

## استناد سر خودِ دادرسی به جهت بطلان قرارداد؛ نمود هنر آیین دادرسی با اجرای اصل تقابلی بودن دادرسی (رأی شماره ۱۱۳۷ مورخ ۲۲ اکتبر ۲۰۲۰ شعبه دوم دیوان عالی کشور فرانسه)

تاریخ دریافت: ۹۹/۰۸/۱۱

تاریخ پذیرش نهایی: ۹۹/۱۲/۱۸

حسن محسنی<sup>۱</sup>

### چکیده

چه در امور موضوعی که به طور سنتی در تسلط طرفین دعوا بوده، و چه در امور اثباتی و دلایل که به معنای تمام و کمال با نقشی که دادرسی پویا در اثبات امروزه یافته، میان طرفین از یک سو و قاضی از سوی دیگر، به امری مشترک بدل شده است و چه در امور حکمی یا قانونی که باز به طور سنتی در اقتدار و حاکمیت دادگاه قرار دارد، دادرسی باید هم درباره طرفین و هم نسبت به خود، اصل تقابلی بودن دادرسی را رعایت نماید. اصل تقابلی بودن دادرسی در اینجا دادرسی را زانو به زانو در مقابل طرفین متداعیین می‌نشانند و از او می‌خواهد تا اقدام یا تصمیم خود را برای طرفین توجیه و مبرهن نماید. در حقوق فرانسه، میان امر موضوعی، امر حکمی و امر اثباتی تمایز ایجاد شده که در همه حالات، این امور مشمول «اصل تقابلی بودن دادرسی» است؛ تاجایی که اگر دادرسی بخواهد به موضوعی که به صراحت مورد اتکای طرفین نبوده، در دعوا استناد کند یا اینکه بخواهد به قاعده حقوقی دیگری برای حل و فصل اختلاف استناد نماید یا اینکه قصد داشته باشد توصیف یا نام‌گذاری طرفین از دعوا را تغییر بدهد یا به اقدام یا تحقیقی برای اثبات دعوا به جای متداعیین دست بزند، باید هم خودش و هم طرفین، این اصل را در همه حالات رعایت کنند. چنین به نظر می‌رسد که این رهیافت در حقوق ایران نیز قابل دفاع است. فایده این کار به سزاست؛ پاسداری از منافع خصوصی طرفین در دادرسی مدنی و حفظ فاصله مطمئن از آنها و قرار گرفتن در مدار بی‌طرفی و رعایت حقوق اصحاب دعوا و سرانجام پرهیز از دو یا چندباره کاری با صدور رأی‌های سست و لرزان از بهره‌های اجرای این اصل است.

**واژگان کلیدی:** اصل تقابلی بودن دادرسی، اصل تناظر، امر حکمی.

## مقدمه

در حقوق ایران برابر ماده ۹۷۵ این گونه آمده است که «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود به موقع اجراء گذارد اگرچه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد». این حکم ماهوی<sup>۲</sup> برای اجرا به قواعد آیینیک<sup>۳</sup> نیاز دارد. جز در فرضی که مدعی دادخواستی برای اثبات ادعای مخالفت قرارداد با اخلاق حسنه یا نظم عمومی تقدیم دادگستری نماید، در قوانین آیینیک افزون بر آنچه در ماده ۶ قانون آیین دادرسی مدنی آمده است، دیگر مقرره‌ای برای تبیین آیینیک این رهیافت وجود ندارد: «عقود و قراردادهایی که منخل نظم عمومی یا بر خلاف اخلاق حسنه که مغایر با موازین شرع باشد در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست». به بیان دیگر، در قانون آیین دادرسی مدنی حکمی که نشان دهد دادرسی چگونه باید به این «به‌اجرا نگذاشتن قرارداد» یا «ترتیب اثر ندادن به قرارداد» اقدام کند، دیده نمی‌شود. البته موارد دیگری نیز در قوانین به‌چشم می‌خورد که جهت یا جهاتی برای بطلان یا بی‌اعتباری قرارداد مبنای ادعا و دفاع، یا هر مبنای غیرقراردادی دیگر است، مانند شرایط اساسی صحت معاملات (ماده ۱۹۰ قانون مدنی) یا دفاعیات مشروع و اکراه و اضطرار که باز موضوع را به عرصه ترافعی بودن میان خواهان و خوانده و لزوم درخواست آن‌ها در اجرای «اصل درخواست» می‌برد.<sup>۴</sup>

ماهیت این پدیده که در ماده ۹۷۵ قانون مدنی و ماده ۶ قانون آیین دادرسی مدنی آمده، در حقوق دادرسی چیست؟ ایراد آیین دادرسی است یا دفاع ماهوی (یا به معنای اخص)؟ یا اینکه چیز دیگری است مانند ایراد خاص نظم عمومی یا اخلاق حسنه؟ اگر پاسخ این پرسش هم داده شود، پرسش دیگر این است که آیا دادرسی برای آن اجرا نگذاشتن یا برای

2. Substantial Law

3. Procedural Law

۴. درباره این اصل و فروع آن، ر.ک. کاپلنتی، مورو و برایان جی. گارث، *آیین دادرسی مدنی*، مجلد نخست، (مقدمه - سیاست‌ها، گرایش‌ها و اندیشه‌ها در آیین دادرسی مدنی)، برگردان و پژوهش حسن محسنی، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۸)، ص ۵۶، پ. ۱۳؛ ایشان اصل درخواست را در کنار چهار ویژگی دیگر بررسی کرده‌اند که بسیار با ماهیت آیین دادرسی مدنی سازگاری دارد: بیان شخصی دعوی متقابل و دفاعیات؛ محدودیت رأی به قلمرو خواسته؛ حق انحصاری شکایت از رای؛ حق انحصاری خاتمه دادن به دعوا.

چنان ترتیب اثر ندادن، باید منتظر ایراد یا دفاع ذی نفع بماند یا اینکه سرخود<sup>۵</sup> می تواند به آن استناد کند یا اینکه در مقوله نظم عمومی یا اخلاق حسنه، وی چنین تکلیفی دارد.

همچنین معلوم نیست که اگر دادرس قراردادی را مشمول ماده ۹۷۵ یا ماده ۶ پیش گفته بداند و بخواهد سرخود، به اعتبار نظم عمومی یا اخلاق حسنه، به آنها استناد نماید، آیا باید درباره نادرستی این گونه قرارداد، حکمی صادر نماید؟ و اگر بخواهد چنین کند آیا باید در یک رسیدگی تقابلی چنین تصمیمی بگیرد؟

آیا استناد دادگاه به این «به/جرا نگذاردن قرارداد» یا «ترتیب اثر ندادن به قرارداد» یک امر حکمی ناب<sup>۶</sup> است که دادگاه از پیش خود امکان استناد آزاد به آن را دارد، بی آنکه نیازی به شنیدن دفاعیات متداعیین، به ویژه کسی که این تشخیص و تصمیم به زیان اوست، باشد؟ برای نمونه، آیا این شدنی است که خواهانی که دادخواستی بر اساس یک قرارداد تقدیم نموده، به یکباره با اقدام سرخود دادگاه، با اعلام بی اعتباری قرارداد مبنای دعوی خود، به جای رسیدن به حق مورد ادعا، مواجه شود؟ خواه این اقدام ریشه در تشخیص دادگاه نسبت به نظم عمومی داشته باشد و خواه مسئله اخلاق حسنه یا قوانین آمره مطرح باشد که یا این امور مورد ادعای خوانده بوده یا نبوده است یا اینکه این نگاه دادگاه در دیگر اسباب بطلان یا بی اثری و بی اعتباری دادگاه ریشه داشته باشد.

در حقوق فرانسه که جلوه ای از آن را در رأی موضوع این نوشته می بینیم، هم درباره ماهیت این گونه مخالفت قرارداد در حقوق تعهدات، همچون ماده ۹۷۵ قانون مدنی ما، حکم پیش بینی شده و هم درباره آیین مواجهه دادگاه با این وضعیت مقرراتی در کد آیین دادرسی مدنی آمده است. برای نمونه، در ماده ۶ کد مدنی فرانسه مصوب سال ۱۸۰۴ که نمودار برجسته قواعد ماهوی است، چنین آمده است: «در قراردادهای خصوصی، کنار نهادن

5. Ex office; *ex officio*

درباره بخشی از این جهات بطلان در قراردادهای ر.ک: شعاریان، محمد، «ثمن نامعین در قراردادهای پیش فروش، موانع حقوقی و فقهی - راهکارها»، مطالعات حقوقی معاصر، شماره ۵ (۱۳۹۱)، ص ۸۳-۱۲۱.  
این اصطلاح کهن و شناخته شده حقوق دادرسی، در نوشته های فارسی «راساً» یا «علی الراس» هم ترجمه شده است که به نظر گویا نیست.

6. Les moyens de pur droit

قوانینی که با نظم عمومی و اخلاق حسنه مرتبط هستند، ممکن نیست» و همچنین، بر بنیاد ماده ۱۱۰۲ این قانون مصوب سال ۲۰۱۶ «هرکس در بستن یا نبستن قرارداد، برگزیدن طرف قرارداد خود و تعیین محتوا و شکل قرارداد، در چارچوب محدودیت‌هایی که قانون مقرر نموده، آزاد است. این آزادی قراردادی مجوزی برای کنار نهادن قواعد مرتبط با نظم عمومی نیست».

افزون بر این، در کد آیین دادرسی مدنی، میان امر موضوعی (مواد ۶ تا ۸)، امر حکمی (مواد ۱۲ و ۱۳) و امر اثباتی (مواد ۹ تا ۱۱) تمایزی ایجاد شده که در همه حالات، این امور مشمول «اصل تقابلی بودن دادرسی» است تا جایی که اگر دادرسی بخوهد به موضوعی که صریحاً مورد اتکای طرفین نبوده، در دعوا استناد کند یا اینکه بخوهد به قاعده حقوقی دیگری برای حل و فصل اختلاف استناد نماید یا اینکه قصد داشته باشد توصیف یا نام‌گذاری طرفین از دعوا را تغییر بدهد یا به اقدام یا تحقیقی برای اثبات دعوا به جای متداعیین دست بزند، باید هم خودش و هم طرفین، این اصل را در همه حالات رعایت کنند:

«دادرسی باید در تمام اوضاع و احوال اصل تقابلی را در نظر گرفته و خود شخصاً آن را رعایت کند. او نمی‌تواند در تصمیم خود به جهات، توضیحات و مدارک مورد استناد قرار گرفته یا مطرح شده طرفین توجه کند، مگر این که این موارد به نحو تقابلی مورد گفتگو قرار گرفته باشند. او نمی‌تواند تصمیم خود را بر جهات حکمی که سرخود به آن‌ها استناد کرده متکی نماید بدون اینکه پیش از این طرفین را برای ارائه نظرات دعوت نموده باشد».<sup>۷</sup>

ناب بودن امر حکمی نیز در حقوق این کشور به قاضی اجازه نمی‌دهد بتواند بی‌رعایت این اصل، قاعده حقوقی را نسبت به طرفین اعمال کند.<sup>۸</sup>

۷. برای دیدن ترجمه این کد، ر.ک. حسن، محسنی (مترجم)، آیین دادرسی مدنی فرانسه، (تهران: شرکت سهامی انتشار، چ ۴، ۱۳۹۵)، ص ۸۰ تا ۸۳.

۸. این سخن شایسته توضیح بیشتر است. در ماده ۱۲ کد آیین دادرسی مدنی فرانسه بند ۳ وجود داشت که به موجب تصمیم شورای دولتی، آن هم به سبب نقض اصل تقابلی بودن دادرسی، ابطال شد. این بند چنین آورده بود: «قاضی سرخود می‌تواند به جهات حکمی ناب، صرف نظر از مبنای حقوقی مورد استناد طرفین استناد کند». به بیان دیگر، امر حکمی یا امری بود که طرفین بدان استناد می‌کردند یا دادرسی بی‌آنکه اشتباهی در استناد طرفین ببیند آن را اعمال می‌کرد. امر ناب حکمی امری بود که با امر

این قاعده آیینیک که «اصل تقابلی بودن دادرسی» یا «اصل تناظر»<sup>۹</sup> نامیده شده- که اندر پیرامون آن بسی سخن هست<sup>۱۰</sup>- ضامن اجرای حقوق ماهوی و تضمین اعمال صحیح قوانین آیین دادرسی در جریان دعاوی است. به دیگر سخن، اصل تقابلی بودن دادرسی نمایانگر اهمیت قواعد آیین دادرسی در تحقق مقررات دیگر حقوق است تا جایی که هرگاه دادرسی به جای طرفین در امور موضوعی یا امور اثباتی مداخله می‌کند یا آنگاه که در مقام اعمال اقتدار قانونی خود در تطبیق حکم بر موضوع است (اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی) و به‌ویژه از این رهگذر قاعده حقوقی مورد انتظار یا مورد استناد طرفین را کنار گذاشته، به حکمی دیگر استناد می‌کند یا اینکه نام‌گذاری یا توصیف خواهان یا خوانده را اشتباه تشخیص داده و جایگزین می‌کند، وی را در مقابل و رو در روی طرفین متداعیین نشانده، از او می‌خواهد برای این اقدام نواورانه خود نسبت به محتویات پرونده یا ابتکارگونه خود در یک گفتگوی قضایی، بر بنیاد اصل تقابلی بودن دادرسی یا آنچه‌آن که استادان «اصل تناظر»<sup>۱۱</sup> نامیده‌اند، شرکت کند. دادرسی تا زمانی که سرخود در امر موضوعی، اثباتی و حکمی مداخله‌ای ندارد، شخص ثالث بی‌طرف و آکار است که از نگاه «پیوند رسیدگی»، در صدر سه‌گوشه خواهان-خوانده-قاضی؛ خوانده-خواهان-قاضی، جایگاه دارد، ولی هرگاه چنین مداخله یا مشارکتی را پیش گرفت، باید برای دوری جستن از هرگونه شایبه نقض بی‌طرفی یا اصولی همچون ابتکار عمل خصوصی و تسلط طرفین بر امور موضوعی و بار اثبات، با هدف تبیین درستی و به‌جایی اقدامات خود، زانو به زانو مقابل طرفین نشسته و پیرامون آن اقدامات خود که در حقوق اصحاب دعوا اثر دارد، با شنیدن مدافعات دادخواهان و به‌ویژه رعایت حق دفاع ذی‌نفع سخن بگوید یا دست‌کم دفاعیاتش را بشنود یا زمینه شنیدن دفاع و ادعای ایشان را فراهم آورد. در غیر این صورت، وی حق ندارد به رهیافت موردنظر خود در دعوای متداعیین ترتیب اثر بدهد.

موضوعی یا امر حکمی آمیختگی نداشت، مانند قوانینی که درباره پذیرفتن (une irrecevabilité) است. شورای دولتی فرانسه حتی این‌گونه امور حکمی را نیز روا ندانست و اعلام کرد در همه حالات باید اصل تقابلی بودن دادرسی رعایت شود. نک: حسن، محسنی، اداره جریان دادرسی مدنی، بر پایه همکاری و در چارچوب اصول دادرسی، (تهران، شرکت سهامی انتشار، چ ۵، ۱۳۹۹)، ص ۲۰۸، پ. ۷۱.

#### 9. Le principe du contradictoire; le principe de la contradiction

۱۰. در این باره، ر.ک. حسن، محسنی، پیشین، ص ۱۵۰ به بعد. به‌ویژه شماره‌های ۵۸، ۵۹، ۶۵، ۶۹ و ۷۰ و ۷۱.

۱۱. عبدالله، شمس، «اصل تناظر»، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۳۵-۳۶ (۱۳۸۱)، ص ۶۱ تا ۷۶.

در حقوق ما به باور نگارنده، گرچه حکمی مشابه ماده ۱۶ کد آیین دادرسی مدنی دیده نمی‌شود و این موجب شده احکام صحیح یا مقبولی در کشور ما بعضاً صادر نشود، اما برابر حقوق و اصولی که از دیدگان خواهد گذشت و با تکیه بر خرد درست‌آیین، رعایت اصل تقابلی بودن میان دادرس و طرفین و نیز میان خود طرفین الزامی است؛ کاری که رفتار بازیگران عرصه دادرسی را «درست‌آیین» و نتیجه آن را «پذیرفته» و کم‌چالش می‌نماید.

در این نوشته، نخست رأی شعبه دوم دیوان عالی فرانسه، که به تازگی (بیست و دوم اکتبر سال ۲۰۲۰ برابر با یکم آبان سال ۱۳۹۹) صادر شده، از دیدگان می‌گذرد و سپس درباره ارزش تطبیقی این رأی در حقوق ایران نکاتی از نظرها خواهد گذشت.

دو نمونه از رأی‌های صادرشده در دادگاه عمومی حقوقی کشور ما (دادگستری شهرستان پاکدشت) در این نوشته، برای آوردن نمونه مشابه رفتار دادگاه پژوهش بورودو که بی‌توجه به اصل تقابلی بودن دادرسی صادر شده‌اند، نقل می‌شود. همچنین، بیان این نکته اهمیت دارد که چون رأی دیوان عالی کشور فرانسه ماهیتاً درباره ابطال قرارداد حق‌الوکاله وکیل دادگستری است، بهره تطبیقی غیرمستقیمی نیز از این نگاه برای حقوق ما داشته است که بدان اشاره می‌شود.

## ۲. گزارش پرونده

در حقوق فرانسه اگر وکیل یا مؤسسه وکالتی ادعایی درباره حق‌الزحمه (اعم از حق‌الوکاله و حق‌المشاوره و مانند آن) داشته باشد، چنانچه موکل نسبت به پرداخت اقدام نکند، یا به‌طور کلی اختلافی درباره حق‌الوکاله میان طرفین رابطه وکالتی باشد، بر اساس ماده ۲۱ قانون ۷۱-۱۱۳۰ مورخ ۳۱ دسامبر سال ۱۹۷۱ درباره اصلاحات در برخی مشاغل قضایی و حقوقی<sup>۱۲</sup> ناظر بر ماده ۱۰ آن، باید به رئیس کانون وکلا مراجعه نماید. تصمیم رئیس کانون وکلا اجرایی است، ولی به درخواست ذی‌نفع در دادگاه پژوهش قابل شکایت است.

12. Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

در این ماده اصلاحاتی به سال ۲۰۱۵ اعمال شده و ماده‌ای دیگر (۱۰-۱) به این سخن افزوده شده است.

در این پرونده، دعوی یک موسسه مدنی شغلی به نام «لگالسی و دیگران»<sup>۱۳</sup> (خواهان) علیه شخص حقیقی (خوانده) درباره حق الوکاله مطرح است که در نتیجه، مسئله اعتراض به تصمیم رئیس کانون وکلا در دادگاه پژوهش بوردو<sup>۱۴</sup> طرح می‌شود<sup>۱۵</sup>.

## ۲.۱. موضوعات و آیین دادرسی در پرونده<sup>۱۶</sup>

بر اساس حکم فرجام‌خواسته که رئیس دادگاه پژوهش بوردو در تاریخ ۵ مارس ۲۰۱۹ صادر نموده، در تاریخ ۱۱ آوریل ۲۰۱۷، آقای «الف» قراردادی با موسسه پیش‌گفته که از وکلای عضو کانون وکلای شارانت<sup>۱۷</sup> هستند درباره حق الوکاله دفاع از منافع ایشان در یک دادرسی قضایی منعقد می‌نماید.

پس از اینکه موکل، سه فاکتور جمعاً به مبلغ ۴۲۰۰ یورو به همراه مالیات بر ارزش افزوده (TTC) را می‌پردازد، از پرداخت دو فاکتور جدید به مبلغ ۱۸۰۰ یورو با مالیات بر ارزش افزوده خودداری می‌نماید و این موجب می‌شود که هریک از ناحیه خود نزد رئیس کانون وکلا شکایت برند.

## ۲.۲. بررسی جهت<sup>۱۸</sup>

### ۲.۲.۱. درباره جهتی که شعبه نخستین در نظر گرفته است

بیان جهت

مؤسسه وکلای مشاور لگالسی به حکم تعیین مبلغ مجموع حق الوکاله به میزان ۲۲۰۰ یورو و رد کردن مبلغ ۲۰۰۰ یورو به آقای «الف» به‌عنوان اضافه پرداخت معترض شده است

13. Legalcy avocats conseils, société civile professionnelle et autre.

14. Cour d'Appel de Bordeaux.

15. گزارش پرونده از سایت دیوان عالی کشور فرانسه است. این گزارش بی‌کم‌وکاست آورده می‌شود تا خوانندگان ایرانی با شیوه نگارش رأی در این دیوان آشنا شوند.

Arrêt n°1137 du 22 octobre 2020 (19-15.985) - Cour de cassation - Deuxième chambre civile - ECLI: FR:CCAS:2020: C201137;

([https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/deuxieme\\_chambre\\_civile\\_570/1137\\_22\\_45789.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/deuxieme_chambre_civile_570/1137_22_45789.html)).

16. Faits et procédure.

17. Barreau de la Charente.

18. Examen du moyen

این چنین که «قاضی ملزم به رعایت و شخصاً مراعی داشتن اصل تقابل بوده، نمی‌تواند سرخود به جهتی استناد نماید بی آنکه پیش از آن طرفین را برای بیان ملاحظات خود دعوت کرده باشد؛ در این باره با استناد سرخود به این جهت که قرارداد حق الوکاله به سبب انصراف وکیل پیش از نیل به مأموریت کاری خود غیرقابل اجرا شده است، بی آنکه پیش از آن طرفین برای بیان ملاحظات خود دعوت شده باشند، درحالی که اساساً آقای الف در دادرسی حضور نداشته و در لایحه خود خطاب به مرجع قضایی نیز به چنین جهتی استناد ننموده است، از این رو، رئیس شعبه اول مرجع قضایی به الزامات اصل تقابلی بودن توجه نداشته و ماده ۱۶ کد آیین دادرسی مدنی را نقض نموده است».

## ۲.۲.۲. دیدگاه دیوان عالی<sup>۱۹</sup>

### بر بنیاد ماده ۱۶ کد آیین دادرسی مدنی

آن چنان که این ماده مقرر داشته است، قاضی باید در همه اوضاع و احوال، اصل تقابلی بودن رسیدگی را رعایت نماید و خود نیز شخصاً آن را مراعی بدارد. وی نباید تصمیم خود را بر جهات حکمی که سرخود به آن استناد نموده است استوار کند، بی آنکه پیش از آن طرفین را برای بیان ملاحظات خود دعوت کرده باشد.

در آیین دادرسی شفاهی، آنگاه که یک طرف در جلسه دادرسی حضور نداشته است، نمی‌شود چنین فرض نمود که جهتی که قاضی سرخود مورد استناد قرار داده، به صورت تقابلی مورد مجادله بوده است.

در اینجا برای بیان این سخن که داوری نمودن پیرامون زمان صرف شده از سوی وکیل در راستای دفاع از منافع آقای «الف»، همچون نرخ حق الزحمه کار وی، با چشم بستن از شرایط قراردادی حق الوکاله بین طرفین منعقد شده است، با وجود معیارهای مقرر در بند ۴ ماده ۱۰ قانون ۷۱-۱۱۳۰ مورخ ۳۱ دسامبر ۱۹۷۱، کنار نهاده شده و جایگزین شده است؛ چراکه در این رأی چنین آمده است که چون نمایندگی مشاور پیش از دستیابی به مأموریت



کاری خاتمه یافته است، دیگر طرفین نیازی به ارزیابی شرایط این قرارداد ندارند.<sup>۲۰</sup>

همچنین رئیس شعبه اول مرجع قضایی با صدور چنین رأیی متن ماده پیش گفته را نقض نموده است؛ چراکه آقای «الف» در جلسه رسیدگی حضور نیافته و وی نه به تصمیم و نه به اسناد پرونده آیین دادرسی دسترسی نداشته، درحالی که طرف حاضر، پیشاپیش برای بیان اظهارات خود درباره استناد سرخود به جهت ملغی‌الآثر بودن قرارداد حق‌الوکاله دعوت شده است.

### ۳.۲. رأی دیوان عالی کشور فرانسه

«رأی مورخ ۵ مارس ۲۰۱۹ رئیس شعبه اول دادگاه پژوهش بوردو، تماماً نسبت به طرفین، نقض شده و الغا می‌شود؛ پرونده و طرفین در وضعیتی که پیش از آن رأی داشته‌اند بازمی‌گردند و پرونده برای صدور رأیی دیگر، به رئیس شعبه اول دادگاه پژوهش بوردو بازگشت داده می‌شود».

Président: M. Pireyre

Rapporteur: M. Talabardon, conseiller référendaire

Avocat général: M. Girard

Avocat(s): SCP Gaschignard

۲۰. این ماده احکام متعددی دارد. در بخشی از این ماده با اصلاحات سال ۲۰۱۵ چنین آمده است: «حق‌الزحمه کار، مشاوره، همراهی، راهنمایی، نگارش اسناد قضایی به شکل سند عادی و مذاکرات شفاهی دادگاه، در قرارداد با موکل معین می‌شوند. در موضوع توقیف اموال غیرمنقول، تقسیم، مزایده و توثیق قضایی، حقوق و مزایای وکلا در چارچوب تعرفه‌ای که طی شرایط مقرر در باب چهارم از دفتر چهارم کد تجارت نوشته می‌شود برآورد می‌گردد. جز در موارد فوری یا بروز قوه قاهره یا هنگامی که وکیل به عنوان معاضدت قضایی کامل یا برابر شق سوم قانون شماره ۹۱-۶۴۷ مورخ ۱۰ ژوئیه ۱۹۹۱ درباره معاضدت حقوقی در موضوع دخالت دارد، وکلا با موکل خود قرارداد حق‌الوکاله‌ای منعقد می‌نمایند به‌ویژه با تصریح به مبلغ حق‌الوکاله یا شیوه تعیین حق‌الوکاله با عنایت به اقدامات قابل پیش‌بینی و نیز هزینه‌ها و مخارجی که لازم است. در حق‌الوکاله بر بنیاد عرف به وضعیت آتی موکل، مشکلات پرونده، هزینه‌هایی که وکیل متحمل می‌شود و شهرت و اقداماتی که وی انجام می‌دهد توجه می‌شود. هرگونه تعیین مشروط به نتیجه حق‌الوکاله ممنوع است. قراردادی که در آن افزون بر حق‌الوکاله کار، حق‌الوکاله‌ای تکمیلی را با توجه به نتیجه حاصله یا خدمت ارائه‌شده مقرر می‌کند مجاز است. در نمایندگی داده‌شده به وکیل برای انعقاد قراردادهای اشاره‌شده در بند نخست ماده ال. ۲۲۲-۷ کد ورزش، چنین مقرر است که مبلغ حق‌الوکاله نباید از ۱۰ درصد مبلغ آن قرارداد بیشتر باشد...».

### ۳. نقد و بررسی رأی

افزون بر موضوع اصلی این نوشته که به جایگاه اصل تقابلی بودن دادرسی یا اصل تناظر در جریان دادرسی مدنی و نقش آن در تحقق نقش متقابل و متعادل قاضی و اصحاب دعوا می‌پردازد، از نگاه حقوق تطبیقی این رأی نشان‌دهنده رشد و پیشرفت حقوق فرانسه در تأمین و حفظ حقوق صاحبان مشاغل از جمله وکلای دادگستری است و موضوع این رأی برای تبیین نکته یا نکات آیین دادرسی که در این نوشته بررسی شده، سودمند است. توضیح اینکه در ماده ۲۱ قانون سال ۱۹۷۱ با اصلاحات سال ۲۰۱۱ چنین آمده است: «هر کانون وکلا دارای شخصیت مدنی<sup>۲۱</sup> است. رئیس کانون وکلا نماینده کانون در همه موضوعات است. او به اختلافات حرفه‌ای میان اعضای کانون وارد شده، سازش برقرار می‌نماید و نیز درباره هرگونه ادعای اشخاص ثالث چنین می‌کند. هرگونه اختلاف میان وکلا در هنگام اجرای وظایف حرفه‌ای خود، اگر سازش نشده باشد، به داوری رئیس کانون وکلا واگذار می‌شود که وی می‌تواند برای ارزیابی بخش‌های اجتماعی یا سهام مؤسسه وکلا از کارشناس استفاده کند. در این موضوع، رئیس کانون وکلا می‌تواند اختیارات قانونی خود را به رؤسای پیشین کانون وکلا و نیز به هر عضو یا عضو پیشین شورای کانون واگذار نماید. تصمیم رئیس کانون وکلا از سوی هریک از طرفین در دادگاه پژوهش قابل شکایت است. شرایطی که در چارچوب آن رئیس کانون وکلا می‌تواند اختیارات خود را واگذار کند و آیین داوری در مصوبه شورای دولتی پس از دریافت نظر شورای ملی وکلا مقرر می‌شود...».

به هزاران دلیل نباید موضوعاتی همچون مطالبات حق الوکاله مستقیماً در دادگستری مطرح شود. از نگاه روان‌شناسی قضایی این کار موجب بروز نوعی رقابت میان مشاغل دولتی و حِرَف خصوصی می‌شود که با توجه به شناوری و آزادی شغل خصوصی، دوام و پایداری در شغل دولتی که درآمد و دررفت معینی دارد، آسیب دیده یا کم می‌شود. همچنین، وکلا نباید بی‌درنگ برای رسیدن به حق الوکاله قراردادی یا مبتنی بر تعرفه خود به دادگستری، آن هم علیه موکل خود که با ایشان دارای رابطه امانت و صداقت هستند، مراجعه کنند. این دو برای اینکه در سطح اخلاق باقی نمانند، باید با پیش بینی نوعی فرایند

21. La personnalité civile

غیرقضایی پاس داشته شوند؛ چیزی که در حقوق فرانسه به داوری یا تصمیم رئیس کانون وکلا واگذار شده است. نظارت بر این تصمیم در دادگستری آن ناسازگاری پیش گفته را ندارد و موجب می شود نوعی تضمین برای حفظ حقوق متداعیین همواره فراهم باشد.

مطالعه تطبیقی این رأی چنین ثمره‌ای نیز دارد که نشان می‌دهد وکلای دادگستری فقط حدود نمی‌خواهند، بلکه حقوقی هم دارند که بایسته است برای تداوم و پیشرفت این حوزه، به‌ویژه از نگاه حقوق مالی، با پیش‌بینی سازوکارهای مناسبی همچون راهکار موضوع پرونده حاضر، یعنی داوری یا نوعی تصمیم پایمردانه رئیس کانون وکلا، مورد توجه قرار گیرد. همچنین، این رأی سطح اعتماد دستگاه قضایی و مشتریان حوزه وکالت به رئیس کانون وکلا را نیک نشان می‌دهد و پرده از ظرفیت‌های همکاری میان کانون‌های مستقل وکلا و قوه مستقل قضایی برمی‌دارد. درک این استقلال با تحقق این گونه تعاملات بیشتر است تا دخالت روزافزون و پدیداری شبهات نفی استقلال کانون وکلا یا دامن زدن به شبهه مداخله‌گری قوه قضائیه در امور ذاتی این کانون‌ها. میان دستگاه قضایی و کانون وکلا باید در اموری همچون موضوعاتی که در حقوق و حدود وکلا اثر دارند، همکاری بیشتر و بیشتری محقق گردد.

نگاه نگارنده به اختیارات سرخود دادرسی در این نوشته، نگاهی منفی و انکاری نیست، چراکه در حقوق دادرسی، قاضی بی‌بهره از اختیارات سرخود و تشخیصی، دادرسی را در چنگال اطاله رها خواهد کرد که نتیجه آن چیزی جز دورافتادگی از کشف حقیقت و واقع که ذات مفروض یا گوهر مقبول «فصل خصومت» است نخواهد بود. باری، دادرسی مدنی باید از اختیارات سرخود برخوردار باشد و این سخن برخوردی با تبیین فرایند اجرای «درست‌آیین» ندارد. از این رو، توجه بهتر به این نقش، به باور پژوهنده، کارآمدی بیشتر و بهتر را برای دادگاه‌ها به‌ارمغان می‌آورد آن‌چنان که نوشته‌اند: «اختیار سرخودِ دادرسی در هنر طراحی رأی درست نقش بازی می‌کند و جایگه دارد. همچنین این توانایی‌های دادرسی، از زمان پی بردن به نزاع یا درخواست مطرح‌شده در دادگستری و تا لحظه‌ای که به تصمیم می‌انجامد، همواره اهمیت خود را نشان می‌دهد: این است هنر آیین دادرسی»<sup>۲۲</sup>. بر این

22. Burgelin, Jean-François, Jean-Marie Coulon, Marie-Anne Frison-Roche, *L'office de la procédure*, in: Mélanges P. Draï, Paris, Dalloz, 2000, pp. 253.

بنیاد، از نگاه موضوع این نوشته یعنی رعایت اصل تقابلی بودن دادرسی، پرداختن به هفت نکته برای اجرای درست‌آیین اختیارات سرخود بایسته است:

- نخست اینکه الزام رعایت اصل تناظر یا اصل تقابل، تنها در مورد متداعیین نیست؛ همان گونه که خواهان در آغاز دادرسی باید ادعاها و مستندات خود را طی دادخواست یا هر سند آغازگر رسیدگی برای آگاهی خواننده از دعوی به دادگاه ارسال نماید، خواننده نیز باید در هرگونه دفاع، چه کتبی و چه شفاهی، به شیوه‌ای رفتار نماید که خواهان، از اصول دفاعیات و مبانی آن آگاه شود. این اصل تقابلی بودن دادرسی ایجاب می‌کند هرگونه تغییر و دگرگشتی در ادعا و دفاع، به آگاهی طرف مقابل برسد.
- دوم اینکه هرگونه مراجعه یک‌جانبه به دادرسی، چه از سوی خواهان و چه از ناحیه خواننده، باز مشمول این اصل است. برای نمونه، اگر خواهان تقاضای دستور موقت می‌کند، حتی اگر این دستور به سبب فوریت، بدون ابلاغ مراتب به خواننده صادر شود، باید مراتب به او ابلاغ شود و وی احیاناً توانایی اعتراض به آن را، خواه ضمن اعتراض به رأی یا مستقیماً - که مورد اخیر در حقوق دادرسی ما نسبت به دستور موقت نیست - خواهد داشت.
- سوم اینکه در امور موضوعی که به ابتکار طرفین واگذار شده و تحت تسلط ایشان است، اگر قاضی بخواهد در این امور دخالت کند، مانند این است که أخذ توضیحی را لازم بداند یا اینکه موضوعاتی جانبی یا خواسته‌های ضمنی را در پرونده دیده و قصد استناد داشته باشد، باید مراتب را به طرفین اطلاع داده، به این منظور جلسه دادرسی تشکیل دهد یا دفاعیات ایشان را بشنود.
- چهارم اینکه گرچه امروز نقش قاضی و اصحاب دعوا در دلایل اثبات به سویی پیش رفته که مشارکت و همکاری ایشان در تحقق اثبات را نشان می‌دهد و هر دو برای فصل خصومت و کشف حقیقت دارای اختیاراتی در این باره هستند، ولی اصل تقابلی بودن دادرسی یا اصل تناظر، کار قاضی در استناد به ترتیبات تحقیقی را هنگامی درست‌آیین می‌داند که یا دادرسی تحقیقات را با حضور و مشارکت طرفین و ذی‌نفع انجام دهد یا اینکه در تحقیقاتی که سرخود و بر بنیاد اختیار تشخیصی خود انجام داده است، طرفین را از نتیجه این تحقیقات آگاه نموده، دفاعیات ایشان را دریافت نماید. او بدون دریافت

دفاعیات یا دست‌کم بی‌آگاهی طرفین دربارهٔ این تحقیقات، حق ترتیب اثر دادن به آن نتایج را در پرونده ندارد.

▪ پنجم اینکه در امور حکمی، همچون موضوع این پرونده که در حاکمیت و تسلط دادرسی است و نیز در قوانین و مقررات، نوعی توانایی کامل به دادرسی در این حوزه داده می‌شود. چنانچه دادرسی قصد داشته باشد به قوانین و مقرراتی استناد کند که برای نمونه موجب تغییر توصیف خواهان یا متداعیین از موضوع دعوا و خواسته می‌شود یا دست‌کم نام‌گذاری ایشان را تغییر می‌دهد و یا اینکه همچون موضوع پرونده حاضر، اصل حقانیت خواهان را نشانه می‌رود و قرارداد وی را به سبب برخورد با قوانین و مقررات امری یا اخلاق حسنه یا نظم عمومی بی‌اثر قلمداد نماید، پیش از استناد به این قوانین و مقررات در رأی خود بایسته است ملاحظات و دفاعیات طرفین را بشنود یا دست‌کم اینکه فرصت شنیدن آن را فراهم بیاورد؛ خواه در این کار برای پاسداری قوانین امری یا اخلاق حسنه یا نظم عمومی «تکلیف» داشته باشد و خواه در تصحیح اشتباه متداعیین در توصیف و نام‌گذاری «اختیار» داشته باشد. هرگاه که بخواهد در این امور اقدامی انجام دهد بایسته است اصل تقابلی بودن دادرسی را رعایت کند.

▪ ششم اینکه اگر در ماده ۱۸ قانون آیین دادرسی مدنی ناظر بر ماده ۱۴۲ این قانون که از جمله دعاوی تهاتر، صلح، فسخ، ردّ خواسته و امثال آن که برای دفاع از دعوی اصلی اظهار می‌شود، به جهت اینکه «دفاع» است، دعوی متقابل ندانسته، به دیدهٔ دقت نگریسته شود و مسئلهٔ برخورد یک قرارداد یا تعهد با نظم عمومی یا اخلاق حسنه را نیز دفاعی دانست که اصل و ریشه حقانیت مدعی را نشانه می‌رود و یا اینکه اگر این در قانون آیین دادرسی مدنی به برخی ایرادات ناظر بر مشروعیت، جزمیت و واجد اثر بودن (بندهای ۷، ۸ و ۹ و ۱۰ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی)، در کنار طرح دعوا برابر قانون (ماده ۲ آن قانون) نگریسته شود<sup>۳۳</sup>، هویدا می‌گردد که همهٔ این واکنش‌های دفاعی

۳۳. برخی به‌درستی این بندها را ایراد آیین دادرسی ندانسته‌اند. رک. ملک‌تبار فیروزجایی، هادی، قواعد عمومی ایرادات آیین دادرسی، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۸)، ص ۷۴ به بعد و نیز ص ۱۷۰ تا ۱۷۷. این پژوهشگران باور دارند که رفتار متداعیین، پس از دادخواهی خواهان از دادگستری در سه شیوه نمود می‌یابد: یا خوانده اصل حق مورد ادعای خواهان را انکار می‌کند که این کار «دفاع» است و اختصاص به خوانده ندارد، یا اینکه به ساختمان دعوی طرح‌شده از نگاه آیین دادرسی ایراد

(دفاع ماهوی یا ایراد) ریشه در خصوصی بودن مفهوم دعوی مدنی دارد و گویای پیش‌بینی ترتیبی در قانون آیین دادرسی مدنی است که در راستای اصل تقابلی بودن دادرسی، به دنبال طرح دفاعیات و ایرادات، قصد دارد این اصل را همواره میان طرفین پاس دارد. پس، آنگاه که خود قاضی سرخود به این دفاعیات و ایرادات به جای طرفین ذی‌نفع استناد می‌کند، در واقع، خود را در موقعیت یکی از اطراف دادرسی قرار می‌دهد و از این رو، بایسته است تا قاضی با وجود تکلیفی که قوانین ماهوی فراروی او قرار داده است (از جمله ماده ۹۷۵ قانون مدنی و هر مقرره‌ای که بی‌اعتباری ادعا و دفاعیات مدعی یا مدعی‌علیه را پیش می‌کشد)، دست‌کم با ابلاغ مراتب و دریافت ملاحظات و دفاعیات طرفین، خواه با تشکیل جلسه دادرسی و خواه با قبول لوایح طرفین، در پرونده امر تصمیم بگیرد.

▪ هفتم اینکه اصل تقابلی بودن دادرسی باید از سوی دادرس در حق خودش نیز هنگامی که قصد استناد سرخود به امور موضوعی یا اثباتی یا حکمی را دارد، رعایت شود. این اصل در مورد امور حکمی، دادرس را در موقعیت مستقل و بی‌طرف قرار می‌دهد و هرگونه شبهه را از او دور می‌کند. برای نمونه، در دو دعوی زیر، دانشگاه تهران دو دادخواست به دادگستری پاکدشت برده بود. در یکی که از جمله به طرفیت شهرداری مطرح شده بود، یکی از خواسته‌های دعوا، الزام به تحویل قطعاتی معین از زمین برابر صورت جلسه تنظیمی بود و در دیگری که به طرفیت ستاد اقامه نماز جمعه مطرح شده بود، خواسته دعوا رجوع از اذن انتفاع نسبت به مساحت معینی از زمین بود.

در هر دو دعوا، شعب سوم و پنجم این دادگاه، دو رای کاملاً غافلگیرانه صادر نمودند. در اولی شعبه سوم اعلام کرد که تحویل زمین از جمله به استناد «قانون منع فروش و واگذاری اراضی فاقد کاربری مسکونی برای امر مسکن به شرکت‌های تعاونی و سایر اشخاص حقیقی و حقوقی» مصوب سال ۱۳۸۱ و «قانون جلوگیری از خرد شدن اراضی کشاورزی و ایجاد

می‌گیرد که این «ایراد آیین دادرسی» است و گویا این خواننده است که چنین ایراداتی را غالباً طرح می‌کند و گاه خواهان را فاقد حق دادخواهی می‌داند که این «تهدیرفتن» است که مورد اخیر در زبان فرانسه «fin de non-recevoir» نامیده شده است و در اینکه این رهیافت برای خواننده است گرایش‌های معقولی وجود دارد. بر این اساس، استناد به قواعد آمره یا نظم عمومی یا اخلاق حسنه را که راست همچون تیری اصل حق مدعی را نشانه می‌رود، باید یک دفاع دانست.

قطعات مناسب فنی، اقتصادی» سال ۱۳۸۵ وجاهت قانونی ندارد و در نتیجه، حکم علیه خواهان (به شکل حکم به بطلان دعوا و بی‌حقی) صادر شد<sup>۲۴</sup> و در دومی بی‌آنکه خواننده کمترین دفاعی در مقابل دعوای دانشگاه نموده باشد، به زیان دانشگاه به سبب اینکه مسئله وقفیت اراضی این شهر اخیراً در دادرسی که دانشگاه در آن حضور نداشت، مورد بازنگری فوق‌العاده قضایی قرار گرفته، دانشگاه را ذی‌نفع ندانست و قرار رد دعوای خواهان را صادر نمود<sup>۲۵</sup>.

هر دوی این دادنامه‌ها با تجدیدنظرخواهی به ترتیب در شعبه‌های ۵۱ و ۶۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران نقض شد. مبنای سخن تجدیدنظرخواه در هر دو مورد برای نمونه، رعایت نشدن اصل تقابلی بودن دادرسی بود تا جایی که خواهان نخستین ادعا می‌کرد که از وجود چنین جهاتی درباره ادعای خود کاملاً ناآگاه بوده و غافلگیر شده است و چون دادگاه نیز درباره این جهات، دفاعیات خواهان نخستین و خواننده را دریافت نکرده بود، قول خواهان مقدم بود و این عدم رعایت اصل تقابلی بودن دادرسی، نقض رأی‌ها را آسان کرد. در واقع، برای اینکه خواهان یا خواننده، قاضی را طرف اختلاف خود نبیند، بایسته است این اصل میان قاضی و طرفین، و طرفین و قاضی و نسبت به خود قاضی در فروض بالا اجرا شود و دیوان عالی کشور و به طریق اولی هر مرجع عالی قضایی همچون دادگاه تجدیدنظر نسبت به دادگاه عمومی یا این دادگاه نسبت به رأی قاضی شورا، با اتکا به بند ۳ ماده ۳۷۱ قانون آیین دادرسی مدنی به پاسداری اصول دادرسی و حقوق اصحاب دعوا یا با استناد به بند هـ ماده ۳۴۸ این قانون، رأی‌هایی را که بی‌توجه به این اصل صادر شده است، به درخواست ذی‌نفع نقض نماید.

### نتیجه

اگر از مقوله شیوه حل اختلاف میان وکیل و موکل در حقوق فرانسه بگذریم، در همه نظام‌های حقوقی برای پاسداری از نظم عمومی و اخلاق حسنه احکامی همچون حکم ماده

۲۴. دادنامه شماره ۹۶۰۹۹۷۲۹۲۰۳۰۰۹۵۰ مورخ ۱۳۹۶/۸/۲۹ شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی پاکدشت.

۲۵. دادنامه شماره ۹۸۰۹۹۷۲۹۲۰۵۰۰۳۳۴ مورخ ۱۳۹۸/۴/۱ شعبه پنجم دادگاه عمومی حقوقی پاکدشت.

۹۷۵ قانون مدنی و ماده ۶ قانون آیین دادرسی مدنی دیده می‌شود و در برخی قوانین و مقررات نیز برای یادآوری و تضمین حقوق ذی‌نفعان ترتیباتی برای بیان ایرادات و طرح دفاعیات پیش‌بینی شده است، ولی آنچه بیش و پیش از همه موجبات درست‌آیینی و پذیرش عمل دادگاه از سوی طرفین و مراجع قضایی بالاتر می‌شود، آن رهیافت و رفتاری است که در فضای اصل تقابلی بودن دادرسی انجام شده باشد؛ خواه اقدام دادگاه به امر موضوعی مربوط باشد و خواه به امر حکمی یا اثباتی.

هیچ دادگاهی نباید با اتکا به اندیشه حفظ نظم عمومی یا اخلاق حسنه یا به اتکای تکلیف خود در یافتن حکم هر موضوع در قوانین و مقررات، به خود حق استناد غافلگیرانه به امور حکمی را بدهد. گرچه در این اقتدار دادگاه ماهیتاً کمترین گمانی نیست، اما از نگاه آیینیک در این باره سخن‌ها هست. قواعد آیین دادرسی از دادگاه می‌خواهد، در عین پذیرش آزادی وی در کار یافتن و اعمال حکم بر موضوع، حقوق و منافع متداعیین را با اجرای اصل تقابلی بودن دادرسی در حق خود و طرفین رعایت نماید.

ثمره حقیقی این نوشته را باید در دور نمودن دادگاه از صدور قرارهای شتاب‌زده دید. هیچ دادگاهی نباید درباره قابلیت استماع، مشروعیت، قانونی بودن اصل حق مورد ادعا یا هر برآورد قانونی دیگر، سرخود پیش‌داوری کند. او حق داوری دارد، ولی پس از دریافت ملاحظات طرفین اختلاف، گرچه دادگاه می‌تواند در چارچوب قوانین و مقررات در امور موضوعی و اثباتی مداخله نماید و نیز درحالی که دادگاه به هر بهانه و تعلیل می‌تواند در توصیف و نام‌گذاری طرفین و تصحیح اشتباهات سهوی و عمدی ایشان ورود کند، برای رسیدن به استواری رأی و پذیرش و رضایتمندی حل و فصل انجام‌شده از سوی طرفین اختلافات و پرهیز از دوباره یا چندباره‌کاری ناشی از صدور قرار برای دادخواهان یا جلوگیری از اشتغال بی‌مورد دادگاه‌های بالاتر به این قرارها و نفی آمارگرایی، باید که پیش از هر اقدام، رفتار و رهیافت خود را با پایبندی به اصل تناظر یا تقابلی بودن دادرسی اجرایی نماید. او نباید و نباید به استناد جهاتی همچون مشروعیت، نظم عمومی یا اخلاق حسنه یا قوانین آمره، یک‌سویه و بی‌آگاهی طرفین، نظری و رأیی درباره اختلاف طرفین بدهد. اشکالی که در نظام حقوقی ما به سبب مجمل‌گذاردن امر در قانون آیین دادرسی مدنی به‌خوبی به‌چشم



می‌آید و قاضی را در موقعیتی قرار می‌دهد که وی می‌تواند سرخود به این اسباب و جهات، هم علیه خواهان یا خوانده‌ای رای بدهد که هیچ آگاهی از منویات درونی دادرس، پیرامون عدم مطابقت دعوا و ادعایشان با قانون به معنای کلی یا اخلاق حسنه و نظم عمومی ندارند. این سخن به دنبال بیان ممنوعیت دادرس در استناد به این جهات نیست؛ این سخن در پی استناد شایسته به این جهات با اجرای اصل تقابلی بودن دادرسی میان طرفین و دادرس، و دادرس و طرفین است.

به رأی شعبهٔ دوم دیوان عالی کشور فرانسه که تماماً در اجرای این اصل، با تأکید بر رویهٔ قضایی پیشین و مستحکم این دیوان<sup>۲۶</sup> اهتمام نموده، کمترین اشکال و ایرادی نیست. بایسته است این نقص در حقوق ما جبران شود و نگارندهٔ رأی اول آبان ۱۳۹۹ شعبهٔ دوم دیوان عالی کشور را بهانه و دست‌مایه کرد برای طرح دوباره این موضوع و بیان دگربار خواست بازبینی قوانین آیینیک و به‌روزرسانی آن‌ها با توجه صحیح به نقش متقابل دادرس و اصحاب دعوا در دادرسی مدنی. اندیشیدن به هنر آیین دادرسی، انگیزهٔ نگارنده در این نوشته بوده است.

---

۲۶. هم دربارهٔ استناد به نظم عمومی و هم دربارهٔ استناد به قواعد ماهوی یا قواعد آیینیک و هم دربارهٔ جهات حکمی ناب، رأی‌های پرشماری از مراجع قضایی عالی و تالی فرانسه بر بنیاد مادهٔ ۱۶ کد صادر شده است. در این باره، نک: *Code de procédure civile*, 2018, 109<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, 2018, p. 60-61.

## منابع و مأخذ

### – کتابها

۱. کاپلتی، مورو و برایان جی. گارث، *آیین دادرسی مدنی*، مجلد نخست، (مقدمه – سیاستها، گرایشها و اندیشهها در آیین دادرسی مدنی)، برگردان و پژوهش حسن محسنی، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۸).
۲. محسنی، حسن، (مترجم)، *آیین دادرسی مدنی فرانسه*، (تهران: شرکت سهامی انتشار، چ ۴، ۱۳۹۵).
۳. محسنی، حسن، *اداره جریان دادرسی مدنی*، بر پایه همکاری و در چارچوب اصول دادرسی، (تهران: شرکت سهامی انتشار، چ ۵، ۱۳۹۹).
۴. ملک‌تبار فیروزجایی، هادی، *قواعد عمومی ایرادات آیین دادرسی*، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۸).

### – مقالات

۵. شعاریان، محمد، «ثمن نامعین در قراردادهای پیش فروش، موانع حقوقی و فقهی – راهکارها»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر (فقه و حقوق اسلامی سابق)*، شماره ۵ (۱۳۹۱).
۶. شمس، عبدالله، «اصل تناظر»، *مجله تحقیقات حقوقی*، ش ۳۵-۳۶ (۱۳۸۱).
7. Burgelin, Jean-François, Jean-Marie Coulon, Marie-Anne Frison-Roche, *L'office de la procédure*, in: Mélanges P. Draï, Paris, Dalloz, 2000.
8. *Code de procédure civile*, 2018, 109<sup>ème</sup> éd, Paris, Dalloz, 2018.

### – رأیها

9. Arrêt n°1137 du 22 octobre 2020 (19-15.985) - Cour de cassation - Deuxième chambre civile-ECLI: FR:CCAS:2020: C201137; ([https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/deuxieme\\_chambre\\_civile\\_570/1137\\_22\\_45789.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/deuxieme_chambre_civile_570/1137_22_45789.html)).

۱۰. دادنامه شماره ۹۶۰۹۹۷۲۹۲۰۳۰۰۹۵۰ مورخ ۱۳۹۶/۸/۲۹ شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی پاکدشت.

۱۱. دادنامه شماره ۹۸۰۹۹۷۲۹۲۰۵۰۰۳۳۴ مورخ ۱۳۹۸/۴/۱ شعبه پنجم دادگاه عمومی حقوقی پاکدشت.