

فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی / سال نهم / شماره سی و دو / تابستان ۹۲ / صفحات ۲۶-۱۱

مطالعه تطبیقی خسارت عدم‌النفع در فقه امامیه و قوانین ایران و کنوانسیون ۱۹۸۰ وین^۱

حسین احمدی *

پرویز ذکائیان **

چکیده

ضرری که بر فرد وارد می‌شود ممکن است مادی یا معنوی باشد. ضرر مادی خود بر دو نوع است. الف: از دست رفتن مال موجود ب: تفویت منفعت که همان عدم‌النفع است و در اصطلاح به معنای ممانعت از وجود پیدا کردن نفعی است که مقتضی آن حاصل شده باشد. پیرامون خسارت عدم‌النفع بین فقها و حقوق دانان آرای متفاوتی به چشم می‌خورد، حتی این اختلاف در تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی و ماده ۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری نیز وجود دارد تا جایی که موجب برداشت‌های مختلف بین حقوق‌دانان مبنی بر نسخ ماده ۹ توسط ماده ۱۵ شده است. ولی واقعیت این است که تبصره ۲ ماده ۵۱۵ نافی عدم‌النفع محتمل است، نه مسلم و قطعی. ماده ۷۴ کنوانسیون ۱۹۸۰ وین خسارت عدم‌النفع مسلم را به طور صریح قابل مطالبه می‌داند.

کلید واژه‌ها: کنوانسیون، مال، ضرر، عدم‌النفع، قاعده لاضرر، قاعده تسبیب.

۱- تاریخ وصول: ۹۰/۱۰/۲۸ تاریخ پذیرش: ۹۲/۴/۲۸

* استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی واحد مشهد

** دانش‌آموخته دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی واحد مشهد zokaieian@mshdiau.ac.ir

۱- مقدمه

در بسیاری از موارد نقض تعهد باعث ایجاد خسارت و ضرر می‌شود و خسارت ممکن است مادی یا معنوی باشد و در خسارت مادی نیز گاهی با از دست رفتن مال موجود یا خسارت مثبت و گاهی با تفویض منافع یا خسارت منفی که همان عدم‌النتفع است همراه است که ممکن است فردی سبب عدم‌النتفع دیگری اعم از تأخیر در تحویل مبیع یا جلوگیری از فروش او یا حبس ناروای کسی گردد. با این وصف طبق ماده ۷۴ کنوانسیون ۱۹۸۰ وین، زیان دیده مستحق اخذ خسارت است ولی در آرای فقهاء و قوانین ما با چالش-هائی مواجه می‌شود. روابط روزافزون تجاری، مقتضی آشنایی با مقررات بین‌المللی است. در این بین، بیع کالا از عمده‌ترین معاملات بین‌المللی محسوب می‌شود. یکی از مسائلی که همواره در قراردادهای مطرح می‌شود ضمانت اجرای آن است و از طرفی افراد در تعاملات خود ممکن است سبب محروم شدن دیگری از منفعت مسلمی گردند. هدف اصلی تحریر این مقاله، شناخت احکام و قواعد حاکم بر خسارت عدم‌النتفع در فقه امامیه، قوانین ایران و کنوانسیون بیع بین‌المللی ۱۹۸۰ وین و تطبیق آن با هم است.

۲- بررسی مفاهیم

۲-۱- مال

در لغت از فعل ماضی میل به معنی خواستن در چیزی که در تملک کسی باشد و قابل ذخیره و پس انداز باشد (ابن عابدین حاشیه رد مختار، ۵، ۴)، ثروت و دولت توانگری، آنچه در ملک کسی باشد و آنچه ارزش مبادله داشته باشد (لغت‌نامه دهخدا). در اصطلاح چیزی است که ارزش اقتصادی داشته باشد و قابل تقویم به پول باشد. بنابراین حقوق مالی مانند حق تحجیر و حق شفعه و حق صاحب علامت تجاری هم مال محسوب است. (جعفری لنگرودی، ترمینولوژی، ۵۹۵) و بر دو نوع است: ۱- مال مادی که به یکی از حواس احساس شود و در فقه معمولاً، عین گفته می‌شود ولی عین را به دو قسم خارجی و موجود در ذمه (یا کلی) تقسیم کرده‌اند و می‌گویند: عین خارجی و عین کلی. ۲- مال معنوی که در مقابل عین است و بر حقوق اطلاق می‌شود. مثل حق کسب و پیشیه، حق تألیف (همان، ۵۹۷). و در اصطلاح حقوقی به چیزی مال گویند که دارای دو شرط اساسی باشد:

۱- مفید باشد و نیازی را برآورد، خواه آن نیاز مادی باشد یا معنوی.

۲- قابل اختصاص یافتن به شخص یا ملت معین باشد (کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۰، مقدمه).

۳- عدم النفع

ضرری که بر فرد وارد می‌شود ممکن است مادی یا معنوی باشد. ضرر مادی خود بر دو نوع است:

الف - از دست رفتن مال موجود یا خسارت مثبت.

ب - تفویت منافع یا خسارت منفی که همان عدم النفع است.

در اصطلاح حقوق به معنای ممانعت از وجود پیدا کردن نفعی که مقتضی وجود آن حاصل شده است. مثل توقیف غیرقانونی شاغل به کار، که موجب محرومیت از گرفتن مزد شده باشد (جعفری لنگرودی، ترمینولوژی، ۱۳۷۲، ۴۵) و همین مؤلف در جای دیگری می‌نویسد: عدم النفعی که ضرر محسوب می‌شود عبارت است از حرمان از نفعی که به احتمال قریب به یقین، حسب جریان عادی امور و اوضاع و احوال خصوص مورد، امید وصول به آن نفع، معقول و مترقب و مقدور بوده باشد (همان، ۲۵۶) و نویسندگان حقوقی دیگر می‌گویند: عدم النفع در جایی است که در نتیجه عمل زیانبار، دارایی شخص فزونی نیافته است، در حالی که اگر این واقعه رخ نمی‌داد، بر طبق روند عادی امور و تجربه جاری و آمار زندگی، این افزایش صورت می‌گرفت (بهرامی، ۱۳۷۰، ۲۳۸) در منابع فقهی از آن تعبیر به (عدم اکتساب) شده است (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۱۷، ۱۸۱).

۴- اقسام عدم النفع

عدم النفع به اعتبار متعلق آن بر دو نوع است:

۱- عدم النفع محقق یا ممکن الحصول.

۲- عدم النفع محتمل الحصول

۴-۱- عدم النفع محقق

آن منفعتی است که هر گاه فعل معین موجود نمی‌شد، محققاً آن منفعت به متضرر می‌رسید و فعل مزبور به همان علت منحصر سبب نرسیدن منفعت شده است (امامی، حسن، ۱۳۷۱، ۴۰۷). به عنوان مثال، اگر کسی در تصادف با تاکسی مقصر شناخته شود علاوه بر خسارت مادی تعمیر خودرو باید اجرت متعارف راننده تاکسی در مدتی که تعمیر تاکسی به طول می‌انجامد را پرداخت کند و همچنین هر گاه

کسی کارگری را بازداشت نماید و از کار روزانه بازدارد، مانع از رسیدن مزد او که منفعت محقق می‌باشد شده است.

۴-۲- عدم‌النفع محتمل الحصول

عدم‌النفع محتمل عبارت است از منفعتی که هرگاه فعل معین موجود نمی‌شد، احتمال داشت که آن عاید طرف گردد. در این نوع منفعت احتمالی فاعل ضامن نیست، زیرا رابطه‌ی علیت بین فعل و عدم پیدایش منفعت موجود نیست، و بر فرض هم که فعل ایجاد می‌گشت احتمال داشت منفعت حاصل نشود. مثل این که موزع روزنامه، روزنامه‌ای را که در آن اعلان مزایده ملک‌ی درج شده است به مشترک آن روزنامه نمی‌رساند و او در مزایده شرکت نمی‌کند. مشترک پس از اطلاع، بر این امر اقامه دعوی بر علیه موزع می‌نماید و خسارات وارده خود را از او می‌خواهد، بدین تقریب که هرگاه روزنامه را موزع به او می‌رساند. او به مزایده‌ای که وزارت دارائی اعلان نموده بود شرکت می‌کرد و برنده می‌شد و از آن مبلغی استفاده می‌نمود و چون روزنامه را موزع نرسانیده باید خسارت وارده را به مشترک بپردازد. مشترک حق خواستن آنچه را خسارت می‌پندارد نخواهد داشت. زیرا منفعت مزبور محتمل می‌باشد و ممکن بود مشترک در صورت پیشنهاد برنده مزایده نمی‌شد (همان / ۴۰۸).

۴-۳- منافع مستوفات و غیرمستوفات

منظور از منافع مستوفات منافی است که شخص پس از استیلاء بر مال دیگری از آن بهره‌مند گردد. مثل آن که اتومبیل دیگری را بدون اجازه برداشته و استفاده کند. مراد از منافع غیرمستوفات آن منافع ممکن‌الحصول می‌باشد که شخص متصرف با استیلاء خود بر آن مال، بهره‌برداری از آن را سلب نموده و خود هم استفاده نکرده است. مثل آن که شخص مغازه دیگری را قفل زده و مانع استفاده او شود. به نظر فقهای امامیه در مورد منافع مستوفات، بی‌تردید شخص متصرف ضامن است، خواه تصرف عدوانی باشد، خواه غیرعدوانی، و در منافع غیرمستوفات، چنانچه تصرف عدوانی باشد باز هم فقهاء اتفاق نظر دارند که شخص متصرف ضامن است ولی اگر تصرف عدوانی نباشد، گروهی از فقهاء، به ضمان قائل نیستند و مستند فقهای امامیه نسبت به ضمان منافع ممکن‌الحصول اعم از مستوفات و غیرمستوفات عموم قاعده «علی الید» است. زیرا منافع عموماً به تبع عین، تحت سلطه و استیلاء متصرف قرار می‌گیرد.

بنابراین در عهده متصرف است و بایستی به صاحبش برگردانده شود، خواه استیفاء نموده و خواه ننموده باشد (محقق داماد، قواعد فقه (بخش مدنی)، ۸۲).

۵- عدم النفع و تفویت منفعت عین

تفویت منفعت عین همانند خود عین، مال محسوب می‌شود و قابل تقویم در واگذاری است و بدین لحاظ مثل دیگر اموال، در ضامن شناختن عامل فوت آن تردیدی نیست مثل این که کسی خانه دیگری را عدواناً غضب کرده و متصرف شود و از این طریق مانع استیفاء مالک شود. این اقدام غیرقانونی جلوگیری از تحصیل مورد انتظار نیست بلکه تفویت منافی است که بر آن منافع، عنوان مال مترتب می‌شود و به تبع عین فی الحال موجود است و نظر مشهور فقها را در این مورد می‌شود در کتاب غضب جستجو کرد. (علامه حلی، ۱۴۱۸، ۲۲۲/۲ - محقق کرکی، ۱۴۱۰، ۲۰۶۶). برخلاف نفع، که صرفاً مورد انتظار است و در زمان وقوع فعل زیانبار وجود خارجی ندارد. به عنوان مثال: اگر کسی مانع فروش مال فردی شود و او را از نفع و فایده‌ای که می‌توانست در فروش مبیع بدست آورد باز دارد، «عدم النفع» مصداق دارد. زیرا نفعی که تفویت شده است در زمان وقوع فعل زیانبار، موجود نبوده بلکه صرفاً مورد انتظار بوده است (همان).

۶- عدم النفع در کنوانسیون

خسارت ناشی از نقض قرارداد در مواد ۷۴ تا ۷۷ کنوانسیون پیش‌بینی شده است ولی نوع خسارت بستگی به هدفی دارد که از جبران خسارت دنبال می‌شود در زمینه مسؤولیت قراردادی گاهی هدف از جبران خسارت این است که زیان دیده به وضعیت قبل از انعقاد قرارداد باز گردد. در این حالت تنها حق دارد جبران زیان‌هایی را که متحمل شده است مطالبه نماید. گاهی هدف این است که زیان دیده در وضعیتی قرار داده شود که هرگاه قرارداد اجرا می‌شد در آن وضعیت قرار می‌گرفت. در این صورت علاوه بر زیان‌های وارد شده عدم النفع هم قابل جبران می‌باشد (صفایی، بی تا، ۲۸۵).

ماده ۷۴ کنوانسیون مقرر می‌دارد: «خسارت ناشی از نقض قرارداد به وسیله یکی از طرفین عبارت است از مبلغی برابر زیان، از جمله عدم النفعی که طرف دیگر بر اثر نقض متحمل شده است. این خسارات نمی‌تواند از مقدار زیانی که نقص کننده، در زمان انعقاد قرار داد و به مدد واقعیات و موضوعاتی که در همان موقع بدان‌ها واقف بوده یا می‌باید واقف می‌بوده، به عنوان اثر ممکن الحصول نقض قرارداد پیش‌بینی

کرده یا می‌باید پیش‌بینی می‌کرده است، متجاوز باشد.» زیان دیده باید شرایط زیر را برای درخواست خسارت داشته باشد:

الف - باید زبانی به شخص وارد شده باشد. بنابراین اگر نقض قرارداد همراه با خسارت نباشد، متخلف مسؤول نیست.

ب - باید نقض قرارداد صورت گرفته باشد و صرف نقض قرارداد کافی است و لازم نیست خواننده مرتکب تقصیر هم شده باشد.

ج - باید بین نقض قرارداد و زیان وارده، رابطه‌ی سببیت وجود داشته باشد و خسارت وارده ناشی از نقض قرارداد باشد.

د - قابلیت پیش‌بینی ضرر، یعنی زیان‌های قابل جبران است که از ناحیه خواننده قابل پیش‌بینی باشد. به عبارت دیگر طرف قرارداد مسؤول زیان‌هایی است که در حین قرارداد به عنوان نتایج حاصل از نقض قرارداد برای وی قابل پیش‌بینی بوده است و معیار قابلیت پیش‌بینی زیان یک معیار نوعی است. زیرا قابلیت پیش‌بینی را با توجه به اطلاعات و واقعیاتی مؤثر می‌داند که هر فردی در آن وضعیت قرار داشت و به همان فعالیت تجاری می‌پرداخت، از آن اطلاعات آگاه می‌بود یا نمی‌توانست ناآگاه باشد (همان، ۲۸۶، ۲۸۷). بنابراین اگر ضرر انوعی داشته مثل (ضرر ناشی از تلف مال) و عدم‌النتفع، در صورتی که فقط ضرر واقعی قابل پیش‌بینی باشد و عدم‌النتفع قابل پیش‌بینی نباشد، این امر در میزان خسارت قابل پرداخت تأثیر دارد. به عنوان مثال اگر ضرر واقعی ۲۰۰ تومان و عدم‌النتفع ۱۰۰ تومان باشد، چون عدم‌النتفع قابل پیش‌بینی نبوده، فروشنده فقط باید ۲۰۰ تومان بابت جبران خسارت بپردازد. بدین ترتیب، پیش‌بینی نوع ضرر کافی است و پیش‌بینی میزان آن لازم نیست زیرا تا حدودی غیرممکن است (همان، ۲۸۹). طبق نظر کنوانسیون منافع عدم‌النتفع به ممکن الحصول و محتمل‌الحصول تقسیم شده که در مورد عدم‌النتفع ممکن الحصول و محقق قائل به دریافت خسارت است و در مورد منافع محتمل‌الحصول معتقد است که قابل وصول نیست (جمعی از نویسندگان، ۳، ۸۸ - ۸۹).

۷- محاسبه خسارت عدم‌النتفع

برای ارزیابی خسارت‌های مادی ناشی از تلف مال مشکل چندانی وجود ندارد ولی برای محاسبه خسارت عدم‌النتفع ممکن الحصول روش خاصی در کنوانسیون پیش‌بینی نشده و آن را به عهده قاضی یا

داور گذاشته است. البته مبنای رسیدگی دادگاه در احتساب این نوع خسارت، قرارداد طرفین، عرف بین-المللی و رویه محاکمه دیگر کشورها و مراجع داوری می‌باشد(همان، ۹۸).

۸- ضرر

در لغت به معنای گزند و نقصان و ضدنفع است و زیان به معنای نقصان خسارت، ضرر و ضدسود می‌باشد(راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ۳۹۲). این دو کلمه با هم مترادفند. در اصطلاح فقهی، ضرر عرفاً عبارت است از نقصی که بر مال یا هر چیز دیگری که درباره بعدی از ابعاد وجودشخص بوده و موجودیت دارد و یا مقتضی آن متحقق باشد وارد آید(موسوی بجنوردی، بی‌تا، ۱۷۸، ۱). مرحوم نائینی نیز در این خصوص می-گوید: ضرر عبارت است از فوت یا نقض آن چه انسان واجد آن است، خواه نقض باشد یا عرض یا مال یا جوارح، بلکه عدم النفع چنانچه مقدماتش کامل شده باشد. ضرر محسوب می‌شود(نجفی خوانساری، ۱۳۷۲، ۳، ۳۷۸). آقای جعفری لنگرودی موارد زیر را مصادیق ضرر می‌داند: صدمه جانی زدن به خود و دیگری خواه به صورت ضرب و جرح باشد، خواه به صورت قتل، تجاوز به حیثیت دیگران و لطمه زدن به حیثیت خود و تعرض به ناموس دیگران. اتلاف و ناقص کردن اموال خود و دیگران و تجاوز به مال غیرمانند غصب و خیانت در امانت، ممانعت از وجود پیدا کردن نفعی که مقتضی آن حاصل شده باشد (عدم النفع) (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ۴۱۵).

تواتر معنوی که از تعاریف فوق حاصل می‌شود این است که ضرر، زیان و آسیب وارد کردن به هر یک از حقوق و مصالح مشروع انسان است و این حقوق شامل تمامی حقوق و منافع در چارچوب شرع و قانون است و طبق تعریف آقایان نائینی و جعفری لنگرودی از ضرر، شامل منافع محقق نیز می‌شود که طبق مسلمات فقه باید جبران گردد.

۹- عدم النفع در حقوق ایران

در تاریخ قوانین موضوعه ایران، مواد مختلفی به خسارت عدم النفع پرداخته است که برخی از آنها:
 ۱. ماده ۷۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ مقرر می‌دارد: «... ضرر ممکن است به واسطه از بین رفتن مالی باشد یا به واسطه فوت شدن منفعتی که از انجام تعهد حاصل می‌شده است.» در این ماده صراحتاً «عدم النفع» ناشی از اجرای تعهدات را ضرر دانسته است.

۲. ماده ۹ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۳۵، ضرر و زیان قابل مطالبه را به شرح زیر می-

داند:

الف - ضرر و زیان‌های مادی که در نتیجه ارتکاب جرم، حاصل است.

ب - ضرر و زیان معنوی که عبارت است از کسر حیثیت یا اعتبار اشخاص یا صدمات روحی.

ج - منافعی که ممکن‌الاحصول بوده و در اثر ارتکاب جرم، مدعی خصوصی از آن محروم می‌شود.

۳- ماده ۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری، مصوب ۱۳۷۸/۶/۲۸ ضرر

و زیان قابل مطالبه را به شرح زیر احصاء می‌کند:

الف - ضرر و زیان‌های مادی که در نتیجه ارتکاب جرم حاصل شده است.

ب - منافعی که ممکن‌الاحصول بوده و در اثر ارتکاب جرم، مدعی خصوصی از آن محروم می‌شود.

۴ - تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹/۱/۱۲، «خسارت ناشی از عدم النفع

را قابل مطالبه نمی‌داند.

آنچه در خصوص تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی قابل تأمل است، این مطلب می‌باشد

که آیا این ماده ناسخ ماده ۹ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸ است؟ یا این که تبصره ۲ ماده ۵۱۵

ناظر به امور مدنی است و در امور کیفری ماده ۹ قانون آیین دادرسی لازم‌الاتباع است. در مدت کمتر از ۶

ماه مشخص نیست که چه اتفاقی افتاده است که عدم‌النفع مغایر شرع شد و در ۶ ماه قبل مغایر شرع نبود.

یا فقهای محترم شورای نگهبان ۶ ماه قبل از توجه به ماده ۹ آیین دادرسی کیفری غافل بودند و در تبصره

۲ ماده ۵۱۵ آیین دادرسی مدنی مورد توجه قرار گرفت؛ ولی آنچه طبق قواعد مسلم فقهی و بنای عقلا و

قاعده اصولی (الجمع مهما مکن اولی من الطرح) به نظر می‌رسد این است که منظور قانونگذار از تبصره ۲

ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی نسخ ماده ۹ قانون آیین دادرسی کیفری نبوده بلکه هدف غیرقابل

وصول بودن منفعت محتمل است نه محقق. بنابراین جا دارد مجلس شورای اسلامی نسبت به این مصوبه

خود تفسیر مناسبی ارائه دهد.

نظریه اداره کل حقوقی و تدوین قوانین قوه قضائیه در مورد عدم النفع تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین

دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی:

مطابق تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی خسارت

ناشی از عدم‌النفع قابل مطالبه نیست. عدم‌النفع به معنی آن است که افراد یا وسائل به صورت دائمی در

فعالیت کسی و در آمد نباشد مثلاً افراد بیکار هر چند جویای کار باشند ولی اگر به جهاتی توسط شخص یا اشخاصی مدتی از کار باز ماند، این گونه افراد نمی توانند از مسبب بیکاری خود مطالبه خسارت نمایند. زیرا بدون مسبب نیز، آن ها در حال کار و کسب درآمد نبوده اند. در حالی که در مورد افراد شاغل که به سبب اعمال شخص یا اشخاصی، مدتی بیکار شوند حق مطالبه خسارت در مدت بیکاری را دارند. همچنین است در مورد اشیاء به این ترتیب که چنانچه مالک اشیاء مذکور به صورت مدام از این اشیاء استفاده نکرده و درآمدی نداشته، نمی تواند مطالبه خسارت مدتی را بنماید که شخص یا اشخاص مانع استفاده مالک از این اشیاء شده است. اما اگر اشیاء مورد بحث، مداوم مورد استفاده بهره برداری مالک بوده و عمل اشخاص مانع این شود که مالک به مدتی نتواند از این اموال بهره برداری نماید در این صورت، شخص مذکور در واقع مانع استفاده از منافع ممکن الحصول بوده و از این جهت مالک اموال می تواند مطالبه خسارت زمان عدم امکان استفاده از اشیاء مورد بحث را از شخص بنماید (نظریه شماره ۷/۸۰۴۷ - ۱۳۸۲/۹/۳۰ اداره کل حقوق و تدوین قوانین قوه قضائیه).

۱۰- دیدگاه فقها و حقوقدانان در مورد عدم النفع

نظر فقها به دو دسته تقسیم می شود: گروهی عدم النفع را ضرر می دانند و گروهی عدم النفع را مصداق ضرر نمی دانند که نظر هر گروه به شرح زیر است:

۱- فقهای دسته اول که عدم النفع را ضرر نمی دانند در مورد بازداشتن فردی از منافع می گویند:

محقق حلی، در کتاب غصب به سه نکته می پردازد: سبب، حکم و لواحق، و تعریفش از غصب عبارت است از: در اختیار گرفتن مال دیگری به تنهایی و از روی ستم، بنابراین اگر دیگری را از نگهداری چهارپای علفخوار خویش باز دارد ولی آن را در اختیار خویش نگیرد و این امر موجب تلف شدن گردد، منع کننده ضامن نیست. همینطور اگر فرد دیگری را از نشستن بر سفره‌ی خویش باز دارد یا او را از فروختن کالای خود آنقدر بازدارد که بهای آن در بازار کاهش یابد، ضامن نیست (محقق حلی، ۱۴۰۹، ۴، ۱۷۶). از نظر محقق حلی کسی که شخصی را از فروش کالای او باز می دارد ولی خود نیز آن کالا را در اختیار نگرفته و استفاده نمی کند ضامن نیست. چرا که غصب به معنی شرعی آن واقع نشده است.

مرحوم نجفی در شرح عبارت محقق اظهاری می دارد که قول مذکور نه تنها در منابعی از قبیل مختصر النافع، تحریر و تبصره و شرح ارشاد فخر نیز به همین صورت آمده است بلکه در مسالک و غیر از

آن، این قول به مشهور نسبت داده شده است. زیرا، با توجه به عدم اثبات ید، غصب محقق نیست و وقتی که غصب محقق نباشد به مقتضای اصل براءت، ضمانت منع کننده منتفی می‌گردد (نجفی، ۱۳۷۲، ۳۷، ۱۴).

سپس در تجلیل و رد نظریه صاحب تذکره که در خصوص عدم ضمان منع کننده از حیوان مرسله قائل به اشکال است می‌گوید: «در عدم ضمان نقصان قیمت بازار (ناشی از ممانعت کردن مالک از فروش متاع خود) جای تأمل باقی نمی‌ماند، زیرا تفویت مال به صورت مباشرت یا تسبیب صورت نگرفته است و از همین بابت است که منافع انسان آزاد نیز به حسب اجماع مضمون نمی‌باشد» (همان، ۱۵).

مرحوم خوانساری در شرح عبارت «و کذا لومنه من العقود علی بساطه» یعنی «و همچنین ضامن نیست کسی که منع کند دیگری را از نشستن بر روی بساطش» می‌گوید: پس اگر دیگری را از نگه‌داری حیوان مرسله اش منع کند یا مانع نشستن او بر روی بساطی شود، ضامن نیست، بدین معنا که اگر حیوان تلف شود یا بساط سرقت شود پرداخت خسارت بر عهده مانع نیست، زیرا منشاء ضمان، قاعده «ید و اتلاف» است و در اینجا نه قاعده (ید) قابل اعمال است و نه قاعده (اتلاف)، (خوانساری، ۱۴۰۵، ۱۹۱، ۵ و ۱۹۲). نراقی نیز در تفسیر این عبارت می‌گوید: چنانچه مالک را از فروش متاعش بازدارند این عمل اضرار نمی‌باشد بلکه منع از تحصیل نفع است و همین طور اگر کسی ملک بدون نفعی مانند یک قنات بایر داشته باشد و اراده نماید که آن را اصلاح و دائر کند ولی دیگری مانع او را از این کار شود، این هم ممانعت از تحصیل نفع است. و ضرر نیست، به خلاف موردی که قنات دائر باشد و دیگری آب در آن بیندازد و بدین جهت آن را مسدود کند. که این ضرر است (نراقی، ۱۴۰۸، عانده چهارم).

این گروه از فقها در مورد بازداشت و حبس نمودن انسان آزاد می‌گویند:

غصب انسان حر موجب ضمان نیست اگرچه صغیر باشد. اگر شخص صناعی را حبس کند مادامی که از وی منتفع نشده است، ضامن اجرت نامبرده نیست. زیرا منافع شخص محبوس در تصرف خود اوست و استیلاء بر منافع محبوس توسط حابس متصور نیست. (محقق حلی، ۱۴۰۹، ۴، ۷۶۲).

صاحب جواهر، در مورد منافع حر استدلالش این است که چون انسان حر مال نیست لذا در آن ضمان محقق نیست (شیخ محمد حسن نجفی، ۱۳۷۲، ۳۷، ۳۶) و در مورد حبس صانع نیز، ضمن بیان این نکته که در خصوص عدم ضمان منافع صانع محبوس قول خلافی مشاهده نموده است به قول صاحب کفایه بر مسلم و قطعی بودن فتوای مزبور استشهادی نماید. سپس بعد از ذکر مطالبی در «کلام مقدس اردبیلی و

صاحب ریاض که هر یک به نوعی ضمان منافع صنعتگر محبوس را پذیرفته‌اند استدلال می‌کند که چون انسان تحت ید انسان دیگری در نمی‌آید منافع او در تصرف خود اوست و به تبع نفس وی قابل استیلاء نیست. لذا همانند لباس وی که در تن اوست و با غضب وی تحت ید در نمی‌آید، به اصل عدم ضمان باقیمانده و مضمونه تلقی نمی‌شود (همان، ۳۹، ۴۱). یکی دیگر از فقها در مورد عدم مضمونیت انسان حر به غضب اظهار داشت: ظاهر بر این است که انسان حر به وضع ید و غضب مضمونه تبدیل نمی‌شود و در آن قول خلافی وجود ندارد، زیرا انسان حر مال نیست و تحت ید و تصرف در نمی‌آید. اثبات ید و تصرف همان طوری که گفته شده است مخصوص اموال است (مقدس اردبیلی، ۱۴۱۴، ۵۳۰۵).

امام خمینی (ره) نیز در این باره می‌فرماید: چنانچه فردی بر دیگری مستولی شده و او را حبس نماید نه در مورد خود محبوس و نه منافعش غضب محقق نمی‌شود. و ضمان ید که از احکام غضب است برای حابس نیست. اگر محبوس صنعتگر باشد و در اثناء مدت حبس اشتغال به صنعت نداشته باشد در مورد اجرت وی حابس ضمانی ندارد (موسوی خمینی (ره)، روح‌ا.، ۱۳۹۰، ۱۵۸/۲ - ۱۵۹).

فقه‌های دسته اول در تفسیر واژه مال در تعریف غضب «الغصب هو الاستقلال باثبات الید علی مال الغیر عدواناً»، عدم النفع را مصداق مال ندانسته و همچنین عدم النفع را ضرر نمی‌دانند و به همین دلیل ممانعت در فروش مال را به دلیل اینکه ممانعت، استیلاء عملی بر مال نبوده، مصداق غضب نمی‌دانند. و در مورد حبس انسان حر یا ممانعت وی از اشتغال به کار، را نیز از اسباب ضمان نمی‌دانند زیرا فقط اموال را قابل تصرف و استیلاء می‌دانند و از طرفی قواعد (اتلاف و تسبیب) را صرفاً ناظر بر تلف مالی که ذاتاً موجود است پنداشته و قاعده لاضرر را فقط ناهی احکام ضرری می‌دانند نه مثبت حکم. بنابراین قواعد مذکور را در مورد «عدم النفع» قابل اعمال نمی‌دانند.

۲ - نظر فقه‌های دسته دوم که عدم النفع را ضرر می‌دانند:

محقق اردبیلی معتقد است، واژه غضب فاقد معنای فقهی و شرعی بوده و باید آن را به همان معنای لغوی و عرفی گرفت و مفهوم شرعی غضب در واقع همان اصطلاح فقیهان است و به همین سبب در آن اختلاف پدید آمده است. لذا می‌توان به آنچه 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 و معنای لغوی غضب: «گرفتن ستمگرانه یک چیز است». ایشان معتقد است 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 بابت ایجاد زیان و خسارت به دیگران یا اضرار به دیگران، اقدامی ستمگرانه و ضمان‌آور است (محقق اردبیلی، ۱۴۱۴، ۱، ۴۹۴). برخی دیگر از فقها مثل وحید بهبهانی (بهبهانی، بی‌تا، ۶۱۴) و سید علی طباطبائی (صاحب ریاض) (طباطبائی، ۱۴۰۴، ۲، ۳۰۲) معتقدند که عنوان ضرر بر عدم‌النفع صادق است و بر اساس قاعده لاضرر، خسارت عدم‌النفع، سبب ضمان و مسؤولیت مدنی است. در مسأله حبس انسان حر، گروهی از فقها بر نظر مشهور ایراد کرده و معتقدند که مسؤولیت حبس کننده ناشی از ضمان ید و غضب نیست بلکه قواعدی مثل تسبیب و لاضرر مسؤولیت را ایجاد می‌کند به اعتقاد این گروه حبس کننده سببی است که منافع محبوس را از بین برده و ضامن منافع او است. از سوی دیگر قاعده لاضرر نیز می‌تواند به واسطه ضرر نفی شده، مسؤولیت ایجاد کند حتی در برخی از موارد ممکن است حبس شده یا خانواده او به دلیل گرسنگی از بین بروند و مالی هم نداشته باشند و این در حالی است که حابس ظالم و متجاوز است. بنابراین با توجه به دلایل مختلف مثل جواز تعدی به تعدی کننده و قصاص، ضمان برای دفع مفسد و ضرر قوی به نظر می‌رسد و طبق نظر این گروه، نظر مشهور مبنی بر عدم ضمان را به حالتی تفسیر کرده‌اند که حبس موجب تفویض و از بین رفتن نشود و در جایی که در مدت حبس به طور متعارف اجرتی برای محبوس فرض شود به طوری که اگر حبس نمی‌شد عادتاً آن منافع را کسب می‌کرد، حبس، سبب تفویض و تلف است و حبس کننده باید ضامن باشد. (طباطبائی، ۱۴۰۴، ۲، ۳۰۲؛ شوشتری، ۱۴۱۴، ۶، ۳۶۲). آیت . . . صانعی، در مورد خسارت عدم‌النفع در سؤالی که از ایشان در خصوص بازداشتن فردی از منافع اموال یا اعمالش یا شخصی کسی را غیرقانونی بازداشت کند گفت: «در رابطه با منافع، فرد ضامن اجرت‌المثل است و ضمان نسبت به عمل و منافع حریم وجود دارد زیرا قاعده اتلاف و حرمت عمل و امور دیگر، مقتضی ضمانت است و بین منافع تفاوتی وجود ندارد. مگر آن که منافع محتمل‌الحصول احتمالش ضعیف باشد که منفعت حساب نشود» (صانعی، blogfa.com، ۷۸/۱۱/۱۵). آقای ناصر مکارم شیرازی قائل به وصول خسارت ممکن‌الحصول می‌باشد (مکارم شیرازی، سایت makerem.ir).

۱۱- قواعد فقهی که می‌تواند در خصوص منافع ممکن‌الحصول مورد توجه قرار

گیرد

۱۱-۱- قاعده لاضرر

در صورتی این قاعده می‌تواند مثبت ادعا (مطالبه عدم‌النفع) باشد که بدو دو چیز را اثبات کنیم:
 ۱- عدم‌النفع ضرر محسوب می‌شود. ۲- قاعده لاضرر علاوه بر نفی حکم اثبات حکم نیز می‌کند.

در مورد اول برخی از فقها در صدق ضرر بر عدم النفع صرفاً ابراز تردید نموده (الفقیه، قواعد فقه، ۱۹۰) برخی آن را به صراحت رد نمودند (نراقی، پیشین). ولی این فقیه تشخیص ضرر را به فهم عرفی واگذار نموده و می‌گوید شناخت ضرر، نسبت به اشخاص، اموال، مکان‌ها و زیان‌ها مختلف، متفاوت است (همان). برخی دیگر از فقها مثل میرزای نائینی عدم النفع را ضرر می‌داند و می‌گوید: «ضرر عبارت است از فوات آنچه انسان واجد آن است، خواه نفس باشد یا مال یا جوارح. بلکه عدم النفع نیز چنانچه مقتضی آن کامل باشد، ضرر محسوب می‌شود. «بل یعد عرفاً عدم النفع بعد تمامیه المقتضی له من الضرر» (نائینی، بی- تا، ۲، ۱۹۹) آقای بجنوردی نیز عدم النفع را ضرر می‌داند (بجنوردی، ۱، ۱۹۹).

در مورد دوم (لا ضرر علاوه بر نفی حکم اثبات حکم نیز می‌کند):

در این مورد باید به تفسیر فقها از «لا» توجه کرد. گروهی از فقها «لا» را به معنای لای ناهیه گرفته و معتقدند: لا در حدیث لاضرر، به معنای لا نهی است که دلالت بر حرمت و ممنوعیت اضرار به دیگران دارد و هیچ دلالتی بر حکم وضعی (ضمان) ندارد و عده‌ای از این گروه نهی را تشریحی و عده‌ای دیگر آن را نهی حکومتی می‌دانند. قائلین به نهی تشریحی معتقدند که مفاد حدیث لاضرر، حرمت ضرر زدن به دیگران است و قائلین به نهی حکومتی معتقدند که مفاد حدیث لاضرر، نهی از اضرار به دیگران از باب نهی حکومتی است نه تشریحی، به این معنا که پیامبر (ص) در مقام حاکم جامعه اسلامی نه در مقام تشریح و قانونگذاری از هرگونه ضرر رسانیدن به دیگران نهی نموده است (موسوی، ۱۳۹۰، ۱، ۵۰).

گروهی که «لا» در قاعده را نافیہ گرفتند، معتقدند که لا در حدیث لاضرر به معنای حقیقی خود یعنی، لای نفی، استعمال شده است. اما از آن جا که در عالم خارج ضرر وجود دارد، باید، چیزی در تقدیر گرفته شود؛ که برخی مورد تقدیر را، نفی حکم ضرری دانسته و معتقدند واژه حکم در تقدیر است. (رشتی، ۱۴۰۸، ۱، ۱۵۶؛ نائینی، بی تا، ۲، ۲۰۰).

برخی دیگر مورد تقدیر را نفی حکم از طریق نفی موضوع دانسته و معتقدند: مراد از لاضرر نفی حکم به لسان نفی موضوع است. یعنی اگر عناوین اولیه موضوعاتی که شارع برای آنها حکمی وضع نموده است موجب ضرر گردد، حکم آنها منتفی است (آخوند خراسانی، ۱۳۶۲، ۲۶۵). برخی دیگر مورد تقدیر را ضرر جبران نشده دانسته و معتقدند: در اسلام ضرر جبران نشده وجود ندارد و هر کس موجب اضرار به دیگری شد باید آن را جبران نماید (نراقی، ۱۴۰۸، ۱۸). در نتیجه با توجه به این که در جمله اسمیه (لاضرر)، معنای

حقیقی لا نمی‌تواند نهی باشد و تا زمانی که استعمال حقیقی امکان‌پذیر باشد نباید به مضار مجازی متمسک شد، مضار لا نفی است (الفقیه، ۱۹۳).

۱۱-۲- قاعده اتلاف تسبیب

این قاعده مبنای اصلی بسیاری از قواعد دیگر است که در صورت وجود ارکان آن یعنی: فعل، تقصیر، رابطه تسبیب و وجود ضرر، امکان مطالبه خسارات از سبب را ممکن می‌سازد. (محمدی اصفهانی، ۱۴۱۲، ۲۷). البته استناد به این دو قاعده برای جبران عدم‌النتفع در صورتی صحیح است که به عدم‌النتفع، مال صدق کند. به موجب دو قاعده مزبور، از بین بردن مال دیگران، چه به عنوان اتلاف و چه به عنوان تسبیب، موجب مسؤولیت عامل زیان است (محمدی داماد، قواعد فقه، ۱۳۸۴، ۱۱۲). بسیاری از فقها، عدم‌النتفع را مال نمی‌دانند (نجفی، ۱۳۷۲، ۳۷، ۱۵).

۱۱-۳- جواز مقابله به مثل

برخی از فقها معتقدند که با مستند این قاعده «فمن اعتدى علیکم فاعتدوا علیه بمثل ما اعتدی علیکم» (بقره، ۱۹۴) می‌توان عدم‌النتفع را مطالبه کرد (حسینی عادل، ۱۴۱۸، ۴۷، ۱۴). ولی به گفته برخی از فقها، نهایت چیزی را که بتوان از این آیه استنباط کرد، این است که زیان دیده نیز بتواند، حبس‌کننده را برای مدت زمانی که حبس شده است، حبس نماید (انصاری، ۱۴۱۴، ۳۷۳).

۱۲- بنای عقلا

شاید مهمترین قاعده‌ای که بتوان صریحاً در خصوص مطالبه عدم‌النتفع به آن استناد کرد همین است زیرا عقلائی جهان، قطع نظر از دین و مذهب آنها، بر این باورند که وقتی شخص مبادرت به از بین بردن مال موجود دیگری می‌کند یا او را، از تحصیل منفعت مسلمی باز می‌دارد، باید جبران خسارت کند و این به عنوان یک اصل مسلم در بین آنها پذیرفته شده است.

۱۳- نتیجه

در کنوانسیون به استناد ماده ۷۴، مطالبه عدم‌النتفع محقق، پذیرفته شده و بر آن تصریح هم شده است ولی در حقوق ایران، قضیه کاملاً روشن و مشخص نیست زیرا طبق ماده ۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های

عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸/۶/۲۸ عدم النفع به عنوان ضرر و زیان ناشی از جرم قابل مطالبه است ولی در تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹/۱/۱۲ عدم النفع قابل مطالبه نیست. از جمع این دو ماده به نظر می‌رسد منظور قانونگذار از ماده اخیر، فسخ قانون قبلی نبوده است بلکه مراد از عدم النفع، عدم النفع محتمل است و این مورد را می‌توان از اصول و قواعد کلی مثل قاعده لاضرر، قاعده تسبیب و بنای عقلا نیز فهمید. بنابراین طبق نظر برخی از فقهای متقدم و بسیاری از فقهای معاصر و جمع بین ۲ ماده قانونی مذکور، و نظر اداره کل حقوقی قوه قضائیه، خسارت عدم النفع محقق، قابل وصول است. نظر پیشنهادی: پیشنهاد می‌شود مجلس شورای اسلامی عبارت عدم النفع در تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی را مورد تفسیر قرار دهد تا برداشت‌های متفاوت از این ماده رفع گردد.

فهرست منابع

- ۱- امامی، حسن، ۱۳۷۱، حقوق مدنی، کتابفروشی اسلامیة، تهران.
- ۲- بهرامی، حمید، ۱۳۷۰، سوءاستفاده از حق، مؤسسه اطلاعات، تهران، چاپ دوم.
- ۳- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۷۹، مجموعه محشی قانون مدنی، کتابخانه گنج و دانش، تهران، چاپ اول.
- ۴- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۷۲، ترمینولوژی حقوقی، انتشارات احمدی، تهران، چاپ ششم.
- ۵- دهخدا، علی اکبر، بی‌تا، لغت‌نامه دهخدا، انتشارات امیرکبیر، تهران.
- ۶- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ۱۳۸۰، ۴، نشر دادگستر، تهران.
- ۷- محمدی، ابوالحسن، ۱۳۸۴، قواعد فقه، نشر یلدا، تهران.
- ۸- محقق داماد، سید مصطفی، ۱۳۷۶، قواعد فقه (بخش مدنی)، انتشارات وزارت ارشاد، تهران.

ب - منابع عربی

- ۹- آخوند خراسانی، محمد کاظم، ۱۳۶۲، کفایه الاصول، جلد ۲، کتابفروشی اسلامیة، تهران، چاپ ششم.
- ۱۰- انصاری، شیخ مرتضی، ۱۴۱۴، رسائل، اسماعیلیان، قم.
- ۱۱- حسینی عاملی، محمد جواد، ۱۴۱۸، مفتاح الکرامه، جلد ۱۴، دارالتراث، بیروت، چاپ اول.
- ۱۲- خوانساری، سید احمد، ۱۴۰۵، جامع المدارک، جلد ۵، مکتبه الصدوق، تهران.

- ۱۳- رشتی، حبیب الله، ۱۴۰۸، فقه الامامیه، جلد ۱، مکتبه الداوری، قم.
- ۱۴- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، ۱۴۱۲، المفردات فی غریب القرآن، دارالعلم، دمشق.
- ۱۵- شوشتری، محمد جعفر، ۱۴۱۴، منتهی الدرایه، جلد ۶، مؤسسه دارالکتب، قم، چاپ ششم.
- ۱۶- شهید ثانی، ۱۴۱۳، مسالک الافهام، ۱۷، مؤسسه المعارف الاسلامیه، قم.
- ۱۷- طباطبائی، علی، ۱۴۰۴، ریاض المسائل، جلد ۲، مؤسسه آل‌البیته، قم.
- ۱۸- علامه حلی، ۱۴۱۸، قواعد الاحکام، مؤسسه نشر اسلامی، قم.
- ۱۹- محقق حلی، جعفر بن حسن الهذلی الحلی، ۱۴۰۹، شرایع الاسلام، انتشارات استقلال، تهران، چاپ دوم.
- ۲۰- محقق کرکی، ۱۴۱۰، جامع المقاصد، مؤسسه آل‌البیته (ع) لاحیاء التراث، قم.
- ۲۱- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، ۱۴۱۴، مجمع الفائده و البرهان، انتشارات جماعه المدرسین فی الحوزه العلمیه، قم.
- ۲۲- موسوی خمینی (ره)، روح‌ا. . .، ۱۳۹۰، تحریرالوسیله، دارالکتب العلمیه، قم.
- ۲۳- نجفی، شیخ محمد حسن، ۱۳۷۲، جواهر الکلام، انتشارات اسلامیه، تهران.
- ۲۴- نراقی، ملااحمد، ۱۴۰۸، عوائد الایام، عایده چهارم، بصیرتی، قم.

ج - سایتها

- ۲۵- صانعی، یوسف، وبلاگ blogfa.com، ۷۸/۱۱/۱۵، وبلاگ تخصصی حقوق و فقه.
- ۲۶- مکارم شیرازی، ناصر، me.ke.rem.if پایگاه اطلاع‌رسانی دفتر ناصر مکارم شیرازی.