

نقش ملاحظات اقتصادی در تصرفات زیانبار در املاک در حقوق ایران

ایرج بابایی^{۱*}، علی طهماسبی^۲، محمد عیسائی نفرشی^۳، مرتضی شهبازی نیا^۴

۱- استادیار دانشکده حقوق دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران

۲- دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران

۳- دانشیار گروه حقوق دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران

۴- استادیار گروه حقوق دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران

دریافت: ۸۷/۱۱/۵

پذیرش: ۸۸/۴/۶

چکیده

مالک می‌تواند به هر صورت که مایل است در ملکش تصرف کرده، هرگونه انتفاعی از آن ببرد (ماده ۳۰ قانون مدنی)؛ اما این تصرف نمی‌تواند موجب تضرر همسایه گردد؛ مگر این‌که متعارف بوده، برای رفع حاجت یا دفع ضرر، ضروری باشد. در صورتی که فعالیت مالک نامتعارف و ورود ضرر به همسایه قابل پیش‌بینی باشد (جمع ماده ۱۳۲ قانون مدنی و مواد ۳۵۲ و ۳۵۳ قانون مجازات اسلامی)، می‌توان زیان‌زننده را مکلف به جبران خسارت وارد کرد؛ اما اختیار توقف فعالیت او، نفیاً یا اثباتاً از ماده ۱۳۲ استنتاج نمی‌گردد. در تشخیص مفهوم متعارف بودن عمل متصرف، بهتر است ملاحظات اقتصادی مد نظر قرار گیرد. بر این اساس اگر شخصی با رعایت اقدامات ایمنی در ملکش تصرف کند، اما میزان ضرر ناشی از تصرف برای همسایه، بیش‌تر از ضرر مالک در اثر ترک تصرف باشد، متعارف دانستن عمل دشوار به نظر می‌رسد.

کلید واژه‌ها: متعارف، تقصیر، سود، هزینه.



۱- مقدمه

مقصود از تصرفات زیانبار در املاک^۱، اعمالی است که مالک در ملکش انجام داده، باعث زیان مجاورین می‌گردد. برای مثال، مالکی در ملکش باغچه‌ای احداث می‌کند که در اثر سرایت رطوبت ناشی از آن، به ملک مجاور خسارت وارد می‌شود یا در آن اقدام به روشن کردن آتش می‌کند که به ملک همسایه سرایت کرده، باعث آتش‌سوزی می‌گردد.

این بحث محل تلاقی حقوق اموال و حقوق مسئولیت مدنی است؛ زیرا مالک در مال خود به تصرف می‌پردازد که مطابق قاعده تسلیط، وی می‌تواند به هر صورت که مایل است در ملکش به تصرف پرداخته، از آن نفع ببرد (ماده ۳۰ قانون مدنی) و از سوی دیگر از این نظر که تصرف موجب اضرار همسایه می‌گردد، با مسئولیت مدنی در ارتباط است. قانون مدنی و قانون مجازات اسلامی در چند ماده به بیان احکام تصرفات زیانبار در املاک پرداخته‌اند؛ اما در خصوص بسیاری از مسائل ساکتند. به این دلیل بررسی رابطه این دو قانون در این خصوص، ضروری به نظر می‌رسد؛ زیرا ماده ۱۳۲ قانون مدنی در صورتی متصرف را نسبت به خسارات وارد به همسایه مسئول نمی‌داند که تصرف او متعارف و برای رفع نیاز یا دفع ضرر از او ضروری باشد، در حالی که مواد ۳۵۲ و ۳۵۳ قانون مجازات اسلامی، قابلیت پیش‌بینی را برای مسئول شناختن متصرف ضروری دانسته‌اند و ممکن است چنین تصور شود که این مواد با هم تعارض دارند.

به موجب ماده ۱۳۲، مالک نمی‌تواند در ملکش تصرفی کند که موجب اضرار غیر گردد، مگر این‌که تصرف متعارف بوده، برای دفع ضرر یا رفع حاجت ضروری باشد (البته در صورتی که تصرف برای رفع ضرر مالک ضروری باشد، در واقع نیاز او را بر آورده می‌کند و می‌توان گفت ذکر شرط رفع حاجت برای بیان مقصود کافی است). اولین نکته‌ای که قانونگذار ذکر

۱. لذا تصرفات زیانبار در اموال منقول، مورد بحث ما نیست؛ اگرچه برای رعایت ایجاز کلام معمولاً قید «در املاک» در متن ذکر نشده است. بعضاً برای بیان ماهیت این‌گونه تصرفات، از اصطلاح مزاحمت استفاده می‌شود؛ اما در این مقاله، برای پرهیز از اختلاط آن با دعاوی مزاحمت مذکور در قانون آیین دادرسی مدنی، از اصطلاح تصرف زیانبار در املاک استفاده شده است. شایان ذکر است که در کامن‌لا، اصطلاح «nuisance» برای این نوع تصرفات به کار می‌رود و منظور از آن، تصرفاتی است که مالک در ملک خود کرده، باعث ضرر همسایه می‌گردد. در صورتی که تعداد متضررین اندک باشد، مزاحمت خصوصی (private nuisance) و در صورتی که عمل زیانبار، عده زیادی را تحت تأثیر قرار دهد (همانند آلودگی آب یا هوا)، مزاحمت عمومی (public nuisance) است. البته مصادیقی از مزاحمت عمومی همانند سد کردن بزرگراه‌ها، تخصصاً از مصادیق تصرفات زیانبار در املاک خارج است [۸، ص ۲۸۰-۳۸۱].

کرده، این است که تصرف باید متعارف باشد و بنابراین، تصرفی که متعارف نباشد، مورد حمایت قرار نمی‌گیرد؛ اما مسأله این است که اگر تصرف نامتعارف، موجب زیان همسایه گردد، چگونه می‌توان از حق زیان‌دیده حمایت کرد؟ به عبارت دیگر، ضمانت اجرای نقض حق متضرر چیست؟ آیا می‌توان فعالیت متصرف را متوقف کرد؛ در حالی که ممکن است این فعالیت برای جامعه مفید باشد یا متصرف می‌تواند به فعالیتش ادامه دهد و فقط باید خسارت زیان‌دیده را جبران کند؟

مسأله دیگر این است که مطابق ماده مذکور، اگر تصرف، متعارف و برای رفع حاجت یا دفع ضرر باشد، مالک می‌تواند در ملکش تصرفی کند که موجب اضرار غیر گردد. سؤالاتی در این خصوص قابل طرح به نظر می‌رسد. آیا آن‌چنان‌که از ظاهر ماده برمی‌آید، می‌توان فعالیتی را که برای رفع حاجت یا دفع ضرر نباشد و به عبارت دیگر لغو باشد و فایده عقلایی از آن متصور نباشد، متعارف دانست؟ هرگاه تصرف متعارف و برای رفع حاجت مالک ضروری باشد، ممکن است موجب ضرر همسایه گردد که میزان ضرر همسایه، گاهی با ضرر مالک که در اثر ترک تصرف به بار می‌آید، برابر است و گاهی نیز کمتر و یا بیشتر از آن است. در این صورت، سؤال این است که با توجه به ظاهر ماده ۱۳۲، در تمام این موارد مالک بدون توجه به زیان همسایه، می‌تواند به تصرف در ملک خود بپردازد، یا اجازه تصرف را باید منصرف به موردی دانست که ضرر همسایه در اثر تصرف، بیشتر از ضرر مالک در اثر ترک تصرف نباشد؟ مقصود از متعارف که در ماده مذکور به‌عنوان یکی از شرایط ذکر شده، چیست؟ آیا عملی را که نوعاً پیش‌بینی می‌شود و باعث ضرر همسایه گردد، می‌توان متعارف دانست یا قابلیت پیش‌بینی ضرر باعث می‌شود که تصرف مالک نامتعارف باشد؟ ملاحظات اقتصادی در متعارف یا نامتعارف بودن عمل ایفای نقش می‌کند یا «متعارف» مفهومی است که فارغ از این ملاحظات باید نسبت به آن تصمیم گرفت؟ برای مثال، اگر کشاورزی برای ممانعت از ورود سیل به ملک خود، مانعی ایجاد کند که باعث شود بیشتر از زیانی که در صورت ورود سیل به خودش وارد می‌شد، به مجاورین زیان وارد گردد، آیا می‌توان چنین عملی را متعارف دانست؟ به نظر می‌رسد در تشخیص متعارف بودن یک عمل، عوامل گوناگونی نقش دارد که یکی از این عوامل، می‌تواند ملاحظات اقتصادی باشد. براین اساس آیا نمی‌توان گفت عملی که زیانش بیشتر از سودش است، نامتعارف است؟ در این مقاله سعی بر این است که موضوع

با لحاظ این نکات مورد تحلیل قرار گیرد. لذا به ترتیب جایگاه حقوقی موضوع، رابطه مواد ۳۵۲ و ۳۵۳ قانون مجازات اسلامی با ماده ۱۳۲ قانون مدنی در خصوص تصرفات زیانبار را بررسی کرده، آنگاه ماده ۱۳۲ و فروض مختلف آن و اثر مسئولیت را مورد مطالعه قرار می‌دهیم و نهایتاً به نتیجه‌گیری می‌پردازیم.

۲- تصرفات زیانبار در حقوق ایران

قانون مدنی در ماده ۳۰ با بیان قاعده تسلیط، مالک را در همه گونه تصرف و انتفاع از ملک خود جز آنچه به موجب قانون ممنوع شده، آزاد می‌داند و در ماده ۱۳۲ به بیان محدودیت‌های آن می‌پردازد. به موجب این ماده: کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که موجب اضرار غیر گردد؛ مگر تصرفی که به قدر متعارف بوده، برای رفع حاجت یا دفع ضرر، ضروری باشد. بدین ترتیب مادامی که تصرف مالک موجب اضرار غیر نگردد، آزادی تصرف دارد و می‌تواند به هر نحو که مایل است در ملک خود تصرف کرده، هرگونه انتفاعی از آن ببرد؛ اما به محض این‌که تصرف موجب اضرار غیر گردد، قلمرو قاعده تسلیط محدود شده، محدودیت‌هایی برای مالک ایجاد می‌گردد.

برای تنظیم روابط همسایگان در فقه از قواعد تسلیط و لاضرر بحث می‌شود. به موجب نظر مشهور فقها مادامی که تصرف مالک موجب زیان غیر نگردد، می‌تواند به صورت دلخواه در ملکش تصرف کند و در این خصوص از آزادی کامل برخوردار است؛ اما اگر تصرف موجب اضرار مجاورین گردد، بین قواعد تسلیط و لاضرر تراحم رخ داده، لاضرر بر تسلیط حاکم و آزادی مالک برای تصرف محدود می‌گردد؛ مگر این‌که تصرف، برای رفع حاجت یا دفع ضرر از مالک ضرورت داشته باشد که در این صورت بین دو ضرر، تعارض به وجود می‌آید و به علت تساقط ضررین، قاعده تسلیط بدون تخصیص باقی می‌ماند؛ گرچه ضرر همسایه، بیش‌تر از ضرر مالک باشد. البته در صورتی که ضررهای وارد به همسایه، جسمی باشد، لاضرر بر تسلیط حاکم است [۲]. ص ۱۳۴-۱۳۵، ۳، ص ۶۵-۶۶، ۴، ص ۵۰۰-۵۰۱، ۵، ص ۳۱۲-۳۱۳ و ۶، ص ۲۶۷-۲۶۸]. بعضی نیز نظر مشهور، مبنی بر تقدم تسلیط در فرض تعارض ضررین را بر این مبنا توجیه کرده‌اند که قاعده لاضرر در مقام امتنان است و لذا اگر رفع ضرر همسایه، مستلزم تحمیل آن بر مالک باشد - یعنی منع تصرف مالک موجب تضرر یا فوت منفعت او

شود - سلطنت او با لاضرر برداشته نمی‌شود؛ زیرا این امر، خلاف امتنان است و نتیجتاً قاعده تسلیط، بدون تخصیص باقی می‌ماند [۷، ص ۴۳۲].

با این حال یکی از فقها در فرض تعارض ضررین، فقط وقتی تسلیط را بر لاضرر حاکم دانسته که تفاوت ضرر همسایه نسبت به ضرر مالک، فاحش نباشد والا لاضرر را حاکم دانسته و تصرف مالک را مجاز نمی‌داند [۸، ص ۲۴۱]. البته نظریه مقایسه زیان‌ها از سوی مشهور فقها هم به‌عنوان یک احتمال مطرح شده، اما مورد پذیرش قرار نگرفته است. از مباحث فقها چنین استنباط می‌شود که مسأله انتخاب ضرر کم‌تر و جلوگیری از اتلاف منابع، در فقه سابقه دارد و حتی فقهایی که مقایسه زیان‌ها و انتخاب کم‌ترین ضرر را نپذیرفته‌اند، به‌عنوان یک احتمال آن را مدنظر داشته‌اند.

به‌علاوه بعضی از فقها بین فرضی که تصرف مالک به‌صورت غیرمستقیم، مستلزم تصرف در ملک مجاور است (همانند سرایت رطوبت) و فرضی که چنین نیست، قائل به تفصیل شده، معتقدند: درخصوص فرض اول نه‌تنها دو ضرر، بلکه دو تسلیط هم متعارضند؛ چه به موجب قاعده تسلیط، هر مالک می‌تواند هر طور مایل است در ملکش تصرف و از تصرف دیگران در آن جلوگیری کند و چنین وضعیتی برای همسایه هم حاکم است. لذا در این شرایط مالک نمی‌تواند به استناد قاعده تسلیط، در ملکش تصرفی کند که مستلزم تصرف در ملک غیر هم باشد و باید تا حد امکان، حقوق طرفین را با هم جمع کرد. اما در فرض دوم که تصرف مالک مستلزم تصرف در ملک غیر نیست، در صورت تعارض ضررین مالک و همسایه و تساقط آن‌ها، صرفاً قاعده تسلیط حاکم است و مالک می‌تواند در ملک خود تصرف کند [۹، ص ۱۰۲ - ۱۰۳]. قانون مدنی نسبت به این تفکیک ساکت است و لذا این سؤال قابل طرح است که آیا بر مبنای ماده ۱۳۲، می‌توان تفکیک مذکور را پذیرفت و حکم ماده را فقط ناظر به فرض دوم دانست یا نه؟ به نظر می‌رسد پاسخ این سؤال منفی است و ماده ۱۳۲، هر دو فرض را تابع حکم واحد قرار داده است؛ زیرا علاوه بر نادر بودن این نظر در میان فقها، قانونگذار در ماده ۱۳۲ قانون مدنی با این‌که در مقام بیان بوده، سکوت کرده و بدون تفصیل بین دو فرض مذکور، آن‌ها را یکسان دانسته است. به‌علاوه بر فرض پذیرش این تفکیک میتوان گفت حتی در مورد آلودگی صوتی یا گرد و خاک هم متصرف از طریق امواج صوتی و گرد و خاک در ملک دیگران تصرف می‌کند. بنابراین، چه تصرف مالک مستلزم تصرف غیر مستقیم - از طریق

سرایت رطوبت یا غیره- در ملک غیر باشد و چه چنین نباشد، در صورت متعارف بودن تصرف و ضرورت آن برای رفع حاجت یا دفع ضرر، بر مبنای ماده ۱۳۲ قانون مدنی می‌تواند در ملک خود تصرف کند، بدون این‌که در برابر همسایگان مسؤول باشد.

۱-۲- مسؤولیت آتش‌افروز

مقنن در مواد ۳۵۲ و ۳۵۳ قانون مجازات اسلامی مقرر داشته که اگر کسی در ملک خود آتش روشن کند و در اثر سرایت آتش به ملک مجاور موجب ورود خسارت به همسایه شود، چه به میزان نیاز آتش روشن کند و چه بیش‌تر از آن، در صورتی که سرایت آتش به ملک همسایه نوعاً قابل پیش‌بینی باشد یا آتش‌افروز بتواند آن را پیش‌بینی کند، مسؤول جبران خسارات وارد است؛ اما اگر ورود ضرر به همسایه نوعاً قابل پیش‌بینی نباشد و متصرف نیز نتواند آن را پیش‌بینی کند، نمی‌توان او را مسؤول جبران خسارات وارد دانست. در واقع، قابلیت پیش‌بینی ضرر، معیار تقصیر است که تقصیر نیز به نوبه خود، وسیله احراز رابطه سببیت بین ضرر همسایه و فعل آتش‌افروز محسوب می‌شود.

البته حکم فوق یکی از نظرهایی است که در این زمینه در فقه مطرح شده و به صرف قابلیت پیش‌بینی ضرر، متصرف را مسؤول خسارات همسایه دانسته‌اند [۱۰، ص ۳۷۶-۳۷۷ و ۱۱، ص ۱۹۲-۱۹۳]. به نظر بعضی دیگر از فقها علاوه بر قابلیت پیش‌بینی، عمل روشن‌کننده آتش باید غیرمتعارف باشد و به عبارت دیگر، مرتکب تعدی و تفریط شود؛ چه در غیر این صورت نمی‌توان او را به صرف علم یا ظن به ورود ضرر، مسؤول خسارت وارد به همسایه دانست، زیرا در صورت متعارف‌بودن عمل مالک، نمی‌توان او را مقصر و مسؤول خسارات دانست [۱۲، ص ۱۲۶۰-۱۲۶۲ و ۱۳، ص ۶۰]. در عین حال، بعضی دیگر به صرف وجود یکی از این شرایط، یعنی قابلیت پیش‌بینی ضرر یا غیرمتعارف بودن عمل، قائل به مسؤولیت متصرفند و اجتماع هر دو شرط را برای تحقق ضمان، لازم نمی‌دانند [۱۴، ص ۲۰۳-۲۰۴].

حال با توجه به این‌که ماده ۱۳۲ قانون مدنی مقرر می‌دارد: مالک نمی‌تواند در ملکش تصرفی کند که باعث تضرر غیر شود، مگر این‌که تصرف او متعارف بوده، برای رفع حاجت یا دفع ضرر، ضروری باشد، این سؤال مطرح می‌شود که هرگاه مالک، در ملکش تصرفی کند که نوعاً پیش‌بینی می‌شود، اما باعث اضرار غیر گردد، می‌توان عمل او را متعارف دانست؟ آیا می‌توان گفت در صورت قابلیت پیش‌بینی ضرر همسایه، عمل مالک غیر متعارف است و به

این ترتیب ماده ۱۳۲ را در راستای ماده ۳۵۳ تفسیر کرد؟ در پاسخ به این سؤالات باید گفت به نظر می‌رسد قابلیت پیش‌بینی ضرر با غیرمتعارف بودن عمل متصرف ملازمه ندارد؛ چرا که ممکن است شخص با رعایت اصول ایمنی و صرفاً به میزان نیاز خود تصرف کند و با وجود این، سرایت ضرر به ملک همسایه، قابل پیش‌بینی باشد. غیر متعارف دانستن عمل مالک فقط به این دلیل که ورود ضرر به همسایه قابل پیش‌بینی است، بدون این‌که تعدی از سوی او صورت گیرد، به منزله این است که او حق تصرف در ملک خود را نداشته باشد.

برای جمع ماده ۱۳۲ قانون مدنی با مواد ۳۵۲ و ۳۵۳ قانون مجازات اسلامی می‌توان گفت: در صورتی که عمل مالک غیرمتعارف و ورود ضرر به همسایه قابل پیش‌بینی باشد، وی مکلف به جبران خسارات وارد است؛ زیرا هم مرتکب تقصیر شده و هم بین تقصیر او و زیان وارد رابطه سببیت وجود دارد، اما اگر فقط عمل غیرمتعارف باشد، بدون این‌که بتوان نوعاً ورود ضرر به همسایه را پیش‌بینی کرد و یا عمل متعارف، ولی ورود ضرر به همسایه نوعاً قابل پیش‌بینی نباشد، متصرف نسبت به جبران خسارات وارد مسئولیتی ندارد؛ زیرا در فرض اول، احراز رابطه سببیت دشوار است و در فرض دوم، مالک حقیقتاً را اجرا کرده، بدون این‌که مرتکب تقصیر شده باشد.

۳- تحلیل ماده ۱۳۲ قانون مدنی

در این بخش سعی بر آن است که شقوق مختلف ماده ۱۳۲ تبیین گردد. می‌توان برای این ماده، سه فرض اصلی به شرح زیر در نظر گرفت که هر یک از آنان فروعی دارد:

اول این‌که تصرف مالک، اعم از این‌که متعارف یا غیر متعارف باشد، باعث ضرر همسایه نگردد؛ دوم این‌که تصرف مالک، نامتعارف بوده، موجب تضرر همسایه گردد و لذا بررسی حدود اختیار مالک و نحوه حمایت از حق زیان‌دیده در صورت نامتعارف بودن تصرف مالک، ضروری است.

سوم این‌که تصرف مالک، متعارف بوده، موجب ضرر همسایه گردد. در این صورت، ضرر مالک ممکن است با ضرر همسایه برابر یا کمتر از آن باشد.

با این توضیح مختصر، به تبیین این فروض می‌پردازیم:



۳-۱- تصرف غیر زیانبار

مطابق ماده ۳۰ قانون مدنی مالک می‌تواند به هر صورت که مایل است در ملک خود تصرف کند؛ زیرا مادامی که ضرری به دیگران وارد نکند، محدودیتی برای اقدام او متصور نیست. بنابراین، اگر مالکی در ملک خود باغچه یا استخری احداث کند، بدون این‌که اصول ایمنی را برای جلوگیری از سرایت رطوبت اعمال دارد و بیش از میزان متعارف باغچه‌اش را آبیاری کند، تا زمانی که ضرری به دیگران وارد نکند، می‌تواند بدون هیچ مانعی به فعالیتش ادامه داده، به هر نحو که می‌خواهد از آن بهره‌برداری کند.

۳-۲- تصرف نامتعارف و زیانبار

مطابق ماده ۱۳۲، هیچ کس نمی‌تواند در ملکش تصرفی کند که موجب تضرر همسایه گردد، مگر این‌که تصرف متعارف بوده، برای رفع حاجت یا دفع ضرر، ضروری باشد. پس در صورتی که تصرف نامتعارف و ورود ضرر به همسایه، قابل پیش‌بینی باشد (جمع ماده ۱۳۲ قانون مدنی و مواد ۳۵۲ و ۳۵۳ قانون مجازات اسلامی)، وی در برابر متضرر مسئول است. برای مثال اگر کارخانه‌ای، بدون رعایت ضوابط ایمنی با ایجاد سر و صدا موجب آزار مجاورین گردد، چون شرط اول ماده ۱۳۲ وجود ندارد و ورود ضرر به مجاورین نوعاً قابل پیش‌بینی است، لذا در برابر آن‌ها مسئول است.

سؤال قابل طرح در این خصوص این است که به چه نحو باید از حق زیان‌دیده حمایت کرد؟ آیا می‌توان فعالیت زیان‌زننده را متوقف و به اصطلاح قلع ماده ضرر کرد یا زیان‌دیده صرفاً محق به دریافت خسارت است؟ این بحث در علم میان‌رشته‌ای حقوق و اقتصاد^۱، تحت عنوان حمایت از حق با قاعده اموال^۲ یا قاعده مسئولیت^۳ مطرح می‌شود. هر گاه حق با قاعده اموال مورد حمایت قرار گیرد، در صورت نقض آن، با درخواست زیان‌دیده، فعالیت زیان‌زننده متوقف

۱. حقوق و اقتصاد (یا تحلیل اقتصادی حقوق) علمی میان‌رشته‌ای است که در آن از تئوری اقتصادی (اساساً اقتصاد خرد و مفاهیم پایه‌ای اقتصاد رفاه)، برای تحلیل شکل‌گیری، ساختار، فرایند و آثار اقتصادی حقوق و نهادهای حقوقی استفاده می‌شود یا می‌توان گفت، علمی است که به بررسی اثر قواعد حقوقی بر رفتار افراد می‌پردازد و درصدد پاسخ به این سؤالات است که افراد در مقابل قواعد حقوقی به چه صورت واکنش نشان می‌دهند و آیا این قواعد موجب می‌شود آنان به صورت بهینه رفتار کرده و از اتلاف منابع اجتناب کنند یا نه؟ [۱۵، ص ۱۶، ۱ و ۳ و ۱۷، ص ۱۶۳ به بعد].

2. property rule
3. liability rule

می‌گردد و در صورتی که وی بخواهد به فعالیتش ادامه دهد، باید با زیان‌دیده‌ها توافق کرده، رضایتشان را برای ادامه فعالیت خود تحصیل کند. در واقع، قاعده اموال، حقی مطلق و انحصاری به دارنده اعطا می‌کند که فقط در صورتی که خودش مایل باشد، می‌تواند آن را به دیگری منتقل سازد یا تصمیم دیگری درخصوص آن اتخاذ کند. برخلاف قواعد اموال، به موجب قاعده مسؤولیت، فعالیت زیان‌زننده متوقف نمی‌شود، بلکه صرفاً مکلف می‌گردد خسارت زیان‌دیدگان را پرداخت کند و برای ادامه فعالیت خود، به تحصیل رضایت آنان نیاز ندارد. بدین ترتیب مادام که زیان‌زننده حاضر باشد ارزشی را که اشخاص بی‌طرف تعیین می‌کنند به زیان‌دیده بپردازد، می‌تواند به فعالیت زیانبار خود ادامه دهد [۱۸، ص ۸ و ۱۹ ص ۴-۶].

ماده ۱۳۲ قانون مدنی نسبت به توقف یا عدم توقف فعالیت زیان‌زننده در صورت درخواست زیان‌دیده، ساکت است و نیاز به تفسیر دارد. در این خصوص بین نویسندگان اختلاف نظر وجود دارد. به نظر بعضی از آنان، در مواردی که عامل زیان دست به کاری می‌زند که به‌طور مستمر باعث اضرار غیر می‌گردد، از بین بردن این وسیله، بهترین راه جبران ضرر است و لذا اگر فرض کنیم همسایه ملکی، به قصد آزار رساندن به او، دودکش بلند بسازد یا برخلاف متعارف، چاه فاضلاب حفر کند و یا بخشی از آن را، به آغل اختصاص دهد، از بین بردن آثار این تصرف ناروا، وضع را به‌صورت پیشین درمی‌آورد و از همسایه دفع ضرر می‌کند. به بیان دیگر از بین بردن منبع ضرر مستمر در دید عرف، نوعی جبران خسارت است؛ منتها جبران خسارت از راه برگرداندن وضع سابق، فقط نسبت به آینده مؤثر است و زیان‌های گذشته را از بین نمی‌برد. پس صدور حکم به قلع بنا یا پرکردن چاهی که برخلاف متعارف ساخته شده، مانع از آن نیست که زیان‌دیده جبران خسارتی را که تا زمان اجرای حکم به او وارد شده، مطالبه کند [۲۰، ص ۵۳۰-۵۳۱، و ۲۱ ص ۵۶].

در واقع این موارد، مصداق سوءاستفاده از حق بوده، نه تنها موجب مسؤولیت مدنی متصرف است، بلکه زیان‌دیده می‌تواند علاوه بر جبران خسارت، از بین بردن منبع ضرر و جلوگیری از ادامه خسارت وارد را نیز از دادگاه بخواهد و مثلاً پرکردن چاه یا تعمیر مجرای آبی را که باعث ضرر شده است، تقاضا کند. رویه قضایی مؤید این نظر است [۲۲، ص ۱۷۵].

بعضی دیگر معتقدند در حقوق ایران، اختیار صدور حکم جلوگیری از ادامه فعالیت زیانبار، جز در موارد خاص (نظیر ماده ۳۲۵ قانون آیین دادرسی مدنی در رفع مزاحمت و ماده ۸ قانون

مسئولیت مدنی و قانون اصلاح قانون جلوگیری از تصرف عدوانی مصوب ۱۳۵۲) به مراجع قضایی تفویض نشده است و در نتیجه تا زمانی که با تدوین قانون خاص، این مشکل رفع نشود، متضرر از حق جز در مستثنیات مذکور، بدو باید ضرر ناشی از تجاوز از حق را تحمل و سپس با تقدیم دادخواست حقوقی، جبران خسارت وارد را مطالبه کند و به منظور نیل به جبران خساراتی که در نتیجه عمل تجاوز از حق متناوباً به او وارد می‌شود، مرتباً این کار باید توسط او تکرار گردد [۲۳، ص ۲۲۲]. به این ترتیب بر مبنای این نظر، از حق زیان‌دیده با قاعده مسئولیت حمایت می‌شود و زیان‌دیده با وقوع ضرر، می‌تواند آن را از زیان‌زننده مطالبه کند، بدون این‌که بتواند بر مبنای قاعده اموال که گاهی نتایج نامطلوبی دارد، فعالیت او را متوقف سازد. برای مثال فرض کنید راه‌آهن با فعالیت خود و بدون رعایت اصول ایمنی، باعث ورود ۱۰۰۰ واحد ضرر به محصول کشاورزان مجاور گردد، در حالی که نصب تجهیزات ایمنی برای او ۱۵۰۰ واحد هزینه در بر داشته باشد. در این صورت، اگر نظر اول اعمال و بر مبنای حمایت از حق کشاورزان با قاعده اموال، فعالیت زیان‌زننده متوقف شود، راه‌آهن یا باید مبادرت به صرف ۱۵۰۰ واحد هزینه کند تا از وقوع خسارت ۱۰۰۰ واحدی اجتناب شود که نامعقول بودن آن نیاز به استدلال ندارد یا باید اجازه خواهان‌ها را برای ادامه فعالیت به دست آورد که در بسیاری از موارد تحقق آن اگر غیر ممکن نباشد، بسیار دشوار است. در نتیجه ممکن است فعالیت راه‌آهن تعطیل گردد، حال آن‌که اگر راه‌آهن با لحاظ تمام هزینه‌های لازم برای راه‌اندازی قطار و جبران خساراتی که به مجاورین وارد می‌شود، تصمیم به انجام فعالیت بگیرد، یعنی فعالیت برایش سودمند است و با این شرایط بهتر است فعالیتش را ادامه دهد؛ زیرا خسارت وارد به مجاورین را جبران می‌کند و جامعه هم به فعالیتش نیاز دارد، چه زیان‌زننده با فعالیت خود، در واقع، تولید کل جامعه را نیز افزایش می‌دهد.

مطابق نظر دوم، دادگاه میزان ضرر را با نظر کارشناس تعیین کرده، شرکت راه‌آهن را به پرداخت آن محکوم می‌کند. بدین ترتیب، خوانده برای ادامه فعالیت خود، به اجازه زیان‌دیده‌ها نیاز ندارد و می‌تواند به فعالیت خود ادامه داده، زیان وارد را جبران کند. لذا هرگاه هزینه نصب تجهیزات ایمنی برای او کمتر از ضرر وارد باشد، از آن‌جا که وی متعارف عمل می‌کند، خودش اقدام به نصب تجهیزات ایمنی کرده، از ورود ضرر به همسایه جلوگیری می‌کند؛ ولی اگر میزان ضرر وارد کمتر از هزینه تجهیزات ایمنی باشد، طبیعتاً پرداخت خسارت برایش به صرفه‌تر است

و اگر با پرداخت خسارت زیان‌دیده‌ها و لحاظ دیگر هزینه‌ها، فعالیت برایش صرفه اقتصادی نداشته باشد، به فعالیتش پایان می‌دهد و در هر صورت، وضعیت زیان‌دیده تغییر نمی‌کند؛ چون او در صورت فعالیت زیان‌زننده، غرامت دریافت می‌کند و فرض آن است که دریافت غرامت، جبران مطلوبی را برای او ایجاد کرده، او را به موقعیت بدون ضرر باز می‌گرداند و در صورت توقف فعالیت، متحمل هیچ ضرری نمی‌گردد. لذا موقعیت زیان‌دیده در صورت فعالیت زیان‌زننده و دریافت غرامت یا توقف فعالیت زیانبار و عدم تحمل زیان، چندان تغییر نمی‌کند.

سؤالی که اینک مطرح می‌شود این است که با توجه به این‌که ماده ۱۳۲ قانون مدنی علی‌الظاهر نفیاً یا اثباتاً درخصوص توقف یا عدم توقف فعالیت زیانبار نامتعارف حکمی ندارد، کدامیک از این نظرها را باید پذیرفت؟ به عبارت دیگر، حق زیان‌دیده باید با قاعده اموال مورد حمایت قرار گیرد و به درخواست او، فعالیت زیانبار متوقف گردد^۱ یا قاعده مسؤولیت مرجح است و زیان‌دیده فقط می‌تواند مطالبه غرامت کند؟ در پاسخ به این سؤال باید توجه داشت که در این‌باره، از یکطرف ملاحظات اقتصادی مطرح است و از طرف دیگر ثبات حق مالکیت؛ زیرا بر مبنای قاعده مسؤولیت، زیان‌زننده با اقدام خود، باعث نقض حقوق زیان‌دیده می‌گردد و در صورتی که بتواند با پرداخت خسارت زیان‌دیده به فعالیتش ادامه دهد، در واقع، اجازه یافته با اراده یکجانبه خود، حق او را با پرداخت غرامت^۲ تملک کند که بدیهی است این مسأله جز در موارد نادر قابل‌پذیرش نیست [۲۴، ص ۹]. به این دلیل گفته می‌شود از قاعده مسؤولیت صرفاً باید در مواردی استفاده شود که امکان معامله و حل مشکل از طریق توافق وجود ندارد. برای مثال در زمینه تصادفات، طرفین قبل از وقوع خسارت ممکن است اصلاً همدیگر را نشناسند و لذا امکان توافق بین آنان وجود ندارد؛ اما اگر بتوانند نسبت به آن حق، معامله کنند استفاده از قاعده اموال مرجح است و زیان‌زننده باید اجازه زیان‌دیده را از طریق توافق تحصیل کند [۸، ص ۵]. با این وصف اگر تعداد طرفین کم بوده، بتوانند با هم معامله کنند، همانند اختلاف دو همسایه که یکی از آنان با ایجاد باغچه‌ای در ملک خود به نحو غیر متعارف رفتار کرده و باعث ضرر مجاورین شده است، از حق زیان‌دیده با قاعده اموال حمایت می‌گردد. البته توقف فعالیت زیان‌زننده، منافاتی با صدور حکم به جبران خسارات وارد ندارد و در مواردی ممکن است علاوه بر توقف فعالیت زیانبار، حکم به جبران خسارات وارد هم صادر شود. بدین‌ترتیب با

1. injunctive relief
2. compensation

توقف فعالیت، امکان زیان در آینده از بین می‌رود و با پرداخت غرامت، خسارات گذشته جبران می‌گردد؛ اما در مواردی مثل خسارات ناشی از فعالیت راه‌آهن که شمار طرفین زیاد و امکان معامله ناچیز است، مسأله تقابل ملاحظات اقتصادی و رعایت حق مالکیت باقی است. در این فرض اگر فعالیت شرکت راه‌آهن با لحاظ تمام هزینه‌های فعالیت و خسارات وارد به دیگران منافع قابل‌توجهی در پی داشته باشد، شاید بهتر باشد او فعالیتش را ادامه داده، خسارت متضررین را جبران کند؛ چه اگر با احتساب تمام هزینه‌ها (از جمله خسارات وارد به دیگران) فعالیت سودمند باشد، تجویز ادامه آن معقول است و به جامعه هم سود می‌رساند.

ذکر این نکته لازم به نظر می‌رسد که اگر انجام معامله امکان‌پذیر یا اطلاعات دادگاه کامل باشد، استفاده از قواعد اموال و مسئولیت تفاوتی نخواهد داشت؛ زیرا در صورت استفاده از قاعده اموال، زیان‌دیده بر موضع خود پافشاری نکرده، معامله صورت می‌گیرد و عدم تحقق معامله هم نشان می‌دهد که دارنده حق، ارزش بیشتری برای آن قائل است و با داشتن اطلاعات کامل هم حق به صورت کارآمد تخصیص داده می‌شود. در صورت استفاده از قاعده مسئولیت نیز مشکل ارزیابی خسارت وجود نداشته، دادگاه میزان واقعی آن را تعیین می‌کند که در این صورت، اگر زیان‌زننده ارزش بیشتری برای حق قائل باشد، تملکش می‌کند و در صورتی که ارزش کمتری برای آن قائل باشد، حق در ملکیت دارنده باقی می‌ماند و طرفین نیز می‌توانند از طریق توافق، مشکل را حل کنند و در هر صورت، نتیجه کارا خواهد بود [۲۴، ص ۹ و ۱۹، ص ۸].

بعضی معتقدند همان‌طور که معامله هزینه^۱ دارد، ارزیابی خسارت هم هزینه‌بر است و در انتخاب یکی از این قواعد، مسأله صرفاً هزینه معامله نیست، بلکه هزینه ارزیابی خسارت هم باید مدنظر قرار گیرد. بنابراین لازم است هزینه ارزیابی خسارت، با هزینه معامله مقایسه گردد: اگر هزینه معامله کمتر از هزینه ارزیابی باشد، قاعده اموال مرجح است و هرگاه وضعیت هزینه‌ها برعکس باشد باید از قاعده مسئولیت استفاده شود [۲۵، ص ۱۰].

در انگلستان قرون ۱۷ و ۱۸، حقوق مزاحمت نسبت به تولیدکنندگان و کسانی که باعث رشد اقتصادی جامعه می‌شدند، اعمال نمی‌شد [۲۶، ص ۴۰۹]. در کامن‌لا شرط محکومیت خواننده در

۱. هزینه معامله عبارت از هر چیزی است که مانع توافق طرفین شود؛ از قبیل هزینه گردآوری اطلاعات، مذاکره، نوشتن قرارداد و غیره [۲۹، ص ۱۰].

دعاوی تصرفات زیانبار^۱ این است که نتیجه عمل او - ولو این که خود عمل متعارف باشد - برای خواهان نامتعارف باشد. به عبارت دیگر باید ضرری که از فعالیت زیان زننده به زیان دیده وارد می شود، قابل توجه^۲ باشد و در صورت فقدان این نتیجه، خواننده محکوم نمی شود [۲۷، ص ۱۹۹]. همان طور که ملاحظه می گردد منظور از «متعارف» در این بخش از حقوق، این نیست که رفتار خواننده بالاتر یا پایین تر از استاندارد قانونی است، بلکه به این معنا است که اخلاقی که نسبت به حق خواهان صورت گرفته، غیرمتعارف است ولو این که خواننده تمام احتیاطات لازم را هم به عمل آورده باشد [۲۸، ص ۱۹۸]. به علاوه در مواردی که فعالیت خواننده برای جامعه مفید است، از معیار توازن سود-هزینه استفاده شده، از حکم توقف فعالیت، فقط در موارد خاص که پرداخت غرامت کافی نیست، استفاده می گردد. لذا حتی در مواردی که خواننده محکوم می شود، به ندرت حکم توقف فعالیت صادر می گردد [۲۷، ص ۴۴۳-۴۴۶]. برای تصمیم گیری در خصوص نامتعارف بودن نتیجه که ممکن است به صورت آلودگی صوتی، هوا، آب، ایجاد اختلال در دریافت امواج رادیویی و تلویزیونی^۳ و غیره رخ دهد، چند عامل، از جمله مدت اختلال، حساسیت خواهان، ویژگی محل و تقصیر خواننده، مدنظر قرار می گیرد. معمولاً در مواردی که مزاحمت صرفاً برای مدت کوتاهی مخصوصاً ایجاد تأسیسات ساختمانی صورت گرفته و بعد از آن خاتمه می یابد، دادگاهها از صدور حکم علیه خواننده خودداری کرده،^۴ آن را لازمه زندگی شهری دانسته اند [۲۷، ص ۴۲۴-۴۲۶].

۳-۳- بهینه کردن انگیزه احتیاط طرفین

سؤال قابل بررسی این است که هرگاه متصرف، باعث تضرر همسایه گردد و شرایط مسؤولیت جمع باشد، به چه میزان باید خسارت بپردازد؟ آیا این امکان وجود دارد که میزان غرامت به

1. nuisance

2. substantial

۳. در دعوی Nor-Video Services v. Ontario Hydro در سال ۱۹۸۷ که در کانادا مطرح شد حتی اختلال در دریافت یکی از شبکه ها هم مزاحمت محسوب گردید. این رأی با زندگی مدرن تطابق دارد؛ زیرا تلویزیون بخش مهمی از زندگی است و علاوه بر جنبه سرگرمی، جنبه آموزشی هم دارد [۲۷، ص ۴۲۵-۴۲۶].

۴. در دعوی Harrison V. Southwark and Vauxhall Water Co. در سال ۱۸۹۱، خوانندگان در زمینشان گودال حفر کرده و برای مدت کوتاهی با ایجاد لرزش و سر و صدا محل استفاده خواهان از ملکشان شدند. دادگاه به این علت که فعالیت آنها موقت است، به سود خوانندگان رأی داد [۲۷، ص ۴۲۷-۴۲۸].

نحوی تعیین شود که زیان‌دیده برای رعایت احتیاط، انگیزه داشته باشد یا به این علت که خسارت ناشی از فعل زیان‌زننده است، خسارت متضرر باید به‌طور کامل جبران گردد؟ نکته‌ای که در این خصوص باید مورد توجه قرار گیرد، این است که گاهی صرفاً برای یکی از طرفین این امکان وجود دارد که با رعایت احتیاط از وقوع زیان جلوگیری کند^۱ و لذا صرفاً او خسارت را به دوش خواهد کشید [۳۰، ص ۱۴-۱۵]، بدین معنا که اگر زیان‌زننده از چنین امکانی برخوردار باشد، باید زیان وارد را جبران کند و اگر زیان‌دیده از چنین امکانی برخوردار باشد، خودش ضرر وارد را متحمل شده، نمی‌تواند برای جبران خسارات وارد به دیگری مراجعه کند. برای مثال هرگاه یک نیروگاه با فعالیت خود باعث آسیب مجاورین گردد و آن‌ها قادر نباشند برای جلوگیری از ضرر خود، اقدامی انجام دهند، خسارات آن‌ها باید به‌طور کامل جبران گردد. برعکس هرگاه مجاورین قادر باشند با رعایت اقدامات احتیاطی از وقوع زیان جلوگیری کنند، اما از انجام این کار خودداری ورزند، خود آن را متحمل خواهند شد. با توجه به این‌که در بحث ما صرفاً زیان‌زننده با اقدامات غیر متعارف خود باعث ضرر مجاورین گشته، لذا باید گفت این حکم منصرف از فرض مورد نظر ما است [۳۱، ص ۳۰۶].

گاهی وضعیت به‌گونه‌ای است که هم زیان‌زننده و هم زیان‌دیده قادرند با رعایت اقدامات احتیاطی از وقوع زیان جلوگیری کنند، اما احتیاط هر دو طرف لازم نیست و در صورت رعایت اقدامات احتیاطی از سوی هر یک از آن‌ها، وقوع زیان منتفی می‌شود؛ منتها هزینه احتیاط آن‌ها متفاوت است، بدین صورت که ممکن است انجام آن برای زیان‌زننده، نسبت به زیان‌دیده هزینه کمتری داشته باشد و یا برعکس. بنابراین صرف هزینه از سوی هر دو طرف برای اجتناب از حادثه بی‌فایده و موجب اتلاف منابع است. بر این اساس به زعم اقتصاددانان حقوقی^۲، مسؤلیت باید بر عهده کسی قرار گیرد که با کمترین هزینه قادر است^۳ از وقوع زیان جلوگیری کند. بدین ترتیب، ضمن اجتناب از وقوع ضرر، کمترین هزینه به این کار اختصاص داده شده، بیش از آنچه لازم است برای این موضوع، هزینه صرف نمی‌شود [۳۲، ص ۱۰].

فرض سوم این است که زیان‌زننده و زیان‌دیده توأماً قادرند با رعایت اقدامات احتیاطی، از وقوع زیان جلوگیری کنند یا مقدار آن را کاهش دهند، اما اقدام یکی از آن‌ها بی‌فایده است. به

1. unilateral precaution
2. legal economist
3. least (cheapest) cost avoider

عبارت دیگر، احتیاط طرفین^۱ ضروری است و در صورتی که فقط یکی از آنان احتیاطات لازم را به عمل آورد، نتیجه مطلوب حاصل نمی‌گردد. برای مثال فرض کنید کارخانه‌ای با تولید آلاینده، باعث ورود خسارت به محصولات کشاورزی می‌شود، اما بر درخت اثری ندارد یا با وجود فعالیت کارخانه، اگر کشاورز از سموم خاصی برای سمپاشی استفاده کند، خسارتی به محصول وارد نمی‌شود. حال سؤال این است که در چه صورت کشاورز برای انجام این کار، انگیزه کافی دارد؟ و آیا در صورتی که خسارات او به‌طور کامل جبران شود، می‌توان به رعایت احتیاط از سوی او امیدوار بود یا نه؟

در پاسخ باید گفت در مواردی که احتیاط طرفین برای جلوگیری از وقوع زیان یا کاهش خسارت ضروری است باید انگیزه احتیاط در آن‌ها وجود داشته باشد؛ به این صورت که اگر کسی برای رعایت احتیاط هزینه می‌کند، در مقابل این هزینه، سودی به دست آورد. در مثال فوق، اگر خسارات کامل وارد به محصول به کشاورز پرداخت شود، وی نسبت به وقوع یا عدم وقوع زیان بی‌تفاوت می‌شود؛ زیرا در صورتی که محصول در اثر آلاینده‌ها از بین برود، خسارتش را به‌طور کامل از کارخانه‌دار دریافت می‌کند و در صورتی که تلف نشود، این مبلغ را از طریق فروش آن در بازار به دست می‌آورد. بنابراین، تلف یا عدم تلف محصول، تغییری در وضعیت او نمی‌دهد و در صورتی که با رعایت اقدامات احتیاطی از وقوع زیان جلوگیری کند یا میزان آن را کاهش دهد، سودی عایدش نمی‌گردد، بلکه هزینه‌ای کرده که سود آن به دیگری (زیان‌زننده) می‌رسد؛ چرا که در صورت عدم وقوع زیان یا کاهش میزان آن که به علت صرف هزینه از سوی کشاورز صورت گرفته، مبلغی که زیان‌زننده پرداخت می‌کند، کاهش می‌یابد؛ یعنی سود ناشی از احتیاط کشاورز، عاید کارخانه‌دار شده، میزان غرامتی که باید به کشاورز بپردازد، کاهش می‌یابد یا کلاً منتفی می‌گردد.

در چنین مواردی برای این‌که از اتلاف منابع جلوگیری شود و طرفین ترغیب گردند برای جلوگیری از وقوع خسارت احتیاط کنند، باید انگیزه کافی داشته باشند. در مورد زیان‌زننده، چون با وقوع خسارت و احراز رابطه سببیت بین عمل او و خسارت وارد، مکلف است آن را جبران کند و این زیان برای او بخشی از هزینه تولید است، پس برای این‌که هزینه‌هایش را کاهش دهد، سعی می‌کند تا حد امکان با کاهش میزان زیان، از هزینه‌های تولید بکاهد. در

1. bilateral precaution

مورد زیان‌دیده نیز باید گفت خسارت را باید به صورتی تعیین کرد که صرف نظر از این‌که او احتیاط کند یا نه، مبلغ غرامت تغییر نکند و نتواند با رفتار خود (یعنی عدم احتیاط)، میزان غرامتی را که می‌تواند از زیان‌زننده دریافت کند، افزایش دهد. در این صورت، او انگیزه کافی برای احتیاط خواهد داشت. به عبارت دیگر اگر کارخانه‌دار نسبت به خسارات وارد مسئول نباشد، صرفاً به تولید و سود خود فکر می‌کند و ضرر کشاورز برایش اهمیتی ندارد. بنابراین، لزومی نمی‌بیند برای رعایت احتیاط هزینه کند؛ چرا که سود آن به کشاورز می‌رسد. متقابلاً اگر مسئولیت محض داشته و غرامت کشاورز به میزان ارزشی باشد که محصول در بازار دارد، کشاورز نسبت به تلف یا عدم تلف محصول بی‌تفاوت می‌شود؛ زیرا مهم این است که او آن مقدار پول را به دست آورد و این‌که چه کسی آن را می‌پردازد، اهمیتی ندارد. بنابراین برای رفع معایب این دو راه‌حل، باید در هر دو انگیزه احتیاط وجود داشته باشد. برای مثال در مورد کشاورز و کارخانه‌دار می‌توان صرفاً خسارات وارد به ارزش اجاره‌بهای ملک را به‌عنوان غرامت در نظر گرفت؛ به این صورت که اگر اجاره‌بهای بازاری زمین در صورت فقدان آلاینده‌ها ۱۰۰ و با وجود آلاینده‌ها ۷۰ واحد باشد، صرفاً مابه‌التفاوت این مبالغ (یعنی ۳۰ واحد) به او پرداخت می‌شود. برای دریافت این غرامت، کشاورز صرفنظر از این‌که در ملکش درخت بکارد یا گندم و یا حتی اگر هیچ محصولی هم نکارد، محق است (در مثال ما، ۲۰ واحد)؛ زیرا ضرر، نه به محصول، بلکه به ارزش اجاره ملک وارد می‌شود و این خسارت در هر حال و صرفنظر از کشت یا عدم کشت محصول، محقق گردیده است. اجاره‌بهای ملک را بازار تعیین می‌کند؛ بدون این‌که کشاورز بتواند بر میزان آن تأثیر بگذارد. به این ترتیب، زیان‌دیده انگیزه کافی برای رعایت احتیاط دارد؛ زیرا اگر گندم بکارد، میزان غرامتی که دریافت می‌کند، نسبت به زمانی که درخت بکارد، بدون تغییر باقی می‌ماند و چون وی علی‌الاصول انسانی معقول و متعارف است و سود حاصل از احتیاطش نصیب خودش می‌گردد، سعی می‌کند فعالیتی در ملکش انجام دهد که بیش‌ترین سود را برایش در پی داشته باشد؛ زیرا میزان غرامت دریافتی او فارغ از نوع محصولی که در زمینش کاشته، ثابت است. به عبارت دیگر، میزان غرامتی که دریافت می‌کند، با توجه به رفتارش نوسان ندارد و لذا اقدامات احتیاطی لازم را به عمل آورده، سعی می‌کند فعالیتی در ملک انجام دهد که سودش را حداکثر کند [۳۳، ص ۷-۱۰].

۳-۴- تصرف متعارف و زیانبار

چنان‌که گفته شد، مطابق ماده ۱۳۲ قانون مدنی، مالک نمی‌تواند در ملکش تصرفی کند که باعث اضرار غیر گردد، مگر این‌که تصرف متعارف و برای رفع حاجت یا دفع ضرر باشد. پس اگر تصرف متعارف و برای رفع نیاز باشد، وی می‌تواند در ملکش تصرفی کند که موجب اضرار همسایگان گردد. لذا مطابق این ماده، تصرف ممکن است به دو صورت محقق شود:

۱- تصرف مالک متعارف بوده، اما برای رفع نیاز نباشد. به عبارت دیگر، لغو بوده و فایده عقلایی از آن برای متصرف، متصور نیست.

۲- در صورتی که تصرف متعارف مالک، برای رفع نیاز او ضروری باشد. در این صورت، تصرف باعث تضرر همسایه و عدم تصرف، موجب تضرر مالک می‌گردد و دو لاضرر با هم تعارض پیدا می‌کنند و ظاهراً مالک صرف‌نظر از میزان ضرر همسایه می‌تواند به تصرف بپردازد. مسأله مهمی که باید مورد بررسی قرار گیرد، این است که منظور از متعارف چیست و چگونه باید آن را از غیر متعارف تمیز داد؟^۱ در حقوق وقتی از متعارف بودن سخن به میان می‌آید از یک ضابطه نوعی برای تشخیص آن استفاده می‌شود و منظور این است که یک انسان متعادل در اوضاع و احوال مشابه، مرتکب چنین اعمالی نمی‌گردد. در نتیجه حتی اعمال مجائین نیز با رفتار چنین انسانی مقایسه می‌گردد و در صورتی که رفتار او با رفتار چنین انسانی تطابق نداشته باشد، مقصر محسوب می‌شود [۳۴، ص ۱۸۲-۱۸۳]. سؤال مهم قابل طرح، این است که آیا در تشخیص متعارف بودن یک عمل، ملاحظات اقتصادی نقش دارد یا در این خصوص نمی‌توان نقشی برای این ملاحظات قائل شد؟ آیا می‌توان پذیرفت عمل مالک در فرض اول که هیچ فایده عقلایی از تصرف برایش متصور نیست یا در فرض دوم که زیان همسایه در اثر تصرف بیش‌تر از ضرر مالک است، متعارف باشد؟

مطابق ماده ۹۵۲ قانون مدنی، تقصیر عبارت است از تعدی و تفریط. تعدی به معنای تجاوز کردن از حدود اذن یا متعارف نسبت به مال یا حق دیگری است (ماده ۹۵۱ همان قانون) و تفریط، عبارت است از ترک عملی که به موجب قرارداد یا متعارف، برای حفظ مال غیر لازم است. لذا معیار تشخیص متعارف بودن عمل، عرف است. به نظر می‌رسد عرفاً

۱. شاید بهتر بود از مفهوم متعارف در بخش قبل بحث می‌شد، اما ما به پیروی از ظاهر ماده ۱۳۲ که در ابتدا به تصرف غیرمتعارف پرداخته و سپس تصرف متعارف و شروط آن را بیان کرده، آن را در این قسمت مطالعه می‌کنیم.

نمی‌توان تصرف کسی را که بدون داشتن هرگونه نفع و فایده عقلایی به تصرف در ملک می‌پردازد، در حالی که متضمن ضرر دیگران است، متعارف پنداشت. انسان متعارف، دست به کار عیث نمی‌زند و در پس تمام اعمال او نفعی پنهان است. چگونه می‌توان رفتار کسی را که در ملک خود، حتی با رعایت احتیاط لازم به حفر چاه می‌پردازد، اما به علت استفاده از آب شهری هیچ‌گونه نفعی از آن برایش متصور نیست و باعث تضرر همسایه می‌گردد، متعارف دانست یا چگونه می‌توان رفتار کشاورزی که زمین خود را نکاشته، اما با وقوع سیل، حصاری اطراف مزرعه‌اش می‌کشد تا مانع ورود آب به ملکش گردد، لکن سیل به مزارع مجاور وارد و باعث نابودی محصولات آن‌ها می‌شود، متعارف دانست؟ در این صورت به نظر می‌رسد عمل مالک، متعارف نیست و مرتکب تقصیر شده‌است؛ نه این‌که عمل متعارف بوده و مالک صرفاً به دلیل عدم ضرورت آن برای رفع نیاز یا دفع ضرر، در برابر مجاورین مسؤولیت داشته باشد. لذا اگر در اثر عمل او به دیگران زیان برسد و ورود ضرر نوعاً قابل پیش‌بینی باشد باید آن را جبران کند؛ چرا که ضرر وارد، نتیجه تقصیر او است و بین تقصیر او و ضرر، رابطه سببیت وجود دارد.

درخصوص فرض دوم که تصرف موجب اضرار مجاورین و عدم تصرف موجب تضرر مالک می‌گردد، می‌توان گفت برخلاف آنچه گفته شده نمی‌توان در هر حال، عمل مالک را متعارف دانست. انسان متعارف تنها در اندیشه خودخواهی نیست و به نتیجه اعمالش بی‌اعتنا نمی‌ماند و دست کم نفع اندک یا هوس خویش را بر ضرر فاحش دیگران مقدم نمی‌دارد. پس با او نیز باید مطابق قواعد عمومی رفتار کرد و تجاوز از عرف را بر او نبخشود [۲۰، ص ۳۵۲].

به نظر می‌رسد در مواردی که تصرف مالک موجب ضرر دیگران می‌گردد، بدون این‌که برایش سودی در بر داشته باشد یا سودش به‌طور فاحش کم‌تر از ضرر همسایه باشد، تصرف وی متعارف نیست. به عبارت دیگر، اگر عدم تصرف مالک موجب تضرر خودش گردد، به این صورت که نفعی از او فوت گردد یا زیانی به او برسد، تصرف او روا است، مگر این‌که تفاوت ضرری که او در نتیجه خودداری از تصرف در ملک متحمل می‌شود، نسبت به ضرری که همسایه بر اثر تصرف متحمل می‌گردد، به گونه‌ای باشد که صرفاً مالک باید تحمل ضرر کرده، ترک تصرف کند [۳۵، ص ۳۲۴-۳۲۵]. این راه حل هم‌چنان‌که دیدیم از سوی برخی از فقها نیز پذیرفته شده است [۸، ص ۲۴۱].

بنابراین در تشخیص مفهوم متعارف، محاسبه سود و زیان عمل، منطقی به نظر می‌رسد و می‌تواند یکی از مبانی عرفی برای اطلاق تقصیر یا متعارف ارزیابی شدن عمل باشد. انسان متعارف نمی‌پذیرد که کسی برای دفع ضرر خود، ضرر بیشتری به دیگران وارد کند؛ هم‌چنان‌که یکی از شرایط تحقق اضطرار این است که مضطر برای دفع ضرر از خود، ضرر بیشتری به دیگری وارد نکند [۳۴، ص ۲۲۳].

توجه به این نکته ضروری است که قانون اساسی برای تأمین استقلال اقتصادی جامعه بر ریشه‌کن کردن فقر و محرومیت، برآوردن نیازهای انسان در جریان رشد با حفظ آزادی او، افزایش تولیدات کشاورزی و دامی و صنعتی که نیازهای عمومی را تأمین کند و کشور را به مرحله خودکفایی برساند و از وابستگی برهاند، تأکید کرده (بند ۹ اصل ۴۳ قانون اساسی) و از مالکیت تا جایی حمایت می‌کند که موجب رشد و توسعه اقتصادی کشور شده، مایه زیان جامعه نگردد؛ اما در غیر این صورت، از آن حمایت نمی‌کند (اصل ۴۴).

حال آیا می‌توان پذیرفت مالک در پناه اصل تسلیط برای جلوگیری از ضرر خود، ضرر بیشتری به دیگران وارد کند؟ آیا در این صورت تحقق اهداف مذکور در قانون اساسی امکان‌پذیر است؟ به نظر می‌رسد پاسخ این سؤالات منفی است و لحاظ کردن ملاحظات اقتصادی برای تشخیص تصرف متعارف و غیر متعارف با اهداف مذکور در قانون اساسی، سازگار است. در غیر این صورت، نه تنها تولیدات افزایش نمی‌یابد، بلکه این جریان نتیجه‌ای کاملاً معکوس در پی خواهد داشت و موجب زیان جامعه می‌گردد. برای مثال اگر باغداری برای جلوگیری از ورود سیل به باغ کوچک خود، مانعی در راه سیل ایجاد کند که باعث منحرف شدن سیل به مزارع مجاور و از بین رفتن محصولات آن‌ها گردد، طوری که ضرر وارد به آن‌ها بیش‌تر از ضرری باشد که خودش در صورت ورود سیل به باغش متحمل می‌شود، با این عمل از متضرر شدن خود جلوگیری می‌کند، اما با ایراد ضرر بیش‌تر به کشاورزان مجاور، موجب کاهش تولید جامعه می‌گردد.

متعارف دانستن چنین اعمالی دشوار به نظر می‌رسد و عرف در تشخیص متعارف و غیر متعارف، ملاحظات اقتصادی را لحاظ می‌کند. چنان‌که گفته شد این ملاحظات مد نظر فقها و حقوقدانان هم بوده و با اصول قانون اساسی که به صراحت بر رشد و توسعه اقتصادی و منع زیان جامعه تأکید می‌کنند، سازگار به نظر می‌رسد. در نتیجه، هرگاه تصرف مالک موجب

تضرر همسایه و عدم تصرف موجب تضرر خودش گردد، اما خسارت وارد به همسایه به وضوح بیش‌تر از ضرر او در اثر ترک تصرف باشد، رفتار متصرف غیر متعارف است و باید زیان وارد به مجاورین را جبران کند. البته با توجه به این‌که انگیزه احتیاط طرفین باید بهینه باشد، اگر همسایه بتواند با هزینه قابل قبولی از تضرر خود جلوگیری کند یا میزان آن را کاهش دهد، عمل مالک غیر متعارف نیست، اما اگر چنین امکانی برای همسایه وجود نداشته باشد، مطالب فوق‌الذکر صادق است.

ذکر این نکته مفید به نظر می‌رسد که به زعم بعضی از اقتصاددانان حقوقی، در کامن‌لا دادگاه‌ها معمولاً به آثار اقتصادی تصمیمات خود توجه داشته، به همراه عوامل دیگر، اثر اقتصادی تصمیم خود را در صدور رأی مد نظر قرار داده‌اند. البته قضات همیشه به صراحت به مسائل اقتصادی دعاوی مورد بررسی، استناد نمی‌کنند؛ ولی به نظر می‌رسد در تفسیر عباراتی مانند «رفتار معقول یا استفاده متعارف»^۱ به نوعی ابعاد اقتصادی موضوع را مورد توجه قرار داده‌اند، گرچه این توجه ممکن است ناخودآگاه باشد [۲۹، ص ۱۴].

۴- نتیجه‌گیری

به موجب ماده ۱۳۲ قانون مدنی، مالک نمی‌تواند در ملکش تصرفی کند که موجب اضرار غیر گردد؛ مگر این‌که تصرف متعارف بوده و برای رفع حاجت یا دفع ضرر، ضروری باشد. این ماده نسبت به ضمانت اجرای تصرفی که غیر متعارف باشد و موجب زیان همسایه گردد، ساکت است و به نظر می‌رسد اختیار توقف فعالیت زیان‌زننده از آن استنتاج نمی‌گردد. پس با لحاظ توأمان ملاحظات اقتصادی و رعایت حق مالکیت فردی باید گفت در مواردی که امکان معامله بین اشخاص وجود دارد، می‌توان از امکان توقف فعالیت زیانبار حمایت کرد؛ ولی در صورتی که امکان معامله بین اشخاص وجود نداشته باشد و فعالیت زیان‌زننده با لحاظ تمام هزینه‌ها از جمله خسارات وارد به دیگران سودمند باشد، برای جامعه هم مفید است و در این شرایط شاید بهتر باشد به زیان‌زننده اجازه داده شود تا در صورت پرداخت ضرر زیان‌دیدگان، به فعالیتش ادامه دهد؛ زیرا توقف فعالیت زیان‌زننده، ممکن است از نظر اقتصادی نتایج مطلوبی در بر نداشته باشد. به علاوه در صورت پرداخت غرامت به زیان‌دیده

1. reasonable use

باید برای رعایت احتیاط از سوی طرفین، انگیزه کافی در آنها ایجاد و بر همین مبنا میزان خسارت پرداختی به قربانی، به صورتی تعیین شود که او نتواند با رفتار خود، بر مقدار آن تأثیر بگذارد. پس اگر زیان‌دیده بتواند با رعایت اقدامات احتیاطی از وقوع زیان جلوگیری کند یا میزان آن را کاهش دهد، فقط به میزانی می‌تواند از زیان‌زننده غرامت بگیرد که امکان اجتناب از آن برایش میسر نیست. با در نظر گرفتن ملاحظات اقتصادی باید گفت مقصود از متعارف در ماده ۱۳۲ قانون مدنی این است که مالک اقدامات احتیاطی لازم را به عمل آورده، انجام فعالیت زیانبار برای دفع ضرر یا رفع نیاز او ضروری بوده و میزان زیان همسایه که در اثر تصرف او ایجاد می‌گردد، بیش‌تر از سودی نباشد که از تصرف عاید خودش می‌گردد؛ اما در غیر این صورت، وی مرتکب تقصیر شده و با احراز رابطه سببیت، باید خسارت وارد به مجاورین را جبران کند؛ چه «متعارف» مفهومی عرفی است که عوامل گوناگونی در تعیین آن نقش دارد و یکی از آنها، ملاحظات اقتصادی است و متعارف دانستن عملی که زیانش از سودش بیش‌تر است، دشوار به نظر می‌رسد.

۵- منابع

- [1] Swanson, Timthly and Andreas Kontoleoni, "Nuisance", *Encyclopedia of Law and Economics*, 2000.
- [۲] موسوی خمینی، روح الله، *بدایع الدرر فی القاعده نفی الضرر*، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار، ۱۴۱۴ ه. ق.
- [۳] _____، *رسائل*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۵ ه. ق.
- [۴] سبحانی، جعفر، *تهذیب الاصول (تقریرات ابحاث روح الله الموسوی الخمینی)*، ج ۲، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۳۶۳.
- [۵] انصاری، مرتضی، *مکاسب*، ج ۳، قم، انتشارات مجیبین، ۱۳۷۹.
- [۶] بجنوردی (موسوی)، سید محمد، *قواعد فقهیه*، تهران، مؤسسه چاپ و نشر عروج، ۱۳۷۹.
- [۷] نایینی، محمد حسین، *منیه الطالب*، ج ۳، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸.
- [۸] سبزواری، محقق، *کفایه الاحکام*، قم، مدرسه صدر، بی‌تا.



- [۹] مکارم شیرازی، ناصر، *القواعد الفقهیه*، ج ۲، قم، مدرسه امیرالمؤمنین، ۱۴۱۱.
- [۱۰] شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، *شرح لمعه*، قم، انتشارات داورى، ۱۴۱۰ هـ. ق.
- [۱۱] موسوی خمینی، روح الله، *تحریر الوسیله*، ج ۲ (دوره دو جلدی)، قم، دارالکتب العلمیه-اسماعیلیون، بی‌تا.
- [۱۲] محقق حلی، ابوالقاسم ابن احمد یزدی، *شرایع الاسلام*، ج ۳، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۲.
- [۱۳] نجفی، محمد حسن، *جواهرالکلام*، ج ۳۷، بیروت، دار الاحیاء التراث الاسلامی، بی‌تا.
- [۱۴] شهید اول، محمد بن مکی، *المعه الدمشقیه*، قدس، دار الفکر، ۱۴۱۱ هـ. ق.
- [15] Mercurio, Nicholas & Steven G. Medema, *Economics and the Law*, 2nd. Ed., USA, Princeton University Press, 2006.
- [16] Shavell, Steven & Louis Kaplow, "Economic Analysis of Law", 1999 available at: <http://www.ssrn.com>.
- [۱۷] دادگر، یدالله، «پیش درآمدی بر سنتز حقوق و اقتصاد»، *مجله تحقیقات حقوقی*، ۱۳۸۵، ش ۴۳.
- [18] Calabresi, Guido & A. Douglas Melamed, "Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral", *Harvard Law Review*, 1972 (April).
- [19] Shavell, Steven & Louis Kaplow, "Property Rules Versus Liability Rules: An Economic Analysis", *Harvard Law Review*, 1996 (February).
- [۲۰] کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی: الزام‌های خارج از قرارداد: ضمان قهری*، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۴.
- [۲۱] امامی، حسن، *حقوق مدنی*، ج ۱، تهران، انتشارات اسلامی، ۱۳۸۳.
- [۲۲] صفایی، سید حسین، *دوره مقدماتی حقوق مدنی*، ج ۱ (اشخاص و اموال)، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۵.
- [۲۳] امیری قائم مقامی، عبدالمجید، *حقوق تعهدات*، ج ۱، نشر میزان، ۱۳۷۸.
- [24] Epstein, Richard A.: "A Clear View of the Cathedral: The Dominance of Property Rules", *Yale Law Journal*, 1997 (May).
- [25] Krier James E. & Stewart J. Schwab, "The Cathedral at 25: Citations and Impressions", *Yale Law Journal*, 1997 (May).

- [26] Joel ,Franklin Brenner, “Nuisance Law and the Industrial Revolution”, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 3, No. 2. (Jun., 1974).
- [27] Markesinis, B.S., *Law Of Torts*, Oxford (Clarendon Press), 3rd ed., 1994.
- [28] Jones, Michael A., *Textbook on Torts*, London, Blackstone Press Limited, third Edition, 1991.
- [29] Coase, Ronald H.; “The Problem of Social Cost”, *Journal of Law And Economics*, 1960.
- [30] Cooter, Robert, Unity in Tort, Contract, and Property: The Model of Precaution”, *California Law Review*, 1985 (January).
- [31] Cooter, Robert & Thomas A. Ulen, *Law & Economics*, 3rd ed., USA, Addison Wesley Longman, 2003.
- [32] Shavell, Steven, “Economic Analysis of Accident law”, 2002, available at: <http://www.papers.ssrn.com/abstract=367800>.
- [33] Cooter, Robert; “Cost of Coase”, *Journal Of Legal Studies*, Vol. 6. No. 32, 1982.

[۳۴] قاسم‌زاده، مرتضی، مبانی مسئولیت مدنی، نشر دادگستر، ۱۳۷۸.

[۳۵] جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق اموال، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۶.