

## بررسی قابلیت جبران پذیری عدم‌النفع در فقه امامیه

محمد روشن\*

علی‌اکبر جعفری\*\*

مجتبی جهان‌تیغی\*\*\*

### چکیده

در بخش اخیر ماده ۷۲۸ ق.آ.د.م. پیشین آمده بود: «... ضرر ممکن است به واسطه از بین رفتن مالی باشد یا به واسطه فوت شدن منفعتی که از انجام تعهد حاصل می‌شده است.» این حکم، به همه گفت‌وگوها درباره امکان مطالبه «منافع فوت‌شده» پایان می‌بخشید و به طلبکار حق می‌داد که زیان ناشی از محروم ماندن خود از منافع مسلم را، در کنار تلف اموال و فزونی بدهی‌های خود، از متخلف بگیرد. پس از پیروزی انقلاب اسلامی و تصویب قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در سال ۱۳۵۸، طبق اصل چهارم مقرر شد که «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید بر اساس موازین اسلامی باشد» و این اصل بر لزوم اسلامی بودن کلیه قوانین و مقررات تأکید نمود. مقنن با گذشت سال‌ها پس از انقلاب در تبصره ۲ ماده ۵۱۵ ق.آ.د.م. ۱۳۷۹ که علی‌القاعده طبق اصل چهارم ق.ا. می‌بایست مبتنی بر فقه اسلامی باشد، مقرر نمود: «خسارت ناشی از عدم‌النفع قابل مطالبه نیست...» و بدین وسیله اختلاف‌نظرهای شدیدی را میان صاحبان فن ایجاد نمود. در این مقاله درصدد بیان این مطلب هستیم که در فقه اسلامی تمامی ادله ناظر بر جبران‌ناپذیری خسارت ناشی از عدم‌النفع قابل رد است و بالعکس؛ بر خلاف این ادله دلیل وجود دارد و لذا استنباط مقنن از منابع فقهی در وضع این قاعده پس از انقلاب بر طریق صواب نبوده است. بنابراین، نه تنها تبصره ۲ ماده ۵۱۵ ق.آ.د.م. ۱۳۷۹ از منظر

M-roshan@sbu.ac.ir

\* عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

Aliakbar.89.jafari@gmail.com

\*\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه علوم قضایی (نویسنده مسئول)

Jahantighi.mojtaba@gmail.com

\*\*\* دانشجوی دکتری فقه و حقوق خصوصی دانشگاه خوارزمی

تاریخ پذیرش: ۹۵/۰۱/۲۴

تاریخ دریافت: ۹۴/۱۱/۰۵

---

این پژوهش خلاف قانون اساسی و به‌ویژه اصل چهارم است، بلکه با مبانی فقهی نیز سازگاری ندارد و لذا اصلاح آن ضروری است.

**کلیدواژه‌ها:** عدم‌النفع، لاضرر، اتلاف و تسبیب، ضمان ید و غصب.

## مقدمه

تعیین خسارات قابل جبران و گستره جبران‌پذیری این خسارات در فقه امامیه از اهمیت به‌سزایی برخوردار می‌باشد. در فقه امامیه، یکی از مهم‌ترین مباحث فقهی، مسأله موجبات ضمان است که منظور از آن التزام زیان‌زننده به جبران خسارت به واسطه یکی از موجبات ضمان، همچون اتلاف و تسبیب می‌باشد. روش تحقیق و بحث اکثر فقهای امامیه در این حوزه چنین است که آنها بدون اینکه بحث مستقلی را به مقوله تعیین خسارات قابل جبران اختصاص دهند و قاعده‌ای کلی در این باره بنا نهند، به مناسبت در بحث‌های مختلف فقهی متعرض خسارات قابل جبران شده و در هر مقام مباحثی را در خصوص قابل جبران بودن بعضی از خسارات و تمییز آن از خسارات غیر قابل جبران مطرح نموده‌اند. فی‌المثل، در بحث از قواعد اتلاف، ضمان ید، غصب و ... مباحثی توسط فقهای ارائه شده و آنها در این قسمت‌ها به بحث جبران خسارت پرداخته و طی آن حکم به جبران پاره‌ای از خسارات داده و در خصوص بعضی دیگر، ضمان را منتفی دانسته‌اند.<sup>۱</sup> در این میان عدم‌النفع، به عنوان یکی از اقسام خسارات که گاه نتیجه پیمان‌شکنی متعهد و گاه نتیجه فعل یا ترک فعل زیان‌آور شخص است، واجد آثار فراوانی در سرنوشت اقتصادی فرد می‌باشد. اما در عین حال، در خسارت بودن و قابلیت مطالبه آن اختلاف نظرهای فراوانی به چشم می‌خورد که ریشه این امر را باید در فقه جست‌وجو کرد. به عبارت روشن‌تر، بحث از خسارات ناشی از عدم‌النفع در فقه امامیه از پیشینه‌ای کهن برخوردار است؛ هر چند این مسأله در فقه امامیه در مبحث خاصی با این عنوان مطرح نشده، اما در ضمن مسائلی چون حبس انسان آزاد و فوت منفعت وی، ممانعت بایع از فروش مبیع خود و تنزیل قیمت سوقیه (بازاری) در اثر منع و ... پیرامون آن سخن گفته شده است. صرف نظر از شیوه تحقیق فقهای عظام، در این مقاله در پی آن هستیم که با بررسی آرای فقهای در خصوص مقوله قابلیت جبران خسارات ناشی از عدم‌النفع، جایگاه آن را در نظرات آنها بیابیم و به این نتیجه‌گیری برسیم که آیا در فقه امامیه خسارات ناشی از عدم‌النفع از سوی فقها به رسمیت شناخته شده است یا خیر؟ و آیا پذیرش جبران چنین خساراتی با موازین فقهی و شرعی مغایرت دارد یا خیر؟

### ۱. مفهوم عدم‌النفع

#### ۱-۱. تعریف عدم‌النفع

همان‌طور که اشاره شد، بحث اختصاصی در مورد عدم‌النفع در فقه کمتر مطرح شده و فقها بیشتر در ذیل بررسی برخی مصادیق به آن پرداخته‌اند. اما حقوق‌دانان عدم‌النفع را

۱. اصفهانی، محمدحسین، القواعد الفقهیه و الاجتهاد و التقليد (نهایه الدرايه)، چاپ اول، قم، کتابفروشی سیدالشهداء، ۱۳۷۴ ق، ص. ۷۴۵.

تعریف نموده‌اند. بعضی حرمان از منافی که به احتمال قریب به یقین، حسب جریان عادی امور، اوضاع و احوال خاص، امید وصول به آن معقول، مترقب و مقدور بوده باشد را عدم‌النفع دانسته‌اند.<sup>۱</sup> به نظر برخی دیگر از نویسندگان، «عدم‌النفع عبارت از این است که شخص از فایده‌ای که انتظار دارد محروم شود.»<sup>۲</sup> در تعریف دیگری آمده است: هنگامی از عدم‌النفع سخن به میان می‌آید که در نتیجه عمل زیان‌بار، دارایی شخص فزونی نیافته است، در حالی که اگر این واقعه رخ نمی‌داد، بر طبق روند عادی امور و تجربه جاری و آماری زندگی این افزایش انجام می‌پذیرفت.<sup>۳</sup> تعریف دیگر اینکه «عدم‌النفع یعنی نفع و منافی که پیش‌بینی شده است در آینده حاصل شود، ولی به علت نقض قرارداد (در مسئولیت قراردادی) یا فعل زیان‌بار (در مسئولیت مدنی)، این منافع تحقق نیافته است.»<sup>۴</sup> قدر مشترک تعاریف یادشده و ارائه تعریفی جامع از عدم‌النفع به این صورت خواهد بود که: «عدم‌النفع ممانعت از منفعت بالقوه قابل پیش‌بینی و مورد انتظار است که مقتضی آن حاصل شده و وجود آن از نظر عرف عقلاً قطعی و مسلم است.»

## ۲-۱. اقسام عدم‌النفع

عدم‌النفع به لحاظ متعلق آن بر دو قسم است: عدم‌النفع محقق‌الحصول و عدم‌النفع محتمل‌الحصول.<sup>۵</sup> عدم‌النفع محقق‌الحصول، منفعتی است که هرگاه فعل معین موجود نمی‌گشت محققاً آن منفعت به متضرر می‌رسید و فعل مزبور علت منحصر نرسیدن منفعت شده است. مثلاً هرگاه کسی، کارگری را بازداشت نماید و از کار روزانه باز دارد، مانع از رسیدن مزد او که منفعت محقق می‌باشد شده است.<sup>۶</sup> عدم‌النفع محتمل‌الحصول، منفعتی است که هرگاه فعل معین موجود نمی‌گشت احتمال داشت که آن عاید طرف گردد. در این قسم فاعل ضامن منفعت مزبور نخواهد بود، زیرا رابطه علی بین فعل و عدم پیدایش منفعت موجود نیست، و بر فرض هم که فعل ایجاد می‌گشت، احتمال داشت که منفعت حاصل نشود. برای مثال موزع روزنامه، روزنامه‌ای را که در آن اعلان مزایده ملکی درج شده است به

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد ۴، چاپ اول، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۶، ص. ۲۵۰۷.

۲. بهرامی احمدی، حمید، سوءاستفاده از حق، چاپ دوم، موسسه اطلاعات، ۱۳۷۰، ص. ۲۳۸.

۳. درودیان، حسنعلی، جزوه حقوق مدنی، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۷۰، ص. ۳۴.

۴. شیروی، عبدالحسین، «نقد و بررسی مقررات آیین دادرسی مدنی راجع به مطالبه خسارات قراردادی و تأخیر تأدیه»، مجله مجتمع آموزشی عالی قم، شماره ۹، ۱۳۸۰، ص. ۲۵.

۵. در حقوق ایران، به نظر می‌رسد که تفسیر معقول از تبصره ۲ ماده ۵۱۵ ق.آ.د.م آن است که بگوییم تبصره یاد شده ناظر به عدم‌النفع احتمالی است که قابل مطالبه نمی‌باشد؛ اما فوت منفعت مسلم، یعنی نفعی که بر حسب جریان عادی امور قابل حصول است، ضرر به شمار می‌آید و باید جبران گردد؛ صفایی، حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، جلد ۲، چاپ سیزدهم، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۱، ص. ۲۱۱.

۶. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، جلد ۱، تهران، انتشارات اسلامی، بی تا، ص. ۴۰۷.

مشترک آن روزنامه نمی‌رساند و او در مزایده شرکت نمی‌کند. مشترک پس از اطلاع، بر این امر اقامه دعوی علیه موّزع می‌نماید و خسارات وارده خود را از او می‌خواهد، بدین ترتیب که هرگاه روزنامه را موّزع به او می‌رسانید، او در مزایده که وزارت دارایی اعلان نموده بود شرکت می‌کرد و برنده شناخته می‌شد و از آن مبلغی استفاده می‌نمود و چون روزنامه را موّزع نرسانیده باید خسارت وارده را به مشترک بپردازد. مشترک حق خواستن آنچه را خسارت می‌پندارد نخواهد داشت، زیرا منفعت مزبور محتمل می‌باشد و ممکن بود مشترک در صورت پیشنهاد برنده مزایده نمی‌شد.<sup>۱</sup>

باید توجه داشت که از بین این دو قسم، تردیدها تنها پیرامون قسم اول است و قسم دوم قابل مطالبه نیست.

## ۲. ادله مثبتین جبران پذیری عدم‌النفع

در فقه امامیه بحث مستقلی درباره عدم‌النفع صورت پذیرفته است و فقها بیشتر در خلال بررسی برخی مصادیق آن، به ابراز نظر پرداخته‌اند. در راستای جبران‌پذیری عدم‌النفع، از سوی فقها ادله‌ای هر چند به صورت غیرمستقیم مطرح شده که در این قسمت آنها را بیان می‌نماییم.

### ۱-۲. بنای عقلا

مراجعه به زندگی خردمندان این نکته را مسلم می‌کند که عقلا هنگامی که شخصی دیگری را از تحصیل نفع مسلمی که مورد انتظار بوده است، محروم می‌کند، عامل زیان را مسئول جبران خسارت وارده می‌دانند. به عبارت روشن‌تر، بنای عقلا با استناد به سیره قطعیه عقلاییه ممانعت از تحصیل نفع مسلم را از موجبات ضمان دانسته و عدم ردع شارع بر این طریقه عقلاییه را دلیل بر امضای چنین سیره‌ای می‌دانند. آیت‌الله خوئی در این‌باره می‌فرماید: «آری انسان آزادی که دارای حرفه و عمل خاصی است که هر روزه بدان اشتغال دارد مانند بنایی، تجارت، خیاطی و...؛ اگر از کار خود منع شود برای مانع (عامل زیان) با استناد به سیره قطعیه عقلاییه ضمان ایجاد می‌شود.»<sup>۲</sup> همچنین، آیت‌الله بجنوردی نیز علاوه بر استناد به بنای عقلا در ضمان عامل زیان به حکم عرف نیز اشاره کرده و عدم ردع شارع بر سیره عقلاییه را مویدی بر کلام خود می‌آورند و تفویت منافع غیرمستوفات را از موجبات ضمان می‌شمارند.<sup>۳</sup>

۱. همان، ص. ۴۰۸.

۲. خوئی، سید ابو القاسم موسوی، مصباح الفقاهه (المکاسب)، جلد ۲، بی‌جا، بی‌تا، ص. ۳۶.

۳. موسوی بجنوردی، سیدحسین، القواعد الفقهیه، جلد ۴، چاپ اول، قم، نشر الهادی ۱۴۱۹ ق، ص. ۱۸۴.

## ۲-۲. جواز مقابله به مثل

برخی از فقها<sup>۱</sup> با استناد به آیاتی از قرآن کریم از قبیل «فمن اعتدى علیکم فاعتدوا علیه بمثل ما اعتدى علیکم» (بقره/۱۹۰) و «جزاء سیئه سیئه مثلها» (شورا/۳۸) قائل به جواز مقابله به مثل بوده و نهایتاً امکان مطالبه خسارت عدم‌النفع را مسلم دانسته‌اند؛ مثلاً هرگاه شخصی با حبس کردن دیگری موجب محروم شدن او از کار شود، این شخص نیز می‌تواند مثل آنچه را از دست داده یعنی معادل خسارت وارد شده بر او را از عامل آن مطالبه کند. همچنین محقق اردبیلی، هر چند ادعای عدم خلاف بین فقهای امامیه در عدم ضمان منافع غیرمستوفات می‌کند با این همه خود طلب اجرت منافع فوت شده در انسان آزاد را موجه می‌داند و برای توجیه آن به قاعده اعتداء به مثل تمسک می‌کند و می‌فرماید: «مطالبه و اخذ اجرت برای دفع مفسد و ضرر عظیم است، زیرا ممکن است زیان دیده و افراد واجب‌النفعه وی 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 می‌شود.»<sup>۲</sup>

## ۳. ادله مخالفان جبران‌پذیری عدم‌النفع

فقهای مخالف قابلیت جبران خسارت ناشی از عدم‌النفع، مقوله ضرر ناشی از عدم‌النفع را به عنوان یکی از موجبات ضمان به رسمیت نمی‌شناسند؛ به نحوی که نمی‌پذیرند که با تحقق ضرر ناشی از عدم‌النفع لزوماً ضمان نیز ایجاد شود. به عبارت روشن‌تر، ضرر ناشی از عدم‌النفع خارج از قلمرو موجبات ضمان همچون قاعده اتلاف، ضمان ید، غصب و ... بوده و طبق این‌گونه قواعد توجیه‌پذیر نیست تا بتواند اثبات ضمان برای عامل زیان کرده و متعاقب آن وی را ملزم به جبران چنین ضرری کند. آیت‌الله خوانساری در این رابطه می‌فرماید: «دانسته شد که از سوی هیچ فقیهی نفس ضرر به عنوان یکی از موجبات ضمان معرفی نشده است مگر آنکه ضرر در قالب اتلاف درآید تا قابل جبران دانسته شود.»<sup>۳</sup>

### ۳-۱. اتلاف و تسبیب

استناد به این قواعد منوط به این است که بر عدم‌النفع عنوان مال موجود صادق باشد؛ چه اینکه به موجب این دو قاعده از بین بردن مال موجود دیگری خواه به عنوان

۱. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین، رسائل فقهیه (للشیخ الأنصاری)، چاپ اول، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۴ ق، صص. ۱۱۹-۱۲۰.

۲. اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان، جلد ۱۰، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق، ص. ۵۱۳.

۳. نجفی خوانساری، موسی بن محمد، رساله فی قاعده نفي الضرر، چاپ اول، تهران، المكتبة المحمدية، ۱۳۷۳ ق، ص. ۲۰۶.

اتلاف و خواه به عنوان تسبیب موجب مسئولیت عامل زیان است. به عبارت دیگر، ضمان ناشی از اتلاف و تسبیب مربوط به مواردی است که مورد اتلاف یا تسبیب مال موجود باشد و منافع هر چند حتمی‌الحصول باشد، چون هنوز موجود نیست تا تلف بر آن صدق کند، از این رو ضمانی در این موضوع به وجود نمی‌آید، زیرا اتلاف یا تسبیب وقتی موجب ضمان است که مال موجود اعم از عین یا منفعت موجود از بین برده شود و اگر کسی مانع حصول منفعی گردد، چون این منافع به وجود نیامده است مشمول قاعده اتلاف یا تسبیب نمی‌گردد. صاحب عناوین در این رابطه می‌فرماید: «اگر شخصی مانع از این بشود که دیگری زمینش را احیا و بازسازی کند، در اثر منع مانع ضرری به مال محقق نخواهد شد، زیرا که در این فرض مال موجودی وجود ندارد تا اینکه بر آن نقص وارد شود.»<sup>۱</sup> وانگهی، تنزیل قیمت سوقیه مبیع در صورتی که در اثر منع بایع توسط شخص مانع از فروش مبیع صورت بگیرد، قطعاً مضمون نخواهد بود، زیرا آنچه که فوت شده است مال موجود نیست بلکه شدن از کسب مال می‌باشد. بنابراین سزاوار نیست که در عدم ضمان شخص مانع شک کرد؛ زیرا مالی وجود نداشته که تفویض - خواه مباشرتاً و خواه به صورت تسبیب - بر آن صدق کند.<sup>۲</sup> به علاوه در رابطه با فوت منافع انسان آزاد در اثر حبس او باید گفت که منافع آدمی مادام که استیفا نشده یا موضوع قرارداد واقع نگشته معدوم است و مال محسوب نمی‌شود و بنابراین تسبیب در تلف امری معدوم متصور نیست.<sup>۳</sup>

### ۳-۲. لاضرر

برای قابلیت مطالبه عدم‌النفع در صورتی می‌توان به این قاعده تمسک جست که اولاً عدم‌النفع ضرر محسوب شود و ثانیاً قاعده لاضرر باید اثبات حکم (ضمان) کند تا بتوان از طریق استناد به این قاعده برای عامل زیان اثبات ضمان کرد و او را مسئول دانست. در رابطه با فرض اول باید گفت که بین (عدم) النفع و ضرر فرق واضحی وجود دارد و نسبت میان این دو تضاد است و نه تناقض و این‌گونه نیست که هر عدم‌النفعی ضرر باشد. به عبارت روشن‌تر، اگر تقابل ضرر و نفع تضاد باشد، آن‌گاه ضرر امری وجودی و ضد نفع خواهد بود و در این صورت به قطع عدم نفع ضرر نخواهد بود.

۱. حسینی مراغی، سید میرعبدالفتاح بن علی، العناوین الفقهیه، جلد ۱، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق، ص. ۳۱۰.

۲. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، جلد ۳۷، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق، ص. ۱۵.

۳. محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه (بخش مدنی)، چاپ سی و هفتم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۱، ص. ۷۶.

بنابراین، عدم نفع ضرر محسوب نخواهد شد و ضرری وجود نخواهد داشت تا اینکه لازم باشد به قاعده لاضرر تمسک جست. به علاوه، اگر هم عدم النفع ضرر محسوب شود، باز قاعده لاضرر، عدم النفع را در بر نخواهد گرفت چرا که این قاعده اثبات حکم (ضمان) نمی‌کند. زیرا قاعده لاضرر همیشه به صورت معارض و مخالف عمومات دیگر وارد صحنه می‌شود و بر آنها غلبه می‌کند. پس باید حکم ثابتی به نحو عموم وجود داشته باشد تا به موجب قاعده لاضرر شمول آن حکم عام نسبت به آن مصداق مرتفع گردد.<sup>۱</sup> به دیگر سخن، نقش ایفای لاضرر چیزی جز نفی احکام مجعولیه ضرری نمی‌باشد فلذا قاعده لاضرر در خصوص ضرری که ناشی از فقد حکم می‌باشد مانند عدم النفع هیچ رسالت و نقشی ندارد. این بدین معناست که اگر حکم عدمی، حکم به عدم ضمان باشد، در این صورت مشمول قاعده لاضرر می‌شود ولی فرض این است که هیچ جعلی نه مثبت و نه منفی از طرف شارع صورت نگرفته است؛ در این صورت چگونه می‌توان لاضرر را حاکم بر چیزی دانست که اصلاً وجود ندارد.<sup>۲</sup> همچنین نمی‌توان به روایاتی نظیر «کل شیء یضر بطریق المسلمین فصاحبه ضامن لما یصیبه»<sup>۳</sup> متمسک شد تا از این طریق نتیجه گرفت که قاعده لاضرر اثبات حکم (ضمان) می‌کند و متعاقب آن عدم النفع مضمون است؛ زیرا بازگشت این روایات به ضمان از طریق تسبیب است که به اتلاف برمی‌گردد، ولی بحث در جایی است که ضمان از نفس اضرار حاصل شود. به علاوه تمسک به روایت شفعه<sup>۴</sup> جهت اثبات اینکه لاضرر اثبات حکم می‌کند، بدین شرح که به واسطه قاعده لاضرر حکم عدمی (عدم حق شفعه) نفی شده و نتیجه آن ثبوت حق شفعه است خالی از اشکال نیست. زیرا ثبوت حق شفعه به خاطر حکومت قاعده لاضرر نبوده بلکه ثبوت این احکام از باب حرج بوده است و گذشته از آن ضرر علت صدور این احکام نبوده بلکه حکمت تشریح بوده است؛ اینکه ضرر ثبوتاً نمی‌تواند علت حکم باشد به این جهت است که بیع شریک نمی‌تواند علت ورود ضرر باشد به این معنی که بین آنها رابطه علت و معلولی وجود ندارد. تنها چیزی که می‌تواند باشد این است که از معدات ضرر محسوب شود. مثل رابطه استخراج آهن از معدن و جنایتی که ممکن است با سلاحی که از آهن ساخته می‌شود اتفاق بیفتد. وقتی که در نظر بگیریم که بیع شریک از مقدمات اعدادیه محسوب می‌شود، نتیجه آن است که ضرر احتمالی و اتفاقی بعدی نمی‌تواند مجعول شرعی یعنی علت حکم باشد. اینکه اثباتاً نیز ضرر نمی‌تواند علت حکم باشد به این جهت است که ضابطه اینکه چیزی مجعول

۱. نجفی خوانساری، موسی بن محمد، منبع پیشین، ص. ۲۲۱.

۲. سبحانی تبریزی، جعفر، الرسائل الأربع، جلد ۲، چاپ اول، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۵ ق، ص. ۱۱۱.

۳. اصفهانی، محمدتقی، روضه المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه، جلد ۱۰، چاپ دوم، قم، مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانیور، ۱۴۰۶ ق، ص. ۴۳۹.

۴. کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب، الکافی، جلد ۵، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الإسلامیه، ۱۴۰۷ ق، ص. ۲۸۰.



شرعی باشد این است که مورد موضوعاً و حکماً در آن مندرج باشد؛ یعنی علت به عنوان کبرای کلی بتواند موارد مختلف را تحت شمول خود در آورد ولی لاضرر در حدیث شفعه نمی‌تواند کبرای کلی باشد؛ زیرا اولاً بیع شریک از مصادیق خارجی ضرر نیست بلکه از مقدمات اعدادیه ضرر محسوب می‌شود. ثانیاً اگر لاضرر در انتهای این روایت نباشد به سادگی نمی‌توان حکم شفعه را به دست آورد.<sup>۱</sup> از اینها گذشته ثبوت حق شفعه به خاطر دلیلی خاص بوده است لذا سایر موارد را نمی‌توان بر این مثال‌ها قیاس کرد.<sup>۲</sup> از همین قبیل است روایت نهر و آسیاب؛<sup>۳</sup> که طبق آن نمی‌توان بر آن عقیده بود که اگر کسی نهر آبی را از آسیاب کسی بگرداند باید آن را به حال اول برگرداند و از آن نتیجه گرفت که لاضرر اثبات حکم (ضمان) می‌کند؛ زیرا شاید صاحب آسیاب به موجب قراردادی جداگانه چنین حقی داشته یا باید گفت دستور امام بر بازگشت وضعیت نهر به مسیر سابق خود، برای این بوده که صاحب نهر حق تغییر آن را نداشته است.<sup>۴</sup> به همه استدلال‌های پیشین مبنی بر عدم توانایی قاعده لاضرر در اثبات حکم (ضمان) باید اشکال دیدگاه برخی از فقها را نیز افزود که نظر داده‌اند که اگر زنی از ادامه علقه زوجیت و یا از غیبت شوهر و یا عدم انفاق شوهر زیان ببیند حق دارد نسبت به طلاق خود اقدام کند و از این حکم استفاده کرده‌اند که لاضرر حکم به جواز طلاق داده پس اثبات حکم کرده است.<sup>۵</sup> اما با کمی تعمق می‌توان دریافت مبنای نظر این فقیهان لاضرر نبوده بلکه اخبار دیگری بوده که در مورد زنی وارد شده که شوهرش غایب بوده و کسی نبوده که نفقه او را بپردازد و بر طبق این اخبار، حاکم حق دارد طلاق او را واقع سازد. به علاوه در این زمینه اخبار معارض وجود دارد از جمله روایتی که از پیامبر (ص) رسیده که فرمود: «همسر مردی که مفقود است باید صبر کند تا خبر مرگ یقینی شوهر یا طلاق شوهر به او برسد.»<sup>۶</sup>

### ۳-۳. ضمان ید و غضب

توجیه‌پذیری مطالبه عدم‌النفع با استناد به ضمان ید در صورتی است که استیلا و سلطه عرفی عامل زیان بر زیان‌دیده صدق کند که فقها این بحث را ضمن منافع انسان آزاد بحث نموده‌اند. مدرک و مستند روایی قاعده ضمان ید، حدیث مشهوری از رسول

۱. بهرامی احمدی، حمید، منبع پیشین، صص. ۹۴-۹۳.

۲. نجفی خوانساری، موسی بن محمد، منبع پیشین، ص. ۲۲۰.

۳. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، تهذیب الأحکام، جلد ۷، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الإسلامیه، ۱۴۰۷ ق، ص. ۱۴۶.

۴. بهرامی احمدی، حمید، منبع پیشین، ص. ۹۴.

۵. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم، تکمله العروه الوثقی، جلد ۱، چاپ اول، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۴ ق، ص. ۷۵.

۶. سیستانی، سید علی حسینی، قاعدة لاضرر و لاضرر، چاپ اول، قم، دفتر آیة‌الله سیستانی، ۱۴۱۴ ق، ص. ۳۰۷.

اکرم (ص) است که می‌فرماید: «علی الید ما أخذت حتی تودی»؛ که اگر ضعیفی در سند آن باشد، این ضعف با شهرت جبران شده است.<sup>۱</sup> با اطلاق و عمومی که در روایت مربوط به ضمان ید دیده می‌شود به نظر می‌رسد تصرف مال اعم از اینکه عالمأ باشد یا از روی جهل موجب ضمان است، با این تفاوت که اگر تصرف از روی عمد و قصد باشد از مصادیق غصب و دارای عقوبت شرعی و مجازات است، در حالی که تصرف غیر عمدی فقط موجب ضمان حقوقی است و عقوبت و مجازات در پی ندارد. به عبارت دیگر، در تحقق این ضمان تقصیر دخالتی ندارد بلکه مبنای این مسئولیت، وضع ید و استیلا بر مال دیگری است اعم از اینکه عالمأ عامداً صورت گرفته باشد و یا از روی جهل و غیر عمد. در نتیجه دایره ضمان ید اختصاص به غصب ندارد بلکه وسیع‌تر و اعم از آن است.<sup>۲</sup> «علی» در حدیث فوق به معنای عهده است و مثلاً گفته می‌شود: لفلان علی مال. همچنین منظور از «ید» دست جسمانی نیست بلکه مراد از ید مسلط شدن و استیلاء عرفی و تصرف است و علت اینکه عبارت «در دست» به کار رفته، آن است که تصرف غالباً با دست صورت می‌گیرد و این معنایی است که در عرف شایع شده است. پس منظور از تصرف به وجود آمدن استیلا و سلطه عرفی است اعم از اینکه تصرف با دست به صورت فیزیکی و مادی انجام شده باشد یا به شکل دیگر باشد و واژه ید کنایه از متصرف است. به علاوه، کلمه «ما» در حدیث، کنایه از مال اخذ شده است و بنابراین همان چیزی که مورد استیلا قرار گرفته متعلق «علی» است، نه بازگرداندن آن و لذا مفاد حدیث، حکم وضعی ضمان خواهد بود نه حکم تکلیفی وجوب اداء.<sup>۳</sup>

با توجه به توضیحات بالا، عدم النفع و فوت منفعت انسان حر از طریق تسلط و استیلا بر او بر مبنای قاعده ضمان ید قابل مطالبه نیست؛ زیرا منظور از موصول در روایت چیزی است که به ملکیت درآید چرا که ظاهر روایت بیان حکم ضمان و مسئولیت است و ضمان به صرف تصرف در غیر مملوک محقق نمی‌شود، به علاوه روایت پایان ضمان را ادا کردن مال قرار داده است و ادا کردن مال به معنی دفع و دادن آن به کسی است که باید به او داده شود مانند مالک و نظایر آن؛ حال آنکه چیزی که به ملکیت در نیاید را نمی‌توان تأدیه و رد کرد چون کسی که به او داده می‌شود وجود ندارد پس خروج مال غیرمملوک از روایت روشن است.<sup>۴</sup> در مورد عدم ضمان کسی که بر انسان آزاد تسلط می‌یابد گفته می‌شود که چنین موردی مشمول دلیل ضمان قرار نمی‌گیرد چرا که متبادر از دلیل ید (حدیث ضمان) چیزی است که به ملکیت

۱. حسینی مراغی، سید میرعبدالفتاح بن علی، منبع پیشین، ص. ۴۱۶.

۲. محقق داماد، مصطفی، منبع پیشین، ص. ۶۷.

۳. انصاری، مرتضی، فرائد الاصول، جلد ۲، چاپ اول، قم، موسسه دارالکتاب (الجزایری)، ۱۴۱۸ق، ص. ۱۸۱.

۴. حسینی مراغی، سید میرعبدالفتاح بن علی، منبع پیشین، ص. ۴۲۵.

درمی‌آید به‌ویژه به خاطر قرینه حتی تودی و مانند آنکه شامل چیزی که قابل تملک نباشد مانند انسان آزاد نمی‌شود.<sup>۱</sup> همچنین، منافع انسان آزاد تحت استیلا و تصرف قرار نمی‌گیرد مگر به تبع عین انسان؛ و از آنجا که عین انسان حر تحت ید داخل نمی‌شود پس منافع وی نیز همچون عین انسان حر تحت استیلا داخل نشده و مضمون نمی‌باشد.<sup>۲</sup> از اینها گذشته، طبق تعریف برخی از فقها<sup>۳</sup> از غصب و آوردن واژه «مال» در این تعریف<sup>۴</sup> ایشان در صدد آن بوده‌اند که انسان حر و منافعهش را از این تعریف خارج نمایند، چرا که از منظر ایشان منافع و عین انسان حر مال نیست تا تحت استیلا قرار گیرد و لذا مضمون نمی‌تواند باشد. به عبارت روشن‌تر، انسان آزاد از اموال محسوب نمی‌شود و منافع او تابع وجود او بوده مالی مستقل به شمار نمی‌آید و همان‌گونه که انسان را نمی‌توان تحت ید قرار داد این عنوان در تسلط بر منافع او نیز تحقق نمی‌یابد. پس منافع انسان آزاد در استیلائی دیگری واقع نمی‌شود و هرگاه بدون استفاده تلف شود، در تصرف خود او از بین رفته و ضمان آن بر عهده دیگری قرار نمی‌گیرد و به تعبیر دیگر، منافع انسان آزاد همواره در سلطه و قبض خود او قرار دارد و اگر از بین رود در ید خودش از بین رفته است.<sup>۵</sup> همچنین با آوردن قید «استیلاء یا اثبات الید» در تعریف غصب معتقد بوده‌اند که، آنچه که استیلا و تصرف بر آن صدق نکند، هر چند مصداق عدم‌النفع باشد، مضمون و قابل جبران نخواهد بود من جمله ممانعت بایع از فروش مبیع خود و تنزیل قیمت سوقیه یا تلف آن در اثر منع.<sup>۶</sup>

#### ۴. نقد ادله مخالفان جبران‌پذیری عدم‌النفع

در مبنای جبران‌ناپذیری عدم‌النفع، زیربنای تمام این قواعد در راستای بررسی قابلیت جبران عدم‌النفع سه قاعده فقهی اتلاف، ضمان ید و لاضرر می‌باشد؛ به طوری که دیگر قواعد فقهی در توجیه عدم‌النفع به این سه قاعده بازگشت می‌کنند. ادله ارائه‌شده ذیل قواعد فقهی فوق‌الذکر مبنی بر جبران‌ناپذیری خسارت ناشی از عدم‌النفع ناتمام بوده و قابل نقد است که در ذیل به آن اشاره می‌شود.

۱. همان، ص. ۴۲۶.
۲. موحدی لنگرانی، محمد فاضل، تفصیل الشریعه - الغصب، إحياء الموات، المشتريات و اللقطه، چاپ اول، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۹ ق، ص. ۲۲.
۳. عاملی، محمد بن مکی، الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیه، جلد ۳، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق، ص. ۱۰۵.
۴. و هو الاستقلال بإثبات الید علی مال الغير عدواناً.
۵. محقق داماد، مصطفی، منبع پیشین، ص. ۷۴.
۶. عاملی، زین الدین بن علی، الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیة (المحشی - کلانتر)، جلد ۷، چاپ اول، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ ق، صص. ۱۴ و ۲۷.

#### ۱-۴. نقد توجیه ناپذیری جبران عدم النفع ذیل قاعده اتلاف و تسبیب

عمل انسانی که آزاد است و دارای حرفه باشد مال به شمار می آید، زیرا بدیهی است که دوختن لباس و کندن چاه مالی است که عقلاً حاضرند در برابر آن عوضی پرداخت نمایند و مال نیز چیزی نیست مگر آنچه مورد تقاضای عقلاً باشد. البته مالیت عمل به اعتبار این است که در آینده تحقق پیدا می کند نه به این معنی که آینده بودن قید مالیت باشد بلکه سبب به شمار آمدن مال می گردد. تفاوت میان عمل کسی که دارای حرفه است و عمل کسی که حرفه ای ندارد در صدق عنوان مال است به این ترتیب که عمل انسانی که دارای حرفه است در زمره اموال قرار می گیرد به خلاف عمل انسان بی حرفه. آری، تفاوت میان عمل انسان دارای حرفه و عمل انسان بدون حرفه در ضمان ناشی از حبس است؛ بنابراین ظاهر آن است که حبس انسان آزاد دارای حرفه نزد عقلاً موجب ضمان است به خلاف انسان آزاد بی حرفه.<sup>۱</sup> وانگهی، حسب تعریف رایج، مال چیزی است که عقلاً در مقابل آن، مال پرداخت می کنند و بی گمان نیروی بالقوه کار انسان در بازار با پول مبادله می شود و اعتبار مالیت آن نیازی به استیفا و یا انعقاد قرارداد ندارد. پیروان مشهور خود تصدیق دارند که چنانچه کارگر اجیر شده ای بازداشت شود و نتواند کار کند، بازداشت کننده ضامن اجرت او خواهد بود و لذا جای این سؤال است که آیا صرف انعقاد قرارداد اجاره می تواند به امری که مالیت ندارد (عمل فرد محبوس) مالیت ببخشد؟<sup>۲</sup> فلذا وقتی بر این گونه از منافع ازدست رفته عنوان مال صدق می کند، چرا از باب اتلاف قابل جبران نباشد؟ بنابراین، به نظر می رسد جبران خسارت ناشی از عدم النفع عمل انسان محبوس دارای حرفه از طریق استناد به قاعده اتلاف قابل توجیه باشد چرا که صدق عنوان مال بر آن می کند و من أتلف مال الغیر فهو له ضامن چه مباشرتاً و چه از طریق تسبیب. آیت الله سیستانی در این رابطه می فرماید: نفس دلیل و قاعده اتلاف شامل مواردی چون حبس کردن کاسب مانند حبس کردن بنده یا حبس کردن حیوان می شود؛ چرا که در نظر عقلاً حبس از بین بردن منافع اوست که می توانست از آن به دست بیاورد. همچنین اگر کسی را بگیرند و نگهدارند تا اسبش یا غلامش فرار کند یا سیل وارد خانه یا باغ او شده و خانه اش را ویران کند، یا نگه دارند تا آتشی که روشن کرده غذایش را بسوزاند یا آتش بیفتد و خانه اش بسوزد همه این موارد را اتلاف می گویند و کننده این کار با قاعده من أتلف ضامن جبران خسارت اوست.

۱. خمینی، سید روح الله موسوی، کتاب البیع، جلد ۱، چاپ اول، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، ۱۴۲۱ ق، صص. ۳۷-۳۸.  
 ۲. محقق داماد، مصطفی، منبع پیشین، صص. ۷۷-۷۸.

در این مسائل نیازی به لاضرر نیست البته از لاضرر به معنی وسیع نیز در جبران خسارت زیان دیده در این مسائل می‌توانیم استفاده کنیم.<sup>۱</sup>

#### ۲-۴. نقد توجیه‌ناپذیری جبران عدم‌النفع ذیل قاعده لاضرر

در پاسخ به این سؤال که آیا عدم‌النفع ضرر می‌باشد یا نه باید گفت ضرر امری عدمی است و بین ضرر و نفع تقابل عدم و ملکه است و معنای ضرر عدم نفعی است در موضوعی که در آن قابلیت نفع باشد.<sup>۲</sup> به عبارت دیگر، 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 نیز این است که سود و رشد کند پس نفع ملکه است و زیان و عدم نفع عدم ملکه. در واقع عدم‌النفع در مال که شأنش نفع می‌باشد عرفاً از مصادیق ضرر است. پس 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. از اینها گذشته، اگرچه پیرامون این سؤال که چه چیزی ضرر هست و چه چیزی ضرر نیست بحث‌های زیادی در گرفته ولی نکته مهم این است که همه فقیهان معتقدند که این بحث، بحث فقهاتی و حقوقی نیست بلکه بحث عرفی و لغوی است. بنابراین به نظر می‌رسد که قول مشهور فقها نیز که عدم‌النفع را ضرر نمی‌داند ناظر به عدم‌النفعی است که عرف آن را ضرر نمی‌شمارد.<sup>۳</sup> مرحوم نائینی در این باره بعد از اشاره به ضرر می‌فرماید: حتی عدم‌النفع نیز اگر موجباتش فراهم شده باشد عرفاً ضرر شمرده می‌شود.<sup>۴</sup> اما در پاسخ به این سؤال که آیا لاضرر اثبات حکم (ضمان) می‌کند یا خیر می‌گوییم شیخ انصاری که در رابطه با قاعده لاضرر معتقد است: «لاضرر و لا ضرار فی الإسلام» یعنی «لا حکم ضرری فی الإسلام» - به این معنا که واژه حکم را در تقدیر گرفته است و در صدد بیان آن است که هر حکمی که از ناحیه شارع صادر گردد، اگر مستلزم ضرر باشد یا از اجزای آن ضرری برای مردم حاصل شود، طبق قاعده لاضرر برداشته می‌شود؛<sup>۵</sup> در رابطه با قابلیت اثبات حکم (ضمان) این قاعده می‌فرماید: فقط احکام وجودی ضرری نفی نشده، بلکه هر آنچه در شرع اسلام بدان ملتزم می‌شوند و بر طبق آن

۱. سیستانی، سید علی حسینی، منبع پیشین، صص. ۲۹۵-۲۹۴.

۲. خراسانی، محمد کاظم، قاعده الضرر و الاجتهاد و التقليد (کفایه الأصول)، چاپ اول، قم، مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام، ۱۴۰۹ ق. ص. ۳۸۱.

۳. بهرامی احمدی، حمید، قواعد فقه (قاعده لاضرر)، جلد ۲، چاپ اول، تهران، نشر دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۸۹، ص. ۲۰۰.

۴. نجفی خوانساری، موسی بن محمد، منبع پیشین، ص. ۱۹۹.

۵. محقق داماد، مصطفی، منبع پیشین، ص. ۱۴۲.

رفتار می‌کنند چنانچه ضرری باشد خواه امر وجودی باشد یا عدمی با قاعده لاضرر نفی می‌شود. پس همان‌گونه که منت بر امت اقتضا می‌کند که احکام وجودی ضرری را نفی کند همین‌طور هم منت اقتضا می‌کند احکامی را که از عدم آنها ضرر متوجه بندگان می‌شود، جعل و وضع کند مضافاً اینکه حکم عدمی مستلزم حکم وجودی است. پس اگر قرار باشد منافع کسی که به واسطه منع از کسب و کار فوت شده مضمون نباشد، لازم می‌آید که مطالبه اجرت و تقاص از مال حابس و تعرض نسبت به او حرام باشد بنابراین از عدم ضمان حابس، حرمت مطالبه اجرت منافع فوت شده و حرمت تقاص لازم می‌آید و حرمت که حکم وجودی است سبب ضرر خواهد شد. از طرفی لاضرر نفی حکم ضرری است، در نتیجه به کمک لاضرر می‌توان حرمت مطالبه و حرمت تقاص را از میان برداشت.<sup>۱</sup> به علاوه، جناب شیخ انصاری که از پیشروان نظریه رافعییت در قاعده لاضرر است، در مواردی از قاعده لاضرر برای وضع ضمان استفاده فرموده‌اند. شیخ انصاری در مبحث بیع فضولی در فرضی که بایع فضول مبیع را به مشتری جاهل فروخته است و مشتری جاهل از مبیع استفاده برده است و مالک به مشتری رجوع کرده و منافع مستوفات به وسیله مشتری را از او اخذ نموده است، یکی از دلایل رجوع مشتری جاهل به فضول را قاعده لاضرر دانسته و می‌فرماید: فضول خریدار را فریب می‌دهد و خریدار به گمان اینکه منافع مبیع را به صورت مجانی مورد استفاده قرار می‌دهد در آنها تصرف می‌کند. حال اگر مالک خسارت منافع را از وی بگیرد و خریدار نیز حق مراجعه به فروشنده را نداشته باشد، ضرری برای خریدار به حساب می‌آید؛ در حالی که اسلام، احکام ضرری وضع نمی‌کند پس باید خریدار بتواند به فروشنده مراجعه کند.<sup>۲</sup> همچنین در پاسخ به این استدلال نیز که اگر حکم عدمی، حکم به عدم ضمان باشد، در این صورت مشمول قاعده لاضرر می‌شود ولی فرض این است که هیچ جعلی نه مثبت و نه منفی از طرف شارع صورت نگرفته است باید گفت که در فرض فوق‌الذکر جعل صورت گرفته است؛ چرا که در فرض فقدان ادله کاشف از واقع، نفس اصول عملیه از قبیل براءت و استصحاب که به آن اشاره خواهد شد حکمی است ضرری از سوی شارع و لذا لاضرر آن را نفی می‌کند و از این طریق خسارت ناشی از عدم‌النفع قابل مطالبه است. همچنین، از حدیث سمره چنین مستفاد می‌شود که قاعده لاضرر شامل احکام عدمی هم می‌شود و به عبارت دیگر قاعده لاضرر اثبات حکم (ضمان) می‌کند و بر همین اساس پیامبر به مرد انصاری حق داد که درخت سمره را بکند و برای این حکم به لاضرر استناد فرمود و علت این بود که بدون استناد به این حکم، مرد انصاری چنین حقی نداشت و پیامبر به این وسیله از مرد انصاری

۱. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین، منبع پیشین، ص. ۱۱۹.

۲. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین، کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری)، جلد ۳، چاپ اول، قم، کنگره

جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق، صص. ۴۹۹-۴۹۸.

دفع ضرر کرد.<sup>۱</sup> وانگهی در قاعده لاضرر نه فقط به نصوص لفظی، بلکه به بنای عقلا باید تمسک شود. بی تردید عقلا عامل زیان را مسئول جبران خسارت می‌دانند و پشتوانه اصلی در قاعده ضرر، همان بنای عقلا و احراز امضای آنان از طریق عدم ردع است؛<sup>۲</sup> به علاوه، این اشکال که ضرر در حدیث شفعه علت صدور حکم نبوده بلکه حکمت تشریح بوده و به همین دلیل لاضرر نمی‌تواند مبنای ثبوت حق شفعه برای شریک باشد و اثبات حکم کند، وارد نیست؛ زیرا قائل به این سخن بین بیع شریک با ضرری که بر شریک دیگر وارد می‌آید رابطه نزدیکی مشاهده نمی‌کند یعنی فرض قائل از «ضرر» اقداماتی است که احیاناً ممکن است در آینده از سوی خریدار مال مشترک صورت گیرد، در حالی که مطلب می‌تواند غیر از این باشد. در شرکت در اموال غیرمنقول، ویژگی‌های شخصی شریک اهمیت زیادی دارد و شریک شدن با فردی که در جامعه خوشنام نیست نه تنها برای شریک دیگر زیان‌های معنوی و حیثیتی زیادی دارد بلکه در قیمت ملک مشترک نیز اثر بسیاری می‌گذارد، خواه از سوی شریک اقدام‌های زیان‌آوری صورت بگیرد یا نگیرد. بنابراین، قابل درک است که در مورد بیع شریک، شارع برای شریک دیگر حق شفعه را در نظر گرفته باشد تا اگر بیع شریک را مضر به حال خود دید به این وسیله از خود دفع ضرر کند. همچنین در روایت نهر و آسیاب، سخن اساسی قائل این است که اگر بپذیریم که آنچه در حدیث گفته شده دستور به اعاده نهر به حالت سابق بوده باید بگوییم که علت این دستور آن بوده که صاحب نهر از قبل حق تغییر آن را نداشته است؛ در حالی که متن حدیث هرگز چنین چیزی را نمی‌رساند، بلکه بر عکس نشان می‌دهد که حق صاحب نهر محدود نبوده و تنها محدودیت آن به تصریح متن حدیث، حکم لاضرر بوده است. در رابطه با زیان ناشی از تداوم علقه زوجیت برای زوجه و استدلال قائل به عدم مبنا قرار گرفتن لاضرر جهت اثبات حکم طلاق باید گفت شاید نقطه نظر قائل این بوده است که اگر ادامه زوجیت به زیان زن باشد، لازم می‌آید که امر طلاق در دست او قرار گیرد. اما در این موارد باید توجه داشت که این نگرانی به‌جا نیست، زیرا نصوصی وجود دارند که حق طلاق را در اختیار زن قرار نمی‌دهند. اگر این نصوص در اختیار فقها نبود شاید فقها در این باب نیز مثل بقیه ابواب فقه به قاعده لاضرر استناد نموده و در شرایط خاصی به زن حق طلاق می‌دادند. بنابراین استناد به قاعده لاضرر در این مورد این نتیجه را نمی‌دهد که طلاق در دست زن قرار گیرد بلکه در شرایط خاصی طلاق در دست حاکم قرار می‌گیرد تا او به استناد نفی ضرر به طلاق زوجه اقدام کند. همچنین مرحوم سید محمد کاظم طباطبایی یزدی به استناد روایتی که ابوبصیر از امام

۱. سبحانی تبریزی، جعفر، منبع پیشین، ص. ۱۰۹.

۲. محقق داماد، مصطفی، منبع پیشین، ص. ۱۶۱.

باقر نقل کرده و به استناد قاعده لاضرر به امکان طلاق زنی که از ادامه زوجیت زیان می‌بیند اشاره کرده است. متن روایت به شرح زیر است: «اگر کسی همسری داشته باشد ولی لباسی که او را بپوشاند برای او تهیه نکند و شکم او را سیر ننماید، بر امام است که بینشان جدایی برقرار کند.»<sup>۱</sup>

#### ۳-۴. نقد توجیه‌ناپذیری جبران عدم‌النفع ذیل قاعده ضمان ید و غصب

در توجیه‌پذیر بودن مطالبه خسارت ناشی از عدم‌النفع با استناد به قاعده ضمان ید که فقها در بحث منافع انسان حر از آن سخن رانده‌اند می‌توان چنین استدلال کرد که درست است انسان آزاد به دلیل قرینه «حتی تودی» از شمول روایت و نص خارج شده است و عبارت «حتی تودی» دلالت می‌کند بر اینکه مورد تصرف قابل تملک باشد، اما اگر شخصی که بر منفعت دیگری تسلط پیدا می‌کند، از آن استفاده ننماید اما به دلیل ممانعت صاحب ید یا تسلیط او منفعت از بین رود در این صورت اگرچه عین داخل روایت نیست اما منفعت شایسته است مشمول روایت قرار گیرد چون قابل تملک است. با وجود این فقها<sup>۲</sup> اعتقاد دارند که منافع انسان آزاد که به دلیل غصب کردن و تحت ید در آمدن از بین رفته است، ضمان‌آور نیست. پس اگر بگوییم منافع انسان آزاد نیز قابل تملک نیست و در نتیجه مشمول روایت نمی‌شود بر ما لازم می‌آید که سخن خود را با جواز اجاره کردن منافع انسان و صلح و مانند آن نقض کنیم، زیرا اگر منفعت انسان آزاد، قابل تملک و ارزش مالی نباشد پس چگونه موضوع عقود معاوضی قرار می‌گیرد؟ و اگر بگوییم که خارج شدن عین انسان از شمول خبر، باعث خارج شدن منافع وی از شمول خبر می‌شود این ایراد بر ما وارد می‌شود که عین و منفعت دو چیز هستند که عرفاً تحت ید و تصرف در می‌آیند و عدم ضمان یکی از آنها (یعنی عین انسان) و خارج شدن آن از روایت نبوی که به خاطر دلیل یا تخصص است، موجب خارج شدن دیگری نمی‌شود. اگر بگوییم که منافع انسان آزاد تا زمانی که استفاده نشده باشد تحت شمول ید در نمی‌آید، چون ید و تصرف انسان آزاد نسبت به منافع خودش مقدم‌تر از ید غاصب است و منفعت انسان مانند لباس انسان آزاد است که آن را پوشیده و می‌دانیم که اگر انسان آزاد را همراه با لباسش حبس کنند ضمانتی نسبت به لباس او به وجود نمی‌آید چون لباسش عرفاً تحت ید خود انسان آزاد است و تحت ید و تصرف غاصب نیست پس منافع وی به طریق اولی موجب ضمان نمی‌شود چون منافع جزء امور

۱. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم، منبع پیشین، ص. ۷۵.

۲. محقق حلی، نجم‌الدین جعفر بن حسن، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، جلد ۳، چاپ دوم، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق، ص. ۱۸۵؛ عاملی کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد ۶، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام، ۱۴۱۴ ق، ص. ۲۲۰.



حکمیة‌اند و از اعیان خارجی نمی‌باشند، ایراد بر ما گرفته می‌شود که این ادعا در مورد برده صحیح است زیرا تسلط برده بر منافع خودش که از امور حکمیة هستند بیشتر از تسلط غاصب بر منافع اوست پس چگونه می‌توان گفت که منافع عبد به دلیل از بین رفتنشان، ضمان آور هستند؟ به علاوه، تصرف یک مسأله شرعی نیست تا بگوییم که برده شرعاً بر منافعش تصرف ندارد بلکه ملاک تصرف عرفی می‌باشد و برده نیز همین تصرف را بر منافع خود دارد. اگر بگوییم که آنچه از عموم عبارت «ما أخذت» به ذهن متبادر می‌شود چیزی غیر از امثال منفعت انسان آزاد است که در تصرف او می‌باشد و هنوز استیفا نشده است چرا که چیزهایی مثل آن داخل در دلیل ید قرار نمی‌گیرند سخن ما با منافع وقف عام نقض می‌شود چون منافع وقف عام با از بین رفتن تحت ید غاصب، ضمان آور هستند حال آنکه آیا فرق میان انسان آزاد و وقف است؟<sup>۱</sup> از اینها گذشته، برخی از فقها با نگاه دیگری به تعریف غصب،<sup>۲</sup> منافع انسان آزاد من جمله عدم‌النتفع را مضمون دانسته‌اند، بدین شرح که وقتی استیلا و سلطه عدوانی بر آنچه که متعلق به غیر است (نه لزوماً مال طبق تعریف مشهور) غصب محسوب می‌شود، بنابراین استیلا بر نفس غیر نیز غصب خواهد بود و از آن جایی که منافع انسان تابع عین و نفس اوست، پس هرگاه نفس او غصب شود منافع وی نیز به تبع نفس مغضوب تلقی می‌شود و چون غاصب ضامن منافع اعم از مستوفات و غیرمستوفات می‌باشد، در نتیجه ضامن عدم‌النتفع و منافی که بر اثر استیلاء او استفاده نشده نیز خواهد بود.<sup>۳</sup>

##### ۵. بررسی و نقد جبران ناپذیری عدم‌النتفع مبتنی بر اصول عملیه

از جمله دلایل عامی که فقها برای رد جبران پذیری عدم‌النتفع در فقه امامیه، بدان متمسک شده‌اند، اصل برائت و استصحاب در میان اصول عملیه می‌باشد. اصول عملیه عبارت‌اند از سلسله دستورهایی عقلی و شرعی که در هنگامه جهل و حیرت در احکام واقعی، از سوی شارع و عقل، تشریح و اعتبار می‌گردند. غرض از این قواعد و وظایف ظاهری بیرون کشیدن مکلف از حیرت و سرگردانی در مقام عمل است و موقعی که مکلف به تمام معنا از رسیدن به حکم واقعی مایوس می‌گردد، از این اصول بهره می‌گیرد.<sup>۴</sup> آنچه که به واسطه این اصول محقق می‌شود اثبات حکم شرعی ظاهری است

۱. مراغی، سید میر عبد الفتاح بن علی حسینی، العناوین الفقهیة، ج ۱ و ۲، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ هـ ق، ص ۴۲۷-۴۲۸.

۲. إن المأخوذ فی تعریف الغصب هو الاستیلاء علی ما للغير، و هو لا یشمل نفس الغير، و لکنه ربما یجاب عنه - مضافاً إلی أن هذا التعریف لم یرد فی دلیل - بأنه إذا کان الاستیلاء علی ما للغير غصباً، فالاستیلاء علی نفس الغير یکون غصباً بطریق أولى.

۳. موحدی لنگرانی، محمد فاضل، منبع پیشین، ص. ۲۱.

۴. محمدی، علی، شرح اصول فقه مظفر، جلد ۴، چاپ دوازدهم، قم، انتشارات دارالفکر، ۱۳۹۰، ص. ۹.

که به ملاحظه جهل مکلف نسبت به واقع، از سوی شرع مقدس جعل گردیده است، یعنی شارع مقدس وظایفی را برای مواردی که مکلف جاهل به حکم واقعی و مورد در آن باشد، مقرر فرموده که نام آنها احکام ظاهری است. در ادامه به عبارات فقها در تمسک به این دو اصل می‌پردازیم.

### ۱-۵. اصل برائت

مورد استفاده این اصل شک در اصل تکلیف است.<sup>۱</sup> به موجب اصل برائت، ذمه تمام مکلفین از اشتغال به تکالیف شرعی و قانونی بری است مگر آنکه به دلایل متقن ذمه آنها مشغول گردد و حال آنکه به موجب قوانین شرع چنین دلیل متقنی برای مسئولیت مکلفین نسبت به خسارت عدم‌النفع وجود ندارد. پس اگر در این خصوص شک کنیم که آیا بر طبق موازین شرعی عدم‌النفع قابل جبران می‌باشد یا خیر؟ باید بنا بر اصل برائت، حکم به قابل جبران نبودن این نوع خسارت دهیم. شیخ طوسی در این باب می‌فرماید: «اگر کسی انسان آزاد صغیری را غصب کرد و وی در ید غاصب تلف گردید، مسئولیتی نسبت به عین و منافع از دست‌رفته مغضوب بر دوش غاصب نیست ... و دلیل ما بر این حکم اصل برائت الذمه می‌باشد.»<sup>۲</sup>

### ۲-۵. اصل عدم و استصحاب عدمی

دلیل دومی که می‌توان برای عدم پذیرش قابلیت جبران عدم‌النفع ذکر نمود، اصل عدم و استصحاب عدمی می‌باشد. قبل از ورود زیان به زیان‌دیده، اصل بر عدم مسئولیت زیان‌زننده است؛ چه اینکه به موجب اصل عدم، اصل، عدم وجود چیزی است تا وجودش ثابت شود به این معنا که همه چیز از عدم به وجود و از نیستی به هستی آمده است و برای اثبات عدم، نیاز به دلیل و برهان نیست و این اثبات وجود چیزی است که محتاج دلیل است؛<sup>۳</sup> ولی بعد از ورود زیان به زیان‌دیده توسط عامل زیان، وی مسئول خساراتی است که در فقه دلیل بر جبران آن وارد شده است همچون اتلاف، ضمان ید و ... اما نسبت به خساراتی همچون عدم‌النفع که صراحتاً در فقه دلیلی بر جبران آن وارد نشده است، تردید حاصل می‌شود که آیا مسئولیت جبران این‌گونه خسارات بر عهده عامل زیان هست یا نه؟ که با عنایت به تعریف استصحاب<sup>۴</sup> و یقین سابق (عدم مسئولیت)، با

۱. انصاری، مرتضی، فرائد الاصول، منبع پیشین، ص. ۱۳.

۲. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، الخلاف، جلد ۳، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق، ص. ۴۲۱.

۳. محمدی، ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی، چاپ پنجاهم، تهران، موسسه انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۱، ص. ۳۰۰.

۴. مظفر، محمدرضا، اصول الفقه، جلد ۱، چاپ ششم، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۳۱ ق، صص. ۲۷۸-۲۷۷.

شک لاحق در مسئولیت عامل زیان پس از تحقق عدم‌النتفع، عدم مسئولیت او را استصحاب می‌کنیم. صاحب جواهر در این رابطه می‌فرماید: «اگر شخصی، دیگری را از بیع کالا پیش منع کند و در اثر این منع قیمت ساقیه کالا در زمان بعد از آن تنزیل یابد و یا عین کالا تلف شود، شخص مانع ضامن نخواهد بود ... زیرا اصل بر عدم مسئولیت است به این دلیل که در این فرض عدم مسئولیت ناشی از غصب به علت فقدان ید و سلطه مفروض است.»<sup>۱</sup>

### ۳-۵. نقد مبنای جبران ناپذیری عدم‌النتفع مبتنی بر اصول عملیه

همان‌طور که پیش‌تر ذکر شد، اصول عملیه در هنگامه جهل و حیرت در احکام واقعی، از سوی شارع و عقل، تشریح و اعتبار می‌گردند و حال آنکه در ما نحن فیه جهل و حیرتی برای مکلفین نسبت به جبران‌پذیری خسارات ناشی از عدم‌النتفع وجود ندارد و بلکه بالعکس، با تعمق در شرع امکان تعیین قابلیت جبران‌پذیری این خسارت موجود است. در نتیجه اساساً، موضوع بحث تخصصاً از حیثه اصول عملیه خارج است و امکان تمسک به این اصول در این مقال جایی ندارد.

## نتیجه‌گیری

بسیاری از فقیهان به جبران‌ناپذیری عدم‌النفع حکم کرده‌اند؛ چرا که نتوانسته‌اند خسارت ناشی از عدم‌النفع را طبق قواعد فقهی از قبیل لاضرر و ضمان ید موجود در حقوق اسلامی توجیه کنند و الا آنها نیز متوجه بوده‌اند که عدم‌النفع عرفاً ضرر محسوب می‌شود. در این پژوهش با بررسی ادله موافقان و مخالفان قابلیت جبران‌پذیری عدم‌النفع در فقه امامیه، مشخص شد که برداشت این دسته از فقها از قواعد مزبور قابل انتقاد بوده و خلاف آن قابل تصور است؛ فلذا امکان جبران‌پذیری عدم‌النفع در فقه امامیه موجود است و طبق ادله مذکور در تحقیق نباید در امکان تدارک ضرر ناشی از خسارت عدم‌النفع تردید روا داشت. بنابراین به نظر می‌رسد برداشت مقنن از فقه در رابطه با مسأله عدم‌النفع خلاف رأی صواب و عکس نظر اولوالالباب بوده است و نیاز به اصلاح دارد و لهذا نه تنها قابلیت جبران‌پذیری عدم‌النفع از طریق تمسک به قواعد لاضرر، اتلاف و تسبیب، ضمان ید و غصب امکان‌پذیر است، بلکه ادله دیگری نظیر بنای عقلا و جواز مقابله به مثل نیز بر آن دلالت دارد.

## منابع

- اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائده و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، جلد ۱۰، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
- انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین، رسائل فقهیه (للشیخ الأنصاری)، چاپ اول، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۴ ق.
- \_\_\_\_\_، کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری)، جلد ۳، چاپ اول، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
- \_\_\_\_\_، فرائد الاصول، جلد ۲، چاپ اول، قم، مؤسسه دارالکتاب (الجزایری)، ۱۴۱۸ ق.
- اصفهانی، محمدتقی، روضه المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه، جلد ۱۰، چاپ دوم، قم، مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانبور، ۱۴۰۶ ق.
- اصفهانی، محمدحسین، القواعد الفقهیه و الاجتهاد و التقليد (نهایه الدرایه)، چاپ اول، قم، کتابفروشی سیدالشهداء، ۱۳۷۴ ق.
- امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، جلد ۱، تهران، انتشارات اسلامی، بی تا.
- \_\_\_\_\_، قواعد فقه (قاعده لاضرر)، جلد ۲، چاپ اول، تهران، نشر دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۸۹.
- بهرامی احمدی، حمید، سوءاستفاده از حق، چاپ دوم، مؤسسه اطلاعات، ۱۳۷۰.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد ۴، چاپ اول، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۶.
- حائری طباطبایی، سید علی بن محمد، ریاض المسائل، جلد ۱۴، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۱۸ ق.
- حسینی مراغی، سید میرعبدالفتاح بن علی، العناوین الفقهیه، جلد های ۱ و ۲، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
- خراسانی، محمد کاظم، قاعده الضرر و الاجتهاد و التقليد (کفایه الأصول)، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۰۹ ق.
- خمینی، سید روح الله موسوی، کتاب البیع، جلد ۱، چاپ اول، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، ۱۴۲۱ ق.
- خویی، سید ابو القاسم موسوی، مصباح الفقاهه (المکاسب)، جلد ۲، بی جا، بی تا.
- درودیان، حسنعلی، جزوه حقوق مدنی، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۷۰.

- سبحانی تبریزی، جعفر، الرسائل الأربع، جلد ۲، چاپ اول، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۵ ق.
- سیستانی، سید علی حسینی، قاعدة لا ضرر و لا ضرار، چاپ اول، قم، دفتر آیه‌الله سیستانی، ۱۴۱۴ ق.
- شیروی، عبدالحسین، «نقد و بررسی مقررات آیین دادرسی مدنی راجع به مطالبه خسارات قراردادی و تأخیر تأدیه»، مجله مجتمع آموزشی عالی قم، شماره ۹، ۱۳۸۰.
- صفایی، حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، جلد ۲، چاپ سیزدهم، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۱.
- طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم، تکمله العروه الوثقی، جلد ۱، چاپ اول، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۴ ق.
- طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، الخلاف، جلد ۳، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
- \_\_\_\_\_، تهذیب الأحکام، جلد ۷، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الإسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
- عاملی، زین الدین بن علی، الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه (المحشّی - کلاتر)، جلد ۷، چاپ اول، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
- \_\_\_\_\_، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، جلد ۱۲، چاپ اول، قم، مؤسسه معارف اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
- عاملی، سید جواد بن محمد حسینی، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، جلد ۱۸، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
- عاملی کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد ۶، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام، ۱۴۱۴ ق.
- عاملی، محمد بن مکی، الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیه، جلد ۳، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
- کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب، الکافی، جلد ۵، چاپ چهارم، تهران، دارالکتب الإسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
- محقق حلّی، نجم‌الدین جعفر بن حسن، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، جلد ۳، چاپ دوم، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
- محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه (بخش مدنی)، چاپ سی و هفتم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۱.

- محمدی، ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی، چاپ پنجاهم، تهران، موسسه انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۱.
- محمدی، علی، شرح اصول فقه مظفر، جلد ۴، چاپ دوازدهم، قم، انتشارات دارالفکر، ۱۳۹۰.
- مظفر، محمدرضا، اصول الفقه، جلد ۱، چاپ ششم، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۳۱ق.
- موحدی لنکرانی، محمد فاضل، تفصیل الشریعه - الغصب، إحياء الموات، المشتريات و اللقطه، چاپ اول، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۹ ق.
- موسوی بجنوردی، سیدحسن، القواعد الفقهیه، جلد ۴، چاپ اول، قم، نشر الهادی ۱۴۱۹ ق.
- نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، جلد ۳۷، چاپ هفتم، بیروت، دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
- نجفی خوانساری، موسی بن محمد، رساله فی قاعده نفی الضرر، چاپ اول، تهران، المكتبة المحمدية، ۱۳۷۳ ق.