

فوت منفعت یا «عدم النفع» در حقوق ایران و اسلام

چکیده: در مقاله حاضر همان طوری که از عنوان آن مستفاد می‌گردد به بحث و بررسی پیرامون «عدم النفع»، در حقوق ایران و حقوق اسلام می‌پردازیم. بدین منظور بدو تعاریفی از «عدم النفع» ارائه می‌دهیم سپس از فرق آن با تفویت منفعت عین سخن می‌گوییم و بعد اقسام آن را ذکر می‌نماییم و متعاقباً ماهیت «عدم النفع» را از این جهت که ضرر محسوب می‌شود یا خیر، مورد مطالعه قرار می‌دهیم و بالاخره موضع قانون مدنی، حقوقدانان، فقهای شیعه و اهل سنت را در این خصوص تبیین نموده و در پایان با نتیجه‌گیری مختصری پیرامون موضوع مقاله بحث را به آخر می‌رسانیم.

۱. تعریف

بعضی از حقوقدانان بدون اینکه مشخصاً تعریفی از «عدم النفع» ارائه دهند آن را یکی از انواع ضرر دانسته‌اند و در ذیل عنوان مطلق ضرر، یا ضرر مادی از آن یاد کرده‌اند.

مرحوم دکتر امامی در این باره می‌نویسد: (۱)

ضرر بر دو قسم است:

الف. تلف مال - و آن عبارت از نابود شدن مالی است که قبلاً موجود بوده.

ب. تفویت منفعت - منفعتی که در اثر پیدایش فعلی تفویت می‌شود بر دو قسم است:

محقق و محتمل.

استاد کاتوزیان در ذیل عنوان ضرر مالی مرقوم می‌دارد: (۲)
 «ضرر مالی که به شخص می‌رسد ممکن است در اثر از بین رفتن مالی باشد... یا در نتیجه از دست دادن منفعتی».

در مقابل آن عده از حقوقیون که از «عدم النفع» تعریفی به دست نداده‌اند، بعضی از محققین در تعریف این اصطلاح می‌گویند: «مانعت از وجود پیدا کردن منفعتی که مقتضی آن حاصل شده است. مانند توقیف غیر قانونی شاغل به کار که موجب حرمان او از گرفتن مزد شده باشد». (۳)

«عدم النفع» عبارت از این است که شخص از فایده‌ای که انتظار دارد محروم شود. (۴)

یکی از حقوقدانان خارجی بنام پرفسور فیلیپ کان می‌گوید: (۵)
 «عدم النفع» یعنی منفعتی که عادتاً مالک یا دارنده امتیاز می‌توانسته است در صورتی که قرارداد امتیاز لغو نمی‌شد، با رعایت وظایف و تکالیفی که به عهده داشته است تحصیل نماید.

۲. «عدم النفع» و تفویض منفعت عین

یا نگرشی عمیق باید بین «عدم النفع» و تفویض منفعت عین، تفکیک قائل شد، زیرا منفعت عین همانند خود عین، مال محسوب می‌شود و فی الحال قابل تقویم و واگذاری است و بدین لحاظ بسان دیگر اموال، در ضامن شناختن عامل فوت آن تردید و شبهه‌ای وجود ندارد. فرض کنیم کسی خانه دیگری را عدواناً متصرف شود و از این طریق مانع استیفاء مالک گردد. این اقدام غیر قانونی جلوگیری از تحصیل فایده یا نفع مورد انتظار نیست بلکه تفویض منفعتی است که بر آن منافع، عنوان مال مترتب می‌شود و به تبع عین فی الحال موجود است، به خلاف نفع که صرفاً مورد انتظار است و در زمان وقوع فعل زیانبار وجود خارجی ندارد. در مثال فوق فرض کنیم مالک خانه که قصد فروش خانه خود را دارد، بواسطه وجود موانعی که عامل آن شخص ثالثی است نتواند خانه خود را در موقعیت خوب بازار بفروش رساند و بدین جهت از نفع و فایده‌ای که در آن موقعیت زمانی می‌توانست به دست آورد محروم گردد. در اینجا «عدم النفع» مصداق دارد زیرا

نفعی که تفویت شده است در زمان وقوع فعل زیانبار، موجود نبوده بلکه صرفاً مورد انتظار بوده است.

۳. تقسیم «عدم النفع»

به اعتبار متعلق تفویت که ممکن است منفعت محقق یا محتمل باشد، می توان «عدم النفع» را بر دو قسم تقسیم نمود:

«عدم النفع» محقق و «عدم النفع» محتمل

ذیلاً در مورد منفعت محقق و محتمل مطالبی را معروض می داریم:

۴. منفعت محقق

منفعت محقق عبارت از منفعت یا فایده‌ای است که مقتضی حصول آن فراهم گردیده، لکن اگر فعل زیانبار معینی پدیدار نشود آن نفع و فایده محققاً عاید صاحب آن خواهد شد. لذا عدم تحصیل این منفعت منحصرأً بواسطه حدوث فعل زیانبار است. مثلاً اگر شخصی، کارگر یا صنعتگری را زندانی کند و مانع کار روزانه او شود در این صورت از رسیدن منفعت محققى به او جلوگیری کرده است. یا چنانچه کسی در خیابان در جلوی گاراژ دیگری جوی عمیق بکند، و مانع از خروج اتومبیل کرایه بشود، کننده جوی مانع رسیدن منفعتی شده است که اتومبیل از کار کردن به دست می آورده. (۶)

۵. منفعت محتمل

«و آن عبارت از منفعتی است که هرگاه فعل معینی موجود نمی‌گشت احتمال داشت که آن عاید طرف گردد.» (۷) به بیان دیگر تحصیل این نوع منافع بستگی به تحقق عوامل و شرایط مختلف و متعدد دارد و این‌گونه نیست که اگر فعل زیانبار محقق نمی‌شد، لامحاله منافع مورد انتظار عاید صاحب آن می‌گشت. گفتنی است که در تفویت این منافع، فعل زیانبار علت منحصر نمی‌باشد، بلکه حاصل نشدن آن منافع ممکن است ناشی از عدم تحقق شرایط و عوامل دیگری غیر از فعل زیانبار باشد. در این مورد به اتفاق همگان، فاعل «ضامن» منافع تفویت شده قلمداد نمی‌شود. زیرا بین فعل وی و

عدم تحصیل منافع رابطه علیت وجود ندارد و چنانچه فعل یاد شده به وقوع نمی‌پیوست، به دست آمدن منافع محتمل می‌بود. لذا تفویت آن را نمی‌توان منحصرأ متوجه فاعل نمود و او را ضامن دانست.

مثال - «موزع روزنامه، روزنامه 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 می‌رسانید او در مزایده که وزارت دارایی اعلان نموده بود شرکت می‌کرد، برنده شناخته می‌شد و از آن مبلغی استفاده می‌نمود و چون روزنامه را موزع نرسانیده، باید خسارات 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.» (۸)

۶. ماهیت «عدم النفع»

در بحث از ماهیت «عدم النفع» مهمترین مسأله‌ای که بایستی برای آن پاسخ مناسب یافت این است که آیا «عدم النفع» ضرر محسوب است یا خیر؟ به منظور دریافت پاسخ صحیح برای سوال یاد شده بدواً و ضرورتاً به مطلب مهمی اشاره می‌نماییم و آن اینکه، علی‌رغم بحثهای زیادی که بین فقها در خصوص معنی و مصادیق ضرر مطرح شده است، در این مسأله که این بحث یک بحث موضوعی است و فقهاتی نمی‌باشد اتفاق نظر وجود دارد. (۹) به دیگر سخن مباحثی که فقهاء در خصوص ضرر مطرح کرده‌اند یک بحث کاملاً موضوعی است نه حکمی. سپس از این مطلب مهم بدین نتیجه دست می‌یابیم که حسب نظر فقهاء برای شناختن ضرر، بهترین معیار و ضابطه عرف است و نیز برای تعیین مصادیق و افراد آن بایستی در عرف جست‌وجو نمود.

به عنوان مثال مرحوم ملا احمد نراقی که معتقد است «عدم النفع» ضرر نیست، در خصوص ابتناء شناخت ضرر و مصادیق آن بر عرف چنین می‌فرماید: (۱۰)

«شناخت حیطة و دامنه ضرر منفی، مبتنی بر عرف است، بدین ترتیب که عرف چه چیزی را ضرر می‌داند و چه چیزی را ضرر به حساب نمی‌آورد، حتی اگر نقصی پیش

آید، مثل اینکه یک مثقال از گندم کسی کسر شود عرف این را ضرر نمی‌داند و جبران آن را لازم نمی‌شمرد و نفی آن تعارضی با ادله ثبوت احکام ندارد.» مشارالیه می‌افزاید:

«بلکه شناخت ضرر با اختلاف اشخاص در مورد اموال مختلف، مکانهای مختلف و زمانهای مختلف متفاوت است، همین‌طور شناخت ضرر در تعارض با احکام فرق می‌کند. مثلاً اگر به زراعت کسی که مزرعه گسترده‌ای دارد و در کنار آن مشغول نماز است، توسط شخص دیگر در حدّ کندن یک سنبله تعدی شود، اینجا نمی‌توان گفت ضرری وجود دارد که با حکم لزوم عدم امکان نماز معارضه کند، به خلاف موردی که فرد متعدی بخواهد نصف مزرعه نمازگزار را ببرد. لذا به عهده فقیه است که در کلیه این موارد به دقت ملاحظه کند ولی بعد از اینکه بر حسب عرف ضرر مصداق پیدا کرد، کم یا زیاد آن فرقی نمی‌کند و در تعارض ادله نفی ضرر با دیگر احکام باید جانب ادله نفی ضرر را مرجح دانست.»

گرچه مرحوم نراقی محور کلامش در خصوص شناخت ضرری است که نافی دیگر احکام است ولی به هر حال مستفاد از کلام ایشان این است که ضرر بودن یا ضرر نبودن امری، منوط به عرف است.

حال که دانستیم حتی به قول آن دسته از فقها که «عدم النفع» را ضرر نمی‌شمارند، ملاک و معیار برای تشخیص مصادیق ضرر، منجمله «عدم النفع»، عرف است می‌توانیم با مراجعه به عرف، ماهیت «عدم النفع» را از این حیث که در ردیف اضرار قرار می‌گیرد باز شناسیم.

شکی نیست که جلوگیری از تحصیل منافع مشروع که تمامی مقدمات و موجبات آن تشکیل گردیده و مقتضای تحقق آن حاصل شده است، حسب نظر عرف تعدی محسوب است و بی‌گمان باید بر این اقدام آثار ضمان را مترتب دانست.

در اینجا شایسته است مصادیقی از «عدم النفع» را که ترتب ضمان بر آن نزد فقهاء مختلف فیه است مطرح نماییم تا دریابیم، آیا مبرا دانستن فردی که موجب تفویت منفعت مسلم گردیده است صحیح و مبتنی بر عرف می‌باشد یا خیر؟

یکی از مصادیق یاد شده، حبس انسان آزاد است. انسانی که اگر حبس نمی‌شد با انجام دادن کار، اجرتی را تحصیل می‌کرد. بدیهی است در این فرض چون منفعت

مسلم الحصول در انتظار شخص محبوس بوده که بواسطه حبس وی توسط حابس از دست رفته است بناء عقلاء و عرف، حابس را به لحاظ تفویت منفعت، ضامن می شناسد و در این خصوص استدلالاتی مانند اینکه منافع آزاد در دست خود اوست و قابل غضب نبوده و مادام که ایفا نشده قابل جبران نمی باشد، (۱۱) عقلاً و عرفاً قانع کننده به نظر نمی رسد.

مورد دیگری که مفید ذکر است، ممانعت صاحب مال از فروش مالش می باشد بطوری که بعد از رفع ممانعت، قیمت کالای مورد فروش تنزل یابد. بدیهی است در این فرض تنها عاملی که باعث شده است تا صاحب مال مبلغ کمتری به دست آورد و بدین لحاظ متضرر شود منحصرأ عمل منع کننده بوده است. بنابراین رها کردن وی بدون اینکه ضمانتی بر او بار باشد ضمن این که با عقل و منطق سازگار نیست عرفاً نیز معقول نمی باشد.

با توجه به مثالهای یاد شده، به نظر ما اگر نتوانیم به کمک عرف با ترتب یک حکم کلی بر تمام مصادیق «عدم النفع» محقق، بر تفویت منفعت مسلم الحصول، به نحو اطلاق، عنوان ضرر را بار نماییم، حداقل می توانیم این گونه ادعا کنیم که بعضی از مصادیق و افراد «عدم النفع» محقق حائز پذیرش عنوان ضرر می باشند. بدیهی است در این خصوص قاضی رسیدگی کننده با توجه به اوضاع و احوال و عنایت به عنصر زمان و مکان نسبت به این موضوع که آیا مصداق مورد نظر عرفاً ضرر محسوب می شود یا خیر اتخاذ تصمیم خواهد کرد.

۷. «عدم النفع» از دیدگاه قوانین مدون ایران

مقنن در ماده ۳۷ «قانون تسریع محاکمات» به نحو تلویح و در ماده ۴۹ «قانون ثبت علائم و اختراعات» بطور روشن «عدم النفع» را نوعی خسارت تلقی نموده است. و ایضاً در ماده ۷۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی که تصویب آن موجب تحولی در جهت توسعه حدود و ثغور مسؤولیت مدنی اشخاص گردید، صراحتاً «عدم النفع» ناشی از اجرای تعهدات را ضرر دانسته است. در ذیل ماده اخیرالذکر می خوانیم:

«... ضرر ممکن است بواسطه از بین رفتن مالی باشد یا بواسطه فوت شدن منفعتی که

از انجام تعهد حاصل می‌شده است». گرچه تصریح قانونگذار در ماده ۷۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی فقط شامل «عدم‌النفع» ناشی از اجرای تعهدات می‌باشد. لکن غالب حقوقدانان با استفاده از ملاک ماده مرقوم و تسری آن به مسؤولیت قهری و قراردادی، «عدم‌النفع» ناشی از ضمانات قهری و خارج از قرارداد را نیز خسارت تلقی نموده و احکام ماده یاد شده را بر آن مترتب می‌نمایند.

به نظر می‌رسد علت تقیید حکم ماده ۷۲۸ به «عدم‌النفع» ناشی از اجرای تعهدات و عدم اظهار نظر صریح در خصوص «عدم‌النفع» به نحو اطلاق، نظرات مخالفی است که از ناحیه جمعی از فقهاء شیعه در خصوص «عدم‌النفع» اظهار گردیده است، بدین توضیح که چون مهمترین منابع قانونی، فقه شیعه بوده و قول مشهور فقهاء بر این قرار گرفته است که «عدم‌النفع» ضرر محسوب نمی‌شود، قانونگذار ایرانی در ماده مورد بحث از اظهار نظر صریح پیرامون موضوع «عدم‌النفع» به نحو اطلاق، پرهیز نشان داده است. این سلیقه و روش قانونگذار در قانون مدنی نیز کاملاً قابل ملاحظه است. بطوری که در این قانون نه تنها در مورد «عدم‌النفع» سکوت اختیار شده، بلکه در آن حسب نظر بعضی از دانشمندان علم حقوق بنابر مستفاد از ماده ۳۱۲ قانون مدنی، «عدم‌النفع» ضرر محسوب نشده است. (۱۲) در مرقوم می‌خوانیم:

«هرگاه مال مغضوب مثلی بوده و مثل آن پیدا نشود غاصب باید قیمت حین‌الاداء را بدهد و اگر موجود بوده و از مالیت افتاده باشد باید آخرین قیمت آن را بدهد.»

۸. «عدم‌النفع» از دید علمای حقوق

اکثر قریب به اتفاق حقوقدانان ایران بر این عقیده‌اند که «عدم‌النفع» ضرر محسوب است و جبران آن بر عامل فوت منفعت تکلیف است. ذیلاً نظر عده‌ای از حقوقدانان را به عنوان نمونه معروض می‌داریم:

مرحوم دکتر امامی در این خصوص می‌نگارد: (۱۳)

«در قانون مدنی ایران ماده صریحی برای جبران خسارت در مورد تفویض منفعت

موجود نیست و دو ماده «۳۲۸» و ماده «۳۳۳» شامل آن نمی‌شود. زیرا خسارت مزبور تلف مال نیست، ولی با توجه به مفاده ماده «۹» آیین دادرسی کیفری که بر لزوم جبران

ضرر و زیان ناشی از جرم صراحت دارد و با استفاده از وحدت ملاک ماده «۷۲۸» قانون آیین دادرسی مدنی در مورد خسارت ناشیه از عدم انجام تعهد یا تاخیر آن کسی که موجب تفویض منفعت محقق شده باشد آن را باید جبران بنماید.

آقای دکتر لنگرودی در خصوص این مورد مرقوم می‌دارد: (۱۴)

«قوانین مسؤلیت مالی که در شرایط اقتصادی پیچیده و دنیای امروز ساعت به ساعت حساس‌تر می‌گردد مقنن را مجبور کرده که از ضرر، تعریفی به این صورت در ماده ۷۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی بنماید: «... (با این تعریف فقط «عدم النفع» ناشی از عدم انجام تعهد مشمول عنوان ضرر در قانون دوره سوم گردیده است ولی «عدم النفع» ناشی از عدم انجام تجاوزات مالی مانند غصب و تصرف بدون مجوز مذکور در ماده ۳۰۸ قانون مدنی مشمول آن عنوان نشده است، بلکه پرداخت قیمت یوم‌الاداء در ماده ۳۱۲ قانون مدنی نشان می‌دهد که مقنن قانون مدنی، اساساً «عدم النفع» را ضرر نمی‌داند. توضیح اینکه هرگاه غاصب، گوسفندی را غصب کند که یوم‌الغصب بیست تومان بهای آن است و سپس بر اثر ترقی نرخ، قیمت آن به صد و پنجاه تومان و در یوم‌التلف قیمت آن به صد تومان برسد و در یوم‌الاداء قیمت آن به پنج تومان برسد مطابق ماده ۳۱۲ باید غاصب پنج تومان به مالک گوسفند بدهد، با اینکه ترقی مال عرفاً منفعت مسلم محسوب است (مثل اینکه کسی که زمینی را متری صد تومان خریده به دوستش می‌گوید زمینم فعلاً متری دویست تومان خریدار دارد یعنی صد تومان نفع به من می‌دهند) و غاصب سبب «عدم النفع» مالک شده است. معذک مقنن قانون مدنی این «عدم النفع» را ضرر نشمرده است.

بهتر است امثال مواد ۳۱۲ را، در قانون مدنی خلاف قاعده تلقی نموده و تفسیر قضایی با توجه به سابقه حقوقی (مبنی بر اینکه «عدم النفع» از نظر عرف مسلم و بعضی از فحول ضرر محسوب است، اگر مقتضی کامل انتفاع وجود داشته باشد) مواد قانون مدنی خواه مواد باب اتلاف و تسبیب و خواه باب غصب را به طرفی سوق دهد که مطلقاً «عدم النفع» ضرر محسوب شود و این تقيصه قانونی مرتفع گردد. مثلاً در مورد تلف شدن مال قیمی که از موارد سکوت قانون مدنی است بنا به وحدت ملاک از ماده ۳۱۲ همان قانون که خلاف قاعده است اخذ نمود زیرا اقتباس مورد سکوت بر مورد خلاف

قاعده مخالف اصول تفسیر قضایی است.»

نظر جناب دکتر درودیان در مورد «عدم النفع» چنین است: (۱۵) «در حقوق امامیه بنا بر قول مشهور «عدم النفع» ضرر محسوب نمی‌شود و قابل جبران نیست، اما هم اکنون در متون گوناگون قانونی ما، «عدم النفع» نیز زیان به شمار آمده است چنانکه بنا بر ماده «۹» قانون آیین دادرسی کیفری از جمله ضررهای قابل مطالبه منافی است که ممکن‌الحصول بوده و بر اثر ارتکاب جرم، مدعی خصوصی از آن محروم می‌شود و بر طبق ماده ۷۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی...»

در مقابل نظر اکثریت، بعضی از حقوقدانان بدون اینکه تفکیکی بین تفویت منافع محقق و متحمل بنمایند به شرح ذیل مطلق آن را غیر هماهنگ با شرع انگاشته‌اند: «... نخست درباره نفی «عدم النفع» در حقوق داخلی ایران می‌توان بحث کرد. مثلاً بگوییم فسخ عملی پاره‌ای از مواد قانونی از جمله آیین دادرسی مدنی به استناد اصل ۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی که قوانین باید هماهنگ با شرع مقدس اسلام باشد، ماده ۷۲۸ (که می‌گوید ضرر ممکن است به واسطه از بین رفتن مالی باشد یا بواسطه فوت شدن منفعتی که از انجام تعهد حاصل می‌شده است) را هم در قسمت «عدم النفع» از کار انداخته است.» (۱۶)

با توجه به نظرات موافق و مستدلی که در خصوص شرعی بودن «عدم النفع» محقق از ناحیه بعضی از فقهاء ابراز گردیده است به نظر می‌رسد بایستی در ترتب صحت بر برداشت فوق مبنی بر مغایرت «عدم النفع» با شرع آن هم بنحو اطلاق، تامل نمود.

۹. نظر فقهای امامیه در خصوص «عدم النفع»

قول مشهور در فقه امامیه بر این امر قرار دارد که «عدم النفع» ضرر نیست و بدین لحاظ خسارت ناشی از آن قابل مطالبه و جبران نمی‌باشد. (۱۷) در مقابل قول مشهور، قول دیگری وجود دارد که بر مبنای این قول منفعت محقق‌الحصول مضمونه تلقی گردیده و عامل تفویت آن ضامن پرداخت خسارت شناخته شده است. ما ذیلاً قول موافق و مخالف فقهاء را در خصوص مضمونه بودن یا نبودن «عدم النفع» بررسی می‌نماییم. اما قبل از هر چیز ذکر این نکته را لازم می‌دانیم که نظرات فقهای شیعه در باب «عدم النفع»

به دو صورت ابراز گردیده است. گروهی از فقها، در خصوص «عدم النفع» بالصراحه، نفیاً یا اثباتاً، اظهار نظر کرده‌اند و گروه دیگر بدون ابراز عقیده صریح در مورد «عدم النفع» بعضی از مصادیق آن را بر شمرده‌اند و در مورد مصادیق مذکور از حیث مضمونه بودن یا نبودن سخن به میان آورده‌اند.

۱۰. نظر موافق فقهای امامیه

از ناحیه بعضی از فقهای بزرگ شیعه نظراتی در خصوص «عدم النفع» اظهار گردیده که حسب این نظرات، عدم النفعی که مقتضی آن کامل باشد، صراحتاً ضرر خوانده شده و بالتبع جبران آن بر عامل «عدم النفع» لازم گردیده است.

به عنوان مثال مرحوم میر فتاح در کتاب ارزشمند عناوین می‌فرماید: (۱۸)

«اموراتی که به شخص مکلف تعلق دارد، اشیائی است که از جمله آن اشیاء مال، اعم از عین یا منافع می‌باشد. همچنین است حق از قبیل حق انتفاع یا حق فسخ یا حق الزام و مطالبه، یا حق اولویت و مانند اینها. و ایضاً از جمله چیزهایی که متعلق به شخص مکلف است اموری است که در عرض و تقدیر قرار دارد. از میان آنچه گفته شد بعضی ممکن است بالفعل موجود باشد و بعضی موجودیت آن بالقوه باشد به این معنی که اگر مانعی پیش نیاید شأن و مقتضای آنها پیدایش است. (سوالی که در خصوص موارد مذکوره مطرح است اینکه) آیا در بیان مصادیق یاد شده تحقق معنی ضرر ممکن است یا خیر؟»

ما می‌گوییم در خصوص آنچه مال است، بلا تردید ضرر محقق است و درباره حدوث نقص مالی به تشخیص عرف برای صاحب مال، ضرر محسوب است و شخصی که سبب حدوث ضرر است عملش اضرار محسوب می‌شود. اما این در موردی است که موجودیت مال بالفعل باشد و اما آنچه که موجودیتش بالقوه است، مانند میوه باغ و منفعت سایر املاک و منافی که به نحو تدرج به دست می‌آید نیز مانند مالی که بالفعل موجود است همان حکم را دارد. پیش آمدن علتی که موجب عدم حصول این منافع گردد، منافی که شأن و مقتضای آنها این است که عادتاً حاصل می‌شود، نیز ضرر نامیده می‌شود. و سبب آن شدن، اضرار است...»

چنانکه از قسمت اخیر عبارت مرحوم میرفتاح، به دست می‌آید: هر گونه تفویت

محقق که شأن و مقتضای آن حاصل باشد، نقص مالی و ضرر قلمداد می‌شود و «ضمان» بر آن بار می‌گردد.

مرحوم نائینی نیز در بحث لاضرر، «عدم النفع» محقق را ضرر دانسته و جبران آن را لازم می‌شمارد. ایشان در این باره می‌فرماید: «... بلکه «عدم النفع» نیز چنانچه موجبات و مقوماتش کامل شده باشد ضرر محسوب است» (۱۹).

در کتاب قواعدالفقیهیه در بحث از معنی ضرر آمده است: «ضرر عرفاً عبارت است از نقص در چیزی از شئون انسان بعد از اینکه وجود یافته است یا مقتضی قریب پدیدار شدن آن وجود دارد بطوری که عرف آن را موجود می‌پندارد» (۲۰).

مرحوم سید بحر العلوم «عدم النفع» ناشی از محرومیت از کار صنعتگری را که حبس گردیده مضمونه دانسته، در این باره فرموده است: «هرگاه یکی، صنعتگری را حبس کند اگر چه از او انتفاع نبرده «ضامن» است. زیرا در این امر ضرر عظیمی است. به خاطر آنکه چه بسا ممکن است خودش و عیالش از گرسنگی بمیرند. علاوه آنکه، حابس متعدی است و مجازات عمل بد، عملی است مانند آن که مجوز تقاص مظلوم می‌باشد» (۲۱).

صاحب مجمع البرهان نیز در حبس صنعتگر ولو از او انتفاعی هم نشده باشد «ضمان» را اقوی دانسته و به قاعده لاضرر استدلال نموده است، ضمناً با این توجیه که حبس‌کننده، ظالم و متعدی است او را مشمول آیه شریفه «فمن اعتدی علیکم فاعتدوا علیه بمثل ما اعتدی علیکم» (۲۲) و سایر آیات وارده در خصوص تقاص مانند «جزاء سیئه سیئه» (۲۳) و «فمن عاقب بمثل ما عوقب به» (۲۴) دانسته است. (۲۵)

مرحوم ملا محمد نراقی نیز تفویت منفعت محقق را حسب عرف، ضرر شمرده و جبران آن را لازم دانسته است. (۲۶)

صاحب ریاض از قول دایی خود علامه، حکایت می‌کند که هرگاه اجماع بر عدم «ضمان» (حبس صنعتگر) محقق گردد چنانچه اصحاب گفته‌اند دیگر موردی برای بحث باقی نمی‌ماند و الاً مطابق نظر مجمع البرهان (مرحوم مقدس اردبیلی) باید به ضمان و مسؤولیت قائل شد. (۲۷)

بعضی از فقهاء احتمال داده‌اند آن چه اصحاب راجع به عدم «ضمان» گفته‌اند شاید ناظر به موردی است که حبس موجب تفویت منفعت محبوس نگردد. این احتمال از

کتاب تذکره استفاده می‌شود که علی‌رغم تصریح به قول اصحاب به عدم «ضمان» گفته است، حابس، ضامن منفعت بدن شخص آزاد است، در صورتی که آن را تفویت کرده باشد و در صورت فوت منفعت ضامن نیست. و بنابراین احتمال، هرگاه شخصی فرد آزادی را در مدتی که برای او اجرت باشد، حبس نماید، با این توضیح که اگر حبس نمی‌شد آن اجرت را تحصیل می‌نمود، چون حبس، تفویت منفعت محبوس را موجب شده است، حبس‌کننده «ضامن» خواهد بود لکن اگر محبوس در صورت عدم حبس، آن نفع را به دست نمی‌آورد، حبس‌کننده چون سبب تفویت نبوده «ضامن» نمی‌باشد. (۲۸)

گفتنی است؛ مرحوم صاحب جواهر که خود از معتقدین سرسخت عدم «ضمان» است با این استدلال که بحث اصحاب در حبس نمودن صنعتگر است، هر چند که حبس موجب تفویت منفعت وی گردد، به توجیه یاد شده از مرحوم علامه ایراد نموده است. (۲۹) لکن به رغم ایراد مرحوم صاحب جواهر، توجیه و تحلیل فوق‌الاشعار از مرحوم علامه که خود از نظر مشهور متابعت نموده است تا حدود زیادی نظریه مخالفین «ضمان» را از قوت انداخته و جانب نظریه «ضمان» ناشی از تفویت منفعت محقق را تقویت می‌کند.

فقیه معاصر حضرت آیت‌الله سیدمحمد شیرازی در مورد مضمونه بودن منافع حر مرقوم می‌دارد: (۳۰)

«همان‌طوری که قائلین به نظر مشهور عقیده دارند ظاهر بر این است که تفویت منافع حر موجب ضمان است و براین معنی آیه «فمن اعتدی علیکم فاعتدوا علیه بمثل ما اعتدی علیکم» (۳۱) و آیه «و جزاء سیئه سیئه» (۳۲) و آیه «فمن عاقب بمثل ما عوقب به» (۳۳) دلالت می‌کند.

ایضاً روایاتی از قبیل «لایتوی حق امر مسلم» و «لان الغصب کله مردود» و «و ان فوتها المغتصب اعطى العوض منها» نیز بر مضمونه بودن منافع حر دلالت دارد و همچنین دلیل لاضرر بر این امر دلالت می‌کند.»

مرحوم خوانساری در مورد منافع صنعتگر محبوس می‌فرماید: (۳۴) «... اگر استیلاء بر صانع بواسطه حبس، صدق کند بعید نیست که گفته شود استیلاء بر منافع وی مانند غصب خانه یا حیوان نیز صادق است. و در این صورت بگوییم همان‌طوری که غاصب

در غضب خانه یا حیوان ضامن منافع غیر مستوفات است حابس نیز، ضامن منافع صانع محبوس می شود.»

مطالبی که فوقاً مذکور افتاد در مورد یکی از مصادیق «عدم النفع» بود. ذیلاً نظر این دسته از فقهاء را در خصوص مصداق دیگری از «عدم النفع» مورد بررسی قرار می دهیم.

صاحب ریاض در خصوص نقصان قیمت متاع، ناشی از ممانعت کردن مالک از فروش امتعه خویش با استدلال به عموم قاعده «لا ضرر و لا ضرار» ضمان را نیکو می پندارد. (۳۵)

بعضی از فقهاء در این خصوص قائل به تفصیل شده اند، مرحوم شهید ثانی در این باره مرقوم می دارد: (۳۶)

بدرستی که شایسته است فتوی به عدم ضمان را در بحث مذکوره (تلف و نقصان قیمت ناشی از ممانعت کردن مالک از فروش متاع خود) مختص موردی بدانیم که عمل مانع، سبب تلف نمی شود اما اگر (بر اقدام مانع عنوان سبب مترتب شود) در این صورت قول موجه ضمان است.»

در بعضی از فتاوی شهید اول و همچنین مرحوم محقق کرکی قول به ضمان منع کننده از فروش کالا، حسب استدلال فوق مورد پذیرش و قبول واقع شده است. (۳۷)

آیت الله شیرازی در کتاب غضب پس از طرح استدلال شهید ثانی از کتاب مسالک چنین اظهار می دارد: (۳۸) «مقتضی قاعده (در بحث مزبور) اضافه بر آنچه مرحوم شهید ثانی در مسالک به طور استثناء قائل به ضمان شده است و همچنین اضافه بر آنچه مرحوم شهید اول در کتاب دروس قائل به ضمان در جمیع موارد شده است، این است که؛ مانع از فروش کالا، ضامن تلقی می شود، زیرا دلیل ضمان منحصر به قاعده «علی الید» و مانند آن نیست، تا اینکه گفته شود این مورد مشمول چنین قواعدی می شود. بلکه اقوالی مثل «لا یتوی حق امرء مسلم» و «لا یبطل حق المسلم» و «لا یبطل حقوق المسلمین» و قوله علیه السلام «و ان فوتها المقتصب» و اقوال مشابه دیگر، این بحث را شامل می شود. بنابراین کسی که حق این انسان را از بین می برد، منظور از این انسان شخصی است که از فروش متاعش با فروش آنچه شبیه به متاع می باشد منع شده است،

ضامن به حساب می‌آید...».

از فحوای کلام بعضی از فقهاء قول به ضمان «عدم النفع» مستفاد می‌گردد. ذیلاً نظر این دسته از فقهاء و کیفیت استناد به آن، برای اثبات ضمان «عدم النفع» معروض می‌گردد.

در کتاب غنیه النزوع آمده است: (۳۹)

«پس اما زیادی قیمت مال مغضوب در اثر افزایش قیمت بازار، در صورت رد مال مغضوبه، مضمونه نیست، زیرا اصل بر براءت است و اشتغال ذمه غاصب بر پرداخت بهاء اضافه شده نیاز به دلیل دارد. ولی اگر غاصب مال مغضوبه را مسترد ندارد و مال در ید وی تلف شود، ضمان اعلی القیم از زمان غصب تا زمان تلف به عهده او خواهد بود. زیرا اگر گرانترین قیمت مال مغضوبه را پرداخت نماید براءت ذمه یقینی حاصل شده است و الا براءت ذمه یقینی حاصل نیست».

مشابه عبارت فوق در کتاب اصباح الشیعه کیذری (۴۰) و سرائر ابن ادریس (۴۱) نیز آمده است.

بطوری که از عبارات فوق به دست می‌آید، در خصوص ضمان ترقی نرخ مال که عرفاً منفعت مسلم محسوب است، فقهای که نامشان گذشت قائل به تفصیل هستند. بدین ترتیب که اگر عین مغضوبه به صاحب آن مسترد شود به رغم اینکه نرخ مال مزبور در زمان غصب افزایش داشته باشد، در قبال ترقی قیمت بر عهده غاصب ضمانتی نیست. ولی اگر مال مغضوبه در ید غاصب تلف شود، ترقی نرخ مال که از مصادیق منفعت محقق الحصول به شمار می‌رود، در قالب این حکم و فتوی که غاصب نسبت به پرداخت اعلی القیم از زمان غصب تا یوم التلف تکلیف دارد، مضمونه تلقی شده است.

با بیان نظر یکی از دانشمندان معاصر حقوق اسلام در مورد «عدم النفع» بحث پیرامون نظرات موافق «عدم النفع» را به پایان می‌بریم و سپس به ذکر و بررسی نظر مخالفین می‌پردازیم. دانشمند یاد شده در این باره می‌نویسد:

«در حقوق امامیه چنانکه از کتب مفصله فقهاء برمی‌آید می‌توان به استناد نبوی مشهور «لاضرر و لااضرار» تفویت منفعت مسلم را خسارت دانست و سبب را مسؤول جبران آن شناخت. (۴۲)

۱.۱. نظرات آن دسته از فقها که بر مضمون نبودن

«عدم النفع» ابراز شده

مرحوم محقق در مبحث غصب از کتاب شرایع، پس از اینکه در تحقق غصب صرف رفع ید مالک را کافی ندانسته بلکه آن را مشروط به اثبات ید غاصب می‌داند، اظهار می‌دارد: (۴۳)

اگر شخصی مالک را از نگه‌داری حیوان مرسله منع کند و حیوان تلف شود، «ضامن» نیست و همین‌طور اگر او را از نشستن بر سر بساط خود منع کند یا اینکه او را از فروش کالایش جلوگیری نماید و بدین جهت عین کالا تلف شود یا اینکه نقص قیمت پیدا کند باز هم ضامن نیست.»

مرحوم نجفی در شرح عبارت فوق اظهار می‌دارد که قول مذکور نه تنها در منابعی از قبیل نافع، تحریر، 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. چرا که، با توجه به عدم اثبات ید، غصب محقق نیست و وقتی که غصب محقق نباشد به مقتضای اصل برائت ضمانت منع‌کننده منتفی می‌گردد. (۴۴) سپس متعاقب تحلیل و رد نظریه صاحب تذکره که در خصوص عدم ضمانت منع‌کننده از حیوان مرسله قائل به اشکال است می‌افزاید:

«در عدم ضمانت نقصان قیمت بازار (ناشی از ممانعت کردن مالک از فروش متاع خود) جای تأمل باقی نمی‌ماند، زیرا تقویت مال به صورت مباشرت یا تسبیب صورت نگرفته است و از همین بابت است که منافع انسان آزاد نیز به حسب اجماع مضمون نمی‌باشد.» (۴۵)

مرحوم خوانساری در شرح عبارت مرحوم محقق از کتاب مختصر النافع که مرقوم می‌دارد: «و کذا لو منعه من القعود علی بساطه» (۴۶) یعنی «و همچنین ضامن نیست کسی که منع کند دیگری را از نشستن بر روی بساطش» اظهار می‌دارد: «پس اگر دیگری را از نگه‌داری حیوان مرسله اش منع کند یا اینکه او را از نشستن بر روی بساطش مانع شود ضامن نیست، بدین معنی که اگر حیوان تلف شود با بساط صاحب بساط سرقت شود، پرداخت خسارت بر عهده مانع نیست، زیرا منشأ ضمان، قاعده «ید» و قاعده «اتلاف» است و در اینجا نه قاعده «ید» قابل اعمال است و نه قاعده «اتلاف». (۴۷) مشارالیه سپس

می‌افزاید:

«بعضی از فقهاء با این استدلال که مانع، سبب تلف عین است، ضمان را ترجیح داده‌اند. بطوری که اگر سُکنی برای حفظ خانه معتبر باشد یا نگه‌داری از حیوان در فرضی که مکان پر از وحوش است برای حفظ حیوان لازم باشد (منع از نگه‌داری سبب تلف شود) و همچنین بعضی از فقهاء با استدلال به عموم «لا ضرر ولا ضرار» ضمان را نیکو پنداشته‌اند». (۴۸)

فقیه یاد شده پس از ذکر نظر مخالفین که فوقاً مذکور افتاد به شرح ذیل به رد آن می‌پردازد:

«در مقام رد و بررسی نظرات مخالف (ممکن است گفته شود، اما در مورد اتلاف، تحقق و صدق آن ممنوع است) ظاهراً در اینجا اتلاف اعم از اتلاف بالمباشره و تسبیب مورد نظر بوده است) زیرا اگر تحقق اتلاف در این فروض ممکن باشد، لازم می‌آید در موردی که مالک در یک شهر زندانی شده و اموالش در شهر دیگر تلف شده است با این استدلال که اگر محبوس نمی‌گردید اموالش تلف نمی‌شد قائل به ضمان شویم... و اما در مورد تمسک به قاعده نفی ضرر و ضرار، پس اگر مراد از قاعده مزبور نفی ضرر و ضرار حرمت تکلیفی نظیر نفی رقت و فسوق در حج باشد پس نمی‌توان استفاده‌ای بجز حرمت تکلیفی از آن نمود. و اگر مراد از قاعده مزبور نفی حکم ضرری باشد، و از این بابت دلیل حاکم بر ادله مثبتة احکام از قبیل دلیل وجوب وضو و غسل به حساب آید پس در این صورت این قاعده نافی احکام ضرری خواهد بود نه مثبت حکم یعنی ضمان». (۴۹)

مرحوم ملا احمد نراقی نیز در این خصوص عنوان می‌دارد: (۵۰) «چنانچه (مالک) را از فروش متاعش باز دارند این عمل اضرار نمی‌باشد بلکه منع از تحصیل نفع است و همین‌طور اگر کسی ملک بدون نفعی مانند یک قنات بایر داشته باشد و اراده نماید که آن را اصلاح و دائر کند ولی دیگری او را از اینکار مانع 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 این ضرر است».

آنچه فوقاً مذکور گردید، به یکی از مصادیق «عدم النفع» یعنی نقصان قیمت کالا در

اثر ممانعت از فروش مربوط می‌شود. ذیلاً نظر مخالفین ضمان «عدم النفع» را در خصوص فرد دیگری از افراد «عدم النفع» یعنی حبس انسان حر و صانع مورد بررسی قرار می‌دهیم:

مرحوم محقق در شرایع الاسلام می‌نویسد: (۵۱) «غصب انسان حر موجب ضمان نیست، اگر چه صغیر باشد. اگر شخصی صانعی را حبس کند مادامی که از وی منتفع نشده است، ضامن اجرت نامبرده نیست. زیرا منافع شخص محبوس در تصرف خود اوست (استیلاء بر منافع محبوس توسط حابس متصور نیست).

مرحوم صاحب جواهر در شرح قسمت اول کلام مرحوم محقق، ضمن اینکه اظهار می‌دارد، قول خلاف نظر مشارالیه در خصوص عدم مضمونه بودن نفس و منافع حر نیافته است، استدلال می‌کند که چون انسان حر مال نیست لذا در آن ضمان محقق نیست. (۵۲)

معظم له، در مورد حبس صانع نیز، ضمن بیان این نکته که در خصوص عدم ضمان منافع صانع محبوس قول خلافی مشاهده ننموده است به قول صاحب کفایه بر مسلم و قطعی بودن فتوای مزبور استشهاد می‌نماید. (۵۳) سپس بعد از ذکر مطالبی در رد کلام مرحوم مقدس اردبیلی و صاحب ریاض که هر یک به نوعی ضمان منافع صنعتگر محبوس را پذیرفته‌اند استدلال می‌کند که چون انسان تحت ید انسان دیگر در نمی‌آید و منافع او در تصرف خود اوست به تبع نفس وی قابل استیلاء نیست. لذا همانند لباس وی که در تن اوست و با غصب وی تحت ید در نمی‌آید، بر اصل عدم ضمان باقی مانده و مضمونه تلقی نمی‌شود. (۵۴)

مرحوم مقدس اردبیلی در مورد عدم مضمونیت انسان حر به غصب اظهار می‌دارد: (۵۵)

«ظاهر بر این است در اینکه انسان حر به وضع ید و غصب مضمونه تلقی نمی‌شود قول خلافی وجود ندارد، زیرا انسان حر مال نیست و تحت ید و تصرف در نمی‌آید. اثبات ید و تصرف همان‌طوری که گفته شده است مخصوص اموال است...».

فقیه معاصر، مرحوم خوانساری در شرح عبارت مرحوم محقق در کتاب مختصرالنافع که مرقوم می‌دارد: (۵۶) «و لو حبس صانعاً لم یضمن اجرت» اظهار

می‌دارد: (۵۷)

«... پس اگر صدق استیلاء و تصرف بر حر را ممتنع بدانیم در این صورت اشکالی در عدم ضمان منافع فوت شده صانع محبوس متصور نیست...».

مرحوم آیت الله العظمی خوئی در مورد ممانعت انسان حر از اشتغال به کار خویش قائل به عدم ضمان است. (۵۸)

حضرت آیت الله العظمی خمینی (ره) نیز در این باره می‌نویسد: (۵۹) «چنانچه فردی بر دیگری مستولی شده و او را حبس نماید نه در مورد خود محبوس و نه منافعش غصب محقق نمی‌شود... و ضمان ید که از احکام غصب 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.»

۱۲. نقد و بررسی نظرات مخالفین

همانگونه که ملاحظه گردید به نظر می‌رسد که نظرات مخالف مبنی بر مضمون ندانستن «عدم النفع» که یا به صراحت با ذکر موضوع آن عنوان گردیده یا در قالب ذکر مصادیق بارزی از آن طرح شده است، به اتکاء و پشتوانه موارد مشروحه ذیل ابراز گردیده است:

۱. عدم تحقق غصب

بعضی از فقهاء، منافع مستوفات یا غیر مستوفات شیء یا شخص را وقتی مضمون می‌انگارند که شیء یا شخص مورد اشاره، تحت تصرف و استیلاء در آید و غصب محقق گردد. لذا به نظر این دسته از فقهاء، مضمون ندانستن تفویت منفعت ناشی از نقص قیمت که به علت ممانعت مالک در فروش مال وی پیش می‌آید به این دلیل است که ممانعت، استیلاء عملی بر مال نبوده و بر آن عنوان غصب محقق نیست. همچنین است در مورد حبس انسان حر یا ممانعت وی از اشتغال به کار. این دسته از فقهاء چون فقط اموال را قابل تصرف و استیلاء می‌دانند بدین لحاظ انسان حر را مستثنی از مصادیق غصب به شمار می‌آورند و منافع فوت شده وی را در صورت حبس یا ممانعت مضمونه

نمی‌پندارند.

۲. عدم شمول قواعد «تسبیب»، «اتلاف» و «لا ضرر»

بعضی از فقهاء به اعتقاد اینکه از یک طرف قواعد «اتلاف» و «تسبیب» صرفاً ناظر بر تلف کردن مال ذاتاً موجود می‌باشد. و از طرف دیگر قاعده «لا ضرر» صرفاً نافی احکام ضرری بوده و مثبت حکم نیست، قواعد یاد شده را نسبت به «عدم النفع» قابل اعمال ندانسته و آن را مضمون نمی‌دانند.

اینک به ارزیابی مبانی استدلالی، فقهای مخالف ضمان «عدم النفع» می‌پردازیم. اولاً: ضمن اینکه بعضی از فقهاء تلویحاً صدق استیلاء ید را بر انسان حر ممکن دانسته‌اند و بر این اساس صدور حکم بر مضمونه تلقی نمودن منافع مستوفات و غیر مستوفات را مستبعد ندانسته‌اند. (۶۰) قابل گفتن است که تحقق ضمان منحصراً دایره مدار تحقق غصب نیست چرا که، غصب تنها یکی از موجبات ضمان به شمار می‌رود و امکان مبتنی بودن «ضمان» بر دیگر موجبات باقی است. در این خصوص عطف توجه به کلام مرحوم صاحب جواهر در قبال تشکیک و اشکال مرحوم علامه در مورد ضمان ممانعت صاحب حیوان مرسله از نگه‌داری آن، مفید فایده است. معظم له می‌فرماید: «از کلام تذکره دانسته می‌شود که لازمه‌ایی بین عدم تحقق غصب و عدم «ضمان» وجود ندارد. زیرا ممکن است ضمان به سبب و موجب دیگری غیر از غصب بار گردد.» (۶۱)

ثانیاً: همانگونه که بعضی از فقهاء در تحقق غصب، در بعضی موارد مثل «مقبوض به عقد فاسد»، عنصر قهر و عدوان را از ارکان استیلاء به حساب نمی‌آورند (۶۲) شاید بتوان گفت که در تحقق غصب ضرورتاً لازم نیست که استیلاء بر مال، ظاهری و خارجی باشد. یا به تعبیر دیگر لازم نیست که استیلاء فیزیکی باشد. بلکه استیلاء اعتباری بر مال نیز موجب تحقق غصب است یا لا اقل در حکم غصب به شمار می‌رود.

ثالثاً: بعضی گفته‌اند: «عدم جریان قاعده لا ضرر در عدمیات، در جای خود قابل انکار است و انصافاً ورود خسارت بر انسان کارگری که توسط قهر و زور از کار باز داشته شده تردیدناپذیر است و چنانچه به موجب قانون، شخص مجرم ملزم به پرداخت خسارت ناشی از جرم نگردد، این زبانی است که قانونگذار به فرد زیان دیده وارد ساخته است و

چون ورود ضرر منتسب به مقام تشریح می‌گردد به موجب قاعده لاضرر برائت ذمه مجرم منتفی است و به پرداخت خسارت متعهد خواهد شد». (۶۳)

رایعاً: غالب فقهای که در مورد منع صاحب حیوان از نگهداری آن یا منع صاحب متاع از فروش کالایش و... قائل به عدم ضمان هستند، فتوای خود را به موردی منصرف می‌دانند که اقدام مانع سبب تلف متاع با حیوان نگردد. یعنی تلف عین ناشی از قوای قهریه باشد. و الا اگر اقدام مانع، عرفاً سبب تلف محسوب شود بنا به قاعده «تسیب» و ملحوظ داشتن ضعف مباشر مانع را ضامن می‌پندارد. (۶۴)

خامساً: در مقابل آن دسته از فقهاء که جریان قاعده «اتلاف» و «تسیب» را در مورد منافع آدمی مادام که استیفاء نشده است به دلیل معدومیت آن منتفی می‌دانند می‌توان گفت، مال چیزی است که عقلاً در مقابل آن مال پرداخت کنند. و بی‌گمان نیروی کار انسان در بازار اقتصاد با پول مبادله می‌شود و اعتبار مالیت آن نیازی به استیفاء یا انعقاد قرارداد ندارد. بنابراین نباید با این استدلال که چون منافع معدوم است، آن را مضمونه نپنداشت.

سادساً: به فرض اینکه جریان قواعد یاد شده را در مورد «عدم النفع» ممکن ندانیم، همان‌طوری که از کلام مرحوم مقدس اردبیلی (۶۵) و آیت‌الله شیرازی (۶۶) گذشت می‌توانیم با استناد به آیات و روایات ذیل الذکر و استدلال به آن، منافع تفویض شده انسان را مضمونه تلقی نماییم.

آیاتی از قبیل «فمن اعتدی علیکم فاعتدوا علیه بمثل ما اعتدی علیکم»، «جزاء سیئه سیئه»، «فمن عاقب بمثل ما عوقب به» و ایضاً روایاتی از قبیل «لا یتوی حق امرء مسلم» و «لان الغصب کله مردود» و «وان فوتها المغتصب اعطی العوض منها».

۱۳. نتیجه بررسی کلام فقهاء در خصوص «عدم النفع»

همانگونه که در صدر این مقال معروض افتاد، ملاک و ضابطه ضرر عرف است و این مطلب را حتی آن دسته از فقهاء که معتقد به «عدم النفع لیس به ضرر» می‌باشند نیز قبول دارند، به علاوه فقهای هم که تفویض منفعت و «عدم النفع» محقق‌الحصول را ضرر دانسته‌اند نیز در شناخت موضوع، عرف را ملاک و مبنا قرار داده و در کنار دیگر

استدلالات معروضه ظاهراً با استناد به تلقی خود از نظر عرف مبنی بر ضرر بودن «عدم النفع» قائل به این معنی شده‌اند که «عدم النفع» محقق‌الحصول ضرر محسوب می‌شود. با توجه به مطلب فوق‌الذکر اگر نتوان به کمک استدلالات مخالف و موافق، نظر قاطع و جازمی را در خصوص «عدم النفع» محقق‌الحصول ابراز داشت و با برگزیدن حکم کلی بر تمام مصادیق تفویت منفعت مسلم، تکلیف بحث حاضر را روشن نمود، حداقل می‌توان گفت که قطع نظر از استدلالات موجه قائلین به ضمان «عدم النفع»، تعداد قابل توجهی از مصادیق و افراد «عدم النفع» محقق، با ملحوظ داشتن عنصر عرف و مناط قرار دادن آن، حتی به عقیده فقهای که «عدم النفع» را ضرر نمی‌دانند، ضرر به شمار می‌رود. در این خصوص قول فقهای مخالف را این گونه می‌توان توجیه نمود که آنها عدم النفعی را ضرر به حساب نیاورده‌اند که واقعاً عرف آن را ضرر نمی‌دانسته، همچنان که اکنون نیز عرف تفویت منافع محتمل و دوررس را ضرر تلقی نمی‌کند.

قابل ذکر است که در مقام تعیین مصادیق عدم‌النفعی که عرف آن را ضرر می‌داند قاضی رسیدگی‌کننده با توجه به اوضاع و احوال و عنایت به عنصر زمان و مکان اتخاذ تصمیم خواهد نمود.

یادداشتها

۱. امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۴۰۷.
۲. کاتوزیان، ضمان قهری و مسئولیت مدنی، ص ۱۴۳. جناب آقای دکتر درودیان ضمن اینکه در صفحه ۱۸۱ از جزوه درسی مدنی چهار از «عدم النفع» تعریفی به دست نداده‌اند و در ذیل عنوان ضرر مادی مبادرت به تقسیم آن به از بین رفتن مال و تفویت منفعت نموده‌اند در صفحه ۱۱۴ مرقوم می‌دارند: «هنگامی از «عدم النفع» یا منفعت تفویت شده سخن به میان می‌آید که در نتیجه عمل زیانبار، دارایی خالص شخصی فزونی نیافته است، در حالی که اگر این واقعه رخ نمی‌داد بر طبق روند عادی امور و تجربه جاری و آماری زندگی این افزایش انجام می‌پذیرفت».
۳. جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص ۴۴۵.
۴. بهرامی، سوء استفاده از حق، ص ۲۳۸.
۵. جزوه «عدم النفع»، دفتر خدمات بین‌الملل، ص ۶۰.
۶. امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۴۰۷ و ۴۰۸.
۷. همان.

۸. همان.
۹. بهرامی، سوء استفاده از حق، ص ۲۳۹.
۱۰. نراقی، عواید الایام، عایده چهارم.
۱۱. آیت‌الله شیرازی، کتاب الغصب، ص ۶۰، نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۴.
۱۲. لنگرودی، تاریخ حقوق ایران، ص ۳۰۳.
۱۳. امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۴۰۸.
۱۴. جعفری لنگرودی، تاریخ حقوق ایران، ص ۳۰۳.
۱۵. درودیان، جزوه مدنی چهار، ص ۸۱ و ۸۲.
۱۶. سیّد خلیل خلیلیان، جزوه «عدم النفع»، دفتر خدمات حقوقی بین‌الملل، ص ۵۵.
۱۷. نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۱۶ و ۱۷، جعفری لنگرودی، حقوق تعهدات، ص ۳۰۶.
۱۸. میرفتاح، عناوین، ص ۱۹۷ و ۱۹۸.
۱۹. نائینی، مینه الطالب، ج ۲، ص ۱۹۹ «بل يعد عرفاً عدم النفع بعد تمامیه المقتضی له من الضرر».
۲۰. بجنوردی، قواعد الفقهی، ج ۱، ص ۱۷۸.
۲۱. مفتاح‌الکرامه، کتاب الغصب، به نقل از سیدمصطفی محقق داماد، قواعد فقه، ص ۸۷.
۲۲. قرآن مجید، سوره بقره، آیه ۱۹۰.
۲۳. قرآن مجید، سوره شورا، آیه ۳۸.
۲۴. قرآن مجید، سوره حج، آیه ۵۹.
۲۵. مقدس اردبیلی، مجمع‌البرهان، به نقل از احمد متین‌دفتری، آیین دادرسی مدنی، ج ۲، ص ۶۰. نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۳۹.
۲۶. نراقی، مشارق الاحکام، به نقل از جعفری لنگرودی، تاریخ حقوق ایران، ص ۳۰۳.
۲۷. نجفی، جواهر الکلام، ج ۲، ص ۳۹.
۲۸. احمد متین‌دفتری، آیین دادرسی مدنی، ج ۲، ص ۶۰.
۲۹. رجوع شود به پاورقی شماره ۲۸.
۳۰. آیت‌الله شیرازی، کتاب الغصب، ص ۶۰.
۳۱. قرآن مجید، سوره بقره، آیه ۱۹۰.
۳۲. قرآن مجید، سوره شورا، آیه ۳۸.
۳۳. قرآن مجید، سوره حج، آیه ۵۹.
۳۴. خوانساری، جامع المدارک، ج ۵، ص ۱۹۹.
۳۵. طباطبایی، ریاض، به نقل از نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۱۰.
۳۶. شهید ثانی، مسالک‌الانفهام، به نقل از نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۱۵.

۳۷. نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۱۵.
۳۸. شیرازی، کتاب الغصب، ص ۱۵ و ۱۶.
۳۹. ابن زهره (حمزه بن علی)، غنیه النزوع، به نقل از سلسله الینابیع، به کوشش علی اصغر مروارید، ج ۱۶، ص ۹۴.
۴۰. کیذری، اصباح الشیعه، به نقل از مأخذ فوق، ص ۱۱۳.
۴۱. ابن ادریس، سرائر، ج ۲، ص ۴۸۱.
۴۲. امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۳۴۵.
۴۳. محقق، شرایع الاسلام، ج ۶، ص ۱۷۹.
۴۴. نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۱۴.
۴۵. همان، ص ۱۵.
۴۶. محقق حلی، مختصر النافع، ص ۲۲۵.
۴۷. خوانساری، جامع المدارک، ج ۵، ص ۱۹۱ و ۱۹۲.
۴۸. همان.
۴۹. همان.
۵۰. نراقی، عوائد الایام، عایده چهارم.
۵۱. محقق، شرایع الاسلام، ج ۶، ص ۱۸۱ و ۱۸۲.
۵۲. شیخ محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۳۶ و ۳۹ و ۴۱.
۵۳. همان.
۵۴. همان.
۵۵. مقدس اردبیلی، مجمع البرهان، به نقل از شیرازی، کتاب الغصب، ص ۵۳.
۵۶. محقق، مختصر النافع، ص ۲۲۵.
۵۷. خوانساری، جامع المدارک، ج ۵، ص ۱۹۹.
۵۸. آیه الله خویی، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۱۶۱.
۵۹. آیه الله خمینی، تحریرالوسیله، ج ۲، ص ۱۵۸ و ۱۵۹.
۶۰. خوانساری، جامع المدارک، ج ۵، ص ۱۶۹.
۶۱. شیخ محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۱۴.
۶۲. سیدمحمد کلانتر، شرح بر مکاسب، ج ۷، ص ۱۹۷.
۶۳. سید مصطفی محقق داماد، قواعد فقد، ص ۸۹.
۶۴. شهیدثانی، مسالک، به نقل از نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۱۴ و ۱۵، آیت الله خوئی، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۱۶۱.

۶۵. مقدس اردبیلی، مجمع البرهان، به نقل از نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۳۹.
۶۶. شیرازی، کتاب الغصب، ص ۶۰.