

تحلیل حقوقی تأمین دعوای واهی در امور حسبی

احمد قلی زاده*

استادیار گروه حقوق دانشکده علوم اداری و اقتصادی دانشگاه اصفهان

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۹/۱۵ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۴/۱۱/۱۰)

چکیده

تحقیق تحلیلی حاضر پس از پرداختن به تأمین دعوای واهی به عنوان تأسیسی که کمتر به آن توجه شده، و تحلیل نکات و مسائل حقوقی مربوط به آن تأمین که در لابه‌لای مواد مربوط به تأمین خواسته مطرح شده و با نگاهی به تأمین اتباع بیگانه، تأمین دعوای واهی در امور حسبی را موضوع اصلی تحقیق و تحلیل قرار داده تاجایی که امکان مستتر بودن دعوا در امور حسبی را استنتاج نموده است. فرض خواننده برای امور حسبی از سوی قانون‌گذار و ناگزیر فرض خواهان برای آن امور، زمینه لازم را برای ارائه تحلیل‌های جدیدتری در خصوص ماهیت امور حسبی و حقوق و تکالیف اطراف آن امور فراهم آورده است. به این ترتیب معلوم می‌شود که متخصصان حقوق معمولاً نگاه تنزیل‌یافته‌ای در مقایسه با نگاه قانون‌گذار به امور حسبی داشته، به بعضی از ظرفیت‌های موجود در امور حسبی توجه نکرده یا توجه کافی نداشته‌اند. روشن شدن بعضی از زوایای تاریک مانده قانون آیین دادرسی مدنی و نیز قانون امور حسبی از نتایج این تحقیق تحلیلی است.

واژگان کلیدی

امور حسبی، تأمین دعوای واهی، خواننده، خواهان، دعوا.

۱. مقدمه

تأمین دعوای واهی مختص خواننده است، باین‌حال، گرچه معمولاً فرض می‌شود که امور حسبی نه خواهان و نه خواننده دارد، ولی قانون‌گذار در قانون آیین دادرسی مدنی در خصوص آن امور هم امکان درخواست تأمین دعوای واهی را مقرر و در نتیجه، فرض پیش‌گفته را مختل کرده است. تردیدی نیست که این قانون در این باره بر قانون امور حسبی حاکم شده است، اما اگر قرار باشد برای امور حسبی خواننده فرض کنیم، لاجرم باید برای آن خواهان هم فرض کنیم و این دو فرض ممکن است سبب شوند که گمان کنیم فرق میان امور حسبی و دعوای در قانون آیین دادرسی مدنی از میان برداشته شده است. ولی وجود ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی مانع از این برداشت است؛ ضمن اینکه تصور خواهان و خواننده برای امور حسبی به راحتی ممکن است و اشکالی به نظر نمی‌رسد. لحاظ شدن تأمین دعوای واهی برای امور حسبی حاکی از آن است که امور حسبی می‌تواند متضمن دعوا باشد.

۲. قرار تأمین دعوای واهی

پیش از پرداختن به اصل موضوع مقاله، توضیحاتی در خصوص قرار تأمین دعوای واهی ضروری به نظر می‌رسد. بنابراین، ناگزیر عنوان مستقل نداشتن قرار تأمین دعوای واهی در قانون آیین دادرسی مدنی، تبیین جهات توجیه‌کننده آن قرار، ابهام‌زدایی از موضوع آن، ضمانت اجرای صدور آن، ابهام‌زدایی از موارد مستثنا از آن و تبیین علت ذکر تأمین خواسته و تأمین دعوای واهی، در ذیل یک عنوان در این بخش مطرح می‌شوند.

۲.۱. عنوان مستقل نداشتن قرار تأمین دعوای واهی در قانون آیین دادرسی مدنی

تأمین دعوای واهی از مواردی است که کمتر توجه متخصصان آیین دادرسی مدنی را به خود جلب کرده است. علت آن در درجه اول خود قانون‌گذار است که به این تأسیس در ضمن قانون آیین دادرسی مدنی (ق.آ.د.م.) عنوان خاصی را اختصاص نداده، بلکه آن را به قول بعضی (شمس، ۱۳۸۵، ج ۳، ص ۲۹؛ کریمی، ۱۳۸۶، ص ۲۲۹) به نادرستی در لابه‌لای مواد مربوط به تأمین خواسته گنجانده است؛ به نحوی که این امر سبب شده است بعضی (سریر، ۱۳۸۶، ص ۱۰۶؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۴۸، ص ۳۰۱) مواد مربوطه را کاملاً نادیده بگیرند و برخی (احمدی، ۱۳۷۱، ص ۴۳۲؛ نوکنده‌ای، ۱۳۸۰، ص ۱۰۵) با وجود ذکر مواد مربوطه در تحلیل آن دچار ابهام شوند. این در حالی است که اگرچه به خود تأمین دعوای واهی عنوانی اختصاص داده نشده، به یکی از انواع آن یعنی تأمین اتباع بیگانه اهمیت بیشتری در قانون اختصاص یافته و احکام آن تأمین در ضمن مواد متعدد بیان شده است. در نتیجه، احکام مربوط به تأمین اتباع بیگانه در مواردی برای استنباط

احکام مربوط به تأمین دعوای واهی قابل استفاده خواهد بود. تأمین دعوای واهی و تأمین اتباع بیگانه در کامن‌لا (Grainger and Fealy, 2000, p.366) نیز با عنوان تأمین هزینه‌ها مرسوم است. احکام مربوط به تأمین دعوای واهی در ضمن دو ماده ۱۰۹ و ۱۱۰ ق.آ.د.م. مطرح شده است. به موجب ماده ۱۰۹، برخلاف قرار تأمین خواسته که به خواهان اختصاص دارد، تأمین دعوای واهی مختص خوانده است. البته علی‌رغم نظر بعضی (مهاجری، ۱۳۷۹، ص ۲۱۷)، این تنها تفاوت میان این دو نیست. برای مثال، برخلاف قرار تأمین خواسته که با وجود یکی از شرایط چهارگانه مقرر در ماده ۱۰۸ ق.آ.د.م. قاضی مکلف به صدور آن است، در خصوص قرار تأمین دعوای واهی قاضی آن‌گونه که در کامن‌لا (Grainger and Fealy, 2000, p.83) نیز معمول است، مخیر است که با توجه به نوع و وضع دعوا و سایر جهات آن تأمین را صادر کند یا نکند؛ گرچه این اختیار در خصوص تأمین اتباع بیگانه به موجب ماده ۱۴۴ ق.آ.د.م. از دادرسی سلب شده است.

۲.۲. تبیین جهات توجیه‌کننده قرار تأمین دعوای واهی

در حقوق ایران تشخیص جهات توجیه‌کننده صدور قرار تأمین دعوای واهی با قاضی است. در کامن‌لا (Grainger and Fealy, 2000, p.83&366) غلط نوشتن آدرس خود از سوی خواهان، تغییردادن آدرس خود از جانب خواهان در اثنای دادرسی (Grubbs, 2003, p.626)، همچنین قرار داشتن محل اقامت خواهان در خارج از حوزه قضایی دادگاه رسیدگی‌کننده، از جهات توجیه‌کننده صدور قرار تأمین دعوای واهی شمرده می‌شود. جهت اخیر در افریقای جنوبی (Oppong, 2013, p.460) نیز به‌عنوان یکی از کشورهای پیرو کامن‌لا در نظر گرفته می‌شود، اما در این کشور اصولاً از خواهان اصلی نمی‌توان تأمین دعوای واهی را مطالبه کرد، ولی چنین تأمینی از خواهان دعوای متقابل قابل مطالبه است. به نظر می‌رسد که به‌طور کلی با توجه به مفاد تبصره ماده ۱۰۹ ق.آ.د.م. اغلب دعوای واهی در قالب دعوای طاری یعنی به صورت دعوای متقابل، ورود ثالث، جلب ثالث، اعتراض ثالث طاری و اعاده دادرسی طاری مطرح می‌شود؛ یعنی این دعاوی مطرح می‌شوند تا رسیدگی به دعوای اصلی به تأخیر افتاده، در نتیجه، موجبات ایدای طرف دعوا و به تأخیر افتادن انجام تعهد فراهم آید. به این ترتیب، ظاهراً دعوای طاری بیشتر از دعوای اصلی احتمال دارد که واهی باشد. در این خصوص، به نظر می‌رسد تقدیم دادخواست اعسار به همراه دادخواست دعوای اصلی از جهات مسلم توجیه‌کننده صدور قرار تأمین دعوای واهی باشد.

علی‌رغم نظر بعضی (حیاتی، ۱۳۸۴، ص ۲۰۰)، واهی بودن به معنای جزمی نبودن نیست. دعوا ممکن است جزمی باشد، یعنی ظنی یا احتمالی نبوده، ولی واهی باشد. برای مثال، شخصی از دیگری مبلغ ده میلیون به استناد یک سند عادی مطالبه می‌کند، ولی در جریان رسیدگی با شهادت شهود معتبر معلوم می‌شود که او وجه سند یادشده را دریافت کرده، ولی چون وانمود می‌کرده که سند را گم کرده، از برگرداندن آن به صادرکننده سند خودداری نموده و اکنون آن را وسیله طرح دعوا قرار داده است. همچنین علی‌رغم نظر بعضی (کریمی، ۱۳۸۶، ص ۲۳۰)، طرح دعوای بلااثر آن‌گونه که در بند ۷ ماده ۸۴ ق.آ.د.م. ذکر شده، مسلماً از مصادیق دعوای واهی است و به زحمت و هزینه غیرقابل برگشت برای خواننده منجر می‌شود؛ اگرچه برای اهل فن مقابله با چنین دعوایی با طرح یک ایراد ساده میسر می‌گردد. به‌نظر می‌رسد این استدلال در خصوص سایر بندهای ماده ۸۴ ق.آ.د.م. که طرحشان به صدور قرار رد دعوا منجر می‌شود نیز صادق باشد.

۳.۲. ابهام‌زدایی از موضوع قرار تأمین دعوای واهی

مطابق قانون، تأمین دعوای واهی «برای تأدیبه خسارات ناشی از هزینه دادرسی و حق‌الوکاله» است «که ممکن است خواهان محکوم شود». ولی می‌دانیم که خواهان، هزینه دادرسی طرح شدن پرونده‌اش در دادگاه را قبلاً پرداخته است، پس در اینجا علی‌رغم نظر بعضی (خالقیان، ۱۳۸۵، ۲۲۲) که منظور از هزینه دادرسی را هزینه دادرسی اقامه دعوی تقابل و تجدیدنظر از سوی خواننده دانسته‌اند، و آن‌گونه که دیگران (شمس، ج ۳، ۱۳۸۵، ص ۳۱) هم نظر داده‌اند، هزینه دادرسی در مفهوم اخص آن منظور نیست، بلکه هزینه دادرسی در مفهوم اعم یعنی هزینه‌هایی که خواننده برای دفاع متحمل می‌شود، موردنظر است. به همین دلیل است که به حق‌الوکاله هم در کنار آن اشاره شده است. درواقع، منظور از هزینه دادرسی و حق‌الوکاله، محتویات خسارت دادرسی است که دریافت آن در کامن‌لا (Goldenberg, 2014, p.5-38) و در حقوق ژاپن (Wagatsuma, 2012, p.196) هم تجویز شده، و در ایران در ماده ۵۱۹ ق.آ.د.م. به‌طور قانونی تعریف شده است و علی‌رغم نظر بعضی (خالقیان، ۱۳۸۵، ص ۲۲۳) و آن‌گونه که دیگران (شمس، ۱۳۸۵، ج ۳، ص ۳۱) هم نظر داده‌اند، سایر هزینه‌ها از قبیل حق‌الزحمه کارشناس، هزینه تحقیقات محلی و هزینه سفر وکیل را هم شامل می‌شود. مسلماً آن‌گونه که دیگران (خالقیان، ۱۳۸۵، ص ۲۱۷) هم نظر داده‌اند، درخواست تأمین دعوای واهی فقط برای آنچه که خواننده تا لحظه درخواست هزینه کرده است، نیست، بلکه شامل هزینه‌های آتی آن نیز می‌باشد. بااین‌حال به‌نظر می‌رسد درخواست تأمین دعوای واهی و قرار مربوط به آن، آن‌گونه که دیگران (شمس، ۱۳۸۵، ج ۳، ص ۳۱) هم تلویحاً نظر داده‌اند، فقط برای یک مرحله از دادرسی است؛ برای مثال اگر این قرار در

مرحله بدوی درخواست شود، دادگاه فقط هزینه‌های آن مرحله را در نظر گرفته، تنها برای همان مرحله در صورت صلاحدید آن قرار را صادر می‌کند. پس اگر دعوا وارد مرحله بالاتر شد، در آن مرحله نیز می‌توان برای همان مرحله درخواست تأمین دعوای واهی نمود.

۲.۴. ضمانت اجرای صدور قرار تأمین دعوای واهی

اهمیت تأمین دعوای واهی به‌حدی است که اگر آن باوجود صدور در مدت مقرر تأدیه نشود، به درخواست خواننده قرار رد دادخواست خواهان صادر می‌شود؛ حتی اگر خواهان آن‌گونه که دیگران (مدنی، ۱۳۵۷، ص ۶۰۸) هم نظر داده‌اند، معسر باشد. البته روشن است که تا وقتی مدت تعیین شده از جانب دادگاه به‌سر نیاید، درخواست صدور قرار رد دادخواست از سوی خواننده پذیرفته نخواهد شد و بعد از به‌سرآمدن مدت نیز تا وقتی خواننده درخواست نکرده است، نمی‌توان آن قرار را صادر کرد. پس بعید نیست که تودیع تأمین دعوای واهی یا به نظر بعضی (خالقیان، ۱۳۸۵، ص ۲۲۵)، انصراف از درخواست تأمین دعوای واهی در فاصله انقضای مدت تا درخواست خواننده برای صدور قرار رد دادخواست، مانع از پذیرش درخواست خواننده برای صدور آن قرار گردد. همچنین، مدت آن نیز همان‌گونه که در کامن‌لا (Grainger and Fealy, 2000, p.366) معمول است، به تشخیص دادگاه تعیین می‌شود. بعید نیست آن مدت آن‌گونه که دیگران (خالقیان، ۱۳۸۵، ص ۲۲۵) هم نظر داده‌اند، با رعایت ماده ۴۵۰ ق.آ.د.م. حداقل برای یک بار قابل تمدید از سوی دادگاه باشد.

همین اهمیت باعث می‌شود گرچه مهلتی برای درخواست آن در قانون معین نشده است، آن‌گونه که بعضی (شمس، ج ۲، ۱۳۸۵، ص ۱۶۹) نیز ابراز کرده‌اند، نتوان مهلتی بیش از پایان جلسه اول دادرسی (نظیر آنچه در ماده ۱۴۴ ق.آ.د.م. برای تأمین اتباع بیگانه در نظر گرفته شده است) برای آن در نظر گرفت. بدیهی است آغاز این مهلت از لحظه ابلاغ دادخواست به خواننده است. البته در رسیدگی‌های عادی که اصولاً جلسه‌ای برای حضور طرفین در دادگاه برگزار نمی‌شود، به‌نظر می‌رسد این تأمین تا وقتی قابل درخواست است که رسیدگی به پرونده آغاز نشده باشد؛ به‌عبارتی (مدنی، ۱۳۵۷، ص ۶۰۸) این درخواست در لایحه دفاعیه خواننده مطرح می‌شود. البته برابر ماده ۱۰۹ ق.آ.د.م، در صورت تأدیه نشدن تأمین یادشده، قرار رد دادخواست صادر می‌شود و نشان می‌دهد که دادگاه وارد رسیدگی نشده بوده است؛ زیرا در غیر این صورت قرار رد دعوا صادر می‌شد. البته چون اصولاً هر دادرسی بیش از یک جلسه ندارد، صحیح آن است که خواننده به‌محض دریافت دادخواست خواهان یا آن‌گونه که در کشور دانمارک (Grubbs, 2003, p.165) نیز معمول است، حداکثر قبل از شروع جلسه اول دادرسی درخواست خود برای تأمین دعوای واهی را مطرح نماید و درخواست او رسیدگی شود، وگرنه با توجه به اصل یادشده،

آخر جلسه اول دادرسی اصولاً موقع ختم مذاکرات خواهد بود؛ یعنی قاعدتاً تا آن موقع خواننده هزینه‌هایی را که از دریافت نشدن آن‌ها خوف داشته، انجام داده و اکنون اگر دعوا واهی بوده باشد، دیگر نه موقع مطالبه تأمین، بلکه موقع مطالبه اصل خسارات است. مسلماً خواننده نمی‌تواند مطمئن باشد که درخواست او برای تودیع تأمین دعوی واهی در جلسه دادگاه پذیرفته شده و پذیرش آن مانع از جریان دادرسی خواهد شد، ضمن اینکه هیچ دلیلی وجود ندارد که نشان دهد با درخواست تأمین دعوی واهی رسیدگی‌های قبلی دادگاه کان‌لم‌یکن خواهد بود. آن‌گونه که دیگران (مهاجری، ۱۳۸۷، ص ۵۹) هم نظر داده‌اند، این درخواست مستلزم هزینه دادرسی نیست.

رد شدن دادخواست خواهان به دلیل تودیع نشدن تأمین دعوی واهی مانع از طرح مجدد دعوا از سوی او نخواهد بود، همچنان که طرح مجدد دعوا مانع از مطالبه مجدد تأمین دعوی واهی از سوی خواننده نخواهد شد. عدم تودیع تأمین دعوی واهی از سوی خواهان فقط به از دست رفتن هزینه دادرسی پرداخته‌شده او منجر می‌شود. در دعاوی غیرمالی به دلیل کم بودن این هزینه، این امر برای خواهان چندان گزنده نیست؛ پس او ممکن است عمداً از تودیع تأمین دعوی واهی خودداری کند، به امید اینکه قاضی‌ای که به دادخواست مجددش رسیدگی می‌کند، قرار تأمین دعوی واهی صادر نکند یا مبلغی کمتر را به‌عنوان تأمین دعوی واهی مقرر نماید. اما با وجود کمتر بودن هزینه دادرسی دعاوی غیرمالی نسبت به دعاوی مالی، آن‌گونه که دیگران (عامریون، ۱۳۳۹، ص ۱۲) هم نظر داده‌اند، این نسبت در خصوص تأمین دعوی واهی چندان صادق نیست، زیرا چه‌بسا خواننده برای دفاع در مقابل یک دعوی غیرمالی نیز مجبور به صرف هزینه هنگفتی باشد. از این نظر تأمین دعوی واهی نه تنها روی دیگر سکه تأمین خواسته است، بلکه روی دیگر سکه دستور موقت نیز می‌باشد. باین حال، علی‌رغم نظر بعضی (شمس، ۱۳۸۵، ج ۳، ص ۳۱)، در تعیین میزان تأمین دعوی واهی، توانایی مالی خواهان نباید در نظر گرفته شود؛ وگرنه خواهان‌های ناتوان از نظر مالی به طرح دعاوی واهی تشویق می‌شوند و این نقض غرض قانون‌گذار است.

تأمین دعوی واهی در دعاوی غیرمالی بیش از دعاوی مالی کاربرد دارد، چون در دعاوی مالی هرچه خواسته بیشتر باشد، هزینه دادرسی هم بیشتر می‌شود؛ پس هرچه خواسته افزایش یابد، هزینه دادرسی آن بازدارندگی بیشتری برای اقامه دعوی واهی ایجاد می‌کند، خصوصاً که این بازدارندگی افزون‌بر افزایش مبلغ خواسته با بالا رفتن مراحل دادرسی هم با نسبت مستقیم افزوده می‌شود و در مرحله فرجامی به اوج خود می‌رسد. حال آنکه در دعاوی غیرمالی هزینه دادرسی بسته به اهمیت خواسته یا بالا رفتن مراحل دادرسی حتی با تحولات اخیر (۱۳۹۳ش)

چندان افزایش نمی‌یابد و هزینه دادرسی این دعوی، بازدارندگی کافی ندارد. بازدارندگی محدود آن‌هم با افزایش خواسته و بالا رفتن مراحل دادرسی کاهش می‌یابد. با توجه به اطلاق حکم ماده ۱۰۹ ق.آ.د.م. و استعداد موضوع، آن‌گونه که دیگران (کریمی، ۱۳۸۶، ۲۳۲) هم نظر داده‌اند و در کامن‌لا (Grainger and Fealy, 2000, p.85) نیز معمول است، نه تنها در مرحله بدوی، بلکه در مراحل تجدیدنظر و فرجام هم تأمین دعوای واهی قابل مطالبه خواهد بود. همچنین تفاوتی نمی‌کند که خواسته مالی باشد یا غیرمالی. در مورد اینکه آیا حق مطالبه تأمین دعوای واهی برای خواننده غایب محفوظ می‌ماند یا خیر، جز به‌طور استثنایی (کریمی، ۱۳۸۶، ۲۳۲) بحثی نشده است. ولی علی‌رغم نظر بعضی (کریمی، ۱۳۸۶، ۲۳۳) و با توجه به اینکه در مرحله واخواهی رسیدگی به دادخواست خواهان انجام شده است، دیگر نمی‌توان بقای آن حق (حق مطالبه تأمین دعوای واهی) را استصحاب نمود. درمقابل، بحث ممکن بودن یا نبودن مطالبه تأمین دعوای واهی از سوی واخوانده مطرح می‌شود. آن‌گونه که دیگران هم نظر داده‌اند (کریمی، ۱۳۸۶، ۲۳۳)، بعید به نظر می‌رسد که واخوانده بتواند تأمین دعوای واهی را مطالبه کند، چون خود او به‌عنوان خواهان دعوای احتمالاً واهی باعث مطرح شدن واخواهی شده است.

۵.۲. ابهام‌زدایی از موارد مستثنا از تأمین دعوای واهی

مواردی از تأمین دعوای واهی مستثنا شده‌اند که عبارت‌اند از دعوای مستند به چک، سفته و برات؛ دعوای مستند به اسناد رسمی؛ دعوای علیه متوقف؛ و مواردی که قانون امور حسبی مراجعه به دادگاه را مقرر کرده است. ظاهراً در دو مورد اول چون احتمال موفقیت خواهان در دعوای خود بالاست، معمولاً احتمال واهی بودن دعوا پایین است. البته لازمه معاف شدن خواننده در این مواد آن است که سند ارائه شده علی‌رغم نظر برخی (مهاجری، ۱۳۸۷، ص ۶۷) حداقل در ظاهر عنوان سند تجاری یا رسمی داشته باشد، وگرنه بدیهی است که نمی‌توان با استناد به سفته‌ای که بر روی آن ضربدر کشیده شده و درشت نوشته شده است «باطل است»، از تودیع تأمین دعوای واهی معاف شد. در دو مورد بعدی هم، چون دعوا با مراجعه به دادگاه و به درخواست دادگاه اقامه می‌شود، اقامه‌کننده دعوا یا مراجعه‌کننده به دادگاه گرچه خواهان یا شبیه به آن تلقی می‌گردد، از تأدیه تأمین دعوای واهی معاف است. بعضی (بهشتی و مردانی، ۱۳۸۵، ص ۲۸۸) ماده ۱۲ قانون حفظ و حراست منابع آب‌های زیرزمینی مصوب ۱۳۴۵ ش، را از موارد معافیت از تودیع تأمین دعوای واهی به‌موجب قانون خاص تلقی کرده‌اند، ولی آن ماده در خصوص معافیت از تودیع خسارات احتمالی برای گرفتن دستور موقت است و ربطی به تأمین دعوای واهی ندارد. به دلیل استثنایی بودن موارد معافیت از تودیع تأمین دعوای واهی، مسلماً

نمی‌توان موارد مشکوک را از موارد معافیت تلقی نمود. به نظر می‌رسد، قانون‌گذار به این فرض توجه نشان نداده است که هر جا گرفتن تأمین خواسته یا دستور موقت بدون تودیع خسارات احتمالی تجویز شده باشد، در آن تأمین دعوای واهی را نمی‌توان درخواست کرد. ولی چه بسا وجود چنین شرایطی در بررسی وضع دعوا برای صادر کردن یا نکردن قرار تأمین دعوای واهی، از سوی قاضی مورد توجه قرار گیرد.

۲.۶. تبیین علت ذکر قرارهای تأمین خواسته و تأمین دعوای واهی در ذیل یک عنوان

به نظر می‌رسد یکی از علل جمع شدن مواد مربوط به تأمین خواسته و تأمین دعوای واهی در ذیل یک عنوان، علی‌رغم نظر برخی (خالقیان، ۱۳۸۵، ص ۲۲۶)، مشترک بودن مواد ۱۱۸، ۱۱۹ و ۱۲۰ درباره آن‌هاست. قرار قبول یا رد تأمین دعوای واهی نیز غیرقابل تجدیدنظر است. اگر این ماده هم وجود نداشت، این امر از مفاد ماده ۳۳۲ ق.آ.د.م. که قرارهای قابل تجدیدنظر را به طور حصری بیان نموده است، قابل استنباط بود. حتی علی‌رغم نظر بعضی (مدنی، ۱۳۵۷، ۶۰۹) که گمان می‌رود نظرشان از قانون سابق نشئت گرفته باشد، این قرار قابل پژوهش و فرجام، همراه با پژوهش و فرجام از اصل حکم نیست. البته امکان درخواست تأمین دعوای واهی در مراحل بالاتر نمی‌تواند جایگزین پژوهش یا فرجام نسبت به رد درخواست تأمین دعوای واهی شود، چون با پژوهش یا فرجام از رد درخواست، برای مرحله قبلی تأمین درخواست می‌گردد؛ درحالی که با مطالبه تأمین در هر مرحله برای همان مرحله تأمین مطالبه می‌شود. اما با وجود قابل تسری بودن مفاد مواد ۱۱۸ تا ۱۲۰ ق.آ.د.م. به تأمین دعوای واهی، علی‌رغم گمان بعضی (مهاجری، ۱۳۸۱، ص ۱۱۵ و ۱۳۸۷، ص ۶۰)، بعید به نظر می‌رسد که بتوان مفاد ماده ۱۱۶ ق.آ.د.م. در خصوص اعتراض به قرار تأمین خواسته را به تأمین دعوای واهی هم تسری داد، چون آن ماده به طور کامل با مواد خاص مربوط به تأمین خواسته محصور شده است، ضمن اینکه آن گونه که دیگران (خالقیان، ۱۳۸۵، ص ۲۲۳) هم تلویحاً نظر داده‌اند، در مقام شک، اصل بر غیرقابل اعتراض بودن آرا است.

باین حال، قانون‌گذار در ماده ۱۲۰ ق.آ.د.م. به دو مطلب توجه نداشته است؛ اول اینکه آن گونه که بعضی نیز تلویحاً ابراز کرده‌اند (شمس، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۲۶۳ و ۴۴۶)، مفاد ماده ۱۱۸ هم باید در ماده ۱۲۰ گنجانده می‌شد، چون ممکن است افزون بر موارد گفته شده در ماده ۱۲۰، یعنی محکومیت خواهان به بطلان دعوا یا بی‌حقی، علت استحقاق خوانده به خسارات ناشی از اجرای تأمین خواسته صدور قرار رفع تأمین، یا آن گونه که دیگران (شمس، ج ۳، ۱۳۸۵، ص ۷۷؛ فتحعلی، ۱۳۸۲، ص ۱۲۱) هم نظر داده‌اند، صدور قرار به دلیل استرداد دعوا یا دادخواست باشد. حتی آن گونه که دیگران (مهاجری ۱۳۷۹، ص ۲۳۵) هم ابراز کرده‌اند، به همین سیاق می‌توان استنباط کرد

که علت رفع تأمین می‌تواند قرار رد دعوا یا قرار ابطال دادخواست نیز باشد؛ در نتیجه، با توجه به ذکر عبارت «یا حقی برای او به اثبات نرسد» در ماده ۱۲۰، موارد یادشده در ماده ۱۱۸ به شرح پیش‌گفته نیز علی‌رغم نظر بعضی (مهاجری، ۱۳۸۷، ص ۹۰) می‌تواند آن‌گونه که دیگران (خالقیان، ۱۳۸۵، ص ۲۲۶) هم نظر داده‌اند، به استحقاق خواننده به خسارات منجر شود. دوم اینکه قانون‌گذار در تدوین ماده ۱۲۰ توجه نکرده است که خسارات درخواستی خواننده می‌تواند خسارات ناشی از اجرای تأمین خواسته یا ناشی از دادخواهی (خسارت دادرسی) ناموفق خواهان باشد و تشریفات ماده ۱۲۰، آن‌گونه که برخی (غمامی و عرب، ۱۳۹۰، ص ۲۵۰) صریحاً و بعضی (خالقیان، ۱۳۸۵، ص ۲۲۷) تلویحاً نظر داده‌اند، می‌تواند در هر دو مورد به‌کار رود، زیرا چنین تشریفات در جای دیگری برای بازستاندن خسارات دادرسی مقرر نشده است. ماده ۵۱۵ ق.آ.د.م. با وجود اینکه استحقاق خواننده به دریافت خسارات را با حصول شرایط مربوطه به رسمیت شناخته و بعضی از احکام مربوط به دریافت خسارت دادرسی را معین نموده، ولی در خصوص جزئیات دیگر مخصوصاً نحوه استفاده از تأمین دعوای واهی از قبل تأدیه‌شده سکوت اختیار کرده و آن‌گونه که بعضی (خالقیان، ۱۳۸۵، ص ۲۱۴) نیز ابراز نموده‌اند، در جای دیگری هم این شرایط و شیوه بیان نشده است و علی‌رغم نظر بعضی (فتحعلی، ۱۳۸۲، ص ۱۲۱)، ناگزیر باید از ماده ۱۲۰ در این موارد کمک گرفت.

برای نمونه، با مراجعه به ماده ۱۲۰ مشخص می‌شود که در صورت اثبات نشدن حقی برای خواهان، خواننده با دریافت رای قطعی می‌تواند ظرف ۲۰ روز خسارات دادرسی را بدون رعایت تشریفات آیین دادرسی مدنی و پرداخت هزینه دادرسی مطالبه کند. برای این مطالبه صرف درخواست، آن‌گونه که در کامن‌لا (Mullenix, 2014, p.119) هم معمول است، کفایت و به آن به‌طور عادی (با تبادل لوایح) و در وقت فوق‌العاده رسیدگی می‌شود و رای صادره در این مورد غیرقابل تجدیدنظر خواهد بود. به‌عنوان یک مزیت، درخواست دادن در آن ۲۰ روز مانع از استرداد تأمین دعوای واهی به خواهان با اتمام آن مدت می‌شود. در واقع اگر خواننده از این مهلت استفاده نکند، گرچه حقش را برای مطالبه خسارات از دست نمی‌دهد، ولی برای مطالبه آن مجبور خواهد بود به‌جای درخواست دادخواست داده، هزینه دادرسی را هم پرداخت کند. به دادخواست او با رعایت تشریفات آیین دادرسی مدنی و قاعدتاً به‌طور اختصاری (با دعوت از طرفین در دادگاه صالح) رسیدگی می‌شود و رای صادره ظاهراً قابل تجدیدنظر خواهد بود. اگر خواننده عملاً این ۲۰ روز را از دست داده باشد، بعید است که بتواند هزینه دادرسی دادخواست خسارات دادرسی را از طرف مقابل مطالبه کند.

اطلاق ماده ۱۲۰ ق.آ.د.م. حاکی از آن است که علی‌رغم نظر بعضی (مهاجری، ۱۳۷۹، ص ۲۳۹ و ۱۳۸۱، ص ۱۱۳؛ شریفی و انوشه‌پور، ۱۳۸۱، ص ۲۴۴)، اعم از اینکه خواهان خسارات احتمالی را تأدیه کرده

یا نکرده باشد، آن گونه که دیگران (شمس، ج ۳، ۱۳۸۵، ص ۴۷۴) هم نظر داده‌اند، این ماده اجرا می‌شود و اگر خواهان خسارات احتمالی را تأدیه نکرده باشد، خواننده با مطالبه خسارات در ظرف این ۲۰ روز، گرچه امتیاز دریافت خسارات از محل وجوه تودیع شده را از دست می‌دهد، ولی همچنان از سایر امتیازات نظیر رسیدگی فوق‌العاده به درخواستش بهره‌مند خواهد بود. همین اطلاق و عدم وابستگی اعمال ماده ۱۲۰ به تودیع شده بودن یا نبودن خسارات احتمالی یا تأمین دعوی واهی سبب می‌شود که علی‌رغم نظر بعضی (مهاجری، ۱۳۷۹، ص ۲۴۰)، حتی اگر خسارات درخواستی بیش از مبلغ تودیع شده به‌عنوان خسارات احتمالی یا تأمین دعوی واهی باشد، همچنان خواننده بتواند از ماده ۱۲۰ و امتیازات آن برای مطالبه خساراتش برخوردار شود. در این خصوص، آن چنان که دیگران (غمامی و عرب، ۱۳۹۰، ص ۲۵۱) هم یادآور شده‌اند و علی‌رغم نظر برخی (کریمی، ۱۳۸۶، ص ۱۳۵)، تصمیم دادگاه حکمی قطعی خواهد بود نه دستوری اداری، و موضوع حکم یادشده صرفاً تحویل دادن یا ندادن مبلغ تودیع شده به خواننده نخواهد بود؛ چه‌بسا اساساً مبلغی تودیع نشده باشد. در شرایطی هم که مبلغی تودیع شده است، علی‌رغم نظر بعضی (واحدی، ۱۳۷۷، ص ۱۳۳)، مبلغی که به آن حکم داده می‌شود ممکن است کمتر از میزان مبلغ تودیع شده یا بیشتر از آن باشد. همان‌گونه که از مواد ۱۰۸ و ۱۰۹ مشخص است، آنچه تودیع شده به‌عنوان معادلی برای خسارات احتمالی بوده که اکنون صفت احتمالی بودن آن برطرف شده و به امری واقعی و قابل ارزیابی تبدیل شده است، پس باید مقدار دقیق خسارات مشخص شود.

قانون‌گذار در ماده ۱۲۰ ق.آ.د.م. مطالبه خسارات دادرسی یا خسارات ناشی از دریافت و اجرای قرار تأمین خواسته را به قطعی شدن حکم بی‌حقی خواهان و موارد مشابه منوط دانسته و آن را به نهایی شدن حکم یادشده و موارد مشابه وابسته ندانسته است. علی‌رغم نظر بعضی (مهاجری، ۱۳۷۹، ص ۲۴۱)، به نظر می‌رسد این روش قانون‌گذار درست بوده، چون وقتی اصل حکم با قطعی شدن قابل اجراست، چرا نباید متفرعات مربوط به آن هم به‌این ترتیب قابل مطالبه و اجرا باشد. در هر حال، علی‌رغم نظر بعضی (مهاجری، ۱۳۷۹، ص ۲۴۱) که معتقدند «حکم نهایی دیگر قابل تغییر نیست»، چه‌بسا آن حکم (حکمی که مرحله فرجامی را هم پشت سر گذاشته است) برای مثال به دلیل پیدا شدن مدرک مکتوم مورد اعاده دادرسی واقع شود یا به دلیلی مورد اعتراض ثالث قرار گرفته، تغییر کند. به نظر می‌رسد با تغییر حکم از طریق اعاده دادرسی و نظایر آن، علی‌رغم نظر بعضی (مهاجری، ۱۳۷۹، ص ۲۴۱)، در همان دادرسی می‌توان استرداد خسارات پرداختی سابق را به‌عنوان متفرعات مطالبه نمود و نیازی به طرح دعوی خسارات در خارج از آن دادرسی نخواهد بود.

در این باره، آنچه از ماده ۱۰۹ ق.آ.د.م. مستفاد می‌شود، علی‌رغم نظر بعضی (مهاجری، ۱۳۷۹، ص ۲۴۲)، آن نیست که خواهان به‌عنوان تأمین دعوای واهی فقط باید وجه نقد به صندوق دادگستری تودیع کند، بلکه برابر تعریف ماده ۱۲۱ ق.آ.د.م. از «تأمین»، و آن‌گونه که دیگران (شمس، ج ۳، ۱۳۸۵، ص ۳۱) هم نظر داده‌اند، چه بسا خواهان مال منقول یا غیرمنقولی را به‌عنوان تأمین در توقیف قرار دهد. به‌این ترتیب، مواد پس از ماده ۱۲۱ نیز در خصوص تأمین دعوای واهی کاربرد خواهند یافت، چون ممکن است مواردی نظیر تبدیل تأمین در این باره هم ضرورت پیدا کند. البته با صراحت موجود در مواد قانونی، علی‌رغم نظر بعضی (خالقیان، ۱۳۸۵، ص ۲۲۲)، بعید است که قاضی بتواند بدون رضایت خوانده به اخذ ضامن از خواهان به‌جای تودیع تأمین اکتفا نماید.

۳. فرض خواهان و خوانده برای امور حسبی

قانون‌گذار تأمین دعوای واهی را نه‌تنها در امور ترافعی، اعم از دعوای اصلی یا طاری مجاز شمرده، بلکه آن‌گونه که در کامن‌لا (Musyoka, 2010, p.227) نیز معمول است، به‌صراحت مطرح نموده است که در امور حسبی هم خوانده می‌تواند درخواست تأمین دعوای واهی از خواهان بنماید. بنابراین از ویژگی‌های ماده ۱۰۹ ق.آ.د.م. فرض خواهان و خوانده برای امور حسبی است. حال آنکه معمولاً گفته می‌شود امور حسبی نه خواهان دارد و نه خوانده، یا امور حسبی اصحاب دعوا ندارد (واحدی، ۱۳۷۸، ص ۱۵۶)، و یا امور حسبی خواهان دارد ولی خوانده ندارد (کانونیان، ۱۳۷۶، ص ۱۱۵). اما قانون‌گذار در این ماده هم خوانده و هم خواهان را برای امور حسبی فرض کرده است و با صراحتی که در کلمات آن ماده وجود دارد، اصلاً به‌نظر نمی‌رسد که این کلمات به اشتباه از سوی قانون‌گذار بیان شده باشد.

در این باره مثال‌هایی برای فرض خواهان و خوانده در امور حسبی راهگشا خواهد بود؛ ضمن اینکه در همین باره برای معافیت از تودیع تأمین دعوای واهی در امور حسبی، لازم است معلوم شود در چه مواردی مراجعه به دادگاه با مقررۀ قانون امور حسبی انجام می‌شود.

۳. ۱. مثال‌هایی برای فرض خواهان و خوانده در امور حسبی

تصور خواهان و خوانده در امور حسبی در همه موارد چندان مشکل نیست. این تصور در کامن‌لا (Haymond, Burch and McKune, 1872, p.736) نیز معمول است؛ با این تفاوت ظریف که در آن درخواست‌دهنده^۱ را خوانده، و مخالف‌کننده^۲ را خواهان انگاشته‌اند. حالت

1. Petitioner
2. Contestant

عوض شدن جایگاه خواهان و خوانده در حقوق ایران هم قابل ملاحظه است؛ برای مثال در خصوص درخواست حصر وراثت، می‌توان درخواست‌دهنده و کسانی را که او به‌عنوان ورثه متوفا تعیین می‌کند، خواهان تلقی کرد و چون ادعای او این است که فقط همین اشخاص معرفی شده ورثه منحصر شخص متوفا هستند و هیچ شخص دیگری وارث شخص متوفای مورد نظر نیست، پس می‌توان همه افراد جامعه و حتی به‌نوعی همه افراد جهان را خوانده چنین ادعایی محسوب نمود. البته در این مثال، چنین خواندگانی برای دفاع به دادگاه مراجعه نمی‌کنند و در این‌گونه موارد مسئله تأمین دعوای واهی و مطالبه آن از سوی خوانده مطرح نمی‌شود، ولی اگر شخصی به تبع انتشار آگهی مربوط به این درخواست حصر وراثت به دادگاه مراجعه نماید، به نظر می‌رسد او با ادعای متقابلی مبنی بر اینکه او هم وارث متوفای مورد نظر است، آن‌گونه که دیگران (صدرزاده افشار، ۱۳۷۹، ص ۳۴۳) هم تلویحاً نظر داده‌اند و علی‌رغم نظر بعضی (عامریون، ۱۳۳۹، ص ۱۱)، در مقامی شبیه به مقام خواهان دعوای متقابل قرار می‌گیرد؛ پس برای این مدعی جدید، درخواست‌کننده گواهی حصر وراثت و کسانی که او به‌عنوان وارث منحصر متوفا معرفی کرده بود، نقش خوانده را خواهند داشت و آن‌ها در صورت نبود مانعی قانونی می‌توانند از ادعاکننده، آن‌گونه که در کامن‌لا (Grainger and Fealy, 2000, p.83) نیز معمول است، مطالبه تأمین دعوای واهی نمایند. البته گرچه این مثال درستی است، ولی به حکایت ماده ۱۰۹، از موارد معافیت از مطالبه تأمین دعوای واهی است، زیرا در اینجا مراجعه‌کننده با دعوت دادگاه که مطابق قانون امور حسبی مقرر شده است، ادعای خود مبنی بر وارث بودن را مطرح می‌کند.

در مثال پیش‌گفته، گرچه تأمین دعوای واهی از سوی خوانده متقابل مطالبه می‌شود، ولی متقابل بودن دعوا اصولاً مانع از مطالبه آن تأمین نیست؛ چراکه برابر ماده ۱۴۵ ق.آ.د.م. متقابل بودن دعوا مانع از مطالبه تأمین اتباع بیگانه که از انواع تأمین دعوای واهی است، می‌شود. این به آن سبب است که احکام استثنا را به اصل نمی‌توان سرایت داد. به‌جز دعوای علیه متوقف و درخواست‌هایی که به‌موجب قانون امور حسبی به تبع آگهی اقامه می‌شوند، در مورد آن دسته دعوای که بر اثر آگهی رسمی اقامه می‌شوند، نظیر دعوای اعتراض به ثبت نیز تأمین دعوای واهی قابل مطالبه است؛ گرچه با استدلال پیش‌گفته تأمین اتباع بیگانه قابل مطالبه نمی‌باشد.

در دیگر امور حسبی، برای مثال در موردی که دادگاه می‌خواهد شخصی را به‌عنوان قیم محجور یا امین ترکه تعیین کند هم می‌توان آن‌گونه که در کامن‌لا (Fastcase, 2012, p.4) نیز معمول است، فرض خواهان و خوانده کرد. برای نمونه، همسر مردی که به‌علت بیماری یا کهولت سن و نظایر آن مشاعرش را از دست داده، به دادگاه مراجعه و درخواست می‌کند که برای شوهرش قیم تعیین شود. در اینجا لازمه تعیین قیم، اثبات حجر مرد است و در این امر

زن خواهان، و مرد خوانده می‌باشد و آن خوانده مجاز است که مطابق ماده ۱۰۹ ق.آ.د.م. تأمین دعوای واهی را مطالبه نماید.

همچنین است اگر موت فرضی شخصی مطرح باشد، طلبکاران او برای حکم موت فرضی او مراجعه می‌کنند؛ چون در صورتی که شخص فوت کند، به استناد ماده ۵۲۶ ق.آ.د.م. مستثنیات دین نسبت به اموال او مطرح نمی‌شود و همه اموال او بدون استثنا قابل توقیف خواهد بود. ولی در این خصوص، همسر، فرزندان، پدر و مادر او که در خانه او سکونت دارند و از وسایل او نظیر اتومبیل و اثاثیه منزل که همگی از مستثنیات دین هستند بهره‌می‌برند، مایل نیستند حکم موت فرضی صادر شود؛ در نتیجه در این مورد به نوعی می‌توانند خوانده فرض شوند. در این باره، این خواندگان اصولاً می‌توانند از آن خواهان‌ها مطالبه تأمین دعوای واهی کنند.

۳.۲. موارد مراجعه به دادگاه با مقررۀ قانون امور حسبی

برابر ماده ۱۰۹ ق.آ.د.م، مواردی که قانون امور حسبی مراجعه به دادگاه را مقرر داشته است، از تودیع تأمین دعوای واهی مستثنا شده‌اند. در این مورد بعضی (مهاجری، ۱۳۷۹، ص ۲۱۷ و ۱۳۸۷، ص ۶۱) منظور از «مواردی که قانون امور حسبی مراجعه به دادگاه را مقرر داشته است» را به معنای مواردی دانسته‌اند که در آن‌ها «قانون به ذی‌نفع اجازه داده است برای رسیدن به حق خود به دادگاه مراجعه کند». ولی اگر این‌گونه برداشت شود، بعید به نظر می‌رسد که بتوان مصداقی برای اجرای تأمین دعوای واهی در امور حسبی یافت، چون مشکل است بتوان بدون اجازه دادگاه، امور حسبی را در دادگاه مطرح کرد. پس ناگزیر علی‌رغم نظر بعضی (شمس، ۱۳۸۵، ج ۳، ص ۳۰) و آن‌گونه که برخی (صدرزاده افشار، ۱۳۷۹، ص ۳۴۳) با عنوان «دعوت به دعوا در امور حسبی» یا «تحریک» و بعضی دیگر (متین دفتری، ۱۳۷۸، ص ۴۷۸) تحت عنوان «تحریک به دعوا و اظهار حق در امور حسبی» بیان نموده‌اند، به نظر می‌رسد منظور آن عبارت مواردی است که قانون از اشخاص دعوت می‌کند که در دادگاه حضور یابند. آن‌گونه که برخی (متین دفتری، ۱۳۷۸، ص ۴۶۴) ابراز داشته‌اند، دعوت به اعتراض به ثبت، دعوت به دعوا در امور حسبی، و دعوت به دعوا در امور بازرگانی (نظیر مورد فقدان اسناد در وجه حامل) از مصادیق تحریک به دعوا و اظهار حق به حساب می‌آید. پس علی‌رغم نظر بعضی (مهاجری، ۱۳۷۹، ص ۲۱۷؛ خالقیان، ۱۳۸۵، ص ۲۲۱)، مراجعه به دادگاه برای دریافت گواهی حصر وراثت معاف از تأدیه تأمین دعوای واهی نیست، بلکه مراجعاتی که در مقابله با درخواست یادشده و معمولاً با اطلاع از آگهی دادگاه در خصوص آن پرونده به دادگاه می‌شود، معاف از تأدیه تأمین یادشده می‌باشد. مثال‌هایی که برخی (کریمی، ۱۳۸۶، ص ۲۲۹) برای این مورد زده‌اند هم نشان می‌دهد که آنان هم موافق تفسیر این موضوع به

این نحو هستند. نحوه قرارگرفتن این عبارت در ماده ۱۰۹ ق.آ.د.م. نشان می‌دهد کسانی که به این ترتیب و با آگهی و دعوت دادگاه به پرونده ملحق می‌شوند، خواهان و درواقع خواهان متقابل هستند. همان‌گونه که از ماده ۱۱۰ ق.آ.د.م. با توجه به عبارت «دعای علیه متوقف» و از ماده ۱۴۵ ق.آ.د.م. با توجه به عبارت «دعای رسمی اقامه می‌شود از قبیل اعتراض به ثبت و دعوی علیه متوقف» قابل استنباط است. البته منظور از دعوی علیه متوقف، دعوی ورشکستگی نیست، بلکه منظور دسته‌ای از دعوی است که با آگهی مدیر یا اداره تصفیه به موجب قانون تجارت یا قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی علیه شخصی که حکم ورشکستگی اش صادر شده است اقامه می‌شود و مفاد بند ۵ ماده ۱۴۵ ق.آ.د.م. هم مؤید این امر است. درضمن، اینکه دعوی علیه متوقف از درخواست تأمین دعوی واهی معاف شده است، علی‌رغم نظر بعضی (خالقیان، ۱۳۸۵، ص ۲۲۰) به این دلیل نیست که احتمال واهی بودن دعوا در این موارد بسیار کم است، برعکس بسیاری کسانی که با تبانی با ورشکسته یا بدون تبانی با او علیه ورشکسته اقامه دعوا می‌کنند و قانون تجارت مواد روشنی درباره این‌گونه دعوی دارد، بلکه علت آن است که دعوی علیه متوقف از موارد تحریک به دعواست و دعوا به دعوت مدیر تصفیه یا اداره تصفیه اقامه می‌شود.

۴. حاکم شدن مقررات آیین دادرسی مدنی بر مقررات مشابه قانون امور حسبی

با توجه به ماده ۱ ق.آ.د.م. در رسیدگی به امور حسبی نیز قانون حاکم قانون آیین دادرسی مدنی است. اگرچه در این مورد قانون امور حسبی به‌عنوان قانون خاص سابق خود مقررات خاصی برای رسیدگی دارد و قاعدتاً باید مقررات آن حاکم بر دادرسی امور حسبی باشد، نه مقررات قانون آیین دادرسی مدنی که قانون عام لاحق است، ولی صراحت ماده ۱ ق.آ.د.م. چاره‌ای غیر از آن باقی نمی‌گذارد که موظف باشیم به امور حسبی هم مطابق قانون آیین دادرسی مدنی رسیدگی نماییم. البته امور ماهوی مربوط به امور حسبی همچنان تحت حاکمیت قانون یادشده است. ضمن اینکه از نظر آیین دادرسی هم جزئیاتی در قانون امور حسبی بسته به موارد خاص وجود دارند که آن جزئیات در قانون آیین دادرسی مدنی مورد توجه قرار نگرفته‌اند؛ مانند تشریفات مربوط به چگونگی رسیدگی به وصیت‌نامه ادعایی شخص متوفی. در این‌گونه موارد نیز برخلاف آنچه که در خصوص کلیات گفته شده است، تشریفات مقرر در قانون امور حسبی مورد عمل دادگاه خواهند بود. پس وقتی قانون آیین دادرسی مدنی برای امور حسبی خواهان و خواننده فرض کرده است، این امر از نظر دانش حقوقی تأمل‌برانگیز است.

۵. فرق دعاوی با امور حسبی

مطالبی که در مورد فرض خواهان و خوانده برای امور حسبی بیان شد، نگاه ما را به امور حسبی تغییر می‌دهد. اصولاً به‌ندرت تحقیقی در خصوص امور حسبی به‌عمل آمده و کمتر به مسائل حقوقی آن توجه شده است و ابهامات معمولاً به‌طور تفصیل مطرح نشده‌اند. اما نگاه جدید منافاتی با نگاه سابق ندارد، بلکه نگاهی دقیق‌تر است. به این ترتیب که اساساً مطابق ماده ۱ قانون امور حسبی (ق.ا.ح.) «امور حسبی اموری است که دادگاه‌ها مکلفند نسبت به آن امور اقدام نموده و تصمیمی اتخاذ نمایند بدون اینکه رسیدگی به آنها متوقف بر وقوع اختلاف و منازعه بین اشخاص و اقامه دعوی از طرف آنها باشد»، اما از همین تعریف دو نکته قابل استنباط است، اول اینکه بعید نیست رسیدگی به امور حسبی در نتیجه اختلاف باشد؛ آن‌گونه که دیگران (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۸، ص ۸۳) هم نظر داده‌اند و علی‌رغم نظر بعضی (ذهابی، ۱۳۸۹، ص ۵۳) که گمان می‌کنند اصولاً در امور حسبی وجود اختلاف و نزاعی متصور نیست. یعنی اگرچه دادگاه‌ها حتی بدون وجود اختلاف هم مکلف به رسیدگی به امور حسبی هستند، چه‌بسا وجود اختلاف است که اشخاص را به اطلاع دادن موضوع به دادگاه و درخواست تعیین تکلیف وادار می‌کند. برای مثال در خصوص انحصار وراثت، در صورتی که متوفا اموالی غیر از اموال منقول در دسترس ورثه نداشته باشد، معمولاً در صورت نبود اختلاف میان ورثه در مورد حصر وراثت، آن‌ها برای حصر وراثت به دادگاه مراجعه نمی‌کنند. دوم اینکه اصلاً بعید نیست که رسیدگی به امور حسبی به اختلاف منجر شود. برای مثال مطابق ماده ۱۰۴ ق.ا.ح. «کسی که در اثر کبر سن یا بیماری و امثال آن از اداره تمام و یا بعض اموال خود عاجز شده می‌تواند از دادگاه بخواهد که برای اداره اموال او امین معین شود». ولی حکم دادگاه در خصوص «عاجز شده بودن یا عاجز شده نبودن» شخص متقاضی می‌تواند مخالفانی داشته باشد؛ یعنی کسانی وجود داشته باشند که آن‌ها را بتوان به‌عنوان خوانده چنین ادعایی فرض کرد. اینکه چه کسی به‌عنوان امین تعیین می‌شود و او واجد شرایط لازم برای این عنوان است یا خیر نیز می‌تواند منشأ منازعه قرار گیرد. مسلماً حتی پس از تعیین امین هم کسانی مراجعه کرده، درخواست عزل او را خواهند داشت و اگرچه عزل امین فی‌نفسه از امور حسبی است و دادگاه با اطلاع از نبود شرایط امانت در امین یا ازدست رفتن شرایط امانت در او می‌تواند حکم به عزل او دهد، ولی آن‌گونه که در ماده ۴۷ ق.ا.ح. هم مقرر شده است، این امر هیچ منافاتی ندارد با اینکه اشخاص ذی‌نفع از جمله طلبکاران شخصی که برای او به درخواست خودش امین معین شده یا افراد واجب‌النفقة او به‌عنوان خواهان درخواست عزل امین را بنمایند و امین هم متقابلاً به‌عنوان خوانده در این باره از خود دفاع کند. پس فرض خواهان و خوانده در خصوص امور حسبی آن‌گونه که در کامن‌لا (Musyoka, 2010, p.227) نیز معمول است، اصلاً بعید نیست. ضمن اینکه

اگرچه رسیدگی به امور حسبی متوقف به وقوع اختلاف و منازعه میان اشخاص و اقامه دعوا از طرف آن‌ها نیست، ولی رسیدگی به چنین اموری متوقف به خواست منحصر دادگاه هم نمی‌باشد و با درخواست اشخاص و وجود اختلاف و منازعه میان آن‌ها دادگاه نمی‌تواند از رسیدگی به امور حسبی خودداری نماید. ضمن اینکه علی‌رغم نظر بعضی (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۱۱۷)، طرح اختلاف در امور حسبی آن امور را از حسبی بودن خارج نمی‌کند.

۶. نتیجه فرض خواهان و خوانده برای امور حسبی

فرض شدن خواهان و خوانده برای امور حسبی به باز شدن چشم‌انداز بزرگی از مسائل درباره آنان می‌انجامد؛ به این صورت که آنچه در خصوص خواهان یا خوانده در آیین دادرسی مدنی وجود دارد در این باره هم اصولاً مصداق خواهد داشت. یعنی برای مثال، خواهان امور حسبی خواهد توانست تأمین خواسته یا صدور دستور موقت را درخواست نماید. برای مثال شخصی که دادخواست برای اثبات موت فرضی شخصی را داده است، می‌تواند در خصوص آن دادخواست، درخواست صدور قرار تأمین خواسته یا دستور موقت هم داشته باشد؛ به نحوی که اموال شخص غایب فعلاً توقیف و مهر و موم شود. در این باره آن قسمت از مستثنیات دین شخص غایب که مورد استفاده خانواده و اشخاص تحت تکفل او باشد، قابل توقیف نخواهد بود، ولی حتی لازم خواهد شد که آن موارد نیز صورت‌برداری و ارزیابی شده، تحت نظارت قرار بگیرد؛ چون با صدور حکم موت فرضی او، مستثنیات دین نیز قابل استفاده از سوی طلبکاران برای وصول طلب خواهند بود. همچنین مثل این است که خواسته خواهان مراجعه‌کننده به دادگاه در عکس‌العمل به آگهی مربوط به حصر وراثت، به رسمیت شناخته شدن او به عنوان یکی از ورثه باشد و او به همراه دادخواست مربوطه تأمین خواسته را برای توقیف ماترک مورثی که حصر وراثت در حال رسیدگی است، نیز درخواست نماید.

مثال دیگر اینکه ممکن است شخصی که در واقع محجور است، ولی حکم حجر او صادر نشده و قیمی هم برایش تعیین نشده است، در حال فروش مال منقول بسیار گران‌قیمتی باشد. طلبکاران او که این معامله را آشکارا به ضرر خود می‌بینند، به عنوان خواهان امور حسبی از دادگاه صدور حکم حجر او و تعیین قیم برای او را مطالبه کرده، ضمناً با توجه به اینکه با انجام معامله و تحویل مبیع به خریدار ممکن است حتی با اثبات حجر فروشنده و ابطال معامله، پیدا کردن خریدار و استرداد مبیع از او ممکن نباشد، صدور دستور موقت برای توقیف مال یادشده و جلوگیری از انجام معامله را نیز درخواست نمایند. همین حالت در موردی هم ممکن است که کسی با دیدن آگهی مربوط به حصر وراثت به دادگاه به عنوان مدعی وصیت (موصی‌له بودن) مراجعه نماید و درعین حال که به رسمیت شناخته شدن خودش به عنوان

موصی‌له خانه متوفا را تقاضا می‌کند، درخواست دستور موقت نیز بنماید تا به‌موجب آن در اسرع وقت جلوی تخریب ملک مورد ادعا که در همان زمان در جریان است، گرفته شود. چون امور حسبی معمولاً به مسائل غیرمالی مربوط‌اند و در آن امور تأمین خواسته کارساز نیست و درخواست دادرسی فوری و صدور دستور موقت برای خواهان امور حسبی کاربردی‌تر خواهد بود.

البته مواردی از مستثنیات دین است که فقط برای شخص بدهکار مستثنا می‌شوند، نظیر وسایل و ابزار علمی که با غایب بودن شخص بدهکار بدون نیاز به جلب موافقت خانواده یا افراد تحت تکفل او قابل توقیف خواهند بود؛ البته نه فعلاً توقیف اجرایی، بلکه توقیف تأمینی.

۷. جایگاه ماده ۲ ق.آ.د.م. در این خصوص

برخلاف آنچه که در ماده ۲ ق.آ.د.م. در خصوص نبود امکان رسیدگی دادگاه‌ها به دعوای بدون درخواست اشخاص ذی‌نفع مقرر شده است، به درخواست ذی‌نفع برای رسیدگی دادگاه به امور حسبی نیازی نیست و این امر علی‌رغم تحلیلی که ماده ۱۰۹ ق.آ.د.م. به آن منجر شده، همچنان پابرجاست. آن‌گونه که دیگران (غمامی و محسنی، ۱۳۹۱، ص ۲۰۶) هم ابراز داشته‌اند، موردی استثنایی در این باره وجود دارد. مطابق ماده ۴۱۵ قانون تجارت (ق.ت.)، دادستان هم می‌تواند اعلام توقف و صدور حکم ورشکستگی تاجر را از دادگاه درخواست نماید. این مقرر گرچه استثنایی بر ماده ۲ ق.آ.د.م. است، ولی چون افزون‌بر دادستان، خود تاجر متوقف هم می‌تواند صدور حکم ورشکستگی خود از دادگاه را درخواست کند، به‌نظر می‌رسد ورشکستگی از مصادیق امور حسبی متضمن دعواست. دقت در مفاد مواد ۱۰۹ و ۱۱۰ ق.آ.د.م. هم نشان می‌دهد که قانون‌گذار دعوای علیه متوقف را در ردیف آن دسته از امور حسبی که در آن‌ها قانون امور حسبی مراجعه به دادگاه را مقرر داشته، قرار داده است. قانون شوراها حل اختلاف (۱۳۸۷ش) هم دعوای راجع به ورشکستگی را هم‌ردیف با دعوای راجع به حجر دانسته است.

۸. نتیجه

تأسیس تأمین دعوای واهی حاکی از آن است که در آیین دادرسی مدنی چنان فرض می‌شود که خواهان از محق بودن یا نبودن خود آگاه است؛ پس آن‌گونه که دیگران (خالقیان، ۱۳۸۵، ص ۲۲۶) هم نظر داده‌اند و در کامن‌لا (Goldenberg, 2014, p.5-38) نیز معمول است، در صورت معلوم شدن واهی بودن دعوا، او باید برای طرح دعوایی که می‌دانسته واهی است، از عهده خسارات طرف مقابل برآید؛ مگر اینکه بتواند به قول بعضی (شمس، ج ۳، ۱۳۸۵، ص ۴۷۳)، عدم تقصیر خود را در

ورود خسارت به خوانده ثابت کند. البته این فرض منافاتی با اصل ۳۴ قانون اساسی که دادخواهی را حق مسلم هر فرد می‌داند، ندارد. این فرض نه‌تنها در خصوص علم خواهان به حقیقت، بلکه درباره علم او به مقدار حقیقت نیز مصداق دارد، زیرا اگر برای مثال خواهان ۵۰ میلیون مطالبه کرده باشد و فقط دادگاه به ۲۰ میلیون حکم دهد، در اینجا نیز فرض می‌شود که خواهان با علم به واهی بودن ادعایش نسبت به ۳۰ میلیون بقیه، آن را طرح نموده است، پس باید از عهده خسارات دادرسی خوانده بابت آن قسمت واهی برآید. البته بدیهی است که با توجه به اثبات شدن قسمتی از خواسته و اثبات شدن واهی بودن قسمت دیگری از خواسته، میان آنچه خواهان می‌تواند بابت خسارات از خوانده مطالبه کند و آنچه خوانده می‌تواند بابت خسارات از خواهان مطالبه کند، امکان احتساب و تهاتر فراهم می‌آید؛ همان‌گونه که در کامن‌لا (Goldenberg, 2014, p.5-38) در خصوص خسارات دادرسی^۱ مرسوم است. البته مخیر بودن دادرسی به صدور قرار تأمین دعوای واهی، آن‌گونه که بعضی (مدنی، ۱۳۵۷، ص ۶۰۸) نیز ابراز نموده‌اند، مانع از آن شده است که فرض شود اصل بر واهی بودن دعاوی است. وقتی نشود گفت اصل بر واهی نبودن دعوا یا اصل بر واهی بودن دعاوست، پس علی‌رغم نظر بعضی (شمس، ۱۳۸۵، ج ۳، ص ۳۱)، نمی‌توان گفت مشروط نمودن رسیدگی به دعوای خواهان به گرفتن تأمین دعوای واهی استثنا می‌باشد.

با این حال، تعیین تکلیف نشده است که اگر خوانده با علم به محق بودن خواهان، مطالبه تأمین دعوای واهی نموده، باعث زحمت و هزینه برای خواهان شود، چه باید کرد؟ در این خصوص بعید نیست که قاضی در ضمن خساراتی که به نفع خواهان حکم می‌دهد، خسارات ناشی از مطالبه و دریافت تأمین دعوای واهی از جانب خوانده را نیز بگنجاند.

در نظر گرفتن تأمین دعوای واهی در امور حسبی نشانگر آن است که علی‌رغم نظر بعضی (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۱۲۵) امور حسبی می‌تواند متضمن دعوا باشد. این نکته در مواردی در بیان قانون‌گذار تصریح شده است؛ برای مثال، قانون شوراهای حل اختلاف (۱۳۸۷ش) از «دعوی راجع به حجر» نام می‌برد، در حالی که می‌دانیم رسیدگی به حجر از امور حسبی است. وقتی معلوم شد که امور حسبی هم می‌تواند خواهان یا خوانده داشته باشد، امکان درخواست تأمین خواسته یا دستور موقت از سوی خواهان امور حسبی نیز قابل قبول خواهد بود.

تأمین دعوای واهی برای حل یک مشکل مقرر شده است، ولی ظاهراً اگر به اجرای آن نظارت نشود، خود آن می‌تواند به مشکل دیگری منجر شود و مشکل دیگر، آن‌گونه که دیگران (شمس، ۱۳۸۵، ج ۳، ص ۳۱) هم نظر داده‌اند، وسیله قراردادن تأمین دعوای واهی برای استتکاف قاضی از احقاق حق است. همان‌طور که در کامن‌لا (Corrin Care, 2004, p.71) نیز معمول است،

1. Attorney's Fee

سه اختیار پیاپی در این مورد به قاضی داده شده است؛ یکی تعیین لازم بودن یا نبودن تودیع تأمین دعوی واهی، دوم تعیین مدت تودیع آن، و سوم تعیین مبلغ آن. این سه اختیار با هم چه بسا به راحتی بتوانند مستمسک قاضی برای خارج کردن پرونده از دادگاه قرار گیرند. قاضی برای رسیدن به این مقصود می‌تواند در مواردی که در واقع تأمین دعوی واهی لازم نیست، قرار تأمین دعوی واهی صادر کند و به این ترتیب، باعث زحمت خواهان شود. وی می‌تواند این زحمت را با زیاد تعیین کردن مبلغ تأمین به طور نامتناسب، بیشتر کند و در نهایت می‌تواند با قرار دادن مدتی بسیار کوتاه برای تودیع تأمین، این زحمت را باز هم بیشتر کند؛ به نحوی که خواهان از عهده برنیاید و دادخواست رد شود. البته منظور این نیست که این گفته‌ها مستمسک برداشته شدن تأمین دعوی واهی از قانون آیین دادرسی مدنی گردد، بلکه منظور آن است که باید تدبیری اندیشیده شود که با حفظ خیر منشأ ایجاد آن، از شر گفته شده نیز جلوگیری به عمل آید. هر چه موارد سپرده شده به اختیار قاضی در این مورد کاهش یابد، سوءاستفاده از آن برای استنکاف از احقاق حق هم کاهش پیدا می‌کند. برای مثال، می‌توان آن گونه که در مواردی در کامن‌لا (Fastcase, 2012, p.15) ملاحظه می‌شود، مدت آن را در قانون معین نمود و برای مثال آن را ۲۰ روز در نظر گرفت و آن مدت را فقط برای یک‌بار آن‌هم برای ۱۰ روز دیگر قابل تمدید دانست.

منابع و مأخذ

الف) فارسی

۱. احمدی، نعمت (۱۳۷۱). آیین دادرسی مدنی. تهران: اطلس.
۲. بهشتی، محمد جواد، و نادر مردانی (۱۳۸۵). آیین دادرسی مدنی. جلد ۲. تهران: میزان.
۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۴۸). دانشنامه حقوقی. جلد ۱. تهران: ابن سینا.
۴. حیاتی، علی عباس (۱۳۸۴). شرح قانون آیین دادرسی مدنی. تهران: سلسبیل.
۵. خالقیان، جواد (۱۳۸۵). تأمین خسارات احتمالی. تهران: نشر مهاجر.
۶. ذهابی، جمال صالحی (۱۳۸۹). "اصل نسبی بودن رای حقوقی"، مجله حقوقی دادگستری، ۴۱-۷۱.
۷. سریر، فرزانه (۱۳۸۶). آیین دادرسی مدنی. تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
۸. شریفی، مهدی، و مسعود انوشه‌پور (۱۳۸۱). شرایط و موارد صدور قرار تأمین خواسته. تهران: نشر خط سوم.
۹. شمس، عبدالله (۱۳۸۵). آیین دادرسی مدنی. جلد ۳. تهران: دراک.
۱۰. شمس، عبدالله (۱۳۸۵). آیین دادرسی مدنی. جلد ۲. تهران: دراک.
۱۱. صدرزاده افشار، محسن (۱۳۷۹). آیین دادرسی مدنی و بازرگانی. تهران: ماجد.
۱۲. عامریون، غلامحسین (۱۳۳۹). "ظاهر نظر در ماده ۲۲۵ مکرر قانون آیین دادرسی مدنی." مجله کانون وکلاء، شماره ۳۷: ۱۰-۱۲.
۱۳. غمامی، مجید، و اسماعیل عرب (۱۳۹۰). "آثار قراردادهای تأمین نسبت به اصحاب دعوا و شخص ثالث." فصلنامه حقوق ۴۱، شماره ۳: ۲۳۹-۲۵۷.
۱۴. غمامی، مجید، و حسن محسنی (۱۳۹۱). "اصل ابتکار عمل خصوصی اصحاب دعوا در دادرسی مدنی و استثناءها و قیدهایی آن." فصلنامه حقوق ۴۲، شماره ۱: ۲۰۱-۲۱۶.

۱۵. فتحعلی، محمدهادی (۱۳۸۲). "بررسی تحولات قوانین و رویه قضایی در خصوص خسارت دادرسی". مجله حقوقی دادگستری ۴۲: ۱۰۵-۱۴۰.
۱۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶). اعتبار امر قضاوت شده در دعوی مدنی. تهران: نشر دادگستر.
۱۷. کریمی، عباس (۱۳۸۶). آیین دادرسی مدنی. تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
۱۸. متین دفتری، احمد (۱۳۷۸). آیین دادرسی مدنی و بازرگانی. جلد ۱. تهران: مجد.
۱۹. مدنی، جلال‌الدین (۱۳۵۷). آیین دادرسی مدنی. جلد ۲. تهران: انتشارات دانشگاه ملی ایران.
۲۰. مهاجری، علی (۱۳۸۱). آیین قضاوت مدنی در محاکم ایران. جلد ۲. تهران: نشر فکرسازان.
۲۱. مهاجری، علی (۱۳۷۹). شرح قانون آیین دادرسی مدنی دادگاههای عمومی و انقلاب. جلد ۱. تهران: گنج دانش.
۲۲. مهاجری، علی (۱۳۸۷). مبسوط در آیین دادرسی مدنی. جلد ۲. تهران: فکرسازان.
۲۳. نوکنده‌ای، عزیز (۱۳۸۰). تفسیر قضایی آیین دادرسی مدنی ایران. تهران: دانش نگار.
۲۴. واحدی، قدرت‌الله (۱۳۷۸). آیین دادرسی مدنی. جلد ۲. تهران: نشر میزان.
۲۵. واحدی، قدرت‌الله (۱۳۷۷). آیین دادرسی مدنی. جلد ۳. تهران: نشر میزان.

(ب) خارجی

26. Corrin Care, Jennifer (2004). *Civil Procedure and Courts in the South Pacific*. London: Cavendish Publishing Limited.
27. Fastcase. (2012). *Texas Advance Sheet*. Advance Sheet, Washington, D.C.: Fastcase.
28. Goldenberg, Renee (2014). *Florida Family Law & Practice*, Vol. 1, Florida: James Publishing, Inc..
29. Grainger, Ian, and Michael Fealy (2000). *The Civil Procedure Rules in Action*. London: Cavendish Publishing Ltd..
30. Grubbs, Shelby R. (2003). *International Civil Procedure*. Hague: Kluwer Law International.
31. Haymond, Creed, John C. Burch, John H. McKune (1872). *Code of Civil Procedure of the State of California*. Sacramento: T. A. Springer.
32. Mullenix, Linda S (2014). *Civil Procedure*. USA: West Academic Publishing.
33. Musyoka, William (2010). *Law of Succession*. Nairobi: LawAfrica Publishing (K) Ltd.
34. Oppong, Richard Frimpong (2013). *Private International Law in Commonwealth Africa*. New York: Cambridge University Press.
35. Wagatsuma, Manabu (2012). "Recent Issues of Cost and Fee Allocation in Japanese Civil Procedure". At the *Cost and Fee Allocation in Civil Procedure - A Comparative Study*, by Mathias Reimann, 195-201. USA: Springer.