

تأملی فقهی-حقوقی بر نقش عدم‌النفع در ایجاد مسئولیت و لزوم جبران ضرر^۱

حسین قاضی*

محمدباقر پارساپور**

علمی - پژوهشی

چکیده

اصل جبران زیان به‌وسیله عامل آن که ضامن امنیت و عدالت اجتماعی است، موردقبول تمام جوامع بشری است و دین مبین اسلام نیز که به اجرای عدالت توجه ویژه نموده، آن را پذیرفته است. بنابراین با انطباق موازین قانونی بر فقه اسلامی، در مورد جبران تمامی انواع زیان‌های ناشی از تخلفات باید به چاره‌سازی پرداخت. همچنین عدم‌النفع یا منافع ممکن‌الحصولی که در اثر جرم مدعی خصوصی از آن محروم گردیده، «ضرر» تلقی و بنابراین قواعد کلی در خصوص جبران ضرر، آن را در بر گرفته و این نوع ضرر هم چون ضررهای دیگر قابل جبران می‌باشد و در همه این موارد نیز نه‌تنها جبران ضررهای مادی، خسارات زائد بر دیه، زیان‌های معنوی و عدم‌النفع مغایرت و مخالفتی با مقررات شرعی و قانونی ندارد، بلکه نصوص شرعی و قانونی با صراحت، جبران آن‌ها را مشروع دانسته و حتی برخی از فقها معاصر نیز به جواز مطالبه این نوع زیان‌ها فتوا داده و هرگونه تردیدی را از بین برده‌اند.

کلید واژه‌ها: عدم‌النفع، خسارت، ضرر، منافع ممکن‌الحصول، ضرر قابل جبران

تاریخ پذیرش: (۱۴۰۳/۰۵/۰۷)

۱- تاریخ وصول: (۱۴۰۲/۱۰/۲۸)

*دانش‌آموخته دکتری گروه حقوق، دانشگاه علم و فرهنگ، تهران، ایران. hosesinghazi@gmail.com
**دانشیار گروه حقوق، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران. parsapour@modares.ac.ir

۱- طرح مسأله

منافع ممکن‌الحصول یا به تعبیر فقهی آن عدم‌النفع عبارت از آن است که شخصی از فایده‌ای که انتظار دارد محروم شود مانند: توقیف غیرقانونی شاغل بکار که موجب حرمان او از گرفتن مزد شده است. پیشرفت اقتصادی و افزایش روزافزون سوانح، مقنن را مجبور کرده که به ارزش اقتصادی اشیاء، کار و خدمات انسانی توجه نماید و به‌منظور جبران کامل زیان آسیب‌دیده، الزام زیان‌زننده را به جبران این نوع ضرر در قانون آیین دادرسی کیفری پیش‌بینی نماید. تفویت منفعت درواقع ازجمله ضرر و زیان‌های مادی است؛ و متضرر از این جرم می‌تواند منافعی را مطالبه نماید که مسلم و مشروع بوده و بدون دخالت هیچ‌گونه عامل دیگری قابل حصول باشد. عدم‌النفع به‌عنوان یکی از اقسام خسارات که گاه نتیجه پیمان‌شکنی متعهد و گاه نتیجه فعل یا ترک فعل زیان‌آور شخص است، واجد آثار فراوانی در سرنوشت اقتصادی فرد است اما درعین‌حال، در خسارت بودن و قابلیت مطالبه آن اختلاف‌نظرهای فراوانی به چشم می‌خورد. ریشه این امر را باید در فقه جستجو کرد. ضرری که درنتیجه فعل یا ترک فعل زیان‌آور به شخص وارد می‌شود ممکن است مادی یا معنوی باشد. ضرر مادی نیز خود بر دو قسم است: از دست دادن مال یا محروم ماندن از نفع که بیشتر تحت عنوان «عدم‌النفع» موردبحث واقع می‌شود و از اهمیت بسزایی برخوردار است. بر این اساس و باتوجه‌به اینکه پیرامون عدم‌النفع مسائل متعددی قابل‌طرح است که در عرصه قوانین به آن‌ها اشاره نشده است. ازجمله؛ اقسام عدم‌النفع، نقش عدم‌النفع در ایجاد مسئولیت و ضرر و چگونگی لزوم جبران این ضرر و خسارت است و اینکه فقه‌های امامیه و عامه و قانون چه نظراتی در این زمینه مطرح نمودند، که در تحقیق حاضر سعی شده است مهم‌ترین مباحث مورد تحلیل علمی قرار گیرد.

۲- مفهوم‌شناسی

۱-۲- ضرر

هرچند ارائه تعریفی جامع از مفهوم ضرر بسیار دشوار است ولی برای نزدیک شدن ذهن به درک مفهوم آن می‌توان گفت: «ضرر عبارت از هر کاستی و نقصانی است که بر مال و حقوق مالی یا جسم یا حیثیت و شهرت یا عواطف شخص، به‌طور ناروا و ناخواسته، از طرف دیگری وارد شود (باریکلو، ۱۳۸۹: ۶۲). این تعریف نسبتاً با تعریف بعضی از فقها که ضرر را به مطلق نقصان و کاستی در نفس یا عضو یا مال و حیثیت تعریف کرده‌اند، نزدیکی و مشابهت دارد (نائینی، ۱۴۷۸ق، ج ۳: ۳۷۸). ولی تفاوت عمده آن، در این است که در این تعریف مطلق نقصان ضرر محسوب نشده، بلکه نقصانی ضرر محسوب شده که غیرارادی و تحمیلی باشد؛ زیرا عرفاً نقصانی ضرر محسوب می‌شود که ناخواسته باشد. نقصانی که ارادی است مانند هبه و یا مواردی که شخص اقدام بر ایراد نقصان بر خویش می‌نماید، تخصصاً از موضوع و مفهوم ضرر خارج است. متعلق ضرر ممکن است مال و یا حقوق

مال باشد که به ضرر مالی یا مادی تعبیر می‌شود، یا ممکن است جسم باشد که به آن ضرر جسمی اطلاق می‌شود. یا عرض و آبرو و شهرت باشد که به ضرر معنوی تعبیر می‌شود. در ماده یک قانون مسئولیت مدنی دو کلمه «ضرر» و «خسارت» به معنای زیان به کار رفته است که به دیگری وارد می‌شود. در مواد ۹، ۱۳، ۱۲، ۱۴، ۱۶ ق.آ.د.ک پیشین عناوین «ضرر» و «زیان» باهم به کار رفته است. حقوق دانان، هرچند نسبت به تعریف زیان اهتمام زیادی از خود نشان نداده‌اند؛ ولی در بیان اقسام آن، بحث خسارت را به خسارت‌های مادی و معنوی و مختلط و خسارت‌های فردی و دسته‌جمعی تقسیم کرده‌اند؛ اما در هر حال ریشه تمام این تقسیمات را نیز باید از عرف سراغ گرفت (کاتوزیان، ۱۳۷۰: ۱۴۲).

۲-۲- مسئولیت

مسئولیت در قانون مدنی، تعهد قانونی شخص بر رفع ضرری که به دیگری وارد کرده است خواه این ضرر ناشی از تقصیر خود وی باشد یا ناشی از فعالیت او شده باشد. مسئولیت در فقه: در همین معنی لفظ ضمان را بکار برده‌اند و معنی آن هر نوع مسئولیت اعم از مسئولیت مالی و مسئولیت کیفری است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۶۴۲).

۲-۳- عدم النفع

برخی حقوق دانان عدم النفع را حرمان از منافی که به احتمال قریب به یقین، حسب جریان عادی امور، اوضاع و احوال خاص، امید وصول به آن معقول، مترقب و مقدور بوده باشد، دانسته‌اند (جعفری لنگرودی، همان: ۲۵۰۷). رکن بودن مهریه تأثیری در جایگاه قاعده نفی غرر در عقد نکاح ندارد. (سرخوش، ۲۰۵: ۱۴۰۳) در تعریف دیگری آمده است: هنگامی از عدم النفع سخن به میان می‌آید که در نتیجه عمل زیان بار، دارایی شخص فزونی نیافته است، درحالی که اگر این واقعه رخ نمی‌داد، بر طبق روند عادی امور و تجربه جاری و آماری زندگی این افزایش انجام می‌پذیرفت (درودیان، ۱۳۷۰: ۳۴). قدر مشترک تعاریف یادشده و ارائه تعریفی جامع از عدم النفع به این صورت خواهد بود که «عدم النفع ممانعت از منفعت بالقوه قابل پیش‌بینی و مورد انتظار است که مقتضی آن حاصل شده و وجود آن از نظر عرف عقلا قطعی و مسلم است».

۳- بحث

۳-۱- بررسی خسارت عدم النفع از دیدگاه فقه

در بررسی جنبه فقهی «خسارت عدم النفع» با این سؤال روبه‌رو می‌شویم که آیا عدم النفع ضرر محسوب می‌شود؟ برای پاسخ به این سوال نیازمند مرور دیدگاه فقها پیرامون ضرر هستیم. در اسلام به جهت احترامی که خداوند برای انسان قائل شده، وارد کردن هرگونه لطمه به مال، جان یا آبروی افراد مسئولیت‌آور تلقی شده و جدای از عقوبت جزائی که برحسب مورد به واسطه سوءنیت بر

فاعل بار می‌شود، ذمه واردکننده ضرر به جبران خسارت مشغول می‌گردد. برخی معتقدند که اگر مال یا عضوی از اعضای انسانی صدمه بخورد یا ناقص شود یا شخصی بمیرد یا به آبروی او لطمه وارد آید خواه این لطمه و آسیب با اراده کسی وارد آمده باشد یا بدون اراده، در همه این موارد ضرر وجود دارد، بلکه برحسب عرف، عدم‌النفع هم در صورتی که موجبات و مقدمات نفع کامل شده باشد ضرر محسوب می‌شود. (نائینی، پیشین: ۱۹۸). به نظر می‌رسد مال به صرف اشیاء ذاتی موجود محدود نمی‌شود؛ بلکه کلیه اعتبارات را که شخص واجد آن‌هاست، در برمی‌گیرد؛ عقلا و عرف مسلم جامعه معتقدند فردی که به نحو منفی در وضعیت مالی و اقتصادی دیگری تأثیر گذاشته، ضامن است و باید آثار سوء ناشی از فعل زیان‌بار خویش را جبران نماید. فایده عملی ضرر بودن یا ضرر نبودن عدم‌النفع در منازعات علمی این است که آیا عدم‌النفع مشمول قاعده لاضرر می‌شود یا خیر؟ در این بحث در ذیل بررسی نظرات فقها تا حدی به این مسئله پرداخته خواهد شد.

۳-۲- عدم‌النفع در فقه امامیه

قول رایج بین فقهای شیعه این است که «عدم‌النفع لیس لضرر» عدم‌النفع ضرر نیست (نراقی، ۱۳۶۸: ۱۷). همچنین ملا احمد نراقی در تعریفی از ضرر، آن را خلاف نفع دانست، ایشان معتقدند: اگر کسی مالک را از فروش مالش بازدارد این عمل اضرار نمی‌باشد، بلکه ممانعت از تحصیل نفع است و چنانچه کسی ملک بدون نفعی مانند قنات بایر داشته باشد و بخواهد آن را تعمیر و آباد نماید و کسی مانع اقدام وی شود، این جلوگیری اضرار نیست بلکه منع از نفع است؛ اما اگر قنات دایر و آباد باشد و کسی در آن آب بیندازد و آن را ویران و بایر نماید، موجب ورود ضرر شده است (نراقی، همان، ج ۱: ۸).

در واقع مرحوم نراقی، میان نفع و منفعت فرق قائل شده و ایجاد نقص در منفعت را به تعبیر اینکه در ید و اختیار شخص است، ضرر دانسته است «و کذا کل حکم و عمل یوجب نقص ما فی ید شخص من عین او منفعه فهو ضرر» (نراقی، همان، ج ۱: ۱۹). نکته مهمی که از نظرات مرحوم نائینی حاصل می‌شود، این است که وی تشخیص نفع و ضرر را با عرف می‌داند و اگر فقیه در این باب نظری می‌دهد، این نظر از لحاظ عرف و لغت است نه از حیث فقیه بودن؛ لذا در هر مورد باید به عرف مراجعه شود و آنچه عرف تشخیص می‌دهد مورد حکم شرعی قرار گیرد. بنابراین باوجود بحث‌های زیادی که بین فقها در خصوص مصادیق و معانی ضرر رخ داده است، در اینکه این بحث یک بحث موضوعی است و فقهاتی نیست اتفاق نظر وجود دارد (بهرامی احمدی، ۱۳۶۶: ۲۳۹).

دیدگاه شیخ محمدحسن نجفی در رابطه با «خسارت عدم‌النفع» را باید در نظرات ایشان در حیطه «غصب» جست‌وجو کرد. صاحب کتاب جواهر پس از بحث پیرامون غصب می‌افزاید، چنانچه شخص مانع از فروش کالای فرد دیگر می‌شود و در این مدت قیمت متاع کاهش پیدا کند، هیچ

نوع تعهدی بر عهده وی مبنی بر جبران خسارت قرار نخواهد گرفت (نجفی، ۱۳۵۸: ۱۵).^۱ همان‌طور که قبلاً گفته شد، در فقه امامیه، منفعت مال شمرده شده و تلف آن نیز ضرر محسوب می‌شود و باید جبران گردد. از طرف دیگر، از نظر ادبی «لاضرر و لا ضرر» نکره منفیه است و این قبیل ترکیبات در ادبیات عرب افاده عموم می‌کند؛ یعنی شامل تمام افراد و اقسام خود می‌شود؛ به عبارتی قاعده لاضرر تمام اقسام ضرر و زیان را دربرمی‌گیرد. پس می‌توان چنین نتیجه گرفت که قاعده لاضرر شامل عدم‌النفع نیز می‌شود (بهرامی احمدی، پیشین: ۲۳۹). همان‌طور که دیدیم، از نظر برخی فقها ضرر عبارت است از فوت آنچه انسان آن را واجد است. خواه نفس باشد یا عرض یا مال یا جوارح. بنابراین اگر مال کسی یا عضوی از اعضای او به واسطه اتلاف یا تلف ناقص شود یا روحش از تن برود یا به عرض او لطمه وارد آید، می‌گویند ضرر بر او وارد آمده است؛ بلکه برحسب عرف، عدم‌النفع هم در موردی که مقتضی آن تمام و کامل شده باشد ضرر به شمار می‌آید (نائینی، پیشین: ۱۹۸).

با بررسی نظرات سایر فقها، پی می‌بریم که دیدگاه مرحوم نائینی مورد توجه بسیاری از ایشان نیز بوده است.

مرحوم میر فتاح در عناوین الاصول نظری دارد که همچون نظر مرحوم نائینی نشانه پویایی فقه شیعه است. همچنین صاحب ریاض المسائل نیز به مانند شهید اول بر این باور است: اگر شخصی، دیگر را زندانی کند و مدتی او را از کارش بازدارد، چنانچه برای شخص محبوس در این مدت اجرتی باشد که اگر زندانی نمی‌شد به آن می‌رسید، ضرورت جبران خسارت در این فرض وجود دارد. بنابراین فقهای مذکور قائل به مسئولیت در مسئله خسارت عدم‌النفع بوده‌اند (بهرامی احمدی، پیشین: ۲۱۴). ظاهراً قول مشهور فقها نیز ناظر به عدم النفعی است که عرف آن را ضرر نمی‌داند. بدیهی است وقتی چیزی ضرر نباشد نمی‌توان آن را جبران کرد، و اگر بدون آنکه ضرری وارد آمده باشد؛ یعنی بدون استحقاق چیزی دریافت شود، از مصادیق اکل مال به باطل است.

خلاصه آنکه در مورد ضرر شمردن عدم‌النفع در مواردی که منفعت مسلم است و موجبات آن فراهم آمده، منعی در نصوص قرآن، سنت و اجماع فقها نیز دیده نشده است، مسئله‌ای است که به نظر فقیه و قاضی اسلامی واگذار شده است تا باتوجه به برداشت و تلقی عرف از ضرر و باتوجه به خصوصیت‌های هر مورد تصمیم بگیرد. در هر حال اگر عدم‌النفع ضرر محسوب شود، مشمول قاعده لاضرر خواهد بود.

۳-۳- مسئولیت ناشی از خسارت عدم‌النفع

^۱ - در اینجا لازم است یادآوری کنیم که قول مشهور فقهای شیعه که معتقد است عدم‌النفع ضرر نیست، نگفته است ضرر ناشی از عدم‌النفع نباید جبران شود، بلکه می‌گویند عدم‌النفع ضرر نیست.

از نظر فقها تقویت منافع محتمل و بعید الحصول ضرر نیست. درواقع مشهور فقها قائل به این مطلب نیستند که «عدم النفع» نباید جبران شود. در ضمان آور نبودن تقویت منافع محتمل تقریباً اتفاق نظر وجود دارد؛ ولی سؤالی که مطرح است، ضمان تقویت منافع محقق است که در این مبحث سعی بر بیان نظرات موافق و مخالف جمعی از فقها و برخی از حقوق دانان در خصوص نفی یا اثبات ضمان تقویت این گونه منافع (منافع محقق) است. در حقوق اسلامی خسارت عدم النفع، تحت عنوان مستقلى بیان نشده و بیشتر در باب غصب و فروعات آن مورد بحث قرار گرفته است. در بحث ذیل به بررسی ادله قائلین به عدم مسئولیت و مسئولیت ناشی از «خسارت عدم النفع» و نقد نظرات ایشان پرداخته می شود.

۳-۴- قائلین به عدم مسئولیت ناشی از خسارات عدم النفع

نظر مشهور فقها بر این است که ضمان در اتلاف و تسبیب، مربوط به مواردی است که موضوع آن مال باشد. در مورد منافع، فقها قائل به این نظریه هستند که منافع اگرچه حتمی الحصول باشد، چون هنوز حاصل نشده است، از این جهت تلفی بر آن صادق نیست و در نتیجه ضمانی به دنبال نخواهد داشت؛ زیرا تسبیب موجب ضمان عبارت است از تقویت مال موجود، اعم از اینکه آن مال عین باشد یا منفعت، و اگر شخصی مانع و سبب حصول منافی شود، چون این منافع مورد نظر حاصل نشده است از این جهت، تلف شامل امر وجودی نیست؛ بلکه این اقدام جلوگیری از وجود مالی است که تاکنون به وجود نیامده است. معتقدین به این قول مشهور، ادعای اجماع نیز کرده اند. ایشان برای روشن شدن موضوع متوسل به مثال هایی شده اند که در ذیل به بیان آن می پردازیم:

اگر شخص فرد دیگری را از عملی که معمولاً برای آن اجرت در نظر گرفته یا تلف شود، در این مورد نیز شخص مانع، تعهدی برای جبران خسارت وارده ندارد؛ زیرا در این مسئله تلفی وجود ندارد تا اتلافی متصور باشد. تلف مربوط به مواردی است که امور وجودی فوت شود. در هر صورت تسبیبی که ضمان سبب را ایجاد می کند عبارت است از تلف کردن و از بین بردن مال موجود، چه عین باشد و چه منفعت. به این ترتیب منع از عمل موجب اجرت، معدوم نمودن شیء موجودی نیست؛ بلکه دفع و جلوگیری از پیدایش مال است. پس از بیان این مثال ها و روشن شدن موضوع، به بررسی نظرات صاحب جواهر و میرزای قمی و مرحوم نراقی می پردازیم:

۳-۴-۱- صاحب جواهر

شیخ محمدحسن نجفی پس از بررسی و نقد نظر بعضی از فقها فرموده: صاحب شرایع در تحقیق غصب، صرف ید مالک را کافی ندانسته و آن را مشروط به اثبات ید غاصب می داند. اگر کسی مالک را از نگهداری حیوان مرسله اش منع نماید و حیوان تلف شود ضامن نمی باشد و همین طور چنانکه او را از نشستن بر سر بساط خود منع نماید یا اینکه مانع از فروش کالای او شود و به این سبب عین کالا تلف شود یا اینکه نقص قیمت پیدا کند باز هم ضامن نیست. به نظر صاحب

جواهر، قول صاحب شرایع نه تنها در منابعی از قبیل نافع، تحریر و تبصره علامه و شرح الارشاد نیز به همین صورت ذکر شده، بلکه در مسالک این قول به مشهور نسبت داده شده است و علت این است که با توجه به عدم اثبات ید فرد مانع، اصل عدم تحقق غصب است (نجفی، پیشین: ۱۴). سپس ضمن تحلیل و رد نظریه تذکره که در عدم ضمان اشکال کرده است، می‌افزاید در عدم ضمان نقصان قیمت بازار (ناشی از ممانعت نمودن مالک از فروش متاع خود) جای تأمل باقی نمی‌ماند؛ زیرا تفویت مال به صورت مباشرت یا تسبیب صورت نگرفته است و همین گونه منافع انسان آزاد نیز به حسب اجماع، مضمون نمی‌باشد. تازه به تصدیق صاحب جواهر، علامه نیز در تبصره اظهار داشته است: «اگر کسی صنعتگری را از کار منع کند اجرتی به صنعتگر تعلق نمی‌گیرد و چنانچه حبس کننده از وی کار بکشد او مستحق دریافت اجرت می‌شود» (نجفی، همان، ج ۳۷: ۱۵). صاحب جواهر در ذیل مثال دومی که ذکر شده آورده است: تردیدی وجود ندارد که برای شخص مانع از فروش کالا، تعهدی به جبران خسارت وارده مربوط به کسر قیمت متصور نیست و همین طور در مورد منافع متصوره از شخص آزاد، زیرا در این صورت نه از حیث مباشرت و نه تسبیب مالی تقویت نشده است.

۳-۴-۲- میرزای قمی

میرزای قمی در نظریه‌ای که موافق با نظر صاحب جواهر است چنین می‌گوید: «بنا بر مشهور، غرامت منافی که از کسب حاصل می‌شود مضمونه نیست مثل اینکه کسی مانع شود دیگری را از بیع متاع خود و قیمت آن، نازل شود؛ درواقع مقصود از بیان فوق همان منافی است که هنوز به وجود نیامده است تا جنبه مالیت پیدا کند و در نتیجه تعهد به جبران تحقق نماید؛ لذا در مواردی که شخص صنعتگری حبس شود و یا از کار شخصی که معمولاً برای آن کار اجرت مشخص وجود دارد، ممانعت به عمل آید، استیفای منفعت موجب ضمان بوده و تعهدآور است؛ یعنی اگر حبس کننده صنعتگر و منافع از عمل دارای منافع در فرض اول، از منافع این اشخاص در مدت حبس استفاده نموده باشند مسئول جبران خسارت وارده خواهند بود؛ زیرا در دو صورت فوق جبران خسارت مربوط به منافع حاصل شده است نه منافع غیر موجود تا ضمانی برای آن متصور نباشد.

۳-۵- نقد و بررسی نظرات قائلین به عدم ضمان (مسئولیت) در خسارات ناشی از

عدم النفع

نظر مشهور فقها بر این است که ضمان در اتلاف و تسبیب، مربوط به مواردی است که موضوع آن مال باشد. پیرامون منافع فقها معتقد بودند که منافع اگرچه حتمی الحصول باشد، چون هنوز حاصل نشده است، از این جهت تلقی بر آن صادق نیست پس در نتیجه ضمانی به دنبال نخواهد داشت. درواقع صراحت در نظرات فقها، پیرامون عدم مسئولیت در خسارت ناشی از عدم النفع به پشتوانه موارد زیر ابراز شده است:

۳-۵-۱- عدم النفع لیس بضرر

الف: عدم تحقق غصب

بعضی از فقها ذمه شخص را زمانی نسبت به منافع مستوفات و غیرمستوفات مشمول می‌دانند که وی بر شخص یا شیء عملاً استیفا یافته و غصب مصداق پیدا کند. بنابراین ایشان تفویت منافع ناشی از نقص قیمت به علت ممانعت مالک از فروش مال را مضمون نمی‌دانند؛ چون ممانعت مانع، استیلا عملی بر مال نبوده؛ لذا غصب محقق نمی‌گردد در نتیجه از نظر مالی ضمانی رخ نمی‌دهد. عدم شمول قواعد تسبیب، اتلاف و لاضرر: این قواعد نسبت به عدم‌النفع قابل‌اعمال نیست به همین علت آن را مضمون نمی‌دانند. بعضی فقها و محققین، مضمون نبودن منافع را بر قواعد زیر مبتنی می‌دانند: (۱) الخراج بالضمن (۲) مالا یضمن بصحیحه لایضمن بفساده

در توضیح مطلب باید گفت که «عدم‌النفع لیس بضرر» مبنای مضمون نبودن عدم‌النفع محقق نیست. درواقع «عدم‌النفع لیس بضرر» نمی‌تواند مبنای محکمی بر مضمون نبودن عدم‌النفع محقق باشد. درست است که قول مشهور این است که عدم‌النفع ضرر محسوب نمی‌شود؛ ولی این قول به معنای این است که، عدم‌النفع ولو محقق باشد، نباید جبران شود. علاوه بر این مشهور فقها عرف را ملاکی برای تشخیص ضرر دانسته‌اند و در تدارک ضرر ناشی از فعل غیر، اختلافی نیست.

ب: عدم تحقق غصب در عدم‌النفع مانع ضمان نیست

جمعی از فقها در بحث ممانعت از فروش ملک، به این نظر قائل هستند که این عمل استیلا عملی بر مال نیست. درواقع ایشان به واسطه اعتقاد به عدم تحقق غصب ضمانی برای منافع فوت‌شده یا تفویت شده قائل نیستند. صاحب جواهر از صاحب شرایع نقل می‌کند که اگر شخصی، دیگری را از امساک دابه مرسله اش منع کند و آن چهارپا تلف شود و او را از نشستن بر بساطش منع نماید یا از فروش کالایش ممانعت کند و قیمت بازار نقصان پیدا کند یا آن عین تلف شود، ضامن نیست. صاحب جواهر در ادامه می‌گوید: در مسالک و غیر آن این قول به مشهور نسبت داده شده است، و مبنای آن‌ها این اصل است که به علت عدم اثبات ید غصب تحقق نیافته است (نجفی، ۱۳۵۸: ۱۴). البته این قول، قول قوی نیست؛ چون تحقق ضمان منحصراً دایر مدار بر تحقق غصب نیست؛ چون غصب تنها یکی از موجبات ضمان است. ضمن اینکه در تحقق غصب ضرورتاً لازم نیست استیلا بر مال ظاهری و خارجی باشد؛ بلکه استیلا قهری بر مال نیز موجب تحقق غصب است و یا حداقل در حکم غصب است؛ قبلاً گفته شد که بعضی فقها مثل ابن ادریس حتی در مواردی که قهر و عدوان در استیلا وجود ندارد مانند مقبوض به عقد فاسد را در حکم ید غاصبانه تلقی کرده‌اند که این نظریه را شیخ انصاری خالی از وجه ندانسته است (انصاری، ۱۳۵۰: ۱۹۷). صاحب جواهر در ادامه این بحث از کلام علامه، چنین بیان می‌کند که، لازمه‌ای بین عدم تحقق غصب و عدم ضمان وجود ندارد؛ چون ممکن است ضمان به سبب موجب دیگری غیر از غصب بازگردد.

با این اوصاف، نتیجه این است، درجایی که عرف، تلف حیوان را بلاواسطه ناشی از عمل شخصی

می‌داند که صاحب حیوان را از نگهداری آن منع کرده شکی در ضمان مانع باقی نمی‌ماند، همین‌طور درجایی که فردی مانع می‌شود تا مالکی متاع خویش را بفروشد و قیمت بازار آن کسر گردد؛ زیرا سبب نقص قیمت، عمل مانع بوده است و بس؛ اما در موردی که رابطه سببیت اثبات نشود، مسئله فرق می‌کند؛ به‌عنوان مثال در مورد حیوانی که بعد از منع شدن صاحبش از نگهداری آن، تلف می‌شود، چنانکه قضیه به نحوی باشد که اگر عمل مانع نیز نبود حیوان تلف می‌شد، اقدام بازدارنده مانع، سبب تلف تلقی نشده و ضمان بر او بار نیست؛ زیرا هر فرد را صرفاً نسبت به نتیجه اقدامات وی می‌توان ضامن دانست. در همین مورد شهید ثانی در مسالک فرموده است: عدم اعتقاد به ضمان، مختص مواردی است که عمل مانع سبب تلف عین نباشد (نجفی، پیشین: ۱۴).

ج: عدم شمول قواعد اتلاف، تسبیب و لاضرر، مانع ضمان نیست.

در بحث از ضمان، در قواعد اسلام، برخی قائل به این نظریه هستند که در اسلام در باب ضمان (مسئولیت) کسی که به مباشرت یا تسبیب، سود متوقعی را از دیگری سلب نماید دو قاعده وجود دارد. یکی قاعده اتلاف و دیگری قاعده لاضرر. مفاد قاعده اتلاف این است که چنان که کسی مال فعلی دیگری را از بین ببرد، ضامن است درحالی که در بحث عدم‌النفع فرض بر این است که کسی مال فعلی دیگری را از بین نبرده است؛ بلکه مالی که احیاناً می‌توانسته است به دست آورد، نگذاشته است کسب نماید. پس نتیجه می‌توان گرفت که قاعده اتلاف در این زمینه، کارایی خاصی ندارد. در باب قاعده لاضرر نیز گفته شده است: «...بفرض که مستفاد از قاعده لاضرر، لزوم تدارک ضرر وارد به غیر باشد... در این صورت مقصود از قاعده این است که چنانچه کسی بالفعل بر مال دیگر نقص وارد کند ضامن است، نه اینکه چنانچه عملی انجام دهد که منافع مورد توقع کسی به او نرسد، ضامن باشد بنابراین دلیلی وجود ندارد که در موارد عدم‌النفع، شخصی که موجب شده ضامن باشد» (گرجی، ۱۳۸۶: ۱۵). در این نظریات با این استدلال که قاعده اتلاف و لاضرر مشمول عدم‌النفع نمی‌شود، چنین نتیجه‌گیری شده است که به‌طور کلی در اسلام دلیلی در مورد لزوم جواز عدم‌النفع وجود ندارد. پاسخی که می‌توان به این استدلال داد این است که این اتلاف اصل دلیل نیست و متصید از دلایل دیگری است علی‌رغم قول مشهور مبنی بر اینکه از نظر اتلاف و تسبیب، ضمان منحصر به مواردی است که موضوع آن مال موجود باشد و در مورد منافی که حاصل نشده باشد تلف صدق نمی‌کند. بعضی از فقها از قبیل حاج میرزا حبیب‌الله رشتی به استناد قاعده لاضرر و بعضی آیات و اخبار معتقدند کسی که سبب تلف منافع محقق‌الحصول گردد، ضامن و مسئول است (متین دفتری، ۱۳۸۷: ۱۶۱). از قول ایشان چنین استنباط می‌شود که قاعده اتلاف و لاضرر بر عدم‌النفع حاکم است. با این اوصاف به فرض که دو قاعده اتلاف و لاضرر حاکی از ضمان ناشی از تفویض منافع محقق نباشد، این مسئله مستلزم تحقق اصل ضمان آور نبودن عدم‌النفع محقق نمی‌شود؛ زیرا جبران آن می‌تواند بر قواعد دیگری مانند قاعده احترام مال مسلمان و سیره عقلا استوار باشد.

د: بررسی دو قاعده «الخراج بالضمان» و «کل ما لا یضمن بصحیحه لایضمن بفاسده»

این قاعده در فقه اهل سنت، به خصوص فقه حنفی، به عنوان مبنای مضمون نبودن عدم النفع مورد استناد قرار می گیرد. طبق این قاعده، خراج و منافع در مقابل ضمان است و جایی که فرد ضامن عین مال است و اگر مال تلف شود، ولو تعدی و تفریطی صورت نگرفته باشد، فرد باید از عهده مثل یا قیمت آن برآید. منافع مال در قبال این ضمان، مال خود اوست. در فقه اهل سنت به جز شافعی، به استناد این قاعده منافع مغضوب را متعلق به غاصب می دانند. این حکم نسبت به منافع مستوفات است که به طریق اولی ناظر به منافع غیر مستوفات نیز است. در فقه شیعه نیز بعضی فقها نظر خود را بر این قاعده استوار نموده اند. چنانچه صاحب کتاب الوسیله با احتجاج به «الخراج بالضمان»، ضمان منافع را نفی نموده است. برای بررسی قاعده «الخراج بالضمان» ابتدا باید نکاتی را در نظر داشته باشیم: در سنن البیهقی از قول عایشه آمده است: مردی برده ای خرید و زمان درازی او را نگه داشت. سپس به عیب او واقف شد و خیار عیب را به کار برده و برده را پس داد. بایع به پیامبر (ص) شکایت برد و گفت: در طول این مدت از کار غلام من سوء استفاده کرده است و اکنون ثمن را باز ستانده است. تکلیف منافی که استفاده کرده است چه خواهد شد؟ پاسخ شنید: «الخراج بالضمان» (خوئی، ۱۳۷۰: ۱۳۳). یعنی آن منافع از آن مشتری است؛ زیرا آن مال در مدت استیفا منافع، در ضمان و تعهد مشتری قرار داشت؛ یعنی اگر مبیع در آن مدت، تلف می شد از دارایی او کسر می گردید پس منافع آن مدت هم از آن او نیست.

نتیجه این که ضمان عین با ضمان خراج جمع نمی شوند و مرجع عدم اجتماع آن دو این است که غنیمت و فایده به ازای ضمان عین است و این معنی از اخبار زیادی که در این باب وارد شده است استنباط می گردد. در ذیل به یکی دیگر از این اخبار که دلالت دارد بر اینکه منفعت مبیع در زمان خیار برای مشتری است می پردازیم:

از امام صادق (ع) پرسیدند: مرد مسلمانی نیاز به فروش خانه اش پیدا کرد، نزد شخصی آمد و به او گفت: این خانه ام را به تو می فروشم و با تو شرط می کنم که اگر بعد از یکسال ثمن آن را برایت آوردم خانه را به من بازگردانی. حضرت فرمود: اشکالی ندارد اگر ثمن را به او داد خانه را به او بازگرداند. گفتم: از منافع خانه بهره برداری کرده است. این منافع از آن کیست؟ حضرت فرمودند: منافع از آن مشتری است مگر نمی بینی اگر خانه می سوخت و از بین می رفت از جیب مشتری می رفت؛ یعنی چون ضمان عین خانه به عهده مشتری است. پس منافع نیز مال خود اوست. (حرعاملی، ۱۳۵۹: ۱۹). این حدیث دلالت دارد بر اینکه قابض، ضامن منافع نیست؛ چون منافع به ازاء ضمان عین است.

این حدیث نبوی است و اتفاق مسلمین آن را پذیرفته اند. خراج یعنی مستخرجه مال، منافع مادی و معنوی، هر دو را شامل می شود. پس شیری که از گوسفند به دست می آید خراج است و

منفعتی که مالک به مستأجر در برابر عوض، واگذار می‌کند و مستأجر از آن بهره می‌گیرد خراج عین مستأجره است. ضمان در حقوق اسلام به معنی تعهد است البته در اینجا به معنی تعهد عین موجود در خارج است که مورد معامله قرار گرفته است؛ به عنوان مثال مال معینی که مورد عقد بیع، قرار می‌گیرد و به خریدار منتقل می‌شود و یکی از طرفین، خیار فسخ داشته باشد ضمان بر عهده مشتری است یعنی اگر تلف شود از حساب دارایی مشتری، خارج می‌شود. معنی این تعهد خاص چنین است که اگر مبیع، تلف شود از دارایی مشتری تلف شده است. این ضمان که در حدیث مذکور دیده می‌شود در ماده ۴۵۳ قانون مدنی تحت عنوان «عهده» بیان شده است. توضیح آنکه نظریه مشهوری که در فقه و قانون مدنی ما پذیرفته شده است مبنی بر اینکه اگر به استناد خیار، عقدی فسخ شود، خیار تأثیر قهقرائی ندارد و منافع مورد معامله، از تاریخ عقد تا زمان فسخ به خیار، از آن صاحب خیار می‌باشد، از همین حدیث استفاده شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۷: ۲۷۳). شیخ انصاری در تفسیر الخراج بالضمان می‌گوید: کسی که ضمان چیزی را شخصاً می‌پذیرد، خراج آن مال اوست. «با» در اینجا بای سببیت یا بای مقابله است؛ یعنی تعلق خراج یا منافع به ذوالید به سبب ضمان عین است و یا در مقابل ضمان عین؛ بنابراین مشتری که با رضایت و قبول بایع، ضمان بیع را تقبل می‌کند درحقیقت بایع تضمین کرده که خراج مبیع را تقبل می‌کند. درواقع بایع تضمین کرده است که خراج مبیع مال او باشد و لازمه این بحث آن است که در صورت فساد عقد نیز منافع از آن مشتری باشد؛ زیرا در حالت فساد عقد نیز برای مشتری نسبت به مبیع ضمان وجود دارد. حاصل آنکه ضمان عین با ضمان خراج و منافع مجتمع نمی‌شود و مرجع این قول این است که غنیمت و فایده به ازاء غرامت است (من له الغنم فعلیه الغرم). ضمان مشتری نسبت به مبیع امری نیست که در حین عقد، طرفین بر آن اقدام کرده باشند، بلکه یک امر قهری است که شارع مقدس به آن حکم کرده است. همان گونه که شارع مقدس به ضمان مقبوض و ضمان مال مغضوب حکم کرده است. قصد شیخ این است که با مطرح کردن ضمان ناشی از اراده در عقود، ضمان را تفکیک نموده و غصب و مانند آن را مشمول قاعده نداند. شیخ می‌پذیرد آنچه در توجیه معنی ضمان در الخراج بالضمان گفته است به واسطه عاریه مضمونه نقض وارد می‌شود. بالاخره چنین نتیجه‌گیری می‌کند: الخراج بالضمان از نظر سند قاصر است و ما نمی‌توانیم به دلالت آن از قواعد مسلمة، فقهی مانند قاعده ضمان مال مسلمان و قاعده احترام مال مسلمان و عدم حلیت آن بدون رضایت و طیب خاطر مالک دست‌برداریم (انصاری، ۱۳۶۶: ۱۸۹).

۳-۵-۲- قائلین به وجود مسئولیت ناشی از خسارت عدم النفع

قائلین به وجود مسئولیت در میان فقهای شیعه به دودسته تقسیم می‌شوند: دسته اول گروهی از فقها هستند که صراحتاً با تکیه بر عرف، تقویت منافع محقق را ضرر تلقی نموده و حکم به لزوم جبران آن کرده‌اند. دسته دوم بدون اینکه صراحتاً در خصوص عدم النفع و لزوم جبران آن نفیاً یا

اثباتاً سخن به میان آورند، مواردی را که از مصادیق قطعی تفویت منافع محقق است ضمان آور دانسته‌اند، مانند ضامن دانستن حابس نسبت به حبس صنعتگر به لحاظ تفویت اجرت کسب‌وکار و ضمانت ناشی از نقص قیمت به لحاظ منع مالک از فروش کالا، مضمون دانستن منافع مستوفات و غیر مستوفات. در این مبحث، نظرات فقهای امامیه پیرامون منافع مستوفات و غیر مستوفات و چگونگی ضمان در این‌گونه منافع موردبررسی قرار می‌گیرد.

۳-۵-۲-۱- ضمان در منافع مستوفات

در فقه امامیه، منافع مستوفات بدون تردید مضمون است؛ چه تصرف عدوانی باشد و چه غیر عدوانی. شیخ انصاری در مکاسب تحت عنوان «فی حکم المنافع المستوفاء» ضمان در منافع مستوفات را چنین بررسی می‌کند: اگر عین فروخته‌شده، منفعتی داشته که مشتری قبل از رد ثمن آن را استیفا نموده، بر مشتری است که بنا بر قول مشهور عوض آن را رد نماید. آیت‌الله سید میرزا حسن موسوی بجنوردی در بحث پیرامون این موضوع، تصریح کرده‌اند که در مورد منافع مستوفاء شبهه‌ای نیست که مضمونه است و به عهده مستوفی است؛ (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۲: ۱۲۷). خویی در مصباح الفقاهه، منافع مستوفات و غیر مستوفات را بنا به نظر مشهور مضمون دانسته است (خویی، ۱۳۷۰: ۱۲۷).

۳-۵-۲-۲- ضمان منافع غیر مستوفات

منافع غیر مستوفات، آن منافع ممکن‌الاحصا هستند که شخص متصرف با استیلا خود بر آن مال بهره‌برداری از آن را سلب نموده و خود هم بهره‌مند نشده است. مثلاً اینکه شخصی خانه دیگری را بدون اجازه او قفل کند و یا اتومبیل او را در پارکینگ منزل خود پارک نماید. در منافع غیر مستوفات، چنانچه تصرف عدوانی باشد، بازهم قول مشهور قائل به ضامن بودن شخص متصرف است؛ ولی اگر تصرف عدوانی نباشد گروهی از فقها به ضامن قائل نیستند؛ البته در فرض اخیر باز اهم قول مشهور قائل به ضامن است. در هر صورت فقها نسبت به مضمون دانستن منافع غیر مستوفات در غیر مغضوب و در مواردی که ید غیر عدوانی است مانند مقبوض به عقد فاسد یا توقف و احتیاط نظر داده‌اند، مخصوصاً درجایی که دافع، عالم به فساد و قابض، جاهل به آن باشد.

۳-۶-۱- بررسی مسئولیت ناشی از خسارت عدم‌النفع از دیدگاه برخی حقوق‌دانان

فقها پیرامون مسئولیت یا عدم مسئولیت ناشی از خسارت عدم‌النفع به دو گروه تقسیم می‌شوند. در بحث از جنبه حقوقی این مسئله نیز شاهد این اختلاف عقیده میان برخی از حقوق‌دانان هستیم. در این قسمت به بررسی نظرات قائلین به مسئولیت یا عدم مسئولیت ناشی از خسارت عدم‌النفع از میان حقوق‌دانان، پرداخته خواهد شد.

۳-۶-۱-۱- نظرات برخی از حقوق‌دانان در عدم مسئولیت ناشی از خسارت عدم‌النفع

به نظر برخی، در اسلام در باب ضمان (مسئولیت) کسی که به مباشرت یا تسبیب سود

متوقعی از دیگری سلب می‌نماید دو قاعده وجود دارد: یکی قاعده اتلاف و دیگری لاضرر. قاعده اتلاف یک قاعده اصطیادی است و طبق آن هرکسی مال دیگری را از بین ببرد، ضامن است؛ ولی استدلال به آن برای ضمان در مسئله عدم‌النفع درست نیست؛ زیرا صرف‌نظر از بعضی اشکالات وارده در خصوص مورد به‌یقین این قاعده نمی‌تواند مساله نفع را شامل شود؛ زیرا مفاد قاعده این است که چنانچه کسی مال فعلی دیگری را از بین ببرد ضامن است و در مورد عدم‌النفع مفروض است که کسی مال فعلی دیگری را از بین ببرد ضامن است و در مورد عدم‌النفع مفروض است که کسی مال فعلی دیگری را از بین نبرده است. از طرف دیگر، مفاد قاعده لاضرر، نفی ضرر در اسلام است، نه لزوم تدارک ضرر؛ یعنی در شریعت اسلام حکم ضرری تشریح نشده است و برفرض که مستفاد از قاعده لزوم تدارک ضرر وارد به غیر باشد، مقصود از ضرر چنانچه در کتب لغت و موارد استعمال این کلمه در عرف، و نیز در منابع دیگر آمده، نقصان وارد بر شیء از جمله مال شخص است. در این صورت مقصود از قاعده این است که چنانچه کسی بالفعل بر مال دیگری نقص وارد کند ضامن است نه اینکه آنچه عملی انجام دهد که منافع مورد توقع کسی به او نرسد ضامن است؛ لذا در اسلام دلیلی وجود ندارد که در موارد عدم‌النفع، شخصی که موجب آن شده است، ضامن باشد (گرچی، ۱۳۷۸: ۴۴).

۳-۷- تحلیل و بررسی نظریه دکتر گرجی

چنانچه گفته شد قاعده اتلاف مستند حدیثی ندارد و از آیات شریفه قرآن استنباط شده است. تفویت منافع محقق مانند حبس صنعتگر و ممانعت از تحصیل اجرت عرفاً عدم محسوب شده و ایجاد یک منفعت مالی تلقی می‌شود؛ بنابراین مضمون ندانستن تفویت منفعت محقق که قطعاً تعدی است با اتکا به منطوق قاعده اصطیادی اتلاف صحیح نیست؛ زیرا تفویت منافع محقق مخصوصاً اگر از روی عمد و قصد باشد تعدی محسوب می‌شود و آیه شریفه «افمن اعتدی علیکم فاعتدوا علیه بمثل ما اعتدی علیکم»^۱ که از مبانی قاعده اتلاف است حکم وضعی ضمان را بر آن بار می‌کند (محقق داماد، ۱۳۷۰: ۸۷). مقدس اردبیلی و سید بحر العلوم حبس صنعتگر را موجب ضمان دانسته‌اند حتی اگر از او استیفا منفعت نشود و حابس را متعدی خوانده‌اند و به استناد آیه ۱۹۴ سوره بقره، وی را مستحق تقاص دانسته‌اند. از طرفی تفویت منافع محقق از مصادیق اتلاف است. آیت‌الله خویی در پایان این بحث می‌فرماید: استیلاء بر عین و مالک را از انتفاع از عین خود منع کرده، درواقع تفویت منافع است و عرفاً اتلاف بر آن صدق می‌کند و به همین علت است که در غصب به ضمان آن حکم می‌شود (خویی، ۱۳۷۰: ۱۴۳). شیخ انصاری منافع را مال تلقی نموده و اتلاف آن‌ها را مسئولیت-آور می‌داند. درواقع ایشان منافع را از مصادیق مال دانسته‌اند و علت این نظر آن است که منافع در بیع

^۱. (بقره/ ۱۹۴)

می‌تواند به‌عنوان ثمن و در نکاح به‌عنوان مهر واقع شوند. (انصاری، ۱۳۶۶: ۲۰۱). میرزای رشتی نیز معتقد است که اتلاف و تسبیب برخلاف قول مشهور فقها ناظر به مال نیست؛ بلکه شامل منافع نیز می‌شود (میرزای رشتی، ۱۳۷۲: ۱۲۵).

۳-۸- دلایل وجود مسئولیت ناشی از خسارت عدم‌النفع در حقوق

در بررسی دیدگاه‌ها و عقاید حقوق‌دانان معاصر به این نتیجه می‌رسیم که اکثریت قریب به اتفاق ایشان تقویت منافع محقق را ضمان آور می‌دانند. از نظر این گروه، قانون مدنی در حل این مسئله (مسئولیت ناشی از خسارت عدم‌النفع) از ثبات چندانی برخوردار نیست و از کنار این موضع تا حدودی با سکوت و حتی اجمال گذشته است؛ بنابراین حقوق‌دانان معاصر، قانون مدنی را برای حل مسائل جامعه غیر کافی و ناقص می‌دانند و معتقدند ماده ۷۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی قدیم برای رفع ابهامات در زمینه این مسئله وضع شده بود. در بحث ذیل با نظرات برخی از حقوق‌دانان معاصر پیرامون مسئولیت در خسارت عدم‌النفع آشنا خواهیم شد.

۳-۸-۱- نظریه دکتر سید حسن امامی

به نظر ایشان منظور ماده ۷۲۸ ق.آ.د.م سابق از فوت شدن منفعت، منفعت محقق است و آن عبارت از منفعتی است که در صورت انجام تعهد محققاً به متعهدله عاید می‌شده است و در اثر عدم انجام و یا تأخیر، از آن محروم شده است؛ مثلاً تاجری از کارخانه‌ای ۲۰ تراکتور به مبلغ بیست میلیون تومان می‌خرد که در اول پاییز در بندر خرمشهر تحویل بگیرد و در صورتی که یک ماه بگذرد و کارخانه آن‌ها را تحویل ندهد تاجر حق فسخ معادله را داشته باشد. کارخانه از تحویل آن‌ها خودداری می‌نماید و تاجر معامله را فسخ می‌کند تاجر در صورتی که تراکتورها را در موعد مقرر تحویل می‌گرفت از فروش مجموع آن‌ها دو میلیون تومان استفاده می‌کرد؛ بنابراین این مبلغ، منفعت محقق و مسلمی است که تاجر در اثر عدم انجام تعهد از آن محروم شده است و طبق ماده ۷۲۸ ق.آ.د.م می‌تواند مبلغ مزبور را به‌عنوان خسارت ناشی از عدم انجام تعهد از کارخانه بخواهد (امامی، ۱۳۶۶: ۲۴۴). حتی به نظر فقهای امامیه چنانکه از کتب مفصله فقها برمی‌آید می‌توان به استناد «لا ضرر و لا ضرار» تقویت منفعت مسلم را خسارت دانست و سبب را مسئول جبران آن شناخت (امامی، همان، ج ۱: ۲۴۵).

۳-۸-۲- نظریه دکتر کاتوزیان

به عقیده ایشان، بخش اخیر ماده ۷۲۸ ق.آ.د.م. و بند ۳ ماده ۹ قانون آ.د.ک. به همه گفتگوها درباره امکان مطالبه «منافع فوت‌شده» پایان می‌بخشد (کاتوزیان، ۱۳۷۰: ۱۴۳). باوجوداین دیوان فدرال سوئیس منافع فوت‌شده را در شمار ضررهای باواسطه یا غیرمستقیم آورده است. این تعبیر در سوئیس اثر مهمی ندارد؛ ولی در حقوق ما نمی‌تواند پذیرفته شود و به طلبکار حق می‌دهد که زیان ناشی از محروم ماندن خود از منافع مسلم را در کنار تلف اموال و فزونی بدهی‌های خود، از متعهد متخلف بگیرد؛ مثلاً خواننده‌ای که به هنگام در مراسم معهود حضور نمی‌یابد و در نتیجه نمایش را

ناقص و معطل می‌گذارد، گذشته از هزینه‌هایی که طرف قرارداد برای اعلان در روزنامه و چاپ بلیت و کرایه محل استخدام کارمند کرده است، باید بدل منافعی را هم که در اثر بازگرداندن بهای بلیت‌های فروخته‌شده از آن محروم مانده است بدهد. مثال دیگر؛ به کارخانه‌ای سفارش داده می‌شود که مقداری بدنه اتومبیل بر مبنای طرح خاص بسازد. تولید آغاز می‌شود و همین که یک‌چهارم از بدنه‌ها تحویل داده شد، خریدار آن را بر هم می‌زند. بدنه‌های ساخته‌شده در بازار خریدار دیگری ندارد. پس خریدار باید، علاوه بر هزینه‌های خدماتی و مالی که به‌منظور انجام تعهد شده و اکنون بی‌مصرف باقی‌مانده است (تلف مال)، تفاوت میان هزینه تولید و بهای قراردادی را به‌عنوان منفعت مسلم از دست‌رفته، به فروشنده بپردازد؛ پولی که در صورت اجرای قرارداد، بی‌گمان عاید فروشنده می‌شد و اکنون در اثر پیمان‌شکنی خریدار از دست‌رفته است.

۴- نتیجه‌گیری

پایه و اساس مبحث «عدم‌النفع» را می‌توان در بحث از ضرر کرد. بنابراین باتوجه به مباحث مطرح‌شده، ضرر عبارت است از؛ بروز هرگونه لطمه، نقص یا تلف کلی و یا جزئی به مال، منافع و منفعت محقق‌الحصول و جان و حیثیت افراد، به‌نحوی که عرفاً قابل مسامحه نباشد و چنانچه این لطمه و نقصان وارد نمی‌شد، فرد در وضعیت بهتری قرار می‌گرفت. برای اینکه فرد زیان‌دیده به حالت اول بازگردد، باید ما به ازایی به او پرداخت شود. منفعتی که تقویت می‌شود ممکن است محقق‌الحصول باشد یا ممکن‌الحصول. در فرض اول، مقتضای حصول آن محقق شده و اگر فعل زیان‌بار به وقوع نپیوندد، آن منفعت حتماً به دست می‌آید؛ یعنی عدم تحصیل منفعت منحصراً معلول فعل زیان‌بار است و در فرض دوم، فعل زیان‌بار علت منحصر تقویت این‌گونه منافع نیست، بلکه حاصل نشدن آن‌ها ممکن است ناشی از عدم تحقق شرایط و عوامل دیگری باشد که برای پیدایش آن منافع لازم بوده است؛ بنابراین عدم‌النفع به‌معنای اعم شامل تقویت منافع محقق و منافع محتمل می‌شود؛ اما صرفاً منافع فوت‌شده محقق قابل جبران است. پس در بحث ضمان در عدم‌النفع مقصود اخص آن، یعنی عدم‌النفع محقق‌الحصول است. جلوگیری از تحصیل منافع مشروع که تمام مقدمات و موجبات آن فراهم‌شده و مقتضای پدید آمدن آن تمام گشته یک تعدی محسوب می‌شود که نمی‌تواند ضمان آور نباشد؛ بنابراین عدم اعمال ضمان در جبران عدم‌النفع محقق‌الحصول، مباح دانستن تعدی نسبت به افراد جامعه است. قول مشهور فقها مبنی بر «عدم‌النفع لیس بضرر» را با استناد به نظر مرحوم نائینی چنین می‌توان توجیه کرد، که وی تشخیص نفع و ضرر را با عرف می‌داند؛ بنابراین قول فقها ناظر به عدم‌النفعی است که عرف آن را ضرر نمی‌داند. درواقع این مسئله‌ای است که به نظر فقیه و قضات واگذار شده است تا باتوجه به برداشت و تلقی عرف از ضرر و باتوجه به خصوصیت‌های هر مورد تصمیم بگیرد. با بررسی نظرات و دیدگاه‌های حقوق‌دانان به این

نتیجه می‌رسیم که حقوق‌دانان با استفاده از سخنان فقها و مواد قانونی موجود، عدم النفعی را که مقتضای آن کامل شده ضرر محسوب کرده‌اند. مطابق تبصره ۲ ماده ۵۱۵ ق.آ.د.م، خسارت ناشی از عدم‌النفع قابل مطالبه نیست. ولی امروزه باتوجه به اینکه نظام حاکم بر جامعه، نظام اسلامی است و از آنجاکه شرع مقدس اسلام توجه ویژه به حفظ حقوق افراد و احترام اموال آن‌ها داشته و از سویی به استناد اصل چهارم قانون اساسی قوانین باید هماهنگ با شرع باشد، صراحت تبصره ۲ ماده ۵۱۵ ق.آ.د.م تا اندازه‌ای ناموزون و ناهماهنگ با قواعد اسلام جلوه می‌کند. حتی به‌جرت می‌توان گفت، که باتوجه به گستردگی مفاهیم اقتصادی در زمان حاضر این ناهمگونی نمود بیشتری پیدا می‌کند. برای رفع این شبهه می‌توان گفت که مقصود از تبصره ۲ ماده ۵۱۵، خسارت ناشی از فوت منفعت بوده و این تبصره چنین خسارتی را غیرقابل مطالبه می‌داند. ممکن است خسارت ناشی از منفعتی بوده باشد که چون از آن استفاده نشده فوت شده و دیگر قابل برگشت نیست، که این خسارت عدم‌النفع نیست و قابل مطالبه است. راهکار دیگری که برای توجیه تبصره ۲ ماده ۵۱۵ می‌توان در نظر داشت، این است که گفته شود این ماده، خسارت ناشی از عدم النفع را بعنوان خسارت از خسارت قابل مطالبه نمی‌داند.

منابع و مآخذ

- ۱- امامی، ح. (۱۳۶۶). **حقوق مدنی**. جلد ۱. چاپ سوم. تهران: کتاب‌فروشی اسلامیة. دانشگاهی.
- ۲- انصاری، م. (۱۳۵۰). **مکاسب**، چاپ دوم، قم: چاپخانه مهر.
- ۳- باریکلو، ع. (۱۳۸۹) **مسئولیت مدنی**، چاپ هشتم، تهران: انتشارات میزان.
- ۴- بهرامی احمدی، ح. (۱۳۶۶). **سوءاستفاده از حق**، چاپ اول. تهران: اطلاعات.
- ۵- جعفری لنگرودی، م.ج. (۱۳۷۸). **ترمیم‌ولوژی حقوق**. چاپ سوم، تهران: گنج دانش.
- ۶- خوئی، ا. (۱۳۸۰). **مصباح الفقاهة**. تدوین محمدعلی توحیدی. جلد ۲ و ۳، قم: موسسه المعارف الاسلامیه.
- ۷- درودیان، ح. (۱۳۷۰). **جزوه حقوق مدنی**، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

- ۸- سرخوش، جواد: نور نمکی افسانه (۱۴۰۳) واکاوی فقهی و حقوقی جایگاه جریان قاعده نفی غرر در نکاح و شروط معروف آن. فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی سال بیست و یکم، شماره ۷۸، ص ۲۰۵ تا ۲۳۷.
- ۹- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۰). *حقوق مدنی. (ضمان قهری)*، چاپ سوم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- ۱۰- گرجی، ا. (۱۳۸۶). *عدم‌النفع در حقوق اسلام*، تحقیق شماره ۳۵۸، تهران: دفتر خدمات حقوق بین‌المللی.
- ۱۱- محقق داماد، م. (۱۳۷۰). *قواعد فقه*. بخش مدنی. چاپ سوم، تهران: اندیشه‌های نو در علوم اسلامی
- ۱۲- متین دفتری، ا. (۱۳۸۷). *آیین دادرسی مدنی*. جلد دوم. چاپ سوم. تهران: انتشارات میزان
- ۱۳- میرزای رشتی، ح. (۱۳۷۲). *حائثیه علی‌المهتج الا رشاد*. جلد دوم. تهران: انتشارات مدرسه امیرالمؤمنین (ع)
- ۱۴- موسوی بجنوردی، م. (۱۳۷۲). *قواعد فقهیه*. چاپ پنجم، موسسه ولی امر عج، تهران: نشر میعاد
- ۱۵- نائینی، م. ح. (۱۴۷۸ ق). *منیه الطالب*، ج ۳، چاپ اول، قم: موسسه النشر الاسلامی
- ۱۶- نراقی، ا. (۱۳۶۸). *عوائد الایام*، چاپ ششم، انتشارات بصیرتی
- ۱۷- نجفی، م. ح. (۱۳۵۷). *جواهر الکلام*، جلد ۳۷، چاپ اول. بیروت: دار احیاء التراث العربی.