

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



کانون

ماهنامه خبری و تحلیلی در زمینه علوم انسانی
سال پنجاه و سوم، دوره دوم، شماره ۱۱۶
اردیبهشت ماه ۱۳۹۰

صاحب امتیاز:

کانون سردفتران و دفتریاران

مدیرمسئول: عباس سعیدی

سرمدبیر: ناصر نایی

مدیر اجرایی: نورعلی مظاهری

همکاران این شماره:

رضا تاجگر، مهرزاد رزمی، محمد عظیمیان،

سلیمان فدوی، سید جلیل محمدی،

حسین قربانیان، مرتضی محمدحسینی طرقی،

عباس میرشکاری و مجید هراتیان نژادی.

مشاور مدیرمسئول و دبیر هیئت تحریریه: رضا تاجگر

ویراستار ادبی: وحید امینی

ویراستار حقوقی: رضا تاجگر

حروفچین و صفحه‌آرا: فهیمه اسماعیلی

نشانی دفتر ماهنامه: تهران، خیابان استاد مطهری، مقابل خیابان سنایی، پلاک ۲۷۳

کد پستی: ۱۵۸۶۷۱۷۳۱۱

تلفن: ۸۸۷۲۸۷۵۵ - ۰۲۱

صندوق پستی: ۴۱۹ - ۱۴۳۳۵

دورنگار: ۸۸۷۰۵۹۱۷ - ۰۲۱

www.notary.ir

پایگاه اینترنتی کانون سردفتران و دفتریاران:

MAGAZINE@NOTARY.ir

نشانی الکترونیکی ماهنامه:

Kanoon.notary@Gmail.com

چاپ: معلی

نشانی چاپخانه: تهران، خیابان دکتر شریعتی، خیابان خواجه عبدا... انصاری، خیابان هشتم، شماره ۱۴

تلفن چاپخانه: ۲۲۸۸۴۰۲۳

بها: ۳۲۰۰۰ ریال

ISSN: ۲۰۰۸ - ۲۸۵۱

ISSN 2008-2851



9 772008 285000

00116

نشانه‌های اختصاری

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

فهرست

- دیدگاه / مدیر مسئول ۷
 سخن روز / سایه روشن‌های ثبت آنی معاملات رسمی ۹
 رضا تاجگر

مقالات

- مسئولیت مدنی سردفتر ۱۵
 مهرزاد رزمی
 بحثی پیرامون الفاظ مطلق و مقید ۴۶
 مرتضی محمدحسینی طرقي
 ضرورت مطالعات افتراقی در حقوق ثبت ۶۲
 سلیمان فدوی
 ● در بچه / آیا تنظیم اسناد بیع شرط در دفاتر اسناد رسمی مجاز می‌باشد؟ ۱۳۹
 محمد عظیمیان
 بررسی دلیل از حیث کاشفیت آن ۱۴۲
 عباس میرشکاری

- فرهنگ لغات و اصطلاحات ثبتی (بخش یازدهم) ۱۸۵
سید جلیل محمدی
- نقش نهادها و سازمان‌های دولتی و غیردولتی در پیشگیری از وقوع جرم ۱۸۹
حسین قربانیان
مجید هراتیان نژادی
- حرف ماه ۲۰۲

اخبار، قوانین، مقررات، آراء و گزارش‌ها

بخشنامه

- بخشنامه‌های مربوط به ورشکستگی اشخاص و رفع آن قابل مشاهده روی خروجی درگاه اینترنتی سازمان ثبت ۲۰۵
- ۸ هزار تومان هزینه پاسخ استعلام املاک ثبت شده ۲۰۶
- معرفی کتاب ۲۰۷

ترجمه خلاصه مطالب ماهنامه

- عربی ۲۱۸
- انگلیسی ۲۲۲
- فرانسه ۲۲۴

دیدگاه

گسترش فرهنگ حقوقی و قضایی در جامعه، نه فقط یک ضرورت است بلکه منحصر به زمان و مقطع خاص و یا ویژه گروهی از مردم نیست. چرا که افزایش جمعیت شهری و روستایی و تغییر و تحول اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی و سیاسی یک ملت، اثر مستقیم بر رفتار حقوقی یکایک مردم دارد و در هر صورت، قضازدایی، کاهش دعاوی و البته نهادینه‌سازی فرهنگ قانون‌مداری تقاضای جامعه مدنی است.

فصل هشتم قانون برنامه پنجم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی کشور زیرعنوان «حقوقی قضایی» دارای ۲ ماده است که ماده ۲۱۱ آن بسیار وسیع به شرح وظایف و مسایل مختلف راجع به دستگاه قضایی پرداخته است. بند «د» این ماده، ضمن بیان تکالیفی، موضوع ضرورت توجه به فرهنگ حقوقی و قضایی را به تفصیل، برای مجریان دولتی و قضایی تبیین نموده است. بدین شرح که؛

«به منظور گسترش فرهنگ حقوقی و قضایی، اصلاح رفتار حقوقی و قضایی مردم، نهادینه‌سازی فرهنگ قانون‌مداری و نیز در راستای پیشگیری از وقوع جرایم و کاهش دعاوی حقوقی، اقدامات ذیل انجام می‌شود:

- ۱ - آموزش همگانی طبق برنامه مصوب قوه قضائیه از طریق صدا و سیما.
 - ۲ - آموزش همگانی حقوق شهروندی در خصوص امور مالیاتی، اداری، کار و تأمین اجتماعی، محیط زیست، بانکی، بیمه‌ای و مشابه آن توسط دستگاه‌های ذی‌ربط از طریق صدا و سیما.
 - ۳ - پیش‌بینی مواد درسی لازم برای آموزش‌های مذکور در دوره‌های راهنمایی تحصیلی و متوسطه.
- تبصره - سازمان صدا و سیما جمهوری اسلامی ایران مکلف است در اجرای اجزای (۱) و (۲) زمان مناسب را برای پخش برنامه‌هایی که در این خصوص توسط قوه قضائیه، دستگاه‌های مربوطه یا آن سازمان تهیه می‌شود، اختصاص دهد.

۴ - قوه قضائیه مکلف است تا سال دوم برنامه، ترتیبی اتخاذ نماید که ضمن حفظ حریم خصوصی اشخاص، آراء صادره از سوی محاکم به صورت برخط (آنلاین)، در معرض تحلیل و نقد صاحب‌نظران و متخصصان قرار گیرد.»

با دقت در مفاد اجزای چهارگانه و تبصره بند «د» ماده ۲۱۱ قانون برنامه پنجم توسعه درمی‌یابیم که قانون‌گذار عنایت ویژه‌ای به ضرورت گسترش فرهنگ حقوقی و قضایی از طریق آموزش همگانی توسط رادیو و تلویزیون داشته است.

این مهم، خود، دربردارنده دو نکته اساسی است؛ یکی این که همین بحث ضرورت گسترش فرهنگ حقوقی و قضایی، باید در ذهن مسئولان امر به خوبی نقش بسته تا با برنامه‌ریزی دقیق و کارشناسی و آسیب‌شناسی موضوعی از حیث شناسایی موانع و راه‌کارها، به نص صریح قانون، تمام و کمال عمل نموده و هر دو نهاد، هم سازمان ثبت اسناد و املاک کشور و هم کانون سردفتران و دفتریاران، با تخصیص ردیف بودجه مناسب در ریزبرنامه مالی خود، موضوع را پیگیری و اجرایی نمایند. دیگر این که نقش صدا و سیما به عنوان رسانه‌ای اثرگذار در جامعه، از چشم قانون‌گذار پنهان نمانده و بدیهی است که این رسانه، بیشترین سهم را در گسترش فرهنگ حقوقی و قضایی و نهادینه‌سازی فرهنگ قانون‌مداری نسبت به سایر رسانه‌ها همچون مطبوعات دارد.

این مهم است که بدانیم و باور داشته باشیم که عملی‌ساختن گسترش فرهنگ حقوقی و قضایی، یک فرآیند ملی و سراسری است و از آن جا که اساساً فلسفه ضرورت اصلاح رفتار حقوقی مردم برخاسته از خرد جمعی است، الزاماً، تحقق توسعه و نهادینه‌سازی فرهنگ قانون‌مداری نیز مستلزم اراده جمعی و خواست درونی یک ملت است. از همین رو، قانون‌گذار بر آموزش همگانی حقوق شهروندی از طریق صدا و سیما به عنوان رسانه جمعی، تصریح و اصرار ورزیده است.

اما تأکید بر رویکرد قانون‌گذار به عملکرد قوه قضائیه، خالی از فایده نخواهد بود که دستگاه قضایی باید هم طبق برنامه‌ای مصوب به امر آموزش همگانی از طریق صدا و سیما بپردازد و هم با گنجانیدن مواد درسی در مقاطع راهنمایی و متوسطه (دوره‌های تحصیلی پیش از دانشگاه) در راستای پیشگیری از وقوع جرایم و کاهش دعاوی و اصلاح رفتار حقوقی و قضایی مردم، آموزش‌های لازم را ارائه و اقدام عملی نماید.

پرواضح است که در این میان، کانون سردفتران و دفتریاران می‌تواند در پیاده‌سازی این نیاز روز جامعه سردفتری یعنی تبیین اهمیت و ضرورت تنظیم و ثبت اسناد و معاملات به صورت رسمی در دفاتر اسناد رسمی و جایگاه حقوقی، اقتصادی و اجتماعی اسناد رسمی به منظور فرهنگ‌سازی و اصلاح رفتار حقوقی مردم، نقش سازنده و مؤثری ایفا نماید که مطمئناً، فایده عملی آن در پیشگیری از وقوع جرایم و کاهش دعاوی نمایان خواهد بود.

مدیر مسئول

سایه روشن‌های

ثبت آنی معاملات رسمی

فارغ از این که قانون گذار، طی مراحل مختلفی، تکالیفی را در برنامه پنجم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی کشور برعهده سازمان ثبت اسناد و املاک گذارده است، آن جا که تصریح دارد؛ «به منظور افزایش سرعت و کارایی در ارائه خدمات حقوقی و قضایی، قوه قضائیه مکلف است اقدامات زیر را برای توسعه فناوری اطلاعات و ارتباطات انجام دهد:

۱ - سامانه‌های عملیاتی و توسعه سطح استفاده از فناوری اطلاعات و ارتباطات به ویژه سامانه مدیریت پرونده‌های قضایی، راه اندازی مرکز ملی داده‌های قوه قضائیه، اجرا و تکمیل سامانه مدیریت امنیت اطلاعات، عرضه خدمات حقوقی الکترونیک به مردم، استفاده از فناوری اطلاعات در برقراری ارتباط بین مراجع قضایی و سایر نهادهای تابعه یا مرتبط از قبیل سازمان ثبت اسناد و املاک کشور، سازمان زندان‌ها، سازمان پزشکی قانونی راه اندازی، گسترش و ارتقا یابد.

۲ - سازمان ثبت اسناد و املاک کشور مکلف است به منظور ارتقای ضریب امنیت در اسناد مالکیت، کاهش پرونده‌های مرتبط با اسناد در محاکم قضایی، رقومی نمودن اقلام اطلاعاتی سند و اجرایی نمودن ثبت نوین با استفاده از فناوری اطلاعات، نسبت به تعویض اسناد مالکیت اقدام کند.

تبصره - وزارتخانه‌های جهاد کشاورزی و مسکن و شهرسازی و سازمان اوقاف و امور خیریه، مکلف‌اند در طول برنامه پنجم، ضمن شناسایی و ارائه مستندات کلیه اراضی ملکی و تحت تولیت خویش، با سازمان ثبت اسناد و املاک کشور برای تهیه نقشه املاک مذکور براساس استاندارد حدنگاری (کاداستر) همکاری نمایند.

۳- به قوه قضائیه اجازه داده می‌شود براساس آیین‌نامه‌ای که توسط وزیر دادگستری با همکاری دادستانی کل کشور و سازمان اسناد و کتابخانه ملی جمهوری اسلامی ایران تهیه و به تأیید رئیس قوه قضائیه می‌رسد، اسناد و اوراق پرونده‌های قضایی که نگهداری سوابق آنها ضروری می‌باشد را با استفاده از فناوری‌های اطلاعاتی روز، به اسناد الکترونیکی تبدیل و سپس نسبت به امحاء آنها اقدام نماید مشروط بر آن که حداقل سی سال از مدت بایگانی قطعی آنها گذشته باشد. اطلاعات و اسناد تبدیلی در کلیه مراجعه قضایی و اداری سندیت داشته و قابل استناد خواهد بود.

اصل پرونده‌های مهم و ملی که جنبه سندیت تاریخی دارد، توسط سازمان اسناد و کتابخانه ملی جمهوری اسلامی ایران حفظ و نگهداری خواهد شد.

۴- سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی موظف است نسبت به ایجاد سامانه‌های الکترونیکی برای اجرای محکومیت‌های حبس و قرارهای تأمینی، اقدام نماید. (بند "ح" ماده ۲۱۱ قانون یادشده)

به صراحت یک بند را به موضوع مهم «ثبت آنی معاملات رسمی» اختصاص داده و تحقق این مهم را تا پایان سال دوم برنامه پنجم توسعه اعلام می‌کند. بند "م" ماده ۲۱۱ قانون یادشده تأکید دارد که: «سازمان ثبت اسناد و املاک کشور مکلف است در راستای توسعه سامانه یک‌پارچه ثبت اسناد و املاک و راه‌اندازی مرکز ملی داده‌های ثبتی، نسبت به الکترونیکی کردن کلیه مراحل ثبت معاملات تا پایان سال دوم برنامه اقدام کند، به نحوی که امکان پاسخ آنی و الکترونیک به استعلامات ثبتی و ثبت آنی معاملات با به‌کارگیری امضای الکترونیکی مطمئن فراهم شود.»

این در حالی است که بحث‌های حقوقی، فنی و کارشناسی بر سر موضوع‌های مختلف از جمله ضرورت اصلاح مقررات و قوانین راجع به ثبت اسناد اعم از قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفترباران مصوب ۲۵ تیرماه ۱۳۵۴ درخصوص برخی ابهام‌های قانونی و رویه‌های عملی جامعه سردفتری مانند حدود و وضعیت قانونی وظایف دفتربار به‌عنوان نماینده سازمان ثبت یا معاون دفترخانه، میزان صلاحیت سردفتر (آیا صلاحیت محلی دارد یا استانی یا سراسری و سایر مسایل راجع به صلاحیت ذاتی و حرفه‌ای سردفتری)، یکپارچگی و اتحاد شکلی کار و فعالیت دفترخانه‌ها و ادارات ثبت اسناد و املاک از نحوه استعلام و دریافت پاسخ استعلام‌ها گرفته تا شیوه تنظیم خلاصه‌معامله و ضرورت یا عدم ضرورت ارسال آن و همچنین چگونگی ثبت اسناد در دفتر یا صدور سند مالکیت تک‌برگی، همچنان به قوت خود باقی است.

یادآور می‌شود هرچند که تاکنون درخصوص صدور سند مالکیت تک‌برگی اقدام شده و درجهت گسترش این فناوری نوین ثبتی گام‌های مؤثری نیز برداشته شده است و همچنین لایحه اصلاح قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفترباران مصوب ۱۳۵۴/۴/۲۵ در دستورکار مجلس شورای اسلامی است لیکن برای تحقق عرضه خدمات حقوقی الکترونیک به مردم، ضروری است سامانه‌های عملیاتی و سطح استفاده از فناوری اطلاعات و ارتباطات در حوزه ثبتی و سردفتری توسعه و ارتقا یابد. به نحوی که امکان پاسخ آنی و الکترونیک به استعلامات ثبتی و ثبت آنی معاملات رسمی با به‌کارگیری امضای الکترونیکی مطمئن، فراهم شود. در همین زمینه؛

۱ - پورتال سازمان ثبت اسناد و املاک کشور به نشانی www.SSAA.ir فعال و به روزرسانی اطلاعات آن همچنان در حال انجام است.

۲ - کانون سردفتران و دفتریاران در حال حاضر، علاوه بر پایگاه اینترنتی www.notary.ir چندی است که در صدد راه اندازی درگاه جدیدی به آدرس www.notarycenter.ir است که البته هر دو امکان الکترونیکی، همکاری و مساعدت سردفتران و دفتریاران را در جهت تکمیل اطلاعات و داده‌های ابتدایی و در عین حال بسیار ضروری، می‌طلبد تا مسیر خدمت‌رسانی به مردم از طریق دفاتر اسناد رسمی و ادارات ثبت اسناد و املاک هموار گردد.

۳ - از سوی اداره کل امور اسناد و سردفتران سازمان ثبت نیز تصمیم‌هایی اساسی گرفته شده که بسیار مثبت و قابل تحسین (و تأمل) است. مثلاً این که بخشنامه‌های مربوط به ورشکستگی اشخاص یا اشخاص ممنوع‌المعامله، محجورین و رفع آن، صرفاً از طریق پورتال سازمان ثبت برای سردفتران قابل مشاهده است.

قطعاً اقدام‌های صورت‌گرفته به این سه مورد خلاصه نمی‌شود. اما ابهام اساسی، فاصله‌ای است که ادارات ثبت اسناد و املاک و دفاتر اسناد رسمی با فناوری اطلاعات (IT)، فناوری اطلاعات و ارتباطات (ICT)، آخرین تجهیزات و فن‌آوری روز دنیا در فضای مجازی، اتوماسیون اداری، سیستم شبکه رایانه‌ای و امکان ارتباطی برخط (آنلاین) دارند. انجام سالانه بیش از ۳۰ میلیون خدمت در حوزه امور ثبتی و سردفتری و نزدیک به ۱۰۰ میلیون فقره استعلام، خود، گویای حجم و فرایند تنظیم و ثبت اسناد و چگونگی فعالیت ادارات ثبت و دفاتر اسناد رسمی است.

با یک محاسبه ذهنی، اهمیت فراهم نمودن امکان ارتباطی در فضای مجازی و تجهیز الکترونیکی دفاتر اسناد رسمی و ادارات ثبت، بیش از پیش، نمایان و روشن می‌شود. اضافه بر این، ضرورت آموزش سردفتر، دفتریار و کاربر رایانه در دفترخانه و ادارات ثبت اسناد و املاک، در همه زمینه‌های فعالیت اعم از IT، ICT، اینترنت، اینترنت، سیستم‌های شبکه رایانه‌ای و امضای الکترونیکی نیز آشکار است.

به نظر می‌رسد راهکار عملی حل همه این مسایل و برطرف شدن چالش‌ها و موانع اجرایی یادشده به میزان باور مسئولان امر، سردفتران و دفترياران و کارکنان ادارات ثبت اسناد و املاک و دستگاه قضایی برمی‌گردد که خودشان، خويشتن خويش را تا چه اندازه در بهبود وضع فعلی، ساماندهی و ارتقای سطح عملیاتی اجرای قانون، شریک، مؤثر و کارآمد می‌دانند.

به عنوان مثال، همکاری سردفتران و دفترياران با درگاه اینترنتی (جمع‌آوری) اطلاعات کانون سردفتران و دفترياران درجهت تکمیل داده‌های مورد نیاز، بسیار مهم و حیاتی است. از همین رو، معاونت امور اسناد سازمان ثبت در متن بخشنامه راجع به ورشکستگی اشخاص و رفع آن، تأکید می‌کند که؛ مسئولیت عدم دریافت بخشنامه‌های فوق‌الاشعار برعهده سردفتر است.

آنچه اهمیت شایانی دارد این‌که ما بر این عقیده باشیم که همین گام‌های کوچک در داخل، نظام سردفتری را به سطح بین‌المللی ارتقا می‌بخشد.

بنابراین، بدون تردید، در مسیر رسیدن به ثبت آنی معاملات رسمی از طریق استعلام برخط و پاسخ آنالاین با امضای الکترونیکی طرفین، بدون حضور فیزیکی ایشان در دفترخانه، به خودی خود، نه تنها سایه‌روشن‌ها و ابهام‌های قانونی و حقوقی نظام ثبتی برطرف می‌شود بلکه اجرایی شدن ثبت آنی معاملات رسمی، ظرف دو سال آتی، انتظار می‌رود که به یقین، شدنی است.

رضا تاجگر

مشاور مدیر مسئول

و دبیر هیئت تحریریه



مسئولیت مدنی سردفتر

مهرزاد رزمی *

مقدمه

نیازهای عقلی و ضرورت‌های اجتماعی، برای تأسیس نهادها و شخصیت‌های حقوقی، همزمان بحث تعهد و تکلیف را ایجاب می‌نماید. در گذشته که بحث از سردفتری و دفترخانه‌های اسناد رسمی مطرح نبود، نیاز به طرح مبحث مسئولیت مدنی در مورد کسانی که تبرعاً اسنادی را می‌نوشتند و به دستورات دینی عمل می‌کردند، محسوس نبود. اما همزمان با تأسیس دفاتر اسناد رسمی و تصویب قوانین مرتبط با آنها، به تدریج، بحث مسئولیت سردفتران و به‌طور خاص مسئولیت مدنی سردفتر نیز مطرح شد.^۱

فصل اول - کلیات

مبحث اول - تعریف

مسئولیت مدنی عبارت است از تعهد و التزامی که شخص به جبران زیان واردشده به دیگری دارد اعم از این که زیان مذکور در اثر عمل شخص مسئول و یا عمل شخص وابسته به او و یا ناشی از اشیا و اموال تحت مالکیت یا تصرف او باشد.^۲

مبحث دوم - مبانی نظری مسئولیت مدنی

در این که شخص تنها مسئول اعمال خویش است، تردید نباید کرد. ولی این بحث

*. سردفتر دفتر اسناد رسمی شماره ۲۱ بندر دلواری.

همیشه وجود داشته است که دامنه این مسئولیت را تا کجا باید گسترش داد؟ آیا همین که شخص باعث ورود ضرر به دیگری شود، مسئول جبران آن است و تنها رابطه علیت بین کار او و زیان باید احراز شود؟ آیا شخص در صورتی مسئولیت پیدا می‌کند که کار ناشایسته‌ای مرتکب شود و از اعمال مشروع او ضمانتی به بار نمی‌آید. در پاسخ همین گونه پرسش‌ها است که اندیشمندان راه‌حل‌های گوناگون ارائه کرده‌اند که برخی از آن نظریه‌ها در زیر بیان می‌گردد:^۳

گفتار اول - نظریه تقصیر

در این نظریه مسئولیت بر پایه تقصیر نهاده شده است. فاعل زیان هنگامی زیان‌ها را جبران می‌کند که مرتکب تقصیر شده باشد و زیان‌دیده تقصیر او را ثابت نماید. بر مبنای این نظریه مسئولیت خوانده فقط به خاطر تقصیری است که مرتکب شده است و زیان‌دیده باید به عنوان مدعی، تقصیر و رابطه علیت بین تقصیر فاعل زیان و زیان(ها) را اثبات نماید.^۴

گفتار دوم - نظریه خطر (مسئولیت بدون تقصیر)

پیروان نظریه «مسئولیت بدون تقصیر» از مبانی فلسفی و اجتماعی گوناگون الهام گرفته‌اند ولی همه در این امر اتفاق نظر دارند که تقصیر در زمره ارکان ایجاد مسئولیت نیست. به گفته آنان همین که شخص، زبانی به بار آورد، باید آن را جبران کند، خواه کاری که سبب ایجاد ضرر شده است صواب باشد یا خطا. آنچه که در این زمینه شایان توجه است انتساب ضرر به بار آمده به فعالیت مسئول است نه تقصیر او. زیان‌دیده کافی است ثابت کند ضرر به او وارد شده و این ضرر ناشی از فعل خواننده دعوی است.^۵

گفتار سوم - نظریه تضمین حق

عنایت و توجه خاص به حقوق تضییع‌شده زیان‌دیده و منافع از دست رفته وی، به جای توجه و ارزیابی فعل واردکننده زیان، محور اصلی این تئوری محسوب می‌شود. حقوق دانان ارائه‌کننده این نظریه معتقدند که هرکسی در جامعه حق دارد با آرامش و آسایش و امنیت زندگی کند. مال، جان، حیثیت و آبروی او مورد احترام است. و اگر حقی ضایع گردد باید به‌طور تضمینی جبران شود.^۶

گفتار چهارم - نظریه مختلط

از تحلیل و نقد نظرها معلوم شد که هیچ راه‌حلی به‌طور کامل عدالت را تأمین نمی‌کند: هم‌چنان که نمی‌توان ادعا کرد که مسئولیت تنها بر مبنای تقصیر ایجاد می‌شود، نظریه ایجاد خطر نیز به معنای مطلق و گسترده خود نامعقول به‌نظر می‌رسد. زیرا پاره‌ای از ضررها لازمه زندگی اجتماعی و به ویژه اقتصاد سرمایه‌داری است.

برای مثال: چگونه می‌توان تاجری را که در حدود قوانین و اخلاق با دیگران رقابت کرده و به زیان آنان بر درآمد خود افزوده است، به جبران خسارت بازرگان رقیب محکوم ساخت. اضرار به غیر باید در اخلاق عمومی یا به‌نظر قانون‌گذار نامشروع باشد. پس باید دید با چه معیاری می‌توان ضرر نامشروع را باز شناخت و چگونه باید از میان ضررهای بی‌شماری که در اجتماع به اشخاص وارد می‌شود گروهی را که موجب مسئولیت است، تعیین کرد؟ این ایرادی است که بسیاری از پیروان نظریه ایجاد خطر نیز به آن توجه کرده‌اند و به همین جهت نیز خواسته‌اند تا معیار دیگری را جانشین تقصیر سازند و از گسترش نابجای مسئولیت نوعی بکاهند.^۷

مبحث سوم - ارکان مسئولیت**گفتار اول - ضرر****بخش اول - مفهوم ضرر و اقسام آن**

هر جا نقص در اموال ایجاد شود یا منفعت مسلمی از دست برود یا به سلامت و حیثیت و عواطف شخص لطمه‌ای وارد آید، می‌گویند ضرری به‌بار آمده است. قوانین و نویسندگان حقوقی، زیان‌هایی را که برای جبران آن مسئولیت مدنی ایجاد می‌شود به سه گروه متمایز تقسیم کرده‌اند: الف) مادی. ب) معنوی. ج) بدنی.

مقصود از ضرر مالی، زبانی است که در نتیجه از بین رفتن اعیان اموال (مانند سوختن خانه و کشتن حیوان) یا کاهش ارزش اموال (مانند احداث کارخانه‌ای که از بهای املاک مجاور بکاهد).

مالکیت معنوی (مانند صدمه رساندن به شهرت و نام تجاری و علامت صنعتی) یا از

بین رفتن منفعت و حق مشروع اشخاص به آنان می‌رسد.^۸

ضرر معنوی یعنی آسیب رساندن به حیثیت و آبروی شخص.

ضرر معنوی نیز مانند ضرر مادی قابل جبران است (اصل ۱۷۱ ق.ا. و مواد یک و ۲ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۷۹) ولی جبران مادی آن به وسیله پول مورد اختلاف و تردید قرار گرفته است. بدون تردید، زیان معنوی باید به طریق مناسب مانند عذرخواهی از زیان دیده جبران شود ولی به نظر می‌رسد که دادن مال مادی نیز در بیشتر موارد، نه تنها در بهبود وضع زیان دیده مؤثر می‌افتد بلکه گاهی جنبه بازدارندگی نیز دارد و از پیمان شکنی‌ها می‌کاهد.^۹

صدمه‌های بدنی را باید زیان میان آن دو گروه به شمار آورد. چرا که هر دو چهره مادی و معنوی را داراست: صدمه‌هایی که به سلامت شخص وارد می‌شود؛ هم از نظر روانی باعث زیان او است و هم هزینه‌های درمان و جراحی و بیمارستان و از کار افتادگی و کفن و دفن را بر دارایی او تحمیل می‌کند.^{۱۰}

بخش دوم - شرایط ضرر

الف - مطالبه ضرر باید مشروع باشد.

اگر مطالبه ضرر، ناروا باشد و قانون یا عرف آن را اجازه ندهد، نمی‌توان جبران ضرر وارده را از عامل زیان خواست. پس اگر دو نفر مالی را به سرقت ببرند و یکی از سارقین، سهم دیگری را پرداخت نکند، سارق دوم نمی‌تواند علیه سارق اول اقامه دعوی کند.^{۱۱}

ب - ضرر باید قطعی باشد.

ضررهای احتمالی قابل مطالبه نیستند. در صورتی که احتمال قوی ورود ضرر وجود داشته و رفع یا دفع آن ممکن نباشد باید تا قطعی شدن آن (ورود زیان و ایجاد ضرر) انتظار کشید. همین اندازه که ورود ضرر، قطعی شد به فعلیت درآمدن آن چندان اهمیتی ندارد. ضرر آتی از همین مقوله است و چنانچه این‌گونه ضررها ادامه مسلم و مستقیم وضع موجود باشد، باید جبران شود. خسارت‌های ناشی از صدمه به انسانی که در نتیجه صدمات در بیمارستان بستری شده است، يك ضرر مسلم و قطعی است؛ هر چند مبلغ ضرر فعلاً معلوم نباشد.^{۱۲}

مثلاً نمونه‌ای از درخواست خسارت مبتنی بر ضرر احتمالی این است: پدر و مادری که کودک خود را از دست داده بودند از مسئول مرگ وی علاوه بر جبران زیان معنوی خویش از این بابت نیز که برای گذراندن زندگی در دوران سالخوردگی به کمک‌های این فرزند دل بسته بوده‌اند و اکنون این امید نقش بر آب گشته است، مطالبه خسارت کرده بودند.^{۱۳}

ج - ضرر باید مستقیم باشد.

غرض از ضررهای مستقیم، زیان‌هایی است که بدون واسطه، ناشی از فعل زیان‌بار زیان‌زننده است، به طوری که عرفاً ضرر از فعل وی ناشی شده باشد. پس اگر در اثر اشتباه قاضی، کسی برای دو گرم سوخته تریاک، دو سال بدون ملاقات در زندان بماند و از کار خود اخراج گردد و همسرش طلاق بگیرد و خانواده و دارایی وی بر باد برود، به بدبختی و فلاکت کشانده شود، همگی در دید عرف ضررهای مستقیم ناشی از بازداشت بی‌مورد توسط آن قاضی بوده که قابل جبران می‌باشند. کسادى تجارت و عدم‌النفع و سایر ضررهایی که ارتباط مستقیمی با قاضی ندارند، قابل جبران نیستند.^{۱۴} بنابراین در جایی که خسارت احتمالاً در هر صورت واقع خواهد شد، خواننده مسئول نخواهد بود.^{۱۵}

د - ضرر نباید جبران شده باشد.

مسئولیت مدنی، وسیله جبران زیان است اما زیان دیده نمی‌تواند از این محمل قانونی، سوءاستفاده کرده و يك زیان را چند بار جبران کند. در مواردی که چند نفر متضامناً مسئول جبران خسارت هستند یا در موارد بیمه مسئولیت، هرگاه تمام یا بخشی از خسارت زیان دیده توسط یکی از ضامن‌ها جبران شده باشد، او حق مراجعه به سایر ضامن‌ها را ندارد. قانون مدنی ایران در ماده ۳۱۹ به این قاعده که سابقه فقهی دارد، تصریح نموده: «اگر مالك تمام یا قسمتی از مال معصوب را از یکی از غاصبین بگیرد حق رجوع به قدر مأخوذ به غاصبین دیگر ندارد». این قاعده اختصاص به غصب نداشته و در تمام مواردی که چند نفر متضامناً در برابر زیان دیده مسئول جبران خسارت باشند، رعایت می‌شود. مشابه این ترتیب را در حقوق فرانسه نیز می‌توان دریافت.

در موارد بیمه مسئولیت، هرگاه زیان دیده خسارت خود را از بیمه‌گر دریافت کرده باشد، حق مراجعه به مالك را ندارد اما اگر زیان وارد بیش از میزان تعهد بیمه‌گر باشد، حق مراجعه به عامل ورود زیان برای زیان دیده باقی است.^{۱۶}

و - قابل پیش‌بینی بودن ضرر.

بدون شك هر انسان متعارف و محتاط، وقوع بعضی از خسارات را پیش‌بینی کرده و از وقوع آن جلوگیری می‌کند اما پیش‌بینی خسارات دور از ذهن و غیرمعمول و جبران آن را نباید بر اشخاص تحمیل کرد. مثلاً هرگاه دیوار خانه‌ای بر اثر رطوبت سست شده باشد، مالک خانه بایستی ورود خسارت بر اثر ویرانی را پیش‌بینی کند. در نتیجه، هرگاه دیوار ویران شود، مالک مقصر شناخته شده و ملزم به جبران خسارت خواهد بود. اثر الزام مالک به پیش‌بینی ضرر در حقوق ایران این نفع را دارد که زیان‌دیده را از اثبات تقصیر مالک بی‌نیازی می‌سازد. امکان پیش‌بینی زیان و عدم مقابله با آن، تقصیری است مفروض که مالک برای رهایی از مسئولیت باید خلاف آن را اثبات کند. برعکس، هنگامی که دیوار سالم بر اثر حوادث و عوامل غیرقابل پیش‌بینی ویران شده و خسارتی به بار آید، مالک مسئول جبران خسارت نیست.^{۱۷}

ه - ضرر نباید ناشی از اقدام و کاهلی زیان‌دیده باشد.

در مواردی که زیان‌دیده توان احتراز از خطر و جلوگیری از گسترش ضرر را دارد و در دفع ضرر از خود کوتاهی می‌کند، قوانین مدنی و مسئولیت مدنی حکم روشنی در جبران ناپذیر بودن ضرر یا کاهش از میزان آن ندارد و تنها در ماده ۴ قانون مسئولیت مدنی به دادرسی اختیار داده شده است که میزان خسارت را تخفیف دهد.^{۱۸}

از نظر تاریخی نیز قاعده اقدام یکی از اسباب معاف شدن مسئول و انتساب ضرر به زیان‌دیده است و بی‌مبالاتی و کاهلی او به اثر فعل زیان‌بار یکی از مصداق‌های اجرای همین قاعده است.

مفاد تبصره ماده ۳۵۵ ق.م.ا. در مورد آتش‌سوزی، اثر بی‌مبالاتی زیان‌دیده در احتراز از خطر و افزودن بر دامنه آن را تأیید می‌کند. در این تبصره آمده است:

«در کلیه مواردی که روشن‌کننده آتش عهده‌دار تلف و آسیب اشخاص می‌باشد، باید راهی برای فرار و نجات آسیب‌دیدگان نباشد، و گرنه روشن‌کننده آتش عهده‌دار نخواهد بود.»

این حکم ویژه آتش‌سوزی نیست، یکی از موارد اعمال قاعده اقدام است و می‌توان آن را تفسیر وسیع کرد و به موارد مشابه سرایت داد. چنان‌که ماده ۱۵ قانون بیمه نیز در مقام

بیان تکلیف زیان دیده مقرر کرده است: «بیمه‌گذار باید برای جلوگیری از خسارت مراقبتی را که هر کس از مال خود می‌نماید نسبت به موضوع بیمه نماید و در صورت نزدیک شدن حادثه یا وقوع آن اقداماتی را که برای جلوگیری از سرایت و توسعه خسارت لازم است به عمل آورد...»

از ملاک این دو حکم به خوبی این قاعده به دست می‌آید که زیان دیده نیز باید در احتراز از خطر و جلوگیری از گسترش میزان ضرر در حدود متعارف بکوشد و اثر سستی و کاهلی او برعهده دیگری نیست، هر چند که دیگری مقتضی ایجاد ضرر را فراهم کرده باشد.^{۱۹}

گفتار دوم - فعل زیان بار

بخش اول - فعل

برخی نامشروع بودن عمل زیان‌آور را به معنی تقصیر محسوب نموده و در این که اقدام زیان‌آور ناروا از ارکان مسئولیت مدنی محسوب شود، تردید نموده و عنوان کرده‌اند که لزوم این رکن از مسئولیت مدنی، مشکل دور را به وجود می‌آورد. بدین توضیح که از يك طرف تحقیق مسئولیت مدنی، مشروط به عمل زیان‌آور است و ناروا بودن آن اقدام نیز مشروط به اضرار به دیگری یعنی به وجود مسئولیت مدنی می‌باشد. به عبارت دیگر، اگر اقدام زیان‌آور مشروع باشد، ناروا بودن آن منتفی است. فرض کردن رکن اول همواره انسان را از رکن دوم بی‌نیاز می‌سازد. حال، منظور نویسندگان از رکن دوم مسئولیت مدنی، ضامن شناختن اشخاص است که به‌طور نامشروع ضرری وارد نمایند اعم از این که مقصر باشند یا نباشند. تفصیر نوعی و وجود نفس ضرر به تنهایی، برای حذف این رکن کافی نیست و در عمل زیان‌زننده (فاعل) باید عدم مشروعیت و ناروایی نهفته باشد و الا اگر ضرری ناروا و قبیح نباشد یا عمل فاعل ناروا و نامشروع محسوب نگردد مسئولیت به‌وجود نخواهد آمد و این به معنای دور نخواهد بود.^{۲۰}

به‌رغم آنچه گفته شد، انجام کارهای مباح و مشروع هر چند که ضرر بار باشند، به شرطی که سوءاستفاده از حق محسوب نشوند، موجب مسئولیت مدنی نمی‌شود. برای این که شخص در مقابل دیگران مسئول باشد باید مرتکب اقدام ناروایی شده باشد. این اقدام ممکن است فعل باشد یا ترك فعل. فعل ممکن است لفظی باشد یا عملی یا علمی. پس اگر کسی دارای علم و اطلاعاتی باشد که بدون انجام فعل یا لفظ بتواند با اقدام

ناروای خود به دیگری ضرری وارد کند، باز هم اقدام او زیان آور محسوب می‌شود. مثلاً اگر کسی با تسخیر ارواح یا به کار گرفتن موجوداتی غیرانسان و حیوان و یا با اراده خویش ضرری وارد کند، در این که اقدام او موجب ضمان است، تردید نباید نمود.^{۲۱}

بخش دوم - ترك فعل

اگر ترك فعل از نظر اخلاقی ناپسند باشد و یا حتی حرمت داشته باشد ولی قانون گذار تکلیف به آن فعل ننموده باشد، نمی‌توان مسئولیت مدنی را بر ترك کننده فعل بار نمود به عبارت دیگر، اگر کسی تکلیف قانونی به حمایت از کسی نداشته باشد، ترك فعل وی موجب ضمان نمی‌شود.^{۲۲}

در مورد کارهایی که شخص انجام داده است، اگر از حدود متعارف و احتیاط خارج باشد به آسانی می‌توان او را مقصر و مسئول شمرد. ولی نسبت به کارهایی که شخص انجام نداده است، در صورتی باید او را خطا کار دانست که ثابت شود موظف به انجام آن بوده و در این باره به تعهد خود وفا نکرده است^{۲۳} که ممکن است ناشی از قرارداد باشد یا در زمره تکالیف قانونی باشد یا ممکن است از بی احتیاطی شخص حاصل شود. البته در خصوص انجام ندادن تکالیف عرفی اختلاف شده است.

گفتار سوم - رابطه سببیت

برای مسئول شناختن شخص به عنوان مقصر، شخص زیان دیده بایستی ثابت نماید که فعل زیان بار در نتیجه فعل یا ترك فعل شخص آسیب رساننده به وجود آمده و در واقع، رابطه سببیت بین فعل زیان بار و عمل شخص مزبور را اثبات نماید. البته در مواردی نظیر غصب و شبه غصب قانون گذار به طور استثنایی برای الزام به جبران خسارت وجود رابطه سببیت میان فعل غاصب (مواد ۳۱۱ و ۳۱۵ ق.م.) یا شبه غصب (ماده ۳۱۰ و ذیل ماده ۶۳۱ ق.م.) و ضرر وارده را لازم ندانسته است.^{۲۴}

فصل دوم - مسئولیت مدنی سردفتران

مبحث اول - سیر تاریخی

اولین قانون ثبت اسناد در سال ۱۲۹۰ در ماده ۱۳۹ به تصویب رسید. متعاقب آن در

سال ۱۳۰۲ قانون ثبت املاک در ماده ۱۲۶ به تصویب رسید. پس از آن در سال‌های ۱۳۰۴ و ۱۳۰۶ و ۱۳۰۷ و ۱۳۰۸ الحاقاتی اضافه گردید و سرانجام در مورخ ۱۳۱۰/۱۲/۲۶ قانون ثبت اسناد و املاک به تصویب رسید که اکنون با اصلاحات انجام شده در سال‌های بعد از تصویب، لازم‌الاجرا می‌باشد.

در خصوص دفاتر اسناد رسمی نیز پس از تأسیس در سال ۱۳۱۶ قوانینی از جمله:

۱ - آیین‌نامه دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۱۷/۲/۱۴ با اصلاحات و الحاقات بعدی؛

۲ - قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفترباران مصوب ۱۳۵۴/۴/۲۵؛

۳ - قانون اصلاح پاره‌ای از مواد قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و

دفترباران (مصوب ۱۳۵۴/۴/۲۵) مصوب ۱۳۷۱/۳/۳؛

۴ - آیین‌نامه‌های بند ۴ ماده ۶ و تبصره ۲ ماده ۶ و مواد ۱۴ و ۱۷ و ۱۹ و ۲۰ و ۲۴ و

۲۸ و ۳۷ و ۵۳ قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفترباران مصوب

۱۳۵۴/۱۰/۱۷ با اصلاحات و الحاقات بعدی به تصویب رسیده که کماکان مجری

می‌باشند.

مبحث دوم - مبانی نظری

نکته مهمی که در تقصیر این‌گونه اشخاص که از فنون و مهارت‌های ویژه‌ای برخوردار هستند باید در نظر داشت، تفاوت معیار تمییز آن است: در امور فنی و تخصصی نمی‌توان رفتار انسان متعارف را به عنوان معیار تمییز خطا از ثواب پذیرفت. داوری عرف که به‌طور معمول به یاری ذوق و از راه اشراق به دست می‌آید گاه چنان با واقعیت‌های علمی و فنی ناسازگار است که به‌ناچار باید در نفوذ و اعتبار آن تردید کرد به‌ویژه از انسانی که با مفاهیم علمی و قواعد فنی ویژه‌خو گرفته است نمی‌توان انتظار داشت که در واکنش‌های خود بسان مردم عادی باشد.^{۲۵}

قانون‌گذار در ماده ۲۲ ق.د.ا.ر.ک. با پیروی از «نظریه تقصیر» شرط ایجاد مسئولیت

سردفتر را تقصیر دانسته است و تقصیر اشاره‌شده نیز باید ناشی از نقض مقررات شغل

سردفتری باشد و در واقع، علم کامل سردفتر به قوانین و مقررات مفروض است؛ لذا تقصیر فوق به خصوصیات و رفتار فردی شخص سردفتر بستگی ندارد.

در مقابل، قانون گذار در ماده ۲۳ قانون اخیرالذکر با پیروی از نظریه خطر اقدامات مسئولیت‌زای کارکنان دفاتر اسناد رسمی را نیز به عهده سردفتر گذارده است. علی‌هذا با بررسی ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی در می‌یابیم که دلیل تقنین ماده ۱۲ قانون اخیرالذکر بر مبنای نظریه خطر، ایجاد محیطی بوده که شخص کارفرما برای سرمایه‌گذاری و کسب منفعت فراهم نموده لذا کارفرما می‌بایست مسئولیت خطراتی را که در راستای کسب منفعت بیشتر ایجاد می‌نماید تقبل نماید. ولی معلوم نیست دلیل وضع چنین مقرراتی جهت سردفتران اسناد رسمی که نه تاجر هستند و نه سرمایه‌گذار، چیست. چرا مقررات حاکم بر دفاتر اسناد رسمی به‌گونه‌ای است که محدودیت‌های شغل سردفتری از کارمندان عادی دولتی نیز بیشتر است. بنابراین منطقی‌تر این است که مبنای نظری مسئولیت مدنی سردفتران نیز مانند کارمندان دولت و صرفاً براساس نظریه تقصیر وضع شود.

مبحث سوم - ارکان متشکله مسئولیت

گفتار اول - ضرر

با امعان نظر به ماده ۲۲ ق.د.ا.ر.ک. که مقرر می‌دارد: «... هرگاه سندی در اثر تقصیر یا تخلف آن‌ها از قوانین و مقررات مربوط بعضاً یا کاملاً از اعتبار افتد و در نتیجه ضرری متوجه آن اشخاص شود علاوه بر مجازات‌های مقرر باید از عهده خسارت وارد برآیند...» در می‌یابیم که ضرر بایستی در نتیجه تخلف سردفتر از قوانین و مقررات باشد و ضرر نیز حتماً بایستی محقق شود. البته آنچه که ابتدائاً از متن ماده اخیر استنباط می‌شود این است که سردفتر فقط مسئول جبران خسارت از اعتبار افتادن سند است چرا که در غیراین صورت درج عبارت «... بعضاً یا کاملاً از اعتبار افتد...» لزومی نداشت. ولی به‌هرحال، با توجه به قواعد عام مسئولیت و صدر ماده مذکور که عنوان داشته: «سردفتران و دفتریارانی که در انجام وظایف خود مرتکب تخلفاتی شوند در مقابل متعاملین و اشخاص ذی‌نفع مسئول خواهند بود...» حکم مسئولیت سردفتر به‌طور عام بیان شده و شامل خسارت مادی وارده به اشخاص نیز می‌شود.

در خصوص عدم‌النفع نیز با توجه به این‌که خسارتی عدم‌النفع نامیده می‌شود که حتمی‌الحصول باشد؛ بنابراین چنانچه در این خصوص بر اثر تخلف سردفتر از قوانین و مقررات خسارتی متوجه اشخاص ذی‌نفع شود؛ سردفتر مسئول خواهد بود.

البته در اینجا بایستی عنوان داشت که مباحث مربوط به عدم‌النفع بعضاً برخی از حقوق دانان را به اشتباه انداخته به طوری که «عدم‌النفع» و «خسارت ناشی از عدم‌النفع» را یکی دانسته و اعتقاد به عدم امکان دریافت خسارت عدم‌النفع براساس تبصره ۲ ماده ۵۱۵ ق. آ. د. م را دارند. در صورتی که بایستی اذعان داشت عدم‌النفع فی‌نفسه خسارت محسوب می‌شود ولی بایستی حائز شرایطی باشد تا قابل وصول باشد؛ لذا هر خسارت عدم‌النفعی قابل وصول نیست بلکه عدم‌النفعی که حتمی‌الحصول (مسلم‌الحصول) بوده قابل وصول می‌باشد که آن نیز با «خسارت ناشی از عدم‌النفع» که در واقع خسارت از خسارت محسوب می‌شود، تفاوت دارد.

خسارت معنوی نیز می‌تواند صور مختلفی مثل آسیب به حق شخصیت یا آسیب به احساسات عاطفی به خود بگیرد.^{۲۶}

در خصوص سردفتران نیز اگر چه نص صریحی در این خصوص وجود ندارد ولی طبق ماده یک قانون مسئولیت مدنی در صورت حصول شرایط، امکان مسئول دانستن سردفتران نیز وجود دارد.

گفتار دوم - اقدام برخلاف مقررات

بخش اول - فعل

چنانچه سردفتر در تنظیم سند، برخلاف مقررات اقدام نموده و به هر یک از طرفین یا اشخاص ذی‌نفع خسارتی وارد آید، مسئول است. یعنی سردفتر با نوشتن سند (فعل) اقدام به ورود خسارت می‌نماید.

بخش دوم - ترك فعل

شاید در بدو امر تصور شود سردفتر فقط با ارتکاب فعل مادی باعث ورود خسارت می‌شود ولی با اندک تأملی می‌توان استنباط نمود که گاهی اوقات ترك فعل سردفتر نیز می‌تواند باعث ورود خسارت به اشخاص شود. مثلاً در تنظیم سند قطعی، انجام برخی

استعلامات از ادارات دولتی ضروری است و بعضی از پاسخ‌های استعلامات نیز از جمله استعلام ثبت و امور مالیاتی مدت‌دار بوده و پس از سپری شدن مدت اعتبارشان، قبل از تنظیم سند بایستی تمدید شوند. حال چنانچه سردفتر از ثبت نمودن سندی که تمام استعلامات آن انجام شده و حقوق دولتی آن نیز پرداخت شده خودداری نماید تا مدت اعتبار استعلامات آن سپری شود با ترك فعل خود موجبات ورود ضرر به اشخاص ذی‌نفع را فراهم آورده است. مثال دیگر این‌که سردفتر ثبت سندی را که تمام حقوق دولتی آن پرداخت شده به تأخیر اندازد تا پس از سپری شدن چند روز سند فوق‌الذکر مشمول تعرفه جدید شود و بدین‌صورت با ترك فعل سردفتر به اشخاص ذی‌نفع ضرر وارد می‌شود.

گفتار سوم - رابطه سببیت

چنانچه سردفتر در تنظیم سند اقداماتی برخلاف مقررات انجام دهد ولی ضرر وارد شده به ذی‌نفع یا متعاملین ناشی از اقدام سردفتر نباشد، نمی‌توان سردفتر را مسئول دانست. لذا بایستی رابطه سببیت بین ورود ضرر و اقدام سردفتر (اقدامی که برخلاف مقررات صورت گرفته) احراز شود. اگر اقدام شخص زیان‌دیده عمل سردفتر را تحت تأثیر قرار داده و بر اثر عمل سردفتر ضرری وارد شود چنانچه اقدام شخص زیان‌دیده مصادیق قاعده غرور باشد سردفتر را نمی‌توان مسئول دانست.

مبحث چهارم - مبانی قانونی

اولین ماده قانونی که به‌طور رسمی در خصوص مسئولیت مدنی سردفتران تصویب شده بود، ماده ۸۱ قانون ثبت مصوب ۱۲۹۰ بود که عنوان می‌داشت: «هرگاه به واسطه تقصیر مباشر ثبت سندی از اعتبار افتاده باشد مشارالیه باید علاوه بر مجازات مقرر از عهده مصارف ثبت آن سند نیز برآید.» در این ماده بر اثبات مسئولیت مباشر ثبت فقط از واژه «تقصیر» استفاده شده که شامل بی‌احتیاطی، بی‌مبالاتی، عدم مهارت، عدم رعایت نظامات شغلی می‌شود.

با تصویب ماده ۶۸ ق.ت.ث. در سال ۱۳۱۰ که اشعار می‌دارد: «هرگاه سندی به واسطه تقصیر یا غفلت مسئول دفتر از اعتبار افتاده باشد مسئول مذکور باید علاوه بر مجازات‌های مقرر از عهده کلیه خسارت‌های وارده نیز برآید.» ماده ۸۱ مصوب ۱۲۹۰ قابلیت اجرایی خود را از دست داد.

در این ماده قانون‌گذار مبنای مسئولیت سردفتر را تقصیر یا غفلت عنوان نموده که واژه تقصیر به معنی بی‌احتیاطی، بی‌مبالاتی، عدم مهارت، عدم رعایت نظامات شغلی و واژه غفلت نیز به معنی فراموش کردن، سهو، بی‌خبر گشتن، نادانستن چیزی است.^{۳۷}

نکته دیگر، با این‌که مفهوم عرفی غفلت نیز از نوع ترك فعل بوده و مترادف با بی‌مبالاتی است، قانون‌گذار در پاره‌ای از موارد، غفلت را در معنای مبالاتی (ترك فعل) استفاده کرده است.^{۳۸}

هم‌چنین در قسمت آخر ماده مذکور آمده است: «مسئول مذکور باید... از عهده کلیه خسارت‌های وارده نیز برآید» در واقع منظور قانون‌گذار این بوده تا بر این اساس سردفتر را مسئول کلیه خسارات وارده به اشخاص اعم از اشخاص ذی‌نفع در سند و نیز اشخاص ثالث بدانند.

اما ایرادی که در این ماده قانونی وجود دارد این است که سردفتر فقط در پرداخت خسارات ناشی از بی‌اعتبار شدن سند مسئول می‌باشد.

و نیز این ماده فقط در خصوص تقصیر و غفلت مسئول دفتر اظهار نظر نموده و در خصوص کارکنان هیچ‌گونه اظهارنظری ننموده است که به نظر می‌رسد زیان‌دیده بایستی به قواعد عام مسئولیت استناد نماید.

قانون‌گذار با تصویب قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران در تاریخ ۱۳۵۴/۴/۲۵، در ماده ۲۲ و ۲۳ سعی نمود علاوه بر این‌که مسئولیت‌های مدنی سردفتر را مشمول قانون اخیر نماید؛ ایرادات و نقایص وارده بر ماده ۶۸ قانون ثبت مصوب ۱۳۱۰ را نیز برطرف نماید؛^{۳۹} لذا در ماده ۲۲ مقرر گردیده: «سردفتران و دفتریاران که در انجام وظایف خود مرتکب تخلفاتی شوند در مقابل متعاملین و اشخاص ذی‌نفع مسئول خواهند بود. هرگاه سندی در اثر تقصیر یا تخلف آن‌ها از قوانین و مقررات مربوط بعضاً یا کاملاً از اعتبار افتد و در نتیجه ضرری متوجه آن اشخاص شود علاوه بر مجازات‌های مقرر باید از عهده خسارت وارد برآیند. دعاوی مربوط به خسارات ناشی از تخلفات سردفتران و دفتریاران تابع قوانین و مقررات عمومی خواهد بود.» و نیز در ۲۳ مقرر شده: «سردفتر مسئول کلیه امور دفترخانه است و دفتریار اول مسئول امور است که موجب مقررات به عهده او محول شده و یا از طرف سردفتر در حدود مقررات انجام آن امور به او ارجاع می‌شود. در مورد اخیر سردفتر و دفتریار مسئولیت مشترک خواهند داشت...»

با ملاحظه این دو ماده متوجه نکاتی در باب مسئولیت سردفتران می‌شویم که به‌طور مشروح در زیر بررسی خواهد شد.

اول - تقصیر و تخلف سردفتر باید در رابطه با انجام وظیفه سردفتری باشد.

یعنی اگر سردفتر در انجام اموری مربوط به مراجعین که جزو وظایف وی نیست، مرتکب تخلف شود، مسئول نخواهد بود. چرا که عمل وی در رابطه با انجام وظیفه سردفتری نبوده است.

دوم - مسئولیت سردفتر در مقابل متعاملین و اشخاص ذی‌نفع (در معامله).

بنابراین قانون‌گذار سردفتر را فقط در مقابل متعاملین و اشخاص ذی‌نفع مسئول می‌داند و معلوم نیست تکلیف اشخاص زیان‌دیده از اعمال سردفتر در حین انجام وظیفه که جزو متعاملین یا اشخاص ذی‌نفع در معامله نیستند، چیست. مثلاً در حین تنظیم سند انتقال ملك (طبق صورت‌جلسه تفکیکی)، سردفتر در درج حدود اربعه نوشته شده در صورت‌جلسه دچار اشتباه شود که این امر سبب تجاوز خریدار زمین موصوف به ملك همسایه می‌شود و نهایتاً همسایه به جهت اثبات مالکیت خود مجبور به مراجعه به مراجع قضایی شود و مالکیت خود را اثبات می‌کند. در اینجا سردفتر مسئول ورود ضرر (ضرری که جهت اثبات مالکیت خود متحمل گردیده) به شخص همسایه بوده ولی اگر فقط این ماده را مبنای مسئولیت قانونی سردفتر در انجام وظایفش قرار دهیم بایستی دعوی شخص همسایه را علیه سردفتر نپذیریم. چرا که طبق این ماده فقط اشخاص ذی‌نفع در معامله و متعاملین حق مطالبه خسارت را خواهند داشت. این استدلال اشخاص است که عقیده دارند قانون‌گذار در مقام بیان بوده و براین اساس قصد داشته مسئولیت سردفتران را محدود نماید. ولی این نظر قابل ایراد است چرا که قواعد عام مسئولیت مدنی و عدالت ایجاب می‌نماید شخص همسایه در مثال فوق حق طرح دعوی خسارت علیه سردفتر را داشته باشد. بنابراین به نظر می‌رسد قانون‌گذار از روی سهل‌انگاری و سهواً اشخاص ثالث را از قلم انداخته است.

سوم - ورود ضرر بایستی ناشی از تقصیر یا تخلف سردفتر از قوانین و مقررات باشد.

مفهوم مخالف این مهم این است که چنانچه سردفتر بدون تقصیر و بدون تخطی از مقررات به اشخاص ضرر وارد نماید، مسئول نیست (چرا که وظایف سردفتران همان است

که در قوانین مربوطه بیان گردیده). لذا در مواردی که قانون‌گذار تکلیفی برای سردفتر مقرر نداشته؛ چنانچه وی در انجام آن اموری که جزو وظایف مقرر شده در قوانین و مقررات نیست ضرری به اشخاص اعم از ذی‌نفع یا ثالث خسارت وارد نماید، مسئول نیست. مثلاً سردفتر جهت کمک به شخصی بی‌سواد فرم ثبت ملک وی را از وی گرفته و خود شخصاً تکمیل می‌نماید ولی برخی اطلاعات را به اشتباه وارد می‌کند و بدین صورت باعث می‌شود که پس از ثبت شدن ملک، ضرر و زیانی به مالک جهت تصحیح اطلاعات نوشته شده در سند مالکیت وارد شود. در اینجا اطلاعات درج شده توسط سردفتر در فرم ثبت ملک سبب ورود زیان به مالک می‌باشد و به نظر می‌رسد قانون‌گذار در مقام بیان بوده و با مدنظر قراردادن قاعده احسان، سردفتر را از مسئولیت مبرا دانسته است. (چرا که احسان و نیکوکاری از مسقطات ضمان است^{۳۰}). اگر چه سردفتر سبب ورود زیان به مالک ملک بوده ولی چون قصد احسان و کمک به وی را داشته از مسئولیت مبرا است.

چهارم - دعاوی مربوط به خسارات ناشی از تخلفات سردفتران و دفترياران تابع قوانین و مقررات عمومی خواهد بود.

بنابراین اشخاص ذی‌نفع جهت طرح دعوی خسارات ناشی از تخلفات سردفتران ناگزیر از مراجعه به دادگستری می‌باشند مگر اینکه در خصوص پرداخت خسارت با سردفتر توافق شود و یا بر طبق قراردادی که سردفتر با یکی از شعب ادارات بیمه دارد، پرداخت شود.

پنجم - سردفتر مسئول کلیه امور دفترخانه است.

اگر چه در باب مسئولیت مدنی، سردفتر را مسئول کلیه امور دفترخانه (که ممکن است ناشی از اعمال کارکنان باشد) دانستن به نظر قابل توجیه می‌باشد ولی در باب مسئولیت کیفری، این امر مخالف صریح اصل شخصی بودن جرم و مجازات‌هاست (که البته این امر اخیر از موضوع بحث ما خارج است).

بنابراین چنانچه در انجام مسئولیت‌های قانونی در دفترخانه، هر يك از کارکنان به متعاملین یا اشخاص ذی‌نفع ضرری وارد آورند مسئولیت آن به عهده شخص سردفتر است. در واقع، قانون‌گذار با الهام از ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹/۲/۷ اقدام به

وضع این ماده نموده است. به طوری که با امعان نظر به همان ماده ملاحظه می شود که مسئولیت کارفرما فرع بر مسئولیت کارگر و برای تضمین حقوق زیان دیده است. به همین جهت نیز، کارفرما بعد از جبران خسارت اشخاص ثالث می تواند به کارگر مقصر رجوع کند. از سوی دیگر، برطبق ماده یک قانون اخیر، اصولاً شخص در صورتی مسئول قرار می گیرد که زیان را به عمد یا در نتیجه بی احتیاطی باعث شده باشد. در رابطه کارگر و زیان دیده هیچ قاعده استثنایی حکومت ندارد: نه تقصیر او فرض شده و نه مسئولیت عینی به وجود آمده است. پس، زیان دیده باید تقصیر کارگر را به عنوان مقدمه رجوع به کارفرما اثبات کند. همچنین، اگر دلیلی مانند وجود قوه قاهره یا دفاع مشروع سبب معافیت کارگر از پرداخت خسارت شود، مسئولیت کارفرما نیز از بین می رود. به بیان دیگر، کارفرما مسئول خساراتی است که کارگران او در نتیجه ارتکاب تقصیر، به هنگام کار یا به مناسبت آن، به دیگران می زنند. مسئولیت کارفرما بازتاب مسئولیت کارگر است و کارگر در صورتی مسئول است که تقصیر کرده باشد و به همین اعتبار است که مسئولیت کارفرما ناشی از فعل غیر محسوب می شود.^{۳۱}

در ماده ۲۳ قانون اخیر، قانون گذار به طور مطلق سردفتر را مسئول امور دفترخانه قرار داده در حالی که فراموش کرده که حجم کار در دفاتر اسناد رسمی بیشتر از آن است که مسئولیت تمامی امور را به دوش یک نفر گذارد.

یعنی سردفتر موظف است کلیه امور دفترخانه را انجام دهد چرا که طبق این ماده از وظایف وی می باشد. البته به جز مواردی که طبق مقررات به عهده دفتربار گذارده شده است؛ اموری که از طرف سردفتر در حدود مقررات انجام آن به دفتربار ارجاع می شود، سردفتر و دفتربار مسئولیت مشترک خواهند داشت.

در این ماده، قانون گذار خواسته سردفتر را مسئول کلیه خسارات معرفی نماید (البته به جز اموری که به موجب مقررات به عهده دفتربار است). مضافاً در مواردی نیز که اموری توسط سردفتر به دفتربار ارجاع می شود؛ سردفتر و دفتربار هر دو مسئولیت مدنی مشترک

دارند. در ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی به صراحت از خطای کارکنان و کارگران سخن گفته و کارفرما را در صورتی که خسارت در حین انجام کار یا به مناسبت آن وارد شده باشد و ارکان مسئولیت نیز کامل باشد پس از پرداخت خسارت زیان دیده، محق در مراجعه به کارگر دانسته است؛ در حالی که طبق ماده ۲۳ قانون گذار مستقیماً سردفتر را مسئول کلیه امور دفترخانه می‌داند که این امر قابل ایراد است. چرا که حجم کار در دفاتر اسناد رسمی بسیار زیاد بوده و انجام آن از عهده یک نفر خارج می‌باشد. بنابراین سردفتر ناگزیر از استخدام چند نفر برای انجام امور دفترخانه است. حال، اگر هر یک از کارکنان از روی عمد به عملی اقدام نمایند که به دیگری خسارت وارد شود باز هم بایستی سردفتر را مسئول دانست؟

در پاسخ باید اذعان داشت چنانچه کارمند خارج از وظایف تفویضی سردفتر به وی و یا تعمداً (و یا با تبانی با مشتری^{۳۲}) اقداماتی انجام دهد که منتهی به ضرررسانی به مشتری شود؛ بایستی سردفتر را بری از مسئولیت دانست.

از منظری دیگر به نظر می‌رسد با توجه به اینکه کلیه خدماتی که در دفاتر به مراجعین ارائه می‌شود با امضای سردفتر تکمیل می‌گردد قانون گذار اقدام به وضع چنین ماده‌ای نموده است. البته این امر باعث رد ایراد وارد شده در فوق به نظر قانون گذار، نخواهد شد. چرا که مثلاً ممکن است دفترنویس با تبانی مراجعه کننده از شخصی دیگر غیر از شخصی که باید سند را امضا نماید، در دفتر امضا بگیرد.

سردفتر در اموری که طبق مقررات به دفتریار محول می‌نماید با وی مسئولیت مشترک خواهد داشت. این اقدام قانون گذار نیز خالی از ایراد نیست. چرا که در زمان تعمد دفتریار بر امر خلاف مقررات و اثبات آن، به دور از عدالت و منطقی است که سردفتر نیز مسئول شناخته شود.

ششم - تقصیر و تخلف سردفتر از مقررات ناشی از اقدام زیان دیده.

یک - تقصیر زیان دیده از مصادیق قوه قاهره باشد.

هرگاه تقصیر زیان دیده اوصاف قوه قاهره را به خود اختصاص دهد، خواننده دعوی از جبران خسارت معاف می‌شود. زیرا کسی که به ضرر خود اقدام می‌کند و این اقدام برای

خواننده نقش یک عامل خارجی غیرقابل پیش‌بینی و غیرقابل پیشگیری را ایفا می‌کند، حتی در فرض مسئولیت و تقصیر برای خواننده نیز، بیانگر این است که این فرض قانونی با واقع منطبق نیست. بنابراین خواننده دعوی می‌تواند با اثبات اینکه تقصیر خواننده برای او حالت قوه قاهره را داشته است خود را از مسئولیت و جبران خسارت معاف بکند.^{۳۳} مثلاً زیان دیده با ارائه مدرک جعلی سبب تنظیم سندی توسط سردفتر شود و نهایتاً سند مذکور باطل شود در اینجا سردفتر ملزم به پرداخت خسارت به زیان دیده نیست.

دو - رضایت زیان دیده.

زمانی که زیان دیده با رضایت کامل خود اذن تنظیم سند برخلاف مقررات را به سردفتر می‌دهد در واقع با رضایت خود مرتکب تقصیر شده و بنابراین هرگاه سند از اعتبار افتاد حق استناد به تخلف سردفتر را ندارد. از مصادیق آن می‌توان اشاره کرد به: بند سوم ماده ۱۰۰ قانون ثبت؛ (سردفتر) «سندی را به اسم کسانی که آن معامله را نکرده‌اند ثبت کند».

بند سادس ماده ۱۰۰ قانون ثبت؛ «اسناد انتقالی را با علم به عدم مالکیت انتقال دهنده ثبت کند».

بند سابع ماده ۱۰۰ قانون ثبت؛ «سندی را که به‌طور وضوح سندیت نداشته و یا از سندیت افتاده، ثبت کند».

در تمامی این موارد چون شخص درخواست‌کننده تنظیم سند (زیان دیده از ابطال سند بابت هزینه تنظیم سند) با رضایت کامل خود اذن تنظیم سند برخلاف مقررات را به سردفتر می‌دهد در واقع طبق قاعده اقدام با علم و قصد و رضا، ضرر قابل پیش‌بینی را پذیرفته است. لذا حق مطالبه زیان وارده به خود را از سردفتر ندارد.^{۳۴}

هفتم - جهل به قانون رافع مسئولیت نیست.

طبق مواد ۲ و ۳ ق.م.، قوانین ۱۵ روز پس از انتشار در روزنامه رسمی لازم‌الاجرا می‌باشند، بنابراین جهل به قانون رافع مسئولیت نیست.

هرگاه سردفتر سندی را با تخلف از قوانین و مقررات تنظیم می‌کند، اصل بر این است که هم سردفتر و هم زیان دیده به قوانین و مقررات مربوطه آشنایی دارند. هرگاه شخصی جهت تنظیم سند به سردفتر مراجعه نماید و سردفتر سند را بدون رعایت مقررات مربوطه

تنظیم کند، در اینجا شخص مراجعه‌کننده بایستی از امضای سند اخیر خودداری نماید. چرا که طبق اصل فوق، نامبرده عالم به قانون فرض می‌شود و در واقع، با امضای سند به ضرر خود اقدام نموده (و رضایت داده) و تخلف سردفتر از مقررات را پذیرفته و عواقب آن را (که معمولاً قابل پیش‌بینی است) متقبل گردیده است. بنابراین مسئول دانستن سردفتر در این مواقع بسی جای تأمل دارد.

مبحث پنجم - مسئولیت مدنی سردفتر در مقابل اشخاص حقوقی

گفتار اول - کسری پرداخت

بخش اول - اداره امور مالیاتی

طبق بند "الف" تبصره ۳ ماده ۴۲ قانون مالیات بر ارزش افزوده در صورتی که در هنگام تنظیم سند قطعی یا وکالت فروش خودرو مالیات نقل و انتقال دارایی پرداخت نگردد یا کمتر از میزان مقرر پرداخت شده باشد. علاوه بر پرداخت وجه معادل مالیات یا مابه‌التفاوت آن مشمول جریمه‌ای به میزان دو درصد (۲٪) در ماه نسبت به مالیات پرداخت نشده و مدت تأخیر می‌باشد.

در این خصوص قانون‌گذار بدون توجه به عمد یا اشتباه سردفتر رابطه علیت بین عمل سردفتر در پرداخت نشدن مالیات و ورود زیان به اداره امور مالیاتی را مفروض دانسته است؛ لذا به صرف انجام آن، عمل سردفتر مشمول حکم قانونی فوق خواهد شد. البته زمانی که تأخیر در پرداخت به علت قطع بودن سیستم پرداخت الکترونیک باشد، به‌طور قطع سردفتر مسئولیتی در پرداخت خسارت به اداره امور مالیاتی ندارد. هم‌چنین زمانی که کسری پرداخت به علت اشتباه در اعلام مالیات صحیح از سوی مراجع ذی‌صلاح باشد، همین حکم جاری است.

بخش دوم - اداره ثبت اسناد و املاک

در خصوص وجوه حق‌الثبت در صورت پرداخت نشدن و یا کسری پرداخت، قانون‌گذار، سردفتر را فقط ملزم به پرداخت اصل و یا مابه‌التفاوت وجه دانسته است. در این خصوص بند سوم بخشنامه شماره ۱۰/۸۷۷۹ مورخ ۶۴/۱۱/۷ سازمان ثبت اسناد و املاک مقرر می‌دارد: «چنانچه سردفتر و دفتریار بدهکار باشند تذکر دهند فوراً در پرداخت بدهی خود اقدام و قبض رسید حاکی از پرداخت را به بازرسی مربوطه ارائه و شماره قبض را در صورت جلسه منعکس فرمایند».

هم‌چنین در ماده ۹ دستورالعمل اجرایی طرح سامانه پرداخت الکترونیکی وجوه در دفاتر اسناد رسمی مقرر شده: «هرگاه اشتباه در محاسبه و تعیین میزان حقوق دولتی متعلقه رخ دهد مسئولیت قانونی آن از لحاظ کسری مبلغ مربوط متوجه سردفتر و دفتریار خواهد بود».

گفتار دوم - اضافه پرداخت

در خصوص مالیات نقل و انتقال دارایی با وحدت ملاک از تبصره‌ها ماده ۴۲ قانون مالیات بر ارزش افزوده می‌توان استنباط نمود که در مواردی که وجوهی اضافه بر مبلغ مقرر شده به حساب اداره امور مالیاتی واریز شود با گواهی سردفتر قابل وصول باشد مضافاً با توجه به رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری شماره هـ/۱۰۲/۷۷/۱۰۲-۱۳۳۸/۸/۲۰- تمامی وجوه اضافه‌واریزی دفترخانه به حساب خزانه دولت قابل استرداد می‌باشد. بنابراین همه مالیات نقل و انتقال دارایی و همه حق‌الثبت در صورت واریز مازاد بر مبلغ مقرر قابل استرداد خواهد بود. رأی مزبور بدین قرار است: «در ماده ۴۹ قانون محاسبات عمومی کشور مصوب ۱۳۶۶/۶/۱ مجلس شورای اسلامی تصریح شده است وجوهی که بدون مجوز و یا زاید بر میزان مقرر وصول می‌شود اعم از اینکه منشأ این دریافت اضافی اشتباه پرداخت‌کننده یا مأمور وصول و یا عدم انطباق مبلغ وصول با مورد باشد و یا اینکه تحقق اضافه‌دریافتی بر اثر رسیدگی دستگاه ذی‌ربط و یا مقامات قضایی حاصل شده باید از محل درآمد عمومی به نحوی که در اداء حق ذی‌نفع تأخیری صورت نگیرد، رد شود. بنابراین تحمل مسئولیت استرداد وجوهی که به هر تقدیر بابت ثبت عقود و معاملات و قراردادهای در دفتر اسناد رسمی وصول و به خزانه دولت واریز شده به شخص سردفتر که از آن برخوردار و منتفع نبوده مخالف حکم صریح قانون‌گذار مبنی بر لزوم استرداد وجوه زاید بر میزان مقرر در قانون از محل درآمد عمومی است و در نتیجه عبارت «جبران خسارت ارباب رجوع از لحاظ اضافه دریافتی سردفتر خواهد بود». از متن بخشنامه به شماره ۱/۳۴/۲۲۲۴۷ مورخ ۱۳۷۴/۱۲/۱۹ سازمان ثبت اسناد و املاک کشور مستنداً به قسمت دوم ماده ۲۵ قانون دیوان عدالت اداری ابطال می‌شود».

مبحث ششم - مسئولیت مدنی سردفتر ناشی از راهنمایی نمودن مراجعه‌کنندگان.

در نگاه اول شاید بتوان گفت ضروری که ممکن است به مراجعه‌کننده وارد شود ناشی از

راهنمایی سردفتر باشد لذا رابطه علیت کامل بوده و سردفتر بایستی زیان وارده را جبران نماید ولی با اندکی تأمل در ماده ۲۲ ق.د.ا.ر.ک. می‌توان استنباط نمود که مسئولیت سردفتر زمانی است که در انجام وظایف خود مرتکب تقصیر یا تخلف از قوانین و مقررات شود. بنابراین، اگر سردفتر بدون تقصیر و بدون تخلفی از مقررات به اشخاص ضرر وارد نماید (مثلاً به جهت ارشاد مراجعین طبق قاعده احسان) هم‌چنین در مواردی که وظیفه و تکلیفی از سوی قانون‌گذار برای سردفتر (در انجام عملی) وضع نگردیده، سردفتر مسئولیتی در جهت جبران ناشی از ارشاد مراجعین خود ندارد.

همچنان‌که گذشت، مثلاً سردفتر جهت کمک به شخصی بی سواد فرم ثبت ملک وی را به درخواست ایشان از وی گرفته و خود شخصاً تکمیل می‌نماید ولی برخی اطلاعات را به اشتباه وارد می‌کند و بدین صورت باعث می‌شود که پس از ثبت شدن ملک، ضرر و زیانی به مالک جهت تصحیح اطلاعات درج‌شده در سند مالکیت وارد شود. در اینجا اطلاعات درج‌شده توسط سردفتر در فرم ثبت ملک مسبب ورود زیان به مالک می‌باشد و به‌نظر می‌رسد قانون‌گذار در مقام بیان بوده و با مدنظر قرار دادن قاعده احسان، سردفتر را از مسئولیت (در اموری که از وظایف وی نمی‌باشد و تخلف از مقررات محسوب نمی‌شود) بری دانسته است چرا که احسان و نیکوکاری از مسقطات ضمان است.^{۳۵}

البته هرگاه سردفتر بدون قصد احسان و صرفاً جهت کسب منفعت مادی بیشتر، اقدام به ارشاد مراجعین نماید که سبب ورود خسارت به ایشان شود، بحث عدم مسئولیت سردفتر جای تأمل دارد. چرا که از یک طرف ارشاد جهت کسب منفعت بیشتر سردفتر بوده و از طرف دیگر، قصد احسان در کار نبوده و عمل سردفتر عامل مستقیم ورود زیان به مشتری می‌باشد. مثلاً در جایی که شخصی پس از ترهین سند ملکی خود در دفترخانه، قصد ترهین مجدد ملک موصوف نسبت به مازاد آن را دارد و به جهت کم شدن هزینه‌های ثبت سند از سردفتر در خصوص اینکه معرفی‌نامه بانک به‌صورت رهنی باشد یا متمم قرارداد؛ سؤال نماید که سردفتر، نامبرده را به گونه‌ای راهنمایی نماید که منفعت بیشتر خود را باعث شود و بدین صورت موجبات ورود خسارت به مراجعه‌کننده را فراهم آورد.

مبحث هفتم - مسئولیت مدنی سردفتر ناشی از عدم انجام وظیفه هشداردهی مراجعین در خصوص عواقب تنظیم سندی که امضا می‌نمایند.

در کشور فرانسه بی‌تردید، «تعهد هشداردهی»، پیش از هر جا و روشن‌تر از هر جای دیگر، در روابط میان سردفتر و مراجعه‌کننده به او، نمود پیدا می‌کند و به‌عنوان مکمل تعهد ارائه خدمت که تعهد اصلی است، محسوب می‌شود.

این تعهد که به‌نظر می‌رسد برای نخستین بار توسط شعبه مدنی دیوان عالی کشور در ۲ آوریل ۱۸۷۲ به رسمیت شناخته شد، امروزه در میان تکالیف سردفتر اسناد رسمی، از جایگاه مهمی برخوردار است. به‌طوری که یکی از عمیق‌ترین مطالعاتی که در این زمینه صورت گرفته است کلیه تعهدات سردفتر را به دو قسمت تقسیم می‌کند؛ یکی «تعهد احراز صحت سند» که مبتنی بر قانون است و دیگری «تعهد هشداردهی» که مبتنی بر رویه قضایی است. از سال ۱۸۷۲، دادگاه‌ها همواره قلمرو این تعهد را گسترش داده‌اند و محتوای آن را سنگین‌تر کرده‌اند.

اکنون قلمرو بسیار گسترده‌ای برای آن در نظر گرفته می‌شود. دادگاه‌ها به ویژه تصریح کرده‌اند که این تعهد، نه تنها برعهده سردفتری که در مرحله مذاکره یک قرارداد دخالت می‌کند وجود دارد بلکه سردفتری که فقط مأمور به رسمیت دادن به سندی است که بدون حضور او مورد مذاکره واقع شده و احتمالاً در یک سند عادی تنظیم شده باشد نیز باید وظیفه هشداردهی را به انجام برساند (رای شعبه اول مدنی، ۱۸ اکتبر ۱۹۶۰، ۱۰ فوریه ۱۹۷۲، ۱۵ فوریه ۱۹۷۸، ۳۰ ژوئن ۱۹۸۷ و ۵ ژوئیه ۱۹۸۹). براساس احکام صادره، سردفتر باید اقدام به آگاه‌سازی اصحاب سند کند هرچند که آنها هیچ چیزی از او نپرسیده باشند و یا حتی هنگامی که فقط از او خواسته شده باشد که یک سند عادی را تنظیم کند نه یک سند رسمی را (به‌ویژه رای شعبه اول مدنی، ۲۴ ژوئن ۱۹۶۳).

به علاوه سردفتر نسبت به همه اصحاب سند، چنین وظیفه‌ای برعهده دارد و نه فقط نسبت به «مشتری». زیرا او هیچ‌گاه نباید از بی‌طرفی مطلق، تخطی کند (رای شعبه اول مدنی، ۲۷ آوریل ۱۹۷۸).

این وظیفه، از لحاظ محتوایی، سردفتران را ملزم می‌کند که مراجعه‌کنندگان را نسبت به دامنه و آثار تعهداتی که می‌پذیرند، آگاه سازد. اما در واقع، تعهد هشداردهی فراتر از این‌ها است و سردفتر را ملزم می‌کند که نه تنها در مورد شرایط اعتبار سندی که مراجعه‌کنندگان، قصد تنظیم آن را دارند بلکه هم‌چنین در مورد کارآیی آن، اطلاعات بسیار کاملی را در اختیار آن‌ها قرار دهد (آرای شعبه اول مدنی، ۲۶ ژانویه ۱۹۸۸، ۱۲ نوامبر ۱۹۸۷، ۲۵ ژانویه ۱۹۸۹ و ۶ ژانویه ۱۹۹۴).

تعهد آگاه‌سازی در خصوص اعتبار سند، بسیار دقیق است. سردفتر باید بررسی‌های مطلقاً کاملی انجام دهد و اصحاب سند را از کلیه نقایصی که به طرح قرارداد لطمه وارد می‌کند آگاه سازد و نسبت به خطرات ناشی از آن به آنان هشدار دهد (آرای شعبه سوم مدنی، ۱۷ ژانویه ۱۹۷۸، ۲۲ آوریل ۱۹۸۰، ۱۹ مه ۱۹۹۲، ۱۰ ژانویه ۱۹۹۵). اگر او مشاهده کند که سببی وجود دارد که می‌تواند باعث بطلان سند شود باید از تنظیم آن خودداری نماید.

بررسی‌های سردفتر، شامل اهلیت اصحاب سند، حقوق هر یک از آنها و دامنه اختیار آنها است (که این مستلزم بررسی اعتبار مجوزهایی است که احتمالاً دریافت داشته‌اند). او حتی باید سعی کند که تقلب‌ها را پیدا نموده و از صحت اظهارات ارائه‌شده به او، اطمینان حاصل نماید (آرای شعبه اول مدنی، ۱۴ ژانویه ۱۹۸۱). اما اظهارات نادرستی که توسط یکی از طرف‌ها شده باشد می‌تواند مسئولیت سردفتر را در قبال اظهارکننده، منتفی سازد (آرای شعبه اول مدنی، ۹ دسامبر ۱۹۷۴).

تعهد هشداردهی سردفتر، نه تنها او را موظف می‌کند که اصحاب سند را از شرایط اعتبار سند، آگاه سازد بلکه علاوه بر این باید آنها را در شرایطی قرار دهد که بتوانند به‌طور مؤثر و به بهترین نحو، منافع خود را تأمین کنند. بدین منظور، سردفتر باید بهترین شیوه را برای دستیابی به اهداف مورد نظر اصحاب سند، به آنها توصیه کند (آرای شعبه دوم مدنی، ۹ دسامبر ۱۹۷۴ و شعبه اول مدنی، ۱۷ فوریه ۱۹۸۱ و ۲۶ ژانویه ۱۹۸۸). او هم‌چنین باید توجه مراجعه‌کنندگان را به همه خطراتی که عملیات موردنظر، برای این یا آن طرف دارد، جلب نماید. این تعهد اعلام خطر، نه تنها شامل خطرات قضایی می‌شود (آرای شعبه اول مدنی، ۱۲ مه

۱۹۷۶، ۲۸ آوریل ۱۹۸۶، ۲۱ فوریه ۱۹۹۵، ۲۶ مارس ۱۹۹۶ و ۲۰ ژانویه ۱۹۹۸) بلکه همه خطرانی را که صرفاً جنبه اقتصادی دارند نیز در برمی گیرد (رای شعبه سوم مدنی، ۵ اکتبر ۱۹۷۱، رای شعبه اول مدنی، ۷ فوریه ۱۹۸۴، ۱۹ مه ۱۹۹۲، ۳۰ مه ۱۹۹۵ و ۲۶ نوامبر ۱۹۹۶) و به ویژه در مورد اعطای وام، در خصوص نبود یا ناکارایی بیمه‌ای که بتواند پرداخت سررسیدهای آینده را در صورت فوت یا از کارافتادگی وام‌گیرنده، پیش از پرداخت کامل، تضمین کند (رای شعبه اول مدنی، ۴ فوریه ۱۹۹۷) و هم‌چنین عدم کفایت وثیقه‌های سپرده‌شده به وام‌دهنده را شامل می‌شود (رای شعبه اول مدنی، ۶ ژوئیه ۱۹۷۷، شعبه سوم مدنی، ۲۴ آوریل ۱۹۸۵، شعبه اول مدنی، ۲۶ نوامبر ۱۹۹۶).

بالاخره سردفتر باید همه بررسی‌های لازم را برای مطلع کردن مراجعه‌کنندگان از وضعیت دقیق مالی که عملیاتی در مورد آن صورت می‌گیرد، انجام دهد (رای شعبه اول مدنی، ۱۱ دسامبر ۱۹۹۰، ۱۳ نوامبر ۱۹۹۱، ۲۰ اکتبر ۱۹۹۳، ۲۶ نوامبر ۱۹۹۶ و ۲۷ مه ۱۹۹۷)، به‌ویژه اگر مال موردنظر، غیرمنقول باشد او باید وضعیت قانونی آن را از مراجع مربوطه استعلام کند تا اصحاب سند را از وجود حقوق ارتفاقی در آن مال، آگاه سازد (رای شعبه اول مدنی، ۹ فوریه ۱۹۷۲، ۵ ژوئیه ۱۹۸۹ و شعبه سوم مدنی، ۲۳ فوریه ۱۹۹۴).^{۳۶}

این تعهد در حقوق موضوعه ایران بدین صورت که در رویه قضایی فرانسه وجود دارد، دیده نمی‌شود. فرض کنید شما جهت تنظیم سند وکالت طرح دعوی به دفترخانه‌ای مراجعه می‌کنید پس از تنظیم و اخذ وکالت و تحویل به وکیل مورد نظر متوجه خواهید شد که این وکالت‌نامه جهت دفاع در حضور قاضی (البته چنانچه وکیل سند، وکیل رسمی دادگستری نباشد) اعتبار ندارد. سردفتر در ایران تعهدی در خصوص بیان آثار تنظیم سند و کارایی آن به مراجعین ندارد (اگر چه وظیفه وجدانی یک سردفتر حرفه‌ای چنین اقتضایی دارد) ولی در واقع سردفتران چون چنین وظیفه‌ای ندارند در اغلب موارد این مسأله را فراموش می‌کنند که در مورد عواقب و آثار اسناد تنظیمی، مراجعین را آگاه سازند. در نتیجه، چنانچه خسارتی به متعاملین یا اشخاص ذی‌نفع وارد شود؛ سردفتر مسئولیتی در این خصوص نخواهد داشت چرا که طبق ماده ۲۲ ق.د.ا.ر.ک، سردفتر فقط در خصوص اموری که جزو وظایف نامبرده باشد، مسئول است.

مبحث هشتم - قابل استناد نبودن قاعده «تحدیر» در خصوص مسئولیت سردفتران

قاعده «تحدیر» برگرفته از حدیث «قد عذر من حذر» است. این روایت منسوب به امام صادق علیه السلام است که ایشان آن را از حضرت علی علیه السلام نقل کرده‌اند. براساس قاعده مذکور، اگر کسی پیش از اقدام به کاری که احتمال دارد از رهگذر اعمال آن، خطری متوجه دیگری گردد، هشدار دهد؛ با وجود این، مخاطب یا شنونده به هشدار وی بی‌توجهی کند و ترتیب اثر ندهد و خود را در معرض خطر قرار دهد و در نتیجه فعل هشداردهنده خسارتی به هشدارشونده وارد آید، هشداردهنده مسئولیتی نخواهد داشت. بنابراین، اساس این قاعده در مواردی که عدم توجه به آن موجب ضمان و مسئولیت مدنی یا کیفری است، می‌تواند رافع مسئولیت باشد و ضمان را از ذمه مکلفان و اشخاص حقیقی و حقوقی بردارد. برای مثال، جوی‌هایی که در خیابان‌ها توسط کارگران شهرداری و یا مناقصه‌کاران شرکت‌های خصوصی برای ارائه خدمات شهری حفر می‌شود و علایم هشداردهنده لازم در محل‌های مناسب نصب می‌گردد، می‌تواند مصداقی از این قاعده باشد و یا در بزرگراه‌ها و جاده‌های اصلی، زیر پل عابر پیاده و امثال آن، نصب پل عابر پیاده، خود، به منزله هشدار است و رافع مسئولیت خواهد بود. مرحوم شیخ مفید (۳۱۴ ه.ق.) می‌فرماید: و من کان یرمی غرضاً فمرّ به انسان فحذر، فلم یحذر فاصابه السهم، فمات منه لم یکن علیه فی ذلک تبعه و لا ضمان. مضمون سخن ایشان این است که چون تیرانداز هشدار داده، با اینکه طرف مقابل در اثر پرتاب تیر او از بین رفته، ولی با وجود این، ضمان و مسئولیتی متوجه تیرانداز یادشده، نیست.^{۳۷}

با توجه به مراتب موصوف، جهت اعمال قاعده تحدیر شروطی لازم است: اول - هشدار مؤثر شخص فاعل، دوم - هشدار به گونه‌ای باشد که مخاطب علی‌القاعده از آن مطلع شود. بنابراین اگر زیان‌دیده از امر حادث‌شده مطلع نبوده و از طریق هشدار مخاطب نیز مطلع نگردد، قاعده تحدیر قابل اعمال نیست. به عبارت دیگر، چنانچه زیان‌دیده از امر حادث‌شده مطلع می‌بود حق تقاضای خسارت را از شخص فاعل زیان نداشت. در مقابل، در خصوص وظیفه هشداردهی در حقوق فرانسه، سردفتر مکلف است در خصوص عواقب و آثار سندی که برای شخصی معین تنظیم می‌کند به وی هشدارهای لازم را بدهد. در اینجا

برعکس قاعده تحذیر (که زیان دیده شخص فاعل نیست)، شخص زیان دیده فاعل و کننده کار است و سردفتر فقط وظیفه هشدار در خصوص عواقب تنظیم سند را دارد. بنابراین با توجه به مراتب موصوف متوجه خواهیم شد که این دو موضوع هیچ سنخیتی با هم نداشته، لذا در حقوق ایران با استناد به قاعده تحذیر نمی توان سردفتر را مکلف به وظیفه هشداردهی در خصوص مراجعین نمود.

مبحث نهم - شرط عدم مسئولیت مدنی سردفتر

آنچه حقوق دانان از شرط عدم مسئولیت گفته اند این است که در قراردادی که بین مسئول و زیان دیده احتمالی آینده بسته می شود و به موجب آن مسئول از پرداختن تمام یا بخشی از خسارات معاف می گردد.^{۳۸}

اذن متعاملین به عدم مسئولیت مدنی سردفتر فی نفسه موجب سقوط ضمان نیست؛ مگر به قرینه یا تصریح، ضمان نفی شده باشد ولی هرگونه شرط عدم مسئولیت و عدم ضمان، ملازم با اذن است. لذا رابطه بین این دو، عموم و خصوص من وجه است. یعنی شرط عدم مسئولیت مستلزم وجود اذن است ولی وجود اذن دلالت بر عدم مسئولیت ندارد.^{۳۹}

در حقوق ایران درج چنین شرطی در قرارداد، به شرطی پذیرفته شده که خسارت ناشی از تقصیر، عمدی نباشد. شرط عدم مسئولیت با توجه به اصل آزادی قراردادها (ماده ۱۰ قانون مدنی ایران) توجیه می شود.^{۴۰}

در حقوق فرانسه نیز شرطی که بر مسئولیت قراردادی طرف که ناشی از تقلب یا تقصیر سنگین باشد، تأثیر ندارد.^{۴۱}

هیچ مانعی ندارد که کارفرما در قرارداد خصوصی که با دیگران می بندد از این تضمین در آن رابطه بکاهد یا مسئولیت خود را به مبلغ معین محدود کند یا از آن تبری جوید. زیرا این قاعده که کارفرما ضامن خطاهای کارگران خود باشد با نظم عمومی ارتباط ندارد؛ تضمینی است به سود طرف قرارداد که می تواند به اختیار از آن بگذرد. به زیان کارگران هم نیست. چرا که اینان در هر حال، مسئول تقصیرهای شخصی خود هستند.^{۴۲}

در قوانین و مقررات و بخشنامه‌های مربوط به دفاتر اسناد رسمی در خصوص عدم مسئولیت مدنی سردفتران حکم صریحی وجود ندارد. فقط سازمان ثبت طی بخشنامه‌ای به شرح ذیل سلب مسئولیت از سردفتر را از نظر سلسله انتقالات صحیح ندانسته است: «در بعضی از دفاتر اسناد رسمی در مورد نقل سلسله انتقالات در ظهر استعلام از خود سلب مسئولیت می‌نمایند. با توجه به اینکه سلب مسئولیت مزبور صحیح نیست چنانچه دفترخانه در نقل و انتقالات از نظر صحت و سقم معامله و یا فک سند شرطی تردید پیدا کند ممکن است مراتب را از دفتر مربوطه سؤال نموده و با اخذ پاسخ و رفع تردید نسبت به نقل و انتقالات با قبول مسئولیت به تکلیف مقرر در بخشنامه اقدام نماید. (اصلاحی بخشنامه به شماره ۳/۵۲۲۴ مورخ ۱۳۵۴/۸/۱ سازمان ثبت اسناد و املاک کشور)

با امعان نظر به ماده ۲۲ ق.د.ا.ر.ک. با توجه به این که قانون‌گذار شرط مسئولیت سردفتر را در مقابل متعاملین و اشخاص ذی‌نفع، تخلف وی از مقررات مربوطه دانسته، به نظر می‌رسد مقصود قانون‌گذار صرفاً تضمین حقوق متعاملین و اشخاص ذی‌نفع بوده؛ لذا هرگاه متعاملین و اشخاص ذی‌نفع با رضای کامل در قراردادهای تنظیمی خود در دفترخانه، شرطی را مبنی بر عدم مسئولیت مدنی سردفتر درج نمایند، شرط مزبور صحیح است. چرا که ماهیت شرط مزبور ابراء نبوده که با ایراد اسقاط ما لم یجب مواجه شود (بلکه شرط عدم مسئولیت بدین معنی است که؛ هرگاه در آینده شرایط تحقق مسئولیت ویژه‌ای جمع شود، آن مسئولیت به وجود نیاید؛ یعنی مفاد توافق ناظر به آینده و با توجه به احتمالی بودن آن است^{۴۳}).

یعنی خسارتی که پس از تنظیم سند رخ می‌دهد با شرط عدم مسئولیت مدنی سردفتر که در سند درج شده از ذمه سردفتر ساقط می‌شود و در واقع، اسقاط مسئولیت پس از حصول خسارت و وسیله شرط مندرج در قرارداد صورت می‌گیرد. البته به نظر می‌رسد درج شرط عدم مسئولیت مدنی سردفتر با محدودیت‌هایی روبه‌رو باشد و به‌طور مطلق قابل اجرا نباشد.

در مواردی که شخص به‌عمد باعث ورود خسارت می‌شود یا آگاهانه به اعمالی دست می‌زند که در نظر عرف در حکم عمد است، شرط عدم مسئولیت نمی‌تواند از تعهد او نسبت به جبران خسارت بکاهد.^{۴۴}

امروزه در میان دفاتر اسناد رسمی مرسوم نیست که از این شرط در جهت سلب مسئولیت مدنی استفاده شود (اگر چه اعمال آن از سوی سردفتران منع قانونی ندارد) بلکه با رواج بیمه مسئولیت مدنی سردفتران، اینگونه مسئولیت‌ها وسیله بیمه تحت پوشش قرار گرفته است.

مبحث دهم - عوامل رافع مسئولیت مدنی سردفتر

گفتار اول - غرور

غرور در لغت به معنی خدعه و نیرنگ است. غرور عبارت است از وادار کردن دیگری به تصرف زیانبار مال و جانی با آراستن ظاهر و اقناع او (مغرور) به گونه‌ای که خود با اراده و اختیار اقدام زیان‌بار را انجام دهد.

غرور موجب ضمان را به دو دسته تقسیم کرده اند: غرور قولی و غرور عملی.

۱- غرور قولی آن است که شخص غار با بیان عبارات و الفاظی که مشوق و برانگیزنده مغرور است، او را به تصرفات زیانباری وادار سازد که هرگاه به‌طور متعارف نتیجه این‌گونه الفاظ و عبارات ورود ضرر به مغرور باشد، غار باید آن را جبران نماید.

۲- در غرور فعلی شخص فریب‌دهنده با انجام دادن عملی موجب مغرور شدن دیگری می‌شود.^{۴۵}

گفتار دوم - احسان

در معنای حقوقی، احسان به معنای انجام دادن عمل نیک و پسندیده است و محسن کسی است که با دفع ضرر مالی یا معنوی از شخصی یا جلب منفعت برای وی، اقدامی مصلحانه انجام داده و خدمتی به او می‌کند. آیه کریمه «ما علی المحسنین من سبیل» را این‌گونه تفسیر نموده‌اند که نمی‌توان فرد احسان‌کننده را مورد ضرب و شتم و جرح و مشقت و مؤاخذه قرار داد. به عبارت دیگر، نه حکم تکلیفی حرمت بر وی بار است و نه حکم وضعی ضمان.^{۴۶}

در این خصوص می‌توان همان مثال سابق را که سردفتر اقدام به تکمیل فرم ثبت ملک برای یکی از مراجعین می‌نماید و بر اثر اشتباه سردفتر (هنگام تنظیم فرم) پس از ثبت

ملک، مالک متحمل هزینه‌هایی جهت تصحیح سند می‌شود. در اینجا چون اقدام سردفتر جهت احسان و کمک به فرد اخیر بوده و این عمل جزو وظایف سردفتر نبوده؛ بنابراین سردفتر از مسئولیت مبرا است.

گفتار سوم - اقدامات مقام صالح

هرگاه دادگاه در هنگام صدور رأی به اثبات مالکیت و الزام خواننده به تنظیم سند رسمی نسبت به درج حدود اربعه ملک مورد حکم دچار اشتباه شوند و سردفتر بر مبنای حدود ارائه‌شده در حکم دادگاه سند رسمی تنظیم نماید، در اینجا چون اقدام سردفتر بر مبنای اقدامات مقام صالح بوده، از مسئولیت مدنی مبرا است. همین حالت در مواردی نیز که مثلاً صورت جلسه تفکیکی ملک از سوی اداره ثبت اشتباه تنظیم می‌شود و بر مبنای آن در دفاتر اسناد رسمی سند تنظیم می‌گردد، سردفتران از مسئولیت مدنی مبرا هستند.

نتیجه و پیشنهاد

با مطالعه تحقیق حاضر در خصوص مسئولیت مدنی سردفتر این نتیجه به دست می‌آید که مسئولیت مدنی سردفتران با توجه به مواد ۲۲ و ۲۳ ق.د.ا.ر.ک. با تکیه به قواعد عام مسئولیت مدنی تقنین گردیده است. بنابراین برای احراز مسئولیت مدنی سردفتر تحقق ارکان عام مسئولیت ضروری است. لذا ضرر بایستی به وجود آمده باشد. یعنی ضرر بالقوه کفایت نمی‌کند و نیز سردفتر بایستی اقدام زیانباری را انجام داده باشد و نهایتاً بین ورود ضرر و عمل سردفتر رابطه علیت وجود داشته باشد. یعنی عمل سردفتر سبب ورود ضرر باشد. قانون‌گذار ماده ۲۲ قانون اخیر را با تکیه بر نظریه تقصیر و ماده ۲۳ آن را با اتکا بر نظریه خطر وضع نموده است. در عالم تئوری هرچند مبانی قانونی مسئولیت مدنی سردفتران دچار کاستی‌هایی است ولی همین مبانی موجود نیز متأسفانه در رویه عملی رسیدگی‌های انتظامی و عمومی مدنظر قرار نمی‌گیرد یا کمتر مورد توجه جدی است. قوانین و بخشنامه‌های قدیمی که بعضاً با اوضاع و احوال روز دفاتر سنخیتی ندارند در بسیاری موارد سردفتران را دچار مشکل می‌نمایند.

علی‌هذا پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار با وضع قوانین جدید و کأن لم یکن نمودن قوانین و بخشنامه‌های فعلی به گونه‌ای عمل نماید که اولاً قوانین موجبات سوءاستفاده را مسدود نمایند و ثانیاً رویه فعلی را که همراه با صدور چندین بخشنامه وضع دفاتر را شبیه حقوق کامن‌لا نموده، تغییر دهد؛ یعنی قوانین آن‌چنان جامع و مانع باشند که نیاز به صدور بخشنامه‌های متوالی نباشد.

پی‌نوشت:

۱. داراب‌پور، مهرباب، حقوق مدنی ۴، مسئولیت‌های خارج از قرارداد، نشر مجد، چ. اول، ص. ۲۰۸.
۲. حسینی‌نژاد، حسینقلی، مسئولیت مدنی، انتشارات جهاد دانشگاهی، چ. اول، ۱۳۷۰.
۳. کاتوزیان، ناصر، مسئولیت مدنی، قواعد عمومی، چ. اول، انتشارات دانشگاه تهران، چ. ۸، ص. ۱۶۸.
۴. قاسم‌زاده، سید مرتضی، الزام‌ها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد، نشر میزان، چ. ۷، ص. ۲۵.
۵. کاتوزیان، همان، ص. ۱۸۵.
۶. داراب‌پور، همان، ص. ۶۸.
۷. کاتوزیان، همان، ص. ۱۹۲.
۸. همان، ص. ۲۴۲.
۹. قاسم‌زاده، مبانی مسئولیت مدنی، نشر میزان، چ. ۵، ش. ۳، صص. ۸۸ و ۸۹.
۱۰. کاتوزیان، همان، ص. ۲۴۴.
۱۱. داراب‌پور، همان، ص. ۱۲۸.
۱۲. همان.
۱۳. درودیان، جزوه مدنی ۴، ص. ۵۰.
۱۴. داراب‌پور، همان، صص. ۱۲۹ و ۱۳۰.
۱۵. LEVEL LAW A LEVEL AND AS، ترجمه رفیعی، محمد تقی، نشر مجد، چ. ۴، ص. ۲۷۱.
۱۶. نظری، ایراندخت، مسئولیت مدنی مالک، انتشارات جنگل، چ. اول، سال ۱۳۸۹، ص. ۱۸۱.
۱۷. همان، صص. ۱۸۲ و ۱۸۴.
۱۸. کاتوزیان، همان، ص. ۱۴۰.
۱۹. همان، صص. ۱۴۱ و ۱۴۲.
۲۰. داراب‌پور، همان، صص. ۱۳۱ و ۱۳۲.
۲۱. همان، ص. ۱۳۳.
۲۲. همان.
۲۳. کاتوزیان، مسئولیت مدنی، چ. ۲، وقایع حقوقی، ص. ۵۵، انتشارات دانشگاه تهران، چ. ۸، سال ۱۳۸۷.
۲۴. درودیان، همان، ص. ۶۹.
۲۵. کاتوزیان، مسئولیت مدنی، چ. اول، قواعد عمومی، صص. ۳۸۲ و ۳۸۳.
۲۶. حسینی‌نژاد، همان، ص. ۷۰.

۲۷. فرهنگ لغت معین.
۲۸. قاسم‌زاده، *مبانی مسئولیت مدنی*، ص. ۴۳.
۲۹. البته با تصویب قانون دفاتر اسناد رسمی و قانون سردفتران و دفتریاران در تاریخ ۱۳۵۴/۰۴/۲۵ و با توجه به خاص بودن قانون اخیر، ماده ۶۸ قانون ثبت اسناد و املاک مورخ ۱۳۱۰ قدرت اجرایی خود را در خصوص سردفتران و دفتریاران از دست داده است.
۳۰. قاسم‌زاده، *الزامها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد*، همان، ص. ۱۵۸، آیه ۹۱ سوره توبه و آیه ۶۰ سوره الرحمن؛ همچنین جهت مطالعه بیشتر، ر.ک.: محمدی، ابوالحسن، *قواعد فقه*، ص. ۴۱، نشر یلدا، چ. ۲، سال ۱۳۷۴.
۳۱. جهت مطالعه بیشتر و دیدن نظر مخالف، ر.ک.: کاتوزیان، *مسئولیت مدنی*، ج ۲، مسئولیت‌های خاص و مختلط، ص. ۱۶، انتشارات دانشگاه تهران، چ. ۸، ش. ۲۴۰، سال ۱۳۸۷.
۳۲. ناییب، ناصر، مقاله *مسئولیت سردفتران*، ماهنامه کانون، کانون سردفتران و دفتریاران، ش. ۴۹-۵۷.
۳۳. قاسم‌زاده، *مبانی مسئولیت مدنی*، همان، ص. ۴۰۶.
۳۴. جهت مطالعه بیشتر در خصوص قاعده اقدام، ر.ک.: محمدی، همان، ص. ۲۳۵.
۳۵. همان، ص. ۴۱.
۳۶. ادیب، مجید، مقاله ترجمه: *زیان و مسئولیت سردفتر اسناد رسمی*، ماهنامه کانون، کانون سردفتران و دفتریاران، ش. ۹۸ (توضیح این‌که در تبیین مبث هفتم، اغلب از این منبع استفاده شده است).
۳۷. فالاح، مهدی، *مقاله قاعده تحذیر در رویکرد فقهی و حقوقی*، برگرفته از سایت www.aftabir.com.
۳۸. مرتضوی، عبدالمجید، *حقوق تعهدات*، ص. ۱۰۸، انتشارات جنگل، چ. اول، سال ۱۳۸۹.
۳۹. عرفانیان، مسعود، مقاله *شرط عدم مسئولیت در حقوق ایران*، وبلاگ تخصصی حقوق ایران.
۴۰. رودیجانی، محمد مجتبی، *حقوق مدنی ۳، مسئولیت قراردادی*، ص. ۲۶۹، انتشارات کتاب آوا، چ. اول، سال ۱۳۸۹.
۴۱. وایت تیکر، سیمون، *اصول قراردادها در حقوق فرانسه*، ترجمه دکتر حسن ره پیک، ص. ۱۲۲، انتشارات خرسندی، چ. اول، سال ۱۳۸۵.
۴۲. کاتوزیان، *مسئولیت مدنی*، ج. ۲، مسئولیت خاص و مختلط، همان، ص. ۲۸.
۴۳. کاتوزیان، *مسئولیت مدنی، قواعد عمومی*، ج. اول، همان، ص. ۵۷۹.
۴۴. همان، ص. ۵۸۲.
۴۵. قاسم‌زاده، *الزامها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد*، همان، صص. ۱۵۲ و ۱۵۳.
۴۶. داراب پور، *مسئولیت‌های خارج از قرارداد*، همان، صص. ۲۷۱ و ۲۷۲.

بحثی پیرامون الفاظ مطلق و مقید

مرتضی محمدحسینی طرّقی^۱

چکیده:

مطلق و مقید از مباحث اصول فقه است که در فقه و حقوق نیز کاربرد فراوانی دارد و حقوق دانان و مجریان قانون، برای بیان و تشریح قانون در موارد ابهام و اجمال و تعارض قوانین و مقررات، با یاری جستن از قواعد اصول فقه، از جمله «مطلق و مقید» می‌توانند یاره‌ای از مسایل حقوقی را رفع نموده با اطمینان بیشتری به اهداف مقنن واقف شده و از خطاهای پیش‌رو، در حد امکان پرهیز نمایند. زیرا یک قانون و حکم ممکن است در جایی به‌طور مطلق بیان شود و بلافاصله و یا بافاصله، همین قانون مقید گردد و چون قانون‌گذار، قاعدتاً از هر دو قانون یا حکم، یک هدف را تعقیب می‌کرده، باید دید در اینجا چه باید کرد و چگونه می‌توان با وجود قانون یا حکم مطلق، مقید را انتخاب و اجرا نمود؟

با هدف رسیدن به پاسخ این‌گونه پرسش‌ها و آشنایی بیشتر با لفظ مطلق و مقید، این مقاله تلاش می‌کند مباحث پیرامون آن را مانند معنا و مفهوم این دو، تلازم مطلق و مقید، فرق عام و مطلق، منشأ اطلاق، مقدمات حکمت، انصراف، تنافی مطلق و مقید و راه علاج آن، حمل مطلق بر مقید و اصل اطلاق را با نگرش به کاربرد آن‌ها در علم حقوق، همراه با مثال‌های حقوقی بیان نماید و سرانجام اهم یافته‌های خود را در چند بند احصا کند.

واژگان کلیدی: مطلق، مقید، عام، اطلاق، تقیید، مقدمات حکمت، انصراف.

۱. کارشناس ارشد حقوق خصوصی.

مقدمه

یکی از مباحث اصول فقه در باب الفاظ که در علم حقوق نیز کاربرد فراوانی دارد، مطلق و مقید است؛ از آنجا که متون و مفهوم کلام و قانون گاهی روشن و دقیق و گویا نیست و شنونده و حقوق‌دان در مواجهه با سخنان و یا هر یک از مواد قانونی، برای درک صحیح از مدلول حقیقی الفاظ و مصوبات، گاهی نیاز به ابزار و روش‌هایی دارد تا با کمک آن‌ها، هدف واقعی گوینده و مقنن را کشف نماید. به بیان دیگر، یکی از این اصول و قواعد مورد استفاده در فقه و حقوق، برای بیان و تشریح کلمات، مطلق و مقید است.

البته در اینجا منظور، تفسیری که قانون اساسی در اصول ۷۳ و ۹۸ به آن پرداخته است، نیست. زیرا، در آنجا شرح و تفسیر قوانین عادی در صلاحیت مجلس شورای اسلامی است و دادرسان در مقام تمییز حق، تفسیری از قوانین می‌کنند و یا تفسیر قانون اساسی به عهده شورای نگهبان است؛ بلکه بیشتر، منظور ما تفسیری است که اساتید حقوق، وکلا، محققان علم حقوق و گاهی مجریان قانون معمولاً در موارد ابهام، اجمال، تعارض و سکوت قوانین و مقررات، به عمل می‌آورند. مثل این که با الهام گرفتن از علم اصول فقه و با استناد به ظاهر الفاظ مطلق و مقید، این‌گونه الفاظ را تفسیر می‌کنند. زیرا از یک جهت در علم اصول فقه قواعد استنباط حکم کلی از منابع فقه اسلامی به‌خوبی مورد بحث و بررسی قرار گرفته و احکام آن بیان شده است و از طرف دیگر، به دلیل نفوذ فقه اسلامی در حقوق ما، قواعد این علم از جمله مباحث مطلق و مقید، همواره مورد استفاده و استناد حقوق‌دانان کشورمان بوده است. فلذا، این مفاهیم و کلمات تا حدودی بین فقه و حقوق مشترک می‌باشد و مناسب است پیرامون آن‌ها بحث و بررسی انجام و مطالبی بیان شود تا با آگاهی بیشتر از قواعد و اصول مطلق و مقید، هنگام ابهام و اجمال و تعارض در متون قانونی مورد بهره‌برداری قرار گیرند. به بیان دیگر، درست است که مطلق و مقید از اصطلاحات اصول فقه اسلامی است اما منحصر به آن نمی‌باشد و در حقوق ما نیز این بحث در اغلب قوانین و مقررات به چشم می‌خورد و قابل انطباق با آنها است. بدین ترتیب، یادآوری و فراگیری

احکام مطلق و مقید برای حقوق دانان و مجریان قوانین و مقررات ما، امری اجتناب‌ناپذیر است و به یاری احکام و قواعد آن می‌توانند برخی از مسایل حقوقی را رفع نموده و با اطمینان بیشتری، قوانین و مقررات را اجرا کنند.

الف - تعریف الفاظ مطلق و مقید

در نگاه اول، ممکن است برای کلمات مطلق و مقید، نیازی به تعریف نباشد و مفهوم این دو، روشن و گویا به نظر برسد. اما، برای یادآوری و شناخت بیشتر از این واژه‌ها و مباحث آتی، مناسب است به تعریف لغوی و اصطلاحی و مفهوم آن‌ها، پرداخت.

لفظ «مطلق» در لغت یعنی: آزاد و رها، بی‌قید، ضد مقید.^۱ و در اصطلاح حقوقی و اصولی نیز همین معنا و مفهوم یافت می‌شود، به طوری که برخی نوشته‌اند: مطلق عبارت است از لفظی که در قانون به کار رفته و دلالت بر ماهیت و گوهر چیزی کند بدون این که به همه یا بعض نمونه‌های آن چیز توجه داشته باشد مانند کلمه «عقد» در ماده ۱۸۳ ق.م. که قانون‌گذار فقط ماهیت عقد را بیان کرده است و هیچ توجه به شمول این کلمه نسبت به نمونه‌های مختلف آن ندارد.^۲

و یا «مطلق» لفظی است که قابلیت دلالت بر تمام افرادی که تحت آن لفظ می‌توانند قرار گیرند، داشته باشد.^۳ البته از قدیم‌الایام علما معمولاً مطلق را این‌گونه تعریف کرده‌اند: «المطلق هو اللفظ الدال علی شایع فی جنسه».^۴

کلمه «مقید» در مقابل مطلق و مانند آن، صفت لفظ است یعنی کلامی که قید دارد، مقید است. در لغت یعنی: بندشده، پا بند، در قید و بند.^۵ و اصطلاحاً در اصول فقه: «المقید

۱. عمید، حسن، فرهنگ عمید (۳ جلدی)، انتشارات امیرکبیر، سال ۱۳۶۳، ج. ۳، ص. ۲۲۶۶.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دائرةالمعارف حقوقی (دانشنامه حقوقی)، انتشارات امیرکبیر، ج. ۵، چ. ۳، ۱۳۷۵، ص. ۳۵۵.

۳. محقق داماد، سیدمصطفی، مباحثی از اصول فقه، دفتر اول: مباحث الفاظ، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۷، چ. ۱۶، ص. ۱۶۹.

۴. محمدی، علی، شرح اصول استنباط، ج. اول، انتشارات دارالفکر، ۱۳۷۵، ص. ۳۰۶ و نیز رک: المظفر، محمدرضا، اصول الفقه، ج. اول، ص. ۱۶۷ به نشانی: WWW.Islamic.doc.org و نائینی، محمد حسین، اجود التقریرات، المجلد الاول فی علم الاصول، ص. ۵۱۴؛ همین عنوان، نویسنده؛ محرر خوئی، ابوالقاسم.

۵. عمید، همان، ص. ۲۲۹۵.

هو اللفظ الدال علی غیرشایع^۱ و راجع به آن بعضی گفته‌اند؛ هرگاه به کمک قرینه‌ای قابلیت انطباق بر تمام افراد متحدالجنس آن ماهیت از بین رفته و فقط بر محدودی از افراد متحدالجنس آن ماهیت منطبق شود، آن را مقید نامند مانند (عقد لازم) در ماده ۶۷۹ ق.م. ۲ یا «مقید» در اصطلاح علم اصول، هر کلمه مطلق است که با افزودن قیدی دایره شمول آن محدود گردد.^۳

ب - مطلق

با تعاریفی که از مطلق و مقید به عمل آمد، درمی‌یابیم که این دو لفظ وجوه تشابه و افتراقی با الفاظ عام و خاص دارند^۴ که در مباحث بعدی تا حدودی به آن‌ها پرداخته خواهد شد لیکن در اینجا ضروری است بیان شود که الفاظ عام و خاص در مورد افراد است ولی مطلق و مقید راجع به احوال و صفات.

به بیان دیگر، لفظ عام در اموری کلی است که افراد موضوع در آن متعدد و فراوان اند و این لفظ بر همه مصادیق خود شمول دارد (مانند: همه، هر، هیچ، تمام و کلیه) ولی، مطلق و مقید مربوط به طبیعت و ماهیتی است که متعلق تکلیف می‌باشد و به بیانی، مطلق بر ماهیت بدون قید دلالت می‌کند.

اگرچه در برخی موارد، تشابه عام و مطلق به حدی است که تفکیک این دو لفظ را مشکل می‌سازد. مثل این که بگوییم؛ به همه دانشمندان احترام بگذارید (عام) و یا به دانشمند احترام بگذارید (مطلق) که ظاهراً بین این دو عبارت تشابه وجود دارد و نتیجه عمل به دستور هر دو، یکی است. مع‌ذلک، الفاظ عام و مطلق دارای اختلافاتی هستند و لذا در دو مبحث جداگانه مورد بررسی قرار می‌گیرند.

درخصوص کلماتی که می‌توانند مطلق یا مقید شوند، برخی از اسم اعم از نکره و

۱. محمدی، همان (شرح اصول استنباط علامه سید علی نقی حیدری).

۲. جعفری لنگرودی، *ترمینولوژی حقوق*، کتابخانه گنج دانش، پاییز ۱۳۶۷، ص. ۶۵۹.

۳. ولایی، عیسی، *اصول فقه*، انتشارات دارالفکر، سال ۱۳۸۷، ص. ۳۶.

۴. برای یادآوری الفاظ عام و خاص و مباحث آن‌ها، ر.ک.: نگارنده، مباحثی پیرامون الفاظ عام و خاص، ماهنامه کانون (ماهنامه حقوقی کانون سردفتران و دفتریاران)، ش. ۵۶، اردیبهشت و خرداد ۱۳۸۴، صص. ۱۲۴ تا ۱۲۸.

معرفه، جزئی و کلی، اسم جنس و اسم شخص، مفرد و جمع نام برده‌اند^۱ و بعضی اسم جنس، چه عین باشد و چه فعل و نیز نکره را مصادیق مطلق و مقید دانسته‌اند. توضیح این که برای الفاظ مطلق، اسم جنس، انسان و حیوان؛ نکره، رجل و مردی؛ برای صیغه امر، اقم الصلاة و بالمعروف؛ و برای مفردات با الفولام، لفظ «البيع» در آیه شریفه: «... احلّ الله البيع و حرّم الزّبا...»^۲ را می‌توانیم مثال بزنیم.

به هر رو، اشاره به نمونه‌هایی که در قوانین گوناگون راجع به مطلق آمده است و در ادامه پاره‌ای از آن‌ها را ذکر می‌کنیم، اهمیت لفظ مطلق را روشن تر می‌نماید؛ در تبصره ۳ ماده ۳۴ ق.ت. می‌خوانیم؛ در کلیه اسناد رسمی بایستی اقامتگاه متعاملین به‌طور وضوح در سند قید شود. در اینجا عبارت: «متعاملین» به‌طور مطلق آمده و شامل اشخاص حقیقی (انسان‌ها) و اشخاص حقوقی (مانند شرکت‌ها، مؤسسات، وزارتخانه‌ها و سازمان‌های دولتی و عمومی) طرف معامله هم خواهد بود. و یا، ماده ۶۶۰ ق.م. صراحت دارد که: «وکالت ممکن است به‌طور مطلق و برای تمام امور موکل باشد یا مقید و برای امر یا امور خاصی». یعنی درخصوص عبارات «به‌طور مطلق» و «برای تمام امور» مقنن، مابین مطلق و عام، تفاوت قائل شده است (با آوردن حرف عطف واو). آخرین مثال برای لفظ مطلق، کلمه «جنون» در ماده ۵۱ ق.م.ا. است. در این ماده، آمده است: جنون در حال ارتکاب جرم به هر درجه که باشد رافع مسئولیت کیفری است. یعنی اطلاق «جنون» هم زن و هم مرد را شامل می‌شود. به علاوه، واژه «جنون هم جنون ادواری و هم جنون مستمر (دائمی) را دربرمی‌گیرد. لذا در این ماده لفظ جنون، مطلق است.

پ - مقید

مقید، برخلاف مطلق، لفظی است که به دلیل وجود قید، بر تمام معنای شایع در جنس خود دلالت نمی‌کند. مثل آن که در مفهوم بخشی از آیه ۹۷ سوره آل عمران قرآن مجید آمده است؛ حج و زیارت خانه خدا بر کسانی واجب است که توانایی رفتن به آن‌جا را داشته

۱. محمدی، ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی یا اصول فقه، دانشگاه تهران، پاییز ۱۳۸۱، ص. ۱۳۰.

۲. سوره مبارکه بقره، آیه شریفه ۲۷۵.

باشند. یعنی حج بر هر مکلفی واجب است ولی به شرط داشتن توانایی مالی و جانی و باز بودن راه. بنابراین، در اینجا، آیه قرآن، مقید به خصوصیتی شده است.

با معلوم شدن معنای مطلق و مقید و مطالب و مثال‌هایی که در خصوص مطلق آوردیم، آشکارتر می‌شود که دایره شمول مقید (مانند خاص در مقابل عام) از مطلق محدودتر است. یعنی، با افزودن قید به کلمه مطلق (که قابلیت تقیید داشته باشد) لفظ از حالت مطلق خارج و مقید می‌گردد.

فذا، مقید، نسبت به مطلق، افراد کمتری را دربرمی‌گیرد. برای نمونه اگر واژه «آب» مطلق است؛ آب جاری، آب چاه، آب قنات و آب باران، هر یک مقید و محدودتر از آب مطلق می‌باشند. یا طبق ماده ۲ ق.م.؛ قوانین ۱۵ روز پس از انتشار، در سراسر کشور لازم‌الاجرا است مگر آن که در خود قانون، ترتیب خاصی برای موقع اجرا مقرر شده باشد. اما، نحوه انتشار قوانین، برای لازم‌الاجرا شدن چگونه است؟ آیا انتشار آن‌ها به‌طور مطلق کفایت می‌کند که مثلاً در سایت‌های اینترنتی، پرتال‌ها، صدا و سیما، مجلات و روزنامه‌های کثیرالانتشار منتشر گردد، یا این امر مقید است؟ در پاسخ باید گفت مقنن انتشار آن‌ها را مقید به روزنامه «رسمی» نموده، نه «روزنامه»؛ از همین رو، ماده ۳ قانون مزبور صراحت دارد که؛ *انتشار قوانین باید در روزنامه رسمی به عمل آید.* یعنی اگر قید رسمی در این ماده ذکر نشده بود، می‌توانستیم بگوییم، انتشار قوانین در روزنامه کثیرالانتشار هم برای لازم‌الاجرا شدن کافی بود. به بیان دیگر، لفظ روزنامه در اینجا مطلق و روزنامه رسمی مقید است.

نکته‌ای که ذکر آن در اینجا خالی از فایده نیست، آن است که اطلاق و تقیید، یک امر نسبی است. یعنی مطلق در مقایسه و نسبت به یک چیز ممکن است مطلق باشد و نسبت به چیز دیگر، مقید؛ مثل این که مطابق ماده ۱۰۵۹ ق.م.؛ «نکاح مسلمه با غیرمسلم جائز نیست. در اینجا «نکاح» مقید به «مسلمه» شده است. اما، لفظ نکاح مسلمه، مطلق است و شامل نکاح منقطع و دائم می‌شود». بنابراین، اگر در این ماده، جائز نبودن را، بطلان عقد بدانیم، ازدواج زن مسلمان با غیرمسلمان چه به‌طور دائم یا موقت، باطل است.

ت - تفاوت عام و مطلق

با وجود تقاربی که بین عام و مطلق وجود دارد، تفاوت‌هایی نیز چه از جهت نظری و چه به لحاظ عملی بین آنها دیده می‌شود. به طوری که در قانون اساسی ما نیز به این نکته توجه شده و اصل ۴ آن مقرر نموده: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزائی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید براساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر برعهده فقهای شورای نگهبان است». یعنی به دلیل وجوه افتراق اطلاق و عموم، از هر دوی آن‌ها، در این اصل استفاده شده است. برای تمییز بین آن دو لفظ و آثار این اختلاف، ضروری است در اینجا تا حدودی فرق آن‌ها را بررسی و احصا نماییم:

۱ - گفته شده، ظهور عام در عموم به عقیده بیشتر اصولیین ناشی از دلالت وضعی لفظی است، در حالی که دلالت مطلق بر اطلاق، چنان که خواهد آمد، به واسطه مقدمات حکمت است و وضعی نیست.^۱ بنابراین، اگر عام و مطلق با یکدیگر تعارض پیدا نمایند، عام مقدم است، چون ظهور عام بر عموم براساس وضع لغوی است و متوقف بر چیزی نمی‌باشد، حال آن که در مطلق، شمول، موکول به وجود شرایط و مقدمات حکمت است (راجع به مقدمات حکمت در مبحث آتی سخن خواهیم گفت).

۲ - لفظ عام با مفهوم خود، کلیه افراد و مصادیق عنوانش را شامل می‌شود و حکم را بر آن‌ها ثابت می‌نماید، در حالی که در اطلاق، شیوع لفظ و گسترش آن مربوط به اعتبار احوال و صفات و طبیعت و ماهیتی می‌باشد که متعلق تکلیف است. مثل این که خداوند در آیه نخست سوره مائده قرآن مجید می‌فرماید: «اوفوا بالعقود» که این لفظ عام و برای همه افراد است. ولی در «احل الله البیع...»، حلال بودن، به طبیعت بیع مربوط است. به علاوه، اصولیین معتقدند: دلالت عام بر افراد بالوضع است ولی دلالت مطلق بر افراد و مصادیقش بالوضع نیست بلکه بالعقل است؛^۲

۱. محمدی، ابوالحسن، همان، ص. ۱۳۲.

۲. ر.م.: محقق داماد، همان، ص. ۱۷۱.

۳ - تفاوت عام استغراقی^۱ با مطلق این است که عام استغراقی تمام افراد یک جنس یا یک کلی را دربرمی‌گیرد. یعنی شمول عام، استغراقی است، مثل این که ماده ۶ ق.ت. مقرر نموده: «هر تاجری به استثنای کسبه جزء مکلف است دفاتر ذیل یا دفاتر دیگری را که وزارت عدلیه به موجب نظام‌نامه قائم‌مقام این دفاتر قرار می‌دهد داشته باشد...» که در اینجا «هر تاجری» عام استغراقی است. اما شمول مطلق، بدلی است. مانند آن که کسی به دیگری دستور دهد: به ناتوانی کمک کن؛ که یاوری نمودن یک ناتوان برای انجام این فرمان، کفایت می‌کند و اطاعت امر تلقی می‌شود.

۴ - عام بعد از این که تخصیص یافت، از عمومیت خواهد افتاد. اما، همان‌گونه که پیشتر اشاره شد، اطلاق و تقیید، دو امر نسبی هستند. یعنی مطلق بعد از تقیید، ممکن است از سویی مقید و از جهت یا جهاتی دیگر باز هم مطلق باشد. مثل این که «وکیل» مطلق است و شامل وکیل رسمی و غیررسمی است و وکیل غیررسمی از یک جهت مقید است و از لحاظ دیگر ممکن است وکیل پایه یک و یا پایه دو دادگستری باشد و یا وکیل پایه یک دادگستری، امروزه مطلق و مقید به وکیل کانون وکلای دادگستری و یا وکیل قوه قضائیه (ماده ۱۸۷ قانون برنامه سوم توسعه) است.

در اینجا مناسب است یادآوری شود که تفاوت عام و مطلق، صرفاً یک بحث نظری نیست بلکه ممکن است آثار عام یا مطلق بودن یک کلمه یا جمله، در عمل نیز آشکار گردد. مثلاً اگر زنی به مردی به‌طور مطلق وکالت بدهد و بگوید: من را شوهر بده، وکیل نمی‌تواند آن زن را برای خودش عقد نماید. اما اگر وی به‌طور عام وکالت بدهد مقرر نماید: مرا به هر کس که صلاح می‌دانی شوهر بده، وکیل می‌تواند از این عام استفاده کند وزن مزبور را به عقد خود درآورد. این است که ماده ۱۰۷۲ ق.م. مقرر نموده: در صورتی که وکالت به‌طور اطلاق داده شود وکیل نمی‌تواند موکله را برای خود تزویج کند مگر این که این اذن صریحاً به او داده شده باشد. و یا ماده ۱۰۷۱ همین قانون می‌گوید: هر یک از مرد و زن می‌تواند برای عقد نکاح وکالت به غیر دهد.

۱. برای ملاحظه این نوع عام، ر.ک.: نگارنده، همان، صص. ۱۳۰ - ۱۲۹.

ث - مقدمات حکمت

در مباحث گذشته اشاره شد که دلالت عام بر عموم به سبب وضع لفظ عام بوده است ولی دلالت مطلق بر اطلاق به کمک مقدمات حکمت است. بنابراین تفاوت و برای آن که بتوان از اطلاق کلام استفاده نمود، باید قرائن و شرایطی وجود داشته باشد که از آنها به «مقدمات حکمت» یاد می‌شود. به بیان دیگر، مقدمات حکمت، شرایطی است که در صورت جمع بودن آنها، می‌توان گفت مطلق، دلالت بر اطلاق دارد. در مورد تعداد این مقدمات، اختلاف نظر وجود دارد^۱ و برخی از آنها به این شرح است:

۱ - لفظ و معنا قابل اطلاق و تقييد باشد؛

یعنی اطلاق در کلامی متصور خواهد بود که تقييد هم در آن قابل تصور است. برای مثال، می‌توان خودرو را با رنگ مقید نمود و گفت خودرو سفید. اما، نمی‌توان آن را با مزه مقید کرد. و یا مثلاً مورد معامله را نمی‌توان مقید کرد به قیدی که آن را مردد سازد، یعنی نمی‌توان گفت مبیع، این کتاب است یا آن کتاب؛ از این رو، نمی‌توان گفت کلمه مبیع که در متون قانونی به کار رفته است، از این جهت اطلاق دارد.^۲

۲ - گوینده باید در مقام بیان باشد؛

با این شرط، اگر متکلم و گوینده در صدد اجمال‌گویی، اهمال و یا در مقام بیان مطلب دیگری است، نمی‌توان از گفتار او، استفاده اطلاق نمود. به عنوان مثال، اگر پدری به فرزند خود بگوید: وقت خود را با دیدن فیلم‌های گوناگون ضایع نکن و کتاب بخوان. در اینجا نمی‌توانیم بگوییم، لفظ «کتاب» مطلق است و هر کتاب را شامل می‌شود. زیرا، در آنجا متکلم در مقام بیان شرایط و اوصاف کتاب نبوده تا سکوت او را دلیل بر این قرار دهیم که از نظر وی، شرایط و اوصاف کتاب اهمیتی ندارد و فرزند هر کتابی بخواند خواسته پدر را اجابت نموده؛ زیرا در اینجا گوینده در مقام بیان نبوده است بلکه در مقام اجمال، بوده است.

۱. رک: محمدی، ابوالحسن، همان، ص. ۱۳۴؛ موسوی بجنوردی، سیدمحمد، مقالات اصولی، مؤسسه انتشارات امیرکبیر، چ. ۳، تهران، ۱۳۷۱، ص. ۱۶۴ به بعد؛ محقق داماد، همان، صص. ۱۷۲ تا ۱۷۵؛ مظفر، همان، ص. ۱۸۲.

۲. محمدی، ابوالحسن، همان.

سؤالی که ممکن است مطرح شود آن است که اگر شک داشته باشیم که آیا گوینده در مقام بیان بوده است یا نه؛ چه باید کرد؟ در پاسخ همان گونه که برخی نوشته‌اند؛ اصل این است که متکلم را در مقام بیان بدانیم.^۱

۳- نبودن قرینه تقیید؛^۲

اگر گوینده قید قرینه‌ای برخلاف ظاهر بیان نماید، اطلاق کلام مراد نمی‌باشد. به بیان دیگر، چنانچه قیدی به‌طور صریح یا غیرصریح، متصل یا غیرمتصل در کلام وجود داشته باشد، نمی‌توان به اطلاق آن تمسک نمود. برای نمونه، وقتی ماده ۹۱۵ ق.م. مقرر می‌نماید: انگشتی که میت معمولاً استعمال می‌کرده و همچنین قرآن و رخت‌های شخصی و شمشیر او به پسر بزرگ او می‌رسد بدون این که از حصه او از این حیث چیزی کسر شود مشروط بر این که ترکه میت منحصر به این اموال نباشد. در اینجا اگر چه کلمه «میت» ظاهراً اطلاق دارد و شامل پدر و مادر می‌شود. اما رخت‌های شخصی و خصوصاً شمشیر قید و قرینه‌ای است که دلالت دارد، پسر از ترکه مادر، حبوه نمی‌برد یا حبوه در دارایی مادر نمی‌باشد.

و یا وقتی ماده ۱۰۲ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت (مصوب سال ۱۳۴۷) مقرر می‌کند: «در کلیه مجامع عمومی حضور وکیل یا قائم‌مقام قانونی صاحب سهم و همچنین حضور نماینده یا نمایندگان شخصیت حقوقی به شرط ارائه مدرک وکالت یا نمایندگی به منزله حضور خود صاحب سهم است. قسمت نخست این ماده که در مورد شخص حقیقی است، شرط ارائه «مدرک وکالت» را بیان نموده است». در اینجا مدرک وکالت به‌طور مطلق آمده، یعنی هم شامل مدرک وکالت عادی و هم رسمی است (که در دفترخانه تنظیم و ثبت شده است).

بنابراین، چون دلالت مطلق بر اطلاق به‌واسطه مقدمات حکمت می‌باشد و یکی از شرایط این مقدمات، فقدان قرینه تقیید است. پس اگر قرینه متصل یا منفصلی در خصوص

۱. همان، ص. ۱۳۵.

۲. برخی نبودن قدر متیقن در مقام مخاطب را نیز به این شروط اضافه کرده‌اند. رک: همان، ص. ۱۳۷؛ موسوی بجنوردی، همان، ص. ۱۶۶.

موضوع نباشد (صرف نظر از آثار سوئی که ممکن است بر تنظیم و پذیرش وکالت نامه عادی مترتب باشد) بایستی به دلیل اطلاق و نبود قرینه تقیید، حضور وکیل با وکالت نامه عادی را هم در مجامع عمومی شرکت سهامی پذیرفت.

ج - انصراف؛

بعضی از اصولیین، در کنار مبحث مقدمات حکمت، بحث دیگری را به عنوان انصراف مطرح می کنند.^۱ فلذا، در اینجا راجع به عنوان مزبور با ذکر مثال هایی اشاره خواهیم نمود. منظور از «انصراف» در علم اصول، این است که ذهن از معنایی روی برگرداند یا بدان متوجه شود. برای رسیدن به پاسخ این سؤال که آیا انصراف مانع اطلاق می شود یا نه؟ آن را تقسیم نموده اند و در یک تقسیم بندی مهم، انصراف به بدوی، و ناشی از کثرت استعمال لفظ، تقسیم می شود. در نوع نخست که باعث تقیید نخواهد گردید، انصراف بدوی یا ابتدایی است. راجع به این انصراف بعضی نوشته اند که: به علت کثرت وجود مصادیق و افراد چیزی در خارج، هنگام استعمال لفظ، ذهن از مصداق نادر روی برمی گرداند و به مصداق کثیر و غالب متوجه می شود.^۲ به طور مثال: ... اگر کسی وقف کند بر مسلمانان؛ منصرف می شود به کسی که نماز می کند به سوی قبله، یعنی: آن کس که عقیده اش نماز کردن به سوی کعبه است.^۳ در اینجا عرفاً مسلمان مطلق در کشورمان، منصرف به شیعه دوازده امامی است. ولی این نوع انصراف ابتدایی است و هم شامل شیعه و هم اهل سنت می شود. در نوع دوم، یعنی انصراف ناشی از کثرت استعمال لفظ در بعضی از مصادیق آن، برعکس نوع نخست، برخی آن را مانع اطلاق لفظ می دانند، مانند لفظ «اموال» که در باب اول کتاب اول جلد اول قانون مدنی (اموال منقول و غیرمنقول)، دیده می شود و بر اثر

۱. برای نمونه، رک: مظفر، همان، ص. ۱۸۲ (اصول فقه ۲، تحت عنوان تعریف انصراف چیست؟)؛ سبحانی، جعفر، www.islamicdoc.org، الوسیط فی اصول الفقه، ج. اول، ص. ۲۳۷. نائینی، محمدحسین، همان، ص. ۵۳۲.

۲. محقق داماد، همان، صص. ۱۷۵ و ۱۷۶.

۳. محقق حلی، *تسرایح الاسلام*، ج. اول، ترجمه: ابوالقاسم ابن احمد یزدی، به کوشش محمدتقی دانش پژوه، انتشارات دانشگاه تهران، تیرماه ۱۳۶۴، ص. ۳۴۷.

فراوانی استعمال در اشیای مادی، هنگام استعمال، منصرف به این قسم از اموال می‌باشد لیکن می‌دانیم که اموال در شرایطی غیرمادی هم هستند. بدین ترتیب، با فراهم شدن تمامی شرایط مقدمات حکمت، اطلاق ثابت می‌گردد و در صورت فقدان حتی یکی از این مقدمات، کلام بر اطلاق و شیاع دلالت ندارد و قابل تمسک نیست.

چ - حمل مطلق بر مقید

هرگاه دو قانون و یا دو حکم راجع به موضوع واحد داشته باشیم که یکی مطلق و دیگری مقید است، یعنی با یکدیگر تعارض دارند و نمی‌توان به هر دو به‌طور کامل عمل نمود، این سؤال مطرح می‌شود که برای جمع میان آن دو چه باید کرد؛ آیا بایستی به مقید عمل نمود یا مطلق؟

علمای اصول گفته‌اند؛ هرگاه بین مطلق و مقید ناسازگاری باشد به گونه‌ای که نتوانیم حفظ ظهور هر دو را بنماییم، باید دست از ظهور مطلق برداریم و مطلق را حمل بر مقید نماییم.

این اقدام را در اصطلاح علم اصول «حمل مطلق بر مقید» گویند.^۱ بنابراین، در تنافی مطلق و مقید راه علاج آن است که مقید را بگیریم و به آن عمل کنیم. زیرا، مقنن یا دستوردهنده، در این حالت از مطلق و مقید یک هدف را تعقیب می‌کرده است و در جایی که مطلق را بیان نموده، مقصودش عمل به مقید بوده است. یعنی هرگاه دلیلی بر تقیید مطلق وجود داشته باشد بایستی به آن توجه و عمل گردد. به بیان دیگر، اگر مقید مورد عمل قرار گیرد، بین مطلق و مقید جمع شده، تعارض از میان رفته و به‌نحوی به هر دو عمل گردیده است. مثل این که ماده ۸۳۱ ق.م. به‌طور مطلق می‌گوید: *اگر موصلی له صغیر یا مجنون باشد رد یا قبول وصیت با ولی خواهد بود. اما قسمت اخیر ماده ۱۲۱۲ همین قانون ماده ۸۳۱ ق.م. را مقید نموده و مقرر کرده است: ... مع ذلک صغیر ممیز می‌تواند تملک بلاعوض کند مثل قبول هبه و صلح بلاعوض و حیازت مباحات.*

۱. محقق داماد، همان، ص. ۱۷۷ و نیز ر.ک.: موسوی بجنوردی، همان، ص. ۱۶۷ به بعد؛ حیدری، علامه علی نقی، ترجمه و شرح اصول الاستنباط، زراعت، عباس؛ حمید مسجد سرائی، دانشگاه کاشان، ناشر فیض، تابستان ۱۳۷۷، ص. ۱۷۳، محمدی، علی، همان، صص. ۳۱۱ تا ۳۲۴.

مثال دیگر، این که طبق ماده ۲۰۵ ق.م.ا؛ قتل عمد برابر مواد این فصل موجب قصاص است و ... ولی ماده ۲۲۰ همین قانون مقرر می کند: پدر یا جد پدری که فرزند خود را بکشد قصاص نمی شود... فلذا به هر دو ماده یادشده نمی توان عمل نمود و ناگزیر بایستی مطلق را حمل بر مقید کرد و در مانحن فیه به ماده ۲۲۰ قانون مذکور عمل نمود. بدین ترتیب، اگر تعارضی بین مطلق و مقید وجود نداشته باشد، حمل یکی بر دیگری یا جمع بین مطلق و مقید ضرورتی نخواهد داشت؛ مانند مفاد مواد ۱۰ و ۱۲۸۸ ق.م. برخی گفته اند؛ برای این که بین مطلق و مقید تعارض وجود داشته باشد، وجود دو شرط لازم است:

۱ - حکم مطلق و مقید یکی باشد؛ ۲ - علت حکم آنها یکی باشد.^۱

در مورد شرط اول، مثل این که ماده ۶۴۰ ق.م. مقرر می کند: «مستعیر ضامن تلف یا نقصان مال عاریه نمی باشد مگر در صورت تفریط یا تعدی. اما، ماده ۶۴۴ همین قانون می گوید: در عاریه طلا و نقره اعم از مسکوک و غیرمسکوک مستعیر ضامن است هر چند شرط ضمان نشده و تفریط یا تعدی هم نکرده باشد. و در اینجا حکم هر دو قضیه مسئولیت مستعیر است. منتها قضیه دوم با اطلاق قضیه نخست، تعارض دارد و حمل مطلق بر مقید لازم می آید و در نتیجه مستعیر در صورت عدم تفریط یا تعدی، ضامن تلف یا نقصان مال عاریه نمی باشد ولی در عاریه طلا و نقره مستعیر ضامن است، اگرچه تفریط یا تعدی هم نکرده باشد. ضمناً لازم به ذکر است که در حمل مطلق بر مقید، قاعدتاً از نظر زمانی تاریخ مقید، متأخر از زمان مطلق است».

با توجه به این که «اصالة الاطلاق» یکی از اصول لفظیه است، در آخر مناسب می باشد به این سؤال هم پاسخ دهیم؛ اگر لفظی که قابلیت تقیید دارد، بدون قید یعنی به طور مطلق بیان شده باشد و در هدف گوینده یا مقنن شک شود که آیا مراد ایشان مطلق و یا مقید بوده است؟ در حالی که قیدی از سوی متکلم به شنونده یا مجری قانون نرسیده باشد، در چنین حالتی به نظر می رسد باید اصل اطلاق را جاری کنیم و بگوییم چون گوینده و قانون گذار لفظ را به صورت مطلق بیان کرده اند (اگر مقصود مقید بود بایستی آن را به نحوی ابراز می نمودند و چون چنین نکرده اند)، پس به وجود قید احتمالی نیایستی اعتنا نماییم و پس از جستجوی مناسب و نیافتن قید، با عنایت به اصالة الاطلاق، در مقام تردید به مطلق عمل می کنیم. به بیان دیگر، اصل اطلاق را در موردی به کار می بریم که لفظ

۱. ر.ک: محمدی، ابوالحسن، همان، ص. ۱۳۸؛ محقق داماد، همان، صص. ۱۷۹ - ۱۸۰؛ موسوی بجنوردی، همان، صص. ۱۴۸ و ۱۶۹.

مطلقاً داریم که احتمال دارد قیود و صفت‌هایی داشته باشد که برخی از آن‌ها ممکن است اراده شده باشد، و در وجود مقید یا مطلق بودن کلام، تردید است؛ در اینجا ناگزیر به قید احتمالی اعتنا نمی‌کنیم و معتقد می‌شویم که اصل، اطلاق است.

ح - نتایج

۱ - مطلق لفظی است که قابلیت دلالت بر تمام افرادی که تحت آن لفظ می‌تواند قرار گیرند، داشته باشد. اما، مقید آن است که به دلیل وجود قید در مطلق، بر تمام معنای شایع در جنس خود دلالت نمی‌کند؛

۲ - در مورد کلماتی که می‌توانند مطلق باشند یا مقید شوند، برخی، از اسم نکره و معرفه، جزئی و کلی، اسم جنس و شخص مفرد و جمع نام برده‌اند و بعضی اسم جنس چه عین باشد و چه فعل و نکره را مصداق مطلق و مقید دانسته‌اند؛

۳ - اطلاق و تقیید یک امر نسبی است و مطلق در مقایسه با یک چیز ممکن است مطلق و نسبت به امر دیگر، مقید باشد؛ یعنی مطلق بعد از تقیید، ممکن است از سویی مقید و از جهت یا جهاتی دیگر، باز هم مطلق باقی بماند؛

۴ - با وجود مشابهت‌هایی که بین مطلق و عام وجود دارد، این دو مستقل از یکدیگرند و تفاوت‌های مهمی مابین آن‌ها موجود است؛ مثل این که مطلق راجع به ماهیت و احوال و صفات است ولی، عام در مورد امور کلی است که افراد موضوع آن فراوان و متعدد می‌باشند و این لفظ (مانند: همه، هر، هیچ، تمام و کلیه)، بر جملگی مصادیق خود، سریان و شمول دارد.

۵ - به عقیده بیشتر اصولیون، ظهور عام در عموم ناشی از دلالت وضعی لفظی است، در حالی که دلالت مطلق بر اطلاق به واسطه مقدمات حکمت است؛ بنابراین، اگر عام و مطلق با یکدیگر تعارض پیدا نمایند، عام مقدم است. زیرا ظهور عام بر عموم براساس وضع لغوی است و متوقف بر چیزی نیست؛

۶ - برای آن که بتوان از اطلاق کلام استفاده نمود، قرائن و شرایطی لازم است که «مقدمات حکمت» نامیده شده، یعنی مقدمات حکمت شرایطی است که در صورت جمع بودن آن‌ها، می‌توان گفت مطلق دلالت بر اطلاق دارد؛

- ۷ - در خصوص تعداد مقدمات حکمت، اختلاف نظر وجود دارد که مهم‌ترین آن‌ها عبارتند از: ۱ - به علت تلازم اطلاق و تقييد، لفظ و معنا قابل اطلاق و تقييد باشند؛ ۲ - گوینده در مقام بیان مطلب باشد؛ و ۳ - نبودن قرینه تقييد در گفتار؛
- ۸ - اصولیین در کنار مبحث مقدمات حکمت، گاهی بحث «انصراف» را مطرح می‌کنند. منظور از این واژه در علم اصول، آن است که به دلایلی ذهن از معنایی منصرف شود و یا به آن متوجه گردد؛
- ۹ - راجع به این که آیا انصراف، مانع اطلاق می‌شود یا نه؟ آن را به دو دسته انصراف بدوی و ناشی از کثرت استعمال لفظ تقسیم می‌نمایند، نوع نخست باعث تقييد نمی‌گردد. اما به نظر اصولیون، انصراف ناشی از استعمال لفظ در بعضی از مصادیق آن، مانع اطلاق لفظ است؛
- ۱۰ - هرگاه دو قانون یا دو حکم متعارض در خصوص موضوع واحد داشته باشیم که یکی مطلق و دیگری مقید است و نتوانیم کاملاً به هر دو عمل کنیم، باید دست از ظهور مطلق برداشته، بین آن‌ها جمع نموده و مقید را انتخاب و آن را به کار ببندیم. به این اقدام در اصطلاح علم اصول، «حمل مطلق بر مقدم» می‌گویند؛
- ۱۱ - اگر تعارضی بین مطلق و مقید وجود نداشته باشد، حمل یکی بر دیگری یا جمع بین آن دو ضروری نیست. به علاوه، برای این که مطلق و مقید یکدیگر را نفی کنند، وجود دو شرط: یکی بودن حکم مطلق و مقید، و واحد بودن حکم آن‌ها، لازم است؛
- ۱۲ - با عنایت به این که یکی از اصول لفظیه، «اصالة الاطلاق» است، چنانچه لفظی که قابلیت تقييد دارد، از سوی متکلم یا مقنن بدون قید (عمدتاً منفصل) به‌طور مطلق بیان گردد و تردید شود که آیا مراد گوینده یا قانون‌گذار مطلق بوده است یا مقید، یعنی آیا تمام مدلول لفظ مطلق، یا بخشی از آن را اراده کرده است؟ پس از جستجوی مناسب و نیافتن قید، براساس اصل اطلاق، به قید احتمالی اعتنایی نمی‌شود و اصالة الاطلاق جاری و به مطلق عمل می‌گردد.

منابع و مأخذ:

- ۱ - آیاتی از قرآن مجید.
- ۲ - جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمیمولوژی حقوق*، ج. اول، ناشر: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۶۷.
- ۳ - _____، *دائرةالمعارف حقوقی (دانشنامه حقوقی)*، ج. ۵، چ. ۳، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۵.
- ۴ - حیدری، علامه علی نقی، *اصول الاستنباط*، ترجمه و شرح دکتر عباس زراعت، حمید مسجد سرایی، دانشگاه کاشان، ناشر فیض، ۱۳۷۷.
- ۵ - سبحانی، جعفر، *الوسیط فی اصول الفقه*، ج. اول، www.Islamicdoc.org.
- ۶ - عمید، حسن، *فرهنگ عمید (۳ جلدی)*، ج. ۳، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۶۳.
- ۷ - محقق حلی، *تشریح الاسلام*، ج. اول، ترجمه ابوالقاسم ابن احمد یزدی، به کوشش محمدتقی دانش‌پژوه، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۴.
- ۸ - محقق داماد، سید مصطفی، *مباحثی از اصول فقه، دفتر اول مباحث الفاظ*، ج. ۱۶، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۷.
- ۹ - محمد حسینی طرقی، مرتضی، *مباحثی پیرامون الفاظ عام و خاص، ماهنامه کانون (ماهنامه حقوقی کانون سردفتران و دفتریاران)*، دوره دوم، اردیبهشت و خرداد ۱۳۸۴، ش. ۵۶، ۱۳۸۴.
- ۱۰ - محمدی، ابوالحسن، *مبانی استنباط حقوق اسلامی یا اصول فقه*، ج. ۱۵، ناشر دانشگاه تهران، ۱۳۸۱.
- ۱۱ - محمدی، علی، *تشریح اصول استنباط علامه سیدعلی نقی حیدری*، ج. اول، انتشارات دارالفکر، ۱۳۷۵.
- ۱۲ - المظفر، محمدرضا، *اصول الفقه*، ج. اول، www.Islamicdoc.org.
- ۱۳ - موسوی بجنوردی، سیدمحمد، *مقالات اصولی*، ج. ۳، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۱.
- ۱۴ - نائینی، محمدحسین، *اجودالتقریرات، المجلد الاول فی علم الاصول (نویسنده: محرر خوئی، ابوالقاسم، www.islamicdoc.org)*.
- ۱۵ - ولایی، عیسی، *اصول فقه*، انتشارات دارالفکر، ۱۳۸۷.

ضرورت مطالعات افتراقی در حقوق ثبت

سلیمان فدوی^۱

چکیده:

هریک از شاخه‌های علوم، واژه‌های مختص به خود را دارند که دارای معنای خاص بوده و محدوده تعریف معینی دارند که تا تعریف دقیق و واحدی از آن‌ها صورت نگیرد، بررسی و تحقیق در آن رشته امکان پذیر نخواهد شد یا این که به سختی صورت می‌گیرد. به این واژه‌ها که هر علمی وام‌دار آن‌ها است، اصطلاحات آن رشته اطلاق می‌شود. شناخت مجموعه اصطلاحات هر رشته، درس مجزایی را در دانشکده‌های کشور طلب می‌نماید. نام آن درس، «اصطلاح‌شناسی یا ترمینولوژی اختصاصی» است که اگر به درستی تدوین شود، می‌تواند پایه اساسی درسی به نام «مطالعه و تشخیص افتراقی اصطلاحات» گردد.

شناخت نقاط اشتراك واژه‌ها نیز تا حد زیادی می‌تواند انطباق یا عدم انطباق مفهوم واژه‌ها را با منطوق آنها تبیین نماید لیکن ممکن است متفکر علوم را دچار اشتباه و پریشان‌خاطری نماید. بنابراین می‌توان به جرأت اذعان داشت که یکی از اساسی‌ترین نوع مطالعات در هر رشته‌ای از علوم (اعم از علوم دقیقه و یا علوم انسانی)، انجام مطالعات افتراقی است و مقصود از انجام مطالعات افتراقی، بررسی محدوده تعاریف و موضوعات هر یک از رشته‌ها است؛ به نحوی که با تعریف منطقی یک واژه، دقیقاً دامنه تعریف یک اصطلاح از اصطلاح دیگر تمییز داده شود. با چنین روش مطالعه‌ای، بی‌تردید مطالعه‌کننده به سلاخی مسلح خواهد شد که در برخورد با اصطلاحات مذکور، ضمن حل مشکلات خود، می‌تواند بر تعیین محدوده مسأله مستحدث و جدید فائق آمده و با درک درست از

۱. عضو هیئت علمی دانشکده حقوق.

موضوع متنازع‌فیه، آن را به دقت حل نماید و همچنین می‌تواند به راحتی، راه‌گشای دیگران نیز باشد. تنظیم و ثبت سند از واژه‌های مصطلح حقوق ثبت اسناد و الفاظی همچون تعارض، تراحم، تداخل و تجاوز، تبادل، تقسیم، تفکیک و افراز، ثبت اختیاری (عادی) و ثبت اجباری نیز از جمله موارد قابل تأمل افتراقی در حقوق ثبت املاک است.

اصطلاحاتی همچون ملك و حق؛ مالکیت عین و منفعت؛ اموال منقول و غیرمنقول؛ بیع و معاوضه، از جمله واژگانی هستند که در کلیه دروس حقوقی به‌طور عام و در درس حقوق ثبت اسناد و املاک به‌طور اختصاصی، مورد بحث و بررسی افتراقی قرار می‌گیرند.

تحلیل افتراقی اصطلاحاتی نظیر اجاره و حق سکنی (به عنوان یکی از مظاهر برقراری حق انتفاع)؛ اقاله و فسخ؛ طلاق و بذل مدت؛ کفالت، ضمان و حواله از يك طرف و تبدیل تعهدات به اعتبار داین و یا مدیون از طرف دیگر، از جمله مواردی است که در درس حقوق مدنی قابل بحث و بررسی بوده و واژگان رهن و وثیقه و معاملات با حق استرداد؛ حق الثبت و حق التحریر؛ تنظیم و ثبت سند؛ فك و فسخ از جمله اصطلاحاتی است که بی‌چون و چرا دسترسی به محدوده تعاریف آن‌ها، در هنگام حضور در دفاتر اسناد رسمی اهمیت فراوان دارد.

شاید اولین حقوق‌دان ایرانی که قدم در راه سخت بررسی افتراقی اصطلاحات حقوقی گذارد و نام خود را بر تارک این نگرش جدید حقوقی جاودانه نمود، دکتر جعفری لنگرودی باشد. این استاد کبیر و نویسنده توانا و برجسته، با نگارش کتاب‌های ارزشمندی چون ترمینولوژی حقوقی، الفارق، مبسوط، عناصرشناسی و سیستم‌شناسی حقوقی و همچنین تدوین و تألیف کتاب بی‌بدیل «ارتقا و اندیشه» توانسته جامعه ایرانی را تا ابد مدیون خود سازد.

ضمن تجلیل از این نویسنده شهیر و همچنین قدردانی از جناب آقای مهندس داود حاجی قربانی (کارشناس محترم رسمی دادگستری) که شاگردی ایشان در کارنامه زندگی‌ام، جزو افتخارات ارزشمند حیات ناچیزم بوده و بی‌تردید جرقه ذهنی نوشتن این مقاله را مدیون معظم‌له بوده و از خرمن علمی و تجربیات گرانسنگ ایشان بهره‌های وافری برده‌ام، در این مختصر سعی شده تا حد بضاعت ناچیز راقم این سطور، به‌طور کاملاً خلاصه، اطلاعاتی در خصوص تعاریف پاره‌ای از اصطلاحات حقوق مدنی، ضرورت مطالعه افتراقی و بازشناسی محدوده تعاریف و موضوعات حقوقی به‌ویژه حقوق ثبت اسناد و املاک در اختیار خوانندگان محترم قرار گیرد.

این نوشته در دو فصل (اصطلاح‌شناسی افتراقی حقوق ثبت و اصطلاح‌شناسی حقوق مدنی) نگارش یافته و در نهایت تلاش شده تا با ارائه يك نتیجه‌گیری، ضرورت مذکور تبیین گردد.

واژگان کلیدی: ترمینولوژی حقوقی، مطالعه افتراقی، گوهر افتراق، محدوده و موضوع

افتراق، نتایج حاصل از افتراق اصطلاحات.

فصل اول - اصطلاح‌شناسی افتراقی حقوق ثبت

حقوق ثبت از چندین قسمت تشکیل یافته است که دو زیرمجموعه شاخص آن، حقوق ثبت املاک و حقوق ثبت اسناد است که در هنگام بررسی تشخیص افتراقی اصطلاحات با آن سر و کار زیادی خواهیم داشت. از واژگان اختصاصی که در سایر اجزاء حقوق ثبت (از جمله اجرای اسناد، ثبت شرکت‌ها، ثبت اختراعات و علائم تجاری و صنعتی) کاربرد ویژه‌ای دارد، در این مقاله بحث و گفتگو نشده است. زیرا بحث مالکیت‌های صنعتی (که یکی از شعبه‌های مالکیت فکری است) به حدی واجد واژگان اختصاصی است که خود نیاز به ارائه مقاله جداگانه‌ای دارد.

گفتار اول - اصطلاح‌شناسی افتراقی در ثبت املاک

درس حقوق ثبت از جمله دروس حقوقی است که متأسفانه در دانشکده‌های حقوق ایران، به عنوان درس اختیاری تدریس می‌گردد. ثبت املاک نیز به عنوان اصلی‌ترین بخش این واحد درسی می‌باشد که دارای واژه‌های کاربردی است که کمتر استادی از محدوده تعاریف آن اطلاع دارد. به عبارت دیگر، تا استاد مربوطه وارد صحنه عملی حقوق ثبت املاک نگردیده، نمی‌توان از وی انتظار تبیین و تمییز محدوده چنین اصطلاحاتی را داشت. دکتر جعفری لنگرودی را به جرأت می‌توان به عنوان اولین استاد دانشگاهی معرفی کرد که پا به صحنه عملی حقوق ثبت املاک گذاشته باشد. به همین جهت، این استاد برجسته به درستی نیاز به مطالعه تطبیقی و تشخیص افتراقی اصطلاحات حقوقی را در مبحث حقوق ثبت املاک تشخیص داده است.

اصطلاحاتی نظیر جابجایی و خلأ ثبتی، تجمیع حدود و اصلاح وضع، تعارض و تزامم در تصرف، تداخل و تجاوز از جمله واژگانی است که حتی امروزه، در تعیین مصادیق تعریف ایجاد سردرگمی می‌نماید. به همین دلیل، ضرورت مطالعه افتراقی در حقوق ثبت املاک صدچندان می‌گردد.

در این گفتار، اصطلاحات تعارض و تزامم ثبتی و تجاوز و تداخل و جابجایی ثبتی را

تعریف و محدوده هر یک از آن‌ها را بیان نموده و در نهایت، سایر واژگان متداول در حقوق ثبت املاک را بررسی خواهیم نمود.

بند ۱ - تفاوت چهار واژه تعارض، تزامم، تجاوز و تداخل

در حقوق ثبت املاک، پاره‌ای از اصطلاحات وجود دارند که از لحاظ مفهومی بسیار نزدیک به هم بوده، به نحوی که بدون مطالعه دقیق و تعیین محدوده هر یک از آن‌ها، نمی‌توان این واژه‌ها را از یکدیگر بازشناسی و تفکیک نمود. به‌عنوان مثال در هنگام مطالعه ماده ۲۵ قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰، با اصطلاحاتی نظیر تعارض در تصرف و تزامم در تصرف برخورد می‌نماییم که هر دو اصطلاح از واژه‌های قابل طرح در مراحل ثبت مقدماتی بوده و به‌هیچ‌وجه نمی‌توان آن‌ها را به مراحل پس از ثبت املاک تسری داد و هرگاه بخواهیم قائل به چنین ارتقایی معنایی باشیم لاجرم می‌بایست واژگان دیگری به استخدام درآورد.

ممکن است در بادی امر این واژه‌ها مترادف و مشابه به نظر برسند لیکن با کمی دقت در مفاهیم این دو اصطلاح (تعارض در تصرف و تزامم در تصرف) از لحاظ دامنه تعریف و مصادیق آن، متوجه می‌شویم که این دو اصطلاح با یکدیگر تفاوت ظریفی دارند. ضمناً از طرف دیگر، اصطلاحات مذکور ممکن است از لحاظ دامنه تعریف و محدوده تأثیر، با واژگان مشابهی همانند تداخل و تجاوز که از واژگان پس از ثبت ملک یا حداقل پس از تثبیت وضعیت املاک می‌باشند، خلط گردد.

با مراجعه به ترمینولوژی حقوقی متوجه می‌گردیم که تعارض در تصرف به حالتی گفته می‌شود که هر یک از دو مالک در آن واحد و در مرحله مقدماتی ثبت (در جریان ثبت) با در دست داشتن اسناد عادی، ملک معینی را متعلق به خود دانسته و بر آن ادعای تصرف دارند. حال آنکه اصطلاح تزامم در تصرف، وضعیتی است که مطابق آن، هر یک از دو مالک براساس اسناد و مدارک موجود، در همان مراحل خود را مالک ملکی می‌دانند که فقط در هنگام تطبیق وضعیت در خارج (در عالم واقع) در جریان مقدماتی ثبت، ممکن است در تمام یا قسمتی از دو ملک ادعایی نامبردگان، تداخل به وجود آید.

با توجه به مطالب فوق در می‌یابیم که گوهر اصلی تفاوت و نقطه عطف اختلاف میان واژه تعارض و اصطلاح تزاحم در تصرف، تطبیق و عدم تطبیق مدلول اسناد در خارج (در عالم واقع) است. به عبارت دیگر، اگر مسأله تطبیق مدلول سند و مدرک بر خارج (در عالم واقع) وجود نداشته باشد، به این حالت «تعارض در تصرف» گفته می‌شود. ولی اگر بحث تطبیق مدلول سند و مدرک در عالم خارج مطرح باشد، حالت مذکور در حقوق ثبت املاک، از تعارض در تصرف خارج شده و به «تزاحم در تصرف» تبدیل می‌گردد.

برای درک بهتر مسأله، ناگزیر از ذکر مثالی خواهیم بود. فرض کنید دو نفر دارای اسناد و مدارکی هستند که مطابق آن، هر یک از آنان دارای یک قطعه زمین نامشخص به مساحت یکصد مترمربع می‌باشند. اگر در هنگام تطبیق اسناد با واقعیت موجود (در هنگامی که با ایجاد کادربندی بر روی زمین) متوجه شویم که این دو قطعه بر هم منطبق است، حالت مذکور اصطلاحاً تزاحم در تصرف نامیده می‌شود.

البته باید توجه داشت که تزاحم، ممکن است به صورت جزئی یا کلی بروز نماید. لیکن هرگاه همین اشخاص، اسناد و مدارکی را ارائه نمایند که مبین مالکیت آنان بر ملکی به مساحت یکصد مترمربع می‌باشد و هر دو نفر در آن واحد، یک قطعه زمین معین و مشترکی را به عنوان ملک خود تعرفه نمایند، به این حالت در اصطلاح حقوق ثبتی، تعارض در تصرف گفته می‌شود. چون در این حالت، هر دو مالک، یک قطعه زمین یکصد متری مشترکی را به عنوان ملک خود تعرفه می‌نمایند (وحدت در تعرفه ملک و تصرف و وجود اسناد و مدارک مبین چنین وضعیتی). بنابراین، در حالت یادشده اصولاً مسأله‌ای به نام تطبیق مدلول اسناد و مدارک با خارج، مطرح نیست.

همان‌گونه که می‌دانیم در هنگام جری تشریفات ثبت اجباری، وضعیت یک ملک از چند حالت عقلی زیر خارج نخواهد بود.

الف - آثار تصرف مالکانه فعلی کسی نسبت به آن موجود نباشد

در این حالت، مستند به تبصره اصلاحی ماده ۱۱ ق.ث.، درخواست ثبت از کسی

پذیرفته خواهد شد که بر مالکیت یا بر تصرف سابق خود به‌عنوان تلقی از مالک یا قائم‌مقام قانونی وی، مدارکی داشته باشد و اگر ملک مذکور جزو املاک موقوفه، احباس و اثلاث باقیه بوده یا این که مربوط به املاک دولت باشد، در صورتی تقاضای ثبت پذیرفته می‌شود که متقاضی مدارکی دال بر عناوین مذکور یا بر تصرف سابق خود به آن عنوان یا بر تصرف کسی که متقاضی قائم‌مقام قانونی او محسوب می‌شود، داشته باشد.

ب - آثار تصرف مالکانه فعلی شخص یا اشخاص معینی نسبت به آن موجود

باشد

این حالت خود می‌تواند به چندین قسمت تقسیم گردد. یکی از این موارد، ادعای تصرف همزمان دو نفر با داشتن ادله و اسناد متفاوت می‌باشد که اصطلاحاً به این حالت تعارض در تصرف می‌گویند. در این صورت، بنا به تشخیص هیئت نظارت مستقر در اداره کل ثبت استان، شخصی که اسناد قوی‌تری داشته باشد، به‌عنوان متقاضی ثبت محسوب و دیگری به‌عنوان معترض ثبتی تلقی خواهد شد.

از موارد دیگر این حالت، می‌توان به صورتی اشاره داشت که متصرف شخص معینی است و فرد دیگری ادعای مالکیت بر پلاک دیگری دارد لیکن در طی تشریفات ثبتی مشخص می‌شود که ادعای هر دو نفر يك پلاک است. به حالت یادشده، تزامم در تصرف می‌گویند.

به همین دلیل، قانون‌گذار در هنگام بیان شرح وظایف هیئت نظارت ثبتی در استان‌ها، به نحو مندرج در بند يك ماده ۲۵ اصلاحی قانون ثبت اسناد و املاک، چنین بیان می‌دارد که «هرگاه در اجرای مقررات ماده ۱۱، از جهت پذیرفتن تقاضای ثبت، اختلافی بین اشخاص و اداره ثبت واقع شود و یا اشتباهی تولید گردد و یا در تصرف اشخاص تزامم و تعارض باشد، رفع اختلاف و تعیین تکلیف و یا ابطال و یا اصلاح درخواست ثبت، با هیئت نظارت است.» و همین موضوع را عیناً در بند يك ماده ۳ آیین‌نامه اجرایی رسیدگی به اسناد مالکیت معارض و هیئت نظارت و شورای عالی ثبت و مواد متفرقه مصوب ۱۳۵۲/۲/۱۶ تکرار نموده و اصولاً مستند به این قوانین و مقررات است که نماینده

واحد ثبتی در جریان مقدماتی ثبت، مبادرت به تهیه صورت مجلس معاینه محل و احراز تصرف مالکانه می‌نماید و تعارض در تصرف در همین لحظه اتفاق می‌افتد و در هنگام تطبیق وضعیت املاک (قبل از ورود املاک به دفتر) نیز امکان بروز تراحم در تصرف محقق می‌گردد.

بنابراین نباید این‌گونه انگاشت که استفاده از دو کلمه (تراحم و تعارض) توسط قانون‌گذار در هنگام نگارش ماده قانونی یادشده، به دلیل استفاده از صنایع ادبی توسط وی بوده و این دو اصطلاح هیچ‌گونه فرقی با یکدیگر ندارند بلکه تمامی قانون‌گذاران از یک اصل غیرقابل تخطی در هنگام وضع قانون استفاده می‌نمایند و آن عبارت از این است که قانون‌گذار در هنگام وضع قوانین بایستی از کمترین کلمات برای بیشترین مقصود استفاده نماید و شاید به همین جهت باشد که قانون‌گذاران را به‌عنوان عقلای قوم خود دانسته‌اند. همان‌گونه که ذکر شد، باید توجه داشت که تعارض و تراحم در تصرف املاک، معمولاً در هنگام عملیات مقدماتی ثبت املاک (به‌ویژه در ثبت اجباری آن) رخ می‌دهد، هر چند پاره‌ای از افراد بخواهند آن را به تطبیق وضعیت پس از صدور سند مالکیت نیز تسری بدهند.

هرگاه در هنگام انجام مراحل مقدماتی ثبت اجباری، مسأله تعارض و تراحم در تصرف پیش آید، مدیر ثبت در صورت عدم حل موضوع و با رعایت سلسله مراتب، بایستی تقاضای طرح موضوع را در هیئت نظارت استان، تقدیم مدیرکل ثبت استان مربوطه نماید. با طرح موضوع تعارض و تراحم در تصرف، در هیئت نظارت استان، هیئت مزبور وفق بند یک ماده ۲۵ اصلاحی قانون ثبت، مبادرت به اتخاذ تصمیم می‌نماید و یکی را متصرف اعلام و طرف دیگر را معترض ثبتی تشخیص می‌دهد.

رای مزبور مطابق تبصره ۴ ماده ۲۵ قانون اصلاحی مرقوم، قابل اعتراض بوده و در صورت اعتراض، موضوع یادشده توسط شورای عالی ثبت مرتفع خواهد شد. بنابراین پس از اینکه هیئت نظارت یا شورای عالی ثبت (حسب مورد) در این خصوص رأی قطعی صادر

نمود، جریان ثبتی ادامه یافته و بر همین اساس، برای ملك مذکور، سند مالکیت صادر خواهد شد. به مجرد صدور سند مالکیت برای ملكی، دیگر بحث تعارض و تراحم بین متقاضیان ثبت، پایان یافته تلقی می‌شود.

البته مجدداً بر این نکته تأکید می‌گردد که هرگاه بنا به تشخیص هیئت نظارت، دلایل متقاضی ثبت قوی‌تر از دیگری باشد، موضوع تعارض در تصرف منتفی شده و طرف مقابل می‌تواند صرفاً به‌عنوان معترض ثبتی (به‌ویژه نسبت به اصل مالکیت) برای احقاق حق خود در موعد معین اقدام نماید و بالعکس، اگر ادله طرف دیگر، قوی‌تر باشد، شخص مذکور به‌عنوان متقاضی ثبت تلقی و جریان ثبتی به نفع وی ادامه می‌یابد و متقاضی ثبت به‌عنوان معترض ثبتی تلقی و می‌تواند از طریق اداره ثبت، در دادگاه صالحه مبادرت به طرح دعوی نماید. بنابراین تجلی عینی این دو اصطلاح، بیشتر در قالب تعارضات و تراحمات مربوط به مالکیت قابل تصور است لیکن این امر مانع از وجود تعارضات و تراحمات مربوط به حدود و حقوق ارتفاقی نخواهد بود.

برخلاف حالات تعارض و تراحم که مختص به مراحل مقدماتی ثبت عمومی است، در پاره‌ای از موارد بروز اختلافات، ممکن است در هنگام صدور سند مالکیت یا پس از آن رخ دهد. حالتی نظیر صدور سند مالکیت معارض یا معاملات معارض از این دسته از تعارضات است که در عرف ثبتی به آن تعارض در تصرف نمی‌گویند، به‌ویژه پس از صدور سند مالکیت و در هنگام انطباق سند مالکیت با واقع یا در لحظه تثبیت وضعیت، این اختلافات بیشتر در قالب تجاوز، تداخل و جابجایی ثبتی تجلی خواهند نمود که نمی‌توان به آن‌ها عنوان «تعارض یا تراحم در تصرف» داد.

زیرا در نظام سابق و حتی امروزه نیز تا قبل از انجام کاداستر در کشور، تعیین حدود اربعه نه براساس تعیین مختصات دقیقی همچون تعیین طول ابعاد ملك براساس طول و عرض جغرافیایی و عنداللزوم در نظر گرفتن زوایای معین تعیین می‌شد بلکه حدود اربعه هر ملكی بر طبق تعیین حدود توصیفی صورت می‌گرفته و می‌گیرد و شاید علت اصلی به‌وجود

آمدن مسایلی نظیر تجاوز و تداخل (حسب مورد) نیز دقیقاً همین موضوع باشد. بنابراین شناخت مفاهیمی چون تجاوز، تداخل و جابجایی ثبتی و نظایر آن در حقوق ثبت املاک، از اهمیت فراوانی برخوردار است.

بر این پایه، تجاوز حالتی است که در آن قسمتی از ملک مجاوری در محدوده یک ملک تثبیت شده‌ای واقع گردد که این وقوع، معمولاً در حدی از حدود اربعه ملک تثبیت شده صورت می‌گیرد. به همین جهت، شرط اولیه و قطعی بروز تجاوز نسبت به املاک، تثبیت وضعیت ملک مورد تجاوز است و قرارگیری ملک مجاور در محدوده آن برای تحقق تجاوز کفایت می‌نماید. باید توجه داشت که صرف وجود اضافه‌مساحت در ملک مجاور نمی‌تواند دلیل تجاوز آن ملک به ملک تثبیت شده، محسوب گردد. چه بسا ممکن است حتی ملک مجاوری فاقد اضافه‌مساحت باشد لیکن از لحاظ ثبتی در یکی از حدود اربعه در محدوده ملک تثبیت شده‌ای قرار گرفته و به آن تجاوز کرده باشد.

به همین جهت برای حصول اطمینان از تجاوز ملکی به پلاک دیگر، الزاماً بایستی کروکی دو پلاک را در بین دو گذر تثبیت شده، ترسیم نمود. آنگاه با پیاده کردن کروکی بر روی نقشه ثبتی (با مقیاس یک دوهزارم) می‌توان وجود یا عدم وجود تجاوز را ضمن تعیین متجاوز و میزان و متراژ دقیق مساحت تجاوز شده، تعیین کرد.

توجه به این نکته مجدداً حائز اهمیت است که صرف وجود اضافه‌مساحت در یک پلاک، دلیل تجاوز محسوب نخواهد شد و فقط با کادربندی و تثبیت وضعیت پلاک‌ها، تشخیص تجاوز و تعیین متجاوز و میزان تجاوز وی امکان پذیر خواهد شد. هم‌چنین باید دقت نمود که تجاوز در املاک، با توافق مالکین مشروط بر اینکه حدود ملک با سند مالکیت منطبق باشد، بدون دخالت اداره ثبت، قابل رفع است. بنابراین، صرف انطباق محدوده ملک با سند مالکیت و رضایت رسمی مالکین دو پلاک مورد تنازع، از موجبات رفع تجاوز محسوب می‌گردد.

بنا به آنچه که در بالا به آن اشاره شد، تا زمانی که هیچ‌یک از پلاک‌ها تثبیت وضعیت نشده باشند، عقلاً نمی‌توان برای آن‌ها مسأله تجاوز را مطرح نمود بلکه در این مرحله نام

فرو رفتگی پلاک‌های مجاور در یکدیگر، تداخل نامیده می‌شود. به همین جهت، معمولاً مقدار تداخل فقط در محدوده سند مالکیت یکی از طرفین بوده و معمولاً نسبت به میزان تداخل، متصرف فاقد سند مالکیت است.

تداخل ممکن است جزئی بوده، همچنین امکان وجود تداخل کلی نیز متصور است. بنابراین هرگاه دو پلاک ثبتی فقط از يك حد با یکدیگر درهم ادغام شده باشند، تداخل یادشده را تداخل جزئی می‌نامند. ولی هرگاه يك ملك در ملك دیگری به‌طوری فرو رود که بین آن‌ها رابطه عموم و خصوص مطلق برقرار گردد، تداخل و فرو رفتگی مذکور، تداخل کلی خواهد بود. بنابراین تداخل، نوعی از اشتباهات ثبتی است که در هنگام تعرفه ملك و پیاده کردن و میخ‌کوبی آن رخ می‌دهد.

توجه به این نکته نیز حائز اهمیت است که اصطلاح دیگری نیز در همین زمینه وجود دارد که ممکن است با تداخل و تجاوز خلط مبحث گردد. اصطلاح مذکور جابجایی ثبتی نام دارد. به حالتی جابجایی ثبتی گفته می‌شود که قسمتی از يك پلاک (مثلاً پلاک الف) در تصرف و محدوده پلاک بعدی (مثلاً پلاک ب) قرار گرفته و همچنین قسمتی از پلاک بعدی (یعنی پلاک ب) در محدوده پلاک آخر (مثلاً پلاک ج) قرار داشته باشد، مشروط بر این که هیچ‌یک از پلاک‌های (ب) و (ج) اضافه‌مساحت نداشته باشند.

بند ۲ - تفاوت سایر واژه‌ها

مطالعه افتراقی بین واژه‌ها به‌طور کلی در هنگام بررسی مفاهیم و مصادیق سایر موضوعات حقوق ثبت املاک نیز قابلیت طرح دارد. واژه‌هایی از قبیل ثبت اختیاری، ثبت اجباری املاک؛ املاک جاری (یا املاک در جریان ثبت) و املاک ثبت‌شده و همچنین اصطلاحاتی نظیر تحدید حدود، تفکیک و افراز؛ نقشه ثبتی و کروکی؛ املاک مجهول‌المالك و خلأ ثبتی؛ تجمیع حدود و اصلاح وضع؛ پلاک مکرر، سند مالکیت معارض و معامله معارض؛ صدور سند مالکیت المثنی و صدور متمم اسناد مالکیت از جمله مواردی است که دانستن محدوده تعاریف هر يك از این اصطلاحات، می‌تواند فرد را از مشکلات پیش‌رو نجات دهد.

۲-۱ - ثبت عادی (اختیاری) و ثبت اجباری

شناخت این دو اصطلاح، بستگی تام به آگاهی از تاریخچه اجمالی حقوق ثبت املاک در ایران دارد و تا این شناخت ابتدایی وجود نداشته باشد، امکان تفکیک این دو واژه ثبتی از یکدیگر امکان پذیر نخواهد بود. همان گونه که می دانیم اولین قانون ثبت اسناد به سال ۱۲۹۰ شمسی وضع گردیده است و تا ۱۲ سال، در این کشور فقط اداره ثبت اسناد وجود داشته که با وضع قانون ثبت اسناد و املاک (به سال ۱۳۰۲)، ادارات ثبت اسناد، دارای شعبات ثبت املاک شده و این شعبات مبادرت به ثبت املاک به طور عادی یا اختیاری می نمایند.

در روش ثبت اختیاری (ثبت عادی) ابتدا متقاضی ثبت با حضور در شعبه املاک اداره ثبت، تقاضای ثبت ملك و تثبیت وضعیت مالکیت خود را می نماید. در این روش، آگهی های ثبتی معمولاً به طور اختصاصی منتشر شده و هیچ ملکی به عنوان مجهول المالك شناخته نخواهد شد.

حال آنکه در ثبت اجباری املاک، این مأمورین اداره ثبت هستند که در روز معینی که در آگهی ثبت عمومی قید شده، به محل مراجعه نموده و ضمن پلاک کوبی مبادرت به توزیع اظهارنامه می نمایند. دریافت کنندگان اظهارنامه نیز قانوناً موظفاند در مهلت ۶۰ روز، اظهارنامه دریافتی را تکمیل و عودت نمایند.

اگر اظهارنامه ملکی ظرف مدت مقرر عودت نگردد، از لحاظ حقوق ثبت، ملك یادشده، مجهول المالك شناخته خواهد شد. هرگاه ملکی مجهول المالك شناخته شد، در صورت مراجعه متقاضی ثبت، آگهی های نوبتی آن، مطابق ماده ۵۹ اصلاحی آیین نامه ثبت املاک، منتشر خواهد شد.

بنابراین در ثبت اجباری، مأمورین ثبت بایستی به سراغ مالکین و متصرفین بروند. حال آن که در ثبت اختیاری یا عادی، این مالکین و متصرفین هستند که با مراجعه به مأمورین اداره ثبت، تقاضای ثبت ملك خود را می نمایند. همین تفاوت بنیادین، گوهر افتراق بین این دو واژه ثبتی را پدیدار می سازد.

با عنایت به وضع قانون ثبت اسناد و املاک در تاریخ ۱۳۱۰/۱۲/۲۶، باید توجه داشت که ثبت املاک در این مملکت، به‌طور تدریجی و از تاریخ ۱۳۱۱/۱/۱ به بعد در زمان‌های متفاوت در هر ناحیه یا منطقه‌ای اجباری شده است. به دیگر سخن، در مناطقی که قبلاً اداره ثبت املاک وجود داشت و ثبت املاک به‌طور عادی یا اختیاری صورت می‌گرفت، در آن مناطق، ثبت املاک از همان تاریخ اجباری می‌گردد و در بقیه واحدهای ثبتی که پس از این تاریخ تأسیس می‌شدند، ثبت اجباری املاک از زمان تأسیس آن واحدها تحقق می‌یافت. با توجه به مطلب بالا، معنای تدریجی بودن ثبت اجباری املاک واضح و مبرهن می‌شود.

۲-۲ - تفاوت املاک جاری با املاک ثبت شده

در حقوق ثبت املاک، به ملکی که عملیات مقدماتی ثبت آن پایان نیافته، ملک جاری یا ملک در جریان ثبت گفته می‌شود و ملکی ثبت شده محسوب می‌گردد که جریان ثبتی آن پایان یافته و در دفتر املاک به ثبت رسیده باشد. سؤال عمده‌ای که در بیان تفاوت‌شناسی بین این دو اصطلاح مطرح می‌شود این است که جریان (عملیات) مقدماتی ثبت يك ملك چه زمانی پایان می‌پذیرد؟ بنابراین درك گوهر اصلی تفاوت‌شناسی این دو اصطلاح، به این موضوع بستگی دارد که مطالعه‌کننده خود را در چه لحظه‌ای از عملیات مقدماتی ثبت قرار دهد.

هرگاه تکیه پژوهشگر بر این امر قرار گرفته باشد که مبنای تفکیک این دو واژه لحظه ورود ملک در دفتر املاک باشد، بنابراین ملکی که وارد دفتر املاک شده باشد، ملک ثبت شده نامیده می‌شود، در غیر این صورت، به ملک مزبور در هر لحظه‌ای از عملیات مقدماتی ثبت که باشد، ملک جاری یا ملک در جریان ثبت می‌گویند.

پر واضح است که در این حالت که ضمناً نظریه غالب و رایج در ادارات ثبت می‌باشد، املاک به سه دسته (املاک عادی یا ثبت نشده - املاک جاری یا در جریان ثبت - املاک ثبت شده) تقسیم می‌گردند. البته هرگاه در جریان ثبت مقدماتی، در صورتی که

اظهارنامه ملکی عودت نگردد، به چنین ملکی در ادبیات حقوق ثبت املاک، ملک مجهول‌المالک گفته می‌شود که باعث خروج آن ملک از گردونه ثبت عمومی شده و در صورت اعاده اظهارنامه و پذیرش آن از جانب اداره ثبت، با سایر املاک مجهول‌المالک دیگر، جریان ثبتی آن به‌طور مجزا انجام می‌گیرد که در جای خود از آن بحث و گفتگو به عمل خواهیم آورد.

اما در صورتی که پژوهشگر، زمان پایان جریان ثبتی را لحظه تهیه و تنظیم صورت‌مجلس تحدید حدود بداند، در این صورت چهار نوع ملک قابل تصور خواهد بود (ملک عادی یا ثبت‌نشده - ملکی که جریان ثبتی آن پایان نیافته - ملکی که جریان ثبتی آن پایان یافته ولی در دفتر املاک ثبت نشده - ملکی که جریان ثبتی آن پایان یافته و در دفتر املاک نیز به ثبت رسیده باشد). بنابراین وضعیت بغرنج این دو اصطلاح، حالتی است که نقشه ثبتی تهیه و ترسیم شده و همزمان صورت‌مجلس تحدید حدود نیز تنظیم گردیده ولی پیش‌نویس سند مالکیت نوشته نشده و یا اگر پیش‌نویس سند مالکیت نوشته و پاک‌نویس گردیده، هنوز در دفتر املاک به ثبت نرسیده باشد. با توجه به این دیدگاه، ملکی که نقشه ثبتی آن تهیه و ضمناً صورت‌جلسه تحدید حدود آن نیز تنظیم گردیده، ملکی تلقی می‌شود که جریان ثبتی آن پایان یافته است.

۳-۲ - تفاوت اصطلاحات آگهی املاک جاری و آگهی املاک مجهول‌المالک

تبیین تفاوت املاک مجهول‌المالک با املاک جاری، علاوه بر تفاوت در تعریف، متضمن تفاوت عملکردی اداره ثبت در انتشار آگهی‌های مربوطه و ادامه عملیات ثبتی نیز می‌باشد. یکی از این آگهی‌ها، آگهی نوبتی مربوط به آن‌ها است.

در املاک جاری هنگامی که اظهارنامه توزیع شده توسط متصرفین به‌عنوان مالک، تکمیل و در ظرف مدت ۶۰ روز از اولین انتشار آگهی موضوع ماده ۱۰ قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰، به اداره ثبت تحویل گردد، اداره ثبت مستنداً به ماده ۱۱ ق.ت.، موظف است ظرف مدت ۹۰ روز از تاریخ اولین آگهی مرقوم، اسامی کسانی را که اظهارنامه

خود را تحویل داده اند، انتشار دهد. در حقوق ثبت املاک، به این آگهی که در دو نوبت به فاصله ۳۰ روز از یکدیگر منتشر می‌گردد، آگهی نوبتی گفته می‌شود. (البته باید توجه داشت که مطابق ماده ۲۹ آیین‌نامه قانون ثبت املاک، تا وقتی که آگهی نوبتی منتشر نشده، می‌توان اظهارنامه را پذیرفت).

پس از این که آگهی نوبتی املاک منتشر شد و ملکی در موعد مقرر اظهارنامه‌اش عودت نگردید، وفق ماده ۵۱ آیین‌نامه مذکور، ملك مجهول‌المالك اعلام و فوراً در دفتر املاک مجهول‌المالك اخبار می‌گردد. به واسطه همین علت (عدم عودت اظهارنامه در موعد مقرر) نحوه انتشار آگهی این‌گونه املاک به شرح ماده ۱۱ ق.ت.نخواهد بود بلکه انتشار آگهی نوبتی آن، به روش دیگری خواهد بود که سازوکار آن دقیقاً در ماده ۵۹ اصلاحی آیین‌نامه قانون ثبت املاک بیان شده است.

در این روش، در هر روز از فصلی که تقاضای ثبت ملك مجهول‌المالكی مورد پذیرش قرار گیرد، اولین آگهی نوبتی این ملك (برخلاف املاک جاری مندرج در ماده ۱۱ ق.ت.م.) در اول ماه دوم فصل بعد منتشر می‌گردد و نوبت دوم آگهی به فاصله ۳۰ روز از تاریخ انتشار آگهی اول خواهد بود.

مثلاً اگر تقاضای ثبت ملك مجهول‌المالكی در تاریخ ۸۹/۱/۱۴ پذیرفته شود، اولین آگهی نوبتی آن در تاریخ ۸۹/۵/۱ منتشر می‌گردد. با توجه به آموخته‌های قبلی، هرگاه پذیرش تقاضای ملك مجهول‌المالكی در تاریخ ۸۹/۱/۳۱ صورت گیرد، همانند ملك قبلی، اولین آگهی نوبتی این ملك نیز در تاریخ ۸۹/۵/۱ منتشر خواهد شد.

به همین جهت اگر ملك مجهول‌المالكی در هر روز از فصل تابستان مورد پذیرش واقع شود، اولین آگهی نوبتی آن در تاریخ ۸۹/۸/۱ منتشر شده و اگر تقاضای ثبت ملك مجهول‌المالكی در هر روز از فصل پاییز صورت گیرد، اولین آگهی چنین پلاک مجهول‌المالكی در تاریخ ۸۹/۱۱/۱ انتشار خواهد یافت و النهایه اگر تقاضای ثبت ملك مجهول‌المالكی در هر روز از فصل زمستان مورد پذیرش قرار گیرد، اولین آگهی نوبتی چنین ملكی در ۱۳۹۰/۲/۱ منتشر خواهد شد.

همان‌طور که ملاحظه می‌شود، شناخت تفاوت بنیادین بین دو واژه «املاک جاری» و «املاک مجهول‌المالك» به قدری حائز اهمیت است که اگر فردی در مفهوم ملك جاری و مجهول‌المالك دچار اشتباه گردد، بی‌تردید در صحنه عمل، به ویژه در زمان انتشار اولین آگهی نوبتی، دچار اشتباه خواهد شد.

۲-۴ - تفاوت تحدید حدود، تفکیک، افراز، تقسیم و تجمیع املاک

تحدید حدود یکی از عملیات مقدماتی ثبت املاک (اعم از ثبت اجباری و اختیاری) است که حداقل ۲۰ روز و حداکثر ۶۰ روز پس از انتشار آگهی تحدید حدود، وفق ماده ۱۴ قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰، صورت می‌گیرد. در ابتدا ملك توسط متقاضی ثبت تعرفه می‌شود. آنگاه نقشه‌بردار ثبتی، مبادرت به تهیه نقشه ثبتی می‌نماید. سپس نماینده ثبت، در حضور نقشه‌بردار ثبتی و متقاضی ثبت و عنداللزوم مجاورین، مبادرت به تنظیم صورت‌مجلس تحدید حدود می‌نماید و براساس آن، در صورت عدم وجود معترض ثبتی (نسبت به حدود و حقوق ارتفاقی)، پیش‌نویس سند مالکیت را تهیه نموده و پس از پاک‌نویس آن، بنا به دستور رئیس واحد ثبتی عیناً در دفتر املاک ثبت گردیده و مبنای صدور سند مالکیت می‌شود.

البته باید توجه داشت که واژه تحدید حدود به‌طور کلی به تعیین محدوده يك پلاک اعم از عرصه و اعیان اطلاق می‌گردد که ممکن است در حین جریان ثبت عمومی یا پس از آن صورت گیرد ولی عملیات تحدید حدود که منجر به تهیه صورت‌مجلس تحدید حدود گردد، صرفاً در مرحله مقدماتی ثبت املاک کاربرد دارد و سایر عملیاتی که منجر به تحدید حدود می‌گردند، هرکدام دارای عناوین اختصاصی (نظیر عملیات تفکیکی و صورت‌مجلس تفکیکی - عملیات افراز و صورت‌مجلس افرازی) دارند که همین موضوع گوهر افتراق بین واژگان ثبتی است.

بنابر گفته یادشده، تفکیک، يك عمل حقوقی-ثبتی است که طی آن، مالکین ملکی (اعم از مالك منفرد یا مشاعی) بدون اینکه قصد تغییری در وضعیت مالکیت خود داشته

باشند، قصد دارند صرفاً مبادرت به قطعه‌بندی عرصه (در زمین‌ها) یا جداسازی اعیانی (در مجموعه آپارتمانی) بنمایند.

معمولاً عمل تفکیک املاک با اخذ پایان کار از شهرداری توسط مالکین و تقاضای تفکیک آن از طریق همکاری و تعامل دفترخانه‌های اسناد رسمی و ادارات ثبت اسناد و املاک محل وقوع ملک صورت می‌گیرد. نتیجه عمل تفکیک کردن املاک (اعم از تفکیک عرصه یا تفکیک اعیانی) و خروجی چنین تعاملی، صدور صورت‌مجلسی به نام صورت‌مجلس تفکیکی است.

روش تفکیک عرصه به این شرح است که در ابتدا متقاضی تفکیک با مراجعه به شهرداری منطقه، تقاضای نقشه تفکیکی نموده و شهرداری نیز با رعایت ماده ۱۰۱ قانون شهرداری‌ها، نقشه مزبور را به متقاضی تسلیم و نسخه دیگر آن را به اداره ثبت محل ارسال می‌دارد. آنگاه متقاضی به دفترخانه اسناد رسمی مراجعه و تقاضای استعلام از اداره ثبت (برای تفکیک پلاک ثبتی خود) می‌نماید.

با دریافت استعلام و تحویل آن به اداره ثبت توسط متقاضی به انضمام تقاضای کتبی وی، رئیس واحد ثبتی بدو موضوع را به متصدی دفتر املاک ارجاع می‌دهد تا وی مالکیت متقاضی را گواهی نموده و در صورت ترهین معمولاً موافقت مرتهن اخذ و ضمیمه می‌شود. آنگاه مسئول دفتر بازداشتی واحد ثبتی، گواهی عدم بازداشت ملک را گواهی کرده و سپس رئیس واحد ثبتی به نماینده ثبت و نقشه‌بردار ثبتی مأموریت می‌دهد تا از محل، بازدید به عمل آورند.

نقشه‌بردار ثبتی، در صورتی که مغایرتی بین نقشه شهرداری و سند مالکیت مشاهده ننماید، ضمن ترسیم نقشه ثبتی، گواهی عدم تجاوز ملک به مجاورین، شوارع و معابر را صادر می‌نماید. الیه نماینده ثبت مبادرت به تنظیم صورت‌مجلس تفکیکی عرصه نموده، پس از امضای صورت‌جلسه توسط نماینده ثبت، نقشه‌بردار ثبت و حاضرین، رئیس اداره ثبت یا معاون وی، ضمن دستور اخذ هزینه تفکیکی مبادرت به امضای صورت‌جلسه تفکیکی نموده و نسخه‌ای از آن را به دفترخانه ذی‌ربط ارسال می‌دارد.

باید دقت داشت که سردفتران وفق بند ۳۴ م.ب.ث. حق ندارند با صورت‌مجلس تفکیکی ناقص که در آن رعایت ضوابط و مقررات نشده، سندی ثبت نمایند.

شرط تنظیم صورت‌مجلس تفکیکی عرصه، تطبیق مساحت عرصه پلاک قبل از تفکیک با مجموع مساحت قطعات تفکیکی به انضمام مساحت خیابان‌ها، کوچه‌ها و گذرها بعد از تفکیک است به نحوی که هیچ قسمت از پلاک مذکور فاقد مساحت و حدود نباشد.

همان‌گونه که در بالا نیز به آن اشاره گردید، عملیات تفکیکی ممکن است بر روی عرصه یا بر روی اعیانی صورت گیرد با این تفاوت که تفکیک عرصه نیاز به پایان کار صادره از شهرداری ندارد، حال آن‌که یکی از اسناد و مدارک مهم و مورد نیاز جهت تفکیک اعیانی، گواهی پایان کار صادره از جانب شهرداری محل وقوع ملک است.

مضافاً در تفکیک عرصه، معمولاً شاهد بروز قسمت‌های مشاع و مشترک نمی‌باشیم مگر این‌که دیوار مشترکی موجود بوده یا تفکیک عرصه منجر به گذر اشتراکی گردد. در صورتی که همیشه در تفکیک اعیانی، شاهد به‌وجود آمدن مشاعات و مشترکات می‌باشیم. البته باید توجه داشت که اصلی‌ترین موارد تفکیک و مظاهر آن در شهرها، تفکیک اعیانی یا تفکیک آپارتمان‌ها می‌باشد.

با توجه به آموخته‌های قبلی متوجه می‌شویم که صورت‌مجلس تفکیکی، نوشته رسمی است که بنا به تقاضای مالک یا مالکین از دفترخانه و با ارسال استعلام ثبت از طرف دفترخانه به اداره ثبت محل وقوع ملک، مطابق مقررات، توسط مأمورین ذی‌صلاح اداره یادشده تنظیم می‌شود. با این قید که این صورت‌مجلس بدون هرگونه تغییری در مالکیت متقاضی یا متقاضیان، صرفاً مبین تعیین محدوده جزء یا اجزای جداشده خواهد بود.

باید یادآوری کرد که هرگاه در هر لحظه‌ای از مراحل تفکیک، تا قبل از صدور صورت‌مجلس تفکیکی، رضایت یکی از شرکاء زایل گردد، تفکیک متوقف و به تقاضای یک یا چند شریک، عملیات تفکیکی تبدیل به عملیات افرازی خواهد شد.

افراز نیز یک عمل ثبتی-حقوقی است که به‌موجب آن یک یا چند نفر از مالکین مشاعی به قصد جداسازی حصة خود در ازای سهم مشاعی، از واحد ثبتی می‌خواهند تا مالکیت مشاعی آنان را تبدیل به حصة مفروزی نماید.

روش عمل در افراز این است که همزمان با تأیید شهرداری مبنی بر قابل افراز بودن ملك (اعلام افراز یا عدم افراز توسط شهرداری براساس وجود یا نبود حداقل مساحت لازمه برای اجزای افرازی است) رئیس واحد ثبتی به نماینده ثبت، دستور بررسی و اعلام نظر در خصوص عدم صدور یا نبود سند مالکیت معارض (نسبت به اصل مالکیت، حدود و حقوق ارتفاقی پلاک قابل افراز) صادر می‌نماید و نماینده نیز مراتب وجود یا نبود سند مالکیت معارض را به وی اعلام داشته و در صورتی که ملك در رهن باشد، موافقت مرتهن اخذ می‌شود.

در صورتی که ملك مشاعی فوق‌الذکر بنا به تشخیص رئیس واحد ثبتی قابل افراز اعلام گردد، در ابتدا به نقشه‌بردار ثبتی مأموریت می‌دهد تا وی مبادرت به تهیه نقشه افرازی نموده و سپس نماینده ثبت اقدام به تهیه و تنظیم صورت‌مجلس افرازی می‌نماید. صورت‌مجلس مرقوم به انضمام تصویر نقشه افرازی به کلیه مالکین مشاعی ابلاغ می‌گردد و هم‌چنین در صورت غیرقابل افراز بودن، رئیس اداره ثبت مراتب را به متقاضی اعلام می‌دارد تا در هر دو صورت، هرگاه اعتراضی از جانب هر یک از طرفین وجود داشته باشد، معترض به دادگاه محل وقوع ملك مراجعه نماید.

یادآوری این نکته ضرورت دارد که هرگاه امکان تنظیم صورت‌مجلس افرازی باشد، پس از تهیه نقشه ثبتی و صورت‌مجلس افرازی، مراتب به کلیه شرکا ابلاغ می‌گردد که در این خصوص معمولاً شریک غیرمتقاضی افراز، به نظر رئیس واحد ثبتی معترض بوده و در صورت اعلام عدم قابلیت افراز، معترض به نظریه رئیس واحد ثبتی، کسی جز شخص متقاضی نخواهد بود.

باید توجه داشت که مطابق ماده ۳۱۳ ق.ا.ج.، در صورتی که یکی از مالکین مشاعی، محجور، غایب مفقودالاثَر یا غیررشید باشد، واحد ثبتی صلاحیت افراز ملك مشاعی را نخواهد داشت. هر چند تمامی شرکایی که رشید هستند، موافق با افراز باشند. همین وضعیت (عدم صدور دستور افراز) در موردی که مجهول‌المالك است، وجود دارد.

هم‌چنین در صورتی که متقاضی افراز، تصرفی در ملک مشاعی نداشته باشد، ملک قابلیت افراز نخواهد داشت.

مضافاً باید توجه داشت که هرگاه واحد ثبتی بخواهد بدون رعایت مقررات و تشریفات ثبتی، تنها به استناد نامه شهرداری مبنی بر قلت مساحت اجزای باقیمانده ناشی از افراز، ملکی را غیرقابل افراز بداند، بی‌تردید اقدام یادشده قابل نقض در محکمه خواهد بود.

نقطه عطف افتراق بین تفکیک و افراز، تغییر و عدم تغییر مالکیت در قبل و بعد از عملیات مذکور است. هرگاه مالکیت متقاضیان، قبل و بعد از عمل حقوقی-ثبتي یادشده تغییری نکند، عمل حقوقی یادشده تفکیک نامیده می‌شود و شاید به همین جهت نام دیگر تفکیک، که به جداسازی ظاهری یا فیزیکی یک ملک موسوم است، نام با مسمایی باشد. در این حالت، الزاماً با مالکین متعدد روبه‌رو نخواهیم بود بلکه ممکن است شخص واحدی که با هیچ‌کس شراکتی ندارد، بخواهد تقاضای تفکیک ملک خود را بنماید.

به عبارت دیگر، در تفکیک ممکن است مالک یک یا چند نفر باشد (بدون توجه به تعداد مالکین یک پلاک ثبتی) پس از تفکیک ملک، همان افراد به همان نسبت مالکیت سابق خود، این بار بر قطعات تفکیکی مالکیت خواهند داشت.

با توجه به داده‌های فوق، هرگاه مالک ملکی قبل از تفکیک یک نفر باشد، پس از تفکیک نیز وی بر قطعات تفکیکی مالکیت شش‌دانگ خواهد داشت و زمانی که ملکی قبل از تفکیک چهار نفر مالک داشته باشد (سه‌م مالک اولی یک‌دانگ - دومی یک‌ونیم دانگ - سومی یک‌ونیم دانگ و آخری ۲ دانگ)، پس از صدور صورت‌مجلس تفکیکی نامبردگان به همین نسبت در قطعات تفکیکی مالکیت خواهند داشت. به دیگر سخن، تفکیک در ماهیت حقوقی مالکیت مالکین هیچ‌گونه تأثیری نخواهد داشت. لیکن هرگاه وضعیت مالکیت افراد در قبل و بعد از عملیات حقوقی تغییر نماید، به جداسازی یادشده افراز گفته می‌شود. در افراز، مالکیت سابقه الزاماً بایستی متعلق به چند نفر (آن هم به‌طور مشاعی) باشد و عمل افراز، در حقیقت از بین برنده حالت اشتراکی مالکیت و تبدیل وضعیت اشاعه به حالت

تعیین حصه اختصاصی (مفروزی) خواهد بود. به عبارت دیگر، امکان عقلی افراز ملکی که مالک آن دارای مالکیت شش‌دانگ است، متصور نخواهد بود.

باید توجه داشت که «تقسیم» نیز واژه دیگری است که امکان خلط مباحث یادشده را به دنبال دارد. هرچند اصطلاح تقسیم نیز همانند افراز، قاطع و از بین برنده حالت اشاعه بوده و باعث تبدیل آن به حصه اختصاصی می‌گردد لیکن عمل تقسیم دارای اختصاصاتی به شرح زیر است که باعث افتراق آن از افراز می‌گردد؛

اولاً: رضایت تمامی مالکین نسبت به تعیین سهم اختصاصی (حصه مفروزه) به ازای سهم مشاعی، شرط اصلی تقسیم می‌باشد. بنابراین در هر لحظه‌ای از مراحل تقسیم، هرگاه چنین اجماعی حاصل نگردید، امکان تقسیم متصور نخواهد بود و تقسیم فقط از طریق افراز از طریق واحد ثبتی یا فروش به حکم دادگاه، امکان‌پذیر خواهد بود.

ثانیاً: عمل تقسیم صرفاً ناظر بر اموال غیرمنقول نبوده و دامنه شمول آن قابل تسری به اموال منقول نیز می‌باشد که این موضوع، علاوه بر تخییری بودن جداسازی در تقسیم و اجباری بودن آن در افراز، یکی از نقاط اصلی افتراق بین این دو واژه است.

ثالثاً: برای انجام تقسیم اموال منقول ضرورتی به حضور در دفترخانه و اخذ استعلام از ثبت وجود ندارد و به برگه‌ای که شرکا برای تعیین حصه اختصاصی در ازای سهم مشاعی، تهیه و تنظیم می‌نمایند، تقسیم‌نامه عادی می‌گویند.

رابعاً: برای از بین بردن حالت اشاعه در اموال غیرمنقول و به‌ویژه برای تعیین حصه اختصاصی در قبال سهم مشاعی در املاک از طریق تقسیم، نیاز به حضور در دفاتر اسناد رسمی و اخذ استعلام از آن و ارائه استعلام به اداره ثبت و تقاضای تهیه و تنظیم صورت‌مجلس تفکیکی، جزو لاینفک مراحل عملی تقسیم بوده، دفترخانه یادشده پس از اخذ صورت‌مجلس تفکیکی (با استعلام مجدد و دریافت پاسخ آن)، با توجه به قصد و رضای تمامی شرکا (متقاسمین) و با استناد به صورت‌مجلس تفکیکی مذکور مبادرت به تنظیم سندی می‌نماید که به آن تقسیم‌نامه رسمی می‌گویند.

ذکر مجدد این نکته حائز اهمیت فراوان است که هرگاه در طی هر يك از مراحل تقسیم، رضایت يك یا چند تن از شرکا از بین برود، تعیین حصه اختصاصی در ازای سهم مشاعی راجع به مال غیرمنقول (ملك مورد تقسیم)، فقط از طریق افراز آن هم از طریق اداره ثبت یا فروش مال غیرمنقول از طریق دادگاه صالحه امکان پذیر و قابل پیگیری خواهد بود.

بنابراین گوهر افتراق این دو عمل (تقسیم و افراز)، وجود یا فقدان رضایت تمامی شرکاء و منقول و غیرمنقول بودن یا غیرمنقول بودن مال می باشد. بر این اساس، هرگاه رضایت تمامی شرکا برای تعیین حصه اختصاصی در قبال سهم مشاعی وجود داشته باشد، عمل حقوقی یادشده اعم از این که موضوع آن مال منقول یا غیرمنقول باشد، تقسیم نامیده خواهد شد (اعم از این که در این زمینه تقسیم عادی یا تقسیم نامه رسمی تنظیم شود)، ولی هرگاه يك یا چند شريك، نسبت به تعیین حصه اختصاصی در ازای سهم مشاعی خود، بنا به هر علتی رضایت نداشته باشد، تعیین سهم هر يك از شرکا، صرفاً از طریق افراز به عمل می آید و در صورت عدم قابلیت افراز، ملك مورد تقاضا بنا به درخواست کتبی يك یا چند شريك از طریق اداره ثبت و در غیر این صورت، با دستور دادگاه، از طریق مزایده به فروش می رسد.

به همین جهت می توان به طور قاطع اظهار داشت که گرچه تقسیم و افراز، از لحاظ مقررات ثبتی دو عمل متفاوت محسوب می گردند لیکن حاصل عمل و نتیجه کار آنها واحد است. بی تردید نتیجه کار هر دو عمل حقوقی مذکور، تعیین حصه اختصاصی در قبال سهم مشاعی می باشد.

بنابراین همان گونه که مشاهده می شود، بازشناسی این چهار واژه (تحدید حدود، تفکیک، افراز و تقسیم) و تعیین محدوده تعریف و مصادیق آنها از درجه اهمیت فراوانی برخوردار است که استعمال يك واژه به جای دیگری می تواند بسیار زیان بار باشد. واژه دیگری به نام «تجمیع» وجود دارد که در آن تحدید حدود صورت می گیرد ولی

عکس سه اصطلاح (تفكيك - افراز - تقسيم) می‌باشد. تجميع، حالتی است که در آن می‌توان دو پلاك ثبتی را با داشتن شرایط خاص (از جمله وحدت مالکیت و در صورت مشاعی بودن مالکیت، وحدت سهام شرکا ضروری است) و نیز نبود سند مالکیت معارض (اعم از این که نسبت به اصل مالکیت، حدود و حقوق ارتفاقی باشد) در هم ادغام نمود و آن دو را تبدیل به پلاك واحدی کرد که در جای خود از آن بحث و گفتگو به عمل خواهیم آورد.

۵ - ۲ - تفاوت واژه نقشه ثبتی و کروکی

هرگاه نقشه‌بردار ثبتی بخواهد آنچه را که در واقع مشاهده می‌نماید، روی برگه‌ای ترسیم نماید چون اندازه برگه یادشده بسیار کوچکتر از واقعیت بیرونی است، ترسیم وضعیت بیرونی در برگه مذکور، از دو حال زیر خارج نخواهد بود؛

ممکن است خطوط مندرج در برگه یادشده، به نسبت معینی از واقعیت موجود خارجی باشد که در این حالت، نام برگه مذکور "نقشه ثبتی" خواهد بود و در همین رابطه بایستی عنوان داشت که نسبت معین خط ترسیمی با واقعیات بیرونی، مقیاس نامیده می‌شود. حال آن که اگر برگه مذکور فاقد چنین نسبتی بوده یا طول ابعاد حدود ملك بدون توجه به نسبت معین فقط با اعداد درج شده باشد، به چنین نقشه‌ای در اصطلاح ثبتی، "کروکی" گفته می‌شود.

بنابراین نقطه افتراق بین نقشه ثبتی و کروکی، بود و نبود مقیاس در آن می‌باشد. به همین جهت به کلیه نقشه‌هایی که فاقد مقیاس بوده و یا این که مقیاس درج شده با واقعیت به‌طور فاحش اختلاف داشته یا این که روی خطوط ترسیمی اعدادی به‌عنوان مترآز درج شده باشد، کروکی اطلاق می‌گردد.

بنابراین مقیاس، نسبت معینی از خط ترسیم شده روی برگه با واقعیات موجود خارجی است که به‌صورت کسری از يك، نمایش داده می‌شود. به‌عنوان مثال نقشه‌هایی با مقیاس‌های متفاوت از قبیل يك به دو، يك (يك دو، يك دو، يك دو، يك دو، يك دو، يك دو)، يك به پانصد (يك پانصدم)،

يك به هزار (يك هزارم)، يك به دوهزار (يك دوهزارم)، يك به ده هزار (يك ده هزارم)، يك به پنجاه هزار (يك پنجاه هزارم) و بالاتر وجود دارند.

مقیاس نقشه‌ها با توجه به نحوه و نوع استفاده از آنها، متغیر می‌باشد. در صورتی که نیاز به دانستن جزئیاتی در نقشه وجود داشته باشد، ضرورت استفاده از نقشه‌های با مقیاس پایین‌تر (با عدد کوچک در مخرج کسر مقیاس) هویدا می‌گردد. چنین نقشه‌هایی معمولاً در شهرداری‌ها و مراکزی کاربرد دارد که نیاز به اطلاعات جزئی دارند.

بالعکس، هرگاه نیاز به دانستن جزئیات ضروری نباشد، بایستی از نقشه‌های با مقیاس بالا (با عدد بزرگ در مخرج کسر مقیاس) استفاده شود. نقشه‌های جغرافیایی و هم‌چنین نقشه مربوط به تعیین ریل راه آهن و جاده‌ها (اعم از درون شهری و برون شهری) و سایر خطوط مواصلاتی، تلفن، انتقال نیرو و نیز مسیرهای لوله‌های آب، گاز و نفت از این نوع می‌باشند.

نقشه‌های ثبتي معمولاً با مقیاس‌های يك به پنج هزار و کمتر مورد استفاده قرار می‌گیرد. متداول‌ترین نقشه‌های ثبتي با مقیاس يك به دوهزار (يك دوهزارم) می‌باشند.

۶-۲ - افتراق بين ملك مجهول‌المالك و خلاى ثبتي

همان‌گونه که قبلاً دانستیم، مجهول‌المالك به ملكی اطلاق می‌گردد که متقاضی ثبت در هنگام عملیات مقدماتی ثبت و در جریان آن، اظهارنامه دریافتی را عودت ننموده باشد. این ملك در عالم خارج (در واقعیت) موجود بوده و اداره ثبت نیز از وقوع آن آگاه است و در صورت مراجعه بعدی متقاضی ثبت و در صورت پذیرش تقاضای ثبت وی، رئیس واحد ثبتي موظف است براساس ماده ۵۹ اصلاحی آیین‌نامه قانون ثبت املاک، آگهی نوبتي ملك را منتشر نماید.

یعنی همان‌طور که قبلاً بیان گردید، هرگاه تقاضای ثبت وی در یکی از روزهای فصل بهار مورد پذیرش واقع شود، اولین آگهی نوبتي ملك مجهول‌المالك در اولین روز دومین ماه فصل بعد (در اول مردادماه) و در صورت پذیرش تقاضای ثبت در یکی از روزهای فصل

تابستان، اولین آگهی نوبتی ملك مجهول‌المالك در اولین روز دومین ماه فصل بعد (در اول آبان‌ماه) و هرگاه تقاضای ثبت نامبرده در یکی از روزهای فصل پاییز صورت پذیرد، اولین آگهی نوبتی ملك مجهول‌المالك در اولین روز ماه وسطی فصل بعد (در اول بهمن‌ماه) و النهایه اگر تقاضای ثبت فرد مذکور در یکی از روزهای فصل زمستان صورت پذیرد، اولین آگهی نوبتی ملك مجهول‌المالك در اولین روز ماه وسطی فصل بهار سال بعد (یعنی در اول اردیبهشت سال بعد) انتشار می‌یابد.

حال آن‌که خلأ ثبتی، به زمینی اطلاق می‌گردد که در بین دو پلاک معین قرار گرفته و پس از تثبیت وضعیت دو پلاک مزبور، در اثر کاهش طول ابعاد یا عدم میخ‌کوبی مناسب، ایجاد شده و مالك مشخصی ندارد. شرط به‌وجود آمدن خلأ ثبتی این است که این قطعه زمین در محدوده و داخل در دو پلاک مجاور خود قرار نگرفته باشد مشروط بر این‌که دو پلاک مجاور، تثبیت وضعیت شده و در جای خودشان مستقر شده باشند.

باید دقت داشت که در مجموعه قوانین و مقررات ثبتی موجود، واژه‌ای به نام خلأ ثبتی وجود ندارد بلکه این واژه در عمل، تحقق عینی به خود گرفته و شاید علت عمده تحقق آن نیز ناشی از اشتباهات محاسباتی نماینده محدد باشد که بعداً در هنگام تثبیت وضعیت دو پلاک مجاور، به‌صورت خلأ ثبتی پدیدار گردیده باشد.

معمولاً در صورت بروز چنین حالتی (در صورت احراز وجود خلأ ثبتی)، مجاورین آن را تصرف نموده و در نهایت ممکن است از طریق ماده ۱۴۹ قانون ثبت، مبادرت به اصلاح سند مالکیت نمایند. در پاره‌ای از موارد نیز، با توجه به تصرف اشخاص (اعم از حقیقی یا حقوقی) و با رعایت قواعد و مقررات ثبتی، از آنان تقاضای ثبت پذیرفته شده و برخلاف ملك مجهول‌المالك، ضمن دریافت اظهارنامه و عودت آن در ظرف ۶۰ روز، آگهی نوبتی آن برابر ماده ۱۱ اصلاحی قانون ثبت اسناد و املاک، در ظرف ۹۰ روز از انتشار اولین آگهی ماده ۱۰ ق.ث. منتشر خواهد شد.

۷-۲- فرق بین تجمیع حدود و اصلاح وضع ملك

تجمیع حدود، وضعیتی است که طی آن دو یا چند پلاک در اثر ایجاد ساختمان یا

دیوارکشی به صورت واحدی درآمده یا به هم وصل شده باشند. در این صورت با وجود شرایط خاص، امکان تبدیل دو پلاک به یک پلاک تجمیعی توسط واحدهای ثبتی وجود دارد. از شروط مهمی که دو پلاک قابل تجمیع بایستی دارا باشند، می توان به موارد زیر اشاره داشت:

- ۱ - برابری سهام مالکین در دو پلاک قابل تجمیع،
 - ۲ - تطبیق مساحت دو پلاک با دفتر املاک و با واقع و اعمال گذر طرح عنداللزوم،
 - ۳ - وحدت کاربری پلاک‌های قابل تجمیع،
 - ۴ - در صورت رهن؛ بازداشت بودن تمامی پلاک‌های قابل تجمیع و موافقت مرتبه‌ن و بیع شرط یک یا هر دو پلاک،
 - ۵ - نبود معترض ثبتی (اعم از معترض به اصل ملک، حدود و حقوق ارتفاقی) در هر یک از پلاک‌های قابل تجمیع،
 - ۶ - محدود نشدن حدود پلاک‌ها به نهر، مسیل، آبریزگاه کوه و سایر حدود طبیعی یا مجاورت با اراضی ملی یا املاک دولتی و متعلق به شهرداری‌ها و همچنین قرارنگرفتن پلاک‌های مذکور در خارج از محدوده قانونی شهرها (به لحاظ خروج موضوعی این املاک از دستور مندرج در ۳۱۳ م.ب.ث.).
- پس از تقاضای کتبی متقاضی تجمیع و با قبول تجمیع حدود دو پلاک به وسیله اداره ثبت (با توجه به شروط یادشده) بدو توسط نقشه بردار ثبتی، نقشه تجمیعی ترسیم گردیده، آنگاه نماینده واحد ثبتی مبادرت به تهیه و تنظیم صورت مجلس تجمیعی می نماید. النهایه بر اثر تجمیع، اسناد مالکیت دو پلاک مرقوم از مالکین دریافت و به جای آن سند یا اسناد مالکیت تجمیعی به آنان داده می شود.
- یکی از مشکلاتی که در هنگام تجمیع دو پلاک ممکن است در عمل حادث شود، قرارگرفتن دو پلاک یادشده در حوزه عملکردی دو واحد ثبتی جداگانه است. در این صورت، به عنوان یک رویه عملی، تجمیع پلاک‌ها توسط آن واحد ثبتی صورت می گیرد که پلاک ثبتی با مساحت بیشتر در حوزه عملکردی آن قرار دارد.

باید دقت داشت که در پاره‌ای از موارد، مالکین بدون مراجعه به اداره ثبت، به‌طور عملی مبادرت به احداث يك مجموعه ساختمانی در محدوده دو پلاك ثبتی می‌نمایند. به چنین عملی که خیلی شبیه تجمیع است، ادغام یا تجمیع غیرثبتي گفته می‌شود که فاقد هرگونه اثر ثبتی بوده و با تجمیع ثبتی تفاوت آشکار دارد.

اصلاح وضع املاك، حالتی است که مالکین به‌منظور بهبود وضعیت املاك خود (در صورت تداخل یا تبادل) می‌توانند با تنظیم صورت‌مجلس توافق و پرداخت حقوق و عوارض مربوطه و کسب اجازه از اداره ثبت، در دفاتر اسناد رسمی حاضر شده و طی سند رسمی قسمت جزئی از املاك خود را اصلاح (کسر یا اضافه) کرده یا با یکدیگر مبادله نمایند.

بنابراین، اصلاح وضعی که به شرح فوق در جهت بهبود املاك صورت می‌گیرد، حسب مورد ممکن است عملی دوطرفه یا يك‌طرفه محسوب شود. مبادله، یک عمل حقوقی دوطرفه برای اصلاح و بهبود وضع املاك می‌باشد. در تبادل جزئی، واحد ثبتی پس از اخذ اقرارنامه رسمی از مالکین در یکی از دفاتر اسناد رسمی، مبنی بر توافق آنان با وضع موجود و اصلاح حدود و مساحت اسناد مالکیت، می‌تواند اسناد مالکیت آن‌ها را اصلاح نماید.

باید دقت داشت که گاهی از اوقات اتفاقاً ممکن است این عمل به‌صورت يك‌جانبه تجلی نماید و آن، در صورتی است که حدی از حدود اربعه پلاکی در طرح تعریض شهرداری قرار می‌گیرد که در این صورت، در ملك به اندازه عمق تعریض در مساحت ملك کسری ایجاد و ملك در آن قسمت عقب‌نشینی می‌نماید. واحد ثبتی به‌منظور اصلاح مساحت و حدود جدید، وفق ماده ۴۵ آیین‌نامه قانون ثبت املاك عمل خواهد نمود.

توجه به این نکته ضروری است که بین اصلاح وضع املاك با اصلاح سند املاك تفاوتی آشکار وجود دارد. چون گاهی از اوقات اتفاق می‌افتد که اصلاح سند مالکیت، به تبع وضع جدید املاك ناشی از اصلاح فیزیکی آن صورت گیرد (این موارد به‌طور مشروح در ماده ۴۵ آیین‌نامه قانون ثبت املاك بیان گردیده است).

لیکن در پاره‌ای از موارد، اصلاح سند، مستلزم وجود اصلاح در وضع ملك نمی‌باشد

(مصادیق این قسمت در ماده ۱۴۹ ق.ث. ذکر شده است). یکی از موارد مهم اصلاح سند ملك بدون اصلاح وضع موجود، اعلام و اخبار کاهش یا زیادت مساحت ناشی از اشتباه محاسباتی طول ابعاد ملك توسط مأمور ثبت در سند مالکیت است.

فرض کنید سند مالکیت يك پلاك ثبتی با طول ابعاد و مساحت معینی توسط اداره ثبتی صادر و تسلیم مالك آن شده و ملك بدون هر گونه تغییری، بر اثر اشتباه محاسباتی دارای کاهش یا اضافه مساحت گردیده است (عدم انطباق مساحت موجود در واقعیت با مساحت مندرج در سند).

همان گونه که ذکر شد، مورد مذکور از مصادیق ماده ۱۴۹ ق.ث. بوده و اصلاح مساحت بر طبق وضع موجود، (به ویژه در صورت اضافه مساحت) پس از گواهی عدم تجاوز به مجاورین، بلا اشکال خواهد بود.

۸ - ۲ - تفاوت بنیادین میان سند مالکیت معارض و معامله معارض و پلاك مكرر

هرگاه توسط اداره ثبت برای دو نفر نسبت به اصل مالکیت یک ملك، با شماره پلاك فرعی و اصلی واحد، دو جلد سند مالکیت مجزا صادر شود، به این دو جلد سند مالکیت در عرف حقوق ثبت املاك، اسناد مالکیت معارض گفته می شود. باید توجه داشت که صدور سند مالکیت معارض، مختص اصل مالکیت نمی باشد بلکه ممکن است موضوع اسناد مالکیت معارض، تعارض در حدود و حقوق ارتفاقی نیز باشد که در این صورت، يك حد از حدود اربعه یا حق ارتفاق دو نفر با داشتن دو سند مالکیت مجزا (با شماره پلاك متفاوت) با یکدیگر معارض گردد. این تعارض در هنگام صدور سند مالکیت رخ می دهد و ناشی از بی دقتی مأموران ثبتی است و با تعارض و تزامم در تصرف، تفاوت فاحش دارد.

با توجه به مطالب فوق الذکر، آشکار می شود که صدور سند مالکیت معارض (اعم از اینکه در اصل مالکیت معارض باشند یا در حدود و حقوق ارتفاقی) محصول عملکرد مقامات ثبتی است. بنابراین رؤسای ادارات ثبت محل، به مجرد اطلاع از صدور سند مالکیت معارض، دو وظیفه دارند؛

اولین وظیفه آنان که ضمناً نوعی اقدام پیشگیرانه است، اعلام مراتب به دفاتر اسناد رسمی مستقر در حوزه ثبتی خود بوده و دومین وظیفه رئیس واحد ثبتی مذکور، گزارش امر از طریق سلسله مراتب، جهت طرح موضوع در هیئت نظارت استان می‌باشد. اقدام هیئت نظارت نیز از دو حال خارج نیست؛

الف - هیئت نظارت ممکن است دو سند مالکیت صادره را معارض یکدیگر نداند.

ب - هیئت نظارت ممکن است دو سند مالکیت صادره را معارض یکدیگر تلقی نماید.

هر دو نظر هیئت نظارت، وفق تبصره ۴ ماده ۲۵ اصلاحی قانون ثبت، غیرقطعی محسوب و ظرف ۲۰ روز از تاریخ نصب در تابلوی اعلانات اداره ثبت، قابل تجدیدنظر در شعبه املاک شورای عالی ثبت خواهد بود.

در صورت اعلام قطعی هیئت نظارت یا شورای عالی ثبت مبنی بر منتفی بودن تعارض (عدم تعارض دو سند با یکدیگر در اصل مالکیت یا حدود و یا حقوق ارتفاقی) یا در صورت تغییر در میزان تعارض، رئیس واحد ثبتی موظف است طبق مقررات (پیرو بخشنامه قبلی)، مراتب را به دفاتر اسناد رسمی تابعه ابلاغ نماید.

هرگاه بنا به تشخیص هیئت نظارت یا شورای عالی ثبت (بدون توجه به این که جریان ثبتی کدامیک وفق مقررات به‌طور صحیح انجام شده) وقوع تعارض قطعی گردد، سندی که صرفاً تاریخ ثبت آن مقدم بر دیگری باشد، «سند مقدم‌الصدور» نامیده می‌شود و نام سند بعدی که با آن معارض است، «سند مؤخر‌الصدور» یا «سند مالکیت معارض» شناخته می‌شود.

هرگاه براساس تشخیص هیئت نظارت یا شورای عالی ثبت (در صورت اعتراض به نظریه هیئت نظارت توسط دارنده سند مالکیت معارض و طرح آن در شورای عالی ثبت) وقوع تعارض محرز گردد، ثبت محل علاوه بر وظایف قبلی خود، مکلف است مراتب را به دارنده سند مالکیت معارض اطلاع دهد تا نامبرده با حضور در دادگاه عمومی محل وقوع ملک، مبادرت به طرح دعوی نماید.

قاعده کلی قابل اعمال در باب معامله با سند مالکیت معارض این است که تا تعیین تکلیف قطعی توسط دادگاه، دارنده سند مالکیت معارض نمی‌تواند با سند مرقوم معامله ناقله یا منتج به نقل [و انتقال] نماید. دارنده سند مالکیت مقدم، حق انجام معامله ناقله و منتج به نقل را دارد ولی سردفتر تنظیم‌کننده سند رسمی، مکلف است وفق ماده ۴ لایحه قانونی راجع به اشتباهات ثبتی و اسناد مالکیت معارض مصوب ۱۳۳۳/۱۰/۵، جمله: «نسبت به مورد معامله، سند مالکیت معارض صادر شده و مادام که تکلیف نهایی آن طبق این قانون معلوم نشده، به خریدار سند مالکیت جدید داده نخواهد شد» را در سند تنظیمی درج نماید.

همان‌گونه که در بالا ذکر شد، باید توجه داشت که دارنده سند مالکیت مؤخرالصدور یا دارنده سند مالکیت معارض، تا تعیین تکلیف نهایی سند مزبور در محکمه، حق انجام هیچ‌گونه معامله‌ای اعم از معامله ناقله یا منتج به نقل نسبت به سند مالکیت خود نخواهد داشت و فقط می‌تواند حقوق متصوره ناشی از داشتن سند مالکیت خود را به دیگری صلح نماید.

محکمه به موضوع رسیدگی نموده و بدون توجه به تقدم و تأخر ثبت در دفتر املاک، اگر تشخیص دهد که هر يك از اسناد معارض که جریان ثبتی آن مطابق مقررات، صحیحاً صورت گرفته، آن را به عنوان سند اصیل تلقی نموده و در نتیجه حکم به ابطال سند دیگر خواهد داد. حکم صادره قابل تجدیدنظر در دادگاه تجدیدنظر استان خواهد بود.

سؤالی که ممکن است در این زمینه مطرح گردد این که اگر توسط اداره ثبت، دو سند با پلاک واحد (یکی به‌طور متعارف و دیگری براساس ماده ۱۴۷ ق.ث.) برای يك نفر صادر شود، آیا اسناد یادشده، معارض یکدیگر محسوب می‌گردند؟

با توجه به این که شرط صدور اسناد مالکیت معارض، صدور دو سند متفاوت برای پلاک واحد برای دو نفر با خصلت حقوقی متفاوت می‌باشد، به نظر می‌رسد که به لحاظ نبود یکی از ارکان اسناد مالکیت معارض (یعنی متفاوت نبودن دارندگان اسناد مالکیت) نمی‌توان این دو سند را معارض یکدیگر تلقی کرد بلکه صدور چنین سندی ناشی از عدم توجه مأمور ثبتی بوده و با تنظیم اقرارنامه توسط دارنده سند و بدون مراجعه به دادگاه، رئیس واحد ثبتی می‌تواند سند مؤخر را بایگانی نماید.

معامله معارض، عبارت از دو یا چند معامله‌ای است که نسبت به عین یا منفعت يك پلاك معين یا يك مال منقول صورت گیرد. مطابق ماده ۱۱۷ اصلاحی قانون ثبت اسناد و املاک، هرکس که به موجب سند رسمی یا عادی نسبت به عین یا منفعت مالی (اعم از منقول یا غیرمنقول) حقی به شخص یا اشخاصی داده و بعداً نسبت به همان عین یا منفعت، به موجب سند رسمی معامله یا تعهدی معارض با حق مزبور بنماید، عمل مزبور معامله معارض نام داشته و مرتکب به حبس با اعمال شاقه از ۳ تا ۱۰ سال، محکوم خواهد شد. با توجه به آموزه‌های فوق، [گاهی] متوجه می‌شویم که معامله معارض ممکن است ناشی از عملکرد دفاتر اسناد رسمی باشد.

با توجه به تبیین محدوده دو واژه «سند مالکیت معارض - معامله معارض» آشکار می‌شود که گوهر افتراق بین این دو اصطلاح، تقدم و تأخر معارض بودن در سند مالکیت و موضوع سند مالکیت و مرجع ایجادکننده تعارض می‌باشد. هرگاه تعارض تاریخی دو سند مالکیت مقدم بر موضوع آنان باشد، در این صورت، اصطلاح «سند مالکیت معارض» خودنمایی می‌کند لیکن هرگاه تعارض در نقل و انتقال موضوع سند، مقدم بر تعارض مربوط به سند مالکیت باشد، نام تعارض یادشده، معامله معارض خواهد بود.

در حقوق ثبت اسناد و املاک، سند مالکیت معارض فقط در مورد املاک قابل ثبت رخ می‌دهد و تعارض مذکور به وسیله اداره ثبت اسناد و املاک به وجود می‌آید. در صورتی که موضوع معامله معارض کلیه اموال قابل نقل و انتقال (اعم از منقول و غیرمنقول) می‌باشد معمولاً توسط دفاتر اسناد رسمی به وقوع می‌پیوندد.

برخلاف دو اصطلاح یادشده، مقصود از پلاك مكرر این است که هرگاه در هنگام اختصاص پلاك در جریان مقدماتی ثبت املاک، به ملکی شماره‌ای اختصاص داده شود که قبلاً برای ملك دیگری منظور شده باشد، پلاك اخير را در عرف ثبتی، پلاك مكرر می‌گویند.

تکرار شماره پلاک ممکن است در شماره اصلی رخ دهد یا این که تکرار شماره پلاک مکرر در شماره فرعی و اصلی باشد. بنابراین گوهر افتراق بین سند مالکیت معارض و پلاک مکرر، تفاوت در وحدت و عدم وحدت شماره پلاک و واحد بودن یا نبودن املاک است. با این توضیح که اگر در اثر اشتباهات مأمورین ثبت املاک، برای دو ملک جداگانه، یک شماره (پلاک ثبتی) اختصاص یافته باشد، اشتباه یادشده، تولید پلاک ثبتی مکرر خواهد نمود. حال آن که در اثر اشتباهات مأمورین اداره ثبت در هنگام ایجاد سند مالکیت معارض نسبت به اصل ملک، دو جلد سند مالکیت مجزا (با دو شماره یا پلاک متفاوت) برای یک پلاک صادر می‌شود.

۹-۲- اختلاف واژه‌های سند مالکیت المثنی و اسناد متمم مالکیت

سند مالکیت المثنی، سندی است که با از بین رفتن، مفقود شدن یا از کارافتادن اصل سند مالکیت، بنا به درخواست کتبی مالک یا وکیل یا قائم‌مقام قانونی وی، طی تشریفات خاص و مطابق ماده ۱۲۰ آیین‌نامه قانون ثبت املاک و تبصره‌های مربوطه، توسط اداره ثبت اسناد و املاک محل وقوع ملک، صادر و در اختیار وی قرار می‌گیرد.

به منظور رعایت غایت احتیاط و جلوگیری از انجام معاملات معارض، تشریفات مربوط به صدور سند مالکیت المثنی طولانی است. به همین جهت متقاضی صدور سند مالکیت المثنی در ابتدا بایستی به ضمیمه درخواست کتبی خود، دو برگ استشهادیه پیوست نماید که در آن، ضمن درج مختصات عمومی خود و ملکی که قصد دریافت سند مالکیت المثنی آن را دارد، علت تقاضای صدور سند مالکیت المثنی را تشریح نماید.

پس از تسلیم مدارک و پیوست آن به پرونده ثبتی، نماینده ثبت پیش‌نویس آگهی فقدان سند مالکیت اصلی را تهیه نموده و مسئول واحد ثبتی آن را جهت درج در روزنامه کثیرالانتشار ارسال می‌دارد. پس از درج آگهی در روزنامه مذکور و وصول آن و انقضای مدت مندرج در روزنامه و در صورت نبود معترض، توسط نماینده ثبت پیش‌نویس سند مالکیت المثنی تهیه و پس از دستور پاک‌نویس توسط رئیس واحد ثبتی، دفتر املاک نسبت به صدور و تحویل سند مالکیت المثنی به متقاضی یا نماینده قراردادی یا قانونی وی اقدام می‌نماید.

در صورتی که سند متمم مالکیت، سندی است که پس از پرشدن ستون نقل و انتقالات سند مالکیت اصلی بر اثر کثرت معاملات انجام یافته و عدم ضرورت به ابطال و صدور سند مالکیت جدید، بنا به درخواست مالک و دستور رئیس واحد ثبتی مربوطه، دفترچه متمم مالکیت بر طبق نمونه و مطابق با بند ۳۱۰ م.ب.ث.، به سند مالکیت اصلی ضمیمه و پس از پلمپ شدن، با اخذ بها به متقاضی تحویل خواهد شد.

در کنار این دو اصطلاح، واژه مشابهی نیز وجود دارد که کاربری آن، با این دو واژه متفاوت است. در حقوق ثبت، هنگامی که به اصطلاح «ابطال سند مالکیت اصلی و صدور سند مالکیت جدید» برمی خوریم، این اصطلاح به حالتی اشاره دارد که طی آن و به موجب الزامات قانونی یا براساس بخشنامه‌های اداری، دفاتر اسناد رسمی موظف‌اند سند مالکیت را جهت ابطال و صدور سند مالکیت جدید به اداره ثبت محل وقوع ملک ارسال نمایند.

مواردی از قبیل انجام معامله جزئی یا کلی به وسیله سند مالکیت مورث توسط تمام یا بعض ورثه، انتقال آخرین جزء یا قطعه باقی مانده از صورت مجلس تفکیکی و نیز انتقال باقی مانده جزء مشاعی از کل که در اصطلاح حقوق ثبت به (مفروز و باقی مانده) مشهور است، از جمله مواردی است که دفاتر اسناد رسمی بایستی ضمن ارسال سند مالکیت قبلی به اداره ثبت، رئیس واحد ثبتی ضمن ابطال سند اصلی، برای آن، سند مالکیت جدید صادر نماید.

گفتار دوم - مطالعه افتراقی در خصوص اصطلاحات ثبت اسناد

در حقوق ثبت اسناد نیز واژه‌ها و اصطلاحاتی وجود دارند که ضرورت تبیین محدوده تعریف و موضوعاتی که در قلمروی آن قرار می‌گیرد، از درجه اهمیت فراوانی برخوردار هستند. بازشناسی مفهوم این اصطلاح‌ها به گونه‌ای ضروری است که اگر چنین کاری صورت نگیرد، امکان برداشت نادرست از آن‌ها محتمل خواهد بود. واژه‌های تنظیم و ثبت سند از جمله اصطلاحاتی است که یک پژوهشگر به‌طور روزمره با آن سروکار خواهد داشت.

بند ۱ - تفاوت مفهوم تنظیم و ثبت سند

شاید در بادی امر، واژه تنظیم سند با واژه ثبت سند، مشابه، معادل و مترادف به نظر برسد. حال آن‌که این دو واژه با یکدیگر تفاوت آشکار و بنیادین دارند.

مطابق ماده ۱۸ ق.د.ا.ر.ک.، هرگاه سردفتر، دفتریار یا سایر کارمندان دفترخانه بنا به دستور نامبرده، متن دلخواه متعاملین یا متعهدین را پس از مطابقت با قوانین موجود و اطمینان از عدم مغایرت آن با نظم عمومی و اخلاق حسنه، در اوراق مخصوصی که از اداره ثبت دریافت نموده‌اند، درج نمایند، به چنین عملی در عرف دفاتر اسناد رسمی، تنظیم کردن سند گفته می‌شود.

لیکن ثبت سند، به عملی اطلاق می‌گردد که سردفتر، دفتریار یا سایر کارمندان دفترخانه، متن سند تنظیمی را عیناً و بدون کم‌وکاست در دفتری که از جانب اداره ثبت در اختیار دفترخانه قرار گرفته، وارد نمایند.

با توجه به مطالب فوق‌الذکر متوجه خواهیم شد که گوهر اصلی افتراق بین ثبت سند و تنظیم آن، درج متن دلخواه متعاملین در اوراق مخصوص و درج همان متن در دفتر جاری (دفتر سردفتر) می‌باشد. ثمره این بحث در زمان استرداد حق‌الثبت و حق‌التحریر نمود عینی می‌یابد.

زیرا مطابق ماده ۵۶ آیین‌نامه قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۱۷، حق‌الثبت باید قبل از تنظیم سند تأدیه و قبض رسمی صادر گردد و هرگاه قبل از تنظیم سند معامله و ثبت آن در دفاتر مربوطه، طرفین از انجام معامله صرف‌نظر نمایند، باید در ظهر قبض، رد وجه یا تصدیق سردفتر قید و به امضای گیرنده آن برسد و در صورتی که معامله در دفتر ثبت شده باشد، حق‌الثبت مأخوذه مسترد نخواهد شد.

بنابراین متوجه می‌شویم که آگاهی از لحظه دریافت و هم‌چنین شناخت زمان و چگونگی استرداد یا حتی عدم استرداد حق‌الثبت در دفاتر اسناد رسمی، متوقف به تعیین محدوده تعاریف و واژه‌های تنظیم و ثبت سند خواهد بود.

۲- بررسی افتراقی سایر واژه‌های حقوق دفاتر اسناد رسمی

علاوه بر مفاهیم گوناگون اصطلاحات تنظیم و ثبت سند، اصطلاحات دیگری نیز وجود دارند که درک نادرست آن‌ها می‌تواند هر پژوهشگر حقوق دفاتر اسناد رسمی را دچار

سردرگمی نماید. واژه‌هایی نظیر حق‌التحریر و حق‌الثبت - معاملات قطعی و معاملات شرطی، رهنی و معاملات با حق‌استرداد - فك رهن و فسخ سند رهنی - امضای ثبت سند و امضای ثبت و سند - رسمیت و عدم رسمیت سند ثبت‌شده، از جمله اصطلاحاتی است که ناگفته می‌توان فهمید که ضرورت تبیین دامنه تعریف آن‌ها آشکار است.

۱ - ۲ - تفکیک معنای حق‌التحریر و حق‌الثبت

با یک نگاه ساده به ترمینولوژی رایج در حقوق دفاتر اسناد رسمی، متوجه می‌شویم که حق‌التحریر، وجهی است که سردفتر دفترخانه یا قائم‌مقام وی در ازای خدماتی که ارائه می‌کنند (نظیر تنظیم و ثبت سند، ارائه گواهی امضا، دادن رونوشت از اسناد، صدور اجرائیه) از متقاضی دریافت می‌دارند.

بر طبق ماده ۵۴ ق.د.ا.ر.ک، مبلغ حق‌التحریر مطابق تعرفه تعیین شده به‌وسیله رئیس قوه قضائیه خواهد بود و هر ۴ سال یک‌بار بایستی توسط ایشان مورد بررسی مجدد قرار گرفته و در صورت اقتضا، در آن، تجدیدنظر شود.

در صورتی که حق‌الثبت، وجهی است که دولت (سازمان ثبت اسناد و املاک کشور) بابت ثبت یک سند به‌وسیله دفترخانه از متعاملین دریافت می‌دارد. مبلغ حق‌الثبت براساس قانون تعیین می‌گردد.

مطابق ماده ۱۲۳ اصلاحی قانون ثبت اسناد و املاک، تعرفه حق ثبت کلیه اسناد (مالی) تنظیمی در دفاتر اسناد رسمی به میزان نیم‌درصد مبلغ مندرج در سند و در موارد اسنادی که موضوع آن‌ها انتقال منافع باشد، هرگاه منافع به‌طور عمومی انتقال داده شود، حق‌الثبت از منافع ۱۰ ساله اخذ خواهد شد.

ضمناً مطابق ماده ۱۲۴ اصلاحی همان قانون، حق‌الثبت اسنادی که تعیین قیمت موضوع آن‌ها ممکن نباشد (سند غیرمالی) و انجام گواهی هر امضا و صدور رونوشت برای هر برگ و فسخ و اقاله معاملات و هر نوع گواهی که از ادارات ثبت گرفته می‌شود به پنج‌هزار ریال افزایش می‌یابد.

گوهر افتراق بین واژه‌های حق‌الثبت و حق‌التحریر، تفاوت منتفعین از این حقوق و حسابی است که حق‌الثبت و حق‌التحریر به آن واریز می‌گردد. با توجه به این گوهر، تمامی حق‌الثبت متعلق به دولت بوده و به حساب خزانه (حساب عمومی که به سردفتر معرفی می‌گردد) واریز خواهد شد. حال آن‌که حق‌التحریر کلاً متعلق به دفترخانه بوده و به حساب شخص سردفتر واریز خواهد شد که سردفتر از محل آن، هزینه‌های جاری دفترخانه، حقوق دفتریار اول، کارکنان دفترخانه، بیمه و بازنشستگی خود و دفتریار را تأمین می‌نماید. یادآور می‌شود که ده درصد از حق‌التحریر ماهیانه، بابت بیمه و بازنشستگی سردفتر و دفتریار به حساب کانون سردفتران و دفتریاران واریز می‌شود. پانزده درصد از حق‌التحریر ماهیانه بابت سهم دفتریار اول دفترخانه در ازای اخذ رسید، به وی پرداخت می‌گردد و پانزده درصد حق‌التحریر ماهیانه به تناسب شغل کارکنان و در نظر گرفتن ضرایب خاص، به عنوان کمک اعاشه کارکنان، علاوه بر حقوق کارمندان دفترخانه به نامبردگان پرداخت می‌گردد. شصت درصد باقی‌مانده از حق‌التحریر در هر ماه، سهم سردفتر خواهد بود که از محل آن، حقوق کارکنان دفترخانه، کرایه محل و سایر هزینه‌های جاری دفترخانه پرداخت خواهد شد.

البته باید توجه داشت که مطابق ماده ۵۳ ق.د.ا.ر.ک، سردفتر و دفتریار از درآمد ناشی از پرداخت حق‌الثبت نیز سهم می‌برند ولی این سهم با توجه به تعیین سقف برای آن، به حدی ناچیز است که معمولاً نامبردگان برای دریافت آن به اداره ثبت مراجعه نمی‌نمایند.

۲-۲- معاملات قطعی، شرطی، رهنی و معاملات با حق استرداد

هرچند در ترمینولوژی حقوقی بحثی از معاملات قطعی به میان نیامده است لیکن به کلیه معاملاتی که در لحظه تنظیم و ثبت سند، باعث نقل قطعی مالکیت، اعم از عین یا منافع، از ناقل (انتقال‌دهنده) به منتقل‌الیه گردد، معامله قطعی گفته می‌شود. به همین جهت اعمال حقوقی از قبیل بیع، صلح، معاوضه، هبه معوض و وقف از جمله معاملات قطعی مربوط به عین و اجاره، از زمره معامله قطعی مربوط به منفعت محسوب می‌گردند.

در قبال واژه یادشده، اصطلاحات معاملات غیرقطعی یا معاملات منتج به نقل استعمال می‌گردد که مفهوم آن‌ها، عدم نقل مالکیت عین یا منافع در لحظه تنظیم و ثبت سند است. معاملات شرطی، رهنی و به‌طور کلی معاملات با حق استرداد، صورت‌هایی از معاملات غیرناقله یا معاملات منتج به نقل اعیان و برقراری حق انتفاع، از معاملات غیرناقله مربوط به منافع محسوب می‌گردند.

کاربرد این دو واژه (معاملات شرطی و معاملات رهنی) در حقوق ثبت اسناد و حقوق مدنی، یکسان نیست. در حقوق مدنی، معامله شرطی (بیع شرط) مطابق ماده ۴۵۸ ق.م.، از جمله معاملات ناقله‌ای است که در آن متعاملین می‌توانند شرط نمایند که هرگاه بایع در مدت معین، تمام مثل ثمن را به مشتری رد نماید، خیار فسخ معامله نسبت به تمام مبیع را داشته باشد. هم‌چنین می‌توانند شرط کنند که هرگاه بعضی مثل ثمن را رد کرد، خیار فسخ معامله را نسبت به تمام یا بعضی مبیع داشته باشد.

باید توجه داشت که این معاملات (معاملات شرطی) در حقوق مدنی ایجاد مالکیت نموده و جزو عقود ناقله طبقه‌بندی می‌گردند. حال آن‌که چنین وضعیتی را در حقوق ثبت شاهد نمی‌باشیم و کلیه معاملات شرطی، هرچند در شکل و قالب معاملات قطعی پیکربندی شده باشند (نظیر معاملات قطعی با شرط نذر خارج و معاملات قطعی با شرط وکالت خارج) نوعاً معامله ناقله محسوب نمی‌گردند و احکام معاملات با حق استرداد و معاملات رهنی بر آن‌ها بار خواهد شد.

رهن در حقوق مدنی به‌عنوان يك عقد تبعی محسوب شده و فی حد ذاته نمی‌تواند در لحظه انعقاد، باعث نقل ملکیت گردد بلکه ممکن است به‌واسطه عدم پرداخت دین توسط راهن در سررسید معین، با رعایت جمیع شرایط اجرایی، توسط حاکم منتج به نقل گردد لیکن در حقوق ثبت اسناد، کلیه صورت‌های معاملات با حق استرداد (نظیر رهنی و شرطی) حکم واحد داشته و هیچ‌کدام باعث نقل ملکیت نخواهند شد.

معاملات باحق استرداد عنوان کلی معاملاتی می‌باشند که در هنگام انعقاد آن قصد انشا و هدف غایی پدیدآورندگان آن، نقل مالکیت (اعم از عین و منافع) نبوده و هدف آنان

انجام معاملات استقراری در قالب معاملات ناقله بوده است. ماده ۳۴ ق.ت. به پاره‌ای از آن‌ها (معاملات قطعی با شرط نذر خارج و معاملات قطعی با شرط وکالت خارج) اشاره نموده است.

از توجه به مطالب صدرالاشعار، متوجه خواهیم شد که نیاز به بازشناسی تشخیص افتراقی واژگان مذکور، امری انکارناپذیر می‌باشد.

۳-۲- تفاوت واژه‌های فك و فسخ

یکی از بحث برانگیزترین اصطلاحات موجود در حقوق دفاتر اسناد رسمی که ضمناً شائبه‌های فراوانی نیز ایجاد کرده، دو واژه «فك رهن» و «فسخ سند رهنی» است. در ترمینولوژی حقوقی (انگرودی، ترمینولوژی حقوقی، ص. ۳۴۰) به‌ویژه در بحث حقوق مدنی، واژه فك رهن این‌گونه تعریف شده است: «فك به معنای خلاص کردن عین مرهونه از قید رهن است، خواه از طریق دادن دین و خواه از طریق ابراء دائن. ولی اگر مال مورد رهن از طریق مزایده و اجرای ماده ۳۴ قانون ثبت فروخته شود، این امر مصداق فك رهن نیست.» و بر طبق ترمینولوژی موجود، معنای واژه فسخ نوعی ایقاع است که دارای خصوصیات ذیل باشد:

- ۱- عدم اختصاص لفظ یادشده به عقود و توسعه دامنه آن به ایقاعات؛
- ۲- از بین بردن اثر عقد یا ایقاع معین و برگشت وضعیت به حالت زمان حدوث عقد یا ایقاع سابق؛
- ۳- عمل اعاده وضع به‌وسیله يك طرف صورت می‌پذیرد (عنصر تفکیکی بین فسخ و اقاله).

اگر بخواهیم محدوده این واژگان را در حقوق ثبت اسناد بررسی نماییم، چون عقد رهن، یکی از عقود تبعی است و به‌واسطه وجود دین سابق تجلی می‌یابد، با این نگرش، فك رهن عملی است که باعث از بین رفتن بقای خصلت رهن (باقی ماندن مال مرهونه در رهن) خواهد شد، بدون این‌که به قرارداد اصلی موجد دین مدیون (راهن)، خللی وارد سازد. به

عبارت دیگر، عمل فك رهن معمولاً زمانی صورت می‌گیرد که معامله غیر همزمان با حفظ حقوق مرتهن صورت گیرد. (مجله کانون سردفتران، ش. یک، ص. ۱۰)

به دیگر سخن، اثر فك رهن فقط ناظر بر مال مرهونه بوده و به عقد اصلی ارتباطی پیدا نمی‌کند و با فك رهن، دین مدیون به دائن، کماکان باقی است و دائن می‌تواند با عمل حقوقی يك طرفه فك رهن، از وثیقه‌دار بودن طلب خود اعراض نموده و از سندی که فك رهن شده، به‌عنوان سند ذمه‌ای، پیگیر مطالبات خود باشد. در این معنا، کلمه «فك رهن» بر اصطلاح «اعراض از عین مرهونه» منطبق است.

فسخ سند رهنی (در این معنا، با فك رهن تفاوت دارد)، ناظر بر موردی است که راهن به‌وسیله عمل يك‌جانبه خود ضمن پرداخت دین به دائن (مرتهن)، یا مرتهن به‌وسیله اقدام يك‌جانبه‌اش از طریق ابراء، قصد از بین بردن قرارداد اصلی را دارند. با انجام چنین اعمالی، چون قرارداد رهنی به‌عنوان يك عقد تبعی، به پیروی از قرارداد اصلی به وجود آمده است، با از بین رفتن اصل (به‌واسطه پرداخت دین توسط راهن یا ابراء ذمه مدیون توسط مرتهن) فرع نیز به تبع اصل، از بین خواهد رفت.

با توجه به آموخته‌های قبلی متوجه خواهیم شد که بین فك رهن و فسخ سند رهنی، نوعی رابطه وجود دارد. بدین شرح که با هر فسخ رهنی، الزاماً قرارداد اصلی (دین) از بین رفته و خواه ناخواه فك رهن هم صورت می‌گیرد، حال آنکه با فك رهن یا اعراض از رهن، دین سابق کماکان باقی است.

بنابراین متوجه می‌شویم که فك رهن اثر الزامی فسخ رهن است ولی الزاماً اثر فك رهن، فسخ قرارداد اصلی نمی‌باشد.

۴ - ۲ - امضای ثبت سند و امضای ثبت و سند

یکی از موارد بسیار مهم و ارزشمند در بحث ثبت اسناد و املاک، این نکته است که سردفتر، دفتریار و متعاملین قانوناً چه مواردی را بایستی در دفترخانه امضا نمایند؟ آیا نامبردگان فقط باید دفتر موجود در دفترخانه را امضا نمایند یا این‌که علاوه بر ثبت دفتر، آنان موظف‌اند اوراق مخصوصی را که اسناد در آن تنظیم شده نیز امضا نمایند؟

ماده ۱۸ ق.د.ا.ر.ک. در همین زمینه مقرر می‌دارد که: «کلیه اسناد در دفترخانه‌های اسناد رسمی و در اوراق مخصوصی که از طرف سازمان ثبت اسناد و املاک کشور، در اختیار دفترخانه قرار داده می‌شود، تنظیم و فقط در يك دفتر که به نام دفتر سردفتر نامیده می‌شود، ثبت می‌گردد. ثبت سند به امضای اصحاب معامله و سردفتر و دفتریار خواهد رسید مگر آنکه دفترخانه فاقد دفتریار باشد».

دقت در ماده مذکور آشکار می‌سازد که فقط ثبت سند بایستی به امضای افراد فوق‌الذکر برسد. حال باید دید که مقصود قانون‌گذار از ثبت سند چیست؟ آیا هدف قانون‌گذار از امضای ثبت سند، امضای دفتر دفترخانه به همراه اوراق مخصوص (سند) است یا این که غرض مقنن از درج اصطلاح ثبت سند، فقط امضای دفتر موجود در دفترخانه بوده و سند تنظیمی (بنچاق) در حقیقت رونوشتی (پیش‌نوشتی) از ثبت دفتر است؟

منطوق عبارت مندرج در ماده ۱۸ قانون مرقوم، ثبت سند است که با توجه به اصالة‌الظهور، صرفاً حکایت از امضای ثبت سند (دفتر دفترخانه یا دفتر سردفتر) توسط متعاملین، سردفتر و دفتریار دارد. حال این سؤال پیش می‌آید که با توجه به چنین ظهوری، به چه علت هم سند تنظیمی و هم دفتر سردفتر به امضای افراد یادشده می‌رسد؟

همان‌گونه که می‌دانیم تا قبل از وضع قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۵۴، قانون حاکم بر دفترخانه‌ها، قانون مصوب سال ۱۳۱۶ و آیین‌نامه (نظام‌نامه) مربوط به آن مصوب ۱۳۱۷ بود. ماده ۱۸ آیین‌نامه (نظام‌نامه) یادشده در زمینه ثبت اسناد و نحوه امضای آن بیان می‌داشت: «سردفتر و نماینده هیچ سندی را نباید امضا نمایند مگر آن که وارد دفتر شده و به امضای اصحاب معامله رسیده باشد».

هم‌چنین در خصوص چگونگی امضای ثبت و سند توسط متعاملین، در ماده ۱۹ آیین‌نامه مذکور این‌گونه ذکر شده بود که «سند معامله باید پس از تنظیم و ثبت در دفتر سردفتر و نماینده (چنانچه دارای نماینده باشد) و انجام سایر تشریفات، به تصدیق و امضای اصحاب معامله برسد و متعاملین باید در يك جلسه اسناد و دفاتر مربوطه را امضا نمایند و در صورتی که قبوض اقساطی هم ضمیمه سند باشد، قبوض مربوط را هم بایستی در همان جلسه که اسناد و دفاتر امضا می‌شود، امضا کنند».

با تدقیق در دو ماده یادشده از آیین‌نامه (نظام‌نامه) قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۱۷، متوجه می‌شویم که با توجه به ماده ۱۸ آیین‌نامه، اسناد تنظیمی الزاماً بایستی

توسط سردفتر و نماینده و با استناد به ماده ۱۹ همان آیین‌نامه، توسط اصحاب معامله (متعاملین) امضا شود و ثبت سند (یا دفاتر مربوطه و موجود در دفترخانه) نیز به مؤدای ماده ۱۹ آیین‌نامه فوق‌الذکر، بایستی به امضای متعاملین برسد. بنابراین امضای ثبت سند (یا امضای دفاتر موجود در دفترخانه) توسط سردفتر و نماینده در هاله‌ای از ابهام بود. هرچند سردفتران اسناد رسمی و نمایندگان ثبت، با استناد به ماده ۶۳ ق.ث. مصوب ۱۳۱۰، عملاً ثبت سند (دفاتر مربوطه) را نیز امضا می‌نمودند.

قانون‌گذار در سال ۱۳۵۴ در جهت حل مشکل عملی یادشده، مبادرت به وضع ماده ۱۸ قانون دفاتر اسناد رسمی می‌نماید. در صورتی که بخواهیم تنها به آن استناد نموده و سایر مقررات را با توجه به ماده ۷۶ ق.د.ا.ر.ک.، که اشعار می‌دارد: «آن قسمت از قوانین و مقررات که مغایر با مقررات این قانون باشد، نسخ می‌شود.» جزو قواعد منسوخه بدانیم، بی‌تردید باید حکم نماییم که قانون‌گذار با وضع قانون جدید، از مقررات سابق خود (یعنی امضای ثبت و سند توسط متعاملین، سردفتر و دفتریار) عدول نموده و فقط به «امضای ثبت سند» توسط آنان بسنده کرده است.

هرگاه برخلاف استدلال فوق، قائل به عدم نسخ ماده ۱۹ آیین‌نامه (نظام‌نامه) قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۱۷، باشیم، در این صورت بایستی رأی به امضای ثبت و سند (توأمان) توسط متعاملین، سردفتر و دفتریار دهیم. پر واضح است که در هر صورت، استدلال هر یک از این گروه، در گروی تبیین گوهر افتراق میان واژه «امضای ثبت سند» و اصطلاح «امضای ثبت و سند» خواهد بود.

به نظر می‌رسد که قانون‌گذار با وضع قانون جدید (به‌ویژه با وضع مادتين ۱۸ و ۷۶ ق.د.ا.ر.ک.) به سال ۱۳۵۴، از سایر قواعد و مقررات قبلی خود عدول نموده و امروزه نیازی به امضای اوراق (بنچاق یا اوراق نیم‌برگی یا یک‌برگی) از جانب متعاملین، حسب مورد، نباشد. به همین جهت، کافی است که متعاملین، سردفتر و دفتریار، ثبت دفتر (دفتر دفترخانه یا دفتر سردفتر) را امضا نمایند و سپس فقط سردفتر، اوراق مخصوص (بنچاق یا اوراق یک‌برگی یا نیم‌برگی) را امضا نماید. این اوراق در حقیقت امروزه نقش رونوشت از سند ثبت‌شده یا پیش‌نویس آن را دارا است.

شاید ایراد نمایند که همین قانون‌گذار، به موجب قسمت اخیر ماده ۲۹ ق.د.ا.ر.ک.، مواد ۴۹ تا ۶۹ ق.ث. در مورد وظایف مسئولین دفاتر، عیناً به عنوان شرح وظایف سردفتران و دفترباران به آنان منتقل نموده است.

در پاسخ اظهار می‌دارد که چون؛ اولاً: مسئولین دفاتر (بخش دولتی ثبت اسناد در سنوات ۱۳۱۰ تا ۱۳۱۶) اصولاً وظیفه‌ای برای تنظیم اسناد نداشتند و فقط ضمن ثبت سند، فقط از سند ثبت‌شده سواد مصدق در اختیار ارباب رجوع قرار می‌دادند لذا انتقال وظیفه آنان به سردفتران و دفترباران، باعث امضای اوراق (بنچاق) توسط متعاملین نخواهد بود. ثانیاً: اگر بنچاق را جلوه‌ای از رونوشت (سواد مصدق دفتر) یا پیش‌نوشت (سندی که مبنای ثبت سند قرار گرفته) بدانیم، در هیچ‌یک از مواد ۴۹ تا ۶۹ ق.ث. مصوب ۱۳۱۰، اوراقی به امضای متعاملین نمی‌رسید و فقط ثبت سند به امضای متعاملین یا وکلا و نمایندگان قانونی آنها می‌رسید که در این جا (ما نحن فیہ) نیز چنین کاری به موجب ماده ۱۸ ق.د.ا.ر.ک. مصوب ۱۳۵۴، انجام می‌گیرد.

بنابراین مشاهده می‌گردد که قانون‌گذار تعمداً با وضع مادتين ۱۸ و ۷۶ ق.د.ا.ر.ک. مصوب ۱۳۵۴، نخواست است که متعاملین مبادرت به امضای ذیل سند تنظیمی نمایند و اراده قانون‌گذار فقط ناظر بر امضای ثبت سند (دفتر سردفتر یا دفتر دفترخانه) توسط آنان می‌باشد.

۵ - ۲ - رسمیت و عدم رسمیت سند ثبت‌شده

یکی از مسایل بسیار بغرنج در حقوق ثبت اسناد، مسأله زمان رسمیت یافتن يك سند است. به عبارت دیگر، در این قسمت قصد تبیین محدوده و خاستگاه این سؤال را داریم که سند چه زمان رسمیت می‌یابد؟ آیا رسمیت یافتن سند به مجرد ثبت يك سند در دفتر جاری دفترخانه (دفتر سردفتر) است یا این که رسمیت یافتن سند، پس از امضای متعاملین، سردفتر و دفتربار متجلی می‌گردد؟ و در صورت دوم، آیا به مجرد امضای هر يك از آنان رسمیت سند محقق شده یا تا زمانی که امضای تمام افرادی را که قانون‌گذار معین کرده، در ذیل ثبت دفتر مشاهده نماییم، نمی‌توان سند مذکور را رسمی دانست؟

ثمره عملی بحث در این نهفته است که هرگاه رسمیت سند را بعد از امضای متعاملین،

سردفتر و دفتریار بدانیم، در صورتی که سندی ثبت دفتر جاری دفترخانه گردید ولی متعاملین یا سردفتر یا دفتریار (یا هر يك از آنان بنا به هر دلیلی) ثبت سند را امضا نمودند و دفتر از جهت برابری ثبت با سند، توسط یکی از آنان ناقص ماند، آیا دفتر مرقوم از جهت استنادی، نوعی سند رسمی ناقص است یا این که تا هنگامی که تمامی امضاها در دفتر صورت نگرفته باشد، اصولاً ثبت یادشده به عنوان سند رسمی تلقی نخواهد شد؟

گوهر افتراق این دو اصطلاح به طور عینی در زمانی قابل مشاهده است که؛

الف - اسنادی که اصولاً هم اوراق و هم دفتر به امضای سردفتر و دفتریار نرسیده است؛

در این صورت ممکن است؛

۱ - ورقه يك برگي یا نیم‌برگی (سند یا اوراق مخصوص) از جانب احدی از متعاملین امضا شده (ولی توسط دیگری امضانشده) با این قید که در هر حال، ثبت دفتر به امضای هیچ‌يك از متعاملین نرسیده باشد.

۲ - ورقه يك برگي یا نیم‌برگی (سند یا اوراق مخصوص) از جانب متعاملین امضا شده ولی ثبت دفتر به امضای هیچ‌يك از متعاملین نرسیده باشد.

۳ - ورقه يك برگي یا نیم‌برگی (سند یا اوراق مخصوص) از جانب متعاملین امضا شده ولی ثبت دفتر فقط به امضای یکی از متعاملین رسیده باشد.

۴ - ورقه يك برگي یا نیم‌برگی (سند یا اوراق مخصوص) از جانب متعاملین امضا شده و ثبت دفتر نیز به امضای متعاملین رسیده است.

ب - اسنادی که سردفتر بدون امضای دفتر، فقط اوراقش را امضا نموده است؛

در این صورت ممکن است؛

۱ - ورقه يك برگي یا نیم‌برگی (سند یا اوراق مخصوص) از جانب احدی از متعاملین امضا شده (ولی توسط دیگری امضانشده) با این قید که در هر حال، ثبت دفتر به امضای هیچ‌يك از متعاملین و دفتریار نرسیده باشد.

۲ - ورقه يك برگي یا نیم‌برگی (سند یا اوراق مخصوص) از جانب متعاملین امضا شده ولی ثبت دفتر به امضای هیچ‌يك از متعاملین نرسیده باشد.

۳ - ورقه يك برگي یا نیم‌برگی (سند یا اوراق مخصوص) از جانب متعاملین امضا شده

ولی ثبت دفتر فقط به امضای یکی از متعاملین رسیده باشد.

۴ - ورقه يك برگي يا نيم برگي (سند يا اوراق مخصوص) از جانب متعاملين امضا شده و ثبت دفتر به امضای متعاملين رسیده است.

۵ - ورقه يك برگي يا نيم برگي (سند يا اوراق مخصوص) از جانب متعاملين امضا شده و ثبت دفتر به امضای متعاملين و دفتر يار رسیده است.

ج - اسنادی که دفتر يار بدون امضای دفتر جاری، فقط اوراقش را امضا نموده است: در این صورت ممکن است؛

۱ - ورقه يك برگي يا نيم برگي (سند يا اوراق مخصوص) از جانب احدی از متعاملين امضا شده (ولی توسط دیگری امضا نشده) با این قيد که در هر حال، ثبت دفتر به امضای هيچ يك از متعاملين نرسیده باشد.

۲ - ورقه يك برگي يا نيم برگي (سند يا اوراق مخصوص) از جانب متعاملين امضا شده ولی ثبت دفتر به امضای هيچ يك از متعاملين نرسیده باشد.

۳ - ورقه يك برگي يا نيم برگي (سند يا اوراق مخصوص) از جانب متعاملين امضا شده ولی ثبت دفتر فقط به امضای یکی از متعاملين رسیده باشد.

۴ - ورقه يك برگي يا نيم برگي (سند يا اوراق مخصوص) از جانب متعاملين امضا شده و ثبت دفتر به امضای متعاملين رسیده است.

۵ - ورقه يك برگي يا نيم برگي (سند يا اوراق مخصوص) از جانب متعاملين امضا شده و ثبت دفتر به امضای متعاملين و سردفتر رسیده است.

د - اسنادی که سردفتر و دفتر يار بدون امضای دفتر جاری، فقط اوراقش را امضا نموده است:

در این صورت ممکن است؛

۱ - ورقه يك برگي يا نيم برگي (سند يا اوراق مخصوص) از جانب احدی از متعاملين امضا شده (ولی توسط دیگری امضا نشده) با این قيد که در هر حال ثبت دفتر به امضای هيچ يك از متعاملين نرسیده باشد.

۲ - ورقه يك برگي يا نيم برگي (سند يا اوراق مخصوص) از جانب متعاملين امضا شده

ولی ثبت دفتر به امضای هیچ‌یک از متعاملین نرسیده باشد.

۳ - ورقه يك‌برگی یا نیم‌برگی (سند یا اوراق مخصوص) از جانب متعاملین امضاشده ولی ثبت دفتر فقط به امضای یکی از متعاملین رسیده باشد.

۴ - ورقه يك‌برگی یا نیم‌برگی (سند یا اوراق مخصوص) از جانب متعاملین امضاشده و ثبت دفتر نیز به امضای متعاملین رسیده است.

ه - اسنادی که علاوه بر اوراقش، دفتر نیز دارای امضای سردفتر است:
در این حالت ممکن است؛

۱ - ورقه يك‌برگی یا نیم‌برگی (سند یا اوراق مخصوص) و ثبت دفتر از جانب هیچ‌یک از متعاملین امضانشده باشد. (حالت سفید امضای کلی سند و سفید امضای کلی ثبت توسط سردفتر)

۲ - ورقه يك‌برگی یا نیم‌برگی (سند یا اوراق مخصوص) از جانب احدی از متعاملین امضاشده ولی توسط دیگری امضانشده است لیکن ثبت دفتر دارای امضای هیچ‌یک از متعاملین نمی‌باشد. (سفید امضای جزئی سند و سفید امضای کلی ثبت توسط سردفتر)

۳ - ورقه يك‌برگی یا نیم‌برگی (سند یا اوراق مخصوص) از جانب متعاملین امضاشده ولی ثبت دفتر به امضای هیچ‌یک از متعاملین نرسیده باشد. (سفید امضای جزئی ثبت توسط سردفتر)

۴ - ورقه يك‌برگی یا نیم‌برگی (سند یا اوراق مخصوص) از جانب متعاملین امضاشده ولی ثبت دفتر به امضای یکی از متعاملین نرسیده است. (سفید امضای جزئی ثبت توسط سردفتر)

و - اسنادی که علاوه بر اوراقش، دفتر نیز دارای امضای سردفتر و دفتربار است:
در این صورت ممکن است؛

۱ - ورقه يك‌برگی یا نیم‌برگی (سند یا اوراق مخصوص) و ثبت سند از جانب هیچ‌یک از متعاملین امضانشده است. (سفید امضای کلی سند و سفید امضای کلی ثبت توسط سردفتر و دفتربار)

۲ - ورقه يك‌برگی یا نیم‌برگی (سند یا اوراق مخصوص) فقط از جانب احدی از

متعاملین امضا شده ولی ثبت دفتر به امضای هیچ‌یک از متعاملین نمی‌باشد. (سفید امضای جزیی سند و سفید امضای کلی ثبت توسط سردفتر و دفتریار)

۳ - ورقه یک‌برگی یا نیم‌برگی (سند یا اوراق مخصوص) از جانب متعاملین امضا شده ولی ثبت دفتر به امضای هیچ‌یک از متعاملین نمی‌باشد. (سفید امضای کلی ثبت توسط سردفتر و دفتریار)

۴ - ورقه یک‌برگی یا نیم‌برگی (سند یا اوراق مخصوص) از جانب متعاملین امضا شده ولی ثبت دفتر به امضای یکی از متعاملین نرسیده است. (سفید امضای جزیی ثبت توسط سردفتر و دفتریار)

۵ - ورقه یک‌برگی یا نیم‌برگی (سند یا اوراق مخصوص) از جانب متعاملین امضا شده و ثبت دفتر نیز به امضای متعاملین رسیده است. (ثبت و سند کامل از دید حقوق دفاتر اسناد رسمی)

به نظر می‌رسد از حالات فوق، فقط وضعیت آخر (حالت و - ۵) سندی محسوب می‌گردد که از دید قانون‌گذار دارای رسمیت کامل است. مابقی صورتهای یادشده در حقوق دفاتر اسناد رسمی و عرف سردفتری، نوعی سند ناقص تلقی گردیده و این اسناد زمانی قابل حل خواهند بود که گوهر افتراق این دو واژه را دریابیم. فقط با درک درست از چنین گوهری است که می‌توان مسایل مذکور را حل نمود.

گوهر رسمیت‌داشتن یا عدم رسمیت یک نوشته، چیزی جز دخالت یا عدم دخالت مأمور رسمی و انجام وظیفه و عدم انجام وظیفه بر طبق قانون و مقررات نمی‌باشد.

بنابراین باید توجه داشت که مطابق ماده ۱۲۸۷ ق.م.، علت رسمیت یک نوشته چیزی جز دخالت و حضور مأموری که برای آن امر صلاحیت‌دار شناخته شده و انجام وظیفه وی بر طبق قانون و در حدود صلاحیت تعریف شده، نیست (در این جا مقصود، سردفتر و دفتریار هستند که هر یک دارای مأموریت خاص می‌باشند). به همین جهت در کلیه مواردی که اسناد یا دفاتر فاقد امضای ایشان باشد، (به خصوص امضای سردفتر در ذیل ثبت دفتر به عنوان مسؤل دفترخانه)، بی‌تردید رسمیت نوشته محل تردید خواهد بود.

هرگاه در یکی از صورت‌های فوق‌الاشعار، یکی از مأمورین، به‌ویژه سردفتر، محجور شده یا بازنشسته و فوت گردد، در صورتی که سند مذکور وارد دفتر شده است لیکن به امضای مأمور نرسیده، هرچند متعاملین آن را امضا نموده باشند، گرچه در عرف سردفتری و همچنین ماده ۱۹ آیین‌نامه قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۵۴، از چنین سندی به‌عنوان سند ناقص نام برده شده است لیکن نمی‌توان چنین سندی را به‌عنوان يك سند رسمی تلقی نمود.

مطابق آموخته‌های قبلی، پاره‌ای از اسناد یادشده (آن دسته از اسنادی که به امضای متعاملین رسیده) سند عادی تلقی و از حیث رسمیت سند، ناقص می‌باشند و سند مذکور زمانی رسمیت می‌یابد که دفتر جاری دفترخانه (دفتر سردفتر) به‌وسیله فرد دیگری که توسط اداره ثبت تعیین می‌گردد و عنوان مأمور را داراست، تکمیل گردد.

فصل دوم - تشخیص افتراقی اصطلاحات حقوق مدنی

در حقوق مدنی نیز همانند سایر علوم، واژه‌ها برای بیان مقاصد و اهداف خاصی به کار می‌روند که شناخت محدوده هر یک از این اصطلاحات حائز اهمیت فراوان است. بدیهی است که عدم دقت در محدوده و موضوعات این واژه‌ها باعث خلط مباحث مختلف و مهم حقوق مدنی خواهد شد.

این اصطلاحات در پاره‌ای از مواقع، در کلیه شعبه‌ها و رشته‌های حقوق مدنی کاربرد داشته و هر از چند گاهی نیز با واژه‌هایی برخورد می‌نماییم که اختصاصاً در عقود و ایقاعات (حقوق مدنی) کاربرد اختصاصی دارند. بنابراین فصل حاضر را به دو گفتار (تشخیص افتراقی اصطلاحات عام حقوق مدنی - مطالعه افتراقی واژه‌های مخصوص عقود و ایقاعات) تقسیم نموده و به بررسی اختصاری هر يك از آن‌ها می‌پردازیم.

گفتار اول - تشخیص افتراقی اصطلاحات عام حقوق مدنی

در این قسمت به مطالعات واژگانی می‌پردازیم که به‌طور عمومی در اکثر موضوعات

حقوق مدنی کاربرد داشته و پژوهشگر حقوقی با اطلاع از دامنه تعریف هر يك و نیز با پی بردن به گوهر افتراق، می تواند نه تنها بر مشکلات خود فائق گردد بلکه بی تردید رافع معضلات فراروی سایرین نیز خواهد بود. این اصطلاحات به حدی زیادند که برای بررسی هریک از آنها می توان مقاله ای مبسوط درخصوص هر کدام منتشر نمود.

به همین جهت در این مختصر، تفاوت بنیادین واژگانی نظیر اذن، اجازه، قصد و رضا؛ ابراء و اعراض؛ لزوم و جواز؛ اتلاف، تلف، تسیب و مباشرت؛ قبض، اقباض، تسلیم، تسلیم، تملیک و تملك؛ عزل، انعزال، فسخ، انفساخ، رجوع و اقاله؛ عیب، نقص، قلب، غش و ارش؛ انشاء، اقرار، اخبار و شهادت؛ بذل، هبه، عطایا؛ مبیع، مثن، معوض، قیمت و ثمن؛ خسارت، زیان، غرامت، ضرر و غرر؛ اضطرار، اکراه، سهو و اشتباه؛ شرط، خيار، تعهد؛ مقتضای ذات و مقتضای اطلاق عقد را به طور کاملاً اختصاری مورد بررسی قرار می دهیم.

مطالعه بیشتر آن ها و نیز مطالعه اصطلاحاتی از قبیل حجب و حجر؛ حرز و حریم؛ حضانت و نگهداری؛ حق و حکم؛ ضاله و لقطه؛ خيار و اختیار؛ داورى و دادرسی؛ دین و قرض؛ رقبه و رقبی؛ سفه و جنون؛ سلف و سلم؛ الزام و التزام؛ اماره و دلیل؛ اهلیت و وضعیت؛ عقد، ایقاع و طرح عقد؛ باطل و غیرنافذ؛ اسقاط و سقوط؛ رشد و بلوغ؛ اعسار و افلاس؛ شرکت قهری و شرکت قراردادی؛ فرض و حصه؛ ضامن و مسئول؛ ظن و قطع؛ عامل و جاعل؛ عصبه و عاقله؛ عمل حقوقی و واقعه حقوقی؛ غبطه و مصلحت؛ قابل و موجب؛ قاعده و اصل؛ قانون و مقررات؛ قرار و حکم؛ قرارداد و موافقت نامه؛ قرض و دین؛ ماترك و تركه و متروكه؛ مایملك و دارایی؛ متصرف و غاصب؛ مسئولیت و ضمان؛ معامله و معاهده و معاوضه ملکیت و مالکیت؛ منطوق و مفهوم؛ نظارت اطلاعی و نظارت استصوابی؛ نحله و صدقه و مهریه؛ نسخ ضمنی و نسخ صریح؛ نمائات منفصله و نمائات متصله؛ نمایندگی قهری و قانونی و قراردادی به پژوهشگران توصیه می شود.

بی تردید نوع نگاه حاضر که از آن به دید و تشخیص افتراقی به موضوعات و پدیده های حقوقی داخلی تعبیر نموده ایم، ما را در هنگام برخورد با موضوعات سایر نظام های حقوقی،

توانمند می‌سازد و اگر در تمامی موارد چنین دیدگاهی وجود داشته باشد، احساس فتور، خودباختگی و سستی در مقابله با تفکرات بیگانه از ما بروز نخواهد کرد.

۱-۱ - بحث افتراقی بین اجازه و تنفیذ و امضا و اباحه و اذن و رضا

مطابق ترمینولوژی موجود (نگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص. ۷)، اجازه عبارت است از اظهار رضایت شخصی که قانون رضای او را شرط تأثیر عقد یا ایقاعی دانسته که از دیگری صادرشده، مشروط بر این که رضایت مزبور بعد از صدور عقد یا ایقاع مذکور صادر گردد. به همین خاطر اجازه به دو قسم (اجازه کاشف و اجازه ناقل) تقسیم می‌گردد.

مطابق عموماًت قانون مدنی، در هر مورد که عقد تملیکی غیرنافذی واقع شود (نظیر عقد فضولی یا عقد مکره) برای نافذشدن آن عقد، نیاز به اجازه از طرفی خواهد بود که عقد نسبت به وی غیرنافذ منعقد شده است. بنابراین اگر اثر اجازه مذکور، حکایت از نقل عین یا منافع از حین وقوع عقد داشته باشد، این اجازه را که بعد از عقد غیرنافذ محقق شده، اجازه کاشف می‌گویند.

برخلاف اجازه کاشف، هرگاه اثر اجازه، نقل عین و منافع از زمان اجازه باشد، اجازه مذکور، اجازه ناقل نام خواهد داشت. با دقت در مطالب فوق در می‌یابیم که گوهر افتراق اجازه کاشف و ناقل، زمان اثرگذاری اجازه است که دانستن آن برای تمییز و تفکیک این دو قسم از اجازه، امری حیاتی می‌باشد.

تنفیذ از لحاظ اصطلاح‌شناسی حقوقی (نگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص. ۱۷۹)، تأیید عمل حقوقی غیرنافذ است. در این معنا بین اجازه و تنفیذ هیچ فرقی نیست و عمل اجازه عقد غیرنافذ، نظیر عقد مکره و عقد سفیه را تنفیذ می‌گویند.

البته باید توجه داشت که ماهیت عمل اجازه (تنفیذ) در موارد مختلف (نظیر عقد فضولی و مکره - معامله سفیه و غیررشید) با یکدیگر فرق داشته و آثار حقوقی هر یک از آنها نیز متفاوت است.

در مورد عقد فضولی و عقد مکره، اثر تنفیذ، تضمین قصد انشا است و از لحاظ ماهوی، ماهیت قبول را دارد لیکن در مورد معامله سفیه، آثار آن صرفاً اعلام رضا است.

امضا عبارت است از درج نام یا نام خانوادگی یا هر دو یا رسم علامت خاص که نشانه هویت صاحب آن است که در ذیل اوراق و اسناد (اعم از عادی یا رسمی) که متضمن وقوع معامله یا تعهد یا اقرار یا شهادت و مانند آن‌ها باشد یا بعداً بایستی روی آن اوراق، تعهد یا معامله‌ای ثبت شود که به آخری سفیدمهر یا سفیدامضا گفته می‌شود. (انگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص. ۸۱) معنای دیگری از امضا توسط قانون‌گذار ایران در ماده ۲۰۹ ق.م. اتخاذ گردیده است که مطابق آن، امضا به معنای اجازه یا تنفیذ عمل حقوقی غیرنافذ نظیر عقد مکره در نظر گرفته شده است.

صاحب ترمینولوژی حقوقی (انگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص. یک) واژه اباحه را به معنای اجازه تملك یا ارتکاب فعل یا مصرف و اخذ چیزی تعبیر نموده است. نامبرده مصادیق اباحه را، اباحه تملك و اباحه منافع به عوض می‌دانند.

اباحه تملك اعیان را اجازه تملك دانسته که ممکن است مقنن چنین اجازه‌ای را مستقیماً اعطا کند، نظیر اجازه تملك مباحات که اصطلاحاً به آن «حیازت مباحات» نیز گفته می‌شود. با توجه به نقطه نظر ایشان، اذن در نهادن سر تیر بر روی دیوار مشترک، از مصادیق اباحه تملك منافع تلقی شده است.

با نگرش بر سه اصطلاح فوق‌الذکر (تنفیذ، امضا و اباحه) و انطباق مفاهیم آن‌ها با واژه اجازه، متوجه می‌شویم که برخلاف نقطه نظر رایج در ترمینولوژی حقوقی، اصطلاح اجازه دارای معنا و مفهوم وسیع‌تری از آنچه که ایشان در ترمینولوژی بیان داشته‌اند، خواهد بود. براین اساس اجازه، يك عمل حقوقی يك طرفه است که قبل از هر اقدام حقوقی یا همزمان و پس از عقود غیرنافذ، مکره و عقود سفیه و غیررشید تحقق می‌یابد.

اذن عبارت از اعلام رضای مالک یا نماینده وی، یا اعلام رضای کسی است که قانون برای رضای او اثری قائل شده و رضای یادشده به منظور انجام عمل حقوقی (خواه از عقود یا ایقاعات بوده یا از تصرفات انتفاعی یا استعمالی باشد) صورت گیرد.

در این معنا، اذن که همپایه رضا در نظر گرفته شده، از قصد انشا متمایز گردیده است. زیرا صرف اذن، چیزی را در عالم اعتبارات حقوقی به وجود نمی‌آورد تا بخواهیم آن را با قصد انشا که به وجود آوردن چیزی در عالم اعتباری حقوق است، مترادف بدانیم.

باید دقت فراوان نمود که کارکرد اذن در عالم حقوق، رفع موانع احتمالی برای انجام اعمال حقوقی و تصرفات است. توجه به این نکته نیز حائز اهمیت فراوان است که چون خصلت اذن، قصد انشا نیست. بنابراین اذن در طبقه‌بندی حقوقی، جزو دسته عقود یا ایقاعات قرار نمی‌گیرد بلکه اذن همانند اقرار و شهادت، يك عمل حقوقی مستقل تلقی می‌شود. البته باید دقت داشت که اذن در تصرفات موجد مالکیت مأذون نخواهد بود بلکه اثر حقوقی اذن، رفع ضمان و مسئولیت مأذون خواهد بود.

”رضا“ را میل قلبی شخص به يك عمل حقوقی دانسته‌اند که در سابق انجام شده یا الآن انجام می‌شود یا بعداً واقع خواهد شد. در حالی که قصد انشا، مرحله‌ای بعد از رضای باطنی است برای ترتیب اثردادن به عقد یا ایقاعی از تاریخ اعلام قصد که اصطلاحاً به آن اعلام رضایت به قصد به‌وجودآوردن عقد و ایقاع گفته می‌شود. از این نقطه نظر، رضا را می‌توان تمایل بالقوه و قصد انشا را تمایل بالفعل ایجاد موجود اعتباری دانست. همین عامل گوهر افتراق بین این دو اصطلاح (رضا و قصد انشا) می‌باشد.

با توجه به موارد فوق و همان‌گونه که مشاهده می‌شود، شناخت افتراقی اصطلاحات و واژه‌های مذکور به حدی با ارزش می‌باشند که مطالعه‌کننده به راحتی می‌تواند با شناخت درست از دامنه و محدوده تعریف، آثار هر يك از آنها را پی‌جویی نماید.

۲ - ۱ - تفاوت‌شناسی اصطلاحات ابراء و اعراض

اسقاط ذمه غیر (اعم از این که ذمه به‌وسیله دین ایجاد شده یا حقی از حقوق باشد مانند حق قصاص) را در ادبیات حقوقی، ابراء می‌نامند. بنابراین ابراء نوعی عمل ارادی يك‌جانبه است که در عالم حقوق به آن ایقاع می‌گویند. با توجه به این تعریف، ابراء چشم‌پوشی و اغماض طلب‌کار از طلب خود می‌باشد که از جمله ایقاعات لازم می‌باشد. از طرف دیگر، اعراض، يك عمل حقوقی است که به‌موجب آن مالک از مال خود چشم‌پوشی می‌نماید. با عنایت به تعریف فوق، متوجه می‌شویم که اعراض یکی از اسباب زوال مالکیت است. اعراض از این منظر، نقطه مقابل تصرف است و آن يك عمل مادی است که باعث تبدیل مال به شیء شده و دیگری می‌تواند آن را تملك یا حيازت نماید.

تا قبل از تملك و حيازت شخص ديگر، اعراض مذکور جايز مي‌باشد و اعراض‌کننده هر زمان مي‌توان به مال مذکور رجوع نموده و مجدداً آن را تملك نمايد. البته بايد دقت داشت که در مبحث املاك ثبت‌شده، صرف اعراض مادي نمي‌تواند باعث زوال مالکيت گردد. بنابراین تنها روش زوال مالکيت در املاك ثبت‌شده، انتقال پلاك ثبتي مورد نظر به ثالث خواهد بود. زيرا وفق مفهوم ماده ۲۲ ق.ت.، همين که ملکی در دفتر املاك به ثبت رسيد، دولت کسی را مالك خواهد شناخت که نامش به‌عنوان مالك در دفتر املاك درج شده باشد. از توجه به مطالب فوق آشکار مي‌شود که تفريق موضوعات اين دو اصطلاح (ابراء و اعراض) که در اولی موضوع ابراء حقوق و در دومی، موضوع اعراض مال مادي است و با عنایت به مفهوم جواز و لزوم در هر يك از آنها، گوهر اصلي افتراق آنها مشخص خواهد شد و تا زمانی که پژوهشگر آشنا به شناخت اين گوهر افتراق نباشد، امکان خطای راهبردی در به‌کارگيري به موقع اين اصطلاحات برای نامبرده، متصور و محتمل خواهد بود.

۳ - ۱ - تفكيك محدوده تعاريف واژه‌های لزوم و جواز

لزوم، صفت يك عمل حقوقی است (نظير عقد يا ايقاع) که اقدام‌کننده آن عمل نتواند با قصد و اراده يك‌جانبه خود، آن را فسخ نمايد. به چنين عملی، عقد يا ايقاع لازم گفته مي‌شود. از عقود لازم مي‌توان به بيع و از ايقاعات لازم، مي‌توان به ابراء اشاره داشت. جواز نیز صفت مشترك عقود و ايقاعاتی است که به صرف وجود قصد يك‌طرف قابل تحقق و قابل فسخ باشد. اعمال حقوقی يادشده، به عقود يا ايقاعات جايز يا قابل رجوع شهرت يافته‌اند. وکالت، ودیعه و وصیت تمليکی قبل از فوت موصی از جمله عقود جايزه [جايز] است. اکثر ايقاعات نیز جايز مي‌باشند.

بايد توجه داشت که در عقود، اصل لزوم (اصالة‌اللزوم) جاری است و جايز بودن عقود، استثنا بر اين اصل تلقي مي‌گردد. بنابراین در هنگام تردید در لزوم يا جواز يك عقد، از «جواز» تفسير مضيق (به قدر متيقن استثنا) به عمل می‌آوريم. به عبارت ديگر، هر عقدی که منعقد شود، اصل بر اين است که اثر آن نسبت به متعاقدين و قائم‌مقام آنان لازم‌الاتباع

باشد و فقط در زمانی قابل فسخ و انحلال باشند که طرفین آن را در قرارداد پیش‌بینی نموده باشند یا این‌که بنا به اراده طرفین یا به خواست قانون‌گذار، برای احدی از طرفین حق فسخ وجود داشته باشد.

برعکس عقود، در ایقاعات اصل بر جواز است و از لزوم ایقاعات تفسیر مضیق به عمل می‌آید. بنابراین اکثریت ایقاعات جایز می‌باشند و فقط آن دسته از ایقاعات لازم خواهند بود که قانون‌گذار تصریح به لزوم آن نموده باشد.

همان‌گونه که مشاهده می‌شود، شناخت گوهر افتراق در بحث لزوم و جواز به حدی ارزشمند است که هرگاه مطالعه‌کننده نتواند این گوهر را تشخیص دهد، بی‌تردید دچار مشکلات فزاینده و غیرقابل جبرانی خواهد شد.

۴ - ۱ - تفاوت بنیادین اتلاف، تلف، تسبیب و مباشرت

در دائرةالمعارف حقوقی (لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص. ۵)، اتلاف به از بین بردن مال دیگری (کلاً یا بعضاً) اطلاق می‌گردد که فاعل با ارتکاب فعلی یا با هدایت به هدف معین، باعث از بین رفتن آن گردد.

درحالی‌که اصطلاح تلف، به از بین رفتن مال بدون دخالت مستقیم یا غیرمستقیم مالک یا غیر، اطلاق می‌شود. با توجه به دقت در دامنه تعریف دو اصطلاح «اتلاف» و «تلف» آشکار می‌شود که نقطه اشتراك دو واژه مذکور، از بین رفتن مال است لیکن گوهر افتراق دو اصطلاح یادشده، دخالت و عدم دخالت فاعل معین در عمل از بین رفتن مال است.

تسبیب، عاملی است که به‌طور غیرمستقیم باعث ورود ضرر به مال غیر گردد به‌نحوی که فعل منشأ ضرر، به‌وسیله شخص فاعل به هدف اصابت نماید بلکه بر اثر غفلت، بی‌مبالاتی، عدم احتیاط و یا تقصیر وی، ضرری متوجه غیر گردد.

در صورتی که مباشرت، اقدام فاعل به عملی است که مستقیماً باعث تأثیر اثر گردد. در این معنا، اتلاف جزئی از مباشرت خواهد بود. با نیم‌نگاهی به این اصطلاحات، به‌راحتی می‌توان گوهر افتراق را تشخیص داد.

۵ - ۱ - تعیین دامنه تعریف واژگان قبض، اقباض، تسلیم، تسلّم، تملیک و تملك

یکی از موارد بسیار مهم در بحث عقود ناقله عین و منافع، تبیین دامنه محدوده اصطلاحات شش‌گانه قبض، اقباض، تسلیم، تسلّم، تملیک و تملك می‌باشد. چون در تعدادی از عقود، قبض، شرط صحت آن بوده و در پاره‌ای از موارد صرف اعلام ایجاب و قبول، مملك خواهد بود.

با توجه به مقدمه حاضر و با عنایت به ترمینولوژی موجود، قبض، عبارت است از قراردادن مال مورد معامله یا تحت اختیار قرار دادن مال در نزد طرف دیگر (در بیع، قبض مبیع توسط مشتری و یا قبض ثمن توسط بایع صورت می‌گیرد) به نحوی که طرف مذکور به قرارگرفتن یا تحت اختیار بودن آگاه باشد، حتی اگر این کار به فعل معامل نباشد. درحالی که اقباض رفع ید از موضوع معامله از طرف ناقل به نفع و به سمت منتقل‌الیه است، به طوری که نامبرده بتواند هر نوع تصرفی که می‌خواهد در آن بنماید.

با توجه به این دو تعریف، متوجه می‌شویم که ماهیت انتساب فعل به ناقل یا منتقل‌الیه، گوهر اصلی افتراق محسوب می‌گردد. به نحوی که قبض، فعل منتقل‌الیه (متعامل) یا آگاهی وی از تحت اختیار بودن مال در نزد وی است. حال آن که اقباض، فعل ناقل (متعامل) می‌باشد. (لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص. ۶۹)

تسلیم، عبارت است از تمکین طرف از تصرف یا قرار دادن مورد معامله در اختیار وی (لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص. ۱۵۳). در این معنا، بین تسلیم و اقباض مشابهت فراوانی وجود دارد. حال آن که تسلیم، اقدام عملی و فیزیکی قبض محسوب می‌گردد. به همین جهت، تسلیم را به قبض دادن عملی مال نیز تعبیر می‌نمایند.

با توجه به این معنا، متوجه خواهیم شد که تسلیم، همانند اقباض، فعل ناقل (متعامل) می‌باشد. لازم به یادآوری است که در تسلیم، شرط نیست که طرف (منتقل‌الیه)، متمکن از انحاء تصرفات باشد بلکه همین که منتقل‌الیه از تصرفات متناسب با خصوصیات عقد مذکور متمکن گردد، تسلیم تحقق یافته است.

هرچند واژه تسلیم در دائرةالمعارف حقوقی تعریف نشده است لیکن با توجه به محدوده تعاریف سه واژه فوق (قبض، اقباض و تسلیم) متوجه خواهیم شد که تسلیم، فعل منتقل‌الیه (متعامل) است به نحوی که منتقل‌الیه بر مورد معامله به‌طور عملی تسلط یابد. با عنایت به این محدوده تعریف، آشکار می‌گردد که همان رابطه‌ای که بین اقباض و تسلیم وجود دارد، عیناً بین قبض و تسلیم موجود است.

برخلاف چهار اصطلاح مذکور (قبض، اقباض، تسلیم و تسلیم) که افعال ناقل یا منتقل‌الیه با دامنه تعریف متفاوت می‌باشند، تملیک قصد انشا ناقل (معامل یا ایجاب‌کننده در عقود ناقله) است که با اعمال آن، مالی اعتباراً از وی منتزع و به طرف دیگر (منتقل‌الیه یا متعامل یا قبول‌کننده در عقود ناقله) منتقل می‌شود.

حال آن که تملك به‌عنوان قصدی که نقطه مقابل تمليك است، قصد انشا در قبول ملکیت است. در عقودی که قبض و اقباض و تسلیم و تسلیم در آنها شرط نمی‌باشد. بنابراین در چنین عقودی، به صرف انشا چنین قصدی (ایجاب و قبول در عقود تملیکی) تمليك و تملك صورت می‌گیرد.

با توجه به مطالب فوق مبرهن می‌گردد که قبض، اقباض، تسلیم و تسلیم، صورت‌هایی از افعال ناقل و منتقل‌الیه می‌باشند. درحالی‌که جنس تمليك و تملك، قصد انشا است و با اعلام اراده (اعلام بیرونی و ابراز چنین قصدی) در پاره‌ای از عقود تملیکی یا ناقله، نقل ملکیت صورت می‌گیرد.

۶-۱ - واژه‌شناسی عزل، انعزال، فسخ، انفساخ، رجوع و اقاله

اصطلاح عزل به‌عنوان واژه عمومی در حقوق مدنی کاربرد فراوان دارد. عزل، سلب سمت فردی است که از طرف کسی یا نهادی، برای انجام کاری مأموریت داشته، از طرف اعطاکننده اختیارات یا این‌که از طرف قانون‌گذار اعمال گردد. (مانند عزل وزیر متخلف) از جهت اعمال اراده برای زوال رابطه نمایندگی، استعفا نقطه مقابل عزل است. (نسرودی، *ترمینولوژی حقوق*، ص. ۴۵۰) در صورتی که زوال خودبه‌خودی سمت نمایندگی (در حقوق عمومی یا حقوق خصوصی) انعزال نامیده می‌شود و اثر قهقرایی خواهد داشت.

گوهر افتراق بین عزل و انعزال، ارادی بودن یا غیرارادی بودن زوال رابطه نمایندگی است. هرگاه رابطه نمایندگی به طور ارادی و از جانب اعطاکننده سمت صورت گیرد، به چنین عملی در ادبیات حقوقی، عزل گفته می‌شود.

هرگاه سوی این عمل ارادی تغییر کرده و دارنده سمت نمایندگی، قصد زوال رابطه نمایندگی را داشته باشد، در این صورت، قصد وی در قالب استعفا تحقق خواهد یافت و هرگاه بدون دخالت دارنده سمت یا اعطاکننده سمت، رابطه نمایندگی به هر علتی (از قبیل فقد صفت و غیره) از بین برود، به چنین زوالی، انعزال گفته می‌شود.

درحالی که فسخ، يك عمل حقوقی (ایقاع) يك طرفه است که باعث می‌شود اثر عقد یا ایقاع معینی از بین رفته و وضعیت را به حالت سابق برمی‌گرداند.

در عقود جایز برای هر يك از طرفین، مطلقاً حق فسخ قرارداد وجود دارد. به عنوان مثال، در عقد وکالت، حق فسخ وکیل در قالب استعفا و حق فسخ موکل، در قالب عزل محقق خواهد شد. بنابراین، وکیل با استعفای خود و موکل با عزل وکیل می‌توانند وضعیت را به حالت قبل از انعقاد عقد وکالت تغییر دهند.

ممکن است در عقود لازم، برای یکی از طرفین حق فسخ (حق ازبین بردن قرارداد) وجود داشته باشد که به موجب قانون یا به خواست متعاقدین ایجاد شده باشد. در صورتی که حق فسخ مزبور توسط قانون گذار به وجود آید، به چنین حقی در ادبیات حقوقی، خیار گفته می‌شود. در غیر این صورت، به آن، شرط فسخ قراردادی اطلاق می‌گردد.

انحلال عقد (اعم از لازم و جایز) بنا به حکم قانون گذار یا انحلال قهری به ویژه در عقود جائزه را انفساخ می‌نامند که برخلاف فسخ، اثر قهقرایی دارد. مانند فوت و جنون هر یک از موکل و وکیل در عقد جایز وکالت، مانند تلف مبیع قبل از قبض در عقد لازم بیع.

رجوع نیز در ادبیات حقوقی، عمل يك طرفه‌ای (ایقاعی) است که تداعی کننده حالت بازگشت به قبل از عقود و ایقاع معین می‌باشد. این ایقاع معمولاً لازم و لزوم آن عرفی است. از جهت عملکرد (حالت يك طرفه‌ای که اعاده کننده به وضع سابق است) فسخ و رجوع نظیر هم عمل می‌نمایند. در صورتی که کاربرد آن‌ها با یکدیگر متفاوت می‌باشد که

همین موضوع، گوهر افتراق این دو اصطلاح می‌باشد. کاربرد فسخ عام و کاربرد رجوع اختصاصی و مختص به طلاق (به‌عنوان يك ایقاع) یا اختصاص به عقد معینی (نظیر هبه) دارد.

اقاله یا تفاسخ یا تقایل، اصطلاح عامی است که برای از بین بردن توافقی يك عقد لازم به‌کار برده می‌شود و مطابق ماده ۲۶۴ ق.م.، اقاله وسیله‌ای برای سقوط تعهدات محسوب می‌گردد.

همان‌گونه که مشاهده می‌شود، کاربرد دقیق يك اصطلاح در يك متن حقوقی بستگی کامل به شناخت گوهر افتراق دارد و تا چنین گوهری شناخته نشود، امکان استفاده از واژه‌های مذکور به‌جای یکدیگر محتمل خواهد بود که در این صورت، خسارت جبران‌ناپذیری به متن وارد می‌گردد.

۷-۱- تعیین گوهر افتراق در واژگان عیب، نقص، قلب، غش و ارش

بر طبق اصطلاح‌شناسی فقهی (کلما زاد او نقص عن خلقته الاصلیه فهو عیب) به همین جهت، به هر گونه زیادت یا نقیصه‌ای که در مالی وجود داشته باشد به نحوی که سایر اشباه آن مال، نوعاً فاقد چنین زیادت یا نقصانی باشند، عیب گفته می‌شود. با توجه به تعریف یادشده، می‌توان فهمید که عیب انواع مختلفی از قبیل عیب حادث، عیب سابق، عیب ظاهری و عیب مخفی دارد. عیب حادثی که پس از بیع و قبل از قبض رخ دهد در حکم عیب سابق بوده و منشأ حق خیار برای مشتری است. حال آن‌که عیب پس از قبض و انقضای موعد خیار، سبب سقوط خیار خواهد بود. عیبی که مشتری به وجود آن آگاه باشد (اعم از مستوره و غیرمستوره) عیب ظاهر و در صورت عدم وقوف مشتری به وجود آن (اعم از پنهان بودن ظاهری عیب یا عدم رؤیت عیب توسط مشتری) عیب مخفی نامیده می‌شود.

واژه نقص بر از بین بردن قسمتی از صفت کمال يك مال دلالت دارد. صاحب ترمینولوژی حقوقی (انگرویدی، ترمینولوژی حقوق، ص. ۷۲۰) نقص را در این معنا، نقطه مقابل

اتلاف (از بین بردن تمامیت مال یا زوال صفت کمال يك مال) دانسته و عنوان می‌دارد که نقص، مترادف با اتلاف به معنای اخص کلمه است. در این حالت، نقص و اتلاف به معنای اخص کلمه با عیب (به معنای نقصان در مال) بسیار مشابهت دارند.

قلب در معنای لغوی آن، وارونه کردن حقیقت است. معنای حقوقی قلب نیز از معنای لغوی آن دور نمی‌باشد. هر چیزی که خارج از مقیاس و معیار واقعی باشد، قلب نامیده می‌شود. مثلاً اگر سکه‌ای در ظاهر (تا قبل از انجام محك) با سکه‌های رایج دیگر کاملاً مشابه و برابر باشد به نحوی که پس از محك زدن، متوجه شویم که معیار اصلی و رایج سکه در آن مراعات نشده، به این سکه در اصطلاح حقوقی، سکه قلب گفته می‌شود و عمل مزبور، تقلب نامیده خواهد شد.

غش در ادبیات حقوقی، به عملی اطلاق می‌گردد که فاعل با تمسك به این عمل، ضمن افزایش یا کاهش چیزی یا مخلوط کردن غیرهمجنس، بخواهد حقیقت رایجی را قلب نموده و با اقدام متقلبانه فوق، مالی را به ناحق تحصیل کند. به عنوان مثال، فردی با افزودن مس اضافی به طلا یا کاهش طلای يك سکه، بخواهد آن را از استاندارد و معیارهای اصلی خارج نموده و از این طریق مالی را متقلبانه تحصیل نماید. فقها معنای غش را فراتر از این دانسته و حتی آن را به اخفای عیب در يك مال یا اعلام صفت کمالی معین که وجود خارجی ندارد، تسری می‌دهند.

ارش عبارت از حاصل ضرب قیمت ثمن روز وقوع عقد در تفاوت قیمت مال سالم و مال معیوب در زمان معامله، تقسیم بر قیمت مال سالم در روز تقویم است که اصطلاحاً به آن "ارش عیب" نیز می‌گویند.

از توجه به مطالب فوق، می‌توان به اهمیت دانستن گوهر افتراق کاملاً پی برد. به نحوی که کوچک‌ترین اشتباه در دامنه تعریف هر يك از اصطلاحات مزبور می‌تواند آثار بسیار زیان‌بار و جبران‌ناپذیری را به دنبال داشته باشد.

۸-۱ - تعیین محدوده عملکردی اصطلاحات انشا، اخبار، اقرار و شهادت

در ادبیات حقوقی، به وجود آوردن موجود اعتباری در عالم حقوق را انشا گویند. با توجه به این تعریف فردی که قرار است موجودی اعتباری را به وجود آورد، بایستی قاصد باشد. به قصد و نیت عملی برای به وجود آوردن چنین موجودی، در لسان حقوقی قصد انشا گفته می‌شود. به عنوان مثال، در عقد بیع، بایع از طریق فعلی به نام ایجاب اعلام می‌نماید که رضایت دارد تا مشتری از حین عقد، نسبت به مبیع جانشین وی گردد و همان‌طور با اعلام قبول مشتری، بایع نسبت به ثمن، جانشین وی می‌گردد. در نتیجه آن‌چه که در حین عقد با ایجاب و قبول در ضمیر متعاقدين نقش بسته، به وجود آوردن موجود اعتباری به نام مالکیت انتقال آن در عقد بیع بوده است و تا زمانی که قصد انشا از ضمیر متعاقدين به فعلیت در نیامده باشد، نام آن انشای باطنی خواهد بود.

انشا، انواع و اقسام مختلفی دارد که شامل انشای صریح، انشای ضمنی، انشای عدمی و انشای وجودی می‌شود که دامنه تعریف هر یک از آنها، متفاوت می‌باشد. اخبار در معنای لغوی آن، اعلام و آگهی‌دادن از وضعی است که در گذشته اتفاق افتاده، یا در زمان حال، در حال اتفاق افتادن است یا اینکه ممکن است در آینده اتفاق بیفتد. واژه اخبار در ادبیات حقوقی، از معنای لغوی آن دور نیفتاده است. در حالی که مطابق ماده ۱۲۵۹ ق.م. اقرار، عبارت است از اخبار به حقی به نفع غیر و به زیان خود.

بنابراین ماهیت اقرار، همان اخبار است لیکن اقرارکننده (مقر) با اخبار مذکور، قصد انشا و به وجود آوردن موجود اعتباری در عالم حقوق را ندارد. مضافاً اخبار مزبور بایستی دارای ویژگی‌های خاصی از قبیل وجود نفع دیگری و اثر اخبار به زیان اقرارکننده، باشد. فقدان هر یک از این اختصاصات، باعث می‌شود که نام آن اخبار، اقرار تلقی نگردد. مثلاً هرگاه در اخبار یادشده، نفع شخص دیگری وجود نداشته یا در اخبار مذکور، نفع اقرارکننده وجود داشته باشد یا این که ماهیت متن اخبار به ضرر اخبارکننده نباشد، اصولاً به چنین اخباری، اقرار گفته نمی‌شود.

اقرار بنا به علل و انگیزه‌های مختلف، به اجزایی تقسیم می‌گردد. از انواع اقرار، می‌توان به اقرار به دین و اقرار به وصول طلب؛ اقرار به وجود حق و اقرار به عین؛ اقرار به وجود و نبود نسب؛ اقرار شفاهی و کتبی؛ اقرار صریح و اقرار ضمنی اشاره داشت.

شهادت، عبارت از اخبار به امری محسوس و واقع شده در قبل است به یکی از حواس پنج‌گانه؛ و در غیر از موارد اخبار به حقی بر ضرر اخبارکننده و به نفع غیر کاربرد دارد. بر مبنای همین گوهر افتراق است که می‌توان دایره شمول اخبار با عنوان شهادت و اخبار با عنوان اقرار را از یکدیگر بازشناخت. براین اساس، واژه اخبار اصطلاحی عام بوده که اقرار و شهادت از مصادیق آن می‌باشند.

۹ - ۱ - تعیین نقطه افتراق و اصطلاح‌شناسی واژه‌های بذل، هبه، عطایا

بذل در لغت به معنای بخشیدن است ولی در حقوق با ترکیب پاره‌ای از کلمات به دو معنا به کار می‌رود. هرگاه واژه بذل با مال ترکیب گردد (بذل مال)، در این صورت واژه ترکیبی فوق به معنای دادن مالی از طرف زوجه به زوج می‌باشد که در عوض آن، زوج او را به هر نوع طلاق (اعم از خلع یا مبارات) مطلقه نماید.

لیکن هرگاه واژه بذل با کلمه مدت ترکیب شود (بذل مدت)، در این حالت معنای واژه ترکیبی یادشده، صرف نظر کردن زوج از بهره‌مندی جنسی (تمتع و تلذذ جنسی) از زوجه در مدت باقی‌مانده نکاح منقطع خواهد بود.

اصطلاح هبه نیز در لغت به معنای بخشیدن است لیکن در ادبیات حقوقی، هبه، عنوان عقد معینی را دارد که به‌طور منجز، تملیک عینی بدون عوض به غیر صورت گیرد. هرگاه هبه جوابگوی هبه دیگری باشد، نام آن هبه معوض خواهد بود. هبه‌کننده را واهب و کسی که به نفع وی هبه شده را متهب و مالی را که موضوع هبه قرار می‌گیرد، عین موهوبه می‌نامند. علاوه بر هبه معوض و غیرمعوض، اقسام گوناگون دیگری نیز از هبه وجود دارد. هبه جلی و هبه خفی؛ هبه حاضر و هبه معدوم؛ هبه عین معین و هبه اعیان مافی‌الذمه از اقسام شایع آن می‌باشد.

عطیه، مفهوم عامی از بخشش و هدیه است که دربرگیرنده صدقه، هبه، نحله و واگذاری حق انتفاع به‌طور رایگان (اعم از رقبی، سکنی، عمری و حبس) بوده و حتی شامل وقف نیز می‌گردد و مقصود از عطیه، بخشش بدون چشم‌داشت می‌باشد.

۱۰ - ۱ - تفاوت بنیادین اصطلاحات مبیع، بدل، عوض، معوض، قیمت، ثمن و مثن

مبیع در ادبیات حقوقی (انگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص. ۶۰۹) به عین موجود در خارج (یا عین کلی مافی‌الذمه) گفته می‌شود که در عقد بیع، بایع آن را با انتظار دریافت عوض معلوم، به خریدار تملیک می‌نماید. مبیع در بیع شرط، مبیع شرطی نامیده می‌شود.

درحالی‌که بدل، يك اصطلاح حقوقی است که معنای آن اعم از مبیع بوده و کاربرد آن در دو مورد از همه بیشتر است. هر يك از عوضین در عقود معاوضی را "بدل" می‌نامند. مثلاً در عقد بیع، مبیع، بدل ثمن و ثمن نیز بدل مبیع خواهد بود. علاوه بر این، مالی که زیان‌زننده برای جبران خسارت به آسیب‌دیده می‌دهد، بدل نامیده می‌شود. دو ترکیب شایع (بدل تالف و بدل حیلولة) از زمره واژگانی است که در حقوق مدنی عام، کاربرد فراوانی دارد. عوض مالی است اعم از عین یا غیر آن که از طرف قبول‌کننده (یا قابل) در کلیه عقود معاوضی به‌طور عام و در عقد معاوضه به‌طور خاص، به طرف دیگر داده می‌شود. همچنین در پاره‌ای از اوقات به مالی که زیان‌زننده به آسیب‌دیده برای جبران خسارت می‌دهد، عوض نیز گفته می‌شود که در این اصطلاح، عوض با بدل، رابطه معنایی نزدیکی دارد. برعکس، معوض به مالی گفته می‌شود که از طرف ایجاب‌کننده (یا موجب) به طرف دیگر داده می‌شود. در اصطلاح حقوقی به ارزش هر مالی، قیمت گفته می‌شود که انواع و اقسام آن عبارتند از: قیمت اسمی، قیمت حقیقی یا واقعی؛ قیمت عادلانه، قیمت منطقه‌بندی؛ قیمت یوم‌التلف و قیمت یوم‌الرد. حال آن‌که در ادبیات حقوقی به مالی که عوض مبیع در عقد بیع باشد، ثمن گفته می‌شود و لازم نیست که ثمن حتماً پول (یا وجه نقد) باشد ولی هرگاه هر يك از عوضین پول بود، عنوان ثمن را خواهد داشت.

با توجه به دو اصطلاح فوق (قیمت و ثمن) آشکار می‌گردد که اگر واژه قیمت در عقد بیع به کار برده شود، مقصود گوینده همان ثمن معامله است. در حالی که ثمن به‌عنوان

عوض، اختصاصی عقد بیع است. در صورتی که قیمت مفهوم عام‌تری از ثمن دارد. با اندک دقت در ترمینولوژی حقوقی (انگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص. ۶۱۵)، متوجه خواهیم شد که مثنی به نقطه مقابل ثمن (یا مبیع) اطلاق می‌گردد که در ازای ثمن، به خریدار تملیک می‌گردد. چون در آموخته‌های قبلی دانستیم که ماهیت ثمن، عوض می‌باشد و مثنی نقطه مقابل ثمن می‌باشد. بنابراین ماهیت مثنی نیز معوض خواهد بود. ناگفته پر واضح است که شناخت دقیق هر یک از این اصطلاحات حقوقی، معطوف به شناخت گوهر افتراق خواهد بود و مطالعه‌کننده متون حقوقی، خود نیز اذعان خواهد داشت که بدون شناخت چنین گوهری، راه به جایی نخواهد برد.

۱۱ - ۱ - مطالعه افتراقی واژگان خسارت، زیان، غرامت، ضرر و غرر

در ادبیات حقوقی (انگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص. ۲۶۰)، خسارت آسیبی است که شخص در اثر اقدام مستقیم یا غیرمستقیم خود، به دیگری وارد نموده و معمولاً مابه ازای آن به‌عنوان مالی تلقی شده است که بایستی از طرف کسی که باعث ورود ضرر مالی به دیگری شده، به متضرر داده شود.

برای صدق مفهوم خسارت، باید تجاوز به مال دیگری (مستقیم یا غیرمستقیم) صورت گیرد که فقط در این حالت است که قصد تخلف از مقررات قراردادی یا مقررات جاری کشور، شرط تحقق خسارت خواهد بود.

خسارت، انواع و اقسام گوناگونی از قبیل خسارت حقیقی، خسارت حکمی؛ خسارت عدم انجام تعهد، خسارت تأخیر انجام تعهد، خسارت تأخیر تأدیه؛ خسارت مادی و خسارت معنوی دارد.

زیان، واژه‌ای فارسی است که در معنای ضرر به کار برده می‌شود که در این صورت، معنای بسیار وسیعی برای آن می‌توان در نظر گرفت که در هنگام تحلیل حقوقی اصطلاح ضرر به آن اشاره خواهیم کرد و در پاره‌ای از موارد، زیان به معنای خسارت به کار می‌رود.

غرامت، وجه نقدی است که بابت جبران خسارت در حقوق جزا و حقوق مدنی به زیان دیده داده می‌شود. غرامت ناشی از رسیدگی، غرامت جنگی، غرامت کیفری، غرامت

مدنی و غرامت مالی از زمره اقسام شایع غرامت می‌باشند.

در ادبیات حقوقی (نگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص. ۴۱۵) ضرر به خسارتی اطلاق می‌گردد که در اثر صدمه جانی یا مالی به خود و دیگری حاصل شود یا به واسطه تجاوز به مال و نوامیس دیگران یا اتلاف و نقصان در مال دیگری حادث شود و در پاره‌ای از موارد به عدم‌النفع نیز اطلاق می‌گردد که در مورد اخیر، حقوق‌دانان اتفاق نظر ندارند.

در بحث تقسیم‌بندی ضرر، می‌توان به اقسام ضرر از قبیل ضرر موجود و فعلی، ضرر آتی؛ ضرر مستقیم، ضرر غیرمستقیم؛ ضرر مسلم، ضرر محتمل؛ ضرر معنوی و ضرر مادی اشاره داشت.

غرر در ادبیات حقوقی (نگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص. ۴۱۹) به جهل به یکی از جهات معامله تعبیر شده که به واسطه چنین جهلی به جاهل زیان وارد گردد. بنابراین عقدی که مبتنی بر جهل یکی از طرفین بوده و از همین جهل احتمال ورود ضرر بر وی متصور باشد، عقد غرری نامیده می‌شود. به همین جهت اکثر حقوق‌دانان، عناصر تشکیل‌دهنده غرر را جهل و احتمال ورود ضرر دانسته‌اند.

با دقت در پنج واژه یادشده (خسارت، زیان، غرامت، ضرر و غرر) متوجه خواهیم شد که شناخت گوهر افتراق واژگان مزبور تا چه حد می‌تواند راه‌گشای مشکلات فراروی پژوهشگر حقوقی بوده و او را در راه پر پیچ و خم عملکرد حقوقی، مساعدت نماید.

۱۲ - ۱ - بررسی تطبیقی اصطلاحات اضطرار، اکراه، اجبار، سهو و اشتباه

اکراه، حالتی در شخص حقیقی است که به واسطه تهدید از جانب شخص دیگر (خواه طرف عقد باشد، خواه ثالث) که باعث تحقق عمل حقوقی (اعم از فعل یا ترك فعل) در شخص گردد.

عمده‌ترین عناصر تشکیل‌دهنده اکراه عبارتند از: الف - عمل آمیخته با تهدید از جانب متعامل یا ثالث به منظور تحقق يك عمل حقوقی (اعم از انعقاد عقد یا ایقاع یا اقرار و شهادت). ب - تهدید نوعاً و عرفاً برای فعل یا ترك فعل مؤثر باشد. ج - میزان تهدید سالب قصد انشا در عقود و ایقاعات و سالب قصد در اقرار و شهادت نباشد. د - عدم علم تهدیدشونده به ناتوانی تهدیدکننده.

درحالی که اضطرار، حالت يك شخص حقیقی است که در آن به لحاظ وجود اوضاع و احوال خاص (بدون وجود هرگونه تهدیدی) شخص بهرغم عدم رضایت و میل باطنی، به واسطه همان اوضاع و احوال مبادرت به اعمال حقوقی می نماید.

همان گونه که مشاهده می شود، گوهر افتراق بین این دو اصطلاح، بود و نبود تهدید است که باعث بروز آثار متفاوت حقوقی خواهد بود. ماده ۱۹۹ ق.م.، رضای حاصل از اکراه را موجب نفوذ معامله ندانسته و ماده ۲۰۳ ق.م.، صراحتاً اکراه را موجب عدم نفوذ معامله می داند حتی اگر از جانب شخص خارجی (غیر از متعاملین) واقع شده باشد.

حال آن که معامله مضطر، برخلاف معامله مکره، نافذ و معتبر است. بنابراین کوچکترین اشتباه در تشخیص گوهر افتراق، باعث تغییر مسیر تفسیر معامله، از صحت به عدم نفوذ خواهد شد.

اجبار، حالتی است که به واسطه تهدید (به نحوی که در اکراه گفته شد) پدیدار گردیده و باعث زوال قصد انشا در عقود و ایقاعات و مطلق قصد در اقرار و شهادت گردد.

با توجه به تعریف یادشده و تطبیق آن با اکراه، متوجه خواهیم شد که گوهر افتراق این دو واژه، زوال و عدم زوال قصد (یا قصد انشا) می باشد که دارای آثار متفاوت حقوقی خواهد بود. یکی باعث عدم نفوذ (اکراه) و دیگری (اجبار) به موجب مادتين ۱۹۱ و ۱۹۰ ق.م.، به لحاظ فقدان قصد انشا، باعث بطلان معامله خواهد بود.

نویسندگان حقوقی (انگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص. ۳۷۱) سهو را غفلت دماغی از چیزی دانسته اند که به مجرد تنبه، فرد از آن آگاهی یابد. حال آن که اشتباه، تصور خلاف واقع از امر مادی یا معنوی است. به همین دلیل، هر سهوی را می توان اشتباه دانست لیکن هر اشتباهی، سهو تلقی نمی گردد.

اشتباه در حقوق مدنی، در صورتی موجب عدم نفوذ معامله خواهد بود که مربوط به خود موضوع معامله باشد. بنابراین اشتباه در شخص طرف معامله، معمولاً به صحت معامله لطمه ای وارد نمی سازد مگر این که شخصیت طرف معامله، علت عمده انعقاد عقد باشد.

۱۳ - ۱ - اصطلاح‌شناسی واژه‌های شرط، تعهد و خیار

شرط در ادبیات حقوقی ایران (انگرویدی، ترمینولوژی حقوق، ص. ۲۸۰)، امر یا وصفی است که به منظور تکمیل یا تغییر آثار حقوقی در يك عمل حقوقی به‌ویژه در عقود گنجانده می‌شود و در پاره‌ای از موارد، شرط امری حادث و محتمل‌الوقوع است که حدوث حقی به تحقق آن منوط می‌گردد.

از اقسام شروط می‌توان به شرط ضمن عقد، شرط ابتدایی؛ شرط موجد حق، شرط انتفاء عقد؛ شرط صفت، شرط فعل، شرط نتیجه؛ شرط خلاف مقتضای ذات عقد، شرط خلاف مقتضای اطلاق عقد؛ شرط باطل، شرط مبطل؛ شرط نذر خارج و شرط وکالت خارج اشاره داشت.

این در حالی است که تعهد، يك رابطه حقوقی است که به‌موجب آن شخص یا اشخاص معین ابتدائاً یا با توجه به اقتضای عقد یا جرم یا به حکم قانون ملزم به پرداخت وجه یا تحویل مال یا مکلف به انجام فعل یا ترك عمل معینی به نفع شخص یا اشخاص معینی گردند.

اگر چنین عملی (بر ذمه‌گرفتن حقی به نفع غیر) در ضمن عقود صورت پذیرد، در اصطلاح حقوقی به آن «شرط ضمن عقد» گفته می‌شود و در صورتی که در ضمن عقود صورت نگیرد، به آن تعهد یا شرط بنایی یا شرط ابتدایی می‌گویند. تعهد نیز اقسام گوناگونی دارد که به‌طور خلاصه می‌توان به تعدادی از آن‌ها از قبیل تعهد ابتدایی، تعهد عقدی؛ تعهد اصلی، تعهد تبعی؛ تعهد لازم، تعهد جایز؛ تعهد منجز، تعهد معلق؛ تعهد به نفع ثالث و تعهد به ضرر ثالث اشاره داشت.

با توجه به مطالب فوق درمی‌یابیم که شناخت گوهر افتراق در این دو مورد (شرط و تعهد) تا چه درجه‌ای از اهمیت برخوردار است. اگر کوچکترین اشتباهی در محدوده تعاریف یادشده صورت پذیرد، بی‌تردید لطمات جبران‌ناپذیری وارد خواهد شد.

خیار، (انگرویدی، ترمینولوژی حقوق، ص. ۲۶۶) عبارت از اختیار و سلطه يك طرفه‌ای است که برای ازبین‌بردن ارادی اثر حاصل از عقود ممکن است به‌کار برده شود. این اختیار می‌تواند به خواست و اراده متعاملین به احدی از متعاملین یا هر دو اعطا شده باشد یا این که اختیار

از بین بردن اثر معامله به موجب قانون به هر دو یا یکی از آنان داده شود. در صورتی که هر دو طرف بتوانند با استفاده قانونی، اختیار از بین بردن آثار معامله را داشته باشند، به چنین اختیاری، خیار مشترك گفته می شود و در صورتی که یکی از طرفین بتوانند با استفاده قانونی، اختیار از بین بردن آثار معامله را داشته باشند، به آن، خیار مختص گفته می شود. ضمناً پاره‌ای از اختیارات ممکن است ویژه يك عمل حقوقی (نظیر بیع) و تعدادی از اختیارات نیز می‌تواند برای تمامی عقود مورد استفاده قرارگیرد. از اختیارات مختص بیع می‌توان به خیار مجلس، خیار حیوان و خیار تأخیر ثمن اشاره داشت و همچنین می‌توان خیار شرط، خیار تخلف از شرط صفت، خیار غبن، خیار تبعض صفقه، خیار رؤیت، خیار عیب و خیار تدلیس را به عنوان نمونه‌ای از اختیاراتی دانست که در تمامی عقود کاربرد مشترکی دارند.

هرگاه به طور مطلق در عقد بیع شرط شود که برای احدی از متعاملین (بایع یا مشتری) یا هر دو یا شخص ثالث اختیار فسخ معامله وجود داشته باشد، به چنین بیعی، بیع خیاری گفته می‌شود که با بیع شرط، هم از جهت تعریف و هم از جهت آثار، متفاوت است. با توجه به آموخته‌های فوق، متوجه می‌گردیم که شناخت محدوده عملکردی سه واژه فوق (شرط، تعهد و خیار)، تا حد بسیار زیادی می‌تواند برای يك پژوهشگر تعیین کننده باشد.

۱۴ - ۱ - تفاوت اصطلاحات مقتضای ذات عقد و مقتضای اطلاق عقد و شرط خلاف آنها لغت‌شناسان (انگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص. ۶۷۷) در تعریف واژه «مقتضی» آورده‌اند که هر عاملی را مقتضی می‌دانند که در صورت نبود مانع بتواند منشأ اثر شود. در پاره‌ای از موارد به مقتضی، موجب هم گفته می‌شود. نظیر موجبات (مقتضیات) اثر که به سبب و نسب تقسیم می‌گردد.

با توجه به این تعریف مقدماتی، مقتضای ذات عقد (یا مقتضای عقد) عاملی است که باعث منشأ هدف اصلی و غایت نهایی عقدی باشد. مثلاً اقتضای عقد بیع، نقل و انتقال مبیع و ثمن، اقتضای نکاح، مقاربت و نزدیکی و اقتضای وکالت، نیابت‌دادن امری است. درک مقتضای ذات عقود در مثال‌های فوق شاید تا حدودی سهل باشد ولی شناخت مقتضای هر عمل حقوقی به حدی مهم است که در پاره‌ای از موارد، ممکن است

بزرگ‌ترین اندیشمندان حقوقی در رهیافت و نیل به آن، دچار تردید شوند. پس هر عقدی را بایستی به‌طور مجزا بررسی نموده و گوهر وجودی آن عقد را بازشناخت.

مقتضی اطلاق عقد (مطلق‌شناختن آن در صورت عدم تقیید به‌وسیله متعاقدين)، به هدف غایی و نهایی عقد بر نمی‌گردد بلکه اثری از آثار عقدی را پی‌جویی می‌نماید که هرگاه در حین عقد، ذکر از آن به میان نیامده باشد، اطلاق عقد موجب حصول آن اثر باشد. به‌عنوان مثال، در صورت عدم تعیین محل تسلیم مبیع توسط متعالمین، مقتضای اطلاق عقد بیع ایجاب می‌نماید که محل وقوع عقد، محل تسلیم مبیع باشد. به همین جهت دانستن مقیدات و اطلاقات هر عقدی از عقود، حائز اهمیت وافر خواهد بود.

هر شرطی که در متن عقود به‌عنوان شرط ضمن عقد از جانب متعاقدين درج می‌گردد، از چند وجه خارج نمی‌باشد. در تعدادی از آنها، هم شرط صحیح است و هم عقد. در پاره‌ای دیگر، شرط باطل است ولی خللی به عقد وارد نمی‌سازد و النهایه در تعدادی دیگر (که در ماده ۲۳۳ ق.م. به آن‌ها اشاره شده) هم شرط باطل است و هم بطلان شرط به خود عقد هم سرایت نموده و باعث بطلان عقد نیز می‌گردد.

بنابراین شناخت شروط خلاف مقتضای ذات عقد و شروط خلاف اطلاق عقود و بازشناسی و تفریق آن‌ها از یکدیگر، به‌گونه‌ای ضروری است که معمولاً نظر هر اندیشمندی را به خود معطوف می‌سازد.

همان‌گونه که می‌دانیم، شروط خلاف ذات عقد که در ضمن هر عقدی امکان درج آن‌ها از جانب متعاقدين وجود دارد، به‌موجب حکم مندرج در بند اول ماده ۲۳۳ ق.م.، هم خود باطل‌اند و هم باعث بطلان عقد می‌گردند (شروط باطل و مبطل عقد) حال آن‌که چنین وضعیتی را در شروط خلاف مقتضای اطلاق عقود شاهد نمی‌باشیم. به همین جهت، بازشناسی گوهر تفریق واژه‌های شروط خلاف مقتضای ذات و مقتضای اطلاق عقود، غیرقابل کتمان خواهد بود.

گفتار دوم - تشخیص افتراقی اصطلاحات خاص حقوق مدنی

تمییز واژگانی از اعمال حقوقی نظیر معاملات، عقود، ایقاعات از وقایع حقوقی؛ اتلاف،

تسبیب، مباشرت؛ مسئولیت قهری، مسئولیت قراردادی، ضمان؛ بیع، اجاره و معاوضه از یکدیگر، شاید برای تحصیل کرده یکی از رشته‌های حقوق کاری بس ساده و آسان باشد. لیکن همین پژوهشگر، هنگامی که با اصطلاحاتی نظیر حبس، وقف، ثلث باقی؛ رهن، وثیقه؛ اجاره، سکنی، رقبی و حبس مواجه می‌شود، همانند صورت‌های قبلی نمی‌تواند به راحتی گوهر افتراق را دریابد.

به همین دلیل، بازشناسی چنین گوهری به وی کمک شایانی در درک مسایل حقوقی خواهد نمود. ما نیز از باب تمثیل به سه دسته از این اصطلاحات بسنده نموده و گوهر افتراق هر یک را آشکار می‌سازیم.

۱ - ۲ - مطالعه افتراقی واژگان حبس، وقف و ثلث باقی

حبس، نوعی از عقود احسان است که در آن صاحب مال با حفظ مالکیت خود، منافع را برای مدت معین یا نامعین برای فرد خاصی برقرار می‌نماید. حبس‌کننده را حابس می‌نامند و شخصی که حبس به نفع وی برقرار شده، محبوس علیه نام دارد. حبس دارای انواع متعددی است که حبس مؤبد (یا حبس مخلد و دائم)، حبس مطلق و حبس مقید از زمره آن‌ها می‌باشد. (انگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص. ۲۰۸) بنابراین گوهر تفکیک و افتراق واژگان ترکیبی حبس (حبس مؤبد، حبس مطلق، حبس موقت)، زمان است که باعث تقسیم‌بندی آن‌ها می‌شود.

وقف، در حقوق مدنی از جمله عقود است که برای تحقق آن نیاز به قبض است و آن عقدی است که مالک، مالی را جهت تسبیل منفعت، حبس نماید. حبس در این حالت، به معنای مصون نگاه‌داشتن از نقل و انتقال، حتی توسط مالک می‌باشد. هرچند عده‌ای اعتقاد دارند که با انجام و تحقق وقف، مال از ملکیت مالک (واقف) خارج و در ملکیت تأسیس حقوقی جدیدی به نام موقوفه قرار خواهد گرفت.

به مالک، واقف گفته می‌شود و کسی که وقف به نفع وی صورت می‌گیرد، موقوفه‌علیه و به مالی که موضوع وقف قرار می‌گیرد، مال موقوفه می‌گویند و شخصی که اداره امور موقوفه را عهده‌دار است، متولی نام دارد. ممکن است واقف برای عملکرد متولی، ناظری تعیین نماید که با توجه به حدود اختیارات وی، ممکن است نظارت فرد مذکور، اطلاعی یا استصوابی باشد.

وقف عام و وقف خاص، دو نمونه شایع از این عقد می‌باشد. در وقف عام، حصری برای موقوف‌علیهم موجود نیست، حال آن‌که در وقف خاص موقوف‌علیه یا موقوف‌علیهم محصور می‌باشند.

اگر نیم‌نگاهی به اصطلاحات یادشده (به‌خصوص به حبس و وقف) ببینیم، متوجه خواهیم شد که این واژه‌ها از لحاظ مفهومی، تا چه حد به یکدیگر نزدیک می‌باشند. به عبارت دیگر، اگر کوچکترین اشتباهی درخصوص شناخت گوهر افتراق این دو واژه رخ دهد، ضرر جبران‌ناپذیری به متن حقوقی و استنباط از آن وارد می‌گردد.

گوهر افتراق این دو اصطلاح (حبس و وقف)، خروج و عدم خروج مال از ملکیت اقدام‌کننده در هنگام تسبیل منافع است. بنابراین اگر در عمل حقوقی مزبور مال از ملکیت مالک خارج نگردد، نام آن اقدام، حبس خواهد بود و اقدام‌کننده حابس نامیده می‌شود ولی هرگاه مال از ملکیت مالک خارج شود یا مالک نیز نتواند آن را انتقال دهد، در این صورت نام اقدام‌کننده، واقف می‌باشد.

علاوه بر خروج و عدم خروج مال از ملکیت اقدام‌کننده، تفاوت‌های اختصاری زیر؛ الف - تعیین مدت در حبس و عدم تعیین آن در وقف. ب - اعاده مالکیت به حابس، در صورت زوال مال و عدم اعاده آن به واقف در چنین وضعیتی. ج - اعاده مالکیت به ورثه حابس در صورت فوت حابس و عدم اعاده آن به ورثه واقف در صورت فوت وی، از جمله آثار گوهر افتراق بین حبس و وقف می‌باشد که شناخت آن برای پژوهشگر حقوقی حائز اهمیت فراوان است.

ثالث باقی یا دائم یا ثلث مخلد، از اصطلاح‌های حقوق ثبت است و آن عبارت از تمامت شش‌دانگ مال غیرمنقول موصی (وصیت‌کننده) است که وی آن را به‌عنوان ثلث اموال خود تعیین نموده تا برای بعد از مرگ خود، وصی (مأمور انجام وصیت) منافع آن را علی‌الدوام (بدون تعیین مدت) صرف امور خیرات و مبرات نماید.

چون ممکن است موصی بر اثر فعالیت اقتصادی خود تا زمان مرگش، تغییر و تحولاتی

در اموالش (زیادات اموال، نقصان اموال) رخ دهد، تمامت شش دانگ پلاک ثبتی فوق (به عنوان ثلث باقی) فقط در مورد آخر است که از ثلث بودن (ثلاثیت) خارج خواهد شد. همان گونه که ملاحظه می شود، هر چند ممکن است بین اثلاث باقیه (دائم و مخلد) و احباس و وقف قرابت زیادی وجود داشته باشد و شاید از پاره‌ای جهات مربوط به اعمال مقررات، احکام ثلث باقی با وقف مشابه باشد لیکن این مشابهت، مانع از بازشناسی گوهر افتراق این سه واژه نخواهد بود.

قبلاً به تبیین گوهر افتراق بین احباس و اوقاف اشاره نمودیم. اینک به طور اختصار به بررسی نقاط عطف افتراقی بین دو اصطلاح "اثلاث باقیه و اوقاف" می پردازیم.

اولاً: ثلث باقی از لحاظ تبیین ماهیت حقوقی، در مبحث وصیت توصیف می گردد. حال آن که وقف، موضوع و عنوان مستقل حقوقی و فقهی است.

ثانیاً: چون ثلث باقی یکی از اجزای وصیت است، بنابراین تا هر زمان قبل از مرگ موصی، قابل عدول از جانب وی می باشد ولی وقف، فاقد چنین ماهیتی است و به مجرد انعقاد آن (ایجاب و قبول و قبض و اقباض)، مالکیتی برای واقف متصور نخواهد بود یا این که وی و ورثه اش حق نقل و انتقال آن را ندارند.

ثالثاً: هرگاه تا قبل از فوت موصی (بدون عدول وی از وصیت) با توجه به فعالیت های اقتصادی اش، ممکن است شش دانگ مال غیرمنقول یادشده از ثلث بودن خارج و ماهیت ثلث باقی از بین رفته و قسمتی از آن مال، متعلق حق ورثه گردد (به این حالت، ثلث غیرباقی گفته می شود) که در این حالت، فقط زمانی می توان ثلث غیرباقی را تصرف و منافع آن را در جهت خواست و اغراض موصی تسبیل کرد که رضایت بقیه ورثه حاصل گردد.

حبس دائم (یا حبس مخلد) از لحاظ ماهیت و بر طبق قانون مدنی ایران، در حقیقت برقراری نوعی حق انتفاع است که مالکیت عین آن علی الدوام متعلق به حابس بوده و در صورت فوت وی، ملک از حبس بودن خارج و متعلق حق ورثه قرار خواهد گرفت. حال آن که در ثلث باقی چنین وضعیتی را شاهد نمی باشیم.

مضافاً به مجرد انعقاد عقد حبس دائم به طور مستقل (یا ضمن عقد لازم دیگر)، حق

انتفاع برقرار می‌شود ولی تسبیل منافع ثلث باقی، پس از فوت موصی است و منوط به باقی‌بودن مال در ثلثیت (شرط عدم نقصان اموال موصی از لحظه انعقاد وصیت تا لحظه فوت) است. در این صورت، به دلیل تسبیل منافع در جهت خیرات و میرات، می‌توان این‌گونه پنداشت که موصی‌له نامعین یا عام بوده و اثلاث باقیه از این منظر، بسیار نزدیک به وقف عام می‌باشند و تفاوت آن‌ها (اثلاث باقیه و وقف عام) در این است که در وقف عام متولی اداره وقف را عهده‌دار است. حال آن‌که در اثلاث باقیه، این وصی است که عهده‌دار چنین نقشی می‌باشد.

شاید به جرأت بتوان گفت که با توجه به تحقیقاتی که راقم این سطور انجام داده، تاکنون هیچ‌یک از حقوق‌دانان ایرانی درخصوص تفکیک مفهوم و تبیین گوهر افتراق بین دو اصطلاح احباس و اثلاث باقیه، بررسی هر چند مختصری به عمل نیاورده است. به همین دلیل شناخت چنین گوهری از درجه اهمیت خاصی برخوردار است.

۲-۲ - تفاوت ماهیتی بین عقود رهن و وثیقه

رهن، واژه‌ای است که قرابت بسیار نزدیکی با وثیقه دارد به گونه‌ای که بیشتر پژوهشگران حقوقی این دو اصطلاح را به‌طور مترادف و مشابه مورد استفاده قرار می‌دهند. حال آن‌که بین این دو اصطلاح تفاوت بنیادین وجود دارد.

ماده ۷۷۱ ق.م.، به پیروی از شریعت، رهن را عقدی دانسته که طی آن، مدیون، مالی را برای وثیقه به دائن می‌دهد. در این عقد، رهن‌دهنده را رهن و طرف دیگر را مرتهن نامیده است و به مالی که مدیون جهت توثیق بدهی‌اش در اختیار مرتهن قرار می‌دهد، عین مرهونه گفته می‌شود.

با توجه به تعریف فوق، مبرهن می‌گردد که عقد رهن، نوعاً عقد تبعی است و عقد اصلی محسوب نمی‌گردد. زیرا بستر تحقق عقد رهن، وجود دین سابق است که وجود آن می‌تواند ناشی از عقد قرض یا سایر عقود باشد یا این‌که دین مذکور ممکن است به واسطه الزامات قهری ایجاد گردد.

باید دقت داشت که مطابق نظر مشهور فقهای امامیه، قبض شرط صحت عقد رهن

است (وسائل الشیعه، ج. ۱۳، باب ۳ از احکام رهن؛ شرح لمعه، ج. ۴، ص. ۵۹) و خصلت تبعی عقد رهن باعث شده تا این عقد نسبت به رهن لازم و نسبت به مرتهن جائز باشد و مرتهن هر زمان که بخواهد می‌تواند از رهن اعراض نموده و مال مرهونه را از قید رهانت آزاد سازد. در این معنا، هرگاه رهن از مورد رهن اعراض نماید، به واسطه تبعی بودن عقد رهن (که به تبع دین ایجاد شده)، عین مرهونه از قید رهانت آزاد می‌گردد ولی رهن، کماکان به عنوان بدهکار مرتهن شناخته خواهد شد.

رهن براساس مبانی متفاوت به اقسام گوناگونی تقسیم می‌گردد. رهن تصرف، رهن غیرتصرف؛ رهن قضایی، رهن قراردادی؛ رهن مستعار، رهن غیرمستعار؛ رهن واحد و رهن مکرر از انواع شایع و متداول عقد رهن می‌باشد که بازشناسی هر یک از این واژه‌های ترکیبی، مستلزم شناخت مبانی تقسیم آن‌ها است.

هرگاه مبانی تقسیم رهن، تصرف مال مورد رهن (عین مرهونه) توسط مرتهن باشد، بنابراین در صورتی که پس از قبض مرتهن، مال در تصرف وی باقی بماند، عقد مزبور را رهن تصرف می‌نامند ولی هرگاه مرتهن پس از قبض مال مرهونه، آن را جهت استفاده شخصی رهن به تصرف وی دهد، به چنین عقدی، رهن غیرتصرف می‌گویند.

رهن قضایی نیز قراردادی است که در هنگام صدور قرار تأمین توسط بازپرس با مالک منعقد می‌گردد تا در صورتی که متهم در موعد مقرر در محضر وی حاضر نگردد، مال مرهونه به نفع دولت ضبط گردد لیکن رهن قراردادی (برخلاف رهن قضایی)، عقدی است که متعاملین با قصد انشای آن، قصد تضمین بازپس‌دهی بدهی را دارند.

گوهر تفکیک و افتراق رهن به رهن مستعار و رهن غیرمستعار، مالکیت و عدم مالکیت رهن نسبت به عین مرهونه است. بنابراین هرگاه رهن مال خود را در رهن قرار دهد، به چنین عملی رهن غیرمستعار می‌گویند ولی در صورتی که مال مرهونه متعلق به غیر باشد و رهن با انعقاد عقد عاریه، مالک مال مرهونه گردیده و آنگاه شخصاً آن را در رهن قرار دهد، به چنین اقدامی در اصطلاح حقوقی، رهن مستعار گفته می‌شود. (کاتوزیان، عقود معین ۴)

رهن از جهت تکرار نیز قابل تقسیم است. رهن واحد، قراردادی است که رهن (بدهکار) شش‌دانگ يك ملك را برای يك‌بار، در رهن مرتهن (طلب‌کار) قرار می‌دهد. حال آن‌که در رهن مکرر، رهن شش‌دانگ ملك را چندین نوبت برای دیون گوناگون با منشأ واحد یا متعدد، در رهن مرتهن قبلی یا سایرین قرار می‌دهد. در سند اول، تمامت شش‌دانگ به رهن گذارده می‌شود و در اسناد بعدی، مازاد ارزش رهنی در رهن مرتهن قبلی یا سایرین قرار می‌گیرد. با توجه به داده‌های فوق، آشکار می‌شود که مرتهن در رهن مکرر ممکن است واحد یا متعدد باشد.

از نقطه نظر قانون‌گذار ایران، وثیقه چیزی جز مالی که مدیون آن را در نزد رهن به‌منظور استظهار و پشت‌گرمی برای استرداد دین می‌گذارد، نیست. بنابراین از منظر قانون‌گذار ایران، رهن عقد است لیکن وثیقه مالی است که به رهن داده می‌شود.

حال آن‌که امروزه مفهوم وثیقه، تنها به مال بودن محدود نمی‌گردد بلکه دامنه آن از مال بودن به معنوی شدن به یکی از عقود نامعین نیز کشیده شده است. در عملیات بانکی و غیربانکی، شاهد انعقاد قراردادهای وثیقه می‌باشیم که از لحاظ تئوری با قرارداد رهن متفاوت می‌باشد. وجود این قراردادهای، مفهوم مال بودن وثیقه را به نوعی از عقود، ارتقا داده است.

سؤال قابل طرح در این خصوص، این است که آیا عقد وثیقه از این منظر، با عقد رهن مشابه و برابر است یا این دو اصطلاح با یکدیگر تفاوت‌هایی دارند؟

بی‌تردید اگر پاسخ مثبت باشد، در این صورت عقل از پذیرش آن عاجز خواهد بود. زیرا اولاً؛ با وجود عقد رهن، دیگر حاجت و نیازی به وجود عقد وثیقه نبوده است. ثانیاً؛ از قانون‌گذار عاقل، بعید است برای یک موضوع، دو قالب ایجاد ارتباط فراهم نماید.

اگر پاسخ منفی باشد و بالنتیجه قائل به تفاوتی میان عقد رهن و وثیقه باشیم، در این صورت چاره‌ای جز بازشناسی گوهر افتراق میان این دو اصطلاح وجود نخواهد داشت.

چون مطابق ماده ۷۷۱ ق.م.، وجود دین سابق از ارکان اصلی عقد رهن است. بنابراین گاهی از اوقات ضرورت پیدا می‌کند که بدون وجود دین سابق، مالی برای انجام تعهدات فعلی یا آتی به‌گرو گرفته شود. بی‌تردید، قالب حقوقی رهن، ناتوان از پوشش دادن به چنین

رابطه حقوقی است. به همین جهت، ضرورت وجودی عقد غیرمعینی به نام عقد وثیقه مبرهن می‌گردد.

به‌عنوان مثال، برای انعقاد قراردادهای تضمین حسن انجام کار یا برای اجرای حسن خدمات، متعهد، موظف است مالی را به نفع متعهدله گرو گذارد. چون دین سابق وجود ندارد و فقط تعهد محتمل الوقوعی در آینده موضوع چنین گروگذاری مال است، بنابراین عقد رهن نمی‌تواند مؤثر در این مقام باشد. و حاجت به عقد دیگری خواهد بود. عقد مزبور وثیقه و مشروعیت انعقاد آن نیز ماده ۱۰ ق.م. و ماده ۳۳ ق.ت. است.

علاوه بر وجود و نبود دین سابق به‌عنوان گوهر افتراق میان رهن و وثیقه، می‌توان نقطه دیگری را به‌عنوان نقطه عطف افتراق بین این دو واژه برشمرد.

همان‌گونه که می‌دانیم، طرفین عقد رهن، بیش از دو شخص (راهن و مرتهن) نمی‌باشند. به عبارت دیگر، فرض قانون‌گذار در عقد رهن، وحدت راهن و بدهکار است و این راهن است که بایستی مالی (اعم از مال خود یا دیگری) را گرو بگذارد و دخالت شخص ثالث را در عقد رهن نپذیرفته است. حتی اگر شخصی غیر از راهن، مال متعلق به خود را در ازای بدهی شخص بدهکار گرو بگذارد، این را عقد رهن نمی‌داند.

حال آن‌که در عقد وثیقه، طرفین عقد ممکن است بیش از دو نفر باشند، در این صورت تمامی افراد در این عقد غیرمعین شرکت می‌نمایند. فرض کنید شخصی قرار است برای ادامه تحصیل با بورس دولتی و غیردولتی به خارج اعزام گردد تا پس از فراغت از تحصیل برای مؤسسه اعزام‌کننده به مدت معینی خدمت نماید. متعهد ممکن است خود دارای وثیقه ملکی باشد یا این‌که از دیگری بخواهد ملکش را برای حسن انجام تعهدات او، در وثیقه متعهدله (مؤسسه اعزام‌کننده) قرار دهد. در صورت اخیر سندی که تنظیم و ثبت می‌شود، به امضای سه نفر (متعهد - مالک - متعهدله) خواهد رسید.

۳-۲ - تفاوت‌شناسی میان واژه‌های اجاره، سکنی و رقبی

در ادبیات حقوقی (لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص. ۷)، اجاره اشیا یا اموال به عقدی اطلاق می‌گردد که در آن، منفعت آن اموال در قبال اخذ اجرت به دیگری تملیک می‌گردد. به

همین جهت ماده ۴۶۶ ق.م.، عقد اجاره را چنین تعریف می‌نماید: عقدی است که به موجب آن مستأجر (اجاره‌کننده) مالک منفعت عین مستاجر (مالی که به اجاره داده می‌شود) می‌شود. در عوض مالکیت منفعتی که موجر (اجاره‌دهنده) برای مدت معین به مستأجر تملیک می‌نماید، مستأجر مبلغ معینی را (مال الاجاره یا اجرت) به موجر پرداخت می‌نماید. در نتیجه، عقد اجاره از زمره عقود معاوضی محسوب می‌گردد و الفاضلی که موجر و مستأجر در هنگام انعقاد قرارداد اجاره ردوبدل می‌نمایند، الفاظ انشایی است که متعاقبین با استعمال آن، قصد خودشان را دایر بر تملیک منفعت برای مدت معین، در ازای اجرت معین به منصفه ظهور می‌رسانند.

از توجه به تعریف فوق، درمی‌یابیم که ماهیت اجاره، تملیک منفعت در قبال عوض معلوم (اجرت) می‌باشد. البته باید توجه داشت که در این معنا، اجاره با سایر عناوین حقوقی جدید و مستحدث نظیر سرقفلی و حق پیشه و تجارت متفاوت می‌باشد.

سکنی، شکلی از انواع برقراری حق انتفاع است که منتفع معین (دارنده حق سکنی) در مسکنی که متعلق به غیر می‌باشد، به‌طور رایگان سکونت می‌نماید. به همین جهت، فقها در این خصوص عنوان داشته‌اند که: هی عقد فائدتها التسلیط علی استیفاء المنفعة مع بقاء الملك علی مالک (جوهر الکلام، ج. ۲۸، ص. ۱۳۴) با توجه به تعریف فوق می‌توان این‌گونه اظهار داشت که برقراری حق سکنی (به‌عنوان یکی از مظاهر حق انتفاع) در املاک، آن هم با هدف سکونت متصور است.

حال آن که رقبی، حق انتفاعی است که از جانب مالک ملک به نفع دیگری برای مدت معین برقرار می‌شود اعم از این که در اموال منقول یا غیرمنقول برقرار گردد و اگر در املاک برقرار شود، برای هدفی غیر از سکونت منتفع باشد.

گوهر افتراقی بین اجاره از یک طرف و سکنی و رقبی از طرف دیگر، در مالکیت و عدم مالکیت منتفع نسبت به منفعت، نهفته است. در اجاره، مستأجر مالک منفعت برای مدت معین است و می‌تواند آن را در مدت به دیگری تملیک نماید مگر این که به‌نحو ملزومی از

این کار منع شده باشد. حال آن که مالکیتی برای منتفع در سکنی و رقبی قابل تصور نمی‌باشد تا بخواهد آن را به دیگری منتقل نموده یا قهراً به ورثه‌اش به ارث برسد.

ضمناً تعیین مدت در اجاره، از ارکان اصلی عقد اجاره محسوب می‌گردد که بدون تعیین آن، اجاره باطل خواهد بود لیکن در برقراری سکنی یا رقبی، اگر تعیین مدت نشده باشد، با استناد به حکم مندرج در ماده ۴۴ ق.م.، حبس یادشده را مطلق تلقی نموده و حق مزبور تا فوت مالک برقرار خواهد ماند مگر این که مالک، قبل از فوت خود، رجوع نماید.

سکنی و رقبی نیز به‌رغم این که هر دو از دسته بزرگ حق انتفاع محسوب می‌گردند، در ذات خود دارای تفاوت بنیادین با یکدیگر می‌باشند. رقبی، مفهوم عام‌تری نسبت به سکنی دارد.

زیرا همان‌گونه که در بالا به آن اشاره شد، موضوع حق سکنی، برقراری حق انتفاع به‌منظور سکونت است که فقط دربرگیرنده املاک است. در صورتی که موضوع مالی که قرار است در رقبی از آن منتفع گردند، مطلق اموال اعم از مال منقول و غیرمنقول است. در صورتی که برقراری حق انتفاع در مال غیرمنقولی به‌منظوری غیر از سکونت باشد، حق انتفاع مزبور را رقبی و مال موضوع حق انتفاع را رقبه گویند.

انتفاع رایگان از مال موضوع برقراری حق انتفاع، نقطه مشترک سکنی و رقبی می‌باشد که همین موضوع، نقطه افتراق بین این دو اصطلاح از یک طرف و واژه اجاره از طرف دیگر است. زیرا اجاره از عقود تملیکی و معوض است و اجرت، عوض تملیک منافع محسوب می‌گردد.

از موارد دیگری که می‌توان از آن به گوهر افتراق بین این دو اصطلاح (سکنی و رقبی) از یک طرف و اجاره از طرف دیگر تعبیر نمود، شخصی بودن بهره‌مندی از انتفاع در سکنی و رقبی و نوعی بودن بهره‌مندی در عقد اجاره می‌باشد. بدین معنا که استفاده‌کننده از رقبات و سکنی، شخص منتفع است و وی حق ندارد آن را به دیگری واگذار نماید و با فوت وی یا مالک، حق انتفاع مذکور مرتفع خواهد شد ولی در اجاره، با فوت یکی از طرفین (موجر یا مستأجر)، عقد مزبور مرتفع نمی‌گردد و قائم‌مقام هر یک از طرفین، جانشین آنان شده و عقد اجاره تا انقضای مدت آن، دوام خواهد داشت.

بنابراین، توجه به گوهر افتراق و بازشناسی آن در سه اصطلاح فوق‌الذکر (اجاره، سکنی و رقبی)، به‌گونه‌ای غیرقابل بحث، می‌تواند برای یک پژوهشگر حقوقی مفید فایده باشد و بدون دست‌یابی به چنین گوهری مطالعه دقیق و تطبیقی عقود مزبور عملاً امکان‌پذیر نخواهد بود.

نتیجه:

چون واژه‌ها برای بیان مقاصد و اهداف واضح کلمات اختیار می‌گردند، پس شناخت نقاط اشتراك و افتراق این واژه‌ها (به‌خصوص واژه‌هایی که از لحاظ مصادیق و دامنه تعریف بسیار به یکدیگر نزدیک می‌باشند) امری است که هر پژوهشگری ناگزیر از درک آن خواهد بود. به‌ویژه فایده عقلانی و گاهی مادی موجود در بازشناسی نقاط اشتراك و افتراق اصطلاحات مذکور، انگیزه‌های لازم را برای مطالعه پژوهشگر فراهم می‌سازد.

در پاره‌ای از علوم به‌خصوص علم پزشکی، مطالعه افتراقی بیماری‌ها چنان با اهمیت است که بعضاً به طور مستقیم یا غیرمستقیم، با جان بیمار سروکار ارتباط دارد. هر یک از بیماری‌ها ممکن است دارای علائم و نشانه مشترکی با سایر بیماری‌ها باشد و در پاره‌ای موارد نیز ممکن است نشانه بیماری، کاملاً اختصاصی باشد که همین عامل باعث تفکیک و بازشناسی این بیماری از سایر بیماری‌ها می‌گردد.

فرض کنید شخصی دچار تب گردیده و درجه حرارت بدن وی بالای ۳۷ درجه است. چون تب کردن نشانه بیماری‌های متفاوتی از جمله بیماری‌های عفونی است نمی‌توان تنها با اتکا به این شاخصه، مریض را درمان کرد. به همین جهت، یک پزشک حاذق و مجرب، به دنبال سایر نشانه‌های افتراقی می‌گردد و با یافتن علائم یادشده در بیمار، مبادرت به تشخیص افتراقی یک بیماری از سایر بیماری‌ها نموده و مآلاً با شناخت درست از آثار دارویی، داروی مناسب آن بیماری را یافته و به بیمارش تجویز می‌نماید.

حال، اگر در همین رابطه با پزشک غیرمتبحری روبه‌رو شویم، نامبرده با تکیه بر نقطه مشترك بیماری‌های معین (بیماری‌هایی که تب کردن نشانه وقوع آن است)، دچار نوعی سردرگمی در یافتن نوع بیماری مریضش خواهد شد و اگر پزشک مزبور به نشانه‌های دیگری توجه ننموده و بخواهد بیمارش را به‌طور اتفافی درمان نماید، بی‌تردید نتیجه و

حاصل چنین درمانی کاملاً از پیش معین می‌باشد. بنابراین در جامعه‌ای که مطالعات افتراقی پزشکی رشد نیافته، نباید انتظار داشت که علم پزشکی نیز در آن جا رونق داشته باشد. همین وضعیت را با کمی اغماض، می‌توان به جامعه حقوقی هر کشوری تسری و تعمیم داد. اگر يك پژوهشگر حقوقی نتواند روابط حقوقی بین مردم و قواعد حاکم بر آنان و استفاده از قالب‌های حقوقی برای برقراری چنین روابطی را درك نماید، بی‌تردید، با انبوهی از روابط مشابه روبه‌رو خواهد شد که به‌واسطه نبود قدرت تمییز، گوهر افتراق هر يك از آنها، قادر به حل مشکلات مبتلابه نخواهد بود. بنابراین متوجه خواهیم شد که حل معضلات حقوقی مستحدث، در گرو بازشناسی گوهرهای اشتراك به‌طور عام و به‌خصوص شناخت گوهر افتراق واژگان حقوقی می‌باشد. امید آنکه تمامی حقوق‌دانان ایران با شناخت درست و دقیق از واژگان حقوقی و تبیین منطقی دامنه تعاریف و موضوعات آنها، بتوانند منشأ اثر خدمات گوناگون در جامعه حقوقی ایران و جهان باشند.

دریچه

آیا تنظیم اسناد بیع شرط در دفاتر اسناد رسمی مجاز می‌باشد؟محمد عظیمیان^۱

برای پاسخ‌گویی به این سؤال، توجه به تحولات قانون‌گذاری در زمینه بیع شرط ضروری است.

قانون مدنی مصوب ۱۸ اردیبهشت ۱۳۰۷ در ماده ۴۵۸ بیع شرط را این‌گونه تعریف نموده است؛ در عقد بیع متعاملین می‌توانند شرط نمایند که هرگاه بایع در مدت معینی تمام مثل ثمن را به مشتری رد کند خیار فسخ معامله را نسبت به تمام مبیع داشته باشد و هم‌چنین می‌توانند شرط کنند که هرگاه بعض مثل ثمن را رد کند خیار فسخ معامله را نسبت به تمام یا بعض مبیع داشته باشد. در هر حال حق خیار تابع قرارداد متعاملین خواهد بود و هرگاه نسبت به ثمن قید تام یا بعض نشده باشد خیار ثابت نخواهد بود مگر با رد تمام ثمن.

در تاریخ ۱۳۰۷/۱۰/۶ با تصویب متمم قانون ثبت، احکام وثیقه به معاملات بیع شرط املاک ثبت‌شده بار گردید. در ۱۳۰۸/۱۱/۲۲ تصویب قانون ثبت، حق تقاضای ثبت را

۱. سردفتر دفتر اسناد رسمی ۶۴۸ تهران، عضو کمیسیون حقوقی قانون سردفتران و دفتریاران و عضو هیئت تحریریه ماهنامه کانون.

در خصوص املاکی که موضوع معاملات با حق استرداد از جمله بیع شرط قرار گرفته بود به انتقال گیرنده داد و او را مکلف کرد که حق طرف مقابل را در تقاضانامه خود قید کند.

در ۱۳۱۰/۱۲/۲۶ با تصویب قانون ثبت جدید اولاً اثر تکمیلی از معاملات با حق استرداد سلب گردید. ثانیاً در صورتی که با بیع در ظرف مهلت مقرر از حق استرداد خود استفاده نمی‌کرد، خریدار می‌توانست از اداره ثبت فروش ملک را برای وصول طلب خود تقاضا کند.

در ۱۳۱۲/۱۲/۱۵ ماده ۳۴ قانون ثبت اصلاح و مطابق آن اختیار پرداخت اصل ثمن و اجرت‌المثل و خسارت تأخیر تأدیه تا ۲ ماه برای بیع مقرر گردید.

در تاریخ ۱۳۲۰/۵/۲۶ با اصلاح قانون ثبت، ضمن ایجاد حق معامله مجدد از طرف بدهکار با قید حق بستانکار و وثیقه‌دادن مبیع برای وام‌های دیگر، مهلت بیع نسبت به تأدیه اصل ثمن و اجرت‌المثل و خسارت تأخیر تأدیه به ۳ ماه افزایش یافت.

در ۱۳۵۱/۱۰/۱۸ قانون ثبت مجدداً اصلاح شد و طبق اصلاحیه اخیر، مهلت بدهکار برای تأدیه دیون خود از ۳ ماه به ۸ ماه افزایش یافت و ضمن سلب اثر تکمیلی معاملات شرطی (مانند بیع شرط) تمام معاملات موصوف را در زمره معاملات رهنی قرار داد.

این وضعیت تا سال ۱۳۵۷ باعث گردیده بود تا عقد بیع شرط بین اشخاص به صورت متعارف منعقد و اسناد مربوطه در دفاتر اسناد رسمی تنظیم شود، با این تذکر که معاملات مذکور اثر تکمیلی نداشته و بستانکار (خریدار) می‌باید جهت وصول مطالبات خود به مراجع ذیصلاح مراجعه می‌نمود. با وقوع انقلاب اسلامی ایران و حاکمیت قوانین شرعی به‌منظور جلوگیری از تنظیم اسناد راجع به معاملات ربوی و احتمال ربوی بودن معاملات شرطی، تنظیم این‌گونه اسناد در دفاتر اسناد رسمی دچار نقصان گردید و دفاتر همچون سابق رغبتی به تنظیم اسناد بیع شرط نشان ندادند تا این که در تاریخ ۱۳۶۴/۹/۱۹ شورای نگهبان در پاسخ به سؤال سازمان گسترش مالکیت واحدهای تولیدی راجع به ماده ۳۴ قانون ثبت این ماده را به قرار آتی خلاف شرع اعلام کرد:

«شورای عالی محترم قضایی؛ چون راجع به ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت اسناد و املاک

مصوب ۱۳۵۱/۱۰/۱۸ از لحاظ انطباق با موازین شرعی سؤال شده بود در جلسه رسمی فقهای شورای نگهبان ماده مذکور مورد بحث و بررسی قرار گرفت و به شرح ذیل و به اکثریت آراء 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 ملك 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 این که مرتبه 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 حاکم شرعی نماید و همچنین از لحاظ واگذاری کل عین مرهونه به مرتبه در صورتی که قیمت آن بیشتر از طلب باشد، مغایر موازین شرعی است.

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

براساس آن نظریه، در واقع مقررات ثبت در زمینه معاملات با حق استرداد فسخ ضمنی شد و مقررات قانون مدنی بار دیگر احیا گردید.

نهایتاً قانون گذار در تاریخ ۱۳۸۶/۱۱/۲۹ با اصلاح ماده ۳۴ قانون ثبت و حذف ماده ۳۴ مکرر با صحه گذاشتن بر معاملات شرطی احکام بیع شرط را همچون معاملات رهنی دانسته که مطابق آن در صورتی که بدهکار ظرف مهلت مقرر در سند، بدهی خود را نپردازد، طلبکار می‌تواند از طریق صدور اجرائیه وصول طلب خود را توسط دفترخانه تنظیم کننده سند درخواست کند. بنابراین در حال حاضر، تنظیم سند بیع شرط در دفاتر اسناد رسمی، مغایرتی با موازین قانونی ندارد.

بررسی دلیل از حیث کاشفیت آن

عباس میرشکاری*

چکیده:

بازیگر اصلی مرحله اثبات، دلیل است که با دلالت خود در واقع، رهنمای ثبوت است. به این ترتیب، دلیل در هر دو مرحله ثبوت و اثبات، نقش ایفا می‌کند. از طرف دیگر، مهم‌ترین اثر دلیل، کاشفیت آن است. در مقاله پیش رو، به بررسی این ویژگی دلیل، خواهیم پرداخت.

مقدمه:

بازیگر اصلی مرحله اثبات، دلیل است که با دلالت خود بر واقع، رهنمای ثبوت است. به این ترتیب، دلیل در هر دو مرحله ثبوت و اثبات، نقش ایفا می‌کند. پس از استفاده از دلیل به‌عنوان وسیله‌ای برای اثبات ثبوت، بررسی جریان یا عدم جریان دو اثر زیر از اهمیت برخوردار است:^۱

اثر اول، متابعت و میزان متابعت از دلیل ارائه‌شده، است. به این تعبیر که آیا به‌محض به‌کارگیری يك دلیل؛ اولاً؛ در هر صورت باید از آن تبعیت کرد و لو آن‌که حکمی از جانب شارع یا مقنن مبنی بر تبعیت از دلیل نرسیده باشد یا حکمی مبنی بر عدم تبعیت از آن

* دانشجوی دکتری رشته حقوق خصوصی دانشگاه تهران.

رسیده باشد. ثانیاً: تا چه میزان از دلیل ارائه شده باید تبعیت کرد. به عبارت دیگر، وقتی که به کارگیری دلیلی، ثبوتی به اثبات می‌رسد آیا باید تمام آثار آن ثبوت (اعم از مستقیم و غیرمستقیم و شرعی و عقلی) را به جریان انداخت و پذیرفت و یا آن که در میزان متابعت از دلیل، در حیطه آثار ثبوت نیز باید حدودی را رعایت کرد؟

اثر دوم، اثر منفی دلیل است؛ به این توضیح که تمام تلاش از به جریان انداختن اثبات، رسیدن به ثبوت بود. حال که با به کارگیری دلیل به ثبوت دست یافته‌ایم، آیا باید به تمام تلاش‌ها پایان داد و به دنبال دلیل دیگری نگشت یا آن که با استفاده از دلیل نیز تلاش برای رسیدن به واقع (= فرایند اثبات) ادامه دارد؟

مسئله منطقی خواهد بود که در جواب تردیدهای فوق از دادن پاسخ کلی امتناع ورزیم و با توجه به میزان کاشفیت دلیل در صدد پاسخ‌گویی باشیم. به این ترتیب، خواهیم گفت: زمانی که در صدد اثبات يك نهاد هستیم متوجه خواهیم شد که براساس میزان دلالت دلیل بر ثبوت از جهت علم به آن پدیده، علم یا ظن و یا شک برای ما حاصل خواهد شد.^۲

نکته‌ای که ذکر آن در مقدمه، ضروری به نظر می‌رسد، بررسی کاشفیت ادله است. توضیح آن که ادله در نظام حقوقی ما عمدتاً از جهت انکشاف آن‌ها از واقعیت، مورد توجه قرار می‌گیرند نه از سایر جهات.^۳ در همین زمینه، سوگند و قسم چون تنها برای رفع اختلاف‌اند و کاشفیتی از واقع ندارند، دلیل محسوب نمی‌شوند^۴ و حتی به مواردی که دلیلی مانند اقرار از جهتی غیر از کاشفیت و از باب الزام مقرر به مؤدای اقرار، حجت دانسته می‌شود با دیدی انتقادی نگریسته می‌شود.^۵ کمیسیون تعیین لغات و اصطلاحات قضایی اداره حقوقی وزارت دادگستری نیز در همین راستا اصول عملیه را جزو دلایل ندانسته و طبق صورت‌مجلس مورخ ۴۳/۳/۲۷ در نظریه مشورتی خود اعلام داشته است: «خاصیت دلیل این است که برای اثبات دعوی به کار می‌رود و بنابراین اصل برائت و اصل استصحاب که خاصیت اثباتی ندارد و صرفاً دستورالعمل برای حالت شک و تردید می‌باشند عنوان دلیل را ندارند هرچند که تمسک به آن‌ها مانند تمسک به دلایل در مقام ترافح ثمربخش است. دلیل به معنی مذکور در فوق در هر مورد که حجت باشد به لوازِم مدلول‌علیه هم حجت است. این خاصیت دلیل است و استصحاب و برائت این خاصیت را ندارند.»

اما به گمان نگارنده، به نظر نمی‌رسد لزومی به این نکته باشد که دلیل حتماً باید موجود علم عادی و لزوماً کاشف حقیقت باشد. بنابراین غیرمنطقی نیست اگر برخی از ادله را کاشف از واقع ندانیم. به عبارت دیگر، دلیل مسلماً بر مدلول خود دلالت دارد اما لزوماً این دلالت به خاطر کاشفیت دال از مدلول نمی‌باشد؛ بلکه ممکن است قانون یا شرع امری را دال بر امری دیگر قرار دهد ولو آن که کاشف آن نباشد. به این ترتیب، ادله را از جهت کاشفیت آن‌ها از واقع، به دو دسته کلی می‌توان تقسیم کرد: یعنی آن دسته از ادله که از واقع کاشفیت دارند و به این اعتبار حجت شناخته شده‌اند و ادله‌ای دیگر که کاشف از واقع نمی‌باشند. با این حال، نمی‌توان انکار کرد که ادله‌ای که از واقع کاشفیت دارند در دادرسی اهمیت والاتری دارند. مؤید این امر این است که در نظام حقوقی ما، هدف از دادرسی ایجاد علم برای دادرس و کشف حقیقت است؛^۶ از همین رو است که به دادرس اجازه داده می‌شود که در کلیه امور حقوقی، علاوه بر رسیدگی به دلایل مورد استناد طرفین دعوا، هرگونه تحقیق یا اقدامی که برای کشف حقیقت لازم باشد، انجام بدهد. (ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی)^۷

از این هدف، شش نتیجه قابل استنباط است:

نتیجه اول: از آنجا که هدف دادرسی کشف حقیقت معرفی شده است، مسلم است وسیله‌ای که در رساندن دادرس به این هدف رساتر است؛ ادله کاشف از حقیقت می‌باشند نه ادله غیرکاشفه؛

نتیجه دوم: ارزش ذاتی ادله وجود ندارد و اجازه استفاده از هر نوع دلیلی به دادرس داده می‌شود؛ چه هدف، ایجاد علم برای وی و کشف حقیقت است. پس نباید او را محدود به استفاده از طرقی خاص برای راه‌یابی به واقع کرد.^۸ مهم این است که دلیلی بتواند برای دادرس علم‌آور باشد. بنابراین یک طبقه‌بندی نوعی که بدون توجه به حالات مختلف پیش آمده، ادله را از حیث آثار مترتبه تقسیم می‌کند، قابل پذیرش نخواهد بود. تحت تأثیر همین نوع تفکر حقوقی است که مواد ۱۳۰۶ به بعد قانون مدنی که ارزش سند را به مراتب بالاتر از شهادت معرفی می‌کردند در اصلاحات ۱۳۶۱/۱۰/۸ و ۱۳۷۰/۸/۱۴ نسخ و به تعبیر بهتر، حذف شدند.^۹

نتیجه سوم: حصر ادله، معنایی نخواهد داشت. چه حصر دلیل یعنی عدم استفاده از دیگر ادله و این امر مانعی در جهت کشف حقیقت تلقی می‌شود. پس اگر در قانونی، مقنن به ذکر ادله‌ای خاص اکتفا کرده، این به معنای منع استفاده از ادله دیگر، نخواهد بود.

نتیجه چهارم: در میان ادله، تقدم با دلیلی خواهد بود که با واقع ارتباطی ولو در حداقل ممکن داشته باشد. برای مثال، در توجیه تفوق استصحاب بر سایر اصول عملیه، استدلال‌های گوناگونی ارائه شده است.^{۱۰} اما آنچه به ذهن نگارنده می‌رسد این است که در استصحاب^{۱۱} واقعیتی در جهان خارج وجود دارد که احراز می‌شود و نسبت به آن یقین هم می‌یابیم^{۱۲} و سپس از این یقین اولیه به واقعیتی دیگر می‌رسیم؛ بنابراین استصحاب ریشه در جهان واقع دارد. زیرا از واقعیتی محرز به واقعیتی مفروض می‌رسیم در حالی که در سایر اصول هیچ‌گونه واقع محرز وجود ندارد^{۱۳} بلکه تنها حکمی برای مرحله عمل وجود دارد بی آن‌که ارتباطی با واقع بیابد. برای مثال، به رأی زیر توجه شود: «درخصوص دعوی خواهان بانو ... به طرفیت آقای ... به خواسته مبلغ ... با ملاحظه فتوکپی مصدق سفته‌های مدرکیه نظر به این‌که وجود اصل سفته‌ها در ید خواهان و اثر انگشت خوانده در ذیل سفته‌ها دلالت بر طلب‌کاری خواهان و تعهد خوانده به پرداخت وجه سفته‌ها دارد نظر به این‌که با احراز مدیون بودن خوانده مشارالیه دلیلی که رفع اشتغال ذمه وی را مدلل نماید به دادگاه ارائه نکرده است دادگاه در نتیجه با استصحاب بقای دین دعوی خواهان را محمول بر درستی تمییز داده، بنابراین به استناد مادتين ۱۹۸ و ۵۰۲ از قانون آیین دادرسی مدنی و ماده ۳۰۷ از قانون تجارت حکم بر الزام خوانده به پرداخت مبلغ ... صادر می‌نماید.»^{۱۴}

همان‌طور که ملاحظه شد دادگاه، ابتدا واقعیتی به نام مدیون بودن خوانده را احراز می‌کند و سپس این واقعیت اثبات‌شده را استصحاب می‌کند. در برتری اماره نیز بر اصل عملی باید گفت که در اماره واقعیتی اثبات می‌شود و از آن واقعیت امر دیگری استنباط می‌شود^{۱۵} اما برای اجرای اصل عملی، نیاز به اثبات واقع‌های

دیگر نمی‌باشد. بنابراین اماره ریشه در واقعیت دارد در حالی که اصول عملیه (غیر از استصحاب) با واقعیت ارتباطی ندارند.^{۱۶}

نتیجه پنجم: از توجه به واقع می‌توان نتیجه گرفت که در نظام حقوقی ما هر وسیله‌ای که راه رسیدن به واقع را مسدود کند، طرد می‌شود.^{۱۷} برای همین فرض قانونی مورد استقبال قرار نخواهد گرفت. چه اگر رسیدگی به دعوی برای کشف واقع و حقیقت باشد؛ نپذیرفتن دلیلی برای اثبات واقعیت مطلوب نخواهد بود. بر همین اساس است که با ساخت فروض قانونی توسط اندیشه‌های حقوقی مخالفت می‌ورزیم.

این نتیجه پاسخ مسایل دیگری را نیز مشخص خواهد کرد. برای مثال، در مورد ماهیت دیه، این سؤال مطرح است که آیا دیه فرض قانونی میزان خسارت وارده به صدمه‌دیده (قربانی جرم) است به طوری که فرض بر این است که بیش از مقدار دیه خسارتی به زیان‌دیده وارد نشده است و زیان‌دیده حق اثبات میزان واقعی خسارت وارده به خود را ندارد یا آن که «قانون‌گذار میزان حداقل ضرر ناشی از این جرایم را تعیین کرده است تا به‌عنوان مجازات مرتکب^{۱۸} و تشفی خاطر قربانی به او داده شود.»^{۱۹}

پذیرفتن کشف حقیقت به‌عنوان هدف دادرسی این نتیجه را در پی خواهد داشت که راه وصول به واقع (میزان خسارت زیان‌دیده) با عدم تلقی دیه به‌عنوان فرض مقطوع خسارت باز باشد.

نتیجه ششم: با توجه به این که هدف از فرایند اثبات، دستیابی به ثبوت است، انسداد این فرایند پذیرفته نخواهد شد. در نظام حقوقی ما، مراحل دادرسی برای افزایش احتمال اصابت حکم صادره به واقع تا حد امکان فزونی یافته است؛ به این امید که با قراردادن مکانیزم‌های مختلف تجدیدنظر بر آراء دادگاه‌ها، احتمال عدم تطابق حکم با واقع را کاست. بر همین اساس است اگر به سلسله مراحل تجدیدنظر در آراء به‌طور وسواس‌واری افزوده می‌شود تا از اصابت حکم به واقع اطمینان حاصل شود. وسواسی که از جمله منتج به صدور رأی زیر از هیئت عمومی دیوان عالی کشور شد: رأیی که آراء مراجع غیردادگستری را هم قابل بررسی مجدد در دادگاه‌های عمومی می‌داند.

«قانون‌گذار برای آراء صادره از مراجع غیردادگستری نوعاً مرجعی را برای رسیدگی به اعتراضات و رفع اثنی‌هاات احتمالی تعیین نموده است. در حالی که برای رسیدگی به اعتراض نسبت به آراء کمیسیون ماده ۷۷ قانون شهرداری که ابتدائاً رسیدگی می‌نماید چنین مرجعی پیش‌بینی نشده است. بنا به مراتب، همان‌طور که به‌موجب اصل یک‌صد و هفتاد و سوم قانون اساسی و ماده ۳۱ قانون دیوان عدالت اداری مردم می‌توانند اعتراضات خود را در دیوان عدالت اداری مطرح نمایند، سازمان‌های دولتی نیز می‌توانند برای رفع هر نوع تخلف احتمالی از قانون، در صدور آراء کمیسیون ماده ۷۷ از حیث نقض قوانین یا مقررات و مخالفت با آن‌ها، به مراجع دادگستری که مرجع تظلم عمومی است، مراجعه نمایند و به نظر اکثریت اعضای هیئت عمومی دیوان عالی کشور رأی شعبه ۵۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در حدی که با این نظر تطابق داشته باشد، صحیح تشخیص می‌گردد».^{۲۰}

در نظام حقوقی ما، اعتبار امر مختومه اهمیت پیشین خود را از دست داده است. احتمال عدم تطابق حکم دادگاه با ثبوت سبب‌شده امکان واریسی چند باره آراء مجاز باشد: واریسی‌های مجددی که با اعتبار امر مختومه ناسازگار به نظر می‌رسد (ماده ۱۸ سابق قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب). با این حال، در وضعیت کنونی با نسخ ماده فوق به نظر می‌رسد دوباره می‌توان به بازگشت اعتبار امر مختومه معتقد بود.

مبحث اول: علم

علم در دو معنا به کار می‌رود:

معنای اول: مجموعه‌ای از اطلاعات که حول موضوعی خاص به‌صورت سامانه‌ای منظم تنظیم گشته است مانند علم حقوق (= science).

معنای دوم: به معنای تك تك معلوماتی است که هر فرد دارا می‌باشد. در این معنا، علم فاقد سامانه‌ای است که در تعریف اول ذکر شد (= knowledge^{۲۱}).

آنچه در این نوشتار از علم مدنظر است معنای دوم علم است که خود بر دو نوع تقسیم می‌شود: علم یقینی و علم عرفی.^{۲۲ و ۲۳}

بند اول: علم یقینی

علم یقینی گاه مخلوق محسوسات خود فرد است و گاه محصول حکم مقنن. به این ترتیب، علم نوع اول را علم یقینی واقعی و دومی را علم حکمی می‌نامیم.

الف - علم یقینی واقعی^{۲۴}

هرگاه در تطابق آنچه در اثبات به آن دست یافته‌ایم با واقع، نتوان کوچک‌ترین تردیدی

کرد؛ می‌توان گفت که به قطع، به واقع دست یافته‌ایم.^{۲۵} به نظر می‌رسد قطع جنبه شخصی دارد تا جنبه نوعی؛ یعنی انسان عموماً به آنچه که خود حس کرده می‌تواند یقین داشته باشد نه آنچه توسط دیگران واگویی می‌شود.^{۲۶} از همین نکته می‌توان به یکی از عمده دلایل طرفداران اعتبار علم دادرسی رسید. برای مثال، وقتی دادرسی خود شاهد استقراض فردی از دیگری بوده و در مورد مدیون بودن فردی به یقین رسیده چگونه می‌تواند با شهادت افرادی مبنی بر عدم مدیون بودن آن فرد علم خود را نادیده بگیرد و مطابق مؤدای شهادت شهود حکم دهد که حاصل آن علم عرفی است و در آن تردیده‌ها، فراوان.^{۲۷}

در مورد اثر مثبت علم یقینی باید با توجه به موقعیت عالم، قضاوت نمود. بدیهی است اگر فردی که برای او علم حاصل شده است در مقام دادرسی قرار نداشته باشد تردیدی در حجیت علم وی برای خود وی و عنداللزوم زمانی که اقدام به اخبار از مؤدای علم خود می‌نماید برای مرجع دادرسی نخواهد بود. اما در مورد حجیت علم دادرسی اختلاف نظرها فراوان است. در مقدمه بحث، می‌توان گفت که هدف از اثبات، دستیابی به ثبوت است؛ حال هر طریقی که با آن احتمال دستیابی به ثبوت افزایش یابد از اهمیت بیشتری برخوردار خواهد بود. از همین رو، علم دادرسی باید حجت تلقی شود. چه با علم دادرسی، به یقین، به ثبوت دسترسی پیدا کرده‌ایم، درحالی که از سایر ادله حداکثر علمی عرفی به دست می‌آید که احتمال اصابت آن با واقع کمتر از یقین است.^{۲۸} بر همین اساس، طبق قوانین جزایی ایران دادرسی به‌رغم اطلاق بند ۳ ماده ۱۹۹ ق.م.ا.، با توجه به مواد ۱۰۵ و ۱۲۰ همان قانون می‌تواند تنها بر مبنای علم خود حکم دهد و در این مورد، فرقی میان حق‌الله و حق‌الناس نیست.^{۲۹} منتها سبب علم وی باید متعارف باشد^{۳۰} (ماده ۱۲۰) و باید مستند علم خود را نیز ذکر کند^{۳۱} (ماده ۱۰۵).

آیا در پرونده‌های حقوقی می‌توان صرفاً استناد به علم قاضی نمود؟ در نظریه حقوقی اداره حقوقی به شماره و تاریخ ۸/۸۲۷۰-۱۳۷۳/۱۲/۱۶ بیان شده است: «باتوجه به ماده ۱۰۵ قانون مجازات اسلامی علم قاضی فقط در موارد مشخص امور کیفری مؤثر است و در امور حقوقی تأثیری ندارد و دادگاه باید براساس ادله حکم بدهد.»^{۳۲}

اما به نظر می‌رسد جواز این امر با توجه به ماده ۱۹۹ ق.آ.د.م. قابل استنباط است؛ چه وقتی دادرس مجاز به هرگونه تحقیقی باشد، نتیجتاً علم حاصل از این تحقیقات نیز باید معتبر تلقی گردد.

با این حال، در مقام تعدیل این دو نظر افراطی و تفریطی می‌توان گفت که از توجه به ماده ۱۳۳۵ ق.م. که علم قاضی را منحصر در علم ناشی از امارات و اسناد نموده است، مشخص می‌گردد که علم حسی قاضی و علم حاصل از طرق غیرمتعارف مورد قبول قانون‌گذار در امور مدنی نمی‌باشد.^{۳۳}

بررسی حیطة اثرگذاری علم دادرس، منوط به پذیرش اثر مثبت علم دادرسی است. به این توضیح که اگر علم دادرس حجت تلقی شود به نظر نمی‌رسد امساک در حیطة اثرگذاری آن قابل پذیرش باشد؛ بالعکس، با عدم پذیرش حجیت علم، بحث پیرامون میزان اثرگذاری آن، بی‌فایده خواهد بود.

در مورد اثر منفی علم دادرس یعنی ختم جریان اثبات، ذکر عقیده دو مکتب تخطئه و مصوبه پیرامون مطلب اجزاء مفید به نظر می‌رسد. بنابر نظر تخطئه وقتی که قاضی یا مفتی پی به خطای خود در حکم برد باید از خطای خود برگردد و حکم را نقض کند. این امر به معنی عدم اجزاء است. به این معنی که پس از کشف خطا آنچه که پیش از کشف خطا صورت گرفته است، باید جبران شود و اعمال سابق باید مطابق نظر اخیر دوباره صورت گیرد. پس اعمالی که قبل از کشف خطا، انجام شده، کافی و منجز نیست.^{۳۴} دلیل این امر این است که قوانین شریعت بر محور مصالح خاصی دور می‌زند. وقتی که حکمی از دادگاهی صادر شود یا مفتی فتوایی دهد سپس معلوم گردد که در حکم یا فتوا خطا رخ داده آن مصلحت فوت شده است. برای وصول به آن مصلحت باید جبران مافات شود. لازمه جبران مافات در احکام دادگاهها، نقض حکم و در مورد فتوا، نقض آن است.^{۳۵} اما در مقابل، طرفداران نظریه اجزاء معتقدند که عدم اجزاء سبب مضیقه و حرج و برهم خوردن نظم قضایی می‌باشد.

در نظام حقوقی ما، فرض بر این بود که حکم صادره توسط دادگاه، حاصل علم دادرس است. پس اگر دادرس به اشتباه خود پی می‌برد به او اجازه درخواست نقض رأی خود داده می‌شد. (ماده ۳۲۷ سابق قانون آیین دادرسی مدنی) درخواستی که به نظر می‌رسد با اصول دادرسی نیز ناسازگار بود؛ چرا که درخواست رسیدگی باید از طرف اشخاص ذی‌نفع مطرح شود (ماده ۲ همان قانون) و به نظر نمی‌رسد قاضی را بتوان ذی‌نفع به حساب آورد. اما هم اینک با توجه به حذف ماده فوق، نظام حقوقی ما از عقیده اجزاء پیروی کرده است. به این ترتیب، با حکم دادگاه، فرایند اثبات حداقل از جانب خود دادگاه و به موجب قاعده فراغ مسدود می‌شود و بررسی سایر دادگاه‌ها و شروع مجدد فرایند اثبات توسط آن‌ها بستگی به قابلیت اعتراض به رأی در سایر مراجع دارد.

ب - علم حکمی

در مورد تصویب قوانین دو شیوه می‌تواند مطرح باشد: شیوه اول این است که احکام بر موضوعاتی که در جهان خارج واقع است، بار شود. در این موارد آنچه مورد توجه می‌باشد واقعیت است نه امری دیگر. مثالی از این شیوه، حکم تملك ترکه است که تنها با احراز وارث‌بودن فرد (موضوع) جریان می‌یابد. شیوه دوم به این گونه است که مقنن واقع را نادیده می‌گیرد و امری دیگر را جایگزین واقع می‌کند و سپس حکم را بر آنچه که جانشین واقعیت کرده است، حمل می‌کند.

این جانشینی به درجات مختلفی می‌تواند باشد: گاهی جانشین واقعیت تنها برای رفع سرگردانی یا بر مبنای ظهور عرفی است که در این صورت، به ترتیب، با اصل عملی و اماره روبه‌رویییم. خصوصیت مشترک این دو این است که قائم مقامی آن‌ها از واقعیت تنها در مقام اثبات است نه ثبوت.^{۳۶} به همین لحاظ، فایده عملی آن‌ها در تغییر بار اثبات است. پس فردی که اماره یا اصلی برخلاف منافع او است می‌تواند خلاف این دو را اثبات کند و از بار سنگین آن رهایی یابد. برای مثال، ماده ۳۵۶ ق.م. اراده عرفی را جایگزین اراده واقعی طرفین معامله در تعیین مبیع ساخته است. در این مورد، مقنن به آنچه در واقع است (اراده

طرفین) توجهی نکرده است؛ به طوری که حتی جهل طرفین به عرف هم مانع جریان حکم ماده نخواهد شد اما اجازه اثبات وجود اراده‌ای خلاف حکم ماده ۳۵۶ ق.م. را به طرفین داده است.

گاهی نیز جانشینی واقعیت در مرحله ثبوت مطرح است: یعنی مقنن واقعیت را از صحنه حقوق حذف می‌کند و امری دیگر را جانشین آن (نازل منزل) فرض می‌کند: در این مورد با فرض قانونی روبه‌رو هستیم. برای نمونه، ماده ۱۶۲ ق.م. اجازه تملک مال لقطه را به فرد پیداکننده می‌دهد. با یک دید اجتماعی می‌توان گفت مالی با این ارزش، سزاوار صرف وقت و هزینه برای یافتن صاحب آن نیست. لذا قانون، پیداکننده را مجاز به تملک آن می‌بیند اما از لحاظ حقوقی، این توجیه کافی نیست؛ چه زمانی این تملک منطقی خواهد بود که مال از ملکیت فرد قبلی خارج شده باشد. پس می‌گوییم که در این گونه اموال، با توجه به ارزش کم آن، فرض بر این است که مالک اصلی و اولیه از مال خود اعراض نموده و حتی به مالک اجازه اثبات خلاف این امر داده نخواهد شد^{۳۷} و چون با اعراض ملک جزء مباحات می‌شود، یابنده اجازه تملک آن را می‌یابد. در واقع، ممکن است مالک اولیه به هیچ وجه اراده اعراض نکرده باشد اما یافتن مالی کم ارزش بدون مالک از نظر قانون، فرض اعراض را موجه می‌سازد.

به این ترتیب، به نظر نگارنده، محصول فرض قانونی علم یقینی حکمی است. برای مثال، ماده ۱۷ ق.م. برخی از اموال منقول را از جهاتی خاص، غیرمنقول دانسته است؛ قانون‌گذار نه تنها وجود این واقعیت بلکه علم ما را نیز به این واقعیت حکمی، فرض می‌کند. به این ترتیب، ما حکماً به غیرمنقول بودن این اموال، یقین پیدا خواهیم کرد؛ یقینی که خلاف آن هم اثبات‌شدنی نخواهد بود.

مصادقی دیگر، فرض بقای اهلیت تمتع میت است؛ به این توضیح که می‌دانیم هر فردی در طول زندگانی خود دارای دو شخصیت است: شخصیت مادی و شخصیت اعتباری. شخصیت اعتباری فرد همراه با حیات وجودی وی برای فرد امکان تمتع از حقوق

را فراهم می‌کند؛ با پایان یافتن حیات مادی فرد، حیات اعتباری را استصحاب (از نوع کلی) می‌کنیم و فرد را همچنان متمتع از حقوق می‌دانیم. البته این فرض بقای وجودی اعتباری میت تنها برای تمتع از حقوق و تکالیف است و باید به قدر متیقن اکتفا کرد. یکی از آثار عملی پذیرش این فرض قانونی، استفاده از آن در مورد دیه فوت است. چه می‌دانیم فرد با فوت اهلیت تمتع خود را از دست می‌دهد پس دیه که با فوت فرد مستقر می‌شود نمی‌تواند از آن مقتول باشد. چه به فرض، در زمان تحقق این حق، فرد شخصیت خود را از دست داده است اما فقها با توجه به این عقیده که دیه در درجه اول از آن خود متوفا است برای فائق آمدن بر مسأله خاتمه اهلیت فرد، شخصیت او را به صورت مجازی ادامه داده و یک فرض قانونی ساخته‌اند. به این ترتیب، متوفا همچنان بعد از فوت هم اهلیت تمتع خود را حفظ می‌کند. لذا می‌تواند از حق دیه برخوردار گردد. از همین رو است که مفاد این عبارت در فقه مشهور شده است که دیه حکماً (و نه واقعاً) جزو اموال متوفا محسوب می‌شود.^{۳۸}

در فقه، قول فراگیر این است که دیه را باید به عنوان مال متوفا تلقی کرد و جز معدودی که با احتساب دیه به عنوان مال متوفا از آن جهت که مستلزم زنده تلقی کردن متوفا است مخالفت کرده‌اند، سایرین صریحاً یا ضمناً این نظر را پذیرفته‌اند.^{۳۹} به نظر می‌رسد عقیده مشهور در فقه را بتوان به عنوان نظری مقبول در حقوق امروز نیز پذیرفت؛ به دلایل زیر:

دلیل اول: مواد ۱۲۶۷^{۴۰} و ۲۹۱ ق.م.^{۴۱} می‌تواند مؤید پذیرش فرض شخصیت حقوقی متوفا باشد.

دلیل دوم: تبصره ماده ۴۹۴ ق.م.ا. در مورد دیه جنایت بر میت مقرر می‌دارد:

«دیه مذکور در این ماده به عنوان میراث به ورثه نمی‌رسد بلکه مال خود میت محسوب شده و بدهی او از آن پرداخت می‌گردد و در راه‌های خیر صرف می‌شود.»

ظاهراً با قیاس اولویت می‌توان دیه فوت را نیز جزو ماترک متوفا محسوب کرد؛ چه وقتی دیه صدمه وارد بر متوفا، جزو ماترک وی محسوب می‌شود، دیه صدمه وارد بر او قبل از فوت (یا همزمان با فوت او) را به طریق اولی باید جزو ماترک او تلقی کرد.

در ماده ۷۱۰ ق.م.ا. مرتکب هرچند معاونت در جرم انجام داده اما از نظر مجازات، مباشر فرض شده است. یعنی موضوعاً در عالم واقع، تصرفی روی نداده است اما حکماً، قانون گذار او را فقط از جهت اعمال مجازات، مباشر فرض کرده است. این ماده مقرر می‌دارد:

«اشخاصی که در قمارخانه‌ها یا اماکن معد برای صرف مشروبات الکلی موضوع مواد (۷۰۱) و (۷۰۵) قبول خدمت کنند یا به نحوی از انحا به دایرکننده این قبیل اماکن کمک نمایند، معاون محسوب می‌شوند و مجازات مباشر در جرم را دارند ولی دادگاه می‌تواند نظر به اوضاع و احوال و میزان تأثیر عمل معاون، مجازات را تخفیف دهد.»

آیا می‌توان اعتقاد داشت که فرض قانونی تنها مختص امور مادی است نه امور اعتباری؟ می‌دانیم که فرض قانونی، دروغ مقنن است؛ دروغ زمانی مطرح می‌شود که در آنچه حق تصرف نیست، تصرف شود و حقیقت، دیگرگونه جلوه‌گر شود؛ امور اعتباری، عرصه مختص مقنن است جایگاهی که مقنن حق تصرف در آن را دارد. بنابراین تصرفی که در آن می‌کند عین حقیقت است نه حقیقت دگرگون شده. اما امور مادی در حیطة اختیار مقنن نیست. پس اگر در این امور تصرف کند و چیزی را جایگزین واقعیت بنماید، در واقع، دروغ گفته است. پس تبصره ۲ ماده ۳ قانون تأمین اجتماعی که سن واقعی فرد را نمی‌پذیرد یا ماده ۱۰۲۴ ق.م.ا. که به حیات و ممات (که از امور مادی‌اند) توجه دارد، مصداق دقیق فرض قانونی محسوب می‌شوند. هم‌چنین است تبصره یک ماده ۱۶۵ ق.م.ا.

با این حال، در منابع مورد مطالعه، این‌گونه تفکیک موضوعی ملاحظه نشد. اگر چنین تفکیکی را نپذیریم؛ ماده ۱۳۰ قانون محاسبات عمومی^{۴۲} نیز از مصداق فرض قانونی محسوب می‌شود. در این ماده، کلیه مؤسسات انتفاعی و بازرگانی وابسته به دولت و سایر دستگاه‌های دولتی که به‌صورتی غیر از وزارتخانه یا مؤسسه دولتی یا شرکت دولتی ایجاد شده و اداره می‌شوند مکلف شده‌اند حداکثر ظرف مدت یک‌سال از تاریخ اجرای این قانون با رعایت مقررات مربوط وضع خود را با یکی از سه وضع حقوقی فوق تطبیق دهند.^{۴۳} ضمانت اجرایی که در صورت عدم تطبیق ظرف مدت یک‌سال در نظر گرفته شده این است که با انقضای مدت آن مؤسسات، مؤسسه دولتی محسوب می‌شوند. احتساب مؤسسات انتفاعی و بازرگانی وابسته به دولت و سایر دستگاه‌های دولتی که به تکلیف خود عمل نکرده‌اند به‌عنوان مؤسسه دولتی یک فرض قانونی به حساب می‌آید.

با توجه به ثبوت گرابودن نظام حقوقی ما و با توجه به این که کشف حقیقت هدف اصلی دادرسی محسوب می‌شود، فرض قانونی، نهادی استثنایی است؛ چه اصل بر توجه به واقعیت‌ها است و این که امری بتواند جایگزین واقعیت شود نیاز به دلیل دارد، به ویژه آن که در مورد فرض قانونی، دستیابی به آنچه در عالم ثبوت وجود دارد، ممنوع می‌شود. استثنایی محسوب شدن این نهاد، از دو جهت است:

اولاً - در مرحله ایجاد امری می‌تواند به عنوان فرض جانشین واقعیت شود که توسط مقنن خلق شده باشد؛

ثانیاً - حیطه اثرگذاری فرض نیز توسط مقنن بیان می‌شود. در این میان باید به آثار متیقن و منصوص اکتفا کرد.

به این دو ویژگی در دو بند جداگانه خواهیم پرداخت:

ب - ۱: استثنایی بودن فرض در مرحله ایجاد

برای توضیح بیشتر در مورد استثنایی بودن فرض و نیاز آن به حکم قانون در مرحله ایجاد، می‌توان از ماده ۹۹ قانون استخدام کشوری شروع کرد.

ماده فوق مقرر می‌دارد:

«ملاک تشخیص سن مستخدمینی که در تاریخ تصویب این قانون در خدمت دولت هستند شناسنامه‌ای است که در تاریخ سوم تیرماه هزار و سیصد و هفتاد و هشت دست داشته‌اند و در مورد مستخدمینی که بعد از تصویب این قانون به استخدام دولت پذیرفته می‌شوند شناسنامه‌ای است که در بدو استخدام ارائه خواهند کرد.»^{۴۴}

همان طور که می‌دانیم ملاک شمول قوانینی از قبیل قانون استخدام کشوری نسبت به فرد باید سن واقعی فرد باشد؛ در حالی که ماده فوق، سن مندرج در شناسنامه‌ای که فرد در اول استخدام ارائه داده است را جانشین واقعیتی به نام سن واقعی نموده است و تغییر سن فرد را ولو آن که با واقع منطبق باشد، نمی‌پذیرد. به این ترتیب، سن مندرج در شناسنامه فرض قانونی سن واقعی فرد است. وجود قانونی از این دست، سبب شد تا برخی سازمان‌ها در نبود قانونی که صراحتاً عدم پذیرش تاریخ تولد تغییر یافته را مجاز بداند اقدام به تصویب آیین‌نامه‌هایی مبنی بر این امر بنمایند. نمونه‌ای از این عدم پذیرش، آیین‌نامه

شماره ۲۶۱ - ۴۰۲۹ مورخ ۱۳۸۰/۲/۲ مسابقات فوتبال می‌باشد که ملاک سن را همان تاریخ اولیه مندرج در شناسنامه دانسته بود. این آیین‌نامه در دیوان عدالت اداری مطرح گردید. شاکی طی دادخواست تقدیمی عدم پذیرش شناسنامه‌های رسمی ثبت احوال را سبب تضییع حق دانسته بود. رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به شرح زیر صادر شد:^{۴۵}

«نظر به اعتبار احکام قطعی مراجع قضایی از جمله در مورد اصلاح یا تغییر تاریخ تولد و ابطال شناسنامه اشخاص و لزوم تبعیت از احکام مذکور و اجرای مدلول آن‌ها، جز در مواردی که به حکم قانون مستثنی شده باشد، تبصره ماده ۲ آیین‌نامه مسابقات فوتبال مشعر بر عدم پذیرش تغییر تاریخ تولد و ابطال شناسنامه افراد مذکور در آن آیین‌نامه خلاف حکم قانون‌گذار در باب ضرورت اجرایی احکام قطعی مراجع قضایی تشخیص داده می‌شود و به استناد قسمت دوم ماده ۲۵ ابطال می‌گردد.»

این رویه در مورد سازمان تأمین اجتماعی نیز تکرار شد: قبل از ۱۳۷۹/۸/۸ مقرراتی در خصوص عدم پذیرش حکم دادگاه مبنی بر تغییر تاریخ تولد در قانون تأمین اجتماعی وجود نداشت و سازمان تأمین اجتماعی (همان «صندوق تأمین اجتماعی» فعلی) با صدور بخشنامه شماره ۴۵۱۸/ق/۷۱۰۰ مورخ ۱۳۷۶/۵/۲۲ رأی مراجع قضایی را راجع به تغییر تاریخ تولد اشخاص نمی‌پذیرفت. این بخشنامه در دیوان مطرح گردید. مدیرعامل سازمان فوق، در نامه ۷۱۰۰/د/۳۲۶۱ مورخ ۱۳۷۸/۳/۹ در بیان دلایلی برای توجیه این بخشنامه به تعدی پاره‌ای از بیمه‌شدگان به حقوق جامعه و بیمه‌شدگان، اغماض و ارفاق دادگاه‌های عمومی نسبت به درخواست کبر سن بیمه‌شدگان و نهایتاً دچار شدن سازمان به مشکلات مالی اشاره کرد. با این حال، رأی هیئت عمومی با این استدلال که در قانون تأمین اجتماعی حکمی در خصوص اعتبار سن افراد بیمه‌شده براساس اولین شناسنامه ارائه‌شده وضع نگردیده است و نفی اعتبار آرای قطعی لازم‌الاجرای مراجع قضایی هم جز در موارد مصرح در قانون مجوزی ندارد، نظر به ابطال آیین‌نامه پیش‌گفته داد.^{۴۶}

هر چند در آراء پیش‌گفته دیوان عدالت به لزوم تبعیت از آراء مراجع قضایی استناد کرد نه ناتوانی آیین‌نامه در ایجاد فرض قانونی؛ با این حال، استثنایی بودن فرض قانونی از نتیجه آراء فوق قابل برداشت است. علاوه بر این که آیین‌نامه در ساخت فرض ناتوان است این ناتوانی را در مورد اندیشه‌های حقوقی^{۴۷} و قرارداد نیز می‌توان سراغ گرفت.

بنابراین اگر عبارتی در قرارداد موهم فرض قانونی باشد در هنگام تفسیر باید تا حد امکان این توهم را به کنار زد. حال فرض کنیم در قرارداد اجاره‌ای آمده باشد:

«موجر و مستأجر هر یک مکلف به پرداخت نیمی از هزینه آب‌بها می‌باشند»

آیا این ماده قراردادی خالق فرض قانونی است یعنی آن که بدون توجه به میزان واقعی مصرف آب؛ هر یک مکلف به پرداخت نیمی از هزینه آب می‌باشند؟ به نظر پاسخ منفی می‌رسد؛ اگر مستأجر بتواند اثبات نماید که در چندین ماه به علتی قابل اثبات مثل مسافرت امکان استفاده نداشته باشد نباید او را مکلف به پرداخت دانست.

ب - ۲: استثنای بودن فرض در مرحله اثرگذاری

در مقام اثرگذاری نیز قابل ذکر است که فرض قانونی نمی‌تواند تمامی آثار متعلق خود را اثبات کند بلکه با توجه به استثنای بودن آن تنها در حد نص می‌توان به آن مجال داد.^{۴۸} در این باره چند مثال را ذکر می‌کنیم:

۱ - ماده ۶۵ لایحه اصلاحی قانون تجارت مقرر می‌دارد: «...کاهش سرمایه شرکت در نتیجه زیان‌های وارده که منتهی به تقلیل مبلغ اسمی سهام و یا تقلیل عده سهام بشود شامل سهامی نیز که دارندگان اوراق قرضه در نتیجه تبدیل اوراق خود دریافت می‌دارند می‌گردد و چنین تلقی می‌شود که این‌گونه دارندگان اوراق قرضه از همان موقع انتشار اوراق مزبور سهام‌دار شرکت بوده‌اند.» تلقی دارندگان اوراق قرضه به عنوان سهام‌دار از همان موقع انتشار اوراق یک فرض قانونی است؛ اما آیا تمام آثار ناشی از سهام‌دار بودن را می‌توان بر دارندگان اوراق قرضه بار کرد؟ به نظر جواب منفی می‌رسد و باید دارندگان اوراق قرضه را تنها از جهت کاهش سرمایه شرکت در نتیجه زیان‌های وارده که منتهی به تقلیل مبلغ اسمی سهام و یا تقلیل عده سهام بشود سهام‌دار دانسته از سایر جهات از جمله بهره‌بردن آن‌ها از حقوق ناشی از سهام.

۲ - ماده ۹۵ ق.ت. مقرر می‌دارد: «در اسم شرکت باید عبارت (با مسئولیت محدود) قید شود و الا آن شرکت در مقابل اشخاص ثالث شرکت تضامنی محسوب و تابع مقررات آن خواهد بود. اسم شرکت نباید متضمن اسم هیچ‌یک از شرکا باشد و الا شریکی که اسم او در اسم شرکت قید شده در مقابل اشخاص ثالث حکم شریک ضامن در شرکت تضامنی را خواهد داشت.» فرض تضامنی بودن شرکت یا ضامن بودن شریک تنها در مقابل اشخاص ثالث معتبر است نه در رابطه میان شرکا.

۳ - مثالی دیگر را می‌توان در بحث مسئولیت مدنی از تقصیر در حکم عمد سراغ گرفت. تقصیری که در دید عرف به احتمال فراوان به نقض قرارداد یا ایراد ضرر منتهی می‌شود هرچند که قصد اضرار احراز نشود. تقصیر سنگین در حکم تقصیر عمد است اما نه از همه جهات. بنابراین می‌توان بر این عقیده بود که تقصیر سنگین در مورد شرط عدم مسئولیت و محدودکننده آن از حیث مخالفت با نظم عمومی در حکم عمد است اما بیمه تقصیر سنگین را برخلاف بیمه عمد باید نافذ دانست.^{۴۹}

۴ - اگر فرضی بودن شخص حقوقی را بپذیریم؛ نتیجتاً وجود و حدود شخص حقوقی بسته به حکم قانون گذار خواهد بود.^{۵۰}

۵ - مثالی دیگر از ماده ۱۱ قانون حمایت از کودکان بی سرپرست (۱۳۵۳/۱۲/۲۹)؛ براساس ماده ۱۱ قانون فوق وظایف و تکالیف سرپرست طفل و طفل از لحاظ نگهداری و تربیت و نفقه و احترام نظیر حقوق و تکالیف اولاد و والدین خواهد بود.^{۵۱} به نظر می‌رسد رابطه سرپرست و طفل در حکم رابطه اولاد و والدین است. به نظر نگارنده، این امر از مصادیق فروض قانونی است. حال این سؤال جای طرح دارد که آیا از سایر جهات هم - نظیر حرمت نکاح - آثار سرپرستی همچون آثار ولایت است؟ برخی نویسندگان، به‌رغم بیان مشکلات ناشی از عدم شناسایی حرمت نکاح، معتقدند که شناخت آثار دیگر برای سرپرستی مجوز قانونی ندارد.^{۵۲} هرچند بنا بر اصل عدم اثبات آثار توسط فرض قانونی، نگارنده نیز این قول را منطقی می‌داند اما با توجه به حساسیت موضوع بر آن است که عدم شناسایی حرمت نکاح با فلسفه وضعی سرپرستی که برای تأمین منافع مادی و معنوی طفل می‌باشد (ماده ۲) مغایرت دارد.

۶ - مثالی دیگر: ماده ۱۳۹ ق.م. مقرر می‌دارد: «حریم در حکم ملک صاحب حریم است و تملک و تصرف در آن که منافی باشد با آنچه مقصود از حریم است بدون اذن از طرف مالک صحیح نیست و بنابراین کسی نمی‌تواند در حریم چشمه و یا قنات دیگری چاه یا قنات بکند ولی تصرفاتی که موجب تضرر نشود جایز است.» در حکم ملک بودن حریم تنها از جهت ممنوع بودن تصرف منافی با آن است نه این که حریم واقعاً ملک صاحب حریم تلقی شود. برای همین تصرفاتی که به ضرر صاحب حریم نباشد، مجاز است.

۷ - ماده ۷۴۵ ق.م. مقرر می‌دارد: «هرکس شخصی را از تحت اقتدار ذی‌حق یا قائم‌مقام او بدون رضای او خارج کند در حکم کفیل است و باید آن شخص را حاضر کند و الا باید از عهده حقی که بر او ثابت شود برآید.»^{۵۳}

به گمان نگارنده، ماده فوق از مصادیق فروض قانونی است؛ چه فرد فوق در واقع کفیل نمی‌باشد اما قانون‌گذار او را کفیل فرض کرده است. این امر نه تنها از لحن ماده بر می‌آید (در حکم کفیل) بلکه با توجه به لزوم توافق برای انعقاد کفالت و نبود توافق در فرض فوق، نبود واقعی کفالت بدیهی است. حال این سؤال جدی مطرح می‌شود که آیا احکام کفالت به‌طور کامل بر فرد فوق مجرا خواهد بود؟ برای مثال، می‌دانیم که با فوت مکفول (طرف مقابل کفیل) طبق ماده ۷۴۶ ق.م. کفیل بری می‌شود آیا در مورد کفالت قهری هم با تحقق مورد فوق تعهد کفیل از بین خواهد رفت؟^{۵۴}

۸ - ماده ۳ قانون خدمت وظیفه عمومی (۱۳۶۳/۷/۲۹) سن مشمولان و افراد تحت تکفل آنها را از لحاظ خدمت وظیفه عمومی و یا معافیت از آن تابع مندرجات اولیه شناسنامه می‌داند و هرگونه تغییر بعدی را از لحاظ وظیفه عمومی معتبر نمی‌داند مگر آن که اختلاف بین سن واقعی مشمول و سن مندرج در شناسنامه اولیه بیش از ۵ سال باشد که در آن صورت طبق نظر شورای پزشکی عمل خواهد شد. فرض قانونی فوق تنها در مورد سن مشمول مجال اجرا دارد؛ لذا تعمیم آن به سایر مندرجات شناسنامه، منطقی به نظر نمی‌رسد. رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در تأیید همین نتیجه مقرر می‌دارد:^{۵۵}

«حکم مقرر در ماده ۳ قانون خدمت وظیفه عمومی مصوب ۱۳۶۳/۷/۲۹ مصرح در عدم تأثیر تغییر تاریخ تولد مشمولین خدمت وظیفه عمومی است و تعمیم آن به اصلاحات و تغییرات سایر مندرجات شناسنامه براساس احکام قطعی و لازم‌الاجرا مراجع قضایی جواز قانونی ندارد» تبصره ۲ ماده ۳ قانون تأمین اجتماعی نیز تنها «برای برخورداری از مزایای قانون تأمین اجتماعی» شناسنامه ابتدایی را می‌پذیرد نه برای مواردی که قانون فوق، تکلیفی را بر بیمه‌شده بار می‌کند. با توجه به این که ماده فوق فرضی قانونی محسوب می‌شود لذا گسترش آثار این فرض، به تکالیف بیمه‌گر قابل قبول نمی‌باشد.

۹ - در مثال اشاعه در طلب، در صورتی که بپذیریم ابراء توسط یکی از طلب‌کاران نسبت به سهم خود وی نافذ است.^{۵۶} انجام ابراء، حق رجوع را برای طلبکار دیگر به‌وجود

نمی‌آورد. چون بنا به فرض ابراء‌کننده چیزی دارا نشده است. در واقع، ابراء در حکم و به‌منزله قبض طلب است از آن جهت که موجب سقوط طلب می‌گردد اما از سایر جهات نباید ابراء را واقعاً به معنی قبض طلب و دارا شدن طلبکار ابراء‌کننده دانست.^{۵۷}

۱۰ - براساس ماده ۶۸۰ ق.م. در فاصله میان عزل وکیل و عدم اطلاع وی، تمام اقدامات وکیل در حدود وکالت نسبت به موکل نافذ است. به‌نظر می‌رسد که این ماده، تنها به نافذبودن اقدامات وکیل اشاره دارد نه بقای حقوقی خود عقد وکالت. به این ترتیب وکالت، حکماً فرض شده است و در واقع خود عقد وکالت، با صرف اعلام اراده موکل از بین می‌رود و این فقط نفوذ اقدامات وکیل است که منوط به آگاهی وی می‌باشد. بنابراین اجرت وکیل بعد از اعلام عزل بر مبنای اجرت‌المثل باید باشد نه اجرت‌المسمی. زیرا، اولاً ظاهر مواد ۶۷۸ و ۶۸۰ این نکته را به ذهن متبادر می‌کند که اگر مقنن برای انحلال وکالت، علاوه بر عزل، اطلاع وکیل را نیز لازم می‌دانست، در بند نخست ماده ۶۷۸، تنها «عزل» را ذکر نمی‌کرد و علاوه بر آن، به شرط اطلاع وکیل نیز اشاره می‌کرد؛ درحالی‌که چنین امری رخ نداده است. پس ظاهر ماده این را می‌رساند که خود وکالت به صرف عزل، مرتفع می‌شود ولی «اقدامات وکیل» نافذ است. ثانیاً غرض از وضع این ماده جلوگیری از وقوع یک معامله فصولی به‌عنوان ضرر بوده است. پس همین که اقدام وکیل را نافذ بدانیم، کافی است و نیازی به ابقای خود وکالت نیست.

از استقراء در متون قانونی مذکور در فوق، به‌خوبی این نکته قابل برداشت است که خود مقنن نیز تمایلی به گسترش آثار فرض‌های قانونی ندارد، چه علاوه بر آن که خود به تبیین آن با واقعیت آگاه است و گاه به آن اذعان دارد،^{۵۸} دلیل اصلی ساخت فرض، مصلحت مستتر در آن است؛ گسترش آثار آن به مواردی که نیازی به کاربرد فرض در آن‌ها نیست، منطقی نمی‌باشد.

در مورد اثر منفی علم حکمی نیز قابل ذکر است که امری که جایگزین واقع می‌شود از نظر مقنن در حکم ثبوت است. پس باید به تمام تلاش‌ها برای رسیدن به واقعیت خاتمه داد؛ چرا که از نظر مقنن فرض قانونی همانند یقین به واقعیت اصابت دارد. بنابراین طرق

دستیابی به ثبوت اصلی بسته محسوب می‌شود. برای مثال، براساس تبصره ۲ ماده ۳ قانون تأمین اجتماعی سن فرد برای برخورداری از مزایای قانون تأمین اجتماعی سن مندرج در شناسنامه اولیه است و تغییر بعدی آن و لو به حکم دادگاه پذیرفته شده نیست. این فرض قانونی است و حتی اثبات این که فی الواقع سن حقیقی فرد همان سن مندرج در شناسنامه اولیه نیست تأثیری در حکم ماده نخواهد داشت. بنابراین با وجود فرض قانونی فرایند اثبات خاتمه می‌یابد و این معنای اثر منفی فرض خواهد بود. از همین جهت، فرض قانونی از اصل عملی و اماره متمایز می‌شود؛ چه در این دو مقنن امری را جایگزین ثبوت نکرده و به عبارت دیگر، در عالم ثبوت دخل و تصرفی نکرده بلکه در عالم اثبات بار دلیل آوری را تغییر داده؛ پس بدیهی است که می‌توان خلاف اماره و اصل عملی را اثبات کرد اما در فرض قانونی با آن که تباین آن با واقع، روشن است، راه وصول به ثبوت بسته شده، محسوب می‌شود. بنابراین به نظر نمی‌رسد ماده ۵ قانون مرتکبان قاچاق (اصلاحی خرداد ۱۳۱۹) را بتوان فرض قانونی دانست. این ماده مقرر می‌دارد: «هرگاه مال موضوع درآمد دولت و یا ممنوع‌الصدور و یا ممنوع‌الورود به‌توسط مکاری یا اتومبیل و یا سایر وسایط نقلیه و یا به وسایل دیگری حمل شود و حامل نتواند ارسال‌کننده و یا صاحب اصلی آن را تعیین و اثبات نماید علاوه بر ضبط مال و در صورت نبودن مال، رد بهای آن، باید شخصاً از عهده پرداخت جریمه مقرر در این قانون برآید».

مقرره فوق، دارنده وسیله نقلیه‌ای که کالای قاچاق با آن حمل شده را مسئول پرداخت جریمه می‌داند اما این امکان را به دارنده داده است که با اثبات هویت ارسال‌کننده یا صاحب اصلی کالا از مسئولیت برهد.^{۵۹} همین امکان اثبات خلاف مبین این نکته است که ماده فوق نمی‌تواند مصداق فرض قانونی باشد.

بند دوم - علم عرفی

علم عادی یا قطع متعارف یا اطمینان به معنای علمی است که متعارف مردم در برخورد با قضایا و حوادث پیدا می‌کنند.^{۶۰} هرچند احتمال تطابق این علم با واقع بسیار است و کامل‌ترین نوع ظنون به حساب می‌آید اما به قطع نمی‌توان اصابت آن به واقع را پذیرفت.^{۶۱} در بیان مصادیق علم عرفی می‌توان به حاصل شهادت استناد جست: آنچه در اثر شهادت برای دادرس اثبات می‌شود، علم قطعی نیست. به این معنی که نمی‌توان گفت حتماً

موضوع شهادت با واقع منطبق است. علم حاصله از حکم دادگاه هم به نظر نمی‌رسد چیزی جز ظن متاخم یا همان علم عرفی باشد. در تأیید این سخن می‌توان به ماده ۲۲۳ ق.آ.د.م. استناد کرد: «خط، مهر، امضا و اثر انگشت اسناد عادی را که نسبت به آن انکار یا تردید یا ادعای جعل شده باشد، نمی‌توان اساس تطبیق قرارداد، هرچند که حکم به صحت آن شده است.» به این صورت که اگر حکم دادگاه بر صحت سند عادی با واقع منطبق است چرا نمی‌توان در محکمه‌ای دیگر آن سند را اساس تطبیق قرار داد. همین امر نشان‌دهنده امکان وجود اشتباه در رسیدگی دادگاه و نتیجتاً احتمال عدم اصابت حکم دادگاه به واقع است. علم حاصله از نظر کارشناس هم جزو علوم عرفی است^{۶۲} چه وقتی شهادت مفید علم عرفی باشد کارشناسی به طریق اولی مفید چنین علمی خواهد بود؛ به دو دلیل:

۱ - در تخصص و تعهد اخلاقی کارشناس کمتر می‌توان تردید کرد؛ در حالی که در شهادت تردید فراوان تر است.

۲ - با توجه به ماده ۲۴۱ ق.آ.د.م. عدول از شهادت نیاز به دلیل خاص ندارد بلکه در این مسیر اقناع وجدانی دادرس ملاک می‌باشد، در حالی که عدول از نظر کارشناس نیاز به اثبات عدم تطابق آن با اوضاع و احوال محقق قضیه دارد. این نکته در کنار لزوم عدم علم دادرس به موردی که به کارشناس ارجاع می‌دهد نشانه سختی عدول از نظر کارشناس می‌تواند باشد. با این حال، رویه دادگاه‌ها به شکلی دیگر است.^{۶۳}

اثر مثبت: چون علم کاشف از واقع است متابعت از آن واجب است؛^{۶۴} چه انسان فطرتاً عمل به معلومات خود را می‌پسندد.^{۶۵} در فقه، عقیده بر این است که در پیروی از قطع، نیازی به اعتبار بخشی شرع نیست؛ به عبارت بهتر، قطع، قابلیت جعل شارع را اثباتاً یا نفیاً ندارد.^{۶۶} بنابراین نه تنها شارع مجاز به نهی از عمل به قطع نیست^{۶۷} بلکه حق تصرف در آن را نیز ندارد. پس شارع نمی‌تواند قطع فردی را معتبر و قطع دیگری را غیرمعتبر بداند یا در قطع از جهت زمان یا متعلق آن تصرف نماید.^{۶۸} اما توجه به این نکته لازم است که در صدق لزوم تبعیت از قطع ولو با وجود مخالفت شارع یا قانون‌گذار تردید است؛ چه می‌دانیم

فرض قانونی و معادل‌های فقهی آن حتی در موردی که فرد نسبت به واقع علم دارد نیز جریان می‌یابند. همچنین است قطع موضوعی؛ که در آن، شارع یا مقنن، تنها قطع حاصل از طریقی خاص را حجت می‌داند. به این ترتیب در قطع تصرف کرده و نوع خاصی از قطع را معتبر نمی‌داند.

از طرف دیگر، با یقین به وجود يك نهاد حقوقی تمام آثار آن نهاد حقوقی (اعم از مادی یا اعتباری) را می‌توان به جریان انداخت.^{۶۹} برای مثال، با علم به فوت يك فرد با شهادت عده‌ای می‌توان تمام آثار حاصله از فوت را بار کرد. بنابراین قدر متیقنی در اثر بخشی یقین وجود ندارد.

اثر منفی: تمام تلاش اثبات، رسیدن به واقعیت بود. حال که با علم عرفی به ثبوت دست یافته‌ایم دیگر می‌توان به تلاش‌ها پایان داد و دنبال دلیل دیگری برای اثبات نگشت. مبنای اعتبار امر مختومه شاید همین امر باشد.

مبحث دوم: ظن

قبل از پرداختن به ظن، مطالعه اماره لازم است. در توضیح می‌توان گفت که از استقراء ذهن در میان جهان خارج، در می‌یابیم که امری در جهان خارج غالب است و امری دیگر نادر. در این مورد، ذهن در صدد بر می‌آید که مورد نادر را نادیده بگیرد^{۷۰} و مورد غالب را تعمیم دهد و یک قاعده را استخراج کند.^{۷۱} به این ترتیب، غلبه^{۷۲} که ممکن است مرجع تشخیص‌دهنده آن قانون‌گذار یا قاضی باشد، مبنای اماره می‌باشد^{۷۳} و آنچه از اماره به دست می‌آید، ظن است. بنابر این رابطه اماره و ظن، رابطه علت و معلول است.^{۷۴}

اماره دلیلی است که مستقیماً وجود یک نهاد حقوقی را اثبات نمی‌نماید بلکه امری را اثبات می‌کند که معمولاً با پدیده‌ای که در پی اثبات آن هستیم ملازمه وجود دارد.^{۷۵} درجایی که دلیل مستقیم بر وجود یک پدیده وجود ندارد مدعی باید واقعیتی اصلی و پایه را اثبات کند که نتیجتاً واقعیتی دیگر به حکم قانون از وجود واقعه اول استنباط می‌شود اما همواره می‌توان با اثبات نبود پدیده دوم، خلاف اماره را اثبات نمود. برای مثال، فرض کنید که الف می‌خواهد اثبات نماید که ب مالک قانونی یک اتومبیل می‌باشد، او می‌تواند دلیلی

فراهم نماید که به‌طور مستقیم بر مالکیت ب دلالت نماید؛ حال اگر او فاقد چنین دلیلی باشد، باید امری را اثبات نماید که به‌طور نزدیکی با مالکیت ارتباط داشته باشد نظیر تصرف.

مثالی دیگر از حقوق کیفری: براساس قانونی در ایالت کالیفرنیا جرم رانندگی در حال مستی سه عنصر دارد: رانندگی وسیله نقلیه، در معبر عمومی، تأثیر الکل. علی‌القاعده مرجع تعقیب موظف به اثبات وجود هر سه عنصر فوق است اما به‌منظور تسهیل اثبات برای مرجع تعقیب، همان قانون مقرر داشته است که اگر به‌موجب آزمایش شیمیایی خون متهم، سطح الکل در خون وی ۱/۱۰ درصد یا بیشتر تشخیص داده شود فرض بر این است که وی تحت تأثیر الکل در زمان جرم اعلام‌شده، بوده است. وجود درصد فوق، از لحاظ علم پزشکی نشان‌دهنده این است که وی تحت تأثیر الکل بوده است؛ این امر می‌تواند اماره محسوب شود.^{۷۶}

براساس تبصره ماده ۱۶۰ آیین‌نامه راهنمایی و رانندگی ایران اگر میزان الکل موجود در خون فرد بیش از ۵۰ سانتی‌گرم در هر لیتر باشد راننده مست تلقی می‌گردد. این مثال اماره مطلق است.

با توجه به این که با اماره به‌طور مستقیم به واقع دست نمی‌یابیم، حاصل آن نمی‌تواند یقین باشد بلکه حاصل آن، ظن است. به این ترتیب، اماره را می‌توان کاشف ظنی از واقع دانست. به این توضیح که کاشف‌بودن جنس است و ظنی‌بودن آن، فصل آن. کاشفیت، آن را از سایر ادله از جمله فروض قانونی و اصل عملی متمایز می‌سازد و ظنی‌بودن آن فصل اماره از شهادت و سند است که کاشفیت آن‌ها از واقع به‌صورت علم عرفی است.

ظن در مرتبه‌ای میان قطع و شك قرار دارد.

اثر مثبت ظن: در حجیت یا عدم حجیت ظن اختلاف است و قسم عمده این اختلاف میان دو مکتب اصولی و اخباری ظاهر می‌گردد؛ چه اصولی‌ها بر این عقیده‌اند که در جایی که دسترسی به علم به واقع نیست باید از ظن مجتهد پیروی کرد و ظن مجتهد هم چون

متکی بر ادله علمی و آیات و روایات اهل بیت می‌باشد به منزله علم است ولی اخباری‌ها معتقدند که ظن مجتهد و غیر او فرقی ندارد و باید در تمام موارد علم قطعی به واقع پیدا کرد.^{۷۷}

توجه به این نکته لازم است که در هر دو دسته برای ظن وجود مستقل معتبر قائل نیستند. چه در حالی که اخباری‌ها با معتبر دانستن علم قطعی، ظن را در هر حال بی‌اعتبار می‌دانند؛ اصولی‌ها ظن را فی‌نفسه معتبر ندانسته و آن را در زمانی معتبر می‌دانند که حکمی از شارع بر اعتبار آن مبنی بر تتمیم کاشفیت ناقص ظن رسیده باشد. به این ترتیب، براساس این عقیده نیز ظن واجد وجود مستقل نمی‌باشد. اگر حکمی از جانب شارع بر تأیید آن رسیده باشد^{۷۸} در حکم قطع خواهد بود و اگر حکمی نرسیده باشد در حکم شک.^{۷۹} براین اساس، ظن، خود، هویت مستقلی نخواهد داشت.^{۸۰}

با توجه به نکات فوق مشخص می‌شود که حتی در عقیده اصولی‌ها نیز مقتضای قاعده بی‌اعتباری ظن است^{۸۱} لیکن اگر با دلیلی یقینی ثابت شود که شارع گمان خاصی را که از سبب مشخصی حاصل شده حجت بر احکام خود در نظر گرفته^{۸۲} در این صورت این ظن از مقتضای آن قاعده اولی بیرون می‌رود اما اعتبار ظن در این مورد به خاطر ظن بودن آن نیست، بلکه بدین جهت است که اعتبار این (نوع) ظن‌ها معلوم است و حجیت آن‌ها بطور قطعی ثابت شده است. پس گویا استناد به ظن در حقیقت استناد به قطع و یقین است نه به ظن و حدس و گمان.^{۸۳} به‌طور خلاصه آنکه ظن تنها در صورتی قابل استناد است که در نزد شارع اعتبار آن مسجل باشد.

با این حال، برخی از فقها برای ظن اعتبار قائل‌اند و ظن مجتهد را بعد از انسداد باب علم، حکم ظاهری می‌دانند.^{۸۴} آخوند خراسانی در کفایة‌الاصول دلیل انسداد را برای حجیت ظن به شرح زیر نقل و نقد می‌کند:

«اولاً؛ علم اجمالی به ثبوت تکالیف داریم؛ ثانیاً؛ باب علم بر ما مسدود شده است؛ ثالثاً؛ اهمال و عدم اهتمام بر اطاعت از احکام بر ما جایز نیست؛ رابعاً؛ پناه‌بردن به اصول

از جمله احتیاط در توان نمی‌باشد؛ **خامساً**؛ ترجیح مرجوح بر راجح قبیح است. پس عقل به لزوم اطاعت مبتنی بر ظن از تکالیف حکم می‌کند.^{۸۵}

با این حال، صرف نظر از این اختلاف نظرها، در حقوق موضوعه، اصل را باید بر اعتبار ظن گذارد؛ چه مبنای اصلی بی‌اعتباری ظن، انتساب حکم (به‌ویژه حکم اعتقادی در اصول عقاید^{۸۶}) مظنون به خالق است (: افتری) در حالی که در حقوق موضوعه این تردید نمی‌رود.^{۸۷} با این حال، تردید در انتساب قول به مقنن جایگزین تردید فوق می‌شود.

در مورد محدوده اثرگذاری ظن نیز قابل ذکر است که در اجرای اماره با يك معلوم و با يك مجهول روبه‌رویم: واقع معلوم (مانند تصرف) از نظر قانون دلیل ظنی بر واقع مجهول (مانند مالکیت) می‌باشد و سپس ذهن آثار واقع مجهول فرض شده را بر آن بار می‌کند. بنابراین اماره می‌تواند آثار شرعی و عقلی و طبیعی خود را اثبات کند؛ زیرا به عنوان وسیله‌ای در جهت احراز واقع به کار می‌رود.^{۸۸}

اثر منفی: با اماره نمی‌توان به تلاش خود برای رسیدن به ثبوت پایان داد؛ چراکه اصابت اماره به واقع محتمل است و به یقین نمی‌توان مدلول اماره را مطابق با واقع دانست. توضیح بیشتر آن که از ظن چیزی جز حکمی ظاهری حاصل نمی‌شود. لذا هرگاه آنچه واقع است اثبات شود حکم ظاهری به کنار می‌رود. بنابراین از آنجا که آنچه با یقین به دست می‌آید اصابت به واقع دارد؛ در حالی که اصابت ظن به واقع محتمل است لذا ظن نمی‌تواند یقین را از بین ببرد. برای همین، این جمله مشهور است که: «لا یترک الیقین بالظن».^{۸۹ و ۹۰}

مبحث سوم: شك

وقتی که مسأله‌ای مطرح باشد و ذهن در مقابل آن بین دو یا چند احتمال قرار گیرد و گرایش به طرف یکی از احتمالات پیدا نکند حالت شك وجود دارد.^{۹۱} شك زمانی است که می‌توان اصل عملی را به کار برد.^{۹۲}

برای اثبات لزوم توسل به اصول عملیه استدلالاتی مطرح شده که به نقل یکی از آنها از کتاب اصول فقه شیخ محمدرضا مظفر می‌پردازیم.^{۹۳}

این استدلال بر پایه مقدماتی استوار است:

مقدمه اول: علم اجمالی بر وجود تکالیف از جانب شارع برای مکلفان وجود دارد.

مقدمه دوم: عالم و جاهل در احکام مشترک می‌باشند.

مقدمه سوم: برائت ذمه از تکالیفی که به علم (و لو اجمالی) بر ذمه فرد مستقر شده نیاز

به دلیل دارد.

مقدمه چهارم: مکلف موظف است تمام تلاش خود را به کار گیرد تا از وجود احکام

به صورت علم تفضیلی آگاه شود. حال اگر تمام تلاش خود را به کار گیرد و با این حال به

علم تفضیلی نرسد و با وجود آن علم اجمالی به شك و تحیر برسد که آیا واقعاً تکلیفی

وجود دارد یا خیر، آیا باید خود را آسوده بداند؟

اینجا شارع یک سری قواعد قرار داده تا در موقعی که فرد جستجوی کافی کرد و به

علم نرسید از آن اصول استفاده کند. حکمی که از این اصول حاصل می‌شود جایگزین

حکم اصلی است اما تنها از این جهت که مکلف از عقاب مصون شود نه این که وضعاً هم

حکم حاصله از اصل، حکم واقعی باشد.

تردیدی در این که زمان اجرای اصول عملی پس از فحص و یأس از یافتن دلایل

یقینی است، نمی‌باشد اما مسأله قابل طرح این است که آیا اصول عملی محصور در چهار

اصلی هستند که در کتب اصولی مطرح می‌شود و به عبارت دیگر، آیا اصول عملی در مقام

اثرگذاری نیازمند به حکم شارع هستند یا خیر؟

جواب این سؤال در اصول مشخص است: در کتب اصولی بر حصری بودن آن تأکید

شده است.^{۹۴} برخی از نویسندگان هم تأسیس شارع را از عناصر هر اصل عملی می‌دانند.^{۹۵}

اما آیا واقعاً نیازی به این حصر می‌باشد؟ چرا اصولی را که می‌تواند در مقام تحیر راه‌گشا

باشد، محدود کنیم و مجال استفاده از آن‌ها را از خود بگیریم. به‌ویژه آن که اصول عملی

تنها در مقام اثبات و برای رفع تکلیف به کار می‌روند و جایگزین کامل، واقع نمی‌شوند و به

افراد اجازه اثبات خلاف آن داده می‌شود.^{۹۶}

در صورتی که بتوانیم حصر اصول عملیه را نادیده بگیریم یکی از اصولی که نگارنده پیشنهاد می‌کند اصل عملی عقلایی عمل کردن مقنن است.^{۹۷}

معمولاً در تفسیر قوانین اصطلاح فرض عاقل بودن مقنن به کار می‌رود اما با توجه به این که اصطلاح فرض معمول در مواردی است که امکان اثبات خلاف یک امر نیست و با توجه به این که باید بتوان در تفسیر اجازه اثبات صدور عملی غیرعقلایی از مقنن را به مفسر داد، نگارنده اصطلاح اصل عملی عقلایی عمل کردن مقنن را پیشنهاد می‌کند.^۱ به این توضیح که هرگاه هنگام تفسیر با دو نوع تفسیر روبه‌رو شویم که یکی مقنن را عاقل جلوه می‌دهد و دیگری قانون‌گذار را مسامحه‌کار، در این تردید با توجه به این اصل آن تفسیری را باید برگزید که مقنن را عاقل نشان بدهد مگر آن که خلاف آن اثبات شود.

اصل عملی، تنها می‌تواند آثار شرعی بدون واسطه خود را اثبات کند و از عهده اثبات آثار با واسطه عقلی و عادی خود بر نمی‌آید؛ چه با اصل عملی آنچه در عالم ثبوت است واقعاً احراز نمی‌شود بلکه تعبداً برای معذور ساختن مکلف، اثبات می‌گردد؛^{۹۸} پس در حیطة اثرگذاری اصل باید به قدر متیقن اکتفا کرد و قدر متیقن نیز اکتفا به آثار قانونی است.^{۹۹ و ۱۰۰}

۱. توضیح ماهنامه «کانون»: به نظر می‌رسد می‌توان با نظر یادشده مخالفت نمود و بیان داشت که احیاناً ضرورت دارد یادآوری شود که اصل در معنای مورد بحث به معنی دستورالعمل شارع نسبت به افراد در حالات شک و تردید است بدون این که در دستور مزبور جهت کشف از واقع، ملحوظ باشد. اصل به این معنی در مقابل ظاهر و دلیل و اماره به کار می‌رود. چنان که گفته‌اند؛ اصل موقعی حجت است که دلیل نباشد (الاصل دلیل حیث لا دلیل). اصل به این معنی را در حقوق جدید، فرض قانونی گویند و در فقه، آن را اصل عملی می‌گویند که برائت، استصحاب، تخییر و اشتغال، اصول عملیه است که خط مشی و شیوه عمل کسی را که دچار تردید شده، معین می‌کند. در خصوص موضوع، بعید است حقوق‌دانی در مقام تفسیر قانون، دچار شک و تردید شود که قانون‌گذار عاقل است یا مسامحه‌کار؟! این مهم، اصل نیست بلکه امری است بسیار بدیهی. و امور بدیهی نیاز به دلیل عقلی و استدلال منطقی ندارد. توجه به این نکته حائز اهمیت است که در فقه، اصولی را اصول عقلی گویند که دارای مشخصات ذیل باشد؛ الف - در قلمرو شک باشد نه ظن و یقین. ب - ضابطه‌ای را قانون برای شک مذکور معین کرده باشد. در حالی که عاقل بودن قانون‌گذار و عقلایی عمل کردن مقنن، امری است کاملاً یقینی و غیرقابل تشکیک. و از طرفی، در صورت پذیرش چنین استدلالی، اساساً امکان اثبات غیرعقلایی عمل کردن قانون‌گذار، نیست! (ر.ک.: ترمینولوژی حقوق، جعفری لنگرودی، محمدجعفر، کتابخانه گنج دانش، چ. ۵، زمستان ۱۳۷۰، تهران، ش. ۳۵۱، ص. ۴۸ و ش. ۴۱۲، ص. ۵۵)

در مورد اثر منفی اصل عملی نیز نکته قابل ذکر این است که اصل، از واقع کاشفیتی ندارد. لذا با استفاده از آن راه رسیدن به واقع (فرایند اثبات) خاتمه نخواهد یافت. بنابراین با وجود اماره و دلیل موجد علم، راه استفاده از اصول مسدود خواهد شد.^{۱۰۱}

پی‌نوشت‌ها:

۱. قابل ذکر است که محقق نایینی در بیان آثار دلیل، نکاتی را ذکر کرده‌اند که ذکر اجمالی آن خالی از لطف نیست. ایشان چهار اثر را برای علم برمی‌شمارند: اولین اثر، حالت نفسانی است و آن اعتقاد شخصی عالم به مؤدای علم خود است. دومین اثر کاشفیت علم حاصله از واقع است؛ سومین اثر، تحریک مکلف به انجام متعلق علم خود و چهارمین اثر، منجز و معذربودن علم حاصله است. وی اثر اول را تنها مختص به علم و اثر دوم را مختص علم و ظن و اثر سوم را مربوط به علم و ظن و اصل می‌داند. اثر چهارم را نیز مشترک بین هر سه. (به نقل از: انصاری، شیخ محمد علی، الموسوعه الفقهيہ المیسره، ج. ۳، صص. ۵۰۱ - ۵۰۲).

۲. آنچه در متن آورده شد در اصول فقه ریشه دارد. شیخ مرتضی می‌نویسد: «ان المكلف اذا التفت الى حكم شرعی فاما ان يحصل له الشك فيه القطع او الظن ...» (انصاری، فراید الاصول، ج. اول، مجمع فکر اسلامی، چ. اول، ۱۴۱۹، ص. ۲۵)؛ اقا ضیاء عراقی نیز (تنقیح الاصول، حیدریه، ۱۳۷۱، ص. ۱۹) حالت فرد نسبت به واقع را به سه دسته علم، ظن و شک و سپس ظن را به دو دسته معتبر و غیرمعتبر تقسیم می‌کند و ظن غیرمعتبر را در حکم شک می‌داند. میرزای شیرازی بعد از شرح اصطلاحات شیخ در تقریرات خود (ج. ۳، مؤسسه ال بیت قم، ۱۴۰۹، ص. ۲۳۳) حالات مکلف را به حصر عقلی در این سه منحصر می‌داند و می‌نویسد: «اما أن یرجح فی نظره ثبوت ذلك المحمول للفعل المتصور او انتفاؤه عنه او لا یرجح شی منهما اصلا و الثانی هو الشك و علی الاول: اما ان یکون الرجحان فی نظره مانعا من احتمال النقیض او لا یکون الاول هو القطع و الثانی هو الشك». تعابیر شیخ در آثار دیگران نیز مشاهده می‌شود (از جمله: امام خمینی، سید روح... انوار الهدایه، ج. ۲، مؤسسه تنظیم و نشر آثار الامام الخمینی، چ. اول، ۱۴۱۴، ص. ۱۱). اما کامل‌تر از همه عبارات زیر است: «ان المكلف اذا التفت الى الحكم فاما ان یکون قاطعا به اول و علی الثانی فاما ان یکون له طریق منسوب من قبل الشارع او لا و علی الثانی اما ان یکون له حاله سابقه ملحوظه او لا و علی الثانی اما ان یکون الشك فی حقیقه التکلیف او فی متعلقه و علی الثانی اما ان یتمکن من الاحتیاط او لا ...» (سبحانی، تهذیب الاصول، ج. ۲، دارالفکر، بی‌تا، ص. ۲۰۳ و نیز: سبزواری، وسیله الوصول الى حقایق الاصول، مؤسسه نشر اسلامی، چ. اول، ۱۴۱۹، ص. ۴۳۶)؛ برای بررسی نقد رأی شیخ در تقسیم حالات مکلف و این که آیا این تقسیم، تقسیم شی به خود و غیر خود است یا نه؟ ر.ک. به: منتظری، نه‌ایه الاصول، قدس، چ. اول، ۱۴۱۵؛ هم‌چنین این نقد نیز بر تقسیم فوق شده که احکام بعضی از اقسام مختص به مجتهد است نه مکلف: گلپایگانی، افاضه العوائد، ج. ۲، دارالقران الکریم، ۱۴۱۰، ص. ۴؛ هم‌چنین توجه به عدم تعبیه «حالت جهل» در بین حالات فوق، قابل توجه است. صاحب تحریرات فی الاصول (ج. ۶، ص. ۱۵) جهل را مرادف با شك دانسته است اما احتمال غفلت را هم مطرح کرده و آن را در تضاد با «التفت الى الحكم...» دانسته است که چگونه ممکن است غافل به

حکمی ملتفت باشد لذا دو راه پیشنهاد کرده‌اند: «لا بد و ان یندرج فی الثلاثه تقدیراً او یکون قسماً رابعاً».

۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دایرةالمعارف علوم اسلامی، ج. اول، ص. ۴۳؛ در سایر نظام‌های حقوقی هم عمدتاً همین نظر مستقر است. (Glucksberg, Sam, The Discovery of Truth in Context, Brooklyn Law Review, 2008, Vol. 73:3, p.1104). چنان‌که در ماده ۶ به بعد قانون ادله نیوزلند ۴ هدف به‌عنوان اهداف دادرسی مطرح شده است: هدف اول: یافتن واقع مبتنی بر منطق و استدلال، هدف دوم: دستیابی به انصاف شکلی، هدف سوم: حمایت از محرمانه‌بودن ارتباطات در دادرسی و هدف چهارم: بهبود کارایی هم از لحاظ زمان و هم از لحاظ هزینه. ملاحظه می‌شود که یافتن واقع بر مصالحتی نظیر صرفه‌جویی در زمان و هزینه تقدم داده شده است. (and commentary, vol 2, p29 Evidence code) در حقوق ادله کالیفرنیا نیز هدف از ارائه دلیل، ایجاد درجه‌ای از یقین در ارتباط با یک واقع در ذهن دادرسی دادگاه تلقی شده است: (Donald n. boubofer, steven l. ching, the burden of proof in California, environmental nuisance cases, davis, vol9, University of California, p.681, berry gray, Christopher, The philosophy of law. an encyclopedia, p 272.) در تعاریف ارائه‌شده از "دلیل" نیز هدف و کارکرد دلیل کشف حقیقت دانسته شده است:

(Allen, Christopher, Practical Guide To Evidence, Cavendish Publishing Limited, Second Edition, London, 2001, p.8)

۴. محمودی دشتی، علی‌اکبر، *ادله اثبات دعوا*.

۵. به نظر می‌رسد که یکی از مبانی ماده ۲۳۵ ق.م.ا.، صرف نظر از روایت حسن بن صالح از امام صادق (ع) و اجماع (نجفی، صاحب‌الجواهر، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شریعت الاسلام، ج. ۲۲، ص. ۲۰۶) این است که مقرر با اقرار، خود را پایبند به مقرّبه می‌کند؛ برای همین از جهت این‌که خود، خود را ملزم ساخته، باید پایبند باشد نه از این جهت که اقرار وی کاشفیت از واقع دارد. برای همین در مصداقی که ماده مورد بحث مطرح می‌کند با آن‌که به نظر می‌رسد در چنین فرضی احتمال این‌که هر دو قاتل باشند بعید به نظر می‌رسد، قانون‌گذار از این جهت که مقرر خود با اقرارش، خود را پایبند نموده است ولی دم را مختار در رجوع به هر یک از مقررین دانسته است (برای مطالعه بیشتر: طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، *النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، دارالکتاب العربی، ج. ۲، ص. ۷۳۴؛ محقق حلی، شریعت، ج. ۴، ص. ۹۹۳؛ شهید اول، لمعه دمشقیه، ج. ۲، قدس، ج. اول، ۱۴۱۱، ص. ۲۲۹*) این امر از چند جهت قابل انتقاد است: اولاً؛ گفتیم که هدف اصلی ادله باید کشف واقعیت باشد، در مصداق ماده فوق مسلم است که بیش از یک قاتل وجود ندارد و موضوع شرکت منتفی است (اقایه‌نیا، حسین، *جرایم علیه اشخاص، میزان، تابستان ۱۳۸۴، ج. اول، ص. ۱۹۳*) پس اختیار ولی دم در قصاص یک‌ی از این دو، با توجه به این‌که هر دو قاتل نمی‌باشند یعنی آنکه اقرار از جهت کاشفیت مورد توجه قرار نگرفته است. ثانیاً؛ مرجع تشخیص اعتبار اقرار، قاضی است، واگذاری تشخیص این امر به اختیار ولی دم، فاقد منطق حقوقی است. ثالثاً؛ به نظر می‌رسد مورد مذکور در ماده فوق از مصادیق بند ۲ ماده ۲۷۲ ق.آ.د.ک. (اعاده دادرسی) است. رابعاً؛ هنوز بر سر این نکته که آیا فرد می‌تواند با اراده خود، خود را پایبند نماید در حقوق مدنی اختلاف است (مقاله مجمع پریشانی: *بحث‌هایی در باب اراده، نشریه دادگستران، ش. ۷، اردیبهشت ۱۳۸۶*) حال چگونه می‌توان در حقوق جزا این اعتبار را برای اراده فرد قائل شد، جای بحث دارد.

۶ امامی، سید حسن، *حقوق مدنی، ج. ۶، ص. ۲۱۳*؛ برای مطالعه رویه قضایی در این مورد آراء زیر که کشف حقیقت را هدف دادرسی می‌دانند، توصیه می‌شود: رأی ۶۳/۶/۳۱، ۲۲/۴۶۷، شعبه ۲۲ (نقل شده از:

بازگیر، ید...، رسیدگی به دلایل و احکام راجع به آنها، تمیتی، چ، اول، ۸۱، ص. ۹۴؛ رأی ۷۳/۵/۳۱، ۷۳/۳۰۰/۱۸، شعبه ۱۸ دیوان (همان، ص. ۱۵۰).

۷. با این حال، از معایب تلقی کشف حقیقت به عنوان هدف دادرسی نمی توان گذشت: در رأی محکمه عالی انتظامی قضات حکم به شماره: ۳۱۳۷ به تاریخ ۳۱ مرداد ۱۳۱۹ می خوانیم: «حاکم دادگاه به عنوان این که علم به بی حقی مدعی و حقانیت مدعی علیه داشته و برای احتراز از این که حکمی برخلاف حق نداده باشد رعایت مقررات قانونی را ننموده متخلف است. زیرا رعایت اصول محاکمات در جریان قضایا اولین تکلیف دادرس است و گرنه ممکن است که هر دادرس مطابق ذوق و سلیقه خود دعاوی را جریان داده و حل و فصل کند و بدیهی است که معایب این کار به قدری است که قانون گذار از آن احتراز جسته و نخواست است که زمام امور قضایی به اراده و دلخواه دادرس افتد و درست است که همه این مقدمات برای فصل خصومت و احقاق حق بوده ولی نظر به منافع نوعی و این که تمایل بی جایی به نام رعایت وجدان پیش نیاید برای احقاق حق طریقی معین کرده و دادرس را مکلف به رعایت آن نموده و انحراف از آن را تجویز نکرده است» (به نقل از: شهیدی، موسی، مجموعه موازین قضایی محکمه عالی انتظامی قضات، چاپخانه علمی، چ، ۲، ۱۳۳۰، ص. ۷۰) برای همین تلاش هایی در جهت تعدیل حکم ماده صورت گرفته است: (کریمی، عباس؛ پوراستاد، مجید، استجواب در دعاوی مدنی، مجله دانشکده حقوق، ش. ۷۴، زمستان ۱۳۸۵، ص. ۳۴۳).

۸. به تاریخ: ۱۳۷۱/۹/۱۶، پرونده: ۷۰/۷۴۹ و ۶۹/۳۹۲، شماره دادنامه: ۷۶۰ و ۷۵۹، مرجع رسیدگی: شعبه ۴۴ دادگاه حقوقی ۲ تهران: «...اینکه دادگاه شهادت شهود خوانندگان را استماع نموده نه به دلیل قابلیت تعارض اظهارات آنان با سندی است که در حکم سند رسمی می باشد بلکه از حیث احراز واقع امر و به عنوان طریقی برای وصول به علم قاضی به همراهی سایر قراین و امارات بوده است. شکی نیست که علم قاضی هم از جهت ذاتی بودن حجیت آن و هم از حیث دلالت سیاقی ماده ۱۲۷۶ قانون مدنی، معتبر و حجت است. لیکن چنین علمی برای دادگاه ثابت نگردد و مفاد شهادت شهود که صرفاً ۲ نفر بوده اند، طریقت خود را با توجه به نحوه و کیفیت آن، از دست داده است.» (به نقل از: کامیار، محمدرضا، غزیده آرای دادگاه های حقوقی، مجموعه چهارم، نشر حقوق دان، چ، اول، ۱۳۷۷).

۹. برای بررسی اندیشه فوق تا به حدی است که دلیلی غیر از دلیل شفاهی مخالف سند:

Srein, Alex, Foundations of evidence law, Oxford, 2005, P.4.

گسترش اندیشه فوق تا به حدی است که دلیلی غیر از دلیل کتبی در مورد اثبات محتوای يك سند نیز پذیرفته نمی شود:

Mary I. grad, Michael w. prairie, best evidence rule, davis, university of California, vol9, p.257.

۱۰. تبریزی، الاصول المهدیه، بی ناشر، بی تا، ص. ۱۲۷؛ گلپایگانی، افاضه العواید، ج. ۲، ص. ۳۲۸.

۱۱. نکته قابل ذکر این است که نهادی مشابه با اصل استصحاب در حقوق آمریکا وجود دارد که با عنوان "CONTINUATION OF CONDITIONS" از آن نام برده می شود. براساس نهاد اخیرالذکر که در قالب "presumption" دسته بندی شده است فرض بر این است که وجود شرایط مفروض است تا خلاف آن اثبات شود. نکته جالب تر این است که تردیدهایی که در مورد استصحاب قهقرایی در فقه وجود دارد، در حقوق آمریکا نیز قابل ردیابی است:

John E. Durst, JR, New York Courtroom Evidence, Lexis Law Publishing, 2004, P.327.

۱۲. شیرازی، *تقریرات*، ج. ۳، ص. ۲۲۲: «فان لوحظ الى الحاله السابقه عليه فهو مورد الاستصحاب ...» (حلی، علامه، *مبادئ الوصول الى علم الاصول*، ص. ۲۵۲).

۱۳. أنصاری، شیخ محمدعلی، *الموسوعه الفقهيہ الميسره*، ج. ۳، ص. ۴۹۸: «الاصول العمليه المحرزہ، هي التي فيها نوع احراز للواقع، فهي تشبه الامارات من هذه الجهه، و لذلك يقال لها: الاصول التنزيليه ايضا، لان مؤداها منزل منزله الواقع، او ان الاصل نفسه منزل منزله العلم بالواقع. و هذا النوع منحصر في الاستصحاب، لان فيه نوعا من احراز الواقع و الكشف عنه كما في الامارات، لكن بدرجه اضعف منها، فلذلك قالوا: الاستصحاب عرش الاصول و فرش الامارات.»؛ حكيم، سيد محمد تقی، *الأصول العامه للفقہ المقارن*، مؤسسہ آل البيت، ج. ۲، ۱۹۷۹، ص. ۴۴۹: «فقد اعتبر في لسان جعله عدم نقض اليقين بالشك، فهو من ناحيه فيه جنبه نظر الى الواقع.»

۱۴. شماره پرونده: ۱۲۸، ۴/۸۲، شماره حکم: ۱۲۱، ۱۳۸۲/۲/۱۰، شعبه ۴ دادگاه حقوقی اردبیل: برای دیدن مثال فقهی: مفید، *المقننه*، مؤسسہ نشر اسلامی، ۱۴۱۰، ص. ۵۰: «و من كان على يقين من الطهاره، و شك في انتقاضها فليعمل على يقينه، و لا يلتفت الى الشك، و ليس عليه طهاره الا ان يتيقن الحدث.»

15. Garrett Clark Dailey, Rebuttable Criminal and Civil Presumption California Statutory Dichotomy, Davis, Vol 9, University of California, p.647; Ellis Wild, Susan, Webster's New World Law Dictionary, Wiley, 2006, p.205.

در کتب فوق اماره به این شکل تعریف شده است: «اماره عملیاتی حقوقی است که به وسیله آن واقعیاتی اثبات شده (basic fact :BF) به منظور اثبات واقعیاتی دیگر که اثبات نشده است (Presumed Fact :PF) به کار می‌رود». البته بدیهی است تعریف فوق نمی‌تواند مطابق با اماره در نظام حقوقی ما باشد؛ چه اماره در نظام حقوقی ما (واقعیت مبنایی) است نه عملیاتی که رابط میان واقعیت اثبات شده و واقعیت فرض شده است. درحالی که در تعریف فوق اماره «عملیاتی حقوقی است که به ...».

۱۶. همین امر سبب شده است که استصحاب را برزخ میان اصل عملی و اماره بدانند: گرجی، ابوالقاسم، *اصل صحت عمل غیر*، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۷۱، ص. ۹۲.

۱۷. شاید از همین جهت است که در فقه این تمایل مشهود است که برخی از ادله که به نظر هیچ‌گونه کاشفیتی از واقع ندارند در دسته ادله کاشف از حقیقت قرار داده شوند: مثالی از این ادله، قرعه می‌باشد. در ماهیت قرعه اختلاف است؛ چه در حالی که به مانند اصول عملیه در مقام تساوی دو احتمال به کار می‌رود (بهبایی، *عاملی*، کتاب *الجامع العباسی*، *فراهانی*، ص. ۲۵۱) برخی اعتقاد دارند از واقعیت نیز کاشفیت دارد (حسینی *مراغه‌ای*، *السید میر عبدالفتاح*، *عناوین*، ج. اول، مؤسسہ نشر اسلامی، ج. اول، ۱۴۱۷، ص. ۳۵۱: «ان کل مقام فرض فيه اختلاف فی شی اذا اقرع فيه فعلى الله ان یبین فيه الواقع و یحکم بالعدل») برخی از فقهای متأخر هم ظاهر بسیاری از روایات را موافق قوی می‌دانند که برای قرعه ماهیت اماره قائل است، اماره‌ای که گاهی حتی هیچ‌گونه تخلفی از واقعیت ندارد. (مکارم، *ناصر*، *القواعد الفقهيہ*، ج. اول، *مدرسه الامام امیرالمؤمنین*، ۱۴۱۱، ص. ۳۶۳) در حالی که می‌دانیم اماره باید ریشه در واقعیت داشته باشد و ظاهر برخی از روایات هم موافق با کاشفیت قرعه نمی‌باشد (همان، ص. ۳۶۳) به نظر نگارنده، قرعه، فرض قانونی است. زیرا در مورد فقد دلیل و اماره و اصل عملی به کار می‌رود. بدیهی است با توجه به مورد اجرای قرعه، قرعه فرض قانونی خواهد بود. برای دیدن

نظری که قرعه را اصل عملی می‌داند؛ جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *دایرة المعارف علوم اسلامی*، ج. ۲، ص. ۹۶۶.

نکته مفرح در نحوه استفاده از قرعه این است که همان‌طور که می‌دانیم قرعه برای ارائه راه حل در هنگام مشکل به کار می‌رود؛ با این حال، برخی از تفاسیر از اصطلاح مشکل در طول تاریخ جالب توجه است. برای نمونه قطب‌الدین نیریزی نویسنده طب الممالک همزمان با یورش افغان‌ها و ملاحظه درگیری خاندان صفوی با یکدیگر در تعیین جانشین پیشنهاد کرد که «اختلاف در سخن کنار گذاشته شود و با قرعه شاهی از سلسله بزرگوار صفوی انتخاب شود.» وی مشکل ناشی از درهم ریختگی ایران را از مصادیق قاعده «القرعه لكل امر مشکل» می‌داند. برای مطالعه بیشتر، *رک: طباطبایی، سیدجواد، دیباچه‌ای بر نظریه انحطاط ایران*، نشر نگاه معاصر، چ ۲، ۱۳۸۱، ص. ۴۲۶.

۱۸. یکی از دلایل طرفداران مجازات‌بودن دیه، تعیین مقدار آن است و چون این مجازات‌ها هستند که معین‌اند پس دیه هم مجازات است و حکم مجازات‌بودن را برای دیه اثبات کرده‌اند. *(برای مطالعه بیشتر: بادینی، حسن، فلسفه مسئولیت مدنی، انتشار، چ. اول، ۱۳۸۴، ص. ۳۳۲)* حال آن که مثال نقض آن، خسارت تأخیر تأدیه در ماده ۷۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی سابق است که مقطوع بود اما در ماهیت مسئولیت مدنی آن اختلافی وجود نداشت. همان‌طور که عدم مقطوع‌بودن مجازات و وابسته کردن مقدار آن به معیارهای مختلف ماهیت مجازات را تغییر نمی‌دهد. مانند نهاد structured fines در حقوق امریکا: جریمه‌ای که میزان آن براساس ثروت یا درآمد مجرم تعیین می‌شود. (H. Koenig, Thomas, Blending U.S. Criminal and Tort Law For Civil Punishment, Belgrade Law Review, 3/2008, p.141).

تردیدها در حقوق خارجی نیز وجود دارد. برای نمونه:

Baron, Jonathan, Intuitions about penalties and compensation in the context of tort law, August 25, 2003, Department of Psychology, University of Pennsylvania.

۱۹. کاتوزیان، ناصر، *ضمان قهری*، ج. اول، ص. ۶۷.

۲۰. رأی شماره ۹۹۶ - ۶۸۳۱/۳/۲۲ به تاریخ ۱۳۸۶/۳/۲۲ وحدت رویه هیئت عمومی.

۲۱. جان جمله علم‌ها این است این تا بدانی من کیم در یوم دین (مثنوی، دفتر سوم، ص. ۱۷۰)

«علم» در مصراع اول در معنای اول و (بدانی من کیم) در مصراع دوم در معنای دوم علم آمده است.

۲۲. برای مطالعه معنای اول: گرجی، ابوالقاسم، *رابطه حقوق و فقه*، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۷۵، ص. ۷۲.

۲۳. برخی از فقها علم را بر دو دسته می‌داند و می‌نویسد: «احدهما: مقطوع علی انه علم ضروری ... کالعلم بالمشاهدات ... و القسم الثانی: مشکوک فیه ... کالعلم بمخبر الاخبار عن البلدان و الحوادث الکبار». *به نقل از: سید مرتضی، الذریعه*، ج. اول، دانشگاه تهران، ۱۳۴۶، ص. ۲۱.

۲۴. به تعبیری در اوج: علم یقین؛ چنانکه حافظ گفت:

نه حافظ را حضور درس و خلوت نه دانشمند را علم یقینی

برای بررسی این تعبیر: نصر، سیدحسین، *معرفت و معنویت*، ترجمه ان شاءالله رحمتی، چ. ۲، بهار ۸۱؛ خرمشاهی، بهاء‌الدین، *حافظ‌نامه*، بخش دوم، علمی و فرهنگی، چ. ۱۱، ۱۳۷۹، ص. ۱۲۲۶.

۲۵. شیخ طوسی (عده الاصول، ج. اول، چاپ ستاره، ج. اول، ۱۴۱۷، ص. ۴۶) در مورد علم سه تعریف از دانشمندان منطقی، متکلمان و اصولی‌ها نقل می‌کند و تعریف اصولی، علم را برابر یقین می‌داند. سید مرتضی در الذریعه (ج. اول، ص. ۲۱) در تعریف علم می‌گوید: «اعتقاد للشی علی ما هو به مع سکون النفس» و محقق حلی نیز (معارج الاصول، مؤسسه آل بیت، ج. اول، ۱۴۰۳، ص. ۴۳) می‌نویسد: «و العلم: هو اعتقاد المقضی سکون النفس»، با این حال آن را بی‌نیاز از تعریف می‌داند.
۲۶. چنان که در داستان ابراهیم (ع) آمده است: «فلیس الخبر کالمعاینه». به نقل از: میبدی، ابوالفضل رشید الدین، کشف الاسرار و عده الابرار، ج. اول، ترجمه علی اصغر حکمت، امیرکبیر، ج. ۳، ۱۳۵۷، ص. ۷۱۲.
۲۷. افتخارزاده، یحیی، کشف علمی جرایم، هنر پخش، ص. ۴۴.
۲۸. برای مطالعه بیشتر در مورد اعتبار علم دادرسی: حلی، محقق نجم‌الدین جعفر بن حسن، شراعیة الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، ج. ۶، ص. ۸۶۶؛ حائری، السید کاظم، القضاء فی الفقه الاسلامی، مجمع فکر اسلامی، ج. اول، ۱۴۱۵، ص. ۱۸۹؛ کاتوزیان، ناصر، اثبات و دلیل اثبات، ج. اول، ص. ۴۲؛ شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، ج. ۳، ص. ۱۱۵؛ برای بررسی تقدم علم دادرسی بر سایر ادله از حیث تاریخی: جعفری لنگرودی، محمد جعفر، تاریخ حقوق ایران، معرفت، بی‌تا، ص. ۱۹۶.
۲۹. برای تعریف این دو اصطلاح: جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دایرة المعارف علوم اسلامی، ج. ۲، ص. ۱۳۸۱، ۵۳۸؛ همان نویسنده، مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام، ص. ۶.
۳۰. رأی هیئت عمومی دیوان عالی کشور به تاریخ ۱۳۷۸/۱/۳۱ به پرونده کلاسه ۴۴۷/۳۳/۱۵ به ردیف ۲۳/۷۷: «با توجه به این که مستند محکومیت متهمین حصول علم است و مستندات متعارفاً علم آور نیست و حکم صادره با اوضاع و احوال قضیه و قراین و امارات موجود در پرونده قابل تطبیق نمی‌باشد، اعتراض وارد است».
۳۱. در رأی شعبه اول دادگاه عالی انتظامی قضات به تاریخ ۱۳۷۰/۷/۱۳ می‌خوانیم: «در حکم صادره منشأ علم قاضی باید قید و تصریح گردد. در غیر این صورت، تخلف محسوب است». به نقل از: کریم‌زاده، احمد، نظارت انتظامی در نظام قضایی، ص. ۹۵. عموماً در آرای دادگاه‌ها از اوضاع و احوال قضیه به‌عنوان مستند علم آور یاد می‌شود. در دادنامه شماره ۳۲/۱۳۰۶۱ به تاریخ ۱۳۷۷/۸/۳ سابقه متهم و وضعیت ظاهری و جسمانی به‌هم‌ریخته وی از مستندات علم قاضی به استعمال مواد مخدر دانسته شده است. (مظفری، احمد، نظرات قضایی در جرایم مواد مخدر، ص. ۱۴۸؛ صبری، نورمحمد، گزیده آراء دادگاه‌های کیفری، مجلد، ۱۳۸۱، ج. ۲).
۳۲. شهری، غلامرضا؛ ستوده تهرانی سروش؛ صمدی اهری، محمد هاشم، نظریات اداره حقوقی قوه قضائیه در رابطه با قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب، گنج دانش، ج. اول، زمستان ۱۳۷۴.
۳۳. کریمی، همان، ص. ۱۹۷؛ برای دیدن نظری که علم قاضی را تنها در صورتی که از راه تمسک به ادله قانونی و در چارچوب اصول دادرسی حاصل شده باشد، معتبر می‌داند: غمامی، مجید؛ محسنی، حسن؛ اصول تضمین‌کننده عملکرد دموکراتیک در دادرسی، مجله دانشکده حقوق، ش. ۷۴، زمستان ۱۳۸۵، ص. ۲۷۲؛ برای دیدن نظری که در صورت تطبیق علم قاضی با "متد علمی"، آن را با حقوق مدرن و عقلانی سازگار می‌داند. رک: جعفری تبار، حسن، درآمدی بر تاریخ‌نگاری علم حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش. ۶۰، تابستان ۸۲، ص. ۹۵.

۳۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *دایرة المعارف علوم اسلامی و قضایی*، ج. اول، ص. ۱۸.
۳۵. همان، ص. ۱۹.
۳۶. میرشکاری، عباس، *ثبوت یا اثبات*، نشریه دادگستران، ش. ۶ ص. ۳.
۳۷. میرشکاری، مجمع پریشانی *بحث‌هایی در باب اراده*، نشریه دادگستران، اردیبهشت ۱۳۸۶، ش. ۷، ص. ۵.
۳۸. حلی، محقق، *المختصر النافع*، ص. ۲۵۷: «الديه كاموال المیت»: حلی، محقق، *تسوانع الإسلام*، ج. ۴، ص. ۸۱۶: «الديه فى حكم مال المقتول»: حلی، العلامة، *تحریر الأحكام*، ج. ۵، مؤسسه الإمام الصادق (ع)، ج. اول، ۱۴۲۲، ص. ۶۲؛ حلی، ابن فهد، *المهذب البارع*، ج. ۴، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۲، ص. ۳۵۱؛ شهید ثانی، *مسالك الأفهام*، ج. ۱۳، ص. ۴۱؛ مروارید، علی أصغر، *الینایع الفقہیہ*، ج. ۲۲، دار التراث، ج. اول، ۱۴۱۰، ص. ۳۹۰؛ خوانساری، *جامع المدارک*، ج. ۵، مکتبه الصدوق، ۱۳۶۴، ص. ۲۹۵ - ۲۹۶: «اما كون الديه كاموال المیت فهو المعروف و يدل عليه قول الصادق عليه السلام...».
۳۹. ابن طی الفقہانی، *الدر المنضود*، ص. ۲۷۱: «لانه يستلزم الحیاه بعد الموت، و هو محال».
۴۰. جعفری لنگرودی، همان، *دانشنامه حقوقی*، ج. اول، ص. ۵۷۸.
۴۱. جعفری لنگرودی، *ضمان عقدي در حقوق مدنی*، گنج‌دانش، ج. اول، ۱۳۸۶، ص. ۲۳۹؛ کاتوزیان، *عقود معین*، ج. ۴، انتشار، ج. ۴، ۱۳۸۲، ص. ۲۷۸.
۴۲. «از تاریخ تصویب این قانون ایجاد یا تشکیل سازمان دولتی با توجه به مواد ۲ و ۳ و ۴ این قانون منحصرأ به صورت وزارتخانه یا مؤسسه دولتی یا شرکت دولتی مجاز خواهد بود. کلیه مؤسسات انتفاعی و بازرگانی وابسته به دولت و سایر دستگاه‌های دولتی که به صورتی غیر از وزارتخانه یا مؤسسه دولتی یا شرکت دولتی ایجاد شده و اداره می‌شوند، مکلف‌اند حداکثر ظرف مدت یک‌سال از تاریخ اجرای این قانون با رعایت مقررات مربوط وضع خود را با یکی از سه وضع حقوقی فوق تطبیق دهند و الا با انقضای این فرصت مؤسسه دولتی محسوب و تابع مقررات این قانون در مورد مؤسسات دولتی خواهند بود.»
۴۳. مصدقی از واجب تخییری؛ مخیرکردن مؤسسات موضوع ماده به انتخاب یکی از سه قالب مطرح در قانون. خضری بیگ، محمد، *اصول فقه*، بی نا، بی تا، ص. ۵۶: «الواجب المعین ما طلبه الشارع عینا و المخیر ما طلبه الشارع میهما فی واحد من امور معینة».
۴۴. رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، تاریخ: ۱۳۸۱/۴/۲ شماره دادنامه: ۱۲۰ کلاسه پرونده: ۷۳/۸۰: «طبق ماده ۹۹ قانون استخدام کشوری ملاک تشخیص سن مستخدمین مشمول قانون مذکور از لحاظ بازنشستگی شناسنامه‌ای است که در بدو استخدام ارائه نموده‌اند و در نتیجه تغییرات بعدی در تاریخ تولد مستخدمین مزبور از حیث بازنشستگی مؤثر در مقام نیست...». قوانین دیگری نیز مفاد ماده فوق را تکرار کردند از جمله: ماده ۳۸ مقررات استخدامی شرکت‌های دولتی موضوع بند (پ) ماده ۲ قانون استخدام کشوری مصوب ۱۳۵۲/۳/۵ کمیسیون استخدام مجلسین؛ ماده ۳۸ آیین‌نامه استخدامی بیمه مرکزی ایران مصوب ۱۳۵۴/۴/۲۹ کمیسیون استخدام مجلسین؛ ماده ۱۱ قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران مصوب ۱۳۵۴/۴/۲۵؛ ماده ۴۰ آیین‌نامه استخدامی کارکنان مجلس شورای اسلامی؛ ماده ۴۵ قانون مقررات استخدامی نهضت سوادآموزی جمهوری اسلامی ایران؛ ماده ۸۱ قانون مقررات مالی، اداری، استخدامی و تشکیلات جهاد سازندگی.

۴۵. شماره ۳۵۱/۷۹/هـ - ۱۳۸۰/۳/۱۷ تاریخ ۱۳۸۰/۲/۲ شماره دادنامه ۲۷ کلاسه پرونده ۳۵۱/۷۹. ۴۶. تاریخ ۱۳۷۹/۳/۲۹، شماره دادنامه ۱۲۳، کلاسه پرونده: ۴۳۳/۷۸، شماره ۴/۱۰ ۴۳۳/۷۸؛ به هر روی در تاریخ ۱۳۷۹/۸/۸ متنی با عنوان تبصره ۲ ماده ۳ قانون تأمین اجتماعی به تصویب رسید؛ در این متن می‌خوانیم:

«ملاک تشخیص سن برای برخورداری از مزایای قانون تأمین اجتماعی شناسنامه‌ای است که در بدو بیمه‌شدن به سازمان تأمین اجتماعی ارائه شده یا می‌شود و هرگونه تغییراتی که پس از آن در شناسنامه به عمل آید برای سازمان یادشده معتبر نخواهد بود. افراد تحت تکفل بیمه‌شده نیز مشمول این حکم خواهند بود» مصدق‌ای از جانشین‌های واقع در تبصره فوق مطرح شد؛ به این توضیح که سن واقعی فرد باید ملاک در برخورداری از حقوق و تکالیف مذکور در قانون باشد اما در تبصره مورد بحث مقنن سن واقعی فرد را نمی‌پذیرد. به این صورت که ملاک در برخورداری از مزایای قانون تأمین اجتماعی همان سن مندرج در شناسنامه اولیه است و تغییر تاریخ تولد هرچند که با واقع منطبق باشد، پذیرفته شده نیست؛ در این موارد، امری غیر از واقع، جایگزین واقع، شده است. (میرشکاری، تغییر تاریخ تولد، فصلنامه قوانین و مقررات تأمین اجتماعی، سال سوم، ش ۷، تابستان ۱۳۸۶، ص ۱۱۹).

۴۷. برای دیدن نظر مخالف: کاتوزیان، اثبات و دلیل اثبات، ج ۲، نشر میزان، چ ۳، بهار ۱۳۸۴، ص ۱۵۹؛ در نظریه مشورتی به شماره و تاریخ: ۷/۴۵۸۹، ۱۳۷۶/۱۲/۱۴ شاهد نمونه‌ای از فرض قانونی هستیم. در این نظریه می‌خوانیم: «سهام شرکت در حکم عین است و وقف آن‌ها براساس مواد ۵۵ و ۵۸ ق.م. صحیح است». به نقل از: نیسی، سعید، مجموعه نظریات مشورتی اداره حقوقی، ص ۴۴۵.

۴۸. در یکی از کتب فقهی (بجنوردی، سید محمد حسین، القواعد الفقهیه، ج ۳، ص ۵۳) در مقابل ثبوت حقیقی و تکوینی، صحبت از ثبوت تعبدی شده است که به نظر می‌رسد دومی را بتوان معادل فرض قانونی دانست. نویسنده فوق در اثربخشیدن به ثبوت تعبدی امساک می‌نماید. چنان‌که در مورد اقرار معتقد است که اثر اثباتی آن تنها ناظر به اثبات وجود تعبدی مقرب است نه وجود واقعی آن. لذا اقرار تنها می‌تواند آثاری را که علیه مقر است، اثبات کند و از اثبات اثر به نفع مقر ناتوان است. به نظر می‌رسد از توجیهات فقهی که در مورد عدم حجیت آثار عقلی و عادی اصول عملیه شده است بتوان در مورد فروض قانونی نیز استفاده کرد. چه در مورد اصول عملیه گفته می‌شود که این اصول، خود موضوع را به منزله واقع قرار می‌دهند و نه لوازم عقلی آن را. توجیهی که در مورد فرض نیز قابل استفاده است. برای بررسی بیشتر: أنصاری، شیخ محمد علی، الموسوعة الفقهية المیسرة، ج ۳، ص ۵۰۱.

۴۹. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، بهمن، چ ۴، ۱۳۸۳، ص ۱۷۸.

۵۰. صفار، محمدجواد، شخص حقوقی، نیل، چ ۱، اول، ۱۳۷۳؛ مؤتمنی طباطبایی، منوچهر، شخصیت حقوقی، تحولات حقوق خصوصی، ۱۳۷۱.

۵۱. لف و نشر مشوش.

۵۲. صفایی، سید حسین؛ امامی، اسدا...، مختصر حقوق خانواده، میزان، چ ۷، ۱۳۸۳، ص ۲۷۵.

۵۳. مفید، المقننه، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۰، ص ۸۱۵ - ۸۱۶: «و من خلی غریما لرجل من یده قهرا و اکراها کان ضامنا لما علیه. فان خلاه بمساله او شفاعه لم یکن علیه ضمان، الا ان یضمن ما علیه»؛

طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، *النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی*، دار الکتب العربی، ج. ۲، ۱۴۰۰، ص. ۳۱۶؛ حلی، محقق، *شراعی الإسلام*، ج. ۲، ص. ۳۶۴: «و من اطلق غریما من ید صاحب الحق قهرا، ضمن احضاره او اداء ما علیه. و لو کان قاتلا، لزمه احضاره او دفع الیه»؛ حلی، ابن ادریس، *السرائر*، ج. ۲، ص. ۷۷: «من خلی قاتلا من ید ولی المقتول، بالجبر و الاکراه، کان ضامنا لیه المقتول، الا ان یرد القاتل الی ولی و یمکنه منه.»؛ حلی، العلامه، *تحریر الأحکام*، ج. ۵، مؤسسه الإمام الصادق (ع)، ج. اول، ۱۴۲۰، ص. ۵۶۹.

۵۴. برای دیدن نظری که معتقد است که با تحقق فوت مکفول تعهد کفیل قهری ساقط نمی‌شود: جعفری لنگرودی، *کفالت*، گنج‌دانش، ج. ۳، ۱۳۷۸؛ برای دیدن نظر مخالف: الفاضل الابی، *کشف الرموز*، ج. اول، ص. ۵۶۱: «ومن خلی غریما من ید غریمه قهرا لزمه اعادته او اداء ما علیه، ولو کان قاتلا اعاده او یدفع الیه، و تبطل الکفاله بموت مکفول عنه».

۵۵. تاریخ ۱۳۷۹/۹/۲۰ شماره دادنامه ۲۷۲ کلاسه پرونده ۴۴۲/۷۸.

۵۶. برخی از فقها بر این اعتقاد هستند که ابراء توسط هر يك از طلبکاران تنها نسبت به سهم خود وی نافذ است و برای تحقق اثر آن نیازی به اعلام رضایت از جانب طلبکار دیگر نمی‌باشد. (ر.ک.: سرخسی، ج. ۲۱: «ابراء من نصیبه کان صحیحا» «ابراء الغریم من حصته جازت البرایه»؛ *جوهر الکلام فی شرح شرایع الإسلام*، ج. ۲۶، ص. ۳۳۳: «و ابراء احدهما الغریم او الصلح معه بشیء یمحض الباقی للشریک الاخر، فان الابراء یتعلق بالمشاع علی اشاعته، و کذا الصلح، فمع فرض حصولهما و عدم تصور ملک الشخص علی نفسه لیمحض الباقی للشریک الاخر». برای مطالعه بیشتر: ایزانلو، محسن؛ میرشکاری، عباس، *نقد مفهوم و آثار طلب مشاع، فصلنامه حقوق*، دوره ۳۹، تابستان ۱۳۸۸، ش. ۲، ص. ۱۰۱.

۵۷. *تذکره الفقهاء*، ص. ۲۲۸: «و لو ابرا احد الشریکین الغریم من حقه بریء منه لانه بمنزله قبضه منه و لیس لشریکه الرجوع علیه بشیء لانه لم یقبض شیئا من حق الشریک».

۵۸. گاهی خود مقنن به خلاف واقع بودن حکم خود تصریح می‌کند: *ماده ۲۱۷ ق.م.ا.*: «هرگاه جراحی که نفر اول وارد کرده مجروح را در حکم مرده قرار داده و تنها آخرین رمق حیات در او باقی بماند و در این حال، دیگری کاری را انجام دهد که به حیات او پایان بخشد اولی قصاص می‌شود و دومی تنها دیه جنایت بر مرده را می‌پردازد.» با آن که در متن فوق از مجروحی بحث است که آخرین رمق حیات در وی باقی مانده اما مقنن او را در حکم مرده قرار داده است.

۵۹. برای دیدن نظر مخالف: آشوری، محمد، *آیین دادرسی کیفری*، ج. ۲، انتشارات سمت، ج. ۵، تابستان ۱۳۸۴، ص. ۲۵۰.

۶۰. جعفری لنگرودی، *دایرة المعارف علوم اسلامی و قضایی*، ج. اول، ص. ۴۴.

۶۱. در فقه عبارت معادل علم عرفی، ظن متاخم (شهید ثانی، *شرح اللمعه*، ج. ۳، ص. ۱۳۶: «مشتق من تاخم یتاخم فهو متاخم و معناه الاتصال و المقاربه ای یقارب الظن العلم فی افادته الاطمینان.») یا ظن غالب (جعفری لنگرودی، *ترمیمولوژی*، ص. ۴۳۷) است. به عبارت پایانی ماده ۱۸۰ ق.آ.د.ک. توجه شود: «رأی صادره پس از ابلاغ ظرف ده روز قابل واخواهی در همان دادگاه می‌باشد. در حقوق ا... رسیدگی غیابی جایز نیست. دادگاه در صورت ظن قوی بر وقوع جرم تا دستیابی به متهم، پرونده را مفتوح می‌گذارد.»

۶۲. برای مطالعه بیشتر: کاتوزیان، اثبات و دلیل اثبات، ج. اول، ص. ۳۵۰؛ شمس، عبدالم... آیین دادرسی مدنی، ج. ۳، ص. ۲۱۱.
۶۳. بازگیر، یدا... مسایل پیرامون چک در آرای قطعی یافته دادگاهها، ج. اول، تابستان ۱۳۷۸، دادنامه ۴۷۸۰/۸۱۸۲ تاریخ: ۷۴/۱۱/۲۶: «شهادت از دلایل اثبات و قاطع دعوی است و نظریه کارشناسان از امارات محسوب است و از بین آن دو، اولویت با شهادت شهود است.»
۶۴. عراقی، آقا ضیاء الدین، نهاییه الافکار فی مباحث الافاظ، ج. ۲، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۵، ص. ۶: «لا شبهه فی وجوب متابعه القطع عقلاً»؛ قمی، شیخ المؤمن، تسدید الاصول، ج. ۲، جامعه مدرسین قم، ج. اول، ۱۴۱۹، ص. ۶.
۶۵. عراقی، تنقیح الاصول، ص. ۱۹.
۶۶. فرازید، ج. اول، ص. ۲۹: اصول الاستنباط، ص. ۱۷۹ و نیز: گلیایگانی، افاضه العوائد، ج. ۲، ص. ۷: شیرازی، تقریرات، ج. ۳، ص. ۲۳۵: «فلا یكون قابلاً للجعل لا نفیاً لفرض امتناع نفی هذه الصفة عنه و لا اثباتاً لكونه تحصيلاً للحاصل»؛ سبزواری، وسیله الوصول الی حقایق الاصول، ص. ۴۶۵: «ان طریقیه القطع الی الواقع ذاتیه و حجیته من جعله، و لیست قابله للجعل، و کذا الظن الاطمینانی الذی لا یعتنی العقلاء باحتمال خلافه، بل یطلقون علیه العلم عرفاً»؛ غروی اصفهانی، شیخ محمد حسین، نهاییه الدراییه فی شرح الکفایه، ج. ۲، ص. ۳۱: نجفی اصفهانی، شیخ ابی محمد رضا، وقایه الاذهان، ص. ۴۴۶: کاظمی خراسانی، شیخ محمد علی، فواید الاصول، ج. ۳، ص. ۶: انصاری، شیخ محمد علی، الموسوعه الفقهیة المیسره، ج. ۳، ص. ۴۷۱.
۶۷. همان، ص. ۳۱: آخوند خراسانی، کفایه الاصول، ص. ۲۵۸؛ مظفر، اصول، ص. ۴۰: «ان حجیته منبعثه من نفس طبیعه ذاته فلیست مستفاده من الغیر و لا تحتاج الی جعل من الشارع و لا الی صدور امر منه باتباعه بلا العقل هو الذی یكون حاکماً بوجوب اتباع ذلك الشیء و ما هذا شأنه لیس هو الا العلم»؛ حکیم، سید محمد سعید، المحکم فی اصول الفقه، ج. ۳، ص. ۲۲.
۶۸. کاظمی خراسانی، شیخ محمد علی، فواید الاصول، ج. ۳، ص. ۶۴؛ مظفر، اصول فقه، ج. ۲، ص. ۵۱.
۶۹. اصفهانی، وسیله الوصول الی حقایق الاصول، ص. ۴۳۷.
۷۰. «النادر کالمعدوم».
۷۱. به تعبیری که در متن مذکور افتاد میان طریقه استقراء و قاعده الحاق الشیء بالاعم الاغلب تناسب دیده می شود به نحوی که دومی با به کارگیری اولی قابل استفاده خواهد بود. با این حال، برای دیدن مفارقت های این دو: انصاری، شیخ محمد علی، الموسوعه الفقهیة المیسره، ج. ۳، ص. ۴۶۹.
۷۲. منظور نگارنده از معرفی غلبه به عنوان مبنای اماره حصر این نکته نمی باشد.
۷۳. همین مبنا سبب تمایز اماره از نهادهای حقوقی مشابه می گردد. برای مثال، در تمایز اماره از فرض می توان گفت که فرض قانونی لزوماً در غلبه ریشه ندارد. بنابراین به فرض پذیرش اماره مطلق در حقوق ایران (در حقوق ایران ماده ۲۳۰ ق.م. در تعیین وجه التزام را اماره خلاف ناپذیر ورود خسارت به طلبکار دانسته اند: غمامی، مجید، قابلیت پیش بینی ضرر در مسئولیت مدنی، انتشار، ج. اول، ۱۳۸۳، ص. ۵۸؛ هم چنین برخی از استادان، قصد انشاء اظهار شده را اماره مطلق برخواست قاصد دانسته اند: جعفری لنگرودی، رمز و صلح، گنج دانش، ج. ۳، ۱۳۷۸، ص. ۴؛ برخی نیز اعتبار امر مختومه را اماره غیرقابل رد حقیقت می دانند:

صدرزاده افشار، سید محسن، *نگاهی به قوه قضائیه و لزوم توجیه رأی در دادگاه‌های بلژیک*، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۷۲، ص. ۱۰۰. تفاوت آن با فرض قانونی در همین نکته خواهد بود. به نظر نگارنده، اماره خواه مطلق، خواه نسبی، ریشه در غلبه دارد، برخلاف فرض که ارتباطی با واقع ندارد. به همین دلیل اگر نهادی که در تردید در مورد ماهیت آن می‌باشیم ریشه در غلبه داشته باشد و خلاف آن قابل اثبات نباشد باید آن را اماره مطلق نامید. برای مثال، ماده ۲۲۵ ق.ت. مقرر می‌دارد: «تاریخ تحریر و مبلغ برات به تمام حروف نوشته می‌شود. اگر مبلغ بیش از یک دفعه به تمام حروف نوشته شده و بین آن‌ها اختلاف باشد مبلغ کمتر منوط اعتبار است. اگر مبلغ با حروف و رقم هر دو نوشته شده و بین آن‌ها اختلاف باشد مبلغ حروف معتبر است»؛ ترجیح مبلغ کمتر بر مبنای اصل عملی عدم زیاده و اکتفا به قدر متیقن است اما ترجیح مبلغ حروفی بر عددی به این دلیل است که افراد در نوشتن مبلغ حروفی دقت بیشتری دارند تا مبلغ عددی؛ از همین رو، قانون‌گذار با نادیده گرفتن مبلغ عددی، مبلغ حروفی را ترجیح داده است و به اقتضای ماهیت تجارتی برات به نظر می‌رسد اثبات خلاف آن امکان‌پذیر نباشد. اما ماده ۱۵ لایحه اصلاحی قانون تجارت که مقرر می‌دارد: «امضا ورقه تعهد سهم به خودی خود مستلزم قبول اساس نامه شرکت و تصمیمات مجامع عمومی صاحبان سهام می‌باشد.» ریشه در غلبه ندارد یعنی نمی‌توان گفت که غالباً امضاکنندگان ورقه سهم اساس نامه و تصمیمات مجامع را قبول دارد. بنابراین دلالت امضا بر قبول فرض قانونی است نه اماره مطلق.

۷۴. در الذریعه (ج. ۱، ص. ۲۳) می‌خوانیم: «و ما يحصل عنده الظن یسمى اماره»؛ به نکته‌ای که در متن به آن اشاره شد عمدتاً در متون فقهی و قانونی، توجه کافی نشده است. برای مثال نویسنده سرائر (ج. ۲، ص. ۳۷۷) می‌نویسد: «فان افطر لا عن اماره و لا ظن فیجب علیه القضاء و الکفاره» در حالی که با توجه به رابطه علی اشاره شده در متن رابطه اماره و ظن طولی خواهد بود نه عرضی. پس نمی‌توان تصور حالتی را کرد که اماره باشد و ظن نباشد و یا بالعکس. تسامح قانون‌گذار در ماده ۲۲۸ ق.م.ا. که گویی اماره را چیزی جدا از ظن و احتمال می‌داند نیز قابل انتقاد به نظر می‌رسد. این ماده مقرر می‌دارد: «مدعی باید نسبت به مورد دعوی جازم باشد و با احتمال و ظن نمی‌توان علیه کسی اقامه دعوی کرد لیکن با وجود اماره و آثار جرم دعوی بدون جزم نیز مسموع است.» تسامح دیگر در مورد نقش اماره، عدم دقت در مورد محصول اماره است. همان‌طور که در متن گفته شد حاصل اماره، ظن است نه علم. در حالی که برای مثال، آنچه از تعریف محقق حلی در معارج الاصول (ص. ۴۸) برداشت می‌شود این مفهوم را نمی‌رساند: «و الاماره: هی ما النظر الصحیح فیها یفضی الی العلم» و نیز بنگرید به: مظفر، اصول فقه، ج. ۲، ص. ۱۴؛ عدم دقت قانون‌گذار نیز در بیان محصول اماره از تأمل در ماده ۲۵۵ ق.آ.د.م. مشخص می‌گردد. این ماده مقرر می‌دارد: «اطلاعات حاصل از تحقیق و معاینه محل از امارات قضایی محسوب می‌گردد که ممکن است موجب علم یا اطمینان قاضی دادگاه یا مؤثر در آن باشد.» ملاحظه می‌شود که با وجود آن‌که اطلاعات حاصل از تحقیق و معاینه محل از امارات قضایی محسوب شده، حاصل آن، علم یا اطمینان قاضی دادگاه یا مؤثر در آن دانسته شده و این یعنی که حاصل اماره می‌تواند علم یا اطمینان باشد.

۷۵. امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، ج. ۶، ص. ۱۲؛ ملازمه مفهومی کلی و قابل تردید در اعمال مصادیق است. در حقوق امریکا ضابطه رابطه معقول در مورد رابطه واقعیت مبنایی و واقعیت فرض شده، مطرح

است. در ۱۹۴۳ در پرونده‌ای موسوم به Tot v. united states متهم قانون اسلحه‌های گرم فدرال را به چالش کشید که براساس آن اسلحه گرم موجود در تصرف فردی که سابقاً به جرم خشونت‌آمیز محکوم شده است دلالت می‌کند که آن اسلحه از طریق تجارت بین ایالتی حمل شده است. دادگاه در تأیید بی‌اعتبار دانستن قانون فوق مقرر داشت: «یک اماره قانونی نمی‌تواند معتبر باقی بماند اگر هیچ‌گونه ارتباط معقولی میان واقعیت اثبات‌شده و واقعیت نهایی فرض‌شده وجود نداشته باشد به این معنی که استنباط یک امر از دلیلی دیگر به علت فقدان ارتباط میان آن دو در تجربه عموم خودخواهانه است». در دعوی موسوم به PEOPLE V. STEVENSON دادگاه عالی کالیفرنیا (۱۹۶۴) در توضیح رابطه معقول به‌عنوان ضابطه بیان داشت که: «براساس دانش تجربی واقعیت اثبات‌شده نشانه نهایی واقعیت فرض‌شده باشد». در دعوی موسوم به (leary V. united states 1969) متهم قانون کنترل مواد مخدر مصوب ۱۹۵۶ را به چالش کشید. براساس این قانون تصرف ماری جوانا دلالت بر این می‌کند که متصرف آن به ورود غیرقانونی مواد فوق علم دارد. دادگاه چنین استنباطی را غیرعقلایی، مستبدانه و نتیجتاً خلاف قانون اساسی دانست و به‌عنوان دلیل بیان داشت که: «برای معتبر دانستن استنباط فوق باید اثبات شود که اکثریت متصرفین ماری جوانا یا به رشد بالای واردات ماده فوق علم دارند یا به تولید ماری جوانای در تصرف در خارج از کشور علم دارند». برای دیدن بحثی در مورد اماره در حقوق کامن لا:

cross on evidence, butter worths, fourth edition 1974, p.109.

76. Garrett Clark Dailey, Rebuttable Criminal and Civil Presumption California Statutory Dichotomy, University of California. Davis, Vol 9, P.666.

۷۷. محمدی، ابوالحسن، اصول فقه، ص. ۲۰؛ گرجی، ابوالقاسم، تاریخ فقه و فقهها، سمت، ج. ۷، ۱۳۸۵، ص. ۲۵۰.

۷۸. کاظمی، شیخ محمد علی، فرائد الاصول، ج. ۳، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۶، ص. ۳۱۰.

۷۹. انصاری، فرائد الاصول، ج. ۲، مجمع فکر اسلامی، ج. اول، ۱۴۱۹، ص. ۹: «و قد عرفت: ان القطع حجه فی نفسه لا بجعل جاعل، و الظن یمكن ان یعتبر فی متعلقه، لانه کاشف عنه ظنا، لکن العمل به و الاعتماد علیه فی الشرعیات موقوف علی وقوع التعبد به شرعا، و هو غیر واقع الا فی الجملة»؛ همان، ص. ۱۱: «ثم ان الظن الغير المعبر حکمه حکم الشک كما لا یخفی.»؛ سبزواری، وسیله الوصول الی حقایق الاصول، مؤسسه نشر اسلامی، ج. اول، ۱۴۱۹، ص. ۴۳۵؛ کاظمی، شیخ محمد علی، فرائد الاصول، ج. ۳، ص. ۴۰؛ فیاض، محمد اسحاق، تعالیق مبسوطه، محلاتی، ج. ۲، بی‌تا، ص. ۱۲.

۸۰. عراقی، آقا ضیاء‌الدین، تنقیح الاصول، صص. ۱۹۰ و ۲۰: «و اما الظن فحیث لا یغنی من الحق شیئا و یحتاج اعتباره الی جعل و اعتبار فلا حکم للعقل فیه بل هو تابع لجعل الطریقه فیه و اعتبار من یتبث له الحجیه و ینفیه». در مذمت پیروان ظن از دیدگاه شرع: مظفر، اصول فقه، ج. ۲، ص. ۱۶؛ نویسنده این کتاب با استناد به همین روایات، قاعده را بر بی‌اعتباری ظن قرار می‌دهد و حتی موارد اعتبار ظن را تخصصاً از قاعده بی‌اعتباری ظن خارج می‌کند. ر.ک.: اصول استنباط، ص. ۱۷۷.

۸۱. کاظمی، شیخ محمد علی، فرائد الاصول، ج. ۳، ص. ۴۲: «الاصل یقتضی حرمة التعبد بکل اماره لم یعلم التعبد بها من قبل الشارع»؛ انصاری، شیخ محمد علی، الموسوعة الفقهية المیسرة، ج. ۳، ص. ۴۷۱.

۸۲. اختلاف است در این امر که اقدام شارع در حجت در نظر گرفتن ظن (به تعبیر کاظمی در فواید الاصول، ج. ۳، ص. ۷: «تتمیم کاشفیت ظن») تأسیس است یا امضا: ر.ک.: جعفری لنگرودی، مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام، ص. ۳۵.

۸۳. مظفر، اصول فقه، ج. ۲، ص. ۳۷۰.
۸۴. قمی، میرزا ابوالقاسم، قوانین الاصول، بی ناشر، بی تا، ص. ۸۰.
۸۵. خراسانی، آخوند محمد کاظم، کفایة الاصول، مؤسسه آل بیت، بی تا، ص. ۳۱۰؛ اصول الاستنباط، ص. ۲۰۳.
۸۶. اصول استنباط، ص. ۱۸۷: نویسنده ظاهر را نهی از ظن در اصول عقاید می بیند. با این حال نتیجه ای دیگرگونه می گیرد.
۸۷. برای دیدن نظر مخالف: جعفری لنگرودی، دایرة المعارف علوم اسلامی و قضایی، ج. اول، ص. ۱۵۶.
۸۸. أنصاری، شیخ محمد علی، الموسوعة الفقهية الميسرة، ج. ۳، ص. ۴۹۶.
۸۹. قمی سبزواری، علی بن محمد، جامع الخلاف والوافق، پاسدار اسلام، بی تا، ص. ۳۲؛ چنان که علامه حلّی در منتهی المطلب (ج. اول، ص. ۷۴) می نویسد: «رجوعاً عن المتیقن الی المظنون و هو باطل».
۹۰. با توجه به وجود دو نوع اماره و احتمال تعارض آن دو، باید جانب کدامیک را گرفت؟ در طرفداری از تفوق اماره قضایی می توان گفت که با توجه به این که حاصل اماره قضایی، علم شخصی و حاصل اماره قانونی، علم نوعی است و نظر به این که علم شخصی بر علم نوعی غلبه دارد و به واقع نزدیک تر است، جانب اماره قضایی را باید گرفت.
- اما می توان در بیان نظر مخالف گفت که قانون گذار بر حسب میزان احتمال اصابت دلیل به واقع حدود دعاوی را که آن دلیل می تواند به کار رود، مشخص می کند. بنابراین اگر احتمال اصابت دلیلی به واقعیت کم باشد قانون گذار آن را تنها در مورد دعاوی کم ارزش و محدود می پذیرد. قانون گذار در حدود اماره قضایی در ماده ۱۳۲۴ ق.م. مقرر نموده است: «اماراتی که به نظر قاضی واگذار شده عبارت است از اوضاع و احوالی درخصوص مورد و در صورتی قابل استناد است که دعوی به شهادت شهود قابل اثبات باشد یا ادله دیگر را تکمیل کند».
- ملاحظه می شود که قانون گذار اعتبار اماره قضایی را به احکام شهادت احاله داده است. ماده ۱۳۰۶ ق.م. هم در مقام بیان حدود اعتبار شهادت می نویسد: «جز در مواردی که قانون استثنا کرده است هیچ یک از عقود و ایقاعات و تعهدات را که موضوع آن عیناً یا قیمتاً بیش از پانصد ریال باشد نمی توان فقط به وسیله شهادت شفاهی یا کتبی اثبات کرد ولی این حکم مانع از این نیست که محاکم برای مزید اطلاع و کشف حقیقت به اظهارات شهود رسیدگی کنند».
- ماده فوق در اصلاحات ۱۳۶۱/۱۰/۸ و ۱۳۷۰/۸/۱۴ حذف شد. حال این سؤال جای طرح دارد که آیا با توجه به این که قانون احاله داده شده از اعتبار ساقط شده و در نتیجه اعتبار شهادت کامل گشته؛ اعتبار اماره قضایی هم مطلق خواهد شد؟
- قبل از پاسخ به این سؤال لازم است در مورد احاله اندکی توضیح دهیم. گاهی یک قانون عموماً من باب اختصار در بیان و تکمیل مفاد خود، توضیح امر یا اموری را به قانونی دیگر ارجاع می دهد، این ارجاع، احاله نامیده می شود. مشکل، زمانی پدید می آید که اعتبار قانون احاله گیرنده به پایان می رسد. حال مسأله این خواهد بود که در مورد امر مورد احاله واکنش مفسر قانون چه باید باشد؟ گاهی خود قانون احاله دهنده این مشکل را پیش بینی می کند (مانند ماده ۲۴۲ لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت) گاهی نیز قانون جایگزین قانون احاله گیرنده این مشکل را پیش بینی می کند (مانند ماده ۲۹۹ همان لایحه). به هر حال در غیر این موارد

می‌توان به‌عنوان حکم کلی گفت که پس از انقضای اعتبار قانون احاله‌گیرنده، مفاد آن قانون را در مورد امر مورد احاله باید معتبر دانست گویی که متن قانون احاله‌گیرنده دوباره در متن قانون احاله‌دهنده تکرار گردیده؛ با بی‌اعتبار شدن قانون احاله‌گیرنده تنها مفاد آن در قسمت قانون احاله‌گیرنده بی‌اعتبار شده نه متنی که در قانون احاله‌دهنده اعتباراً درج گردیده است.

اما در مورد بحث اماره نیز به نظر نگارنده با توجه به نظر شورای نگهبان در ابطال ماده ۱۳۰۶ ق.م. که ناظر به شهادت می‌باشد نه اماره قضایی (مجموعه قوانین، ۱۳۶۷، ص. ۶۳۶)، لذا تنها شهادت اعتبار خود را بازیافته است نه اماره و محدودیت اماره قضایی هنوز پابرجا است. به همین دلیل با توجه به محدودیت اماره قضایی و اعتبار گسترده اماره قانونی، تفوق دومی بر اولی را باید پذیرفت.

۹۱. جعفری لنگرودی، *ترمیم‌ولوژی حقوق*، ص. ۳۹۲. در این طرز تلقی اصولی، شك در تقابل با یقین است. با این حال برخی از اهل ذوق با دیدگاهی کلام‌گونه شك را در ساختمان یقین دخیل می‌دانند: خرمشاهی، بهاء‌الدین، *از شك تا یقین*، دفتر نشر معارف، چ. اول، ۱۳۸۴، ص. ۲۹.

۹۲. گاهی شك سبب حکم واقعی می‌گردد: شهید ثانی، *قواعد و فواید*، ص. ۳۶.

۹۳. مظفر، شیخ‌محمد رضا، *اصول فقه*، ج. ۲، ص. ۲۳۳.

۹۴. انصاری، *فرانده الاصول*، ج. اول، ص. ۲۵؛ مظفر، علامه محمد رضا، *اصول فقه*، ص. ۲۳۶؛ *اصول الاستنباط*، ص. ۲۰۶: «ولکن لم یثبت بحسب الاستقراء من العقل و الشرع الا اصول الاربعه المهمه»؛ انصاری، *الموسوعة الفقهية المیسرة*، ج. ۳، ص. ۴۹۹؛ روزدری، علی، *تقریرات آیه الله المجدد الشیرازی*، ج. ۴، مؤسسه آل‌ال‌بیت (ع)، چ. اول، ۱۴۱۴، ص. ۱۴؛ بهسودی، محمد، *مصباح الاصول*، ج. ۲، علمی، چ. ۵، ۱۴۱۷، ص. ۲۴۸.

۹۵. آل‌ال‌شیخ راضی، شیخ محمد طاهر، *بدایة الوصول فی شرح کفایة الاصول*، ج. ۵، ص. ۲۰۶؛ سبزواری، *وسیله الوصول الی حقایق الاصول*، ص. ۴۶۴؛ جعفری لنگرودی، *دایرة المعارف علوم اسلامی*، ج. اول، ص. ۸۳.

۹۶. برخی از فقها نیز تنها اصول عملیه عمده در مورد شك در احکام و نه موضوعات را اصول ۴گانه می‌دانند: کاظمی، شیخ محمد علی، *فرانده الاصول*، ج. ۳، صص. ۳۲۵ - ۳۲۶.

۹۷. دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی در دایرة المعارف علوم اسلامی (ج. اول، ص. ۱۶۰) با ذکر اقسام مهم اصول عملیه افزون بر اصول مرسوم به‌طور ضمنی حصر این اصول را نپذیرفته است. در جلد دوم همان کتاب (ص. ۱۹۶) نیز انصاف را به‌عنوان اصل عملی معرفی می‌کند. دکتر محسن ایزانلو نیز به استناد ماده ۱۵۳ ق.م. از اصل برابری (تساوی) در مصداقی نوین (سهم خسارت مادی و معنوی در میزان دیه) استفاده می‌کند. برای مطالعه بیشتر: ایزانلو، محسن، *استرداد مزایای تأمین اجتماعی از محل دین مسئولیت مدنی*، فصلنامه حقوق، دوره ۳۸، ش. اول، بهار ۱۳۸۷، ص. ۴۵.

۹۸. خراسانی، آخوند محمد کاظم، *کفایة الاصول*، ص. ۴۱۵؛ در فقه از این مورد در فرع اصل مثبت یاد می‌شود: یزدی، *سؤال و جواب*، مرکز نشر علوم اسلامی، چ. اول، ۱۳۷۶، ص. ۱۵؛ روحانی، سید محمد صادق، *زبدة الاصول*، ج. ۲، مدرسه الإمام الصادق، چ. اول، ۱۴۱۲، ص. ۳۲۹؛ همان، ج. ۳، ص. ۱۶۵؛ همان، ج. ۴، همان، ص. ۱۱۷؛ انصاری، *الموسوعة الفقهية المیسرة*، ج. ۳، ص. ۴۹۶.

۹۹. سبزواری، *وسیله الوصول الی حقایق الاصول*، ص. ۷۵۸؛ مظفر، *اصول فقه*، ج. ۲، ص. ۱۱۵.

۱۰۰. برخی عمده مبنای استصحاب را اخبار شریفی می‌دانند که نهی‌کننده از نقض یقین به وسیله شک است. این مبنا تنها بر لزوم ترتب آثار شرعی برای مستصحب دلالت می‌کند نه آثار عقلی و عادی. برای بررسی بیشتر: اصول المهدیه، ص. ۲۴؛ با این حال برخی (جعفری لنگرودی، دایرة المعارف علوم اسلامی، ج. اول، ص. ۱۶۰) با توجه به هدف تسهیل و راهگشایی موجود در اصول عملیه، اقتضا را در آن می‌بیند که اصل نسبت به لوازم خود نیز حجت باشد با این حال با توجه به «اصل عدم ارزش اثباتی دلیل» اثبات لوازم را محتاج دلیل می‌دانند. (همان، ص. ۱۶۱)

۱۰۱. أنصاری، الموسوعة الفقهية الميسرة، ج. ۳، ص. ۴۹۶.

منابع:

الف: فارسی:

- ۱ - اخلاقی، بهروز، بحثی پیرامون ضمانت‌نامه‌های بانکی، مجله دانشکده حقوق، ۱۳۶۸.
- ۲ - امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ج. ۶ انتشارات ابوریحان، چ. ۶ بهار ۱۳۶۴.
- ۳ - بازگیر، یداً...، رسیدگی به دلایل و احکام راجع به آن‌ها، گیتی، چ. اول، ۱۳۸۱.
- ۴ - _____، تشریفات دادرسی مدنی در آیین دیوان عالی کشور، گیتی، چ. اول، ۱۳۸۱.
- ۵ - جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، گنج‌دانش، چ. ۱۶، ۱۳۸۵.
- ۶ - _____، تاریخ حقوق ایران، معرفت، بی‌تا.
- ۷ - _____، دایرةالمعارف علوم اسلامی و قضایی، چ. اول، گنج‌دانش، چ. ۳، ۱۳۸۱.
- ۸ - _____، مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام، گنج‌دانش، چ. ۳، ۱۳۸۲.
- ۹ - خوانساری، محمد، منطق صوری، ج. ۲، آگاه، چ. ۳۲، ۱۳۸۶.
- ۱۰ - دمیرچلی، محمد؛ حاتمی، علی؛ قرائی، محسن، قانون تجارت در نظم حقوق کنونی، میثاق عدالت، چ. ۴.
- ۱۱ - سیاح، عبدالحمید، فرهنگ جامع، نشر اسلام، چ. ۳، ۱۳۷۸.
- ۱۲ - شمس، عبدا...، آیین دادرسی مدنی، ج. ۳، دراک، چ. ۲، پاییز ۱۳۸۴.
- ۱۳ - شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، مجد، چ. ۴، ۱۳۸۴.
- ۱۴ - طباطبایی، محمدحسین، اصول فلسفه و روش رئالیسم، صدرا، ۱۳۵۸.
- ۱۵ - غمامی، مجید؛ آذین، سیدمحمد، نقش متقابل دادرسی و اصحاب دعوا، فصلنامه حقوق، دوره ۳۹، ش. ۲، ۱۳۸۸.
- ۱۶ - کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، چاپ انتشار، چ. ۳۲، ۱۳۸۱.
- ۱۷ - _____، اثبات و دلیل اثبات، چ. اول، نشر میزان، چ. اول، زمستان ۱۳۸۰.
- ۱۸ - _____، نظریه عمومی تعهدات، دادگستر، چ. اول، بهار ۱۳۷۹.
- ۱۹ - محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه، اندیشه‌های نو در علوم اسلامی، ۱۳۶۹.
- ۲۰ - محمدی، ابوالحسن، اصول فقه، دانشگاه تهران، چ. ۱۸، پاییز ۱۳۸۳.
- ۲۱ - مظفر، محمدرضا، منطق، ترجمه منوچهر صانعی، نشر حکمت، چ. ۴، ۱۳۷۷.
- ۲۲ - میرشکاری، عباس، ثبوت یا اثبات، نشریه دادگستران، ش. ۶ دی ماه ۱۳۸۵.
- ۲۳ - _____، مجمع پریشانی بحث‌هایی در باب اراده، نشریه دادگستران، ش. ۷، اردیبهشت ماه ۱۳۸۶.
- ۲۴ - نیسی، سعید، مجموعه نظریات مشورتی اداره حقوقی، بهنامی، چ. اول، ۱۳۸۵.

ب: عربی:

- ۱ - حسن بن زین الدین (صاحب معالم)، ابن شهید ثانی، معالم الدین و ملاذ المجتهدین، ج. اول، مؤسسه نشر اسلامی.
- ۲ - اردبیلی، محقق، زبدة البیان، مکتب مرتضوی، بی تا.
- ۳ - _____، مجمع الفائدة، ج. ۴، مؤسسة النشر الإسلامي، ۱۳۶۴.
- ۴ - انصاری، شیخ محمدعلی، الموسوعة الفقهية الميسرة، ج. ۳، مجمع الفكر الإسلامي، ۱۴۲۰.
- ۵ - بحرانی، محقق، الحدائق الناضرة، ج. ۲۳، مؤسسة النشر الإسلامي.
- ۶ - بجنوردی، سید محمدحسین، القواعد الفقهية، ج. اول، نشر هادی، ج. اول، ۱۴۱۹.
- ۷ - بروجردی، شیخ بهاء الدین الحجتی، حاشیه علی الکفایه الاصول، مؤسسه انصاریان، ج. اول، ۱۴۱۲.
- ۸ - حائری، السید کاظم، القضاء فی الفقه الاسلامی، مجمع فکر اسلامی، ج. اول، ۱۴۱۵.
- ۹ - حکیم، سید محمد سعید، المحکم فی أصول الفقه، ج. ۳، مؤسسة المنار، ج. اول، ۱۴۱۴.
- ۱۰ - حلّی، ابن إدريس، السرائر، ج. ۲، مطبعة مؤسسة النشر الإسلامي، ج. ۲، ۱۴۱۰.
- ۱۱ - حلّی، ابن فهد، المهذب البارع، ج. ۳، جامعه مدرسین، ۱۴۱۱.
- ۱۲ - حلّی، علامه، مبادئ الوصول الى علم الاصول، مکتب الاعلام الاسلامی، ج. ۳، ۱۴۰۴.
- ۱۳ - حلّی، علامه، ارشاد الأذهان، ج. اول، مطبعة مؤسسة النشر الإسلامي، ۱۴۱۰.
- ۱۴ - خویی، سید ابوالقاسم، صلاة، ج. ۲، منشورات مدرسه دارالعلم، ۱۴۱۱.
- ۱۵ - امام خمینی، سید روح...، تحرير الوسیله، ج. ۲، دارالکتب العلمیه.
- ۱۶ - _____، کتاب البیع، ج. ۵، مؤسسه تنظیم و نشر آثار الامام خمینی، ج. اول، ۱۴۲۱.
- ۱۷ - _____، تهذیب الاصول، ج. ۲، انتشارات دارالفکر، ۱۴۱۰.
- ۱۸ - خمینی، سید مصطفی، تحریرات فی الاصول، ج. ۳ و ۵ و ۶، مؤسسه نشر آثار امام، ۱۴۱۱.
- ۱۹ - خوانساری، جامع المدارك، ج. ۳، مکتبه صدوق، ج. ۲، ۱۴۰۵.
- ۲۰ - رشتی، بدایع الافکار، مؤسسه آل بیت قم، ۱۳۱۳.
- ۲۱ - روحانی، سید محمدصادق، زبدة الاصول، ج. ۳، معاصر، مدرسه الإمام الصادق، ج. اول، ۱۴۱۲.
- ۲۲ - سبزواری، محقق محمد باقر بن محمد مؤمن، کفایة الأحكام، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۳.
- ۲۳ - شاکلی، حاج حسین، موسوعة المصطفى والعترة (ع)، ستاره، ج. اول، ۱۳۱۸.
- ۲۴ - شروانی و العبادی، حواشی الشروانی، ج. اول، دار إحياء التراث العربی.
- ۲۵ - شهید اول، الدروس، ج. ۳، مؤسسه نشر اسلامی، ج. اول، ربیع الثانی ۱۴۱۴.
- ۲۶ - _____، لمعة دمشقیه، ج. ۲، چاپ قدس، ج. اول، ۱۴۱۱.
- ۲۷ - شهید ثانی، رسائل، منشورات مکتبه بصیرتی، بی تا.
- ۲۸ - _____، مسالك الافهام، ج. ۵، معارف اسلامی، ج. اول، ۱۴۱۴.
- ۲۹ - _____، مسالك الأفهام، ج. ۱۴، پاسدار اسلام، مؤسسه المعارف الإسلامیه، ج. اول، ۱۴۱۹.
- ۳۰ - _____، شرح المعه، ج. ۲، مطبعه الأداب، ج. اول، ۱۳۸۷ - ۱۹۶۷ م.
- ۳۱ - شیرازی، میرزا، تقریرات، ج. ۳، مؤسسه آل بیت قم، ۱۴۰۹.
- ۳۲ - صدرالدین محمد، الحکمه المتعالیه فی الأسفار العقلیه الأریه، ج. ۲، دار إحياء التراث العربی، ج. ۳، ۱۹۸۱ م.

- ٣٣ - صدر، سيد محمد باقر، *بحوث في علم الاصول*، ج. ٢، مؤسسه دايره المعارف فقه اسلامي، ١٤١٧.
- ٣٤ - طباطبائي، سيد محمد حسين، *بداية الحكمة*، مؤسسه النشر الإسلامي، ١٤١٢.
- ٣٥ - طهراني، آقا بزرگ، *التريعه*، ج. اول، مجلس.
- ٣٦ - عاملی، حر، *تفصيل وسائل الشيعه الى تحصيل مسائل الشريعه*، ج. ٧، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ج. اول، ١٤٠٩.
- ٣٧ - عاملی، سيد محمد، *مدارك الأحكام*، ج. ٥، مؤسسه آل البيت، شعبان ١٤١٠.
- ٣٨ - عراقي، آقا ضياء الدين، *نهاية الافكار في مباحث الالفاظ*، ج. ٢، مؤسسه نشر اسلامي، ١٤٠٥.
- ٣٩ - ابوالقاسم بن محمد حسين القمي (ميرزاى قمي)، *جامع الشتات*، ج. اول، مؤسسه كيهان، ج. اول، ١٣٧١، ش.
- ٤٠ - كاظمي، الشيخ محمد علي، *فرائد الأصول*، ج. ٤، ١٤٠٩.
- ٤١ - گلپايگانی، سيد محمد رضا، *افاضة العوائد على درر الفوائد*، ج. ٢، دارالقران الكريم، ١٤١٠.
- ٤٢ - مشكيني، شيخ علي، *اصطلاحات الأصول*، دفتر نشر الهادي، ١٣٧١ ش.
- ٤٣ - مصطفوي، محمد كاظم، *مائة قاعدة فقهية*، مؤسسه النشر الإسلامي، ١٤١٧.
- ٤٤ - مغنيه، محمد جواد، *الشيعة في الميزان*، دارالتعارف للمطبوعات، ج. ٤، ١٣٩٩.
- ٤٥ - مظفر، علامه محمد رضا، *اصول فقه*، ج. ٢، دارالفكر، ج. ٤، ١٣٨٥.
- ٤٦ - مكارم، ناصر، *القواعد الفقيهيه*، ج. ٢، مدرسه الامام اميرالمومنين، ١٤١١.
- ٤٧ - نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام*، ج. ٢١، ٢٢، ٢٦، ٣٥، دار إحياء التراث العربي، ج. ٧.
- ٤٨ - نراقي، محقق، *مستند الشيعة*، ج. ٧، ستاره قم، ١٤١٩.

فرهنگ لغات و اصطلاحات وقف

(بخش یازدهم)

سید جلیل محمدی^۱

تنفیذ وصیت: تأیید و امضا کردن وصیت. هرکس می‌تواند قبل از فوت تا ثلث دارایی و ماترک خود را وصیت کند.

– وصیت زیاده بر ثلث ترکه، نافذ نیست مگر با اجازه وراثت. و اگر بعضی از ورثه اجازه دهد فقط نسبت به سهم او، نافذ است. (ماده ۱۴۳ ق.م.)

تنمیق: کتاب (و قباله‌ها و نکاحیه‌ها و اسناد قدیمه) را با خط خوب و جلد و نقش و نگار زینت‌دادن. (فرهنگ عمید) ← تحریر

توابع: حقوق و عوارض اضافی. (فرهنگ معین) || جمع تابع. پیرو. چیزهای وابسته و حق و حقوق مربوطه: با توابع و لواحق و ممر و مدخل و ... (مؤلف)

– هر چیزی که طبعاً یا برحسب عرف و عادت جزء یا از توابع و متعلقات عین موقوفه محسوب می‌شود، داخل در وقف است. (ماده ۶۸ ق.م.)

تودیع: سپردن. گذاشتن چیزی در جایی یا نزد کسی. (فرهنگ عمید) || تودیع دستمزد: سپردن دستمزد. تودیع دستمزد کارشناس.

– گذاشتن مبلغی به عنوان دستمزد و حق‌الزحمه کارشناس در جایی یا به حسابی در بانک.

– تعیین مدت تودیع دستمزد کارشناس حسب مورد به عهده شعبه خواهد بود. (تبصره دو ماده ۱۲ آیین‌نامه

۱. دادستان بازنشسته سازمان ثبت اسناد و املاک کشور.

کیفیت تحقیق در شعب تحقیق سازمان حج و اوقاف و امور خیریه مصوب ۱۳۶۵/۹/۳۰

تودیع دستمزد کارشناس: ← تودیع

تَوْرِيه: تظاهر کردن به چیزی خلاف حقیقت. (فرهنگ بزرگ سخن) || ریاکاری کردن در امری. (مؤلف)

– مراتب (منظور صلح زمین برای امر خیر) خالی از توره است. (نثار ماندگار، ص. ۲۴۷)

تَوَكِيل وکیل: ← وکیل در توکیل.

تَوَلَّى: ولایت دادن. ولی قراردادن. امری را به گردن گرفتن. (فرهنگ عمید)

– تولى بیمارستان مرقوم بعد از فوت واقف با ... (میراث ماندگار، ص. ۳۷۸)

تَوَلَّيْتُ: سرپرستی امور موقوفه. متولی و متصدی کارهای موقوفه || سرپرستی موقوفات و مزارات. (فرهنگ

معین)

– ثبت رقبه به عنوان وقفیت و حبس مثبت تولیت نیست. (ماده ۳۱ ق.ت.ث.)

تَهَاتُر: پایاپای (فرهنگستان) || در اصطلاح اقتصادی، عمل دو شخص یا دو دولت که طلبها و وامهایی را

به یکدیگر دارند، برابر و پا به پا کنند و پول نقد به هم ندهند و داد و ستد جنسی و معاوضه جنس با

جنس به طور برابر که پولی به یکدیگر ندهند. (فرهنگ عمید)

– وقتی دو نفر در مقابل هم بدهکار باشند و هر دو بدهی تا اندازه‌ای که با ه برابری کند و موضوع آن‌ها از

یک جنس باشد به طور قهری تهاتر حاصل می‌شود. (مواد ۲۹۴ تا ۲۹۶ ق.م.م.)

تَيْلِه سُون: نهالستان. (خوانسار) (فرهنگ لغات خوانسار) || قطعه زمینی که در آن انواع درختان میوه و به

ویژه صنوبر، کبوده، بید و مانند آن‌ها کاشته شده است.

– مورد وقف تیله سون جنب مسجد ... (از یک وقفنامه عادی)

تَيْمُن: همایون داشتن، خجسته داشتن، تبرک جستن. به فال نیک گرفتن. میمنت. خجستگی. (فرهنگ

معین)

تَيْمُنًا: به طور میمنت و برکت. برای تیمن. (فرهنگ معین) || تیمناً و تبرکاً (عبارت دعایی) به میمنت و

مبارکی. (مؤلف)

ثَبِت: قراردادن. استواری. نوشتن. نوشته. نوشته شده. مرقوم. (نعتنامه دهخدا) || قراردادن.

یادداشت کردن. برقرار و پابرجا کردن. || ثبت اسناد: اداره‌ای که معاملات و نقل و انتقال‌های ملکی مردم

را در دفترها و پرونده‌های خود ثبت می‌کند و سند مالکیت می‌دهد. (فرهنگ عمید)

ثبت اسناد و املاک، پس از تصویب نخستین قانون آن در سال ۱۳۰۲ ه.ش، ابتدا به نام «اداره کل ثبت

اسناد و املاک مملکتی» در تهران تأسیس شد، سپس در مراکز استان‌ها و به تدریج در شهرستان‌ها و

بخش‌ها شعباتی دایر نمود. و به موجب ماده یک قانون مزبور دوایر ثبت اسناد و املاک برای دو مقصود

تشکیل می‌شوند:

۱ – ثبت املاک، تا این که مالکیت مالکین دوالحقوق نسبت به آن‌ها تعیین و محفوظ گردد.

۲ - ثبت اسناد، برای این که اسناد رسماً دارای اعتبار شوند. ثبت کل اسناد و املاک، اکنون به عنوان «سازمان ثبت اسناد و املاک کشور» درآمده و یکی از سازمان‌های قوه قضائیه است. به طوری که ذکر شد سازمان ثبت شامل دو قسمت است: الف - ثبت املاک، وظایف آن به ثبت رسانیدن آب و املاک مردم در ادارات ثبت اسناد و املاک محل وقوع ملک و انجام عملیات ثبتی (تحدید حدود، صدور سند مالکیت، تفکیک، تجمیع، افراز و غیره) و همچنین ثبت شرکت‌ها و مالکیت‌های صنعتی و معنوی و علائم و اختراعات و سایر امور مربوط.

ب - ثبت اسناد، تنظیم و ثبت اسناد معاملات، تعهدات، وکالت و گواهی امضای اشخاص در دفتر و قبول و سپرده اشخاص و غیره در دفاتر اسناد رسمی سراسر کشور || ثبت احوال، سازمانی است وابسته به وزارت کشور و هدف و وظایف این سازمان و ادارات تابعه آن ثبت وقایع چهارگانه (تولد، ازدواج، طلاق و فوت) و امور مربوطه به آن‌ها و ... می‌باشد.

ثبت املاک موقوفه و ثلث باقی: املاک موقوفه و ثلث باقی نیز علاوه بر این که مطابق ماده ۲۱ قانون ثبت باید در دفتر املاک ثبت و سند مالکیت آن‌ها صادر شود، در دفتر ثبت موقوفات نیز ثبت می‌شود. ← ثلث باقی

ثبت مساجد و اماکن متبرکه: برای ثبت مساجد و اماکن متبرکه و مدارس قدیمه و تکایا و آب‌انبارهای عمومی، تقاضای ثبت از طرف متولی یا اداره اوقاف بدون اخذ حق‌الثبت و مخارج مقدماتی پذیرفته خواهد شد. (ماده ۳۰ ق.ت.)

ثقات: جمع ثقه، به معنی معتمد و شخص طرف اطمینان (فرهنگ عمید)

- اعیان و مشاهیر و ثقات شهر اعم از سادات و ... (بند ۵ منشور سنجر به قاضی عسگر در مورد موقوفات) (به نقل از کتاب سیر مالکیت در ایران، ص. ۵۶)

ثلث: سه‌یک، یک‌سوم. || ثلث ترکه: به معنی یک‌سوم ترکه (میراث)

- وصیت به زیاده بر ثلث ترکه نافذ نیست مگر با اجازه وراث (ماده ۱۴۳ ق.م.)

- املاک مورد ثلث باقی نیز در دفتر املاک موقوفه به ثبت خواهد رسید. (ماده ۱۰۷ آیین‌نامه ق.ت.)

ثلث باقی: یک‌سوم مال غیرمنقولی که موصی از ترکه برای مصرف در راه خیر معین می‌کند. || ثلث مؤبد. (ترمینولوژی حقوق)

- در مورد ثلث باقی و مؤبد، موصی، مکلف به درخواست ثبت است. (ماده ۳۶ آیین‌نامه ثبت املاک)

ثلث مؤبد: مترادف ثلث باقی است. ← ثلث باقی. (ترمینولوژی حقوق)

ثلث مطلق: آن ثلثی است که مورد وصیت قرار می‌گیرد ولی موصی در وصیت خود، محل مصرف آن را معین نمی‌کند. در (روش) طرز اجرای این وصیت اختلافاتی مشاهده شده است. (مبسوط)

ثمن: هشت‌یک. یک‌هشتم چیزی. اثمان جمع. (فرهنگ عمید)

|| سهم‌الارث زن (زوجه) از ماترک شوهر، در اصطلاح به یک‌هشتم یا ثمنیه معروف است. ← ثمنیه اعیانی

ثَمَن: بها، نرخ، قیمت، اخس. (کم) (نعتنامه دهخدا) || ثمن مورد معامله: بهای مورد معامله، قیمت مورد معامله (مؤلف)

ثَمَن بَخَس: بهای اندک، بهای کم، قیمت اندک، قیمت ارزان.

«و شروه و بثمان بخص: فروختند او را (یوسف) را به بهای اندک و کم.» [سوره یوسف (۴) آیه ۲۰]

ثمن مورد معامله: ثمن معامله، بها و قیمت مورد معامله، قیمتی که برای مال (اعم از منقول و غیرمنقول) مورد معامله تعیین می‌شود.

ثَمْنِيَّة اَعْيَانِي: هشت یک سهم زوجه بابت ارث در صورتی که اولاد برای زوج (همسر) متوفای او وجود داشته باشد یعنی زوجه از یک‌هشتم جمع ترکه (غیر از زمین) ارث می‌برد اما از عین ابنیه ارث نمی‌برد ولی از قیمت آن‌ها ارث می‌برد. (ترمینولوژی حقوق)

یادآوری: همان طوری که در آیه شریفه ۱۲ سوره نساء تصریح گردیده است: «... ولهن الربع مما ترکتم ان لم یکن لکم ولدٌ فإن کان لکم ولدٌ فلهن الثمن مما ترکتم ... : و از برای آنها است چهار یک آنچه گذاشتید اگر نباشد مر شما را فرزندی پس اگر باشد مر شما را فرزندی پس از برای آن‌ها است هشت یک از آنچه گذاشتید ...»

– برابر ماده ۹۴۶ اصلاحی (۸۷/۱۱/۶) قانون مدنی «... زوجه در صورتی که از زوج فرزند داشته باشد یک‌هشتم از عین اموال منقول و یک‌هشتم از قیمت اموال غیرمنقول (اعم از اعیان و عرصه) ارث می‌برد و در صورتی که زوج هیچ فرزند نداشته باشد سهم زوجه یک‌چهارم از کلیه اموال به ترتیب فوق می‌باشد.»

ثَمین: گران بها، پُر بها، پرقیمت، قیمتی. (فرهنگ عمید)

– کاسه، بشقاب، لاله و آویزهای قدیمی و ثمین مشروحه ذیل: ... (بند ۵ از وقفنامه عادی قدیمه)

ثَمَّیْب: بیوه، زن شوهر مُرده و زنی که از شوهرش طلاق گرفته باشد، زن مرددیده و نیز مردی که ازدواج کرده و زن گرفته باشد... استعمال این کلمه در مذکر و مؤنث یکسان است. جمع آن در مؤنث ثبیات است. (فرهنگ عمید) || ثبیه: زن بیوه، خانمی که همسرش فوت شده باشد یا از او طلاق گرفته باشد. (مؤلف)

– همه ساله مبلغ پنجاه تومان از عواید موقوفات به عیال ثبیهام مسمات به ... مدام الحیوة داده شود.

(سند وقفی قدیمی مربوط به تاجر فرش فروش تهرانی)

نقش نهادها و سازمان‌های دولتی و غیردولتی در پیشگیری از وقوع جرم

حسین قربانیان^۱

مجید هراتیان‌نژادی^۲

چکیده:

از آن جایی که تأمین امنیت، یکی از مهم‌ترین وظایف دولت‌ها به شمار می‌آید، بزهکاری از شاخص‌ترین پدیده‌هایی است که این امنیت را در معرض خطر قرار می‌دهد. به همین خاطر دولت‌ها به خاطر حفظ امنیت درصدد جلوگیری و پیشگیری از وقوع جرم برمی‌آیند. در این میان، سپردن این وظیفه صرفاً به دستگاه قضایی، چاره‌یابی از سوی معلول به علت است. به بیان دیگر، دیگر نهادها و سازمان‌ها اعم از دولتی و غیردولتی بایستی به این پدیده نگرشی ژرف داشته باشند و در کنار قوه قضائیه به اتخاذ تدابیر، برای پیشگیری از وقوع جرم، بیندیشند. این نوشتار درصدد است که نقش هر یک از دستگاه‌ها و سازمان‌ها و همچنین قوه قضائیه در برخورد با جرم و نحوه پیشگیری از آن را بیان نموده و در پایان، به بیان راه‌کارهای مناسب در پیشگیری از جرم بپردازد.

واژگان کلیدی: پیشگیری، مفهوم عام پیشگیری، مفهوم خاص پیشگیری،

بهداشت قضایی.

۱. کارشناس ارشد حقوق خصوصی و عضو هیئت تحریریه ماهنامه «کانون».

۲. سردفتر دفتر اسناد رسمی شماره ۳۸ شاهرود.

مقدمه:

مطالعه تاریخ حقوق کیفری، نشان می‌دهد که اندیشه پیشگیری از جرم و اصلاح مجرمین در نظامات حقوق کیفری همواره موردنظر بوده است. ایجاد ترس ناشی از اعمال مجازات بر مجرم نه تنها او را از اندیشه‌های مجرمانه بعدی منصرف می‌کند بلکه با اجرای کیفر درباره محکوم‌علیه، به سایر افرادی که بالقوه اندیشه ارتکاب جرم را در سر می‌پرورانند درس عبرتی می‌دهد تا از ارتکاب جرم خودداری کنند. بدین ترتیب، کیفر، عامل پیشگیری‌کننده از جرم محسوب می‌گردد.

حال، با توجه به موقعیت و جایگاه پیشگیری از وقوع جرم و اصلاح مجرمین در جمهوری اسلامی ایران که ابتدائاً بر پایه پیشگیری سنتی حقوق کیفری استوار بود، هم اکنون با عنایت به کثرت عناوین مجرمانه و رشد روزافزون جرایم، قوه قضائیه در راستای بند ۵ اصل ۱۵۶ ق.ا.، با تهیه لایحه پیشگیری از وقوع جرم گامی فراتر از نحوه پیشگیری سنتی از وقوع جرم در حقوق کیفری برداشته که النهایه منجر به تصویب قانون پیشگیری از وقوع جرم گردید.

گفتار اول: مفهوم پیشگیری

واژه پیشگیری، در لغت به معنای جلوگیری کردن، مانع شدن و هم‌چنین به معنای اقدامات احتیاطی برای جلوگیری از رخدادهای ناخواسته مطرح شده است.^۱

در بحث پیشگیری دو رویکرد قابل تصور است، نخست آن که پیشگیری از بزهکاری را می‌توان به منزله هدفی فراگیر و کلی توصیف کرد که تأمین نیازهای آن برعهده دست‌اندرکاران و متخصصان در این زمینه است و ایجاد امنیت در جامعه نسبت به وقوع جرم برعهده این گروه است. و دیگری رویکردی است که مبتنی بر کیفر بعد از وقوع جرم است.

در پیشگیری از بزهکاری دو مفهوم به ذهن متبادر می‌شود، نخست شیوه‌هایی که

۱. معین، محمد، فرهنگ فارسی، ج. اول، ص. ۱۲۱۵.

به‌طورمستقیم برای جلوگیری از بروز رفتارهای بزهکارانه از طریق بازدارندگی یا کیفر اعمال می‌گردند و دوم مجموعه اقداماتی که برای بهبود بخشیدن به زندگی شهری، احتمال بروز چنین اعمالی را کاهش می‌دهند.^۱

گفتار دوم - انواع پیشگیری از وقوع جرم

با توجه به گسترش مفهوم پیشگیری از وقوع جرم در بین حقوق‌دانان کیفری، پیشگیری از وقوع جرم و اصلاح مجرمین را می‌توان به دو قسم تقسیم کرد.

بند اول - مفهوم عام پیشگیری از وقوع جرم

پیشگیری در این معنا، عبارت است از کلیه اقدامات و تدابیری است که برای مبارزه با بزهکاری صورت می‌گیرد، اعم از واکنش‌های جامعه علیه جرم از قبیل مجازات یا اقدامات تأمینی و تربیتی و جبران ضرر و زیان مجنی‌علیه، فردی کردن مجازات و اعطای آزادی مشروط و استفاده از مجازات‌های جایگزین حبس، بازپروری و هر اقدامی که برای اصلاح مجرم و جلوگیری از تکرار جرم در آینده صورت می‌گیرد. بنابراین مفهوم پیشگیری در معنای عام طیف وسیعی از انواع پیشگیری از وقوع جرم و اصلاح مجرمین را اعم از پیشگیری کیفری و پیشگیری غیرکیفری را دربرمی‌گیرد.

۲ - مفهوم خاص پیشگیری از وقوع جرم

پیشگیری در این معنا، عبارت است از تعیین و استفاده از مجموع وسائل و تدابیری است که به هدف مهارکردن بهتر بزهکاری، از طریق از بین بردن یا خنثی کردن عوامل جرم‌زای محیط زندگی بزهکار بدون توسل به اعمال یا اقدامات تأمینی و قبل از وقوع جرایم در يك جامعه معینی یا يك شهر یا منطقه‌ای از يك شهر به مرحله اجرا گذارده می‌شود.^۲

گفتار سوم: عوامل مؤثر در بروز جرم

بزهکاران از نظر روانشناسان، یک گروه افراد جوان و نوجوان بسیار ناهمگون و

۱. عامری، حمیدرضا، مقاله «نقش شوراهای محلی فرانسه در پیشگیری از بزهکاری»، نشریه مأوی، ۱۳۸۷/۳/۸.

۲. ولیدی، محمد صالح، مجموعه مقالات نخستین کنگره بین‌المللی دانشگاه آزاد اسلامی، ص ۷۵.

نامتجانس هستند. باید توجه داشت، مسیری که به بزهکاری ختم می‌شود، گوناگون است. و نوجوانانی را که با بزه درگیر هستند یا می‌شوند، نمی‌توان به‌سادگی در الگوی رفتاری یا ویژگی‌های منحصر به فردی جا داد. بزهکاری پیامد و نتیجه تعامل و تأثیر متقابل عواملی است که در زندگی فرد حضور دارند. بنابراین بزهکاری را می‌توان ناشی از عوامل گوناگونی دانست که عوامل زیستی و عوامل روانی مهم‌ترین آنها است. ذیلاً به توضیح و تبیین هرکدام می‌پردازیم.

بند اول - تأثیر عوامل زیستی

تأثیر زیست‌شناختی وراثت و انتقال خصوصیات جسمانی و عقلانی و هوش والدین و اجداد انسان از دیر زمان موضوع مطالعه روانشناسان و علمای اخلاق بوده است و این موضوع تحت عنوان وراثت عقلی و اخلاقی مورد بررسی واقع شده است. در بین دانشمندان علوم زیستی و وراثت، لمبرزو، یکی از پیشگامان این نظریه است. این دانشمند طی آزمایش‌ها متعدد و مطالعات طولانی خود راجع به ۳۸۳ مجرمه جنایت‌کاران ایتالیایی و ۵۹۰۷ بزهکار زنده، نتیجه‌گیری کرد که برخی از اختلالات بیولوژیکی، علت بزه این افراد می‌باشند و براساس آزمایش‌ها، فرضیه «جانی» را ارائه داد.

بند دوم - تأثیر عوامل روانی

رفائل گاروفالو (۱۹۷۸) از معتقدان تأثیر عوامل روانی در ارتکاب بزه و بررسی و شناخت عوامل روانی مربوط به دانش روانشناسی جنایی است. از جمله رسالت‌های این دانش، بررسی منش و شخصیت بزهکار و ارزیابی گرایش‌های اجتماعی و مطالعه روان خودآگاه و ناخودآگاه آنان به‌منظور تعیین مسئولیت اخلاقی و اجتماعی‌شان است. در مطالعه‌ای معلوم شد که ۷۵ درصد مجرمین ۱۸ تا ۲۵ سال دارای بیماری روانی بودند.^۱ بنابراین از نقش تأثیر عوامل روانی بر وقوع بزه نباید غافل بود.

گفتار چهارم - دستگاه قضایی مسئول مستقیم تحقق رسالت پیشگیری از وقوع جرم

اصل ۱۵۶ ق.ا. در مقام تبیین وظایف دستگاه قضایی رسالت پیشگیری از وقوع جرم را،

۱. ر.ک.: مقاله جرم و راه‌های پیشگیری از آن؛ Krcom.blogfa.com/pos-347.aspx

از جمله مهم‌ترین وظایف قوه قضائیه دانسته است. قوه‌ای که باید پشتیبان حقوق فردی و اجتماعی و متضمن احقاق حق و اجرای عدالت و فصل خصومت باشد و برای اقامه حق و بلکه احیای حقوق عامه قیام نماید.

اصل ۱۵۸ ق.ا. نیز ایجاد تشکیلات لازم برای ایفای وظایف محوله را از جمله وظایف ریاست قوه قضائیه بر شمرده است. نه فقط قانون اساسی بلکه قوانین عادی نیز در مقام بیان این وظیفه خطیر، به تشریح وظایف و مسئولیت‌های قوه قضائیه در این راستا پرداخته‌اند. به موجب بند ۴ قسمت (ز) ماده ۱۳۰ قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، در بخش توسعه امور قضایی نیز، بر تمهید سازوکارهای لازم برای پیشگیری از وقوع جرم، براساس اصل ۱۵۶ قانون اساسی^۱، قوه قضائیه باید سازوکارهای لازم را برای ایفای این نقش خطیر فراهم نماید.^۲

قوه قضائیه در راستای بندهای ۳ و ۶ برنامه جامع و عملیاتی پنج ساله دوم توسعه قضایی، اقدام به تهیه لایحه پیشگیری از وقوع جرم نموده است. به همین منظور، در حال

۱. نقره کار، صالح، مقاله رسالت پیشگیری از وقوع جرم و آسیب‌های اجتماعی وظیفه ذاتی دستگاه قضایی کشور، نشریه ماوی، سه شنبه ۱۳۸۶/۹/۲۰.

۲. تشکیل شورای عالی پیشگیری از وقوع جرم در برنامه سوم توسعه و در بخش محورهای قضایی این برنامه پیش‌بینی شده است. ۱ - هدف شورای عالی پیشگیری از وقوع جرم به موجب ماده ۲ بخش احکام قضایی برنامه سوم توسعه قضایی به منظور توسعه بهداشت حقوقی و قضایی و پیش‌بینی و پیشگیری از وقوع و تکرار جرم در جامعه و نیز کاهش دعاوی شوری عالی پیشگیری از وقوع جرم و دعا. ۲ - اعضای شورای عالی پیشگیری از وقوع جرم: شورا به ریاست رئیس قوه قضائیه و با عضویت معاون اول رئیس جمهور، معاون اجرایی رئیس جمهور، معاون اول قوه قضائیه، دادستان کل کشور، نایب رئیس اول مجلس شورای اسلامی، رئیس کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی، رئیس سازمان بازرسی کل کشور، یک نفر حقوق‌دان با گرایش جرم‌شناسی به انتخاب رئیس قوه قضائیه و حسب مورد با عضویت وزرا و رؤسای سازمان‌ها تشکیل خواهد شد. ۳ - تصمیمات شورای عالی پیشگیری از وقوع جرم با تصویب قوه قضائیه لازم‌الاتباع است و سازمان‌های مرتبط مکلف‌اند اقدامات پیشگیرانه خود را در راستای سیاست‌های مصوب این شورا و در هماهنگی کامل با آن تنظیم و گزارش عملکردها و دستاوردهای خود را به طور دوره‌ای به این شورا اعلام دارند. ۴ - نهادهای مسئول و عملیاتی شورا: سازمان صدا و سیما، وزارت آموزش و پرورش، وزارت علوم، تحقیقات و فناوری، وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی و نیز سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی، کمیته امداد امام خمینی (ره) و وزارت کار و امور اجتماعی، اقدامات مندرج در برنامه پنجم توسعه، به منظور نیل به اهداف پیشگیری از وقوع جرم انجام دهند.

حاضر، معاونت امنیت پیشگیری از وقوع جرم، دادستان‌ها، ستادهای پیشگیری و جرایم خاص، ستاد پیشگیری و حفاظت اجتماعی، معاونت حقوقی و توسعه قضایی، اداره فرهنگی و اجتماعی قوه قضائیه و دفتر پیشگیری از جرم دادستانی، در این زمینه فعالیت دارند.

با توجه به وظیفه دادرسی در کشف جرم، تعقیب متهم، اقامه دعوا از جنبه حق‌اللهی و حفظ حقوق عمومی و حدود اسلامی، اجرای حکم و رسیدگی به امور حسبه، رئیس قوه قضائیه نهاد «معاونت پیشگیری از وقوع جرم» در استان‌ها را ضروری تشخیص داده تا دادستان در کنار سایر وظایف قانونی خویش عهده‌دار وظایفی به شرح ذیل شود:^۱

- بررسی جرایم ارتكابی در سطح استان از حیث نوع جرم، کاهش و افزایش جرم و عوامل جرم‌زا.

- تجزیه و تحلیل و طبقه‌بندی اطلاعات به دست آمده در زمینه جرایم ارتكابی در سطح استان.

- شناسایی و تأثیر علل وقوع جرم.

- ارائه برنامه‌ها و تدوین سیاست‌های لازم در جهت پیشگیری از وقوع جرم به منظور برقراری سلامت و امنیت جامعه در سطح استان.

- تعامل با دستگاه‌ها، ارگان‌ها و سازمان‌هایی که در ارتباط با پیشگیری از وقوع جرم مؤثر می‌باشند.

- ابلاغ تدابیر و سیاست‌های پیشگیرانه به مراجع و مبادی ذی‌ربط.

- ارائه گزارش لازم در زمینه آمار و اطلاعات مربوط به اقدامات صورت گرفته در راستای پیشگیری از وقوع جرم به شورای استانی پیشگیری از وقوع جرم.

- شناسایی مناطق جرم‌زا.

- نظارت مستمر بر مراجع ذی‌ربط در جهت اجرا و پیشگیری سیاست‌های متخذه از

۱. این امر در ماده یک دستورالعمل شماره ۳ طرح جامع رفع اطاله دادرسی نیز لحاظ شده که در این ماده، پیشگیری از وقوع جرم وظیفه دادستان‌های عمومی و انقلاب است که باید با تعامل با سایر نهادها و اداره‌های مؤثر در این موضوع، شناسایی مناطق جرم‌زا و شناسایی مجرمان سابقه‌دار حرفه‌ای این وظیفه را انجام دهند و تدابیر لازم برای پیشگیری از وقوع جرم را در حوزه قضایی خود ببینند.

جانب شورای عالی و شورای استانی پیشگیری از وقوع جرم.

- تشکیل شناسنامه و پیشینه کیفری برای مجرمان با دوبر جرم مشابه و بیشتر و ارائه آن به مراجع قضایی ذی‌ربط.

- ارزیابی بازتاب اعمال سیاست‌های پیشگیرانه به‌منظور شناسایی نقاط ضعف و قوت اقدامات انجام‌یافته و ارائه گزارش لازم به شورای استانی پیشگیری از وقوع جرم.

در این میان، دستگاه قضایی با چالش‌های فراوانی در زمینه پیشگیری از وقوع جرم رو به روست که می‌توان از آن جمله به نبود هماهنگی برخی از نهادها با این دستگاه اشاره کرد و لازم است که دیدگاه‌ها و برنامه‌ها در این خصوص هماهنگ‌تر شود.

اما این که دادستان‌ها، برای تحقق این رسالت بایستی چه اقداماتی انجام دهند تا وظیفه‌ای که قانون و قوه قضائیه بر دوش آن‌ها گذاشته، بهتر به منصف ظهور برسانند باید؛ اولاً - با یافتن موارد فقدان یا نقص قانون یا در مواردی که اشخاص قانون را اجرا نمی‌نمایند، بدو نسبت به شناسایی جرایم اقدام تا جلوی ورودی پرونده‌ها به دادسرا گرفته و ضمن طبقه‌بندی آن‌ها، نسبت به ارائه راهکارهای لازم، اقدام نمایند.

ثانیاً - دادستان‌ها، با یاری سایر دستگاه‌ها و ارگان‌ها و سازمان‌هایی که در ارتباط با پیشگیری از وقوع جرم مؤثرند، مبادرت به حل مشکلات بپردازند. در غیر این صورت، مراتب را به دادستان کل کشور با ذکر جزئیات و پیشنهادها اعلام نمایند.

گفتار پنجم - بهداشت قضایی و عوامل مؤثر در پیشگیری از وقوع جرم

با توجه به بند پنجم اصل ۱۵۶ ق.ا.، و تصویب قانون پیشگیری از وقوع جرم، موضوع اولویت‌بخشی به این پدیده، به‌عنوان یک مؤلفه اساسی و زیربنایی در ساختار قضایی مورد تأکید است که این مؤلفه از دیدگاه آیت‌ا... هاشمی شاهرودی ریاست وقت قوه قضائیه مورد توجه قرار گرفته و اهمیت زیادی برای آن در نظر گرفته شده است.

بهداشت قضایی، بیشتر مبتنی بر موضوعات بنیادین و اساسی است که با توجه به ابعاد وسیع و پیچیدگی‌های خاص آن علاوه بر ضرورت سهیم‌شدن سایر دستگاه‌های اجرایی و اداری و سازمان‌ها و ارگان‌ها در این حوزه، ذاتاً زمان‌بر و نیازمند تحولات تدریجی است.

بهداشت قضایی به معنای فراهم نمودن مجموعه شرایط و عواملی است که طی آن فرایند وقوع جرم و بزه به حداقل می‌رسد و از این رو، هزینه مهار بزهکاری نیز به میزان قابل توجهی کاهش می‌یابد. بنابراین طرح موضوع بهداشت قضایی به عنوان یک ضرورت اجتناب‌ناپذیر در حوزه پیشگیری از وقوع جرم و بزه، یک گزینه زیربنایی محسوب می‌گردد. از طرفی نمی‌توان انتظار داشت که دستگاه قضایی به تنهایی ظرفیت پیشگیری از وقوع جرم را داشته باشد. به عبارتی، متولیان رسمی حوزه‌های مختلف اقتصادی، فرهنگی و اجتماعی باید خود در راستای اصلاح روش‌ها و شناسایی عوامل ایجاد بزه و رفع آن‌ها اقدام نمایند و تا زمانی که این عزم همگانی در سایر دستگاه‌های اجرایی و حکومتی به وجود نیاید، نمی‌توان انتظار موفقیت بالایی در زمینه پیشگیری از وقوع جرم داشت.

راه حل مناسب این است که برخی مراجع اجرایی برای پرکردن خلأ ناشی از کاستی‌های خود به جای جرم‌نگاری و مجازات محوری و تحمیل مشکلات خود به دستگاه قضایی و جامعه متمایل شوند، باید سازوکار نحوه تضمین اجرای صحیح مقررات خود را در بهبود و اصلاح روش‌های خویش بیابند و براساس آن اقدام کنند.^۱

گفتار ششم - نقش رسانه در پیشگیری از وقوع جرم

نقش رسانه‌های همگانی در انتقال آموزه‌های زندگی جمعی به مخاطبان، مورد تصدیق نظریه‌پردازان علوم اجتماعی است. انسان و جهانی که در آن زندگی می‌کند، با تمام زشتی و زیبایی‌اش از دریچه دوربین قابل نمایش است. ثبت لحظه‌های جنایت، گزارش انگیزه‌های جرم، روایت وقایع مجرمانه از زاویه دید بزهکار، بزه‌دیده، مجری نظم و امنیت اجتماعی و افکار عمومی، انعکاس تضادهای اجتماعی، شکاف‌هایی که هر لحظه تعمیق می‌شود و هویت‌هایی که بر تضاد و فاصله مبتنی است، نمایش گروه‌های کور جامعه، انعکاس دردهای تازه و زخم‌های کهنه، ارائه تلاش سیاستگذاران جنایی و امنیتی برای مقابله با جرم و افزایش امنیت، همه و همه کار دوربین است. اما وانمایاندن چهره انسان به

۱. اعتماد، سید نصرت‌ا...، مقاله «بهداشت قضایی و عوامل مؤثر در پیشگیری از وقوع جرم»، نشریه مأوی، ۱۳۸۶/۱۲/۱۲.

او، واکنش‌های مختلفی پدید می‌آورد: گاه خشم و غضب می‌آفریند و گاه امید و آرامش می‌بخشد.

گفتار هفتم - زمینه‌های قانونی موجود

قانون اساسی جمهوری اسلامی، دولت را موظف کرده برای رسیدن به اهداف والای انسانی و اسلامی از رسانه‌های گروهی به صورت مطلوب استفاده کند. در بند ۲ اصل ۳ ق.ا. نیز، برای بالابردن سطح آگاهی‌های عمومی در همه زمینه‌ها با استفاده صحیح از مطبوعات و رسانه‌های گروهی و وسایل دیگر تأکید شده است. ماده ۴۴ قانون خط مشی، اصول و برنامه‌های سازمان صدا و سیما جمهوری اسلامی ایران مصوب ۶/۶/۱۷ هم یکی از رسالت‌های صدا و سیما را آموزش عمومی جهت آشنایی مردم با حقوق فردی و اجتماعی، قانون اساسی و قوانین مدنی و جزایی کشور اعلام کرده است. از طرفی قوه قضائیه مطابق بند ۵ اصل ۱۵۶ ق.ا. به اقدام مناسب برای پیشگیری از وقوع جرم و اصلاح مجرمین موظف شده است.

گفتار هشتم - راهکارهایی درخصوص تقویت نقش رسانه‌ها در پیشگیری از وقوع جرم
کارشناسان با توجه به اهمیت نقش رسانه‌ها در پیشگیری از جرم، راهکارهای متعددی را برای استفاده از این قابلیت پیشنهاد کرده‌اند:

- آموزش قوانین به صورت ساده، تهیه برنامه‌های داستانی به همراه تحلیل‌های علمی و انجام مصاحبه تخصصی در حوزه آسیب‌های اجتماعی؛
- تولید و پخش برنامه‌هایی متناسب با ذهنیت و خواست اقشار مختلف مردم، تهیه و پخش برنامه‌های آموزشی با موضوعات مختلف فرهنگی، تربیتی، علمی و... توجه به کمیت و کیفیت برنامه‌های رادیو و تلویزیون؛
- پیشگیری از بزهکاری از طریق آموزش عمومی (شامل آموزش حقوق بشر، حقوق کیفری، وظایف و عملکرد نهادهای قضایی و اجتماعی و آموزش نحوه همکاری پلیس و مردم؛^۱

۱. شریعتی، جعفر، مقاله «رسانه و نقش آن در کاهش جرم»، نشریه مآوی، ۱۳۸۷/۷/۳۰.

نتیجتاً آن که در استفاده مستقیم از رسانه‌ها برای پیشگیری از وقوع جرم به دو اصل مهم برنامه‌سازی و اطلاع‌رسانی باید توجه داشت.

گفتار نهم - نقش دانشگاه‌ها در پیشگیری از وقوع جرم

یکی از عوامل مهم در تعلیم و تربیت، داشتن محیط سالم است که دانشگاه‌ها و مراکز علمی و فرهنگی می‌توانند با برنامه‌ریزی صحیح در پیشگیری از وقوع جرم در جامعه سهیم باشند. همان طوری که در متون فقهی و اعتقادی ما به تعلیم و تعلم سفارش و توجه خاصی شده است، دانشگاه‌ها می‌توانند در ارائه راهکارهای علمی متناسب با شرایط فکری و فرهنگی جامعه، زمینه پیشگیری از وقوع جرم را فراهم کنند. بدیهی است در این میان، حفظ قداست محیط‌های آموزشی باید سرلوحه کار متولیان قرار گیرد که در صورت بی‌توجهی و بی‌تفاوتی و یا دیدگاه‌های افراطی‌گری مسلماً به دانشجویان، استادان و محیط آموزشی ضربه وارد می‌کند.

بالا بردن سطح ایمان و اعتقادات مذهبی، مؤثرترین عامل و کم‌هزینه‌ترین راه برای رسیدن به امنیت و توسعه همه‌جانبه است که باید از طریق حاکم‌سازی دین و ارزش‌های دینی در دانشگاه‌ها، آن را در همه امور و در کاهش وقوع جرم مؤثر و مفید دانست.

گفتار دهم - نقش شوراهای محلی در پیشگیری از جرم

در حال حاضر با توجه به اهمیت مسایل مربوط به ناامنی و بزهکاری، در سطح ملی، در پیشگیری از وقوع جرم، شوراهای محلی می‌توانند نقش به‌سزایی داشته باشند. از سال ۱۹۸۲ در کشور فرانسه سیاست‌های توسعه‌ای با هدف پیشگیری از بزهکاری بیش از هر چیز در چارچوب شوراهای محلی پیشگیری از وقوع جرم به اجرا درآمده است و در سال ۱۹۸۳ حوزه پیشگیری از وقوع جرم در فرانسه ساختار منسجمی پیدا کرد. شوراهای محلی پیشگیری از وقوع جرم همیشه در فضایی واقعی قرار می‌گیرند که برای آن الگوهای پیش‌بینی شده است. به عنوان مثال، با استفاده از موضوعات مهم‌تری که دولت اعلام می‌کند، فهرست حوزه‌های فرعی یعنی پیشگیری از تکرار جرم، پیشگیری از اعتیاد، حفظ امنیت در مکان‌های حساس و تقویت نسل جوان و آموزش را در برمی‌گیرد.

راهکارهایی که این شوراها می‌توانند در پیشگیری از وقوع جرم، به کار بندند، به قرار زیر است:

- ایجاد رابطه مناسب بین حوزه‌های عملی مختلف از جمله در حوزه‌های اجتماعی؛

- ایجاد هماهنگی در سطح نهادها؛

- توافق در زمینه اقدامات پیشگیرانه بین بخش‌های دولتی و غیردولتی.^۱

مشابه این پدیده در کشور ما نهاد شورای حل اختلاف است که با دعوت به صلح و سازش افراد و فرهنگ‌سازی در این خصوص می‌تواند از وقوع جرم، پیشگیری نماید.

گفتار یازدهم - نقش سازمان‌های مردم‌نهاد در پیشگیری از وقوع جرم

سازمان‌های غیردولتی، مهم‌ترین نهاد مدنی و لازمه جامعه مدنی هستند و مشارکت‌های مردمی را می‌توانند سازماندهی و نهادینه کنند. سازمان‌های غیردولتی ابتدائاً در زمان قانون برنامه سوم توسعه نام برده شد و در آن تمام نقش‌های جامعه مدنی برای پیشگیری و جلوه مشارکت مدنی در پیشگیری از وقوع جرم برای این سازمان‌ها، تدوین گردیده است.

نقش سازمان‌های غیردولتی در آموزش و کارکرد آموزشی پیشگیری از وقوع جرم، کارکردی نظارتی است. این سازمان‌ها به دو دسته، سازمان‌های سنتی - که ریشه در فرهنگ و باورهای ملی و مذهبی با کارکرد فرهنگی دارند - و سازمان‌های نوین - که هویت و اساس‌نامه مشخص با رویکردهای جدیدی از جمله پیشگیری از وقوع جرم دارند - در نظر گرفته شده است.^۲ این سازمان‌ها هم‌چنین به منظور بازپذیری اجتماعی بزهکاران، می‌توانند از قابلیت نهادهای مردمی برای جلوگیری از تکرار جرم استفاده کنند.

گفتار دوازدهم - راهکارهای مناسب برای پیشگیری از وقوع جرم

۱ - از آن‌جا که پیشگیری از وقوع جرم و اصلاح مجرمین در راستای مبارزه، کنترل و جلوگیری از بزهکاری از اهمیت خاصی برخوردار است همه سازمان‌های ذی‌ربط مکلف‌اند برنامه‌ریزی‌ها و فعالیت اقدامات اجرایی خود را در جهت تحقق آن هماهنگ نمایند.

۱. عامری، حمیدرضا، مقاله «نقش شوراهای محلی فرانسه در پیشگیری از بزهکاری»، نشریه مأوی، ۱۳۸۷/۷/۸.

۲. به نقل از؛ روزنامه اعتماد ملی شماره ۱۷۲۰ - ۱۳۸۷/۴/۱۹، ص. ۷۰.

- ۲ - قوه قضائیه مکلف است در چارچوب وظایف خود سیاست‌های جنایی و اجرای مجازات‌ها را در جهت پیشگیری از وقوع جرم و اصلاح مجرمین تدوین نماید.
- ۳ - کلیه قوانین و مقررات اعم از قضایی، اقتصادی، فرهنگی، مالی، آموزشی و غیر این‌ها به‌گونه‌ای تنظیم شود که بستری برای وقوع جرم ایجاد نکند.
- ۴ - تقویت سیاست‌های اجرایی، انتظامی، امنیتی و نظارتی پیشگیرانه.
- ۵ - فراهم آوردن تسهیلات لازم و حمایت از نهادهای غیردولتی و انجمن‌ها و تشکل‌های مردمی که به‌منظور پیشگیری از وقوع جرم و اصلاح مجرمین تشکیل می‌شوند.
- ۶ - اتخاذ تدابیر مناسب قضایی و امنیتی و انتظامی در جهت مبارزه قاطع و مؤثر با جرایم سازمان‌یافته و مفسد اجتماعی و اقتصادی.
- ۷ - قوه قضائیه مکلف است لایحه‌ای جامع را برای پیشگیری از وقوع جرم و اصلاح مجرمین با ساختار و تشکیلات مناسب و تعیین وظایف هر یک از دستگاه‌های مسئول و تنظیم نحوه هماهنگی میان آن‌ها ارائه نماید.
- ۸ - استفاده از فناوری پیشرفته برای پیشگیری و مبارزه با جرایم.
- ۹ - تقویت همکاری‌های بین‌المللی و منطقه‌ای به‌منظور اجرای برنامه‌های پیشگیری از وقوع جرم در چارچوب مصالح کشور.
- ۱۰ - اصلاح ساختار جامعه از طریق بهبود اوضاع اجتماعی، فرهنگی، سیاسی و به‌خصوص اقتصادی و همچنین توجه به اوضاع معیشتی اقشار کم درآمد.
- ۱۱ - تقویت باورهای دینی و مذهبی و نیز افزایش سطح سواد و علم‌گرایی.
- ۱۲ - اشاعه سنت نکاح، توسعه فرهنگ حجاب و عفاف.
- ۱۳ - کنترل مهاجرت‌های گسترده.
- ۱۴ - برقراری امنیت اجتماعی از طریق سازوکارهای بازدارنده ارتقای امنیت روانی و ایجاد یک پلیس مقتدر.
- ۱۵ - ایجاد رفاه اجتماعی و فراهم ساختن زمینه سلامت و بهداشت عمومی.
- ۱۶ - اصلاح شیوه قانون‌نویسی و به‌کارگیری روش قانون‌نگاری در جهت اولویت‌بخشی به پیشگیری از وقوع جرم و همچنین آسیب‌شناسی قوانین.

۱۷ - گسترش بهداشت قضایی.

۱۸ - بررسی دلایل تشکیل پرونده‌ها و ایجاد منازعات و پیش‌بینی روش‌های حل و فصل در خارج از دستگاه قضایی از طریق مجامع صنفی و نهادهای شبه قضایی مردمی.

۱۹ - استفاده از فن‌آوری و تکنیک‌های پیشرفته در جهت برقراری عدالت، امنیت و جلوگیری از تخلف و جرم و جبران ضعف در استفاده از روش‌های پیشرفته و کنترل و پیشگیری از بروز برخی ناامنی‌ها.

۲۰ - استفاده از ظرفیت‌های مردمی و نهادهای مدنی و تقویت شوراهای حل اختلاف برای استفاده از نهادهای مردمی به‌منظور کنترل و پیشگیری از ناامنی.

منابع:

- ۱ - اعتماد، سید نصرت ا...، مقاله «بهداشت قضایی و عوامل مؤثر در پیشگیری از وقوع جرم»، نشریه مأوی، ۱۳۸۶/۱۲/۱۲.
- ۲ - شریعتی، جعفر، مقاله «رسانه و نقش آن در کاهش جرم»، نشریه مأوی، ۱۳۸۷/۷/۳۰.
- ۳ - عامری، حمیدرضا، مقاله «نقش شوراهای محلی فرانسه در پیشگیری از بزهکاری»، نشریه مأوی، ۱۳۸۷/۷/۸ و ۱۳۸۷/۳/۸.
- ۴ - معین، محمد، لغت‌نامه، ج. اول.
- ۵ - نقره‌کار، صالح، مقاله «رسالت پیشگیری از وقوع جرم و آسیب‌های اجتماعی وظیفه ذاتی دستگاه قضایی کشور»، نشریه مأوی، سه‌شنبه ۱۳۸۶/۹/۲۰.
- ۶ - ولیدی، محمدصالح، کتاب مجموعه مقالات نخستین کنگره بین‌المللی دانشگاه آزاد اسلامی.

حرف ماه

حامی و پشتیبان افراد بی بضاعت باشیم

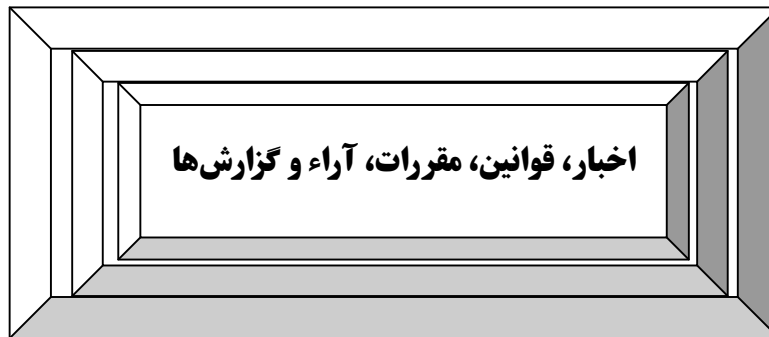
خوش رفتاری و برخورد مناسب و رعایت شئون اخلاقی در اجتماع خصوصاً محیط کار و دفترخانه، از حیث انسانی، بر همگان واجب است؛ چه با عنوان سردفتر و چه با سمت دفتریار یا کارمند دفترخانه و چه با عنوان ارباب رجوع و متقاضی تنظیم سند در دفاتر. چه خوب و خوش عاقبت است کسی که در رفتار با همکار و همسایه و رفیق و هم‌نشین و همسفر خویش، رعایت حالشان را همیشه مراعات نماید و از خدا بترسد که؛
و لا حول و لا قوة الا بالله.

حضرت امام صادق علیه السلام در تفسیر آیه شریفه ۳۶ سوره مبارکه یوسف (ما تو را از نیکوکاران دانیم) درباره حضرت یوسف علیه السلام می‌فرماید؛ برای واردین (به جایی) جا باز می‌کرد و به نیازمندان وام می‌داد و به ناتوانان کمک می‌کرد.
از همین رو، خداوند می‌فرماید: و اما السائل فلا تنهر.

چه نیک و خوشایند است بیش از پیش به اخلاق انسانی پایبند باشیم و به نوعی، در حد بضاعت و توان و امکان مالی و وسع معنوی و سعه صدر خویش، از افراد بی بضاعت حمایت کنیم؛ آنجا که در شرح وظایف کانون آمده است؛ «کمک به اشخاص بی بضاعت از طریق راهنمایی آنان به دفاتر اسناد رسمی به منظور تنظیم و ثبت اسناد آنها بدون دریافت حق تحریر»

که خدای عزوجل فرمود؛ فَإِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا * إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا

ر.ک: اصول کافی، ابی جعفر محمد بن یعقوب بن اسحاق الكلینی الرازی، ترجمه حاج سید هاشم رسولی، ج. ۴، کتاب الدعاء، دفتر نشر فرهنگ اهل بیت (ع)، تهران، بی تا، صص. ۴۵۰ - ۴۴۹



قابل مشاهده برای سردفتران:

بخشنامه‌های مربوط به ورشکستگی و محجوریت اشخاص و رفع آن در پورتال سازمان ثبت

بخشنامه‌های مربوط به ورشکستگی اشخاص و رفع آن از تاریخ ۱۳۹۰/۲/۵ فقط از روی خروجی پورتال سازمان ثبت اسناد و املاک کشور برای سردفتران قابل مشاهده است.

ارسال بخشنامه‌های مربوط به ورشکستگی اشخاص و رفع آن که از سوی اداره کل امور اسناد و سردفتران از تاریخ ۱۳۹۰/۲/۵ صرفاً به صورت الکترونیکی قابل مشاهده برای سردفتران است، روی خروجی پورتال این سازمان قرار می‌گیرد.

به گزارش خبرنگار ماهنامه «کانون» به دنبال اعلام معاونت امور اسناد سازمان ثبت اسناد و املاک کشور و ارائه خدمات الکترونیکی از طریق درگاه (پورتال) سازمان ثبت و به منظور ایجاد زیرساخت‌های لازم در اجرای تکالیف سازمان بر اساس برنامه پنجم توسعه کشور، به اطلاع می‌رساند ارسال بخشنامه‌های مربوط به ورشکستگی اشخاص و رفع آن نیز توسط اداره کل امور اسناد و سردفتران از تاریخ ۱۳۹۰/۲/۵ صرفاً به صورت الکترونیکی انجام خواهد شد و با توجه به این که بخشنامه‌های مزبور پس از بارگذاری فقط توسط سردفتران اسناد رسمی که نسبت به ثبت نام در درگاه مذکور اقدام کرده‌اند و به تأیید استان متبوع رسیده باشد، قابل مشاهده خواهد بود. گفتنی است مسئولیت عدم دریافت بخشنامه‌های فوق‌الاشعار برعهده سردفتر است.

همچنین متن بخشنامه معاونت امور اسناد سازمان ثبت درخصوص ارسال بخشنامه‌های راجع به محجوریت و رفع آن از طریق پورتال این سازمان که پیش از این منتشر شده بود، به شرح زیر است:

۸۹/۲۱۷۷۵۰ - ۸۹/۱۲/۳

ادارات کل ثبت اسناد و املاک استان‌ها

ثبت تهران

باسلام

در ادامه ارائه خدمات الکترونیکی از طریق پورتال سازمان و به منظور ایجاد زیرساخت‌های لازم در اجرای تکالیف سازمان براساس برنامه پنجم توسعه کشور، پیرو بخشنامه شماره ۸۹/۱۹۳۰۹۳ مورخ ۸۹/۱۰/۲۷ موضوع ارسال الکترونیکی بخشنامه‌های ممنوع‌المعامله و بخشنامه شماره ۸۹/۲۱۶۴۱۷ مورخ ۸۹/۱۲/۱ بدین وسیله به اطلاع می‌رساند ارسال بخشنامه‌های محجوریت و رفع آن در پورتال سازمان، بدین وسیله به اطلاع می‌رساند ارسال بخشنامه‌های محجوریت و رفع آن توسط اداره کل امور اسناد و سردفتران از تاریخ ۸۹/۱۲/۱۰ صرفاً به صورت الکترونیکی انجام خواهد شد. با عنایت به این که بخشنامه‌های مزبور فقط قابل مشاهده توسط دفاتر اسناد رسمی و دفاتر

رسمی ازدواج و طلاق خواهد بود که نسبت به ثبت نام در پورتال اقدام نموده و به تأیید استان متبوع رسیده باشند، لذا مسئولیت عدم دریافت بخشنامه‌های مزبور به عهده سردفتر ساحل می‌باشد.
معاون امور اسناد

طبق قانون بودجه سال ۱۳۹۰:

۸ هزار تومان هزینه پاسخ استعلام املاک ثبت شده

طبق جزء "پ" بند ۵۹ متن ماده واحده قانون بودجه سال ۱۳۹۰ کل کشور، هزینه پاسخ استعلام املاک ثبت شده مبلغ ۸ هزار تومان تعیین شده است.

به گزارش خبرنگار ماهنامه «کانون» متن کامل قانون بودجه سال جاری که مشتمل بر ماده واحده، ۱۳۶ بند، ۶۶ جزء و ۱۶ تبصره است، در جلسه علنی روز دوشنبه ۱۹ اردیبهشت ماه ۱۳۹۰ مجلس شورای اسلامی تصویب و در تاریخ دوم همان ماه به تأیید شورای نگهبان رسید و روز شنبه ۲۴ اردیبهشت ماه در اجرای اصل ۱۲۳ قانون اساسی برای اجرا ابلاغ شد.

یادآور می‌شود در جزء (پ) بند ۵۹ این قانون برای پاسخ به استعلام برای املاک ثبت شده به ازای هر سند و املاک جاری به ازای هر پلاک ثبتی و نیز برای اشخاص حقوقی از طریق بانک شناسه ملی اشخاص حقوقی مبلغ هشتاد هزار (۸۰۰۰۰) ریال تعیین شده است.

متن کامل بند ۵۹ این قانون به شرح زیر است:

به سازمان ثبت اسناد و املاک کشور اجازه داده می‌شود:

الف - برای ثبت ملک در دفتر املاک موضوع ماده (۱۱۹) قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰/۱۲/۲۶ به ازای هر ده هزار (۱۰۰۰۰) ریال یک هزار و پانصد (۱۵۰۰) ریال

ب - برای هزینه تفکیک موضوع ماده (۱۵۰) الحاقی مصوب ۱۳۵۱/۱۰/۱۸ به قانون مذکور به قرار

هر ده هزار (۱۰۰۰۰) ریال، پانصد (۵۰۰) ریال

پ - برای پاسخ به استعلام برای املاک ثبت شده به ازای هر سند و املاک جاری به ازای هر پلاک ثبتی و نیز برای اشخاص حقوقی از طریق بانک شناسه ملی اشخاص حقوقی مبلغ هشتاد هزار (۸۰۰۰۰) ریال

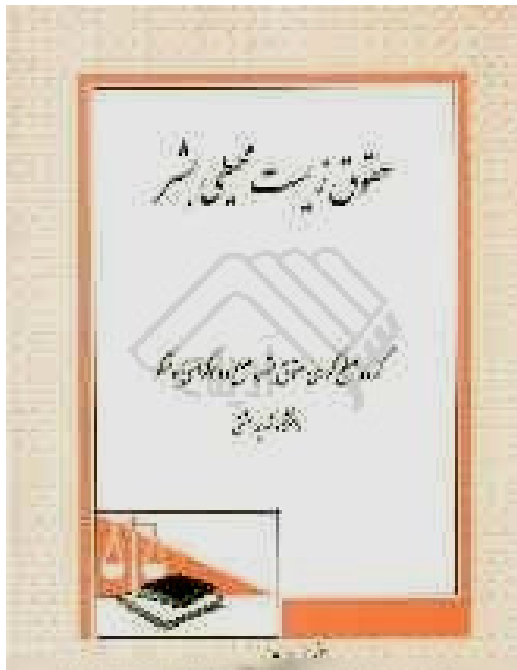
ت - به ازای هر قطعه نقشه حدنگاری (کاداستر) دویست هزار (۲۰۰۰۰۰) ریال و واگذاری نقشه حدنگاری (کاداستر) به صورت یکپارچه به ازای هر هکتار یک میلیون و پانصد هزار (۱۵۰۰۰۰۰) ریال دریافت و درآمد حاصل را به حساب درآمد عمومی کشور واریز نماید.

از وجوه واریزی تا مبلغ دویست و هفتاد و سه میلیارد (۲۷۳۰۰۰۰۰۰۰۰) ریال به عنوان درآمد اختصاصی به جمعیت هلال احمر جمهوری اسلامی ایران و باقی مانده برای اعتبارات هزینه‌ای و تملک دارایی‌های سرمایه‌ای سازمان ثبت اسناد و املاک کشور اختصاص می‌یابد.



حقوق زیست محیطی بشر

کتاب حقوق زیست محیطی بشر، نتیجه یک مطالعه و تحقیق بین رشته‌ای (حقوق بین‌المللی بشر، حقوق بین‌الملل محیط زیست و حقوق محیط زیست ایران) است که دکتر نادر ساعد، مدیرگروه صلح مرکز و کرسی حقوق بشر،



صلح و دموکراسی به انجام رسانیده است. مؤلف، با بهره‌گیری از ده سال سابقه مشاوره حقوقی بین‌المللی در سازمان حفاظت محیط زیست، سوابق و رویکردهای تخصصی زیست محیطی مرتبط با حق داشتن محیط زیست سالم را با داده‌های علمی و دانشگاهی تلفیق نموده و ضمن بررسی جایگاه حقوقی بین‌المللی حق بر محیط زیست، به بررسی اجمالی حقوق محیط زیست ایران نیز پرداخته و زمینه‌های کلی حفاظت محیط زیست و ارزش حیاتی آن برای تداوم حیات انسانی را از منظر قرآن کریم بیان نموده است.

این تحقیق که با حمایت برنامه عمران سازمان ملل متحد و در راستای طرح ملی ارتقای حقوق بشر و دسترسی بیشتر به عدالت با نظارت دکتر سیدفضل... موسوی به انجام رسیده است، تأکید دارد که «ما زمین را از نیاکان خود به ارث نبرده‌ایم بلکه آن را از کودکانمان به امانت گرفته‌ایم.» در این کتاب، که به سفارش مرکز و

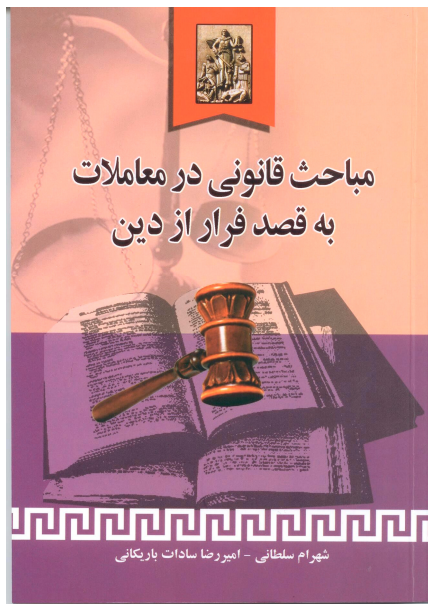
کرسی حقوق بشر، صلح و دموکراسی با ۳۹۲ صفحه در قطع وزیری آبان‌ماه سال گذشته به ارزش ریالی ۶۶۰۰ تومان توسط انتشارات دادگستر به چاپ رسیده، مطالب زیر در ۵ فصل آمده است:

مفهوم شناسی محیط زیست و تبیین منزلت حفاظت از آن (محیط زیست و آلودگی‌های زیست محیطی، نگرانی‌های زیست محیطی در حقوق بین‌الملل معاصر و برخی مفاهیم حقوق بین‌المللی بشر)، مناسبات حقوقی انسان و محیط زیست (حقوق محیط زیست در پرتو نگرش انسان‌مدار، نقد انسان‌مداری در حقوق زیست‌محیطی بشر، گذار به رهیافت محیط بنیاد و ارزیابی پارادوکس مبانی نظری حقوق زیست - محیطی بشر)، اصول پایه‌ای و شالوده‌های صیانت محیط زیست بشر (توسعه پایدار و مرکز ثقل حقوق بین‌الملل، اصل همکاری زیست‌محیطی، خودداری از ایراد خسارت زیست - محیطی، وجود مسئولیت در قبال ایراد خسارت زیست‌محیطی و اصول صیانت از منابع طبیعی و مشترکات زیست محیطی جهانی)، حق بر محیط - زیست: مبنای، دامنه و چارچوب (حق محیط‌زیست پاک در پرتو حقوق سیاسی و مدنی، حق محیط‌زیست پاک در پرتو حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، حق محیط‌زیست پاک در چارچوب حقوق همبستگی و ابعاد و محورهای عمده حق بر محیط زیست) و حق محیط زیست در حقوق جمهوری اسلامی ایران (اصول راهنمای توسعه حقوق محیط زیست در قانون اساسی، منزلت حقوق طبیعت و حیات وحش، هنجارهای بین‌المللی محیط زیست در ایران).

مباحث قانونی در معاملات

به قصد فرار از دین

اساساً پرداخت بدهی به طلبکار، اخلاقی، عرفی و منطبق با نظامات و قوانین است. و اصل بر بدهکار نبودن اشخاص است مگر این که سند یا مستندات و مدارکی مستدل، بستانکار بودن مدعی را ثابت کند که در این صورت، اصل بر پرداخت دیون است و حتی پس از فوت بدهکار، جزو دیون ممتازة متوفا است و قابل مطالبه از ماترک وی.



اما امروزه در اثر پیچیدگی آشکار روابط مالی و اقتصادی، گاهی اشخاص اعم از افراد حقیقی یا شرکتها، معاملاتی انجام می‌دهند تا به‌نوعی قانون را به اصطلاح دور زده و از زیر بار مسئولیت مدنی خویش مبنی بر پرداخت دین فرار کنند. از همین رو، قانون‌گذار مدنی ایران در ماده ۲۱۸ از عبارت «معامله به قصد فرار از دین» استفاده کرده که درخصوص معاملات مشروع، شبهه‌ناک و نامشروع قابل تأمل بسیار است.

کتاب «مباحث قانونی در معاملات به قصد فرار از دین» در واقع با تحلیلی تاریخی و فقهی - حقوقی ضمن بیان پیشینه وضع مفاد ماده یادشده به تبیین این مهم و سرنوشت حقوقی و قضایی معاملات به قصد فرار از دین پرداخته است.

آراء و نظریات قضایی و حقوقی و انطباق آنها با قوانین و مقررات و جرایم و مجازات‌های قانونی و نیز نمونه‌هایی از دادخواست‌های مربوط به ابطال اسناد رسمی موضوع این‌گونه معاملات از جمله مباحث کتاب حاضر است.

این کتاب را که شهرام سلطانی و امیررضا باریکانی تألیف نموده‌اند از سوی انتشارات خرسندی در سال گذشته با شمارگان ۱۵۰۰ نسخه و ارزش ریالی ۲۸۰۰ تومان در ۱۶۰ صفحه روانه بازار کتاب‌های حقوقی شده است.

قابل توجه ناشران محترم کتاب

نظر به این که ماهنامه «کانون» چندی است به منظور آشنایی بیشتر مخاطبان خصوصاً جامعه محترم سردفتری اقدام به معرفی کتاب‌های حقوقی اعم از حقوق سردفتری و امور ثبتی نموده، ناشران محترم یا مؤلفان و مترجمان گرانقدر می‌توانند با ارسال ۲ جلد از هر عنوان کتاب منتشرشده، ماهنامه «کانون» را در انجام این مهم، به‌نحو مطلوب، یاری نمایند.

نشانی دفتر ماهنامه: تهران، خیابان استاد مطهری، مقابل خیابان سنایی، پلاک ۲۷۳

کدپستی: ۱۵۸۶۷۱۷۳۱۱

تلفن: ۸۸۷۲۸۷۵۵ - ۰۲۱

صندوق پستی: ۴۱۹ - ۱۴۳۳۵

دورنگار: ۸۸۷۰۵۹۱۷ - ۰۲۱

www.notary.ir

پایگاه اینترنتی کانون سردفتران و دفتریاران:

MAGAZINE@NOTARY.ir

نشانی الکترونیکی ماهنامه:

Kanoon.notary@gmail.com

قابل توجه سردفتران و دفترباران

و

دفاتر اسناد رسمی سراسر کشور

هر چند بدیهی است لیکن تأکید می‌شود که مجموعه به چاپ رسیده زیر عنوان «نظریه‌های مشورتی کمیسیون حقوقی کانون سردفتران و دفترباران» همان‌گونه که از نام آن مستفاد می‌گردد صرفاً مشتمل بر نظریات مشورتی اعضای محترم کمیسیون حقوقی کانون سردفتران و دفترباران می‌باشد و به‌منظور ارتقای سطح علمی و دانش حقوقی علاقه‌مندان در اختیار همکاران ارجمند قرار گرفته است. لذا از حیث اجرا، جنبه الزام‌آور نداشته و مسقط یا موجد الزامات قانونی برای سردفتران و دفترباران دفاتر اسناد رسمی سراسر کشور نمی‌باشد.

نظریه‌های مشورتی کمیسیون حقوقی

کانون سردفتران و دفترباران

کتاب ارزشمند «نظریه‌های مشورتی کمیسیون حقوقی کانون سردفتران و دفترباران» حاصل نشست‌های علمی-حقوقی و پژوهش‌محور کمیسیون حقوقی دفتر حقوقی و حمایت قضایی کانون سردفتران و دفترباران است



که از تاریخ ۱۳۸۲/۳/۶ لغایت ۱۳۸۶/۴/۲۷ طی ۱۷۰ جلسه رسمی پس از بحث و بررسی درخصوص پرسش‌ها و مسایل مطرح‌شده از سوی دفاتر اسناد رسمی، جوامع سردفتری و مراجع قضایی، حسب مورد پاسخی شایسته و علمی-تحقیقی براساس آخرین مقررات و دکترین‌های حقوقی داده‌است که موضوعات آن اعم از اتباع بیگانه، اجاره، اجرائیه، احراز هویت، احوال شخصیه، اراضی، املاک، استعلامات، اشخاص حقوقی، اقرارنامه، انتقال اجرائی، حق‌التحریر، حق‌الثبت، خودرو، دفتر اسناد رسمی، دفتربار، رهن، سردفتر، فسخ سند و اقاله، قانون تسهیل تنظیم اسناد در دفاتر اسناد رسمی، گواهی امضا، گواهی عدم حضور، مالیات، مستندات تنظیم اسناد، نظام وظیفه، وکالت و بسیاری دیگر سؤال‌های مهم و مسایل مبتلابه دفاتر اسناد رسمی است که جمعاً ۴۵۲ نظریه‌مشورتی را تشکیل داده است. گفتنی است جلد اول این کتاب به تازگی به اهتمام دفتر آموزش و پژوهش کانون سردفتران و دفترباران روانه بازار کتاب‌های حقوقی شده است.

امتیاز خاص این کتاب، فهرست موضوعی به‌ترتیب حروف الفبا و هم‌چنین جداول موضوعی آن است که براساس شماره سؤال، سؤال‌کننده، شماره جلسه کمیسیون، تاریخ جلسه کمیسیون، عنوان یا موضوع سؤال، خلاصه سؤال، خلاصه جواب و موضوع کلی تنظیم شده است. یادآور می‌شود فهرست موضوعی و جداول موضوعی کتاب حاضر را رضا تاجگر تدوین نموده است.

این کتاب دارای ۲۶۰ صفحه به قیمت ۴۰۰۰ تومان توسط انتشارات سرخ منتشر می‌شود که علاقه‌مندان به تهیه کتاب می‌توانند با تکمیل «فرم خرید کتاب» (صفحه بعد) نسبت به تهیه آن اقدام نمایند.

برگ «خرید کتاب»

خواهشمند است تعداد..... نسخه کتاب «نظریه‌های مشورتی کمیسیون حقوقی کانون سردفتران و

دفتریاران (جلد اول)» برای اینجانب..... به

نشانی:.....

پست الکترونیک:..... E-mail: تلفن تماس:.....

کد پستی:

--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

 ارسال فرمایید. هزینه خرید کتاب طی فیش

بانکی شماره..... به مبلغ..... که اصل آن پیوست می‌باشد، واریز شده است.



۱- هزینه خرید هر یک نسخه کتاب ۴۵۰۰ ریال است (۴۰۰۰ تومان قیمت کتاب + ۵۰۰ تومان هزینه پستی).

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

* نکته مهم ۱: لطفاً عنایت فرمایید در فیش بانکی، حتماً عبارت «خرید کتاب» قید گردد.

* نکته مهم ۲: ارسال کتاب پس از دریافت اصل فیش واریزی و برگ خرید کتاب خواهد بود.

۳- لطفاً اصل این برگ خرید را تکمیل و با اصل فیش واریزی به نشانی: صندوق پستی

تهران ۴۱۹ - ۱۴۳۳۵ ارسال فرمایید.

۴- لطفاً کپی فیش واریزی را تا دریافت کتاب نزد خود نگه دارید.

۵- لطفاً نشانی و کد پستی و تلفن متقاضی خرید کتاب در برگ «خرید کتاب» دقیق قید شود.

www.notary.ir
همیشه با «کانون» همراه باشید
E-mail: Magazine@notary.ir
Kanoon.notary@gmail.com

نشانی دفتر ماهنامه: تهران، خیابان استاد مطهری، مقابل خیابان سنایی، پلاک ۲۷۳

تلفن: ۸۸۷۲۸۷۵۵ - ۰۲۱ دورنگار: ۸۸۷۰۵۹۱۷ - ۰۲۱

قابل توجه مترجمان و نویسندگان محترم مقالات

ماهنامه «کانون» قصد دارد از شماره یکصدویکمین شماره خود در بخش‌های مقالات و ترجمه به نکات مهم زیر درخصوص شیوه تهیه و تنظیم و تدوین مقالات ارسالی اهتمام ورزد. البته رعایت این مهم در جهت حفظ شأن علمی-پژوهشی ماهنامه ضروری است. علاوه بر این، فقط مقاله‌هایی که مورد تأیید و پذیرش شورای داوری ماهنامه «کانون» باشد، به چاپ خواهد رسید.

از همین رو، خواهشمند است «شیوه‌نامه تدوین مقالات» در این خصوص دقیقاً رعایت شود.

شیوه‌نامه تدوین مقالات

- ۱ - موارد زیر به‌طور دقیق و کامل و خوانا حتماً ضمیمه مقاله یا ترجمه باشد؛
 - ۱ - ۱ - نام و نام‌خانوادگی، میزان تحصیلات، رشته تحصیلی، رتبه علمی-پژوهشی یا دانشگاهی، گروه آموزشی، نام دانشکده، نام دانشگاه، نام شهر واحد دانشگاهی (هم فارسی، هم انگلیسی یا فرانسه).
 - ۱ - ۲ - نشانی، کدپستی، شماره تلفن ثابت، نامبر و موبایل، نشانی رایانامه (ایمیل) نویسنده یا مترجم.
 - ۱ - ۳ - ارسال سوابق علمی-پژوهشی و مطالعات علمی-تحقیقی نویسنده یا مترجم برای اولین بار ضروری است.
 - ۱ - ۴ - دقیقاً نام مسئول مقاله یا ترجمه قید و امضا شود.
 - ۲ - عنوان مقاله کاملاً گویای موضوع باشد (هم فارسی، هم انگلیسی یا فرانسه).
 - ۳ - نوشتن چکیده مقاله حداکثر در ۱۰ سطر ضروری است (هم فارسی، هم انگلیسی یا فرانسه).
 - ۴ - واژگان کلیدی ترجیحاً ۵ واژه نوشته شود (هم فارسی، هم انگلیسی یا فرانسه).
 - ۵ - مقاله‌های تایپ‌شده در برنامه word (یک نسخه از مقاله به علاوه CD یا فلاپی) اولویت دارند.
 - ۶ - مقاله ارسالی نباید قبلاً چاپ شده باشد و هم‌چنین نویسنده یا مترجم نباید تا سه ماه پس از تاریخ دریافت دفتر ماهنامه جهت چاپ در دیگر مطبوعات اقدام نماید.
 - ۷ - مقاله نباید بیش از ۳۰ صفحه (A4 تایپ شده) باشد. ماهنامه از پذیرش و چاپ مقاله‌های چندقسمتی معذور است.

۱ - ماهنامه از مقاله‌های تنظیمی به روش استاد «درون متنی» استقبال می‌کند.

- ۱ - ۸ - پس از آوردن متن نقل قول اعم از مستقیم یا غیرمستقیم کافی است داخل پرانتز به ترتیب آورده شود؛ الف - نام‌خانوادگی نویسنده اثر. ب - سال نشر اثر. ج - شماره صفحه مورد استناد. مثلاً: (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص. ۲۷).

۲۱-۸ - در صورت تعدد آثار نویسنده در یکسال، منبع مورد استناد را با حروف ابجد (الف، ب، ج، د...) مشخص نمایید. مثلاً: (کاتوزیان، ۱۳۸۳ [الف]، ص. ۳۹) و (کاتوزیان، ۱۳۸۳ [ب]، ص. ۲۴۵).

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

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

۲ - ۹ - مقاله: الف - نام خانوادگی نویسنده، ب - نام نویسنده، ج - تاریخ انتشار نشریه، د - **عنوان مقاله**، ه - نام مترجم، و - **نام یا عنوان نشریه**، ز - نام یا عنوان صاحب امتیاز نشریه، ح - دوره و سال انتشار نشریه، ط - ترتیب انتشار نشریه؛ ی - شماره نشریه، ک - صفحات شروع تا پایان مقاله در نشریه مورد استناد؛ مثلاً: محمدی، عباس (زمستان ۱۳۸۸)، **ماهیت حقوقی قرارداد اجاره کشتی، فصلنامه حقوق**، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۹، ۱۳۸۸، فصلنامه، ش. ۴، صص. ۳۵۹ - ۳۳۷.

۱۰ - محور اصلی مطالب قابل درج در ماهنامه مسایل 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.

۱۱ - در صورتی که مقاله ارسالی ترجمه باشد، ضروری است که متن اصلی نیز همراه ترجمه ارسال شود.

۱۲ - هیئت تحریریه در ویرایش ادبی، فنی، نگارشی و علمی مقاله‌ها، آزاد است.

نشانی دفتر ماهنامه: تهران، خیابان استاد مطهری، مقابل خیابان سنایی، پلاک ۲۷۳

کد پستی: ۱۵۸۶۷۱۷۳۱۱

تلفن: ۰۲۱ - ۸۸۷۲۸۷۵۵

صندوق پستی: ۴۱۹ - ۱۴۳۳۵

دورنگار: ۰۲۱ - ۸۸۷۰۵۹۱۷

www.notary.ir

پایگاه اینترنتی کانون سردفتران و دفتریاران:

MAGAZINE@NOTARY.ir

نشانی الکترونیکی ماهنامه:

Kanoon.notary@gmail.com

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

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

.....

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

برگ درخواست اشتراک ماهنامه «کانون»

خواهشمند است تعداد..... نسخه ماهنامه «کانون» را از شماره..... برای

اینجانب..... که سردفتر دفتریار

کارمند دفتر اسناد رسمی وکیل قاضی کارشناس حقوقی دانشجو

یا هستیم، به نشانی:.....

.....

پست الکترونیک:..... E-mail :.....

تلفن تماس:..... کد پستی:

--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

ارسال فرمایید. هزینه اشتراک طی فیش بانکی شماره.....

به مبلغ..... برای ۶ ماه یکسال که اصل آن پیوست می‌باشد،

واریز شده است.

۱- هزینه اشتراک ۶ شماره ۲۲۰۰۰۰ ریال و ۱۲ شماره ۴۴۰۰۰۰ ریال است. (با احتساب هزینه پستی).

۲- لطفاً هزینه اشتراک را به حساب جاری ۳۴۳۴ بانک ملی شعبه خیابان میرزای شیرازی کد ۱۶۹

به نام ماهنامه کانون واریز فرمایید.

(لطفاً عنایت فرمایید در فیش بانکی، نام پرداخت کننده همان نام و عنوان متقاضی اشتراک باشد).

۳- لطفاً این برگ اشتراک را تکمیل و با اصل فیش واریزی به نشانی؛ صندوق پستی

تهران ۴۱۹ - ۱۴۳۳۵ ارسال فرمایید.

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

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

فرمایید.

● برای استفاده الکترونیکی ماهنامه «کانون» نیز می‌توانید به نشانی اینترنتی www.notary.ir مراجعه فرمایید.

●● گفتنی است جهت متقاضیان اشتراک خارج از کشور، حسب مورد هزینه پستی به مبالغ مذکور علاوه می‌شود.

MAGAZINE@NOTARY.ir E-mail:

Kanoon.notary@gmail.com

نشانی دفتر ماهنامه: تهران، خیابان استاد مطهری، مقابل خیابان سنایی، پلاک ۲۷۳

تلفن: ۸۸۷۲۸۷۵۵ - ۰۲۱ - دورنگار: ۸۸۷۰۵۹۱۷ - ۰۲۱

خلاصة محتويات العدد ١١٦ من شهرية "كانون"

تتضمن مجلة "كانون" الشهرية في عددها رقم ١١٦ لشهر ابريل - مايو، موضوعات مختلفة بما في ذلك، قسم "رؤية" بقلم السيد عباس سعدي المديرالمسؤول للمجلة اذ يؤكد و يصرح فيه بان توسيع الثقافة الحقوقية و القضائية، هو عملية وطنية و عامة، و بما ان فلسفة اصلاح السلوك الحقوقي للناس نابعة اصلا من العقل الجماعي، فان تحقق التنمية و مأسسة ثقافة سلطة القانون تتطلب ارادة جماعية و مطلب نابع من شعب ما، و لذلك فان المشرع شدد في قانون الخطة الخمسية للتنمية الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية للجمهورية الاسلامية الايرانية علي اهمية التعليم العام عن طريق الاذاعة و التلفزيون.

و هناك قسم "حديث الساعة" الذي يتطرق الي الموضوع المهم تحت عنوان "المجلاء و القتمة في التسجيل العاجل للمعاملات الرسمية" بقلم السيدرضا تاجكر مستشار المديرالمسؤول و امين هيئة التحرير. و يصرح المقال بانه فضلا عن ضرورة توسيع و تطوير تكنولوجيا المعلومات (IT) فانه يجب توفير امكانية الاتصال في الفضاء المجازي بشكل دقيق و صحيح، و يجب تزويد مكاتب التوثيق الرسمي و دوائر تسجيل الوثائق و العقارات باحدث التكنولوجيا العصرية الموجودة في العالم و تطبيق الاتوماتية الادارية و منظومة شبكة الحاسوب الالى بشكل كامل ليتم من خلال الحصول علي الاستعلامات و الردود علي شكل اونلاين و بالتالي التوقيع الالكتروني، توفير امكانية التسجيل الفوري للمعاملات الرسمية.

و من المقالات المهمة في هذا العدد هو "المسؤولية المدنية لرئيس مكتب التوثيق الرسمي" بقلم السيد مهرزاد رزمي يبين فيه نظريات التقصير و الخطر و تضمين الحق و النظرية المختلطة و اركان المسؤولية و يعتبر ان المسؤولية المدنية لرئيس مكتب التوثيق الرسمي مستندة بالمبادئ القانونية.

و ثمة مقال بعنوان "بحث حول الالفاظ المطلقة و المقيدة" بقلم السيد مرتضي محمدحسيني طرقي يشرح فيه المفردات العامة و المطلقة و المقيدة و التباين فيما بينها من وجهة نظر اصول الفقه و يعطى نتائج ملفتة للنظر.

و من المقالات القيمة الاخرى في هذا العدد، مقال للسيد سليمان فدوي عنوانه "ضرورة المطالعة الافتراضية في حقوق التسجيل" يتناول فيه قضية علم الاصطلاح او الترمينولوجيا التخصصية و يؤكد علي ضرورة المطالعة و التشخيص الفارق للمصطلحات و يقول ان الفهم الدقيق للمعني في ظل مفهوم و منطوق المفردات القانونية في شؤون التسجيل و ترؤس مكاتب التوثيق الرسمي يكتسى اهمية كبيرة من حيث اثره في العمليات الاجرائية لاصدار الوثيقة و الحكم القضائي او الاحكام الاخرى الصادرة عن المراجع الادارية و القضائية و التسجيلية. و هي مفردات و مصطلحات مثل التعارض و التزاحم و التداخل و الاعتداء و التبادل و التقسيم و الفصل و الافراز.

و في قسم "نافذة" ثمة مقال بقلم السيد محمد عظيميان بعنوان "هل ان تنظيم و تائق بيع الشرط مسموح في مكاتب التوثيق الرسمي؟" يتناول ضرورة ايلاء المسؤولين المعنيين الاهتمام بتطورات التشريع و سن القوانين.

و "دراسة الدليل من حيث كاشفيته" هو مقال للسيد عباس ميرشكاري يتطرق فيه الي خصائص الدليل للبت في الموضوعات محل الخلاف و التي تضطلع بدور اساسي في مرحلة الاثبات كما انها مؤثرة في مرحلة الثبوت. و يبين المقال بان اهم اثر للدليل هو كاشفيته.

و يتضمن هذا العدد القسم الحادي عشر من "قاموس مفردات و مصطلحات الوقف" قام بجمعه السيد جليل محمدي.

و هناك مقال بعنوان "دور المؤسسات و المنظمات الحكومية و غير الحكومية في الوقاية من وقوع الجريمة" بقلم السيدين حسين قربانيا و مجيد هراتيان نجادي، يتطرقان فيه الى الاليات الملائمة للوقاية من وقوع الجريمة.

و في الختام و كما الاعداد السابقة، هناك الاخبار و القوانين و المقررات و الاراء و تقديم الكتب اضافة الى خلاصة محتويات الشهرية باللغات الانجليزية و الفرنسية.

The author analysis and compare general, absolute and particular words and points out their differences from jurisprudence perspective. The findings are very interesting.

Another interesting article that appears in this issue is an article which is written by Mr. Suleiman Fadavi. The article is titled "**Need for Independent Studies in Registration Law**".

The author explains what "Peculiar Terminology" is.

The author underlines the need for independent studies to be carried out with respect to terminology used in connection with registration laws.

The author argues that true understanding of the meaning of the words and expressions used in connection with the notary and registration affairs is very important and undoubtedly will have impact on the executive operations, issuance of deed, judicial verdicts, and judicial and registration administrative procedures.

The author refers to words such as contradiction, annoyance, interference, encroachment, exchange, division, separation and parceling out.

The "**Window**" section contains an article which is written by Mr. Mohammad Azimian. The article is titled "**Is it Legal to Prepare Conditional Sales' Contracts at Notary Offices?**"

The author urges the authorities to revise the laws in this regard.

"**Investigation of Proof with Respect to Method of their Discovery**" is the title of an article written by Mr. Abbas Mirshekari.

The author highlights the importance of method of discovery of proofs in proving a case. He argues that method of discovery plays important role in the demonstration cycle.

This article clarifies the fact that the most important aspect of a proof is the method of discovering it.

The 11th part of "**Dictionary & Terminology of Endowment**" appears in this issue which is compiled by Mr. Seyed Jalil Mohammadi.

One of the interesting articles in this issue is an article which is titled: "**Role of Governmental & Non Governmental Organizations in Crime Prevention**". The article is written by Mr. Hossein Ghorbanian and Mr. Majid Haratian Nezhadi.

In the concluding parts, as usual we bring you latest news, rules, regulations, verdicts.

You will also find list of new books recommended by us.

The Summary of Articles Appearing in 116th Edition of the Kanoon Monthly Publication appears in French and Arabic as well.

Summary of Articles of 116th Edition of the Kanoon Monthly Publication

The 116th edition of the Kanoon Publication contains the following articles:

The "**View Point**" section contains an article which is written by Mr. Abbas Saeedi, managing director of the publication. The article emphasizes and stipulates the fact that development of judicial and legal culture in the society is a national process and since necessity for modifying people's legal behavior is tied to public wisdom, materialization and establishment of law and order in the society requires the public determination and is regarded as an internal demand of a society. Hence, in the Fifth Economic Development Plan of the Islamic Republic of Iran, the legislators have insisted on the public education via the National Broadcasting Organization.

The "**Commentary of the Day**" section contains an article which is written by Mr. Reza Tajgar. The article is titled: "Positive and negative effects of instant registration of official transactions"

The author believes that all notary public offices and all offices of the State's Organization for Registration of Deeds & Properties must be able to communicate with each other online.

The author argues that foundation must be laid down for promulgation of electronic signature that is a prerequisite for instant registration of official transactions.

One of the interesting articles that appear in this issue is an article which is titled "**Notaries' Civil Liabilities**". The article is written by Mr. Mehrzad Razmi.

The author first expresses his opinion with regard to principles of liability, fault, danger, guaranty of right, and opinions rendered by courts. Subsequently, he clarifies the notaries' civil liabilities within the framework of the law.

You will find another interesting article in this section which is titled "**Discussion over Absolute and Particular Words**". The article is written by Mr. Morteza Mohammad Hosseini Targhi.

Dans son article intitulé "**Un débat autour des termes absolus et spécifiés**", M. Morteza Mohammad Hosseini Targhi explique les mots communs "absolu" et "spécification" et leurs différences du point de vue des principes du droit islamique.

Un autre article digne d'intérêt s'intitule "**La nécessité des études différentielles sur le droit de l'enregistrement**" dont l'auteur M. Soleiman Fadavi rappelle la terminologie spéciale avant de souligner la nécessité de l'étude et du discernement des termes et expressions. Pour lui, la compréhension exacte de la signification des termes juridiques dans le domaine de l'enregistrement et du notariat est d'autant plus importante qu'elle influe sans doute sur les opérations exécutives ou la délivrance d'un acte ou d'une décision judiciaire ou encore des autres décisions rendues par les tribunaux administratifs et judiciaires : les termes comme conflit, interférence, violation, échange, division, lotissement.

La rubrique "**Fenêtre**" comprend une note de M. Mohammad Azimian qui pose la question de savoir "**Si l'établissement des actes de la vente conditionnelle est autorisé dans les études notariales**". Il estime que les responsables doivent porter intérêt sur les transformations de la législation.

"**La preuve**" est le titre d'un article de M. Abbas Mirshekari qui explique les caractéristiques de la preuve dans le traitement d'un contentieux, un élément très important destiné à découvrir la vérité.

Vient ensuite la onzième partie de la série thématique du "Lexique des termes et expressions relatifs à la fondation pieuse", élaboré par M. Seyed Jalil Mohamadi.

Dans leur article intitulé "**Le rôle des institutions et organisations publiques et privées dans la prévention des crimes**", MM. Hossein Ghorbanian et Majid Haratian Nejadi expriment des solutions adéquates pour prévenir les crimes.

Enfin, comme dans les numéros précédents, après mention faite des actualités, des lois, des règlements, des thèses, la présentation des livres, la traduction d'un extrait d'articles du mensuel en langues arabe et anglaise s'offre au lecteur.

Extrait d'Articles de Kanoun N° 116

Dans le mensuel n° 116 de Kanoun, édition du mois de mai, on lira les articles suivants :

"Le point de vue", par le directeur M. Abbas Saeedi, a mis l'accent sur le fait que l'extension de la culture juridique et judiciaire est un processus national et général. Comme la nécessité de correction du comportement juridique public découle de la raison collective, la réalisation du développement et l'institution de la culture du respect de la loi exigent de même la volonté collective et l'intention naturelle du peuple. C'est pourquoi le législateur insiste, dans les dispositions législatives du 5^e Plan du développement économique, social et culturel de la République Islamique d'Iran, sur la formation générale par la Radio et la Télévision.

"La parole du jour" écrit par M.Reza Tajgar. L'auteur de l'article intitulé, **"Clair-obscur de l'enregistrement instantané des transactions authentiques"**, souligne la nécessité de l'extension et du développement de la technologie de l'information, estimant que les relations dans l'espace virtuel doivent être possibles, que les études notariales et les Services de l'enregistrement des actes et propriétés doivent être équipés par la dernière technologie du jour, que l'automatisme administratif et le système du réseau informatique doit être complètement installé pour faciliter les demandes de renseignements et leurs réponses en ligne et, enfin, rendre possible, par la signature électronique, l'enregistrement en temps utile des marchés authentiques.

"La responsabilité civile du notaire" est le titre d'un article intéressant écrit par M. Mehrzad Razmi qui, tout en expliquant les théories de la faute, du risque, de la garantie du droit, la théorie mixte et les éléments de la responsabilité, précise la responsabilité civile du notaire en fonction des fondements juridiques.



Notarie's Public & Assistant's Association
News and analysis on humanities
53th year , second Vol. No 116
May 2011

Proprietor:

Notary Public And Assistant's association

Managing Editor: Abbas saeedi

Editor-in-chief: Naser Nayebi

Executive manager: Noor Ali Mazaheri

Co - authors:

Mohammad Azimian, Suleiman Fadavi,
 Hossein Ghorbanian, Majid Haratian Nezhadi,
 Abbas Mirshekari, Morteza Mohammad Hosseini Targhi,
 Seyed Jalil Mohammadi, Mehrzad Razmi &
 Reza Tajgar.

Managing Editor's Consultant & Secretary of The Editorial Board: Reza Tajgar

Legal Editor: Reza Tajgar

Editor: Vahid Amini

Page Maker and typesetter: Fahimeh Esmaeili

Mobile: 09128155179

Address: No. 273, opposite Sanaii st., Ostad Motahhari st., Tehran.

Tel: +9821 - 88728755

P.O.Box: 14335 - 419

Fax: +9821 - 88705917

Postcode: 1586717311

Website: www.notary.ir

E-mail: MAGAZINE@NOTARY.IR

Kanoon.notary@Gmail.com

Printers: Mo'alla

Address: No.14, 8th Alley, Khajeh Abdo'llah Ansari St., Shari'ati St. Tehran.

Tel: +9821 - 22884023

Price : 32000 RIs

ISSN: 2008 -2851

