

ضمان خسارات دادرسی

○ مرتضیٰ فیاض*

چکیده

قبل از انقلاب، در ماده ۷۱۲ قانون آیین دادرسی مدنی سابق، ضمان خسارات ناشی از دادرسی، صریحاً ذکر شده بود و محاکم، بر اساس آن، به ضمان بازنده دعوا نسبت به هزینه های دادرسی، حق الوکاله و... حکم صادر می کردند، اما با پیروزی انقلاب و تدوین قانون متناسب با فقه شیعه، این حکم مورد اشکال فقها قرار گرفت و پس از مراحل قانونی، در سال ۱۳۷۹ مجمع تشخیص مصلحت نظام، ضمان بازنده دعوا نسبت به خسارات دادرسی در کلیه دعاوی را تصویب کرد. در این مقاله مبانی فقهی این ماده قانونی و مواد مرتبط با آن، مورد نقد و بررسی قرار گرفته و نهایتاً اثبات می شود که حکم به ضمان محکوم علیه به طور مطلق نسبت به خسارت دادرسی، بر اساس هیچ یک از وجوه ذکر شده، توجیه فقهی ندارد.

کلید واژگان: ضمان خسارات دادرسی، لاضرر، سیره عقلا، تسبیب.

* دانش آموخته مدرسه بقیة الله.

مقدمه

مسئله ضمان و لزوم جبران خسارت زائد بر دیه، از مباحث مهمی است که در فقه جزا و حقوق، حداقل در ضمن سه مسئله مورد بحث فقها و حقوقدانان بوده است: مسئله اول: ضمان جانی نسبت به هزینه‌هایی است که مجنی علیه برای علاج خود پرداخت می‌کند؛ مسئله دوم: ضمان جانی نسبت به تفویض منافی است که مربوط به از کار افتادگی و عدم کسب مجنی علیه است؛ مسئله سوم: ضمان جانی نسبت به خسارت‌ها و هزینه‌هایی است که در طریق اقامه دعوا و مرافعه و شکایت مجنی علیه پرداخت کرده است.

آنچه که در این نوشته مورد بررسی اجمالی قرار خواهد گرفت، مسئله سوم است. واضح است که این مسئله منحصر به دعاوی جنایی نبوده، بلکه شامل دعاوی مدنی نیز می‌باشد.

قاعده الزام محکوم علیه به پرداخت هزینه دادرسی، تکلیفی است که از زمان‌های قدیم معمول بوده و از حقوق روم به قوانین مدنی فرانسه سرایت کرده است. ماده ۱۳ آیین دادرسی حقوقی فرانسه، مصوب سال ۱۹۷۳ مقرر می‌دارد که هر کس در دعوایی محکوم شود باید هزینه دادرسی را بپردازد.^۱ البته با توجه به اینکه قضاوت در اسلام از امور واجب است، لذا هزینه‌ای برای آن در نظر گرفته نشده تا در باره آن بحث شود اما این بحث نسبت به سایر خسارات دادرسی مطرح است.

در ایران قانون و رویه قضایی قبل از انقلاب به کسی که به سبب دادرسی متحمل خساراتی شده بود حق می‌داد که خسارت خود را از دادگاه مطالبه کند. ماده ۷۱۲ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ ش در این خصوص مقرر می‌داشت:

۱. احمدی، آیین دادرسی مدنی، ص ۴۳۳.

مدعی حق دارد جبران خسارتی را که به سبب دادرسی به او وارد شده و یا خواهد شد از طرف دعوا بخواهد و نیز مدعی علیه می تواند خسارتی را که به سبب دادرسی به او وارد شده است از مدعی مطالبه نماید. در این صورت دادگاه، محکوم علیه را به تأدیه خسارت ملزم خواهد کرد.^۲

اما بعد از پیروزی انقلاب، این رویه به علت مخالفت با شرع تغییر کرده و در بسیاری از محاکم و آراء صادره، حق مطالبه هزینه های دادرسی خلاف شرع تشخیص داده شد. در استفتائی از امام خمینی (ره) چنین می خوانیم:

س ۱۷- شخصی از فردی طلبکار است و بدهکار با داشتن قدرت پرداخت از دادن بدهی خودداری می کند. طلبکار به دادگاه مراجعه می کند و این کار مخارجی (از قبیل: تمبر، پوشه و هزینه دادرسی) برمی دارد، آیا این مخارج به عهده بدهکار است؟

ج- این قبیل مخارج بر عهده بدهکار نیست.^۳

بسیاری از دادگاه ها بر اساس فتوای حضرت امام و سایر مراجع، حکم به عدم ضمان بازنده نسبت به خسارت ناشی از دادرسی داده و بر همین اساس مشکلاتی به وجود آمد تا اینکه این مسئله در سال ۶۷ و ۶۸ در مجمع تشخیص مورد بررسی قرار گرفت. مجمع تشخیص ابتدا در مورد بانک ها حکم به مشروعیت مطالبه خسارات زائد بر اصل دین داده ولی بعدها در سال ۱۳۷۹ و در ماده ۵۱۵ به جواز مطالبه این خسارت در کلیه موارد تصریح کرد.^۴

به نظر ما ضمان هزینه دادرسی (کیفری یا مدنی) مطابق با موازین شرع نبوده و نه تنها اطلاق ماده ۵۱۵ (ق. آ. د. م) بلکه اصل این ماده خلاف موازین است.

۲. متین دفتری، مجموعه رویه قضایی (قسمت حقوقی) از سال ۱۳۱۱ تا ۱۳۳۰.

۳. امام خمینی، استفتائات قضایی، ج ۲، ص ۲۸۶.

۴. نوبخت، اندیشه های قضایی، ص ۳۳ و ۸۳.

بررسی و توضیح ماده‌های قانونی ضمان خسارات دادرسی

۱. آیین دادرسی مدنی

ماده ۵۰۲ - هزینه دادرسی عبارتست از:

۱. هزینه برگ‌هایی که به دادگاه تقدیم می‌شود؛

۲. هزینه قرارها و احکام دادگاه.

ماده ۵۰۳ - هزینه دادخواست کتبی یا شفاهی اعم از دادخواست بدوی و اعتراض به حکم غیابی و متقابل و ورود و جلب ثالث و اعتراض شخص ثالث و دادخواست تجدید نظر و فرجام و اعاده دادرسی و هزینه وکالت‌نامه و برگ‌های اجرایی و غیره همان است که در ماده (۳) قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین - مصوب ۱۳۷۳ - و یا سایر قوانین تعیین شده است که به صورت الصاق و ابطال تمبر و یا واریز وجه به حساب خزانه پرداخت می‌گردد. در ماده ۵۱۵ نیز کلیات مسئله ضمان هزینه دادرسی مورد اشاره قرار گرفته است. در این ماده چنین می‌خوانیم:

ماده ۵۱۵ - خواهان حق دارد ضمن تقدیم دادخواست یا در اثنای دادرسی و یا به طور مستقل، جبران خسارات ناشی از دادرسی یا تأخیر انجام تعهد یا عدم انجام آن را که به علت تقصیر خواننده نسبت به اداء حق یا امتناع از آن به وی وارد شده یا خواهد شد، همچنین اجرت‌المثل را به لحاظ عدم تسلیم خواسته یا تأخیر تسلیم آن از باب اتلاف و تسبیب از خواننده مطالبه نماید.

خواننده نیز می‌تواند خسارتی را که عمداً از طرف خواهان با علم به غیر محق بودن در دادرسی به او وارد شده از خواهان مطالبه نماید.

دادگاه در موارد یادشده میزان خسارت را پس از رسیدگی معین کرده و ضمن حکم راجع به اصل دعوا یا به موجب حکم جداگانه، محکوم علیه را به تأدیه خسارت ملزم خواهد نمود.

در صورتی که قرارداد خاصی راجع به خسارت بین طرفین منعقد شده باشد برابر قرارداد رفتار خواهد شد.

تبصره ۱ - در غیر مواردی که دعوای مطالبه خسارت مستقلاً یا بعد از ختم دادرسی مطرح شود مطالبه خسارتهای موضوع این ماده مستلزم تقدیم دادخواست نیست.

تبصره ۲ - خسارت ناشی از عدم النفع قابل مطالبه نیست و خسارت تأخیر تأدیه در موارد قانونی، قابل مطالبه می باشد.

همچنین در ماده ۵۱۹ و ۵۲۰، مسئله خسارات دادرسی مورد اشاره قرار گرفته و حکم به ضمان محکوم علیه نسبت به این هزینه ها نیز شده است.

ماده ۵۱۹ - خسارات دادرسی عبارتست از هزینه دادرسی و حق الوکاله وکیل و هزینه های دیگری که به طور مستقیم مربوط به دادرسی و برای اثبات دعوا یا دفاع لازم بوده است؛ از قبیل حق الزحمه کارشناسی و هزینه تحقیقات محلی.

ماده ۵۲۰ - در خصوص مطالبه خسارت وارده، خواهان باید این جهت را ثابت نماید که زیان وارده بلاواسطه ناشی از عدم انجام تعهد یا تأخیر آن و یا عدم تسلیم خواسته بوده است؛ در غیر این صورت دادگاه دعوای مطالبه خسارت را رد خواهد کرد.

ماده ۵۲۱ - هزینه هایی که برای اثبات دعوا یا دفاع ضرورت نداشته نمی توان مطالبه نمود.

۲. آیین دادرسی کیفری

ماده ۳۰۵ - شاکی یا مدعی خصوصی می تواند در هر مرحله از دادرسی تمامی هزینه های دادرسی را که پرداخت کرده از مدعی علیه مطالبه کند. دادگاه پس از ذیحق شناختن وی مکلف است هنگام صدور حکم نسبت به پرداخت آن، دستور لازم را صادر نماید.

نکاتی پیرامون این مواد

۱. مطابق با ظاهر تبصره دو ماده ۵۱۵ ق. آ. د. م، قانونگذار بحث علم و عمد خواهان را در جواز مطالبه خواننده، دخالت داده است؛ حال آنکه جواز مطالبه خواهان، از این جهت مطلق بوده و بدون توجه به علم و عمد و قصد اضرار، حکم به ضمان خواننده داده شده است. ممکن است در توجیه این اطلاق گفته شود که احراز قصد اضرار در رسیدگی به دعاوی مشکل بوده و عملاً این قید هیچ فایده‌ای ندارد. بر همین اساس قانونگذار جواز مطالبه خواهان را مطلق ذکر کرده است. اما به نظر می‌رسد این توجیه صحیح نیست؛ چرا که اگر این توجیه صحیح باشد، در مورد جواز مطالبه خواننده هم این مشکل وجود خواهد داشت و حال آنکه در تبصره دو، مقید به علم و عمد شده است.

البته توجه به این نکته هم لازم است که در ماده ۵۱۵ ق. آ. د. م، قید تقصیر ذکر شده است که در تقیید جواز مطالبه به تقصیر خواننده ظهور دارد. بنابراین، ممکن است بگوییم که حق مطالبه مطلقاً مقید به تقصیر و امتناع از اداء حق از روی عمد و علم است. اما واضح است که امروزه رویه دادگاه بر این نبوده و خواهان، مطلقاً می‌تواند در ضمن دادخواست، درخواست مطالبه خسارات دادرسی را هم داشته باشد.

همچنین این توجیه نیز صحیح نیست که گفته شود هر بازنده دعوا، به دلیل امتناع از اداء حق، مقصر است؛ چرا که در جواب گفته می‌شود طبق این توجیه، نیازی به ذکر قید تقصیر نبود و در واقع هر محکوم‌علیه، مقصر بوده و نهایتاً باید او تمام هزینه‌های دادرسی را پردازد. همچنین در بسیاری از موارد اقامه دعوا، محکوم‌علیه تقصیر نداشته بلکه خود را محق می‌داند.

۲. تعریف و موارد تحت شمول خسارت دادرسی

مراد از خسارت دادرسی، هزینه‌هایی است که از دعوا تولید شده و محکوم‌له برای طرح و تعقیب دعوای خود به دولت می‌پردازد. لذا در دادرسی‌های مدنی

پرداخت هزینه های دادرسی برخلاف سایر هزینه ها مانند حق الوکالت، اجباری است.^۵

بنابراین هزینه های دادرسی، حق الوکاله، حق الزحمه کارشناس، هزینه تحقیقات محلی و هر هزینه دیگری که مستقیماً مربوط به دادرسی بوده و برای اثبات دعوا ضرورت داشته است، مشمول هزینه دادرسی خواهد بود.

البته همان طور که در مواد ۵۱۹ و ۵۲۱ ق. آ. د. م، گفته شده است، صرفاً هزینه هایی مشمول این قانون می شود که ارتباط مستقیم با جریان دادرسی داشته باشد و برای اثبات دعوا یا دفاع ضرورت داشته باشد. بنابراین، مثلاً اگر هزینه وکیل پیش از حد متعارف به او پرداخت شود مشمول این قانون نخواهد بود.

۳. محکوم علیه کسی است که اولاً طرف دعوا باشد و ثانیاً در دعوا مغلوب شده باشد؛ یعنی اگر خواهان بوده است، محکوم به بی حقی و رد دعوا شده و اگر خواننده بوده است حکم محکومیت وی نسبت به خواسته خواهان صادر شده باشد.^۶

۴. مبنای تحمیل خسارت دادرسی بر محکوم علیه

همانطور که در ماده ۵۱۵ ق. آ. د. م، خوانندیم، هر یک از خواننده و یا خواهان می توانند ضمن تقدیم دادخواست، خسارات ناشی از دادرسی را از دیگری مطالبه کنند.

در مجموع برای این ماده، به ادله ای تمسک شده است که عبارتند از: قاعده اتلاف، قاعده تسبیب، قاعده تفویت، قاعده لا ضرر، بناء عقلا. این در حالی است که در مجموعه مباحث مسئولیت مدنی، این موضوع ذیل عنوان تسبیب مطرح شده است. همچنین در برخی از مکتوبات حقوقی، ضمان خسارت

۵. احمدی، آیین دادرسی مدنی، ص ۴۳۳؛ فضلعلی، خسارت دادرسی، ص ۲.

۶. متین دفتری، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، ج ۲، ص ۳۹۸.

دادرسی را از باب جریمه و یا شرط ضمن عقد توجیه کرده اند که در پایان نیم نگاهی بدان خواهیم داشت.

بررسی مبانی ضمان خسارات دادرسی

۱. تحلیل ضمان بر اساس قاعده اتلاف

قاعده اتلاف، همان جمله معروف (من اتلف مال الغير فهو له ضامن) است که به گفته آیت الله خویی، یکی از دو سبب کلی اثبات ضمان در فقه بوده و مستفاد از مجموعه ای از روایات مختلف در ابواب مختلف فقه؛ مانند رهن و اجاره و مضاربه و عاریه است.^۷ چنان که ادعای سیره عقلا بر التزام به این قاعده نیز دور از ذهن نبوده و این در حالی است که همین روایات می تواند بر امضاء این سیره نیز دلالت کند.

همچنین در ماده ۲۲۸ قانون مدنی با تبعیت از نظریات مشهور فقها مقرر شده است: «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 اینکه عین باشد یا منفعت». بنابراین از نظر کبروی، تردیدی در صحت این قاعده و دلالتش بر ضمان وجود ندارد.

نقصد: به نظر می رسد که تطبیق این قاعده بر مسئله مورد بحث، از دو جهت اشکال دارد؛ چرا که مفاد این قاعده، ثبوت ضمان در فرضی است که اولاً هزینه دادرسی محکوم^۸ له، مصداق تلف مال باشد و ثانیاً تلف، بالمباشره و مستقیم توسط محکوم^۸ علیه صورت گرفته باشد و حال آنکه مسئله مورد بحث فاقد هر دو نکته است؛ زیرا اولاً تلف مال در صورتی است که هیچ مابه ازایی نداشته باشد، در حالی که طبق فرض، محکوم^۸ له در مقابل صرف مال، نفعی (کالا یا خدمت) به

۷. خویی، مصباح الفقاهه، ج ۳، ص ۱۳۱.

دست آورده است، ثانیاً بر فرض که این هزینه ها، مصداق تلف باشد، چون با اختیار خود محکوم^۸ له بوده و محکوم^۹ علیه صرفاً سبب در این تلف بوده است، یقیناً از مصادیق ائتلاف بالمباشره نخواهد بود.

۲. تحلیل ضمان بر اساس قاعده تسبیب

یکی دیگر از مبانی ضمان هزینه دادرسی، تمسک به قاعده تسبیب است. بررسی مفصل این قاعده مستلزم نگارش رساله ای مستقل است که در اینجا به اختصار به بررسی آن خواهیم پرداخت:

الف) مفاد قاعده

یکی از قواعدی که در تحلیل ضمان دادرسی مطرح بوده و در ماده ۵۱۵ ق. آ. د. م نیز بدان تصریح شده، قاعده تسبیب است. سبب در لغت به معنی ریسمان است و به طور کلی هر چیزی است که به واسطه آن، به چیز دیگری می‌رسند. در اصطلاح فقها قاعده تسبیب اجمالاً همان بحث اقوا بودن سبب از مباشر است که در ادامه معنای دقیق و مستندات آن ذکر خواهد شد. در منابع فقهی، بیش از هفت تعریف برای اصطلاح تسبیب ذکر شده است^۸.

۸. برخی از تعاریف سبب چنین است:

۱. إن التسبیب هو کل فعل یحصل التلف بسببه کحفر البئر فی غیر الملک ... ، محقق حلی، شرایع الاسلام، ج ۳، ص ۲۳۷.
۲. إن التسبیب هو ما لولاه لما حصل التلف، لکن علّة التلف غیره کحفر البئر و نصب السکین و إلقاء الحجر، بجنوردی، قواعد الفقهیه، ج ۲، ص ۲۲۱.
۳. إن التسبیب هو ایجاد ما یحصل التلف عنده لکن بعلة اخرى إذا کان ممّا یقصد لتوقع تلك العلة، کالحافر للبئر و فاتح رأس الظرف و المکره علی الإئتلاف، همان، ج ۳، ص ۶۵۱.
۴. إن التسبیب هو ما لا یلزم من وجوده الوجود... و یلزم من عدمه العدم، همان، ج ۲، ص ۳۱.

یکی از معروف ترین آنها تعریف محقق حلی در شرایع است :
سبب عبارت از هر چیزی است که اگر نمی بود، تلف و ضرر محقق نمی شد
در حالیکه علت و مباشر تلف، غیر از سبب است.^۹

به نظر می رسد که تمامی این تعاریف به دنبال ارائه یک ملاک کلی و ضابطه عرفی
برای ضمان بوده است و گرنه با توجه به اینکه این مفهوم در هیچ یک از ادله دیه و ...
وارد نشده است، وجهی برای تدقیقات فلسفی و عقلی در مفهوم یابی این واژه نیست.
در نتیجه مقصود از سبب یا تسبیب، عملی است که زمینه ایجاد خسارت و تلف
مالی و یا بدنی را فراهم آورده است؛ به نحوی که عرفاً ارتکاب فعل زیانبار به مسبب،
مستند باشد. این بیان در کلمات فقها به اقوا بودن سبب از مباشر تعبیر شده است.

در تدقیق این تعریف، توجه به دو نکته لازم است؛ اول: از منظر بسیاری از
فقها قاعده تسبیب، قاعده مستقلی نبوده بلکه نوعی توسعه در موضوع قاعده اتلاف
است که موضوع ضمان در آن از اتلاف بالمباشره به اتلاف بالتسبیب توسعه داده
شده است. لذا طبق این معنا، اصطلاح تسبیب در مقابل عمل مباشری بوده و هر
دو (عمل مباشری و تسبیبی) از اقسام اتلاف و اسباب ضمان هستند. البته تسبیب
در برخی از کلمات در مقابل اتلاف به کار برده می شود که در این صورت، مراد از
اتلاف، اتلاف به مباشرت خواهد بود.

دوم: یکی از ارکانی که در انتساب عمل به مسبب باید مورد توجه باشد،
تقصیر است؛ به این معنا که مسبب، در تحقق فعل زیانبار، تقصیر و کوتاهی داشته
است و این همان نکته تفاوت بین قاعده اتلاف و تسبیب است؛ چرا که در مسئولیت
ناشی از اتلاف، تقصیر شرط نبوده و فعل مرتکب، تمام السبب در ایجاد خسارت
است. و بر همین اساس در دفاع از آن، فرد باید اصل انتساب عمل به خود را منکر
شود، بر خلاف قاعده تسبیب که مسئولیت ناشی از آن، متوقف بر کوتاهی و تقصیر

۹. محقق حلی، شرایع الاسلام، ج ۴، ص ۲۵۴.

در عمل زیانبار بوده و فعل مرتکب، جزء السبب در ایجاد خسارت است. لذا در دفاع از آن، فرد باید ثابت کند هیچ گونه کوتاهی و تقصیری در تحقق آن عمل نداشته است. در واقع، شرط تقصیر در قاعده تسبیب، باعث می شود که عرفاً عمل به سبب استناد داده شود.

سوم: می توان در تدقیق واژه سبب، به تفاوت آن با مفهوم شرط توجه کرد. در تعریف شرط چنین گفته اند: «شرط چیزی است که از نبود آن عدم و از وجودش نیز، وجود لازم نمی آید»، برخلاف سبب که از وجودش، وجود معلول و از عدمش، عدم معلول لازم می آید.

بنابراین، اگر کسی چاهی در گذرگاه عموم حفر کند و دیگری سنگی کنار آن قرار دهد و رهگذری بر اثر برخورد با سنگ بلغزد و غفلتاً در چاه سقوط کند، گذاردن سنگ از نظر فقها سبب تلف را ایجاد کرده است و علت تلف، سقوط در چاه بوده، و شرط تلف هم مثلاً عمیق بودن چاه است.

ب) ادله و مستندات قاعده

همانطور که گفته شد بازگشت این قاعده به قاعده اتلاف است و لذا ادله ای که در بیان قاعده اتلاف وجود دارد در این بحث نیز مطرح می شود. در واقع تنها دلیلی که بر صحت قاعده اتلاف ارائه شده، سیره امضا شده توسط عقلا است که بالتبع شامل قاعده تسبیب نیز خواهد شد. علاوه بر آن، روایات مختلفی در ابواب متعددی از فقه وجود دارد که می تواند به عنوان امضای این سیره به شمار آید. مجموعه ای از روایات در ابواب مختلف فقهی وجود دارد که در آنها حکم به ضمان سبب داده شده است و حال آنکه در جریان آن عمل، مباشر نیز وجود دارد.

یک دسته مجموعه ای از روایات است که در باب شاهد زور وجود دارد و

حکم به ضمان شاهد داده شده است:

۱. إبراهيم بن نعيم الأزدي، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن أربعة شهدوا على رجل بالزنى، فلما قتل رجح أحدهم عن شهادته، قال: فقال: يقتل الرابع [الراجع] ويؤدى الثلاثة إلى أهله ثلاثة أرباع الدية^{۱۰}؛

از امام صادق(ع) در مورد چهار نفری پرسیدم که شهادت به زناى مردى داده بودند، ولى هنگامى كه آن مرد كشته شد، يكى از آنها از شهادت خود برگشت. حضرت فرمودند: فردى كه از شهادت خود رجوع كرده است، كشته مى شود و سه نفر باقىمانده سه چهارم ديه را به خانواده آن مرد پرداخت مى كنند.

۲. إبراهيم بن عبد الحميد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: فى شاهدین شهدا على امرأة بان زوجها طلقها فتزوجت ثم جاء زوجها فانكر الطلاق، قال: يضريان الحد، و يضمنان الصداق للزوج ثم تعتد ثم ترجع إلى زوجها الأول^{۱۱}؛
از امام صادق(ع) در مورد دو شاهدهى سؤال كردم كه نزد زنى شهادت داده بودند كه شوهرش او را طلاق داده است. بنابراین آن زن ازدواج کرده است ولى هنگامى كه شوهر آن زن مى آید منكر طلاق مى شود. حضرت فرمود: آن دو شاهد حد زده مى شوند و مهریه زن را نيز برای مرد دوم، ضمانت مى كنند سپس زن عده نگه مى دارد و به شوهر اولش رجوع مى كند.

۳. محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام فى شاهد الزور ما توبته؟ قال: يؤدى من المال الذي شهد عليه بقدر ما ذهب من ماله إن كان النصف، أو الثلث إن كان شهد هذا وآخر معه^{۱۲}.

امام صادق(ع) در پاسخ به پرسش از چگونگی توبه شاهد زور فرمود: اگر او و دیگری شهادت داده باشند باید به همان مقدار از مالی که تلف شده بپردازد،

۱۰. حرعاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۷، ص ۳۲۹.

۱۱. همان، ج ۲۰، ص ۴۴۸.

۱۲. همان، ج ۲۷، ص ۳۲۷.

خواه نصف باشد یا ثلث (اما اگر شهود بیش از دو نفر باشند چیزی برعهده او نیست، زیرا با بازگشت او از شهادت، مدعا به شهادت دیگران ثابت است).
 همچنین روایاتی که پیرامون کسی که چاهی کنده و باعث ضرر به فردی شده^{۱۳} و موارد متعدد دیگری وجود دارد که بعد از الغای خصوصیت می توان یک حکم کلی در آنها استفاده کرد که در صورتی که مباشر در تحقق جرم، مقهور بوده و یا اساساً اراده ای نداشته است، سبب اقوی از مباشر بوده و حکم به ضمان سبب داده می شود.
 بلکه در برخی^{۱۴} روایات به طور گویا روشن می کند که ضمان شاهد زور، تبعیدی نبوده، بلکه به دلیل صدق و انتساب تلف به شاهد، حکم به ضمان او داده شده است؛ چرا که در این مورد، مباشر مغرور و مقهور بوده است.
 بنابراین صحت این قاعده از نظر کبروی قابل مناقشه نیست.

ج) تطبیق قاعده بر ماده ۵۱۵ ق. آ. د. م.

در این گفتار بحث را در دو فرع دنبال می کنیم^{۱۵}:

اول: ضمان محکوم علیه نسبت به نفقاتی که محکوم له در جریان اقامه دادرسی هزینه کرده است.

دوم: ضمان محکوم علیه نسبت به حکومت در مورد هزینه هایی که به طور کلی در دادرسی پرداخت می شود مانند حق الزحمه کارشناس، هزینه های دادرسی و قاضی.
 در مورد فرع اول باید به دو نکته توجه شود: ۱. آیا محکوم علیه، سبب می باشد و آیا تلف مال به او مستند است؟ ۲. بر فرض که محکوم علیه سبب

۱۳. شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، ج ۱۰، ص ۲۲۹-۲۳۰.

۱۴. حرّ عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۷، ص ۳۲۷.

۱۵. با توجه به ادامه توضیحات، مشخص خواهد شد که چرا این بخش در دو فرع بررسی شده است.

باشد، هزینه های دادرسی مصداق تلف مال است ؟

نکته مهم در مورد این قاعده، تطبیق آن بر هزینه های دادرسی است. سؤال مهم در این بخش این است که آیا صرف امتناع از ادای حق توسط محکوم علیه و نیاز به هزینه برای دستیابی به آن حق، برای نسبت دادن خسارت و زیان این هزینه ها به غاصب کافی است؟ به عبارت دیگر آیا صاحب حق دو گونه حق دارد حق نسبت به مال خودش و نسبت به چیزی که او را بدان مال می رساند. در نتیجه، محکوم علیه با امتناع از ادای حق، در واقع دو حق صاحب مال را ضایع کرده و ضامن دو حق خواهد بود؟

البته روشن است که به طور کلی نمی توان همه مصادیق این مسئله را از یک قبیل دانست؛ چرا که در برخی از موارد، اقوا بودن سبب از مباشر و استناد خسارت (به شرطی که مصداق خسارت باشد) به محکوم علیه، عرفی به نظر می رسد؛ مانند مواردی که محکوم علیه، از روی عمد و علم، از ادای حق امتناع کرده است، یا موردی که محکوم له مثلاً قیم و ولی یتیمی بوده که برای استیفای حقوق مولی علیه، شرعاً باید اقامه دعوا کند.

اما در غیر اینگونه موارد، استناد خسارات وارده به محکوم له، به محکوم علیه چندان روشن نبوده و به توجیه و ادعا نیاز دارد؛ مانند اینکه گفته شود از نظر عقلا، صاحب حق، می تواند آن را مطالبه کند اما محکوم علیه نمی تواند آن را سلب کند بلکه باید آن را به صاحب حق برگرداند. لذا ممکن است با توجه به همین نکته بگوییم هر چند اقامه دعوا بر خواهان واجب شرعی نیست، ولی چون استحقاق مطالبه حق خود را دارد، لذا خسارات ناشی از وصول به حق نیز، به محکوم علیه مستند خواهد بود. همچنین می توان مسئله را در فرضی مطرح کرد که تنها راه استیفای حق، شکایت از محکوم علیه باشد. در این صورت نیز می توان قائل به تسبیب و اقوا بودن سبب از مباشر شد.

نکته دوم این است که آیا صرف این هزینه‌ها توسط محکوم^۱ له، مصداق تلف مال است یا خیر؟

اگر تلف به معنای تباه و نابود شدن باشد واضح است که این معنا زمانی صادق است که مالی صرف شده ولی در مقابل، هیچ مابه‌ازایی نداشته باشد، حال آنکه در هزینه‌های دادرسی چنین نیست؛ چرا که در مقابل این هزینه‌ها منفعت عقلایی به دست آمده است. لذا این نوع هزینه‌ها مصداق تلف مال نبوده، بلکه از قبیل تدارک مال و جبران ضرر است.

ممکن است در جواب از این بیان، گفته شود که ملاک در سیره عقلای تلف مال نیست، بلکه ملاک، از بین رفتن ملک است. به عبارت دیگر، ملاک ضمان این است که به حسب نتیجه، مالک دچار خسارت شده و مالش را از دست بدهد، چه اینکه خسارت با تلف مال باشد و یا اینکه فرد دیگری آن را به زور بگیرد و یا اینکه مالک مجبور به پرداخت آن باشد، ولی نهایتاً این مالک است که دچار خسران و زیان مالی شده است.

در جواب از این بیان گفته می‌شود که حتی اگر ملاک تلف را بر اساس نتیجه معنا کنیم باز هم در مسئله ما، صدق تلف مشکل بوده، بلکه صرف مال در هزینه‌های دادرسی از قبیل استیفا و انتفاع به مال است و الاً لازمه آن نقض به مواردی است که فرد مجبور به صرف مال به سبب غیر باشد؛ زیرا بر اساس این بیان، باید به ضمان حکم داد.

فرع دوم: ضمان محکوم^۲ علیه نسبت به حکومت

قضاوت، حق الزحمه کارشناس، هزینه‌های دادرسی، و ... از جمله اعمال محترمی است که مالیت داشته و بالتبع مورد ضمان خواهد بود. این مسئله چند حالت خواهد داشت:

۱. محکوم^۳ علیه، دادخواست ارائه کرده و او خواهان است؛ یعنی اقامه دعوا

توسط او صورت گرفته است. در این صورت واضح است که هزینه های دادرسی و حق کارشناس و ... بر عهده محکوم علیه خواهد بود؛ چرا که در این فرض، محکوم علیه خواهان دادرسی است و چنان که در فقه و حقوق گفته شده، یکی از اسباب ضمان قهری، امر به استیفا است.

۲. اقامه دعوا از طرف محکوم له و یا از طرف قاضی و یا از طرف محکوم له و علیه با هم بوده است (به این معنا که هر دو با هم تقاضای دادرسی داشته اند. در این صورت نیز می توان حکم به ضمان محکوم علیه داد؛ زیرا هر چند که قاضی، مباشر در اتلاف بوده و محکوم علیه، سبب است اما واضح است که در فرض مذکور، سبب اقوی از مباشر است.

توضیح آنکه^{۱۶} فرض مسئله در جایی است که حاکم، مسئول اقامه عدل و ارجاع حق به صاحب حق بوده و از طرفی محکوم علیه با امتناع از اداء حق، سبب شده تا قاضی امر به اتلاف کند. بر همین اساس چون قاضی شرعاً و قانوناً مقهور بوده لذا سبب، اقوی از مباشر خواهد بود.

ممکن است اشکال شود که قاضی شرعاً یا قانوناً مقهور بوده و سبب در این مسئله، مشترك بين محکوم له و محکوم علیه می باشد؛ چرا که اگر محکوم له نیز از حق خود صرف نظر کند، بر قاضی واجب نیست که حق او را از محکوم علیه استیفا کند. به عبارت دیگر، نسبت عمل قضاوت^{۱۷} (که عمل محترمی بوده و مالیت داشته) به محکوم له و محکوم علیه از این جهت یکسان است و همان طور که امتناع از حق توسط محکوم علیه باعث عمل قضاوت شده، اگر محکوم له نیز از حق خود

۱۶. هاشمی شاهرودی، قراءات فقهية معاصرة، ج ۲، ص ۳۷۲.

۱۷. البته این سخن بر این اساس است که گرفتن دستمزد در برابر کارهای واجب، حرام نباشد به ویژه در امور حکومت که دلیل های وجوب آن به گونه ای نیست که باید آنها را بی مزد انجام داد.

صرف نظر کند قضاوت لزومی نخواهد داشت. لذا صرف امتناع از حق باعث نمی شود که اتلاف مباشر (قاضی) به سبب نسبت داده شود.

در جواب از این اشکال می گوئیم که هر چند عمل قضاوت، از یک جهت متوقف بر عدم تنازل محکوم له از حق خود است اما نکته اینجاست که از نظر عقلا او حق مطالبه را دارد اما محکوم علیه حق سلب حق را ندارد و باید آن را به صاحب حق برگرداند. بر همین اساس ممکن است چنین گفته شود که نسبت محکوم له و محکوم علیه در دادرسی یکسان نیست؛ چرا که محکوم له این حق را دارد که به حق خود برسد اما محکوم علیه حق ندارد مانع رسیدن حق شود. لذا در صورت امتناع از ادای حق توسط محکوم علیه، هزینه ها مستند به او خواهد بود؛ زیرا سبب (محکوم علیه) در این فرض اقوی از مباشر (قاضی) است. مانند اینکه غاصب و صاحب لباس، آن را به طرف خود بکشند و در این میان لباس پاره شود، در این صورت هر چند که تلف، به فعل هر دو حاصل شده اما چون مالک لباس حق مطالبه لباس خود را داشته و غاصب، حق امتناع از ادای حق را نداشته است، سبب (غاصب) اقوی از مباشر است.

نظر مختار: با توجه به اینکه دلیل حجیت قاعده تسبیب، سیره عقلاست، لذا در تعیین محدوده و مصادیق آن باید به مصادیق متیقن آن مراجعه کرد و در موارد مشکوک، اصل بر عدم ضمان خواهد بود.

به نظر ما از منظر عقلایی ثابت نیست که تسبیب مطلقاً موجب ضمان باشد؛ چرا که مثال ها و نمونه های نقض فراوانی یافت می شود که التزام به ضمان از نظر عقلا در آنها بسیار مشکل است؛ به عنوان مثال اگر شخصی مالی را غصب کند و مالک مجبور شود بدل و مثل آن کالا را با قیمت بیشتر تهیه کند، از نظر عقلا ضمان به بیشتر از قیمت کالا، چندان روشن نیست.

همچنین اگر فردی برای مراسم عروسی شیرینی سفارش دهد ولی مغازه دار خلف وعده کرده و شیرینی سر وقت حاضر نشود و لذا صاحب مجلس مجبور شود برای حفظ آبرو از مغازه دیگر، شیرینی گرانتری را بخرد، آیا می توان به صرف اینکه صاحب مجلس مجبور به خرید گران تر بوده، مغازه دار را ضامن قیمت اضافه دانست یا اگر صاحب مجلس اجیری را پیدا کرد که با قیمت ارزان تر، شیرینی می پزد اما مغازه دار خلف وعده کرده و صاحب مجلس مجبور شود که با همان قیمت سوقيه، از بازار شیرینی بخرد، آیا می توان گفت که مغازه دار مضطر است؟ در نتیجه باید گفت هر چند قاعده تسبیب از نظر کبروی، در برخی از فروض صحیح است ولی نمی توان به طور مطلق بدان ملتزم شد. از نظر صغروی و تطبیق آن بر مسئله مورد بحث ما نیز از دو جهت مورد اشکال بود:

۱. صدق تسبیب: همانطور که گفته شد صدق آن به طور کلی نبوده بلکه در مواردی است که محکوم له از نظر شرعی و یا قانونی مجبور به پرداخت آن هزینه هاست.

۲. صدق تلف: صدق آن به طور کلی در مسئله مورد بحث، صحیح نیست، بلکه صرف هزینه هایی چون حق الوکاله، هزینه دادرسی، حق الزحمه کارشناس و ... از قبیل تدارك مال است نه اینکه مصداق تلف باشد. بنابراین، ماده ۵۱۵ آیین دادرسی را نمی توان به این قاعده مستند کرد. *طالعات فقهی*

۳. ضمان هزینه های دادرسی، جریمه است طبق این بیان، ضمان محکوم علیه، در واقع نوعی مجازات کیفری بوده و بازنده دعوا باید در ازای مقاومت نابه جایی که در ادای حق کرده است جریمه بردارد. بنابراین، اگر بازنده دعوا خوانده باشد، به دلیل مقاومت نابه جایی که در ادای حق کرده باید جریمه شود و اگر خواهان باشد، هزینه دعوا با خود اوست؛ چرا که ادعای او علیه خوانده خلاف حق بوده است.

واضح است که این تحلیل نمی تواند مطابق یا واقع باشد؛ زیرا بازگشت آن به لزوم تکلیفی ادای حق و هزینه های صرف شده در جریان دادرسی است. حال آنکه قانون گذار در قانون ۵۱۵ ق. آ. د. م، بیش از این را اراده کرده و ظاهر این ماده در لزوم وضعی و ثبوت حق به نفع محکوم له و علیه محکوم علیه است.

اشکال دیگر این بیان، این است که صحت این دعوا متوقف بر این است که بازنده دعوا، همیشه خاطی و بدون حق باشد و حال آنکه چنین نیست؛ زیرا مواردی پیش می آید که حتی خود خواهان و خواننده به درستی نمی دانند که حق با چه کسی است و لذا با حسن نیت دعوا را اقامه می کنند. همچنین گاهی برخی از افراد ناگزیر از طرح و اقامه دعوا می باشند؛ مانند ولی یتیم و ولی مسجد. واضح است که در این موارد نمی توان بازنده را خاطی و مستحق کیفر دانست؛ چرا که حفظ منافع آنها به این افراد سپرده شده است.

۴. تحلیل ضمان، شرط ضمن عقد

مطابق با این تحلیل، ضمان در این مسئله، ضمان قهری نبوده، بلکه از قبیل ضمان قراردادی است. در این تحلیل، دعوی متداعیین، نوعی عقد بوده که در ضمن آن شرط می شود تا بازنده، ضامن هزینه های مصرف شده در دادرسی باشد. به عبارت دیگر طرفین دعوا توافق کرده اند که اگر هر یک از آنها بازنده شود هزینه ها را بپردازد؛ بنابراین، رابطه متداعیین، نوعی عقد بوده که عموم «اوفوا بالعقود» شامل آن می شود.

در جواب از این تحلیل گفته می شود که واقع امر خلاف این تحلیل است و بین متداعیین هیچ گونه عقد و تعهدی به این معنا وجود نداشته تا مصداق عموم «اوفوا بالعقود» قرار بگیرد.

علاوه بر این، از نظر کبروی، در جای خود گفته شد که تمسک به آیه برای اثبات مشروعیت عقد، از قبیل تمسک به عام در شبهه مصداقیه است؛ زیرا این آیه

صرفاً در صدد بیان لزوم عقودی است که شرعی بودن آن از قبل محرز است.

۵. تحلیل بر اساس قاعده تفویض

یکی دیگر از قواعدی که در تحلیل ضمان هزینه های دادرسی ذکر شده، قاعده تفویض است؛ به این بیان که بازنده باعث تفویض هزینه های دادرسی محکوم له شده است؛ چرا که اگر بازنده از ادای حق امتناع نمی کرد این هزینه ها تفویض نمی شد. شبیه این بحث در ضمان حر کسوب مطرح است.

در پاسخ از این بیان چنین گفته می شود که همان طور که گذشت اسباب ضمان منحصر به اطلاق و ید است. علاوه بر این، صرف این هزینه ها مصداق تفویض نیست؛ چرا که در مقابل این هزینه ها منافع عقلاییه ای را تحصیل کرده است.

۶. تحلیل ضمان بر اساس قاعده لاضرر

یکی دیگر از قواعدی که در تحلیل ضمان هزینه های دادرسی ذکر شده، قاعده لاضرر است؛ به این بیان که عدم ضمان بازنده نسبت به هزینه ها، حکم ضرری نسبت به محکوم له است و لذا با توجه به این قاعده حکم به ضمان بازنده می کنیم. تمسک به قاعده لاضرر در مورد بحث ما از نظر کبروی متوقف بر ثبوت چند نکته است:

اول: مفاد این قاعده، منحصر به احکام مجعول ضرری نبوده، بلکه شامل احکام عدمی نیز بشود. به عبارت دیگر ضرر از آن جهت که مستند به شارع است نفی شده و دو حصه برای آن قابل فرض است. گاهی ضرر، ناشی از جعل حکم و گاهی ضرر ناشی از عدم جعل حکم است. لذا در تعبیری جامع می توان چنین گفت که مفاد لاضرر، نفی هر گونه موقف ضرری مرتبط با شارع است. (دقت شود که مصب نفی، همان ضرر خارجی است و تعبیر به موقف به این معنا نیست که مصب نفی، موقف باشد).

در مسئله ما، چنین گفته می شود که عدم ضمان بازنده، موقف ضرری نسبت

به محکوم‌له خواهد بود که مطابق با این قاعده نفی شده است .

دوم: مفاد این قاعده، نفی باشد نه نفی و الا در صورتی که مفاد آن نفی باشد، ضرر به غیر، فقط حرمت تکلیفی خواهد داشت و دلالت بر ضمان نخواهد کرد. همچنین در صورت اجمال روایت لاضرر، باید به قدر متیقن آن رجوع شود که همان نفی خواهد بود، چرا که این گونه ترکیب‌ها، در هر دو معنای نفی و نفی استعمال شده است. به عبارت دیگر، اگر چه جمله «لاضرر» خبریه و دال بر نفی است لیکن چون در مقام انشاء بوده، دلالت بر نفی می‌کند؛ مانند جمله «یعیید» که در مقام انشاء، دلالت بر وجوب اعاده می‌کند و واضح است که صرف احتمال این معنا نیز موجب اجمال این روایت خواهد شد و در اجمال معنایی باید به قدر متیقن از آن مدلول مراجعه کنیم.

صحت این تحلیل از نظر صغروی نیز متوقف بر این است که هزینه‌های دادرسی مصداق ضرر باشد. اشکالاتی از نظر صغروی بر تطبیق این قاعده بر هزینه‌های دادرسی وارد شده است:

اول: شمولیت این قاعده نسبت به هزینه دادرسی در فرضی است که حکم ضرری جعل شده باشد و محکوم‌علیه به سبب آن حکم دچار ضرر شده باشد؛ به این معنا که باید ضرر از طرف شارع باشد تا با رفع حکم ضرری و یا رفع موضوع آن، حکم ضرری برداشته شود. حال آنکه در مسئله ما حکمی که اولاً ضرری باشد و ثانیاً مستند به شارع باشد، وجود ندارد، بلکه شکایت محکوم‌علیه باعث متضرر شدن محکوم‌له شده است. اگر قرار باشد این ضرر با لاضرر برداشته شود، مصداق جبران ضرر و تدارک ضرر خواهد بود و حال آنکه این قاعده در مقام نفی ضرر است نه جبران ضرر.

دوم: ضمان هزینه‌ها بر محکوم‌علیه نیز ضرری بوده و لذا مسئله، از قبیل تعارض ضررها خواهد بود. البته توجه به این نکته مهم است که اگر محکوم‌علیه از

روی علم و عمد از ادای حق امتناع کرده باشد، این قاعده شامل او نخواهد شد؛ چرا که او خود اقدام بر ضرر کرده و حال آنکه شرط شمول قاعده، عدم اقدام بر ضرر است، ولی در مواردی که محکوم علیه خود را محق دانسته و در دادگاه، بازنده دعوا شده است، به مقتضای ادله قضاوت اصل حق را باید برگرداند اما وجهی برای منع از شمول قاعده نسبت به او نخواهد بود. لذا تطبیق این قاعده بر مسئله ما، مبتلا به تعارض ضررها خواهد بود. بنابراین، تحلیل این مسئله به استناد قاعده لاضرر صحیح نیست.

ممکن است در تمسک به فقره «لاضرار» گفته شود که عدم ضمان محکوم علیه، اضرار به محکوم له خواهد بود لذا با توجه به فقره دوم حدیث لاضرر که دلالت بر نفی اضرار به غیر می کند، ضمان محکوم علیه را ثابت می کنیم. تمسک به این حدیث نیز متوقف بر دلالت این فقره بر حکم وضعی است. در تقریب آن چنین گفته اند^{۱۸} که این حدیث بر نفی تکلیفی از اضرار به غیر دلالت دارد اما با توجه به اینکه مفاد این حدیث قانون کلی است، به ضمانت اجرایی احتیاج دارد تا نفی طبیعت اضرار به غیر محقق شود. ضمانت اجرایی آن نیز با صرف حرمت تکلیفی حاصل نخواهد شد و چون وضع ضمان از بهترین راه های ردع از اضرار به غیر است لذا گفته می شود که این حدیث دلالت بر ضمان خواهد کرد.

در جواب از این استدلال می توان گفت که اولاً مفاد این حدیث نهایتاً نفی به داعی نفی بوده، لذا بیش از نفی تکلیفی از آن استفاده نمی شود. ثانیاً بر فرض که نفی در این حدیث به داعی نفی بوده تا دلالت بر حکم وضعی کند اما در صدق آن کافی است که گفته شود مطابق با این حدیث، کسی که اضرار به غیر وارد کند، تعزیر شود و همین برای ضمانت اجرایی آن کافی است.

۱۸. سیستانی، لاضرر، ص ۱۳۶-۱۳۴.

۷. تحلیل ضمان بر اساس قاعده اضرار

ممکن است در تحلیل این ماده به قاعده اضرار تمسک شود، به این معنا که لزوم پرداخت هزینه‌ها توسط محکوم‌له برای دادرسی، مصداق اضرار به غیر بوده و حال آنکه اضرار به غیر حرام و موجب ضمان خواهد شد.

در استدلال به این قاعده باید دو جهت مورد توجه باشد: اول اینکه آیا از نظر کیروی قاعده اضرار دلالت بر ضمان می‌کند؛ دوم اینکه آیا مسئله مورد بحث، از نظر صغروی، از قبیل اضرار به غیر است یا خیر.

اما جهت اول: مستفاد از روایات مختلفی که در مورد نهی از اضرار به غیر وارد شده، صرف حکم تکلیفی نبوده است، بلکه بر ضمان نیز دلالت دارد، مانند روایاتی که از اضرار به برادر مؤمن نهی می‌کند. همچنین روایاتی که مفاد آنها ضمان کسی است که به طریق مسلمین ضرر وارد می‌کند^{۱۹}.

مفاد این روایت، یا ضمان نسبت به خود طریق است که در این صورت گفته می‌شود: طریق خصوصیت نداشته و به عنوان مثال ذکر شده است. لذا مطابق این روایت، ضررهایی که به غیر طریق وارد می‌شود نیز مورد ضمان خواهد بود. همچنین می‌توان گفت که اساساً این گونه تعابیر در روایات، لسان کنایه‌ای بوده و مراد از آن ضرر به خود مسلمین می‌باشد (من یمر بالطریق)، خصوصاً با توجه به اینکه در برخی از روایات وارد در این موضوع سؤال و جواب‌هایی شده که قرینه بر این نکته است؛ مانند روایت:

مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ، عَنْ حَمَّادٍ، عَنْ الْحَلْبِيِّ، عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع)، قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ الشَّيْءِ يُوَضَعُ عَلَى الطَّرِيقِ فَتَمَرُّ الدَّابَّةُ فَتَنْفِرُ بِصَاحِبِهَا فَتَعْقِرُهُ فَقَالَ: كُلُّ شَيْءٍ يَضُرُّ بِطَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ فَصَاحِبُهُ ضَامِنٌ لِمَا يُصِيبُهُ.^{۲۰}

۱۹. طوسی، تهذیب الاحکام، ج ۱۰، ص ۲۲۶ و ۲۳۰.

۲۰. حرّ عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۹، ص ۲۴۳.

حلبی می گوید: از امام صادق (ع) در مورد چیزی که در میان راه رها شده و موجب رم کردن چهارپا و آسیب صاحب آن شده است پرسیدم؟ فرمود: هر چیزی که موجب ضرر در راه عبور و مرور مسلمانان شود، صاحب آن ضامن خسارت های وارده شده است.

همچنین برخی از آیات مانند «والوالدات یرضعن اولادهن ... لاتضارّ والدّة بولدها ولامولود له بولده ...»^{۲۱} و یا آیه «ولاتضارّوهنّ لتضيقوا علیهنّ ...»^{۲۲} دلالت بر ثبوت ضمان در فرض ضرر دارد؛ چرا که این آیات در صدد بیان لزوم انفاق بر مادرها در مدت شیردهی و لزوم انفاق بر مطلقه در مدت حمل دارد به نحوی که عدم انفاق و یا عدم حق شیردهی، ضرر بر آنها محسوب می شود. حال با توجه به اینکه عبارات (لا تضارّ والدّة) و (ولاتضارّوهنّ) تعلیل حکم است، لذا مفاد این آیه لزوم حق شیردهی و انفاق به والدّه و مطلقّه به ملاک عدم اضرار می باشد.

اگر گفته شود که مفاد این آیه مانند قاعده لا ضرر صرفاً نفی حکم ضرری است نه اینکه مثبت حکم ضمان باشد، در پاسخ گفته می شود هر چند ظاهر اولی آن ضمان ضرر نیست ولی چون تعلیل در این آیه بر ضمان نفقه شیر دادن و انفاق بر مطلقّه تطبیق شده است لذا به همین قرینه می فهمیم که عدم ضمان نفقه شیردهی و نفقه حمل، مصداق ضرر بوده است نه اینکه صرف تدارک ضرر باشد.

چنان که در ذیل این آیه روایات فراوانی وجود دارد که حکم به ضمان داده شده و در تعلیل، به این آیه استناد کرده اند؛ مانند صحیح حلبی از امام صادق (ع):

الحلبی المطلقة ینفق علیها حتی تضع حملها و هي احقّ بولدها ان ترضعه بما تقبله امرأة اخرى ان الله عزّ وجلّ يقول «لاتضارّ والدّة بولدها و ...»^{۲۳}.

۲۱. بقره، آیه ۲۳۳.

۲۲. طلاق، آیه ۶.

۲۳. کلینی، الفروع من الکافی، ج ۶، ص ۱۰۳، ح ۳.

امام صادق(ع) فرمود: نفقه زن باردار از مطلقه تا هنگام وضع حمل پرداخت می شود و او به شیر دادن فرزندش سزاوارتر است به آنچه زن دیگر برای شیر دادن کند، خداوند می فرماید: «نباید مادری به سبب فرزندش آسیب ببیند...» .
مطابق با این روایت حق انفاق بر حبلی از قاعده (لائنضارّ والدّة بولدها) استفاده می شود.

بنابراین، انصاف این است که روایات ناهیه از اضرار به غیر علاوه بر اینکه اضرار به غیر را حرام کرده، بر ضمان مضارّ نیز دلالت دارد.

نکته مهمی که توجه به آن ضروری است اینکه مستفاد از این دو آیه، نه تنها دلالت بر ضمان داشته بلکه بر صدق اضرار در موارد تسبیب به ضرر نیز دلالت می کند؛ یعنی این آیه در ثبوت ضمان بر مضار در فرض عدم انفاق بر مطلقه حبلی اطلاق داشته و شامل فرضی می شود که در صورت عدم انفاق شوهر، مطلقه مجبور شود خرج خود را بدهد. مطابق اطلاق این آیه، شوهر مضارّ بوده و ضامن مخارج حمل و شیر دهی زن نیز خواهد بود.

بنابراین، مطابق با این آیه می توان ادعا کرد که عنوان اضرار، اوسع و اعم از عنوان اتلاف و تسبیب است. بر همین اساس اگر در مورد مسئله مورد بحث تحلیل بر اساس قاعده اتلاف و تسبیب باشد، در این صورت صدق اتلاف و تسبیب بر امتناع از ادای حق بر محکوم علیه قابل مناقشه است اما با توجه به آیه و قرائن گفته شده می توان گفت که عدم ضمان این هزینه ها مصداق اضرار به محکوم له است و این اضرار حرام و مورد ضمان می باشد؛ خصوصاً در مواردی که محکوم له خوانده بوده و بر اساس شکایت خواهان مجبور به صرف هزینه هایی در مسیر دادرسی شده است و نهایتاً برائت وی در دادگاه ثابت شود. این در حالی است که محکوم له مجبور به پرداخت هزینه هایی برای حق الزحمه کارشناس و وکیل و... شده است. در چنین مواردی واضح است که عدم ضمان محکوم علیه، اضرار به محکوم له

خواهد بود هر چند که مشمول قاعده اتلاف و یا تسبیب و یا تفویت نباشد. ممکن است در جواب استدلال به این آیه چنین گفته شود که این آیه درصدد جعل حق برای والده و یا والد و یا حتی حبلی مطلقه نیست، بلکه لزوم انفاق بر اساس ادله دیگری است که نفقه شیر دادن را حق زن معرفی کرده است. به عبارت دیگر، آیه درصدد نهی از ظلم و اضرار نسبت به کسی است که ذی حق است، اما اینکه ذی حق کیست و به چه ملاکی است، این آیه ناظر به آن نخواهد بود؛ بنابراین، این آیه درصدد جعل ضمان نخواهد بود.

علاوه بر این، همانطور که پیشتر گذشت نوع این موارد از قبیل ایجاد موضوع ضرری بوده و واضح است که ایجاد موضوع ضرری، موجب ضمان نیست.

۸. تحلیل ضمان بر اساس سیره عقلا

یکی دیگر از تحلیل های ضمان دادرسی، تحلیل بر اساس سیره عقلا است. وجود قوانین متعدد در این زمینه در نظام های حقوقی مختلف نشان دهنده وجود این سیره بر ضمان است. فرق این تحلیل با موارد قبلی مانند قاعده اتلاف و تسبیب این است که در موارد قبلی ادعای سیره بر قواعد کبروی مانند اتلاف و تسبیب شده و نهایتاً بحث هزینه های دادرسی مصداق آن خواهد بود، اما در این بخش، ادعای سیره مستقیماً بر ضمان هزینه دادرسی می شود.

تمسک به سیره در این مسئله متوقف بر اثبات دو نکته است؛ اول: عدم ردع از این سیره و دوم، احراز امضای آن.

ممکن است ادعا شود به مقتضای اطلاق مقامی ادله رفع نزاع و ادله دیه و... می فهمیم که این سیره عقلایی جدید، ردع شده است و هرگونه هزینه زائد بر اصل حق، لزوم شرعی ندارد؛ به این معنا که در نوع روایات مربوط به دیه یا ادله رفع نزاع، هیچ بیانی از لزوم ضمان محکوم علیه به میان نیامده است.

در جواب گفته می شود که این ادله نمی تواند رادع از سیره شود؛ چرا که دادرسی، در زمان معصومین، هزینه خاصی را در بر نداشته و اساساً از

پسچیدگی های امروزی اثری نبوده و چون قضاوت از واجبات بوده، هزینه ای در بر نداشته است؛ لذا نمی توان این ادله را رادع از این سیره دانست.

در مورد احراز امضا نسبت به سیره های عقلاییه جدید سه بیان وجود دارد:
بیان اول: اینکه گفته شود صرف سکوت شارع از بیان احکام و مصادیق جدید، نشانه امضای فی الجملة سیره های عقلاییه جدید است.

در جواب از این بیان ممکن است چنین گفته شود که اولاً؛ سکوت شارع در موارد سیره های عقلاییه جدید محرز نیست؛ چرا که در بسیاری از این موارد می توان به عمومات برائت از ضمان و یا استصحاب عدم ضمان، مراجعه کرده و حکم آن را مشخص کنیم. به عبارت دیگر، شارع در موارد سیره های عقلاییه جدید به بیان حکم ظاهری آن به نحو عموم و اطلاق اکتفا کرده است.

ثانیاً؛ صحت این بیان متوقف بر این است که سکوت شارع بر امضا، به صورت قضیه حقیقیه باشد تا در نتیجه تمام سیره های عقلاییه تا روز قیامت را شامل شود و حال آنکه این نکته صحیح نیست؛ چرا که دلالت سکوت شارع بر امضا، به صورت قضیه خارجی است و منحصر در سیره و یا ارتکاز موجود در عصر شارع می باشد، لذا نمی توان از سکوت شارع، امضای سیره های عقلاییه جدید را کشف کرد.

ثالثاً؛ صحت این بیان، بر چگونگی دلالت سکوت بر امضای سیره نیز متوقف است همان طور که در جای خودش گفته شده در این زمینه اقوال و مبانی مختلفی وجود دارد. اگر این دلالت را بر اساس ادله وجوب امر به معروف و نهی از منکر بدانیم، واضح است که محدوده این دلالت فقط منحصر به سیره های معاصر خواهد بود؛ چرا که به مقتضای ادله امر به معروف، وجوب امر و نهی منحصر به مصادیق موجود در همان عصر است. چنان که هیچ یک از مبانی گفته شده (ارشاد جاهل، قبح اغراء به جهل، امر به معروف و...) را قبول نکرده و به دلیل انسداد، قائل به دلالت سکوت بر امضا شدیم نیز صرفاً سیره های معاصر معصوم، حجت خواهد بود؛ زیرا با حجیت ارتکازها و سیره های معاصر معصوم، حرج ناشی از احتیاط

مرتفع خواهد شد. بنابراین، بیان اول از نظر کبروی صحیح نیست.

بیان دوم: بیان دیگر برای حجیت سیره‌های عقلاییه جدید، تمسک به عموماً نهی از ظلم و اضرار و نفی ضرر است. با توجه به اینکه هزینه‌های دادرسی، به دلیل امتناع از ادای حق توسط محکوم علیه، ظلم و اضرار به محکوم له است، لذا ضامن خواهد بود.

تمسک به این بیان از نظر کبروی متوقف بر این است که موضوع له ظلم را تضييع حق واقعی دانسته اما در مقام تعیین مصادیق، به استناد اطلاق مقامی ادله نهی از ظلم و اضرار، تشخیص عرف را حجت بدانیم. به عبارت دیگر می‌توان چنین گفت که چون شارع به طور کلی از ظلم و اضرار به غیر نهی کرده و همراه با آن تعیین مصداق نکرده است، می‌فهمیم که شارع تعیین مصداق را بر عهده مکلفان گذاشته است.

بنابراین به مقتضای اطلاق مقامی این ادله، می‌توان چنین ادعا کرد که سیره عقلاً به ملاک کشف نوعی یا تسهیل بر مکلفان، به صورت قضیه حقیقیه و قاعده کلی، حجت است، مگر اینکه ردع از آن ثابت شود؛ بنابراین، این بیان از نظر کبروی صحیح است.

اما تمسک به این بیان از جهاتی مورد اشکال است:

اولاً: صحت این بیان از نظر صغروی متوقف بر این است که پرداخت هزینه‌ها توسط محکوم له را مصداق اضرار به او بدانیم. اما به نظر می‌رسد صدق اضرار به لحاظ صرف این گونه هزینه‌ها در جریان دادرسی، مصداق تدارک مال بوده و در واقع شامل تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی خواهد بود^{۲۴} و صدق

۲۴. تبصره ۲ - خسارت ناشی از عدم النفع قابل مطالبه نیست و خسارت تاخیر تادیه در موارد قانونی، قابل مطالبه می‌باشد. البته لازم به توضیح است به اقتضای ظاهر برخی از مواد دیگر آیین دادرسی مدنی، حکم به ضمان خسارات ناشی از عدم النفع نیز شده است که رفع این تناقض خود نیاز به رساله مستقل دارد.

اضرار بر آن چندان روشن نیست و به نوعی عنایت و ادعا احتیاج دارد. ۲۵
 ثانیاً: نمی توان هزینه های دادرسی را به صورت عام و کلی مصداق اضرار دانست. بلکه در برخی از فروض مانند اینکه محکوم له مقهور بوده و برای دفاع از حق خود مجبور به صرف هزینه بوده است و از قضا محکوم علیه نیز عالم به خطا و بی حقی خود نیز بوده است، لزوم هزینه های دادرسی اضرار به محکوم له بوده و بازنده، ضامن خواهد بود. (البته همچنان که گذشت در این فرض، در واقع سبب اقوی از مباشر است و به استناد قاعده تسبیب، به ضمان محکوم علیه حکم داده می شود، لذا نوبت به قاعده اضرار و یا سیره عقلا نخواهد رسید)

اما واضح است که همه مصادیق اقامه دعوا چنین نبوده و چه بسا هر دو طرف با حسن نیت اقامه دعوا کرده و یا حقانیت هر کدام برای خودشان مردد است یا اینکه اساساً محکوم علیه خود را صاحب حق می دانسته است. لذا نمی توان به طور عام مسئله را از قبیل ظلم و اضرار دانست.

ثالثاً: اینکه بخواهیم قاعده اضرار ضمان را ثابت کنیم، محل بحث است و رای مشهور محققان بر این است که نمی توان به استناد این قاعده، ضمان را ثابت کرد. ممکن است اشکال شود که تمسک به ادله نهی از ظلم و اضرار، در واقع تمسک به قاعده اضرار خواهد بود نه تمسک به سیره عقلا؛ در نتیجه مانند هر دلیل دیگر برای شناخت مصادیق موضوع به عرف مراجعه می کنیم. مثلاً اگر در روایتی گفته شود: «الدم نجس»، به مصادیق عرفی «دم» مراجعه می کنیم. در اینجا نیز به مقتضای ادله حرمت ظلم، به مصادیق عرفی ظلم و ضرر مراجعه می کنیم. لذا این بیان، تمسک به سیره نخواهد بود.

۲۵. مانند اینکه گفته شود ملاک اضرار، تلف مال نبوده بلکه مهم این است که از نظر عرف، مالک دچار خسران شده باشد. در این موارد چون محکوم له در جریان اقامه دادرسی مجبور به پرداخت هزینه دادرسی شده لذا عرفاً به او ضرر وارد شده است.

در جواب گفته می‌شود که ما نمی‌خواهیم به اطلاق ادله حرمت ظلم و... تمسک کنیم؛ چرا که اطلاق این ادله شامل ظلم و ضررهای اعتباری نشده و صرفاً شامل ظلم‌های عینی می‌شود. به عبارت دیگر، ما از مقتضای اطلاق لفظی این ادله، می‌فهمیم که ظلم حرام است و برای کشف مصادیق آن به عرف مراجعه می‌کنیم. این در واقع، همان سیره استکشافیه عقلا در کشف مصادیق عرفی موضوع است بر همین اساس برای کشف مصادیق موضوعات ادله، باید به عرف مراجعه شود.

اما مسئله مورد بحث درباره مصادیق عینی ظلم نیست تا برای کشف مصادیق آن به سیره استکشافیه عقلا مراجعه کنیم؛ بلکه بحث درباره مصادیق اعتباری جدید ظلم و اضرار است ولی چون اکثر مصادیق ظلم و ضرر، اعتباری هستند لذا به مقتضای اطلاق مقامی ادله حرمت ظلم، مصادیق عرفی و عقلایی ظلم و ضرر حجت خواهد بود. به عبارت دیگر، اطلاق مقامی ادله حرمت ظلم، دلیل امضای سیره‌های ایجادیه و اعتباریه جدید است.

در مسئله مورد بحث ما نیز اگر سیره بر ضمان بازنده نسبت به هزینه‌های دادرسی باشد، به برکت اطلاق مقامی ادله حرمت ظلم، امضای شارع را احراز خواهیم کرد. بنابراین، رجوع دلیل چهارم غیر از رجوع به اطلاقات حرمت ظلم و اضرار است و در واقع، تمسک به سیره خواهد بود.

بیان سوم: برای تمسک به سیره‌های عقلاییه جدید، گفته می‌شود که هر چند این سیره معاصر شارع نبوده است اما به صورت ارتکاز در زمان شارع وجود داشته است. به عبارت دیگر، جدید بودن این سیره به لحاظ اصل سیره نیست، بلکه به لحاظ مصداق سیره بوده است و اصل سیره بر کبری، معاصر شارع بوده است؛ نظیر حیازت با وسایل جدید که توسعه در مورد این مسئله، از قبیل توسعه در مصداق است نه در اصل سیره. در بحث ما نیز، می‌توان چنین گفت که مسئله ضمان هزینه‌های دادرسی به صورت ارتکازی در زمان معصومان بوده است و در زمان حاضر در مصادیق آن

توسعه داده شده است، نه اینکه توسعه در اصل ارتکاز باشد، از آنجا که از این ارتکاز ردع نشده است، کشف می‌کنیم که امضا شده است. لذا توسعه ارتکازی در زمان حاضر از قبیل توسعه در مصادیق ارتکاز کلی در زمان شارع است. در جواب گفته می‌شود که نوع هزینه‌های زائد بر اصل حق (چه در دعاوی مدنی و چه در دعاوی کیفری) در زمان شارع بوده اما ارتکازی بر ضمان نسبت به آن هزینه‌ها نبوده است لذا می‌فهمیم که این ارتکاز در زمان شارع نبوده، بلکه جدید است. بنابراین هیچ یک از سه بیان، برای اثبات امضای سیره عقلایی جدید، وافی به مقصود نیست.

نتیجه

به نظر ما ماده ۵۱۵ (ق. آ. د. م) هیچ مبنای فقهی نداشته و هر یک از تحلیل‌های ذکر شده از جهت کبروی یا صغروی، قابل مناقشه هستند. البته همچنان که گذشت در برخی از موارد با قبول برخی از توجیهات (مانند اینکه تنها راه استیفای حق منحصر به شکایت باشد) محکوم‌له حق مطالبه حق خود را دارد. البته ممکن است بتوان در برخی از وجوه یاد شده از جهت صغروی اشکال‌های وارده را پاسخ داد. نکته دیگر اینکه بررسی این قاعده بر اساس حکم حکومتی و مصلحت، بحث خاص خودش را داشته و به رساله‌ای مستقل در این زمینه نیاز دارد.

منابع و مأخذ

۱. قرآن.
۲. امام خمینی، سید روح‌الله، استفتاءات، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۲ ه.ق.
۳. احمدی، نعمت، آیین دادرسی مدنی، انتشارات اطلس، چاپ سوم، ۱۳۷۷ ه.ش.

۴. ایروانی، باقر، قواعد الفقہیہ، ج ۱، قم، دار الفقه للطباعة و النشر، ۱۴۲۶ هـ. ق.
۵. بجنوردی، سید حسن، قواعد الفقہیہ، ج ۲، قم، نشر الہادی، ۱۴۱۹.
۶. حاجی آبادی، احمد، جبران خسارت بزه دیدہ، تهران، پژوهشگاہ فرهنگ و اندیشہ اسلامی، ۱۳۸۷ هـ. ش.
۷. حرّ عاملی، محمد بن الحسن، وسائل الشیعہ، ج ۲۷ و ۲۹ و ۲۰، قم، مؤسسہ آل البیت علیہم السلام، ۱۴۰۹ هـ. ق.
۸. حسینی حائری، سید محمد کاظم، فقہ العقود، ج ۱، قم، مجمع اندیشہ اسلامی، ۱۴۲۳ هـ. ق.
۹. حسینی سیستانی، سید علی، قاعدۃ لاضرر و لاضرار، قم، مکتب آیۃ اللہ سیستانی، اول، ۱۴۱۴ هـ. ق.
۱۰. صدر، سید محمد باقر، بحوث فی علم الاصول، ج ۵، قم، نشر مؤسسہ دائرۃ المعارف فقہ اسلامی، ۱۴۰۷ هـ. ق.
۱۱. طوسی، ابو جعفر محمد بن الحسن، تہذیب الاحکام، ج ۹، قم، دارالکتب الإسلامیہ، ۱۴۰۷ هـ. ق.
۱۲. فضلعلی، محمد ہادی، «خسارات دادرسی»، مجلہ قضاوت.
۱۳. متین دفتری، احمد، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، ج ۲، چاپ دوم، ۱۳۴۲ هـ. ش.
۱۴. محقق حلّی، نجم الدین جعفر بن الحسن، شرائع الاسلام، ج ۴، قم، مؤسسہ اسماعیلیان، ۱۴۰۸ هـ. ق.
۱۵. مظاہری، حسین، دروس خارج دیات، بحث تسبیب، (پیادہ شدہ از نوار سخنرانی).
۱۶. ہاشمی شاهرودی، سید محمود، قرائات فقہیہ معاصرہ، ج ۲، قم، مؤسسہ دائرۃ المعارف فقہ اسلامی بر مذهب اہل بیت علیہم السلام، ۱۴۲۳ هـ. ق.