

The Trajectory of the Rule on Loss of Profit in the Iranian Legal System



Hossein Mehrpour

Professor of Private Law, Shahid Beheshti
University, Tehran, Iran
h-mehrpour@sbu.ac.ir



Abstract

This research examines the theoretical and legislative development of the issue of claiming compensation for loss of profit under Iranian law, and analyzes the juristic bases advanced by both proponents and opponents of this legal institution. The research method employed is analytical-descriptive, drawing on juristic sources, statutory texts, and legal doctrine. Among the findings of this research are the following: (1) In Imami jurisprudence, the predominant view among jurists (Şāhib al-Jawāhir, Imam Khomeini, Ayatollah Khomei) holds that loss of profit does not constitute an instance of compensable damage and is therefore not claimable; a minority of jurists (such as Şāhib al-Riyāḍ), however, permit compensation for loss of profit in specific cases, such as deprivation of a certain (definite) benefit. (2) Among Iranian statutory laws Article 221 of the Civil Code

Journal of Research and Development
in Civil Liability Law

Iranian Law and Legal Research
Institute

Vol. 1 | No. 1 | Spring & Summer 2026

(Original Article)

www.jcil.illrc.ac.ir

doi:

10.22034/jcil.2026.737363

(1928) refers in general terms to the compensation of damage but does not specify the instances of damage, including loss of profit. Article 728 of the Code of Civil Procedure (1939) had, moreover, recognized loss of profit as an instance of compensable damage and permitted its claim; however, the 2000 amendment to this Code, under Note 2 to Article 515 and Article 267 thereof, prohibited the claim of loss of profit, in reliance on the juristic opinion of the Guardian Council. (3) Within legal doctrine as well, certain scholars, such as the late Kātouzian and the late Shahidi, relying on the rule of no harm and the doctrine of causation, consider loss of profit compensable in certain cases, whereas others, emphasizing the explicit statutory text, hold that claiming loss of profit lacks legal validity. The conclusion of this research is that, under the current Iranian legal system, the claim of compensation for loss of profit is, in reliance on Note 2 to Article 515 and Article 267 of the Code of Civil Procedure, prohibited in general - a ruling derived from the predominant juristic view and that of the Guardian Council. The existence of these scholarly disagreements, together with the economic needs of society, provides grounds for a reconsideration of these provisions. The research therefore proposes, first, that the concept of "damage" in the Civil Code be redefined in light of the exigencies of time and place and a proper understanding of its juristic and legal bases; and, second, that, through a comparative study with advanced legal systems, a unified judicial practice be developed for the claiming of loss of profit.

Keywords: Loss of Profit, Damage, Imami Jurisprudence, Code of Civil Procedure



ماجرای حکم عدم النفع در نظام حقوقی ایران

حسین مهرپور 

استاد حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

h-mehrpour@sbu.ac.ir



دوفصلنامه تحقیق و توسعه در
حقوق مسئولیت مدنی

پژوهشکده حقوق و قانون ایران

دوره ۱ | شماره ۱ | بهار و تابستان ۱۴۰۵

(مقاله پژوهشی)

www.jcil.illrc.ac.ir

DOI:

10.22034/jcil.2026.737363

چکیده

این پژوهش به بررسی سیر تحولات نظری و تقنینی موضوع «مطالبه خسارت عدم النفع» در حقوق ایران می‌پردازد و مبانی فقهی موافقان و مخالفان این نهاد حقوقی را تحلیل می‌کند. روش انجام این پژوهش، تحلیلی-توصیفی و با استناد به منابع فقهی، متون قانونی و دکترین حقوقی انجام شده است. از یافته‌های این پژوهش، آن است که: ۱. در فقه امامیه؛ مشهور فقها (صاحب جواهر، امام خمینی، آیت الله خویی) عدم النفع را مصداق خسارت ندانسته و آن را قابل مطالبه نمی‌دانند؛ اما اقلیت فقها (مانند صاحب ریاض) در موارد خاصی مانند محرومیت از منفعت قطعی، جبران عدم النفع را جایز می‌شمارند. ۲. در قوانین موضوعه ایران، ماده ۲۲۱ قانون مدنی (۱۳۰۷) با عبارتی کلی به جبران خسارت اشاره کرده، اما مصادیق خسارت، از جمله عدم النفع را مشخص نکرده است. همچنین ماده ۷۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی (۱۳۱۸)، عدم النفع را مصداق خسارت و قابل مطالبه دانسته بود؛ اما در اصلاحیه این قانون در سال ۱۳۷۹ به موجب تبصره ۲ ماده ۵۱۵ و ماده ۲۶۷ این قانون، بر اساس نظر فقهی شورای نگهبان، مطالبه عدم النفع را ممنوع اعلام کرد.

۳. در دکترین حقوقی نیز برخی از صاحب‌نظران نظیر مرحوم کاتوزیان، مرحوم شهیدی، با استناد به قاعده لاضرر و تسبیب، عدم‌النفع را در مواردی قابل جبران می‌دانند؛ اما برخی دیگر، با تأکید بر نص صریح قانونی، مطالبه عدم‌النفع را فاقد وجهت قانونی می‌دانند.

نتیجه این پژوهش آن است که در نظام حقوقی کنونی ایران، با استناد به تبصره ۲ ماده ۵۱۵ و ماده ۲۶۷ قانون آیین دادرسی مدنی، مطالبه خسارت عدم‌النفع به طور کلی ممنوع است. این حکم، برگرفته از نظر مشهور فقها و شورای نگهبان است. وجود این اختلاف نظرهای علمی و نیازهای اقتصادی جامعه، زمینه را برای بازنگری در این مقررات فراهم کرده است. لذا پیشنهاد این پژوهش آن است که اولاً: مفهوم «ضرر» در قانون مدنی با توجه به مقتضیات زمان و مکان و با درک صحیح از مبانی فقهی و حقوقی بازتعریف شود. ثانیاً: ضمن انجام مطالعه تطبیقی با نظام‌های حقوقی پیشرفته، رویه‌ی قضایی واحد برای مطالبه عدم‌النفع تدوین شود.

کلیدواژه‌ها: عدم‌النفع، خسارت، فقه امامیه، قانون آیین دادرسی مدنی.

مقدمه

یکی از مباحث چالشی و بحث برانگیز در نظام حقوقی جمهوری اسلامی در بخش تعهدات و به ویژه تعهدات مربوط به تخلف از انجام قرارداد، مسئولیت مربوط به عدم النفع است که در اقدام کسی و به خصوص در پی تخلف از انجام قرارداد صورت می گیرد. مطابق مقررات مربوط به مسئولیت مدنی و التزام انجام تعهد، طبق قرارداد منعقدۀ بین طرفین طبعاً اگر در اثر اقدام یا تخلف او از انجام تعهد قراردادی، خسارتی به دیگری وارد شود باید آن خسارت را جبران نماید. بحث ما در این گفتار کوتاه، عمدتاً در مورد خسارت ناشی از تخلف از انجام تعهد قراردادی است که به طرف دیگر وارد می شود و متخلف ملزم به جبران آن می باشد. چنانکه ماده ۲۲۱ قانون مدنی مقرر می دارد: «اگر کسی تعهد به اقدام امری را بکند یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری کند در صورت تخلف مسئول خسارت طرف مقابل است مشروط بر اینکه جبران خسارت، تصریح یا تعهد عرفاً به منزله تصریح باشد یا بر حسب قانون موجب ضمان باشد». قانون مدنی در این ماده مشخص نکرده به چه چیزهایی خسارت گفته می شود که باید متخلف آن را جبران کند و از جمله اگر تخلف متعهد، موجب شود دیگری از بردن نفعی که به طور معقول ممکن بود در اثر انجام تعهد نصیبش شود محروم گردد آیا این بردن منفعت یا عدم النفع خسارت محسوب می شود و می تواند جبران آن را از متعهد متخلف، بخواهد یا خیر؟ در حالی که قانون مدنی فرانسه که قانونگذار مدنی در قسمت مربوط به تعهدات در موارد بسیار از آن الهام گرفته از جمله در همین مورد، در ماده ۱۱۴۹ به این موضوع اشاره کرده و گفته بود که: "خسارت مورد مطالبه ممکن است از دست رفتن مال یا محروم ماندن از منفعتی باشد که ممکن بوده با اجرای تعهد به دست بیاورد.^۱

با توجه به اینکه بسیاری از فقیهان که شاید بتوان گفت نظر مشهور را تشکیل میدهد عدم النفع را خسارت ندانسته و شرعاً آن را قابل مطالبه نمی دانند. هر چند برخی از فقها

۱. شماره این ماده در اصلاحات بعدی قانون مدنی فرانسه به شماره ۱۲۳۱-۲ تبدیل شده است و ماده ۱۲۳۱-۱ مربوط به امکان الزام پرداخت خسارت در صورت تخلف از انجام تعهد می باشد.

که در اقلیت قرار دارند به قابل مطالبه بودن آن قائل هستند اما به نظر می‌رسد که قانونگذار مدنی ایران احتیاط را در مبهم گذاشتن آن در قانون دانسته و به ذکر عنوان خسارت به طور مطلق و بدون توضیح اکتفا کرده است. بعدها در سال ۱۳۱۸ در قانون آیین دادرسی مدنی در ذیل ماده ۷۲۸ همان تعبیر مقرر در ماده ۱۱۴۹ قانون فرانسه آورده شده بود و عدم‌النفع مشمول عنوان خسارت و قابل مطالبه دانسته شده بود ولی در اصلاحیه قانون آیین دادرسی مدنی سال ۱۳۷۹ بر اساس نظر فقهی فقهای شورای نگهبان که بر نظر مشهور فقهی خسارت محسوب نشدن عدم‌النفع پافشاری می‌کردند، طبق تبصره دو ماده ۵۱۵ این قانون، عدم‌النفع غیر قابل مطالبه دانسته شد. آرای بسیاری از دادگاه‌های دادگستری و مراجع داوری نیز بر همین مبنا صادر شده و در عین حال برخی همچنان در این معنا اصرار دارند که عدم‌النفع خسارت محسوب شده و قابل مطالبه است و اندکی از آرا هم بر همین منوال مخصوصاً در مراجع داوری صادر شده است. اکنون با بیان اجمالی موضوع- و نه الزاماً با بحث ماهوی کامل بلکه همان طور که در عنوان مقاله آمده- ماجرای این مسئله در نظام حقوقی ایران به اختصار مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱- موضع فقهی مطالبه خسارت عدم‌النفع: برای تبیین موضع فقهی مطالبه خسارت عدم‌النفع در ۳ بند توضیح ارائه می‌شود:

بند اول - لزوم انطباق یا عدم مغایرت قوانین موضوعه با موازین اسلامی در قانون اساسی نظام جمهوری اسلامی:

تبلور این نظر فقهی در قانون گذاری از طریق فقهای شورای نگهبان محقق می‌شود. زیرا اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی مقرر می‌دارد:

"کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است."

اصل هفتاد و دوم قانون اساسی نیز اشعار می‌دارد:

"مجلس شورای اسلامی نمی‌تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد. تشخیص این امر به ترتیبی که در اصل نود و ششم آمده بر عهده شورای نگهبان است." قانون اساسی حتی مقرر می‌دارد که در موارد اجمال و ابهام یا سکوت قانون موضوعه ضروریست برای پیدا کردن حکم قضیه مورد دعوا به فتاوا و کتب معتبر فقهی مراجعه شود. طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی «قاضی مکلف است حکم هر دعوا را در قوانین مدون بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید». ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ نیز می‌گوید:

"دادگاه‌ها موظفند موافق قوانین به دعاوی رسیدگی کرده، حکم مقتضی صادر و یا فصل خصومت نمایند در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشد یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد با استناد به منابع معتبر اسلامی و یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد حکم قضیه را صادر نمایند." بد نیست اشاره کنیم که مسئله عدم مغایرت قوانین و مقررات مصوب مجلس با موازین اسلامی در قانون اساسی مشروطه نیز از نظر دور نمانده بود. بر اساس اصل دوم متمم قانون اساسی مشروطه مصوب ۲۹ شعبان ۱۳۲۵ هجری قمری «مجلس مقدس شورای ملی که به توجه و تایید... عامه ملت ایران تاسیس شده است باید در هیچ عصری از اعصار، مواد قانونیه آن مخالفتی با قواعد مقدسه اسلام و قوانین موضوعه حضرت خیرالانام صلی الله علیه و آله و سلم نداشته باشد و معین است که تشخیص مخالفت قوانین موضوعه با قواعد اسلامیه بر عهده علمای اعلام ادام الله برکات وجودهم بوده و هست....»: در این اصل مقرر شده بود یک هیأت پنج نفره از علما و مجتهدین در کنار مجلس شورای ملی باشند و کلیه قوانین و مصوبات مجلس را از لحاظ عدم مغایرت با موازین شرعی و اسلامی بررسی کنند تا آنچه مغایر موازین اسلامی است عنوان قانون پیدا نکند. مفاد این اصل در دوره‌های اولیه مجلس شورای ملی فی‌الجمله اجرا و رعایت می‌شد، ولی به تدریج قدرت اجرایی خود را از دست داد و چون ضمانت اجرای محکمی برای آن پیش بینی نشده بود کم کم به یک اصل متروک تبدیل شد. به هر حال قانون اساسی جمهوری اسلامی نهاد

شورای نگهبان را برای بررسی قوانین مصوب مجلس از لحاظ عدم مغایرت با قانون اساسی و موازین اسلامی پیش بینی نموده و اصل ۹۳ مجلس را بدون وجود شورای نگهبان فاقد اعتبار دانسته است. با عنایت به مطالب پیش گفته مسئله مطالبه خسارت و دامنه خسارتی که قانوناً می‌تواند قابل مطالبه باشد می‌بایستی به گونه ای تنظیم و تصویب شود که با موازین اسلامی مغایر نبوده و همچنین نظر رایج و معتبر فقهای اسلام و مشخصاً امامیه مورد عنایت و توجه قرار گیرد.

بند دوم- نظر مشهور فقهای امامیه در خصوص عدم مشروعیت مطالبه عدم النفع به عنوان خسارت

از نظر فقهای امامیه مشروعیت مطالبه خسارت عدم النفع که در واقع به معنای طلب و از دست دادن مال نیست همواره قویاً مورد تردید بوده است. برخی مطالبه چنین خسارتی را از باب تسبیب مشروع و جایز دانسته‌اند ولی اکثریت و به تعبیری مشهور فقها مطالبه چنین خسارت و ملزم کردن طرف دعوا به پرداخت وجهی از این بابت به خواهان را دارای مبنای شرعی نمی‌دانند، به عبارت دیگر اکثریت فقهای امامیه منفعت محتمل و ممکن الحصول را از مصادیق ضرر و تلف مال که به حکم قاعده فقهی اتلاف می‌توان آن را مطالبه کرد^۱ به حساب نمی‌آورند برای روشن شدن نظر مشهور فقها در مورد عدم مشروعیت مطالبه خسارت عدم النفع به عنوان نمونه نظر چند نفر از فقها که دیدگاه های آنها الهام بخش قانونگذاران ایران بوده است، اشاره می‌شود.

۱- فقیه معروف قرن ۱۳ هجری محمد حسن نجفی نویسنده کتاب جواهر الکلام که در شرح کتاب شرایع الاسلام محقق حلی است در بحث مربوط به غصب و ضمان با بیان

^۱ من اتلف مال الغير فهو له ضامن

برخی این عبارت را حدیث منقول از معصوم تلقی کرده‌اند اما این عبارت در کتب حدیثی دیده نمی‌شود. ولی مضامینی مشابه در کتب حدیثی آمده است. رک-عاملی، شیخ حر، وسائل الشیعه، ج ۱۳، صفحات ۲۳۸ تا ۲۴۳ و نیز ج ۱۳، ص ۱۲۵ به بعد

اما در کتب فقهی مستنداتی از ادله اربعه (کتاب، سنت، عقل و اجماع) بر این قاعده آمده است. مثل بجنوردی، سیدحسن، القواعد الفقهیه، ج ۲، ص ۲۰ به بعد

مثالی موضوع مطالبه خسارت عدم النفع را مطرح و اکثر فقها و بلکه نزدیک به اتفاق آرای آنها را بر قابل مطالبه نبودن منفعت به دست نیامده، بیان می‌دارد. ایشان می‌گویند اگر شخصی فرد صنعتگری را، یعنی کسی که کار دارد و به طور متعارف کار می‌کند حبس کند و در نتیجه مانع کار کردن او شود ضامن دستمزد و منفعتی که به جهت جلوگیری از کار کردن به دست نیاورده نیست. وی اضافه می‌نماید این معنا تقریباً مورد اتفاق عموم فقها است هرچند برخی از فقها احتمال داده‌اند که می‌توان حبس کننده را ضامن و مسئول دانست به استناد قاعده لا ضرر و به علت اینکه این شخص متعدی است و در حق فرد محبوس ظلم کرده است و از این جهت ضامن و مسئول است. صاحب جواهر از برخی از فقها مانند صاحب کتاب فقهی ریاض المسائل نقل کرده است که گفته‌اند می‌توان این شخص را بدین جهت که سبب از بین رفتن منفعت شده است ضامن دانست ولی صاحب جواهر می‌گوید کسی که عبارات فقها را ملاحظه کند در می‌یابد که اینها عموماً گفته‌اند حبس کننده مسئولیتی به خاطر منفعت به دست نیامده شخص محبوس ندارد مگر اینکه از او استفاده کرده و او را به کار واداشته باشد که در این صورت مکلف است اجرت او را بپردازد. (نجفی، ج ۳۷، صص. ۳۹-۴۰)

۲- مرحوم سید ابوالقاسم خویی فقیه و مرجع تقلید معروف و معتبر در کتاب منهاج الصالحین در همین زمینه می‌گوید اگر کسی شخصی را از کار کردن باز دارد ضامن و مسئول نیست مگر اینکه آن شخص کارگر خاص دیگری باشد که در این صورت در برابر کارفرمای او مسئول است و اگر هم در این مدت از نیروی کار او استفاده کند طبعاً مسئول پرداخت اجرت او می‌باشد. (خویی، ج ۲، ص. ۱۴۳)

۳- امام خمینی فقیه شناخته شده و بنیانگذار جمهوری اسلامی ایران نیز که آرا و نظریات فقهی او مستقیماً الهام بخش قانونگذاران جمهوری اسلامی ایران بوده و هست همین نظر فقهی مشهور را دارد و در این رابطه می‌گوید اگر فردی بر دیگری تسلط یابد و او را محبوس نماید و شخص مزبور که کارگر و صنعتگر هم هست نتواند کار کند مسئول و ضامن اجرت و در واقع منفعتی که قاعدتاً می‌بایست به دست بیاورد و به دست نیاورده، نیست مگر اینکه از نیروی کار او استفاده کرده باشد که باید اجرت او را بدهد. ایشان

همچنین می‌گوید اگر کسی فردی را از فروختن کالای خود باز دارد و در نتیجه قیمت کالا پایین بیاید و از این حیث موجب ضرر او یا مانع از دریافت منفعتی که از بابت فروش کالایش به قیمت بالاتر حاصل می‌کرده بشود ضامن نیست. (خمینی، بی‌تا، ج ۲، صص. ۱۷۳-۱۷۴) ظاهراً هر دوی این فقیه بزرگوار یعنی آیت الله خویی و امام خمینی در کتاب‌های فقهی استدلالی خود این نظر را اصلاح نموده و حبس و مانع شدن فرد صنعتگر و دارای کار را از انجام کار و محروم شدن از کسب درآمد جایز ندانسته و آن را موجب مسئولیت دانسته‌اند.^۱

بند سوم- در اینجا بد نیست نظر فقهی یکی از اساتید معتبر دانشگاه تهران که خود فقیهی معتبر و از شاگردان به نام مرحوم آیت الله خویی در نجف اشرف بودند یعنی مرحوم دکتر ابوالقاسم گرجی که به صورت دستی در پاسخ به سوالی که در این رابطه از ایشان شده و نظر فقهی ایشان در همین رابطه عدم النفع خواستار شده بودند و متن این پاسخ دست‌نوشته را دیده‌ام، نقل کنم. مرحوم استاد دکتر گرجی پس از مقدمات مربوطه در ارتباط با سوالی که در خصوص حکم فقهی مطالبه عدم النفع از ایشان شده می‌فرماید:

«آنچه در رابطه با مسئله عدم النفع در این فرصت اندک می‌توانم به عرض برسانم این است که در اسلام در باب ضمان (مسئولیت) کسی که به مباشرت یا تسبیب سود متوقعی از دیگری سلب نماید دو قاعده وجود دارد: یکی قاعده اتلاف و دیگری قاعده لاضرر.

۱- قاعده اتلاف که از آن به "من اتلف مال الغير [بلا اذن منه] فهو له ضامن"، تعبیر می‌کنند و قاعده‌ای است متفق علیه بین فریقین، البته این عبارت خود متن حدیث نیست ولی از بعضی از آیات شریفه قرآن نظیر "من اعتدى عليك فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليك" و احادیث بسیار که در کتب قواعد فقهی ذکر شده است (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۴۰۲؛ بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۲) اصطیاد شده است و لذا آن را قاعده مصطاده گویند. مستفاد از این قاعده این است که هرکس مال دیگری را از بین ببرد ضامن

۱ خمینی، سیدروح الله، (۱۳۶۸)، کتاب البیع، ج ۱، ص ۲۰، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، قم، تصریح می‌کنند که «فان الظاهر ان حبس الحر الكسوب موجب للضمان لدى العقلا» همچنین نگاه شود به خویی، سید ابوالقاسم، منهاج الصالحین، ج ۳، ج ۲، ص ۱۴۳ به بعد

است. ولی استدلال به آن برای ضمان در مسئله عدم النفع درست نیست زیرا صرف نظر از بعضی اشکالات وارده در خصوص مورد، به یقین این قاعده نمی‌تواند مسئله عدم النفع را شامل شود، زیرا مفاد این قاعده چنانکه ظاهر است، این است که چنانچه کسی مال فعلی دیگری را از بین ببرد ضامن است و مفروض این است که در مورد عدم نفع کسی مال فعلی دیگری را از بین نبرده است بلکه مالی که احیاناً می‌توانسته است به دست آورد نگذاشته است به دست آورد بنابراین به هیچ وجه ربطی به موضوع بحث ندارد.

۲- قاعده لا ضرر: این قاعده نیز متفق علیه بین فریقین است و بر آن اخبار و احادیث بسیاری از جمله حدیث نبوی معروف "لا ضرر ولا ضرار فی الاسلام" دلالت دارد. البته استدلال به این قاعده، متوقف است بر اینکه مقصود از قاعده، این باشد که هرکس موجب شود که دیگری به نفع مورد توقعش نرسد ضامن منافعی است که از او فوت شده است. لیکن این استدلال از چند جهت مورد انتقاد است که در ذیل به دو انتقاد اشاره می‌کنم:

۱- قاعده لا ضرر چنان که از حدیث مستفاد می‌گردد نفی ضرر در اسلام است نه لزوم تدارک ضرر چنانکه بعضی توهّم کرده اند. در این صورت مفاد قاعده این است که در شریعت اسلام حکم ضرری تشریع نشده است (انصاری، قاعده لا ضرر در رسائل و مکاسب؛ نائینی، قاعده لا ضرر؛ بجنوردی، القواعد الفقهیه، ج ۱؛ خویی، قاعده لا ضرر)

۲- بر فرض که مستفاد از قاعده، لزوم تدارک ضرر وارد بر غیر باشد، مقصود از ضرر چنانکه در کتب لغت و موارد استعمال این کلمه در عرف نیز در منابع فوق آمده است، عبارت است از نقصان وارد بر شی از جمله مال شخص. در این صورت مقصود از قاعده این است که چنانچه کسی بالفعل بر مال دیگری نقضی وارد کند ضامن است نه اینکه چنانچه عملی انجام دهد که منافع مورد توقع کسی به او نرسد ضامن است. بنابراین در اسلام دلیلی وجود ندارد که در موارد عدم النفع شخصی که موجب شده است ضامن است....^۱ بنابراین، همانگونه که برخی از حقوق‌دان‌های ما نیز در تالیفات خود متعرض شده‌اند، (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص. ۲۱۷) می‌توان گفت قول مشهور فقها این است که

^۱ متن این سوال و پاسخ ظاهراً منتشر نشده است اما تصویر آن در اختیار نگارنده هست.

عدم‌النفع را ضرر ندانسته و قابل مطالبه نمی‌دانند و چنان که خواهیم دید ظاهراً تدوین‌کنندگان قانون مدنی از این قول مشهور پیروی کرده‌اند البته قابل انکار نیست که برخی از فقها و عده‌ای از حقوق‌دانان در تالیفات خود در مقام توجیه مشروعیت گرفتن خسارت عدم نفع برآمده‌اند چنانکه صاحب کتاب ریاض المسائل به شرحی که قبلاً بیان شد با ذکر مثال مربوط به حبس کردن و بازداشتن فردی از کار کردن گفته است که اگر این شخص فردی است که عادتاً کار می‌کرده و به طور متعارف تحصیل مزد می‌نموده به طوری که اگر حبس نمی‌شد، این مزد را به دست می‌آورد حبس او موجب تفویت منفعت و ضمان آور است ولی اگر کسی که معلوم نیست که اگر حبس نمی‌شد مزدی به دست می‌آورد حبس او تفویت منفعت نیست و ضمان آور نخواهد بود و می‌گوید، احتمالاً فقهای که حبس و بازداشتن شخصی را از کار کردن موجب ضمان نمی‌دانند، منظورشان همین شق دوم است نه شق اول. ولی بسیاری از فقها مخالف این نظر بوده و این توجیه و استدلال صاحب ریاض را نپذیرفته‌اند چنانکه صاحب جواهر پس از نقل نظر صاحب ریاض چنانکه قبلاً هم اشاره شد می‌گوید این توجیه طبق نظر اکثر فقهای ما پذیرفته نیست و آنها شخصی را که مانع از کار کردن فردی شده است هرچند سبب از دست رفتن مزد و منفعت شده باشد ضامن نمی‌دانند (نجفی، ج ۳۷، ص. ۴۴) چنانکه روشن است و قبلاً هم اشاره شد این جمع از فقها که ظاهراً اکثریت را تشکیل می‌دهند به دست نیامدن منفعتی را که محتمل است در آینده به دست آید هرچند احتمال به دست آمدن و تحقق آن به طور متعارف قوی باشد تلف مال یا ضرر ندانسته و چنین منفعتی را مضمحل ادله‌ای که تلف‌کننده مال یا وارد‌کننده ضرر واقعی را مسئول می‌شناسند، نمی‌دانند. در پی همین نظر مشهور فقهی این عبارت رایج و شایع شده که: «عدم‌النفع لیس بضرر»، «عدم‌النفع ضرر نیست» و بنابراین به خاطر عدم‌النفع، نمی‌توان مطالبه خسارتی کرد. البته همانطور که اشاره شد اقلیتی از فقها عدم ضرر را قابل مطالبه و جبران دانسته‌اند مانند صاحب کتاب ریاض المسائل و نیز از فقهای بعد از ایشان. فقیه صاحب نام مرحوم نائینی نیز عدم‌النفع را ضرر دانسته و فرموده‌اند: «بَلْ يُعَدُّ عَرَفًا عَدَمُ النِّفْعِ بَعْدَ تَمَامِيهِ الْمَقْتَضَى لَهُ مِنَ الضَّرَرِ» (نائینی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص. ۱۹۹) در دوره معاصر ما به نحوی که خواهیم گفت فقهای شورای نگهبان از نظر مشهور

تبعیت کرده و عدم النفع را ضرر محسوب نکرده و قابل مطالبه ندانسته‌اند که بر مبنای این نظر فقهی آنان مطالبه خسارت به عنوان خسارت عدم النفع در قانون آیین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۷۹ ممنوع شد.

۲- جریان قانون گذاری و موضع قانونگذاران در مورد عدم النفع:

قانون مدنی ایران، عمدتاً از فقه امامیه اقتباس شده و فتاوی معتبر فقهی در قالب مواد قانونی تنظیم و به تصویب رسیده است ولی بعضی موارد از قانون خارجی به ویژه قانون مدنی فرانسه هم استفاده شده به ویژه در بخش تعهدات و قواعد عمومی قراردادها و نیز در فصل بندی و تنظیم و ترتیب مباحث و گاه مسائل ماهوی از آن الهام گرفته شده است، موادی را که مغایر با موازین نمی دانسته و مفید تشخیص داده‌اند وارد قانون مدنی کرده و موادی را که خلاف شرع تشخیص می دادند یا کنار گذاشته و یا از آوردن آنها در قانون خودداری و یا به گونه‌ای تغییر داده که خلاف شرع حساب نشود و مطابق با موازین اسلامی باشد. در مواردی هم تا حدودی به حالت ابهام گذاشته و به هر حال مفهوم ماده‌ای از قانون مدنی فرانسه را که شبهه مغایرت با موازین اسلامی داشته در قانون وارد نکرده است. از جمله آن ماده ۲۲۱ قانون مدنی در خصوص مطالبه خسارت تخلف از انجام تعهد است که با وجود اینکه این ماده از ماده ۱۱۴۷ و ۱۱۴۹ قانون مدنی فرانسه^۱ و برخی مواد دیگر مربوطه آن استفاده شده، بر خلاف تصریح ماده ۱۱۴۹ قانون مدنی فرانسه چیزهایی را که به عنوان خسارت به لحاظ تخلف از انجام تعهد می توان مطالبه کرد مشخص نکرده است ماده ۱۱۴۹ قانون مدنی فرانسه مقرر می داشت: خساراتی را که متعهدله می تواند در صورت تخلف از انجام تعهد مطالبه کند عبارت است از: مالی که از دست رفته و یا منفعتی که از دستیابی به آن باز مانده است^۲. ولی ماده ۲۲۱ قانون مدنی ایران، مقرر داشته:

^۱ این دو ماده هم اکنون پس از اصلاحات سال ۲۰۱۶ با شماره ۱-۱۲۳۱ و ۲-۱۲۳۱ مطرح شده است.

1231-1: Le débiteur est condamné, si Y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit a raison de l'exécution de l'obligation, soit a raison du retard dans l'exécution, si ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure.

1231-2: Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-apres

"اگر کسی تعهد اقدام به امری را بکند یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری کند در صورت تخلف مسئول خسارت طرف مقابل است مشروط بر اینکه جبران خسارت تصریح شده و یا تعهد عرفاً به منزله تصریح باشد و یا بر حسب قانون موجب ضمان باشد." ملاحظه می‌شود که در این ماده تصریح نشده که چه چیزی به عنوان خسارت تلقی می‌شود که متخلف باید آن را جبران نماید؟ و به هر حال از منفعت به دست نیامده به لحاظ تخلف از تعهد به عنوان خسارت صریحاً یاد نشده است. در نتیجه در مرحله عمل بسیاری از قضات که با مذاق فقها و نظر غالب آنها در این خصوص آشنایی داشتند از حکم دادن به جبران خسارت در مورد عدم النفع خودداری می‌کردند، هرچند برخی از حقوقدانان آشنا با فقه مانند مرحوم دکتر سید حسن امامی در کتاب حقوق مدنی خود، مشروعیت مطالبه خسارت عدم النفع را که تحقق آن قویاً محتمل باشد با توجه به قواعد لا ضرر و تسبیب و امثال آنها توجیه می‌کردند. (امامی، ج ۱، ص. ۲۴۵)

۲-۱- روایت دکتر متین دفتری از تصویب قانونی مطالبه عدم النفع در آیین

دادرسی مدنی سال ۱۳۱۸

مرحوم دکتر متین دفتری که حقوقدانی مبرز و شناخته شده بود و مدتی وزارت دادگستری را بر عهده داشت و قوانین قضایی را به تصویب مجلس رساند، قانون جدید نسبتاً جامع آیین دادرسی مدنی را به تصویب قوه مقننه رساند که سال‌ها مبنای عمل در دادگستری بود ایشان در ارتباط با مسئله عدم النفع در کتاب آیین دادرسی خود می‌گوید (متین دفتری، ۱۳۸۸، ج ۲، صص. ۲۵-۲۷) از آنجا که بسیاری از قضات با توجه به عبارت و حکم معروف مورد قبول مشهور فقها یعنی "عدم النفع لیس بضرر" احتیاط می‌کردند و از حکم دادن به جبران عدم نفع به عنوان خسارت موضوع ماده ۲۲۱ قانون مدنی امتناع می‌کردند و خسارت را شامل تلف شدن مال موجود و محقق معنا کرده و شامل عدم النفع

²¹¹⁴⁹: Les actes courants accomplis par le mineur peuvent être annulés pour simple lésion. Toutefois, la nullité n'est pas encourue lorsque la lésion résulte d'un événement imprévisible. La simple déclaration de majorité faite par le mineur ne fait pas obstacle à l'annulation. Le mineur ne peut se soustraire aux engagements qu'il a pris dans l'exercice de sa profession.

که چیز موجودی نیست، -هرچند احتمال به دست آوردن آن با انجام تعهد بسیار قوی باشد- نمی‌دانستند. برای حل موضوع و رفع شبهه ذیل ماده ۷۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی ذیل خسارات حاصل از عدم انجام تعهد این عبارت را آوردیم «ضرر ممکن است به واسطه از بین رفتن مالی باشد یا به واسطه فوت شدن منفعتی که از انجام تعهد حاصل می‌شده است» و تصویب شد. (متین دفتری، ج ۲، ص. ۶۰)

تقریباً می‌توان گفت مفاد ماده ۱۱۴۹ قانون مدنی فرانسه که تدوین کنندگان قانون مدنی ایران در سال ۱۳۰۷ از گنجاندن آن در قانون مدنی در باب تخلف از انجام تعهد به لحاظ مغایرت با نظر مشهور فقها امتناع کرده بودند، در قانون آیین دادرسی مدنی سال ۱۳۱۸ به شرح فوق گنجانده شد و چون عملاً مرجعی هم برای ارزیابی انطباق قوانین با موازین شرع وجود نداشت وصف قانونی پیدا کرد و به مرحله اجرا درآمد و طبعاً سال‌ها مورد استناد و عمل قرار گرفت.

۲-۲- تغییرات یا اصلاحیه قانون آیین دادرسی مدنی در سال ۱۳۷۹ و الغای حکم مطالبه خسارت عدم‌النفع

در سال ۱۳۷۹، پس از آنکه به طور پراکنده برخی از مواد قانون آیین دادرسی مدنی از سوی فقهای شورای نگهبان خلاف شرع تشخیص داده شده و از دایره عمل خارج شد (از قبیل مسئله مرور زمان، خسارت تأخیر تأدیه...) در واقع می‌توان گفت قانون آیین دادرسی مدنی جدیدی به وجود آمد. در این قانون جدید که طبعاً با ملاحظه نظر شورای نگهبان و به ویژه فقهای شورا در ارتباط با عدم مغایرت مصوبه مجلس با موازین شرع، در مورد حق مطالبه خسارت در دعاوی، در دو مورد مسئله خسارت عدم‌النفع مطرح و با توجه به دریافت نظریه شرعی فقهای شورای نگهبان، مطالبه خسارت عدم‌النفع در دو ماده مزبور غیر قابل پذیرش اعلام شد، یکی در ماده ۲۶۷ و دیگری در تبصره ۲ ماده ۵۱۵ که در اینجا برای روشن شدن موضوع و موضع فقهای شورای نگهبان و اقدام مجلس در پی دریافت نظر فقهی شورای نگهبان به اختصار مروری بر سوابق تصویب ماده و تبصره فوق می‌نماییم:

اول: ماده ۲۶۷ در مورد مطالبه خسارت از کارشناس متخلف:

این ماده که ابتدا با شماره ماده ۲۶۳ در مجلس تصویب و طی نامه شماره ۳۱۱۰ ق مورخ ۱۸ خرداد ۱۳۷۸ به شورای نگهبان ارسال شد در خصوص مطالبه خسارت از کارشناس متخلف مقرر می‌داشت:

"هرگاه یکی از اصحاب دعوا از تخلف کارشناس متضرر شده باشد می تواند از کارشناس مطالبه خسارت نماید." شورای نگهبان طی نامه شماره ۸/۲۱/۴۹۱۱ مورخ ۸ تیر ۱۳۷۸ خطاب به مجلس شورای اسلامی در بند ۳۹ نامه خود اینگونه اظهار نظر کرده است:

"در ماده ۲۶۳ از جهت اینکه تضرر شامل عدم النفع می شود یا نه؟ و از جهت حدود استناد ضرر به تخلف کارشناس مبهم است اظهار نظر در خصوص آن منوط به رفع ابهام می باشد."

پیداست شورای نگهبان در این اظهار نظر در خصوص شمول اطلاق ضرر به عدم النفع و تجویز مطالبه آن با تصویب مجلس دغدغه خاطر داشته است لذا مجلس ماده مزبور را اصلاح نمود و در واقع جلوی اطلاق ضرر را گرفته و مصوبه خود را به این شکل درآورد و به شورای نگهبان ارسال کرده، ذیل ماده ۲۶۳ این جمله را اضافه نمود: ضرر و زیان ناشی از عدم النفع قابل مطالبه نیست. شورای نگهبان نیز با این اصلاحیه مصوبه مجلس را تایید کرد؛ البته شماره ماده در تصویب نهایی به ۲۶۷ تغییر کرده است.

دوم- ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی و تبصره ۲ آن

در ارتباط با خسارت عدم انجام تعهد نیز مصوبه مجلس که طی نامه شماره پیش گفته به شورای نگهبان ارسال شده بود با عنوان ماده ۵۰۱ چنین بود:

"خواهان حق دارد ضمن تقدیم دادخواست یا در اثنای دادرسی و یا به طور مستقل جبران خسارتی که به علت دادرسی یا به جهت تاخیر انجام تعهد یا عدم انجام آن به او وارد شده یا خواهد شد همچنین اجرت المثل را به لحاظ عدم تسلیم خواسته یا تاخیر تسلیم آن از باب اتلاف و تسبیب از خواننده مطالبه نماید..."

شورای نگهبان به شرح نامه شماره پیشگفته و در بند ۶۶ آن اعلام داشته:

" اطلاق ماده ۵۰۱ که شامل خسارت تاخیر تادیه و عدم النفع هم می شود، خلاف موازین شرع است."

مجلس در مقام تأمین نظر فقهی شورای نگهبان در مورد خسارت تاخیر تادیه با لحاظ مواضع فقهی و تحت قیود و شرایطی مقرراتی را تصویب کرد که اکنون ذیل ماده ۵۲۲ قانون

آیین دادرسی مدنی قرار دارد و در مورد عدم النفع نیز آن را قابل مطالبه ندانست. در این راستا تبصره ماده ۵۰۱ اصلاحی به این صورت تصویب شد:

"خسارت ناشی از عدم النفع قابل مطالبه نیست و خسارت تاخیر تادیه در موارد قانونی قابل مطالبه می‌باشد."

با این تصریح در مورد قابل مطالبه نبودن عدم النفع شورای نگهبان آن را مغایر شرع ندانست و ماده و تبصره آن به تصویب و تایید نهایی رسید. البته در تصویب نهایی ماده مزبور ذیل شماره ماده ۵۱۵ تبصره ۲ قرار گرفت.

با توجه به موارد پیش گفته می‌توان به طور قطع اظهار نظر نمود که طبق نصوص قانونی موجود در نظام حقوقی ایران مطالبه خسارت از طرف قرارداد که تعهد خود را انجام نداده با عنوان خسارت به دست نیاوردن منفعت و یا از دست دادن منافعی که احتمال می‌داد با اجرای قرارداد به دست آورد ولو احتمال، قوی مجاز نیست و مبنای قانونی ندارد یعنی اگر کسی حتی قبل از تصویب ذیل ماده ۷۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی سال ۱۳۱۸ ممکن بود از عموم و شمول عنوان خسارت تخلف از انجام تعهد در ماده ۲۲۱ قانون مدنی استفاده کند و مطالبه خسارت عدم النفع را بپذیرد، هم اکنون با این نص قانونی ماده ۲۶۷ و تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی جدید نمی‌تواند چنین اقدامی را انجام دهد.

البته از نظر توجیه ماهوی، این امر به مبنای فقهی مسئله و نظر مشهور فقها که خسارت عدم النفع را قابل مطالبه نمی‌دانند، برمی‌گردد و پیداست همین معنا مورد پذیرش فقهای شورای نگهبان که طبق ذیل اصل چهارم قانون اساسی مرجع تشخیص انطباق قوانین موضوعه با موازین اسلامی هستند قرار گرفته است.

۲-۳- موضع برخی از حقوقدانان نسبت به مطالبه عدم النفع و اصلاحیه قانون آیین دادرسی مدنی:

به طوری که گفتیم قانون آیین دادرسی مدنی سابق - که فعلاً منسوخ است - مطالبه خسارت فوت شدن منفعتی را که ممکن بود، از انجام تعهد حاصل شود امکان‌پذیر می‌دانست و بعضی از فقیهان و نیز جمعی از حقوقدانان آن مبنا را قبول داشته و دارند از جمله مرحوم دکتر سید حسن امامی در کتاب حقوق مدنی خود پس از اظهار نظر به اینکه طبق ماده ۷۲۷ قانون آیین دادرسی مدنی منفعت محقق فوت شده در اثر عدم انجام تعهد را می‌توان مطالبه کرد ولی منفعت محتمل قابل مطالعه نیست، به حقوق امامیه هم در این

خصوص استناد می‌کند و می‌گوید در حقوق امامیه هم می‌توان به حدیث مشهور نبوی لاضرر و لاضرار، استناد نمود و در نتیجه تفویت منفعت مسلم را خسارت دانست و مسبب را مسئول جبران آن شناخت. (امامی، همان)

البته منفعتی که انتظار می‌رود از انجام تعهد به دست آید، ولو طبق موازین متعارف احتمال به دست آوردن آن خیلی هم بالا باشد نمی‌توان بر آن منفعت مسلم اطلاق کرد و به دست نیامدن آن را تفویت و یا اتلاف مال موجود دانست و مطالبه خسارت آن را توجیه کرد مگر آنکه در این زمینه بتوان تسامحی به خرج داد و با عنایت به پذیرش عقلی مسئله و بناء عقلا و عدم ردع و منع شارع، چنان که اخیراً در اظهارات برخی از علما دیده می‌شود مطالبه آن را توجیه کرد.

برخی از اساتید شناخته شده و مبرز حقوق نیز که خود به نوعی مدافع مطالبه خسارت عدم النفع بودند ضمن انتقاد از این موضع قانونگذار در منع مطالبه خسارت عدم النفع به هر حال آن را حکم قانون دانسته و طبعاً لازم الاتباع می‌دانند و در مقام توجیهات غیرقابل قبول بر نیامدند از جمله این اساتید مرحوم دکتر کاتوزیان استاد به نام حقوق ایران است که در مصاحبه‌ای که روزنامه اطلاعات در شهریور ماه ۱۳۷۹ از ایشان نقل کرده در این خصوص گفته‌اند «در پایان ماده ۷۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی سابق آمده بود که ضرر ممکن است به واسطه فوت شدن منفعتی باشد که از انجام تعهد حاصل می‌شده است در حالی که در این تبصره (تبصره ۲ ماده ۵۱۵) عدم النفع را به طور مطلق منع کرده است، حال آنکه حق بود که خسارات مربوط به عدم النفع که در حقیقت موضوع خسارتی است که در آینده ممکن است اتفاق بیفتد به دو گروه، - چنانکه برخی از محققین و فقها تقسیم کرده‌اند- تقسیم می‌گردید».^۱ مرحوم دکتر مهدی شهیدی استاد شناخته شده حقوق مدنی در دانشگاه شهید بهشتی نیز ضمن استدلال حقوقی و فقهی و برداشت علمی خود از قابل مطالبه بودن منفعت از دست رفته معتقد است که نص تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی مطالبه عدم النفع را منع کرده است (البته باید توجه داشت که ذیل ماده ۲۶۷ نیز همین کار را انجام داده است) ایشان در مقام نقد تبصره ۲ مزبور می‌گوید:

۱ ممکن است مرحوم دکتر کاتوزیان در جای دیگری توضیح و نظریه متفاوت‌تری ابراز داشته باشند که بنده از

آن اطلاع دقیق ندارم.

«ظاهراً علت مطالبه ناپذیر بودن عدم النفع در تبصره ۲ این ماده گمان مغایرت آن با موازین فقهی بوده است ولی با اندکی دقت و تحلیل مسئله در فقه ذهن به این سو کشیده می شود که بنا به دلایل زیر مسئولیت متعهد و متخلف حتی نسبت به جبران خسارت محروم ماندن متعهدله از دستیابی به نفعی که در صورت اجرای تعهد قراردادی و صرفاً از خود عمل مورد تعهد به دست می آمده است، در فقه دارای مبنای تحلیلی و حقوقی است
«.....»

استاد نامبرده پس از اینکه استدلال و تحلیل فقهی و حقوقی خود را بیان می کند نتیجه می گیرد که:

"پس اگر متعهد از ایفای تعهد خودداری کند در حقیقت از تسلیم مال متعهدله خودداری ورزیده و مانع رسیدن منافع این مال به متعهدله گردیده و یا منافع مال مزبور را تلف کرده است که این تلف همان خسارت عدم النفع است..."
و سرانجام می گوید:

"اما علی رغم آنچه در بالا بیان شد با لحاظ نص تبصره دو ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی چاره ای جز غیر قابل مطالبه دانستن خسارت عدم النفع نیست."
(شهیدی، ۱۳۸۶، صص. ۲۵۸-۲۵۹)

البته برخی از اساتید حقوق و صاحب نظران هم در مقام توجیه و تأویل تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی برآمده و «... گفته اند مقصود تبصره مذکور عدم النفع احتمالی است که قابل مطالبه نیست زیرا ضرر قابل جبران باید مسلم باشد و این قاعده عدم النفع را که نوعی ضرر به شمار می آید نیز شامل می شود پس عدم النفع یا فوت منفعت، یعنی نفعی که بر حسب جریان عادی امور و به احتمال قوی حصول آن مورد انتظار می باشد قابل مطالبه است. (صفایی و رحیمی، صص. ۱۲۶-۱۲۷؛ پاکباز، ۱۴۰۱، ص. ۳۴۲) البته پذیرش این نظر و این توجیه کمی دشوار به نظر می رسد زیرا نه تنها بر خلاف ظاهر تبصره ۲ ماده ۵۱۵ و ذیل ماده ۲۶۷ به خصوص با عنایت به سوابق مربوط به تصویب آنها و مکاتباتی که بین مجلس و شورای نگهبان رد و بدل شده و نقل کردیم می باشد، بلکه بیانگر نوعی تزلزل و اضطراب در استدلال خود نویسندگان می باشد زیرا از یک طرف فوت منفعت مسلم را ضرر محسوب دانسته و قابل مطالبه می دانند و از طرف دیگر منفعت مسلم را منفعتی می دانند که به احتمال قوی مورد انتظار است. پیداست منفعتی هم که به احتمال قوی مورد انتظار باشد باز منفعت مسلم محسوب نمی شود و این صاحب نظران خود این

دسته از منافع را غیر قابل مطالبه توصیف کرده‌اند. به علاوه اگر منظور قانونگذار این بود که منفعتی که به احتمال قوی قرار است حاصل شود و انتظار آن می‌رود که محقق شود قابل مطالبه است و می‌توان از کسی که با تخلف از انجام تعهد موجب عدم تحقق آن شده خسارت خواست، نیازی به برهم زدن قانون سابق و تصویب عبارت جدید بعد از آن مکاتباتی که بین مجلس و شورای نگهبان صورت گرفته و تصریح به اینکه عدم النفع بر عنوان خسارت قابل مطالبه نیست، نبود. زیرا این منظور با همان قانون سابق تامين می‌شد. تمام شارحین قانون و اساتید مربوط تاکید می‌کردند که منظور ذیل ماده ۷۲۸ که ضرر را شامل منفعتی که ممکن بوده از انجام تعهد به دست بیاید و نیامده، در صورتی که به طور متعارف اطمینانی یا به تعبیری احتمال قوی بر به دست آمدن آن بود، قابل مطالبه است، با این وصف چه توجیه معقولی می‌تواند وجود داشته باشد که قانونگذار آن قانون را نسخ کند؟ و قانونی با عبارت ابهام آمیز برای رساندن همان معنا تصویب کند. تردیدی نیست که می‌توان این قانون جدید را نقد کرد و نظریه ضرر دانستن منفعت فوت شده که احتمال به دست آوردن آن قوی بوده را تقویت کرد و قانونگذار را به سمت اصلاح قانون و از جمله به شکل مناسب‌تری و محکم‌تری به بازگشت به همان قانون سابق سوق داد.

در پایان این ماجرا گویی بد نیست به دیدگاه جدیدی که در مورد برخی فتاوای اصلاحی متناسب با مقتضیات روز، به اعتبار تشخیص حکم عقل و بنای عقلا به ویژه در مواردی که اصطلاحاً منطقه الفراغ نامیده می‌شود و شارع الزام و ردعی ندارد، اشاره کنم که گفته‌اند می‌توان در این گونه موارد حکم معقول و مقبول بر مبنای عرف و بنای عقلا صادر کرد و بر آن مبنا وضع قانون نمود. در واقع در صورتی که در موردی از سوی شارع حکم مشخصی نرسیده ولی در خصوص آن مورد مقررات عرفی و عقلایی وجود دارد و آنچه بر اساس بنای عقلا مقرر شده مورد ردع و منع شارع قرار نگرفته و یا به فرموده امام خمینی (ره) علم به ورود ردع و منع از سوی شارع در مورد آن وجود ندارد، همین مقدار می‌تواند مجوز وضع قانون بر این اساس باشد و به اجرا درآید^۱ برای روشن شدن موضوع و به خصوص نوع تصمیم‌گیری در موضوعی که مورد بحث ماست خوب است اشاره‌ای به مطلبی که فقیه بزرگوار مرحوم سید محمد حسن بجنوردی در کتاب ارزشمند القواعد الفقهیه مطرح کرده بنماییم. ایشان در بحث مربوط به اختلاف نظر در مسئولیت مدنی نسبت به حبس

^۱. بنگرید کتاب البیع، امام خمینی، جلد ۱، صفحه ۱۱۰

کردن شخص آزاد و در نتیجه مانع اشتغال و کسب درآمد او شدن و اینکه بسیاری از فقها این مسئولیت و به اصطلاح ضمان منافع غیر مستوفات شخص آزاد را صحیح و شرعی نمی‌دانند چون مشمول هیچ یک از عناوین و ادله و مدارک شرعی مربوط به ضمان از قبیل قاعده اتلاف یا قاعده علی الید یا قاعده احترام مال مسلمان نمی‌شود، می‌گوید: «ممکن است گفته شود ضمان و مسئولیت منافع غیر مستوفات مدرکش قاعده تفویت منفعت و بنای عقلا بر ضمان است در حالی که شارع هم منعی از آن نکرده است و توجیه قابل استناد بودن قاعده تفویت هم این است که در باب ضمان و مسئولیت مالی، شارع به طور غالب راهکارهای عرفی را امضا کرده است. ایشان می‌گوید شکی نیست که عرف و عقل بر این نظرند که اگر کسی فردی را حبس کرد و مانع اشتغال او شد به خصوص اگر شغل مفید و پردرآمدی داشته باشد ضامن است و حکم می‌کنند که باید این نوع خسارت وارده را جبران کند و همین امر دلیل قطعی است بر اینکه تفویت منافع یک فرد هرچند منافع غیر مستوفات (منفعی که در آینده به دست می‌آید) موجب ضمان و مسئولیت است و از آنجا که شارع این روش عقلایی را ردع و منع نکرده، عدم منع شارع در واقع، دلیل بر این است که این حکم مورد امضای شارع نیز است». (بجنوردی، ج ۴، ص. ۱۸۴)^۱ به نظر می‌رسد در ارتباط با ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری اصلاحی سال ۱۳۹۲ و تبصره‌های آن در رابطه با خسارت معنوی و عدم‌النفع حاصل از جرم ارتكابی علیه مجنی علیه، چنین گرایشی در فقه‌های شورای نگهبان دیده می‌شود که اگر به درستی پیگیری شود امید تحول در قانون گذاری اسلامی ایجاد خواهد شد.

^۱ متن عبارت آقای بجنوردی چنین است: «فضمان المنافع غیر المستوفاه... قاعده التفویت و مدرک قاعده التفویت... هو بناء العقل على ذلك مع عدم صدور ردع عن قبل الشارع. و تقریبه ان فی ابواب الضمانات غالبا امضى الشارع الطرق العرفیه و لاشک فی ان العرف و العقلاء یرون من حبس شخصا حراً و منعه عن الاشتغال باشغاله خصوصا اذا كانت اشغاله ذات فائده کثیره و قیمه کبیره ضامنا و یحکمون بتغريمه و اخذ ما خسره المحبوس عنه. و هذا دلیل قطعی على ان تفویت المنافع على شخص موجب للضمان و ان كانت تلك المنافع غیر مستوفاه و حیث ان الشارع لم یردع عن هذه الطریقه العقلانیة فعدم الردع دلیل على امضاها.

نتیجه‌گیری

هدف در این مقاله بحث علمی تحقیقی تخصصی و موضع‌گیری علمی شخصی در مورد حکم عدم‌النفع نبود و لذا از ابراز نظر شخصی در این زمینه خودداری شد. منظور از نگارش این مقاله که با وجود اندکی تفصیل در عین حال به اختصار برگزار شد همانطور که از عنوان مقاله پیداست بیان ماجرای مطالبه عدم‌النفع در نظام حقوقی ایران از ابتدای راه یافتن این مفهوم در این نظام، از تاریخ تصویب قانون مدنی و الهاماتی که از قانون مدنی فرانسه گرفته و مبانی فقهی این موضوع و دیدگاه‌های فقه‌های امامیه است که در تدوین قانون مدنی نقش مهمی داشته و دارد که تا حدودی سیر این ماجرا بیان شد. البته فرصت پرداختن به آرا دادگاه‌ها و داوری‌ها و نقل آن‌ها نشد. روشن است که این مسئله موضوع مهمی است که مورد ابتلای دادگاه‌های داخلی و داوری‌های بین‌المللی که شرکت‌ها، افراد و یا دولت در خصوص قراردادهایی که با دیگران دارند و احیاناً تخلف صورت می‌گیرد و دعوای خسارت از جمله خسارت عدم‌النفع مطرح می‌شود، می‌باشد آنگونه که در سیر این ماجرا در این مقاله ملاحظه کردیم در حال حاضر طبق قانون موضوعه ایران که با نظر فقهی فقه‌های شورای نگهبان تصویب شده مطالبه خسارت عدم‌النفع در قانون آیین دادرسی مدنی به شرح مقرر در ماده ۲۶۷ و تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی جایگاهی ندارد البته این امر مورد انتقاد بسیاری از حقوقدانان و حتی برخی از فقیهان می‌باشد و چون مسئله در سطح ملی و دادگاه‌های داخلی و در سطح بین‌المللی و داوری‌های بین‌المللی که قانون حاکم قانون ایران تعیین شده مطرح می‌باشد و مبتلابه هست. باید تلاش عالمانه و ملاحظه دقیق جنبه‌های حقوقی با فهم روشن و درک صحیح از مبانی فقهی و حقوقی با ملاحظه مقتضیات زمان و مکان، اصلاحات لازم قانونی که حتی الامکان دور از ابهام و شبهه باشد صورت گیرد و از تفاسیر غیر معقول، نامأنوس و دور از منطق و در واقع به سخره گرفتن قانون خودداری شود برای حل این موضوع هم حقوقدانان مطلع و وارد و منصف و خوش فکر و هم فقیهان مطلع و روشن بین و زمان شناس نقش مهمی ایفا می‌کنند و البته از لحاظ عملی قضات و وکلای دست‌اندرکار این مسائل و اعضای مجلس قانون گذاری آگاه و دلسوز می‌توانند در حل این معضل و اصلاحات مفید و کارساز قانون در این زمینه ایفای نقش نمایند.

فهرست منابع

منابع فارسی

۱. قوانین و اسناد

۲. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران
۳. قانون آیین دادرسی مدنی - مصوب سال ۱۳۱۸
۴. قانون آیین دادرسی مدنی - مصوب سال ۱۳۷۹
۵. متمم قانون اساسی مشروطه - مصوب ۲۹ شعبان ۱۳۲۵
۶. قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران - مصوب سال ۱۳۰۷
۷. قانون مدنی فرانسه - مصوب
۸. نامه شماره ۸/۲۱/۴۹۱۱ مورخ ۸ تیر ۱۳۷۸ شورای نگهبان خطاب به مجلس شورای اسلامی

کتاب

۹. امامی، سیدحسن (۱۳۷۵) حقوق مدنی، جلد اول، تهران: انتشارات اسلامی
۱۰. پاکباز، سیامک (۱۴۰۱)، شرح قانون مدنی فرانسه، چاپ سوم، تهران: انتشارات میزان
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۷)، مجموعه قانون مدنی، چاپ سوم، تهران: انتشارات گنج دانش
۱۲. شهیدی، مهدی (۱۳۸۶)، آثار قراردادهای و تعهدات، چاپ سوم، تهران: انتشارات مجد
۱۳. صفایی، سیدحسین؛ رحیمی، حبیب الله (۱۳۸۹)، مسئولیت مدنی الزامات خارج از قرارداد، تهران: انتشارات سمت
۱۴. کاتوزیان، ناصر (شهریور ماه ۱۳۷۹)، روزنامه اطلاعات.
۱۵. گرجی، ابوالقاسم (بی تا)، پاسخ سوال راجع به حکم فقهی مطالبه عدم النفع.
۱۶. متین دفتری، احمد (۱۳۸۸)، آیین دادرسی مدنی و بازگانی، جلد دوم، چاپ سوم، تهران: انتشارات مجد

منابع عربی

۱۷. انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۰۴ هـ ق)، رسائل فقهیه، جلد اول، قم: مکتبه المفید. صفحه ۱۰۹
۱۸. بجنوردی، سیدمحمدحسن (۱۳۷۷ هـ ش)، القواعد الفقهیه، جلد دوم، چاپ اول، قم: نشر الیهادی
۱۹. بجنوردی، سیدمحمدحسن (۱۳۷۷ هـ ش)، القواعد الفقهیه، جلد چهارم، چاپ اول، قم: نشر الیهادی
۲۰. حسینی مراغی، میرعبدالفتاح (۱۴۱۷ هـ ق)، العناوین الفقهیه، جلد دوم، چاپ دوم، قم: مؤسسه النشر الإسلامی التابعه لجماعه المدرسین، صفحه ۴۰۲
۲۱. خمینی، سیدروح الله، (بی تا) تحریر الوسيله، جلد دوم، چاپ ششم

۲۲. خمینی، سیدروح الله (۱۳۶۸)، کتاب البیع، جلد اول، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان
۲۳. خویی، سیدابوالقاسم (بی تا)، منهاج الصالحین، جلد دوم، چاپ‌های سوم و بیستم
۲۴. طباطبایی، سیدعلی (۱۳۱۸ هـ.ق)، ریاض المسائل فی بیان الأحکام بالدلائل، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث
۲۵. عاملی، شیخ حر (بی تا)، وسائل الشیعه، جلد ۱۳
۲۶. نجفی، محمدحسن (۱۳۶۲ ه.ش)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۳۷، چاپ بیروت
۲۷. نائینی، محمدحسین (۱۴۱۸ ه.ق)، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب- جلد دوم، قم: مؤسسه نشر اسلامی
۲۸. هاشمی شاهرودی، سیدعلی، (۱۴۱۹ ه.ق) دراسات فی علم الاصول -تقریرا لایبحاث سماحه آیه الله العظمی السید ابوالقاسم الخوئی-، جلد ۳ مرکز الغدیر للدراسات الإسلامیه، صفحه: ۴۹۳

References

1. Amili, Sheikh Hurr. (n.d.). *Wasā il al-Shi ah* (Vol. 13). (in Arabic)
2. Ansari, M. (1983). *Rasā il fiqhiyyah* (Vol. 1). Maktabat al-Mufid. (in Arabic)
3. Bojnourdi, S. M. H. (1998). *Al-Qawā id al-Fiqhiyyah* (Vol. 2, 1st ed.). Al-Hadi Publishing. (in Arabic)
4. Bojnourdi, S. M. H. (1998). *Al-Qawā id al-Fiqhiyyah* (Vol. 4, 1st ed.). Al-Hadi Publishing. (in Arabic)
5. Civil Code of France. (1804). (in French)
6. Civil Code of Iran. (1928). (in Persian)
7. Civil Procedure Code of Iran. (1939). (in Persian)
8. Civil Procedure Code of Iran. (2000). (in Persian)
9. Constitution of the Islamic Republic of Iran. (in Persian)
10. Emami, S. H. (1996). *Civil law* (Vol. 1). Eslami Publications. (in Persian)
11. Gorji, A. (n.d.). *Response to a question concerning the jurisprudential ruling on claiming lost profits*. (in Persian)
12. Guardian Council. (1999, June 29). Letter No. 4911/21/8 to the Islamic Consultative Assembly. (in Persian)
13. Hashemi Shahroudi, S. A. (1998). *Dirasat fi Ilm al-Usul* (Vol. 3). Al-Ghadir Centre for Islamic Studies. (in Arabic)
14. Hosseini Maraghi, M. A. (1996). *Al-Anawin al-Fiqhiyyah* (Vol. 2, 2nd ed.). Islamic Publications Institute of the Qom Seminary Teachers' Society. (in Arabic)
15. Jafari Langroudi, M. J. (2008). *Collection of the Civil Code* (3rd ed.). Ganj-e Danesh Publications. (in Persian)
16. Katouzian, N. (2000, September). *Ettelā at Newspaper*. (in Persian)
17. Khoe'i, S. A. (n.d.). *Minhaj al-Salihin* (Vol. 2, 3rd and 20th eds.). (in Arabic)
18. Khomeini, S. R. (1989). *Kitab al-Bay'* (Vol. 1). Esmaeilian Institute. (in Arabic)
19. Khomeini, S. R. (n.d.). *Tahrir al-Wasilah* (Vol. 2, 6th ed.). (in Arabic)
20. Matin Daftari, A. (2009). *Civil and commercial procedure* (Vol. 2, 3rd ed.). Majd Publications. (in Persian)
21. Na'ini, M. H. (1997). *Muniyat al-Talib fi Hashiyat al-Makasib* (Vol. 2). Islamic Publications Institute. (in Arabic)

22. Najafi, M. H. (1983). *Jawahir al-Kalam fi Sharh Sharā' al-Islam* (Vol. 37). (in Arabic)
23. Pakbaz, S. (2022). *Commentary on the French Civil Code* (3rd ed.). Mizan Publishing. (in Persian)
24. Safaei, S. H., & Rahimi, H. (2010). *Civil liability: Non-contractual obligations*. SAMT. (in Persian)
25. Shahidi, M. (2007). *Effects of contracts and obligations* (3rd ed.). Majd Publications. (in Persian)
26. Supplement to the Constitutional Law of Iran. (1907). (in Persian)
27. Tabatabaei, S. A. (1900). *Riyad al-Masā'il fi Bayan al-Ahkam bi al-Dalā'il*. Al al-Bayt Institute for the Revival of Heritage. (in Arabic)