

## مسأله اظهار نظر پیشین در رد دادرس

### تایید صحت مزایده؛ اظهار نظر شکلی یا ماهوی؟

(نقد و بررسی دادنامه شماره ۱۴۰۰۰۶۲۹۰۰۰۴۴۶۳۱۱ مورخ ۱۴۰۰/۰۶/۲۳ شعبه

۱۴ دیوان عالی کشور)

مسن ممسنی<sup>۱</sup>

محمّد والایی<sup>۲</sup>

نیلوفر طاهری لسکوکلایه<sup>۳</sup>

### چکیده

درباره اجرای مقررات قانون آیین دادرسی مدنی پیرامون رد دادرس در جریان اجرای احکام همان قدر سخن هست که درباره ماهیت دستورها و اقدامات اجرایی. شعبه ۱۴ دیوان عالی کشور هم مقررات رد دادرس را در اجرا جاری می‌داند و هم احراز صحت جریان مزایده را مصداق اظهار نظر پیشین که از موارد رد است، در این رأی دانسته است. به باور نگارندگان، نقد و بررسی رأی شعبه ۱۴ دیوان عالی کشور نشان می‌دهد که گرچه این دستورها و اقدامات را نباید مصداق اظهار نظر ماهیتی دانست که مانع رسیدگی به دعاوی دیگر درباره همان عملیات اجرایی است، ولی این بخش از رأی شعبه ۱۴ که به درستی ماهیت قرار امتناع از رسیدگی را هویدا می‌کند، تایید شدنی است.

کلیدواژه‌ها: بی طرفی؛ استقلال؛ دستور اجرایی؛ اظهار نظر پیشین.

۱. دانشیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران

Email: hmohseny@ut.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه تهران، پردیس البرز

Email: mohammad.valaee@ut.ac.ir

۳. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه تهران، پردیس البرز

Email: nilofartaheri@ut.ac.ir

یک دادرس صحت مزایده مالی را که مورد وثیقه در جریان اجرای رأی بوده، برابر ماده ۱۴۳ قانون اجرای احکام مدنی اعلام داشته است. سپس دعوای ابطال عملیات اجرایی از سوی وثیقه‌گذار مطرح می‌شود. نخست دادرس، قرار امتناع از رسیدگی صادر می‌کند به سبب اظهارنظر پیشین. رئیس دادگستری این مورد را از مصادیق آن قرار نمی‌داند. دادرس رسیدگی کرده و حکم می‌دهد. از این حکم فرجام‌خواهی می‌شود. دیوان عالی کشور، به خلاف نظر رئیس دادگستری و همسو با نظر دادرس آن دادگاه رأی می‌دهد. این رأی، هم از نگاه اصول بنیادین استقلال و بی‌طرفی دادرس، شایسته بررسی است و هم از منظر راهکارهای پایش درستی قرار امتناع از رسیدگی در نظام حقوقی ما و نیز اثر آن بر درستی رأی پایانی پژوهش شدنی است. در این نوشته، نخست گزارشی از پرونده و سپس نقد و بررسی آن از نگاه شما می‌گذرد.

### گزارشی از پرونده

به تاریخ ۱۳۹۹/۹/۲۷ آقای علی دادخواستی به طرفیت آقایان محمد و حشمت اله به خواسته ابطال عملیات اجرایی (مزایده) تقدیم داشته و پرونده برای رسیدگی به شعبه دوم دادگاه عمومی الشتر ارجاع می‌شود. خواهان در شرح خواسته خود اعلام داشته است که حشمت اله به موجب رأی داوری شماره ۹۵۰۶۴۲۵ مورخ ۹۶/۲/۷ به مبلغ ۲۵۵ میلیون تومان محکومیت یافته و بازداشت شده است که با کفالت سه نفر کارمند و دو فقره سند مالکیت اینجانب (خواهان) آزاد شده است؛ محکوم علیه (حشمت اله) بابت رفع کفالت سه نفر کفیل جمعاً مبلغ ۶۰ میلیون تومان پرداخت کرده است و در نتیجه مبلغ ۱۹۵ میلیون تومان از بدهی وی باقی مانده است که دارای دو وثیقه به مالکیت خواهان (علی) بوده است. ارزش این وثایق جمعاً مبلغ ۲۷۵ میلیون تومان از سوی کارشناس قیمت گذاری شده و در نهایت این املاک به مزایده گذاشته شده است و در مرحله اول مزایده پیشنهادی از خریداری ارائه نشده و مزایده به مرحله دوم کشیده شده است و در این مرحله بدون حضور محکوم علیه و وثیقه‌گذار یا نماینده قانونی ایشان مزایده برگزار شده و شخصی بنام محمد در مزایده شرکت کرده و ملک الف را به قیمت ۵۰ میلیون تومان

و ملک ب را به قیمت ۳۰ میلیون تومان جمعاً به مبلغ ۸۰ میلیون تومان خریداری کرده است که کمتر از ثلث قیمت کارشناسی بوده است.

بر این اساس، خواهان ۱- به علت عدم رعایت تشریفات مزایده و ۲- به استناد خیار غبن فاحش ابطال مزایده را درخواست می‌کند. دادرس دادگاه به دلیل اظهار نظر صریح قبلی خود در خصوص صحت برگزاری مزایده و تأیید آن، قرار امتناع از رسیدگی صادر کرده و پرونده را جهت ارجاع به شعبه دیگر نزد رئیس دادگستری ارسال می‌کند.

رئیس دادگستری با یادداشتی در ذیل قرار یاد شده خطاب به ایشان مرقوم داشته است که مورد «از موارد امتناع نیست. رسیدگی فرمائید».

دادرس شعبه به پرونده رسیدگی کرده است و سرانجام با اعلام ختم رسیدگی، مبادرت به صدور رأی کرده و به شرح استدلال منعکس شده در دادنامه شماره ۹۹۰۰۰۱۶۹۳ - ۱۳۹۹/۱۴ و اجمالاً با این استدلال که اولاً مطابق مواد ۱۱۷ و ۱۱۸ و ۱۲۳ قانون اجرای احکام مدنی ۱۳۵۶ مراحل انجام مزایده به انتشار آگهی به عمل می‌آید نه ابلاغ به طرفین و مطابق ماده ۱۲۵ قانون یاد شده فروش اموال با حضور دادورز (مامور اجرا) و نماینده دادسرا به عمل می‌آید و صورت مجلس فروش به امضای آنها می‌رسد لذا حضور شخص خواهان به عنوان مالک جزء طرفین پرونده نبوده ضرورتی ندارد و ثانیاً مطابق ماده ۱۳۱ قانون فوق‌الذکر هرگاه در مرحله اول مزایده، ملک خریدار نداشته باشد در مزایده دوم مال مورد مزایده به هر میزانی که خریدار پیدا کند به فروش خواهد رفت و ثالثاً قاضی واحد اجرای احکام مدنی و قاضی دادگاه مربوطه مراتب مزایده ملک را تأیید کرده‌اند که به درستی انجام گرفته است دعوی خواهان را وارد ندیده و حکم به بطلان دعوی مزبور صادر و آن را حضوری و قابل تجدید نظر خواهی اعلام می‌کند. پس از ابلاغ رأی و گذشت مهلت تجدیدنظر خواهی، وکیل خواهان دادخواست فرجامی تقدیم می‌دارد.

با فرجام خواهی، پرونده به شعبه ۱۴ دیوان عالی کشور ارجاع می‌شود که رأی آن را خواهید دید.

دادنامه شماره ۱۴۰۰۰۶۲۹۰۰۰۰۴۴۶۳۱۱ مورخ ۱۴۰۰/۰۶/۲۳ شعبه ۱۴ دیوان عالی

کشور

«اعتراض فرجامی فرجام خواسته نسبت به دادنامه شماره ۹۹۰۰۰۱۶۹۳ مورخ ۹۹/۱۲/۱۴ شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی الشتر وارد و درخور پذیرش است زیرا اولاً: قرار امتناع از

رسیدگی صادره از قاضی محترم دادگاه صادر کننده رأی فرجام خواسته به درستی و مطابق با موازین قانونی صادر شده است و نظر رئیس دادگستری سلسله ذیل قرار مزبور به این که مورد از موارد امتناع نبوده و دادرس را ملزم به رسیدگی و صدور حکم کرده است، من عندی و غیر قابل توجیه و خلاف بند دال ماده ۹۱ و مالا خلاف حکم مقرر در ماده ۹۲ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ بوده و می باشد چرا که به صراحت بند یاد شده هرگاه دادرس سابقاً در موضوع دعوی اقامه شده به عنوان دادرس یا داور یا کارشناس یا گواه اظهار نظر کرده باشد، مکلف به امتناع از ورود و رسیدگی در موضوع مختلف فیه می باشد و اتفاقاً در دعوی حاضر به دلالت اوراق ۱۹ و ۲۸ پرونده دادرس محترم آقای حسین تقی پور صورت مجلس انجام مزایده نسبت به املاک خواهان بدوی را توشیح و صحت مزایده و فروش هر دو پلاک متعلق به خواهان را تأیید کرده است و اتفاقاً دعوی حاضر با ادعای عدم صحت همان مزایده طرح و مورد مناقشه قرار گرفته است و لهذا صدور قرار امتناع از رسیدگی به درستی و مطابق با موازین قانونی صادر گردیده است و رئیس دادگستری مکلف به رعایت مفاد ماده ۹۲ قانون یاد شده بوده و مخالفت ایشان فاقد مبنای حقوقی و قانونی است. ثانیاً به دلالت صورت مجلس انجام مزایده در مرحله دوم معلوم نیست به اعتراض مالک مال ابلاغ شده یا خیر؟ ایضاً، با توجه به کارشناسی هر دو پلاک موضوع مزایده و به شرح صورت مجلس یاد شده، علت اختلاف فاحش ارزیابی با قیمتی که خریدار فروخته و واگذار شده است، چیست؟ بنا به مراتب مستنداً به ماده ۳۷۰ ناظر به بند یک ماده ۳۷۱ و بند الف مادتهین ۴۰۱ و ۴۰۵ از قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ رأی فرجام خواسته نقض و رسیدگی مجدد به دادگاه هم عرض دادگاه صادر کننده رأی منقض ارجاع می گردد».

رئیس شعبه چهاردهم دیوان عالی کشور: محمد رضا صابر

عضو معاون: علی اکبر گروسی

### نقد و بررسی رأی شعبه دیوان عالی کشور و بنیادهای آن

۱. بی گمان، این رأی به استقلال و بی طرفی مربوط است و ضمانت اجرای نقض آن در دادرسی. بی طرفی دادرس و استقلال دادگاه دو اصل از اصول بنیادین دادرسی است که بی آن ها، در قانونی بودن دادرسی باید تردید جدی کرد و نتیجه آن را کنار گذاشت.

۲. درباره ماهیت و مفهوم اصول دادرسی که از اصول حقوقی است باید گفت که برخی اصول دادرسی به گونه‌ای است که اجرای پسینی آن‌ها پذیرفته است مانند اصل رعایت حقوق دفاعی و تقابلی بودن رسیدگی در دادرسی غیابی یا در درخواست‌های تامینی و موقتی که یکجانبه طرح می‌شوند. دادگاه به درخواست خواهان رسیدگی می‌کند و تصمیم می‌گیرد و سپس، نتیجه تصمیم خود را به طرفین ابلاغ کرده و احیاناً واخواهی یا اعتراض بی‌واسطه رأی اصلی یا به همراهی آن را می‌شنود مانند رأی غیابی و قرار تامین خواسته و دستور موقت (مواد ۳۰۵ به بعد قانون آیین دادرسی مدنی و ماده ۱۱۶ و ۳۲۵ آن). برخی اصول دادرسی نیز با توافق طرفین کنار نهادنی هستند مانند اصل علنی بودن دادرسی (اصل ۱۶۵ قانون اساسی). برخی اصول نیز از اراده‌های طرفین اثر می‌پذیرند مانند اصل تسلط طرفین بر امور موضوعی و اصل برتری دادرس در امور حکمی. همچنین است برخی نگاه‌ها درباره پذیرش دلایل<sup>۱</sup> برخی اصول نیز بسته به شرایط و اوضاع و احوال دچار دگرگونی‌هایی می‌شوند مانند اصل کتبی یا شفاهی بودن دادرسی آن چنان که در آیین دادرسی الکترونیک چنین شد (مواد ۶۴۹ به بعد قانون آیین دادرسی کیفری سال ۱۳۹۲ با اصلاحات و الحاقات بعدی). اما، تنها اصولی که هیچ استثنایی ندارند و در همه حال و احوال باید رعایت شوند، اصول استقلال دادگاه و بی‌طرفی دادرس است. نمی‌شود درباره آن توافقی کرد، اجرایشان را به زمان دیگری موکول کرد، یا این که نمی‌شود آن را تابع اوضاع و احوال پرونده یا شرایط طرفین قرار داد.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
رتال جامع علوم انسانی

۱. درباره اصول دادرسی به طور کلی ر.ک: محسنی، حسن، مفهوم اصول دادرسی و نقش تفسیری آنها و چگونگی تمییز این اصول از تشریفات دادرسی، مجله کانون وکلای دادگستری مرکز، ۱۳۸۵، دوره جدید شماره ۲۳ و ۲۴، شماره پیاپی ۱۹۲ و ۱۹۳، ص. ۹۹ تا ۱۳۱؛ محسنی، حسن، اداره جریان دادرسی مدنی (برپایه اصول دادرسی و در چارچوب همکاری)، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۴۰۰، چاپ ششم، ص. ۸۷ به بعد. و درباره نگاهی همه جانبه به اصول دادرسی ر.ک: غمامی، مجید و حسن محسنی، آیین دادرسی مدنی فراملی، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۶، چاپ پنجم.

این که دادگاه باید مستقل باشد و قاضی بی طرف، آن چنان بنیادین و اساسی است که همواره در قوانین اساسی، یا در اسناد جهانی و بین المللی درباره آن سخن گفته می شود.<sup>۱</sup> اما استقلال به چه معنا و بی طرفی به چه معناست؟

۳. استقلال دادگاه از جمله ریشه در استقلال قوه قضاییه از سایر قوای اجرایی و تقنینی دارد. از نگاه دادگاه این اصل با تفکیک استقلال درون سازمانی از بیرون سازمانی معرفی می شود؛ استقلال دادگاه در درون قوه قضاییه و بیرون آن. جلوه های این نگاه در اصول متعدد قانون اساسی مانند اصل ۵۷ و اصل ۱۵۶ آن دیده می شود گرچه استقلال قاضی نمودهای دیگری هم دارد مانند آزادی انتخاب قانون در دعوا و آزادی تفسیر قانون و ممنوعیت نقل و انتقال محل خدمت قاضی و ممنوعیت سلب منصب قضایی و مانند آن.<sup>۲</sup> همچنین در قانون آیین دادرسی نیز به این اصل توجه شده است که می توان افزون بر ماده ۸، به بندهای الف، ب و دال ماده ۹۱ قانون آیین دادرسی مدنی و بندهای الف، ب و ت ماده ۴۲۱ قانون آیین دادرسی کیفری را مصداق آن دانست.

اما بی طرفی به معنای این است که قاضی طرفدار یکی از طرفین دعوا، نباشد؛ او باید بی طرف باشد. صرف نظر از این که طرفین که هستند و دعوا چیست، آزادانه بتواند قانون را بر موضوع اعمال کند. سویه و گرایش به یکی نداشته باشد و از جانب داری یا نگاه هوادارانه به یکی برحذر و به دور باشد. این مفهوم آنچنان بدیهی و روشن به نظر می رسد که در قانون اساسی ما به این اصل، به خلاف اصل استقلال دادگاه و قوه قضاییه، اشاره ای نشده است و در قوانین یا در متنی تعریف نشده است. گویا این ویژگی، ذاتی عمل و فعل قضاوت است و هر کس در این موقعیت باشد، باید ذاتا چنین باشد مانند ذاتی تری برای آب و چربی برای روغن که در علم منطق آن را برای جدا کردن ذاتیات از عرضیات مثال می زنند. قاضی و داور یعنی شخص ثالث بی طرف. پس اگر کسی به جای آن سه، گفت، دعوای خود را نزد یک بی طرف طرح کرده ام، ناخود آگاه، ذهن می رود به سوی کسی که قاضی یا داور یا داور و به طور کلی شخص ثالث بی طرف

۱. در این باره ر.ک: غمامی، مجید و حسن محسنی، پیشین، ص. ۷۰ به بعد.

۲. در این باره ر.ک: محسنی، حسن و مجید غمامی، رابطه میان استقلال قضاوت و استقلال وکالت، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۵، شماره ۲× تابستان ۱۳۹۴، ص. ۳۰۱-۳۱۸.

رسیدگی کننده به ادعا و دفاع است. جلوه‌هایی از این اصل را می‌شود در بندهای ج، ه و واو ماده ۹۱ قانون آیین دادرسی دید.

۴. این گونه است که نمی‌شود تصور کرد بی‌طرفی دادرسی یا استقلال دادگاه دستخوش تغییر و موضوع قرارداد شود یا اجرائیش به بعد موقوف شود و پسینی باشد. آن چه نیز در ماده ۴۶۹ قانون آیین دادرسی مدنی برای انتخاب برخی اشخاص که گویا بی‌طرف و مستقل نیستند یا فرض بر این است که چنین نمی‌توانند باشند، با تراضی آمده ویژه داوری و اصول حاکم بر آن است و نمی‌توان از آن خلاف تخطی ناپذیری اصول استقلال و بی‌طرفی دادگاه و دادرسی را برداشت کرد.

۵. پس گویا حکم قضیه روشن است همه می‌پذیرند که دادگاه غیرمستقل و قاضی جانبدار جایی در حقوق ندارد؛ آن چه ناروشتن و اختلاف برانگیز است، برخی مصادیق است. آیا باید درجه حساسیت دادگاه و قاضی را بالاترین حد دانست و هر شک و شبهه‌ای را به سمت اجرای اصول بالاگفته تفسیر و اجرا کرد یا این که به عکس، اصل را بر صلاحیت دادگاه و قاضی دانست و در تشخیص مصادیق دقت بسزایی کرد و موارد مشکوک و مبهم را کنار نهاد. همچنین نگاه برخی نظام‌های حقوقی به مصادیق بی‌طرفی و استقلال متفاوت است. برخی نظام‌ها همچون نظام حقوقی ایران و فرانسه می‌کوشند طی بندهایی معین و مشخص، موارد رد دادرسی را پیش بینی کنند و برخی دیگر، با کنار نهادن نگاه حصرگرایانه، به‌طور کلی دادگاه و دادرسی را از هرگونه عاملی که موجب ظن به این ویژگی آن شود دور می‌دارند بی‌آنکه مصادیقی بیان کنند.<sup>۱</sup> گمانی نیست در این که کار تشخیص مصادیق حکم قانون‌گذار چه در نظام‌هایی همچون نظام حقوقی ما که موارد رد را برشمرده است و چه در نظام‌هایی که به طور کلی عوامل نافی بی‌طرفی را منع کرده‌اند، دشوار است. اینجاست که منابع دیگر حقوق و تجربیات عملی و رویه قضایی باید به کمک حقوق‌دان برای ارزیابی و تحلیل بهتر بیایند.

از این رو، رویکرد و بازتاب رویه قضایی در این جا یکی از بهترین سنجش‌های تشخیصی است چرا که دادگاه و تشخیص قاضی، در این مورد مانند آزمایشگاه تشخیص پزشکی است که پس از

۱. در این باره ر.ک: غمامی، مجید و حسن محسنی، پیشین، ص. ۷۰ تا ۷۹.

تجزیه و تحلیل موضوع، نظر می‌دهد و این نظر می‌تواند در موارد بعدی نیز معیار باشد. در این میانه، بویژه نگاه شعبه یا شعبی از دیوان عالی کشور بسیار ارزشمند است.

۶. در این پرونده که رأی آن از دیدگان شما گذشت، موضوع به ظاهر ساده است و مشمول بند دال ماده ۹۱ قانون آیین دادرسی مدنی که مقرر می‌دارد: «دادرس در موارد زیر باید از رسیدگی امتناع کرده و طرفین دعوا نیز می‌توانند او را رد کنند: ...»

بند هـ. دادرس سابقاً در موضوع دعوی اقامه شده به عنوان دادرس یا داور یا کارشناس یا گواه اظهارنظر کرده باشد.».

اما ماهیت کار قاضی که رأی را اجرا می‌کند از یکسو و تفاوت میان ادعاهایی که در اظهارنظر پیشین دادرس و دعوی بعدی دیده می‌شود بر دشواری کار تشخیص می‌افزاید و این دو در کنار ابهام قوانین موجب می‌شود که رأی شعبه دیوان عالی کشور در این مقطع اهمیت پیدا کند.

۷. اگر به هر روی با تفاسیر قضایی<sup>۱</sup> و رویه‌های قانون‌گذاری<sup>۲</sup>، مقصود از اظهارنظر سابق دادرس را اظهارنظر ماهوی بدانیم که چنین هم درست است، آیا در فرض پرونده حاضر، چنین اظهارنظری انجام شده است؟ به بیان دیگر آیا دادرس درباره وجود حق راجع به اصل و ماهیت دعوا یا عدم وجود آن پس از بررسی‌ها اظهار عقیده‌ای مبتنی بر نصوص قانونی و به صورت موجه

۱. مقصود در این جا رأی وحدت رویه شماره ۵۲۴ مورخ ۱۳۶۸/۱/۲۹ دیوان عالی کشور است که پیش از صدور، نماینده دادستان کل کشور چنین نظر داده است: «با توجه به این که رسیدگی به درخواست اعاده دادرسی در دیوان عالی کشور رسیدگی ماهوی تلقی نمی‌شود، مورد منطبق با مقررات رد دادرس نیست و رأی شعبه بیستم دیوان عالی کشور تأیید می‌شود.» «جهات رد دادرس در امور جزایی در ماده ۳۳۲ قانون آیین دادرسی کیفری تصریح شده و رسیدگی دیوان عالی کشور مبنی بر تنفیذ یا عدم تنفیذ نظر دادگاه کیفری یک با هیچ یک از جهات مزبور تطبیق نمی‌کند تا مجوز رد دادرس برای رسیدگی به درخواست اعاده دادرسی باشد اظهار عقیده در موضوع دعوی هم که بشرح بند ۷ ماده ۲۰۸ قانون آیین دادرسی مدنی از موارد رد دادرس محسوب شده منصرف از این مورد است زیرا در اعاده دادرسی مسائلی عنوان می‌شود که قبلاً مطرح نشده و سابقه رسیدگی ندارد. بنابراین رأی شعبه بیستم دیوان عالی کشور مبنی بر رسیدگی به درخواست اعاده دادرسی صحیح و منطبق با موازین قانونی است این رأی بر طبق ماده واحده قانون وحدت رویه قضایی مصوب ۱۳۲۸ برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاهها در موارد مشابه لازم‌الاتباع است.».

۲. بندت ماده ۴۲۱ قانون آیین دادرسی کیفری سال ۱۳۹۲ با اصلاحات و الحاقات بعدی.



و مدلل کرده است؟<sup>۱</sup> یا این که همچون رأی شماره ۹۲۹-۱۳۴۵۲ مورخ ۱۳۱۶/۴/۲۸، «اظهار عقیده ی کتبی که از موارد رد قاضی است اختصاص به اصل دعوا ندارد بلکه شامل صورتی هم که نسبت به بعضی از جهات دعوا قبلاً اظهار عقیده شده است، می باشد به شرط این که کاملاً مؤثر در رأی نهایی و ماهیت قضیه باشد»<sup>۲</sup>؟

این نمونه‌ها نشان می‌دهد که گاه تشخیص قضایی هم دشوار است و می‌شود در پیرامون آن سخن گفت. برای نمونه در رأی وحدت رویه شماره ۵۱۷ مورخ ۱۳۶۷/۱۱/۱۸ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، چنین آمده است که «اظهار نظر دادرس دادگاه کیفری بر قابل تعقیب دانستن متهم که ضمن رسیدگی به شکایت از قرار منع پیگرد ابراز شود، اظهار عقیده در موضوع اتهام محسوب نبوده و از موارد رد دادرس نمی‌باشد»، در حالی که قرار منع تعقیب یک قرار ماهیتی است و بهتر بود هیأت عمومی چنین می‌آورد که چون این قرار نقض شده، اظهار نظر پیشین معتبری وجود ندارد تا دادرس را مقید کند و مورد از موارد رد دادرس باشد.

۸. سخن گفتن از استقلال و بی‌طرفی در اجرای احکام نیز بر دشواری تشخیص افزوده است. در این قانون به جهات رد قاضی اجرای احکام اشاره‌ای نشده و شاید این امر از یک سو ریشه در بداهت امر داشته باشد که این دادرسان از اصول و مقررات آیین دادرسی تبعیت می‌کنند و از دیگر سو- که اگر گفته شود از قوت بیشتری برخوردار است-، دور از خرد نیست، ممکن است گفته شود این دادرسان در جریان اجرا به چنین ویژگی نیاز ندارند چرا که عملیات اجرایی، قضاوت نیست و این اقدامات بیشتر دارای جنبه اداری و اجرایی است.<sup>۳</sup>

۱. درباره قرار رد دعوا و تامین خواسته و قرار عدم صلاحیت ر.ک: غمامی، مجید و محسنی حسن، اصول تضمین کننده عملکرد دموکراتیک در دادرسی و اصول مربوط به ویژگی‌های دادرسی مدنی، فصل نامه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۷۴، زمستان ۱۳۸۵.

۲. به نقل از: جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دانشنامه حقوقی، تهران، امیر کبیر، ۱۳۷۶، جلد ۱، ص. ۸۴۷.  
 ۳. ماهیت اقدامات و عملیات اجرایی در حقوق ایران بررسی نشده است. کرامیوس در مجلد ده از دایره‌المعارف حقوق تطبیقی چه خوب به این موضوع پرداخته است. ر.ک: کرامیوس، کنستانتینوس، اجرای احکام تطبیقی، آیینهای اجرایی، تهران، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۸، ص. ۴۸ تا ۸۰.

به هر روی، این قانون در ماده ۱۸ خود درباره مدیران و دادورزها (مأموران اجرا) جهات رد را پیش بینی کرده است: «مدیران و دادورزها (مأموران اجرا) در موارد زیر نمی‌توانند قبول ماموریت نمایند:

۱- امر اجرا راجع به همسر آنها باشد. ۲- امر اجرا راجع به اشخاصی باشد که مدیر و یا دادورز (مأمور اجرا) با آنان قرابت نسبی یا سببی تا درجه سوم دارد. ۳- مدیر یا دادورز (مأمور اجرا) قییم یا وصی یکی از طرفین یا کفیل امور او باشد. ۴- قتی که امر اجرا راجع به کسانی باشد که بین آنان و مدیر یا دادورز (مأمور اجرا) یا همسر آنان دعوی مدنی یا کیفری مطرح است. در هر یک از موارد مذکور در این ماده اجرای حکم از طرف رئیس دادگاه به مدیر یا دادورز (مأمور اجرا) دیگری محول می‌شود و اگر در آن حوزه مدیر یا مأمور دیگری نباشد اجرای حکم به وسیله مدیر دفتر یا کارمند دیگر دادگاه یا حسب مورد مأموران شهربانی و ژاندارمری به عمل خواهد آمد.»<sup>۱</sup>

در این ماده اثری از اظهارنظر پیشین دیده نمی‌شود و این شاید نشان دهنده آن باشد که عمل اجرا همچون امر قضاوت، کاری ماهیتی نیست ولی، از نگاه دیگر دادورز و مدیر اجرا باید با رعایت استقلال و بی‌طرفی به دادبرده و دادباخته تضمین کافی بدهد و این ماده نه از جهت عینی که به صورت نوعی، به دنبال این تضمین است.

افزون بر این، در همه فرایندهای اجرایی حتی آن گاه که کار اجرا به شکایت یا اعتراض شخص ثالث نسبت به رأی می‌انجامد باز همان دادرس، حتی اگر صادر کننده رأی باشد یا نباشد و کار اجرا به شکل متمرکز انجام شود، به این اعتراض رسیدگی می‌کند و نمی‌تواند به بهانه رسیدگی و صدور رأی پیشین یا رسیدگی و صدور دستور اجرایی پسین، از شنیدن این شکایت و اعتراض امتناع کند.<sup>۲</sup>

۱. در این باره ر.ک: شمس، عبدالله، اجرای احکام مدنی، تهران، دراک، ۱۳۹۷، جلد نخست، ص. ۲۰۴ تا ۲۰۹.

۲. در این باره ر.ک: محسنی، حسن و همایون رضایی نژاد، شکایت ثالث از عملیات اجرایی در مقایسه با اعتراض شخص ثالث، حقوق خصوصی، دوره ۸، شماره ۱۸، ۱۳۹۰، ص. ۸۱ تا ۱۰۸.

۹- در این پرونده نیز قاضی مجری رأی داور، دستور اجرای آن را داده و در جریان اجرا مالی به هر شکل و ترتیب معرفی شده، کار به مزایده این مال کشیده و وی برابر ماده ۱۴۳ قانون اجرای احکام مدنی با احراز صحت جریان مزایده دستور صدور سند انتقال را به نام خریدار را داده است؛ دستوری که قطعی است. سپس، مالک مالی که وثیقه بوده و عملیات اجرایی نسبت به آن اجرا شده، با طرح دعوی ابطال عملیات مزایده این اجرا اعتراض کرده است و آن چنان که دیدید، دادرس باور داشته است که مورد از موارد رد است و قرار امتناع صادر کرده است و داستان پرونده به ترتیبی که آمد گذشته است.

صرف نظر از این که آیا ماده ۹۱ قانون آیین دادرسی مدنی بر جریان اجرا حکومت دارد یا خیر، آیا احراز صحت جریان مزایده و صدور دستور انتقال اظهار نظر ماهوی موضوع بنده ماده ۹۱ است؟ اگر چنین است، چرا در مواد ۱۴۶ و ۱۴۷ قانون اجرای احکام مدنی، همان دادرس که جریان اجرا را مدیریت می کند یا حتی همان دادرسی که عملیات اجرایی زیر نظرش انجام شده و به پایان رسیده، می تواند به این گونه دعوا رسیدگی کند؟

این که قانون گذار در بخشی از ماده ۱۴۷ آورده است که «به شکایت شخص ثالث بعد از فروش اموال توقیف شده نیز به ترتیب فوق رسیدگی خواهد شد» آیا همچون فرض پرونده حاضر نیست؟

بر این بنیاد چنین به نظر می رسد که رأی شعبه ۱۴ دیوان عالی کشور که مورد را از موارد رد تشخیص داده از این رو پذیرفتنی نباشد که با اراده قانون گذار در جریان اجرای رأی سازگاری ندارد.

۱۰. با این وصف، رأی از نگاه دیگری پذیرفتنی است و آن تاکید به این که قرار امتناع از رسیدگی صادر شده از سوی دادرس، به هر روی از سوی رئیس شعبه اول که رئیس دادگستری است و در این گونه موارد برابر ماده ۹۲ قانون آیین دادرسی مدنی دارای اختیارات قانونی برای توزیع و ارجاع پرونده ها استثنائاً نسبت به اصل مقرر در ماده ۳۹۱ قانون آیین دادرسی مدنی است، نباید نادیده انگاشته می شد.

به بیان دیگر، شعبه ۱۴ دیوان عالی کشور اقدام رئیس دادگستری را که در حاشیه قرار امتناع نگاشته است که مورد «از موارد رد نیست رسیدگی فرمایید»، خارج از حدود اختیارات وی برابر

ماده ۹۲ دانسته است. به باور نگارندگان این بخش از رأی شعبه ۱۴ درست و قانونی و شایسته تأیید است. چرا که قرار امتناع از رسیدگی در قانون آیین دادرسی مدنی قابل شکایت نیست و به دادرس صادر کننده و دادرسان دیگر، تحمیل می‌شود و تنها در برخی کشورها مخالفت با ایراد رد یا سکوت در قبال ایراد، قابلیت شکایت دارد (ماده ۲۴۹ کد آیین دادرسی مدنی فرانسه). به دیگر سخن، قبول رد دادرس، شکایت پذیر نیست و با صدور قرار امتناع از رسیدگی، بلافاصله دادرس دیگری باید جایگزین آن قاضی صادر کننده قرار مرفوع، شود و رئیس شعبه اول در ماده ۹۲ قانون آیین دادرسی مدنی ما، جز اختیارات مربوط به تعیین دادرس دیگر یا تصمیم‌گیری درباره مرجع قضایی نزدیک، قانونا اختیاراتی ندارد. این سخن به آسانی از ماده ۹۲ آن قانون برمی‌آید:

«در مورد ماده (۹۱) دادرس پس از صدور قرار امتناع از رسیدگی با ذکر جهت، رسیدگی نسبت به مورد را به دادرس یا دادرسان دیگر دادگاه محول می‌کند. چنان چه دادگاه فاقد دادرس 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 هم‌عرض ارسال می‌کند».

محول شدن رسیدگی به دادرس یا دادرسان دیگر با صدور قرار امتناع از رسیدگی، معنایی ندارد جز این سخن که گفته شد.

سخن دیگری نیز که باید درباره این رأی گفت آن است که برابر رأی شعبه ۱۴ دیوان عالی کشور، مقررات آیین دادرسی مدنی درباره رد دادرس، در جریان اجرای احکام مدنی نیز حکومت دارد. در جوانب این سخن باید بیشتر تحقیق کرد و چون نقد رأی حاضر بیش از این مجال ورد و بررسی نمی‌دهد، در این جا به همین بسنده شده و پژوهش بیشتر در این امر را به تحقیق دیگری می‌سپاریم.

## نتیجه‌گیری:

به باور نگارندگان تایید صحت عملیات مزایده، قانونا از مصادیق اظهارنظر ماهوی، که موجب رد است، نیست. همچنین، با صدور قرار امتناع از رسیدگی، رسیدگی به دعوا به دادرسی یا دادرسان دیگر محول می‌شود و اختیارات رئیس شعبه اول درباره تکمیل دادرسان یا ارجاع به شعبه دیگر یا نزدیک‌ترین دادگاه هم عرض، به او توانایی مخالفت با قرار امتناع از رسیدگی را نمی‌دهد. پس رأی شعبه ۱۴ دیوان عالی کشور از نگاه مصداق اظهار نظر پیشین مورد انتقاد است ولی از منظر تحلیل شایسته و دقیق قرار امتناع از رسیدگی، پذیرفتنی است.



## منابع و مأخذ:

۱. شمس، عبدالله، اجرای احکام مدنی، تهران، دراک، ۱۳۹۷، جلد نخست.
۲. غمامی، مجید و حسن محسنی، آیین دادرسی مدنی فراملی، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۶، چاپ پنجم.
۳. کرامیوس، کنستانتینوس، اجرای احکام تطبیقی، آیینهای اجرایی، ترجمه حمیدرضا سیادت، تهران، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۸.
۴. محسنی، حسن و مجید غمامی، رابطه میان استقلال قضاوت و استقلال وکالت، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۵، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۴، ص. ۳۰۱-۳۱۸.
۵. محسنی، حسن و همایون رضایی نژاد، شکایت ثالث از عملیات اجرایی در مقایسه با اعتراض شخص ثالث، حقوق خصوصی، دوره ۸، شماره ۱۸، ۱۳۹۰، ص. ۸۱ تا ۱۰۸.
۶. محسنی، حسن، اداره جریان دادرسی مدنی (برپایه اصول دادرسی و در چارچوب همکاری)، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۴۰۰، چاپ ششم.
۷. محسنی، حسن، مفهوم اصول دادرسی و نقش تفسیری آنها و چگونگی تمییز این اصول از تشریفات دادرسی، مجله کانون وکلای دادگستری مرکز، ۱۳۸۵، دوره جدید شماره ۲۳ و ۲۴، شماره پیاپی ۱۹۲ و ۱۹۳، ص. ۹۹ تا ۱۳۱.

## The Problem of a Previous Opinion Expressed in a Case of Disqualification of a Judge; Confirmation of the validity of an auction: Procedural or Substantive Opinion

(A Critique and Review of Judgment No. 140006290000446311, September 14, 2021 Made by Branch 14 of the Supreme Court)

Hassan Mohseni<sup>1</sup>  
 Mohammad Valaee<sup>2</sup>  
 Nilofar Taheri Lasku Kalayeh<sup>3</sup>

### Abstract:

There is as much discussion concerning implementation of regulations set forth in the Code of Civil Procedure regarding recusal of a judge during the enforcement of judgments as there is about the nature of orders and executive measures.

In the aforementioned judgment, Branch 14 of the Supreme Court applies the rules of recusal of a judge both in the stage of enforcement of judgments and the establishment of the auction process, which is considered as one of the cases of expressing a previous opinion.

According to the authors, the review of the judgment made by Branch 14 of the Supreme Court shows that although these orders and measures should not be considered as an expression of substantive opinion of a judge that prevents him from dealing with other claims about the same enforcement measures, this part of the judgment made by Branch 14, that correctly demonstrates the nature of entering an order of recusal, is affirmable.

**KeyWords:** *impartiality; independence; enforcement measures, previous opinion.*

۱. Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Law & Political Science, University of Tehran, (Email: hmohseny@ut.ac.ir)

۲. Phd Candidate of Private Law, University of Tehran, Alborz Campus, (Email: mohammad.valaee@ut.ac.ir)

۳. Phd Candidate of Private Law, University of Tehran, Alborz Campus, (Email: nilofartaheri@ut.ac.ir)