

دکتر عبدالله شمس

«تأمین» در تأمین خواسته

از زمان اقامه دعوی تا صدور حکم لازم الاجراء مدتی معمولاً طولانی سپری می گردد که می تواند خوانده بی حسن نیت را در موقعیتی قرار دهد، تا با نقل و انتقال اموال خویش، اجرای حکمی را که خواهان با صرف وقت و معمولاً تحمل هزینه سنگین قانونی تحصیل نموده با مشکل مواجه یا، در مواردی، غیرممکن نماید. طولانی بودن مدت مزبور، حتی در مواردی که بهر علت موانع مزبور در راه اجرای حکم قرار نمی گیرد، نیز می تواند موجب شود اموالی که در زمان اقامه دعوی موجود بوده است، تا زمان اجرای حکم، بواسطه معاملات غرری یا پیش آمدهای قهری از مالکیت خوانده و یا از دسترس خارج شده و حتی از طریق بازداشت، متعلق حق دیگران قرار گیرد.

قانونگذار به منظور حفظ حقوق خواهان از خطرات مزبور مقرراتی را تدوین و تأسیساتی را جعل نموده که مهمترین آنها تأمین خواسته (موضوع مواد ۲۶۹-۲۲۵، به استثناء ۲۲۵ مکرر، قانون آیین دادرسی مدنی) می باشد. به موجب مقررات مزبور خواهان می تواند در موارد مشخص و تحت شرایطی، ضمن اقامه دعوی، قبل و یا بعد از آن، خواسته و یا معادل آن را، با تحصیل و اجرای قرار دادگاه، بازداشت و نتیجتاً از خطرات مزبور

مصون دارد.^۱

یکی از مواردی که براساس ماده ۲۲۵ قانون آ.د.م. خواهان می‌تواند، با وجود شرایط قانونی، از دادگاه قرار تأمین خواسته تحصیل نماید تأمین خساراتی است که از اجرای چنین قراری ممکن است به خواننده وارد آید. بنابراین صدور قرار تأمین خواسته به نفع خواهان در این مورد، از جمله موکول به این است که مشارالیه باصطلاح معروف و معمول «تأمین» دهد و همین «تأمین» محور اساسی مطالعه ما را تشکیل می‌دهد. با مطرح شدن «تأمین» ذهن متوجه شرایط اخذ و همچنین تعیین نوع و میزان آن می‌گردد؛ این موضوعات و جوانب مختلف آن در اینجا مورد بررسی و مطالعه قرار خواهد گرفت. از طرف دیگر اخذ «تأمین» از خواهان، همانطور که گفته شد، به منظور جبران خسارات ناشی از اجرای قرار تأمین خواسته به خواننده‌ای است که، با پیروزی در دعوی، بنا حق بودن بازداشت اموال وی مشخص گردیده است. بنابراین جزییات مربوط به پرداخت وجه تودیع شده به خواننده داده برده نیز حائز کمال اهمیت و

۱. تدبیر احتیاطی تأمین خواسته در تاریخ حقوق سابقه دیرین دارد. در بازارهای هفتگی و یا سالانه‌ای که در شهرهای اروپا دایر می‌گردید از کسانی که در آن بازارها معاملات غیرنقدی (نسیه) انجام می‌دادند اخذ تأمین معمول شد. با توجه به همین پیشینه، بعدها توقیف احتیاطی Saisie-arret جهت حفظ حقوق خواهان در قوانین آیین دادرسی تدوین گردید. (دفتری مرحوم دکتر احمد، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، جلد سوم، چاپ ۱۳۴۸ - ص ۱۴۱)، در عین حال همانطور که اشاره گردیده است واژه «تأمین» و محتوای آن در این سوی دنیا بی سابقه و ناشناخته نبوده است. در حقیقت طبق موازین اسلامی، در مواردی که حکم قاضی علیه خواننده غایب صادر می‌گردد، چنانچه محکوم له ملی نباشد، جهت حفظ حقوق احتمالی محکوم علیه غایب، پرداخت یا رد محکوم به منوط به دادن نوعی «تأمین از جانب محکوم له است». «الفائب یقضی علیه اذا قامت علیه البینه و بیاع ماله و یقضی عنه دینه و هو غائب و بکون الغائب علی حجتہ اذا قدم و لا یدفع المال الی الذی اقام البینه الا به کفلاء اذا لم یکن ملیا (از کتاب تهذیب مرحوم شیخ طوسی، به نقل مرحوم صاحب جواهر، جواهر الکلام، چاپ بیروت، جلد چهارم، صفحه ۲۲۴). و در حدود هزار سال قبل از آن، در ایران باستان، «دائن یا مدعی می‌توانست برطبق قاعده «حق ممتاز» از دادگاه حکم قبض فوری پول یا شیئی دیگری را با همان ارزش بگیرد... و تازمانی که حق او پرداخت نشده بعنوان وثیقه نزد خود نگاهدارد». (صانمی، دکتر پرویز، ترجمه مقدمه ماتیکان هزار دادستان، مجله حقوق مردم، سال هشتم، شماره ۳۱، ص ۴۹).

درخور مطالعه و بررسی است اما از حوصله این مقال خارج بوده و در جای دیگر خواهد آمد.

اخذ «تأمین» از خواهان

دفتر دادگاه ملکف است، با وصول درخواست تأمین خواسته، فوراً، آن را به نظر دادگاه برساند و دادگاه، بدون اخطار به طرف، دلائل متقاضی را مورد رسیدگی قرار داده، به صدور قرار تأمین خواسته، رد درخواست و یا تعیین «تأمین» اقدام می نماید (مواد ۲۲۵ و ۲۳۴ قانون که منظور ما در اینجا و از این پس، جز در مواردی که خلاف آن تصریح گردد، «قانون آیین دادرسی مدنی» است.) در حقیقت اگر شرایط اساسی پذیرش درخواست تأمین خواسته متحقق بوده و مورد مشمول یکی از بندهای ۱، ۲ و ۴ ماده ۲۲۵ باشد، دادگاه نسبت به صدور قرار تأمین خواسته اقدام می نماید و چنانچه شرایط اساسی پذیرش درخواست تأمین خواسته وجود نداشته باشد درخواست مردود و در صورتی که این شرایط متحقق باشد و مورد مشمول هیچ یک از شقوق ۱، ۲ و ۴ ماده ۲۲۵ نباشد، صدور قرار تأمین خواسته منوط به دادن «تأمین» می گردد. در این صورت است که نوع و میزان «تأمین» می بایست مشخص شود. اما منظور از شرایط اساسی صدور قرار تأمین خواسته چیست و در چه شرایطی می توان متقاضی قرار را مکلف به دادن «تأمین» نمود و در صورتی که شرایط اساسی صدور قرار تأمین خواسته وجود داشته و مورد از موارد مذکور در ماده ۲۲۵ باشد آیا دادگاه به صدور قرار تأمین خواسته مکلف است؟ از طرف دیگر چنانچه صدور قرار مستلزم اخذ «تأمین» باشد نوع و میزان آن چگونه باید مشخص شود؟ این موضوعات در پنج بخش آتی به ترتیب مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

اول: شرایط اساسی صدور قرار تأمین خواسته

همانطور که گفته شد احراز شرایط اساسی در هر حال لازمه صدور قرار تأمین خواسته می باشد. النهایه چنانچه مورد از موارد مذکور در شقوق ۱، ۲ و ۴ ماده ۲۲۵ باشد صدور قرار تأمین خواسته مستلزم دادن «تأمین» نبوده و در غیر اینطورت دادگاه می بایست صدور قرار را منوط به تودیع «تأمین» نماید. بنابراین شرایط اساسی صدور قرار تأمین خواسته می بایست در ابتدا مورد مطالعه قرار گیرد، که دو قسمت این بخش به آن اختصاص یافته است.

۱- شرایط عمومی اقامه دعوی

درخواست تأمین خواسته، با توجه به صدر ماده ۲۲۵ و ۲۲۹، قبل از اقامه دعوی، ضمن دادخواست و نیز در جریان دادرسی و حتی بعد از صدور حکم پیش بینی گردیده است. اما تجویز طرح درخواست تأمین خواسته قبل از اقامه دعوی، نمی بایست، به منزله پذیرش درخواست، قبل از تحقق شرایط عمومی اقامه دعوی، تلقی گردد. بنابراین همانطور که ترتیب اثر دادن به درخواست تأمین خواسته مطروحه ضمن دادخواست یا بعد از آن، در صورتی قابل تصور است که، از جمله، شرایط عمومی اقامه دعوی متحقق باشد، اجابت چنین درخواستی، قبل از اقامه دعوی نیز، علی الاصول، منوط به حصول این شرایط است. در نتیجه، اهلیت متقاضی، ذی نفعی او و سمت درخواست کننده، می بایست، با فرض صحت و اعتبار مدارک تقدیمی، قبل از صدور قرار تأمین خواسته، فی الجمله، معلوم باشد. اما در مورد منجز بودن حق مورد درخواست تأمین، ماده ۲۲۸ استثنایی را پیش بینی نموده است. به موجب این ماده نسبت به طلب یا مال معینی که هنوز موعد تسلیم آن نرسیده، در صورتی که حق مستند به سند رسمی بوده و در معرض تصبیح یا تفریط باشد، درخواست تأمین از این نظر بی اشکال است. لذا در مورد حق مشروط یا معلق، در هیچ صورتی، به استناد این ماده، درخواست تأمین خواسته پذیرفته نمی شود و تنها در مورد حق موجد،

یعنی حق متحقی که زمان ادای آن فرا نرسیده، چنانچه مستند آن رسمی بوده و ذی حق بتواند در معرض تضییع یا تفریط بودن آن را اثبات نماید، درخواست تأمین خواسته قابل قبول است. صرفنظر از این استثنا؛ شرایط عمومی درخواست تأمین خواسته، بنظر ما، همان شرایط عمومی اقامه دعوی است.

در مورد شکل درخواست، مسلم است، چنانچه خواهان مایل به طرح آن ضمن اقامه دعوی باشد، کافی است که در دادخواست تقدیمی راجع به اصل دعوی این تقاضا را نیز مطرح نماید ولی در مورد درخواست تأمین قبل از اقامه دعوی، یا پس از آن، اختلاف نظر وجود دارد. بعضی معتقدند درخواست تأمین خواسته مانند هر تقاضای رسیدگی و اتخاذ تصمیم دیگری محتاج تقدیم دادخواست است و بنابراین هرگاه قبل از تقدیم دادخواست خواهان مایل باشد از این وسیله استفاده نماید باید دادخواستی بخواسته صدور قرار تأمین بدهد.^۱ به نظر ما، درخواست تأمین خواسته، چنانچه قبل از اقامه دعوی باشد، نظر به اینکه دادخواست ماهوی تقدیم و ارجاع نگردیده می بایست روی فرم مخصوص دادخواست تنظیم گردد، بدین جهت که، جهت ارجاع، باید در «دفتر دادخواست» ثبت شود، و در این دفتر مخصوص منحصراً برگ دادخواست قابل ثبت می باشد، ولی این امر برخلاف نظر بعضی از حقوقدانها، به هیچ وجه به منزله تقدیم «دادخواست بخواسته صدور قرار تأمین» نمی باشد، زیرا از یک طرف قانونگذار درخواست را کافی دانسته، با هزینه مشخص، و از طرف دیگر می دانیم که، با توجه به پیش بینی دادخواست تلگرافی، تنظیم و ارائه برگ دادخواست، الزاماً به مفهوم تقدیم دادخواست موضوع ماده ۷۰ نمی باشد. اما چنانچه خواهان بعد از اقامه دعوی تمایل به تأمین خواسته داشته باشد، با توجه به اینکه صدور قرار در هر حال با دادگاهی است که صلاحیت رسیدگی به اصل دعوی را دارد، که با ارجاع دادخواست مشخص و مکلف به رسیدگی گردیده است، و بنابراین درخواست تأمین نیازی به ارجاع مجدد، و نتیجتاً ثبت در «دفتر دادخواست» ندارد، درخواست تأمین، بی آنکه نیازی به

۲. مدنی، دکتر سیدجلال الدین، آیین دادرسی مدنی، جلد دوم - ص ۱۶۲.

درج آن روی شکل مخصوص باشد، به نظر ما، می‌بایست مستقیماً به همان دادگاه (شعبه‌ای) که به اصل دعوی رسیدگی می‌نماید، تقدیم گردد و یا بطور شفاهی عنوان و توسط دادگاه صورتجلسه گردد. موضوع دیگر اینکه چنانچه دادخواست ناقص تقدیم شده باشد، برای مثال از حیث هزینه دادرسی، دادگاه می‌بایست به درخواست تأمین خواسته مندرج در آن، در صورتی که حاوی شرایط مربوط به اقامه دعوی باشد، ترتیب اثر دهد.^۲

۲- شرایط خواسته دعوی

صدر ماده ۲۲۵ دادگاه را، در صورتی که مورد از موارد مذکور در شقوق چهارگانه این ماده باشد، مکلف به صدور قرار تأمین خواسته به درخواست خواهان نموده است. بنابراین در بادی امر به نظر می‌رسد که تأمین خواسته در کلیه دعاوی مالی، صرفنظر از خواسته آن، در صورتی که شرایط عمومی اقامه دعوی حاصل و مورد از موارد مذکور در ماده ۲۲۵ باشد، برای دادگاه الزامی است. اما با عنایت به ماده ۲۳۰ به روشنی احراز می‌گردد که درخواست تأمین منحصراً در صورتی قابل قبول است که خواسته عین معین بوده و یا میزان آن معلوم باشد. برای مثال در دعوی الزام به تنظیم سند رسمی مال معین، درخواست تأمین خواسته، حتی اگر مورد از موارد مذکور در شقوق چهارگانه ماده ۲۲۵ باشد، به این سبب که خواسته دعوی «عین معین» نبوده و نیز خواسته از اموال یا حقوقی نیست که «میزان» آن را بتوان «معلوم» نمود، قابل پذیرش نمی‌باشد.^۱

دوم: تکلیف دادگاه به پذیرش تقاضا

با توجه به نکاتی که مورد بررسی قرار گرفت، در صورتی که شرایط

۳. حکم شماره ۲۳۱۶-۱۳۱۷/۵/۱۲ دادگاه عالی انتظامی قضات منتشره در «موازن قضایی» گردآوری مرحوم موسی شهیدی چاپ سوّم، چاپخانه علمی ص ۶۹.

۴. جهت ملاحظه نظر شاذ مخالف به مجموعه نظرات قضات دادگاههای حقوقی دو تهران نسبت به مسائل حقوقی مطروحه در سال ۱۳۶۶ چاپ کیهان مسأله ۷۱ صفحه ۶۲ رجوع شود.

عمومی اقامه دعوی حاصل نبوده و یا خواسته دعوی هر دو خصوصیت مذکور در ماده ۲۳۰ را فاقد باشد، و یا بطریق اولی هیچ یک از این شرایط جزئاً یا کلاً موجود نباشد، و به تعبیر ما شرایط اساسی پذیرش درخواست فراهم نباشد، دادگاه اقدام به صدور قرار رد درخواست تأمین خواسته می نماید. اما چنانچه شرایط عمومی اقامه دعوی، بالحاظ استثناء مندرج در ماده ۲۲۸، فی الجمله حاصل و خواسته نیز عین معین بوده و یا میزان آن معلوم باشد و بدین تعبیر، شرایط اساسی صدور قرار تأمین خواسته فراهم بوده و مورد نیز از موارد مذکور در شقوق چهارگانه ماده ۲۲۵ باشد، آیا دادگاه می تواند، برای مثال به علت ضعف ادله موضوعی و یا ملائت بی چون و چرای خواننده، قرار رد درخواست تأمین را صادر نماید؟ در بادی امر شاید بتوان نظر داد که به استناد ماده ۲۳۴، علیرغم تکلیف مقرر در صدر ماده ۲۲۵، دادگاه می تواند قرار رد درخواست را از جمله به علل اخیرالذکر صادر نماید. معدودی از قضات محترم نیز به همین ترتیب عمل می نمایند. به موجب ماده ۲۳۴، «درخواست تأمین می بایست فوراً به نظر دادگاه برسد و دادگاه بدون اخطار به طرف فوراً به دلایل درخواست کننده رسیدگی نموده قرار رد یا قبول درخواست تأمین را صادر می نماید». در تأیید چنین نظری، معمولاً به موخر بودن نص فعلی ماده ۲۳۴، که اصلاحی سال ۱۳۳۴ می باشد، نسبت به صدر ماده ۲۲۵، استناد می گردد. ما نیز معتقدیم که دادگاه پس از بررسی دلایل درخواست کننده می تواند قرار رد درخواست تأمین خواسته را صادر نماید اما چنین حقی، منحصرأ، منصرف به مواردی است که شرایط عمومی اقامه دعوی، با توجه به دلایل درخواست کننده، به ترتیبی که در قسمت (۱) بخش اول گفته شد، حاصل نبوده و یا خواسته هیچ یک از دو خصوصیت مذکور در ماده ۲۳۰ را نداشته باشد. اما در صورت وجود شرایط اساسی، چنانچه مورد از موارد مذکور در شقوق ۱، ۲ و ۴ ماده ۲۲۵ باشد، دادگاه مکلف به صدور قرار تأمین خواسته می باشد و در صورتی که هیچ یک از این سه مورد متحقق نباشد، دادگاه می بایست، با تعیین میزان «تأمین»، صدور قرار تأمین خواسته را منوط به دادن آن نموده و مراتب را به متقاضی تأمین ابلاغ نماید، و چنانچه خواهان به مفاد

این تصمیم عمل نمود، نسبت به صدور قرار تأمین خواسته اقدام نماید. بنابراین، بنظر ما، در هیچ صورتی دادگاه نمی‌تواند به علت ضعف ادله یا ملائت خواننده از صدور قرار تأمین خواسته استنکاف نماید.

توجه به اصلاحاتی که در قانون آیین دادرسی مدنی بعد از سال ۱۳۱۸ به عمل آمده نظر ما را تأیید می‌نماید. در حقیقت بموجب ماده ۲۳۲ صدور قرار تأمین خواسته به دو مورد اجباری و اختیاری تقسیم می‌گردد. موارد اجباری، بموجب شقوق ۱، ۲ و ۳ همین ماده، عبارت بودند از مستند بودن دعوی به سند رسمی، در معرض تضییع یا تفریط بودن خواسته و مواردی که صدور قرار تأمین خواسته در قوانین دیگر پیش بینی شده باشد. در سایر موارد صدور قرار تأمین خواسته، با اخذ «تأمین»، به موجب صدر ماده، به نظر دادگاه واگذار شده بود. این امر، یعنی اختیار دادگاه در صدور قرار تأمین خواسته یا رد درخواست، در غیر سه مورد مزبور، مشکلات زیادی را برای محاکم و مردم بوجود آورد، زیرا در مواردی درخواست مردود اعلام می‌شد در حالی که بعداً ضرورت صدور آن احراز می‌گردید و بالعکس در موارد دیگری که قرار صادر می‌شد مشخص می‌گردید که صدور قرار تأمین، به علت ملائت خواننده، ضرورتی نداشته و، با به علت محکومیت خواهان، بی‌مورد بوده است. بنابراین قانونگذار، بموجب اصلاحاتی که در سال ۱۳۳۲ در قانون آ.د.م. به عمل آورد، ماده ۲۳۲ را نسخ و، با اصلاح ماده ۲۲۵، صدور قرار تأمین خواسته را اجباری و منحصر به سه مورد مذکور در ماده ۲۳۲ منسوخ نمود. اما این امر نیز مشکلات زیادی را بوجود آورد از این جهت که بسیار اتفاق می‌افتاد که در غیر این سه مورد، اگرچه حفظ حقوق خواهان مستلزم صدور قرار تأمین خواسته بود، اما دادگاه، به علت حذف قرار تأمین اختیاری، امکان مداخله و اقدام در این خصوص را علیرغم احراز لزوم آن فاقد بود. به علت وجود همین مشکلات بالاخره در سال ۱۳۴۹، با اصلاح ماده ۲۲۵ دادگاه، علاوه بر سه مورد مذکور در متن قبلی ماده ۲۲۵، در صورت تودیع خسارات احتمالی توسط خواهان، نیز مکلف به صدور قرار تأمین خواسته گردید. در حال حاضر، نتیجتاً، بنظر ما، چنانچه شرایط اساسی صدور قرار

تأمین حاصل باشد و مورد از موارد مذکور در شقوق چهارگانه ماده ۲۲۵ باشد، از جمله خواهان حاضر به تودیع خسارات احتمالی گردد، دادگاه مکلف به صدور قرار تأمین خواسته می باشد و بنابراین، اگرچه این ترتیب قانونی قابل انتقاد بنظر می رسد، اما فی الواقع اختیار دادگاه در رد درخواست تأمین خواسته منحصر به موردی است که یکی از شرایط اساسی صدور قرار که در فصل اول مطالعه گردید، حاصل نبوده و یا هیچ یک از موارد در ماده ۲۲۵ محقق نباشد. بهترین دلیل این نظر واحد بودن نص ماده ۲۳۴ تصویبی ۱۳۱۸، اصلاحی سال ۳۴ و اصلاحی سال ۴۹، از این حیث می باشد. به عبارت دیگر حتی در سال ۳۴ که به موجب ماده ۲۲۵ اصلاحی، صدور قرار تأمین منحصر به سه مورد و اجباری گردید، ماده ۲۳۴ حق رد درخواست تأمین را برای دادگاه حفظ نمود. در نتیجه اعمال چنین حقی، علی القاعده، باید منحصراً منوط به فقدان شرایط اساسی صدور قرار تأمین باشد و الا جعل تکلیف به انجام عملی در یک ماده قانونی و پیش بینی اختیار عدم انجام آن در ماده دیگری، آنهم در همان سال و به فاصله چند ماده، خلاف اصل و قاعده است.

سوم: صدور قرار تأمین خواسته در چند کشور دیگر

مطالعه ولو سریع مقررات سایر کشورها می تواند از جمله در روشن تر شدن موضوعات مورد بحث مؤثر افتاده و همچنین ذهن را متوجه لزوم اصلاحات در مقررات فعلی بنماید. بنابراین کلیات موضوع، بطور موجز، به تناسب فرصتی که وجود دارد، به ترتیب در سه کشور فرانسه، انگلستان و آمریکا مورد بررسی قرار می گیرد.

۱- فرانسه

در حقوق فرانسه با توجه به اصلاحات سال ۱۹۵۵ در این خصوص، که قانون جدید آیین دادرسی مدنی نیز تعرضی به آن ننموده است، در خصوص تأمین خواسته معمول در ایران دو تأسیس اساسی وجود دارد:

I. Saisie-Conservatoire (موضوع مواد ۴۸ به بعد قانون آ.د.م.ف.) بر مبنای مقررات مربوط به این تأسیس، خواهان می‌تواند، قبل از اقامه دعوی، در صورت وجود سه شرط، از دادگاه صالح درخواست صدور قرار «بازداشت تأمینی» اموال طرف مقابل را بنماید:

A - طلب مورد ادعا در اصل و اساس خود موجه به نظر برسد. وجود سند رسمی یا حتی عادی در این مورد لازم نبوده و قاضی در احراز این شرط، برای جلوگیری از هرگونه سوء استفاده‌ای، اختیارات وسیعی دارد.^۵

B - متقاضی باید وجود خطری که پرداخت طلب او را تهدید می‌نماید و همچنین فوریت امر را اثبات نماید. دادگاه در احراز این امور اختیار چندانی نداشته و درخواست کننده مکلف است دلایل لازم را در اثبات این دو امر اقامه نماید.^۶

C - بموجب ماده ۴۸ قانون آ.د.م.ف.، در اجرای این قرار، منحصراً اموالی قابل بازداشت است که منقول بوده و در اختیار خود بدهکار باشد. البته رویه قضایی پذیرفته است که مطالبات و پول و اموال منقولی که مشارالیه نزد اشخاص ثالث دارد نیز قابل بازداشت می‌باشد، در این صورت این تأسیس کاربرد تأسیس دیگر مشابه را که اکنون مورد اشاره قرار می‌دهیم، نیز پیدا خواهد نمود.^۷

Saisie-Arrêt-11 (مواد ۵۵۷ به بعد قانون آ.د.م.ف.) مقررات مربوط به این تأسیس صاحب حقی را که دارای سند رسمی یا عادی باشد، مجاز می‌دارد، که حتی بدون مراجعه به قاضی و تحصیل قرار تأمین، منحصراً اموال و وجوه نقد طرف مقابل را، که نزد شخص ثالث است، بازداشت نماید. در صورت فقدان سند، مراجعه به قاضی و تحصیل قرار الزامی است. براساس مواد ۵۸۲-۵۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه، حق مورد درخواست تأمین می‌بایست دارای سه شرط باشد:

A - مسلم باشد یا به عبارت دیگر معلق و مشروط نبوده و وجود آن صرفاً احتمالی نباشد.

5. Vincent-Jean. Voie D'execution, 18^e E.N.72.

6. Ibid, N.72 bis.

7. Ibid-N.73.

B. حق ادعا شده وجه نقد بوده و یا قابل تبدیل به پول باشد در صورتی که حق متقاضی مستند به سند رسمی یا عادی باشد وجه مندرج در سند مبنای اقدام قرار می گیرد و، همانطور که گفته شد، صدور قرار تأمین از طرف قاضی ضروری نمی باشد. اما در صورتی که سندی در بین نباشد مراجعه به قاضی لازم است و در این صورت، چنانچه مورد مطالبه از اموال غیریول باشد، دادگاه بدو اقدام به ارزیابی آن نموده، و در صورت وجود شرایط مقرر، اقدام به صدور قرار می نماید.

C. موعد مطالبه حق فرا رسیده باشد - بنابراین نسبت به حقوق موجل نمی توان به چنین تأسیسی تمسک نمود. البته چنانچه حق عندالمطالبه بوده، و یا به کیفیتی باشد که در تعیین زمان مطالبه مدیون دخالتی نداشته باشد، این شرط حاصل تلقی می شود.⁸

۲- انگلستان

در حقوق این کشور نیز دو تأسیس اساسی، در موضوع بحث، وجود

دارد:

I- Mareva Injunction که عنوان آن از پرونده Mareva Compania Naviera Sa Sylvaine⁹ اخذ شده است - این تأسیس شباهت زیادی به Saisie Conservatoire حقوق فرانسه دارد و به خواهان اجازه می دهد اموال بدهکار را، تا صدور یا اجرای حکم، توقیف نماید. این وسیله به خواهانی که بتواند موجه و مدلل بودن دعوی خود و همچنین خطر واقعی اختفاء اموال خوانده را ثابت نماید امکان می دهد که قراری، مبنی بر منع خوانده از نقل و انتقال اموال و اختفاء یا خروج آنها از حوزه قضایی را از دادگاه تحصیل نماید. در اجرای این دستور قاضی می تواند خوانده را مکلف نماید که مدارک و اطلاعات مربوط به نوع اموال و محل اموال منقول و غیرمنقول خود و همچنین مشخصات بدهکاران خود و بانکهایی را که در آنها حساب دارد معرفی نماید.¹⁰ قاضی می تواند حسابداری را، اگر لازم باشد، تعیین نموده و همچنین خوانده را از خارج نمودن اموال خود از حوزه قضایی ممنوع

8. Ibid- N° 91 et s.

9. Poillot Peruzzetto, Procedure Civile Anglaise, E.Litec, 1989; P.257

10. Ibid, N.386.

نماید. چهار شرط برای تحصیل چنین قراری لازم است:

A - سابقه اقامه دعوی در یکی از دادگاههای انگلستان یا کشورهای گال. B - دعوی اقامه شده مدلل و موجه باشد. در این خصوص لازم نیست که خواهان اطمینان خود را به پیروزی در دعوی اثبات نماید بلکه باید ثابت کند که شانس پیروزی دارد. C - خوانده اموالی در حوزه قضایی دادگاه صالح داشته باشد. D - و بالاخره اینکه خطر واقعی اختفاء اموال وجود داشته باشد. خواهان بنابراین باید دلایلی که او را بر این باور داشته که اموال قبل از اتخاذ تصمیم در ماهیت دعوی، مخفی یا جابجا خواهد گردید، و آنهم به منظور لطمه زدن به حق وی، ارائه نماید. به همین علل در مواردی که خوانده دارای حسن شهرت تجاری است درخواست معمولاً مردود اعلام می گردد.

Garnishee Proceeding-11 که معادل Saisie-Arrêt در حقوق

فرانسه است و به موجب آن طلبکار دستور بازداشت وجوه خوانده (بدهکار) را نزد شخص ثالث دریافت می دارد. استفاده از این تأسیس جهت بازداشت وجوه بانکی بدهکار بسیار رایج است. درخواست طلبکار، بدون حضور او و در غیاب بدهکار، مورد بررسی قرار می گیرد و قاضی دستور بازداشت وجوه بدهکار نزد شخص ثالث را بطور موقت صادر نموده، و در همان قرار تاریخ جلسه بررسی مشخص می شود. قرار به شخص ثالث ابلاغ و بوسیله نامه برای بدهکار فرستاده می شود. در تاریخ تعیین شده چنانچه شخص ثالث حاضر نگردیده و یا در صورت حضور اعتراض ننماید دادرس Registrar یا Master اقدام به صدور قرار absolute (مطلق یا قطعی) می نماید. به موجب این تصمیم شخص ثالث مکلف است مستقیماً وجوه نزد خود در را به خواهان بپردازد. چنانچه شخص ثالث اعتراض نماید پرونده نزد قاضی ارسال می شود و در هر حال تصمیم دادرس قابل پژوهش نزد قاضی دادگاه است.

11. Ibid, N.388.

12. Ibid, N.416-421.

۳- آمریکا

در حقوق آمریکا نیز در برابر آنچه تأمین خواسته می‌نامیم دو تأسیس عمده وجود دارد:

1- *Attachement* که از حیث وسعت دامنه اموال قابل بازداشت مشابه *Saisie-Conservatoire* در حقوق فرانسه است. از تلفیق تعاریف ارائه شده می‌توان نتیجه گرفت که *Attachement* وسیله‌ای است قانونی که به خواهان اجازه می‌دهد، با تحصیل دستور قضایی، اموال دیگری را، به منظور اجرای حکمی که هنوز صادر نگردیده بازداشت نماید. در ایالات مختلف آمریکا مقررات دقیقی بر این تأسیس حکومت می‌کند که در عین حال متفاوت نیز می‌باشد. برای مثال در اکثر ایالات استفاده از این تأسیس در زمان اقامه دعوی تا زمان ورود دادگاه در مرحله صدور حکم مجاز است و دادگاه‌های فدرال نیز مقررات محلی این تأسیس را اجرا می‌نمایند.¹³

11- *Garnishment* این تأسیس از جهت وسعت دامنه اموال قابل بازداشت شبیه *Saisie-Arêt* در حقوق فرانسه است. مقررات مربوطه به خواهان طلبکار (تأمین‌کننده) اجازه می‌دهد، که به عنوان خواسته، با تحصیل دستور دادگاه، اموال و وجوهی را که مدیون نزد شخص ثالث دارد بازداشت نماید. این تأسیس در بعضی ایالات آمریکا *Trustee Process* خوانده می‌شود.¹⁴

با بررسی اجمالی مقررات سه کشور فوق‌الذکر می‌توان نتیجه گرفت که قانونگذار در این کشورها توقیف اموال خوانده به درخواست خواهان را تحت شرایطی پیش‌بینی نموده است. اگرچه احراز این شرایط علی‌الاصول در صلاحیت دادگاه است اما، همواره ادله مثبتی تحقق تعدادی از شرایط مقرر، برای مثال وجود خطری که ادای دین را تهدید نماید، و همچنین، منجر بودن حق مورد ادعا، باید در پرونده وجود داشته باشد.

13. Henry Campbell Black, Black's Law Dictionary, West Publishing C.1990 P.126.
14. Ibid, p.580.

چهارم: موارد صدور قرار تأمین خواسته بدون اخذ تأمین

وجود شرایط مذکور در فصل اول که به شرایط اساسی تعبیر گردید، به نظر ما، درخواست کننده قرار تأمین خواسته را در موقعیتی قرار می دهد که بتواند به اجابت درخواست خود کاملاً امیدوار باشد. در حقیقت به استناد ماده ۲۲۵، چنانچه مورد از موارد مذکور در بندهای ۱، ۲ و ۴ این ماده باشد، صدور قرار تأمین منوط به تحقق شرط دیگری نمی باشد، و در غیر این صورت، دادگاه می بایست خسارات احتمالی ناشی از اجرای قرار تأمین خواسته را تعیین نموده و صدور قرار تأمین خواسته را منوط به تأمین آن نماید. مواردی که با تحقق هر یک، در صورت حصول شرایط اساسی، دادگاه اقدام به صدور قرار تأمین خواسته می نماید، بی آنکه نیازی به اخذ «تأمین» باشد، ذیلآ مورد مطالعه قرار می گیرد.

۱- رسمی بودن مستند دعوی

با توجه به صدر ماده ۲۲۵ و بند اول آن، در صورتی که دعوی مستند به سند رسمی باشد، دادگاه، بدون اخذ «تأمین»، به درخواست خواهان، اقدام به صدور قرار تأمین خواسته می نماید. در احراز این شرط به نظر می رسد، دادگاه باید مقررات ماده ۱۲۸۷ قانون مدنی را ملاک قرار دهد. بنابراین، از یک طرف بین اسناد رسمی لازم الاجرا و غیر لازم الاجرا تفاوتی، از این جهت، وجود ندارد و از طرف دیگر اگرچه قانونگذار در ماده ۱۲۹۱ قانون مدنی، به اسناد عادی، در مواردی، اعتبار اسناد رسمی را بخشیده است، اما محدوده و نوع این اعتبار در این ماده و در ماده ۱۲۹۲ همین قانون مشخص گردیده و، از جهتی که مورد بررسی می باشد، این اسناد کماکان عادی محسوبند. نکته دیگر، اگرچه قانونگذار برخی اسناد عادی را لازم الاجرا دانسته، و از این جهت، مانند اسناد رسمی لازم الاجراء، دائن می تواند مفاد آنها را در اجرای ثبت به مورد اجراء گذارد اما چنانچه دارنده، به استناد آنها، اقامه دعوی و درخواست تأمین خواسته نماید، دادگاه این قبیل اسناد را مشمول شق یک ماده ۲۲۵ نخواهد

دانست، اما در عین حال، شمول سند رسمی، با استناد ماده ۱۲۸۷ قانون مدنی، به احکام صادر از مراجع صالح قضایی، بدون اشکال به نظر می‌رسد و بنابراین، چنانچه به موجب این آراء حق احراز و اعلام گردیده باشد، مانند سایر اسناد رسمی، می‌تواند مستند درخواست تأمین قرار گیرد.^{۱۵} اما سؤالی که مطرح می‌شود این است که چنانچه رأی مورد نظر قابل شکایت و یا اعتراض بوده و در مهلت مقرر نیز شکایت یا اعتراض مطرح و در حال رسیدگی باشد آیا در این فاصله، دادگاه می‌تواند این رأی را مشمول بند یک قرار دهد؟ به نظر ما اگر بتوان نسبت به رأی مورد نظر با توجه به مرجع صدور و مقررات مربوطه، اعمال «اصل قطعیت» نمود پاسخ مثبت است و در غیر این صورت دادگاه منحصرأ می‌تواند، در مقام تعیین میزان «تأمین»، این امر را لحاظ نماید. همین ملاک، به نظر ما، در اجرای ماده ۲۳۹ قابل اعمال می‌باشد.

۲- در معرض تضییع یا تفریط بودن خواسته

در صورتی که درخواست کننده تأمین خواسته بتواند اثبات نماید که خواسته در معرض تضییع یا تفریط می‌باشد دادگاه، بدون اخذ «تأمین»، به درخواست وی ترتیب اثر می‌دهد (بند دوم ماده ۲۲۵). اثبات این امر، چنانچه خواسته عین معین باشد، نسبت به مواردی که خواسته کلی است با مشکلات کمتری مواجه است. در حقیقت اعمالی مانند قصد انتقال به غیر یا خارج نمودن مال از کشور، تقصیر در نگهداری، استفاده از مال برخلاف قانون یا قرارداد و همچنین استفاده و یا استفاده غیر، وضع له (در صورتی که نفس استفاده مجاز باشد) اگر بتواند، در مورد اول، خواسته را در معرض تضییع یا تفریط قرار دهد اما، در صورتی که خواسته کلی است، علی‌الاصول، نمی‌توان انجام این اعمال نسبت به اموال ۱۵. برای مثال در حکم تعدیل اجاره بها، چنانچه به علت عدم درخواست خواهان، در دادخواست تعدیل ما به التفاوت دو اجاره بها، از زمان تقدیم دادخواست تا صدور حکم، مورد لحوق حکم قرار نگرفته باشد و موجر ناچار به اقامه دعوی جهت مطالبه آن گردد با عنایت به اینکه مستند این دعوی حکم صادره در زمینه نفس تعدیل می‌باشد، در صورت درخواست تأمین، و حصول شرایط اساسی، به نظر ما دادگاه باید، بدون اخذ «تأمین»، اقدام به صدور قرار تأمین خواسته نماید.

خواهان را موجب قرار گرفتن آن در معرض تضییع یا تفریط تلقی نمود. موضوع دیگر این که چنانچه خواهان تقاضای تأمین خواسته را به استناد شق دوم ماده ۲۲۵ مطرح نموده باشد، نه تنها می بایست انجام اعمال مؤثری نسبت به خواسته را اثبات نماید بلکه، از جانب دیگر، رابطه سببیت نیز باید محرز باشد؛ بدین معنی که خواهان اثبات نماید این اعمال خوانده موجب تضییع یا تفریط خواسته خواهد گردید و، با توجه به اصل عدم و قاعده تسلیط، مخصوصاً در مواردی که خواسته عین معین نمی باشد، اثبات این دو امر مشکل به نظر می رسد و شاید به همین علت است که در عمل نیز قرارهای تأمینی که به استناد این بند صادر شده باشد کمتر مشاهده می شود.

۳- پیش بینی صدور قرار تأمین خواسته در سایر قوانین

قانونگذار صدور قرار تأمین خواسته را در قوانین دیگری که قبل یا بعد از قانون آ.د.م. لازم الاجراء گردیده پیش بینی نموده است. به همین جهت، بند چهارم ماده ۲۲۵، با تصریح به تکلیف دادگاه به پذیرش درخواست تأمین مستند به قوانین مزبور، اراده خود را مبنی بر اعتبار آنها در این خصوص اعلام نموده است. بنابراین، در تمام مواردی که قبول درخواست تأمین در قانون دیگری پیش بینی شده باشد، خواهان می تواند، به استناد همان قانون، درخواست خود را مطرح نماید اگرچه مورد مشمول سایر شقوق ماده ۲۲۵ نباشد. این موارد عمدتاً عبارتند از:

— ماده ۲۹۲ قانون تجارت که با لحاظ ماده ۳۹ همین قانون، دارنده برات و سفته وخواست شده را محق می داند که، با تحصیل قرار تأمین خواسته، معادل وجه این اسناد را از اموال خوانده بازداشت نماید.^{۱۶}

ماده ۶۸ و ۶۸ مکرر قانون آیین دادرسی کیفری، که به شاکی اجازه می دهد، با تحصیل و اجرای قرار تأمین خواسته معادل ضرر و زیان ناشی از

۱۶. رأی وحدت رویه شماره ۵۳۶ مورخ ۶۹/۷/۱۰ دیوان عالی کشور که همین حق را به دارنده چکی می دهد که بانک محال علیه، به علت فقدان یا کسری موجودی، نسبت صدور گواهی «برگشت» اقدام نموده است.

جرم اعلام شده را از اموال مشتکی عنه تأمین نماید.^{۱۷}
 ماده ۲۱۸ مکرر قانون مدنی، الحاقی آبان ماه ۱۳۷۱ که مقرر می دارد، در صورتی که دائن اقامه دعوی نموده و دلایلی اقامه نماید که مدیون قصد فروش اموال خویش را به قصد فرار از دین دارد، دادگاه می تواند قرار توقیف اموال وی را، به میزان بدهی به مدیون صادر نماید.
 ماده ۲۹۳ که در صورت توقیف دادرسی، تأمین خواسته را پیش بینی نموده است.

ماده ۲۲۱ قانون امور حسبی که توقیف دعاوی راجعه به ترکه یا بدهی متوفی را، در زمان تحریر ترکه، پیش بینی نموده و امکان تأمین خواسته به درخواست خواهان را مقرر نموده است.

نتیجه: با توجه به مطالبی که در این بخش مورد بررسی قرار گرفت چنانچه دعوی مستند به سند رسمی و یا خواسته در معرض تضییع یا تفریط باشد و نیز در صورتی که تأمین خواسته در قوانین دیگر پیش بینی شده باشد دادگاه مکلف است، با وجود شرایط اساسی تأمین خواسته، بدون اخذ «تأمین»، نسبت به صدور قرار اقدام نماید.

پنجم: نوع و میزان تأمین

همانطور که در فصول گذشته مطالعه گردید، در صورت حصول شرایط اساسی صدور قرار تأمین خواسته و تحقق یکی از موارد مذکور در بندهای اول و دوم و چهارم ماده ۲۲۵، دادگاه نسبت به صدور قرار تأمین

۱۷. علیرغم حذف دادرسی، نظر به اینکه اقداماتی را که قبلاً مرجع تحقیق در امور کیفری معمول می داشت در حال حاضر، با اجرای قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب، علی الاصول، توسط دادگاههای عمومی انجام می گیرد و «تمامی اقدامات... از بدو تا ختم قضیه وسیله حاکم دادگاه صورت خواهد گرفت...» (ماده ۱۲)؛ بنابراین به نظر ما صدور قرار تأمین خواسته مقرر در این مواد به عهده دادگاه می باشد مگر اینکه طبق تبصره همین ماده آن را به قاضی دیگر محول نماید (بند ۱۱ و ماده ۸ آیین نامه شرح وظایف قضات تحقیق مصوب خرداد ۷۲ رئیس قوه قضائیه. روزنامه رسمی شماره ۱۴۶۲۲ مورخ ۷۴/۳/۲۸).

خواسته اقدام می نماید. اما چنانچه شرایط اساسی صدور قرار تأمین خواسته فراهم باشد ولی مورد مشمول هیچیک از بندهای اول، دوم و چهارم این ماده نباشد، وفق بند سوم همین ماده، خواهان می تواند، با پرداخت خسارات احتمالی، یا به اصطلاح دادن «تأمین»، نسبت به تحصیل قرار تأمین خواسته اقدام نماید. اما دو سؤال در این ارتباط قابل طرح به نظر می رسد. اول اینکه چه مالی می تواند برای «تأمین» ارائه گردد و دوم «تأمین» به چه میزانی و بر چه اساسی باید تعیین گردد. پاسخ به این دو سؤال به ترتیب موضوع دو فصل این بخش را تشکیل می دهد.

۱- نوع تأمین

به موجب بند سوم و بالحاظ صدر ماده ۲۲۵، چنانچه «مدعی خساراتی را که ممکن است به طرف مقابل وارد آید نقداً به صندوق دادگاه بپردازد»، دادگاه، در صورت تحقق شرایط اساسی، نسبت به صدور قرار تأمین خواسته اقدام می نماید. سیاق عبارت این قسمت از ماده ظهور بر این دارد که «تأمین» مورد نظر می بایست به صورت وجه نقد داده شود و بنابراین دادگاه از پذیرفتن هر مالی جز وجه نقد بعنوان «تأمین» ممنوع است.^{۱۸} چنانچه بین این تأسیس و تأسیس مشابه آن، یعنی دستور موقت مقایسه ای صورتی گیرد ملاحظه می شود که قانونگذار، در مورد ماده ۷۸۱ علاوه بر اینکه دادگاه را در اصل اخذ تأمین از متقاضی دستور موقت مختار دانسته، نوع تأمین را نیز به صلاحدید دادگاه واگذار نموده است^{۱۹} بنابراین در دستور موقت دادگاه، چنانچه صدور قرار را منوط به دادن تأمین از جانب خواهان نماید (که معمولاً بدینگونه عمل می شود)، می تواند هرگونه مالی را به عنوان تأمین بپذیرد و تکلیفی در منحصر نمودن

۱۸. «بند ۳ ماده ۲۲۵ قانون آ.د.م. صراحت به پرداخت وجه نقد از طرف خوانده (هكذا فی المتن) دارد چون به ضمانت نامه و اوراق مشابه آن وجه نقد اطلاق نمی گردد بنابراین مجوزی برای قبول ضمانت نامه و غیره نیست» (مجموعه نظریه های مشورتی اداره حقوقی وزارت دادگستری، گردآورنده دکتر محمود سلجوقی و یدالله امینی ص ۱۸۴، ۱۸۳).

۱۹. «دادگاه می تواند برای جبران خسارات احتمالی که از دستور موقت حاصل می شود از مدعی تأمین بخواهد...».

آن به وجه نقد ندارد. البته معمولاً در ابتدا تأمین بصورت وجه نقد تعیین می‌گردد ولی متعاقباً، به درخواست خواهان، معادل وجه تعیین شده، مال (غیرمنقول) مورد پذیرش قرار می‌گیرد. در حالی که در مورد قرار تأمین خواسته، چنانچه مورد از موارد مذکور در بندهای اول و دوم و چهارم ماده ۲۲۵ باشد، دادگاه از اخذ «تأمین» ممنوع و، در صورتی که هیچ یک از موارد مذکور در این شقوق متحقق نباشد، دادگاه به اخذ «تأمین» مکلف بوده و از پذیرفتن هرگونه مالی جز وجه نقد ممنوع است. البته به نظر ما قانونگذار در هر یک از این دو تأسیس اختیار و ممنوعیت را در مورد بحث متوازن نموده است. بدین ترتیب که در دستور موقت پذیرش درخواست به میزان زیادی به صلاحدید دادگاه واگذار گردیده و بنابراین، به همان ترتیب که دادگاه در اصل اخذ و نوع تأمین مختار است در ارزیابی جهت یا جهاتی که خواهان در توجیه لزوم صدور دستور ارائه نموده، از این حیث که آیا مورد مقتضی صدور دستور موقت است یا نه، نیز آزادی عمل دارد (مواد ۷۸۱ و ۷۷۷-۷۷۰). اما در تأمین خواسته، به همان اندازه که دادگاه در اصل اخذ «تأمین» و نوع آن محدود است، در قبول درخواست تأمین خواسته نیز، با وجود شرایط اساسی، در مانحن فیه، ملزم می‌باشد (بند سه و صدر ماده ۲۲۵).

بناء علیهذا، درخصوص تأمین موضوع بند سه ماده ۲۲۵ دادگاه مکلف به اخذ «تأمین»، به صورت وجه نقد، به نحوی که قابل تودیع در صندوق دادگستری (بانک) باشد، از خواهان است و پذیرش هرگونه مال دیگری و یا سندی ممنوع است. در حقیقت، به نظر ما، اخذ تأمین به صورت پیش بینی شده در این بند، نه تنها به منظور تأمین مطمئن تر خسارات وارده به خواننده حاکم می‌باشد بلکه، به ترتیبی که خواهد آمد، می‌تواند قدرت تأثیر این وسیله را در منصرف کردن خواهان از اخذ تأمین، در غیر ما وضع له، افزایش دهد.

۲- میزان «تأمین»

همانطور که گفته شد، در تأمین خواسته، اصل اخذ «تأمین» و نوع

آن در قانون آیین دادرسی مدنی با صراحت پیش بینی گردیده است. اما در مقابل به موجب بند سوم ماده ۲۲۵، «تعیین میزان خسارت به نظر دادگاهی است که درخواست تأمین را پذیرفته است...».

بنابراین علی القاعده دادگاه می بایست، با عنایت به جمیع جهات، خساراتی را که ممکن است از اجرای قرار تأمین خواسته به خواننده وارد شود، با فرض پیروزی او در دعوی، تعیین نموده و صدور قرار را منوط به ایداع آن نماید. درخصوص اخذ «تأمین» موارد زیر قابل طرح به نظر می رسد:

الف) تودیع «تأمین» به نظر ما، نمی تواند محدود به مدت معینی گردد. البته در عمل دادگاهها، پس از تعیین میزان «تأمین»، به موجب اخطاری، خواهان را از میزان آن مطلع و با تعیین ضرب الاجلی، معمولاً یک هفته ای، صدور قرار تأمین را منوط به تودیع آن می نمایند. اما نظر به اینکه بکارگیری این وسیله علیه خواننده مشروط به شرایطی است که در قانون پیش بینی گردیده و تودیع «تأمین»، در مهلت محدود، جزء این شرایط نبوده و اعمال هرگونه تضییقی محتاج نص است و از طرف دیگر تأخیر در تودیع هیچگونه خللی به حق خواننده وارد ننموده و اختلالی در جریان دادرسی بوجود نمی آورد و تأخیر در صدور قرار تأمین خواسته، با توجه به تجویز صدور آن در جریان دادرسی، مخالفتی با مقررات ندارد، به نظر ما تعیین ضرب الاجل غیرقانونی و بنابراین تودیع وجه نقد تعیین شده، خارج از مهلت اعلام شده، نمی تواند خواهان را از این امتیاز محروم نماید. بنابراین پس از وصول درخواست تأمین و احراز شرایط اساسی، و این امر که مورد مشمول هیچ یک از شقوق ۱، ۲ و ۴ ماده ۲۲۵ نمی باشد، دادگاه میزان «تأمین» را تعیین نموده و صدور قرار تأمین را منوط به ایداع آن می نماید و این تصمیم، به نظر ما تا پایان دادرسی آن مرحله، علی الاصول، معتبر و لازم الاجراء محسوب می شود.^{۲۰}

۲۰. البته صدور قرار تأمین خواسته و یار درخواست الزامی است، رأی شماره ۱۳۲۹ مورخ ۱۳۱۳ د.ع.ا.ق. موازین قضایی ص ۶۸. اما به نظر ما با تعیین «تأمین» می توان گفت به این تکلیف عمل شده است.

ب) قابلیت شکایت و اعتراض نسبت به تصمیم دادگاه در خصوص اصل اخذ «تأمین»، نوع و میزان آن، در قانون پیش بینی نگردیده است. در حقیقت، اصل تأمین و نوع آن، صراحتاً در قانون پیش بینی گردیده و میزان آن به نظر دادگاه واگذار شده است. اما سؤالی که مطرح می شود این است که چنانچه دادگاه، در غیر موارد منصوص، صدور قرار تأمین خواسته را مشروط به تودیع «تأمین» نماید تکلیف خواهان، با توجه به سکوت قانون در خصوص قابلیت شکایت و اعتراض این تصمیم، چیست؟ آنچه مسلم است خواهان می تواند نظر دادگاه را به غیرقانونی بودن تصمیم معطوف دارد و دادگاه، بی آنکه در برابر خواهان تکلیفی داشته باشد، می تواند در آن تجدیدنظر نماید و خواننده بر فرض اطلاع حق اعتراض ندارد، اما اگر دادگاه از تجدیدنظر در تصمیم خود، اگرچه تخلف محسوب می شود، خودداری نماید طریقی قانونی جهت فسخ چنین تصمیمی به نظر ما وجود ندارد، اگرچه راه عملی آن با طرح درخواست مستقل مجدد و استناد به ماهیت دعوای مطروحه قبلی، اگر مطرح شده باشد، و... تحت شرایطی وجود دارد.

سؤال دیگری که مطرح می شود این است که آیا دادگاه می تواند در طول دادرسی، پس از تعیین میزان «تأمین» و حتی اخذ آن، به درخواست هر یک از اصحاب دعوی، بی آنکه مکلف باشد، در تصمیم خود تجدیدنظر نماید؟ چنانچه قرار تأمین خواسته صادر شده باشد و دادگاه احراز نماید که مورد از موارد اخذ «تأمین» نبوده است، به عللی که گفته شد، به نظر ما می تواند، به درخواست خواهان، دستور رد آن را صادر نماید. اما چنانچه قرار صادر شده باشد و مشخص گردد که وجه تودیع شده عطف به شرایطی که بعداً احراز گردیده، بیش از حد لازم است، با توجه به اینکه مورد از موارد تعیین «تأمین» بوده، و وجه تودיעی به نوعی متعلق حق خواننده قرار گرفته، دادگاه نمی تواند دستور رد قسمتی از آن را صادر نماید. اما در صورتی که چنین وضعی قبل از صدور قرار تأمین خواسته، قبل یا پس از تودیع وجه، اتفاق افتد، با توجه به اینکه، به صراحت بند سوم ماده ۲۲۵، تعیین میزان «تأمین» به نظر دادگاه می باشد، و تصمیم در این خصوص از

اعتبار امر مختومه برخوردار نبوده و وجه تودیع شده متعلق حق خواننده قرار نگرفته، دلیلی که دادگاه را از تجدیدنظر در میزان وجه تودیع شده منع نماید به نظر ما نمی‌رسد. البته در تمام موارد گفته شده هر اقدامی می‌بایست مبتنی بر درخواست ذی نفع باشد.

ج) چنانچه پس از صدور قرار تأمین خواسته و اجرای آن دادگاه احراز نماید که خسارات احتمالی بیشتر از میزان «تأمین» اخذ شده می‌باشد و یا حتی مورد از موارد اخذ «تأمین» بوده و قرار تأمین خواسته، برخلاف قانون، قبل از تودیع خسارت احتمالی صادر گردیده است آیا دادگاه می‌تواند خواهان را مکلف به تودیع ما به التفات و یا تمامی خسارات احتمالی نماید به نحوی که ابقاء قرار را منوط به آن نماید؟ به نظر ما، در این دو مورد باید قائل به تفکیک بود. در حقیقت با توجه به اینکه قرار تأمین خواسته صادر و اجرا گردیده و قانونگذار، در مواد ۲۲۷ و ۲۳۸، موارد الغاء و رفع اثر و ارتقاع تأمین را پیش‌بینی نموده و استنکاف از تودیع «تأمین»، در این مرحله، نمی‌تواند با هیچ یک از این موارد منطبق گردد و صدور دستوری که فاقد ضمانت اجراء باشد، عملی لغو محسوب است، لذلک مکلف نمودن خواهان به تودیع «تأمین» و یا تکمیل آن، به وجه ملزم، میسر نمی‌باشد. اما در صورتی که قرار تأمین خواسته، برخلاف قانون، بدون اخذ «تأمین» صادر شده باشد، خواننده می‌تواند، به استناد ماده ۲۳۵، از این جهت که صدور قرار منطبق بر هیچ یک از شقوق ماده ۲۲۵ نبوده، با اعتراض به آن، ظرف مهلت مقرر، به نتیجه مطلوب برسد ولی در فرض دیگر، یعنی لزوم افزایش در میزان وجه تودیع شده و دستور تکمیل آن، با توجه به ماده ۲۳۶ و ملاک ماده ۹ راه حلی به نظر نمی‌رسد.

د) سیاق عبارت شق سوم ماده ۲۲۵ ظاهر در این است که دادگاه می‌بایست میزان خساراتی را که از اجرای قرار تأمین خواسته ممکن است به خواننده وارد آید «پیش‌بینی» نموده و «تأمین» را متناسب با آن تعیین

نماید، "اما از یک طرف با توجه به اینکه میزان این خسارات بستگی به امکان عملی اجرای کامل قرار، مدت بازداشت اموال، نوع اموال بازداشت شده و ... دارد، تعیین آن، در همان ابتدای امر، به لحاظ غیرمشخص و حتی غیرقابل پیش بینی بودن این عوامل، نمی تواند با دقت کامل انجام گیرد. از طرف دیگر نظر به اینکه، با توجه به ماده ۲۲۵ خواهان می تواند، در صورت تحقق شرایط اساسی، با پرداخت خسارات احتمالی، دادگاه را مکلف به صدور قرار تأمین نماید، و این حق به نظر ما همواره وجود دارد و همانطور که گفته شد، دادگاه نمی تواند درخواست قرار تأمین خواسته را، حتی به علت احتمال ولو قوی صدور حکم بر بی حقی خواهان و یا ملائت بی چون و چرای خواننده محکوم به رد نماید، باید پذیرفت که دادگاه هیچگونه تکلیفی در تبیین وجود این تناسب نباید داشته باشد. بنابراین علت محول نمودن تعیین میزان «تأمین» به نظر «دادگاه»، بزعم ما، علاوه بر مشکل بودن پیش بینی خسارات از همان ابتدای امر، قراردادن این وسیله در اختیار دادگاه به منظور منصرف نمودن مدعیانی است که با سوء استفاده از این تأسیس، و بکارگیری آن در غیر ما وضع له، قصد ایذاء خواننده دعوی را دارند. بنابراین به نظر ما، دادگاه می تواند با تعیین نسبتی از خواسته، که متناسب با ضعف و قوت دلایل خواهان و حتی وضعیت مالی و ملائت خواننده باشد تحصیل قرار تأمین خواسته را مشکل یا آسان نماید. البته معمولاً محاکم ما با ملاک گیری از ماده ۷۱۹، میزان «تأمین» را در حدود ۱۲ درصد خواسته تعیین می نمایند اما تعیین «تأمین» به میزانی بیش از این، حتی تا چندین برابر خواسته، به نظر ما، مخالفتی با مقررات نمی تواند داشته باشد و در عمل نیز مشاهده می شود. اما تعیین خسارات، به میزانی که بطور فاحش نازل باشد، مخصوصاً در صورت قابل پیش بینی بودن محکومیت خواهان به بی حقی و اعسار وی، می تواند مسؤولیت دادگاه را چنانچه تقصیر تلقی گردد مطرح نماید."

۲۱. «... بنابراین دادگاه در تعیین خسارات احتمالی و تناسب میزان آن قبل از اخذ تأمین باید نهایت

دقت را به عمل آورد، نظر مشورتنی اداره حقوقی ص ۸۱۹ ج اول.

۲۲. اصل ۱۷۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

ه) به موجب بند سوم ماده ۲۲۵، همانطور که گفته شد، «تعیین میزان خسارت به نظر دادگاهی است که درخواست تأمین را پذیرفته است». علت محول نمودن تعیین میزان «خسارات احتمالی» به نظر دادگاه را در سطور قبل مطالعه نمودیم. اما سؤالی که مطرح می شود این است که آیا دادگاه در تعیین «تأمین» آزادی کامل داشته و محدود و مقید به هیچ حدّ و قیدی نمی باشد؟ آنچه مسلم است دادگاه، در تعیین میزان خسارات احتمالی، نه تنها باید ضررهایی را که ممکن است از اجرای قرار تأمین خواسته به خواننده وارد آید مورد لحاظ قرار دهد بلکه، همانطور که گفتیم، به نظر ما می بایست به ضعف و قوت ادله خواهان و حتی وضعیت مالی خواننده نیز، تا حدی که شواهد و مدارک منعکس در دادخواست و ضmann آن حکایت دارد، عنایت نماید. متعدد بودن مبانی و اساس برآورد، که هر یک می تواند نتایج متفاوتی را دربرداشته باشد، قضاوت قاضی در این خصوص، و به موازات آن کنترل و بازرسی آن را مشکل می نماید و شاید به همین سبب است که آرای قدیمی و رویه فعلی مراجع انتظامی مفید قابلیت پذیرش شکایات مربوطه نمی باشد. در عین حال باید به این نکته توجه نمود که به موجب ماده ۷۱۹ در دعاوی که موضوع آن وجه نقد است خسارت تأخیر تأدیه معادل دوازده درصد محکوم به در سال است. بنابراین با توجه به ملاک این ماده و ماده ۷۲۲، چنانچه دادگاه میزانی کمتر از دوازده درصد تعیین نموده باشد، با توجه به مبانی و اساس مورد اشاره، به نظر ما، باید در شرایطی انجام شده باشد که، فی الواقع، گویای استثنایی بودن مورد باشد. در حقیقت سپری شدن مدتی کمتر از یکسال از زمان تأمین خواسته تا صدور حکم (نهایی) و ورود خسارت کمتر از دوازده درصد در اثر بازداشت مال، که معمولاً، جز در مورد اموال غیر منقول ملازمه با بلا استفاده ماندن آنها در مدت بازداشت دارد، خلاف معمول بوده و استثناء محسوب است. وضعیت و موقعیت مالی خواننده حتی قوت ادله مورد استناد خواهان، با وجودی که خواننده تا آن زمان، علی الاصول، دفاعی ننموده، نمی تواند به نظر ما تغییر فاحشی در نتیجه بوجود آورد، مگر در موارد استثنایی و یا درخواست تأمینی که در جریان دادرسی و صدور حکم

تقاضا شده باشد. در نتیجه، با توجه به وضع موجود، به نظر ما، تعیین میزانی به مراتب بیش از آن هم باید موجه تلقی گردد. اما این نسبت تا چه میزانی می تواند افزایش یابد؟ آیا دادگاه می تواند خسارات احتمالی را به میزان خواسته و حتی بیش از آن تعیین نماید؟^{۲۳}

از واژه «خسارات» آنچه معمولاً متبادر به ذهن می شود در صورتی که در ارتباط با عین معین و یا حتی کلی باشد، کمبود و نقصانی است که عارض مال می شود. با این استدلال ضرر مربوطه نمی تواند حتی به ارزش کل نیز بالغ گردد چون در آن صورت تلف تلقی می شود. آنچه مسلم است در اجرای قرار تأمین خواسته، اگر خواسته عین معین بوده، علی الاصول، همان مال بازداشت می شود و در سایر موارد معادل ارزش خواسته از اموال خوانده توقیف می گردد. بازداشت اموال نیز، معمولاً، ملازمه با بلاستناده ماندن آنها دارد. از جمله بازداشت وجه نقد در حساب جاری یا بازداشت اموال منقول مانند ماشین آلات که معمولاً متوقف گردیده و به حافظ تحویل می گردد. در مورد اخیر نه تنها بلااستفاده ماندن مال ضرر و زیانی معادل منافع آن به مالک وارد می آورد بلکه نفس متوقف ماندن ماشین آلات، معمولاً خساراتی را به آن وارد می نماید و، چنانچه مدت بازداشت طولانی گردد، می توان انتظار داشت که خسارات مربوطه از میزان ارزش مال به نحو فاحشی تجاوز نماید. به این عوامل باید نحوه ارزیابی کارشناسان را اضافه نمود که مال مورد ارزیابی را اغلب به قیمتی به مراتب نازل تر از قیمت واقعی ارزیابی می نمایند که خود موجب می گردد که اموال بیشتری به نسبت خواسته، توقیف گردد. در مورد بازداشت وجه نقد نیز، با توجه به کاهش روزافزون ارزش پول، خسارت سنگین است.

آیا تمام این توجیهات، حتی اگر ضعف ادله خواهان و وضعیت بد مالی خوانده را به آن اضافه نماییم، می تواند دادگاه را به تعیین وجهی بیش از ارزش خواسته به عنوان «تأمین» مجاز نماید؟ در بادی امر پاسخ منفی صحیح تر به نظر می رسد. زیرا همانطور که گفته شد مفهوم واژه

۲۳. خسارت، در لغت به معنی زیان، ضرر، کم آمدن حاصل فروش از قیمت خرید؛ ضرر در تجارت و زیان در معامله آمده است. دهخدا، مرحوم علی اکبر، فرهنگ دهخدا.

«خسارت» مشخص است و عنایت قانونگذار به مفهوم این واژه، در زمان جعل، مفروض است. علاوه بر این، قانونگذار در ماده ۲۴۳ به بعد تحت شرایطی، به خواننده حق تبدیل مال توقیف شده به مال دیگر را داده و حتی به وی اجازه می‌دهد که، با دادن ضامن معتبر، از مال توقیف شده رفع بازداشت نماید. از طرف دیگر، در تأیید این نظر نه تنها حقوق خواننده به تبدیل تأمین را باید در نظر داشت بلکه مقررات ماده ۲۶۳ قانون را باید لحاظ نمود. این ماده مقرر می‌دارد: «در هر مورد که مالی اعم از منقول و غیرمنقول توقیف شود و بیم آن رود که ادامه توقیف عین مال موجب ضایع شدن مال یا تنزل بهای آن خواهد بود هر یک از طرفین حق درخواست فروش دارد». در نتیجه خواننده می‌تواند، با استفاده از این حق، از ورود خسارت سنگین به مال و یا ضایع شدن آن جلوگیری نماید. البته شاید گفته شود فروش مال و بنابراین تبدیل آن به وجه نقد نیز، با توجه به کاهش ارزش پول، ضرر را منتفی نمی‌نماید ولی باید پذیرفت که کاهش ارزش پول، در هیچ صورتی نمی‌تواند خسارتی حتی معادل اصل آن را داشته باشد. نظر به مراتب فوق تعیین خسارت احتمالی به میزان اصل خواسته و یا بیش از آن نباید مجاز دانسته شود. اما با توجه به اینکه در هر حال تعیین میزان خسارت، براساس شق سه ماده ۲۲۵، به نظر دادگاه محول گردیده است نهایتاً، بزعم ما می‌توان گفت که تعیین «تأمین» به میزان خواسته و یا حتی بیش از آن، در شرایط خاص، از اختیارات دادگاه است. حاصل تحقیقات به عمل آمده در نحوه بررسی شکایات انتظامی مطروحه در این خصوص نیز مؤید تأکید مراجع مربوطه بر نظر «دادگاه» است اگرچه نظر اول خالی از وجه نمی‌باشد.

نتیجه

همانطور که در بخش «دوم» ملاحظه گردید، مکلف نمودن دادگاه به صدور قرار تأمین خواسته، به «ضرب» دادن «تأمین»، برای اولین بار، در سال ۴۹، در حقوق ما وارد گردید. در حقیقت، در متن اولیه قانون

آ.د.م. مصوب ۱۳۱۸، طبق ماده ۲۳۲، جز در سه مورد اجباری صدور قرار، در سایر موارد این امر به نظر دادگاه محول گردیده بود. بنابراین در غیر موارد منصوص دادگاه در رد یا قبول درخواست مجاز بوده، النهایه، در صورت پذیرش درخواست، صدور قرار تأمین خواسته منوط به دادن «تأمین» از جانب خواهان بود.

به اعتقاد ما، با توجه به شرایط موجود، مقررات فعلی بهتر می‌تواند حقوق مردم را، در این خصوص، تحفیظ نماید. چه آنکه دادگاه می‌تواند، با استفاده بجا از «اهرم» «تأمین»، از یک طرف در صورتی که تأمین خواسته را لازم و «شانس» پیروزی خواهان در ماهیت دعوی را، فی الجمله، عطف به «اساس» آن، بعید ندانست، با «تأمین» نه چندان سنگین زمینه را برای صدور قرار فراهم نماید، و چنانچه به علت ملائت بی‌چون و چرای خواننده و یا ضعف مبنای دعوی و ادله استنادی، تأمین خواسته را غیرضرور و یا حق مورد ادعا را در «اصل» و «اساس» موجه تشخیص نداد، با تعیین «تأمین» سنگین، متقاضی را از تحصیل قرار منصرف نماید. اما به نظر ما، در هر مورد دلائل موجود در پرونده می‌بایست بتواند جهات و مبانی موجهه «نظر» و تصمیم دادگاه را، در این خصوص، با لحاظ تمامی جوانب، به نحوی که قابل داوری باشد، روشن نماید تا، خدای ناخواسته، «اهرم» مزبور در جهت معکوس بکار گرفته نشود.