از درون ملک خود با قصد اضرار به دیگری فعل زیانباری انجام دهد، مثلاً از درون ملک خود سنگی را به سمت شیشه همسایه پرتاب کند و آن را بشکند، اساساً از محل بحث خارج است؛ زیرا در عین اینکه مصداق بارز اتلاف است و با تمسک به قاعده اتلاف ضامن است ولی اساساً چون از قبیل تصرف در ملک نیست از محل بحث خارج است.

- ۲-۱. مالک علم یا ظن قوی عقلایی دارد که به همسایه زیان می‌رسد.  
 ۲-۱-۱. تصرفش به اندازه نیازش است:  
 ۲-۱-۱-۱. اگر تصرف نکند ضرر می‌کند (یا به حرج می‌افتد یا نمی‌افتد).  
 ۲-۱-۱-۲. اگر تصرف نکند ضرر نمی‌کند.  
 ۲-۱-۲. تصرفش بیش از اندازه نیازش است.  
 ۲-۲. مالک علم یا ظن قوی عقلایی دارد که به همسایه زیان نمی‌رسد.\*  
 ۲-۲-۱. تصرفش به اندازه نیازش است:  
 ۲-۲-۱-۱. اگر تصرف نکند ضرر می‌کند (یا به حرج می‌افتد یا نمی‌افتد).  
 ۲-۲-۱-۲. اگر تصرف نکند ضرر نمی‌کند.  
 ۲-۲-۲. تصرفش بیش از اندازه نیازش است.

### ۳. حکم‌شناسی

در این بخش، نحوه تأثیرگذاری ادله مقتضی مسئولیت و ادله مانع را در تمام صور پیش‌گفته، در موضوع‌شناسی بررسی و معین می‌کنیم در چه صورتی و به چه دلیلی ضمان برای مالک ثابت می‌شود و در چه حالتی نمی‌شود.

#### ۳-۱. صورت اول

صورتی که مالک از تصرف خود تنها قصد اضرار به غیر را دارد. حکم تکلیفی این صورت بدون هیچ اختلافی حرمت است (میرزای قمی، ۱۴۲۷، ج ۲، ص ۹۸۷) در خصوص حکم وضعی نیز ادله دال بر مسئولیت؛ مانند قاعده اتلاف و لاضرر شامل این مورد می‌شوند و ادله مانع نیز مانعیتی در این مورد ندارند. از این رو ضمان در این مورد ثابت است (ر.ک: انصاری، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۴۷۰).

#### ۳-۲. صورت دوم

صورتی که مالک از تصرف در ملک، هم قصد اضرار به غیر را دارد و هم قصد رفع

\* موردی هم که مالک علم یا ظن به وارد شدن ضرر به همسایه ندارد به همین صورت ملحق می‌شود.



نیاز خود را. تصرفش نیز به میزان نیازش است و اگر تصرف نکند ضرر می‌کند. در این صورت فقها به دو دسته تقسیم می‌شوند. دسته اول فقهای هستند که یکی از دلایل ضمان را «سرایت از تصرف حرام» می‌دانستند. ایشان طبیعتاً در این مورد قائل به ضمان‌اند؛ زیرا از آنجاکه فرد در فعل خود علاوه بر رفع نیاز، قصد اضرار به دیگری را نیز دارد، نهی تکلیفی حرمت شامل حالش می‌گردد و فعلش متصرف به حرمت خواهد بود (همان). البته صاحب *مفتاح‌الکرامه* در حکم تکلیفی همین مورد که مالک علاوه بر رفع نیاز به قصد اضرار تصرف می‌کند، نیز بین موردی که مالک از عدم تصرف ضرر می‌کند و موردی که ضرر نمی‌کند، تفصیل داده است. در مورد دوم مالک را منع کرده و در مورد اول در جایی که ضرر همسایه کمتر از ضرر مالک باشد یا اگر زیادتر است برای او قابل تحمل باشد و موردی که ضرر او هم زیادتر است و هم غیر قابل تحمل است نیز تفاوت گذاشته است. در اولی تصرف مالک را جایز در دومی جایز ولی با کراهت شدید و در سومی غیر مجاز دانسته است\* (عاملی، [بی‌تا]، ج ۷، ص ۲۲-۲۳).

در مقابل دسته اول، برخی از فقهای که بین حکم وضعی ضمان و حکم تکلیفی حرمت، معتقد به چنین تعامل دوسویه‌ای نیستند، در این مورد قائل به عدم مسئولیت شده‌اند. شیخ *انصاری* با لحاظ این تفکیک، می‌گوید اگر فرد از عدم چنین تصرفی متضرر می‌شود، با اینکه قصد اضرار داشته است؛ ولی قاعده لاضرر در حق او جاری می‌شود که در نتیجه با اجرای قاعده لاضرر در طرف همسایه تعارض می‌کند. پس از این تعارض نیز، قواعد دال بر جواز تصرف؛ مانند قاعده سلطنت و لاجرح اجرا می‌گردند و عدم ضمان را ثابت می‌کنند (انصاری، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۴۷۰). تمسک ایشان به قاعده لاجرح در این مورد نیز، به این دلیل است که ایشان معتقد است اگر مالک

\* بآنچه این قصد به الإضرار من دون أن یترتب علیه جلب نفع أو دفع ضرر، فلا ریب فی أنه یمنع... و أمّا إذا ترتب علیه نفع أو دفع ضرر و علی جاره ضرر یسیر، فإنّه جائز قطعاً. و علیه بنوا جواز رفع الجدار علی سطح الجار. و أمّا إذا کان ضرر الجار کثیراً یتحمّل عادة، فإنّه جائز علی کراهیة شديدة. و علیه بنوا کراهیة التولّی من قبل الجائر لدفع ضرر یصیبه. و أمّا إذا کان ضرر الجار کثیراً لا یتحمّل عادة لنفع یصیبه، فإنّه لا یجوز له ذلک. و علیه بنوا حرمة الاحتکار فی مثل ذلک... و أمّا إذا کان ضرره کثیراً و ضرر جاره کذلک، فإنّه یجوز له دفع ضرره و إن تضرّر جاره أو أخوه المسلم...».

برای عدم ورود ضرر به دیگری از تصرفی منع شود که ترک آن موجب ورود ضرر به او شود، این مورد از موارد حرج بوده و بر اساس قاعده لاحرج منافع است\* (انصاری، [بی تا]، ج ۲، ص ۶۷).

**نظر مختار:** پیش از این بیان شد که دلیل «ضمان ناشی از تصرف حرام» قاعده مستقلی نیست و بازگشت به دیگر قواعد می‌کند. بنابراین حرمت این عمل دلیل بر اثبات ضمان نیست؛ بلکه باید اقتضای ادله دال و ادله مانع مسئولیت را در قیاس با هم بررسی نمود.

دیگر قواعد دال بر مسئولیت عبارت بودند از: قاعده اتلاف و تسبیب و قاعده لاضرر نسبت به همسایه که در این مورد هر سه قاعده امکان جریان دارند؛ زیرا در این مورد هر سه رکن مسئولیت مدنی که عبارتند از: فعل زیانبار، زیان و رابطه سببیت عرفی، محقق‌اند و به همین دلیل اتلاف، تسبیب - بسته به مورد - و اضرار صدق می‌کند؛ اما در برابر مقتضای این ادله باید دلالت ادله صالح برای مانعیت را نیز که عبارت بودند از: قاعده سلطنت و قاعده لاحرج و تعارض ضررین بررسی نمود.

در بین این سه قاعده اگر تنها قاعده سلطنت امکان جریان داشت، به دلیل حکومت قاعده اتلاف بر آن می‌توانست مانعیتی نداشته باشد؛ اما در این صورت که مالک از عدم تصرف متضرر می‌شود قاعده لاضرر نیز در خصوص او اجرا شده و با قاعده لاضرر در طرف همسایه تعارض می‌کند؛ اما برای اثبات ضمان یا عدم ضمان باید به میزان ضرر همسایه نیز توجه کرد و آن را با ضرر مالک مقایسه نمود؛ زیرا گاه هر دو ضرر عرفاً مساوی‌اند و گاه مساوی نیستند؛ بلکه ضرر یکی بیش از دیگری است به گونه‌ای که این زیادی بیش از حد متعارف است و موجب حرج می‌شود.

در صورت تساوی ضررها یا بیشتر بودن ضرر مالک، قاعده لاضرر در مورد مالک جاری شده و در مورد همسایه اصلاً مجرا پیدا نمی‌کند؛ زیرا روح قاعده لاضرر این است که تحمل ضرر برای مالک به منظور عدم ورود ضرر به همسایه لازم نیست و در این موارد لاضرر برای مالک به طریق اولی اجرا می‌شود و برای همسایه اجرا نمی‌گردد.

\* لأنَّ إلیام الشخص بتحمّل الضرر لدفع الضرر عن غیره حرج.

زیرا اساساً عدم اجرای قاعده لاضرر در این موارد نسبت به مالک خود از مصادیق حرج است (انصاری، [بی تا]، ج ۲، ص ۴۶۷)، خصوصاً اینکه عدم تصرف او به حرج نیز بینجامد. در این موارد به کلی جلوی اقتضای قاعده اتلاف نیز گرفته می‌شود؛ زیرا قاعده لاضرر در صورت جریان به همه ادله اثبات احکام دیگر حاکم است (همو، ۱۴۱۴، ص ۱۱۶)؛ اما اگر ضرر همسایه به نحو فاحش و غیر متعارفی بیش از ضرر مالک باشد، در این صورت باید قاعده لاضرر را برای همسایه اجرا کرد؛ زیرا در غیر این صورت شرایط برای او حرجی می‌شود. به همین دلیل با استناد به این دلیل و دلیل اتلاف تصرف مالک جایز نیست و مسئولیت ثابت می‌شود.

بله، در صورتی که شرایط طوری باشد که هم مالک در اثر تصرف نکردن به حرج می‌افتد و هم همسایه، باز هم اجرای لاجرح برای مالک اولی است؛ زیرا جایز نیست ضرر همسایه را با ضررکردن مالک زایل نمود (عاملی، [بی تا]، ج ۷، ص ۲۳).

### ۳-۳. صورت سوم

صورتی که مالک از تصرف در ملک هم قصد اضرار به غیر را دارد و هم قصد رفع نیاز خود را. تصرفش نیز به اندازه نیازش است، و اگر تصرف نکند نیز ضرر نمی‌کند. با توجه به آنچه در صورت دوم بیان شد، حکم این صورت نیز مشخص است؛ زیرا در این صورت به دلیل قصد اضرار ادله مقتضی ضمان مجرای جریان می‌یابند؛ اما در بین ادله مانع تنها دلیل سلطنت می‌تواند به عنوان مانع مطرح شود؛ زیرا قاعده لاضرر و لاجرح به دلیل اینکه مالک از عدم چنین تصرفی ضرر نمی‌کند، در طرف مالک اجرا نمی‌شوند. از سوی دیگر اجرای قاعده لاضرر و قاعده اتلاف در مورد همسایه حاکم بر قاعده سلطنت است و آن را مضیق می‌کند. به همین دلیل در این صورت ثبوت مسئولیت حتمی است.

### ۳-۴. صورت چهارم

صورتی که مالک از تصرف در ملک، هم قصد اضرار به غیر را دارد و هم قصد رفع نیاز خود را؛ اما تصرفش بیش از میزان نیازش است، به دلیل اینکه این صورت همانند صورت سوم است، از بیان تفصیلی آن خودداری می‌کنیم؛ زیرا با دلایلی که در صورت

قبل بیان شد، اثبات مسئولیت در این صورت نیز ثابت می‌شود.

### ۳-۵. صورت پنجم

صورتی که مالک از تصرف قصد اضرار به همسایه را ندارد؛ ولی در عین حال علم یا ظن قوی عقلایی دارد که به همسایه زیان می‌رسد؛ اما میزان تصرفش به اندازه نیازش است و اگر تصرف نکند نیز ضرر می‌کند - حال یا به حرج هم می‌افتد یا نمی‌افتد - ، در این قسم فقها را به دو دسته کلی می‌توان تقسیم کرد. برخی به مسئولیت قائل‌اند و ضمان را ثابت می‌کنند، برخی نیز قائل به مسئولیت نبوده، ضمانی را ثابت نمی‌کنند.

#### ۳-۵-۱. دسته اول

شیخ طوسی و ابن‌دریس معتقدند به دلیل اینکه او می‌داند به دیگری ضرر وارد می‌شود، پس فعل او به لحاظ حکم تکلیفی حرام است. از این رو، سرایت از حرام رخ داده است و لذا مالک ضامن است (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۱۰۲-۱۰۳ / حلی، ۱۴۱۰، الف، ج ۲، ص ۴۹۴). شهید اول نیز به دلیل اینکه هر یک از دو متغیر «علم یا ظن به سرایت ضرر» و «بیش از قدر حاجت تصرف کردن» را به تنهایی دلیل ضمان می‌داند، در این قسم معتقد به ضمان است (به نقل از: عاملی، ۱۴۱۰، ج ۷، ص ۳۵)، شهید ثانی نیز این صورت را از مصادیق تعدی دانسته است و به همین دلیل در آن معتقد به ضمان است (عاملی، ۱۴۱۳، الف، ج ۱۲، ص ۱۶۷). مرحوم مراغی نیز با اینکه در اثبات ضمان به قاعده اتلاف تمسک می‌کند؛ ولی در این مورد جزمی سخن نگفته است و فرموده است اگر این مورد از مصادیق اتلاف باشد، ضمان دارد (مراغی، ۱۴۱۷، ج ۱، ص ۳۳۶)، اما امام خمینی\* به صورت جزمی فرموده، این مورد از موارد اتلاف است و به حکم قاعده اتلاف در آن ضمان ثابت است (لنکرانی، ۱۴۱۸، ص ۹۱). مرحوم خوئی نیز بدون اینکه دلیلی را بیان کنند معتقد به ضمان در این قسم است (خوئی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۱۴۷). البته ایشان به حکم تکلیفی این قسم اشاره کرده و معتقد است وقتی همسایه ضرر فاحش و غیر متعارفی می‌بیند، نباید این نوع تصرف را انجام داد و لذا حرمت تکلیفی دارد\* (خوئی،

\* إذا لزم من تصرفه فی ملکه ضرر معتد به علی جاره و لم یکن مثل هذا الضرر أمراً متعارفاً فیما بین

۱۴۱۰، ب، ج ۲، ص ۱۵۶).

## ۲-۵-۳. دسته دوم

محقق حلی، شهید ثانی در الروضه البهیة و محقق کرکی؛ چون معتقدند اثبات ضمان در تصرفات مالکانه به دو عامل منضم به هم بستگی دارد، لذا معتقدند در این مورد که فقط یک عامل وجود دارد ضمان ثابت نمی‌شود. دو عامل مزبور نیز عبارتند از: «تصرف بیش از نیاز» به همراه «علم یا ظن به سرایت داشتن»\* (حلی، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۲۳۹/عاملی، ۱۴۱۰، ج ۷، ص ۳۶/عاملی کرکی، [بی تا]، ج ۶، ص ۲۱۸) میرزای قمی نیز در این فرض، بین جایی که مالک اگر تصرف نکند ضرر می‌کند و جایی که ضرر نمی‌کند تفصیل داده و گفته است: در جایی که مالک ضرر می‌کند (بدون اینکه به حرجی شدن یا نشدن نظر داشته باشد)، می‌تواند تصرف کند و در صورت تضرر همسایه، ضمانی برای او نیست؛ چراکه او اولی به عدم ضرر است و ادله لاضرر در این مورد نسبت به همسایه جاری نمی‌شوند. قاعده تسبیب نیز تاب مقاومت با ادله دال بر مجاز شمردن تصرف را در این مورد ندارد\*\* (میرزای قمی، ۱۴۲۷، ج ۲، ص ۹۸۷). شیخ انصاری نیز به همان دلایلی که در صورت دوم بیان شد قائل به عدم ضمان است (ر.ک: انصاری، [بی تا]، ج ۲، صص ۴۶۷ و ۴۷۰).

۲۷

حقوق اسلامی / مسئولیت مدنی ناشی از تصرفات مالکانه

الجیران لم یجز له التصرف فیه و لو تصرف وجب علیه رفعه منهاج ۱۵۶/۲. عبارت محقق: فلو أوجب نارا فی ملكه لم یضمن و لو سرت إلى غیره إلا أن یزید عن قدر الحاجة مع غلبة الظن بالتعدی. عبارت شهید ثانی: و اعتبر جماعة منهم الفاضلان [المحقق و العلامة] فی الضمان اجتماع الأمرین معا. و هما: مجاوزة الحاجة و ظن التعدی، أو العلم به فمتی انتفی أحدهما فلا ضمان. و هذا قوی و ان كان الاول احوط [مراد از اول نظر شهید اول است که هر کدام از این عوامل را به تنهایی عامل ضمان می‌داند]، عبارت محقق کرکی: مع غلبة الظن بالتعدی إن تجاوز قدر الحاجة ضمن، لأنه سبب فی التلف لصدق تعریفه علیه إذ المباشرة ضعیف، فحیثئذ إنما یتحقق الضمان بالشرطین لا بأحدهما.

\*\* بأن ترک الفعل إن كان موجبا لضرر صاحب المال، فلا یصیر خبر الضرر ناهضا علی المنع حیثئذ، و أن المالك أولى بعدم الضرر، فإن مقتضى الخبر نفی الضرر مطلقا، لا نفی إضرار الغير فقط، فتبقى قاعده التسبیب فی مقابل أدلة الرخصة، و الثانی أقوى و أظهر حیثئذ، و معتضد بالأصل.

### ۳-۵-۳. نظر مختار

با توجه به آنچه در صورت دوم بیان شد در این صورت نیز به دلیل علم به ورود ضرر به همسایه، سه رکن مسئولیت مدنی محقق هستند. از این رو اتلاف و تسبیب و اضرار - بسته به مورد - صدق کرده و قواعد آنها مورد جریان پیدا می‌کنند؛ اما در مقابل این قواعد به همان دلایلی که در صورت دوم بیان شد قاعده سلطنت و قاعده لاجرح و تعارض ضررین نیز مقتضای جریان دارند و به همان دلایل و با همان تفصیلی که در مقایسه ضرر همسایه و مالک بیان شد، می‌توان حکم مسئولیت و عدم آن را دریافت کرد.

### ۳-۶. صورت ششم

صورتی که مالک از تصرف قصد اضرار به همسایه را ندارد؛ اما علم یا ظن قوی عقلایی دارد که به همسایه زیان می‌رسد و تصرفش نیز به اندازه نیازش است؛ ولی اگر انجام ندهد ضرر نمی‌کند. در این صورت فقهای که وجود علم یا ظن عقلایی را در مالک نسبت به ضرر همسایه برای ضمان کافی می‌دانند، در این صورت نیز قائل به ضمان‌اند؛ اما فقهای مانند محقق حکی، محقق کرکی و شهید ثانی در *الروضه البهیه* که وجود دو عامل «تصرف بیش از نیاز» و «علم یا ظن به سرایت داشتن» در کنار هم را موجب ضمان می‌دانند - که در صورت پنجم ذکر شدند - در این صورت معتقد به ضمان نیستند.

**نظر مختار:** در این صورت چون مالک به ضرر همسایه علم دارد بنا بر مطالبی که گذشت ادله دال بر ضمان جریان پیدا می‌کنند. در بین ادله مانع نیز در این فرض تنها قاعده سلطنت می‌تواند مطرح شود که آن نیز محکوم ادله دال بر ضمان است؛ زیرا دو قاعده دیگر که عبارت بودند از لاضرر و لاجرح، به دلیل اینکه ضرری برای مالک در این نوع تصرف مطرح نیست جاری نمی‌شوند. از این رو حکم وضعی این صورت اثبات ضمان است.

### ۷-۳. صورت هفتم

صورتی که مالک از تصرف قصد اضرار به همسایه را ندارد؛ ولی علم یا ظن قوی عقلایی دارد که به همسایه زیان می‌رسد، اما تصرفش بیش از اندازه نیازش است، در این صورت مرحوم سبزواری نسبت به اثبات مسئولیت ادعای اجماع کرده است (سبزواری، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۶۳۶). با توجه به دلایلی نیز که در صورت قبل بیان شد دلیل این اجماع مشخص می‌شود.

### ۸-۳. صورت هشتم

صورتی که مالک از تصرف قصد اضرار به همسایه را ندارد، علم یا ظن قوی عقلایی نیز دارد که به همسایه زیان نمی‌رسد، تصرفش نیز به اندازه نیازش است و اگر تصرف هم نکند ضرر می‌نماید - اعم از اینکه به حرج بیفتد یا خیر؟- در این صورت فقهایمانند محقق حلی و علامه حلی در ارشاد و قواعد و محقق کرکی به دلیل مأذون بودن تصرف قائل به ضمان نیستند (حلی، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۲۳۹ و ج ۳، ص ۱۸۶/حلی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۴۴۵/حلی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۲۰۲/عاملی کرکی، [بی‌تا]، ج ۶، ص ۲۱۸). شهید ثانی نیز علاوه بر اینکه وجود دو شرط پیش‌گفته را در ضمان مؤثر می‌دانست و به همین دلیل در این قسم قائل به ضمان نیست؛ ولی در مسالک الافهام به قاعده تسلیط و عدم تفریط و عدم جریان لاضرر نسبت به همسایه، نیز برای اثبات عدم مسئولیت تمسک کرده است (عاملی، ۱۴۱۳، الف، ج ۱۲، ص ۱۶۶). شیخ انصاری و میرزای قمی نیز در صورت علم به ضرر همسایه - که پیش از این بیان شد - گفته‌اند که، اگر عدم تصرف مالک موجب ضررش می‌شود، می‌تواند بدون هیچ‌زمانی تصرف کند، از این رو، در این صورت که مالک به عدم ضرر همسایه علم دارد، به عدم ضمان معتقدند؛ اما در مقابل این دسته مرحوم سبزواری با وجود اینکه در مسئله برافروختن آتش یا رهاکردن آب در ملک خود گفته‌است، که ضمان را منحصر به وجود علم سرایت به همسایه می‌داند (سبزواری، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۶۳۶)؛ ولی در مسئله عدم وجود حریم برای املاک، در مقابل بسیاری از فقها که در این مسئله به تصرفات زیادی برای مالک قائل شده‌اند، می‌گوید اگر همسایه از این تصرف ضرر فاحش و غیر متعارفی

بینند، به دلیل جریان قاعده لاضرر در مورد همسایه تصرف مالک جایز نیست (سبزواری، [بی تا]، ج ۲، ص ۵۳۶).

با توجه به آنچه در صورت‌های قبلی گفته شد، در بین ادله دال بر ضمان، به دلیل اینکه مالک به عدم سرایت ضرر به همسایه علم دارد - صورتی نیز که مالک به سرایت علم ندارد به این صورت ملحق می‌شود - و از سوی دیگر به اندازه نیازش در ملک خود تصرف کرده‌است، نمی‌توان بین فعل او و زیان رخ داده رابطه سببیت عرفی برقرار کرد. به همین دلیل قاعده تسبیب و اتلاف جریان پیدا نمی‌کنند. از این جهت، تنها قاعده‌ای که ممکن است در مورد همسایه مطرح شود، قاعده لاضرر در مورد همسایه، آن هم نه به عنوان اضرار بلکه به عنوان تضرر است؛ زیرا بیان شد که در این موارد حتی با نبود رابطه سببیت عرفی می‌توان با صرف برقراری رابطه عقلی بین فعل زیانبار و زیان صورت گرفته، قاعده لاضرر را جاری کرد.

در بین ادله رخصت نیز هر سه قاعده سلطنت، لاضرر و لاحرج، قابلیت جریان دارند؛ اما با این حال، تفصیلی که در صورت‌های قبل در خصوص میزان ضرر همسایه درمقایسه با ضرر مالک بیان کردیم، در اینجا نیز می‌آید؛ زیرا اگر ضرر مالک نسبت به همسایه مساوی یا بیشتر باشد، بدون شک قاعده لاضرر در طرف همسایه یا جاری نمی‌شود یا با اجرای قاعده لاضرر در طرف مالک تعارض کرده و بعد از تساقط آن دو می‌توان با استناد بر قاعده سلطنت عدم مسئولیت را ثابت کرد؛ اما اگر ضرر همسایه به نحو غیر متعارفی زیاد بود که او را به حرج می‌انداخت، در این صورت قاعده لاضرر در مورد مالک جاری نشده و در طرف همسایه جاری می‌شود و به دلیل اینکه این قاعده بر دیگر دلایل اثبات احکام حاکم است، جلوی اقتضای قاعده سلطنت گرفته شده و به همین دلیل ضمان ثابت می‌شود.

### ۹-۳. صورت نهم

صورتی که مالک از تصرف قصد اضرار به همسایه را ندارد، علم یا ظن قوی عقلایی نیز دارد که به همسایه زیان نمی‌رسد، تصرفش نیز به اندازه نیازش است؛ ولی اگر تصرف نکند ضرر نمی‌نماید، توضیحاتی که در صورت قبل بیان شد،



شرایط مختلف اثبات مسئولیت یا عدم آن را در این صورت نیز روشن می‌کند؛ اما باید دقت داشت که در این صورت نیز باید بین صورت‌های مختلف ضرر همسایه درمقایسه با میزان ضرر مالک تفصیل قائل شد؛ زیرا اگر ضرر او به میزانی است که عرفاً طبیعی است و بیش از حد متعارف نمی‌باشد، ادله جواز برای تصرف مالک بلامانع اجرا می‌شود؛ ولی در صورتی که ضرر همسایه بیش از حد متعارف باشد با اجرای قاعده لاضرر در طرف همسایه، به همان تقریبی که در صورت قبل بیان شد، می‌توان ضمان را برای مالک ثابت نمود.

### ۱۰-۳. صورت دهم

صورتی که مالک از تصرف قصد اضرار به همسایه را ندارد، و علم یا ظن قوی عقلایی نیز دارد که به همسایه زیان نمی‌رسد؛ ولی تصرفش به اندازه نیازش نبوده و بیش از آن است، در این صورت نیز در بین فقها نظریات مختلفی بیان شده است. شهید اول در لمعه و دروس (عاملی، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۱۷) و علامه در تحریر الاحکام (حلی، [بی‌تا]، الف، ج ۲، ص ۱۳۸)، معتقدند که او ضامن است؛ زیرا ایشان تصرف بیش از نیاز به تنهایی و صرف نظر از بقیه عوامل را برای ضمان کافی می‌دانند. شهید ثانی نیز برای توجیه دلیل این عقیده می‌گوید دلیل آن این است که سببیت موجب ضمان محقق است (عاملی، ۱۴۱۳، الف، ج ۱۲، ص ۱۶۶). میرزای قمی نیز در این موارد قائل به ضمان است؛ زیرا معتقد است ادله رخصت در تصرف از این مورد منصرف است و تسبیب نیز وجود دارد، خصوصاً اینکه در این موارد غالباً اِسراف و لغو و عبث هم صدق می‌کند. ایشان برای توضیح انصراف ادله رخصت از این گونه تصرفات، حتی به دلیل عقل نیز تمسک کرده می‌گوید عقل تنها در مواردی حکم به اباحه در تصرف می‌کند که در آن منفعتی که ضرری در ضمن آن نیست وجود داشته باشد که این مورد از آن موارد نیست (میرزای قمی، ۱۴۲۷، ج ۲، ص ۹۸۸).

درمقابل این دسته، شهید ثانی در الروضه البهیه به دلیل اینکه باید بین حق هر دو جمع شود، می‌گوید وقتی مالک علم به سرایت ندارد، به دلیل قاعده تسلیط می‌تواند در مالش هرگونه که بخواهد تصرف کند. از این رو ضمانی برای آن نیست (عاملی، ۱۴۱۰،

ج ۷، ص ۳۳).

مرحوم سبزواری نیز در این مورد مردد است و حکمی نداده است\* (سبزواری، [بی تا]، ج ۲، ص ۶۳۶).

**نظر مختار:** در این صورت بررسی شرایط قواعد اتلاف و تسبیب در شرایطی که علم به سرایت به غیر وجود ندارد، عرفاً نمی‌توان رابطه سببیتی بین فعل زیانبار مالک و زیان، برقرار کرد. از این رو این دو قاعده جاری نخواهند شد؛ اما با توضیحاتی که در مورد قاعده لاضرر دادیم، حکم به عدم ضمان نسبت به همسایه برای مالک نسبت به همسایه حکمی ضرری است که به همین دلیل این قاعده جریان می‌یابد. در مقابل این ادله تنها دلیل قاعده سلطنت وجود دارد که آن نیز محکوم قاعده لاضرر در طرف همسایه است. از این جهت در این صورت نیز ضمان ثابت می‌شود.

## نتیجه

با توجه به مطالب پیش گفته، مشخص شد که دلایلی چون قاعده اتلاف، تسبیب و لاضرر مقتضی اثبات مسئولیت مدنی ناشی از تصرفات مالکانه‌اند که منجر به ورود ضرر به غیر می‌شود که در صورت نبود مانع اجرا شده و مسئولیت را ثابت می‌کنند. دو قاعده اول وقتی قابلیت جریان دارند که «اتلاف» و «اضرار» صدق کند؛ ولی قاعده سوم علاوه بر آن صورت «تضرر» را نیز شامل می‌شود.

دلایلی چون قاعده سلطنت، قاعده لاجرح و قاعده لاضرر - که در مورد قاعده لاضرر وقتی در نسبت با اجرای قاعده لاضرر در مورد غیر سنجیده می‌شود، به تعارض‌الضررین هم یاد می‌شود - دلایلی هستند که صلاحیت مانعیت در برابر ادله مقتضی مسئولیت را دارا می‌باشند؛ اما بررسی مصب جریان هر قاعده بستگی به شرایط موضوع یعنی نوع تصرف مالکانه و نوع ضرر وارده دارد. از این رو، موضوع ناظر به عناصر دخیل در حکم مورد تفکیک قرار گرفت و حکم هر یک با توجه به ادله بیان شد. عناصر اصلی دخیل در موضوع عبارت بودند از: «قصد اضرارداشتن یا

\* و عند مجاوزة العادة مع عدم العلم أو الظن به تردد.

نداشتن مالک از تصرف»، «علم‌داشتن یا نداشتن مالک نسبت به ورود ضرر به غیر»، «به اندازه نیازبودن یا نبودن میزان تصرف مالک» و «ضررکردن یا نکردن مالک از عدم تصرف»، «به حرج افتادن یا نیفتادن مالک نسبت به تصرف و عدم آن» و «میزان ضرر همسایه درمقایسه با ضرر مالک».

## منابع

- \* قرآن کریم.
۱. اردبیلی، احمد بن محمد؛ مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان؛ ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۳ق.
  ۲. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین؛ رسائل فقهیه؛ ج ۱، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۴ق.
  ۳. —؛ فرائد الأصول؛ ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، [بی تا].
  ۴. —؛ المكاسب المحرمه؛ ج ۱، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ق.
  ۵. بجنوردی، سید حسن؛ القواعد الفقهیه؛ ج ۱، ج ۱، قم: نشر الهادی، ۱۴۱۹ق.
  ۶. حائری طباطبایی، سید علی بن محمد؛ ریاض المسائل (ط - الحدیث)؛ ج ۱، قم: مؤسسه آل‌البیت، ۱۴۱۸ق.
  ۷. حسینی سیستانی، سید علی؛ منهاج الصالحین (للسیستانی)؛ ج ۲، ج ۵، قم: دفتر آیت‌الله سیستانی، ۱۴۱۷ق.
  ۸. حسینی نیک، سید عباس؛ قانون مدنی؛ ج ۴، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۲.
  ۹. حکمت‌نیا، محمود؛ مسئولیت مدنی در فقه امامیه؛ ج ۱، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۶.
  ۱۰. حلّی، ابن ادريس؛ السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی؛ ج ۲، ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ق، الف.
  ۱۱. حلّی، جمال‌الدین؛ المذهب البارع فی شرح المختصر النافع؛ ج ۳، ج ۱، قم: دفتر

- انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، ۱۴۰۷ق.
۱۲. حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی؛ **تحریر الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامية** (ط - القديمة)؛ ج ۱، مشهد: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، [بی تا]، الف.
۱۳. \_\_\_\_\_؛ **إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان**؛ ج ۱، چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ق، ب.
۱۴. \_\_\_\_\_؛ **تذكرة الفقهاء (ط - القديمة)**؛ قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، [بی تا]، ب.
۱۵. \_\_\_\_\_؛ **مختلف الشیعة فی احکام الشریعه**؛ ج ۹، چ ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ق، الف.
۱۶. \_\_\_\_\_؛ **قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام**؛ ج ۳، چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ق، ب.
۱۷. حلی (فخر المحققین)، محمد بن حسن بن یوسف؛ **إيضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد**؛ ج ۴، چ ۱، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۷ق.
۱۸. حلی (محقق)، نجم الدین جعفر بن حسن؛ **شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام**؛ ج ۳ و ۴، چ ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.
۱۹. \_\_\_\_\_؛ **الرسائل التسع**؛ چ ۱، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۱۳ق، ج.
۲۰. خمینی، سید روح الله؛ **تحریر الوسیلة**؛ ج ۲، قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم، [بی تا]، الف.
۲۱. \_\_\_\_\_؛ **کتاب البیع**؛ ج ۳، چ ۱، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیهم السلام، تهران، [بی تا]، ب.
۲۲. خویی، سید ابوالقاسم؛ **تکملة المنهاج**؛ چ ۲۸، قم: نشر مدینه العلم، ۱۴۱۰ق، الف.
۲۳. \_\_\_\_\_؛ **منهاج الصالحین (للخویی)**؛ چ ۲۸، قم: نشر مدینه العلم، ۱۴۱۰ق، ب.
۲۴. سبزواری (محقق)، محمد باقر بن محمد مؤمن؛ **کفاية الأحكام**؛ ج ۲، چ ۱، اصفهان: انتشارات مهدوی، [بی تا].
۲۵. صدر (شهید)، سید محمد باقر؛ **بحوث فی شرح العروة الوثقی**؛ ج ۴، چ ۲، قم: مجمع الشهید آیت الله الصدر علمی، ۱۴۰۸ق.
۲۶. \_\_\_\_\_؛ **بحوث فی علم الاصول**؛ ج ۵، چ ۳، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه

- اسلامى مكتب الاعلام الاسلامى، ١٤١٧ق.
٢٧. طوسى، ابو جعفر محمد بن حسن؛ المبسوط فى فقه الإمامية؛ ج ٣، ج ٣، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، ١٣٨٧ق.
٢٨. —؛ الخلاف؛ ج ٣، ج ١، قم: دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزة علميه قم، ١٤٠٧ق.
٢٩. عاملى كركى، على بن حسين؛ جامع المقاصد فى شرح القواعد؛ مؤسسه آل البيتؑ، [بى تا].
٣٠. حرّ عاملى، محمد بن حسن؛ وسائل الشيعة؛ ج ٢٧، ج ١، قم: مؤسسه آل البيتؑ، ١٤٠٩ق.
٣١. عاملى، سيد جواد بن محمد حسينى؛ مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة - (ط - القديمة)؛ ج ٧، ج ١، بيروت: دار إحياء التراث العربى، [بى تا].
٣٢. عاملى (شهيد اول)، محمد بن مكى؛ الدروس الشرعية - فى فقه الإمامية؛ ج ١، ج ٢، قم: دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزة علميه قم، ١٤١٧ق.
٣٣. —؛ اللمعة الدمشقية فى فقه الإمامية؛ ج ١، بيروت: دار التراث، ١٤١٠ق.
٣٤. عاملى (شهيد ثانى)؛ زين الدين بن على؛ الروضة البهية فى شرح اللمعة الدمشقية - (المحشى - كلاتر)؛ ج ٧، ج ١، قم: كتابفروشى داورى، ١٤١٠ق.
٣٥. —؛ (الف)؛ مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام؛ ج ١٢، ج ١، قم: مؤسسة المعارف الإسلامية، ١٤١٣ق.
٣٦. عاملى، ياسين عيسى؛ الاصطلاحات الفقهية - فى الرسائل العملية؛ ج ١، بيروت: دار البلاغة للطباعة و النشر و التوزيع، ١٤١٣ق، ب.
٣٧. عبدالرحمان، محمود؛ معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهية؛ ج ١، قاهره: دارالفضيله، [بى تا].
٣٨. عكبرى بغدادى (مفيد)، محمد بن محمد بن نعمان؛ المقنعة؛ ج ١، قم: كنگره جهانى هزاره شيخ مفيدؑ، ١٤١٣ق.
٣٩. كلينى، ابو جعفر محمد بن يعقوب؛ الكافي (ط - دار الحديث)؛ ج ١٠، ج ١، قم: دار الحديث للطباعة و النشر، ١٤٢٩ق.

۴۰. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن؛ رسائل المیرزا القمی؛ ج ۲، چ ۱، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، شعبه خراسان، ۱۴۲۷ق.
۴۱. لنکرانی، محمد فاضل؛ تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة۔ - الديات؛ چ ۱، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار، ۱۴۱۸ق.
۴۲. مامقانی، ملا عبدالله بن محمد حسن؛ حاشیة علی رسالة لا ضرر؛ چ ۱، قم: مجمع الذخائر الإسلامية، ۱۳۵۰ق.
۴۳. مجلسی، محمد باقر؛ بحار الانوار؛ بیروت: مؤسسه الوفاء، ۱۴۰۴ق.
۴۴. نجفی (صاحب الجواهر)، محمد حسن؛ جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام؛ ج ۲۷ و ۳۷ و ۴۳، بیروت: دار احیاء التراث العربی، [بی تا].
۴۵. وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامیه الكويت؛ موسوعه فقهیه کویته؛ چ ۲، کویت: دار السلاسل، ۱۴۰۴-۱۴۲۷ق.