

«باسمه تعالی»



آیین دادرسی مدنی ۳

استاد: دکتر حسن محسنی

گردآوری: شقایق سعیدی، محمد از لگینی، هادی طهماسب زاده، عارفه سادات خلیل پور،
سمانه پیروی، فاطمه سرایی، فاطمه اکبری مبارکه، متین مشهدی، مهسا مجیدی، غزاله
رضوانی، نیلوفر نعیمی

نیم سال دوم تحصیلی: ۱۴۰۱_۱۴۰۰

جلسه اول:

منابع:

کتاب پیشرفته دکتر شمس بخشی از جلد ۱ و بخشی از جلد ۳، حدود ۳۰ الی ۴۰ صفحه از جلد ۱ که مربوط به ایرادات و دفاع است که ما در ابتدا به این بحث می پردازیم (از ص ۴۱۹ به بعد جلد ۱) و بعد به سراغ جلد ۳ کتاب پیشرفته دکتر شمس رفته و از صفحه ۱ تا ۷۹ را می خوانیم، بعد هم از صفحه ۳۶۵ یعنی از دادرسی فوری تا آخر کتاب را می خوانیم. ادله را نیز در درس ادله اثبات ترم آینده میخوانیم.

به یاد داشته باشید که مشارکت کلاسی در نمره پایانی دانشجویی تاثیر گذار است.

آیین دادرسی مدنی ۲ سخت بود (آرژانتین و برزیل بود)، آیین دادرسی مدنی ۳ کمی آسان تر است اما نباید دست کم گرفت.

آیین دادرسی مدنی ۲ آیین رسیدگی و دادرسی عاری از طواری است یعنی از آیین دادرسی صحبت می کند که تک جلسه ای است و در یک جلسه دادگاه حکم را صادر میکند (جزو محالات است)

آیین دادرسی مدنی ۳ آیین رسیدگی و دادرسی همراه طواری است پس با این توضیحات فرق آیین دادرسی مدنی ۲ و ۳ را فهمیدیم.

آیین دادرسی مدنی ۳ به فنی ترین و پیچیده ترین و با مهارت ترین آیین دادرسی ها معروف است زیرا همراه با طواری است. مثلاً شخصی فوت می کند البته یادمان نرود که تواری همیشه فوت نیست و بسیار وسیع است و **جز فوت و حجر و ورشکستگی که غیر ارادی هستند بقیه تباری ها ارادی هستند** و چون ارادی هستند یعنی ما خودمان مایل به این طواری هستیم. و در نتیجه به دلیل اینکه خودمان طواری را ایجاد می کنیم باعث می شویم که از آن سوء استفاده کنیم مثلاً وکیل خواهان و خوانده سعی می کند مدام از طواری استفاده کند و

موجب پیچیده شدن و مانع شدن شود و اینجاست که متوجه فنی و پیچیده بودن آیین دادرسی مدنی ۳ می‌شویم. (به قول استاد آیین دادرسی مدنی ۳ مانند رستم است) باید گفت که در آیین دادرسی مدنی ۳ مهارت های بسیاری نهفته است که اگر وکیل این مهارت ها را بداند بسیار موفق است. ممکن است شخصی ذی حق نباشد اما با وارد کردن یک ایراد، رای بگیرد و به یکی از طواری متوسل شود.

انواع طواری:

(۱) گاهی ناشی از امور اتفاقی هستند مثل طواری که در پرونده به وجود می‌آید و مانع رسیدگی قاضی می‌شود و موجب می‌شود که پرونده احتمالاً از قاضی به قاضی دیگر ارجاع شود.

(۲) گاهی طواری ناشی از اقدامات تامینی و موقتی ایجاد می‌شود. یعنی اقداماتی که خواهان یا خوانده زودتر میخواهند خواسته را توقیف کنند یا مانع نقل و انتقال آن شوند.

(تامین ها یا تامین دلیل یا تامین خواسته و... است.)

(۳) گاهی طواری ناشی از طرح دعاوی طاری است.

طواری معنای عام دارد و طاری معنای خاص.

دعاوی طاری: یعنی دعوائی که در جریان رسیدگی به دعاوی دیگر طرح می‌شود مثل دعاوی جلب ثالث

(۴) گاهی طواری ناشی از ادله است. مثلاً نسبت به سندی ادعای جعل میشود، یا شاهی تقاضای پرداخت وجه برای رفت و آمد می‌کند. (البته ما این را در آیین دادرسی مدنی ۳ نمی‌خوانیم بلکه در درس ادله اثبات می‌خوانیم)

پس آیین دادرسی مدنی ۳ پیچیده است چون همراه با طواری است.

طواری اقسام مختلفی دارد:

طواری ناشی از ایرادات، احاله پرونده ها، توام با تفکیک پرونده ها، تامین دلیل و خواسته، امتناع از رسیدگی، توقیف و زوال دادرسی، ادله، دستور موقت، طواری ناشی از روش های صلح آمیز حل اختلاف مثل داوری و میانجیگری

پس برای دادگاه دانستن آیین دادرسی مدنی ۲ کافی نیست، آیین دادرسی مدنی ۳ بسیار مهم است و بحث طواری همانطور که دیدیم مهم و پیچیده است.

نکته: بسیاری از طواری جنبه دفاعی و تضمین صحت و درستی و کشف حقیقت دارد.

اگر آیین دادرسی مدنی ۳ را خوب بفهمید ۶۰ درصد آیین دادرسی مدنی را یاد می گیرید و این عین واقعیت است. ۳۰ درصد هم مربوط به آیین دادرسی مدنی ۲ و ۱۰ درصد هم مربوط به آیین دادرسی مدنی ۱ است. البته نه از نظر حجم بلکه از نظر فهم.

گفتیم آیین دادرسی همراه با طواری منظور همین طواری متعددی بود که پیش تر ذکر کردیم. اما وقتی می گوئیم دعاوی طواری منظور ۴ دعاوی (۱) تقابل (۲) ورود (۳) جلب ثالث و (۴) اضافی است. اصطلاحاتشان مشترک است اما معانی شان متفاوت است.

ایرادات:

ایرادات یک بخشی از مفهوم بزرگتری به نام دفاع یا پاسخ های خواننده است. ما می گوئیم در اصل ۳۴ قانون اساسی همه حق دادخواهی دارند اما این حق مانند دو روی یک سکه است. منظور این است که یک روی این سکه به مدعی اجازه طرح دعوی می دهد و روی دیگر این سکه به مدعا علیه حق دفاع می دهد.

این ها همه حق دادخواهی اند و دادخواهی حق مسلم همه اشخاص است. اما وقتی وارد آیین دادرسی مدنی می شویم دادخواهی از منظر خواهان یعنی طرح دعوا و از منظر خوانده یعنی دفاع و رد دعوا.

پس یک مفهوم کلی به نام دفاع و پاسخ های خوانده داریم و ایرادات که یکی از طواری است، بخشی از این مفهوم بزرگ تر است.

ابتدا به انواع دفاع و بعد هم به طواری ایرادات می پردازیم.

دفاع:

دفاع، مقدس است. مانند جنگ تحمیلی که دفاع کردیم و می گوئیم این دفاع، دفاع مقدس است. یا مانند بچه هایی که با هم دعوا می کنند و وقتی از یکی از این بچه ها می پرسیم چرا طرف مقابل را زدی؟ میگوید من از خودم دفاع کردم اول او من را زد و بعد من او را زدم. دفاع **از حقوق طبیعی اشخاص است** یعنی کسی این حق را به ما نداده است. این حق از اول بوده است وقتی متولد می شویم به عنوان عطیه الهی به ما داده شده است. مثال دیگری که استاد گفتند نوازش گونه های نوزاد با پر است که هنگام این کار نوزاد دست و پایش را تکان میدهد این یعنی از خودش دفاع می کند. این را کسی به نوزاد یاد نداده است پس میفهمیم دفاع همراه او متولد شده است به همین جهت میگویند دفاع حق طبیعی و مقدس است.

*ممکن است حق دادخواهی خواهان کمی تحت شعاع قرار گیرد مثلاً به خواهان بگوئیم باید هزینه دادرسی پرداخت کند **اما هیچ وقت به خوانده نمی گوئیم که برای دفاع باید هزینه دادرسی بدهی چون خوانده باید بتواند آزادانه از خود دفاع کند.** این اهمیت دفاع را بیان می کند

دفاع در آیین دادرسی مدنی به دو دسته تقسیم می شود:

الف) کلی ب) جزئی

الف) شکلی ب) ماهوی

دفاع جزئی: طرف دربارہ دادخواستی کہ چندین ادعا در آن مطرح است؛ بخشی را دفاع و بخشی را قبول و بخشی را مسکوت می گذارد. آن جزئی کہ دفاع کرده را دفاع جزئی می گویند.

مثال: شخصی در الزام به تنظیم سند و تحویل مبیع می گوید من مبیع را تحویل دادم ولی هنوز تنظیم سند صورت نگرفته است. این یعنی دفاع جزئی

دفاع کلی: برعکس دفاع جزئی، کل را دفع میکند.

دفاع شکلی: شخص به شکل دادخواست خرده می گیرد. مثل ایرادات، ایراد به صلاحیت دادگاه، یا دفاعیاتی در خصوص ادله مانند ادعای جعل سند.

دفاع ماهوی: شخص اصل حق مورد ادعای خواهان را انکار می کند. دفاع ماهوی به معنای اخص است و اصل حق مورد ادعای خواهان انکار می شود. مثلاً شخصی ادعا میکند کہ مبیع را تحویل گرفته ولی هنوز سند به نامش تنظیم نشده است و خوانده هم دفاع می کند کہ اصلاً چیزی را نفروخته است کہ بخواید ملزم به تنظیم سند باشد. یا مثلاً زنی درخواست نفقه میکند مرد دفاع میکند کہ اصلاً این خانم همسر من نیست. یا شخصی تقاضای ارث می کند خوانده دفاع می کند کہ این اصلاً مورث ما نیست.

قانون آیین دادرسی مدنی خیلی به تعریف دفاع پرداخته است فقط گاهی مثال در مورد دفاع آورده است کہ البته همه آن ها دفاع ماهوی است.

مثال، ماده ۱۸ قانون آیین دادرسی مدنی:

عنوان احتساب، تهاثر یا هر اظهاری کہ دفاع محسوب شود، دعوای طاری نبوده، مشمول ماده (۱۷) نخواهد بود.

مثال دیگر، ماده ۱۴۲ قانون آیین دادرسی مدنی:

دعوای متقابل به موجب دادخواست اقامه می شود، لیکن دعوای تهاتر، صلح، فسخ، رد خواسته و امثال آن که برای دفاع از دعوای اصلی اظهار می شود، دعوای متقابل محسوب نمی شود و نیاز به تقدیم دادخواست جداگانه ندارد.

پس قانونگذار گفته بعضی از پاسخ های خوانده دعوا هستند مانند دعوای متقابل و بعضی از پاسخ ها دفاع هستند مانند تهاتر، صلح و فسخ. مثلاً طرف می گوید من قرارداد را فسخ کرده بودم و الزامی به تنظیم سند ندارم این دفاع است.

پس پاسخ ها

۱) دفاع به معنای اخص یا دفاع ماهوی هستند. یا ۲) ایرادات آیین دادرسی مدنی هستند که جلسه آینده می خوانیم. یا ۳) دعوای متقابل هستند.

پس وقتی میگوییم دفاع یا پاسخ های خوانده، منظورمان همان دو روی یک سکه است که پیش تر ذکر کردیم. یک رو به خواهان اجازه طرح دعوی و یک روی دیگر به خوانده اجازه دفاع می دهد.

*دفاع ماهوی خیلی مهم است زیرا یعنی زیر سوال بردن اصل ادعای خواهان. مثلاً خواهان می گوید ادعای طلب دارم خوانده دفاع می کند که تهاتر شده است.

دفاع شکلی را هفته دیگر می خوانیم.

« به نام خدا »

جلسه دوم : 17 اسفند

اگر یک ساختمانی را در نظر بگیریم، کارکرد دفاع این است که بگوییم این ساختمان اساسا نباید اینجا وجود داشته باشد، فرقی ندارد که فرد حقی دارد یا خیر. مانند کسی که بر روی منابع طبیعی ملک شخصی درست کرده است. هدف دفاع آن است که نگذارد سازه ای بر روی آن منابع طبیعی باشد. به طور مثال خواهان، دعوای التزام به سند رسمی طرح می کند و خواننده در دفاع می گوید اساسا من آن را فسخ کردم، اما در ایراد گفته می شود که ساختمان درست ساخته نشده است و در بحث عدم پذیرش گفته می شود که شما حق احداث ساختمان را نداشته اید.

دفاع هدفش به چالش کشیدن موجودیت حق است و ایراد هدفش خرده گیری به موضوع و فرآیند است و نتیجه می شود که ایرادات را می توان اصلاح کرد. هدف عدم پذیرش این است که به هر علتی مانند ذی نفع نبودن و انقضای مدت دادخواهی بگوید که حق طرح دعوا نبوده است.

در حقوق ایران قانون گذار در ماده 18 و ماده 142 به تعدادی از دفاعیات اشاره کرده است اما آیین خاصی برای آن تعریف نکرده است. قانون گذار در ماده 142 قانون آیین دادرسی مدنی می گوید که دفاع ریشه در حقوق دفاعی دارد و نباید به کسی که از خودش دفاع می کند سخت گرفت و او را درگیر دادخواست و... کرد.

ماده ۱۴۲ قانون آیین دادرسی مدنی

دعوای متقابل به موجب دادخواست اقامه می شود، لیکن دعوای تهاتر، صلح، فسخ، رد خواسته و امثال آن که برای دفاع از دعوای اصلی اظهار می شود، دعوای متقابل محسوب نمی شود و نیاز به تقدیم دادخواست جداگانه ندارد.

ماده ۱۸ قانون آیین دادرسی مدنی

عنوان احتساب، تهاتر یا هر اظهاری که دفاع محسوب شود، دعوای طاری نبوده، مشمول ماده (۱۷) نخواهد بود.

به همه رفتارهایی که در مقام خرده گیری نسبتبه خواهان و دادخواست او یا بالعکس نسبت به خواننده صورت می گیرد، ایراد گفته می شود. آن چه گفته شد ایراد آیین دادرسی است. یعنی دعوا از جهت آیین دادرسی دارای ایراد است. این ها عمدتا در ماده 84 هستند. ایراداتی نیز در قانون آیین دادرسی مدنی به صورت پراکنده هستند و بسیاریند. این ایرادات باید از دفاعیات و عدم پذیرش و موانع جدا باشند اما در قانون به خوبی تفکیک نشده اند.

ایرادات به چند دسته تقسیم می گردد :

برخی ایرادات منجر به تغییر مرجع رسیدگی می شوند، برخی موانع دائمی و برخی موانع موقت ایجاد می کنند.

الف- ایراداتی که منجر به تغییر مرجع رسیدگی می گردد و این ها خود دو گونه اند :

1- ایرادات عدم صلاحیت (بند 1 ماده 84 قانون آیین دادرسی مدنی) :

« دادگاه صلاحیت نداشته باشد»

وابسته به اینکه نوع صلاحیت چیست، آثار متفاوتی برای طرفین و دادگاه دارند. تقسیم بندی کلی و اصلی صلاحیت که از نوع، صنف، درجه و محل تبعیت می کنند : صلاحیت ذاتی، نسبی و محلی. البته صلاحیت های فرعی دیگری مانند صلاحیت اضافی، صلاحیت مرکز استان، صلاحیت پایتخت، صلاحیت سرزمینی، صلاحیت ناشی از احاله، صلاحیت شخصی (شکایت از مقامات در محل خاصی طرح می گردد) داریم. اثر ایراد وابسته به اینکه صلاحیت ذاتی، نسبی و محلی باشد، متفاوت است.

تفاوت صلاحیت ذاتی و نسبی : صلاحیت نسبی اصولا به صلاحیت مراجع اختصاصی گفته می شود مثل صلاحیت شورا حل اختلاف، صلاحیت خانواده، صلاحیت نظامی، صلاحیت انقلاب. هر مرجعی که دعوای آن از صلاحیت دادگاه عمومی خارج است مرجع استثنایی یا اختصاصی گفته می شود.

صادر کند در اینجا نمی گوید صلاحیت نداریم یا در آن مشکل رسیدگی است از این جهت دادگاه دوم دادگاه اول می فرستد که یک استدلالی دارند که حق دادخواهی یک بار در سبق طرح دعوا اعمال شده است و حال **ذی نفع حق دادخواهی دوباره ندارد.** در مورد ایراد امر مرتبط استدلال این است که رسیدگی به دعوی اصلی و دعاوی مرتبط در صلاحیت دادگاه اول است و اعتقاد دارند که امر مرتبط که در بند دوم ماده ۸۴ آمده **در راستای همان صلاحیت است** صلاحیت به معنای جلوگیری از استماع دوباره دعوا و امر مرتبط هم هست و همچنین برای تمرکز دعوی مرتبط با دعوی اصلی.

نظر استاد این است که اگر خوانده ایراد نکند با هدف جلوگیری از تکرار دعاوی می گویم یعنی آن را پذیرفته است. در واقع همانگونه که اجازه عدول صریح از قواعد صلاحیت محلی را می دهیم، می توانیم اجازه عبور ضمنی از این قواعد را نیز بدهیم و برخی می گویند در قانون نظارت بر رفتار قضایی نقض قواعد صلاحیت را تخلف دانسته است و می گویند اگر دیدیم ایراد است خودمان باید مطرح کنیم استاد با این نظر مخالف است.

ب- ایرادات دیگر آیین دادرسی هستند که موانع موقتی ایجاد می کنند :

مانع موقتی یعنی یک مقطعی مانعیتی ایجاد می کنند که اگر مانع از بین برود ممنوع برمی گردد و می تواند ترتیب اثر داشته باشد. هر زمانی که مانع برطرف گردد می توان دوباره دادخواهی نمود. این ایرادات چند دسته هستند:

1- یکی ایراد عدم اهلیت. **منظور عدم اهلیت استیفا است.** ایراد عدم اهلیت تمتع یعنی فردی که مثلا مرده است و شخصیت حقوقی ندارد یا آن را از دست داده است. در این حالت بحث اهلیت مطرح نیست و بحث طرفیت است. اگر دعوایی به طرفیت متوفی اقامه گردد اشکال دارد و باید به طرفیت وارث متوفی مطرح گردد. اگر شخصی که طرح دعوا کرده است اهلیت استیفا یا اجرای طرح دعوا را به هر دلیلی نداشته باشد مانند حجر از جمله صغیر و کبیر تحت قیمیت در چنین حالتی خوانده می تواند ایراد کند. حتی خواهان هم می تواند ایراد کند. به طور مثال خوانده کسی را معرفی کرده که دعوا را پاسخ دهد و فرد اهلیت ندارد. ایراد عدم اهلیت **مانع موقت است** و همین که اهلیت حاصل شد می تواند دعوا

را طرح کنند. حتی دادگاه هم برای رفع ایراد موقتی اقداماتی را انجام می دهد. یک نهادی است به عنوان قییم اتفاقی. مثلاً اگر مشخص گردد که فردی که دعوا طرح کرده است ولی یا قییم ندارد یا ولی او محجور است، بر اساس ماده ۵۶ قانون امور حسبی دادگاه مراتب را به دادسرا اطلاع می دهد تا برای شخص قییم انتخاب گردد. اینجا دادگاه برای اعلام این امر به دادستان باید پرونده و رسیدگی را متوقف کند.

ماده ۵۶ قانون امور حسبی

« هر یک از دادگاه‌ها که در جریان دعوی مطلع به وجود محجوری شود که ولی یا وصی یا قییم نداشته باشد باید به دادستان برای تعیین قییم اطلاع بدهد ».

دکتر شمس می گویند باید قرار عدم اهلیت صادر کند که این قرار متضمن توقیف دادرسی است. در غیر این صورت چیزی به عنوان قرار عدم اهلیت نداریم. قرار عدم اهلیت قابل تجدید نظر و فرجام خواهی است و این مطلب در ماده ۳۳۲ قانون آیین دادرسی مدنی آمده است، اما قانونگذار نگفته است کجا صادر می گردد. قانونگذار ایراد عدم اهلیت را آورده اما منظورش این است قرار رد دعوا صادر گردد. دکتر شمس می گویند اگر خواهان یا خوانده هر دو اهلیت استیفا نداشتند و قییم هم نداشتند، دادگاه می تواند مطابق ماده ۵۶ قانون امور حسبی مراتب را به دادستان اعلام کند تا قییم مشخص گردد. در این فاصله باید دادرسی را متوقف کند و برای آن قرار عدم اهلیت صادر کند و همین است که در ماده ۳۳۲ به عنوان قراره قابل شکایت ذکر شده است .

ماده ۳۳۲ قانون آیین دادرسی مدنی

قرارهای زیر قابل تجدیدنظر است، در صورتی که حکم راجع به اصل دعوا قابل درخواست تجدیدنظر باشد :

الف- قرار ابطال دادخواست یا رد دادخواست که از دادگاه صادر شود.

ب- قرار رد دعوا یا عدم استماع دعوا

ج- قرار سقوط دعوا

د- قرار عدم اهلیت یکی از طرفین دعوا.

اگر هر اتفاقی برای اهلیت استیفا و تمتع در جریان دادرسی بیفتد موضوع مشمول ماده ۱۰۵ است و آن مسئله متفاوت است.

ماده ۱۰۵ قانون آیین دادرسی مدنی

هرگاه یکی از اصحاب دعوا فوت نماید یا محجور شود یا سمت یکی از آنان که به موجب آن سمت، داخل دادرسی شده زایل گردد دادگاه رسیدگی را به طور موقت متوقف و مراتب را به طرف دیگر اعلام می دارد. پس از تعیین جانشین و درخواست ذی نفع، جریان دادرسی ادامه می یابد مگر اینکه فوت یا حجر یا زوال سمت یکی از اصحاب دعوی تاثیری در دادرسی نسبت به دیگران نداشته باشد که در این صورت دادرسی نسبت به دیگران ادامه خواهد یافت.

چیزی که الان درباره آن صحبت می کنیم مشکلی است که در اهلیت است و از ابتدا هم بوده است. خواهان یا خواننده اهلیت استیفا ندارند می شود بند ۳ ماده ۸۴. اگر یک شخص دچار عدم اهلیت تمتع باشد و اگر خواهان باشد رد می گردد زیرا ذی نفع طرح دعوا نکرده است و اصلاً بحث اهلیت نیست اما اگر دعوا به طرفیت مرده باشد از موارد قرار عدم استماع است. پس بند ۳ ماده ۸۴ دو شرط مهم دارد یکی آن که مربوط به جریان دادرسی نیست و از ابتدا وجود داشته است و دومی آنکه اهلیت استیفا است.

« خواهان به جهتی از جهات قانونی از قبیل صغر، عدم رشد، جنون یا ممنوعیت از تصرف در اموال در نتیجه حکم ورشکستگی، اهلیت قانونی برای اقامه دعوا نداشته باشد ».

قرار عدم اهلیت مخصوص موردی است که بر اساس ماده ۵۶ قرار توقیف دادرسی را صادر می کنیم. برخی می گویند ماده ۳۳۲ بند د که به قرار عدم اهلیت یکی از طرفین استناد کرده اشتباه است زیرا قانونگذار در هیچ کجا به قرار عدم اهلیت استناد نکرده و نگفته است که اهلیت نداشته باشد، قرار رد دعوا صادر میگرد استاد با این نظر مخالف است.

2- دومین ایرادی که مانع موقتی محسوب می گردد ایراد عدم احراز سمت است. سمت یعنی هرگاه کسی بخواهد از جانب دیگری طرح دعوا کند نیازمند سمت است وقتی شخصی می خواهد از جانب خودش دادخواهی کند سمت مطرح نمی شود.

سه گونه سمت داریم : ۱- قانونی ۲- قضایی ۳- قراردادی

بند ۵ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی می گوید که محرز نبودن سمت را میتوان ایراد کرد. اگر خوانده سمت نداشته باشد.

« کسی که به عنوان نمایندگی اقامه دعوا کرده از قبیل وکالت یا ولایت یا قیمومت و سمت او محرز نباشد ».

یعنی کسی که از جانب خوانده آمده است سمت نداشته باشد دیگر اینجا دعوای خواهان رد نمی گردد زیرا او به درستی دعوای خود را مطرح کرده است. در این حالت فردی که از جانب خوانده آمده را استماع نمی کنیم و لایحه های او را نمی پذیریم و اگر بپذیریم ترتیب اثر نمی دهیم.

به جهت اینکه اگر فرد سمت دار شود یا مثلاً صغیر کبیر شود یا با اقدامات قضایی مانع رفع گردد و قیم مشخص شود، دیگر دعوای استماع می شود، به این موارد نیز ایراد موقت گفته اند.

ج- ایراداتی که مانع دائمی هستند.

1- ایراد امر قضاوت شده که در جلسه بعدی به آن می پردازیم.

2- ایراد زمان اقامه دعوا :

در نظام حقوقی ما نهادی داریم به نام مرور زمان که متمایز از مهلت است. مرور زمان در دهه شصت غیر شرعی اعلام شد و از قانون آیین دادرسی مدنی حذف شد. مرور زمان به این معنی که اگر مدت زمانی از یک اختلاف و دعوایی که در دادگستری مطرح نشده بگذرد مثلاً زمان دعوای تجاری ۵ سال، دعوای منقول ۱۰ سال و دعوای غیر منقول ۳۰ سال و در برخی موضوعات مثل مسئولیت حرفه ای برخی افراد مثل پزشک و قضات یک تا دو سال .

به عبارتی مرور زمان گذشت مهلتی است که پس از آن با ایراد خوانده دعوای خواهان مسموع نیست. اول نیاز به ایران خوانده دارد و اگر ایراد نمیکرد مسموع بود. ثانياً گذشت زمان زیادی بود و

عملاً حقی ضایع نمی شد و راه‌هایی برای توقف مرور زمان مثل اظهارنامه دادن وجود داشت. مرور زمان مانع دادخواهی با ایراد خوانده بود.

مهلت حق دادخواهی را ساقط می کرد و نیازی به ایراد خوانده هم نداشت. مثل مهلت اقامه دعوی نفی بلد که دوماه است یا مثل مهلت تجدیدنظرخواهی که ۲۰ روز است. بند ۱۱ ماده ۸۴ به این مهلت ها اشاره می کند.

ماده ۱۱۶۲ قانون مدنی

در مورد مواد قبل دعوی نفی ولد باید در صورتی که عادتاً پس از تاریخ اطلاع یافتن شوهر از تولد طفل برای امکان اقامه دعوی کافی می باشد اقامه گردد و در هر حال دعوی مزبور پس از انقضاء دو ماه از تاریخ اطلاع یافتن شوهر از تولد طفل مسموع نخواهد بود.

۱۱- دعوا خارج از موعد قانونی اقامه شده باشد.

امروزه در قانون مجازات اسلامی و قانون نظارت و رفتار قضایی مرور زمان وجود دارد. مرور زمان مدنی نداریم اما اعتقاد بر این است که مرور زمان های خاص قانون تجارت هنوز مطرح است. پس برای مرور زمان های قانون تجارت هم می توان به بند ۱۱ ماده ۸۴ استناد کرد اما باید دانست که این بند برای مهلت است و صرفاً چون ماده دیگری برای استناد مرور زمان نداریم به آن استناد می کنیم .

چند ایراد دیگر هم داریم :

3- ایراد جزمی نبودن دعوا که در بند 9 ماده 84 آمده است.

۹- دعوا جزمی نبوده بلکه ظنی یا احتمالی باشد.

4- ایراد عدم مشروعیت دعوا که در بند 8 ماده 84 آمده است.

۸- مورد دعوا مشروع نباشد

5- ایراد عدم ترتیب آثار قانونی بر دعوا که در بند 7 ماده 84 آمده است.

۷- دعوا بر فرض ثبوت اثر قانونی نداشته باشد از قبیل وقف و هبه بدون قبض.

6- ایراد بی نفعی که در بند 10 ماده 84 آمده است.

۱۰- خواهان در دعوی مطروحه ذی نفع نباشد.

همه این ها ایراد بی نفعی است که در تصویب بعد انقلاب آمده است. در حالی که به اینها نیازی نبود و هم اینکه می گویم باید خواهان و خواننده ذی نفع باشند و نفع شش شرط دارد یعنی باید باقی، موجود، قانونی، مشروع، شخصی و مستقیم باش،د همه این ها را شامل می شود.

در عدم ترتیب اثر قانونی یعنی نفع فرد قانونی نیست و اثر قانونی بر آن رابطه حقوقی بار نشده است و ایراد عدم مشروعیت یعنی نفع مشروع نیست. جزمی نبودن دعوا یعنی مورد دعوا باید موجود باشد و اینجا موجود نیست.

جزمی بودن از ابداعات قانون گذار جدید است و به این معنی است که خواسته اش را منجز بیان نکرده است. مثلاً گفته که یا خلع ید یا تخلیه بدهید، نگفته که کدام را میخواهد این اشتباه است. در دادگستری باید موجز و دقیق سخن گفت پس باید جزمیت در تعیین خواسته باشد و یا حالتی که نتوان از دادخواست شخص فهمید که دقیقاً دعوا را مطرح کرده است یا خیر .

جلسه سوم:

بند ۶ ماده ۸۴ : درباره اعتبار امر قضاوت شده است. که دادگاه در این صورت دعوا را رد میکند. این ظاهر امر است ولی مبنای مهمی دارد اعتبار امر قضاوت شده آن هم این است که دعوا روزی به پایان میرسد و رای باید پایان بخش دعوا باشد.

دو هدف برای وضع قواعد آیین دادرسی وجود دارد:

۱. آیین دادرسی برای جلوگیری از اختلافات

۲. آیین دادرسی برای حل اختلافات

هر دوی اینها با نظم عمومی پیوند خورده اند و برای جامعه لازم اند. و وقتی چه درست و چه غلط رای صادر شده دوباره مطرح شود، اختلاف از بین نمیرود بلکه به اختلاف دامن زده و نظم عمومی برهم زده میشود. و احتمال بزرگی برای صدور آرای متعارض به وجود می آید. از همه بدتر آنکه دچار تسلسل میشویم، دوباره سه باره چهار باره پنج باره الی آخر و مساله ختم نمیشود و این بسیار نتیجه بدی دارد. پس اگر اجازه بدهیم دعاوی مکرر طرح شوند هم خلاف نظم عمومی هم خلاف نظم قضایی است.

پس دادگاه اعتبار ویژه ای دارد و دادگاه دیگر حق ندارد حکم مخالفی صادر کند. همین که رای در دعوایی صادر شد آن رای برای همه مراجع قانونی و قضایی کشور اعتبار دارد. ناراضی رای نباید دعوا را تکرار کند بلکه باید از آیین دادرسی موجود استفاده کند و از فرایند های شکایت از رای بهره ببرد.

به این توضیحات اگر توجه کنیم اعتبار امر قضاوت شده را بیشتر میفهمیم. ماده ۸ ق.ا.د.م اثر مثبت اعتبار امر قضاوت شده را مطرح می نماید. آرای غیر قطعی هم یک حدی از اعتبار را دارند.

باید بین مفهوم اعتبار امر قضاوت شده و مفاهیم مشابه تفکیک قائل شویم :

فراغ دادرسی و اعتبار امر قضاوت شده :

فراغ دادرسی یعنی وقتی قاضی از دادرسی فارغ شد دیگر نمیتواند پس از آنکه رای داد و امضا کرد رای خود را دستکاری کند. و به گونه ای است که گویا دیگر قاضی آن پرونده نیست

اعتبار امر مختوم و اعتبار امر قضاوت شده:

اعتبار امر قضاوت شده عام تر از اعتبار امر مختوم است. به این معنا که همینکه رای صادر میشود. نهایی شدن را اعتبار امر مختوم میگویند. رای که فرایند فرجامی را ندارد یا مدتش گذشته و نهایی شده یا رسیدگی فرجامی شده. و رای میتواند اعتبار امر قضاوت شده را داشته باشد اما هنوز نهایی نشده باشد. پس امر مختومه ناظر به آرای نهایی است.

اثر منفی : بند ۶ ماده ۸۴

اثر مثبت : ماده ۸

اعتبار امر قضاوت شده دو اثر دارد : ماهوی و شکلی

ماهوی : ضمانت اجراها را نسبت به وضعیت حقوقی افراد تنظیم میکند

شکلی : قطعیت میدهد و قاضی را از تغییر رای خودش ممنوع میکند و قاضی را از پرونده بیرون میکند

قاعده فراغ دادرس استثنائاتی دارد : اصلاح رای تصحیح رای و...

رای نسبت به طرفین قطعی است و منع میکند هر کس یکبار بیشتر حق دادخواهی ندارد. و ما نگرانیم که آرای متعارضی صادر شود.

از جهت گستره شمول این قاعده، این قاعده عمومی است و شامل هرگونه رای میشود چه امور ترافعی چه امور غیر ترافعی. در امور غیر ترافعی استثنائاتی دارد. که شامل امور حسبی میشود در امور حسبی چون حمایت از محجور دارد اگر قاضی متوجه بشود

که خلاف مصلحت اقدام کرده اینجا دادگاه میتواند رای را تغییر بدهد. و تا زمانی که تغییر رخ نداده شبیه رای ترافی اند و اعتبار امر قضاوت شده دارد

نکته : داور هم اگر تصمیم بگیرید میگوییم اعتبار امر داوری شده دارد. چون این یک قاعده عمومی است. حتی مراجع ثبتی و تمام مراجع این قاعده را شامل میشود

نکته : قرار در فرضی صادر میشود که با دادگاه کلا وارد ماهیت نشده یا جزئا شده یا قاطع است یا قاطع نیست، اعتبار امر قضاوت شده ندارند. قرارها به جز یک قرار اعتبار امر قضاوت شده ندارند آن هم سقوط دعوا. سقوط دعوا به این دلیل این اعتبار را دارد که سقوط حق مبنای دعوا اتفاق می افتد یعنی حق مبنای دعوا از بین رفته. پس فقط قرار سقوط دعوا اعتبار امر قضاوت شده دارد.

نکته : صلح هم قاطع دعواست هم خاتم دعواست و اعتبار امر صلح شده داریم.

نکته : رای ارشادی رای نیست و رای محسوب نمیشود و نظر است پس در رای ارشادی قاعده اعتبار امر قضاوت شده را نمی بینیم

پس احکام همه دارند، قرارها جز سقوط دعوا ندارند، صلح اعتبار امر صلح شده، داور اعتبار امر داوری شده، رای ارشادی هم رای نیست

اسباب موجهه دو نوع اند : اسباب موجهه موضوعی، اسباب موجهه حکمی فقط منطوق رای، بخش الزام آور رای است

رای قاضی عمدتا ۳ بخش دارد:

(۱) مقدمه رای

(۲) اسباب موجهه رای (الف) اسباب موجهه موضوعی، (ب) اسباب موجهه حکمی

(۳) منطوق رای (تنها بخش الزام آور رای)

سوال مهم این است که آیا همه ی این قسمت ها دارای اعتبار امر قضاوت شده اند؟
در ابتدا به شرح هر کدام میپردازیم.

مقدمه: مقدمه رای جایی هست که مشخصات طرفین، خواسته، دعوا و حتی دادگاه در آن می آید.

اسباب موجهه: اسباب موجهه این جوری است که مثلاً می گوید دعوی حسن علیه حسین به خواسته یک فقره چک طرز نوشتن آن هم این گونه است-----> اسباب چک..... در تاریخ..... صادر و در تاریخ..... برگشت خورده، این اسباب موجهی موضوعی است. اسباب موجهه حکمی هم مثل ماده ۳۱۸ یا ۳۰۸ قانون تجارت.

منطوق: منطوق برای مثال می گوید حکم محکومیت حسن به پرداخت یک فقره چک به مبلغ..... از تاریخ..... تا تاریخ..... صادر و اعلام می نماید. (منطوق اسباب اثباتی است که ملحق به اسباب موضوعی هستند، یعنی اثبات می کند که تعهد به درستی ایفا نشده است)

دوباره به همان سوال اول بر میگردیم که آیا همه این ها دارای اعتبار امر قضاوت شده هستند؟ یا فقط بخش معینی از آن ها دارای اعتبار امر قضاوت شده هستند؟

این بحث بسیار جدی است و نمی شود به اختصار پاسخ گفت، البته در اینکه منطوق رای اعتبار امر قضاوت شده دارد، شکی وجود ندارد. گاهی اوقات بعضی از این جهاتی که در رای مورد استناد قرار می گیرند با منطوق التزام قطعی دارند؛ یعنی اگر آن را برداریم انگار منطوق وجود ندارد. در این جا چطور؟ دکتر کاتوزیان میگویند برخی جهات که ارکان دادرسی هستند و تصور صحت رای و دادرسی بدون آنها ممکن نیست اعتبار امر قضاوت شده دارند.

مثالی که دکتر کاتوزیان در این زمینه آورده اند:

کسی اسب به دیگری را کشته و محکوم به خسارت دادن میشود، اگر ثابت شود که عمدی نبوده حکم خسارت منتفی میشود. در اینجا چون این خسارت مقید به از بین رفتن اسب بوده هم حکم به پرداخت خسارت و هم کشته شدن اسب اعتبار امر قضاوت شده دارد. در غیر از این موارد اسناد و مدارک اعتبار امر قضاوت شده ندارند.

یا استثنائاً دادگاه یک رای را صادر کرده که متکی به نظریه کارشناس است و چون متکی به نظریه کارشناس است، این نظریه کارشناسی چون حکم بر اساس آن صادر شده دارای اعتبار امر قضاوت شده است.

*** پس از اعتبار امر قضاوت شده فقط مخصوص منطوق حکم است مگر اینکه اسباب موجهه جزو ارکان دعوا باشد و منطوق نتیجه قطعی آن سبب موجه باشد؛ در این صورت سبب هم دارای اعتبار امر قضاوت شده است.

در خصوص مدارک هم باید گفت که این ها هم اعتبار امر قضاوت شده ندارند مگر اینکه آن حکم وابستگی تام به آن مدارک داشته باشد. مثل همان نظریه کارشناسی که پیش تر مطرح شد.

شرایط اعتبار امر قضاوت شده (وحدت طرفین، موضوع، سبب) از کتاب دکتر شمس خوانده شود. اولین جلسه بعد از عید استاد این مباحث را برایمان مرور می کنند.

اعتبار امر قضاوت شده از جمله ایرادات مهمی است که دو هدف را دنبال می‌کند. اولین هدف جلوگیری از صدور آرای متعارض و دیگری فصل خصومت می‌باشد. البته این نظر که هر کس فقط یک‌بار حق دادرسی دارد نیز می‌تواند یکی دیگر از مبانی اعتبار امر قضاوت شده باشد. این ایراد از آن جهت که می‌تواند مانع دادخواهی گردد و امکان سوءاستفاده از آن وجود دارد، شرایطی برای پذیرش این ایراد وجود دارد که احراز شرایط وجود اعتبار امر مختومه برای دادگاه بسیار دشوار و وقت‌گیر است و گاهی بین خواهان و خوانده و یا قاضی در خصوص وجود یا عدم وجود این شرایط اختلاف نظر ایجاد می‌شود. علت این سخت‌گیری‌ها به این خاطر می‌باشد که این ایراد مانع دادخواهی است.

پ.ن: قرارها مشمول اعتبار امر قضاوت شده نمی‌شوند جز قرار سقوط دعوا آن هم نه به اعتبار این که قرار است بلکه به اعتبار این که موضوع دعوا منتفی گردیده است. برای اینکه رای از اعتبار امر قضاوت شده برخوردار باشد بایستی که از سه رکن یا سه ویژگی برخوردار باشد. این سه رکن عبارت‌اند از: ۱_ وحدت طرفین دعوا ۲_ وحدت موضوع ۳_ وحدت سبب.

مقررات راجع به اعتبار امر قضاوت شده علاوه بر آیین دادرسی مدنی در قانون مدنی فرانسه هم آمده است. چرا که از دیدگاه حقوقدانان فرانسوی آرای دادگاه‌ها در زمره امارات بوده و کاشف از واقع می‌باشند. البته نقدی که بر این نظر وارد است این است که اعتبار امر قضاوت شده فراتر از اماره است و در واقع یک قاعده ماهوی و حقیقت نسبی است که قانون از آن حمایت می‌کند. مشابه اماره فراش که قانون از آن حمایت می‌کنند.

وحدت طرفین: آیین دادرسی هرچند که آثاری هم برای اشخاص ثالث دارد اما در اصل برای طرفین دعواست. مفهوم طرفین یک مفهوم جزئی دارد و منظور از آن خود آن اشخاص یعنی شخص مدعی (خوانده) و مدعی علیه (خواهان) می‌باشد. همچنین طرفین یک مفهوم حقوقی دارد که شامل خود طرفین و قائم‌مقام و نمایندگان آن‌ها مثل وراث، موصی، انتقال‌گیرنده

قراردادی، وکیل و مانند آن می‌باشد. بنابراین قائم‌مقام هم در مقام شخص و طرف دعوا قرار می‌گیرد و رأی صادرشده از اعتبار امر قضاوت شده برخوردار می‌باشد.

بر این اساس اگر مثلاً شرکتی علیه شخصی اقامه دعوا نماید و پس از صدور رأی و حل و فصل اختلاف بین آن‌ها، مدیرعامل آن شرکت برای احقاق حق شخصی خود اقدام به اقامه دعوا علیه آن خوانده نماید، در اینجا وحدت طرفین موجود نیست اما اگر برای احقاق حق شرکت باشد، وحدت برقرار می‌باشد. حال اگر یکبار خود شرکت و یکبار سهام‌داران آن شرکت اقدام به طرح دعوا بکنند، در این فرض چه بسا بتوان ایراد گرفت یا حداقل ایراد گرفتن آسان‌تر خواهد بود.

وحدت موضوع: معمولاً موضوع معادل خواسته محسوب می‌شود در حالی که موضوع اعم از خواسته و دفاعیات می‌باشد. باین حال خواسته بخش اصلی و اساسی هر دعوایی را تشکیل می‌دهد. منظور از وحدت موضوع این است که خواهان می‌بایست همان دعوایی را مجدداً طرح نماید که قبلاً طرح نموده است. مثلاً یکبار دعوی مطالبه وجهی معادل ۲۰ میلیون تومان را به‌خاطر چکی که خوانده صادر نموده است را طرح کند و پول خود را بگیرد و دوباره همان دعوا را طرح نماید. بین موضوع و سبب ارتباط تنگاتنگی وجود دارد و باید که این دو به درستی شناسایی شود تا بتوان به اعتبار امر مختومه استناد کرد. مثلاً اگر شخصی یکبار دعوی خلع‌ید را طرح بکند و محکوم شود و دوباره دعوی خلع‌ید طرح کند اما برای قطعه زمین دیگری، در این وضعیت اعتبار امر مختومه قابل استناد نیست. یا مثلاً شخصی دعوی حق ارتفاق در خصوص ضلع شمالی زمینی طرح کرده و دوباره دعوی حق ارتفاق راجع به ضلع شرقی همان زمین طرح می‌کند. بنابراین وحدت موضوع را نباید به معنای وحدت عناوین دانست. عنوان صرفاً نشانه‌ای از وحدت می‌باشد. با این وجود بسیاری از وکلای حرفه‌ای برای فرار از ایراد اعتبار امر قضاوت شده با عنوان دعوی بازی کرده و عنوان آن را تغییر جزئی می‌دهند. گاهی خواسته خواهان بطلان قرارداد است اما در یک دعوا بطلان بند یک قرارداد و در دعوی دوم بطلان بند دوم قرارداد را خواستار می‌شود که این ۲ دعوا مشمول اعتبار امر قضاوت شده نمی‌باشند.

وحدت سبب: منظور از سبب فوندمان یا مبنای دعوا می‌باشد. مبنای دعوا یا خواسته می‌تواند قرارداد یا غیر قرارداد (قانون) باشد. چنانچه علت اینکه فرزند حق نفقه دارد، قانون می‌باشد یا علت این که موجر می‌تواند از مستاجر اجاره‌بها بخواهد به خاطر قرارداد اجاره است. البته گاهی

سبب به معنی جهت دانسته شده است یعنی گفته می‌شود که جهت این حق چیست یا بحث مشروعیت جهت معامله که در قانون مدنی مطرح است، در واقع به معنی همان سبب می‌باشد. چنانچه جهت مذکور در بند ۴ ماده ۵۱ («تعهدات و جهاتی که به موجب آن خواهان خود را مستحق مطالبه می‌داند به طوری که مقصود واضح و روشن باشد.») قانون آیین دادرسی مدنی در واقع همان مفهوم سبب است. پس منظور از وحدت سبب این است که مبنای دعوا یکی باشد. مثلاً اگر مبنای دعوای دوم وجه چک می‌باشد، باید همان چکی باشد که در دعوای سابق مبنا بوده و با همان شمار تا مشمول اعتبار امر قضاوت شده باشد. چنانچه اگر شماره چک‌ها هم تفاوت داشته باشد، در چنین حالتی سبب متفاوت است یا اگر مبنای دعوا قرارداد اجاره است همان قرارداد اجاره باشد که مبنای دعوای سابق بوده است. در این حالت اگر بازه زمانی این قرارداد که مبنای دعوا است، متفاوت باشد، مثلاً در دعوای سابق مطالبه اجاره‌بها برای ماه فروردین را بکند و در دعوای دوم بهای ماه خرداد را؛ این دو دعوا سبب یکسانی ندارند یا اگر دوبار طرح دعوای حق ارتفاق نموده است و در هر دو مثلاً بخش شمالی زمینی مورد ادعا باشد ولی مبنای دعوای اول قانون و مبنای دعوای دوم قرارداد باشد، این دو دعوا از حیث مبنا تفاوت دارند. در هر حال مادام که شرایط سه‌گانه اعتبار امر قضاوت شده احراز نشود، نمی‌توان به این امر استناد نمود. اعتبار امر قضاوت شده گاهی در احکام و گاهی در قرارها (یعنی قرار سقوط دعوا) است و گفته شد که آن بخشی از رای از اعتبار امر مختومه برخوردار می‌باشد که مربوط به منطوق رأی باشد. اگر کسی درخواست فسخ قراردادی را بکند و بدین منظور دعوا طرح نماید در صورت محکومیت، نمی‌تواند برای بار دوم دعوای بطلان را مطرح کند چون کسی که دعوای فسخ قرارداد را مطرح کرده در واقع به صورت ضمنی قائل به این است که قرارداد موجود صحیح است. در دعوای ابطال، سبب و مبنای دعوای ابطال قرارداد ممکن است متفاوت باشد. بدین منظور که یک‌بار خواستار ابطال قرارداد به دلیل عدم اهلیت خواننده را طرح نماید یک‌بار به علت عدم مشروعیت موضوع معامله و یک بار هم به جهت مجهول بودن موضوع معامله باشد یا این‌که خواستار ابطال بخشی از قرارداد مثل وجه التزام گزارف آن باشد نه اینکه کل قرارداد را ابطال نماید. (وجه التزام‌های گزارف از این جهت باطل می‌باشند که ذی‌نفع را وسوسه می‌کنند که عملی انجام دهد که طرف مقابل ناگزیر به فسخ قرارداد شود.) البته گاهی اسباب و مبنای در طول زمان

دچار تغییر می‌شوند و این تغییر گاهی ارادی و توسط خود فرد انجام می‌گیرد و گاهی هم به موجب قانون برای مثال در دوره‌ای به موجب قانون روابط موجر و مستاجر، موجر نمی‌توانست تخلیه عین مستأجره را از مستاجر بخواهد اما این قانون در طول زمان دچار تغییر شد و امروز این حق تحت شرایطی برای موجر به رسمیت شناخته شده است. بنابراین اگر در دوره سابق موجری اقدام به طرح دعوای تخلیه عین مستاجر کرده و محکوم شده است و در دوره فعلی دوباره اقدام به طرح دعوا بکند این دعوا مشمول اعتبار امر مختومه نخواهد شد.

ایراد رد دادرسی: این ایراد ریشه در دو اصل از اصول بنیادین دادرسی دارد:

۱. استقلال دادگاه ۲. بی‌طرفی قاضی.

استقلال دادگاه به دو صورت استقلال درونی و استقلال بیرونی نمود و بروز دارد. استقلال بیرونی ریشه در تفکیک و استقلال قوا دارد. بدین معنی که هر یک از قوا باید در موضوعات تحت صلاحیت خود ایفای نقش نماید و هیچ قوه‌ای نمی‌تواند در امور سایر قوا دخالت نماید. برای مثال مطابق اصل ۹۰ قانون اساسی کمیسیون اصل ۹۰ می‌تواند راجع به کلیه امور و مسائل حکومتی تحقیق و تفحص نماید. اما با توجه به استقلال قوا حق تحقیق و تفحص در پرونده‌های قضایی را ندارد. استقلال درونی قوه قضاییه بدین معنی است که هیچ‌یک از مقامات قضایی حتی رئیس قوه قضاییه یا رییس دادگستری نمی‌توانند در پرونده‌ای که تحت رسیدگی می‌باشد، دخالت نموده و به قاضی پرونده اعمال فشار بکنند یا حتی در پی راهنمایی وی در خصوص نحوه رسیدگی باشند.

بی‌طرفی قاضی به این معنی است که قاضی نباید به هیچ‌یک از طرفین گرایش و تعلق خاطر داشته باشد یعنی نباید احساس شود که قاضی در پرونده ذی‌نفع می‌باشد یا به دلیل ارتباطی که او با اصحاب دعوا دارد، نمی‌تواند دادرسی را به درستی و منصفانه انجام بدهد. اگر چنین تصور شود که دادگاه مستقل نیست یا قاضی بی‌طرف نیست، اصل قضاوت عادلانه تحقق پیدا نمی‌کند. علت پیش‌بینی ایراد رد دادرسی به این خاطر است که دستگاه قضایی در پی این است که دادرسی را به نفع عادلانه انجام داده و دادرسی‌هایش از هر گونه شک و شبهه‌ای مصون باشد. رد دادرسی از جمله قواعد آمره می‌باشد. بدین معنی که نه تنها اصحاب دعوا حق استناد به این ایراد را دارند بلکه خود دادرسی در صورت پی بردن به شرایط این ایراد باید که از رسیدگی خودداری نماید.

البته ایراد رد دادرسی اصل دعوی خواهان را از بین نمی‌برد (چنانچه گفته شد در دفاع به معنای اخص هدف دفاع کننده مخدوش ساختن کلیت دعوا می‌باشد. اما ایراد چنین نیست و ناظر به بخشی از دعواست.) در ایراد رد دادرسی هم صرفاً قاضی رسیدگی کننده به دعوا تغییر پیدا می‌کند و در اصل دعوا تغییری حاصل نمی‌گردد.

قانون گذار در مواد ۹۱ و ۹۲ قانون آیین دادرسی مدنی به موضوع ایراد رد دادرسی پرداخته است: ماده ۹۱ آ.د.م:

دادرسی در موارد زیر باید از رسیدگی امتناع نموده و طرفین دعوا نیز می‌توانند او را رد کنند:
الف - قرابت نسبی یا سببی تا درجه سوم از هر طبقه بین دادرسی با یکی از اصحاب دعوا وجود داشته باشد.

ب - دادرسی قیم یا مخدوم یکی از طرفین باشد و یا یکی از طرفین مباشر یا متکفل امور دادرسی یا همسر او باشد.

ج - دادرسی یا همسر یا فرزند او، وارث یکی از اصحاب دعوا باشد.

د - دادرسی سابقاً در موضوع دعوی اقامه شده به عنوان دادرسی یا داور یا کارشناس یا گواه اظهار نظر کرده باشد.

ه - بین دادرسی و یکی از طرفین و یا همسر یا فرزند او دعوی حقوقی یا جزایی مطرح باشد و یا در سابق مطرح بوده و از تاریخ صدور حکم قطعی دو سال نگذشته باشد.

و - دادرسی یا همسر یا فرزند او دارای نفع شخصی در موضوع مطروح باشند.

ماده ۹۲ آ.د.م:

در مورد ماده (۹۱) دادرسی پس از صدور قرار امتناع از رسیدگی با ذکر جهت، رسیدگی نسبت به مورد را به دادرسی یا دادرسان دیگر دادگاه محول می‌نماید. چنانچه دادگاه فاقد دادرسی به تعداد کافی باشد، پرونده را برای تکمیل دادرسان یا ارجاع به شعبه دیگر نزد رئیس شعبه اول ارسال می‌دارد و در صورتی که دادگاه فاقد شعبه دیگر باشد، پرونده را به نزدیکترین دادگاه هم عرض ارسال می‌نماید.

بند الف ماده ۹۱ که راجع به قرابت نسبی و سببی است موجب نقض بی‌طرفی می‌شود.

بند ب ماده ۹۱ استقلال دادگاه را نقض می کند.

بند ج ماده ۹۱ موجب نقض بی طرفی دادگاه می شود.

بنده د راجع به استقلال دادگاه است.

بنده ه راجع به بی طرفی است.

بند و نیز راجع به بی طرفی می باشد. (مانند این که خواننده دعوا پدر بزرگ همسر قاضی باشد که

در آینده احتمال می رود ارثی از او به همسر وی برسد.)

قانون گذار در ماده ۹۱ از درجه قرابت سخن گفته است. در حالی که در حقوق اسلام درجه وجود

ندارد بلکه از طبقات قرابت سخن گفته می شود واژه درجه در این ماده برگرفته از حقوق فرانسه

می باشد. اگر فرض بکنیم که یکی از اصحاب دعوا پسرعموی قاضی باشد، در چنین حالتی

پسرعموی قاضی از طبقه ۳ و از اقربای درجه ۴ می باشد که از حیث بند «الف» موجب ایراد رد

دادرس نخواهد شد؛ مگر این که به سبب دیگری مثل ارث یا دیگر نفع شخصی باعث ترتیب اثر

داده شدن به ایراد رد دادرس گردد.

مطابق ماده ۹۲ آیین دادرسی مدنی اگر ایراد رد دادرس پذیرفته شود، دادرس ملزم است که

قرار امتناع از رسیدگی صادر نموده و پرونده را به دادرس دیگری ارجاع دهد. (قرار امتناع از

رسیدگی قطعی و غیر قابل اعتراض می باشد.) حال اگر قاضی دیگری در دسترس نباشد با نظر

رئیس شعبه اول به نزدیک ترین مرجع قضایی پرونده ارسال خواهد شد.

ایراد دعوای واهی و ایراد اتباع بیگانه از جهاتی شبیه به یکدیگر می باشند و تفاوت آن ها از حیث

تابعیت اصحاب دعواست. دعوای واهی به دعوایی گفته می شود که متکی به دلیل مشخصی نیست

و در آن خواننده دعوا مدعی است، خواهان هیچ دلیل و مدرک مستندی برای اقامه دعوا علیه او

ندارد. از این رو، دعوای خواهان را واهی و بیهوده می داند. در واقع، هدف از طرح دعوای واهی

صرفاً ایذاء طرف مقابل است. گاهی نیز خواهان با علم به اینکه در دادرسی پیروز نخواهد شد، با

هدف اطاله دادرسی به طرح دعوای واهی علیه خواننده می پردازد. تشخیص واهی بودن یا نبودن

دعوا امری دشوار است و بدین منظور هم دادگاه ناگزیر از بررسی صحت و سقم ادعای خواننده

می باشد. با توجه به جنبه ایذایی این نوع دعوا ممکن است که خواننده به سبب این دعوا متحمل

دشواری شده و هزینه هایی را متقبل شده باشد. در چنین حالتی این حق برای خواننده به رسمیت

شناخته شده است که درخواست تأمین نماید تا از این طریق بتواند خسارت خود را در صورت محکومیت خواهان از وی دریافت نماید. مواد ۱۰۹ و ۱۱۰ قانون آیین دادرسی مدنی به موضوع تأمین دعوا پرداخته است. پس از درخواست تأمین خوانده مادام که خواهان تأمین ندهد، دادرسی متوقف می‌شود و در صورت انقضای مهلتی که برای تأمین در نظر گرفته شده و عدم تأمین، به درخواست خوانده قرار رد دعوا صادر می‌گردد. صدور قرار رد دعوا مشروط به درخواست خوانده است و تا وی درخواست نکرده است، قرار رد دعوا صادر نخواهد شد. (هر چند که توقیف دعوا و قرار رد دعوا از حیث آثار مشابه یکدیگر می‌باشند.) حال اگر خواهان پس از انقضای مهلتی که برای تأمین در نظر گرفته شده است و قبل از درخواست رد دعوا از سوی خوانده تأمین بدهد در چنین شرایطی اگر خوانده درخواست رد دعوا نماید به این درخواست ترتیب اثر داده نخواهد شد؛ چرا که هدف از قرار تأمین جبران خسارات احتمالی خوانده می‌باشد و با دادن تأمین سبب درخواست رد دعوا منتفی گردیده است.

ماده ۱۰۹ آ.د.م:

در کلیه دعاوی مدنی اعم از دعاوی اصلی یا طاری و درخواستهای مربوط به امور حسبی به استثنای مواردی که قانون امور حسبی مراجعه به دادگاه را مقرر داشته است، خوانده می‌تواند برای تأدیه خسارات ناشی از هزینه دادرسی و حق الوکاله که ممکن است خواهان محکوم شود از دادگاه تقاضای تأمین نماید. دادگاه در صورتی که تقاضای مزبور را با توجه به نوع و وضع دعوا و سایر جهات موجه بداند، قرار تأمین صادر می‌نماید و تا وقتی که خواهان تأمین ندهد، دادرسی متوقف خواهد ماند و در صورتی که مدت مقرر در قرار دادگاه برای دادن تأمین منقضی شود و خواهان تأمین ندهد به درخواست خوانده قرار رد دادخواست خواهان صادر می‌شود.

تبصره - چنانچه بر دادگاه محرز شود که منظور از اقامه دعوا تأخیر در انجام تعهد یا ایذای طرف یا غرض ورزی بوده، دادگاه مکلف است در ضمن صدور حکم یا قرار، خواهان را به تأدیه سه برابر هزینه دادرسی به نفع دولت محکوم نماید.

ماده ۱۱۰ آ.د.م:

در دعاوی که مستند آنها چک یا سفته یا برات باشد و همچنین در مورد دعاوی مستند به اسناد رسمی و دعاوی علیه متوقف، خوانده نمی تواند درخواست تامین نماید.

ایراد دعاوی اتباع بیگانه: مشابه دعاوی واهی است با این تفاوت که این ایراد مخصوص دعاوی است که در آن تبعه ی بیگانه ای در مقام خواهان دعاوی را علیه خوانده ایرانی طرح می کند. از آنجا که اتباع بیگانه در ایران حضور دائمی ندارند و نیز این احتمال وجود دارد که اموالی هم در ایران نداشته باشند یا اینکه در میانه های دادرسی از ایران خارج شوند، لذا به منظور حمایت از خوانده ایرانی و جبران خسارت های احتمالی وی این امتیاز به خوانده ایرانی داده شده است که از تبعه بیگانه درخواست تامین نماید. علت پیش بینی این ایراد نیز به این خاطر است که قبل از انقلاب اتباع بیگانه به خصوص مستشاران خارجی حضور چشمگیری در ایران داشتند. ماده ۱۴۴ قانون آیین دادرسی مدنی به موضوع اخذ تامین از اتباع بیگانه پرداخته است.

ماده ۱۴۴ آ.د.م: اتباع دولت های خارج، چه خواهان اصلی باشند و یا به عنوان شخص ثالث وارد دعا گردند، بنا به درخواست طرف دعوا، برای تأدیه خسارتی که ممکن است بابت هزینه دادرسی و حق الوکاله به آن محکوم گردند باید تامین مناسب بسپارند. درخواست اخذ تامین فقط از خوانده تبعه ایران و تا پایان جلسه اول دادرسی پذیرفته می شود.

برای اجرای این ماده ضرورتاً باید خواهان تبعه خارج و خوانده تبعه ایرانی باشد. اگر هر دو طرف خارجی باشند این ماده قابل اجرا نخواهد بود. اما این قاعده استثنائاتی دارد و ماده ۱۴۵ قانون آیین دادرسی مدنی استثنائات اخذ تامین از بیگانگان را بیان می کند.

ماده ۱۴۵ آ.د.م: در موارد زیر اتباع بیگانه اگر خواهان باشند از دادن تامین معاف می باشند:

۱- در کشور متبوع وی، اتباع ایرانی از دادن چنین تأمینی معاف باشند.

۲- دعاوی راجع به برات، سفته و چک.

۳- دعاوی متقابل.

۴- دعاوی که مستند به سند رسمی می باشد.

۵- دعاوی که بر اثر آگهی رسمی اقامه می شود از قبیل اعتراض به ثبت و دعاوی علیه متوقف.

بند ۱ بدین منظور پیش‌بینی شده است که بسیاری از کشورها به‌خصوص کشورهای همسایه مثل ترکیه، افغانستان و پاکستان از اتباع ایرانی درخواست تأمین نمی‌کنند.

بند ۲ که راجع به برات و سفته و چک می‌باشد به این خاطر پیش‌بینی شده است که اخذ تأمین از اتباع بیگانه در مواردی که سبب دعوا اسناد تجاری می‌باشد، برخلاف مقررات حقوق تجارت می‌باشد؛ چرا که این اسناد مورد حمایت قانون‌گذار می‌باشند و از اعتبار بالایی برخوردار می‌باشند و اخذ تأمین راجع به آن‌ها اعتبار این اسناد را زیر سؤال می‌برد.

بند ۳ که راجع به دفاع تبعه خارج می‌باشد به این خاطر پیش‌بینی شده است که به آزادی دفاع او لطمه وارد می‌نماید.

بند ۴ که راجع به معاملات و اسناد رسمی است بدین منظور پیش‌بینی شده است که اخذ تأمین در دعاوی که مستند آن سند رسمی است به اعتبار این اسناد لطمه وارد می‌نماید.

بند ۵ هم بخاطر تشریفات و ترتیبات مربوط به دعوا است و قصد و هدف قانونگذار است. ماده ۱۴۶ آ.د.م فرضی را بیان می‌کند که در آن تابعیت خارجی خواهان کشف شود یا تابعیت ایرانی از او سلب گردد که در این صورت امکان اخذ تأمین از او وجود دارد و سبب معافیت از اخذ تأمین از بین می‌رود که این فرض بیشتر در مورد شرکت‌های تجاری متصور می‌باشد. اگر حالا تبعه بیگانه تابعیت ایرانی کسب نماید، این معافیت برای وی وجود نخواهد داشت و باید تأمین دهد.

ایراد رد دادرسی برای قضات دیوان عالی کشور مطرح نیست چرا که شان و سابقه این قضات بسیار بالا است. همچنین قضات دیوان عالی کشور تعداد کمی هستند. یک رای وحدت رویه نیز داریم که تلویحا همین مطلب را میگوید. البته استاد میفرماید که اکنون شعب دیوان عالی کشور افزایش یافته و قضات بیشتر هستند. و در حقوق فرانسه ایراد رد دادرسی در دیوان عالی کشور نیز مطرح است و میتواند که این مساله مورد بازبینی قرار بگیرد. در گذشته همین مساله درباره دادیاران دادرسی نیز مطرح بود چرا که زیر نظر دادستان هستند.

ما دو دسته ایراد داریم :

ایرادات مخیره و ایرادات آمره

ماده ۸۴ میگوید خوانده میتواند موارد زیر را اعمال کند، باید توجه کنیم که میتواند به معنای اصول فقه در نظر بگیریم، میتواند ها به اختیاری بودن دلالت نمیکند. ما آدم رو تفسیر اصول فقهی نکنیم؛ چرا که غلط از آب در می آید. **هم خوانده ایجاد حصر نمیکند (خواهان هم میتواند) هم میتواند ایجاد اختیار نمیکند.**

مهلت ایرادات تا پایان اولین جلسه دادرسی مهلت است. مگر اینکه در اثنای دادرسی ایراد حاصل شود. مثل اینکه صغیر بوده کبیر شده. ضمانت اجرای اینکه ایراد نگیرد چیست؟ بر میگردد به آنکه ایراد امری هست یا نیست؟ ایرادات به این معناست که تا ایراد وجود دارد دادگاه نباید وارد ماهیت شود. وارد ماهیت یعنی درباره حقانیت اظهار نظر نمیکند بلکه به ایرادات ابتدائا رسیدگی میشود اما وقتی میگوییم در ماهیت اظهار نظر میکند یعنی به اصل حقانیت میپردازد و وارد ماهیت شدن پس از **بررسی ادله** و دادخواهی است.

اولین ایرادی که آمده در ماده ۸۴، ایراد عدم صلاحیت است و صلاحیت ذاتی آمره است و **محلی تکمیلی است** چرا که صلاحیت محلی برای دسترسی بهتر مردم طراحی شدند ولی ذاتی برای عملکرد دادگاه ها طراحی میشوند.

اما ایراد امر مطروحه و سبق دعوا برخی تکمیلی میدانند اما **رویه های قضایی مخصوصا دیوان عالی کشور آن را امری میدانند .**

بقیه ایرادات شامل بند ۳ تا ۱۱ اعتقاد دارند که امری اند . چه ایراد بگیری چه نگیری دادگاه ملزم است که رسیدگی کند .

پس جز محلی و دعوای واهی و اتباع بیگانه و امر مطروحه که تکمیلی اند بقیه امری اند .

اگر تا پایان اولین جلسه ایراد را مطرح نکردی دادگاه تا پایان رسیدگی نسبت به آن تصمیم میگیرد . اما اگر تا پایان اولین جلسه باشد **مزیت آن است که همانجا رسیدگی میشود .**

اصولا دادگاه اگر ایراد را پذیرفت ، اصولا قرار رد دعوا صادر میکند مگر اینکه درباره صلاحیت یا امر مطروحه باشد که در خصوص صلاحیت قرار عدم صلاحیت و در خصوص امر مطروحه ماده ۸۹ میگوید دادگاه از رسیدگی خودداری میکند یعنی قرار امتناع از رسیدگی صادر میکند .

اگر ایراد عدم صلاحیت ذاتی و رد دادرس صادر شد چه میشود ؟

ایراد عدم صلاحیت ابتدا رسیدگی میشود چرا که **ایراد دادرس معمولا در موارد ماهوی و حقانیت است نه موارد شکلی .** که البته مبنای ایراد رد دادرس فراتر از شکلی و ماهوی است . اما این پاسخ بهترین پاسخ میتواند باشد .

نکته : بهتر است بگوییم ایرادات آیین دادرسی و ایرادات را مطلق به کار نبریم

دعوای متقابل :

یکی از پاسخ های خواننده است و اختصاص به خواننده دارد . یک وکیل خوب کسی است که وقتی یک دعوا را طرح میکند پیش بینی کند که امکان چه دعوی متقابلی هست و برای آن خود را آماده کند .

دعوی متقابل در چند جا مطرح شده ، در ماده ۱۷ و در ماده تامین اتباع بیگانه . دعوی متقابل داخل در دعوی طاری است . پس هم یکی از پاسخ های خواننده است هم یکی از دعوی طاری است . ماده ۱۷ را بخوانید برای دعوی متقابل . **باید مرتبط یا دارای یک منشا باشد** . البته توجه کنید که ماده ۱۷ همه دعوی طاری را میگوید . خواهان دعوی اضافی ، خواننده دعوی متقابل و ثالث ورود و جلب ثالث است که همه در ۱۷ آمده .

دعوی متقابل معایب و مزایایی دارد :

معایب : مهم ترین عیب **تاخیر نسبی** است که در جریان دادرسی ایجاد میکند و یک نوع وسیله تهدید است ، برخی از **اصول دادرسی را زیر پا میگذارد** مثل اصل طرح دعوا در محل اقامت خواننده چرا که صلاحیت طاری تابع دعوی اصلی است .

مزایا : قوانین **اعسار** اینجا دست و پاگیر نمیشود .

شرایط دعوی متقابل :

شرط ۱ . از خواننده باید طرح شود . خواننده اصلی که تردیدی نیست (ماده ۱۴۱) خواننده دعوی طاری هم میتواند طرح کند ؟

خواننده تقابل = خواهان دعوی اصلی

خوانده دعوی اضافی = خوانده دعوی اصلی

خوانده ورود ثالث = اصحاب دعوی اصلی

خوانده : مجلوب ثالث / جالب ثالث = خواهان

در دعوی تقابل بعضی ها میگویند به دلیل دور نمیشود ولی اشتباه میگویند . بعضی ها هم میگویند چون در حقوق فرانسه نمیشود در حقوق ما هم لابد نمیشود . در حالیکه آن در حقوق فرانسه بوده به دلیل **ملوک الطوائفی بودن** اما حقوق ما این گونه نیست .

البته خواهان میتواند از طریق **دعوی اضافی** نیز انجام دهد . و دعوی تقابل انجام ندهد ولی اضافی شرایطش سخت تره (چون ورداشته گفته وحدت منشا و ارتباط کامل) و اینکه باید دید **موعد** و ... چطور است .

به نظر استاد میتواند خوانده دعوی تقابل باز دعوی تقابل مطرح کند . طبق اصل رعایت حقوق دفاعی . همچنین به این دلیل که منع قانونی نداریم . و اصل جلوگیری از صدور آرای متعارض .

خوانده دعوی اضافی که پرواضح است که میتواند .

ما دو نوع وارد ثالث داریم :

مستقل : ادعای حق مستقلی میکند : میتواند

تقویتی : به کمک موضع یکی از اصحاب دعوا می آید . : نمیتواند

جلب ثالث :

مستقل : میخواهیم مجلوب را محکوم کنیم : میتواند مطرح کند
تقویتی : به نفع خود جالب جلب میشوند: نمیتواند مطرح کند

شرط ۲ : ماده ۱۴۱ آمده . وحدت منشا یا ارتباط کامل . این ((یا)) مهم است . ۳ حالت دارد

هر دو

فقط ارتباط

فقط منشا

هیچ کدام : دعوی طاری و دعوی متقابل محسوب نشده و دادگاه جداگانه به آن رسیدگی میکند مطابق قسمت آخر ماده ۱۴۱ .

ارتباط وقتی کامل است که تصمیم گیری در یک دعوا موثر در دیگری باشد . مثل الزام به تنظیم سند و دعوی فسخ در دعوی متقابل .

منشا : همان مبنا است . که قانون ، قرارداد و وقایع حقوقی را شامل میشود یعنی هر دو مبنایش یک قرارداد خاص است به طور مثال.

استاد میفرماید بعضی ها میگویند مثل استاد جواد واحدی که بهتر بود عبارت یا نباشد تا مصادیق دعوی متقابل که خلاف اصل است کمتر شود .

نکته : مقاله دعوی متقابل از استاد حتما خوانده شود

مثال های دعوی متقابل :

تخلیه و سرقفلی که منشا قرارداد اجاره است و ارتباط کامل دارد

تخلیه و الزام به تنظیم سند اصلی ملک : فقط ارتباط ولی منشا یکی اجاره است یکی بیع

تخلیه در برابر هزینه تعمیرات : فقط ارتباط منشا دارند ولی مرتبط نیستند .

شرط ۳ : در مهلت مقرری باید دعوا طرح شود یعنی تا پایان جلسه اول دادرسی و بعد از آن نمیشود . از زمان ابلاغ دادخواست میشود . و بهتر است که از زمان ابلاغ دادخواست باشد و فایده اش این هست که باعث تجدید جلسه نمیشود .

آیا دعوای متقابل در تجدید نظر هم میشود ؟ ممکن است تجدید نظر بدون تشکیل جلسه است . پس این مهلت چه میگوید ؟

تجدید نظر خوانده میتواند ؟

تقریباً میشود گفت نمیشود طرح کرد فقط یک جا ممکن است آن هم این است که **رای غیابی** باشد . و خواه میتواند در تجدید نظر طرح کند . چه در و خواهی نخستین چه در تجدید نظر

شرط ۴ : تمام شرایط دادخواست را داشته باشد .

آیا همیشه دعوای متقابل از دفاع قابل تمیز است ؟ تلاش میکنیم چیزهایی مطرح کنیم که شبیه دعوای متقابل باشد به عنوان دفاع که دادخواست ندهیم .

قانون گذار در ماده ۱۸ آمده دفاع ها را نام برده و ماده ۱۴۲ (صلح در مقام تناظر یعنی صلحی که سقوط دعوا میشود است نه صلح در مقام عقود)

نکته : رد خواسته یعنی استرداد خواسته یعنی من مثلاً طلب تو و خواسته تو را قبلاً برآورده کرده بودم که آمدی دوباره از دادگاه مطالبه کنی .

مطلب آخر : پیوند دعوی متقابل به دعوی اصلی تا چه حد است ؟

خواهان دعوی تخلیه و خوانده الزام به تنظیم سند طرح کرده ، خواهان دعوی خود را استرداد میکند ، دعوی خوانده چه میشود ؟ قرار رد صادر میشود ؟ به تبع اصلی زایل میشود ؟

پاسخ : تصرف ارادی خواهان نباید موجب تصرف در دعوی خوانده شود پس این پیوند میان آن وجود ندارد از لحاظ ارادی . از لحاظ قهری باید بحث کرد که اگر شخصی باشد ساقط میشود مثل تمکین . و کلا باید قهری هارا از لحاظ پیوند دونه دونه بررسی کرد .

جلسه ششم

فروردین ۱۴۰۱

طواری دادرسی:

آیین دادرسی ۲ تک جلسه‌ای است یعنی تصور می‌شود که همان جلسه رای داده می‌شود ولی اصولاً دادرسی تک جلسه‌ای و ساده نمی‌شود. آیین دادرسی ۳ توأم با طواری است.

بخشی از این طواری مختص به خواهان یا خواننده یا اشخاص ثالث یا حتی هر دو طرف می‌باشد. دعوی متقابل نیز یکی از موارد دعوی طاری است.

طواری دادرسی ← ناشی از دعوی طاری

دعوی متقابل (خواننده)	}
دعوی اضافی (خواهان)	
دعوی ورود ثالث (ثالث)	
دعوی جلب ثالث (دو طرف دعوا)	

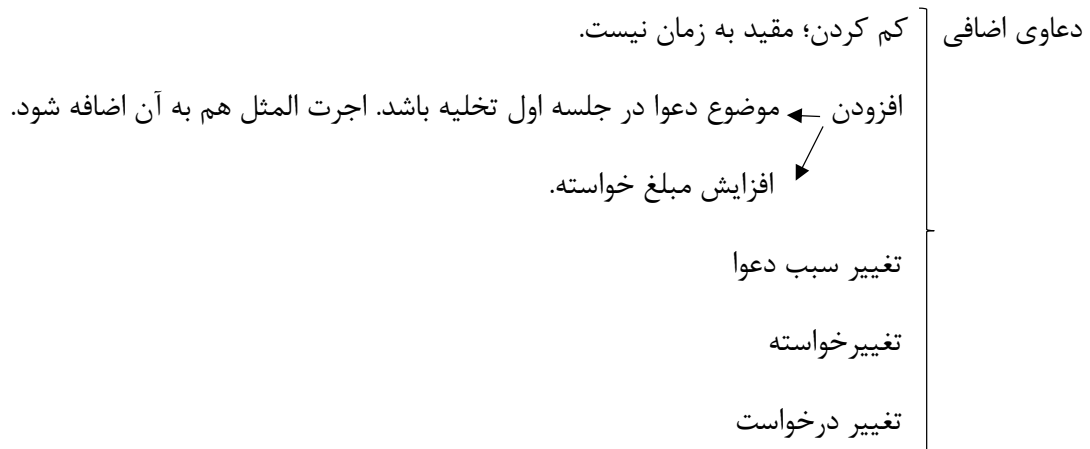
نکاتی درباره دعوی طاری:

۱. همه این دعوی از حیث شرایط عمومی شبیه دعوی عمومی هستند و (ارتباط کامل یا وحدت منشاء)
۲. دعوی طاری باعث انحراف از صلاحیت محلی می‌شوند. خواننده دعوی خود را جایی مطرح می‌کند که خواهان طرح کرده است.
۳. این‌ها اصولاً دعوا محسوب می‌شوند. (ورود یا جلب ثالث) یعنی اگر شرط ارتباط یا وحدت وجود نداشته باشد، رد نمی‌شوند و جداگانه رسیدگی می‌شوند. استقلال آیینی
۴. چون دعوا هستند از تشریفات حل دعوا برخوردار هستند.
۵. همه این داوی می‌توانند از دلایل تجدید دادرسی محسوب شود یا طرف مقابل آمادگی نداشته باشد.
۶. این دعوی از صدور آرای متعارض جلوگیری می‌کند.
۷. هیچ‌کدام از این دعوی نمی‌توانند قوانین صلاحیت ذاتی را کنار بگذارند زیرا این قواعد آمره هستند. فقط

صلاحیت محلی را کنار می‌گذارند.

۸. در جلسه اول دادرسی اصل تمرکز وجود دارد. یعنی نمیتوانید هر لحظه درموضوع دادگاه تغییر ایجاد کنید. فقط به وسیله دعاوی طاری این کار ممکن است.

دعای اضافی: در حقوق فرانسه برای دعوی اضافی مصداق نمی‌دهند. در حقوق ما در ماده ۹۸ مصداق‌هایی برای دعوی اضافی قائل شده‌اند. ماده ۹۸: "خواهان می‌تواند خواسته خود را که در دادخواست تصریح کرده در تمام مراحل دادرسی کم کند ولی افزودن آن یا تغییر نحوه دعوا یا خواسته یا درخواست در صورتی ممکن است که با دعوی طرح شده مربوط بوده و منشا واحدی داشته باشد و تا پایان اولین جلسه آن را به دادگاه اعلام کرده باشد."



■ موضوع دعوا باید به تثبیت برسد تا طرف خوانده بتواند دفاع کند.

تعریف دعاوی طاری در ماده ۱۷ قانون آیین دادرسی مدنی آمده است: "هر دعوی که در اثنای رسیدگی به دعوی دیگر از طرف خواهان یا خوانده یا شخص ثالث یا از طرف متداعیین اصلی بر ثالث اقامه شود دعوی طاری نامیده می‌شود. این دعوا اگر با دعوی اصلی مرتبط یا دارای یک منشاء باشد، در دادگاهی اقامه می‌شود که دعوی اصلی در آنجا اقامه شده است."

در حقوق فرانسه هم معمولاً دعاوی با لایحه انجام می‌شود. در حقوق ما چون لایحه ممکن است خوانده نشود، دادخواست داده می‌شود. ولی در دعاوی اضافی نیازی به دادخواست نیست.

البته دکتر شمس در کتاب خود به این موضوع اشاره کرده است که اگر دعوی اضافی برای افزودن چیزی

باشد باید دادخواست داده شود.

نظر استاد این است که نیازی به دادخواست نیست و لایحه کافی است.

دعوی ورود یا جلب ثالث: در این دعاوی همه شرایط عمومی تابع ماده ۱۷ است اما یک تنوعی دارد که ناشی از هدف آن است. این دهاوی یا به صورت اصلی یا به صورتی تبعی (تقویتی) طرح می‌شوند. (هدف تقویتی تقویت ادعای یکی از طرفین دعواست.)

ثالث کیست؟ کسی که نه خود و نه نماینده‌اش در دادرسی حضور ندارد. به معنای شخص بیرون از قرارداد نیست بلکه به معنای شخص بیرون از دادرسی است. در دعوی ورود ثالث دادگاه او را خواهان تلقی می‌کند.

■ ورود ثالث حتما باید به طرفیت طرفین دادرسی باشد. (خوانده باید خواهان و خوانده دعوی اصلی باشد). رعایت حقوق دفاعی

■ حتما باید وارد ثالث منظور خود را از دعوا را صریحا اعلام نماید. دیگر بحث تفکیک کردن وجود ندارد و باید طریح اعلام نماید.

■ جالب ثالث هم بدین صورت است. ثالث به عنوان خواهان جدید جلب می‌شود پس باید بقیه خوانده این دعوا باشند. یعنی دیگر اطراف دعوی را خوانده اعلام می‌کنیم. در اصل مجلوب خواهان است. هر دو این دعاوی باید با تقدیم دادخواست باشد.

■ هر دو این دعاوی منوط به شرکت در جلسه است. ورود ثالث تا زمانی که دادرسی تمام نشده است و جلب ثالث تا سه روز جلسه اول و قبل از قابل طرح است.

■ در واخواهی، واخواه باید ضمن دادرسی ثالث را جلب کند و تا سه روز وقت ندارد. در ورود ثالث این ممنوعیت وجود ندارد.

■ در رد دادخواست اگر دادخواست رد شد، این ها قابل تجدیدنظرخواهی نیستند. باید رای در دادگاه اعلام شود و بعد با همان رای تجدیدنظر شود. (تجدیدنظر دو قسم است: بی واسطه و مع الواسطه)

■ در ماده ۱۳۰ ق.آ.د.م آمده است: "هرگاه شخص ثالثی در موضوع دادرسی اصحاب دعوی اصلی برای خود مستقلا حقی قابل باشد و یا خود را در محق شدن یکی از طرفین ذی نفع بداند، می تواند تا وقتی که

ختم دادرسی اعلام نشده است، وارد دعوا گردد، چه اینکه رسیدگی در مرحله بدوی باشد یا در مرحله تجدیدنظر. در این صورت نامبرده باید دادخواست خود را به دادگاهی که دعوا در آنجا مطرح است تقدیم و در آن منظور خود را به طور صریح اعلان نماید."

■ بعضا این دو دعوا با تبانی نیز انجام میشوند. ماده ۱۳۳: "هرگاه دادگاه احراز نماید که دعوای ثالث به منظور تبانی و یا تاخیر رسیدگی است و یا رسیدگی به دعوای اصلی منوط به رسیدگی به دعوای ثالث نمی باشد دعوای ثالث را از دعوای اصلی تفکیک نموده به هریک جداگانه رسیدگی می کند." در این مورد حتی در قانون جداگانه‌ای در سال ۱۳۰۸ جرم انگاری شده است.

نکات آقای شکوهی:

شروط دعوای طاری ← ایجابی: داشتن وحدت منشاء و ارتباط کامل؛ بین منشاء و سبب اختلاف است. (البته استاد به این تفکیک قائل نیستند.)

سببی: به منظور تاخیر یا تبانی نباشد. که در ماده ۱۳۳ مشخص شده است. (ورود

ثالث اصلی باید شرایط عمومی رعایت شود اگر ورود ثالث تبعی باشد، قرار رد دعوی صادر میشود. در مورد جلب ثالث این تفکیک پذیرفته نشده است.)

تفاوت بین جلب ثالث تقویتی و شهادت شهود:

۱. چون از اصحاب دعوا حساب می‌شوند، می‌توانند از رای متضرر یا منتفی شود.
۲. در جلب ثالث جنسیت و تعداد اهمیتی ندارد ولی در شهود این موارد را قانونگذار مشخص کرده است.
۳. صرف اظهار می‌تواند منجر به شهادت شهود شود ولی برای جلب باید دادخواست داده شود.

تفاوت ختم دادرسی و تمام شدن دادرسی چیست؟ در ختم دادرسی رای صادر می‌شود ولی در تلم شدن دادرسی معمولا دادگاه نظر کارشناسی را اعلام می‌کند ولی رای بعدا صادر می‌شود.

آیین دادرسی مدنی 3

دکتر محسنی

جلسه هفتم

1401/2/6

ماده 137:

دادخواست جلب ثالث و رونوشت مدارک و ضمائم باید به تعداد اصحاب دعوا به علاوه یک نسخه باشد.

جریان دادرسی در مورد جلب شخص ثالث، شرایط دادخواست و نیز موارد رد و ابطال آن همانند دادخواست اصلی خواهد بود.

جلب ثالث با عدم ابلاغ به طرفین دعوا، موجب صدور قرار عدم استماع می شود. البته تا قبل از جلسه ی اول دادرسی خواهان میتواند دادخواست خود را استرداد (استرداد دادخواست)، تا پیش از پایان دعوا، دعوا را استرداد کند (استرداد دعوا) و بعد از آن دعوا دیگر ملک شخصی خواهان نیست، بلکه

شی ای مشترک، متعلق به دو طرف دعوا خواهد بود که در این حالت تنها میتواند انصراف کلی از دعوا را مطرح نماید.

دستور موقت

طواری ای داریم که ناشی از اقدامات تامینی و موقتی هستند.

اقدام تامینی:

تامین از واژه ای امن گرفته شده است. هر آنچه که تامین شده باشد یعنی در حاشیه ای امنیت قرار میگیرد. امنیت در برابر همه چیز از جمله عوامل طبیعی و انسانی. اقدامات تامینی عمدتاً شامل تامین دلیل (موضوع آن در حاشیه امنیت قرار دادن دلایلی است که امکان از بین رفتن آنان وجود دارد)، تامین هزینه دادرسی (هدف آن مقابله با دعاوی واهی است)، تامین اتباع بیگانه (هدف حمایت از ایرانیان در دعاوی با غیرایرانیان که ممکن است از کشور خارج شده و دسترسی به آنان ممکن نباشد) و آخرین مورد که در این جلسه بررسی می شود، تامین خواسته است.

تامین خواسته یعنی خواسته ای دعوا را که نزد خواننده هست، قبل از صدور حکم در حاشیه ای امن قرار دهیم. نکته ای مهم این تامین غافلگیرکننده بودن آن است، چرا که رسیدگی به تامین خواسته غیرترافعی و غیرتنازعی است.

کارکرد تامین خواسته در حاشیه ی امنیت قرار دادن خواسته به منظور حمایت از شرایط خواهان در زمان قبل از صدور حکم است، البته با وجود شرایطی.

نکته ی دیگر در خصوص اقدامات موقتی ست. که فرق آن با اقدامات تامینی این است که هدف اقدامات موقتی، نوعی حل و فصل موقتی دعواست و اساساً با هدف تامین خواسته که به اصل دعوا کاری نداشت، متفاوت است.

1) پس اولین تفاوت این است که هدف اقدامات موقتی، نوعی دادرسی فوری است و می خواهد در مورد آنچه محل اختلاف هست، فوراً دادرسی را انجام داده و عملیات اجرایی را به اتمام برساند در حالی که هدف تامین خواسته، در حاشیه ی امن قرار دادن خواسته است. این اقدامات موقتی بسیار متنوع و پراکنده است؛ یک نوع آن دستور موقت است که در قانون آیین دادرسی مدنی گفته شده.

دستور موقت در سه نوع صادر می شود؛

1. توقیف مال

2. الزام به انجام کار

3. منع از انجام کار.

معمولاً توقیف مال با اقدام تامینی اشتباه گرفته می شود اما یک فرق مهم میان آنهاست.

در هر صورت، دادرسی های فوری بسیاری وجود دارد که از ملحقات اقدامات موقتی هستند اما الزاما دستور موقت به معنای آیین دادرسی نیستند. مثل دستور موقت در قانون خانواده، دستور موقت در مأموریت های اداره که میتوان گفت در دیوان عدالت اداری مطرح کرد دستور اداره شخص را متعذر و متعسر میکند، همینطور است قرارهای تاخیر اجرا و ...

م 310: ذیل مبحث ششم دادرسی فوری

م 108: ذیل مبحث اول تامین خواسته

فرق توقیف ناشی از تامین خواسته و توقیف ناشی از دستور موقت یکی از فلسفه ی آنهاست که گفته شد،

2) دیگری این است که مالی که در تامین خواسته توقیف می شود، از اموالی -ست که قابل اندازه گیری باشند و معیار کمی در آنها صادق است. مثلا خواسته دعوا 200 میلیون ریال است و با تامین خواسته میتوان 200 میلیون ریال از محل اموال طرف مقابل، به هر شکل مال منقول یا غیرمنقول که باشد، توقیف کرد.

اما توقیف مال در دستور موقت، توقف و فریز کردن همان عین مال است. در این حالت مال موقوفه کاملا عین معین است. مثلا اگر یک دستگاه اتوموبیل پراید یا زمینی با پلاک ثبتی مشخص مدنظر است، خود این مال را با دستور موقت میتوان توقیف کرد. همچنین میتوان گفت این نوع توقیف مال با هدف

جلوگیری از نقل و انتقال حقوقی آن صورت میگیرد، در حالی که در تامین خواسته این گونه نیست.

تامین خواسته بحث دیگری دارد در خصوص تامین مال معین که باز هم ممکن است با دستور موقت اشتباه شود. باید گفت تامین مال معین نیز اقدامی تامینی است، یعنی این مال با توقیف نه به ملکیت طرف مقابل درمی آید و نه فریز می شود، فقط چون موضوع دعوا ادعای مالکیت در خصوص این مال است، میپذیریم که به عنوان خواسته ی دعوا، تامین شود. این تامین خواسته مال معین اغلب برای تضمین استرداد یک مال مقرر شده است، که بدل دارد اما همان عین مدنظر است.

پس با صدور فوری قرار تامین مسیر طولانی طرح دعوا تا عملیات اجرایی را کوتاه می شود. یعنی در نتیجه این قرار، عملیات اجرایی در اجرای احکام آغاز میشود.

تامین خواسته در چه مواردی صادر میشود؟

تامین خواسته و دستور موقت اصولاً باید توجیه شوند. یعنی دادگاه باید این درخواست را موجه بداند تا قرار را صادر کند.

م 108 غیر مستقیم شرایط موجه شدن قرار تامین خواسته را نیز بیان میکند. در یک تقسیم بندی کلی، پذیرش تامین خواسته یا به علت شرایط خواسته موجه می شود و یا اینکه اعمالی که خوانده انجام می دهد یا نمی دهد درخواست را موجه میکند. و یا اینکه خود خواهان شرایط قانونی اضافه ای را فراهم میکند و با این کارها درخواست خود را موجه میکند.

ماده 108 قانون آیین دادرسی مدنی:

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 تامین خواسته نماید و دادگاه مکلف به قبول آن است:

الف- دعوا مستند به سند رسمی باشد.

ب- خواسته در معرض تضییع یا تفریط باشد.

ج- در مواردی از قبیل اوراق تجاری وخواست شده که به موجب قانون،

دادگاه مکلف به قبول درخواست تامین باشد.

د- خواهان، خساراتی را که ممکن است به طرف مقابل وارد آید نقداً به صندوق

دادگستری

تبصره- تعیین میزان خسارت احتمالی، با در نظر گرفتن میزان خواسته به نظر

دادگاهی است که درخواست تامین را می پذیرد. صدور قرار تامین موکول به ایداع خسارت خواهد بود.

مورد الف، زمانی ست که خود موضوع دعوا موجه است چرا که مستند به سند رسمی و قوی ست. دادگاه برای حمایت از اسناد رسمی باید بلافاصله پس از طرح دعوا قرار تامین صادر نماید.

موضوع درج شده در سند رسمی حتما باید قابل اندازه گیری و قابل شمارش باشد. مثال رایج آن سند نکاح و مهریه ذکر شده در آن است.

در صورتی که موضوع نوشته در سند، مثلاً به ملک معین یا هر نوع مال دیگر غیرقابل اندازه گیری باشد، درخواست تامین خواسته در آن مورد قبول نیست ولی میتوان دستور موقت گرفت. برای مثال مالک ضمن دعوی خلع ید از ملک، دستور موقت عدم ساختمان سازی را بگیرد که ملک توقیف شده و خواننده نتواند تصرفی در آن انجام دهد.

مورد ب، وقتی ست که درخواست تامین به جهت اعمالی که خواننده در آن افراط یا تفریط میکند، موجه میشود. در این حالت مال به دلیل کارهای خواننده، در حال ضایع و تباه شدن است.

البته در این شرایط، خواهان باید ضمن درخواست تامین خواسته، دلایل و مدارکی مبنی بر کوتاهی یا افراط و تفریط خواننده ارائه دهد و این موضوع را اثبات کند.

مورد ج هم ناظر به زمانی است که پذیرش تامین خواسته با شرایط خواسته موجه میشود. استفاده از چک و اسناد دیگر تجاری باعث رشد و شکوفایی اقتصادی میشود و قانون برای حمایت از اینگونه معاملات اعتباری که به صورت درستی منعقد و اجرا میشوند، تامین خواسته را موجه دانسته تا از طرفی مردم از جرات فعالیت اقتصادی و معامله را از دست ندهند و از طرف دیگر با حمایت از دارندگان اسناد تجاری، آمار صدور چک بلامحل و موارد این چنینی را کاهش دهد. به این ترتیب درخواست تامین خواسته با در دست داشتن چک، برات، سفته و... دیگر اسناد تجاری به راحتی پذیرفته خواهد شد.

ماده 292 و 310 و 314 و 307 قانون تجارت موارد اسناد تجاری را بیان میکند. برات شامل سه طرف؛ براتکش، براتگیر و دارنده برات است، براتکش برات را به دارنده میدهد و او به براتگیر مراجعه میکند و براتگیر میتواند قبول یا نکول کند. چنانچه نکول کند دارنده برات میتواند به طرفیت براتکش و اخواست نکول طرح کند، و اگر براتگیر قبول کند اما مبلغ برات را پرداخت نکند دارنده باید و اخواست عدم تادیه بدهد. خود گیرنده برات هم میتواند و اخواست علیه

براتکش و صادرکننده طرح کند. واخواستی که منظور قانون آیین دادرسی است، واخواست عدم تادیه است.

سفته اما دو طرف دارد. اگر در سررسید متعهد وجه سفته را پرداخت نکرد، متعهدله میتواند واخواست طرح کند و بعد از اعتراض تامین خواسته بگیرد.

در مورد وصول چک هم قانون تجارت هم همین واخواست را قرار داده، اما چون چک بیشتر از باقی روش های پرداخت مورد اقبال و پذیرش قرار گرفته، در طول زمان قوانین ناظر به چک تغییر کردند و دیگر نیازی به واخواست نیست. همین که با ارائه چک به بانک و دریافت گواهی عدم تادیه از بانک، میتوان تامین خواسته گرفت. یعنی صرف همین گواهی جایگزین واخواست است و کفایت می کند.

رای وحدت رویه 536، مورخ 69/10/7 که در اختلاف بین نیاز به واخواست یا صرف گواهی عدم تادیه برای چک، بیان کرد با توجه به تغییرات ایجاد شده در خصوص قوانین چک، گواهی عدم تادیه به منزله و جایگزین واخواست است.

در دادگستری اداره ای به نام اداره واخواست وجود دارد که هر کس هر گونه واخواستی برای اسناد تجاری دارد به این اداره مراجعه میکند و اداره در برابر دریافت مبلغی، اخطاری برای صادرکننده میفرستد. و بعد از این مرحله، دارنده

ی سند، با ارائه و اخواست میتواند در دادگستری طرح دعوا کند و حتی بدون تودیع خسارت احتمالی، درخواست تامین خواسته او مورد قبول است.

البته قاعده در قانون تجارت این است که همین و اخواست است که سند را تبدیل به یک سند تجاری میکند و مورد حمایت های سریع حقوق تجارت قرار میدهد.

مورد د، شرایطی را بیان میکند که خود خواهان با انجام کارهایی درخواست تامین خواسته ی خود را موجه می سازد و با سپردن مبلغی معادل با خساراتی که احتمال دارد در جریان این کار به خواننده وارد شود، تامین را دریافت میکند. به این ترتیب خارج از فرایند طولانی دادرسی، اموال موضوع دعوا را توقیف میکند و به نوعی خیالش از بابت روند دادگاه راحت میشود. همینطور باید گفت در بسیاری از موارد، وقتی مالی توقیف میشود، خواننده تا حد زیادی از برگشتن مال ناامید شده و دیگر چندان پیگیر ماجرا نمیشود. مثلا امکان دارد از اعتراض و رسیدگی مجدد صرف نظر کند، یا با مصالحه و سازش موضوع را حل و فصل کند و... ممکن هم هست تلاش کند حقانیت خود را ثابت نماید اما به هر حال تامین خواسته، تضمین قوی ای برای خواهان است.

این خسارت را خواهان نقدا باید به صندوق تودیع بسپرد. چگونگی پرداخت و شرایط آن هم در تبصره ماده ذکر شده. قاضی براساس محتویات پرونده و دلایل موجود در خصوص میزان خسارت احتمالی و مبلغ مورد نیاز برای تودیع تصمیم

میگیرد. این موضوع به تشخیص دادگاه است و قابل اعتراض نیست. در صورت پرداخت خواهان و ارائه رسید در مدت مقرر (معمولا مدت تعیین می کند)، تامین خواسته صادر میکند. در صورتی که در مهلت تعیین شده، مبلغ را تودیع نکند، دادگاه قرار رد درخواست تامین خواسته را صادر می نماید.

تامین خواسته به شکل یک قرار صادر میشود که این قرار به طرف مقابل ابلاغ میشود. اما صرف درخواست تامین خواسته به طرف مقابل ابلاغ نمی شود و رسیدگی به آن غیرترافی است. به این ترتیب قرار تامین خواسته به خواننده ابلاغ می شود و او میتواند ظرف 10 روز از تاریخ ابلاغ به صدور درخواست تامین خواسته اعتراض کند. مثلا اعتراض به عدم واخواست سند، یا عدم ذکر مبلغ در سند و... پس قرار تامین خواسته علاوه بر اینکه غیرترافی صادر میشود، حتی ممکن است قبل از ابلاغ، اجرا شود. گاهی خواسته دارای ویژگی هایست که در صورت ابلاغ، امکان مخفی کردن یا جابه جایی مال هست. به همین علت قانون اجازه داده است که در مواردی که بیم این رفتار هست، بدون ابلاغ، اجرا شود.

م 116 :

قرار تامین به طرف دعوا ابلاغ میشود، نامبرده حق دارد ظرف ده روز نسبت به این قرار اعتراض نماید. دادگاه در اولین جلسه به اعتراض رسیدگی نموده و نسبت به آن تعیین تکلیف می نماید.

و 117:

قرار تامین باید فوری به خواننده ابلاغ و پس از آن اجرا شود. در مواردی که ابلاغ فوری ممکن نباشد و تاخیر اجرا باعث تضییع یا تفریط خواسته گردد ابتدا قرار تامین اجرا و سپس ابلاغ میشود.

ویژگی مهم تامین خواسته این است که فوراً و خارج از نوبت رسیدگی به پرونده باید به نظر قاضی برسد.

م 114:

نسبت به طلب یا مال معینی که هنوز موعد تسلیم آن نرسیده است، در صورتی که حق مستند به سند رسمی و در معرض تضییع یا تفریط باشد، میتوان درخواست تامین نمود.

درخواست تامین خواسته در سه مرحله قابل انجام است.

1) یکی از این مراحل، قبل از طرح دعوای ماهوی ست، که به محض صدور قرار تامین، خواهان باید ظرف مهلت معینی دادخواست خود را نیز طرح کند. در غیر این صورت، با درخواست طرف مقابل (خوانده)، از قرار تامین خواسته حتی اگر اجرایی هم شده باشد، رفع اثر داده می شود. اگر خارج از مهلت دادخواست اصلی طرح شود و تا آن زمان هم خوانده در خصوص این موضوع ایراد و درخواست رفع اثر از تامین خواسته نکرده بود، بعد از آن دیگر طرح ایراد ممکن نیست.

م 112:

در صورتی که درخواست کننده تامین تا ده روز از تاریخ صدور قرار تامین نسبت به اصل دعوا دادخواست ندهد، دادگاه به درخواست خوانده قرار تامین را لغو می نماید.

همانطور که گفته شد، مالی که موضوع تامین خواسته قرار می گیرد، باید قابل شمارش و اندازه گیری باشد. اما گاهی اینطور است که نفع موضوع دعوا هنوز به وجود نیامده یا تعهدی که شخص داشته، نقض نشده است، در شرایطی خواهان میتواند درخواست تامین خواسته بدهد. مطابق قواعد عمومی قراردادها و م 2 قانون آیین دادرسی، در مورد منافع آینده نمیتوان طرح دعوا کرد، اما

استثناا برای تامین خواسته، قانون گذار از این قاعده عدول کرده و گفته که در مورد دعاوی ای که هنوز موعد طرح آنها فرا نرسیده و هنوز خواهان نفعی در آن ندارد، طی شرایط بسیار استثنایی، قرار تامین خواسته را پذیرفته است.

م 114

در زمانی که خواهان دارنده سند رسمی باشد، قبل از سررسید طلب، یا موعد تسلیم مال و ... بدون طرح دعوی ماهوی میتوان درخواست تامین خواسته داد. اما نکته ی مهم این است که در چنین حالتی مهلت معین 10 روز برای طرح دعوی اصلی که پس از صدور قرار تامین خواسته شروع می شد، به نظر دکتر شمس و اکثر حقوقدانان این مهلت از زمانی تعیین می شود، که موعد طرح دعوی اصلی آغاز شود. چون قبل از آن اساسا طرح دعوا ممکن نیست.

بنابراین تامین خواسته را میتوان برای طلب ها یا اموال معینی که موعد تسلیم آن ها فرانسیده هم میتوان درخواست منوط به اینکه خواهان دارنده سند رسمی باشد، اما در دستور موقت چنین چیزی امکان پذیر نیست.

بعد از صدور قرار میتوان به آن اعتراض کرد که پس از رسیدگی و حکم دادگاه، این قرار قطعی ست. چنانچه اعتراض را بپذیرد قرار تامین خواسته را فسخ میکند، اما در صورتی که نپذیرد، اعتراض رد میشود و قرار رد اعتراض قطعی و غیرقابل تجدیدنظر است.

2) دومین حالتی که میتوان در آن تامین خواسته انجام داد، ضمن طرح دادخواست اصلی است.

میتوان در همان دادخواست اصلی، در ستون خواسته، علاوه بر مبلغ و موضوع خواسته، قرار تامین را نیز عنوان کرد.

3) اما حالت سوم، تامین خواسته بعد از صدور رای است. یعنی حکم صادر شده ولی به دلیل اینکه قطعی نیست و نمیتوان عملیات اجرایی را آغاز کرد، تا زمان قبل از قطعی شدن حکم می توان تقاضای تامین خواسته طرح کرد.

فرد میتواند قبل از صدور همان حکم بدوی و در جریان دادرسی (مثلا جلسه سوم)، و یا بعد از صدور حکم و به جهت قطعی نبودن آن نیز تامین خواسته را تقاضا کند که در این حالت اخیر شبیه تامین محکوم به است. که قبلا هم به آن همین تامین محکوم به میگفتند، اما الان تامین خواسته پس از صدور حکم غیر قطعی است.

تامین خواسته با درخواست یا ضمن و داخل همان دادخواست اصلی طرح می شود. اما اگر قبل از دعوی اصلی باشد هم معمولا در همان فرم دادخواست انجام می شود.

تامین خواسته را صرفا از همان دادگاهی که صلاحیت رسیدگی به اصل دعوا را دارد می توان تقاضا نمود. پس در حالت سوم که پس از صدور رای غیرقطعی است، درخواست تامین خواسته را باید به همان دادگاه بدوی که صلاحیت رسیدگی به اصل پرونده را دارد، داد.

تامین خواسته اقدامی تابع صلاحیت اصل دعواست، در حالی که در دستور موقت اینگونه نیست.

آیین دادرسی مدنی ۳

دکتر محسنی

جلسه هشت

۱۴۰۱/۲/۲۰

حکم یا حضوری است یا غیابی.

قرارها اصولاً غیابی هستند. (مخصوصاً قرار های تامینی و موقتی) بدین صورت که یک نفر درخواست می کند و دادگاه رسیدگی می کند.

به دو شکل می توان به قرار اعتراض کرد:

۱. اعتراض به اصل صدور قرار:

مانند قرار تامین خواسته که ظرف ۱۰ روز از تاریخ ابلاغ، در همان دادگاهی که آن را صادر کرده قابل اعتراض است. برای مثال می توان گفت که چرا قرار تامین خواسته، صادر شده در حالی که خواسته در معرض تضییع و تفریط نبوده؛ و یا چرا بعد از صدور قرار تامین، تامین اخذ نشده.

۲. اعتراض به شیوه صدور قرار:

مثال اعتراض به شیوه صدور قرار نیز بدین صورت است که مثلاً به بندی که قرار به آن مستند است اعتراض می کنیم و می گوییم که این بند قابلیت استناد ندارد و بند دیگری باید مورد استناد قرار گیرد. مثال عملی آن را در دادگاهی مشاهده می کنیم که قرار تأمین خواسته صادر کرده بود و تصورش این بود که چون خواسته مبتنی بر سند رسمی است، نیازی به تودیع خسارت احتمالی نیست، اما بعد یکی از طرفین معترض شده بود که این خواسته اش مبتنی بر سند رسمی نیست، بلکه سند رسمی یکی از ادله های او است.

برخی قرارها از جمله دستور موقت، به تنهایی قابل اعتراض نیستند، بلکه با رای نهایی قابل اعتراض است. یعنی اگر آن قرار صادر شد یا رد شد باید صبر کنیم رای دادگاه در آن پرونده صادر شود، سپس ضمن اعتراض به آن رای می توانیم به صدور یا عدم صدور آن قرار اعتراض نماییم.

گاهی مسئله اعتراض به کل منتفی است مانند تامین دلیل، چرا که قابلیت اعتراض ندارد و هدف آن حفاظت و نگهداری از دلایل است و جنبه دادخواهی ندارد.

قرار تامین خواسته برای این صادر میشود که خواسته‌ای که موضوع دعوا است فعلاً در حاشیه امنیت قرار بگیرد. نحوه اجرای قرار تامین خواسته با توجه قانون اجرای احکام مدنی است که به نوعی قانون مادر محسوب می‌شود و بقیه مقررات مربوط به اجرا در همه قوانین، به همین قانون ارجاع داده می‌شوند.

نحوه اجرای قرار تامین خواسته:

خواهان قرار تامین خواسته، باید تقاضای اجرای قرار تامین خواسته را به دادگاه بدهد. --> دادگاه دستور می‌دهد که در کنار پرونده اصلی، پرونده اجرایی نیز تشکیل شود و پرونده را به مدیر اجرا می‌سپارد. گاهی اوقات واحد اجرای احکام تشکیل می‌شود و جانشین مدیر اجرا می‌شود. --> اجرای قرار تامین خواسته با دادگاه نخستین است و واحد اجرای احکام بخشی از همان دادگاه نخستین است.

برای اجرای رای، یک سند جدیدی باید صادر شود به نام اجراییه.

پس منبع اجرا، رای است. این رای یا حکم است یا قرار.

فرایند اجرا:

۱. پرونده اجرایی تشکیل شود.

۲. یک سند جدیدی به نام اجراییه صادر شود.

۳. اجراییه ابلاغ شود.

اجراییه حاوی مشخصات دادبرده (محکوم له)، دادباخته (محکوم علیه) و محکوم به است. مهلت های قانونی نیز در آن ذکر می شود که بر اساس مالی یا غیرمالی بودن محکوم به و در صورت مالی بودن، منقول یا غیرمنقول بودن آن مال است.

۴. پس از گذشتن آن مهلت ها،

۵. عملیات قهری اجرا آغاز می شود.

عملیات قهری هنگامی آغاز می شود که در مهلت های قانونی، محکوم علیه طوعاً کاری انجام نمی دهد (مطیع نیست و خودش به اجراییه عمل نمی کند).

محکوم علیه در مهلت های قانونی، یا باید عملیات اجرایی را انجام دهد و یا فهرستی از اموال خودش را ارایه کند.

در اینجا بحث هایی در خصوص مخفی کردن اموال و فهرست غیرواقعی از اموال مطرح است. اینجاست که اگر معلوم شود فهرست اموال غیرواقعی بوده، ممکن است که محکوم علیه مجازات نیز شود.

قرار تامین خواسته چون قرار است، فقط ابلاغ دارد و دیگر اجراییه ندارد. اجراییه یک سندی است که برای حکم صادر می شود، نه قرار.

اجزای قرار: خود قرار، دستور اجرا، پرونده اجرایی، ابلاغ

در قرار تأمین خواسته، چه چیزی ابلاغ می‌شود؟ چون اجراییه ندارد، خود همان قرار تأمین خواسته ابلاغ می‌شود.

عملیات قهری چیست؟ به مجموعه عملیاتی در فرایند اجرا گفته می‌شود که بدون رضایت دادباخته (محکوم‌علیه) انجام می‌شود و دیگر اراده محکوم‌علیه تأثیر ندارد.

عملیات اجرایی رایگان نیست و جدا از هزینه دادرسی، مشمول هزینه است که به آن حق اجرا می‌گویند. (نیم عشر در دعاوی مالی)

تا قبل از سال ۹۴ که قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی تصویب شود، اجرای احکام تحت تأثیر قانون آیین دادرسی مدنی بود.

در ماده ۲ ق.آ.د.م می‌خوانیم: هیچ دادگاهی نمی‌تواند به دعوایی رسیدگی کند مگر اینکه شخص یا اشخاص ذی نفع یا وکیل یا قائم مقام یا نماینده قانونی آنان رسیدگی به دعوا را برابر قانون درخواست نموده باشند.

عین همین ماده را در قانون اجرای احکام مدنی نیز داریم.

در نتیجه این ماده، اجرای عملیات قهری تابع درخواست افراد بود و اگر فردی می‌خواست مالی را توقیف کند باید مشخصات آن را ارایه می‌داد. این وابستگی اجرای حکم به اراده محکوم‌له موجب عدم اجرای آرا می‌شد زیرا اطلاعات نبود و دسترسی به اموال محکوم‌علیه دشوار می‌شد.

در نهایت نهادی به نام شناسایی اموال ایجاد شد که محکوم‌له می‌تواند از آن بخواهد اموال محکوم‌علیه را شناسایی و اعلام کند.

نحوه اجرای عملیات قهری به نوع مال توقیفی بستگی دارد.

انواع مال:

۱. حقوق و مزایا

۲. منقول

۳. غیرمنقول

انواع مال غیر منقول و نحوه توقیف آن:

۱. ثبت شده: اداره اجرای احکام به اداره ثبت نامه می‌زند تا مالکیت فرد اثبات شود. پلاک ثبتی ملک را باید بدانیم.

۲. در جریان ثبت: امکان توقیف ندارد.

۳. فاقد سابقه ثبتی: همچون اموال منقول و با ترسیم حدود اربعه امکان توقیف دارد.

مال غیرمنقول ثبت شده:

۱. یا طلق است، یعنی سابقه توقیف ندارد.

۲. یا سابقه توقیف دارد. بدین معنا که فردی قبل از ما اقدام به توقیف آن کرده. در این صورت پس از فروش آن مال توسط نفر قبلی، اگر از ثمن آن مال چیزی اضافه آمد به ما می‌رسد. به عبارت دیگر، مازاد آن مال توسط ما توقیف می‌شود.

۳. یا در رهن جایی است. در این حالت ابتدا مرتهن حق خود را از مال مرهونه برمی‌دارد و سپس اگر چیزی ماند به ما می‌رسد.

روش های متنوعی برای توقیف اموال منقول وجود دارد.

خط تلفن و سهام و پول نقد نیز مال منقول محسوب و قابل ضبط هستند.

هر مالی که در ید محکوم‌علیه باشد قابل توقیف است. البته استثنائاتی بر آن وارد است.

اگر محکوم‌علیه، مالی در دست ثالث داشته باشد، اجرای احکام به آن ثالث نامه می‌زند بدین مضمون که اگر محکوم علیه مالی در دست ثالث دارد، نزد وی توقیف شود. اگر ثابت شود که ثالث دروغ گفته می‌توان از وی خسارت گرفت.

اگر محکوم‌علیه مالی در دست نماینده‌اش داشته باشد، (برای مثال: بانک) باید به آن بانک نامه زده شود تا آن مال به اندازه‌ی حق محکوم‌له توقیف شود.

مال غیرمنقول به صورت حقوقی توقیف می‌شود اما مال منقول به صورت حقیقی توقیف می‌شود.

بدین صورت که اگر مال غیرمنقول، یک خانه باشد، وضعیت حقوقی آن خانه توقیف می‌شود و کاری به سکنه آن خانه نداریم.

اما خودرو که یک مال منقول است، آن را ضبط می‌کنند و به پارکینگ می‌برند.

حقوق و مزایا را نیز می‌توان توقیف نمود. بدین صورت که با حکم دادگاه، به صورت ماهیانه از درآمد محکوم‌علیه کسر و به حساب دادگستری واریز می‌شود. اگر محکوم‌علیه مجرد باشد تا یک سوم و اگر متأهل باشد تا یک چهارم درآمد ماهیانه وی را می‌توان توقیف کرد. این روند تا زمان استهلاك دین محکوم‌علیه ادامه پیدا می‌کند.

دادورز: کسی که مامور اجرا به آن مأموریت می‌دهد؛ وی می‌تواند حتی اگر ساعتی در دست محکوم‌علیه و یا پول نقدی در جیب او باشد، آن را ضبط کند.

توقیف باید متناسب با قرار تامین خواسته باشد.

محل نگهداری اموال توقیفی:

از اموال توقیفی، آنهایی را که حجم کمی دارند و می‌شود جا به جا کرد را در اداره اجرای احکام نگهداری می‌کنند. اما آنهایی را که نمی‌شود در آن اداره نگهداری کرد و حجیم هستند، مانند خودرو، ابتدا از آنها صورت برداری می‌شود (یعنی می‌نویسند که مشخصات آن مال چیست و به چه صورت است و چه شرایطی دارد و مثلاً چه چیزهایی در صندوق خودرو قرار دارد) و سپس آن مال را تحویل کسی می‌دهند که از آن نگهداری کند و او می‌تواند بابت آن، مزد دریافت کند. وی را حافظ می‌نامند. حافظ مال در صورت خیانت، هم مسئولیت کیفری دارد و هم مسئولیت مدنی.

گاهی محکوم علیه می تواند خودش حافظ مال قرار گیرد.

مال که توقیف شد، اگر تامین خواسته بود به همان شکل می ماند و به فروش نمی رسد. دادرسی از کارشناس (یا ارزیاب) قیمت مال را استعلام می کند. وی موظف است به اندازه میزان تامین، مال توقیفی را نگه دارد، نه بیشتر.

تکلیف مال توقیفی چیست؟

مال توقیف شده تا زمان صدور حکم قطعی در توقیف باقی می ماند.

اگر رای به نفع خواهان صادر شود:

توقیف تامینی به توقیف اجرایی تبدیل می شود و مال به فروش می رسد.

اگر رای به نفع خوانده صادر شود:

مال، رفع توقیف می شود. خوانده نیز مستند به ماده ۱۲۰ ق.آ.د.م حق مطالبه خسارت دارد.

ماده ۱۲۰ ق.آ.د.م:

در صورتی که قرار تامین اجرا گردد و خواهان به موجب رای قطعی محکوم به بطلان دعوا شود و یا حقی برای او به اثبات نرسد، خوانده حق دارد ظرف بیست روز از تاریخ ابلاغ حکم قطعی، خسارتی را که از قرار تامین به او وارد شده است با تسلیم دلایل به دادگاه صادرکننده قرار، مطالبه کند. مطالبه خسارت در این مورد بدون رعایت تشریفات آیین دادرسی مدنی و پرداخت هزینه دادرسی صورت می گیرد.

مفاد تقاضا به طرف ابلاغ می‌شود تا چنانچه دفاعی داشته باشد ظرف ده روز از تاریخ ابلاغ با دلایل آن را عنوان نماید. دادگاه در وقت فوق‌العاده به دلایل طرفین رسیدگی و رای مقتضی صادر می‌نماید. این رای قطعی است. در صورتی که خوانده در مهلت مقرر مطالبه خسارت ننماید، وجهی که بابت خسارت احتمالی سپرده شده، به درخواست خواهان به او مسترد می‌شود.

سوال:

آیا محکوم علیه می‌تواند مال ضبط شده از خودش را با مال دیگری عوض کند؟

پاسخ:

مستند به ماده ۱۲۴ ق.آ.د.م، مالی را که به عنوان جایگزین معرفی می‌کند، یا باید وجه نقد باشد، یا مانند وجه نقد باشد مانند اوراق بهادار، یا اگر وجه نقد یا شبیه آن نباشد باید از جهت سهولت در فروش، ضعیف‌تر از مال توقیفی فعلی نباشد و یا رضایت محکوم له را جلب کند. به این عمل می‌گویند تبدیل تأمین.

ماده ۱۲۴ ق.آ.د.م: خوانده می‌تواند به عوض مالی که دادگاه می‌خواهد توقیف کند و یا توقیف کرده است، وجه نقد یا اوراق بهادار به میزان همان مال در صندوق دادگستری یا یکی از بانک‌ها، ودیعه بگذارد. همچنین می‌تواند درخواست تبدیل مالی را که توقیف شده است به مال دیگر بنماید مشروط به اینکه مال پیشنهاد شده از نظر قیمت و سهولت فروش از مالی که قبلاً توقیف شده است کمتر نباشد. در مواردی که عین خواسته توقیف شده باشد تبدیل مال منوط به رضایت خواهان است.

توقیف محصولات کشاورزی نیز به جهت حمایت از کشاورزی باید تحت شرایط مندرج در ماده ۱۲۷ ق.آ.د.م صورت بگیرد.

ماده ۱۲۷ ق.آ.د.م: از محصول املاک و باغ‌ها به مقدار دو سوم سهم خوانده توقیف می‌شود. اگر محصول جمع‌آوری شده باشد، مامور اجرا سهم خوانده را مشخص و توقیف می‌نماید. هر گاه محصول جمع‌آوری نشده باشد، برداشت آن، خواه دفعتاً و یا به دفعات، با حضور مامور اجرا به عمل خواهد آمد. خوانده مکلف است مامور اجرا را از زمان برداشت محصول مطلع سازد. مامور اجرا حق هیچ گونه دخالت در امر برداشت محصول را ندارد، فقط برای تعیین میزان محصولی که جمع‌آوری می‌شود حضور پیدا خواهد کرد. خواهان یا نماینده او نیز در موقع برداشت محصول حق حضور خواهد داشت.

تبصره: محصولاتی که در معرض تضییع باشد فوراً ارزیابی و بدون رعایت تشریفات، با تصمیم و نظارت دادگاه فروخته شده، وجه حاصل در حساب سپرده دادگستری تودیع می‌گردد.

قانون اجرای احکام مدنی خوانده شود.

دستور موقت

دستور موقت با هدف دریافت یک دستور یا اقدام موقتی است برای اینکه از جهت دعوایی که مطرح هست حقوق خواهان در آینده حفظ شود.

مثال : فرض کنیم ملکی را خریده اید و طرف مقابل قرارداد شما حاضر به تنظیم سند رسمی نیست. شما دعوای الزام به تنظیم سند رسمی طرح می کنید. ضمناً متوجه می شوید که به هر دلیلی فروشنده معتقد است که معامله واقع نشده یا اگر واقع شده به سببی منحل شده و قصد دارد این ملک را به شخص دیگری بفروشد. از طرفی دعوا طرح کردید و اعلام کردید مالک هستید از طرف دیگر طرف مقابل به جای اینکه به خواسته شما تن دهد مدعی است می تواند این ملک را به دیگری بفروشد. اگر منتظر نتیجه دادرسی بمانید زمان زیادی نیاز دارد. و در عمل دسترسی به این مال منقول را دشوار می کند تا این مال به کسی که مدعی واقعی است برگردد. اینجا قانونگذار به شما اجازه می دهد ضمن دادرسی یا قبل از دادرسی (مثل تأمین خواسته) دستور موقت بگیرید و موقتاً برابر دستور دادگاه از نقل و انتقال این ملک جلوگیری شود. به این اقدام دستور موقت می گویند.

دستور موقت نام دیگری دارد تحت عنوان «دادرسی فوری» (فوراً یک دادرسی با هدف تعیین تکلیف آن وضعیتی که به حقوق و منافع خواهان خلل وارد می کند انجام می شود). دستور موقت هم به نفع خواهان است و در عین حال ممکن است موضع خوانده را تضعیف کند.

مصادیق دستور موقت :

- ۱- جلوگیری از نقل و انتقال ملک (مال موضوع دعوا) : همان مثال قبلی.
 - ۲- الزام به انجام کاری : مثلاً دستور موقت بگیرید فعلاً مغازه ای که محل اختلاف است باز شود.
 - ۳- جلوگیری از انجام کاری : مثلاً برعکس مثال قبل، مغازه بسته شود.
- برعکس تأمین خواسته، دستور موقت منحصراً جایی صادر می شود که باید یک حالت فوری وجود داشته باشد وگرنه دادگاه با دستور موقت موافقت نمی کند.

ویژگی های دستور موقت :

۱. دستور موقت در آیین دادرسی مدنی ما یک اقدام تبعی است. منظور این است که نمی شود درباره خواسته دعوا دستور موقت گرفت بلکه درباره حفاظت از خواسته دعوا آن هم به صورت غیرمستقیم می شود دستور موقت گرفت؛ یعنی اگر مثلاً خواسته دعوا الزام به تنظیم سند رسمی است نمی شود از دادگاه دستور موقت گرفت دائر بر الزام

به تنظیم سند رسمی چون این مسئله همان موضوع دعوا است و قرار است در این باره به صورت توافقی رسیدگی شود! اگر بنا باشد همان موضوع دعوا را با دستور موقت فوری رسیدگی کنیم دیگر دستور موقت به معنای واقعی و اصلی آن نیست. در این مثال باید دستور موقت مبنی بر منع نقل و انتقال مال گرفت. بنابراین شما نمی‌توانید از طریق یک اقدام موقتی درباره‌ی خواسته‌ی اصلی دعوا از دادگاه دستور موقت بگیرید. پس **خواسته‌ی دستور موقت باید متفاوت از خواسته‌ی دعوی اصلی باشد**. پس وقتی می‌گوییم یک اقدام تبعی است یعنی اینکه باید اصل دعوا طرح شود یا اگر طرح شده نهایتاً با دستور موقت مسئله حل و فصل نمی‌شود بلکه با رسیدگی دادگاه و اصل دعواست که تعیین تکلیف می‌شود. و وقتی می‌گوییم خواسته‌ی دستور موقت باید متفاوت از خواسته‌ی اصلی دعوا باشد منظور این است که دستور موقت نمی‌تواند جایگزین دادرسی که باید انجام بشود گردد بلکه با درخواست دستور موقت به طور غیرمستقیم از خواسته‌ی اصلی محافظت می‌شود.

۲. موقت بودن به معنای زمان‌دار بودن نیست. به این معنا نیست که دادگاه در تصمیم خود زمانی را مشخص می‌کند بلکه به این معناست که فعلاً دادگاه یک تصمیمی می‌گیرد تا بعداً تصمیم نهایی‌اش را اتخاذ کند. پس موقتی در اینجا به معنای چیزی مقابل تصمیم نهایی است.

۳. قانون درباره‌ی اینکه فوریت چه چیزی است معیاری نداده و به تشخیص دادگاه واگذار کرده اما خواهان می‌تواند ادله‌ی مربوط به فوریت را به دادگاه ارائه دهد. مثلاً تاییدیۀ بنگاه را ببرد که قرار است ملک به دیگری فروخته شود. در مورد کالا‌های تجاری خیلی اتفاق می‌افتد مثلاً کالایی هست که برای خواهان است و باید به او تحویل داده شود اما فرستنده‌ی کالا به متصدی حمل و نقل دستور داده که به شخص دیگری تحویل داده بشود و آن دستور را می‌تواند خواهان به دادگاه ارائه دهد و متعاقباً دستور موقت بگیرد چون اگر الان توقیف نشود وارد فرآیند تولید شده و به کالا‌های تجاری جدیدی تبدیل می‌شود. نتیجه این‌که حتی اگر دادگاه رای به نفع خواهان بدهد به آن کالای اولیه دسترسی پیدا نخواهد کرد.

۴. برخلاف تأمین خواسته که در چهار مورد صادر می‌شود و در سه مورد نیاز به پرداخت خسارت احتمالی نبود، در دستور موقت در همه‌ی موارد (انجام کار - جلوگیری از انجام کار - توقیف مال) همین که دستور موقت را درخواست کردید و دادگاه موافقت کرد باید تأمین بسپارید. پس اگر خسارت احتمالی پرداخته نشود دادگاه دستور موقت صادر نمی‌کند حتی اگر فوریت وجود داشته باشد.

۵. دستور موقت با رای مرحله‌ی نخستین لزوماً مرتفع نمی‌شود یعنی حتی اگر رای نخستین علیه خواهان باشد، دستور موقتی که قبلاً داده است از بین نمی‌رود. چون دستور موقت برای این صادر می‌شود که تا تعیین تکلیف نهایی پرونده از حقوق خواهان محافظت شود. به صرف صدور رای نخستین پرونده تعیین تکلیف نمی‌شود بلکه مرحله‌ی تجدید نظر خواهی و بعضاً فرجام‌خواهی وجود دارد. پس دستور موقت تا تعیین تکلیف نهایی باقی می‌ماند.

بنابراین: (۱) اگر رای به نفع خواهان صادر شده باشد دستور موقت هم باقی می ماند تا رای قطعی صادر شود. (۲) ممکن است رای به ضرر خواهان باشد که باز هم دستور موقت تا تعیین تکلیف نهایی باقی می ماند.

۶. در ایران هر قاضی که دستور موقت صادر می کند فوراً دستورش لازم الاجرا نیست. برای اینکه خواهانی که می گوید حالت فوری دارد، معلوم نیست اگر خواسته اش در حوزه قضایی اجرا بشود نظم حوزه قضایی بهم می ریزد یا نه. لذا پرونده در هر جای کشور که باشد رئیس حوزه قضایی باید با آن دستور موافقت کند. رئیس حوزه قضایی یعنی رئیس دادگستری آن حوزه قضایی. حوزه های قضایی عبارتند از بخش / شهرستان / استان. فلسفه تأمین خواسته با دستور موقت فرق می کند. هدف تأمین خواسته این است که دعوی که خواهان طرح می کند، خواسته اش در حاشیه امنیت قرار بگیرد (چیزی است بین خواهان و خوانده) اما در دستور موقت قبل از اینکه رأی نهایی صادر بشود یک دستوری دائر بر توقیف یا انجام یا عدم انجام می گیرید و ثانیاً این دستور تقریباً وضعیت پیرامونی دعوا را حل و فصل می کند. یعنی مثلاً در دعوی الزام به تنظیم سند رسمی وقتی خواهان دستور موقت می گیرد مبنی بر جلوگیری از نقل و انتقال، تقریباً فروشنده را نسبت به آن ملک بسیار محدود می کند و ممکن است این محدودیت هایی که به فروشنده وارد می شود تأثیری در روابط اقتصادی این شخص با دیگران داشته باشد. چون دستور یک جور دادرسی فوری است، علاوه بر اینکه قاضی باید دستور صادر کند واجب است که رئیس حوزه قضایی نیز نظارت داشته باشد. علت این نظارت اهمیت بسیار بالای آن است.

فوریت و قدمت وضعیت اعلام شده : اگر یک وضعیت فوری باشد که مخاطراتی (برای خواهان) دارد ولی از قبل بوده است. آیا تأثیری دارد؟ مثلاً کسی در ملک خودش استخری درست کرده که این استخر نشت آب دارد. این مسئله از ۱۰ سال پیش بوده اما حالت حادثی که همین حالا باعث شود خانه خراب شود نداشته است. آیا می شود گفت فوریت دارد اما چون از قدیم بوده دستور موقت ندهید؟ بعضی می گویند قدمت وضعیت فوری اثر دارد و نمی توان به آن ایراد گرفت. در مقابل بعضی می گویند قدمت موجب مفروض دانستن عدم فوریت نمی شود. ممکن است از چند ماه پیش این استخر داشته آب نشت می کرده و جلوی آن را نگرفته اند. اما این به این معنا نیست که فوریت وجود ندارد. حجم و دامنه خساراتی که ممکن است به وجود بیاید مثل روز اول است و چه بسا بیشتر شده باشد. دادگاه باید تشخیص دهد که گذشت زمان آیا موجب از بین رفتن حالت خطرناک شده یا خیر. اگر نشده، باید دستور موقت را صادر کند.

فوریت و امکان اعاده وضعیت : فوریت وجود دارد، ولی دادگاه بررسی می کند و می گوید که به هر حال می توان وضعیت را به حالت قبل برگرداند. آیا می توان با این استدلال دستور موقت نداد؟! مثلاً در همین الزام به تنظیم سند رسمی خوانده بگوید من می فروشم اما اگر خواهان رای گرفت معامله من نیز باطل خواهد شد. یا فرستنده کالای تجاری بگوید من کالاها را ارسال می کنم اگر خواهان رای گرفت کالای دیگری به او می دهم. امکان اعاده

وضعیت به حالت قبل حتی اگر وجود داشته باشد مانع احراز فوریت و صدور دستور موقت نیست. همین که برگشتن به حالت قبل دشوار است، مثلاً نیازمند اقدامات قضایی دیگری است، کافی است تا بتوانیم بپذیریم که امکان صدور دستور موقت وجود دارد.

مثال دیگر: شخصی جواز ساخت خانه ای ده طبقه ای جلو خانه شخص دیگری می گیرد. این ده طبقه اگر همین الان ساخته شود، به حالت قبل برگرداندن آن بسیار دشوار است.

دستور موقت نه تنها منافع خواهان را حفظ می کند بلکه ممکن است یک تضییقات و یک فشار هایی هم به خواننده و اشخاص ثالث وارد کند. اگر در کرونا دادگاهی مانع ورود مسافران می شد، مثلاً دستور موقت صادر می کرد که پروازها از فلان کشور به ایران انجام نشود، آنگاه ممکن بود دانشجویان (ثالث) نتوانند به کشور بیایند. در انگلستان زمانی یک بیماری گاوی رایج شد و کشور های عضو اتحادیه اروپا ورود گوشت از انگلستان را ممنوع کرده بودند. انگلستان هم از دادگاه حقوق بشر تقاضای تعلیق دستور کمیسیون اروپایی را خواسته بود. یعنی دستور موقت خواسته بود که این دستور کمیسیون اروپایی فعلاً اجرا نشود. اگر دادگاه با دستور موقت مورد تقاضای انگلستان موافقت می کرد، ممکن بود بیماری گاوی را به کشور های اروپایی وارد کند. اگر می گفت مخالفت می کنم ممکن بود مردم را از دسترسی به گوشت محروم کند. به هر حال دادگاه درخواست انگلستان را نپذیرفت با این استدلال که سلامتی مردم مهم تر است. پس دستور موقت آثار اجتماعی گسترده ای دارد. برخی معتقدند که قاضی که آگاهی کامل از ضوابط و فرهنگ یک کشور دارد معمولاً در تصمیمی که می گیرد هم به منافع طرفین دعوا توجه دارد و هم به آثاری که صدور دستور موقت برای جامعه خواهد داشت.

به نام خدا

جلسه ۱۰

تامین خواسته: همان خواسته اصلی را توقیف می کنیم

دستور موقت: در حاشیه دعوا چیز هایی از دادگاه می خواهیم که بعد از اینکه به رای رسیدیم بی اثر نشود. پس هدف این ۲ با هم فرق دارد

هدف تامین خواسته: خواسته ی قبل از صدور رای حفظ شود (تامین شود) و هدف از دستور موقت این است که فعلا حل و فصل شود

مثلا در الزام به تنظیم سند مهم ترین عامل که ان رای را بی اثر می کند نقل و انتقال است پس دستور می گیریم برای منع و نقل و انتقال آن

در استرداد کالا مهم ترین عامل که مانع استرداد کالا شود این است که کالا مصرف شود یا از کشور خارج شود، اگر به هر نحو کالا از بین برود دستور موقت می گیریم کالا را توقیف کنیم

مرجع صالح دستور موقت: اصولا جایی است که باید دعوا را طرح کنیم ولی یکی از ویژگی های دستور موقت این است که می شود از دادگاه هایی که مال در آنهاست هم درخواست دستور موقت کنیم

م ۳۱۱: پس اگر طرح شده همانجایی که طرح شده اگر طرح نشده در جایی که دعوا باید طرح شود. منطقی است زیرا این ها اقداماتی هستند برای دعوا و خصوصیت مستقل ندارند

مثال: کالایی را در تهران فروختیم و بناست که توسط یکی از شرکت های کشتیرانی به عراق برود می توانیم برویم در آبادان و تقاضای دستور موقت بگیریم مبنی بر منبع خروج کشتی ها از آبادان

م ۳۱۲: پس معیار وجود یا مورد حبس قرار گرفتن موضوع دستور موقت در همان حوزه قضایی است

حالا چند حالت داریم: ۱) یا دعوا را طرح کردیم که صدور و دستور موقت و اجرایش را از دادگستری آبادان می آوریم به دادگاهی که دعوا طرح کردیم اعلام می کنیم

۲) یا دعوا طرح نکردیم و برای اینکه مهلت ۲۰ روزه از بین نرود باید دعوا را در دادگاه صالح طرح کنیم نمی توانیم در آبادان طرح کنیم چون آنجا صلاحیت ندارد. صلاحیت در حدود همان مال است (شبه صلاحیت نسبت به اموال)

ولی دعوا را باید در دادگاه صالح طرح کنیم. اگر دادگاه صالح درخواست را قبول کرد که هیچ اگر نه، گواهی طرح دعوا درخواست موقت را می آوریم آبادان

بعد از آبادان هم گواهی می گیریم می بریم به جایی که دستوری موقت صادر شده چون آنجا هم منتظر است ما در ماهیت طرح دعوا کنیم. که مهلت ۲۰ روزه دچار اشکال نشود این مهلت اگر رعایت نشود به تقاضای خوانده از آن رفع اثر می کند

م ۳۱۸:

نکته پایانی دستور موقت: همانطور که تامین خواسته به علی مرتفع می شد. (موارد رفع تامین خواسته) مثلاً ظرف ۱۰ روز دادخواست نمی دهد یا موجب تامین مرتفع می شود یا اعتراض به قرار تامین می شود و ... عین همین ها در مورد دستور موقت هم هست

ق.گ پیش بینی کرده در مواردی دستور موقت مرتفع شود

موارد رفع:

۱) مثلاً رفتیم دستور موقت گرفتیم و کالا را هم در آبادان توقیف کردیم. هدف مقابل ممکن است به دادگستری بگوید من باید این را صادرات می کردم بعد می گوید تامین می سپرم که آزاد کنی--- (این جا جدال تامین هاست) یکی از اسباب رفع خواسته

م ۳۲۱: در صورت مصلحت: مثلاً صادرات ماسک که مردم نیاز دارند

پس کلمه مصلحت شاید تنها موردی است در ق.ادم آمده

یا مثل ۲ شریک در خصوص بازگشایی یا بسته ماندن مغازه اختلاف دارند شریک دیگر تامینی دهد که مغازه باز باشد.

دادگاه موافقت می کند برای اینکه مغازه برای زندگی و تامین معاش است

یکی دیگر از موانع رفع دستور موقت این است که گفتیم یک فوریتی باید وجود داشته باشد آن بر طرف شده باشد مثلا کالایی که می خواست ببرد آبادان خودش آن را بارنامه کرده باشد

یا مثلا ۲ شریک در مورد مغازه با هم صلح کردند و جهت فوریت رفع شده.

یکی دیگر از موارد هم عدم رعایت مهلت است (مهلت ۲۰ روزه)

۲۰ روز را رعایت نکنیم و طرف هم درخواست کند رفع می شود

مورد دیگر: دستور موقت اصولا رفع نمی شود یعنی اگر دادگاه نخستین به نفع حسن رای دهد ولی در ماهیت به زیان او رای دهد دستور موقت رفع نمی شود. خواهان که دستور موقت گرفت ولی رای نگرفت دستور موقت سر جای خود است تا مهلت تجدید نظر بگذرد یا تجدید نظر شود و قطعی شود (پس اصولا دستور موقت باقی می ماند تا زمان قطعی شدن).

دادگاه که تصمیم نهایی می گیرد ضمن تصمیمش قرار دستور موقت را هم لغو کند

در م ۳۲۴ تلویحا به این موضوع اشاره شده: گفته از تاریخ رای نهایی پس دستور رای موقت تا تاریخ صدور رای نهایی باقی می ماند.

حالا دستور موقت گرفتیم حکایت م ۱۲۰ شود که بتواند خسارت بگیرد و حقی هم برایش ثابت نشده باشد ولی یک تفاوتی است.

در تامین خواسته ق.گ صراحتا گفته دریافت خسارت ناشی از قرار تامین خواسته بدون تشریفات ا.د.م است یعنی حتی دادخواست هم نمی خواست ظرف ۱ ماه درخواست می داد و همان دادگاه رسیدگی می کرد و تصمیم می گرفت ولی در دستور موقت این را نگفته و فقط گفته می تواند خسارت بگیرد

اگر ق.گ در م ۱۲۰ گفته بدون رعایت تشریفات و... و در اینجا گفته می خواهیم خسارت دستور موقت را بگیریم باید دادخواست و هزینه دادرسی دهیم یا بگوییم این هم مثل همان تامین خواسته است؟ اصل بر تشریفات بودن است و در جایی ک ق.گ گفته باید دادخواست دهیم یا نه چون دادخواست دادن از لوازم تشریفات بودن و تشریفات بودن هم اصل است پس باید آن را رعایت کنیم

قبول یا رد دستور موقت مستقلا قابل اعتراض و تجدید نظر و فرجام نیست.

گفته مستقلا.

ولی ضمن دادگاه تجدید نظر برای اصل رای می توانیم به آن هم اعتراض کنیم چون دستور موقت تاثیری در ماهیت دعوا ندارد

م ۳۱۷: یعنی به این معنا نیست که اگر دستور موقت داد دائر بر توقیف کالاها در آبادان من در تهران حتما موفق می شوم.

پایان دستور موقت.

در ا.د.م ۳ طواری _ ایرادات خوانده شده:

دعای طاری (دستور موقت تامین خواسته)

طواری ناشی از اقدامات موقتی و تامینی

طواری ناشی از اقدامات دوستانه (سازش- داوری- میانجی گری)

طواری ناشی از رویداد های عامری (مرگ- زوال اهلیت- زوال سمت م ۱۰۵ فقدان اختیارات)

به علل مختلفی در همه نظام های حقوقی دنیا از روش های دوستانه حل و فصل اختلافات استقبال می شود (روش های دوستانه یا توافقی)

دادرسی مدنی هدفش حل و فصل اختلافات خصوصی مردم است (م ۳) هدف حل و فصل خصومت است

دعوی مدنی را طرح می کنیم که فصل خصومت شود. دعوی متقابل که به ادعای ما رسیده شود و برای فصل خصومت است.

م ۳ نگفته کشف حقیقت گفته فصل خصومت.

در م ۱۹۹ در بحث اثبات گفته دادگاه باید کشف حقیقت و واقع کند.

طبیعی است در چنین نظام فکری از استرداد دعوا و... استقبال می کنیم این تفکر آزادی گرایانه و ریشه در احترام به مالکیت دارد.

برای محقق شدن روش های دوستانه قانون سازش و داوری را آورده قبل از طرح دعوا دادخواست دهیم (غیر مالی) و تقاضای سازش کنیم برای دعوا نمی رویم دادگاه برای کسانی که می خواهیم با آن ها سازش کنیم تشکیل جلسه می دهد.

۲ جور سازش

۱) ابتدایی

۲) در جریان دادرسی

سازش نامه ابتدایی: پیش از طرح دعوا در دادگاه است. سازش نامه ای که تهیه می شود گزارش اصلاحی است. در آ.د.م ۲ گفتیم یکی از اعمال و تصمیمات دادگاه گزارش اصلاحی است و آن منظور اصلاح و اصلاح ذات البین است (چیزی که محل اختلاف است را سازش می کنیم)

این گزارش مثل رای دادگاه است و سند رسمی لازم الاجرا است.

گذشت ها و تعهداتی که داشتیم اگر طرفین رعایت نکردند می توان تقاضای صدور اجراییه بدهیم و به اجرای احکام می رود و پرونده اجرایی تشکیل می شود (به این سازش ابتدایی می گویند)

علت اینکه امروزه سازش ابتدایی درخواست نمی شود چون افرادی خارج از دادگاه آن را انجام می دهند.

پس ممکن است توسط پر شمار افراد دیگر سازش کنیم حالا یا سازش می تواند روی برگ عادی باشد یا به دفتر اسناد رسمی برویم در اینجا مثل گزارش اصلاحی یک گام جلو هستیم چون مثل اسناد لازم الاجرای ثبتی اجرا می شود می توانیم به دفاتر ثبت ببریم.

اما گاهی سازش را بیرون دادگاه انجام می دهیم : ۲ حالت دارد.

یا در دادگاه دعوایی داریم یا نداریم.

اگر دعوایی نداریم که باید به الزامات اخلاقی پایبند باشیم و به صورت قرارداد خصوصی می ماند

اما اگر دعوا طرح کردیم در دادگاه سازش نامه به صورت دفاع قابل طرح است

م ۱۸۱: صلح و فسخ و ... به صورت دفاع قابل طرح هستند نه دعوا
اگر گزارش اصلاحی در دفتر اسنادرسی انجام شد اجرای آن با اجرا ثبت است
پس:

اگر قبل از طرح دعوا سازش کردیم--- دادگاه گزارش اصلاحی صادر می کند
اگر طرح دعوا کردیم و بعد به دادگاه رفتیم و دادگاه گزارش اصلاحی صادر می کند
والا ممکن بیرون از دادگاه سازش کنیم:
۲ حالت دارد: ۱) اگر هنوز دعوا طرح نکردیم (بعدا به صورت دفاع می توان استفاده کرد)
۲) اگر هم دعوا طرح کردیم و بیرون از دادگاه سازش کردیم گزارش اصلاحی ۲ جور
است: عادی_رسمی

اگر سازش نامه رسمی است که ختم جلسه را اعلام می کند
اگر سازش نامه عادی است طرف را دعوت می کند و فرد باید آن را قبول کند اگر قبول
کرد گزارش اصلاحی صادر می کند
پس گزارش اصلاحی عمل قضایی نیست

اعتبار امر مطرح شده دارد و صلح در مقام تناظر هم قاطع و خاتم دعوا است
در صورت سازش به هر نحوی دادگاه رای نمی دهد اگر باید گزارش اصلاحی را صادر کند
مثل سازش ابتدایی پس از طرح دعوا و توافق در دادگاه یا پس از طرح دعوا با ارائه
دلایل صلح و حضور طرف و قبول او و صدور گزارش اصلاحی رای نمی دهد
اگر هم بیرون دادگاه با سند رسمی است دادگاه رای نمی دهد
در یک مورد رای می دهد

اینجا رای بی حقی است چون بخاطر دفاع رای می دهد چون به موجب ق.م سازش قاطع
و خاتم دعواست

م ۱۷۸: گفته در هر مرحله حتی اگر در دیوان عالی (نخستین / تجدید نظر/ اعتراض ثالث/ و
خواهی و...)

چرا؟ چون اصل فصل خصومت است

م ۱۷۹: اگر خواهان و خوانده ها هم متعدّدند باز هم مانع محسوب نمی شود

م ۱۸۰: هر ۴ مورد را گفت

م ۱۸۱: به موجب سند رسمی تقاضای سازش کردند اجرای آن هم مطابق اجرای اسناد رسمی است

م ۱۸۳: اگر سازش بیرون دادگاه باشد یا هر دو نفر می گویند ما سازش کردیم که هیچی ولی اگر یکی بگوید دادگاه باید هر ۲ طرف را دعوت کند بگوید آیا به صحت آن اقرار می کنیم یا خیر (فرضی را می گوید که دعوا اصلاح است اگر دادگاه دعوت کند و فرد حاضر نباشد و عذر موجه نداشته باشد دادگاه به رسیدگی خود ادامه می دهد)

م ۱۸۵: اگر سازش محقق نشود و افراد حین مذاکره باشند و بعد از سازش منصرف شوند آیا باید قاضی از این طرف ها چیزی استنباط کند؟ خیر اگر سازش شود دادگاه باید به دعوا رسیدگی کند و حق ندارد از این گفت و گو ها چیزی استنباط کند.

علت: در غیر این صورت افراد در سازش شرکت نمی کردند. برای تامین آزادی و ایجاد غیبت برای شرکت در مذاکرات اصلاحی آنچه طرفین با یکدیگر می گویند قابل استناد در رسیدگی بعدی نیست مگر اینکه خود طرفین توافق کنند.

پس:

(۱) آزادی در صحبت

(۲) ایجاد رغبت برای شرکت در مذاکرات اصلاحی

(۳) ۷۵۷ق.م می گوید صلح با انکار دعوا جایز است (پس در صلح و سازش شرکت کردیم ولی همچنان موضع ما انکار است).

اگر زرنگ باشیم در مذاکرات اصلاحی می گوئیم ضمن انکار دعوا در آن شرکت کردم.

م ۱۸۶: سازش ابتدایی است

م ۱۸۹: دادگاه متوجه می شود این ها نمی خواهند سازش کنند اگر دعوا را طرح کرده باشند به سازش ادامه می دهد در غیر این صورت آن را ارشاد می کند ارشاد به معنی الزام نیست.

نهاد دادرسی: سازش و میانجیگری دادرسی نبودند. در تجارت بین الملل که بین اتباع کشورهای مختلف انجام می‌شود در آنجا اصلی درست روش حل و فصل اختلاف داور است. یعنی وقتی که قصد دارند تجارت بین الملل انجام دهند، شرط داور می‌نویسند که در صورت اختلاف به حسب مورد به نهاد داور یا شخصی بعنوان داور مراجعه شود.

پس دادرسی است اما خصوصی نیست. خصوصی یعنی آن کسی که عمل دادرسی و رسیدگی را انجام می‌دهد با توافق خصوصی ما انجام می‌شود. مثلاً ما توافق می‌کنیم آقای X داور شود.

داوری قراردادی است و قرارداد در حوزه های مختلف داور نقش دارد. مثلاً وقتی به دادگاه ایرانی مراجعه می‌کنید، مگر در دادخواست می‌نویسید قانون مدنی مورد استناد قرار بگیرد؟! اگر هم ننویسید باز قاضی به حقوق مدنی استناد می‌کند که به آن قانون حاکم گفته می‌شود. یعنی ماهیت اختلاف بر اساس قانون حاکم حل و فصل می‌شود. ولی در داور می‌توانیم این قانون را انتخاب کنیم (۱) مثلاً بگوییم در قراردادی که ما منعقد کردیم، تابع قانون سوئیس است. (۲) آیا وقتی شما به دادگاه مراجعه می‌کنید آیین دادرسی می‌نویسید؟! مثلاً توافق کنیم در دادخواست، دادرسی حاوی فلان موارد باشد. اما در داور می‌توانید قانون حاکم بر آیین داور را هم مشخص کنید مثلاً توافق کنید بر اساس آیین دادرسی فرانسه باشد یا داور در ۵ جلسه انجام شود.

در داور می‌توانید در خصوص قانون حاکم بر قرارداد داور هم مقرراتی بنویسید. مثلاً قرارداد داور تابع حقوق فرانسه باشد، چگونه منعقد شود، آیا حتماً باید نوشته باشد یا شفاهی. قانون هر کشوری مقرراتی در آن هست و می‌توانید آنجا توافق کنید.

شرط داور یا قرارداد داور، شرط یا قراردادی الزام آور و لازم الاجرا است به چند معنا:

۱. خود طرفین به آن پایبندند و نمیتواند قرارداد داور را فسخ کنند البته چون محصول اراده خود طرفین است می‌توانند اقاله کنند ولی تا زمانی که طرفین اقاله نکردند معتبر است.

۲. برای دادگاه ها هم الزام آور است یعنی دادگاه ها دعاوی شما را که مشمول شرط داور هست نمی‌شنوند (صدور قرار عدم استماع) و ارجاع می‌دهند به داور چون خود طرفین شرط کردند که به داور رجوع کنند.

م. ۴۷۲ -> بعد از تعیین داور یا داوران، طرفین حق عزل آنان را ندارند مگر با تراضی.

از جهت ذات حل و فصل اختلاف، کار داور شبیه دادگاه است و ذاتاً حل اختلاف میکند اما تحت نظارت دادگاه است. رای داور قابل اعتراض و ابطال در دادگاه است. از طرفی دیگر در فرایند داوری، دادگاه در تشکیل داوری و تکمیل هیئت داوری نقش دارند یعنی دادگاه ها هم نظارت و هم پشتیبانی میکنند.

داوری چیست؟ داوری حل و فصل اختلافات طرفین توسط شخص یا اشخاص خصوصی که این اجازه را از توافق قرارداد طرفین دریافت میکنند برعکس دادگاه ها که اجازه حل و فصل اختلاف را از قانون دریافت می‌کردند. پس داوری، شیوه قراردادی حل و فصل اختلافات طرفین توسط شخص یا اشخاصی است که آنها انتخاب کردند.

قرارداد داوری تابع شرط عمومی قراردادها است. مینا و منشأ اعطاء حل و فصل اختلاف به داور قرارداد است و این قرارداد تابع قواعد عمومی قراردادها است.

موافقت نامه داوری دو جور است: ۱. بصورت شرط داوری است در ضمن عقد. ۲. بصورت قرارداد یا عقد داوری است.

فرق شرط با قرارداد چیست؟ شرط ضمن عقد دیگری است و جزیی از عقد است. قرارداد داوری یک قرارداد خصوصی بین طرفین است.

کسانی که در شرط داوری بعنوان داور معرفی میشوند، حق رد یا قبولی داوری را دارند؛ اگر قبول نکنند دو حالت دارد:

۱. اگر به شخصیت و اعتبار مثلاً دکتر محسنی توافق شده باشد، آن شرط از بین می‌رود. در این حالت باید طرفین دادگاه روند یا شرط جدیدی بگذارند.

۲. اما اگر شرط شده که اگر به اختلاف خوردند یکی از اساتید دانشگاه تهران متخصص در حوزه آیین دادرسی داوری کند؛ دو نفر رد میکنند و نفر سوم قبول میکند. رد آن دو نفر خللی در شرط وارد نمی‌کند.

م. ۴۷۷ -> داوران در رسیدگی و رای، تابع مقررات قانون آیین دادرسی نیستند ولی باید مقررات مربوط به داوری را رعایت کنند.

قرارداد داوری برای اختلافی بسته میشود که اکنون وجود دارد یعنی قراردادی روی میز است و اختلاف داریم و حالا میشینیم راجع به آن قرارداد مینویسیم. اما شرط مثل بقیه شروط که ممکنه خیار فسخ در آن اعمال شود یانه، ممکنه خسارت تاخیر گرفته شود یانه، این شرط برای اختلافات آینده است و اگر در آینده به اختلاف برخوردیم این شرط میگوید چه کنیم.

چه کسانی می‌توانند قرارداد داوری ببندند؟ هرکسی که میتواند دادگستری رود، میتواند قرارداد داوری ببندد.

م. ۴۵۴ - → کلیه اشخاصی که اهلیت اقامه دعوا دارند می‌توانند با تراضی یکدیگر منازعه و اختلاف خود را خواه در دادگاهها طرح شده یا نشده باشد و در صورت طرح در هر مرحله ای از رسیدگی باشد، به داوری یک یا چند نفر ارجاع دهند.

حتی ممکن است دعوا در دادگاه مطرح باشد اما الان شما قصد دارید به داور دهید؛ اگر در دادگاه مطرح باشد و شما توافق کنید که پیش داور روید، پرونده مثل دستور موقت، دچار توقف میشود و دعاوی طاری این پرونده همچنان باز می‌ماند تا صدور رای داور. این رای در پرونده میرود و قاضی باتوجه به رای داور تصمیم می‌گیرد.

چه دعاوی را میتوان به داوری ارجاع داد؟ اصولاً همه دعاوی که در حوزه حقوق خصوصی هستند قابلیت ارجاع به داوری دارند اما برخی دعاوی در حوزه حقوق خصوصی اهمیت بیشتری دارند و قانون آنها را محدود کرده مثل دعاوی ورشکستگی در حقوق تجارت قابل داوری نیست چون معمولاً ورشکستگی آثار مرتبط با نظم عمومی دارد و بهتر است در دادگاه‌ها بررسی شود. در حقوق خانواده، داوری بعنوان یک روش حل و فصل اختلاف در خانواده مطرح شده ولی اصل نکاح (آیا اصل نکاح وجود دارد یا نه؟) و فسخ آن و طلاق و نسب قابل داوری نیست چون تبعات اجتماعی و خانوادگی و آثار پر دامنه ای دارد و باید در دادگاه‌ها بررسی شود.

م. ۴۵۷ - → ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری پس از تصویب هیات وزیران و اطلاع مجلس شورای اسلامی صورت می‌گیرد. در مواردی که طرف دعوا خارجی و یا موضوع دعوا از موضوعاتی باشد که قانون آن را مهم تشخیص داده، تصویب مجلس شورای اسلامی نیز ضروری است.

اموال عمومی (م. ۲۶۰ قانون مدنی) و دولتی هم قابل ارجاع به داوری نیستند؛ چون اموال عمومی برای همه است. آیا همه توافق رجوع به داوری را کردند؟! همچنین اموال دولتی مالک آن دولت است و دولت، هیئت وزیران و رییس جمهور به معنای خاص و به معنای عام آن حاکمیت است. مثلاً دانشگاه تهران شخصیت حقوقی مستقلی از دولت دارد ولی اموال آن دولتی است که مالک آن دولت است.

لذا در اموال عمومی و دولتی دستگاه‌هایی که متولی بهره برداری این اموال هستند نمی‌توانند به داوری رجوع کنند چون در اختیار دولت است و اگر لازم است به داوری ارجاع شود باید از نیست وزیران اجازه بگیرند یا در برخی موارد باید مجلس رفت.

م. ۴۵۸ ، شرایط اختصاصی داوری است. باید موضوع و ملاک و شرایط داوری ذکر شود. قبول، شرط صحت موافقت نامه داوری نیست مگر اینکه داوری بر روی شخص معینی توافق شده باشد و او قبول نکند، در اینصورت از بین میرود.

م. ۴۵۸ - → در هر مورد که داور تعیین می‌شود باید موضوع و مدت داوری و نیز مشخصات طرفین و داور یا داوران به طوری که رافع اشتباه باشد تعیین گردد. در

صورتی که تعیین داور بعد از بروز اختلاف باشد، موضوع اختلاف که به داوری ارجاع شده باید به طور روشن مشخص و مراتب به داوران ابلاغ شود.

رابطه بین شرط و عقد داوری چیست؟ قاعده عمومی در حقوق قراردادها اینست که اگر عقدی باطل شود به تبع شروط ضمن عقد آنهم باطل است. اگر این حرف را در شرط داوری بزنیم پوچ است چون هر وقت ما نمی‌خواهیم به سراغ داور رویم، عقد را باطل می‌کنیم یا ادعای بطلان آن را می‌کنیم؛ مثلاً دادگاه می‌روم و می‌گویم قصد فسخ این قرارداد را دارم.

در یک دوره طولانی از داوری همیشه شرط را تابع عقد می‌دانستند و اگر اختلاف طرفین در خصوص اصل عقد بود و در صلاحیت دادگاه بود عملاً شرط داوری به ثمر نمی‌رسید. بعدها دکتترین استقلال شرط داوری ایجاد شد و گفته شد درست است که شروط تابع عقداند ولی وقتی که طرفین شرط داوری می‌گذارند منظورشان اینست که این شرط مستقل است؛ ولی بعداً خود طرفین می‌گفتند: نه منظور من چیز دیگری بود به همین دلیل تفسیر دیگری گفته شد که نیاز شرط داوری آن است که مستقل از عقد باشد و ضرورت دارد.

امروزه در قانون داوری تجاری بین المللی در همان مواد اول گفته شده که موافقت نامه داوری اعم از شرط یا قرارداد داوری مستقل از عقد هستند و از سرنوشت عقد اصلی تاثیر نمی‌پذیرند. پس اگر شما در یک قراردادی شرط داوری داشتید حتی اگر راجع به اصل قرارداد اختلاف داشتید پس این مسئله در صلاحیت داوری است (ماده ۱۶ قانون تجاری بین المللی) ولی قانون آیین دادرسی مدنی به این موضوع نپرداخته و حتی یکسری مواد قانونی هم دارد که موافق تاثیرپذیری عقد از شرط است. در قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۱۸ به همین شکلی که در ماده ۱۶ هست بوده. در ماده ۶۳۶ گفته شده بود که اگر طرفین برای تعیین داور به دادگاه مراجعه کردند یعنی شرط داوری گذاشته اند و به دادگاه رفتند و می‌گویند طرف مقابل حاضر نیست با من در خصوص اینکه چه کسی داور باشد توافق کند، شما برای ما داور تعیین کن؛ در این فرض اگر اختلاف راجع به اصل قرارداد داوری باشد دادگاه به آن رسیدگی می‌کند. قانون آیین دادرسی مدنی می‌گوید اگر هر یک از طرفین از انتخاب داور به هر دلیلی خودداری کند شما می‌توانی به دادگاهی که صالح رسیدگی به اصل دعواست مراجعه و تقاضای تعیین داور کنی. حالا طرف مقابل می‌گوید شرط داوری باطل است؛ دادگاه اول به این موضوع رسیدگی می‌کند. پس ادعاهای راجع به بطلان داوری در صلاحیت دادگاه نیست و فقط در این فرض دادگاه صالح است.

قانونگذار سال ۱۳۷۹ در م. ۴۶۱ جمله ابتدایی را حذف کرده (در قانون قبلی نوشته بود که در مورد دو ماده بالا هر گاه اختلاف راجع به ... باشد). م. ۴۶۱ مربوط به مواد

۴۶۰ تا ۴۵۹ است، نه اینکه دادگاه‌ها می‌توانند قرارداد داور را کنار بگذارند و راجع به اصل آن رسیدگی کنند.

لذا شرط داور مستقل است و م. ۴۶۱ هم در مورد م. ۴۵۹ و ۴۶۰ است. اینکه شرط داور یا اصل داور باطل یا معتبر است، در صلاحیت خود داور است.

داور توسط خود طرفین یا شخص ثالث انتخاب می‌شود؛ مثل مهریه. شخص ثالث یا شخص خصوصی است یا حتی می‌توان یک شعبه‌ای از دادگاه را تعیین کرد.

شرط یا قرارداد داور، لازم است اما با فوت یا حجر یکی از طرفین از بین می‌رود. چرا؟ اینکه دو نفر تصمیم می‌گیرند اختلاف خود را توسط داور معین یا نامعین حل و فصل کنند، وسیله‌ای شخصی است و ریشه در منافع خصوصی دارد. شخصی و خصوصی بودن در داور رکن است و حق یا خیار نیست که به ارث برسد. همه حقوق به ارث می‌رسند مگر حقوق شخصی. اما در انتقالات ارادی، اصولاً اگر دلیلی وجود داشته باشد مبنی بر اینکه منتقل علیه شرط داور را پذیرفته، به او منتقل می‌شود اما به شدت اختلافی است که منتقل می‌شود یا نه.

م. ۴۸۱ -> موارد زیر داور از بین می‌رود:

۱- با تراضی کتبی طرفین دعوا.

۲- با فوت یا حجر یکی از طرفین دعوا.

چه کسانی نمی‌توانند داور باشند؟ دو جور ممنوعیت وجود دارد. (۱) ممنوعیت مطلق (۲) ممنوعیت نسبی.

علیه ممنوعیت مطلق نمی‌شود توافق کرد و با توافق آن را کنار گذاشت. ولی در ممنوعیت نسبی می‌توان توافق کرد و اگر توافق نکنیم ممنوع است (دادگاه نمی‌تواند انتخاب کند ولی طرفین می‌توانند توافق کنند).

م. ۴۶۶ -> اشخاص زیر را هر چند با تراضی نمی‌توان به عنوان داور انتخاب نمود:

۱- اشخاصی که فاقد اهلیت قانونی هستند.

۲- اشخاصی که به موجب حکم قطعی دادگاه و یا در اثر آن از داور محروم شده‌اند.

م. ۴۶۹ -> دادگاه نمی‌تواند اشخاص زیر را به سمت داور معین نماید مگر با تراضی طرفین:

۱- کسانی که سن آنان کمتر از بیست و پنج سال تمام باشد. ۲- کسانی که در دعوا ذی نفع باشند. و...

ذینفع بودن داور ---» مثلاً دو برادر سر ملکی با هم اختلاف دارند و پدر خودشان را داور معرفی میکنند. در پرونده ای پزشکی با مالکی اختلاف داشت و در دادگاه این اختلاف را به داور ارجاع داده بود؛ آقای پزشک پدرش را بعنوان داور معرفی کرده بود و مالک هم قبول کرده بود. هرچند پدر نتوانسته بود اختلاف این دو را حل کند ولی در صورت توافق میتوان این کار را انجام داد. گاهی طرفین قبول میکنند وکیل یکی از طرفین داور باشد.

داوری صرفاً تک داور نیست و گاهی هیئت داورى است که تعداد آن معمولاً ۳ داور است؛ یکی به انتخاب یک طرف و دیگری به انتخاب طرف دیگر و داور سوم به انتخاب این دو طرف است. اگر یکی از طرفین داور خود را انتخاب نکند، آن یکی از طرفین میتواند برای تعیین داور او و داور سوم به دادگاه مراجعه کند. یا حتی مثلاً من و آقای X داور خود را انتخاب کردیم ولی روی داور سوم توافق حاصل نمیشود و هریک از ما میتوانیم به دادگاه رجوع کنیم برای تعیین داور سوم.

تعداد داوران به انتخاب طرفین است. اما اگر نگفتند چند تا، منطقی ۳ نفر است. تعداد باید عدد فرد باشد تا بتوان رای اکثریت را از آن استخراج کرد.

م. ۴۶۴ -> در صورتی که در قرارداد داورى، تعداد داور معین نشده باشد و طرفین نتوانند در تعیین داور یا داوران توافق کنند، هریک از طرفین باید یک نفر داور اختصاصی معرفی و یک نفر به عنوان داور سوم به اتفاق تعیین نمایند.

اگر طرفین داور خود را انتخاب نکردند باید به دادگاهی که صلاحیت رسیدگی به اصل دعوا را دارد (دادگاه صالح به دعوی اصلی) رجوع کرد، ولی ما برای رسیدگی به آنجا نرفتیم.

داوری و داوران را خود طرفین انتخاب می‌کنند اما گفتیم چون دآوری ریشه در قرارداد و توافق دارد ممکن است که خود طرفین اختیار انتخاب داور را به شخص دیگری واگذار کنند. این شخص انتخاب کننده می‌تواند شخص ثالث باشد و یا حتی خود یکی از طرفین باشد. همچنین مرجع قضایی هم می‌تواند انتخاب کننده‌ی داور باشد به این صورت که شما می‌توانید در شرط دآوری بنویسید که داور را فلان شعبه از فلان دادگاه در کشور تعیین می‌کند و منعی ندارد.

تعیین داور و این که کسی تعیین کننده‌ی داور باشد نیاز به موافقت ندارد انگار خواهشی از شخص شده است اما آن کسی که به عنوان داور تعیین می‌شود باید دآوری را قبول کند. نه این که موظف باشد قبول کند در واقع باید قبول کند تا دآوری محقق شود. اگر دآوری شخص معین شرط باشد و او قبول نکند دآوری از بین می‌رود. اما اگر شخص معینی تعیین نشده و مثلا گفته شده یک حقوقدان، کارشناس و... به او مراجعه کرده و او حق دارد قبول کند یا خیر. در کارشناسی این‌طور نیست. کارشناس تکلیف دارد کارشناسی را انجام دهد مگر این که عذر موجهی داشته باشد.

هنگام بستن قرارداد ارتباط مثبتی بین طرفین هست و شرط دآوری را هم می‌نویسند وقتی اختلاف پیش می‌آید همه‌ی ارکان آن رابطه‌ی حقوقی شما تحت تاثیر آن اختلاف قرار می‌گیرد. مثلا سند را نمی‌دهد شما هم می‌گویید من هم داور را تعیین نمی‌کنم. حالا اگر کسی باید در انتخاب داور مشارکت می‌کرد و نکرد طرف مقابل می‌تواند به دادگاه صالح رسیدگی به اصل دعوا مراجعه کند. (نه دادگاه صالح رسیدگی به دعوی اصلی). دعوی اصلی در برابر دعوی طاری قرار می‌گیرد. اصل دعوا این‌جا مفهومی است که آن دادگاه ماهیت دعوا را می‌تواند استماع بکند.

اگر تعداد داوران مشخص نشده باشد، باید به صورت عدد فرد انتخاب شود. یعنی اگر شما تعداد داوران را ذکر نکرده باشید و مثلا گفته باشید این اختلاف توسط یک داور حل می‌شود. این یک داور ظهور در یک داور دارد اما چون دادگاه نمی‌داند این داور چه کسی هست. دادگاه یک داور برای متقاضی تعیین می‌کند یا اگر خودش تعیین کرده است آن را ملاک عمل قرار می‌دهد و یک داور هم برای طرف مقابل که در انتخاب داور مشارکت نداشته تعیین می‌کند و یک سرداور.

این قسمت ضبط نشده.

شخص ثالث ممکن است داور تعیین نکند. مثال: چون ماده‌ی ۴۶۰ آدم اجازه می‌دهد، در یک پرونده‌ای رییس دیوان عالی کشور را به عنوان انتخاب کننده‌ی داور تعیین کرده بودند. رییس دیوان عالی کشور عالی‌ترین مقام قضایی کشور است که کارش این نیست که برای مردم داور تعیین کند. ایشان هم گفته بود من خواهم یا نتوانم

داور تعیین کنم. در این صورت باید به دادگاه صالح رسیدگی به اصل دعوا مراجعه کنند و تقاضای تعیین داور کنند .

اگر درخواست تعیین داور به دادگاهی دادیم که صلاحیت رسیدگی به اصل دعوا را ندارد چه می‌شود؟ فرایند تعیین داور یک امر قضایی نیست که اگر در دادگاه غیر صالح تعیین شود به آن اعتراض شود. اصلاً دادگاه‌ها اگر در اصل دعوا صالح نباشند این درخواست را رسیدگی نمی‌کنند. ماده‌ی ۲۶ هم می‌گوید که تشخیص صلاحیت با دادگاه است. اما دادگاه‌ها معمولاً برای تعیین داور یک جلسه‌ای می‌گذارند و طرفین را برای آن جلسه دعوت می‌کنند مثلاً یک دادگاهی جلسه گذاشته بود و به طرف مقابل گفته بود داور را تعیین می‌کنی که در این صورت من تعیین نمی‌کنم. طرف مقابل هم داور را تعیین کرده بود. در این حالت دادگاه سردار تعیین می‌کند. بعضی از دادگاه‌ها جلسه نمی‌گذارند. و این را به صورت یک امر ادارات تلقی می‌کنند یعنی همین که شما درخواست می‌دهید نگاه می‌کنند که آیا قبلاً اظهارنامه دادید یا خیر. مهلت اظهارنامه گذشته است یا خیر. اگر شرایط ۴۵۹ و ۴۶۰ رعایت شده باشد سریع داور را تعیین می‌کند .

آیا داوری که دادگاه‌ها تعیین می‌کنند قابل جرح است؟ کلمه‌ی جرح از جراحات می‌آید. جراحی وارد کردن یعنی زخمی کردن. می‌دانید در مورد دادرسی از کلمه‌ی رد استفاده می‌شود و در مورد داور از کلمه‌ی جرح استفاده می‌شود که در اسناد و قوانین ما هم از جرح استفاده شده است. آیا می‌شود داوری را که دادگاه تعیین کرده است جرح کرد؟ بله می‌شود اما اسباب جرح چیست؟ جهات جرح چیست؟ قانون آیین دادرسی مدنی جهات جرح را نگفته است و فقط گفته است که داوری را که دادگاه تعیین می‌کند طرف مقابل می‌تواند ظرف ۱۰ روز آن را جرح کند. ماده ۴۵۹ آ.د.م.

بعضی‌ها می‌گویند جهات جرح همان جهات رد دادرسی است. چون در مورد بقیه‌ی مسائل مثل کارشناس که در درس ادله بررسی می‌شود، جهات رد کارشناس همان جهت رد دادرسی است. معمولاً رد همان است که برای دادرسی می‌گویند اما همیشه این‌طور نیست. مثلاً ما در قانون اجرای احکام مدنی رد داور داریم که هیچ شباهتی به رد دادرسی ندارد. و چون چنین است و قانون گذار نگفته که جهات جرح چیست رویه‌ی قضایی جهات جرح را محمول بر ممنوعیت‌های نسبی و مطلق می‌دانند. این ممنوعیت‌های نسبی و مطلق همان است که در مورد داوران گفتیم. که داوران یک ممنوعیت مطلق دارند و یک ممنوعیت نسبی. ممنوعیت مطلق آن است که هیچ کس نمی‌تواند آن‌ها را به عنوان داور انتخاب بکند و ممنوعیت نسبی آن است که دادگاه نمی‌تواند آن‌ها را به عنوان داور انتخاب کند اما طرفین می‌توانند توافق کنند که این‌ها داور باشند.

مدت داوری

مدت داوری از زمانی آغاز می‌شود که قبولی داوری اعلام شود. مدت داوری را قانونا طرفین تعیین می‌کنند. اما اگر طرفین تعیین نکرده باشند ۳ ماه است (ماده ۴۶۵ آ.د.م). طرفین حتی می‌توانند در جریان داوری مدت داوری را تعیین کنند و لازمونیست از قبل تعیین کرده باشند. یعنی ممکن است دادگاه مدت داوری را ۳ ماه تعیین کرده باشد و طرفین با داور نشست باشند و مدت را ۲ تا ۳ ماه کرده باشند یا ۳ ماه بعلاوه ۱ ماه یا کمتر. در ۳ ماه می‌شود رای داد و این‌طور نیست که مدت زمان کمی باشد .

یکی از علل و عوامل اصلی رقابت به داوری همین سرعت آن است. با طرح دعوا در دادگاه شما معمولا در عرض ۳ ماه به نتیجه نمی‌رسید .

رایبی که مدت داوری را رعایت نکند حکمش باطل است. بند ۴ ماده ۴۸۲ آ.د.م. اصطلاح صادر شدن یعنی داور رایش را بعد از مدت صادر کرده باشد داور می‌تواند صداقت نداشته باشد و رایبی را که بعد مدت داده با دست تاریخش را داخل مدت بنویسد. چون مرجع رسمی نیست و یکی فرایند ثبت رسمی که قابل کنترا باشد وجود ندارد. بخاطر همین قانونگذار می‌گوید صادر و تسلیم کرده باشد. درباره‌ی این تسلیم برخی می‌گویند باید فقط به دادگاه تسلیم کند. اما اشکال این نظر در این است که ممکن است دادگاه اصلا دخالتی در داور نداشته باشد. اصلا نه داور را تعیین کرده باشد و نه مرجع ابلاغ رای داور باشد. مثل داوری‌های سازمانی که اتاق بازرگانی انجام می‌دهد و اصلا به دادگاه کاری ندارد .

منظور از تسلیم فقط دادگاه نیست. پس منظور از تسلیم می‌تواند حتی تسلیم به طرفین باشد. این تسلیم می‌تواند تسلیم به مراجع بالادستی سازمان داوری باشد مثلا دبیر کل. شما باید رای را در مدت داوری بدهید و همچنین به دبیرکل تسلیم بکنید. برای این که قانونگذار می‌خواهد کنترل کند تا شما تاریخ رو تغییر ندهید. پس تسلیم این‌جا به معنای تسلیم به دادگاه می‌تواند باشد اگر دادگاه دخالتی در فرایند داوری کرده باشد. اگر دادگاه هیچ دخالتی در داوری نداشته باشد تسلیم در این‌جا آن فرایندهای مثلا در داوری‌های سازمانی است که گفتیم. مثلا کانون وکلا یک اتاق داوری دارد شما باید رای را در مدت داوری صادر بکنید و در مدت به مسئول کانون وکلا تسلیم بکنید. یا ممکن است نه سازمانی باشد نه دادگاه. اگر ابلاغ رای با دادگاه است باید به دادگاهی که رای داور را ابلاغ می‌کند تسلیم بشود. رای داور را همانطور که دادگاه اجرا می‌کند ابلاغ هم می‌کند. اگر شما برای ابلاغ فرایندی تعریف نکرده باشید.

دادگاه صالح رسیدگی به اصل دعوا صالح است. پس اگر سوال شد دادگاه صالح رسیدگی به اصل دعوا چه صلاحیت‌های دارد باید همه‌ی موارد را بنویسید مثل تعیین داور ابلاغ رای داور، جرح داور، اعتراض به رای داور، اجرای رای داور، ابطال رای داور و به طور کل یک مجموعه‌ای از صلاحیت‌ها در حوزه‌ی داور دارد.

یک مجموعه‌ای از صلاحیت‌ها در حوزه‌ی داور دارد. اقامه‌ی دعوا نزد داور تابع تشریفات آ.د.م نیست و سلیقه‌ای است. اما مقررات باب داور باید رعایت شود.

روش استاد: من خودم همیشه از خواهان داور می‌خواهم که از فرم دادخواست استفاده کند. الزامی وجود ندارد و می‌توان تایپی و حتی دست‌نویس در برگه A4 بنویسد. ولی من برای ایجاد نظم و مشخص بودن خواهان و خواسته و دلیل می‌گویم در فرم بنویسند و به تعداد داوران بعلاوه تعداد خواندگان بعلاوه یک نسخه برای این که داور یک نمونه نگه دارد بیاورند. و کاملاً منعطف برخورد می‌کنم. یعنی اگر کسی نگفت نمی‌توانم یا مثلاً سوادش را ندارم از او می‌خواهم تا خواسته‌اش را بگوید و خودم می‌نویسم. حتی شده من در پرونده‌های پروژه‌های پیمانکاری از خواهان می‌خواهم یک زوم‌کن از مستندات پیمانکاری‌اش که به صورت فرانس شده باشد به ادعایش که در برابر داور می‌خواهد طرح کند تهیه کند. مثلاً ادعای شماره ۱: در زوم کن پیوست شماره ۱۰. با این روش شما خیلی سریع می‌توانید دلیل را پیدا کنید و به داور در پیدا کردن اسناد و مدارک کمک می‌کند. و همه‌ی این‌ها سلیقه‌ای است.

اتاق بازرگانی چیزی شبیه دادخواست دارد و باید فرم مخصوصی را پر کنید.

حق الزحمه داور برعهده دوطرف است و مثل حق دادرسی نیست. در دادرسی هزینه‌ی دادرسی حق الزحمه قاضی نیست. حق الزحمه‌ی قاضی را دولت در قالب حقوق به او می‌پردازد. هزینه‌ی دادرسی برای پول برق و کاغذ و سالن و... پرداخت می‌شود. اما حق الزحمه داورى واقعا حق الزحمه داور است. یک اجرت و مزدی است بر عده‌ی طرفین. اگر یکی از طرفین همان‌طور که در تعیین داور مشارکت نمی‌کند در هزینه‌ی داورى هم مشارکت نکرد یک طرف باید تمام هزینه را بدهد و در نهایت بعد از حکم از طرف تقاضا بکند و نصف حق الزحمه را از او بگیرد.

هزینه‌ی دادرسی به چه کسی پرداخت می‌شود؟

ممکن است داور با طرفین قرارداد مالی داشته باشد که منعی بر آن وجود ندارد. اگر هم طرفین در مورد حق الزحمه داورى توافق نکرده باشند دادگاه بر اساس آیین‌نشانه‌ی تعرفه‌ی حق الزحمه داورى حق الزحمه داور را تعیین می‌کند و یک نقاب‌های مشخص ۲٪، ۳٪ و ۵٪ دارد.

داورى طبعا در مواردی از بین می‌رود:

با توافق طرفین

با فوت و حجر یکی از طرفین

با عدم تمایل شخص معین

با صادر نشدن رای در مهلت داوری

با باطل کردن رای داوری توسط دادگاه

با زوال دعوا

پس از از بین رفتن داوری، رسیدگی به اختلاف در صلاحیت‌ها دادگاه است. البته بعضی‌ها اعتقاد دارند (مثل مرحوم دکتر واحدی) که اگر دادگاه رای داور را باطل کند، فقط رای از بین می‌رود و شرط داوری باقی است و باید دوباره مراجعه کنند برای تعیین داور.

پس از صدور رای، رای داور به چه شکلی است؟ این هم سلیقه‌ای است. هر داوری برای خودش سبکی دارد.

روش استاد: رای داوری ۲۰۰ صفحه‌ای هم داشته‌ام و هم‌چنین رای داوری ۳۰ صفحه‌ای هم داشته‌ام. و رای داوری حاوی همه‌ی تحولات و فرایندهای رسیدگی داوری است. از جمله مشخصات طرفین، نمایندگان، داورها، مرجع ارجاع دهنده‌ی داوری، گردش کار، دفاعیات و لایحه. البته توجه داشته باشید که این اطلاعات هم می‌توانند نباشند و باز هم سلیقه‌ای است.

رای حاوی دو بخش است. ۱. بخش استدلال‌های رای. این‌جا کسی که محکوم می‌شود مشخص می‌شود.

۲. بخش اجرایی رای.

سپس برای دادگاه ارسال می‌شود تا دادگاه رای را ابلاغ کند. برخی هم این‌قدر جزئیات ندارند و رای داوری یک صفحه‌ای است.

همان‌طور که طرفین و شخص ثالث می‌توانند به رای دادگاه اعتراض بکنند و برای شکایت از آرای غیبی = <واخلاقی

شکایت از آرای حضوری = < تجدید نظر

ادعای نقض قوانین و مقررات = < فرجام خواهی

ادعای تقلب = < اعاده‌ی دادرسی

(البته اعاده‌ی دادرسی بنابر م ۴۷۷ آ.د.م به دستور رئیس قوه‌ی قضاییه هم می‌تواند صورت بگیرد).

اگر شخص ثالث اعتراض داشته باشد = < اعتراض شخص ثالث.

در مورد رای داور رای غیابی نداریم چون رای غیابی مخصوص رسیدگی قضایی است و در فرضی اتفاق می افتد که بنابر م ۳۰۲ طرف حضور نیافته باشد، لایحه نداده باشد، ابلاغ واقعی صورت نگرفته باشد، نماینده حاضر نشده باشد. در داوری هیچ یک از این موارد قابل تصور نیست چون در داوری شرط تحقق داوری داریم شرط تحقق داوری همیشه حضور طرفین است. مثلا در ح مدنی بگوییم عقد بیع غیابی هم داریم. یک بحثی در ح مدنی داریم به نام عقد غائبان. یعنی عقدی که نمایندگان طرفین که یکی مثلا در ایران و دیگری در امریکا است، منعقد کرده اند. این جا غائبان به این معنی است که هر دو در یک مکان نیستند نه این که یکی غائب است و اصلا از عقد خبر ندارد. پس چون قرارداد همیشه حضوری است اعتراض به رای غیابی در آن منتفی است اما به این معنی نیست که اگر حقوق دفاعی شما در جریان داوری نقض شد قابل اعتراض نیست. اگر معلوم شود مثلا آدرس های غلط در اظهارنامه داده اند یعنی ظاهر تشریفات را رعایت کرده اند اما در واقع حقوق شما را برای تعیین داور و شرکت در جریان داوری نقض کرده اند از مصادیق نقض حقوق محسوب می شود که در دادگاه صالح رسیدگی به اصل دعوا قابل اعتراض است. در داوری تجدیدنظرخواهی هم نداریم یعنی این طور نیست که رای داور در دادگاه تجدید نظر استان مورد تجدید نظر قرار بگیرد. فرجام خواهی در دیوان عالی کشور هم نداریم. مساله ی اعاده ی دادرسی یعنی برگرداندن دعوا به همان دادگاه و دوباره دادرسی کردن که این جا داوری یک مهلتی دارد که تمام شده است که ممکن نیست. اما بنابر م ۴۱۷ آ.د.م اعتراض شخص ثالث به رای داور داریم.

رای داور چطور ابلاغ می شود؟

طرفین می توانند تعریف کنند که رای چطور ابلاغ شود در غیر این صورت بنابر م ۴۸۵ آ.د.م دادگاه ابلاغ می کند. چون رای داور به هیچ کدام از این طرق اعتراضی که گفتیم قابل اعتراض نیست پس رای داور لازم الاجراست. رای دادگاه نخستین که قطعی باشد معمولا کم است. اما رای داوری یک مرحله ای لازم الاجراست. وقتی رای را به دادگاه دادیم و دادگاه ابلاغ کرد ظرف ۲۰ روز بعد از ابلاغ می شود درخواست اجرا کنید. اما این مانع از این نیست که اگر محکوم علیه رای داوری برابر م ۴۸۹ رای داوری را واجد ایرادات و اشکالاتی که در این ماده بهش اشاره شده بینید تقاضای ابطال رای داور را بکنند. م ۴۸۹ چند بند آورده است و گفته رای داوری در موارد زیر باطل و بالاتر است و می توانی به دادگاه صالح رسیدگی به اصل دعوا درخواست بدهی. ممکن است مراجع ابلاغ رای داور متفاوت از مرجع صالح رسیدگی به اصل دعوا باشد. یعنی شما توافق کرده باشید که ابلاغ رای را فلان دادگاه انجام دهد که با دادگاه صالح رسیدگی به اصل دعوا متفاوت باشد. اصلا ممکن است شما در دیوان عالی کشور به داوری رفته باشید یعنی دیوان عالی شور شما را به داوری ارجاع داده باشد. این جا دادگاه ابلاغ رای دیوان است اما مرجع رسیدگی به اعتراض به رای داور دادگاه صالح رسیدگی به اصل دعوا است. تا ۲۰ روز امکان رد خواست ابطال رای وجود دارد و پس از ۲۰ روز دیگر نمی شود.

م ۴۸۹ آ.د.م :

رای داوری در موارد زیر باطل است و قابلیت اجرایی ندارد:

- ۱- رای صادره مخالف با قوانین موجد حق باشد.
 - ۲- داور نسبت به مطلبی که موضوع داوری نبوده رای صادر کرده است.
 - ۳- داور خارج از حدود اختیار خود رای صادر نموده باشد. در این صورت فقط آن قسمت از رای که خارج از اختیارات داور است ابطال می‌گردد.
 - ۴- رای داور پس از انقضای مدت داوری صادر و تسلیم شده باشد.
 - ۵- رای داور با آنچه در دفتر املاک یا بین اصحاب دعوا در دفتر اسناد رسمی ثبت شده و دارای اعتبار قانونی است مخالف باشد.
 - ۶- رای به وسیله داورانی صادر شده که مجاز به صدور رای نبوده‌اند.
 - ۷- قرارداد رجوع به داوری بی اعتبار بوده باشد.
- اولا غیر از این‌ها مورد دیگری نیست.
- تفسیر هر یک از این بندها محل بحث است.

بند اول: قوانین از یک جهت به قوانین مجری حق و قوانین موجد حق تقسیم می‌شوند. قوانین مجری حق مثل آ.د.م که خود قانون گفته داور ملزم به رعایت قوانین آ.د.م نیست اما قواعد باب داوری را باید رعایت بکند. پس قانون آ.د.م در زمینه‌ی داوری منهای آن بخشی که در باب داوری باید رعایت شود، مجری حق است. اما آیا قوانین موجد حق صرفا به معنای قوانینی است که مقابل قوانین مجری حق قرار می‌گیرد؟ آیا ما قوانین مجری حق که موجد حق باشد نداریم؟ البته که این قوانین موجود هستند و فراوان نیز هستند. به عنوان مثال، حق دفاع یا حق اعتراض که عمده ترین حقی است که در قوانین مجری حق می‌باشد ولی موجد حق نیز هست. یعنی رعایت حقوق دفاعی مثل ابلاغ برای اینکه رایی که بدون حقوق دفاعی صادر می‌شود رای بی‌معنا و بدون اعتباری است. رای ناقض حقوق دفاعی رای خلاف قوانین موجد حق است. درست است که در حقوق آیین دادرسی حقوق دفاعی بحث می‌شود اما باز هم موجد حق است. برخی گفته‌اند حالا که اینگونه است، قوانین موجد حق یعنی قوانین ماهوی. قوانین مجری حق یعنی قوانین آئینی و شکلی. مساله این است که اگر رای داور مخالف قانونی باشد که برای هریک از طرفین حقی ایجاد کرده است، شما می‌توانید تقاضای ابطال کنید. حالا این قانون، قانون ماهیتی باشد یا شکلی. البته قانون شکلی نباید قانونی باشد که خود مقررات داوری گفته‌اند لازم نیست رعایت بشود.

بند دوم) می‌گوید داور نسبت به مطلبی که موضوع داوری نبوده رای صادر کرده است. یک وقت می‌گوییم موضوع داوری اختلاف مربوط به تحویل یک آپارتمان است. داور آمده هم راجع به تحویل اظهار نظر کرده و هم راجع به اجرت المثل. در شرط داوری راجع به اجرت المثل توافقی نشده بود پس رای داوری در آن بخشی که داخل موضوع داوری است درست است.

آن بخشی که خارج از موضوع داوری اظهار نظر شده است را باطل می‌کنیم نه همه‌ی رای را. پس ملاک شرط داوری است. بنابراین هرچه بیشتر از آن رسیدگی کرده باشند چون مورد خواست طرفین نیست باطل است.

بند سوم) حدود و اختیارات در شرط داری و طبعاً در تصمیم دادگاه برای تعیین داور می‌شود. اگر خارج از حدود این شرط و آن تصمیم (اختیارات داور تعیین شده) باشد باطل است. مثلاً به داور اختیار دادند که رای داوری بدهد مثلاً مشخص بکند که مالک ملک چه کسی است. حالا داور نه تنها به این شرط داوری رسیدگی کرده، ملک را تقسیم هم کرده است. آیا تقسیم از اختیارات داور بوده است؟ خیر. توجه داشته باشید که اختیارات داور محدود است. مثال دیگر این خصوص آن است که ما در شرط داوری آورده باشیم که مثلاً خصوص خواسته‌های ردیف ۱ تا ۵ رای اکثریت داوران ملاک است و در خصوص خواسته‌های ردیف ۵ تا ۱۰ اکثریت مطلقشان.

بند چهارم هم قبلاً به آن پرداختیم.

بند پنجم) دفتر املاک که به آن اداره‌ی ثبت اسناد املاک هم می‌گویند اداره‌ای است که در آن مشخص می‌شود که مالک رسمی یک ملک چه کسی است. ممکن است که یک کسی که مالک نیست روی یک ملک دست بگذارد و شرط داوری بنویسید و رای هم به نفع خودش بگیرد. اما این رای داوری با آن چه در دفتر املاک است در تعارض است و کس دیگری مالک است. چون شرط داوری خصوصی و توافقی است ممکن است مردم بخواهند از طریق رای داوری آن چه را که در دفتر املاک بعنوان مالک درج شده را هم تغییر بدهند.

آیا داور می‌تواند حکم به الزام به تنظیم سند رسمی بدهد؟ بله می‌تواند. بی‌عیب در خصوص ملکی که دفتر املاک گفته مالکش کیست انجام شده. فروشنده که مالک در دفتر املاک است بیع کرده و خریدار می‌گوید به من منتقل کنید. سند مالک و سند ناقل راداً گاه بررسی می‌کند و حکم به الزام به تنظیم سند رسمی می‌دهد. این منافاتی با دفتر املاک ندارد. زمانی با دفتر املاک منافات دارد که کسانی که به داوری مراجعه کرده‌اند همان کسی نیست که در دفتر املاک ملک به نام او ثبت شده است. مثال: در دفتر املاک نوشته شده آپارتمان شماره ۱۰ به نام آقای شکوهی است. دو نفر رفتند برای خودشان یک شرط داوری نوشتند من این ملک را به تو فروختم و من هم از تو خریدم. آقای کلانتریان هم داور است. داور هم نهایتاً حکم می‌کند به الزام تنظیم سند رسمی. از دادگاه هم

می‌خواهند اجراییه صادر کند. دادگاه هم نامه می‌زند که بر اساس رای آقای کلانتریان ملکی که به نام آقای هاتفی است به نام آقای ازلگینی بزن. آقای هاتفی می‌تواند به دادگاه برود و تقاضای ابطال رای دادگاه را بکند چرا که اصلا این ملک به نام او نیست. به این‌جا اختلافات باید دادگاه‌ها رسیدگی کنند.

بند ششم) در مفهوم بند ششم اختلاف است. نظر استاد: بر اساس نخستین شرح و تفسیرهایی که برای این بند نوشته شده است بخصوص دکتر مصدق در کتاب دستور در محاکم حقوقی گفته است منظور از این بند این است که تشریفات صدور رای توسط داوران رعایت نشده باشد مثلا اگر هیئت داورى سه نفره هست قانون می‌گوید داوران باید شور کنند و پس از شور رای بدهند. سرداور این را رعایت نمی‌کند و با حضور یکی از طرفین رای می‌دهد. دلیلش هم این است که من طرف دیگر را دعوت کردم اما نیامد. قانون گفته است که در صورت نیامدن باید دعوت از او و استنکافش از صدور رای را در رای بیاورید. یکرویه در داورى‌ها رایج بود که البته امروزه اصلاح شده است که داور طرفین را برای جلسه‌ی صدور رای دعوت می‌کرد و کسی که می‌دانست را داور چیست نمی‌آمد که در غیبت او سرداور مجاز به صدر رای نبود. دکتر مصدق می‌گوید منظور این است. بنظر استاد این برداشت درست است. برخی هم گفته‌اند این بند مربوط به محدودیت‌های نسبی و مطلق است.

بند هفتم) اگر معتقد باشید قرارداد داورى باطل است می‌توانید دادگاه بروید و دادخواست را ابطال کنید. این بند به این معناست که شرط داورى مستقل است چون گفتیم شرط داورى از قرداد اصلی مستقل است. این بند می‌گوید مسائل مربوط به بی‌اعتباری شرط داورى در حضور داور مطرح شده است و داور نپذیرفته است. حالا شما می‌توانید به دادگاه و این نظر را اعلام کنید. پس نتیجه می‌گیریم که اظهار نظر در مورد اعتبار یا عدم اعتبار شرط داورى با داور است. تصحیح رای داور هم با خود داور است تا زمانی که مهلت داورى باقی است. اگر مهلت داورى گذشت، تصحیح رای داور در مدت ۲۰ روزه‌ی ابلاغ در صلاحیت داور است. تصحیح به معنای ماده ۳۰۹ آ.د.م است. اگر مهلت آن هم گذشت با دادگاه صالح رسیدگی به اصل دعواست. مطابق ماده ۴۱۷ آ.د.م اعتراض ثالث به رای داور به دادگاه صالح رسیدگی به اهل دعوا تقدیم می‌شود. یعنی شخص همانطور که می‌تواند یک قرارداد را ابطال کند می‌تواند رای داورى ناشی از یک قرارداد را هم ابطال کند. شما می‌توانید معامله‌ی فضولی را باطل کنید. در واقع اعتراض ثالث به رای داور هم یک چیزی شبیه ابطال قرارداد است.

چرا قانونگذار در اعتراض به رای داور از ابطال رای داور صحبت کرده است؟ این که ما در رای داور از راهکار ابطال بجای راهکار اعتراض استفاده می‌کنیم، قراردادی بودن آن است. شما به قرارداد اعتراض می‌کنید. این داورى هم یک محصول قراردادی است. چه فرقی می‌کند شما با یک قرارداد یک ملکی را منتقل کنی یا با قرارداد یک رای داورى بوجود بیاوری. چون ذات این فرایند یک ذات قراردادی است. اگر به آن اعتراض داری باید تقاضای ابطال این فرآورده قراردادی را داشته باشی. یا ابطال این شرط داورى را درخواست می‌کنم. یا ابطال سازش‌نامه را

می‌خواهم. این‌ها پیوندهای حقوق مدنی با حقوق دادرسی است. در امور قضایی امکان تصور یک قرارداد وجود ندارد. بنابراین چون یک امر غیرقراردادی است و آثار و نتایجش موردخواست شما نیست. شما می‌توانید اعتراض کنید اما چون داوری ذاتش قرارداد است و قرارداد منتسب به شماست و آثار و نتایجش موردخواست و اراده شماست باید تقاضای ابطال کنی. ماحصل این قرارداد رای داوری است.