

قاعدهٔ وجوب دفع ضرر محتمل و کاربرد آن در قانون آئین دادرسی مدنی

اسدالله لطفی¹

(تاریخ دریافت: 1391/06/15 - تاریخ تصویب: 1391/08/29)

چکیده

قاعده وجوب دفع ضرر محتمل یکی از قواعد عقلی است که به موجب آن هرگاه انسان، احتمال ضرر در چیزی بدهد و یا عملی را موجب ضرر بداند به حکم عقل باید از آن اجتناب نماید تا از وقوع در ضرر و زیان محتمل، ایمن گردد، بر همین اساس چنانچه شخص به این احتمال اعتنا نکند و بر عمل مزبور اقدام نماید و نهایتاً دچار ضرر گردد، مورد مذمت عقلا واقع می شود لذا گفته می شود دفع ضرر محتمل واجب است، تبیین و تشریح قاعدهٔ فوق، مستلزم بحث از جهات زیر است: معنا و مفهوم ضرر، مراد از ضرر در اصطلاح، منظور از وجوب در قاعده، مستند قاعده، موارد تطبیق و مصادیق قاعده، تعارض قاعده دفع ضرر محتمل با قاعده قبح عقاب بلا بیان.

واژگان کلیدی: ضرر، احتمال، وجوب، دفع، تعارض، عقاب.

مقدمه

قاعده دفع ضرر محتمل، از قواعد عقلی است که مضمون آن حکم عقل به دفع ضرر محتمل و یا مظنون است؛ بنابراین اگر انسان درباره چیزی احتمال ضرر بدهد، از نظر عقل، دفع آن ضرر محتمل واجب است. این قاعده در مباحث مختلف اصولی، همچون بحث حجیت مطلق ظن کاربرد دارد. در بحث حجیت مطلق ظن استدلال می شود: ظن به حکم شرعی، با ظن به ضرر ملازم است و دفع ضرر مظنون از نظر عقل واجب است، در نتیجه عمل به ظن واجب است. در بحث احتیاط نیز یکی از ادله عقلی که برای وجوب احتیاط به آن استناد می شود، همین قاعده است؛ به این بیان که مبنای اصل احتیاط، حکم عقل به دفع ضرر محتمل است؛ یعنی عقل به لزوم دفع ضرر محتمل حکم می کند، و هرگاه در مورد ترک یا انجام کاری، احتمال ضرر باشد، عقل به احتیاط حکم می کند یعنی در جایی که احتمال ضرر وجود دارد عقل، دفع آن ضرر را واجب می داند، یا اینکه می گوید اگر در یک موردی احتمال ضرر وجود دارد اقدام بر آن قبیح است (خویی، 1417 ه.ق، ج 2/215؛ شیخ انصاری، 1419 ه.ق، ج 2/179؛ نائینی، 1365، ج 3/215؛ آخوند خراسانی، 1412 ه.ق، ص 309؛ حسینی روحانی، 1416 ه.ق، ج 4/322؛ نراقی، 1417 ه.ق، ص 414).

موضوع قاعده «وجوب دفع ضرر محتمل» جایی است که احتمال ضرر باشد، یعنی جایی که به لحاظ دنیوی احتمال ضرر و خطر و یا به لحاظ اخروی احتمال کیفر و عقاب باشد، عقل حکم به دفع این احتمال داده و الزام بر فعلی که در آن احتمال ضرر دنیوی و یا احتمال عقاب اخروی هست عقل قبیح می داند، و دفع آن ضرر محتمل را واجب می داند.

با توجه به اینکه وجوب دفع ضرر محتمل یک حکم عقلی است لذا تخصیص بردار نیست و ویژگی احکام عقلی را دارد که غیر قابل تخصیص است، کاربرد قاعده وجوب دفع ضرر محتمل هم صرفاً محدود به پاره ای امور شرعی نیست بلکه در همه جوانب

زندگی و علوم مختلف از جمله مسائل حقوقی به ویژه آیین دادرسی کاربرد فراوان دارد در این مقاله ضمن تبیین مفاد و مستندات قاعده و مصادیق آن در مسائل فقهی و اصولی مواردی از کاربرد آن در قانون آیین دادرسی مدنی نیز مورد بررسی قرار گرفته است.

مفهوم لغوی و اصطلاحی ضرر

دانشمندان علم لغت برای ضرر معانی متعددی ذکر کرده اند در یک معنی، ضرر را برخلاف نفع دانسته اند (جوهری، 1413 ه.ق، ج 2/719؛ ابن منظور، 1405 ه.ق، ج 4/484) صاحب قاموس، ضرر را ضد نفع معنی کرده و به معنای سوء حال هم بیان نموده است (فیروز آبادی، 1289م، ج 77/2) صاحب مصباح المنیر، ضرر را به معنای عمل مکروه نسبت به یک شخص یا نقص در اعیان گرفته و ضرر به ضمه را به سوء حال و فقر و سختی معنا کرده است (فیومی، 1414 ه.ق، ج 360/2) ابن اثیر، ضرر را نقص در حق دانسته است (ابن اثیر، 1411 ه.ق، ج 81/3) راغب اصفهانی هم ضرر را به سوء حال تفسیر نموده است اعم از سوء حال نفس به سبب قلت علم و فضل، یا سوء حال بدن به سبب فقدان عضوی از اعضاء یا به سبب قلت مال و آبرو (ماده ضرر) در مجموع از کلمه ضرر بیشتر در مورد نفس و مال استفاده می شود، کاربرد آن در خصوص فقدان شخصیت و آبرو کمتر است، در کتب فقهی هم فقهاء برای ضرر همان معانی لغوی را که دانشمندان علم لغت بیان داشته اند کافی دانسته و اصطلاح خاصی را عنوان نکرده اند، برخی از فقیهان با توجه به معنای ضرر، بیان داشته اند: در ضرر قصد انسان نفع رساندن به خودش است که باعث ضرر به دیگری می گردد (ابن رجب، 1414 ه.ق، ص 288؛ طرابلسی حنفی، 1974م، ص 212) جمعی از فقیهان شیعه، ضرر را به نقص در جان، آبرو و مواردی شبیه آنها، تفسیر کرده اند (موسوی بجنوردی، 1413 ه.ق، ج 1/178؛ صدر، 1412 ه.ق، ج 45/2؛ امام خمینی، 1385 ه.ش، ص 29 و 30) در قرآن کریم هم هر جا کلمه ضرر استعمال شده به معنی ضرر مالی و جانی است مانند آیه شریفه: انهم لن یضرّوا الله شیئاً

(آل عمران، 176) که ضرر مالی منظور است، در مجموع با ملاحظه معانی لغوی و توضیحات فقها باید گفت: مقصود از ضرر، زیان و خسارتی است که شخص در جسم، یا مال و موقعیت کسی که شرعاً و قانوناً شئون او محترم باشد وارد سازد، از مجموع معانی ذکر شده برای ضرر نکته دیگری که قابل ملاحظه است، رابطه منطقی منفعت و ضرر است اگر ضرر را صرفاً به عدم منفعت معنا کنیم، رابطه ضرر و منفعت، عدم و ملکه خواهد بود اما چنانچه ضرر را یک مفهوم مستقل بدانیم و آن را ضدّ منفعت معنا کنیم در این صورت رابطه منفعت و ضرر، تضاد خواهد بود و ضرر هم امر وجودی به حساب خواهد آمد (حکیم، 1372 ه.ق، ج 2/376) برخی از فقهاء منفعت و ضرر را به شکل عدم و ملکه تفسیر کرده و اظهار داشته اند: ضرر یک مفهوم عدمی است و ماهیتی جز عدم منفعت ندارد، لذا تقابل این دو به شکل عدم و ملکه است نه تضاد و تخالف (حائری، 1934م، صص 3 و 4) ولیکن به نظرمی رسد ضرر هم یک مفهوم وجودی باشد که در نقطه مقابل منفعت قرار دارد و تقابله با منفعت تقابل تضاد است، نه عدم و ملکه، چه اینکه در بعضی موارد، عملی انجام می شود بدون اینکه منفعت و ضرری حاصل شده باشد مثلاً اگر شخصی مالی را خرید و فروش نماید و سود و زیانی عایدش نگردد نمی گویند، ضرر کرده است (حکیم، 1936 م، ص 19؛ موسوی بجنوردی، 1413 ه.ق، ج 278/1).

مراد از وجوب در قاعده

در قاعده دفع ضرر متحمل که گفته می شود دفع ضرر محتمل واجب است، نظر به اینکه قاعده مزبور، یک قاعده عقلی است و این عقل است که حکم به دفع ضرر احتمالی می کند منظور از وجوب، وجوب عقلی است نه شرعی، یعنی واجبی نیست که شارع مقدس و خداوند متعال به آن امر فرموده باشد همچون وجوب نماز و روزه، بلکه عقل انسان به طور مستقل و بدون استمداد از شرع به دفع ضرر محتمل حکم می کند همچون

وجوب تبعیت جاهل از عالم، لذا بسیاری از فقهاء و دانشمندان از این قاعده، تعبیر به یک قاعده عقلی کرده اند (نائینی، 1365، ج 214/3، خویی، 1417 ه.ق، ج 2/186، سبحانی، 1419 ه.ق، ج 3/392).

مراد از دفع

مراد از دفع در قاعده مزبور، جلوگیری کردن از ایجاد ضرر محتمل می باشد در توضیح بیشتر می گوئیم: دفع ضرر با رفع ضرر تفاوت دارد، رفع عرفاً برداشتن و ازاله شیء موجود را گویند که مقتضی بقاء آن نیز موجود می باشد مثل آیه شریفه: «الله الذی رفع السموات بغير عمد ترونها» (رعد/2) و نیز رفع به چیزی تعلق می گیرد که وجود پیدا کرده است مثل آیه شریفه که می فرماید: «یرفع الله الذین آمنوا منکم والذین اوتوا العلم درجات» (مجادله/12) اما دفع عرفاً مانع شدن از ایجاد چیزی است که مقتضی برای ایجادش موجود است مثل آیه شریفه که می فرماید: «إِنَّ الله یدافع عن الذین آمنوا...» (حج/38) «إِنَّ عَذَابَکَ لَوَاقِعٌ مَّالَهُ مِنْ دَافِعٍ» (طور/7 و 8) رفع وارد نمی شود جز در مواردی که مقتضی اثرش را بخشیده و مقتضی (به فتح ضاد) موجود شده باشد اما دفع، بعد از وجود مقتضی می آید که هنوز اثرش را نبخشیده و مقتضی (به فتح ضاد) موجود نشده باشد به عبارتی، دفع پیشگیری است و رفع درمان، در اصطلاح گفته می شود: الرفع مانع عن تأثیر المقتضی بقاء و الدفع مانع عن تأثیر المقتضی حدوثاً، لذا در قاعده وجوب دفع ضرر محتمل، عقل، حکم به وجوب جلوگیری از ضرری می کند که هنوز به وجود نیامده ولی احتمال به وجود آمدنش وجود دارد (سبحانی، 1419 ه.ق، ج 3/349).

مراد از احتمال در قاعده

احتمالی که در قاعده دفع ضرر محتمل وجود دارد، به معنای ظنّ است که گرایش ذهن انسان به طرف راجح را گویند که در مقابل آن طرف مرجوح وجود دارد که احتمال

ضعیف است، البته چنانچه در موضوعی، ذهن انسان به طور مساوی بین دو طرف قرار بگیرد و تردید داشته باشد از این حالت تعبیر به شک می شود، قطعاً شک نمی تواند مورد نظر در قاعده مزبور باشد زیرا شک به هیچ وجه نظر به واقع نداشته و هیچ گونه کاشفیتی از واقع ندارد، و مورد توجه عقلاء قرار نمی گیرد، در خصوص ظن، که احتمال قوی تر از شک می باشد هر چند اصل، عدم حجیت می باشد و گفته می شود: ظن ذاتاً حجت و معتبر نیست ولی قابلیت آن را دارد که حجت شناخته شود، چون فرض این است که ظن، تاب و توان آن را ندارد که دقیقاً و به طور کامل واقع را نشان دهد ولی از آنجا که ناظر به واقع است و احتمالی راجح و قوی می باشد قابلیت آن را دارد که شارع احتمال خلاف آن را نادیده بگیرد و آن را بجای قطع و یقین فرض کرده و معتبر بداند البته این مسأله ای است که باید اثبات گردد و به طور قطع و یقین معلوم شود که شرع در موردی، ظن را حجت شناخته است، در غیر این صورت، اصل، عدم حجیت آن است (مظفر، 1403ه.ق، ج 24/2 و 25). در برخی از کتب اصولی نیز از قاعده دفع ضرر محتمل، به قاعده دفع ضرر مظنون یاد شده که این نکته بیانگر این است که منظور از کلمه محتمل در قاعده، ظن می باشد یعنی در جایی که گفته می شود دفع ضرر محتمل واجب است منظور این است که جلوگیری کردن از ضرری لازم و واجب است که احتمال قوی بدهیم که اگر پیشگیری نشود واقع خواهد شد (عراقی، 1405ه.ق، ج 3/143؛ خوئی، 1417ه.ق، ج 2/215؛ نائینی، 1365، ج 1/175؛ آخوند خراسانی، 1412ه.ق، ص 353).

مفاد قاعده

مراد از ضرر در قاعده، اعم از ضرر دنیوی و ضرر اخروی است. بنابراین، اگر انسان درباره چیزی احتمال ضرر بدهد، از نظر عقل، دفع آن ضرر محتمل واجب است چه اینکه آن ضرر، ضرر دنیوی باشد و یا ضرر اخروی که منظور عقاب و کیفر الهی است، اگر مراد

از ضرر، ضرر واقعی دنیوی باشد عقل حکم به دفع ضرر محتمل داده و می گوید بخاطر مفسده ایی که در این فعل وجود دارد ترک آن عمل واجب است؛ همچنین باید گفت: محل جریان قاعده از نظر فقهی شبهات حکمیه قبل از فحص است لذا برمکلف واجب است که تحقیق و تفحص نماید که آیا محتمل التحريم واقعاً حرام است یا خیر؟ و یا محتمل الوجوب واقعاً واجب است یا خیر؟ و نهایتاً بعد از فحص از نظر عملی، قضیه منجر به جریان اصول عملیه می شود، به تعبیر دیگر و به حسب واقع، قاعده وجوب دفع ضرر محتمل به وجوب فحص از حکم محتمل التحريم و محتمل الوجوب بر می گردد، زیرا در جایی که تکلیف و حکم واقعی مجهول باشد و مکلف فحص نموده و از یافتن تکلیف مأیوس گشته باشد، در اینجا به حکم قاعده قبح عقاب بلا بیان، عقل حکم به قبیح بودن عقاب کرده و در نتیجه حکم به براءت از تکلیف صادر می کند، زیرا عقوبت و مؤاخذة بر تکلیف مجهول بدون دلیل معتبر، از قبیل عقاب بدون بیان و مؤاخذة بلابرهان محسوب می شود که هر دو به شهادت وجدان قبیح می باشد (آخوند خراسانی، 1412 ه.ق، ص 399؛ مصطفوی، 1412 ه.ق، ص 315).

مستندات قاعده

مهم ترین مستند قاعده دفع ضرر محتمل، حکم عقل است، زیرا عقل بین ضرر معلوم و ضرر مظنون در دفع کردن، فرقی نمی گذارد و اگر کسی بدون دلیل از دفع ضرر خودداری کند مورد مذمت عقلاً واقع می شود از طرفی اگر دفع ضرر محتمل عقلاً واجب نباشد ترک آن جایز می شود که در این صورت ترجیح بلا مرجح حاصل می شود که این هم عقلاً قبیح است (طباطبائی مجاهد، 1415 ه.ق، ص 487) همچنین مطابق اظهارات برخی از مفسرین، آیه شریفه «قُلْ أَرَأَيْتُمْ إِنْ كَانَ مِنَ عِنْدِ اللَّهِ ثُمَّ كَفَرْتُمْ بِهِ مَنْ أَضَلَّ مِمَّنْ هُوَ فِي شِقَاقٍ بَعِيدٍ» (فصلت 52) اصل عقلی دفع ضرر محتمل را با بیانی روشن برای کافران لجوج تشریح

می کند، آیه کریمه خطاب به پیامبر اکرم (ص) کرده می فرماید: «به آنها بگو به من خبر دهید اگر این قرآن از سوی خداوند یکتا باشد (و حساب و پاداش و بهشت و جهنمی در کار باشد) و شما به آن کافر شوید چه کسی گمراه تر خواهد بود از آنکس که در مخالفت و گمراهی شدید قرار دارد» در حقیقت این کلام خدا آخرین سخنی است که به اشخاص کافر مغرور و متعصب گفته می شود که: اگر شما حقانیت قرآن، توحید و عالم پس از مرگ را قبول ندارید، مسلماً دلیل بر نفی آن نیز ندارید، بنابراین، این احتمال باقی است که دعوت قرآن و موضوع معاد و قیامت واقعیت داشته باشد، آنگاه در این صورت چه سرنوشت تاریک و خطرناکی خواهید داشت (موسوی، 1367، ج 17/403؛ فخر رازی، 1415 ه. ق، ج 114/27؛ رازی، 1366، ج 90/17).

کاربرد قاعده دفع ضرر محتمل

در موارد بسیاری از موضوعات و مباحث کلامی، اصولی و فقهی به قاعده وجوب دفع ضرر محتمل استناد می گردد که به عنوان نمونه چند مورد ذکر می شود:

1- اعتقاد به توحید، معاد و انجام واجبات و ترک محرمات دینی: در روایتی از امام رضا(ع) وارد شده که جماعتی در خدمت امام رضا (ع) بودند، کافری وارد شد، حضرت به او فرمود: اگر سخن شما درست باشد (که نیست) در این صورت آیا ما و شما مساوی نیستیم و نماز و روزه و زکات و ایمان ما زیانی به ما نمی رساند؟ آن زندیق ساکت شد در این حال امام رضا(ع) فرمودند: اما اگر سخن ما درست و حق باشد (که هست) آیا شما به هلاکت گرفتار نمی شوید؟ و ما نجات پیدا نمی کنیم؟ (علامه مجلسی، 1403 ه. ق، ج 36/3). همچنین روایتی به همین مضمون از امام صادق(ع) نقل گردیده است (مجلسی، 1403 ه. ق، ج 36/3؛ شیخ طوسی، 1404 ه. ق، ج 6/298). در تفسیر آیه شریفه که می فرماید: «فَمَنْ كَانَ يَرْجُو لِقَاءَ رَبِّهِ فَلْيَعْمَلْ عَمَلًا صَالِحًا وَلَا يُشْرِكْ بِعِبَادَةِ رَبِّهِ احْدًا» (کهف/110) علامه طباطبائی آورده

است: اگر خداوند متعال، أخذ معارف دینی و عمل صالح را متفرع بر رجاء معاد کرد نه بر قطع و یقین به معاد، بدین جهت بود که تنها احتمال بودن معاد برای تحقق عمل صالح کافی است چراکه دفع ضرر محتمل واجب است (موسوی، 1367، ج 682/13). و نیز در تفسیر آیه شریفه: «قُلْ أَيْ شَيْءٍ أَكْبَرُ شَهَادَةً قُلْ اللَّهُ شَهِيدٌ بَيْنِي وَ بَيْنَكُمْ وَ أَوْحَىٰ إِلَيَّ هَذَا الْقُرْآنُ لِأُنذِرَكُمْ بِهِ وَمَنْ بَلَغَ...» (انعام/19). علامه طباطبائی بیان داشته اند: در این آیه، مسأله انذار و هشدار، غایت و نتیجه نزول قرآن کریم قرار گرفته و دعوت نبوت از طریق تخویف و انذار آغاز گشته و این خود در فهم ذهن عموم مردم مؤثرتر از تطمیع است زیرا گرچه تطمیع و امیدوار ساختن مردم نیز راهی است برای دعوت انبیاء و قرآن کریم هم تا حدودی این طریقه را پیش گرفته است، ولیکن اصولاً امیدواری، آدمی را به طور الزام وادار به طلب نمی کند و بیش از ایجاد شوق و رغبت در آدمی، اثر دیگری ندارد بر خلاف تخویف و تهدید که به حکم عقلی وجوب دفع ضرر احتمالی، احتراز از آنچه تهدید به آن شده، واجب و آدمی به دفع آن ملزم می شود (موسوی، 1367، ج 57/7).

2- وجوب توبه: در برخی از کتب اخلاقی و فقهی، برای وجوب توبه به قاعده وجوب دفع ضرر محتمل استناد گردیده است، بدین ترتیب که وجوب توبه هم مانند وجوب اطاعت از خداوند متعال می باشد که مبتنی بر عقل و فطرت آدمی است و دلیل فطری در این خصوص همان شهادت وجدان بر وجوب دفع ضرر محتمل می باشد و به علاوه اینکه در ترک توبه، احتمال ضرر عظیم وجود دارد، لذا توبه واجب است (طباطبائی حکیم، 1404، ج 4/4؛ علامه حلی، 1410، ه. ق، ص 566؛ طباطبائی حکیم، 1415، ه. ق، ص 320؛ موسوی بجنوردی، 1413، ه. ق، ج 7/323).

3- وجوب فحص در شبهات حکمیه و موضوعیه: هرگاه در خصوص تکلیف واقعی از حیث حرمت یا وجوب، شک داشته باشیم اعم از اینکه این شک در شبهات حکمیه باشد یا در شبهات موضوعیه و ادله اجتهادی کتاب و سنت و اجماع و عقل را بررسی نمائیم و دلیل

یا اماره معتبر بر وجود تکلیف واقعی الزامی بدست نیاوریم، در اینجا در مقام عمل و به جهت خروج از حالت شک و تردید و از باب حکم ظاهری می گوئیم: اصل بر براءت از تکلیف است، اجرای اصل براءت در شبهات بدویه منوط به فحص و جستجو از دلیل برای اثبات تکلیف و مایوس شدن از دسترسی به دلیل است زیرا موضوع براءت عقلی عدم البیان است و تحقیق این امر به فحص و بررسی همه جانبه نیازمند است به دلیل وجوب دفع ضرر محتمل، در غیر این صورت نمی توان به اجرای اصل براءت مبادرت ورزید چراکه در آن صورت اگر با مخالفت واقع مواجه شود، عقل مؤاخذه او را قبیح نمی داند، زیرا حکم عقل به قبح مؤاخذه موقوف بر احراز موضوع عدم البیان است که این امر بدون فحص محقق نمی گردد. همانطور که در مطالب قبلی هم اشاره گردید در بخش احکام فقهی، به حسب واقع قاعده وجوب دفع ضرر محتمل به وجوب فحص از حکم محتمل التحريم و محتمل الوجوب بر می گردد زیرا در جایی که تکلیف و حکم واقعی مجهول است و مکلف فحص نموده و از یافتن تکلیف واقعی مایوس گشته است، عقل حکم به قبح بودن عقاب و در نتیجه، حکم به براءت از تکلیف صادر می کند، زیرا عقوبت و مؤاخذه بر تکلیف مجهول، بدون دلیل معتبر، مصداق عقاب بلایان و مؤاخذه بلابرهان است که مطابق قاعده قبح عقاب بلایان محکوم می باشد، به تعبیر دیگر می توان گفت در شبهات مربوط به احکام فقهی، قبل از فحص قاعده دفع ضرر محتمل جاری است و بعد از فحص و مایوس شدن از دلیل، قاعده قبح عقاب بلایان (آخوند خراسانی، 1412 ه. ق، ص 390).

4- وجوب احتیاط در شبهات مقرون به علم اجمالی: چنانچه شک و تردید، در خصوص حکم یا موضوعی همراه با یک علم اجمالی باشد یعنی به وجود تکلیفی (حرمت یا وجوب) علم داشته باشیم ولیکن در متعلق تکلیف شک داشته باشیم و یا اینکه به اصل تکلیف الزامی علم داشته ولی در نوع تکلیف (وجوب یا حرمت) شک و تردید داشته باشیم در اینجا شبهه را شبهه مقرون به علم اجمالی می گویند. مثلاً می دانیم یکی از دو ظرف

مايع در مقابل ما خمر است ولی نمی دانیم کدامیک خمر و کدامیک آب است؟ یا می دانیم در روز جمعه، نمازی بر ما واجب است ولی ندانیم نماز جمعه است یا نماز ظهر؟ در شبهات مقرون به علم اجمالی، موضوع موافقت و مخالفت قطعی و موافقت احتمالی مطرح است زیرا اگر شخص، هر دو طرف ظرف مشکوک به شراب بودن را ترک کند موافقت قطعی شارع را تحصیل کرده است و اگر هر دو را مرتکب شود، مرتکب مخالفت قطعی شارع و قانون گذار شده است و اگر در مثال نماز، یکی از دو نماز را به جای آورد، موافقت احتمالی شارع را به دست آورده است. مجرای غالبی اصل احتیاط، شبهات مقرون به علم اجمالی است و مجرای اقلی آن، شبهات بدوی است و آن هنگامی است که تکلیف مشکوک مهم و غیر قابل مسامحه باشد مثلاً کسی قصد شکار حیوانی را دارد که از دور معلوم نیست حیوان است یا انسان در اینجا مطابق قول مشهور در اصول فقه و به حکم عقل رعایت احتیاط واجب است. مبنای احتیاط عقلی، قاعده دفع ضرر محتمل می باشد. در این خصوص قاعده دفع ضرر محتمل، به شکل موضوع و محمول بیان می شود بدین ترتیب که: موضوع آن چیزی است که احتمال ضرر در آن وجود دارد اعم از اینکه انجام فعل باشد یا ترک فعل، و محمول آن، لزوم اجتناب از آن است. مثلاً در مثال نماز، عقل حکم می کند که باید هر دو نماز را از باب احتیاط بخوانیم زیرا در ترک هر یک از دو طرف شبهه، احتمال ضرر وجود دارد (آخوند خراسانی، 1412 ه.ق، ج 2/189؛ نائینی، 1365، ج 3/366؛ عراقی، 1405 ه.ق، ج 3/247؛ خویی، 1417 ه.ق، ج 2/216).

5- اثبات حجیت مطلق ظن: از دلایلی که برای اثبات حجیت مطلق ظن آورده می شود قاعده دفع ضرر محتمل است. این دلیل مترتب بر صغری و کبری است. به عنوان صغرای دلیل گفته می شود: ظن به وجوب یا حرمت یک شیء ملازم است با ظن به عقوبت در صورت مخالفت. به تعبیر دیگر، ظن به وجوب، ظن به استحقاق عقاب بر ترک، و ظن به حرمت، ظن به استحقاق عقاب بر فعل است. البته در صورتی که ضرر را به معنای

عقوبت و کیفر تفسیر کنیم آنگاه به عنوان کبرای دلیل گفته می شود: دفع ضرر محتمل و مظنون عقلاً لازم است، هرچند به حسن و قبح عقلی هم اعتقاد نباشد. زیرا ملاک حکم عقل به دفع ضرر مظنون یا محتمل، منحصر به قاعده حسن و قبح عقلی نیست، استناد به قاعده دفع ضرر محتمل در اثبات حجیت مطلق ظن، غیر از مقدمات دلیل انسداد می باشد زیرا دلیل انسداد تنها صورت منسد بودن باب علم و علمی را در بر می گیرد ولی دلیل دفع ضرر محتمل در فرض افتتاح باب علم و علمی هم صادق و کارساز است. زیرا در هر صورت از ضرر محتمل و مظنون بایستی پرهیز نمود. البته استدلال به قاعده دفع ضرر محتمل در اثبات حجیت مطلق ظن، تا حدودی قابل مناقشه است که در کتب اصولی بیان گردیده است (خویی، 1417 ه. ق، ج 2/215؛ شیخ انصاری، 1419 ه. ق، ج 2/179؛ نائینی، 1365 ه. ق، ج 3/215؛ آخوند خراسانی، 1412 ه. ق، ص 309؛ حسینی روحانی، 1416 ه. ق، ج 4/322؛ نراقی، 1417 ه. ق، ص 414).

همچنین در اثبات مسائلی از قبیل: تحریم اضرار به نفس (انصاری، 1414 ه. ق، ص 116)، لزوم تقلید یا احتیاط درجایی که انسان مجتهد نباشد (خویی، 1417 ه. ق، ص 76، 12 و 411)، تقلید از مجتهد اعلم (خویی، همان، ص 135)، وجوب تعلم مسائل مبتلا به (خویی، همان، صص 293 و 300)، وجوب تیمم بدل از غسل و وضو، وجوب امر به معروف و نهی از منکر (حسینی روحانی، 1416 ه. ق، ج 25/14) و بسیاری از احکام فقهی دیگر (نراقی، 1418 ه. ق، ج 3/376؛ شهید ثانی، 1403 ه. ق، ج 7/328؛ نجفی، 1404 ه. ق، ج 5/110؛ انصاری، 1414 ه. ق، ص 116) به قاعده دفع ضرر محتمل، استناد شده است که به دلیل پرهیز از اطاله کلام از توضیح آن ها خودداری می شود.

کاربرد قاعده وجوب دفع ضرر محتمل در حقوق موضوعه

همچنان که در مباحث قبلی ذکر شد وجوب دفع ضرر محتمل یک قاعده عقلی است لذا از ویژگی و آثار احکام عقلی نیز بر خوردار می باشد. مثلاً یکی از ویژگی های احکام

عقلی این است که عقل، تعمیم دهنده احکام و قوانین شرعی و حقوقی است. در پرتو حکم عقل، قانون شرع از موارد جزئی و منصوص به موارد دیگری تعمیم داده می شود مثلاً مطابق ادله شرعیه قلمرو «قاعده لاضرر» ضرر مادی است که عقل می تواند با سرایت ملاک قطعی در قضیه عدم ضرر، ضرر معنوی را هم داخل بداند و قلمرو قاعده لاضرر را به موارد ضرر معنوی هم تعمیم دهد. یا اینکه، احکام عقلی غیرقابل تخصیص است، از این رو هر حکم شرعی که به ملاک عقل ثابت شده باشد، قابل تخصیص نیست. همچنین عقل، مخصص و محدودکننده قوانین شرعی است. یعنی اگر عموم و شمول قانون شرعی با حکم قطعی عقلی سازگار نباشد، عقل به عنوان مخصص لُبی، آن قانون را محدود می کند لذا همیشه به مخصص لفظی از سوی شارع نیاز نیست. کاربرد قاعده وجوب دفع ضرر محتمل هم صرفاً محدود به پاره ای امور شرعی نیست بلکه در همه جوانب زندگی و علوم مختلف از جمله مسائل حقوقی به ویژه آئین دادرسی کاربرد فراوان دارد که در این قسمت به عنوان نمونه مواردی از کاربرد این قاعده را در قانون آئین دادرسی مدنی بررسی می نمایم:

تأمین خسارت احتمالی در آئین دادرسی مدنی

رسیدگی به یک دعوی، مدت زمانی طول می کشد که در خلال آن ممکن است حق خواهان تضییع شود بنابراین قانون گذار تدابیر احتیاطی مانند تأمین خواسته و دستور موقت پیش بینی کرده است، از آنجا که اعمال این اقدامات احتیاطی، ممکن است موجب ورود ضرر گردد قانون گذار تأمین خسارت احتمالی از خواهان را به منظور تضمین جبران این ضرر مقرر کرده است. به علاوه اینکه: اقامه دعوی واهی یا دعوای تبعه خارجی علیه شخص ایرانی، ممکن است ضرر و خساراتی به خواننده وارد نماید که بعد از ختم رسیدگی و ردّ دعوای مذکور جبران آن ممکن نباشد، از این رو، خواننده می تواند برای جبران ضرر

ناشی از اقامه دعوا و جلوگیری از سوء استفاده خواهان از طریق دادگاه از او تأمین مطالبه نماید. اجرای حکمی که غیابی صادر شده یا مورد شکایت فوق العاده واقع گردیده مانند اعاده دادرسی، فرجام خواهی یا اعتراض شخص ثالث و نیز صدور دستور موقت، اجرای این احکام نیز ممکن است موجب ورود ضرر و خساراتی شود، بنابراین قانون گذار در این موارد و نیز در اعتراض به رأی داور، أخذ تأمین برای اجرای حکم یا توقف اجرای آن مقرر نموده است در تمام این موارد نه گانه مبنای أخذ تأمین، جلوگیری از ورود ضرر و خسارات محتمل می باشد که قانون گذار در راستای توجه به حقوق انسانها و جلوگیری از ضرر محتمل این پیش بینی را لازم دانسته و ضوابط و قوانینی مقرر نموده است. که مهمترین این موارد به اختصار توضیح داده می شود.

1- أخذ تأمین در تأمین خواسته

زمانی که فی الواقع یا برحسب ادعا، حقی ضایع و یا مورد انکار قرار می گیرد، مدعی برای الزام خواننده به بازگرداندن حق و یا قبول آن، متوسل به طرح دعوی می گردد. نظر به اینکه از زمان طرح دعوی و انجام رسیدگی و صدور حکم و اجرای آن مدت زمان زیادی سپری می گردد و ازدیاد روز افزون پرونده ها و طولانی شدن جریان دادرسی، رسیدن محکوم له را به محکوم به با تعذر جدی مواجه می نماید و در این فرصت خواننده تلاش می کند تا اموال خود را انتقال و یا به هر طریقی مخفی نموده و اجرای حکم را با مشکل مواجه نماید و محکوم له در زمان اجرای حکم با خواننده بدون مال مواجه می گردد، لذا قانونگذار به منظور حفظ حقوق مدعی و جلوگیری از این امر تأسیسی را در قانون آئین دادرسی مدنی پیش بینی نموده است تا خواهان قبل از صدور حکم، به منظور اینکه زمینه اجرای حکم قطعی به جهت عدم شناسایی مال از محکوم علیه متعذر نگردد، بتواند مال معین مورد طلب و یا معادل آن را از اموال خواننده توقیف نماید، تا در صورتی که حکم

دادگاه به نفع وی صادر گردد اجرای حکم با مشکل نداشتن مال از سوی خواننده، مواجه نگردد.

البته در مواردی که احتمال ورود ضرر غیر قانونی به طرف مقابل منتفی است یا احتمال آن خیلی کم است قرار تأمین خواسته بدون گرفتن خسارت احتمالی صادر می گردد. مطابق ماده 108 قانون آیین دادرسی در امور مدنی این موارد عبارتند از:

- 1- دعوا مستند به سند رسمی باشد.
- 2- خواسته در معرض تضییع و تفریط باشد.
- 3- در مواردی از قبیل اوراق تجاری و اخواست شده که به موجب قانون دادگاه مکلف به قبول درخواست تأمین می باشد.

در این موارد چون احتمال صدور رأی به نفع خواهان زیاده بوده و به نوعی مبین حق می باشند بدون گرفتن خسارت احتمالی دادگاه مکلف به صدور قرار تأمین می باشد. در غیر این موارد، صدور قرار تأمین خواسته منوط به پرداخت خسارت احتمالی می باشد که بایستی حسب نظر دادگاه در صندوق دادگستری پرداخت گردد. بدین صورت که پس از درخواست صدور تأمین خواسته و نداشتن شرایط سه گانه صدر الذکر، دادگاه به مدعی ابلاغ می نماید که صدور قرار تأمین خواسته منوط به سپردن مبلغ معینی به عنوان خسارت احتمالی می باشد که پس از پرداخت آن از سوی خواهان دادگاه مبادرت به صدور قرار تأمین خواسته می نماید.

تأمین خواسته در دین مؤجل

در صورتی که موعد طلب یا مال معین هنوز فرا نرسیده باشد و این احتمال وجود داشته باشد که خواننده مبادرت به تضییع حقوق مدعی نماید، به نحوی که پس از رسیدن موعد پرداخت، خواهان نتواند به حق خود دست یابد، خواهان می تواند تقاضای تأمین خواسته

نماید اما برای صدور قرار تأمین خواسته دو شرط لازم است: اول اینکه حق مستند به سند رسمی باشد در ثانی حق مورد نظر در معرض تضییع و تفریط باشد و اثبات این موارد برعهده درخواست کننده تأمین می باشد (ماده 114 قانون آیین دادرسی مدنی).

خسارت احتمالی در تأمین خواسته در دعاوی مطالبه وجه چک

در برخی موارد سپردن خسارت احتمالی جهت صدور قرار تأمین خواسته الزامی می باشد (ر.ک به: ماده 108 قانون آیین دادرسی مدنی). ولی در پاره ای موارد مانند ماده 292 قانون تجارت چنین الزامی مقرر نشده است. در ماده اخیر به اسناد تجاری اشاره شده که طبیعتاً شامل چک نیز می گردد. در مورد سفته و برات رویه غالب محاکم این است که چنانچه مهلت های اعتراض عدم تأدیه یا اقامه دعوی رعایت نگردد سند مزیت تجاری خود را از دست داده و بنابراین صدور سند تجاری موکول به ایداع خسارت احتمالی خواهد بود. ماده 292 قانون تجارت مقرر می دارد: «پس از اقامه دعوی محکمه مکلف است به مجرد تقاضای دارنده براتی که به علت عدم تأدیه اعتراض شده است معادل وجه برات را از اموال مدعی علیه به عنوان تأمین توقیف نماید». ماده 108 نیز به شرح ذیل است: «خواهان می تواند قبل از تقدیم دادخواست یا ضمن دادخواست راجع به اصل دعوا یا در جریان دادرسی تا وقتی که حکم قطعی صادر نشده است در موارد زیر از دادگاه درخواست تأمین نماید و دادگاه مکلف به قبول آن است:ج- در مواردی از قبیل اوراق تجاری و اخو است شده که به موجب قانون، دادگاه مکلف به قبول درخواست تأمین باشد. د- خواهان، خساراتی را که ممکن است به طرف مقابل وارد آید نقداً به صندوق دادگستری بپردازد. تبصره - تعیین میزان خسارت احتمالی، با در نظر گرفتن میزان خواسته به نظر دادگاهی است که درخواست تأمین را می پذیرد. صدور قرار تأمین موکول به ایداع خسارت خواهد بود».

2- اخذ تأمین در دستور موقت یا دادرسی فوری

دادرسی فوری که از آن به دستور موقت نیز تعبیر شده است نوعی از رسیدگی است که سرعت و عدم ورود در ماهیت دعوا و حذف تشریفات در آن اصل است و نتیجه آن در واقع نوعی اقدام احتیاطی برای حفظ حقوق است (بهرامی، 1385، ج 2/29). دادرسی فوری یک دادرسی استثنائی است که در موارد خاص انجام می گیرد در این گونه از موارد اگر دادگاه بخواهد از راه دادرسی اختصاری متداول در دادگاه عمل کند نه تنها به نتیجه مطلوبی نمی رسد بلکه ممکن است خسارت جبران ناپذیری نیز متوجه خواهان شود از این رو خواهان در این گون موارد درخواست خود را از راه دادرسی فوری تعقیب می کند تا بدون تشریفات دادرسی به درخواست ایشان رسیدگی شده تا تصمیمی عاجلی اتخاذ گردد (صدرزاده افشار، 1373، ج 2، ص 229). دادرسی فوری ممکن است دایر به توقیف مال باشد؛ مثلاً در مواردی که به حقوق حاصله از ثبت، علامت تجاری یا حق اختراع، دعوا اقامه شود، خواهان در ضمن دعوا، صدور دستور موقت مبنی بر توقیف محصولات تقلبی یا تقلیدی و عدم ساخت یا فروش را درخواست می کند. دستور موقت ممکن است دایر به انجام عملی باشد؛ مثلاً در اختلاف ساکنین مشاعی یا مجاور، یکی از آنان صدور دستور موقت را برای تعمیر کاری در ملک درخواست کند. و یا ممکن است دستور موقت دایر به جلوگیری از انجام امری باشد؛ مانند درخواست صدور حکم استیفای دین از اموال انتقال گیرنده در مورد فرار از تأدیه دین که خواهان در ضمن آن از دادگاه بخواهد برای منع از هر گونه نقل و انتقال مورد معامله تا ختم دادرسی و صدور حکم دستور موقت صادر کند (صدرزاده افشار، پیشین، ص 235). از آنجا که دستور موقت نهایتاً متضمن مکلف کردن شخص به انجام امری و یا خودداری از انجام آن و یا توقیف مالی است همان گونه که به منظور حفظ حقوق مدعی اخذ تصمیم در مورد آن با تعجیل و فوریت ملازمه دارد، وقتی به دلایل و جهاتی، موجبات صدور دستور موقت زائل شده باشد نیز باید به فوریت از آن رفع اثر شود

در صورتی که درخواست کننده دستور موقت قبل از اقامه دعوی اصلی تقاضای صدور دستور موقت کرده و دادگاه ضمن دادرسی فوری درخواست او را اجابت و به صدور دستور موقت مبادرت ورزیده باشد در این صورت وی مکلف است که دادخواست خود را ظرف ده روز با رعایت مدت مسافت از تاریخ صدور دستور موقت به دادگاه صالح برای اثبات ادعای خود تسلیم کند و گواهی آن دادگاه را مبنی بر تقدیم به موقع دادخواست به دادگاهی که دستور موقت صادر کرده است ارائه دهد. در صورتی که در ظرف سه روز از تاریخ تقدیم دادخواست، گواهی مذکور را به دادگاه صادرکننده دستور موقت ندهد به درخواست طرفی که دستور موقت به زیان او صادر شده است، از دستور موقت رفع اثر خواهد شد. همچنین در صورتی که طرف تأمینی بدهد که متناسب با موضوع دستور موقت باشد دادرس از دستور موقت رفع اثر می‌کند. و نیز هرگاه جهتی که موجب دستور موقت شده است مرتفع شود دادرس دادگاه که دستور موقت داده است دستور را الغا می‌کند. و اگر اصل دعوا در دادگاه مطرح باشد همان دادگاه دستور را الغا می‌کند. همچنین در صورتی که مدعی دستور موقت به موجب حکم قطعی دادگاه محکوم به بی‌حقی شود (واحدی، 1378، ج 2/141).

مطابق ماده 319 قانون آئین دادرسی در امور مدنی دادگاه مکلف است برای جبران خسارت احتمالی که از دستور موقت حاصل می‌شود از خواهان تأمین مناسبی بگیرد. به موجب ماده 324 و 325 قانون آ.د.م. دستور موقت با صدور رأی نخستین حتی اگر علیه خواهان باشد منتفی نمی‌شود بلکه تا صدور رأی نهایی علی‌القاعده پابرجا می‌ماند. مگر این که در دادگاه تجدید نظر با اعتراض طرف مقابل فسخ شود. برای مثال دستوری که دادگاه در دعوی تصرف بر جلوگیری از ایجاد آثار تصرف و یا... صادر می‌نماید با صدور رأی به رد دعوا مرتفع می‌شود مگر این که مرجع تجدید نظر دستور مجددی در این خصوص صادر نماید. مبانی و اهداف صدور دستور موقت عبارتند از:

- 1- جلوگیری از خسارت و ضرر جبران ناپذیر و یا خساراتی که جبران آن متعسر است و در صورت صادر نشدن دستور موقت این خسارات به احتمال زیاد عرفی، به خواهان وارد خواهد شد، مانند دستور موقت جلوگیری از حفر چاه یا قنات در نزدیکی چاه خواهان که موجب خشک شدن چاه او و وارد آمدن ضرر جبران ناپذیر می شود.
- 2- ممانعت از تلف شدن و از بین رفتن اصل حق مورد ادعا، مثلاً دستور موقت جلوگیری از صدور یک کالای معین از گمرک که در صورت خروج از کشور دسترسی به آن امکان پذیر نخواهد بود یا دستور موقت منع ازدواج زوجه مطلقه به در خواست زوجی که ادعای رجوع یا بطلان طلاق واقع شده را دارد.
- 3- حفظ حقوق مدعی و وضعیت موجود از خطرهای مختلف یا وصول موقتی به حق و جلوگیری از عسر و حرج خواهان، مانند دستور موقت ملاقات زوجه ای که جدا از همسرش زندگی می کند با فرزندش (جعفری لنگرودی، 1372، ج 3/ 478) یا دستور موقت جلوگیری از ساخت بنایی که در صورت ساخت آن، خواهان در گیر اقامه دعوی قلع بنا می شود که هم برای او هزینه دارد و هم برای دستگاه قضایی زحمت ایجاد می گردد (بازگیر، 1379، ص 37).
- 4- امکان پذیر ساختن اجرای حکم بعد از صدور آن، مثلاً دستور جلوگیری از نقل و انتقال رسمی ملک یا اتومبیل، هدف از دادرسی نه تنها صدور حکم، بلکه احقاق حق، اجرای حکم و نهایتاً رسیدن محکوم له به محکوم به است (مدنی، 1358، ج 2 قدیم/ 41) در صورت صادر نشدن دستور موقت، اجرای حکم در آینده غیر ممکن می شود (خالقیان، 1385، صص 177 و 178).

مبانی و اهداف تأمین از خواهان در دستور موقت

در صورت فوریت امر مورد ادعا خواهان حق دارد تقاضای دادرسی فوری نماید و دادگاه نیز باید دستور اقدام احتیاطی لازم را صادر نماید امام ممکن است با اجرای دستور

موقت ضرر و خساراتی به خواننده وارد شود. اگر خواهان دستور موقت محق شناخته شود مسئول جبران خسارت نیست، ولی اگر دعوای او ردّ شود و خواننده بخواهد خسارت خود را مطالبه نماید ممکن است با اعسار خواهان مواجه شود و خسارت وارده بدون جبران باقی بماند و وضعیت معکوس شود. اگر در مورد هر امر فوری، دادگاه دستور موقت صادر نماید ممکن است افراد، از این قانون سوء استفاده نمایند، به همین دلیل قانونگذار در ماده 319 قانون آئین دادرسی مدنی مقرر داشته است: «دادگاه مکلف است برای جبران خسارت احتمالی که از دستور موقت حاصل می شود از خواهان تأمین مناسبی اخذ نماید». در این صورت صدور دستور موقت منوط به سپردن تأمین است در نتیجه باید گفت: مبنای اخذ تأمین از خواهان در دستور موقت، تضمین یا دریافت وثیقه برای جبران خسارات احتمالی ناشی از اجرای قرار دستور موقت، جلوگیری از تقاضای دستور موقت بی مورد و سوء استفاده از این قانون و رعایت حقوق خواهان و خوانده است (متین دفتری، 1358، ش 189).

مبنای اخذ تأمین از خواننده

ماده 321 قانون آئین دادرسی مدنی مقرر می دارد: «در صورتی که طرف دعوا تأمینی بدهد که متناسب با موضوع دستور موقت باشد دادگاه در صورت مصلحت از دستور موقت رفع اثر خواهد نمود». مطابق این ماده، خواننده نیز مجاز است با سپردن تأمین بابت جبران خسارتی که خواهان مدعی است در صورت عدم صدور دستور موقت وارد می شود، از اجرای دستور موقت جلوگیری کند، زیرا هدف از صدور دستور موقت جلوگیری از ورود ضرر است که با سپردن تأمین از سوی خواننده تحقق می یابد بنابراین اخذ تأمین از خواننده، تضمین جبران خسارت احتمالی مورد ادعای خواهان و جلوگیری از سوء استفاده در خواست کننده از دستور موقت می باشد.

3- اخذ تأمین از خواهان در دعوای واهی

تأمین دعوای واهی و بی اساس تأمینی است که خواهان به دادگاه می سپارد تا در صورتی که واهی و بی اساس بودن دعوا پس از دادرسی مشخص شود، خواننده متضرر نشود. به موجب ماده 109 قانون آیین دادرسی مدنی در کلیه دعوای مدنی خوانده می تواند برای تأدیه خسارت ناشی از هزینه دادرسی و حق الوکاله که در نتیجه دعوای خواهان به او تحمیل خواهد شد از دادگاه تقاضای تأمین نماید (شمس، 1385، ج 30/3). این درخواست خوانده در کلیه دعوای مدنی اعم از اصلی یا طاری، و درخواست های مربوط به امور حسبی قابل طرح است، مگر آن قسمت از امور حسبی که قانون به ذینفع اجازه داده است برای رسیدن به حق خود به دادگاه مراجعه نماید. مثلاً درخواست تقسیم ترکه بین وراثت درخواستی است که ناشی از حق قانونی وراثت برای رسیدن به سهم خود از ما ترک است و در قانون امور حسبی صریحاً این اجازه به هر یک از ورثه داده شده است که برای تقسیم ترکه به دادگاه صالح مراجعه نمایند (مهاجری، 1379، ج 216/1). دادگاه در صورتی که تقاضای مزبور را با توجه به نوع و وضع دعوا و سایر جهات، موجه بداند قرار تأمین صادر می نماید و تا زمانی که خواهان تأمین ندهد دادرسی متوقف خواهد ماند و در صورت عدم تودیع تأمین، قرار رد دادخواست صادر می شود. بنابراین تدبیر احتیاطی اخذ تأمین از خواهان، مانعی برای اقامه دعوای واهی است به علاوه اگر خواهان تأمین بدهد و واهی بودن دعوای ایشان مسلم گردد، تأمین مذکور تضمینی برای جبران آسان ضرر و خسارت وارده خواهد بود پس، مبنای اخذ تأمین در دعوای واهی جلوگیری از اقامه دعوای بی اساس و نیز تضمین جبران خسارات ناشی از آنها است.

4- اخذ تأمین از اتباع خارجی

اخذ تأمین از اتباع بیگانه در واقع نوعی ایراد از سوی خواننده دعوی محسوب می شود. که مطابق ماده 144 قانون آیین دادرسی مدنی، قانونگذار ما برای حمایت از حقوق اتباع ایرانی به آنها اجازه داده است که رسیدگی به دعوای بیگانگان، علیه خود را موکول به

سپردن خسارت احتمالی ناشی از این دعوی نمایند. در این صورت دادگاه از مدعی بیگانه می‌خواهد که بابت خسارت ناشی از هزینه دادرسی و حق الوکاله وکیل، که ممکن است به خوانده ایرانی دعوی تحمیل شود، تأمین بسپارد. در صورت محکوم شدن او به علت واهی بودن دعوی، خسارات تحمیل شده به خوانده ایرانی، از تأمین پرداخت می‌شود.

5- اخذ تأمین در اجرای حکم غیابی

در دعاوی حقوقی عدم حضور خوانده مانع رسیدگی، صدور حکم و اجرای آن نمی‌شود؛ پس از صدور حکم به ضرر خوانده غایب، به درخواست محکوم له، دادگاه باید حکم صادره را مطابق تشریفات و قواعد مقرر اجرا کند، اما پس از اجرای حکم، محکوم علیه غایب می‌تواند در اجرای ماده 305 قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی واخواهی نماید. در فرض نقض دادنامه غیابی پیرو واخواهی، وضعیت اجرای دادنامه باید به حالت سابق اعاده شود. چنانچه محکوم علیه غایب متحمل خساراتی شده باشد، باید تأمین یا تضمینی جهت جبران این خسارات وجود داشته باشد؛ در این راستا قانونگذار در تبصره دو ماده 306 قانون مزبور، اجرای حکم غیابی را منوط به سپردن تأمین مناسب یا معرفی ضامن معتبر از سوی محکوم له نموده است. هدف از اخذ تأمین، جبران خسارت ناشی از اجرای حکم غیابی و امکان اعاده وضعیت عملیات اجرایی است تا غایب بعد از نقض حکم با خواهان معسر مواجه نشود. اگر بعد از واخواهی، حکم غیابی ابرام گردد خواهان دعوای غیابی مسئول جبران خسارت نخواهد بود اما اگر با ارائه مدارک و دلایل موجه از طرف خواهان، حکم غیابی نقض و قطعی شود، طبق قاعده لاضرر و ماده یک قانون مسئولیت مدنی خواهان ملزم به جبران خسارت ناشی از اجرای حکم اولی و انجام عملیات اجرایی به واخواه خواهد بود (ماده 307 قانون آیین دادرسی مدنی). ممکن است مدعی علی رغم اطلاع از اقامتگاه خوانده با عدم اعلام آن، دعوایی را مطرح کرده، حکم

غیابی اخذ و آن را اجرا نماید و موجب وارد شدن خسارت به خوانده غایب گردد لذا به دلیل وجوب دفع ضرر محتمل و جلوگیری از سوء استفاده افراد از قاعده امکان اجرای حکم غیابی، تأمین اخذ می گردد و تا محکوم له تأمین مناسب ندهد حکم قابل اجرا نخواهد بود (نظریه شماره 4139 / 7 - 79/ 9/ 22 اداره حقوقی قوه قضائیه، مجموعه آیین دادرسی مدنی، ریاست جمهوری، ج 1/ 150).

6 - اخذ تأمین در اعاده دادرسی

در اصطلاح به بررسی ماهوی یک دعوای قضاوت شده توسط دادگاه صادر کننده حکم، اعاده دادرسی گفته می شود (شمس، 1385، ج 2/ 345). در صورتی که در نتیجه دادرسی حکمی صادر شود که با خطا همراه باشد تردیدی نیست که باید مجدداً مورد رسیدگی قضایی قرار گیرد (مهاجری، 1387، ج 4/ 79). بنابراین برای این که رأی دادگاهها مصون از خطا باشد؛ اعاده دادرسی پیش‌بینی شده است (حیاتی، 1387، ص 17). پس از ارائه درخواست اعاده دادرسی و صدور قرار قبولی آن، چنانچه محکوم به غیرمالی باشد اجرای حکم متوقف می گردد (بند الف ماده 437 ق.آ.د.م) اما در صورتی که محکوم به مالی باشد و امکان گرفتن تأمین و جبران خسارت احتمالی یعنی خسارتی که از ادامه عملیات اجرایی حکم مورد درخواست اعاده دادرسی به محکوم علیه وارد می شود، وجود داشته باشد، به تشخیص دادگاه از محکوم له تأمین مناسبی گرفته می شود و اجرای حکم ادامه می یابد (بند ب ماده 437 ق.آ.د.م).

همچنین درخصوص فرجام خواهی از آراء دادگاهها، اعتراض به رأی داور و اعتراض شخص ثالث بابت دفع ضرر محتمل أخذ تأمین وجود دارد که به دلیل پرهیز از اطاله کلام توصیح داده نمی شود.

نتیجه گیری

از مطالب ذکر شده موارد زیر به طور خلاصه نتیجه گیری می شود:

- 1- قاعده دفع ضرر محتمل، از قواعد عقلی است که مضمون آن حکم عقل به دفع ضرر محتمل و یا مظنون است؛ بنابراین اگر انسان درباره چیزی احتمال ضرر بدهد، از نظر عقل، دفع آن ضرر محتمل واجب است.
- 2- موضوع قاعده‌ی «وجوب دفع ضرر محتمل» جایی است که احتمال ضرر باشد، یعنی جایی که به لحاظ دنیوی احتمال ضرر و خطر و یا به لحاظ اخروی احتمال کیفر و عقاب باشد، عقل دفع آن ضرر محتمل را واجب می داند.
- 3- منظور از وجوب، وجوب عقلی است نه شرعی، یعنی واجبی نیست که خداوند متعال به آن امر فرموده باشد همچون وجوب نماز و روزه، بلکه عقل انسان به دفع ضرر محتمل حکم می کند همچون وجوب تبعیت جاهل از عالم، لذا بسیاری از فقها و دانشمندان از این قاعده، تعبیر به یک قاعده عقلی کرده اند.
- 4- مراد از دفع در قاعده مزبور، جلوگیری کردن از ایجاد ضرر محتمل می باشد و احتمالی که در قاعده دفع ضرر محتمل وجود دارد، به معنای ظن است که گرایش ذهن انسان به طرف راجح را گویند که در مقابل آن طرف مرجوح وجود دارد که احتمال ضعیف است.
- 5- مراد از ضرر در قاعده، اعم از ضرر دنیوی و ضرر اخروی است بنابراین، اگر انسان درباره چیزی احتمال ضرر بدهد، از نظر عقل، دفع آن ضرر محتمل واجب است چه اینکه آن ضرر، ضرر دنیوی باشد و یا ضرر اخروی که منظور عقاب و کیفر الهی است.

6- مهم ترین مستند قاعده دفع ضرر محتمل، حکم عقل است، زیرا عقل بین ضرر معلوم و ضرر مظنون در دفع کردن، فرقی نمی گذارد و اگر کسی بدون دلیل از دفع ضرر خودداری کند مورد مذمت عقلاء واقع می شود از طرفی اگر دفع ضرر محتمل عقلاً واجب نباشد ترک آن جایز می شود که در این صورت ترجیح بلا مرجح حاصل می شود که این هم عقلاً قبیح است.

7- با توجه به اینکه قاعده وجوب دفع ضرر محتمل یک حکم عقلی است لذا ویژگی احکام عقلی را دارد که غیرقابل تخصیص است و صرفاً محدود به پاره ای امور شرعی نیست بلکه در همه جوانب زندگی و علوم مختلف از جمله مسائل حقوقی به ویژه آئین دادرسی کاربرد فراوان دارد که مواردی از قانون آیین دادرسی نیز مورد بررسی قرار گرفته است.

فهرست منابع

- 1- آخوند خراسانی، مولی محمد کاظم، (1414 ه.ق)، **کفایه الأصول**، چاپ دوم، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- 2- ابن اثیر، مجد الدین، **النهایه فی غریب الحدیث**، مصر، مطبعه العثمانیه 1311 ه.ق و 1411 ه.ق دار الفکر.
- 3- ابن رجب، زین الدین حسنعلی ابوالفرج، (1411 ه.ق)، **جامع العلوم و الحكم**، لبنان، دارالعلوم الحدیث.
- 4- ابن منظور جمال الدین محمد، (1405 ه.ق)، **لسان العرب**، قم، نشر ادب الحوزه.
- 5- ابوالفتوح رازی، حسین بن علی، (1366)، **روض الجنان وروح الجنان فی تفسیر القرآن**، مشهد، بنیاد پژوهش های اسلامی.

- 6- انصاری، شیخ مرتضی بن محمد، (1419ه.ق)، **فرائد الأصول**، چاپ اول، قم، انتشارات باقری.
- 7- انصاری، شیخ مرتضی بن محمد، (1414ه.ق)، **رسائل فقهیه**، چاپ اول، قم، انتشارات باقری.
- 8- بازگیر، یدالله، (1379)، **تشریفات دادرسی مدنی در آیینہ آراء دیوان عالی کشور**، تهران، انتشارات فردوسی.
- 9- بهرامی، بهرام، (1385)، **آئین دادرسی مدنی علمی و کاربردی**، جلد دوم، چاپ نهم، تهران، انتشارات نگاه بینه.
- 10- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (1372)، **دانشنامه حقوقی**، جلد سوم، تهران، انتشارات امیر کبیر.
- 11- جوهری، اسماعیل بن حماد، (1413ه.ق)، **صاحح اللغة**، تحقیق: احمد عبدالغفور عطار، مطابع دارالکتب العربی.
- 12- حائری، ابوجعفر، (1934م)، **مرآة الفقاهه**، بغداد، مطبعة الصباح.
- 13- حائری یزدی، عبدالکریم بن محمد، (1408ه.ق)، **درر الأصول**، چاپ پنجم، قم، موسسه النشر الاسلامی.
- 14- حکیم طباطبائی، سید محسن، (1372ه.ق)، **حقایق الاصول علی کفایه الأصول**، نجف، مطبعة العلمیه.
- 15- حکیم طباطبائی، سید محسن، (1404ه.ق)، **مستمک العروه**، قم، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
- 16- حکیم محمد تقی، (1936م)، **الأصول العامه للفقہ المقارن**، بیروت، دارالاندلس.

- 17- حلی، حسن بن یوسف بن مطهر حلی، (1410ه.ق)، **کشف المراد**، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- 18- حیاتی، علی عباس، (1387)، **اعاده دادرسی**، چاپ اول، تهران، نشر میزان.
- 19- حیدری، سید علی نقی، (1414ه.ق)، **اصول الاستنباط**، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات تبلیغات اسلامی.
- 20- خالقیان، دکتر جواد، (1385)، **تأمین خسارت احتمالی**، تهران انتشارات مهاجر.
- 21- خمینی، سید روح الله مصطفوی، (1385ه.ق)، **الرسائل**، (قاعده لاضرر و لا ضرار)، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
- 22- خمینی، سید روح الله مصطفوی، (1407 ه.ق)، **تهذیب الأصول**، تقریر: جعفر سبحانی، قم، مطبعه مهر.
- 23- خویی، سید ابوالقاسم، (1417 ه.ق)، **الأجتهاد و التقليد**، چاپ چهارم، قم، مؤسسه انصاریان.
- 24- خویی، سید ابوالقاسم، (1417 ه.ق)، **مصباح الأصول**، تقریر: سیدمحمد سرور واعظ حسینی، قم، انتشارات داوری.
- 25- روحانی، سیدمحمد، (1412ه.ق)، **منتقى الأصول**، قم، انتشارات الهادی، چاپ دوم 1416ه.ق، قم، انتشارات مدرسه امام صادق (ع).
- 26- راغب اصفهانی، حسن بن محمد، (1411ه.ق)، **مفردات الفاظ القرآن الکریم**، تهران، مکتبه المرتضویه.
- 27- سبحانی آیت الله جعفر، (1419ه.ق)، **المحصول فی اصول الفقه**، تقریر: سید محمود جلالی مازندرانی (قم، مؤسسه الامام الصادق (ع)).

- 28- شمس، عبدالله، (1385)، **آیین دادرسی مدنی**، جلد سوم، چاپ هفتم، تهران، انتشارات دراک.
- 29- صدرزاده افشار، سیدمحسن، (1373)، **آیین دادرسی مدنی و بازرگانی**، جلد دوم، چاپ دوم، تهران، مؤسسه انتشارات جهاد دانشگاهی ماجد.
- 30- طباطبائی مجاهد، سیدمحمد، (1415ه.ق)، **مفاتیح الأصول**، قم، موسسه آل البیت(ع).
- 31- طباطبائی، علامه سید محمد حسین، (1363)، **ترجمه تفسیر المیزان**، مترجم: سید محمدباقر موسوی، نشر بنیاد علمی و فرهنگی علامه طباطبائی.
- 32- طرابلسی حنفی، علی بن خلیل، (1974م)، **معین الحکام**، مصر، مکتبه مصطفی البابي حلبی.
- 33- طباطبائی حکیم، سیدمحمدسعید، (1415ه.ق)، **مصباح المنهاج**، چاپ اول، قم، انتشارات جاوید.
- 34- طوسی، ابوجعفرمحمد، (1410ه.ق)، **التهذیب**، بیروت، دارالتعارف.
- 35- غروی نائینی، محمدحسین، (1365)، **فوائد الأصول**، تقریر: محمد علی کاظمی خراسانی، قم، موسسه النشر الاسلامی.
- 36- غروی نائینی، محمدحسین، (1408ه.ق)، **اجود التقريرات**، تقریر: سید ابولقاسم موسوی خوئی، قم، انتشارات مصطفوی.
- 37- عراقی، شیخ آقا ضیاء، (1405ه.ق)، **نهایه الأفكار**، تقریر: محمدتقی بروجردی، چاپ اول، قم، موسسه النشر الاسلامی.
- 38- شهید ثانی، زین الدین بن علی، (1403ه.ق)، **الروضه البهیة**، با تعلیقات سید محمد کلانتر، بیروت، داراحیاء التراث العربی.

- 39- فیروز آبادی، مجد الدین محمد بن یعقوب، (1289ه.ق)، **القاموس المحيط**، قاهره، مطبعة بولاق.
- 40- فیومی، احمد محمد بن علی، (1414ه.ق)، **المصباح المنیر**، بیروت، طبعه دارالعلم، و قم، دارالهجره.
- 41- متین دفتری، احمد، (1358)، **آیین دادرسی مدنی**، تهران، انتشارات کیهان.
- 42- مدنی، سیدجلال الدین، (1385)، **آیین دادرسی مدنی**، جلد دوم قدیم، انتشارات پایدار.
- 43- مصطفوی، سیدمحمد کاظم، (1412ه.ق)، **القواعد**، چاپ اول، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- 44- مهاجری، علی، (1379)، **شرح قانون آیین دادرسی مدنی**، جلد اول، چاپ اول، تهران، انتشارات کتابخانه گنج دانش.
- 45- مهاجری، علی، (1387)، **مبسوط در آیین دادرسی مدنی**، جلد چهارم، چاپ اول، تهران، انتشارات فکر سازان.
- 46- موسوی بجنوردی، آیت الله میرزا حسن، (1413ه.ق)، **القواعد الفقهیه**، چاپ دوم، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
- 47- مظفر، آیت الله محمد رضا، (1403ه.ق)، **اصول الفقه**، چاپ چهارم، بیروت، دارالتعارف.
- 48- مجلسی، علامه محمد باقر، (1403ه.ق)، **بحار الأنوار**، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- 49- نراقی کاشانی، احمد، (1417ه.ق)، **عوائد الایام**، چاپ اول، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
- 50- نراقی کاشانی، مولی احمد بن مهدی، (1418ه.ق)، **مستند الشیعه**، چاپ اول، مشهد، مؤسسه آل البيت (ع).

- 51- نجفی، محمدحسن، (1404ه.ق)، **جواهرالکلام فی شرح شرایع الإسلام**، چاپ ششم، تهران، انتشارات اسلامیة.
- 52- واحدی، قدرت الله، (1378)، **بایسته‌های آیین دادرسی مدنی**، جلد دوم، چاپ دوم، تهران، نشر میزان.