

تصمیم دادگاه بر رفع اثر از دستور موقت

فریدون نهرینی*

فهرست مطالب

چکیده

مقدمه

مبحث اول: طرف دعوی

مبحث دوم: تأمین و میزان آن

گفتار اول: خسارت احتمالی جهت صدور دستور موقت

گفتار دوم: خسارت احتمالی جهت رفع اثر از دستور موقت

مبحث سوم: تناسب تأمین با موضوع دستور موقت

گفتار اول: اختلاف و تفاوت در تناسب تأمین

گفتار دوم: مقایسه تناسب تأمین در تبدیل موضوع دستور موقت با تأسیسات

دیگر

مبحث چهارم: رعایت مصلحت از نظر دادگاه

گفتار اول: اختیار دادگاه در رفع اثر از دستور موقت

گفتار دوم: رعایت مصلحت در رفع اثر از دستور موقت

گفتار سوم: وضعیت حق تقدم در توقیف تأمینی عین معین

مبحث پنجم: اعتبار امر قضاوت شده در صدور و رفع اثر از دستور موقت

مبحث ششم: بحث تطبیقی

نتیجه

* دانشجوی دوره دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

بنام خالق اندیشه و قلم

صبر بسیار بیاید پدر پیر فلک را تا دگر مادر گیتی چو تو فرزند بزاید

(سعدی)

تحریر این سطور صرفاً یاد و خاطری است ولو اندک از مقام شامخ استاد گرانقدر و شهیر حقوق مدنی مرحوم دکتر مهدی شهیدی، که ضمن نبوغ خلّاق و جهد وافر در عرصه تحقیق و تدریس، تخلق به اخلاق نیک و انسانی را به عنوان روش و منش خویش برگزید؛ آن فرزانه فقید به حق با دانش و دانشجو و دانشگاه قرین و همدم بود و با همان عشق نیز از این دیار پا کشید تا در دیاری دیگر و باری دیگر، طریقی نو آغاز کند. شایسته است آرا و اندیشه‌های پویا و بدیع استاد را حفظ کرده و حرمت نهیم که این، کمترین ارج و تقدیری است که می‌توان از یک اندیشمند محقق به جا آورد. به هر رو تکلیف و تقدیر بر آن قرار گرفت تا حقیر مفتخر گردد به عنوان دانشجویی از خیل دانش آموختگان استاد، در اولین سالگشت فراق آن بزرگ مرد عالم و ادب و به یاد او، دستی به حسارت بر قلم زند. باشد که این مقاله کم قدر که در حد بضاعت نگارنده و به منظور تجلیل و بزرگداشت آن چهره مانا و یگانه گوهر علم حقوق نگاشته شده، گامی هرچند کوچک در جهت پاسداشت مقام و منزلت استاد باشد. همواره پروردگار مهربان را شاکر و سپاسگزارم که سعادت حضور و توفیق تلمذ در محضر آن استاد نیک سرشت را نصیب بنده فرمود.

یاد عزیزش گرامی باد و ماندگار

شاگرد استاد - فریدون نهرینی

آبان ۱۳۸۴

چکیده

موضوع این مقاله حول محور ماده ۳۲۱ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱ دور می‌زند. وضعیتی که دادگاه با احراز و اجتماع شرایط مقرر در آن، بر رفع اثر از دستور موقت صادره تصمیم خواهد گرفت. با صدور دستور موقت و عنداللزوم اجرای آن، طرف دعوی از مجوز و طریق قانونی مقرر در ماده ۳۲۱ آیین دادرسی مدنی جدید سود جسته و سعی می‌کند با متقاعد ساختن دادگاه و تودیع تأمین متناسب، رفع اثر از دستور موقت را تحصیل نماید. تلاش بر این است تا در مرحله‌ای پس از صدور دستور موقت، چگونگی تقاضای طرف دعوی دایر بر رفع اثر از دستور موقت، تصمیم دادگاه و شرایط و اقدامات مقدماتی آن را با لحاظ سایر ضوابط قانونی و جوانب امر بررسی نماییم.

واژگان کلیدی:

طرف دعوی، تأمین و میزان آن، متناسب بودن تأمین، رعایت مصلحت از نظر دادگاه، حق تقدم، اعتبار امر قضاوت شده، رفع اثر از دستور موقت.

مقدمه

دستور موقت یا دادرسی فوری، از جمله تأسیسات و اقدامات تأمینی است که در کنار تأمین خواسته نقش ویژه‌ای را قبل، بعد یا در جریان طرح و اقامه دعوی اصلی خواهان ایفا می‌کند. این تأسیس قانونی، واجد ویژگی و خصیصه‌ای منحصر به فرد است که باید آن را از سایر تأسیسات و اقدامات تأمینی و توقیفی و تأخیری مشابه، از قبیل قرار تأمین خواسته (ماده ۱۰۸ به بعد آیین دادرسی مدنی جدید)، قرار توقیف عملیات اجرایی (ماده ۱۴۷ قانون اجرای احکام مدنی)، قرار تأخیر اجرای حکم (ماده ۴۲۴ قانون آیین دادرسی مدنی جدید و ماده ۳۰ قانون اجرای احکام مدنی) و قرار منع اجرای رأی داوری (ماده ۴۹۳ آیین دادرسی مدنی جدید) متمایز نمود. مضافاً اینکه توقیف اموال و اشیایی که در اجرای دستور موقت به عمل می‌آید واجد ضمانت اجرای کیفری است (ماده ۶۶۳ قانون مجازات اسلامی)، یعنی هرگاه شخصی ولو مالک مال، بدون اجازه دخل و تصرفی در مال توقیف شده به عمل آورد که منافعی با توقیف باشد، به حبس از سه ماه تا یکسال محکوم خواهد شد. خصیصه ممتاز دستور موقت در آن است که اگر چه صرفاً در اموری که تعیین تکلیف آن فوریت دارد، با اجتماع شرایط دیگر توسط دادگاه صادر می‌شود، ولی در عین حال گستره و قلمرو آن، توقیف مال، انجام عمل و یا منع از امری را در بر می‌گیرد (مواد ۳۱۰، ۳۱۵ و ۳۱۶ آیین دادرسی مدنی جدید). النهایه از یک سو متقاضی دستور موقت به منظور حفظ حقوق مورد ادعای خود و در جهت امکان اجرای حکمی که احتمالاً به نفع او صادر خواهد شد، در مسیر و به تناسب خواسته اصلی خویش، صدور دستور موقت را نسبت به موضوع خواسته و

برای حفظ آن تا زمان اتخاذ تصمیم و صدور حکم قطعی تقاضا می‌کند. از سویی دیگر تصمیمی که متضمن دستور موقت است، دائمی و همیشگی نیست، بلکه تصمیمی موقت و مقید به زمان و شرایط خاص است. بنابراین به یکی از طرق ذیل، دادگاه آن را لغو یا از آن رفع اثر خواهد کرد:

۱- طبیعی‌ترین وضعیتی که می‌تواند موجب رفع اثر از دستور موقت صادره شود، اتخاذ تصمیم قطعی دادگاه و یا بهتر بگوییم صدور رأی (اعم از حکم یا قرار) له یا علیه خواهان است. در این وضعیت هرگاه رأی صادره در دعوی اصلی به نفع خواهان (مقتضای دستور موقت) باشد، چنانچه رأی صادر شده حکم باشد، با اجرای حکم (اعم از حکم اعلامی یا تأسیسی) به نفع خواهان، دیگر موجبی برای بقای دستور موقت وجود نخواهد داشت. در این صورت حسب رویه موجود در دادگاهها، دادگاه صادر کننده حکم، پس از صدور اجراییه و در مرحله اجرای حکم، ابتدا دستور موقت صادره را لغو و سپس حکم را به نفع محکوم له به مرحله اجرا درخواهد آورد. و هرگاه رأی صادره در دعوی اصلی، علیه خواهان صادر گردد، اعم از اینکه حکم بر بی‌حقی خواهان یا مثلاً قرار رد دعوی یا قرار ابطال دادخواست صادر شود، باز هم دیگر موجبی برای بقای دستور موقت نخواهد بود،^۱ چرا که در تمامی صور فوق همانطور که برخی از اساتید حقوق به درستی به آن اشاره نموده‌اند، دستور موقت خصیصه‌ای موقتی و همچنین تبعی دارد.^۲

۱. ماده ۱۶ آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۷۹/۲/۱۹ ریاست قوه قضاییه مقرر می‌دارد: «دستور موقت تأثیری در اصل دعوی ندارد و در صورت رد شکایت یا صدور قرار اسقاط یا ابطال یا رد دادخواست اصلی یا قرار عدم صلاحیت و قطعیت آن بلا اثر می‌گردد».

۲. متین دفتری، احمد، «آیین دادرسی مدنی و بازرگانی»، جلد اول، مجمع علمی و فرهنگی مجد، چاپ

دستور موقت، موقتی و غیردائمی است، زیرا وجود و اثر آن صرفاً تا زمان صدور رأی قطعی تداوم و جریان می‌یابد و تبعی است چون که همواره به تبع موجودیت اصل خواسته و یا دعوی اصلی قابلیت طرح و اقامه دارد، هرچند که تقاضای دستور موقت و صدور آن تا قبل از اقامه دعوی اصلی نیز تجویز شده است (مواد ۳۱۱، ۳۱۸، ۳۲۳ و ۳۲۵ آیین دادرسی مدنی جدید و ماده ۱۶ آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۷۹/۲/۱۹).

موقتی بودن دستور موقت را می‌توان به صراحت و سهولت از عنوان آن نیز فهمید. النهایه اگرچه مفاد قانون آیین دادرسی مدنی، اشاره صریحی به این مهم ندارد، ولی می‌توان رفع اثر از دستور موقت در صورت صدور رأی قطعی دادگاه را از مفاد ماده ۳۲۳ آیین دادرسی مدنی جدید نیز تلویحاً استنباط نمود. لیکن این موضوع در باب قرار تأمین خواسته، صراحتاً در ماده ۱۱۸ آیین دادرسی مدنی جدید پیش‌بینی شده است.

۲- چنانچه تقاضای دستور موقت و صدور آن قبل از اقامه دعوی اصلی به عمل آمده باشد و خواهان ظرف مدت بیست روز از تاریخ صدور دستور موقت، دعوی اصلی خود را در دادگاه صالح اقامه ننماید، دادگاه صادر کننده دستور موقت، به درخواست طرف (خوانده) از آن رفع اثر خواهد نمود (ماده ۳۱۸ آیین دادرسی مدنی جدید).

۳- از جمله جهات دیگری که موجبات لغو دستور موقت^۳ را فراهم

اول، سال ۱۳۷۸، صص ۴۲۳، ۴۲۵ و ۴۳۱، شماره‌های ۱۸۳ و ۱۸۷؛ شمس، عبدالله «موارد صدور دستور موقت و عوامل مؤثر در تشخیص آن»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۳۹، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، بهار - تابستان ۱۳۸۳، صص ۲۲ و ۲۸، شماره‌های ۱۱ و ۱۶.

۳. «رفع اثر از دستور موقت عبارت است از اینکه دادگاه اثرات اجرایی دستور موقت را برطرف سازد، بدون اینکه در اساس صدور دستور موقت یا صحت و سقم آن اظهارنظر کند». فتح‌الله یآوری، به نقل از ادریسیان، محمدرضا، «دستور موقت»، ققنوس، زمستان ۱۳۸۰، ص ۱۱۹. «لیکن لغو دستور موقت عبارت

می‌آورد، انتفاء یا ارتفاع جهتی است که موجب صدور دستور موقت شده است. این جهت همان چیزی است که خواهان به منظور توجیه و اثبات تعیین تکلیف فوری امر در دستور موقت و مدلل نمودن آن، بدان تمسک می‌جوید. فی‌المثل خواهان با ادعا و اثبات اینکه خوانده در حال معامله و انتقال تنها ملک خود می‌باشد و قصد فرار از کشور را دارد، تقاضای صدور دستور موقت می‌کند، لیکن پس از صدور دستور موقت موصوف، کاشف به عمل می‌آید که نه تنها خوانده قصد فرار نداشته، بلکه اموال و املاک متعددی دارد یا سپس دارای اموال و املاک متعددی شده که جهت یا پایه دستور موقت صادره را بلاوجه می‌سازد. لهذا چون جهتی که موجب دستور موقت شده، مرتفع گردیده، دادگاه آن را لغو می‌نماید (ماده ۳۲۲ آیین دادرسی مدنی جدید).

۴- آخرین مورد یا موجب رفع اثر از دستور موقت، موضوع ماده ۳۲۱ آیین دادرسی مدنی جدید می‌باشد. بدین ترتیب که بر خلاف سه مورد اول، طرف دعوی به کیفیتی متقاضی تبدیل موضوع دستور موقت و جایگزین نمودن تأمین دیگری به جای آن است. در این مورد چنانچه طرف دعوی تأمینی بدهد که متناسب با موضوع دستور موقت باشد، دادگاه در صورت صلاحدید، از دستور موقت خویش رفع اثر خواهد نمود.

از میان چهار مورد فوق که هر یک به نوعی، رفع اثر از دستور موقت را در پی خواهد داشت، تنها مورد چهارم، یعنی مفاد ماده ۳۲۱ آیین دادرسی مدنی جدید، موضوع بررسی این مقاله می‌باشد. مقاله حاضر شامل

است از برطرف ساختن تمامی آثار و نتایج صدور دستور موقت، یا به عبارت دیگر از بین بردن دستور موقت صادره و بطلان دستور از ابتدا می‌باشد». ادرسیان، همان، ص ۱۱۹.

مباحث زیر است: مبحث اول «طرف دعوی»، مبحث دوم «تأمین و میزان آن» و مبحث سوم «تناسب تأمین با موضوع دستور موقت». مبحث چهارم «رعایت مصلحت از نظر دادگاه»، مبحث پنجم «اعتبار امر قضاوت شده در صدور و رفع اثر از دستور موقت» و مبحث ششم «بحث تطبیقی» که هریک فی الواقع موضوع ماده ۳۲۱ آیین دادرسی مدنی جدید را تشکیل داده و مرتبط با آن است. بنابراین به ترتیب عناصر تشکیل دهنده ماده مزبور را با لحاظ مستندات قانونی دیگر و آرا و نظرات اساتید محترم حقوق به نقد و بررسی خواهیم گذاشت.

مبحث اول: طرف دعوی

اجرای ماده ۳۲۱ آیین دادرسی مدنی جدید، اساساً پس از صدور دستور موقت صورت می‌گیرد و فی الواقع اعمال آن همواره مسبوق به صدور دستور موقت است. در نتیجه طرف دعوی همواره شخصی است که دستور موقت بر علیه او صادر و احتمالاً به مرحله اجرا در آمده است؛ به عبارت دیگر ممکن است از میان خواندگان متعدد در یک دعوی اصلی که مطرح شده و یا در نظر است که مطرح شود، دستور موقت صرفاً علیه یک یا چند نفر و یا تمامی آنها تقاضا و عندالاقضاء صادر شود. به همین ترتیب تنها شخص یا اشخاصی حق درخواست لغو یا رفع اثر از دستور موقت صادره را دارند که دستور موقت به زیان آنها صادر و یا به مرحله اجرا در آمده باشد. اجمالاً باید بگوییم که دستور موقت یکی از آراء و تصمیمات تأمینی است که خواهان در موارد فوری و متناسب با خواسته و دعوی اصلی خود آن را درخواست نموده که هم در امور و موضوعات مالی

و هم در امور و موضوعات غیر مالی صادر می‌شود (مادتین ۳۱۰ و ۳۱۶ آیین دادرسی مدنی جدید). اگر چه صدور دستور موقت حسب ماده ۳۱۷ آیین دادرسی مدنی جدید، به هیچ وجه تأثیری در اصل دعوی ندارد و لزوماً دلیلی بر ذیحقی خواهان تلقی نمی‌شود، ولی بی‌تردید دادگاه در صدور آن به جهات و دلایلی توجه دارد که به قرینه می‌توان نظر دادگاه را اجمالاً و ابتدائاً در ماهیت دعوی نیز استنباط کرد. چه آنکه دستور موقت همواره متضمن محدودیتهای خاصی برای طرف دعوی است که دادگاه حق ندارد بدون توجه به موضوع خواسته و دعوی اصلی و بی‌اعتنا به دلایل و ادله اثباتی ذیحقی خواهان، به صدور دستور موقت بر علیه خواننده دست زند. به علاوه، هیچ‌گاه نباید دستور موقت را با تأمین خواسته مقایسه کرده و آن را برابر با تأمین خواسته دانست، زیرا جهات و احکامی همانند احراز فوریت امر (مواد ۳۱۰ و ۳۱۵ آیین دادرسی مدنی جدید)، صلاحیت دادگاه محل وقوع موضوع درخواست دستور موقت (ماده ۳۱۲ آیین دادرسی مدنی جدید)، دادرسی فوری در اوقات تعطیل و حتی در غیر محل دادگاه و بدون دعوت از طرفین (ماده ۳۱۴ آیین دادرسی مدنی)، تأیید رئیس حوزه قضایی در اجرای دستور موقت (تبصره ۱ ماده ۳۲۵ آیین دادرسی مدنی)، عدم قابلیت فرجام‌خواهی از دستور موقت (ماده ۳۲۵ آیین دادرسی مدنی) و شمولیت و عمومیت آن بر توقیف مال یا انجام عمل یا منع از امری (ماده ۳۱۶ آیین دادرسی مدنی)، حکایت از آن دارد که قوت و اعتبار دستور موقت در موقعیتی بالاتر و برتر از قرار تأمین خواسته است. به همین جهت نیز دادگاهی که اقدام به صدور قرار دستور موقت می‌نماید، می‌باید به تمامی جهات و به ویژه فوریت امر توجه کند. علی‌الخصوص آنکه، همواره

دستور موقت بدین سبب درخواست می‌شود که اجرای حکم در اصل دعوی، در صورت صدور به نفع خواهان، متعذر نگردد و امکان اجرای حکم فراهم باشد. دادگاه بایستی در صدور دستور موقت عنایت داشته باشد که ممکن است طرف دعوی (شخصی که دستور موقت بر علیه او صادر شده) با دادن تأمین مناسب، تقاضای رفع اثر از دستور موقت را مطرح نماید. بنابراین اگر قرار است که دادگاه از دستور موقت رفع اثر کند، بهتر است که از صدور آن نیز خودداری ورزد، چه نتیجه عدم رعایت این ترتیب، آن خواهد شد که دو نوع تأمین و خسارت احتمالی از طرفین اخذ شود، بدون اینکه اقدام خاصی انجام شده باشد، زیرا در این وضعیت خواهان را در موقعیت قبل از صدور دستور موقت قرار می‌دهد و امکان استرداد مبالغ مأخوذه نیز بدون تراضی و توافق طرفین دعوی وجود ندارد، چرا که هر یک از دو مبلغ مربوط به خسارت احتمالی، به منظور جبران خسارت ناشی از اجرای دستور موقت و یا رفع اثر از دستور موقت صادره اخذ شده و تا قبل از طرح دعوی و رسیدگی دادگاه که وفق ماده ۳۲۴ آیین دادرسی مدنی جدید انجام خواهد شد، معلوم نیست که واقعاً خسارتی به هر یک از دو متقاضی مزبور وارد شده یا خیر. بنابراین در چنین وضعیتی با رفع اثر از دستور موقت، خواهان دستور موقت نمی‌تواند به دادگاه مراجعه و تقاضای استرداد خسارت احتمالی تودיעی خویش را بنماید، زیرا تأمینی که طرف دعوی برای رفع اثر از دستور موقت به دادگاه می‌سپرد، به جهت رفع اثر از دستور موقتی است که با تودیع خسارت احتمالی توسط خواهان و متقاضی دستور موقت صورت گرفته و به نظر می‌رسد چنانچه دادگاه بخواهد خسارت احتمالی خواهان دستور موقت را مسترد نماید، مکلف است تأمین مأخوذ از

طرف دعوی را که به منظور رفع اثر از دستور موقت دریافت داشته، به او رد کند.

مبحث دوم: تأمین و میزان آن

گفتار اول: خسارت احتمالی جهت صدور دستور موقت

۱- ماده ۳۲۱ آیین دادرسی مدنی مقرر می‌دارد: «در صورتی که طرف دعوی تأمینی بدهد که متناسب با موضوع دستور موقت باشد، دادگاه در صورت مصلحت از دستور موقت رفع اثر خواهد نمود».

در مواردی که دادگاه با صدور دستور موقت موافقت می‌کند، مکلف است وفق ماده ۳۱۹ آیین دادرسی مدنی جدید برای جبران خسارت احتمالی ناشی از دستور موقت، از خواهان تأمین مناسبی اخذ نماید که در این صورت صدور دستور موقت منوط به سپردن تأمین می‌گردد. به موجب بند (د) ماده ۱۰۸ آیین دادرسی مدنی جدید نیز در غیر موارد سه‌گانه مندرج در شقوق (الف)، (ب) و (ج) ماده مزبور، خواهان برای اخذ قرار تأمین خواسته باید خساراتی را که ممکن است به طرف مقابل وارد آید، نقداً به صندوق دادگستری بپردازد. تبصره ماده ۱۰۸ آیین دادرسی مدنی جدید تعیین میزان خسارت احتمالی را با در نظر گرفتن میزان خواسته به نظر دادگاهی می‌داند که درخواست تأمین را می‌پذیرد؛ بنابراین صدور قرار تأمین نیز موکول به ایداع خسارت مزبور خواهد بود.

۲- تعیین میزان خسارت احتمالی در صدور قرار تأمین خواسته، با در نظر گرفتن میزان خواسته و آن هم با نظر دادگاه انجام می‌پذیرد. بدیهی است خسارت احتمالی متناسب در این فرض باید با توجه به دعوی و

خواسته اصلی که مورد تأمین خواسته قرار می‌گیرد تعیین و مشخص گردد. معمولاً در این فرض دادگاهها ده تا بیست درصد خواسته اصلی را برای تودیع خسارت احتمالی در نظر می‌گیرند. در ماده ۳۱۹ آیین دادرسی مدنی جدید، یعنی باب مربوط به صدور دستور موقت نیز به همین ترتیب عمل می‌شود و مقنن تنها قید کرده که برای جبران خسارت احتمالی، دادگاه مکلف به اخذ تأمین مناسبی از خواهان است. النهایه میزان خسارت احتمالی مزبور نیز با نظر دادگاه و با توجه به خواسته و دعوی اصلی تعیین و اعلام خواهد شد.

اگرچه عنوان «دعوی یا خواسته اصلی» در ماده ۳۱۹ آیین دادرسی مدنی جدید تصریح نشده، ولی مقنن با تقدیر و فرض این امر که تلویحاً مواد ۳۱۱، ۳۱۶، ۳۱۷، ۳۱۸، ۳۲۲ و ۳۲۳ الی ۳۲۵ آیین دادرسی مدنی جدید اصل دعوی و خواسته اصلی را مد نظر داشته‌اند، نظر بر آن داشته که تأمین مأخوذ یا خسارت احتمالی می‌بایست با دعوی و خواسته اصلی تناسب داشته باشد. این تناسب نیز همانند آنچه که در بند (د) ماده ۱۰۸ و تبصره ذیل آن آمده، صرفاً بخشی از ارزش مادی (در دعاوی مالی) و اهمیت حقوقی و قانونی (در دعاوی غیر مالی) خواسته اصلی را تشکیل می‌دهد. به همین جهت دادگاهها نیز حسب رویه معمول، اصولاً ده تا سی درصد خواسته و دعوی اصلی را به عنوان خسارت احتمالی و تأمین مناسب تعیین و اخذ می‌نمایند. بدیهی است بر خلاف خسارت احتمالی موضوع بند (د) ماده ۱۰۸ که می‌بایست به صورت وجه نقد باشد، در دستور موقت این خسارت و تأمین اعم از وجه نقد بوده و می‌تواند اموال غیرنقدی (خواه منقول یا غیر منقول) را نیز در بر گیرد.

گفتار دوم: خسارت احتمالی جهت رفع اثر از موضوع دستور موقت

با توجه به مطالب بالا، خواه در صدور قرار تأمین خواسته و خواه در صدور دستور موقت، میزان خسارت احتمالی که به عنوان تأمین مناسب مطرح می‌گردد، صرفاً درصدی از ارزش خواسته و دعوی اصلی را تشکیل می‌دهد و هیچ‌گاه کل یا معادل ارزش خواسته اصلی نمی‌تواند موضوع خسارت احتمالی قرار گیرد. علت چنین وضعیتی را باید در بحث مربوط به موضوع دعوی و تصرف خوانده در آن و یا انکار موضوع دعوی و خواسته توسط خوانده جست. به عبارت دیگر خواسته و موضوع دعوی، آن حقی است که در تصرف و اختیار خوانده قرار دارد و خوانده، ادعای خواهان را در تعلق آن حق به خود، انکار نموده و از پذیرش دعوی خواهان و یا تسلیم مورد خواسته به خواهان خودداری و امتناع نموده و یا به حقوق مورد ادعای خواهان تجاوز می‌نماید. مرحوم استاد دکتر احمد متین دفتری، دعوی را عبارت از عملی می‌دانند که برای تثبیت حقی صورت می‌گیرد، یعنی حقی که مورد انکار و تجاوز واقع شده است.^۴ لیکن برخی دیگر از حقوقدانان در تعریف دعوی اشعار داشته‌اند که «دعوی، توانایی قانونی مدعی حق تضییع یا انکار شده در مراجعه به مراجع صالح در جهت به قضاوت گذاردن وارد بودن یا نبودن ادعا و ترتب آثار قانونی مربوطه است. برای طرف مقابل، دعوی، توانایی مقابله با این ادعا است».^۵

از نظر این حقوقدانان، دعوی در این مفهوم منازعه و اختلافی است

۴. متین دفتری، احمد، «آیین دادرسی مدنی و بازرگانی»، یک جلدی، مجمع علمی و فرهنگی مجد، چاپ دوم، ۱۳۸۱، شماره ۶۲، ص ۲۰۹.

۵. شمس، عبدالله، «آیین دادرسی مدنی»، جلد اول، نشر میزان، چاپ سوم، زمستان ۱۳۸۱، ص ۳۱۰، شماره ۴۹۱.

که در مرجع قضایی مطرح گردیده و تحت رسیدگی بوده یا می‌باشد.^۶ بر همین اساس است که همواره میزان خسارت احتمالی برای صدور قرار دستور موقت به نفع خواهان، تنها قسمتی از ارزش خواسته می‌باشد، نه معادل ارزش آن. چه آنکه با صدور قرار دستور موقت، نه حقی به خواهان تسلیم می‌شود و نه ادعای او پذیرفته می‌شود، بلکه مطابق آنچه که در ماده ۳۱۶ آیین دادرسی مدنی جدید آمده، به تناسب اصل دعوی، صرفاً مالی توقیف و یا انجام عمل و یا منع از امری مقرر می‌گردد. بی‌تردید موضوع دستور موقت نمی‌تواند عین خواسته و موضوع دعوی اصلی باشد، بلکه امری است تأمینی که در جهت دعوی اصلی قرار داشته و به منظور حفظ دعوی اصلی و امکان اجرای حکم در ماهیت دعوی، صادر و اعلام می‌شود. به این ترتیب با صدور دستور موقت، حق مورد ادعا و خواسته بدون اینکه از اختیار و تملک خواننده دعوی خارج و به خواهان تسلیم شود، صرفاً در جهت دعوی مطروحه از سوی خواهان و امکان اجرای حکم از محل حق توقیف شده، در فرض صدور حکم به نفع خواهان، به حیثه توقیف دادگاه در آمده و یا خواننده حسب مورد به انجام امر یا منع از آن ملزم می‌گردد. بر همین اساس است که دادگاه برای صدور قرار تأمین خواسته یا دستور موقت، وفق قانون تنها درصدی از خواسته اصلی را به عنوان خسارت احتمالی تعیین می‌کند، تا اگر خواننده دعوی به جهت صدور و اجرای قرار تأمین خواسته یا دستور موقت، در استفاده از حق مورد ادعای خواهان، محدود و مقید گردید و از این طریق خساراتی را متحمل شد، بتواند از محل خسارات احتمالی تودیع شده، آن را جبران نماید. از آنجایی که با صدور و

۶. شمس، عبدالله، همان، ص ۳۱۱، شماره ۴۹۲.

اجرای دستور موقت، خواسته موضوع دعوی از اختیار و تصرف خواننده خارج نشده و به خواهان تسلیم نمی‌گردد و با حفظ و بقای حق در اختیار خواننده، البته تا زمان صدور حکم قطعی، صرفاً محدودیتی برای او ایجاد می‌گردد، به تناسب تنها درصدی از خواسته اصلی برای جبران خسارت احتمالی خواننده، که ممکن است تا زمان صدور حکم قطعی و در فرض رد دعوی خواهان، متحمل گردد، منظور می‌شود. در هر حال، میزان این خسارت، معادل کل ارزش خواسته نخواهد بود.

اما فرض بالا را نمی‌توان نسبت به لغو قرار دستور موقت به کار گرفت. به عبارت دیگر هرگاه بخواهیم پس از صدور قرار دستور موقت، حسب درخواست خواننده و با اعلام موافقت او در تودیع خسارت احتمالی به منظور جبران خسارت وارده به خواهان، دستور موقت را لغو کنیم، لاجرم باید معادل ارزش خواسته اصلی را که اصولاً موضوع دستور موقت قرار می‌گیرد، به عنوان خسارت احتمالی تعیین نماییم. با توجه به اینکه در استنباط و استخراج این نظر از ماده ۳۲۱ آیین دادرسی مدنی جدید، تحلیل و تفسیر تناسب تأمین با موضوع دستور موقت لازم می‌آید، ادامه مطلب را در مبحث آتی پی خواهیم گرفت.

مبحث سوم: تناسب تأمین با موضوع دستور موقت

در این مبحث با فرضی مواجه هستیم که دستور موقت حسب درخواست و به نفع خواهان صادر شده و خواننده دعوی در صدد است تا با دادن تأمینی، از دستور موقت صادره رفع اثر نماید، در نتیجه مباحث ذیل قابل طرح است:

گفتار اول: اختلاف و تفاوت در تناسب تأمین

۱- میزان خسارت احتمالی یا تأمینی که به منظور رفع اثر از دستور موقت قابل تودیع می‌باشد، بی‌تردید با خسارت احتمالی که به جهت صدور دستور موقت تعیین و به کار گرفته می‌شود، کاملاً متفاوت و متمایز است، زیرا در زمان صدور قرار دستور موقت، همانطور که گفته شد خسارت احتمالی با لحاظ خواسته اصلی و تنها متناسب با ارزش بخشی از خواسته اصلی، تعیین خواهد شد. دلیل این امر نیز عدم خروج حق یا موضوع دعوی از حیطه مالکیت و اختیار و تصرف خواننده تا زمان صدور رأی قطعی است؛ به علاوه حتی اگر در اجرای دستور موقت مالی توقیف گردد و یا خواننده از اقدام به امری در مدت زمان خاصی محدود و ممنوع شود، این دستور موضوع دعوی یا موضوع دستور موقت را به طور کامل از تصرف و اختیار خواننده خارج نمی‌کند و آن را به هیچ وجه در اختیار و تصرف خواهان (ذینفع دستور موقت) قرار نمی‌دهد. همین دلیل است که قلت خسارت احتمالی و کسر آن از ارزش معادل خواسته اصلی را توجیه می‌کند. اما این وضعیت در خصوص تعیین میزان خسارت احتمالی به منظور لغو یا رفع اثر از دستور موقت صادق نیست، زیرا وقتی خواهان تقاضای صدور دستور موقت می‌کند، بی‌تردید در نظر دارد که خواسته و دعوی اصلی خود را تا زمان صدور حکم قطعی حفظ کرده و در امنیت قرار دهد. حفظ خواسته و دعوی اصلی معمولاً بدین منظور انجام می‌شود که در صورت صدور حکم ماهوی به نفع خواهان، امکان اجرای حکم فراهم باشد، به همین جهت نیز خواهان حاضر می‌شود تا درصدی از ارزش خواسته اصلی را (خواه دعوی مالی باشد یا غیر مالی) حسب نظر دادگاه به عنوان خسارت احتمالی تودیع

کند تا در صورت صدور حکم به بی‌حقی وی، از آن محل، خسارات ناشی از صدور و اجرای دستور موقت که به خواننده تحمیل گردیده، پس از رسیدگی دادگاه جبران گردد (مواد ۱۲۰، ۳۲۳ و ۳۲۴ آیین دادرسی مدنی جدید). النهایه با تودیع خسارت احتمالی تعیین شده توسط دادگاه و صدور قرار دستور موقت، کل موضوع دستور موقت که معمولاً معادل ارزش خواسته اصلی است، به نفع متقاضی دستور موقت، مقید و یا توقیف خواهد شد. در این وضعیت خواهان با اطمینان خاطر از حفظ خواسته اصلی خود از تعرض بعدی طرف دعوی، که از طریق دستور موقت صورت می‌گیرد، منتظر طی جریان رسیدگی در پرونده اصلی و اتخاذ تصمیم قطعی دادگاه می‌شود. برای مثال هرگاه خواسته اصلی دعوی، الزام خواننده به تنظیم سند رسمی انتقال ملک غیر منقول ثبت شده، به نام خواهان، بر مبنای وقوع عقد بیع مستند به یک سند عادی باشد، خواهان می‌تواند برای جلوگیری از نقل و انتقال رسمی ملک و پیشگیری از بلا اجرا ماندن حکم قطعی دادگاه که احتمالاً در پایان مراحل رسیدگی به نفع وی صادر خواهد شد، تقاضای صدور دستور موقت دایر بر توقیف پلاک ثبتی موصوف و منع خواننده از نقل و انتقال آن به غیر تا زمان صدور رأی قطعی را بنماید. این درخواست موجب می‌شود تا خواسته اصلی که ادعای مالکیت خواهان بر ملک غیر منقول و تقاضای انجام تشریفات رسمی انتقال به نام وی می‌باشد، تا زمان صدور رأی قطعی حفظ شده و از تعرض خواننده دعوی در جهت نقل و انتقال رسمی آن به غیر مصون بماند. در این وضعیت هرگاه خواننده دعوی بخواهد از دستور موقت صادره رفع اثر کند، می‌باید تأمین سپارد که متناسب با موضوع دستور موقت باشد. موضوع دستور موقت در مثال بالا، فی‌الواقع معادل ارزش خواسته اصلی است، زیرا آنچه که حقوق خواهان را

حفظ می‌کند موضوع دستور موقت، یعنی ممنوعیت خوانده از نقل و انتقال مال غیرمنقول ثبت شده می‌باشد که ارزشی معادل ارزش خواسته اصلی را دارا است. بنابراین دادگاه نمی‌تواند در تعیین میزان خسارت احتمالی یا تأمین مورد نظر برای رفع اثر از دستور موقت، صرفاً مبلغی معادل درصدی از موضوع دستور موقت را معین نماید، بلکه مبلغ مزبور باید دقیقاً معادل موضوع دستور موقت و فی‌الواقع معادل ارزش خواسته اصلی باشد، تا جایگزین موضوع دستور موقت گردد.^۷ خواهان پس از صدور دستور موقت

موقت که معادل ارزش خواسته اصلی است، موضوع دعوی و مال مورد ادعای خود را تا زمان صدور حکم قطعی حفظ کرده و در امنیت قرار ۷. در این خصوص ماده ۷۹ قانون دریایی ایران مصوب ۱۳۲۳/۶/۲۹ متضمن حکم خاصی است که این نظر را تأیید می‌کند:

«۱- در کلیه مواردی که مالک مجاز است به موجب این قانون مسؤولیت خود را محدود کند و هنگامی که کشتی یا هر کشتی یا هر مال دیگر متعلق به مالک در قلمرو ایران توقیف شده است و یا برای احتراز از توقیف تضمین یا تأمین دیگری داده شده است، دادگاه یا هر مرجع صلاحیتدار دیگر می‌تواند بر رفع توقیف از کشتی یا از مال دیگر و یا به فک تأمین دستور لازم را صادر نماید، مشروط بر اینکه مالک تضمین یا تأمین دیگری معادل با میزان کامل مسؤولیت خود به نحوی که این قانون مقرر می‌دارد داده باشد و در این مورد تضمین و تأمین باید طوری باشد که عملاً قابل استفاده بوده و تکافوی حقوق مدعی را بنماید.

۲- در صورتی که مطابق شرایط مذکور در بند یک این ماده تضمین یا تأمینی کافی در محل‌های ذیل داده شده باشد دادگاه یا مقام صالح دیگر به فک توقیف از کشتی یا رفع تضمین و یا تأمین، رأی می‌دهد.

الف) در بندری که حادثه مورد طلب به وقوع پیوسته است.

ب) در نخستین بندر توقف پس از حادثه اگر حادثه در بندر روی نداده است.

ج) در بندر مقصد یا تخلیه برحسب آنکه خسارت بدنی یا مربوط به کالا باشد.

۳- در صورتی که میزان تضمین یا تأمین به حد میزان مسؤولیت مقرر در این قانون نباشد احکام بند یک و دو در صورتی جاری خواهد بود که تضمین یا تأمین کافی برای بقیه آن داده شود.

۴- هنگامی که مالک مطابق مقررات این قانون به میزان مبلغی که معادل مسؤولیت کامل او است تضمین یا تأمینی دیگر داده است کلیه مطالبات ناشی از یک حادثه که مالک مسؤولیت خود را نسبت به آن محدود نموده است از محل این تضمین یا تأمین تأدیه خواهد شد.»

می‌دهد، بنابراین از این جهت و نسبت به موضوع دستور موقت بر هر شخص دیگری تقدم داشته و ذیحق احتمالی است. در نتیجه هرگاه دادگاه حسب درخواست خوانده بخواهد از دستور موقت رفع اثر کند، می‌بایست تأمینی را مقرر بدارد که ارزش آن معادل تمامی ارزش موضوع دستور موقت باشد، نه اینکه صرفاً درصدی و یا بخشی از ارزش موضوع دستور موقت را تشکیل دهد.

برخی از اساتید همچین بر این باورند که: «تأمین باید متناسب با «موضوع دستور» باشد؛ بنابراین اگر موضوع دستور جنبه مالی دارد، باید ارزش آن در نظر گرفته شود؛ پس تأمینی که برای رفع اثر از دستور موقت گرفته می‌شود، علی‌القاعده بسیار سنگین‌تر از تأمینی است که از ذینفع برای صدور دستور موقت گرفته شده است».^۸

۲- تحلیل فوق از دو جهت قابل توجه و واجد اهمیت است: اولاً، از این حیث که خواهان ابتدا خواسته اصلی خود را با درخواست و متعاقباً صدور و اجرای دستور موقت، محفوظ داشته و لغو و رفع اثر از آن مستلزم دلیل و علت قانونی است و صرف درخواست طرف دعوی (خوانده) به تنهایی چنین قوت و اقتضایی ندارد. ثانیاً، خواهان با اخذ دستور موقت و اجرای آن به این امر دلخوش کرده تا در زمان صدور حکم قطعی به نفع خود، حکم صادره را به مرحله اجرا درآورد، لذا چنانچه دادگاه بخواهد صرفاً با دریافت درصدی از ارزش موضوع دستور موقت، ولو اینکه مبلغ تودיעی بیش از خسارت احتمالی تودیع شده از ناحیه خواهان باشد، از

۸ شمس، عبدالله، «آیین دادرسی مدنی»، جلد سوم، انتشارات دراک، چاپ دوم، پاییز ۱۳۸۴، ص ۴۲۵ شماره ۶۸۴).

دستور موقت رفع اثر کند، فی الواقع اجرای حکم صادره به نفع خواهان را دچار تعطیل و تعذر کرده است. بنابراین هرگاه دادگاه معادل ارزش خواسته اصلی یا معادل موضوع دستور موقت را به عنوان خسارت احتمالی و تأمین تعیین ننموده و از خواننده اخذ نکند، فی الواقع در صورت صدور حکم به نفع خواهان، محکوم به را زایل ساخته و خواهان را از دسترسی به آن محروم نموده است. برای مثال هرگاه ارزش خواسته اصلی در مثال پیش گفته یکصد میلیون تومان باشد و خواهان حسب نظر دادگاه برای صدور دستور موقت، مبلغ پانزده میلیون تومان خسارت احتمالی سپرده باشد و متعاقباً پس از صدور دستور موقت، حسب درخواست خواننده به منظور رفع اثر از دستور موقت صادره، دادگاه مبلغ بیست میلیون تومان جهت سپردن تأمین از سوی خواننده تعیین و با تودیع آن، از دستور موقت صادره رفع اثر نماید، در فرض صدور حکم قطعی به نفع خواهان، اجرای حکم و وصول محکوم به که معادل یکصد میلیون تومان بوده از محل تأمین تودיעی از سوی خواننده که مبلغ بیست میلیون تومان بوده، متعذر و اساساً غیر ممکن است. در نتیجه تنها مبلغ عادلانه و متناسب برای رفع اثر از دستور موقت، معادل ارزش خواسته اصلی و فی الواقع ارزشی است که دادگاه در حین درخواست صدور دستور موقت، برای کل خواسته در نظر گرفته تا درصدی از آن را برای صدور دستور موقت از خواهان اخذ نماید.

۳- خسارت احتمالی، خواه به منظور صدور دستور موقت تودیع گردد (ماده ۳۱۹ آیین دادرسی مدنی جدید) و خواه در جهت رفع اثر از دستور موقت صادره (ماده ۳۲۱ آیین دادرسی مدنی جدید) سپرده شود، در هر حال توجیه و علت اخذ آن بر این مبنا استوار است که در صورت

صدور رأی قطعی و محکومیت متقاضی آن در دعوی اصلی، بتوان خسارت ناشی از اجرای دستور موقت و یا رفع اثر از آن را از محل خسارت احتمالی مأخوذ جبران و استیفاء نمود. بنابراین اصولاً باید بر آن بود که به غیر از موارد بسیار استثنایی، خسارت احتمالی تودיעی پس از اثبات ورود خسارت و میزان آن، تنها در صورتی به متضرر حسب مورد (طرف مقابل متقاضی و تودیع کننده خسارت احتمالی) پرداخت خواهد شد که دستور موقت یا تصمیم بر رفع اثر از دستور موقت به مرحله اجرا درآمده باشد. به عبارت دیگر هرگاه دستور موقت از دادگاه صادر ولی اجرا نگردد (مثلاً به دلیل عدم تأیید رئیس حوزه قضایی، موضوع تبصره ۱ ماده ۳۲۵ آیین دادرسی مدنی جدید) و یا اینکه پس از صدور دستور موقت، دادگاه بر رفع اثر از آن دستور دهد ولی این تصمیم به مرحله اجرا در نیاید، ورود هیچ‌گونه خسارتی متصور نخواهد بود، تا حسب مورد مدعی ضرر از صدور دستور موقت و یا رفع اثر از آن، حق مطالبه آن را از محل خسارت احتمالی تودיעی داشته باشد. به همین لحاظ نیز ماده ۳۲۳ آیین دادرسی مدنی جدید صریحاً محکومیت متقاضی دستور موقت را به جبران خسارات طرف دعوی مقید به اجرای دستور موقت نموده است و صرف صدور دستور موقت را بدون اینکه به مورد اجرا درآید، زیان بار نمی‌داند تا استثنائاً موضوع در قالب ماده ۳۲۴ آیین دادرسی مدنی جدید برای مطالبه خسارت قابل طرح و رسیدگی باشد. قانونگذار در باب صدور قرار تأمین خواسته نیز همین نکته را مدنظر داشته و صریحاً در صدر ماده ۱۲۰ آیین دادرسی مدنی جدید اعلام داشته در صورتی که قرار تأمین اجرا گردد و خواهان به موجب رأی قطعی محکوم به بطلان دعوی شود و یا حقی برای او به اثبات

نرسد، خواننده حق دارد ظرف مدت مقرر، خسارتی را که از قرار تأمین به او وارد شده مطالبه کند؛ در غیر این صورت وجهی که بابت خسارت احتمالی سپرده شده به درخواست خواهان مسترد خواهد شد.

در موارد بسیار استثنایی، اجرای دستور موقت و یا رفع اثر از آن، تقریباً همراه و همزمان با صدور دستور موقت یا اتخاذ تصمیم دادگاه بر رفع اثر از دستور موقت به عمل می‌آید. در این گونه موارد شاید بتوان گفت اساساً اجرا به آن معنای مصطلح و جاری، وجود خارجی ندارد، بنابراین در چنین مواردی، ورود خسارت حاصل از صدور دستور موقت یا رفع اثر از آن متصور و ممکن خواهد بود و از همین رو قابلیت طرح و مطالبه نیز دارد، زیرا عملاً اثر خود را به جا می‌گذارد؛ مانند اینکه خواهان با تقدیم دادخواستی به خواسته خلع ید خواننده از ملک خود و قلع و قمع بنای نیمه کاره مستحده، صدور دستور موقت دایر بر منع خواننده از ساخت و ساز و تکمیل اعیانی را نیز درخواست می‌کند. چنانچه دادگاه دستور موقتی دایر بر منع خواننده از احداث و ساخت و ساز اعیانی صادر نماید و این دستور مورد تأیید رئیس حوزه قضایی قرار گیرد، صرف صدور و تأیید این دستور و عمل به آن از سوی خواننده پس از اطلاع و یا ابلاغ دستور موقت، اثر خود را خواهد بخشید و دیگر عملیات اجرایی خاصی را به دنبال ندارد؛ النهایه در چنین مواردی دستور موقت به خواننده ابلاغ و نهایتاً صورتجلسه‌ای در محل تنظیم خواهد شد که همین ابلاغ و عندالزوم صورتجلسه تنظیمی، به منزله اجرای دستور موقت تلقی می‌گردد. همچنین هرگاه دادگاه در اجرای ماده ۳۲۱ آیین دادرسی مدنی جدید و با اجتماع شرایط مقرر در آن، بر رفع اثر از دستور موقت صادره تصمیم بگیرد، صرف اتخاذ تصمیم و صدور دستور بر رفع اثر از دستور موقت، آثار اجرایی خود را به همراه

خواهد داشت، زیرا همزمان با اتخاذ تصمیم و دستور دادگاه بر رفع اثر از دستور موقت، مفاد دستور موقت بی‌اثر شده و الزامات و آثار اجرایی آن متوقف و برطرف خواهد گردید. باید توجه داشت در مواردی که دادگاه با اخذ تأمین متناسب با موضوع دستور موقت و با رعایت مصلحت، بر رفع اثر از دستور موقت تصمیم می‌گیرد، خواهان نمی‌تواند درخواست کند که خسارات احتمالی او جهت صدور دستور موقت، به وی مسترد شود، زیرا علت اخذ تأمین متناسب از طرف دعوی (خوانده)، صدور دستور موقتی است که بر پایه احراز فوریت امر و تودیع خسارت احتمالی از ناحیه خواهان، انجام شده است؛ بنابراین چنانچه خسارت احتمالی خواهان قابل استرداد باشد، دیگر موجبی برای بقای دستور موقت نیست و به همین ترتیب دیگر نیازی به رفع اثر از دستور موقت با تودیع تأمین متناسب نخواهد بود. مضافاً اینکه هرگاه در مدتی که دستور موقت به مرحله اجرا درآمده، ورود خسارتی به خوانده متصور و محتمل باشد و در نهایت نیز دعوی خواهان مردود اعلام گردد، خسارت وارده به خوانده از محل تأمین تودיעی خواهان، استیفاء خواهد شد.

گفتار دوم: مقایسه تناسب تأمین در تبدیل موضوع دستور موقت با تأسیسات دیگر

۱- ماده ۳۲۱ آیین دادرسی مدنی جدید اعلام می‌دارد: «در صورتی که طرف دعوی تأمینی بدهد که متناسب با موضوع دستور موقت باشد، دادگاه در صورت مصلحت از دستور موقت رفع اثر خواهد نمود».

متناسب بودن تأمین تودיעی با موضوع دستور موقت، از ارکان مهم رفع اثر از دستور موقت صادره است، لیکن نباید تناسب مزبور را به مفهوم

تأمین مناسب موضوع ماده ۳۱۹ آیین دادرسی مدنی جدید که به منظور صدور دستور موقت تعیین می‌گردد، به کار برد. چه همانطور که در ماده ۳۱۹ آیین دادرسی مدنی جدید قید شده، میزان تأمین مناسب برای صدور دستور موقت، معادل میزان خسارت احتمالی است که از دستور موقت حاصل می‌شود و این میزان خسارت قطعاً مبلغی است که کمتر از ارزش کل موضوع دستور موقت خواهد بود. این وضعیت در خصوص صدور قرار تأمین خواسته نیز مصداق دارد و تبصره ماده ۱۰۸ آیین دادرسی مدنی جدید در آنجا نیز تعیین میزان خسارت احتمالی را با در نظر گرفتن میزان خواسته، در اختیار دادگاه گذاشته است. این در حالی است که مفهوم تناسب تأمین در خسارت احتمالی تودיעی با موضوع دستور موقت در ماده ۳۲۱ آیین دادرسی مدنی جدید که به منظور رفع اثر از دستور موقت شرط شده، فی الواقع همان تعادل ارزشی میان این دو مورد است و نه صرفاً درصدی از آنها. دلیل چنین تحلیلی آن است که تأمینی که طرف دعوی به منظور رفع اثر از دستور موقت می‌دهد، در حقیقت برای جبران خسارت احتمالی خواهان به علت رفع اثر از دستور موقت صادره است، چرا که پس از صدور حکم قطعی به نفع او، اجرای حکم از محل موضوع دستور موقت متعذر و غیر ممکن خواهد بود.

۲- مفهوم و معنای متناسب بودن تأمین تودיעی با موضوع دستور موقت که برای رفع اثر از دستور موقت تعیین و سپرده خواهد شد و ما آن را در معنا و مفهوم تعادل و برابری ارزش تأمین با ارزش موضوع دستور موقت یا ارزش خواسته اصلی به کار برده‌ایم، در سایر مواد قانون آیین دادرسی مدنی جدید نیز استعمال شده است؛ این مواد نیز معنای برابری و

تعادل را به دست می‌دهند. در این رابطه از جمله می‌توان ماده ۱۲۴، تبصره ۲ ماده ۳۰۶، بند (الف) ماده ۳۸۶، بند (ب) ماده ۴۳۷ آیین دادرسی مدنی جدید و ماده ۱۴۷ قانون اجرای احکام مدنی را ذکر نمود. ماده ۱۲۴ آیین دادرسی مدنی جدید به تبدیل تأمین اختصاص دارد. مطابق این ماده، در جایگزینی مال خوانده که در اجرای قرار تأمین خواسته توقیف شده یا در شرف توقیف است، ارزش مال یا اموال جایگزین می‌بایست به میزان همان مالی که توقیف گردیده، باشد و الا درخواست تبدیل تأمین پذیرفته نخواهد شد. ماده ۱۲۴ مقرر می‌دارد: «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.»

موضوع ماده ۱۲۴ تقریباً همان موضوع ماده ۳۲۱ آیین دادرسی مدنی جدید است، زیرا در ماده ۳۲۱ نیز به نحوی، تبدیل تأمین در دستور موقت مورد نظر بوده است. مطابق ماده اخیر خوانده می‌تواند به جای موضوع دستور موقت، تأمین متناسب دیگری بسپارد. نمی‌توان تصور کرد که مقنن در باب تبدیل تأمین در قرار تأمین خواسته وضعیتی را در نظر گرفته ولی در مورد دستور موقت که ماهیتاً در اجرا و جریان دادرسی فوری صادر می‌شود و ماهیتی بسیار با اهمیت‌تر و خطیرتر از تأمین خواسته دارد، نرمش به خرج داده و با آن برخوردی خفیف‌تر از مبحث تأمین خواسته، داشته است.

مقنن در ماده ۱۲۴ آیین دادرسی مدنی جدید یک ضابطه بسیار مهم را در نظر داشته و آن اینکه تبدیل تأمین نباید به کیفیتی انجام پذیرد که وضعیت و موقعیت خواهان را در زمان تبدیل تأمین بدتر و ضعیف‌تر از موقعیت او در زمان پس از صدور و اجرای قرار تأمین خواسته نماید. بر همین اساس است که این ماده در سپردن مال جایگزین از سوی خواننده، مقرر می‌دارد هرگاه مال جایگزین وجه نقد یا اوراق بهادار باشد باید به میزان همان مال توقیف شده در صندوق دادگستری یا یکی از بانکها به ودیعه گذاشته شود و هرگاه مال جایگزین غیر نقدی یا غیر از اوراق بهادار باشد، می‌بایست وجود دو شرط در آن احراز گردد؛ مال جایگزین یا پیشنهاد شده، هم از نظر قیمت و هم از حیث سهولت در فروش، نباید از اموالی که قبلاً توقیف گردیده، کمتر باشد. به عبارت دیگر، مال جایگزین باید حداقل معادل مال توقیف شده باشد والا درخواست تبدیل تأمین رد خواهد شد. ماده ۵۳ قانون اجرای احکام مدنی نیز در مرحله اجرای حکم و تبدیل مال توقیف شده، همین ضابطه را به کار گرفته است.

در خصوص رفع اثر از دستور موقت نیز باید همین ضابطه مقرر در ماده ۱۲۴ آیین دادرسی مدنی جدید و ماده ۵۳ قانون اجرای احکام مدنی را به کار برد و بر آن بود که وضعیت و موقعیت خواهان پس از رفع اثر از دستور موقت حداقل باید برابر و یا بهتر از موقعیت و شرایط او در زمان پس از صدور و اجرای دستور موقت و قبل از رفع اثر از دستور موقت باشد. بنابراین طرف دعوی باید مالی را در مقام تأمین و به منظور رفع اثر از دستور موقت بسپارد که حداقل موقعیت خواهان را در زمان پس از صدور و اجرای دستور موقت حفظ کرده و یا او را در موقعیت بهتری قرار

دهد. این امر میسور و ممکن نخواهد بود مگر اینکه در تحلیل و تفسیر کلمه «متناسب» مقرر در ماده ۳۲۱ آیین دادرسی مدنی جدید، آن را به مفهوم تعادل و برابری استعمال نماییم.

۳- تبصره ۲ ماده ۳۰۶ آیین دادرسی مدنی جدید نیز از کلمه متناسب استفاده نموده که به نظر نگارنده باید آن را در همان معنایی که در ماده ۳۲۱ آیین دادرسی مدنی جدید اختیار نموده‌ایم، به کار بریم. تبصره ۲ ماده ۳۰۶ مقرر می‌دارد: «اجرای حکم غیابی منوط به معرفی ضامن معتبر یا اخذ تأمین متناسب از محکوم له خواهد بود. مگر اینکه دادنامه یا اجراییه به محکوم علیه غایب، ابلاغ واقعی شده و نامبرده در مهلت مقرر از تاریخ ابلاغ دادنامه و اخواهی نکرده باشد».

مقرر مزبور نیز ناظر بر ابلاغ قانونی حکم غیابی بوده که به لحاظ عدم احراز اطلاع واقعی محکوم علیه حکم غیابی از آن، مقنن احتمال و اخواهی محکوم علیه از حکم غیابی را در مهلت مقرر در نظر گرفته و به منظور جلوگیری از تضییع حقوق او و احتمال نقض حکم غیابی در مرحله و اخواهی و یا در مرحله تجدید نظر خواهی پس از آن، مقرر داشته تا محکوم له جهت اجرای حکم، ضامن معتبر معرفی و یا تأمین متناسب بسپرد. علت وضع این حکم قانونی، امکان اعاده عملیات اجرایی در صورت نقض حکم غیابی از طریق تأمین مأخوذه از محکوم له است. تردیدی نیست که ارزش تأمین متناسب تودיעی از سوی محکوم له باید معادل و برابر با ارزش محکوم به مورد اجرا باشد، زیرا هرگاه محکوم به حکم غیابی پس از صدور اجراییه و حسب درخواست محکوم له جهت اجرای حکم، به مرحله اجرا درآید و به محکوم له تسلیم شود، در صورت نقض حکم غیابی مزبور

در مرحله واخواهی و یا تجدید نظر خواهی و عدم امکان استرداد محکوم به یا امتناع محکوم له از رد آن، استرداد محکوم به باید از محل تأمین مأخوذه انجام گیرد و همین امر دلیل موجهی است بر اینکه ارزش تأمین متناسب مأخوذ از محکوم له حکم غیابی را معادل و برابر با ارزش محکوم به بدانیم.

به علاوه بند (الف) ماده ۳۸۶ آیین دادرسی مدنی جدید نیز پس از درخواست فرجام، اعلام می‌دارد: «چنانچه محکوم به مالی باشد، در صورت لزوم به تشخیص دادگاه قبل از اجرا از محکوم له تأمین مناسب اخذ خواهد شد». در این مقررره نیز جهت امکان اعاده عملیات اجرایی در صورت نقض حکم در دیوان عالی کشور، اخذ تأمین مناسب را لازم شمرده که به نظر نگارنده ارزش آن معادل ارزش محکوم به مورد اجرا است. البته بند (الف) ماده ۳۸۶، اخذ تأمین مناسب از محکوم علیه را موقوف به تشخیص لزوم و ضرورت آن به تشخیص دادگاه کرده است. لیکن به عکس، عبارت تأمین مناسب در بند (ب) ماده ۳۸۶ همان قانون در معنای ارزش برابر و معادل نیست، زیرا از دو جهت باید به این مقوله توجه داشت: اول آنکه موضوع بند (ب) ماده ۳۸۶ آیین دادرسی مدنی جدید محکوم به غیر مالی است و ماهیتاً در شمار یک امر مالی قرار ندارد تا قابل ارزیابی و تقویم به پول باشد. این نکته در خصوص دستور موقت با موضوع غیر مالی نیز صادق و مجری است؛ در این موارد به لحاظ غیر مالی بودن موضوع دستور موقت و یا محکوم به، دادگاه قادر به تقویم آنها به پول یا انجام کارشناسی به منظور ارزیابی واقعی آنها نخواهد بود، بلکه دادگاه باید به تشخیص خود مبلغی را که عرفاً متناسب با موضوع دستور موقت در امر غیر مالی یا محکوم به غیر مالی باشد جهت تودیع تأمین تعیین نماید. اصولاً در این موارد (امر غیر

مالی) دادگاه باید مبلغی را برای تأمین و خسارت احتمالی در نظر گیرد که هم تخطی از آن برای تودیع کننده تأمین به صرفه نباشد و هم در صورت تخلف طرف دعوی (و محکوم علیه امر غیر مالی) یا عدم امکان اعاده عملیات اجرایی، خسارت مادی و معنوی زیان دیده را پوشش دهد.

دوم آنکه در بند (ب) ماده ۳۸۶ آیین دادرسی مدنی جدید، تودیع کننده تأمین که به منظور تأخیر اجرای حکم غیر مالی، تأمین می‌سپرد، محکوم علیه است و چون در این مرحله تنها ممکن است به لحاظ فرجام‌خواهی و طول مدت رسیدگی فرجامی، خسارتی مادی یا معنوی به محکوم له وارد آید، مقنن پذیرفته که در این خصوص جهت تأخیر اجرای حکم، تأمین مناسبی از سوی محکوم علیه اخذ شود تا در صورت رد درخواست فرجامی و نهای شدن رأی، خسارات معنوی یا مادی محکوم له که از تأخیر اجرای حکم غیر مالی نشأت گرفته، از محل تأمین مزبور استیفاء گردد. بدیهی است در این فرض چون خسارات متصوره تنها مربوط به تأخیر اجرای حکم قطعی و به علاوه ناظر بر یک محکوم به غیر مالی است، ارزش تأمین مناسب نمی‌تواند برابر با ارزش تقویمی یا تشخیصی دادگاه در خصوص محکوم به غیر مالی باشد، بلکه دادگاه صرفاً مبلغی را تعیین خواهد کرد که خسارت معنوی یا مادی محکوم له را به جهت تأخیر اجرای حکم پوشش دهد.

معدّلک نکته مهمی را نباید از نظر دور داشت و آن اینکه به غیر از خسارت ناشی از تأخیر اجرای حکم غیر مالی، نمی‌توان خسارت دیگری را متصور دانست؛ محکوم به غیر مالی که همواره تابعی از خواسته و دعوی غیر مالی است، عناوین و مصادیقی دارد که تحت اختیار و تصرف خواننده

قرار دارد و مورد انکار و تجاوز محکوم علیه (خواننده) است، به همین جهت باید به طرفیت او طرح و از او استیفاء شود. از جمله دعاوی غیر مالی، دعاوی الزام به تمکین و اعلام و اثبات نسب می‌باشند.^۹ اصولاً موضوعات دعاوی غیر مالی که از جمله به مصادیقی از آنها اشاره رفت، کیفیتی دارند که خواننده قادر به انتفاء و یا انتقال آن به غیر نیست، اگرچه می‌تواند در استیفاء خواهان، تأخیر ایجاد کند. به عبارت دیگر شاید وصف شخصی بودن حقوق وابسته به بسیاری از امور غیر مالی است که موجب این اثر می‌گردد؛ برای مثال اثبات رابطه زوجیت که همواره از طریق دعوی اعلام اصل نکاح طرح می‌شود، حق و تکلیفی است برای هر یک از زن و مرد طرف این رابطه که قابل انتقال به غیر یا زوال نیست. به همین جهت نیز تنها خسارتی که در این گونه امور، تصور آن می‌رود تأخیر در اعطای آن به ذیحق (خواهان) است. بنابراین تأمین مناسب با خسارات ناشی از این تأخیر نیز همواره مبلغی است که محدود به همین تأخیر شده و با لحاظ وصف غیر مالی بودن آن، توسط دادگاه تعیین و مقرر می‌گردد. ولی بر عکس در محکوم به مالی که موضوع بند (الف) ماده ۳۸۶ آیین دادرسی مدنی جدید است، این وضعیت حاکم نخواهد بود.

وضعیت مقرر در باب محکوم به مالی و دستور موقت و تعبیر تأمین مناسب به تودیع ارزش معادل و برابر با موضوع دستور موقت یا محکوم به

۹. مصادیق دیگر دعاوی غیر مالی عبارتند از اثبات و اعلام اصل نکاح، دعاوی اصل طلاق و مجوز طلاق (گواهی عدم امکان سازش)، دعوی فسخ نکاح، دعوی حضانت، صدور حکم انحصار وراثت، حکم موت فرضی، حکم حجر، حکم رشد، تجویز منافع مورد اجاره به غیر، دعوی تخلیه عین مستأجره، تعدیل اجاره بها، اصلاح شناسنامه، دعوی افراز ملک در فرض وجود محجور، دعوی تأیید تاریخ سند عادی، درخواست تأمین خواسته، دعوی حقوق ارتفاقی از قبیل حق عبور و حق مجری، درخواست صلح و سازش، دعوی ملاقات فرزندان، تنفیذ وصیت نامه، دعوی اثبات تولیت و دعوی اعلام رجوع از طلاق.

مالی، در بحث اعتراض شخص ثالث در مرحله اجرا و نسبت به مال توقیف شده موضوع ماده ۱۴۷ قانون اجرای احکام مدنی مصوب سال ۱۳۵۶ نیز حاکم و مجری است. ماده ۱۴۷ که در ادامه ماده ۱۴۶ قانون یاد شده تدوین شده است، مقرر می‌دارد: «شکایت شخص ثالث در تمام مراحل بدون رعایت تشریفات آیین دادرسی مدنی و پرداخت هزینه دادرسی رسیدگی می‌شود. مفاد شکایت به طرفین ابلاغ می‌شود و دادگاه به دلایل شخص ثالث و طرفین دعوی به هر نحو و در هر محل که لازم بداند رسیدگی می‌کند و در صورتی که دلایل شکایت را قوی یافت قرار توقیف عملیات اجرایی را تا تعیین تکلیف نهایی شکایت صادر می‌نماید. در این صورت اگر مال مورد اعتراض منقول باشد، دادگاه می‌تواند با اخذ تأمین مقتضی دستور رفع توقیف و تحویل مال به معترض را بدهد». مادتين ۱۴۶ و ۱۴۷ قانون اجرای احکام مدنی ناظر بر موردی است که مال منقول یا غیر منقول یا وجه نقدی از محکوم علیه در مرحله اجرای حکم توقیف شده و شخص ثالثی نسبت به آن ادعای حقی می‌نماید. در این صورت اگر ادعای معترض ثالث، مستند به حکم قطعی یا سند رسمی مقدم‌التاریخ بر تاریخ توقیف مال مزبور نباشد، عملیات اجرایی تعقیب شده و مدعی می‌تواند برای اثبات ادعای خود، به دادگاه (موضوع ماده ۲۶ قانون اجرای احکام مدنی) شکایت کند. چنانچه پس از شکایت، دادگاه دلایل شکایت معترض ثالث را قوی یافت، قرار توقیف عملیات اجرایی را تا تعیین تکلیف نهایی صادر خواهد کرد. در این صورت است که اگر مال مورد اعتراض مال منقول باشد، دادگاه می‌تواند با اخذ تأمین مقتضی از معترض ثالث، دستور رفع توقیف و تحویل مال را به معترض بدهد. تأمین مقتضی در این مقرر قانونی، تأمینی

معادل قیمت و ارزش کل مال منقول مورد توقیف است، زیرا نقل و انتقال مال منقول معمولاً به صرف قبض و اقباض انجام شده و اصولاً متصرف مال مزبور را که تصرف به عنوان مالکیت دارد، به عنوان مالک آن معرفی می‌کند (ماده ۳۵ قانون مدنی و ماده ۶۱ و مفهوم مخالف ماده ۶۲ و ماده ۱۰۱ قانون اجرای احکام مدنی). بنابراین چون احتمال نقل و انتقال و یا تلف مال منقول می‌رود و دسترسی به مال مزبور برای محکوم له پس از رد شکایت متعذر می‌گردد، صرف اخذ تأمینی که تنها درصدی از ارزش مال منقول را پوشاند، کافی برای دستور رفع توقیف و تحویل مال به معترض ثالث نیست. در اینگونه موارد، دادگاه باید معادل کل قیمت و ارزش مال منقول را به عنوان تأمین مقتضی مقرر دارد.

التهایه به تناسب موضوع و ماهیت امر، تأمین متناسب را باید تفسیر کرد؛ همانند مواردی که فوقاً ذکر شد، تأمین متناسب مقرر در ماده ۳۲۱ آیین دادرسی مدنی جدید باید به ارزشی معادل با کل قیمت موضوع دستور موقت یا خواسته اصلی تفسیر و تعبیر گردد.

۴- حقوقدانان نیز در زمان حاکمیت ماده ۷۸۳ آیین دادرسی مدنی سابق نظرات ویژه‌ای را ابراز داشتند. برخی از این حقوقدانان با ذکر مثالی همین نظریه مختار نگارنده را ترجیح دادند. اینان اعلام داشتند، در موردی که کسی در زیر پی بنای دیگری چاهی را حفر یا تصرفات دیگری می‌کند که ممکن است باعث سقوط خانه همسایه شود و یا در موردی که کسی در داخل حریم قنات دیگری، قنات جدیدی احداث و همسایه یا صاحب قنات دیگر به منظور منع حفر کننده، موفق به اخذ دستور موقت گردد، و محکمه حسب درخواست حفرکننده چاه یا احداث کننده قنات

جدید بخواهد دستور موقت خود را الغاء کند، تکلیف محکمه آن است که برای تعیین خسارت احتمالی، تمام قیمت مال موضوع دعوی را به عنوان تأمین بخواهد که در مورد خانه، تمام قیمت خانه و در مورد قنات، تمام قیمت قنات باید به عنوان خسارت احتمالی تأمین شود تا اگر خانه همسایه خراب یا قنات قدیمی خشک شود، خسارت حقیقی مالکین مزبور تأمین شده باشد؛ در این موارد دادگاهها باید توسط کارشناس رسمی، تمام قیمت واقعی را تعیین کنند تا چنانچه خود را مکلف به الغاء دستور موقت بدانند تأمین را متناسب با موضوع بخواهند، ولی در هر ماه رویه محاکم این است که مبلغ مختصری را به عنوان تأمین مقرر داشته و دستور موقت صادره را با اخذ همان مبلغ مختصر، لغو می‌نمایند.^{۱۰}

برخی دیگر از اساتید موضوع ماده ۷۸۳ آیین دادرسی مدنی سابق (ماده ۳۲۱ آیین دادرسی مدنی جدید) را مختص به دعاوی مالی پنداشته و لحن ماده ۷۸۳ را تکلیفی شمرده‌اند. اینان در انتقاد از این لحن تکلیفی اشعار داشتند که عمل به این تکلیف در دعاوی مالی، ثمره دادرسی فوری را که رفع عسر و حرج از متقاضی دستور موقت است، از بین می‌برد و دادن تأمین از طرف خواننده، رافع عسر و حرج متقاضی دستور موقت نمی‌شود. به اعتقاد این گروه از حقوقدانان، اگر غرض از دستور موقت در دعاوی مالی همین بود بهتر آن بود که قانونگذار به متقاضی دستور موقت در دعاوی مالی حق درخواست تأمین از طرف می‌داد.^{۱۱}

۱۰. خلعتبری، ارسلان، «آیا رفع اثر از دستور موقت الزامی است»، مجله کانون وکلا، سال یازدهم، شماره ۷۰، فروردین و اردیبهشت ماه سال ۱۳۳۹، ص ۵.
 ۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، «دانشنامه حقوقی»، جلد سوم، انتشارات امیر کبیر، سال ۱۳۷۶، چاپ پنجم، ص ۴۸۹، شماره ۳۲.

نظریه اخیر از جهاتی می‌تواند صحیح و قابل پذیرش باشد، زیرا در بسیاری موارد امور غیر مالی از حیث اهمیت اجتماعی و شخصی، خطیرتر و با ارزش‌تر از امور مالی است و پس از صدور دستور موقت در تحفیظ موقتی یک امر غیر مالی، نمی‌توان با هیچ تأمینی از آن رفع اثر کرد، لیکن این نظریه در تمامی موارد قابل متابعت نیست، چه اینکه ماده ۳۲۱ آیین دادرسی مدنی جدید از این حیث مطلق بوده و حتی در صورت اهمیت فوق‌العاده موضوع دستور موقت، دادگاه می‌تواند از دو حربه قانونی استفاده کند: اول آنکه با الحاق عبارت «در صورت مصلحت» در ماده ۳۲۱ آیین دادرسی مدنی جدید که در مبحث بعدی شرح آن خواهد آمد، دادگاه می‌تواند رفع اثر از دستور موقت را حتی با تودیع هر نوع تأمینی، به مصلحت نداند و از رفع اثر از دستور موقت خودداری کند. دیگر آنکه دادگاه می‌تواند در امور غیر مالی، میزان تأمین را آن قدر بالا برد که از سو استفاده طرف دعوی در رفع اثر از دستور موقت جلوگیری کند. بدیهی است با توجه به شرایط دعوی مطروح و موضوع دستور موقت و وضعیت طرفین دعوی، تعیین تأمین به میزان فوق‌العاده از سوی دادگاه، می‌تواند تأمین متناسب تلقی شود. برای مثال هرگاه مردی پس از صدور حکم طلاق و ثبت سند طلاق مدعی شود که به جهت فقدان یکی از شرایط وقوع طلاق، از جمله عدم حضور دو شاهد عادل یا وجود زوجه در طهر غیر مواقعه یا اساساً اکراه در طلاق، طلاق مزبور باطل و سند ثبت طلاق نیز بی‌اعتبار است، زوج مزبور می‌تواند ضمن طرح دعوی بطلان طلاق و اعلام بی‌اعتباری ثبت طلاق، صدور دستور موقت دایر بر منع زوجه مطلقه از ازدواج مجدد را تا صدور حکم قطعی در دعوی اصلی درخواست نماید و چنانچه دادگاه پس از اخذ تأمین، دستور موقت موصوف را به جهت

فوریت امر صادر کند و زوجه نیز متعاقباً رفع اثر از دستور موقت را مورد درخواست قرار دهد، دادگاه اصولاً نباید درخواست مزبور را به جهت فقدان مصلحت بپذیرد. با این حال، چنانچه دادگاه بخواهد از دستور موقت خویش رفع اثر کند، باید تأمینی را مقرر بدارد که طرف دعوی (زوجه مطلقه) نتواند به سادگی با تأدیه آن، موضوع دعوی اصلی را در صورت صدور حکم احتمالی به نفع خواهان (زوج) بلااجرا و منتفی سازد، زیرا هرگاه زوجه بتواند به صرف تأدیه مبلغ ناچیزی، از دستور موقت رفع اثر کند و سپس ازدواج دوم را برقرار سازد، در صورت صدور حکم در دعوی اصلی (بطلان طلاق) به نفع خواهان که نتیجه آن بقای زوجیت و وصلت اول خواهد داد، اجرای حکم متعذر و غیرممکن می‌گردد.

مبحث چهارم: رعایت مصلحت از نظر دادگاه

ماده ۳۲۱ آیین دادرسی مدنی جدید قید دیگری را به متن ماده ۷۸۳ آیین دادرسی مدنی سابق اضافه کرده که براساس آن با فرض اجتماع سایر شرایط، دادگاه در صورت مصلحت، از دستور موقت رفع اثر خواهد کرد. به عبارت دیگرگاه حتی اگر طرف دعوی، تأمینی برابر با ارزش و قیمت کل خواسته اصلی بدهد، دادگاه همچنان مکلف به رفع اثر از دستور موقت نخواهد بود. بر همین اساس نیز مقتن عبارت «در صورت مصلحت» را اضافه نموده تا اگر مصلحت ایجاب ننماید، حتی در صورت ابراز تمایل طرف دعوی به تودیع تأمین متناسب با معادل ارزش کل موضوع دستور موقت، دادگاه از رفع اثر از دستور موقت خودداری ورزد. النهایه به منظور ایضاح مطلب، مسائل ذیل قابل طرح است:

گفتار اول: اختیار دادگاه در رفع اثر از دستور موقت

اولین مطلبی که قابلیت طرح دارد، طرح این سؤال است که آیا چنانچه طرف دعوی تأیینی بدهد که متناسب با موضوع دستور موقت باشد، دادگاه در رفع اثر از دستور موقت، مکلف خواهد بود یا خیر؟ ماده ۷۸۳ آیین دادرسی مدنی سابق مقرر می‌داشت: «در صورتی که طرف تأیینی بدهد که متناسب با موضوع دستور موقت باشد دادرس از دستور موقت رفع اثر می‌نماید». سیاق و نحوه تنظیم عبارات مندرج در مقررۀ فوق، ظهور در تکلیف دادرس دارد.^{۱۴} با این وصف، اگر طرف دعوی که دستور موقت بر علیه او صادر شده، بخواهد خود را از محدودیتهای دستور موقت خارج کند، باید تأیینی متناسب با موضوع دستور موقت بسپارد تا دادرس را در رفع اثر از آن مکلف کند. ظاهراً مقدمه این تکلیف، صرف تودیع تأمین متناسب از سوی طرف دعوی می‌باشد. با این حال ایرادات عمده‌ای بر این نظریه و مکلف دانستن دادرس در رفع اثر از دستور موقت وارد است که حتی در زمان حکومت ماده ۷۸۳ آیین دادرسی مدنی سابق نیز به سادگی قابل اغماض نبود؛ زیرا بی‌تردید تعیین تأمین متناسب به اختیار طرف دعوی نیست بلکه بر عهده و در صلاحیت دادگاه (دادرس) قرار دارد. از این رو همواره پس از درخواست طرف دعوی به رفع اثر از دستور موقت، هرگاه دادگاه این درخواست را قابل ترتیب اثر بداند، نسبت به تعیین تأمین مناسب اقدام خواهد کرد و مادام که این تأمین تودیع نشود، رفع اثر از

۱۴. نظریه مشورتی اداره حقوقی دادگستری به شماره ۱۳۶۵/۵/۱۷-۴۰۰۵: «در کلیه مواردی که خسارت احتمالی متقاضی دستور موقت در نتیجه رفع اثر از دستور مذکور قابل برآورد و جبران باشد و تأمین کافی در این خصوص تحصیل شود، رفع اثر از دستور موقت تکلیف است». به نقل از ادیبیان، همان، ص ۸۵.

دستور موقت نیز ممکن نمی‌گردد. بنابراین حتی اگر بر فرض محال نیز مفاد ماده ۷۸۳ آیین دادرسی مدنی سابق را امری تکلیفی برای دادگاه بدانیم، تکلیف مزبور را باید در زمانی ثابت دانست که دادگاه با تودیع تأمین مناسب موافقت نموده و میزان تأمین مزبور را نیز تعیین نموده باشد؛ در غیر این صورت فرض چنین تکلیفی منتفی است. بنابراین همین که تعیین میزان تأمین مناسب در اختیار دادگاه قرار دارد، تا حدود زیادی تکلیفی بودن پذیرش درخواست رفع اثر از دستور موقت را کمرنگ‌تر می‌کند، زیرا دادگاه (دادرس) می‌تواند با تعیین مبلغ بالا به عنوان تأمین مناسب، خواننده (طرف دعوی) را از درخواست خویش منصرف ساخته و به نوعی تأثیر این تکلیف را کاهش دهد. مطالب فوق در واقع در فرضی است که حقیقتاً دادرس را در زمان حکومت ماده ۷۸۳ آیین دادرسی مدنی سابق، مکلف به رفع اثر از دستور موقت حسب درخواست طرف دعوی و با تودیع تأمین مناسب بدانیم. این در حالی است که نظریه یاد شده به حق مورد انکار و ایراد بعضی از حقوقدانان واقع شده است؛ این دسته از حقوقدانان فرضی را مطرح ساخته‌اند که موجه و قابل پذیرش است: برای مثال خواننده دعوی با اخذ پروانه چاه آب که در مجاورت چاه متعلق به دیگری (خواهان) است، درصدد حفر چاه بر آمده و خواهان نسبت به طرح دعوی ابطال پروانه چاه آب خواننده در محل مزبور (در مجاورت چاه خویش) اقدام و دستور موقتی نیز دایر بر جلوگیری از حفر چاه جدید درخواست و سپس آن را از دادگاه اخذ می‌نماید. خواننده ضمن موافقت با تودیع تأمین مناسب، تقاضای رفع اثر از دستور موقت می‌کند. اگر ماده ۷۸۳ آیین دادرسی مدنی سابق اختیاری نباشد و برای محکمه، تکلیف فرض

شود، لازم می‌آید که با خواستن تأمینی مختصر از شخص متجاوز (خواننده) و یا حتی تأمینی معادل موضوع دستور موقت، محکمه از دستور موقت رفع اثر نموده و کار خویش را ادامه دهد و در نتیجه با حفر چاه جدید تا قبل از صدور حکم در ماهیت دعوی، قنات و چاه خواهان خشک شده و از حیز انتفاع خارج شود. حال اگر بعد از یک یا دو سال محاکمه، به فرض هم که حکم بر نفع خواهان (مالک چاه قبلی) صادر شود، چون چاه وی خشک شده، دیگر اعاده و برگشت چاه مزبور به وضعیت اولیه امکان نخواهد داشت، حال آنکه دادرسی فوری بدین خاطر وضع و تأسیس شده تا در این‌گونه موارد از تضییع حقوق احتمالی اشخاص (خواهان) تا تعیین تکلیف نهایی توسط محکمه، جلوگیری شده و امکان اجرای حکم احتمالی که بر له خواهان صادر می‌گردد، فراهم آید. لهذا هرگاه ماده ۷۸۳ را اختیاری ندانیم و قاضی را مکلف به الغای دستور موقت در صورت دادن تأمین بشناسیم، در موارد فوری و فوتی، نتیجه حاصل از مواد مرتبط با دادرسی فوری در حکم صفر خواهد شد.^{۱۳}

بی‌تردید دادگاهی که با درخواست صدور دستور موقت مواجه است، چنانچه فوریت امر را احراز کرده (ماده ۳۱۰ آیین دادرسی مدنی جدید) و تصمیم به صدور دستور موقت داشته باشد، می‌بایست درخواست رفع اثر از دستور موقت را نیز پیش‌بینی کرده و انتظار کشد. بنابراین دادگاه می‌بایست در تعیین تأمین مناسب به منظور صدور دستور موقت و همچنین فوریت امر و خطیر بودن موضوع، دقت لازمه را به کار بندد تا دیگر نیازی

۱۳. خلعتبری، ارسلان، «آیا رفع اثر از دستور موقت الزامی است»، مجله کانون وکلا، سال یازدهم، شماره ۷۰، فروردین و اردیبهشت‌ماه سال ۱۳۳۹، ص ۴.

به رفع اثر از دستور موقت نباشد. تأسیس قانونی رفع اثر از دستور موقت و درخواست آن از سوی خوانده، صرفاً به منظور جلوگیری از تضییع حقوق طرف دعوی یا شخصی که دستور موقت بر علیه او صادر شده، وضع گردیده و صرفاً در موارد استثنایی به کار می‌آید، نه در تمام موارد. درحقیقت قلمرو اجرایی و موضوعی رفع اثر از دستور موقت بسیار محدودتر از صدور دستور موقت است، یعنی صدور دستور موقت با احراز فوریت و ضرورت تعیین تکلیف فوری آن همواره در موارد استثنایی مقبول دادگاه می‌افتد و به همین ترتیب پس از صدور آن، رفع اثر از دستور موقت نیز به مراتب، موقعیت و مجرای استثنایی‌تری به خود می‌گیرد.

مطابق تبصره ۱ ماده ۳۲۵ آیین دادرسی مدنی جدید، اجرای دستور موقت منوط به تأیید رئیس حوزه قضایی است، ولی اجرای تصمیم دادگاه بر رفع اثر از دستور موقت، موضوع ماده ۳۲۱ آیین دادرسی مدنی جدید، موکول به چنین تأییدی از جانب رئیس حوزه قضایی نشده است یا حداقل می‌توان گفت مقنن به آن اشاره ننموده است. بدین ترتیب با اجتماع و احراز شرایط مقرر در ماده ۳۲۱ آیین دادرسی مدنی جدید و اتخاذ تصمیم دادگاه بر رفع اثر از دستور موقت، تصمیم مزبور بدون ضرورت تأیید از ناحیه مرجعی مانند رئیس حوزه قضایی، اجرا خواهد شد. احتمالاً تصریح مقنن در تبصره ۱ ماده ۳۲۵ آیین دادرسی مدنی جدید دایر بر ضرورت تأیید رئیس حوزه قضایی جهت اجرای دستور موقت، به این علت است که در واقع بی‌جهت مالی از اموال اشخاص، توقیف نشده و خوانده بی‌دلیل به انجام و یا عدم انجام امری ملزم نگردد و بنابراین اجرای چنین دستوری با

توجه به محدودیتی که برای خواننده ایجاد می‌کند و مستقلاً نیز قابل تجدید نظرخواهی نیست، حداقل به تأیید مرجعی دیگر مانند رئیس حوزه قضایی نیز برسد؛ ولی از سویی دیگر رفع اثر از دستور موقت، به کیفیتی بازگشت به وضعیت سابق است و به همین جهت نیز چون محدودیتها و قیود ناشی از دستور موقت را برمی‌دارد، دیگر نیاز و ضرورتی به تأیید رئیس حوزه قضایی نخواهد داشت.

این‌گونه دلیل آوری، برای توجیه سکوت مقنن در پیش‌بینی تأیید رئیس حوزه قضایی به منظور اجرای رفع اثر از دستور موقت، کافی نیست؛ زیرا همان جهاتی که به لحاظ اهمیت ویژه آن، تعیین تکلیف فوری در برخی امور را ایجاب کرده و منجر به صدور دستور موقت شده و اجرای آن را موکول به تأیید رئیس حوزه قضایی می‌گرداند، از سویی دیگر، اقتضا می‌کند تا اجرای تصمیم دادگاه بر رفع اثر از دستور موقت، متوقف بر تأیید رئیس حوزه قضایی یا یک مرجع عالی گردد؛ برای مثال علاوه بر دادگاهی که بر رفع اثر از دستور موقت تصمیم می‌گیرد، رئیس حوزه قضایی و یا مرجعی مانند دادگاه تجدیدنظر استان نیز اجتماع شرایط موضوع ماده ۳۲۱ آیین دادرسی مدنی جدید، از قبیل تودیع تأمین متناسب با موضوع دستور موقت و رعایت مصلحت ذینفع (متقاضی دستور موقت) در رفع اثر از دستور موقت را احراز و به اجرای آن مهر تأیید بزند. متأسفانه سکوت مقنن در این بخش، بعضاً موجب تضییع حقوق اشخاصی می‌شود که با تودیع تأمین مناسب و تحصیل دستور موقت، خواسته اصلی خویش را در حفاظ قانونی و قضایی قرار داده تا اجرای حکم صادره به نفع خویش را ممکن سازند.

سؤال قابل طرح در باب تبصره ۱ ماده ۳۲۵ آیین دادرسی مدنی جدید آن است که چنانچه رئیس حوزه قضایی دستور موقت صادره را مورد تأیید قرار ندهد، دستور مزبور چه وضعیتی پیدا خواهد کرد؟^{۱۴}

در پاسخ به این سؤال باید گفت، بی‌تردید همانطور که از متن تبصره ۱ ماده ۳۲۵ آیین دادرسی مدنی جدید بر می‌آید، دستور موقت صادره قابل اجرا نخواهد بود. اما در چنین فرضی، آیا دستور موقت صادره منتفی شده و یا از اثر خواهد افتاد؟

به نظر می‌رسد همانطور که در صدر ماده ۳۲۵ آیین دادرسی مدنی جدید نیز عنوان شده، قبول درخواست دستور موقت و در واقع صدور آن، ضمن تقاضای تجدید نظر نسبت به اصل رأی، قابل اعتراض و تجدیدنظرخواهی است و تنها از این طریق است که می‌توان آن را نقض نمود. بنابراین تنها اثری که از تأیید نشدن دستور موقت توسط رئیس حوزه قضایی به بار می‌آید، عدم قابلیت اجرای دستور است، ولی این امر به معنای

۱۴. در نشست قضایی دادگستری یاسوج به تاریخ بهمن ۱۳۷۹، اکثریت قضات دادگستری یاسوج در پاسخ به این سؤال که منظور از تأیید اجرای دستور موقت توسط رئیس حوزه قضایی چیست؟ اعلام داشته‌اند که «تبصره یک ماده ۳۲۵ ... فقط به مصلحت اجرای دستور موقت و یا عدم مصلحت آن توجه داشته و رئیس حوزه قضایی فقط در این چارچوب باید بررسی و آنگاه تصمیم لازم را مبنی بر تأیید یا عدم تأیید اجرای دستور موقت اتخاذ نماید». لیکن اقلیت قضات دادگستری مزبور بر این عقیده بودند که «... تأیید (رئیس حوزه قضایی) فقط مربوط به مصلحت اجرای دستور موقت در زمان اجرا نبوده بلکه ممکن است رئیس حوزه قضایی تشخیص دهد که تأمین گرفته شده متناسب نبوده و یا دستور موقت مطابق موازین قانونی صادر نشده است ...». انهایه کمیسیون جزایی دفتر بزرسی و تهیه و تدوین متون آموزشی معاونت آموزش قوه قضاییه در این خصوص بدین شرح اعلام نظر نمود: «بدون تأیید رئیس حوزه قضایی، اجرای دستور موقت ممکن نیست؛ لذا پس از تأیید مقام مزبور که مؤید صحت صدور دستور موقت تلقی می‌شود، اجرای آن مأذون شناخته می‌شود». به نقل از مجموعه نشستهای قضایی، انتشارات معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه، مسائل آیین دادرسی مدنی (۲)، جلد دهم، چاپ اول، قم ۱۳۸۲، صص ۴۴-۴۵، شماره ۲۳.

نقض دستور موقت و یا انتفاء آن نیست؛^{۱۵} چرا که صدور دستور موقت تنها در صلاحیت دادگاه صالح است و حتی اگر دستور موقت به تأیید رئیس حوزه قضایی نیز نرسد، اگر چه قابلیت اجرایی نخواهد داشت، ولی دستور صادره به قوت و اعتبار خود باقی است. بنابراین هر زمان که رئیس حوزه قضایی بر دستور موقت مهر تأیید بزند، ولو اینکه تأیید او مسبوق به عدم تأیید وی نیز باشد، دستور موقت صادره قدرت اجرایی می‌یابد؛ برای مثال ممکن است علی‌رغم احراز فوریت امر و صدور دستور موقت توسط دادگاه، رئیس حوزه قضایی این فوریت را در زمان ارجاع پرونده احراز نکند و به همین رو از تأیید آن خودداری ورزد، ولی در زمان دیگر و مدتی بعد به واسطه ایجاد وضعیتی خاص و یا وقوع اوضاع و احوال جدیدی، این فوریت حتی توسط رئیس حوزه قضایی نیز ثابت و محرز گردد. در این صورت دیگر نیازی به صدور دستور موقت جدید نخواهد بود و رئیس حوزه قضایی می‌تواند جهت اجرا، همان دستور موقت سابق را که به قوت و اعتبار خود باقی است، تأیید کند.

در این خصوص برخی از استادان در پاسخ به این سؤال که آیا

۱۵. در نشست قضایی دادگستری رامسر به تاریخ بهمن ۱۳۷۹، در پاسخ به این سؤال (در صورتی که رئیس حوزه قضایی، اجرای دستور موقت را تأیید نکند، تکلیف دادگاه چیست؟) قضات دادگستری مزبور به اتفاق آراء اعلام نمودند: «با عنایت به صراحت تبصره یک ماده ۳۲۵ آیین دادرسی مدنی که اجرای دستور موقت را مستلزم تأیید رئیس حوزه قضایی دانسته است، به نظر می‌رسد که در صورت عدم تأیید، دادگاه نمی‌تواند به اجرای آن اقدام نماید و موضوع دستور موقت کان لم یکن تلقی می‌گردد، چون قانونگذار در این خصوص مرجعی را برای رفع اختلاف تعیین نکرده است. لذا اساساً موقعی دستور موقت، ضمانت اجرا پیدا می‌کند که رئیس حوزه قضایی با آن موافقت کند». النهایه کمیسیون جزایی دفتر بررسی و تهیه و تدوین متون آموزشی در این مورد چنین اظهار عقیده نمود: «عدم موافقت رئیس حوزه قضایی، مانع اجرای دستور موقت و به معنی کان لم یکن شدن آن است». به نقل از مجموعه نشستهای قضایی؛ همان، صص ۴۶-۴۵، شماره ۲۴.

رئیس حوزه قضایی می‌تواند با تأیید نکردن دستور موقت عملاً از اجرای آن جلوگیری کند؟ این‌گونه اعلام نظر فرموده‌اند: «... باید پذیرفت که رئیس حوزه قضایی که «مرجعیت قضایی» ندارد، نمی‌تواند از تأیید دستور موقت مثلاً، به علت نبودن شرایط عمومی اقامه دعوی یا نبودن فوریت خودداری کند؛ اما تنها می‌تواند اگر دستور موقت در موضوعی صادر شده که اصولاً نمی‌تواند موضوع دستور موقت قرار گیرد، از تأیید آن خودداری کند. برای مثال دستور موقت به درخواست صادرکننده چک مبنی بر مسدود کردن وجه چک در بانک صادر شده باشد، درحالی که ماده ۱۴ قانون صدور چک که قانونی خاص و حاکم بر مورد است، برای این کار ترتیب خاصی پیش‌بینی نموده است. همچنین اگر خواسته دستور موقت با خواسته دعوی منطبق باشد، رئیس حوزه قضایی نمی‌تواند آن را تأیید نماید؛ مثل اینکه به درخواست خواهان در دعوی خلع ید، دادگاه دستور موقت مبنی بر تحویل «موقت!» ملک به او را صادر کرده باشد».^{۱۶}

گفتار دوم: رعایت مصلحت در رفع اثر از دستور موقت

۱- بحث و اختلاف در زمینه موضوع ماده ۷۸۳ آیین دادرسی مدنی سابق و تکلیف یا اختیار دادگاه در رفع اثر از دستور موقت، موجب شد تا مقنن در این خصوص چاره‌ای ببیند. از همین رو در تصویب قانون جدید آیین دادرسی مدنی به تاریخ ۱۳۷۹/۱/۲۱ این نکته ملحوظ گردید و ماده ۳۲۱ آیین دادرسی مدنی جدید تقریباً با همان عبارات مندرج در ماده ۷۸۳ آیین دادرسی مدنی سابق و صرفاً با اضافه نمودن عبارت «در صورت

۱۶. شمس، عبدالله، «آیین دادرسی مدنی»، جلد سوم، همان، صص ۴۲۸-۴۲۷، شماره ۴۹۰.

مصلحت» تدوین و تصویب شد.^{۱۷} این مقررہ اعلام می‌دارد: «در صورتی که طرف دعوی تأمین بدهد که متناسب با موضوع دستور موقت باشد، دادگاه در صورت مصلحت از دستور موقت رفع اثر خواهد کرد».

عبارت الحاقی «در صورت مصلحت» از آن جهت اضافه شد که دادگاهها را در رفع اثر از دستور موقت صادره خویش، مختار سازد.^{۱۸} به این ترتیب، مقنن از تکلیف برخواسته از ظهور ماده ۷۸۳ آیین دادرسی مدنی سابق دست کشید و رفع اثر از دستور موقت را به تشخیص دادگاه واگذار نمود. بنابراین دادگاه هیچ تکلیفی ندارد که حتی با تودیع تأمین متناسب از سوی طرف دعوی، از دستور موقت صادره رفع اثر کند، بلکه چنانچه دادگاه رفع اثر از دستور موقت را به مصلحت ببیند، با اخذ تأمین

۱۷. نظریه مشورتی اداره حقوقی به تاریخ ۱۳۴۴/۹/۱۳: «با توجه به ماده ۷۸۵ قانون آیین دادرسی مدنی، استرداد تأمین معرفی شده از طرف خواهان برای صدور دستور فوری بعد از رفع اثر از دستور موقت موردی ندارد، زیرا با صدور دستور موقت و اجرای آن ممکن است خساراتی به طرف وارد شود که در صورت اقامه دعوی و صدور حکم به بی‌حقی مدعی، خواننده می‌تواند جبران خساراتی را که از اجرای دستور موقت به او وارد شده و تأدیه خساراتی که برای دادن ضامن یا وثیقه و غیره برای رفع اثر از دستور فوری متحمل شده از خواهان مطالبه نماید و جبران خسارت مدعی علیه با لحاظ مقررات ماده ۷۸۴ آیین دادرسی قابل انطباق با مورد مذکور در ماده ۲۲۵ همان قانون که مربوط به تأمین خواسته است نمی‌باشد و در موردی که به لحاظ عدم تقدیم دادخواست در ماهیت بر طبق ماده ۷۸۰ از دستور موقت رفع اثر می‌شود چون طرف حق مطالبه خساراتی را که به سبب اجرای دستور موقت به او وارد شده از محل تأمین اخذ شده دارد، استرداد تأمین مزبور بدون اطلاع و رضایت خواننده مجوزی نخواهد داشت، ولی فک تأمین که خواننده برای رفع اثر معرفی کرده بلامانع است.» به نقل از واحدی، قدرت‌الله، «آیین دادرسی مدنی»، نشر میزان، کتاب دوم، چاپ اول، پاییز ۱۳۷۷، صص ۱۴۸-۱۴۷.

۱۸. اگرچه ماده ۱۷ قانون داورى تجارى بین‌المللى مصوب ۱۳۷۶/۶/۲۶ در نوآوری خود، اختیار صدور دستور موقت را به داور اعطا نموده، ولی در رفع اثر از دستور موقت، بدون اینکه عبارت «در صورت مصلحت» را پیش‌بینی نماید، از رویه و مدلول ماده ۷۸۳ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۱۸ پیروی کرده است. ناگفته روشن است که علت این تبعیت و عدم پیش‌بینی عبارت «در صورت مصلحت»، حاکمیت ماده ۷۸۳ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ در سال ۱۳۷۶ بوده، چرا که ماده ۳۲۱ قانون آیین دادرسی مدنی جدید در تاریخ ۱۳۷۹/۱/۲۱ به تصویب رسیده است.

متناسب با موضوع دستور موقت، از آن رفع اثر خواهد کرد. در مجموع به نظر می‌رسد از میان فروض مختلف در یک مورد خاص، هیچ مصلحتی ایجاد نمی‌کند که دادگاه اثر دستور موقت را زایل سازد. بنابراین اجمالاً سه فرض کلی قابل طرح خواهد بود:

فرض اول: مصداق اول در جایی است که خواهان در جهت وصول طلب ذمه‌ای خود از خواننده، مبادرت به طرح دعوای مطالبه وجه نموده و مضافاً صدور دستور موقت دایر بر توقیف اجناس واقع در مغازه خواننده را، به منظور وصول وجه مورد مطالبه از محل فروش اجناس مزبور، درخواست می‌کند. با توجه به اینکه توقیف مال علی‌الاطلاق در ماده ۳۱۶ آیین دادرسی مدنی جدید پیش‌بینی شده، دادگاه می‌تواند پس از اخذ تأمین از خواهان، به صدور دستور موقت مبنی بر توقیف اجناس مزبور معادل وجه مورد مطالبه در خواسته اصلی، مبادرت ورزد. متعاقباً هرگاه خواننده تأمین متناسب با موضوع دستور موقت، یعنی تأمین معادل کل ارزش اجناس توقیف شده را بسپرد، دادگاه می‌تواند آن را به مصلحت دانسته و از دستور موقت رفع اثر کند. بنابراین چون خواسته اصلی خواهان، وجه نقد است، در صورت صدور حکم له خواهان زیانی از حیث رفع اثر از دستور موقت به او وارد نخواهد شد، چه محکوم به از محل تأمین متناسب تودיעی که معادل خواسته اصلی یا موضوع دستور موقت است، وصول خواهد شد. البته در مورد خواسته وجه نقد و تقاضای اتخاذ تصمیم تأمین، درخواست و صدور قرار تأمین خواسته، مناسب و رایج‌تر از دستور موقت است.

فرض دوم: مصداق دیگر را باید در اموال مثلی و یا تعهداتی با موضوع اموال مثلی جست. فرضاً خواهان به موجب عقد بیعی، ده تن گندم

کلی با نوع مشخصی را در مقابل ثمن معین از خواننده خریداری می‌نماید لیکن خواننده از ایفای تعهد خویش استنکاف و امتناع می‌ورزد. خواهان به همین دلیل اقدام به طرح دعوی به خواسته الزام خواننده به ایفای تعهد دایر بر تهیه و تسلیم ده تن گندم کلی با نوع و اوصاف منظور نموده و مضافاً صدور دستور موقت مبنی بر توقیف ده تن گندم موجود در انبار خواننده و منع وی از نقل و انتقال گندم‌ها را (که دارای همان اوصاف و جنس گندم مورد تعهد می‌باشند) مورد درخواست قرار می‌دهد. دادگاه پس از اخذ تأمین مناسب از خواهان دایر بر بیست درصد کل ارزش خواسته، با صدور دستور موقت و متعاقباً تأیید آن توسط رئیس حوزه قضایی، گندم‌های موجود در انبار را به مقدار ده تن توقیف می‌کند. خواننده دعوی نیز بلافاصله با اعلام آمادگی برای تودیع تأمین مناسب (معادل کل ارزش موضوع دستور موقت)، رفع اثر از دستور موقت را مطرح می‌سازد. در این فرض با توجه به اینکه مورد تعهد، تسلیم گندم کلی بوده و گندم نیز عرفاً در زمره اموال مثلی به شمار می‌رود (ماده ۹۵۰ قانون مدنی)، دو وضعیت متفاوت قابل تصور است:

در وضعیت نخست، با توجه به مثلی بودن مال مورد تعهد، مثل آن فعلاً (در زمان تصمیم بر رفع اثر از دستور موقت) در بازار موجود است. در این صورت دادگاه می‌تواند با اخذ تأمین مناسب، از خواننده که معادل کل ارزش موضوع دستور موقت (یعنی معادل قیمت ده تن گندم) می‌باشد، از دستور موقت خویش رفع اثر نماید. چنانچه پس از صدور حکم ماهوی له خواهان، خواننده از تسلیم گندم‌ها و یا اجرای حکم امتناع کند، دادگاه می‌تواند از محل تأمین تودיעی خواننده و با لحاظ مثلی بودن گندم و وجود و

شیوع اشباه و نظایر آن در بازار، گندم (محکوم به) را با اقدام و توسط خود محکوم له خریداری و شرایط اجرای حکم را فراهم آورد.^{۱۹}

وضعیت دوم ناظر بر موقعیتی است که علی‌رغم مثلی بودن مال مورد تعهد، مثل آن فعلاً (در زمان تصمیم بر رفع اثر از دستور موقت) در بازار یافت نشود. در این صورت هرگاه دادگاه احتمال دهد که نایاب شدن مال مورد تعهد (گندم) موقتی است، می‌تواند با اخذ تأمینی مناسب (معادل) از خواننده، از دستور موقت صادره رفع اثر نماید، ولی چنانچه نایاب شدن مال مورد تعهد با وصف مثلی بودن آن دائمی بوده و یا مدت زمان مدیدی ادامه یابد، به مصلحت نیست که از دستور موقت رفع اثر شود، زیرا در صورت صدور حکم له خواهان، اجرای حکم صادره ممکن نخواهد بود. چه هرگاه خواننده (محکوم علیه) گندم موضوع دستور موقت (و محکوم به) را مصرف نموده و یا انتقال داده باشد و یا از تسلیم آن خودداری ورزد، از محل تأمین تودיעی خواننده (معادل ارزش خواسته و یا موضوع دستور موقت) نمی‌توان محکوم به را تهیه و به خواهان تسلیم و حکم را اجرا کرد. بنابراین در وضعیت اخیر نیز رفع اثر از دستور موقت به مصلحت نیست و دادگاه نباید

۱۹. نظریه مشورتی اداره حقوقی دادگستری به شماره ۳۰۷۳، مورخ ۱۳۵۴/۴/۱۸: «تأمینی که خواننده دعوی برای رفع اثر از دستور موقت داده به منظور جبران خسارت احتمالی خواهان از عدم اجرای دستور موقت بوده و اگر خواننده پس از صدور حکم قطعی بر محکومیت او رفع تأمینی را که داده است بخواهد دادگاه باید به هر وسیله که ممکن است محکوم له یا قائم مقام آنها را احضار کند که اگر راجع به خسارت ناشی از عدم اجرای دستور موقت ادعای خسارتی دارند ظرف مدتی که دادگاه تعیین می‌کند به اقامه دعوی مبادرت کنند و پس از انقضای مدت مزبور اگر راجع به خسارت ادعایی نشد، رفع تأمین خواننده اشکالی نخواهد داشت». به نقل از ادریسیان، همان، ص ۸۷. البته در این خصوص مقنن در ماده ۳۲۴ آیین دادرسی مدنی جدید مهلت یک ماهه‌ای را از تاریخ ابلاغ رأی نهایی برای ذینفع قائل شده تا برای مطالبه خسارت مورد ادعا طرح دعوی نماید. عدم طرح دعوی در مهلت یک ماهه فوق موجب صدور دستور دادگاه دایر بر رفع توقیف از مال مورد تأمین خواهد شد.

از دستور موقت رفع اثر کند.

فرض سوم: مصداق آخر در باب اموال قیمی و یا دعاوی است که موضوع آنها اموال قیمی می‌باشد؛ از قبیل یک قطعه زمین، یک دستگاه آپارتمان، یک رأس اسب یا یک دستگاه کامپیوتر دست دوم. مثال مربوط به این بخش نیز ناظر بر موردی است که فی‌المثل خواهان قبلاً یک دستگاه دوچرخه خویش را به امانت و یا به عاریه به خواننده سپرده تا آن را پس از مطالبه، به او مسترد نماید و یا اینکه ملک غیرمنقول ثبت شده را از خواننده (مالک رسمی) طی سند عادی با عقد بیع خریداری نموده تا در موعد معینی طی تشریفات رسمی، سند انتقال را به نام زند، لیکن خواننده از ایفای تعهد امتناع کرده است. مثلاً گیرنده مال علی‌رغم مطالبه مالک، از تسلیم و استرداد مال امانی یا مورد عاریه (دوچرخه) به وی خودداری می‌نماید. به همین دلیل خواهان دادخواستی، به خواسته الزام خواننده به استرداد و رد مال مورد امانی طرح و ضمن آن صدور دستور موقت دایر بر توقیف دوچرخه و منع خواننده از انتقال آن به غیر (به لحاظ منقول بودن دوچرخه) را مورد درخواست قرار می‌دهد. دادگاه پس از ملاحظه ادله ابرازی خواهان و اخذ تأمین مناسب، دستور موقت مورد تقاضا را صادر و دوچرخه را توقیف می‌نماید. متعاقباً خواننده با اعلام آمادگی برای تودیع تأمین مناسب (معادل ارزش کل خواسته)، درخواست رفع اثر از دستور موقت می‌کند. همین فرض در باب ملک غیرمنقول ثبت شده نیز مصداق دارد، آنجا که خریدار (خواهان) دعوی اصلی خویش به خواسته الزام خواننده (فروشنده) به تنظیم سند رسمی انتقال ملک مورد بیع را اقامه و به علاوه صدور دستور موقت دایر بر توقیف ملک موصوف و منع خواننده از نقل و انتقال آن را

درخواست می‌نماید. متعاقباً خواننده با حضور در دادگاه، حاضر به تودیع تأمین مناسب به مبلغی معادل قیمت روز ملک شده و تقاضای رفع اثر از دستور موقت می‌کند. حال آیا در مثالهای یاد شده دادگاه می‌تواند از دستور موقت خویش رفع اثر کند و آیا اتخاذ چنین تصمیمی به مصلحت است؟

به نظر می‌رسد در هر دو مثال پاسخ منفی است. اساساً دادگاه حق ندارد در چنین مواردی که خواسته و موضوع دستور موقت، عین متعلق به خواهان است و به واسطه صدور دستور موقت توقیف شده، از آن رفع اثر کند، ولو اینکه خواننده حاضر به پرداخت و تودیع تأمینی معادل قیمت کل خواسته یا تودیع مبلغی بیش از ارزش خواسته باشد. زیرا:

اولاً- مال مورد خواسته و موضوع دستور موقت، ماهیتاً قیمی بوده و عین آن مورد ادعای خواهان است. در کلیه مواردی که عین خواسته حسب ادعای خواهان، متعلق حق اوست و یا مورد ادعای مالکیت او قرار دارد و به واسطه صدور دستور موقت توقیف می‌شود، دادگاه اختیار ندارد که حتی با اخذ هر نوع تأمینی، از دستور موقت خویش رفع اثر کند، زیرا هرگاه دادگاه تصمیم به رفع اثر از دستور موقت بگیرد، در صورت رسیدگی ماهوی و احراز مالکیت خواهان و صدور حکم له خواهان، امکان اجرای حکم نه تنها غیر ممکن می‌گردد، بلکه مالی که متعلق حق خواهان بوده به واسطه تصمیم ناصحیح دادگاه، در اختیار خواننده قرار گرفته و با هیچ مبلغی نمی‌توان مال قیمی متعلق حق محکوم له را تهیه و در مرحله اجرای حکم، آن را به وی تسلیم و یا به نام وی تنظیم سند نمود. برای مثال در صورت صدور حکم بر الزام خواننده به استرداد و رد دوچرخه به خواهان، هرگاه از دستور موقت رفع اثر شده و دوچرخه مزبور در زمان اجرای حکم در ید

خوانده نباشد و مورد انتقال قرار گرفته باشد، امکان استرداد همان دوچرخه غیر ممکن بوده و با لحاظ قیمی بودن دوچرخه نمی‌توان حتی از محل تأمین تودיעی، محکوم به را تهیه و تسلیم داشت. در مثال ملک غیرمنقول هم وضعیت همین‌گونه است. یعنی رفع اثر از دستور موقت، موجب آزاد شدن ملک غیر منقول مورد بیع شده و هرگاه خوانده آن را به غیر، انتقال رسمی دهد، اجرای حکم الزام به تنظیم سند که له خواهان اصدار یافته، ممکن نخواهد بود، زیرا رأی صادره به لحاظ اثر نسبی بودن آن نسبت به اصحاب دعوی، بر علیه شخص ثالث (منتقل الیه رسمی) قابلیت اجرا ندارد و از محل تأمین تودיעی نیز نمی‌توان چنین ملکی را تهیه نمود، چون ملک در شمار اموال قیمی قرار دارد و اشیاء و نظایر آن به لحاظ اختلاف در اوصاف املاک، هیچگاه یافت نمی‌شود. بنابراین در فرض سوم نیز اساساً به مصلحت نیست که دادگاه از دستور موقت خود رفع اثر نماید، زیرا جز در موارد بسیار استثنایی (بند ۱ و ۳ ماده ۳۶۲ آیین دادرسی مدنی جدید و ماده ۴۶ قانون اجرای احکام مدنی) دادگاه نمی‌تواند در اجرای محکوم به، عین را به قیمت و یا قیمت را به عین تبدیل و یا ماهیت عنوان خواسته را تغییر دهد.

ثانیاً - نتیجه استدلال بالا را می‌توان به عنوان یک حکم قانونی در قانون آیین دادرسی مدنی جدید نیز یافت. ماده ۱۲۴ قانون یاد شده در باب تأمین خواسته، و در خصوص تبدیل تأمین و جواز آن اشعار می‌دارد: «... همچنین (خوانده) 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.»

بخش اول و دوم این مقررہ اختصاص به خواسته‌هایی دارد که موضوع آنها، وجه نقد و مطالبات نقدی است و به همین لحاظ نیز هرگاه در اجرای قرار تأمین خواسته، مالی از اموال خوانده توقیف گردد، قانونگذار تبدیل مال توقیف شده را به مال دیگر با حصول شرایط و ایجاد موقعیت برابر یا بهتر به نفع خواهان، پذیرفته است؛ زیرا خواسته اصلی خواهان وصول مطالبات نقدی خویش است و چون عین توقیف شده، مال متعلق نیست، فرقی نمی‌کند که وصول وجه مورد خواسته از محل کدامیک از اموال خوانده به عمل آید. النهایه چون توقیف مالی از اموال خوانده، برای خواهان ایجاد حق تقدم کرده (بند ۱ ماده ۱۴۸ قانون اجرای احکام مدنی) و او را در موقعیت ویژه‌ای قرار می‌دهد، درخواست تبدیل تأمین و فی‌الواقع تبدیل مال توقیف شده به مال دیگر حسب درخواست خوانده، نباید خواهان را از موقعیتی که به لحاظ سهولت در استیفاء و تقدم در وصول حق خویش به دست آورده، خارج و محروم سازد. بنابراین در تبدیل تأمین باید حداقل موقعیت قبل از تبدیل تأمین، همچنان برای خواهان حفظ و تأمین گردد. همین موضوع صریحاً در مادتين ۲۴ و ۲۵ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا مصوب ۱۳۵۵/۴/۶ نیز پیش‌بینی شده است.

اما بخش اخیر ماده ۱۲۴ متضمن حکم دیگری است: «... در مواردی که عین خواسته توقیف شده باشد، تبدیل مال منوط به رضایت خواهان است». در این قسمت مورد خواسته و موضوع دعوی اصلی، عین و حقی است که حسب ادعا به خواهان تعلق داشته و خواهان خود را مالک آن می‌شمارد. فی‌الواقع وقتی عین متعلق حق خواهان موضوع خواسته قرار

می‌گیرد و مال مزبور نیز در اجرای قرار تأمین خواسته توقیف می‌شود، هیچ مال دیگری را نمی‌توان از طریق تبدیل تأمین جایگزین آن نمود، زیرا در نهایت هرگاه حکم به نفع خواهان صادر شود محکوم به آن تنها همین عین خواسته خواهد بود و چون متعلق حق خواهان است، جز در موارد استثنایی (ماده ۴۶ قانون اجرای احکام مدنی) جایگزین و بدلی را نمی‌توان برای آن در نظر گرفت. ماده ۴۶ قانون اجرای احکام مدنی اختصاص به محکوم به عین معین دارد؛ البته در موارد استثنایی یعنی در صورت تلف مال و یا عدم دسترسی به آن، قیمت آن محاسبه و از محکوم علیه وصول خواهد شد. ماده ۴۶ مقرر می‌دارد: «اگر محکوم به عین معین بوده و تلف شده یا به آن دسترسی نباشد قیمت آن با تراضی طرفین و در صورت عدم تراضی توسط دادگاه تعیین و طبق مقررات این قانون، از محکوم علیه وصول می‌شود و هرگاه محکوم به قابل تقویم نباشد، محکوم له می‌تواند دعوی خسارت اقامه نماید». قسمت اخیر ماده ۳۹ قانون اجرای احکام مدنی نیز صریحاً همین معنی را به دست می‌دهد.

بنابراین در سایر موارد نمی‌توان به جای عین خواسته خواهان که توقیف شده است، با تبدیل تأمین، مال دیگری را بازداشت و جایگزین آن نمود. فی الواقع باید بر آن بود، در مواردی که عین خواسته و یا عین متعلق حق خواهان توقیف می‌باشد، تبدیل تأمین در اختیار دادگاه نبوده و دادگاه ممنوع از آن است. البته چون عین و یا حق موضوع دعوی، مورد ادعای مالکیت خواهان است، تنها هم او (خواهان) می‌تواند با تبدیل تأمین موافقت نماید. این امر به مثابه آن است که خواهان با اعلام رضایت خویش در تبدیل تأمین که عین خواسته است، در صورت صدور حکم له وی

(خواهان) و عدم دسترسی به عین خواسته، بخواهد محکوم به عین معین را از محل بدل آن که در اجرای تأمین توقیف شده، وصول نماید و چون خوانده نیز به جای مبدل منه (عین خواسته)، تأمین دیگری را به عنوان بدل آن سپرده و به وصول محکوم به از محل آن رضایت دارد، امکان اجرای حکم از محل بدل تأمین شده، میسر و ممکن خواهد بود.

همین نظر را در خصوص رفع اثر از دستور موقت مقرر در ماده ۳۲۱ آیین دادرسی مدنی جدید که موضوع آن، عین خواسته و متعلق حق خواهان است، می‌توان صادق و جاری دانست؛ یعنی هرگاه موضوع دستور موقت صادره عین خواسته و مورد ادعای مالکیت خواهان باشد و خوانده با اعلام تودیع تأمین مناسب، خواستار رفع اثر از دستور موقت گردد، اگر چه دادگاه حق ندارد رأساً چنین تبدیلی را با اخذ تأمین مناسب (معادل کل قیمت موضوع دستور موقت و یا حتی بیش از آن) بپذیرد، ولی خواهان در پذیرش آن مختار است. بنابراین در چنین مواردی رفع اثر از دستور موقت، به اختیار دادگاه نبوده و به مصلحت تلقی نشده و تنها و تنها موکول و متوقف بر اعلام رضایت خواهان خواهد بود. قسمت اخیر ماده ۲۴۳ آیین دادرسی مدنی سابق در باب تبدیل تأمین نیز مقرر می‌داشت: «... در مواردی که عین خواسته یا محکوم به توقیف شده باشد تبدیل تأمین منوط به رضایت مدعی یا محکوم له است». البته علاوه بر ملاک صریح ماده ۱۲۴ آیین دادرسی مدنی جدید، می‌توان با ملاحظه مقررات ناظر بر وفای به عهد در قانون مدنی و مقایسه آن با این موضوع به درستی و عمومیت این نظریه اطمینان حاصل نمود. ماده ۲۶۸ قانون مدنی، انجام فعل (مورد تعهد) مشروط به مباشرت متعهد را توسط دیگری ممکن نمی‌داند، مگر با رضایت متعهدله. به موجب این ماده، «انجام فعلی در صورتی که مباشرت شخص متعهد شرط

شده باشد، توسط دیگری ممکن نیست مگر با رضایت متعهد له.»
 در تأیید مطالب بالا و ضرورت اعلام رضایت خواهان نسبت به
 تبدیل تأمینی که عین خواسته و موضوع دعوی به شمار می‌رود و همچنین
 در خصوص پذیرش اعلام رضایت خواهان در خصوص رفع اثر از دستور
 موقتی که موضوع آن، عین خواسته و مورد ادعای مالکیت خواهان قرار
 دارد، می‌توان به مدلول بند ۱ ماده ۳۶۲ آیین دادرسی مدنی جدید نیز استناد
 و تمسک جست؛ ماده ۳۶۲ مقرر می‌دارد: «ادعای جدید در مرحله تجدید
 نظر مسموع نخواهد بود ولی موارد زیر ادعای جدید محسوب نمی‌شود: ۱-
 مطالبه قیمت محکوم به که عین آن، موضوع رأی بدوی بوده و یا مطالبه
 عین مالی که قیمت آن، در مرحله بدوی مورد حکم قرار گرفته است...»
 ظاهراً این مقرر (بند ۱ ماده ۳۶۲) اگرچه ماهیتاً از حیث مقررات
 قانون مدنی قابل انتقاد به نظر می‌رسد،^{۲۰} ولی در عین حال متضمن رضای

۲۰. اشکالی که به بند ۱ ماده ۳۶۲ وارد می‌باشد از آن جهت است که هرگاه عین خواسته یا عین محکوم
 به، متعلق حق خواهان باشد و موضوع حکم بدوی نیز قرار گیرد خواهان نمی‌تواند در مرحله تجدیدنظر
 رأساً و بدون موافقت خوانده (از طریق تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل موضوع آن) قیمت آن را مطالبه نماید،
 زیرا خوانده اساساً تعهدی به قیمت ندارد و حق خواهان نیز محدود به همان عین است و به عکس اگر
 عین مال متعلق حق خواهان باشد، خواهان حق ندارد در مرحله بدوی، قیمت آن را مطالبه کرده و سپس
 در مرحله تجدید نظر، عین مالی را که قیمت آن در مرحله بدوی مورد حکم قرار گرفته، بخواهد (ملاک
 مواد ۳۰۱، ۳۰۳، ۳۱۷، ۲۸۷، ۲۷۸ و ۲۷۹ قانون مدنی)، لهذا بند ۱ ماده ۳۶۲ آیین دادرسی مدنی جدید را
 باید ناظر به وضعیتی دانست که عین خواسته، در اثناء دادرسی تلف شده و قیمت آن به لحاظ قیمی بودن
 در مرحله تجدید نظر مورد مطالبه قرار می‌گیرد و یا اینکه در زمان اقامه دعوی، خواهان به تصور تلف
 مال خویش یا در دسترس نبودن آن، قیمت آن را مطالبه و سپس در حین دادرسی یا صدور حکم کاشف
 به عمل می‌آید که عین مال موجود و در دسترس می‌باشد که در این وقت، عین مال را در مرحله تجدید
 نظر مطالبه می‌کند. این وضعیت در خصوص بند ۳ ماده ۳۶۲ آیین دادرسی مدنی جدید نیز صادق است؛
 «تغییر عنوان خواسته از اجرت المسمی به اجرت‌المثل یا بالعکس»، در این بند تغییر عنوان خواسته از
 اجرت المسمی به اجرت‌المثل یا بالعکس جایز شناخته شده درحالی‌که این دو عنوان قانونی، دارای دو
 ماهیت و دو مبنا و آثار متفاوت و متمایز از یکدیگرند و خواهان نمی‌تواند یکی را به جای دیگری
 برگزیند؛ هرگاه خواهان مستحق اجرت المسمی ناشی از اجاره صحیح باشد، از مطالبه اجرت‌المثل که فاقد

خواهان در تبدیل و تبدل عین محکوم به، به قیمت آن و به عکس می‌باشد. به عبارت دیگر هرگاه خواسته در مرحله بدوی، عین معین باشد، خواهان می‌تواند در مرحله تجدید نظر، به جای عین خواسته و یا عین محکوم به که آن را متعلق حق خود می‌داند، قیمت آن را مطالبه کند. بنابراین رضایت و موافقت خواهان در تبدیل و تبدل عین خواسته به قیمت آن و بالعکس، جایز شناخته شده است.

گفتار سوم: وضعیت حق تقدم در توقیف تأمینی عین معین

۱- البته مقنن در خصوص عین معینی که مورد ادعای متقاضی تأمین خواسته است، به اشتباه افتاده و حکمی را مقرر داشته که فاقد هرگونه مبنای منطقی است و حتی با بعضی از نصوص دیگر نیز مخالفت دارد؛ ماده ۱۲۸ آیین دادرسی مدنی جدید مقرر می‌دارد: «در ورشکستگی چنانچه مال توقیف شده عین معین و مورد ادعای متقاضی تأمین باشد، درخواست کننده تأمین بر سایر طلبکاران حق تقدم دارد». این مطلب در باب حق تقدم در موضوع دستور موقت نیز مصداق دارد.

ماده ۱۲۸ آیین دادرسی مدنی جدید به نحو بسیار نامطلوبی تنظیم شده است. اگرچه ممکن است منظور دیگری از تصویب این ماده در نظر مقنن بوده باشد، ولی حکمی را در نهایت تقریر نموده که نه تنها اشخاص غیرحقوقدان که حتی حقوقدانان را نیز به اشتباه می‌اندازد.

مبنای قراردادی یا دارای قرارداد بی‌اعتبار است، ممنوع خواهد بود. بنابراین بندهای ۱ و ۳ ماده ۳۶۲ آیین دادرسی مدنی جدید را نباید ایجاد قاعده در مقررات ماهوی پنداشت، بلکه باید آن را صرفاً طرح ادعا از سوی خواهان در مرحله بدوی و تجدیدنظر دانست.

ماده ۱۲۸ آیین دادرسی مدنی جدید فی الواقع جایگزین ماده ۲۶۹ آیین دادرسی مدنی سابق شده است. ماده ۲۶۹ نیز فی الواقع درخواست کننده تأمین را در استیفای طلبش از مال مورد تأمین بر سایر طلبکاران مقدم دانسته و برای او حق تقدم شناخته بود. ماده ۱۲۸ آیین دادرسی مدنی جدید نیز در مقام بیان همان حق تقدم بوده، لیکن مجری و محل تحقق حق تقدم را نسبت به موردی بیان و مطرح ساخته که نه تنها مصداق ندارد، بلکه موضوع و مجرای مطروحه واجد حکم دیگری است، زیرا:

اولاً- تأسیس حق تقدم در باب تأمین خواسته که با لحاظ نسخ ماده ۲۶۹ آیین دادرسی مدنی سابق، در حال حاضر فقط در بند ۱ ماده ۱۴۸ قانون اجرای احکام مدنی پیش‌بینی شده، تنها در مواردی برای اشخاص ذینفع ایجاد می‌شود که موضوع خواسته و دعوی اصلی، یا وجه نقد باشد یا تعهد کلی، مانند مال کلی فی‌الذمه (مانند ده تن عدس). در چنین مواردی هرگاه به دنبال تقاضای خواهان برای صدور قرار و تأمین خواسته، دادگاه تحت یکی از شرایط ماده ۱۰۸ آیین دادرسی مدنی جدید، اقدام به صدور قرار تأمین خواسته نموده و در اجرای آن نیز مالی از اموال خوانده، معادل ارزش خواسته اصلی، توقیف شود، چنانچه خواهان مزبور نسبت به مال توقیف شده، اولین توقیف کننده باشد، بر سایر طلبکارانی که بعد از او درخواست توقیف مال را نموده‌اند، اولویت و حق تقدم خواهد داشت. بنابراین فرض قضیه در جایی است که چند طلبکار بابت طلب ذمه‌ای خویش و در اجرای قرار تأمین خواسته یا اجراییه مربوط به حکم قطعی صادره از دادگاه و یا اجراییه صادره از سازمان ثبت اسناد و املاک، یکی از املاک خوانده یا محکوم علیه و یا مدیون سند لازم‌الاجرا را به ترتیب توقیف می‌نمایند. در این وضعیت و با لحاظ ماده ۱۴۸ قانون اجرای احکام مدنی و بند ۱ آن،

کسی که زودتر از دیگران، ملک را توقیف کرده باشد، مقدم بوده و بر سایر طلبکارانی که مؤخرأ همان ملک را به عنوان توقیف‌کننده ثانی و بعدی، بازداشت کرده‌اند، دارای حق تقدم خواهد بود؛^{۲۱} یعنی ابتدا طلب او (توقیف‌کننده اول) از محل فروش ملک مزبور تأدیه می‌گردد و مازاد بر آن نیز به ترتیب به توقیف‌کنندگان ثانی و ثالث و ... پرداخت خواهد شد.

استاد برجسته آیین دادرسی مدنی جناب آقای دکتر جواد واحدی دو اشکال مهم را بر ماده ۲۶۹ آیین دادرسی مدنی سابق (ماده ۱۲۸ آیین دادرسی مدنی جدید و بند ۱ ماده ۱۴۸ قانون اجرای احکام مدنی) وارد دانسته‌اند: اول اینکه در ماده ۲۶۹ سابق صحبت از «درخواست‌کننده تأمین» شده که ظاهراً مبنی بر تسامح است، زیرا حق تقدم مورد بحث فقط از تاریخ توقیف ایجاد می‌شود نه از تاریخ درخواست تأمین. دومین اشکال حق تقدمی است که برای توقیف‌کننده مال نسبت به طلبکاران دیگر مدیون، پیش‌بینی شده است؛ یعنی قطع نظر از اینکه میزان طلب، تاریخ سررسید و سبب مطالبات مزبور چه باشد، با اجرای قرار تأمین خواسته برای کسی که مال به نفع او توقیف شده، نسبت به سایر طلبکاران، حق تقدم ایجاد می‌شود و اگر بعد از پرداخت طلب وی، چیزی از محل فروش مال توقیف شده باقی ماند، به طلبکاران بعدی مدیون البته باز هم به ترتیب توقیف تأمین یا اجرایی انجام شده، پرداخت خواهد شد.^{۲۲}

۲۱. نظریه مشورتی اداره حقوقی قوه قضاییه به شماره ۷/۱۰۶۱۵ مورخ ۱۳۸۰/۱۱/۲۳: «۱- با عنایت به بند (۱) ماده ۱۴۸ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶، حق تقدم با محکوم لهی است که مال در توقیف تأمین یا اجرایی او است، اگرچه تاریخ صدور قرار تأمین له وی مؤخر بر صدور قرار تأمین اجرا شده سایرین باشد ...».

۲۲. واحدی، جواد، «تقدی بر ماده ۲۶۹ آیین دادرسی مدنی»، مجله قضایی و حقوقی دادگستری، شماره اول، پاییز ۱۳۷۰، چاپ روزنامه رسمی، صص ۵۷-۵۹.

مقررات جاری متضمن احکامی است که از یکسو وفق بند ۱ ماده ۱۴۸ قانون اجرای احکام مدنی برای توقیف کننده تأمین و اجرایی نسبت به مال توقیف شده به میزان محکوم به بر سایر محکوم لهم حق تقدم شناخته است و از سوی دیگر با لحاظ صدر ماده ۱۴۸ و بند ۴ ماده ۱۴۸ و مواد ۱۴۹، ۱۵۳ و ۱۵۴ قانون اجرای احکام مدنی، سایر بستانکاران را همانند مبحث ورشکستگی، در یک ردیف جای داده و آنها را مستحق استیفاء از اموال محکوم علیه، به نسبت طلب خویش (محکوم لهم) دانسته است. چنانچه اجرای احکام عادی ناظر بر بدهکاران معمولی همانند اجرای احکام ورشکستگی تجار، متوقف (ماده ۵۸ قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی مصوب ۱۳۱۸/۴/۲۴) می‌بود، تقنین مواد ۱۴۸، ۱۵۳ و ۱۵۴ قانون اجرای احکام مدنی، از حیث ایجاد حق تقدم و حق ممتازه برای بعضی از طلبکاران و هم ردیف نمودن سایر غرماء، توجیه منطقی می‌داشت، ولی از بند ۱ ماده ۱۴۸ و مواد ۵۲، ۱۵۰ و ۱۵۱ قانون یاد شده این‌گونه استنباط می‌شود که واحد اجرای احکام مدنی تنها زمانی فعال می‌شود که اولاً ذینفع یا محکوم له درخواست صدور اجرائیه و توقیف اموال محکوم علیه را تقدیم داشته و ثانیاً بعضی از اموال محکوم علیه، معادل طلب مورد ادعا یا محکوم به، با معرفی ذینفع یا محکوم له به حیظه توقیف درآمده باشد، والا واحد اجرای احکام مدنی به خلاف آنچه که در مقررات ناظر بر اجرای احکام کیفری (مواد ۲۸۱ به بعد آیین دادرسی کیفری جدید و بند (الف) ماده ۳ و تبصره ۶ ماده ۲۰ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱/۷/۲۸) و یا اجرای احکام مربوط به ورشکستگی و تصفیه (مادتین ۴۴۰ و ۴۴۱ قانون تجارت) پیش‌بینی شده، رأساً به اجرای حکم و شناسایی

اموال محکوم علیه و توقیف آن دست نمی‌زند، بلکه درخواست صدور اجرائیه و همچنین اجرای آن و توقیف اموال، موکول به درخواست محکوم‌له است (مواد ۲، ۴ و تبصره ۱ مواد ۳۵، ۳۶، ۴۹ و ۵۰ قانون اجرای احکام مدنی).

در مقررات سابق، از جمله فصل ششم از باب ششم قانون اصول محاکمات حقوقی مصوب سال ۱۳۲۹ قمری (مواد ۷۳۳ الی ۷۳۶)، که به موضوع «تقسیم حاصل فروش ما بین طلبکاران» اختصاص داشت و همانند آنچه که در مواد ۶۵۶ به بعد قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه پیش‌بینی شده بود، حاصل فروش اموال بین طلبکاران قابل تقسیم بود و اساساً حق تقدم در این مقررات تصریح نشده بود، بلکه اولین بار ماده ۲۶۹ آیین دادرسی مدنی سال ۱۳۱۸، با اقتباس از مقررات آلمان، ایجاد حق تقدم برای توقیف‌کننده مقدم را نسبت به سایر طلبکاران پیش‌بینی نمود.^{۲۳} به باور نگارنده مقررات فعلی قانون اجرای احکام مدنی مصوب سال ۱۳۵۶ این‌گونه قابلیت اجرایی دارد که با وجود عدم پیش‌بینی مفاد ماده ۲۶۹ آیین دادرسی مدنی سابق در قانون جدید آیین دادرسی مدنی، تأسیس حق تقدم در توقیف تأمینی و اجرایی کماکان و با لحاظ نص مقرر در بند ۱ ماده ۱۴۸ قانون اجرای احکام مدنی^{۲۴} پا برجا و به قوت خود باقی است. النهایه به

۲۳. واحدی، جواد، همان، صص ۶۳-۶۲.

۲۴. نظریه مشورتی کمیسیون آیین دادرسی مدنی اداره حقوقی دادگستری مورخ ۱۳۵۰/۶/۳۱: «... هر بستانکاری که قبل از فوت متوفی مالی را تأمین کرده باشد با فوت مدیون می‌تواند از حق تقدم مذکور در ماده ۲۶۹ قانون آیین دادرسی مدنی (موضوع بند ۱ ماده ۱۴۸ قانون اجرای احکام مدنی) استفاده نماید، زیرا حق تقدم او در زمان حیات مدیون بر مال معینی تعلق گرفته است ولی تأمین پس از فوت مدیون مؤثر در مقام نیست». به نقل از حسینی، محمد رضا، «قانون اجرای احکام مدنی در رویه قضایی»، نشر نگاه بینه، چاپ اول، ۱۳۸۳، صص ۲۲۹-۲۲۸.

استثنای آنچه که در بند ۱ ماده ۱۴۸ قانون یاد شده پیش‌بینی شده، سایر غرماء و بستانکاران به شرح بند ۴ ماده ۱۴۸ و مواد ۱۴۹، ۱۵۰، ۱۵۱، ۱۵۳ و ۱۵۴ قانون موصوف، در یک ردیف قرار گرفته و در سه وضعیت ذیل مال یا اموال محکوم علیه به نسبت طلب بین آنها تقسیم خواهد شد:

الف - در وضعیت نخست محکوم علیه طبق ماده ۳۴ قانون اجرای احکام مدنی، مالی از اموال خود را به اجرا معرفی می‌کند تا اجرای حکم و استیفای محکوم به از آن میسر باشد. در این حالت محکوم علیه با تسلیم یا در اختیار گذاشتن اموال خود به منظور اجرای احکام صادره، محکوم لهم یا طلبکاران خود را در یک ردیف قرار داده و آنان را به نسبت طلب خویش از اموال موجود بهره‌مند خواهد ساخت. النهایه ابتدا مشمولین شقوق ۲ و ۳ ماده ۱۴۸ قانون فوق، مطالبات خود را از محل اموال معرفی شده وصول می‌نمایند و سپس از مازاد مال معرفی شده، سایر بستانکاران بدون اینکه اساساً حق تقدم یا اولویتی داشته باشند، به نسبت، طلب خویش را از مال مزبور استیفاء می‌نمایند.

ب- وضعیت دوم جایی است که مال توقیف شده، در اجرای توقیف تأمینی یا اجرایی موضوع بند ۱ ماده ۱۴۸ همان قانون، و پس از استیفاء و برداشت طلب توقیف‌کننده مقدم، مازاد و اضافه داشته باشد. در این وضعیت مازاد مزبور توسط واحد اجرای احکام مدنی، بین بستانکاران مشمول شقوق ۲، ۳ و ۴ ماده ۱۴۸ به نسبت طلب آنان تقسیم خواهد شد (مستفاد از ذیل بند ۱ ماده ۱۴۸ و ماده ۱۵۳ قانون اجرای احکام مدنی).

ج- وضعیت سوم را باید در اقدام به توقیف همزمان چند محکوم له جست که وضعیت شاذ و نادری است. بدین ترتیب که هرگاه چند محکوم

له (طلبکاران)، همزمان به میزان طلب خود، مالی از اموال محکوم علیه را بازداشت و توقیف نمایند، اگرچه اینان نسبت به سایر بستانکاران حق تقدم خواهند داشت، ولی نسبت به یکدیگر دارای هیچ‌گونه اولویت و حق تقدمی نیستند. بر همین اساس نیز هرگاه چند محکوم له در یک زمان مالی را بازداشت نمایند، چنانچه برخی از آنان مشمول بند ۲ و ۳ ماده ۱۴۸ باشند، به نسبت مقرر در شقوق ۲ و ۳ بر دیگر توقیف‌کنندگان اولویت داشته و نسبت به الباقی و مازاد مال نیز وفق بند ۴ ماده ۱۴۸ و مواد ۱۴۹، ۱۵۳ و ۱۵۴ قانون یاد شده، مال توقیف شده به نسبت طلب بین آنان تقسیم خواهد شد.

ثانیاً - ماده ۱۲۸ آیین دادرسی مدنی جدید با انحصار حکم ایجاد حق تقدم و قید عین معین توقیف شده در موارد ورشکستگی، نه تنها موجب این توهم شده که قید آن (عین معین مورد ادعای متقاضی تأمین) تنها در بحث ورشکستگی تجار جریان می‌یابد بلکه با تقریر حکم، آن حق تقدم را در غیر مواضع له به کار برده است.

در مبحث ورشکستگی، اولین مطلب مهم حفظ حقوق غرماء و طلبکاران است؛ بستانکار یا طلبکار شخصی است که از تاجر ورشکسته طلب ذمه‌ای مانند وجه نقد دارد و یا یک مال کلی فی‌الذمه به نفع وی مورد تعهد قرار گرفته است. بر همین اساس نیز غرماء و طلبکاران تاجر ورشکسته از حیث اولویت آنها در وصول به طلب خویش، به طلبکاران ممتاز، طلبکاران با حق تقدم و طلبکاران عادی تقسیم می‌شوند. در تمامی این تقسیمات، تاجر ورشکسته اصولاً و تنها مدیون و بدهکار مبلغی وجه نقد است، خواه مبلغ و مورد طلب مزبور وجه نقد بالاصاله باشد یا بالتبع

(مانند طلب ناشی از تلف عین معین و تبدیل آن به قیمت. ماده ۴۶۲ قانون تجارت). اما در تمامی مواردی که مالی از اموال مدعی (مالک) به هر عنوانی نزد تاجر ورشکسته باشد، از قبیل اموال امانی اشخاص ثالث یا اموال مورد تملک شخص ثالث که در اثر یکی از عقود تملیکی و ناقله از تاجر ورشکسته (قبل از زمان توقف) به ثالث انتقال یافته، و این اموال مورد ادعای مالکیت منتقل‌الیه باشد، اساساً تعلق به تاجر ورشکسته ندارد تا اینکه بتوان مالک آن (ثالث) را در عداد طلبکاران و غرماء قرار داد، و یا به واسطه توقیف مقدم، برای او حق تقدم قائل شد. حقوق چنین شخصی فراتر از حق تقدم است، زیرا حق تقدم بعضی از غرماء نسبت به بعضی دیگر تنها در جایی متصور است که اموال مورد ادعا، در تملک تاجر ورشکسته قرار داشته و متعلق حق او باشد؛ در جایی که مال توقیف شده عین معین و مورد ادعای متقاضی تأمین (ثالث) باشد، خواه مال مزبور مقدمتاً به نفع متقاضی تأمین توقیف شده باشد یا مؤخرأً و یا اینکه اساساً توقیف نشده باشد، هیچ‌گونه حق تقدمی برای هیچ طلبکاری متصور نخواهد بود، چه پس از احراز مالکیت متقاضی مزبور نسبت به مال مورد ادعا، توسط دادگاه و به موجب حکم قطعی، مال مزبور از شمار اموال تاجر ورشکسته خارج خواهد شد و کاشف به عمل می‌آید که مال مزبور تعلق به تاجر ورشکسته نداشته تا به واسطه توقیف مقدم آن توسط احد از طلبکاران، حق تقدمی برای او در نظر گرفته شود. بر همین اساس نیز ماده ۱۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی جدید مقرر می‌دارد: «اگر خواسته، عین معین بوده و توقیف آن ممکن باشد، دادگاه نمی‌تواند مال دیگری را به عوض آن توقیف نماید». زیرا وقتی موضوع خواسته اصلی عین معین و مورد ادعای خواهان باشد، حق

خواهان تنها در همین عین، متمرکز و منحصر می‌گردد و دیگر نمی‌توان سایر اموال خوانده را مورد تعرض و توقیف قرار داد، مگر اینکه توقیف عین معین، به جهت تلف و یا در دسترس نبودن (مفقود شدن) ممکن نباشد که در این صورت من باب حفظ حقوق خواهان و استیفاء از سایر اموال خوانده، جهت تهیه بدل خواسته اصلی، توقیف اموال دیگر خوانده معادل ارزش خواسته اصلی، جایز خواهد بود (مادتین ۳۹ و ۴۶ قانون اجرای احکام مدنی و ملاک بند ۱ ماده ۳۶۲ آیین دادرسی مدنی جدید).

ثالثاً- اختصاص حق تقدم در امر ورشکستگی هیچ‌گونه وجهی ندارد، زیرا هرگاه شخصی عین معین توقیف شده را متعلق حق خود بداند، پس از اثبات حق خویش و صدور حکم قطعی له وی، مال مزبور از عداد و شمار اموال مدیون (اعم از تاجر ورشکسته یا فرد عادی و معسر) خارج شده و دیگر در زمره اموال مدیون مزبور قرار ندارد تا حق تقدمی برای طلبکاران توقیف‌کننده ایجاد کند.^{۲۵} بنابراین حق تقدم مقرر در ماده ۱۲۸ را باید تعبیر به آن نمود که چون عین معین توقیف شده، عرفاً مورد ادعای متقاضی تأمین است و در زمان تقاضای توقیف آن نیز هنوز مالکیت و دعوی اصلی خواهان (متقاضی تأمین) احراز و ثابت نشده، لذا مادام که حکم قطعی، له یا علیه خواهان مزبور صادر نشود، متقاضی تأمین نسبت به عین معین و مورد ادعای خویش که خواسته اصلی او را هم تشکیل می‌دهد، بر سایر طلبکاران مقدم بوده و تا قبل از صدور حکم قطعی، هیچ‌یک

۲۵. نظریه مشورتی اداره حقوقی قوه قضاییه به شماره ۷/۷۳۹۹ - ۱۳۸۰/۷/۲۴: «از سیاق ماده ۱۲۸ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱ چنین استنباط می‌شود که تأمین‌کننده مال موضوع ماده مزبور بر سایر طلبکاران دارای وثیقه موضوع ماده ۵۸ قانون تصفیه امور ورشکستگی مصوب ۱۳۱۸ نیز حق تقدم دارد». به نقل از همان، ص ۲۲۷.

از طلبکاران تاجر ورشکسته نمی‌توانند از محل مال مزبور برای خود حق تقدیمی ایجاد یا طلب خود را از محل آن وصول نمایند. دیوان عالی کشور طی رأی توقیف مقدم مال تاجر ورشکسته را موجب ایجاد حق تقدم برای توقیف کننده ندانسته است؛ این رأی با رأی وحدت رویه شماره ۲۱۲ مورخ ۱۳۵۰/۸/۶ و مواد ۵۱۴ الی ۵۲۲ قانون تجارت و مادتين ۱۸ و ۵۸ قانون اداره تصفیه و ورشکستگی سال ۱۳۱۸ نیز منطبق است. رأی وحدت رویه شماره ۳۲۷۱ مورخ ۱۳۳۹/۱۰/۱۹ صدرالذکر که از هیأت عمومی دیوان عالی کشور صادر شده بدین شرح می‌باشد: «چون موافق ماده ۵۸ قانون تصفیه امور ورشکستگی، استفاده از اموال متوقف برای دیان ترتیب خاص مقرر داشته که به همان نحو باید خاتمه یابد و موافق مدلول همین ماده، حق تقدم هر طبقه بر طبقه دیگر تصریح و تعیین شده و از بستن کارانی که از اموال متوقف طلب خود را توسط دادگاه تأمین کرده‌اند قیدی دیده نمی‌شود، بنابراین کلیه دیان به جز کسانی که قانون صراحتاً استثناء نموده از اموال متوقف حق استفاده دارند و منطوق ماده ۲۶۹ قانون آیین دادرسی مدنی، ناظر به مورد مذکور در فوق نبوده و در این مورد که حکم خاصی موجود است قابل اعمال نمی‌باشد. بنابراین رأی شعبه سوم دیوان عالی کشور صحیحاً صادر شده و طبق قانون وحدت رویه قضایی مصوب تیرماه ۱۳۲۸ برای دادگاهها لازم‌الاتباع است».^{۲۶}

ماده ۳۳ قانون اجرای احکام مدنی نیز اعلام می‌دارد، هرگاه محکوم علیه بازرگان بوده و در جریان اجرای حکم، ورشکسته شود مراتب از طرف مدیر اجرا حسب مورد به اداره تصفیه یا مدیر تصفیه اعلام خواهد

۲۶. به نقل از رویه قضایی کیهان، آراء مدنی، جلد دوم، سالهای ۱۳۲۸ تا ۱۳۴۲، ص ۴۲۵.

شد تا طبق مقررات راجع به تصفیه امور ورشکستگی عمل شود.

رای وحدت رویه شماره ۲۱۲ مورخ ۱۳۵۰/۸/۶ هیأت عمومی دیوان عالی کشور نیز مقرر می‌دارد: «قانون تصفیه امور ورشکستگی مصوب ۱۳۱۸ ترتیب خاصی برای پرداخت دیون ورشکسته مقرر داشته و بستانکاران از ورشکسته را به پنج طبقه تقسیم و حق تقدم هر طبقه را بر طبقه دیگر تصریح نموده و ماده ۳۰ قانون مالیات بر درآمد مصوب ۱۳۳۵ راجع به وصول مالیات و جرایم آن از اموال عموم مؤدیان، ناظر به اشخاص ورشکسته که وضع مالی آنها تابع قانون خاصی می‌باشد نبوده و شعب پنجم و دهم دیوان عالی کشور که وزارت دارایی را در مورد وصول مالیات و جرایم متعلق به آن از بازرگان ورشکسته در طبقه پنجم و در ردیف سایر بستانکاران عادی شناخته، صحیحاً صادر گردیده و به اکثریت آراء تأیید می‌شود...».

برخی از حقوقدانان معتقدند که قاعده کلی مندرج در رأی وحدت رویه ۳۲۷۱ مورخ ۱۳۳۹/۱۰/۱۹، با وضع ماده ۱۲۸ آیین دادرسی مدنی جدید تخصیص خورده است؛ یعنی حق رجحان متقاضی تأمین در ماده ۱۲۸، در صورتی است که مورد خواسته خود عین معین باشد و به نفع متقاضی نیز تأمین گردد، ولی اگر طلبکاری طلبی نقدی از تاجر داشته و متعاقب درخواست طلبکار و صدور اجرای قرار تأمین خواسته از دادگاه، مالی از تاجر ورشکسته بابت تأمین طلب مزبور توقیف گردد، ماده ۱۲۸ آیین دادرسی مدنی جدید مصداق اجرا پیدا نمی‌کند، بلکه به حکم مفاد رأی وحدت رویه فوق، چنین تأمینی تساوی میان متقاضی و دیگر طلبکاران را

برهم نمی‌زند.^{۲۷}

این نظریه اگرچه از حیث نتیجه صحیح و با رأی وحدت رویه شماره ۳۲۷۱ مورخ ۱۳۳۹/۱۰/۱۹ سازگار است، لیکن از حیث مبنای استدلال کافی به نظر نمی‌رسد، زیرا موضوع و مفاد ماده ۱۲۸ آیین دادرسی مدنی جدید به هیچ‌وجه مخصص رأی وحدت رویه شماره ۳۲۷۱ به شمار نمی‌رود، چه تخصیص در جایی جریان می‌یابد که حکم عام و حکم خاص وحدت موضوع داشته و حکم خاص بخشی از موضوع عام را تخصیص زده و از شمول حکم عام خارج سازد، بدون اینکه موضوع آن را تغییر دهد؛ توضیح اینکه موضوع رأی وحدت رویه سال ۱۳۳۹، عدم ایجاد حق تقدم برای طلبکاری است که در اجرای طلب نقدی خود، مالی از اموال ورشکسته را به واسطه صدور و اجرای قرار تأمینی، توقیف کرده باشد، حال آنکه در ماده ۱۲۸ آیین دادرسی مدنی جدید، متقاضی تأمین اساساً طلبکار و بستانکار از تاجر ورشکسته نیست، بلکه عین معین موضوع خواسته را مورد ادعا و متعلق حق خویش می‌داند و از همین رو نیز جهت جلوگیری از دخل و تصرفات تاجر ورشکسته و یا سایر طلبکاران وی، درخواست تأمین خواسته نموده و آن را توقیف می‌کند. فی الواقع باید به منظور هماهنگ نمودن مقررات و ضوابط قانونی و قواعد حقوقی، ماده ۱۲۸ آیین دادرسی مدنی جدید را این‌گونه تفسیر کرد که هرگاه خواهان، موضوع خواسته و عین معین مورد دعوی را متعلق حق خویش بداند و آن را مورد ادعا قرار داده و تقاضای تأمین خواسته کند، در وصول حق عینی خود از عین خواسته مقدم بر سایر طلبکاران ورشکسته خواهد بود، خواه زودتر از طلبکاران تاجر

۲۷. اسکینی، ربیعا، «حقوق تجارت، ورشستگی و تصفیه امور ورشکسته»، انتشارات سمت، چاپ چهارم، پاییز ۱۳۸۰، ص ۱۸۲.

ورشکسته، مال را توقیف کرده باشد یا دیرتر از آنها. بنابراین هرگاه نسبت به عین خواسته، حکم به نفع خواهان مزبور صادر و قطعیت یابد، کاشف به عمل می‌آید که عین مال معین مورد خواسته به تاجر ورشکسته تعلق نداشته تا توسط طلبکاران وی توقیف شود، ولی چنانچه حکم به بی‌حقی خواهان صادر و قطعی شود، مال مزبور حسب مورد تحت اختیار اداره تصفیه و ورشکستگی و یا مدیر تصفیه قرار خواهد گرفت. بنابراین در هر دو فرض بالا چنانچه هریک از طلبکاران تاجر ورشکسته مالی از اموال وی را توقیف نمایند، وفق رأی وحدت رویه شماره ۳۲۷۱ - ۱۳۳۹/۱۰/۱۹ عمل شده و هیچ‌گونه حق تقدمی برای آنان ایجاد نخواهد شد.

رابعاً - در هر مورد که مالی از اموال اشخاص ثالث در ید و اختیار دیگری یافت شود، به جهت امکان قانونی مالک در تعقیب حق عینی خویش، مال مزبور قابل استرداد و مطالبه است. این امر تنها اختصاص به اشخاص عادی و امور مدنی (مواد ۳۰۱، ۳۱۱، ۳۱۶، ۳۱۷، ۳۲۳ و ۶۲۵ قانون مدنی) ندارد، بلکه نسبت به تاجر ورشکسته و امور تجارتي نیز مجری است. فصل دهم قانون تجارت نیز با عنوان «در دعوی استرداد» به همین امر اختصاص یافته است. ماده ۵۲۸ تا ۵۳۵ این قانون، نحوه استرداد اموال اشخاص ثالث را که نزد تاجر ورشکسته قرار دارد بیان می‌دارد. دعوی استرداد و فی‌الواقع استرداد اموال تحت سه عنوان کلی قابل طرح می‌باشد:

- ۱- استرداد عین اسناد و مال امانی نزد تاجر ورشکسته (بانکها و حق‌العمل‌کاران) (مواد ۵۲۸ تا ۵۳۱ قانون تجارت) ۲- استرداد مال به جهت ادعای حق حبس یا اعمال خیار فسخ (ماده ۵۳۳ قانون تجارت) ۳-
- استرداد به ادعای معامله صوری (مواد ۵۳۲ تا ۵۳۵ قانون تجارت).

التهایه ماده ۵۳۱ قانون تجارت ضمن طرح مطلب استرداد مال از حق العمل کار ورشکسته، در بخش پایانی آن یک قاعده و حکم کلی را مقرر می‌دارد که بسیار قابل توجه است. این مقررہ اشعار می‌دارد:

«هرگاه تمام یا قسمتی از مالالتجاره‌ای که برای فروش به تاجر ورشکسته داده شده بود، معامله شده و به هیچ نحوی بین خریدار و تاجر ورشکسته احتساب نشده باشد از طرف صاحب مال قابل استرداد است، اعم از اینکه نزد تاجر ورشکسته یا خریدار باشد. به طور کلی عین هر مال متعلق به دیگری که در نزد تاجر ورشکسته موجود باشد قابل استرداد است.»

بخش اول ماده ۵۳۱ قانون تجارت به حق العمل کاری که ورشکسته شده ارتباط دارد. اموالی که برای فروش به حق العمل کار داده می‌شود تا به اسم خود ولی به حساب دیگری آن را معامله کند، در ید او امانی است (مادتین ۳۵۷ و ۳۵۸ قانون تجارت)، به همین جهت این اموال از سوی صاحب مال قابل استرداد بوده و در شمار اموال تاجر ورشکسته جهت تأدیه دیون وی قرار نمی‌گیرد. بخش دوم ماده ۵۳۱ قانون تجارت که مقرر می‌دارد: «... و به طور کلی عین هر مال متعلق به دیگری که در نزد تاجر ورشکسته موجود باشد قابل استرداد است؛» موضوع را با قاطعیت روشن کرده است. بنابراین در این فرض، هیچ‌گونه حق تقدیمی برای طلبکاران تاجر ورشکسته متصور نخواهد بود. در باب استرداد مال مورد معامله که در اجرای حق حبس (ماده ۵۳۳ قانون تجارت و ۳۷۷ قانون مدنی) و یا با اعمال خیار فسخ، حبس شده و یا استرداد می‌شود نیز حکم فوق جاری است، زیرا از یک سو اجرای حق حبس حسب ماده ۳۷۷ قانون مدنی و ماده

۵۳۳ قانون تجارت برای صاحب مال پذیرفته شده و از سوی دیگر نیز اعمال خیار فسخ نیز به لحاظ انحلال قرارداد و پس از اثبات آن، مال را از تملک تاجر ورشکسته خارج ساخته و متعلق حق مالک قبل از عقد می‌گرداند که این امر نیز در کلیه خیارات مصداق دارد. ماده ۴۷۴ قانون تجارت نیز می‌گوید: «اگر اشخاص نسبت به اموال متصرفی تاجر ورشکسته، دعوی‌های خیاراتی دارند و صرف‌نظر از آنها نمی‌کنند باید آن را در حین تصفیه عمل ورشکستگی ثابت نموده و به موقع اجرا گذارند». مضافاً اینکه خیار تفلیس مقرر در ماده ۳۸۰ قانون مدنی نیز از این جهت با ماده ۵۳۳ قانون تجارت همگونی و هماهنگی دارد.^{۲۸}

امتیاز ایجاد حق تقدم که برای ذینفع توقیف تأمین، در بند ۱ ماده ۱۴۸ قانون اجرای احکام مدنی و ماده ۱۲۸ آیین دادرسی مدنی جدید پیش‌بینی شده، در خصوص توقیف حاصل از اجرای دستور موقت نیز متصور است، زیرا با توجه به ماده ۳۱۶ آیین دادرسی مدنی جدید که یکی از موضوعات دستور موقت را دایر بر توقیف مال برشمرده، عبارت توقیف تأمین مندرج در بند یک ماده ۱۴۸ قانون یاد شده را باید اعم از توقیف ناشی از اجرای قرار تأمین خواسته و دستور موقت دانست. به همین ترتیب رفع اثر از دستور موقت موجب خواهد شد که حق تقدم متصوره نیز برای توقیف‌کننده مقدم، زایل و منتفی شود.

۲۸. برای اطلاعات بیشتر رک. شهیدی، مهدی، «تفسیری پیرامون ماده ۵۳۳ قانون تجارت»، «مجموعه مقالات حقوقی»، نشر حقوقدان، چاپ اول، ۱۳۷۵، صص ۱۹۵-۱۸۹؛ و همچنین همو، «آثار قراردادهای و تعهدات»، انتشارات مجمع علمی و فرهنگی مجد، چاپ اول ۱۳۸۱، صص ۱۷۶-۱۵۴، شماره‌های ۹۲ تا ۹۸.

مبحث پنجم: اعتبار امر قضاوت شده در صدور و رفع اثر از دستور موقت اعتبار امر قضاوت شده، از جمله قواعد حاکم بر دادرسی و دعاوی است که بین همان اصحاب دعوی، مسبوق به طرح و مختوم به سابقه بوده و به جهت فصل و قطع دعوی که منجر به صدور حکم قطعی شده، قابلیت طرح مجدد خود را از دست می‌دهد. ایراد شمول اعتبار امر مختومه یا امر محکوم بها به عنوان یکی از ایرادات دادرسی، در بند ۶ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی جدید برای خواننده پیش‌بینی شده که علاوه بر قید حق ایراد آن برای خواننده، مانع توجه و تکلیف دادگاه نسبت به آن نیست.

بی‌تردید آنچه که به طور معمول و اصولی در جامعه حقوقی کشور جا افتاده و اعتبار امر مختومه به آن مفهوم شناخته می‌شود، همان شرایطی است که مقنن در بند ۶ ماده ۸۴ آیین دادرسی مدنی جدید پیش‌بینی نموده است، یعنی اجتماع شرایطی مانند «وحدت خواهانها در هر دو دعوی، وحدت خوانندگان، وحدت موضوع دعوی اول و دوم، وحدت سبب دعوی اول و دوم، صدور حکم در دعوی اول و قطعیت حکم صادره در آن»، موجب شمولیت اعتبار امر مختوم بر دعوی و حکم اول و نهایتاً اصدار قرار رد دعوی نسبت به دعوی مطروحه بعدی خواهد شد.

اما در حقوق فرانسه مفهوم دیگری نیز برای اعتبار امر قضاوت شده وجود دارد که قرارها را نیز در بر خواهد گرفت. از جمله مطابق ماده ۷۷۵ آیین دادرسی مدنی فرانسه، قرارهای قاضی تحقیق^{۲۹} که در مرحله تحقیقات

29. Le Juge de La Mise en Etat.

شمس، عبدالله، جزوه «آیین دادرسی مدنی تطبیقی»، دوره دکترای حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، سال ۷۹-۱۳۷۸، ص ۲۱.

مقدماتی و آماده نمودن پرونده و قبل از دفاعیات شفاهی نزد هیأت قضات دادگاه شهرستان صادر می‌شوند، اگرچه از اشکال قرارهای مستدل تبعیت می‌نمایند ولی نسبت به اصل دعوی، فاقد اعتبار امر قضاوت شده هستند، یعنی تصمیماتی از قبیل تصمیمات مربوط به ایرادات به تأخیر اندازنده، تصمیمات مربوط به اعطا یا موافقت با تأدیه وجوه علی الحساب یا تصمیمات و ترتیبات موقتی یا تأمینی، واجد نوعی اعتبار زمانی یا موقتی می‌باشند؛ با این وصف، مادام که مرجع قضایی از این قرارها عدول ننموده و یا مرجع عالی آن را نقض نکرده باشد، به قوت و اعتبار خود باقی مانده و دارای اعتبار امر قضاوت شده در مدت زمان موقتی خواهند بود؛ یعنی مانند هر تصمیم قضایی دیگر، از زمان ابلاغ دارای قدرت اجرایی هستند. لیکن این قرارها، نسبت به دعوی اصلی فاقد اعتبار امر قضاوت شده هستند و دادگاه را نسبت به تصمیماتی که قاضی تحقیق اتخاذ نموده، مأخوذ و متبع نمی‌گردانند.^{۳۰}

از آنجا که صدور دستور موقت و یا رفع اثر از آن، حکم به معنای خاص آن تلقی نمی‌شود، بی‌تردید مضمول شرایط و عناصر مندرج در بند ۶ ماده ۸۴ آیین دادرسی مدنی جدید قرار نخواهد گرفت، بلکه آن را باید بیشتر در مفهوم دوم فوق یعنی واجد اعتبار امر قضاوت شده در مدت زمان موقت دانست. بدین ترتیب مادام که دادگاه از دستور موقت صادره، رفع اثر ننموده و یا در صورت امکان و جواز قانونی، از رفع اثر از دستور موقت عدول نکند، تصمیمات مزبور حسب مورد به اعتبار خود باقی و لازم‌الاجرا تلقی و فی‌الواقع واجد اعتبار امر قضاوت شده خواهد بود. البته باید توجه

۳۰. شمس، همان، صص ۳۶-۳۷، ۱۳۱ و ۱۴۳، شماره‌های ۵۴، ۵۵، ۲۵۹ و ۲۳۶.

داشت که مطابق تبصره یک ماده ۳۲۵ آیین دادرسی مدنی جدید، اجرای دستور موقت مستلزم تأیید رئیس حوزه قضایی است، بنابراین لازم‌الاجرا بودن و اعتبار امر قضاوت شده نسبت به دستور موقت، از تاریخ تأیید رئیس حوزه قضایی و اجرای آن حاکمیت پیدا می‌کند؛ بدیهی است این ترتیب استثنایی بوده و در سایر آراء، تأیید چنین مرجعی، در اعتبار امر قضاوت شده نسبت به آرای فوق بی‌تأثیر خواهد بود.

برخی از اساتید حقوق در همین خصوص معتقدند که «قرار موقت اثر اجرایی دارد، و مفاد آن ایجاد الزام می‌کند. برای مثال در دعوی نفقه ممکن است دادگاه به طور موقت به خواننده دستور دهد تا روزانه یا ماهیانه مبلغی به خواهان بدهد. این دستور، در عین حال که در ماهیت دعوی مؤثر نیست و دادگاه را مجبور نمی‌کند که حکم به نفع خواهان دهد، فوراً خواننده را ملزم به فراهم آوردن وسایل معیشت مدعی می‌کند».^{۳۱} بی‌تردید همچنانکه نظر این استاد محترم نیز بر آن قرار گرفته، قرار موقت صادره در مثال فوق از جمله یکی از مصادیق سه‌گانه صدور دستور موقت است که به نحوی در مقوله «انجام عمل» موضوع ماده ۳۱۶ آیین دادرسی مدنی جدید جای می‌گیرد. البته این نوع دستور موقت که دایر بر الزام به انجام عمل یا فعل خاصی است، به ندرت مورد توجه خواهان و دادگاهها قرار می‌گیرد، زیرا معمولاً به بهانه وحدت موضوع دستور موقت با خواسته اصلی، از صدور آن خودداری می‌گردد.

استاد برجسته حقوق مدنی در خصوص اعتبار قرارها و دستورهای

۳۱. کاتوزیان، ناصر، «اعتبار امر قضاوت شده در دعوای مدنی»، نشر دادگستر، چاپ پنجم، تابستان ۱۳۷۶، ص ۱۴۷، شماره ۹۶.

موقت، همانند آنچه که در حقوق فرانسه مورد توجه قرار گرفته، تأکید می‌کند: « این قرارها نیز در حدود مقتضای خود از اعتبار امر قضاوت شده بهره‌مند می‌شود، بدین معنی که، دادگاه نمی‌تواند تا زمانی که وضع دعوی و جهت صدور قرار تغییر نکرده است از آن عدول کند، منتها خاصیت موقتی بودن این قرارها موجب شده است که اعتبار این تصمیمها رابطه نزدیکی با اوضاع و احوال دعوی در زمان صدور قرار پیدا نماید».^{۳۲}

به هر حال مقنن حسب مورد، در هر یک از صور چهارگانه پیش‌گفته در مقدمه این مقاله، مقرر داشته که دستور موقت صادره به جهت انتفاء جهتی که موجب صدور دستور موقت شده، خود به خود مرتفع و ملغی شود و یا دادگاه را مختار ساخته تا از دستور موقت به یکی از جهات منصوص، رفع اثر نماید. بنابراین اعتبار امر قضاوت شده در مفهوم دوم، نسبت به دستور موقت صادره تنها تا زمان لغو یا رفع اثر از آن، جریان یافته و لازم‌الاجرا خواهد بود.

حال چنانچه دادگاه در اجرای ماده ۳۲۱ آیین دادرسی مدنی جدید، با اخذ تأمین مناسب و در صورت احراز مصلحت، از دستور موقت صادره رفع اثر نماید، آیا می‌تواند از تصمیم خویش بر رفع اثر از دستور موقت، عدول نماید و یا دادگاه عالی می‌تواند به چنین اقدامی دست زند؟

به نظر پاسخ منفی است، زیرا:

اولاً- به خلاف آنچه که مقنن در ماده ۳۲۵ آیین دادرسی مدنی جدید درخصوص دستور موقت پیش‌بینی نموده و قبول یا رد درخواست دستور موقت را ضمن تقاضای تجدیدنظر به اصل رأی قابل اعتراض دانسته، در

۳۲. کاتوزیان، همان، ص ۱۶۰، شماره ۱۰۵.

مورد تصمیم بر رفع اثر از دستور موقت موضوع ماده ۳۲۱ آیین دادرسی مدنی جدید، چنین حقی در نظر نگرفته و برای متقاضی دستور موقت، حق اعتراض و تجدید نظر از رفع اثر از دستور موقت قائل نشده است.

ثانیاً- وقتی دادگاه، رفع اثر از دستور موقت را با اخذ تأمین متناسب (معادل ارزش کل موضوع دستور موقت) به مصلحت تشخیص داده و بر آن مبنا اتخاذ تصمیم می‌کند، بی‌تردید مفروض است که تمامی جوانب امر را مدنظر داشته و با لحاظ توجیهاات و مستندات ابرازی خواننده دعوی و تأمین مأخوذه از او، دیگر بقای دستور موقت را به مصلحت نمی‌بیند. به علاوه، چون درخواست رفع اثر از دستور موقت برای دادگاه ایجاد تکلیف نکرده و اخذ تأمین متناسب نیز، موضوع دستور موقت را به تمامی پوشش می‌دهد و مصلحت مورد تشخیص دادگاه نیز این امر را اقتضا دارد، دیگر موجبی برای بقای دستور موقت وجود نخواهد داشت. در نتیجه از آنجا که تصمیم دادگاه بر رفع اثر از دستور موقت، مسبوق به توجه و عنایت به این جهات می‌باشد، بنابراین ولو اینکه امنیت و شرایط جدیدی حادث شود، اصولاً لغو تصمیم بر رفع اثر از دستور موقت و یا اعاده دستور موقت ممکن نخواهد بود؛ چه، حتی اگر موضوع دستور موقت در معرض زوال و انتفاء قرار گیرد، بی‌شک خسارات وارده به خواهان در صورت صدور حکم به نفع وی و یا بهتر بگوییم تسلیم و تدارک موضوع خواسته اصلی، از محل تأمین متناسب تودیمی خواننده، به سهولت ممکن خواهد بود. بنابراین، در این فرض نیز تصمیم بر رفع اثر از دستور موقت واجد اعتبار امر قضاوت شده تلقی و تا پایان مراحل دادرسی و قطعیت رأی صادره توسط دادگاه، استوار و لازم الاتباع باقی خواهد ماند.

مبحث ششم: بحث تطبیقی

در حقوق انگلستان، دستور موقت در قالب یک عنوان جامع و کلی‌تری به نام جبرانهای موقت^{۳۳} قرار می‌گیرد. دادگاههای انگلستان می‌توانند نسبت به اموال و کالاها، قرارهای منع موقتی،^{۳۴} اعلامات (تصمیم قضایی)، و تعداد متنوعی از قرارها را مبنی بر تحویل اموال به منظور حفظ و تحت نظارت قرار دادن آنها صادر نمایند. تقاضای جبران موقتی می‌تواند در هر زمان، در صورت ضرورت و فوریت امر یا چنانچه بنا به جهات دیگر لازمه اجرای عدالت بوده و در این راستا مطلوبیت داشته باشد، قبل از طرح دعوی اصلی، مطرح شود.^{۳۵}

قرار موقت در حقوق انگلستان فی‌الواقع یک جبران انصافی است که به موجب آن به یک شخص دستور داده می‌شود تا از انجام یک عمل یا اجرای امر خاصی خودداری و اجتناب نموده و یا به او تکلیف می‌شود تا عمل یا امری را به انجام رساند.^{۳۶} چنانچه موضوع دستور موقت، الزام به انجام یک فعل یا عمل خاصی باشد، به آن "Mandatory Injunction" و هرگاه موضوع آن، محدودیت و خودداری و منع از انجام عمل و یا فعل خاصی باشد، به آن "Restrictive Injunction" گویند.

جبرانهای موقتی در انگلستان تحت سه دسته، طبقه‌بندی و احصاء

شده است:

33. Interim Remedies.

34. Interim Injunctions.

35. Stephen M. Gerlies and Paula Loughin, Civil Procedure, Cavendish Publishing Limited, London, Sydney, p. 225.

36. David M. Walker, The Oxford Companion to Law, Clarendon Press, Oxford, 1980, p. 618.

- ۱- قرارهای موقتی (قبلاً به آنها قرارهای اعدادی^{۳۷} گفته می‌شد).
 - ۲- اعلامیات (برای مثال اعطای مجوز و تحت نظارت قرار دادن برای معالجه پزشکی اضطراری).
 - ۳- قرارها (دستورات).
- اساساً قرارهای اصلی، به توقیف، حضانت یا نگهداری، حفظ و یا تحت نظارت قراردادان اموال به منظور فروش یا پرداخت درآمد ناشی از آنها، و تحویل کالا (مطابق قانون شبه جرم مصوب ۱۹۷۷) مربوط می‌شود. بنابراین، قرارهای موقتی به منظور افشاء یا تحت نظارت قراردادان اموال، قبل از طرح دعوی اصلی، پرداخت موقتی از سوی خواننده، و یا پرداخت به دادگاه به شرط آزادسازی اموال تا حصول دادرسی مربوط به آن صادر خواهد شد.^{۳۸}

در حقوق ایالات متحده آمریکا نیز کلمه "Injunction" به عنوان یک دستور بازدارنده و منع‌کننده علیه خواننده دعوی تعریف شده که فی‌الواقع یک جبران انصافی است و توسط دادگاه در دعوی خواهان و علیه خواننده صادر و اعطا می‌شود. موضوع و هدف این دستور، ممنوع نمودن و یا منع کردن و یا محدود نمودن خواننده از انجام اعمالی است که او (خواننده) نسبت به ارتکاب آنها، تهدید یا کوشش می‌کند. بدیهی است چنین اعمالی باید ناعادلانه و غیرمنصفانه بوده و برای خواهان زیان‌آور باشد، ولی این دستور آن دسته از اعمالی که به طور مناسبی می‌تواند از طریق طرح دعوی حقوقی جبران شود را در بر نخواهد گرفت.^{۳۹}

37. Interlocutory.

38. Civil Procedure, *ibid.*, p. 225.

39. Henry Campbell Black- Blacks Law Dictionary, 1983, West Publishing Co., p. 401.

در حقوق آمریکا بعضاً دستور و قرار با نام قرار محدودکننده موقتی (Temporary Restraining Order) که تا زمان دادرسی اصلی درخواست انجام می‌پذیرد، قابلیت صدور دارد.^{۴۰}

اما رفع اثر از قرار موقتی (Injunction) در حقوق انگلستان، تحت عنوان توقیف قرار موقتی^{۴۱} پیش‌بینی شده است. در این خصوص نیز همانند آنچه که در حقوق ایران گفته‌ایم، خواننده می‌تواند تقاضای رفع اثر از دستور یا قرار موقت (Interim Injunction) کند. معذک در جایی که این درخواست (توقف قرار موقتی) بلافاصله کمی قبل از محاکمه اصلی صورت می‌پذیرد، با اخذ تعهد از خواننده به جبران خسارات و مشروط بر اینکه دلیلی بر وجود خسارات اضافی وجود نداشته باشد، از خواننده حمایت شده و از قرار موقتی، رفع اثر می‌گردد. البته دادگاه ممکن است با در نظر گرفتن واقعیات مهم‌تر، از پذیرش درخواست خواننده (دایر بر متوقف نمودن قرار موقتی) خودداری کند.^{۴۲}

نکته جالب در اینجا است که واقعیات و اوضاع و احوال مدنظر دادگاههای انگلیسی که در نهایت منجر به خودداری دادگاه از متوقف نمودن قرار موقتی می‌گردد، همان وضعیت و عاملی است که مطابق ماده ۳۲۱ آیین دادرسی مدنی جدید در ایران، مصلحت تشخیصی دادگاه نامیده شده است. بنابراین، دادگاههای انگلستان نیز هرگاه پی به واقعیات و امور فوق‌العاده و بااهمیتی ببرند که بر دلایل خواننده در رفع اثر از دستور موقت، ارجحیت دارد، از تصمیم بر توقیف قرار موقتی خودداری خواهند کرد.

40. Blacks Law Dictionary, ibid., p. 763.

41. Cesser of Injunction.

42. Stephenson Ltd., v. Mandy, 1999; Civil Procedure, Ibid, p. 231.

نتیجه

ماحصل این مقاله را می‌توان به شرح ذیل خلاصه نمود:

اولاً: اینکه دادگاه در زمان صدور دستور موقت می‌بایست تمامی جوانب امر و حتی احتمال درخواست طرف دعوی به رفع اثر از دستور موقت را مورد توجه و عنایت قرار دهد و چنانچه احتمال می‌دهد که هرگاه پس از صدور دستور موقت، رفع اثر از آن با سپردن تأمین مناسب، مورد تقاضای طرف دعوی قرار خواهد گرفت و وجود جهاتی این احتمال را تقویت می‌کند، اساساً از صدور دستور موقت امتناع کند و یا تعیین میزان خسارت احتمالی را به نحوی در نظر گیرد که اساساً خواهان دستور موقت را از تقاضای خویش منصرف سازد.

ثانیاً: رفع اثر از دستور موقت برای دادگاه تکلیف نیست و دادگاه می‌تواند پس از درخواست رفع اثر از دستور موقت، آن را با اخذ تأمین مناسب اجابت کند یا نادیده بگیرد.

ثالثاً: رفع اثر از دستور موقت موکول و متوقف به سپردن تأمین مناسب است و چنانچه طرف دعوی حاضر به دادن تأمین یا خسارت احتمالی مزبور نشود، دادگاه حق ندارد از دستور موقت صادره خویش رفع اثر نماید.

رابعاً: بر خلاف رویه‌ای که در اکثر دادگاهها مرسوم شده، رفع اثر از دستور موقت موکول به تحقق و حدوث شرایط ویژه‌ای است که ضمن حفظ حقوق متقاضی دستور موقت از طریق اخذ تأمین مناسب، رفع اثر از آن را ایجاب کند، والا تقاضای رفع اثر از دستور موقت باید مردود اعلام

شود.

خامساً: رفع اثر از دستور موقت موقوف به سپردن تأمینی متناسب با موضوع دستور موقت است. به عبارت دیگر، طرف دعوی باید طبق نظر دادگاه تأمینی بدهد که معادل کل ارزش و قیمت موضوع دستور موقت باشد، مثلاً هرگاه موضوع دستور موقت، توقیف یک دستگاه تراشکاری معین باشد که در تعاقب خواسته اصلی، الزام به تسلیم آن صورت گرفته، طرف دعوی جهت رفع اثر از دستور موقت صادره دایر بر توقیف دستگاه مزبور، می‌بایست تأمینی معادل کل قیمت و ارزش روز دستگاه تراشکاری را به دادگاه بسپرد، والا صرف تودیع تأمینی بالنسبه بیش از خسارت احتمالی تودיעی از سوی متقاضی دستور موقت کافی و وافى به مقصود نخواهد بود.

سادساً: قید آخر اینکه ولو با اعلام آمادگی طرف دعوی به تودیع تأمینی متناسب با موضوع دستور موقت، دادگاه مکلف به رفع اثر از دستور موقت خویش نیست، بلکه دادگاه در صورت مصلحت به این مهم دست می‌زند. بنابراین، هرگاه دادگاه با لحاظ شرایطی که ایجاد و حادث شده یا از قبل موجود بوده و با عنایت به حفظ حقوق متقاضی دستور موقت و امکان اجرای حکم ماهوی که عندالاقضاء به نفع خواهان صادر خواهد شد، رفع اثر از دستور موقت را به مصلحت ببیند، با اخذ تأمینی معادل کل ارزش موضوع دستور موقت، از دستور موقت صادره رفع اثر خواهد نمود، در غیر این صورت درخواست طرف دعوی را رد می‌نماید.