

اخذ تأمین یا ضامن برای اجرای حکم غیابی

دکتر حمید ابهری *

موسی ذبحی **

چکیده

قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی^۱ مصوب ۱۳۷۹، مقرر داشته است که اجرای حکم غیابی منوط به اخذ تأمین متناسب از محکوم‌له یا معرفی ضامن معتبر از سوی او می‌باشد. این مقرره، هم از لحاظ نظری و هم از لحاظ عملی، مشکلات و پرسش‌هایی را ایجاد می‌نماید. در این قانون، مشخص نشده است که منظور از تأمین متناسب یا ضامن معتبر چیست؟ اخذ تأمین وظیفه کدام مرجع است؛ دادگاه یا دایره اجرای احکام مدنی؟ اخذ تأمین مختص دعاوی مالی است یا در دعاوی غیرمالی نیز ضرورت دارد؟ تأمین یا ضمانت مأخوذه تا چه زمانی باقی می‌ماند؟ در این تحقیق، ضمن تبیین مفهوم تأمین متناسب یا ضامن معتبر، مرجع اخذ تأمین مشخص و پاسخ و راه‌کار لازم برای پرسش‌های مذکور، ارائه می‌شود.

کلید واژگان

حکم غیابی، دادگاه، تأمین، ضامن.

* استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران.

** کارشناس ارشد حقوق خصوصی.

۱. این قانون، اختصاراً قانون آیین دادرسی مدنی نامیده می‌شود.

مقدمه

تبصره دو ماده ۳۰۶ قانون آیین دادرسی مدنی، بیان می‌دارد: «اجرای حکم غیابی منوط به معرفی ضامن معتبر یا اخذ تأمین متناسب از محکوم‌له خواهد بود، مگر این که دادنامه یا اجراییه به محکوم‌علیه ابلاغ واقعی شده و نامبرده در مهلت مقرر از تاریخ ابلاغ دادنامه، واخواهی نکرده باشد».

مطابق این ماده، اجرای حکم غیابی در صورتی که ابلاغ، به صورت واقعی شده باشد بدون اخذ تأمین صورت می‌گیرد ولی چنانچه ابلاغ حکم و اجراییه به صورت قانونی باشد، محکوم‌له برای اجرای حکم باید مبادرت به معرفی ضامن معتبر یا سپردن تأمین متناسب نماید. علت آن است که ابلاغ واقعی حکم سبب حضوری تلقی شدن حکم می‌گردد و لذا چنانچه بر اثر اجرای حکم، زیانی به محکوم‌علیه وارد شود از آنجایی که فرض این است که به سبب ابلاغ واقعی، وی از مفاد حکم آگاه شده است و علی‌رغم این آگاهی اقدامی در رابطه با اعتراض نسبت به حکم ننموده است، لذا اگر زیانی هم در اثر اجرای حکم به وی وارد شود در نتیجه کوتاهی خود او می‌باشد و به عبارت دیگر، با این کار او به ضرر خود اقدام کرده است.

در رابطه با این ماده مباحث زیادی مطرح است؛ از جمله این که منظور از تأمین متناسب و ضامن معتبر چیست؟ اخذ این تأمین با چه مرجعی است؟ آیا اخذ تأمین در زمان شروع به اجرای حکم لازم است و یا در زمان تحویل محکوم‌به؟ آیا فقط برای اجرای احکام مالی، نیاز به اخذ تأمین است و یا این که حکم مذکور شامل احکام غیرمالی هم می‌شود؟ این تأمین تا چه زمانی باید باقی بماند، و مسائلی از این قبیل که در ادامه به تفصیل

بررسی خواهد شد. لازم است پیش از بیان مباحث فوق، سابقه تاریخی و مبنای اخذ این تأمین مورد بررسی قرار گیرد.

مبحث اول: سابقه تاریخی و مبنای اخذ تأمین

تا قبل از تصویب قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹، نیازی به اخذ تأمین جهت اجرای حکم غیابی نبود. قانون‌گذار در ماده ۱۱ قانون تشکیل دادگاه‌های حقوقی یک و دو مصوب ۱۳۶۴ بر مسئولیت جبران خسارت ناشی از اجرای حکم غیابی نقض شده، تأکید و مقرر نموده بود: «چنانچه محکوم علیه پس از اجرای حکم از مفاد آن مطلع شده و واخواهی نماید و در رسیدگی بعدی، حکم به نفع واخواه صادر شود، در صورتی که مدعی سبب ورود ضرر باشد، محکوم به پرداخت ضرر ناشی از اجرای حکم اولی به واخواه می‌باشد». ملاحظه می‌شود که در ماده مذکور، اشاره‌ای به اخذ تأمین نشده است. در گذشته واخواهی مانع اجرای حکم نبود مگر این که نحوه اجرا موجب تضييع حقوق احتمالی محکوم علیه می‌گردید.^۲ تشخیص این امر نیز با دادگاه بود که در این صورت، دستور توقف اجرای حکم را صادر می‌کرد. ولی در عمل در محاکم، ارائه دادخواست واخواهی قبل یا بعد از

۲. ماده ۱۰ قانون دادگاه‌های حقوقی یک و دو مصوب ۱۳۶۴ در این خصوص بیان می‌داشت: «در مورد احکام غیابی محکوم علیه غایب حق اعتراض دارد، مگر این که رضایت او به حکم یا اعتراض از این حق ثابت شود. به دادخواست اعتراض در دادگاه صادرکننده رأی رسیدگی می‌شود. در هر حال، مراتب مانع اجرای حکم نخواهد بود، مگر این که نحوه اجرای حکم موجب تضييع حق احتمالی از محکوم علیه باشد».

صدور اجراییه در تمام مراحل، مانع اقدامات اجرایی می‌گردید.^۳

در رابطه با سابقه تاریخی ضرورت دادن تأمین توسط مدعی، باید گفت با این که قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸، در این خصوص حکمی نداشت اما در بین حقوق دانان، مرحوم متین دفتری اولین کسی بودند که به این حکم اشاره کردند. ایشان در کتاب خود با اشاره‌ای گذرا بیان داشته‌اند: «اساساً مطابق موازین شرعی، تأمین یک تضییقی است که دلیل می‌خواهد و آن در صورتی جایز است که حق ثابت شده باشد و در دعوی بر غایب، حکم شرع این است که در موقع تسلیم محکوم‌به، برای حفظ حقوق محکوم‌علیه غایب، از محکوم‌له تأمین گرفته می‌شود مگر در صورت ملائت مدعی».^۴

البته در قانون آیین دادرسی مدنی سابق در یک مورد خاص، اخذ تأمین در رسیدگی غیابی پیش‌بینی شده بود؛ به موجب قانون اصلاح بعضی از مواد قانون آیین دادرسی مدنی و الحاق موادی به آن مصوب ۱۳۴۷/۸/۲۰، در مورد مطالبه دیون، دادرسی خاص با اخذ تأمین مقرر شده بود. بدین صورت که چنانچه موضوع دعوی مطالبه وجه نقد و دعوا مستند به سند عادی بود، دادگاه می‌توانست به تقاضای خواهان و با ملاحظه اصول اسناد خواهان، با اخذ تأمین کافی برای جبران خسارت احتمالی خواننده، حکم غیابی صادر نماید و در اسناد تجاری نیازی به سپردن این تأمین نبود (مواد ۶ و ۷ قانون مذکور). ولی به نظر

۳. طاهری، ناصر، «نقدی بر اعاده دادرسی در امور مدنی»، مجله کانون وکلا، شماره ۱۵۵، ۱۵۲، ص ۴۰۵.

۴. متین دفتری، احمد، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، جلد اول، تهران: انتشارات مجمع علمی و فرهنگی مجد، چاپ اول، ۱۳۷۹، پاورقی ص ۲۸۷.

می‌رسد که در حال حاضر با توجه به ماده ۵۲۹ قانون آیین دادرسی مدنی که قانون آیین دادرسی مدنی سابق مصوب ۱۳۱۸ و الحاقات و اصلاحات آن را در موارد مغایر ملغی اعلام کرده، قانون مذکور منسوخ بوده و دیگر قابل استناد نمی‌باشد. به‌ویژه با توجه این که در قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹، در مبحث واخواهی، مقررات خاصی درباره اخذ تأمین متناسب یا ضامن معتبر، وضع شده است.

در رابطه با مبنای اخذ تأمین نیز با توجه به ماده ۳۰۷ مذکور که بیان می‌دارد: «چنانچه محکوم‌علیه غایب، پس از اجرای حکم واخواهی نماید و در رسیدگی بعدی حکم به نفع او صادر شود، خواهان ملزم به جبران خسارت ناشی از اجرای حکم اولی به واخواه می‌باشد»، می‌توان چنین نتیجه گرفت که هدف از اخذ تأمین، جبران خسارت ناشی از اجرای حکم غیابی و امکان اعاده وضعیت عملیات اجرایی است، تا این که غایب پس از اجرای حکم، تضمینی برای جبران خسارت خود داشته باشد. بدیهی است چنانچه بعد از واخواهی، حکم غیابی، ابرام گردد محکوم‌له، مسئول جبران خسارت نخواهد بود، اما اگر با ارائه مدارک و دلایل موجه از جانب واخواه، حکم غیابی نقض و قطعی شود، طبق قاعده لاضرر و ماده یک قانون مسئولیت مدنی، خواهان ملزم به جبران خسارت ناشی از اجرای حکم اولی و انجام عملیات اجرایی در حق واخواه خواهد بود.^۵ بنابراین از آنجایی که

۵. ماده ۳۰۷ ق.آ.د.م. در این زمینه مقرر می‌دارد: «چنانچه محکوم‌علیه غایب پس از اجرای حکم، واخواهی نماید و در رسیدگی بعدی حکم به نفع او صادر شود، خواهان ملزم به جبران خسارت ناشی از اجرای حکم اولی به واخواه می‌باشد».

ممکن است اشخاص، علی‌رغم اطلاع از اقامتگاه خواننده با عدم اعلام صحیح آن، دعوایی را بر علیه وی مطرح کرده، حکم غیابی اخذ و آن را اجرا کنند و با این کار موجب ورود خسارت به خواننده شوند، و همچنین برای جلوگیری از سوءاستفاده افراد از قاعده امکان اجرای حکم غیابی، تأمین اخذ می‌گردد و تا زمانی که محکوم له تأمین ندهد، حکم قابل اجرا نخواهد بود.^۶

مبحث دوم: تأمین متناسب یا ضامن معتبر

علاوه بر تبصره دو ماده ۳۰۶ قانون آیین دادرسی مدنی، در موارد دیگری نیز در این قانون از سپردن تأمین سخن به میان آمده است؛ از جمله تأمین موصوف به تأمین دعوای واهی موضوع ماده ۱۰۹ قانون مذکور که به خواننده اجازه داده شده، برای تأدیه خسارات ناشی از هزینه دادرسی و حق‌الوکاله وکیل که ممکن است خواهان محکوم شود، از دادگاه تقاضای تأمین بنماید^۷ و یا اخذ تأمین از اتباع خارجی موضوع ماده ۱۴۴ این قانون^۸. علاوه

۶. «چنانچه محکوم‌له نتواند برای اجرای حکم غیابی ضامن معرفی نماید و یا نتواند تأمین مناسبی تودیع نماید، حکم غیابی قابل اجرا نخواهد بود»؛ نظریه شماره ۷/۴۱۳۹-۷۹/۹/۲۲ اداره حقوقی قوه قضاییه به نقل از: رحیمی اصفهانی، عباسعلی، مجموعه آیین دادرسی مدنی، جلد اول، اداره کل تدوین و تنقیح قوانین و مقررات ریاست جمهوری، چاپ چهارم ص ۱۵۰.

۷. ماده ۱۰۹ ق.آ.م.م. مقرر می‌دارد: «در کلیه دعاوی مدنی اعم از دعوای اصلی یا طاری و درخواست‌های مربوط به امور حسبی به استثنای مواردی که قانون امور حسبی مراجعه به دادگاه را مقرر داشته است، خواننده می‌تواند برای تأدیه خسارت ناشی از هزینه دادرسی و حق‌الوکاله که ممکن است خواهان محکوم

بر آن، مواردی در قانون آیین دادرسی مدنی وجود دارد که همانند اخذ تأمین در اجرای حکم غیابی، اجرا یا توقف اجرای حکم نیاز به سپردن تأمین دارد؛ مانند اخذ تأمین برای توقف اجرای حکمی که مورد اعتراض ثالث قرار گرفته است.^۹ حال باید دید منظور از تأمین متناسب یا ضامن معتبر چیست؟

تأمین از نظر لغوی به معنی امین کردن و امن نمودن، حفظ کردن، اعتماد کردن و قرار دادن در امن و آسایش است.^{۱۰} اما از نظر حقوقی در معانی تضمین و وثیقه، توقیف اموال منقول و غیرمنقول برای سهولت اجرای حکم، تأمین دلیل به معنای صیانت ادله از تباه شدن، بیمه و امان دادن مسلم به کافر به کار رفته است.^{۱۱} منظور از تأمین در این پژوهش،

شود از دادگاه تقاضای تأمین نماید. دادگاه چنانچه تقاضای مزبور را با توجه به نوع و وضع دعوا و سایر جهات موجه بداند، قرار تأمین صادر می نماید و تا وقتی که خواهان تأمین ندهد به درخواست خواننده قرار رد دادخواست خواهان صادر می شود».

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

۹. ماده ۴۲۴ ق.آ.م. مقرر می دارد: «اعتراض ثالث موجب تأخیر اجرای حکم قطعی نمی باشد. در مواردی که جبران ضرر و زیان ناشی از اجرای حکم ممکن نباشد دادگاه رسیدگی کننده به اعتراض ثالث به درخواست معترض ثالث پس از اخذ تأمین مناسب قرار تأخیر اجرای حکم را برای مدت معین صادر می کند».

۱۰. دهخدا، علی اکبر، لغت نامه، جلد چهاردهم، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۰، ص ۲۷۱.

۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دانش نامه حقوقی، جلد اول، انتشارات امیرکبیر، چاپ پنجم، ۱۳۷۵.

تضمین و وثیقه است، آن هم تضمین بابت جبران خسارات احتمالی ناشی از تدابیر احتیاطی یا خسارت ناشی از اجرای حکم، که ممکن است در آینده وارد شود، ولی منشأ آن به وجود آمده است. همان‌طور که گفته شد، هدف از اخذ تأمین، تضمین جبران خسارات ناشی از اجرای حکم و سهولت در مطالبه خسارت است؛ این تضمین می‌تواند از طریق سپردن وجه نقد، تودیع وثیقه، ودیعه اموال غیرمنقول و منقول، مانند اوراق بهاداری مثل سهام بی‌نام، ارائه ضمانت‌نامه بانکی یا معرفی ضامن یا کفیل، تحقق یابد. حال باید دید که در تأمین مورد نظر جهت اجرای حکم غیابی، کدام یک از این موارد، مدنظر قانون‌گذار بوده است؛ به عبارت دیگر آیا همانند تأمین خواسته که در ماده ۱۰۸ قانون آیین دادرسی مدنی، منحصر به وجه نقد شده است در این مورد هم تأمین منحصر به مورد خاصی است یا خیر؟

به نظر می‌رسد از آن جایی که قانون‌گذار در تبصره دو ماده ۳۰۶، به صورت مطلق از عبارت «اخذ تأمین متناسب» استفاده نموده و هیچ دلیلی بر تقیید عبارت مذکور وجود ندارد می‌بایست تأمین متناسب در این ماده را شامل هر نوع تأمینی، اعم از وجه نقد، ضمانت‌نامه بانکی، اوراق بهادار، مال منقول یا غیرمنقول و ... دانست؛ چراکه اگر قانون‌گذار منظوری غیر از این داشت باید همانند ماده ۱۰۸ قانون مذکور که در خصوص تأمین خواسته به صراحت از وجه نقد نام برده است، در این مورد هم به تأمین مورد نظر

خود، تصریح می‌نمود و حال که عبارت «متناسب» را به کار برده، بنابراین هر تأمینی که متناسب، دانسته شود می‌تواند از سوی محکوم‌له پذیرفته شود. عملاً نیز رویه محاکم (تا آنجا که نویسندگان با آن سروکار داشته‌اند) بر این است که برای اجرای حکم غیابی هر تأمینی که متناسب بدانند اخذ می‌کنند. به‌عنوان نمونه، در پرونده کلاسه ۱۱۹۴/۸۵، شعبه ۵ دادگاه عمومی قائم‌شهر، برای اجرای حکم غیابی صادره مبنی بر ابطال سند رسمی و اعلام آن به سازمان ثبت اسناد و املاک، وثیقه (سند ملک) از محکوم‌له دریافت داشته است. لیکن در پرونده دیگر با کلاسه ۲۴۵/۸۶ برای اجرای حکم غیابی مبنی بر محکومیت خوانده به پرداخت دین، از محکوم‌له، جواز کسب دریافت شده است. هر چند ضامن معتبر نیز نوعی تأمین است، اما قانون‌گذار به تقلید از فقه بر این نوع از تأمین تصریح کرده است. حال باید دید که منظور از ضامن معتبر مذکور در تبصره دو ماده ۳۰۶ چیست؟ بعضی معتقدند در این مورد هم مانند امور کیفری باید یکی از قراردادهای کفالت، وثیقه یا وجه‌الضمان را صادر و به همان ترتیب تأمین اخذ گردد.^{۱۲} این در حالی است که منظور قانون‌گذار از تأمین آیین دادرسی مدنی، تأمین مدنی است، نه کیفری و تأمین کیفری در موارد خاص منصوص است. بنابراین ضمانت باید به شکل یکی از عقود مدنی، مانند عقود کفالت یا ضمان اخذ شود؛ البته چون عقد کفالت به معنای حاضر کردن مکفول است در

۱۲. زراعت، عباس، آیین دادرسی مدنی در نظم حقوقی ایران، تهران: انتشارات خط سوم، چاپ سوم، ۱۳۸۳، ص ۹۹۰.

این جا استفاده از آن بی فایده و بر خلاف اصول دادرسی مدنی است.^{۱۳} نظر دیگر در رابطه با ضامن معتبر، این است که تأمین مورد نظر در ماده مذکور، منصرف از موارد اخذ تأمینات کیفری و ضمان قانون مدنی می‌باشد و یک ابداع و تشریح جدید است. بنابراین همین که حسب ظاهر، اعتبار ضامن برای دادگاه محرز شود، می‌توان به صورت مکتوب، تعهد و تضمین ضامن را در تأمین خسارت احتمالی محکوم علیه، پذیرفت و نیازی به اخذ ضمانت به کیفیت مذکور در ماده ۶۸۴ و بعد قانون مدنی نیست.^{۱۴} مطابق نظری دیگر، منظور از ضامن، همان ضامن و عقد ضمان موضوع ماده ۶۸۴ و مابعد قانون مدنی می‌باشد و دادگاه مکلف است، بنابر مقررات مذکور در مبحث عقد ضمان قانون مدنی، با شخصی که محکوم له معرفی می‌کند، قرارداد یا عقد ضمان منعقد نماید تا در صورتی که محکوم له، در نهایت محق شناخته شود خسارت و ضرری که از اجرای حکم غیابی به وجود می‌آید، به عهده ضامن باشد. بنابراین منظور از ضامن همان شخصی است که با دادگاه، عقد ضمان مدنی را منعقد می‌نماید.^{۱۵} در ایراد به این نظر باید گفت ضمانت در عقد ضمان مدنی به صورت نقل ذمه به ذمه است؛ بدین معنی که بعد از وقوع عقد، ذمه مضمون‌عنه بری و

۱۳. متین دفتری، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، جلد دوم، انتشارات مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۱، ص ۴۲۰.

۱۴. معاونت آموزش قوه قضائیه، مجموعه نشست‌های قضایی مسائل آیین دادرسی مدنی، جلد دوم، انتشارات جاودانه، چاپ اول، ص ۶۰۰.
۱۵. همان، ص ۵۹۹.

ذمه ضامن مشغول می‌گردد (ماده ۶۹۸ قانون مدنی)؛ اما قانون‌گذار در ماده ۳۰۷ قانون آیین دادرسی مدنی بر این نکته تصریح کرده است که در صورت صدور حکم به نفع غایب، خواهان ملزم به جبران خسارت ناشی از اجرای حکم است؛ بنابراین با توجه به این ماده و تبصره دو ماده ۳۰۶ قانون مذکور، می‌توان گفت که ضمان در این جا سبب نقل ذمه به ذمه نیست، چرا که اگر نقل ذمه صورت می‌گرفت محکوم‌له حکم غیابی، مسئولیتی در رابطه با پرداخت خسارت ناشی از اجرای حکم نداشت و این مسئولیت به ذمه ضامن منتقل می‌شد و این در حالی است که غایب می‌تواند به خواهان دعوای اصلی یا ضامن مراجعه کند، زیرا هدف، افزودن مسئولیت ضامن به خواهان و در نتیجه، تضمین بیشتر برای جبران خسارت می‌باشد. حال باید دید کدام یک از این نظرات، قابل پذیرش است. در ماده ۲۴۳ قانون آیین دادرسی مدنی سابق، در تبدیل تأمین، در تأمین خواسته، ضامن پیش‌بینی شده بود و در آن زمان نیز بحث چگونگی مسئولیت ضامن مطرح بود.^{۱۶} برخی معتقد بودند در این ماده، ضمان سبب ضم ذمه به ذمه است.^{۱۷} در مقابل برخی اعتقاد داشتند که ابتدا طبق ماده ۲۵۱ قانون مذکور محکوم‌علیه، مسئول است و اگر بعد از ده روز از تاریخ ابلاغ اجراییه،

۱۶. «در هر مورد که شخص ثالثی با موافقت محکوم‌له، بدهی محکوم‌علیه را ضمانت نماید، پس از وقوع عقد ضمان به نحو صحت، ذمه مدیون به صراحت ماده ۶۹۸ قانون مدنی بری می‌گردد و ذمه ضامن در مقابل محکوم‌له مشغول می‌شود و عدول ضامن از ضمانت موردی ندارد و در صورت امتناع ضامن از تأدیه دین، توقیف اموال ضامن به تحویز ماده ۲۵۱ بر طبق مقررات اجرای احکام مدنی خالی از اشکال است؛ نظر مورخ ۴۴/۱۰/۱۸ اداره حقوقی دادگستری، مجله هفته دادگستری، شماره ۴۶، ص ۳۹۷.

۱۷. واحدی، قدرت‌الله، آیین دادرسی مدنی، جلد دوم، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۷۹، ص ۱۳۵.

محکوم‌له حکم را اجرا نکرد، محکوم‌به از ضامن وصول می‌شود؛ یعنی به حکم قانون، التزام ضامن به تأدیه، در صورت عدم پرداخت محکوم‌له بود^{۱۸}. اما در ماده ۱۲۴ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹، تبدیل تأمین به ضامن حذف شده است. در قانون آیین دادرسی مدنی سابق در مواد ۲۲۴ تا ۲۵۱، شرایط ضامن و چگونگی اخذ ضمانت دقیقاً معین شده بود، اما قانون‌گذار جدید با این که در اجرای حکم غیابی، تأمین از نوع ضامن را قبول کرده است، لیکن حدود و ثغور اخذ ضامن را مشخص نکرده و مواد قدیم در مورد ضامن را بدون جایگزین، حذف کرده است. به‌عنوان نمونه در ماده ۲۴۵ قانون سابق بیان شده بود: «اگر محکوم‌علیه تا ده روز از تاریخ ابلاغ اجرائیه، حکم محکومیت خواهان، حکم را اجرا نکند محکوم‌به از ضامن اخذ می‌شود». بنابراین لازم است موادی مشابه این مقررات، تدوین و به قانون جدید اضافه شود. اما اکنون با توجه به این که قانون‌گذار در این مورد ساکت است و تنها موادی که می‌تواند مورد استفاده قرار گیرد، تبصره دو ماده ۳۰۶ و ماده ۳۰۷ قانون آیین دادرسی مدنی می‌باشد و همچنین رویه دادگاه‌ها که به اشخاص اجازه می‌دهند برای جبران خسارت خود بتوانند به هر یک از ضامن و یا محکوم‌له حکم غیابی مراجعه نمایند، می‌توان نتیجه گرفت که نظریه ضم ذمه ضامن قابل دفاع‌تر از نقل ذمه می‌باشد. در مورد روش اخذ ضامن نیز (تا آنجا که نویسندگان می‌دانند)، رویه محاکم این است که محکوم‌له با معرفی یک شخص معتبر (متمکن) با ارائه جواز کسب یا

۱۸. شیخ‌نیا، امیرحسین، آیین دادرسی مدنی سه، تهران: انتشارات ویراستار، ۱۳۷۵، ص ۹۹.

فیش دریافت حقوق از دولت، مبادرت به تنظیم فرم کفالت به نحوی که در امور کیفری است، می‌نماید که معمولاً در احکام مالی، این کفالت تا میزان مبلغ محکوم‌به می‌باشد. ایراد اصلی و اساسی تبصره دو ماده ۳۰۶، نحوه تشخیص تناسب یا اعتبار تأمین و ضامن می‌باشد. این امر به‌ویژه در مورد احکام غیرمالی صدق می‌کند. در احکام مالی شاید بتوان گفت که تناسب تأمین یا اعتبار ضامن باید حداقل به میزان محکوم‌به باشد، یعنی اگر محکوم‌به یک میلیون ریال باشد، ضامن باید حداقل تا این میزان دارایی یا اعتبار داشته باشد. لیکن در احکام غیرمالی، مشخص نیست که چگونه باید تناسب تأمین یا اعتبار ضامن احراز شود و اساساً معرفی ضامن یا دادن تأمین چه فایده‌ای در پی دارد. فرض کنیم در پرونده‌ای به درخواست زوج، حکم طلاق (گواهی عدم امکان سازش) صادر شده است و این حکم، غیابی است؛ پس از گذشت مهلت واخواهی و تجدیدنظرخواهی و قطعیت رای، زوج درصدد اجرای حکم صادره می‌باشد. حال از یک طرف معلوم نیست که در این پرونده، تأمین متناسب یا ضامن معتبر چگونه تعیین می‌شود؛ از طرف دیگر، فرض کنیم که زوج با معرفی ضامن معتبر، حکم صادره را اجرا و خود را مطلقه نمود و مجدداً ازدواج کرد، حال اگر زوج، نسبت به رای دادنامه صادره واخواهی نمود و واخواهی او مورد پذیرش قرار گرفت، در این جا مشخص نیست که برای ضامن معرفی شده از طرف زوج، جهت اجرای حکم غیابی، چه تکلیفی وجود دارد و او چه اقدامی باید انجام دهد. این موضوع خود منجر به طرح پرسشی دیگر شده است مبنی بر این که آیا دادن تأمین مناسب یا معرفی ضامن معتبر، مخصوص احکام مالی است یا در مورد اجرای احکام غیرمالی غیابی نیز دادن تأمین یا ضامن، لازم می‌باشد؟ در پاسخ به این پرسش، دو نظریه ارائه شده است:

نظر اول این است که با توجه به اطلاق تبصره دو ماده ۳۰۶ قانون آیین دادرسی مدنی، باید گفت که تأمین مذکور هم شامل احکام مالی می‌شود و هم احکام غیرمالی؛ در نتیجه محدود نمودن آن به احکام مالی، اجتهاد در مقابل نص می‌باشد. اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریه شماره ۷/۳۳۹-۸۰/۲/۶، در این خصوص بیان نموده است: «تبصره دو ماده ۳۰۶ قانون آیین دادرسی مدنی، نسبت به کلیه احکام غیابی طلاق نیز مشمول حکم مذکور است. به هر حال تشخیص نوع و میزان تأمین با توجه به اوضاع و احوال پرونده و شرایط اصحاب دعوا با دادگاه صادرکننده حکم است».^{۱۹}

در مقابل نظر دیگری وجود دارد که سپردن تأمین را فقط برای اجرای احکام غیابی مالی لازم می‌داند زیرا با توجه به مطالبی که پیش از این بیان شد، تبصره دو ماده ۳۰۶ بر اساس منابع فقهی تنظیم شده و در فقه نیز اخذ تأمین صرفاً در زمان دادن محکوم‌به، به محکوم‌له ذکر شده است؛ یعنی در جایی که محکوم‌به، مالی بوده و مالی می‌بایست به محکوم‌له داده شود، ضامن می‌گیرند، ولی در مورد احکام غیرمالی مانند حکم طلاق، نسب، حجر، وقف و غیره چنین مطلبی بیان نشده است.^{۲۰} همچنین از آنجایی که دعاوی غیرمالی، قابلیت تقویم را ندارد، بنابراین اخذ تأمین در رابطه با اجرای احکام صادره در این دعاوی ممکن نیست؛ به علاوه با اجرای احکام غیابی غیرمالی به‌عنوان مثال، حکم غیابی طلاق، نظر به این که هیچ‌گونه ضمانت یا اخذ تأمین نمی‌تواند خسارت وارده را جبران

۱۹. رحیمی اصفهانی، پیشین، ص ۱۵۰.

۲۰. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، جلد دوم، نشر میزان، چاپ چهارم، ۱۳۸۲، ص ۳۳۱.

کند، لذا موضوع اخذ تأمین یا معرفی ضامن، سالبه به انتفای موضوع است.^{۲۱} به نظر می‌رسد همان‌طور که گفته شد اطلاق تبصره ۲ ماده ۳۰۶، نظر اول را تقویت می‌کند؛ زیرا محدود کردن اخذ تأمین به موارد اجرای احکام مالی غیابی، برخلاف اطلاق نص تبصره مذکور است. به علاوه قانون‌گذار شیهه حکم مزبور را در بند «ب» ماده ۳۸۶ قانون آیین دادرسی مدنی، بدین صورت بیان داشته است: «چنانچه محکوم‌به، غیرمالی باشد و به تشخیص دادگاه صادرکننده حکم، محکوم‌علیه، تأمین مناسب بدهد اجرای حکم تا صدور رای فرجامی به تأخیر خواهد افتاد».

معتقدین به عدم نیاز به اخذ تأمین در امور غیرمالی به لحاظ نداشتن معیار برای میزان تأمین، دلیل قانع‌کننده‌ای ارائه نمی‌کنند. همچنین در آن مواردی نیز که حکم صادره، مربوط به یک دعوی غیرمالی مانند طلاق است، فرض ورود خسارت معنوی و امکان جبران آن، امری غیرممکن نیست.

مبحث سوم: مرجع و زمان اخذ تأمین

یکی دیگر از ابهاماتی که در رابطه با تأمین مذکور در تبصره دو ماده ۳۰۶ وجود دارد این است که چه مرجعی وظیفه اخذ تأمین را بر عهده دارد؟ به عبارت دیگر، آیا اخذ تأمین از وظایف دادگاه است یا دایره اجرای احکام؟ در این زمینه نیز اختلاف نظر وجود

۲۱. معاونت آموزش قوه قضاییه، پیشین، ص ۵۸۷.

دارد. نظر اول این است که از آنجایی که اخذ تأمین جزو عملیات اجرایی است و باید در شروع آن یا زمان دادن محکوم به، به محکوم علیه، اخذ شود و همچنین به موجب ماده ۱۹ قانون اجرای احکام مدنی، از آنجایی که اجراییه توسط قسمت اجرای احکام دادگاهی که آن را صادر کرده به اجرا در می آید، لذا اخذ تأمین نیز باید به عهده اجرای احکام باشد و در حال حاضر نیز در بعضی از محاکم، به همین ترتیب عمل می شود.^{۲۲} همچنین به موجب ماده ۶ مذکور مشخصات حکم، در اجراییه قید می گردد و اجرای احکام در این خصوص اگر مواجه با اشکال یا ابهامی شود می تواند از دادگاه، استعلام کند و در غیر این صورت اجرای احکام، وفق مفاد اجراییه عمل خواهد کرد؛ به عبارت دیگر، چنانچه ابهامی در اجرای حکم به وجود نیامده باشد اخذ تأمین نیز از وظایف اجرای احکام می باشد.^{۲۳} نظر دیگر این است که اخذ تأمین از وظایف دادگاه است، زیرا اگر معتقد باشیم که تأمین قبل از صدور اجراییه باید اخذ شود، در این صورت دادگاه برای صدور اجراییه، مکلف به اخذ تأمین خواهد بود؛ همان طور که اشکالات اجرا و اختلافات ناشی از اجرای احکام و رسیدگی به شکایات آن با دادگاه است. همچنین در دفاع از نظر فوق گفته شده است که به دلیل ضرورت تعیین نوع و میزان تأمین و نیز احراز ملائت ضامن که مستلزم اظهار نظر قضایی است، بهتر است دادگاه تأمین اخذ کند.^{۲۴} به نظر استدلال اخیر مناسب تر از استدلال

۲۲. زراعت، پیشین، ص ۹۸۲.

۲۳. معاونت آموزش قوه قضاییه، پیشین، ص ۶۰۴.

۲۴. زراعت، پیشین، ص ۹۸۲؛ به نقل از نشست قضایی دادگستری بجنورد.

اول باشد، زیرا علاوه بر دلایل بیان شده می‌توان گفت با توجه به ملاک مواد ۴۳۷ و ۳۸۶ قانون آیین دادرسی مدنی که در اعاده دادرسی و فرجام‌خواهی، اخذ تأمین به عهده دادگاه می‌باشد؛ همچنین مستفاد از ماده ۱۲ قانون اجرای احکام مدنی، واحد اجرای احکام، تحت نظارت دادگاه انجام وظیفه می‌کند و نیز مطابق ماده ۵ همان قانون، صدور اجرائیه با دادگاه نخستین است. لذا با عنایت به این موارد، می‌توان گفت اخذ تأمین از وظایف دادگاه است، گرچه می‌تواند این اختیار را به دایره اجرای احکام که در معیت دادگاه انجام وظیفه می‌کند تفویض نماید. البته اخیراً در دادگستری‌ها، اجرای احکام صادره از هر شعبه دادگاه توسط دادورز منتخب برای همان دادگاه صورت می‌گیرد و پرونده‌های اجرایی نیز قسمتی از پرونده‌های هر شعبه را تشکیل می‌دهد، لذا با این وضع، یقیناً اخذ تأمین با دادگاه صادرکننده حکم می‌باشد. قانون‌گذار در رابطه با زمان اخذ تأمین نیز سکوت اختیار کرده است. حال این پرسش مطرح است که اخذ تأمین در زمان صدور دستور اجرا و صدور اجرائیه است یا در زمان شروع عملیات اجرایی و یا در زمان تحویل محکوم‌به، به محکوم‌له؟ برخی صدور اجرائیه را منوط به دادن تأمین می‌دانند^{۲۵}، در صورتی که به موجب تبصره فوق یکی از شرایط سپردن تأمین، عدم ابلاغ واقعی اجرائیه است، بدین معنا که اگر اجرائیه به صورت واقعی ابلاغ شده باشد نیاز به اخذ تأمین نیست و در غیر این صورت، باید تأمین اخذ گردد و از آنجایی که تا قبل از صدور اجرائیه، نحوه ابلاغ آن مشخص نیست،

۲۵. مدنی، سیدجمال‌الدین، آیین دادرسی مدنی، جلد دوم، تهران: انتشارات پایدار، چاپ اول (دوره جدید)، ۱۳۷۹، ص ۳۶۱.

نمی‌توان گفت که اخذ تأمین در زمان صدور اجراییه، ضرورت دارد، لذا اجرای حکم غیابی در تبصره فوق به معنای صدور اجراییه نمی‌باشد.

در حال حاضر نیز دادگاه‌ها عملاً بعد از ابلاغ قانونی اجراییه و در زمان شروع عملیات اجرایی، مبادرت به اخذ تأمین می‌نمایند؛ در حالی که مطابق نظری دیگر این روش منطقی‌تر است؛ زیرا هدف از اخذ تأمین، همان‌گونه که پیش از این بیان شد، جبران خسارات ناشی از اجرای حکم غیابی در صورت نقض آن و صدور حکم به نفع محکوم‌علیه غایب و اعاده وضعیت عملیات اجرایی است و صرف شروع عملیات اجرایی موجب خسارت نمی‌شود؛ زیرا هنوز مالی از اموال غایب یا از تصرف او خارج و تحویل محکوم‌له نگردیده است.^{۲۶} همچنین از آنجایی که ماخذ نص مذکور در تبصره دو ماده ۳۰۶ قانون آیین دادرسی مدنی، فقه و از جمله حدیث جمیل بن دراج است که بیان می‌دارد: «... لا یدفع المال الی الذی اقام لبینه الا بکفلاء»؛ پرداخت بدهی به طلبکاران منوط به اخذ کفیل است.^{۲۷} بنابراین صرف صدور دستور اجرا، صدور اجراییه و یا حتی تعقیب عملیات اجرایی نیازی به ضامن و تأمین ندارد بلکه تسلیم محکوم‌به، به شخص محکوم‌له است که نیازمند سپردن تأمین می‌باشد.^{۲۸}

۲۶. مهاجری، علی، حکم غیابی در فقه اسلام و حقوق ایران، تهران: انتشارات خط سوم، چاپ اول، ۱۳۸۱، ص ۱۵۲.

۲۷. حرعاملی، محمدبن حسن، وسایل الشیعه، جلد هجدهم، بیروت: انتشارات دارالاحیاء التراث العربیه، ۱۹۸۱ میلادی، ص ۲۱۶.

۲۸. شمس، پیشین، ص ۳۳۱.

به نظر می‌رسد این عقیده قابل ایراد است، زیرا حتی اگر مأخذ نص مذکور در تبصره دو ماده ۳۰۶ ق.آ.د.م. را هم فقه و احادیث فقهی بیان شده بدانیم، باز از آنجایی که قانون‌گذار در تبصره مذکور از عبارت «اجرای حکم غیابی» سخن گفته است و اجرای حکم نیز دارای دو معنای عام و خاص می‌باشد که معنای عام آن شامل ابلاغ اجراییه دادگاه تا مرحله تحویل محکوم‌به، به محکوم‌له می‌باشد و در معنای خاص، تحقق بخشیدن مدلول حکم را اجرا می‌نامند که شامل ابلاغ نمی‌شود؛^{۲۹} بنابراین فقط در صورتی که از عبارت «اجرای حکم» معنای خاص آن، یعنی تحقق بخشیدن مدلول حکم و آن هم منحصرأً تسلیم محکوم‌به، به محکوم‌علیه حکم غیابی مدنظر باشد نظریه فوق قابل توجیه است، ولی اطلاق ماده مذکور و همچنین رویه محاکم، این نظر را تقویت می‌کند که صرف تسلیم محکوم‌به، به محکوم‌علیه حکم غیابی، مدنظر قانون‌گذار نبوده است؛ بنابراین عبارت اجرای حکم در تبصره مذکور نه تنها شامل تسلیم محکوم‌به و تحقق مدلول حکم است، بلکه تعقیب عملیات اجرایی را نیز شامل خواهد شد. اما در رابطه با صدور اجراییه همان‌گونه که پیش از این بیان شد، با توجه به این که یکی از شرایط معافیت از پرداخت تأمین، ابلاغ واقعی اجراییه است، لذا برای صدور اجراییه نیازی به سپردن تأمین نیست. از این رو، به نظر می‌رسد بهترین زمان برای اخذ تأمین، بعد از ابلاغ قانونی اجراییه و قبل از شروع عملیات اجرایی باشد. حال چنانچه محکوم‌له به لحاظ عدم وجود مال یا اموالی برای

۲۹. جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، جلد اول، ۱۳۷۸، ص ۵۲۸.

محکوم علیه یا عدم دسترسی به آنها، در صدد اجرای ماده دو قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷^{۳۰} و بازداشت محکوم علیه باشد، با توجه به این که درخواست اعمال ماده ۲ مسبوق به صدور اجرائیه و ابلاغ آن و شروع عملیات اجرایی است، تردیدی نیست که در این مورد نیز محکوم له باید پس از ابلاغ قانونی اجرائیه، ضامن معتبر یا تأمین متناسب بسپارد و پس از شروع عملیات اجرایی اگر مالی از محکوم علیه به دست نیاید، درخواست بازداشت محکوم علیه را بنماید. به عبارت دیگر، صدور دستور بازداشت، با توجه به متن قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، نوعی اجرای حکم است، و با توجه به فلسفه تأمین که جبران خسارت احتمالی غایب است و دلیلی ندارد که این خسارت منحصر به خسارت مادی و آن هم ناشی از استیفای محکوم به از اموال غایب باشد بلکه شامل خسارات معنوی نیز می‌شود^{۳۱} و بازداشت غایب نیز ممکن است موجب ورود خسارت معنوی به وی شود، لذا باید جهت اعمال ماده دو قانون مذکور تأمین مناسب اخذ شود.^{۳۱}

بحث دیگر درباره تأمین مناسب یا ضامن معتبر، اینست که تأمین یا ضمانت تا چه

۳۰. ماده ۲ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷ مقرر می‌دارد: «هر کس محکوم به پرداخت مالی به دیگری شود چه به صورت استرداد عین یا قیمت یا مثل آن و یا ضرر و زیان ناشی از جرم یا دیه و آن را تأدیه ننماید، دادگاه او را الزام به تأدیه نموده و چنانچه مالی از او در دسترس باشد آن را ضبط و به میزان محکومیت از مال ضبط شده استیفا می‌نماید و در غیر این صورت، بنا به تقاضای محکوم له، ممتنع را در صورتی که معسر نباشد تا زمان تأدیه حبس خواهد کرد».

۳۱. خالقیان، جواد، تأمین خسارت احتمالی، تهران: انتشارات مهاجر، چاپ اول، ۱۳۸۵، ص ۲۹۳.

زمانی باقی خواهد بود. از جمله ایراداتی که به تبصره دو ماده ۳۰۶ وارد است این است که قانون‌گذار مشخص نکرده است که در صورت عدم رجوع غایب، تأمین اخذ شده جهت اجرای حکم تا چه زمانی باید باقی بماند؟ در خصوص این پرسش با توجه به سکوت قانون‌گذار و اطلاق تبصره مذکور به نظر می‌رسد که هیچ محدودیتی برای باقی ماندن تأمین وجود ندارد. اداره حقوقی قوه قضاییه نیز در نظریه شماره ۷/۹۰۱ - ۸۱/۲/۱۷ چنین اظهار عقیده نموده است: «اجرای حکم غیابی منوط به معرفی ضامن معتبر یا اخذ تأمین مناسب از محکوم‌له خواهد بود و دلیلی که اعتبار ضمانت‌نامه یا تأمین مذکور را محدود به زمان معینی کرده باشد، در دسترس نیست. ناگزیر تأمین یا تضمین مأخوذه می‌باید تا مراجعه محکوم‌علیه و اعتراض وی و صدور حکم قطعی یا ابلاغ واقعی به او و مضي مهلت‌های واخواهی و تجدیدنظرخواهی باقی بماند»^{۳۲}. کمیسیون تخصصی قوه قضاییه نیز در این زمینه معتقد است که تأمین و تضمین مأخوذه، تا زمان ابلاغ واقعی حکم و قطعیت آن باید تداوم داشته باشد^{۳۳}. شاید این نظر به ظاهر صحیح باشد، اما پاسخ‌گوی همه مقتضیات پرونده‌های مربوط به حکم غیابی نمی‌باشد. بنابراین باید برای این مسئله راه‌حلی پیدا نمود. اولین راه‌حلی که در این خصوص به نظر می‌رسد این است که با استناد به ماده

۳۲. رحیمی اصفهانی، پیشین، ص ۱۵۰.

۳۳. نقل از: زراعت، پیشین، ص ۹۸۸.

۴۴۲ قانون آیین دادرسی مدنی، دادگاه، مدتی را تعیین نماید تا چنانچه ظرف آن مدت محکوم علیه غایب اعتراض ننمود، تأمین مأخوذه به محکوم له مسترد شود؛ زیرا در این ماده به دادگاه اجازه داده شده است مواعیدی را که قانون تعیین ننموده است، تعیین نماید.^{۳۴} ولی با توجه به آن قسمت از ماده ۴۴۲ که بیان می‌دارد: «موعد دادگاه باید به مقداری باشد که انجام امر مورد نظر در آن امکان داشته باشد»، به نظر می‌رسد، این ماده ناظر به مواعیدی است که در آن مواعد یکی از طرفین پرونده، موظف باشند کاری را انجام دهند و در عین حال، قانون موعد را مشخص نکرده باشد، نه این که برای رفع تکلیف از امری، زمان مبهم باشد و دادگاه مدت تعیین نماید. راه حل بعدی این است که اگر به جای تأمین متناسب، از محکوم له حکم غیابی، ضامن پذیرفته شود از آنجایی که با معرفی ضامن، مالی از کیسه شخص خارج نمی‌شود و یا به عبارت صحیح‌تر، دیگر شخص به جهت سپردن اموال خود به عنوان تأمین و باقی ماندن آن تأمین برای مدت طولانی متضرر نمی‌شود، بهتر است که دادگاه‌ها نیز به پیروی از فقه به جای اخذ تأمین مبادرت به پذیرش ضامن نمایند.^{۳۵} البته در خصوص این راه حل ابهامی وجود دارد؛ بدین صورت که آیا با توجه به سکوت

۳۴. ماده ۴۴۲ در این خصوص مقرر می‌دارد: «مواعیدی را که قانون تعیین نکرده است دادگاه معین خواهد کرد و موعد دادگاه باید به مقداری باشد که انجام امر مورد نظر در آن امکان داشته باشد. موعد به سال یا ماه یا هفته و یا روز تعیین خواهد شد.»

۳۵. مهاجری، پیشین، ص ۱۵۹.

قانون‌گذار، محکوم‌له حکم غیابی جهت معرفی ضامن معتبر یا تأمین متناسب مخیر است؛ یعنی می‌تواند هر کدام را که خواست انتخاب کند و یا این که تعیین این امر به عهده دادگاه است؟ مطابق یک نظر بر اساس قاعده «الحاکم ولی الغایب»، دادگاه با توجه به اوضاع و احوال، نوع تأمین را تعیین می‌کند؛ یعنی بین گرفتن ضامن یا سپردن تأمین متناسب دیگر، مختار است و محکوم‌له، اختیاری در تعیین نوع تأمین ندارد.^{۳۶} البته تا آنجا که نویسندگان با محاکم سروکار داشته‌اند، در بسیاری از محاکم، قضات این اختیار را به محکوم‌له تفویض می‌کنند تا تأمینی را که تمایل دارد، معرفی نماید، اما در نهایت شخص قاضی است که باید تأمین را بپذیرد و تناسب آن را تشخیص دهد. بر اساس نظری دیگر، محکوم‌له حکم غیابی بین معرفی ضامن و سپردن تأمین مناسب مخیر است، زیرا از عبارت «معرفی ضامن معتبر یا اخذ تأمین متناسب» مذکور در تبصره دو ماده ۳۰۶ می‌توان نتیجه گرفت که معرفی ضامن در عین حال که تکلیف محکوم‌له است، از اختیارات او نیز می‌باشد؛ تکلیف در ارتباط با اجرای حکم غیابی، اختیار در ارتباط با انتخاب یکی از دو شیوه یعنی معرفی ضامن یا دادن تأمین. بنابراین نمی‌توان محکوم‌له را در حالی که ضامن معتبر معرفی می‌کند به دادن تأمین الزام نمود.^{۳۷} به نظر می‌رسد که استدلال اخیر دقیق نمی‌باشد؛ چرا که ظاهر تبصره مذکور

۳۶. خالقیان، پیشین، ص ۲۸۸.

۳۷. مهاجری، پیشین، ص ۱۵۹.

نه تنها هیچ قرینه‌ای مبنی بر اختیار محکوم‌له در انتخاب یکی از دو تأمین ندارد، بلکه به عکس قانون‌گذار از عبارت اخذ تأمین متناسب، سخن گفته است که از سوی دادگاه باید صورت گیرد و اگر از کلمه «سپردن» به جای «اخذ» استفاده کرده بود، نظریه بیان شده قابل دفاع به نظر می‌رسید. با وجود این، هرچند از تبصره مذکور هیچ یک از دو نظر فوق قابل تأیید نمی‌باشد، ولی به نظر استدلال دوم یعنی دادن اختیار به محکوم‌له، از این جهت که اجرای حکم را تسهیل می‌کند و می‌تواند مانع از ورود ضرر ناشی از سپردن وثیقه برای زمان نامعین شود، قابل دفاع می‌باشد. پیشنهادهای دیگری هم در این رابطه ارائه شده است؛ از جمله این که قانون‌گذار، مانند موارد مربوط به مرور زمان، مهلت پنج یا ده ساله‌ای را تعیین نماید که اگر تا آن مدت غایب مراجعه نکرد تأمین مسترد گردد^{۳۸}. همچنین گفته شده با توجه به فقدان راه‌حل قانونی می‌توان بعد از گذشت مدتی از اجرای حکم و تقاضای محکوم‌له برای استرداد تأمین، تأمین مأخوذه را به ضامن تبدیل کرد که مقید به زمان نیست^{۳۹}. به نظر می‌رسد که پیشنهاد اخیر، علاوه بر این که حقوق محکوم‌علیه غایب را حفظ می‌کند، راه‌حل مناسبی برای حل این مشکل و جلوگیری از ضرر محکوم‌له می‌باشد. حتی می‌توان از این نیز پا فراتر گذاشت و با استفاده از وحدت ملاک ماده ۱۶۸ قانون

۳۸. مهاجری، پیشین، ص ۱۷۲.

۳۹. خالقی، پیشین، ص ۲۹۸.

اجرای احکام مدنی، گفت که چنانچه مدت پنج سال از دادن تأمین یا معرفی ضامن بگذرد و محکوم علیه غیابی، اعتراض به حکم صادره ننماید، از تأمین یا ضامن داده شده، رفع اثر می‌گردد.^{۴۰} نکته‌ای که در آخر لازم است مورد توجه قرار گیرد؛ آن است که محکوم له حکم غیابی و به‌ویژه وکلا در صورتی که دادگاه اختیار تعیین تأمین را به آنان بسپارد بهتر است که برای جلوگیری از مشکلات سپردن وثیقه، حتی‌الامکان مبادرت به معرفی ضامن نمایند.

۴۰. ماده ۱۶۸ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶: «هرگاه از تاریخ صدور اجرائیه بیش از پنج سال گذشته و محکوم له عملیات اجرایی را تعقیب نکرده باشد، اجرائیه بلااثر تلقی می‌شود. در این مورد، اگر حق اجرا وصول نشده باشد دیگر قابل وصول نخواهد بود. محکوم له می‌تواند مجدداً از دادگاه تقاضای صدور اجرائیه نماید، ولی در مورد اجرای هر حکم فقط یک بار حق اجرا دریافت می‌شود».

نتیجه گیری

از آنچه گفته شد این نتیجه حاصل می‌شود که قانون‌گذار در تدوین تبصره ۲ ماده ۳۰۶ قانون آیین دادرسی مدنی، دقت لازم را مبذول نداشته است. به موجب این تبصره، اجرای حکم غیابی منوط به معرفی ضامن معتبر یا اخذ تأمین متناسب از محکوم‌له خواهد بود مگر این که دادنامه یا اجراییه به محکوم‌علیه غایب ابلاغ واقعی شده باشد. در این تبصره، منظور از ضامن معتبر یا تأمین متناسب معلوم نشده است. مشخص نیست که اخذ ضامن یا تأمین متناسب از وظایف کدام مرجع است، دادگاه یا دایره اجرای احکام مدنی؟ تأمین مأخوذه یا ضامن معرفی شده در چه زمانی اخذ و تا چه زمانی باقی می‌ماند؟ اجرای تبصره مذکور با توجه به ابهامات موجود در آن، در عمل سبب بروز مشکلات عدیده‌ای شده است. لازم است قانون‌گذار با اصلاح تبصره مذکور، این ابهامات و مشکلات را از بین ببرد. بدین منظور در اصلاح این تبصره، باید مقرر گردد که تشخیص تناسب تأمین یا اعتبار ضامن با دادگاه است. اخذ تأمین یا ضامن از وظایف دادگاه است نه دایره اجرای احکام. زمان اخذ تأمین، بعد از صدور اجراییه است نه قبل آن. ضامن یا تأمین مأخوذه تا ۵ سال باقی می‌ماند مگر این که قبل از این مدت، دادنامه به محکوم‌علیه ابلاغ واقعی شود. و بالاخره تأمین یا ضامن مأخوذه ناظر به دعاوی مالی است نه غیرمالی.

منابع

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دانش‌نامه حقوقی، جلد اول، چاپ پنجم، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۵.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد اول، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۸.
۳. حر عاملی، محمدبن الحسن، وسایل الشیعه، جلد هجدهم، بیروت: انتشارات دارالاحیاء التراث العربیه، ۱۹۸۱ میلادی.
۴. خالقیان، جواد، تأمین خسارت احتمالی، تهران: انتشارات مهاجر، چاپ اول، ۱۳۸۵.
۵. دهخدا، علی‌اکبر، لغت‌نامه، جلد چهاردهم، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۰.
۶. رحیمی اصفهانی، عباسعلی، مجموعه آیین دادرسی مدنی، جلد اول، اداره کل تدوین و تنقیح قوانین و مقررات ریاست جمهوری، چاپ چهاردهم، ۱۳۸۱.
۷. زراعت، عباس، آیین دادرسی مدنی در نظم حقوقی ایران، تهران: انتشارات خط سوم، چاپ سوم، ۱۳۸۳.
۸. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، جلد دوم، نشر میزان، چاپ چهارم، ۱۳۸۲.
۹. شیخ‌نیا، امیرحسین، آیین دادرسی مدنی سه، تهران: انتشارات ویستار، چاپ دوم، ۱۳۷۵.
۱۰. طاهری، ناصر، «نقدی بر اعاده دادرسی در امور مدنی»، مجله کانون وکلا، شماره ۱۵۲، ۱۵۵، ۱۳۷۰.
۱۱. متین‌دفتری، احمد، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، جلد اول، انتشارات مجمع

- علمی و فرهنگی مجلد، چاپ اول، ۱۳۷۹.
۱۲. متین دفتری، احمد، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، جلد دوم، انتشارات مجمع علمی و فرهنگی مجلد، ۱۳۸۱.
۱۳. مدنی، سیدجلال‌الدین، آیین دادرسی مدنی، جلد دوم، تهران: انتشارات پایدار، چاپ اول (دوره جدید)، ۱۳۷۹.
۱۴. معاونت آموزش قوه قضاییه، مجموعه نشست‌های قضایی مسایل آیین دادرسی مدنی، جلد دوم، تهران: انتشارات جاودانه، چاپ اول، ۱۳۷۸.
۱۵. مهاجری، علی، حکم غیابی در فقه اسلام و حقوق ایران، تهران: انتشارات خط سوم، چاپ اول، ۱۳۸۱.
۱۶. واحدی، قدرت‌الله، آیین دادرسی مدنی، جلد دوم، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۷۹.