

## « تفسیر الفاظ قانون به سمت عدالت »

محمد خاکباز<sup>۱</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۸/۰۸

تاریخ ارسال: ۱۴۰۲/۰۷/۲۵

چکیده:

علوم از یک دیدگاه بر دو قسم هستند: ۱. علمی که به خودی خود مقدس اند و انسان را به کمال می‌رسانند مانند قرآن، اخلاق و غیره ۲. علمی که به خودی خود قداستی ندارند بلکه در صورتی ارزشمند است که بوسیله آن خدمتی به بشریت صورت گیرد. علوم حقوق و پزشکی در زمره دسته دوم هستند. هنر حقوقدان در این است که الفاظ و مواد قانون را طوری تفسیر و اجرا کند که عدالتی برپا شود نه آنکه اجرای قانون خودش سبب تخریب عدالت گردد. پیامبر اسلام (ص) در جریان قاعده لاضرر، حدیث تسلیط را به گونه ای تفسیر و اجرا فرمودند که هرگونه سوء استفاده از الفاظ این حدیث توسط سمره ابن جندب نفی گردید و به دانشجویان حقوق بعد خود فهماندند که در چهارچوب الفاظ قانون محصور نباشند. تفسیر قانون به سمت عدالت همواره مورد تاکید بزرگان حقوق بوده است البته به شرطی که حتما در چهارچوب اصول صحیح حقوقی واقع شود زیرا درغیراین صورت به هرج و مرج و بی عدالتی منجر می‌شود همان طور که اطاعت بی تعقل از قانون به تخریب عدالت منتهی می‌گردد. نگارنده مقاله نیز سالهاست پیرامون این دیدگاه تحقیقات زیادی صورت داده است. در کتابهای رساله عملی در وجه التزام<sup>۲</sup>، دوره سه جلدی عدالت معاوضی و قاعده موازنه<sup>۳</sup> و دیگر نوشته ها، جزئیات، شرایط و آثار نظریه ای که بموجب آن بجای توجه و اجرای ظاهر قانون به روح و هدف قانون و عدالت توجه بیشتری شود را به همراه مستندات فقهی، حقوقی و آرای قضایی تحلیل کرده ایم.

کلیدواژه‌ها - عدالت، روح قانون، ظاهر قانون.

۱. محمد خاکباز، دانش آموخته دکترای حقوق خصوصی، نویسنده و وکیل پایه یک دادگستری کانون وکلاء البرز.  
۲. محمد خاکباز، رساله عملی دروجه التزام، تهران، نشر مجد .  
۳. محمد خاکباز دوره سه جلدی عدالت معاوضی و قاعده موازنه، تهران، نشر مجد .

در این مقاله به بررسی حکم پرونده داوری پرداخته می‌شود که به‌ظاهر با مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ ق.م. مخالف است چون بدون الزام اولیه، بدواً به مطالبه خسارت علیه سازنده رای صادر شده است ولی بنفع ستمدیدگانی است که مدتهاست حقتشان ضایع شده بود. همچنین دو مورد از خواسته های خواهان‌ها «مطالبه خسارت تخلف از ایفای تعهدات از شریک سازنده» و «خسارات تاخیر در پرداخت آن خسارات وفق شاخص رسمی» بود. اگرچه مطالبه «خسارت از خسارت» در حقوق مسئولیت مدنی ایران، جایگاه قانونی ندارد ولی داور به هر دو مورد رای صادر کرد با این استدلال که آنچه خواهان خواسته است اساساً خسارت از خسارت نیست بلکه «افت ارزش پولی» است که در نتیجه ثبوت دین بر ذمه خوانده و عدم پرداخت آن بایستی پرداخت شود. به بیان دیگر از موضوع خسارت از خسارت، خروج تخصصی و موضوعی دارد. این رای با استدلالی محکم و حقوقی به نحوی توجیه شده است که پس از اعتراض محکوم علیه در دادگاه نخستین و همچنین دادگاه تجدیدنظر تأیید گردیده است. در این مختصر تنها به بیان موردی از چگونگی تفسیر قانون به سمت عدالت خواهیم پرداخت تا مورد استفاده دوستان وکیل و قاضی در پرونده‌های مشابه واقع گردد:

تو خود از این مُجَمَّل \* بخوان حدیث مفصَّل را

## ۱. جایگاه عدالت در نهاد داوری

داور که مجری عدالت خصوصی<sup>۱</sup> طرفین است و نهاد داوری از جمله نهادهای پیشرفته حقوق امروز دنیاست. یکی از نوآوری‌های داوری آنست که داور می‌تواند تصمیم خود را مستند به «عدالت و انصاف» نماید به شرطی که آن مبنای عدالت با نظم پذیرفته شده قضایی موجود منافات نداشته باشد و بتواند استدلال صحیحی برای آن ارائه دهد. در فقه اسلام و به طور خاص در فقه امامیه<sup>۲</sup> توجه بسیاری بر اجرای عدالت برای قاضی شده است حتی در نحوه نگاه کردن و

۱- . privatization justice .

۲- . همین که در دین اسلام «عدالت» یکی از اصول دین و به عقیده برخی از اصول مذهب می‌باشد. ملا احمد نراقی، رسایل و سایل، ج ۲، قم، کنگره بزرگداشت ملا احمد و مهدی نراقی، ۱۴۲۲ ه. ق، محقق حامد ناجی اصفهانی، ص ۱۴۵. یکی از بزرگترین جلوه های توجه به عدالت است که پروردگار اساس خلقت و پاداش و صواب را بر اساس عدل استوار کرده است. ضرورت عدالت برای شهادت شهود یا تصدی قضاوت هم یکی دیگر از آن جلوه ها می‌باشد که آیه ۲۸۲ سوره بقره « مِمَّن تَرَضُونَ مِنَ الشُّهَدَاءِ » بر این مفهوم دلالت دارد. مقداد ابن عبدالله سیوری حلی، کنز العرفان فی فقه القرآن، ج ۲، قم، قدس، ص ۵۳۶.

سخن گفتن با اصحاب دعوا قاضی باید عدالت را رعایت کنند<sup>۱</sup> و به قدری رعایت عدالت برای قاضی در پندار و گفتار و کردار در روایات توصیه شده که حتی کسی که دشمنی شخصی با قاضی دارد، از عدالت او ناامید نشود<sup>۲</sup> پس با وجود این همه مستندات، نباید تردیدی به خود راه داد که «قاعده عدل و انصاف» یکی از اصول دادرسی اسلام است و اگر قاضی مستندات قانونی چاره‌ای برای آن نیافت بتواند به عدالت استناد کند؛ ولی تصمیم خود را متکی به استدلال قوی کند. به امید آنکه دستگاه قضایی به این سمت و سو حرکت نماید. در حال در آرای داوری این امکان برای داوران بیشتر وجود دارد. در راه داوری که شرح آن خواهد گذشت؛ داور بر خلاف قالب سنتی که مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ ق.م. بعنوان قاعده عمومی قرارداده ارائه داده است؛ رای به پرداخت خسارت علیه شریک سازنده صادر کرده است که شرح آن خواهد آمد. قسمتی از این رای درباره دلیل صدور رای به پرداخت خسارت بعنوان اولین ضمانت اجرای تخلف شریک سازنده و برخلاف ظاهر مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ ق.م. بیان شده است. این جملات را که آنها را می‌توان زیباترین قسمت استدلال حکم دانست، چنین بیان می‌دارند: «به موجب نتیجه‌ای که از قاعده لاضرر و اصل ۴۰ قانون اساسی بدست می‌آید» استناد به مواد قانونی و قواعد حقوقی نباید دستاویزی جهت ایجاد عسر و حرج برای ستمدیدگان در احقاق حقوق مسلم خود باشد» و همچنین هرگونه سوء استفاده از حق و عسر و حرج در اجرای قوانین الهی و بشری نفی می‌گردد. همچنین در این رأی داوری جلوه‌های مختلفی از اصول شکلی و ماهوی حقوق وجود دارد که می‌تواند برای خوانندگان، وکلای، قضات و داوران محترم مفید واقع شود. برای آگاهی بیشتر خوانندگان گردشکار و متن و تحلیل رای را در قسمت بعدی می‌آوریم.

## ۲. رای داور و گردشکار آن

شماره پرونده اصلی: ۹۷۰۹۹۸۲۶۱۰۹۰۱۰۳۴ با یگانگی شعبه ۹۷۱۱۷۶

شماره پرونده تقابل: ۹۸۰۹۹۸۲۶۱۰۹۰۰۰۴۱

خواهان‌های دعوی اصلی و خوانندگان دعوی تقابل آقایان: ۱. محمد حسن ۲. جمشید ۳. صحبت الله ۴. محمد مهدی ۵. خانم فاطمه با وکالت خانم دکتر سعیده به آدرس تهران یوسف آباد... خواننده دعوی اصلی و خواهان دعوی تقابل: آقای احمد به آدرس کرج میدان جمهوری...

۱- عن امیرالمومنین (علیه السلام): «من ابْتَلَى بِالْقَضَاءِ فُلْيُؤَسِّبُهُمْ فِي الْإِشَارَةِ وَفِي النَّظَرِ وَفِي الْمَجْلِسِ.» ابو جعفر طوسی، تهذیب الاحکام، ج ۶، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ه. ق، ص ۲۲۶؛ مجلسی دوم، ملاذ الاختیاری فی فهم تهذیب الاخبار، ج ۱۰، محقق سید مهدی رجایی، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی، ۱۴۰۶ ه. ق، ص ۳۴؛ فاضل موحدی لنگرانی، تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله: القضاء و الشهادات، محقق حسین واقفی و محمد مهدی مقدادی، قم، نشر ائمه، ۱۴۰۲ ه. ق، ص ۷۵؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۱۳، ص ۴۲۸ با همین مضمون از پیامبر (ص) نیز روایت شده است. همو، المبسوط فی فقه الامامیه، ج ۸، ص ۸۸ از روایات فراوانی که در مورد قضاوت آمده است نیز حساسیت بالای دین اسلام به رعایت عدالت در مقام قضاوت فهمیده می‌شود مثل اینکه: «من ابْتَلَى بِالْقَضَاءِ فَلَا يَقْضِي وَهُوَ غَضْبَانٌ.» کسیکه در مقام دادرسی است نباید در حال غضب، قضاوت نماید. محمدباقر اصفهانی «مجلسی دوم»، ابن بابویه، من لایحضره الفقیه، ج ۳، صص ۱۱ و ۱۱؛ مرآة العقول فی شرح اخبار آل الرسول، ج ۲۴، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۴ ه. ق، ص ۱۴۰۴، محقق سید هاشم رسولی، ص ۲۷۷؛ حسین علی منتظری نجف آبادی، دراسات فی ولایه الفقیه و فقه الدوله الاسلامیه، ج ۲، قم، تفکر، ۱۴۰۹ ه. ق، ص ۱۹۷.

۲- حسین بن محمد بحرانی، الانوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرایع (اللفیض)، ج ۱۴، محقق محسن آل عصفور، قم، مجمع البحوث العلمیه، بی تا، ص ۵۵؛ سید جعفر سبحانی، نظام القضاء و الشهاده فی الشریعه الاسلامیه الغراء، ج ۱، قم، موسسه امام صادق (ع)، ۱۴۱۸ ه. ق، ص ۳۲۹.

خواسته دعوی اصلی: ۱. مطالبه هزینه‌های اجرای ۴۳ مورد از تعهدات خوانده در اجرای قرارداد فعلاً موقوف به ۲۰۱ میلیون ریال و بعداً وفق نظر کارشناس ۲. مطالبه خسارات ناشی از عدم انجام تعهدات مقوم به ۲۰۱ میلیون ریال ۳. مطالبه خسارات تاخیر تادیه ۴. هزینه دآوری ۵. هزینه کارشناسی ۶. حق الوکاله ۷. هزینه دادرسی خواسته دعوی تقابل: مطالبه خسارات بند ۱-۱ ماده ۹ قرارداد ۵۲۴۴-۱۳۹۲/۳/۳ از قرار روزانه سیصد هزار تومان بابت تاخیر در تنظیم سند رسمی سه دانگ به نام ایشان.

## ۱-۲ گردشکار پرونده

در روز ۱۳۹۸/۱/۱۹ بموجب صورت جلسه شعبه ۹ دادگاه عمومی حقوقی کرج به شماره ۹۸۰۹۰۰۲۶۱۰۹۰۰۰۰۶ موضوعات مورد اختلاف طرفین پرونده‌های اصلی و تقابل به دآوری اینجانب ارجاع شد. بنده نیز اوراق پرونده را مشاهده نمودم که بموجب نامه ۱۳۹۶/۵/۲۷ داور قبلی آقای مجید (مدیر دفتر املاک) انصراف صریح خود را از دآوری اعلام نموده است و سپس به طور یک طرفه اقدام به صدور رای نموده است که بی اعتباری و بطلان رای ایشان بموجب دادنامه ۱۳۹۸/۹/۲۸-۰۱۳۳۴ شعبه ۹ دادگاه عمومی حقوقی کرج اعلام شده است. مجدداً بنده و طرفین در روز ۱۳۹۸/۱/۲۸ در دفتر شعبه ۹ دادگاه عمومی حقوقی کرج حاضر شدیم و بموجب موافقت نامه دآوری روز ۱۳۹۸/۱/۲۸ طرفین قرارداد و سایر جزئیات آنرا امضاء نمودند. در این موافقت نامه شیوه ابلاغ جلسات و رای داور از کلیه شیوه‌های ابلاغ اعم از تماس تلفنی، ایمیل، تلگرام، واتس آپ به شماره موبایل وکیل خواهان‌ها خانم سعیده به شماره «...» و خواننده دعوا آقای احمد به شماره «...» از طریق شماره همراه داور، محمد خاکباز به شماره «...» معتبر شناخته شد و کلیه لوائح طرفین به موبایل بنده ارسال می گردید و در راستای تبادل لوائح برای طرفین ارسال می شد. همچنین ابلاغ جلسات هم از این طریق بعمل می آمد. در جلسه روز ۱۳۹۸/۱/۲۸ ساعت ۱۰/۳۰ صبح که از قبل دعوت طرفین صورت گرفته بود؛ طرفین پرونده و وکیل خواهان‌ها حاضر بودند و جلسه در اتاق دفتر شعبه ۹ حقوقی برگزار شد. خواننده دعوی اصلی آقای... به نظریه کارشناسی سابق منعکس در پرونده آقای بهبود... استناد نمود و وکیل خواهان‌ها اظهار داشتند که آن کارشناسی را قبول نداشته و تقاضای ارجاع امر به کارشناس دارم. داور وفق اختیار تفویضی مبنی بر ارجاع امر به کارشناس و انتخاب کارشناس «قرار کارشناسی» صادر و کارشناس رسمی قوه قضائیه آقای مهندس یدالله... را بعنوان کارشناس تعیین نمود. متعاقباً پس از انجام تشریفات مقرر مندرج در آیین دادرسی مدنی، کلیه موضوعات فنی مورد تقاضای وکیل خواهان به شرح ۴۳ مورد مندرج در لایحه و نامه ارجاعی به کارشناس به کارشناسی ارجاع شد. صبح روز ۱۳۹۸/۲/۱۵ برای اجرای قرار کارشناسی جناب آقای مهندس... تعیین و در حضور تمامی طرفین پرونده و بنده (داور)، کارشناس محترم یکایک موارد مورد تقاضا را بررسی فرمودند و تخلفات متعدد سازنده (خواننده) که در اجرای مورد قرارداد مشارکت محرز بود؛ توسط بنده نیز به وضوح مشاهده گردید. در نهایت کارشناس نظریه مکتوب خود را به شرح مکتوب موجود در پرونده اعلام نمودند که خلاصه نظریه در صفحه هشتم این بود که: «مبلغ برآورد و هزینه‌های نواقص و معایب ساختمان که ناشی از عملکرد سازنده بوده است مبلغ ۸۵۳۶۱۴۰۰۰ ریال معادل هشتاد و پنج میلیون و سیصد و شصت و یک هزار و چهارصد تومان برآورد می شود.» نظریه کارشناسی وفق ماده ۲۶۰ ق.ا.د.م در روز ۱۳۹۸/۳/۲۲ برای طرفین ارسال شد تا چنانچه مطلبی به طور نفی یا اثباتی دارند، به طور کتبی اعلام نمایند. هیچیک از طرفین اعتراض کتبی تا انقضای هفت روز مقرر در ماده ۲۶۰ ق.ا.د.م از روز ۱۳۹۸/۳/۲۲ تا ۱۳۹۸/۳/۲۹ اعلام نداشتند. صرفاً خواننده محترم آقای احمد در آخرین جلسه رسیدگی مورخ ۱۳۹۸/۳/۲۶ ساعت ۵ عصر که در ملک محل قرارداد مشارکت برگزار شد اظهار فرمودند که: نظریه کارشناسی غیر عادلانه است و اعتراض

دارم ولی دلیل متعارف و معقولی که داور را توجیه نماید ابراز نگردید. به نظر داور، کارشناسی صورت گرفته مطابق اوضاع و احوال موجود است (ماده ۲۶۵ ق.ا.د.م) و پرونده آماده صدور رای می‌باشد. (بخش اخیرماده ۲۶۰ ق.ا.د.م) اگرچه حقیقت پرونده تا حدود زیادی برای داور کشف گردید؛ ولی برای اقتناع وجدانی بیشتر و رسیدگی به آخرین دفاعیات طرفین، در روز یکشنبه ۱۳۹۸/۳/۲۶ ساعت ۵ عصر جلسه ای در محل مورد قرارداد مشارکت واقع در کرج خیابان مطهری کوچه ... پلاک... با حضور طرفین تشکیل گردید و آخرین دفاعیات طرفین استماع و مکتوب گردید و ختم رسیدگی اعلام شد. اکنون داور به شرح زیر اقدام به صدور رای می‌نماید:

## ۲-۲ رای داور

### الف- موضوع دعوا

در این پرونده خواهان‌ها آقایان محمدحسن، جمشید، صحبت الله، محمد مهدی و خانم فاطمه با وکالت خانم دکترسعیده به طرفیت آقای احمد فرزند به خواسته‌ای زیر طرح دعوا نمودند:

۱. مطالبه هزینه‌های اجرای ۴۳ مورد از تعهدات خوانده در اجرای قرارداد فعلاً مقوم به ۲۰۱ میلیون ریال و بعداً وفق نظر کارشناس ۲. مطالبه خسارات ناشی از عدم انجام تعهدات مقوم به ۲۰۱ میلیون ریال ۳. پنج میلیون تومان هزینه داوری ۴. شش میلیون و پانصد هزار تومان هزینه کارشناسی ۵. خسارات تاخیرتادیه وفق شاخص رسمی ۶. حق الوکاله ۷. هزینه دادرسی طرح دعوی نموده اند. در مقابل خوانده آقای احمد به طرفیت خواهان‌ها به خواسته مطالبه خسارات بند ۳-۱ قسمت ب ماده ۶ قرارداد ۵۲۴۴-۱۳۹۲/۳/۳ از قرار روزانه سیصد هزار تومان بابت تاخیر در تنظیم سند رسمی سه دانگ به نام ایشان طرح دعوا نموده است. داور با تکیه بر تمام دلایل و جهات حکمی و موضوعی زیر اقدام به صدور رای می‌نماید:

### ب- منطوق رای و جهات حکمی و موضوعی

#### ۱. خواسته خواهان دعوی تقابل مبنی بر مطالبه وجه التزام

۴۷ در خصوص خواسته خواهان دعوی تقابل آقای احمد... مبنی بر مطالبه خسارات موضوع بند ۳-۱ قسمت ب ماده ۶ قرارداد مشارکت در ساخت بابت تاخیر در انتقال سند رسمی از قرار روزی سیصد هزار تومان، وفق اسناد موجود و بررسی‌های بعمل آمده مشخص گردید که پایانکار در تاریخ ۱۳۹۵/۹/۲۰ صادر شده است و اساساً قبل از اخذ پایانکار، امضای سند رسمی از ناحیه خواهان‌ها به دلیل تقصیر و سهل انگاری خود سازنده غیرمقدور بوده است. با توجه به معاوضی و متقابل بودن تعهدات طرفین و اینکه در تعهدات معاوضی «جهت تعهد هر طرف ایفای تعهد طرف مقابل است» و بموجب «دکترین عوض»<sup>۱</sup> و «نظریه دستهای ناپاک» دستی که پاک

۱- Doctrin of Consideration. (Hunt ,1394 : 159) .

نیست نمی تواند مطالبه پاکی نماید. <sup>۱</sup> (Unclean hands doctrin در اینجا مشروطاً له شرط مذکور یعنی شریک سازنده (آقای احمد) به تعهد اولیه خود مبنی بر گرفتن پایانکار در موعد مقرر عمل نکرده است بنابراین تاخیر در تنظیم سند رسمی، مستند به سهل انگاری خود خواهان بوده است که قاعده اقدام در فقه امامیه موجبی برای نفی مسئولیت از متعهد در چنین حالاتی و بارشدن مسئولیت و خسارات بر ذمه خود متعهد له می باشد. علاوه بر اینکه حتی اگر خواهان به فرض مجال می توانست این خسارات را مطالبه نماید با خسارات موضوع بند ۱-۲ قسمت ب ماده ۶ قرارداد مبنی بر تاخیر در تحویل ملک مورد مشارکت به طور قهری وفق ماده ۲۹۵ ق.م.ت.ه.ا.ر می گردید که این موضوع طبق ماده ۱۴۲ آ.د.م.مورد استناد وکیل خواهان ها واقع شد. نظر به تمام جهات فوق و رعایت اصل همبستگی تعهدات معوض و عدالت قراردادی و موازنه حقوق طرفین یک عقد معاوضی و قاعده فقهی اقدام که اصل ۱۶۷ قانون اساسی ما استناد مراجع رسیدگی به این مبانی فقهی را معتبر می شناسد؛ «حکم بر بطلان دعوی خواهان در خصوص مطالبه این خسارات» صادر و اعلام می گردد.

## ۲. خواسته خواهان های اصلی مبنی بر مطالبه خسارات و هزینه های انجام شده

در خصوص خواسته خواهان های پرونده اصلی مبنی بر مطالبه هزینه و خسارات وارد شده بر آنها ناشی از تقصیرات و تخلفات خوانده (سازنده) آقای احمد... در اجرای قرارداد مشارکت ۱۳۹۲/۳/۳-۹۰۴۳۶۶ و متمم آن به شماره ۹۰۴۳۶۵ که ریز آن موارد تخلفات (۴۳ مورد) تقاضای ارجاع به کارشناسی گردید. با توجه به جهات زیر، حقانیت خواهان ها در مطالبه خسارات مسلم می باشد: الف- داور با مشاهده خود و نظریه کارشناسی به قطع و یقین در خصوص نواقص موجود ملک مورد قرارداد مشارکت واقع در کرج خیابان مطهری... پلاک های ثبتی فرعی ۳۷۴۰ و ۳۷۴۱ و ۳۷۴۲ و ۳۷۴۳ از ۱۵۵ اصلی رسیده است. ریز تقصیرات سازنده و نواقص موجود در نظریه کارشناسی ۱۳۹۸/۳/۲۵-۹۸/ک/۱۰۴۹ منعکس گردیده و در آن آمده است: «مبلغ برآورد و هزینه های نواقص و معایب ساختمان که ناشی از عملکرد سازنده بوده است و مبلغ ۸۵۳۶۱۴۰۰۰ ریال معادل هشتاد و پنج میلیون و سیصد و شصت و یک هزار و چهارصد تومان برآورد می شود.» بسیاری از موارد این تقصیرات به رویت خود داور رسیده و برای شخص بنده مسلم گردید و حقانیت خواهان ها برای بنده محرز گردید و مشاهده بارز این نواقص تاب تعارض با یک گواهی بازرسی فنی در مورد آسانسور که از سوی سازنده محترم آقای احمد ارائه گردید؛ ندارد. ب- همچنین از یک سو خواهان ها بارها و در دفعات زمانی مختلف، پس از ساخت و تحویل ملک، الزام شریک سازنده آقای احمد را به رفع نواقص و معایب فنی مورد قرارداد وفق ماده ۲۳۷ قانون مدنی خواسته اند ولی اقدامی از ناحیه ایشان صورت نگرفته است و در نتیجه چون الزام

۱- بموجب این نظریه ادعای دادخواهی که خود بر خلاف وجدان و با سوء نیت عمل کرده است؛ مسموع نیست : payne, 76-86: 2002 آرای فراوانی از محاکم بدوی، تجدیدنظر و دیوان عالی کشور با این محتوا وجود دارد که در دعوی مطالبه وجه التزام، دادگاه موضوع ایفای تعهد اولیه خواهان را مورد رسیدگی قرار می دهد و به استناد اینکه خواهان خودش به تعهد اولیه اش در برابر خوانده عمل نکرده است، دعوی او را محکوم به بطلان یا بیحقی کرده است. برای مشاهده آراء و تحلیل آنها مراجعه شود به : محمدخاکباز، رساله عملی در وجه التزام، تهران، مجد، ۱۳۹۸، صص ۴۵ تا ۹۵. همچنین این دیدگاه بر اساس قاعده عدالت معاوضی توجیه حقوقی دارد. جدای از تعریف هایی که در فلسفه حقوق بعمل آمده است؛ عدالت معاوضی از دیدگاه کاربردی به این معناست که: «رعایت موازنه حقوق قراردادی طرفین عقد معاوضی اقتضای این را دارد که حقوق طرفین قراردادمانند دوکفه ترازو باهم برابری نمایند که به آن عدالت معاوضی یا قراردادی می گویند و هرگاه این تعادل مخلدش گردد باید بوسیله قانون و اصول حقوقی جبران گردد.» محمدخاکباز، عدالت معاوضی و قاعده موازنه، جلد اول، تهران، مجد، ۱۳۹۶، ص ۹۴.

محقق نشده است؛ آنها ناچار و برای انتفاع از ملک و جلوگیری از آسیب بیشتر ملک، خودشان رفع نواقص و معایب موجود ملک را انجام داده اند. فاکتورهای انجام این امور هم به رویت رسید و اکنون خواهان دریافت آن هزینه‌ها وفق ماده ۲۳۸ قانون مدنی می‌باشند. ج- از سوی دیگر تعهدات فنی سازنده (خوانده) از نوع «وحدت مطلوب» بوده که مطلوب همان اجرای صحیح موارد مندرج در قرارداد مشارکت و تحویل ملک مورد دعوا به مالکین بوده به نحوی که عرفاً آماده استفاده بدون ضرر مالکین باشد و این تعهدات از ناحیه سازنده (احمد) به نحو حداقل مطلوب مورد قرارداد یا عرف محل صورت نگرفته است و قاعده عمومی تعهدات مندرج در ماده ۲۲۰ ق.م. مبنی بر انجام تعهدات قراردادی و در سکوت الزام به ایفای نتایج عرفی قرارداد نقض شده است و وفق ماده ۲۲۱ ق.م. خودداری از ایفای تعهد سازنده در این مورد به حکم عرف به منزله تصریح است. د- از دیگر جهت اصول قانون اساسی بر عموم یا اطلاق تمام قوانین حکومت دارد و به موجب نتیجه‌ای که از قاعده لاضرر و اصل ۴۰ قانون اساسی بدست می‌آید «استناد به مواد قانونی و قواعد حقوقی نباید دستاویزی جهت ایجاد عسر و حرج برای ستمدیدگان در احقاق حقوق مسلم خود باشد» و همچنین هرگونه سوء استفاده از حق و عسر و حرج در اجرای قوانین الهی و بشری نفی می‌گردد. در این دعوا نیز تقصیرات و تخلفات متعدد شریک سازنده در ساخت و تحویل و بدهکاری‌های ایشان از بابت انشعاب آب و دیگر مسائل سبب آزار فراوان برای مالکین ساختمان شده است که در نتیجه مراجعات مکرر به ایشان نتوانسته اند ایشان را متقاعد به اجرای تعهدات قراردادی و پرداخت بدهی‌های خود نمایند و ناگزیر از اقدام قانونی در مراجع قضایی گردیدند. ه- نظر به اینکه کیفیت فنی و سلامت تعهدات مورد قرارداد مشارکت، باید ابتدا وفق قرارداد و در صورت سکوت قرارداد، طبق متعارف محل به‌عنوان «مفسر اراده ضمنی طرفین» صورت می‌گرفت که وفق نظریه کارشناسی، تعهدات قراردادی و همچنین متعارف محل در بسیاری از موارد محقق نشده است. و- از سوی دیگر ارکان مسئولیت مدنی قراردادی در این دعوا جمع است: اولاً قرارداد معتبر بین خواهان و خوانده در قرارداد مشارکت وجود داشته دوم: تخلف از ارکان آن صورت گرفته است سوم: به طرف متعهده یعنی مالکین خسارت وارد شده است که در نظریه کارشناسی میزان دقیق آن یعنی ۸۵۳۳۱۴۰۰۰ ریال تقویم شده است. باتوجه به تمام مراتب فوق حکم بر محکومیت خوانده آقای احمد... به پرداخت مبلغ هشتاد و پنج میلیون و سیصد و شصت و یک هزار و چهارصد تومان در حق خواهان‌ها به نسبت سهم‌الشرکه هریک از آنها در ملک مورد قرارداد مشارکت صادر و اعلام می‌نماید و ریز محکومیت به شرح زیر است: الف- وفق پاسخ استعلامی که از اداره آب و فاضلاب استان البرز به عمل آمد و نامه رسمی ۶۷۵۷/۷۱ - ۱۳۹۸/۳/۲۰ در پاسخ آن جواب داده شده است و در بند ۱ نظریه کارشناسی منعکس شده است؛ حکم به پرداخت مبلغ سی و یک میلیون و صد و هیجده هزار و دویست تومان (۳۱۱۱۸۲۰۰۰ ریال) بابت انشعابات آب از سوی سازنده در حق خواهان‌ها صادر می‌نماید. (وفق مدارک باید ۲۰ انشعاب آب گرفته می‌شد که ۷ انشعاب صادر شده است. صرف نظر از اینکه حسب الاظهاریکی از خواهان‌ها، ظاهراً سازنده از پس وُرد شخص دیگری برای صدور قبض ده واحدی آب سوء استفاده کرده است و این موضوع، مشکلات زیادی را برای مالکین مجتمع ایجاد نموده و باعث ایجاد زحمت پیگیری حقوقی آنها در اداره آب کرج شده است)

پ- بابت بدهی آب‌بهای مصرفی دوره ساخت حکم به پرداخت ۱۴۴۹۰۱۰۰۰ ریال در حق خواهان‌ها صادر می‌نماید. ت- بابت بدهی سقف کاذب لابی و پارکینگ حکم به پرداخت ۳۴۶۵۰۰۰۰ ریال در حق خواهان‌ها صادر می‌نماید. ث- بابت نصب آنتن مرکزی حکم به پرداخت ۷۰۰۰۰۰۰ ریال در حق خواهان‌ها صادر می‌نماید. ج- بابت قفسه‌بندی کمد‌ها که در قرارداد نوظبان قید شده است و فقط یک طبقه اجرا شده است، حکم به پرداخت ۲۰۰۰۰۰۰۰ ریال در حق خواهان‌ها صادر می‌نماید. چ- بابت پکیج و پره‌های رادیاتور حکم به پرداخت

۳۰۰۰۰۰۰۰ ریال درحق خواهان‌ها صادر می‌نماید. ح- بابت نصب سنگ دیوار راه‌پله که وفق قرارداد باید تا زیر سقف صورت می‌گرفت ولی کامل انجام نشده است، حکم به پرداخت ۱۶۸۰۰۰۰۰۰ ریال درحق خواهان‌ها صادر می‌نماید. خ- بابت برند شیرآلات قهرمان که در قرارداد قید شده ولی از نوع آرتین اجرا شده است، حکم به پرداخت ۵۰۰۰۰۰۰۰۰ ریال درحق خواهان‌ها صادر می‌نماید. د- بابت درب پارکینگ که به نحو کرکره‌ای و غیر از کیفیت مورد تعهد در قرارداد، اجرا شده است؛ حکم به پرداخت ۳۱۶۷۰۰۰۰۰ ریال درحق خواهان‌ها صادر می‌نماید. ذ- بابت درب ورودی پارکینگ و آسانسور، حکم به پرداخت ۶۵۰۸۰۰۰۰ ریال درحق خواهان‌ها صادر می‌نماید. ر- بابت منبع آب و پمپ حکم به پرداخت ۱۵۰۰۰۰۰۰ هزار ریال درحق خواهان‌ها صادر می‌نماید. ز- بابت تحکیم سنگ نمای ساختمان و ترمیم سنگ‌های ریخته، حکم به پرداخت ۶۰۰۰۳۰۰۰۰ ریال درحق خواهان‌ها صادر می‌نماید. س- بابت جعبه فیوز نورپردازی لابی حکم به پرداخت ۷۰۰۰۰۰۰۰ ریال درحق خواهان‌ها صادر می‌نماید. ش- بابت موزائیک کف پارکینگ حکم به پرداخت ۳۰۰۰۰۰۰۰ ریال درحق خواهان‌ها صادر می‌نماید. ص- بابت موزائیک پشت‌بام که مابه‌التفاوت بین موزائیک و ایزوگام فویل دار بوده و در قرارداد قید شده، حکم به پرداخت ۲۰۰۰۰۰۰۰۰ ریال درحق خواهان‌ها صادر می‌نماید. ض- بابت روشویی حمام‌ها، حکم به پرداخت ۱۵۰۰۰۰۰۰۰ ریال درحق خواهان‌ها صادر می‌نماید. ع- بابت درب‌های ضد آب، حکم به پرداخت ۱۴۰۰۰۰۰۰۰ ریال درحق خواهان‌ها صادر می‌نماید. غ- بابت اتاق آسانسور، حکم به پرداخت ۲۵۰۰۰۰۰۰۰ ریال درحق خواهان‌ها صادر می‌نماید. ف- بابت کف‌شور پمپ آب حکم به پرداخت ۲۰۰۰۰۰۰۰۰ ریال درحق خواهان‌ها صادر می‌نماید. ق- بابت دیوار و نما کنار آسانسور، حکم به پرداخت ۴۰۵۰۰۰۰۰۰ ریال درحق خواهان‌ها صادر می‌نماید. ن- بابت اجرای کاشی بین کابینت‌ها، حکم به پرداخت ۱۹۲۰۰۰۰۰۰۰ ریال مابه‌التفاوت بین کاشی اجرا شده و کاشی تزئینی درحق خواهان‌ها صادر می‌نماید. درنهایت داور وفق عموم قواعد الزام به ایفای شرط و تعهد، المومنون عند الشروطهم، ماده ۱۰۰ق.م، رعایت عدالت قراردادی و اصل همبستگی تعهدات مَعْوَض، قاعده اقدام، ضمن صدور حکم بر بطلان دعوی تقابل آقای احمد در مطالبه خسارات قراردادی، حکم به محکومیت ایشان (آقای احمد) به پرداخت مبلغ هشتاد و پنج میلیون و سیصد و شصت و یک هزار و چهارصد تومان در حق خواهان‌های اصلی به نسبت سهم شرکت خود صادر و اعلام می‌نماید.

### ۳. خواسته خواهان‌ها مبنی بر خسارات تاخیرتادیه

در خصوص خواسته خواهان‌ها مبنی بر مطالبه خسارات تاخیرتادیه دین اصلی یعنی ۸۵۳۶۱۴۰۰۰ ریال مندرج در نظریه کارشناسی، با توجه به اینکه از تاریخ مطالبه وفق ماده ۲۲۶ق.م و مواد ۵۲۰ و ۵۲۲ق.آ.د.م دین بر ذمه خوانده اشتغال پیدا کرده و ثابت می‌شود و ارکان ضرر قابل مطالبه جمع است: ۱. ضرر مسلم ۲. مستقیم ۳. جبران نشده ۴. مشروع و قانونی می‌باشد حکم به محکومیت خوانده به پرداخت خسارات تاخیرتادیه مبلغ ۸۵۳۶۱۴۰۰۰ از تاریخ مطالبه به موجب دادخواست تا روز اجرای حکم وفق شاخص رسمی بانک مرکزی صادر و اعلام می‌نماید.

### ۴. خواسته خواهان‌ها مبنی بر هزینه‌های داور و کارشناسی

در خصوص خواسته خواهان‌ها مبنی بر مطالبه هزینه‌های داور و کارشناسی که به طرفیت خوانده مطرح شده است؛ باتوجه به اینکه اصل خواسته‌های آنها مورد پذیرش واقع شده است و تخلفات متعدد خوانده محترم سبب پرداخت هزینه داور و کارشناسی شده است و قاعده تسبیب در فقه امامیه و حقوق ما مطالبه این گونه خسارات را به رسمیت می‌شناسد؛ حکم بر



محکومیت خواننده آقای احمد خزائیان به: ۱. پرداخت پنج میلیون تومان بابت هزینه داورى و ۲. شش میلیون و پانصد هزار تومان بابت پرداخت اجرت کارشناسی در حق خواهان‌ها به نسبت سهم شرکت هریک، وفق ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی و ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹ و روح کلی حاکم بر مواد ۳۳۱ تا ۳۳۵ قانون مدنی صادر و اعلام می‌نماید.

#### ۵. خواسته خواهان‌ها مبنی بر مطالبه حق الوکاله و هزینه دادرسی

در خصوص خواسته خواهان‌ها مبنی بر مطالبه حق الوکاله با توجه به مبانی پیش‌گفته و قاعده تسبیب و مواد ۱ ق.م.م و مواد ۵۱۵ و ۵۲۰ ق.ا.د.م حکم به محکومیت خواننده به پرداخت حق الوکاله وکیل خواهان‌ها صادر و اعلام می‌نماید ولی در خصوص مطالبه هزینه دادرسی با توجه به اینکه در داورى هزینه دادرسی پرداخت نشده است و از موضوع صلاحیت اظهار نظر داور خارج بوده و در صلاحیت دادگاه می‌باشد قرار عدم استماع دعوی خواهان‌ها صادر می‌نماید تا حق خود را در این باره در دادگاه مطالبه نمایند. رای داور، حضوری و به درخواست محکوم لهم یا یکی از آنها (به نسبت سهم شرکت خود) قابل صدور اجرائیه وفق ماده ۴۸۸ قانون آیین دادرسی مدنی در شعبه نهم دادگاه عمومی حقوقی کرج می‌باشد.»

داور منتخب دادگاه و مرضی الطرفین

#### ب- تحلیل رای داور

رای فوق در پرده نکتات فراوان شکلی و ماهوی می‌باشد و بسیاری از این نکات در گردشکار رای و متن آن به تفصیل آمده است و از این جهت می‌تواند مورد استفاده علمی علاقه‌مندان واقع شود. داورى از موضوعات به روز و کاربردی حقوق امروز ایران و کشورهای پیشرفته دنیا می‌باشد که اگر فرهنگ و شیوه صحیح استفاده از داور در دعاوی نهادینه شود بسیاری از مشکلات حل شده و از تراکم پرونده‌ها در دستگاه قضایی کم می‌شود. از جمله نکات مندرج در این پرونده موارد زیر است:

#### الف- نکات شکلی

##### ۱. شیوه ابلاغ‌ها

باید توجه داشت «اصول دادرسی» باید در رسیدگی داور رعایت شوند ولی داور الزامی به رعایت «تشریفات خاص دادرسی» ندارد. توضیح آنکه اصول دادرسی منصفانه و عادلانه در تمام رسیدگی‌ها اعم از رسیدگی دادگاه، داور، شورای حل اختلاف، مراجع اداری چون کمیسیون‌های حل اختلاف مالیاتی، هیأت حل اختلاف کارگر و کارفرما و غیره باید اجرا شوند. قواعدی چون بی طرفی دادرسی، اصل فراغ دادرسی، محدود بودن رسیدگی دادگاه به خواسته، مستدل و مستند بودن آراء از جمله اصول دادرسی هستند یا اصل تناظر، که لازمه یک دادرسی منصفانه است و

طبق اصل تناظر، خواننده باید فرصت و امکان دفاع در برابر ادعاهای خواهان را داشته باشد.<sup>۱</sup> وجه تمیز اصل از تشریفات آنکه «تشریفات» امری شکلی و برای بهتر جریان یافتن امور مربوط به رسیدگی است ولی «اصل» به مانند تنه درخت یا قلب انسان می باشد که اگر وجود نداشته باشد، یک دادرسی درست جریان پیدا نمی کند. یکی از تشریفات دادرسی شیوه ابلاغ ها است. اصل اینکه ابلاغ صورت بگیرد و طرفین در برابر خواسته ها و لوائح دفاعی یکدیگر، فرصت و امکان دفاع پیدا کنند؛ مربوط به اصل تناظر بوده و باید رعایت شود ولی اینکه ابلاغ ها به چه صورت انجام شود، در زمره تشریفات دادرسی است. اصولاً در محاکم ابلاغ ها به شیوه سنتی و پست سفارشی دو قبضه انجام می شود که در یک نسخه رسید داده می شود و یک نسخه توسط مأمور ابلاغ برمی گردد (ماده ۶۹ ق.ا.د. م) یا به نشانی مخاطب الصاق می شود (ماده ۷۰ ق.ا.د. م) اخیراً به موجب قوانین خاص، ابلاغ ها به وسیله پیامک به شماره همراهی که طرفین موقع طرح دعوا اعلام کرده اند، صورت می گیرد ولی داور مقید به این شیوه های ابلاغ نیست بلکه او می تواند در موقع تنظیم موافقت نامه داور با طرفین، شماره همراه یا ایمیلی از طرفین بگیرد و ضمن اینکه خودش نیز شماره ای معرفی می کند؛ اعلام دارد که از این پس تا ختم رسیدگی، کلیه ابلاغ ها و تصمیمات جزئی و کلی داور به وسیله پیامک یا تلگرام، واتس آپ، لاین، ایمو، ای دی اینستاگرام، ایمیل و غیره صورت می گیرد و تمامی آنها به حکم قانون معتبر می باشد. حتی می توان در قرارداد داور پیش بینی کرد که مسئولیت عدم اطلاع طرفین از این ابلاغ ها پس از ارسال توسط داور بر عهده خود طرفین می باشد. شیوه ابلاغ آن لاین در رسیدگی داور به پرونده فوق اجرا شد و در گردشکار رای داور آوردیم. در بخشی از آن آمده است: «در این موافقت نامه شیوه ابلاغ جلسات و رای داور از کلیه شیوه های ابلاغ اعم از تماس تلفنی، ایمیل، تلگرام، واتس آپ به شماره موبایل وکیل خواهان ها خانم س رجبی به شماره «...» و خواننده دعوا آقای احمد خزائیان به شماره «...» از طریق شماره همراه داور، محمد خاک باز به شماره «...» معتبر شناخته شد» فراتر از آن داور می تواند رای خود را به شیوه ای که صلاح بداند ابلاغ نماید و مکلف نیست که حتماً آن را به دفتر دادگاه تحویل دهد. در ماده ۸۵ ق.ا.د. م می خوانیم: «چنانچه طرفین در قرارداد داور، طریق خاصی برای ابلاغ رای داور پیش بینی نکرده باشند، داور مکلف است رای خود را به دفتر دادگاه ارجاع کننده دعوا به داور یا دادگاهی که صلاحیت رسیدگی به اصل دعوا را دارد، تسلیم کند. دفتر دادگاه اصل رای را بایگانی نموده و رونوشت گواهی شده آنرا به دستور دادگاه برای اصحاب دعوا ارسال می دارد.» از ماده ۸۵ ق.ا.د. م می توان برای ابلاغ ها تا قبل از صدور رای داور هم وحدت ملاک گرفت. به موجب این ماده دو حالت برای ابلاغ وجود دارد:

### حالت اول- ارجاع به داور از طریق دادگاه

دعوا از طریق شعبه خاصی از دادگاه به داور ارجاع شده باشد که در این صورت داور باید ابلاغ های خود را از طریق دفتر همان شعبه صورت دهد مگر آنکه در موافقت نامه داور، شیوه خاص دیگری را چون پیامک یا ایمیل و غیره برای ابلاغ پیش بینی کرده باشد.

### حالت دوم- ارجاع به داور از سوی طرفین

۱- عبدالله شمس، دوره پیشرفته آیین دادرسی مدنی، ج ۱، تهران، دراک، ۱۳۹۳، ص ۱۳۰ به فرموده برخی حقوقدانان تمام مقررات دادرسی باید درپرتو اصل تناظر تفسیر شوند. محمدعلی موحد، درهوی حق و عدالت طبیعی تا حقوق بشر، تهران، کارنامه، ۱۳۸۴، ص ۶۰۲؛ مصطفی فضائلی، دادرسی عادلانه در محاکمات کیفری بین المللی، تهران، شهردانش، ۱۳۸۹، ص ۳۷.

دعوا از طریق شعبه خاصی از دادگاه به داور ارجاع نشده باشد؛ بلکه داور یا داوران منتخب از سوی طرفین تعیین شده باشد که در این صورت داور باید ابلاغ‌های خود را از طریق دفتر دادگاه صالح انجام دهد مگر آنکه در موافقت‌نامه داوری، شیوه خاص دیگری را چون پیامک یا ایمیل و غیره برای ابلاغ پیش‌بینی کرده باشد. منظور از دادگاه صالح هم دادگاهی است که اگر قرار بود طرفین به دادگاه برای حل اختلافشان مراجعه می‌کردند، به آن دادگاه مراجعه می‌کردند. باید توجه داشت در هر دو حالت بالا اگر داور در موافقت‌نامه داوری، شیوه خاص دیگری را چون پیامک یا ایمیل و غیره برای ابلاغ پیش‌بینی کرده باشد، همان شیوه برای ابلاغ‌ها معتبر است.

### ۱. رعایت ماده ۲۶۰ ق.آ.د.م

بهموجب ماده ۲۶۰ ق.آ.د.م طرفین پس از اعلام نظر کارشناس می‌توانند به دفتر دادگاه مراجعه کرده و پس از مشاهده نظر کارشناسی، اعتراض یا تأیید یا هر گونه مطلب اثبات یا نفی خود را به طور مکتوب بیان دارند. در بخشی از این ماده می‌خوانیم: «... وصول نظر کارشناس به طرفین ابلاغ خواهد شد. طرفین می‌توانند ظرف یک هفته از تاریخ ابلاغ به دفتر دادگاه مراجعه کنند و با ملاحظه نظر کارشناس، چنانچه مطلبی دارند نفیاً یا اثباتاً به طور کتبی اظهار نمایند پس از انقضای مدت یاد شده، دادگاه پرونده را ملاحظه و در صورت آماده بودن، مبادرت به انشای رای می‌نماید.» در رسیدگی فوق، چون شیوه ابلاغ تصمیمات داور به وسیله شماره تلگرام و واتس‌آپ تعیین شده بود «نظریه کارشناسی» از همان طریق به طرفین ابلاغ شد ولی هیچ‌یک از طرفین به صورت لایحه مکتوب اعتراضی به این نظریه نکردند صرفاً خواننده دعوا (شریک سازنده در قرارداد مشارکت) به طور شفاهی و مطالبی تائیدی در تلگرام در مخدوش بودن نظریه کارشناسی و اعتراض به آن بیان فرمود ولی لایحه مکتوبی عرضه نداشت تا هفت روز مندرج در ماده ۲۶۰ ق.آ.د.م سپری شد و آنگاه داور رای خود را انشاء و به طرفین ابلاغ نمود. در تحلیل ماده ۲۶۰ ق.آ.د.م باید به چند نکته توجه داشت: نخست آنکه سپری شدن هفت روز مندرج در ماده ۲۶۰ ق.آ.د.م الزامی و امری است چون در راستای اصل تناظر می‌باشد. لحن ماده فوق و قید «یک هفته» و «پس از انقضای مهلت یادشده» در ماده فوق، دلالت بر امری بودن حکم این ماده دارد. دوم اینکه اعتراض به نظر کارشناسی به تصریح این ماده باید کتبی باشد. به دیگر سخن، قید «به طور کتبی» در ماده مذکور احترازی است و مفهوم وصف آن حجت است. نکته سوم اینکه به تصریح ماده ۲۶۰ ق.آ.د.م «وصول نظر کارشناس» به طرفین ابلاغ می‌گردد نه خود نظریه. به این مفهوم که دادگاه یا داور به طرفین ابلاغ می‌کند که کارشناس تعیین شده، نظریه مکتوب خود را ارائه داده است. اکنون می‌توانید به دفتر دادگاه یا دفتر داور مراجعه نموده و اعتراض مکتوب خود را بیان فرمایید. اگر داور، دفتر خاصی برای خود تعیین نکرده باشد می‌تواند اعلام دارد که برای ملاحظه نظر کارشناس به دفتر دادگاه مراجعه نمایید یا اینکه اگر در قرارداد داوری پیش‌بینی شده باشد، می‌تواند اصل نظریه کارشناسی را از طریق فضای مجازی چون تلگرام، واتس‌آپ یا ایمیل برای طرفین ارسال نماید که در پرونده بالا به همین طریق صورت گرفت. نکته چهارم اگر یکی از طرفین نزد دادگاه یا دادگاه به نظریه کارشناسی در مهلت یک هفته مندرج در ماده ۲۶۰ ق.آ.د.م اعتراض نماید و تقاضای ارجاع امر به هیات سه یا پنج یا هفت نفره کارشناسی را نماید ولی برای داور یا دادگاه محرز شود که نظریه فوق مطابق با واقعیت و اوضاع و احوال موجود است، می‌تواند ضمن رد اعتراض با دلیل، رای خود را صادر نماید زیرا مرجع رسیدگی تکلیف به شنیدن و پذیرش اعتراض دارد ولی تکلیف در قبول اعتراض و عدول از نظریه کارشناسی ندارد و از سوی دیگر نظریه کارشناسی در حد یک «اماره قضایی» است که ممکن است داور یا قاضی را به ظن قوی یا ضعیف برساند بنابراین نباید امر عدالت را به بهانه اعتراض غیرموجه به این نظریه که گاهی هم با قصد وقت کشی و اطاله دادرسی صورت می‌گیرد؛ به تأخیر انداخت.

عبارت «در صورت آماده بودن مبادرت به انشای رای می‌نماید» در بخش اخیر ماده ۶۲ ق.آ.د. م این مطلب را می‌رساند که تشخیص آماده بودن یا نبودن پرونده رای صدور رای یا داور یا دادگاه است. بعلاوه ماده ۵۶۲ هم بیانگر این مطلب است که نظر کارشناسی «در حد یک اماره» قابل قبول است نه دلیل قاطع. مفهوم مخالف این ماده هم بر این موضوع دلالت دارد که در صورت انطباق نظریه کارشناسی با اوضاع موجود، دادگاه به آن ترتیب اثر می‌دهد. در این ماده می‌خوانیم: ماده ۶۲ ق.آ.د. م - «در صورتی که نظر کارشناس با اوضاع و احوال محقق و معلوم مورد کارشناسی مطابقت نداشته باشد، دادگاه به آن ترتیب اثر نخواهد داد.» در پرونده فوق بسیاری از تخلفات خواننده آقای احمد در اجرای قرارداد مشارکت برای شخص داور محرز شد زیرا خود داور آنها را با چشم مشاهده کرد و کارشناسی تکمیل بر دلیل و اقناع وجدانی داور گردید. خلاصه آنکه در بخش‌هایی از گردشکار رای داور تمام مراتب فوق منعکس گردید. در این بخش‌ها می‌خوانیم: «نظریه کارشناسی وفق ماده ۶۲ ق.آ.د. م در روز ۸۹۳۱/۳/۲۲ برای طرفین ارسال شد تا چنانچه مطلبی به طور نفی یا اثباتی دارند، به طور کتبی اعلام نمایند. هیچ‌یک از طرفین اعتراض کتوبی تا انقضای هفت روز مقرر در ماده ۶۲ ق.آ.د. م از روز ۸۹۳۱/۳/۲۲ تا ۸۹۳۱/۳/۹۲ اعلام نداشتند. صرفاً خواننده محترم آقای احمد در آخرین جلسه رسیدگی مورخ ۸۹۳۱/۳/۶۲ ساعت ۵ عصر که در ملک محل قرارداد مشارکت برگزار شد اظهار فرمودند که: نظریه کارشناسی غیر عادلانه است و اعتراض دارم ولی دلیل متعارف و معقولی که داور را توجیه نماید؛ ابراز نگردید. به نظر داور، کارشناسی صورت گرفته مطابق اوضاع و احوال موجود است (ماده ۶۲ ق.آ.د. م) و پرونده آماده صدور رای می‌باشد. (بخش اخیر ماده ۶۲ ق.آ.د. م)»

## ب- نکات ماهوی رای داور

نکات زیر در ماهیت رای قابل توجه و استفاده علمی می‌باشد:

### ۱. مطالبه خسارات تخلف از انجام تعهد

قسمتی از رای داور درباره مطالبه وجه التزام تاخیر در امضای سند رسمی از سوی شریک سازنده علیه مالکین است که این خواسته ایشان محکوم به بطلان گردیده است زیرا خودش تعهد اولیه اش را در قبال آنها یعنی گرفتن پایانکار در موعد مقرر را انجام نداده است و داور به این علت حکم بر بیحقی خواهان صادر کرده است. درباره این موضوع در کتاب رساله عملی در وجه التزام در یک فصل مستقل به نام «توجه به تعهد متقابل مشروط له در دعوی مطالبه وجه التزام» تحلیل کرده ایم. صرفاً در قسمتی از استدلال رای داور آمده است: «پایانکار در تاریخ ۱۳۹۵/۹/۲۰ صادر شده است شده است و اساساً قبل از اخذ پایانکار، امضای سند رسمی از ناحیه خواهان‌ها به دلیل تقصیر و سهل انگاری خود سازنده غیرمقدور بوده است. با توجه به معاوضی و متقابل بودن تعهدات طرفین و اینکه در تعهدات معاوضی «جهت تعهد هر طرف ایفای تعهد طرف مقابل است» و بموجب «دکترین عوض»<sup>۱</sup> و «نظریه دستهای ناپاک»<sup>۲</sup> دستی که پاک نیست نمی‌تواند مطالبه پایی نماید. (Unclean hands doctrine) ... «حکم بر بطلان دعوی خواهان در خصوص

۱- Doctrin of Consideration. (Hunt, 1394 : 159) .

۲- بموجب این نظریه ادعای دادخواهی که خود بر خلاف وجدان و با سوء نیت عمل کرده است؛ مسموع نیست : payne,

مطالبه این خسارات» صادر واعلام می‌گردد.»

## ۲. تَهَاتَر (Set off loss against gain`s)

وکیل خواننده دعوی تقابل در پاسخ به خواسته خواهان (آقای احمد- شریک سازنده) مبنی بر مطالبه خسارات تاخیر در تنظیم سند رسمی به تَهَاتَر ماده ۲۹۵ ق.م.ا.ت.م استناد فرمودند که ما نیز محق در مطالبه خسارات تاخیر در تحویل ملک هستیم و با هم تَهَاتَر می‌شود. باید توجه داشت تَهَاتَر یک واقعه حقوقی قهری در ماده ۲۹۵ ق.م.ا.ت.م است. ثلاثی مزید بر وزن تَفَاعُل و از ریشه فعل «هَتَرَ» در لغتنامه به معنای چیزی را از بین بردن و «هتر» به معنای دروغ آمده است.<sup>۱</sup> تَهَاتَر واقعه حقوقی قهری می‌باشد یعنی حادثه قهری و بدون اراده اشخاص است که اثر حقوقی آن سقوط تعهد است. لحن ماده ۲۹۵ ق.م.ا.ت.م بیانگر آن است:

«تَهَاتَر قهری است و بدون اینکه طرفین در این موضوع تراضی نمایند، حاصل می‌گردد بنابراین به محض اینکه دو نفر در مقابل یکدیگر در آن واحد مدیون شدند، هر دو دین تا اندازه ای که با هم معادله می‌نمایند بطور تَهَاتَر برطرف شده و طرفین به مقدار آن در مقابل یکدیگربری می‌شوند.» با وجود اینکه تَهَاتَر قهری است ولی همان طور که برخی حقوق دانان فرموده اند: باید از ناحیه ذی نفع به آن استناد شود<sup>۲</sup> البته به عقیده برخی دیگر استناد به تَهَاتَر ضروری نیست زیرا متوسل شدن به تَهَاتَر در ماده ۱۸۳۸ ق.م.ا.ت.م ایوبی آمده است و در قوانین موضوعه ما نیامده است بلکه تَهَاتَر قهری از مظاهر حقوق فطری است که حتی در روستاهای دور از مراکز تمدن شهری مردم به حکم فطرت به تَهَاتَر استناد کرده و دیون همدیگر را ساقط شده می‌دانند.<sup>۳</sup> به نظر می‌رسد اگر دادرسی یا داور بتواند از اسناد و دلایل ارائه شده، خود به تَهَاتَر بین دو دین پی ببرد می‌تواند رای خود را مستند به تَهَاتَر نماید بدون آنکه استنادی صورت گرفته باشد ولی اگر نتواند آن را کشف نماید وفق ماده ۱۴۲ ق.ا.د.م و بدون دعوی تقابل قابل استناد از سوی خواننده می‌باشد. در این ماده می‌خوانیم: ماده ۱۴۲ ق.ا.د.م: «دعوی متقابل بموجب دادخواست اقامه می‌شود لیکن دعوی تَهَاتَر، صلح، فسخ، ردخواست و امثال آن که برای دفاع از دعوی اصلی اظهار می‌شود؛ دعوی متقابل محسوب نمی‌شود و نیاز به تقدیم دادخواست جداگانه ندارند.» در هر حال در قسمتی از رای داور به شرح زیر به تَهَاتَر نیز استناد شده است: «علاوه بر اینکه حتی اگر خواهان به فرض محال می‌توانست این خسارات را مطالبه نماید با خسارات موضوع بند ۱-۲ قسمت

۱- هَتَرَ - هتراً عَرَضَ فُلَانٌ اَبْرُوهُ فُلَانِي رَا بَرَدَ. الهتَر دروغ، مصیبت، حادثه ناگوار. تَهَاتَرُ الرَّجُلَانِ: آن دو مرد علیه یکدیگر ادعائی کردند. التَهَاتَرُ: شهادتهایی که یکدیگر را تکذیب کنند. محمد بندریگی، ترجمه منجد الطلاب، ص ۶۲۵. در نوشته‌های فقهی یکی از عبارات معادل تَهَاتَر همان «تَقَاص» یا «تَصَارُفٌ بِنَا فِي الدِّمَمِ» است که در ابواب پراکنده فقهی یافت می‌شود. نقل از شرایع الاسلام، کتاب الرهن، الفصل الخامس فی المرتهن، ص ۱۲۰ بوسیله: مهدی شهیدی، سقوط تعهدات، ش ۱۱۷، ص ۱۷۲ مثلاً صاحب جواهر در باب رهن آورده که یکی از شرایط مال مرهون آن است عین مملوک بوده و بتوان آن را قبض کرد و فروخت بنابراین مال کلی که وجود عینی ندارد را نمی‌توان رهن داد ولی طلبکار و بدهکار می‌توانند آنرا در رابطه داخلی خود تَهَاتَر نمایند. محمد حسن نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۲۵، ص ۱۱۷ و نباید چنین تصور شود که این تَهَاتَر مصداق بیع دین به دین است بلکه توافقی نافذ است. محمد حسن نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۲۴، ص ۵۳ و علی اکبر سیفی مازندرانی، فقه استدلالی، تهران، موسسه نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۴۳۰ ه.ق، ص ۳۱۰.

۲- دکتر ناصر کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران، میزان، ۱۳۸۳، یادداشت ۲ ماده ۲۹۵.

۳- دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، مجموعه محشی قانون مدنی، تهران، گنج دانش، ۱۳۹۱، حاشیه اول ماده ۲۹۵ و حاشیه ششم ماده ۲۹۴.

ب ماده ۶ قرارداد مبنی بر تأخیر در تحویل ملک مورد مشارکت به طور قهری وفق ماده ۲۹۵ ق.م.ت.ه.ا می‌گردید که این موضوع طبق ماده ۱۴۲ آ.د.م.م مورد استناد وکیل خواهان‌ها واقع شد... حکم بر بطلان دعوی خواهان در خصوص مطالبه این خسارات صادر و اعلام می‌گردد.»

### ۳. ایراد به اجرا نشدن مراتب ۲۳۷ تا ۲۳۹ ق.م.

شریک سازنده (خوانده) در دفاع از خواسته خواهان‌ها (مالکین) مبنی بر مطالبه خسارات ناشی از تخلف در ساخت و ساز و تحویل ملک که به شرح نظریه کارشناسی مبلغ هشتاد و پنج میلیون و سیصد و شصت و یک هزار و چهارصد تومان برآورد گردیده است، با راهنمایی قبلی وکلاء، اظهار داشتند که باید وفق مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ ق.م. عمل می‌کردند و ابتدا به وسیله دادخواست یا اظهارنامه انجام این تعهدات را مطالبه می‌کردند ولی داور به شرح استدلال‌های زیر حکم به محکومیت خوانده به پرداخت این خسارات صادر کردند. درست است که قانون تکلیف اجرای تعهدات تخلف شده را در مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ ق.م. تعیین کرده است ولی وضع این مواد نباید زنجیری برپای عدالت باشد و خود را در حصار این قالب‌های مکانیکی محصور کنیم. مواد فوق در خصوص تعهداتی است که قابلیت الزام دارند نه تعهداتی چون ساخت ملک که مالک از نحوه اجرای کار پیمانکار بی‌خبر است و در آخر با پروژه‌ای سراسر نقص مواجه می‌شود و در هنگام اجرای آن، نه امکان، نه وقت و نه شرایط نظارت بر کار پیمانکار را خواهد داشت. یکی از عمده استدلال‌های داور این است که نباید تفسیر قوانین وسیله سوء استفاده از حق ستمگر باشد که در اصل ۴۰ ق.ا. و قاعده لاضرر نهی شده است. کل استدلال‌های داور در این باره را در رای آورده‌ایم ولی در بخش‌هایی از استدلال رای داوری خوانیم: ۱. همچنین از یک سو خواهان‌ها بارها و در دفعات زمانی مختلف، پس از ساخت و تحویل ملک، الزام شریک سازنده آقای احمد را به رفع نواقص و معایب فنی مورد قرارداد وفق ماده ۲۳۷ قانون مدنی خواسته‌اند ولی اقدامی از ناحیه ایشان صورت نگرفته است... ۲. از سوی دیگر تعهدات فنی سازنده (خوانده) از نوع «وحدت مطلوب» بوده... ۳. قاعده عمومی تعهدات مندرج در ماده ۲۲۰ ق.م. مبنی بر انجام تعهدات قراردادی و درسکوت الزام به ایفای نتایج عرفی قرارداد نقض شده است و وفق ماده ۲۲۱ ق.م. خودداری از ایفای تعهد سازنده در این مورد به حکم عرف به منزله تصریح است... ۴. از دیگر جهت اصول قانون اساسی بر عموم یا اطلاق تمام قوانین حکومت دارد و بموجب نتیجه ای که از قاعده لاضرر و اصل ۴۰ قانون اساسی بدست می‌آید «استناد به مواد قانونی و قواعد حقوقی نباید دستاویزی جهت ایجاد عسر و حرج برای ستم‌دیدگان در احقاق حقوق مسلم خود باشد» و همچنین هرگونه سوء استفاده از حق و عسر و حرج در اجرای قوانین الهی و بشری نفی می‌گردد... ۵. از سوی دیگر ارکان مسئولیت مدنی قراردادی در این دعوا جمع است... امید است تحلیل این پرونده مورد استفاده پژوهشگران و عدالت خواهان، وکلا و قضات دادگستری واقع شده باشد.

### نتیجه گیری

۱. دو مورد از اهداف عالی علم حقوق «اجرای عدالت» و «تامین نظم اجتماع» است پس اگر اجرای ظاهر قانونی با نظم و عدالت منافات داشته باشد وکلا و قضات در مقام دفاع و صدور رای بایستی به نحوی آنرا تفسیر و اجرا نمایند که این دو هدف تامین شود. ۲. اجرای ظاهر قانون هیچگاه نباید

۱- برای مشاهده و بررسی رای یاد شده و سایر آراء مراجعه شود به: محمد خاکباز، عدالت و انصاف در آینه آرای قضایی: گزیده آراء تحلیل آنها، جلد اول، تهران، جنگل، ۱۳۹۹.

به تخریب هدف آن منتهی شود. پیامبراسلام (صلی الله علیه و آله و سلم) ۱۴۰۰ سال پیش این نکته را با روشنفکری در حدیث لاضرر به تمام دانشجویان حقوق بعد از خود فهماند زیرا استناد سمره ابن جندب به ظاهر حق مالکیت خود باعث اضرار به غیر می شد و ریشه این تصور اشتباه به وسیله پیامبر قطع شد و در اصل ۴۰ قانون اساسی ما بصورت قاعده «منع سوء استفاده از حق» جلوه گر شد. ۳. یکی از مواردی که اجرای ظاهر قانون به هرج و مرج و بی عدالتی منتهی می شود جایی است که شریک سازنده در ساخت و تحویل بنا تخلفات متعدد صورت داده است و مالک هم امکان اطلاع از تخلفات او در جریان ساخت ملک را نداشته است و اکنون با بنایی مخالف با مواد قرارداد مشارکت مواجه می شود. در این شرایط اجرای مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ ق.م جاییگاهی ندارد زیرا الزام و انجام تعهد به خرج دیگری امکان ندارد یا اگر امکان داشته باشد، با عسر و حرج فراوان برای خواهان روبرو است پس طرح دعوی مطالبه خسارت بهترین و عادلانه ترین راه ممکن است زیرا تعهد سازنده از نوع «وحدت مطلوب» بوده است که اکنون زمان اجرای تعهد پایان یافته است و اگر مالک را مکلف به طرح خواسته اولیه الزام کنیم اول باعث اطلاع دادرسی و طرح دعوی متعدد و تحمیل هزینه و وقت بیهوده بر اصحاب دعوا و بیت المال شدیم دوم با مبانی تعهد وحدت مطلوب منافات دارد. سوم با طرف تجاوزکار همکاری کرده ایم و باعث تشویق طرف تجاوزگر و سوء استفاده از حق شدیم (اصل ۴۰ ق.ا و قاعده لاضرر) ۴. مطالبه خسارت از خسارت ممنوع است ولی دریافت «افت ارزش پول» هیچگاه خسارت محسوب نشده و از آن عنوان خروج تخصصی دارد به خصوص در شرایطی که دادرسی و اجرای حکم قطعی سالها به طول می انجامد و محکوم به ارزش ناچیزی پیدا می کند. در غیر این صورت با طرف تجاوزکار همکاری کرده ایم و با آیه «لا تعاونوا علی الاثم و العداون» منافات دارد و دری از سوء استفاده از حق را برای تجاوزکار باز کردیم (اصل ۴۰ ق.ا و قاعده لاضرر) ۵. اصل ۴۰ ق.ا و قاعده لاضرر از اصول مهم اخلاقی، انسانی، حقوقی ما هستند که بر عموم تمام قوانین عادی کشور حکومت دارند و اگر به درستی تفسیر و اجرا شوند در بسیاری از موارد ستمدیدگانی که به دستگاه قضایی و حمایت و کلا پناه می آورند از دادگستری بعنوان مرجع عمومی دادخواهی ناامید نمی شوند.

منابع و مواخذ

الف- فارسی

۱. بندرریگی، محمد. ترجمه منجد الطلاب، تهران: اسلامی، ۱۳۶۲.
۲. سیفی مازندرانی، علی اکبر. فقه استدلالی، تهران، موسسه نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۴۳۰ه.ق.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. مجموعه محشی قانون مدنی، تهران، گنج دانش، ۱۳۹۱.
۴. خاکباز، محمد. رساله عملی در وجه التزام. تهران، مجد، ۱۳۹۸.
۵. خاکباز، محمد. عدالت و انصاف درآینه آرای قضایی: گزیده آراء و تحلیل آنها. جلد اول، تهران: جنگل، ۱۳۹۹.
۶. خاکباز، محمد. عدالت معاوضی وقاعده موازنه: تبیین ماهیت، مجاری و مصادیق، جلد اول، تهران: مجد، ۱۳۹۶.
۷. کاتوزیان، ناصر. قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران، میزان، ۱۳۸۳.
۸. شمس، عبدالله. دوره پیشرفته آیین دادرسی مدنی، ج ۱، تهران، دراک، ۱۳۹۳.
۹. شهیدی، مهدی. سقوط قراردادها و تعهدات. تهران، مجد، ۱۳۹۲.
۱۰. موحد، محمدعلی. دره‌های حق و عدالت طبیعی تا حقوق بشر، تهران، کارنامه، ۱۳۸۴.
۱۱. فضائی، مصطفی. دادرسی عادلانه در محاکمات کیفری بین المللی، تهران، شهردانش، ۱۳۸۹.

ب- عربی

۱۲. ابن بابویه قمی، محمد (شیخ صدوق). «من لایحضره الفقیه». جلد ۲ و ۳، قم، الاسلامی، ۱۴۱۳ه.ق.
۱۳. اصفهانی، محمد باقر (مجلسی دوم). «مرآه العقول فی شرح اخبار آل الرسول». جلد ۲۴، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۴ه.ق، محقق سیدهاشم رسولی.
۱۴. اصفهانی، محمد باقر (مجلسی دوم). «ملاذ الاخیار فی فهم تهذیب الاخبار». جلد ۱۰، محقق سید مهدی رجایی، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی، ۱۴۰۶ه.ق.
۱۵. بحرانی، حسین بن محمد. «الانوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرایع (للفیض)». جلد ۱۴، محقق محسن آل عصفور، قم، مجمع البحوث العلمیه، بی تا.
۱۶. سبحانی، سیدجعفر. «نظام القضاء و الشهاده فی الشریعه الاسلامیه الغراء». جلد ۱، قم، موسسه امام



صادق (ع)، ۱۴۱۸ هـ. ق.

۱۷. سیوری حلی، مقداد ابن عبدالله. «کنزالعرفان فی فقه القرآن». جلد ۲، قم، مرتضوی، ۱۴۲۵ هـ. ق.
۱۸. طوسی، ابی جعفر محمد بن الحسن. «المبسوط فی فقه الامامیه»، جلد ۳ و ۸، قم، الاسلامی، ۱۴۲۸ هـ. ق.
۱۹. طوسی، ابی جعفر. «الخلافا». الجزء الثالث، محقق و مصحح علی خراسانی، سید جواد شهرستانی، مهدی طه نجف، مجتبی عراقی، قم، الاسلامی، ۱۴۰۷ هـ. ق.
۲۰. طوسی، ابی جعفر. «تهذیب الاحکام». جلد ۶، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ هـ. ق.
۲۱. عاملی، زین الدین (شهید ثانی). «مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام». جلد ۱۳، تحقیق گروه پژوهش موسسه معارف اسلامی، قم، موسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۲۲. لنکرانی، فاضل. «تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله: القضاء و الشهادات»، قم، نشراته، محقق حسین واثقی و محمد مهدی مقدادی، ۱۴۰۲ هـ. ق.
۲۳. ۱۱. نجفی، محمد حسن. جواهر الکلام فی شرح شرايع الاسلام. جلد ۲۴ و ۲۵، بیروت، دارالتراث العربی، محقق: عباس قوچانی و علی آخوندی، ۱۴۰۴ هـ. ق.

ج- لاتین

Hunt. Martin (1394). A level and level law. By: mohamad taghi rafie. Tehran : Majd.