

## نقد و بررسی تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آئین دادرسی مدنی (عدم النفع)

چکیده: در تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آئین دادرسی مدنی آمده است: «ضرر و زیان ناشی از عدم النفع قابل مطالبه نیست»، اما باید اطلاق این تبصره را مقید کنیم زیرا جمع بین این تبصره و مواد دیگر مذکور در قانون مدنی اقتضاء می‌کند که بگوییم اگر عدم النفع به واسطه غصب باشد غاصب علاوه بر عین ضامن منافع اعم از مستوفات و غیر مستوفات نیز می‌باشد چنانکه اکثر فقها عقیده دارند اما اگر عدم النفع به واسطه غصب نباشد بلکه به جهت منع مالک از استیفاء منافع مالش باشد مثلاً بی‌آنکه خانه کسی را غصب کند مانع شود که مالک در خانه خود سکنی گزیند و یا مانع شود که کاسب در محل کسبش حاضر شود تا به کسب و کار پردازد؛ طبق این تبصره ضرر و زیان ناشی از عدم النفع قابل مطالبه نیست؛ ما در این مقاله تحقیق کرده‌ایم که عدم النفع خود از مصادیق ضرر است نه آنکه سبب و منشأ ضرر باشد؛ پس طبق قاعده «لاضرر» باید جبران و تدارک شود: اگر پنداشته شود که مفاد قاعده لا ضرر نفی احکامی است که از قبل آنها مردم متضرر می‌شوند نه وضع احکامی که از عدم و فقدان آنها ضرر حاصل می‌آید: کوشیده‌ایم که به این توهم پاسخ قانع‌کننده‌ای داده شود.

### واژگان کلیدی:

عدم النفع، لا ضرر، ضرر، تقابل عدم و ملکه، تقابل تضاد، نفی سبب، نفی مسبب، ضرر بلا جبران، نفی حکم، نفی موضوع، لای نافی، لای ناهیه، اعتداء بمثل، غصب.

## مقدمه

گاهی عدم‌النفع به سبب اثبات ید عدوانی یعنی غصب و یا حبس می‌باشد. مثل اینکه اتومبیل کسی را غصب کند بی آنکه از منافع آن استفاده کند یا انسانی را حبس کند بی آنکه از او بیگاری بکشد و گاهی هم عدم‌النفع به‌خاطر منع مالک از استفاده از مالش می‌باشد بی آنکه مال را غصب کند. مثل اینکه ظلماً نگذارد مالش را بفروشد سپس قیمت مال تنزل کند، یا نگذارد سوار بر اتومبیلش شود یا در خانه‌اش سکنی‌گزیند یا چاه و نهر آب را لایروبی کند، یا بی آنکه انسانی را حبس کند مانع شود که در محل کسب‌وکار خود حاضر شود تا نفعی تحصیل کند. مثال‌های فوق همگی از مصادیق عدم‌النفع می‌باشد. در این مقاله باید تحقیق کنیم که آیا عدم‌النفع مطلقاً ضرر محسوب می‌شود، اگر عدم‌النفع ضرر باشد به کمک قاعده‌لاضرر می‌توان حکم کرد که باید جبران و تدارک شود؟ به بیان دیگر آیا عدم‌النفع قابل مطالبه است؟ و اگر عدم‌النفع ضرر محسوب نشود و یا اگر از مصادیق ضرر است ولی با قاعده‌لاضرر نتوان حکم به وجوب تدارک و جبران آن کرد، آیا به کمک قاعده و یا دلیل دیگری می‌توان حکم به ضمان عدم‌النفع کرد و بالاخره آیا تمسک به اطلاق تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آئین دادرسی مدنی درست است یا خیر؟

قبل از شروع بحث مناسب است تبصره مزبور و نیز ذیل ماده ۲۶۷ قانون آئین دادرسی مدنی ذکر شود.

اول: تبصره ۲ ماده ۵۱۵ ق.آ.د.م.

«خسارت ناشی از عدم‌النفع قابل مطالبه نیست.»

دوم: ماده ۲۶۷ ق.آ.د.م.

«... ضرر و زیان ناشی از عدم‌النفع قابل مطالبه نیست.»

با مقایسه دو عبارت فوق معلوم می‌شود که ضرر و زیان و خسارت مترادف یکدیگر هستند و استعمال آنها به جای یکدیگر بلااشکال است؛ اما ظاهراً از نظر نویسندگان قانون آئین دادرسی عدم‌النفع سبب و منشأ ضرر است، زیرا گفته است ضرر ناشی از عدم‌النفع قابل مطالبه نیست، گویی که خسارت و ضرر مسبب است و عدم‌النفع سبب و

ضرر و نفع دو لفظ متباین هستند و تقابل آن دو یا تقابل عدم ملکه و ملکه است و یا تقابل تضاد در حالت اول یعنی تقابل ملکه و عدم آن، نفع ملکه و عدم النفع عدم ملکه خواهد بود. پس عدم النفع مرادف با ضرر است نه آنکه عدم النفع سبب و منشأ ضرر باشد.

در حالت دوم هم یعنی تقابل تضاد عدم النفع ضرر نیست تا بگوئیم ضرر ناشی از عدم النفع قابل مطالبه نمی باشد مثل سیاهی و سفیدی. آیا می توان گفت رنگ سومی مثلاً آبی ناشی از سفیدی است؟

به هر حال شاید بهتر بود که گفته می شد:

«عدم النفع قابل مطالبه نیست.»

بعد از این بحث لفظی بینیم مقتضای ادله چیست، آیا عدم النفع قابل مطالبه هست یا

نه؟

### معنای ضرر و نفع

معنای ضرر و نفع عرفاً واضح و روشن است، عرف نقص در مال و جان و عرض را ضرر می داند و به عکس رشد و نمو در مال و صحت و تندرستی را نفع می داند. اینکه در لغت ضرر را به نقص در مال، گزند، بدحالی، شدت و تنگی معنا کرده اند و گفته اند نفع ضد آن است (۱) همگی تعریف به بعضی از مصادیق عرفی می باشد؛ آنچه مهم است این است که آیا تقابل این دو لفظ، تقابل ملکه و عدم ملکه است یا تقابل تضاد. چه اگر تقابل ملکه و عدم آن باشد قطعاً عدم النفع ضرر است، چرا بلاجبران باقی بماند و اگر تقابل تضاد باشد عدم النفع ضرر نیست تا جبران آن ضروری باشد.

### تقابل ضرر و نفع، تقابل عدم ملکه و ملکه است:

اگر چیزی شأنش این باشد که متصف به صفتی شود، وجود صفت در آن چیز ملکه است و فقدان آن عدم ملکه. مثلاً شأن انسان این است که متصف به صفت بینایی شود پس بینایی ملکه است و کوری عدم ملکه. شأن مال این است که سود و رشد کند پس نفع ملکه است زیان و عدم نفع عدم ملکه است. شأن انسان کاسب و صنعتگر و شاغل این

و ضرر است.

بنابراین اگر بگوییم تقابل نفع و ضرر تقابل تضاد است چون ممکن است مال نه افزایش پیدا کند و نه کاهش صحیح نیست، زیرا عرفاً و عادتاً شأن مال این است که رشد و نمو کند و سود بدهد نه آنکه راکد بماند و شأن انسان هم این است که به کار خود مشغول شود و از دسترنج خود سودی ببرد. شاید به همین دلیل است که محقق خراسانی در کفایه آورده است:

«فالظاهر ان الضرر هو ما يقابل النفع... تقابل العدم و الملكة.» (۲)

یعنی ظاهراً کلمه ضرر و نفع دو لفظ متقابل هستند و تقابل میان آن دو تقابل ملکه و عدم ملکه می‌باشد.

با بیان فوق روشن می‌شود که منع از تحصیل درآمد به بیان دیگر عدم النفع در مال یا انسانی که شأنش نفع باشد عرفاً از مصادیق ضرر است، پس چرا باید بلاجبران باقی بماند؟ آیا با قاعده لا ضرر یا قاعده دیگری می‌توان حکم به وجوب تدارک و جبران آن کرد یا خیر؟

### بخش اول. مفاد ترکیبی قاعده لا ضرر

پاسخ به قسمت اول این سوال اقتضاء دارد که ببینیم مفاد ترکیبی حدیث شریف لا ضرر و لا ضرار چیست؟

**الف.** می‌دانیم اگر حرف «لا» بر اسم نکره داخل شود حقیقت و ماهیتی را حقیقتاً نفی می‌کند. در این حدیث «لا» برای نفی است چون بر کلمه «ضرر» که اسم نکره است وارد شده، پس معنای حقیقی آن این است که گفته شود ماهیت و حقیقتی به نام ضرر وجود ندارد. اما اراده این معنای حقیقی ممکن نیست، زیرا در عالم خارج ضرر حقیقتاً وجود دارد پس نمی‌توان گفت حقیقت ضرر واقعاً و حقیقتاً نفی شده است. لذا باید ببینیم نزدیک‌ترین معنای مجازی به این معنای حقیقی کدام است. چهار قول در اینجا وجود دارد که به شرح زیر خواهد آمد.

## ۱. اراده نهی از نفی

طبق این قول باید «لا» را حمل بر لای ناهیه کنیم و می‌دانیم که هیأت نهی ظهور در تحریم دارد یعنی صیغه نهی دلالت بر طلب ترک فعل می‌کند. طبق این معنا شارع از مردم خواسته است از ارتکاب فعلی که موجب تضرر دیگران می‌شود خودداری کنند، مثل این آیه شریفه «الارفت ولاجدال و لافسوق فی الحج». در این آیه حقیقت آمیزش جنسی و مشاجره و فجور در مراسم حج حقیقتاً نفی نشده، پس باید بگوییم از لای نافی نهی اراده شده و شارع از حاجی خواسته است که این افعال را به هنگام حج ترک کند.

## ۲. نفی صفت

به موجب این قول ضرر بلاجبران نفی شده، به این معنا که شارع دستور می‌دهد ضرر جبران و تدارک شود و پس از تدارک گویی که ضرری وجود نداشته است.

## ۳. نفی حکم (نفی سبب با زبان نفی مسبب)

شیخ انصاری در رسائل و ملحقات مکاسب این معنا را اختیار کرده است. به عقیده شیخ هر چند به ظاهر ضرر (مسبب) نفی شده، اما در واقع سبب آن یعنی حکم ضرری نفی شده است. گویی که شارع حکمی را خواه حکم وضعی و یا حکم تکلیفی جعل نکرده است که موجب تضرر مکلفین و بندگان خدا بشود.

## ۴. نفی حقیقت ضرر ادعائاً (نفی حکم با زبان نفی موضوع)

محقق خراسانی عقیده دارد از آنجا که می‌توان لای نافی را ادعائاً بر نفی حقیقت حمل کرد لذا باید بپذیریم که مراد از نفی، نفی حقیقت است ادعائاً. به عنوان مثال در حدیث آمده است: «لاصلوة لجار المسجد الا فی المسجد». یعنی برای کسی که همسایه مسجد است نمازی نیست مگر در مسجد.

پس اگر همسایه مسجد نمازش را در خانه بخواند، می‌توان ادعا کرد که نماز نخوانده زیرا این نماز از حیث آثار و فضیلت به قدری کم‌اهمیت است که گویی نماز نخوانده

حال اگر موضوعی مثل بیع متضمن ضرر باشد مثل این است که بیع محقق نشده و به دنبال آن لزوم عقد که حکم وضعی است از بین خواهد رفت، پس حکم نفی می شود اما به لسان نفی موضوع.

### ب. محاکمه اقوال

اگر معنای دوم را بپذیریم می توان به موجب قاعده لاضرر حکم به وجوب تدارک ضرر کنیم. عدم النفع نیز ضرر است لذا نباید بلاجبران باقی بماند. و اگر هم معنای اول را بپذیریم یعنی بگوییم مفاد لاضرر فقط تحریم فعل ضرری است

باز می توان گفت بین حرمت فعل ضرری و وجوب تدارک ضرر، ملازمه وجود دارد. زیرا عقلاً و عرفاً بین تحریم فعل ضرری و وجوب جبران ضرر ملازمه وجود دارد پس طبق این قول نیز می توان گفت منع از تحصیل نفع اگر شأن مال یا انسان نفع باشد ضرر است و باید تدارک شود

و اگر معنای سوم یا چهارم را اختیار کنیم در این صورت سیاق قاعده لاضرر امتنان و منت بر امت اسلامی است، یعنی بنای شریعت بر تسهیل و رفاه حال مردم است این امتنان اقتضاء می کند که قاعده مزبور فقط شامل احکام وجودی شود. مثلاً حکم عقد بیع لزوم است، اگر لزوم عقد بیع، به واسطه غبن و مانند آن منشأ ضرر باشد با قاعده لاضرر لزوم را نفی و خیار غبن را اثبات می کنیم نه آنکه قاعده شامل احکام عدمی هم بشود. فرض کنیم کسی به ناحق شخصی را حبس کرده و مانع کسب و کار او شود، بدیهی است از عدم حکم به ضمان حابس، محبوس متضرر می شود ولی چون مفاد قاعده لاضرر نفی می باشد نه جعل، لذا نمی توان حکم به ضمان را جعل و اثبات کرد. ناگفته نماند که شیخ انصاری احتمال داده که این قاعده شامل عدمیات نیز بشود. عبارت شیخ چنین است: ان المنفی لیس خصوص المجعولات بل مطلق مایتدین به و یعامل علیه فی شریعة الاسلام وجودیاً کان او عدمیاً فکما انه یجب فی حکمة الشارع نفی الاحکام الضرریة، كذلك یجب جعل الاحکام التي یلزم من عدمها الضرر مع ان الحكم العدمی یستلزم احکاماً

و جواز دفعه عندالتعرض له فتأمل هذا مضافاً الى الاستفادة ذلك من مورد رواية سمرة بن جندب انه صلى الله عليه و آله سلطه على قلع نخل سمرة معللاً بنفي الضرر حيث ان عدم تسلطه عليه ضرر الخ. (۳)

یعنی فقط احکام وجودی ضرری نفی نشده، بلکه هر آنچه که در شرع مقدس اسلام بدان ملتزم می‌شوند و بر طبق آن رفتار می‌کنند چنانچه ضرری باشد خواه امر وجودی باشد یا عدمی، با قاعده لا ضرر نفی می‌شود. پس همان‌گونه که منت بر امت اقتضاء می‌کند احکام وجودی ضرری را نفی کند، همین‌طور هم منت اقتضاء می‌کند احکامی را که از عدم آنها ضرر متوجه بندگان می‌شود جعل و وضع کند، مضافاً اینکه حکم عدمی مستلزم حکم وجودی است. بنابراین اگر قرار باشد که منافع کسی که به واسطه منع از کسب و کار فوت شده مضمون نباشد لازم می‌آید که مطالبه اجرت و تقاص از مال حبس‌کننده و تعرض نسبت به او حرام باشد و چنانچه اجرت را مطالبه کند می‌توان تقاضا و تعرض او را دفع کرد.

مضافاً اینکه می‌توان این حکم را از مورد روایت سمرة بن جندب استفاده کرد، چرا که پیامبر (ص)، انصاری را مسلط بر کندن درخت خرماي سمرة کرد به این علت که اگر انصاری مسلط بر قلع درخت نباشد متضرر خواهد شد. همان‌گونه که تسلط سمرة بر درخت خود و سرکشی کردن به درخت بدون اذن انصاری موجب تضرر انصاری می‌شد. خلاصه کلام شیخ این است که از عدم ضمان، حرمت مطالبه اجرت منافع فوت شده و حرمت تقاص لازم می‌آید و حرمت که حکم وجودی است، سبب ضرر خواهد بود. پس به کمک قاعده لا ضرر می‌توان حرمت مطالبه و حرمت تقاص را از میان برداشت.

اما به نظر اینجانب معنای اول مناسب‌ترین معنای مجازی است، زیرا حدیث لا ضرر را باید با توجه به آیات و روایات معنا کرد. به موجب آیات و روایات به خوبی استفاده می‌شود که شارع از مردم خواسته است مرتکب کاری نشوند که موجب تضرر دیگران شود، مثل این آیات: «لا تضار الوالدة بولدها...» (۴) و «لا يضار كاتب ولا شهيد» و «لا تمسكوهن ضرراً» (۵) و غیر این آیات که خداوند از والدین طفل می‌خواهد که به بهانه فرزند به یکدیگر ضرر نرسانند یا به فرزند ضرر نرسانند و نیز از نویسنده دین و

طرفین املاء نکرده‌اند و شاهد نباید شهادت به ناحق بدهد و یا طرفین معامله حق ندارند به نویسنده و شاهد ضرر برسانند و نیز خداوند از زوج خواسته است که از روی عناد و به منظور ضرر زدن زوجه را نگه ندارد، پس شارع مردم را از ارتکاب فعل ضرری منع می‌کند. و در مسئله تغییر مسیر آب که منجر به تعطیل شدن آسیاب می‌شود امام می‌فرماید:.... و لایضر اخاه المؤمن. (۶)

و ای بسا از خود روایت «لاضرر» هم بتوان این معنا را اثبات کرد، زیرا پیامبر «ص» به سمره فرمود: ما اراک الا رجلاً مضاراً. (۷) یعنی به نظر من تو آدمی هستی که اصرار بر ارتکاب فعل ضرری داری و یا فرمود: انک رجل مضار و لاضرر و لاضرار علی مومن. پس چون ورود به منزل انصاری بدون اذن او فعل ضرری بود، پیامبر، سمره را نهی کرد و از او خواست که اذن بگیرد و قید «علی مؤمن» بعد از عبارت لاضرر و لاضرار چنانکه در روایت ابن مسکان آمده مؤید همین معنا است و اینکه شیخ انصاری در مکاسب فرموده است قید «فی الاسلام» بعد از عبارت لاضرر و لاضرار مؤید معنای سوم یعنی نفی حکم ضرری است، می‌گوییم:

اولاً: معلوم نیست که ابن اثیر در نهاییه خود این قید را از کجا آورده؛ شیخ الشریعة می‌گوید: «من تمام کتب اهل سنت را گشتم و به این قید برخورد نکردم»،

ثانیاً: هر چند قید «فی الاسلام» در روایتی که شیخ صدوق در کتاب من لایحضره الفقیه نقل کرده وجود دارد لیکن این روایت مرسل است و ارسال موجب ضعف حدیث می‌شود،

ثالثاً: وجود قید «فی الاسلام» ضرری به استدلال ما نمی‌رساند زیرا معنایش این خواهد بود که در شریعت اسلام هیچ‌کس حق ندارد مرتکب فعلی شود که موجب تضرر دیگران بشود، خواه فاعل ضرر شارع باشد یا مکلفین. بنابراین تردیدی باقی نمی‌ماند که مفاد لاضرر نهی از ارتکاب فعل ضرری است.

تنها ممکن است اشکال شود که در این صورت شارع فعل مکلف را از ضرری نهی می‌کند و این نهی مستلزم وجوب جبران ضرر نیست ولی به نظر می‌رسد که بین نهی و لزوم تدارک شرعاً ملازمه وجود دارد، مثلاً خداوند به موجب آیه شریفه «لا تاکلوا



قمار، کلاهبرداری و اختلاس و غضب از مصادیق اسباب باطل است که خداوند از آنها نهی فرموده و بدیهی است غاصب و هر کس که به منزله غاصب است ضامن عین و منافع عینی است که قبض کرده و یا می بینیم پیامبر (ص) از بیع غرری نهی کرده (نهی النبی صلی الیه علیه و آله عن بیع الغرر) و غرر مفسد معامله است و کسی که به عقد فاسد مبیع را قبض کرده ضامن اصل مال و منافع آن می باشد و یا می بینیم خداوند از قتل نهی کرده و فرموده است لا تقتلوا النفس... پس کسی که مرتکب قتل شده ضامن است و غیر آن.

شاید منظور صاحب ریاض نیز همین است آنجا که می گوید: «العموم لاضرر و لاضرار فی الدین بناثاً علی صدق الاضرار بمنع المانع فی هذه الصورة عرفاً، فیتوجه ضمانه حیثاً جداً و من هنا یتوجه الحکم بضمان نقص القيمة السوقية للمتاع اذا حصل بمنع المالك عن بیعه و لو مع بقاء العین و صفاتها.» (۸)

یعنی اگر کسی مالک را از حفظ مال خود منع کند و مال تلف شود، و بر این منع عرفاً عنوان اضرار صدق کند جداً در این صورت ضمان متوجه مانع می شود و به همین خاطر است که اگر کسی مالک را از فروش مالش باز دارد و سپس قیمت کالا در بازار تنزل کند ضمان متوجه مانع خواهد شد، هر چند عین مال و صفات آن باقی بماند. به دلیل عموم حدیث شریف لاضرر و لاضرار در دین مبین اسلام.

خلاصه اینکه اگر عدم النفع به جمیع اقسامش از مصادیق ضرر باشد که صحیح همین است می توان به استناد قاعده لاضرر حکم به وجوب تدارک آن کنیم، خواه مراد از لاضرر نهی از فعل ضرری باشد و خواه مراد نفی صفت باشد و یا نفی حکم و الله العالم. اما اگر عدم النفع را مراد با ضرر ندانیم و یا اگر دانستیم با تمسک به عموم لاضرر نتوانیم حکم به تدارک آن کنیم، در این صورت تکلیف چیست؟  
بخش دوم مقاله را به این بحث اختصاص می دهیم.

## بخش دوم. آیا عدم النفع مضمون است؟

گفتیم گاهی عدم النفع ناشی از اثبات ید عدوانی بر مال و یا حبس انسان کاسب و صنعتگر می باشد. و گاهی هم عدم النفع ناشی از ممانعت است، مثلاً نگذارد مالک از

را از فروش مالش باز دارد و قیمت در بازار تنزل کند و یا نگذارد که در مغازه خود حاضر شود بی آنکه او را به ناحق حبس کند. در این قبیل موارد، آیا کسی که مانع کسب و کار شده ضامن منافع فوت شده کاسب می باشد؟ حکم مسائل فوق را ذیلاً مطالعه می کنیم.

### ۱. فوات منفعت در اموال

گفتیم فوات منفعت گاهی به خاطر غضب است و گاهی به خاطر منع از تحصیل نفع.

#### ۱-۱. فوات منفعت به جهت وضع ید

منظور از فوات منفعت این است که منفعت بدون استیفاء از بین برود. مثل مثالهایی که در بالا گفتیم.

مشهور فقها و قانون مدنی قائل به ضمان منافع غیرمستوفات شده اند زیرا منفعت را مال تلقی می کنند و آن را تابع عین می دانند، پس هرکس به ناحق عین را قبض کند به تبع آن نیز منفعت را قبض کرده و هر دلیلی که دلالت بر ضمان عین کند همان دلیل هم دلالت بر ضمان منفعت می کند. مع هذا بعضی از فقها مثل شیخ انصاری، شمول ادله ای که دلالت بر ضمان عین می کند نسبت به منافع را مورد اشکال قرار داده و می گوید: در حدیث «شریف علی الید ما اخذت حتی تودیة»، صله موصول شامل منافع نمی شود، یعنی کلمه «ما» که موصول است کنایه از عین است نه منفعت، پس منفعت در صله آن مندرج نخواهد شد. به بیان دیگر با اخذ عین اخذ منفعت صدق نمی کند تا آخذ ملزم به تأدیه بدل آن باشد.

و احترام مال مسلمان فقط مستلزم حرمت تصرف در عین مال و اتلاف آن بلاعوض می باشد. پس اگر منفعت بدون استیفاء فوت شود اتلاف صدق نمی کند تا پرداخت عوض آن لازم باشد. و بالاخره شیخ انصاری می گوید: «التوقف اقرب الی الانصاف».

ناگفته نماند که شیخ انصاری از فخرالمحققین نقل می کند که ایشان حکم به عدم ضمان منافع غیرمستوفات کرده که به نظر نمی رسد این نسبت درست باشد، زیرا اینجانب به ایضاح رجوع کردم و به این قول برخورد نکردم. آری به عقیده ایشان منافع حر در صورت تفویت مضمون است نه در صورت فوات و منظورش از تفویت، استیفاء

مثل اینکه انسانی را حبس کند بی آنکه از او کار بکشد. حتی اگر انسانی را برای انجام کاری اجیر کند و سپس او را حبس کند تا مدت اجاره به پایان برسد، بی آنکه از عمل او استفاده کند در این صورت نیز ضامن نیست، زیرا کسی مالک عین انسان و منافع او نمی‌شود و فقط ممکن است مالک مافی‌الذمه او شود. پس منافع انسان آزاد قابل وضع ید نیست تا غاصب ضامن اصل و منفعت او باشد. (۹)

با توجه به استدلال فوق نمی‌توان حکم فرزند علامه را به اموال نیز تسری داد و بگوییم فخرالمحققین در اموال هم به عدم ضمان منافع غیرمستوفات عقیده دارد، زیرا اعیان دیگر تحت ید داخل می‌شوند و به تبع اصل منفعت هم تحت ید داخل می‌شود. به هر حال از آنجا که قریب به اتفاق فقهای امامیه و قانون مدنی قائل به ضمان منافع غیرمستوفات به تبع ضمان عین می‌باشند، به همین مقدار اکتفا می‌کنیم و برای تکمیل فایده ماده ۳۲۰ و ۲۶۱ قانون مدنی را ذکر می‌کنیم:

ماده ۲۶۱: «در صورتی که مبیع فضولی به تصرف مشتری داده شود، هرگاه مالک معامله را اجازه نکرد، مشتری نسبت به اصل مال و منافع مدتی که در تصرف او بوده ضامن است اگرچه منافع را استیفاء نکرده باشد...»

ماده ۳۲۰: «نسبت به منافع مال مغضوب هر یک از خاصین به اندازه منافع زمان تصرف خود و مابعد خود ضامن است، اگرچه استیفاء منفعت نکرده باشد...»

## ۱-۲. فوات منفعت به جهت منع از تحصیل نفع

چنانچه منع از تحصیل نفع به واسطه اثبات ید نباشد، مثل اینکه نگذارد از اتومبیل یا خانه خود استفاده کند، در این صورت مشهور فقها و قانون مدنی عقیده دارند که عدم نفع قابل مطالبه و مضمون نیست. در ماده ۳۰۹ قانون مدنی آمده است:

«هرگاه شخصی مالک را از تصرف در مال خود مانع شود بدون آنکه خود

تسلط بر آن مال پیدا کند غاصب محسوب نمی‌شود لیکن در صورت اتلاف

یا تسبیب ضامن خواهد بود.»

بنابراین وقتی چنین شخصی غاصب محسوب نشود موجب ضمان هم محقق

مثل اتلاف یا تسبیب تحقق یابد.

ممکن است تصور شود در صورت منع از تحصیل نفع هر چند اتلاف بالمباشره محقق نشده، اما شخص بازدارنده با منع از تحصیل نفع سبب، تلف منفعت شده پس از باب تسبیب ضامن است. اما این تصور، تصور درستی نیست، زیرا قاعده تسبیب قاعده‌ای اصطیادی است یعنی مضمون و مفاد ادله دیگری است. پس باید به قدر متیقن آن اکتفا کرد و آن جایی است که اصل مال یعنی عین تلف شود و تلف مستند به تقصیر و تفریط صاحب سبب باشد یا شارع و قانون‌گذار تعبداً حکم به ضمان صاحب سبب کرده باشد، مثل مورد مذکور در ماده ۳۴۳ قانون مجازات اسلامی که مقرر می‌دارد اگر کسی سنگ یا چوبی را که سیل یا مانند آن با خود به همراه آورده است بردارد و سر جای خودش یا جای دیگری قرار دهد که مثل جای اول باشد یا جای بدتر از آن، ضامن تلف مال یا نفس می‌باشد. پس اگر صاحب سبب ضامن اصل مال نباشد به تبع آن بلکه به طریق اولی ضامن منفعت فوت شده هم نخواهد بود.

از عبارت محقق اردبیلی بر می‌آید که ایشان در این مسئله تأمل دارد، زیرا بعد از آنکه حکم به عدم ضمان می‌کند، می‌گوید: «فیه تأمل» و سپس امر به تأمل می‌کند. شاید بی‌فایده نباشد که عین عبارت او را در شرح ارشاد نقل کنیم:

«نعم منعه اثر فی عدم وصول حق الیه و صار سبباً له و لکن ما ثبت انّ

کل من یمنع احداً من وصول حق الیه و ان لم یتلف بفعله شیء آتاه ضامن و

فیه تأمل فتأمل» (۱۰)

یعنی آری، باز داشتن مالک از فروش مالش و تلف مال بعد از آن، در عدم وصول حق به او مؤثر بوده و سبب عدم وصول حق شده اما این مطلب ثابت نشده که هر کس که مانع وصول حق کسی شود هر چند تلف مستند به فعل او نباشد ضامن است مع‌هذا در این حکم جای تأمل است پس تأمل کن.

شاید وجه تأمل این باشد که مقتضای آیه اعتداء به مثل ضمان است ولی خود این هم قابل تأمل است، زیرا بعید است بتوان با تمسک به آیه شریفه اعتداء به مثل حکم به ضمان عدم وصول نفع کرد و شاید هم وجه تأمل اشاره به قاعده لاضرر باشد که ضرر را

عنوان ضرر بر عدم النفع صدق کند توجه ضمان بر مانع قوی و جدی می باشد. (۱۱)

## ۲. فوت منفعت در انسان

مشهور فقها حبس و بازداشت غیرقانونی انسان آزاد را بی آنکه از عمل و خدمت او استفاده کند و به اصطلاح از او بیگاری بکشد موجب ضمان منافع او نمی دانند و به طریق اولی اگر او را از اشتغال به شغل خود منع کند بی آنکه او را حبس و زندانی کند ضامن منافع او نخواهد بود، زیرا به عقیده مشهور فقها بدن انسان مال نیست تا اثبات ید بر آن موجب ضمان شود و به تبع اصل، منافع و عمل او نیز تحت ید داخل نمی شود یعنی نمی تواند با استیلا بر انسان او را بفروشد یا هبه کند و تصرفاتی از این قبیل، پس نمی تواند عمل و خدمت او را هم بفروشد یا اجاره دهد و غیر آن.

اما این نظر قابل انتقاد است، زیرا عَقْلًا خود را مستحق اجرت ایامی می دانند که به ناحق در حبس به سر می برده و یا بی آنکه حبس شوند به ناحق از اشتغال به شغل خود محروم شده اند؛ پس حکم به پرداخت اجرت این ایام، یعنی حکم به ضمان عدم النفع موجب تأسیس فقه جدیدی نخواهد بود، چه این حکم با منطق و عقل سازگار است. عقلی که مبتنی بر فطرت سلیم و صحیح است و موهبتی است الهی و شارع حکم به تبعیت از آن کرده است.

برای تأیید این مطلب کافی است که عبارت چند تن از فقهای بزرگ را نقل کنیم.

۲-۱. محقق اردبیلی هر چند ادعای عدم خلاف بین فقهای امامیه در عدم ضمان منافع غیرمستوفات می کند با این همه خود طالبه اجرت منافع فوت شده در انسان آزاد را موجه می داند و برای توجیه آن به قاعده اعتداء به مثل تمسک می کند و می گوید مطالبه و اخذ اجرت برای دفع مفاسد و دفع ضرر عظیم است، زیرا ممکن است خودش و افراد واجب النفق از گرسنگی بمیرند مضافاً که حبس کننده ظالم و تجاوزگر است و اگر مطالبه اجرت از او موجه نباشد دست او در ارتکاب ظلم و ستم باز گذاشته می شود.

عبارت محقق اردبیلی چنین است:

«لعله ليس لهم فيه خلاف وان كان لاخذ الاجرة مع منع الصانع الذي لولم

العظیم فانه قد يموت هو و عياله من الجوع و لا يكون عليه في ذلك مانع مع

كونه ظالماً و عادياً و وجود ما يدل على جواز الاعتداء بما اعتدى...» (۱۲)

۲-۲. مرحوم آیه‌الله خوئی برای جواز مطالبه اجرت به سیره قطعیه عقلا تمسک

می‌کند:

«نعم اذا كان الحر كسوباً وله عمل خاص يشتغل به كل يوم كالبنایة و التجارة

و الخياطه و غيرها فان منعه عن ذلك موجب للضمان للسيرة القطعية

المقلائية.» (۱۳)

چنانکه می‌بینیم ایشان منع و محروم کردن انسان کاسب و پیشه‌ور را از اشتغال به شغل خود به دلیل سیره عقلا موجب ضمان می‌داند، خواه او را حبس کرده باشد یا بی‌آنکه حبس کند از اشتغال به شغل خود باز دارد. و در این حکم نباید فرقی بین انسان و مال قائل شد، زیرا وقتی عدم‌النفع در انسان که مال محسوب نمی‌شود مضمون است به طریق اولی در مال باید حکم به ضمان عدم‌النفع کنیم.

۲-۳. مرحوم آیه‌الله میرزا حسن بجنوردی نیز با تمسک به قاعده تفویت حکم به ضمان منافع انسان آزاد می‌کند، هر چند بدون استیفاء فوت شود و هر چند علت فوت منفعت منع او از اشتغال به شغل باشد. بی‌آنکه او را حبس کند؛ و مدرک قاعده تفویت را هر چند فرض کنیم آیه شریفه اعتداء به مثل و آیه شریفه جزاء سیئة، مثلها و آنچه که دلالت بر جواز تقاص می‌کند نباشد، بناء عقلا است و شارع در ابواب ضمان نوعاً و غالباً طرق عرفی و بناء عقلا را امضاء کرده، پس عدم ردع از ناحیه شارع مدرک این قاعده است. به هر حال مناسب است قسمتی از عبارت ایشان را نقل کنیم.

«ولاشك في ان العرف و العقلا يرون من حبس شخصاً حراً و منعه عن

الاشتغال باشغاله... ضامناً و يحكمون بتفريمه و اخذ ما خسره المحبوس

عنه و هذا دليل قطعي على ان تفويت المنافع على شخص موجب للضمان و

ان كانت تلك المنافع غير المستوفات و حيث ان الشارع لم يردع عن هذه

الطريقة العقلائية لعدم الردع دليل على امضاها.» (۱۴)

## خاتمه و نتیجه

از آنچه که گفته شد، معلوم گردید که حکم به ضمان عدم النفع موافق با سیره و بناء قطعیه عقلا است و اگر ادعا کنیم شارع نیز در باب ضمان با عقلا متحد المسلک است سخن گزارفی نگفته ایم و اگر شارع با عقلا متحد المسلک باشد عدم ردع حاکی از موافقت شارع با سیره و بناء عقلا است بلکه می توان ادعا کرد که شارع بناء عقلا را در باب ضمان امضاء کرده است.

جای تعجب است که صاحب جواهر برای توجیه عدم ضمان در صورت حبس کاسب و پیشه‌ور می‌گوید: «فقه‌ای عامه که قائل به قیاس و استحسان هستند قائل به ضمان منافع نیستند، چگونه ما که فقهمان مبتنی بر قواعد و اصول است قائل بشویم.» (۱۵)

و حال آنکه گفتیم حکم به ضمان به دلیل سیره عقلا است، که این سیره و عادت ملهم از عقل فطری صحیح است و شارع آن را حجت باطنی قرار داده است، مضافاً اینکه فقهای حنفی اعتقادی به ضمان منافع ه رچند استیفاء شده باشد ندارند، چه به عقیده آنها کسی که ضامن عین باشد منافع متعلق به اوست هر چند منشأ ضمان، غضب باشد. چنانکه در حدیث ابی ولاد می‌خوانیم در این حدیث شریف آمده است و آن این است که ابی ولاد استری کرایه کرد تا به پل ابی هییره نزدیک کوفه برود و طلبش را وصول کند. وقتی به پل رسید باخبر می‌شود که مدیون به نیل رفته، به نیل رمت باخبر شد که مدیون به بغداد رفته است، به بغداد رفت و طلب خود را وصول کرد و به کوفه باز می‌گشت. بین او و مالک حیوان اختلاف افتاد مالک عذر ابی ولاد را نپذیرفت و توافق کردند که برای فصل خصومت نزد ابی حنیفه بروند. ابوحنیفه پس از شنیدن ماجرا به استناد روایتی از پیامبر که فرمود «الخراج بالضمنان» حکم به سقوط کرایه و بی حقی صاحب حیوان کرد، چون ابی ولاد را با تخلف از توافق غاصب قلمداد کرد و غاصب طبق این حدیث فقط ضامن عین است نه منفعت. (۱۶) تا اینکه ابی ولاد در همان سال به حج می‌رود و قضاوت ابوحنیفه را برای امام صادق (ع) نقل می‌کند. امام (ع) از این قضاوت برآشفته می‌شود و به ابی ولاد دستور می‌دهد که مجدداً رضایت صاحب حیوان را تحصیل کند. منظورم از

وقتی آنها یعنی فقهای حنفی منافع مال را هر چند استیفاء شده باشد مضمون نمی‌دانند، مقتضای قیاس آن است که عدم‌النفع را هم مضمون ندانند، ثالثاً: فقهای حنبلی و شافعی هم که منافع مستوفات را مضمون بر غاصب می‌دانند منافع غیرمستوفات اموال را مضمون نمی‌دانند و حال آنکه فقهای امامیه در اموال، منافع غیرمستوفات را مضمون می‌دانند، رابعاً: آن دسته از فقهای عامه که قائل به عدم ضمان منافع هستند به قیاس متوسل شده‌اند که به هیچ وجه منطقی نیست، زیرا استیفاء منفعت از مال مغضوب را با زنا با زنی که راضی به زنا بوده قیاس کرده‌اند. (۱۷) خامساً: فقهای حنفی و شافعی که قائل به عدم ضمان منافع انسان در صورت حبس او شده‌اند او را به برده قیاس کرده‌اند و گفته‌اند اگر کسی برده را غصب کند و یا او را از اشتغال منع کند و بدون استیفاء منافع او فوت شود ضامن نیست، پس نسبت به انسان آزاد به طریق اولی باید قائل به عدم ضمان بشویم. (۱۸)

منظورم این است که فقهای عامه با قیاس قائل به عدم ضمان منافع غیرمستوفات انسان آزاد شده‌اند و بدیهی است رشد در خلاف آن است، خصوصاً که ما طبق قواعد و اصول فقهی خود حکم به ضمان عدم‌النفع می‌کنیم.

### یادداشت‌ها:

۱. ر.ش. المنجد واژه «ضرر».
۲. کفایة‌الاصول به خط ظاهر خوشنویس، ج ۲، ص ۲۶۶.
۳. مکاسب، چاپ تبریز، ص ۳۷۳.
۴. سوره بقره، آیه ۲۳۳.
۵. همان، آیه ۲۸۲.
۶. وسائل، ج ۱۷، کتاب احیاء الموات، باب ۱۵، حدیث ۱، ص ۳۴۲.
۷. همان، باب ۱۲، حدیث ۱.
۸. ریاض المسائل، سیدعلی طباطبائی، ج ۲، ص ۳۰۱، چاپ افست، ناشر مؤسسه آل‌البیت.
۹. ایضاح، ج ۲، ص ۱۶۸.
۱۰. شرح ارشاد، ج ۱۰، ص ۵۰۱، ناشر جامعه مدرسین.
۱۱. ص ۱۶ همین مقاله.



۱۳. محمدعلی توحیدی، تقریرات آیه‌الله خوئی، ج ۱، ص ۳۶ ناشر لطفی.
۱۴. قواعد فقهیه، ج ۴، ص ۱۷۸ ناشر دار الکتب العلمیه (قاعده عدم شرطیه البلوغ).
۱۵. جواهر، ج ۳۷، ص ۴۰ و ۴۱، ناشر آخوندی.
۱۶. شیخ طوسی نیز این حدیث را به نحو مرسل از پیامبر در کتاب مبسوط، ج ۲، ص ۱۲۶ نقل می‌کند و می‌گوید: خراج به معنای غله و نماء است و معنای حدیث این است خراج متعلق به کسی است که تلف عین از کیسه اوست. ناگفته نماند که شیخ طوسی فقط در عقود معاوضی صحیح به این حدیث عمل می‌کند، مثلاً اگر مبیع حیوان باشد چون تا سه روز ضمان آن متوجه بایع است، پس نماء حیوان هم تا سه روز مال اوست.
۱۷. المغنی، ج ۴، ص ۴۳۵.
۱۸. همان و نیز رجوع شود به تذکره علامه حلی، چاپ افست، ج ۲، ص ۳۸۲.