

مقالات و بررسیها، دفتر ۷۶ (۳) فقه، پاییز و زمستان ۸۳، ص ۱۸۷-۲۰۱

## تأثیر مفهوم غصب بر حکم عدم النفع از منظر فقهی<sup>۱</sup>

محسن عابدی<sup>۲</sup>

سید محمد رضا امام جزائری<sup>۳</sup>

### چکیده

یکی از مباحث مهم در فقه حقوق اسلامی که امروزه کاربرد بسیاری نیز در حل و فصل دعاوی حقوقی دارد و مورد ابتلاء نیز می‌باشد موضوع عدم النفع است؛ نظر مشهور فقیهان فریقین بر این است که عدم النفع موجب ضمان نمی‌گردد. در این مقاله به دنبال آنیم تا با بررسی تعریف فقیهان مسلمان از غصب، نشان دهیم که نوع نگاه و تعریف آنان از غصب در باب شکل‌گیری این نظر مشهور، تأثیر مستقیم دارد و بر مبنای تعریفی که به تدریج از قرن ۵ق به بعد میان فقیهان برای غصب شهرت یافته است دیگر نمی‌توان عدم النفع را مصداق غصب و ضمان آور شمرد؛ این در حالی است که به تصریح صاحب جواهر اصولاً غصب، فاقد مفهوم و تعریف شرعی یا فقهی است و نیازی به تلاش برای یافتن چنین مفهومی در شرع نیست؛ لذا تعریف شرعی یا فقهی فقهاء گذشته از غصب فاقد مبنای شرعی است و التزام آور نیست. از این رو بازگشت به تعریف عرفی و لغوی غصب راه حلی منطقی برای این مسأله تلقی می‌شود و صاحب جواهر به عراحت این موضوع را بیان داشته است. این بازگشت به کندی در حال وقوع است و به موازات آن تغییر نظر و حکم فقیهان در باب عدم النفع نیز روی به تغییر نهاده است.

کلید واژه‌ها: عدم النفع، مال، منافع، فوت، تفویض، استیفاء، ضمان، غصب.

۱. برگرفته از پایان نامه دکتری به راهنمایی دکتر سید محمد رضا امام جزائری. گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران
۲. مربی گروه الهیات دانشگاه شاهد
۳. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران

## طرح مسأله

بحث عدم النفع از بحثهای فرعی کتاب الغصب در فقه اسلامی است و در مباحث حقوقی جدید، در بحث مسئولیت مدنی بدان پرداخته می‌شود. عدم النفع در اصطلاح حقوقدانان به معنای «مانعت از وجود پیدا کردن نفعی که مقتضی وجود آن حاصل شده است» می‌باشد (جعفری لنگرودی، ۴۴۵) و در منابع فقهی از آن تعبیر به «عدم اکتساب» شده است (شهیدثانی، مسالك الافهام، ۱۷/۱۸۱). به موجب ماده ۷۲۸ آیین دادرسی مدنی ایران، عدم النفع را می‌توان منشاء خسارت دانست ولی به شرط آنکه این قاعده و شرایط آن جمع شده باشد (جعفری لنگرودی، همانجا). از آنجایی که نحوه طرح مسأله در منابع حقوقی با چگونگی طرح آن در مباحث فقهی متفاوت است، در بدو امر چنین به نظر می‌رسد که حکم مسأله عدم النفع، در این دو حوزه، متفاوت است در حالی که با بررسی متون فقهی می‌توان به دیدگاهی مشترک بین فقه و حقوق دست یافت؛ مقاله حاضر تلاشی در جهت تبیین یکی از بسترهای پیدایش این اختلاف دیدگاههاست. اینکه طرز تلقی و نحوه نگاه فقیهان به مفهوم غصب در تعیین حکم آن نقش مستقیم دارد و به بیان دیگر اختلاف دیدگاه حقوقدانان با فقیهان در حکم مسأله عدم النفع نیست بلکه در تعریف و مفهوم آن است، فرضیه‌ای است که در این نوشتار سعی در اثبات آن داریم.

## معنای لغوی غصب

پیش از بیان دیدگاه و سخنان فقیهان متقدم و متأخر در باب مفهوم غصب، تعریف این واژه را در منابع لغت می‌آوریم؛ فراهیدی در قرن ۴ ق واژه یاد شده را چنین تعریف کرده است: «الغصب اخذ الشی ظلما و قهرا» (۳۷۴/۴) و ابن اثیر در قرن ۶ ق این واژه را اینگونه شرح کرده است: «وقد تكرر فی الحدیث ذکر «الغصب» و هو أخذ مال الغير ظلما وعدوانا. يقال: غصبه یغصبه غصبا، فهو غاصب و مغصوب. و منه الحدیث «أنه غصبها نفسها» أراد أنه واقعها کرها، فاستعاره للجماع» (۳۷۰/۳) و سرانجام ابن منظور در قرن ۷ ق در معنای غصب آورده است: «الغصب اخذ الشیء ظلما. غصب الشیء یغصبه غصبا، واغتصبه، فهو غاصب و غصبه علی الشیء: قهره» (۷۷/۱۰).

از این عبارات به وضوح برمی‌آید که از نظر لغوی، واژه غصب به معنای ستاندن

## تأثیر مفهوم غضب بر حکم عدم النفع از منظر فقهی / ۱۸۹

ستمگرانه یک چیز از مالک آن است. حتی ابن اثیر، تصریح دارد که این کلمه در حدیث بسیار تکرار شده و به معنای مورد اشاره استعمال شده است. بنابراین تا قرن ۷ ق هم معنای غالب واژه غضب در حدیث و لغت به معنایی است که ذکر شد.

### تعریف فقیهان دوره نخست از غضب

برای آشنایی با برداشتی که فقیهان مسلمان از مفهوم غضب داشته‌اند می‌توان سه دوره را از یکدیگر تفکیک کرد؛ در آثار فقیهان دوره نخست، پدیده غضب از تعریف عرفی و لغوی خود چندان تمایز ندارد و بیشتر بر مبنای نظر لغت دانان تعریف شده است و لذا آنچه اهمیت دارد، حکم غضب است و مفهوم آن به نوعی مفروغ عنه و روشن گرفته شده است. از باب نمونه به پاره‌ای از اقوال قدمای فقهاء به ترتیب تاریخی استشهاد می‌کنیم.

مالک بن انس. مالک، از ائمه فقه اهل سنت، در قرن ۲ ق می‌زیسته است. او در کتاب فقهی خویش در باب غضب بی‌آنکه تعریفی برای این واژه بیان کند به بیان احکام آن می‌پردازد: «مالک درباره کسی که پیراهن دیگری را تباه کرده بود گفت: اگر تباهی آن اندک باشد آنرا فرود کرده و تاوان آن تباهی را پردازد ولی اگر تباهی بسیار است پیراهن را برمی‌دارد و بهای آن را مطابق روزی که تباهاش نموده به صاحب آن پردازد. در مورد هر کالای دیگری که پرسیدم پاسخ مالک مانند پاسخی بود که درباره پیراهن داد...» (مالک بن انس، ۳۴۰/۵).

قاضی نعمان مغربی. متوفای ۳۶۳ ق نیز بدون بیان تعریفی از غضب به توضیح احکام آن می‌پردازد (قاضی نعمان، ۴۸۶/۲).

شیخ طوسی. فقیه شیعی و مشهور به شیخ الطائفه (۷ ق) در کتاب الخلاف مبحث غضب را این گونه می‌آغازد: «مسأله ۱، هر کس چیزی را بریاید ضامن بازگرداندن مانند آن است و هرگاه از بازگرداندن مانند آن ناتوان باشد ضامن بهای آن است؛ اگر از پذیرش بهای آن چندان خودداری کند که بهای آن تغییر یابد، صاحب کالا می‌تواند بهای هنگام ستاندن کالایش را بخواهد نه بهای هنگام ناتوان شدن رباینده را. حتی اگر قاضی حکم به مطالبه بها در هنگام ناتوانی نماید حکم او نافذ نیست و همان بهای هنگام ستاندن معتبر

است و به نظر قاضی نباید نگاه کرد. ابوحنیفه و شافعی نیز همین رأی را برگزیده‌اند، ولی محمد بر این عقیده است که بهای هنگام ناتوانی ملاک است. دلیل ما بر صحت نظر برگزیده خود آن است که آنچه برگردن رباینده است برگرداندن مانند آن شیء است و حکم قاضی نمی‌تواند مانند را به بهای آن تبدیل کند زیرا اگر ناتوانی رباینده بار دیگر برطرف شود او باید مانند را برگرداند و تفاوت قیمت هیچ تأثیری در وظیفه او ندارد» (۳۹۵/۳).

شیخ طوسی در المبسوط بحث غضب را بدون آنکه نیازی به تعریف آن ببیند چنین شروع کرده است: «ناروا بودن غضب بر مبنای دلایل عقلی و بر مبنای کتاب خدا و سنت پیامبر و اجماع فقیهان آشکار است خدای تعالی می‌فرماید: دارایی یکدیگر را نادرست مصرف نکنید مگر آنکه از طریق تجارتی باشد که بدان خشنود باشید و حال آنکه می‌دانیم در غضب، خشنودی صاحب مال در نظر گرفته نمی‌شود...» (۵۹/۳).

ابن حزم اندلسی. فقیه معاصر شیخ طوسی ساکن اندلس نیز از همین رویه پیروی کرده و در فصل القسمه و الغصب از کتاب المحلی آورده است:

«مسألة ۱۲۵۹، هر کس چیزی را غضب نماید و یا - از طریق بیعی حرام یا هبه‌ای حرام یا عقدی نادرست و یا به گمان اینکه از آن خودش می‌باشد - به ناحق بردارد باید تمام آن چیز را یا هر مقداری که باقی مانده به صاحبش بازگرداند...» (۱۲۹/۸).

سید مرتضی. در کتاب مسائل الناصریات، کتاب غضب را این گونه آغاز کرده است: «هر کس که تخم مرغی را غضب و تبدیل به جوجه گرداند یا دانه گندمی را غضب و بکارد؛ آن جوجه و گندم کاشته شده از آن صاحبانش بوده و به غاصب چیزی تعلق نمی‌گیرد. این سخن درست است و اصحاب ما آن را پذیرفته‌اند. دلیل درستی آن نیز اجماع اصحاب است» (ص ۳۸۷).

ابن زهره حلی. فقیه شیعی قرن ۶ق نیز به همین سبک و سیاق در باب غضب سخن گفته است: «بخشی درباره غضب؛ هر کس که چیزی را غضب کند که مانند دارد - یعنی چیزی که اجزای آن با یکدیگر برابر است مثل حبوب و خرما و امثال اینها - باید خود آن را بازگرداند و اگر خودش از بین رفته باشد باید مانند آن را بازگرداند...» (ص ۲۷۸).

ابن ادريس حلی. این فقیه شیعی، که به بیان دیدگاههای مستقل از فقهای پیشین خود

و رهایی از آراء مرسوم، نامبردار است در این باب همچون گذشتگان خویش با فرض روشن بودن مفهوم غصب به بیان احکام آن مبادرت می‌نماید: «ناروایی غصب از ادله عقلی و کتاب خدا و سنت و اجماع آشکار است. حال که این موضوع روشن است باید افزود که دارایی‌ها بر دو گونه‌اند: یکی آنکه مانند دارد و آن چیزی است که اجزاء آن برابر باشد از قبیل حبوب و خرما. و دیگری غیر از آن است یعنی چیزی که اجزاء آن برابر نباشد...» (۴۹۷/۲).

### تعریف فقیهان دوره میانی از غصب

به تدریج که مکتبهای فقهی در مذاهب مختلف شکل می‌گیرد و فقه به پختگی و گستردگی بیشتری می‌رسد در زمینه مفهوم غصب نیز فقیهان به تدقیق و تبیین عمیق‌تر روی می‌آورند. از اواخر قرن ۵ق به بعد دیگر کتابی را در فقه نمی‌توان یافت که ابتدا تعریفی از غصب را مقدمتاً نیاورده باشد. با تلاش فقیهان برای تحدید منطقی مفهوم غصب است که به تدریج واژه غصب در اصطلاح فقیهان با آنچه اهل لغت و عرف از این واژه می‌فهمیدند تمایز می‌یابد و فقیهان برای غصب یک حقیقت شرعی لحاظ می‌کنند که با حقیقت عرفی آن تفاوت دارد و همین اصطلاح جدید مبنای آراء جدیدی - از جمله در باب ضمان و به تبع آن موضوع عدم النفع - قرار گرفته است. به عنوان نمونه به برخی از اقوال فقیهان مذاهب مختلف در این باب اشاره می‌کنیم.

شمس الدین سرخسی. وی از فقیهان حنفی است که دارای آثار بسیاری است، او در اثر فقهی معروف خود المبسوط قبل از بیان احکام غصب تعریفی از آن ارائه می‌دهد: «بدان که غصب، برداشتن دارایی دیگران از روی ستمگری و تجاوز پیشگی است. این واژه به لحاظ لغوی به برداشتن ستمگرانه هر چیزی اطلاق می‌گردد خواه مال باشد یا مال نباشد؛ مثلاً گفته می‌شود: زن یا فرزند فلانی را غصب کرد اما به لحاظ شرعی واژه غصب تنها در جایی صدق می‌کند که شیء غصب شده، مال باشد. حال که مفهوم غصب روشن گشت باید توجه داشت که این عمل، حرام است زیرا ظلم و تجاوز محسوب می‌گردد و در کتاب خدا و سنت رسول بر حرمت آن تأکید رفته است» (۴۸/۱۱).

شاید در آغاز، اهمیت و تأثیر گذاری این تعریف از غصب در بحث ضمان چندان

خودنمایی نکند اما با مراجعه به آراء فقیهان بعدی به وضوح می‌توان تأثیر این تعریف را در اقوال آنان ملاحظه کرد. سرخسی در این عبارت تأکید می‌کند که از نظر شرع تنها در صورتی مفهوم غضب به برداشتن ستمگرانه یک چیز اطلاق می‌گردد که آن چیز، مال باشد. البته در نقل قولهای بعدی خواهیم دید که به تدریج نه تنها مفهوم شرعی غضب متمایز می‌شود بلکه حکم آن نیز تنها به مفهوم شرعی آن اختصاص می‌یابد و آنچه از نظر عرف نوعی غضب و ستم شمرده می‌شود از نظر فقهی غضب به شمار نمی‌آید و احکام غضب (ضمان) بر آن مترتب نمی‌گردد. البته این نکته یکی از قیودی است که برای تحقق مفهوم شرعی غضب بیان شده و اندک اندک قیود دیگری نیز بر آن افزوده می‌گردد که همگی در ترتب احکام غضب (ایجاب ضمان، وجوب رد مثل یا قیمت و...) موثرند.

علاءالدین محمد سمرقندی، یکی دیگر از فقیهان حنفی که در کتاب معروف فقهی خویش به مبحث غضب پرداخته است علاءالدین محمد سمرقندی است. وی به صراحت از تعبیر «ید» استفاده نموده و در آغاز کتاب غضب چنین می‌نویسد: «مسائل غضب بر بیان دو نکته استوار است: شناخت تعریف غضب و بیان حکم آن. اما تعریف غضب بدان گونه که موجب ضمان باشد عبارت است از درآوردن یک مال از اختیار مالک یا صاحب اختیار آن از طریق اقدامی که نسبت به آن مال صورت می‌گیرد. ولی اثبات ید نسبت به یک مال هر چند که ناحق باشد در صورتی که از اختیار صاحب مال خارج نشود موجب ضمان نیست و تنها بازگرداندن آن واجب است. در نزد ما هم اثبات ید از یک سو و هم ازاله ید از سوی دیگر لازم است...» (۸۷/۳).

سمرقندی به طور علمی و منطقی در صدد تعریف غضب برآمده است و البته تعریف او خالی از زیرکی و هوشمندی نیست و شاید بتوان تعریف او را از بهترین تعاریف مطرح شده در این زمینه دانست. ولی نکته مهم این است که رویکرد فقیهان در مواجهه با مفهوم غضب در حال تغییر است و به نظر می‌رسد که آنان در صدد ارائه تعریفی فقهی از غضب برآمده‌اند؛ امری که فقیهان پیشین، بدان مبادرت نکردند و یا نیازی به آن احساس نمی‌کردند. در جمع بندی نهایی پیرامون ارزیابی تعاریف درباره این تعریف بیشتر سخن خواهیم گفت.

محقق حلی. در میان فقیهان سرشناس شیعی تا حدود قرن ۷ همان سبک و سیاق گذشتگان در طرح مبحث غضب دیده می‌شود. فقیهانی مانند ابن زهره حلی، ابن ادریس حلی و ابن براج تعریفی از غضب ارائه نداده‌اند. تا آنکه به قرن ۷ ق و ظهور فقیه شیعی می‌رسیم، نجم الدین ابوالقاسم جعفر بن حسن معروف به محقق حلی (۶۰۲-۶۷۶ق/۱۲۰۵-۱۲۷۷م)، در کتاب *شرائع الاسلام*، مبحث را با تعریفی از آن شروع کرده است:

«در کتاب غضب به سه نکته می‌پردازیم: سبب، حکم و لواحق. اما تعریف غضب عبارت است از در اختیار گرفتن مال دیگری به تنهایی و از روی ستم. بنابراین اگر دیگری را از نگهداری چار پای علفخوار خویش باز دارد ولی آن را در اختیار خویش نگیرد و این امر موجب تلف شدن چارپا گردد، منع کننده ضامن نیست. همینطور اگر فرد دیگری را از نشستن بر سفره خویش باز دارد یا او را از فروختن کالای خود آتقدر باز دارد که بهای آن در بازار کاهش یابد، ضامن نیست» (۷۶۱/۴).

محقق حلی در *المختصر النافع* نیز همین تعریف را از غضب به طور عینی تکرار کرده است (ص ۲۴۷).

محقق حلی تنها به اثبات ید برای تعریف غضب بسنده می‌کند و جنبه سلبی آن (ازالۀ ید/ رفع ید) را برای تحقق غضب کافی نمی‌شمارد. همین نکته کلیدی سبب شده تا از نظر محقق حلی کسی که شخص را از فروش کالای خویش باز می‌دارد ولی خود نیز آن کالا را در اختیار نگرفته و استفاده نمی‌کند ضامن نباشد، چراکه غضب به مفهوم شرعی آن واقع نشده است. مفهوم عرفی و لغوی غضب نیز بر فرض تحقق، ضامن آور نیست. این طرز تلقی از سوی اغلب فقیهان بعدی تا مدتها مورد قبول قرار گرفت و همگی بر این مبنا فتوا دادند که منع دیگری از فروش کالای خود موجب ضمان نیست. وجه غالب مخالفت عموم فقیهان شیعی با ضمان در مساله عدم النفع، معلول همین طرز تلقی و تعریف از غضب بوده است.

پس از محقق حلی، علامه حلی (د ۷۲۶ق) در کتاب *قواعد الاحکام* (۱/۲۲۱) و همچنین تحریر الاحکام (۲/۱۳۷) همین تعریف را آورده و بر مبنای آن حکم نموده است و معتقد است اگر فرد دیگری را از تصرف در مال خویش منع نماید، مادام که خود

در آن مال، تصرفی نکرده ضامن نیست.

فخر المحققین. فقیه شیعی دیگر در میان اصحاب امامیه، فرزند علامه حلی معروف به فخر المحققین است؛ وی در کتاب *ایضاح الفوائد* که شرحی است بر کتاب قواعد علامه حلی در یک جمع بندی دیدگاه فقیهان شیعی را در باب تعریف غصب چنین بیان داشته است: «پیروان مذهب امامیه درباره غصب دو تعریف دارند: الف) در اختیار گرفتن مال دیگری به طور کامل و ربودن مال دیگری به ناحق. ب) تسلط بر مال دیگری به ناحق. تعریف دوم گسترده تر از تعریف نخست می باشد...» (۱۶۶/۲).

تا بدین جای مطلب روشن شد که در مجموع فقیهان مسلمان کوشیده اند تا از غصب تعریفی شرعی - فقهی به دست بدهند؛ این کوشش میان عموم فقیهان از قرن ۶ ق به بعد ملاحظه می گردد و مذاهب مختلف فقهی از این حیث تفاوتی ندارند. در مجموع تعاریف مطرح بر دو نکته تأکید رفته است؛ یکی آنکه پیشتر از سرخسی، «مال بودن» به عنوان یکی از مقومات مفهوم غصب نقل شد و دیگر آنکه محقق حلی تحت عنوان «اثبات ید» بر آن تأکید داشت. جالب آنکه هر دو ویژگی در نحوه حکم کردن فقیهان در باب عدم النفع مؤثر واقع شد. چرا که امثال محقق حلی و فقیهان پس از او منع دیگران را از تصرف در دارایی خود، مصداق غصب و بالتبع موجب ضمان نشمردند و برخی فقیهان از جمله فقیهان حنفی با این استدلال که منافع، از اساس، مال تلقی نمی شوند و با این پیشفرض که تنها مال، قابلیت غصب شدن را داراست یکسره منکر ضمان در منافع شدند؛ «منافع از نظر ما در حکم اعراض بوده و غیر از خود مال به شمار می آیند و بیشتر بیان کردیم که اعراض و امور غیر ذاتی از نظر ما با غصب شدن، موجب ضمان نمی گردند» (سرخسی، ۷۸/۱۱).

البته لازم است درباره مفهوم مال از منظر فقهی بررسی مستقلی شود، ولی اجمالاً مسأله از این قرار است که اخذ این مفهوم در تعریف فقهی از غصب موجب شده، آنچه خارج از این تعریف قرار می گیرد، مصداق غصب تلقی نشود و موجب ضمان به شمار نیاید هر چند از نظر عرف نوعی تجاوز به حقوق دیگران تلقی شود و باعث مسئولیت و ضمان باشد.

در هر حال این روند در میان فقیهان تا قرنهای ادامه داشت. اما فقیهان بزرگی که یکی



پس از دیگری ظهور کردند به وضوح دریافتند که تعریف شرعی و فقهی از مفهوم غضب از اساس، کار چندان صوابی نبوده است لذا بار دیگر تلاش برای بازگشت به مفهوم عرفی و لغوی غضب به چشم می خورد: «اصل غضب به معنای ستاندن ظالمانه مالی از صاحب آن است و حرمت آن پیش از اجماع، مبتنی بر آیات قرآن است، از جمله آیه شریفه ولا تاكلوا اموالکم بینکم بالباطل. علاوه بر این در احادیث نیز ریشه غضب به معنای گرفتن ستمگرانه مال از صاحب آن است، و گفته اند: گرفتن ستمگرانه آشکارا. احادیثی در تحریم غضب وارد شده است که غضب اموری مانند: خون، دارایی، و آبرو حرام است همان طور که در ایام حج و در مکه حرمت دارد. یا حدیث «هر کس یک وجب از زمین کسی را غضب نماید در روز رستاخیز به گردنش انداخته می شود» و این جمله «پس غضب به معنای در اختیار گرفتن تنهایی...» تعریفی است که به لحاظ فقهی از غضب شده است و به معنای لغوی آن نزدیک است» (شهید ثانی، مسالک الألفهام، ۱۴۵/۱۲).

شهید ثانی از فقیهان برجسته امامیه در قرن ۱۰ ق (د ۹۶۶ق) است که تا حدی بازگشت به معنای لغوی را تحقق داده است ولی از مفهوم مورد قبول فقهای پیشین از واژه غضب صرف نظر کامل نکرده است و در باب احکام غضب همچنان بر این باور است که هرگاه غضب به مفهوم مصطلح فقیهان تحقق یابد موجب ضمان است و در غیر این صورت اگر عملی در عرف غضب شمرده شود - یعنی ستمگری و عدوان باشد - گناه محسوب می شود ولی ضمان آور نیست. از باب نمونه، عبارات زیر قابل توجه است: «اما اگر کسی را از فروختن کالایش باز دارد تا آنکه قیمت بازار پایین بیاید در صورتی که اصل کالا باقی باشد بی تردید ضامن نیست زیرا آنچه از دست رفته مال نیست بلکه کسب مال است» (شهید ثانی، شرح اللمعه، ۲۱/۷).

«(غضب برده، موجب ضمان است) چرا که مال تلقی می شود (و اگر کسی انسان آزادی را برای مدتی زندانی کند) که در آن مدت معمولاً دستمزد دارد (در صورتی که از او کار نکشد، ضامن اجرت او نیست) زیرا منافع و کار انسان آزاد به پیروی از خود او تحت تصرف کسی در نمی آید خواه آنکه در طی آن مدت از او کار کشیده باشد یا نه» (همانجا).

البته این نکته را نباید فراموش کرد که فقیهان بعد، یادآور شده‌اند که نفی غضب به معنای نفی ضمان نیست چرا که اسباب ضمان منحصر در غضب نیست و به احتمال قوی امثال شهید ثانی نیز از باب غضب، ضمان را در اینگونه موارد نپذیرفته‌اند ولی مهم اینجاست که مفهوم خود ساخته فقیهان از واژه غضب باعث پیدایش یک نظریه شده که با تغییر این مفهوم به طور طبیعی آن نظریه هم محکوم به تغییر است. نکته کلیدی در این است که نوعاً به لوازم منطقی این دو تعریف از غضب توجه نشده است و حتی پس از بازگشت به تعریف عرفی و لغوی از غضب باز هم نظریه‌ای نقل می‌شود که بر مبنای تعریف فقهی از غضب استوار است: «آری اگر انسان آزادی را برای مدت معینی اجیر کرده باشد و او در طی این مدت در بند باشد اما آماده انجام کارش باشد، اجرت به او تعلق می‌گیرد اما نه به سبب غضب بلکه به سبب اینکه در اجاره دیگری بوده است (برخلاف برده) زیرا برده مال محض است و منافع او نیز چنین است» (همان، ۷/۷۹).

مسئله دیگر این است که هر چند فقیهان از سرخسی (سرخسی، ۴۸/۱۱) به بعد بر مفهوم مال بودن در شیء مغضوب، تأکید کرده‌اند و شاید این تأکید در جای خود نیز روا و بجا باشد ولی نباید فراموش کرد که اگر ملاک، مال بودن باشد در آن صورت در عرف عمل انسان حرّ هم مال به شمار می‌آید و عرف عقلاً برای آن پول پرداخت می‌کنند و آنرا صحیح می‌شمارند چه کسی می‌تواند ادعا کند که بازداشتن یک خلبان ماهر از هدایت یک هواپیمای گول پیکر مسافربری که آماده پرواز می‌باشد یا جلوگیری نمودن از یک طبیب حاذق برای معالجه بیماری که مدتها قبل از او وقت معاینه یا عمل جراحی گرفته است جنبه مالی و خسارت مادی در پی ندارد؟ چگونه می‌توان حبس کردن یک برده و باز داشتن او از یک کار ساده - مانند رسیدگی به امور جاری منزل ارباب - را به سبب جنبه مالی آن، ضمان آور شمرد، ولی از کنار هزاران کار پیچیده و با ارزش امروزی که انجام دهندگانش از طریق همین کارها زندگی خود را اداره می‌کنند، به سادگی گذشت و بازداشتن آنان فاقد جنبه مالی شمرد و تهی از هر گونه مسئولیت پنداشت؟ اما فقیهان دوره میانی با اصرار بر این باورند که عمل انسان آزاد، به تبع خود او، جنبه مالیت ندارد و قابل خرید و فروش نیست و چون چنین است پس کار او را نمی‌توان غضب کرد و در نتیجه ضمان هم قابل تصور نمی‌باشد. نکته اینجاست که غضب یکی از اسباب ضمان

است و بر فرض قبول تعریف فقهی از غضب باز هم ممکن است ضمان به سبب امری دیگر مانند اتلاف، رخ دهد. لذا صرف اینکه تعریف مورد قبول فقیهان از غضب در جایی صدق نکند نمی‌توان منکر ضمان گردید.

### تعریف فقیهان دوره سوم از غضب

فقیهان دوره سوم، به خلل منطقی و توالی فاسد این طرز تلقی از واژه غضب پی برده و به صراحت اظهار داشتند که اصولاً واژه غضب، فاقد معنای فقهی و شرعی بوده و باید آن را به همان معنای لغوی و عرفی گرفت: «واژه غضب دارای مفهوم شرعی که از شارع نقل شده باشد، نیست و این نکته‌ایست آشکار که همگان بر آن اتفاق نظر دارند. مفهوم شرعی غضب در واقع همان اصطلاح فقیهان است و به همین سبب در آن اختلاف پدید آمده است. لذا می‌توان بدانچه از معنای لغوی این واژه و احکام یقینی آن دریافت می‌شود، بسنده نمود. زیرا قاعده بر این است که نقل در معنای واژه رخ نداده و حکم جدیدی برای آن پدید نیامده است مگر همان احکامی که از طریق اجماع، نص وجود دارد و موجب یقین یا ظن معتبر شرعی اند. پس می‌توان گفت که غضب همان معنای لغوی خود را دارد: گرفتن ستمگرانه یک چیز» (محقق اردبیلی، ۱/۴۹۴).

این بازگشت هوشمندانه به مفهوم عرفی غضب، سبب شد که به تدریج میان فقیهان دوره سوم، نسبت به مسائلی از قبیل حبس کارگر و صنعتگر - که یکی از مصادیق معروف عدم النفع و مثال کلاسیک آن است - زمینه برای تجدید نظر در این حکم فراهم گردد. محقق اردبیلی با باز کردن دریچه‌ای نو کوشید تا ضمن قبول بخش درست سخن پیشینیان، یاد آور شود که مفهوم غضب قابل اطلاق بر کار انسان آزاد نیز می‌تواند باشد ولی بر فرض عدم صدق نیز حبس یک انسان صنعتگر و بازداشتن او از کسب روزی از باب ایجاد زیان و خسارت به دیگران یا اضرار به دیگران، اقدامی ستمگرانه و ضمان آور است: «این سخن علامه حلی «لو استخدم الحر ضمن اجرتة...» بدین معناست که هرگاه کسی انسان آزادی را به خدمت بگیرد باید مزد او را بپردازد ولی بدون به خدمت گرفتن او - اگر چه او را زندانی نموده و مانع از اشتغال او به کار درآمدزای وی بشود، مانند صنعتگری که روزانه درآمد قابل توجهی دارد - ضامن نیست. چرا که چنین فردی، مال به

شمار نمی آید تا با تصرف دیگری ضمان رخ دهد. از این رو تا او را به کار نگرفته مالی تصرف نشده و سبب ضمان (غصب) محقق نگردیده است. برخلاف هنگامی که او را به کار بگیرد زیرا در آن صورت مالی را بدون عوض از او گرفته - و غصب کرده - گویی مال یا حقی را از او تباہ کرده و لذا ضامن است. شاید فقیهان در این قسمت از مسأله، اختلافی نداشته باشند. به نظر می رسد در حالت عدم به کارگیری نیز ضامن بودن شخص حبس کننده، معقول و قابل توجیه است چراکه با ضامن شمردن چنین فردی از مفاسد و زیان بزرگی جلوگیری می شود. ای بسا با حبس یا منع یک صنعتگر او و خانواده اش از گرسنگی نابود شوند، لذا هیچ منعی برای ضامن شمردن چنین فردی وجود ندارد. زیرا این اقدام او نوعی ستم و تجاوز به حقوق دیگران است و به حکم شرع می توان به همان اندازه، متحمل زیان نمود چراکه فرمود: فاعتدوا بمثل ما اعتدی علیکم...» (محقق اردبیلی، ۵۱۳/۱۰).

هر چند محقق اردبیلی متوفای ۹۹۳ق در شرح یکی از کتب علامه حلی، این زاویه جدید را در بحث گشود و با تأکید بر ظالمانه بودن چنین اقدامی بر ضمان آور بودن آن استدلال نمود، پس از او، محمد حسن نجفی در شرح دیگری بر همین کتاب علامه حلی، با کشیدن خط بطلان بر وجود مفهومی شرعی از واژه غصب، با قطعیت و صراحت، مفهوم غصب را کاملاً عرفی شمرد و بحث فقیهان پیشین را پیرامون مفهوم شرعی و فقهی غصب، بیهوده دانست: «در هر صورت بی تردید برای غصب نمی توان یک تعریف شرعی ارائه داد همانگونه که احکامی هم برای آن علاوه بر آنچه در باب ضمان در قاعده «ید» و «اتلاف» وارد شده وجود ندارد و به همین سبب دیگر نیازی نیست که برای فهمیدن معنای شرعی غصب دچار زحمت شد» (نجفی، ۹/۳۷).

سخن صاحب جواهر یکی از مهمترین موانع ذهنی را در تبیین حکم مسأله عدم النفع برطرف ساخت و راه را برای اعتقاد به ضمان در عدم النفع بر فقیهان پس از خویش گشود؛ اگر چه هنوز هم - با استناد به اقوال پیشینیان - تمایل به قول مشهور به چشم می خورد، به نظر می رسد اگر سخن یادشده را بپذیریم دیگر در حکم به ضمان در مسأله عدم النفع مشکلی وجود نداشته باشد. زیرا با بازگشت به مفهوم عرفی غصب و با فرض اسباب متعدد برای ضمان می توان براساس قواعد فقهی موجود در فقه به سهولت در

مسأله عدم النفع قائل به ضمان شد.

### نتیجه

مسأله عدم النفع در فقه اسلامی با ذکر مسائل و مصادیقی از قبیل حبس حرّ و منع مالک از بیع کالای خویش به عنوان تابعی از بحث غصب، مورد بررسی و صدور حکم قرار گرفته است. از آنجایی که تا حدود قرن ۶ق، واژه غصب در اغلب کتب فقهی به همان معنای عرفی و لغوی خود استعمال می شد، فقیهان مسلمان تا حدود سده ۶ق تنها به بیان احکام آن بسنده کرده اند ولی از قرن ۶ق به بعد - که ارائه یک تعریف فقهی از غصب رایج و مرسوم گردید - غصب از معنای عرفی و لغوی خود تا حدودی فاصله گرفت و فقیهان این دوره در تحدید مفهوم آن دچار اختلاف نظر گشتند. با این همه در عموم تعاریف، دو عنصر مشترک به چشم می خوردند: نخست شرط مال بودن شیء مغضوب و دیگری تحت ید گرفتن کامل آن از سوی غاصب که از آن تعبیر به «استقلال در ید» می شد. از آنجا که این دو ویژگی را عموماً فقهاء از یکدیگر نقل کرده اند در نتیجه با تأکید بر همین دو ویژگی، درباره مسایلی از قبیل حبس صانع و منع بایع از صنعت و بیع، طبق تعریف خود از غصب، نمی توانند قائل به ضمان شوند. اما با تغییر تدریجی این رویکرد نسبت به مفهوم غصب و تصریح بزرگانی چون صاحب جواهر بر عرفی بودن این مفهوم از یک سو و از سوی دیگر تفتن به این نکته که تنها عامل ضمان، غصب نیست بلکه با فرض قبول این تعریف باز هم حبس صانع و منع بایع به موجب ادله دیگری، ضمان آور است، حکم به ضمان در مسأله عدم النفع به تدریج در میان فقیهان - به ویژه معاصران - طرفدار یافته است. تاکنون این دیدگاه از شهرت حکم پیشین مبنی بر نفی ضمان در مسأله حبس صانع و منع بایع برخوردار نگشته است اما روند موضوع گویای آن است که مرور زمان و توجه بیشتر به مسأله زمان و مکان و تغییر مصادیق احکام و الزامات عرفی و اجتماعی این مشکل را حل خواهد کرد. منتهای مراتب نباید فراموش کرد که تحولات اجتماعی، منتظر اجازه ما نخواهند ماند و تحولات شتابان زمان حاضر، اقتضاء می کند هر چه سریعتر نسبت به پرونده های علمی بر جای مانده از گذشته رسیدگی کرده و خود را به روز کنیم چرا که فرمود: العالم بزمانه لا تلتبس علیه الفتن.

## کتابشناسی

- ابن اثیر، النهایه فی غریب الحدیث، تحقیق طاهراحمد زاوی و محمود محمد طناحی، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۶۴ ش.
- ابن ادريس حلی، محمد بن ادريس العجلی الحلی، السرائر، تحقیق کمیته پژوهش، قم، مؤسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، ۱۴۱۱ ق.
- ابن حزم اندلسی، المحلی، تحقیق احمد محمد شاکر، بیروت، دارالفکر.
- ابن زهره حلی، حمزة بن علی الحسینی، غنیه النزوع الی علمی الاصول و الفروع، تحقیق ابراهیم بهادری، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۱۷ ق.
- ابن منظور، لسان العرب، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۴۰۸ ق/۱۹۸۸ م.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۶ ش.
- سرخسی، محمد بن احمد، المبسوط، تحقیق جمعی از دانشمندان، بیروت، دارالمعرفه، ۱۴۰۶ ق.
- سمرقندی، محمد بن احمد، تحفه الفقهاء، بیروت، دارالکتب العلمیه.
- شریف مرتضی، علی بن حسین، مسائل الناصریات، تهران، تحقیق مرکز بحوث و الدراسات العلمیه، مؤسسه الهدی، ۱۴۱۷ ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی الشامی العاملی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، قم، داوری.
- همو، مسالك الافهام، تحقیق مؤسسه معارف اسلامی، قم، فروردین، ۱۴۱۴ ق.
- شیخ طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، الخلاف، تحقیق سید علی خراسانی، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
- همو، المبسوط فی فقه الامامیه، تحقیق محمد باقر بهبودی، المكتبه المرتضویه، ۱۳۸۷ ش.
- علامه حلی، حسن بن یوسف حلی، قواعد الاحکام فی مسائل الحلال و الحرام، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
- همو، تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه، طوس - مشهد، مؤسسه آل اللبیت، چاپ سنگی.
- قاضی نعمان، نعمان بن محمد تمیمی مغربی، دعائم الاسلام، تحقیق آصف بن علی اصغر

فيضي، دارالمعارف، ۱۳۸۳ق/۱۹۶۳م.

فخرالمحققين، محمدبن حسن حلي، ايضاح الفوائد، تحقيق كرماني (اشتهاردی) بروجردی، ۱۳۷۸ش.

فراهیدی، خليل بن احمد، العین، تحقيق دكتور مهدي الخزومي و ابراهيم السامراء، مؤسسه دار الهجره، ۱۴۰۹ق.

مالك بن انس بن مالك الاصبحي الحميري، المدونه الكبرى، مصر، السعادة.

محقق حلي، جعفر بن حسن الهذلي الحلبي، المختصر النافع في فقه الاماميه، تهران، مؤسسه بعثت، ۱۴۱۰ق.

همو، شرايع الاسلام في مسائل الحلال والحرام، تحقيق سيد صادق شيرازي، تهران، استقلال، ۱۴۰۹ق.

محقق اردبيلي، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان، تحقيق اشتهاردی (عراقي) يزدي، قم، جامعه مدرسين، ۱۴۱۲ق.

نجفي، محمد حسن، جواهر الكلام في شرح قواعد الاحكام، تحقيق شيخ عباس قمي، دارالكتب الاسلاميه.