

## مسئولیت مدنی سردفتر اسناد رسمی (بخش هشتم)

ناصر نایبی<sup>۱</sup>

### عدم النفع

#### گفتار اول: مفهوم عدم النفع و ماهیت آن

قبل از توضیح مفهوم عدم النفع لازم است مروری هر چند اجمالی ولی دقیق به مقوله ضرر و دایره شمول آن بنماییم.

چون حسب واقع، اساس و مبنای عدم النفع را ضرر تشکیل می‌دهد لذا بایستی معلوم گردد که اطلاق ضرر به عدم النفع، تا چه میزان از صحت برخوردار است بدین جهت به اقتضای این ضرورت بدو متعرض تعریف ضرر گشته و سپس با توجه به آن به تبیین چگونگی مفهوم عدم النفع مبادرت می‌گردد.

ضرر لغتی عربی است که در فرهنگ لغات معانی متعددی برای آن آورده‌اند. مثلاً صاحب قاموس ضرر را ضد نفی معنی کرده است و نهاییه ابن اثیر و مجمع البحرین ضرر را نقص در حق تلقی نموده‌اند. عده‌ای از فقها نیز ضرر را خلاف نفع دانسته‌اند از این روی در تعریف ضرر گفته‌اند که ضرر عبارت است از اینکه چیزی از اعیان یا منافع از دست کسی بدون عوض بیرون رود. چنانکه ملاحمد نراقی اظهار داشته اگر در مقابل اتلاف، منفعتی

---

۱. سردفتر اسناد رسمی ۲۲۱ تهران، عضو هیأت تحریریه مجله کانون و کارشناس ارشد حقوق خصوصی.

جلب گردد یا عوضی بدست آید ضرری ایجاد نشده است<sup>۱</sup> اما این تعریف تمام مصادیق ضرر را شامل نمی‌گردد و تعریفی ناقص است و شامل ضرر معنوی که عرفاً قابل تقویم به مال است نمی‌باشد و همچنین منافی را که عرفاً جزء اموال و اعتبار فرد تلقی می‌گردد و ممانعت از ایجاد آن ضرر محسوب می‌شود نمی‌گردد.

در کتاب مصباح‌المنیر ضرر به معنای کراهتی که شخصی به شخص دیگر وارد نماید آورده شده است.

مرحوم شیخ موسی خوانساری که تقریرات مرحوم میرزای نائینی را گردآوری نموده نظر استاد خود را در تعریف ضرر چنین عنوان می‌کند: ضرر عبارت است از فوت آنچه که انسان واجد آن است خواه نفس باشد یا عرض یا مال یا جوارح بنابراین اگر مال کسی یا عضوی از اعضای او به جهت اتلاف یا تلف ناقص شود یا روحش از تن برود یا به عرض او لطمه وارد آید با اختیار یا بی‌اختیار در اینصورت می‌گویند ضرر به او وارد آمده است بلکه برحسب عرف، عدم‌النفع هم در موردی که مقتضی آن تمام و کامل شده باشد ضرر به شمار می‌آید.<sup>۲</sup>

تعریفی که این فقیه بزرگوار از ضرر بدست می‌دهد به نحوی جامع کلیه مصادیق ضرر را شامل می‌شود این تعریف با تلقی حقوقدانان جهان که عموماً هر نوع لطمه و نقیصه را اعم از مادی یا معنوی ضرر محسوب نموده‌اند و قائل به جبران هر نوع خسارتی که به شخصی وارد می‌آید هستند نیز مطابقت دارد. خواه از دست رفتن عین مال باشد و خواه فوت شدن منفعت و یا ضررهای جانی و لطمه به حیثیت و عرض همانگونه که استاد دکتر ناصر کاتوزیان نیز ضرر را به ایجاد نقص در اموال یا فوت منفعت مسلم یا لطمه به سلامت و حیثیت و عواطف شخصی تعریف کرده‌اند.<sup>۳</sup>

دو تعریف اخیر به جهت شمول بر تمام مصادیق ضرر تعریفی جامع و کامل می‌باشد.

۱. ملا احمد نراقی، عوائد الایام - عایده چهارم، در یک مجلد.

۲. شیخ موسی خوانساری و میرزا حسین نائینی، منیة الطالب، ج ۲، ص ۱۹۹.

۳. دکتر ناصر کاتوزیان، ضمان قهری و مسئولیت مدنی، مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران، چ دوم، ص ۱۴۲، چاپ ۱۳۷۸.

لیکن چون ضرر دارای معنایی عرفی می‌باشد چندان نیازی برای فهم معنای آن رجوع به کتب لغت نمی‌باشد کما اینکه در تعاریف مذکور در کتب لغت نیز به معنای عرفی ضرر توجه شده است. در قانون نیز هر دو وجه ضرر (خسارت) اعم از ضرر مادی و معنوی پیش‌بینی شده است.

اکنون بر اساس تعریفی که از ضرر بیان گردید مفهوم عدم‌النفع را پی می‌گیریم. غالباً در متون حقوقی از عدم‌النفع به عنوان یکی از مصادیق ضرر و خسارت نام برده شده است و از جمله دکتر سید حسن امامی بدون ارائه تعریف مشخصی از عدم‌النفع آن را ذیل عنوان خسارت دانسته و خسارت را به معنای ضرر وارده بر دو نوع می‌دانند نوع اول ضرر مادی یا خسارت مثبت و نوع دوم تفویت منافع متصوره یا خسارت منفی و به عبارت روشن‌تر عدم‌النفع.<sup>۱</sup> بدین لحاظ تعریف عدم‌النفع با تعریف ضرر از نظر اصول و مبنا مشترک می‌باشد.

آقای دکتر جعفری لنگرودی در کتاب ترمینولوژی حقوق عدم‌النفع را چنین تعریف می‌دارد:

ممانعت از وجود پیدا کردن نفعی که مقتضی وجود آن حاصل شده است مانند توقیف غیرقانونی شاغل به کار که موجب حرمان او از گرفتن مزد شده باشد.

برخی از محققین عدم‌النفع را عبارت از این می‌دانند که شخص از فایده‌ای که انتظار دارد محروم شود.<sup>۲</sup> اما به نظر می‌رسد این تعریف ناقص است چون فوایدی که شخص از عمل خود انتظار دارد بیش از آن چیزی است که در واقع حصول می‌یابد و محرومیت از هر منفعت قابل انتظار را نمی‌توان عدم‌النفع محسوب کرد.

پروفسور فیلیپ کان از حقوقدانان خارجی معتقد است عدم‌النفع یعنی منافی که عادتاً مالک یا دارنده امتیازی می‌توانسته است در صورتی که قرارداد امتیاز لغو نمی‌شد با رعایت وظایف و تکالیفی که به عهده داشته است تحصیل نماید.<sup>۳</sup> نکته‌ای که در این خصوص

۱. دکتر سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۴۰۷، انتشارات کتابفروشی اسلامیة، سال ۱۳۷۶.

۲. دکتر محمد جعفر لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص ۱۴۲.

۳. دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، جزوه عدم‌النفع، ص ۶۰.

تذکر آن مفید و لازم است تفاوت مفهوم عدم‌النفع و تفویت منفعت می‌باشد چون منفعت مال فی‌الحال قابل تقویم و واگذاری به غیر بوده و عرفاً موجود محسوب می‌شود مثل اینکه کسی خانه دیگری را غصب نموده و مانع استیفاء مالک از آن گردد. این اقدام جلوگیری از تحصیل منفعت مورد انتظار نیست بلکه تفویت منافی است که به تبع عین مال موجود بوده است. بخلاف نفع که صرفاً مورد انتظار است و چنانکه فعل زیانبار ضمان آور پیش نیاید شخص می‌تواند با انجام عملی آنرا تحصیل کند که در اینجا تفویت منفعت مصداق عدم‌النفع است به عبارت دیگر لطمه‌ای که به موقعیت اقتصادی فرد وارد می‌شود ممکن است همزمان منتج به ظهور اثر گردیده و بلافاصله نقص یا تلف اموال شخصی را موجب شود و یا عاملی گردد که نقیصه در اموال و وضعیت اقتصادی را در آینده محقق سازد.

در خصوص ماهیت عدم‌النفع مهمترین مسئله این است که آیا عدم‌النفع از مصادیق ضرر است و آیا با دیگر انواع ضرر تفاوت دارد یا خیر؟ در پاسخ به این سؤال اختلاف نظر وجود دارد. چه برخی منفعتی را که هنوز به وجود نیامده مال تلقی نمی‌کنند و در صورت تلف نیز آنرا ضرر به حساب نمی‌آورند.

به نظر عده‌ای نیز تنها تفویت منفعت محقق‌الحصول ضرر تلقی گردیده و موجب ضمان می‌باشد.<sup>۱</sup> اما از آنجایی که ملاک تشخیص ضرر بودن امری عرف می‌باشد و عرف هم امروزه تردیدی در این ندارد که محروم شدن از منافی که نوعاً و عادتاً حصول مطمئن و معلوم است ضرر می‌باشد و بناء عقلاء نیز بر چنین امری می‌باشد بنابراین تفویت منافع حتمی‌الوصول نیز ضرر مسلم محسوب می‌گردد.<sup>۲</sup>

و بنا به قولی دیگر خسارت شامل از بین رفتن مال موجود و هم‌چنین حرمان و محرومیت از منافع محقق‌الحصول است و به اعتبار اینکه ضرر بودن یا نبودن امری یک بحث موضوعی است نه حکمی لذا تشخیص آن نیز اصولاً منوط به نظر عرف است.<sup>۳</sup>

۱. مرحوم نائینی، منیة الطالب، ج ۲، ص ۱۹۹.

۲. ایرج اسماعیلی‌پور، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، ص ۱۴.

۳. سید هادی حسینی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد.

بعضی نیز معتقدند که ضرر عبارت از نقص در مال یا جان یا آبرو می‌باشد در حالی که عدم‌النفع تغییر نکردن وضع شخص است بطوریکه نه چیزی از او کسر و نه چیزی به او اضافه شود.<sup>۱</sup>

ولی در جواب باید گفت درست است که در مورد عدم‌النفع چیزی از شخص کم نمی‌گردد اما چنانچه مانعی نیز بوجود نمی‌آید دارایی او افزایش پیدا می‌کند و از آنجائیکه ضرر تنها شامل کاهش دارایی مثبت نمی‌باشد لذا عدم افزایش دارایی مثبت و عدم کاهش دارایی منفی هم شامل ضرر می‌باشد.

در حقیقت ضرر اعم از تلف مال موجود و تفویت منفعتی که در اثر پیدایش فعلی حادث شده است می‌باشد و شق اخیر خود بر دو قسم است: محقق و محتمل

تفویت منفعت محقق، منفعت یا نفعی است که مقتضای حصول آن محقق گردیده و چنانچه فعل زیانبار معینی به وقوع نپیوندد آن منفعت حتماً بدست می‌آید لذا عدم تحصیل منفعت منحصرأ معلول فعل زیانبار است که قطعاً موجب ضمان می‌باشد مثل اینکه شخصی، کارگری یا صنعتگری را زندانی کند و مانع کار و درآمد او شود و یا اینکه وسیله منحصر کار او را ضبط نماید و بدینوسیله مالک را از کسب و درآمد معینی در مدتی خاص محروم نماید. لیکن منافع محتمل تحصیل آن بستگی به تحقق عوامل و شرایط متعددی دارد و اینگونه نیست که اگر فعل زیانبار به وقوع نپیوندد حتماً منافع مورد انتظار بدست آید. به عبارت دیگر فعل زیانبار علت منحصر تفویت اینگونه منافع نمی‌باشد بلکه حاصل نشدن آن ممکن است ناشی از عدم تحقق شرایط و عوامل دیگری باشد که برای پیدایش آن منافع لازم بوده‌اند لذا در این مورد فاعل ضامن منافع تفویت شده نمی‌باشد چون بین فعل او و عدم تحصیل منافع رابطه علیت وجود ندارد چنانکه اگر منافع موردنظر نیز ارتکاب نمی‌گشت حصول منافع محتمل می‌بود که در حقوق بین‌الملل به منافع دوررس یا منافع انتظاری نام گرفته است و به عنوان اصلی پذیرفته شده و قاعده‌ای عمومی ذکر گردیده و به موجب آن منافع احتمالی و غیرمطمئن به عنوان خسارت ناشی از نقض

۱. دکتر ابوالحسن محمدی، جزوه درس قواعد فقه، ص ۱۸، دانشکده حقوق دانشگاه تهران.

قرارداد قابل جبران نمی‌باشد.<sup>۱</sup> عدم‌النفع به معنای اعم شامل هر دو مورد بوده لیکن تنها مورد اول است که جبران ضرر در آن متصور می‌باشد لذا عدم‌النفع به معنای خاص ناظر به مورد اول است به عبارتی دیگر ضرر محقق قابل جبران است نه محتمل‌الوقوع. لذا عدم‌النفع عبارت است از ضرری که به علت محروم شدن شخص از منفعت و فایده قطعی و مسلم‌الحصولی که در انتظار دارد بر او وارد می‌گردد.<sup>۲</sup> به دیگر سخن تنها اینگونه منافع ضمان‌آور و قابل جبران می‌باشد (عدم‌النفع در معنای اخص آن). بنابراین آنچه گذشت منظور از عدم‌النفع صرفاً تفویض منافع محقق‌الحصول است که در موارد مختلفی همچون تأخیر تأدیه، عدم اجرای تعهد، جرم و شبه جرم متصور می‌باشد. اما شمول آن در مصادیق ضرر از باب اینکه شناخت ضرر موضوعی بوده تشخیص آن با عرف است که عرف نیز آنرا ضرر محسوب نموده است. و سرانجام اینکه بقول آقای دکتر ناصر کاتوزیان تردید در اینکه عدم‌النفع ضرر می‌باشد یا خیر مربوط به گذشته است.<sup>۳</sup>

## گفتار دوم

### عدم‌النفع در فقه شیعه

علت طرح و بررسی مسئله عدم‌النفع از دیدگاه فقه شیعه بدین لحاظ می‌باشد که در نظام حقوقی ایران پس از قانون که مهمترین منبع حقوق است، فقه شیعه می‌باشد. با لحاظ عقاید مختلفی که فقهای شیعه در تعریف ضرر ارائه کرده‌اند معلوم می‌گردد که فقها در باب عدم‌النفع نیز نظرات متفاوتی دارند. قولی که بین فقهای شیعه امامیه رایج بوده این است که عدم‌النفع ضرر نمی‌باشد (عدم‌النفع لیس بضرر) بطور مثال ملا احمد نراقی به تاسی از تعریفی که از ضرر بدست داده‌اند ضرر را خلاف نفع دانسته‌اند «الضرر کما مر خلاف‌النفع» و بنا بر عقیده مزبور

۱. دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، جزوه خسارت در تئوری مسئولیت بین‌المللی، ص ۲۱۷ به بعد.

۲. دکتر سیدهادی حسینی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، ص ۳۱.

۳. دکتر ناصر کاتوزیان، ضمان قمری و مسئولیت مدنی، مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران، چ دوم، ص ۲۴۳، چاپ ۱۳۷۸.

افزوده‌اند که اگر کسی مالک را از فروش مال خود ممانعت نماید این عمل اضرار نمی‌باشد بلکه جلوگیری از تحصیل منفعت است مع الوصف این فقیه بین نفع و منفعت تفکیک قائل شده‌اند و ایجاد نقص در منفعت را به تعبیر اینکه در ید و اختیار شخص است ضرر دانسته‌اند.

لیکن علیرغم اختلاف نظر فقها در خصوص معنا و مصادیق ضرر در این مسئله که این بحث یک بحث موضوعی است و فقهاتی نمی‌باشد اتفاق نظر وجود دارد.<sup>۱</sup> از آنجایی که شناخت ضرر موضوعی بوده و تشخیص آن با عرف است لذا مشهور فقها علیرغم اینکه معتقدند عدم‌النفع ضرر نیست مبتنی بودن موضوع را بر عرف مورد تأکید قرار داده‌اند.

به طور مثال ملا احمد نراقی که قائل گردیده عدم‌النفع ضرر نیست در خصوص مبتنی بودن موضوع بر عرف می‌فرماید شناخت حیطة و دامنه ضرر نفی شده مبتنی بر عرف است و ملاک ضرر بودن یا نبودن چیزی عرف است.<sup>۲</sup> از نظر ایشان ضرر به اختلاف اموال، اشخاص و بلادها و ازمنه مختلف فرق می‌کند ولیکن چنانچه بر حسب عرف، ضرر مصداق پیدا کرد کم و زیاد آن تفاوتی ندارد و در تعارض ادله نفی ضرر با دیگر احکام بایستی جانب ادله نفی ضرر را مرجح دانست. بهر حال از کلام وی علی‌الاطلاق استنباط می‌شود که ایشان نیز مانند دیگر فقها ضرر بودن یا ضرر نبودن امری را منوط به عرف کرده‌اند. از این مطالب نتیجه می‌گیریم که بنا به عقیده فقهای نیز که عدم‌النفع را ضرر نمی‌دانند چنانچه عرف آنرا ضرر به شمارد جبران آن را لازم می‌دانند و در توجیه قول آنها گفته می‌شود که آنها عدم‌النفعی را ضرر ندانسته‌اند که عرف نیز از آن تلقی ضرر ندارد چنانکه عرف نیز تفویض منافع محتمل و دوررس را ضرر نمی‌داند.

لیکن بعضی از فقهای بزرگ شیعه نیز به صراحت معتقدند که عدم‌النفعی که مقتضای

۱. دکتر حمید بهرامی، سوءاستفاده از حق، ص ۲۳۹.

۲. ملا احمد نراقی، عوائدالایام، عایده چهارم.

آن کامل شده ضرر بوده و جبران آن لازم می‌باشد. به عنوان مثال مرحوم میرفتاح در کتاب گرانقدر عناوین فرموده‌اند.

امور و چیزهای متعلق به مکلف، آنچه مال او به حساب می‌آید اعم از مال یا منافع و همین‌طور آنچه حق اوست از قبیل حق انتفاع یا حق فسخ یا حق التزام و مطالبه و دریافت و یا حق اولویت و مانند آن و آنچه در عرض و تقدیر است کلاً خواه تمام آنها به صورت بالفعل موجود باشند یا بالقوه به این معنی که اگر مانعی پیش نیاید شأن و مقتضای آنها پیدایش است آیا در ارتباط اینها معنی ضرر تحقق پیدا می‌کند یا خیر؟

و پاسخ می‌فرمایند که ما می‌گوئیم در آنچه مال است بلاشک ضرر صدق می‌کند و درباره‌ی حدوث نقص مالی به تشخیص عرف برای صاحب مال ضرر محسوب است و شخصی که موجب حدوث شده سبب آن است و عملش اضرار است.

لذا عده‌ای استدلال نموده‌اند چون کلیه فقهاء شیعه تعیین و تحدید ضرر را منوط به نظر عرف دانسته‌اند و جمعی از آنها نیز عدم‌النفع قطعی را ضرر محسوب نموده‌اند بنابراین قول مشهور فقهاء مبنی بر اینکه عدم‌النفع لیس بضرر ناظر به تفویض منافع محتمل و دوررس و یا عدم‌النفعی است که عرف نیز آنرا ضرر نمی‌داند و نتیجه گرفته‌اند که قول مشهور دلالتی بر عدم جبران خسارت عدم‌النفع نمی‌نماید لیکن این نظر چندان با واقع سازگار نیست چون جمع قابل توجهی از فقهاء نه تنها در ماهیت، عدم‌النفع را ضرر نمی‌دانند که در نظرات خویش جبران منافع محقق و قطعی فوت شده را نیز لازم نمی‌دانند و اصولاً آن را ضمان آور محسوب نمی‌کنند. لذا توجیه مزبور جامعیت نداشته و محل ایراد می‌باشد.

با این همه با عنایت به نظرات موافق و مستدلی که در خصوص شرعی بودن عدم‌النفع محقق و لزوم جبران آن از سوی عده‌ای از فقهای شیعه ابراز گردید، ادعای عدم‌النفع لیس بضرر و مخالفت آن با شرع به نحو اطلاق مبتنی بر دقت لازم فقهی نمی‌باشد.

از فقهاء از جمله مرحوم محقق (صاحب شرایع) صاحب جواهر - ملا احمد نراقی، مرحوم علامه و از فقهای متأخر حضرت امام خمینی (ره) در تأیید نظرات مشهور، تفویض منافع محقق را ضرر ندانسته‌اند و قائل به ضمان نمی‌باشند.



عده‌ای از فقها و عظام دیگر نیز مانند مرحوم مقدس اردبیلی، شیخ مرتضی انصاری، مرحوم میرزای رشتی و مرحوم سید تفویت منافع را عرفاً از مصادیق اتلاف دانسته‌اند چنانکه شیخ مرتضی انصاری منافع را نیز از مصادیق مال و آنرا مضمون دانسته<sup>۱</sup> یا مرحوم میرزای رشتی معتقد است که اتلاف و تسبیب تنها ناظر به مال نیست بلکه شامل منافع نیز می‌شود (کتاب الغصب) یا سید بحرالعلوم منع مالک مال از انتفاع ملک را تفویت منافع و از مصادیق اتلاف محسوب نموده است مرحوم نائینی نیز حسب قاعده لاضرر و به واسطه عرف تفویت منفعتی که مقتضای آن تمام شده باشد را ضرر تلقی کرده‌اند.<sup>۲</sup>

صاحب کتاب گرانقدر عناوین نیز منفعت وارد به منافع محقق را که مقتضای آن منافع حصول می‌باشد را نقص مالی و ضرر شناخته و ضمان بر آن بار نموده است. همچنین صاحب مجمع‌البرهان با استدلال به قاعده لاضرر قائل به ضمان گردیده است.<sup>۳</sup>

صاحب کتاب مشارق الاحکام نیز تفویت منفعت محقق را حسب عرف ضرر شمرده و جبران آن را لازم دانسته است.<sup>۴</sup> صاحب ریاض از قول دائی خود علامه حکایت می‌کند که اگر اجماع بر عدم ضمان محقق گردد دیگر موردی برای بحث باقی نمی‌ماند والا مطابق نظر مجمع‌البرهان باید به ضمان و مسئولیت قائل شد.<sup>۵</sup>

لیکن با توجه به اینکه در فقه امامیه مشهور فقهاء در خصوص منافع مستوفات قائل به ضمان هستند خواه تصرف عدوانی باشد و خواه غیرعدوانی و در مورد منافع غیرمستوفات در صورت عدوانی بودن استیلاء باز هم اتفاق فقهاء به ضمان اعتقاد دارند. مضمون بودن منافع مستوفات و غیرمستوفات که مبتنی بر نظر مشهور است پشتوانه مناسبی برای ضمان آور بودن تفویت منافع محقق‌الحصول است. یا در موردی که مشتری با علم به فساد بیع مبادرت به قبض بیع می‌کند به جهت اینکه استیلاهی وی مبتنی بر

۱. مکاسب، یک جلدی، ص ۱۰۴.

۲. مرحوم میرزای نائینی، منیة الطالب، ج دوم، ص ۱۹۹.

۳. مرحوم احمد متین دفتری، آئین دادرسی مدنی، ج دوم، ص ۶۰.

۴. دکتر جعفری لنگرودی، تاریخ حقوق ایران، ص ۳۰۳.

۵. مرحوم دکتر احمد متین دفتری، آئین دادرسی مدنی، ج ۲، ص ۶۰.

مبنای شرعی نبوده بلکه ناشی از اقدام متقلبانه در اثبات ید نسبت به بیع به بهانه عقد باطل است به مثابه استیلاء قهری و عرفاً در حکم غصب است و در این صورت مشتری ضامن منافع غیرمستوفات نیز خواهد بود برخلاف موردی که مشتری با حسن نیت و بدون اطلاع از فساد عقد مورد معامله را به قبض درمی آورد که در این صورت ضامن دانستن وی نسبت به منافع غیرمستوفات به لحاظ اینکه طرف عالم سبب اقوی از مباشر است و حسب قاعده اقدام عواقب ناشی از معامله فاسد متوجه طرف عالم به فساد بیع می باشد.

آیت الله خویی (ره) نیز منافع مستوفات و غیرمستوفات را بنا به نظر مشهور مضمون دانسته اند.<sup>۱</sup> بعضی از فقهاء شیعه مانند ابن حمزه در سرائر به استناد قاعده الخراج بالضمان منافع مستوفات و به طریق اولی منافع غیرمستوفات را مضمون ندانسته اند و یا صاحب کتاب وسیله با احتجاج به قاعده مزبور ضمان منافع را نفی نموده است<sup>۲</sup> همچنین مرحوم شیخ انصاری در تفسیر قاعده (الخراج بالضمان) فرموده است کسی که ضمانت چیزی را شخصاً می پذیرد و تقبل می کند خراج آن مال اوست با هم در اینجا بای سببیت است و یا بای مقابله یعنی تعلق خراج یا منافع به ذوالید به سبب ضمان عین است و یا در مقابل ضمان عین.<sup>۳</sup>

لیکن این توجیه نیز از قوت برخوردار نیست چون استیفاء منفعت توسط ذوالید (مشتری) به واسطه اذنی است که با بیع در هنگام عقد در خصوص استیفاء منفعت در قبال ثمن به مشتری داده است حال آنکه در عقد فاسد فساد عقد ملازمه ای با فقدان اذن در انتفاع که به واسطه عقد از بایع صادر شده ندارد و این وجه در صورت علم بایع به فساد تفویض می شود لیکن اگر فساد عقد به واسطه مستحق للغير بودن بیع باشد در این حالت اذن مالک منتفی بوده و براساس قواعد کلی به ضمان منافع حکم می شود<sup>۴</sup> با این همه مشهور فقهاء به استناد قاعده علی الید منافع ممکن الحصول را اعم از مستوفات و

۱. مرحوم آیت الله خویی، مصباح الفقاهه، ج ۳، ص ۱۲۷، گردآوری محمدعلی توحیدی.

۲. دکتر سیدهادی حسینی، پایان نامه کارشناسی ارشد، ص ۸۷.

۳. مرجع پیشین، ص ۸۹.

۴. همان منبع، ص ۹۷.

غیرمستوفات را مضمون دانسته‌اند.<sup>۱</sup>

گفتنی است که نظرات موافق و مخالف فقهاء در نفی و اثبات عدم‌النفع مبتنی بر مبنای و مستندات مختلفی از قبیل قاعده لاضرر، قاعده احترام، قاعده اقدام، قاعده الخراج بالضمن، قاعده کل ما لایضمن بالصحیحه لایضمن بفاسده، اتلاف، تسبیب و بنای عقلاء است که تفصیل این ادله از حوصله بحث ما خارج است و تنها به این اکتفا می‌شود که مستندات و منابعی که در قرآن کریم و روایات و اصل گردیده بیشتر در ارتباط با مطلق ضرر می‌باشد لذا شمول این مستندات به عدم‌النفع منوط به این مطلب است که عدم‌النفع را ضرر بدانیم. با توجه به مجموع مطالبی که گذشت مستفاد می‌گردد مشهور فقهاء علیرغم اینکه اعتقاد دارند تشخیص ضرر به جهت موضوعی بودن با عرف است عدم‌النفع را از مصادیق ضرر ندانسته و تفویض منفعت را مطلقاً ضمان آور نمی‌دانند هر چند که این عقیده بر مبنای محکمی استوار نمی‌باشد و نظرات مخالف آن قوی‌تر به نظر می‌رسد.

ادامه دارد

