

مجله کانون

حقوقی (تحقیقی، پژوهشی)

سال ۴۶، دوره دوم، شماره ۴۲

نشانی دفتر مجله:	صاحب امتیاز:
تهران، خیابان استاد مطهری،	کانون سردفتران و دفتریاران
مقابل خیابان سنایی، پلاک ۲۸۳	مدیر مسئول:
صندوق پستی: ۱۴۳۳۵/۱۱۵۱	عباس سعیدی
تلفن و دورنگار: ۸۷۲۸۷۵۵	با همکاری هیأت تحریریه
تلفن همراه: ۰۹۱۱۲۲۰۹۶۹۷	سردبیر: محمد علی اختری
حروفچین و صفحه‌آرا: لطیفی	همکاران این شماره:
لیتوگرافی: کورش	سید جلیل محمدی، مصطفی‌السان، ایرج نجفی،
چاپ: مهنا	سید فریدالدین محمدی، محمد علی اختری،
تیراژ: ۲۰۰۰ نسخه	علیرضا ایمانی پیرآغاج، اسماعیل اسماعیل‌زاده،
بها: ۶۰۰ تومان	مرتضی محمد حسینی طرقي، علیرضا علی‌اکبر

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

- بالا بردن سطح دانش و آگاهیهای سردفتران و دفتریاران
- اجرای دستور ماده ۲۹ قانون دفاتر اسناد رسمی
- ایجاد رویه واحد در طرز اعمال قوانین از طریق درج نظریه‌های حقوقی و قضایی
- نقد علمی و تحقیقی در مسائل حقوقی و قضایی
- بحث در قوانین خارجی و شرح و تطبیق آنها
- درج عقاید علمای حقوق و رویه قضایی کشورها
- نشر برخی از قوانین و مقررات رسمی و آرای دادگاهها
- انتشار سخنرانیها و مصاحبه‌های علمی و حقوقی
- رفع مشکلات شغلی و حرفه‌ای سردفتران و دفتریاران
- مجله از پس فرستادن مقالات ارسالی معذور است.
- مجله در تلخیص و ویرایش مطالب ارسالی آزاد است.
- مقالات مجله صرفاً بیانگر آراء و نظریات نویسندگان است.
- نقل مندرجات مجله با ذکر مأخذ آزاد است.

فهرست مندرجات

صفحه	عنوان
۷	برای تیمن..... برگرفته از: بحار الانوار
۱۱	نگرشی به معاملات با حق استرداد و بررسی ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت و مقایسه آن با بعضی از مواد قانون مدنی..... ایرج نجفی
۲۷	نظری اجمالی به کتاب «مدارک و مستندات لازم برای تنظیم اسناد رسمی»..... اسماعیل اسماعیل زاده
۳۵	گونگون بودن عقد صلح در قانون مدنی..... مرتضی محمد حسینی طرقی
۵۵	اسرار تجاری رایانه‌ای..... مصطفی السان
۷۱	سردفتران و تشکیلاتشان در آلمان..... علیرضا علی اکبری
۸۳	جستاری از حقوق مدنی - مبیع (۳)..... علیرضا ایمانی پیرآغاچ

- ۹۷ تاریخچه کاپیتولاسیون در ایران و پی‌آمدهای آن
محمد علی اختری
- ۱۱۳ هشدارهای انتظامی
سید جلیل محمدی
- ۱۲۱ پاسخی بر نقد (نمونه سند: اقرار به وصول مهریه
سید فریدالدین محمدی

برای تیمن

برگرفته از: بحار الانوار^۱

۱. علامه مولیٰ محمد باقر مجلسی (ره)، کتاب الروضه در مبانی اخلاق، ترجمه سید عبدالحسین رضایی، ج ۱۷، انتشارات کتابفروشی اسلامیة.

ابی ذئب از ابی صالح عجلی روایت کرده که گفت: حاضر بودم در محضر امیرالمؤمنین - که خدای چهره‌اش را گرامی دارد - و آن حضرت سخنرانی می‌فرمود: پس از ستایش خدای تعالی و درود بر محمد و آل محمد، ای گروه مردمان، همانا خدا بسوی شما رسول فرستاده یا به واسطه او مرضهای شما را برطرف کند و شما را از خواب غفلت بیدار کند و همانا ترسناک‌ترین چیزی که بر شما می‌ترسم پیروی هوس و درازی آرزوست. اما پیروی هوس شما را از حق جلوگیری می‌کند و اما درازی آرزو آخرت را از یادتان می‌برد. آگاه باشید که دنیا کوچ کرده و پشت‌کننده است و آخرت رو آورده و برای هر یک از این دو فرزندی است. پس، از فرزندان آخرت باشید و از فرزندان دنیا مباشید، زیرا که امروز کردار است بدون حساب و فردا حساب است بدون کردار، بدانید که شما مرد گانید و پس از مرگ برانگیخته می‌شوید و بر کردارتان از شما حساب می‌کشند و به آن کردار مجازات می‌شوید. زندگی دنیا شما را فریب ندهد به خدای بزرگ زیرا که دنیا خانه‌ای است پیچیده در بلا و فریب که زندگی در آن نکوهش گردیده، آسایش در آن ناپایدار است. مردمان دنیا در دنیا نشانه‌های مرگند و تمام اهل دنیا و مرگشان مقدر شده و بهره‌شان از ناراحتیهای دنیا بسیار است و شما ای بندگان خدا در راه گذشتگانید و راه آنان که به پایان رسیده‌اند از آنان که عمرشان از شما درازتر بود و از شما دلیرتر و دیار را آبادکننده‌تر بودند بامداد کردند که بدنهایشان پوسیده و دیارشان خالی و نشانه‌هایشان نابود. کاخهای محکم و سنگی را با گورستانها و همسایگی کرمها عوض کردند در سرایی که ساکنش غریب و جایش نزدیک در میان مردمی بیمناک و ستمگر که انس به یکدیگر نمی‌گیرند و یکدیگر را

زیارت نمی‌کنند، مانند همسایگان رفت و آمد ندارند، با اینکه به یکدیگر نزدیک و خانه‌هاشان دیوار به دیوار است.

چه طور میانشان رفت و آمد باشد که آسیای کهنگی آنان را آرد کرده و ریگها و خاکهای قبر بر آنان سایه انداخته، بامداد کردند بعد از زندگی در حال مردگان و بعد از زندگی خوش جسد بی جان به طوری که دوستانشان اندوهگین شدند، جای در خاک گرفتند، کوچ کردند، دیگر باز نمی‌گردند، آرزوی برگشتن نمودند و فاصله میان آنان و آرزویشان کلمه کلاً است: «کلا انها کلمة هو قائلها و من ورائهم برزخ الی یوم یبعثون»^۱.
ابو نعیم این سخنرانی را در کتاب معروفش به (حلیة) نوشته است.

۱. سوره مؤمنون، آیه ۱۰۰: نه چنانست زیرا که آن کلمه‌ای است که گوینده آن است و از پیش ایشان حایلی است تا روز قیامت.

**نگرشی به معاملات با حق استرداد و بررسی ماده ۳۴
اصلاحی قانون ثبت و مقایسه آن با بعضی از مواد قانون مدنی**

ایرج نجفی*

نگرشی به معاملات با حق استرداد و بررسی ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت و مقایسه آن با بعضی از مواد قانون مدنی

مقدمه

قبل از ورود به بحث، باید تعریف جامعی از معاملات با حق استرداد و انواع آن داشته باشیم. حق استرداد، از نظر تعریف حقوقی «حقی است که، به موجب آن مدیون در معاملات با حق استرداد می‌تواند با رد طلب بستانکار، خود مال مورد وثیقه را تحت تصرف کامل خود درآورد.»^۱

بنابراین معاملات و قراردادهایی که به موجب آن مال یا ملکی وثیقه دین یا به عنوان ضمانت قرار گرفته باشد، مشمول مقررات مربوط به معاملات با حق استرداد می‌باشد.^۲

یکی از خصوصیات بارز معاملات با حق استرداد این است که مال مورد وثیقه به موجب این عقد، از مالکیت مالک اولیه خارج نمی‌گردد و به همین دلیل قانونگذار در ماده ۳۳ قانون ثبت، حق تقاضای ثبت ملک را به انتقال دهنده داده است. البته لازم به ذکر است که عنوان «معاملات با حق استرداد» اصطلاح حقوقی جدیدی است که در مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت ایجاد شده است.

۱. دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، شماره ۱۷۳۲.

۲. ماده ۱۱۳ آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی.

تدوین مواد اخیر و ایجاد عنوان و اصطلاح جدید مذکور به منظور سلب اثر تملیکی از بیع شرط برای جلوگیری از تقلب نسبت به قانون صورت گرفت^۱ و معاملات وثیقه‌ای عنوان کلی دیگری است که به این نوع معاملات داده شده و آن عبارت است از: «هر معامله‌ای که به موجب آن شخصی (اعم از اینکه مدیون باشد یا نه) عین مال منقول یا غیرمنقول خود را وثیقه انجام عملی قرار دهد خواه آن عمل رد طلب باشد یا عمل دیگر و خواه آن طلب ناشی از قرارداد باشد خواه نه»^۲.

بررسی اجمالی ماده ۳۴ قانون ثبت

عمده‌ترین عملیات اجرایی، مربوط به اسناد رسمی وثیقه‌ای (شرطی و رهنی) در قوانین ثبت، مربوط به ماده ۳۴ اصلاحی ۱۳۵۱ و تبصره‌های ذیل آن می‌باشد که ظاهراً با بعضی از قوانین مدنی از جمله مواد ۷۷۱، ۷۷۴، ۷۷۹، ۷۸۱ و... در تعارض بوده که در جای خود قابل بحث و بررسی است و در مقام مقایسه به بعضی از مواد آن ذیلاً اشاره می‌گردد. با توجه به ماده ۳۴ قانون ثبت، در معاملات شرطی و رهنی در صورتی که بدهکار ظرف مهلت مقرر در سند، بدهی خود را نپردازد، بستانکار با مراجعه به دفترخانه تنظیم کننده سند، نسبت به صدور اجراییه اقدام خواهد کرد... و اجراییه صادره از طرف دفترخانه مذکور به اداره ثبت محل ارسال خواهد شد. البته پس از صدور اجراییه تکلیفی نیز به موجب قسمتی از تبصره ۳ ماده مذکور به عهده سران دفاتر گذاشته شده که بر اساس آن، دفاتر اسناد رسمی مکلفند پس از صدور اجراییه، از طریق پست سفارشی به آخرین نشانی متعهد مراتب را به وی اطلاع دهند.

از تاریخ ابلاغ اجراییه، بدهکار باید ظرف مدت ۸ ماه نسبت به پرداخت بدهی خود اقدام نماید و همچنین ظرف مدت ۶ ماه از تاریخ ابلاغ می‌تواند حراج ملک را از اداره ثبت تقاضا نماید که در مورد اموال منقول مهلت پرداخت بدهی ۴ ماه خواهد بود و تفاوت دیگری که با اموال غیر منقول دارد این است که در اموال منقول نیازی به تقاضای بدهکار

۱. دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، درسهایی از عقود معین، ج دوم، ص ۲۵۱.

۲. دکتر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، شماره ۵۲۹۴.

جهت حراج اموال وجود ندارد، بلکه خود به خود اموال منقول که به عنوان وثیقه قرار گرفته، از طریق اجرای ثبت به حراج گذاشته می‌شود و در صورت عدم فروش اموال مذکور به قیمتی بیش از طلب و خسارت و حقوق و عوارض قانونی، از طریق اجرای ثبت و با تنظیم صورت جلسه‌ای به بستانکار تحویل می‌گردد.

اما در مورد اموال غیر منقول اگر بدهکار ظرف مهلت ۶ ماه تقاضای حراج ننماید و یا در صورت انجام عملیات حراج و نبودن خریدار، با انقضاء مدت ۸ ماه، ملک مورد وثیقه با اخذ کلیه حقوق و عوارض قانونی و با رعایت تشریفات مربوط به ثبت سند رسمی به بستانکار انتقال می‌یابد، در این صورت، اجرای ثبت با تهیه پیش نویس سند انتقال اجرایی و ارسال آن به یکی از دفاتر اسناد رسمی با اعزام نماینده خود به قائم مقامی از طرف بدهکار نسبت به امضاء سند رسمی انتقال اقدام خواهد کرد.

اکنون در این قسمت لازم است که مفاد یکی از مواد مهم قانون مدنی را که در ارتباط با ماده ۳۴ قانون ثبت قابل تأمل و بررسی است، مورد بحث قرار دهیم.

بررسی ماده ۷۸۱ قانون مدنی و ارتباط آن با ماده ۳۴ قانون ثبت

با توجه به ماده ۷۸۱ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «اگر مال مرهون به قیمتی بیش از طلب مرتهن فروخته شود مازاد مال مالک آن است و اگر برعکس، حاصل فروش کمتر باشد مرتهن باید برای نقیصه به راهن رجوع کند».

به نظر می‌رسد، این ماده قانونی دقیق و منصفانه با تصویب ماده ۳۴ ق.ت، نسخ ضمنی شده است. زیرا بر اساس ماده اخیر، در صورت نبودن خریدار در حراج و همچنین در صورت عدم وصول تقاضای حراج ظرف مهلت مقرر در قانون، پس از انقضاء مدت ۸ ماه مذکور در قانون، ملک به بستانکار واگذار خواهد شد.

در عمل نیز مشاهده می‌گردد که معمولاً بدهکار به امید گشایش در کار خود تقاضای حراج نمی‌نماید و یا اصولاً به علت عدم آگاهی بعضی از بدهکاران به مقررات قانونی، از این امتیاز استفاده نمی‌نمایند و در نتیجه پس از انقضاء مهلت قانونی، ملک به مرتهن انتقال می‌یابد و بدیهی است در اغلب موارد نیز توازن و تعادلی از لحاظ قیمت بین

ملک مورد وثیقه و طلب وجود ندارد و در این میان شخص راهن متضرر می‌گردد که البته عکس قضیه نیز گاهی متصور است و آن اینکه اگر به هر دلیلی مورد وثیقه تکافوی طلب بستانکار را ننماید و به علت نبودن خریدار، مورد وثیقه به بستانکار انتقال یا تحویل گردد در این صورت مرتهن دچار ضرر و زیان خواهد شد.

لازم به توضیح است که این نقیصه با وجود تبصره ۶ ماده ۳۴ ق. ت رفع گردیده است و به استناد آن مرتهن می‌تواند از مورد رهن اعراض، که در این صورت رهنه آزاد و عملیات اجرایی بر اساس اسناد ذمه‌ای جریان می‌یابد و در نتیجه بستانکار می‌تواند رهنه و سایر اموال بلامعارض مدیون را بازداشت نماید.

اما در مورد اعراض از رهن، به چند نکته مهم و اساسی باید توجه داشت:

اول - اینکه اعراض از رهن باید داخل در فرجه قانونی ۸ ماهه موضوع ماده ۳۴ ق. ت باشد. در غیر این صورت با انقضاء مدت مذکور، این حق نیز ساقط می‌گردد. (تبصره ذیل ماده ۱۳۰ آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی)

دوم - اگر اعراض قبل از صدور اجرائیه باشد، باید مرتهن به دفتر اسناد رسمی تنظیم کننده سند رسمی مراجعه و مراتب در ملاحظات ثبت سند قید و به امضای او برسد. و اگر بعد از صدور اجرائیه باشد، مراتب به اجرای ثبت محل کتباً اعلام و اداره ثبت مربوطه موضوع را به متعهد ابلاغ و سپس بر اساس اسناد ذمه‌ای به عملیات اجرائی ادامه می‌دهد. (ماده ۱۳۰ آیین نامه اجرا)

سوم - اگر اعراض از رهن در حین عملیات اجرایی باشد، اجرای ثبت مراتب را به دفتر اسناد رسمی تنظیم کننده سند رهنی اعلام، و پس از وصول اطلاع نامه فسخ، اگر موعد سند رهنی منقضی نشده باشد، هر چند مورد رهن آزاد و حق عینی طلبکار به حق ذمی تبدیل می‌شود، ولی صدور اجرائیه برای وصول طلب موکول به انقضای مدت مندرج در سند خواهد بود. (ماده ۱۳۱ آیین نامه اجرا)

چهارم - در صورتی که مازاد ملک مورد رهن از طرف شخص یا اشخاص ثالثی بازداشت شده باشد، در صورت اعراض از رهن و فسخ معامله رهنی، بازداشت مازاد به اصل تبدیل خواهد شد.

اما به هر طریق، اگر ماده ۳۴ قانون ثبت، با توجه دقیق و کامل به ماده ۷۸۱ ق.م.تدوین و موارد فوق در آن رعایت گردد، بدین ترتیب که در هر صورت مال مورد رهن از طریق مزایده به فروش رفته و مازاد مال مورد وثیقه نیز به راهن (مالک) مسترد گردد و در صورت نبودن خریدار، به قیمت کارشناسی و ارزیابی به مرتهن تحویل یا انتقال یابد و اگر مورد وثیقه تکافوی طلب مرتهن را ننمود، مرتهن به سایر اموال راهن رجوع نماید، به نظر می‌رسد که نقایص مذکور مرتفع خواهد شد.

لذا طرح کلی متن اصلاحی ماده ۳۴ که به نظر می‌رسد با توجه به شرایط امروز جامعه، اصلاح آن اجتناب‌ناپذیر است، به شرح ذیل پیشنهاد می‌گردد و هرچند که در لایحه پیشنهادی، جهت طرح در مراجع محترم قانونگذاری نیاز به دقت و غور بیشتر در الفاظ و اصطلاحات به کار رفته در متن ضروری است و احتمالاً موارد دیگری نیز باید در آن گنجانده شود و به نظر حقوقدانان و استادان محترم برسد ولی چهارچوب کلی ماده اصلاحی، با رعایت مواد قانون مدنی، می‌تواند به شرح زیر مطرح گردد:

ماده ۳۴ قانون ثبت (پیشنهادی)

در مورد کلیه معاملات با حق استرداد اعم از معاملات شرطی و رهنی و وثیقه‌ای و به طور کلی معاملات غیر قطعی، در قالب عقود اسلامی مشمول مقررات قانون عملیات بانکی بدون ربا، هرگاه بدهکار ظرف مهلت مقرر در سند، بدهی خود را نپردازد، بستانکار می‌تواند با مراجعه به دفتر اسناد رسمی تنظیم‌کننده سند، نسبت به صدور اجرائیه اقدام نماید.

دفترخانه مذکور بنا به درخواست بستانکار نسبت به صدور اجرائیه اقدام و ضمن اعلام موضوع به بدهکار به وسیله پست سفارشی، اجرائیه صادره را به اداره ثبت محل ارسال نماید و اداره ثبت مکلف است ظرف مدت ۴۸ ساعت از تاریخ تحویل اجرائیه، به طریق مقرر در قانون، نسبت به ابلاغ آن اقدام نماید.

چنانچه بدهکار ظرف مدت ۶ ماه از تاریخ ابلاغ اجرائیه، بدهی خود را نپردازد، ملک مورد رهن و وثیقه توسط کارشناس رسمی یا خبره محلی ارزیابی و پس از قطعیت ارزیابی، طی مدت یک ماه به وسیله اداره ثبت به مزایده گذاشته خواهد شد و پس از

پرداخت کلیه بدهی بستانکار برابر مبلغ مندرج در برگ اجرائیه و کلیه حقوق و عوارض قانونی دیگر، مازاد قیمت در صورتی که وجود داشته باشد، به بدهکار یا مالک مسترد و مال یا ملک مورد مزایده از طرف اجرای ثبت به خریدار تحویل یا انتقال یافته و طبق مقررات قانونی تخلیه و تحویل ملک انجام خواهد شد.

تبصره ۱- مزایده از مبلغ ارزیابی و حقوق و عوارض قانونی متعلقه شروع و به کمتر از آن فروخته نخواهد شد.

تبصره ۲- در صورت عدم وجود خریدار در جلسه مزایده، پس از ۳۰ روز عملیات مزایده، تجدید و در صورت نبودن خریدار، مال یا ملک به میزان طلب بستانکار به وی انتقال و تحویل و اگر مازاد قیمتی وجود داشته باشد به بدهکار مسترد می‌گردد.

تبصره ۳- در صورتی که مورد وثیقه، به هر دلیلی تکافوی طلب بستانکار را ننماید، بستانکار می‌تواند، قبل از انقضای مهلت ۶ ماهه مندرج در این قانون از رهن اعراض در این صورت مورد رهن آزاد و عملیات اجرائی بر اساس اسناد ذمه‌ای ادامه می‌یابد.

تبصره ۴- در صورتی که مازاد ملک مورد وثیقه و رهن، از طرف شخص یا اشخاص حقیقی و حقوقی دیگری بازداشت شده باشد، بر حسب اولویت تاریخ بازداشت، از مازاد احتمالی قیمت به بازداشت کنندگان مزبور به ترتیب پرداخت خواهد شد.

تبصره ۵- آئین نامه اجرایی این قانون، ظرف مدت سه ماه از تاریخ تصویب از طرف سازمان ثبت اسناد و املاک کشور تهیه و به تصویب ریاست محترم قوه قضائیه خواهد رسید.

در بررسی ماده ۳۴ قانون ثبت و ملاحظه نتایج اجرای آن که طی سالیان متمادی به تجربه تحصیل گردیده، آنچه که مسلم است اینکه، امروز تقریباً تعادل و توازن بین مورد وثیقه و وام پرداختی وجود ندارد و اصولاً مورد رهن دارای ارزشی افزون بر این می‌باشد و از طرفی با گذشت زمان و با توجه به افزایش نرخ تورم، ارزش ملک گاه به چند برابر مبلغ دریافتی می‌رسد.

بنابراین، اگر به دلیل عدم اجرای تعهد، موضوع منتهی به صدور اجرائیه شود و بدهکار به هر علتی تقاضای حراج ملک خود را ننماید و یا با اجرای عملیات حراج، خریداری

حضور نیابد، تمام ملک که در وثیقه دین قرار گرفته، در قبال مبلغ مذکور و خسارت و عوارض قانونی، به بستانکار انتقال می‌یابد و مازاد احتمالی نیز به بدهکار مسترد نخواهد شد و به همین جهت فقهای عظام شورای نگهبان در نظریه شماره ۴۸۹۸ - ۱۹/۹/۱۳۶۴ راجع به ماده ۳۴ چنین اظهار نظر نموده‌اند:

چون راجع به ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت اسناد و املاک، مصوب ۱۳۵۱/۱۰/۱۸ از لحاظ انطباق آن با موازین شرعی سؤال شده بود، در جلسه رسمی فقهای شورای نگهبان ماده مذکور مورد بحث و بررسی قرار گرفت و به شرح زیر، با اکثریت آرا مغایرت آن با موازین شرعی اعلام شد.

۱ - در بیع به شرط خیار و نحو آن مثل شرط وکالت فروشنده در انتقال مبیع به خود، پس از انقضای مدت و عدم اخذ به خیار و انتفای موضوع شرط، مورد معامله ملک طلق مشتری است و بنابراین ترتیبات مقرر در این ماده در مورد آن مغایر با موازین شرعی است.

۲ - در مورد رهن نیز از لحاظ اینکه مرتهن در صورتی که از جانب راهن وکالت در فروش نداشته باشد، نمی‌تواند مستقلاً اقدام نماید و بعد از مطالبه و امتناع راهن باید رفع امر به حکم شرعی نماید و همچنین از لحاظ واگذاری کل عین مرهونه به مرتهن در صورتی که قیمت آن بیش از دین باشد، مغایر با موازین شرعی است.

۳ - تأخیر در وصول دین در مواردی که حال و معجل شده باشد به مدت ۸ ماه یا کمتر یا بیشتر نیز با موازین شرعی مغایرت دارد.

اصلاح ماده ۱۵ قانون عملیات بانکی بدون ربا و الحاق تبصره ۱ به آن مصوب ۷۷/۱۱/۲۹ نیز که مقرر می‌دارد:

«کلیه وجوه و تسهیلات اعطائی که بانکها در اجرای این قانون به اشخاص حقیقی و حقوقی پرداخت نموده یا می‌نمایند و برابر قرارداد تنظیمی مقرر شده باشد که اشخاص مذکور در سررسید معینی وجوه و تسهیلات دریافتی به انضمام سود و خسارت و هزینه‌های ثبتی و اجرایی، دادرسی و حق الوکاله را بپردازند. در صورت عدم پرداخت و اعلام بانک بستانکار قابل مطالبه و وصول است و کلیه مراجع قضایی و دوایر اجرای ثبت

و دفاتر اسناد رسمی مکلفند بر اساس مفاد اسناد و قراردادهای تنظیمی نسبت به صدور حکم و اجرائیه و وصول مطالبات بانک، طبق مقررات این قانون اقدام نمایند. باید گفت: اصلاح و الحاق قانون و تبصره فوق نیز چیزی از موضوع غیر شرعی بودن ماده ۳۴، با توجه به استنباط و نظریه فقهای محترم شورای نگهبان نمی‌کاهد. زیرا در بسیاری از موارد حتی با احتساب خسارات و عوارض قانونی، مورد وثیقه اصولاً ارزش بیشتری از دین داشته و گاه این اختلاف بسیار فاحش است که همیشه مورد اعتراض بدهکار یا مالک وثیقه قرار گرفته و در نتیجه آراء متفاوتی در این زمینه از سوی هیأت‌های نظارت صادر می‌شود.

مقایسه ماده ۳۴ ق. ث با مواد ۷۷۷ و ۷۷۹ ق. م

به موجب ماده ۷۷۷ قانون مدنی، ممکن است رهن، ضمن عقد رهن به مرتهن، وکالت دهد اگر در موعد مقرر رهن دین خود را ادا ننمود، مرتهن از عین مرهونه یا قیمت آن، طلب خود را استیفا کند.

ولی با توجه به ماده ۳۴ قانون ثبت، بستانکار اعم از اینکه از طرف بدهکار وکالت داشته باشد یا نه، تأثیری در ماهیت قضیه نخواهد داشت زیرا در هر صورت بستانکار، جهت وصول طلب خود باید به مراجع قانونی مراجعه نماید و این مرجع، در مورد اسناد رهنی که به صورت رسمی تنظیم گردیده اداره ثبت می‌باشد که مقررات ماده ۳۴ قانون ثبت را اجرا می‌نماید و در مورد اسناد رهنی عادی با توجه به ماده ۷۷۹ قانون مدنی، دادگاه صلاحیتدار است و در واقع می‌توان چنین نتیجه گرفت که با تصویب ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت مواد ۷۷۷ و ۷۷۹ قانون مدنی در مورد اسناد رسمی رهن قابلیت اجرایی نداشته و یا حداقل محدود شده است.

اعراض از رهن و نحوه ادامه عملیات اجرایی آن

ابتدا باید گفت، جائز بودن عقد رهن نسبت به مرتهن که در ماده ۷۸۷ قانون مدنی به صراحت بیان شده، در تبصره ۶ ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت مصوب سال ۱۳۵۱ تجلی پیدانموده است.

در مورد اعراض از رهن، که موضوع تبصره مذکور می‌باشد، در صفحات گذشته بحث مختصری به عمل آمد و هم‌اکنون باید به این مسئله بپردازیم در صورتی که رهن از رهن اعراض و مورد وثیقه آزاد گردید و حق عینی تبعی که رهن نسبت به رهنینه داشت به حق ذمی تبدیل گردید و قانونگذار نیز مقرر داشته که عملیات اجرایی بر اساس اسناد ذمه‌ای خواهد بود، بنابر این طلبکار چگونه می‌تواند طلب خود را استیفا نماید؟

در این رابطه، قانونگذار در تبصره ۷ همان ماده آورده است: «در مواردی که مال بدهکار برای استیفاء طلب بستانکار معرفی می‌شود پس از بازداشت و ارزیابی، و قطعیت بهای ارزیابی، هرگاه بدهکار ظرف دو ماه از تاریخ قطعیت ارزیابی، بدهی خود را نپردازد، با دریافت حقوق اجرایی، مال به بستانکار در قبال تمام یا بعضی طلب او، واگذار می‌شود». سپس ترتیب معرفی و بازداشت و ارزیابی و نحوه واگذاری و موارد دیگری را که در ذیل تبصره مذکور آمده است، به آئین نامه اجرایی موکول نموده است.

در آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی، وظیفه اجرا در مورد نحوه معرفی اموال و بازداشت و ارزیابی برابر مواد ۴۷ و ۴۸ اصلاحی سال ۷۶، مشخص گردیده. بنابر این اموال بلامعارض متعهد از طرف متعهدله معرفی و پس از بازداشت، در صورتی که طبق نظر مأمور اجرا، اموال مذکور بیش از پنج میلیون ریال ارزش نداشته باشد، بدون نظر ارزیاب و در غیر این صورت با جلب نظر ارزیاب یا کارشناس نسبت به ارزیابی اموال مذکور اقدام خواهد شد.

گزارش ارزیابی در صورت عدم حضور بدهکار، ظرف سه روز به طرفین ابلاغ و در صورت حضور، تنها می‌تواند با امضای صورت مجلس به ارزیابی مذکور اعتراض نماید، (ماده ۱۰۵ آیین نامه اجرا) و در صورت عدم اعتراض به نحو مذکور و یا اینکه ظرف مدت سه روز از تاریخ تنظیم صورت مجلس که طی آن به ارزیابی اعتراض نموده‌اند، نسبت به پرداخت هزینه ارزیابی مجدد اقدام نمایند و یا از تاریخ ابلاغ نتیجه ارزیابی ظرف مدت ۵ روز اعتراض خود را تسلیم نمایند، ارزیابی به عمل آمده، قطعی خواهد بود. (ماده ۱۰۸ آیین نامه)

پس از انجام مراحل فوق، مال مورد بازداشت به مزایده گذاشته شده و در صورت

فروش آن، طلب بستانکار پرداخت و در صورت عدم فروش، از طریق مزایده اموال مذکور با دریافت نیم عشر و حق حراج به قیمتی که مزایده از آن شروع شده است به بستانکار واگذار می‌شود. (ماده ۱۱۱ آیین نامه اجرا و تبصره‌های ذیل آن مصوب ۷۶/۵/۲۵)

ماهیت حقوقی رابطه رهن با مالک رهینه

بر اساس قواعد فقهی و قانون مدنی، مالکیت رهن نسبت به مورد رهن از شرایط صحت رهن نبوده، بنابراین لازم نیست که رهن، مالک مورد وثیقه باشد، بلکه شخص ثالث نیز می‌تواند مال خود را برای وثیقه در اختیار رهن قرار دهد و ممکن است که این عمل با اذن مدیون و یا بدون اذن او باشد که در صورت اذن، عقد رهن صحیح و با عدم آن باطل خواهد بود. که در مورد اسناد رسمی تنظیمی مربوط به رهن، اصولاً این مورد اتفاق نمی‌افتد زیرا سند رهنی با حضور و امضای مالک وثیقه تنظیم می‌گردد. اما ممکن است مالک رهینه با تنظیم وکالت نامه رسمی، این اختیار را به رهن بدهد. در این صورت با انعقاد عقد رهن، هرگاه رهن دین خود را پرداخت نماید، مرتهن می‌تواند در اجرای ماده ۳۴ اصلاحی، از محل مورد وثیقه، طلب خود را، استیفا نماید.

در ماده ۱۱۵ آیین نامه اجرا آمده است: «در مواردی که وثیقه دهنده غیر از مدیون اصلی است ابلاغ اجراییه و سایر عملیات اجرایی، باید به طرفیت مالک وثیقه جریان یابد و در عین حال مراتب باید به مدیون نیز ابلاغ شود تا از جریان کار آگاه گردد مگر اینکه ابلاغ به او متعسر باشد.»

در ماهیت حقوقی این رابطه باید گفت که بیشتر فقهای امامیه آن را عاریه مالی غیر برای رهن دادن تحلیل کرده و «رهن مستعار»^۱ نامیده‌اند. و در کتاب «شرح اللمعه» نیز آمده است: «اگر چیزی را برای آنکه به رهن بگذارند، رهن کند، عاریه صحیح است و عاریه با عقد رهن لازم می‌شود.»^۲

۱. دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، درسهایی از عقود معین، ج دوم، ص ۲۶۴.

۲. سید مهدی دادرزی، ترجمه تحریرالروضه فی شرح اللمعه، ص ۳۱۸.

و بعضی از استادان علم حقوق^۱ نیز عمل حقوقی فوق را «رهن مال غیر» یا «ضمان عینی» گفته‌اند که در مقابل ضمان، دین به کار می‌رود و ضمان اعیان یعنی کسی که قانوناً تعهد به پس دادن عین مال معین دارد مانند غاصب و مستعیر در عاریه مضمونه و ضمان دین، یعنی اگر دینی بر کسی باشد و دیگری ضامن دین او گردد، این را ضمان اشتغال ذمه یا ضمان دین و ضمان ذمه نامیده‌اند.^۲

به نظر آقای دکتر سید حسن امامی: «رهن گذارنده مال غیر در مقابل مالک، ضامن هرگونه تلف و نقصان آن مال خواهد بود اگرچه در اثر تعدی و تفریط او نباشد، زیرا شباهت معامله مزبور با عاریه نمی‌تواند آن را غیر مضمونه گرداند و رهن را ضامن نداند، بلکه بالعکس می‌توان گفت عاریه که در معرض تلف قرار می‌گیرد، ضمان آور است و هرگاه مال مورد رهن، به سبب عدم تأدیه دین، فروش رود، رهن مانند مورد اتلاف، ضامن بدل آن در مقابل مالک خواهد بود زیرا در اثر فروش، رد مال به مالکش ممکن نمی‌باشد.»^۳

آقای دکتر ناصر کاتوزیان نیز عقیده دارند: «بهتر است گفته شود که مالک یا به طور مستقیم ضامن بدهکار می‌شود، یا به او وکالت می‌دهد که این ضمان را به نیابت انجام دهد. منتها چون محل این ضمان از مال معینی مقرر می‌شود و بستانکار بر آن مال، حق عینی پیدا می‌کند، عمل حقوقی را «رهن مال غیر» یا «ضمان عینی» گفته‌اند.^۴

حال صرف‌نظر از اینکه مال مورد رهن «رهن مستعار» یا «ضمان عینی» باشد... آنچه مسلم است قرارداد بین رهن و مالک و وثیقه، با توجه به ماده ۱۰ قانون مدنی، معتبر و لازم‌الاجرا است. بنابراین در صورتی که مرتبه‌ای از محل مورد وثیقه طلب خود را وصول نماید و مالک نیز مال خود را به اذن مدیون، وثیقه دین او قرار داده باشد، می‌تواند به مدیون مراجعه نماید و این رجوع یا بر اساس مقررات عمومی قرار داد بوده و یا اصول کلی عقد ضمان بر آن حاکمیت دارد.

۱. دکتر ناصر کاتوزیان، همان منبع.

۲. دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج سوم، شماره‌های ۹۰۰۸، ۸۹۵۵، ۸۹۵۲.

۳. آقای دکتر سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج دوم، ص ۴۳۰.

۴. دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی - عقود معین ۴، ص ۵۴۹.

تخلیه مورد رهن

در قوانین و مقررات مربوط به اجرای مفاد اسناد رسمی، در مواردی که ملک مورد وثیقه، از طریق اجرای ثبت انتقال می‌یابد در مورد تخلیه و تحویل مورد تملک به خریدار یا بستانکار، صریحاً سخنی به میان نیامده است و در تبصره ۲ ماده ۳۴ مکرر قانون ثبت، آمده است: «عملیات اجرایی با صدور سند انتقال یا تحویل مال منقول یا پرداخت طلب بستانکار و اجرای تعهد بدهکار مختومه خواهد بود، در صورتی که مال از طریق حراج به فروش برسد ختم عملیات اجرایی، تاریخ تنظیم صورت مجلس حراج می‌باشد» و به دنبال آن، ماده ۲۱۳ آیین نامه اجرا نیز در بند «ج» صریحاً تنظیم سند انتقال پس از مدت مذکور در ماده ۳۴ مکرر قانون ثبت را ختم عملیات اجرایی دانسته است.

تا مدت‌ها پیش، ادارات ثبت و هیأت‌های نظارت مستقر در ادارات کل ثبت استانها، نسبت به موضوع تخلیه پس از صدور سند انتقال اجرایی، نظرات متفاوتی داشتند، تا بالاخره شورای عالی ثبت در قسمت اسناد، در مورخه ۱۳۷۱/۴/۷ به شرح زیر مبادرت به صدور رأی نمود:

«با توجه به محتویات پرونده گزارش کار، نظر به اینکه سند انتقال اجرایی، تنظیم و به ثبت رسیده تخلیه و تحویل نیز از لوازم تملک ملک می‌باشد، لذا رأی هیات نظارت فسخ می‌شود».

اما در توجیه نظر مذکور باید گفت بر اساس قانون مدنی، یکی از آثار عقد بیع، مالکیت مشتری نسبت به مبیع است و در بند ۲ ماده ۳۶۲ قانون مدنی نیز آمده است: «عقد بیع با بیع را ضامن درک مبیع و مشتری را ضامن درک ثمن قرار می‌دهد». از طرفی طبق قاعده فقهی «اذن در شئی، اذن در لوازم آن است» پس اذن در مالکیت، اذن در تسلیم مال و فراهم کردن زمینه تسلط خریدار بر آن می‌باشد که تخلیه و تسلیم ملک نیز از لوازم مالکیت ملک است که در نظریه اعضای محترم شورای عالی ثبت مورد تأکید قرار گرفته است.

بنابراین تملیک ملک مورد وثیقه نیز که در قالب عقد بیع انجام می‌گیرد و نماینده اداره ثبت به قائم مقامی قانونی بدهکار (بیع) سند انتقال را امضا می‌نماید، همان گونه که

در عقد بیع، بایع باید ملک مورد انتقال را تخلیه و به مشتری تحویل نماید، در سند انتقال اجرایی نیز این وظیفه به عهده اجرای ثبت می‌باشد.

و استناد به این موضوع که عملیات اجرایی با صدور سند انتقال خاتمه می‌یابد و در نتیجه تخلیه از وظایف اداره ثبت نمی‌باشد، فاقد محل قانونی است و در رد این نظر می‌توان گفت، تخلیه ملک جزء عملیات اجرایی نبوده بلکه از آثار بیعی است که به تبع و در اثر عملیات اجرایی واقع شده‌است.

نظری اجمالی به کتاب

«مدارک و مستندات لازم برای تنظیم اسناد رسمی»

اسماعیل اسماعیل زاده*

نظری اجمالی به کتاب «مدارک و مستندات لازم برای تنظیم اسناد رسمی»

مقدمه

از جنبه‌های نظری و عملی در این چند سال اشتغال به سردفتری تقریباً آنچه اقوی به نظرم رسیده اجمالاً این است که در بین تمامی رشته‌های علم حقوق که روز به روز هم به علت کثرت، تنوع و پیچیدگی روابط اجتماعی ناشی پیشرفتهای علمی در زمینه‌های متعدد بر تعداد آنها افزوده می‌شود، هیچ یک از رشته‌های علم حقوق با همه وجوه افتراق و اشتراکی که دارند به اندازه رشته حقوق ثبت چه از حیث جنبه خصوصی حق الناسی آن (رابطه مردم با مردم) و چه از حیث جنبه عمومی و حق الهی آن (رابطه مردم با حکومت) در حفظ حرمت اموال مردم که در مکتب ما حرمت آن در حد حرمت خون انسانهاست مؤثرتر نمی‌باشد، ولی متأسفانه تا به حال هیچ یک از رشته‌های علم حقوق هم بر خلاف انتظار به اندازه رشته حقوق ثبت ما مخصوصاً در بخش مربوط به ثبت اسناد رسمی مورد بی‌مهری مجامع علمی (دانشگاهی) و قانونگذاری نبوده تا جایی که ریاست محترم قوه قضاییه، حضرت آیه الله شاهرودی در سخنرانی تلویزیونی‌شان می‌فرمایند که «قوانین ثبتی ما قدیمی است...» که در بیان حدیث مفصل این مجمل شاید بتوان گفت اگر وضع بر همین منوال ادامه یابد دیری نمی‌گذرد که از قوانین ثبتی بجای اصطلاح قدیمی تحت عنوان اصطلاح قوانین متروکه هم بتوان یاد کرد. ناگفته نماند با همه این اوضاع و احوالی

که بیان گردید خوشبختانه به یمن عنایت خداوند منان که الطاف پیدا و پنهانش در همه عرصه‌ها شامل حال این مکتب، این انقلاب و این امت مسلمان بوده و ان شاء الله تا رسیدن به سر منزل مقصود و کمال مطلوب آرمان اسلامی و ایرانیمان نیز خواهد بود.

با کمال خشنودی و با امید به اصلاح امور ثبتي و اسنادی اجتماعی مان، نباید نادیده بگیریم در این چند سال اخیر مخصوصاً از زمان انتصاب بجا و شایسته جناب آقای حاج محمد رضا علیزاده به ریاست سازمان ثبت اسناد و املاک کشورمان در نتیجه اتخاذ تدابیر، مفید، مؤثر خداپسندانه ناشی علم، ایمان و اخلاص و ایثار ریاست محترم و سایر صاحب منصبان متعهد و متخصص در سازمان ثبت املاک کشور با همکاریهای صمیمانه و خالصانه دست اندرکاران مخلص در کانون سردفتران و دفتریاران برحسب بخشنامه‌ها و آراء وحدت رویه و انتشار خود مجله کانون و مقالات و مکاتبات و اخبار منتشر شده در آن امروز ما شاهد اقدامات مفید و مؤثر و راهکارهای ارائه شده متعددی از ابعاد مختلف در جهت دگرگونی آرمانی در زمینه ثبت اسناد و دفاتر اسناد رسمی هستیم که جامعه سردفتران نه فقط به شنیدن بلکه در انتظار تحقق کمال مطلوب آنها بوده و هستند که از جمله این اقدامات به نظر اینجانب یکی از شاخص‌ترین آنها تدوین کتاب ارزشمند «مدارک و مستندات لازم برای تنظیم اسناد رسمی» است که اگر نواقص موجود جهت رسیدن به هدف نهایی آن به یاری خداوند منان و همه این اندیشمندان این رشته بر طرف و از سوی دیگر محتوی تکمیلی این کتاب به زیور تکنیک رایانه‌ای هم آراسته شود به روشنایی این چراغ سودمند و افتخار آفرین بیش از پیش خواهد افزود و رسیدن به این هدف در مکتبی که یک لحظه تفکر را بهتر از هفتاد سال عبادت می‌شمارد و پیامبر عظیم الشان می‌فرماید اگر دانش در آسمانها هم باشد باز مردانی از ایران به آن دست خواهند یافت - دور از ذهن و غیر ممکن نمی‌باشد.

شب ظلمت و بیابان به کجا توان رسیدن مگر آنکه شمع رویت به رهم چراغ دارد فلذا به تاسی از من لم یشکر المخلوق و لم یشکر الخالق ضمن ارج نهادن به زحمات پر ارج تدوین‌کنندگان محترم که لحظات شیرین عمر شریفشان را صرف این امر خیر مهم نموده‌اند و با امید به اینکه در پیشگاه خداوند منان در ردیف عالمانی باشند

که قلم و مدادشان افضل از خون شهداست «مداد العلماء افضل من دماء الشهداء» و اینجانب هم حسب امتثال امر تدوین کنندگان محترم با همه بی‌بضاعتی علمی و نارسایی قلمی مطالبی که بیان آن در ارج نهادن به کتاب مزبور به نظر خالی از تأثیر نخواهد بود پیوست تقدیم حضور تدوین کنندگان محترم می‌نمایم.

از مقایسه عناوین بند ج در صدر صفحه ۴۶ کتاب مدارک و مستندات تنظیم اسناد

رسمی مبنی بر:

موضوع اصلی: قطعی غیر منقول

موضوع فرعی: عرصه تنها (داخل محدوده قانونی شهرها و حریم آنها) کد ۱۲۲۰-هـ با ماده ۲ قانون زمین شهری که مقرر می‌دارد: «اراضی شهری زمینهایی است که در محدوده قانونی و حریم استحفاظی شهرها و شهرکها قرار گرفته است» با استنباط من، عرصه تنها (محدوده قانونی شهرها و حریم آنها) موضوع فرعی فوق‌الاشعار حداقل از حیث قابلیت موضوع معامله بودن منطبق بر مفهوم موافق همان اراضی شهری تعریفی در ماده ۲ قانون زمین شهری است.

عرصه تنها داخل محدوده قانونی شهرها و حریم آنها = اراضی شهری موضوع

ماده قانون زمین شهر است.

و این اراضی شهری به شرح مندرج در ماده ۲ قانون زمین شهری با استناد مواد سه و چهار و پنج همان قانون بر سه قسم: موات شهری، بایر شهری و اراضی دایر تقسیم گردیده و احکام خاص حاکم بر هر یک از آنها هم از حیث تعریف نوعی و هم از حیث شمول مالکیت و شرایط واگذاری را در ضمن مواد مختلف صراحتاً بیان گردیده است به طوری که در ماده ۶ قانون زمین شهری مقرر گردیده «کلیه زمینهای موات شهری اعم از آنکه در اختیار اشخاص یا بنیادها و نهادهای انقلابی دولتی یا غیر دولتی باشد در اختیار دولت جمهوری اسلامی است و اسناد مالکیت گذشته ارزش قانونی ندارد...» و در ماده ۱۰ قانون زمین شهری هم مقرر گردیده که «از تاریخ تصویب قانون اراضی شهری کلیه زمینهای متعلق به وزارتخانه‌ها و نیروهای مسلح و مؤسسات دولتی و بانکها و

سازمانهای وابسته به دولت و... در اختیار وزارت مسکن و شهرسازی قرار می‌گیرد. به نمایندگی از طرف دولت جمهوری اسلامی ایران - تا اینجا به این نتیجه می‌رسیم که:

اولاً: کلیه اراضی سه گانه اعم از موات، بایر و دایر همه نهادهای دولتی عموماً و اراضی موات نهادهای غیر دولتی و شهرداریها و شرکتهای وابسته به آن خصوصاً در اختیار دولت جمهوری اسلامی ایران به نمایندگی وزارت مسکن و شهرسازی است و لاغیر که یکی از نتایج بدیهی آن هم این است که به جز دولت هیچ شخص دیگری حق مالکیت یا معامله به اراضی موات شهری را ندارند.

ثانیاً: باستناد تبصره یک ماده ۱۰ قانون زمین شهری که مقرر می‌دارد «اراضی غیر موات بنیادهای غیر دولتی از شمول این ماده (ماده ۱۰ فوق الذکر) مستثنی بوده ولی هرگونه واگذاری طبق ضوابط وزارت مسکن و شهرسازی با رعایت نظر ولی فقیه خواهد بود». و به استناد تبصره ۲ ذیل همان ماده که مقرر می‌دارد: «شهرداریها و شرکتهای سازمانهای وابسته به شهرداریها از شمول این ماده مستثنی هستند ولی حق واگذاری این گونه اراضی را بدون اجازه وزارت مسکن و شهرسازی ندارند، مگر به عنوان رفع نیازمندیهای عمومی شهر و عوض املاک واقع در طرحهای مصوب شهری» به عنوان نتیجه دوم هم به این نتیجه می‌رسیم که:

بنیادهای غیر دولتی در تمامی موارد و شهرداریها و شرکتهای سازمانهای وابسته به آن به جز دو مورد استثنایی یعنی رفع نیازمندیهای عمومی شهر و عوض املاک واقع در طرحهای مصوب شهری با وجودی که حق مالکیت و معامله به اراضی بایر و دایر را دارند ولی بدون اجازه و رعایت ضوابط وزارت مسکن و شهرسازی حق واگذاری به غیر را ندارند این نکته در کتاب مدارک و مستندات از ردیف مدارک از قلم افتاده و در حالی که تنظیم سند بدون رعایت مواد فوق الذکر طبق ماده ۱۳ قانون زمین شهری از جهات عدیده دیگر موجب انواع مسوولیت فروشنده و سردفتر تنظیم کننده سند هم می‌باشد که فعلاً وارد آن بحث نمی‌شویم و در صورت لزوم در فرصت مناسب به تفصیل توضیحات لازم را خواهیم داد.

ثالثاً: به استناد ماده ۱۴ قانون شهری که مقرر می‌دارد: «تبدیل و تغییر کاربری، افراز و تقسیم و تفکیک باغات و اراضی کشاورزی و یا آسین که - همان اراضی دایر

شهری است - با رعایت ضوابط و مقررات وزارت مسکن و شهرسازی و مواد این قانون بلااشکال است» و ماده ۱۵ همین قانون هم که مقرر می‌دارد: «هرگونه تفکیک و تقسیم اراضی بایر جهت احداث بنا با رعایت ضوابط و مقررات وزارت مسکن و شهرسازی و مواد این قانون بلااشکال است» از جمع این دو ماده هم آنچه به عنوان سومین نتیجه قابل توجه به دست می‌آید این است که:

نتیجه سوم: بنیادهای غیر دولتی و شهرداریها و شرکتهای وابسته به آن در تبدیل کاربری و تقسیم و افراز و تفکیک اراضی بایر و دایر خود هم مکلف به رعایت ضوابط وزارت مسکن و شهرسازی هستند و این امر بدون استعلام و دریافت جواب کتبی محقق نمی‌شود - نکته دومی که از حیث لزوم استعلام ردیف تعداد مدارک در کتاب مزبور به سهو از قلم افتاده است.

به نظر ما دقت در این نکته ظریف حائز اهمیت است، اینکه طبق ماده ۶ آیین‌نامه اجرایی قانون زمین شهری مصوب ۱۳۷۱ که مقرر می‌دارد: «کلیه مراجعی که به نحوی از انحاء در ارتباط با زمینهای شهری اقداماتی از قبیل نقل و انتقال و... انجام می‌دهند ملزم و موظفند قبل از هرگونه اقدامی بدو نظر وزارت مسکن و شهرسازی را درباره نوع زمین استعلام نمایند» به این معنی نیست که دیگر استعلام از جهات اجازه و واگذاری و داشتن مجوز تفکیک و... لازم نیست به عبارتی گویاتر اثبات شیئی منفی ماعدا نمی‌کند و استعلام از نوعیت نه قابل ترک و نه رافع مسؤلیت عدم استعلامات تکلیفی قانونی دیگر است. تا وظیفه و تکلیف دفترخانه یا متقاضی تنظیم سند تنها با تحصیل نظریه کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری که مقرر می‌دارد: «تشخیص عمران و احیاء و تأسیسات متناسب و تعیین نوع زمین دایر و تمییز بایر از موات به عهده وزارت مسکن و شهرسازی است...» از حیث رعایت قانون زمین شهری و آیین‌نامه اجرایی آن خاتمه یابد.

در حالی که بند ۱۱ ماده ۱۹، آیین‌نامه قانون زمین شهری مقرر می‌دارد «دفاتر اسناد رسمی مکلفند قبل از انجام هرگونه معامله نسبت به اراضی موضوع قانون زمین شهری یعنی عرصه تنها داخل محدوده قانونی شهرها و حریم آنها مراتب را - حق واگذاری را - از وزارت مسکن و شهرسازی استعلام و براساس نظر وزارت مذکور و رعایت مقررات - اعم از تبصره‌های ذیل ماده ۱۰ و مفاد مواد ۱۴ و ۱۵ - مربوطه اقدام نمایند»

دامنه شمولش فراتر از تحصیل محض نظریه کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری است که فقط ناظر به تعیین نوعیت زمین می‌باشد. فلذا قناعت نمودن به بند (د) در کتاب مدارک و مستندات تنظیم اسناد رسمی در مورد اراضی شهری که همان عرصه تنها داخل محدوده خدماتی شهرها و حریم آنهاست نادیده گرفتن آشکار تبصره‌های یک و دو ذیل ماده ۱۰ و مفاد مواد ۱۴ و ۱۵ قانون زمین شهری است و بعید به نظر نمی‌رسد که علاوه بر سایر قوانین حتی به استناد ماده ۱۳ قانون زمین شهری که مقرر می‌دارد: «هرگونه دخل و تصرف... و یا هرگونه نقل و انتقال به موجب اسناد عادی یا رسمی... جرم شناخته می‌شود» موجب مسؤولیت کیفری و حقوقی سردفتر و انتقال دهنده هم باشد علی‌هذا جهت خودداری از اطاله کلام، نقص بند (د) صراحتاً از ضمیمه شماره ۴۶ مندرج در صفحات ۱۱۵ و ۱۱۶ خود کتاب مستندات... و مطلق تکلیف دفاتر اسناد رسمی در کد ۴۶۷ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی صراحتاً و به وضوح قابل استنباط می‌باشد و این همه تکالیف قانونی در کتاب مستندات چرا از نظر دور مانده است، بر ما معلوم نیست. فلذا پیشنهاد می‌شود در صفحه ۴۶ در بند (د) به جای نظریه کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری که به موجب دلالت پاورقی مستند به بند ۱۱ ماده ۱۹ آیین‌نامه قانون زمین شهری تلقی گردیده با استعلام از سازمان مسکن و شهرسازی اضافه شود چرا که اولاً بند ۱۱ ماده ۱۹ خود دفاتر را مکلف به استعلام نموده نه نظریه کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری ثانیاً تحصیل نظریه کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری در ماهیت پاسخ استعلام مشخص و معین خواهد گردید ولی نظریه کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری همچنان که فوقاً اشارت رفت فقط ناظر به تعیین نوعیت زمین بوده و فی حد نفسه بدون استعلامات تکلیفی قانونی دیگر صراحتاً مفاد تبصره‌های ذیل ماده ۱۰ قانون زمین شهری و همچنین مفاد ۱۴ و ۱۵ آن نادیده گرفته می‌شود که یکی از توالی فاسد آن گرفتار آمدن به شرح ماده ۱۳ قانون زمین شهری است که امید است در بازنگری آتی این نقیصه‌ها جبران و یا حداقل اینجانب را ارشاد فرمایند.

با تقدیم شایسته احترامات خود به شایسته‌ترین انسانها که قلبشان به مصداق

«اعلم نور یقذفه الله فی قلب من یشاء منور به نور علم و ایمان الهی است.»

گوناگون بودن عقد صلح در قانون مدنی

مرتضی محمد حسینی طرقی*

گوناگون بودن عقد صلح در قانون مدنی

طرح بحث

قلمرو گسترده عقد صلح که از سایر عقود معین به مراتب وسیع تر است و گاهی قراردادهای دیگر نیز در قالب آن بسته می‌شود، بر تقسیم بندی این عقد هم اثر گذاشته و موجب شده است تا حقوقدانان تقسیمات گوناگونی از این عقد به عمل آورند، (بدون اینکه از تقسیم بندی همدیگر انتقادی کرده باشند). این تنوع تا آنجا پیش می‌رود که عده‌ای این عقد آرام و آسان را به دو قسم^۱ و بعضی تا ۳۶ و حتی تا حدود ۵۰ نوع تقسیم و تعریف کرده‌اند.^۲

صرف نظر از منطوق و مفهوم قانون مدنی، خصوصاً ماده ۷۵۴ آن که دست حقوقدانان را برای تقسیم بندی عقد صلح باز نهاده است، در نوشته حاضر تلاش خواهیم کرد تا با توجه به جلد اول فصل هفدهم این قانون، عقد صلح را تقسیم بندی و مفهوم و احکام خاص هر یک را (که لا اقل ۹ نوع می‌باشد)، به طور موجز بیان نماییم، تا این کار زمینه‌ای باشد برای تحقیق و آشنایی بیشتر راجع به این پیمان. زیرا، انس و علاقه دیرینه کارکنان

۱. دکتر سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۲، چ چهارم، ناشر: کتابفروشی اسلامیة، سال ۱۳۶۶، ص ۳۱۵.

۲. ر.ک: دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، حقوق مدنی، رهن و صلح، چ دوم، ناشر: کتابخانه گنج دانش، سال ۱۳۷۰، ص ۱۵۷ به بعد.

دفتر اسناد رسمی و سایر حقوقدانان (و حتی افراد عادی جامعه) به فقه امامیه و عقد صلح، موجب گردیده است تا روزانه تعداد بی شماری از این عقد در کشور ما بسته شود. قبل از اینکه انواع مهم عقد صلح را (خصوصاً در قانون مدنی) بیان نماییم، نکته‌ای را بررسی خواهیم کرد که ممکن است به گونه‌ای در تقسیم بندی این عقد مؤثر باشد. در مجموعه‌های قوانین که قانون مدنی را در خود چاپ و منتشر نموده‌اند، معمولاً نص ماده ۷۵۲ ق. م به این صورت درج شده است: «صلح ممکن است یا در مورد رفع تنازع موجود و یا جلوگیری از تنازع احتمالی در مورد معامله و غیر آن واقع شود». اما حقوقدانان در نوشته‌های خود پس از تنازع احتمالی کلمه «یا» را اضافه نموده‌اند.^۱ با توضیح مختصری که خواهیم داد معلوم می‌شود، «یا» ی سوم در این ماده به نحوی از قلم افتاده و یا چاپ نشده است. زیرا، در مجموعه قوانین مجلس شورای ملی (مجلس شورای اسلامی فعلی)، متن ماده ۷۵۲ ق. م بدون «یا» ی سوم و به همان صورتی که گفته شد، درج گردیده است.^۲ به علاوه، عقد صلح اگر چه در ابتدا به منظور رفع ترافع و رفع خصومت تشریح شده، لیکن به تدریج این عقد برای انجام معاملات و غیره مورد استفاده قرار گرفته است. لذا ماده ۷۵۲ ق. م باید گفته باشد: «صلح ممکن است یا در مورد رفع تنازع موجود یا جلوگیری از تنازع احتمالی یا در مورد معامله و غیر آن واقع شود». پس، در این ماده، سه یا چهار نوع صلح تصور می‌شود: ۱- رفع تنازع موجود. ۲- جلوگیری از تنازع احتمالی. ۳- در مورد معامله. ۴- در غیر مورد معامله. و اگر «یا» ی سوم نباشد، عبارت ماده می‌شود، یا تنازع موجود یا تنازع احتمالی، بدین ترتیب، اگر اولی

۱. مصطفی عدل (منصور السلطنه)، حقوق مدنی، مؤسسه انتشارات امیر کبیر، چ هشتم سال ۱۳۵۴. ص ۴۷۴. دکتر سید حسن امامی، همان کتاب، ص ۳۱۵. دکتر سید حسین صفایی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، انتشارات مؤسسه عالی حسابداری، چ دوم، تعهدات و قراردادهای، تهران سال ۱۳۵۱، ص ۴۷۸. دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، همان کتاب ص ۱۳۴. دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، مشارکتها، صلح، عطایا، چ اقبال، چ اول، فروردین ماه ۱۳۶۳، ص ۲۶۱. (آقای دکتر ناصر کاتوزیان در کتاب قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی در متن این ماده «یا» ی مزبور را نوشته است، ر.ک: همین کتاب، نشر دادگستر، چ اول، تابستان ۱۳۷۷، ص ۴۷۸).

۲. ر.ک: مجموعه قوانین موضوعه و مسائل مصوبه دوره نهم تقنینیه، ۲۴ فروردین ۱۳۱۲، ۲۴ فروردین ۱۳۱۴، چ سوم، مجلس شورای ملی، ۱۳۲۹، صص ۱۸۷ و ۱۸۸.

و دومی را یک قسم و آخری را هم یک نوع محسوب کنیم، یک نوع صلح خواهیم داشت که صلح بر دعوی است و یک نوع دیگر که در مورد غیر معامله است. یعنی، نیاز به «یا»ی سوم مشاهده می‌شود. مؤید این مطلب ماده ۷۵۸ ق. م است که می‌گوید: «صلح در مقام معاملات هر چند نتیجه معامله را که بجای آن واقع شده است می‌دهد لیکن...» یعنی، یک قسم از صلح، صلح در مقام معامله است که صلحی ابتدایی است و مسبوق به نزاع هم نمی‌باشد. بنابراین، به درستی حقوقدانها در نوشته‌هایشان «یا»ی سوم را به این ماده اضافه نموده‌اند و بهتر است در اصلاحات قانون مدنی این «یا» هم منظور شود.

با این توضیح به انواع عقد صلح که ما را در شناخت ماهیت و احکام صلح نیز یاری خواهد کرد، می‌پردازیم:

۱ - صلح دعوی

اولین مفهومی که از صلح به ذهن می‌رسد، صلح حقیقی، یعنی وجود اختلاف بین دو طرف و توافق آنها برای رفع اختلاف موجود است. این نوع عقد صلح که در مورد تنازع به کار می‌رود، به صلح دعوی معروف شده و می‌تواند برای رفع اختلاف موجود و یا جلوگیری از اختلافی که در آینده ممکن است بروز نماید. (یعنی، همان چیزی که ماده ۲۰۴۴ قانون مدنی فرانسسه بیان می‌کند.) مورد استفاده قرار گیرد. مثل اینکه کسی علیه دیگری اقامه دعوی کند و سپس دعوی را با دریافت مبلغی مسترد نماید و یا دو شریک روابط تجاری خود را قطع نمایند و تمامی مطالبات و حقوق احتمالی خود را در برابر دریافت مبلغی صلح کنند و از بروز هرگونه اختلافی که در آینده ممکن است در این رابطه پیش آید، جلوگیری نمایند.

فحوای مواد ۷۵۲، ۷۶۱، ۷۶۵ و ۷۶۶ ق. م از صلح دعوی، یاد می‌کند. درباره ماده ۷۵۲ قبلاً به طور اختصار بحث شد. ولی، ماده‌ای که دلالت بیشتری در مورد این عقد می‌کند، ماده ۷۶۶ ق. م است که مقرر می‌کند: «اگر طرفین بطور کلی تمام دعاوی واقعی و فرضیه خود را به صلح خاتمه داده باشند کلیه دعاوی داخل در صلح محسوب است اگر چه منشأ دعوی در حین صلح معلوم نباشد مگر اینکه صلح بحسب قرائن شامل آن نگردد».

نکته‌ای که در این ماده بایستی به آن عنایت شود، آن است که اگر طرفین عقد علاوه بر تنازع موجود، تمام دعاوی فرضیه خود را نیز به صلح پایان دهند، کلیه دعاوی داخل صلح است، البته نه هر دعوی فرضی، بلکه دعوایی که منشأ آن معلوم باشد. زیرا، طرفین عقد از تنازع موجود خبر دارند. ولی، آنچه ممکن است موجب نگرانی آنان بشود، دعاوی فرضیه است. بنابراین، ادامه ماده به منشأ دعوی نظر داشته و می‌گوید: «...اگر چه منشأ دعوی در حین صلح معلوم نباشد...» (نه اینکه وجود نداشته باشد). یعنی اگر منشأ دعوی موجود، ولی نامعلوم باشد، صلح درست است. ولیکن، اگر منشأ آن موجود نباشد، صحت عقد محل تأمل فراوان دارد و ممکن است مشمول ماده ۷۶۷ قانون مدنی شود.

صلح دعوی به این قسم محدود نمی‌شود. بلکه، انواع دیگری هم دارد که در ادامه این نوشتار مورد بررسی قرار خواهد گرفت. اما، قبل از پرداختن به اقسام دیگر صلح دعوی (و به بیان دیگر انواع عقد صلح)، مناسب است در اینجا به صلح در دادگاه و صلح در خارج از دادگاه نیز اشاره‌ای داشته باشیم. زیرا، ممکن است این عقد به نحوی در دادگاه یا خارج از آن بسته شود.

الف - صلح در دادگاه

قانون مدنی درباره اینک صلح در چه مکانی باید منعقد شود، حکمی ندارد و شاید از این جهت (دست کم در زمان تصویب جلد اول این قانون)، اهمیتی نداشته است که صلح در کجا بسته می‌شود، اما، هرگاه صلح نامه یا سازش نامه در دادگاه تنظیم شود، اهمیت ویژه‌ای می‌یابد، به طوری که نسبت به طرفین و قائم مقام آنها نافذ و معتبر است و مانند احکام دادگاههای دادگستری به موقع اجرا گذاشته می‌شود (ماده ۱۸۴ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی - مصوب سال ۱۳۷۹)، بدین ترتیب، مفاد صورت مجلس دادگاه که گزارش اصلاحی نامیده می‌شود، نه حکم و نه قرار دادگاه است، بلکه، یک نوع عقد صلح دعوی است که با توجه به مواد ۱۸۴ - ۱۸۳ - ۱۸۲ قانون آ. د. م. و ۱۲۹۱ ق. م. اعتبار اسناد رسمی را داشته و مانند احکام دادگاه، اجرا خواهد شد ولی، چون در حدود مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت اسناد و املاک، ثبت سند در دفاتر مخصوص، اجباری است، مراجع

ثبتي حق ندارند به استناد صلح يا گزارش اصلاحي دادگاه، سند مالکيت صادر کنند، بلکه قبلاً بايد مفاد گزارش اصلاحي در دفاتر اسناد رسمي ثبت شود تا قابليت صدور سند مالکيت را داشته باشد.^۱ به علاوه حق الثبت آن و ساير حقوق دولتي آن پرداخت شود.

ب - صلح در خارج دادگاه

در خارج از دادگاه ممکن است سازش به دو صورت انجام پذيرد. يا اين صلح نامه در يکي از دفاتر اسناد رسمي تنظيم و به ثبت مي رسد و به دادگاه مربوطه تسليم مي شود و يا صلح و سازش به صورت عادي بسته شده و به دادگاه ارائه مي گردد. در اين راستا ماده ۱۸۰ قانون آ. د. م، علاوه بر سازش بين طرفين در دادگاه، در دفتر اسناد رسمي و حتي سازش نامه غير رسمي را نيز پيش بيني کرده است و در ادامه ماده ۱۸۱ اين قانون صراحت دارد که: «هرگاه سازش در دفتر اسناد رسمي واقع شده باشد، دادگاه ختم موضوع را به موجب سازش نامه در پرونده مربوط قيد مي نمايد و اجرائي آن مقررات راجع به اجرائي مفاد اسناد، لازم الاجرا خواهد بود». ولي، اگر صلح و سازش در خارج از دادگاه به صورت عادي (غير رسمي) منعقد گردد، طرفين بايد با عنايت به ماده ۱۸۳ قانون مزبور، در دادگاه حاضر شده و به صحت آن اقرار نمايند که در اين صورت اقرار طرفين در صورتمجلس نوشته شده و به امضاي دادرس دادگاه و طرفين خواهد رسيد. در اين موارد نيز دادگاه مبادرت به صدور گزارش اصلاحي مي نمايد. مضافاً اينکه، سازش در دادگاه و صلح در خارج از آن، (با توجه به قسمت پاياني ماده ۱۸۴ قانون آ. د. م) ممکن است مخصوص به دعوي مطروحه در دادگاه باشد و يا علاوه بر آن شامل دعاوي و يا امور ديگري هم بشود.

۲ - صلح با انکار دعوي

يکي از اقسام ديگر عقد صلح و صلح دعوي، صلح با انکار دعوي است، در اين باره ماده ۷۵۵ ق. م مي گويد: «صلح با انکار دعوي نيز جائز است بنا بر اين درخواست صلح اقرار

۱. دکتر محمد جعفر جعفري لنگرودي، ترمينولوژي حقوق، ناشر: کتابخانه گنج دانش، چ دوم، پاييز سال ۱۳۶۷، ص ۵۸۳.

محسوب نمی‌شود». در این عقد ممکن است ابتدا دعوایی از سوی خواهان به طرفیت خواننده در مرجع رسیدگی مطرح شود ولی خواننده تمام یا قسمتی از خواسته خواهان را تکذیب کند و یا ادعای وی را انکار نماید و در این راستا نه خواهان دلیل کافی برای اثبات تمامی ادعای خود ارائه کند و نه خواننده قادر به دفاع موجه باشد در اینجا چنانچه خواننده (یا طرف دیگر) برای پرهیز از ادامه نزاع پیشنهاد صلح کند و طرف دیگر آن را بپذیرد، صلح با انکار دعوی بسته می‌شود. مثل اینکه، شخص الف ادعا کند، از شخص ب یکصد میلیون ریال طلب دارد. ولی شخص ب منکر گردد، با این حال درخواست صلح کند و با مبلغ هفتاد میلیون ریال عقد صلح منعقد شود. این صلح، صحیح است. بدین ترتیب، درخواست صلح که معمولاً به منظور رفع نزاع، برقراری دوستی و تفاهم و نپیمودن ادامه راه طولانی و پرفراز و نشیب رسیدگی در مراجع قضایی برای رسیدن به خواسته است، بلاشکال خواهد بود. لیکن درخواست تملیک مال متضمن اقرار در مالکیت مخاطب است، مگر اینکه قرینه‌ای برخلاف آن موجود باشد^۱ بدیهی است درخواست تملیک مال با درخواست صلح ماهیتاً تفاوت دارد. زیرا، اقرار عبارت از اخبار به حقی است برای غیر بر ضرر خود. (ماده ۱۲۵۹ قانون مدنی) وانگهی، در اینجا مدعی علیه (یا طرف دیگر)، مفاد ادعای طرف را نمی‌پذیرد، بلکه برای رفع دعوی به نحو مسالمت‌آمیز و رضا و خشنودی متقابل، پیشنهاد صلح را مطرح می‌کند. بنابر این، قانونگذار به درستی درخواست صلح را اقرار محسوب ننموده و شیوه سهل و مناسبی را برای رفع مسائل حقوقی اشخاص مفتوح کرده است.

در فقه امامیه، همان‌طور که صلح با اقرار پذیرفته شده، صلح بر انکار دعوی نیز جائز شمرده شده است.^۲ ولی در فقه اهل سنت، شافعی صلح بر انکار را باطل می‌داند.

۱. المولی احمد المقدس الاردبیلی، مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان، موسسه النشر الاسلامی، الطبعة الاولى، جزء ۹، ۱۴۱۲ هـ. ق. ص ۳۳۹. دکتر ناصر کاتوزیان، همان کتاب، ص ۴۷۹.
 ۲. ابی جعفر محمد بن منصور بن احمد ادریس الحلی، کتاب السرائر، موسسه النشر الاسلامیه، الطبعة الثانية، ج ۲، ۱۴۱۰ هـ. ق.، ص ۶۵.

مع ذلک، مالک و ابوحنیفه، صلح بر انکار را صحیح دانسته‌اند.^۱ برخی از مؤلفان قدیم و معاصر در نوشته‌های خود به صلح سکوت نیز اشاره نموده و یا در مورد آن توضیح داده‌اند.^۲ ولی، در قانون مدنی از این نوع صلح اسم برده نشده است. لذا، در این مختصر آن را به عنوان یک نوع عقد صلح نیاوردیم و فقط به این جمله اکتفا می‌کنیم که در این صلح، مدعی علیه، نه اقرار میکند و نه انکار، هرچند ممکن است بحثهای دیگری را مطرح نماید.

۳- صلح با اقرار دعوی

در صلح اقرار، خواننده دعوی اقرار به خواسته مدعی می‌کند و بین طرفین بعد از اقرار، عقد صلح واقع می‌شود. یعنی، اگر مدعی علیه در برابر دعوی مدعی اقرار کند و سپس با خواهان درباره موضوع صلح نماید، صلح با اقرار دعوی تحقق یافته است. بدین ترتیب، خواهان مقداری از حق خود را از ذمه خواننده اسقاط می‌کند و یا به طور رایگان به او صلح می‌کند (می‌بخشد). صلح با اقرار، در مقابل صلح با انکار دعوی به کار می‌رود که در حقوق امامیه پذیرفته شده^۳ و ماده ۷۵۵ ق.م.ا.ن را قبول کرده است.

۱. عبدالرحمن بن ابی عمر محمد بن احمد ابن قدامه، المعنی و الشرح الکبیر علی متن المقنع، (الجزء الخامس) - جماعة من العلماء، ۱۳۹۲ هـ - ۱۹۷۲ م - دارالکتاب العربی، بیروت، لبنان، زیرنویس ص ۹۰. علاءالدین ابی بکر بن مسعود الکاسانی الحنفی (الملقب بملک العلماء)، الجزء السادس من کتاب بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، الطبعة الاولى، سنة ۱۳۲۸ هـ سنة ۱۹۱۰ م، طبع بمطبعة الجمالیه، بمصر، ص ۴۰.

۲. علاءالدین ابی بکر بن مسعود الکاسانی الحنفی، همان. رستم باز اللبنانی - سلیم، شرح المجله، طبعه الثالثه مصححة و مزیده، دار الاحیاء التراث العربی، بیروت - لبنان، ص ۸۲۷. دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، مشارکتها، صلح، عطایا، ص ۲۸۲. جعفری لنگرودی، حقوق مدنی، رهن و صلح، صص ۱۷۰ و ۱۷۱.

۳. ر.ک: الکرکی، جامع المقاصد فی شرح القواعد المحقق الثانی، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث ۱۴۱۱ هـ - ۱۹۹۱ م. السید محمد جواد الحسینی العاملی، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، مؤسسه آل البيت (ع)، ج ۵، ص ۴۶۸. آیت الله العظمی سید ابوالقاسم الموسوی الخویی، منهاج الصالحین، الناشر مكتبة الطفی بطهران، الطبعة الرابعة، الجزء الثانی، ۱۳۹۴ ق، ۱۳۵۳، ص ۲۰۶. المولی احمد المقدس الاردبیلی، همان کتاب، ص ۳۲۹. دکتر سید حسن امامی، همان، ص ۳۱۷.

۴ - صلح ابتدایی

کسانی که عقد صلح را به دو دسته تقسیم کرده‌اند، یک نوع آن را صلح حقیقی یا صلح دعوی و قسم دیگر را صلح ابتدایی یا صلح در مقام معامله نامیده‌اند.^۱ در نمونه‌های گذشته سعی کردیم قسم نخست را به طور اجمالی بررسی کنیم و از این پس تلاش خواهیم کرد، از انواع صلح که در چهارچوب صلح ابتدایی قرار می‌گیرد بحث نماییم، هرچند ممکن است بعضی از اقسام صلح، در قالب هر دو نوع قرار داشته باشند. صلح ابتدایی، نوعی عقد صلح است که در مواد ۷۵۲، ۷۵۴، ۷۵۹ و خصوصاً مواد ۷۵۷ و ۷۵۸ ق.م به چشم می‌خورد و از عقود رایجی است که روزانه تعداد زیادی از آن در کشور ما به ویژه در دفاتر اسناد رسمی بسته می‌شود.

صلح ابتدایی به معنای اخص به صلحی گفته می‌شود که دارای دو صفت باشد: الف - برای رفع نزاع محقق یا محتمل نباشد. ب - مسبوق به وجود حقی در رابطه با طرفین نبوده باشد.^۲ بنابر این، صلح ابتدایی به معنی اخص، عقد صلحی است که در مورد آن نه نزاع محقق وجود دارد، نه نزاع محتملی و نه مسبوق به وجود حقی در رابطه با طرفین است. ولی، صلح ابتدایی به معنای اعم ممکن است مسبوق به حق باشد یا نباشد، هرچند این صلح نیز در مقام رفع منازعه محقق یا محتمل نیست.^۳

تسامح و تسامح موجود در عقد صلح، منحصر به صلح دعوی نیست. بلکه، معمولاً این خصیصه در انواع مختلف این عقد از جمله صلح ابتدایی دیده می‌شود و این تسهیل و گذشت متقابل وقتی به وسیله نهاد صلح ابتدایی با آزادی اراده قانونی همراه شود، نیل به اهداف مشروع و رفع نیازهای معاملاتی مردم آسان و ممکن می‌گردد.

مستقل بودن این عقد در ردیف سایر عقود معین موجب می‌شود که برای رهایی از پاره‌ای مشکلات عقود معین و یا احتراز از ایجاد بعضی از حقوق، برخی از قراردادها در

۱. مصطفی عدل (منصور السلطنه)، همان. دکتر سید حسن امامی، همان کتاب، ص ۳۱۵. دکتر سید

حسین صفایی، همان کتاب، ص ۴۸۰.

۲. دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، همان کتاب، ص ۲۳۷.

۳. ر.ک. همان کتاب، صص ۱۴۲ و ۱۴۳.

قالب صلح ابتدایی بسته شود. لذا، ماده ۷۵۸ ق.م می‌گوید: «صلح در مقام معاملات هر چند نتیجه معامله را که بجای آن واقع شده است می‌دهد لیکن شرایط و احکام خاصه آن معامله را ندارد بنابر این اگر مورد صلح عین باشد در مقابل عوض نتیجه آن همان نتیجه بیع خواهد بود بدون اینکه شرایط و احکام خاصه بیع در آن مجری شود». بدین ترتیب، اگر بیع در چهارچوب صلح بسته شود، خیار مجلس، حیوان و تأخیر ثمن یا حق شفعه به وجود نخواهد آمد. زیرا، بر اساس ماده ۴۵۶ ق.م این سه خیار ویژه عقد بیع است و حق شفعه با توجه به ماده ۸۰۸ ق.م به بیع اختصاص دارد. یعنی، حتی اگر عقد بیع در قالب صلح منعقد شده باشد، حق شفعه در صلح نیست. (ماده ۷۵۹ ق.م)

با دامنه وسیعی که صلح ابتدایی دارد، می‌تواند شامل صلح معوض، بلاعوض، مغاینه، مسامحه و صلح التزامی بشود و با این توضیح که بعضی از عقدهای اشاره شده ممکن است در چهارچوب صلح دعوی هم قرار بگیرند، به ترتیب هر یک از آنها را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۵- صلح معوض

از کلمه «نیز» در ماده ۷۵۷ ق.م که مقرر می‌کند: «صلح بلاعوض نیز جائز است». استنباط و استفاده می‌شود که یکی از انواع این عقد، صلح معوض است، چنین صلحی اگر چه معوض بوده و ممکن است یک معامله تمام عیار باشد، لیکن تعادل ارزش اقتصادی دو عوض، آن گونه که در عقود مانند بیع وجود دارد، در صلح معوض، شرط نیست. ولی، در هر حال عوض وجود دارد و این عوض ممکن است عین باشد یا دین و یا متصالح در عوض مال الصلحی که می‌گیرد متعهد شود کاری انجام دهد یا نفقه‌ای را پرداخت کند.

از سوی دیگر، در صلح معوض ممکن است عوض به قدری ناچیز باشد که نهادن نام عوض بر آن، نامعقول و غیر منطقی به نظر برسد، مثل اینکه: شخصی به فرزندش کاشانه (آپارتمان) چند صد میلیون ریالی خود را به یک سیر نبات یا چند ریال صلح نماید

که به آن «صلح محاباتی»^۱ می‌گویند، یعنی صلحی که طرفین عقد به ارزش اقتصادی دو مورد و تعادل بین آنها به هیچ وجه توجهی نمی‌کنند.

در مورد علت اینکه چرا به جای صلح محاباتی، عقد صلح بطور بلاعوض منعقد نمی‌شود؟ بعضی احتمال داده‌اند که معمول بودن عقد محاباتی بین مردم، برای رعایت عقیده شیخ و عده‌ای از فقهای دیگر است که عقد صلح را فرع عقود معین می‌دانند. بنابر این، اگر عین بدون عوض به کسی صلح شود، اثر هبه بر آن مترتب می‌شود و در مواردی قابل رجوع است. ولی، اگر صلح بصورت محاباتی در آید، عقد صلح نسبت به طرفین لازم است و مصالح نمی‌تواند از آن رجوع کند.^۲ مع ذلک، حتی اگر این احتمال را هم درست بدانیم، با توجه به ماده ۷۵۷ ق. م که صلح بلاعوض را جائز (یعنی روا و صحیح، نه جائز در مقابل لازم) می‌داند و ماده ۷۶۰ ق. م که عقد صلح را حتی اگر در مقام عقود جائز واقع شود، لازم شمرده است. به نظر نمی‌رسد ضرورتی به ذکر عوض ناچیزی مانند ۷۵ گرم نبات یا چند ریال وجه رایج باشد و می‌توان عقد صلح را بلاعوض منعقد کرد.

۶- صلح بلاعوض

نام صلح بلاعوض، ما را بی‌نیاز از تعریف نمودن آن می‌کند. اما، می‌توان گفت: صلح رایگان عقدی است که به موجب آن کسی مالی را به دیگری ببخشد یا تعهدی را بطور مجانی بر عهده بگیرد.^۳

در قانون مدنی، همانطور که در بحث گذشته بیان شد، ماده ۷۵۷ درباره صلح بلاعوض صراحت دارد که: «صلح بلاعوض نیز جائز است». بنابر این، ممکن است کسی به جای اینکه مال خود را به طور غیر معوض به دیگری هبه کند، آن مال را تحت عنوان

۱. محابات یعنی: یاری کردن، طرفداری کردن، حسن عمید، فرهنگ عمید (سه جلدی)، انتشارات امیرکبیر، چ اول، تهران ۱۳۶۳، ج ۳، ص ۲۱۸۷. (منظور صلحی است که عوض آن بسیار ناچیز است.

۲. دکتر سید حسن امامی، همان کتاب، صص ۳۲۴ و ۳۲۵.

۳. دکتر ناصر کاتوزیان، همان کتاب، ص ۲۸۲.

صلح بلاعوض به او منتقل نماید، تا علاوه بر اینکه ضرورتی به قبض متبهب نباشد (ماده ۷۹۸ ق.م) در موارد خاصی کع واهب می تواند از هبه رجوع کند (ماده ۸۰۳ ق.م) این حق از او سلب شود و یا متصالح با اطمینان از استحکام عقد، صلح مجانی را امضاء کند. برای اینکه مالک، مال خود را بطور مجانی به دیگری انتقال دهد، از جنبه شرعی اشکالی دیده نشده است. زیرا، حدیث نبوی می فرماید: «ان الناس مسلطون علی اموالهم»^۱.

بنابر این، مالک می تواند هر نوع تصرف مشروعی را در اموال خود بنماید. مثلاً، آن را غیر معوض به هر که بخواهد صلح کند. از نظر اصول و قواعد حقوقی نیز ایرادی به این فعل، به نظر نمی رسد. زیرا، با صلح مال بلاعوض به دیگری، نه به حقوق کسی تجاوز می شود و نه تعهدی را به او تحمیل می کند. قاعده تسلیط که مبنای آن حدیث مزبور است و ماده ۳۰ ق.م نیز این موضوع را تأیید می کند.

۷- صلح مغاینه

برای بررسی این نوع عقد صلح، ماده ۷۶۱ ق.م را مرور می کنیم: «صلحی که در مورد تنازع یا مبنی بر تسامح باشد قاطع بین طرفین است و هیچیک نمی تواند آن را فسخ کند اگر چه به ادعای غبن باشد مگر در صورت تخلف شرط یا اشتراط خیار». با مذاقه در این ماده، دو نوع صلح می توان یافت، یعنی در بعضی از اقسام صلح می توان ادعای غبن نمود و در بعضی دیگر این ادعا میسر نیست، پس، نوع اول که مغاینه یا صلح مبنی بر معامله است، در اینجا بحث می شود و صلح مسامحه را بعداً بررسی خواهیم کرد.

در مباحث گذشته یادآور شدیم، صرفنظر از اینکه در طبیعت عقد صلح نوعی تسالم و گذشت متقابل دیده می شود، گاهی به دلایل و مصلحت های، قراردادهای دیگر نیز در قالب این عقد بسته می شوند. مثلاً، برای ایجاد نشدن حق شفعه، ممکن است کسی مال غیر منقول خود را به جای بیع، در چهارچوب عقد صلح انتقال دهد. در چنین معامله ای

۱. شیخ محمد باقر مجلسی، بحار الانوار، المصححة مؤسسة الوفاء، الجزء الثانی، الطبعة الثانیة، ۱۴۰۳ هـ، ۱۹۸۳ م. ص ۲۷۲.

قصد طرفین از انجام معامله، تسامح و گذشت متقابل نبوده، بلکه نوعی سودجویی و افزون طلبی است. بنابر این، طرفین این نوع عقد، ارزش اقتصادی دو عوض را در نظر دارند و صلح منعقد مبنی بر تسامح نیست و در صورت وجود غبن، می توان صلح مغابنه‌ای را با استفاده از خیار غبن، فسخ نمود.

در مواردی که بین مصداق صلح مسامحه و مغابنه تردید و اشتباه باشد، اصل این است که احکام صلح مغابنه جاری می‌گردد. زیرا، در امور مالی، مجانی و مسامحه خلاف سنت طبیعت است و باید به دلیل قطعی متکی باشد.^۱

۱- صلح مسامحه

هر چند یکی از ویژگیهای عقد صلح بطور کلی، تسامحی بودن این عقد است و در جوهره این عقد معمولاً نوعی گذشت و سازش متقابل چه برای رفع تنازع و چه در موردی که صلح حتی به عنوان معامله ابتدایی به کار می‌رود، دیده می‌شود. اما، سهل‌گیری و گذشت و تسامح در صلح مسامحه‌ای (هر چند عقدی معوض است)، بیشتر از انواع دیگر عقد صلح، به چشم می‌خورد.

این قسم عقد صلح نیز مانند صلح مغابنه‌ای در ماده ۷۶۱ ق. م پیش بینی شده است. مستنبط از این ماده، در صلح حقیقی (مورد تنازع) یا صلح مبنی بر تسامح، حق فسخ و ادعای غبن وجود ندارد و قاطع بین طرفین است. مگر در صورت تخلف شرط یا اشتراط خیار. زیرا، بنای طرفین در این عقد بر تسامح و گذشت و رفع اختلاف قرار داده شده است و خیار غبن در صورتی وجود خواهد داشت که تساوی عرفی ارزش اقتصادی عوضین کاملاً مورد نظر باشد و در مورد صلح در مقام تنازع، چنین نظری وجود ندارد. بنابر این، نمی‌توان از یک طرف اختلاف را با صلح خاتمه داد و از طرف دیگر با تنازع دیگری، آغاز سخن نمود. مع هذا، اگر دعوی راجع به بطلان صلح باشد، بایستی رسیدگی شود. درباره صلحی که مبنی بر تسامح باشد نیز موضوع روشن است و هیچ کدام از

۱. جعفری لنگرودی، همان کتاب، ص ۲۴۰.

طرفین حق فسخ یا خیار غبن نخواهند داشت، چون هدف یک طرف یا طرفین عقد در این نوع صلح، اغماض و مسامحه بوده است. مثل اینکه، اگر کسی با صلح محاباتی، خانه‌اش را به یک سیر نبات به فرزندش صلح کند، نمی‌توان گفت، مصالح که با هدف کمک به فرزندش به چنین مسامحه و اغماضی دست زده است، می‌تواند معامله - (صلح مسامحه‌ای) را به ادعای غبن، فسخ نماید.

۹ - صلح التزامی

هر چند در قانون مدنی صراحتاً از صلح التزامی اسم برده نشده است و دیده نمی‌شود که حقوقدانان ما (به جز آقای دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی) از این عقد نامی برده باشند. اما، مصداق بارز این عقد را می‌توان در ماده ۷۶۸ ق.م مشاهده کرد و این در حالی است که نه تنها از این نهاد حقوقی، در گذشته استفاده شده، بلکه امروز نیز با تسالم و تسامح و احسانی که در درون صلح التزامی نهفته است، می‌توان از این تأسیس حقوقی برای رفع برخی از مشکلات جدی افراد نیازمند جامعه بهره‌مند شد. زیرا، از جمله نیازهایی که انسانها در طول تاریخ با آن مواجه بوده‌اند و تحول شرایط زندگی و گسترش و صنعتی شدن جوامع آن را پیچیده‌تر و محسوس‌تر کرده است، تأمین زندگی کسانی است که زمانی چرخهای جامعه با فکر بلند و دست‌های توانای آنان در حرکت بوده است و زمان دیگر بر اثر عوارضی مانند پیری، از کار افتادگی یا معلولیت، این افراد یا علی‌رغم داشتن دارایی کافی، توانایی اداره اموال خود را از دست داده‌اند و یا اموالی ندارند که نیازهای حیاتی خویش را تأمین نمایند.

و به این مشکلات می‌توان اثرات سوء مهاجرتهای سالیان اخیر به شهرهای بزرگ و کشورهای مختلف و استقلال روزافزون اعضای خانواده‌ها که موجب گردیده است، فرزندان دور از پدر و مادر زندگی کنند و در صورت بروز دشواری و بیماری قادر نباشند همدیگر را یاری نمایند، افزود. هر چند برای تأمین چنین نیازهایی، برخی از تأسیسات مانند بیمه، بیمه عمر، بازنشستگی و نهادهای عمومی در سالهای اخیر بوجود آمده‌اند. ولی، این نهادها یا به اندازه کافی شناخته نشده‌اند و یا آنقدر قابل گسترش و تعمیم

نیستند که علاوه بر اداره امور مالی اشخاص، پرداخت نفقه و یا امور دیگر آنها را به نحو مطلوب و اطمینان بخش به عهده بگیرند.

بنابراین، برای پر کردن این خلأ حقوقی به نظر می‌رسد با مفهوم گسترده‌ای که عقد صلح بر اساس حقوق اسلام و فقه امامیه پیدا کرده و قانونگذار نیز در ماده ۷۶۸ ق. م پرداخت نفقه را در قلمرو عقد صلح ممکن نموده است، «صلح التزامی» قالب مناسبی است به منظور پرداخت نفقه متعهدله یا اشخاص ثالث و حتی انجام امور دیگری که طرفین عقد می‌توانند در چهارچوب آن توافق و تراضی نمایند. حال که به پاره‌ای از علل نیاز به صلح التزامی آشنا شدیم، بهتر است ضمن بررسی سابقه این نهاد، تعریفی از این پیمان ارائه نماییم.

هر چند بنابر نوشته حقوقدان یاد شده (آقای دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی): «صلح التزامی در اصطلاحات فقها بکار رفته است...»^۱ لیکن در نوشته فقها دیده نمی‌شود که به طور صریح از صلح التزامی (عهدی) اسم برده باشند، ولی از پرسشهایی که از آنان شده و پاسخ‌هایی که به این‌گونه سؤالات داده‌اند، به روشنی معلوم می‌شود که اولاً، همواره مردم به این تأسیس حقوقی نیاز داشته‌اند. ثانیاً فقیهان ما چنین عقدی را بلا اشکال و جائز شمرده‌اند.^۲

تنها تعریفی که از صلح التزامی (عهدی) دیده شده، تعریفی است که یکی از حقوقدانان معاصر درباره این عقد پیشنهاد کرده‌اند. در این تعریف آمده است: «صلح، عهدی است اگر موضوع اولیه آن تعهد باشد...»^۳ این تعریف مختصر، صلح التزامی را معرفی نمی‌کند و انتظاری که از یک تعریف جامع و مانع وجود دارد، تحقق نمی‌یابد. مثلاً

۱. همان کتاب، ص ۲۰۶.

۲. برای دیدن نمونه‌ها، ر. ک: فقیه کبیر سید محمد کاظم یزدی، سؤال و جواب استفتائات و آراء، (به اهتمام دکتر سید مصطفی محقق داماد)، مرکز نشر علوم اسلامی، چ اول، بهار ۱۳۷۶، ص ۲۲۶. المیرزا ابی القاسم الجیلانی القمی، جامع الشتات (با تصحیح مرتضی رضوی)، سازمان انتشارات کیهان، ج سوم، چ اول، پاییز ۱۳۷۱، صص ۱۳۲ و ۱۳۳. آیت الله العظمی حاج شیخ محمد فاضل لنکرانی، جامع المسائل، استفتائات، چاپ مهر، چ اول، پاییز ۱۳۷۵، ص ۳۰۰.

۳. دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، همان کتاب، ص ۳۱۵.

با این تعریف، معلوم نمی‌شود که صلح التزامی (عهدی) معوض است یا مجانی، عقد از هر دو طرف عهدی است یا از یک طرف ممکن است تملیکی باشد؟ تعهد فقط نسبت به طرفین عقد مؤثر است یا اثر آن به ثالث نیز ممکن است سرایت نماید؟ با وجود این قبیل پرسشها و ابهامات، به ناچار باید تعریف مزبور را برای صلح عهدی (التزامی) ناکافی دانست و تلاش نمود تعریف دیگری از این عقد ارائه نمود.

اما، با الهام و استفاده از ماده ۷۶۸ ق.م که متن آن چنین است: «در عقد صلح ممکن است احد طرفین در عوض مال الصلحی که می‌گیرد متعهد شود که نفقه معینی همه ساله یا همه ماهه تا مدت معین تأدیه کند این تعهد ممکن است بنفع طرفین مصالحه یا به نفع شخص یا اشخاص ثالث واقع شود». می‌توان تعریف کامل تری از صلح التزامی ارائه نمود و بیان داشت: «صلح التزامی عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین، در عوض دریافت مال الصلح، پرداخت نفقه یا انجام امر معینی را، برای طرف دیگر یا شخص ثالث، به عهده می‌گیرد».

در این تعریف با آوردن کلمه «طرفین» نشان دادیم که رابطه حقوقی، بین دو شخص ایجاد می‌شود. یعنی، در این عقد، یک طرف در مقابل طرف دیگر ملتزم به انجام امری می‌شود که ممکن است به نفع طرف دیگر عقد یا ثالث باشد. واژه «عوض» در تعریف، صلح بلاعوض را از شمول صلح عهدی خارج می‌کند. زیرا، صلح بلاعوض یکی از انواع عقد صلح می‌باشد و ممکن است شخصی بدون دریافت عوض، تعهداتی را به سود دیگری به عهده بگیرد. که حتی اگر چنین عقدی درست باشد، از قلمرو صلح التزامی خارج است.

در تعریف مزبور به «دریافت مال الصلح» به وسیله یکی از طرفین عقد اشاره کردیم تا این نکته را بیان کرده باشیم که عقد صلح از سوی مصالح، عقدی تملیکی است. یعنی، مال الصلحی که متعهد دریافت می‌کند، هنگام بستن عقد به او تملیک می‌شود. مع ذلک، غیر ممکن نخواهد بود، چنانچه در صلح دعوی نیز، چنین تعهداتی پیش بینی شود.

در تعریف صلح التزامی عمداً کلمه «نفقه» را گنجانده‌ایم تا مصداق بارز صلح التزامی در خود تعریف باشد. یعنی، حتی اگر به عبارت «انجام کاری» اکتفا می‌کردیم، انجام امر،

پرداخت نفقه را هم شامل می‌شد، با این حال با آوردن نفقه، هم از مفاد ماده ۷۶۸ و ۷۶۹ ق.م غافل نشدیم و هم نمونه عملی این تأسیس حقوقی را در تعریف ذکر کردیم.

در قسمت اخیر تعریف یاد شده، با آوردن عبارت «امر معین» لاقلاً به سه هدف می‌رسیم، اولاً، به دامنه صلح التزامی که از دایره ماده ۷۶۸ ق.م وسیع تر است، تصریح کرده‌ایم. یعنی، در این عقد متعهد ممکن است انجام کاری را به عهده گرفته باشد. مثل اینکه، مقرر شود متصالح در قبال دریافت مال الصلح، زمینی را شخم بزند یا محصولی را درو کند. ثانیاً با آوردن واژه «معین»، پس از «نفقه و امر» به ضرورت تعیین این دو تأکید کرده‌ایم. زیرا، اگر نفقه یا کار مورد تعهد معین نباشد، پس از انعقاد صلح، ممکن است در اجراء اشکالات و مسائل زیادی پدیدار شود. مثل اینکه، متصالح پرداخت نفقه دیگری را تعهد کند. ولی، در خصوص مصداق نفقه اختلاف پیش آید. ثالثاً، به جای آنکه مانند قانون مدنی فرانسه^۱ در تعریف، هم انجام کار و هم عدم انجام کار را بیاوریم، به تبعیت از ماده ۱۸۳ ق.م به بیان انجام «امری» بسنده کردیم تا این کلمه علاوه بر اینکه شامل انجام کار می‌شود، ترک فعل را هم دربرگیرد و در نتیجه تعریف را خلاصه تر نماید.

در اواخر تعریف اشاره کرده‌ایم که تعهدات متعهد در صلح التزامی، علاوه بر اینکه به سود طرف عقد صلح می‌باشد، ممکن است به نفع «شخص یا اشخاص ثالث» هم بشود. (همان گونه که ماده ۷۶۸ و ۷۶۹ ق.م پیش بینی کرده است). بدین ترتیب با آوردن شخص «ثالث» در تعریف زمینه صلح التزامی به سود شخص ثالث را نیز فراهم نموده‌ایم.

در پایان تعریف، از کلمه «عهده» استفاده کردیم تا تصریح نماییم، صلح عهدی (التزامی) دست کم در مورد متصالح، عهدی عهدی است نه تملیکی. به بیان دیگر، معلوم می‌شود، انتقادهایی که به ماده ۱۸۳ ق.م راجع به تعریف عقد مطرح می‌شود، درباره صلح التزامی تا حدودی مصداق ندارد. زیرا، از یک طرف در صلح التزامی وظایف و تکالیفی به

۱. ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی فرانسه در تعریف عقد می‌گوید: «عقد عبارت از توافقی است که به موجب آن، یک یا چند شخص در برابر یک یا چند شخص دیگر، تعهد به انتقال مال، انجام یا عدم انجام کاری می‌کنند» به نقل از: کاتوزیان - دکتر ناصر، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، انتشارات مدرس با همکاری شرکت بهمن برنا، ج ۱، چ دوم، زمستان ۱۳۷۲، ص ۱۶.

عاهده متصالح است، که به این عقد چهره عهده می‌دهد و با تعریف ماده ۱۸۳ ق.م که در مورد عقد عهده است، مابین نیست. ولی، در چهره دیگر که مالی به متصالح تملیک می‌شود، تعریف ماده ۱۸۳ ق.م نارساست و شامل عقد تملیکی نمی‌شود. مگر اینکه، قائل شویم، تعهد متصالح به محض ایجاد، اجرامی شود.

با تعریفی که از صلح التزامی نمودیم، اگر به ماده ۷۶۸ ق.م هم عنایت نماییم، می‌بینیم چنین عقدی با عنوان «رانت ویژر» (*Rente viagere*) در حقوق فرانسه دیده می‌شود. درباره تعریف اصطلاحی قرار داد «رانت ویژر» (*contrate rente viagere*)، گفته‌اند: «رانت ویژه قراردادی است که طبق آن یک شخص (متعهد پرداخت) تعهد می‌کند مبلغی که مستمری نامیده می‌شود، در فواصل معینی به دیگر بپردازد و این پرداخت در طول زندگی بستانکار (متعهد له پرداخت) به عمل می‌آید».^۱ و با تعریفی که از صلح التزامی نمودیم، به وجوه اشتراک این دو تأسیس حقوقی پی خواهیم برد. البته، این دو نهاد با یکدیگر وجوه افتراقی نیز دارند که بیان آنها از حوصله این بحث خارج است و علاقه‌مندان می‌توانند به قانون مدنی فرانسه یا نوشته‌هایی که در این زمینه وجود دارد، مراجعه نمایند.^۲

۱. دکتر مهدی شهیدی، مجله تحقیقات حقوقی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۱۴-۱۳، از پاییز ۷۲ تا تابستان ۷۳، صلح مال در برابر تعهد به پرداخت مستمری، ص ۱۵۰ به نقل

از: Leon Julliot de Morandiere, T.3,N.486.

۲. برای آگاهی بیشتر از قرارداد «رانت ویژر» (*contrat de rente viagere*) ر.ک: ماده ۱۹۶۸ به بعد قانون مدنی فرانسه. شهیدی - دکتر مهدی - همان مقاله.

اسناد تجاری رایانه‌ای

مترجم: مصطفی‌السان*

اشاره

یکی از مباحث مهم «حقوق تجارت الکترونیک» بررسی «ارزش اثباتی ادله» می‌باشد. مقصود از ادله در این شاخه از حقوق تجارت انواع اسناد، مدارک، محاسبات و داده‌هایی است که یا در اساس خود یا به طور غیر مستقیم مبنای الکترونیکی دارند، نوع نخست را می‌توان «دلیل واقعی» و قسم دوم را «دلیل دست دوم» نامید. آنچه در این مقاله بحث می‌شود، بیشتر مناقشه در زمینه اعتبار و ارزش حقوقی ادله دست دومی است که منبع رایانه‌ای دارند. از دلیل دست دوم در فرهنگهای حقوقی به «شهادت بر شنوده»، «دلیل افواهی» و «نقل قول» یاد شده که ما در ترجمه واژه hearsay evidence به دلیل جامعیت، واژه فارسی «دلیل دست دوم» را برگزیدیم.

*. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه شیراز.

اسناد تجاری رایانه‌ای

به من اعتماد کن، من یک وکیل^۱

مقدمه

این حقیقتی تأسف بار در زندگی است که انسانها معمولاً راست نمی‌گویند. آنها گاهی فراموش می‌کنند، برخی اوقات دروغ می‌گویند و گاهی تغییر شرایط و اوضاع و احوال موجب می‌شود شخصی موضوعات را به طوری غیر از آنچه در واقع بوده، به خاطر آورد. تمام سیستمهای تجاری مدرن به ندرت بر مبنای اعتماد اما عمدتاً بر این حقیقت که توافقات بین طرفین باید مستند باشد، مبتنی است. نیاز به چنین وضعیتی در تجارت الکترونیک مسلم است زیرا طرفین یک توافق ممکن است همدیگر را ندیده و حتی هیچ مکالمه تلفنی با یکدیگر نداشته باشند. در اکثر موارد تنها دلیل بر توافق طرفین، سند معامله خواهد بود. با وجود این، احتمال بروز مسایل خاصی وجود دارد زیرا ادله اثباتی از طریق رایانه ایجاد خواهد شد.

انواع ادله اثباتی

ادله قابل استنادی که رایانه ایجاد می‌کند بر سه نوع خواهد بود: اول، محاسبات و تجزیه

۱. قسمتی از آنچه توسط هنرپیشه «رابین ویلیام» در فیلم سینمایی «دام» (Hook) ساخته استیفن ایسپیلبرگ، گفته شد.

تحلیل‌هایی که خود رایانه از طریق پردازش نرم‌افزاری و وصول اطلاعات از سایر دستگاهها نظیر دستگاههای ثبتي و حسگرها انجام می‌دهد. این نوع دلیل «دلیل واقعی»^۱ نامیده می‌شود. دلیل واقعی در بیشتر موارد ایجاد می‌شود: (به طور مثال) اگر رایانه یک بانک به طور خودکار حسابهای بانک با مشتریان را بر مبنای تعرفه‌های خود، مبادلات محاسباتی و موازنه روزانه مطالبات انجام دهد، این نوع محاسبات نوعی «دلیل واقعی» خواهد بود. مورد دیگر، مدارک ذخیره شده رایانه‌ای است که در واقع روگرفت اطلاعاتی است که توسط نیروی انسانی به رایانه ارائه شده است، این مدارک در زمره «ادله دست دوم» قرار می‌گیرند، حواله‌های بانکی و پرداختهایی که به حساب بانک انجام می‌شود، «دلیل دست دوم»^۲ محسوب می‌شوند. آخرین مورد مدارکی است که مشتق از دلیل واقعی و داده‌هایی است که توسط نیروی انسانی به رایانه ارائه شده و به شکل دلیل کتبی مرکب هستند. این موارد نیز در قوانین راجع به ادله اثبات دعوی در زمره «ادله دست دوم» قرار می‌گیرند. یک مثال برای دلیل مرکب (مشتق) محاسبات انجام شده در ستون موازنات روزانه یک بانک است زیرا این حساب ترکیبی از «دلیل واقعی» (محاسبات بانکی که به طور خودکار انجام شده) و حواله و پرداختهای ثبت شده می‌باشد.

دلیل واقعی

با پیشرفت سریع در علم دادرسی، دلیل واقعی اهمیت فزاینده‌ای در رسیدگی کیفری یافته است. اثر انگشت، نمونه DNA و لکه‌های خون همه نمونه‌هایی مشهود از دلیل واقعی هستند که دادگاه از آنها برای حکم به مجرمیت یا برائت متهم استفاده می‌کند. ذخیره خودکار اطلاعات، پیشرفتی نسبتاً نوظهور است و حقوق مانع از آرایه این داده‌ها به عنوان دلیل اثباتی نیست. اخیراً آنچه به وسیله دستگاههای ذخیره خودکار اطلاعات ضبط شده به عنوان دلیل واقعی پذیرفته شده‌اند. در قضیه یادمان آزادی^۳ تصمیم‌گیری در پرونده منوط به بررسی آنچه توسط یک رادار ثبت شده بود، گردید زیرا

1. real evidence.

2. hearsay evidence (Second hand evidence).

3. The statue of liberty.

رادار اطلاعاتی ذخیره کرده بود که نشانگر موقعیت دو کشتی در یک تصادم دریایی می‌شد، ذخیره‌سازی اطلاعات به وسیلهٔ یک دستگاه مکانیکی بدون دخالت انسان صورت گرفته بود. قاضی سیمون حکم نمود که آنچه ضبط شده به عنوان دلیل واقعی قابل قبول است، وی به پرونده آر علیه مقصود علی^۱ استناد نمود که در آن یک نوار ضبط صوت قابل استماع شناخته شد، [قاضی اظهار داشت:]

«اگر نوار ضبط صوت قابل استناد باشد به نظر می‌رسد که عکس یا دریافت راداری نیز قابل استناد است. چنانچه در واقع عکس نیز چنین حالتی دارد. این تمایز بی‌معنی خواهد بود که یک عکس فقط در صورتی قابل استناد باشد که دوربین عکاسی توسط یک عکاس عمل نموده باشد و در عین حال اگر تصادفاً یا از طریق یک سیستم خودکار عمل کرده باشد، دلیلی بر اثبات ادعا نباشد. به همین نحو اگر مدرکی به تشخیص وضعیت هوا ارتباط داشته باشد، در صورتی که گفته شود که وضعیت هوا صرفاً در صورتی معلوم می‌شود که یک انسان در زمانهای معین (وقت به وقت) به هواسنج نگاه کند و این وضعیت از طریق آنچه یک هوانگاز خودکار ثبت کرده است قابل اثبات نباشد، چنین نظریه‌ای اگر مبنای حقوقی داشته باشد توهین به افکار عمومی خواهد بود... امروزه حقوق مجبور به درک این واقعیت است که وسایل مکانیکی جانشین تلاش انسانی شده است.»

در سال ۱۹۸۱ پروفیسور اسمیت ضمن یک مقاله علمی در زمینه سند رایانه‌ای، نظریهٔ ابراز شده در پروندهٔ یادمان آزادی را موسع نمود و قاعده‌ای تأسیس کرد که بعدها مورد پذیرش دادگاهها قرار گرفت:

«در هر مورد که اطلاعات به وسیلهٔ یک دستگاه مکانیکی بدون دخالت انسان ذخیره شده باشد، آنچه به وسیلهٔ دستگاه ذخیره شده به عنوان دلیلی بر اثبات ادعا می‌تواند به کار گرفته شود، البته مشروط بر اینکه دستگاه قابل اعتماد بوده و سالم باشد.»

«مکانیکی» در نظریهٔ فوق‌الذکر به معنی «خودکار» است و از این نظر شامل تمام روشهای ثبت اطلاعات از طرق الکتریکی، الکترونیکی و شیمیایی می‌گردد و این

برخلاف ظاهر واژه «مکانیکی» است که فقط روش ماشینی را مجسم می‌سازد. در پرونده آر علیه وود^۱ قضیه به ادعای سرقت فلزات خاصی ارتباط داشت که به وسیله شیمیدانی که این فلزات را مورد آزمایش قرار می‌داد، از آنها تصویر رایانه‌ای تهیه شده بود، این فلزات در تصرف متهم یافته شد. دادگاه چنین تشخیص داد که مدارک (تصاویر) مذکور به عنوان دلیل واقعی قابل استناد است، زیرا رایانه به عنوان محاسبه‌گر صرف عمل کرده بود.

«رایانه مذکور حقیقتاً یک وسیله بوده و از اطلاعات موجود در حافظه خود بهره‌نبرفته است. رایانه صرفاً به عنوان محاسبه‌گر خبره‌ای عمل نموده که با حرکات دست شیمیدان کار می‌کرده است».

در پرونده آر علیه اسپای‌بای^۲ پژوهش خواه به این امر محکوم شده بود که عالم‌اً در قاچاق غیرقانونی گیاهی مخدره مشارکت نموده است. در تأیید و اثبات عالمانه بودن عمل وی، دادستان به برگه‌های مربوط به مکالمات تلفنی وی که از رایانه پیغام‌گیر هتلی کپی شده بود، استناد نمود که ثابت می‌کرد مهمان تحت تعقیبی از آن هتل با پژوهش خواه در منزلش مکالمه تلفنی داشته است. در پژوهش خواهی وی علیه حکمی که وی را محکوم کرده بود، وکیل وی سعی داشت تا اثبات نماید که برگه‌های (مربوط به مکالمات تلفنی) که مبنای صدور رأی بودند، سندیت نداشته‌اند. دادگاه تجدیدنظر کیفری^۳ حکم نمود که برگه‌ها دلیل واقعی بوده‌اند زیرا رایانه به طور خودکار برداشتن گوشی تلفن و زنگ زدن را ثبت نموده است. دادگاه نظریه پروفیسور اسمیت را متذکر شد و تأیید کرد. (نظریه قبلاً ذکر شده). دادگاه تجدیدنظر کیفری همچنین این اصل را اجرا نمود که اگر وسیله‌ای نوعاً با اطلاع رسانی متعارف بیش از امور شغلی ارتباط داشته باشد، اگر دلیل مخالفی وجود نداشته باشد دادگاه باید چنین فرض نماید که دستگاه در زمان مورد بحث کارش را به درستی انجام داده است. قبول این اصل دارای این نتیجه مثبت است که بار اثبات اینکه دستگاه سالم نبوده را بر عهده مدعی علیه می‌نهد.

1. R.V. Wood.

2. R. V. Spiby.

3. The court of criminal Appeal.

با این حال، هر چند نتیجه‌گیری فوق‌الذکر می‌تواند در موارد بخصوصی معقول باشد - مانند قابلیت استناد به یک مورد تماس تلفنی که ثبت شده یا آنچه یک سرعت سنج در تخلف رانندگی ثبت کرده - اما در مواردی که اشتباهی در موارد بخصوصی عیناً تکرار شده و نتیجتاً سایر اطلاعات ذخیره شده را تغییر دهد این نتیجه‌گیری درست نخواهد بود. بنابراین اگر نوعی سیستم ۹۹ درصد از میزان دقایقی را که صرف مکالمه‌ای تلفنی شده، درست ثبت نماید، جمع بین مدت زمانی که در ۱۰۰۰ مورد مکالمه تلفنی ثبت شده صحیح نخواهد بود زیرا ۱۰ مورد اشتباه در ثبت مدت زمان صرف شده برای مکالمات وجود خواهد داشت که کل مجموعه (۱۰۰۰) را تحت تأثیر قرار می‌دهد.

در علم آمار این امر از بدیهیات است که اگر بیش از ۱۰۰۰ مورد مکالمه تلفنی ثبت شود تقریباً تمام صورت محاسبات مبتنی بر خطا خواهد بود. اگر مجموع مکالمات ۳۰۰ مورد باشد در آن صورت احتمال اشتباه در مجموعه ثبت شده بیش از ۹۵ درصد خواهد بود. اگر مجموع مکالمات ثبت شده ۷۰ مورد باشد، در موازنه احتمالات احتمال صحت و خطا تقریباً مساوی خواهد بود.

مکالمات ثبت شده	احتمال خطا
۱۰۰۰	۹۹/۹۹۵۶۸۲۹ درصد
۳۰۰	۹۵/۰۹۵۹۱۰۶ درصد
۷۰	۵۰/۵۱۶۱۳۴ درصد

تا به امروز، رویه قضایی در خصوص اسناد رایانه‌ای این اختلاف عمده و نتایجی که از تبدیل خطاهای کم به احتمالات آماری بیشتری از خطا، ناشی می‌شود را مورد توجه قرار نداده است. در واقع، کمیسیون حقوقی با اظهار نظری که از سوی یک فرهنگستان غیر فنی حقوقی صورت گرفته موافقت نموده است، به موجب این نظریه «اغلب خطاهای رایانه‌ای یا بلافاصله آشکار می‌شود یا اینکه از نوع اشتباهاتی است که در داده‌های وارد شده به دستگاه وجود دارد». معلوم می‌شود این اظهار نظر که از سوی حقوقدانی که مرتباً

با دلیل رایانه‌ای (مدارک، محاسبات و...) در پرونده‌های کیفری سر و کار داشته، ارائه گردیده است با واقعیت امر مطابقت ندارد.

ارزش اثباتی دلیل دست دوم

«مردم واقعاً از درک خود در مورد ارزش اثباتی ادله بی‌مناکند که مبدا هیأت منصفه را به اشتباه بیان‌اند. در حال حاضر ما هر دلیلی را می‌پذیریم و فقط در مورد ارزش اثباتی آن بحث می‌کنیم».^۱

وقتی مسایلی مطرح می‌شود، دادگاه مجبور به یافتن حقایق خاصی است که قبل از صدور رأی در خصوص حقوق، تکالیف و مسؤولیتهای طرفین مطرح است. اثبات حقایق از طریق استناد به ادله‌ای انجام می‌شود که توسط طرفین به عنوان حقایق مسلم یا مورد انکار مورد پذیرش قرار گرفته‌اند که اصطلاحاً حقوق مورد اختلاف^۲ نامیده می‌شوند. احراز حقایق با دادگاه است و در این تشخیص بنابر یک تکلیف که ریشه تاریخی دارد، برخی از ادله که مشخصند، به موجب قاعده عدم پذیرش دلیل دست دوم^۳ استثنا شده‌اند و قابل استناد نیستند. اگر چه قاعده اصلی که در مورد تمام ادله نیز صدق می‌کند این است که تمام مدارکی که با قضیه مورد اختلاف ارتباط کافی دارند از سوی دادگاه مورد پذیرش هستند و تنها آنچه نامربوط بوده یا ارتباط کافی ندارند، باید قابل استناد نباشند.

قاعده عدم پذیرش دلیل دست دوم مقرر می‌دارد: «هر اظهاری غیر از آنچه توسط شخصی در جریان ارائه گواهی شفاهی در جلسات رسیدگی صورت گرفته، به عنوان دلیل اثباتی هیچ ادعایی قابل استفاده نیست». بنابراین اگر یک شاهد تصادف جاده‌ای به دوستش گفته باشد که خانمی با موهای آبی اتومبیل را می‌راند، بنابر قاعده فوق‌الذکر دوست مذکور نمی‌تواند به عنوان گواهی بر حقیقت احضار شود زیرا وی شاهد تصادف نبوده و صرفاً به نقل قولی می‌پردازد که شاهد اصلی به او گفته است. نتیجتاً بازپرسی از شخص اخیر هیچ‌گونه ارزش اثباتی نخواهد داشت بلکه فقط یادآوری و دوباره گویی

1. Coburn C. J. in R. V. Birmingham Overseers (1861).

2. Facts in issue.

3. Hearsay rule.

مشهوداتی است که توسط شاهد اصلی به وی [دوست شاهد] گفته شده است. بدون شک تأیید خواهد شد که این قاعده قدیمی فوق العاده در دسر ساز و مزاحم است و آن قدر اعتبار دارد که می‌تواند از قابلیت استناد به مقادیر زیادی از ادله و مدارک در دادرسیها جلوگیری نموده و این قاعده مهم که تمام ادله مرتبط به یک ادعا نزد دادگاه مسموعند را نقض نماید. اتحادیه کسبه انگلستان در قرن نوزدهم معافیتی قانونی از شمول این قاعده یافت که شامل مدارکی می‌شد که در جریان تجارت یا کسب توسط شخصی که عرفاً در خصوص موضوعات و مسایل راجع به آن امر آگاهیهای شخصی داشت، تهیه شده بود و از شخص مورد بحث عرفاً انتظار نمی‌رفت که از موضوعات ثبت شده اطلاع داشته باشد. بنابراین اگر کارمند دفتری که در تجارتخانه‌ای کار می‌کرد جزئیات راجع به معامله‌ای را در دفتر کل ثبت می‌نمود، آن دفتر در دادگاه به عنوان دلیل بر انجام معامله قابل استناد بود هر چند که کارمند دفتری ثبت کننده آن معامله، آنچه در دفتر ثبت کرده را به خاطر نمی‌آورد. این مدارک در صورتی از حکم قاعده عدم پذیرش دلیل دست دوم خارجند که بر طبق مقرراتی که توسط سازمانهای ذی نفع برای ثبت اطلاعات صنفی تنظیم گردیده، تهیه و بایگانی شده باشند.

مشکلاتی که قاعده مذکور ایجاد می‌کند همچنین منجر به تخصیص آن در پاره‌ای موارد با شرایط مشخصی در کامن لا گردیده است که به طور کاملاً اتفاقی، زمانی که قاعده عدم پذیرش به شدت مشکل ساز بوده، توسعه یافته‌اند. این قاعده صرفاً برای مطابقت با موارد بخصوص تخصیص یافته و تأسیس اصل جدید مدنظر نبوده است. تحقیقات زیادی پیرامون دلیل دست دوم در ایالات متحده انجام گرفته که مورد تتبع کشورهای دیگر قرار نگرفته است.

ماهیت حقوقی دلیل دست دوم در انگلیس تا به امروز بر مبنای رأی اکثریت اعضای مجلس اعیان انگلیس^۱ است که در پرونده مهم *مایرز علیه دی پی پی*^۲ تبیین گردیده است. پرونده به ادعای توطئه و نقشه قبلی در خصوص خودروهای مسروقه ارتباط داشت. خواننده ماشین خرابی را به همراه سند آن خرید و سپس ماشین تقریباً مشابهی

1. House of lords.

2. Myers V. DPP [1965].

سرقت نمود، او بعدها خودروی مسروقه را با سند مورد اشاره تطبیق داد و آن را به قصد سود بری فروخت. مدرکی که توسط کارخانه‌های سازنده خودرو در زمان تولید خودروها فراهم می‌آمد از نظر پی جویی مسایل بعدی ایراد داشت. به محض اینکه خودروها از خط تولید خارج می‌شد کارگران جزییات مربوط به شماره نوبت (سریال) قطعات مختلف به کار رفته در هر خودرو را ثبت می‌کردند، این جزییات توسط کارمند مورد اعتمادی در برگه‌ای یادداشت و بایگانی می‌شد. نهایتاً، از برگه‌های تکمیل شده عکس گرفته می‌شد و به صورت میکروفیلم نگهداری می‌شد. دادستان درصدد این بود که آنچه به صورت میکروفیلم درآمده بود را به عنوان دلیل و استثنایی بر قاعده عدم پذیرش دلیل دست دوم با استناد به تخصیص این قاعده نسبت به مدارک صنفی به موجب قانون ادله اثبات دعوی مصوب ۱۹۳۸، در دادگاه ارایه کند. در این قانون به میکرو فیلم به عنوان یکی از انواع مدارک (اثباتی) صنفی اشاره نشده بود، (زیرا استفاده از این نوع فیلم تا سال ۱۹۳۰ در تجارت معمول نبود). مجلس اعیان انگلیس با اکثریت ۲/۳ آرا رأی داد که چنین مدرکی همانند دلیل دست دوم قابل استناد نیست، زیرا هر استثنایی بر قاعده عدم پذیرش دلیل دست دوم باید به نحو مضیق تفسیر گردد، اکثریت مذکور همچنین رأی داد که هر استثنای دیگری بر این قاعده باید از طریق قوه مقننه اعلام شود نه قوه قضاییه.

قاضی ری پید^۱ به عنوان یکی از ارایه دهندگان رأی اکثریت اظهار داشت: «پذیرش این مدرک [میکرو فیلم] در واقع پذیرش دلیل دست دوم است. به علاوه آنچه ضبط شده صرفاً اظهارات مندرج در برگه‌ها را اثبات کرده، دلیل دیگری را تأیید یا تقویت نمی‌کنند و ادله دیگر نیز صرفاً ثابت می‌کنند که اطلاعات برگه‌ای که در میکروفیلمها ذخیره شده‌اند، واقعیت دارند». **قاضی پایس^۲** به عنوان مخالف اظهار داشت: «به عقیده من، در هر مورد که شخصی عالم و آگاه از مدارک تجاری وجود نداشته باشد و در هر مورد که تجار تخانه‌ای تعدادی کارمند شایسته در اختیار داشته باشد که می‌توانند به طور علمی در خصوص روشهای ثبت و بایگانی سخن بگویند، مدارک معتبری که به شیوه مرسوم در آن تجار تخانه نگهداری می‌شود به عنوان ادله‌ای غیر قابل تردید باید در هنگام استناد مورد

1. Lord Reid.

2. Lord Pierce.

قبول قرار گیرد».

در طول سالیان دراز نظریات قاضی پاپس حامیانی یافت و نظریات مذکور همراه با راه‌حلی که در ایالات متحده اتخاذ شده، مورد بحث‌های فراوانی قرار گرفت. اگر چه حکم صادره در پروندهٔ **مایرز علیه دی‌پی‌پی** هنوز در انگلستان اعتبار قانونی دارد، اما در اسکاتلند پذیرفته نشده است. در آن کشور، رئیس دیوان عالی در منبعی که توسط قاضی **آدوکت** تهیه شده (شماره ۱ از سال ۱۹۹۲) قضاوت انجام شده در پروندهٔ **مایرز** را مورد بررسی قرار داد و به این نتیجه رسید که اظهار عقیدهٔ ابراز شده از سوی اقلیت مخالف با حقوق اسکاتلند مطابقت دارد. [نظریهٔ اکثریت در پروندهٔ **مایرز**] توسط دیوان عالی کشور کانادا نیز پذیرفته نشده است.

نتیجهٔ منفی آنچه در فوق مطرح گردید این است که مادامی که یک سازمان بانفوذ و مهم در حقوق انگلستان (مجلس اعیان) اظهار دارد که قانون ادله اثبات دعوی باید به نحو مضیق تفسیر شود و تنها پارلمان می‌تواند اقسام تازه‌ای از ادلهٔ قابل استناد را تعیین نماید، این احتمال بسیار کم است که سایر حوزه‌های قضایی سیستم حقوقی کامن‌لا به این نتیجه پای بند بمانند. مستعمرات سابق پادشاهی بریتانیا و کشورهای عضو مشترک‌المنافع که قوانین ادلهٔ اثبات دعوی آنها قبل از استفادهٔ عمومی از رایانه به تصویب رسیده است، امروزه بیشتر بر طبق عقیدهٔ مخالفی که توسط قاضی پاپس در پروندهٔ **مایرز** ارائه شده عمل می‌کنند تا اینکه عقیدهٔ اکثریت همراه با قاضی ری پد را بپذیرند. از این رو چون مجلس اعیان انگلیس محدود به آرای سابق صادره از سوی خویش نیست، این امر امکان پذیر است که اگر پرونده‌ای مشابه پروندهٔ **مایرز** به منظور پژوهش در مجلس اعیان مطرح شود، امروزه دیگر رأیی که اکثریت در آن زمان صادر کرده بودند مورد پذیرش قرار نگیرد و رأی دیگری صادر شود.

دلیل دست دوم در انگلیس

در سال ۱۹۹۳ کمیسیون حقوقی گزارشی را در مورد قاعدهٔ دلیل دست دوم در دعاوی حقوقی منتشر نمود که حاوی نکات زیر بود:

الف - ادله نباید صرفاً به علت دست دوم بودن سندیت نداشته باشند، دلیل دست

دوم مرکب و ساده از این پس سندیت خواهد داشت.

ب - مقررات قانونی موجود که دلیل دست دوم را معتبر می‌دانند نباید مورد مخالفت قرار گیرند.

ج - اشخاصی که در صدد استناد به دلیل دست دوم هستند، مکلفند که طرف مقابل را از این امر در هر موردی که با توجه به شرایط و اوضاع و احوال، متعارف و معمول است آگاه سازند تا طرف مقابل با توجه به ماهیت دلیل دست دوم اقدام نماید، هرگونه عملی برخلاف این تکلیف منوط به توافق طرفین یا حکم دادگاه است. قصور از این تکلیف ارزش اثباتی دلیل را از بین نمی‌برد، بلکه صرفاً ممکن است متخلف به پرداخت خسارت یا جریمه محکوم شود که تصمیم‌گیری در این مورد با دادگاه است.

د - یکی از طرفین اختلاف می‌تواند تقاضای احضار شاهدهی را نماید که گواهی او از سوی طرف اختلاف نقل قول محسوب شده و از این شاهد در مورد اظهاری که نموده، توضیح بخواهد.

ه - مقررات شفاهی باید در جهت مساعدت محاکم برای تشخیص ارزش اثباتی دلیل دست دوم به تصویب برسد.

و - شخصی که مطلبی را به عنوان دلیل دست دوم اظهار (نقل) نموده است باید این حق را داشته باشد که در خصوص آن گواهی شفاهی ارائه دهد مشروط بر اینکه در روز رایة گواهی شفاهی، اظهار کننده واجد شرایط باشد.

ز - هر دلیلی باید برای سلب یا تأیید اعتبار شخصی که به عنوان غیر از شاهد احضار شده و نیز برای تشخیص اینکه شخص مذکور اظهارات متناقضی را قبل یا بعد از حضور در دادگاه، بیان داشته است، قابل استناد باشد.

ج - اظهارات شفاهی متناقض یا بدون تناقض شاهدهی که احضار شده به عنوان دلیلی بر ادعاهای مطرح شده، اعتبار خواهد داشت.

دولت تمام این پیشنهادها را پذیرفت و در نتیجه قانون ادله اثبات دعوی حقوقی^۱ به منظور اجرای پیشنهادهای کمیسیون حقوقی به تصویب رسید. مقرراتی از این قانون

1. Civil Evidence Act 1995.

که به بحث ما ارتباط دارند عبارتند از: بخش ۸، ۹ و ۱۲.

قانون ادله اثبات دعوی حقوقی (مصوب نوامبر ۱۹۹۵)

بند ۱ از بخش ۸

در هر مورد که در مدرکی، اظهاری شده باشد، آن مدرک در دادرسیهای حقوقی در صورتی سندیت خواهد داشت که:

الف - آن مدرک ارائه شود.

ب - اعم از اینکه اصول آن مدرک موجود باشد یا نه، روگرفت (کپی) آن مدرک یا بخش مورد استناد آن ارائه شود.

در این مورد، دادگاه می‌تواند سند را گواهی نماید.

بند ۲ از بخش ۸

تفاوت موجود بین اصل سند و روگرفت (کپی) آن تأثیری در ارزش اثباتی سند ندارد...

بند ۱ از بخش ۹

مدرکی که به عنوان یکی از مستندات تجارتخانه یا سازمان عمومی ارائه شده است در رسیدگیهای حقوقی بدون ابراز دلیل دیگری سندیت دارد...

بخش ۱۲

«مدرک» به معنی هر چیزی است که در آن اطلاعات با هر وصفی ذخیره شده است. «روگرفت» (کپی) در ارتباط با یک مدرک به معنی هر چیزی است که در آن اطلاعات مندرج با هر وسیله و هر روشی اعم از مستقیم یا غیرمستقیم، کپی شده باشد... با این حال تا به امروز هیچ قانونی که ارزش اثباتی دلیل دست دوم را مشخص سازد به تصویب نرسیده است که این امر فی نفسه مشکلات زیادی را باعث می‌گردد.

دلیل دست دوم در اسکاتلند

اسکاتلند مدتی زودتر از انگلستان مسألهٔ دلیل دست دوم را بررسی کرده است: کمیسیون حقوقی اسکاتلند در سال ۱۹۸۶ گزارشی را در مورد ارزش اثباتی و دلیل دست دوم در

رسیدگیهای حقوقی منتشر نمود که به طور ملموسی در قانون ادله اثبات دعوی حقوقی این کشور مصوب ۱۹۸۸ مورد توجه قرار گرفت. به موجب قانون مذکور:

الف - قواعد مخالف با سندیت دلیل دست دوم لغو گردید و هیچ دلیلی نباید صرفاً به این خاطر که در این دسته قرار دارد، بی اعتبار باشد.

ب - هرگونه عمل اثبات کننده و نیز شفاهی و دلیل دست دوم مستند تحت شمول حمایت قانون هستند.

ج - استناد به دلیل دست دوم ضرورت ندارد که به اطلاع طرف اختلاف برسد.

د - دادگاه این اختیار را ندارد که دلیلی را صرفاً به خاطر دست دوم بودن آن، قابل استناد نداند و هیچ یک از طرفین دعوا نیز نمی تواند بر احضار شاهدهی که اظهارات وی مورد اعتراض قرار گرفته، اصرار ورزد ولو اینکه آن شاهد در دسترس باشد.

ه - دادگاه این اختیار را ندارد که قبل از شروع آخرین جلسه دادرسی، در موردی که نقلی قولی مورد تردید قرار گرفته است اجازه دهد که شاهد اصلی یا گواه بر گواه احضار گردد.

و - در این قانون برای مساعدت دادگاهها در تشخیص ارزش اثباتی دلیل دست دوم رهنمودهای قانونی وضع نگردیده است.

ز - مقررات شهود که حسب مورد موافق یا متناقض با گواهی ایشان در دادگاه است به منظور جرح و تعدیل شهود قابل استناد بوده و اظهاراتی که به این نحو اثبات شده نیز به عنوان دلیل بر هر ادعایی است که می تواند مستند آن باشد.

زمانی که مجلس، قانون مذکور را بررسی می کرد مقام اسکاتلندی اظهار داشت که باید دادگاهها از پذیرش دلیل دست دوم در صورتی که آیین آگاه کردن طرف مقابل انجام نشده باشد، خودداری کنند که این عقیده خود می توانست احیاگر دوباره قاعده عدم پذیرش دلیل دست دوم باشد. اگر یکی از طرفین اختلاف علی رغم میلش احضار یکی از شهود دعوی را بپذیرد و شاهد مذکور برخلاف اینکه در دسترس است احضار نشود، همین امر می تواند در ارزیابی که دادگاه از ارزش اثباتی ادله به عمل می آورد تأثیر گذار باشد. در هر صورت فقدان مقررات خاصی در تعیین ارزش اثباتی اسناد رایانه ای به عنوان یک نگرانی عمده همچنان به قوت خود باقی است.

دلیل دست دوم در ایرلند شمالی

در ویرایش اول کتاب (تجارت الکترونیک از نظر عملی و حقوقی) ذکر شد که محاکم ایرلند شمالی هنوز قاعده پذیرش دلیل نقلی را به رسمیت می‌شناسند و تا زمان اصلاح قانون انتظار ایجاد مشکلاتی در رسیدگی به پرونده‌های تجارت الکترونیک می‌رفت. خوشبختانه این وضعیت در سال ۱۹۹۷ مورد توجه «آیین نامه ادله اثبات دعوی حقوقی ایرلند شمالی»^۱ قرار گرفت که در هفدهم دسامبر ۱۹۹۷ تصویب شد و (به جز بخش دهم آن) در ششم دسامبر ۱۹۹۹ قابلیت اجرایی یافت. اگر چه این آیین نامه به رایانه اشاره‌ای نکرده است، با این حال این امر از بدیهیات شده که امروزه هرگونه ایراد و اعتراض به پذیرش دلیلی که ماهیت دست دوم (نقلی) دارد در دادرسیهای حقوقی ایرلند شمالی بی‌فایده است.

در سال ۱۹۹۰ کمیته مشورتی اصلاحات حقوقی در ایرلند شمالی^۲ راه حل مذکور در قانون ادله اثبات دعوی حقوقی (اسکاتلند) مصوب ۱۹۸۸ را بر این مبنا رد نمود که: الف - این نقض یک اصل مسلم است که یک طرف در دعوا بر ارائه ادله‌ای اصرار ورزد که بدون شک بر ضد خود وی سندیت دارد.

ب - این مخالف حقوق اشخاص در دعاوی است که از ایشان درخصوص منبع اصلی (دست اول) دلیل دست دوم سؤال شود. به عقیده ایشان قانون اسکاتلند رعایت جوانب احتیاط را ننموده است. آیین نامه جدید، گزارش سابق کمیته مشورتی اصلاحات حقوقی برای ایرلند شمالی را در مورد ادله اثباتی در رسیدگیهای حقوقی، تکمیل نموده است. (گزارش کمیته مشورتی اصلاحات حقوقی، شماره سوم، سال ۱۹۹۶).

1. Civil Evidence (Northern Ireland) Order 1997.

2. Law Reform Advisory Committee for Northern Ireland.

سردفتران و تشکیلاتشان در آلمان

علیرضا علی اکبر*

*. سردفتر اسناد رسمی ۶۰۵ تهران و عضو هیأت مدیره کانون سردفتران و دفتریاران.

سردفتران و تشکیلاتشان در آلمان

سردفتران پاسخگویان ذی صلاح در امور حقوقی و مشاوران مراجعه کنندگان به ایشان هستند و قریب به یازده هزار حقوقدان در کشور آلمان به این حرفه اشتغال دارند و بجز وکلای حقوقی و قضایی به ندرت کسی درباره وظایف این طبقه و حرفه آنان اطلاع دقیق دارد. سردفتری یک حرفه قانونی و یک مسؤولیت وقت گیر بشمار می آید و کار سردفتری صرفاً نوشتن قرارداد و مهر کردن آن نیست و در عین حال فراتر از یک حرفه لازم و معمولی به شمار می آید. آموزش و تجربه از سردفتران افرادی ذی صلاح و پاسخگو در مشاوره و اتخاذ تصمیمات لازم در خصوص مراجعه کنندگان به آنان ساخته است. دایره همکاری و انجام امور مراجعه کنندگان به سردفتران را در امور تجاری و اقتصادی و امور شخصی و خانوادگی قانون معین می کند.

چرا به سردفتران نیاز است؟

مجموعه قوانین فدرال برای تمام سردفتران معتبر و لازم الاجراء است. یک دولت قانونی، امنیت و اطمینان را به شهروندان خود مدیون است و لذا برای حل و فصل اختلافات، مقررات ضروری را تدوین و برای اجراء ابلاغ می کند و در عین حال پیش بینی های لازم را نیز برای جلوگیری از وقوع اختلافات به عمل می آورد. یکی از این موارد ضروری و اطمینان بخش صحت و امنیت اسناد و اظهارنامه های مهم است که در صورت به کار

بردن رویه‌ها و اصول روشن و صریح در تنظیم اسناد، تضاد و اختلافات به حداقل ممکن می‌رسد و در این زمینه سردفتران نقش بسیار اساسی دارند.

تنظیم اسناد و قراردادهای افراد عادی در صورت بروز اختلافات فاقد اعتبار است مگر با تأیید مقامات ذی صلاح، در صورتی که اسناد تنظیمی در دفترخانه‌های اسناد رسمی نزد مقامات قانونی از ارزش و اعتبار ویژه‌ای برخوردارند.

قانونگذار وظایف بسیاری از مؤسسات دولتی را به سردفتران محول کرده و سردفتران پس از بررسی موضوع و مشاوره و تنظیم اسناد و قراردادها با مهر نمودن این اسناد اعتبار و ارزش آنها را تأیید می‌کنند و شهروندان، ادارات و دادگاهها به حق نتیجه می‌گیرند که مفاد یک چنین سندی مطابق با قانون و واقع است و قصد طرفین و هویت آنان در اسناد ابرازی همانی است که درج می‌شود. در مقام تأکید ارزش این اسناد کافی است اشاره شود که به عنوان دلیل و مدرک اثبات ادعا در دادگاهها مورد استناد قرار می‌گیرند و از اسناد لازم‌الاجرا محسوب می‌گردند. دستورهای محاکم و مفاد اسناد رسمی به عنوان اسناد لازم‌الاجراء در شؤون اجتماعی و روابط حقوقی افراد بی‌نهایت مؤثر و نافذ می‌باشد و مقامات دولتی و ادارات و سازمانها در مقام ثبت وقایع و تنظیم اسناد مراجعه‌کنندگان خود به اسناد تنظیمی سردفتران تکیه می‌کنند و به همین منظور کنترل و بررسی موارد قانونی و خواسته شده، افراد پراطلاع و تجربه و پرسنل کارآمدی را می‌طلبند. اسناد محضری علاوه بر ارزش بالایی که دارند آگاهی دهنده هم هستند. هر شهروندی لازم است قبل از امضاء هر سندی از آثار آن و پیامدهایی که خواهد داشت آگاهی پیدا کند و از اقدامات شتابزده بپرهیزد. در این زمینه سردفتر بعنوان یک مشاور و یک شخص بی‌طرف می‌تواند منشأ اثر باشد.

پیمان زناشویی نه در آسمان بلکه در زمین بسته می‌شود. چندبار در طول عمرمان خانه می‌خریم؟ ادامه کار شرکتها با مشاوره و کمک سردفتر برای جانشینان موردنظر برنامه‌ریزی می‌شود. سردفتر شرایط قانونی و ضروری را فراهم می‌کند. سردفتر چه می‌کند؟

با یک ملاحظه سطحی و گذرا کار سردفتر به تنظیم و تصدیق اسناد محدود

می‌شود اما این منوط به مشاوره دقیق با مراجعه کننده و بررسی اظهارات و شرایط و وضعیت خاص اوست. قبل از تنظیم هر سندی سردفتر باید خواست واقعی افراد ذی نفع را جویا شود و اسناد و قراردادها را تنظیم و پیامدها و آثار آن را متذکر شده، آنگاه اسناد را به امضاء آنان برساند.

سردفتر مکلف است اسناد را کنترل نموده، حقوق آنان را از هرگونه خسارت و زیان مصون نگه دارد. در عمل از سردفتر در حوزه‌های بسیاری استفاده می‌شود. چند نمونه ذیلاً ذکر می‌شود.

۱- در مورد اعمال غیر منقول

یکی از زمینه‌های اصلی کار سردفتر اینجا قرار دارد. از سردفتر در تنظیم قراردادهای خرید ملک و آپارتمان و همه اموال غیر منقول و روابط ارثی، انتقال واحدهای صنعتی استفاده می‌شود. او به عنوان معتمد اشخاص آنان را سرپرستی می‌کند و متون قانونی در این اسناد لحاظ و در صورت لزوم مجوزهای اداری را تحصیل می‌کند تا از هرگونه خطر و صدمه‌ای مصون باشند و وجوه سپرده شده به او در حساب مخصوص نگاهداری می‌شود و برای حفظ و تضمین اعتبار اسناد و بدهی زمین و رهن این گونه روابط اسنادی تنظیم حراج داوطلبانه املاک و روابط میان مالکان سابق و استفاده کنندگان آن در ایالت‌های فدرال دارای صلاحیت قانونی می‌باشد.

۲- قوانین تجارت و اتحادیه‌ها

اگر فردی بخواهد در حجم وسیعتری به کارهای بازرگانی بپردازد، خواسته او باید به ثبت برسد و در این مقطع سردفتر مقدمات لازم را طرح ریزی می‌کند و امضاء افراد ذی نفع را تصدیق می‌کند و کلیه شرکت نامه‌ها و اساسنامه شرکت‌های تجاری اعم از سهامی خاص و عام و با مسؤولیت محدود و تضامنی و غیره بوسیله سردفتران طرح ریزی و به ثبت می‌رسد و هرگونه تغییراتی در این شرکتها نیز باید به ثبت برسد و این اقدامات تا هنگام تغییرات در اساسنامه و غیره ادامه پیدا می‌کند.

۳- حقوق خانواده

اگر زن و مردی بخواهند کودکی را به فرزند بی‌پسند سردفتر درخواستهای ضروری را برای حضانت و سرپرستی، تهیه و به دادگاه ارسال می‌کند. اسناد مربوط به ازدواج و قراردادهای مربوط را تنظیم می‌کند و در این قراردادها تفکیک داراییها، تضمین معاش و سرپرستی و حضانت و نگهداری اطفال صغیر به طور روشن درج می‌گردد. درخصوص فسخ عقد ازدواج نیز سردفتر می‌تواند موافقت نامه‌هایی درباره تقسیم دارایی، حق مستمری و سایر حقوق زوجین را بی طرفانه تنظیم کند.

۴- قانون ارث

تنظیم هوشمندانه وصیت نامه امروزه دارای اهمیت بسیاری است و مدنظر قرار دادن مسایل مالیاتی اعم از جنبه‌های اساسی قضیه است.

سردفتران هنگام مشاوره نه فقط جنبه‌های مالیاتی وصیت نامه و قوانین حاکم بر ارث و روابط بین ورثه و مورث بلکه دیدگاههای خانوادگی از قبیل تأمین معاش اعضاء خانواده و اجتناب از وقوع اختلاف بین آنان را مدنظر قرار می‌دهد و به همین منظور توصیه‌های سردفتران می‌تواند از بعضی اشتباهات فاحش جلوگیری کند. در واگذاری یک واحد اقتصادی به جانشین مناسب و تنظیم استادانه قراردادهای مربوط به ارث و وصیت از تعارضات و اختلافات خسته کننده که ممکن است به موجودیت یک شرکت و یا مؤسسه صدمه وارد آورد جلوگیری نماید. سردفتر وساطت می‌کند و راه حلی که برای کلیه افراد سهامدار تا حد امکان مناسب باشد توصیه می‌کند.

سردفتران تحت کنترل و نظارت چه کسی قرار دارند؟

سردفتر تنها در صورتی می‌تواند از عهده نقشش به عنوان شخص بی طرف برآید که قادر به کار مستقل باشد. معمولاً سردفتر چون کارمند نیست با مسؤولیت خودش کار می‌کند و خطرات آن را نیز می‌پذیرد و باز از آنجایی که کارمند نیست مستقل از دستور فرد و سازمانی کار می‌کند. مافوقی ندارد که به او تکلیف کند و در تصمیماتش اثر بگذارد. آیین و

ضابطه کار سردفتران تنها حق و قانون است. سردفتر مکلف است دو طرف را متوجه عواقب و پیامدهای تعهداتشان بکند. اما چنین استقلال گسترده‌ای به این معنا نیست که سردفتران مجاز به انجام هر کاری هستند. سردفتر باید از نظر تخصص و شخصیت مناسب کاری باشد که انجام می‌دهد برای انجام آگاهانه تکالیفش قسم یاد می‌کند. رئیس دادگاه ایالتی ذی صلاح مرتباً رعایت قوانین و مقررات مربوطه و چگونگی رفتار با مراجعه‌کنندگان را یادآور می‌شود. در صورت شکایت از سردفتر اقدامات اصولی صورت گرفته و تا مرحله عزل از این سمت پیش می‌رود.

چگونه می‌توان سردفتر شد؟

در این کشور به دلایل تاریخی سه نوع دفترخانه (محضر) مختلف شکل گرفته است:

فقط سردفتر (سردفتر محض)

سردفتر وکیل

سردفتر مستخدم. (استخدام شده) کارمند

همانطور که از عناوین بر می‌آید، فقط سردفتر (سردفتر محض) منحصرأً به عنوان سردفتر کار می‌کند، سردفتر وکیل به حرفه سردفتری در کنار حرفه وکالت می‌پردازد. اما هر دو اینها مستقل هستند، یعنی مستقل و با مسؤولیت خود کار می‌کنند. سردفتر مستخدم (استخدام شده) کارمند، از دولت حقوق می‌گیرد.

این که کدام یک از انواع دفترخانه مورد استفاده قرار می‌گیرد، از ایالتی به ایالتی فرق می‌کند.

بایرن، براندن بورگ، هامبورگ، فورپومرن - مکلن بورگ، فالتس - راین لاند، زارلاندزاکسن، آنهالت - زاکسن، تورینگن و بخشهای راین نوردراین - وست فالن طرح فقط سردفتر (سردفتر محض) را ترجیح می‌دهند. در مجموع ۱۷۰۰ سردفتر محض وجود دارد.

حدود ۹۰۰۰ سردفتر وکیل در برلین، برمن، هسن، نیدرزاکسن، شلسویگ - هول اشتاین و مناطق وست فالن نوردراین - وست فالن کار می‌کنند.

سردفتران کارمند - تقریباً ۶۳۰ نفر - دربادن - وورتن برگ شناخته شده که در این حال در ناحیه دادگاه استان اشتوتگارت، هر سه شکل دفترخانه با هم وجود دارد و در ناحیه دادگاه استان کارلسروهه دفترخانه را قضاات اداره می‌کنند.

قطع نظر از اینکه بر اساس چه اصلی کار می‌کنند، برای همه سردفتران اتمام تحصیلات حقوق و دوره آزمایشی با موفقیت بالاتر از متوسط و کسب شایستگی برای احراز سمت قاضی (به استثناء سردفتر کارمند در ناحیه - OLG اشتوتگارت که آموزش حقوقدانی ویژه‌ای را کسب می‌کنند) مشترک است.

بنابراین تضمین شده است که با موضوعات حقوقی غالباً بسیار پیچیده که هر روز سروکار دارند به بهترین وجه آشنا شوند.

گذشته از اینها داوطلبان مجبورند برای سمت سردفتری اطمینان لازم را فراهم آورند که از دیدگاه شخصیتی برای این سمت که مورد اعتماد و اطمینان خاص مردم قرار می‌گیرند، مناسب‌اند. چنانچه برای یک پست خالی چندین داوطلب وجود داشته باشد، وزیر دادگستری ذیصلاح بر اساس اصل بهترین‌گزینش و انتخاب تصمیم‌گیری می‌کند.

فقط سردفتران (سردفتران محض) آتی باید امتحان دوم را با نمرات بسیار خوب به پایان برسانند تا در خدمت آمادگی سه ساله به عنوان دستیار سردفتر پذیرفته شوند، که در این حین باید شایستگی و توانایی‌شان را در این حرفه عملاً به اثبات برسانند.

سردفتران وکیل آینده باید ابتدا ۵ سال با موفقیت و بدون وجود نارضایتی و شکایت به عنوان وکیل حقوقی کارآموزی کرده باشند. در طی این زمان باید از طریق نمایندگی سردفتر و گذراندن دوره‌هایی به فراگیری ادامه دهند تا آگاهیها و اطلاعات ویژه مناسب و مربوط به کار سردفتری را کسب کنند. در صورت انتصاب علاوه بر این نمرات دومین امتحان دولتی مورد توجه قرار می‌گیرد. سردفتران کارمند به کمک اصول و کلیات قانون استخدامی انتخاب می‌شوند. اتاق (کانون) سردفتران فدرال ریاست برای ۴ سال انتخاب می‌شود. مجمع نمایندگان حداقل دوبار در سال تشکیل جلسه می‌دهد.

۲۱ اتاق نمایندگانی به مجمع نمایندگان می‌فرستند:

اتاق سردفتران فدرال بایرن، اتاق سردفتران برلین، اتاق سردفتران براندن بورگ،

اتاق سردفتران براون شوایگ، اتاق سردفتران برمر، اتاق سردفتران سله، اتاق سردفتران فرانکفورت، اتاق سردفتران هامبورگ، اتاق سردفتران هام، اتاق سردفتران کاسل، اتاق سردفتران کوبلنتس، اتاق سردفتران فور پومرن - مکلن بورگ، اتاق سردفتران اولدن بورگ، اتاق سردفتران فالتس، اتاق سردفتران رایین، اتاق سردفتران زارلاند، اتاق سردفتران زاکسن، اتاق سردفتران آنهالت - زاکسن، اتاق سردفتران شلسویگ - هول اشتاین، اتاق سردفتران اشتوتگارت، اتاق سردفتران تورینگن، اعضاء اتاقها، حدوداً ۱۱۰۰۰ سردفتر، هیات مدیره اتاقها را بر می‌گزینند.

چگونه سردفتران با یکدیگر هماهنگی برقرار کرده‌اند؟

سردفتران هم چنین سعی می‌کنند به واسطه یک سلسله نهادهایی که به ابتکار خود ایجاد کرده‌اند از عهده مسؤولیت و موقعیت‌شان در تبادلات حقوقی و قانونی برآیند. هدف، تضمین یک استاندارد کیفی تا حد امکان بالا به نفع ارباب رجوع و حفظ همه جانبه آن است.

به عنوان مثال، تصمیم و اقدام پزشکی غلط: بیمه شخص ثالث حرفه‌ای که در چنین مواردی پیش می‌آید، برای سردفتران همانند وکلا و مشاوران مالیاتی به هر ترتیب بدیهی است. اما چنین بیمه‌هایی تضمین خساراتی را که عمداً ایجاد شده، ناممکن می‌سازد. ولی برخلاف سایر حرفه‌های مشاوره، مراجعان یک سردفتر در چنین شرایطی هم که خوشبختانه به ندرت اتفاق می‌افتد، محافظت می‌شوند: هر اتاق سردفتر، بیمه‌ای خاصی را منعقد کرده است که چنین خساراتی را به عهده می‌گیرد. به این هم کفایت نکرده‌اند: علاوه بر این از سال ۱۹۸۱ در کلن صندوق تنخواهی وجود دارد که هر سردفتر وجهی واریز می‌کند. چنانچه مراجع به وسیله یک فرد شیاد شعب عمداً خسارت دیده باشد، این صندوق عواقب و نتایج مالی را مقرر می‌کند.

همینطور بنا به ابتکار خود در سال ۱۹۹۳ مؤسسه سردفتران آلمان به عنوان مرکز اتاق سردفتران فدرال در ورتس بورگ به وجود آمد. چنانچه هر سردفتری عملاً با یک مشکل حقوقی غیر معمول یا کاملاً پیچیده مواجه شود، می‌تواند به آنجا مراجعه کند. خواه

موضوع مقررات ارث در خارج باشد یا قانون ملک در آلمان؛ در طی ۱۴ روز یک برگ کارشناسی دریافت می‌کند که به همه پرسشهایش پاسخ می‌دهد. علاوه بر آن مؤسسه برای سردفتران، ادبیات تخصصی را تهیه و تامین می‌کند. سرویس سریع - اطلاعاتی فراهم می‌نماید و داده‌ها و اطلاعات متناسب با شغل را گردآوری می‌کند.

تلاش برای یک استاندارد کیفی بالا به واسطه مؤسسه تخصصی سردفتران در مؤسسه وکلای آلمان در بوخوم کامل می‌شود. این مؤسسه برای وکلایی که می‌خواهند تا مرحله سردفتری آموزش ببینند، و نیز دستیاران سردفتر دروس تکمیلی و سمینارهای تخصصی ارائه می‌کند، سردفترانی هم که از قبل در این حرفه قرار دارند، می‌توانند از طریق دروس مؤسسه درباره زمینه‌های جدید حقوقی اطلاعات کسب کنند و مدام در جریان پیشرفتهای کاملاً جدید قرار داشته باشند.

استقلال سردفتران از نظر سنتی در گروه‌های مستقلی که دارند و کانون سردفتران نشان داده می‌شود. آنها حسب الظاهر منافع و مصالح طبقه حرفه‌ای‌شان را حفظ و در برابر اعضاء خود به عنوان مرجع نظارت و کنترل نیز عمل می‌کنند. بنابراین کانون داخل حوزه خود از دیدگاه کاری نظارت به عمل آورده و می‌تواند آیین نامه‌های اخلاق حرفه‌ای الزام‌آور صادر کنند. حتی اگر یک مراجع شکایتی داشته باشد، کانونها پاسخگو هستند. آنها گذشته از اینها در حوزه دفترخانه سردفتران محض، درخصوص مسائل آموزش مسؤول‌اند.

سازمان و تشکیلات مافوق همه کانونها، اتاق سردفتران فدرال است که مقر آن در کلن است. اینجا در کلیه امور و مسائل مربوط به سردفتران، دیدگاهها و مواضع مشترکی اتخاذ می‌شود، طرحهای جدید ابداع و - به ویژه در برابر تشکیلات سیاسی و اقتصادی - دفاع می‌شود. حتی در وضع قانون، از کانون سردفتران فدرال درخواست اظهارنظر می‌شود.

گذشته از اینها سردفتران بسیاری به اتحادیه‌های سردفتران پیوسته‌اند. برای درک و حفظ مصالح مشترک در سطح اروپا - حتی در چارچوب مصرف کننده - تشکیلات محضری بی‌شماری در اروپا «کنفرانس دفترخانه‌های اتحادیه اروپا» را تأسیس کرده‌اند که دفتری در بروکسل آن را ترتیب می‌دهد. در تماس نزدیک با

تشکیلات - EU، نیز با کارشناسی، سردفتران در پروسه وضع قانون همکاری می‌کنند. همچنین سردفتران برای استانداردهای خدماتشان که در سطح اروپا قابل قیاس باشد، تلاش می‌کنند. نخستین گام در این راستا مجموعه قوانین طبقه سردفتران اروپاست که توسط کنفرانس دفترخانه‌های اتحادیه اروپا در سال ۱۹۹۵ در ناپل تصویب شد. در اینجا اصول و کلیات اخلاقی چون استقلال، رازداری، بی‌طرفی، نیز شرایط کاری چون آموزش حقوقی یا بیمه خسارات تعیین می‌شود. در سطح بین‌المللی U.I.N.L به عنوان محل تبادل نظر و اطلاعات به کار می‌رود. در ضمن در سطح جهان بیش از ۶۰ سازمان ملی محضری جزو U.I.N.L است.

سردفتران بین‌المللی هستند

با توجه به پیچیده‌تر شدن ساختارهای بین‌المللی و نزدیک‌تر شدن اتحاد میان دول، کمتر می‌توان مشکلات و مسائل حقوقی را در سطح بین‌المللی حل کرد. دفترخانه‌های آلمان مدت‌ها قبل، از این ساختار نتایجی به دست آورده و همکاری اساسی و دقیقی را با سازمانهای مربوطه خارجی آغاز کرده است. بنابراین قانون سردفتران فدرال دفتری را هم در بروکسل ترتیب می‌دهد.

تبادل نزدیک تجارب و کار بر روی طرحهای مشترک به عنوان نمونه در زمینه تبادل حقوقی الکترونیکی، تامین و حفظ داده‌ها یا در مورد تجارت اموال غیر منقول برون مرزی اجرا می‌شود. خلاصه اینکه مصرف‌کننده هم از تماس‌های سردفتران در سطح بین‌المللی سود می‌برد؛ چنانکه مثلاً موضوع خرید ملک در خارج یا عقد ازدواج با خارجیان مطرح باشد، اتاقها می‌توانند همکاران خارجی را به سرعت واسطه قرار دهند.

سردفتران آلمانی تأکید خاصی بر همکاری در مورد دول اصلاح طلب بلوک شرق سابق دارند. بنابراین مثلاً در دول بالتیک و روسیه ساختار دفترخانه، ثبت تجاری و ثبت املاک بطور اساسی و دقیق با سمینار، دوره‌های آموزشی و نیز اطلاعات تخصصی مورد پشتیبانی قرار گرفته و به تدریج تماسها از طریق کشورهای چکسلواکی، لهستان، مجارستان و اوکراین تا جمهوری ملی چین که علاقه و توجه زیادی نسبت به اشکال دفترخانه قاره اروپا وجود دارد، امتداد می‌یابد.

جستاری از حقوق مدنی - مبیع (۳)

علیرضا ایمانی پیرآغا*

*. سردفتر دفتر اسناد رسمی ۵۶۹ تهران و عضو هیأت تحریریه مجله کانون.

جستاری از حقوق مدنی - مبیع (۳)

فصل سوم - تعیین مبیع و توابع آن

طرح مطلب

در فصل قبل بیان داشتیم که یکی از اوصاف مبیع معلوم و معین بودن آن است ولی از اینکه مبیع چگونه تعیین می‌شود سخنی به میان نیامد. چگونگی تعیین مبیع در همه موارد یکسان نیست و بسته به نوع مبیع تغییر می‌کند. مثلاً در مبیع کلی مقدار و جنس و وصف مبیع باید معلوم باشد. بنابراین بحث اول این فصل را اختصاص به تعیین مبیع در موارد گوناگون می‌دهیم.

مواردی نیز هست که مقدار مبیع بین طرفین مشخص نیست و متبایعین مبیع را به شرط داشتن مقدار یا وصف معین معامله می‌نمایند. قانون مدنی در مواد ۳۵۵، ۳۸۴ و ۳۸۵ متعرض این موضوع گردیده است که به بررسی این قضیه نیز خواهیم پرداخت. هرچیز که موضوع عقد قرار بگیرد ممکن است توابعی داشته باشد که برحسب عرف و عادت داخل مبیع محسوب می‌شود و یا قرائن دلالت بردخول آن در مبیع می‌کند. تعیین این توابع نیز از اهمیت زیادی برخوردار است. مبحث دوم این فصل را به آن اختصاص داده‌ایم.

مبحث اول چگونگی تعیین مبیع

طریقه معلوم نمودن مبیع، بسته به طبیعت آن و عرف و عادت محل معامله است.^۱ ماده ۳۴۲ قانون مدنی می‌گوید: «مقدار و جنس و وصف مبیع باید معلوم باشد و تعیین مقدار آن به وزن و کیل یا عدد یا ذرع یا مساحت یا مشاهده تابع عرف بلد است». در این مبحث تعیین مبیع را به تفسیر در اقسام مبیع مورد بررسی قرار می‌دهیم.

الف - مبیع معین و در حکم معین

در صورتی که مبیع عین معین خارجی باشد باید در خارج چنان باشد که بتوان بدان اشاره حسیه کرد مانند میز، صندلی و کتاب یا بوسیله بیان اوصاف از آن رفع ابهام نمود به گونه‌ای که دیگر احتیاج به مشاهده نباشد. بدین جهت است که ماده ۳۴۷ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «شخص کور می‌تواند خرید و فروش نماید، مشروط بر اینکه شخصاً به طریقی غیر از معاینه یا بوسیله کس دیگر، ولو طرف معامله، جهل خود را مرتفع نماید.» همان طور که در اوصاف مبیع گفتیم، مبیع باید معلوم و معین باشد یعنی مبهم نباشد و نیز مردد بین چند چیز نباشد. حال پریشی که مطرح می‌گردد این است که هرگاه مبیع قابلیت تعیین را در آینده داشته باشد و هنگام عقد معین نباشد (مانند فروش اسب برنده در مسابقه) آیا چنین بیعی صحیح است؟

در حقوق فرانسه چنین قراردادی را نافذ می‌دانند ولی نفوذ چنین عقدی در حقوق ایران دشوار است زیرا نه تنها از ماده ۳۴۲ قانون مدنی مستفاد می‌گردد که مبیع در حین عقد باید معلوم و معین باشد بلکه به جهت مردد بودن مبیع بین چند چیز عین مبیع مجهول بوده و بدین وسیله معامله غرری می‌باشد.

دکتر کاتوزیان در جهت نفوذ چنین عقدی بیان می‌دارد: رویه قضایی می‌تواند آن را بدین اعتبار که وصف چابکترین اسب بر سایر اوصاف چیره است و آنها را در حکم چند

۱. دکتر حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۴۳۱.

۲. مازو، درس حقوق مدنی، ج ۳، ش ۸۴۵، به نقل از دکتر کاتوزیان، عقود معین، ج ۱، ص ۱۱۱.

چیز مثلی قرار می‌دهد نافذ شناسد».^۱

صرف نظر از اینکه حتی اگر اوصاف مبیع معلوم باشد فروش یکی از چند چیز حالت تردید را مرتفع نمی‌گرداند قید مثلی بر حیوان یا اوصاف آن به نظر خالی از مسامحه نباشد. هرگاه اشیایی که یکی از آنها مورد بیع قرار گرفته و از حیث ارزش و اوصاف یکسان باشد (مانند یکی از بخاریهای ارج موجود در فروشگاه معین) مبیع به منزله کلی در معین (مقدار معین از شیء متساوی الاجزاء) است و نباید در نفوذ چنین عقدی تردید کرد.^۲ همچنین اگر فروشنده‌ای پیشنهاد فروش یکی از دو چیز را که ارزش برابر ندارند بکند و بهای هر یک را معین بسازد و به مشتری اختیار دهد که هر کدام را که بخواهد انتخاب کند، تردید در درستی بیع روا نیست. زیرا در واقع ایجاب فروشنده ترکیبی از دو پیشنهاد گوناگون است و خریدار هر کدام را که انتخاب کند، موضوع عقد بیع همان است، بیع در زمان قبول واقع می‌شود و چون در این لحظه مبیع معین است عقد نسبت به آن منعقد خواهد شد.^۳

ب - مبیع کلی

وفق ماده ۳۵۱ قانون مدنی: «در صورتی که مبیع کلی (یعنی صادق بر افراد عدیده) باشد، بیع وقتی صحیح است که مقدار و جنس و وصف مبیع ذکر شود» مستفاد از ماده فوق هنگامی که مبیع کلی است تمامی اوصاف کمی و کیفی باید نزد متعاملین معلوم باشد زیرا در این مورد چون فرد مبیع را فروشنده تعیین می‌کند در صورتی که در مقدار و جنس و وصف مبیع توافق نشده باشد و این اوصاف مبهم بماند در صورت بروز اختلاف دادرس نمی‌داند که متعهد (فروشنده) را به چه چیز محکوم کند.

اوصاف سه گانه مذکور، در ماده ۳۵۱ قانون مدنی در مبیع کلی عموماً بوسیله بیان

۱. دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، صص ۱۸۶ و ۱۸۷، چ سوم، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، خرداد ۱۳۷۱.

۲. دکتر ناصر کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ذیل ماده ۳۴۲، ص ۲۹۵.

۳. دکتر ناصر کاتوزیان، عقود معین، ج ۱، ص ۱۱۲.

آن اوصاف در ضمن عقد معلوم می‌شود و باید در خصوص آن اوصاف توافق صورت گیرد و عقد بر مبنای آن منعقد شود، برخلاف عین معین که مقدار و جنس و وصف مبیع باید معلوم باشد و نیاز به توافقی در این خصوص نیست.

نکته‌ای که باید بدان توجه نمود آن است که اگر فروشنده که در بیع کلی متعهد در انتخاب مصداق مبیع می‌باشد به جهت تفاوت در مصداق‌های خارجی مبیع بخواهد از نوع پست آن انتخاب کند و بین وی و خریدار در تعیین نوع آن اختلاف پیش آید، سؤال مطروحه آن است که فروشنده باید از کدام نوع بدهد؟ در فصل بیع پاسخی در این مورد وجود ندارد ولی ماده ۲۷۹ قانون مدنی در مبحث تعهدات مقرر نمود است که: «اگر موضوع تعهد عین شخصی نبوده و کلی باشد متعهد مجبور نیست که از فرد اعلاای آن ایفاء کند لیکن از فردی هم که عرفاً معیوب است نمی‌تواند بدهد».

ج - تعیین مقدار مبیعی که به کیل یا وزن و یا عدد فروخته می‌شود

در صورتی که مبیع کیلی یا وزنی و یا عددی باشد وفق ماده ۳۴۲ قانون مدنی تعیین مقدار آن تابع عرف بلد است ولی در این ماده معلوم نگردیده که عرف کدام محل مناط اعتبار است؟

ملاک از ماده ۳۷۵ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «مبیع باید در محلی تسلیم شود که عقد بیع در آنجا واقع شده است، مگر اینکه عرف و عادت مقتضی تسلیم در محل دیگر باشد و یا در ضمن بیع محل مخصوصی برای تسلیم معین شده باشد» در صورت وجود توافق مفاد ترازی طرفین ملاک عمل می‌شود. در غیر این صورت عرف محل وقوع عقد مناط اعتبار است.

د - فروش از روی نمونه

ممکن است به جای بیان اوصاف کیفی مبیع، فروشنده با ارائه نمونه‌ای از کالای خود، از مبیع رفع ابهام نماید. انتخاب نمونه طرفین را از ذکر اوصاف مبیع بی‌نیاز می‌کند ولی گاه دیده می‌شود اوصافی که برای مبیع در قرارداد ذکر گردیده با نمونه ارائه شده مطابقت

ندارد پس باید کدام یک را مقدم دانست؟

پاره‌ای از نویسندگان گفته‌اند پذیرفتن نمونه دلیل بر انصراف از خریدن کالایی که در قرارداد آمده نیست و نمی‌تواند آن را نقض کند، نمونه در واقع انتخاب مصداقی از کالای توصیف شده در قرارداد است و اگر به اشتباه انتخاب شده باشد اثری در رابطه واقعی طرفین ندارد.^۱

به نظر ترجیح هر یک تابع اوضاع و احوال موجود در دعوی باشد.

ماده ۳۵۴ قانون مدنی مقرر نموده است که: «ممکن است بیع از روی نمونه به عمل آید در این صورت، باید تمام مبیع مطابق نمونه تسلیم شود».

پاره‌ای از استادان بین مبیع عین معین و کلی، تفاوت گذارده‌اند.^۲

هرگاه مبیع عین معین باشد، چنانچه مبیع برخلاف نمونه در آید مشتری می‌تواند از نظر خیار تخلف وصف بیع را فسخ نماید، ولی در مواردی که مبیع کلی است تخلف فروشنده موجب خیار فسخ برای فروشنده نخواهد بود و وی می‌تواند الزام فروشنده را به تسلیم مبیع مطابق نمونه بخواهد، فقط در صورتی که الزام وی ممکن نباشد و به وسیله دیگری نیز نتوان مبیع را تعیین نمود حق فسخ دارد (ملاک از ماده ۲۳۹ قانون مدنی).^۳

ه- فروش مبیع به شرط داشتن مقدار یا وصف معین

همان طوری که در ابتداء فصل بیان شد ممکن است مبیع به شرط داشتن مقدار یا وصف معین فروخته شود. در این صورت بیع بر مبنای شرط مقرر واقع شده است. حال اگر صفت مشروط در مبیع موجود نباشد به تفاوت مورد، ممکن است بیع فسخ یا ثمن به نسبت موجود تعدیل شود. این است که ماده ۳۴۳ قانون مدنی مقرر نموده: «اگر مبیع به شرط مقدار معین فروخته شود بیع واقع می‌شود، اگر چه هنوز مبیع شمرده نشده یا کیل یا ذرع

۱. پلانپول و ریپر و آمل، ش ۳۰۵، به نقل از دکتر کاتوزیان، عقود معین، ج ۱، ص ۱۱۸.

۲. دکتر سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۴۳۶.

۳. ماده ۲۳۹ قانون مدنی: «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.

نشده باشد».

درست است که قانون مدنی در مواد ۳۴۲ و ۳۵۱ مقرر نموده که مقدار و جنس و وصف مبیع باید معلوم باشد و درستی عقد بیع را منوط به آن دانسته است ولی در مواردی که نسبت به وصف یا مقدار بیع در نزد یکی از طرفین تردید وجود دارد، می توان بیع را بدین گونه واقع ساخت.

و- مسائلی چند راجع به معلوم نبودن مبیع

۱- ماده ۳۵۵ قانون مدنی می گوید: «اگر ملکی به شرط داشتن مساحت معین فروخته شده باشد و بعد معلوم شود که کمتر از آن مقدار است مشتری حق فسخ معامله را خواهد داشت و اگر معلوم شود که بیشتر است، بایع می تواند آن را فسخ کند مگر اینکه در هر دو صورت طرفین به محاسبه زیاده یا نقیصه تراضی نمایند». در این ماده کمیت، جنبه وصفی محض به خود گرفته^۱ و مفروض این است که شرط مقدار به عنوان وصف ملک مورد تراضی قرار گرفته و ثمن برای کل مبیع، بدون توجه به بهای هر جزء از مساحت، معین شده است. بنابراین اگر مبیع آن صفت را دارا نباشد مشروط له حق فسخ دارد. مفروض این است که شرط صفت در مورد مقدار ملک به سود هر دو طرف است. بدین ترتیب که خیار فسخ ثابت است. در موردی که در طرف بایع مبیع زائد از آنچه توصیف شده باشد یا نسبت به مشتری، ناقص از مبیع موصوف از کار درآید. نکته ای که در این ماده باید به آن توجه نمود آن است که مبیع در این ماده به عنوان کل تجزیه ناپذیر فروخته می شود و مقدار یکی از اوصاف آن کل است و قیمت در برابر همان کل قرار می گیرد. بنابراین اگر مبیع زائد از مقدار معهود درآید، نمی توان گفت زیاده فروخته نشده و در ملکیت فروشنده باقی است. و اگر هم نقیصی و کسری در مبیع باشد نباید ثمن را به نسبت وضع موجود تعدیل نمود و از آن کاست. چرا که مقدار به عنوان شرط صفت در این عقد آمده است و در مقابل شرط بخشی از ثمن قرار نمی گیرد.

۲- ماده ۳۸۴ قانون مدنی مقرر می دارد: «هرگاه در حال معامله مبیع از حیث مقدار

۱. دکتر امامی، همان کتاب، ص ۴۳۹.

معین بوده و در وقت تسلیم کمتر از آن مقدار درآید، مشتری حق دارد که بیع را فسخ کند یا قیمت موجود را با تأدیه حصه‌ای از ثمن به نسبت موجود قبول نماید و اگر مبیع زیاده از مقدار معین باشد زیاده مال بایع است». در این ماده برخلاف ماده قبل مقدار، وصف مبیع نیست و جنبه استقلالی کمی دارد، بدین معنی که در مقابل هر واحدی از آن، مقداری از ثمن در نظر گرفته می‌شود. برای مثال شما برای خرید ۳۰ کیلو برنج به فروشگاه می‌روید، شما و فروشنده از قرار کیلویی ۱۰۰۰۰ ریال با یکدیگر توافق می‌کنید. ووی کیسه‌ای برنج را که به زعم خود ۳۰ کیلو است را به شما می‌فروشد و هنگام محاسبه قیمت حساب می‌کنید که ۳۰ کیلو برنج از قرار کیلویی ۱۰۰۰۰ ریال می‌شود ۳۰۰۰۰۰ ریال پس بدین ترتیب بیع منعقد می‌گردد.

حال اگر به هنگام تحویل کیسه برنج ۲۹ کیلو درآید، شما حق دارید ۱۰۰۰۰ ریال از ثمن آن بکاهید، زیرا همین مقدار را در محاسبه اولیه پرداخته‌اید. و برعکس هرگاه کیسه برنج شما بیش از ۳۰ کیلو باشد شما مالک زائد نیستید. زیرا بیع نسبت به ۳۰ کیلو واقع شده و پول نیز بابت همین مقدار پرداخت گردیده است.

همان طور که گفته شد در مبیع قابل تجزیه، که مورد نظر این ماده است، مقدار، وصف مبیع نیست بلکه نماینده میزان تعهد دو طرف و موضوع مبادله است. بنابراین اگر مبیع به عنوان مقدار معین فروخته شده باشد، مشتری حق دارد به دلیل خیار تبعض صفقه در صورتی که مبیع کمتر از میزان اعلام شده درآید، بیع را نسبت به بقیه نیز فسخ کند یا به نسبتی که مبیع کمتر است از ثمن کسر بگذارد، ولی اگر مبیع زیادتر باشد، به تصریح قسمت اخیر ماده ۳۸۴ قانون مدنی، زیاده مال بایع است و او حقی بر فسخ ندارد چرا که مالک باید از مقدار مبیع آگاه باشد و اگر زیانی هم به بار آید ناشی از تقصیر خود اوست.^۱

۳- ماده ۳۸۵ قانون مدنی مقرر نموده است: «اگر مبیع از قبیل خانه یا فرش باشد که تجزیه آن بدون ضرر ممکن نمی‌شود و به شرط بودن مقدار معین فروخته شده ولی در ضمن تسلیم کمتر یا بیشتر درآید، در صورت اولی مشتری و در صورت دوم بایع حق فسخ

۱. سید محمد جواد عاملی، مفتاح الکرامة، ج ۴، ص ۷۴۳، به نقل از دکتر ناصر کاتوزیان، عقود معین، ج ۱، ص ۱۲۳.

خواهد داشت». حکم ماده ۳۸۵ قانون مدنی به مانند ماده ۳۵۵ این قانون در مورد مبیع تجزیه‌ناپذیر می‌باشد که در آن مقدار به عنوان وصف مبیع تلقی می‌گردد، و ثمن در برابر کل مبیع قرار می‌گیرد. بنابراین اگر مبیع مقدار مشروط را نداشته باشد کسی که شرط به نفع وی شده است حق فسخ معامله را خواهد داشت. پس اگر فرش به شرط داشتن مساحت ۱۲ متر مربع فروخته شود و ۱۳ متر از آب درآمد فروشنده حق ندارد ادعا کند که یک متر اضافی مال اوست، زیرا آنچه مورد معامله قرار گرفته یک قطعه فرش است نه ۱۲ متر از آن. برعکس اگر همان فرش ۱۰ متر درآمد، خریدار نمی‌تواند از ثمن بکاهد زیرا او نیز قطعه فرشی خریده که یکی از اوصافش داشتن مساحت ۱۲ متر مربع بوده است.^۱

۴ - فروشنده به عنوان مالک مبیع باید از وضعیت مال خود آگاهی داشته باشد و اطلاعاتی را که در مورد مبیع می‌دهد صحیح باشد. بنابراین اگر فروشنده دانسته یا ندانسته و برخلاف حقیقت اظهاری داشته باشد که سبب تضرر مشتری گردد به عنوان مسبب مسؤول کلیه خسارات است که از عمل او متوجه خریدار می‌گردد.

این است که ماده ۳۸۶ قانون مدنی مقرر نموده است: «اگر در مورد دو ماده قبل معامله فسخ شود، بایع باید علاوه بر ثمن مخارج معامله و مصارف متعارف را که مشتری نموده است بدهد».

اطلاق ماده حکایت از این دارد که حتی اگر خریدار با استفاده از خیار فسخ خود معامله را برهم زند این امر مانع نمی‌شود که خریدار برای جبران خسارات احتمالی وارده به وی به فروشنده مراجعه نکند زیرا همانطور که ذکر گردید از باب قاعده تسبیب فروشنده مقصر را باید مسؤول خسارات ناشی از معامله قرار داد.

مبحث دوم چگونگی تعیین توابع مبیع

الف - تعریف توابع مبیع

مقصود از توابع، اشیاء و اموری است که برای کمال انتفاع از مبیع بدون اینکه متعلق قصد طرفین قرار گیرد داخل در مبیع می‌شود. اغلب فقها ضابطه و معیار تشخیص این توابع را

۱. دکتر ناصر کاتوزیان، عقود معین، ج ۱، ص ۱۲۵.

به عرف ارجاع داده‌اند.^۱ قانونگذار نیز به تبعیت از فقها معیار حکومت عرف را پذیرفته و در ماده ۳۵۶ بدین ترتیب مقرر نموده است: «هر چیزی که برحسب عرف و عادت جزء یا از توابع مبیع شمرده شود یا قرائن دلالت بر دخول آن در مبیع نماید داخل در بیع و متعلق به مشتری است، اگر چه در عقد صریحاً ذکر نشده باشد و اگر چه متعاملین جاهل بر عرف باشند». ولی باید دانست که حکم ماده ۳۵۶ قانون مدنی قاعده تکمیلی است و دو طرف می‌توانند به تراضی آنچه را به حکم عرف از اجزاء و توابع مبیع است از آن استثناء کنند،^۲ یا هر چه را که می‌خواهند در شمار مبیع قرار دهند این است که ماده ۳۵۷ قانون مدنی مقرر نموده: «هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا تابع مبیع شمرده نشود داخل در بیع نمی‌شود، مگر اینکه صریحاً در عقد ذکر شده باشد».

قانون مدنی در ماده ۳۵۸ مصادیقی از توابع مبیع را بر شمرده است «...در بیع خانه، ممر و مجری و هر چه ملصق به بنا باشد به طوری که نتوان آن را بدون خرابی نقل نمود، متعلق به مشتری می‌شود؛ و برعکس، زراعت در بیع زمین و میوه در بیع درخت و حمل در بیع حیوان متعلق به مشتری نمی‌شود، مگر اینکه تصریح شده باشد یا برحسب عرف از توابع شمرده شود. در هر حال، طرفین عقد می‌توانند به عکس ترتیب فوق تراضی کنند». با جمع مواد مذکور فوق می‌توان گفت از دیدگاه قانون مدنی اجزاء و توابع مبیع به وسیله سه عامل مشخص می‌گردند: تراضی طرفین، عرف و قانون.

ب - عوامل تعیین کننده توابع مبیع از نظرگاه قانون مدنی

۱ - توافق طرفین

همان طور که گفته شد حکم عرف در تعیین توابع مبیع قاعده تکمیلی است و طرفین عقد می‌توانند برخلاف آن تراضی نمایند. این مطلب از قسمت اخیر دو ماده ۳۵۷ و ۳۵۸

۱. جمال الدین محمد مکی العاملی، معروف به شهید اول. اللمعة الدمشقیة فی فقه الامامیه، ص ۱۱۰، ناشر یلدا، چ اول، ۱۶۱۱ هـ ق زین الدین بن علی عاملی الجبعی. معروف به شهید ثانی، روضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، ص ۳۳۷، مرکز النشر مکتب الاعلام الاسلامی، چ هشتم، تابستان ۱۳۷۳. ۲. دکتر ناصر کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ص ۳۰۲، ذیل ماده ۳۵۶.

قانون مدنی استنباط می‌گردد. بنابراین تراضی متبایعین اولین عامل در تعیین اجزاء و توابع مبیع محسوب می‌گردد. چنانکه ممکن است چیزی را که عرفاً و قانوناً جزء و تابع مبیع است متبایعین آن را خارج از توابع مبیع و مستثنی نمایند و یا برعکس چیزی که برحسب عرف و قانون داخل در مبیع محسوب نمی‌گردد آن را داخل در مبیع و از توابع آن تلقی نمایند. مانند آنکه در بیع باغ وسایل باغبانی از اجزاء و توابع مبیع تلقی نمی‌گردد، با این وجود متبایعین می‌توانند آن را از توابع مبیع قرار دهند.

۲- عرف

در صورت نبودن توافق متبایعین، عرف عاملی است که خلأ قراردادی آنها را در ارتباط اجزاء و توابع مبیع برطرف می‌سازد^۱ و جانشین سکوت آنها می‌گردد. این امر علاوه بر اینکه از مواد ۳۵۶ و ۳۵۷ قانون مدنی پیداست از ماده ۲۲۵ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «متعارف بودن امری در عرف و عادت، به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد، به منزله ذکر در عقد است» مستفاد می‌گردد. همچنین ماده ۲۲۰ قانون مدنی در جهت تأیید این امر می‌گوید: «عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می‌نماید بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود ملزم می‌باشند».

پس بنابراین برای یافتن مدلولات الفاظی که متعاملین به کار می‌برند، باید به عرف رجوع کرد ولی سؤال قابل طرح در اینجا این است که به کدامین عرف؟

اگر بین متبایعین عرف خاصی حاکم باشد مانند عرف موجود بین بازرگانان یا کشاورزان؛ عرف مزبور ملاک تشخیص خواهد بود. هرگاه متعاملین اهل یک شهر باشند و یا اهل دو شهر مختلف که دارای عرف یکسان هستند ظاهر آن است که به عرف شهر خود الفاظ را استعمال می‌نمایند. ولی هرگاه متبایعین دارای دو عرف متفاوت هستند در این صورت عرف محل انعقاد عقد معین می‌کند که چه چیزی از اجزاء و یا توابع مبیع

۱. دکتر عبدالله کیایی، التزامات باع و مشتری، ص ۱۵۶.

محسوب می‌شود (ملاک از ماده ۹۶۸ قانون مدنی).^۱

۳- قانون

هرگاه تراضی خاصی بین متبایعین در خصوص تعیین اجزاء و توابع مبیع موجود نباشد و از طریق مراجعه به عرف نیز نتوان توابع مبیع را تشخیص داد، باید به حکم قانون تن در داد. البته در مواردی که قانون خاص در آن مورد موجود باشد - ماده ۳۵۸ قانون مدنی نمونه‌ای از وجود قانون و تعیین مصادیقی از توابع مبیع می‌باشد که مقرر می‌دارد: «نظر به دو ماده فوق، در بیع باغ، اشجار و در بیع خانه، ممر و مجری و هر چه ملصق به بنا باشد به طوری که نتوان آن را بدون خرابی نقل نمود، متعلق به مشتری می‌شود؛ و برعکس، زراعت در بیع زمین و میوه در بیع درخت و حمل در بیع حیوان متعلق به مشتری نمی‌شود، مگر اینکه تصریح شده باشد یا برحسب عرف از توابع شمرده شود. در هر حال، طرفین عقد می‌توانند به عکس ترتیب فوق تراضی کنند».

ج- حل اختلاف در موارد تردید در تعیین توابع مبیع

هرگاه از هیچ یک از راههای مذکور نتوان تشخیص داد که چیزی داخل در مبیع است و یا نیست و بین متبایعین اختلاف وجود داشته باشد، به بیان دیگر تردید وجود داشته باشد که شیء مورد نظر به عنوان تابع مبیع به خریدار منتقل شده و یا هنوز در مالکیت فروشنده باقی است در این حالت باید وضعیت یقینی سابق یعنی مالکیت فروشنده را استصحاب نمود و شیء را ملک فروشنده شناخت. از طرفی دیگر هرگاه در ازاله مالکیت بایع تردید شود اصل بر عدم ازاله مالکیت وی می‌باشد. این است که ماده ۳۵۹ قانون مدنی به تبعیت از دو اصل حقوقی فوق بیان می‌دارد: «هرگاه دخول شیء در مبیع عرفاً مشکوک باشد آن شیء داخل در بیع نخواهد بود مگر اینکه تصریح شده باشد».

ادامه دارد

۱. ماده ۶۹۸ ق.م «تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است مگر اینکه متعاقدين اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند.

تاریخچه کاپیتولاسیون در ایران و پی آمدهای آن (۲)

محمد علی اختری*

*. سردفتر اسناد رسمی ۱۲۲ تهران و نایب رئیس کمیسیون وحدت رویه.

تاریخچه کاپیتولاسیون در ایران و پی آمدهای آن

بخش اول: سابقه تاریخی

در دولتهای باستانی وضع خارجی با توجه به وضع دولتها تفاوت داشته است. اگر تشکیلات و سازمان دولت برگرفته از اصول مذهبی و بر پایه افکار دینی استوار بود، به بیگانگان سخت‌گیری بیشتری می‌شد، ولی اگر اصول سیاست دولتی مبتنی بر جهان‌گیری و روابط تجاری بود، نسبت به خارجیان با انعطاف برخورد می‌شد. در دولتهای مبتنی بر مذهب، اصل کلی این بوده که خارجی (به معنی خارج از دین) شخصی است ناپاک (نجس) و محروم از حقوق بشری. نمونه بارز این رفتار در مصر و هند و یهود دیده شده است^۱ ولی دو عامل باعث تعدیل این نوع رفتار می‌گردید: نخست جنگ و دیگری داد و ستد و بازرگانی که در دولتهای ایرانی پیش از میلاد در شهر ممفیس^۲ نوعی از این‌گونه تسهیلات به خارجیان اعطا می‌شده است. اندک اندک با ظهور حضرت مسیح و سپس اسلام این روشها به کناری نهاده شد و در کشورهای مسیحی و اسلامی نسبت به خارجیها و پیروان ادیان به جز (دین مقرر) خصمانه برخورد می‌شد. چنانچه در اسپانیای مسیحی مسلمانان دچار شکنجه و عذاب بودند و در کشورهای اسلامی از جمله ایران - به

۱. جواد عامری، حقوق بین الملل خصوصی، چ تهران، ۱۳۶۳، انتشارات آگاه، صص ۷۷ - ۷۸.

۲. دایرة المعارف بریتانیکا، ج ۴، ص ۸۵۱، چ ۱۹۶۹.

عنوان بخشی از عالم اسلام - غیرمسلمانان مواجه با بدرفتاری و تحقیر بوده‌اند.^۱ به طور مثال در یکی از اهرام بزرگ مصر عبارت زیر منقوش است: «در ساختمان این معبد حتی یک نفر از اهالی مملکت شرکت نکرده است» یعنی تمام کارگران و زحمتکشان، خارجی بوده‌اند. یا قتل عامی که یهود در فلسطین قبل از میلاد برای اجتناب از تماس با خارجیان نموده‌اند ضبط در تاریخ است. و همچنین طبق قانون مانو MANO در هندوستان بین برهمنان BRAHMANE و سوتراها SOUTRA تبعیض وجود داشته است. از جمله طبقه پاریا PARIA حق نداشتند حتی به صورت برده و غلام به طبقه برهمن خدمت کنند. ولی این رفتار زننده با بیگانگان با اصول اسلام واقعی سازگار نیست زیرا در اسلام، سرزمین کشورهای مختلف معنی ندارد و همه مسلمانان ولو آنکه مربوط به سرزمینهای مختلف باشند و از نژادها و زبانهای گوناگون، همه با هم برابر و برادرند. کشورهای اسلامی هم به منزله یک قلمرو واحدند و فقط مردم به دو دسته تقسیم می‌شوند؛ مسلمانان و غیر مسلمانان. و اما غیر مسلمانان، یا اهل کتابند که با پرداخت مالیاتی به نام جزیه در حمایت دولت اسلامی هستند و اهل ذمه نامیده می‌شوند، این افراد اگر اختلافات خصوصی در امور مدنی و احوال شخصیه داشته باشند می‌توانند به قضاتی از مذهب خودشان مراجعه نمایند یا می‌توانند به قاضی مسلمان مراجعه کنند تا قاضی طبق مذهب خودشان در حقشان قضاوت کند. دسته دوم از غیرمسلمانان مقیم بلاد اسلامی مستأمن نامیده می‌شوند یعنی کسانی که به طور موقت در سرزمینهای اسلامی ساکن هستند و با اجازه دولت اسلامی حق دارند تا یک سال در سرزمین اسلام اقامت کنند و بدون پرداخت چیزی جز همان جزیه در حمایت دولت اسلامی باشند. اینان در خصوص احوال شخصیه به قاضی مسلمان مراجعه می‌کنند چنانچه قاضی به مذهب آنها عالم باشد طبق مذهب خودشان در حق آنها قضاوت می‌کند ولی اگر قاضی مسلمانان به مذهب آنها عالم نباشد آنها را به قاضی‌ای از مذهب خودشان ارجاع می‌دهد. نوع دیگری از بیگانگان غیرمسلمان در کشورهای اسلامی کفار غیر کتابیه هستند که اگر با مسلمانان

۱. جواد عامری، حقوق بین الملل خصوصی، صص ۷۸ - ۸۰.

سر جنگ و عداوت نداشته باشند مورد بی‌مهری دولت اسلامی نیستند و با آنها طبق اصول اسلام رفتار خواهد شد. از طرفی کل کره ارض از نظر احکام اسلامی به چهار منطقه تقسیم می‌شود:

- ۱- دارالاسلام یا سرزمین متصرفی اسلام که احکام اسلام در آنجا حاکم است.
 - ۲- دارالموادعه یا سرزمین غیر اسلامی که با مسلمانان پیمان عدم مخاصمه بسته‌اند و تازمانی که به پیمان خود پایبند باشند مورد تعرض اسلام نیستند.
 - ۳- سرزمینهای خراجیه و ذمیه که سرزمینهایی هستند که با مسالمت و بدون جنگ به تصرف مسلمانان درآمده‌اند و مردمان این سرزمینها بدون اینکه اسلام را بپذیرند با دادن خراج در پناه اسلام هستند و دفاع از آنها در قبال متجاوزین برعهده اسلام است.
 - ۴- دارالحرب که بر سرزمینهایی اطلاق می‌شود که هیچ کدام از سه عنوان یاد شده را ندارند. دولت اسلامی درخصوص دارالاسلام و دارالموادعه و خراجیه و ذمیه مقررات خاصی دارد ولی با دارالحرب هیچ‌گونه رابطه‌ای ندارد.^۱
- مواردی که در بالا درخصوص حق مراجعه بیگانگان به قضات مذهب خودشان ذکر شد بهانه‌ای شد برای ایجاد یک نوع رژیم حقوقی به نام کاپیتولاسیون که مورد بحث ما در این سلسله مباحث است.

اولین بار که از کاپیتولاسیون ذکری شده مربوط به زمان هارون الرشید است که در قرن ۹ میلادی در رابطه با فرانکها چنین اجازه‌ای به آنها داده است^۲ که با اصول اسلام سازگاری دارد.

مورخین ایتالیایی معتقدند اولین باری که چنین عنوانی به معنای امروزی آن مصطلح شد پس از فتح قسطنطنیه به دست سلطان محمد خان فاتح، پایه‌گذار امپراتوری عثمانی در سال ۱۴۵۳ میلادی بود که دول اروپایی با استفاده از اشاره‌ای که در مقررات اسلام بود و قبلاً اشاره شد این نوع رژیم حقوقی را طبق عهدنامه‌هایی به دولت

۱. جلال الدین مدنی، حقوق بین الملل خصوصی، چ تهران، صص ۱۰۷ - ۱۱۰، ۱۳۶۹.

۲. دایرة المعارف بریتانیکا، ص ۸۵۱ و دایرة المعارف آمریکانا، ج ۵، ص ۵۶۷، چ ۱۹۶۲.

عثمانی قبولانندند،^۱ ولی عده‌ای می‌گویند قبل از این تاریخ چنین امتیازاتی به وسیله شاهزاده Antioch و پادشاه اورشلیم در سالهای ۱۰۹۸ و ۱۱۲۳ میلادی به شهروندان ایتالیایی مقیم اورشلیم داده شده است و بعداً در امپراتوری بیزانت این قاعده را پیروی کردند و در شهرهای جنوا، پیزا و ونیز تا پایان قرن ۱۲ میلادی این قاعده را اجرا می‌کردند و بعد که امپراتوری عثمانی جانشین این کشورهای کوچک شد این قاعده را پذیرفته و ادامه دادند.^۲

سرانجام در سال ۱۵۳۵ میلادی دولت فرانسه که پادشاه آن فرانسوای اول بود با سلطان عثمانی به نام سلیمان پاشا معاهده‌ای بست که قسمتی از حقوق کاپیتولاسیون را در آن عهدنامه گنجانید که تا ۳۵۰ سال ادامه داشت. این پیمان به فرانسویان اجازه می‌داد که در احوال شخصیه، آزادی مذهب و اقامتگاه و مسائل کیفری به جای محاکم شرعی عثمانی به کنسول فرانسه مراجعه کنند.^۳ این معاهده در سالهای ۱۵۹۷، ۱۵۸۱، ۱۶۰۴ و ۱۶۷۳ تمدید شد و بعد در سال ۱۷۴۰ کامل گردید. در سال ۱۸۶۹ وزیر امور خارجه فرانسه ضمن نامه‌ای به کنسولهای فرانسه در اسکندریه مصر می‌نویسد: کاپیتولاسیون که مجموعه قواعد حاکم بر روابط دول مسیحی با باب عالی (عثمانی) است تنها محدود به عهدنامه‌های سالهای ۱۵۹۷، ۱۵۸۱ و ۱۶۰۴ الی ۱۶۷۳ نمی‌شود بلکه شامل کلیه رویه‌های قضایی بین‌المللی تکمیلی، عهدنامه‌ها و کلیه مقررات تکمیلی دیگر می‌باشد که موافق روح عهدنامه‌های مربوطه و در نتیجه عمل و تجربه و توافق و قبول مشترک به وجود آمده و به وسیله عهدنامه ۱۷۴۰ نیز تأیید شده است.^۴

بدیهی است پادشاه فرانسه پس از عقد پیمان ۱۷۴۰ به کنسولهای خود حق قضاوت در امور فرانسویان مقیم عثمانی اعطا کرده است.^۵ البته کنسولهای فرانسه فقط

۱. دکتر عبدالله معظمی، حقوق بین‌الملل خصوصی، چ تهران، ۱۳۳۲، ص ۳۵.

۲. دایرة المعارف بریتانیکا، ص ۸۵۱، دایرة المعارف امریکانا، ص ۵۶۷، و دایرة المعارف بین‌المللی، ج ۴، ص ۸۳.

۳. دایرة المعارف امریکانا، ص ۵۶۷.

۴. دکتر امیر سپهوند، رساله پایان نامه دکتری حقوق، ص ۴۶، سال تحصیلی ۷۲ - ۷۱.

۵. دایرة المعارف بریتانیکا، ص ۸۵۱.

طبق قانون فرانسه حق رسیدگی داشتند با حق استیناف خواهی از سلطان عثمانی و برخورداری از کمک سلطان عثمانی در موارد اجرای حکم.

دکتر امیرخان سپهوند در پایان نامه دکتری خود می‌نویسد: به موجب آنها (قراردادهای کاپیتولاسیون) وضعیت اتباع خارجی و بخصوص اتباع کشورهای اروپایی از لحاظ دعوی کیفری و حقوقی در قلمرو امپراتوری عثمانی تعیین شد، از لحاظ حقوقی کاپیتولاسیون به معنی نظام یا رژیم قضاوت کنسولی و JURIDICTION CONSULAIRE و یا ACTA - JURIDIAGCE می‌باشد که در اجرای آن و بر طبق اسناد و یا عهد یک جانبه مصونیت قضایی و برخی تضمینات و امتیازات را به اتباع دول مسیحی در قلمرو حکومتی دول غیرمسیحی داده می‌شد. به این معنی که در کشورهای غیرمسیحی اتباع خارجی بدون رعایت اصل معامله متقابل از محدوده صلاحیت و اختیارات مقامات محلی خارج و تابع مقامات ویژه کنسولی و سیاسی دولت متبوع خود بوده و دعاوی و شکایات و محاکمات مربوطه به امور جزایی اتباع مزبور به وسیله کنسول یا نماینده سیاسی دولت متبوع آنان رسیدگی و حل و فصل می‌شده است. ایشان عقیده دارند که منشأ پیدایش کاپیتولاسیون قاعده شخصی بودن قوانین یا PERSONALITE DES LOIS می‌باشد که در جنگهای صلیبی در اروپا رایج بوده و در تعقیب و اجرای این فکر اقوام مهاجر و مغلوب هر یک تابع قوانین خود بوده و بیگانگان مقیم بیزانس و شامات در امور مربوط به داد و ستد و امور مدنی دیگر تابع نظر و قضاوت کسی بوده‌اند که به عنوان کنسول به عادات و رسوم و حقوق آنان آشنایی داشته است و بعد از جنگهای صلیبی به وسیله حکام مسلمان حقوق مزبور درباره مسیحیان اجرا می‌شده و کنسولهای مسیحی علاوه بر امور مدنی به امور جزایی و اداری اتباع خود هم رسیدگی می‌کرده‌اند.^۱

مرحوم دکتر محمد مصدق در این خصوص می‌نویسد: در قرون وسطی (یعنی ۳۹۵ تا ۱۴۵۳ میلادی) در ممالک اروپایی طریقه قانون شخصی و قانون سرزمینی معمول و

۱. امیر خان سپهوند، همان، صص ۴۶ و ۴۷.

متداول بوده است، طریقه قانون شخصی آن است که اگر ساکنین یک نقطه به سرزمین دیگری می‌رفتند در هر نقطه که بودند قانون وطن آنها درباره آنها اجرا می‌شده در صورتی که به موجب قانون سرزمینی هر شخص خارجی که وارد خاکی می‌شد قواعد محلی در حق او اجرا می‌شد و به هیچ وجه رعایت حقوق اصلی او را نمی‌کردند بعدها بین دولت عثمانی و دولت فرانسه اولین عهدنامه که منعقد شد در سال ۱۵۳۵ مسیحی زمان سلطنت سلیمان اول معروف به سلیمان قانونی پادشاه عثمانی و فرانسوای اول پادشاه دولت فرانسه بوده است...

از این تاریخ به بعد عهدنامه‌های دیگر بین سلاطین فرانسه و عثمانی منعقد گردید که اهم آنها عهدنامه هفتم است که بین محمد اول و لویی پانزدهم در ۲۸ ماه مه ۱۷۴۰ منعقد گردید.^۱

قواعد این عهدنامه (۱۷۴۰) از قرار ذیل است:

۱ - آزادی ورود و تجارت و ستایش مذهب. به طوری که در عهدنامه‌های سابق هم ذکر شده تجارت فرانسویها در خاک عثمانی آزاد است، حق ورود دارند، می‌توانند به زیارت بیت المقدس بروند و طبق مذهب خود نیایش کنند، انجیل را قرائت و کلیساهای خود را مرمت نمایند.

۲ - حکومت و رسیدگی قضایی سفرا و کنسولهای فرانسه در خاک عثمانی. در موارد اختلافات مدنی:

الف - اگر طرفین از اتباع فرانسه باشند تابع قضاوت نمایندگان دولت فرانسه می‌باشند و از احکام کنسولی می‌توانند استیناف بدهند و محکمه استیناف در ایکس AIX فرانسه خواهد بود.

ب - اگر یکی از طرفین دعوا تبعه دولت فرانسه و دیگری تبعه دولت دیگری غیر از عثمانی باشد طبق ماده ۵۲ این عهدنامه می‌توانند به محاکم عثمانی یا به کنسول فرانسه مراجعه نمایند.

۱. محمد مصدق، کاپیتولاسیون و ایران، تهران، سال ۱۳۳۲ قمری، ص ۴.

در ابتدا در چنین مواردی کنسول فرانسه قضاوت می‌کرد، ولی بعدها که دولتهای دیگر هم دارای چنین حقی شدند اختلاف پیدا شد.

در سال ۱۸۲۰ قراردادی بین فرانسه، اتریش و روسیه منعقد شد که اگر چنین مسئله‌ای پیش آمد، کمیسیونی مختلط از اعضای نمایندگان دولت متبوعه مدعی و مدعی علیه به وجود آید.

در سال ۱۸۶۴ نیز قراردادی دیگر بسته شد: اگر چنین مسئله‌ای پیش آید، در خاک عثمانی دادگاه کنسولی دولت متبوعه مدعی علیه صلاحیت رسیدگی داشته باشد.

ج- اگر اختلافات بین فرانسه و تبعه عثمانی باشد و اختلاف مربوط به امور بازرگانی باشد باید به دادگاه مختلط عثمانی مراجعه شود که این دادگاه دارای ۶ قاضی بوده، ۲ نفر دائمی و ۴ نفر موقتی (علی البدل) که دو نفر از آنها از اتباع عثمانی و دو نفر از اتباع کشورهای خارجی به انتخاب کنسول دولت خارجی. البته با حضور مترجمان و نماینده‌ای از سفارت فرانسه.

د- اگر اختلاف بین فرانسوی و تبعه عثمانی در امور ملکی باشد دادگاه عثمانی صلاحیت دارد و نیازی به وجود نماینده سفارت یا مترجمان نمی‌باشد.
در موارد اختلافات کیفری:

در امور کیفری اگر مجرم یا متهم تبعه بیگانه بود، چه فرانسوی و چه اتباع کشورهای دیگر باز هم دولت عثمانی صلاحیت رسیدگی نداشت، اگر چه جرم در خاک عثمانی واقع شده بود. و اگر جرم از درجه خلاف بود، خود کنسول فرانسه حق مجازات داشت ولی اگر جرم از درجه جنحه یا جنایت بود کنسول حق محاکمه و رسیدگی نداشت و متهم را باید از عثمانی به شهر AIX در فرانسه می‌فرستاد و اگر جرم از اتباع فرانسه نسبت به اتباع عثمانی بود طبق ماده ۶۵ عهدنامه ۱۷۴۰ محاکم عثمانی حق رسیدگی داشتند ولی با اطلاع کنسول. اما دولت فرانسه و یا سایر دول که از حق کاپیتولاسیون برخوردار بودند بر خلاف این ماده به هیچ وجه تبعه خود را تسلیم محاکم عثمانی نمی‌کردند، دولت عثمانی حق توقیف متهم خارجی را نداشت و بدون اجازه کنسول ورود به خانه مجرم را هم نداشت و اگر قرار بود متهمی دستگیر شود چنان مسئله را طول می‌دادند و برای صدور اجازه کنسول اشکال تراشی می‌کردند که متهم فرار می‌کرد و دیگر

دسترسی به او امکان نداشت.^۱

اسامی سایر دولتهایی که در عثمانی حق کاپیتولاسیون کسب کردند، به شرح زیر است:

۱- انگلیس در زمان ملکه الیزابت در سال ۱۵۸۰ طی عهدنامه‌ای این حق را بدست آورد.

۲- هلند طبق عهدنامه سال ۱۶۰۹ میلادی.

۳- اتریش در سال ۱۶۱۵ و پیمان متمم آن در سال ۱۶۷۳

۴- امریکا با پیمان سال ۱۸۳۰

مطلبی که باید تذکر داد، این است که فرانسه نه تنها حق حمایت قضایی از اتباع خود را داشت بلکه با پیمان سال ۱۶۷۳ حق حمایت از سایر مسیحیان را هم کسب کرده بود. بموجب پیمان ۱۸۳۰ امریکا با عثمانی مقرر شد که اگر اتباع امریکا متهم به جرمی شدند دولت عثمانی حق توقیف متهم را نداشته باشد بلکه بوسیله وزیر مختار یا کنسول امریکا محاکمه شده و به مجازات برسند. در ماده اول این پیمان از کلیه حقوق دولتهای کامله الوداد هم برخوردار شد.^۲

بدین ترتیب، همان طور که تجارت غرب با سایر کشورهای آسیایی و آفریقایی توسعه پیدا کرد پیمانهای نظیر کاپیتولاسیون نه تنها به عثمانی بلکه به کلیه کشورهای حوزه بالکان، کشورهای عربی، مصر و شمال آفریقا، چین، اتیوپی، مراکش، ایران، و سیام (تایلند) هم تحمیل گردید.

همانطور که قبلاً تذکر داده شد فرانسویان اولین دولتی بودند که چنین حق حمایتی از مسیحیان در عثمانی را پیدا کردند. بعدها که انگلستان هم به چنین پیمانی دست یافت مدعی حمایت از مسیحیان مقیم عثمانی شد، ولی بعدها به موجب پیمان ۱۶۰۷ مقرر شد که کلیه اروپاییانی که در عثمانی سفیر ندارند تحت حمایت قضایی فرانسه باشند که در پیمان ۱۷۴۰ این امتیاز برای فرانسه ابقا شد، و در خلال قرن ۱۸ تمامی کشورهای اروپایی چنین حقی در عثمانی پیدا کردند و در قرن ۱۹ کشورهای تازه

۱. محمد مصدق، همان، صص ۱۸ و ۱۹.

۲. دایرة المعارف امریکانا (سابق الذکر)، ص ۵۶۷.

استقلال یافته‌ای مانند امریکا، بلژیک و یونان هم به چنین امتیازی دست یافتند. باید توجه داشت که بموجب پیمان ۱۴۵۴ منعقد در «آدرنه پول» بین عثمانی و دول خارجی، دولتهای خارجی اجازه یافتند که در خاک عثمانی بانکها، ادارات، دفاتر و اطاقهای بازرگانی مستقر نمایند. این نوع مؤسسات اقتصادی با نظارت دولتهای خارجی اولین هسته مصونیت اتباع آن کشورها را از بعضی مقررات محلی فراهم کردند که این مصونیتها به تدریج کاملتر شدند و مقررات کاپیتولاسیون را به وجود آوردند. زیرا در عثمانی مقررات مدون در موارد بالا وجود نداشت و این خود بهانه به دست خارجیها برای تحصیل چنین قراردادهایی می‌داد.^۱ اکنون باید دید که چه طور شد امپراتور عثمانی با قدرت و تسلطی که داشت رضایت به چنین امری داد.

عده‌ای عقیده دارند چون میان مقررات مسیحیت و اسلام فاصله زیادی وجود دارد، و از طرفی روابط بازرگانی ایجاب می‌نمود که افراد این ممالک با یکدیگر ارتباط داشته باشند ناچار طرفین در صدد یافتن وسیله‌ای بودند که این روابط را تحت نظم و مقرراتی مدون کنند، به این جهت امپراتور عثمانی رژیم کاپیتولاسیون را پذیرفت. دسته‌ای هم عقیده دارند مقررات کاپیتولاسیون در میان احکام اسلام وجود دارد. زیرا مطابق فقه اسلام - همان طور که قبلاً بیان شد - اگر اشخاص خارج از مذهب اسلام برای رفع اختلافات خود می‌خواستند به محاکم مذهبی خود مراجعه نمایند، هیچ مانعی وجود نداشت. بنابراین سلطان عثمانی مقصودش این نبود که امتیاز خاص بیگانگان بدهد بلکه احکام اسلام چنین موضوعی را تجویز می‌کرده است و نمی‌توان سلطان عثمانی را در این خصوص مورد ملامت قرار داد.^۲

کاپیتولاسیون در سایر کشورها

به تبعیت از وضع بیگانگان در خاک عثمانی دولتهای بزرگ در طول قرون ۱۷، ۱۸ و ۱۹ به تدریج در کشورهای دیگر آسیایی و آفریقایی با انعقاد قراردادهایی مانند کاپیتولاسیون عثمانی یا با استفاده از اصل دولتهای کامله الوداد دارای چنین امتیازاتی شدند و به آنها

۱. دایرة المعارف بریتانیکا، ص ۸۵۱.

۲. عبدالله معظمی، پیشین، صص ۳۵ - ۳۶.

تحمیل کردند. مانند کشورهای چین، ایران، بحرین، مسقط، سیام (تایلند)، مراکش، مصر، عراق، کرت، تریپولی، ژاپن، اتیوپی یا حبشه و بعضی از کشورهای دیگر، که تقریباً با شرایطی مشابه عثمانی، خارجیان در این کشورها امتیازات ناروایی بدست آوردند. اگر چه این نوع رژیم حقوقی برای اولین بار در عثمانی به وجود آمد به همین دلیل آن را کاپیتولاسیون اول می‌نامند و بهانه مسیحیها این بود که از مقررات موجود اسلامی به نفع خود استفاده می‌کردند، ولی بعدها از این قرارداد سوء استفاده کرده و آن را وسیله مداخله در امور داخلی عثمانی قرار دادند و حتی به کشورهای مسیحی و غیر مسلمان مانند حبشه و کشورهای جنوب شرق آسیا هم تحمیل کردند. همان طور که مرحوم دکتر محمد مصدق می‌نویسند، طبق قواعد حقوق بین الملل، کنسولها از امتیازات مربوط به سفرا و نمایندگان سیاسی برخوردار نیستند و فقط سمت اداری در کشورهای مقیم دارند ولی همین کنسولها در کشورهایی که رژیم کاپیتولاسیون بر آنها تحمیل شده بود، از چنان قدرتی برخوردار بودند که حتی وزیر مختار و سفیر هم برخوردار نبودند. این کنسولها برای اجرای احکامی که صادر می‌کردند نیاز به نیروی انتظامی داشتند و آنها را از کشور متبوع خود می‌آوردند و گاهی تعداد این نیروها به اندازه یک لشکر می‌شد. و با اتکا به این نیرو حتی اتباع کشور مقرر را تحت حمایت خود می‌گرفتند و به جنایاتی دست می‌زدند که در تواریخ ذکر شده است. و بعداً در بخش کاپیتولاسیون در ایران به قسمتی از این مداخلات ناروا و جنایت بار اشاره خواهد شد، به طوری که می‌توان ادعا نمود این دخالت کنسولهای خارجی در عثمانی بود که مقدمات تجزیه آن کشور را فراهم نمود و کنسولها با دخالتهای خود و حمایت از اقلیتهای قومی و نژادی و مذهبی و زبانی و ملی اسباب انواع شورشها و انقلابات را فراهم آوردند و عثمانی را به اضمحلال کشیدند و شد آنچه شد!

پایان رژیم کاپیتولاسیون در عثمانی و سایر کشورها

مردم عثمانی کم‌کم به مضرات این نوع دخالت اجانب که تحت عنوان کاپیتولاسیون انجام می‌شد پی بردند و در سال ۱۸۵۶ دولت عثمانی عدم رضایت خود را از دخالت کارگزارها و محاکم بیگانه در خاک عثمانی آشکار کردند و درصدد پیدا کردن راهی برای

لغو کاپیتولاسیون بودند تا اینکه در سال ۱۹۰۸ ترک‌های جوان کاپیتولاسیون را باطل اعلام کردند ولی دول غربی ذی نفع زیر بار نرفتند و سرانجام در اول اکتبر ۱۹۱۴ دولت عثمانی همه این امتیازات را لغو کرد ولی باز هم بعضی از دول غربی نپذیرفتند تا اینکه در زمان ریاست جمهوری مصطفی کمال (آتاتورک) ابتدا دول اروپایی و روسیه با پیمان ۱۹۲۱ لغو آن را قبول کردند و سپس در سال ۱۹۲۳ کاپیتولاسیون برای همیشه در ترکیه از میان رفت. ولی این مسئله در کشورهایی که از عثمانی جدا شده بودند مانند مصر و بعضی از کشورهای آفریقایی برقرار بود. لغو کاپیتولاسیون در ترکیه موجب هیجانی در مردم ایران شد و در اینجا هم کمابیش اقداماتی برای لغو آن آغاز شد که در جای خود ذکر خواهد شد.

سرانجام در کشور مصر در سال ۱۹۳۷ و در حبشه در سال ۱۹۳۶ و در عراق در سال ۱۹۳۱، در مراکش در ۱۹۱۰، و تریپولی در ۱۹۱۱، کرت ۱۹۱۴ و در ایران در سال ۱۹۲۸ و تایلند ۱۹۲۷ و ژاپن ۱۸۹۹ و چین ۱۹۴۳ کاپیتولاسیون را لغو کردند. در این میان داستان کاپیتولاسیون در چین و مصر را مختصراً شرح می‌دهم:

در کشور چین: در سال ۱۶۳۹ روسیه توانست با انعقاد عهدنامه‌ای امتیازات کاپیتولاسیون را در چین بدست آورد. اما این امتیازات دو طرفه بود و بعدها با قراردادهای متمم و تکمیلی در ۱۸۴۳ یک طرفه به نفع روسها تغییر یافت و پس از قرارداد تکمیلی ۱۸۴۳ بود که ۱۷ کشور اروپایی در چین امتیازات ناروایی را به دست آوردند. برای لغو کاپیتولاسیون در چین ابتدا کنفرانسی در سال ۱۹۲۲ تشکیل شد و موضوع مورد بحث قرار گرفت ولی نتیجه‌ای حاصل نشد. متعاقب آن در سال ۱۹۲۶ کنفرانس دیگری در پکن تشکیل شد و پس از بحث مفصل توصیه کرد که کاپیتولاسیون در چین به تدریج لغو شود و اما در سال ۱۹۲۸ با انعقاد قراردادی با دولتهای بلژیک، ایتالیا، پرتغال، اسپانیا و دانمارک آن کشورها از کاپیتولاسیون در چین صرف نظر کردند و یکسال بعد در سال ۱۹۲۹ دولت چین کاپیتولاسیون را با دولتهای باقیمانده لغو کرد، بعضی پذیرفتند و بعضی زیر بار نرفتند. از جمله دولت آمریکا به هیچ وجه زیر بار نرفت تا اینکه در سال ۱۹۴۳ به طور رسمی لغو کاپیتولاسیون در چین را پذیرفت و با این عمل کاپیتولاسیون در چین از

میان رفت و تنها کشور روسیه بود که قبول نکرد، که آن هم پس از انقلاب چین و تبدیل حکومت چین به کمونیستی از حقوق خود در این مورد صرف نظر کرد.

و اما در مصر: با وجودی که از عثمانی منتزع شده بود کاپیتولاسیون در آن کشور باقی بود. در سال ۱۸۷۵ برای رسیدگی به اختلافات خارجیان با مصریها دادگاه مختلط تشکیل می‌شد (در سه منطقه: ۱- قاهره، ۲- اسکندریه، ۳- منصوریه) این دادگاهها هر کدام سه قاضی داشتند، یک قاضی از مصر و دو نفر قاضی خارجی. سرانجام در سال ۱۹۳۷ در مصر هم کاپیتولاسیون لغو شد و امروزه این رسم شوم استعماری بجز در دولت مسقط (عمان) و بحرین وجود ندارد.^۱

آقای مسعود اسداللهی مؤلف محترم کتاب احیای کاپیتولاسیون و پی آمدهای آن درباره پیشینه کاپیتولاسیون نوشته‌اند: کاپیتولاسیون سابقه‌ای بس طولانی دارد. در الواح دوازده گانه حقوق رم به این امر اشاره شده و بیگانگان از حمایت قانون محروم گردیده بودند اما پس از آنکه در اثر نیازمندیهای بازرگانی امپراتوری رم به تدریج وضع قابل تحملی برای بیگانگان پیش بینی گردید، در حقوق رم دو شاخه پدید آمد؛ یکی حقوق مربوط به دولت - شهر و دیگری حقوق همه ساکنان شهر رم اعم از شهروندان یا بیگانگان. طبعاً شهروندان امتیاز استفاده از هر دو شاخه حقوقی را یافتند و بیگانگان فقط از شاخه دوم بهره‌مند شدند.^۲

آقای غلامرضا علی بابایی نویسنده کتاب «فرهنگ علوم سیاسی» درباره قضاوت کنسولی یا رژیم کاپیتولاسیون، مطلبی دارد که قابل ذکر است. ایشان می‌نویسند: «حمایت کنسولها از منافع اتباع در رژیم کاپیتولاسیون بسیار وسیع و قدرت اجرایی آنها نیز قابل ملاحظه بود - کنسولهای کاپیتولاسیون به تدریج حمایت خود را از اتباع دولت خود به اتباع داخلی نیز سرایت دادند. ابتدا مترجم کنسول و کارمندان و خدمه‌ای که تبعه داخلی بودند، به موجب نامه‌ای که کنسول می‌داد از حمایت وی بهره‌مند بودند، بعداً بعضی از اتباع دیگر داخلی نیز به علت هم مذهب بودن یا جهات نزدیکی دیگر مانند طرف

۱. دایرة المعارف فارسی (مصاحب)، ج دوم، ص ۲۱۱۳، چ ۱۳۵۶.

۲. مسعود اسداللهی، احیای کاپیتولاسیون و پیامدهای آن، چاپ سازمان تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۳.

معامله بودن یا انجام اموری دیگر با دریافت این نامه‌ها در حوزه حمایت کنسول و در مقابل مقامات انتظامی و محلی قرار می‌گرفتند و در مرحله دیگر کنسولها به هر کس از اتباع داخلی که تقاضا می‌کرد و با شرایط سهل و در بعضی موارد نیز در مقابل پول بدون اینکه رضایت و موافقت دولت محل مأموریت خود را کسب کنند از این گونه نامه‌ها می‌دادند. این رویه ابتدا بیشتر برای ازدیاد شخصیت کشور متبوع معمول شد ولی آن قدر به طور مبالغه‌آمیز زیاد شد که موجب ناراحتی‌های متعدد برای دو دولت طرف رابطه کنسولی گردید و به تدریج محدود و سپس از بین رفت.^۱

تصحیح و توضیح

در شماره ۴۰ مجله کانون در قسمت مربوط به پانوش ۲، صفحه ۷، کلمه «هم مشخص» به صورت «هم سنخ» اصلاح می‌گردد که بدین وسیله به سبب راهیابی این اشتباه فنی پوزش می‌طلبد.

۱. غلامرضا علی بابایی و دکتر بهمن آقایی، فرهنگ علوم سیاسی، ج ۲، ص ۵۹۸ تا ۵۹۹، شرکت نشر ویس، تهران، ۱۳۶۱.

هشدارهای انتظامی

سید جلیل محمدی*

* دادستان دادسرا و دادگاههای انتظامی سردفتران.

هشدارهای انتظامی

پرونده‌ای که در این شماره مرور می‌کنیم مربوط به تنظیم و ثبت سند دو دانگ مشاع از شش‌دانگ زمین بایری واقع در شمال غرب تهران است که از طرف آقای..... در برابر مبلغ ۶۵۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال به یکی از شهرداریهای مناطق تهران صلح گردیده است. شایان ذکر است که این دو دانگ زمین در ثبت محل سابقه پذیرش ثبت و تنظیم اظهارنامه نه تنها به نام مصالح نداشته بلکه تا بحال بنام شخص یا اشخاصی قبول درخواست ثبت نشده است. و در اصطلاح ثبت مجهول المالک^۱ می‌باشد به علاوه مطابق اعلام شهرداری مساحت ملک مرقوم ۸۴۵۰۰ متر مربع اعلام و در طرح شهرداری قرار گرفته است.

گزارش بازرسی

در پی اعلام موضوع تخلف سردفتر اسناد رسمی شماره..... تهران مبنی بر تنظیم و ثبت سند صلح قطعی شماره..... - ۷۹/۲/۱۸ موضوع توسط بازرسی محترم کل سازمان ثبت اسناد و املاک کشور مورد رسیدگی قرار گرفت و برابر صورت جلسه بازرسی اعلام گردید: به نام آقای..... سند صلح قطعی در تاریخ ۷۹/۲/۱۸ در دفتر اسناد رسمی شماره.....

۱. مجهول المالک از نظر قانون ثبت مربوط به اموال غیرمنقول است که تقاضای ثبت آن نشده است، یا آنکه در دفتر توزیع اظهارنامه اسم مالک رقبه قید شده ولی تا زمانی که اظهارنامه ملک به اداره ثبت تسلیم نشود ملک مجهول المالک است. حمید صالحی، حقوق ثبت اسناد و املاک در ایران، ص ۳۸.


تهران بدین شرح «دو دانگ مشاع از شش دانگ ملک پلاک شماره..... واقع در بخش ۱۱ تهران بدون قید مساحت و حدود و مشخصات و مسؤولیت انجام مصالحه به عهده متصالحین می باشد و اقرار به تمام مسؤولیت و اطلاع از کم و کیف و حدود مورد معامله نمودند. متصالح اقرار به رؤیت مورد مصالحه نموده است و حسب الاظهار متصالحین مورد صلح به تصرف متصالح درآمده است». تنظیم و ثبت شده است.

در گزارش آمده است: در سند صلح تنظیمی، مصالح آقای..... قید شده در حالی که مالکیت وی نسبت به مورد صلح (دو دانگ مشاع از پلاک.....) محرز نبوده دفترخانه مدارکی دال بر این موضوع در اختیار نداشته و آقای سردفتر در پاسخ به این پرسش که به چه نحو مالکیت نام برده را احراز نموده اید؟ اعلام داشته که به استنادنامه..... - ۷۹/۲/۱۴ و سه شماره نامه که در نامه مذکور به آنها اشاره شده و نیز به استناد نامه شماره..... - ۷۹/۱/۲۴ اداره ثبت..... به عنوان اداره مستغلات شهرداری منطقه..... مالکیت نام برده را احراز نموده ولی در هیچ یک از این نامه‌ها اشاره‌ای به مالکیت آقای..... (مصالح) و یا ثبت ملک (دو دانگ) به نام وی نشده است و.....

مضافاً در گزارش بازرسی قید شده نام و نام خانوادگی مصالح در نامه‌هایی که آقای سردفتر به آنها استناد کرده با نام و مشخصات مصالح در سند مزبور مغایرت دارد و تخلف محرز است.

کارشناسی و صدور کیفرخواست

پس از اعلام گزارش بازرسی به اداره محترم کل امور اسناد و سردفتران، موضوع در اجرای ماده ۳۲ قانون دفاتر اسناد رسمی کارشناسی شده و با احراز تخلف، مراتب برای پیگرد انتظامی سردفتر به دادسرای انتظامی سردفتران و دفتریاران اعلام گردیده است. ضمناً هم زمان موضوع به استناد بند ۶ ماده ۱۰۰^۱ قانون ثبت برای اعلام جریان به دادگاه

۱. مضمون ماده ۱۰۰ قانون ثبت و بند ۶ آن چنین است: هر یک از مستخدمین و اجزاء ثبت اسناد و املاک و صاحبان دفاتر اسناد رسمی عامداً یکی از جرم‌های ذیل از جمله اسناد انتقالی را با علم به عدم مالکیت انتقال دهنده ثبت کند جاعل در اسناد رسمی محسوب و به مجازاتی که برای جعل و 

عمومی برای تعقیب جزایی سردفتر به اداره کل حقوقی سازمان محترم ثبت کشور منعکس شده است.

صدور کیفرخواست

دادسرای انتظامی برابر گزارشهای کارشناسی و بازرسی و اعلام اداره کل امور اسناد و سردفتران برای آقای سردفتر کیفرخواستی به شرح زیر صادر نموده است:

کیفرخواست شماره $\frac{۸۰/۲/۲}{۸۰/۲/۲}$ ردیف پرونده ۸۰

دادگاه محترم بدوی انتظامی سردفتران و دفتریاران استان تهران
با تقدیم سلام،

برابر نامه‌های شماره..... - ۸۰/۱/۱۹ و ۸۰/۱/۲۰ اداره محترم کل امور اسناد و سردفتران و گزارشهای کارشناسی و بازرسی همراه آن اعلام گردیده که: آقای..... سردفتر دفتر اسناد رسمی شماره ۳۶۳ تهران، سند شماره $\frac{۸۳۴۵}{۷۹/۲/۱۸}$ مبنی بر صلح قطعی دو دانگ مشاع از شش دانگ پلاک شماره..... فرعی از شماره..... اصلی..... بخش ۱۱ ثبت تهران را که بدون سابقه ثبت در اداره ثبت محل و احراز مالکیت مالک یا مالکین برخلاف ماده ۴۹ قانون ثبت و مادتين ۱۶ و ۳۱ آیین نامه قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب سال ۱۳۱۷ و بندهای ۲۹ و ۳۰ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی تا اول مهر ماه ۱۳۶۵ تنظیم و ثبت نموده است. علاوه بر اینکه تخلف انتظامی محرز و مسلم می باشد از لحاظ جزایی نیز آقای سردفتر برخلاف بند ۶ ماده ۱۰۰ قانون ثبت یا به عبارت دیگر سند صلح قطعی به نام مصالحی که ملک به نامش ثبت نشده و اصولاً مالکیتی ندارد عمل کرده است. موضوع قبلاً از طرف اداره محترم کل امور اسناد و سردفتران برای پیگرد جزایی نام برده به دفتر محترم کل حقوقی سازمان ثبت منعکس گردیده است. بنابراین نظر به اهمیت موضوع برابر بند ۴ از ماده ۳۸ قانون دفاتر اسناد رسمی برای آقای سردفتر و برای آقای

تزویر اسناد رسمی مقرر است محکوم خواهد شد.

دفتر یار مذکور برابر بند ۳ از ماده مرقوم درخواست رسیدگی و صدور حکم می‌نمایم.

با احترام - سید جلیل محمدی

دادستان دادسرا و دادگاههای انتظامی سردفتران و دفتریاران

دفاع آقای سردفتر

پس از ابلاغ کیفرخواست به آقای سردفتر، نام برده در دفاعیه مشروح خود چنین نوشته است: «مطابق پاسخ استعلامات صادره از سوی اداره ثبت... پلاک مورد مصالحه دارای سابقه ثبت می‌باشد و در مورد چهاردانگ مشاع از آن تاکنون سند مالکیت صادر شده و نسبت به دو دانگ دیگر نیز از طرف مصالح سند تنظیمی در این دفترخانه، تقاضای ثبت به عمل آمده که تاکنون تشریفات ثبتی آن به پایان نرسیده و در جریان ثبت می‌باشد. فلذا سابقه ثبت به نام مصالح در پرونده مربوطه مضبوط است و ادعای دادستان در این مورد به شرح مستندات مذکور تکذیب می‌شود. و در مورد احراز مالکیت باید اذعان نمایم که احراز مالکیت تنها پس از خاتمه جریان ثبتی میسر می‌باشد و...»

آقای سردفتر در ادامه مدافعات خود نوشته: «طبق مقررات جاری احراز مالکیت تنها جهت تنظیم بیع‌نامه قطعی نسبت به عین ملک ضرورت دارد (با توجه به ماده ۵۷۸ قانون مدنی) لیکن جهت صلح و واگذاری حقوقی که برای متصرفین املاک و متقاضیان ثبت وجود دارد، احراز مالکیت ضروری نیست و تقاضای ثبت کافی است و این دفترخانه تنها صلح‌نامه در خصوص حقوق متصرف و متقاضی ثبت تنظیم نموده و نه بیع‌نامه که محتاج احراز مالکیت و صدور سند مالکیت باشد و تنها حقوقی که مصالح به استناد تقاضانامه و اظهارنامه ثبتی^۱ موجود در پرونده ثبتی دارا می‌باشد را به غیر مصالحه و واگذار نموده است و...» آقای سردفتر در پایان دفاعیه مفصل خود نوشته: «اقدام دفترخانه تخلف یا جرم نیست و دقیقاً مطابق قوانین و مقررات جاری می‌باشد و...»

۱. برابر گزارش بازرس محترم و اعلام ثبت محل در نامه‌های مورد استناد آقای سردفتر نسبت به دو دانگ مشاع از شش دانگ مورد مصالحه تاکنون از کسی قبول درخواست ثبت نشده و اظهارنامه ثبتی هم تنظیم نگردیده است.

رأی دادگاه محترم بدوی

بسمه تعالی

در تاریخ ۸۰/۳/۲۱ جلسه دادگاه بدوی انتظامی سردفتران و دفتریاران با عضویت و حضور امضا کنندگان زیر تشکیل است.
پرونده شماره..... مربوط به آقای..... سردفتر دفتر اسناد رسمی شماره..... تهران موضوع کیفرخواست شماره..... - ۸۰/۲/۲ تحت نظر است.
دادگاه پس از بررسی محتویات پرونده و دفاعیه نام برده و با مشاوره به شرح زیر به انشاء رأی مبادرت می نماید:

رأی دادگاه

در پرونده..... در خصوص تخلف منتسبه به آقای..... سردفتر اسناد رسمی شماره..... تهران به شرح کیفرخواست..... - ۸۰/۲/۲ صادره از دادستان محترم انتظامی معطوفاً به محتویات پرونده..... دفاعیات سردفتر موصوف مقبول واقع نشد و مشاوره اعضا دادگاه منتج به توجه تخلف گردید و با تأکید بر منفک بودن امر جزایی با خصوص مورد تخلف و خروج مورد از شمول ماده ۲۶ آیین نامه قانون دفاتر اسناد رسمی سردفتر موصوف را مستنداً به ماده استنادی در کیفرخواست ناظر به بند ج فراز ۸ از ماده ۲۹ اصلاحی آیین نامه موصوف (در این قسمت دفاعیات سردفتر بر خروج مورد از بند د فراز ۳ ماده ۲۹ موصوف به جهت فقدان تکرار تخلف، مقبول واقع گردید) مشارالیه را به تحمل شش ماه انفصال موقت از شغل سردفتری اسناد رسمی محکوم می نماید، این رأی وفق مقررات قابل تجدیدنظر خواهی است.
با ابلاغ رأی مذکور به آقای سردفتر، نام برده اعتراض خود را با تکرار مطالب مندرج در دفاعیه قبلی و خواستار نقض دادنامه بدوی به دفتر دادگاه تسلیم نمود.

رأی دادگاه محترم تجدیدنظر

«جلسه ۸۰/۶/۴ دادگاه تجدیدنظر انتظامی سردفتران و دفتریاران به تصدی و حضور امضاء کنندگان ذیل تشکیل است. پرونده شماره..... مربوط به آقای..... سردفتر اسناد

رسمی شماره..... تهران تحت نظر است، در مورد اعتراض آقای سردفتر نسبت به رأی شماره..... - ۸۰/۳/۲۱ دادگاه بدوی انتظامی سردفتران و دفتریاران استان تهران که به موجب آن آقای سردفتر به شش ماه انفصال از شغل سردفتری اسناد رسمی محکوم گردیده، با توجه به محتویات پرونده و با مشاوره پایان رسیدگی اعلام و به شرح آتی به اصدار رأی مبادرت می‌گردد.

رأی دادگاه: از طرف آقای سردفتر اعتراض مؤثری که موجب نقض دادنامه تجدیدنظر خواسته گردد به عمل نیامده، دادنامه مزبور بلااشکال تشخیص و تأیید می‌شود. رأی صادره در مورد آقای سردفتر اجرا و پس از پایان مدت محکومیت ابلاغ اشتغال مجدد برای وی صادر شده است.

یادآوری

همان طوری که در گزارش کارشناسی همکاران محترم اداره کل امور اسناد و سردفتران آمده بود ضمن اعلام گزارش تخلف انتظامی به دادگاه انتظامی، مراتب از لحاظ کیفی در اجرای بند ۶ ماده ۱۰۰ قانون ثبت از طریق اداره محترم کل دفتر حقوقی سازمان ثبت به دادگاه عمومی اعلام گردید که منتهی به صدور دادنامه شماره..... - ۸۰/۷/۳۰ شعبه..... دادگاه عمومی تهران شده است.

رأی دادگاه عمومی: «..... اقدامات انجام شده مخالفتی با ماده ۱۰۰ قانون ثبت اسناد ندارد چون جهت احراز بند ۶ ماده مذکور علم سردفتر به عدم مالکیت شرط شده است در صورتی که قبل از تنظیم سند صلح استعمال از اداره ثبت صورت گرفته، لذا دلایل کافی بر اتهام مشارالیه اقامه نشده و اقناع وجدانی حاصل نمی‌گردد. لذا مستنداً به اصل ۳۷ قانون اساسی^۱ حکم برائت صادر می‌شود». رأی صادره در تاریخ ۸۰/۹/۶ قطعیت یافته است.

۱. اصل سی و هفتم قانون اساسی، اصل برائت است و هیچ کس از نظر قانون مجرم شناخته نمی‌شود، مگر اینکه جرم او در دادگاه صالح ثابت گردد.

پاسخی بر نقد (نمونه سند؛ اقرار به وصول مهریه)

سید فریدالدین محمدی*

پاسخی بر نقد (نمونه سند؛ اقرار به وصول مهریه)

مطلب چاپ شده جناب آقای عباس سعیدی مدیر مسؤول محترم مجله کانون در شماره ۳۸ ماهنامه با عنوان «نمونه سند؛ اقرار به وصول مهریه» و متعاقب آن نقد جناب آقای لطیف عبادپور سردفتر محترم ۱۰ پارس آباد در شماره ۴۰ ماهنامه زمینه مناسبی جهت بحث و جدل در این مورد فراهم نموده است. امید است با تلاشها و مطالعاتی که در این مورد و موارد دیگر صورت می‌گیرد هر چه بیشتر زمینه برای بالا بردن سطح آگاهیها و استفاده از تجارب مهیا شود.

نظر به اهمیت موضوع مطروحه و سؤال نویسنده محترم در آخر مطالب نقد مبنی بر اینکه «اگر مهریه از حق الثبت معاف نبود باز سردفتر نمی‌توانست در تنظیم چنین اقرارنامه‌ای که مطلب مهریه وصولی قید شده است. حق‌التحریر را براساس مبلغ درج شده اخذ نماید؟»، به جهت مسؤول انتظامی متصوره^۱ ابتدا به آن اشاره خواهد شد پس از آن، اینکه در مورد وصول مهریه چرا تنظیم و ثبت اقرارنامه توصیه گردیده است و تنظیم صلح‌نامه، هبه‌نامه، بذل مهریه توصیه نمی‌گردد؟ و در انتهای مطلب با توجه به اینکه

۱. به نظر می‌آید اگر در این مورد اخذ وجه اضافه، مطرح شود و پرونده‌ای از طریق بازرسی موردی یا کلی از دفترخانه یا احیاناً شکایت خصوصی ذی نفع مطرح شود و در نهایت به عنوان تخلف گزارش شود از لحاظ مجازات انتظامی پیش بینی شده مطابق با قسمت دوم بند ه. ماده ۲۹ آیین‌نامه به عنوان «گرفتن و جوهی غیر از آنچه در قوانین و مقررات تجویز گردیده است» انفصال دائم مطرح باشد.

سردفتران در جایگاه کاتب عدل می‌باشند توجیهی بر محافظه کاری و مصلحت اندیشی شخصی و عرفی که معمولاً در تنظیم و ثبت این گونه اسناد و اسناد مشابه حاکم است به حد بضاعت با کسب اجازه از سروران و پیش کسوتان مطرح خواهد شد.

حق التحریر اقرار به وصول مهریه

در منابع و مراجع حقوق ثبت و دفاتر اسناد رسمی تعریف مشخصی از اینکه چه سندی مالی یا غیرمالی می‌باشد به عمل نیامده است اما به نظر می‌آید در تقسیم بندی اسناد به مالی و غیرمالی و اسناد مبلغ دار و بدون مبلغ باید تفکیک قائل شد. به عبارتی می‌توان سند مالی را مبلغ دار فرض کرد اما سند مبلغ دار لزوماً سند مالی تلقی نمی‌گردد.^۱ اما عموماً برای هر دو گروه از این اسناد حق الثبت وصول می‌شود مگر استثنایی از جهت تخفیف یا معافیت قانونی مقرر شده باشد. به عنوان مثال:

الف - وکالت فروش خودرو را می‌توان مطرح کرد با توجه به اینکه عقد وکالت از نظر حقوق مدنی ماهیت مالی ندارد.^۲ اما عرفاً انجام معاملات قطعی بنا به دلایلی به صورت وکالت تام الاختیار فروش انجام می‌پذیرد. بنابراین قانونگذار وصول مالیات نقل و انتقال را در مورد وکالت فروش خودرو از اوایل انقلاب تکلیف نموده و دفاتر اسناد رسمی از بابت حق الثبت تا قبل از سال ۱۳۷۹ بر مبنای اسناد غیرمالی عمل می‌کردند و حق التحریر آن نیز تا قبل از تعرفه فعلی بر مبنای تعرفه اسناد وکالت محاسبه می‌گردید. نتیجه اینکه به نظر می‌آید وکالت انتقال خودرو یک سند غیر مالی باشد اما در عداد اسناد مبلغ دار تلقی شده است و وصول حق التحریر آن در تعرفه مصوب بر مبنای اسناد قطعی به عنوان استثناء مطرح می‌باشد.

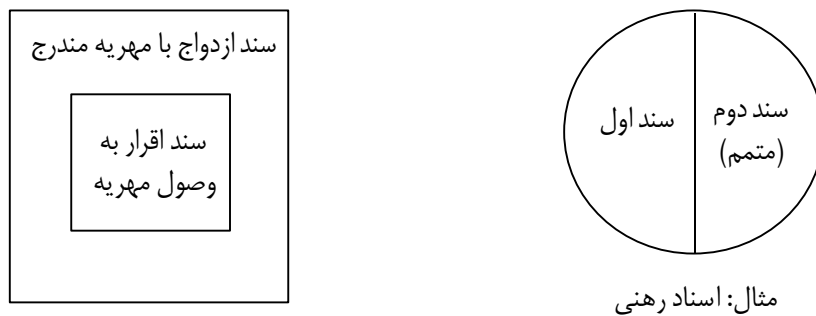
ب - وجه الضمان و وجه التزام مقرر در اسناد با توجه به ماده ۵۱ قانون دفاتر اسناد

۱. عام و خاص مطلق.

۲. در اسنادی مانند بیع یا صلح و با حق استرداد یکی از ارکان معامله قید ثمن، مال الصلح و مبلغ مندرج در سند با حق استرداد یا به طور کلی مبلغ مورد معامله می‌باشد، اما در سند وکالت هیچ نوع مبلغ یا بهایی به عنوان قیمت مورد معامله اعلام نمی‌شود و از این جهت ماهیتی غیر مالی دارد.

رسمی از پرداخت حق الثبت معاف می‌باشند حال این وجه‌الضمان و وجه‌الالتزام ممکن است در اسناد تعهد مطرح شود که در اینجا سند مبلغ‌دار می‌باشد اما به صورت غیرمالی تلقی می‌شود و حق‌التحریر مقرر هم بر مبنای تعرفه مصوب برای سند تعهد می‌باشد. با توجه به مطالب بالا و دو دلیل ذیل به نظر می‌رسد اقرار به وصول مهریه سند غیرمالی تلقی می‌گردد:

۱- ثبت ازدواج صرفاً در دفاتر رسمی ازدواج مطابق با مقررات به عمل می‌آید اما اگر تغییری غیراساسی در سند ازدواج لازم باشد و اصلاح این تغییر خلاف مقررات جاری نباشد فقط در دفتر اسناد رسمی انجام می‌گیرد اما آثار سند رسمی به خصوص لازم‌الاجرا بودن آن نسبت به سند ازدواج فقط از طریق دفتر رسمی ازدواج به عمل می‌آید. کمیت و کیفیت مهر که به عنوان یک حق عندالمطالبه برای زوجه بر ذمه زوج قرار گرفته با صراحت در سند ازدواج قید می‌گردد و ثبت ازدواج و مهریه مندرج در آن مطابق قانون از معافیت پرداخت حق‌الثبت برخوردار می‌باشد. لذا به نظر می‌آید اقرارنامه وصول مهریه در مقایسه با سند ازدواج به عنوان زیر مجموعه آن تلقی می‌گردد.



تعبیر ریاضی ارتباط اسناد

۲- با توجه به اینکه در سند ازدواج عموماً مهریه به صورت نقدینه ثبت می‌گردد در زمان تنظیم اقرار به وصول مهریه قید عبارت «... مهریه مندرج در نکاحیه شماره... را وصول نمودم» از جانب زوجه خالی از اشکال می‌باشد. مشابه شرایطی که در تنظیم و ثبت اسناد مربوط به رضایت‌نامه‌های چک، اسناد مالی و دعاوی مدنی و جبران خسارت به عمل می‌آید.

شاید در اینجا سؤالی مطرح شود که اگر نسبت به بخشی از مهریه اقرار به وصول شود چگونه باید عمل نمود؟

به نظر می‌آید تجویز قسمت الف بند ۱۵۱ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی نسبت به کل مهریه باشد و تنظیم سند نسبت به بخشی از آن تجویز نگردیده است حال اگر قبول کنیم بتوان نسبت به بخشی از مهریه اقرار و وصول تنظیم نمود واحدهای ثلث، ربع، خمس و... مهریه در سند قید شود. به عبارت دیگر ذکری از مبلغ یا بهای مهریه به میان نیاید.

۳- فرض کنیم مبلغ واقعی مهریه در سند اقرار به وصول مهریه قید شود حال با توجه به اینکه سقف تحریر دفاتر ازدواج یکصد و پنجاه هزار ریال می‌باشد و متأسفانه مبالغ غیر متعارف به عنوان مهریه مرسوم گردیده، مثال زیر را در نظر بگیرید:

مقدار مهریه ۱۳۶۰ (سال تولد زوجه) سکه تمام بهار آزادی است گرچه به نظر می‌آید پرداخت چنین مبلغی از جانب زوج غیر عملی است) حال باید بهای روز این ۱۳۶۰ سکه از بانک مرکزی استعلام گردد:

$۸۰۰/۰۰۰ \times ۱۳۶۰ = ۱/۰۸۸/۰۰۰/۰۰۰$ ریال قیمت اعلام شده توسط بانک مرکزی برای هر سکه
حق التحریر چنین مبلغی بر مبنای تعرفه دفاتر اسناد رسمی ۸۲۷۰۰۰ ریال می‌باشد.

۴- در رأی شماره $\frac{۳۷۰۹۹-۸-۲}{۷۹/۱۱/۲۵}$ آراء وحدت رویه کانون در مورد رضایت‌نامه برگشت چک مفقودی آمده است: «با توجه به اینکه هیچ‌گونه مبلغی در سند رضایت‌نامه قید نمی‌گردد، لذا حق‌الثبت این‌گونه اسناد مشمول تبصره ۲ ماده ۵۰ قانون دفاتر اسناد رسمی است و غیر مالی تلقی می‌گردد».

شاید بتوان گفت تعیین رضایت‌نامه با وصف فوق و اقرار به وصول مهریه وحدت ملاک موجود است بنابراین این رأی فوق در مورد اقرار به وصول مهریه نیز صادق است.

چرا اقرار به وصول مهریه توصیه شده است؟

هر چیزی که مالیت دارد و نیز قابلیت تملک می‌توان مهر قرار داد و به مجرد عقد، زن مالک مهر^۱ می‌شود. و می‌تواند هر نوع تصرفی که بخواهد در آن بنماید.^۲ حال اگر زوجه

۱. استثنائاً این مالکیت با سند رسمی ازدواج بدون پرداخت حق‌الثبت مستقر گردیده است.

۲. ماده ۱۰۷۸ و ۱۰۸۲ قانون مدنی.

بخواهد با عقد یا ایقاعی مثلاً صلح، هبه، بذل مهریه یا ابراء، مهریه خود را به زوج یا شخص ثالثی واگذار نماید و به این منظور به دفتر اسناد رسمی مراجعه نماید سردفتر باید وفق مقررات به تنظیم و ثبت سند نماید. و اگر در سند تنظیمی مبلغ مهریه قید گردد سردفتر ملکف است مطابق ماده ۱۲۳ قانون ثبت نسبت به وصول حق الثبت متعلقه اقدام کند چرا که معافیت مندرج در قانون فقط نسبت به ثبت ازدواج اعمال می‌گردد.

برای مثال اگر فرض کنیم مهریه زوجه ۱۳۶۰ عدد سکه بهار آزادی باشد و قصد صلح این مقدار را به زوج داشته باشد.

$$\text{مال الصلح} = ۱/۰۸۸/۰۰۰/۰۰۰ = (\text{قیمت اعلامی بانک مرکزی}) \times ۸۰۰/۰۰۰ \times ۱۳۶۰$$

$$\times ۵\% (\text{حق الثبت مقرر}) = ۵۴/۴۰۰/۰۰۰ (\text{تعرفه مقرر حق الثبت}) \times$$

کاتب بالعدل

عدالت سردفتر به عنوان کاتب بالعدل از چهار جنبه قابل بررسی است:

۱- تنظیم سند با پیش فرض رعایت عدالت

در زمان تنظیم اسناد که در نهایت به امضاء اشخاص ذی نفع می‌انجامد اصولاً شاهین ترازوی سردفتری با دو کفه برابر کتابت می‌نماید. احراز این موضوع با حضور معامل، متعامل، موکل، متعهد و... به عنوان اصیل، نایب، نماینده و غیره با امضای سند صورت می‌گیرد که طبیعتاً در دل این اسناد رضایت امضا کنندگان وجود دارد به زبان دیگر سردفتر در کمیت و کیفیت شکل‌گیری این اسناد در هر شکلی از عقود و ایقاعات دخالتی نمی‌نماید و همین جاست که تفاوت ترازوی دادگری و ترازوی سردفتری نمایان می‌شود. چرا که ترازوی قضاوت عموماً نابرابر است بنابراین قاضی با انشاء حکم صحیح و عادلانه سعی در برابر کردن این دو کفه می‌نماید ولی سردفتر با پیش فرض برقراری عدالت سند تنظیم و ثبت می‌نماید.

۲- تنظیم و ثبت سند با رعایت عدالت

سردفتر هنگام تنظیم سند سعی می‌نماید هم جنبه ماهوی و حقوقی و ارکان سند و هم جنبه شکلی و صوری آن را رعایت کند. یعنی اینکه عدالت هم در اینجا نسبت به اشخاص ذی نفع در سند رعایت گردد و تضييع حقی ایجاد نگردد که در صورت عدم رعایت این موارد صرف نظر از مجازاتهای مدنی و جزایی و انتظامی موجب گرفتاری و اتلاف وقت و هزینه خواهد شد.

۳- عدالت جعلی تکلیف شده از جانب قانونگذار

منظور از عدالت همان تکالیف و وظایفی است که قانونگذار به دفاتر تحمیل نموده است، رعایت قوانین مالیاتی، شهرداری، تأمین اجتماعی و... و وصول حقوق دولتی بهایی است که قانونگذار در قبال خدماتی که به افراد می‌دهد برای خود قائل است (صرف نظر از اینکه مردم رضایتی داشته یا نداشته باشند) و از طریق دفاتر اسناد رسمی بدون در نظر گرفتن مزد یا مزیتی این عدالت اعمال می‌گردد و متأسفانه با همین منطقی در صورت عدم رعایت غیر عمدی تکالیف و وظایف از جانب دفتر، سردفتر به جبران خسارت و جریمه ملزم می‌شود و چه بسا مجازات انتظامی نیز به همراه آورد.

۴- رعایت عدالت با ملاحظه عرف و مصلحت

اشاره شد که سردفتر معمولاً در کسوت قاضی عمل نمی‌نماید اما تنظیم و ثبت پاره‌ای از اسناد رسمی خواسته یا ناخواسته سردفتر را در مقام داوری محسوس یا غیر محسوس قرار خواهد داد. مانند تنظیم و ثبت رضایت‌نامه، سازش‌نامه،^۱ اقرارنامه و صلح دعاوی و غیره که معمولاً با پیش فرض وجود اختلاف در هر مرحله‌ای^۲ انجام می‌پذیرد حال سردفتر برای تنظیم و ثبت این اسناد دو راه بیشتر ندارد اول اینکه سردفتر بنا به دلایلی از جمله

۱. ماده ۱۸۰ و ۱۸۱ آیین دادرسی مدنی.

۲. ممکن است طرح شکایت در محکمه شده باشد و یا اصولاً در محکمه طرح دعوی نگردیده باشد.

نداشتن تجربه کافی یا فقدان شرایط موجود در مواد ۵۰ و ۵۲ قانون ثبت و یا اصولاً حذر گرفتاری از تنظیم این گونه اسناد خودداری می‌نماید، دوم اینکه سردفتر اقدام به تنظیم و ثبت این اسناد می‌نماید ولی معمولاً به جهت پاره‌ای از ملاحظات عرفی و مصلحتی مواردی را لحاظ می‌نماید. البته به جهت تنوع این گونه اسناد در مورد موضوع بحث (اقرار به وصول مهریه) می‌پردازیم:

مسلم است که شرایط مهر (صرف نظر از معقول بودن و فلسفه آن) برای زوجین در طیف وسیعی از تنوع به دلایل موقعیت اجتماعی از جهت سطح سواد، وضعیت مالی، سن، آداب و سنن خانوادگی، محل وقوع عقد (بزرگی یا کوچکی شهر یا روستا) و غیره موجود است. حال اگر زوجه به دفترخانه مراجعه و تقاضای تنظیم سند اقرار به وصول مهریه نماید شرایط و حالات زیر را در نظر بگیرد:

- سن زوجه در مرحله جاافتادگی و پختگی عمل باشد به طور طبیعی حساسیت و وسواس کمتری را برمی‌انگیزد تا زمانی که زوجه جوانی در شروع زندگی مشترک به دفترخانه مراجعه می‌کند.

- اگر پدر زوجه فوت نموده باشد دیگر حضور پدر زوجه در هنگام امضاء سند اقرار به وصول مهریه خالی از وجه است.

- میزان مهر قابل وصول و حصول باشد تا جایی که این موضوع برای سردفتر نیز اصرار می‌گردد. مثلاً هم‌زمان با تنظیم سند اقرار به وصول مهریه سند انتقال خودرو یا به نام کردن صلح فیش حج به عمل آید.

- مهر زوجه با توجه به وضعیت و موقعیت زوج غیر معقول و غیر منطقی به نظر می‌آید و اصولاً اقرار به وصولی نیز از بین نیست. مضافاً اینکه والدین زوجه از تصمیم ایشان بی‌اطلاع هستند.

بعضی از دامادها و والدین ایشان به دلیل عدم آگاهی یا بی‌تفاوتی نسبت به تعیین مهریه و یا در شرایط تحمیلی زیر بار مهریه‌های سنگین قرار می‌گیرند که این خود اشتباه بزرگی است و پس از ثبت عقد ازدواج همین موضوع بهانه‌ای برای اختلال در زندگی

مشترک را فراهم نمی‌نماید تکرار این اشتباه زمانی ادامه پیدا می‌کند که زوجین بدون اطلاع والدین خود بر اثر احساسات یا اجبار زوجه قصد کاهش مهریه^۱ مورد توافق در ازدواج را می‌نمایند که این کار نه تنها گرهی از مشکلات را باز نخواهد نمود، بلکه به پیچیده‌تر شدن اختلافات می‌انجامد. براساس توصیه‌های دینی و اخلاقی باید در جهت طلاق و جدایی مانع تراشی نمود بخصوص اگر زوجین بر اثر احساسات و عواطف و تجربه ناکافی در زندگی وادار به چنین کاری شده باشند براساس چنین برداشتی معمولاً سردفتران اسناد رسمی نسبت به تنظیم اقرارنامه وصول مهریه مقاومت می‌نمایند. و موارد دیگر که می‌توان به آن پرداخت.

با این اوصاف به نظر می‌آید نمی‌توان برای تنظیم سند اقرار به وصول مهریه حکمی کلی و نمونه استاندارد ارائه داد.

در مورد مصداق اخیر معمولاً زوجه در یک شرایط غیر متعارف زندگی و از روی احساس به دفترخانه مراجعه نمایند. حال تکلیف انسانی سردفتر حکم می‌نماید که با داوری عادلانه در کم کردن و از بین بردن تبعات و آثار سوء ناشی از تنظیم سند اقدام نماید. موارد زیر پیشنهاد می‌شود:

□ حتماً مفاد ماده ۵۰ با حضور دو نفر شاهد از خانواده طرفین رعایت شود به خصوص اگر یکی از شهود پدر زوجه باشد.

□ قبل از تنظیم و ثبت این سند حتی‌الامکان طی جلسات متعدد آثار و نتایج حاصل از امضاء سند اقرار به وصول مهریه به زوجه تفهیم شود.

□ همان گونه که صراحتاً اقرار به وصول مهریه و افزایش مهریه در مقررات از معافیت حق الثبت برخوردار است این معافیت از طرف قانونگذار نسبت به تنظیم و ثبت اسناد صلح، هبه، بذل مهریه و حتی کاهش مهریه نیز اعمال گردد.

۱. یکی از پیچیدگی‌های سند اقرار به وصول مهریه این است که اصولاً در مهریه‌های سنگین وصولی در بین نیست و اشاره شد که به چه دلیل دفاتر نمی‌تواند اقدام به تنظیم سند هبه یا صلح نمایند در نتیجه در دفاتر اسناد رسمی سندی هم به عنوان کاهش مهریه تنظیم نمی‌شود.

دعوت به همکاری

مجله کانون ضمن فراخوان سردفتران، دفترياران، پژوهشگران، حقوقدانان، صاحب‌نظران و اهل قلم به همکاری، رعایت نکات زیر را در مقالات ارسالی توصیه می‌کند:

۱. مقالات روی یک طرف کاغذ و با خط خوانا و رعایت فاصله مناسب میان سطرها نوشته و در صورت امکان از ماشین تایپ استفاده شود.
۲. محور اصلی مطالب قابل درج در مجله مسائل حقوقی عموماً و به طور اخص حقوق ثبت اسناد و املاک و امور دفاتر اسناد رسمی است. از این رو مقالات ارسالی باید به نحوی با موضوعات مذکور پیوند داشته باشد.
۳. مقالات ارسالی نباید در نشریات دیگر چاپ شده باشد.
۴. در صورتی که مطلب ارسالی ترجمه باشد، ضروری است که به طور کامل متن نیز همراه ترجمه ارسال شود.
۵. مقالات و ترجمه‌ها - هر چند هم مفصل باشد - باید به طور کامل و یکجا ارسال گردد. مجله از انتشار مطالب مفصلی که به تمامی و یک جا ارسال نشود معذور است.
۶. در تحریر و تدوین مقالات جنبه تحقیق و تحلیل و نیز شیوه‌های کتابت علمی و تذکر مآخذ و منابع - به شیوه معمول تحقیقاتی - رعایت شود، و توصیه می‌شود که با مطلب نام و مشخصات و آدرس نویسنده نیز همراه شود.