

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

کانون

ماهنامه خبری و تحلیلی در زمینه علوم انسانی
نشریه علمی - تخصصی حقوق
سال پنجاه و ششم، دوره دوم، شماره ۱۶۱ و ۱۶۲
نخستین و تنها ماهنامه تخصصی حقوق سردفتری
(زمان انتشار: پاییز ۱۳۹۵)

همکاران این شماره:

زهرا آقابابا، فاطمه برزگری نائینی، سید بهزاد پورسید،
رضا تاجگر، جنت خداداد، دکتر معصومه رشاد، دکتر علی رضائی،
محمد عظیمیان، سید علی اکبر طبایی عقدا، صابر ناظمی پول.

صاحب امتیاز:

کانون سردفتران و دفتریاران

مدیر مسؤول:

محمد رضا دشتی اردکانی

مشاور مدیر مسؤول:

رضا تاجگر

ویراستار حقوقی: رضا تاجگر

حروفچینی و صفحه آرایی: دفتر ماهنامه «کانون»

نشانی دفتر ماهنامه: تهران، خیابان استاد مطهری، روبه روی خیابان سنایی، شماره ۲۷۳، کانون سردفتران و دفتریاران

کد پستی: ۱۵۸۶۷۱۷۳۱۱

تلفن و دورنگار: ۰۲۱ - ۸۸۷۲۷۸۸۱

صندوق پستی: ۴۱۹ - ۱۴۳۳۵

www.notary.ir

Kanoon.notary@gmail.com

@Kanoonnotary

پایگاه اینترنتی کانون سردفتران و دفتریاران:

نشانی الکترونیکی ماهنامه:

نشانی ماهنامه «کانون» در تلگرام:

چاپ: معلی

نشانی چاپخانه: جاده خاوران، سه راه سیمان، مجتمع عقیق رضا، شماره ۴۱ - کد پستی: ۱۷۸۹۹۱۱۹۸۱

تلفن چاپخانه: ۷۷۵۰۲۲۹۷

ISSN: 200-2851

بها: ۵۰,۰۰۰ ریال

داوران این شماره:

مسلم آقا صفری، رضا تاجگر، حسن روشن، محمد عظیمیان، سلیمان فدوی،
 محمود محمدزاده، صابر ناظمی پول، ایرج نجفی.

نشانه‌های اختصاری

ج. ← جلد	چ. ← چاپ	بی.نا. ← ناشر مشخص نیست
ش. ← شماره	ص. ← صفحه	بی.جا. ← محل نشر مشخص نیست
صص. ← صفحات	بی.تا. ← تاریخ نشر مشخص نیست	م. ← میلادی
همان. ← به همان منبع قبلی رجوع کنید	ر.ک. ← رجوع کنید به	ه.ش. ← هجری شمسی
هق. ← هجری قمری	(ره) ← رحمة... علیه	(رض) ← رضوان... تعالی علیه
(ص) ← صلی... علیه و آله و سلم	(ع) ← علیه‌السلام	(س) ← سلام... علیها
ق. ← قانون	ق.ا. ← قانون اساسی	
ق.ک. ← قانون کار	ر.ر. ← روزنامه رسمی	
ق.م. ← قانون مدنی	ق.چ. ← قانون صدور چک	
ق.ت. ← قانون تجارت	ق.ا.ح. ← قانون امور حسبی	
ق.ث.ا. ← قانون ثبت احوال	ق.ث.ش. ← قانون ثبت شرکت‌ها	
ق.ز.ش. ← قانون زمین شهری	ق.م.ع. ← قانون مجازات عمومی	
ق.م.ا. ← قانون مجازات اسلامی	ق.ث. ← قانون ثبت اسناد و املاک	
ق.ح.خ. ← قانون حمایت خانواده	ق.ر.م.م. ← قانون روابط موجر و مستأجر	
ق.ت.ا. ← قانون تملک آپارتمان‌ها	ا.ق.ث.ا. ← آیین‌نامه قانون ثبت املاک	
ق.ت.ا. ← قانون تجارت الکترونیکی	ق.ح.ج. ← قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان	
ق.ث.ع.ا. ← قانون ثبت علائم و اختراعات	ق.ن.ا.م. ← قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی	
ا.ا.ق.ت.ا. ← آیین‌نامه اجرایی قانون تملک آپارتمان‌ها		
م.ب.ث. ← مجموعه بخشنامه‌های ثبتی		
ق.ا.د. ← قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری، قانون آیین دادرسی کیفری		
ق.ا.د.م. ← قانون آیین دادرسی مدنی، قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور مدنی)		
ق.ر.ت.ا. ← قانون راجع به ترجمه اظهارات و اسناد در محاکم و دفاتر اسناد رسمی		
قانون وصول ← قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین		
ق.د.ا.ر.ک. یا قانون دفاتر ← قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران (مصوب ۲۵ تیرماه ۱۳۵۴)		
ق.ت.ت.ا. یا قانون تسهیل تنظیم اسناد ← قانون تسهیل تنظیم اسناد در دفاتر اسناد رسمی		
قانون توزیع حق‌التحریر ← قانون توزیع حق‌التحریر دفاتر اسناد رسمی موضوع ماده ۵۴ قانون دفاتر اسناد رسمی		
قانون برنامه سوم (چهارم یا پنجم) توسعه اقتصادی ← قانون برنامه سوم (چهارم یا پنجم) توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی کشور		
ا.ا.م.ا.ر. یا آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی ← آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا و طرز رسیدگی به شکایات از عملیات اجرایی		
قانون منع فروش و واگذاری اراضی ← قانون منع فروش و واگذاری اراضی فاقد کاربری مسکونی برای امر مسکن به شرکت‌های تعاونی مسکن و سایر اشخاص حقیقی و حقوقی		
کانون ← کانون سردفتران و دفتریاران	دفاتر ← دفاتر اسناد رسمی	
مجلس ← مجلس شورای اسلامی	وزارت کار ← وزارت کار و امور اجتماعی	
ناجا ← نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران	سازمان ثبت ← سازمان ثبت اسناد و املاک کشور	
بنیاد مسکن ← بنیاد مسکن انقلاب اسلامی	اتوبوسرانی ← شرکت واحد اتوبوسرانی تهران و حومه	
وزارت ارشاد ← وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی	وزارت مسکن ← وزارت مسکن و شهرسازی	
کمیته امداد ← کمیته امداد امام خمینی (ره)		
اداره کل امور اسناد ← اداره کل امور اسناد و سردفتران سازمان ثبت اسناد و املاک کشور		

فهرست

- * دیدگاه/مدیرمسئول ۷
محمد رضا دشتی اردکانی
- * سخن روز/مقتضی موجود؛ مانع مفقود؛ عدالت موعود ۹
رضاتا جگر

مقالات

- * پژوهش/تکلیف استعلام ثبتی موضوع ماده یک قانون تسهیل تنظیم اسناد در آینه آراء دادگاه
انتظامی سردفتران و دفتریاران ۱۷
محمد عظیمیان
- مقتضای عقد و شرط خلاف آن ۲۱
صابر ناظمی پول
- آیا ابطال سند مالکیت در همه موارد، طریقی مناسب برای حمایت از حقوق مالک واقعی است؟ ۳۳
جنت خداداد
- * پرسش و پاسخ (۱۶) ۵۷
محمد عظیمیان
- * جواز یا ممنوعیت باز کردن در و پنجره به ملک همسایه ۵۹
دکتر علی رضائی

- * **تحلیلی بر قراردادهای باز در حقوق ایران و کامن لا** ۸۹
سید بهزاد پورسید؛ سید علی اکبر طبایی عقدا
- * **تقابل قواعد ماده ۴۱ میثاق و احکام آیین دادرسی کیفری قابل اعمال پیش از دادرسی** ۱۲۵
فاطمه برزگری نائینی؛ دکتر معصومه رشاد؛ زهرا آقا با
- * **یادنامه / یادى از زنده یاد عباس سعیدی؛ دلسوز جامعه سردفتری ایران** ۱۵۱
رضاتا جگر
- * **حرف ماه (۴۳)** ۱۵۳
رضاتا جگر (گردآورنده)

اخبار، قوانین، مقررات، آراء و گزارشها

- * **نظریه های مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه** ۱۵۵
رضاتا جگر (گردآورنده)
- * **معرفی کتاب** ۱۶۱

ترجمه خلاصه مطالب ماهنامه

- عربی ۱۶۹
- فرانسه ۱۷۳
- انگلیسی ۱۷۵

توضیح ماهنامه «کانون»:

از آنجاکه در زمان تغییر مدیر مسؤولی نشریه، وقفه ای در انتشار ماهنامه رخ داد و مدت زمان قابل توجهی به طول انجامید، ادامه انتشار با حفظ شماره پیاپی (مسلسل)، انجام می پذیرد و تاریخ دریافت و پذیرش مقالات نیز مؤید این معناست. البته با پوزش از مخاطبان ارجمند، ماهنامه «کانون» سعی دارد وقفه پیش آمده را جبران نماید.

قانون گذاری در ایران، پیشینه‌ای دیرینه دارد. و البته روند قانون گذاری، قابل تأمل بسیار است. زیرا که مهم ترین قوانین در سال های آغازین دوره تقنینی ایران، با دقت نظر بیشتری تدوین یافته است. و نمونه آشکار و غیر قابل انکار آن، از این حیث، قانون مدنی است. آنچه در وضع قانون بایستی مورد توجه قانون گذار باشد؛ بایدها و نبایدها است که تعبیر از آن به هنجارهای حقوقی، خالی از اشکال است. و ناگفته پیداست که اکنون، نگرش سنتی به قانون، تغییر یافته و بیش از پیش، قانون، باید بتواند نیاز روز جامعه را برآورده سازد. بدیهی است وقتی صحبت از قانون می شود، منظور، اجرای صحیح مقررات است تا به عدالت تقنینی نیز نزدیک باشد. اما گاهی باید مبنای دقیق مقررره را باز خوانی نمود تا در روز آمدسازی مقررات، با عنایت به خاستگاه عرفی قانون، اصلاح آن را به نحوی خواستار شد که جامعه را به عدالت اجرایی رهنمون باشد.

قانون پیش فروش ساختمان در تاریخ دوازدهم دی ماه ۱۳۸۹ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید.

آیین نامه اجرایی قانون پیش فروش ساختمان، با تأخیری غیر معمول، در تاریخ ۱۳۹۳/۰۳/۰۷ از تصویب هیأت وزیران گذشت.

به یقین، نیاز عرفی جامعه در خصوص مسأله معاملات راجع به ساخت و سازهای جدید و پیش خرید ساختمان‌های نوساز که هنوز هم، به دلیل اختلاف‌های فیما بین پیش‌فروشنده و پیش‌خریدار، دارای منشأ قراردادی با سند عادی، دستگاه قضایی را به خود مشغول داشته، باعث تدوین و وضع "قانون پیش‌فروش ساختمان" شده است.

و بدون تردید، اطالۀ دادرسی ریشه در دعاوی دارد که منشأ اختلاف‌ها، سند عادی است. همین معضل، دادگاه‌ها را از رسیدن به عدالت قضایی، تا حدود بسیار زیادی، باز داشته است. از همین رو، کارگزاران عدالت، پیاده‌سازی عدالت را در عدالت تقنینی یافتند و قانون وضع شد و آیین‌نامه‌ی آن نیز به تصویب رسید؛ اکنون، این پرسش به ذهن متبادر می‌شود که کارگزاران عدالت، در مقام عدالت‌اجرایی، کجایند؟!

مدیرمسئول

مقتضی موجود؛ مانع مفقود؛ عدالت موعود

پیش تر، وزارت دادگستری را عدلیه می نامیدند. چرا که از آن، اجرای عدالت انتظار می رفت. اما بعدها، بشر به توسعه عدالت در همه بخش های جامعه و حتی میان روابط انسانی، اندیشید و گسترش داد و عدل را سر لوحه دستگام قضایی دید. بر همین نگاه، عدالت به زیر شاخه های امور اجتماعی نیز تسری معنا یافت و اکنون، صحبت از عدالت اقتصادی، عدالت اجتماعی، عدالت قضایی، عدالت تقنینی و عدالت اجرایی، بحث روز کارگروه های تخصصی است. و پاسخ به این پرسش که اقتضای رسیدن به عدالت در همه ی سطوح ممکن، چیست، هنوز قانون توجه افکار عمومی و ذهن اندیشمندان است. به راستی، اجرای عدالت چه مقتضایی دارد و یا مانع اجرای عدالت کدام است؟

قانون، هنجار مرجع است. قانون، هنجار تابع است. قانون، هنجاری است که مراتب دارد. آن قانونی که هنجار مرجع است، قانون اساسی است. و آن قانونی که هنجار تابع است، قانون عادی است که تابع قانون اساسی است. و آن قانونی که هنجار دارای مراتب است، با دو معیار شکلی و ماهوی قابل تمییز و تشخیص است. این که به چه ترتیب و با چه تشریفات، قانونی به تصویب رسیده است و یا آن که مفاد و متن قانون چیست و از چه میزان هنجار حقوقی برخوردار است، در زمره قوانینی محسوب است که مراتب هنجاری دارد.

از همین دیدگاه، گاهی مقرراتی تصویب می‌شود که صرفاً در حد یک مقررہ است و اعتبار قانون را ندارد. اما آن آیین‌نامه‌ای که به اعتبار و استناد قانون عادی که منطبق با قانون اساسی، النهایه وضع و تصویب شده، به یقین، اعتبار قانون را دارد و اجرای آن، حسب قانون، مقتضی و مورد انتظار است.

اگر امر مولوی شارع مقدس یا حکم قانون امری قانونگذار، رفتن به بالای پشت بام باشد؛ تهیهٔ نردبان بر عهدهٔ مجری است. اما گاهی مسیر اجرای امر مولا یا حکم قانون امری، مشخص است و قانونگذار، حسب ضرورت، جهت استقرار در موقعیت عدالت تقنینی، به عنوان فصل الخطاب، درست‌ترین مسیر اجرای صحیح قانون را گوشزد می‌کند تا مجری برای تهیهٔ نردبان، به زحمت نیفتد بلکه بتواند تمام توان و انرژی و همت خویش را صرف اجرای صحیح قانون نماید.

مثال معروف آن، اقامهٔ نماز است. خداوند در قرآن کریم، امر به نماز فرموده است ولیکن وجوب طهارت و چگونگی انجام وضو نیز از سوی صاحب رسالت، حضرت ختمی مرتبت، رسول گرامی اسلام محمد مصطفی صلی الله علیه و آله وسلم تبیین و تشریح شده است.

قانون پیش فروش ساختمان و آیین‌نامه اجرایی آن به تصویب رسیده است؛ همچنان که مفاد قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی و آیین‌نامه اجرایی آن، صریح و روشن مصوب و جهت اجرای دقیق و صحیح، ابلاغ شده است.

عدالت قضایی اقتضا داشت تا قراردادهای عادی پیش فروش ساختمان همچون نقل و انتقال خودرو، غیر قابل اعتبار شود و اعتبار قانونی آن تغییر یابد؛ چه این که منشأ اختلاف بسیاری از پرونده‌های قضایی، اسناد عادی و قراردادهای غیر رسمی بود؛ تا دادگاه به فلسفهٔ تشکیلاتی خود که همانا استقرار در مسیر حق و عدالت قضایی است، نزدیک تر شود.

بدیهی است پاسخ به این نیاز، مستلزم اصلاح قانون یا وضع قانون بوده است.

عدالت تقنینی اقتضا داشت تا بررسی دقیق مطالعاتی نماید و نظر کارشناسی بدهد که آیا اعتبار اسناد عادی در محاکم قضایی و مراجع اداری، مانع تحقق عدالت است؟ آیا الزام قانونی

اشخاص به تنظیم سند رسمی در دفاتر اسناد رسمی راجع به موضوع‌هایی همچون قراردادهای پیش فروش ساختمان و نقل و انتقال خودرو، با عدالت، سازگاری دارد؟ آیا کاهش ورودی پرونده‌های قضایی، مانع اطالۀ دادرسی می‌شود؟

هر گاه عاملی که مؤثر است، تحقق یابد و مانعی نباشد تا اثر گذاری آن را خنثی نماید، گویند مقتضی موجود و مانع مفقود است. به عنوان مثال، قراردادهای عادی مقتضی تأثیر ندهد و مخالف بودن قرارداد با صریح قانون، مانع تأثیر است؛ اگر این مانع نباشد، آن مقتضی تأثیر می‌کند. بر همگان روشن است که مفاد ماده ۱۰ قانون مدنی، حکمی است عام که علی‌الدوام بر قراردادهای خصوصی حاکم است و تبیین‌کننده اصل آزادی اراده و حاکمیت اراده است. قانون‌گذار تصریح نموده است که: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است.»

در بحث حاضر، مقتضی، علی‌القاعده باید وجود قرارداد باشد و این قرارداد، می‌تواند سند عادی باشد. اما با وجود مواد قانونی از جمله ماده ۳ قانون پیش فروش ساختمان و نیز ماده ۲۹ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی، آیا بود و نبود قرارداد مؤثر است؟ آیا می‌توان گفت مقتضی موجود و مانع مفقود است؟ بدون تردید، وجود مواد قانونی یادشده را نمی‌توان نادیده انگاشت؛ که حاکمیت بی‌قانونی، هرج و مرج آفرین و ناهنجاری‌زا است. حال آن که قانون، یا خود هنجار است یا تابع هنجار و یادارای مراتب هنجاری است.

بنابراین، آشکارا پیدا است که وجود مواد ۳ قانون پیش فروش ساختمان و ۲۹ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی، مانع تأثیر گذاری مقتضی است که آن، در هر دو، هم پیش فروش ساختمان و هم نقل و انتقال خودرو، وجود سند عادی است.

پرسش این است که با وجود سند عادی، به عنوان مقتضی، مانع کدام است؟

نص مواد قانون‌های یادشده را به ترتیب، مرور کنیم؛

«قرارداد پیش فروش و نیز قرارداد واگذاری حقوق و تعهدات ناشی از آن باید با رعایت ماده

(۲) این قانون از طریق تنظیم سند رسمی نزد دفاتر اسناد رسمی و با درج در سند مالکیت و ارسال خلاصه آن به اداره ثبت محل صورت گیرد. «ماده ۳ قانون پیش فروش ساختمان»
و نیز «نقل و انتقال خودرو به موجب سند رسمی انجام می شود. دارندگان وسایل نقلیه مکلف اند قبل از هر گونه نقل و انتقال وسایل مذکور در دفاتر اسناد رسمی، ابتدا به ادارات راهنمایی و رانندگی یا مراکز تعیین شده از سوی راهنمایی و رانندگی برای بررسی اصالت وسیله نقلیه، هویت مالک، پرداخت جریمه ها و دیون معوق و تعویض پلاک به نام مالک جدید، مراجعه نمایند.
تبصره ۱- نیروی انتظامی می تواند با همکاری سازمان ثبت اسناد و املاک کشور، امکان استقرار دفاتر اسناد رسمی را به تعداد کافی در مراکز تعویض پلاک فراهم آورد.
تبصره ۲- آیین نامه نحوه اجرای این ماده و نحوه حضور دوره های و با رعایت نوبت برای تمامی دفاتر اسناد رسمی در مراکز تعویض پلاک توسط وزارتخانه های دادگستری و کشور و نیروی

۱. ماده ۲ قانون پیش فروش ساختمان:

در قرارداد پیش فروش باید حداقل به موارد زیر تصریح شود:

۱- اسم و مشخصات طرفین قرارداد اعم از حقیقی یا حقوقی؛

۲- پلاک و مشخصات ثبتی و نشانی وقوع ملک؛

۳- اوصاف و امکانات واحد ساختمانی مورد معامله مانند مساحت اعیانی، تعداد اتاق ها، شماره طبقه، شماره واحد، توقفگاه (پارکینگ) و انباری؛

۴- مشخصات فنی و معماری ساختمانی که واحد در آن احداث می شود مانند موقعیت، کاربری و مساحت کل عرصه و زیربنا، تعداد طبقات و کل واحدها، نما، نوع مصالح مصرفی ساختمان، سیستم گرمایش و سرمایش و قسمت های مشترک و سایر مواردی که در پروانه ساخت و شناسنامه فنی هر واحد قید شده یا عرفاً در قیمت مؤثر است؛

۵- بها یا عوض در قراردادهای معوض، تعداد اقساط و نحوه پرداخت؛

۶- شماره قبوض اقساطی برای بها، تحویل و انتقال قطعی؛

۷- زمان تحویل واحد ساختمانی پیش فروش شده و تنظیم سند رسمی انتقال قطعی؛

۸- تعیین تکلیف راجع به خسارات، تضمین ها و قرارداد بیمه ای، تغییر قیمت و تغییر مشخصات مورد معامله؛

۹- تعهدات پیش فروشنده به مرجع صادر کننده پروانه و سایر مراجع قانونی؛

۱۰- معرفی داوران؛

۱۱- احکام مذکور در مواد (۶)، (۷) و (۸) و تبصره آن، (۹)، (۱۱)، (۱۲)، (۱۴)، (۱۶) و (۲۰) این قانون.

انتظامی ظرف یک ماه تهیه و به تصویب هیأت وزیران می‌رسد.» (ماده ۲۹ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی)

می‌بینیم که صراحت هر دو ماده از مقررات یادشده، به تنظیم سند پیش فروش ساختمان و نیز سند واگذاری حقوق و تعهدات ناشی از آن و همچنین تنظیم سند نقل و انتقال خودرو به موجب سند رسمی در دفاتر اسناد رسمی است. وجود این تصریح حکم قانون گذار، طبق ماده ۱۰ قانون مدنی، مانع از تأثیر گذاری مقتضی یعنی سند عادی است. در این نتیجه، هیچ شک و تردیدی نیست. حال که چگونگی تحقق این ضرب‌المثل حقوقی؛ «مقتضی موجود و مانع مفقود» بیان شد، چه بسا این پرسش به ذهن خطور نماید که ضمانت اجرای آن چیست؟

پاسخ، بسیار دقیق و روشن است. قانون گذار در وضع قانون پیش فروش ساختمان، ابتدای قانونی را مجازات محور دانسته و در مواد ۲۳ و ۲۴ آن قانون، بی توجهی به تصریح قانون مبنی بر تنظیم سند رسمی در دفاتر اسناد رسمی را با مجازات‌های سنگینی همچون حبس متخلف و تعلیق پروانه کسب بنگاه معاملات ملکی و ابطال آن در صورت تکرار جرم برای بار سوم، تضمین نموده است.

نکته حائز اهمیت، این است که ضمانت اجرای صحیح ماده ۲۹ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی چیست؟

پاسخ باز هم بسیار آشکار و مشخص است. آیا قانون گذار غفلت کرده است که برای مجری قانون که خود، ضابط دادگستری محسوب است و حافظ امنیت داخلی کشور؛ و نیز تضمین استقرار نظم و امنیت عمومی جامعه را عهده دار است، ضمانت اجرای صحیح قانون، تعیین نموده است؟ آیا با وجود مانع (صراحت مفاد ماده ۲۹ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی)، صرف تحقق مقتضی، کافی برای اجرای عدالت است؟

آیا اگر مانع و رادع قانونی وجود دارد، باز هم می‌توان صحبت از عدالت نمود؟! مگر نه این که تحقق عدالت اجرایی متضمن اجرای صحیح قانون است و در صورت قانون گریزی، استقرار عدالت اجرایی قابل پیاده سازی نیست.

شور بختانه! بشر از دیرباز، اجرای عدالت را آرمان گرایانه دنبال نموده است؛ حال آن که

زمینه‌سازِ عدالت موعود، تن دادنِ ما به اجرای صحیح قانون است. مادامی که اجرای صحیح قانون، ملکهٔ رفتاری مردمان نشود، عدالت در کمترین وجه آن نیز محقق نخواهد شد. و مهم‌ترین کارکرد آرمانی عدالت‌خواهی، اجرای صحیح قانون است؛ همچنان که در فتاوای علمای اعلام و به‌ویژه رهبر فقیدمان و نیز مقام معظم رهبری، عبور از چراغ قرمز، تخلف است و به صراحت آورده‌اند که؛ جایز نیست. و از آن مهم‌تر، این که جملگی، تخلف از قانون و نادیده گرفتن مقررات را جایز ندانسته‌اند. به‌علاوه، چشم عدالت‌جویان نیز به اجرای صحیح قانون، خصوصاً از سوی کارگزاران عدالت و مجریان قانون، دوخته شده است.

رضاتا جگر*

مشاور مدیر مسئول



مقالات

تکلیف استعمال ثبتی موضوع ماده یک قانون تسهیل تنظیم اسناد در آینه آراء دادگاه انتظامی سردفتران و دفتریاران

محمد عظیمیان *

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۰۸/۰۸

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۰۸/۰۸

مطابق ماده یک قانون تسهیل تنظیم اسناد در دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۸۵/۵/۲۴، دفاتر اسناد رسمی موظف اند با رعایت بندهای زیر، پس از دریافت دلایل مالکیت و پاسخ استعمال از اداره ثبت محل، به منظور تطبیق سند با دفتر املاک و اعلام وضعیت ثبتی (حسب مورد) و عدم بازداشت نسبت به تنظیم سند رسمی انتقال عین اراضی و املاک اقدام نمایند:

الف: گواهی پایان ساختمان یا عدم خلاف موضوع تبصره (۸) ماده ۱۰۰ اصلاحی قانون

شهرداری در مورد املاک مشمول قانون مذکور؛

ب: اعلام نظر وزارت جهاد کشاورزی (حسب مورد سازمان امور اراضی و سازمان جنگل ها

و مراتع و آبخیزداری کشور) مبنی بر عدم شمول مقررات قانون مرجع تشخیص اراضی موات و

* نویسنده مسؤل: سردفتر دفتر اسناد رسمی شماره ۶۴۸ تهران، نایب رییس کانون سردفتران و دفتریاران و عضو

daf648@yahoo.com

هیأت تحریریه ماهنامه «کانون».

ابطال اسناد آن و ماده ۵۶ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع، در مورد املاک واقع در خارج از محدوده قانونی شهرها.

ج- دفاتر اسناد رسمی مکلف‌اند هنگام نقل و انتقال عین املاک، مفاصاحساب مالیاتی و بدهی موضوع ماده ۳۷ قانون تأمین اجتماعی مصوب ۱۳۵۴ را از انتقال دهنده مطالبه و شماره آن را در سند تنظیمی قید نمایند مگر این که انتقال گیرنده ضمن سند تنظیمی متعهد به پرداخت بدهی احتمالی گردد که در این صورت، متعاملین نسبت به پرداخت آن مسؤلیت تضامنی خواهند داشت.

همچنین وفق ماده یک آیین‌نامه قانون مذکور، دفاتر اسناد رسمی مکلف‌اند قبل از تنظیم سند رسمی انتقال عین اراضی و املاک اعم از قطعی، شرطی، هبه، معاوضه، صلح، وقف و وصیت، مطابقت مشخصات ملک و مالک (مندرج در سند مالکیت) با دفتر املاک و نیز بازداشت نبودن ملک را از اداره ثبت اسناد و املاک محل وقوع آن، استعلام و پس از اخذ پاسخ، با رعایت سایر مواد این آیین‌نامه مبادرت به تنظیم اسناد مذکور نمایند و شماره و تاریخ پاسخ استعلام را در سند تنظیمی قید نمایند.

موضوع اصلی مواد قانونی اخیرالذکر تعیین مصادیق اسنادی است که در تنظیم آن‌ها سردفتر مکلف به اخذ پاسخ استعلام از ادارات ثبت اسناد و املاک محل وقوع ملک می‌باشد.^۱ و همان گونه که در قانون و آیین‌نامه تصریح گردیده، شرط شمول تکلیف مذکور ناظر به انتقال عین اراضی و املاک است. از طرف دیگر، مطابق ماده ۷۵۲ ق.م. که صلح در مورد معامله را پذیرفته و همچنین ماده ۷۵۸ ق.م. که مقرر داشته؛ صلح در تمام معاملات هر چند نتیجه معامله را که به جای آن واقع شده است، می‌دهد لیکن شرایط و احکام خاصه آن معامله را ندارد. بنابراین اگر مورد صلح، عین باشد در مقابل عوض، نتیجه آن، همان نتیجه بیع خواهد بود. بدون

۱- علاوه بر موارد مذکور، براساس رأی وحدت رویه شماره ۴۳/۱۷۵۲۴-و-ر-۸۵/۷/۱ کانون سردفتران و دفتریاران، برای تنظیم اسناد رهنی و تقسیم‌نامه، اخذ پاسخ استعلام ثبتی و همچنین طبق ماده ۲۶ ق.ت. و ماده ۱۰۴ آیین‌نامه قانون مذکور در تنظیم اسناد عمری و رقبی و سکنی و معاملات راجع به انتقال منافع ملک برای مدتی بیش از سه سال (اجاره و صلح منفعت) تنظیم و ارسال خلاصه معامله ضروری است.

این که شرایط و احکام خاصه بیع در آن مجری شود؛ می توان بیان داشت که عقد صلح از عقود ناقله است و می تواند در مقام بیع واقع شده و باعث انتقال مال غیر منقول گردد.

پس اساساً تنظیم سند صلح نسبت به اموال غیر منقول (عین اراضی و املاک) مستلزم اخذ گواهی عدم بازداشت از اداره ثبت اسناد و املاک محل وقوع ملک و تطبیق دفتر املاک با مشخصات مالک در سند مالکیت می باشد. اما آیا این تکلیف اطلاق دارد و شامل تمام انواع سند صلح نسبت به اموال غیر منقول گردیده است یا این که ناظر به اسناد مربوط به صلح حقوق خاصی است. پاسخ به این پرسش در دادنامه صادره از دادگاه انتظامی سردفتران و دفتریاران بدین شرح منعکس می باشد؛

در این پرونده، دعوی مربوط به تعرف قسمتی از بستر نهر مترو که توسط مالک همجوار از طرف شهرداری به نامبرده صلح و پس از تنظیم سند مربوطه به لحاظ عدم استعمال از اداره ثبت اسناد و املاک محل و تبعاً عدم ارسال خلاصه معامله، مراتب مورد اعتراض واقع و در بازرسی دفتر خانه، اقدام سردفتر تخلف تلقی و پس از کارشناسی، دادسرای انتظامی سردفتران و دفتریاران با تطبیق عمل ارتكابی سردفتر با فراز ۷ بند «ج» ماده ۲۹ آیین نامه موسوم به آیین نامه قانون دفاتر اسناد رسمی (تنظیم سند بدون استعمال از اداره ثبت اسناد و املاک) مبادرت به صدور کیفرخواست و درخواست کیفر انفصال موقت برای مرتکب نموده است.

اینک رأی دادگاه:

در خصوص تخلف انتسابی به ... سردفتر اسناد رسمی شماره ... به شرح مندرج در کیفرخواست شماره ۳۴۲-۲۹/۵/۹۲ صادره از دادسرای انتظامی سردفتران و دفتریاران مشعر بر عدم استعمال در تنظیم سند صلح شماره ۳۵۴۶۱/۸/۹۱ با نگرش در مجموع اوراق و محتویات پرونده، نظر به این که موضوع سند صلح تنظیمی، واگذاری حقوق تصرفی، احتمالی و فرضی شهرداری ... در حریم نهر مترو که ... بوده که قطع نظر از مالکیت شهرداری بر بستر انهار مترو که مطابق ماده ۹۶ قانون شهرداری و فقد مجوز قانونی تعمیم تکلیف موضوع ماده یک قانون تسهیل تنظیم اسناد در دفاتر اسناد رسمی در مورد استعمال از مرجع ثبتی مربوطه به انتقال حقوق و تخصیص آن به انتقال عین اراضی و املاک، اساساً به لحاظ انقضای بیش از دو سال از تاریخ

صدور کیفرخواست (۹۲/۵/۲۹) تا تاریخ رسیدگی، موضوع مشمول مرور زمان تعقیب ماده ۴۶ ق.د.ا.ر.ک، قرار گرفته و مستنداً به ماده مرقوم قرار موقوفی تعقیب مشارالیه صادر و اعلام می‌گردد. قرار صادره ظرف مهلت مقرر قابل تجدیدنظر در دادگاه تجدیدنظر انتظامی سردفتران و دفتریاران می‌باشد.

نتایج و تحلیل رأی:

۱- مطابق تبصره ۶ ماده ۹۶ قانون شهرداری، اراضی کوچه‌های عمومی و میدان‌ها و پیاده‌روها و خیابان‌ها و به‌طور کلی معابر و بستر رودخانه‌ها و نهرها و مجاری فاضلاب شهرها و باغ‌های عمومی و گورستان‌های عمومی و درخت‌های معابر عمومی واقع در محدوده هر شهر که مورد استفاده عموم است، ملک عمومی محسوب و در مالکیت شهرداری است. با این وصف، مالکیت شهرداری بر بستر نهر مترو که موضوع سند صلح، مسجل و تردیدی در سمت شهرداری و مالکیت نامبرده نیست.^۱

۲- انهار مترو که معمولاً از شمالی‌ترین نقطه شهر منشأ گرفته و به جنوبی‌ترین نقطه منتهی می‌گردند که در طول مسیر از بین پلاک‌های ثبتی متعددی عبور می‌کنند.

در مواردی که مالک پلاک ثبتی مجاور نهر مترو که، قصد مصالحه با شهرداری نسبت به مترازی از حریم نهر که در جوار پلاک ثبتی قرار گرفته را دارد، شهرداری به‌عنوان مالک و بدون ارائه سند مالکیت، نسبت به صلح حقوق متصوره خود به نام متصالح اقدام و مالک می‌تواند با مراجعه به اداره ثبت اسناد و املاک محل وقوع ملک، درخواست اصلاح مساحت سند مالکیت را ارائه نماید.

۳- هرگونه تکلیفی نیاز به نص دارد و تعمیم تکلیف مربوط به صلح عین اراضی و املاک به سایر حقوق با مقررات و به‌ویژه قوانین کیفری مباینت دارد.

۴- اصل تفسیر مضیق قوانین کیفری و تفسیر به نفع متهم دلالت بر جواز تنظیم سند صلح حقوق بدون مطالبه پاسخ استعلام ثبتی در مواردی دارد که مورد صلح عین اراضی و املاک نمی‌باشد.

۲- مطابق ماده ۵۲ قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱/۱۲/۱۶ تبصره ۶ ماده ۹۶ در قسمت مغایر (آب‌های جاری در انهار و رودخانه‌ها و...) نسخ گردیده است.

مقتضای عقد و شرط خلاف آن

صابر ناظمی پول^۱

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۰۶/۱۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۰۱/۲۲

چکیده:

وفق صراحت قانون مدنی، دو شرط ضمن عقد است که هم خود، باطل است و هم موجب بطلان عقد می شود. یکی از آن دو، شرط خلاف مقتضای عقد است که با بررسی اجمالی آن از دیدگاه فقهی و حقوقی، سعی می شود توجه جامعه سردفتری را بیش از پیش به مبحث شروط در قانون مدنی که بسیار کاربرد دارد، جلب نماید. و دلیل ضرورت اهتمام به این مهم، آن است که احراز شروط باطل از سوی سردفتر، به مراتب، آسان تر از احراز شروط باطل و مبطل عقد است. با اشاره به تعاریف ذات و مقتضی، مفاهیم مقتضای عقد اعم از مقتضای ذات و مقتضای اطلاق و اکاوی می شود و ضمن تبیین تفاوت مقتضای ذات عقد با مقتضای اطلاق عقد، نتیجه می شود که درج هر شرطی که با مقتضای ذات عقد در تخالف و تضاد باشد، باطل است و مبطل عقد.

واژگان کلیدی: عقد، شرط، مقتضای ذات، مقتضای اطلاق، شرط خلاف مقتضای ذات عقد.

۱. نویسنده مسؤل: سردفتر دفتر اسناد رسمی شماره ۷۸۶ تهران، عضو علی البدل هیأت مدیره کانون سردفتران

sabernazemi@yahoo.com

و دفتر یاران و تحریریه ماهنامه "کانون".

ماده ۲۳۳ ق.م. در فصل چهارم در بیان شرایطی که ضمن عقد می‌شود، دو شرط رانه تنها باطل بلکه مبطل عقد اعلام می‌کند؛ ۱- شرط خلاف مقتضای عقد ۲- شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود. و در این نوشته، شرط نخست ماده موصوف، مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرد. علت انتخاب عنوان «مقتضای عقد و شرط خلاف آن» توسط نگارنده این است که مبحث شروط در قانون مدنی، یکی از مباحث کاربردی در حوزه دفاتر اسناد رسمی است و شاید بتوان گفت کمتر سند رسمی را می‌توان یافت که عاری از شرط باشد. احراز شروط باطله موضوع ماده ۲۳۲ آن قانون اعم از آنکه غیر مقدور، فاقد نفع و فایده عقلایی و یا نامشروع (مخالف قانون) باشد، از صعوبت کمتری برخوردار است لیکن دو شرط مندرج در ماده ۲۳۳ ق.م. همواره موضع نزاع بوده و هست و بر آنیم تا با جمع‌آوری و ارائه نظریات نویسندگان حقوقی و اشاره‌ای به آراء فقیهان در این وجیزه بتوانیم کمک ناچیزی در فهم بیشتر موضوع متنازع فیه در حوزه دفاتر اسناد رسمی و در نهایت بهداشت حقوقی کرده باشیم و ان شاء الله در فرصتی دیگر به تشریح بند دوم از ماده ۲۳۳ ق.م. خواهیم پرداخت.

۱. تعاریف:

۱.۱. ذات:

«۱- مؤنث «ذو» به معنی صاحب، ذات مال، ذات مراتب

۲- حقیقت هر چیز، نفس هر شی هستی، عین

۳- جوهر، گوهر

۴- جسم

۵- فطرت

ذاتی: منسوب به ذات «(معین، ۱۳۸۰: ۱۵۰ و ۱۵۱)

«ذات تأیید ذو، صاحب، مالک، دارا، خداوند، ماهیت، هویت» (دهخدا، ۱۱۴۶۱)

۱.۲. مقتضی (مقتضا)

۱- اقتضا شده ۲- خواهش شده، طلب شده، درخواست شده ۳- لازم، لازمه ۴- مدلول، مفهوم مقتضی: ۱- اقتضا کننده ۲- خواهش کننده، ۳- شایسته در خور، ۴- مطابق، موافق ۵- حاجت،

ضرورت عرسبب، موجب (الف علت، ب امری است که نزدیک به شرط است) (معین، ۱۳۸۰: ۴۲۸۹) «مقتضی عبارت است از آن موضوع اساسی که عقد به دلیل آن واقع شده است و بدون آن ماهیت خود را از دست می دهد» (بجنوردی، ۱۳۸۸: ۴۱۷)

«مقتضا به معنی اثر است و مقتضی یعنی مؤثر، مثلاً هر گاه گفته شود مقتضای آتش، حرارت است؛ یعنی اثر آتش، حرارت است» (شهیدی، ۱۳۸۶: ۱۱۲)

اقتضا - وام باز خواستن، تقاضا کردن، طلب نمودن. در اصطلاح فقه، خواستن فعل است بامنع کردن از ترک آن که آن را ایجاب گویند. اقتضا شامل وجوب و ندب و حرمت و کراهت می شود. (دهخدا، ۳۱۱۴)

مقتضی - تقاضا کننده، ایجاب کننده» (دهخدا، ۲۱۳۱۲)

۲. مفهوم مقتضای عقد

در بیان مفهوم «مقتضای عقد» و این که یک عقد چه اموری را مقتضی است از دیرباز بحث و تفاوت نظر بوده است. هر عقدی به مجرد تحقق آثاری را به دنبال داشته و اموری را مقتضی است. این امور مقتضیات عقد نامیده می شود. اما این یک مفهوم عامی است که قابل تفکیک و تفصیل می باشد. بدین معنی که مقتضای عقد یا این که مقتضای ذات آن «من حیث هی» است به طوری که نیازی به جعل شارع بر این که آن امر بر عقد مترتب گردد، ندارد که در این صورت، عقد بدون آن امور محقق نمی گردد یعنی چنانچه آن مقتضی منتفی گردد عقد هم عرفاً و شرعاً منتفی می شود. برای مثال، بیع عرفاً نقل ملک به دیگری در مقابل دریافت عوض است و چنانچه مبیع به مشتری انتقال نیافته و ثمن به بایع منتقل نشود، از نظر عرف، بیعی واقع نشده است، هم چنین است اگر یکی از این دو منتفی گردد. به عبارت دیگر، این امور از مقتضیات ذات عقد است و سلب آن مساوی بانفی و ابطال عقد می باشد. دیگر این که مقتضای عقد اموری باشد که اطلاق عقد، آن را اقتضا نماید؛ فرقی نمی کند که این امور از آثاری باشد که ترتب آن عرفی است (مثل اقتضای نقد بودن ثمن) و یا این که از احکامی باشد که شارع آن را بر عقد مترتب کرده و آن را از مقتضیات عقد جعل نموده است (مثل خیار مجلس برای بیع و وجوب نفقه بر نکاح دائم)^۱

۱ - احمد نراقی، عواید الایام و شیخ موسی خوانساری (تقریرات نائینی) ص ۱۱۱ «اعلم ان مقتضیات العقد تارة

بدین ترتیب، «مقتضای عقد» اموری است که مطلق عقد و اطلاق عقد آن را اقتضا دارد یعنی با تحقق عقد این آثار کاملاً بر آن بار می‌شود و چنانچه بیان گردید، این آثار یا از امور جدانشدنی و غیر قابل تفکیک از عقد می‌باشند به طوری که وجود عقد به آن‌ها بستگی دارد و یا از امور قابل سلب هستند که عقد می‌تواند بدون آن‌ها نیز محقق گردد. پس مقتضای عقد اعم است از آنچه ذات عقد آن را مقتضی است و آن‌هایی که اطلاق عقد اقتضا دارد در نتیجه معلوم می‌شود که در بند اول ماده ۲۳۳ ق.م.؛ «مقتضای عقد» به جای «مقتضای ذات عقد» به کار رفته است. فلذا هر شرط مخالف مقتضای عقد، باطل و مبطل نیست. زیرا نحوه به کارگیری این اصطلاح استعمال لفظ عام در جزء معنای آن است (علامه، ۱۳۸۷: ۱۵۰ و ۱۵۱)

۱-۲. مقتضای ذات

«مقتضا چنان به ماهیت عقد وابسته و ملازم با آن است که اگر وسیله شرط گرفته شود، جوهر عقد نیز از بین می‌رود و در دید عرف یا قانون، موضوعی برای آن باقی نمی‌ماند ولی در این که با چه معیاری می‌توان به مقتضای عقد دست یافت، اتفاق نظر وجود ندارد. ۱- بعضی مرجع شناسایی را عرف پنداشته‌اند. ۲- معدودی از فقیهان برای تمییز مقتضای عقد به مضمون عقد و آثار مستقیم انشاری آورده‌اند. میرزای نائینی آنچه را که دو طرف عقد به طور صریح یا به اصطلاح خود او «اولاً و بالذات» انشا کرده‌اند و مدلول مطابقی عقد است، مقتضای ذات عقد می‌داند مانند تملیک عین در بیع و منفعت در اجاره. بنابراین، در تعریف مقتضای ذات عقد، می‌توان گفت موضوع اصلی است که عقد به خاطر ایجاد آن، واقع می‌شود و به خواست طرفین یا احکام مترتب بر آن، لازمه ماهیت عقد است. بر این مبنای شرطی با مقتضای ذات عقد مخالف است که آن موضوع اساسی یا اثر اصلی معهود را نفی کند مانند این که در بیع شرط شود که زمین

ما یقتضیه بذاته ان سلب ذالك المقتضي عنه یكون مساوقاً لنفيه و ابطاله و اخري ما یقتضیه باطلاقه سواء كان من آثاره المترتبة عليه عرفاً... او من احكام الثابتة له شرعاً» (في هذه الاشياء العرف في بعض المقامات بل اكثرها والشرع في بعضها من جهة ان المدار في المعاملات على ما هو طريقه الناس غالباً و لم یصدر من الشارع في هذا الباب سوى جعل مشروط و بیان موانع... و مشترك البيع و الاجاره و الصلاح و الجعالة و السبق و الرماية في اقتضاء ذاتها المعاوضه، فلو كان بدون العوض او بدون التملیک، على فرض تحقق المقصود، لم یتحقق اسم المعامله.

مورد معامله وقف بر بیمار آن باشد. (شرط نتیجه) (کاتوزیان، ۱۳۶۸: ۱۷۴ و ۱۷۵)

«مقتضای ذات عقد امری است که عقد برای پیدایش آن منعقد می‌گردد و می‌توان آن را مقصود اصلی و اساسی از عقد دانست چنان که مقتضای عقد بیع، ملکیت مبیع بر مشتری و ثمن برای بایع می‌باشد. در معاملات معوض، دو مقتضا و در معاملات غیر معوض یک اقتضا وجود دارد. در صورتی که شرطی شود که بر خلاف مقتضای ذات عقد باشد، بین مفاد شرط و مفاد عقد تضاد حاصل می‌شود. زیرا تحقق عقد موجب پیدایش مقتضای آن می‌گردد و تحقق شرط موجب عدم پیدایش آن مقتضا می‌شود. در نتیجه، عقد مزبور که اثبات مقتضا و نفی آن در آن واحد است، عدم حصول آن عقد خواهد بود و آثار هر یک از شرط و مشروط، به علت تضاد بین آن دو خنثی شده و هر دو باطل می‌شود. شرط خلاف یکی از اجزای مقتضای عقد و نیز شرط خلاف یکی از آثار مقتضا، موجب بطلان عقد نخواهد شد ولی چنانچه شرط بر خلاف بعضی از اجزای آثاری باشد که از نظر عرف غیر قابل انفکاک از ذات مقتضا هستند، در حکم شرط خلاف مقتضا است مثلاً اگر شرط شود که مشترک حق انتفاع یا استثمار و یا حتی انتقال را برای مدت معینی ندارد، آن شرط و عقد صحیح می‌باشند هم چنین است هر گاه بر مشتری شرط شود که تا پنجاه سال حق ندارد مبیع را به دیگری انتقال دهد. زیرا تضاد بین شرط و مقتضا که موجب بطلان عقد است، حاصل نمی‌شود؛ چنان که در مورد اجاره معمول است که شرط می‌شود مستأجر حق انتقال اجاره به غیر را ندارد و حال آنکه مقتضای عقد اجاره نیز ملکیت منافع است و فرق بین بیع و اجاره از حیث مورد است و از حیث مقتضا با یکدیگر مساوی اند (امامی ۱۳۶۴: ۲۷۸ - ۲۸۰)

«مقتضای ذات عقد آن است که حیات عقد بستگی به آن دارد. چنانکه عقد محقق نمی‌شود مگر با تحقق آن؛ مثل تملیک در عقود مملکه و اگر شرط بر خلاف چنین اقتضایی باشد، عقد محقق نمی‌شود»^۱ (علامه، ۱۳۸۷: ۱۵۲)

۱ - ر.ک.: عبدالفتاح، العناوین، ص. ۲۵۲ و زراعت، عباس. ترجمه و شرح العناوین، ج. ۲، ص. ۳، جنگل، ص. ۹ و الحسنی الروحانی، فقه الصادق، چاپ اول، اجتهاد قم، ص. ۲۹۷.

«المراد بمقتضیات ذات العقد: ما يتحقق ماهية العقد و (صحة بهاو) بانتفائها تفوت الماهية، سواء كان ذلك من الاركان داخلية، او من اللوازم و الأثار الخارجية و المرجح. في هذه الاشياء العرف في بعض المقامات بل اكثرها والشرع

«مقتضای ذات عقد عبارت از هر امری که عقد بدون آن محقق نمی‌گردد به طوری که اگر این مقتضای منتفی شود، عقد لغتاً یا عرفاً یا شرعاً منتفی می‌شود مثل این که بیع عرفاً نقل مالکیت به نفر دیگر در مقابل عوض می‌باشد. لذا اگر مبیع از بایع به مشتری منتقل نشود و یا ثمن از مشتری به بایع منتقل نگردد عرفاً بیعی واقع نشده است. (بجنوردی، ۱۳۸۸: ۴۱۸)

جعل شروطی مثل معامله بدون عوض و یا اجاره بدون اجرت المثل، باطل و مبطل است. چرا که عوض و اجرت در بحث بیع و اجاره مقتضای ذات عقود مذکور است. زیرا حقیقت بیع چیزی جز مبادله اعیان با اموال نیست و نیز اجاره چیزی جز مبادله منافع با اموال نیست. لذا شرط عدم اجرت و منفعت منافات با آنچه که عاقد ابتدائاً قصد ایجاد و انشای آن را داشته است، دارد. (بجنوردی، ۱۳۸۸: ۴۲۳)

«قانون مدنی شرط خلاف مقتضای عقد را سبب بطلان عقد معرفی کرده است بدون این که تفکیکی بین اقتضای ذات و اقتضای اطلاق به عمل آورده باشد اما از حکم این ماده نسبت به بطلان عقد در صورت درج شرط خلاف مقتضای عقد می‌توان فهمید که منظور قانون‌گذار از شرط، شرط خلاف مقتضای ذات عقد است نه شرط خلاف مقتضای اطلاق عقد. مقتضای ذات عقد آنچنان چیزی است که عقد بدون وجود این اثر محقق نمی‌شود. این اثر ماهیت عقد ایجاد می‌کند به طوری که عقد بالذات تولید کننده آن است. بدین ترتیب، چنین اثری از عقد جدانشدنی است. شرطی که مخالف با ذات عقد یا مقتضای ذات عقد باشد، به علت تلازم مقتضا با ذات عقد در حقیقت با ماهیت معامله نیز مخالف است. هر گاه شرط مخالف با ذات عقد باشد به این معنی است که از طرفی، ماهیت عقد انشا می‌شود و از طرف دیگر، با درج شرط مانعی در راه تحقق عقد ایجاد می‌گردد و نتیجه این وضعیت عدم تحقق عقد است مانند این که کسی زمین را به دیگری بفروشد و ضمن عقد شرط کند که هیچ مالکیتی برای خریدار به وجود نیاید، انتقال مالکیت مبیع عین معین مقتضای ذات عقد بیع است.

في بعضها من جهة ان المدار في المعاملات على ما هو طريقه الناس غالباً و لم يصدر من الشارع في هذا الباب سوي جعل شروط و بيان موانع... و يشترك البيع و الاجاره و الصلح و الجعالة و السبق و الرمايه في اقتضا ذاتها معاوضه، فلو كان بدون العوض او بدون التملك، على فرض تحقق المقصود، لم يتحقق اسم معامله.

برای تشخیص اثر ذات عقد از سایر آثار از یک ضابطه می‌توان استفاده کرد و آن این که هر اثری که در تعریف قانونی عقد وارد شود مسلماً آن اثری است که از ذات عقد انفکاک پیدا نمی‌کند». (شهیدی، ۱۳۸۶: ۱۱۲-۱۱۴)

۲-۲. مقتضای اطلاق

«مقتضای اطلاق عقد عبارت است از امری فرعی که هر گاه عقد به طور مطلق یعنی بدون قید و شرط واقع شود، اقتضای آن امر را می‌نماید. مقتضای اطلاق عقد منظور اصلی و مستقیم متعاملین نمی‌باشد و بدین جهت آنان می‌توانند با درج شرط و قید در عقد، اقتضای مزبور را تغییر دهد. (مواد ۲۸۰، ۲۸۱، ۳۴۴، ۳۵۶ ق.م.ا) (امامی، ۱۳۶۴: ۲۷۸-۲۸۰)

«مقتضای اطلاق عقد هر چیزی است که عقد حسب اطلاق خود آن را می‌طلبد و معیار آن است که چنانچه امری مبنی بر مخالفت آن در ضمن معامله کشف نشود، چنین مقتضیاتی لازم می‌آید مانند اطلاق عقد بیع به این که عوض و معوض حال باشند.

تفاوت عمده میان اقتضای ذات و اطلاق در صحت یا فساد اشتراط خلاف است. اگر شرط با مقتضای ذات عقد مخالف باشد، در بطلان آن شکی نیست. البته موجب بطلان عقد نیز خواهد بود و حال آنکه اگر با مقتضای اطلاق عقد منافی باشد، چنین شرطی صحیح است.» (علامه، ۱۳۸۷: ۱۵۲)

«هو کل امر رتبه الشارع علی ذالک العقد من حیث هو و جعله مقتضیاً و ان امکن تحققه بدونه کتر تب الشارع خیار المجلس و الحيوان علی البیع و وجوب النفعة علی النکاح الدائم و عدم اللزوم قبل التصرف علی الهبة و الوقف»

اطلاق عقد عبارت از امری است که شارع آن را بر عقد از جهت این که عقد است مترتب نموده و آن را اقتضا کننده عقد قرار داده هر چند بدون جعل شارع امکان اقتضا هم بوده است مانند این که شارع مقدس خیار مجلس و خیار حیوان را بر بیع قرار داده است و این که بر نکاح دائم شرط نفقه جعل نموده است و یا در بحث هبه قبل از تصرف در مورد هبه، حکم بر عدم لزوم راقرار داده است. (بجنوردی، ۱۳۸۸: ۴۱۸، به نقل از؛ احمد نراقی)

«بعضی از آثار عقد هر چند از ذات عقد قابل جدا شدن هستند ولی اگر عقد، مطلق باشد و اجد آن اثر خواهند بود. پس مقتضای اطلاق یا اثر اطلاق عقد، اثری است که از ماهیت عقد ناشی نمی‌شود

و لازمه آن نیست بلکه هر گاه معامله به طور مطلق تشکیل شود، اثر مزبور تحقق خواهد یافت (ماده ۳۴۴ ق.م.ا) حال بودن ثمن معامله از آثار بیع مطلق است^۱ که گفته می شود نقد بودن ثمن از آثار اطلاق عقد است. در این صورت، اگر در عقد، شرط خلاف این اطلاق نباشد، خریدار مکلف است ثمن را نقداً پرداخت نماید و هر گاه تردید کنیم که آیا اثر مورد نظر از آثار ذات عقد یا از آثار اطلاق آن باید بگوییم اثر مقتضای اطلاق عقد است و این مطلب مقتضای اصول متعدد از جمله اصل آزادی قراردادی و حاکمیت اراده، کلیات و عمومات فقهی مثل «وفوا بالعقود» است. (شهیدی، ۱۳۸۶: ۱۱۸ و ۱۱۹)

«منظور از مقتضای اطلاق هر چیزی است که عقد به حسب اطلاقش اقتضای آن را دارد یعنی هر چیزی که یک عقد مطلق شامل آن می شود و اطلاق عقد به این معناست که ذکر آن از مفید شدن به وصف یا زمان یا مکان یا امثال آن به میان نیامده باشد حال چه اطلاق عقد از نظر عرف خاص باشد و چه از نظر عرف عام.» (ر.ک.: عبدالفتاح، العناوین)^۲

۳. شرط خلاف آثار عقد (شرط خلاف آثار مقتضای عقد)

گفته شد که شرط خلاف مقتضای ذات عقد، شرطی است که با ماهیت عقد در تضاد است و به این جهت عقد را باطل می کند اما آیا شرط خلاف اثر مقتضای عقد یا شرط خلاف اثر عقد نیز باطل است؟

قانون برای هر یک از عقود، آثار خاصی شناخته است که پس از تحقق ماهیت هر یک از آنها، آثار قانونی مربوط به ماهیت خود به خود به وجود می آید پس آنچه را که مستقیماً اراده طرفین معامله انشادمی کند، ماهیت عقد است نه آثار آن. (شهیدی، ۹۸ و ۹۹)

مثلاً اشخاص برای انتقال مالکیت، ماهیت عقد بیع را انشامی کنند و سپس به حکم قانون

۱ - شیخ طوسی، النهایه، کتاب المتاجر، چاپ بیروت، دارالکتاب العربیه، ص. ۳۸۷: «من باع شیئاً بنقد کان ثمن عاجلاً و ان باعه و لم یذکر لانقداً و لانسیتة، کان ایضاً الثمن حالاً...»

۲ - زراعت، عباس، ترجمه و شرح العناوین، جلد ۲، چاپ سوم، جنگل ص ۹ تا ۱۸
«المراد بمقتضیات الاطلاق: کل ما یقتضیه العقد به حسب اطلاقه به معنی عدم ذکر ما یقیده بوصف او وقت او مکان او نحو ذلک سواء کان من جهة العرف الخاص او العام او اللغه» و منها انصراف اطلاق السکنی الی کون سکنه بنفسه و من جرت عادته به و منها انصراف اطلاق المعاوضه بصلح او اجاره او بیع او نحوه ذلک کون العوض و المعوض حالین و...»

آثاری برای ماهیت جریان پیدا می‌کند. از جمله این که مالک می‌تواند مبیع را اجاره دهد، بفروشد یا خود در آن سکونت کند. حال این سؤال مطرح می‌شود که آیا شرط خلاف این آثار نیز باطل است؟ مثلاً اگر ضمن عقد بیع شرط شود که خریدار تا ۵ سال نتواند مبیع را به دیگری انتقال یا اجاره دهد آیا این شرط باطل و مبطل عقد است بدون تردید چنین شرطی با ماهیت عقد مخالف نیست. زیرا ماهیت و اثر اصل عقد بیع، انتقال مالکیت مبیع است که با عقد صورت می‌گیرد نه آثاری که از این ماهیت اصلی ناشی می‌شود. بنابراین، محدود کردن تصرفات مالکانه منافاتی با اصل ماهیت ناشی از عقد ندارد.

ماده ۴۷۴ ق.م. نیز موردی از شرط خلاف اثر عقد را مقرر کرده است؛ «مستأجر می‌تواند عین مستأجره را به دیگری اجاره دهد مگر این که خلاف آن شرط شده باشد».

اما در پاره‌ای از موارد بعضی از آثار عقد از چنان اهمیتی برخوردار است که شرط خلاف آن مانند شرط خلاف مقتضای ذات عقد باطل و مبطل عقد خواهد بود مثل شرط عدم محرومیت یا عدم وقوع نزدیکی در نکاح. ماهیت عقد نکاح تحقق رابطه زوجیت و از آثار این رابطه، ایجاد محرومیت و مشروعیت رابطه زناشویی است. بنابراین، هر چند شرط خلاف این آثار شرط خلاف اثر ذات عقد نیست اما به جهت اهمیت آثار مذکور در حکم شرط خلاف مقتضای ذات عقد است. گاه ممکن است شرط مندرج در ضمن عقد صریحاً مخالف مقتضای آن نباشد اما مخالف تمامی آثار اثر عقد باشد که در این صورت، چنین شرطی اثر شرط خلاف مقتضای ذات عقد را خواهد داشت. مثلاً اگر در ضمن فروش یک قطعه فرش شرط شود که خریدار حق فروش، ترهین، انتفاع و به طور کلی حق هیچ‌گونه تصرفی را نداشته باشد و فقط بتواند آن را عاریه دهد، این شرط مبنایی جز این ندارد که تمام آثار مالکیت از خریدار سلب شده و مثل این است که شرط شود خریدار اصلاً مالک مبیع نشود. زیرا شرط خلاف آثار عقد چنان است که عرفاً آنچه باقی مانده، منتفی تلقی می‌شود و عرف این مالکیت را در حکم عدم می‌داند. بنابراین، شرط خلاف اثر عقد را نباید با شرط خلاف مقتضای اثر عقد اشتباه گرفت و آن را صورتی از انواع شرط خلاف مقتضای ذات عقد پنداشت. زیرا مقتضای ذات هر عقد، یک اثر است و هرگز یک عقد نمی‌تواند آثار ذاتی متعدد داشته باشد. (شهیدی، ۱۳۸۶: ۱۱۵ و ۱۱۶)

۴. تفاوت اقتضای ذات عقد و اقتضای اطلاق عقد

اگرچه در مباحث پیشین نیز بسته و گریخته به تفاوت‌های فیما بین اقتضای ذات و اطلاق اشاره شد، در اینجا، تأکید و تجدید می‌شود که آنچه ماهیت عقد اقتضای آن را دارد جدایی و تخلف از آن مقتضیات، محال است حتی اگر به موجب شرط یا غیر آن برخلاف آن مقتضیات تصریح شده باشد، هیچ فایده‌ای ندارد. زیرا چنین شرطی عقد را از موضوع و ماهیت خود خارج و جدایی سازد و تابع (شرط) بعد از بطلان متبوع (عقد) هیچ اعتبار و ارزش ندارد و اما آنچه اطلاق عقد اقتضای آن را دارد با شرط یا قید یا امثال آن قابل تغییر می‌باشد. دلیل این امر، این است که علت اعتبار مقتضیات اطلاق عقد این است که عقد واسطه اطلاقش بر آن دلالت دارد پس وقتی که عقد مقید (به وصف، زمان، مکان، قید یا شرطی) گردید، آن قید بر آنچه خلاف اطلاق عقد است، دلالت می‌کند و عمل نمودن به مقتضای قید معامله الزامی می‌گردد، به دلیل آنچه از ادله بیان گردید. (یعنی لزوم وفای به عقد عمل به قید را هم لازم می‌داند. چون قید، جزئی از عقد است)^۱ (زراعت، ۱۳۹۱: ۹-۱۸)

۵. نتیجه:

اندراج هر شرطی که با مقتضای ذات عقد و به عبارت دیگر جوهره و ماهیت و اثر اصلی عقد در تضاد باشد، به حکم صریح بند اول از ماده ۲۳۳ ق.م. باطل است و مبطل و برخلاف شروط مندرج در ماده ۲۳۲ ق.م. که علت ابطال آن‌ها حسب مورد غیر مقدور بودن، فقد نفع و فایده عقلایی و یا نامشروع بودن آن‌ها است، علت بطلان شرط خلاف مقتضای ذات عقد، تبعیت شرط از عقد است. به دیگر بیان، بطلان متبوع (عقد) باعث بطلان تابع (شرط) می‌شود و بنابر مفهوم بند اول از ماده مورد بحث شروطی که مخالف اقتضای اطلاق عقد اعم از این که اقتضای اطلاق ناشی از عرف و یا قانون باشد، صحیح است. ماده ۲۲۰ ق.م. می‌گوید: «عقدونه فقط

۱ - «والفرق بین هذه المقتضيات: ان ما يقتضيه الماهية مستحيل الانفكاك و التخلف، حتى لو صرح بخلافها بطريق شرط او غيره لا ينعف في شيء لان ذلك مخرج العقد عن موضوعه و لا عبرة بالتابع بعد بطلان متبوعه و اما يقتضيه الاطلاق قابل للتغيير بشرط او قيد او نحو ذلك والوجه فيه: ان العلة في اعتبارها دلالة العقد عليها باطلاه فاذا قيد دل على خلافه ويلزم الوفاء بمقتضى القيد، لما مر من الدليل و لا يلزم من ذلك محذور ايضاً...»

آیا ابطال سند مالکیت در همه موارد، طریقی مناسب برای حمایت از حقوق مالک واقعی است؟

جنت خداداد^۱

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۰۷/۱۷

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۰۳/۰۸

چکیده:

در نظام حقوقی ایران، در خصوص نقش و آثار ثبت ملک و معاملات آن در دفتر املاک، اتفاق نظر وجود ندارد. ابهام در نگارش قوانین ثبت، خصوصاً مواد ۲۲ و ۴۶ تا ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰، به این اختلاف نظرها، دامن می‌زند. از دیگر سو، با غیر شرعی اعلام شدن ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی از سوی فقهای شورای نگهبان، زمینه برای استماع دعوی علیه ثبت دفتر املاک و سند مالکیت صادره از ناحیه دولت، به استناد شهادت شهود، در مراجع قضایی فراهم گردیده است. همه اینها و عوامل دیگر سبب شده است تا اعتبار و ارزش ثبت و سند مالکیت در نظام حقوقی ایران به شدت کاهش یابد. به نظر می‌رسد یکی از دلایل اصلی این آشفتگی، عدم شناخت و درک صحیح مبانی و فلسفه حقوق ثبت، از ناحیه قانونگذار و نیز مجریان قانون باشد. در این مقاله تلاش می‌شود تا ضمن بیان مبانی حقوق ثبت، چگونگی حمایت از حقوق مالکین و اشخاص ثالث در یک نظام ثبتی، با بررسی تطبیقی سیستم‌های بزرگ ثبتی، مورد بررسی قرار گیرد. بررسی جایگاه ثبت ایران در نظام‌های ثبتی دنیا و نقاط ضعف و قوت آن موضوع مقاله دیگری خواهد بود که ان شاء الله در آینده ارائه خواهد شد.

واژگان کلیدی: ثبت املاک و اسناد، حقوق عینی غیر منقول، حقوق مالک واقعی، حقوق اشخاص ثالث، حسن نیت، سند مالکیت، ثبت تأسیسی، ثبت اعلامی، امنیت حقوقی معاملات غیر منقول.

۱- نویسنده مسؤول: وکیل دادگستری و دانشجوی دکتری حقوق خصوصی

مقدمه:

در نشست علمی «راهکارهای توسعه کیفی رشته ها و دوره های دانشگاهی حقوق ثبت» که با حضور مدیران و کارشناسان ارشد سازمان ثبت اسناد و املاک کشور، مدیران دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری و استادان حقوق ثبت دانشگاه های کشور در تاریخ ۹۵/۱/۲۵ در دانشگاه مذکور تشکیل گردید^۱، از سوی یکی از اساتید مجرب حقوق مدنی ضمن انتقاد از این ایده که «امکان ابطال سند مالکیت با شهادت شهود در مراجع قضایی، یک آسیب است»، پیشنهاد شد: برای تأمین امنیت حقوقی و حمایت از حقوق مالکین، فرایند ثبت و صدور سند مالکیت با دخالت یک مقام قضایی و با صدور حکم از ناحیه قاضی دادگستری صورت گیرد. به اعتقاد ایشان، در این صورت، با توجه به احراز واقعیت حق، طی یک فرایند قضایی، دعوی علیه سند مالکیت صادره در مراجع قضایی مسموع نخواهد بود اما تا قبل از آن و با توجه به این که در حال حاضر، ثبت و صدور سند مالکیت توسط مقامات اداری انجام می شود، نباید راه رسیدگی قضایی را برای مالکین واقعی که حقوق آنها در نتیجه صدور سند مالکیت تضییع شده است، بست.

این موضوع مباحثاتی را بین موافقین و مخالفین نظریه فوق سبب گردید.

مباحث مذکور نشان می دهد که به رغم گذشت بیش از یک قرن از تصویب اولین قانون ثبت اسناد و املاک کشور در سال ۱۳۰۲، کماکان در خصوص نقش و آثار حقوقی ثبت، در دکتترین حقوقی اتفاق نظر وجود ندارد و نتیجه این ابهام و سردرگمی را می توان در تشتت رویه قضایی نیز مشاهده کرد.

نگرانی این استاد و بسیاری دیگر در خصوص ضعف نظام ثبتی ایران در حمایت کامل از حقوق مالکین واقعی، امری کاملاً منطقی و قابل درک است اما، صرف نظر از این که نظام ثبتی ایران، متأسفانه از اشخاص ثالث با حسن نیت نیز حمایتی نمی کند، پرسشی که مطرح می شود این است: آیا ابطال سند مالکیت، در همه موارد، راه حل مناسبی برای حفظ حقوق مالک واقعی است؟ آیا منافع اجتماع و انتظام امور ایجاب نمی کند تا دولت سند مالکیت صادره از ناحیه خود را

۱ - ر.ک.: سایت سازمان ثبت اسناد و املاک کشور؛

محترم شمرده و حقوق تضییع شده احتمالی مالکین واقعی را به طریق دیگری جبران نماید؟ پاسخ به سؤالات فوق مستلزم شناخت و درک عمیق مبانی حقوق ثبت و چرایی ضرورت ثبت املاک و انتقالات آن در دفاتر عمومی است. موضوعی که متأسفانه در دکترین حقوقی مغفول مانده و کمتر به آن پرداخته شده است.

در این مقاله سعی می‌شود در دو گفتار، ضمن بیان مبانی حقوق ثبت، با نگاهی تطبیقی به سیستم‌های ثبتی مطرح دنیا، بررسی شود این سیستم‌ها برای حمایت از حقوق مالکین واقعی و اشخاص ثالث چه تدابیری اتخاذ کرده‌اند. همچنین پیشنهاد همکاری دانشگاهی در خصوص لزوم دخالت مقام قضایی در فرایند ثبت نیز مورد بررسی قرار می‌گیرد.

گفتار اول: مبانی حقوق ثبت^۱

امروزه در تمامی نظام‌های حقوقی دنیا ساماندهی یک سیستم ثبت املاک و انتقالات آن در دفاتر عمومی توسط دولت برای اطلاع‌رسانی به اشخاص، به عنوان یک ضرورت اجتناب‌ناپذیر پذیرفته شده و تفاوت بین این سیستم‌ها صرفاً در سطح دسترسی به اطلاعات و آثاری است که برای ثبت پیش‌بینی گردیده است.

ثبت در مفهوم فوق (Publicité foncière)، ابزاری است که قانون برای اطلاع‌رسانی در خصوص وضعیت حقوقی و مادی اموال غیرمنقول به اشخاص عادی، در اختیار دولت قرار داده است. ثبت احوال، ثبت اسامی تجار در دفاتر بازرگانی و مواردی از این دست نیز، نمونه‌های دیگری از این ابزارهای اطلاع‌رسانی در اختیار دولت می‌باشند. با این تفاوت که ثبت املاک، علاوه بر نقش اطلاع‌رسانی، حمایت از حقوق افراد و تأمین امنیت مبادلات تجاری را نیز به عنوان یک هدف در نظر دارد.

چرایی لزوم ثبت را باید در خصوصیات «موضوع ثبت» جستجو نمود. موضوع اصلی ثبت در نظام‌های ثبت املاک، حقوق عینی وارده بر اموال غیرمنقول است و دامنه آن از مالکیت به عنوان کاملترین حق عینی تا سایر حقوق عینی اصلی و تبعی نظیر حق ارتفاق، حق انتفاع،

حق وثیقه و غیره را در بر می گیرد. اموال منقول و نیز حقوق شخصی وارده بر اموال غیر منقول به ندرت موضوع ثبت در نظام های ثبتی قرار می گیرند.

اما چه چیزی ثبت و یا انتشار یک حق عینی را ضروری می سازد؟

«حق عینی^۱، حقی است که شخص به طور مستقیم و بی واسطه نسبت به چیزی پیدا می کند و می تواند از آن استفاده کند. پس این حق به طور مستقیم بر موضوع خود اعمال می شود و لازم نیست که اجرا و رعایت آن از اشخاص دیگر مطالبه شود. اما هرگاه موضوع حق در تصرف دیگری باشد و او مانع اجرای آن گردد، صاحب حق می تواند رد مال را از متصرف بخواهد. خصوصیت دیگر حق عینی آن است که در برابر همگان قابل استناد است^۲، بر خلاف حق دینی که صرفاً نسبت به شخص مدیون قابل اجراست و داین برای وصول طلب خود و اجرای تعهد، صرفاً می تواند به او رجوع کند.

حق عینی در عین حال با دو امتیاز عمده نیز همراه می باشد:

حق عینی متضمن حق تعقیب^۳ است، یعنی صاحب آن می تواند آن را نزد هر کس بیابد، مطالبه کند، در حالی که در حق دینی صرفاً می توان موضوع آن را از شخص مدیون مطالبه کرد. حق عینی متضمن حق تقدم^۴، برای مالک است. بدین معنی که هرگاه در استفاده از شی معین بین طلبکار و صاحب حق عینی اختلاف شود، اجرای حق عینی بر طلب ساده برتری دارد. چون صاحب حق عینی می تواند حق خود را مستقیماً بر آن مال اعمال کند در حالی که طلبکار فقط می تواند وسیله الزام مدیون از آن بهره مند شود^۵.

یک حق قابل استناد نسبت به همگان، می تواند برای کسانی که از وجود و یا انتقال آن

1 - Droit réel

2 - Erga omnes

3 - Droit de suite

4 - Droit de préférence

۵ - کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی - اموال و مالکیت، چاپ هفتم، نشر میزان، ۱۳۸۲، تهران، صص. ۱۴ و

بی اطلاع هستند، خطرات غیر قابل اغمازی ایجاد کند. در واقع، یک حق زمانی می تواند نسبت به کسی قابل استناد باشد که آن شخص نسبت به آن مطلع بوده و یا حداقل امکان اطلاع از وجود آن را داشته باشد.

آثار عدم اطلاع یا اطلاع غلط از وجود یک حق بر حسب این که حق مذکور عینی باشد یا دینی، متفاوت است. اگر چه یک حق دینی نیز به عنوان یک «واقعۀ» می تواند نسبت به دیگران قابل استناد باشد اما عدم اجرای یک حق دینی، صاحب حق را مجاز می کند تا صرفاً علیه متعهد جهت اجرا، اقامه دعوی نماید. در حالی که در حق عینی که مستقیماً بر مال وارد می شود، می توان بر هر کس که مال نزد اوست، اقامه دعوی نمود. برای مثال، «هر گاه شخصی تعهد کند که اتومبیل خود را در روز معین در اختیار دیگری بگذارد و اتومبیل را پیش از رسیدن آن روز، بفروشد، طلبکار نمی تواند از مالک جدید بخواهد تا تعهد فروشنده را به جای آورد (چون او نسبت به اتومبیل مذکور حقی عینی به دست نیاورده است و صرفاً نسبت به متعهد دارای یک حق دینی است که می تواند الزام او را به انجام تعهد بخواهد و در صورت عدم امکان الزام، خسارت عدم انجام تعهد را دریافت نماید). در صورتی که اگر همین شخص اتومبیل خود را می فروخت و بعد آن را به شخص دیگری می داد، خریدار می توانست مال خود را در هر کجا و نزد هر کس می دید، مطالبه کند».

خصوصیات فوق (یعنی قابلیت استناد حق عینی نسبت به همگان همراه با حق تعقیب و حق ترجیح برای دارنده ی آن)، لزوم انتشار و آشکار سازی فرایند ایجاد، انتقال و یا اسقاط حقوق عینی را برای پرهیز از خطراتی که می تواند برای اشخاص ثالث جاهل نسبت به فرایند فوق در پی داشته باشد، توجیه می کند.

در خصوص حقوق عینی وارده بر اموال منقول، تصرف نقش یک ثبت و انتشار فعلی و عملی را ایفا می نماید و حقوق موضوعه نیز بر همین مبنا با برقراری اماره تصرف، از متصرف با حسن نیت حمایت می کند. در واقع، قابلیت جابجایی اموال منقول و تعداد زیاد معاملات آن، مانع برقراری یک سیستم ثبت برای این اموال می گردد. فقدان سیستم ثبت، با قاعده «تصرف

مال منقول دلیل مالکیت آن است»، جبران می‌شود. در حقوق فرانسه کسی که مال منقولی را به عنوان مالک در تصرف دارد مالک تلقی می‌شود و مشروط به این که دارای حسن نیت باشد، حتی اگر آن را از غیر مالک به دست آورده باشد، مورد حمایت قرار می‌گیرد. (مواد ۲۲۷۶ و ۱۱۴۱ قانون مدنی فرانسه) در حقوق سوئیس، انتقال مالکیت مال منقول، منوط به قبض و اقباض است (پاراگراف اول ماده ۷۱۴ قانون مدنی سوئیس^۱) و قانونگذار همچنین با برقراری اماره تصرف از متصرف با حسن نیت حمایت می‌کند (مواد ۹۳۰ و ۹۳۳ قانون مدنی سوئیس^۲). در حقوق ایران نیز تصرف مال منقول دلیل مالکیت آن است (ماده ۳۵ ق.م.ا) اما در صورت وقوع تعارض بین دارندگان حق، حقوق ایران از متصرف با حسن نیت حمایتی نمی‌کند. لذا در صورت اثبات خلاف اماره تصرف با دلایل دیگر، متصرف مکلف به رد مال به مالک واقعی است و حسن نیت او تأثیری در این زمینه نخواهد داشت.

ناگفته نماند که در مورد آن دسته از اموال منقول که به دلیل ماهیت، ارزش و امکان استقرار در محل، به اموال غیر منقول شبیه می‌شوند در غالب سیستم‌های حقوقی، ثبت در دفاتر عمومی پیش بینی شده است. نظیر مقررات حاکم به ثبت و انتقال هواپیماها، کشتی‌ها، قایق‌ها و غیره. اما در خصوص حقوق عینی وارده بر اموال غیر منقول، تصرف نمی‌تواند همواره همان نقشی را که در مورد اموال منقول دارد، ایفا نماید. تصرف یک مال غیر منقول همیشه ناشی از داشتن حق مالکیت نسبت به آن نیست بلکه ممکن است ناشی از اجاره، حق انتفاع، اذن و یا اباحه باشد و یا حتی غصب. مضافاً این که برخی حقوق عینی غیر منقول مثل حق وثیقه اساساً

1 - Art. 714. Civ : La mise en possession est nécessaire pour le transfert de la propriété mobilière.

برای انتقال مالکیت مال منقول، تسلیم آن لازم است.

2 - Art. 933C.civ: 'acquéreur de bonne foi auquel une chose mobilière est transférée à titre de propriété ou d'autre droit réel par celui auquel elle avait été confiée, doit être maintenu dans son acquisition, même si l'auteur du transfert n'avait pas l'autorisation de l'opérer.

خریدار با حسن نیتی که مالکیت یا حق عینی دیگری نسبت به مال منقولی به او واگذار می‌شود، تملک او محفوظ است اگرچه انتقال دهنده مجوز انتقال آن را نداشته باشد.

پنهان و مخفی بوده و نمود خارجی ندارند.

در گذشته محدود بودن تعداد معاملات اموال غیر منقول، با توجه به این ایده که مال نباید از دارایی خانواده یا قبیله خارج شود، و همراه بودن معامله با تشریفات نظیر ائین سوگند یا انجام معامله در حضور شهود و قبض و اقباض، عملاً معامله را با نوعی انتشار عملی همراه ساخته و اطلاع و آگاهی اشخاص ثالث نسبت به معامله را سبب می‌گردید. اما توسعه تجارت، گسترش مبادلات بازرگانی و لزوم تسهیل این مبادلات، باعث شد در برخی کشورها، این تشریفات به تدریج به نفع توافق اراده طرف‌ها، کنار گذاشته شوند. بنابراین عملاً تشریفات کمرنگ شده و قبض و اقباض در معاملات غیر منقول، تبدیل به یک شرط تیپ و خالی از واقعیت عملی، در اسناد گردید. در واقع، بر خلاف گذشته که حق مالکیت با مال موضوع حق یکی فرض شده و تصور انتقال مالکیت مال بدون تسلیم آن ممکن نبود، طی یک نظریه کاملاً مترقیانه پذیرفته شد که مالکیت به عنوان یک مفهوم اعتباری بتواند خود به تنهایی موضوع اراده قرار گیرد: اصل رضایی بودن عقود و انتقال فوری مالکیت به محض انعقاد عقد.

این ایده با احترام به اصل آزادی و استقلال اراده، گردش آسان مبادلات تجاری را سبب می‌گردد، اما باز بین رفتن تشریفات خارجی، اشخاص ثالث دیگر در جریان معاملات اموال غیر منقول قرار نگرفته و این معاملات در خفا واقع می‌شوند. امری که زمینه را برای انجام معاملات معارض فراهم می‌سازد. شخص «الف» ملک خود را به شخص «ب» می‌فروشد و سپس آن را به «ج» که از معامله سابق بی‌اطلاع است منتقل کرده و به او تسلیم می‌کند. با توجه به انتقال مالکیت در نتیجه معامله اول به شخص «ب»، او به عنوان مالک علیه «ج» اقامه دعوی مالکیت کرده و ملک خود را مسترد می‌دارد. در اینجا بی‌اطلاعی «ج» که نسبت به معامله اول ثالث محسوب می‌شود، از معامله فروشنده با «ب»، تضییع حقوق او را در پی دارد.

بنابر این سیستم شناخت طبیعی بر اساس تصرف که در مورد اموال منقول پاسخگوست، با یک سیستم شناخت مصنوعی ساماندهی شده توسط دولت برای اموال غیر منقول، جایگزین می‌گردد: منشأ سیستم‌های ثبت املاک و اسناد. تعداد محدودتر معاملات اموال غیر منقول، ارزش و بهای آن‌ها و نقش اقتصادی، اجتماعی و حتی سیاسی این اموال، ساماندهی یک سیستم ثبت از ناحیه

دولت که مسلماً هزینه‌هایی را بر دولت و نیز ذی نفعان تحمیل می‌کند، توجیه پذیر می‌سازد. «ضرورت وجود ثبت را خصوصاً زمانی که با دو عملیات حقوقی رایج یعنی بیع و رهن مواجه می‌شویم، می‌توان به خوبی درک کرد: بیع غیر منقول؛ در بیع غیر منقول، امنیت خریدار به دلایل زیر، ثبت حقوق عینی مربوط به ملک را ایجاب می‌نماید:

۱. خریدار باید مطمئن باشد که فروشنده مالک واقعی ملک است، در غیر این صورت خریدار ثمن را می‌پردازد بدون این که مبیع را مالک شده باشد. در حالی که با ساماندهی سیستم ثبت، قانون این اطمینان را به هر ذینفعی از جمله خریدار می‌دهد که فرد منتشر شده به عنوان مالک، نزد همگان مالک تلقی می‌شود؛

۲. خریدار باید از بدهی‌ها و تعهداتی که بر ملک وارد می‌شود از جمله رهن آگاه باشد و مقدار آن را بداند. ثبت عقد رهن و وثیقه این امکان را به خریدار می‌دهد تا از وجود آن و نیز مقدار دین آگاه باشد و گر نه در آینده مجبور به پرداخت مجدد برای آزاد ساختن ملک از بدهی می‌گردد. رهن: برای بستانکار و وثیقه‌ای نیز همین فایده در ثبت وجود دارد:

۱. اساساً بستانکار زمانی موافقت با اعطای وام می‌کند که برگشت آن را تضمین شده بداند. پس برای تضمین، اقدام به اخذ وثیقه ملکی از طریق رهن و یا سایر عقود و وثیقه‌ای می‌نماید. اما کارایی عقد رهن بسته به آن است که عقد با مالک واقعی مرهونه، منعقد شود. امری که ثبت حقوق عینی غیر منقول، آن را ممکن می‌سازد؛

۲. از طرف دیگر، بستانکار باید بداند آیا ملک مذکور قبلاً در رهن یا بازداشت بوده است و در این صورت، میزان بدهی رهنی و سایر بدهی‌های ملک به چه میزان است. در غیر این صورت، با توجه به تقدم رهن‌ها و بازداشت‌های اولیه، وام پرداختی او بدون تضمین و احتمالاً بدون برگشت خواهد ماند. لذا می‌توان گفت ثبت دو هدف عمده را دنبال می‌کند:

الف - امنیت خریدار و از طریق آن امنیت حقوقی معاملات غیر منقول و ب - امنیت بستانکار رهنی و از طریق آن تأمین امنیت گردش تسهیلات و اعتبارات و نتیجتاً توسعه اقتصادی کشور.^۱ بر این اساس، می‌توان دو مبنای را برای حقوق ثبت بر شمرد: مبنای حقوقی (بند اول)؛ مبنای اقتصادی (بند دوم).

بند اول: مبنای حقوقی

مورد معامله، توصیف و تعیین آن، یکی از شرایط اساسی صحت معاملات است. در یک معامله، شناخت وضعیت حقوقی و مادی ملک مورد معامله به همان میزان اهمیت دارد که احراز هویت و صلاحیت طرفین معامله و این حاصل نمی‌شود مگر با وجود یک سیستم ثبت اسناد و معاملات مربوط به اموال غیر منقول که مبتنی بر یک کاداستر کامل بوده و بتواند وضعیت به‌روز حقوقی و مادی ملک را ارائه دهد.

همچنانکه گفته شد، موضوع اسناد و معاملات مذکور، حقوق عینی وارده بر اموال غیر منقول است که نسبت به همگان قابل استناد می‌باشد. بنابراین مهم است که اشخاص ثالث در جریان ایجاد، تغییرات و اصلاحات وارده بر این حقوق قرار گیرند تا از خطر معامله کردن با شخصی که دیگر مالک نیست یا ملک او متحمل دیون متعدد شده است، در امان باشند. بنابراین، ثبت، یک «نقش اطلاعی» را برای تمام اشخاصی که مایلند از موقعیت حقوقی صحیح ملک آگاه شوند، ایفا می‌کند. این نقش اطلاعی نه تنها برای خریداران و بستانکاران و وثیقه‌ای مفید است بلکه سایر افراد از جمله بستانکاران ذمه‌ای را نیز بهره‌مند می‌سازد.^۱

اما مسلماً الزام دولت توسط قانونگذار به ارائه این خدمت مستمر و پرهزینه قابل توجیه نخواهد بود مگر آن که برای ثبت، نقشی مهمتر از اطلاع‌رسانی صرف پیش‌بینی شود. ثبت، علاوه بر این که اطلاعات کامل و به‌روز از وضعیت حقوقی و مادی ملک ارائه می‌دهد، در صورت وقوع تعارض، از اشخاص ثالثی که با اتکالی به این اطلاعات، معامله کرده و تشریفات ثبت را رعایت کرده‌اند، حمایت می‌نماید: «نقش حمایتی». این حمایت بر حسب نقشی که قانونگذار برای ثبت، در انعقاد و تشکیل حق و یا در اثبات آن قائل گردیده است، متفاوت می‌باشد که در گفتار دوم به آن پرداخته خواهد شد.

۱ - آگاهی قرض‌دهنده غیر وثیقه‌ای از دارایی غیر منقول بدهکار، او را از برگشت وام مطمئن ساخته و امکان دریافت تسهیلات بیشتر را برای بدهکار، فراهم می‌کند. عکس این قضیه، در صورت نداشتن دارایی غیر منقول متصور خواهد بود.

بند دوم: مبنای اقتصادی

در بررسی تأثیر حقوق ثبت بر توسعه تجارت و اقتصاد باید گفت: رژیم حقوقی حاکم بر اموال غیر منقول یا به عبارت بهتر، نظام ثبت یک کشور، با توجه به درجه امنیتی که می‌تواند به معاملات غیر منقول بدهد، می‌تواند یک عامل محرک و یا یک ترمز برای این معاملات باشد. امنیت در معاملات به دست نمی‌آید مگر آنکه خریدار یا سرمایه گذار سه اطمینان زیر را به دست آورد:

۱. این که با مالک واقعی معامله می‌کند؛

۲. این که مالکیت مالک واقعی بلامنازع است و در معرض دعوی مالکیت قرار ندارد؛

۳. این که ارزش واقعی ملک پس از کسر تعهدات و دیون وارده بر ملک طبق دفاتر عمومی

مشخص می‌باشد.^۱

ابهام یا عدم اطمینان در هر یک از موارد فوق سبب می‌شود که در نتیجه عدم امنیت در معاملات، سرمایه گذار یا از دادن تسهیلات منصرف شود و یا حاضر به پرداخت آن با سود سرسام آور گردد که در هر دو صورت، توسعه اقتصادی و تجاری را با مانع روبرو می‌سازد.

بی دلیل نیست که در کشوری مثل فرانسه تحولات بنیادین در نظام ثبت و انتشار ملکی، در نتیجه و متعاقب تحولات اقتصادی این کشور و لزوم هماهنگی حقوق با این تحولات، ایجاد گردیده است. تأسیس بانک اعتبارات اموال غیر منقول^۲، در سال ۱۸۵۲ و گسترش اعطای وام و تسهیلات برای توسعه معاملات غیر منقول، تحول نظام ثبت فرانسه را به موجب قانون مصوب ۲۳ مارس ۱۸۵۵ به دنبال داشت. همچنانکه یکصد سال بعد، تصویب قانون^۳ ژانویه ۱۹۵۵ که تحولی اساسی را در رژیم انتشار ملکی فرانسه ایجاد و آن را به یک سیستم ثبت عینی نزدیک نمود، در نتیجه گسترش آپارتمان سازی و لزوم اعطای تسهیلات غیر منقول محقق شد.^۳

بنابر این امنیت تجارت غیر منقول و سرعت معاملات این اموال، مستلزم آن است که ثبت با

1 - Mernissi, M., Essai sur la notion de publicité foncière, Etude de droit français et marocain comparé, Thèse doctorat, 1973, Paris II, P. 5

2 - Crédit Foncier de France

3 - PIEDELIEVRE. J. et PIEDELIEVRE. S., La publicité foncière, Déferions, Paris, 2014, P. 12-18

حمایت از اشخاص ثالث، به آنها این اختیار را بدهد تا بتوانند یک حق ثبت نشده را، یک حق غیر موجود نسبت به خود فرض کنند و برعکس، یک حق ثبت شده را، نسبت به خود معتبر تلقی نمایند. اعطا کننده تسهیلات باید بتواند این اطمینان را داشته باشد که علاوه بر این که با مالک واقعی معامله می کند، تمام رهن ها و دیون قبلی وارده بر ملک که ثبت نشده اند، نسبت به او غیر موجود فرض می شوند.

اما این امر اگرچه امنیت حقوقی معاملات و سرعت آنها را در حد بسیار بالایی تضمین می کند معذک ترضیع حقوق دارندگان واقعی حق را نیز بعضاً سبب می گردد. عدالت ایجاب می کند که نظام ثبتی علاوه بر حمایت از اشخاص ثالث، تدبیری نیز برای حمایت از حقوق دارندگان واقعی حق که در نتیجه تشریفات ثبت متضرر می شوند، بیندیشد و این دو الزام را به بهترین نحو سازش دهد. این موضوع در گفتار دوم مورد بررسی قرار می گیرد.

گفتار دوم: نقش ثبت در حمایت از اشخاص ثالث و حفظ حقوق مالکین واقعی

در این گفتار با نگاهی تطبیقی به سیستم های ثبتی، ضمن بررسی نقش ثبت در حفظ حقوق مالکین واقعی و حمایت از اشخاص ثالث (بند اول)، به این موضوع پرداخته می شود که آیا کارایی ثبت لزوماً مستلزم دخالت یک مقام قضایی در فرایند ثبت می باشد (بند دوم).

بند اول: تثبیت و حفظ حقوق مالکین واقعی و حمایت از اشخاص ثالث

در سیستم های مختلف ثبتی، ثبت املاک و انتقالات آن حسب مورد، موجب ایجاد حق مالکیت و یا تثبیت آن می گردد. مع الوصف یکی از اهداف اصلی ثبت در کلیه نظام های ثبتی، حفظ و تثبیت حقوق مالکین است. مالک ثبت شده، عموماً همان مالک واقعی است اما بعضاً ممکن است در نتیجه اهمال مالک واقعی و یا سوء استفاده از حق او، مالک ثبت شده، مالک واقعی حق نباشد. عدالت ایجاب می کند که در این موارد، تدبیری برای حمایت از مالکین واقعی که در نتیجه ثبت، حقوق آنها تضییع شده است، اندیشیده شود. ثبت کامل، ثبتی است که در عین حمایت از اشخاص ثالث، حقوق تضییع شده مالکین واقعی را نیز جبران نماید.

در خصوص نقش ثبت در حمایت از اشخاص ثالث، پروفیسور دموگ، در کتاب مفاهیم بنیادی حقوق خصوصی بیان می دارد: «ظاهر منطقی حق، در روابط با اشخاص ثالث همان اثری را

ایجاد می کند که خود حق^۱». (اماره ظاهر) ثبت برای تضمین امنیت حقوقی معاملات، باید بتواند این ایده را توجیه و پیاده نماید.

«قاعده مبنایی بسیار ساده است: یک حق ثبت نشده به رغم واقعی بودن، نسبت به کسانی که دارای حقوق معارض با آن هستند، در صورتی که حق اخیر ثبت شده باشد، غیر موجود فرض می شود. به عبارت دیگر، حق ظاهری که در نتیجه اجرای صحیح تشریفات ثبت، ایجاد شده است بر حق واقعی پیروز می گردد»^۲.

این حمایت، بر حسب این که ثبت دارای اثر تأسیسی یا اعلامی است، متفاوت است و بر همین مبنا حفظ حقوق مالک واقعی نیز متفاوت. ذیلاً به بررسی این موضوع، به تفکیک در سیستم های ثبت تأسیسی (۱) و اعلامی (۲) می پردازیم:

۱. سیستم های ثبت تأسیسی یا سیستم های مبتنی بر دفتر املاک

سیستم های ثبت تأسیسی یا دفتر املاک، نظام هایی هستند که در آن ها ایجاد، انتقال و یا اسقاط حقوق عینی غیر منقول به صرف رضایت طرف ها حاصل نشده و مستلزم ثبت در دفاتر عمومی می باشد. فرآیند انتقال مالکیت در این نظام های حقوقی، بر دور کن کاملاً مجزا مبتنی است: رکن ارادی و رکن مادی. رکن ارادی عبارتست از قرارداد منعقد بین خریدار و فروشنده که صرفاً ایجاد تعهد می کند و ناقل مالکیت نیست و رکن مادی، انجام تشریفات «ثبت در دفتر املاک» است که سبب انتقال مالکیت مال از دارایی فروشنده به دارایی خریدار می گردد. کشورهای تابع حقوق ژرمنی نظیر آلمان، سوئیس، اتریش و نیز کشورهای وابسته به سیستم Act de Torrans شامل استرالیا، مستعمرات فرانسه در آفریقا (مراکش، تونس و ...)، در این طبقه بندی قرار می گیرند. در ادامه، با بیان اصول حاکم بر این سیستم ها، به بیان چگونگی حمایت از اشخاص ثالث و مالکین واقعی در این نظام های می پردازیم:

«اصول حاکم بر سیستم های دفتر املاک به شرح ذیل است:

1 - Demogue, R., Les notions fondamentales de droit privé, Paris, 1911, P. 68

2 - SIMLER, PH., DELEBECQUE, PH., Droit civil, les suretés, la publicité foncière, Dalloz, Paris, 6e édition, 2012, p. 743, n° 832.

۱. این سیستم‌ها عموماً بر یک سیستم ثبت عینی مبتنی می‌باشند. یعنی ثبت بر اساس ملک انجام می‌شود. برای هر ملک یک صفحه ویژه در دفتر املاک اختصاص داده می‌شود که تمام مشخصات ملک و تمامی اسناد و حقوق، محدودیت‌ها و ممنوعیت‌های مربوط به آن ملک در آن، به ثبت می‌رسد. لازمه‌ی انجام این امر، شناسایی دقیق و صحیح ملک مورد ثبت است و این امر وجود کاداستر دقیق و به‌روز را ضروری می‌نماید. به همین دلیل است که عموماً کشورهای اقدام به برقراری سیستم دفتر املاک کرده‌اند که از یک کاداستر حقوقی و به‌روز برخوردار بوده یا حداقل، همزمان به ایجاد آن اقدام کرده‌اند (اصل ثبت عینی^۲)؛

۲. مقام صالح برای مدیریت دفتر املاک، قاضی و یا حقوقدان منصوب از طرف دولت است که اختیارات لازم برای بررسی شکلی و ماهوی حق مورد ثبت را طبق قانون دارا می‌باشد (اصل کنترل مشروعیت^۳)؛

۳. ایجاد، انتقال و یا اسقاط حقوق عینی غیرمنقول جز در موارد استثنایی^۴، منوط به ثبت در دفتر املاک است (اصل اثر تأسیسی ثبت^۵)؛

۱ - بعد از الحاق مجدد ایالات آزراس و موزل، از آلمان به فرانسه (به موجب معاهده ورسای مصوب ۱۹۱۹) و با توجه به موفقیت سیستم دفتر املاک در این ایالات که توسط آلمانها مستقر گردیده بود، در موارد متعدد موضوع استقرار سیستم دفتر املاک در سراسر فرانسه مطرح گردید اما تا مدت‌ها یکی از دلایل عمده‌ای که مخالفان استقرار این سیستم، به آن استناد می‌کردند، فقدان یک کاداستر کامل و به‌روز در این کشور بود. (در واقع گرچه کاداستر در این کشور از ۱۸۰۷ مستقر گردید اما عدم پیش‌بینی به‌روز رسانی نقشه‌های کاداستری و تقویم املاک، به سرعت آن را به یک سیستم ایستا و مرده نزدیک کرد لذا تجدید کاداستر به موجب قانون ۱۹۳۰ و قوانین بعدی مقرر و پس از چندین مرحله نهایتاً در سال ۱۹۸۴ در سراسر فرانسه به پایان رسید).

2 - Principe d'inscription réel

3 - Principe de légalité

۴ - برخی حقوق عینی غیرمنقول، مستقل از هر گونه تشریفات ثبتی ایجاد و یا ساقط می‌شوند. اسباب تملک این حقوق، اسباب اولیه اکتساب مالکیت می‌باشند (Acquisition originaire ou voies originaires) و نه اسباب انتقالی، از جمله این موارد می‌توان به مالکیت ناشی از مرور زمان مملک یا ناشی از ارث اشاره نمود. الزام به ثبت این موارد در دفتر املاک صرفاً جهت تکمیل زنجیره مالکیت ملک است و جنبه اعلامی دارد (چون اصل بر این است که دفتر املاک منعکس‌کننده وضعیت حقوقی روز ملک می‌باشد).

5 - Principe d'inscription constitutive

۴. مندرجات دفتر املاک از یک اماره صحت برخوردارند، بنابراین از شخص ثالث با حسن نیتی که با اعتماد به ثبت دفتر املاک، معامله می نماید، حمایت می شود (اصل اعتماد عمومی^۱). سیستم های مختلف دفتر املاک، از حیث اصول اداره کننده شبیه، اما از حیث قدرت اثباتی که به مندرجات دفتر املاک می دهند و در نتیجه میزان حمایت از اشخاص ثالث، متفاوت می باشند. این سیستم ها را می توان از حیث آثار ثبت و قدرت اثباتی دفتر املاک به دو گروه تقسیم نمود:

الف) سیستم هایی که در آن ها ثبت سند در دفتر املاک، شرط ماهوی لازم و کافی برای ایجاد، انتقال و اسقاط حق عینی غیر منقول است. بنابراین ثبت، مستقل از سبب خود بوده و به تنهایی ناقل مالکیت در مورد خریدار با حسن نیت است. نتیجه آن که ثبت دفتر املاک صحیح فرض می شود اگر چه سند منشأ ثبت بعداً باطل گردد. لذا حمایت از اشخاص ثالث مطلق است (ثبت تأسیسی مجرد یا مطلق)؛

ب) سیستم هایی که در آن ها ثبت سند در دفتر املاک، شرط ماهوی لازم اما غیر کافی برای ایجاد، انتقال و اسقاط حق است. بنابراین انجام فرایند فوق مستلزم وجود شرایط دیگری از جمله بررسی واقعی بودن حق و معتبر بودن سند مورد ثبت می باشد. یعنی ثبت مستقل از منشأ آن نیست و ابطال بعدی سند، ثبت دفتر املاک را تحت الشعاع قرار می دهد. لذا حمایت از اشخاص ثالث نسبی است (ثبت تأسیسی سببی یا نسبی)^۲.

اساساً کشورهای در زمینه آثار ثبت و قدرت اثباتی آن و نتیجتاً حمایت از اشخاص ثالث، با دو الزام و ملاحظه متفاوت مواجه می باشند: از یک طرف ایده امنیت معاملات و اعتمادی که استفاده کنندگان باید به حقوق ثبت شده در دفاتر عمومی داشته باشند و از طرف دیگر، ایده عدالت و جلوگیری از ورود ضرر به مالکین واقعی حق. ایده اول که پاسخگویی به نیازهای اقتصادی و تضمین امنیت در معاملات تجاری را در اولویت قرار می دهد، به ثبت، اثر مطلق اعطا می کند. یعنی هر حق عینی که در دفتر املاک رسماً به ثبت برسد باید ماهیتاً و صرف نظر از سبب

1 - Principe de la foi publique

2 - PAKIRIAKOU. M., La publicité foncière et le notaire, Union Internationale du notariat Latin, commission des affaires de l'union européenne, 2004-2005, P. 8, 19-20.

مشروع یا نامشروع آن، بین طرفین و نسبت به اشخاص ثالث، معتبر تلقی گردد. در این سیستم‌ها حمایت از اشخاص ثالث، مطلق است. ایده‌ای که در سیستم ثبت استرالیا پذیرفته شده است. در این سیستم، ثبت دفتر املاک از یک اماره صحت غیر قابل انکار، برخوردار است. یعنی ثبت دارای یک قدرت اثباتی مطلق است به نحوی که سند مالکیت صادره از ناحیه دولت، غیر قابل اعتراض می‌باشد.^۱ به عبارت دیگر، ثبت ید قبلی (فروشنده) در دفتر املاک، صرف نظر از واقعی بودن حق او و یا مبرا بودن سند ثبت شده او از عیوب احتمالی، کافی است برای این که خریدار ثالث با حسن نیت که با اعتماد به این ثبت معامله کرده است، مورد حمایت قرار گرفته و مالکیت او مورد تردید قرار نگیرد.^۲ صرف اطلاع خریدار از وجود معامله قبلی دلیل سوء نیت او نیست و فقط در مواردی که خریدار برای به دست آوردن ثبت، تقلب کرده باشد، مورد حمایت قرار نمی‌گیرد. حقوق مالک واقعی که حق او در نتیجه ثبت دفتر املاک تضییع شده است، از طریق بیمه سند^۳

۱ - اصل آیینیه یا عدم قابلیت اعتراض (Principe de miroir ou d'incontestabilité): این اصل بیانگر آن است که ثبت دفتر املاک منعکس کننده وضعیت حقوقی کامل ملک است و سند مالکیت صادره از ناحیه دولت قابل اعتراض نیست. در واقع این سیستم به ثبت دفتر املاک یک قدرت اثباتی مطلق می‌دهد. بنابراین، ثبت دفتر املاک نه تنها در رابطه با اشخاص ثالث که حتی بین طرفین سند نیز دلیل غیر قابل انکار حق ثبت شده محسوب می‌شود. این اصل به هر شخص ثالث با حسن نیتی اجازه می‌دهد تا به وضعیت حقوقی ملک آنچنانکه در دفتر املاک منعکس است اعتماد کند و مورد حمایت قرار گیرد.

(Brochu, Francois, Le système Torrens et la publicité foncière québécoise, The Free Library, McGill Law Journal, 2002.)

۲ - اصل پرده (Principe de rideau): این اصل هرگونه بررسی و تحقیق در خصوص تاریخچه حقوقی یک سند مالکیت را بی‌فایده می‌سازد. به عبارت دیگر، یک پرده حایل می‌شود بین سند مالکیت فروشنده و اسناد مالکیت ایادی سابق او؛ بنابراین نیازی به بررسی صحت اسناد مالکیت ایادی سابق بر فروشنده در موردی که فروشنده به عنوان مالک در دفتر املاک ثبت شده است، وجود ندارد. بر این اساس، زمانی که طبق ثبت دفتر املاک، فروشنده مالک ملک مورد معامله است، خریدار با حسن نیت دیگر نگران نخواهد بود که در معرض عیوب احتمالی سند مالکیت فروشنده اش قرار گیرد. بنابراین از دعاوی اشخاص ثالث، برای حقی که در دفتر املاک ثبت شده است، مصون خواهد بود.

(Brochu, Francois, Le système Torrens et la publicité foncière québécoise, The Free Library, McGill Law Journal, 2002.)

جبران می‌شود.^۱

ایده دوم که بانگرانی بیشتر در خصوص تضمین عدالت و انصاف همراه است، ضمن حفظ حقوق خریداران ثالث با حسن نیت، برای جلوگیری از ورود ضرر به مالکین واقعی اعتبار محدودتری برای مندرجات دفتر املاک قائل است. در این سیستم‌ها حمایت از اشخاص ثالث نسبی است لذا چنانچه حق ثبت شده در دفتر املاک مبتنی بر یک سبب نامشروع باشد مثلاً بطلان معامله فروشنده به دلیل فقدان یکی از شرایط اساسی صحت معامله و یا انتقال ملک دیگری با وکالت جعلی از ناحیه مالک، مالک واقعی می‌تواند جهت اصلاح و یا ابطال دفتر املاک اقامه دعوی نماید، اما چنانچه خریدار دارای حسن نیت باشد یعنی بدون اطلاع از موارد فوق و با اعتماد به ثبت دفتر املاک، اقدام به معامله کرده باشد، ثبت نسبت به او دارای اثر مطلق بوده و اثبات موارد یادشده خللی به حقوق او وارد نمی‌سازد و مالک واقعی از طرف دولت جبران خسارت می‌شود.

سیستم ثبت سوئیس با پیش بینی اصل مشروعیت^۲ و اصل اعتماد عمومی^۳ این دو الزام را سازش داده است. در این سیستم ثبت، شرط ایجاد، انتقال و اسقاط حق عینی غیر منقول ضروری است اما شرط کافی نیست و ثبت دفتر املاک برای این که معتبر باشد و ایجاد آثار کامل نماید، باید دارای سبب مشروع باشد، در غیر این صورت، ثبت ناروا است. در واقع ثبت، حق، عیوب سند

۱ - اصل بیمه (Principe d'assurance): در سیستم Torrens، توافق اراده طرفین برای انتقال مالکیت کافی نیست و ثبت، شرط ضروری و کافی برای این انتقال است. در این سیستم فقط دولت حق اعطای سند مالکیت به اشخاص را داراست. بنابراین کاملاً منطقی و طبیعی است که دولت ملزم به جبران خسارات وارده به اشخاصی باشد که در نتیجه اجرای اصل عدم قابلیت اعتراض، نمی‌توانند علیه شخص ثبت شده در دفتر املاک، دعوی مالکیت اقامه کنند. بر این اساس اصل سومی در این سیستم مقرر گردید موسوم به اصل بیمه. به موجب این اصل مالک واقعی که حق او در نتیجه ثبت، تضییع شده است می‌تواند بر مبنای اصل بیمه علیه دولت دعوی جبران خسارت اقامه نماید.

(Brochu, Francois, Le système Torrens et la publicité foncière québécoise, The Free Library, McGill Law Journal, 2002.)

2 - Art. 974. Aliéna 2 C. Civ: L'inscription est faite indûment, lorsqu'elle a été opérée sans droit ou en vertu d'un acte juridique non obligatoire.

3 - Art. 973. Aliéna 12 C. Civ: Celui qui acquiert la propriété ou d'autres droits réels en se fondant de bonne foi sur une inscription du registre foncier, est maintenu dans son acquisition.

منشأ حق را از بین نبرده و عدم مالکیت فروشنده را پوشش نمی دهد و در هر دو صورت، مالک واقعی می تواند از دادگاه درخواست ابطال و اصلاح ثبت دفتر املاک را نماید^۱ اما چنانچه خریدار ثالث دارای حسن نیت باشد یعنی نسبت به بی اعتباری سند آگاه نبوده و با اعتماد به دفتر املاک که از دفاتر رسمی عمومی است، معامله کرده باشد، در این صورت، عیوب مذکور خللی به حق ثبت شده او، وارد ننموده و دولت از او حمایت می کند (اصل اعتماد عمومی). در این موارد، متضرر برای جبران خسارت وارده می تواند علیه دولت یا کانتون اقامه دعوی خسارت نماید^۲.

۲. سیستم های ثبت اعلامی

در سیستم های ثبت اعلامی، ثبت، نقشی در فرایند تشکیل حق نداشته و دلیل بر وجود آن نیز نمی باشد، مع الوصف ثبت یا انتشار یک حق، شرط لازم برای قابلیت استناد^۳ حق مذکور نسبت به اشخاص ثالث است. در این سیستم ها با پذیرش اصل رضایی بودن عقود (Principe du Consensualisme)، ایجاد، انتقال و اسقاط حقوق عینی غیر منقول، با توافق اراده طرف ها حاصل می شود یعنی قرارداد بین طرفین معتبر و موجب انتقال مالکیت است اما این انتقال، در صورتی نسبت به اشخاص ثالث قابل استناد خواهد بود که، اولاً طی سند رسمی^۴ تنظیم شوند و ثانیاً در دفاتر یا فیشیه (برگه دان) های غیر منقول ثبت و یا منتشر گردد. در واقع، در این سیستم ها، ثبت به عنوان تعدیلی بر اصل رضایی بودن عقود و برای جلوگیری از خطرات ناشی از پنهان بودن معاملات اموال غیر منقول برای اشخاص ثالث که در نتیجه اصل رضایی بودن عقود حاصل می شود، پذیرفته شده است. کشورهای فرانسه، ایتالیا، بلژیک،

1 - Art: 975 2 C. Civ : 1 Celui dont les droits réels ont été lésés par une inscription faite ou par des inscriptions modifiées ou radiées sans cause légitime, peut en exiger la radiation ou la modification. 2 Demeurent réservés les droits acquis aux tiers de bonne foi par l'inscription, ainsi que tous dommages-intérêts.

2 - Art: 955 C.civ: 1 Les cantons sont responsables de tout dommage résultant de la tenue du registre foncier.

2 Ils ont un droit de recours contre les fonctionnaires, les employés et les autorités de surveillance immédiate qui ont commis une faute.

3 Ils peuvent exiger une garantie de leurs fonctionnaires et employés

3 - Opposabilité

۴ - منظور، سند رسمی در مفهوم عام آن است (Acte authentique)، و شامل اسناد محضری (اسناد رسمی صادره از دفاتر اسناد رسمی)، اسناد اداری و احکام مراجع قضایی می گردد.

بلغارستان و... در این گروه قرار می گیرند.

«اصول حاکم بر این سیستم‌ها را می توان به شرح ذیل برشمرد:

۱. این سیستم‌ها غالباً بر یک سیستم شخصی مبتنی است یعنی ثبت بر مبنای شخص دارنده حق عینی انجام می شود. برای دارنده حق، صفحه ویژه‌ای اختصاص می یابد که در آن تمام املاکی که او نسبت به آن‌ها دارای حقوق عینی است، ثبت می شود (اصل ثبت شخصی)؛
 ۲. مقام صالح غالباً یک حقوقدان منصوب دولت است که فاقد اختیارات قضایی می باشد. او نه اعتبار اسناد مورد ثبت را کنترل می کند و نه واقعیت حق مندرج در سند را احراز می نماید. اختیارات او محدود است به بررسی برخی شرایط شکلی مقرر در قانون؛
 ۳. ایجاد، انتقال و اسقاط حقوق عینی غیر منقول به صرف توافق اراده طرفین حاصل می شود (اصل رضایی بودن عقود) و ثبت دارای اثر اعلامی است؛
 ۴. سند حاوی ایجاد، انتقال یا اسقاط حقوق عینی غیر منقول، در صورتی می تواند نسبت به اشخاص ثالث قابل استناد باشد که ثبت شده باشد (اصل قابلیت استناد سند ثبت شده نسبت به اشخاص ثالث)؛
 ۵. ثبت از اماره صحت برخوردار نیست یعنی ثبت سند، اماره بر صحت یا اعتبار سند ثبت شده نمی باشد بلکه صرفاً انجام تشریفات ثبت در مورد آن سند را، تأیید می کند^۱.
- در کشورهای دارای این سیستم از جمله فرانسه، مشروعیت ثبت، مستلزم واقعی بودن حق و اعتبار سند مورد ثبت می باشد و با توجه به این که اختیار بررسی موارد مذکور برای مقام مسؤول، پیش بینی نشده است لذا ثبت، سند را از عیوب احتمالی مبرا نساخته و عدم مالکیت فروشنده را پوشش نمی دهد. بنابراین در این موارد، مالک واقعی حق، می تواند با اقامه دعوی مالکیت، استرداد ملک خود را درخواست نماید.
- اما با توجه به این که در این سیستم‌ها، ثبت، شرط قابلیت استناد سند نسبت به اشخاص ثالث است لذا به عنوان یک قاعده حل تعارض عمل کرده و از این حیث بعضاً می تواند منجر به تضییع حقوق مالک واقعی گردد: در معاملات معارض یعنی زمانی که مالک، ملک خود را طی معاملات

متعدد و معارض به چندین نفر منتقل می‌کند، ثبت، بدون توجه به تاریخ تقدم و تأخر معاملات انجام شده، از خریداری حمایت می‌کند که زودتر سند خود را منتشر کرده باشد. به عبارت دیگر، در این معاملات، ثبت، نسبت به خریدار با حسن نیتی که بدو اسناد خود را منتشر نموده است از یک قدرت اثباتی مطلق برخوردار بوده و یک اماره غیر قابل انکار شناسایی حق را به نفع وی ایجاد می‌نماید حتی اگر چه او خریدار معارض بوده و ماهیتاً مالک واقعی حق نباشد^۱. اما باید توجه داشت در اینجا تضييع حق مالک واقعی (خریدار اول)، در نتیجه اهمال او در انجام تشریفات ثبت سند خود حاصل گردیده است.

ملاحظه می‌شود در سیستم‌های ثبت اعلامی نیز، ثبت، علاوه بر اطلاع رسانی، از اشخاص ثالث با حسن نیتی که تشریفات ثبت را رعایت نموده‌اند، حمایت می‌کند اگر چه همچنانکه گفته شد ثبت، سند منشأ آن را از عیوب احتمالی (مثل غبن در معامله)، میرا نساخته و در این موارد حق اقامه دعوی برای مالک واقعی، صرفنظر از حسن نیت یا سوءنیت خریدار وجود دارد. برای نمونه شخص «الف» ملک خود را به «ب» می‌فروشد. انتقال مالکیت بین طرفین با توافق اراده آن‌ها حاصل می‌شود (ماده ۱۵۸۳ قانون مدنی فرانسه)، لذا عدم ثبت سند، تأثیری در اعتبار انتقال انجام شده بین طرفین نخواهد داشت؛ اما این انتقال در رابطه با اشخاص ثالث زمانی دارای اثر کامل^۲ است که طبق مقررات، تشریفات انتشار نسبت به سند مذکور انجام شود. بنابراین اگر فروشنده مذکور طی یک معامله معارض همان ملک را به «ج» بفروشد، چنانچه خریدار اول تشریفات ثبت را نسبت به سند خود انجام داده باشد، انتقال به «ج» تأثیری در حقوق وی نخواهد داشت. چون با توجه به اصل دسترسی آزاد به اطلاعات ثبت شده، فرض بر این است که «ج» با علم و اطلاع اقدام به خرید نموده فلذا به ضرر خود اقدام کرده است. اما در صورتی که خریدار اول اهمال نموده و تشریفات ثبت را انجام نداده باشد و «ج» به عنوان خریدار معارض، قبل از وی، سند خود را طبق مقررات، منتشر نماید، ثبت، در تقابل بین خریدار اول و خریدار معارض («ب» و «ج»)، از «ج» که تشریفات ثبت را رعایت نموده است، حمایت می‌کند. یعنی غلبه ظاهر بر حق واقعی، چون با فروش ملک توسط فروشنده به خریدار اول، اساساً او مالکیتی نداشته است

1 - PIEDELIEVRE, J. et S., Ibid., P. 305, n. 484.

2 - Efficacité

تا آن رابه «ج» منتقل نماید. بر این اساس حق مالکیتی که در نتیجه انجام تشریفات ثبت برای «ج» ایجاد شده است، بر حق مالک واقعی یعنی خریدار اول پیروز می شود. «ب» به عنوان مالک واقعی می تواند علیه فروشنده و نیز سردفتر تنظیم کننده سند در صورتی که اهمال وی سبب عدم انجام تشریفات ثبت نسبت به سند شده باشد اقامه دعوی مسؤولیت و خسارت نماید. لازم به توضیح است که خریدار معارض در صورتی می تواند در پناه مقررات ثبت قرار گرفته و از حمایت آن بهره مند شود که دارای حسن نیت باشد^۱.

این ضمانت اجرا، به عنوان محرکی بسیار قوی برای خریداران حقوق عینی غیر منقول عمل کرده و آن ها را تشویق می کند تا در اسرع وقت نسبت به انجام تشریفات ثبت سند خود، اقدام نمایند. ثبت بدین وسیله یک نقش پیشگیرانه از وقوع تعارضاتی که از معاملات ثبت نشده ایجاد می شود نیز ایفا می نماید.

بند دوم: لزوم یا عدم لزوم دخالت مقام قضایی در فرایند ثبت

آیا کارایی ثبت، لزوماً مستلزم دخالت یک مقام قضایی در فرایند ثبت و صدور سند مالکیت است: بررسی سیستم های مختلف ثبتی نشان می دهد که کارایی و آثار حقوقی ثبت، به صورت تنگاتنگی به کنترل مقدماتی که در خصوص واقعیت حق موضوع ثبت و نیز اعتبار سند مورد ثبت اعمال می شود، بستگی دارد.

ملاحظه شد که در سیستم های ثبت تأسیسی که ثبت یک شرط ضروری برای انتقال مالکیت

۱ - تفسیر رویه قضایی فرانسه از حسن نیت در دوره های مختلف، متفاوت بوده است. در ابتدا صرف آگاهی خریدار دوم از وجود انتقال قبلی (سوء نیت ساده)، او را از حمایت ثبت محروم نمی ساخت و بایستی تباری متقلبانه او با فروشنده جهت محروم ساختن خریدار اول از حق خود، اثبات می شد. این تفسیر مضیق طی رایبی که از شعبه سوم حقوقی دیوان عالی کشور در ۲۳ مارس ۱۹۶۸ صادر و به رأی (Vallet) موسوم گردید، به نفع یک تفسیر موسع تغییر کرد و آن جایگزینی سوء نیت ساده به جای تقلب (Fraud) بود. یعنی صرف عدم اطلاع خریدار دوم از انتقال سابق، سبب محرومیت او از حمایت می گردید. در نتیجه انتقاداتی که به این رأی وارد شد، دیوان عالی کشور با صدور رأی مورخ ۱۰ فوریه ۲۰۱۰، مجدداً تفسیر مضیق از حسن نیت را پذیرفت. بر این اساس صرف اطلاع خریدار معارض از معامله سابق کافی نبوده و تقلب وی برای محرومیت او از حمایت، باید ثابت شود.

(Simler, P. Delebecque, P. Ibid., P. 776, n° 875s)

برای مطالعه بیشتر مراجعه شود به مقاله:

LEBARS, Thirery, Sécurité juridique et publicité foncière: La jurisprudence Vallet est-elle vraiment morte?, Petites affiches, 30 avril 2015 n° 86, p. 80

محسوب می‌شود، برای مقام مسؤول ثبت، اختیارات وسیعی نه تنها برای بررسی شکلی اسناد مورد ثبت که برای بررسی ماهوی حق مورد ثبت نیز پیش بینی شده است.

در این سیستم‌ها، کنترل مشروعیت و قانونی بودن سند مورد ثبت دو مرحله‌ای است: در غالب این سیستم‌ها، لازمه ثبت سند در دفتر املاک، رسمیت آن است. مقام عمومی تنظیم‌کننده سند (یعنی سردفتر در سند محضری، مقام اداری مربوطه در سند اداری و قاضی دادگستری در آراء قضایی)، طبق قانون مکلف به بررسی واقعیت حق و اعتبار سند می‌باشد. پس از آن و قبل از ثبت ملک در دفتر املاک نیز مسؤول مربوطه علاوه بر بررسی شکلی سند، از حیث ماهوی نیز بررسی می‌نماید که ناقل واقعاً مالک حق مورد انتقال بوده و انتقال نیز به نحو صحیح و طبق مقررات واقع شده باشد. بررسی مواردی نظیر هویت طرفین، اهلیت ایشان و صلاحیت نماینده طرف‌ها در صورتی که معامله به نمایندگی واقع شده باشد، قابلیت انجام معامله و غیره در این حوزه قرار می‌گیرد. این کنترل مقدماتی که به اصل مشروعیت یا مطابقت با قانون^۱، مشهور است باعث تثبیت ثبت‌های انجام شده گردیده و حسب مورد، به آن قدرت اثباتی مطلق یا نسبی می‌بخشد.

قدرت اثباتی مطلق را در سیستم‌های وابسته به سیستم Acte de Torrans مشاهده کردیم. همچنانکه گفته شد، اصول اساسی حاکم بر این سیستم (اصول پرده، آئینه و بیمه)، امنیت مطلق را برای خریداران با حسن نیتی که با اعتماد به دفتر املاک معامله می‌نمایند، ایجاد کرده و حقوق احتمالی تضییع شده مالکین واقعی در نتیجه ثبت، توسط دولت از طریق بیمه سند جبران می‌شود. در این سیستم و سیستم‌های ملهم از آن از جمله ثبت مراکش، مسؤول ثبت، یک کارمند منتصب از ناحیه دولت است موسوم به کنسرواتور (Conservateur)، که یک دوره حقوقی گذرانیده و طبق قانون اختیار بررسی شکلی و ماهوی سند مورد ثبت را دارا می‌باشد. طرق اعتراض به تصمیمات کنسرواتور، به تفصیل در این سیستم‌ها پیش بینی شده است.

از نمونه دیگر ثبت تأسیسی مطلق می‌توان نظام ثبتی آلمان را مثال زد. «در این کشور انتقال مالکیت، یک فرایند دو مرحله‌ای است: قرارداد انتقال؛ که صرفاً ایجاد تعهد بین طرفین می‌نماید و ناقل مالکیت نیست؛ و سپس قرارداد عینی^۲ که حاوی رضایت طرفین برای ثبت انتقال در دفتر املاک است. با ثبت انتقال در دفتر املاک، مالکیت منتقل می‌شود. در این سیستم نیز ثبت، مستقل از سند انتقال منشأ آن است یعنی بی اعتباری سند انتقال تأثیری بر ثبت

1 - Principe de légalité

2 - Contrat réel

انجام شده در دفتر املاک ندارد. لذا خریدار ثالث با حسن نیت از این حیث با نگرانی اقامه دعوی، مواجه نیست، معذک بی اعتباری قرارداد عینی، ثبت دفتر املاک را متأثر می سازد. به همین دلیل است که آن امنیت کاملاً مطلق که سیستم Torrens، برای اشخاص ثالث فراهم می سازد در آلمان وجود ندارد و اعتبار ثبت به اعتبار قرارداد عینی مربوطه بستگی دارد. در آلمان مدیریت و مسؤولیت ثبت به عهده یک قاضی دادگستری موسوم به قاضی دفتر املاک^۱ است که طبق قانون، اختیار بررسی شکلی و ماهوی سند و حق مورد ثبت خصوصاً قرارداد عینی را دارد.

سیستم های ثبتی با قدرت اثباتی نسبی را نیز در کشورهای نظیر سوئیس و اتریش ملاحظه نمودیم. در این سیستم ها اصل بر صحت مندرجات دفتر املاک است مگر آنکه عدم مشروعیت آن ثابت شود (اماره صحت ساده)؛ که در این صورت نیز چنانچه خریدار دارای حسن نیت باشد این عدم مشروعیت خللی به حق او وارد نمی کند و ثبت بر اساس اصل اعتماد عمومی نسبت به او دارای اثر مطلق می گردد و همچنانکه گفته شد، مالک واقعی توسط دولت جبران خسارت می شود. در اتریش، مسؤول دفتر املاک یک قاضی دادگستری است اما در سوئیس مسؤولیت و مدیریت دفتر املاک بر حسب کانتون ها متفاوت است. در برخی، قاضی دادگستری است و در برخی دیگر، یک کارمند وابسته به دولت موسوم به کنسرواتور است که باید یک دوره حقوقی را گذرانده باشد. در هر دو صورت، قانونگذار اختیارات گسترده ای برای بررسی شکلی و ماهوی سند و حق مورد ثبت برای مسؤول مربوطه اعم از قاضی یا کنسرواتور پیش بینی کرده است.

در سیستم های ثبت اعلامی نظیر فرانسه و ایتالیا نیز با توجه به این که ثبت، شرط قابلیت استناد سند، نسبت به اشخاص ثالث است، ثبت توانسته است امنیت حقوقی معاملات را تا حد بسیار بالایی تأمین نماید^۲. در این سیستم ها نیز مسؤول ثبت یک کارمند منصوب از طرف دولت است که صرفاً اختیار بررسی شکلی اسناد مورد انتشار را دارا می باشد. اما در برخی از کشورهای دارای این سیستم از جمله بلغارستان، مسؤولیت به عهده یک قاضی دادگستری است اما اختیارات او نیز صرفاً به بررسی شکلی اسناد، محدود گردیده است^۳.

1 - Juge du livre foncier

۲ - برای مطالعه بیشتر، ر.ک. مقاله: منصور امینی، «نقش ثبت سند در بیع غیر منقول در حقوق فرانسه و قابلیت پذیرش آن در حقوق ایران»، مجله علمی پژوهشی تحقیقات حقوقی، بهار و تابستان ۱۳۸۸، شماره ۴۹، صص ۲۱۱ تا ۲۳۸.
3 - PAKIRIAKOU. M., Ibid. P. 16, 17. , SIMLER (Philippe), DELEBECQUE (Philippe), Ibid., P. 749_ 754.

ملاحظه می‌شود در سیستم‌های مختلف ثبتی خصوصاً سیستم‌های دفتر املاک که از حیث ساختاری به سیستم ثبت ایران شبیه هستند، لزوماً دخالت یک مقام قضایی برای تضمین کارایی ثبت، پیش‌بینی نشده است و به‌رغم نقش و آثار تقریباً یکسان ثبت (اثر تأسیسی ثبت)، در این کشورها، مسؤول ثبت بعضاً قاضی دادگستری یا کارمند اداری دولت با طی دوره تخصصی حقوق و با اختیار بررسی شکلی و ماهوی سند و حق مورد ثبت می‌باشد.

بنابراین با توجه به مراتب فوق، به نظر نمی‌رسد دخالت یک قاضی در فرآیند ثبت و صدور سند مالکیت، لزوماً افزایش کارایی ثبت را در پی داشته باشد.

نتیجه:

امروزه استقرار یک سیستم ثبت اموال غیر منقول مبتنی بر یک کاداستر کامل و به‌روز، یک پیش‌شرط لازم برای توسعه پایدار است. انتخاب سیستم ثبت و کاداستر در هر کشوری، تابع شرایط، اوضاع و احوال و مقتضیات اجتماعی، اقتصادی، سیاسی و حقوقی آن کشور می‌باشد. به همین دلیل است که به‌رغم اشتراک در مبانی و اهداف سیستم‌های مختلف ثبت، ما با یک سیستم متحدالشکل ثبت یا کاداستر در دنیا مواجه نیستیم.

سیستم‌های مختلف ثبتی به‌رغم تفاوت در ساختارها و اصول اداره‌کننده، همگی در تلاشند تا با ایجاد نوعی سازش بین دو ملاحظه متفاوت عدالت و امنیت حقوقی، ضمن حفظ حقوق مالکین واقعی، از اشخاص ثالثی که با اتکا به اطلاعات مندرج در این سیستم‌ها معامله می‌کنند حمایت نموده و زمینه را برای توسعه اقتصادی کشور فراهم سازند.

نوع سیستم ثبت انتخابی یک کشور و یا اوصاف مقام مسؤول نقشی تعیین‌کننده در این زمینه ندارد. آنچه که به نظر در این مورد از اهمیت اساسی برخوردار است، اصول حاکم بر یک سیستم ثبتی می‌باشد. پیش‌بینی اصولی صریح و روشن در خصوص آثار حقوقی ثبت، قدرت اثباتی آن، اختیار بررسی مقدماتی مشروعیت حق و سند مورد ثبت، حمایت از اشخاص ثالث با حسن نیت (اصل اعتماد عمومی) و جبران خسارت مالک واقعی در مواردی که حق او در نتیجه اجرای تشریفات ثبت تضییع می‌شود، می‌تواند از عوامل کاملاً تأثیرگذار در دستیابی به اهداف بنیادین ثبت باشد. امری که سیستم ثبت ایران به شدت از نبود شفافیت آن، رنج می‌برد.

نباید فراموش نمود کشورهایی که نظام ثبتی آن‌ها توانسته است ضمن حفظ حقوق مالکین

واقعی، با ایجاد اعتماد عمومی، امنیت حقوقی جامعه را تضمین و توسعه مبادلات تجاری و پیشرفت اقتصادی را سبب گردند، کشورهای هستند که از یک کاداستر کارآمد و به روز بهره مند می باشند. شناسایی دقیق و به روز موقعیت و وضعیت فیزیکی املاک، ضریب خطر تضمین مالکیت را برای دولت به شدت کاهش می دهد.

منابع:

الف) فارسی (کتاب و مقاله):

۱. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی - اموال و مالکیت، تهران، نشر میزان، چاپ هفتم، ۱۳۸۲.
۲. امینی، منصور، «نقش ثبت سند در بیع غیر منقول در حقوق فرانسه و قابلیت پذیرش آن در حقوق ایران»، مجله علمی پژوهشی تحقیقات حقوقی، بهار و تابستان ۱۳۸۸، شماره ۴۹.

ب) فرانسه (کتاب، پایان نامه و مقاله):

3. Brochu, Francois, Le système Torrens et la publicité foncière québécoise, The Free Library, McGill Law Journal, 2002.
4. Dagot. Michel., «Civil Annexes, V° Publicité foncière», JurisClasseur, Fasc. 30. Généralité, 2002
5. Demogue, René, Les notions fondamentales de droit privé, Paris, 1911.
6. Mernissi, Mohamad, Essai sur la notion de publicité foncière, Etude de droit français et marocain comparé, Thèse doctorat, 1973, Paris II.
7. PAKIRIAKOU, Marianna, La publicité foncière et le notaire, Union Internationale du notariat Latin, commission des affaires de l'union européenne, 2004-2005.
8. PIEDELIEVRE, Jacqueline et PIEDELIEVRE, Stéphane, La publicité foncière, Déferions, Paris, 2014.
9. SIMLER, Philippe et DELEBECQUE, Philippe, Droit civil, les suretés, la publicité foncière, Dalloz, Paris, 6e édition, 2014
10. LEBARS, Thiery, Sécurité juridique et publicité foncière: La jurisprudence Vallet est-elle vraiment morte?, Petites affiches, 30 avril 2015 n° 86.

ج) سایت های اینترنتی:

11. <http://www.saa.ir>
12. <http://www.noormags.ir>
13. <http://www.thefreelibrary.com>
14. <https://www.legifrance.gouv.fr>
15. <http://www.lextenso.fr.ezscd.univ-lyon3.fr>
16. <https://connexion-dalloz-fr.ezscd.univ-lyon3.fr>

پرسش و پاسخ (۱۶)

محمد عظیمیان*

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۰۸/۰۸

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۰۸/۰۸

پرسش: وکالت انتقال ملکی از طرف مالک به دیگری اعطا گردیده است. با توجه به وثیقه بودن ملک موضوع وکالت، عبارتی با مضمون «بدوأفک رهن و سپس فروش و انتقال قطعی»، آیا تنظیم سند صلح رهینه با موافقت مرتهن از طرف وکیل صحیح است؟

پاسخ: اگرچه مطابق مواد ۶۶۳ و ۶۶۷ ق.م. وکیل نمی تواند عملی را که از حدود وکالت او خارج است، انجام دهد و همچنین، وکیل باید در تصرفات و اقدامات خود مصلحت موکل را مراعات نماید و از آنچه که موکل بالصراحه به او اختیار داده یا برحسب قرائن و عرف و عادت داخل اختیار اوست، تجاوز نکند لیکن وفق مواد ۶۸۴ و ۶۸۵ ق.م. عقد ضمان عبارت است از این که شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد و مضافاً در ضمان رضای

* نویسنده مسؤل: سردفتر دفتر اسناد رسمی شماره ۶۴۸ تهران، نایب رییس کانون سردفتران و دفتریاران و

مدیون اصلی شرط نیست و توجهاً به نقل ذمه به ذمه بودن در ضمان و جواز ایفای دین از جانب غیر مدیون وفق ماده ۲۶۷ ق.م.و نهائتاً عدم امکان صدور اجرائیه علیه موکل و در نتیجه عدم امکان تصور اضرار به مشارک‌الیه در اقدام و کیل (صلح حقوق راهن با موافقت مرتهن)، به نظر می‌رسد عمل و کیل، اقدام خارج از حدود اذن و اختیار اعطاشده نمی‌باشد.

جواز یا ممنوعیت باز کردن در و پنجره به ملک همسایه

دکتر علی رضائی^۱

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۰۷/۲۷

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۰۳/۰۸

چکیده:

گسترش شهرنشینی و محدودیت فضا، حریم خصوصی را دچار چالش‌های جدی کرده است. یکی از مصادیق این چالش، احداث در و پنجره مشرف به ملک دیگری است. هر چند قانون مدنی بیشتر به جابز بودن احداث پنجره مشرف تمایل دارد، اما قوانین و مقررات دیگر، به رغم تشکیک و بعضاً تعارض، قائل به ممنوعیت شده‌اند. این پژوهش بر آن است تا به تبع تبیین حقوق مالک با همسایه در احداث در یا پنجره مشرف در قوانین و مقررات متعدد، بر ضرورت توجه به حقوق شهروندان و نقش حاکمیت در ایجاد محیطی مساعد برای رشد و تعالی تک‌تک انسان‌ها تأکید نموده و این گزاره را به اثبات رساند که جنبه عمومی مسأله بر جنبه خصوصی آن غلبه دارد. در همین راستا، لازم است اقداماتی در جهت مبنای قرار دادن شعائر دینی و توجه به اصل عفاف در هر نوع ساخت و ساز و طراحی فضاهای شهری صورت پذیرد.

واژگان کلیدی: قاعده تسلیط، لاضرر، حریم خصوصی، معماری اسلامی - ایرانی.

۱ - نویسنده مسؤل: دکترای حقوق خصوصی، عضو هیأت علمی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شیراز.

مقدمه:

انسان برای زندگی در اجتماع مکلف به رعایت ضوابط و مقرراتی است که حقوق به عنوان یک دانش در جهت تنظیم روابط میان اشخاص مقرر کرده است. یکی از این ضوابط، رعایت حقوق همسایگی است که در متون مختلف بدان تأکید شده است. رعایت حدود و حریم همسایه همواره توسط مالکان مجاور مورد احترام قرار می‌گیرد و چه بسا از رعایت حداقل‌ها فراتر رفته و به نوعی به تعاون و همکاری با یکدیگر می‌انجامد. اما گاه حق مالک در بهره‌برداری مالکانه از اموال با حقوق همسایه و احترام به دیگری برخورد می‌کند و هر شخص عمل خود را مطابق با اصل و قاعده می‌داند. هر چند در این گونه موارد، اشخاص به رعایت آموزه‌های اخلاقی دعوت می‌شوند اما در مواردی، اعمال آن‌ها چاره‌ساز نبوده و ناگزیر باید از اصول و قواعد حقوقی و ضمانت‌اجراه‌های آن بهره‌جست. یکی از مصادیق این تعارض، باز کردن دریا پنجره مشرف به ملک همسایه است. از یک طرف، مالک نیازمند استفاده از هوا و نور مناسب است و از طرف دیگر، حریم خصوصی همسایه و امنیت و آرامش وی در خانه باید حفظ گردد. هر چند قانون مدنی در مواد مختلفی تلاش کرده است به جمع حق مالک و همسایه بپردازد اما به دلیل محدودیت چشمگیر فضا و احداث ساختمان‌های چند طبقه، راهکار این قانون چاره‌ساز نمی‌باشد. از طرف دیگر، وضعیت قرار گرفتن ساختمان‌ها و نحوه احداث آن‌ها تنها به روابط خصوصی مالک با همسایه محدود نگشته؛ بلکه به دلیل تأثیری که نحوه برخورد با این موضوع بر عقاید، فرهنگ و رفتار مردم در جامعه دارد، تلاقی حق مالک با حقوق شهروندان و جامعه بارزتر است. این پژوهش در صدد است در ابتدا ضمن تبیین رابطه مالک با همسایه در پرتو اصول کلی همچون قاعده تسلیط و اصل لاضرر، وضعیت احداث دریا پنجره در قوانین و مقررات متعدد را مورد بررسی قرار دهد و سپس با توجه به آثار و پیامدهایی که شرایط نامطلوب حاضر، بر فرهنگ، اعتقاد و حریم خصوصی مردم دارد بر ضرورت توجه سازمان‌ها و مقامات ذیربط بر نحوه ساخت و سازها و از جمله احداث دریا پنجره‌های مشرف تأکید نماید. هدف از ارائه این موضوع، تحلیل حقوق و تعهدات مالک و همسایه در تعامل با یکدیگر به ویژه از حیث دریا پنجره‌های مشرف است که در حال حاضر، شیوع زیادی پیدا کرده است و چه بسا منجر به

اختلافات متعدد بین آن‌ها گردد؛ زیرا حکم مسأله به روشنی در قوانین و مقررات منعکس نشده است.

۱. مبنای کلی تنظیم روابط مالک با همسایه

مطابق ماده ۳۰ ق.م. «هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد». اما این اختیار مطلق نیست و در مواردی با محدودیت‌هایی روبرو می‌شود. یکی از این محدودیت‌ها، محدودیت ناشی از مجاورت املاک است که مالک ضمن انتفاع و بهره‌برداری از مال خویش باید حقوق دیگران و به طور خاص همسایه را رعایت نماید. چرا که استفاده مطلق و بدون قید و شرط، بی‌تردید موجب سلب آسایش و امنیت مجاورین خواهد شد. در رابطه بین مالک و همسایه، از یک طرف قاعده تسلیط به مالک حق هر گونه تصرف در ملک خود را می‌دهد و از طرف دیگر، اصل لاضرر وی را از تصرفات مضر به حقوق دیگری باز می‌دارد. به بیان دیگر، اجرای هر حق محدود به هدفی است که قانون از ایجاد آن داشته است و هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خود را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد (اصل ۴۰ ق.م.). قانون مدنی به تبعیت از فقه امامیه، در ماده ۱۳۲، تلاش کرده است بین این دو حق، تعادل برقرار کرده و به نوعی به تنظیم روابط مالک با همسایه بپردازد. به موجب این ماده: «کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضییع همسایه شود مگر تصرفی که به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا رفع ضرر از خود باشد». هر چند منطوق این ماده در روابط مالک و همسایه است اما می‌توان از آن قاعده‌ای کلی به دست داد. لذا بهتر بود ماده ۱۳۲ ق.م.، مسأله را به طور جزئی بیان می‌کرد و از عبارات کلی تری استفاده می‌کرد تا شامل کلیه مصادیق اعمال حق چه در تصرفات ملکی و غیر آن می‌شد. بدین نحو که بجای کلمه «ملک» از کلمه «حق»، بجای کلمه «تصرف» از عبارت «اعمال حق» و بجای کلمه «همسایه» از کلمه «دیگری» استفاده می‌شد. (پروین و نصرتی صدقیانی، ۱۳۹۰: ۳۶) بدیهی است اگر تصرفات مالک در ملک خود ضرر و زیانی به غیر وارد نیابد، اگر چه از قدر متعارف در آن محل و زمان تجاوز نماید، مباح و قاعده تسلیط حکمفرما خواهد بود. زیرا تحدید حق مالکیت برای جلوگیری از ضرر است. هر گاه از این تصرفات ضرری متوجه کسی نشود

جلوگیری از اعمال حق مالکیت بی دلیل و بی منطق خواهد بود؛ هر چند آن تصرف غیر متعارف و غیر عقلایی باشد. البته برخی، تصرفات غیر عقلایی را هم غیر مجاز شمرده‌اند. (مکارم شیرازی، ۱۳۴۰: ۹) ولی باید گفت منع تصرفات غیر عقلایی زمانی است که از آن تصرفات، ضرری برای غیر، متصور باشد. پس، به طور کلی چنانچه تصرف مالک واجد دو شرط باشد هر چند که موجب ورود ضرر به همسایه گردد مباح بوده و مسؤولیت آور نیست. آن دو شرط عبارتست از تصرف به «قدر متعارف» و «برای رفع حاجت و یا ضرر از خود» باشد. حال این سؤال قابل طرح است که باز کردن پنجره توسط مالک در ملک خود اما بگونه‌ای که مشرف به خانه همسایه باشد می‌تواند مصداق ماده ۱۳۲ قرار گرفته یا خیر؟ بدیهی است هر مالکی به منظور بهره‌مندی از روشنایی و نور آفتاب و هوای طبیعی نیاز دارد تا در خانه خود پنجره باز نماید. از سوی دیگر، حریم خصوصی همسایه نیز باید رعایت شده بگونه‌ای که وی بتواند در منزل خویش با راحتی و آسایش کامل زندگی کند. اصولاً باز کردن پنجره هم رفتاری متعارف تلقی شده و هم در راستای رفع نیازهای مالک است. در نتیجه عملی مباح بوده و نباید مسؤولیتی برای مالک به همراه داشته باشد. علاوه بر ماده فوق‌الذکر که به طور کلی به بیان وضعیت حقوقی روابط مالک با همسایه پرداخته است، مواد دیگری از قانون مدنی به این مسأله صراحتاً اشاره داشته که در خور بررسی و امان نظر می‌باشد. همچنین نظر به گسترش شهرنشینی و زندگی در آپارتمان‌ها، قواعد و مقررات شهری و شهرداری، اصول و ضوابط کلی را در این خصوص مقرر کرده‌اند که به نوعی همانند برخی دیگر از موضوعات قانون مدنی از جمله حیات مباحات به نوعی قواعد موجود قانون مدنی را نسخ و یا حداقل متروک ساخته‌اند. در گفتارهایی جداگانه به این قواعد اشاره می‌گردد.

۱-۱. رویکرد قانون مدنی

قانون مدنی در دو ماده جداگانه یعنی مواد ۱۳۰ و ۱۳۳ به این مسأله اشاره داشته است. مطابق ماده ۱۳۰، «کسی حق ندارد خانه خود را به فضای خانه همسایه بدون اذن او خروجی بدهد و اگر بدون اذن او خروجی بدهد ملزم به رفع آن خواهد بود». به موجب ماده ۱۳۳ نیز: «کسی نمی‌تواند از دیوار خانه خود به خانه همسایه در باز کند اگر چه دیوار ملک مختصی او باشد لیکن می‌تواند از دیوار مختص خود روزه یا شبکه باز کند و همسایه حق منع او را ندارد ولی همسایه هم می‌تواند جلوی روزه و شبکه دیوار بکشد یا پرده بیاویزد که

مانع رویت شود». ملاحظه می شود قانونگذار بین دو حالت قائل به تفکیک شده است: یک حالت باز کردن خروجی و یادرو دیگری باز کردن روزنه یا شبکه.

۱-۱-۱. اصل ممنوعیت باز کردن «در» و جایز بودن باز کردن «پنجره»

ماده ۱۳۰ ق.م.، صراحتاً باز کردن «در» سخن به میان نیاورده بلکه از اصطلاح «خروجی» استفاده کرده است؛ در حالی که در ماده ۱۳۳ صراحتاً بیان داشته است که باز کردن «در» به خانه همسایه ممنوع است. به نظر می رسد این دو اصطلاح با یکدیگر مترادف می باشند. مقصود از خروجی یادرو، محلی است که بر خلاف پنجره و یا به تعبیر قانون مدنی، روزنه و شبکه ثابت نیست و قابلیت باز و بسته شدن را دارد و به اندازه ای وسیع است که انسان به آسانی می تواند از داخل به بیرون خم شود یا از آن خارج گردد. قانونگذار به دلیل حفظ حریم خصوصی همسایه، به مالک اجازه نمی دهد تا از ملک خود به فضای خانه همسایه در باز کند.

اما در خصوص پنجره، قانونگذار از مفاهیم روزنه و شبکه استفاده کرده است. شبکه سوراخ های متعددی است که پهلوی هم به منظور استفاده از نور و هوا در دیوار احداث می کنند و بدین لحاظ که دیوار در اثر سوراخ ها مشبک می شود آن را شبکه می نامند. روزنه نیز سوراخ کوچکی است که برای استفاده از روشنائی در حمام ها و آسیاها و پاره ای از خانه های روستایی و زیرزمین ها مورد استفاده قرار می گیرد. (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۲۰)

ملاحظه می شود که قانونگذار از لفظ «پنجره» استفاده نکرده است. شاید علت آن این بوده است که در آن زمان پنجره به شکلی که در وضعیت فعلی ساخته و به کار گرفته می شود یعنی فضایی که دارای چارچوب بوده و معمولاً از آهن یا فلزات دیگر چون آلومینیوم و پی.وی.سی. ساخته می شود، مورد استفاده قرار نمی گرفته است. ظاهر مواد قانون مدنی گویای این واقعیت است که قانونگذار باز کردن پنجره را جایز شمرده است. منتها از دو اصطلاح روزنه و شبکه چنین برداشت می شود که پنجره ای از دید قانون مدنی جایز است که کاملاً مشرف و باز نبوده و بلکه تنها جهت بهره مندی محدود از نور و هوا باز شود.

تحلیل دیگری که از جمع مواد فوق الذکر می توان ارائه داد تقدم حکم ماده ۱۳۲ بر مواد ۱۳۱ و ۱۳۳ ق.م. است. هر چند نمی توان مالک را از تصرف در ملک خود منع کرد ولی باید توجه داشت؛

او وقتی حق ایجاد روزنه یا شبکه بر دیوار خود دارد که یا برای دفع ضرر یا برطرف کردن نیاز ضروری باشد و یا این که کارش از نظر عرف مقبول باشد. پس در غیر این صورت، حق ایجاد روزنه یا شبکه را نیز ندارد. به نظر می‌رسد در وضعیت فعلی که اکثر خانه‌ها به یکدیگر مشرف می‌باشند، وضعیت حقوقی باز کردن پنجره با توسل به مواد قانون مدنی قابل حل نبوده و باید به دیگر قوانین و مقررات به ویژه مقررات ساختمان و ضوابط شهرداری مراجعه کرد که در مباحث آتی بدان پرداخته می‌شود. اداره حقوقی قوه قضائیه نیز طی نظریه‌ای در سال ۱۳۷۴ بیان داشته است: «احداث طبقه‌ی دوم با داشتن دید از پنجره یا تراس طبقه‌ی دوم به خانه‌ی مجاور منع قانونی ندارد؛ اما همسایه می‌تواند جلوی آن دیوار بکشد یا دیوار بیاویزد».

۲-۱-۱. برقراری حق ارتفاق یا اذن

حکم مقرر در مواد ۱۳۰ و ۱۳۳ ق.م. ناظر به وضعیتی است که بین مالک و همسایه در خصوص باز کردن در یا پنجره ترتیب خاصی توافق نشده باشد. بدیهی است چنانچه بین مالک و همسایه، شرایط خاصی مقرر شده باشد، لازم‌الرعایه است. منتها چند نکته را باید مد نظر قرار داد. نخست آنکه، ایجاد حق برای غیر در ملک خود می‌تواند به شکل فعل مثبت و یا ترک فعل باشد. برای مثال، چنانچه مالک به همسایه گفته باشد شما می‌توانی به ملک من در باز کنی یا بالعکس، مثلاً فروشنده زمین، هنگام فروش آن، بر خریدار شرط می‌کند که وی حق باز کردن در و یا حتی پنجره به ملک مجاور ندارد.

آنچه در این خصوص حائز اهمیت است و بعضاً می‌تواند محل اختلاف قرار گیرد آن است که ایجاد حق برای غیر در ملک خود به صورت حق بوده است یا اذن. بدیهی است حکم این دو مسأله متفاوت است. چنانچه مالک این حق را برای همسایه ایجاد کرده باشد که در ملک او پنجره باز کند، عدول از این حق جز با رضای ذیحق میسر نمی‌باشد. در حالی که اگر این وضعیت با اذن یا اجازه مالک صورت گرفته باشد، چون خاصیت اذن آن است که هر زمان قابل رجوع است در نتیجه مالک هر زمان که بخواهد می‌تواند از اذن خود رجوع نماید. در تأیید این مطلب می‌توان به مواد ۹۷، ۹۸ و ۱۰۸ ق.م. استناد کرد. به موجب ماده ۹۷: «هرگاه کسی از قدیم در خانه یا ملک دیگری مجرای آب به ملک خود یا حق مرور داشته صاحب خانه یا ملک نمی‌تواند مانع آب بردن یا عبور او از

ملک خود شود و همچنین است سایر حقوق از قبیل داشتن در و شبکه و ناودان و حق شرب و غیره». در حالی که مواد ۹۸ و ۱۰۸ در خصوص اذن مقرر می‌دارند: «اگر کسی حق عبور در ملک غیر ندارد ولی صاحب ملک اذن داده باشد که از ملک او عبور کند هر وقت بخواهد می‌تواند از اذن خود رجوع کرده و مانع عبور او بشود و همچنین است سایر اتفاقات.» «در تمام مواردی که انتفاع کسی از ملک دیگری به موجب اذن محض باشد مالک می‌تواند هر وقت بخواهد از اذن خود رجوع کند؛ مگر این که مانع قانونی موجود باشد».

در صورتی که تردید شود انتفاعی که به سود همسایه برقرار شده است، اذن است یا حق، قانون‌گذار، صراحتاً در این خصوص پاسخی روشن ارائه نکرده است. به نظر می‌رسد در این خصوص باید ابتدا به قصد و اراده مالک مراجعه کرد. چنانچه انگیزه مالک، برقراری این امتیاز برای مدتی قابل توجه و طولانی است باید ایجاد این امتیاز را از نوع حق دانست و نه اذن یا اباحه تصرف. علاوه بر آن، توجه به اوضاع و احوال نیز می‌تواند راهگشا باشد. اگر مالکی در زمانی که همسایه مشغول احداث بنا است بگوید می‌توانی به ملک من هم در یا پنجره باز کنی، در این مورد، قصد مالک را باید ایجاد حق برای همسایه دانست و نه اذن. زیرا معقول نیست که مالک بتواند هر زمان که بخواهد از اذن خود رجوع کرده و در نتیجه همسایه ناگزیر از تخریب بنا و بستن در یا پنجره شود. گاهی معلوم نبودن سابقه احداث در یا پنجره هم، بیانگر برقراری حق به سود مالک مجاور است. ماده ۱۲۴ ق.م. در این خصوص مقرر می‌دارد: «اگر از قدیم سرتیر عمارتی روی دیوار مختصی همسایه بوده و سابقه این تصرف معلوم نباشد باید به حال سابق باقی بماند و اگر به سبب خرابی عمارت و نحو آن سرتیر برداشته شود صاحب عمارت می‌تواند آن را تجدید کند و همسایه حق ممانعت ندارد مگر این که ثابت نماید وضعیت سابق به صرف اجازه او ایجاد شده بوده است».

آیا توافق بین مالک و همسایه در هر حال نافذ است یا به دلیل ارتباط مسأله با حقوق دیگر اشخاص، توافق تنها در حدود مقرر مجاز است؟ از آنجا که منشأ حق ارتفاق، تنها قرارداد و توافق طرفین نبوده بلکه این وضعیت ممکن است به حکم قانون ایجاد شده باشد، در پاسخ به سؤال فوق باید قائل به تفکیک شد. بدین توضیح که توافق در عدول از حق ارتفاق تنها در صورتی جایز است که منشأ حق، صرف توافق بوده باشد. چنانچه منشأ ایجاد این حق، حکم قانون باشد بدیهی است، توافق، دیگر موضوعیتی نخواهد داشت. در واقع، مقررات شهرسازی که محدودیت‌هایی

در ساخت و ساز در املاک مردم و خطوط عقب نشینی در کوچه‌ها و خیابان‌ها به وجود می‌آوردند در جای خود زمینه‌ساز ایجاد حقوق ارتفاقی متقابل برای صاحبان املاک نسبت به یکدیگر از جهت دید و منظره، برخورداری از تابش نور آفتاب، جریان هوا، همسانی ارتفاع ساختمان‌ها، برخورداری از دریافت امواج فرستنده‌ها، پرهیز از خطر سقوط اجسام از ساختمان مرتفع غیرمجاز روی ساختمان‌های مجاور، جلوگیری از افزایش آلودگی هوای ناشی از دستگاه‌های سرما ساز و موارد گوناگون دیگری هستند و این گونه حق ارتفاقی نه به اراده اشخاص و مالکین بلکه بر پایه قانون ایجاد می‌شوند. در نتیجه، «از آنجا که مقررات شهرسازی در جهت منافع عمومی نیز هستند بنابراین تراضی مالکان املاک مجاور با یکدیگر و حتی در یک بخش شهری بر افزایش ارتفاع ساختمان‌ها به دستاویز بهره‌مند شدن از حقوق مالکانه خود غیر قانونی است و شهرداری نمی‌تواند به این گونه قرار دادها که برخلاف نظم عمومی هستند، بر پایه ماده ۶ق.آ.د.م. و ماده ۷ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران اعتبار بخشد.»

(کاشانی، www.khabaronline.ir)

۲-۱. رویکرد فقها:

بررسی کتب فقهی گویای این واقعیت است که فقها بیشتر موضوع را از حیث خساراتی که ممکن است احداث در یا پنجره به ثالث وارد آورد، بررسی کرده‌اند و کمتر به جواز یا ممنوعیت در یا پنجره مشرف به ملک همسایه پرداخته‌اند. شیخ حر عاملی در کتاب مفتاح‌الکرامه، بیان داشته است که احداث پنجره و روشنایی، چنانچه ضرری برای عابر و رهگذر نداشته باشد، جایز است. علامه حلی در تذکره مدعی شده است که چنانچه باز کردن پنجره مستلزم اشراف بر خانه همسایه باشد، قول قوی، ممنوع بودن چنین کاری است. زیرا این امر مستلزم ضرر به همسایه است که از آن در شرع مقدس اسلام نهی شده است. (حسینی عاملی، بی تا: ۶۳) محقق حلی در شرایع نیز، نصب پنجره را جایز شمرده است. (محقق حلی، ۱۴۰۸ ه.ق: ۱۰۲۶)

شهید ثانی در مسالک الافهام نیز حکم به جواز باز کردن پنجره داده است اما مادامی که ضرری برای رهگذر نداشته باشد. دلیل شهید ثانی، مالکیت مالک در ملک خویش است که وی را مجاز به تصرف در اموال خود می‌نماید. ایشان سپس در خصوص حالتی که باز کردن

پنجره موجب اشراف به خانه همسایه می شود، بیان می دارد: «از روایات، ممنوعیت چنین چیزی برداشت نمی شود؛ چرا که روایات تنها به عابر و رهگذر اشاره داشته اند. در نتیجه چون همسایه نیامده است باید به اصل رجوع کنیم و اصل بیانگر آن است که مالک می تواند در ملک خود هر گونه تصرفی را بنماید». ایشان همچنین به کلام علامه در تذکره استناد می کند که متعرض این مسأله نشده است. شهید ثانی همچنین باز کردن روزنه و شبکه را هم جایز دانسته است. استدلال ایشان در حکم به جواز احداث روزنه و شبکه، محدود شدن ممنوعیت به احداث در است. ایشان همچنین، بر این عقیده اند چنانچه باز کردن روزنه و شبکه مستلزم اشراف بر همسایه باشد، منعی ندارد؛ زیرا این امر مستلزم اطلاع یافتن است و نه تصرف. علاوه بر آن، مالک باید بتواند از نور و هوا بهره برد. البته همسایه نیز می تواند جلوی او مانع گذارد؛ هر چند که مانع بهره گیری مالک از نور شود. (شهید ثانی، ۱۴۱۳ ه.ق: ۲۷۵)

۳-۱. رویکرد قوانین و مقررات شهری و شهرسازی

برای ساخت و ساز در کشور که باید ضوابط و مقررات شهرسازی و ایمنی و از جمله احداث در و پنجره در آن رعایت گردد، مقررات متعددی تصویب گردیده است. تلاش می شود در ادامه به مهمترین این مقررات در بحث راجع به در و پنجره اشاره گردد.

۱-۳-۱. مقررات ملی ساختمان

«مقررات ملی ساختمان»، مجموعه ضوابطی است که به عنوان یک مبنای حداقل باید در طراحی، اجرا و نگهداری ساختمان توسط طراحان، اجراکنندگان و بهره برداران رعایت شود. این ضوابط بر هر گونه عملیات ساختمانی نظیر تخریب، نوسازی، تغییر کاربری، توسعه بنا، افزایش یا کاهش طبقات، جابجایی، تعمیر اساسی و نظایر آن حاکم است و دارای اصول مشترک و متحدالشکل در سطح کشور است که به این اعتبار به آن مقررات ملی اطلاق می شود. فروع تفصیلی آن ممکن است بر حسب مقتضیات محلی و اقلیمی از منطقه ای به منطقه دیگر فرق کند. مبحث چهارم مقررات ملی ساختمان تعیین کننده شکل و نحوه قرارگیری مجاز ساختمان در زمین و فضاهای باز و ضوابط مربوط به تصرف های مختلف و حداقل های الزامی فضاها و تأمین نور و تهویه هوا است. در قسمت مربوط به «الزامات در و پنجره» چنین آمده است:

«در و پنجره‌ها باید از مصالح مقاوم باشند. در مورد درهای شیشه‌ای برای ارتفاع پایین‌تر از ۱/۰۵ متر استفاده از شیشه‌های ایمن و غیر ریزنده الزامی است. پنجره در محل‌هایی که در ارتفاع قرار دارد و به بالکن یا ایوان مشرف نیست باید دارای جان‌پناهی به ارتفاع حداقل ۱/۱۰ متر باشد. تعبیه پنجره در محل‌هایی که موجب اشراف به حیاط و ساختمان مجاور گردد، ممنوع است.» ملاحظه می‌گردد این مقررات، احداث پنجره‌ای که موجب اشراف و تسلط به حیاط و ساختمان مجاور گردد، ممنوع اعلام کرده است.

این مقررات در قسمت مربوط به «الزامات نما» شرایطی را پیش‌بینی کرده است که می‌تواند در خصوص در یا پنجره نیز موضوعیت داشته باشد. «طراحی و اجرای ساختمان‌ها باید به صورتی باشد که با منظره خیابان، محله، ظاهر فرهنگی، طبیعی و ویژگی‌های ارزشمند محیط در تناسب باشد. ساختمان باید طوری طراحی شود که شکل، مقیاس، مصالح، رنگ و تناسبات حجم آن با محیط اطراف هماهنگ باشد. استفاده از شیشه بازتابی در نماهای شیشه‌ای ساختمان مجاور بزرگراه‌ها و شریان‌های اصلی عبوری شهر به شرط کسب مجوز شهرداری امکان‌پذیر می‌باشد و برای نمای شیشه‌ای تجهیزات مناسب جهت نظافت نما از جبهه بیرونی الزامی است. استفاده از نماهای شیشه‌ای پیوسته، در ساختمان‌های مسکونی ممنوع است. ابعاد حیاط خلوت و نورگیر برای تأمین نور و تهویه فضاها باید دارای مساحت ۱۲ متر مربع با حداقل ۳ متر عرض باشد.»

۲-۳-۱. طرح تفصیلی شهرها

متأسفانه در کشور، مقررات یکسان و متحدالشکلی در خصوص وضعیت قرار گرفتن در و یا پنجره وجود ندارد و شهرهای مختلف بنا به صلاحدید و بعضاً سلیقه مدیران شهری مبادرت به طراحی معماری شهری می‌نمایند. در پاره‌ای از طرح‌های تفصیلی شهرها، الزاماتی در این خصوص مقرر شده است. برای مثال، در طرح تفصیلی شهر اصفهان چنین آمده است: «رعایت حریم اشراف در مورد کلیه ساختمان‌هایی که در مجاورت یک یا چند قطعه مالکیت احداث می‌شود، الزامی است. ارتفاع ضلع مشرف به ساختمان‌های واقع در جنوب یک قطعه مالکیت بایستی حداکثر معادل طول مجاز حیاط مالکیت شمالی باشد، مازاد ارتفاع آن ساختمان می‌

تواند در زاویه ۴۵ درجه بنا شود. در هیچ یک از سطوح خارجی ساختمان نمی‌توان پنجره با هواگیر مشرف به مالکیت مجاور احداث نمود؛ مگر این که از حد مالکیت مجاور حداقل ۲ متر عقب‌نشینی صورت گرفته باشد، در این حالت، پنجره‌ها بایستی تا ارتفاع ۱/۷۵ متر به صورت غیر باز شو بوده و با استفاده از شیشه مات یا مصالح مشابه بیرون آن‌ها غیر قابل رؤیت گردند. اشرف و نورگیری بناهای مختلف به معابر، پارک‌ها و میادین عمومی بلامانع است در سطوح مشرف به معابر با عرض ۲۴ متر و بیشتر، علاوه بر نصب پنجره می‌توان اقدام به احداث بالکن نمود. در صورت نصب پنجره، ارتفاع آن باید ۱/۸۰ متر از کف به بالا بوده و می‌تواند باز شو باشد. ارتفاع پنجره‌های باز شو طبقه اول در قسمت مشرف به معابر با عرض کمتر از ۲۴ متر بایستی از ۱/۷۵ متر بیشتر باشد؛ در ارتفاع کمتر از این میزان، نصب پنجره‌های غیر باز شو مشروط به استفاده از شیشه مات یا مصالح مشابه بلامانع است. همچنین در پلاک‌هایی که طول ساخت مجاز آن‌ها از طول ساخت مجاز پلاک مجاور بیشتر است، رها نمودن یک فضا به طول حداکثر طول مجاز محیط پلاک مشرف و با عمق متناسب عرض آن پلاک، اجباری شناخته شده است. در جانمایی بناها، چنانچه امکان دید به داخل بناهای مقابل وجود داشته باشد، حداقل فاصله بین آن‌ها بایستی ۳۵ متر باشد» (شکوهی، <http://farjad53.blogfa.com/post-452.aspx>)

۳-۱-۳. قانون تملک آپارتمان‌ها

نظر به این که در شرایط حاضر به دلیل کمبود زمین، اکثر بناها به صورت مجتمع‌های آپارتمانی احداث می‌شوند، توجه به قوانین و مقررات راجع به آپارتمان‌نشینی ضروری است. از مهمترین مقررات، یکی قانون تملک آپارتمان‌ها مصوب ۱۳۴۳ است و دیگری آیین‌نامه اجرایی این قانون است. هر چند این دو مقرره بیشتر ناظر به اداره آپارتمان‌ها و حقوق و تعهدات مالکین است اما موادی در هر یک از این مقررات وجود دارد که قابل بررسی است. اصولاً جواز یا ممنوعیت باز کردن در یا پنجره در آپارتمان‌ها تابع قواعد کلی است که پیشتر راجع به آن صحبت شد. به هر حال، این احتمال وجود دارد که هر یک از مالکین در صدد ایجاد تغییراتی نسبت به وضعیت نورگیری و در و پنجره واحد خود داشته باشد اما چون هر گونه تغییر در این مورد مستلزم تصرف در وضعیت ظاهری واحد و در نتیجه کل مجموعه آپارتمانی است مقررات فوق‌الذکر

محدودیت‌هایی را مقرر داشته‌اند. از آنجا که به موجب بند «ح» ماده ۴ آیین‌نامه اجرایی قانون تملک آپارتمان‌ها «نمای خارجی ساختمان» جزو قسمت‌های مشترک آپارتمان به حساب می‌آید هرگونه تصرف مستلزم اخذ اجازه از اکثریت مالکین است. ماده ۹ قانون تملک آپارتمان‌ها در این خصوص اشعار می‌دارد: «هر یک از مالکین می‌توانند با رعایت مقررات این قانون و سایر مقررات ساختمانی، عملیاتی را که برای استفاده بهتر از قسمت اختصاصی خود مفید می‌داند انجام دهد. هیچ‌یک از مالکین حق ندارند بدون موافقت اکثریت سایر مالکین، تغییری در محل یا شکل در، یا سردر، یا نمای خارجی در قسمت اختصاصی خود که در مرئی و منظر باشد، بدهند». لذا چون تغییر وضعیت در و پنجره‌های بیرونی عموماً تغییر در نمای خارجی ساختمان قلمداد می‌شود و بدون تردید در مرئی و منظر می‌باشد، رعایت محدودیت‌های این قانون الزامی است.^۱

۱ - اختلافی در همین زمینه در دادگستری مطرح و منتهی به صدور رأی بدوی و تجدیدنظر شده است که در خور امعان نظر است: «خواهان دعوای بدوی، «ب» است در مرحله بدوی رسیدگی، دادخواستی را تحت عنوان صدور حکم بر قلع و قمع نرده نصب شده در بالکن و اعاده به وضع سابق تقدیم دادگاه کرده است. خواهان دعوای کنونی در بخش مربوط به شرح دادخواست تقدیمی خود به طرفیت خواننده اعلام کرده است که خواننده دعوای «ج» از ساکنین مجتمع مسکونی... بر خلاف قانون تملک آپارتمان‌ها و آیین‌نامه اجرایی آن اقدام به نصب نرده در جلوی بالکن خود و نمای خارجی ساختمان که در منظر عمومی قرار دارد، کرده است و با وجود تذکرات مکرر و ارسال اظهارنامه به خواننده برای از بین بردن آثار نرده نصب شده ظرف مهلت مقرر در اظهارنامه فوق، وی از قلع و قمع نرده منصوبه توسط خود استنکاف کرده است. به این ترتیب، به استناد ماده ۹ قانون تملک آپارتمان‌ها و بند «ح» از ماده ۴ آیین‌نامه اجرایی قانون فوق، صدور حکم به قلع و قمع نرده منصوبه در بالکن و نمای خارجی ساختمان که در منظر عمومی است، و همچنین اعاده وضعیت به حالت سابق بر این، از محضر دادگاه محترم درخواست شده است. به علاوه احتساب و پرداخت تمامی هزینه‌های دادرسی از خسارت‌های مربوط به رسیدگی نیز از سوی خواهان دعوای دادگاه محترم خواسته شده است. دادخواست خواهان دعوای پس از تقدیم به مجتمع قضایی در آنجا ثبت و توسط واحد ارجاع به یکی از شعب دادگاه‌های حقوقی آن مجتمع قضایی ارسال شد. پرونده نیز در شعبه مذکور ثبت و به قاضی دادگاه تقدیم می‌شود. مقام قضایی نیز پس از بررسی محتویات پرونده مذکور جلسه رسیدگی را برای شنیدن اظهارات طرفین تعیین می‌کند. در روز جلسه رسیدگی خواهان و خواننده حضور می‌یابند و بیانات خود را به دادگاه اعلام می‌کنند. قاضی دادگاه پس از شنیدن اظهارات طرفین و انعکاس آن در صورت جلسه، ختم رسیدگی را اعلام و به شرح ذیل مبادرت به صدور رأی خود می‌کند: «نظر به محتویات پرونده و اظهارات خواننده دعوای این که نرده و پنجره نصب شده در بالکن در منظر عمومی نبوده است، اما خواهان دعوای اظهار داشته است که پشت ساختمان که نرده و پنجره نصب شده است، فضای باز بوده و محل عبور و مرور است و بیم و خطر برای ساکنان محل مسکونی و مجتمع فراهم خواهد آورد و به نظر دادگاه محترم رفع و دفع ضرر احتمالی از لحاظ عقلی واجب است. در نهایت شعبه دادگاه محترم حقوقی دعوای خواهان پرونده را به استناد ماده ۹ قانون تملک آپارتمان‌ها به لحاظ این که نرده و پنجره منصوبه در مرئی و منظر

۴-۳-۱. سایر ضوابط و مقررات

شورای عالی شهرسازی و معماری ایران که در تاریخ ۵۱/۱۲/۲۲ به موجب «قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران» به عنوان یک نهاد تخصصی تدوین قوانین شهرسازی در مقیاس ملی بنیاد نهاده شد، تاکنون مقررات مختلفی را در راستای وظایف و اهداف خویش تصویب نموده است که پاره‌ای از آن‌ها به موضوع بحث ارتباط پیدا می‌کند. از مهمترین این مقررات، «ضوابط و مقررات ارتقای کیفی سیما و منظر شهری» مصوب ۱۳۸۷/۹/۲۵ است.

عمومی مجتمع مسکونی نیست، وارد و ثابت تشخیص نداده است و حکم به رد دعوی خواهان پرونده صادر و اعلام کرده است که منجر به صدور رأی شده است. دادگاه بیست روز به محکوم فرصت داده است که از تاریخ ابلاغ ظرف مهلت مقرر حق تجدیدنظر خواهی در دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران را دارد. در نهایت خواهان دعوی نیز در فرجه قانونی بیست روزه به رأی صادر شده اعتراض می‌کند و از آن در دادگاه‌های تجدیدنظر، تجدیدنظر خواهی می‌کند. متعاقباً پرونده فوق پس از ثبت در مجتمع قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران، به یکی از شعب از دادگاه‌های تجدیدنظر این مجتمع قضایی ارسال می‌شود. پرونده مذکور نیز پس از ثبت در شعبه محترم تجدیدنظر مورد بررسی قضات و مستشاران این مرجع قضایی قرار می‌گیرد.

قضات و مستشاران محترم دادگاه تجدیدنظر با مشورت با یکدیگر در نهایت با توجه به جامع اوراق و محتویات پرونده اخیر، تصمیم‌گیری و به شرح ذیل مبادرت به صدور رأی خود کرده‌اند: «به موجب دادنامه بدوی دعوی تجدیدنظر خواه «ب» به خواسته صدور حکم بر قلع و قمع پنجره منصوبه در بالکن و اعاده به وضعیت سابق اجمالاً با این استدلال که پنجره نصب شده در بالکن و در نتیجه در مرئی و منظر عمومی نبوده است و تجدیدنظر خوانده، «ج» به منظور جلوگیری از ضرر احتمالی که از لحاظ عقلی واجب است، اقدام به نصب نرده کرده، غیر ثابت تشخیص شده است و حکم به رد دعوی خواهان صادر شده است. به عقیده این دادگاه، دادنامه و رأی مورد اعتراض بنا به دلایل زیر مخدوش بوده و قابل تأیید نیست. اولاً به دلالت مستندات مندرج در پرونده، تجدیدنظر خوانده اقدام به نصب پنجره در جلوی بالکن و نمای خارجی ساختمان کرده است. ثانیاً مطابق با مفاد ماده ۹ قانون تملک آپارتمان‌ها هیچ یک از مالکان حق ندارد بدون موافقت اکثریت سایر مالکان تغییراتی در نمای خارجی در قسمت اختصاصی خود که در مرئی و منظر باشد، بدهد. ثالثاً با توجه به این که بالکن آپارتمان قطعاً مرئی و منظر است، اقدام تجدیدنظر خوانده در نصب پنجره در بالکن بدون جلب موافقت اکثریت مالکین بر خلاف مقررات قانون بوده، نامبرده مکلف به قلع و قمع پنجره است. بنا به مراتب مذکور به استناد ماده ۳۵۸ ق.آ.د.م، دادنامه تجدیدنظر خوانده که در مخالفت با موازین و مقررات قانونی و مستندات پرونده صادر شده، نقض می‌شود. آنگاه با توجه به استدلال فوق، ادعای تجدیدنظر خواه ثابت تشخیص داده شده و بر اساس مفاد ماده ۹ قانون تملک آپارتمان‌ها مصوب سال ۱۳۴۳ با اصلاحات بعدی و مواد ۵۱۹ و ۱۹۸ ق.آ.د.م. مصوب سال ۱۳۷۹، حکم به محکومیت خوانده بدوی به قلع و قمع پنجره نصب شده در بالکن و اعاده به وضعیت سابق و پرداخت هزینه دادرسی و خسارات وارده در حق خواهان بدوی صادر کرده است. این رأی به تجویز ماده ۳۶۹ قانون فوق ظرف ۲۰ روز از تاریخ ابلاغ واقعی قابل اعتراض در این دادگاه می‌باشد.» (برگرفته از سایت:

یکی از مهمترین بخش‌های این مصوبه، پیشنهاد تشکیل کمیته‌های ارتقای کیفی سیما و منظر شهری در تمامی شهرهای کشور است که برای ایجاد هماهنگی میان کلیه سازمان‌ها، نهادها، دستگاه‌ها، شرکت‌ها و مؤسسات مربوط در امر ارتقای کیفی سیما و منظر تشکیل می‌شود. علاوه بر الزاماتی که در خصوص نمای ساختمان، پیش‌آمدگی‌های موجود بدنه ساختمان‌ها، فضاها، نیمه‌باز و پیش‌فضای ورودی پیش‌بینی شده است، مهمترین بند ناظر به موضوع پژوهش، بند ۳-۱-۱۸ آن است که احداث ابنیه‌ای که به دلیل ارتفاع زیاد و یا درشت‌دانگی و ... حقوق همسایگان را در استفاده از نور، مناظر و مواهب طبیعی سلب می‌نماید، ممنوع دانسته است. کمیسیون‌های ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران، دیگر نهاد متولی تدوین ضوابط و مقررات شهرسازی است که در مقیاس شهر به تدوین ضوابط می‌پردازند و این ضوابط به پیوست طرح تفصیلی شهر لازم‌الاجراست.

نهاد دیگری که در ارتباط با موضوع شهرسازی و معماری البته از منظری خاص به تدوین ضوابط و مقررات می‌پردازد، سازمان میراث فرهنگی، صنایع دستی و گردشگری است. نظر به این که حسب بندهای ۱۰، ۱۱ و ۱۲ ماده ۳ اساسنامه مصوب ۶۷/۴/۲۸، این سازمان وظیفه حفاظت، مرمت، احیای آثار، بناها و مجموعه‌های با ارزش فرهنگی را دارد، اظهار نظر در خصوص کلیه طرح‌های عمرانی جامع و تفصیلی در رابطه با مناطق فرهنگی تاریخی با این نهاد است. بنابراین وضعیت قرار گرفتن دریا پنجره که بی‌تردید در نما و ظاهر ساختمان و در نتیجه منطقه تأثیر گذار است می‌تواند توسط سازمان میراث فرهنگی مورد نظارت و ارزیابی قرار گیرد.

یکی دیگر از نهادهای ذیربط، شورای عالی انقلاب فرهنگی است که در سال‌های اخیر بنا بر توصیه مقام معظم رهبری نسبت به این موضوع حساس شده و اقداماتی را هم در همین راستا صورت داده است. بررسی موضوع «ساماندهی ساخت و سازهای شهری بر طبق معیارهای معماری اسلامی - ایرانی» از جمله این اقدامات است که در صورت تدوین سند یا برنامه‌ای در این خصوص، رعایت الزامات و رهنمودهای آن برای تمامی دستگاه‌ها و نهادهای ذیربط لازم‌الرعایه می‌باشد.

ملاحظه می‌شود قوانین و مقررات متعددی وجود دارد که هر یک بگونه‌ای بر ضوابط

ساخت و ساز و سیما و منظر شهری و از جمله نحوه احداث در یا پنجره حاکم هستند. از مجموع مقررات چنین برداشت می‌شود که دستگاه‌ها و نهادهای موازی زیادی بر موضوع بحث نظارت دارند که همین امر باعث می‌گردد انسجام، یکپارچگی و هماهنگی لازم وجود نداشته و نوعی تشتت در تصمیم‌گیری‌ها دیده شود. علاوه بر آن، گرچه قوانین ملی و ضوابط محلی به حد متناسبی از بلوغ، همه‌جانبه‌گرایی، دانش شهرسازی و کیفیت فضای عمومی تدوین شده‌اند؛ ولی هیچگاه وظایف اجرایی برای مدیریت‌ها ایجاد نکرده، تنها شهروندان و سازندگان هستند که مخاطب قانون قرار می‌گیرند. (ابویی و جعفری قوام‌آبادی، ۱۳۹۳: ۱)

۲. تعارض حق مالک با حقوق شهروندان و جامعه

در مباحث پیشین، به حکم حقوقی - فقهی احداث در یا پنجره اشاره شد. در این بخش، مسأله از زاویه دیگری به ویژه از حیث حریم خصوصی، حقوق شهروندی و اصول شهری و شهرسازی مورد بررسی قرار خواهد گرفت. در واقع، هدف از ارائه مطالب این بخش، تأکید بر جنبه عمومی و آثار و پیامدهای اجتماعی، فرهنگی و اعتقادی است که نادیده گرفتن این موضوع می‌تواند به دنبال داشته باشد. هر چند در نگاه نخست، این موضوع، موضوعی خصوصی و محدود به روابط مالک با همسایه یا همسایگان مجاور است.

۲-۱. باز کردن پنجره از منظر حریم خصوصی

باز کردن پنجره مشرف به منزل یا حیاط دیگری بی‌تردید می‌تواند مصداق تعرض به حریم خصوصی و مزاحمت برای اشخاص قلمداد شود. در گذشته معماری شهری به گونه‌ای بوده که اغلب منازل مسکونی یک طبقه ساخته می‌شده و اشرافی به یکدیگر نداشته است. پشت‌بام تنها جایی بود که به منزل همسایه مسلط بوده؛ به همین دلیل پشت‌بام رفتن برای خود آیینی داشته است. مطابق عرف محل، همسایه باید به وسایل گوناگون حضور خود را در پشت‌بام به اطلاع دیگران می‌رسانده، در غیر این صورت با واکنش سخت آن‌ها مواجه می‌شده است. کسانی که این عرف و قاعده خودساخته را رعایت نمی‌کردند، معمولاً مورد غضب همسایه‌ها بودند به همین خاطر هیچ‌گاه نگاه خوبی به «کیوتر بازها» نبود. کسانی که مدت زیادی از وقت خود را در پشت‌بام و در میان پرندگان خود سپری می‌کردند، همیشه به عنوان تهدیدی برای حریم

خصوصی دیگران محسوب می شدند.

اما امروز بافت شهری تغییر کرده است و حتی در دورترین شهرها نیز ساختمان های چند طبقه سر به آسمان می ساینند. دیگر کمتر کسی فرصتی برای حشر و نشر با پرندگان دارد، اما ضرورت رعایت حریم خصوصی همسایه ها همچنان باقی است. درون منزل برای هر کس، مکانی امن محسوب می شود که در آن هر عضو خانواده احساس آرامش می کند. اهمیت این موضوع قانونگذار رانیز وادار کرده است، برای این که به نیاز عمومی پاسخ مثبت دهد، قوانینی وضع کند که جلوی سوء استفاده های احتمالی را بگیرد. از جمله این که اصولاً بازرسی از منازل در شب مجوز قانونی ندارد و حتی انجام آن در روز نیز تنها با رعایت تشریفات قانونی خاص از جمله کسب مجوز کتبی آنهم در موارد ضروری، امکان پذیر است. ماده ۱۲۴ ق.آ.د.ک. مصوب ۱۳۹۲ در این خصوص مقرر می دارد: «معاینه محل و تحقیق محلی جز در مواردی که ضرورت دارد باید در روز انجام شود...».

خداوند متعال در قرآن کریم الگوهای متفاوت رفتاری را در مورد رعایت حریم دیگران، نظیر شیوه اعلان حضور برای ساکنان خانه و دیگران، تشریح نموده است. «وَاللّٰهُ جَعَلَ لَكُمْ مِّنْ بُيُوتِكُمْ سَكَنًا»، خداوند خانه هایتان را جای آرامش شما قرار داد (سوره نحل، آیه ۸۰)؛ «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْذِنُوا وَتُسَلِّمُوا عَلَىٰ أَهْلِهَا ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ»، «فَإِنْ لَمْ تَجِدُوا فِيهَا أَحَدًا فَلَا تَدْخُلُوهَا حَتَّىٰ يُؤْذَنَ لَكُمْ وَإِنْ قِيلَ لَكُمْ ارْجِعُوا فَارْجِعُوا هُوَ أَزْكَىٰ لَكُمْ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ» ای مؤمنان به خانه ای جز خانه های خودتان وارد نشوید تا رخصت طلبید و بر ساکنان خانه سلام کنید، چنین کاری برای شما بهتر است که پند گیرید. اگر کسی را در آن (خانه) نیافتید، داخل نشوید تا به شما اجازه داده شود و اگر گفته شد برگردید، برای شما پسندیده تر است که برگردید و خداوند به آن چه انجام می دهید، آگاه است (سوره مبارکه نور، آیه های شریفه ۲۷ و ۲۸). ضرورت رعایت حریم خصوصی و عدم آزار و اذیت همسایه در احادیث هم مورد توجه معصومین (علیهم السلام) قرار گرفته است. تا حدی که از پیامبر (ص) و امامان علیهم السلام نقل شده که از مانیت کسی که همسایه اش از شر او ایمن نباشد. لیسَ مِنا مَنْ لَمْ يَأْمَنَ جَارُهُ بَوَائِقَهُ (مجلسی، ۱۳۶۶: ۱۵۱). در حدیث دیگری از پیامبر اکرم (ص) نقل

شده است: من استمع الی حدیث قوم و هم له کارهون او یفرون منه، صبّ فی اذنه الانک یوم القیامة؛ هر کس به سخنان کسان دیگر به شیوه‌ای مخفیانه گوش فرادهد، در حالی که آنان دوست ندارند کسی سخن آنان را بشنود و از او فرار می‌کنند (بیزار هستند) با این عمل خود، مس گداخته در گوشش فرو می‌کند. (سجستانی، ۱۴۱۰ ه. ق: ۸۸۳)

جنبه دیگر رعایت حریم خصوصی، توجه به مرز همسایگی است. در احکام اسلامی تا چهل خانه از هر طرف، همسایه تلقی می‌شوند (محمدی ری شهری، ۱۳۷۷) و نسبت به آن‌ها وظایف بسیار متنوعی به عهده مسلمانان می‌باشد؛ که جز با دیدار و اطلاع از احوال یکدیگر و تعامل همه جانبه، تحقق این مسؤولیت‌ها امکان‌پذیر نیست. تعاملات اجتماعی مسلمانان در محلات، مبتنی بر وظایفی است که مساوات، برادری، فداکاری، ایثار و محبت و گذشت و رحمت را نسبت به یکدیگر ایجاب می‌کند. بنابراین این مرکز اجتماعی باید عملکردها و محتوایی کاملاً معنوی، فرهنگی، روحانی و اخروی یا به طور کلی، مذهبی داشته باشد. این حد گسترده نشان از اهمیت بعد اجتماعی زندگی مسلمین دارد. به طوری که بسیاری از اسلام شناسان غربی، شناخت مبانی اجتماعی اسلام را زیر بنایی ضروری برای تحلیل کالبدی شهرهای اسلامی دانسته‌اند. (نقره کار و دیگران، ۱۳۹۲: ۴۰)

رعایت حریم خصوصی تا بدانجا اهمیت دارد که برخی حتی علاوه بر رعایت این اصل در طراحی پنجره‌ها و روزنه‌ها بر جداسازی صوتی نیز تأکید کرده‌اند. به عقیده ایشان: «هر خانه و فضای بیرونی‌اش باید طوری شود که از دید خانه‌های مجاور و فضاهای عمومی محفوظ باشد. پنجره‌ها و روزنه‌های خانه به چشم اندازه‌ها و فضاهای بیرونی، نباید به از دست رفتن حریم خصوصی داخلی منجر شوند. فضای داخلی منزل باید برای فعالیت‌های مختلف هر یک از اعضای خانواده طراحی شود. فاصله میان واحدهای مسکونی، فضای بیرونی آن‌ها، خانه‌های مجاور و فضاهای عمومی باید بر اساس استانداردهای مناسب برای جداسازی صوتی باشد. یک فضای بینابین (چه داخلی و چه خارجی) باید بین فضاهای عمومی و فضاهای خصوصی خانه‌ها قرار گیرد» (اردلان و دیگران، ۱۳۸۹: ۸)

هر چند قانون مدنی در موادی که پیشتر از آن سخن به میان آمد، ظاهراً ممنوعیتی برای باز کردن پنجره مقرر نداشته است اما توجه به دیگر مواد این قانون از جمله مواد ۱۳۶ تا ۱۳۹ در بحث «حریم املاک» می‌تواند ما را به نتیجه دیگری رهنمون سازد. مطابق ماده ۱۳۶، حریم مقداری از اراضی اطراف ملک و قنات و نهر و امثال آن است که برای کمال انتفاع از آن ضرورت دارد. هر چند در مواد بعدی، قانونگذار حریم را تنها برای چاه، چشمه و قنات پیش‌بینی کرده است اما آنچه مهم است فلسفه وجودی احترام به حریم است که به نظر در مصادیق مذکور موضوعیتی ندارد. شاید علت آنکه قانونگذار در مواد ۱۳۳ ممنوعیتی برای باز کردن پنجره قائل نشده است، وضعیت خاص ساختمان‌ها و خانه‌های آن زمان بوده است که در یک طبقه احداث می‌شده است. اما امروزه دیگر ماده ۱۳۳ پاسخگوی مقتضیات حاضر نمی‌باشد. مهم ضرورت رعایت و حفظ حریم خصوصی افراد است که می‌تواند با احداث پنجره‌های مزاحم نقض شود. لذا می‌توان از مناط مواد ۱۳۶ به بعد قانون مدنی استفاده کرد و حکم مقرر در ماده ۱۳۱ و ۱۳۳ این قانون را تخصیص زد.

۲-۲. باز کردن در و پنجره از منظر حقوق شهروندی و معماری اسلامی - ایرانی

گسترش شهرها و شهرنشینی که در نتیجه انقلاب صنعتی و تحولات بعد از آن پدید آمد، هر روز سرعت بیشتری پیدا کرده و فرآیند شهرنشینی مدرن الگوی اجتماعی متفاوتی را از نظر مسکن و خانه‌سازی، پیش روی انسان مدرن و انسان معاصر نهاده است. اما تحولات مدرنیته و تأثیرات آن بر الگوی سکونت آدمی، فقط محدود به بعد کمی افزایش جمعیت و در نتیجه افزایش خانه‌ها و سکونت‌گاه‌های آدمی نبوده، بلکه مهم‌تر از آن، مدرنیته و فرایندهایش، کیفیت خانه و مسکن، انسان مدرن و معاصر را به شدت متأثر ساخته است. این تحول، حقوق و ارزش‌های انسانی را که در معماری اسلامی - ایرانی در تمام ابعاد آن به اوج رسیده بود، نادیده گرفته است.

بدیهی است رشد و تعالی معنوی انسان در گرو فراهم بودن محیط مناسب در رسیدن به این اهداف متعالی است. به تعبیر دیگر، برای رسیدن به سیرتی معنوی و متعالی باید صورت و ظاهری متناسب داشت. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در بند یک اصل ۳، دولت را موظف نموده

است برای نیل به اهداف مذکور در اصل دوم،^۱ همه امکانات خود را برای ایجاد محیط مساعد برای رشد فضایل اخلاقی بر اساس ایمان و تقوی و مبارزه با کلیه مظاهر فساد و تباهی به کار برد. هیچ مکان یا شیئی تنها به «جا» و «فضا» و «قلمرویی» خاص دلالت نمی کند بلکه بالاتر از آن به محتوایی که در آن مکان محیط شده و همچنین به محتوایی که آن را احاطه نموده است و به محتوای اصولی که آن را خلق نموده است نیز اشاره می نماید. (نقی زاده و امین زاده، ۱۳۷۹: ۲۸)

رابطه صورت و سیرت موضوعی است که در روایات و احادیث معصومین نیز مورد اشاره قرار گرفته است. امیر مؤمنان (ع) در این خصوص می فرماید: «و بدان که هر ظاهری باطنی متناسب با خود دارد، آن چه ظاهرش پاکیزه، باطن آن نیز پاک و پاکیزه است و آنچه ظاهرش پلید، باطن آن نیز پلید است». (نهج البلاغه، خطبه ۱۵۴) لذا در طراحی و ساخت بناها باید به تناسب صورت با سیرت و هدف توجه خاصی مبذول داشته شود. اینجاست که نقش معمار به مفهوم اعم جلوه خاصی پیدا می کند. معمار اعم از دولت، شهرداری، شورای شهر و سایر نهادهای ذیربط باید در تعریف الزامات و شرایط به این مهم توجه داشته باشند. به بیان دیگر، معماری باید اسلامی - ایرانی باشد. مقصود «باز آفرینی حکیمانه و عادلانه فضای زیست انسان ها با عوامل مادی و صوری، متناسب با نیازهای مادی و روحی انسان ها و در جهت کمال آن ها» است. (نقره کار، ۱۳۸۷: ۳۸۸)

بر اساس مطالب فوق روشن گردید که ایجاد محیطی مساعد و مناسب از سوی دولت به مفهوم اعم جهت رشد و تعالی مادی و معنوی انسان یک ضرورت و تکلیف است. بدیهی است

۱ - جمهوری اسلامی، نظامی است بر پایه ایمان به: ۱- خدای یکتا (لا اله الا الله) و اختصاص حاکمیت و تشریح به او و لزوم تسلیم در برابر امر او. ۲- وحی الهی و نقش بنیادی آن در بیان قوانین. ۳- معاد و نقش سازنده آن در سیر تکاملی انسان به سوی خدا. ۴- عدل خدا در خلقت و تشریح. ۵- امامت و رهبری مستمر و نقش اساسی آن در تداوم انقلاب اسلامی. ۶- کرامت و ارزش والای انسان و آزادی توأم با مسؤولیت او در برابر خدا، که از راه: الف - اجتهاد مستمر فقهای جامع شرایط بر اساس کتاب و سنت معصومین سلام الله علیهم اجمعین، ب - استفاده از علوم و فنون و تجارب پیشرفته بشری و تلاش در پیشبرد آن ها، ج - نفی هر گونه ستمگری و ستم کشی و سلطه گری و سلطه پذیری، قسط و عدل و استقلال سیاسی و اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی و همبستگی ملی را تأمین می کند.

نقض این مسأله، باید با ضمانت اجراهای حقوقی، اخلاقی و اجتماعی همراه باشد. یکی از مصادیق انحراف از آموزه‌های دینی و مذهبی، احداث بناها و ساختمان‌های مشرف به ملک همسایه است. انحراف از این جهت موضوعیت دارد که تسلط بر ملک غیر از طریق پنجره و روزنه یا شبکه می‌تواند منجر به تضعیف عنصر حجب و حیا گشته و تبعات نامطلوب دیگری را با خود داشته باشد. به تعبیر دیگر، یکی از اقدامات لازم جهت فراهم نمودن محیط مساعد، حفظ حجب و حیا و عفت عمومی است که با احداث ساختمان‌ها و برج‌های چند طبقه می‌تواند کاهش یافته و یا حتی به مرور زمان دریده شود.

از منظر عدالت اجتماعی و حقوق شهروندی نیز، نظارت‌پذیری کارگزاران و صاحب‌منصبان جامعه در تمامی جنبه‌های گوناگون از جمله معماری و شهرسازی باید امری ممکن و ضروری باشد. زیرا فرض بر آن است که شهروندان برای پیشبرد آرمان اسلامی در یک رقابت سیاسی - اجتماعی با یکدیگر هستند. در تحقق رقابت در نیل به آرمان مقصود، علاوه بر توجه به جنبه‌های کالبدی، جنبه‌های محتوایی نیز باید مد نظر قرار داد. از مهمترین بایسته‌های شکل دهی یک آرمان شهر اسلامی و ایرانی، معماری و ساخت بنا بر مبنای اندیشه‌های دینی است. نگرشی که ایجاب می‌کند رابطه تعاملی میان فرم و محتوا مورد توجه قرار گیرد.

تمسک به اصل لا ضرر مبنای دیگری جهت تحلیل موضوع است. مرحوم محمد بن یعقوب کلینی در اصول کافی از قول زراره چنین آورده است که امام باقر (ع) فرمودند: «سمره بن جندب» در باغی درخت خرمايي داشت که در آستانه آن باغ، منزل یکی از انصار قرار داشت. سمره بدون اجازه گرفتن از صاحب خانه به طرف نخل خود، آمد و رفت می‌کرد و این مسأله ناراحتی شخص انصاری را فراهم می‌آورد. روزی به او گفت تویی خبر به منزل ما می‌آیی. بهتر است قبلاً اجازه بگیری. سمره در پاسخ گفت: این راه من به طرف درختی که دارم می‌باشد و از تو نیز اجازه نمی‌گیرم. شخص انصاری از سمره به پیغمبر (ص) شکایت برد. پیغمبر (ص) به احضار سمره دستور فرمود و وقتی حاضر شد، به او فرمود: این مرد از تو شکایت کرده و می‌گوید تو بر او و خانواده‌اش بدون اذن وارد می‌شوی. در زمان ورود از او اجازه بگیر. سمره می‌گوید: آیا من در

راه خود به سوی درختم از دیگری اجازه بگیرم. پیامبر (ص) می فرماید از آن درخت صرف نظر کن تا برای تو درختی در جایی دیگر باشد. ولی سمره همچنان از قبول آن سرباز می زند. پیامبر (ص) به او می فرماید: از این درخت صرف نظر کن و در عوض درختی در بهشت بگیر. سمره باز هم بر امتناع خود اصرار می ورزد. در این هنگام پیامبر (ص) به او فرموده: «انک رجل مضار و لاضرر و لا ضرار علی مؤمن» و دستور می دهد آن درخت را بگیر و برو و هر جایی خواهی آن را بنشان.» (خمینی، ۱۳۵۹: ۲۷)

تردید نیست اصل لاضرر منحصر به قضیه پیش آمده نبوده و چه بسا احداث و نصب در یا پنجره مشرف به خانه همسایه یا همسایگان از مصادیق اجرای این اصل باشد. در مقیاس وسیع تر، در معماری و شهرسازی نیز این اصل باید مورد توجه قرار گیرد. زیرا معماری و شهرسازی از مهمترین حوزه‌هایی است که می توان تجلی اندیشه‌ها و مبانی نظری هر مکتب و آیین را در آن مشاهده نمود.

روایت دعائم الاسلام از امام صادق (ع) نیز نمونه‌ای از توجه به قاعده لاضرر در ساخت بناها و آثار معماری است. از حضرت پرسیده شد که دیواری بین دو خانه حد فاصل و ساتر بوده و خراب شده است و مالک دیوار حاضر نیست دیوار را دوباره بنا کند. آیا به درخواست همسایه مجاور می توان مالک دیوار را به تجدید بنای آن ملزم ساخت؟ حضرت پرسید آیا مالک بنا بر حق یا شرطی متعهد به این کار می باشد؟ و چون پاسخ منفی داده شد، فرمود: چنین الزامی وجود ندارد و همسایه مجاور می تواند برای ایجاد ساتر جهت ملک خود، دیوار را دوباره به هزینه شخصی خودش بسازد. (محقق داماد، ۱۳۷۳: ۱۴۰) از این رو، هر چند هدایت طرح‌های توسعه شهری و منطقه‌ای و به خصوص معماری و شهرسازی بر اساس قاعده لاضرر ریشه‌ای عقلی دارد، لیکن مستندات فقه شیعه آنرا به طور جدی توصیه می کند. (خسروی و دیگران، ۱۳۷۲: ۲۷)

بررسی سیر تاریخی نمای شهر و ساختمان‌ها، گویای این واقعیت است که با گذشت زمان، نمای کلی و از جمله وضعیت قرار گرفتن در و پنجره‌ها از معماری اسلامی فاصله گرفته است. در تحقیقی که از سه نمونه از خانه‌های سنتی ایرانی (خانه سیگاری‌های یزد، خانه بروجرودی‌های

کاشان و خانه گرامی یزد^۱) جهت بررسی مطابقت اصول ساخت و ساز با معماری اسلامی و حقوق شهروندی صورت پذیرفته است، نتایج به دست آمده نشان دهنده این است که «در خانه بروجدی‌ها، تعادل در کلیت پلان به صورت محوری وجود دارد و فرم غالب مستطیل است. در خانه‌های برادران سیگاری‌ها و خانه گرامی، تعادل در پلان به صورت ناحیه‌ای در نظر گرفته شده، به طوری که در اطراف حیاط مرکزی تعادل به خوبی مشهود است. در این خانه‌ها نیز فرم غالب مستطیل است و تعادل به صورت محوری وجود دارد. در نمای تمامی خانه‌ها، تعادل و توازن وجود دارد و در نماهای حیاط داخلی در چیدمان پنجره‌ها و درها و تزیین‌ها، تقارن وجود دارد که اوج تعادل است. در هر سه مورد از خانه‌ها، کنترل دید و اشراف به خوبی رعایت شده است و هیچ دید مستقیمی از بیرون به داخل فضای خانه‌ها و حتی حیاط مرکزی وجود ندارد. نمای خارجی فاقد پنجره رو به بیرون است و حتی فضای ورودی نیز با هشتی و راهرو هر گونه دید خارج به داخل را سد می‌کند. این وضع نشانگر رعایت حریمیت و حریم افراد در این خانه‌هاست. این خانه‌ها هر چند نمونه خانه‌ای مسکونی طبقه مرفه دوره قاجار هستند، در هماهنگی کامل با خانه‌های طبقه متوسط مجاور خود قرار دارند و این هماهنگی نشان دهنده رعایت عدل و حقوق همسایگان است. تزیین‌های ورودی بنا و سکوه‌های موجود در طرفین ورودی نیز نشان دهنده احترام به افراد و عابران است.» (بمانیان و دیگران، ۱۳۹۲: ۹۵)

۳. حل و فصل دعاوی

بسته به این که مالک از قوانین و مقررات تخلف کرده باشد یا سازمان‌ها و مقامات ناظر، بر خلاف اصول و ضوابط مبادرت به صدور پروانه ساختمانی و تأیید بنا از جمله احداث در و پنجره نموده باشند، نوع دعوا، مرجع رسیدگی‌کننده و حتی عنوان دعوا متفاوت خواهد بود. چنانچه همسایه مدعی باشد مالک بر خلاف قوانین و ضوابط مبادرت به احداث در یا پنجره در ملک خود نموده است، دو حالت قابل تصور است:

۱ - علت انتخاب این نمونه‌ها، اقلیم مشابه با اقلیم شهرهای اولیه اسلام چون مدینه و مکه و نیز تشابه معماری این دو منطقه از منظر درو نگارایی عنوان شده است.

حالت نخست: پروانه ساختمانی که بر اساس آن مالک می‌باید مبادرت به احداث بنا می‌نمود به درستی صادر شده است اما مالک رعایت ضوابط نکرده است و بر خلاف پروانه ساختمانی اقدام کرده است. در این فرض، همسایه دعاوی مختلفی را در مراجع مختلف می‌تواند پیگیری نماید. شایع‌ترین اقدام، طرح دعوی «رفع مزاحمت» در دادگاه عمومی حقوقی محل وقوع ملک است. در این جا، همسایه با این ادعا که اقدام مالک موجب سلب آسایش وی و خانواده گردیده است، تقاضای رفع مزاحمت و عندالاقضاء صدور حکم به مسدود نمودن در یا پنجره خواهد نمود. زیرا به موجب قاعده کلی لاضرر و جلوگیری از سوء استفاده از اعمال حق، مالک نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر قرار دهد.

اقدام دیگر همسایه، مراجعه به شهرداری و تقاضای بررسی موضوع در کمیسیون ماده ۱۰۰ قانون شهرداری است که مرجع صالح در رسیدگی به تخلف از ضوابط ساخت و ساز است. ماده ۱۰۰ قانون شهرداری (اصلاحیه سال ۱۳۴۵) تصریح کرده است: «مالکان اراضی و املاک واقع در محدوده یا حریم شهر باید قبل از هر اقدام عمرانی یا تفکیک اراضی و شروع ساختمان از شهرداری پروانه اخذ نمایند. شهرداری می‌تواند از عملیات ساختمانی بدون پروانه یا مخالف مفاد پروانه به وسیله مأمورین خود اعم از آنکه ساختمان در زمین محصور یا غیر محصور باشد جلوگیری نماید».

حالت دوم، ناظر به زمانی است که شهرداری در صدور مجوزها، ضوابط را رعایت نکرده و مبادرت به صدور پروانه ساختمانی نموده است. از آنجه که بند ۲۴ ماده ۵۵ قانون شهرداری، صدور پروانه ساختمانی را در صلاحیت شهرداری قرار داده است تا این نهاد غیر دولتی در صدور پروانه، اجرای دقیق و کامل مقررات شهرسازی و حقوق مالکانه همسایگان دور و نزدیک را تضمین کند. چنانچه این نهاد، مقررات رازیر یا گذارد، اعتبار این سند اداری و پروانه ساختمانی مخدوش می‌گردد و به ابزاری برای تجاوز به حقوق مالکانه و حقوق ارتفاقی همسایگان تبدیل می‌شود. ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲ در راستای اصل ۱۷۳ ق.ا.، رسیدگی به شکایات و تظلمات و اعتراضات اشخاص نسبت به تصمیمات و

اقدامات واحدهای دولتی، وزارتخانه‌ها و شهرداری‌ها را در صلاحیت دیوان عدالت اداری قرار داده است. هر فردی که از تصمیم یا اقدام واحدهای مذکور در این ماده متضرر و حقی از او تضییع شده و یا آنکه اجرای تصمیم‌های واحدهای مذکور و اقدامات آن‌ها در آینده موجب تضییع حق او شود؛ خواه این شخص مالک پلاک ثبتی متقاضی صدور پروانه بوده و یا در ارتباط با تصمیم یا اقدام اداری شهرداری در صدور پروانه ساختمانی و توافق با مالک پلاک ثبتی، شخص ثالث باشد مانند همسایگان مجاور و یا دورتر می‌تواند برای ابطال این گونه تصمیم‌ها یا اقدامات علیه شهرداری در دیوان عدالت اداری دادخواهی کند و این دیوان صلاحیت رسیدگی به این گونه شکایات و دادخواهی‌ها و ابطال پروانه ساختمانی را که با نقض حقوق مالکانه متقاضی و مقررات شهرسازی صادر شده است، دارد. دادخواهان همچنین می‌توانند برای پیشگیری از ورود خسارات ناشی از اجرای این گونه پروانه‌های ساختمانی، درخواست صدور دستور موقت بر منع یا توقف عملیات اجرایی ناشی از این پروانه ساختمانی را بنمایند. عکس حالت فوق نیز قابل تصور است. یعنی مالک می‌خواهد در ملک خود دریا پنجره نصب نماید ولی شهرداری عقیده دارد که بر خلاف ضوابط است. بدیهی است در این خصوص نیز مالک می‌تواند در دیوان عدالت اداری طرح دعوا نموده و الزام شهرداری را به صدور پروانه ساختمانی بخواهد.

چنانچه مالک ملک مجاور (همسایه)، مانع مالک از احداث دریا پنجره گردد، در این فرض مالک می‌تواند به شرط وجود شرایط مقرر، مبادرت به طرح دعوی «ممانعت از حق» و یا «مزاحمت از حق» بنماید. اگر همسایه قبلاً برای مالک، حق ارتفاق برقرار کرده مثلاً به وی حق داده است تا به ملک خویش دریا پنجره باز کند و اکنون از این امر ممانعت به عمل می‌آورد، استفاده کننده قبلی از حق ارتفاق می‌تواند با توجه به مقررات مربوط به دعوی تصرف، علیه همسایه طرح دعوی ممانعت از حق نماید. ماده ۱۵۹ ق.آ.د.م. در این خصوص مقرر می‌دارد: «دعوی ممانعت از حق عبارتست از تقاضای کسی که رفع ممانعت از حق ارتفاق یا انتفاع خود را در ملک دیگری بخواهد». دادگاه در رسیدگی به این دعوا وارد دلایل مالکیت نمی‌شود. به عبارت دیگر، از خواهان دعوا دلیلی مبنی بر وجود حق اصلی (حق ارتفاق) مطالبه نمی‌نماید و منحصرأً به این امور رسیدگی می‌نماید که آیا خواهان قبلاً ولو من غیر حق از این حق عملاً

استفاده می نموده است و آیا خواننده استفاده از این حق را بدون رضایت خواهان و به غیر وسیله قانون مانع گردیده اند؟

دعوی مزاحمت در جایی است که «به موجب آن متصرف مال غیر منقول درخواست جلوگیری از مزاحمت کسی را می نماید که نسبت به متصرفات او مزاحم است بدون این که مال را از تصرف متصرف خارج کرده باشد» (ماده ۱۶۰ ق.آ.د.م). بنابراین، اگر مالک به هنگام احداث در یا پنجره یا هر گونه تأسیسات مشابه با واکنش همسایه مواجه شود؛ بگونه ای که وی نتواند از ملک خود بهره برداری نماید، می تواند علیه همسایه مبادرت به طرح دعوی رفع مزاحمت کند. تفاوت دعوی ممانعت از حق با مزاحمت در این است که در ممانعت از حق، عمل فاعل به طور کلی مانع استفاده کننده از حق می شود؛ در حالی که در مزاحمت، عمل فاعل، اخلال جزئی در تصرف ایجاد می نماید بی آنکه بهره مندی متصرف را به طور کلی غیر ممکن نماید. (شمس، ۱۳۸۰: ۳۶۴)

البته در سؤالی که از اداره حقوقی قوه قضائیه پرسیده شد، چنین عنوان شده است: «مالک و متصرف ملکی شکایت می نماید که پنجره خانه اش را که به ملک همسایه باز می شده و مدت ها از آن استفاده می کرده است، همسایه مجاور مسدود نموده، با محروم نمودن او از حق روشنایی موجبات مزاحمت او را فراهم ساخته است آیا چنین شکایتی عنوان رفع مزاحمت دارد یا ممانعت از حق و آیا دادسرا صالح به رسیدگی می باشد یا خیر؟ کمیسیون مشورتی آیین دادرسی مدنی اداره حقوقی در جلسه مورخ ۱۳۴۳/۶/۲۹ چنین اظهار نظر کرده است: در موردی که مالک و متصرف در ملک خود دیوار گذارده هر چند که مانع استفاده روشنایی همسایه هم باشد دعوی همسایه به برداشتن دیوار با مادتين یک و ۲ قانون جلوگیری از تصرف عدوانی منطبق نیست که رسیدگی آن در صلاحیت دادسرا باشد».

نتیجه:

احداث در و پنجره در ساختمان به عنوان یکی از مصادیق تصرف و بهره برداری از اموال، هر چند در نظر، تعارضی با حقوق مجاورین ندارد اما در مقام عمل ممکن است بین حق مالک

در برخورداری از نور و هوای مناسب با حقوق همسایگان تزامم ایجاد شود. از یک طرف مالک به اعتبار مالکیت خویش، حق همه گونه تصرف و بهره برداری از مال خود را داراست و از سوی دیگر، اصل لاضرر وی را از تصرفات مضر به حال همسایه باز می دارد. دیرزمانی است که به دلیل محدودیت فضا و گسترش ساخت و سازها و احداث ساختمان های چند طبقه، اشراف بناها بر یکدیگر به چالشی بزرگ تبدیل شده است. هر چند قانون مدنی به مقتضای اوضاع و احوال سال های وضع خویش، اصل را بر ممنوعیت باز کردن در و جایز بودن احداث پنجره قرار داده است اما دیگر، ساز و کارهای این قانون پاسخگوی وضعیت فعلی ساخت و سازها و نحوه قرار گرفتن ساختمان ها در کنار یکدیگر نیست. اگرچه قوانین و مقررات متعددی که در حوزه شهر و شهرسازی به تصویب رسیده اند تلاش کرده اند توجه به حریم خصوصی همسایه، امنیت و آسایش وی را بر حق مالک ترجیح دهند اما فقدان ضمانت اجرای مناسب و تشتت و بعضاً تعارض میان نصوص قانونی، موجب شده است تا معیار و ضابطه خاصی در خصوص وضعیت قرار گرفتن در و پنجره ها در سراسر کشور وجود نداشته باشد و هر شهر و حتی هر محله ای برای خود به اعمال سلیقه بپردازد. این هرج و مرج به آشفتگی در ساخت و سازها و در نتیجه نمای ظاهری ساختمان ها و شهرها انجامیده است. اینجاست که مسأله از حد روابط خصوصی مالک با همسایه فراتر رفته و در تقابل با حقوق شهروندان و جامعه قرار گرفته است. احداث پنجره های مشرف به ملک دیگری می تواند عنصر حجب و حیا و عفاف را که لازمه رشد و تعالی معنوی انسان ها است مخدوش نموده و فرهنگ برهنگی و بی تفاوتی را در میان خانواده ها ترویج کند. دولت در راستای اصول متعالی قانون اساسی مکلف است همه امکانات خود را برای ایجاد محیط مساعد برای رشد فضایل اخلاقی بر اساس ایمان و تقوی و مبارزه با کلیه مظاهر فساد و تباهی به کار برد و خانه به عنوان اصلی ترین و مهم ترین مکان تربیت فرد، نقش مهمی در رسیدن به این هدف دارد؛ چرا که برای رسیدن به سیرتی معنوی و متعالی باید صورت و ظاهری متناسب داشت. نظر به این که نمای ظاهری شهرها بیانگر فرهنگ آن کشور است، ضرورت دارد تا ضوابط ساخت و ساز در کشور، متناسب با فرهنگ اسلامی - ایرانی باشد. بی تردید مالکین می توانند با طرح دعاوی علیه همسایگان و حتی سازمان ها و نهادهای ذیربط، در صدد مطالبه این حق مشروع

خویش برآمده و نقش جوهری و تسکین دهنده فضا را در رسیدن به آرمان‌های والا و متعالی به خانه بازگرداندند.

منابع:

۱. ابویی، رضا و نسیم جعفری قوام‌آبادی. (۱۳۹۳). «نما، سیمای بافت تاریخی و منظر فضای عمومی در قوانین ملی، ضوابط و مقررات محلی و وظایف مدیریت شهری»، نشریه علمی - پژوهشی انجمن علمی معماری و شهرسازی ایران، ش. ۸.
۲. اردلان، نادر و دیگران (۱۳۸۹)، منشور حقوق اسکان، مترجم فریض فرهیور، تهران، نشر یادآوران.
۳. بمانیان، محمدرضا، سحر ارجمندی و فرزانه علی محمدی (۱۳۹۲)، «تأثیر اصول فقهی مرتبط با حقوق شهروندی بر پایه عدل در طراحی مسکن (نمونه موردی: سه مورد از خانه‌های ایرانی - اسلامی)»، مطالعات شهر ایرانی اسلامی، ش. ۱۲.
۴. پروین، فرهاد و ناصر نصرتی صدقیانی، (۱۳۹۰)، «تحلیلی از مسؤولیت مندرج در ماده ۱۳۲ قانون مدنی و تأملی بر تخصیص یا عدم تخصیص آن»، نشریه علمی - پژوهشی فقه و حقوق اسلامی، سال دوم، شماره سوم.
۵. حسینی عاملی، سیدمحمدجواد، بی‌تا. مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، ج. ۱۷، چاپ سنگی، مؤسسه آل‌البیت.
۶. خمینی (ره)، روح‌الله، (۱۳۵۹)، رساله نوین، ج. اول: عبادت و خودسازی، ترجمه و توضیح عبدالکریم بی‌آزار شیرازی، تهران، مؤسسه انجام کتاب.
۷. سجستانی، ابی داوود (۱۴۱۰ ه. ق.)، سنن ابی داوود، قم، انتشارات دارالفکر، ج. ۲.
۸. شکوهی، فرجاد، قوانین شهری و شهرسازی - «سوالات و پاسخ‌ها» - ۴، بخش ۲: تعارض احکام مادیتین ۱۳۰ و ۱۳۳ قانون مدنی. برگرفته از: <http://farjad53.blogfa.com/post-452.aspx>
۹. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، (۱۴۱۳ ه. ق.). مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ج. ۴، مؤسسه المعارف الاسلامیه، قم.
۱۰. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۵). دوره مقدماتی حقوق مدنی، حقوق اموال و مالکیت، نشر میزان، ج. ۱۱، تهران.
۱۱. کاشانی، سید محمود، «نقض مداوم حقوق شهروندی در نظام شهرسازی ایران»، برگرفته از سایت:

۱۲. مجلسی، محمدباقر، (۱۳۶۶). بحار الانوار، ج. ۷۴، عربی، نشر اسلامی، تهران.
۱۳. محقق حلی، جعفر بن حسن، (۱۴۰۸ ه. ق.). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، ج. ۴، نشر اسماعیلیان، قم.
۱۴. محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۷۳). «طبیعت و محیط زیست از نظر اسلام»، مجله نامه فرهنگ، ش. ۱۳.
۱۵. محمدی ری شهری، محمد، (۱۳۷۷). فرهنگ نامه مسجد، ترجمه مرتضی خوش نصیب، سازمان چاپ و نشر دار الحدیث، قم.
۱۶. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۳۴۰). قواعد الفقهیه، ج. اول، چ. اول، دارالعلم، قم.
۱۷. نقره کار، عبدالحمید و محمدمنان رئیسی، (۱۳۹۱). «تحقق پذیری هویت اسلامی در آثار معماری»، فصلنامه مطالعات شهر ایرانی اسلامی، دوره ۲، ش. ۷.
۱۸. نقره کار، عبدالحمید، مهدی حمزه نژاد و صدیقه معین مهر، (۱۳۹۲). «راهبردهای تقویت تعاملات انسانی در طراحی محیط زندگی از منظر اسلامی، مطالعه موردی: بررسی بافت کهن کرمان در دو مقیاس محله؛ خانه»، فصلنامه مطالعات شهری، ش. ۳.
۱۹. نقی زاده، محمد و بهناز امین زاده، (۱۳۷۹). «رابطه معنی و صورت در تبیین مبانی هنر»، نشریه هنرهای زیبا، ش. ۸.

Permit or Prohibition on the Opening Door and Window To a Neighboring Land

Abstract:

Urbanization and space limitations lead to privacy has been experiencing serious challenges. One example of this challenge is building door or window overlooking another property. Although Civil Act tends to allow the construction of overlooking windows, but the laws and other regulations, despite some confusion and conflict, have been made to ban. This research aims to clarify the rights of the owner with neighbor on the building overlooking window in the numerous laws and regulations and emphasize the need to respect the rights of citizens and the role of government in creating an environment conducive to the growth and development of individual human beings and the proposition is proved that the public aspect dominates the private side. In this regard, it is necessary to consider measures to religious rites, and according to the principle of modesty in every type of construction and urban design done.

Keywords: Principle of Despotic Dominion, La-zarar (no-harm), Privacy, Iranian-Islamic Architecture.

تحلیلی بر قراردادهای باز در حقوق ایران و کامن لا

سید بهزاد پورسید^۱

سید علی اکبر طبایی عقدا^۲

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۰۶/۰۳

تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۱۱/۲۷

چکیده

نگرش اقتصادی به حقوق قراردادهای باز در زمینه انعقاد قرارداد به دنبال خود نظریه قرارداد ناقص را به وجود آورد. بدین ترتیب رویکرد سنتی که انعقاد قرارداد را محصول برخوردارنده‌های حاوی تمام شرایط اساسی انعقاد عقد می‌دانست تا حدودی تعدیل و مکتب اقتصادی با تکیه بر معیار کارایی و ارائه تحلیل‌های اقتصادی، قواعد حقوقی را با منطق انعطاف‌پذیری همراه کرد. نتیجه آن ایجاد نهاد قرارداد باز بود که با قابلیت انعطاف و سازگاری با شرایط و تحولات آتی بازار، کارآمدی و مطلوبیت را تضمین می‌کند. از این رو، قرارداد خوداداره‌آینده را حسب شرایطی که ممکن است رخ دهد برای دو طرف، تأمین می‌کند. بی آن که به اختلاف در روابط آن‌ها بینجامد.

قرارداد باز که مقررات مربوط به آن در قانون متحدالشکل تجاری با عنوان «شروط تکمیل‌کننده» تدوین شده است، یک چهارچوب قراردادی است که به موجب آن برخی از موضوعات در زمان انعقاد به صورت باز طراحی می‌شوند و بر اساس شیوه‌های موجود در نظام‌های حقوقی تکمیل می‌شوند و می‌توان عقود معینی را در آن جای داد. بنابراین از نظر ماهیت حقوقی قرارداد است و تحلیل آن بر مبنای روابط حقوقی پیش از قرارداد یا توافق‌های مقدماتی و قرارداد مستقل خصوصی وفق ماده ۱۰ قانون مدنی نادرست به نظر می‌رسد. این قراردادها برای طرفین الزام‌آور و نسبت به اشخاص دیگر قابل استناد هستند. اگرچه برخی از موضوعات آن در زمان عقد مسکوت گذاشته و با ابهام روبه‌رو است، نظریه کفایت علم اجمالی اصل لزوم علم تفصیلی را تعدیل می‌کند. در ادامه قواعد تکمیلی انعطاف‌پذیر و مقامات قضایی این خلأها را حسب شرایطی که پیش می‌آید، تکمیل می‌کنند.

واژگان کلیدی: قرارداد باز، شروط باز، شروط تکمیل‌کننده

۱ - مدرس دانشگاه امام صادق (ع)

۲ - نویسنده مسؤل: دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه امام صادق (ع)

مقدمه:

بروز اختلاف در روابط تجاری بین المللی امری غیر عادی تلقی نمی شود و عوامل مختلفی به این اختلافات دامن می زند. به ویژه در قراردادهای با مدت طولانی، شرایط جدیدی به وجود می آید که ادامه قرارداد را دشوار و گاهی غیر ممکن می سازد.

تزايد روز افزون تغییر و تحولات بازار و نگرانی معامله گران در بازارهای معاملات از بروز اختلافات و درگیری ها در اجرای قراردادها به ویژه در قراردادهای بلندمدت، تدوین کنندگان قانون را بر آن داشته است تا با اتخاذ تدبیری امکان انعقاد قراردادهایی را برای طرفها فراهم آورند که از قابلیت سازگاری با هر یک از وضعیت های احتمالی در آینده برخوردار باشد.

در حقوق کامن لای از این مطلب با عنوان شروط تکمیل کننده یاد می شود و برخی از این شروط در قانون متحدالشکل تجاری آمریکا پیش بینی شده است. بدین ترتیب، در مقررات متحدالشکل تجارت آمریکا صحت قرارداد باز، مورد پذیرش قرار گرفت. به گونه ای که بخش ۲-۲۰۴ این قانون به صراحت قراردادی که بر سررکن مادی آنها توافقی صورت نگیرد، صحیح اعلام می کند.

در فقه نیز گه هایی از پذیرش این قراردادها در مورد مکان ایفای تعهد به چشم می خورد و بسیاری از فقها به تدوین قاعده ای تکمیلی در این باره روی آورده اند. در حقوق ایران نیز این مطلب به یکسان منعکس شده است.

یکی از مباحث مهم و جنجال برانگیزی که از بدو ظهور نظریه قرارداد ناقص و به تبع آن قراردادهای باز همواره اذهان را به خود مشغول کرده و از سوی نویسندگان حقوقی و گاه فقها به گفت و گو و مجادله گذاشته شده، بحث از مبنای حقوقی قرارداد باز است.

نگاهی گذرا به سیر تحول تاریخی قراردادها و کنار گذاشتن برخی از سختگیری ها در انعقاد قرارداد، نشان می دهد که محققان از دیرباز در این اندیشه بوده اند که با تمسک به اصول و مبانی حقوقی اعتبار نظریه قرارداد ناقص و به تبع قرارداد باز را تضمین کنند. انحراف از قاعده لزوم علم تفصیلی و توجیه ماهیت قراردادی قراردادهای باز ضرورتی انکارناپذیر است که در گذشته از آن سخن رفت. قاعده اصلی لزوم علم تفصیلی نسبت به ارکان قرارداد مانعی بزرگ بر سر راه این

قراردادها گذاشته است که زدودن آن مستلزم بررسی پایه‌های این اصل و روشن ساختن دایره اجرایی آن است. شاید از این راه بتوان آن را تعدیل کرد.

به نظر بحث‌هایی که تاکنون صورت گرفته کم و بیش در جهت توجیه ابهام و عدم تعیین برخی جزئیات در قراردادهای باز یا به منظور ارائه راه حلی هر چند موقت و غیر واقع که به کمک آن ماهیت حقوقی قرارداد باز شناسایی شود. با این همه باید دانست پرسش اصلی بر سر آن است که ابهام در قرارداد تا چه میزان جاری است و به ماهیت قراردادی خللی نمی‌رساند؟

طرح و بحث از مبانی حقوقی قرارداد باز مفهوم آن‌ها را به درستی روشن می‌کند و از این طریق ماهیت آن‌ها فهم می‌شود. هر گاه این مبانی تاب مقاومت در برابر نظریات مخالف قراردادی بودن این توافقات داشته باشند، ماهیت قراردادی برای آن اثبات و آثار قرارداد بر آن مترتب می‌شود. در غیر این صورت، باید ماهیتی غیر قراردادی و پیش قراردادی برای آن لحاظ کرد.

از این رو، سعی می‌شود با ارائه مبانی حقوقی قرارداد باز، ماهیت قراردادی این توافقات تبیین شود. فرض اول آن است که در قراردادهای باز که پس از توافق درباره برخی از موضوعات، دو طرف عقداً کامل اعلام کرده و درباره موضوعات دیگری سکوت می‌کنند، ظاهر آن است که سایر امور را تابع عرف و قواعد تکمیلی و شیوه‌های دیگری که در مواجهه با خلأهای قراردادی بدان اشاره شد، قرارداددهند. بنابراین در همان مرحله قرارداد منعقد می‌شود؛ که خود با دو فرض روبه‌رو است:

۱- این قرارداد می‌تواند در زمره عقود معین قرار گیرد. بدین معنی که هر گاه در قالب قراردادی بیع ظاهر شود، فروشنده کالایی را می‌فروشد و خریدار آن را خریداری می‌کند. اما اجرای قرارداد در آینده و با گذشت زمان صورت می‌گیرد.

۲- چنین قراردادی قابلیت ائتلاف به عقود معین ندارد. با این حال، قرارداد خصوصی است که نسبت به دو طرف اعتبار دارد.

فرض دوم آن است که قراردادهای باز به مرحله انعقاد نرسیده‌اند و دو طرف صرفاً تعهد خود را به انعقاد قرارداد نهایی در آینده اعلام کرده‌اند. بنابراین تازمانی که دو طرف درباره ارکان عقد و موضوعات اصلی به توافق نرسیده‌اند، عقد واقع نمی‌شود و خواست دو طرف در این باره محترم شمرده نمی‌شود.

۱. مفهوم قرارداد

۱.۱. قرارداد در حقوق سنتی

۱.۱.۱. قرارداد ناقص^۱

از دیدگاه حقوقی، قرارداد، زمانی ناقص است که از برخی شروط در زمان انعقاد تهی باشد. به عبارت دیگر، قراردادی که دارای خلأ^۲ یا شکاف باشد، ناقص محسوب می شود. (Scott, R. and Trantis, G. E., 2004, p.43) این خلأ ناظر به تعهدات طرفین در وضعیت های احتمالی است. چنان که در قراردادی فروشنده متعهد شود کالای مورد نیاز یک کارخانه تولیدی را با قیمت معینی فراهم آورد بی آن که از میزان آن سخنی به میان آمده باشد یا در همین مورد میزان کالا معین اما زمان تسلیم مشخص نباشد؛ چنین قراردادی، به ترتیب، قرارداد با مقدار نامعلوم و قرارداد با زمان ایفای تعهد نامعین است.

در سنت حقوق نوشته، قرارداد ناقص به مفهوم دقیق خود وجود ندارد. این مطلب در قواعد حقوقی مرسوم در این حقوق ریشه دارد. چنان که در حقوق فرانسه تعیین ثمن در زمان انعقاد قرارداد ضروری است (ماده ۱۵۹۱ ق.م. فرانسه)^۳ یا در حقوق ایران عقد بیع بعد از توافق بایع و مشتری در مورد مبیع و ثمن واقع می شود. (ماده ۳۳۹ ق.م.) با وجود این، ابزارهای حقوقی مشابهی وجود دارد که امکان انعقاد قراردادهای ناقص را فراهم می سازد. قرارداد چهارچوب یا کادر^۴ نمونه ای از آنها است. همچنین بسیاری از مباحثی که در حقوق عرفی در چند دهه اخیر مطرح شده است در کشورهای حقوق نوشته وجود داشته است. چه این که مجموعه مقررات در اثر رویه قضایی و بازخوردهای ناشی از اجرای آن تکمیل و تصحیح می شوند. در فرانسه برخی

1 - Incomplete contract

2 - Gap

3 - Code civil, 1804, Art. 1591: «Le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties».

4 - Le contrat-cadre

نوعی قرارداد همکاری و وابستگی مانند همکاری صنعتی یا پیمانکاری در صنعت که شرایط مالی در آن

انعطاف پذیر است. (www.Lexintery.net)

حقوق دانان نقش عمده‌ای در شکل‌گیری قرارداد ناقص داشتند. آنان روش تعیین یک طرفه قیمت را به دلیل کاهش هزینه مذاکره مجدد تأیید کردند. (Brousseau, E., 2001, p.8) در مقابل، در حقوق کامن لا، نظریه قرارداد ناقص از سوی حقوق دانان طرح شده است. به طور سنتی حقوق عرفی، قراردادی را که با نقص‌های جدی روبه‌رو بود، غیر قابل اجرامی دانست. پرسش مهمی که ذهن حقوق دانان را به خود مشغول کرده بود این بود که هر چه مسایل بیش تری حل نشده باقی بماند قصد دو طرف در انعقاد قرارداد محقق نمی‌شود یا این استدلال نامربوط است؟

پاسخ حقوق عرفی این بود که هرگاه شرایط نامعلوم به حد کافی مهم باشند، قرارداد، غیر قابل اجرا است. این رویکرد که رویکردی فرمالیستی (و شکلی) به نظر می‌آمد با آمدن قانون متحدالشکل تجاری اصلاح شد. بر اساس این قانون، می‌توان ابهام را با قواعد تکمیلی رفع کرد.

(Ben-Shahar, O., 2004, p.4)

در حقوق آمریکا قراردادی که با وجود خلأ و نقص قابل اجرا است، قرارداد ناقص نامیده می‌شود. قانون متحدالشکل تجاری این قراردادها را صحیح تلقی می‌کند.

در حقوق ایران، برخی از حقوق دانان بی‌آن که به نظریه قرارداد ناقص اشاره کنند، از قراردادی ناقص یاد می‌کنند که امکان تکمیل برخی شرایط آن در آینده وجود دارد. (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۳، ص ۴۳)

۱.۱.۲. قرارداد کامل

قراردادی که در آن تعهدات طرفین و شرایط موضوع قرارداد به طور کامل معین می‌شود، قرارداد کامل است. چنان که به موجب قرارداد فروشنده متعهد می‌شود در تاریخ معین آپارتمانی را با قیمت مشخص به دیگری تحویل دهد. برخی معتقدند کامل بودن قرارداد بستگی زیادی به قواعد تکمیلی دارد. (Schwartz, A., 1992, p.271) به گونه‌ای که هر چه قواعد تکمیلی غنی‌تری در مقررات حقوقی وجود داشته باشد، شکاف‌های قراردادی بهتر پوشش داده می‌شوند.

از دید حقوق سنتی ملاک اصلی در تعیین کامل بودن قرارداد، تعیین مفاد آن به تفصیل است به گونه‌ای که تمامی جزئیات در قرارداد پیش‌بینی شده باشد. اگر برخی از جزئیات در قرارداد مورد توافق قرار نگرفته و ذکر نشوند قرارداد ناقص به حساب می‌آید.

۱.۲. قرارداد در حقوق اقتصادی

۱.۲.۱. قرارداد ناقص

قرارداد، نهادی است موجد ثروت و مشتمل بر مذاکرات بر اختلاف نظرهای پیرامون مبادله و تولید می‌شود تا زمانی که به هدف خود یعنی ایجاد ثروت منتهی شود. از نظر اقتصادی قراردادی ناقص است که در زمان تشکیل آن تمامی احتمالاتی که ممکن است در هر یک از وضعیت‌های آینده رخ دهد، پیش‌بینی نشده است. (Scotte, E. and Triants, G., 2005, p.190) بنابراین نقص اقتصادی قرارداد غیر از نقص حقوقی آن است. از دیدگاه اقتصادی، کلیه قراردادها، به صورت ناقص تنظیم می‌شوند. چه قراردادی کامل است که در آن وضعیت هر واقعه‌ی احتمالی آینده به گونه‌ای که پیامد مطلوبی به دنبال داشته باشد، پیش‌بینی شود. به عبارت دیگر، تمامی وضعیت‌های احتمالی پیش‌بینی و بر اساس آن راهکارهایی کارآمد ارائه شده باشد.

از این رو، قراردادی که در آن تعهدات کارآمد و مطلوب با توجه به حوادث احتمالی در آینده در نظر گرفته نشده باشد، از نظر اقتصادی ناقص محسوب می‌شود؛ به رغم این تعهدات دو طرف و مفاد قرارداد از سوی دو طرف مشخص شده است. برای مثال، هرگاه فروشنده‌ای متعهد به تحویل کالای معین با قیمت مشخص در تاریخ معینی شود ولی در اثر تغییر در اوضاع و احوال هزینه‌های کالای خریداری شده در امر تولید بیش از قیمت مدنظر فروشنده شود، اجرای قرارداد، کارآمد تلقی نمی‌شود. از این رو قراردادها همگی ناقص هستند.

نقص قراردادی مبتنی بر هزینه‌های معاملاتی است که شامل توان محدود مذاکرات و محدودیت عقلانی، انحصار اطلاعات و نابرابری اطلاعاتی می‌شود.

ناگفته نماند دغدغه حقوق اقتصادی بیش از آن که به کامل بودن قراردادها محدود شود، ناظر به ارائه پاسخ‌های مناسب از سوی نظام حقوقی به نقص‌های قراردادی است. چه این که کاستی و ضعف در این زمینه، حتی اجرای قرارداد کامل را بادشواری روبه‌رو می‌کند. (Craswell, R., 2005, p.8)

۱.۲.۲. قرارداد کامل

زمانی که توافق میان دو طرف متضمن منافع متقابلی برای آنان باشد و رفاه را افزایش

دهد به گونه‌ای که تعهدات به طور مطلوب در هر یک از شرایط احتمالی نسبت به آینده پیش بینی شود، از نظر اقتصادی با قرارداد کامل روبه‌رو هستیم. (Scotte, E. and Triants, G., 191-op.cit, pp.190) قراردادی کامل است که تعهدات ناشی از آن در مورد هر یک از وضعیت‌های احتمالی به طور کارآمد تعیین شود. بنابراین هرگاه توافق دو طرف وضعیت‌های احتمالی را به طور مطلوب پوشش دهد، کامل محسوب می‌شود. (Eggleston, K. et al., 2000, p.12) در رویکرد اقتصادی ارائه بهترین پاسخ به نقص‌های قراردادی از اهمیت قابل توجهی برخوردار است و کامل بودن قرارداد اهمیت چندانی ندارد. چه این که انعقاد قرارداد کامل از نظر اقتصادی با دو مشکل عمده مواجه است. نخست محدودیت عقلانی اشخاص در پیش‌بینی وقایع آینده و دوم هزینه‌های گزافی که این پیش‌بینی به همراه می‌آورد.

۱.۳. نظریه پیشنهادی قرارداد

هرگاه افراد بتوانند خودشان را در آینده ملتزم نمایند و قاعده حقوقی چنین توافقی را الزام‌آور بدانند، قراردادی وجود دارد که علاوه بر اتصاف به صحت، الزام نیز به همراه دارد. از این رو، قواعد حقوقی نقش مؤثری در الزام‌آوری توافق‌ها و تشکیل قراردادهای الزام‌آور دارند که به تبع به افزایش رفاه منتهی می‌شوند.

افراد از این رو به توافق برای انعقاد قرارداد اقدام می‌کنند که تصور می‌کنند با انعقاد قرارداد وضعیت بهتری نسبت به قبل می‌یابند. اصل کارایی مطرح در حقوق اقتصادی نیز مؤید این مطلب است. (385-Attiyah, P., 1979, p.292)

در تحلیل اقتصادی حقوق، قراردادهایی که به طور صحیح و بر طبق قانون منعقد می‌شوند لزوماً الزام‌آور نیستند. به عبارت دیگر، اجرای قرارداد مستلزم آن است که اولاً قراردادی صحیح منعقد شود و ثانیاً کارآمد باشد. از این رو، حقوق قراردادی باید افراد را به انعقاد و اجرای قراردادهایی که اجرای آن‌ها کارآمد است، تشویق نماید.

۲. اقسام شروط باز

استفاده از شروط باز در قرارداد از روش‌هایی است که از بروز اختلاف در روابط حقوقی به‌ویژه روابط تجاری بین‌المللی پیش‌گیری می‌کند و با ایجاد انعطاف در قرارداد، امکان تطبیق آن را با

تغییر اوضاع و احوال فراهم می‌سازد. بی آن که نیازی به مذاکره مجدد باشد. در بسیاری از موارد توافق نسبت به کلیه جزئیات قرارداد در زمان انعقاد صحیح به نظر نمی‌رسد و شاید میسر نباشد. به علاوه، ابهام در اوضاع و احوال آینده مانع از ارزیابی میزان تعهدات و ریسک دو طرف می‌شود. از این رو، برخی از شروط قرارداد به صورت باز طراحی می‌شوند و بر اساس شیوه‌های موجود در نظام‌های حقوقی تکمیل می‌شوند. (شیروی، ۱۳۹۱، ص ۴۷۵) این شروط کم و بیش در حقوق کشورها مشاهده می‌شود. حتی کشورهایی که قواعد سخت‌گیرانه‌ای در مورد انعقاد قرارداد دارند، برخی از این شروط را به صراحت پذیرفته‌اند. چنان که قانون مدنی ایران درباره عدم تعیین مکان ایفای تعهد، حکم صریحی دارد یا نقد و نسیه بودن ثمن و ضمان معاوضی و... را خود تعیین می‌کند. (کاتوزیان، ج ۳، ص ۴۷۰)

قانون متحدالشکل تجاری، اقسام شروط باز را به طور کامل مورد توجه قرار داده است. از این رو، این شروط را بر طبق مواد این قانون و مقررات کشورهای دیگر تبیین می‌کنیم.

۲.۱. شرط مورد معامله باز

گفته شد شروط باز اغلب در روابط تجاری و بلندمدت مورد استفاده قرار می‌گیرند. این روابط تجاری بیش تر در قالب قراردادهای فروش بروز می‌کند. از این رو، شرط مورد معامله باز را به دو دسته، شرط مبیع باز و شرط ثمن باز تقسیم می‌کنیم.

۲.۱.۱. شرط باز نسبت به مبیع

مبیع در لغت به معنای فروخته شده و خریده شده است. (دهخدا، ۱۳۷۳، ج ۱۲، ص ۱۲۰۷) این واژه اسم مفعول از بیع و برگرفته از زبان عربی است. در زبان عربی، علاوه بر مبیع از مثن نیز استفاده می‌شود. به گونه‌ای که فقها نیز در کتب خود از مثن در مقابل ثمن استفاده کرده‌اند. در اصطلاح حقوقی، مبیع عین موجود در خارج یا عین کلی در ذمه است که به عنوان معوض و به انتظار دریافت عوض معلوم به طرف تملیک می‌شود. از آن به عنوان مثن نیز یاد شده است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ص ۶۰۹-۶۱۰) به طور خاص در عقد بیع آن عوضی که متعلق قصد خریدار قرار گرفته است، مبیع نامیده می‌شود. بنابراین در بیع، مبیع مقصود بالذات و ثمن مقصود

بالعرض قرار می‌گیرد. در حالی که در معاوضه هر دو مقصود بالذات هستند. بحث از خود مبیع به صورت باز منتفی است. آن چه بالذات مقصود دو طرف قرار می‌گیرد نباید نامعلوم باشد. ابهام در بیع در اثر عدم توافق نسبت به مقدار یا اوصاف آن مورد توجه قرار گرفته است. از این رو، در این قسمت، دو شرط مقدار باز و اوصاف باز مورد معامله را مطالعه می‌کنیم.

۲.۱.۱.۱. مقدار (کمیت) باز

مقدار مورد معامله به طور معمول وسیله‌ای برای تعیین میزان تعهد است و بر اساس آن، دو طرف تعهدات خود را معین می‌کنند. بهای مورد معامله از جمله تعهداتی است که به واسطه مقدار آن تعیین می‌شود. گاه شرط مقدار چهره دیگری نیز دارد و ناظر به مقدار معین از موضوع معامله است. بدین گونه طرفین به مورد معامله به عنوان کل تجزیه‌ناپذیر نظر دارند. (کاتوزیان، پیشین، ص ۱۳۶) ممکن است خریدار از تعیین مقدار قطعی مورد نیاز خود در زمان انعقاد عقد ناتوان باشد و معیاری نیز تعیین نشده باشد. چنان که در قراردادهای تأمین^۱ مقدار مورد معامله تعیین نمی‌شود و در آینده در زمان اجرای قرارداد میزان آن مشخص می‌شود.

گفته شد که با حصول توافق میان دو طرف، قرارداد محقق می‌شود. این مطلب که ایجاب باید کامل و روشن باشد، از جهت آن است که نشان می‌دهد دو طرف به توافق نهایی رسیده‌اند. بنابراین هرگاه حصول توافق نهایی محرز شود به گونه‌ای که دو طرف قصد جدی بر انعقاد قرارداد داشته باشند، باز گذاشتن مقدار مورد معامله مانع از تشکیل قرارداد نمی‌شود. چه در این صورت از شرط مقدار باز با شیوه‌هایی رفع ابهام می‌شود.

مفاد بند ۳ ماده ۲۰۴-۲۰۲ قانون متحدالشکل تجاری و ماده ۵۵ کنوانسیون بیع بین الملل^۲ نشانده آن است که با باز گذاردن یک یا چند شرط قرارداد فروش برهم نمی‌خورد. به موجب ماده ۳۰۶-۲ در قرارداد تأمین شرطی وجود دارد که مقدار مورد معامله را حسب نیازهای خریدار تعیین می‌کند. به این معنا که نیازها با توجه به حسن نیت معین می‌شوند.

1 - Requirement contract

2 - Convention on Contracts for the International Sale of Goods.

در فقه امامیه نیز شرط مقدار باز چندان ناآشنا نیست. فقها در بحث رفع ابهام از مورد معامله کلی در معین فرضی را مطرح کرده‌اند که به موجب آن مقدار کل کالای موجود معلوم ولی مقدار مورد معامله نامعلوم است. یا حتی مقدار کل کالای موجود نیز نامعلوم است. چنان که برخی از آنان معتقدند هر گاه بهای هر قفیز از توده گندم بدون تعیین آن که چه مقدار از آن را می‌خواهد مورد معامله قرار دهد تعیین شود، معامله صحیح نیست. (شهید ثانی، ۱۴۰۳، ص ۸۶)

برخی از حقوق دانان نیز به این مطلب اشاره کرده‌اند که فراوان خرید و فروش‌هایی اتفاق می‌افتد که در آن مقدار مورد معامله معلوم نیست ولی دو طرف نسبت به ارزش آن در هر واحد جزئی توافق کرده‌اند. این موارد بیع از قرار نامیده می‌شود. برای مثال کشاورزی که از یک مؤسسه درخواست می‌کند کود زمین مزرعه او را تأمین کند و قیمت آن را از قرار کیلویی فلان مبلغ تعیین می‌کند. (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۱۱۷)

۲.۱.۱.۲. اوصاف (کیفیت) باز

مورد معامله اوصافی دارد که در قصد مشترک طرف‌های قرارداد لحاظ می‌شود و از انگیزه‌های اصلی تراضی به شمار می‌آید. این اوصاف باید مشخص باشند تا مورد معامله معلوم شود.

ممکن است شرط صفت مختص به عین خارجی دانسته شود. چنان که برخی از حقوق دانان معتقدند اوصاف مورد معامله، کلیه اموری هستند که مورد معامله را از میان انواع دیگر آن متمایز می‌کنند. (امامی، ۱۳۵۱، ج ۱، ص ۲۸۲) با پذیرش این نظر، شرط صفت باز نسبت مورد معامله خود به خود منتفی می‌شود. زیرا عدم تعیین اوصاف عین خارجی در زمان انعقاد قرارداد و موکول کردن آن به آینده امری غیر متصور است.

در مقابل، گروهی معتقدند نظریه شرط از توابع اختیارات محسوب نمی‌شود تا تخلف از آن الزاماً موجب خیار شود. ماده ۲۳۵ ق.م. نیز که خیار را بیان کرده است صرفاً ناظر به عین خارجی است و نه کلی. (کاتوزیان، پیشین، ص ۱۱۳) بر مبنای این نظر می‌توان برای اجرای شرط صفت باز محملی یافت. حالتی که میان مصادیق خارجی معامله از حیث درجه و اعلا بودن تفاوت وجود دارد ولی این امر در زمان انعقاد عقد به دلایلی تعیین نشده است.

چنان که در حقوق ایران ماده ۲۷۹ ق.م. در این باره می‌گوید: «اگر موضوع تعهد عین شخصی

نبوده و کلی باشد متعهد مجبور نیست که از فرد اعلاای آن ایفا کند لیکن از فردی هم که عرفاً معیوب محسوب است نمی تواند بدهد».

۲.۱.۲. شرط ثمن باز

نبود تعریف دقیقی از ثمن باز بیش تر ریشه در این مطلب دارد که در پیشینه فقهی و حقوقی ما همواره ثمن در قرارداد معین بوده و کم تر در آن ابهام وجود داشته است. تقسیم ها نیز بیش تر حول محور ثمن نقد و نسبیه بوده است. حال آن که امروز فراوان اتفاق می افتد که ثمن در لحظه انعقاد قرارداد تعیین نمی شود. از این رو ثمن باز را از خلال مفاهیم مشابه تبیین می کنیم.

۲.۱.۲.۱. ثمن شناور

اصطلاح ثمن شناور اولین بار با کتاب «تفسیری بر حقوق بین المللی» وارد ادبیات حقوقی ایران شد. نگارنده این اثر در برابر ماده ۵۵ کنوانسیون بیع بین الملل عنوان ثمن شناور را برگزیده است. هر گاه ثمن به نحو قطعی معین نباشد اما ضابطه ای تغییر پذیر یا تغییر ناپذیر برای تعیین آن وجود داشته و بر آن توافق شده باشد، ثمن شناور است.

۲.۱.۲.۲. نت بک

نت بک^۱ روشی است که بر اساس آن نفت خام بر مبنای فرآورده های استحصالی در بازار نقدی پس از کسر هزینه های بیمه، حمل و نقل و پالایش محاسبه می شود. (فرهنگ، ۱۳۷۲) تعیین قیمت بر مبنای فروش فرآورده های نفتی در تاریخ معین به این شکل انجام می شود:

۱- دریافت نفت خام از فروشنده در تاریخ معین

۲- تعیین تاریخ محاسبه قیمت یعنی تاریخی که خریدار حدس می زند فرآورده های نفتی به بازار عرضه شود و مخارج حمل، بیمه، پالایش و توزیع هر بشکه نفت خام از مجموع ارزش یک بشکه نفت خام. (مریدی و نوروزی، ۱۳۷۳)

۲.۱.۲.۳. ثمن باز

ثمن باز در حقوق انگلیس و آمریکا معمول است. قانون متحدالشکل تجارت آمریکا در ماده ۳۰۵-۲ مقرر می کند: «اگر طرفین قصد تشکیل قرارداد بیع را داشته باشند، چنان چه قیمت

کالا را تعیین نکرده باشند، قیمت متعارف در زمان تحویل کالا، ثمن معامله محسوب می شود. مشروط بر آن که:

قرینه‌ای بر توافق نسبت به قیمت دیگر موجود نباشد.

اگر تعیین قیمت به توافق بعدی آنان واگذار شده باشد، موفق به دستیابی به توافق نشده باشند. اگر توافق کرده باشند که قیمت یک بازار مشخص یا دیگر قیمت‌های استاندارد به عنوان بهای کالا تلقی شود یا تعیین قیمت به شخص ثالث یا بنگاهی سپرده شده باشد ولی آنان قیمت را تعیین نکنند».

فرهنگ حقوقی بلک نیز در تعریف ثمن باز متن ماده را عیناً نقل کرده است. از این تعریف، دو نکته به دست می آید که مفهوم ثمن باز را به وضوح روشن می کند:

۱. ثمن یا شیوه تعیین ثمن مشخص نشده است یا آن که شیوه تعیین آن تصریح شده اما موفقیت آمیز نیست.

۲. ثمن قرارداد قیمت متعارف در زمان اجرای قرارداد و تحویل کالا است.

به طور معمول زمانی ثمن باز است که در قرارداد سخنی از آن به میان نیامده باشد و هیچ توافقی در مورد تعیین آن نشده باشد. در فقه از این مطلب با عنوان عدم تسمیه ثمن یاد شده است. چنان که برخی از فقها معتقدند هر گاه سخنی از ثمن به میان نیاید، عقد بیع باطل است. (علامه حلی، ج ۲، ص ۲۴۴) قانون مجله نیز در ماده ۲۳۷ مقرر می کند: «ذکر ثمن در زمان عقد بیع لازم است و اگر بیع بدون ذکر ثمن صورت گیرد باطل است»^۱. در مقابل، گروهی دیگر با نظر مشهور مخالفت کرده اند و تعیین ثمن در قرارداد را با ارجاع به قیمت سوقیه و نظر یکی از دو طرف یا کارشناس پذیرفته اند.

شیوه مرسوم مواجهه با خلأ ثمن در قرارداد در حقوق کنونی نیز با نظر فقها هماهنگ است. چنان که در صورت عدم توافق نسبت به ثمن، فروشنده یا مشتری آن را تعیین می کنند^۲.

از این رو، نباید عدم ذکر ثمن و به بیان فقها عدم تسمیه آن را فرضی جدای از تعیین قیمت

۱ - «تسمیه الثمن حين البيع الازمه، فلو باع بدون تسمیه كان البيع فاسداً» ماده ۲۳۷ قانون المجله.

2 - Art.2-305, UCC.

توسط یکی از طرفین یا شخص ثالث دانست بلکه این دوازده روش‌های تعیین قیمت در فرض عدم تعیین و سکوت نسبت به آن در قرارداد تلقی می‌شوند.

در حقوق ایران، عدم تسمیه و ذکر ثمن در عقد بیع پذیرفته نشده و به تبع از مشهور فقهای امامیه حکم به بطلان این قراردادها داده شده است. ماده ۳۳۹ ق.م. در این باره مقرر می‌کند: «پس از توافق بایع و مشتری در مبیع و قیمت آن، عقد بیع به ایجاب و قبول واقع می‌شود».

در حقوق انگلیس عدم تعیین ثمن در زمان انعقاد معامله خدشه‌ای به صحت قرارداد وارد نمی‌کند مشروط به این‌که شیوه‌ای برای تعیین آن وجود داشته باشد مثل نرخ روز. اگر ثمن به هیچ روشی تعیین نشده باشد، مشتری باید قیمت عادلانه بپردازد.^۱

در حقوق سوئیس، نوعی قرارداد با عنوان ثمن باز قابل ملاحظه است.^۲ به موجب ماده ۲۱۲ قانون تعهدات، قرارداد با ثمن باز به رغم عدم تعیین ثمن از سوی دو طرف منعقد یافته، تلقی می‌شود.

در حقوق مصر، تعیین ثمن با ارجاع به نرخ روز و قیمت بازار پذیرفته شده است. (مواد ۴۲۳ و ۴۲۴ قانون مدنی مصر) اگر دو طرف، توافق بر بازار خاصی داشته باشند، قیمت آن معتبر است. در غیر این صورت، قیمت بازاری که فروشنده باید کالا را در آن به مشتری تسلیم کند، ملاک قرار می‌گیرد. در صورتی که محل تسلیم هم مشخص نباشد، قیمت بر اساس مکانی که عرف حکم می‌کند، تعیین می‌شود. (سنه‌وری، ۱۹۷۳، ج ۴، ص ۳۷۵)

در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا دو ماده در مورد قیمت وجود دارد. مطابق بند یک ماده ۱۴ برای این که ایجاب مشخص باشد باید قیمت کالا معلوم باشد. در حالی که ماده ۵۵ مقرر می‌کند: «در صورتی که قرارداد منعقد شود و قیمت یا ضابطه‌ای جهت تعیین آن مشخص نشده باشد، این‌گونه فرض می‌شود که متعاقدین قیمتی را که در زمان انعقاد قرارداد برای چنین کالایی با همان شرایط و نوع تجارت معمول بوده در نظر داشته‌اند». برخی از نویسندگان این ماده را مربوط به ثمن شناور دانسته‌اند. (داراب پور، ۱۳۷۴، ج ۲، ص ۲۵۷) در حالی که ماده ۵۵ کنوانسیون

1 - Sale of goods Act, 1979, sec.8, Art.2.

2 - Open price contract

یادشده، ناظر به معامله‌ای است که در آن سخنی از ثمن به میان نیامده است. نه به نحو قطعی تعیین شده و نه توافق بر روش تعیین آن صورت گرفته است. بنابراین دقیقاً به ثمن باز اشاره می‌کند. تفسیری که حقوق دانان اروپا بر این ماده ارائه داده‌اند نیز آن را تأیید می‌کند. در تفسیر این ماده بیان شده است که؛ «می‌توان با اطمینان مدعی شد که در اکثریت وسیعی از این قراردادها طرفین روی ثمن توافق می‌کنند یا حداقل برای تعیین آن مقرره‌ای وضع می‌نمایند. با وجود این، مواردی وجود دارد که نشانه‌ای از ثمن در آن یافت نمی‌شود» (همان، ص ۲۶۳)

۲.۲. شرط زمان باز

مرسوم است که برای ایفای تعهدات قراردادی زمانی معین می‌شود تا افراد از قبل مقدمات لازم را فراهم آورند. زمان تسلیم از امور مؤثر در ارزش مورد معامله است. زیرا از یک سو، به هر میزان که تحویل مورد معامله از زمان مورد نیاز فاصله داشته باشد به کاهش ارزش و مطلوب مورد نظر متعهدله می‌انجامد و از سوی دیگر، ارزش کالا در طول زمان، متغیر است و در میزان سود و زیان طرف معامله، تأثیر زیادی دارد. با وجود این، گاهی قرارداد را بدون مدت منعقد می‌کنند به گونه‌ای که سخنی از زمان اجرای تعهد به میان نمی‌آید.

باز گذاردن زمان ایفای تعهد در قرارداد، حقوق متعهدله و منافع اجتماعی در اثر اجرای قرارداد را با تردید جدی روبه‌رو می‌کند. این تردید، به حدی است که عدم تعیین مدت در حقوق برخی کشورها، به بطلان قرارداد منتهی می‌شود. چنان که ماده ۴۶۸ ق.م.ا.ایران مقرر می‌کند: «در اجاره اشیاء، مدت اجاره باید معین شود و الا اجاره باطل است».

عامل زمان در اجرای قراردادها، در حقوق ایران و انگلیس، جایگاه یکسانی ندارند. در حقوق انگلیس، زمان در هر دو دسته عقود عهده‌ی و تملیکی نقش دارد. در حالی که در حقوق ایران، صرفاً در عقود عهده‌ی مؤثر است و در عقود تملیکی نسبت به آثار اجرای قرارداد از جمله تسلیم عوضین نقش دارد. در حقوق انگلیس، در عقود که هدف از آنها انتقال مال است، عقد بیع از انتقال مالکیت و تعهد به انتقال مالکیت تشکیل می‌شود. (Bell, A., 1989, p.230) بنابراین گاهی بیع موجب تعهد به انتقال مالکیت می‌شود بی آن که فوراً مالکیت به همراه داشته باشد. در حقوق ایران به محض انعقاد عقود تملیکی، مالکیت منتقل می‌شود و به مجرد وقوع بیع مشتری و با بیع

مالک مبیع و ثمن می شوند. (بند یک ماده ۳۶۲ ق.م.)

شرط زمان باز اجرای قرارداد بیش تر در مقررات و معاهدات بین المللی مورد توجه قرار گرفته و بیان شده است. چنان که به موجب بند ۳ ماده ۱۰۲-۷ اصول حقوق قراردادهای اروپا اگر برای اجرای تعهد در قرارداد زمانی معین نشده باشد و از قرارداد نیز قابل تعیین نباشد، طرف قرارداد باید تعهدات را در محدوده زمانی متعارف پس از انعقاد قرارداد ایفا کند. ماده ۳۰۹-۲ قانون متحدالشکل تجارت مقرر داشته است که: «۱- هرگاه زمان حمل یا تحویل یا هر اقدام دیگری بر طبق قرارداد مقرر نشده یا بر روی آن توافق نشده باشد، زمان نوعی خواهد بود.

۲- عدم تعیین زمان در قراردادهایی که اجرای آن ها به طور متوالی و پی در پی صورت می گیرد، قرارداد تا زمان نوعی (معقول) معتبر است مگر آن که توافقی غیر از آن شده باشد که در هر زمان توسط یکی از دو طرف خاتمه یابد.» همچنین بند ۳ ماده ۱-۱-۶ اصول قراردادهای تجاری بین المللی به زمان متعارف اشاره می کند.

تعیین زمان متعارف به عوامل گوناگونی از جمله وضعیت و ماهیت کالا، خدمات و اوضاع و احوال حاکم بستگی دارد. (شعاریان، ۱۳۸۹ ص ۲۶۵) برای مثال، پیمانکار ساختمانی هنگام حفاری با دشواری نامعمول مواجه می شود به گونه ای که ادامه کار مستلزم به کارگیری وسایل خاصی است اما وسایل را در اختیار ندارد. از این رو بلافاصله با پیمانکار دیگری توافق می کند که وسایل مورد نیاز را در اختیار او قرار دهد بی آن که زمان تحویل آن ها معین شود. در این حالت با توجه به اوضاع و احوال، تعهد باید در زمان متعارف اجرا شود و از آن جایی که ادامه حفاری و رفع دشواری که عامل این توافق بوده است مقتضی دسترسی فوری به این وسایل است، زمان متعارف به معنای اجرای بلافاصله تعهد است. (اخلاقی و امام، ۱۳۷۹، ص ۱۵۷)

بر طبق ماده ۱۰۹-۶ اصول حقوق قراردادهای اروپا می توان با دادن اختطاری در مدت متعارف به قرارداد برای دوره زمانی نامحدود خاتمه داد. همچنین ماده ۸-۵ اصول قراردادهای تجاری بین المللی مقرر می دارد: «هر یک از طرفین می توانند قرارداد برای یک مدت نامعین را با دادن اختطاری از قبل در مدتی متعارف خاتمه دهد».

از مجموع مفاد مقررات مذکور این نتیجه به دست می آید که به طور کلی شرط زمان باز برای

ایفای تعهد دو حالت دارد:

- ۱- عدم تعیین زمان ایفای تعهد در قرارداد که زمان نوعی بر آن حاکم می‌شود.
- ۲- اجرای قرارداد در مدت نامحدود که زمان متعارف بر آن حاکم می‌شود و با اقدام یک طرف به اخطار، انجام قرارداد خاتمه می‌یابد.

در بحث از تعیین زمان تسلیم فروض متعددی از سوی فقها و حقوق دانان مطرح شده است. در فقه قراردادهایی که مدت ایفای تعهد در آن‌ها معین نشده، پذیرفته شده است و فقها اصل فوریت عرفی را بر آن‌ها حاکم می‌دانند. در حقوق ایران نیز ممکن است زمان تسلیم مورد معامله مشخص نشده باشد. (ماده ۳۴۴ ق.م.)

۲.۳. شرط مکان باز

در قرارداد، موضعی که کالا باید در آنجا تسلیم شود، اهمیت دارد. به گونه‌ای که بهای قرارداد متأثر از آن قرار می‌گیرد. نقش عامل مکان به طور خاص در قراردادهایی که فروشنده متعهد می‌شود کالا را برای خریدار بفرستد، قابل ملاحظه است و ارزش معامله را تا میزان قابل توجهی تغییر می‌دهد. همچنین در دعاوی بازرگانی و دعاوی راجع به اموال منقول ناشی از عقود، مدعی می‌تواند به دادگاه محل وقوع عقد یا محل ایفای تعهد رجوع کند. (ماده ۱۳ ق.ا.د.م.) ایفای تعهدات در تجارت بین الملل با پول رایج در محل تأدیه صورت می‌گیرد. یا گاهی تعیین محل پرداخت قرینه‌ای است که قصد دو طرف را در نوع پولی که تعهد باید با آن اجرا شود آشکار می‌کند. (کاتوزیان، ۱۳۸۷ ج. ۴، ص. ۶۲)

عدم تعیین محل تسلیم و به اصطلاح باز گذاردن آن در مقررات مختلفی مورد توجه قرار گرفته است. ماده ۳۰۸-۲ قانون متحدالشکل تجارت مقرر می‌کند:

«۱- در مواردی که دو طرف توافقی نسبت به محل تسلیم نکرده‌اند و در صورتی که او هیچ اقامتگاهی نداشته باشد، محل تسلیم کالا محل کسب و کار فروشنده است.

۲- در قرارداد فروش کالای معین در حالی که دو طرف از وجود کالا در محل دیگری خبر دارند، محل تسلیم همان محل وقوع کالا است.

۳- اسناد مالکیت نیز از طریق شبکه‌های بانکی مرسوم دریافت می‌شوند.»

در حقوق انگلیس، ماده ۲۹ قانون مربوط به بیع نیز همین قاعده را مجری می‌داند. در حقوق ایران نیز در فرض عدم تراضی نسبت به محل تسلیم، تسلیم در محل وقوع عقد انجام می‌شود. (ماده ۳۷۵ ق.م.)

ماده ۶-۱-۶ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی در مواردی که محل اجرای تعهد تعیین نشده یا از قرارداد قابل احراز نباشد و تعهد پولی باشد، محل تجاری ذینفع تعهد و در صورتی که تعهد غیر پولی باشد، محل تجاری متعهد قرارداد است. با وجود این، افزایش هزینه‌هایی که به صورت تبعی و در اثر تغییر محل تجاری فرد بعد از انعقاد قرارداد حاصل شده است بر عهده خود او است. برای مثال، مدیر مؤسسه‌ای موافقت نامه همکاری با کارشناس فنی منعقد می‌کند و متعهد می‌شود مهندسان این مؤسسه را برای مدت دو ماه در محل تجاری خود کارشناس فنی آموزش دهد. به موجب قرارداد، مهندسان باید در هتل محلی که با توجه به موقعیت کارشناس فنی در یک منطقه روستایی نرخ‌های آن معقول است، سکونت داده شوند. بعد از انعقاد قرارداد و قبل از رسیدن مهندسان به محل سکونت، کارشناس فنی به مدیر مؤسسه خبر می‌دهد که محل سکونت او به پایتخت منتقل شده که هزینه هتل‌ها در آن بسیار بالا است. در این حالت، هزینه‌های اضافی بر کارشناس فنی تحمیل می‌شود. (اخلاقی و امام، ۱۳۷۹، ص. ۱۷۱)

۳. مبانی حقوقی قراردادهای باز

با تبیین مبانی قراردادهای باز میزان سازگاری آن‌ها با مبانی حقوق داخلی کشورها به سادگی ممکن می‌شود و به دنبال آن از ماهیت آن‌ها به درستی پرده بر می‌دارد. بررسی‌ها حکایت از وجود زمینه‌های قابل توجهی در توجیه قرارداد باز در فقه و حقوق ایران دارد. در فقه آن چه می‌تواند به عنوان مستمسکی برای توجیه نظریه قرارداد ناقص و باز استفاده شود، سکوت در قراردادها و نظریه شرط ضمنی است. بر این اساس، در این قسمت از نظریه شرط ضمنی، سکوت، تعدیل قرارداد، انتقای غرر، پیش قرارداد و اصل حسن نیت بحث می‌کنیم.

۳.۱. شروط ضمنی

شرط ضمنی به معنای عام خود به موجب سه عامل عرف، قانون و عقل، مورد التزام است. به عبارت دیگر، ارتباط میان شرط ضمنی و مفاد قرارداد گاهی از عرف، قانون و عقل، ناشی می‌شود.

تحلیل شروط باز در قالب نظریه شرط ضمنی مستلزم اثبات دو مقدمه است:

۱- اموری که لازمه عرفی قرارداد است و با توجه به اوضاع و احوال و قراین در چهارچوب تراضی دو طرف قرار می‌گیرد، لازم‌الرعايه و موجد حقوق و تعهداتی برای طرفین است. از این رو، جزئی از مفاد قرارداد تلقی می‌شوند و اصل لزوم قراردادی شامل آن‌ها می‌شود.

۲- قواعد حاکم بر شروط باز چون زمان نوعی، مکان نوعی و... به صورت ضمنی مورد توافق قرار گرفته‌اند و مفیدالتزام دو طرف به مفاد عقد هستند. در این جا است که با کمک عرف‌های تجاری، تعهدات قراردادی، اوضاع و احوال حاکم، قراین و شواهد باید اثبات کرد که دو طرف در صورتی بنای التزام به مفاد این قرارداد را داشته‌اند که این قواعد بر روابط آنان حاکم باشد.

مدلول التزامی قرارداد با ابزاری چون عرف، عقل و قانون، فهم می‌شود. چنان که اگر در قرارداد فروش و انتقال، از پرداخت مالیات توسط فروشنده یا خریدار حرفی به میان نیامده باشد، قرارداد حاوی شرط ضمنی پرداخت مالیات توسط متعهد است. (کاتوزیان، ج ۳، ص ۳۰)

بنابراین، می‌توان شروط ضمنی را با توجه به نوع قرارداد و اراده مشترک و مقررات موجود در موضوعات دیگری از جمله ثمن و مقدار مورد معامله گسترش داد.

تاکنون نظریه شرط ضمنی، به طور مستقل، در باب نظریه قرارداد ناقص و قراردادهای باز بررسی نشده است. بیش تر بحث‌ها پیرامون تحلیل تعدیل یا امکان فسخ قرارداد در شرایط پیش‌بینی نشده مبتنی بر نظریه شرط ضمنی انجام شده است. (بیگدلی، ۱۳۸۶، ص ۱۵۴)

پرسش اصلی در این موضوع است که آیا شروط باز و شیوه تکمیل آن‌ها که در حقوق برخی کشورها پیش‌بینی شده است در حوزه شروط ضمنی نیز جاری هستند؟

به طور معمول، حقوق دانان معتقدند شروط ضمنی بدون توجه به منشأ آن (عرف، قانون و عقل) از اراده طرف‌های قرارداد ناشی می‌شوند. آنان بر نتایج عقلایی، قانونی و عرفی توافق خود آگاه هستند و با توجه به همین نتایج، به انعقاد عقد روی می‌آورند.

این نظر مقرون به صحت نیست. چه از یک سو، مفاد برخی از مواد قانونی و عبارات فقهی بامبنای اعتبار شرط ضمنی در تغایر است و از سوی دیگر، آن چه شرط ضمنی را از شرط بنایی

متمایز می‌کند، تعاهد عرفی و انس ذهنی متعارف به آن است نه توافق شخصی آنان. وانگهی حفظ نظم معاملاتی مقتضی آن است که عرف‌های معهود در قراردادها جاری شوند تا نظام یکسان قراردادی، روابط معاملاتی را تسهیل کند.

به موجب ماده ۳۵۶ ق.م. به رغم ناآگاهی طرف‌های قراردادی از عرف، مفاد آن جزئی از قرارداد شمرده می‌شود. در فقه نیز گروهی از فقها اعتبار شرط ضمنی را منتسب به اراده دو طرف نمی‌دانند و در فرض عدم توجه آنان به مدلول عرف آن را معتبر تلقی کرده‌اند (نایینی، ۱۴۱۸ ه.ق، ص ۱۲۴؛ بجنوردی، ۱۳۵۸ ه.ق، ص ۲۵۲). در تحلیل این نظر برخی گفته‌اند حکومت عرف به رغم ناآگاهی افراد بر قراردادها امری خلاف قاعده و استثنایی است. اعتبار شروط ضمنی وابسته به اراده طرفین است و در صورتی که نتوان منتسب به اراده آنان دانست، قابل اتکا نیست. نظر نگارندگان قانون مدنی نیز ناظر به جنبه اثباتی موضوع است.

توافق خلاف عرف هر گاه با ارائه دلیل باشد، پذیرفته است. به گونه‌ای که ادعای ناآگاهی نسبت به عرف، امری است که در اثبات، دشوار است و در اغلب موارد، بدون نتیجه می‌ماند. بنابراین، حکم مذکور در این ماده حتی در صورت ناآگاهی نیز جاری است. (شهیدی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۳۶۰)

گروهی دیگر، بر این باور هستند که مبنای حکومت عرف، قصد مشترک نیست. از یک سو، دعوی خلاف عرف، مسموع نیست و افراد نمی‌توانند عدم رضایت خود را نسبت به آن اثبات کنند و از سوی دیگر، هر گاه یکی از طرفین در زمان انعقاد راه حلی متفاوت با عرف برگزیند اما نتواند موافقت طرف دیگر را حاصل کند، باید عرف را حاکم دانست. (کاتوزیان، پیشین، ص ۴۶)

به نظر می‌رسد تحلیل‌ها به این جا ختم نمی‌شود. باید علت اصلی وضع این ماده را در مطلب دیگری پیدا کرد. در انعقاد قراردادها، همواره دو عامل اراده مشترک و نظم معاملاتی نقش اساسی دارند. حکومت اراده ریشه در اصل آزادی قراردادها دارد و نظم معاملاتی ریشه در حفظ نظام معاملات. قراردادها که محصول اراده مشترک طرفین هستند گاهی به طور کامل منعقد می‌شوند و گاهی برخی شروط در آنها باز نگه داشته می‌شود و در هر دو حالت، نظام معاملاتی محدودیت‌هایی نسبت به آنها اعمال می‌کند. در حالت اول حفظ نظم معاملاتی در گرو پیروی

از قواعد آمره و قواعد عمومی قراردادها است و در حالت دوم در گرو عرف‌های معهود و مرسوم بر شروط باز است. به عبارت دیگر، در قرارداد‌های باز تکمیل شروط، مستند به اراده طرفین نیست بلکه نظم معاملات بر آن حکومت می‌کند.

در قرارداد‌های باز، از نهاد تکمیل قرارداد استفاده می‌شود که دایر مدار حفظ نظم معاملات است و در برخی موارد اراده دو طرف نادیده انگاشته می‌شود تا هم نظم بازار برقرار شود و هم آن چه در شرایط دو طرف کارآمد تلقی می‌شود، انتخاب شود. پس برخلاف نظر گروه اول، ماده ۳۵۶ ق.م. به درستی و با ظرافت خاصی به مرحله تکمیل قرارداد اشاره دارد. به واقع، حکومت عرف حتی در فرض عدم اطلاع نشان از دیدگاه خاص مقنن برای حفظ نظم معاملات است.

از آن چه گفته شد، این نتیجه به دست می‌آید که عرف و قواعد تکمیلی که با پوشش نقص‌های قرارداد امکان اجرای آن را فراهم می‌کنند مبتنی بر قصد مشترک دو طرف نیستند. امکان تراضی خلاف قواعد تکمیلی مانع از آن نمی‌شود که در صورت غفلت از راه حل موجود در قانون و عرف و حتی مخالفت با آن از حکومت عرف و قانون تکمیلی رهایی یابند. پس قوانین و عرف بیش از تفسیر قراردادها در مرحله تکمیل آن به کار می‌آیند. از طرفی، شروط ضمنی اعتبار خود را از اراده طرف‌های قراردادی می‌گیرند. بنابراین به نظر می‌رسد شروط باز و شروط ضمنی هر یک مبنایی جداگانه دارند.

برای روشن‌تر شدن بحث، برخی از شروط باز از این دیدگاه بررسی می‌شوند. در قرارداد با ثمن باز به ثمن نوعی در زمان انعقاد قرارداد رجوع می‌شود. در تعیین ثمن، عناصر زمان انعقاد قرارداد، قیمت کالای مشابه، شروط قرارداد‌های مشابه و بازار تجارت مربوطه نقش زیادی دارند. حال آن که ممکن است بسیاری از آن‌ها از نظر دو طرف نگذشته باشد. فرض ثمن نوعی به رغم عدم تعیین مقرر صریح یا ضمنی ریشه در مفروض بودن نزد عرف است و بر محور حفظ نظم معاملات است. در قرارداد تأمین با توجه به نامشخص بودن میزان نیاز در زمان انعقاد قرارداد، توافقی درباره آن نمی‌شود و حسن نیت در اجرای عقد و عرف‌های تجاری میزان تعهدات را مشخص می‌کنند.

تردید وجود دارد که کنار نهادن قصد مشترک مانع از تأمین اهداف افرادی است که به قرارداد

روی آورده‌اند. به علاوه، الزام آنان به اجرای چیزی که درباره آن توافق نکرده‌اند به کاهش کارآمدی می‌انجامد. این تردید به بخشی از نظریه کارآمدی توجه دارد. منتهی آن چه از اعتبار این تحلیل می‌کاهد و معیار مراجعه به قصد مشترک دو طرف را با انتقاد مواجه می‌کند، پیوندی است که میان تعیین مفاد قرارداد از طریق تفسیر و تکمیل قرارداد برقرار است. در واقع، زمانی که مفاد قرارداد روشن نیست، رویکردهای حقوقی معین می‌کنند که آیا بحث بر سر تفسیر شرط قراردادی است یا تکمیل مفاد قرارداد ناقص.

از آن چه گفته شد، مشخص می‌شود که در تعیین مفاد قرارداد باز تلفیقی از اراده مشترک و نظم بازار مورد توجه قرار می‌گیرند. راه‌حلهایی که در حقوق کشورها پیش‌بینی شده‌است نمی‌تواند صرفاً پایبند به قصد مشترک دو طرف باشد. از این رو، نظریه شروط ضمنی در معنای مرسوم خود در تحلیل قراردادهای باز نارسا است.

با وجود آن چه گفته شد، اطلاق قرارداد دلالتی بر شروط ضمنی در قرارداد باز ندارد ولی قراین دیگر می‌توانند وجود این شروط را در برخی موارد اثبات کنند و آن چه بیان شد، مانع از احراز شرط ضمنی بر مبنای قراین و ادله نخواهد بود. (کاتوزیان، پیشین، ص ۸۰) همان گونه که برخی از فقها اشاره کرده‌اند، شروط ضمنی مدلول عرفی لفظ است اعم از این که متعاملین آن را قصد کرده باشند یا نه. شروط ضمنی متکی به اراده نوعی یا مفروض از سوی طرف‌های قراردادی است؛ هر چند اراده واقعی آنان بر این مطلب قرار نگرفته باشد. بنابراین می‌توان نظریه شرط ضمنی را مبنای تکمیل قراردادهای باز دانست.

۳.۲. سکوت (تکمیل قرارداد)

۳.۲.۱. اثر سکوت نسبت به مفاد قرارداد

فقها و حقوق دانان آن گونه که دلالت سکوت بر رضای شخص را مورد توجه قرار داده‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۰۳۴ ه.ق، ج ۱، ص ۱۴۲؛ کاتوزیان، پیشین، ص ۲۶۳-۲۶۶)، در خصوص سکوت دو طرف نسبت به شروط قراردادی در زمان انعقاد قرارداد بحث مبسوطی ارائه نکرده‌اند و صرفاً به این مطلب اکتفا کرده‌اند که سکوت در برخی موارد مانع از اعتبار قرارداد است. چنان که عدم تعیین ثمن یا مورد معامله به بطلان عقد منتهی می‌شود و در موارد دیگر، به تدوین قواعدی پرداخته‌اند.

برای مثال، درباره زمان و مکان ایفای تعهد از زمان عرفی و مکان انعقاد عقد سخن گفته‌اند. در حقوق آمریکا و انگلیس، وضعیت به گونه‌ی دیگری است. با طرح نظریه قرارداد ناقص و عدم امکان طراحی قرارداد کامل به دلیل هزینه‌های معاملاتی و محدودیت عقلانی دو طرف، تمایل به استفاده از شروط باز در قراردادها افزایش یافته است. قواعد حقوقی نیز در راستای اجرای معاملات کارآمد برآمدند و ضمانت اجراهایی برای اجرای آن‌ها پیش‌بینی کردند. چنان که قانون متحدالشکل تجاری آمریکا بسیاری از شروط باز را با عنوان شروط تکمیل‌کننده طرح و شیوه تکمیل آن‌ها را در آینده ارائه کرده است.

۳.۲.۲. تکمیل قرارداد

با طرح نظریه قرارداد باز در نظام قراردادها، این بحث مطرح می‌شود که آیا نقص و خلأ در قرارداد، سکوت محض به حساب می‌آید یا سکوت محفوف به قراین؟ پاسخ به آن مقدمه‌ای است برای پاسخ به این پرسش اصلی که آیا تکمیل آن‌ها با توجه به مسکوت‌عنه بودن برخی مفاد قرارداد میسر است؟ پاسخ به این پرسش از این جهت اهمیت دارد که ممکن است بنای تکمیل قرارداد از سوی فقها و حقوق دانان مردود اعلام شود که در این صورت دیگر امکان طرح قراردادها با وجود ندارد.

در پاسخ به این سؤال اختلاف شده است و از نوشته‌ها، دو نظر گوناگون استخراج می‌شود:
 ۱- خلأ و نقص‌های قراردادی در دایره سکوت محض قرار دارند. رویکرد اول آن است که نقص‌های قراردادی مصداقی از سکوت محض و مجردند. به گونه‌ای که هیچ قرینه‌ای دال بر اراده طرف‌های قراردادی وجود ندارد.

برخی معتقدند اصولاً سکوت مجرد، مفید تفهیم و تفاهم نیست (سوار، ۱۳۹۸، ص ۶۶ و ۶۷) و هیچ قولی را نمی‌توان به شخص ساکت نسبت داد. (سنهوری، ۱۹۴۶، م، ش ۴۸) نتیجه آن می‌شود که از سکوت محض چیزی که بیان‌گر اراده باشد فهم نمی‌شود و نمی‌توان قرارداد را در آینده تکمیل کرد و امری را به اراده آنان منتسب دانست. در نتیجه باید از انعقاد عقود باز

خودداری و نقص‌های قراردادی در زمان انعقاد رفع شوند.

برخی دیگر، بر این باور هستند که سکوت در مقام سکوت به معنای عدم بیان نیست. همچنان که سکوت در مقام بیان در آغاز باید حمل بر بی‌تکلیفی شود. با این تفاوت که در سکوت در مقام بیان، مقام بیان همراه با اوضاع و احوالی است که دلالت بر تکلیف می‌کنند.

استقرایی ناقص در مواد قانونی نشان می‌دهد که سکوت، معنی دار است و برخلاف منافع شخصی که صاحب قدرت و اتوریته است، تفسیر می‌شود. چنان که سکوت ولی طفل علیه صاحب ولایت تفسیر می‌شود؛ سکوت موجر بعد از پایان اجاره به معنای تمدید اجاره است و سکوت صاحب خیار در عقد حمل بر سقوط خیار می‌شود. علت آن است که صاحب اقتدار نمی‌تواند از سکوت منافی به دست آورد. از این رو، اصل نخست، آن است که سکوت خنثی نیست و قاعده معروف «لاینسب لساکت قول» نیز با این نظر ناسازگار نیست. چه این که قول در این عبارت به معنای رضا است و معنای آن چنین است که سکوت به معنای رضا نیست تا طرف قدرتمند و صاحب اتوریته از سکوت طرف ضعیف انتفاعی ببرد.

دو قاعده تفسیر سکوت علیه صاحب قدرت و تفسیر شروط مبهم قراردادی به زیان مشروط‌اله بر این اصل بنا شده است که سکوت طرف قوی علیه خود او و سکوت طرف ضعیف که ناچار از اختیار سکوت شده علیه طرف قدرتمند تفسیر می‌شود. (جعفری تبار، ۱۳۸۳، ص ۱۸۲-۱۹۲)

این پیشنهاد انعقاد قراردادهای باز و نقص‌های قراردادی را در نظام حقوقی ممکن می‌سازد. اما به دلیل قواعدی که در تکمیل و تفسیر نقص‌ها استفاده می‌شود و کفه ترازو را به سود طرف ضعیف و فاقد اطلاعات کافی سوق می‌دهد، در عمل انعقاد قرارداد باز را کاهش و افراد را به انعقاد قراردادهای کامل تشویق می‌کند حال آن که چنین قراردادهایی مطلوب و کارآمد نیستند.

این ایراد قابل خدشه است. دو قاعده تفسیر سکوت و شروط مبهم قرارداد علیه صاحب قدرت و به زیان مشروط‌اله^۱ موجب می‌شود افرادی که در زمان انعقاد قرارداد، اطلاعات کافی دارند، آن را در اختیار طرف دیگر بگذارند تا تقارن اطلاعات شکل گیرد و انحصار آن از اختیار یکی

خارج شود. بنابراین، این تحلیل در جایی که دو طرف از اطلاعات یکسانی برخوردار نیستند منطقی است و بارف نابربری اطلاعاتی به اجرای بهتر قراردادهای ناقص کمک می‌کند و از سوگیری‌های آنان در اثر نقص قراردادی جلوگیری به عمل می‌آورد.

۲- خلأ و نقص‌های قراردادی در دایره سکوت محفوف به قراین و امارات قرار دارند. نقص‌های قرارداد مصداقی از سکوت همراه با قراین و امارات هستند به گونه‌ای که این قراین و امارات حاکی از اراده دو طرف می‌باشند. خودداری از سخن گفتن، سکوت تلقی می‌شود ولی هنگامی که شخص مکلف به سخن گفتن باشد و چیزی نگوید، سکوت او واجد معنی خواهد بود. از این رو، سکوت رابعد از لفظ، کتابت، اشاره و فعل ایجابی یکی از وسایل تعبیر اراده دانسته‌اند که اراده را آشکار می‌کند. استقرایی در نصوص شرعی کاشف این استنباط است که شارع به طور صریح و ضمنی سکوت را دال بر اراده می‌داند.^۱

اوضاع و احوال و عرف نقش عمده‌ای در تعیین مفاد سکوت دارند. موارد متعددی وجود دارد که افراد در روابط حقوقی خود نسبت به پاره‌ای از امور سکوت می‌کنند و این سکوت برای طرفین تعبیر به مفهومی می‌شود. برای مثال، در حقوق ایران سکوت نسبت به مکان ایفای تعهد، این مفهوم را دارد که محل ایفای تعهد محلی است که دو طرف تعیین کرده یا عرف و عادت بر آن دلالت دارد.

اصل آن است که نمی‌توان مطالبی را به شخص ساکت نسبت داد اما سکوت در هنگام نیاز و ضرورت، بیان محسوب می‌شود. (الحکیم، ۱۳۸۳ ه.ق. ص ۷۲) به موجب بند ۲ ماده ۹ کنوانسیون بیع بین‌الملل کالا طرفین قرارداد به عرف‌هایی که از آن آگاهی دارند یا می‌بایستی بدان آگاه باشند و در تجارت بین‌الملل به طور گسترده برای طرفین قراردادهای مشابه در تجارت خاصی شناخته شده و رعایت می‌شود به طور ضمنی پایبندند.

از این نظر، نقص‌های قراردادی به معنای پذیرش قانون و عرف در تنظیم روابط است (ماده ۳۲۰ ق.م.ا). عرف و اوضاع و احوال همان قراینی است که سکوت در برابر آن‌ها مبین اراده بر

۱ - چنان که سکوت باکره را دلیل بر رضایت او در تزویج تلقی کرده‌اند. همچنین قاعده «لا ینسب لساکت قول ولكن السکوت فی معرض الحاجه بیان» (ماده ۶۷ المجله)

قبول آن است. در نتیجه، سکوت فی حدنفسه فاقد ارزش است و قراین که همان عرف و قواعد تکمیلی هستند حکایت از اراده دو طرف دارند.

با توجه به آن چه گفته شد، معلوم می شود که به طور کلی نقص قراردادی و عدم پیش بینی برخی مفاد در قراردادها در حقوق ایران و سایر کشورها پذیرفته شده است و پر کردن خلأها با توجه به قواعد تفسیری سکوت انجام می شود. هر گاه چنین سکوتی محض تلقی شود، دو قاعده تفسیر سکوت و شروط مبهم قرارداد به زیان مشروط له و صاحب اتوریتته، زمینه برابری اطلاعات را فراهم می آورند و مانع از آن می شوند که نقص قراردادی اجرای قرارداد کارآمد و مطلوب را متزلزل کنند. زمانی که سکوت محفوف به قراین و امارات در نظر گرفته شود، به تنهایی فاقد ارزش است و عرفها است که بدان ارزش می دهد. از این رو، سکوت حاکی از اراده دو طرف است و عرفهای موجود نقصها را پوشش داده و اجرای قرارداد را در آینده ممکن می سازد.

به نظر می رسد از آن جایی که مدت ها بعد از انعقاد قرارداد با تغییراتی که در شرایط بازار رخ می دهد، مطلبی که دو طرف در زمان انعقاد قصد بیان آن را نداشته باشند موجود فرض و به اراده آنان منتسب می شود، چنین سکوتی در قرارداد باز، سکوت محض و مجرد است. به علاوه، تفسیر سکوت مبتنی بر قصد مشترک طرفین است در حالی که استنباط مربوط به قصد مقنن است و خلأهای قراردادی با کمک استنباط رفع می شوند.

۳.۳. اصل لزوم علم تفصیلی و نظریه کفایت علم اجمالی

گفته شده است که اصل لزوم علم تفصیلی به مورد معامله مستنبط از ماده ۲۱۶ ق.م. بر خاسته از نظم معاملاتی است که بر دفع تنازع و جلوگیری از اختلافات احتمالی آینده تکیه دارد. به گونه ای که نفی آن توالی فاسد فراوانی به دنبال خواهد داشت. پرسش اصلی در این است که عدول از قاعده نفی غرر که در مقررات پیش بینی شده است تا چه میزانی میسر است؟

برخی بر این استدلال تکیه کرده اند که گاه ضرورت های اجتماعی و اقتصادی مقتضی نفوذ معامله ای است که برخی ارکان آن با ابهام روبه رو است. چنان که در فقه فروش میوه بر سر درخت مشروط به این که دانه بسته یا رنگ انداخته باشد، مجاز است و احتمال از میان رفتن در اثر آفت،

ریختن یا دزدیده شدن را لحاظ نکرده‌اند؛ به‌رغم این که حصول میوه رسیده جنبه احتمالی دارد.
(کاتوزیان، ج ۱، ص ۱۰۵)

در این میان، غالب نظرات در حدفاصل دو اصل لزوم علم تفصیلی به مورد معامله و علم اجمالی سر در گم مانده‌اند. علم تفصیلی به معنای علم کامل به سه مورد ماهیت، مقدار و وصف از هر جهتی است که عرفاً در تحقق رضا به معامله مؤثر باشد. (شهیدی، ۱۳۷۲، ج ۱، ص ۳۱۶) ماده ۳۳۹ ق.م. در این باره مقرر می‌کند: «پس از توافق بایع و مشتری در مبیع و قیمت آن، عقد بیع به ایجاب و قبول واقع می‌شود...». همچنین به موجب صدر ماده ۳۴۲ ق.م. «مقدار، جنس و وصف مبیع باید معلوم باشد...». به طور معمول، تمام قواعدی که درباره علم به مبیع وجود دارد و از جمله علم به مقدار، جنس و وصف بر ثمن نیز حکومت می‌کند. از این رو، لازم است مورد معامله به طور قطعی تعیین شود. مفاد چنین مقرراتی ارتباطی ناگسستنی با نظم عمومی دارد. بنابراین اصل لزوم تعیین قطعی مورد معامله، انعقاد قراردادهای بازار را منتفی می‌کند.

زمانی که قانون‌گذار با طرح قاعده‌ای، آزادی قراردادهار را تحدید می‌کند، منطق و قواعد حقوقی مقتضی آن است به عنوان حکمی فراگیر در قراردادهار رعایت شود. به گونه‌ای که در موارد تردید بدان رجوع شود. همچنین استثنائات آن در نظر مقنن و با تفسیر مضیق جست و جو شود. این گفته تا زمانی صحیح است که موارد استثنایی محدود باشند. گاه این موارد بر مبنای مهمی استوار هستند و در اثر نیازهای اجتماعی آن قدر گسترده می‌شوند که خود موجد قاعده می‌شوند. در بحث از پذیرش ابهام در قراردادهار نیز چنین وضعیتی مشاهده می‌شود.

از بررسی جامع مقررات در حقوق ایران مشخص می‌شود که قاعده نفی غرر در قراردادهار مورد پذیرش قرار گرفته است اما در ادامه مواردی از شمول آن خارج شده است.

از یک سو، صدر ماده ۲۱۶ ق.م. مقرر می‌کند: «مورد معامله باید مبهم نباشد.» و مفاد بند ۳ ماده ۱۹۰ ق.م. تعیین مورد معامله از سوی دو طرف را ضروری می‌داند. هر گاه مورد معامله کلی باشد، باید جنس، وصف و مقدار آن برای متعاملین معلوم باشد. (ماده ۳۴۲ ق.م.) از سوی دیگر، در پایان ماده ۲۱۶ ق.م. آمده است: «مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است.» چنان که در

عقد ضمان علم ضامن به مقدار، اوصاف و شرایط دینی که ضمانت می کند، شرط نیست. (ماده ۶۹۴ ق.م.) در جعاله، تعیین اجرت به نحو تفصیل، عامل، عمل و کیفیت آن ضرورت ندارد (مواد ۵۶۳ و ۵۶۴ ق.م.). ماده ۵۵۳ ق.م. مقرر می کند: «در صورتی که مضاربه، مطلق باشد، یعنی تجارت خاصی شرط نشده باشد، عامل می تواند هر قسم تجارتی را که صلاح بداند بنماید ولی در طرز تجارت باید متعارف را رعایت کند». ماده ۶۱۲ ق.م. می گوید: «امین باید مال و دینچه را به طوری که مالک مقرر نموده، حفظ کند و اگر ترتیبی تعیین نشده باشد آن را به طوری که نسبت به آن مال، متعارف است، حفظ کند و الا ضامن است». صلح دعوی احتمالی و فرضی نیز مجاز شمرده شده است. (مواد ۷۵۲ و ۷۶۶ ق.م.)

این موارد می توانند مبین قاعده‌ای باشند که می توان از آن با عنوان علم اجمالی یاد کرد و مجوز ابهام در قراردادها است. بنابراین جست و جوی موارد استثنا از قاعده نفی غرر در قانون نادرست است. زیرا بسیاری از قواعد حقوقی بیش از آن که از منطبق حقوق تبعیت کنند، تابع عادات و نیازهای اجتماعی هستند. نفی غرر و ابهام در قراردادها خود استثنایی بر اصل آزادی قراردادها است و در حدود خود قاعده‌ای به حساب می آید. پس مواردی که علم اجمالی در آن‌ها کفایت می کند نیز موجد قاعده‌ای هستند که با اصل آزادی قراردادی سازگاری دارد. (کاتوزیان، ج ۲، ص ۱۹۹) علم اجمالی به معنای آگاهی محدودی است به درجه‌ای که امر معلوم را از امور دیگری در واقع، متمایز می کند؛ بی آن که همه خصوصیات آن در حوزه آگاهی قرار گیرد. (شهیدی، پیشین، ص ۳۱۶)

علم اجمالی خود مبتنی بر ضابطه عرفی است و برای تحقق آن رجوع به عرف کفایت می کند. چه این که دلیلی بر انحصار موارد علم اجمالی به مواد مذکور در قانون نیست و مصالح تسهیل معاملات و ضرورت‌های اقتصادی پذیرش معیار عرف را ایجاب می کند.

وجود خطر در قرارداد ناشی از ابهام در ارکان آن که عرف از آن اجتناب می کند، به موجب قاعده نفی غرر بطلان معامله را در پی دارد. در این موارد، معیار تشخیص عرف است که از ملاک ماده ۵۵۳ ق.م. استنباط می شود. به موجب آن تشخیص تجارت مورد مضاربه با رجوع به عرف صورت می گیرد. از آن جایی که خصوصیتی در مضاربه وجود ندارد، می توان آن را به سایر

قراردادهای تسری داد. (صفایی، ج ۲، صص ۱۳۴-۱۳۵)

از آن چه گفته شد، مشخص می شود که علم اجمالی منحصر در عقود مسامحی نیست. به ویژه آن که در مضاربه علم تفصیلی به تجارت خاص لازم نیست. حال آن که مضاربه را نمی توان عقدی مسامحی پنداشت. از این رو، برخی از حقوق دانان به نیکی اشاره کرده اند که «ضابطه رفع ابهام از مورد معامله عرفی است. برای این که معامله صحیح باشد لازم نیست مورد معامله با دقت علمی معلوم باشد و معلوم بودن آن نزد عرف که معمولاً با مسامحه همراه است کافی خواهد بود» (شهیدی، پیشین، ص ۳۲۰) این حقوق دان در جای دیگری می گوید: «با توجه به آن که نرخ بسیاری از کالاها به علت دخالت دولت در کنترل بازار، مشخص است حتی اگر ثمن عقد ذکر نشود، ثمن معامله عرفاً معلوم و معامله صحیح است». داوری عرف زمانی معتبر است که اطمینان عرفی به همراه داشته باشد. از این رو، نباید خود را در تنگنای قواعد پیچیده گرفتار کرد. چنان که در قراردادهای پیمان کاری دستمزد پیمان کار براساس روش خاصی تعیین می شود و در تعیین آن متغیرهای نوسان ارزش پول و تورم نقش دارند. در حالی که عرف آن را معلوم می داند. شاید بتوان گفت زمانی که مورد معامله در عرف معلوم باشد، نیازی به بیان و مشاهده آن وجود ندارد و این وضعیت عرفی را می توان دلیل معلوم بودن آن نزد دو طرف دانست.

با توجه به آن چه بیان شد، هر گاه نفی غرر ریشه در جهل نسبت به مورد معامله داشته باشد، به گونه ای که نتوان نسبت به آن قصد کرد، معامله محکوم به بطلان است.

در معامله ای که از آن سخن رفت (فروش میوه بر سر درخت)، اوصاف مبیع ابهام زیادی دارد. متعاملین از وضعیت مبیع اطلاعی ندارند. ابهاماتی چون آفت زدن، ریختن و دزدیده شدن، قرارداد فروش را با خطراتی همراه می کند که احتمال بروز آن ها در نظر عرف اندک نیست. فقها همه حکم به صحت چنین معامله ای داده اند، (صفایی، ج ۲، صص ۱۳۴-۱۳۵) حتی گروهی از این حد فرائر گرفته اند.^۱

۱ - از برخی نقل شده است که فروش نسبت به دو سال آینده نیز مانعی ندارد و شهید ثانی آن را خالی از قوت

نمی داند. (ر.ک: شیخ صدوق، ج ۱۹، ص ۳۲۹)

این در حالی است که علم تفصیلی به مورد معامله و اوصاف، جنس و مقدار آن ضروری است. چنین وضعیتی در قراردادهای باز نیز وجود دارد. در زمان انعقاد، وضعیت ثمن در آینده نامعلوم است، مقدار مبیع به درستی مشخص نیست و زمان و مکان تحویل نیز با ابهام روبه‌رو است. بنابراین هر گاه استفاده از شروط باز در قراردادهای با شیوه‌هایی پوشش داده شوند، عدم پذیرش صحت آن‌ها چیزی جز اصرار بر امری ناموجه نخواهد بود.

۴. ماهیت حقوقی قراردادهای باز

تا مدت‌ها ماهیت واقعی قراردادهای باز با ابهام روبه‌رو بود. در حقوق کشورهای مختلف، از عبارات متفاوتی درباره قراردادهای باز استفاده می‌شد. برخی از واژه «قرارداد»، برخی دیگر از واژه «قول» و گروهی واژه «توافق» را برای آن برگزیدند. پرسش اصلی این است که در جریان قراردادهای باز چه اتفاقی می‌افتد؟

۴.۱. ماهیت قراردادی

۴.۱.۱. قرارداد معین (بیع و اجاره)

قراردادهای باز عبارت است از توافق همراه با شروطی که تمام قرارداد را بین دو طرف تشکیل نمی‌دهند و این شروط و مقررات می‌توانند بدون تراضی تغییر یابند و کامل شوند. عقد بنا بر تعریفی که قانون مدنی از آن ارائه کرده است، موضوع همسانی نسبت به قرارداد باز دارد. چه این که قرارداد باز ویژگی‌های مذکور در تعریف عقد را دارا است. توافق مورد قبول دو یا چند نفر که همگی بدان متعهد شده‌اند جوهره عقد است که در قرارداد باز نیز قابل مشاهده است. با وجود این، قراردادها باید تابع قواعد عمومی باشند که از سوی مقنن بیان شده است. عقود معین نیز برخی قواعد مختص به خود دارند. این مسأله ممکن است ماهیت عقدی قرارداد باز را با تردید روبه‌رو کند.

این تردید نباید منشأ اثر باشد. استفاده از شروط باز در عقد هیچ خللی به ماهیت قراردادی آن وارد نمی‌کند. شرط زمان و مکان باز تحویل مورد معامله و قرارداد در حقوق غالب کشورها پذیرفته شده و شیوه مواجهه با آن نیز با تدوین قواعد تکمیلی در مقررات آن‌ها پیش بینی شده

است. همچنین تقنین یکسانی در اوصاف باز مورد معامله در حقوق کشورها دیده می‌شود که دلالت بر پذیرش آن دارد. به گونه‌ای که آنان قرارداد را معتبر و لازم الاجرامی دانند و اجرای آن را با مقررات تکمیلی تضمین کرده‌اند.

در تبیین مبانی قرارداد باز گفته شد که در حقوق ما نظریه علم اجمالی تا حد زیادی اصل لزوم علم تفصیلی به مورد معامله را تعدیل کرده است. به گونه‌ای که زمینه اعتبار قراردادهای باز فراهم شده است و می‌توان از قرارداد باز با عنوان یکی از انحراف‌های قانونی اصل لزوم علم تفصیلی سخن گفت. از این رو، ثمن باز نیز مانع از انعقاد قرارداد نمی‌شود. مقدار باز مورد معامله نیز در بحث بیع از قرار مورد بررسی قرار گرفته و اعتبار آن شناسایی شده است. در حقوق کامن‌لا نیز با وجود مقررات فروش بین‌المللی و قانون متحدالشکل تجاری که خود پیشگام در این قراردادها بوده‌اند هیچ تردیدی در پذیرش این قراردادها روا نیست.

با توجه به مطالبی که بیان شد، قراردادهای باز تابع قواعد عمومی قراردادهای هستند و هیچ مغایرتی با اختصاصات عقود معینی چون بیع و اجاره ندارند. از این رو، انعقاد عقود بیع و اجاره در قالب قراردادهای باز معتبر و لازم‌الاجرا است.

۴.۱.۲. قرارداد خصوصی

نظریه آزادی اراده اعلام می‌کند لازم نیست عقد شکل مخصوصی داشته باشد تا معتبر تلقی شود بلکه توافق‌ها همگی لازم‌الوفاهستند؛ منوط به این که از دایره عوامل محدود کننده آزادی پیمان‌ها خارج باشند.

ممکن است گفته شود انعقاد عقود معین در قالب قرارداد باز میسر نیست ولی می‌توان آن‌ها را نوعی پیمان خصوصی دانست تا ماهیت قراردادی آن همچنان حفظ شود. در واقع، مفاد قرارداد باز چیزی جز وعده به انعقاد قرارداد نیست که به دلیل عدم مغایرت با قانون و موازین محدود کننده آزادی قراردادی لازم‌الوفاست.

وعده به انعقاد قرارداد که وعده بیع به عنوان رایج‌ترین نمونه آن مورد توجه بیش‌تر واقع شده است، باید مورد ارزیابی قرار گیرد و ماهیت آن به درستی تبیین شود تا راستی آزمایی این

نظر در بوته آزمایش گذاشته شود. از آن جایی که صحت قرارداد باز در حقوق خارجی در عقودی چون بیع و اجاره پذیرفته شده است، و تردید بیش تر در حقوق ما وجود دارد صرفاً این نظر در حقوق ایران بررسی می شود.

در وعده دو طرفی بیع، یک طرف، تعهد به ایجاب و دیگری، تعهد به قبولی می کند. ممکن است دو طرف درباره شرایط و موضوعات عقد مورد وعده با یکدیگر توافق کنند یا این که توافقی بر شرایط صورت نگیرد. در حالت نخست، یک قرارداد کامل و صحیح و الزام آوری تشکیل می شود که به موجب آن می توان طرف ممتنع را الزام نمود. در این فرض هر یک از طرفین جداگانه ایجاب کاملی اظهار کرده و قصد انشا نسبت به عقد نهایی را ابراز کرده اند. با وجود این، هیچ یک از آنان قصد انشای متقابل با اراده اظهار شده طرف دیگر را اظهار نمی کنند تا عقد نهایی منعقد شود. ظاهراً چنین قراردادی دال بر انعقاد عقد نهایی است ولی دو طرف قصد انعقاد قرارداد نهایی را ندارند و به دلیل برخی مشکلات یا نیاز به اتخاذ تصمیم قطعی صرفاً می خواهند در قالب وعده انعقاد قرارداد باهم روبه رو شوند.

در حالت دوم قرارداد ملزمی ایجاد نشده است و صرفاً تعهدی است که با امتناع از آن و اثبات ورود زیان از سوی متضرر، خسارات وارده به عهده ممتنع قرار می گیرد. در این حالت وعده کننده، تعهد به انعقاد عقد مورد وعده و انتقال مال می کند اما بدون قراین و امارات دیگر نمی توان تعهدی ضمنی مبنی بر اسقاط و سلب حق فروش مال مورد وعده به دیگری به او تحمیل کرد. این در حالی است که در حالت اول (زمانی که وعده متضمن ایجاب کامل بود) می توان ادعا کرد او به صورت ضمنی حق انتقال به غیر را از خود سلب کرده است.

هر گاه مبانی موجهه قراردادهای باز ناموجه انگاشته شوند و عقودی چون بیع و اجاره باز نامعتبر تلقی شوند، نمی توان به صحت قرارداد باز به عنوان یک قرارداد خصوصی لازم و مشمول ماده ۱۰ ق.م. حکم نمود و آن را عقد مستقلی از عقود معین چون بیع و اجاره دانست. چه این که اعتبار قراردادها در گرو عدم مخالفت با قانون است. زمانی که انحراف از اصل لزوم علم تفصیلی به مورد معامله پذیرفته نشود باید نظریه علم اجمالی را به موارد مصرحه قانون چون ضمان،

محدود کرد. در نتیجه در قراردادهای خصوصی و از جمله وعده بیع نیز این اصل لازم الاتباع و مجری است و ماهیت قراردادی آن منتفی می‌شود. یکی از حقوق دانان فرانسه نیز در بحث از ماهیت وعده بیع مطلبی بیان می‌کند که این نظر را تأیید می‌کند. «وعده بیع ماهیت دو گانه دارد: یکی قرارداد وعده بیع و دیگری قرارداد پیش قرارداد بیع. وعده بیع، مرحله بین ایجاب صرف و مذاکرات مقدماتی تا وصول به بیع نهایی است ولی چیزی فرای ایجاب است و از طرفی، بیع نهایی هم نیست... این تعهد برخلاف اسمش یک قرارداد واقعی، مستقل و مخصوص است و موضوع آن فقط آسان ساختن انعقاد یک عقد بیع معینی است.» (Ghestin, J., 1990 p.423)

بر فرض که موضوع وعده بیع تعهد به خرید و فروش تلقی شود که در زمان انعقاد وعده برای دو طرف مشخص و ایجاب کامل است و نیازی به ذکر موضوعات دیگری نیست، باز هم این اشکال بر جای خود باقی است که با الزام به ایفای تعهد و انعقاد بیع و انتقال ملکیت به دلیل معلوم نبودن مورد عقد نهایی به تفصیل ممکن است اختلافات زیادی در گیرد و هیچ گاه قرارداد نهایی منعقد نشود. از این رو، چاره‌ای جز این نیست که قراردادهای باز فاقد وصف قراردادی شمرده شوند و صرفاً وعده به انعقاد عقد در حالت دوم (متضمن تعهد به انشای عقد نهایی) محسوب شوند.

۴.۲. ماهیت پیش قراردادی

گفته شد با نفی قراردادهایی چون بیع و اجاره باز، ماهیت قراردادی آن‌ها حتی به عنوان پیمان خصوصی منتفی می‌شود. از این رو، ماهیت قرارداد باز را باید در مرحله پیش از انعقاد عقد جست‌وجو کرد. هر گاه اصل لزوم علم تفصیلی به عنوان قاعده‌ی کلی در قراردادها مورد پذیرش قرار گیرد و علم اجمالی برای تحقق معامله کافی نباشد، قرارداد باز از شمول روابط قراردادی خارج می‌شود و نمی‌توان نام عقد بر آن نهاد.

نظریه پیش قرارداد از مبانی قراردادهای باز به شمار می‌آید که می‌توان براساس آن به تحلیل ماهیت قرارداد باز پرداخت. پیش قرارداد، توافقی اولیه و متضمن تعهد به مذاکره مجدد در باره شروط باز است.

تعهد بر مذاکره مجدد ابتدا در قراردادهای بین‌المللی به منظور رفع مشکل الزام‌آوری

قراردادهای بلندمدت، به دنبال نظریه عدم پیش‌بینی و تغییر اوضاع و احوال مطرح و سپس در حقوق داخلی کشورها شایع شد. از این رو، قراردادهای باز نوعی تعهد بر مذاکره مجدد برای تعیین مفاد آن تلقی می‌شوند.

زمانی که قرارداد باز را تعهد بر مذاکره برای تعیین مفاد قرارداد بدانیم و آن را نوعی پیش‌قرارداد تلقی کنیم نه تنها به معنای رسیدن به نتیجه مطلوب نیست که به زوال توافق قراردادی می‌انجامد. با این حال باید ماهیت چنین تعهد به مذاکره‌ای تبیین شود تا وضعیت طرف‌ها در قرارداد باز مشخص شود.

برخی آن را نوعی تعهد به وسیله می‌دانند. از نظر این دسته اجرای با حسن نیت تعهد به مذاکره مستلزم طرح پیشنهادات معقول است (ibid, n287) در مقابل، برخی دیگر آن را ترکیبی از تعهد به وسیله و نتیجه قلمداد می‌کنند. در نتیجه، طرف‌ها مکلف هستند در صورت شکست مذاکرات دلیلی بر منطقی بودن پیشنهادات خود ارائه کنند. (Fontaine, M, 1979, p.34)

اجرای با حسن نیت تعهد که مستلزم مذاکرات جدی است، امری مسلم است که در حقوق ایران از روح بسیاری از مقررات استنباط می‌شود و مبتنی بر بنای عقلا است. با وجود این، فقدان مقرر قانونی در این باره ایجاد می‌کند در زمان انعقاد، پیش‌بینی‌های لازم برای رسیدن به نتیجه مطلوب در اثر شرط مذاکره انجام شود. تعیین وسایل مذاکره، مدت خاص و ضمانت اجرای مناسب در صورت بی‌نتیجه ماندن مذاکرات، مانع از آن می‌شود تا ذینفع با اتلاف وقت و جدی نگرفتن مذاکرات، آن‌ها را نا کارآمد سازد.

۵. نتیجه:

قرارداد باز زمانی منعقد می‌شود که برخی از موضوعات و تعهدات دو طرف در هر یک از وضعیت‌های احتمالی آتی نامعین باشد و دو طرف با توجه به هزینه‌های انعقاد و محدودیت در پیش‌بینی، آن‌ها را به حال خود رها کرده‌اند.

در حقوق آمریکا و انگلستان تحت تأثیر رویکردهای اقتصادی به حقوق، نقص‌های قراردادی امری عادی تلقی شده، قرارداد باز مورد پذیرش قرار گرفته و برای اجرای کارآمد و مطلوب آن‌ها

قواعدی پیش‌بینی شده است. به گونه‌ای که ماهیت قراردادی آن حفظ شده است و تمامی آثار قرارداد لازم‌الاجرا به همراه می‌آورد. به واقع، انعقاد قرارداد باید وضعیت طرف‌ها را نسبت به گذشته بهبود بخشد و قواعد حقوقی الزام‌آوری چنین قراردادی را تضمین کنند.

استفاده از شروط باز در قرارداد، شیوه‌ای برای حل و فصل اختلافات تجاری است. بدین گونه که قرارداد را منعطف و با شرایط جدید منطبق می‌کند. به علاوه، ابزاری برای تعیین ریسک‌ها حسب اوضاع و احوال آینده به حساب می‌آیند.

در حقوق ایران این پدیده با دو ایراد عمده مواجه است. قاعده نفی غرر که مورد اصل لزوم رفع ابهام است و نفی ابهام از مورد معامله که مورد اصل لزوم علم تفصیلی به مورد معامله است. با این همه به نظر نمی‌رسد این دو اصل مانع جدی برای رد قرارداد باز به حساب آیند. چه این که در این دسته از معاملات، غرر به موجب عرف، منتفی است و از طرفی، نظریه علم اجمالی، اصل لزوم علم تفصیلی به مورد معامله را تعدیل کرده که در عقود چون بیع و اجاره نیز مجری است. وانگهی تنظیم قرارداد باز از قرارداد کامل ثبات بیش تری دارد؛ نتیجه آن می‌شود که انعقاد قرارداد باز در حقوق ما با مشکلی مواجه نیست.

آن چه باقی می‌ماند رفع نقص‌ها و تعیین مفاد قرارداد است. در حقوق ما به موجب مواد ۳۷۵ و ۳۴۴ ق.م. عدم تعیین مکان و زمان ایفای تعهد، تصریح و قواعد تکمیلی، تدوین شده است. اما نسبت به مورد معامله و ثمن حرفی به میان نیامده و لازم است مقنن دست به تدوین قواعد تکمیلی زند. با این حال، پر کردن خلأها با قواعد تکمیلی در تأمین اهداف اصلی قرارداد باز تا حدودی ناتوان است و رویه‌ها به سمت تفسیر به نفع خواننده در حرکت‌اند. از این رو، شایسته است قانون‌گذار مانیز از این حرکت باز نماند.

منابع:

۱. اخلاقی، بهروز و فرهاد امام، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۷۹.
۲. اشمیتوف، کلائیوم، حقوق تجارت بین‌الملل، ج. ۲، ترجمه بهروز اخلاقی و دیگران، تهران: سمت، ۱۳۹۱.
۳. امامی، سیدحسین، حقوق مدنی، ج. اول، تهران: کتاب‌فروشی اسلامی، ۱۳۵۱.

۴. بیگدلی، سعید، تعدیل قرارداد، تهران، میزان، ۱۳۸۶.
 ۵. جعفری تبار، حسن، مبانی فلسفی تفسیر حقوقی، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳.
 ۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: کتابخانه گنج دانش، زمستان ۱۳۸۱ چ. ۴.
 ۷. داراب پور، مهرباب، تفسیری بر حقوق بین المللی، ج. ۲، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۴.
 ۸. دهخدا، علی اکبر، فرهنگ دهخدا، ج. ۳۱، تهران: چاپخانه مجلس، ۱۳۲۵ هـ. ش.
 ۹. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، ج. ۲، (اصول قراردادها و تعهدات)، تهران: عصر حقوق، ۱۳۷۹.
 ۱۰. _____، حقوق مدنی، ج. ۱ (تشکیل قراردادها و تعهدات)، تهران: نشر حقوق دان، ۱۳۷۲.
 ۱۱. شیروی، عبدالحسین، حقوق تجارت بین الملل، تهران: سمت، ج. ۴، ۱۳۹۱.
 ۱۲. صفایی، سیدحسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج. ۲، تهران: میزان، ۱۳۸۷.
 ۱۳. فرهنگ، منوچهر، فرهنگ بزرگ علوم اقتصادی، (مدخل نت بک) تهران: البرز، ۱۳۷۲.
 ۱۴. کاتوزیان، امیر ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج. ۳، ۱۳۸۳، تهران: شرکت سهامی انتشار.
 ۱۵. _____، قواعد عمومی قراردادها، ج. ۴، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷، چ. ۸.
 ۱۶. _____، عقود معین، جلد اول، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۱.
 ۱۷. _____، عقود معین، ج. ۲، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۳.
 ۱۸. _____، عقود معین، جلد اول، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۱.
 ۱۹. مریدی، سیاوش و نوروزی، علی رضا، فرهنگ اقتصادی، تهران: انتشارات کتاب پیش برد و نگاه، ۱۳۷۳.
- چاپ اول.
۲۰. بجنوردی، سید میرزا حسن، القواعد الفقهیه، ج. ۳، انتشارات دارالکتب العلمیه، قم، ۱۳۵۸ هـ. ق.
 ۲۱. الحکیم، عبدالمجید، الموجز فی شرح القانون المدنی، بغداد: ۱۳۸۳ هـ. ق.
 ۲۲. سنهوری، عبدالرزاق احمد، الموجز فی نظریه العامه للالتزامات فی القانون المدنی المصری، قاهره: ۱۹۴۶ م.
 ۲۳. سوار، محمد وحید الدین، شرح القانون المدنی، النظریه العامه الال التزام، دمشق: ۱۳۹۸ هـ. ق.
 ۲۴. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، سؤال و جواب، به اهتمام محقق داماد، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۶ هـ. ش.
 ۲۵. نایینی، میرزا حسن، منیة الطالب، ج. ۲، خوانساری، شیخ موسی، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ هـ. ق.

26. Atiyah, P., *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, oxford university press, 1979.
27. Bell, A., *Modern Law of Personal Property in England and Ireland*, p.230, Publin, Butterworth, 1989.
28. Ben-shahar, O., *Contract without Consent: Exploring a new basis for contractual liability*, 152UP-ENALREV, 2004
29. Brousseau, E., *Did the common law bias the economics of contract and may it change?*, Law and Economics in Civil Law Countries, vol6, Jai press, 2001
30. Craswell, R., *The Incomplete Contracts, Literature and Efficient Precautions*, 56, Case Wres L Rev, 2005
31. Eggleston, K. et al. *Simplicity and Complexity in Contracts*, January 18, 2000, at: <http://www.lawuchicago.edu/publications/working/indexhtml>.
32. Fontaine, M. *Les Clause de hardship, aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long-term*, Droit et pratique du commerce internationaux, 1979.
33. Ghestin, J. *Traité des contracts*, La vent, L.G.D.J., Paris, 1990.
34. Schwartz, A., *Relational Contracts and The courts: An Analysis of Incomplete Contract and Judicial Strategies*, 21J, Legal Stud, 1992
35. Scott, R. and Trantis, G. E. *Embedded Options and The Case Against Compensation in Contract Law*, The John M. Olin Programe in Law and Economics, working paper series, 2004, at: <http://lawbe-presscom/uvalwps/olin/art4>
36. Scotte, E. and Triants, G., *Incomplete contracts and The Theory Of Contract Design*, p.190, Case western reserve Law Review, Vol.56, 2005

تقابل قواعد ماده ۱۴ میثاق و احکام آیین دادرسی کیفری

قابل اعمال پیش از دادرسی

دکتر معصومه رشاد *

زهرا آقابابا **

فاطمه برزگری نائینی ***

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۰۷/۲۷

تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۰۸/۲۴

چکیده:

مکاتب حقوقی هر یک به زعم خود امنیت و دادرسی عادلانه را برای افراد جامعه به عنوان بخش مهمی از مجموعه حقوق و آزادی های طبیعی و انسانی برای شهروندان در جامعه به شمار می آورند. مجموعه این حقوق در جای خود متضمن این حق مطالبه از هیأت حاکم اجتماع (قوه حاکم) یا از اجتماع به عبارت صحیح تر جامعه سیاسی است که آنها را به رسمیت بشناسد، محترم بشمارد و از آنها حمایت کند. این تحقیق با عنوان بررسی تطبیقی ماده ۱۴ میثاق بین المللی حقوق مدنی - سیاسی با احکام مصرح قانون در آیین دادرسی کیفری ایران انجام شده است. در این مقاله طی مباحثی به بررسی تقابل قواعد ماده ۱۴ میثاق و احکام آیین دادرسی کیفری قابل اعمال پیش از دادرسی خواهیم پرداخت.

واژگان کلیدی: حقوق فردی متهم، تضمین های دادرسی، بازداشت خودسرانه، حقوق بشر.

*. استادیار و دکترای تخصصی روابط بین الملل و عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد رودهن.

** کارشناس ارشد فقه و حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی.

zahra_ghababa@yahoo.com

naeini_law@yahoo.com

*** نویسنده مسؤول: کارشناس ارشد حقوق عمومی.

مقدمه:

برقراری امنیت جوامع انسانی از جمله اهداف مهمی است که همواره مورد توجه انسان بوده و انسان‌ها برای بهتر زندگی کردن و از خطرات در امان بودن، به با هم زیستن نیاز دارند. از این رو، جوامع را تشکیل می‌دهند و برای بقای جوامع خود نیازمند تنظیم و تنسيق و وضع قواعد و قوانینی هستند. عملی را که اجتماع یعنی همگان مذموم می‌شمارند و به آن واکنش همگانی نشان می‌دهند قابل پیگیری و مجازات می‌دانند. حقوق انسان و آزادی‌های مشروع آن یکی از موضوعات بسیار مهم در حقوق است. محور آن بحث و بررسی پیرامون حقوق و آزادی‌هایی است که از طرف دولت حاکم برای افراد و اشخاص کشور به رسمیت شناخته می‌شود و در میان شعب و رشته‌های حقوق، حقوق عمومی داخلی، حقوق جزا و آیین دادرسی کیفری هر کدام بنحوی باحقوق و آزادی‌های اشخاص ارتباط دارند. شناسایی حقوق متهم به وسیله قوانین داخلی توسط دولت‌ها و به کارگیری مکانیسم‌های حقوقی برای حمایت از آن لازم ولی به تنهایی کافی به مقصود نمی‌باشد. جنبه‌های مختلف حقوقی موضوع، یک بعد قضیه و بعد مهم‌تر و اساسی‌تر آن جنبه‌های بهره‌مندی فردی و اجتماعی و جنبه‌های کاربردی و اجرایی آن است. به این معنا که تأمین حقوق انسانی و آزادی‌های مشروع آن شرایط و لوازم متناسب به خود دارد. زمانی که ما به دادگستری مراجعه می‌کنیم در راهروهای آن افراد مختلفی را می‌بینیم که به دلایل مختلف مراجعه کرده‌اند، برخی وکلا و قضات و کارمندان هستند که اصحاب دادگستری نامیده می‌شوند، عده‌ای دیگر برای مطالبه طلب یا درخواست طلاق و... مراجعه کرده‌اند که این موارد از موضوع تحقیق ما خارج است. اما عده‌ای به لحاظ ارتکاب جرم که به نوعی با آن درگیر بوده‌اند به دادگاه مراجعه کرده‌اند که ممکن است یا شاکی و متضرر از جرم باشند و یا شاهد و ناظر وقوع جرم و یا متهم به وقوع جرم باشند. با نگاهی عمیق به این موارد ممکن است این سؤال به ذهن خطور کند که این افراد چه حقوقی دارند و چگونه حقوق ایشان رعایت می‌گردد. اعلامیه جهانی

حقوق بشر، کنوانسیون حقوق مدنی و سیاسی و دیگر اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای و نیز قانون اساسی به صورت زیبایی بیان می‌کند؛ اجرای هیچ مجازاتی ممکن نیست مگر به حکم یک دادگاه صالح پس از یک محاکمه عادلانه بر مبنای مقررات قانونی. همه سیستم‌های جزایی با محاکمه موافقت، مهم این است که متهم را چگونه محاکمه کنیم، از کجا شروع کنیم، چگونه ادامه دهیم و به کجا برسیم.

۱- حقوق دفاعی متهم

۱-۱- اصل حق اطلاع از اتهام در اسناد بین‌المللی

طبق بند ۲ ماده ۹ میثاق حقوق مدنی و سیاسی مصوب ۱۹۶۶ هر کس دستگیر و یا بازداشت شود باید فوراً از دلایلی که منجر به محرومیت وی از آزادی شده است، مطلع گردد. هدف نهایی از برقراری الزام در اطلاع یافتن از دلایل دستگیری و بازداشت آن است که بازداشت شده بتواند این دلایل را به چالش کشیده و به مشروعیت بازداشت خود اعتراض نماید. برای تأمین این هدف لازم است که دلایل بازداشت، مشخص و در بردارنده توضیحات واضح در مورد مبانی حقوقی و واقعی بازداشت و یا توقیف باشد. برای مثال، کمیته حقوق بشر حکم داد که «اطلاع دادن ساده به بازداشت شده‌ای که تحت اقدامات فوری امنیتی بازداشت شده است، بدون اشاره به ماهیت شکایتی که علیه وی مطرح شده است به معنی رعایت حق اطلاع از دلایل بازداشت و دستگیری نیست». کمیته حقوق بشر همچنین رسیدگی و اعلام نظر کرد که اگر متهم در زمان بازداشت خود صرفاً مطلع شده باشد که به دلیل تحقیقات مربوط به قتل عمد در بازداشت است و برای چند هفته وی از دلایل مشروح بازداشت خود، اعم از وقایع مربوط به جرمی که وی به دلیل آن بازداشت شده و هویت قربانی، مطلع نشود نقض ماده ۹(۲) میثاق حقوق مدنی سیاسی است. در دادگاه اروپایی، ماده ۵ بند ۲ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر تشریح و مقرر شد که هر شخص بازداشت شده باید «به سادگی و به زبان غیر فنی که برای وی قابل دریافت باشد از دلایل

حقوقی و واقعی بازداشت خود مطلع گردد، به گونه‌ای که اگر مناسب تشخیص داد، در دادگاه به مشروعیت آن دلایل اعتراض نماید». (افتخار جهرمی، ۱۳۷۸: ۱۱۵)

بنابر تجزیه و تحلیل حقوقی، الزام بر اطلاع فوری از اتهام کیفری برای نیل به دو هدف اساسی است: اول این که این امر موجب خواهد شد که تمامی افرادی که دستگیر شده و یا تحت بازداشت قرار دارند بتوانند به مشروعیت دلایل دستگیری و بازداشت خود اعتراض نمایند، این امر هدف اصلی ایجاد حمایتی است که در ماده ۹ بند ۲ میثاق حقوق مدنی و سیاسی و مواد دیگری معاهدات منطقه‌ای^۱ مندرج می‌باشد. دوم این که این امر به همه اشخاص متهم صرف نظر از این که بازداشت شده‌اند یا خیر، امکانی برای تدارک دفاع خواهد داد. این اطلاعات ضروری برای تدارک دفاع، باید صریح و روشن باشد لیکن اطلاعاتی که بلافاصله پس از بازداشت ارائه می‌شوند نیازی به چنین صراحتی ندارند. حق دادخواهی از حقوق اولیه بشر است و هیچ نهادی حق سلب چنین حقی را ندارد اعلامیه جهانی حقوق بشر و میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی در کنار قانون اساسی به این مهم اشاره می‌کنند. (صادقیان، ۱۳۸۲: ۶۳) معمولاً افراد از اتهامات خود از طریق احضاریه اطلاع می‌یابند. غیر از جرایم و شرایطی که به موجب قوانین داخلی، دستگیری پیش از ابلاغ احضاریه برای آنها تجویز شده، بر گه احضاریه برای اطلاع متهم از اتهام و زمان حضور در محکمه لازم است که قوانین داخلی چگونگی و کیفیت آن را تعیین کرده‌اند. درباره حق اطلاع از اتهام ماده‌ای در میثاق حقوق مدنی و سیاسی قابل توجه است. بند دوم ماده ۹ این میثاق به «حق دریافت اخطاریه» یا اطلاع از اتهام اندکی پس از دستگیری (نه پیش از آن) اشاره دارد که فرد را محق می‌داند تا در اسرع وقت پس از دستگیری از اتهاماتی که علیه او اقامه شده مطلع شود. از آنجا که پس از دستگیری واژه احضار یا اخطار مفهوم واقعی خود را از دست می‌دهد به جای آن شایسته‌تر است «اطلاعیه» به کار برده شود

۱ - ماده یک بند ۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، ماده یک بند ۷ کنوانسیون آمریکایی، ماده ۶ کنوانسیون

و به نظر ترجمه منطقی تری از بند مذکور در میثاق است. ماده پیش گفته (بند ۲ ماده ۹ میثاق) از این قرار است: «هر کس دستگیر شود باید در موقع دستگیری از جهات (علل) آن مطلع شود و در اسرع وقت اختاریه ای (اطلاعیه ای) دایر به هر گونه اتهامی که به او نسبت داده می شود، دریافت دارد.» در واقع، میثاق، حق دریافت اطلاعیه پس از دستگیری را از حق اطلاع به هنگام دستگیری مجزا کرده است. از این رو، می توان دریافت اختاریه را در این ماده، پس از دستگیری اطلاق کرد. اولاً ابتدای ماده با «هر کس دستگیر می شود» شروع شده و جمله دوم که پیرامون حق مذکور است با «و او عطف به جمله اول متصل شده و ثانیاً نمی توان تصور کرد قسمت اول بند ۲ به لزوم اطلاع متهم هنگام دستگیری اشاره کند و در قسمت دوم به پیش از دستگیری باز گردد و بر لزوم دریافت احضاریه یا اختاریه پیش از دستگیری پیرا از چرا که در این صورت، به نظر می رسد دو جمله این بند از ماده ۹ باید جای یکدیگر بنشینند؛ لذا فرد زندانی حق دارد در اسرع وقت از موضوع اتهامی خود و دلایل آن آگاه شود. در «اصولی درباره بازداشت» اصل ۱۰ کاملاً مشابه بند ۲ ماده ۹ میثاق حقوق مدنی و سیاسی است. اصل ۱۳ ق.ا. از اصولی درباره بازداشت نیز بر حق اطلاع پس از زندانی شدن تاکید دارد. این اصل اینچنین است: «هر کس باید به هنگام دستگیری و در شروع بازداشت یا حبس یا بلافاصله پس از آن، از طریق مقام مسؤول دستگیری، بازداشت یا حبس، اطلاعات و توضیحاتی در مورد حقوقش و نحوه استفاده از این حقوق دریافت دارد.» درباره حق اطلاع پس از دستگیری کمیته حقوق بشر نیز به این نتیجه رسیده است که «هدف از الزام به اطلاعیه آن است که چنانچه شخص معتقد است دلایل ارائه شده بی اعتبار یا بی اساس هستند بتواند گام های فوری جهت آزادی اش بردارد. به منظور اجرای این هدف اطلاعیه باید به اندازه کافی نسبت به داده ها و قانونی بودن دستگیری اش اظهار نظر نماید.» قوانین ایران نیز به فرد زندانی حق می دهد تا از اتهامات خود و دلایل دستگیری در اسرع وقت اطلاع یابد. این قصد قانونگذار در وضع قوانین مربوط به ارائه برگ جلب هنگام دستگیری، به حضور رسانیدن سریع متهم نزد مقام قضایی و تفهیم اتهام در اسرع وقت به آن استنباط می شود.

اگر چه به ارائه برگ اخطاریه یا اطلاعیه به متهم پس از دستگیری و دریافت این اطلاعیه توسط متهم اشاره صریحی نشده اما اطلاع متهم از اتهامات خود و دلایل آن پس از زندانی شدن به طرق دیگر تأمین شده است. صدر ماده ۱۲۰ ق.آ.د.ک. می گوید: «مأمور جلب پس از ابلاغ برگ جلب، متهم را دعوت می نماید که با او نزد قاضی حاضر شود...» و ماده ۱۲۷ قاضی را مکلف می داند تا بلافاصله پس از حضور یا جلب متهم، تحقیقات را شروع و در صورت عدم امکان (بلافاصله بودن شروع تحقیقات) حداکثر ظرف مدت ۲۴ ساعت مبادرت به تحقیق نماید و الا بازداشت فرد غیر قانونی تلقی خواهد شد. در همین راستا، در بخشی از ماده ۱۲۹ ق.آ.د.ک. آمده است که قاضی باید قبل از شروع تحقیق موضوع اتهام و دلایل آن را به صورت صریح به متهم تفهیم کند. در واقع تفهیم اتهام و دلایل آن پیش از شروع تحقیق است. شروع تحقیق هم باید بلافاصله پس از حضور یا جلب متهم یا در صورت غیر ممکن بودن حداکثر ۲۴ ساعت پس از آن باشد. لذا قوانین موجود اطلاع متهم «در اسرع وقت» از موضوع اتهام و دلایل مربوطه را پس از دستگیری تأمین کرده اند. البته به نظر می رسد بهتر بود به شروع تحقیقات پس از حداکثر ۲۴ ساعت و در صورت غیر ممکن بودن شروع بلافاصله، قید موجه بودن هم افزوده می شد و می آمد: «در صورت غیر ممکن بودن و موجه بودن عدم شروع بلافاصله تحقیقات توسط قاضی حداکثر ۲۴ ساعت بعد می تواند مبادرت به تحقیق نماید.» با توجه به این که قانونگذار ایران به ابلاغ احضاریه برای احضار، ارائه برگ جلب برای دستگیری، حضور سریع تر قاضی، تفهیم اتهام بلافاصله و شروع تحقیق و... اشاره دارد اما در عین حال در مواردی هم نادیده انگاشتن اجرای قانون در این زمینه ها را شاهدیم. مشکل نقض برخی از مقررات اختصاص به ایران ندارد و حتی در جوامع دموکراتیک نیز مصادیقی از آن مشاهده می شود. از این رو، وجود سازو کارهای کنترلی شدیدتر به کاهش بیشتر نقض این حقوق می انجامد. (نیاورانی، ۱۳۸۸: ۳۲)

اما در مورد تفهیم اتهام غیابی به متهم در مقررات دادرسی کیفری و اساسنامه دیوان کیفری

بین المللی دارای شباهت‌ها و تفاوت‌هایی است که ناشی از سیستم حقوقی حاکم بر هر دو مرجع قانونی است. از یک سو، سیستم قضایی ایران ملهم از سیستم تفتیشی می‌باشد؛ یعنی تحقیقات محرمانه، مکتوب، سری، غیر ترافیعی و توسط باز پرس انجام می‌گیرد. اما اساسنامه دیوان، در صدد تعادل بین سیستم تفتیشی و ترافیعی می‌باشد و تحقیقات آن توسط دادستان صورت می‌گیرد. در عین حال، هر چند در اساسنامه دیوان چنین شرطی یعنی «تفهم اتهام غیابی» پیش‌بینی شده است و این امر به ظاهر تلاشی در جهت تأمین حقوق متهم و یا تسریع در امر تعقیب و تحقیق می‌باشد، اما دارای ایرادتی می‌باشد:

اول این که؛ مشخص نیست که آیا کاربرد چنین تفهم اتهامی با اجرای عدالت و اصول حاکم بر تحقیقات مقدماتی سازگار است؟

دوم، آیا تفهم اتهام غیابی به فردی که بزه منتسب به وی می‌باشد، به فرض حضور و کیل مدافع وی، با اصل تساوی امکانات بین دادستان و متهم و... در مغایرت نمی‌باشد؟^۱

۲-۱- حق اطلاع از حقوق

میثاق حقوق مدنی و سیاسی در بند یک ماده ۱۴ بیان می‌نماید که به منظور اعمال حقوق از سوی هر شخص، لازم است وی از وجود این حقوق مطلع گردد. هر شخصی که دستگیر و یا مورد بازداشت قرار می‌گیرد، از حق اطلاع از حقوق خود و توضیحی در مورد این که چگونه این حقوق را می‌تواند به موقع اجرا گذارد و از منافع آن منتفع گردد، برخوردار است. برای مؤثرتر بودن و اجرایی شدن این حقوق لازم است، اطلاعات به زبانی که شخص می‌فهمد، ابلاغ گردد. هر شخصی که دستگیر و یا بازداشت می‌گردد و یا با اتهامی مواجه می‌شود و قادر به فهم و یا تکلم به زبانی که از سوی مقامات مورد استفاده قرار می‌گیرد نیست، حق دارد از موضوع به زبانی که

۱ - اصل تساوی امکانات بین دادستان و متهم یعنی الزام مرجع قضایی به فراهم آوردن شرایط دفاع برابر برای طرفین دعوا جهت ارائه دفاعیات خویش.

حقوق خود و چگونگی استفاده از آنها را می‌فهمد، مطلع گردد. وی همچنین حق دارد تا به صورت کتبی نسخه‌ای از دلیل بازداشت، زمان بازداشت و انتقال به محل بازداشت، تاریخ و زمانی که وی نزد قاضی و دیگر مقاماتی که وی را دستگیر و یا بازداشت کرده‌اند حاضر می‌شود و محلی که در آن نگهداری می‌شود، در اختیار داشته باشد. در حقوق داخلی، در این خصوص و حق اطلاع یافتن از حقوقی که متهم در فرایند دادرسی دارد مقرر و قانونی نمی‌توان یافت لیکن در لایحه جدیدی که در خصوص آیین دادرسی کیفری در دست تدوین است مقرره‌ای پیش‌بینی شده است که اعلام می‌دارد: «متهم، بزه دیده و شاهد باید از حقوق خود در جریان دادرسی آگاه شود و ساز و کارهای رعایت و تضمین این حقوق فراهم شود.»؛ از این رو، متهم حق خواهد داشت که پس از دستگیری از طریق مقامات صالح که آزادی او را سلب کرده‌اند حقوق خود را جویا شود و تکلیف مأمورین مذکور به اطلاع رسانی الزامی است. (رحمدل، ۱۳۸۹: ۵۷)

۱-۳- حق بر سکوت و اعلام آن

شق «ز» بند ۳ ماده ۹ «میثاق بین الملل حقوق مدنی و سیاسی» به حق بر سکوت متهم تصریح کرده است. (بابک مسعودی، ۱۳۷۴: ۱۱۴)

حق سکوت متهم در اثنای بازجویی به نحو تلویحی مورد قبول مقنن است و قضات تحقیق و ضابطین دادگستری مکلف به رعایت این حق هستند. متهم باید بداند که می‌تواند به سؤالات پاسخ نگوید و سکوت او، نمی‌تواند عواقب کیفری داشته باشد. این حق خصوصاً در شرایط فقدان وکیل که متهم ناآشنا با قوانین ممکن است اغفال شود یا دچار توهم و تناقض‌گویی گردد وسیله دفاع از متهم است. تنها حضور وکیل است که می‌تواند سخن گفتن را برای متهم مناسب سازد. لذا حق سکوت متهم در پاسخگویی به پرسش‌های قضات و ضابطان دادگستری به هنگام بازجویی در نظام‌های دادرسی کیفری پذیرفته شده است. قسمتی از ماده ۱۲۹ ق.آ.د.ک. این حق به رسمیت شناخته شده است؛ «چنانچه متهم از پاسخ دادن امتناع نماید، امتناع او در صورت مجلس

قیدمی شود.» اما از سویی دیگر، اجازه تمدید بازداشت و اجازه جلوگیری از حضور و کیل به قاضی راه را برای بازداشت طولانی و فشار بر متهم برای عدول از حقوق خود هموار می کند. لذا جلوگیری از بازداشت های طولانی و الزامی کردن حضور و کیل می تواند سایر حقوق قانونی متهم را استیفا کند. اجازه تمدید بازداشت فقط در جرایم سنگین مانند قتل و جاسوسی (آن هم تا مدت محدود و معینی) میسر است مشروط به آنکه طبق ماده ۱۲۴ ق.آ.د.ک.، دلایل کافی برای بازداشت، قبل از احضار متهم فراهم شده باشند نه این که در بازداشتگاه این دلایل تدارک شوند. (مسعودی، ۱۳۷۴: ۱۱۶)

سکوت در لغت عبارت از خودداری از گفتن و حرف نزدن و خاموشی است. در مفهوم حقوقی نیز سکوت یعنی عدم اعلان اراده صریح باطنی و البته امری، سلبی است. چرا که سکوت چیزی جز عدم نمی باشد. بر سکوت در حوزه اخلاق و مذهب آثاری مترتب است که در حقوق، آن آثار بر سکوت مترتب نیست. حق متهم برای سکوت در طول مرحله بازداشت و دادرسی ناشی از اصل برائت است و برای حمایت از حق ممنوعیت اعتراف به جرم و اظهار علیه خود می باشد. حق ساکت ماندن در طول بازجویی از جمله حقوق افراد است؛ مقامات اغلب در مواقع بازداشت بهترین فرصت را برای اعتراف و یا خود مجرم خوانی متهم بدست می آورند و سکوت در این مرحله بهترین روش برای از بین بردن این تلاش ها می باشد. حق بر سکوت در بسیاری از سیستم های حقوقی وارد شده است. (صادقیان، ۱۳۸۲: ۵۲) دادگاه اروپایی اعلام داشته است که اگر چه در ماده ۶ کنوانسیون اروپایی تصریح نشده است لیکن شکی وجود ندارد که حق ساکت ماندن در زمان بازجویی پلیس و مصونیت در مقابل خود مجرم خوانی عموماً از سوی استانداردهای بین المللی که در بطن مفهوم رویه عادلانه که بر اساس ماده ۶ کنوانسیون ایجاد می گردد، قرار دارد.

در حقوق ایران، با عنایت به قسمت اخیر ماده ۱۲۹ ق.آ.د.ک. که مقرر می دارد: «چنانچه متهم از دادن پاسخ امتناع نماید، امتناع او در صورت مجلس قید می شود.» حق سکوت متهم در اثنای بازجویی به

نحو تلویحی مورد قبول مقنن قرار گرفته است و قضات تحقیق و ضابطان دادگستری مکلف به رعایت این حق خواهند بود. لذا متهم موظف نیست تا به پرسش‌هایی که توسط پلیس یا باز پرس مطرح می‌شود و هدفی جز اثبات مجرمیت وی ندارد پاسخ گوید و مآلاً قاضی تحقیق را در اجرای وظیفه اش که همانا اثبات وقوع و انتساب جرم است، یاری رساند و این حق او باید در اسرع وقت اعلام شود. (قربان حسینی، ۱۳۷۶: ۱۱۱)

اکراه و اجبار متهم در پاسخ به پرسش‌ها در حین بازجویی، از مصادیق بارز تجاوز به حقوق دفاعی متهمان است. اکراه و اجبار متهمان برای اخذ اقرار از طریق اعمال شکنجه‌های جسمی یا روحی صورت می‌گیرد. شکنجه متهمان در اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای حقوق بشر به شدت ممنوع شده است. مهم‌ترین کنوانسیون بین‌المللی در این زمینه، کنوانسیون منع شکنجه و دیگر روش‌های موجود در اثنای تحقیقات و بازجویی مصوب ۱۹۸۴ سازمان ملل متحد است. ماده یک کنوانسیون مزبور در تعریف شکنجه مقرر می‌دارد: «واژه شکنجه به هر عملی اطلاق می‌شود که عمداً درد یا رنج‌های جانکاه جسمی یا روحی به شخص وارد آورد، خاصه به قصد این که از این شخص یا شخص ثالث، اطلاعات یا اقرارهایی گرفته شود یا به اتهام عملی که این شخص یا شخص ثالث مرتکب شده یا مظنون به ارتکاب جرم است، تنبیه گردد یا این شخص یا شخص ثالث مرعوب یا مجبور شود و یا به هر دلیل دیگری که مبتنی بر شکلی از اشکال تبعیض باشد، منوط بر این که چنین درد و رنج‌هایی به دست کارگزار دولت یا هر شخص دیگر که در سمت رسمی مأمور دولت بوده است یا به ترغیب یا با رضای صریح یا ضمنی او تحصیل شده باشد. این واژه درد و رنج‌هایی را که منحصر از اجرای مجازات‌های قانونی حاصل می‌شود و ذاتی یا مسبب چنین مجازات‌هایی است در بر نمی‌گیرد.» اصل «۳۸» ق.ا. در مقام منع اعمال شکنجه متهم در اثنای بازجویی می‌گوید: «هرگونه شکنجه برای گرفتن اقرار و یا کسب اطلاع ممنوع است. اجبار شخص به شهادت، اقرار یا سوگند مجاز نیست و چنین شهادت و اقرار و سوگندی فاقد ارزش و اعتبار است. متخلف از این اصل طبق قانون مجازات می‌شود.» (یوزان، ۱۳۷۸: ۱۵)

در کتاب‌های فقهی آمده است: اقرار شخص فقط علیه خودش معتبر است، پس اقرار او علیه دیگران و همچنین به نفع خود یا دیگری معتبر نیست. در ماده ۱۲۷۸ ق.م. نیز که ملهم از قوانین اروپایی است مدلول حکم فقهی مذکور چنین آمده است: «اقرار هر کس فقط نسبت به خود آن شخص و قائم مقام او نافذ است و در حق دیگری نافذ نیست مگر در موردی که قانون آن را ملزم قرار داده باشد».

(امیدی، ۱۳۸۳: ۴۶)

۴-۱- حق داشتن وکیل و اعلام آن

میثاق حقوق مدنی و سیاسی ۱۹۶۶ شق «ب» و «د» بند ۳ ماده ۱۴، حق داشتن وکیل را به شرح زیر پیش‌بینی کرده است؛ بند ۳: هر کس متهم به ارتکاب جرمی شود با تساوی کامل حداقل حق تضمین‌های زیر را خواهد داشت ... ب: وقت و تسهیلات کافی برای تهیه دفاعیه خود و ارتباط با وکیل منتخب خود داشته باشد و در محاکمه حاضر شود و شخصاً یا وسیله وکیل منتخب از خود دفاع کند و در صورتی که وکیل نداشته باشد حق داشتن وکیل به او اطلاع داده شود و در مواردی که مصالح دادگستری اقتضا کند از طرف دادگاه رأساً برای وی وکیلی تعیین شود که در صورت عجز او از پرداخت حق الوکاله، هزینه‌ای نخواهد داشت. از جمله دیگر کنوانسیون‌هایی که به حق داشتن وکیل استناد کرده‌اند کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو مربوط به حقوق مخاصمات مسلحانه ۱۹۴۹، کنوانسیون حقوق کودک ۱۹۸۹، کنوانسیون منع شکنجه و دیگر رفتارها و مجازات تحقیر آمیز ۱۹۸۴ می‌باشند همان گونه که قانونگذار اجازه داده که در مواقع خطر جانی یا مالی هر شخصی بتواند با استفاده از ابزارهای قانونی از خود دفاع کرده و خطر را از خودش دور کند و در واقع، به او اجازه دفاع مشروع داده است، در امور حقوقی نیز چنانچه شخصی در مواجهه قضایی [نگارندگان از آن به «حمله» تعبیر نموده‌اند] قرار گیرد (یعنی دعوایی کیفری یا حقوقی علیه وی مطرح شود) حق دارد با استفاده از ابزارهای مناسب قانونی از حقوق خود دفاع کند. به عبارت دیگر، چون در این صورت حمله انجام شده به چنین شخصی

(مثلاً ایراد اتهام) با توجه به ابزارهای قانونی صورت می‌گیرد و معمولاً اشخاص معمولی با مسایل قانونی و زیربوم‌های حقوق خود آشنا نیستند باید امر دفاع را کسی که مسلط به قوانین جاریه مملکت باشد به عهده گیرد تا بتواند دفاعی مناسب حمله (یعنی ایراد متهم) به عمل آورد. یعنی انتخاب و کیل، در واقع، برای استیفای حق دفاع است که از حقوق اولیه هر شهروند ایرانی است و تنها و کیل می‌تواند چنین حقی را به نحو احسن استیفا کند و به همین دلیل، در اغلب سیستم‌های حقوقی مدرن جهان امروز همراه داشتن و کیل در کلیه مراحل تحقیق و رسیدگی و در امور حقوقی از حقوق اولیه هر شخص است. در قانون آیین دادرسی مانیز چنین حقی برای طرف‌های دعوا در نظر گرفته شده است و نه تنها متهم حق دارد که از و کیل استفاده کند بلکه دادسرا و دادگاه‌ها هم مکلف شده‌اند که اگر متهمی و کیل نداشت برای او امکانات استفاده از و کیل را فراهم کنند. (امیدی، ۱۳۸۳: ۷)

در مراحل مختلف دادرسی، از مرحله تحقیقات مقدماتی تا مرحله صدور حکم، تلاش برای احیای حقوق فردی و اجتماعی مدنظر است و در این صورت، دفاع از مواضع و حقوق برای هر یک از مدعیان، امر حقی به نظر می‌رسد. این چنین دفاعی البته نیازمند توانایی‌های علمی و فنی خاصی است که از عهده هر کسی، بر نمی‌آید.

در امور کیفری، همانگونه که دستگاه قضایی اشخاص حقوق دان و مطلع همچون قضات تحقیق را در اختیار دارد تا به نمایندگی از سوی جامعه، افراد را تحت تعقیب کیفری قرار دهند و با تشخیص و مهارت خود در تمام مراحل دادرسی از حقوق عمومی دفاع نمایند، بسیار بجاست که افراد نیز به نحو متقابل چنین حقی را دارا باشند و به منظور دفاع از خود و رد اتهامات وارده اقدام نمایند، تا تعادل میان طرفین این دعوای عمومی حفظ شود. (بوشهری، ۱۳۴۵: ۲۸)

بنابر این، داشتن و کیل در کلیه دعوای از حقوق اولیه هر فرد محسوب می‌شود. بر اساس اصل ۳۵ق.ا. «در همه دادگاه‌ها، طرفین دعوی حق دارند برای خود و کیل انتخاب نمایند و اگر توانایی انتخاب و کیل را نداشته باشند باید برای آنها امکانات تعیین و کیل فراهم گردد.» در این

ارتباط، فصل دوم از باب دوم قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (مواد ۱۸۵ تا ۱۸۷)
(مقرراتی را بیان نموده است؛

از جمله این که:

۱- در کلیه امور جزایی طرفین دعوا می‌توانند و کیل یا وکلای مدافع خود را انتخاب و معرفی نمایند...» (ماده ۱۸۵)

۲- متهم می‌تواند از دادگاه تقاضا کند و کیلی تعیین نماید؛ چنانچه دادگاه تشخیص دهد متهم توانایی انتخاب و کیل را ندارد... و کیلی برای متهم تعیین خواهد نمود و در صورتی که وکیل درخواست حق الوکاله نماید... حق الوکاله... از ردیف مربوط به بودجه دادگستری پرداخت خواهد شد» (ماده ۱۸۶)

۳- در جرایمی که مجازات آن به حسب قانون، قصاص نفس، اعدام، رجم و حبس ابد می‌باشد چنانچه متهم شخصاً و کیل معرفی ننماید تعیین و کیل تسخیری^۱ برای او الزامی است مگر در خصوص جرایم منافی عفت که متهم از حضور یا معرفی و کیل امتناع ورزد (تبصره یک ماده ۱۸۶) اصل ۳۴ ق.ا.، حق دادخواهی را به رسمیت شناخته است و تخلف از این اصل را سلب حقوق اساسی فرد می‌شناسد. (قاضی شریعت پناهی، ۱۳۸۴: ۲۷۷-۲۸۰)

۵-۱- حق دفاع متهم

هر متهم به جرم کیفری حق دارد از خود در برابر اتهامات دفاع کند (بند یک ماده ۱۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر) «د» بند ۳ ماده ۱۴ میثاق حقوق مدنی و سیاسی، برای این که حق دفاع مؤثر باشد متهم باید حق حضور در دادرسی را داشته باشد، در این راستا، متهم حق دارد از مساعدت حقوقی و کیل انتخابی خود برخوردار شود. حق برخورداری از مساعدت حقوقی

۱ - وکیل تسخیری (Advocated office) عبارت از وکیلی است که بدون قرارداد با موکل، از طرف دادگاه (در امور کیفری) و از طرف کانون وکلا (در امور مدنی) و کالت به او ارجاع شده است. (ر.ک.: جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، ص. ۷۵۳، ش. ۶۰۶۲ / وکالت انتخابی)

و کیل عبارت است از حق انتخاب و کیل یا در مواردی که اجرای عدالت ایجاب می کند باید و کیل تسخیری برای او تعیین شود. به علاوه، باید به متهم فرصت هایی برابر با دادستان برای طرح شکایت از جمله حق احضار و بازجویی از شهود داده شود. شق «ج» بند یک ماده ۷ منشور آفریقایی نیز با بیان این که هر فردی حق دارد اتهامش به او تفهیم شود. این حق را در بند «ج» ماده فوق شامل حق دفاع من جمله حق دفاع توسط و کیل انتخابی فرد می داند. حمایت از حق دفاع متهم در دادرسی کیفری در حقیقت تضمین رعایت حقوق طبیعی اشخاص به ویژه حق حیات و آزادی ایشان است. حقوق مزبور با خمیرمایه شخصیت افراد با قطع نظر از اختلافات فرهنگی، اعتقادی، نژادی و مانند آن عجین شده است. به عبارت دیگر، برای دفاع متهم حد و حصری وجود ندارد. باید این امکان وجود داشته باشد که متهم شخصاً یا به وسیله و کیل خود هفته ها و ماه ها دفاع کند. نباید برای دفاع محدودیت وجود داشته باشد. (قربان حسینی، ۱۳۷۶: ۶۹)

قوانین اساسی و عادی کشورها نباید و اساساً نمی تواند چنین حقوقی را نقض و یا به روش های خلاف عقل و اصول دادرسی منصفانه محدود سازد. از این رو وظیفه قانونگذار این است که به تبع الزام به حفظ حقوق طبیعی، حق دفاع متهم و آثار و لوازم آن را به عنوان تضمین حقوق مزبور به رسمیت شناخته و مجدانه به حمایت از آنها بپردازد. حمایت از حق دفاع مستلزم تصویب قوانینی بر اساس اصول دادرسی منصفانه است که ضمن احترام عمیق به آزادی بیان متهم در رسیدگی به امر کیفری، وسایل و امکانات کافی لازمه دفاع از اتهام را تدارک نماید.

(ناصرزاده، ۱۳۷۳: ۱۲۵)

طبق بند ۳ ماده ۴ میثاق حقوق مدنی و سیاسی، شخصی را که به اتهام ارتکاب جرم در بازداشت به سر می برد، نمی توان مجبور به اعتراف به جرم و یا اظهار علیه خود کرد. این اصل در ماده ۲ بند ۸ کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر، ماده ۲ بند ۲۱ اساسنامه دیوان بین المللی یوگسلاوی سابق، ماده ۴ بند ۲۰ اساسنامه دیوان بین المللی رواندا، ماده یک بند ۵۵ اساسنامه دیوان کیفری بین المللی نیز مطرح شده است. (گلدوزیان، ۱۳۸۹: ۱۲۵) این حق، هم در زمان پیش از دادرسی و هم در مراحل دادرسی به موقع اجرا گذارده خواهد شد. کمیته حقوق بشر

اظهار داشته است که اجبار برای تهیه اطلاعات، اجبار به اعتراف و اخذ اعتراف از طریق شکنجه یا بد رفتاری ممنوع است. این کمیته ادامه می‌دهد که عبارت بندی ماده ۱۴ بند ۳ مبنی بر این که هیچ کس را نمی‌توان مجبور به شهادت علیه خود و یا اعتراف نمود، می‌باید به معنی فقدان فشارهای فیزیکی و روانی مستقیم و یا غیر مستقیم مقامات تعقیب کننده نسبت به متهم، برای کسب اعتراف به جرم، تعبیر کرد. اولویت داشتن نوعی رفتار با متهم در مخالفت با ماده ۷ میثاق به منظور کسب اعتراف غیر قابل قبول خواهد بود. دادگاه اروپایی مشخص نمود که حق عدم خود مجرم خوانی تا آنجا توسعه نمی‌یابد که موادی همچون اسناد، تنفس، خون، ادرار و بافت‌های بدن به منظور آزمایش DNA را که از متهم و از طریق اعمال اختیارات قهر آمیز که خللی در اراده مظنون وارد نمی‌آورد، از روند دادرسی مستثنا نماید. (قربان حسینی، ۱۳۷۶: ۱۰۶)

در اصل ۳۸ ق.ا. نیز اشاره شده است که: «هر گونه شکنجه برای گرفتن اقرار و یا کسب اطلاع ممنوع است. اجبار شخص به شهادت، اقرار یا سوگند مجاز نیست و چنین اقرار و سوگندی فاقد ارزش و اعتبار است. متخلف از این اصل طبق قانون مجازات می‌شود.»

مقنن جمهوری اسلامی ایران در ماده ۸۱۰ ق.م.ا. اجبار به اقرار را قابل مجازات می‌داند و حکم به مجازات مرتکبین داده است و در ماده ۱۹۷ ق.ا.د.ک. ۱۳۷۸ نیز تلویحاً اجبار متهم به دادن جواب از سوی قاضی مردود اعلام شده است. از لحاظ فقهی، تعزیر برای گرفتن اقرار خواه از طریق حاکم شرع، خواه از سوی دیگران، ممنوع است و حاکم شرع جایز نیست دستور آزار بدنی متهم را به منظور اخذ اقرار بدهد. قانونگذار در بند ۹ ماده واحده قانون حقوق شهروندی با توجه به منابع فقهی و قانونی، شکنجه را ممنوع اعلام داشته و اقرارهایی که وسیله شکنجه اخذ شده را نیز غیر قانونی و بدون حجت شرعی می‌داند. (گرگی، ۱۳۸۲: ۶۳)

۶-۱- حق بازبینی قضایی قانونی بودن بازداشت

با عنایت به لزوم رعایت اصل برائت، در نظام‌های دادرسی کیفری به منظور حمایت از اصل مزبور الزامات مخصوص در کلیه مراحل رسیدگی مقرر شده است. از جمله این الزامات لزوم اثبات اتهام توسط مقام تعقیب و شاکی خصوصی از طریق تحصیل و ارائه دلایل قانونی و مشروع و منطبق با موازین دادرسی منصفانه نزد مقامات قضایی تحقیق و رسیدگی است.

(اشرفی، ۱۳۸۳: ۱۱۰)

لذا امر بازجویی نیز که یکی از اقدامات حساس مرحله تحقیقات مقدماتی است، متوقف بر تحصیل و ارائه دلیل کافی مبنی بر توجه اتهام به متهم از سوی مقام تعقیب و شاکی خصوصی است. در حقوق کیفری ایران هر چند متنی که به صراحت این مطلب را بیان کند، به چشم نمی خورد، لیکن؛ اولاً؛ با عنایت به این که حسب صراحت ماده ۱۲۴ ق.آ.د.ک، قاضی نباید کسی را احضار یا جلب کند، مگر این که دلایل کافی برای احضار یا جلب داشته باشد و احضار یا جلب بر حسب مورد مقدمه ضروری تحقیق از متهم است، بنابراین به طریق اولی بازجویی از متهم نیز باید مسبوق به دلایل کافی باشد. ثانیاً؛ همان گونه که خواهیم دید، حسب ماده ۱۲۹ ق.آ.د.ک، «تفهیم اتهام باید همراه با ذکر دلایل باشد و چون امر تفهیم اتهام نیز از تضمینات قبل از شروع اتهام است، لذا وجود دلایل کافی برای شروع به اتهام ضرورت خواهد داشت. (افتخار جهرمی، ۱۳۷۸: ۱۷۱)

۲- تکالیف قوه قضائیه در برابر متهم

در اسناد بین المللی^۱ دادگاه مستقل لازمه تضمین امنیت افراد عنوان شده است. وقتی که قضات، در مقام دادرسی، صرفاً بر اساس موازین قانونی و دستورات وجدانی خود، به دور از هرگونه نفوذ یا فشار بیرونی و درونی مبادرت به صدور حکم نمایند دارای امنیت و استقلال قضایی هستند. قانون اساسی کشور ما نیز، با درک این موضوع، با اعلام این که «قوه قضائیه قوه‌ای است مستقل که پشتیبان حقوق فردی و اجتماعی و مسؤول تحقق بخشیدن به عدالت... است» ساز و کارهای لازم برای تأمین استقلال قضایی مقرر داشته است. (موسی زاده، ۱۳۸۸: ۷)

۱- استقلال قضایی: استقلال قضایی از جهات و جوانب ذیل قابل توجه است:

۱-۱- قضات در انجام وظیفه دادرسی نباید تحت فشار و اعمال نفوذ دیگر قوای حاکم باشند. زیرا مشاهده می شود که دستگاه های عمومی، به ویژه قوه مجریه، با بهانه قرار دادن منافع و مصالح عمومی، در مقابل دستگاه قضایی ایستادگی نموده و حتی به فرض صدور حکم

۱- الف) ماده ۱۰ اعلامیه جهانی حقوق بشر ب) بند یک ماده ۱۴ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی؛

ج) ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق بشر و آزادی های اساسی

محکومیت، نسبت به آن تمکین نمی کنند. اصل تفکیک قوا و عدم تسلط قانونی ناشی از آن بر قوه قضائیه تأمین کننده این مقصود می باشد.

۲-۱- اعمال سلسله مراتب اداری را که قوه مجریه به عنوان یک اصل اساسی حاکم است، در امر قضا باید منتفی دانست. زیرا، ممکن است این امر، از طریق دستور مافوق، در وظایف قضایی ایجاد اختلال و عدالت و امنیت را متزلزل سازد.

۳-۱- نظام قضایی باید به تریبی باشد که قضات با تمهیدات قانونی و حمایتی شایسته از دخالت و نفوذ مادی و معنوی قدرتمندان و متنفذین که معمولاً از طریق تهدید یا تطمیع به طور مستقیم یا غیر مستقیم در امور قضایی مورد علاقه خود دخالت می کنند، در امان باشند.

۲-۱- تفهیم اتهام با ذکر دلایل آن

بند ۳ از ماده ۱۴ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی به صراحت متذکر این مطلب شده است که هر کس متهم به ارتکاب جرمی شود باید در اسرع وقت و به زبانی قابل فهم تفهیم اتهام شود. یکی از مهمترین حقوق هر متهم حتی متهمی که در صحنه وقوع جرم و در معرض دید مأموران دستگیر شده، این است که بلافاصله و به طور کتبی نوع اتهام و دلیل یا دلایل آن به وی تفهیم و ابلاغ شود. یعنی فرد دستگیر شده یا متهم باید از همان ابتدای امر بداند که به چه دلیل یا دلایلی و به چه نوع جرمی، مورد اتهام واقع شده است. تفهیم اتهام مهمترین موضوعی است که شاید حقوق دفاعی متهم در مورد آن تضییع شود. تفهیم اتهام شروع دادرسی های جزایی است. دادرسی جزایی از زمان تفهیم اتهام شروع می شود قبل از آن حق نداریم از متهم سؤال کنیم. وقتی می گوئیم تفهیم اتهام، در کشور ماسه رکن به ذهن متبادر می شود. اول تذکر به این که متهم مواظب اظهارات خود باشد، دوم توضیح موضوع اتهام و سوم توضیح دلایل آن است مجموعه این سه رکن را تفهیم اتهام می گوئیم. (رحمدل، ۱۳۸۹: ۱۱۹)

بنابر این یکی از مهمترین حقوق متهم، تفهیم اتهام و دلایل آن به طور کتبی به او است تا با آگاهی از نوع اتهام و دلایل آن، به دفاع از خود بپردازد. مثلاً اگر کسی در تاریخ ۶۸/۲/۱۲ در منزل شخصی کشته شده باشد و آلت قتاله هم اسلحه صاحب منزل باشد و صاحب اسلحه دستگیر شود و به او تفهیم کنند که متهم هستی به قتل! دلیلش هم این که؛ اولاً جسد مقتول در منزل شما پیدا

شده و ثانیاً وسیله ای که مقتول با آن کشته شده، اسلحه متعلق به شماست. حال، اگر متهم در آن تاریخ اصلاً در مسافرت بوده باشد و دلیل هم داشته باشد وقتی از اتهام و دلایل اتهامش آگاه شد، می تواند با ارائه دلیل ثابت کند که در زمان وقوع قتل در منزل نبوده است و معلوم می شود که از اسلحه او فرد دیگری استفاده کرده و باید دنبال قاتل واقعی بگردند. به این ترتیب، سربگی گناهی بالای دار نمی رود و امکان دفاع افرادی گناه میسر می شود. (متقی، ۱۳۷۷: ۲۰۶)

۲-۲- منع تأخیر در تفهیم اتهام

چنانچه دلایل کافی مبنی بر ارتکاب جرم و توجه اتهام به شخص یا اشخاص معینی در اختیار قاضی تحقیق باشد، باید بر حسب مورد به عنوان متهم جهت تحقیق احضار یا جلب شود. اما در رویه قضایی کشورها مشاهده می شود که بعضاً فرد مزبور را به عنوان شاهد یا مطلع احضار و یا جلب کرده و پس از اخذ سوگند اطلاعات لازم را از وی اخذ و مکتوب می نمایند و سپس در همان جلسه با عنایت به دلایل تحصیل شده و اخذ اطلاعات مزبور به عنوان متهم به وی تفهیم اتهام می کنند. این روش خدعه آمیز از مصادیق بارز اخلال در حقوق دفاعی متهمان است. زیرا اطلاعات اخذ شده از سوی شاهد یا مطلع که به همراه اتیان سوگند بوده است، وی را در محذور اخلاقی قرار داده و چه بسا در اظهارات خود اتهامی ناخواسته مطرح کرده است. به علاوه شخص متهم به هنگام شروع بازجویی از تضمینات لازم از جمله حق داشتن وکیل و اعلام آن در هنگام بازجویی برخوردار بوده است که به عنوان شاهد یا مطلع از این حقوق محروم شده است. در حقوق فرانسه، تأخیر از تفهیم اتهام به شیوه مزبور مردود و ممنوع اعلام شده است و این موضوع در بسیاری از کشورها موجب ابطال تحقیقات است. در حقوق ایران، منع تأخیر از تفهیم اتهام با ترفندهایی که مورد اشاره قرار گرفت، منع نشده است و این مطلب می تواند زمینه اخلال در حقوق دفاعی متهمان را فراهم سازد. (بلاندل، ۱۳۸۷: ۷۲)

۲-۳- تضمین حقوق متهم قبل از محاکمه

تحقیقات مقدماتی یکی از مراحل دادرسی کیفری است و در معنای وسیع، به مجموعه اقداماتی اطلاق می شود که از زمان وقوع جرم و شناسایی متهم آغاز و با تدارک پرونده جهت محاکمه او در دادگاه و یا رفع اتهام از وی با رعایت موازین دادرسی منصفانه صورت می گیرد.

لیکن در مفهوم مضیق تحقیقات مقدماتی محدود به اقدامات قاضی تحقیق و یا ضابطان دادگستری به موجب قانون و یا ارجاع قاضی مزبور به ضابطان، در جمع آوری دلایل به نفع یا ضرر متهم، در موارد مصرح قانونی، صدور قرار تأمین جهت جلوگیری از فرار و یا مخفی شدن او و یا امحای آثار جرم و نیز اظهار نظر راجع به بزهکاری و یا بی گناهی او است. ماده ۱۹ ق.آ.د.ک. مصوب سال ۱۳۷۸ با لحاظ معنای موسع مقرر می‌دارد: «تحقیقات مقدماتی مجموعه اقداماتی است که برای کشف جرم و حفظ آثار و ادله وقوع آن و تعقیب متهم از بدو پیگرد قانونی تا تسلیم به مرجع قضایی صورت می‌گیرد. ضابطین دادگستری حق اخذ تأمین از متهم را ندارند.» (امیدی، ۱۳۸۳: ۱۰۲)

دفاع مؤثر متهمان و وکلای ایشان در استناد به حقوق دفاعی مزبور موجب جلوگیری از تعرض به حقوق و آزادی‌های اساسی آنان و صدور قرار منع تعقیب و یا موقوفی تعقیب در مرحله تحقیقات است. بنابراین تحقیق در تبیین مفهوم حقوق دفاعی متهمان و مصادیق آنها از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. (بلاندل، ۱۳۸۷: ۷۲)

۴-۲- رعایت حیثیت، حرمت و کرامت فرد دستگیر شده

احترام به حیثیت ذاتی افراد؛ متهم حق برخورداری از رفتاری منطبق با حیثیت ذاتی انسان را دارد. در ماده ۱۰ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی آمده است درباره کلیه کسانی که از آزادی خود محروم شده‌اند، باید با انسانیت و احترام به حیثیت ذاتی شخص انسان رفتار نمود. انسان دارای حیات دوگانه مادی و معنوی است: حیات مادی به جسم او خلاصه می‌شود؛ اما حیات معنوی، در مبانی فکری و عاطفی او، در ابعاد فردی و اجتماعی به طور وسیع و گسترده قرار دارد، بگونه‌ای که او را از حیوانات جدا می‌سازد. شخصیت وجودی انسان فی الواقع، در حیات معنوی اش متجلی می‌شود و حیات مادی او را از نظر فردی و اجتماعی، تحت الشعاع قرار می‌دهد. انسان خردمند، نسبت به حیات معنوی خود تا آن حد حساس است که برای حفظ و مراقبت از آن حتی ممکن است جان و مال خود را به مخاطره اندازد. حیثیت که مترادف آبرو، اعتبار و شوون اجتماعی می‌باشد، تجلی حیات معنوی افراد در روابط اجتماعی تلقی می‌گردد. بدین جهت است که اصل ۲۲ ق.ا. مصونیت حیثیت را نسبت به سایر موارد در مقام برتری قرار داده است. «در روابط سالم اجتماعی، اصولاً حیثیت افراد مصون است و نگرانی عمده‌ای از

این بابت وجود ندارد.» (متقی، ۱۳۷۷: ۳۸)

مأموران و کسانی که کار تحقیق از متهم را انجام می دهند حق ندارند متهم را در شرایطی قرار دهند که حرمت و کرامت انسانی او تضییع شود بلکه تکلیف دارند که با متهم طوری رفتار کنند که شخصیت انسانی او حفظ شود. زیرا همان طور که گفتیم، متهم کسی است که هنوز جرم او ثابت نشده و ممکن است که حتی بعد از این که تحقیقات تمام شد، حکم برائت او صادر شود. هر چند که اگر مجرم هم شناخته شود، باز مأموران حق ندارند با او به طور غیر انسانی رفتار کنند. و نیز تازمانی که حکم قطعی علیه کسی صادر نشده و ثابت نشده است که مجرم بوده است، هیچ یک از مقامات قضایی حق ندارند که اتهام او را افشا کنند و لطمه به آبرو و حیثیت اشخاص وارد کنند. (صادقیان، ۱۳۸۲: ۵۳)

احترام به حیثیت افراد در هر مقام و موقعیتی که باشند از وظایف افراد و حکومت به شمار می رود. افراد متهم، مجرم، زندانی و تبعید شده نیز در حدود قانون، مشمول این احترام می باشند. بعضی از افراد، به خاطر اتهاماتی که بر آن وارد است، یا جرمی که مرتکب شده اند به موجب قانون در بند و گرفتارند و جسم و جان آنها زیر نظر مقامات حاکم قضایی یا اداری می باشد. بدیهی است که هر گونه رفتار با آنان باید به موجب قانون و حکم عادلانه دادگاه باشد. بنابراین، بیش از مجازات های مقرر، اعمال هر گونه رفتار ناخوشایند، نظیر هتک حرمت، به آنان روا نیست. مرتکبین چنین اعمالی، به خاطر آنکه پارا از ضوابط فراتر گذاشته و حیثیت انسانی را مخدوش نموده اند، مستوجب مجازات خواهند بود. به موجب اصل ۳۹ ق.ا.، «هتک حرمت و حیثیت کسی به حکم قانون، دستگیر، بازداشت، زندانی یا تبعید شده به هر صورت که باشد ممنوع و موجب مجازات است» تصریح قانون اساسی در این مورد، به خاطر آن است که اولاً، فقط قانون باید اجرا گردد، تا دست مسؤولان برای بیش از آنچه که قانون مقرر داشته، بسته باشد و ثانیاً، حساب حیثیت انسانی از حساب جرایمی که افراد مرتکب می شوند، جدا گردد، به ترتیبی که حیثیت یک زندانی، پس از گذراندن دوران قانونی محکومیت، سالم بر جای مانده باشد، تا همانند سایر افراد بتواند به حیات خود در جامعه ادامه دهد. (افتخار جهرمی، ۱۳۷۸: ۱۷۵)

با گذری بر فقه فقها بر این مسأله اتفاق نظر دارند که شکنجه برای گرفتن اقرار، ممنوع است

و چنین اقراری ارزش ندارد، هر چند در میان فقهای اهل سنت عده‌ای هستند که در مواردی شکنجه را برای اقرار تجویز می‌کنند ولی در فقه شیعه نمونه‌ای از تجویز شکنجه یافت نمی‌شود. همچنانکه امام خمینی (ره) در تحریر الوسیله اشاره دارد که: «اقرار وقتی رسمیت دارد که آزادانه باشد و دارای انتخاب و قصد باشد»^۱.

۵-۲- شروط جلب متهم

بند یک ماده ۹ میثاق حقوق مدنی و سیاسی در این مورد عنوان می‌دارد، «هر کس دستگیر می‌شود، باید در موقع دستگیری از علت آن مطلع شود و در اسرع وقت، اختاریه‌ای دایر بر هر گونه اتهامی که به او نسبت داده می‌شود، دریافت دارد». چهار شرط جلب متهم شامل موارد زیر هستند که باید مورد توجه ضابطین قرار بگیرد:

۱- احضاریه به متهم ابلاغ شود؛

۲- نقص در ابلاغ نباشد؛

۳- متهم حضور پیدا نکند؛

۴- عذر موجهی اعلام نکند. (اردبیلی، ۱۳۷۷: ۱۸۲)

اگر این شرایط نبود، باید متهم را مجدداً احضار کنیم. جلب متهم در ساعات شب، ممنوع است مگر در موارد خاص و با دستور و امضای مقام قضایی. باید ورقه جلب را خود قاضی امضا کرده باشد. منظور از تأمین امنیت، این است که متهم احضار شده یا جلب شده در برابر مقام قضایی، مقام امنیتی، یا مقام انتظامی احساس امنیت کند. اولین مرحله ایجاد احساس امنیت این است که طبق قانون به محض حضور متهم بلافاصله از او تحقیق به عمل آید و باید حداکثر ظرف ۲۴ ساعت نوبت به تحقیق از متهم برسد. متهم اعم از این که جلب یا شخصاً حاضر شود نباید دست بند، چشم بند یا پابند داشته باشد. در قوانین ما ورود به منزل و جلب شبانه، ممنوع است. اما قانون راجع به بازجویی شبانه، ساکت است. این ممنوعیت باید جزو بقیه ممنوعیت‌ها اعلام شود. (گر جی، ۱۳۸۲: ۷۵) یا اگر پس از صدور حکم آزادی از سوی مقامات قضایی کماکان در بازداشت بماند، باید بازداشت خودسرانه

۱- موسوی همدانی، سید محمد باقر، معتبر فی الاقرار... الاختیار والقصد...، ترجمه تحریر الوسیله امام خمینی (ره)، ص ۷۱۲

تلقی گردد. کمیته حقوق بشر عبارت خودسرانه مندرج در ماده ۹ بند یک میثاق حقوق مدنی و سیاسی را به این صورت تشریح کرده است که؛ «هم به معنی مخالفت با قانون و هم در تفسیری وسیع مبین نبود اقتضا، بی عدالتی و عدم امکان پیش بینی است.»

کمیسیون آفریقایی حکم داد؛ بازداشت و توقیف گسترده کارمندان دفتری در لایو به ظن استفاده از امکانات دفتری همچون ماشین فکس و فتوکپی برای اهداف غیر اداری تعریف نشده، بازداشت خودسرانه می باشد که با ماده ۶ منشور آفریقایی تعارض دارد. (روشندل، ۱۳۷۴: ۱۱۱)

دستگیری، تحت نظر قرار دادن (چنانچه با سلب آزادی تن همراه باشد)، جلب، توقیف یا بازداشت، حبس، نگهدار در بیمارستان و تیمارستان و مراکز بازپروری و کانون اصلاح و تربیت و اردوی کار و تبعیدگاه، اخفاء، ربودن، بردگی، اسارت. ضمن این که: تبعید، منع اقامت در نقطه یا نقاط معین و نیز از موارد محدودکننده آزادی تن هستند هرگونه سلب آزادی تن افراد بدون مجوز قانونی خلاف استانداردها و معیارهای دادرسی عادلانه و منصفانه است. (اردبیلی، ۱۳۷۷: ۷۵)

۶-۲- بازجویی و تضمینات حقوق دفاعی قبل از شروع بازجویی

بازجویی یا تحقیق از متهم، رکن اساسی تحقیقات جنایی است. هدف از بازجویی، کشف واقعیت مجرمانه و تشخیص اتهام صحیح از نادرست است. بنابراین حداقل یکی از هدف های مهم بازجویی، رعایت حق دفاع متهم است. به نظر می رسد که با توجه به اهمیت حق دفاع متهم در اعمال بازجویی، تعریف جامع آن چنین است بازجویی طرح سؤالات قانونی از متهم یا مظنون به ارتکاب جرم، به منظور کشف واقعیت مجرمانه و تضمین حق دفاع است. (صادقیان، ۱۳۳)

از دیدگاه محققان روانشناسی، پیچیده ترین و حساس ترین مرحله دادرسی، مرحله میانی یعنی بازجویی یا تحقیق و بازپرسی است. اینجا نقطه ای است که روانشناسی و حقوق به شدت درهم می آمیزند. برخلاف مراحل دیگری که بیشتر بار حقوقی دارد، این مرحله، عمدتاً بار روانی دارد. نمی توان بحث بازجویی و حقوق متهم را بدون پیوند عمیق با جنبه های روانی مورد بحث قرار داد بلکه اساساً فلسفه حقوق متهم در مرحله بازجویی، جنبه های روانشناختی دارد. متهمان در این مرحله دچار مشکلاتی نظیر استرس های روانی و بیم از عواقب پرورنده، فراموشی، تلقین پذیری، تناقض گویی و... می شوند. صدها فیلم تلویزیونی و سینمایی در

جهان ساخته شده که این مشکلات را به خوبی به تصویر کشیده‌اند و نشان می‌دهند که در موارد فراوانی یک متهم پس از محکومیت حبس به دلایلی تبرئه شده و اسناد و استشهادات بازجویی و محاکمه مخدوش شده‌اند. در مرحله بازجویی، نابرابری موقعیت روانی بازجو متهم و همچنین این نکته مهم که بازجو می‌داند چه می‌خواهد انجام دهد و چه می‌تواند انجام دهد و چه کلماتی از سوی متهم می‌تواند او را گرفتار یا آسوده کند. اما متهم از این مزیت‌ها محروم است، شرایطی را به وجود می‌آورد که او را به سختی، آسیب‌پذیر می‌سازد. به همین دلیل است که متهم نباید در برابر بازپرس تنها باشد، تنهایی موجب احساس ترس، نگرانی و ناامنی برای متهم و یا موجب تلقین‌پذیری یا اغفال او به خاطر بی‌اطلاعی از ترفندهای حقوقی می‌شود. متهم مانند فردی است که در یک فضای تاریک و خطرناک گام برمی‌دارد و همراهی فردی که این فضا را می‌شناسد و برایش تاریک و مجهول نیست از افتادن متهم به چاه و چاله یا صدمه دیدنش بر اثر برخورد با موانع جلوگیری می‌کند. ضرورت حضور و کیل به عنوان یکی از حقوق مهم متهم در کلیه مراحل دادرسی و از جمله بازجویی بر همین پایه است. (لمبتون، ۱۳۷۴: ۱۴۲)

نتیجه:

فرضیه این تحقیق بیان می‌کند که آیین دادرسی ایران در مقایسه با ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق بشر دربرگیرنده تضمین‌های لازم برای امنیت شخص است. باید گفت که در ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی-سیاسی و قانون آیین دادرسی کیفری مواردی از تضمینات راجع به حقوق متهم در جریان دادرسی به معنای خاص در مواد مختلف و متعدد پیش‌بینی شده‌است. در قوانین موضوعه ایران نیز بسیاری از اصول مسلم دادرسی‌های منصفانه و عادلانه مورد توجه و تأکید قرار گرفته و این موارد در محاکم عمومی به شکل قابل قبولی رعایت می‌شود. از نقطه نظر خاص در آیین دادرسی کیفری محاکم بایستی اذعان داشت که رد پای این قاعده در جای جای آیین دادرسی کیفری محاکم نظامی و عمومی کاملاً مشهود و محسوس می‌باشد. در سوره مبارکه اسراء و آیه شریفه ۱۵ آن نیز به عنوان بیرق این اصل در کشورهای اسلامی برافراشته می‌باشد. علاوه بر آن، اصل مزبور در ضوابط و مقررات بین‌المللی پذیرفته شده، قانون اساسی و حتی در قوانین مختلف و متعدد موضوعه داخلی کشور بر آن تأکید گردیده‌است.

در صورتی که در محاکم نظامی احراز و اصالت جرم با قانون موضوعه است. آزادی اشخاص، انسان موجودی مختار و آزاد است که این ودیعه الهی به آن سپرده شده است و به هیچ وجه کرامت و حقوق انسانی اجازه سلب آزادی غیر موجه و بدون دلیل آن را نمی دهد. این اصل در حقوق اسلامی، ضوابط بین المللی و قوانین داخلی ایران ملحوظ نظر بوده و بر رعایت آن تأکید گردیده است. در قانون اساسی کشور و در اصل ۱۷۱ به طور مستقل بیان شده و در منابع اسلامی و فقهی نیز بدان اشاره گردیده است. برای این که حقوق افراد از تجاوز مصون بماند و این مقامات نتوانند به میل و سلیقه خود دادگاه تشکیل دهند و افراد را به آنجا بخوانند و یا دادگاههایی را که قانوناً وجود دارد خودسرانه منحل سازند و افراد را از حق قانونی خود برای دادخواهی و دادرسی عادلانه محروم نمایند. تشکیل دادگاهها و تعیین صلاحیت آنها منوط به حکم قانون است و این قاعده در اصل ۱۵۹ قانون اساسی کشور نیز آمده است. اصل علنی بودن محاکم دادرسی یکی دیگر از اصول و حقوقی است که مورد اجماع جهانی قرار گرفته است و در اکثر اسناد و ضوابط و مقررات بین المللی نیز مورد توجه قرار گرفته است. در دادگاههای نظامی نیز اصل بر علنی بودن محاکم استوار گردیده مگر در موارد خاصی که به حکم قانون احصا گردیده باشد. بهره مندی از وکیل نیز یکی دیگر از تضمینات رعایت حقوق متهم است از آنجایی که در ترازوی عدالت که در یک کفه متهم فاقد دانش حقوقی و در کفه دیگر مقامات قضایی از جمله باز پرس، دادیار، دادستان و دادرس، دارای دانش حقوقی و تخصصی قرار می گیرد، نامتوازن می باشد. به همین دلیل، ضرورت دارد که در کنار متهم یک کارشناس حقوقی متخصص به عنوان وکیل نیز وجود داشته باشد تا بخشی از این تعدیل کفه ترازوی عدالت تحقق یابد. این مقررات در دادرسی نظامی نیز حکم فرماست. اصل مذکور نیز از اصول پذیرفته شده در قانون اساسی می باشد و برای کلیه محاکم دادگستری تکلیف قانونی است.

منابع:

۱. امید، جلیل، «حقوق دفاعی متهم»، تهران، سمت، ج. ۲، ۱۳۸۳.
۲. بلاندل، ژان، حکومت مقایسه‌ای، ترجمه علی مرشدی زاده، تهران، مرکز اسناد انقلاب اسلامی، ۱۳۸۷، ص. ۱۷۲.
۳. بوزان، باری، ۱۳۷۸، مردم، دولت‌ها و هراس، پژوهشکده مطالعات راهبردی، تهران.
۴. بوشهری، جعفر، ۱۳۴۵، حقوق اساسی، جلد اول، انتشارات دانشگاه تهران.
۵. پهلوان، چنگیز، ۱۳۷۹، تعریف دولت در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، نظریه دولت در ایران، نشر گبو، تهران.
۶. روشندل، جلیل، ۱۳۷۴، امنیت ملی و نظام بین‌الملل تهران، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت).
۷. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، ۱۳۸۲، آزادی‌های عمومی و حقوق بشر، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ج. ۳.
۸. قاضی شریعت پناهی، ابوالفضل، ۱۳۸۴، بایسته‌های حقوق اساسی، نشر میزان، ج. ۱۴، تهران.
۹. قربان حسینی، علی اصغر، ۱۳۷۶، «امنیت و نیروی انتظامی»، نشریه امنیت، ش. ۲، وزارت کشور، حوزه معاونت امنیتی و انتظامی.
۱۰. گلدوزیان، ایرج، ۱۳۸۹، ندای انصاف و عدالت، انتشارات میزان، تهران، چاپ اول.
۱۱. مسعودی، بابک، ۱۳۷۴، بررسی اجمالی چگونگی ارتباط بین جمعیت و امنیت اجتماعی، تهران، ناجا، دفتر سیاسی.
۱۲. موسوی همدانی، سیدمحمدباقر، ۱۳۹۰، ترجمه تحریر الوسیله امام خمینی، مرکز نشر کتب شیعی، قم.
۱۳. ناصرزاده، هوشنگ، ۱۳۷۳، آیین دادرسی کیفری سلب آزادی تن بازداشت و حبس در حقوق ایران، تهران، دیدار، چاپ اول.
۱۴. "....."، ۱۳۷۶، اعلامیه‌های حقوق بشر، انتشارات مجد، چاپ اول، تهران.
۱۵. نیاورانی، صابر، «حقوق بشر و بازداشت پیش از محاکمه»، سازمان ملل متحد، مجله وفاق با سرمایه.
۱۶. اردبیلی، محمدعلی، ۱۳۷۷، «مسایل مرتبط با شکنجه و پیشگیری از آن»، مجله تحقیقات حقوقی /

دانشگاه شهید بهشتی، ش.ش. ۲۱-۲۲.

۱۷. "....."، ۱۳۷۰، «شکنج»، مجله تحقیقات حقوقی / دانشگاه شهید بهشتی، ش.ش. ۹۰.

۱۸. افتخار جهرمی، گودرز، ۱۳۷۸، «اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها و تحولات آن»، مجله تحقیقات حقوقی، ش.ش. ۲۵-۲۶.

۱۹. امیدی، جلیل، «حقوق متهم در دادگاه با تکیه بر اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای مربوط به حقوق بشر»، مجله کانون وکلای دادگستری مرکز، ش.ش. ۲۰.

۲۰. حسینی، محمد، ۱۳۸۶، «امنیت انسانی»، فصلنامه حقوقی، ش.ش. ۳۸.

۲۱. رحمدل، منصور، ۱۳۸۹، «حق انسان به حریم خصوصی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش.ش. ۶۸.

۲۲. صادقیان، سید جلال، ۱۳۸۲، «درآمدی بر امنیت و ابعاد و گستره‌ی آن»، فصلنامه دانش انتظامی، سال پنجم، شماره اول، دانشگاه علوم انتظامی.

۲۳. قربان حسینی، علی اصغر، ۱۳۷۶، «امنیت و نیروی انتظامی»، نشریه امنیت، ش.ش. ۲، وزارت کشور، حوزه معاونت امنیتی و انتظامی.

۲۴. گرچی، علی اکبر، ۱۳۸۲، «مبنا و مفهوم حقوق بنیادین»، نشریه حقوق اساسی، شماره اول.

۲۵. متقی، جلال، ۱۳۷۷، «امنیت و اقتصاد» نشریه امنیت، ش.ش. ۴، حوزه معاونت امنیتی و انتظامی.

۲۶. اشرفی، اکبر، ۱۳۸۳، «تأثیر ساختار سیاسی بر توسعه سیاسی در جمهوری اسلامی»، پایان نامه دوره دکتری دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم تحقیقات.

یادی از زنده یاد عباس سعیدی؛ دلسوز جامعه سر دفتری ایران

رضا تاجگر*

زنده یاد عباس سعیدی در سال ۱۳۲۸ در خانواده‌ای متدین، در شهر تبریز، دیده به جهان گشود. تحصیلات ابتدایی و دبیرستان را در زادگاه خود گذراند و در سال ۱۳۵۶ پس از چهار سال تحصیل دانش، از رشته حقوق قضایی با مدرک کارشناسی از دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دانش آموخته شد و بلافاصله انجام خدمت نظام وظیفه را که مصادف بود با روزهای آغازین انقلاب اسلامی، شروع نمود و در اردیبهشت ماه ۱۳۵۸ دوره خدمت زیر پرچم را به اتمام رساند. و چند ماه بعد، از مهر ماه همان سال به عنوان سردفتر دفتر اسناد رسمی شماره ۱۱۳ تهران ابلاغ گرفت و از تاریخ ۱۳۵۸/۸/۶ باره اندازی دفتر اسناد رسمی و شروع به کار، به حکم انتصاب سر دفتری جامعه عمل پوشاند. عضویت در دادگاه بدوی انتظامی سردفتران و دفتریاران استان تهران (۱۳۸۰-۱۳۷۴)؛ نماینده کانون در کمیسیون حل اختلاف مالیاتی (۱۳۷۱)؛ عضو هیأت مدیره کانون سردفتران و دفتریاران (از انتخابات دوره بیستم هیأت مدیره)؛ مدیر مسؤول ماهنامه «کانون»** (۱۳۷۶)؛ عضو هیأت امنای

Tajgar.reza@gmail.com

*. نگارنده؛

توضیح: یادآور می‌شود در شماره ۱۴۲ ماهنامه «کانون» به تفصیل یادداشت‌هایی درباره فعالیت حرفه‌ای زنده یاد عباس سعیدی منتشر شده است.

**همین ماهنامه «کانون» که با تلاش ایشان، دوره‌ی جدید انتشار خود را از سال ۱۳۷۶ آغاز نمود، یادگار زنده یاد

عباس سعیدی است.

مرکز آموزش عالی علمی - کاربردی کانون سردفتران و دفتریاران؛ عضو هیأت ممتحنه و اختبار متقاضیان سردفتری؛ عضو کمیسیون تقسیم اسناد کانون؛ مسؤول دفتر آموزش و پژوهش کانون؛ علاوه بر این، عضو جامعه انسانی و متخلق به اخلاق الهی و دلسوز جامعه بشری بود؛ مجدانه پیش قدم بود برای کمک و همیاری به هموطنان زلزله زده شهر بم استان کرمان و شهر ورزقان در استان آذربایجان شرقی. او در طول مدت فعالیت سردفتری، از تنظیم رأیگان اسناد برای افراد کم بضاعت و بی بضاعت، دریغ نوریذ و همواره مشوق همکاران خود بود.

زنده یاد عباس سعیدی پس از ۳۰ سال خدمت صادقانه در حوزه سردفتری، در آخر دی ماه ۱۳۹۲ با ابلاغ ریاست وقت سازمان ثبت به افتخار بازنشستگی نائل شد. اما یکسال از آغاز دوره بازنشستگی ایشان نگذشته بود که بیماری سرانجام، این مرد اخلاق و سرشناس مهربانی را در تاریخ ۲۹ آذرماه ۱۳۹۳ از پای در آورد و اکنون نزدیک به دو سال است که به دیار باقی کوچ ملکوتی نموده و مشمول رحمت الهی شده است. یادش گرامی و روحش شاد!

«وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ»

چه نیک است که سردفتر در تمام مدت انجام وظایف خطیر سردفتری و تنظیم سند، متمم آیه‌ی شریفه‌ی مداینه را نصب العین خویش قرار دهد. یعنی؛ بترسید از خدا و از مجرای درستی منحرف نشوید و بدانید که خدا به جزئیات اعمال شما آگاه است.

سردفتر باید قانون دان باشد؛ بایستی قانون را احترام کند؛ سردفتر باید پرهیز کار و باتقوا باشد. سردفتر را از آن جهت «کاتب بالعدل» گویند که بایستی متصف به زیور عدالت باشد. بر همین مبنای باید سندی تنظیم نماید که حاکم بتواند به مفاد آن حکم نماید و دستگاه اجرایی نیز توان اجرای آن را داشته باشد. او باید بداند آثار مترتب بر سندی، هر چند تعداد سطرهای آن کم باشد، چیست؟ با همین چند سطر، به یکی اختیار می‌دهد و از دیگری، سلب اختیار می‌شود. سردفتر باید بداند حذف و اضافه‌ی یک حرف و تقدیم و تأخیر یک جمله ممکن است بر اساس موضوع و مفهوم مفاد سند، مؤثر افتد. اگر سردفتر را شاهد ممتاز می‌خوانند، به آن جهت است که سردفتر در مقام وساطت اثبات حق انجام وظیفه می‌نماید؛ و این مهم، بسیار ارج و ارزش دارد نزد حضرت باری تعالی! سردفتر بایستی با کمال بی‌طرفی، سند را طبق موازین فقهی و قوانین جاری و حسب توافق طرفین و شرایط و ضوابط حاکم بر مقررات، تنظیم نماید. کاتب بالعدل، حق ندارد از عوامل خارجی تأثیر پذیرد و از یکی (ولو به ضرر دیگری نباشد) جانبداری نماید.

سردفتر باید مقام رسمی و قانونی خود را در یابد و جایگاه حقوقی و شأن اجتماعی خویش را درک نماید. زیرا که تثبیت حقوق مالکیت اشخاص و تحکیم مبانی معاملات و استقرار روابط حقوقی اشخاص اعم از حقیقی و حقوقی بر عهده سردفتر است که مرجعی انحصاری است در جامعه برای انجام این وظیفه خطیر.

سردفتر باید قانون دان باشد؛ باید در مقام اجرا و صدور سند، به قانون احترام کند. سردفتر باید باتقوا و پرهیز کار باشد.

ر.ک.: جمالی، جمال الدین، سردفتر در اسلام، بی جا، بی نا، بی تا، صص. ۵۸-۵۳.

نظریه‌های مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه^۱ (بخش سیزدهم)

۱۳۹۵/۴/۲۸

شماره ۷/۹۵/۹۷۲

شماره پرونده ۹۴-۱۶۸/۱-۱۲۸۰

۴۹-سؤال

با عنایت به ماده ۵۲۹ ق.آ.د.ک. مصوب ۱۳۹۲، آیا برای تقسیط جزای نقدی نیاز به تقدیم دادخواست از سوی محکوم علیه می باشد یا صرف درخواست کفایت می کند؟

نظریه شماره ۷/۹۵/۱۲۱-۱۳۹۵/۱/۳۰

نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه

صدور رأی در باره تقسیط جزای نقدی، به نظر می رسد مستلزم تقدیم دادخواست نمی باشد. زیرا اصولاً تقدیم دادخواست در امور مدنی و حقوق خصوصی اشخاص موضوعیت دارد و تقسیط جزای نقدی از شمول آن خارج است و قانون گذار هم تصریحی به لزوم تقدیم دادخواست در این

خصوص نکرده است. شایسته ذکر است تعبیر قانون گذار در ماده ۵۲۹ ق.آ.د.ک. مصوب ۱۳۹۲ مبنی بر این که دادخواست تقسیط جزای نقدی از تاجر پذیرفته نمی شود، صرف نظر از آنکه کلمه دادخواست، می تواند در معنای اعم (دادخواهی) به کار رفته باشد، چون در مقام نفی پذیرش آن است، نمی تواند دال بر لزوم تقدیم آن از سوی غیر تاجر باشد.

شماره پرونده ۲۲۴۵-۱/۱۶۸-۹۴

۵۰-سؤال

در ماده ۵۷ ق.آ.د.ک. مصوب ۱۳۹۲ تکلیف ضابطین مبنی بر حفظ ادله و تنظیم صورت مجلس و گزارش فوری به مرجع قضایی در مواردی که در هنگام بازرسی از محلی، ادله اسباب یا آثار جرم دیگری را مشاهده کنند، مقید به این گردیده که جرم مکشوفه تهدید کننده امنیت و آسایش عمومی باشد. تقیید این تکلیف موجب بروز اشکالاتی خواهد شد. چرا که اولاً مفهوم جرایمی که تهدید کننده امنیت و آسایش عمومی است، مشخص نمی باشد. چرا که از یک طرف در مفهوم عام، تمامی جرایم، محل نظم و امنیت بوده و اتصاف یک فعل یا ترک فعل به وصف جرم به لحاظ این خصیصه می باشد و از طرف دیگر، در مفهوم خاص، تعداد مشخصی از جرایم زیر مجموعه جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی هستند مانند جعل، ارتشاء و... حال، منظور قانونگذار کدام یک از مفاهیم است؟

نظریه شماره ۷/۹۵/۷-۱/۸-۱۳۹۴

نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه

منظور مقنن از وضع ماده ۵۷ ق.آ.د.ک. مصوب ۱۳۹۲، جلوگیری از ورود و مداخله ضابطان دادگستری به حریم خصوصی افراد و اکتفای اقدامات آنها به موارد ضروری و مهم است و لذا؛ مقصود مقنن از عبارت «تهدید کننده امنیت و آسایش عمومی جامعه» در ماده، مطلق جرایم علیه امنیت داخلی یا خارجی کشور یا جرایم علیه آسایش عمومی مذکور در قوانین جزایی یا منابع علمی حقوقی نیست؛ بلکه صرفاً ناظر به مواردی است که دلالت بر وقوع امر مهمی دارد و

عدم اقدام مأمورین به لحاظ آثار و تبعات سوء اجتماعی موجب اخلال در امنیت و آسایش عمومی می‌تواند گردد؛ مانند نگهداری سلاح و مهمات غیر مجاز یا نگهداری عمده یا تولید و تهیه مواد مخدر و روان گردان یا کشف جسد مقتول.^۱

شماره ۹۷۲/۹۵/۷

۱۳۹۵/۴/۲۸

شماره پرونده ۲۲-۲۱۸-۹۵

۵۱-سؤال

برابر بند «ج» ماده ۹ قانون شوراهاى حل اختلاف ۱۳۹۴ دعوى خانواده راجع به جهیزیه، مهریه و نفقه تا نصاب مقرر در بند «الف» در صورتی که مشمول ماده ۲۹ حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱/۱۲/۱ نباشد، در صلاحیت شورای حل اختلاف است اما به اجرت‌المثل هیچ اشاره‌ای نشده است. حال آیا اجرت‌المثل در صلاحیت شورا یا دادگاه خانواده می‌باشد؟

نظریه شماره ۸۴/۹۵/۷-۲۴-۱۳۹۵/۱

نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه

با توجه به این که از «اجرت‌المثل» در بند «ج» ماده ۹ قانون شوراهاى حل اختلاف (مصوب ۱۳۹۴) نامی برده نشده است، لذا رسیدگی به آن، با هر میزان، وفق بند ۷ ماده ۴ قانون حمایت خانواده ۱۳۹۱، کماکان در صلاحیت دادگاه خانواده است.

شماره پرونده ۲۳۳۶-۱۹۲-۹۴

۵۲-سؤال

آیا کلمه «شهرک‌ها» مذکور در ماده یک قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها مصوب ۱۳۸۵/۸/۱ شامل شهرک‌های صنعتی نیز می‌گردد؟

نظریه شماره ۷۰/۹۵/۷-۱۸-۱۳۹۵/۱

نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه

طبق ماده یک قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها مصوب ۱۳۷۴ که مقرر می‌دارد: «به منظور حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها و تداوم بهره‌برداری از آن‌ها، از تاریخ تصویب این قانون تغییر کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها در خارج از محدوده قانونی شهرها و شهرک‌ها جز در موارد ضروری ممنوع است» بنابراین اراضی زراعی و باغ‌ها واقع در خارج از محدوده شهرک‌های صنعتی نیز مشمول ممنوعیت مقرر در ماده مذکور است و از این حیث، استثنایی وجود ندارد. ضمناً مفاد ماده ۴ قانون تعاریف محدوده و حریم شهر، روستا و شهرک و نحوه تعیین آن مصوب ۱۳۸۴/۱۰/۱۴ نیز که شهرک‌های صنعتی را از جمله مصادیق شهرک‌ها «در تعاریف قانونی آورده است، مؤید این نظر می‌باشد.

شماره پرونده ۲۱۹۱-۱/۱۲۷-۹۴

۵۳-سؤال

قسمت اخیر ماده ۴۹۰ ق.آ.د.م. مقرر می‌دارد: «تأسیس و تکمیل به اصل دعوی و قطعی شدن حکم به بطلان، رأی داور متوقف میماند» و ماده ۴۹۳ قانون مذکور مقرر می‌دارد: «اعتراض به رأی داور، مانع اجراییست؛ مگر آن که دلایل اعتراض قوی باشد. در این صورت، دادگاه قرار توقف منع اجرا را تا پایان رسیدگی به اعتراض و صدور حکم قطعی صادر می‌نماید و در صورت اقتضا تأمین مناسب نیز از معترض اخذ خواهد شد» آیا بین مواد مذکور، تعارض وجود دارد یا خیر؟ در موردی که دادخواست ابطال رأی داور تقدیم دادگاه شده، مقام قضایی به استناد کدام یک از مواد مذکور، اجرای رأی داور را متوقف می‌کند؟

نظریه شماره ۱۳۹۵/۱/۱۸-۷/۹۵/۶۳

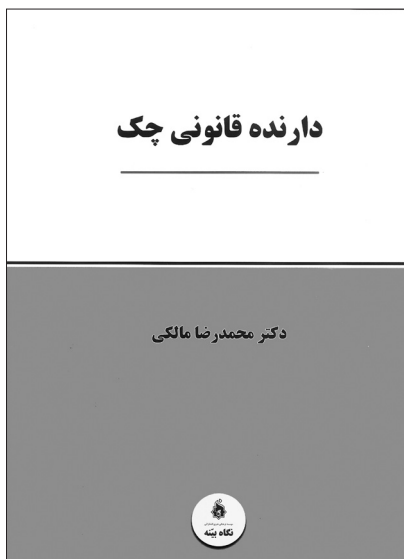
نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه

ماده ۴۹۳ ق.آ.د.م.، ناظر به زمانی است که در جریان رسیدگی دادگاه بدوی به درخواست بطلان رأی داور، دادگاه قرار توقف یا منع اجرای رأی داور را صادر کند، در حالی که هنوز

راجع به موضوع بطلان رأی داور، رأی صادر نکرده است؛ ولی ذیل ماده ۴۹۰ ق.آ.د.م. ناظر به زمانی است که دادگاه، رأی خود را مبنی بر بطلان رأی داور صادر کند و از این حیث، فارغ از رسیدگی باشد. در واقع، ذیل ماده ۴۹۰ ق.آ.د.م. به نوعی اثر اجرایی بخشیدن موقت به رأی صادره از دادگاه بدوی مبنی بر بطلان رأی داور می‌باشد.^۱

۱ - ر.ک.: روزنامه رسمی، ش. ۲۰۸۰۰، سال هفتاد و دوم، شنبه، ۱۶ مرداد ۱۳۹۵.

دارنده قانونی چک



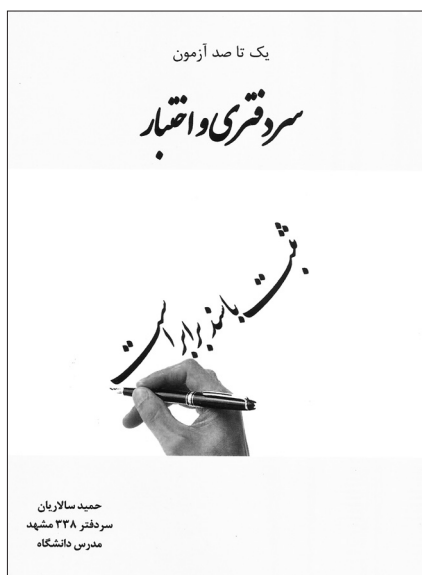
چک، از بدو استفاده بشر، به عنوان جایگزین پول مطرح بوده است و فلسفه وجودی این ابزار نوین معاملات، لزوم رعایت دواصل تسهیل و تسریع است که با این رویکرد، کاربرد آن به طور گسترده‌ای در جوامع رواج یافت و وصف خاص تجاری آن، با اقبال بازرگانان و تاجران مواجه شد. چک که یک سند تجاری و در حکم سند رسمی است، آثار حقوقی خاصی بر آن مترتب است و التزام حقوقی و اقتصادی

صفحه و در قطع وزیری با شمارگان ۵۰۰ نسخه به ارزش ریالی ۱۴ هزار تومان به جمع کتاب‌های حقوقی بازار کتاب پیوسته است. گفتنی است «کلیات» و «ماهیت حقوقی چک و دارنده‌ی قانونی آن»، دو بخش اصلی این کتاب است و آن قسمت از بحث که به ویژگی لازم‌الاجرا بودن چک اشاره دارد و کیفیت اعمال حقوق دارنده چک از طریق اجرائیه ثبتی را مطرح می‌کند، قابل توجه جامعه سردفتری و کارگزاران ثبتی است.

چک مبنی بر رعایت اصل تسهیل معاملات و اصل تسریع معاملات، خود، باعث شد برای دارنده چک نیز حقوقی وضع شود تا آن دو اصل لازم‌الرعایه راجع به چک، همچنان از نقطه نظر حقوقی و قانونی نیز از حمایت تقنینی برخوردار باشد. از همین رو، در ایران، نسبت به دو سند خاص تجاری دیگر یعنی سفته و برات، دارنده چک از اهتمام حقوقی بیشتری بهره می‌برد و مثلاً فارغ از این که دارنده چک چه رابطه‌ی تجاری و معاملاتی با صادرکننده آن داشته و یا دارد، ذی‌نفع مبلغ مندرج در این سند تجاری است و با مراجعه به بانک محل‌علیه و کارسازی بانکی، وجه چک قابل وصول خواهد بود. اما این پرسش قابل بررسی حقوقی است که آیا دارنده چک، همیشه با حسن نیت است؟

پاسخ به این سؤال اساسی، هم در حقوق داخلی و هم در قانون تجارت و نیز با توجه به مقررات بین‌الملل به‌ویژه کنوانسیون ژنو و کنوانسیون آنسیترال، موضوع پژوهش کتاب حاضر زیر عنوان «دارنده قانونی چک» است که با نویسندگی محمدرضا مالکی از سوی انتشارات نگاه بینه در ۲۲۴

یک ناصد آزمون سردفتری و اختبار



سند رسمی، سندی است که در دفتر اسناد رسمی، تنظیم و ثبت رسمی می‌شود. موضوع سند رسمی می‌تواند راجع به اموال اعم از منقول (مانند خودرو) و غیر منقول (مانند آپارتمان) و یا در زمینه حقوق همچون حق سرقفلی، حق ارتفاق، حق الامتیاز و یا اعمال حقوقی همانند اقرار، رضایت‌نامه و مانند آن باشد؛ که جملگی در دفتر اسناد رسمی انجام می‌پذیرد که یک واحد وابسته به وزارت دادگستری است و در نقاط مختلف کشور، برای تنظیم و ثبت اسناد رسمی طبق قوانین و مقررات تشکیل می‌شود و وفق قانون، اداره امور دفتر اسناد رسمی بر عهده‌ی شخصی است که طی تشریفات قانونی (قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران مصوب ۲۵ تیرماه ۱۳۵۴) به‌عنوان «سردفتر»، تصدی دفتر اسناد رسمی را پس از ابلاغ حکم انتصاب از سوی مقام عالی

تعداد دفاتر زاید بر حد نصاب مذکور، ضروری تشخیص شود، به پیشنهاد سازمان ثبت اسناد و املاک کشور و تصویب وزارت دادگستری حداکثر تا دو دفتر خانه می‌توان به دفاتر موجود هر حوزه ثبتی با رعایت مقررات این قانون اضافه نمود.»

حمید سالاریان نویسندهٔ کتاب «یک تا صد آزمون سردفتری و اختبار» در مقدمهٔ کتاب یادآور می‌شود که این کتاب برای داوطلبان شرکت در آزمون سردفتری و دفتریاری قابل توجه است و حاوی نکات و پرسش‌های چهارگزینه‌ای در زمینه قوانین و مقررات راجع به ثبت، دفاتر اسناد رسمی، تجارت، مدنی، جزاء، ادبیات فارسی و عربی؛ شامل ۸۵۲ تست است که برخی از پرسش‌ها جهت محک زدن دانسته‌های داوطلبان، پاسخ داده نشده تا متقاضی سردفتری یا دفتریاری از توانمندی علمی خود آگاه شود و پیش از شرکت در آزمون، درصد جبران احتمالی آن برآید.

گفتنی است این کتاب ۳۳۲ صفحه‌ای به ارزش ریالی ۳۰ هزار تومان از سوی انتشارات سخن گستر در شمارگان ۱۰۰۰ نسخه در سال ۱۳۹۵ روانه بازار کتاب‌های حقوقی شده است.

وزارت دادگستری (در حال حاضر، معاون قوه قضائیه و رئیس سازمان ثبت اسناد و املاک کشور) عهده‌دار می‌شود.

ماده ۵ قانون یادشده تصریح می‌دارد: «پس از تصویب این قانون، تأسیس دفتر خانه با توجه به نیازمندی‌های هر محل تابع ضابطهٔ زیر خواهد بود:

در شهرها برای حداقل هر پانزده هزار نفر و حداکثر هر بیست هزار نفر با توجه به آمار و درآمد حاصل از حق ثبت معاملات، یک دفتر خانه.

شهر و بخش‌هایی که جمعیت آن‌ها کمتر از پانزده هزار نفر باشد، یک دفتر خانه خواهد داشت.

اجازه تجدید فعالیت دفتر خانه‌ای که به علت انفصال دائم سردفتر تعطیل شده، در حکم تأسیس دفتر خانه جدید خواهد بود.

همچنین است در مورد بازنشستگی و فوت سردفتر که پس از انقضای مدت‌های مقرر در ماده ۶۹ این قانون در حال تعطیل باقی بماند.

تبصره: پس از تعیین تعداد دفاتر اسناد رسمی هر محل به شرح این ماده، هر گاه با توجه به میزان معاملات و درآمد دفاتر اسناد رسمی موجود و مقتضیات محلی افزایش

برگ درخواست اشتراک ماهنامه «کانون»

خواهشمند است تعداد نسخه ماهنامه «کانون» را از شماره
 برای اینجانب که سردفتر دفتریار کارمند دفتر اسناد رسمی
 وکیل قاضی کارشناس حقوقی دانشجو یا هستم،
 به نشانی
 پست الکترونیک: E-mail:
 تلفن تماس: کد پستی:
 ارسال فرمایید.
 هزینه اشتراک طی فیش بانکی شماره
 به مبلغ برای ۶ ماه یکسال که اصل آن پیوست می باشد، واریز شده است.

* توجه: هزینه اشتراک برای سردفتران و دفتریاران با تخفیف ویژه پنجاه درصدی اعمال می شود.

۱- هزینه اشتراک ۶ شماره ۳۶۰۰۰۰ ریال و ۱۲ شماره ۷۶۰۰۰۰ ریال است. (با احتساب هزینه پستی)

۲- لطفاً هزینه اشتراک را به شماره حساب سیبا ۰۱۰۴۲۸۲۸۰۸۰۰۵ بانک ملی شعبه خیابان میرزای شیرازی کد ۱۶۹ به نام ماهنامه کانون واریز فرمایید.

(لطفاً عنایت فرمایید؛)

- فیش واریزی در همان روز به دفتر ماهنامه نما بر شود.

- در فیش بانکی، نام پرداخت کننده، همان نام و عنوان متقاضی اشتراک باشد.

۳- لطفاً این برگ اشتراک را تکمیل و با اصل فیش واریزی به دفتر ماهنامه نشانی؛ صندوق پستی تهران ۴۱۹-۱۴۳۳۵ ارسال فرمایید.

۴- لطفاً کپی فیش واریزی را تا پایان دوره اشتراک، نزد خود نگه دارید.

۵- در صورت تغییر نشانی، در اسرع وقت، به صورت کتبی، واحد امور مشترکین ماهنامه را مطلع فرمایید.

- گفتنی است جهت متقاضیان اشتراک خارج از کشور، حسب مورد، هزینه پستی به مبالغ مذکور، علاوه می شود.
- برای استفاده الکترونیکی ماهنامه «کانون» نیز می توانید به پایگاه اینترنتی www.notary.ir مراجعه فرمایید.

نشانی رایانامه جهت ارسال مقاله: Kanoon.notary@gmail.com

نشانی ماهنامه «کانون» در تلگرام: @kanoonnotary

همیشه با «کانون» همراه باشید

تلفن و نمابر: ۸۸۷۲۷۸۸۱ - ۰۰۹۸۲۱

تلفن گویا: ۸۸۷۰۵۱۹۰ - ۰۰۹۸۲۱، داخلی ۱۲۶۲ سرکار خانم آقای

نشانی دفتر ماهنامه «کانون»: تهران، صندوق پستی: ۴۱۹ - ۱۴۳۳۵

تهران، خیابان شهید مطهری، روبروی خیابان سنایی - شماره ۲۷۳ کانون سردفتران و دفتریاران

کد پستی: ۱۵۸۶۷۱۷۳۱۱

قابل توجه نویسندگان محترم مقالات

ماهنامه «کانون» در بخش های مقالات و ترجمه به نکات مهم زیر در خصوص شیوه تهیه و تنظیم و تدوین مقالات ارسالی اهتمام دارد. صدا البته رعایت این مهم در جهت حفظ شأن علمی-پژوهشی ماهنامه «کانون» ضروری است.

علاوه بر این، فقط مقاله هایی که مورد تأیید و پذیرش «شورای داوری مقالات» ماهنامه «کانون» باشد، به چاپ خواهد رسید.
از همین رو، خواهشمند است «شیوه نامه تدوین مقالات» در این خصوص دقیقاً رعایت شود.

شیوه نامه تدوین مقالات

- ۱- موارد زیر به طور دقیق و کامل و خوانا حتماً ضمیمه مقاله باشد؛
 - ۱-۱- نام و نام خانوادگی، میزان تحصیلات، رشته تحصیلی، رتبه علمی-پژوهشی یا دانشگاهی، گروه آموزشی، نام دانشکده، نام دانشگاه، نام شهر و احد دانشگاهی (هم فارسی، هم انگلیسی یا فرانسه).
 - ۱-۲- نشانی، کدپستی، شماره تلفن ثابت، نامبر و موبایل، نشانی رأی نامه (ایمیل) نویسنده مسؤل.
 - ۱-۳- ارسال سوابق علمی-پژوهشی و مطالعات علمی-تحقیقی نویسنده یا مترجم برای اولین بار ضروری است.
 - ۱-۴- دقیقاً نام مسؤل مقاله قید و امضا شود.
 - ۲- عنوان مقاله کاملاً گویای موضوع باشد (هم فارسی، هم انگلیسی یا فرانسه).
 - ۳- نوشتن چکیده مقاله حداکثر در ۱۰ سطر ضروری است (هم فارسی، هم انگلیسی یا فرانسه).
 - ۴- واژگان کلیدی ترجیحاً ۵ و ۵ واژه نوشته شود (هم فارسی، هم انگلیسی یا فرانسه).
 - ۵- ترجیحاً مقاله های تایپ شده در نسخه word با فونت mitra (یک نسخه از مقاله به علاوه CD یا فلش) اولویت دارند.
 - ۶- مقاله ارسالی نباید قبلاً چاپ شده باشد و هم چنین نویسنده نباید بدون اجازه نامه کتبی دفتر ماهنامه «کانون»، جهت چاپ در دیگر مطبوعات اعم از مجازی، اقدام نماید.
 - ۷- مقاله نباید بیش از ۳۰ صفحه (A4 تایپ شده) باشد.
 - ۷-۱- ماهنامه از پذیرش و چاپ مقاله های چند قسمتی معذور است.

۸- ماهنامه از مقاله‌های تنظیمی به روش استناد «درون متنی» استقبال می‌کند.

۸-۱- پس از آوردن متن نقل قول اعم از مستقیم یا غیر مستقیم کافی است داخل پرانتز به ترتیب آورده شود؛ الف- نام خانوادگی نویسنده اثر. ب- سال نشر اثر. ج- شماره صفحه مورد استناد. مثلاً: (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص. ۲۷۰).

۸-۲- در صورت تعدد آثار نویسنده در یک سال، منبع مورد استناد را با حروف ابجد (الف، ب، ج، د، ...) مشخص نمایید. مثلاً: (کاتوزیان، ۱۳۸۳ [الف]، ص. ۳۹۰) و (کاتوزیان، ۱۳۸۳ [ب]، ص. ۲۴۵).

۹- منابع مورد استناد اعم از فارسی یا غیر فارسی، در پایان مقاله به ترتیب الفبایی نام خانوادگی نویسنده آورده شود؛

۹-۱- کتاب: الف- نام خانوادگی نویسنده، ب- نام نویسنده، ج- سال نشر کتاب، د- عنوان کتاب، ه- نام مترجم، و- شماره جلد، ز- شماره چاپ، ح- محل نشر کتاب، ط- نام یا عنوان ناشر؛ مثلاً: امامی، سیدحسن (۱۳۷۳)، حقوق مدنی، ج. ۶، چ. ۴، تهران، کتابفروشی اسلامیه.

۹-۲- مقاله: الف- نام خانوادگی نویسنده، ب- نام نویسنده، ج- تاریخ انتشار نشریه، د- «عنوان مقاله»، ه- نام مترجم، و- نام یا عنوان نشریه، ز- نام یا عنوان صاحب امتیاز نشریه، ح- دوره و سال انتشار نشریه، ط- ترتیب انتشار نشریه؛ ی- شماره نشریه، ک- صفحات شروع تا پایان مقاله در نشریه مورد استناد؛ مثلاً: فدوی، سلیمان، (مهر ماه ۱۳۸۸)، «نگاهی جدید به بندهای اول تا پنجم ماده ۹۷۶ قانون مدنی ایران»، ماهنامه «کانون»، کانون سردفتران و دفتریاران، سال پنجاه و یکم، دوره دوم، ش. ۹۷، صص. ۲۹-۶۳.

۱۰- محور اصلی مطالب قابل درج در ماهنامه مسایل حقوقی عموماً و به طور اخص حقوق ثبتی، نظام سردفتری، حقوق ثبت اسناد و املاک و امور دفاتر اسناد رسمی است. از این رو مقالات ارسالی باید به نحوی با موضوعات مذکور پیوند داشته باشد.

۱۱- هیأت تحریریه در ویرایش ادبی، فنی، نگارشی و علمی مقاله‌ها، آزاد است.

نشانی دفتر ماهنامه: تهران، خیابان استاد مطهری، روبه‌روی خیابان سنایی، شماره ۲۷۳، کانون سردفتران و دفتریاران

کد پستی: ۱۵۸۶۷۱۷۳۱۱

تلفن و دورنگار: ۰۲۱-۸۸۲۲۷۸۸۱

صندوق پستی: ۴۱۹-۱۴۳۳۵

www.notary.ir

پایگاه اینترنتی کانون سردفتران و دفتریاران:

kanoon.notary@gmail.com

نشانی الکترونیکی ماهنامه:

@kanoonnotary

نشانی ماهنامه «کانون» در تلگرام:

انتشار ماهنامه «کانون» تلاشی برای دستیابی به اهداف زیر است:

- بالا بردن سطح دانش و آگاهی‌های سردفتران و دفتریاران
- فراهم کردن زمینه اجرای بند یک ماده ۶۶ قانون دفاتر اسناد رسمی
- ایجاد رویه واحد در طرز اعمال قوانین با درج نظریه‌های حقوقی و قضایی
- نقد علمی و تحقیقی در مسایل حقوقی و قضایی به منظور تولید علم
- بحث در قوانین خارجی و مطالعه تطبیقی آن‌ها و رویه قضایی کشورها
- درج نظریه‌ها و دیدگاه‌های اندیشمندان حقوق ایران و جهان
- نشر برخی از قوانین، مقررات رسمی، آراء وحدت رویه و احکام دادگاه‌ها
- انتشار سخنرانی‌ها و مصاحبه‌های علمی و حقوقی
- ارائه راه حل در طرح مشکلات شغلی و حرفه‌ای سردفتران و دفتریاران

.....

- ماهنامه از پس فرستادن مقالات دریافتی معذور است.
- ماهنامه در تلخیص و ویرایش مطالب آزاد است.
- مقالات و مطالب ماهنامه صرفاً بیان‌کننده آراء و نظرهای نویسندگان است.
- نقل مطالب ماهنامه با ذکر دقیق مأخذ آزاد است.

عناوين محتويات العدد ١٦١ و ١٦٢ من مجلة «كانون» الشهرية

يتطرق قسم «رؤية» إلى العدالة الإدارية والعدالة في مقام الأعمال، بقلم المدير المسؤول السيد محمدرضا دشتي اردكاني.

مقال في قسم «حديث الساعة» بقلم السيد رضا تاجكر مستشار المدير المسؤول و بعنوان «المقتضي موجود؛ المانع مفقود؛ العدالة موعود».

و يتضمن قسم «الصدى» في هذا العدد، «دعوة للتسجيل موضوع المادة الأولى من قانون التسهيل الوثائق التنظيمية في حكم المحكمة الانضباطية لرؤساء و مساعدي مكاتب التوثيق الرسمي»؛ بقلم السيد محمد عظيميان.

عناوين أخرى من المقالات:

- «شروط العقد و خلافا للشرط»؛ بقلم السيد صابر ناظمي پول.
- «هو الفعل الإلغاء في جميع الحالات، والطريقة المناسبة لحماية حقوق المالك الحقيقي؟»؛ بقلم السيدة جنت خداداد.

- و في القسم السادس عشر من «السؤال و الجواب» يرد السيد محمد عظيميان على سؤال اخر.
 - «إذن أو حظر النوافذ المفتوحة والأبواب للممتلكات المجاورة»؛ بقلم السيد الدكتور علي رضائي.
 - «تحليل العقود المفتوحة في القانون الإيراني و كامن لا»؛ بقلم السادة السيد بهزاد بورسيد و السيد على اكبر طبايي عقدا.
 - «المعارضة لقواعد المادة ١٤ من العهد وأحكام قانون الإجراءات الجنائية تنطبق على إجراءات»؛ بقلم السيدات فاطمة برزكري نائيني و الدكتور معصومة رشاد و زهرا آقابابا.
- و في الختام، هناك حديث الشهر، الأخبار، الفتاوى من السلطة القضائية و ترجمة عناوين الموضوعات باللغات الانجليزية و الفرنسية. و المؤمل أن تحظى باهتمام الباحثين القانونيين و الطلبة و اصحاب الرأي.

- **«Est-ce l'acte d'annulation dans tous les cas, la manière appropriée pour protéger les droits du véritable propriétaire?»**; Mme. Jannat Khodadad.
- Dans le seizième partie des **«Questions – réponses»**; M. Mohammad Azimian répond à une question importante.
- **«L'autorisation ou d'interdiction Ouvrir les fenêtres et les portes à la propriété voisine»**; M. Dr. Ali Rezaei.
- **«Analyse des contrats ouverts à la loi iranienne et common law»**; M. Seyyed Behzad Poorseyyed & M. Seyyed Ali Akbar Tabaei Aghda.
- **«L'opposition aux règles de l'article 14 du Pacte et les dispositions du Code de procédure pénale applicable à la procédure»**; Mme. Fatemeh Barzegari Naeini & Mme. Dr. Maesoomeh Rashad & Mme. Zahra Aghababa.

Enfin, en plus de l'actualité, des lois, des dispositions et des thèses judiciaires, ainsi que la parole du mois, il est proposé un extrait des articles en langues anglaise et arabe que nous espérons pouvoir attirer l'attention des chercheurs juridiques, des étudiants et des écrivains.

Titres des articles du mensuel

Kanoun n° 161 & 162

«**Le point de vue**» porte sur la justice administrative, écrit par le directeur du mensuel M. Mohammad Reza Dashti Ardakani.

«**La parole du jour**» contient l'article intitulé «**Disponible selon le cas, empêche manquantes, a promis la justice**»; écrit par le conseiller du directeur M. Reza Tajgar.

La rubrique «**L'écho**» de ce numéro est; «**Appel à l'enregistrement objet d'article 1 loi facilite l'ajustement des documents dans les arrêts du tribunal disciplinaire des notaires et des clercs**». Cet article a été écrit par M. Mohammad Azimian.

Autres titres d'articles:

• «**Contrairement à l'exigence du contrat et conditions**»; Mr. Saber Nazemi Pool.

- **«Is the cancellation deed of ownership document in all cases, the appropriate way to protect the rights of the true owner?»**, by Mrs. Jannat Khodadad.
- In the sixteenth part of **«Questions - Answers»**, Mr. Mohammad Azimian answers an important question.
- **«Permit or prohibition on the Opening door and window to a neighboring land»**, by Mr. Dr. Ali Rezaei.
- **«Analysis of the contracts open in Iran and Common Law»**, by Mr. Seyyed Behzad Poorseyed & Seyyed Ali Akbar Tabaei Aghda.
- **«Conflict between the Code of Criminal Procedure and the provisions of article 14 of the Covenant applicable before procedure»**, by Mrs. Fatemeh Barzegari Naeini & Mrs. Dr. Ma'esoomeh Rashad & Mrs. Zahra Aghababa.

Finally, in addition to word of the month, the news, Judicial decisions and a summary of the articles is provided in Arabic and French languages, which we hope to attract the attention of legal scholars, students and researchers.

Summary of Issue No. 161 & 162 Kanoon Monthly Magazine

The «**Point of View**» by the Managing Editor, Mr. Mohammad Reza Dashti Ardakani, about the executive justice.

In the editorial of this issue, entitled «**Word of the Day**», the Adviser to the Managing Editor, Mr. Reza Tajgar; «**Available as appropriate, barrier missing, promised justice**».

In the part of the «**Echo**», Mr. Mohammad Azimian, subtitled; «**Call for registration subject of article 1 of the act facilitates adjustment of documents in the disciplinary court of notaries and notary public's assistants**».

In the part of «**Articles**»

- the article «**The Contract requirements and condition of unlike it**», by Mr. Saber Nazemi Pool.



Notarie's Public & Assistant's Association

News and analysis on humanities

56 th year , second Vol. No 161 & 162

(Correct at time of publication: autumn 2016)

Proprietor:

Notary Public And Assistant's Association

Managing Editor:

Mohammad Reza Dashti Ardakani

Managing Editor's Consultant & Executive Assistant: Reza Tajgar

Legal Editor: Reza Tajgar

Page Maker and typesetter: Monthly Office Kanoon

Address: No273, Opposite Sanaee st., Ostad Motahhari st., Tehran.

Tel Fax: +9821 -88727881

P.O.Box: 14335 - 419

Postcode: 1586717311

Website: www.notary.ir

E-mail: Kanoon.notary@Gmail.com

Telegram: @Kanoonnotary

Printers: Mo'alla

Address: No41, AghhighReza Bldg. Three Way Siman, Khavaran St., Tehran.

Tel: +9821 - 77502297

Price: 50000 Rls

ISSN: 2008 -2851