

## مجله کانون

حقوقی (تحلیلی، پژوهشی، خبری)

سال ۴۳، دوره دوم، شماره ۲

\*\*\*\*\*

### صاحب امتیاز:

کانون سردفتران و دفتریاران

مدیر مسئول:

عباس سعیدی

رئیس هیأت تحریریه:

بهمن رازانی

با همکاری هیأت تحریریه

\*\*\*\*\*

امور رایانه‌ای و فنی:

محمدرضا ریاضتی

ویراستار: وحید امینی

نشانی دفتر مجله:

تهران، خجیایان مطهری، مقابله سننایی

صندوق پستی: ۱۴۳۳۵/۱۱۵۱

تلفن و دورنگار: ۸۷۲۸۷۵۵

تلفن همراه: ۰۹۱۱۲۲۰۹۶۹۷

تیراژ: ۲۵۰۰ - چاپ مهنا

بها: ۶۰۰ تومان

## سخن سردبیر

امروز نیز، زمانی که مخاطبان ارجمند ما **ماهنامه کانون** این صفحات را پیش رو دارند، - سپاس خدای را که - ما گام بعدی را در کار تهیه و نشر این صفحات برداشته ایم. برداشتن این دو گام - این تجربه‌های کوچک اما دل‌پذیر و در یاد ماندنی - به خوبی ما را آموخت که کار - زمانی که ذره‌ای علاقه و انگیزه‌اش بُود - نه تنها ملال‌آور و خستگی‌زا نیست که مشتاقی را می‌افزاید و نیز شوریدگی را... چه، زمانی که شماره‌ی یک ماهنامه به دستمان می‌رسید هم، همگی دست اندرکاران را پروا و تب و تاب گام بعدی بود و این پروا و تب و تاب ادامه یافت تا دیروز و امروز و امید که سالیان دراز ادامه یابد.

از این تجربه‌ها، همچنین آموختیم که در جمع ما و اطرافیانمان - و طبعاً بسیاری جاهای دیگر - دیدگان بسیاری، خدمتگزاری و شور و شوقش را - ولو که خدمت ناچیز باشد و خرد - به دیده‌ی تحسین می‌نگرند و با لبخندِ مهر و تایید می‌پذیرند. و بالاتر از آن با غمض عین و عیب‌پوشی...

با این همه اما، - و با سپاس از آن غمض عین‌ها - بایستی گفت که اولین شماره‌ی نشریه‌مان آن گونه که دیدید، کم و کاستی‌هایی داشت؛ کم و کاستی‌هایی که برخیش ناشی از همان شور و شوقی بود که داشتیم و ناگزیر کارها را شتاب زدگی می‌بخشید و کدامین کار شتاب زده و از سر شور و شوق را می‌توان یافت که باری لغزش‌هایی را همراه نداشته باشد؟

و برخی دیگرشان نیز ناشی از همان فراز و فرودی که هر کار آغازین، و خالی از تجربه و سابقه‌ی نزدیک، بدان دچار می‌شود. و گفتنی است که بیش و پیش از همه، ما خود به بسیاری از آن کم‌وکاست‌ها آگاهیم. چرا که نیک می‌دانیم و می‌کوشیم نیک‌تر بدانیم که این نشریه چیست و به کدام سازمان به نوعی پیوستگی دارد و نیز جامعه‌ی صاحب امتیازش کدام است و این‌ها را هر یک در جامعه چه قدر و اعتباری است. و از این رو تکلیف خویش دانسته‌ایم - و همین ابتدا سنگ زیر بنایش را نهادیم و عملی نیز کردیم - که پس از چاپ هر شماره، در نشستی، گرد یکدیگر بنشینیم و مخلصانه، عیب و ایراد کارمان را - نه در سمت و سوی عیب جویی، که در جهت اصلاح و پیراستن و آراستن - با یکدیگر در میان بگذاریم و سپس هر یک از ما، به اجرای آن بخش از تکالیفی که بر عهده گرفته است برخیزد و به رفع آن منقصت که دیگرانش خواسته‌اند یا گفته‌اند.

با این همه شک نیست که از رهنمودها و انتقادهای مخاطبان آگاه و دلسوزمان نیز، در همین جهت هم، بی‌نیاز نیستیم. و طبعاً رهنمودهایشان را در حد ممکن، به گوش جان خواهیم شنفت. و دست آخر این که بین خواستن تا توانستن - دریغا - که گاه فاصله بس چشمگیر می‌ماند و از آنچه ممکن است تا آنچه آرزوست، فاصله بسی است و کوشش ما در این سمت و سوست که حاصل کارمان تا حد ممکن به آنچه دلخواه است، نزدیک و نزدیک‌تر شود و این چنین باد...

«سردبیر»

## برای تيمَن

محمدصادق آيت اللهی

## بسم الله الرحمن و الرحيم

... ان الابرار يشربون من كأس كان مزاجها كافورا - عيناً يشرب بها عبادالله يفجرونها تفجيرا - يوفون بالنذر و يخافون يوماً كأن شره مستطيرا - و يطعمون الطعام على حبه مسكناً و يتيماً و اسيراً - انما نطعمكم لوجه الله لانريد منكم جزاء و لاشكورا - انا نخاف من ربنا يوماً عبوساً قمطيرا - (آيات ۵ الى ۱۰ سوره الانسان)

آیه پنج - (بدرستی که ابرار از جامی می نوشند که به کافور آمیخته است).

ابرار بمعنی بندگان مطیع خداوند است و چنانچه ذیلاً توضیح خواهیم داد مراد از آن حضرت زهرا، امیر المومنین، حسن و حسین علیهم السلام است - کأس ظرف نوشیدنی را گویند که پر از نوشیدنی باشد و برای ظرف خالی واژه کأس به کار نمی رود. مزاجها کافوراً - آمیخته به کافور - گفته شده است که منظور این است که به بوی کافور آمیخته است و شاید از نظر سفیدی برنگ کافور است.

آیه شش - (چشمه ای که بندگان خدا از آن می نوشند و هر کجا بخوانند به جریان می اندازند)

عيناً بدل کافور است و ممکن است که حال برای مزاجها باشد.

تفجیر: سوراخ شدن و پاره شدن بعضی از جاهای زمین آب ده است بر بعضی جاهای دیگر یا شکافتن چیزی برای ظاهر شدن آب. بنابراین معنی آیه چنین می شود که: (جام نوشیدنی که به کافور آمیخته است از چشمه ای است که بندگان خدا از آن می نوشند و هر

کجا که بخواهند قصرها و منازل بهشتی را شکافته آن چشمه را جاری می‌سازند.)  
 آیه هفت - (وفا می‌کنند به نذر و می‌ترسند از روزی که بدی آن روز پراکنده است)  
**یوفون بالنذر و یخافون:** در موضع حال است و معنای آن چنین می‌شود که  
 (می‌نوشند بندگان صالح خداوند از آن ؛ بندگان که به نذر وفا می‌کنند و می‌ترسند).  
**مستطیر** بمعنای ظاهر و آشکار است. منظور از **شر:** ترسهای روز قیامت است. بنابراین  
 معنای آیه چنین است:

بندگان صالح خدا - که سابقاً ذکر شد - آنهایی هستند که به نذر وفا می‌کنند و از  
 عذاب روزی که ترس آن آشکار است می‌ترسند.

آیه هشت - (و می‌خورانند غذائی را که دوست دارند به مسکین و یتیم و اسیر)  
**یطعمون الطعام علی حبه:** مراد از **حبه** شدت نیاز آنها به آن طعام است یا شدت دوست  
 داشتن آنها آن طعام راست و اما گفته شده است که ضمیر (ه) در **حبه** به خداوند  
 برمی‌گردد در اینصورت معنای جمله چنین است که طعامی را به دلیل محبت خداوند  
 می‌بخشند.

معنای آیه چنین می‌شود:

آنچنان بندگان که غذای خود را با وجودی که به آن نیاز مبرم دارند (یا بخاطر محبت  
 خداوند) به مسکین و یتیم و اسیر می‌بخشند.

آیه نه - (و ما شما را به خاطر خدا اطعام می‌کنیم و از شما انتظار مزد و تشکر نداریم)  
**وجه الله بمعنای لله** است یعنی بخاطر و برای خدا. **لانرید منکم جزاء ولاشکورا**  
 یعنی، ما در مقابل این اطعام از شما مزد و تشکر طلب نمی‌کنیم. و گفته شده است که  
 معصومین علیهم السلام این کلام را به زبان نیاورده‌اند بلکه خداوند چون از مافی الضمیر  
 آنها آگاه بوده است این عبارت را نازل فرموده است.

آیه ده - (بدرستی که ما از عذاب پروردگاران در روزی که رویها در آنروز تُرش می‌شود  
 و سختی شدید است می‌ترسیم)

**نخاف من ربنا** منظور **نخاف من عذاب ربنا** است یعنی ما از عذاب پروردگاران

می‌ترسیم.

عبوس بمعنای ترشروی است و روز قیامت را عبوس گفته‌اند برای اینکه در این روز روی بندگان عبوس و اخم‌آلود است. و ابن عباس گفته است، فرد در این روز چنان عبوس است که بین دو چشمش عرق ریزان است. **قمطیرا**: یعنی شدیداً در بدی و روز قیامت قمطیرا گفته شده است زیرا شدیدترین روزها و بلندترین روز در بلا و بدی است معنای آیه چنین می‌شود:

(بدرستی که ما از عذاب پروردگاران در روزی که رویها در آن روز ترش شود و آن روز شدیدترین و بلندترین روزها در بلا و بدی است می‌ترسیم)

علمای شیعه و سنی براین امر متفق القولند که آیات فوق‌الذکر در شان اهل بیت سلام الله علیهم نازل شده است. و شأن نزول آن چنین است که باری که باری که حسنین علیهما السلام مریض گردیده بودند، حضرت رسول (ص)، با جماعتی به عیادت آنها آمده، به امیرالمومنین (ع) فرمودند که برای شفای دو فرزندت نذر کن تا خدای آنها را شفا دهد. پس امیرالمومنین و حضرت زهرا (ع) و فضا خدمتکارشان نذر کردند که در صورت بهبودی حسنین سه روز روزه بگیرند.

پس از بهبودی آنها، امیرالمومنین (ع) سه صاع جو از شخصی یهودی قرض گرفتند (یا در ازای اجرت پشم ریزی یا آبیاری نخلستان از وی گرفتند) و آنرا سه قسمت فرمودند؛ روز اول یک قسمت آنرا طبخ نمودند که موقع افطار مسکینی به سوال آمد و ایشان همه نان را بدو دادند و در روز دوم قسمت دوم آنرا طبخ نمودند و موقع افطار یتیمی به سوال آمد، و باز خاندان نبوت همه نان را بدو بخشیدند و در روز سوم نیز موقع افطار اسیری آمد، سلام داد و تقاضای طعام کرد. ایشان آخرین قسمت طعام را بدو بخشیدند. و این بزرگان هر سه روز را با آب افطار کردند.

پس از این امیرالمومنین و حسنین علیهم السلام، خدمت حضرت رسول اکرم (ص)

رسیدند و در آنها ضعف و سستی هویدا بود. و حضرت با دیدن ایشان و ضعفشان گریستند آن گاه جبرئیل نازل گردید و سوره هل اتی را نازل فرمود.

### ولادت کوثر ولایت، فاطمة زهرا (س) و مولود کعبه امیرمؤمنان علی (ع) بر همگان مبارک باد

منابع: (۱) طبرسی - ابوعلی فصل بن حسن - مجمع البیان فی تفسیر القرآن - منشورات آية الله مرعشی - ۱۴۰۳ هجری قمری.  
طوسی - ابوجعفر محمد بن حسن - التبیان فی تفسیر القرآن - و دار الحیاء العربی - تاریخ ندارد.  
قزوینی - سید محمدکاظم - فاطمة الزهرا - ترجمه دکتر حسین فریدون - چاپ اکباتان - ۱۳۷۵



## نقش الفاظ

### در اعمال و وقایع حقوقی و ثبتی (۲)

از تقریرات: حاج سید رضا زوارهای معاونت قوه قضائیه  
و رئیس سازمان ثبت اسناد و املاک کشور

در رسیدگی و توجه به تأثیر الفاظ در ثبت و حقوق باید متن به این حقیقت هم بود که به خلاف چیزی که در وهله اول به ذهن تبادر می‌کند، "الفاظ" فقط در عالم حقوق و ثبت و معاملات واجد اهمیت نیست، بلکه بر عکس، این اهمیت و تأثیر را در زمینه‌های دیگر هم می‌شود دید. از یک طرف در مقدمه هر علمی در گام اول به مبحث الفاظ بر می‌خوریم. رسم قدما خصوصا چنین بوده است که در هر مقدمه علمی ابتدایه "رؤوس ثمانیه" (امور مهمه هشت گانه) می‌پرداختند. یعنی در اول هر رساله و کتاب مربوط به هر علمی "نام" علم را می‌بایستی بگویند و تعریف، فایده و منفعت و همین طور چیزهای دیگری را که از کل این رؤوس ثمانیه دو سه تای اولش، خصوصا به الفاظ مربوط می‌شود. یعنی در تسمیه علوم، فنون و حرف، به هر حال لفظ اهمیت داشته و در تعریف هر علم و فن و حرفه هم از مجموعه الفاظ استفاده می‌شده است.

در منطق قدیم هم از ابتدا تاکنون، یکی از فصل‌های مقدماتی کار، مبحث الفاظ است. ریشه قضیه هم به تقریب این طور است که مطابق فرموده‌های مصنفین، ذهن برای تفکر به مفاهیم می‌پردازد و در "نصور" مثلا فقط آنها را مجسم می‌کند؛ و در "تصدیق" بین دو یا چند مفهوم رابطه و علاقه قائل می‌شود یا ایجاد می‌کند؛ و در هر حال مفهوم مابازاء لفظ است. یعنی مثلا لفظ به زبان می‌آید و مفهوم در ذهن ایجاد می‌شود. و چون کار منطق این است که بازرسی کند که آیا ذهن موقع تفکر یعنی ارتباط بخشیدن به مفاهیم، راه درستی رفته است و "صائب" است؛ یا راه خطا رفته است و "خاطی" است،

لذا ناچار است که به "الفاظ" هم بپردازد. چون از باب مثال، یکی از علل و موجبات خطا - رفتن در فکر و اندیشه، خطا در فهم مراد و معنی کلمه و لفظ است، همین جاست که اهل منطق ناچار است "لفظ" را بشناسد و بداند که لفظ مفرد و مرکب چه تفاوت‌هایی دارد و دلالت هر لفظ بر معنایش چگونه و چراست و معنی حقیقی و مجازی کدام و استعاره چیست. و مباحثی از این زمره که اطلاع بر آنها برای مصون ماندن از خطا در اندیشه لازم است.

علاوه بر منطق در اصول فقه یا اصول استنباط فقه اسلامی هم باز به الفاظ بر می‌خوریم. این جا، در این دانش، اهمیت لفظ از منطق بیشتر می‌شود. چون در منطق به لفظ از آن جهت اهمیت داده می‌شود که بتوان ذهن را از خطا در اندیشه بازداشت. هر چند که این مطلوب و هدف خود مستحسن و قابل تقدیر است، اما در اصول استنباط از آن جهت به لفظ اهمیت می‌دهیم که در جهت وصول به مراد حضرت باری تعالی، طریق است. به عبارت اخری چون مکلف باید به تکالیف شرعی خود عمل کند و عمل کردن به تکلیف مستلزم دانستن تکلیف است و دانستن تکلیف مستلزم فهمیدن معنی، مفهوم و مراد و مدلول الفاظی است که در کتاب آسمانی و آیات شریفه و یا در اخبار منقول از معصومین علیهم السلام آمده است، در این جا دیگر و در این حد، حتی فهم مراد این وسایل و ابزار ممکن است بنابه مرتبه، واجب یا مستحب گردد. چون مکلف برای عمل به تکلیف، اول باید از احکامی که وی مخاطب آنهاست، یعنی احکام تکلیفیه اطلاع حاصل کند و اطلاع بر این احکام تکلیفیه بدون آنکه الفاظ شرع را بداند و چگونگی برداشت و فهم مراد آنها را بیاموزد، ممکن نیست. لذا بایستی اول بفهمد و بداند که وضع چیست و اقسامش کدام است و کدام معناها برای کدام یک از الفاظ، از دیدگاه شرع، حقیقی شمرده می‌شود و کدام یک مجازی؟ همچنین راه شناختن معنای حقیقی از مجازی چیست و اصول لفظی مثل اصالة الحقیقة و اصالة العموم کجا باید به کار آید و به کمک فراخوانده و این اصول و مانند آن؛ مثل اصالة الاطلاق و اصالة الظهور حجت هستند یا نه؟

یعنی بدانند که عقلای قوم بر این سیره و روش اند که در گفتگوها، مباحثات، روابط و معاملات بنا را بر ظواهر کلام و الفاظ بگذارند؛ و جز با وجود قراینی که صریحا نشان دهد که مقصود گوینده، خلاف ظاهر است به خلاف ظاهر اعتنا نکنند. یعنی هر چند که لفظی احتمال تخصیص را داشته باشد، آن را بر عموم معنی کنند. و هر چند که لفظی احتمال مجاز داشته باشد، آن را معنی حقیقی کنند و هر چند که لفظی احتمال تقید داشته باشد آن را مطلق انگارند.

همین طور در همین فن بخصوص، این بحث مربوط به لفظ جاری و معمول است که اولاً امر چیست و چطور می شود "بین امر" و درخواست، التماس و خواهش و تمنی؛ فرق گذارد؟ ثانياً این که هر جا در لسان شارع مقدس لفظی به صورت امر آمده باشد چه معنایی از آن فهمیده می شود؟ این که آیا فوراً به آن امر باید جامه عمل پوشاند؟ یعنی به عبارت اخیری **علی الفور** است یا می شود هر وقت که صلاح بداند بدان پردازد؟ همچنین این که آیا یک دفعه انجام ماموریه کافی است یا خواست امر تکرار است؟ و این که بسیاری بر این عقیده رفته اند که لفظ "امر" به خودی خود هیچ کدام از این مدلولات را ندارد. بلکه فقط معنی خود امر را می رساند و مشابه همین مباحث عیناً در مراد و مدلول "نهی" و در فقه هم به همین ترتیب است. بخصوص که ترجیح عربیت را بر غیر آن و "فعل" را در مقابل اسم؛ و ماضی بودن را در مقابل مضارع، و مستقبل بودن، دست کم همه در خصوص نکاح شنیده اند که بجای "ناکح و انکح" بکار بردن "انکحت" محل وفاق است.

## ثبت اسناد (۲)

از: مهدی کریم پور، مدیر کل امور اسناد و سردفتران

### اشاره:

پیچیدگی‌های روابط اجتماعی و اقتصادی و فزونی گرفتن معاملات و مناسبات انسانی، ضرورت تشکیلات وسیع‌تری را در قلمرو ثبت اسناد کشور می‌طلبد. آن چه می‌خوانید قسمت دوم از تحولات و کوشش‌های ثبت اسناد نزد ماست:

## بخش سوم

### تشکیلات دفاتر اسناد رسمی

گفتیم که در طول قرون گذشته، مردم اسناد خود را نزد فقها و روحانیون تنظیم می‌کرده‌اند. پس از تصویب قانون ثبت در سال ۱۳۱۰ دگرگونی اساسی در نحوه تنظیم اسناد پدید آمد. در این قانون که مخصوصاً ابواب سوم و چهارم آن، به ثبت اسناد و دفاتر اسناد رسمی اختصاص دارد، مقرراتی برای تنظیم اسناد و متصدیان دفاتر اسناد رسمی وضع گردیده.

«داور» پس از انحلال و افتتاح عدلیه، همزمان با تشکیل محاکم قضائی با استفاده از اختیارات خود در تهران و شهرستان‌ها، ادارات ثبت را دایر و عده‌ای را برای اداره آن استخدام کرد که اغلب از رجال معروف آن عصر بودند<sup>(۱)</sup>. و نیز در اجرای قانون ثبت، و قانون ازدواج، دفاتر اسناد رسمی و ازدواج و طلاق تأسیس شد که اسامی برخی از روحانیون سرشناس تهران که به آنان اجازه افتتاح و تصدی دفتر ثبت ازدواج و طلاق داده شده از این قرار است: آقایان سید محمد بهبهانی، شیخ محمد جواد شریعت زاده، حاج بحرالعلوم رشتی و دیگران و به آقایان میرزا ابوالحسن شریف العلماء و دکتر موسی

---

۱. که در اینجا از ذکر اسامی آنان خودداری می‌شود.

جوان و سید جعفر افجه‌ای و برخی دیگر اجازه تأسیس دفتر اسناد رسمی ازدواج و طلاق توأمأ داده شد.

همچنین داور به رؤسای عدلیه اجازه داد در شهرستان‌ها عده‌ای را به عنوان سردفتر اسناد رسمی و ازدواج و طلاق تعیین کنند.

ناگفته نماند که بنا به حکایت سوابق امر، عده قابل توجهی از اشخاصی که به سردفتری اسناد رسمی و یا ازدواج و طلاق منصوب شده‌اند کسانی بودند که قبلاً در تنظیم اسناد این امور مباشرت داشتند و حتی دفاتری را به این امر اختصاص داده بودند که بعداً وزارت عدلیه دفاتر آنان را رسمیت بخشید. احکامی که در این زمینه صادر شده، مؤید این امر است و نمونه برخی از آنها عیناً نقل می‌گردد:

«شماره  $\frac{۲۲۸۱}{۱۳/۱/۱۹}$  جناب آقای شیخ عبدالحسین رضاقلی - وزارت عدلیه به موجب این ابلاغ دفتر جنابعالی را در بلوک غار (طهران) برای ازدواج رسمیت می‌دهد. وزیر عدلیه»  
و یا « $\frac{۱۷۶۵۰}{۱۳۱۰/۱۰/۱۱}$  - جناب آقای سید عبدالحسین - وزارت عدلیه به موجب این ابلاغ دفتر جنابعالی را در شهر تهران رسمیت می‌دهد. وزیر عدلیه»

لذا یادآور می‌شویم که سردفتران اسناد رسمی و ازدواج و طلاق، ضمن رعایت ضوابطی که برایشان مقرر شده بود از آن پس ملزم بودند در تنظیم و ثبت اسناد مدلول ماده ۲ قانون ثبت را به شرح ذیل رعایت نمایند؛ یعنی فقط در حوزه ثبتی مربوط انجام وظیفه کنند.

«ماده ۲ - مدیران و نمایندگان ثبت و مسئولین دفاتر و صاحبان دفاتر اسناد رسمی جز در محل مأموریت خود نمی‌توانند انجام وظیفه نمایند، اقدامات آنها در خارج از آن محل اثر قانونی ندارد.»

معدّلک با وجود پیش بینی‌های لازم برای تنظیم اسناد در قانون ثبت، تشکیلات دفترخانه در قانون مزبور به اجمال ترسیم شده است. «ماده ۸۱ - در نقاطی که وزارت

عدلیه مقتضی بداند برای تنظیم اسناد رسمی معین خواهد کرد. هر دفتر رسمی اسناد مرکب است از یک نفر صاحب دفتر و لااقل یک نماینده اداره ثبت اسناد.»

منظور از نماینده اداره ثبت همان کسی است که بعداً دفتر یار نامیده شده است. در این قانون، وظایف مسئولین دفاتر اسناد رسمی، از لحاظ ثبت اسناد و دادن رونوشت از اسناد تنظیمی و گواهی صحت امضاء و غیره تا حدی مشخص گردید، ولی این مقررات چاره ساز کلیه نیازمندیهای مطروحه نبود؛

«ماده ۴۹- وظایف مسئولین دفاتر از قرار ذیل است. ۱- ثبت کردن اسناد مطابق مقررات قانون. ۲- دادن سواد مصدق از اسناد ثبت شده به اشخاصی که مطابق مقررات حق گرفتن سواد دارند. ۳- تصدیق امضاء. ۴- قبول و حفظ اسنادی که امانت می‌گذارند.»

بنابراین به نظر می‌رسد پس از گذشت ۵ الی ۶ سال که از تصویب قانون ثبت سپری شده بود، مسئولین وقت به این نتیجه رسیدند که باید قانون جامعی برای دفاتر اسناد رسمی تنظیم گردد، تا هم نیاز جامعه را از لحاظ ثبت اسناد رسمی برآورده سازد و هم در تنظیم و ثبت اسناد، ضوابطی در میان باشد که حقوق مردم به نحو کامل حفظ شود.

لذا قانون دفاتر اسناد رسمی در سال ۱۳۱۶ مشتمل بر چهار فصل و ۵۷ ماده تدوین شد که به موجب آن سردفتر به حکم وزیر عدلیه منصوب می‌گردید و اداره کل ثبت اسناد املاک طبق حکم صادره برای او پروانه صادر می‌کرد و دفترخانه‌ها از نظر صلاحیت به سه درجه تقسیم می‌شد:

الف. دفترخانه درجه اول که به وسیله یک سردفتر و یک یا چند دفتریار اداره می‌شد و اجازه تنظیم و ثبت هرگونه اسناد را داشت.

ب. دفترخانه درجه دوم که اجازه تنظیم و ثبت اسناد و معاملات را بهر مبلغی دارا بود و می‌توانست دارای یک دفتریار باشد.

ج. دفترخانه درجه سوم که بوسیله یک سردفتر اداره می‌شد و اجازه تنظیم و ثبت



اسناد را تا پنجهزار ریال داشت.

شایان ذکر است که دفترخانه درجه دوم لاقلاً باید دارای سه اتاق تمیز باشد که یکی مخصوص سردفتر و دو اتاق دیگر برای دفترخانه و انتظار مراجعین باشد. دفترخانه درجه اول علاوه بر اتاقهای مزبور، باید اتاق دیگری داشته باشد که سردفتر بتواند مطالب خصوصی اشخاص را در آن استماع کند و داشتن ماشین تحریر برای کلیه مکاتبات اداری برای دفترخانه درجه اول الزامی بود.

برای انتخاب اشخاص به سر دفتری درجه اول، داشتن دانشنامه لیسانس در رشته حقوق به علاوه سه سال سابقه تصدی سردفتری اسناد رسمی یا وکالت عدلیه یا دو سال سابقه قضاوت الزامی بود و کسانی می‌توانستند به سردفتری درجه دوم منصوب شوند که علاوه بر داشتن دانشنامه از درجه لیسانس به بالا در علم حقوق یا لیسانس از دانشکده علوم معقول و منقول، در قسمت منقول و گواهی اجتهاد از مراجع مسلم، قبل از اجرای قانون می‌بایست دارای سابقه تصدی دفتر اسناد رسمی باشند. نیز سردفتر درجه دو برای ثبت و تنظیم اسنادی که باید در دفتر املاک ثبت شود، می‌بایست از وزارت عدلیه اجازه می‌گرفت. خلاصه این که برای سردفتری درجه سوم و دفتر یاری درجه اول نیز متقاضی باید دانشنامه لیسانس در حقوق یا منقول یا گواهی اجتهاد می‌داشت. برای جلوگیری از اطاله مطلب از ذکر سایر شرایطی که در قانون یاد شده برای نیل به سردفتری آمده، خودداری می‌شود و فقط در اینجا ضرورت دارد مدلول قانون مورد بحث با قانون مصوب سال ۱۳۵۴ را که جایگزین آن شده است مورد توجه قرار دهیم:

ماده ۶ قانون اخیر می‌گوید «ماده ۶- اشخاص زیر را می‌توان به سردفتری دفتر اسناد رسمی تعیین نمود. ۱- اشخاصی که دارای لیسانس حقوق در رشته حقوق قضایی یا منقول از دانشکده الهیات یا دانشکده سابق معقول و منقول باشند.»

لذا با عنایت به این که در این جا فقط به ذکریندهای اول هر یک از مواد قانون

سال‌های ۱۳۱۶ و ۱۳۵۴ اکتفا شده، با نگرش به درصد افراد تحصیل کرده در آن زمان (۱۳۱۶) و مقایسه آن با سالهای اخیر و پیچیدگی کار در اداره دفتر اسناد رسمی در این ایام، تصحیح و تعدیلی در آن ضروری می‌نماید. چه اکنون سردفتر علاوه بر آگاهی بر مقررات ثبت اسناد و املاک باید به سایر قوانین مانند مقررات زمین شهری و قانون اصلاحی اصلاحات ارضی و ... اشراف کامل داشته باشد و به علاوه با بسیاری از ادارات و نهادها مانند آب، برق، دارایی و راهنمایی و رانندگی در پاره‌ای امور معاضدت نماید و حتی قانون سال ۱۳۱۶ به تأمین نیازهای مردم برای بخش‌ها و شهرها حسب مورد توجه داشته و مانند قانون فعلی انتخاب سردفتر یکسان نبوده که بندر خمیر و تهران در یک ردیف باشند.

بنابراین اکنون اگر سردفتری فاقد آگاهی و تجربه لازم باشد چه بسا دچار مشکلاتی خواهد شد که این گاهی شده و می‌شوند.

لذا جا داشت تدوین کنندگان قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۵۴، لااقل قبل از شروع بکار، یک دوره کارآموزی را برای کسانی که بدو به سردفتری اسناد رسمی منصوب می‌شوند، پیش بینی می‌کردند. زیرا کمتر شغلی به اندازه سردفتری از حساسیت‌های فراوان مادی و معنوی برخوردار است.

در هر صورت برای اینکه خوانندگان گرامی به وضعیت این شغل و نیز سردفتری ازدواج و طلاق آگاهی بیشتری پیدا کنند به اجمال قانون سال ۱۳۵۴ و قانون ازدواج مصوب ۱۳۱۰، آیین نامه‌ها و نظام‌نامه‌های آنها را مرور می‌کنیم تا آگاه گردیم سردفتر اسناد رسمی و ازدواج و طلاق و نیز دفتریار کیست و وظایف محوله به هر یک کدام است.

### ضوابط و نظامات سردفتری و دفتریاری:

بر طبق ماده یک قانون دفاتر اسناد رسمی، دفترخانه اسناد رسمی و سردفتر، وابسته به وزارت دادگستری است که در حال حاضر تحت نظر قوه قضائیه و سازمان ثبت اسناد و املاک کشور اداره می‌شود و در تهران سردفتر با نظر مشورتی کانون سردفتران و در شهرستان‌ها به جهت حذف عنوان دادستانی از سازمان قضائی با مشورت رئیس دادگستری و به موجب اختیارات تفویضی از رئیس قوه قضائیه با ابلاغ رئیس سازمان ثبت اسناد و املاک کشور منصوب می‌گردد. در اداره دفترخانه وجود دفتر یار اول الزامی است که عنوان معاون و نمایندگی سازمان ثبت را داراست. در قانون یادشده وجود دفتر یار دوم نیز پیش بینی شده که پرداخت حقوق وی به موجب ماده ۳۲ آیین‌نامه قانون دفاتر اسناد رسمی با سردفتر است و عملاً حکم منشی دفترخانه را دارد و از پاداش مربوط به سهم کارمندان دفاتر از حق التحریر هم، برابر آیین‌نامه این امر، برخوردار است.

پس از صدور حکم سردفتری محل استقرار دفترخانه در هر نقطه به معرفی سردفتر و موافقت اداره ثبت محل تعیین می‌گردد. (ماده ۴ قانون دفاتر اسناد رسمی و ماده ۳۰ آیین‌نامه همان قانون) و نیز اشخاص برای نیل به شغل سردفتری باید شرایط زیر را دارا باشند. دانشنامه لیسانس در رشته حقوق قضائی و یا منقول و دو سال سابقه خدمت قضائی یا وکالت پایه یک دادگستری و گواهی اجتهاد از مراجع مسلم و یا دانشنامه لیسانس با سه سال سابقه دفتر یاری و یا دیپلم کامل متوسطه با هفت سال سابقه دفتر یاری اول (ماده ۶ قانون دفاتر اسناد رسمی) قابل ذکر است که در ماده مزبور شقوق دیگری ذکر شده که در حال حاضر عملاً منسوخ است.

اشخاص واجد شرایط به دو طریق شغل سردفتری اسناد رسمی را حائز می‌شوند:

۱. شرکت در آزمون مربوطه. بر طبق ماده ۳ آیین‌نامه قانون دفاتر اسناد رسمی. سازمان ثبت همه ساله با درج آگهی در روزنامه‌های کثیرالانتشار مراتب را به اطلاع متقاضیان می‌رساند سپس از کلیه داوطلبان واجد شرایط هیأت منتخب به نحو مقتضی

اختبار به عمل آورده و تعداد لازم را انتخاب می‌نماید.

۲. بر طبق ماده ۶۹ قانون دفاتر اسناد رسمی، سردفتران شاغل در صورت داشتن شرایط بازنشستگی (۳۰ سال سابقه سردفتری و دفترباری یا ۶۵ سال سن)، شخص واجد صلاحیتی را طبق مقررات قانون دفاتر اسناد رسمی به جانشینی معرفی می‌نمایند. مدت لازم برای کسانی که الزاماً بازنشسته می‌شوند و مشمول تبصره ماده ۱۱ قانون دفاتر اسناد رسمی هستند، و در تاریخ تصویب قانون شاغل بوده‌اند و تا هفتاد سالگی اجازه یافته‌اند به کار ادامه دهند، دو ماه قبل از حلول تاریخ بازنشستگی است. همچنین ورثه سردفتر متوفی که حین الفوت شاغل بوده نیز می‌توانند تا شش ماه شخص واجد صلاحیت مقرر در قانون دفاتر اسناد رسمی را معرفی نمایند.

از شرایط دیگری که برای انتصاب به این شغل و دفترباری لازم است این است که سن سردفتر و دفتربار در بدو اشتغال به ترتیب نباید کمتر از ۲۴ و ۲۰ سال و بیشتر از ۵۰ سال باشد (ماده ۹) و این اشخاص یعنی سردفتر و دفتربار اول با سی سال خدمت، اعم از متوالی یا متناوب بازنشسته می‌شوند. پرداخت حقوق بازنشستگی به موجب مقررات آیین نامه ماده واحده است که پس از ارائه مفصاهای ایام اشتغال از لحاظ حق الثبت و مالیات و غیره توسط کانون سردفتران پرداخت می‌شود. همچنین است پرداخت مستمری ورثه سردفتر متوفی (مواد ۱۰ و ۱۱ قانون دفاتر اسناد رسمی).

لازم به ذکر است برای سردفتری تنها شرایط تحصیلی و سابقه خدمت کافی نیست زیرا موانعی موجود است که برخی از افراد را از نیل به این شغل باز می‌دارد. مانند تبعه خارجه و یا تحت قیمومت یا ولایت غیر بودن و برکنار شدن از خدمت دولتی اعم از اداری و قضائی و یا وکالت دادگستری و نیز کسانی که مرتکب جنایت شده باشند و یا از حسن شهرت برخوردار نبوده و دچار اعتیاد باشند از نیل بدین شغل محرومند. و به همین گونه سردفتر، نمی‌تواند علاوه بر اشتغال به سردفتری، قاضی دادگستری یا وکیل یا تاجر و یا عضو هیات مدیره و یا مدیر عامل شرکت‌ها و بانک‌ها و مدیر روزنامه یا

مجله باشد، - مگر مدیریت نشریه کانون سردفتران و مجلاتی که صرفاً جنبه علمی دارد. نیز کسانی که به سردفتری اسناد رسمی انتخاب می‌شوند، نمی‌توانند بجز دفتر تحت تصدی خود متصدی دفتر دیگری هم باشند. مثلاً شخصی هم سردفتر اسناد رسمی شماره فلان باشد و در عین حال دفتر اسناد رسمی شماره بهمان را هم داشته باشد. زیرا این امر مغایر با مقررات ماده ۱۴ قانون دفاتر اسناد رسمی است. معذک در مواردی که دفترخانه‌ای فاقد سردفتر باشد به موجب آیین‌نامه قانون دفاتر اسناد رسمی، اداره کل ثبت محل می‌تواند کفالت آن دفترخانه را به سردفتر شاغلی در همان حوزه ثبتی محول نماید.

اکنون که موضوع کفالت مطرح شده جا دارد در خصوص کفالت توضیح بیشتری داده شود:

۱. اگر سردفتری، فوت کند و یا به انفصال دائم و یا به سلب صلاحیت محکوم شده باشد، سردفتر کفیل حق ثبت سند را در دفتر مکفول عنه ندارد. بلکه صرفاً امور اداری آن دفتر را انجام می‌دهد (مانند صدور اجرائیه و یا دادن رونوشت سند و غیره).

۲. اگر سردفتری به انفصال موقت محکوم شده باشد، اداره کل ثبت متبوع سردفتر می‌تواند کفالت دفترخانه را در ایام انفصال به سردفتر شاغل دیگری در همان حوزه ثبتی یا دفتر یاری که طبق تبصره ماده ۷ قانون دفاتر اسناد رسمی واجد شرایط باشد، محول نماید.

در این مورد درآمد دفترخانه پس از پرداخت هزینه، فی مابین سردفتر منفصل یا معلق با کفیل بالمناصفه تقسیم خواهد شد. (ماده ۴۷ قانون دفاتر اسناد رسمی)

۳. در ایام مرخصی و معذوریت نیز طبق فراز ۲ عمل می‌شود.

البته کفالت منحصر به موارد فوت سردفتر و یا انفصال نیست. بلکه برای ایام معذوریت و مرخصی نیز به وجود کفیل نیاز است. زیرا هر سردفتر یا دفتریار با داشتن یک سال سابقه کار، می‌تواند از یک ماه مرخصی استفاده کند. صدور حکم مرخصی و

معذوریت تا یک ماه در مراکز استان‌ها به غیر از تهران با تصویب مدیر کل ثبت استان، و در تهران با تصویب سازمان ثبت اسناد و املاک کشور است و لازم به ذکر است که مرخصی استحقاقی سردفتر و دفتربار اگر زائد بر یک ماه باشد، در صورت استحقاق مشروط به اینکه در سال از چهار ماه تجاوز نکند به پیشنهاد ثبت استان و با تصویب سازمان ثبت ممکن است.

بدیهی است هیچ سردفتر و دفترباری در سال بیش از چهار ماه نمی‌تواند از مرخصی استفاده کند (ماده ۱۴ آیین‌نامه قانون دفاتر اسناد رسمی) و در معذوریت‌ها نیز تا یکماه طبق گواهی پزشک معالج و زائد به یکماه منوط به گواهی هیأت پزشکی است که امروزه با گواهی پزشکی قانونی صورت می‌گیرد. (ماده ۱۵ آیین‌نامه قانون دفاتر اسناد رسمی). البته هر سردفتر و دفترباری اگر بخواهد از مرخصی یا معذوریت برای خروج از کشور استفاده نماید، دفترخانه‌اش باید از هر لحاظ تحت بازرسی واقع و گواهی تصفیه حساب ارائه گردد. در موارد استثنایی، سازمان ثبت می‌تواند با اخذ ضامن یا تضمین کافی با مرخصی یا معذوریت موافقت نماید (ماده ۱۵ آیین‌نامه قانون دفاتر اسناد رسمی).

گفتنی است سردفتران و دفترباران علاوه بر تضمینی که قبل از انتصابشان سپرده‌اند، قبل از اشتغال باید سوگند یاد کنند. مراسم سوگند که متن آن در آیین‌نامه قانون دفاتر اسناد رسمی آمده است، با حضور رئیس سازمان ثبت اسناد و املاک کشور و معاونین او و رئیس هیأت مدیره کانون سردفتران و دفترباران و مدیر کل امور اسناد و سردفتران و معاون او و یا در صورت اقتضا با حضور یکی از مقامات مزبور به عمل می‌آید و پس از اتمام این تشریفات قانونی یعنی سوگند خوردن، داوطلب سردفتر اسناد رسمی یا دفتربار نامیده می‌شود.

هر دفترخانه باید دارای دفاتر زیر باشد:

۱. یک نسخه دفتر ثبت اسناد که پمپ و برگ شماری شده و ممضی به امضای

نماینده دادستان و در حال حاضر نماینده رئیس دادگستری باشد که دفتر سردفتر نامیده و کلیه اسناد دفترخانه در آن ثبت می‌گردد.

۲. دفتر راهنما که متضمن اسامی متعاملین و نوع سند و شماره و تاریخ سند خواهد بود.

۳. دفتر درآمد برای کلیه وجوهی است که جهت ثبت سند برابر مقررات اخذ و شماره قبض هزینه‌های مزبور در آن قید می‌شود. این دفتر از طرف سازمان ثبت پلمپ می‌شود.

۴. دفتر ثبت مکاتبات و تقاضانامه اجرائی و خلاصه معاملات.

۵. دفتر ابوالجمعی قبوض سپرده و اوراق بهادار.

۶. دفتر گواهی امضاء (ماده ۱۱ آیین نامه قانونی دفاتر اسناد رسمی)

در مورد دفتر گواهی امضاء توضیحی ضرورت دارد، در ماده ۲۰ قانون دفاتر اسناد رسمی مقرر شده، این دفتر منحصرأً برای تصدیق امضاء ذیل نوشته عادی است و سند گواهی امضا شده را مسلم الصدور شناخته است. یعنی محاکم به آن اعتبار می‌دهند بنابراین آنچه که در این سند رسمیت دارد فقط گواهی امضاء است لاغیر و بقیه مطالب عادی تلقی می‌شود. البته سردفتران مأذون به گواهی امضا برخی نوشته‌ها از جمله نوشته‌های مالی نیستند و اگر در نوشته‌ای به صورت منجز پرداخت وجه نقد وسیله امضاء کننده، تعهد یا ضمانت شده باشد و یا موضوع گواهی امضاء شده عین یا منفعت مال غیر منقول و یا سهام شرکتهای ثبت شده باشد، باید از گواهی امضای آن خودداری ورزند. (ماده ۱۲ آیین نامه اصلاحی سال ۶۰ قانون دفاتر اسناد رسمی.)

(دنباله این بحث را در شماره بعد خواهیم خواند)

## سیر مالکیت در ایران و چگونگی ثبت اسناد و املاک

گرد آوری و نگارش: سید جلیل محمدی

دادستان انتظامی سردفتران و دفتریاران

### اشاره:

اندیشه مالکیت دارای قدمتی به بلندای ظهور زندگی جمعی - انسانی است. به این دلیل آگاهی از چگونگی کم و کیف مفهوم مالکیت و شقوق گوناگون آن و نیز چگونگی تثبیت و استقرارش در جامعه از اهمیت خاصی برخوردار است. مبحثی که در پی می‌آید کوششی است در جهت نشان دادن سیر تاریخی مالکیت در ایران قبل و بعد از اسلام و چگونگی ثبت و ضبط اسناد و املاک.



در شماره قبل شرح دادیم که برای تأمین حقوق افراد جامعه، تنظیم روابط حقوقی اشخاص و برقراری نظم اجتماعی، ثبت اسناد و املاک از زمانهای قدیم بصورگوناگون معمول بوده است.

### مالکیت در ایران باستان

بطوریکه در قدیمی‌ترین سند تاریخی (مجموعه قوانین حمورابی) مقرراتی درباره عقود و احکام آن دیده می‌شود. در زمان داریوش پادشاه هخامنشی وضعیت املاک از نظر نام مالک، مساحت، نوع آن و نوع زراعت در دفاتر مخصوص ثبت می‌شده است. در کتاب دینی زردشتیان ایران باستان (اوستا) در قسمتی از آن به نام (وندیداد) راجع به عقود و معاملات و معاهدات آن زمان سخن رفته است. از لحاظ مذهبی در آن عصر احیاء زمین، آبیاری، تخم افشانی و درختکاری از کارهای نیک محسوب می‌شده و کشاورزان یکی از طبقات اصلی جامعه ایران به شمار می‌رفته‌اند. در آن زمان زمین‌هایی از طرف شاه در ازاء خدمت خاصی از طرف رُعیایا بعنوان تیول یا برسم بخشش به آنها داده می‌شد. معاملاتی هم با شیوه خاصی رایج بود.

در زمان اشکانیان که نظام فئودالی حاکم بود، سرداران و حُکام محلی املاک وسیع زراعتی را در بست در اختیار خود در آوردند. در دوره ساسانیان وضع مالکیت و کشاورزی تقریباً بصورت زمان هخامنشیان بازگشت و چندین بار سهمیه مالک و زارع گاه به نفع این و گاه به نفع آن تغییر کرد. تا اینکه در اواخر دوران ساسانی این وضع به نفع مالکان تغییر کرد و این خود یکی از علل نارضایتی اجتماعی بود. در آن زمان دولت زمینهای بایر و موات را به افراد متمکن واگذار می‌کرد. ادامه این کار و سوء استفاده

مالکان بزرگ باعث نارضایتی کشاورزان و خرابی دهات آنان گردید. تا اینکه با تذکر به موقع از مؤبدان در سفری که همراه بهرام شاه ساسانی بود، شاه متوجه موضوع شد و دستور داد کشتزارها را از مالکان بزرگ بازگیرند و به کشاورزان اصلی بپارند.

### مالکیت در دوران جاهلیت و قبل از اسلام

اهم اسباب تملک در دوران جاهلیت غضب، استیلا یا غلبه بر مال غیر بوده است. به زبان ساده‌تر، هر کس زور و قدرت بیشتری داشت صاحب آب و املاک و خدم و حشم بیشتری بود. در آن دوره معاملاتی بین مردم رایج بود که امروز نظیر آن دیده نمی‌شود از قبیل: بیع حصاة، ملامسه و مُنابذه.

در بیع حصاة کالا نزد فروشنده پهن بود و مشتری با انداختن ریگ به طرف هریک از کالاها و متعاقب اصابت آن به کالا و با پرداخت قیمت آن، مال از آن او می‌شد. معاملات اراضی و باغها و مساحت مورد معامله به اندازه بُرد سنگ ریزه‌ای بود که از طرف مشتری پرتاب می‌شد و به خریدار تعلق می‌گرفت.

بیع ملامسه: جنس فروشنده در کیسه‌ای قرار داشت و خریدار دست در کیسه می‌کرد و هر کدام را که لمس می‌نمود و بیرون می‌آورد با پرداخت قیمت، صاحب آن می‌شد. بیع مُنابذه: که شبیه به بیع حصاة بود که با پراندن متاع بطرف مشتری و عوض بطرف بایع بدون نگاه کردن و رضایت بود. در این حالت هر یک از طرفین می‌گفتند: این در مقابل آن (هذا بهذا) که به این صورت معامله صورت می‌گرفته است. یا در مورد اراضی و املاک بدون اینکه قبلاً مورد معامله از نزدیک دیده شود بیع به صورت (ندید) یا باصطلاح امروز (کلیدی) انجام می‌شده است. دین مُقدّس اسلام این عقود و معاملات را باطل شمرد.

اسلام و قانون مالکیت - در زمان حضرت مُحَمَّد (ص) رایج‌ترین معامله در بازار

عربستان معاملات سلف یا سلم بود، بیع سلف یکی از عقود است که قبل از اسلام نیز بین اعراب رواج داشته و مورد تأیید اسلام نیز واقع شد.

**معامله سلف:** عبارت است از فروش جنس بطور کلی و بر عهده به مدت مُعین و بهای نقد، چون در معاملات سلف مُدّتی مقرر است و امکان فراموشی و حوادث در کار است و ممکن است بین خریدار و فروشنده اختلافی پیدا شود لذا در سوره مبارکه «بقره» در آیه ۲۸۱ دستور نوشتن اسناد چنین آمده است:

«ای کسانی که ایمان آورده اید هنگامی که قصد معامله نسیه‌ای دارید تا زمان مُعینی، پس بنویسید آنرا و نویسند درستیکاری معامله میان شما را بنویسند و مدیون امضاء کند...»

از آن تاریخ به بعد نوشتن سند و قباله از سُنن جاری و اصول لازم بین مُسلمین گردید.

**فلسفه نوشتن سند:** مهم‌ترین فایده نوشتن اسناد استوار نگاهداشتن اساس و پایه مالکیت و امنیّت قضائی است. لازمه دوام یک جامعه آن است که داد و ستد، قول و قرار و معاملاتش تحت نظم و قوانین ثابتی باشد که تمام افراد آن اجتماع مُلزم به تبعیّت از آن قوانین و مقررات باشند.

فقدان امنیّت قضائی، پایه امر مالکیت را متزلزل و حقّ افراد را پایمال و دستخوش امیال دیگران می‌نماید. قضاوت و داوری صحیح و عادلانه بر پایه سند و نوشته استوار است.

**دین مقدس اسلام حقوق طبیعی انسان را در چهار اصل محترم شمرد:**

۱- حقّ حیات که منشاء حقوق دیگری از قبیل دفاع از جان، ممنوعیت شدید انتحار، نقص عضو و غیره می‌باشد.

۲- حق انتخاب آزاد کار و پیشه و حق استفاده از زمین و موالید آن و محترم شمردن مالکیت‌های خصوصی به نحوی که مُخل و مُزاحم خود یا اجتماع نباشد.

### ۳- حق تساوی در برابر قانون و احکام

۴- حق زیستن هر فرد بصورت، موجودی دارای عقل و شعور و الزام اجتماع به احترام مواهب الهی و استفاده از استعداد طبیعی هر فرد و اعمال آزادگی بصورتی که مُزاحم و مُضرّ به حال دیگران نباشد. این شریعت با شدت و قوت تمام مردم را به بهره‌برداری از زمین و حیازت و آبادانی آن تشویق کرد. بعنوان نمونه آیاتی چند از قرآن مجید را یادآور می‌شویم.

۱- آیات ۱۸ و ۱۹ از سوره حجر: «و زمین را بگسترديم و در آن کوههای عظیم برنهاديم و از آن هر چیز را مناسب و موافق حکمت و عنایت برویانيديم. و در این زمین هم لوازم معاش شما نوع بشر را فراهم آورديم و هم برای سایر حیوانات که شما روزی آنها را نمی‌دهید قوت و غذا فراهم ساختيم.»

۲- (آیه ۹ از سوره اعراف): «و همانا شما را در زمین تمکین و اقتدار داديم و در آن بر شما معاش و روزی از هر گونه نعمت مُقرر کرديم. لیکن اندکی از شما شکر نعمتهای خدا بجا می‌آوريد.»

۳- آیه ۱۴ از سوره الملک: «او آن خدائی است که زمین را برای شما نرم و هموار گردانید. پس شما در پست و بلندیهای آن حرکت کنید و روزی او خورید و شکرش گوئید که بازگشت همه بسوی اوست.»

پس از فتح ایران، خلیفه دوم مجمعی از ده تن بزرگان صحابه از جمله حضرت علی (علیه السلام) تشکیل داد، نظر بعضی از آنها تقسیم اراضی میان سپاهیان بود. اما حضرت علی (ع) از عمر خواستند که از تقسیم اراضی میان سپاهیان خودداری کند و آنها را منابع درآمدی برای جامعه مُسلمین قرار دهد. عمر نظر حضرت علی (ع) را پذیرفت و قانون "خراج" را مُقرر داشت. عُمر نیروهای اسلامی را که به کشورهای خارج می‌رفتند از اشتغال بکار کشاورزی و زمین‌داری منع می‌کرد، زیرا می‌خواست آنان

همواره آماده میدان نبرد باشند و گرفتار آب و ملک نشوند. اما این وضع دیری نپائید تا در زمان حکومت بنی امیه بعضی از صحابه پیغمبر (ص) به جمع آوری ملک و مال شدند. در این دوران بیش از همه، خُلفای اموی در اینکار افراط کردند. ایشان نه تنها املاک مردم را خریداری می‌کردند بلکه دارائی دیگران را نیز به زور تصاحب می‌نمودند. بخصوص که اقوام غیر عرب را برده و بنده‌ی خود می‌دانستند و برای آنها هیچ حقی قایل نبودند تا چه رسد به حق مالکیت. آنها همین که جائی را فتح می‌کردند هر چه می‌خواستند خود بر می‌داشتند؛ عمر بن عبدالعزیز رفتار خلیفه دوم (عمر) را سرمشق خود قرار داد و به عدالت رفتار کرد. در زمان این خلیفه املاک یهود و نصاری و زرتشتیان را که قبلاً به زور تصاحب شده بود، مُسترد داشتند ولی این وضع طولی نکشید و پس از او وضع بدتر از سابق شد.

در زمان خلافت امام علی علیه السلام زمینهایی را که بعنوان تیول<sup>(۱)</sup> توسط افراد با نفوذ تصاحب شده بود پس گرفته و موجودی بیت المال را میان مردم تقسیم نمود و هیچکس را با دیگری تفاوت نگذاشت.

ایشان در دوّمین روز خلافت خود ضمن سخنانی فرمودند. «بخدا قسم اگر آنچه را که بیهوده از بیت المال مُسلمین به این و آن بخشیده شده بیابم، به صاحبش باز می‌گردانم، گرچه زانی را به آن کابین<sup>(۲)</sup> بسته و یا کنیزانی را با آن خریده باشند؛ زیرا که در عدالت، وسعت و گستردگی است و آن کس که عدالت برایش گران آید، تحمل ظلم و ستم برایش گران‌تر خواهد بود.»

روش حضرت علی (ع) بر سادگی خود، نمایندگان، استانداران و رفاه و آسایش مردم بود؛ و همواره خود در ساده‌ترین وضع زندگی می‌کرد و نمایندگان و استانداران را به تقوی و عدم اسراف توصیه می‌فرمود، اما نمی‌گذاشت که مردم در سختی به سر برند. بعنوان نمونه؛ وقتی به حضرت اطلاع دادند که شریح قاضی خانه‌ای اعیانی بمبلغ ۸۰

۱- اراضی که در اختیار اُمراء و لشکریان قرار داده می‌شد که حقوق خود را از آن تحصیل نمایند.

۲- مهر

دینار خریده و برای آن قباله‌ای تنظیم کرده و عده‌ای را شهود گرفته است، او را احضار نمودند و به وی فرمودند: "ای شریح! به زودی کسی به سراغت خواهد آمد که نه قبالات را نگاه می‌کند و نه از شهودت می‌پرسد؛ تو را از آن بیرون می‌کند و به قبرت تحویل می‌دهد.

ای شریح! بنگر این خانه را از ثروت غیر خود نخریده باشی که هم در دنیا و هم در آخرت زیانکار باشی. آری اگر هنگام خرید خانه پیش من آمده بودی سند مالکیت را این چنین برایت می‌نوشتم که دیگر در خرید چنین خانه‌ای حتی به بهای یک درهم یا بیشتر علاقه نداشته باشی."

آن سند مالکیت چنین بود:

«این خانه‌ایست که بنده‌ای ذلیل از مُرده‌ای که آماده کوچ کردن است خریداری نموده، خانه‌ای از سرای غرور، در محله فانی شوندگان و در کوچه‌ها لکان! این خانه به چهار حدّ محدود می‌شود:

یک حدّ به آفات و بلاها، حدّ دوم به مصائب، حدّ سوم به هوی و هوسهای سُست کننده و حدّ چهارم به شیطان اغواگر مُنتهی می‌گردد و در خانه از همین جا باز می‌شود.

این خانه را مغرور آرزوها از کسی که پس از مُدت کوتاهی از این جهان رخت بر می‌بندد به مبلغ خروج از عزّت قناعت و دخول در ذلت دنیا پرستی خریداری نمود،... شاهد این سند عقل است، آن‌گاه که از تحت تأثیر هوی و هوس خارج گردد و از علایق دُنیا جان سالم بدر برد.»<sup>(۱)</sup>

حضرت علی (ع) در فرمان تاریخی به مالک اشتر فرمودند:

"۱- به هیچیک از اطرافیان و بستگان، زمینی از اراضی مسلمانان (اقطاع و تیول)<sup>(۲)</sup>

۱- نامه سوم از نامه‌های امام علی (ع) در نهج البلاغه

۲- اقطاع، قطعه‌ای است از اراضی موات که امام یا نایب وی در اختیار کسی می‌گذارد که او آنرا مورد انتفاع خود قرار دهد.

وامگذار.

۲- مبادا طمع کنند و قراردادی بسود آنها مُنعقد سازی که باعث ضرر سایر مردم باشد. خواه در آبیاری و کشاورزی و یا عمل مُشترک دیگر طوری که هزینه‌های آن را بر دیگران تحمیل کنند که در این صورت سودش برای آنهاست و عیب و ننگش برای تو در دنیا و آخرت باشد.

۳- کار خراج را بخوبی بررسی نما آن چنان که وضع خراج دهنده اصلاح شود؛ زیرا در حقیقت اصلاح زمین و عاملین در آن اصلاح وضع دیگران می‌باشد. هیچ اصلاحی به سود دیگران جز به اصلاح خراج دهندگان نیست. برای اینکه همگی مردم نان خوار خراج می‌باشند. باید نظر تو به آبادی زمین بیشتر و رساتر از جلب خراج باشد. زیرا خراج بدون آبادی بدست نمی‌آید.

در زمان حضرت علی (ع) میزان مالیات و خراج پائین آمد به طوری که مردم رغبت بیشتری در پرداخت آن نشان می‌دادند. گفته می‌شود که میزان مالیات در زمان امام علی (ع) از هر جریب (۱۰۰۰ ذرع) زمین زراعتی کامل ۱/۵ درهم و از زمین زراعتی متوسط یکدرهم و از زراعت ضعیف ۲/۳ درهم و از هر جریب باغ انگور ۱۰ درهم می‌گرفتند. برای اسبهایی که به چراگاه می‌رفتند سالی دو دینار بعنوان ذکات وضع کردند.

در تشویق به کار زراعت و غرس درخت دستورات زیادی داده شده است از جمله در کُتب (اصول کافی) و (من لایحضره الفقیه) آورده‌اند که: «یکی از دوستان مولای مُتقیان امام علی (ع)، آن حضرت را در حالی دید که گام‌هایش به عرق نشسته بود و در چنین حال به زراعت اشتغال داشت. آن شخص گفت: «پس یاران و خدمتکاران کجایند؟» حضرت فرمودند: «کسی که با بیل در زمین خود کار می‌کرد از من و پدرم مُهمتر بود.» گفت او که بود؟ فرمودند: «وی پیغمبر خاتم (ص) بود. سپس فرمودند: پدرانم همگی با دست خود کار می‌کردند و کار با دست، کار انبیاء و مُرسَلین است.»

در احادیث آمده است که حضرت محمد (ص) شخصاً چندین حلقه چاه حفر و چند مزرعه احداث کردند. حضرت امام علی (ع) بیست و پنج سال بکار تأسیس نخلستانها و حفر قنوت و ایجاد مزارع پرداختند. یکی از غلامان آزاد شده یا کارگران آن حضرت می‌گوید: "امام برای سرکشی به مزرعه‌ای که من در آن کار می‌کردم آمدند، از من غذا خواستند و من از کدوی پخته محصول آن پیش آوردم. بعد از صرف غذا دستهای خود را با آب و شن شستند و فرمودند: از رحمت خدا دور باشد کسی که شکم او را به جهنم کشاند، پس از سوالی از آب آن مزرعه، کلنگ را از من گرفتند و در میان قناتی که آب آن بند آمده بود رفتند و آنقدر کاوش نمودند که عرق ریزان و خسته بیرون آمدند. دوباره میان قنات رفتند و چنان کلنگ می‌زدند و کاوش می‌نمودند که دم نفس بگوش می‌رسید. ناگهان سنگ و لای از میان برداشته شد و آب مانند گلوی شتر نحر شده بیرون زد و شتابان بیرون آمدند و در همان حال که عرق از سر و روی آن حضرت جاری بود فرمودند: «صدقه صدقه است» و در همانجا، نوشت افزار خواستند و نوشتند: «این وقفنامه امیرالمؤمنین عبدالله علی است که صدقه گرداند، این چشمه را برای فقراء مدینه، صدقه‌ای که نه فروش رود و نه به بخشش در آید و نه انتقال پذیرد تا خداوند همان وارث آسمانها و زمین وارث آن شود. اگر فرزندانم حسن و حسین محتاج شدند بهره آن از آنها باشد».

دین اسلام که تا این حد به کشاورزی و کشاورزان اهمیت می‌داد، مسلماً برای جلوگیری از تجاوز به مالکیت افراد اوامری صادر کرد و با محترم داشتن حق مالکیت فردی و تشویق به خود کاری یک نوع مساوات و تجدید مالکیتی بوجود آورد که تا آن زمان سابقه نداشت. با مختصر تعمقی محرز می‌شود که عامل اصلی نفوذ دین اسلام بر جوامع و ملل مختلف، رعایت دقیق و شدید حقوق فردی و اجتماعی در صدر اسلام بود؛ بویژه مساوات حقوق انسانی که نه تنها فواصل طبقاتی را از بین می‌برد بلکه اختلافات نژادی را بگلی نابود و امتیاز افراد بشر را پرهیزکاری و



اجتناب از تجاوز به حقّ انسانهای دیگر قرار داد که این امر، عالی‌ترین نوع تثبیت حقوق انسانی است. (دنباله مطلب در شماره بعد)

### منابع تحقیق و تدوین

- ۱- قرآن مجید
- ۲- خمینی (امام)، روح‌الله، رساله نوین، ج دوم، زمستان ۱۳۶۳، ص ۳۸، ۴۴، ۴۶، ۵۰ الی ۵۲.
- ۳- طالقانی (آیت ال...) سید محمود، اسلام و مالکیت در مقایسه با نظامهای اقتصادی غرب، سال ۱۳۵۰.
- ۴- فاضل، جواد نهج البلاغه علی (ع)، مؤسسه مطبوعاتی علمی، چاپ ۱۱، سال ۱۳۵۰.
- ۵- جعفری لنگرودی دکتر محمدجعفر ترمینولوژی حقوق، بنیاد راستاد، خرداد ماه ۱۳۶۳.
- ۶- جمالی محلاتی، جمال الدین، ترجمه قوانین فقه اسلامی، ج ۲، سال ۱۳۴۷.
- ۷- محمدی، سیدجلیل، سیر مالکیت در ایران و چگونگی ثبت اسناد و پایان‌نامه دوره کارشناسی، دانشگاه اصفهان، تابستان سال ۱۳۵۲

## شرط؛ اقسام و احکامش

عسگر جعفرزاده

### اشاره:

در شماره پیشین بحث راجع به «شرط، اقسام و احکامش» را، با بیان دو فصل به عنوان «کلیات» و «اقسام شرط صحیح و احکام آنها»، آغاز نمودیم که فصل اول اختصاراً مشتمل بود بر تحریر معانی و مفاهیم اصطلاحی شروط و مصادیق آن، تحلیل شروط ابتدایی و شروط تبانی و توضیح آنها، ماهیت حقوقی شرط و تحلیل رابطه عقد و شرط در فصل دوم در باب شرط صفت و موارد و خصوصیات آن مطالبی ارائه نمودیم و اینک ادامه مطلب.

## بخش دوم - ضمانت اجرای شرط صفت

۱- نتیجه تخلف و ملاک آن: ماده ۲۳۵ قانون مدنی در مقام بیان ضمانت اجرای تخلف از شرط وصف می‌گوید: «هرگاه شرطی که در ضمن عقد شده است، شرط صفت باشد و معلوم شود آن صفت موجود نیست، کسی که شرط به نفع او شده است اختیار فسخ خواهد داشت.» بحثهای قابل طرح در مورد این ماده یکی این است که چه موقع معلوم می‌شود صفت مورد نظر موجود نیست. و به عبارت دیگر آیا ملاک این است که بعداً معلوم گردد در هنگام انعقاد عقد، موضوع معامله فاقد صفت شرط بوده است یا ملاک داشتن شرط در هنگام قبض و تسلیم است و نه هنگام انعقاد معامله؟ پاسخ این است که آیا ملاک فقدان وصف زمان عقد است یا زمان تسلیم، ماده ۲۳۵ قانون مدنی متعرض موضوع نشده است. لیکن با اتخاذ وحدت ملاک از مواد ۳۸۴ و ۳۸۵ قانون مدنی می‌توان گفت ملاک وجود یا فقدان صفت در شرط صفت هنگام تسلیم است.

۲- مبنای فسخ و تقسیط ثمن: ابتدا باید گفت این بحث مخصوص شرط وصف نیست بلکه در شروط دیگر هم جای این بحث هست که آیا واقعاً شرط صرفاً تعهدی است که مشروط علیه به عهده گرفته و رابطه‌ای با تعهد اصل او در پرداخت و تسلیم مورد معامله ندارد، یا چنین نیست و در برابر شرط هم مقداری ثمن قرار می‌گیرد؟ علت

طرح این مسئله در مبحث مربوط به شرط صفت به این دلیل است که بیشترین رابطه را با این شرط دارد و در این حالت است که بیشتر موضوع بحث واقع شده است.

بحث از تقسیط ثمن و حتی فسخ، ما را در شناختن مبانی احکام قانون مدنی مربوط به ضمانت اجرای شرط یاری می‌دهد. بخصوص که در بعضی موارد ضمانت اجرا متفاوت است. برای مثال حکم ماده ۲۳۵ ق.م. در شرط صفت با حکم ماده ۳۸۴ همان قانون منطبق نیست. و از طرف دیگر در شرط فعل بحث نزد فقها هم به نحو دیگری مطرح گشته است. شیخ انصاری ابتدا می‌گوید: «علی الاصول شرط جزء مبیع نیست و در برابر آن ثمن قرار داده نمی‌شود. زیرا عقد عبارت از تقابل ثمن و مثن، و شرط مطلبی است زاید، گرچه ارزش مورد معامله با وجود شرط و عدم آن زیاد و کم می‌گردد ولی مقداری از ثمن در مقابل شرط واقع نمی‌شود. و مشتری فقط حق خیار دارد.»<sup>(۱)</sup> و سپس به تحلیل می‌پردازد و می‌گوید گاهی شرط به منظور تعیین میزان و کمیت مورد معامله است و در حقیقت جزئی از مبیع است مثل این که شخصی شیء مرکبی را می‌خرد و شرط می‌کند اجزای آن مقدار معین باشد. و یا این که پارچه‌ای را بفروشد و شرط نماید چند ذرع باشد و یا خرمن گندمی را به شرط چند کیلو بودن بفروشد. حال در این صورت هم آیا شرط صرفاً قید است و مالی در برابر آن قرار نمی‌گیرد و وجودش صرفاً سبب می‌شود که مشروط له مخیر باشد بین فسخ و یا امضای معامله در مقابل تمام ثمن و یا این که باید بگوییم در این صورت شرط فقط قید نبوده، بلکه به منزله جزء بیع است و مقداری از ثمن در برابر آن واقع می‌شود و آنچه که در صورت فقدان شرط از بین رفته است عرفاً و در حقیقت یک جزء و یا چند جزء از مبیع است اگر چه ظاهراً به صورت شرط است. به نظر می‌رسد در مورد شرط، بخصوص شرط صفت نمی‌توان به طور کلی و یکسان حکم صادر نمود بلکه بایستی نوع شرط به انضمام مفاد ترازی طرفین ملحوظ گردد. مثلاً چنانچه شرط صفت بیان کیفیت مورد معامله باشد در صورت

۱. انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، صفحات ۲۸۵ و ۲۸۶.

فقدان شرط صفت برای مشروط له چاره‌ای جز فسخ باقی نمی‌ماند. اما اگر شرط صفت بیان‌کننده مقدار مبیع باشد و خریدار با توجه خاص به واحدهای مبیع قرارداد را منعقد نموده باشد باید این حق به مشروط له داده شود که ثمن را به نسبت مبیع تقسیط نماید. این نظر مطابق با مفاد مواد ۲۳۵ و ۳۸۴ قانون مدنی است.

### بخش سوم - شرط نتیجه و تعریف و احکام آن

**۱- تعریف:** شرط نتیجه شرطی است که مورد آن نتیجه یکی از اعمال حقوقی (اعم از عقد یا ایقاع) باشد. مانند آنکه ضمن عقد بیع اتومبیلی به مبلغ پانصد هزار ریال، فروشنده بر خریدار شرط کند که کتاب خطی خریدار ملک فروشنده شود. در این مثال به طوری که ملاحظه می‌شود، انتقال ملکیت کتاب خطی خریدار به فروشنده که نتیجه و اثر عقد هبه است، ضمن معامله اتومبیل شرط شده است. در این صورت به نفس درج شرط مزبور ضمن عقد اصلی، آن نتیجه چنانچه مانع قانونی نداشته باشد، حاصل خواهد شد و دیگر نیازی به انشای عقدی که مؤلّد آن نتیجه است، نخواهد بود. ماده ۲۳۶ ق.م.مقرر می‌دارد: «شرط نتیجه در صورتی که حصول نتیجه مزبور، موقوف به سبب خاصی نباشد آن نتیجه به نفس اشتراط حاصل می‌شود.»

در صورتی که حصول نتیجه مزبور موقوف به سبب خاصی باشد نمی‌توان به صرف اشتراط نتیجه ضمن عقد به آن لباس تحقق پوشید، بلکه برای حصول آن ناگزیر باید سبب خاص قانونی آن ایجاد گردد. مانند آن که وقوع طلاق، ضمن معامله شرط شود که در این صورت به صرف درج شرط ضمن عقد، طلاق حاصل نخواهد شد، زیرا وقوع طلاق احتیاج به طی تشریفات قانونی از قبیل اجرای صیغه مخصوص در حضور شهود عادل دارد. ماده ۷۷۷ ق.م.مصادقی از شرط نتیجه است که در این زمینه می‌گوید: «در ضمن عقد رهن... ممکن است رهن، مرتهن را وکیل کند که اگر در موعد مقرر رهن قرض خود را ادا ننمود مرتهن از عین مرهونه یا از قیمت آن طلب خود را استیفا کند و نیز

ممکن است قرار دهد وکالت مزبور بعد از فوت مرتهن با ورثه او باشد و بالاخره ممکن است به شخص ثالث داده شود.»

در شرط نتیجه نیازی به اجبار طرف قرارداد احساس نمی‌شود، زیرا نتیجه مطلوب خود به خود و با عقد به دست می‌آید. آنچه ممکن است با دشواری روبرو شود اجرای شرط به نفع ثالث است. آیا نتیجه مطلوب به سود بیگانه‌ای که در عقد شرکت نداشته است، بدون رضای او ایجاد می‌شود؟ در پاسخ می‌توان گفت اثر عقد درباره او همچون ایجابی است که با قبول شخص ثالث به نتیجه می‌رسد. منتهی با این اشکال روبرو است که در فاصله میان عقد و قبول شخص ثالث، که احتمال دارد مدتی به درازا بکشد، نتیجه مطلوب موقوف می‌ماند و پس از قبول تحقق می‌یابد. در حالی که طرفین خواسته‌اند تا نتیجه بی‌درنگ حاصل شود و مال موضوع شرط در دارایی آنان باقی نماند. پس برای جمع میان حاکمیت اراده دو طرف عقد و آزادی شخص ثالث، باید پذیرفت که در مورد تعهد به سود ثالث حق بی‌درنگ ایجاد می‌شود و ثالث می‌تواند نتیجه موجود را رد کند و اجرای شرط را بی‌اثر سازد<sup>(۱)</sup>.

## ۲- ضمانت اجرای شرط نتیجه و تفاوت آن با شرط فعل: در شرط صفت وقتی از

ضمانت اجرای شرط صحبت می‌شد، منظور این بود که اگر شرط در ضمن عقد ذکر شد و بعد معلوم گردید وجود نداشته است چه باید کرد. در آینده هم که از این خصوصیت در شرط فعل بحث خواهیم کرد، منظور این است که مثلاً مشروط علیه از انجام شرط اگر سر باز زد و تخلف ورزید تکلیف چیست؟ ولی این مفهوم در شرط نتیجه بی‌معنی است. اگر فرض این است که در شرط نتیجه، حصول اثر معامله دیگری به نفس اشتراط حاصل می‌شود، جا دارد پرسیده شود منظور از ضمانت اجرای شرط نتیجه چیست؟ در جواب باید گفت همچنان که دیدیم صحت شرط نتیجه موکول بر این است که نتیجه

۱. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج سوم، ص ۲۲۷.

مورد نظر احتیاج به سبب خاصی نداشته باشد و ضمناً تمام شرایط لازم برای حصول نتیجه هم در حین انعقاد قرارداد اصلی باید موجود باشد مثلاً اگر انتقال ملکیت عین معین مورد شرط نتیجه باشد باید با انشای عقد اصلی تحقق یابد.

حال اگر پس از تحقق عقد اصلی و اندراج شرط نتیجه در ضمن آن، معلوم گردد که چنین عملی را نمی‌توان به صورت شرط نتیجه در آورد یا معلوم گردد که شرایط لازم برای تحقق نتیجه در حین عقد موجود نبوده است، در اینجا قانون مدنی حکم صریحی ندارد. می‌دانیم که منظور طرفین و مورد قصد آنها حصول عقد اصلی با اندراج شرط بوده است. یعنی تراضی حاصل معلق بر این بوده است که نتیجه خاصی هم واقع شود. بنابراین اگر نتیجه بنابر دلیلی معلوم شود، امکان وقوع نداشته است، برای جبران خسارت مشروط له باید راهی اندیشید. ماده ۲۴۰ ق.م. در قسمت مربوط به شرط فعل می‌گوید: «اگر بعد از عقد انجام شرط ممتنع شود یا معلوم شود که حین العقد ممتنع بوده است، کسی که شرط بر نفع او شده است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت.» از ملاک این ماده می‌توان استفاده کرد و گفت اگر بعد از عقد معلوم شود که شرط در زمان انعقاد قرارداد ممتنع بوده یا به این دلیل که اصولاً از نظر قانون چنین عملی را نمی‌توان به صورت شرط نتیجه در آورد و یا به این علت که شرایط لازم برای تحقق شرط وجود نداشته است، می‌توان به مشروط له حق فسخ داد. فقط باید یک مورد را استثنا نمود و آن موردی است که مشروط له عالم بوده است که چنین نتیجه‌ای امکان حصولش به صورت شرط ضمن عقد نیست و یا شرایط لازم را ندارد. در این صورت به این لحاظ که مشروط له با علم به موانع، بر ضرر خود اقدام کرده است، نمی‌تواند برای جبران خسارت وارده اقدام به فسخ عقد نماید. زیرا طبق قاعده اقدام چنانچه کسی به خودش ضرر وارد می‌کند، به علت عدم رابطه سببیت بین خسارات وارده و فعل دیگری نمی‌تواند برای جبران ضرر وارده به دیگری مراجعه کند. به طور خلاصه باید بین مورد جهل و علم مشروط له به مانع تفاوت قایل شده. در صورت جهل او به مانع، حق فسخ خواهد داشت

و در صورت علم، نمی‌تواند عقد اصلی را فسخ نماید<sup>(۱)</sup>.

با این که هنوز وارد بحث مربوط به شرط فعل نشده‌ایم، لکن به طور خلاصه می‌توان گفت تفاوت‌های این دو نوع شرط به قرار زیر است:

الف) همانطوری که قبلاً هم اشاره شد در شرط نتیجه همیشه مورد شرط امور اعتباری قانونی است بدین معنی که اموری را می‌توان به صورت شرط نتیجه درآورد که صرفاً تراضی برای تحقق آنها کافی باشد و مکانیسم آنها احتیاج به عمل مادی خارجی نداشته باشد. مانند انتقال مالکیت عین یا منفعت. لذا تخلف از شرط نتیجه، به این معنی است که بعداً معلوم شود چنین عملی نمی‌توانسته به صورت شرط نتیجه قرار گیرد. ولی در شرط فعل هم چنانکه ممکن است متعلقش یکی از امور اعتباری باشد - مثلاً در ضمن عقد یکی از طرفین متعهد گردد که خانه خود را در برابر مبلغی معین به ملکیت طرف دیگر درآورد - همچنین ممکن است موضوعش انجام عمل مادی خارجی باشد. مثلاً مستأجر ضمن عقد اجاره متعهد می‌گردد که روزانه حیاط مؤجر را جارو بکند یا برفهای پشت بام را پارو نماید. واضح است که چنین اعمالی امکان ندارد به صورت شرط نتیجه درآید: ضمناً چنانکه خواهد آمد در صورت تخلف از شرط فعل در مرحله اول مشروط علیه ملزم به انجام مورد شرط می‌شود.

ب) در موردی که موضوع شرط فعل انجام عمل حقوقی است، مشروط علیه باید آن عمل را جداگانه انجام دهد و تا زمانی که این تعهد را اجرا نکرده است نتیجه عمل حقوقی برای مشروط له بدست نمی‌آید. در حالی که تحقق شرط نتیجه به هیچ اقدام دیگری نیازمند نیست و به صرف وقوع عقد اصلی حاصل می‌شود. مثلاً اگر در عقد نکاح بر زوج شرط شود که زن را در دادن طلاق وکیل سازد، تحقق عقد نکاح سبب ایجاد رابطه وکالت نخواهد شد و فقط زوج را ملتزم می‌کند که بعداً مفاد وکالت زن را انشا نماید. در صورتی که اگر وکالت مزبور به صورت شرط نتیجه باشد پس از وقوع عقد

۱. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج اول، ص ۲۴۰ - کاتوزیان، ناصر، کلیات اموال و مالکیت و قراردادهای، شماره ۳۹۸.



زوجه خود به خود وکیل مرد می شود و می تواند از اختیار خویش استفاده نماید. پ) تفاوت دیگری که این دو شرط با هم دارند و باز ناشی از تفاوت ماهیت آنهاست، این است که به موجب ماده ۲۴۳ ق.م «طرف معامله که شرط به نفع او شده می تواند از عمل به آن شرط صرف نظر کند. در این صورت مثل آن است که این شرط در معامله قید نشده باشد، لیکن نتیجه قابل اسقاط نیست.» در شرط فعل چون تعهدی ایجاد شده که متعهد باید انجام دهد، در صورت صرف نظر کردن مشروط له از شرطی که به نفع او شده است، در حقیقت از حق خود گذشت می نماید و بنابراین شرط از بین می رود و مشروط علیه نسبت به شرط بری می گردد و تعهد اصلی کماکان بر عهده او باقی می ماند. ولی در شرط نتیجه چون فرض بر این است که با نفس اشتراط اثر منظور ایجاد شده است، و از بین بردن نتیجه حاصله مانند اعاده مال مورد شرط به ملکیت مشروط علیه، با اسقاط شرط متفاوت بوده و نیازمند تحقق عمل حقوقی دیگری است<sup>(۱)</sup>.

### ۳- مصادیق شرط نتیجه در قانون مدنی: در قانون مدنی ایران در موارد زیادی به

شرط نتیجه عطف شده است و تعهداتی به صورت شرط نتیجه قرار داده شده است که به تعدادی از آنها اشاره می گردد.

**الف) شرط به نفع ثالث:** ابتدا متذکر می گردد که در حقوق ایران دو نوع تعهد برای شخص ثالث در نظر گرفته شده که یکی به صورت تعهد اصلی است و دیگری به صورت تعهد تبعی و شرط ضمن عقد. تعهد به نفع ثالث به صورت اصلی (صرف نظر از مقررات بیمه و قوانین خاص)، در ماده ۷۶۸ ق.م در فصل مربوط به صلح آمده است. این ماده مقرر می دارد: «در عقد صلح ممکن است احد طرفین در عوض مال الصلحی که می گیرد متعهد شود که نفقه معینی همه ساله یا همه ماهه تا مدت معینی تأدیه کند این تعهد ممکن است به نفع طرفین مصالحه یا به نفع شخص ثالث واقع شود.» ملاحظه

۱. شهیدی، مهدی، جزوه درسی حقوق مدنی ۳، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، سال تحصیلی ۶۶-۶۷، ص ۷۴.

می شود که در این ماده تعهد به نفع شخص ثالث به صورت عوض مال الصلح قرار می گیرد.

مورد دیگر ماده ۱۹۶ ق.م است، این ماده می گوید: «کسی که معامله می کند آن معامله برای خود آن شخص محسوب است مگر این که در عقد خلاف آن را تصریح نماید یا بعد خلاف آن ثابت شود. معذالک ممکن است در ضمن معامله که شخص برای خود می کند تعهدی هم به نفع شخص ثالثی بنماید.» قسمت اخیر ماده مزبور اجازه می دهد در ضمن عقد اصلی شرطی هم به نفع شخص ثالث قرار داده شود. این شرط ممکن است به صورت شرط فعل باشد و ممکن است به صورت شرط نتیجه درآید. بخصوص اگر در تحلیل ماهیت حقوقی تعهد به نفع شخص ثالث به این نتیجه برسیم که تعهد به نفع شخص ثالث چه به صورت تعهد اصلی و چه به صورت تعهد تبعی به عنوان جعل حق است،<sup>(۱)</sup> یعنی قانون اجازه داده است که برای شخص دیگری حق ایجاد گردد. (ب) ماده ۶۷۹ ق.م در فصل وکالت مقرر می دارد: «موکل می تواند هر وقت بخواهد وکیل را عزل کند مگر این که وکالت وکیل و یا عدم عزل وی ضمن عقد لازمی شرط شده باشد. وکالت یا عدم عزل وکیل ممکن است به صورت شرط نتیجه باشد یعنی به جای این که مشروط علیه تعهد کند در آینده مشروط له را وکیل خود گرداند در ضمن همان عقد لازم وکیل را به وکالت بر می گزیند.»

(پ) ماده ۱۱۱۹ ق.م به زوجین اجازه داده است هر گونه شرطی را که مخالف با مقتضای عقد نکاح نباشد در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگری بنمایند و بعد مثالهایی ذکر می کند که غالباً به صورت شرط نتیجه است. مانند این که در عقد نکاح شرط کند اگر شوهر زن دیگری بگیرد، یا مدت معینی غایب شود، یا ترک انفاق نماید یا بر علیه حیات

۱. برای ملاحظه نظرات مختلف در خصوص ماهیت حقوقی تعهد به نفع شخص ثالث به کتابهای زیر مراجعه شود: امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج اول، ص ۲۰۹ به بعد - کاتوزیان، ناصر، حقوق اموال، مالکیت و قراردادهای، شماره ۳۵۹ به بعد - کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادهای، ج چهارم، شماره ۷۱۳ به بعد - صفایی، سید حسین، تعهدات و قراردادهای.

زن سوء قصد نماید یا سوء رفتاری نماید، که زندگی آنها قابل تحمل نباشد، در این صورت زن وکیل و وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه خود را مطلقه سازد. واضح است که نتیجه شرط که عقد وکالت است با تحقق عقد (ازدواج یا عقد لازم دیگر) حاصل می‌گردد. یعنی زن با تحقق عقد وکیل است، منتهی اعمال وکالت در طلاق موکول به اثبات شرایطی است که طرفین در عقد ذکر کرده‌اند.

### بخش چهارم - تعریف و مصادیق شرط فعل

**۱- تعریف:** به موجب قسمت اخیر ماده ۲۳۴ ق.م شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود. بنابراین از نظر قانون مدنی شرط فعل بر دو قسم است:

**الف) شرط فعل مثبت:** مقصود این است که مشروط علیه انجام عملی را ضمن عقد اصلی به عهده گیرد خواه عمل مزبور حقوقی باشد یا مادی، مثل این که بایع ضمن فروش اتومبیل تعهد نماید برای مدتی رانندگی آن را نیز انجام دهد و یا ضمن عقد مذکور، تعهد نماید وکالت خریدار را در امری قبول کند.

**ب) شرط فعل منفی:** آن است که مشروط علیه در ضمن عقد، خودداری از عمل معین و ترک فعلی را متقبل شود، خواه خودداری از عمل حقوقی باشد مانند این که ضمن عقد بر یکی از طرفین شرط شود که خانه خود را به اجاره ندهد، و خواه خودداری از عمل مادی باشد مانند این که طی عقد بیعی بر مشتری شرط شود که مقابل خانه بایع پنجره باز نکند.

بر حسب قسمت اخیر ماده ۲۳۴ ق.م شرط فعل ممکن است به صورت شرط اقدام یا عدم اقدام بر شخصی خارجی باشد در این صورت التزام شخص ثالث به این شرط منوط به قبول او خواهد بود. زیرا به موجب ماده ۲۱۹ ق.م عقود که بر طبق قانون واقع شده باشد، فقط بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع است و ماده ۱۰ ق.م نیز مؤید

همین است.

## ۲- مصادیق شرط فعل: در مواد مختلف قانون مدنی در بسیاری موارد به مصادیق

شرط فعل بر می‌خوریم که نمونه‌های اساسی آن یادآوری می‌شود:

**الف) شرط دادن رهن و ضامن:** این شرط از اقسام شروط فعل محسوب می‌شود و ماده ۲۴۱ ق.م در این باب می‌گوید: «ممکن است در معامله شرط شود که یکی از متعاملین برای آنچه که بواسطه معامله مشغول الذمه می‌شود رهن یا ضامن بدهد.» لذا پس از وقوع عقد اصلی، مشروط علیه باید مالی که بتواند وثیقه دین باشد به رهن بگذارد و یا ضامن معرفی نماید.

هر چند دادن رهن و ضامن هر دو در یک ماده آمده است و چنین می‌رساند که ماهیت این دو تعهد یکی است ولی با کمی دقت روشن می‌گردد که گرچه دادن رهن و ضامن هر دو برای وثیقه دین و اطمینان به انجام دادن تعهد است، ماهیت این دو تعهد متفاوت است. دادن رهن شرط فعلی است که خود متعهد ملزم به انجام آن است. و در صورتی که انجام ندهد باید بین صورتی که مال مورد رهن معین و در ملک ملتزم است با فرضی که آن مال به دیگری تعلق دارد یا تلف شده است تفاوت گذارد. در فرض نخست، خودداری مدیون از دادن رهن به طرف او حق فسخ نمی‌دهد، زیرا دادگاه می‌تواند به نیابت از مدیون مال را به رهن دهد و اسناد لازم را امضا کند. ولی در فرض دوم چون اجبار ملتزم به شرط امکان ندارد، چاره‌ای جز فسخ عقد باقی نمی‌ماند. ماده ۲۴۲ ق.م ناظر به همین فرض است که اعلام می‌کند: «هرگاه در عقد شرط شده باشد که مشروط علیه مال معین را رهن دهد و آن مال تلف یا معیوب شود، مشروط له اختیار فسخ معامله را خواهد داشت نه حق مطالبه عوض رهن یا ارش عیب، و اگر بعد از آنکه مال را مشروط له به رهن گرفت آن مال تلف یا معیوب شود دیگر اختیار فسخ ندارد.» ولی دادن ضامن ماهیتش تعهد به فعل ثالث است و بنابراین تعهد متعهد در اینجا فقط انجام کوششهای لازم است برای رضایت ثالث که ضامن دین او گردد و اگر کسی حاضر

به ضمانت متعهد نباشد، طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت.

**۳- شرط به نفع شخص ثالث:** گرچه در قانون مدنی در این مبحث به چنین شرطی اشاره نشده ولی به هر حال جزء شروط ضمن عقد محسوب می‌گردد و ماده ۱۹۲ ق.م.ب به آن تصریح نموده و می‌گوید: «کسی که معامله می‌کند، آن معامله برای خود آن شخص محسوب است مگر این که در موقع عقد خلاف آن را تصریح نماید یا بعد خلاف آن ثابت شود. معذالک ممکن است در ضمن معامله که شخص برای خود می‌کند، تعهدی هم به نفع شخص ثالث بنماید.» بنا به مفاد این ماده شرط به نفع شخص ثالث صحیح و واجد اعتبار است.

موضوعاتی که در اینجا مورد بحث قرار می‌گیرد، این است که اولاً آیا شرط به نفع شخص ثالث با توجه به اصل نسبی بودن قراردادها صحیح است یا خیر: ثانیاً آثار شرط به نفع ثالث چیست؟ آیا حق استیفای از این تعهد برای طرف معامله است یا برای شخصی ثالث و یا برای هر دو.

**الف) شرط به نفع ثالث و اصل نسبی بودن قراردادها:** استقلال و آزادی اراده فردی حکم می‌کند که هیچ کس نتواند اراده خود را بر دیگران تحمیل نماید و یا این که دیگری را بدون رضایت و دخالتش در قرارداد متعهد کند و یا حق و تکلیفی برایش ایجاد نماید. در جهت تأمین اصل آزادی و حاکمیت اراده، ماده ۲۳۱ ق.م.ب قاعده نسبی بودن قراردادها را بیان کرده و می‌گوید: «معاملات و عقود فقط درباره طرفین متعاملین و قائم مقام قانونی آنها مؤثر است.» بنابراین طبق قاعده کلی اثر قرارداد نسبی و فقط محدود به کسانی است که آن را بوجود آورده‌اند و برای اشخاصی که طرف قرارداد نبوده‌اند، حق و تکلیفی ایجاد نمی‌کند و اشخاص ثالث نمی‌توانند از عقدهای که دیگران منعقد کرده‌اند، منتفع یا متضرر گردند.

از این قاعده کلی چند مورد را قانون استثنا کرده است یکی از موارد استثنا همین شرط به نفع شخص ثالث است و قسمت اخیر ماده ۱۹۶ ق.م.ب می‌گوید: «... ضمن معامله

که شخص برای خود می‌کند تعهدی هم به نفع شخص ثالث بنماید.» طبق ماده مزبور شرط به نفع شخص ثالث ممکن است شرط فعل باشد چنانچه بریکی از متعاملین شرط شود که خانه‌ای برای شخص ثالث بسازد و یا مال معینی را به شخص ثالث انتقال دهد و ممکن است شرط مزبور همانطور که گذشت به صورت شرط نتیجه باشد مانند این که بر یکی از طرفین معامله شرط شود که مال معینی به شخص ثالث تعلق یابد.

**ب) آثار شرط به نفع شخص ثالث:** قراردادی که در آن شرط به نفع شخص ثالث شده است، مشروط علیه را در برابر شخص ثالث مدیون می‌نماید. بنابراین همانطوری که از اسمش معلوم می‌گردد، شرط به سود شخص ثالث است و مورد شرط جزء اموال مشروط له در نخواهد آمد. به محض وقوع عقد و قرارداد شرط به نفع شخص ثالث ضمن آن، برای شخص ثالث حق ایجاد می‌گردد و می‌تواند آن را استیفاء نماید. مشروط له حقی را که به سود شخص ثالث ایجاد شده نمی‌تواند اسقاط کند. زیرا گذشته از این که ایجاد حق مطالبه برای شخص ثالث لازمه امکان شرط به سود او است، در بیمه عمر حقی که برای ذینفع ایجاد می‌شود، بی‌گمان قابل مطالبه از بیمه‌گر است و پایه این قرارداد بر امکان مطالبه نهاده شده است.<sup>(۱)</sup> در صورت امتناع متعهد از انجام شرط به نفع شخص ثالث، مشروط له می‌تواند بر علیه مشروط علیه اقدام دعوی کند و الزام متعهد را به وفای عهد بخواند و در صورت تعذر اجبار ملتزم، حق فسخ قرارداد را خواهد داشت. لیکن شخص ثالث نمی‌تواند به استناد عدم امکان اجرای شرط، عقد اصلی را فسخ کند چون اراده او در انعقاد قرارداد دخالتی نداشته است و تنها از آن سود می‌برد.

**پ) شرط به ضرر شخص ثالث:** در عقودی که بین متعاملین واقع می‌گردد هر یک می‌تواند به صورت شرط ضمن عقد متعهد گردد که شخص ثالث مالی به طرف دیگر بدهد و یا عملی را برای او انجام دهد، تعهد مزبور بدین طریق ممکن است انجام شود.

۱. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج سوم، ص ۲۲۳.

اول این که بر متعهد اصلی شرط شود سعی نماید که شخص ثالث تعهد مزبور را که به ضرر او شده است بپذیرد (تعهد به وسیله). در این صورت اگر شخص ثالث تعهد مزبور را قبول نمود دیگر متعهد اصلی مسئولیتی ندارد و شخص ثالث در قبال مشروط له مسؤول خواهد بود. ولی چنانچه متعهد اصلی سعی خود را نمود و شخص ثالث تعهد را نپذیرفت، متعهد اصلی تکلیف قراردادی خود را انجام داده و خسارتی به خاطر عدم قبول شخص ثالث نخواهد پرداخت و مشروط له حق فسخ معامله را ندارد.

دوم این که متعهد اصلی ملتزم می شود که شخص ثالث تعهدی را که بر ضرر او شده است قبول نماید. در این صورت چنانچه بر اثر اقدام متعهد اصلی، شخص ثالث تعهد را پذیرفت ذمه متعهد اصلی بری می گردد و اگر قبول نکرد متعهد مزبور باید خسارات وارده مشروط له را جبران نماید. به طور خلاصه گاهی تعهد متعهد تحصیل رضایت شخص ثالث است. بنابراین چون تعهد او ایجاد نتیجه یعنی رضایت بوده اگر شخص ثالث تعهد مور نظر را نپذیرد متعهد اصلی بری نمی گردد چون به تعهد خودش عمل نکرده است. ولی گاهی تعهد متعهد صرفاً کوشش در متقاعد کردن شخص ثالث به تعهدی خاص است که در این صورت چون تعهد او، تعهد وسیله بوده و او کوشش خود را انجام داده است هیچ مسئولیتی نخواهد داشت، در نتیجه مشروط له حق فسخ معامله را نخواهد داشت.

#### ۴- ضمانت اجرای شرط فعل: اگر مشروط علیه انجام یا ترک فعلی را که ضمن عقد

اصلی به عهده گرفته است ایفاء نکند، مشروط له می تواند اجبار او را به انجام آن از دادگاه بخواهد و دادگاه مشروط علیه را محکوم به انجام تعهد می نماید. این است که ماده ۲۳۷ ق.م می گوید: «هرگاه شرط در ضمن عقد، شرط فعل باشد اثباتاً یا نفیاً کسی که ملتزم به انجام شرط شده باشد باید آن را بجا بیاورد و در صورت تخلف طرف معامله می تواند به حاکم رجوع نموده تقاضای اجبار به وفای شرط را بنماید.» ولی اگر اجبار مشروط علیه به انجام شرط فعل میسر نشد، در این صورت موضوع از دو حالت خارج

نیست؛ حالت اول این که انجام کار مزبور بوسیله شخص دیگری غیر از متعهد امکان پذیر است و شخصیت متعهد در انجام شرط فعل مدخلیتی ندارد مانند ساختن منزلی با نقشه معین، که در این حالت به حکم دادگاه و به هزینه متعهد توسط اشخاص دیگر مورد شرط انجام خواهد شد. چنانچه ماده ۲۳۸ ق.م در تأیید این مطلب می‌گوید: هرگاه فعلی در ضمن عقد شرط شود و اجبار ملتزم به انجام آن غیر مقدور بوده، ولی انجام بوسیله شخص دیگری مقدور باشد، حاکم می‌تواند به خرج ملتزم موجبات آن فعل را فراهم کند. حالت دوم آنکه مباشرت متعهد در انجام فعل مورد تعهد مقصود متعهد له است. مانند این که کشیدن تابلویی بر نقاش زبردستی شرط شود در این مورد چون انجام شرط با هیچ وسیله امکان ندارد، فسخ معامله بعنوان آخرین علاج برای جلوگیری از زیان متعهد له تجویز شده است و ماده ۲۳۹ ق.م در این خصوص می‌گوید: «هرگاه اجبار مشروط علیه برای انجام فعل مشروط ممکن نباشد و فعل مشروط هم از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت.»

## فصل سوم - موارد شروط باطل

### بخش اول - شرط غیر مقدور

این شرط را فقها به عنوان یکی از شروط ضمن عقد ذکر کرده‌اند<sup>(۱)</sup> و در تفسیر آن گفته‌اند: منظور از غیر مقدور نبودن شرط این است که شرط تحت قدرت و سیطره مشروط علیه باشد. یعنی شرط از شروطی باشد که امکان اجرایش برای مشروط علیه باشد. شیخ انصاری پس از طرح این مطلب می‌گوید: نباید اشتباه شود که ما با این قید

۱. انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، ص ۲۷۶.



می‌خواهیم شرط محال را استثنا کنیم زیرا از شأن فقیه دور است که بگوید شرط نباید محال باشد. چون محال نبودن بدیهی عقل است و برای نفی آن احتیاج به بیان نیست. مطابق ماده ۲۳۲ ق.م.شرطی که انجام آن غیر مقدور باشد، باطل است چرا که قصد طرفین از قید شرط در ضمن عقد تحقق آن در خارج است و در صورتی که ایجاد آن در خارج مقدور نباشد، مقصود مشروط له حاصل نمی‌شود. نتیجه چنین شرطی باطل است خواه طرفین معامله یا یکی از آنها عالم و یا جاهل به عدم قدرت مشروط علیه باشد و خواه عقلاً غیر مقدور باشد. مانند این که پیمانکار ساختمانی شرط نماید که ظرف دو روز ساختمان چند طبقه‌ای را بسازد. پرسشی که در اینجا پیش می‌آید این است که آیا قدرت انجام شرط باید به طور مطلق در نظر گرفته شود یعنی شرطی که فی حد نفسه غیر مقدور باشد باطل است و یا این که در هر عقد خاصی توانایی مشروط علیه ملاک درستی و بطلان شرط است؟ در ماده ۲۳۲ ق.م. به این مسئله پاسخ داده شده است. لیکن با استفاده از ماده ۲۳۸ ق.م. که می‌گوید: «هرگاه فعلی در ضمن عقد شرط شود و اجبار ملتزم به انجام آن غیر مقدور ولی انجام آن بوسیله شخص دیگری مقدور باشد حاکم می‌تواند به خرج ملتزم موجبات آن فعل را فراهم کند.» می‌توان گفت راه حل مسئله بر حسب نوع شرط متفاوت است. در اینجا ذکر موارد زیر لازم به نظر می‌رسد.

۱- در مواردی که انجام شرط فقط توسط مشروط علیه امکان پذیر است، یعنی شخصیت او در وفای به عهد مؤثر است، مثل این که نقاش هنرمند معروفی ضمن معامله‌ای تعهد کند که شخصاً تابلویی برای دیگری بکشد و یا خطاط ماهری متعهد نماید که چیزی به خط خود بنویسد، در صورتی که معلوم شود به علت صدمه وارده به دست متعهد انجام متعهد غیر مقدور بوده، در این صورت شرط باطل محسوب است. زیرا انجام شرط بوسیله دیگران اساساً موضوع توافق طرفین نبوده است.

۲- در مواردی که موضوع شرط انجام کار معینی باشد و طرفین نظر خاصی به انجام آن توسط شخص مشروط علیه نداشته باشند، شرط وقتی باطل است که نه تنها متعهد بلکه هیچ کس قادر به انجام آن نباشد. بنابراین در این صورت اگر کس دیگری غیر از

مشروط علیه قادر به انجام شرط باشد مشروط علیه نمی‌تواند به علت ناتوانی خود ادعای بطلان آن شرط را بنماید. مثلاً اگر کسی ضمن قراردادی تعهد کند که خانه‌ای برای دیگری بسازد لازم نیست که خودش بنا و شخصاً قادر به این کار باشد بلکه می‌تواند از طریق دیگران در ساختن خانه اقدام کند و نمی‌تواند به بهانه ناتوانی خود را از انجام تعهد بری بداند.

### بخش دوم - شرط بی‌فایده

شرطی که هیچ‌گونه فایده نوعی و مشخص نداشته باشد دارای اثر قانونی نخواهد بود و متعهد را نمی‌توان به انجام امری که فایده‌ای ندارد ملتزم نمود. یکی از فقهای شیعه در این مورد مثالی را ذکر کرده است: مانند این که در عقد شرط شود که مبیع با پیمانۀ خاص یا ترازوی خاصی توزین شود. هدف از خیار فسخ که به عنوان ضمانت اجرای فقدان شرط به مشروط له داده شده است برای جبران خسارتی است که در اثر عدم حصول شرط بر او وارد آمده و چون در شروطی از این قبیل هیچ‌گونه خسارتی به مشروط له وارد نمی‌آید، هیچ دلیلی نیست که به او اجازه بدهیم عقد را فسخ کند. و از طرفی چنین شروطی لغو و باطل است و به هیچ وجه موجب افزایش یا کاهش مبیع نمی‌گردد<sup>(۱)</sup>. زیرا هدف اصلی از مقررات، حفظ نظم و تقسیم عادلانه ثروت است و هیچگاه قانون از هدفهای پوچ و بی‌فایده حمایت نمی‌کند و اساساً طبق ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی، کسی حق اقامه دعوی دارد که نفعی در صدور حکم داشته باشد. بنابراین چنین شرطی را قانون باطل دانسته خواه طرفین معامله یا یکی از آنها عالم یا جاهل به عدم نفع آن باشد. آخوند خراسانی در حاشیه بر مکاسب در این مورد می‌گوید لزوم نفع عقلایی داشتن و مفید بودن شرط مسئله‌ای است عقلی و احتیاج به دلیل

۱. انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، ص ۲۷۷.

شرعی ندارد<sup>(۱)</sup>. ضابطه تشخیص مفید بودن، بنای عقلاست یعنی جامعه و عقل باید شرط را مفید بدانند ولو این که منفعت آن ناچیز باشد خواه متعهد له بتواند از آن منتفع شود یا نه.

ضمناً یادآور می‌گردد چنانچه در موردی تردید حاصل شود که آیا شرطی فایده عقلایی دارد یا نه حمل می‌شود بر این که غرض عقلایی دارد و لازم الوفا خواهد بود. به دلیل عمومات وفای به شرط از یک طرف و اصل صحت عقود از طرف دیگر که شامل شروط هم می‌شود.

### بخش سوم - شروط نامشروع

شق سوم ماده ۲۳۲ ق.م شرط نامشروع را یکی دیگر از شروطی می‌داند که خود فاسد و باطل است و لی مفسد عقد نیست. شرط نامشروع همان چیزی است که فقها آن را شرط خلاف کتاب و سنت نام‌گذاری کرده‌اند. فقها معتقدند که شرط خلاف کتاب و سنت باطل است. بنابراین بحث و اظهار نظر، در این است که چه شروطی مخالف کتاب و سنت هستند و این شروط چه خصوصیات دارند و در صورت شک چه باید کرد؟ شیخ انصاری پس از نقل اخبار و احادیثی که در این موضوع وارد شده به تجزیه و تحلیل آنها می‌پردازد<sup>(۲)</sup>. به طور خلاصه می‌توان گفت اولاً منظور از کتاب احکامی است که خداوند در قرآن مجید آورده و آنچه بوسیله پیغمبر خود بیان نموده است. منظور از شرط مزبور شرطی است که بر خلاف احکامی که بوسیله کتاب و سنت ثابت شده، شخص را ملزم و متعهد می‌نماید. مثلاً بوسیله کتاب و سنت تسلیط اشخاص بر اموال شخصی خودشان ثابت شده است. پس اگر شرطی شود که شخص تسلیط بر اموال خود نداشته باشد، چنین شرطی باطل است. ثانیاً مخالفت با کتاب و سنت گاهی در شرط تحقق پیدا می‌کند

۱. خراسانی، آخوند، حاشیه مکاسب، ص ۱۲۸. ۲. انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، ص ۲۷۷.

یعنی نفس التزام و تعهد مخالف با کتاب و سنت است مانند این که در عقد بیع بر مشتری شرط شود که حق فروش مبیع را ندارد، چه عدم بیع با کتاب مخالفتی ندارد ولی التزام به آن مخالف کتاب است. ثالثاً در برخی از مسایل چنانچه اشاره گردید فقها اختلاف و تردید دارند که آیا مخالف با کتاب و سنت است یا نه؟ شیخ انصاری عقیده دارد به طور کلی در مواردی که تردید داریم که شرط مخالف با کتاب و سنت است یا خیر، باید اصل عدم مخالفت با کتاب و سنت اجرا شود و به استناد قاعده «المؤمنون عند شروطهم» به صحت آن شرط حکم نمود.

قانون مدنی بجای کتاب و سنت، شرع را به کار برده که در بیان فقها هم عبارت دیگر کتاب و سنت است. نامشروع از نظر قانون مدنی همان مخالف با قوانین موجود، نظم عمومی و اخلاق حسنه است. خلاف قانون بودن شرط گاهی به این جهت است که محتوای شرط فعلی است که از نظر قانونی جرم محسوب می شود. مثلاً ضمن عقد بیع شرط کنند که خریدار مال کسی را آتش بزند و یا اموال دوستش را سرقت نماید و مانند اینها. در مواردی ممکن است محتوای شرط جرم نباشد ولی از نظر قانونی ممنوع باشد چون مستلزم ضرر به دیگران می شود و یا دخالت در اموال دیگران را موجب شود و نظم حقوقی متکی به نظام اقتصادی را به هم بزند مانند این که شخصی ضمن عقد اجاره شرط نماید که در زمره وراثت مستأجر در آید که این چنین شرطی هم باطل است. برای این که احکام و مقررات مربوط به ارث از احکام آمره بوده و اراده طرفین قرارداد نمی تواند آنها را تغییر دهد.

## فصل چهارم - شروط مبطل عقد و آثار آن

### مقدمه:

ماده ۲۳۳ ق.م در مقام بیان شروطی که باطل هستند و بطلان آنها به اصل عقد سرایت می کند به دو نوع شرط بسنده کرده است: یکی شروطی که مخالف مقتضای عقد باشد و

دیگری شرط مجهولی که جهل به آن به عوضین سرایت می‌کند. از نظر تقسیم بندی تردیدی نیست که ابتدا می‌بایست این دو نوع شرط در عداد شروط باطل ذکر گردد و سپس به این معنی توجه داده شود که از انواع شروط باطل دو نوع هست که موجب بطلان عقد هم می‌شوند و به عبارت دیگر مبطل عقد بودن فرع بر باطل بودن شرط است.

فقها ابتدا شروط باطل را می‌شمارند و مورد بحث قرار می‌دهند و سپس بحثی تحت عنوان این که آیا بطلان شرط فاسد در عقد هم تأثیر دارد، مطرح می‌نمایند. ما برای تحلیل درست مسایل ابتدا شروط باطل و مبطل عقد را در قانون مدنی مورد بحث قرار می‌دهیم، یعنی به تفسیر ماده ۲۳۳ ق.م می‌پردازیم، و پس از آن مسأله تأثیر فساد شرط در عقد را مورد نظر قرار داده و در مرحله سوم نتیجه بطلان شرط را در قانون مدنی و فقه مورد بررسی قرار می‌دهیم.

### بخش اول - اقسام شروط مبطل عقد

در مقدمه یادآور می‌شود علت و دلیل عدم تأثیر بطلان شروطی که خود باطلند اما سبب بطلان عقد نمی‌شوند، این است که ذاتاً ارتباطی با اساس عقد و ارکان عقد اصلی ندارند. بر عکس شروطی که باطلند و مسبب بطلان عقد می‌شوند، و بدین سبب است که موضوع این شروط ارتباط مستقیم و کامل با ارکان اساسی عقد اصلی دارد و مختل شدن آنها موجب اخلال در اساس عقد می‌شود و به شرایط صحت معامله لطمه می‌زند. ماده ۲۳۳ ق.م شروط باطلی را که موجب اخلال یکی از ارکان اساسی عقد می‌شود و عقد را باطل می‌نماید دو نوع دانسته:

- ۱- شرط خلاف مقتضای عقد.
- ۲- شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل عوضین می‌شود.

## ۱- شرط خلاف مقتضای عقد: بدو باید یادآور شد که عقد دارای دو نوع مقتضی

است:

**الف) مقتضای ذات عقد:** به طور کلی هر عقد دارای آثار و خصوصیات است که آن را از سایر عقود متمایز می‌سازد ولی تمام این آثار از نظر ارتباط با ماهیت عقد در یک ردیف نیستند. برخی از این آثار و خصوصیات چنان با ماهیت عقد مرتبط هستند که بدون آنها عقد طبیعت حقوقی خود را از دست می‌دهد. زیرا عقد برای پیدایش آنها منعقد گردیده و می‌توان آن آثار را مقصود اصلی عقد دانست. مثلاً عقد بیع دارای آثار بسیاری است مانند این که مشتری را مالک مبیع و بایع را مالک ثمن می‌نماید و ثمن در عقد بیع حال است و مبیع باید به هزینه بایع در محل عقد به خریدار تسلیم شود و امثال آن. ولی هدف اصلی از عقد بیع همان مبادله ثمن و مبیع است که اثر مهم عقد بیع را تشکیل می‌دهد. لذا این قسم خصوصیات و آثار عقد را مقتضای ذات عقد می‌گویند.

بنابراین در تعریف مقتضای ذات عقد باید گفت، موضوع اصلی که عقد به خاطر آن منعقد شده و غرض ماده ۲۳۳ ق.م که می‌گوید: «شرط خلاف مقتضای عقد شرطی است که با اقتضای ذات عقد منافات داشته باشد.» پس اگر شرط شود که مبیع به ملکیت مشتری در نیاید، این شرط بر خلاف مقتضای ذات عقد بوده و موجب بطلان عقد می‌شود. و چنانچه فی‌المثل مقتضای ذات عقد اجاره، مالکیت منافع عین مستأجره برای مستأجر و مالکیت مال الاجاره برای مؤجر است و مقتضای عقد ودیعه سپردن مال مورد ودیعه از طرف مودع و نگهداری آن از طرف مستودع است. بنابراین در صورتی که در عقد اجاره شرط عدم انتفاع مستأجر یا عدم تأدیه مال الاجاره به مؤجر گردد این شروط خلاف مقتضای ماهوی و ذاتی عقد و موجب بطلان عقد است.

علت بطلان عقد در موارد فوق تعارض میان مفاد شرط و عقد است، زیرا تحقق عقد سبب پیدایش مقتضای آن می‌شود و وجود شرط سبب نفی آن می‌گردد. در نتیجه آثار هر یک از شرط و مشروط به علت تعارض موجود خنثی شده و هر دو باطل می‌شوند. شیخ انصاری علاوه بر علت مزبور دلایل دیگری برای بطلان شرط مخالف با کتاب و

سنت می‌آورد از جمله می‌گوید این گونه شرطها مخالف با کتاب و سنت است زیرا کتاب و سنت دلالت بر این دارند که عقد از مقتضای خود تخلف نمی‌کند. پس اگر شرطی بنماییم که بر اثر آن عقد از مقتضای خود تخلف کند آن شرط قهراً مخالف با کتاب و سنت خواهد بود. علاوه بر اینها اجماع فقها هم دلالت بر عدم صحت شرط مخالف با مقتضای عقد دارد. بنابراین در اصل این که شرط مخالف با مقتضای ذات عقد باطل است، جای تردید و اشکال نیست بلکه اختلاف در موارد و مصادیق آن است. مثلاً بحث در این است که آثاری که از نظر شرع و عرف لازمه عقد و مقتضای ذات عقد محسوب می‌شوند، کدام است تا در نتیجه شرط خلاف آن باطل باشد<sup>(۱)</sup>.

**ب) مقتضای اطلاق عقد:** بعضی از امور و آثار عقد، جزء مقتضای عقد نیستند. یعنی عقد صرفاً برای پیدایش آنها بوجود نیامده و مقصود اصلی عقد هم نیستند. بلکه اموری هستند فرعی، که اگر عقد به طور اطلاق و بدون قید و شرط واقع گردد اقتضای آن امور را دارد. مثلاً خصوصیت و هدف اصلی عقد بیع ملکیت مبیع برای مشتری و ملکیت ثمن برای بایع است که به آن مقتضای ذات عقد گویند و شرط خلاف آن باطل و موجب بطلان عقد است ولی عقد بیع خصوصیات و آثار فرعی دیگری دارد از قبیل حال بودن ثمن، انجام تعهد در محل عقد و ... که به این خصوصیات مقتضای اطلاق عقد گویند. قانون شرط خلاف مقتضای اطلاق عقد را تجویز نموده و موارد زیادی را نام می‌برد که طرفین می‌توانند بر خلاف مقتضای اطلاق عقد شرط کنند. از آن جمله است ماده ۲۸۱ ق.م. که مقرر می‌دارد: «مخارج تأدیه به عهده مدیون است مگر این که شرط خلاف شده باشد.» یعنی مقتضای اطلاق عقد ایجاب می‌کند هزینه‌های انجام تعهد به عهده مدیون باشد ولی طرفین می‌توانند خلاف آن را شرط کنند. و اگر چنین شرطی شد، نه تنها شرط مزبور باطل و مبطل عقد نیست بلکه صحیح و برای متعاقدين لازم الاتباع می‌باشد. همچنین ماده ۲۸۰ ق.م. مقرر می‌دارد انجام تعهد باید در محلی که عقد واقع شده به عمل

۱. انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، ص ۲۸۱ به بعد.

آید مگر این که بین متعاملین قرارداد مخصوصی باشد یا عرف و عادت ترتیب دیگری اقتضا نماید. ماده اخیر الذکر یکی دیگر از موارد شرط خلاف مقتضای اطلاق عقد را بیان می‌کند.

پس از این که معلوم شد شرط خلاف مقتضای ذات عقد باطل و مبطل عقد می‌باشد، و شرط خلاف مقتضای اطلاق عقد جایز و دارای اثر است، باید دانست که تشخیص مقتضای ذات عقد و تمیز آن از مقتضای اطلاق عقد به آسانی امکان پذیر نیست. چون هر عقد آثار و خصوصیات گوناگونی دارد و اشکال در این است که از بین بردن این آثار بوسیله شرط تا چه اندازه با تحقق موضوع اصلی عقد قابل جمع و از چه حدی چنین نیست، در نتیجه با مقتضای ذات عقد مبنایت دارد. در اینجا تردید بوجود می‌آید که آیا باز هم می‌توان گفت که خریدار مالک مبیع شده و موضوع عقد محقق گردیده است یا نه. از این قبیل اشکالات فراوان است فقها نیز در تشخیص مصادیق مقتضای ذات عقد در خیلی از مسایل تردید حاصل نموده و اختلاف نظر دارند. شیخ انصاری چند مورد از موارد اختلاف را متذکر می‌گردد. از جمله موردی را که تحت عنوان «شرط عدم بیع مبیع» مورد بررسی قرار داده می‌گوید: نظریه مشهور فقها این است که شرط مزبور درست نیست زیرا مخالف با مقتضای عقد است و نویسندگان قانون مدنی در ماده ۹۵۹ که مقرر می‌دارد: «هیچ کس نمی‌تواند به طور کلی حق تمتع و یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند.» از نظریه مزبور تبعیت کرده‌اند. مورد دیگر از موارد اختلاف این است که در عقد منقطع بر زوجین شرط توارث شود. در این نیز اختلاف است که آیا چنین شرطی مخالف با مقتضای عقد بوده و باطل است یا نه، مبنای این اختلاف در این است که عدم توارث مقتضای اطلاق عقد است و یا مقتضای ماهیت عقد.

برخی از فقها<sup>(۱)</sup> عقیده دارند مسایل مطروحه فوق ارتباطی با شرط منافی با مقتضای

۱. نجفی خوانساری - میرزای نائینی منیة الطالب، ص ۱۱۲ - ۱۱۳.



عقد ندارد و بطلان شروط مزبور از جهت مخالفت با کتاب و سنت است نه از نظر تنافی با مقتضای عقد. مثلاً مقتضای عقد بیع تملیک است و تسلط بر مبیع اثر و مقتضای مالکیت است و ارتباطی با بیع ندارد و بطلان آن از جهت مخالفت با حکم دیگری ناشی شده که آیه «الناس مسلطون علی اموالهم» می باشد و همچنین مسایل مذکور خارج از این بحث است و علت بطلان چنین شروطی مخالفت آنها با کتاب و سنت است. البته این مسایل از این جهت قابل بحث هستند که یا حق هستند و قابل اسقاط و یا حکم و غیر قابل اسقاط. ولی دو مسئله که ذیلاً بیان می شود از نظر تنافی و عدم تنافی با مقتضای عقد قابل بحث هستند:

- هرگاه در عقد شرکت شرط نمایند که سود، متعلق به طرفین باشد ولی زیان احتمالی فقط متوجه یکی از طرفین قرارداد گردد، چنین شرطی به نظر بعضی از فقها<sup>(۱)</sup> چون با اقتضای عقد شرکت منافات دارد باطل است. ولی عده دیگری از فقها<sup>(۲)</sup> عقیده دارند شرط مزبور درست است. زیرا اگر شرکت بدون قید باشد لازمه اش مناصفیت در سود و زیان است. نجفی خوانساری قایل به تفصیل شده و گفته است شرط تفاضل در سود و زیان برای یکی از طرفین عقد چنانچه از اول در ضمن عقد شرکت قید گردد، باطل است چون با مقتضای عقد شرکت منافات دارد. ولی اگر شرط مزبور بعد از این که عقد شرکت منعقد شد در ضمن عقد لازم دیگری قید گردد باطل نیست.

- مورد دیگری از موارد خلاف، شرط ضمان در عقد اجاره و عاریه است. به عبارت دیگر اختلاف در این است که عدم ضمان مستعیر و مستأجر جزء آثار مقتضای ذات عقود مزبور است در نتیجه شرط خلاف آن باطل و مبطل عقد است یا خیر؟ نظریه مشهور فقها<sup>(۳)</sup> این است که در عقد اجاره امانت لازمه این عقد است. لذا شرط ضمان، مخالف با مقتضای ذات عقد است در نتیجه باطل و موجب بطلان عقد است.

۱. ابن ادریس به نقل از نجفی خوانساری، کتاب منیة الطالب، ص ۱۱۶.

۲. محقق در شرایع - شهید در دروس به نقل از شیخ انصاری در مکاسب و نقل از نجفی خوانساری در کتاب منیة الطالب، همان صفحه.

۳. انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، ص ۲۸۱.

برخی از فقها<sup>(۱)</sup> برای رفع اشکالات یاد شده (اشکال در تشخیص مصادیق مقتضای ذات عقد) عقیده دارند در مواردی که مخالف بودن شرط با اقتضای ذات و ماهیت عقد روشن نباشد، حکم این قبیل موارد را باید به نظر فقیه موکول نمود. بنابراین به نظر می‌رسد در چنین مواردی از نظر حقوق نیز ضابطه این است که دادگاه باید با توجه به قوانین موضوعه، عرف و اوضاع و احوال و آثار، اصل موضوع عقد را تشخیص و در هر مورد رأی مقتضی صادر نماید.

**۲- شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین می‌شود:** قسم دوم از شروطی که ماده ۲۳۳ ق.م باطل و مبطل عقد دانسته، شرط مجهولی است که جهل به آن سبب ابهام اصل عقد شود. زیرا با توجه به این که طبق ماده ۱۹۰ ق.م یکی از شرایط اساسی صحت معاملات معلوم و معین بودن مورد معامله است و همچنین طبق ماده ۲۱۶ ق.م مورد معامله نباید مبهم باشد. بنابراین اگر در ضمن عقد شرطی قرار داده شود که سبب ابهام مورد معامله گردد، در واقع یکی از شرایط اساسی صحت آن عقد از بین رفته و در نتیجه آن عقد و شرط باطل خواهد بود. لذا شرط مجهول وقتی موجب بطلان عقد می‌شود که جهل به عوضین سرایت کند و آن را مجهول سازد<sup>(۲)</sup>. مانند این که ضمن فروش یک قطعه زمین پنج هزار متری، به نفع فروشنده شرط شود که از مبیع مذکور یک قواره جهت ساخت خانه برای خود بردارد و مساحت این قواره معلوم نشود. چنانکه ملاحظه می‌شود مورد شرط، اختیار بایع در استثنای یک قواره زمین از مبیع می‌باشد که این در حقیقت سبب می‌گردد مقدار واقعی مورد معامله، که به عنوان مبیع در ملکیت

۱. محقق دوم، جامع المقاصد، ج یک، ص ۲۶۱.

۲. برخی از فقها مانند شیخ انصاری عقیده دارند مجهول بودن شرط همیشه با مقداری غرر همراه است زیرا در هر حال موجب جهالت عوضین می‌شود بنابراین شرط مجهول همیشه مفسد عقد است. شیخ انصاری در تحلیل بطلان شرط مجهول می‌گوید شرط به منزله جزئی از عوضین است و مجهول بودن آن موجب غرر است و از طرفی غرر به طور کلی در معاملات ممنوع گردیده خواه غرر در اصل عقد و خواه در شرط باشد، مکاسب، ص ۲۸۱.

خریدار قرار می‌گیرد، مجهول بماند. ولی اگر ابهام و مجهول بودن شرط به عقد سرایت نکند مانند این که شخصی اتومبیل کرایه خود را به دیگری بفروشد به پنجاه هزار تومان و شرط شود که درآمد یک هفته اتومبیل به فروشنده داده شود، جهل به شرط موجب بطلان عقد نخواهد شد زیرا مورد شرط اگر چه مجهول است ولی تأثیری در مورد معامله ندارد چه ثمن مورد معامله معلوم است و ضمناً باید توجه داشت شرط مذکور در بند ۲ ماده ۲۳۳ ق.م فقط عقدی را باطل می‌نماید که معلوم بودن مورد معامله از شرایط صحت آن باشد. ولی عقدی که بر مبنای مسامحه استوار گردیده است، شرطی که جهل به آن موجب جهل عوضین شود آن عقد را باطل نمی‌کند. مثلاً در عقد ضمان شرطی که سبب جهل ضامن به مقدار و اوصاف دین شود، اصل عقد را باطل نمی‌کند، زیرا طبق ماده ۶۹۴ ق.م علم ضامن به مقدار، اوصاف و شرایط دینی که ضمانت آن را می‌نماید شرط نیست.

### بخش سوم - آثار بطلان شرط

چنانکه متذکر شدیم، طبق ماده ۲۳۲ ق.م بطلان شروط مندرج در عقد، علی‌الاصول تأثیری در صحت عقد اصلی ندارد و باعث بطلان و فساد عقد نمی‌گردد. علتی که برای عدم تأثیر بطلان این گونه شروط در اصل عقد ذکر کرده‌اند، این است که می‌گویند اساساً این گونه شروط مستقیماً ارتباطی با موضوع معامله و شرایط صحت معامله ندارند تا بطلان آن تأثیری در اصل عقد داشته باشد. بلکه این شروط امر مستقلی است که گرچه مرتبط به عقد گردیده اما این ارتباط ذاتی و ماهوی نیست و لذا چگونگی ماهیت آن نمی‌تواند مرتبط به ماهیت عقد باشد و فی‌المثل باعث بطلان آن گردد.

اما قابل بحث این است، حال که بطلان شرط مذکور موجب بطلان اصل عقد نمی‌شود، آیا این حق را هم به مشروط له نمی‌دهد که برای جبران زیان خود عقد را فسخ کند؟ به عبارت دیگر آیا بطلان آن شروط موجب حق فسخ برای مشروط له خواهد شد

یا خیر؟ چنان که بعداً توضیح داده خواهد شد در قانون مدنی ماده‌ای که صریحاً به این پرسش پاسخ دهد وجود ندارد. از آنجا که این بحث در فقه مطرح گردیده بهتر است ابتدا نظریات فقها را در این خصوص ذکر نماییم و سپس ببینیم از مواد قانون مدنی چه پاسخی می‌توان استنباط نمود.

**۱- نتیجه بطلان شرط در فقه:** عقیده مشهور در بین فقها این است که باید بین موردی که مشروط له جاهل و یا عالم به فساد شرط باشد، فرق گذاشت. شیخ انصاری<sup>(۱)</sup> می‌گوید در صورتی که مشروط له جاهل به بطلان شرط باشد حق خیار فسخ معامله را دارد. زیرا شرط باطل مانند تخلف از شرط می‌باشد. بنابراین همان دلایلی که برای خیار تخلف شرط وجود دارد، از قبیل جلوگیری از ضرر اینجا هم خواهد بود. و علت این که بین علم و جهل مشروط له به فساد شرط فرق قایل شده‌اند، این است که شیخ انصاری اساساً خیار تخلف شرط را خلاف قواعد فقهی دانسته و از این جهت خیار فسخ را منحصر در مواردی می‌داند که بشود برای اثبات آن به دلایلی نفی ضرر<sup>(۲)</sup> و یا اجماع تمسک نمود. مانند خیار تخلف شرط. به عبارت دیگر خیار برای دفع ضرر تجویز شده لذا در صورتی که مشروط له عالم به بطلان شرط باشد، چون خود اقدام به ضرر خویش نموده، نمی‌توان به دلایل نفی ضرر استناد نمود و در نتیجه حق خیار وجود نخواهد شد. بر خلاف موردی که جاهل به فساد شرط باشد. برخی از فقها<sup>(۳)</sup> وجود خیار فسخ را در تخلف از شرط طبق قواعد فقهی دانسته‌اند. مآلاً در این مورد برای اثبات خیار محتاج به آوردن دلایلی از قبیل نفی ضرر و امثالهم نشده‌اند و از آنجا که شرط باطل را هم یکی از مصادیق تخلف از شرط می‌دانند، نتیجه‌اً برای مشروط له در صورت بطلان شرط مطلقاً حق خیار فسخ قایل گردیده‌اند. و در این خصوص فرقی بین علم و جهل مشروط له

۱. انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، ص ۲۸۹.

۲. از جمله قواعد مشهور لاضرر است که به موجب این قاعده احکام ضرری نفی شده است.

۳. میرزای نائینی، منیة الطالب، ص ۱۴۹ - ۱۵۱.

نگذاشته‌اند. عده دیگری از فقها<sup>(۱)</sup> با وجود این که تصریح به بطلان و لغو بودن بعضی از شرایط (مانند شروطی که غرض عقلایی نداشته باشد) کرده‌اند معذالک برای مشروط له حق خیار قائل نشده و گفته‌اند چون شرط باطل لازم الوفا نیست، بنابراین در تخلف و یا تعدر از آن حق خیار وجود نخواهد داشت.

**۲- نتیجه بطلان شرط در قانون مدنی:** در قانون مدنی چنانچه اشاره گردید ماده‌ای که صریحاً به این موضوع پاسخ دهد وجود ندارد ولی از روح و مفاد ماده ۲۴۰ ق.م.چنین استنباط می‌شود که نویسندگان قانون مدنی از نظریه مشهور فقها پیروی کرده و بین علم و جهل مشروط له قایل به تفصیل شده‌اند. بدین ترتیب که اگر مشروط له عالم به بطلان این شرط یعنی فی المثل عالم به نامشروع بودن یا غیر مقدر بودن و یا بی‌فایده بودن آن باشد حق فسخ نخواهد داشت. زیرا حق فسخ علی‌الاصول ناشی از موجباتی است که متضمن ضرر و خساراتی برای احد متعاملین باشد، به نحوی که نمی‌توانسته است آن را پیش‌بینی نماید و الا برای کسی که با علم به بطلان شرط آن را پذیرفته و ضمن عقدی واقع ساخته فرض وجود حق فسخ خلاف حکم عقل و موازین حقوقی است. اما در صورتی که مشروط له جاهل به وضعیت مورد شرط و بطلان آن باشد، مسلماً باید برای مشروط له حق فسخ قایل شده. چه دادن حق فسخ به او منطقی و عادلانه به نظر می‌رسد. چرا که در غیر این صورت تضمینی برای حفظ حقوق مشروط له باقی نخواهد ماند. ماده ۲۴۰ ق.م. در تأیید همین مطلب می‌گوید «اگر بعد از انجام عقد شرط ممتنع شود یا معلوم شود که حین العقد ممتنع بوده است کسی که شرط به نفع او شده است، اختیار فسخ معامله را خواهد داشت مگر این که امتناع مستند به فعل مشروط له باشد.» گرچه این ماده ظاهراً در خصوص شرط فعل است اما علی‌الاصول می‌رساند که از نظر قانون‌گذار اگر شرطی که ضمن عقد می‌شود از همان هنگام انعقاد عقد ممتنع باشد، موجب اختیار

۱. علامه و شهیدین به نقل از شیخ انصاری در مکاسب، ص ۲۹۰.

فسخ خواهد بود و تردیدی نیست که مفهوم غیر مقدور بودن شرط مذکور در ماده ۲۳۲ ق.م.بسیار نزدیک با معنای ممتنع باشد. همچنان که مفهوم نامشروع بودن و خالی از نفع و فایده بودن را با یک تفسیر حقوقی ساده و منطقی می‌توان با امتناع منطبق نمود. زیرا اولاً منظور از نامشروع در قانون، شرط بر خلاف قوانین است که به این معنی در حقیقت انجامش از نظر حقوقی نوعی غیر مقدور است برای این که چیزی که کاملاً خالی از فایده باشد معنأً با غیر مقدور و ممتنع تفاوتی ندارد. بنابراین اصولاً باید برای مشروط له در صورتی که عالم به بطلان شرط نباشد و از طرفی بطلان شرط سبب بطلان و فساد عقد اصلی نگردد، حق فسخ قائل شد.

زیرا مشروط له با انعقاد قرارداد به انضمام شرطی که ضمن آن شده موافقت کرده است و در پرداخت عوضین شرط نیز مورد نظر بوده است. لذا چنانچه معلوم گردد انجام شرط غیر مقدور و یا بی‌فایده و نامشروع است، باید به مشروط له حق داده شود که برای جبران خسارت وارده قرارداد اصلی را فسخ نماید و یا این که به همان وضع قبول کند ولی نمی‌تواند به نسبت بطلان شرط، ثمن را تقسیط کند. زیرا اگر چه وجود شرط در ارزش مورد معامله مؤثر است ولی قسمتی از ثمن در مقابل شرط قرار داده نشده است. همین حکم جاری است در صورتی که شرط در حین عقد مقدور و یا مشروع بوده ولی بعداً در اثر امر خارجی و یا وضع قانونی جدید غیر مقدور و نامشروع شده است. ولی چنانچه عدم قدرت بر انجام شرط مستند به فعل مشروط له باشد مانند این که ضمن فروش یک آپارتمان به قیمت معین، بر بایع شرط شود که منزل خریداری را نقاشی کند در این صورت چنانچه مشروط له منزل خود را قبل از انجام شرط خراب کرده باشد، نمی‌تواند معامله اصلی را فسخ کند. زیرا خود او به ضرر خود اقدام کرده است و نمی‌توان دیگری را مجبور به تحمل آثار آن نمود. قسمت اخیر ماده ۲۴۰ ق.م.ب مؤید همین مطلب است. «پایان»

## ولی قهری و قلمرو اختیارات او در معاملات<sup>(۱)</sup>

از: محمد صادق آیت‌اللهی

---

۱. هدف از قید معاملات خروج، حضانت و ایقاعات از محدوده بحث است.

## مقدمه:

ولایت در لغت هرگاه با فتحه تلفظ شود به معنی نصرت و ربوبیت و اگر با کسر تلفظ شود به معنی امارت و سلطنت است (۱) و در اصطلاح سلطه‌ای است که شخص بر جان یا مال یا جان و مال دیگری پیدا می‌کند. (۲) تفاوت آن با حق که از آن به سلطنت شخص بر دیگری یا مال دیگری تعبیر می‌شود (۳) در این است که حق، چیزی است که سلطه را ثابت می‌کند و موجب آن است، ولی ولایت نفس سلطه و سلطنت است. نیز تفاوت آنها در این است که حق به صاحب آن اختیار می‌دهد که برای مصلحت خود یا مال خود آن را استیفاء کند و به موقع اجراء بگذارد، ولی ولایت به جهت نقصی است که در مولی علیه است و برای ولی این اختیار را به وجود می‌آورد که به امور و مصالح مؤلی علیه اقدام نماید (۴).

ولایت در این معنی عام است و شامل ولایت خداوند، پیامبر، ائمه معصومین، پدر، جد پدری و... می‌شود. آنچه که در این مقال مورد بحث ماست نوعی از ولایت خاص یعنی ولایت پدر و جد پدری است که از آن به ولایت قهری تعبیر شده است (۵). شکی نیست که دایره اختیارات کسی که به نمایندگی از دیگری اعمال و وقایع حقوقی را انجام می‌دهد، مطلق و نامحدود نیست و بستگی به حدود اذن و قلمرو صلاحیت دارد. در این مقال کوشش خواهیم کرد تا حدود صلاحیت ولی قهری را در امور مالی مؤلی علیه بررسی نمائیم. اهمیت این بحث از این روست که در موقع تنظیم اسنادی که ولی به ولایت بر مؤلی علیه اقدام به تنظیم و امضاء آنها می‌کند، بیان، حدود صلاحیت ولی راهگشای کارکنان دفترخانه است. چه همچنانکه قیم منصوب نمی‌تواند از جانب صغیر



معاملات غیر منقول را مستقلاً و بدون اذن دادستان انجام دهد (۶) هر گاه ولی قهری خارج از صلاحیت خود قصد تنظیم سندی را داشته باشد، نمی‌تواند اقدامی نماید. در این بررسی ابتدا به معرفی ولی قهری پرداخته سپس قلمرو اختیارات وی و نظریات مختلف در این مورد را بررسی خواهیم کرد.

### بخش اول: معرفی ولی قهری

#### گفتار اول: تعریف

فقها و حقوقدانان در این امر متفق‌اند که پدر و جد پدری ولی قهری طفل می‌باشند و بر این امر ادعای اجماع شده است (۷) و ماده ۱۱۸۱ قانون مدنی ایران هم به این امر دلالت دارد. آنچه که مشخص است و در آن بحثی نیست، این است که پدر ولی کودک صغیر خودش است. ولی در مورد جد پدری، مطالبی است که به بیان آنها خواهیم پرداخت.

#### گفتار دوم: جد پدری

میدانیم که جد پدری، پدر پدر است، ولی آیا ولایت برای اجداد پدری، و هر چه بالا روند نیز ثابت است؟ مثلاً آیا پدر جد پدری نیز ولایت بر ضبط فرو دست خود دارد یا خیر؟ غالب فقهاء معتقدند اجداد پدری - هر چه بالا رود - نیز ولایت دارند (۸). زیرا اطلاعات ادله شامل اجداد عالی نیز می‌گردد و علت حکم در اجداد عالی نیز موجود است.

#### گفتار سوم: تأثیر حیات پدر در ولایت جد پدری

آیا ولایت جد پدری در زمان حیات پدر است یا مقید به حیات پدر نبوده و در زمان ممات پدر هم جد پدری ولایت دارد؟ بسیاری از فقهاء بر این قول می‌باشند که ولایت

جد پدری مقید به حیات پدر نمی‌باشد و همینطور مشروط به ممات پدر هم نیست و بعضی روایات که در باب نکاح در مورد اشتراط ولایت جد پدری به حیات پدر موجود است، مورد عمل نیست و از جهت سند و از حیث دلالت نیز مخدوش است (۹).

### گفتار چهارم: تعارض ولایت پدر و جد پدری

آیا ولایت پدر و جد پدری اشتراکی است یا ترتیبی؟ این بحث به خصوص از حیث عملی حائز اهمیت است. زیرا هرگاه ولایت آن‌ها را اشتراکی بدانیم، آنگاه که هر دو در امری اقدام نمایند، عمل آن که ابتداء اقدام نموده است نافذ و دومی باطل خواهد بود. هر گاه هر دو مقارن هم عملی متضاد را انجام دهند، مقتضی اشتراک بطلان عمل هر دو است. زیرا ترجیح هر یک، ترجیح بلا مرجح است. ولی هرگاه ولایت آن‌ها را ترتیبی بدانیم عمل آن که اولویت در ولایت دارد در هر حال نافذ و معتبر خواهد بود.

در مورد این مسأله نظر فقهاء مختلف است: عده‌ای ولایت پدر و جد پدری را به دلیل اطلاعات ادله، مشترک می‌دانند و دسته‌ای ولایت پدر را مقدم بر جد پدری می‌دانند زیرا وابستگی او با مولیٰ علیه زیادتر است. به علاوه جد پدری به واسطه ارتباط پدر، ولایت یافته است. در مقابل، دسته سوم ولایت جد پدری را مقدم بر ولایت پدر می‌دانند، زیرا جد پدری خود زمانی بر پدر ولایت داشته است (۱۰).

### گفتار پنجم: تعارض ولایت اجداد عالی با جد پدری

ولایت اجداد اشتراکی است یا ترتیبی؟ یعنی آیا با وجود جد پدری، جد عالی هم ولایت دارد - و همینطور هر چه بالا رود؟ - و یا ولایت جد عالی زمانی است که جد دانی در قید حیات نباشد؟ غالب فقهاء ولایت اجداد را اشتراکی می‌دانند؛ یعنی همه اجداد بطور مشترک دارای ولایت می‌باشند. بهترین استدلالی که برای این امر آمده است این است که "اگر ما قائل به ترتیب در ولایت بشویم، ناچار باید بگوئیم که در زمان حیات جددانی، برای ولایت اجداد عالی، دلیلی وجود ندارد." در این صورت برای حدوث

ولایت اجداد عالی هنگام ممات جددانی، محتاج دلیل خواهیم بود. حال آن که دلیلی جز عمو مات ادله ولایت وجود ندارد، در صورتی که ما این دلیل را در ابتدای استدلال حذف کرده ایم. به عبارت ساده‌تر یا برای جد عالی اصلاً ولایتی وجود ندارد و یا اگر وجود دارد این ولایت با جددانی اشتراکی است (۱۰).

### گفتار ششم: ولی قهری در قانون مدنی

راجع به آنچه تاکنون گذشت، قانون مدنی در ماده ۱۱۸۱ مقرر می‌دارد «هر یک از پدر و جد پدری نسبت به اولاد خود ولایت دارند». مستنبط از این ماده اولاً ثبوت ولایت برای پدر و جد پدری است. ثانیاً مقتضی اطلاق ماده، دلالت آن بر اشتراک پدر و جد پدری در امر ولایت است. آنچه راجع به بقیه مطالبی که تاکنون ذکر شد در نظریات حقوقدانان موجود است، متخذ از فقه است و به نظریات فقهی استناد گردیده است (۱۲).

### گفتار هفتم: بررسی نسب قانونی و طبیعی و تأثیر آن در ولایت.

آنچه که مسلم است، ولایت قهری در نسب قانونی موجود و ثابت است ولی سئوالی که مطرح می‌باشد این است که آیا رابطه ولایت در ولادت از زنا یا ولادت به شبهه نیز موجود می‌باشد؟ در مورد ولادت به شبهه شکی نیست که رابطه ولایت ثابت است. زیرا شارع مقدس اسلام و بالتبع قانونگذار اسلامی مولود به شبهه را در حکم فرزند قانونی دانسته است (ماده ۱۱۶۵ قانون مدنی)؛ ولی در مورد ولد الزنا یا به اصطلاح فرزند طبیعی اختلاف نظری وجود دارد که ذیلاً به بررسی آن از نظر فقه و حقوق ایران می‌پردازیم.

### الف: بررسی فقهی

غالب فقهاء نسب شرعی را موجب ولایت دانسته‌اند (۱۳) و بعضی از ایشان با اندکی

تردید حکم ولایت را در فرزند طبیعی نیز ثابت دانسته‌اند. به این دلیل که فرزند طبیعی عرفاً و لُغَةً و عقلاً فرزند پدر و مادر است. شارع مقدس اسلام فرزند بودن او را نفی نکرده و تنها او را از ارث محروم ساخته است. نیز در احکام حرمت ازدواج، بین فرزند طبیعی و قانونی تفاوتی نیست. به همین دلیل ولایت قهری نیز در مورد فرزند طبیعی ثابت است (۱۴). به عبارت دیگر فرزند طبیعی در کلیه حقوق و تکالیف با فرزند قانونی مشترک است و تنها توارث از این حکم کلی استثناء شده است.

### ب: بررسی حقوقی

قانون مدنی ایران در ماده ۱۱۶۷ مقرر می‌دارد: «طفل متولد از زنا ملحق به زانی نمی‌شود». از ظاهر عبارت چنین مُستفاد می‌گردد که رابطه ولایت نیز با توجه به عدم الحاق برقرار نمی‌گردد. حقوقدانان نیز بر این عقیده‌اند (۱۵)، ولی اخیراً دیوان عالی کشور در رأی شماره  $\frac{۶۱۷}{۷۶/۴/۳}$  دیدگاه جدیدی را ارائه کرده است. آن رای چنین است:

«به موجب بند الف ماده یک قانون ثبت احوال مصوب سال ۱۳۵۵ یکی از وظایف سازمان ثبت احوال، ثبت ولادت و صدور شناسنامه است و مقنن در این مورد بین اطفال متولد از رابطه مشروع و نامشروع تفاوتی قائل نشده است. تبصره ماده ۱۶ و ۱۷ قانون مذکور نسبت به مواردی که طفل ناشی از زنا باشد و زانی اقدام به اخذ شناسنامه ننماید؛ با استفاده از عموماً و اطلاق مواد یاد شده و مسأله ۳ و ۴۷ از موازین قضائی از دیدگاه حضرت امام خمینی (رضوان الله تعالی علیه) زانی پدر عرفی طفل تلقی و نتیجه کلیه تکالیف مربوط به پدر از جمله اخذ شناسنامه بر عهده وی می‌باشد و حسب ماده ۸۸۴ قانون مدنی صرفاً توارث بین آنها منتفی است. لذا رای شعبه سی‌ام دیوانعالی کشور که با این نظر مطابقت دارد، به نظر اکثریت اعضاء هیئت عمومی دیوانعالی کشور موجه و منطبق با موازین شرعی و قانونی تشخیص می‌گردد این رأی باستناد ماده واحده قانون مربوط به وحدت رویه قضائی مصوب تیرماه سال ۱۳۲۸ برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه‌ها در موارد مشابه لازم‌الاتباع است (روزنامه رسمی شماره ۱۵۲۹۳ مورخ ۷۶/۶/۱۰).

هر چند این رای در مورد صدور شناسنامه برای فرزند طبیعی است و به موجب آن

پدر طبیعی ملزم به اخذ شناسنامه برای فرزند طبیعی گردیده است ولی عبارت «... زانی پدر عرفی طفل تلقی و در نتیجه کلیه تکالیف مربوط به پدر از جمله اخذ شناسنامه برعهده ولی می‌باشد و حسب ماده ۸۴۴ قانون مدنی صرفاً موضوع توارث بین آنها منتفی است...» یک اصلی کلی ایجاد کرده است؛ و آن اصل اشتراک احکام بین فرزند طبیعی و قانونی است مگر مواردی که قانون استثناء کرده باشد. بنابراین با توجه به رأی فوق می‌توان به صراحت اظهار نظر کرد که رابطه ولایت در نسب طبیعی نیز برقرار است.

**تکمله:** هرگاه رابطه پدر و جد پدری یکی قانونی و دیگری به شبهه یا زنا باشد، حکم مسأله چیست؟ آنچه مسلم است هنگامی که رابطه یکی قانونی و دیگری به شبهه باشد، شکی نیست که ولایت برای هر دو برقرار است و هر دو در این امر مساوی می‌باشند و ولایت آنکه رابطه نسبش به موجب قانون برقرار گردیده بر آنکه مشتبّه است، رجحان و برتری ندارد (۱۶)؛ ولی در مورد رابطه قانونی و رابطه ناشی از زنا باید قائل به تفکیک شد. کسانی که رابطه قانونی را موجب ولایت می‌دانند و برای زنا رابطه ولایت قائل نیستند. و ناچار باید برای پدر یا جد پدری که ولایت او ناشی از زناست، قائل به ولایت نباشیم. ولی کسانی که برای فرزند طبیعی نیز ولایت را ثابت می‌دانند در این امر نیز تفاوتی قائل نمی‌شوند (۱۷).

### گفتار هشتم: نسب ناشی از تلقیح مصنوعی

تردیدی نیست که هرگاه فرزندی از تلقیح مصنوعی بین نطفه پدر و تخمک مادری که رابطه زوجیت قانونی بین آنها برقرار است، به وجود آید؛ این فرزند قانونی بوده، آثار ولایت نیز در مورد روابط وی و اولیائش او موجود است. ولی هرگاه فرزندی از تلقیح مصنوعی بین زن و مرد اجنبی به وجود آید تکلیف چیست؟ در این مورد فقها و حقوقدانان نظریات مختلفی ابراز نموده‌اند. عده‌ای چنین فرزندی را در حکم فرزند طبیعی می‌دانند (۱۸)، دسته‌ای دیگر ولدالزنا را صرفاً مولود ناشی از رابطه زنا و استثناء بر قاعده نسب دانسته و به نظر ایشان هر فرزند طبیعی، قانونی است؛ مگر آن که قانون

تصریح برخلاف آن کند (۱۹) و در این مورد هم منع قانونی وجود ندارد. نظریه سوم از طرف بعضی از فقهای عظام ابراز شده که در این مورد قائل به جریان اصل احتیاط می‌باشند (۲۰). با توجه به مطالب فوق قائلین به نظریه اول احکام فرزند ناشی از زنا را بر فرزند ناشی از تلقیح مصنوعی مترتب می‌دانند که قبلاً بررسی شد. هر گاه نظریه دوم یا سوم را بپذیریم، قطعاً باید گفت که رابطه ولایت برقرار و احکام آن جاری می‌گردد، زیرا در نظریه دوم حکم، به قانونی بودن فرزند است. و در نظریه سوم نیز مقتضی عمل به احتیاط، انجام تکلیف ولایت است.

### بخش دوم: قلمرو اختیارات ولی قهری فصل اول: بررسی نظریات سه گانه

ولایت قهری کامل‌ترین سلطه و اقتداری است که شخص بر مال غیر دارد. ولی آیا محدوده این سلطه و اقتدار چیست؟ اختیارات ولی قهری وابسته به رعایت مصلحت مولی علیه است؟ یا لحاظ مفسده کافی است؛ هر چند در آن مصلحتی نباشد؟ و یا هیچ قید و بندی نداشته و علی‌الاطلاق است؟ در این موارد، سه نظر در فقه ابراز شده است که ذیلاً به بررسی آنها می‌پردازیم.

#### گفتار اول: نظریه اطلاق

ولی قهری در تصرفات خود مطلق العنان است. قائلین به این قول دلایل زیر را اقامه نموده‌اند.

**الف:** حدیث نبوی (۲۰) مشهور: **«انت و مالک لابیک»** (۲۱) تو و مالیت برای پدرت هستی.

**ب:** آیه شریفه **«یهب لمن یشاء اُناً و یهب لمن یشاء الذکور»** از این آیه بدین گونه استدلال کرده‌اند که دلیل حلیت مال فرزند بر پدرانش این است که به موجب آیه فوق،

فرزند به پدر بخشیده شده است و خود و مالش متعلق به پدر است. شیخ الفقهاء انصاری به این نظریه تمایل دارد (۲۲).

### گفتار دوم: نظریه کفایت عدم مفسده

بنابراین نظر، حدود ولایت ولی قهری، رعایت عدم مفسده است. یعنی کافی است عملی را که ولی برای مولی علیه انجام می دهد، عاری از هر گونه مفسده ای باشد و نیازی نیست که در آن مصلحت یا نفعی برای مولی علیه وجود داشته باشد. بنابراین ولی قهری نمی تواند بدون دلیل و رعایت صلاحدید صغیر مثلاً مال غیر منقول صغیر را فروخته ثمن آنرا در بانک بگذارد و بدون این که این عملی نفعی برای صغیر داشته یا حتی صرفه و صلاح وی در این باشد. دلیل قائلین به این قول این است که:

**الف:** در فقه ثابت است که پدر می تواند از مال فرزندش استقراض کند؛ یا از مال او کنیزی برای خود بخرد و اعمال دیگری که در آن رعایت مصلحت مولی علیه متصور نیست.

**ب:** عمده روایات و احادیثی که دلیل ثبوت ولایت است، در باب نکاح داده شده است و فقهای عظام با قیاس اولویت، حکم ولایت را در سایر ابواب فقه تجویز می نمایند. با توجه به این مقدمه، قائلین به این نظر می گویند که "اخبار و احادیثی که دلالت بر تزویج فرزند به وسیله ولی دارد، هیچگونه دلالتی بر رعایت مصلحت مولی علیه ندارد و به اصطلاح اطلاق روایات دلالت بر عدم رعایت مصلحت دارد." با توجه به این که اهمیت نکاح از بقیه تصرفات و امور مالی بیشتر است (۲۳).

### گفتار سوم: نظریه رعایت غبطه

بر طبق این نظریه ولی قهری ناچار از رعایت مصلحت مولی علیه در اعمال حقوقی است زیرا:

**الف:** ولی قهری باید در تصرفات خود رعایت احتیاط و حصول بهره برای صغیر را

بنماید، زیرا برای رعایت غبطه و مصلحت مولی علیه نصب شده است. پس هرگاه تصرفی کند که مصلحتی برای صغیر متصور نیست، تصرف او باطل است برای این که برخلاف هدفی است که برای آن نصب شده است. این دلیلی است که شیخ در "مبسوط" آورده است (۲۴).

ب: آیه شریفه «ولا تقرّبوا مال الیتیم الا بالتی هی احسن» (به مال یتیم نزدیک نشود مگر به وجه نیکوتر) استدلال به این آیه بدین تقریب است که تصرف در مال یتیم بدون رعایت مصلحت، وجه احسن نمی باشد و این که در آیه یتیم آمده است اولاً مخاطب آن قیم نیست؛ بلکه عموم مکلفین هستند. ثانیاً قید یتیم دلیل شرطیت نیست، بلکه وارد مورد اغلب است.

صاحبان این نظر دلایل قول اول را بدین گونه پاسخ می گویند:

۱- در روایت "انت و مالک لایبک" لام مالکیت نیست به حیثی که فرزند مال حقیقی پدر باشد و پدر بتواند او را بفروشد یا متعلق حق عزا قرار گیرد. چه این امر بدیهی البطلان است. بلکه دلالت بر ثبوت ولایت پدر بر فرزند دارد.

۲- مراد از آیه شریفه «یهب لمن یشاء اناثاً و یهب لمن یشاء الذکور» بیان امر اخلاقی است که فرزند به حسب تکوین از جانب خداوند به پدرش بخشیده شده است و مقتضی این بخشش این است که به امر و نهی پدر گردن نهد. تأیید این امر دلیلی است که "محمد بن سنان" در تفسیر این آیه بیان داشته است که: "فرزند از جانب خداوند به پدر هبه شده است و بنابراین انصاف نیست که مخالفت پدرش را بکند بلکه مقتضی اخلاق این است که به دستور پدر حرکت کند به نحوی که برای پدر هبه و تحفه ای از جانب خداوند باشد" (۲۵). بنابراین آیه دلالتی بر حدود تصرفات ولی ندارد. این نظر غالب فقهاست تا آنجا که ادعای اجماع بر آن شده است (۲۶).

صاحبان این نظر به دلایل قائلین قول دوم چنین پاسخ می دهند:

آنچه در مورد رعایت مصلحت مولی علیه گفته شد، ناظر به اعمالی است که مربوط به اداره اموال مولی علیه است. اما ولی به موجب ادله خاص می تواند از مال صغیر جهت



نفقه خود برداشت نماید یا استقراض کند و یا جاریه و کنیزی برای خود بخرد و این از موارد استثناست. بنابراین استدلال به روایت خاص برای اثبات حکم کلی صحیح نمی باشد.

**تکمله:** در این جا لازم است که از یک شبهه جلوگیری کنیم و آن این است که ملاک رعایت غبطه عبارت از لحاظ داشتن مصلحت معمولی صغیر است؛ نه رعایت اصلح موارد. مثلاً هرگاه صغیر نیازمند است که مالش را فروخته و به وسیله آن غذا بخرد، حال فروش مال و خریدن غذا یک فرض است و فروش مال و خریدن مواد اولیه غذا و طبخ آن فرض دیگر و صورت دوم اصلح و مقرون به صرفه تر است. در این صورت اگر ولی مثال اول را عملی کرد، قطعاً عمل او صحیح است و رعایت مصلحت را نموده زیرا اگر قائل به رعایت اصلح شویم در بعضی موارد غیر قابل دسترس و نیز لایتناهی می باشد (۲۷)

### فصل دوم: بررسی حقوقی مساله

#### گفتار اول: حدود صلاحیت

ماده ۱۱۸۳ قانون مدنی مقرر می دارد: "در کلیه امور مربوط به اموال و حقوق مالی مولی علیه، ولی نماینده قانونی او می باشد" با توجه به ماده فوق، روشن است که قانون مدنی مورد بحث را به اجمال برگزار نموده است. غالب حقوقدانان ایران، به پیروی از نظر مشهور فقه امامیه؛ رعایت غبطه و مصلحت مولی علیه را لازم دانسته، محدوده اختیارات ولی قهری را رعایت مصلحت مولی علیه می دانند (۲۸).

علاوه بر رعایت مصلحت مولی علیه، اموری را قانونگذار به صراحت از صلاحیت ولی قهری خارج نموده است. از جمله ولی قهری نمی تواند امروز زمانی را که نسبت به محجور حاصل شده ساقط کند» (ماده ۷۶۷ قانون آئین داورى مدنى) و نیز به موجب

قانون امور حسبی ماده ۳۱۲: «در صورتی که تمام ورثه و اشخاصی که در ترکه شرکت دارند. حاضر و رشید باشند، به هر نحوی که بخواهند، می‌توانند ترکه را ما بین خود تقسیم نمایند. لیکن اگر ما بین آنها محجور یا غایب باشد، تقسیم ترکه به توسط نمایندگان آنها در دادگاه بعمل می‌آید» بنابراین ولی قهری مستقلاً نمی‌تواند در تقسیم ترکه دخالت نماید.

### گفتار دوم: بررسی صلاحیت ولی قهری در انواع معاملات

آنچه هدف بحث ماست، تعیین حدود اختیارات ولی قهری در معاملات است. منظور ما این است که آیا عملی را که ولی قهری، قصد انجام و ثبت سند آنرا دارد، در حدود صلاحیت اوست یا خارج از اختیاراتش؟ تعیین این مطلب بسیار حائز اهمیت است، زیرا تکلیف سردفتر را در ثبت اسنادی که ولی جهت آنها مراجعه می‌کند، روشن می‌سازد چه هرگاه عملی خارج از صلاحیت ولی قهری باشد، ثبت سند آن برخلاف قانون است. با توجه به مطالب فوق ذیلاً به بررسی صلاحیت ولی قهری در اعمال حقوقی می‌پردازیم:

**۱ - معاملات معوض:** در معاملات معوض از قبیل بیع، صلح، اجاره و... چون رعایت مصلحت، محتمل است و با عنایت به این که به موجب اصل صحت، فرض بر این است که رعایت غبطه مولی علیه گردیده، بنابراین با قبول هر یک از نظرات سه گانه - سابق‌الذکر - ثبت سند معاملات معوض، توسط ولی قهری بلاشکال است.

**۲ - وصیت:** اکثر قاطع نویسندگان حقوق مدنی، ایجاب وصیت از طرف ولی را جائز نمی‌دانند (۲۹).

**۳ - رهن:** در رهن آنچه به نظر می‌رسد این است که، برحسب اینکه مورد رهن، وثیقه دین چه کسی قرار گیرد، باید قائل به تفکیک شد.

الف) هرگاه رهن، وثیقه دین شخص صغیر باشد، در این صورت قطعاً عمل ترهین و تنظیم سند رهنی در حدود اختیارات ولی قهری است و فرقی نمی‌کند که قائل به کدام

یک از نظریات سه گانه سابق الذکر باشیم. زیرا این امر جزئی از اداره امور صغیر است و در بسیاری موارد، مدیون از دادن وثیقه ناگزیر است.

ب) هرگاه مورد رهن، وثیقه دین ولی باشد، در این صورت نیز قطعاً ولی قهری می تواند اقدام نماید، زیرا سابقاً گفتیم که ولی قهری می تواند از مال صغیر به عنوان قرض برای مصارف شخصی خود، برداشت نماید و این مسأله به دلیل روایات وارده ثابت شده است. همچنین گفته شد که قائلین به اشتراط رعایت مصلحت، آنرا در اعمالی که ولی برای اداره اموال صغیر انجام می دهد، قائلند نه اموری که از مال صغیر برای خود ولی صورت می گیرد. جایی که ولی می تواند مال صغیر را به قرض بگیرد، پس به طریق اولی می تواند مال صغیر را وثیقه دین خود قرار دهد. نتیجه آنکه در این مورد نیز تنظیم سند رهنی قطعاً بلا اشکال است.

ج) هرگاه مورد رهن، وثیقه + دین شخص ثالث قرار گیرد، در این مورد باید گفت که بنابه اینکه قائل به هر یک از نظریات سه گانه سابق الذکر، حکم مسأله فرق می کند. اگر قائل به قول اطلاق (نظریه اول) باشیم، در این صورت عمل ولی و تنظیم سند رهنی بلا اشکال است. هرگاه قائل به نظریه دوم باشیم، تنظیم سند محل اشکال است. زیرا نمی توان گفت که رهن مال صغیر برای دین شخص ثالث خالی از مفسده است. اما اگر قائل به رعایت مصلحت مولی علیه در اعمال ولی باشیم، قطعاً عمل ولی خارج از حدود اختیارات اوست؛ زیرا ترهین مال صغیر جهت دین شخص ثالث ظهور در عدم رعایت غبطه مولی علیه دارد. در این مورد نمی توان گفت که بنا بر اصل صحت فرض بر این است که ولی رعایت مصلحت را نموده است. زیرا در علم اصول فقه در جای خود ثابت شده است که در تعارض بین اصل و ظاهر، ظاهر مقدم است. بنابراین عمل ولی خارج از حدود اختیارات وی و تنظیم چنین سندی برخلاف قانون است. همچنانکه وکیلی که اختیار انجام امور اداری را داراست، نمی تواند برای موکل معامله انجام دهد، ولی قهری هم با توجه به این نظریه نمی تواند از جانب صغیر سند رهنی را امضاء نماید.

۴- هبه غیر معوض و صلح محاباتی: این عقود نیز مانند موردی است که مال

صغیر وثیقه دین شخص ثالث قرار می‌گیرد، و بنابه قول هر یک از نظریات سه گانه فوق می‌توان استخراج حکم نمود.

**۵-وقف:** در عقد وقف، در صورتی که قائل به نظریه ضرورت رعایت غبطه باشیم؛ قطعاً خارج از اختیارات ولی است (۳۰) و همین قول را می‌توان به قائلین کفایت عدم مفسده، نسبت داد. زیرا وقف ملک، خروج بلاعوض مالی از ملکیت مالک است. ولی هرگاه قائل به اطلاق در تصرفات ولی باشیم، بعید نیست بتوان خصوصاً وقف خاص را توسط ولی جایز دانست.

### نتیجه:

از آنچه که گذشت روشن گردید که مباحث نظری و اختلاف آراء علماء تا چه حد در تنظیم اسناد رسمی تأثیر داده و قبول یا عدم قبول نظریه‌ای تا چه میزان اختلاف عملکرد را به دنبال خواهد داشت. و معلوم گردید که سردفتر، اسناد رسمی از مطالعه مباحث تکمیلی حقوقی و مطالعه کتب فقهی نه تنها بی‌نیاز نیست بلکه از آن‌ها ناگزیر است. آنچه که حائز اهمیت و لازم به ذکر است اینکه اختلاف عملکرد و رویه دفاتر صرفاً نمی‌تواند دلیل تخلف یا عدم آگاهی سردفتری از مقررات قانون باشد بلکه ممکن است ناشی از اختلاف نظر بین فقها و حقوقدانان باشد که در اینگونه موارد عملکرد سردفتر مطابق هر یک از نظریات باشد قطعاً صحیح است.

### مأخذ:

- (۱) طریحی، شیخ فخرالدین - مجمع‌البحرین - صفحه ۴۵۵ - جلد یک - انتشارات مرتضوی چاپ ۱۳۶۲
- (۲) کاتوزیان، دکتر ناصر - حقوق مدنی، خانواده - صفحه ۴۰۲ - انتشارات یلدا - ۱۳۷۵ و آل بحرالعلوم سیدمحمد - بلغة الفقیة - جلد سوم صفحه ۲۱۱ - چاپ مکتبه‌الصادق - ۱۴۰۳ قمری
- (۳) آل بحرالعلوم، سیدمحمد - همان مأخذ - جلد اول - صفحه ۱۳
- (۴) آل بحرالعلوم - سیدمحمد - همان مأخذ - جلد سوم - صفحه ۲۱۱
- (۵) قانون مدنی، ماده ۱۱۸۰
- (۶) قانون امور حسبی، ماده ۸۳

- (۷) نجفی، شیخ محمدحسن - جواهرالکلام - جلد ۲۶ - صفحه ۱۰۱ - انتشارات دارالکتب الاسلامیه - ۱۳۹۴ قمری
- (۸) جبعی عاملی، زین الدین - الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة - جلد دوم - صفحه ۳۶۱ - چاپ دفتر تبلیغات اسلامی - تابستان ۶۵
- (۹) خوئی، سید ابوالقاسم - مصباح الفقاهه، جلد ۵ - صفحه ۳۰ - چاپ درالهادی - ۱۴۰۲ قمری
- (۱۰) نجفی، شیخ محمدحسن - همان مأخذ - جلد ۳ - صفحه ۱۰۲
- (۱۱) آل بحر العلوم، سید محمد - همان مأخذ - جلد سوم - صفحه ۲۶۹
- (۱۲) - امامی، دکتر سید حسن - حقوق مدنی - جلد ۵ - صفحه ۲۰۳ - کتابفروشی اسلامیة - چاپ ۱۲
- (۱۳) - آل بحر العلوم، سید محمد. همان مأخذ - جلد سوم - صفحه ۲۶۵
- (۱۴) - شیرازی، سید محمد. همان مأخذ - جلد ۵۰ - صفحه ۲۹۵
- (۱۵) - امامی، سید حسن - همان مأخذ - صفحه ۱۸۲
- (۱۶) - شیرازی، سید محمد. همان مأخذ - جلد ۵۰ - صفحه ۲۹۹
- (۱۷) - شیرازی، سید محمد. همان مأخذ - همان صفحه
- (۱۸) - کاتوزیان، ناصر. همان مأخذ - صفحه ۳۳۷ - مکارم شیرازی، ناصر - رساله توضیح المسائل، ص ۵۰۲ - مطبوعاتی هدف - تاریخ ندارد
- (۱۹) - امامی، سید حسن. همان مأخذ - صفحه ۱۸۶
- (۲۰) - امام خمینی، سید روح الله. رساله توضیح المسائل - صفحه ۴۱۳ - وزارت ارشاد - ۱۳۶۹
- (۲۱) - انصاری، شیخ مرتضی. مکاسب - جلد دوم - صفحه ۲۸ - انتشارات دهقانی - ۱۳۷۴
- (۲۲) - انصاری، شیخ مرتضی. همان مأخذ - همان صفحه
- (۲۳) - آل بحر العلوم، سید محمد. همان مأخذ - جلد سوم - صفحه ۲۷۱
- (۲۴) - به نقل از: آل بحر العلوم، سید محمد. همان مأخذ - صفحه ۲۷۳
- (۲۵) - خوئی، سید ابوالقاسم. همان مأخذ - صفحه ۱۷
- (۲۶) - خوئی، سید ابوالقاسم، همان مأخذ - صفحه ۲۴
- (۲۷) - قمی، ابوالقاسم - جامع الشتات - جلد دوم - صفحه ۵۶ - انتشارات موسسه کیهان - ۱۳۷۱
- (۲۸) - امامی، سید حسن - همان مأخذ - صفحه ۲۱۳ و کاتوزیان - دکتر ناصر - همان مأخذ صفحه ۲۰۷
- (۲۹) - کاتوزیان، دکتر ناصر - همان مأخذ - صفحه ۴۱۰
- (۳۰) - حائری شاهباغ - سید علی - شرح قانون مدنی - جلد اول - ص ۳۰ - گنج دانش - ۱۳۷۶

---

## حرکتی به سوی وضعیت مطلوب

---

سعید بیاتی

تنظیم روابط اجتماعی و تعیین حدود هر فرد بر عهده قانون است. از مهمترین روابط افراد که مورد هدایت و کنترل قانونگذار واقع می‌گردد، عبارت از عقود و معاملات افراد با یکدیگر است. و از آنجا که تنظیم و تنسيق معاملات نیازمند مدیریت ویژه‌ای است، در کشورهای مختلف با هر سیستم حقوقی این مهم بر عهده حقوقدانان گذارده شده است تا با در نظر گرفتن مفاد حقوق مدنی بعنوان حقوق ماهوی و حقوق ثبت بعنوان حقوق نوعا اداری و شکلی داد و ستد و تعهدات جامعه را تحت نظم قانونی در آورند. تاسیس سازمان ثبت در سال ۱۳۱۰ و متعاقب آن تشکیل دفاتر اسناد رسمی و تصویب قوانین و آئین نامه های مربوط به آن، با همین فلسفه موجودیت یافت تا سند رسمی تحت نظر فرد حقوقدانی تنظیم گردد که آشنا به قواعد و قوانین حقوقی است و هم اوست که با رعایت قوانین شکلی به بهترین وجه صلاح اجتماع را - که همان رعایت قوانین و مقررات و بخشنامه های دولتی است - در نظر می‌گیرد.

از این رهگذر هر واحد ثبتی و دفتر اسناد علاوه بر انجام امور ذکر شده در قبل برای دولت عایداتی از محل وصول عوارض و مالیات نیز دارد که خزانه دولت از آن منتفع می‌گردد. در صورتی که تنسيق روابط حقوقی و معاملاتی مردم را هدف اصلی و اولیه تشکیل دفاتر رسمی بدانیم، که بحق با توجه به این که این امر خطیر پیشتر بر عهده علماء مورد وثوق مردم بوده است، لذا وصول عایدات و سایر تکالیف محوله از سوی ادارات مختلف در حقیقت در حاشیه وظایف دفاتر اسناد رسمی می‌باشد. زیرا هر اداره‌ای در

حدود وظایف محوله قانونی مکلف به انجام تعهدات خود در قبال دولت و مردم می‌باشد. و در صورتی که هدف ثانویه و تکالیف گوناگون دیگر بجای آنکه بوسیله مامورین و مسئولین موظف ادارات دولتی انجام شود، بر عهده موسسات و سایر افراد از جمله سران دفاتر گذارده شود، نتیجه‌ای جز انحراف و بازماندن از وظایف اصلی برای ادارات ثبت و دفاتر اسناد رسمی ندارد. آنچه که هم اکنون مشاهده می‌گردد، متأسفانه روند امور، واگذاری وظایف و تکالیف ادارات مختلف بر عهده دفاتر رسمی می‌باشد. برخی از ادارات بلحاظ ویژگی خاص خود که بصورت شرکت دولتی اداره می‌گردند، ممکن است در مسیر انجام وظایف خود از مراجعین در قبال ارائه خدمات، مطالباتی قابل وصول داشته باشند که وصول آن برعهده خود آن واحد و یا سایر ادارات دولتی می‌باشد. زیرا عدم وصول به موقع مطالبات دولت و ضرر ناشی از تاخیر آن در حقیقت ناشی از عدم کارکرد صحیح مدیریت، مسئولین و برنامه ریزی آن دستگاه است. با محول نمودن وظایف دریافت مطالبات برعهده دفاتر - آنچه که هم اکنون مرسوم ادارات گردیده - بعضاً ممکن است سالها افراد به دفاتر اسناد رسمی مراجعه نمایند و زیان دیر کرد وصول، متوجه اداره بستانکار خواهد بود و در این رهگذر به عدم امکان ایفای تعهدات دولت در قبال بودجه تعیینی و زیانهای کلان جامعه نیز می‌توان اشاره نمود. وصول عایدات نیازمند برنامه ریزی صحیح و بکارگیری تمامی امکانات موجود در سازمان دولتی است. تعیین میزان بدهی افراد، نحوه وصول و زمان مناسب آن تماماً مسائلی است که نیاز به مدیریت صحیح دارد. بدیهی است ساده‌ترین راه - طبق آنچه که هم اکنون باب شده - موقوف نمودن وصول مطالبات دولت در هنگام انجام معامله و بوسیله دفاتر اسناد رسمی است.

اما خطراتی که اینگونه روشها بوجود خواهد آورد؛ اولاً استغراق دستگاه ناظر بر تنظیم اسناد به اموری است که اصولاً در شرح وظایف آن نیست و موجب مخدوش شدن فلسفه اولی تاسیس سازمان ثبت و دفاتر اسناد رسمی است، که خود می‌تواند موجب انحراف ذهن سردفتر از ارکان و چارچوب ماهوی و شکلی مقررات قانون و



بخشنامه ها گردد. و سند رسمی، این دلیل محکم پدید آمده پیش از دعوی در محاکم و مراجع را در هنگام تطبیق با قانون و تفسیر اراده شکل دهندگان آن را بعضا حتی از دلالت انداخته و باعث تضرر هر چه بیشتر افراد و جامعه گردد. ثانیا بلحاظ تکالیف عدیده‌ای که بر عهده دفاتر اسناد رسمی از این رهگذر از سوی ادارات مختلف گذارده می شود، باعث می گردد تا حق الثبت و سایر عایدات دولتی که در هنگام تنظیم سند رسمی نصیب خزانه عمومی می گردد، وصول نگردد که خسارتی مضاعف با دیرکرد وصول سایر مطالبات دولت را نیز سبب می گردد. در این روند ادارات یاد شده متوقع بلحاظ وجود مشکلات در درون سازمان خود، راه ساده تر را بر می‌گزینند و به جای مراجعه به خریدار که مالک فعلی و قائم مقام قانونی مالک قبلی است با صدور بخشنامه‌های تکلیفی موجب می‌گردند که خریدار به شکایت از سردفتر بپردازد. از جمله شکایاتی مطرحه که بعضا از جانب افراد به سازمان ثبت واصل می‌گردد، شکایت عدم وصول تسویه حساب مطالبات ناشی از تغییر قطر انشعاب آب و هزینه های عمومی برقراری شبکه و تاسیسات نیروی برق می‌باشد. رای مورخ ۷۶/۵/۲۶ دادگاه بدوی انتظامی سردفتران که ذیلا مورد بحث قرار می‌گیرد از آن جهت که نشانگر توجه و دقت اعضاء محترم دادگاه بدوی به نکات مذکور در فوق است خود قابل توجه و نقطه ای درخشان در تسریع امر تنظیم اسناد و راهگشا است.

### رای مورخ ۷۶/۵/۲۶ دادگاه بدوی انتظامی سردفتران و دفتریاران منطقه تهران

#### خلاصه جریان پرونده :

در تاریخ ۷۴/۱۲/۱۷ سند انتقال چند دستگاه آپارتمان در یکی از دفاتر اسناد رسمی حوزه ثبتی تهران تنظیم می‌گردد. متعاقب تنظیم سند رسمی مذکور تعدادی از خریداران از جمله آقای حمید ن. از سردفتر دفترخانه تنظیم کننده سند بعنوان عدم مطالبه تسویه حسابهای آب و برق با سازمان های مربوطه، شکایتی تسلیم اداره بازرسی کل سازمان ثبت می‌نماید. در مورخه ۷۵/۷/۲۴ بازرس اداره مذکور در دفترخانه حاضر شده و با

انجام بازرسی از اسناد شماره ۱۴۹۵ مورخ ۷۴/۱۲/۱۷ و ۱۵۱۸ مورخ ۷۴/۱۲/۱۹ شرح زیر اعلام نظر می نماید: "در متن اسناد بشرح بین الهالین (... چنانچه مورد معامله بدهی بابت آب، برق، گاز و ... داشته باشد، بعهده فروشنده است که پردازد و چنانچه از این جهات خریدار وجهی پرداخت نماید، حق دارد طبق قبوض پرداختی از فروشنندگان مطالبه و اخذ نماید...)، شرایط مزبور درج گردیده است. دفاع سردفتر ذیل صورتجلسه بازرسی باستناد مفاد مطالب قید شده - بنظر - درست نمی باشد؛ چراکه در قسمت اخیر فراز مورد اشاره مجموعه بخشنامه های ثبتی قید شده (...قبلا تکلیف این بدهی ها در سند روشن و قید گردد که خریدار مکلف بپرداخت آن بوده ...) بنابر این شکایات بر حق و بنظر می رسد که سردفتر مرتکب تخلف شده است." ... پس از اعلام نظر اداره بازرسی مراتب جهت صدور کیفرخواست انتظامی و جری سایر مراحل به اداره کل امور اسناد و سردفتران سازمان ثبت ارسال و کیفرخواست شماره ۱۴۸ مورخ ۱۳۷۵/۸/۱۲ به شرح زیر صادر می گردد:

#### دادگاه محترم بدوی انتظامی سردفتران و دفترباران استان تهران

با تقدیم سلام، برابر نامه شماره ۳۴/۳۳۷۶۸ مورخ ۷۵/۸/۱ اداره کل امور اسناد و سردفتران و گزارشهای کارشناسی و بازرسی همراه آن اعلام گردیده که: آقای ... سردفتر اسناد رسمی شماره ... تهران هنگام تنظیم و ثبت اسناد شماره ۱۴۹۵ مورخ ۷۴/۱۲/۱۷ و ۱۵۱۸ مورخ ۷۴/۱۲/۱۹ و ۱۵۱۹ مورخ ۷۴/۱۲/۱۹ مورد شکایت آقای حمید. ن. و ... رعایت مفاد بند ۹۱ مجموعه بخشنامه های ثبتی تا اول مهر ماه ۱۳۶۵ را ننموده است بنابراین با توجه به اولین سابقه انتظامی نامبرده برابر بند ۸ از قسمت (ج) ماده ۲۹ اصلاح آئین نامه قانون دفاتر اسناد رسمی تقاضای رسیدگی و صدور حکم می نماید.

دادگاه بدوی انتظامی سردفتران و دفترباران منطقه تهران نیز در مورخ ۷۶/۵/۲۶ با حضور اعضاء تشکیل جلسه داده و بشرح زیر مبادرت به صدور رای می نماید.

### رای دادگاه:

در خصوص کیفرخواست شماره ۱۴۸ مورخ ۱۳۷۵/۸/۱۲ دادستان محترم انتظامی نظر به اینکه در اسناد تنظیمی فراز آخر بند ۹۱ مجموعه بخشنامه های ثبتی کاملاً رعایت گردیده و تکلیف بدهی نیز منجزاً قید و ذکر شده اند و تخلف سردفتر محرز نبوده و دادگاه برائت نامبرده را اعلام و صادر می نماید."

برای آنکه بطور کاملتر به بررسی بند ۹۱ از مجموعه بخشنامه های ثبتی بپردازیم، ذیلاً بند مذکور و حالت‌های ممکن آن را نقل و بررسی می‌نمائیم:

**بند ۹۱:** نظر به اینکه بعضی از فروشندگان املاک حین انجام معامله به سازمانهای آب و برق و تلفن بابت حق الاشتراک و یا مصرفی آن بدهکار و بعضی از خریداران غافل از این مورد مبادرت به انجام معامله می نمایند - که ممکن است موجب قطع آب و برق ملک مورد خریداری آنها گردد - لذا دفاتر اسناد رسمی موظفند از این بابت هنگام تنظیم سند برگ مفصلاً حساب بدهی های انشعاب آب ، اشتراک برق و تلفن را مطالبه نموده پس از دریافت آن مبادرت به تنظیم سند نمایند . چنانچه انجام این امر میسر نبود ، قبلاً تکلیف این بدهی ها در سند روشن و قید گردد که خریدار مکلف به پرداخت آن بوده و از این جهت زیانی متوجه سازمانهای مربوطه نگردد". با دقت در متن بخشنامه مذکور معلوم می گردد که تمام قصد صادر کننده بخشنامه زیانهای احتمالی وارده به سازمانهای مربوطه از حیث وجود بدهی بوده است ، والا ذینفع در هر حال با خرید ملک مورد نظر قائم مقام قانونی فروشنده گردیده و مکلف است کلیه بدهی های ملک را که در اثر سهل انگاری مامورین وصول سازمانهای مربوطه لاوصول مانده است ، از خود بپردازد. به این ترتیب مصلحت جامعه نیز ایجاب می نماید تا خریدار ملک همچنانکه از استحکام بنا و مشخصات مال مورد خریداری آگاهی کامل می یابد و سپس با سنجش

منفعت خود اعلام قصد و رضای انجام معامله را می‌نماید و از منافع حاصله از معامله کمال استفاده را می‌نماید، خود بهتر می‌تواند از کم و کیف وضعیت آب و برق ساختمان و هزینه‌های عمومی برقراری برق و تغییر قطر انشعاب آب برای هر واحد در طی مراجعات مکرر به ساختمان مورد معامله اطلاع یابد و قرائن ظاهر نیز دلالت بر این امر دارد و نوعاً نیز در حین انجام معامله توافقاتی در این خصوص حاصل می‌گردد و مبالغ و جوهری از این بابت در نزد خریدار باقی می‌ماند که هرگز در سند رسمی قید و ذکر نمی‌شود. هر یک از همکاران محترم بارها خود شاهد اینگونه توافقات شفاهی و حضوری متعاملین بوده‌اند که مجموعاً تکلیف بدهی‌های آب و برق ساختمان را مشخص می‌سازد و با قبول سهل اینگونه شکایات از جانب مراجع اداری بیم آن می‌رود که بعضی از خریداران هم وجهی از فروشنده بابت امور فوق کسر نمایند و هم به ساده‌ترین روش به طلب غرامت از سردفتر تنظیم‌کننده متوسل گردند.

فراز آخر بخشنامه مذکور وضعیت دیگری را نیز پیش‌بینی نموده است. بر این اساس به هر حال در صورتی که تسویه حساب ارائه نگردد، شخص خریدار مکلف به قبول پرداخت بدهی می‌باشد. خصوصاً اینکه مستفاد از ماده ۲۲۰ قانون مدنی "عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است؛ ملزم می‌نماید..." که این با توجه به نحوه انشاء جمله به نظر قانونگذار بدیهی بوده بلکه شامل سایر الزاماتی نیز که ناشی از عرف، عادت و قانون هم باشد به آن اضافه گردیده. بنابراین با توجه به مجموع مطالب ذکر شده معمولاً سند رسمی هنگامی تنظیم و به امضاء متعاملین می‌رسد که طرفین با مراجعه حضوری به محل مورد معامله و مذاکره مقدماتی با یکدیگر و سپس حضور در یکی از آژانسهای معاملات املاک و تنظیم مبایعه‌نامه و اطلاع کامل از کم و کیف و شرایط و آنچه که در ملک مورد معامله موجود است، اقدام به تنظیم مبایعه‌نامه نموده و پس از تهیه ثمن معامله و اخذ مستندات، قانونی انتقال مورد معامله که بعضاً هفته‌ها فاصله مابین رؤیت مبیع و امضاء سند در دفتر اسناد رسمی واقع می‌گردد، در دفترخانه حاضر می‌گردند و در این فاصله کلیه تحقیقات لازمه را انجام و هشدارهای

مختلف از افراد گوناگون به خریدار در خصوص مسائل گوناگون مورد معامله داده می شود و به این ترتیب نهایتاً یک سند رسمی با امضاء متعاملین شکل می گیرد. مجموعاً با آنچه که بیان گردید، بنظر می رسد رای مورد اشاره خود در روند تسهیل تهیه و تنظیم سند رسمی و مکلف نمودن ادارات گوناگون جهت بکار واداشتن نیروهای خود و تهیه و تنظیم روش های مناسب وصول مطالبات دولت بسیار هوشمندانه صادر و افق های نوینی در این زمینه بر روی جامعه گشوده است.

## تحولات ثبت املاک در حقوق معاصر مصر

از: عبدالرزاق السنهوری  
ترجمه‌ی: بهمن رازانی

### اشاره:

حقوقدان فاضل مصری، «دکتر سنهوری» صفحاتی چند از جلد چهارم تألیف‌گران قدر خویش «الوسیط فی شرح القانون المدنی» را که به بحث پیرامون «بیع» و «مبادله» اختصاص دارد، به بیع غیر منقول و ثبت آنها ویژه داشته است. از آن‌جا که مباحث مذکور از سویی تحولات «ثبت املاک و معاملات» را در حقوق جدید مصر نشان می‌دهد، و از سوی دیگر، چون دیگر مباحث تألیفات دانشمند یاد شده، از تحلیل‌های علمی و موشکافی‌های فنی و نیز تطبیق زمانی و مکانی خالی نیست، ترجمه و تقدیمش به صاحب نظران دانش و فن حقوق و حقوق ثبت خالی از فایده نمی‌نماید. از این‌رو ترجمه‌ی آن مباحث را در پی از نظر خواهید گذرانید. گفتنی است که معرفی حقوقدان برجسته‌ی یاد شده و تألیفات‌گران قدرش را که خود به صفحاتی چندین نیازمند است - ناگزیر به زمان و جای مناسب موکول می‌شود. نیز این که در مواردی از ترجمه و ذکر برخی پانویس‌ها - به سبب اشاره به آراء محاکم و منابع دور از دسترس - به ناچار خودداری شده است. م.

## انتقال مالکیت غیرمنقول با ثبت

زمانی که مبیع غیرمنقول بود، مالکیت آن، چه نسبت به متعاملان و چه نسبت به دیگران، جز با ثبت عقد بیع انتقال نمی‌یابد. ماده‌ی ۲۰۴ قانون مدنی، همان‌گونه که پیش‌تر دیدیم، این حکم را به صراحت چنین بیان کرده است: «التزام به انتقال حق حاکمیت یا هر حق عینی دیگر، به خودی خود، موجب انتقال آن حق می‌گردد؛ بدان شرط که موضوع التزام، عین معین مملوک ملتزم بود و بی آن که این انتقال در ضوابط متعلق به ثبت اخلاص کند.» نیز ماده‌ی ۹۳۲ ق.م. به تأکید همین معنی پرداخته است. چه چنان که دیده‌ایم می‌گوید: «مالکیت اموال منقول و غیرمنقول و نیز دیگر حقوق عینی بر آن‌ها، به صرف انعقاد عقد، انتقال می‌یابد، بدان شرط که موضوع آن، عین معین مملوک عاقد - برحسب ماده‌ی ۴۰۲ - بود. و این انتقال خود، با رعایت مواد آتی انجام می‌شود.» که در میان مواد مورد اشاره ماده‌ی ۹۳۲ به نص ماده‌ی ۹۳۴ ق.م. به شرح ذیل برمی‌خوریم که ویژه‌ی غیرمنقول است: «۱ - در مورد غیرمنقول، خواه نسبت به متعاملان و خواه نسبت به اشخاص ثالث، مالکیت و حقوق عینی دیگر، جز با رعایت احکام موضوع قانون ثبت املاک غیرمنقول انتقال نمی‌یابد. ۲ - قانون یاد شده انواع اعمال و وقایع حقوقی، احکام و اسنادی را که چه ناقل مالکیت باشند یا نه، بایستی مشمول مقررات ثبتی واقع شوند، بیان کرده و احکام این ثبت را متذکر می‌گردد.» و با آن که نظام ثبت غیرمنقول تنها بر عقد بیع شامل نشده بلکه علاوه بر کلیه‌ی عقود ناقل

مالکیت و غیرناقل مالکیت، برخی از احکام و اسناد را - چنان که در نص بالا مشاهده شد - هم شامل می‌گردد، نظر بدان که بیع به هر حال، مهم‌ترین عقدی است که در آن «ثبت» ضرورت می‌یابد، راجح چنین است که «نظام ثبت املاک غیرمنقول» به مناسبت و ضمن بیان و تفصیل «ثبت» عقد بیع مورد بحث و تفصیل واقع شود. به ویژه که علمای حقوق مصر هم، چنین کرده‌اند. از این رو، ما نیز تحولات نظام «ثبت املاک غیرمنقول» را تا زمان قانون «تنظیم ثبت املاک غیرمنقول» شماره ۱۱۴ - ۱۹۴۶ با رعایت ایجاز نگاهی گذراهمی اندازیم با تذکر این که تفصیل این معنی برای زمانی می‌ماند که به اسباب کسب حقوق عینی دست زنیم، و سپس به تطبیق نظام موضوع بحث بر عقد بیع خصوصاً خواهیم پرداخت.

### تحولات نظام ثبت املاک غیرمنقول در مصر

#### نظام ثبت املاک به معنی کلی:

حق عینی بنا به طبع خود، در مقابل عموم، دارای اعتبار است. از این رو ثبت آن ضرورت دارد؛ یعنی ایجاد و اعمال راه و روشی که ذی‌نفعان بتوانند با استفاده از آن، تا زمانی که «حق»ی نسبت به ایشان نیز اعتبار دارد، به وجود آن پی‌ببرند و هنگام انجام معاملاتشان، آن را به حساب بگیرند. راه و روشی که هرگاه عین معینی را خریداری می‌کنند، پیش از انجام معامله، آگاهی ایشان را بر حقوق عینی متعلق بدان عین و معتبر علیه‌شان را تسهیل کند. تا برای مثال اگر آن عین در رهن است، بتوانند بدهی موضوع رهنش را از بهای آن عین کسر کنند. یا اگر آن عین به شخصی جز فروشنده متعلق است، اصولاً از خریدش صرف نظر کنند. ثبت حقوق عینی بدین معنی است که اعمال قانونی موجد آن حقوق را در دفاتری ثبت و یادداشت کنند که عموم مردم بتوانند از موضوعات مذکور در آن‌ها، آگاه شوند و یا از آن‌ها، گواهی گیرند. ثبت و یادداشت این اعمال، یا از



طریق ضبط<sup>(۱)</sup> (**Transcription**) است، یعنی ضبط کلمه به کلمه‌ی تحریرات و نوشته‌های مربوط به عمل حقوقی موردنظر بدان گونه که به ذی نفع امکان دهد که از تمامی تفصیل عمل حقوقی مورد نظر آگاهی یابد. کاربرد این طریقه، در مورد حقوق عینی و کامل ضروری است. نیز ممکن است از طریق ثبت حقوق به شکل ضبط خلاصه (**Inscription**) انجام شود که در آن بر ضبط مسائل مهم و اصلی عمل حقوقی اکتفا می‌شود؛ مسائلی که آگاهی بر آن‌ها، نزد ذی نفع اهمیت دارد. این روش در مورد حقوق تبعی عینی یعنی رهن و تخصیص و حقوق ممتاز به کار می‌رود و در آن‌ها ضبط میزان و مشخصات غیرمنقول وثیقه و نام داین و مدیون و امور دیگری به همین اهمیت کافی است.

از آنچه گفتیم چنین حاصل می‌شود که نظام ثبت، تنها اعمال حقوقی واقع بر غیرمنقول را دربرمی‌گیرد. و وقایع حقوقی را شامل نمی‌گردد. چرا که وقایع حقوقی عادتاً در اسناد و نوشته‌هایی که ثبتشان ضروری است، ضبط نمی‌گردد. نیز این که وقایع حقوقی، غالباً دارای نشانه‌هایی ظاهری و محسوس است که مردمان آن‌ها را با حواس خود در می‌یابند و از طریق آن نشانه‌ها، از واقعه آگاهی می‌یابند. با این همه اما، پاره‌ای وقایع حقوقی نیز چون مرگ، و به تبع آن حق ارث ممکن است - در جهت تسهیل اثبات آن‌ها یا به سبب اهمیتشان - مشمول مقررات ثبت بگردد. چنان که هم‌اکنون نیز مشمول مقررات قانون تنظیم ثبت املاک غیرمنقول مصوب سال ۱۹۴۶ میلادی است.

همین‌گونه، نظام ثبت، آن دسته از اعمال حقوقی را که موضوعشان اموال منقول است، دربر نمی‌گیرد. چرا که منقول، برخلاف غیرمنقول، جایگاه ثابتی ندارد و از این رو نمی‌توان ثبتش را در محل استقرارش متمرکز ساخت. با این همه اما، برخی از منقول‌ها را به این سبب که استقرارشان شدنی است، یا این که می‌شود ثبتشان را در جایی متمرکز ساخت، همچون کشتی یا تجارت، می‌توان مشمول این مقرراتشان دانست. در واقع برای

۱. این اصطلاح، امروز جای خود را در حقوق ثبت فرانسه، به *Peblicité* داده است. نگاه کنید به:

*Vocabulaire juridique, PUF, 1992, Paris, P;815*

حمایت اشخاص ثالث دارای حسن نیت، در مورد اموال منقول، تصرف، جایگزین ثبت می‌شود. هرچند که در مورد اموال منقول هم حقوقی شخصی وجود دارد که از باب استحقاقشان برای ثبت، چون حقوق عینی به نظر می‌رسد. از جمله‌ی حقوق یاد شده می‌توان عقد اجاره‌ای را برشمرد که موضوعش منفعت مال غیرمنقول است و افزود که عقود اجاره و خالصه‌ی معوض در صورتی که زمانشان از مدت معینی افزون باشد، نیز مشمول مقررات ثبتی هستند.

در موارد حقوق درخور ثبت، اجرای این عملیات در جهت انجام معاملات براموال غیرمنقول کاملاً ضروری جلوه می‌کند. چه، کسی که در صدد انجام معامله‌ای بر مالی غیرمنقول است، طبعاً از این که بداند چه حقوقی بر مال غیرمنقول مورد نظر وی سنگینی می‌کند، منتفع می‌گردد و با علم و اطلاع بدان وضعیت، به معامله دست می‌زند. چنان که کسی که بخواهد در قبال وثیقه‌ی غیرمنقولی به دیگری وامی بدهد، از این که بداند مال منظور وی، مملوک شخص بدهکار است، استفاده می‌برد. چرا که در این صورت است که می‌داند حق رهنش از تعرضات ایمن خواهد بود. نیز به سود چنین کسی است که بداند مال غیرمنقول وثیقه‌ی دین، پیش از این دین، وثیقه‌ی دین دیگری گردیده است یا خیر تا بداند که در سلسله‌ی مراتب طلبکاران، جای گاهش در کجاست. از این رو، هیچ کشور متمدنی را نمی‌توان یافت که از مقررات ثبت استفاده نکرده - باشد. بر عکس اما، می‌توان بر آن بود که این مقررات تا آن حد ریشه دار است که بنابه عقیده‌ی برخی از مورخان، سابقه‌اش تا تمدن مصر باستان نیز می‌رسد.

به هر حال نظام ثبت خود دارای دو گونه روش است؛ روش کهنه یا روش شخصی و روش پیش رفته یا روش عینی که آن را ثبت غیرمنقول یا ثبت دفتر املاک<sup>(۱)</sup> نیز می‌نامند. چه، برای آن که نظام ثبتی، نظامی محکم بود، بایستی در ترتیب و دلیلیتس، نیک مستحکم باشد؛ از حیث ترتیب بدین گونه که بتواند آن مقدار آگاهی و اطلاعی را که

۱. و هونظام الشهرالعینی، اوالسجل العقاری، (Livre Foncier).

ذی نفع، از اعمال حقوقی اجرا شده بر موردی می‌خواهد، به سهولت در دسترس وی بگذارد. از حیث دلالت و تأثیر نیز بدین گونه باشد که هیچ یک از اعمال حقوقی موضوع اقدام و عملیات ثبتی قرار نگیرد، مگر آن که از صحت و درستی آن اطمینان کامل حاصل آید. و زمانی که عملی حقوقی به ثبت رسید، صحتش قطعی باشد. و از این رو، ثبت دارای تأثیری مطلق بود.

نظام ثبتی شخصی، از حیث این هر دو منظور، سخت معیوب است؛ از حیث ترتیب از این رو معیوب است که ضبط حقوق اصلی یا تبعی در این روش، برحسب نام اشخاص صورت می‌گیرد. و از این روست که آن را نظام شخصی نامیده‌اند. بدین ترتیب ذی نفع، از خلال دفاتر ثبت جز به اعمال حقوقی همین شخص که نامش منظور است، برآن مال غیرمنقول پی نمی‌برد. و بسا که این اعمال، تنها اعمالی نباشد که برآن مال غیرمنقول واقع گردیده است. چه ممکن است پیش آید که شخصی در مورد مال غیرمنقولی که مملوکش نیست، به عملی حقوقی دست زند و این عمل به نام او نیز ثبت شود ولی مالک آن مال غیرمنقول هم به عمل حقوقی دیگری<sup>(۱)</sup> نسبت بدان مال دست زند. و بدین ترتیب، دو عمل حقوقی متفاوت در دو جای مختلف بر مال غیرمنقول واحدی انجام شود که ذیل دو اسم جداگانه ثبت گردد. و در این روش ممکن است که شخص طالب، به معامله‌ای با کسی دست زند که وی خود از سوی مالک دست به ایجاب یا قبول می‌زند و عمل حقوقی وی به نام مالک ثبت می‌شود که در این صورت معامله درست است و برعکس ممکن است که شخص - بی آن که بداند - به معامله‌ای با کسی دست زند که وی از سوی مالک به ایجاب یا قبول دست نمی‌زند و عمل حقوقی وی نیز به نام مالک ثبت نمی‌گردد و در این صورت معامله معیوب خواهد بود. و بدین شکل، نظام ثبت شخصی، به هدفی که بهر دسترسی بدان پدید آمده است، دسترسی نمی‌یابد.

۱. مؤلف، همه جا عبارت التصرف القانوني و جمعش التصرفات القانونيه را به کار می‌برد. این اصطلاح را وی در مقابل *Acte Juridique* می‌نهد که می‌شود با مسامحه معامله‌اش معنی کرد و یا به درستی عمل حقوقی خواند که شامل عقود و ایقاعات بگردد. م.

همین‌گونه، نظام ثبت شخصی از حیث آثار ثبت و دلالت نیز معیب است. چه اعمال حقوقی موضوع ثبت در این نظام، اصولاً موضوع بررسی و بازبینی از حیث صحت و سقم قرار نمی‌گیرد و همان‌گونه که هست ثبت می‌گردد. و از این رو، اگر معامله‌ی ثبت شده صحیح بوده است، صحیح خواهد بود و اگر بنا به سببی از اسباب بطلان، باطل بود یا مجعول، هم بدان حال معیب و مجعول خواهد بود. چه ثبت، در این شیوه، عقد باطلی را تصحیح نمی‌کند و عقد صحیحی را ابطال نمی‌نماید. روش ثبت شخصی، بردن‌ای تمدن لاتین حکومت کرده و همچنان در فرانسه، بلژیک، ایتالیا و بسیاری دیگر از سرزمین‌های لاتین زبان حاکم است و در مصر نیز با اصلاحاتی که در پاره‌ای عیوبش اعمال شده و بعدها به آنها برخوایم خورد، همان‌گونه حاکم و قائم است.

نظام ثبت عینی یا دفتر اموال غیرمنقول (*Livre Foncier - Grundbuch*) از هر دو دیدگاه موصوف فوق یعنی ترتیب و آثار ثبت نیک مستحکم است. چه از حیث ترتیب اولاً اعمال حقوقی موافق و برحسب نام اشخاص ثبت و ضبط نمی‌گردد. بلکه موافق و برحسب مال غیرمنقول موضوع آن عمل ثبت و ضبط می‌گردد. و به همین سبب هم آن را شیوه‌ی عینی خوانند و در آن در دفتر املاک غیرمنقول<sup>(۱)</sup> برای هر ملکی، جای ویژه‌ای است. و هرگونه معامله‌ای که در مورد این ملک می‌گردد، و نیز حقوقی که بر آن بار است، در همان جا ثبت و ضبط می‌گردد. پس هرگاه شخصی بخواهد در مورد ملک غیرمنقولی به معامله‌ای دست زند، می‌تواند، با مراجعه به دفتر املاک غیرمنقول موصوف، به بهترین و دقیق‌ترین روش، از وضع ملک منظور آگاه گردد؛ مالک آن را بشناسد، از معاملات وی بر آن ملک آگاهی یابد و حقوق و الزاماتی که ملک یاد شده موضوع آن‌هاست، نیک بداند و با اطمینان خاطر به معامله دست زند.

از حیث تأثیر ثبت و دلالت نیز، نظام ثبت عینی مستحکم است چرا که اعمال حقوقی مستلزم ثبت، زمانی ثبت می‌شود که در صحت آن کمال موشکافی شده باشد. از جمله

۱.. السجل العقاری.

در مورد موقع ملک، حدود و مساحتش، نام کسانی که به عمل حقوقی راجع بدان دست زده‌اند، اهلیت ایشان و نیز این که آیا عمل حقوقی از جانب مالک معمول شده است و صحیح و قابل ثبت است یا خیر همه و همه بررسی می‌گردد. و همه این بررسی‌ها و موشکافی‌ها زیر نظر دادرسی (*Grundbuchrichter*) انجام می‌گردد و اوست که پس از بررسی دقیق دستور ضبط و ثبت می‌دهد. نتیجه‌ای که بر این بررسی و موشکافی مترتب است این است که معامله‌ای که در دفتر املاک ثبت می‌شود، دلیلیت و تأثیر کامل دارد و حق عینی از زمان ثبت، به منتقل‌الیه انتقال داده می‌شود نه از زمان عقد ناقل. و ثبت است که ناقل حق شمرده می‌شود، نه معامله‌ی ناقل و مهم‌ترین هدف ضبط، در نظام ثبت عینی، انتقال حق عینی است نه صرف اعلان انجام معامله.

بدیهی است که ممکن است، با وجود همه‌ی بررسی‌ها و دقت‌هایی که بر شمرده‌ایم، باز هم برخی از این معاملات خالی از عیب و ایراد نبُود. با این همه هرگاه معامله‌ی معیوبی این چنین ثبت شد، ثبت آن ناقل حق است نه معامله‌ی موصوف چنان که گفتیم. و ثبت، عیوب معامله را می‌پوشاند. و این معنی مهم‌ترین ویژگی ثبت غیرمنقول است. نظام یاد شده در عین حال با اعمال حقوقی معیب که با ثبت اصلاح و تصحیح شده است، و نتایج مترتب بر آن‌ها که موجب اضرار صاحبان حقوق ثابت می‌گردد، برخورد می‌کند و به صاحبان حقوق مذکور، عوض حقوق ضایع شده را می‌دهد. این عوض از هزینه‌های ثبتی داده می‌شود چنان که گوئی جزئی از این هزینه‌ها ویژه‌ی تأمین و بیمه‌ی همه کسانی است که از نظام ثبت املاک بهر مند می‌شوند. اما آن چه علیرغم این مزایا باعث می‌شود که این نظام همه جا مورد استقبال واقع نشود، سرمایه و نیروی بسیاری است که برای نقشه برداری همه‌ی سرزمین پیش از اجرای آن بایستی صرف گردد، و نیز بررسی درستی حقوق عینی متعلق به هریک از قطعات زمین‌ها در جهت ثبت تمامی آن‌ها در دفتر املاک غیرمنقول. و هرچه املاک به قطعات کوچکتری تقسیم شده باشد، و نیز حقوق عینی املاک موصوف به یکدیگر تنیده شده و درهم ادغام شده باشد، به دشواری کار افزوده می‌گردد. چنان که «مصر» چنین وضعی دارد و از قبل از سی سال

پیش که پیاده ساختن این نظام نزد ما آغاز شده است تاکنون، کوشش‌های بسیار به کار رفته و وجوه بسیار نیز مصرف گردید و هنوز هم کار به پایان نرسیده است. اجرای نظام ثبت غیرمنقول بی‌شک در سرزمین‌هایی که دست نخورده‌تر باشد و املاک بیش از حد خرد نشده باشد، که این معنی - تکه‌تکه و خرد شدن املاک - اصل و غالب شده باشند، آسان‌تر است. همین ویژگی سبب شد که نظام یاد شده در استرالیا که از حیث شرایط مذکور مهیاتر بود، پیش از هر جای دیگر پیاده شود. این نظام و شیوه را در آغاز، روبرت تورنس (Robert Torens) در آن جا بنیان نهاد و قانونی که آن را در آن سرزمین معمول بداشت، به قانون تورنس معروف شد. پس از آن، فرانسویان، به سال ۱۸۸۵ این شیوه را در تونس و دیگر مستعمراتشان اجرا کردند. سپس آلمان و سوئیس آن را به کار بردند و حکومت عثمانی هم آن را معمول بنمود و به نام «طابو»<sup>(۱)</sup> به کار برد. و نظام ثبت املاک غیرمنقول در آن بخش از سرزمین‌های عربی که جزء حکومت عثمانی بوده است، باقی ماند چنان که شیوه و نظام «طابو»، امروزه نیز همچنان در سوریه و لبنان معمول است. هرچند که پس از استقلال این سرزمین‌ها، به ویژه در دو کشور اخیرالذکر، فرانسویان مقرراتی در این زمینه نهادند که نظام یاد شده را هم دربر می‌گرفت.

اکنون که مختصری به نظام ثبت املاک غیرمنقول پرداخته شد، به تحولات این نظام در کشور «مصر» می‌پردازیم.

### دوره‌های چهارگانه

پیش از تصویب قانون ثبت املاک غیرمنقول، مصوب ۱۹۴۶ که از آغاز ژانویه‌ی

۱. گفتنی است که واژه‌ی «طابو» و «الدفترخانه» در فرهنگ دیوانی حکومت یادشده و وارثان آن، به معنی ثبت به کار رفته و احتمالاً می‌رود... برای نمونه آقای «زهدی یکن» استاد دانشگاه لبنان و مؤلف «السجل العقاری فی لبنان و العالم» در صفحه‌ی هفت جلد اول کتاب یاد شده (دارالثقافه، بیروت، بدون تاریخ) می‌نویسد: «ان الملكية العقارية فی لبنان كانت خاضعة لاحكام القوانين العثمانية التي نظمت طريقة تسجيل الحقوق العينية العقارية و هذه الطريقة يطلق عليها اسم «الدفترخانه» او الطابو... مترجم.

۱۹۴۷ اجرا می‌گردید، ثبت املاک غیرمنقول در کشور مصر، به موجب مقررات قانون ثبت مصوب ۱۹۲۳ انجام می‌شد که از آغاز سال ۱۹۲۴ به اجرا درآمده بود. پیش از قانون اخیر نیز، مقررات قانون مدنی قدیم بر این املاک حاکم بود و پیش از آن، اصولاً نظامی وجود نداشت. بدین ترتیب در تحولات ثبت املاک غیرمنقول «مصر» می‌توان چهار دوره را از یکدیگر تشخیص داد و جداگانه بررسی کرد. ۱- دوره‌ی قبل از اولین قانون مدنی ۲- دوره‌ی نظام غیرمنقول موضوع قانون مدنی قدیم ۳- دوره‌ی نظام ثبت غیرمنقول قانون ثبت ۱۹۲۳ و ۴) نظام ثبت املاک غیرمنقول موضوع قانون ۱۹۴۶ که همچنان معمول است.

### مرحله‌ی اول - دوره‌ی پیش از قانون مدنی پیشین

#### دوره‌ی عدم انتظام:

پیش از صدور مقررات مدنی پیشین - مقررات مدنی مختلط ۱۸۷۵ و مقررات مدنی ملی سال ۱۸۸۳ - در مصر آن روزگار، نظام شناخته شده‌ای برای ثبت حقوق عینی وجود نداشت. در واقع مقررات اسلامی با مقررات ویژه‌ی دیگری که غالباً تجاری بود، همزمان در آن روزگار معمول بود و مقررات ویژه‌ای که نظامی برای ثبت قائل شده باشد، پدید نیامده بود.

#### نظام پرداخت‌های اداری:

گفتنی است که نظام اداری موضوع، برای اخذ مالیات‌های غیرمنقول که به نظام تکالیف معروف بود، از عیوب وضع ثبت غیرمنقول آن زمان می‌کاست. چه در عهد حکومت «محمدعلی<sup>(۱)</sup>» تمامی زمین‌ها ملک دولت محسوب می‌شود و افراد را بر آن حقی جز

۱. محمدعلی (۱۷۶۹ - ۱۸۴۹) مؤسس حکومت خدیوان مصر و خدیوی است که بسیاری از اصلاحات اساسی و بنیانی کشور مصر از زمان وی آغاز گردیده است. م.

حق انتفاع موقتی نبود. آن هم در مقابل وجهی هم ارزش مالیات آن غیرمنقول. همین حق انتفاع نیز با مرگ شخص زائل می‌شد و صاحب حق نمی‌توانست در زندگانی خویش از آن به سود دیگری صرفنظر کند. بعدها اما، این حق به افراد داده شد و به سال ۱۸۵۸ «سعید پاشا» لایحه‌ی معروف خویش را صادر کرد و طی آن کشاورزان را محق برشمرد که بتوانند به بیع و رهن و دیگر اعمال حقوقی نسبت به زمین‌هایی که در اختیار داشتند، دست زنند. همان‌گونه که مجاز دانست که زمین از صاحب حق به وارث وی انتقال یابد. مطابق آن مقررات، نقل و انتقال حقوق انسان بر زمین، به هنگام زندگانی وی، نیز حسب سندی رسمی که قاضی شرع آن را با حضور گواهان - و پس از اخذ اذن از حاکم منطقه - تحریر می‌کرد، انجام همی شد. قاضی شرع یادشده نیز پیش از تحریر سند در زمینه‌ی نقل و انتقال حقی، به بررسی صحت اسناد سابق می‌پرداخت تا مطمئن شود که آیا به سود بایع صادر شده است یا خیر. و سپس سند را در دفتری که برای ضبط اعمال حقوقی آماده شده بود، ضبط می‌کرد. بعد از آن نیز ثبت این انتقال در دفتر خاصی در حکومت نشین منطقه تکرار می‌شد. غرض از ثبت اخیر، ضبط تغییرات اشخاصی بود که بایستی مالیات غیرمنقول را تأدیه کنند. این نظام که در اصل برای انتظام بخشیدن به مالیات غیرمنقول و ضبط نام کسانی که برای پرداخت این مالیات تعقیب می‌شدند، پدید آمده بود، هم زمان به عنوان روشی برای ثبت حقوق عینی به کار می‌رفت. چرا که دفتر ویژه‌ی موصوف، در هر حکومت نشین علنی بود و ذی‌نفعان می‌توانستند برای اطلاع از حقوقی که بر اراضی تعلق داشت بدان مراجعه کنند.

از آنچه آمد، این نکته حاصل است که عمل حقوقی ناقل، تشریفاتی بوده و می‌بایستی به وسیله‌ی قاضی شرع در سندی رسمی تحریر شود. بالاتر از این حتی به نظر چنین می‌رسد که حق مورد نظر فقط پس از ضبط در دفتر حکومت نشین انتقال می‌یافت و اگر منتقل‌الیه قبل از این ضبط می‌مرد، حق وی به وارثش نمی‌رسید و برعکس اما هرگاه پیش از مرگ وی ضبط و ثبت یاد شده به انجام می‌رسید، حق منتقل‌به به وارث وی انتقال می‌یافت.



### مرحله دوم - نظام ثبت در قانون مدنی پیشین

اقتباس از نظام ثبت املاک فرانسه: به دوره‌ی اصلاحات قضائی و هنگام صدور قوانین محاکم مختلط، محاکم ملی، قانون‌گذار مصری و نظامی را بَهرِ ثبت حقوق عینی پدید آورد که از نظام فرانسه اقتباس شده بوده؛ نظام ثبت شخصی - که پیش‌تر به عیوبش اشاره کردیم - و قبل از آن با صدور قانون مورخ ۲۳ مارس ۱۸۵۵ در فرانسه پدید شده بود. نصوص قانون مدنی سابق، هم اکنون نیز در مورد نوشته‌هایی که تاریخ تحریرشان ثابت شود قبل از ژانویه‌ی ۱۹۲۴ میلادی - یعنی تاریخ شروع حاکمیت قانون ثبت که بعداً بدان خواهیم پرداخت - بوده است؛ معمول است و همچنان احکام قوانینی که آن هنگام بر آن‌ها حاکم بوده است - قانون مدنی سابق - بر آن‌ها بار می‌شود.

ماده‌ی ۵۴ قانون نظام ثبت غیرمنقول کنونی صراحت دارد که: «مقررات این قانون در مورد نوشته‌هایی که رسماً ثابت شود تاریخ تحریرشان قبل از ژانویه ۱۹۲۴ بوده است، و نیز در مورد احکامی که پیش از تاریخ یاد شده صادر شده است، مجری و معمول نمی‌شود. و برعکس آن نوشته‌ها و این احکام از حیث آثاری که بر آن‌ها مترتب می‌شود، مشمول قوانین حاکم بر خود هستند.

### نصوص ویژه‌ی نظام ثبت غیر منقول در قانون مدنی سابق:

نصوصی که در قانون مدنی پیشین، برای انتظام ثبت غیر منقول وضع شده است، عبارت است از:

اول: نصی که به طور اصولی و کلی مقرر می‌دارد که مالکیت و حقوق عینی به صرف عقد، بین متعاملین انتقال می‌یابد بی آن که نیازمند به ثبت بُود. این نص مربوط به ماده‌ی ۷۳۲/۶۰۶ است به صورت زیر:

«در تمامی مواد، مالکیت یا حقوق عینی در مورد مالک سابق به صرف اثبات عقد

ناقل مالکیت، یا حق عینی موصوف احراز می‌شود و نیز و یا با اثبات هر چیز دیگری که قانوناً انتقال موصوف بر آن مترتب می‌گردد.

**دوم:** نصوص دیگری که مقرر می‌دارد که مالکیت و حقوق عینی و پاره‌ای حقوق شخصی - به استثنای وقایع حقوقی چون میراث - نسبت به اشخاص ثالث، زمانی انتقال یافته محسوب می‌شود که اعمال حقوقی موجب آنها به ثبت رسد. ماده‌ی ۷۳۵/۶۰۹ صراحت دارد که: «در مورد املاک غیر منقول، حقوق عینی نسبت به اشخاصی غیر از اطراف تعهد، حسب قواعد آتی ثابت می‌گردد.» و قواعد یاد شده در مواد ۷۳۶/۶۱۰ تا ۷۴۰/۶۱۳ آمده است که به شکل ذیل قابل بررسی است:

ماده‌ی ۷۳۶/۶۱۰ می‌گوید: مالکیت غیر منقول و حقوق تبعی آنها، هرگاه ناشی از ارث باشد، در مورد هر شخصی با ثبوت وراثت به اثبات می‌رسد. و ماده‌ی ۷۳۷/۶۱۱ می‌گوید: «حقوق ناشی از عقود ناقل مالکیت و حقوق عینی قابل رهن و نیز عقود مثبت حق ارتفاق و انتفاع و سکنی و رهن غیر منقول و یا مثبت ترک این گونه حقوق، نسبت به اشخاص غیر از اطراف عقد، که خود مدعی حقی عینی باشند، فقط پس از ثبت و ضبط آن عقد در دفتر ضبط دادگاهی که مال غیر منقول در حوزه‌ی آن است، احراز می‌گردد و یا ضبط در دفتر محکمه‌ی شرع» و ماده‌ی ۷۳۸/۶۱۲ - ۷۳۹ می‌گوید: «احکامی که موجد یا متضمن حقوقی از قبیل آنچه که یاد شده باشد هم، بایستی به ثبت برسد و نیز احکام صادر شده در مورد بیع ناشی از مزایده و نیز هم‌چنین است عقودی که مشتمل بر تقسیم عین غیر منقول باشد.» ماده‌ی ۷۴۰/۶۱۳ نیز می‌گوید که همین گونه عقود اجاره‌ای که مدتشان بیش از نه سال باشد و همچنین مستندات اجور پیش‌پرداخت بیش از سه سال که قرار باشد در مقابل غیر نیز دلالت یابد، باید ثبت گردد. پس از این نیز در ماده‌ی ۷۴۲/۶۱۵ به ضمانت اجرای عدم ثبت موارد فوق پرداخته و به شکل ذیل مقرر می‌دارد؛ ماده‌ی ۷۴۲/۶۱۵؛ «در موارد ضرورت ثبت حقوق مذکور، هرگاه چنان نشده باشد، آن حقوق در قبال کسانی که بر غیر منقول مورد بحث حق عینی دارند و آن حق را وفق مقررات حفظ کرده‌اند، در حکم معدوم است» و ماده‌ی ۷۴۳/۶۱۶ می‌گوید: «با این

همه اشخاص مذکور فقط می‌توانند، مدت اجاره را اگر از نه سال بیش‌تر باشد، تا آن میزان کاهش دهند و همین‌گونه اجاره بهای پیش‌پرداخت بیش از سه سال را استرداد کنند.»

احکام یاد شده با دو نص قانونی دیگر نیز تایید می‌گردد؛ یکی از آن دو که در زمینه‌ی اسباب موجد مالکیت و حقوق عینی است یعنی ماده‌ی ۶۹/۴۷ صراحت دارد که: «اما در اموال غیر منقول مالکیت و حقوق عینی آن‌ها، نسبت به اشخاص ثالث، تاثیری ندارد مگر آن که حسب مقررات مذکور در این قانون به ثبت رسیده باشد». ماده‌ی بعدی که در مبحث بیع آمده است یعنی ماده‌ی ۳۴۱/۲۷۰ می‌گوید: «زمانی که حقوق اشخاص ثالث و ذینفع در غیر منقول، بر آن مال مبتنی بر سبب درست قانونی باشد، مالکیت آن غیر منقول نسبت به ایشان، زمانی دستخوش نقل و انتقال معاملاتش می‌گردد که به عقد بیع آن اموال چنان که خواهد آمد ثبت شود.»

**سوم:** نصوصی که بر قاعده‌ی پیش‌گفته در زمینه‌ی عدم تاثیر انتقال حقوق عینی غیر منقول، بر اشخاص ثالث جز پس از ثبت آن، استثناهایی وارد می‌سازد که عبارت است از دو ماده‌ی ۷۴۴/۶۱۷ و ۷۴۶/۶۱۹ به شرح ذیل: ماده‌ی ۷۳۴/۶۱۷: «از احکام یاد شده در مواد قبل، موهوب‌له و موصی‌له - که موضوع هبه و وصیت به سود ایشان، عین معین خارجی باشد - استثنای شونده چه اینان نمی‌توانند در مقابل شخصی که حقی قابل رهن یا حق انتفاع به استعمال یا حتی سکنا‌یی را نسبت به غیر منقول موضوع حق ایشان، با عقدی صحیح و مقدم بر ثبت موخرشان را به دست آورده‌اند، بر عدم ثبت حقوق اخیر استدلال و تمسک کنند.»

ماده‌ی ۷۴۵/۶۱۸: «منحصراً کسی که حق مستحدث وی یا عقد موجد آن حق در ثبت، نسبت به هبه و وصیت موصوف اولویت دارد، محق در استدلال و تمسک بدان در قبال موصی‌له و موهوب‌له است.» ماده‌ی ۷۴۶/۶۱۹ نیز می‌گوید: «در وضعیت توالی عقود ناقل مالکیت بین مالکان متعدد، آخرین عقد به ثبت می‌رسد.»

**چهارم:** نصوص دیگری نیز در دست است که ثبت حقوق عینی تبعی واقع بر غیر

منقول را به عنوان قید مقرر می‌دارد تا بتوان در قبال ثالث بر آن تمسک کرد. با ذکر این که رهن تصرف غیر منقول از کلیه این مقررات خارج بوده - چنان که دیده‌اید - مشمول مقررات ثبت اصل حق است، نه ثبت حق تبعی در این جا بدین نصوص متفرق اشارتی کافی است که عبارتند از: مواد ۶۸۹/۵۶۵ و ۶۹۰/۵۶۶؛ در رهن رسمی و ۷۲۲/۵۹۶ و ۲۶۶/۶۰۰ در حق تخصیص و ۷۴۱/۶۱۴ در امتیازات بر غیر منقول که برای حفظ امتیاز بایع غیر منقول نسبت به امتیازاتش کافی می‌دانسته است که عقد بیع را که حاوی آن امتیاز نیست، به تنهایی ثبت کند. (ماده‌ی ۶۰۱ - سابقاً و ۷۲۷ سادساً.)

### ماحصل مواد گفته شده:

از نصوصی که بگذشت، چنین حاصل می‌گردد که نظام ثبت قانون مدنی سابق، حقوق عینی اصلی را تابع و مشمول مقررات ثبت می‌دانسته است و حقوق عینی تبعی را مشمول مقررات ثبت قید (که ثبت رهن تصرف غیر منقول و امتیازات بیع غیر منقول از آن استثنا شده و مشمول مقررات اولی است) پس حق اولی، خود مشمول و موضوع نظام ثبت است. اما حق دومی را با ثبت عقد بیع می‌توان حفظ کرد و نیازی به ذکر ندارد که برای امکان استناد به انتقال حق عینی تبعی، در مقابل ثالث، بایستی به عنوان قید ثبت شود. و در حقوق اصلی، مقررات ثبت غیر منقول، ممیزی قابل توجهی وضع نموده است. چه حسب این مقررات، حقوق عینی اصلی بین متعاملان، به صرف عقد انتقال می‌یابد ولی نسبت به اشخاص ثالث جز با ثبت انتقالش قابل استناد نیست.

### عیوب نظام ثبت غیر منقول قانون مدنی سابق:

پیش از این گفته‌ایم که نظام ثبت غیر منقول، حسب قانون مدنی قدیم همان عیوبی را دارد که نظام ثبت شخصی از حیث ترتیب و آثار دارد. اکنون اما می‌افزاییم که عیب سومی نیز در آن دیده می‌شود. یعنی کلیه‌ی اعمال حقوقی که بایستی ثبت شوند، در این نظام، مستلزم ثبت نیستند. در زمینه‌ی عیوب و نواقص فوق، بر شرح ذیل می‌توان به

اجمال گفت:

### اولاً- از حیث ترتیب و تعدد جهات ثبت:

ثبت در این نظام، بر حسب نام مالکان انجام می‌شود. این عیب را امر سه گانه بودن مراکز ثبت و یکی نبودنشان، بسیار اهمیت می‌بخشد. این که ثبت موافق نام مالکان انجام شود، معیار بارز نظام ثبت شخصی و عیب بارز آن نیز هست. چه چنان که گفتیم در این روش، ذی‌نفع بر تمامی معاملات انجام شده بر غیر منقول معینی که منظور اوست، نمی‌تواند آگاه شود و آنچه که می‌تواند بر آن آگاهی یابد معاملات شخص معین و صاحب اسم منظور است و این آگاهی ممکن است برای او کفایت کند یا نکند.

این معنی اما که ثبت مرکز واحدی ندارد، به نظام قضایی موجود در آن روزگار راجع است. چه آن هنگام، ثبت در سه مرکز انجام می‌شد؛ دادگاه‌های مختلط، محاکم شرع و دادگاه‌های ملی. ثبت از سوی هر یک از این سه مرکز که ترتیب می‌یافت، صحیح بود جز این که زمانی علیه بیگانگان قابل استناد بود که در دادگاه‌های مختلط صورت می‌گرفت. از این رو نیز، بیش‌تر ثبت‌ها در دفتر همین دادگاه‌ها صورت می‌گرفت و از آن رو علیه مصریان و بیگانگان یک سان قابل استفاده می‌گردید. اما محاکم شرع، به ویژه برای اعمال حقوقی ناشناس مانده در دادگاه‌های مختلط یعنی وقف، مرکز طبیعی ثبت به شمار می‌آمد. همین گونه دفاتر دادگاه‌های ملی نیز خود بر حسب تکلیف قانون به ثبت تخصیص‌ها و نیز شفعه و سلب مالکیت می‌پرداخت. این بود که ذی‌نفع در صورت رعایت احتیاط می‌بایست نزد هر سه دادگاه به بررسی بپردازد تا از آگاهی نسبت به اعمال حقوقی مورد نظر خویش اطمینان خاطر یابد.

### دوم: از حیث اثر و دلالت

ثبت املاک در قانون مدنی سابق، تاثیر و دلالت همسان ثبت در نظام ثبت املاک غیر منقول یا نظام ثبت در دفتر املاک را نداشت. چرا که ثبت بر حسب نظام قدیم، جز ضبط عمل حقوقی یا قید آن با همه‌ی عیوب و نواقصش چیز دیگری نبود. از این رو در صورتی

که عمل حقوقی موضوع ثبت، پیش از ثبت درست می‌بود، پس از ثبت نیز درست به حساب می‌آمد و در صورتی که باطل یا قابل ابطال و یا دارای عیوب و شوائبی بود، پس از ثبت نیز با همین اوصاف باقی بود. چه ثبت - چنان که گفتیم - عقد باطل را تصحیح نمی‌کرد و عقد صحیح را ابطال نمی‌ساخت. بدین ترتیب هرگاه بیعی از غیر مالک مبیع سر می‌زد و عقد بیع به ثبت می‌رسید، پس از ثبت نیز، همانند قبل از ثبت، عقد بیع قابل ابطال همی ماند و به هر حال علیرغم ثبت نیز، ناقل مبیع به مشتری به حساب نمی‌آمد. بر عکس اما در نظام ثبت حقوق عینی، چنان بیعی، پس از ثبت، به حکم ثبت و نه به حکم ذات بیع، ناقل مالکیت به مشتری همی بود و مالک حقیقی که بدین شکل سلب مالکیتش شده بود، از خزانه‌ی مرکز ثبت بدل ضرر و زیان خویش را دریافت می‌کرد. چیزی که به اهمیت این عیب می‌افزود این که اسناد پیشنهادی برای ثبت به همان گونه که بود و بدون هیچ گونه بررسی در جهت دستیابی به صحت و سقمشان ثبت می‌شد. و بسیاری از مردمان برای گریز از پرداخت مخارج آن فحص، به دامن تحریر عادی اعمال و اسنادشان می‌افتادند و بسا که این نوشته‌ها از استحکام ضروری - چه در مورد شخصیت متعاملان و چه در توصیف غیر منقول موضوع معامله و بیان حدودش - برخوردار نبود و بالاتر از این، در مورد این که امضاهای این گونه نوشته‌ها جعلی نبود نیز، هیچ گونه تضمینی وجود نداشت. چه تصدیق امضاهای متعاملان مورد درخواست نبود و از این رو، بسا اعمال حقوقی تقلبی و نادرست که به ثبت رسید.

### سوم: از جهت حصر:

تمامی اعمال حقوقی که ثبتشان ضرورت دارد، حسب نظام ثبت قانون مدنی گذشته، مستلزم ثبت نبود. و در نظام یاد شده، اعمال حقوقی مستلزم ثبت، به دقت شمارش نشده بود و از این رو بنا به اسباب چهارگانه‌ی ذیل، در امر ثبت کوتاهی‌هایی به کار می‌آمد:

۱- این که ثبت، برای انتقال حقوق عینی، در مقابل و به نسبت متعاملان ضروری نبود

و صرف عقد برای نقل و انتقال کافی بود. این همان مبدا اساسی نظام ثبت قانون مدنی سابق بود که - همان گونه که گفتیم - آن را از نظام فرانسوی اخذ کرده بودند. نتیجه‌ی مترتب بر این معنی آن بود که بسیاری از متعاملان به ثبت اعمال حقوقی خود دست نمی‌زدند و بدین که حق منظور به صرف عقد، بین دو طرف دست به دست و منتقل شده است، اکتفا می‌کردند. این اطمینان که گریزی از آن نیز نمی‌بود، به موجب عرف و عادات تثبیت شده بود و گریز و اجتناب از اقدامات و مخارج لازمی ثبت، نیز آن را تقویت می‌نمود. یکی از نتایج این برخورد، آن بود که عمل حقوقی به ثبت نمی‌رسید و به همین سبب در مقابل اشخاص ثالث مستند واقع نمی‌شد و بسا پیش می‌آمد که معامل اولی با تدلیس به معامله‌ی بعدی در مورد غیر منقول یاد شده دست می‌زد. بدین ترتیب بسیاری از اعمال حقوقی مستلزم ثبت به ثبت نمی‌رسید و در عمل بنیان نظام ثبت را سست می‌نمود و در نتیجه بسیاری از متعاملان هم از این رهگذر به ضرر و زیان هنگفت دچار می‌شدند.

۲- و به فرضی هم که همه‌ی اعمال مستلزم ثبت را مردمان به ثبت می‌دادند، قانون خود برخی از اعمال مهم حقوقی را از محدوده‌ی ثبت برکنار داشته بود. برای مثال در مقررات یاد شده فقط برخی اعمال حقوقی مابین زندگان مستلزم ثبت است و بر این حکم چنین مترتب است که ارث که یکی از مهم‌ترین اسباب مالکیت است به سبب این که مالکیت را به علت موت نقل می‌بخشد، از محدوده‌ی استلزام به ثبت خارج می‌ماند. چه همان گونه که دیدیم، ماده‌ی ۷۳۶/۶۱۰ قانون مدنی سابق صراحت داشت که: «مالکیت غیر منقول و حقوق متفرع بر آن، هرگاه از طریق ارث حاصل آید، با ثبوت نفس وراثت، ثابت می‌شود». بدین ترتیب، ارث که شایع‌ترین سبب از اسباب تملک است، محکوم احکام ثبت نیست. همین گونه وصیت هم از آن رو که عمل حقوقی فی مابین زندگان به حساب نمی‌آید بلکه عمل حقوقی برای پس از مرگ است، از محدوده‌ی ثبت خارج می‌ماند. و از همه‌ی این وضعیت حاصل این می‌گردد که در بنای نظام ثبت، نقطه‌ی کوری باقی می‌ماند و پی‌گیری توالی انتقال مالکیت‌های غیر منقول دشوار می‌گردد و

خود مشکلات پیچیده‌ای را فراهم می‌سازد.

۳- بالاتر از این، نظام ثبت منظور، نقطه‌ی کور دیگری را نیز بین اعمال حقوقی زندگان پدید آورده است. چه طرح قانونی ماده ۷۳۷/۶۱۱ حقوقی را که نظام حاکم بر ثبت شامل آنها می‌شود؛ چنین برشمرده است. «حقوقی که به سبب عقود ناقل مالکیت یا حقوق دیگر عینی قابل رهن حاصل می‌شود و نیز حقوقی که ناشی از عقود مثبت حقوق ارتفاق، استعمال، رهن غیر منقول و یا ترک این حقوق باشند» و ذکری از اعمال حقوقی کاشف از حقوق عینی به میان نیاورده است و از این رو این اعمال حقوقی بسیار مهم، مشمول مقررات نظام ثبت غیر منقول - آن گونه که قانونی مدنی سابق وضع کرده بود - نمی‌شد.

۴- سرانجام این که نظام ثبت در قانون مدنی سابق، در فصل حقوق عینی اصلی که مشمول نظام ثبت غیر منقول هستند و حقوق عینی تبعی که مشمول نظام ثبت قیود هستند، چندان دقیق نیست. همین گونه برخی از انواع حقوق تبعی را که بایستی مشمول ثبت قیود بشود، مشمول ثبت غیر منقول دانسته است و به ویژه در دو حالت این گونه عمل کرده است: (حالت اول) در مورد رهن تصرف غیر منقول بدون هیچ گونه توجیهی، به جای آن که آن را مشمول مقررات ثبت قیود بدارد، مشمول مقررات ثبت غیر منقولش دانسته است. و (حالت دوم) حالت امتیاز فروشنده‌ی غیر منقولی است که در ماده‌ی ۶۰۱ بند سابقاً و ۷۲۷ بند سادساً چنین آمده است: «و اگر مبیع غیر منقول بود، در صورتی که ثبت بیع به نحو صحیح انجام شود، ثمن معامله جزء دیون ممتاز خواهد بود». این نص، حق اولویت بائع را بر غیر منقول مبیعش تا جایی حفظ می‌کند که حتی شخص وی مبیع را با تذکر بها و این که تمامش و یا جزئی از آن در ذمه‌ی مشتری است، بدون تذکر دیگری از ممتاز بودن این طلب، ثبت کرده باشد. متعادلان هم در عمل به همین قضیه اکتفا می‌کنند چه زمانی که بیع به ثبت رسد و در ثبت آن، ثبت و ضبطی برای عقد در کار باشد، امتیازات حقوق نیز طبعاً حفظ خواهد شد.

(بخش پایانی این مبحث را در شماره بعد می‌خوانیم)



## استدلال حقوقی (۲)

نویسنده: هارولد برمن

مترجم: مسعود حبیبی مظاهری

### اشاره:

این نوشتار بخش پایانی ترجمه مقاله‌ای از نویسنده و حقوقدان برجسته آمریکایی، پروفسور هارولد برمن است که در دائرةالمعارف بین‌المللی علوم اجتماعی International Encyclopaedia of Social Scienc چاپ ۱۹۶۸ ویراسته David L. Sills تحت عنوان Legal Reasoning به چاپ رسیده است. نویسنده در این مقاله کوشیده است با تأکید بیشتر بر جنبه‌های غیر استنباطی استدلال حقوقی تصویری از ویژگی‌های منطقی و روش‌های استدلال دانش حقوق را ارائه دهد.

## خطابه حقوقی<sup>(۱)</sup>

ما نیز به تبع ارسطو در تعریف خطابه، نه فقط به هنر تحریک دیگران با استفاده از حربه احساسات، بلکه به هنر اقناع عموم از راه ارائه دلیل و از اینرو به عنوان شیوه‌ای از استدلال، اشاره می‌کنیم. در عین حال خطابه از منطق متمایز است زیرا منطق با جملاتی استنتاجی مرتبط است که درستی یا نادرستی آنها مورد ملاحظه قرار می‌گیرد (قضایا)، حال آنکه خطابه به جملات شرطی، دستوری و امری مربوط می‌شود که به منظور تأثیر گذاردن بر فکر یا کردار دیگران بیان شده‌اند. فرمول آشنا و کلاسیک منطقی را که می‌گوید: همه انسانها می‌میرند. سقراط یک انسان است، پس سقراط می‌میرد، اگر بخواهیم به شکل خطابه بیان کنیم باید بگوییم: اگر تو یک انسان هستی، ای سقراط، می‌باید خود را برای مرگ آماده کنی.

قواعد حقوقی که معمولاً به شیوه اخباری بیان می‌شوند، با ظاهری فریبنده چنین می‌نمایند که گویا صرفاً قضایایی منطقی‌اند، با این وجود با تحلیلی عمیقتر آشکار می‌شود که آنها همانقدر که از اهمیت منطقی برخوردارند، ارزش خطابی نیز دارند. به عنوان مثال، این جمله که قتل عمدی از قبل طراحی شده یک شخص با سوء نیت قبلی، جرم قتل نفس از درجه اول محسوب می‌شود و زندان ابد یا مرگ مجازات آن است، نه

---

1. Legal Rhetoric

فقط یک «قضیه صحیح» است که با چپستی جرم آدم‌کشی ارتباط می‌یابد (با این فرض که بگونه‌ای آمرانه اعلام شده باشد)، بلکه همچنین اعلام خطری است برای آدم‌کشان احتمالی، تضمینی است برای قربانیان احتمالی، دستوری است برای مأموران مجری قانون و به طور کلی بیان خواستها و باورهای یک جامعه سیاسی است. از اینرو استدلال حقوقی در مورد جرم آدم‌کشی، نه فقط تعریف این جرم را - که ضمناً متضمن مقایسه انواع مختلف قتل (به عنوان مثال، قتل با انگیزه شفقت، قتل به گناه دفاع از خود، قتل ناشی از هیجان احساسات، قتل ناشی از تقصیر و غیره) نیز هست - دربرمی‌گیرد، بلکه همچنین شامل خطابه‌های تقنینی و دادگاهی («مجازات مرگ می‌باید از بین برود»، «خواننده مرتکب قتل نشده است») و دیگر گفتگوهای بحثی که کمتر رسمیت دارند (به عنوان مثال، «مطمئناً نباید کسی از مسئولیت ارتکاب قتل صرفاً به این دلیل که باور داشته است عمل او به حال اجتماع مفید است، شانه خالی کند») می‌شود.

چنانکه جنبه منطقی استدلال حقوقی، به قواعد حقوقی و به اصولی که می‌باید از آراء - صادره در دعاوی مشابه استخراج شوند، توجه دارد، جنبه خطابی استدلال حقوقی نیز متوجه فعالیت‌های حقوقی است. همانگونه که بسیاری از نویسندگان تأکید کرده‌اند، حقوق به سادگی یا در وهله اول، نه مجموعه‌ای از قواعد، که یک فعالیت، یک اقدام است. هدف اساسی این اقدام آن است که سیطره قواعد را بر رفتار آدمی مسلط نماید (فولر - ۱۹۶۴)، اما برای تحقق این منظور قواعد می‌باید پیش‌نویسی شده، مورد بحث قرار گیرند، تصویب شوند، منتشر گردند، تفسیر شوند، مورد اطاعت قرار گرفته اعمال و اجراء شوند - که تمامی این فعالیت‌های حقوقی مستلزم استفاده از خطابه و نه فقط منطق، می‌باشند. به علاوه، جدا از فعالیت‌هایی که با ایجاد قواعد مرتبط است، صدور آراء قضایی نیز هدف اقدام حقوقی است، آنهم از طریق رأی دادن، صدور قرارها و انجام دادرسی‌ها یکی پس از دیگری، و همچون ایجاد قواعد حقوقی، صدور چنین آرائی نیز هم نتیجه و هم ظهور یک بیان خطابی است. به علاوه، استدلال حقوقی به اموری همچون مذاکره درباره معاملات حقوقی، دادخواست دادن یا پیشنهاد کردن، نوشتن

نظریات حقوقی، صدور اسناد حقوقی و طیفی از دیگر انواع فعالیت‌های حقوقی که تمامی آنها شامل استفاده از زبان برای القاء یک پاسخ به مخاطبان است، توجه دارد. گفتیم که استفاده از قیاس شکل اختصاصی و رایج منطق حقوقی است و اکنون می‌گوییم که متوسل شدن به امری معتبر، شکل ویژه و متداول خطابه حقوقی است. ماهیت این امر معتبر که بدان تمسک می‌جوییم در نظام‌های حقوقی مختلف، تفاوت دارد. به عنوان مثال، گفته شده است که در حقوق سنتی مسلمانان، اعتبار قرآن قطعی است و تنها تفسیری ادبی از مقررات آن جایز است.<sup>(۱)</sup> از سوی دیگر در حقوق یهود، توأم با گسترش تلمود، اعتبار کاهنان برجسته‌ای که تورات را تفسیر می‌کنند، پدید آمد. حقوقدانان مهم از همین اعتبار در حقوق رم برخوردار بودند و نیز قبلاً به اعتبار آراء سابقه در حقوق انگلیس و ایالات متحده و اعتبار کدها در حقوق مدرن اروپای بری اشاره کردیم. شاید در بسیاری از نظام‌های حقوقی معاصر، بالاترین اعتبار حاکم بر تصمیمات قضائی، اعتبار قوانینی است که قوه مقننه وضع می‌کند، اگرچه در ایالات متحده و برخی کشورهای دیگر، حتی اعتبار این قوانین در برابر اعتبار قانون اساسی سر تسلیم فرود می‌آورد.

با این وجود، توسل به امری معتبر در استدلال حقوقی، لزوماً در چهارچوب توسل به قانون (خواه در ضمن قوانین عادی، کدها، یک کتاب معتبر یا قانون اساسی، سوابق قضائی یا تفاسیر حقوقی آنها محدود نمی‌شود. در بسیاری از نظام‌های حقوقی - و شاید در تمامی آنها - حداقل جایی برای رجوع به عرف (یعنی آنچه عموماً متداول است و آنچه که معمولاً به ضرورت عمل به آن باور دارند) و به احساس عدالت، باقی مانده است. به همین خاطر اغلب از چهار منبع حقوق سخن گفته می‌شود: وضع قانون (و قواعد اجرایی) ناظر به آن چیزی است که می‌باید در آینده انجام شود و سوابق قضایی به آن چیزی که در گذشته انجام شده است، عرف ناظر به جلوه‌های بیرونی الگوهای

۱. اظهار نظر مذکور صرفاً اعتقاد نویسنده است.

اجتماعی و قواعد رفتاری است و انصاف به احساس درونی عدالت یا انصاف. نظامهای حقوقی مختلف و شاخه‌های گوناگون در یک نظام حقوقی خاص، بر یکی از این ابعاد یا منابع یا انواع اعتبار تأکید می‌ورزند و از اینرو، خطابه حقوقی، در نظامهای حقوقی مختلف و یا حتی در یک نظام حقوقی واحد، یکسان نیست. به عنوان مثال، در حقوق امریکا خطابه مبتنی بر قانون‌گذاری درباره مقررات ترافیک (اتومبیل‌های پارک شده با جرثقیل حمل خواهند شد) با خطابه مبتنی بر سوابق قضایی در یک رأی دادگاهی (این دادگاه قویاً معتقد است که سازنده کالا در برابر خریداران جزء مسئول نیست مگر اینکه تقصیر او ثابت شده باشد) تفاوت دارد و این هر دو با خطابه مبتنی بر عرف در اسناد تجاری (هزار دلار در وجه جان جونز پردازید) یا خطابه مبتنی بر انصاف در یک حکم طلاق (پدر می‌تواند بچه‌ها را چهاربار در سال و هر بار یک هفته، ملاقات کند) فرق دارند.

### گفتگوی حقوقی<sup>(۱)</sup>

روشن است که منطق حقوقی خود شکلی از خطابه حقوقی است. خطابه حقوقی نیز خود شکلی از گفتگوی حقوقی است که وظایف آن فراتر از تأثیرگذاری مستقیم بر اذهان و اعمال دیگران است و شامل حفظ و توسعه سنت‌ها و ارزش‌های حقوقی تمامی یک جامعه سیاسی - حقوقی نیز می‌شود، همچنانکه در برگیرنده سنت‌ها و ارزش‌های خود صنف حقوقدان - در جوامعی که این صنف وجود دارد - نیز هست. چهره شاخص گفتگوی حقوقی اساساً برگرفته از نهاد استماع<sup>(۲)</sup> است که مبنای تمامی فعالیت‌های حقوقی است و نه فقط شامل قضاوت می‌شود بلکه قانونگذاری، اجرای قانون، مذاکره درباره معاملات حقوقی و دیگر اقدامات حقوقی را دربرمی‌گیرد.

1. Legal Discourse

2. Hearing

آنچه احقاق حق قضایی را از کینه‌توزی جدا می‌کند فرصتی است که هریک از طرفین دعوا برای استماع اظهارات طرف دیگر دارد. همچنین این فرصت بحث درباره وضع قوانین است که قانون‌گذاری را از صرفاً امر کردن متمایز می‌سازد؛ نیز فرصت درخواست فرجه‌ها و گشایش‌های قانونی است که اجرای مقررات برطبق قانون را از یک دستور بوروکراتیک مجزا می‌کند. حتی یک عمل حقوقی یک جانبه همچون نوشتن وصیت‌نامه، مستلزم آن است که تنظیم‌کننده سند خود را در وضعیت اشخاص ثالثی قرار دهد که احتمالاً به هنگام بحث درباره اعتبار یا معنای وصیت‌نامه، به تفسیر آن فراخوانده خواهند شد.

یک استماع حقوقی، شامل دو خصیصه گفتگو است که الزاماً در گفت و شنوهای غیرحقوقی یافت نمی‌شوند. نخستین خصیصه را می‌توان تشریفات خواند، یعنی به کار بردن شکل محتاط و رسمی گفتگو که معمولاً در دادخواستها و مدافعات رسمی، رسیدگی دادگاهها یا دیگر مراجع رسیدگی و صدور رأی، منعکس است. رسمی بودن استماع، عینیت آن یعنی بیطرفی، ثبات درونی، محدودیت و اعتبارش را تأمین می‌کند. دومین خصیصه یک گفتگوی حقوقی که ویژه یک استماع حقوقی است گرایش به دسته‌بندی اشخاص و وقایع مربوط است. خصایص ویژه و منحصر به فرد یک دعوا در قالب اصطلاحات کلی بیان می‌شوند؛ جان جونز «خواهان» نامیده می‌شود، سام اسمیت «خوانده» نامیده می‌شود، به عنوان مثال، ادعاء شده که خوانده «قرارداد اجاره» را نقض کرده است، چرا که موجب ورود «خسارت» به «مورد اجاره» گردیده است. اینها «وقایع مؤثر حقوقی» هستند. اما آنچه که در واقعیت رخ داده - عادت شخصی نفرت‌انگیز اسمیت، شایعات همسایگان، عداوت خانوادگی و غیره - کنار گذاشته می‌شوند مگر اینکه بتوان آنها را در مقولات حقوقی مربوط جای داد. این امر کلی بودن استماع را تأمین می‌کند، زیرا مسئله این نیست که جان جونز یا سام اسمیت کدام انسان بهتری است، بلکه مسئله این است که حقوق موجر - حقوقی که قانون حاکم بر جامعه آن را برقرار کرده است - توسط مستأجر پایمال شده است یا خیر؟

تنظیم کردن یک دعوا یا مسئله حقوقی بر حسب مقولات کلی، و در نتیجه نگرستن به وقایع خاص به شکلی عام و فراگیر، اساساً از استماع ناشی می‌شود اگرچه از نظر منطقی با آن فرق دارد. یک مرافعه یا مسئله حقوقی در قواعد حقوقی موجود تردید می‌کند و طرفین خواهان تنظیم دوباره قواعد به کمک وقایع خاص می‌باشند و از دادگاه (اگر رسیدگی قضایی مطرح باشد) یا قوه مقننه (اگر قانونی برای تصویب پیشنهاد شده باشد) یا عامل اجراء کننده (در صورتی که خواستار اجرای مقررات جدیدی باشیم) یا حقوقدان (اگر مذاکرات مقدماتی قراردادی در جریان است یا وصیتنامه‌ای می‌خواهد شکل بگیرد) خواسته می‌شود که به کمک مرافعه یا مسئله جدید، تفسیری نو از قواعد موجود بدست دهد یا قواعد نوینی بیافریند. دسته‌بندی وقایع خاص و منحصر به فرد که به هنگام ارائه دادخواستها و لوایح دفاعیه رسمی و محتاط با آئینی تشریفاتی جهت سؤال کردن، بحث کردن و رأی دادن رخ می‌دهد، کمک می‌کند تا کلی بودن و عینی بودن نه فقط خود استماع بلکه قواعد تازه تفسیر یا ایجاد شده تأمین شود و در نتیجه پذیرفته شدن آنها از سوی اجتماع تضمین گردد. در عین حال لغت و تکنیک‌های حقوقی که در این روند ایجاد شده‌اند، به کار بردن اختصارات یا اصطلاحات خاص صنفی را باعث می‌شوند که منظور از آنها، افزایش کارایی دادرسیها یا شرکت جستن در جمع صنفی حقوقدانان یا هر دو است، اگرچه اغلب این اثر را در پی دارد که حقوق و حقوقدان در جامعه‌ای که آنها را بوجود آورده است، تنها به نظر می‌رسند.

### ویژگی دورگونه استدلال حقوقی

با نگاهی به حقوق در وهله اول، نه به عنوان مجموعه‌ای از قواعد، بلکه به عنوان اقدام به استماع، قضاوت کردن، مقرر داشتن، دستور دادن، مذاکره کردن، اعلام نمودن و

غیره، این امکان فراهم می‌آید که آنچه را جرمی بتنام<sup>(۱)</sup> تکراری و دورگونه بودن اصطلاحات حقوقی خوانده است، به گونه‌ای رضایت بخش توضیح دهیم، و همینگونه خواهد بود توضیح آنچه هربرت هارت<sup>(۲)</sup> «بسیار نامتعارف بودن زبان حقوقی - عدم توانایی ما برای تعریف لغات بسیار مشکل آن با استفاده از برابریهای معمولی برگرفته از واقعیات» خوانده است. به واقع این حقیقت دارد که استدلال حقوقی به گونه‌ای مشخص دورگونه به نظر می‌رسد. به عنوان مثال وقتی گفته می‌شود که کسی نسبت به چیزی «حق» دارد زیرا دیگری «مکلف» است آن را به وی انتقال دهد، «حق» یکی و «تکلیف» دیگری به نظر می‌رسد دو اصطلاح مختلف برای یک چیز باشند. همچنین است کلمه «جرم» و کلمه «حقوق» که به نظر می‌رسد فقط جانشینی برای کلمه «حق»، «تکلیف» و غیره باشند. بتنام می‌نویسد:

هر کدام از این کلمات می‌تواند جانشین دیگری شود... حقوق مرا به تکفل از تو رهنمون می‌شود - تکلیف به تکفل از تو را بر من تحمیل می‌کند - تو را از حق قرارگرفتن تحت تکفل من بهره‌مند می‌سازد - اگر من مستکفل تو نباشم، این ترک فعل را جرم قلمداد می‌کند - مرا مکلف می‌سازد چنین خدمتی را به تو ارائه دهم.... بنابراین ارتباط میان این هستی‌های حقوقی بگونه‌ای است که آنها فقط همان حقوق هستند که از جهات مختلف ملاحظه شده‌اند، تا زمانی که حقوق وجود دارد آنها نیز موجودند، با تولد او بوجود می‌آیند و با او می‌میرند... به نظر می‌رسد که اصطلاحات حقوقی هیچ «مرجع حسی» ندارند. آنها به هیچ «شیء» «مربوط» نیستند.  
(نظریه فرض‌های حقوقی اثر بتنام)

بسط و توسعه اصطلاحات حقوقی وابسته به هم که مرجع آنها شیء واحدی است، ناشی از این واقعیت است که فرض می‌شود این اصطلاحات «اشاره» به «شیء خاص» ندارند بلکه در عوض می‌باید بالفعل یا بالقوه ارتباطات پیچیده انسانها را در انواع مختلف فعالیت‌های حقوقی نظم بخشند. از دیدگاه کودک، تحت تکفل بودن یک «حق» است از نظر والدین یک «تکلیف» و از نظر دادستان عدم انجام این تکلیف می‌تواند

1. Jeremy Bentham

2. H. Hart



«جرم» باشد. راست است که اگر حقی نباشد تکلیفی نیز وجود ندارد و جرمی نیز نخواهد بود و اگر جرمی وجود نداشت هیچ تکلیف و حقی نیز نمی‌بود (یا دست‌کم نوعی متفاوت از تکلیف و حق وجود می‌داشت)، اما این (و بسیاری از دیگر انواع) اصطلاحات برای تعیین پیچیدگی ارتباط میان کودک، والدین و دولت مورد نیاز است. بویژه هنگامی که این ارتباط در شرایطی مجرد و انتزاعی شرح و توصیف شده باشد. رأی دادگاه ممکن است به حد کافی ساده باشد: «۲۵ دلار در هفته برای تکفل کودک پرداز یا زندانی شو».

شاید برای دادگاهها یا نویسندگان، بی‌معنا به نظر برسد که همچون یک تسلسل منطقی از حق به تکلیف و به مجازات برسیم (امری که گاه ایشان مرتکب می‌شوند). با این وجود آنچه به عنوان یک قضیه منطقی ممکن است بی‌معنا جلوه کند، می‌تواند به عنوان وسیله‌ای برای تعیین طرفین یک دعوا یا ماهیت امر متنازع‌فیه، معنا داشته باشد. حمله کردن به قواعد حقوقی به این دلیل که آنها حقایقی فرضی بیش نیستند، خود، حقیقت فرض کردن هدف این قواعد است. برآستی در برخی موارد، تکراری بودن و دورگونه بودن رسیدگی قضایی ایجاب می‌کند در وضعیتی که عدم ذکر دلیل بهتر از برشمردن دلایل واقعی است، از آوردن هرگونه دلیل برای یک رأی اجتناب کنیم. این مطلب بخصوص در مورد فرض‌های حقوقی صادق است. این فرض‌ها، نظریات حقوقی هستند که نتایجی حقوقی را بر وقایعی مفروض که می‌دانیم وجود ندارند مترتب می‌کنند. در اینجا مواردی را که می‌دانیم صرفاً مشابه‌اند، به طرز آگاهانه‌ای عین هم و یکسان تلقی می‌کنیم تا ثبات و سازگاری یک نظریه را در مواجهه با نتایج ناسازگار غیرقابل توضیح حفظ کنیم. به عنوان مثال، مرسوم است که جرم ایراد ضرب و جرح را ضربه سخت غیرمجازی که خواننده به عمد بر خواهان وارد می‌آورد، تعریف می‌کنند. معهدا دادگاهها حکم به جبران خسارت شخصی که خواننده به طور غیرعمد به وی ضربه وارد کرده حال آنکه قصدش زدن دیگری بوده است، را داده‌اند. دادگاههای مذکور این فرض را بکار بسته‌اند که قصد خواننده دائر بر زدن شخص ثالث به کسی که در

واقع مضروب شده است «منتقل می شود». بنابراین تعریف اولیه حفظ شده است اما نتایج آن تغییر کرده اند. با این وجود در بیشتر موارد جنبه تکراری و دورگونه بودن حقوقی، قصد تغییر نتایج ناشی از قواعد حقوقی را ندارد بلکه در وهله اول وسیله ای برای تعیین جنبه های مختلف ارتباطات حقوقی است و اغلب نیز به دلایل مربوط به آئین دادرسی. در هر صورت اغلب قابل درک است که نه فقط دورگونه بودن بلکه دیگر خصایص «غیرعلمی» حقوق، بخشی از یک قیاس منطقی، قسمتی از یک خطابه که رجوع به امری معتبر مستمسک آن است و یا پاره ای از یک گفتگوی تشریفاتی و دسته بندی شده، که ویژگیهای تعیین کننده استدلال حقوقی اند، باشند.

### استدلال حقوقی و دانش اجتماعی

برغم آنکه جامعه شناسان عالی رتبه ای همچون امیل دورکیم<sup>(۱)</sup> و ماکس وبر<sup>(۲)</sup> که هر دو در زمینه حقوق تعلیم دیده بودند) دانسته های مهمی درباره ماهیت و وظایف استدلال حقوقی ارائه نمودند، علوم اجتماعی جدید این موضوع را بطور عمده به علمای حقوق سپرده است. با این وجود پس از وبر، بررسی های جامعه شناختی اخیر درباره حرفه ها، استدلال حقوقی را با نیاز صنف حقوقدان به داشتن زبان صنفی و حرفه ای خود مربوط ساخته است، و در دو دهه اخیر بسیاری از عالمان سیاسی امریکا تلاش کرده اند استدلال حقوقی را نقابی برای آراء قضائی که بر مبنای ملاحظات غیرحقوقی صادر شده اند، معرفی نمایند. و شاید - دست کم در دراز مدت - مطالعات دانشمندان علوم اجتماعی نه فقط درباره استدلال حقوقی، بلکه درباره نهادهای حقوقی همچون نظام هیئت منصفه، وضع قوانین مدنی، اجرای قوانین کیفری، معاملات جمعی، قوانین ضد تراست و غیره از اهمیت بیشتری برخوردار باشد، زیرا این مطالعات مبنای

1. Emil Durkheim

2. Max Weber

لازم را برای هرگونه تعمیم در مورد ارتباط استدلال حقوقی با دیگر انواع استدلال فراهم می‌سازد. در عین حال مطالعات آن دسته از علمای حقوق که در عین حال متخصص در علوم اجتماعی نیز هستند درباره استدلال حقوقی تداوم خواهد یافت تا از نظریه‌ها و روش‌های علوم اجتماعی ناظر به مطالعه نهادهای اجتماعی بطور کلی و نیز نهادهای حقوقی، بهره‌بردار. براستی گاهی نظریه‌ها و روش‌های علوم اجتماعی تأثیر مستقیم بر روی استدلال حقوقی دارد و این زمانی است که دانشمندان علوم اجتماعی به عنوان متخصص در مذاکرات قانون‌گذاری یا پرونده‌های دادگاهی دعوت می‌شوند و از این طریق مطالعات اجتماعی در اقدامات حقوقی وارد می‌شوند.

با این وجود علوم اجتماعی غیر از حقوق ممکن است بیش از آنکه در فهم استدلال حقوقی سهیم باشند، از آن چیز بیاموزند. از آنجا که حقوق یک دانش اجتماعی عملی است که در آن اصول نظم و عدالت - که از سوی جامعه معینی پذیرفته شده - برای دستیابی به آراء مستدل در دعاوی بکار بسته می‌شود، صنف حقوقدان (شامل مقنن، قاضی، مجری قانون، عالم حقوق و وکلای دعاوی) حساسیت زیادی نسبت به ارتباط نظریه و عمل و بطور اخص به ارتباط استدلال و زمینه اجتماعی که استدلال در آن صورت می‌گیرد، دارند. بنابراین تجربه حقوقی نه فقط گنجینه‌ای از اطلاعات را برای تحقیقات دانشمندان علوم اجتماعی فراهم می‌آورد بلکه همچنین در مورد ماهیت دانش اجتماعی چیزهای زیادی برای آموختن به ایشان دارد. براستی استدلال حقوقی با این باور مبارزه می‌کند که هر دانش اجتماعی می‌تواند به سلامت از پرسش درباره قابل اعمال بودنش در جامعه فارغ باشد، بنابراین رودرروی نظریه علوم اجتماعی فارغ از ارزشها که مبتنی بر روشهای علوم فیزیکی و ریاضی است قرار می‌گیرد. چنین رودررویی، لازمه تأکیدی است که حقوق بر پیوند میان - آنچه که گفته شده و نقش گوینده قائل است و نیز لازمه این فرض ضمنی حقوق است که یک رأی دادگاه که بر اشخاص مؤثر است، صرفاً مشاهده یا اندازه‌گیری وقایع بیرونی نیست بلکه پاسخ به کلامی است که قاضی را مخاطب قرار داده و اینکه یک قضاوت صحیح خود، طرفهای

---

مربوط در رسیدگی دادگاه را مخاطب قرار داده است.

## تعهدات در قانون مدنی فرانسه

ترجمه‌ی: ب - رازانی

### اشاره:

با آن که امور انسانی از بسیاری جهات به هم شبیه است. از آن رو که انسان‌ها و اجتماعات انسانی، همه، در مرحله‌ی مشابهی از تمدن و فرهنگ قرار ندارند؛ طبعاً راه‌حل‌هایی نیز که برای امور و مسائلمانندیشه می‌شود - از جمله راه‌حل‌های قانونیشان - یکسان و همانند نیست. آگاهی از راه‌حل‌های قانونی مسایل اجتماعی دیگر کشورها، از حیث زرفا بخشیدن به دید حقوقدانان، گشودن دامنه‌ی تفکر و اندیشه‌ی ایشان و نیز قانون‌گذاران و نمودار ساختن چند و چون امور و مسائل و احکام و طرق به ویژه چند و چون امور اعتباری می‌تواند نیک مؤثر و مفید به حساب آید. از این رو، هیأت تحریریه‌ی «مجله کانون» امیدوار است و خواهد کوشید که در شماره‌های آتی این نشریه، بخشی از صفحات را به نشر متون قانونی مناسب و برگزیده‌ی کشورهای دیگر و یا آراء محاکم و دکترین حقوقیشان اختصاص دهد. در این راه، از این شماره، به نشر ترجمه‌ی موادی چند از قانون مدنی کشور فرانسه، در زمینه‌ی تعهدات و الزامات می‌پردازیم. و در جهت افاده‌ی بیشتر، حتی‌المقدور، متن اصلی را نیز در اختیار خوانندگان قرار خواهیم داد. امید که مقبول افتد و لغزشی اگر مشاهده شود نیز آگاهمان سازید.

قانون مدنی کشور فرانسه  
عنوان سوم از کتاب سوم  
«مقررات عمومی قراردادها یا التزامات ناشی از قرارداد»

فصل اول

مقررات مقدماتی

ماده‌ی ۱۱۰۱ - عقد، قراردادی است که یک یا چند نفر، در مقابل یک یا چند نفر دیگر، بدان وسیله، بر عهده می‌گیرند که چیزی را تأدیه کنند یا کاری را انجام بدهند و یا از انجام کاری خودداری ورزند.

ماده‌ی ۱۱۰۲ - عقدی که طی آن، هر یک از طرفین، در مقابل طرف دیگر الزاماتی را بپذیرد، عقد دو جانبه نامند<sup>(۱)</sup>.

ماده‌ی ۱۱۰۳ - عقدی که طی آن، یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر ملتزم می‌شوند، بی‌آنکه آن چند نفر، متقابلاً در مقابل ایشان ملتزم گردند، یک جانبه نامیده می‌شود<sup>(۲)</sup>.

---

۱. آقای دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، در مقابل اصطلاح SYNALLAGMATIQUE عقد تعاهدی را مناسب دانسته‌اند؛ ترمینولوژی حقوق، ص ۴۵۶.

2. UNILATÉRAL

**ماده‌ی ۱۱۰۴** - عقد منجز عقدی است که طی آن یکی از دو طرف به تأدیه‌ی چیزی یا انجام عملی به عنوان عوض چیزی که به وی می‌دهند، یا عملی که برایش انجام می‌دهند، ملتزم گردد<sup>(۱)</sup>.

هرگاه التزام به عوض یاد شده مبتنی بر سود یا زیان ناشی از حادثه‌ای نامشخص و مجهول پذیرفته شود، عقد منظور را، عقد معلق گویند<sup>(۲)</sup>.

**ماده‌ی ۱۱۰۵** - عقد زمانی محاباتی<sup>(۳)</sup> (تسامحی) است که طی آن یکی از دو طرف، به دیگری امتیازی کاملاً رایگان دهد.

**ماده‌ی ۱۱۰۶** - عقدی معوض نامیده می‌شود که هر یک از دو طرف را به تأدیه‌ی مال یا انجام کاری ملزم کند.

**ماده‌ی ۱۱۰۷** - کلیه‌ی عقود، خواه معین خواه نامعین، مشمول کلیه‌ی مقررات عمومی مذکور در ذیل عنوان مقررات عمومی قراردادها هستند.

مقررات ویژه‌ی هر یک از عقود، در ذیل عناوین مربوط به همان عقد و نیز مقررات ویژه‌ی نقل و انتقالات تجاری، در قوانین مربوط به تجارت مذکور است.

## فصل دوم

### شرایط اساسی ارزش قراردادها

**ماده‌ی ۱۱۰۸** - برای ارزش یافتن هر قرارداد، چهار شرط ذیل اساسی است:

رضایت طرفی که تعهدی را بر عهده می‌گیرد.

اهلیت معاملاتی وی.

امر معینی که موضوع تعهد قرار گیرد.

مشروعیت جهت قرارداد.

1. COMMUTATIF

2. ALÉATOIRE

3. CONTRAT DE BIENFAISANCE

## بخش یکم

## پیرامون رضا

**ماده‌ی ۱۱۰۹** - زمانی که رضایت ناشی از اشتباه یا اکراه و یا اغوای ناشی از تدلیس باشد، فاقد ارزش است.

**ماده‌ی ۱۱۱۰** - اشتباه موجب بطلان قرارداد نمی‌گردد مگر زمانی که در مورد ماهیت<sup>(۱)</sup> موضوع قرارداد اتفاق افتاده باشد. و نیز زمانی که اشتباه صرفاً در شخص طرف قرار داد گردیده باشد، موجب بطلان نیست، مگر در موردی که ملاحظات مربوط بدان شخصیت، علت اصلی قرارداد باشد.

**ماده‌ی ۱۱۱۱** - اکراهی که علیه شخصی که تعهدی را پذیرفته، به کار رفته باشد، موجب بطلان قرارداد است هر چند از سوی ثالثی - جز آن که قرارداد به سود اوست - به کار رفته باشد.

**ماده‌ی ۱۱۱۲** - اکراه زمانی مورد پیدا می‌کند که طبع عمل چنان باشد که هر شخص ذی‌نفعی را مجبور کند و بتواند وی را به وارد شدن لطمه‌ای قابل ملاحظه و فعلی، در مورد شخص خود یا داراییش بترساند.

در این زمینه، سن، جنسیت و شرایط خصوصی مکره مورد توجه قرار می‌گیرد.

**ماده‌ی ۱۱۱۳** - اکراه، نه فقط آن زمان که علیه یکی از دو طرف قرارداد به کار رفته باشد، موجب بطلان قرارداد است، که همین‌گونه اگر در مورد همسر یا اخلاف یا اسلاف ایشان به کار رفته باشد، موجب بطلان خواهد بود.

**ماده‌ی ۱۱۱۴** - صرف ترس از بی‌حرمتی علیه پدر، مادر یا اسلاف شخص، بی‌آن‌که عملاً اکراهی اجرا گردیده باشد، برای بطلان قرارداد کافی نیست.



**ماده ۱۱۱۵ -** قراردادی را که پس از قطع اکراه، چه صریح و چه ضمنی پذیرفته باشند، نمی‌توان به موجب اکراه مورد ایراد قرارداد و نیز در صورتی که مدتی که برای ابطال آن طی قانون پیش بینی شده، گذشته باشد.

**ماده ۱۱۱۶ -** تدلیس زمانی از موجبات بطلان قرارداد به شمار می‌آید، که اعمال انجام شده از سوی یکی از متعاملان، آن گونه باشد که محققاً اگر آن عمل انجام نمی‌شد، طرف دیگر به عقد قرارداد دست نمی‌زد. تدلیس نبایستی موهوم باشد بلکه بایستی مدلل شده باشد.

**ماده ۱۱۱۷ -** قرارداد منعقد شده تحت تأثیر اشتباه، اکراه یا تدلیس، به خودی خود باطل نیست. بلکه تنها امکان اقدامی به ابطال یا فسخ را در موارد و موضوعات توضیح شده در بخش هفتم فصل پنجم همین عنوان فراهم می‌آورد.

**ماده ۱۱۱۸ -** غبن<sup>(۱)</sup> جز در پاره‌ای قراردادهای و یا نسبت به برخی اشخاص، به شرحی که در همین بخش تشریح خواهد شد، موجب بطلان قرارداد نمی‌شود.

**ماده ۱۱۱۹ -** اصولاً، نمی‌توان قراردادی بست یا تعهدی نمود، مگر از سوی خود.

**ماده ۱۱۲۰ -** با این وجود، می‌توان از سوی ثالث تعهدی کرد و وعده‌ی انجام کاری را داد. مگر این که تعهد، حاوی پرداختی به سود شخص تعهد دهنده از سوی ثالث باشد و ثالث آن را نپذیرد.

**ماده ۱۱۲۱ -** همین گونه، می‌توان ضمن قراردادی که شخصی به سود خود منعقد می‌کند، و یا هبه‌ای که به دیگری می‌دهد، شرطی به سود شخص ثالث بگذارد. شخصی که چنین قراردادی را منعقد می‌کند، زمانی که ثالث اعلام می‌کند که از آن شرط قصد بهره‌مندی دارد، نمی‌تواند دیگر آن را فسخ کند.

**ماده ۱۱۲۲ -** تا زمانی که خلاف این امر اظهار یا از طبع قرارداد استنباط نشود،

کسی که قراردادی را منعقد ساخته است، خود و قائم مقام‌هایش از آن منتفع می‌گردند.

## بخش دوم

### پیرامون اهلیت

**ماده‌ی ۱۱۲۳** - تمام اشخاص می‌توانند به انعقاد قرارداد دست زنند مگر آن که قانون ایشان را فاقد اهلیت اعلام کرده باشد.

**ماده‌ی ۱۱۲۴** - در محدوده‌ی مشخص شده در قانون، اشخاص زیر، اهلیت قرارداد بستن را ندارند:

- صغاری که از ایشان رفع حجر نشده باشد.

- اشخاص کبیری که حسب ماده‌ی ۴۸۸ همین مجموعه‌ی قانون مورد حمایت‌اند.

**ماده‌ی ۱۱۲۵** - اشخاص دارای اهلیت تعهدات، نمی‌توانند به استناد عدم اهلیت طرف قرارداد خود به قراردادشان ایراد کنند.

**ماده‌ی ۱-۱۱۲۵** - جز به حکم دادگاه، اشخاصی که در خانه‌های سالمندان یا آسایشگاه‌های بیماران روانی کاری را انجام می‌دهند یا به کاری اشتغال دارند، نمی‌توانند منتقل‌الیه اموال یا حقی از سالمندان یا بیماران مقیم آن مؤسسات قرار گیرند. همچنین نمی‌توانند به اجاره کردن مسکنی که یادشدگان قبل از ورود به آن مؤسسات در آن ساکن بوده‌اند، دست زنند. معاملات یاد شده محکوم به بطلان است. نیز این ماده شامل کلیه‌ی واسطه‌ها، همسران، اسلاف و اخلاف اشخاص فوق نیز می‌شود.

## بخش سوم

### پیرامون موضوع و محتوی قراردادها

**ماده‌ی ۱۱۲۶** - هر قراردادی، دارای موضوعی است که یکی از دو طرف ملتزم به تأدیه‌ی آن است یا به اجرا یا عدم انجام آن.

**ماده‌ی ۱۱۲۷** - صرف انتفاع از چیزی و یا تصرف ساده‌ی آن، می‌تواند همانند

همان چیز موضوع قرارداد واقع گردد.

**ماده ۱۱۲۸** - فقط اشیائی که مورد داد و ستد واقع می شود، می تواند موضوع قرارداد واقع گردد.

**ماده ۱۱۲۹** - بایستی موضوع تعهد چیزی باشد که دست کم از لحاظ جنس مشخص باشد. میزان شیء مورد تعهد به شرطی که قابل تعیین باشد، می تواند نامشخص باشد.

**ماده ۱۱۳۰** - اشیائی که در آینده پدید می آید، می تواند موضوع تعهد قرار گیرد. با وجود این، ارثیه رانه می توان موضوع قرارداد نهاد و نه می توان از آن چشم پوشی کرد هر چند که با رضایت شخصی باشد که ارثیه ی وی مورد نظر است.

### بخش چهارم

#### پیرامون جهت قرارداد

**ماده ۱۱۳۱** - تعهدات فاقد جهت یا دارای جهت نادرست یا غیرقانونی نمی تواند هیچ اثری داشته باشد.

**ماده ۱۱۳۲** - قراردادی که جهتش طی آن توضیح نشده باشد نیز دارای اعتبار است.

**ماده ۱۱۳۳** - جهت قرارداد، زمانی غیرقانونی است که حسب قانون ممنوع شده باشد یا برخلاف اخلاق حسنه یا نظم عمومی بُوَد.

## نگاهی به چند نمونه سند قدیمی

### اشاره:

چگونگی تهیه و تنظیم متن اسناد بیان کننده ساختار روابط انسانی در هر اجتماع است. آگاهی از اندیشه گذشتگان در مورد صورت و محتوای اسناد چراغ راهی خواهد بود برای آیندگان تا هر چه بهتر به ترسیم موارد مبتلایه اقدام نمایند. اسناد ارائه شده نمونه‌هایی هر چند محدود از دریافت و عملکرد گذشتگان در خصوص تهیه و تنظیم اسناد معاملات است.

نمونه اسناد زیر، از کتاب «دین خرم» تألیف گرانقدر آقای «محسن فرزانه» و از بخش مربوط به واپسین روزهای حکومت صفوی برگزیده شده است. سبک و روش تحریر اسناد و ثبت معاملات و انتقالات خواه قطعی، خواه شرطی، رهن و استیجاری و نیز استشهاد و ترک دعوا بر مبنای فقه شیعه استوار است و عموماً مملو از اصطلاحات و ترکیباتی عربی است که رد پای همان واژگان و اصطلاحات را و یا تغییر یافته آنها را در دوره‌های بعد نیز می‌توان در متون اسناد و نوشته‌های معاملاتی مشاهده کرد. به هر حال به سبب جذابیت و اهمیت موضوع، برخی از آنها را گزیده و آورده‌ایم:

قابل ذکر است که در متن برخی از این اسناد اشتباهاتی مشاهده می‌شود که هویدا نیست در کدامین بار استنساخ دچار تحریف شده است. به هر حال اغلاط متن را در حدود متعارف تصحیح کرده‌ایم و جهت مزید آگاهی عین عبارت کتاب را نیز در پانویس آورده‌ایم.

**۱- طلاق نامچه:** سبب از تحریر این کلمات شرعی و تفسیر این مقالات سمعی آنکه مسمی حسن بن فلان به رضا و رغبت خود طلاق داد منکوحه خود را وهی المسمامة خدیجه خاتون بنت عبدالله را با مهر نوزده مثقال و نیم طلا که در دست داشت خلع کرد و مخالفه درست و شرعی نمود و او نیز به رضا و رغبت قبول کرد از جانبین بدین موجب

از همدیگر جدا شدند و اکنون بینهما بنیونت<sup>(۱)</sup> واقع است و مسماء مذکوره پاگشاده<sup>(۲)</sup> است هر جا که خواهد رود و هر کس را که خواهد شوهر کند هیچ آفریده مانع و مزاحم نشود. این چند کلمه حسب التماس ملتسمه مذکوره قلمی شد تا عندالحاجت حاجت باشد تحریراً فی شهر فلان سنه ۱۱۳۱.

**۲- صورت قباله نامه:** الحمدالله الذى احل البيع و الشرى و حرم الغصب و الربوا الصلوة و السلام على محمد المصطفى<sup>(۳)</sup> و على على المرتضى و اولادهم المزكى النجبا، اما بعد غرض از تحریر و تسطیر این سطور [که] بر سطح این صحیفه مستطر است و مقصد از تحریر این حروف که بر لوح این ذریعه مرتقم است آنکه بفروخت به مبايعه صحیحه شرعیه و متعاقده مرعیه سعادت نصاب عزت مآبی، کد خدا شریف ولد حاجی کوکلی آغداش یک قطعه باغچه توت مع اشجار مثمره و غیر مثمره واقع در محل مذکور که از راه ملکیت برو انتقال شرعی یافته محدود به حدود اربع حد اول شرقاً ملک پر محمد (خدائی) غرباً ملک گل محمد ولدنوری حد ثالث جنوباً شارع عام حد رابع شمالاً نهر کوکل مع جمیع الحدود و الحقوق و المضافات و المنسوبات الخارجیه و الداخيله به مبلغ دو تومان تبریزی وجه رایج الوقت فی البلاد و نصفه تأکیداً له مبلغ یک تومان تبریزی بوده باشد به مسمی نوروز علی ولد محمد الاکوزلوی پادار، بالطوع و الرضا و الرشد و الاختیار و فقدان الاکراه و الاجبار و مشتری مؤمی الیه نیز بخريد و در مجلس عقد اقباض ثمن و مثن گردید. الیوم تصرف مالکانه بای وجه کان و کیف اراد مشتری راست و مشروط بر آنکه هرگاه بعدالیوم من - الایام مدعی غیره بهم رسد - عهده و غرامت آن بر بايع است که رد ثمن و یا تخلیص مثن نماید و ملتزم اسقاط دعوی خیار غبن و ان کان فاحشا نمودند و کان ذلک فی ۳۲ شهر فلان سنه ۱۱۳۰.

**۳- بیع<sup>(۴)</sup> شرط:** غرض از این نوشته آنکه چون عزت مآب مسمی الله ویردی ولد اورج

۱. درس کتاب بنیونت آمده است.  
 ۲. پاگشاده به معنی مطلقه و رها شده.  
 ۳. در متن کتاب محمد مصطفی آمده است.  
 ۴. واو زائد در متن آمده است.

اوج قواقی اغداشی در حضور جمع کثیر و جم غفیر<sup>(۱)</sup> به تاریخ شهر جمادی الثانی سنه ۱۳۱۱ الی وعده انقضای مدت دو ماه هلالی متوالی الایام مبلغ سه تومان تبریزی و مقدار یک من ابریشم شعاری بوزن تیلان از مال سعادت نصاب و تقویت (کیاب) حاجی حسین مرسی در ذمت و رقبه او دین ثابت و لازم است که وجوه مذکور در مدت معلوم تمام و کمال بلاقصور و الانکسار ادا نموده به هیچ وجه من الوجوه به عذری موقوف و معطل ندارد و فیما بینهما شرایط شرعی واقع و جاری بر این گردید که هرگاه وجه مزبور را برب المال ادا و استیفاء نموده باشد موازی دو باب دکه مدیون مزبور واقعه در اراضی اوج قواقی و نصف نهر مذکور به صیغه شرط که در عقد بیع ملا حسین مزبور است تصرف مالکانه نماید بای وجه شاء و کیف اراد و کدخدا ولی مزبور دیگر به علت ملکیت پیرامون املاک و نهر مذکور نگردیده<sup>(۲)</sup> متعرض نشود و کان ذلک فی تاریخ المسبوق.

**۴- جهت محضرنامه<sup>(۳)</sup>:** استشهاد و استخبار و استعلام می رود از ملک و کدخدایان و ارباب و اهالی و متوطنین و غیرذلک مذکوره ذیل آغداش بر آنکه امروز دنیاست و فردا بازار قیامت است و پای میزان عدالت که قبل از این جماعت شیخ زاده لویپادار آمده موازی چند قطعه زمین بیاض به نحوی از رعایا و محل مزبور ابتیاع و سابقاً در ایام عرب خان که رعایای محل مذکور از تعدی و تشدد و تحصیل داران و برات داران تفرقه یافته و جماعت شیخ زاده لوی پادار رعایای مزبور<sup>(۴)</sup> را که اطراف باغ غرس نهال توت نموده آبادان کرده و متصرف شده‌اند و در این وقت که رعایای محل مزبور به عدالت نواب عالی به مکان اصل خود آمده‌اند جماعت شیخ زاده لوی پادار بر رعایای محل مزبور مدخل نمی دهند هر کس از این معنی اطلاع داشته باشد اسم خود را در حواشی این صحیفه قلمی نماید که انشاءالله تعالی عندالله و رسوله ضایع نشود. این چند کلمه بر سبیل محضر نامه قلمی شد. تحریراً فی شهر صفر سنه ۱۱۳۱.

۱. در متن جم غفر آمده است - جم غفر به معنای مردم زیاد است.

۲. در متن گردیده آمده است. ۳. منظور استشهادیه است.

۴. در متن مذبور آمده است.

**۵- جهت ترک دعوی:** غرض از این نوشته آنکه چون عزت آثاری کدخدا محمدخان خاچمری زراعتگاه گلکی واقعه در اراضی کرس با مسمیون ولدان غضنفر دعوی استحقاق می نمود بعد از قیل و قال بسیار و گفت و شنید بیشمار جماعت مصلحین خیراندیش و ذات به حسب اقتضای الصلح خیر مصلحت کردند مبلغ پنجهزار دینار تبریزی به مدعی داده در حضور جمع کثیر و جماعت غفیر<sup>(۱)</sup> قطع منازعه و مناقشه نمودند و هرگاه بعد الیوم من الایام مدعی مزبور<sup>(۲)</sup> آمده با مشارالیه از اراضی مذکور ادعای مجدد نموده باشد حرف مومی الیه به مرتبه بطلان آرمیده مسموع<sup>(۳)</sup> شریعت غران شود این چند کلمه به جهت ترک دعوی قلمی شد. تحریراً فی شهر فلان سنه ۱۱۳۱.

**۶- جهت محضر:** باعث بر تحریر این کلمات شرعی آنکه چون دعوی که درباب ارث فیما بین شخص قوجه نام و شخص ولی نام اخی (صوفی لوی) پادار واقع، در این وقت باتفاق یکدیگر به مجلس شرع انور حاضر شدند و ادا نمودند بنا بر حدیث نبوی علیه الصلوات و السلام و البینه<sup>(۴)</sup> للمدعی و الیمین علی من انکر به، مسمی قوجه مدعی مزبور<sup>(۵)</sup> را بینه لازم شد و از ثبوت قول خود عاجز ماند و قسم متوجه مدعی علیه گردید و مدعی مذکور از سر تحلیف برخاسته بوساطت مصلحین خیراندیش به مبلغ سه هزار دینار تبریزی مصلحت نمودند قطع نزاع حاصل گشت و مدعی به وصول وجه مصالحه معترف شد و هرگاه بعد الیوم من الایام فیما بین ایشان درین باب دعوی و نزاعی بوده باشد باطل و عاطل از درجه اعتبار ساقط بوده مسموع شریعت غرا نشود. تحریراً فی شهر فلان سنه ۱۱۳۱.

۱. در متن فقیر آمده است.

۲. در متن مذبور آمده است.

۳. در متن مسموم آمده است.

۴. در متن البینه آمده است.

۵. در متن مذبور آمده است.



---

## معرفی کتاب

---

از: مسعود حبیبی مظاهری

معرفی کتاب؛ «دوره مقدماتی حقوقی مدنی، ارث» تألیف دکتر ناصر کاتوزیان، تهران، نشر دادگستر، چاپ اول؛ پاییز ۱۳۷۶ - ۲۳۸ ص.

وصیت و ارث دو مبحث اصلی از مباحث حقوق مدنی به شمار می‌روند که به طور عمده با وضعیت دارائی‌های انسان پس از مرگ ارتباط داشته و قواعد حاکم بر چگونگی انتقال دارائی‌های مذکور را بیان می‌کنند. اما از این دو مبحث که قانون مدنی کشور ما در جلد اول، قسمت چهارم از کتاب دوم بدان پرداخته است، وصیت به این دلیل که حاکمیت اراده در آن نقش اساسی دارد و ناظر به وضعیتی است که شخص متوفی پیش از مرگ خود، طرح آن را افکنده است در ذیل عموماً عقود و تعهدات قرار می‌گیرد و قواعد آن از آنچه در مبحث تعهدات و قراردادهای مطالعه می‌شود چندان دور نیست. اما برخلاف آن، ارث که به موجب ماده ۱۴۰ ق.م. یکی از چهار اسباب تملک به شمار آمده است، از ظرافت‌ها و پیچیدگی‌های خاص خود برخوردار است که شباهتی با آنچه در مبحث تعهدات و قراردادهای مورد مطالعه و بررسی قرار می‌گیرد، ندارد. به عبارت دیگر قواعد عقود و ایقاعات در اینجا راهی ندارند و لذا مبحث ارث در حقوق مدنی از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است و این همه ناشی از چند چیز است:

نخست آنکه در مبحث ارث از انتقال قهری اموال سخن گفته می‌شود و چنانکه گفتیم حاکمیت اراده در آن چندان نقشی ندارد. به همین دلیل قواعد حاکم بر ارث در حقوق از جمله قواعد امری به شمار می‌روند که توافق برخلاف آن جایز نیست و این خود اهمیت آن را از لحاظ جامعه و قواعد نظم عمومی نشان می‌دهد.

دوم آنکه ارث که از نهادهای وابسته به احوال شخصیه است، هیچ ارتباطی به حقوق بیگانه ندارد و مقررات آن از آداب، رسوم، سنن ملی و مذهبی ناشی می‌شوند. قواعد ارث در حقوق کشور ما نیز از این امر مستثنی نیست و تماماً برگرفته از فقه امامیه است. سوم آنکه ترتیبی که برای مصارف ترکه در نظر گرفته می‌شود، در تعیین وراثت و میزان سهم الارث آنها هم از قواعد خاصی پیروی می‌کند که ویژه ارث در حقوق مدنی است و هم تا حدودی - اگر چه ساده و نه چندان عمیق - نیاز به آشنایی با ریاضیات دارد و این خود باعث می‌شود فراگیری قواعد ارث و تسلط بر آنها حوصله، دقت و ممارست بیشتری را طلب کند. از این گذشته نویسندگان قانون مدنی نیز با تمام تلاشی که جهت بیان ساده و در عین حال کامل مقررات ارث نموده‌اند، گاه دچار لغزش‌های کوچکی شده و در تحریر برخی مواد قانون به شیوه‌ای عمل کرده‌اند که مبتدی را به اشتباه می‌افکند.

بالاخره این که با تمام ویژگی‌های خاص این رشته، برای حقوقدان و کسانی همچون قضات، وکلای دادگستری و سران دفاتر اسناد رسمی که وظیفه‌شان بکار بستن قواعد و مقررات حقوقی در مسائل عملی است؛ آشنایی و تسلط بر قواعد ارث از اهمیت بسیاری برخوردار است. چرا که در بسیاری از دعاوی، قراردادهای و معاملات حقوقی از دانستن آن‌گزیری نیست. به علاوه معمولاً دانشجویان حقوق مباحث مربوط به عقود و تعهدات را در چند نیمسال تحصیلی فرا می‌گیرند و تکرار عمومات این مبحث در دروس مختلف موجب می‌شود به تدریج قواعد عقود ایقاعات ملکه ذهن آنها شده و آسانتر بر آنها تسلط یابند؛ حال آنکه قواعد ارث تنها در یک نیمسال تحصیلی تدریس می‌شوند و دانشجویان کوتاهتری برای تسلط بر قواعد آن دارد.

اکنون با توجه به تمامی آنچه که ذکر شد، میتوان گفت که مطالعه مبحث ارث در حقوق مدنی برای مبتدی و دانشجویان اندکی دشوارتر می‌نماید و از این رو تهیه و تدوین متون درسی در باب ارث که با طبقه‌بندی موضوعات و دسته‌بندی مسائل مختلف و شرح و توضیح قواعد و نظریه‌های حاکم در مبحث ارث، طی این راه را سهل نماید و

در عین حال پاسخگوی سوالات و نیازهای جامعه حقوقدان کشور باشد؛ از ضرورت بسیاری برخوردار است.

کتاب ارث تألیف دکتر ناصر کاتوزیان که از سری «دوره مقدماتی حقوق مدنی» است، کتابی است که ویژگی‌های مذکور را داشته و می‌تواند مورد استفاده مبتدی و منتهی، هر دو واقع شود. در مقدمه نخستین چاپ از جلد اول دوره مقدماتی حقوق مدنی تألیف دکتر کاتوزیان آمده است: «دوره مقدماتی حقوق مدنی... کتابی است که به منظور تعلیم حقوق به مبتدیان فراهم گشته و به همین جهت نباید انتظار طرح مسائل عمیق را در آن داشت، ولی نویسنده کوشیده است که غالب خصوصیت‌های یک کتاب درسی در آن جمع باشد.»

کتاب ارث نیز اگر چه از طرح مسائل عمیق خالی نیست، به نظر می‌رسد که به دنبال دستیابی به همان هدف نوشته شده و ویژگی‌های یک کتاب درسی و تعلیمی را داراست. عنوان‌های اصلی کتاب عبارتند از: مقدمه شامل: مفهوم ارث و تمیز قانون حاکم بر ارث فصل اول، تحقق ارث شامل دو مبحث، مبحث اول زمان تحقق، مبحث دوم مکان تحقق ارث، فصل دوم، موجبات ارث (اسباب، شرایط و موانع) شامل سه مبحث، مبحث اول قرابت (سبب) مبحث دوم شرایط ارث، مبحث سوم موانع ارث (بی‌لیاقتی وارث)، فصل سوم، اداره و انتقال ترکه شامل دو مبحث، مبحث اول ترکیب و تصفیه ترکه، مبحث دوم تملک وارثان، فصل چهارم، تقسیم ترکه و سهام وارثان مشتمل بر سه مبحث، مبحث اول ارث به فرض، مبحث دوم ارث به نسب، مبحث سوم ارث به سبب - میراث همسر، مبحث چهارم آیین تقسیم ترکه به نسب سهام و بالاخره کتاب با فهرست تحلیلی مطالب و فهرست الفبایی مطالب پایان می‌یابد.

توجه و پرداختن به مسائل و موضوعاتی که جای آن در دیگر کتب نوشته شده در زمینه ارث خالی است، موجب شده که کتاب ارث - که نخستین اثر مستقلی است که استاد کاتوزیان در این زمینه به رشته تحریر درآورده‌اند - نسبت به سایر آثار در این مبحث، ممتاز جلوه کند. به عنوان مثال بخشی از کتاب به ذکر مسائل مربوط به تعارض

قوانین در زمینه ارث پرداخته است که بسیار جالب بوده و بر جامعیت این تألیف می‌افزاید. نویسنده در مقدمه ضمن طرح بحث تمییز قانون حاکم بر ارث، اشاره می‌کند که در موارد عادی دشواری خاصی در این زمینه وجود ندارد و قانون مدنی، قانون امور حسبی و در صورت نقص هر یک، قواعد فقه امامیه، قانون حاکم را تعیین می‌کنند. دشواری زمانی آغاز می‌شود که ایرانی، مذهبی غیر از اسلام داشته و یا مسلمان شیعه نباشد و یا در خارج ایران فوت کند و یا بیگانه‌ای در اقامتگاه خود در ایران فوت کند و یا قانون حاکم بر ارث تغییر نماید. بنابراین در فصل مقدماتی کتاب، به فراخور حجم کتاب از تعارض قوانین و قواعد احاله، وضعیت ایرانیان غیر شیعه و تعارض قوانین در زمان بحث شده است.

از ویژگی‌های دیگر کتاب؛ شرح و بسط نظریه قائم مقامی در ارث در فصل دوم است که خلاء آن در دیگر کتب ارث موجود در بازار کتاب احساس می‌شد. دیگر اساتید اگر چه به تبع قانون مدنی، به مسئله قائم مقامی در ارث اشاره کرده‌اند، اما جای بحثی مستوفی در این مورد همواره خالی بود. در بخش مذکور از کتاب، نخست به تعریف و ذکر قلمرو قاعده قائم مقامی پرداخته شده، سپس از مسئله جمع اجرای این قاعده و اصل تقدم وارث نزدیک‌تر صحبت شده است و به دنبال آن شرایط قائم مقامی و آثار آن مورد بحث قرار گرفته‌اند.

پرداختن به موضوعات مربوط به آیین دادرسی و امور حسبی همچون گواهی حصر وراثت و اعتبار و آیین رسیدگی آن و مسائل مربوط به تحریر و تصفیه ترکه و آیین تقسیم آن بر جامعیت کتاب افزوده است.

آنچه به هنگام مطالعه کتاب ارث، توجه خواننده را به خود جلب می‌کند، بیان نظریات انتقادی است که نسبت به شیوه قانونگذاری و تدوین مواد قانونی و یا فلسفه قوانین ابراز شده و در جای جای کتاب به چشم می‌خورد. به عنوان مثال به هنگام نقد نظریه حجب و بیان این نکته که احکام حجب حرمانی چیزی جز اجرای قاعده وراثت در مصداق‌های خارجی آن نیست، در صفحه ۶۱ کتاب می‌خوانیم: «یکی از مهمترین

اصل‌های تفسیر و تدوین این است که احکام پراکنده چنان تنظیم شود که زمینه‌ای همگون و یکدست فراهم آید، گروهی از قواعد که یک هدف را دنبال می‌کنند و در اجرای اصلی عام‌تر به کار می‌روند و در مجموع به "سازمان یا نهاد حقوقی" تعبیر می‌شود. چیدن سلسله‌ای از استثناها و پراکندگی‌ها در کنار هم با هنر تألیف و تدوین مخالف است.»

همچنین نقد قانون مدنی در مبحث موانع ارث صفحه ۱۰۶ از جمله انتقادهایی است که نویسنده به شیوه قانون‌نویسی و نحوه تدوین و تنظیم مواد قانون مدنی وارد آورده است.

همچنین در بخش‌هایی از کتاب ایراد بر نظریات اجتماعی و اخلاقی که مَقْنَن را به هنگام تدوین مقررات ارث، جهت داده است؛ مورد توجه قرار گرفته است. نویسنده به هنگام بحث از میراث زن؛ با اشاره به تحولات اقتصادی، اجتماعی و اخلاقی و توجه به مهندسی اجتماعی و در نظر گرفتن مصالح و منافع و درخواست‌های مطرح در جامعه، تبعیض‌هایی را که نسبت به ارث زوجه در قانون وجود دارد، مورد بحث قرار داده است و در جستجوی راه‌حلی اسلامی برای این معضل به دو نکته اشاره می‌کند: نخست آن که رأی فقیه را باید از حکم شرع تمیز داد و دیگر آن که حقوق در کشور ما توان تحمل نظریات نو را به ویژه زمانی که با فتاوی معتبری از فقیهان همراه باشد، دارد. نویسنده در صفحه ۲۱۲ کتاب ضمن بحثی فقهی - حقوقی در مورد وضع ارث زن، امکان تحول قانونگذاری را بررسی کرده است.

فصل چهارم کتاب که درباره سهام وارثان نوشته شده، در سه مبحث ارث به فرض، ارث به نسب و ارث به سبب، شقوق مختلف سهام وارثان و میزان سهم الارث هر یک را شرح داده در هر طبقه از وارثان، سهام هر صنف را به طور منفرد یا در حالت اختلاط با اصناف دیگر بررسی کرده است و گاه نیز با زبان ریاضیات به ذکر مثال‌هایی برای نزدیک ساختن ذهن خواننده به مقصود خود پرداخته است. با این وجود ذکر نکته‌ای درباره کتاب خالی از فایده نخواهد بود و آن این که فصل چهارم مربوط به سهام وارثان بسیار به

اختصار برگزار شده و قسمت اختصاص یافته به این موضوع نسبت به کل حجم کتاب، کوچک به نظر می‌رسد. اساساً شیوه نویسنده بیان و شرح تک‌تک مواد قانون در بحث ارث نیست، به همین جهت خواننده‌ای که گاه به هنگام مطالعه ارث در قانون مدنی با ابهام‌هایی روبه‌رو می‌شود که بعضاً نیز ناشی از شیوه نگارش مواد قانونی است، پاسخ خود را در کتاب نمی‌یابد؛ به ویژه که این کتاب برخلاف بسیاری از آثار دیگر نویسنده فاقد فهرست قوانین و مقررات است. به عنوان مثال قسمت اخیر ماده ۹۱۳ ق.م. که می‌گوید: ... و مابقی ترکه طبق مقررات مواد قبل مابین سایر وارث تقسیم می‌شود؛ به گونه‌ای نوشته شده که درباره سهم الارث مادر که وارث فرض بر طبقه اول است شبهه‌ای را در ذهن خواننده القاء می‌کند و این تصویر را پدید می‌آورد که سهم مادر از مابقی ترکه و پس از اخراج سهم زوج یا زوجه، داده می‌شود حال آن که چنین نیست. با مراجعه به کتاب می‌بینیم که نویسنده بدون اشاره به این مسئله، ماده ۹۱۳ و دو ماده دیگر پس از آن را صرفاً نقل می‌کند و هیچ توضیحی درباره آن‌ها نمی‌دهد. در موارد دیگر نیز این مسئله به چشم می‌خورد. به عنوان مثال بنگرید به صفحه ۱۸۹ کتاب به هنگام بحث از قواعد حاکم بر تقسیم در سهم الارث وراث طبقه سوم که ۶ ماده از قانون بدون هیچگونه توضیحی صرفاً به دنبال هم ذکر شده‌اند.

قابل ذکر است که اگر هدف نویسنده از نگارش کتاب را مورد توجه قرار دهیم و اینکه "دوره مقدماتی حقوق مدنی" جای طرح مسائل عمیق نیست و بیشتر جنبه درسی و تعلیمی برای دانشجویان دارد، موارد فوق نقصان کتاب نیست بلکه توجه و التفات به سطح دانشجوی حقوق و پرهیز از سوق دادن وی به وادی سردرگمی محسوب می‌شود. و بالاخره این که کتابی با این محتوای پرارزش و زحمت بسیار که در تحقیق و بررسی مطالب آن صورت گرفته است، فاقد فهرست مآخذ و منابع می‌باشد. خواننده محقق به هنگام مراجعه به منابع وسیع و معتبر فقه امامیه و کتب حقوق خارجی که در زیرنویس‌ها به آن‌ها ارجاع داده شده و خود بر ارزش اثر افزوده است، متأسفانه نمی‌داند به کدام چاپ و کدام ویرایش از منبع مورد ارجاع باید مراجعه کند.

## دست همکاریتان را می‌فشاریم

در اولین شماره گفتیم که پیش از انتشار شماره اول، برخی از همکاران که از چند و چون کار کمابیش آگاهی یافته بودند، از همان آغاز به کمک ما شتافتند و با ارسال نامه، مقاله، خبر، گلایه‌گونه و شعر، در واقع در کار نشر مجله خود، مشارکت نمودند. ضمن سپاسگزاری از این یاری و محبت صمیمانه و بی‌شائبه، و جلب توجه کسانی که مایل به نشر مقالاتشان در این ماهنامه هستند، به ضوابط مقالات قابل نشر، توجه خوانندگان گرامی را به خلاصه‌ای از نام‌ها و مقالات رسیده جلب می‌کنیم:



### ○ آقای نقشبندی سردفتر دفترخانه شماره ۸۰ ارومیه

تصاویری از مکاتبات خود و برخی از همکاران را با وزارت امور اقتصادی و دارایی، اداره حقوقی دادگستری، اداره ثبت اسناد و املاک، پیرامون برخی از مسائل شغلی برای ماهنامه کانون ایفا داشته‌اند. ایشان در مکاتبه خود با وزارت امور اقتصادی و دارایی شیوه و روش خاصی را برای اخذ مالیات دفاتر پیش‌نهاد کرده است و در نامه دیگر نیز از اداره حقوقی دادگستری جویای راه حل عملی و شرعی برای تنظیم اسنادی است که طی آن مهریه زوجه افزایش می‌یابد. و در نامه سوم با برخی دیگر از همکاران، در نامه سوم، به ابراز نظر در زمینه چگونگی تعلق حق بیمه و بازنشستگی به حق التحریر پرداخته‌اند. امیدواریم تا زمانی که این سطور به چاپ می‌رسد. دوستان ما از مکاتبات خود نتیجه مطلوب را گرفته باشند.

### ○ آقای محمد علی اختری همکار دانشور و سردفتر دفترخانه ۱۲۲ تهران

طی نامه‌ای چندین صفحه‌ای، بیست و یک مساله، ایراد، پیشنهاد و طرح را برای ما فرستاده است. ایشان در این اوراق، با تذکر این نکته که حسب ماده پنج قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۵۴ تاسیس دفترخانه جدید به ازاء هر بیست هزار نفر سکنه شایسته است، راجع به تعداد روزافزون دفاتر اسناد رسمی حدی قائل شده، نظراتی را ارائه داده‌اند. مالیات مشاغل سردفتران، اطلاع بر بخشنامه‌های پس از ۶۵/۷/۱، ضرورت تعلق مبلغی از حق‌الثبت به سردفتران در جهت جبران زیان‌های احتمالی ایشان و مطالبی از این دست در ضمن آن مرقومه موضوع بحثی موجز قرار گرفته است. راستش حیفمان می‌آید که در حدود بیست و یک سوژه و موضوع قابل قلم‌فرسائی، به همین سهولت و با بیانی خلاصه، از دست برود. امید است که ایشان خود با ارسال مقالاتی تحلیلی در مورد هر یک از مطالب عنوان شده، به کمک ما بیایند.

### ○ آقای سید جمال‌الدین نجاتی، دفتریار دفترخانه شماره ۴۳ مشهد

مقاله شیوایی در زمینه قلمرو شمول اصل چهار قانون اساسی برای ماهنامه ارسال داشته‌اند که در آن با قلمی شیوا به تحلیل موضوع پرداخته‌اند. همچنین پیرامون دامنه صلاحیت شورای نگهبان در زمینه مقررات پیشین و امور دیگری از این دست نیز به تفصیل سخن گفته‌اند. اگر مقاله فوق به موقع - همزمان با بحث داغ جراید در زمینه صلاحیت شورای نگهبان - به دستمان می‌رسید، طبعاً صفحاتی چند از ماهنامه را به خود اختصاص می‌داد. با امید آن که مقالات دیگری را به موقع از آقای نجاتی دریافت کنیم.

### ○ سید حسین عباسپور، سردفتر دفاترخانه ۱۵ شیراز

با مهربانی بسیار پس از آگاهی از انتشار قریب‌الوقوع شماره اول ماهنامه کانون، با ایفاد قطعه‌ای غراً و فصیح تحت عنوان «تولد دیگر فرهنگ کانون ما» به ما تهنیت گفته‌اند. برای آن که دیگر همکاران ارجمند و خوانندگان گرامی نیز همچون ما از زیبایی و فصاحت و صنایع ادبی سروده آقای سید حسین عباسپور لذت ببرند، چند بیت از آغاز و انجام آن سروده زیبا را به چاپ می‌رسانیم:

#### تولد دیگر در فرهنگ کانون

ز شـیراز مـهد ادیـبان فرستم	با ژباب کلک و بنان شاد باشی
سرودی ز نای هزاران فرستم	زبستان سعدی، زگلزار حافظ

.....

.....

زدل آفرین فراوان فرستم	بدان دانشی مردم نیک محضر
ببال هزاران غزلخوان فرستم	بهل تا بهار آید و تهنیت را
سوی بارگاه سلیمان فرستم	یکی چامه در دست بلقیس شادی
سحر بانسیم بهاران فرستم	بهاریه‌ای همزه خرمی گل
سلامی به شاه خراسان فرستم	چه زبنده، باشد که ختم سخن را
هدایت بر دریای عمان فرستم	مگر گوهری در خور همت خود

تازه چه خبر؟

## رأی تازه‌های پیرامون «وکالت»

---

چنان که غالب همکاران ارجمند شاهدند، بنا به اسباب گوناگون، تنظیم اسناد وکالت در مورد انتقال اموال منقول و غیر منقول، مدت‌هاست مورد توجه و درخواست مراجعان دفاتر اسناد رسمی است. و ویژگی‌های این عمل حقوقی، که در جهت آسان‌گیری بر متعاملین وضع شده است، به هر حال چه با حسن نیت و چه با سو نیت، غالباً مدتی پس از امضای سند وکالت، مورد استفاده‌ی ایشان واقع می‌گردد. چنان که برای مثال، موکل پس از امضای سند وکالتی که موضوع آن انتقال غیر منقولی است و ضمن آن سند، حق عزل وکیل را نیز از خود سلب نموده، گاه با ایفاد تلگرام، پیام پست تصویری و گاه اظهارنامه درخواست عزل وکیل خود را می‌کند. یا اعلام می‌کند که وی را عزل نموده است. عملکرد همکاران ما، در برخورد با این اقدامات یکسان نیست. و توجیه و تحلیل مقامات سازمان، ثبت نیز، از این گونه اقدامات، بازتابی که بدان‌ها نشان داده می‌شود و باید نشان داده شود، دست کم برای همه، چندان واضح نیست از این رو، همواره هر یک از ما که در مقابل وصول چنین پیام‌ها و تلگرام‌هایی قرار می‌گیریم، به عنوان امری تازه و جدید نیازمند اندیشه و جستجوی دوباره‌ی راه‌حل، مساله هستیم.

اخیراً اما آگاه شدیم که در دادگاه بدوی انتظامی سردفتران و دفتریاران منطقه تهران با پرونده‌ی سردفتری مواجه شده است که پس از وصول پیام چنان موکلی، مراتب را در حاشیه سند تذکر داده است که در نتیجه وکیل نتوانسته است به انجام معامله‌ی منظور خود موفق شود و لذا به طرح شکایت دست زده است. حسب اطلاع دادگاه بدوی

فوق‌الذکر با ژرفانگری به جایی عمل سردفتر یاد شده را نادرست دانسته. یعنی دادگاه حسب اطلاع، بر آن است که تلگرام، نامه‌ی سفارشی و اظهارنامه و مشابه آن‌ها نظر به آن که اسنادی عادی به شمار می‌آیند، تاب مقابله با سند رسمی - وکالت را ندارند و سردفتر تنظیم کننده‌ی سند وکالت نبایستی با دستاویز وصول چنین دستوراتی سند وکالت را حاشیه‌نویسی نماید و مانع انجام اعمال وکیل گردد. نظر به اهمیت چنین تصمیم و حکم مترقی و قابل توجهی، کوشش داریم در شماره آینده خلاصه‌ی متن قلم را به چاپ برسانیم و از اصحاب نظر استدعای بحث و بررسی و اظهار نظر پیرامون آن را داشته باشیم.

## ماهنامه کانون

حقوقی (تحلیلی، پژوهشی و خبری)

صاحب امتیاز: کانون سردفتران و دفتریاران

مدیر مسئول: عباس سعیدی

زیر نظر: هیأت تحریریه

رئیس هیأت تحریریه: ب - رازانی

نشانی: تهران خیابان استاد مطهری، مقابل سنائی

صندوق پستی ۱۱۵۱-۱۴۳۳۵

۸۰۳۴۷۷۴-۸۷۱۵۲۷۷ ☎

چاپ: واژه آرا - تلفن: ۸۷۴۴۷۱۶

سال چهل و یکم - دوره‌ی دوم شماره دو

بهای تک فروشی؛ ۴۵۰ تومان