



ضمان هزینه دادرسی

در قانون آئین دادرسی مدنی سابق، دادگاهها موظف بودند ضمن صدور حکم بر «مدعی علیه» به تأدیه اصل «محکوم به» او را به پرداخت مخارج دادرسی نیز محکوم و مقدار آن را طی حکم تعیین کنند.^۱

طبق قانون، هزینه‌های دادرسی عبارتند از هزینه‌های قانونی طرح دعوا و ادامه دادرسی تا صدور و اجرای حکم و حق الوکاله - اگر وکیل داشته باشد - و هزینه‌های دیگری که مستقیماً مربوط به دادرسی و برای اثبات دعوی یا دفاع لازم باشد، از قبیل حق الزحمه کارشناس و هزینه تحقیقات محلی و غیره. ولی هزینه‌هایی را که برای اثبات دعوی یا دفاع ضرورت نداشت به عنوان خسارت نمی‌شد مطالبه کرد.^۲

پس از انقلاب اسلامی و به دنبال تحولات ناشی از آن، ضمان محکوم علیه برای پرداخت هزینه دادرسی مورد تردید قرار گرفت و با این استدلال که

(۱) ماده (۷۱۱) آئین دادرسی مدنی و مواد بعد.

(۲) موالد (۷۱۷) و (۷۱۸) آ. د. م.

«محکوم علیه شرعاً به تأدیه بیشتر از مبلغ اصل دعوی وخواسته اصلی یا انجام مدعی به بحسب مورد مکلف نیست» گفته شد که در دادگاهها نیاستی ضمن حکم در باره خواسته، هزینه دادرسی را نیز بر مقدار محکوم به بیفزایند.

اما چون دور از عدالت است که برائتر عدوان یک فرد، فرد دیگری متحمل خسارتی گردد و معتدی ضامن نباشد در این مقاله کوتاه به دنبال حکم شرعی و راه فقهی این مسأله می رویم، باشد که مدخلی برای مباحث و کندو کاوهای فقهی دیگری شود و جواب آن با تحقیقات صاحب نظران روشنتر گردد و خطاهای ما را که از بضاعت مزجاة و مجال اندک مان ناشی شده با کرامت خود گوشزد فرمایند.

همانطور که در فقه معمول است و بالتبع در قانون مدنی هم رعایت شده ضامن را در دو باب می آوردند و آن را بطور کلی به دو دسته تقسیم می کنند.^۳ اول ضامن اختیاری یا «ضمان عقدی» که شخص ذمه ضامنی را در مقابل مضمون له برعهده پذیرد و خود به جای ضامن قرار گیرد. دیگر «ضمان قهری» که شخص ناخواسته و قهراً در مقابل شخص یا اشخاص دیگر ضامن باشد و ذمه اش قانوناً گرفتار شود. بنابراین ضمان قهری نوعی مسئولیت مالی و مدنی است که به دنبال برخی اعمال حاصل می شود که ممکن است علل و اسباب قانونی آن، جرم باشد و ممکن است جرم نباشد. در حقوق مدنی موجبات دین یا ضمان و به اصطلاح «مسئولیت مدنی»

(۳) متأسفانه این بحث در فقه در ابواب مختلف متفرق است و جا دارد که برای آن باب واحدی در نظر گرفته شود.

را بطور کلی در پنج دسته می‌یابیم:

اول - عقد، که منشأ تعهدات والتزامات اختیاری است.

دوم - شبه عقد، که به اموری اطلاق می‌شود که بدون عقد و با توافق طرف مقابل، تعهد یا دین آور باشد.

سوم - جرم، که بنا بر آن خسارت ناشی از جرم بر ذمه مجرم وارد می‌شود و مجرم ضمن تحمل مجازات معین آن جرم، باید مالی را به مجنی علیه یا قائم مقام قانونی او تأدیه نماید.

چهارم - شبه جرم، که به اموری گفته می‌شود که قانوناً جرم نیستند و مجازات ندارند ولی ممنوع می‌باشند و موجب دین می‌گردند (در اصطلاح حقوقدانان به آنها گاهی جرم حقوقی یا قضایای حقوقی یا وقایع قضائی گفته می‌شود).

پنجم - قانون، که به موجب آن و به صرف جعل قانون گذار، دین برعهده اشخاصی گذاشته می‌شود، مانند نفقه اقارب و اولاد.

شبه عقد و جرم و شبه جرم را از اقسام ضمان قهری می‌شمارند و ماده (۳۰۷) قانون مدنی ضمان قهری را به این صورت احصاء نموده است:

۱ - غصب و آنچه در حکم غصب است. *فرنگی*

۲ - اتلاف.

۳ - تسبیب.

۴ - استیفاء.

مقصود از «اتلاف» تلف کردن مال غیر بالمباشرة است و از «تسبیب» اتلاف آن بدون مباشرت، بلکه بعلت تسبیب و ترتیب اسباب منتهی به آن. «استیفاء» (وهمچنین «دارا شدن بلاسبب قانونی»^۴) و قبض مال غیر

(۴) الاثراء بلاسبب شرعی.

مستحق وامثال آنها را که مقوله مستقلى هستند و جزء اقسام شبه عقد و خارج از بحث ما محسوب مى شوند در اینجا متعرض نمى شويم.
فقهاء برای تسبیب که در مقابل مباشرت (با اتلاف) بکار می رود اکثراً این تعریف را پذیرفته اند که:

«... ضابطه ما لولاه لما حصل التلف لكن علتة غيرالسبب كحفر البئر

ونصب السكين...»^۵

و به تعبیر روشنتر کتاب شرح ارشاد:

«والمراد به السبب وهو كل فعل يحصل تلف المسبب عنده لعله غير

ذلك لكنه بحيث لولاه لما حصل من العلة تأثير كوضع حجر وحفر بئر في

طريق المسلمين»^۶.

بنابراین تسبیب طبق نظر فقها علت با واسطه خسارت یا جرم است یعنی وجود آن باعث تأثیر عمل شخص دیگر می شود بطوری که اگر وجود نداشته باشد عمل مباشر مؤثر نخواهد بود.

یا به عبارت دیگر تسبیب، هر عملی (یا ترک عملی) است که بنفسه مولد اثر نباشد ولی در تولید و حصول اثر عمل دیگری مؤثر و موجب خسارت به دیگران گردد مانند حفر چاه یا دام نهادن بر سر راه مردم که سقوط و ضرر، ناشی از کار خود مباشر، یعنی کسی است که راه می رفته لکن وجود چاه وامثال آن سبب می شود که حرکت آن شخص منتهی به اثر نامطلوب و مضر شود.

اسباب را بر سه دسته می توان تقسیم کرد:

(۵) ضابطه سببیت آن است که اگر سبب نباشد، تلف حاصل نمی شود، لکن علت تلف چیزی

غیر از سبب است مانند حفر چاه و نصب کارد بر سر راه مردم...

(۶) مراد از تسبیب همان سبب است و آن هر عملی است که تلف مسبب به علت آن حاصل

نمی شود، لکن طوری است که اگر نباشد علت تلف از تأثیر می افتد مانند تأثیر قرار دادن سنگ یا حفر چاه بر سر راه مسلمین.

اول - اسباب حسی، وآن هر عمل مادی یا معنوی است که محسوس باشد مانند اکراه به قتل و جرح و خسارت، حفر چاه در مسیر و راه دیگران، آتش افروختن، رها کردن حیوان درنده بقصد اضرار، امر به طفل غیر ممیز یا شخص مجنون برای اضرار به مردم.

دوم - اسباب قانونی، وآن هر عملی است که بنا بر جعل و وضع قانون منتهی به قتل یا خسارت دیگری شود مانند شهادت کذب، یا حکم قتلی که قاضی از روی جور و ظلم صادر نماید که متکی بر قانون باشند.

سوم - اسباب عرفی، وآن هر عملی است که حس آن را تایید نکند ولی عرف آن را مولد و موجب قتل یا ضرر بداند مانند قتل با تخویف و یا قرار دادن طعام مسموم در دسترس میهمان یا طفل.

گاهی نیز سبب به اعم از سبب و شرط اطلاق می شود. صاحب کشف اللثام (به نقل جواهر) تسبیب در مقابل مباشرت را در این بحث اعم از ایجاد سبب و شرط دانسته و می فرماید:

«هوهنا اعم من فعل السبب و فعل الشرط»

مقصود از شرط هر عملی است که گرچه خود مؤثر و علت نباشد ولی وجود آن باعث تأثیر فعل دیگر شود و شاید طبق این نظر بتوان «رفع مانع» را هم از مصادیق سبب بمعنای عام بدانیم.

سبب نیز ممکن است مانند مباشره، مسئول ضمان حاصله باشد زیرا اگر چه شخص مباشر بظاهر علت قریبه منتهی به جرم یا خسارت است و مسئولیت آن باید قاعداً متوجه او باشد لکن فقها در برخی اقسام و فروض که در کنار مباشره، سببی هم وجود داشته باشد سبب را مسئول دانسته اند و آن در وقتی است که سبب اقوی از مباشر باشد.

بطور کلی اقسام مفروض عبارتند از:

۱ - مباشر در علت اقوی از سبب باشد بنابراین سبب هیچگونه مسئولیتی

ندارد.

۲ - با وجود مباشر، تأثیر سبب اقوی باشد بطوری که بتوان عمل را به وی استناد داد (مانند عملی که صغیر یا مجنون با تسبیب و امر شخص عاقل می کند و در این صورت فقط سبب مسئول است).

۳ - مباشر و سبب در تأثیر مساوی باشند بنابراین مسئولیت متوجه مباشر است.

مسئولیت سبب در مواردی که اقوی باشد نیز بنظر عده ای مطلق نیست و فقط برخی موارد آن ضمان آور است که فقهاء به این گونه شمرده اند:

۱ - عملی که تسبیب محسوب می شود برای حفظ مصالح مسلمین و در راه اجرای منافع عموم نباشد و بطریق اولی بدون اذن امام و حکومت اسلامی انجام شده باشد، بنابراین در صورتی که مسبب آن کار را برای مصالح عمومی و در اجرای وظایف خود کرده باشد ضمان آور نیست.

۲ - نفس عمل جایز و سائغ نباشد و خلاف قانون باشد مانند رانندگی در نقاط ممنوعه و بنابراین در صورتی که شخصی در حال دویدن با خودروی که با رعایت مقررات راهنمایی و رانندگی در گذرگاههای عمومی و آزاد حرکت می کند، تصادم کند و متضرر شود (راننده سبب و دونده مباشر است) ضمان ندارد.

۳ - عمل از باب احسان و مشمول «قاعده احسان» نباشد، چه بنظر برخی از فقهاء بنا بر آیه مبارکه «وما علی المحسنین من سبیل»^۷، ممکن است مسئولیت، نفی شود.

۴ - تعدی و عدوان باشد یا تفریط محسوب شود.

۵ - عمل ضرری باشد و موجب ضرر و خسارت دیگران گردد (بنابر قاعده نفی ضرر) فقهاء برخی از این قیود را نپذیرفته اند، از جمله مرحوم صاحب

(۷) سوره توبه آیه ۹۰.

جواهر عمل یا احسان بودن، آن را مانع ضمان نمی داند.^۸
واز فخرالمحققین نقل شده که سقوط در چاه که بزعم مصلحت حفر شده
باشد خود کاشف از عدم مصلحت است و قبح شرعی دارد، پس ضمان آور است.



در اینجا بی مناسبت نیست، خاطر نشان سازیم که توجه به ظرایف اقسام
وفروع مسأله، مسئولیت و فرق بین مباشرت و تسبیب برخلاف گفته برخی
حقوقدانان که معتقدند اولین بار از آن در حقوق رم بحث شده و سابقه دارد، در
حقوق غربی اثری از آن مشاهده نشده و این از مواهب اسلام وقفه غنی آن و
زحمات فقهاء عظام می باشد.

در حقوق غرب به پیروی از حقوق رم برای مسئولیت ناشی از جرم و شبه
جرم (بدون فرق بین مباشرت و تسبیب) دو نظر و مکتب وجود دارد:

اول نظریه معروف به تقصیر یا تخطی^۹ که بنا بر آن مرتکب هرگونه
خسارات را فقط در صورتی مسئول می داند که ناشی از تخطی و تقصیر باشد و اگر
تقصیر و تخطی او ثابت نشود مسئولیت برقرار نمی گردد.

این نظریه عملاً در بیشتر قوانین تابع حقوق غرب (فرانسه انگلیس - لبنان
و...) رواج دارد.

دوم نظریه معروف به مسئولیت یا مخاطره^{۱۰} که متاخر از مکتب نخستین


(۸) جواهر الکلام، ج ۴۳ صفحه ۱۰۲.

(۹) Faute

(۱۰) Responsabilite

است و مطلق خسارات را ولو آنکه بدون تقصیر و عمد باشد موجب مسئولیت می‌داند و معتقد است که مرتکب - اعم از مباشر یا سبب - باید خسارات ناشی از عمل خود را بپردازد.

همچنانکه می‌دانیم نظر اسلام تفصیل بین این دو نظر است یعنی در تسبیب نظریه تقصیر و خطا را قبول کرده و در مباشرت نظریه مسئولیت را و بنابراین بین تسبیب و مباشرت فرق گذاشته، مباشر را چه عامد و چه بی‌عمد مسئول می‌شناسد. ولی مسبب را در صورتی مسئول می‌داند که با قصد نتیجه ضرر آوری در حکم آن، مرتکب آن عمل شده باشد.



بنابر آنچه که گذشت در کبرای قضیه و ضمان فی الجملة مسبب و مسئولیت وی بحثی نیست اما برای تطبیق صغرای آن با ضمان سبب و اثبات سببیت محکوم علیه می‌توان با این بیان به اثبات آن پرداخت که چون استنکاف از تأدیه حق ذیحق (ادای دین حال و میسوریا هر چیز دیگری که رد آن به مدعی لازم باشد) بدون عذر موجه جایز و سائغ نیست و بطریق اولی نه احسان است و نه مقتضای مصلحت عامه و موجب ضرر ذیحق (محکوم له) می‌باشد زیرا استنکاف من علیه‌الحق «سبب» مراجعه ذیحق به محکمه خواهد شد (و فرض مسأله در جایی است که گریز و مندوحه‌ای از مراجعه به دادگاه وجود نداشته باشد) و از این طریق به وی «ضرر» وارد می‌گردد و محکوم علیه بلاشک «رجل مضار»^{۱۱} و در عمل او تعدی و تجاوز مشهود است... بنابراین ضمان آن به عهده محکوم علیه

(۱۱) اشاره به قضیه سمره بن جندب و حدیث لا ضرر ولا ضرار فی الاسلام.

خواهد بود.

فقه‌ها در مواردی که عمل شخص «سبب» خسارتی به دیگران شود علاوه بر استناد به ادله خاص وارده در مورد با استدلال به قاعده نفی ضرر و عدوان (یا حتی تفریط) او را ضامن ضرر می‌شناسند و فی‌المثل در مورد قصور در وقوع ضرر حاصل از دیوار متمایل به شارع عام، فقهاء مالک را سبب و ضامن می‌دانند. و در این مورد صاحب جواهر می‌گوید:

«صاحب الحائط لو بناه مائلا الی غیر ملکه ضمن مایتلف بوقوعه
للتعدی فقاعدۃ نفی الضرر... بل ضمن لو بناه مستویا فی ملکه فمال الی
الطریق... ان نمکن من الازالة ولم یزله...»^{۱۲}.

و در روایات وارده^{۱۳} که برخی صحیح و معتبرند نیز صریحاً «سبب» ضامن شناخته شده بطوری که مضمون روایات مشعر به ضمان متلف وقاعده من اتلف را دارد و چه بسا می‌فهماند که اتلاف در قاعده مزبور اعم از مباشر و سبب است.

علیهذا استتکاف محکوم علیه از ادای حق ذی‌حق به معنای «الجزاء» مدعی ذی‌حق به مراجعه به محکمه و تحمل خسارات دادرسی است و موجب ضمان است باین مقدمه که:

اولاً: ادای حق دیگران واجب است و استتکاف از آن در حال یسر، عملی خلاف شرع و رویه عقلا و نوعی تعدی و در حکم قصد اضرار است.

ثانیاً: احراز و استرداد حق، بر ذی‌حق لازم است زیرا که حکم «حرمة

(۱۲) صاحب دیوار اگر آن را مایل به سمت غیر ملک خود بسازد ضامن تلف حاصل است به دلیل تعدی و قاعده نفی ضرر... بلکه ضامن است اگر آن را مستوی سازد و خود بخود به سمت کوچک مایل شود... در صورتی که قدرت اصلاح دیوار را داشته باشد ولی اصلاح و دفع خطر نکند.

(۱۳) صحیح حلبی و صحیح کنانی و چند حدیث دیگر.

مال المؤمن كحرمة دمه»^{۱۴} و «من قتل دون ماله فهو شهيد»^{۱۵} حفظ و استرداد سال مثل حقن دماء واجب است. و از طرف دیگر تحمل تعدی من علیه الحق بر ذیحق که نوعی «انظلام» است حرام و عقلاً و شرعاً ممنوع می باشد.

ثالثاً: مراجعه به محکمه هزینه هائی دارد که قانون آن ها را لازم دانسته و به رسمیت می شناسد.

رابعاً: طریق منحصر وصول به مال یا حق و استرداد آن، محکمه صالحه است و فرض مسأله آنجاست که مندوحه ای ندارد.

خامساً: هزینه ناشی از طرح دعوا معلول و «مسبب» استتکاف محکوم علیه است که در وزان «البراء» مدعی به طرح دعواست و عرفاً مستند به مدعی علیه وهم او سبب مؤثر و مسئول آن می باشد.

این مسأله در بسیاری جهات از اشباه و نظایر موردی است که شخصی با تهدید و اخافه، شخص دیگری را مجبور به فرار و در نتیجه به سقوط در چاه کند یا سبب شود که به وسیله درنده ای کشته یا از جای بلندی پرت گردد. اگر چه شیخ (قدس) در این مسأله مباشر را اقوی دانسته و شهید رضوان الله علیه آن را از قبیل امر جائز به «اقتل نفسك والا قتلک» شناخته و هیچیک به ضمان سبب، فتوی نداده اند. لکن قیاس، قیاسی مع الفارق است و هر متأمل منصفی ضعف این نظر را که در این مختصر جای پاسخ به آن نیست در خواهد یافت و مسلم است که اگر

(۱۴) حرمت مال مؤمن مانند حرمت خون اوست.

(۱۵) هرکس در راه حفظ مال خود کشته شود شهید است.

إخافه و إرهاب موجب و سبب طبیعی یا عرفی افعال و حرکاتی شود که خائف را در تنگنا قرار دهد یا حتی او را به کاری وادار کند که منتهی به وقوع ضرر شود، اثر حاصل کلاً مستند به فعل «إخافه» خواهد بود که «مخیف» سبب آن شده است، چه در اینجا سببیت به مراتب اقواست و از این روست که عده ای از فقهاء نفس «الجماء» به فرار منتهی به هلاک یا ضرر را کافی برای ضمان دانسته اند.

علامه قدس سره در کتاب تحریر، ضمان را موجه شمرده، و در کتاب قواعد صریحاً در صورتی که وقوع ضرر یا هلاک به سبب «الجماء» مسبب باشد را موجب ضمان دانسته همانطور که اگر نایبانی را به پرتگاهی بکشانند یا در تاریکی شخصی را به چاهی نزدیک کرده و او را در خطر بیندازند (مرحوم شیخ و موافقین از بین نایبنا و بصیر در این مسأله فرق و تفصیل قائل شده اند با این استدلال که از نایبنا اختیار متشمی نیست، لکن انصاف آن است که هم کور و هم بینا هر دو در عمل خود قصد دارند منتهی نتیجه فعل خود را (وقوع در چاه یا مقابله با حیوان درنده و...) را نمی خواهند).

مؤلف کتاب مفتاح الکرامه قدس سره مسبب را به حکم عقل و نقل ضامن می داند و در قسمتی از شرح مستقصای مسأله می فرماید:

«یدل علی ضمان المخیف حکم الوجدان العقلي و صحیحة الحلبي
المروية فی الکافی و التهذیب عن ابی عبد الله علیه السلام: قال سألته عن
رجل ینفر برجل فیعقره و تعقره دابته رجلاً قال هو ضامن لما کان من
شیء»^{۱۶} و هذا یدل باللازم علی ضمان الفار فی بشر.

و نیز تفصیل کتاب «غایة المرام» را در مسأله که می گوید: «اگر طرق

(۱۶) دلالت می کند بر ضمان مخیف، حکم وجدان عقلی و صحیح حلی که در کافی و تهذیب از امام صادق علیه السلام آمده: راوی گفت از وی پرسیدم درباره مردی که مرد و مرکبش، مرد دیگری را مجروح می سازد؟ فرمود: ضامن هر خسارتی است که واقع شود.

فرار به یکسان خطرناک باشد ضمان حاصل است زیرا مندوحه ای ندارد و گرنه ضمان نخواهد بود»، نقل و آثر مستحسن می شمارد و به پاسخگوئی به بیان مرحوم شیخ طوسی در مبسوط و شهید می پردازد و می گوید:

«وانت خبير بان الفار اذا كان غير عالم بان في طريقه سبعا او ثرا او
شققا فان الضمان على المخيف وكذا اذا كان عالما ولكن اضطر بسبب
الاخافة فلا مباشرة منه للقتل فاعتبرالسبب بخلاف من قتل نفسه لقول من
قال اقتل نفسك...»

کتاب جواهر و همچنین تحریر الوسیله امام خمینی مدظله العالی نیز در فرضی که اخافه منجر به زوال عقل و اختیار شخص خائف شود ضمان را حاصل می بینند.

صاحب جواهر اعلی الله مقامه این مورد را «به اعتبار قوت تسبیب بر مباشرت» بدون اشکال مورد ضمان دانسته است و بالطبع چون ضمان مخالف اصل برائت و اصول دیگر مشابه است باقتضای تقوی و احتیاط خود، مواردی را که زوال عقل و اختیار نباشد حکم بر ضمان نفرموده است. (با آنکه قاعده نفی ضرر مقدم بر اصل است).

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

با اندک تأمل در مفهوم اقتحام در خطر و تقبل آن در مقابل اخافه مخیف می توان به سببیت کامل و مؤثر فعل «مخیف» بر مباشری برد - در موقعی که نتیجه ضرر یا هلاک حاصل شده باشد - همچنانکه از لفظ «الجماء» نیز برمی آید، چه «الجماء» غیر از «اخافه» است بلکه اخافه ای است که طبعاً موجب زوال اختیار می شود والا خائف را به خطر هلاک یا ضرر شدید نمی اندازد.

به عبارت دیگر الجاء منتهی به خطر با زوال عقل و اختیار- که برخی آن را شرط ضمان دانسته اند- ملازمه طبیعی دارد و لازم قهری آن است و هر جا شخص بر اثر الجاء و اخافة در کام خطر بیفتد (و مسلم است که دفع ضرر در انسان و حیوان غریزی است) کاشف از آن است که بالملازمه، اختیار از او سلب شده بود و اضطراری در حد اکراه او را به خطر سوق داده است بطوری که بدلیل نبودن مندوحه و عدم امکان خلاص از خوف حاصل که غیر ارادی است به مصیبتی دیگر گرفتار آمده است چه مخیف قصد آن نتیجه را داشته باشد و چه نداشته باشد (واشبه در مواردی است که قصد نداشته و الا عمد خواهد بود).

به عبارت دیگر نفس عمل ناشی از اضطرار، مرادف و کاشف از عدم اختیار است به علت عدم قدرت بر انتخاب صحیح و فقدان «حسن اختیار» مباشر و حرکات غریزی و غیر اختیاری عضلات دلیل بر قوت مباشرت و رجحان آن بر سبب نمی شود. و شاید به همین دلیل است که شیخ رحمة الله علیه فقط در غیر مورد «الجا» حکم به نفی ضمان از مسبب می دهد و از عبارت شیخ در مبسوط «و متى اجتمعت مباشرة و سبب غیر ملجی ء فلا ضمان علی السبب»^{۱۷} برمی آید که در صورتی که الجاء ثابت شود، ضمان هم ثابت می شود.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی



در مسأله ضمان هزینه دادرسی نیز با توجه به آنچه در مسأله اخافة و الجاء گذشت (در مواردی که مندوحه ای نباشد) قوت تسبیب روشن است چه رجوع ذیحق به محکمه و پرداخت هزینه های مربوط کاشف از آن است که من

(۱۷) مبسوط، ج ۷، ص ۱۵۹.

علیه الحق واستتکاف او از ادای حق است که مدعی را «الجاء» کرده تا برای حفظ واحراز حقوق و اموال خود و تخلص از ظلم و انظلام ممنوع در شرع به مرجع قضائی صالح مراجعه و ملتزم به لوازم قهری و قانونی آن یعنی هزینه دادرسی بشود و گاهی آن چنان در «مضیق» بیفتد که جز آن راهی برایش باقی نماند.

فقها اتفاق نظر دارند که اگر مخیف شخص خائف را به تنگنائی منحصر و باصطلاح در «مضیق» بیندازد که خطر و تلف قهری است، سبب ضامن است نه مباشر و حتی شیخ رضوان الله علیه که در صرف اخافه شخص که منتهی به فرار و مواجهه با خطر شود سبب را ضامن نمی داند در مورد الجاء او به مضیق سببیت را اقوی دانسته و می فرماید:

«فانه یضمن لانه یفترس فی المضیق غالباً»

همچنانکه در مسأله رجوع به دادگاه هم استتکاف از ادای حق، مدعی را «غالباً و نوعاً به افتادن در مضیق دادگستری الجاء می کند. و از لفظ «غالباً» در کلام شیخ بر می آید که بنظر ایشان ملازمه شخصی لازم نیست بلکه ملازمه نوعی کفایت می کند بنابراین بفرض تنزل و قبول اینکه نفس الجاء و وقوع در تلف یا تهلکه موجب ضمان نیست، مواردی که «مضیق» و طریق منحصر خلاص واحراز حق فقط مراجعه به دادگاه و پرداخت هزینه آن می باشد، استناد و انتساب آن هزینه به مسبب یعنی من علیه الحق (یا محکوم علیه) مسلم است.

صرف نظر از همه این مباحث توجه ضمان فقط و فقط دائرمدار عرفی صحت انتساب ضرر یا تلف به مسبب و قوت سبب بر مباشر است و ادله خاصی نیز که وارد شده و تحقیقات و استدلالاتی که فقهای عظام نموده اند بر همین اساس است و اختلاف نظر فقهاء، در مسأله صغروی است که قابل نظر می باشد. امام خمینی ادام الله ظله تیز در مسأله برافروختن آتش در ملک خود وقتی که موجب تعدی و احراق خانه همسایه شود^{۱۸} راحتی اگر به اعتقاد مسبب،

(۱۸) کتاب الفصب مساله ۶۱ تحریر الوسیله.

سببیت برای احراق منزل همسایه را نداشته ولی در عمل خلاف آن ظاهر شود (وقوع نتیجه)، مورد ضمان ناشی از تسبیب دانسته اند. که به طریق اولی رابطه سببیت در امتناع از ادای حق ذیحق که محکوم علیه علم و اعتقاد دارد که به دادگاه مراجعه خواهد کرد و به زحمت و خرج خواهد افتاد، از آن کمتر نیست.

در اینجا ممکن است اشکال شود که مسأله تسبیب و موارد رجحان آن بر مباشرت در جایی است که سبب به صورت «عمل» و فعل مثبت باشد. ولی استتکاف محکوم علیه از ادای حق «ترک عمل» و فعل منفی است یعنی به معنای عدم تأدیه حق ذیحق یا عدم انجام عهده و ذمه است و مشمول ادله ضمان نمی شود و عندالشک با اصل برائت و اصول دیگر مشابه، نفی می گردد.

این اشکال وارد نیست، زیرا:

اولاً ثبوتاً و از بعد نظری وقتی سببیت به معنای صحت انتساب عرفی نتیجه به مسبب جرم یا خسارت باشد، در تسبیب، بین فعل و ترک فعل فرقی نمی ماند زیرا ملاک را بطله اسنادی است نه محمول قضیه.

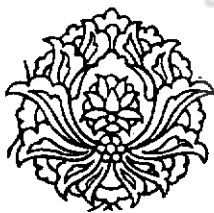
ثانیاً در فتاوی فقهاء و روایات وارده در باب، مسائل مورد اجماع و یا اتفاق عده کثیری از فقهاء وجود دارد که تسبیب بصورت ترک فعل آمده است، مانند مسأله دعوت اعمی به ملک خود که در آن چاهی باشد، بدون برحذر داشتن او (یا ایجاد مانع برای سقوط) یا وقتی که در ملک او حیوانی درنده باشد و دعوت کننده مانع حمله و آزار آن نشود و همچنین مواردی که در شوارع عام مالک حیوان که به خطر و ضرر آن مطلع باشد از آن جلوگیری نکند و منجر به ضرر دیگران شود و امثال اینها....

و نیز مانند مسأله «معلم السباحة» که به طفل شنا بیاموزد که برخی از فقهاء حتی بدون تفریط معلم او را ضامن غرق طفل دانسته اند و آن را از موارد شبه عمد شمرده و بقول صاحب جواهر در همین مسأله: «ولا اشکال فی شیء من ذلك ... بل ربما ظهر من اطلاق عبارتی الارشاد واللمعة ضمانه مطلقاً بل عن

حواشی الشهید: ان المنقول الضمان، سواء فرط اولم یفرط ولعله لانه بتلفه ینکشف تفریطه بناء علی عدم غرقه بدونه... والتحقیق الضمان مطلقاً...^{۱۹}.

و روشن است که معلم یا هر شخص دیگر از مسببین با فعل مثبت موجب غرق طفل، سقوط اعمی، حمله حیوان گزنده و نظائر آن نشده اند. (وگرنه مورد از موارد قتل وجرح عمدی خواهد بود). وترک مراقبت و دقت لازم که به آن مسامحه یابی مبالغاتی می گویند یک ترک فعل است که منتهی به ضرر وتلف مذکور می شود.^{۲۰}

بطور خلاصه مواردی که اهمال و بی مبالغاتی را موجب ضمان دانسته اند از مصادیق ترک فعلند، زیرا اهمال بمعنای ترک وظیفه شرعی وقانونی است.^{۲۱} و از همین جا روشن می شود که ترک فعل موقعی موجب مسئولیت جزائی یا مدنی می شوند که ترک آن (یعنی اصل فعل) بر آنها واجب وقانونی باشد و باید افزود که قدرت بر منع تلف و ضرر هم شرط است یعنی تقابل از قبیل «عدم ملکه» و مرتکب ترک فعل در صورتی ترک فعل کرده و معاقب یا مسئول است که قادر به دفع ضرر باشد و نکند. و بنابراین بر عدم قدرت ولو از ترس شدید اهمال و بی مبالغاتی صادق نیست.



(۱۹) جواهر، ج ۴۳، ص ۱۰۶.

(۲۰) ترک فعل در برخی موارد صریحاً جرم شناخته شده از آن قبیل است مجازات کور کردن شخص ثالث که ناظر فعل باشد واقدامی نکند.

(۲۱) رجوع شود به جواهر الکلام، ج ۴۳، ص ۱۲۹، المسألة العاشرة.