

# ضمان خسارات دادرسی

مرتضی فیاض \*

## چکیده

هر چند قبل از انقلاب مسئله ضمان خسارات ناشی از دادرسی، جزو قوانین آیین دادرسی مدنی (ماده ۷۱۲ ق. آ. د. م.) بوده و در محاکم، متناسب با این ماده، 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 تردید و اشکال فقها قرار گرفت تا اینکه در سال ۱۳۷۹ مجمع تشخیص مصلحت نظام، حکم به ضمان بازنده دعوا نسبت به خسارات دادرسی در کلیه دعاها داد. 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، بر اساس هیچ یک از وجوه ذکر شده، قابل توجیه نیست.

کلیدواژگان: ضمان خسارات دادرسی، لاضرر، سیره عقلا، تسبیب.

\* دانش آموخته مدرسه بقیه الله.



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 حقوقدان ها بوده است: مسئله اول: ضمان جانی نسبت به هزینه هایی است که مجنی علیه برای علاج خود پرداخت می کند؛ 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 خسارت ها و هزینه هایی 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 می باشد. قاعده الزام محکوم علیه به پرداخت هزینه دادرسی، تکلیفی است که از زمان های قدیم معمول بوده و از حقوق روم به قوانین مدنی فرانسه سرایت کرده است. ماده ۱۳ آیین دادرسی حقوقی فرانسه، مصوب سال ۱۹۷۳ مقرر می دارد که هر کس در دعوی محکوم شود باید هزینه دادرسی را بپردازد. البته با توجه به اینکه قضاوت در اسلام از امور واجب است، لذا هزینه ای 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 می داد که خسارت خود را از دادگاه مطالبه کند. ماده ۷۱۲ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ ش در این خصوص مقرر می داشت:

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. (۱)

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) بر می دارد، آیا این مخارج به عهده بدهکار است؟  
ج- این قبیل مخارج بر عهده بدهکار نیست. (۲)

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. (۳)

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.

بررسی و توضیح ماده های قانونی ضمان خسارات دادرسی

۱. آیین دادرسی مدنی

ماده ۵۰۲- هزینه دادرسی عبارتست از:

۱. هزینه برگ هایی که به دادگاه تقدیم می شود؛

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 واريز و وجه به حساب خزانه پرداخت می گردد.

در ماده ۵۱۵ نیز کلیات مسئله ضمان هزینه دادرسی مورد اشاره قرار گرفته است. در این ماده چنین می خوانیم:

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 خوانده نسبت به اداء حق یا امتناع از آن به وی وارد شده یا خواهد شد، همچنین اجرت المثل را به لحاظ عدم تسلیم خواسته یا تأخیر تسلیم آن از باب اتلاف و تسبیب از خوانده مطالبه نماید.

خوانده نیز می تواند 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 دعوی 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 خوانده، 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 خوانده 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 فایده ای ندارد. بر همین اساس قانونگذار جواز مطالبه خواهان را مطلق ذکر کرده است.

اما به نظر می رسد 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 می تواند 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 می شود طبق این توجیه، نیازی به ذکر قید تقصیر نبود و در واقع هر محکوم علیه، مقصر بوده و نهایتاً باید او تمام هزینه های دادرسی را بپردازد. همچنین در بسیاری از موارد اقامه دعوا، محکوم علیه تقصیر نداشته بلکه خود را محق می داند.

## ۲. تعریف و موارد تحت شمول خسارت دادرسی

مراد از خسارت دادرسی، هزینه هایی است که از دعوا تولید شده و محکوم له برای طرح و تعقیب دعوای خود به دولت می پردازد. لذا در دادرسی های مدنی پرداخت هزینه های دادرسی برخلاف سایر هزینه ها مانند حق الوکالت، اجباری است. (۴)

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 بیش 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 خوانده بوده است حکم محکومیت وی نسبت به خواسته خواهان صادر شده باشد. (۵)

#### ۴. مبنای تحمیل خسارت دادرسی بر محکوم علیه

همانطور که در ماده ۵۱۵ ق.آ.د.م، خواندیم، هر یک از خوانده و یا خواهان می توانند ضمن تقدیم دادخواست، خسارات ناشی از دادرسی را از دیگری مطالبه کند. 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 دادرسی را از باب جریمه و یا شرط ضمن عقد توجیه کرده اند که در پایان نیم نگاهی بدان خواهیم داشت.

#### بررسی مبنای 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 خوئی، 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. (۶) 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.



نقد: به نظر می‌رسد که تطبیق این قاعده بر مسئله مورد بحث، از دو جهت اشکال دارد؛ چراکه مفاد این قاعده، ثبوت ضمان در فرضی است که اولاً هزینه دادرسی محکوم له، مصادق تلف مال باشد و ثانیاً تلف، بالمباشره و مستقیم توسط محکوم علیه صورت گرفته باشد و حال آنکه مسئله مورد بحث فاقد هر دو نکته است؛ زیرا اولاً تلف مال در صورتی است که هیچ مابه‌ازایی نداشته باشد، در حالی که طبق فرض، محکوم له در مقابل صرف مال، نفعی (کالا یا خدمت) به دست آورده است، ثانیاً بر فرض که این هزینه‌ها، مصادق تلف باشد، چون با اختیار خود محکوم له بوده و محکوم علیه صرفاً سبب در این تلف بوده است، یقیناً از مصادیق اتلاف 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 رساله‌ای 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 (۷). یکی از معروف‌ترین آنها تعریف محقق حلی در شرایع است: «سبب عبارت از هر چیزی است که اگر نمی‌بود، تلف و ضرر محقق نمی‌شد در حالیکه علت و مباشر تلف، غیر از سبب است» (۸).





به نظر می‌رسد 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 می‌شود 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 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 می‌شود که عرفاً عمل به سبب استناد داده شود.

سوم: می‌توان 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. إِبْرَاهِيمُ بْنُ نَعِيمٍ الْأَزْدِيُّ، قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنْ أَرْبَعَةِ شُهَدَاءِ عَلَى رَجُلٍ بِالزُّنَى، فَلَمَّا قَتَلَ رَجَعَ أَحَدُهُمْ عَنْ شَهَادَتِهِ، قَالَ: فَقَالَ: يَقْتُلُ الرَّابِعَ [الرَّاجِعَ] وَيُؤَدِّي الثَّلَاثَةَ إِلَى أَهْلِهِ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ الدِّيَةِ (۹)؛ از امام صادق (ع) در مورد چهار نفری پرسیدم که شهادت به زنا مردی داده بودند، ولی هنگامی که آن مرد کشته شد، یکی از آنها از شهادت خود برگشت. حضرت فرمودند: فردی که از شهادت خود رجوع کرده است، کشته می شود و سه نفر باقیمانده سه چهارم دیه را به خانواده آن مرد پرداخت می کنند.



۲. ابراهیم بن عبد الحمید عن ابي عبد الله عليه السلام قال: في شاهدین شهدا علی امرأه بأن زوجها طلقها فتزوّجت ثم جاء زوجها فأنکر الطلاق، قال: یضربان الحدّ، و یضمنان الصداق للزوج ثمّ تعتدّ ثمّ ترجع إلی زوجها الأوّل؛ (۱۰)

از امام صادق (ع) در مورد دو شاهدی سؤال کردم که نزد زنی شهادت داده بودند که شوهرش او را طلاق داده است. بنابراین آن زن ازدواج کرده است ولی هنگامی که شوهر آن زن می آید منکر طلاق می شود. حضرت فرمود: آن دو شاهد حد زده می شوند و مهریه زن را نیز برای مرد دوم، ضمانت می کنند سپس زن عده نگه می دارد و به شوهر اولش رجوع می کند.

۳. محمد بن مسلم عن ابي عبد الله عليه السلام في شاهد الزور ما توبته؟ قال: «يؤدّي من المال الذي شهد عليه بقدر ما ذهب من ماله إن كان النصف، أو الثلث إن كان شهد هذا و آخر معه»؛ (۱۱)

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، خواه نصف باشد یا ثلث (اما اگر شهود بیش از دو نفر باشند چیزی بر عهده او نیست زیرا با بازگشت او از شهادت، مدّعا به شهادت دیگران ثابت است).

همچنین روایاتی که پیرامون کسی که چاهی کنده و باعث ضرر به فردی شده (۱۲) 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 (۱۳) روایات به طور گویا روشن می کند که ضمان شاهد زور، تعبدی نبوده، بلکه به دلیل صدق و انتساب تلف به شاهد، حکم به ضمان او داده شده است؛ چراکه 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 می‌کنیم (۱۴).

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 می‌شود مانند حق الزحمه کارشناس، هزینه های دادرسی و قاضی. در مورد فرع اول باید به دو نکته توجه شود: ۱. آیا محکوم علیه، سبب می‌باشد و آیا تلف مال به او مستند است؟ ۲. بر فرض که محکوم علیه سبب 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 می‌رساند. 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 نمی‌توان 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 می‌رسد؛ 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، می‌تواند آن را مطالبه کند اما محکوم علیه نمی‌تواند 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 هزینه ها توسط محکوم 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 مابه ازایی نداشته باشد، حال آنکه در هزینه های دادرسی چنین نیست؛ چرا که در مقابل این هزینه ها منفعت عقلایی به دست آمده است. لذا این نوع هزینه ها 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 عقلا 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 می شود که حتی اگر ملاک تلف را بر اساس نتیجه معنا کنیم باز هم در مسئله ما، صدق تلف مشکل بوده، بلکه صرف مال در هزینه های دادرسی از قبیل استیفا و انتفاع به مال است و الا 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 علیه نسبت به حکومت

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



۱. محکوم 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 کارشناسی و... بر عهده محکوم علیه خواهد بود؛ چراکه 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 (۱۵) 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، مشترک بین محکوم له و محکوم علیه می باشد؛ چراکه 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 (۱۶) (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 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 و 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، هزینه‌ها 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 مثال‌ها و نمونه‌های نقض فراوانی یافت می‌شود 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 می‌توان 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 می‌پزد اما مغازه دار خلف وعده کرده و صاحب مجلس مجبور شود که با همان قیمت سوقیه، از بازار شیرینی بخرد، آیا می‌توان 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<sup>۱</sup> 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 تدارک مال است نه اینکه مصداق تلف باشد. بنابراین، ماده ۵۱۵ آیین دادرسی رانمی توان به این قاعده مستند کرد.

### ۳. ضمان هزینه های دادرسی، جرمیه است

طبق این بیان، ضمان محکوم<sup>۲</sup> علیه، در واقع نوعی مجازات کیفری بوده و بازنده دعوا باید در ازای مقاومت نابه جایی که در ادای حق کرده است جریمه بپردازد. 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؛ چراکه 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<sup>۳</sup> له و علیه محکوم<sup>۴</sup> 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 خوانده 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 درصدد بیان لزوم عقودی است که شرعی بودن آن از قبل محرز است.

#### ۵. تحلیل بر اساس قاعده تفویت

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

در پاسخ از این بیان چنین گفته می شود که همان طور که گذشت اسباب ضمان منحصر



به اتلاف و ید است. علاوه بر این، صرف این هزینه‌ها مصداق تفویت نیست؛ چرا که در مقابل این هزینه‌ها منافع عقلاییه‌ای را تحصیل کرده است.

#### ۶. تحلیل ضمان بر اساس قاعده لاضرر

یکی دیگر از قواعدی که در تحلیل ضمان هزینه‌های دادرسی ذکر شده، قاعده لاضرر است؛ به این بیان که عدم ضمان بازنده نسبت به هزینه‌ها، حکم ضرری نسبت به محکوم<sup>۱</sup> له است و لذا با توجه به این قاعده حکم به ضمان بازنده می‌کنیم. تمسک به قاعده لاضرر در مورد بحث ما از نظر کیروی 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 می‌توان 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 می‌شود که عدم ضمان بازنده، موقف ضرری نسبت به محکوم<sup>۱</sup> له خواهد بود که مطابق با این قاعده نفی شده است.

دوم: مفاد این قاعده، نفی باشد نه نهی و الا در صورتی که مفاد آن نهی 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 نهی خواهد بود، چرا که این گونه ترکیب‌ها، در هر دو معنای نفی و نهی استعمال شده است. به عبارت دیگر، اگر چه جمله «لاضرر» خبریه و دال بر نفی است لیکن چون در مقام انشاء بوده، دلالت بر نهی می‌کند؛ مانند جمله «یعیذ» 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 هزینه های دادرسی مصداق ضرر باشد. اشکالاتی از نظر صغروی بر تطبیق این قاعده بر هزینه های دادرسی وارد شده است:

اول: شمولیت این قاعده نسبت به هزینه دادرسی در فرضی است که حکم ضرری جعل شده باشد و محکوم علیه 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 محکوم علیه باعث متضرر شدن محکوم له 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 هزینه ها بر محکوم علیه نیز ضرری بوده و لذا مسئله، از قبیل تعارض ضررها خواهد بود. البته توجه به این نکته مهم است که اگر محکوم علیه 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 فقه «لاضرار» گفته شود که عدم ضمان محکوم علیه، اضرار به محکوم له خواهد بود لذا با توجه به فقه 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 (۱۷) که این حدیث بر نهی 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 نهی بوده، لذا بیش از نهی 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.

#### ۷. تحلیل ضمان بر اساس قاعده اضرار

ممکن است در تحلیل این ماده به قاعده اضرار تمسک شود، به این معنا که لزوم پرداخت هزینه ها توسط محکوم له 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 کبروی قاعده اضرار دلالت بر ضمان می کند؛ 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 می کند. همچنین روایاتی که مفاد آنها ضمان کسی است که به طریق مسلمین ضرر وارد می کند (۱۸).



مفاد این روایت، یا ضمان نسبت به خود طریق است که در این صورت گفته می شود: طریق خصوصیت نداشته و به عنوان مثال ذکر شده است. لذا مطابق این روایت، ضررهایی که به غیر طریق وارد می شود نیز مورد ضمان خواهد بود. همچنین می توان گفت که اساساً این گونه تعبیر در روایات، لسان کنایه ای بوده و مراد از آن ضرر به خود مسلمین می باشد (من یمر بالطریق)، خصوصاً با توجه به اینکه در برخی از روایات وارده در این موضوع سؤال و جواب هایی شده که قرینه بر این نکته است؛ مانند روایت:

مَحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ، عَنْ حَمَّادٍ، عَنِ الْحَلْبِيِّ، عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع)، قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ الشَّيْءِ يُوَضَّعُ عَلَى الطَّرِيقِ فَتَمَرُّ الدَّابَّةُ فَتَنْفِرُ بِصَاحِبِهَا فَتَعْرِهُ فَقَالَ: كُلُّ شَيْءٍ يُضِرُّ بِطَّرِيقِ الْمُسْلِمِينَ فَصَاحِبُهُ ضَامِنٌ لِمَا يُصِيبُهُ. (۱۹)

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

همچنین برخی از آیات مانند (والوالدات یرضعن اولادهن... لا تضار والده بولدها و لا مولود له بولده..) (۲۰) و یا آیه (و لا تضاروهن لتضيقوا عليهن..) (۲۱) 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 تضار والده) و (و لا تضاروهن) تعلیل حکم است، لذا مفاد این آیه لزوم حق شیردهی و انفاق به والد و مطلقه 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 مطلقه 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 صحیحہ حلبی از امام صادق (ع):

الحبلی المطلقه ینفق علیها حتی تضع حملها و هی أحقّ بولدها ان ترضعه بما تقبله امراه  
اخری ان الله عزّ وجلّ یقول (لا تضارّ والده بولدها و...) (۲۲)

امام صادق (ع) فرمود نفقه زن باردار از مطلقه تا هنگام وضع حمل پرداخت می شود و او به شیر دادن فرزندش سزاواتر است به آنچه زن دیگر برای شیر دادن درخواست کند خداوند می فرماید: نباید مادری به سبب فرزندش آسیب ببیند...»

مطابق با این روایت حق انفاق بر حبلی از قاعده (لا تضارّ والده 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<sup>۸</sup> له مجبور به پرداخت هزینه هایی برای حق الزحمه کارشناس و وکیل و ... شده است. در چنین مواردی واضح است که عدم ضمان محکوم<sup>۸</sup> علیه، اضرار به محکوم<sup>۸</sup> له خواهد بود هر چند که مشمول قاعده اتلاف و یا تسبیب و یا تفویض 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 پیچیدگی 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 الجمله 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 و جوب 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، و خوب 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 سیره های عقلاییه جدید، تمسک به عموماً نهی از ظلم و اضرار و نفی ضرر است. با توجه به اینکه هزینه های 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 می توان چنین گفت که چون شارع به طور کلی از ظلم و اضرار به غیر نهی کرده و همراه با آن تعیین مصداق نکرده است، می فهمیم که شارع تعیین مصداق را بر عهده مکلفان گذاشته است.

بنابراین به مقتضای اطلاق مقامی این ادله، می توان چنین ادعا کرد که سیره عقلا 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 هزینه ها توسط محکوم له را مصداق اضرار به او بدانیم. اما به نظر می رسد صدق اضرار به لحاظ صرف این گونه هزینه ها در جریان دادرسی، مصداق تدارک مال بوده و در واقع شامل تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی خواهد بود (۲۳) و صدق اضرار بر آن چندان روشن نیست و به نوعی عنایت و ادعا احتیاج دارد. (۲۴)

ثانیاً: نمی توان هزینه های دادرسی را به صورت عام و کلی مصداق اضرار دانست. بلکه در



برخی از فروض مانند اینکه محکوم<sup>۱</sup> له مقهور بوده و برای دفاع از حق خود مجبور به صرف هزینه بوده است و از قضا محکوم<sup>۲</sup> علیه نیز عالم به خطا و بی حقی خود نیز بوده است، لزوم هزینه های دادرسی اضرار به محکوم<sup>۳</sup> 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<sup>۴</sup> 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<sup>۵</sup> 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 رأی 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.

در جواب گفته می شود که ما نمی خواهیم به اطلاق ادله حرمت ظلم و .. تمسک کنیم؛ چرا که اطلاق این ادله شامل ظلم و ضررهای اعتباری نشده و صرفاً شامل ظلم های عینی می شود. به عبارت دیگر، ما از مقتضای اطلاق لفظی این ادله، می فهمیم که ظلم حرام است و برای کشف مصادیق آن به عرف مراجعه می کنیم. 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 سیره های ایجادیه و اعتباریه جدید است. در مسئله مورد بحث ما نیز اگر سیره بر ضمان بازنده نسبت به هزینه های 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 سیره های عقلاییه جدید، گفته می شود 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، می توان چنین گفت که مسئله ضمان هزینه های 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 می کنیم که امضا شده است. لذا توسعه ارتکازی در زمان حاضر از قبیل توسعه در مصادیق ارتکاز کلی در زمان شارع است.

در جواب گفته می شود که نوع هزینه های زائد بر اصل حق (چه در دعای مدنی و چه در دعای کیفری) در زمان شارع بوده اما ارتکازی بر ضمان نسبت به آن هزینه ها نبوده است لذا می فهمیم 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 تحلیل های ذکر شده از جهت کبروی یا صغروی، قابل مناقشه هستند. البته همچنان که گذشت در برخی از موارد با قبول برخی از توجیها (مانند اینکه تنها راه استیفای حق منحصر به شکایت باشد) محکومٌ له حق مطالبه حق خود را دارد. البته ممکن است بتوان در برخی از وجوه یاد شده از جهت صغروی اشکال های وارده را پاسخ داد. نکته دیگر اینکه بررسی این قاعده بر اساس حکم حکومتی و مصلحت، بحث خاص خودش را داشته و به رساله ای مستقل در این زمینه نیاز دارد.

## منابع و مأخذ:

۱. قرآن.

۲. امام خمینی، سید روح الله، استفتاءات، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۲ هـ. ق.

۳. احمدی، نعمت، آیین دادرسی مدنی، انتشارات اطلس، چاپ سوم، ۱۳۷۷ هـ. ش.

۴. ایروانی، باقر، قواعد الفقهیه، ج ۱، قم، دار الفقه للطباعه و النشر، ۱۴۲۶ هـ. ق.

۵. بجنوردی، سید حسن، قواعد الفقهیه، ج ۲، قم، نشر الهادی، ۱۴۱۹.

۶. حاجی آبادی، احمد، جبران خسارت بزه دیده، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۷ هـ. ش.

۷. حرّ عاملی، محمد بن الحسن، وسائل الشیعه، ج ۲۷ و ۲۹ و ۲۰، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۰۹ هـ. ق.

۸. حسینی حائری، سید محمد کاظم، فقه العقود، ج ۱، قم، مجمع اندیشه اسلامی، ۱۴۲۳ هـ. ق.

۹. حسینی سیستانی، سید علی، قاعده لاضرر و لاضرار، قم، مکتب آیه الله سیستانی، اول، ۱۴۱۴ هـ. ق.

۱۰. صدر، سید محمد باقر، بحوث فی علم الاصول، ج ۵، قم، نشر مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی، ۱۴۰۷ هـ. ق.



۱۱. طوسی، ابو جعفر محمد بن الحسن، تهذیب الاحکام، ج ۹، قم، دارالکتب الإسلامیه، ۱۴۰۷ هـ.ق.
۱۲. فضلعلی، محمد هادی، «خسارات دادرسی»، مجله 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، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ هـ.ق.
۱۵. مظاهری، حسین، دروس خارج دیات، بحث تسبیب، (پیاده شده از نوار سخنرانی).
۱۶. هاشمی شاهرودی، سید محمود، قرائات فقهیه معاصره، ج ۲، قم، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۱۴۲۳ هـ.ق.

۱. متین دفتری، مجموعه رویه قضایی (قسمت حقوقی) از سال ۱۳۱۱ تا ۱۳۳۰.
  ۲. امام خمینی، استفتائات قضایی، ج ۲، ص ۲۸۶.
  ۳. نوبخت، اندیشه های قضایی، ص ۳۳ و ۸۳.
  ۴. احمدی، آیین دادرسی مدنی، ص ۴۳۳؛ فضلعلی، خسارت دادرسی، ص ۲.
  ۵. متین دفتری، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، ج ۲، ص ۳۹۸.
  ۶. خویی، مصباح الفقاهه، ج ۳، ص ۱۳۱.
  ۷. برخی از تعاریف سبب چنین است:
۱. إِنَّ التَّسْبِيبَ هُوَ كُلُّ فِعْلٍ يَحْصُلُ التَّلَفُ بِسَبَبِهِ كَحْفَرِ الْبَيْتِ فِي غَيْرِ الْمَلِكِ ... محقق حلّی، شرایع الاسلام، ج ۳، ص ۲۳۷.
  ۲. إِنَّ التَّسْبِيبَ هُوَ مَا لَوْلَاهُ لَمَا حَصَلَ التَّلَفُ، لَكِنْ عَلَّه التَّلَفُ غَيْرَهُ كَحْفَرِ الْبَيْتِ وَ نَصَبِ السَّكِينِ وَ إِقَاءِ الْحَجَرِ، بِجَنُورِدِي، قَوَاعِدِ الْفَقْهِيَّةِ، ج ۲، ص ۲۲۱.
  ۳. إِنَّ التَّسْبِيبَ هُوَ إِيجَادُ مَا يَحْصُلُ التَّلَفُ عِنْدَهُ لَكِنْ بَعْلَهُ أُخْرَى إِذَا كَانَ مِمَّا يَقْصَدُ لِتَوَقُّعِ تَلَكِ الْعَلَّةِ، كَالْحَافِرِ لِلْبَيْتِ وَ فَاتِحِ رَأْسِ الظَّرْفِ وَ الْمَكْرَهُ عَلَى الْإِتْلَافِ، هَمَان، ج ۳، ص ۶۵۱.
  ۴. إِنَّ التَّسْبِيبَ هُوَ مَا لَا يَلْزَمُ مِنْ وَجُودِهِ الْوُجُودُ ... وَ يَلْزَمُ مِنْ عَدَمِهِ الْعَدَمُ، هَمَان، ج ۲، ص ۳۱.
  ۸. محقق حلّی، شرائع الاسلام، ج ۴، ص ۲۵۴.
  ۹. حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۷، ص ۳۲۹.



۱۰. همان، ج ۲۰، ص ۴۴۸.
۱۱. همان، ج ۲۷، ص ۳۲۷.
۱۲. شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، ج ۱۰، ص ۲۲۹ - ۲۳۰.
۱۳. حرّ عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۷، ص ۳۲۷.
۱۴. با توجه به ادامه توضیحات، مشخص خواهد شد که چرا این بخش در دو فرع بررسی شده است.
۱۵. هاشمی شاهرودی، فراءات فقهیه معاصره، ج ۲، ص ۳۷۲.
۱۶. 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.
۱۷. سیستانی، لاضرر، ص ۱۳۶ - ۱۳۴.
۱۸. طوسی، تهذیب الاحکام، ج ۱۰، ص ۲۲۶ و ۲۳۰.
۱۹. حرّ عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۹، ص ۲۴۳.
۲۰. بقره، آیه ۲۳۳.
۲۱. طلاق، آیه ۶.
۲۲. کلینی، الفروع من الکافی، ج ۶، ص ۱۰۳، ح ۳.
۲۳. تبصره ۲ - خسارت ناشی از عدم النفع قابل مطالبه نیست و خسارت تأخیر تأدیه در موارد قانونی، قابل مطالبه می باشد. 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.
۲۴. 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 محکومٌ له در جریان اقامه دادرسی مجبور به پرداخت هزینه دادرسی شده لذا عرفاً به او ضرر وارد شده است.

