

خسارت عدم النفع؛ نظریات و مقررات

دکتر سیامک ره‌پیک *

نویسنده در این مقاله با اشاره به نظریات مختلف در نظام‌های حقوقی در خصوص خسارت قراردادی و غیر قراردادی، امکان مطالبه خسارت عدم‌النفع در آنها را مورد بررسی قرار می‌دهد. به نظر نویسنده، مقررات مختلف در مورد خسارت عدم النفع در حقوق ایران نشان می‌دهد که انواعی از این خسارت قابل مطالبه است و قانون آئین دادرسی در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ نیز تغییری در این حکم ایجاد نکرده است.

تمهید نظری

موضوع مطالبه خسارت از مباحث مهم حقوق خصوصی است. این بحث هم در حوزه قراردادهای و هم در بخش مسئولیت‌های غیر قراردادی (شبه جرم) طرح می‌گردد. در مباحث حقوق قراردادهای، در صورت نقض قرارداد، بحث‌هایی در خصوص مسئولیت‌های ناشی از عدم انجام قرارداد به وجود می‌آید که در بعضی نظام‌های حقوقی تحت عنوان کلی «جبرانها»^(۱) مورد توجه قرار می‌گیرد. نظام‌های حقوقی مختلف نظریات گوناگونی را برای جبران‌ها و خسارات طرح کرده‌اند که به برخی از آنها اشاره می‌گردد:

عضو هیئت علمی دانشکده علوم قضائی و خدمات اداری

۱- تئوری تفاوت: (۱)

این تئوری، خسارت قابل جبران را عبارت از تفاوتی می‌داند که بین موقعیت واقعی خواهان با آنچه باید باشد که بواسطه دخالت حادثه زیانبار حاصل نشده است، وجود دارد. این تئوری در حقوق آلمان مطرح شده که به طور خاص در خسارات ناشی از نقض قراردادها به کار می‌رود. ریشه‌های این نظریه در حقوق روم وجود داشته است. (۲)

۲- تئوری موقعیت مشابه (۳) (همان موقعیت):

بر اساس این نظریه، جبران خسارت، طرف زیان‌دیده را باید در همان موقعیتی قرار دهد که اگر قرارداد اجرا می‌شد در آن وضع قرار می‌گرفت. (۴)

این نظریه در بحث نقض قرارداد در حقوق کامن‌لا (به طور خاص انگلستان) مطرح می‌شود. به طور کلی در حقوق انگلیس سه نوع جبران برای نقض قرارداد پیش‌بینی می‌شود:

الف) اعاده مال

ب) خسارت اتکایی (ناشی از اتکا به رفتار طرف مقابل)

ج) خسارت مورد انتظار: بر اساس این نوع جبران، با توجه به ملاک عقلایی و روال معمول امور منافع مورد انتظار برای زیان‌دیده باید جبران شود. (۵)

۳- جبران کامل: (۶)

این نظریه از حقوق فرانسه استنباط می‌گردد. برخلاف حقوق کامن‌لا که عناوین و

1-Differenztheorie.

2-R.Zimmermann, The Law of Obligations, Oxford, 1990, p.824.

3-The same position.

4-John Adams, Understanding Contract law, Fontana, 1987, p.145

5-Ibid p.146.

6-Full compensation (reparation intégrale)

اقسامی را برای خسارت در حقوق قراردادها طرح می‌کند در حقوق فرانسه در حقوق قراردادها و غیرقراردادها نقطه شروع ارزیابی خسارت، جبران کامل خسارت زیان‌دیده دانسته شده است.^(۱)

۴- قاعده لاضرر:

بر اساس برخی نظریات در حقوق اسلام که قاعده لاضرر، علاوه بر نفی حکم، جعل حکم نیز می‌کند و همچنین مطابق این نظر که می‌توان آن را در عدم نیز جاری کرد،^(۲) این نظریه در بحث جبران خسارت کاربرد دارد.

۵- قاعده تسبیب:

این قاعده در واقع مبنای اصلی بسیاری از قواعد دیگر است که در صورت وجود ارکان آن یعنی: فعل، رابطه سببیت و وجود ضرر، امکان مطالبه خسارات از سبب طرح می‌گردد. این قاعده در حقوق اسلام و سایر نظامهای حقوقی پذیرفته شده است.^(۳)

۶- قاعده ضمان ید:

این قاعده از قواعد خاص حقوق اسلام است که بر اساس آن، چنانچه مالی مطابق قرارداد یا غیر آن در تصرف قرار گیرد اما به دلیل بطلان ابتدائی عمل یا نامشروع بودن تصرف ابتدائی یا نامشروع بودن استمرار آن، مسئولیت‌هایی به شکل اعاده مال، پرداخت خسارت عین و منافع طرح شده است.^(۴)

1-John Bell & Others, Principles of French Law, Oxford, 1998,p.349.

۲- مصطفی محقق داماد، قواعد فقه (بخش مدنی)، علوم اسلامی، ۱۳۶۲، ص ۸۸؛ سیامک ره پیک، مروری دوباره بر قاعده لاضرر و تأثیر آن به ضرر متعدد، فصلنامه دیدگاههای حقوقی ش ۱۳-۱۴ ص ۳۵ به بعد.

۳- برای ملاحظه منابع این قاعده در نظامهای مختلف حقوقی ر ک حسن ره پیک، الزامات بدون قرارداد، نشر اطلاعات، ۱۳۷۶، ص ۱۳۱.

۴- به طور مثال ر ک به میرزا حسن بجنوردی، القواعد الفقهیه، ج ۴، قاعده «علی الید».

تطبیق نظریات بر خسارت عدم النفع

خسارت عدم النفع،^(۱) خسارت مربوط به منافعی است که بر اساس روال متعارف برای خواهان ایجاد می‌شد ولی به دلیل رفتار زیان زننده (مانند نقض کننده قرارداد) آن نفع به خواهان نرسیده است، به طور مثال، خواهان کالا را برای فروش خریده بوده و خواننده نیز این را در نظر داشته و قرارداد را نقض کرده است.^(۲)

برخی از نویسندگان، عدم النفع را «مانعت 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» تعریف کرده‌اند.^(۳)

در حقوق روم (در قرون وسطی)، اصطلاح *Lucrum cessans* برای عدم النفع به کار برده می‌شد که در مقابل آن، عنوان *damnum emergens* قرار می‌گرفت و مقصود از آن خساراتی بود که به مال موجود خواهان وارد می‌شد^(۴) یا خسارت واقعی که در مقابل خسارات آینده و مورد انتظار قرار می‌گرفت.^(۵)

بنابراین بنظر می‌رسد تعریف برخی از نویسندگان از *damnum emergens* به این شکل که: «ضرری که از جهت تخلف از تعهد به متعهدله وارد شود. فرضاً تاجری سفارش داده که کالایی به قیمت معین برای او تهیه شود و متعهد تهیه نکرد و تاجر آن را به قیمت بیشتر خرید، مابه التفاوت قیمت سفارش داده شده و قیمت خریده شده ضرر مسلم است»^(۶) دقیق نیست.

در حقوق روم، مدتها خسارت عدم النفع (مگر در موارد خاص مانند تاجر) رد می‌شد و

1-Loss of profits.

2-David.M.Walker, *The Oxford Companion to Law*, Clarendon, 1980, "loss of profits".

۳- محمد جعفر جعفری لنگرودی، مینولوژی حقوق، چاپ دهم، گنج دانش، ۱۳۷۸، «عدم النفع».

4-R. Zimmermann, *op.cit*, p.827.

5-H.Campbell Black, *Black's Law Dictionary*, West publishing, 1983, "damnum emerge".

۶- محمد جعفر جعفری لنگرودی، پیشین، «ضرر مسلم».

حقوقدانان شرعی به طور خاص بر تفاوت عدم النفع با خسارت واقعی تأکید می‌کردند و معتقد بودند عدم النفع بر اساس نظریه کلیسا با نظریه ربا برخورد می‌کند.^(۱) در حقوق کامن‌لا، خسارت عدم النفع جزو خسارت مورد انتظار قرار می‌گیرد و قابل مطالبه است. دعاوی مختلف در مورد خسارات مورد انتظار نشان می‌دهد، نفع مذکور در صورتی قابل مطالبه است که استثنائی و خاص نباشد بلکه بر اساس روال معمول در رویه متعارف قابل تحصیل تلقی می‌شده است.^(۲) در حقوق فرانسه نیز نظریه جبران کامل، هر دو نوع خسارات یعنی ضرر واقعی و عدم النفع را دربرمی‌گیرد.^(۳) ماده ۱۱۴۹ قانون مدنی فرانسه، علاوه بر ضررهای مستقیمی که به شخص وارد می‌شود، محرومیت از منفعت را نیز قابل مطالبه دانسته است.^(۴) به اعتقاد برخی از نویسندگان، امروزه در حقوق جدید خسارات و جبران، شامل عدم النفع نیز می‌شود و تفکیک بین خسارات واقعی و عدم النفع، اهمیت عملی ندارد.^(۵) برخی از نویسندگان داخلی، خسارت عدم النفع را در حقوق ما قابل مطالبه دانسته‌اند مشروط بر اینکه مقتضی وجود نفع حاصل شده باشد.^(۶) به اعتقاد گروهی دیگر از حقوقدانان، زیان ناشی از محروم ماندن از منافع مسلم قابل مطالبه است و در اثبات مسلم بودن منافع در صورت وفای به عهد باید سیر متعارف امور را معیار قرارداد

1-R.Zimmermann, Op.cit. p.827.

2-John Adams, O.P.cit, p.146.

3_John Bell & Others & Op.Cit.p.349.

4-Art.1149-Damages due to a creditor are, in general, from the loss which he incurred and from the gain of which he was deprived, apart from the here inafter exceptions and modification.see John H.Crabb, the French Civil Code, Rothman,1995.

5_R.Zimmermann , Op.cit., p.827

و ظن قوی و احتمالی که عرف آن را یقین می‌شمارد در این مورد کافی است.^(۱) موضوع محرومیت از منافع در برخی از مسایل فقهی مطرح شده است. در مسأله حبس انسان حرّ، مشهور معتقد است که حبس‌کننده از جهت جبران منافع دوران حبس مسؤولیتی ندارد، زیرا انسان حرّ مالیت ندارد تا تحت ید قرار گیرد و مسؤولیت جبران خسارات منافع ایجاد شود.^(۲)

گروهی از فقهاء بر نظر مشهور ایراد کرده‌اند و معتقد هستند که مسؤولیت حبس‌کننده ناشی از ضمان ید و غضب نیست بلکه قواعدی مانند تسبیب و لاضرر مسؤولیت را ایجاد می‌کند. به اعتقاد این گروه حبس‌کننده سببی است که منافع محبوس را از بین برده و مسؤولیت در مورد او قوی 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 وجود نداشته باشد و این در حالی است که حابس ظالم و متعدی است بنابراین با توجه به دلایل مختلف مانند جواز تعدی به تعدی‌کننده و قصاص، ضمان برای دفع مفاسد و ضرر قوی بنظر می‌رسد. این گروه نظر مشهور مبنی بر عدم ضمان را به حالتی تفسیر کرده‌اند که حبس موجب تفویت 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 تفویت و تلف است و حبس‌کننده باید ضامن باشد.^(۳)

۱- ناصر کاتوزیان، قراردادها، ج ۴، شرکت انتشار، ۱۳۷۶، ص ۲۳۱-۲۳۲.

۲- ر.ک. محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۲، ج ۳۷، ص ۳۹.

۳- توجه به متن عبارات مرحوم صاحب ریاض مفید است:

«... ظاهر هم القطع بعدم الضمان فی صورته و به صرح فی الکتابه فان تم اجماعاً و الا فیه مناقشه حیث یکون الحابس سبباً مفوتاً لمنافع المحبوس لقوة الضمان فیه لا للغصب بل لا بجابه الضرر علیه المنفی و علیه نه الفاضل المقدس الاردبیلی فی الشرح قال بعد تقوية الضمان لدفع المفاسد و لدفع ضرر عظیم فانه قدیموت هو و عیاله من الجوع و لا یکون فی ذلک مال مع کونه ظالمأ و عادياً و وجود ما یدل علی جواز التعدی بما اعتدی و جزاء السیئة سیئة و القصاص و نحو ذلک انتهى و تبعه خالی العلامة دام ظلّه فی حواشیه علیه قال بعد تقوية ما ذکره الشارح و بالجملة ان ثبت اجماع ای علی ما ذکره الاصحاب و الا فالامر کما ذکره ای الشارح، اقول و یحتمل قویاً اختصاص ما

بخش اخیر این نظریه در مورد متعارف بودن حصول منافع مورد نظر، با نظریات عمومی حقوقی تطبیق می‌کند و توافقی بین نظریات مختلف نظام‌های حقوقی ایجاد می‌کند.

مرحوم صاحب جواهر پس از نقل نظریه مذکور، در دفاع از نظریه مشهور، جریان قاعده تسبیب در امور عدمی (منفعت انسان حر) را انکار می‌نماید و معتقد است که دلایل دیگر مانند لاضرر و اعتداء نیز در این موارد جریان ندارد و ضمان به واسطه منع از عمل یا انتفاع از مال صحیح نیست.^(۱)

باید توجه داشت که مشکل اصلی در خسارت عدم النفع، بحث مسلم بودن منفعت است^(۲) (صرف نظر از بحث ربا که در حقوق کلیسا مطرح شده بود)^(۳). بنابراین در جریان قاعده تسبیب، شکی در ارکان: فعل و رابطه سببیت وجود ندارد و تردید در رکن سوم یعنی وجود ضرر می‌باشد. به عبارت دیگر سود و مالیت مورد نظر قابل بحث است. در مواردی که سود و مالیت مفروض کاملاً احتمالی است، مانند آنکه کارفرما به پیمانکار متخلف بگوید اگر خانه را در موعد مقرر می‌ساختی و به من تحویل می‌دادی می‌توانستم آن را با فلان قیمت بفروشم و از این سود محروم شده‌ام، نمی‌توان عدم النفع را قابل مطالبه دانست. اما در صورتی که شخصی تجارت و حرفه خاصی دارد که سوابق فعالیت او نشان می‌دهد که در صورت اجرای تعهد متعهد، سود او عرفاً محرز بوده است،^(۴) عدم پذیرش امکان مطالبه خسارات دشوار بنظر می‌رسد، زیرا مالیت، اعتباری عقلایی است که در عرف برای آن ما به ازاء قرار می‌دهند و جنبه

ذکره الاصحاب بصورة عدم استلزام الحبس التفتوت كما فرضناه بل الفوات خاصة و ربما يستفاد ذلك من (کره) حیث انه مع تصريحه بما ذكره الاصحاب قال في عنوان البحث منفعة بدن الحریضمن بالتفتوت لابلافات انتهى و يظهر الفرق بين المقامين فيما لو حبسه مدة لها اجرة في العادة فان كان لو لم يحس لحصلها كان حبسه سببا لتفتوتها فیضمن هنا كما ذكره... سيد علی طباطبایی، ریاض المسائل، ج ۲، مؤسسه آل البيت، ص ۳۰۲.

۱- محمد حسن نجفی، پیشین، ج ۳۷، ص ۴۰.

۲- ناصر کاتوزیان، پیشین، ج ۴، ص ۲۳۱.

سخت‌افزاری آن کمتر مورد توجه قرار می‌گیرد و در صورتی که این اعتبار به شکلی از بین برود عرفاً ضرر وارد شده است. بنابراین نفع انسان یا انتفاع از مال، همواره معدوم نیست و عرف در مواردی آن را اعتبار می‌کند. به همین دلیل برخی از نویسندگان در مورد محبوس معتقدند نیروی کار ارزش مالی دارد و نیازی به استیفاء و انعقاد قرارداد نیست.^(۱)

از سوی دیگر دلیل لاضرر بنا بر برخی نظرات قدرت جعل حکم را دارد و در عدم نیز جاری می‌گردد،^(۲) لذا از این جهت، قدرت دارد ضرر ناشی از منافع مسلم را دربرگیرد. در بین نظرات مشهور این نظر وجود دارد که چنانچه محبوس در خسارت حبس، اجیر و استخدام شخصی باشد منافع و اجرت او مضمون است و حبس‌کننده مسؤولیت پیدا می‌کند زیرا اگر چه منافع و کار در خارج تحقق نیافته ولی منافع اجیر با عقد اجاره، موجود فرض شده و در مقابل آن اجرت قرار داده شده است^(۳) و یا اینکه اجاره اقتضاء داشته که مالکیت اجرت بوجود آید.^(۴)

بنظر می‌رسد مشهور در این مورد، وجود فرضی و تنزیلی برای مالیت و منفعت را پذیرفته و به نظریه مسلم و مفروض بودن عرفی منفعت و مالیت در نظرات دیگر نزدیک شده است. همچنین مثالهایی که نوعاً در مورد عدم النفع قابل مطالبه مطرح می‌شود حالتی شبیه اقتضای اجاره مذکور در آنها وجود دارد.

در هر حال صرف نظر از مثال خاص حبس انسان، بنظر می‌رسد قواعدی مانند تسبیب و لاضرر در مورد خسارات به طور کلی جریان دارد. عدم النفع معنای عامی دارد که شامل سود احتمالی و منفعت مسلم عرفی می‌شود. در صورتی که موضوع ضرر،

۱- مصطفی محقق داماد، پیشین، ص ۸۷-۸۸.

۲- همان؛ ر.ک سیامک ره‌پیک، مروری دوباره بر قاعده لاضرر، ص ۳۵ به بعد.

۳- فاضل مقداد، تضاد القواعد الفقهیه، خیام، قم، ۱۴۰۳، ص ۳۹۲؛ شهید نانی، شرح لمعه دارالعلم الاسلامی، بیروت، ج ۷، ص ۲۹.

۴- محمد حسن نجفی، پیشین، ج ۳۷، ص ۴۱؛ در این مورد نظرات دیگری هم وجود دارد، مرحوم فخرالمحققین در واقع ذمه اجیر را مشغول می‌داند و مستأجر اول را مستحق اجرت المثل برعهده استفاده‌کننده (حابس) از اجیر می‌داند. فخرالمحققین ایضاح الفوائد ج ۲، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۶۳، ص ۱۶۸.

منفعت مسلم باشد ارکان قواعد فوق شکل می‌گیرد و جریان می‌یابد اما اگر نفع مورد نظر کاملاً احتمالی باشد عدم النفع از نوع قابل مطالبه نیست و با توجه به قرائن و شواهد مذکور چه بسا مقصود از عدم النفع غیر قابل مطالبه همانگونه که صاحب ریاض فرمود مواردی است که عادتاً نفع قابل حصول نبوده است زیرا این امور از جمله مسایل عرفی و عقلایی است و تأسیس جدیدی در آنها وجود ندارد، لذا لازم است متفاهم عرفی مشخص گردد و بر اساس آن بین نظرات مختلف تا حد امکان توافق ایجاد شود.

خسارت عدم النفع در قوانین

قوانین و مقررات مختلفی در کشور ما بر امکان مطالبه خسارت عدم النفع دلالت داشته و دارد که به برخی از آنها اشاره می‌شود:

۱- ماده ۷۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی سابق:

«در مورد ماده فوق در صورتی دادگاه حکم خسارت می‌دهد که مدعی خسارت ثابت کند که ضرر به او وارد شده و این ضرر بلاواسطه ناشی از عدم انجام تعهد یا تأخیر یا عدم تسلیم محکوم به بوده است. ضرر ممکن است به واسطه از بین رفتن مالی باشد یا به واسطه فوت شدن منفعتی که از انجام تعهد حاصل شده است.»

۲- ماده ۶ قانون مسؤولیت مدنی:

«... در صورت مرگ آسیب دیده زیان شامل کلیه هزینه‌ها مخصوصاً هزینه کفن و دفن می‌باشد. اگر مرگ فوری نباشد هزینه معالجه و زیان ناشی از سلب قدرت کار کردن در مدت ناخوشی نیز جزء زیان محسوب خواهد شد.»^(۱)

۱- بند ۲ ماده ۴۵ قانون تعهدات سوئیس: «... اگر مرگ بلافاصله رخ ندهد خسارات مزبور به خصوص هزینه معالجه و نیز زیانهای ناشی از عدم توانایی بر انجام کار را در بر می‌گیرد.»

- بند ۱ ماده ۴۶ همان قانون: «در مورد صدمات جسمی، صدمه دیده حق دریافت هزینه‌ها و خسارات ناشی از محروم شدن از انجام کار را خواه کلی و خواه جزئی دارد...» قانون تعهدات سوئیس، ترجمه دکتر جواد واحدی.

۳- ماده ۹ آیین دادرسی کیفری سابق:

«... ضرر و زیانی که قابل مطالبه است به شرح ذیل می‌باشد:

- ۱- ضرر و زیانهای مادی که در نتیجه ارتکاب جرم حاصل شده است.
- ۲- ضرر و زیان معنوی که عبارت است از کسر حیثیت یا اعتبار اشخاص یا صدمات روحی

۳- منافعی که ممکن الحصول بوده و در اثر ارتکاب جرم مدعی خصوصی از آن محروم می‌شود.

۴- ماده ۹ قانون آیین دادرسی کیفری جدید (مصوب ۱۳۷۸):

«... ضرر و زیان قابل مطالبه به شرح ذیل می‌باشد.

- ۱- ضرر و زیانهای مادی که در نتیجه ارتکاب جرم حاصل شده است.
- ۲- منافعی که ممکن الحصول بوده و در اثر ارتکاب جرم، مدعی خصوصی از آن محروم و متضرر می‌شود.

مواد فوق بر امکان مطالبه خسارت عدم‌النفع در صورتی که منافع عرفاً ممکن الحصول (مسلم عرفی) باشد دلالت می‌نماید. اما پس از مقررات مذکور در سال ۱۳۷۹ قانون آیین دادرسی در امور مدنی ظاهراً این حکم را تغییر داد و خسارت عدم‌النفع را قابل مطالبه ندانست.

در تبصره ۲ ماده ۵۱۵ این قانون چنین آمده است:

«خسارت ناشی از عدم‌النفع قابل مطالبه نیست و خسارت تأخیر تأدیه در موارد قانونی قابل مطالبه می‌باشد».

حال سؤال این است که آیا حکم ماده اخیر، مواد قبل از خود را در مورد خسارت عدم‌النفع نسخ نموده است یا خیر؟

با توجه به ظاهر مواد، ممکن است به نظر رسد در حال حاضر نظر قانونگذار آن است

که خسارت عدم النفع در امور مدنی قابل مطالبه نیست و تنها در مواردی که ضرر و زبانی از جرم حاصل شود عدم النفع قابل مطالبه است. در واقع حکم عام عدم امکان مطالبه خسارت عدم النفع در امور کیفری تخصیص خورده است و تنها در امور کیفری (بنابر بند ۲ ماده ۹ ق. آ. د. ک مصوب ۱۳۷۸) منافع ممکن الحصول قابل مطالبه است.^(۱)

بنظر می‌رسد برای تفسیر صحیح از تبصره ۲ ماده ۵۱۵ ق. آ. د. م جدید لازم است به مقررات قبلی نیز توجه شود تا با استفاده از اصول و قواعد تفسیری، راه حل مناسبی ارائه گردد.

ظاهر عبارت تبصره ۲ ماده ۵۱۵ مذکور، نسبت به نوع منافع در عدم النفع، اطلاق دارد (خسارت عدم النفع). معنای این اطلاق ظاهراً آن است که خواه منافع ممکن الحصول باشد خواه نباشد، مطالبه خسارت امکان ندارد.

بر فرض آنکه چنین اطلاقی صحیح باشد و با توجه به مقدمات حکمت چنین ظهوری منعقد شده باشد،^(۲) این حکم در مقابل احکام مقید دیگری مانند بند ۲ ماده ۹ ق. آ. د. ک قرار می‌گیرد که عدم النفع را در مواردی که منافع ممکن الحصول بوده، قابل مطالبه دانسته است. از آنجا که نسخ کلی خلاف اصل است و تعارضات را در حد امکان باید جمع نمود (تخصیص و تقیید و...) بنابراین در دو حکم مطلق و مقید (ولو آنکه در اثبات و نفی تفاوت داشته باشند)، مطلق حمل بر مقید می‌گردد؛ به این معنا که عبارت «خسارت عدم النفع» در تبصره مذکور بر عدم النفع بر منافع غیر ممکن الحصول حمل می‌گردد نه مطلق عدم النفع.

اما اگر با توجه به قراین موجود در مقررات مختلف اساساً از ابتدا مقدمات حکمت برای شکل‌گیری اطلاق در تبصره ۲ ماده ۵۱۵ به وجود نیامده باشد، نمی‌توان حکم

۱- در تحقیقات درسی مختلفی که توسط دانشجویان دانشکده علوم قضایی انجام شد بیشتر قضات (با توجه به جمعیت نمونه مورد بررسی) پس از تصویب قانون آیین دادرسی مدنی جدید چنین نظری را صحیح‌تر می‌دانستند.

۲- برای ملاحظه این بحث رک مباحث مطلق و مقید در کتب اصولی مفصل.

- محقق خراسانی، کفایة الاصول، بحث مطلق و مقید (در حقایق الاصول، تعلیقه سید محسن حکیم)، ج ۱، ص ۵۶۳.

تبصره مذکور را مطلق و شامل تمام انواع عدم النفع دانست. زیرا شرط ایجاد اطلاق آن است که قراین و دلایلی بر تعیین برخی از انواع و افراد در حکم مطلق وجود نداشته باشد والا اطلاق ظهور پیدا نمی‌کند. بنظر می‌رسد با عنایت به مقررات مختلف خصوصاً بند ۲ ماده ۹ ق.آ.د.ک، که در مدت زمان کوتاهی قبل از تبصره ماده ۵۱۵ ق.آ.د.م تصویب شده، اراده قانونگذار در تبصره اخیر به انواع معینی از عدم النفع، یعنی عدم النفعی که منافع در آن عرفاً ممکن الحصول نیست تعلق گرفته باشد، زیرا در غیر اینصورت اولاً قانونگذاری قبلی لغو تلقی می‌شود و ثانیاً برای نسخ مقررات قبلی دلیل قویتر غیر از اطلاق تبصره ۲ ماده ۵۱۵ لازم است و فهم عرفی و حقوقی نسخ مقررات گذشته را استنباط نمی‌کند. اما اختصاص موارد امکان مطالبه عدم النفع به امور کیفری، تفسیری است که دلیل علمی و حقوقی ندارد در هیچ یک از نظریات مربوط به خسارت عدم النفع در نظامهای حقوقی گوناگون (صرفنظر از پذیرش یا عدم پذیرش این خسارت) بین جرم یا سایر اعمال تفاوتی مطرح نشده است. در حقوق اسلام نیز جریان یا عدم جریان قواعدی مانند تسبیب یا لاضرر ارتباطی به جرم یا غیر جرم بودن فعل زیانبار پیدا نکرده است، بنابراین از این جهت نمی‌توان بین قانون آئین دادرسی کیفری و قانون آئین دادرسی مدنی تفاوت قایل شد و به صرف اختلاف ظاهری دو قانون قواعد حقوقی و مبانی استنباط را در هم ریخت.

نتیجه بحث آن است که منافع ممکن الحصول همچنان می‌تواند مبنای خسارت عدم النفع باشد و تبصره ۲ ماده ۵۱۵ ق.آ.د.م جدید، تغییری در این حکم ایجاد نکرده است. این تفسیر صرفنظر از مبنای حقوقی آن با توجه به پذیرش خسارت تأخیر (تبصره ۲ ماده ۵۱۵) و جبران کاهش ارزش پول (ماده ۵۲۲) در قانون جدید، تفسیری مناسب‌تر می‌باشد و می‌تواند ملاک عمل قرار گیرد.