

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



دانشگاه اصفهان
دانشکده علوم اداری و اقتصاد
گروه حقوق

پایان نامه ی کارشناسی ارشد رشته حقوق خصوصی

تحلیل فقهی حقوقی ضرر قابل جبران

استاد راهنما:

دکتر سید محمدصادق طباطبایی

استاد مشاور:

دکتر علیرضا یزدانیان

پژوهشگر:

پگاه سرمدی

آذر ماه ۱۳۹۰

کلیه حقوق مادی مترتب بر نتایج مطالعات، ابتکارات و نوآوری های ناشی از تحقیق موضوع این پایان نامه متعلق به دانشگاه اصفهان است.



دانشگاه اصفهان
دانشکده علوم اداری و اقتصاد
گروه حقوق

پایان نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق خصوصی خانم پگاه سرمدی تحت عنوان

تحلیل فقهی حقوقی ضرر قابل جبران

در تاریخ ۱۳۹۰/۹/۹ توسط هیأت داوران زیر بررسی و با درجه عالی به تصویب نهایی رسید.

امضاء
امضاء
امضاء
امضاء
امشای مدیر گروه

۱- استاد راهنمای پایان نامه دکتر سید محمد صادق طباطبایی با مرتبه علمی استادیار

۲- استاد مشاور پایان نامه دکتر علیرضا یزدانیان با مرتبه علمی استادیار

۳- استاد داور داخل گروه دکتر مرئضی طبیبی جلیلی با مرتبه علمی استادیار

۴- استاد داور خارج از گروه دکتر سعید مولوی با مرتبه علمی استادیار

پاسکزاری

«من لم یسکر المخلوق لم یسکر الخالق»

باسپاس فراوان از زحمات بی‌شائبه استاد فریخته‌ام آقای دکتر سید محمد صادق طباطبائی که با سخاوتی عظیم همواره در طول تحصیل راهنمای من بودند.

باسپاس فراوان از جناب آقای دکتر علیرضا نیردانیان

تقدیم

تقدیم به

اسطوره مروفداکاری پدرم

معنای سگفت دیگر از خودگذشتگی عشق و ایثار مادرم

دریای موج تلاش و ساحل آرام بخش، همسرم که سرچشمه عشق است و محبت

چکیده

بر اساس همه سیستم های حقوقی، رکن "ضرر و ورود خسارت"، اصلی ترین رکن از ارکان مسئولیت است، لیکن گستره ضرر قابل جبران در نظامات حقوقی متفاوت است و برخی از نظام های حقوقی همچون نظام اسلام، همه مصادیق ضرر را قابل جبران نمی دانند که در این تحقیق، مصادیق ضرری که در قابلیت جبران آن تردید و اختلاف وجود دارد؛ مورد بررسی قرار گرفت. این مصادیق تحت عناوین "ضرر از بین رفتن دارایی، کاهش ارزش و باز ماندن از منفعت"، مورد بررسی قرار گرفت. ضرر "از بین رفتن دارایی" یا "ذهاب ملکیت"، مصداقی از ضرر است که زیان دیده بر اساس فعل زیان بار دیگری، مجبور به صرف هزینه همچون معالجه خود می کند. در خصوص این نوع ضرر که گرچه در بین حقوقدانان تردیدی در قابلیت جبران آن وجود ندارد، لیکن در بین فقها، جبران این نوع ضرر با اختلافات گسترده ای روبرو است. "ضرر کاهش ارزش" خود دو مصداق عمده دارد: ۱- ضرر کاهش ارزش پول و ۲- ضرر کاهش ارزش و یا مالیت اموال. جبران ضرر کاهش ارزش پول را گرچه کثیری از فقها نمی پذیرند، لیکن به نظر می رسد با توجه به ماهیت متفاوت پول امروزی با پول قدیم و بر اساس قاعده "لا ضرر" قابلیت جبران آن اشکال نداشته باشد. مشهور حقوقدانان نیز قابلیت جبران آن را می پذیرند، لیکن به نظر می رسد قانونگذار قابلیت جبران آن را به طور مطلق مورد تایید قرار نداده است و تنها بر اساس ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی و با تحقق شرایط این ماده، قابلیت جبران دارد. ضرر کاهش ارزش و یا مالیت اموال نیز اگر بر اساس نوسانات بازار باشد، به نظر می رسد قابلیت جبران ندارد؛ ولی اگر علت آن از بین رفتن صفتی از مال باشد، تردیدی در قابلیت جبران ارزش کاسته شده وجود ندارد. سومین مصداق ضرر مورد تردید، "ضرر بازماندن از منفعت" است که ضرر بازماندن از منفعت اموال با تردید جدی روبرو نیست، لیکن ضرر بازماندن از منفعت انسان یا عدم النفع، با اختلافات گسترده ای مواجه است. ضرر فوت فرصت نیز گرچه از منظر مشهور فقها قابلیت جبران ندارد، لیکن برخی از فقها آن را می پذیرند و بر اساس ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی و مشهور حقوقدانان نیز جبران آن مورد تایید است.

کلید واژه ها: لا ضرر، قابلیت جبران، عدم النفع، رابطه ی سببیت.

فهرست مطالب

| صفحه | عنوان |
|-------|---|
| | فصل اول: کلیات |
| ۱-۱-۱ | شرح و بیان مساله پژوهشی |
| ۱-۲-۱ | تعریف ضرر |
| ۱-۲-۱ | کلام اهل لغت |
| ۱-۲-۲ | کلام فقها |
| ۱-۲-۳ | کلام حقوقدانان |
| ۱-۲-۴ | مفهوم عرفی ضرر |
| ۳-۱ | شرایط ضرر قابل جبران |
| ۴-۱ | پیشینه و تاریخچه موضوع تحقیق: (مطالعات و تحقیقاتی که در رابطه با این موضوع صورت گرفته و نتایج حاصل از آن) |
| ۵-۱ | اهداف تحقیق |
| ۶-۱ | اهمیت و ارزش تحقیق |
| ۷-۱ | کاربرد نتایج تحقیق |
| ۸-۱ | فرضیه ها (در صورت لزوم) یا سوالهای تحقیق |
| ۹-۱ | روش تحقیق |
| ۱۰-۱ | کلیدواژه ها |

فصل دوم: بررسی قابلیت جبران ضرر از بین رفتن دارایی (ذهاب ملکیت)

| | |
|-------|---------------------------------|
| ۱-۲-۱ | طرح بحث |
| ۲-۲-۲ | تحلیل مطلب |
| ۳-۲ | قابلیت جبران براساس قاعده تسبیب |
| ۴-۲ | قابلیت جبران براساس قاعده تفویض |
| ۵-۲ | قابلیت جبران براساس قاعده لاضرر |
| ۵-۲ | قاعده لاضرر ۱ |
| ۶-۲ | قابلیت جبران براساس سیره عقلا |

| | |
|----|--|
| ۲۵ | ۷-۲- رویکرد قانونگذار در خصوص ضرر ذهاب ملکیت و تحلیل نگارنده |
| ۲۸ | ۸-۲- رویه قضایی در خصوص ضرر ذهاب ملکیت |
| ۳۴ | ۹-۲- نتیجه گیری |

فصل سوم: بررسی قابلیت جبران ضرر ناشی از کاهش ارزش

| | |
|----|--|
| ۳۵ | ۱-۳- طرح بحث |
| ۳۶ | ۲-۳- کاهش ارزش پول |
| ۳۶ | ۱-۲-۳- تحلیل مطلب |
| ۳۶ | ۲-۲-۳- تعریف پول |
| ۳۸ | ۳-۲-۳- ماهیت پول |
| ۴۱ | ۴-۲-۳- بررسی قابلیت جبران براساس مبانی فقهی |
| ۴۱ | ۱-۴-۲-۳- قابلیت جبران براساس ماهیت پول |
| ۴۴ | ۲-۴-۲-۳- قابلیت جبران براساس موضوع ادله ضمان |
| ۴۴ | ۳-۴-۲-۳- قابلیت جبران براساس قاعده لاضرر |
| ۴۶ | ۵-۴-۲-۳- جبران کاهش ارزش پول، ربا نیست |
| ۴۷ | ۵-۲-۳- رویکرد قانونگذار |
| ۴۸ | ۱-۵-۲-۳- قابلیت جبران کاهش ارزش پول درمهریه |
| ۴۹ | ۲-۵-۲-۳- قابلیت جبران کاهش ارزش پول در اثر تاخیر تادیه |
| ۵۱ | ۳-۵-۲-۳- تفاوت ماهیت خسارت تاخیر تادیه موضوع ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی |
| ۵۳ | ۶-۲-۳- تحلیل نگارنده |
| ۵۷ | ۲-۳- بررسی ضرر نقصان قیمت |
| ۵۷ | ۱-۲-۳- طرح بحث |
| ۵۸ | ۲-۲-۳- تحلیل فقهی |
| ۶۱ | ۴-۳- نتیجه گیری |

فصل چهارم: بررسی قابلیت جبران ضرر بازماندن از منفعت

| | |
|----|--------------|
| ۶۲ | ۱-۴- طرح بحث |
|----|--------------|

| عنوان | صفحه |
|--|------|
| ۲-۴- بررسی قابلیت جبران ضرر عدم النفع..... | ۶۳ |
| ۱-۲-۴- بازماندن از منفعت مال..... | ۶۴ |
| ۱-۱-۲-۴- بازماندن از منفعت مال و قابلیت جبران براساس قاعده ضمان ید..... | ۶۴ |
| ۲-۱-۲-۴- بررسی ضمان منافع درمواردی که قاعده ی «علی الید» جاری نمی شود..... | ۶۷ |
| ۳-۴- باز ماندن از منفعت عمل(انسان)..... | ۶۷ |
| ۱-۳-۴- تحلیل فقهی..... | ۶۷ |
| ۲-۳-۴- رویکرد قانونگذار و تحلیل نگارنده..... | ۷۲ |
| ۴-۴- از دست دادن فرصت(فوت فرصت)..... | ۷۴ |
| ۱-۴-۴- تحلیل مطلب..... | ۷۴ |
| ۲-۴-۴- رویکرد فقها..... | ۷۸ |
| ۳-۴-۴- رویکرد قانونگذار..... | ۸۰ |
| ۵-۴- بررسی قابلیت جبران ضرر از کارافتادگی..... | ۸۰ |
| ۱-۵-۴- رویکرد فقها..... | ۸۱ |
| ۲-۵-۴- رویکرد حقوقدانان..... | ۸۱ |
| ۶-۴- نتیجه گیری..... | ۸۲ |

فصل پنجم: نتیجه تحقیق

| | |
|-------------------|----|
| منابع و ماخذ..... | ۸۶ |
|-------------------|----|

فصل اول

کلیات

۱-۱- شرح و بیان مساله پژوهشی

بدون شک رکن "ضرر و ورود خسارت"، چه در مبحث مسئولیت قراردادی و چه مسئولیت غیر قراردادی، اصلی ترین رکن از ارکان ایجاد مسئولیت مدنی می باشد؛ چرا که تا ضرر و خسارتی ایجاد نشده باشد، صحبت از مسئولیت مدنی بی معنی است، مگر در مواردی که طرفین قرارداد وجهی را به عنوان مجازات تخلف از انجام تعهدات قرار دهند (وجه التزام)؛ که در این صورت نیازی به اثبات ورود ضرر نیست. ولی در سایر موارد ابتدائاً صحبت از ضرر و خسارتی است که در نتیجه تخلف از انجام تعهدات قراردادی و یا فعل زیان بار دیگری به بار آمده است.

در مفهوم ضرر باید گفت: ضرر عبارت است از "نقص در اموال یا از دست دادن منافع مسلم یا لطمه به سلامت و حیثیت و عواطف شخص." (کاتوزیان؛ ۱۳۸۵: ۳۸)

به نظر می رسد که هیچ نظامی نسبت به اصل موضوع و رکن "ورود ضرر" تردیدی ندارد، لیکن در این مساله که چه ضرر و خسارتی قابل جبران است؛ اختلافات فراوانی وجود دارد و گستره ضرر قابل جبران در سیستم های حقوقی متفاوت می باشد. به بیان دیگر رکن اصلی مسئولیت مدنی "ورود ضرر" است ولی هر ضرری قابل جبران نیست، حتی اگر سایر شرایط و ارکان مسئولیت مدنی مانند فعل زیان بار و رابطه سببیت بین فعل زیان بار و ورود

ضرر نیز وجود داشته باشد. به عنوان مثال قانون گذار ایران در تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی بیان نموده است که: "خسارت ناشی از عدم النفع قابل مطالبه نیست."

در سیستم حقوق مسئولیت مدنی ایران نسبت به برخی از مصادیق ضرر مانند "تلف مال موجود" اختلافی نیست؛ که قانون مدنی هم در چندین ماده قانونی به آن اشاره کرده است؛ مانند ماده ۳۲۸ قانون مدنی: "هر کس مال غیر را تلف کند ضامن آن است و باید مثل یا قیمت آن را بدهد اعم از اینکه از روی عمد تلف کرده باشد یا بدون عمد و اعم از این که عین باشد یا منفعت و اگر آن را ناقص یا معیوب کند ضامن نقص قیمت آن مال است." به عنوان مثال شخصی مباشرتاً یا تسبیحاً خودروی دیگری را آتش می زند و یا تلف می کند و یا غاصبی مالی را غصب می کند و در زمان تصرف او بر اثر سیل و یا زلزله ای آن مال تلف می شود، که در خصوص پرداخت مثل یا قیمت عین تردیدی نیست؛ اما مصادیق دیگری از خسارت در همین موضوع مطرح می شود که مورد تردید و اختلاف است؛ که در این تحقیق سعی در بررسی این مصادیق و قابلیت جبران این موارد داریم.

یکی از موارد این مصادیق که در قابلیت جبران آن تردید وجود دارد؛ خسارات ناشی از عدم النفع است؛ به عنوان مثال با تلف شدن خودرو، مالک از درآمد روزانه خود که از جابجایی مسافر یا بار به دست می آورده است، باز می ماند. در خصوص قابلیت جبران این نوع از خسارات که "عدم النفع" یا "خسارات ممکن الحصول" نامیده می شوند، اختلاف نظر وجود دارد. به علاوه اگر مالک خودرو با تلف شدن آن تا زمان مطالبه مثل یا قیمت خودروی خود از غاصب و یا تلف کننده مال، مجبور به پرداخت مبلغی به عنوان کرایه برای رسیدن به محل کار خود شود؛ آیا حق مطالبه این نوع خسارت را نیز دارد یا نه؟ در قابلیت جبران این نوع ضرر که در بین برخی از فقهای معاصر عنوان "ذهاب ملکیت" و "از بین رفتن دارایی" را دارد، اختلاف نظر وجود دارد؛ چرا که اگر چه رابطه سببیت بین فعل زیان بار و ضرر وجود دارد، ولی فعل زیان بار موجب تلف مال موجود نشده است، بلکه سبب این شده است که مالک مجبور شود روزانه مبلغی از دارایی خود را صرف رفت و آمد کند. (شاهرودی؛ ۱۴۱۷: ۷۰)

از دیگر مصادیق ضرر که قابلیت جبران آن با تردید مواجه است؛ "نقصان قیمت" است. به عنوان مثال اگر غاصبی خودرویی را غصب نماید و سه سال پس از غصب، با مطالبه مالک عین خودرو را در حالی که مالک رد نماید که قیمت آن در بازار به نصف رسیده است، گرچه هیچ گونه نقص و عیب و استهلاکی در عین خودرو صورت نگرفته و صرفاً به دلیل نوسانات بازار، قیمت آن به نصف تقلیل پیدا کرده است و گرچه از نظر عرف هیچ گونه

تردید و وجود ندارد که مالک متضرر شده است ولی در خصوص قابلیت جبران آن تردید وجود دارد و مشهور فقها آن را قابل جبران نمی دانند. (خمینی؛ ۱۴۰۶: ۱۷-۲۱)

از دیگر مصادیق مورد تردید ضرر قابل جبران "خسارت ناشی از کاهش ارزش پول" می باشد. صرف نظر از آنچه قانون گذار در ماده ۵۲۱ قانون آیین دادرسی مدنی در خصوص خسارت تاخیر تادیه بیان داشته است، مواردی را می توان یافت که مشمول این ماده نمی شود ولی در وجود "ضرر" و خسارت زیان دیده نیز تردیدی نیست؛ با این حال در قابلیت جبران آن تردید وجود دارد. به عنوان مثال شخصی زمینی را در سال ۱۳۵۷ به مبلغ ۲۰۰ هزار تومان می فروشد و پس از سی سال با کشف بطلان آن به دلیل اثبات مالکیت غیر از تصرف وی خارج می شود (مشتري) و فروشنده از باب بطلان بیع مبلغ ۲۰۰ هزار تومان (یعنی ثمن معامله) را به او مسترد می کند؛ در حالی که اگر با ۲۰۰ هزار تومان در سال ۱۳۵۷ شخص قادر به خرید ۱۰۰ مثقال طلا بود، اکنون با این مبلغ قادر به خرید ۱۰ مثقال طلا خواهد بود. در این خصوص گرچه "ورود ضرر" حداقل از دید عرف مسلم است و باید جبران گردد ولی از دید حقوق جبران این گونه ضرر با تردید جدی مواجه است.

۲-۱- تعریف ضرر

در خصوص مفهوم "ضرر" تعاریف متعدد و متفاوتی چه از جانب اهل لغت و چه در کلام فقها و حقوقدانان بیان شده است که علی رغم اختلافات جزئی در کلام ایشان، همگی به مفهوم کلی و اساسی ضرر اشاره داشته اند که مطالعه و بررسی این تعاریف ذهن را در شناخت ماهیت اعتباری و فقهی - حقوقی این مفهوم یاری می رساند.

۱-۲-۱- کلام اهل لغت

لغت شناسان از ضرر به ضد نفع تعبیر نموده اند. این لغت در قرآن کریم به فتح و ضم ضاد به کار رفته است؛ که در صورت اول در مقابل نفع و مطلق ضرر و زیان و در حالت دوم به معنی سوء حال و سختی است؛ لازم به ذکر است که از نظر برخی این لغت اعم است از آنچه در نفس باشد مثل فقد علم و عفت و یا در بدن مثل نقص عضو یا در حال مانند کمی مال و جاه. (راغب اصفهانی؛ ۱۴۱۲. ه. ق. ۵۰۳، قرشی؛ ۱۴۱۲. ه. ق. ۱۷۶، طریحی؛ ۱۴۱۶. ه. ق. ۳۷۳، ابن منظور؛ ۱۴۱۴. ه. ق. ۴۸۲، مصطفوی؛ ۱۴۰۲. ه. ق. ۲۴) برخی نیز ضرر را به نقصان در شیء (مال) تعریف کرده اند. (فراهیدی؛ ۱۴۱۰. ه. ق. ۷)

۱-۲-۲- کلام فقها

در تعریف واژه "ضرر"، در بیان فقها نیز اختلافاتی به چشم می خورد؛ برخی ضرر را محدود به دو صورت دانسته اند: نقص در عین و یا قیمت که عادتاً قابل مسامحه نباشد، چراکه مناط ضرر در اموال، تفویت مالیت است. (بحرانی؛ ۱۴۰۵ ه. ق: ۱۷۰) در حالی که برخی دیگر معتقدند که مودای ضرر، تنها اتلاف عین است. (عاملی؛ بی تا، ج ۱۰: ۱۸۴)

گروه دیگر فقها در تعریف از ضرر به عرف رجوع کرده و بیان داشته اند که معنی آن عرفاً معلوم است. معنای عرفی ضرر نقص در اموال و جان و اعمال مکروه و ناپسند نسبت به دیگری است. (شیخ انصاری؛ ۱۴۱۴ ه. ق: ۱۱۲، نراقی؛ ۱۴۲۲ ه. ق: ۲۶۹، آشتیانی؛ ۱۴۰۳ ه. ق: ۲۲۴، خمینی؛ ۱۳۸۵ ه. ق: ۲۸، بجنوردی؛ ۱۳۸۹ ه. ق: ۱۷۸)

لازم به ذکر است که برخی از فقها نقص در آبرو (هتک حرمت و اهانت) را داخل در معنای عرفی ضرر نمی دانند. (مروج جزایری؛ ۱۴۱۵ ه. ق، ج ۶: ۵۶۴، خمینی؛ ۱۳۲۸ ه. ق: ۹۲) در حالی که مشهور ضرر را مقابل نفع و اعم از نقص در مال، نفس، اعضاء و یا آبرو می دانند. (سیستانی؛ بی تا: ۱۹۰، شهید صدر؛ بی تا: ۱۳۳، شهید صدر؛ ۱۴۰۸ ه. ق: ۵۲۰، عراقی؛ ۱۴۱۸ ه. ق: ۱۲۹، حلی؛ ۱۴۱۵ ه. ق: ۲۰۱، خراسانی؛ ۱۴۱۴ ه. ق: ۴۳۲، مکارم شیرازی؛ ۱۴۱۱ ه. ق: ۴۹) در ادامه ذکر برخی از تعاریف فقها در خصوص این واژه مناسب به نظر می رسد:

- "ضرر، خلاف نفع است. چنانچه ضرر مالی باشد به حکم عرف و لغت به معنای تلف چیزی از مال خود شخص یا از مال فرد دیگر است بدون آنکه منفعت یا عوضی در ازای آن داده باشد؛ اعم از اینکه مال تلف شده عینی باشد یا منفعت و چنانچه ضرر مربوط به فعل باشد به معنای اتلاف چیزی از مال خود یا دیگری است. به عبارت دیگر، ضرر به معنای این است که چیزی از اعیان یا منافع بدون عوض از دست کسی بیرون برود." (نراقی؛ ۱۲۴۵ ه. ق: ۱۷)

- "ضرر عبارت است از فوت آنچه که انسان واجد آن است خواه نفس باشد یا عرض یا مال یا جوارح. بنابراین اگر مال کسی یا عضوی از اعضای او به جهت اتلاف یا تلف ناقص شود یا روحش از تن برود یا به عرض او لطمه وارد آید با اختیار یا بی اختیار، در این صورت می گویند ضرر به او وارد آمده است، بلکه بر حسب عرف، عدم النفع هم در موردی که مقتضی آن تمام و کامل شده باشد ضرر به شمار می آید." (نایینی؛ ۱۳۷۳ ه. ق: ۱۹۹)

۱-۲-۳- کلام حقوق دانان

در قوانین، تعریف خاصی از واژه "ضرر" نشده لیکن در مواردی به ذکر مصادیقی از آن بسنده شده است. این درحالی است که اکثر حقوقدانان به ارایه تعریف در این خصوص پرداخته اند که به بیان چند نمونه از آن ها می پردازیم:

برخی ضرر را به ایجاد نقص در اموال یا فوت منفعت مسلم یا لطمه به سلامت و حیثیت و عواطف شخص تعریف می کنند. (کاتوزیان؛ ۳۸: ۱۳۸۵) گروه دیگری آن را تقلیل ارزش یا تلف حقوق و توانایی های مالی شخص از هر قبیل مانند حق مالکیت و سایر حقوق عینی و مطالبات و حق التالیف و حق الاختراع دانسته و یا از آن به تفاوت بین دارایی کنونی و دارایی زیان دیده در صورت عدم وقوع فعل زیان بار تعبیر نموده اند. (امیری قائم مقامی؛ ۱۳۴۷: ۱۳۸)

برخی ضرر را شامل هر گونه صدمه مادی یا معنوی وارد به شخص و متضمن معنای عرفی دانسته اند. (صفایی و رحیمی؛ ۱۰۰: ۱۳۸۹)

برخی نیز ضرر را به صدمه جانی یا تجاوز به حیثیت و تعرض به ناموس، اتلاف و ناقص کردن اموال خود یا دیگری و ممانعت از وجود پیدا کردن نفعی که مقتضی وجود آن حاصل شده است (عدم النفع)، تعریف کرده اند. (جعفری لنگرودی؛ ۴۱۵: ۱۳۸۴)

بنابراین با در نظر گرفتن تعاریف صورت گرفته چه از جانب اهل لغت، چه اهل فقهات و چه در کلام حقوقدانان، و در نظر گرفتن مصادیق متعدد و رجوع به "عرف" در شناخت مناسب مفاهیم، معنای اعمی برای این واژه در نظر گرفته شده است که انواع ضرر مادی و معنوی را در بر می گیرد.

۱-۲-۴- مفهوم عرفی ضرر

همانگونه که در بخش سابق در خصوص تعاریف ضرر نیز اشاراتی شده است، بدون تردید مفهوم ضرر یک مفهوم عرفی است و به هیچ وجه دارای حقیقت شرعی یا متشرعه نیست؛ چنان که به صراحت در کلام برخی از فقها به عرفی بودن مفهوم ضرر نیز اشاره شده است. به عنوان مثال یکی از فقهای معاصر در خصوص مفهوم ضرر این گونه بیان می دارند:

"برای مفهوم ضرر باید به آن چه در اذهان ما و اذهان عرف ارتکاز یافته است، رجوع کنیم." (مکارم شیرازی؛ ۱۴۱۱ ه. ق. ۴۹)

بنابراین از این حیث، مفهوم ضرر؛ مفهوم گسترده ای است که شامل همه مصادیقی که می توان برای ضرر برشمرد، می شود؛ امری که مسلماً در حقوق ایران قابل پذیرش نیست و هدف نگارنده از تحقیق حاضر بررسی مصادیق ضرر قابل جبران است، چراکه بدون تردید بر اساس مفاهیم فقهی ما و به تبع آن از نظر قانون مدنی، همه ضررها قابل جبران نیست. به عنوان مثال گرچه هیچ گونه تردید عرفی، حتی عقلی در خصوص صدق ضرر عدم النفع وجود ندارد، لیکن قابلیت جبران آن با تردید های اساسی قانونی و فقهی روبرو است. از این رو توجه و تاکید بر مفهوم ضرر کافی نیست و قابلیت جبران مصادیق ضرر را می بایست در اسباب ضمان (اتلاف، تسیب، غصب و استیفاء) جستجو نمود. سوالی که مطرح است، اینکه اگر صدق مفهوم ضرر بر اساس مبانی فقه امامیه کافی نیست، پس چرا مشهور فقها به عرفی بودن مفهوم ضرر تاکید دارند؟

در پاسخ به این سوال می بایست به این امر توجه داشت که فقها در باب قاعده لا ضرر عمدتاً به مفهوم و تعریف ضرر پرداخته اند نه در باب ادله ضمان؛ به بیان دیگر در باب معنا و مفهوم حدیث لا ضرر، به تعریف لا ضرر پرداخته اند و همان گونه که در فصل دوم به صورت مفصل به این قاعده خواهیم پرداخت، مشهور فقها در باب قاعده لا ضرر صرفاً قائل به نفی حکم ضرری بر اساس قاعده لا ضرر هستند و اثبات حکم توسط این قاعده با تردید های جدی مواجه است. از این رو به عنوان مثال، حتی اگر عرف هیچگونه تردیدی در صدق مفهوم ضرر عدم النفع نداشته باشد که البته اینگونه هم هست؛ با وجود عدم جاری بودن اسباب ضمان بر این نوع ضرر، تنها راهکار جبران این ضرر بر اساس قاعده لا ضرر و پذیرش قول اثبات حکم به وسیله این قاعده است، امری که با اختلافات جدی از سوی فقها روبرو است.

۱-۳- شرایط ضرر قابل جبران

همان گونه که بیان شد، هر ضرری قابلیت جبران ندارد و ضرری قابل جبران است که متضمن شرایطی از جمله مسلم، مستقیم و شخصی بودن، قابل پیش بینی و اینکه ضرر قبلاً جبران نشده باشد؛ می باشد که در این بخش اجمالاً این شرایط بررسی می شود.

الف - ضرر مسلم: از منظر حقوق مسئولیت مدنی، ضرری قابلیت جبران را دارد که مسلم و قطعی باشد؛ به عبارت دیگر احتمالی نباشد. از دید حقوقدانان ضرری مسلم است که در زمان حال فعلیت داشته باشد و یا اینکه ظهور آن در آینده قطعی باشد. (ابوالحمد؛ ۷: ۱۳۴۹) بنابراین ضرری که حتمی نباشد، ضرر مسلمی که قابل جبران باشد؛ محسوب نمی شود. البته لازم به ذکر است که در این خصوص نباید بیش از حد سختگیری نمود و ضرری که

احتمال ایجاد آن به نحوی باشد که از دید عرف و عموم مردم، بسیار قوی باشد؛ ضرری مسلم بوده و قابلیت جبران دارد.

ب - ضرر مستقیم: دومین شرط در خصوص قابل جبران بودن ضرر، مستقیم بودن آن است. به عبارت دیگر ضرری مستقیم است که بین آن و فعل فاعل زیان بار، رابطه سببیت وجود داشته باشد. البته منظور از رابطه سببیت در این جا، همان " رابطه سببیت عرفی " است (صفایی، رحیمی؛ ۱۳۸۹:۱۰۷، کاتوزیان؛ ۱۳۸۵:۴۹)، نه سببیت عقلی و بنابراین ضرر در صورتی مستقیم است که بتوان آن را عرفاً به فعل فاعل زیان بار منتسب نمود. در مورد لزوم این شرط، ماده ۵۲۰ قانون آیین دادرسی مدنی اینطور بیان کرده است:

"در خصوص مطالبه خسارت وارده، خواهان باید این جهت را ثابت کند که زیان وارده بلاواسطه ناشی از عدم انجام تعهد یا تاخیر آن و یا عدم تسلیم خواسته بوده است. در غیر این صورت دادگاه دعوی مطالبه خسارت را رد خواهد کرد." همان گونه که مشاهده می شود، عبارت "بلاواسطه" در این ماده قانونی، به معنای مستقیم بودن ضرر است.

ج - ضرر شخصی: این شرط بیان کننده این امر است که تنها شخص زیان دیده و یا نماینده قانونی می توانند جبران ضرر وارده را از فاعل فعل زیان بار مطالبه نمایند. بنابراین ضرر برای شخص متضرر قابلیت جبران را دارد.

د - ضرر قابل پیش بینی: در حقوق فرانسه، این شرط تنها در خصوص مسئولیت قراردادی لازم شمرده شده است؛ چراکه شرط قابلیت پیش بینی ضرر مبتنی بر اراده ضمنی طرفین است و در مسئولیت قهری به دلیل عدم توافق طرفین، این شرط وجود نداشته و اصل، جبران کل خسارات است، لیکن علی رغم سکوت مقنن در قانون مدنی در این باب، با بررسی شماری چند از مواد قانون مدنی و قانون مجازات اسلامی، لزوم وجود این شرط در هر دو نوع مسئولیت (قراردادی و قهری)، قابل فهم است. در مورد مسئولیت قراردادی مواد ۲۲۱ و ۶۳۲ قانون مدنی، به طور ضمنی به لازم بودن این شرط اشاره می کنند که خارج از موضوع تحقیق است و در خصوص مسئولیت قهری، مواد ۳۴۷ و ۳۴۹ تا ۳۵۳ قانون مجازات اسلامی به صورت ضمنی در بر گیرنده لزوم این شرط می باشند. (صفایی و رحیمی؛ ۱۳۸۹:۱۱۳) بنابراین به نظر می رسد که ضرری قابلیت جبران را دارد که عرفاً قابلیت پیش بینی از جانب فاعل فعل زیان بار را داشته باشد.

ه - ضرر قبلاً جبران نشده باشد: این امر کاملاً آشکار و بدیهی است که زیان دیده نمی تواند جبران ضرری را که یک بار جبران شده است را دوباره مطالبه نماید. به بیان دیگر هیچ ضرری را نمی توان دوبار خواست. (کاتوزیان؛ ۵۰: ۱۳۸۵)

۱-۴- پیشینه و تاریخچه موضوع تحقیق: (مطالعات و تحقیقاتی که در رابطه با این موضوع صورت گرفته و نتایج حاصل از آن)

بابایی (۱۳۸۴) در مقاله ای تحت عنوان "نقد اصل قابلیت جبران کلیه خسارات در حقوق مسئولیت مدنی ایران" به نقد و بررسی این اصل و قابلیت پذیرش آن به صورت کلی در حقوق ایران بحث نموده است و در نهایت پذیرش بدون محدودیت آن را رد می نماید که این مورد از جهت نقد بر اصل قابلیت جبران کلیه خسارات، بررسی جامعی به نظر می رسد ولی در مورد مصادیق مختلف خسارات و ادله های طرفین ساکت است و صرفاً این اصل مورد نقد قرار گرفته است.

شکاری (۱۳۸۰) در مقاله ای تحت عنوان "نقد و بررسی تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی (عدم النفع)" به بررسی فقهی در خصوص عدم النفع و بیان نظرات فقهای عامه و فقهای امامیه در این پرداخته و در نهایت حکم به قابلیت جبران آن می دهد که در این مورد نه تنها بررسی فقهی جامعی صورت نگرفته است و همان طور که از عنوان آن مشخص است تنها به مورد خاص عدم النفع پرداخته است.

کاظمی (۱۳۸۰) در مقاله ای تحت عنوان "نظریه از دست دادن فرصت در مسئولیت مدنی" به مبحث فوت فرصت پرداخته و تلاش کرده است تا اشکالات این زمینه، یعنی ضرر بودن و رابطه سببیت را در مصادیقی اثبات نموده و آنها را قابل جبران بداند که به صورت جامعی به بحث فوت فرصت و تفاوت آن با عدم النفع و بیان فروض مختلف از دست دادن فرصت پرداخته و شرایط قابلیت جبران آن را به نحو مفصلی شرح می دهد که این مورد هم به بحث فوت فرصت اختصاص دارد و مستندات فقهی چندانی ندارد و بیشتر در صدد بیان قابلیت جبران اینگونه ضرر بر آمده است که چندان قابل توجیه نمی باشد.

ره پیک (۱۳۷۹) در مقاله ای تحت عنوان "خسارت عدم النفع، نظریات و مقررات" با اشاره به نظریات مختلف در نظام های حقوقی در خصوص خسارت قراردادی و غیر قراردادی، امکان مطالبه خسارت عدم النفع در آنها را مورد بررسی قرار می دهد و در نهایت نتیجه می گیرد که با توجه به مقررات حقوق ایران تنها انواع خاصی از این

خسارت قابل مطالبه است که این مورد هم تنها به یک مورد خاص از ضرر، یعنی ضرر ناشی از عدم النفع پرداخته است و حتی برخی از مصادیق عدم النفع مورد بررسی قرار نگرفته است.

سامت (۱۳۷۷) در مقاله ای تحت عنوان "فوت منفعت یا عدم النفع در حقوق ایران و اسلام" به بحث پیرامون عدم النفع در حقوق ایران و حقوق اسلام پرداخته و با بررسی ماهیت و اقسام آن و بیان دیدگاه های فقهای شیعه، اهل سنت و نیز حقوقدانان می پردازد که این مورد اگر چه با تبیین دقیق تنها برخی از اقسام عدم النفع را قابل جبران می داند ولی باز به یک مورد خاص پرداخته است.

هاشمی شاهرودی (۱۴۱۷) در مقاله ای تحت عنوان "آنچه بزهکار، افزون بر دیه باید پردازد" به بحث پیرامون ادله موافق و مخالف در پذیرش و یا رد جبران کامل خسارات مازاد بر دیه پرداخته و در نهایت نویسنده بر مبنای سیره عقلا، نظر به قابلیت جبران این ضرر دارد که این مورد هم از این جهت که به مورد خاصی پرداخته، نیاز به تکمیل دارد.

غلامپور (۱۳۷۴) در پایان نامه خود تحت عنوان "عدم النفع در حقوق اسلام و ایران" در مورد عدم النفع به معنای اخص خود (که مقدمات آن کامل باشد)؛ با بررسی ادله حقوقی و فقهی شیعه و اهل سنت حکم به جبران آن داده است که این هم یک مورد خاص را بررسی می کند.

اسماعیل پور (۱۳۷۳) در پایان نامه خود تحت عنوان "بررسی عدم النفع در نظام حقوقی ایران و مقایسه تطبیقی آن با حقوق انگلیس و آمریکا" با مطالعه ای تطبیقی از عدم النفع صحبت کرده و در پایان آن را قابل جبران می داند که این مورد هم چون به طور کلی نظر به جبران همه اقسام خسارت عدم النفع دارد؛ خالی از اشکال نیست.

۱-۵-اهداف تحقیق

۱-۵-۱) تبیین تحولات ایجاد شده در گستره مفهوم ضرر قابل جبران در فقه امامیه و دکترین حقوقی.

۱-۵-۲) تبیین مبانی دیدگاه های حقوقی و فقهی در خصوص قابلیت جبران ضرر بر اساس پذیرش رابطه سببیت عرفی.

۱-۵-۳) تبیین هماهنگی موجود بین دکترین حقوقی و دیدگاه های فقهی در خصوص مصادیق مشتبه ضرر قابل جبران.

۱-۶- اهمیت و ارزش تحقیق

تبیین و بررسی مفهوم ضرر قابل جبران در فقه امامیه و نیز در قانون مدنی این امکان را فراهم می‌سازد تا بتوان با در نظر گرفتن اصول و مبانی پذیرفته شده و مسلم در موارد مشتبهی از مصادیق ضرر، حکمی قاطع در مورد قابلیت و یا عدم قابلیت جبران خسارات ایجاد شده را بدهیم.

با گذشت زمان و پیشرفت زندگی بشر، مصادیق جدیدی از ضرر به وجود می‌آید که گرچه نزد عقل سلیم "ضرر بودن" آن مسلم است ولی با در نظر گرفتن مصادیق سنتی ضرر، همچون اتلاف و تسبیب و ... در قابلیت جبران آنها اختلاف نظر وجود داشته و دلیل خاص فقهی در مورد آنها وجود ندارد.

در این تحقیق تلاش می‌شود تا با بررسی ادله موافقین و مخالفین در هر مصداق خاص ابهامات موجود در این زمینه برطرف گردد.

۱-۷- کاربرد نتایج تحقیق

نتایج حاصل از این تحقیق می‌تواند مورد استفاده نهاد های ذیل قرار گیرد:

۱-۷-۱) **محققین و مراکز پژوهشی:** دانشجویان رشته حقوق می‌توانند با بهره‌گیری از مستندات گردآوری شده و نیز ادله موافقین و مخالفین از فقهای امامیه، در مباحث آموزشی و تحقیقاتی خود و رشد و گسترش آن استفاده نمایند.

۱-۷-۲) **قوه مقننه:** قوه قانونگذاری می‌تواند در راستای تحول قانونی در این زمینه، به صورتی جدی اقدام نموده و با تصویب و تکمیل مواد قانونی مناسب تردید های قضات را در قابلیت و یا عدم قابلیت جبران این نوع خسارات به یقین تبدیل نماید.

۱-۷-۳) **قوه قضاییه:** قضات با در نظر گرفتن ادله موافق و مخالف در این بحث می‌توانند به ابهامات موجود در این زمینه (قابلیت و یا عدم قابلیت جبران ضرر در موارد مشتبه) پایان دهند.