

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



کانون

ماهنامه خبری و تحلیلی در زمینه علوم انسانی

سال پنجاه و سوم، دوره دوم، شماره ۱۱۸

تیرماه ۱۳۹۰

صاحب امتیاز:

کانون سردفتران و دفتراران

مدیرمسئول: عباس سعیدی

سردبیر: ناصر نایبی

مدیر اجرایی: نورعلی مظاهری

همکاران این شماره:

سیدحسن آقامیری، مهدی باقری نسامی،
دکتر سیدمحسن پنجتنی، رضا تاجگر،
روح‌اله رضایی، جواد صالحی، محمد عظیمیان،
محمود محمدزاده، سیدجلیل محمدی،
مریم مهاجری و فرزاد نمسه‌چی.

مشاور مدیرمسئول و دبیر هیئت تحریریه: رضا تاجگر

ویراستار ادبی: وحید امینی

ویراستار حقوقی: رضا تاجگر

تلفن همراه: ۰۹۱۲۸۱۵۵۱۷۹

حروفچین و صفحه‌آرا: فهیمه اسماعیلی

نشانی دفتر ماهنامه: تهران، خیابان استاد مطهری، خیابان شهید علی‌اکبری، خیابان شهید صحاف‌زاده،
شماره ۳۸، ساختمان شماره ۴ کانون سردفتران و دفتراران

تلفن: ۰۲۱ - ۸۸۷۳۹۲۸۷

کد پستی: ۱۵۷۶۹۴۴۵۱۳

دورنگار: ۰۲۱ - ۸۸۷۳۹۱۰۴

صندوق پستی: ۴۱۹ - ۱۴۳۳۵

پایگاه اینترنتی کانون سردفتران و دفتراران:

www.notary.ir

MAGAZINE@NOTARY.ir

نشانی الکترونیکی ماهنامه:

Kanoon.notary@Gmail.com

چاپ: معلی

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

تلفن چاپخانه: ۲۲۸۸۴۰۲۳

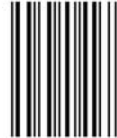
ISSN: ۲۰۰۸ - ۲۸۵۱

بها: ۳۲۰۰۰ ریال

ISSN 2008-2851



00118



9 772008 285000

نشانه‌های اختصاری

| | | |
|---|--|---|
| بی.نا. ← ناشر مشخص نیست | چاپ ← ج. | جلد ← ج. |
| بی.جا. ← محل نشر مشخص نیست | ص. ← صفحه | ش. ← شماره |
| م. ← میلادی | بی.تا. ← تاریخ نشر مشخص نیست | صص. ← صفحات |
| ش. ← هجری شمسی | ر.ک. ← رجوع کنید به | همان. ← به همان منبع قبلی رجوع کنید |
| (رض) ← رضوان ... تعالین علیه | (ره) ← رحمه... علیه | ه.ق. ← هجری قمری |
| (س) ← سلام ... علیها | (ع) ← علیه‌السلام | (ص) ← صلی ... علیه و آله و سلم |
| ق.ا. ← قانون اساسی | ق. ← قانون | ق. ← قانون |
| ر.ر. ← روزنامه رسمی | ر.ر. ← روزنامه رسمی | ق.ک. ← قانون کار |
| ق.چ. ← قانون صدور چک | ق.چ. ← قانون صدور چک | ق.م. ← قانون مدنی |
| ق.ا.ح. ← قانون امور حسبی | ق.ا.ح. ← قانون امور حسبی | ق.ت. ← قانون تجارت |
| ق.ث.ش. ← قانون ثبت شرکتها | ق.ث.ش. ← قانون ثبت شرکتها | ق.ث.ا. ← قانون ثبت احوال |
| ق.م.ع. ← قانون مجازات عمومی | ق.م.ع. ← قانون مجازات عمومی | ق.ز.ش. ← قانون زمین شهری |
| ق.ث. ← قانون ثبت اسناد و املاک | ق.ث. ← قانون ثبت اسناد و املاک | ق.م.ا. ← قانون مجازات اسلامی |
| ق.ر.م.م. ← قانون روابط موجر و مستأجر | ق.ر.م.م. ← قانون روابط موجر و مستأجر | ق.ح.خ. ← قانون حمایت خانواده |
| آ.ق.ث.ا. ← آیین‌نامه قانون ثبت املاک | آ.ق.ث.ا. ← آیین‌نامه قانون ثبت املاک | ق.ت.ا. ← قانون تملک آپارتمان‌ها |
| ق.ح.ح. ← قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان | ق.ح.ح. ← قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان | ق.ت.ا. ← قانون تجارت الکترونیکی |
| ق.ن.ا.م. ← قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی | ق.ن.ا.م. ← قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی | ق.ث.ع.ا. ← قانون ثبت علائم و اختراعات |
| | | آ.ق.ت.ا. ← آیین‌نامه اجرایی قانون تملک آپارتمان‌ها |
| | | م.ب.ث. ← مجموعه بخشنامه‌های ثبتی |
| | | ق.ا.د.ک. ← قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری، قانون آیین دادرسی کیفری |
| | | ق.ا.د.م. ← قانون آیین دادرسی مدنی، قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور مدنی) |
| | | ق.ر.ت.ا. ← قانون راجع به ترجمه اظهارات و اسناد در محاکم و دفاتر اسناد رسمی |
| | | قانون وصول ← قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین |
| | | ق.د.ا.ر.ک. ← قانون دفاتر ← قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران (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. ← آیین‌نامه اجرایی مفاد اسناد رسمی ← آیین‌نامه اجرایی 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 دفتریاران |
| د.ا. ← دفاتر اسناد رسمی | د.ا. ← دفاتر اسناد رسمی | مجلس ← مجلس شورای اسلامی |
| وزارت کار و امور اجتماعی ← وزارت کار و امور اجتماعی | وزارت کار ← وزارت کار | ناجا ← نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران |
| سازمان ثبت اسناد و املاک کشور ← سازمان ثبت اسناد و املاک کشور | سازمان ثبت ← سازمان ثبت | بنیاد مسکن ← بنیاد مسکن انقلاب اسلامی |
| شرکت واحد اتوبوسرانی تهران و حومه ← شرکت واحد اتوبوسرانی تهران و حومه | اتوبوسرانی ← اتوبوسرانی | وزارت ارشاد ← وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی |
| وزارت مسکن و شهرسازی ← وزارت مسکن و شهرسازی | وزارت مسکن ← وزارت مسکن | 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 / تنظیم اسناد رسمی راهکار اساسی پیشگیری از وقوع برخی جرایم ۱۱
 رضا تاجگر

مقالات

- خسارت، وجه التزام و خسارت تأخیر تأدیه ۱۵
 دکتر سید محسن پنج‌تنی
 شرط خسارت تأخیر تأدیه در اسناد رسمی ۲۶
 محمد عظیمیان
 آسیب‌شناسی لایحه جدید حمایت خانواده با تأکید بر مواد ۸ تا ۱۶ آن ۴۴
 مریم مهاجری
 درجه ۱ / بار اثباتی در دعاوی ناشی از قراردادهای بیمه ۷۲
 مهدی باقری نسامی
 درجه ۲ / موارد اعمال و کاربرد بند ۸۰ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی قبل از سال ۱۳۴۹ ۸۱
 فرزاد نمسه‌چی
 اعتبار امضای الکترونیکی با توجه به مقررات داخلی و بین‌المللی ۹۰
 روح‌اله رضایی
 فرهنگ لغات و اصطلاحات وقف (بخش سیزدهم) ۱۱۸
 سید جلیل محمدی
 بررسی حجیت سند در فقه امامیه ۱۲۰
 سیدحسن آقامیری

دغدغه / تأملی بر: ماده ۲۹ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی و عملکرد مراکز تعویض پلاک ... ۱۳۴
محمود محمدزاده

ترجمه / وصف تکثرگرایی مالکیت فکری ۱۴۱
مترجم: جواد صالحی

حرف ماه ۱۷۲

اخبار، قوانین، مقررات، آراء و گزارش ها

بخشنامه

● بابت استعلام املاک استان البرز وجهی دریافت نشود ۱۷۵

مقررات

● تفاهم نامه خوداظهاری مالیاتی سردفتران و دفتریاران بین کانون و سازمان امور مالیاتی امضا شد ۱۷۶

آراء قضایی

● ممنوع معامله بودن موکل در زمان تنظیم سند وکالت موجب بطلان عقد وکالت نیست ۱۷۹

● دعوی مربوط به عزل وکیل به علت اعتبار مندرجات سند رسمی وکالت مسموع نیست ۱۸۰

● عزل وکیل و زوال سمت او؛ تمام اموری که وکیل قبل از رسیدن خبر عزل به او در حدود وکالت خود انجام دهد نسبت به موکل نافذ است ... ۱۸۰

● ادعای این که در متن وکالتنامه جمله بلاعزل قید شده و یا اعتراض ذیل همان وکالتنامه موضوع بلاعزل بودن منتفی شده است جای تأمل دارد ۱۸۰

● موکل هر وقت بخواهد می تواند وکیل را عزل نماید، مگر این که وکالت وکیل یا عدم عزل در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد ۱۸۳

● اسقاط حق عزل وکیل نوعی ایقاع است که به اراده یک طرف ایجاد می شود؛ شرط ضمن عقد خارج لازم ۱۸۴

● معرفی کتاب ۱۸۶

ترجمه خلاصه مطالب ماهنامه

- عربی ۱۹۷

- فرانسه ۲۰۵

- انگلیسی ۲۰۸

دیدگاه

هر سال، آمار رسمی، به‌طور میانگین عدد ۳۰ هزار تلفات جانی ناشی از حوادث رانندگی را در سطح جاده‌های کشور گزارش می‌دهد. بازسازی، ترمیم و برطرف نمودن نزدیک به ۲ هزار نقطه کور جاده‌ای، هزینه قابل توجهی را بر دولت تحمیل می‌کند.

مقام عالی وزارت دادگستری، پنجاه درصد حجم ورودی پرونده‌های دادگستری را دارای منشأ حقوقی ناشی از معاملات عادی می‌داند. معاون قوه قضائیه و رئیس سازمان ثبت اسناد و املاک کشور تصریح دارد به این که قولنامه‌های عادی باعث تحمیل هزینه‌های فراوان بر دستگاه قضایی شده است.

و همچنین قانون اساسی، نظارت بر حسن اجرای قوانین و اقدام مناسب برای پیشگیری از وقوع جرم را از وظایف مهم قوه قضائیه برمی‌شمارد و به صراحت دستگاه قضایی را مسئول تحقق بخشیدن عدالت می‌داند. و نیز قانون برنامه پنجساله پنجم توسعه کشور در اجرای سیاست‌های کلی نظام در امور قضایی، بر این مهم، تأکید دارد.

۱ - مدیریت هزینه، الزاماً به معنای این نیست که منابع مالی و درآمدی، صحیح و به‌جا مصرف و خرج شود بلکه گاهی ضرورتاً باید مانع هزینه‌تراشی شد. به عبارت بهتر، باید از ایجاد هزینه جدید، برحذر ماند. برای رسیدن به این ضرورت اقتصادی، باید از اقدامات پیشگیرانه بهره کامل جست. چنان که حتی می‌توان گفت که یکی از راه‌های افزایش درآمد، جلوگیری از هزینه‌کرد در موارد غیرضروری است.

۲ - اگر بپذیریم که در راستای تحقق اهداف عدالت‌محور دستگاه قضا و عمل به وظایف قانونی‌اش، باید به ازای هرگونه اقدام مناسب برای پیشگیری از وقوع جرم از سوی قوه قضائیه به این نهاد مستقل کشور، اعتبار لازم را تخصیص داد، به یقین، نص صریح قانون اساسی را احترام کرده‌ایم.

۳ - شاید این عبارت، ارزش معنایی بالایی داشته باشد که؛ «اصلاح زیرساخت‌ها، هزینه نیست؛ سرمایه است». توضیح این که گرچه ممکن است برای اصلاح زیرساخت‌ها، هزینه‌گزار نمود لیکن به‌ظرافت باید دریافت که بخش عمده‌ای از این‌گونه هزینه‌ها، سرمایه است. چرا که اگر به‌درستی مصرف شود و منجر به اصلاح زیرساخت‌ها گردد، یقیناً هزینه‌ای است برگشت‌پذیر. بدین معنا که سود حاصل از آن، حتماً به جامعه برمی‌گردد و برای حسن جریان امور، خرج می‌شود.

این مثال، به‌وضوح، اصل مطلب را می‌رساند؛ اگر پرداخت مالیات، اجباری شود، باز هم عده‌ای هستند که به لطایف‌الحیل از زیر بار این مسئولیت اجتماعی شانه خالی می‌کنند و دولت برای مدت‌ها، باید، جهت رفع معضلی «فراریان مالیاتی» هر آنچه زیرعنوان مالیات اخذ نموده، هزینه نمایند.

اما اگر زیرساخت‌ها اصلاح گردد و مردم بدانند که اصلاح زیرساخت‌ها ممکن نبود مگر از طریق هزینه‌کرد همان مالیات‌هایی که به‌موقع، پرداخته‌اند، مطمئناً به‌طور ضمنی فرهنگ‌سازی هم شده و برای شهروندان، ملموس و روشن است که هر متر از بزرگراه و خیابان، از محل اخذ وجوه مالیاتی ساخته شده و آماده بهره‌برداری برای مردم شده است. پس، به‌خوبی درخواهند یافت که اصلاح زیرساخت‌ها، سرمایه است و نه هزینه!

نتیجه این که؛ اگر در اجرای مفاد قانون برنامه پنجساله پنجم توسعه، از طریق صداوسیما طبق برنامه مصوب قوه قضائیه در خصوص موضوع مهم ضرورت تنظیم اسناد به‌صورت رسمی در دفاتر اسناد رسمی به همگان آموزش مقتضی داده شود و مردم از حقوق شهروندی خویش آگاهی لازم را کسب نمایند؛

اول این که، نه فقط تحمیل هزینه‌های غیرضروری بر دستگاه قضا، موضوع پرونده‌های رسیدگی قضایی به اختلافات ناشی از معاملات مردم با سند عادی، حذف می‌شود بلکه با آموزش عمومی می‌توان قولنامه‌های عادی را در مسیر حقوقی به نحوی هدایت نمود که دست کم، کاهش هزینه‌های دادگستری را به دنبال داشته باشد.

دوم این که، نظام قضایی کشور، بیش از پیش، با انجام وظایف خطیر و اساسی همچون پیشگیری از وقوع جرم و نظارت بر حسن اجرای قوانین، امکان توفیق در تحقق عدالت را پیدا می‌کند.

سوم این که، بیش از آنچه هزینه کرده باشیم، به اصلاح زیرساخت‌های نظام قضایی که تماماً سرمایه محسوب می‌شود، پرداخته و با فرهنگ‌سازی نیز رفتار حقوقی و قضایی مردم را سامان بخشیده‌ایم.

مدیر مسئول

سخن روز

تنظیم اسناد رسمی

راهکار اساسی پیشگیری از وقوع برخی جرایم

اساساً به جرأت می‌توان تأکید و تصریح کرد که رعایت نظم عمومی، رکن مهم از عنصر اساسی قانون‌مداری جامعه است. به عبارتی، میزان تحقق قانون در هر جامعه‌ای بستگی مستقیم به اندازه و درجه تنظیم بالانس نظم عمومی، انضباط اجتماعی و تعادل رفتاری مردم آن دارد.

امروزه، به ناچار، باید پذیرفت که حتی جرایم علیه اموال اعم از اموال منقول و اموال غیرمنقول، چه از بعد کیفری و چه از دیدگاه حقوقی، هزینه‌های بسیار سنگین و غیرقابل جبرانی را بر جامعه و خصوصاً قوه قضائیه بار نموده که به هر بهانه‌ای، قوه مقننه را مجبور به تصریح و تأکیدهای مکرر می‌کند مبنی بر این که دستگاه قضایی موظف است در راستای پیشگیری از وقوع جرایم، اقدام‌های مناسب انجام دهد. به عنوان مثال، به منظور افزایش سرعت و کارایی در ارائه خدمات حقوقی و قضایی، سازمان ثبت اسناد و املاک کشور مکلف است جهت 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.

و البته پرواضح است که برای تحقق این هدف قانون‌گذار، تنظیم سند در دفاتر اسناد رسمی می‌تواند نه فقط سازمان ثبت را در صدور اسناد مالکیت جدید یاری رساند بلکه دستگاه قضایی را در اعمال سیاست مبرز پیشگیری از وقوع جرم، موفق سازد.

۱ - انتقال مال غیر، کلاهبرداری، جعل اسناد، تصرف عدوانی، خیانت در امانت، توقیف غیرقانونی اموال دیگران و جرایمی مانند آن که اغلب در قالب جرایم علیه اموال قابل

بررسی است، موضوع پرونده‌هایی است که غالباً متهمان آن، به‌منظور تصاحب مال دیگری، مرتکب چنین جرم‌هایی شده‌اند.

۲ - هرچند مجازات جرایم یادشده، سبک نیست لیکن آمار نشان می‌دهد که ظاهراً سنگین بودن هزینه ارتکاب چنین جرایمی، برای مجرم تفاوت چندانی نمی‌کند.

۳ - آنچه مسلم است این که به یقین، تحت هیچ شرایطی، دستگاه قضایی تاب تحمل و توان پرداخت هزینه‌های بسیار سنگین رسیدگی به چنین پرونده‌هایی را ندارد.

در پذیرش این موضوع، کافی است بدانیم که حذف پرونده‌های قضایی که منشأ تشکیل آن‌ها، اسناد عادی و اختلافات ناشی از این‌گونه معاملات است، چه‌بسا معضل «اطالۀ دادرسی» را اگر کامل برطرف نسازد، قطعاً باعث کاهش طول مدت رسیدگی قضایی خواهد بود.

۴ - رعایت نظم عمومی از سوی مردم، خواسته طبیعی هر دولتی است و متقابلاً حفظ آن توسط حاکمیت، از اهم مطالبات مردم است. از همین‌رو، در غالب قریب به اتفاق، اوامر و نواهی قانونی که با نظم عمومی سروکار دارد، در زمره قواعد امری به‌شمار می‌آید و عدول از آن حتی برای دستگاه‌های اجرایی و دولت، غیرممکن و خلاف قانون است.

بنابراین؛ با پذیرش این مقدمه که مردم، ناگزیر از انجام معامله و تعامل اقتصادی با یکدیگر هستند، بر دولت به‌معنای عام آن است که ترتیبی اتخاذ نماید تا نه فقط روابط حقوقی ایشان نظم و نسق یابد که نباید اجازه دهد نظم عمومی جامعه در اثر اعمال اراده مدنی اشخاص به‌منظور تملیک قانونی اموال برهم بخورد.

دستگاه قانون‌گذاری نباید مجوز تحمیل هزینه‌های سنگین مالی و هدررفت بیت‌المال را صادر نماید. همین که در نتیجه تنظیم قولنامه‌های عادی، اختلافاتی فی‌مابین خریدار و فروشنده یا قائم‌مقام قانونی آنان رخ دهد که قوه قضائیه را به خود مشغول دارد، یعنی ورود ضرر به جامعه و تحمیل هزینه بر نظام قضایی کشور و تأمین مالی از محل بیت‌المال بدون برنامه‌ریزی کلان؛ فارغ از بحث هزینه بسیار قابل توجه نیروی انسانی شاغل و اتلاف وقت بی‌شمار متصدیان امر قضا و مردم.

این درحالی است که اگر معاملات و اسناد رایج مردم در دفاتر اسناد رسمی تنظیم شود، با کاهش ورودی پرونده‌های دادگستری مربوط به معاملات معارض، صدور سند معارض، جعل سند، کلاهبرداری، فروش مال غیر و دعاوی حقوقی مانند الزام به تنظیم سند رسمی و مطالبه خسارت تأخیر تأدیه ناشی از شروط مندرج در قراردادهای غیررسمی و عادی، مواجه خواهیم بود که این، البته از جمله اقدام‌های مناسب قوه قضائیه جهت پیشگیری از وقوع جرایم است.

گفتنی است این رویکرد نه تنها در راستای اعمال سیاست‌های پیشگیرانه و قضازدایی دستگاه قضایی است بلکه در برخی موارد، به کاهش عناوین مجرمانه در قانون می‌انجامد. مثلاً (پس از وضع قانون) در صورت استفاده از امضای الکترونیکی که امکان جعل آن در حکم محال است، حذف عنوان مجرمانه «جعل امضا» در معنای فعلی‌اش، قابل بررسی خواهد بود. یا با اجرای قانون مبنی بر اجباری شدن تنظیم سند معاملات اموال غیرمنقول در دفاتر اسناد رسمی، کاهش دعاوی با عنوان الزام به تنظیم سند رسمی، قطعی و ارائه چنین دادخواست‌هایی، منتفی است.

یادآور می‌شود تأکید قانون‌گذار در سه بند جداگانه مربوط به موضوعات مختلف مطرح شده در قانون برنامه پنجساله پنجم توسعه کشور و تصریح به مضمون عبارت «پیشگیری از وقوع جرایم» حکایت از ضرورت توجه به آن در جهت ساماندهی و تنظیم رفتار مدنی و اصلاح روابط حقوقی مردم دارد که حسب نمایش آمار، نیمی از پرونده‌ها درخصوص قولنامه‌های عادی و معاملات غیررسمی، دستگاه قضایی را به خود مشغول داشته است که اگر به اصلاح ساختار نظام حقوقی - قضایی بیندیشیم، می‌توان از تنظیم اسناد رسمی در دفاتر اسناد رسمی به‌عنوان راهکار اساسی پیشگیری از وقوع برخی جرایم نام برد.

رضا تاجگر

مشاور مدیرمسئول و دبیر هیئت تحریریه

مقالات

خسارت، وجه التزام، خسارت تأخیر تأدیه

دکتر سید محسن پنج‌تنی^۱

مقدمه

خسارت، وجه التزام و خسارت تأخیر تأدیه در وضعیت کنونی نظام حقوقی ما ناهماهنگ و در بعضی موارد تبعیض‌آمیز است. این وضعیت، از یک سو، از اظهارنظرهای شورای نگهبان ناشی می‌شود و از سوی دیگر، تحت تأثیر تحولات انجام‌شده در مقررات مربوطه می‌باشد. نبود مرزبندی دقیق و علمی مفاهیم یادشده خصوصاً در مورد ماده ۲۳۰ ق.م. بر ابهامات موجود افزوده است. به‌همین منظور، مقاله پیش رو تلاش می‌کند سه تأسیس فوق را در سه بخش مرزبندی و تفکیک و پاره‌ای ابهامات را در این خصوص برطرف و نتیجه‌گیری نماید. در بخش اول خسارت بررسی می‌شود و بخش دوم به وجه التزام پرداخته و بخش سوم خسارت تأخیر تأدیه را تجزیه و تحلیل می‌نماید. و نیز بخش چهارم، به مقایسه تطبیقی موضوعات با نظام‌های حقوقی دیگر می‌پردازد. شایان ذکر است که خسارت موردنظر در این مقاله در قلمرو مسئولیت مدنی قراردادی قرار می‌گیرد و در مورد خسارت تأخیر تأدیه

۱. سردفتر دفتر اسناد رسمی شماره ۴۹ مشهد و عضو هیئت تحریریه ماهنامه «کانون».

هرچند بعضاً به قواعد مربوط به خسارت تأخیر تأدیه در مسئولیت مدنی قهری نیز اشاره می‌شود اما رویکرد اصلی، توافق و تراضی در مورد آن است.

بخش اول: خسارت - Damage

منظور از خسارت قراردادی از بین بردن یا آسیب زدن به اشخاص یا مالکیت‌های آنها در نتیجه نقض قرارداد است و اندازه آن متناسب با زیان و محرومیت زیان‌دیده از حقوقی است که در صورت اجرای کامل قرارداد به دست می‌آورد. با توجه به آثاری که از قرارداد معتبر حاصل می‌شود می‌توان گفت هدف از جبران خسارت در مسئولیت مدنی قراردادی رساندن زیان‌دیده به حقوقی است که اگر قرارداد اجرا می‌شد، نامبرده به آن حقوق دست می‌یافت.

ممکن است در قرارداد راجع به خسارت توافق به عمل آمده باشد. همچنین ممکن است خسارت در قرارداد مسکوت مانده باشد. بنابراین دو حالت در خصوص خسارت متصور است؛
اول: در صورت مسکوت بودن قرارداد در مورد خسارت.

در این حالت، جبران خسارت توسط دادگاه با توجه به هدف از جبران خسارت در مسئولیت مدنی قراردادی به عمل خواهد آمد.

دوم: در صورتی که در قرارداد راجع به خسارت، توافق به عمل آمده باشد.

این توافقی قراردادی راجع به خسارت، به دو صورت ممکن است؛ ۱ - خسارت غیر مقطوع و ۲ - خسارت مقطوع. این دو صورت در دو بند مورد بررسی قرار می‌گیرد:

بند اول: خسارت غیرمقطوع

خسارت غیرمقطوع در جایی است که میزان خسارت در قرارداد به طور دقیق مشخص نشده است اما در قرارداد شرط افزایش یا کاهش و یا عدم مسئولیت مدنی گنجانده شده است. در صورتی که شروط مذکور با موانع [قانونی] قراردادها مغایرت نداشته است صحیح و قابل اجراست و در صورتی که شروط افزایش و کاهش و عدم مسئولیت مدنی با موانع قراردادها مغایرت داشته باشد بلااثر می‌باشد.^۱ موانع قراردادها عبارتند از؛ قانون آمره، نظم عمومی، اخلاق عمومی، عرف آمره، حقوق اشخاص ثالث و عقل.

نکته:

- ۱ - در صورتی که در قرارداد خسارات عمدی مسئول حادثه، کاهش یا سلب شده باشد، این شرط باطل و بلااثر است^۲
- ۲ - حذف مسئولیت مدنی و یا محدود ساختن آن به موجب قرارداد در خصوص آسیب‌های جسمی به دلیل ضرورت حفظ سلامت انسان و جلوگیری از اهمال در این خصوص، باطل و بلااثر است.^۳

بند دوم: خسارت مقطوع

خسارت مقطوع، تخمین توافقی طرفین قرارداد در مورد میزان زیان وارده است که ممکن است در نتیجه تخلف از اجرای قرارداد وارد شود. طبق ماده ۳۸۶ ق.ت. طرفین قرارداد حمل و نقل می‌توانند برای میزان خسارت مبلغی کمتر و یا زیادتر از قیمت کامل مال الاجاره معین نمایند.

ماده ۲۳۰ ق.م. تخمین توافقی طرفین قرارداد در مورد زیان وارده را معتبر می‌داند و مقرر می‌دارد؛ «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف متخلف مبلغی را به عنوان خسارت تأدیه نماید، حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر و یا کمتر از آنچه که ملزم شده است، محکوم کند».

دو نکته در خصوص ماده ۲۳۰ ق.م. قابل توجه است:

- ۱ - خسارت مقطوع موضوع این ماده توسط بعضی حقوق دانان با «وجه التزام» مخلوط شده است.^۴ این موضوع در بخش مربوط به وجه التزام مورد بررسی قرار می‌گیرد.
- ۲ - در بعضی قراردادهای طرفین قرارداد چندین برابر مبلغ قرارداد بعنوان خسارت مقطوع ناشی از نقض قرارداد تعیین می‌نمایند که پرداخت آن نامعقول و بعضاً منتهی به خانه خرابی متعهد می‌گردد.

با توجه به این که طبق ماده ۲۳۰ ق.م. حاکم باید به مبلغ خسارت مقطوع حکم داده و نمی‌تواند متخلف را به بیشتر یا کمتر از آنچه ملزم شده، محکوم نماید، این سؤال مطرح می‌شود که آیا دادرس به استناد ماده ۲۳۰ ق.م. از تعدیل خسارت مقطوع نامعقول ممنوع شده است یا خیر؟

در پاسخ به نظر می‌رسد در صورتی که خسارت مقطوع مورد توافق به نحو غیرمعقولی از خسارت قراردادی واقعی بیشتر باشد به گونه‌ای که اطلاق عنوان خسارت به مبلغ یادشده ممکن نباشد، به استناد ماده ۲۳۰ ق.م. نمی‌توان دادرس را از تعدیل آن منع کرد. زیرا آنچه که دادرس از تعدیل آن منع شده، خسارت مقطوع است و مبالغ هنگفت نامعقول را نمی‌توان داخل در مفهوم خسارت قراردادی منظور نمود. فلذا از شمول حکم ماده ۲۳۰ ق.م. خارج است.

بخش دوم: وجه التزام – penal claus

وجه التزام را باید ضمانت اجرا، درج جریمه و یا شرط کیفری مالی که هریک از متعاملین یا هر دوی آنها در صورت نقض قرارداد به عهده می‌گیرند، تعریف کرد.

ورود زیان، شرط تحقق وجه التزام نیست و کافی است که تعهد موضوع آن در نتیجه نقض قرارداد تحقق یابد. فراتر از آن، حتی در صورتی که نقض تعهد به سود متعهدله باشد وجه التزام قابل مطالبه است. مثلاً در موردی که هزینه‌های تنظیم سند به عهده خریدار است و فروشنده در صورت تأخیر در تنظیم سند ملزم به پرداخت مبلغ دو میلیون تومان به عنوان وجه التزام شده باشد؛ چنانچه در مدت تأخیر فروشنده، هزینه‌های تنظیم سند، کاهش چشم‌گیری پیدا کرده باشد، خریدار هم از این جهت سود برده و هم می‌تواند وجه التزام را مطالبه کند.

ماده ۵۱ ق.د.ا.ر.ک. و آیین‌نامه آن و ماده ۳۵ ق.ث. و ماده ۳۶ آ.ا.م.ا.ر. در خصوص وجه التزام مقرراتی را ارائه نموده است که نشان از پذیرش تأسیس وجه التزام در نظام حقوقی ما دارد.

مستند اعتبار وجه التزام ماده ۱۰ ق.م. است که هرگونه توافقی را که مغایر قانون مدنی نباشد، معتبر می‌داند.

طبق ماده ۳۵ ق.ث. محاکم عدلیه در هیچ مورد نسبت به وجه التزام مقرر در معاملات مذکور در ماده ۳۳ و معاملات استقراضی بیش از صدی پانزده در سال، وره لازم‌الاجرا

صادر نخواهد کرد.^۵ وجه التزام به بیش از میزان مقرر در ماده ۳۵ نسبت به قراردادهای موضوع این ماده مغایر قانون امری بوده و باطل و بلااثر است اما در خصوص قراردادهای خارج از موضوع ماده ۳۵ ق.ث. چنانچه وجه التزام مندرج در قرارداد به نحو غیرمعمولی زیاد باشد که منتهی به استثمار و بهره‌کشی از متعهد گردد و اجرای قرارداد منتهی به خانه خرابی وی شده و با سلب تمام یا قسمتی از حقوق مدنی وی ملازمه داشته باشد؛ در این صورت، شرط وجه التزام با اخلاق حسنه و نظم عمومی موضوع ماده ۹۷۵ و نیز ماده ۹۵۹ ق.م. مغایرت داشته و دادرس حق خواهد داشت میزان نامعقول و مغایر با نظم عمومی و اخلاق حسنه را بلااثر اعلام نماید.^۶ بعضی حقوق دانان نفوذ حقوقی شرطی را که حاوی وجه التزام است، به ماده ۲۳۰ ق.م. مستند می‌نمایند. به نظر نگارنده، ماده ۲۳۰ ق.م. مستند اعتبار خسارت مقطوع است و وجه التزام با خسارت مقطوع متفاوت است و نمی‌توان اعتبار آن را به ماده ۲۳۰ ق.م. مستند کرد. زیرا ممکن است وجه التزام هیچ ربطی به خسارت نداشته باشد.^۷ دادرس مطابق ماده ۲۳۰ ق.م. حق کم یا زیاد کردن خسارت مقطوع را ندارد. اگر چنانکه بعضی حقوق دانان می‌اندیشند^۸ وجه التزام را مستند به ماده ۲۳۰ معتبر بدانیم، دادرس در این مورد حق بلااثر اعلام کردن میزان غیرمعقول وجه التزام را از دست می‌دهد. اجرای این نظر چنانکه در رویه دادگاه‌ها دیده می‌شود نتایج اسفباری در جهت بهره‌کشی و استثمار و خانه خرابی افراد به دنبال دارد.^۹

بخش سوم: خسارت تأخیر تأدیه – Late payment damages

خسارت تأخیر تأدیه، مالی است که بابت ضرر وارده در نتیجه تأخیر در ادای دین از طرف مدیون به داین داده می‌شود. خسارت تأخیر تأدیه در مواردی که مورد تعهد تأدیه وجه نقد است در واقع جبران نقص ارزش پول است که در نتیجه تورم محقق می‌شود.

خسارت تأخیر تأدیه در ماده ۱۲ قانون صدور چک بلامحل اصلاحی ۱۳۷۲ و تبصره ۵ ماده ۳۴ ق.ث. و ماده ۷۱۹ قانون آیین دادرسی مصوب ۱۳۱۸ بیش از صدی دوازده ممنوع شده بود. این ممنوعیت به جهت حمایت از ضعفا در مقابل بهره‌کشی زیاده‌طلبی بعضی

ثروتمندان معنی‌دار بود.

شورای نگهبان طبق نظریات مختلفی که در تاریخ ۱۳۶۴/۴/۱۲ طی شماره ۳۸۴۵ و در تاریخ ۱۳۷۶/۳/۱ طی شماره ۷۶/۲۱/۵۱۲ و در تاریخ ۱۳۶۷/۱۰/۱۴ طی شماره ۳۳۷۸ به شورای عالی قضایی و سپس به رئیس قوه قضائیه اعلام نمود، اخذ خسارت تأخیر تأدیه را که فقط تا صدی دوازده در سال مجاز بود، مغایر شرع اعلام نمود. بدین ترتیب برای مدتی، اخذ خسارت تأخیر تأدیه موضوع قوانین فوق‌الاشاره، غیرممکن گردید.^{۱۰} اما به تدریج اصلاحاتی در قوانین یادشده پدید آمد که ذیلاً اشاره می‌شود:

اول: در تاریخ ۱۳۷۶/۳/۱۰ با تصویب تبصره الحاقی به ماده ۲ قانون صدور چک و قانون استفساریه تبصره الحاقی به ماده ۲ قانون اصلاح موادی از قانون صدور چک مصوب ۱۳۷۶/۳/۱۰ مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام اخذ خسارت تأخیر تأدیه بر مبنای نرخ تورم از تاریخ چک تا زمان وصول آن و هزینه‌های دادرسی و حق الوکاله طبق تعرفه‌های قانونی ممکن گردید.

دوم: طبق تبصره الحاقی به ماده ۱۰۸۲ ق.م. مصوب ۱۳۷۶/۴/۲۹ در صورتی که مهریه وجه رایج باشد، با توجه به تغییر شاخص قیمت سالانه زمان تأدیه نسبت به سال عقد، قابل محاسبه و پرداخت اعلام گردید.

سوم: طبق ماده ۵۲۲ ق.آ.د.م. مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۸ در دعاوی که موضوع آن دین و از نوع وجه رایج بوده و با مطالبه داین و تمکن مدیون، مدیون امتناع از پرداخت نموده و در صورت تغییر فاحش شاخص قیمت سالانه، از زمان سررسید تا هنگام پرداخت و پس از مطالبه طلبکار دادگاه خسارت تأخیر تأدیه را با رعایت تناسب تغییر شاخص سالانه که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تعیین می‌گردد، محاسبه و مورد حکم قرار خواهد داد.

چهارم: طبق ماده واحده قانون الحاقی دو تبصره به ماده ۱۵ اصلاحی قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۷۶/۱۲/۶ کلیه وجوه تسهیلات اعطایی که بانک‌ها در اجرای

این قانون به اشخاص حقیقی و حقوقی پرداخت نموده یا می‌نمایند و برابر قرارداد تنظیمی مقرر شده باشد که اشخاص مذکور در سررسید معینی وجوه و تسهیلات دریافتی به انضمام سود و خسارت و هزینه‌های ثبتي و اجرائی دادرسی و حق الوکاله را بپردازد، در صورت عدم پرداخت و اعلام بانک بستانکار قابل مطالبه و وصول است و کلیه مراجع قضایی و دوائر اجرای ثبت و دفاتر اسناد رسمی مکلف‌اند بر اساس مفاد اسناد و قراردادهای تنظیمی نسبت به صدور حکم و اجرائیه و وصول مطالبات بانک طبق مقررات این قانون، اقدام نمایند.

پنجم: با توجه به قانون اصلاح ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت مصوب ۱۳۵۱ و حذف ماده ۳۴ مکرر آن مصوب ۱۳۸۶/۱۱/۲۹ اخذ خسارت تأخیر تأدیه در مورد اسناد رهنی و استقراضی غیر بانک‌ها فاقد مجوز قانونی است؛ چه اینکه سند رهنی مربوط به اشخاص حقوقی غیر بانک باشد یا اشخاص حقیقی.

نکته اول:

در خصوص ماده واحده قانون الحاق دو تبصره به ماده ۱۵ اصلاحی قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۷۶/۱۲/۶ موارد زیر قابل توجه است:

الف: امکان صدور اجرائیه به منظور وصول خسارت تأخیر تأدیه و حتی سود و هزینه‌های ثبتي و اجرائی و دادرسی و حق الوکاله به سود بانک‌ها و عدم امکان وصول موارد فوق در خصوص مؤسسات مالی غیربانک و اشخاص حقیقی و حقوقی دیگر، تبعیضی نارواست. خصوصاً اشکال آن به این دلیل بیشتر است که عمده اقتصاد کشور ما دولتی است و تصمیمات دولت در اقتصاد اثر فراوانی دارد. لذا اشخاص موضوع حقوق خصوصی هم تحت تأثیر تصمیمات دولت قرار می‌گیرند و هم تبعیض ناروا به نفع دولت را تحمل می‌نمایند. روند خصوصی‌سازی بانک‌های دولتی نیز با امکان بهره‌برداری بانک‌های مزبور از امتیازات قانون فوق در خصوص خسارات تأخیر تأدیه و سایر هزینه‌ها شکاف تبعیض‌آمیز بین این‌گونه اشخاص حقوقی را که به حوزه حقوق خصوصی وارد می‌شوند، با سایر

اشخاص حوزه حقوق خصوصی عمیق تر می کند.

ب: طرح این سؤال منصفانه است که شورای نگهبان با چه معیاری در يك زمان، وصول خسارت تأخیر تأدیه تا میزان ۱۲ درصد در سال را به نفع بانكها غیر شرعی اعلام می کند و در يك زمان دیگر، وصول خسارت تأخیر تأدیه را بیش از ۱۲ درصد در سال و حتی سود را به نفع بانكها بر مبنای توافق شرعی اعلام می کند؟

ج: با چه معیاری وصول خسارت تأخیر تأدیه و حتی سود توسط بانكها شرعی و وصول خسارت تأخیر تأدیه و حتی سود در اسناد رهنی و استقراضی اشخاص غیربانك، غیرشرعی اعلام شده است؟

نکته دوم: در صورتی که طبق توافق بین طرفین قرارداد جهت تأخیر در پرداخت دیون وجه التزام تعیین شود. وجه التزام تعیین شده تحت حکومت ماده ۳۵ ق.ت. و مواد ۹۷۵ و ۹۵۹ ق.م. می باشد که شرح آن در بخش دوم همین مقاله گذشت.^{۱۱}

بخش چهارم: بررسی تطبیقی

در نظام حقوقی فرانسه حذف مسئولیت و یا محدود ساختن آن یا تعیین خسارت به صورت مبلغ مقطوع تنها در مورد مسئولیت قراردادی امکان پذیر است و آن هم مشروط بر این که ضرر وارده لطمه جسمی به زیان دیده نرسانده باشد. لیکن گذشته از اعتبار اصولی شروط محدودکننده مسئولیت قراردادی، رویه قضایی و گاهی قانون اثر این گونه شروط را محدود می سازد. مثلاً اگر عدم اجرای قرارداد، ناشی از تقصیر سنگین متعهد، یا شرط محدودکننده مسئولیت به یکی از تعهدات اصلی قرارداد مربوط شود {يك سردفتر نمی تواند از نتایج خطاهای ارتكابی خود نسبت به وظیفه ای که در قبال ارباب رجوع به عنوان مشاور و راهنما دارد از مسئولیت معاف شود} و به طور کلی در مواردی که يك شخص حرفه ای در مقابل مصرف کننده ساده به شرط محدودکننده مسئولیت استناد می کند، شرط مذکور نادیده گرفته می شود. (لایحه ۲۴ مارس ۱۹۷۸)^{۱۲}

در حقوق فرانسه هرگاه بخشی از تعهد اجرا شده باشد، دادرس می تواند میزان وجه

التزام را تعدیل کند.^{۱۳} ماده ۱۲۳۱ قانون مدنی فرانسه اصلاحی ژوئیه ۱۹۷۵ مقرر می‌دارد؛ هرگاه تعهد جزئاً اجرا شده باشد ممکن است دادرس وجه التزام مقرر را به نسبت بهره‌ای که اجرای جزئی تعهد نصیب متعهدله می‌کند، کاهش دهد.^{۱۴}

ماده ۳۰۲،۲ قانون متحدالشکل تجاری آمریکا مقرر می‌دارد؛

در صورتی که دادگاه از نقطه نظر قانونی دریابد که قرارداد یا هر شرطی از قرارداد در موقع انعقاد نامعقول بوده است، می‌تواند از اجرای قرارداد خودداری کند یا به استثنای شرط نامعقول می‌تواند باقی قرارداد را اجرا کند یا می‌تواند آن قدر اجرای شرط نامعقول را محدود سازد که از هرگونه نتیجه نامعقول جلوگیری به عمل آورد.^{۱۵}

در حقوق آلمان و سوئیس، دادرس می‌تواند شروط کیفی را تعدیل کند یعنی اگر ثابت شود که بیش از خسارت واقعی است، از آن بکاهد و هرگاه زیان دیده ثابت کند میزان خسارت بیش از شرط است، به مقدار زاید، حکم دهد.^{۱۶}

ماده ۱۶۳ قانون تعهدات سوئیس مقرر می‌دارد؛

۱. طرفین قرارداد به اختیار خود مبلغ وجه التزام را تعیین می‌کند.

۲. اگر هدف از وجه التزام تضمین تعهدی نامشروع یا خلاف اخلاق باشد قابل مطالبه نیست.

۳. قاضی می‌تواند اگر وجه التزام را مبالغه‌آمیز تشخیص دهد، میزان آن را تقلیل دهد.^{۱۷} در حقوق انگلستان، وجه التزام باطل است و در این حالت، خسارت غیرمقطوع توسط دادگاه برای پوشش دادن به زیان مالی واقعی اعطا خواهد شد. موارد زیر وجه التزام می‌باشد: اول: اگر رقم شرط شده به نحو گزافی از آنچه به طور معقول می‌توان انتظار داشت، بیشتر باشد.

دوم: وقتی که نقض قرارداد به واسطه عدم پرداخت پولی که باید پرداخت می‌شده، رخ دهد و خسارات در نظر گرفته شده از این رقم بیشتر باشد.

سوم: وقتی رقم ثابتی از خسارات با تحقق حوادث متعددی که از نظر تأثیر بر میزان

ضرر مالی باهم متفاوتند، قابل پرداخت دانسته شده باشد.^{۱۸}

نتیجه:

- ۱ - خسارت قراردادی نامعقول از شمول ماده ۲۳۰ ق.م. خارج و حکم ماده محدود به مواردی است که به مبلغ تعیین شده عنوان خسارت اطلاق شود.
- ۲ - اعتبار شرط حاوی وجه التزام را نمی توان به ماده ۲۳۰ ق.م. مستند نمود. زیرا بستر ماده ۲۳۰ محدود به خسارت مقطوع است و وجه التزام بدون تحقق خسارت هم قابل مطالبه است و لذا با خسارت متفاوت است.
- ۳ - اعتبار بخشیدن به اخذ خسارت تأخیر تأدیه و سود به نفع بانکها طبق ماده واحده قانون الحاق دو تبصره به ماده ۱۵ اصلاحی قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۷۶/۱۲/۶ و ممنوع نمودن آن در مورد سایر اشخاص حقیقی و حقوقی غیرمنصفانه و تبعیضی ناروا است.
- ۴ - ضرورت دارد مقررات مربوط به خسارت تأخیر تأدیه، خسارت و وجه التزام توسط قانون گذار تحت نظمی عادلانه مورد بازنگری کارشناسی قرار گیرد.

پی نوشتها:

۱. ر.ک.: ماهنامه حقوقی کانون سردفتران و دفتریاران، ش. ۱۱۳، بهمن ۱۳۸۹، *تئوری حاکمیت اراده در حقوق قراردادها با رویکرد وصیت*، گفتار دوم از بخش دوم، از نگارنده.
۲. ر.ک.: *قواعد عمومی قراردادها*، ج. ۴، ناصر کاتوزیان، شرکت سهامی انتشار، صص. ۳۲۵ الی ۳۲۷.
۳. ر.ک.: *مسئولیت مدنی*، میشل لورراسا، ترجمه دکتر محمد اشتری، نشر حقوقدان، زمستان ۱۳۷۵.
۴. ر.ک.: *حقوق مدنی وقایع حقوقی*، ناصر کاتوزیان، شرکت سهامی انتشار، سال ۱۳۷۹، صص. ۱۸۴ - ۱۹۰ الی ۱۹۳.
۵. قسمت اول ماده ۳۵ با توجه ماده ۷۱۹ قانون آئین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۱۸ اصلاح شده است.
۶. ماده ۵۷۰ قانون مدنی ایده نامعقول بودن قرارداد را در خصوص جعاله مطرح و جعاله بر عمل غیر عقلایی را باطل اعلام می کند. به نظر نگارنده، این حکم در خصوص سایر قراردادهای نامعقول قابل تسری است و جعاله خصوصیتی ندارد.
۷. در صورتی که وجه التزام تعیین شده به منظور جبران خسارت تعیین شده باشد، در این حالت، وجه التزام و خسارت مقطوع باهم همپوشانی داشته و در این صورت، می توان به ماده ۲۳۰ ق.م. استناد کرد.

۸. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، ج. ۴، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۶، صص. ۲۲۸ الی ۲۲۹.
۹. شخصاً شاهد مواردی بوده‌ام که محکوم‌له وجه التزام مندرج در قرارداد را که مورد حکم دادگاه نیز قرار گرفته بود پس از مذاکرات توجیهی ناعادلانه دانسته و از آن صرف نظر نمود.
۱۰. برای پاسخ به این سؤال که: آیا شورای نگهبان حق لغو قوانینی را که مغایر شرع می‌داند دارد یا خیر؟ هم‌چنین ر.ک.: مقاله نگارنده تحت عنوان قانونگرایی در قانون اساسی ایران، کانون سردفتران و دفتریاران، ماهنامه «کانون»، ش. ۱۱۷.
۱۱. ضرورت دارد که قانون‌گذار به نابسامانی‌ها در خصوص خسارت، وجه التزام و خسارت تأخیر تأدیه پایان داده و قواعد یکسان و عادلانه‌ای در این خصوص تصویب کند.
۱۲. *مسئولیت مدنی*، میشل لوراسا، ص. ۱۵۹.
۱۳. کاتوزیان، *حقوق مدنی، ضمان قهری، مسئولیت مدنی*، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۰، ص. ۳۶۲.
۱۴. ترجمه محمد علی نوری، *قانون مدنی فرانسه*، کتابخانه گنج دانش، ص. ۴۵.
۱۵. جان آدامس، راجر براون اسورد، *تحلیل حقوق قراردادها*، ترجمه مجید پور استاد، مؤسسه انتشارات مدین، ص. ۸۸.
۱۶. کاتوزیان، *حقوق مدنی ضمان قهری*، ص. ۳۶۳.
۱۷. ترجمه دکتر جواد واحدی، *قانون تعهدات سوئیس*، نشر میزان، بهار ۷۸، ص. ۵۴.
۱۸. General course studying of English law ترجمه حسین رحیمی خجسته، انتشارات مجد، زمستان ۱۳۷۷، ص. ۱۸۶.

شرط خسارت تأخیر تأدیه در اسناد رسمی

محمد عظیمیان^۱

چکیده:

مسئولیت قراردادی عبارت است از «التزام متعهد به جبران خسارتی که در نتیجه عدم اجرای قرارداد به طرف او وارد می‌شود.» این خسارت معمولاً به وسیله دادن مبلغی پول جبران می‌شود. معاملاتی که موضوع آن وجه نقد است، مثل سایر معاملات ممکن است با نقض تعهد قراردادی مواجه و باعث زیان متعهدگه گردد که موضوع جبران این‌گونه خسارات، می‌تواند به صورت شرط ضمن عقد به تراضی تعیین گردد.

«خسارت تأخیر تأدیه» اختلاف ماهیتی با «ربا» دارد که ضمن تأکید بر حرمت و بطلان معاملات ربوی، جواز و صحت معاملات وجه نقدی که در آن مسئولیت عهدشکن و کیفیت جبران خسارت ناشی از تأخیر در تأدیه دین، تصریح گردیده است، مورد نظر این مقاله است.

با فرض شرعی بودن شرط خسارت تأخیر، تنظیم و ثبت این‌گونه اسناد در دفاتر اسناد رسمی، توسل به حیل و به کارگیری ابزارهای غیرقانونی را کاهش داده و تعاملات اقتصادی افراد جامعه به راه صحیح خود هدایت خواهد گردید.

واژگان کلیدی: خسارت تأخیر تأدیه، ربا، سود و بهره، معامله ربوی، معامله وجه نقد.

۱. سردفتر دفتر اسناد رسمی شماره ۶۴۸ تهران، عضو کمیسیون حقوقی کانون سردفتران و دفترباران و هیئت تحریریه ماهنامه «کانون».

مقدمه

موضوع «خسارت تأخیر تأدیه» از تاریخ اعلام نظر شورای نگهبان مندرج در روزنامه رسمی شماره ۱۱۳۱۶ مورخ ۱۳۶۲/۱۰/۱۱ مبنی بر «غیر شرعی بودن دریافت خسارت تأخیر تأدیه موضوع مواد ۷۱۲ و ۷۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی»^۱ با فراز و نشیب‌های فراوانی همراه بوده است. از یک طرف، به دلیل تأکید اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، 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» به رعایت موازین شرعی در تصویب قوانین و تفسیر مورخ ۱۳۶۰/۲/۸ شورای نگهبان^۲ دایر بر صلاحیت شورا نسبت به بررسی قوانین قبل از انقلاب و تطبیق آن با موازین شرعی، و تصریح آیات و احادیث به مذمت ربا و نهی از معاملات ربوی و از طرف دیگر، مواجهه با واقعیت‌های اجتماعی و باورهای انکارناپذیر اقتصادی که «درگذر زمان از ارزش خرید وجه نقد کاسته می‌گردد» و رعایت حداقل میزان رشد تورم در معاملات پولی اشخاص، نگاه واقع‌بینانه‌ای است که

۱. ماده ۷۱۲ ق.ا.د.م.م: «مدعی حق دارد در ضمن دادخواست یا در اثناء دادرسی جبران خسارتی که به سبب دادرسی یا به جهت تأخیر اداء دین یا انجام تعهد و یا تسلیم خواسته به او وارد شده و یا خواهد شد از طرف دعوی بخواهد و نیز مدعی علیه می‌تواند خسارتی را که به سبب دادرسی به او وارد شده است قبل از اعلام ختم دادرسی از مدعی مطالبه نماید. در این صورت، دادگاه ضمن حکم راجع به اصل دعوی یا به موجب حکم علی‌حده محکوم علیه را به تأدیه خسارت ملزم خواهد نمود مگر در صورتی که قرارداد خاصی راجع به خسارت بین طرفین منعقد شده باشد که در این صورت، مطابق قرارداد رفتار خواهد شد».

ماده ۷۱۹ ق.ا.د.م.م: «در دعاوی که موضوع آن وجه نقد است اعم از این که راجع به معاملات با حق استرداد یا سایر معاملات استقراضی یا غیر معاملات استقراضی باشد خسارت تأخیر تأدیه معادل صدی دوازده (۱۲ درصد) محکوم به، در سال است و اگر علاوه بر این مبلغ قراردادی به عنوان وجه التزام یا مال‌الصلح یا مال‌الاجاره و هر عنوان دیگری شده باشد در هیچ مورد بیشتر از صدی دوازده در سال نسبت به مدت تأخیر حکم داده نخواهد شد لیکن اگر مقدار خسارت کمتر از صدی دوازده معین شده باشد به همان مبلغ که قرارداد شده است، حکم داده می‌شود».

۲. مستفاد از اصل چهارم قانون اساسی این است که به‌طور اطلاق کلیه قوانین و مقررات در تمام زمینه‌ها باید مطابق موازین اسلامی باشد و تشخیص این امر به‌عهده فقهای شورای نگهبان است. بنابراین قوانین و مقرراتی را که در مراجع قضایی اجرا می‌گردد و شورای عالی قضایی آن‌ها را مخالف موازین اسلامی می‌داند جهت بررسی و تشخیص مطابقت یا مخالفت با موازین اسلامی برای فقهای شورای نگهبان ارسال دارید.

اقتصاد را از ورشکستگی و تولید را از خمودگی و جمود نجات می‌بخشد، شورای نگهبان را بر آن داشته است تا با حفظ اصول بین این دو مقوله مغایر، آستی برقرار کند. از این رو، در مقاطعی اخذ سود و بهره از افرادی خاص (خارجیان و افراد غیرمسلمان) یا توسط برخی اشخاص (دولت و بانک‌ها) یا در دعاوی خاص (دعوی صدور چک بلامحل) و نهایتاً تفکیک «بهره» از «خسارت تأخیر تأدیه» مطالبه سود یا خسارت تأخیر تأدیه مجاز تلقی گردیده است.^۱

این مقاله در دو بخش: ۱ - سیر تحول قوانین و نظراتی که سود و خسارت را مغایر موازین شرعی نمی‌دانند. و ۲ - دلایل قانونی بودن مطالبه خسارت تأخیر تأدیه، ارائه می‌گردد که امید است مورد توجه قرار گیرد.

بخش اول: سیر تحول قوانین و نظرات

قرآن کریم می‌فرماید؛ الذین یأکلون الربا لا یقومون إلا کما یقوم الذی یتخبطه الشیطان من المس ذلك بأنهم قالوا إنما البیع مثل الربا و أحل الله البیع و حرم الربا فن جاءه موعظة من ربه فانتهی فله ما سلف و أمره إلى الله و من عاد فاولئك أصحاب النار هم فیها خالدون یمحق الله الربا و یربى الصدقات و الله لا یحب کل کفار اثم؛^۲

کسانی که ربا می‌خورند همانند کسانی هستند که به‌هنگام به‌پا خواستن دچار آشفتگی جنون گردیده و هم‌آغوش با شیطان شده‌اند، بدان خاطر که گمان برده‌اند بیع همانند ربا است؛ در حالی که خداوند بیع را حلال و ربا را حرام شمرده است. آنان که موعظه خدا را

۱. بحث مهمی که در رابطه با اصل ۴ ق.ا. همواره مطرح بوده، این است که آیا تشخیص فقهای شورای نگهبان درخصوص انطباق قوانین و مقررات با موازین شرعی، ناظر به قوانینی است که در مجلس شورای اسلامی تصویب می‌شود و وفق اصل ۹۴ باید به شورای نگهبان ارسال شود یا کلیه قوانین و مقررات قابل اجرا را حتی قوانینی که قبل از انقلاب تصویب شده و چون نسخ نشده و قابل اجرا است، نیز شامل می‌شود. در این خصوص شورای نگهبان خود را صالح به تطبیق تمامی قوانین می‌داند و گروه زیادی از حقوق‌دان‌ها صلاحیت شورا را در تطبیق قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی با موازین شرعی خلاصه می‌کنند.

۲. سوره مبارکه بقره، آیات شریفه ۲۷۶ - ۲۷۵.

پذیرا شدند و به رباخواری خاتمه دادند، گذشت بر آنان روا خواهد بود و کارشان سرانجام با عفو الهی همراه است. هرکس که راه عدوان پیشی گیرد و به رباخواری ادامه دهد آنان اهل دوزخ خواهند بود که در آن مخلد می‌شوند. خداوند ربا را ریشه‌کن نموده و به صدقات برکت و توسعه بخشیده، خداوند هیچ کفار و گناهکاری را دوست نمی‌دارد، چرا که حق را پرده‌پوشی و انکار نموده و آلوده به گناه شده‌اند.^۱

نخستین آیه تحریم ربا و آیات ۱۳۰ سوره آل عمران و ۳۹ سوره روم تردیدی در حرمت ربا باقی نگذاشته‌اند و آیه‌های ۲۴۵ و ۱۱ سوره بقره و ۱۱ سوره حدید «من ذا الذی یقرض الله قرضاً حسناً...» نیز با تشویق افراد صاحب مال به پرداخت قرض البته با وصف «حسن» که مراد قرضی است که در آن ربحتی دریافت نگردیده باشد، تأکید بر حرمت ربا چه به صورت ربای معاملی و چه به صورت ربای قرضی دارد.

اما ربا چیست؟

تعریف لغوی ربا «سود یا ربحتی است که وام‌دهنده علاوه بر مبلغ وام از وام‌گیرنده دریافت می‌کند»^۲ و در فقه «کلّ شرط یجزّ النّفع الی صاحبه فهو ربا» یعنی هر شرط نافع که ارزش افزوده محسوب گردد اعم از عین و منفعت یا چیز دیگر ربای قرضی است.^۳ و^۴

آقای دکتر جعفری لنگرودی در تعریف ربا آورده است؛ بیع جنس به همجنس (مانند گندم به گندم) در مکیل و موزون به شرط اضافه گرفتن و یا قرض دادن به شرط اضافه شدن. بیع مذکور را بیع ربوی و قرض مذکور را قرض ربوی گویند.^۵

فصل مشترک تمام تعاریف، شرط اختصاص نفع در اعمال حقوقی منصوص، برای یکی

۱. عمید زنجانی، عباسعلی، *آیات الاحکام*، سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۸۲، چ. اول، ص. ۹۹.

۲. مشیری، مهشید، *فرهنگ زبان فارسی*، ذیل واژه.

۳ و ۴. عمید زنجانی، همان، ص. ۲۲۷. (برای دیدن تعریف و شرایط و اقسام ربا، ر.ک: *شراعیع الاسلام*، محقق حلی، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۸، ج. اول، ص. ۱۷۹ و *تبصرة المتعاملین*، علامه حلی، کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۶۳، ص. ۳۸۰).

۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمیم‌ولوژی حقوق*، انتشارات گنج‌دانش، تهران، ۱۳۶۳، ص. ۳۲۷.

از طرفین عقد می‌باشد که شورای نگهبان بدو در اختلاط آن با «خسارت تأخیر تأدیه» با صدور نظریه‌ای غلیظ و شدید، مقررات فصل دوم از باب دهم از قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ (خسارت تأخیر تأدیه) را مغایر موازین شرعی اعلام و سپس به شرح ذیل با تأیید قوانین مصوب و پاسخ استفساریه‌های متعدد مراجع، در نظرات سابق خود تجدیدنظر نموده است.

الف - نظریه مورخ ۱۳۶۱/۴/۸ فقهای شورای نگهبان در خصوص مطالبه خسارت تأخیر تأدیه از سوی بانکها؛

بانک مرکزی به‌عنوان متولی نظام پولی و بانکی کشور، اولین مرجع متأثر از ربوی تلقی شدن خسارت تأخیر تأدیه، با انبوه بدهکارانی مواجه گردید که با دریافت وام‌های کلان از بانکها، در پرداخت اقساط آن تعلل می‌نمودند. بنابراین طی نامه شماره ۳۳۶/ه مورخ ۱۳۶۱/۲/۶ بدین شرح از شورای نگهبان سؤال نمود:

شورای نگهبان قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

عطف به مذاکرات مورخ ۱۳۶۱/۱/۶ در خصوص اخذ جریمه ناشی از تأخیر تأدیه مطالبات بانکها از مشتریان خود خواهشمند است با توجه به متن زیر که به‌صورت یک بند از قراردادهای گنجانده می‌شود نظر خود را اعلام فرمایند.

«در صورت عدم تسویه کامل بدهی ناشی از قرارداد تا سررسید مقرر، به علت تأخیر در تأدیه بدهی ناشی از این قرارداد از تاریخ سررسید تا تاریخ تسویه کامل بدهی جریمه‌ای به این بدهی تعلق خواهد گرفت. از این رو، وام یا اعتبارگیرنده، با امضای این قرارداد ملزم و متعهد می‌شود تا زمان تسویه کامل بدهی ناشی از این قرارداد، علاوه بر بدهی تأدیه‌نشده مبلغ ... برای هر سال نسبت به بدهی مذکور به‌عنوان جریمه خسارت ناشی از تأخیر تأدیه به بانک پرداخت نماید. به‌همین منظور، وام یا اعتبارگیرنده ضمن امضای این قرارداد به‌طور غیرقابل برگشت به بانک اختیار داد که از تاریخ سررسید تا تاریخ تسویه کامل بدهی، معادل جریمه متعلقه از حساب‌های وام یا اعتبارگیرنده برداشت و یا به همان میزان از سایر دارایی‌های آن تملک نماید. اخذ جریمه تأخیر تأدیه موضوع این ماده مانع تعقیب عملیات

اجرائی برای وصول مطالبات بانک نخواهد شد.^۱

شورای نگهبان در پاسخ به نامه رئیس بانک مرکزی طی نظریه مورخ ۱۳۶۱/۴/۸ اعلام داشت:

موضوع سؤال در جلسه فقهای شورای نگهبان مطرح و مورد بحث و بررسی قرار گرفت، نظریه اکثریت آقایان فقها به شرح زیر می‌باشد؛ عبارت «جریمه‌ای به این بدهی تعلق خواهد گرفت» تبدیل شود به «مبلغی به ذمه امضاکننده این قرارداد تعلق خواهد گرفت» و عبارت «به‌عنوان جریمه خسارت ناشی از تأخیر تأدیه» تبدیل شود به «برحسب قرارداد» و عبارت «معادل مبلغ جریمه متعلقه» تبدیل شود به «معادل مبلغ مورد قرارداد» و عبارت «اخذ جریمه تأخیر تأدیه موضوع این ماده» تبدیل شود به «اخذ مبلغ مقرر موضوع این ماده».^۲

ب - لایحه راجع به الحاق یک تبصره به‌عنوان تبصره ۳ به قانون منع دریافت خسارت و جرایم و بهره مندرج در قانون تأمین اجتماعی مورخ ۱۳۶۲/۱/۲۹ «تبصره ۳ - شرکت‌های خارجی که اکثریت سهام‌داران آن غیرمسلمان هستند از شمول این قانون مستثنی می‌باشند مگر در مواردی که در اثر صلح و سازش پرداخت خسارت و جرایم دیرکرد به‌عهده مؤسسات دولتی یا وابسته به دولت محول گردد، در این صورت تصمیم نهایی با هیئت دولت خواهد بود.»

پس از تصویب قانون منع دریافت خسارت و جرایم و بهره مندرج در قانون تأمین اجتماعی و اجرای آن، این موضوع مورد توجه قرار گرفت که تعدادی از کارفرمایان بدهکار

۱. مهرپور، حسین، مجموعه نظرات شورای نگهبان، مؤسسه کیهان، چ. اول، ۱۳۷۱، ص. ۱۹۰.
 ۲. مقارن بررسی خسارت تأخیر تأدیه در شورای نگهبان دو استفتا درخصوص موضوع از حضرت امام خمینی (ره) به عمل آمد. استفتای نخست توسط شورای حقوقی بنیاد مستضعفان بدین مضمون که «چون در نتیجه عدم انجام تعهد در موعد مقرر به متعهدله خسارتی وارد می‌آید که در قوانین میزان آن معادل ۱۲ درصد اصل بدهی پیش‌بینی شده است، آیا این خسارت بهره تلقی می‌شود یا خیر؟» و استفتای دوم توسط انجمن اسلامی کارکنان سازمان ثبت اسناد و املاک کشور ناظر به کیفیت اجرای مادتين ۳۶ و ۳۷ آیین‌نامه اجرای اسناد رسمی لازم‌الاجرا و احتساب ۱۲ درصد خسارت تأخیر تأدیه بوده که در هر دو مورد پاسخ فرموده‌اند؛ «مبلغی که بابت تأخیر تأدیه گرفته می‌شود، ربا و حرام است.» (رک: همان، ص. ۱۹۲).

به سازمان تأمین اجتماعی، شرکت‌های خارجی و عمدتاً متعلق به افراد غیرمسلمان هستند که بر اثر تأخیر در پرداخت حق بیمه خود باید مبالغی بابت بهره و جریمه دیرکرد بپردازند و این مسئله مطرح شد که آیا گرفتن بهره و خسارت دیرکرد از این شرکت‌های خارجی و غیرمسلمان حرام و ممنوع است، یا این حرمت صرفاً در رابطه با مسلمان‌ها است؟ تبصره ۳ الحاقی به قانون منع دریافت خسارات و جرایم با این تفکر و استدلال که حرمت ربا و بهره در رابطه با مسلمین است و گرفتن بهره از غیرمسلمین که ذمی نباشند اشکال شرعی ندارد،^۱ تصویب شد و بنابراین شرکت‌های خارجی که اکثر سهام‌داران آن غیرمسلمان هستند از معافیت پرداخت خسارات و بهره و ... مستثنی شده‌اند. شورای نگهبان در پاسخ به نامه شماره ۳۹۸۶/ق مورخ ۱۳۶۲/۱/۲۲ مجلس شورای اسلامی نسبت به تبصره الحاقی مذکور چنین اظهار نظر نمود:

«اکثریت سهام‌داران غیرمسلمان شرکت‌های خارجی مجوز دریافت بهره از سایرین نمی‌شود چنان‌که دریافت جریمه نیز اگر به صورت التزام و شرط در ضمن عقد نباشد از مسلمان و غیرمسلمان از اقلیت‌های رسمی ساکن ایران جایز نمی‌باشد.»

شورای نگهبان در این نظریه ضمن تصریح به جواز اخذ بهره از غیرمسلمان، برای اولین بار با تفکیک عناوین «بهره» و «جریمه» خساراتی را که ضمن عقد شرط گردیده و مورد توافق طرفین قرار گرفته، قابل مطالبه اعلام نموده است.

تبصره الحاقی متنازع‌فیه با ایراد شورای نگهبان بدو به صورت «اشخاص حقیقی یا حقوقی خارجی که مستقلاً یا به صورت مشارکت به موجب عقد قرارداد با اشخاص حقیقی یا حقوقی ایرانی ایفای تعهدات ناشی از قوانین ایران را پذیرفته باشند از شمول این قانون مستثنی می‌باشند ... اصلاح و سپس با ایراد بعدی شورای نگهبان، عبارات نهایی تبصره الحاقی بدین صورت تغییر نمود:

تبصره ۳ - اشخاص حقیقی غیرمسلم یا اعضای غیرمسلم اشخاص حقوقی خارجی که مستقلاً یا به صورت مشارکت به موجب عقد قرارداد با اشخاص حقیقی یا حقوقی ایرانی

۱. لا ربا بین الوالد و ولد، لا بین الرجل و زوجته و لا بین المسلم و الحربی بمعنى انه - يجوز اخذ الفضل للمسلم ... *تحریر الوسیله*، ج. اول، ص. ۵۳۹ (به نقل از: مهرپور، همان، ص. ۳۳۷).

ایفای تعهدات ناشی از قوانین ایران را پذیرفته باشند، از شمول این قانون مستثنی می‌باشند...

ج - نظریه مورخ ۱۳۶۵/۲/۹ شورای نگهبان (در رابطه با گرفتن بهره و خسارت دیرکرد از کمیساریای انرژی اتمی فرانسه

شورای نگهبان در پاسخ به نامه شماره ۱۰۱/۱ - ۲/۸ مورخ ۱۳۶۵/۲/۳ نخست‌وزیر وقت بدین مضمون: «نظر به این‌که وزارت امور اقتصادی و دارایی (سازمان سرمایه‌گذاری و تملک‌های اقتصادی و فنی ایران) به نمایندگی از طرف دولت به موجب موافقت‌نامه مورخ بهمن ۱۳۵۳ مبلغ یک میلیارد دلار به کمیساریای انرژی اتمی فرانسه و با ضمانت دولت فرانسه وام داده و طبق موافقت‌نامه مربوط مقرر شده است وام‌گیرنده در مدت وام ۸/۷۵ درصد در سال بهره پرداخت نماید و نیز در صورت تأخیر در پرداخت اقساط وام ۱۱ درصد به‌طور مرتب ماهانه بهره پرداخت نموده، علاوه بر آن ضرر و زیان و هزینه‌های متحمل‌ه توسط وام‌دهنده را جبران نماید و با عنایت به این‌که پس از پیروزی انقلاب اسلامی در ایران کمیساریای انرژی اتمی فرانسه از بازپرداخت اصل و بهره متعلقه امتناع کرده و در نتیجه سازمان سرمایه‌گذاری به‌ناچار برای احقاق حق و وصول مطالبات خویش بنابر شرط مقرر در موافقت‌نامه وام به دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی که مرجع داوری مورد توافق طرفین بوده مراجعه کرده است، لکن کمیساریای انرژی اتمی فرانسه در برابر دعوی مطروحه در دیوان مذکور ضمن دفاعیات در مورد عدم پرداخت دین به استناد قوانین ایران خود را ملزم به پرداخت بهره مقرر در موافقت‌نامه فوق‌الاشعار نمی‌داند، لذا استدعا دارد با توجه به اصل ۹۸ قانون اساسی اعلام نظر فرمایند مطالبه بهره و خسارت دیرکرد بر مبنای موافقت‌نامه مزبور مغایرتی با موازین شرعی و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران دارد یا خیر؟ چنین پاسخ داده است: «مطالبه بهره و خسارت دیرکرد بر مبنای موافقت‌نامه مورخ بهمن ۱۳۵۳ برابر با ۲۳ فوریه ۱۹۷۵ با کمیساریای انرژی اتمی فرانسه و با ضمانت دولت فرانسه با موازین شرعی و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مغایرت ندارد»^۱.

۱. همان، ص. ۱۶۵.

د - جواز اخذ بهره و خسارت تأخیر تأدیه از اشخاص خارجی

با توجه به تخصیص حرمت اخذ ربا و خسارت تأخیر تأدیه به اشخاص معین، شورای نگهبان در پاسخ به نامه شماره ۵۳۰۱۸ مورخ ۱۳۶۶/۷/۱۲ نخست‌وزیر وقت اعلام داشت؛ «دریافت بهره و خسارت تأخیر تأدیه از دولت‌ها و مؤسسات و شرکت‌ها و اشخاص خارجی که بر حسب مبانی عقیدتی خود دریافت آن را ممنوع نمی‌دانند، شرعاً مجاز است، لذا مطالبه وصول این‌گونه وجوه مغایر با قانون اساسی نیست و اصول ۴۳ و ۴۹ قانون اساسی شامل این مورد نمی‌باشد.»^۱

ه - قانون نحوه وصول مطالبات بانکها

همان‌گونه که قبلاً متذکر گردید، اجازه یا منع دریافت سود و خسارت تأخیر تأدیه فراز و نشیب‌های فراوانی داشته و در طول ۳۳ سال که از عمر انقلاب می‌گذرد، در مقاطع مختلف با شدت و ضعف‌هایی همواره مورد توجه مراجع قانون‌گذاری و مجریان امر به‌ویژه بانک‌ها بوده است. تأکید بر غیرشرعی بودن مطالبه سود و خسارت تأخیر تأدیه، نه این‌که بانک‌ها را از دریافت خسارات متعلقه که در اثر تعلل بدهکاران وام‌های بعضاً کلان ایجاد گردیده بود، محروم می‌نمود بلکه عده‌ای از وام‌گیرندگانی را که قبلاً سود یا خسارت تأخیر تأدیه به بانک‌ها داده بودند، بر آن داشت تا با تقدیم دادخواست به محاکم قضایی موضوع استرداد آن مبالغ را مطرح و برخی از محاکم نیز در مقام صدور حکم علیه بانک‌ها برآمدند که جهت جلوگیری از بحران مالی احتمالی اعطاکندگان تسهیلات و تنظیم و تنسيق مقررات ناظر به سود و خسارت تأخیر تأدیه، موضوع در مجمع تشخیص مصلحت نظام بررسی و منجر به تصویب قانون «نحوه وصول مطالبات بانک‌ها» گردید که مطابق آن حق مطالبه تمام وجوه اعم از اصل، سود و خسارت و سایر متفرعات برای بانک‌ها مورد تصدیق قرار گرفت. حتی در مواردی که قبل از تصویب قانون، مطالبات بانکی بدون رعایت سود و خسارت و... در مرجع قضایی مورد لحوق حکم قرار گرفته بود، بانک‌ها اجازه یافتند با

۱. همان، ص. ۳۴۳.

درخواست تصحیح حکم از مرجع صادرکننده، وصول مطالبات مربوطه را تعقیب نمایند.^۱

و - مواد ۵۱۵ و ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱ با غیرشرعی اعلام شدن خسارت تأخیر تأدیه موضوع مواد ۷۱۲ و ۷۱۹ تا ۷۲۳ ق.آ.د.م. توسط شورای نگهبان در سال ۱۳۶۲ تا زمان تصویب قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب که مطالبه خسارت تأخیر تأدیه مورد لحوق حکم قانون‌گذار قرار گرفت، قریب به ۳۰ سال می‌گذرد. در گذر زمان، عرف مسلم و واقعیت‌های اجتماعی و اقتصادی، قانون‌گذار را بر آن داشت تا با اختصاص باب نهم از قانون مذکور به «مطالبه خسارت و اجبار به انجام تعهد» و جایگزین ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب به جای مواد ۷۱۲، ۷۲۰ و ۷۲۱ ق.آ.د.م. و تأکید بر استحقاق داین به مطالبه اصل دین و خسارت تأخیر بر مبنای شاخص سالانه اعلام‌شده توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران در ماده ۵۲۲ قانون، به تمامی شبهات پایان بخشد. بدین ترتیب با تصویب قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب، قواعد ناظر به خسارت تأخیر تأدیه، اعم از این که قرارداد خاصی بین طرفین منعقد شده یا قراردادی موجود نباشد، دچار تحول اساسی گردید که در بخش آتی نتایج این تغییرات مورد بررسی قرار خواهد گرفت.^۲

۱. مجمع تشخیص مصلحت نظام در دی‌ماه ۱۳۶۸ مصوبه‌ای را تحت عنوان قانون نحوه وصول مطالبات بانک‌ها به تصویب رساند که در تاریخ ۱۳۶۸/۱۲/۱۳ به تأیید مقام معظم رهبری رسید. متن تأییدیه مقام معظم رهبری بدین شرح است: «مصوبه مجمع محترم تشخیص مصلحت نظام در مورد مطالبات بانک‌ها و دعاوی مربوط به این امر، مورد تأیید و لازم‌الاجرا است. بدین وسیله مفاد آن به دستگاه‌های ذی‌ربط ابلاغ می‌شود - سیدعلی خامنه‌ای»، مهرپور، حسین، همان، ص. ۱۹۹.

۲. ماده ۵۱۵ ق.آ.د.م.م: «خواهان حق دارد ضمن تقدیم دادخواست یا در اثناء دادرسی و یا به‌طور مستقل جبران خسارت ناشی از دادرسی یا تأخیر انجام تعهد یا عدم انجام آن را که به علت تقصیر خواننده نسبت به اداء حق یا امتناع از آن به وی وارد شده یا خواهد شد هم‌چنین اجرت‌المثل را به لحاظ عدم تسلیم خواسته یا تأخیر تسلیم آن از باب اتلاف و تسبیب از خواننده مطالبه نماید. خواننده نیز می‌تواند خسارتی را که عمدتاً از طرف خواهان با علم به غیر محقق بودن در دادرسی به او وارد شده از خواهان مطالبه نماید. دادگاه در موارد یادشده میزان خسارت را پس از رسیدگی معین کرده و ضمن حکم راجع به اصل دعوا یا به‌موجب حکم جداگانه محکوم‌علیه را به تأدیه خسارت ملزم خواهد نمود. در صورتی که قرارداد خاصی راجع به خسارت بین طرفین منعقد شده باشد برابر قرارداد رفتار خواهد شد.

تبصره ۱ - در غیر مواردی که دعاوی مطالبه خسارت مستقلاً یا بعد از ختم دادرسی مطرح شود، لا

ز - دیدگاه شورای نگهبان در مورد ماده ۳۴ قانون ثبت

متعاقب استعلام شورای عالی قضایی مبنی بر چگونگی احتساب و مطالبه خسارت تأخیر تأدیه اسناد رسمی و اجرایی که از طرف سازمان ثبت اسناد و املاک کشور مطرح گردیده بود، شورای نگهبان نظراتی در مورخ ۱۳۶۴/۴/۱۲ و ۱۳۶۷/۱۰/۱۴ اعلام داشته که نظریه اخیر بدین شرح می‌باشد: «آن قسمت از ماده ۳۴ قانون ثبت و تبصره ۴ و ۵ و ماده ۳۶ و ۳۷ آیین‌نامه اجرایی ثبت که اخذ مازاد بر بدهی بدهکار را به‌عنوان خسارت تأخیر تأدیه مجاز شمرده است خلاف موازین شرع و باطل اعلام می‌شود.»^۱

بخش دوم: ادله قانونی مطالبه خسارت تأخیر تأدیه

بدون تردید، دلایل حرمت ربا بر کسی پوشیده نیست و دفاتر اسناد رسمی به‌عنوان مرجع انحصاری و اختصاصی تنظیم و ثبت سند رسمی، مطابق ماده ۱۰ ق.م.م. می‌باید نفوذ قراردادهای خصوصی بین اشخاص را به عدم مخالفت صریح آن با قانون، محدود و وفق ماده ۳۰ ق.د.ا.ر.ک. مصوب ۱۳۵۴ از تنظیم و ثبت اسنادی که مفاد و مدلول آن، مخالف قوانین و مقررات موضوعه و نظم عمومی یا اخلاق حسنه باشد، خودداری نمایند.

در صورت عدم تفکیک مقولات «سود و بهره» و «خسارت تأخیر تأدیه» همان‌گونه که در نظرات اولیه و متعدد فقهی شورای نگهبان مشهود بود، با ربوی تلقی شدن قراردادهایی که طرفین به دریافت مبلغی [به‌عنوان] خسارت، در حالت عدم تأدیه دین یا تأخیر در پرداخت آن، توافق دارند، نمی‌توان ترتیب اثر داد و درج چنین شرطی در اسناد رسمی، می‌تواند از جمله شروط موضوع بند ۳ ماده ۲۳۲ ق.م.م. (شرط نامشروع) تلقی گردد. اما بنا به

^۱ مطالبه خسارت‌های موضوع این ماده مستلزم تقدیم دادخواست نیست.

تبصره ۲ - خسارت ناشی از عدم‌النفع قابل مطالبه نیست و خسارت تأخیر تأدیه در موارد قانونی قابل مطالبه می‌باشد.

ماده ۵۲۲ ق.ا.د.م.م. در دعاوی که موضوع آن دین و از نوع وجه رایج بوده و با مطالبه داین و تمکن مدیون، مدیون امتناع از پرداخت نموده، در صورت تغییر فاحش شاخص قیمت سالانه از زمان سررسید تا هنگام پرداخت و پس از مطالبه طلبکار، دادگاه با رعایت تناسب تغییر شاخص سالانه که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تعیین می‌گردد محاسبه و مورد حکم قرار خواهد داد مگر این که طرفین به نحوه دیگری مصالحه نمایند.

۱. همان، ص. ۱۹۴.

دلایل ذیل، توافق اشخاص به درج چنین شرطی در قراردادهای تنظیمی با موازین شرعی و قانونی مبیانته ندارد؛

الف - تفاوت ماهیتی «ربا» و «خسارت تأخیر تأدیه»

همان‌گونه که در بخش نخست متذکر گردید، ربا در لغت و فقه به معنی زیاده است^۱ و وجه تمایز آن با «خسارت تأخیر تأدیه» وجود دو رکن اصلی است که ماهیت و جوهر «ربح پول» را می‌سازد:

«نخست این‌که؛ مال به‌دست‌آمده یکی از دو عوض معامله یا از توابع آن باشد و سببی جداگانه و مستقل نتوان برای تملک فرض کرد. دوم این‌که؛ چیزی زیاده از آنچه داده شده است، باشد»^۲. برای مثال، اگر بر مقتض شرط گردد که در پایان مدت بیش از مال موردقرض به مقرض مسترد دارد، اولاً مال یا مبلغ مورد توافق اخیر، زیاده است و ثانیاً مال به‌دست‌آمده به‌عنوان معوض و تملک آن در اجرای قرارداد اصلی حاصل گردیده است که به‌لحاظ تفاضل و نهی موازین شرعی نسبت به قسمت زیادی، عقد، فاقد اثر قانونی و در نتیجه تملک شرعی حاصل نمی‌گردد؛ ولی آنچه در قانون زیر عنوان «خسارت تأخیر تأدیه» آمده، هیچ‌یک از دو رکن اصلی را ندارد:

۱ - مبلغ اضافی نیست که بیش از مبلغ اصلی به وام‌دهنده پرداخت می‌شود؛ کمترین خسارتی است که طلبکار در نتیجه محروم ماندن از سرمایه خود در وعده معهود تحمل کرده است. این غرامت نیز ترکیبی از دو رکن اصلی خسارت است: بخشی ناشی از سود ازدست‌رفته است و بخش دیگر، ناشی از ضررهای متعارف و از جمله کاستی [ارزش ریالی قدرت و] توان خرید پول.

۱. آیا ادله حرمت ربا، قرض‌های استنتاجی را نیز دربرمی‌گیرد؟ پاسخ: عدم حرمت قرض ربوی استنتاجی (که نه تنها باعث جلوگیری از معروف و تجارت و کسب و کار نمی‌شود بلکه وسیله‌ای برای رونق بازار و اقتصاد سالم است) خالی از قوت نیست هرچند احتیاط در به‌کار بردن حیل در این قسم ربا و زیاده، مطلوب است و ادله حرمت ربا شامل این‌گونه زیاده‌های استنتاجی همانند انواع دیگر از زیاده نیست و ربا لغتاً و عرفاً و روایتاً به معنای مطلق زیاده است...

(رک: آیت... صانعی، یوسف، *استفتائات قضایی*، نشر میزان، ج. ۲، چ. ۲، ۱۳۸۴، ص. ۲۸۷).

۲. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، ج. ۴، شرکت سهامی انتشار، چ. ۲، ۱۳۷۶، ص. ۲۷۰.

۲- این ضررها ناشی از عهدشکنی بدهکار است و او باید مطابق قواعد ضمان قهری ضرری را که سبب آن شده است، جبران کند.

هرچند به ظاهر چنین می‌نماید که صدور حکم بر خسارت تأخیر تأدیه امر به دادن پول زیادتر از اصل طلب است ولی بدین ظاهر نباید اعتماد کرد: در حقوق ما، چون خسارت به‌طور معمول به پول پرداخت می‌شود، در دعاوی که موضوع آن وجه نقد است، اگر مالی از همان جنس و زاید بر طلب به مدعی پرداخته شود، این اقدام همانند رباخواری می‌نمایاند. لیکن از نظر تحلیلی، سبب گرفتن پول دوم، توافق دو طرف بر زیاده‌خواری در برابر مؤجل‌ساختن دین حال نیست. سبب تقصیری است که بدهکار در اداء دین مرتکب شده و از این راه به طلبکار خسارت زده است. پس آنچه بابت خسارت تأخیر گرفته می‌شود عوض اضافی در برابر دین نیست؛ التزامی است جداگانه که سبب آن تقصیر بدهکار است و در شمار ضمان قهری می‌آید. به بیان دیگر، خسارت تأخیر تأدیه سبب ویژه و مشروع خود را دارد و بدل زاید بر اصل نیست تا «خوردن مال دیگری به باطل» باشد.^۱

این واقعیت در تفسیر مجمع تشخیص مصلحت نظام از تبصره الحاقی به ماده ۲ قانون اصلاح موادی از قانون صدور چک مصوب ۱۳۷۶/۳/۱۰ به روشنی متجلی گردیده که افزودن مبلغی بر مبنای نرخ تورم به مبلغ اسمی دین، جز تأدیه اصل دین، در فرض عدم تأخیر در تأدیه، ماهیت حقوقی دیگری ندارد و در فرض تأخیر، به لحاظ کاسته شدن از قدرت خرید طلبکار و ایجاد این سبب توسط مدیون عهدشکن، جبران خسارت ناشی از نقصان قدرت خرید را نباید چیزی جز اصل دین پنداشت تا تردید در مشروعیت مطالبه آن ایجاد گردد.

مبنای مسئولیت مدیون در جبران خسارت تأخیر تأدیه چنانچه تصریحاً در قرارداد منعقدۀ مورد توافق قرار نگرفته باشد، ضمان قهری است که میزان آن در قواعد و مقررات فعلی حاکم، نرخ تورم اعلام‌شده توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران است و چنانچه تصریحاً در قرارداد مورد توافق باشد، مبنای مسئولیت متعهد را می‌باید نقض تعهد

۱. همان، ص. ۲۷۲.

قراردادی و میزان آن را با رعایت شرایطی، مفاد قرارداد دانست. به عبارت دیگر، در حالت نخست، قانون کسی را که به‌طور نامشروع به دیگری ضرر زده است، مسئول قرار می‌دهد و شرایط و نتایج این تعهد را قانون معین می‌کند و در حالت اخیر (وجود قرارداد) «اصولاً» اراده است که حکومت دارد و مبنای تعهد قرار می‌گیرد و شرایط مسئولیت را به‌وجود می‌آورد، توافق طرفین، نه تنها تعهد اصلی را ایجاد می‌کند، به‌طور ضمنی نیز به نتایج اجرا نشدن آن و چیزی که باید بدل تعهد اصلی قرار گیرد، نظر دارد و منبع این تعهد معادل نیز هست»^۱.

ب - حکم قانون

ب-۱- قانون مدنی

ماده ۲۲۸ ق.م. که مقرر داشته «در صورتی که موضوع تعهد تأدیه وجه نقدی باشد حاکم می‌تواند با رعایت ماده ۲۲۱ مدیون را به جبران خسارت حاصله از تأخیر در تأدیه دین محکوم نماید» و ماده ۲۲۱ که تصریح نموده: «اگر کسی تعهد اقدام به امری را بکند یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری کند، در صورت تخلف مسئول خسارت طرف مقابل است، مشروط بر این که جبران خسارت تصریح شده و یا تعهد عرفاً به منزله تصریح باشد و یا برحسب قانون موجب ضمان باشد». و ماده ۲۰۳ ق.م. که در این خصوص تأکید نموده: «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف، متخلف مبلغی به عنوان خسارت تأدیه نماید، حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه ملزم شده است محکوم نماید» همگی مبنای قانونی خسارت تأخیر تأدیه را متذکر می‌گردند.

مطابق این مواد قانونی، ضمان عهدشکن ممکن است در قرارداد، قانون یا عرف مورد تأکید قرار گرفته باشد که در هر سه حالت، عدم اجرای تعهد قراردادی، «تقصیر» و بر طبق قواعد عمومی مسئولیت مدنی، هر خسارت که از این تقصیر به بار آید، برعهده طرف مدیون در قرارداد است. بنابراین وجود شرط مسئولیت تأخیر در تأدیه، عهدشکن را موظف به جبران خسارت وارده، وفق مواد قانونی فوق‌الذکر و سایر قوانین می‌نماید.

ب-۲- قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب

مواد ۵۱۵ و ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۹ واجد

۱. کاتوزیان، حقوق مدنی، ضمان قهری - مسئولیت مدنی، دانشگاه تهران، ۱۳۶۹، ص. ۴۵.

احکامی خاص دایر بر جواز مطالبه خسارت تأخیر تأدیه از متعهد و مدیون عهده‌شکن می‌باشد. به‌ویژه تصریح قسمت اخیر ماده ۵۱۵ «در صورتی که قرارداد خاصی راجع به خسارت بین طرفین منعقد شده باشد برابر قرارداد رفتار خواهد شد» و تبصره ۲ «خسارت ناشی از عدم‌النفع قابل مطالبه نیست و خسارت تأخیر تأدیه در موارد قانونی قابل مطالبه می‌باشد» دربردارنده حکم حالتی است که طرفین ضمن قبول تحمیل مسئولیت ناشی از نقض قرارداد، نسبت به میزان و کیفیت جبران خسارت نیز توافق دارند. بنابراین تصریح این مواد قانونی دلیل دیگری بر مشروعیت شرط جبران خسارت تأخیر تأدیه در قراردادها است.^۱

ج - تفسیر مجمع تشخیص مصلحت نظام از تبصره الحاقی به ماده ۲ قانون صدور چک مجلس شورای اسلامی در تاریخ ۱۳۷۶/۳/۱۰ با الحاق یک تبصره به ماده ۲ قانون صدور چک مقرر نمود: «دارنده چک می‌تواند محکومیت صادرکننده را نسبت به پرداخت کلیه خسارات و هزینه‌های واردشده که مستقیماً و به‌طور متعارف در جهت وصول طلب خود از ناحیه وی متحمل شده است، اعم از آن که قبل از صدور حکم یا پس از آن باشد از دادگاه تقاضا نماید. در صورتی که دارنده چک جبران خسارت و هزینه‌های مزبور را پس از صدور حکم درخواست کند باید درخواست خود را به همان دادگاه صادرکننده حکم تقدیم نماید».

با توجه به اطلاق عنوان «خسارت» در تبصره الحاقی و وجود تردید در شمول آن به خسارت تأخیر تأدیه به لحاظ وجود سوابق اظهارنظر شورای نگهبان مبنی بر غیرشرعی بودن

۱. ر.ک.: نظریه شماره ۷/۳۱۴۱ مورخ ۱۳۷۹/۹/۲۳ اداره حقوقی قوه قضائیه:

«با عنایت به تفسیر مورخ ۱۳۷۷/۹/۲۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام در مورد تبصره الحاقی ۱۳۷۶/۳/۱۰ به ماده ۲ قانون صدور چک مصوب ۱۳۵۵ با اصلاحات بعدی، «خسارت تأخیر تأدیه بر مبنای نرخ تورم از تاریخ چک تا زمان وصول آن که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران اعلام ...» می‌شود قابل مطالبه است و نظر به این که طبق قسمت اخیر ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی «در صورتی که قرارداد خاصی راجع به خسارت بین طرفین منعقد شده باشد برابر قرارداد رفتار خواهد شد» و نظر به این که با عنایت به تبصره ۲ ماده ۵۱۵ «خسارت ناشی از عدم‌النفع ... و ... تأخیر تأدیه ...» نیز خسارت شناخته شده و از شمول اصطلاح «خسارت» مذکور در قسمت اخیر ماده ۵۱۵ خارج نیست، چنانچه در قرارداد خاص بین طرفین قابل مطالبه تعیین شده باشد، باید برابر قرارداد رفتار شود»

(شهری، غلامرضا و سایرین، مجموعه تفسیر شده قوانین و مقررات حقوقی، روزنامه رسمی کشور، ۱۳۸۴، ج. اول، ص. ۳۱۸).

این گونه خسارات، رویه‌های متعددی در دادگاه‌ها اتخاذ گردید تا این که در تاریخ ۱۳۷۷/۹/۲۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام با تفسیری قانونی از تبصره الحاقی، مطالبه خسارت تأخیر تأدیه بر مبنای نرخ تورم از تاریخ چک تا زمان وصول آن که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران اعلام می‌شود، را جزو حقوق دارنده چک اعلام و در نتیجه برای اولین بار موضوع مطالبه خسارت تأخیر تأدیه اعم از این که طرفین قرارداد اشخاص حقوق عمومی یا حقوق خصوصی باشند، مورد تأیید قرار گرفت.

د - نظریات شورای نگهبان

سیر تحول نظرات فقهی شورای نگهبان در بخش نخست مورد بررسی قرار گرفت، نظراتی که با ممنوعیت مطالبه خسارت تأخیر تأدیه به لحاظ غیرشرعی تلقی شدن، آغاز و به جواز اخذ این گونه خسارات در سال‌های بعد منتهی گردید. در این میان، نظریه صریح مورخ ۱۳۷۶/۵/۲۵ بدین عبارت که «خسارت تأخیر تأدیه ربا نیست و اگر در ضمن عقد شرط شده باشد بی‌اشکال است ...» بیانگر تغییرات اساسی در دیدگاه و خود دارای ۲ خصیصه است: اول این که؛ مطلقاً موضوع «خسارت تأخیر تأدیه» از «ربا» جدا است و نباید این دو را که ماهیت متفاوتی دارند از یک جنس قلمداد نمود و بنابراین هر یک دارای احکام و شرایط مختص به خود می‌باشند. دوم این که؛ توافق طرفین بر تأدیه خسارت تأخیر و شرط آن ضمن عقد بلاشکال است. به عبارت دیگر، درج شرط مطالبه خسارت تأخیر تأدیه از متعهد در سند، به میزان تورم سالیانه که توسط بانک مرکزی اعلام می‌گردد یا این گونه خسارات به اضافه سایر خساراتی که عهدشکن سبب ورود آن می‌باشد، مورد تأکید شورای نگهبان قرار گرفته که ضمن اعتبار به قراردادهای خصوصی اشخاص، محاکم قضایی را از تشکیل پرونده‌های این گونه دعاوی در امان می‌دارد.

ه - یکسان بودن ماهیت خسارت تأخیر تأدیه در مورد دعاوی چک و سایر موارد

تفسیر تاریخی مجمع تشخیص مصلحت نظام از تبصره الحاقی به ماده ۲ قانون اصلاح موادی از قانون صدور چک مصوب ۱۳۷۶/۳/۱۰ که مقرر می‌داشت: «دارنده چک می‌تواند محکومیت صادرکننده را نسبت به پرداخت کلیه خسارات و هزینه‌های وارنده که مستقیماً و به‌طور متعارف در جهت وصول طلب خود از ناحیه وی متحمل شده است، اعم از آنکه

قبل از صدور حکم یا پس از آن باشد، از دادگاه تقاضا نماید.» در پاسخ به این سؤال که «آیا مراد از خسارت و هزینه‌های مقرر در تبصره الحاقی به ماده ۲ قانون یاد شده کلیه خسارات و هزینه‌های لازم از قبیل هزینه دادرسی، حق الوکاله، ضمان ناشی از تسبیب، خسارات تأخیر تأدیه و امثال آن می‌باشد؟» در این صورت، مبنای محاسبه خسارات، مقررات بانکی است یا مبنای آن عرف می‌باشد که قاضی به استناد نظریه کارشناسی یا سایر طرق نسبت به استخراج خسارت اقدام می‌نماید». بدین شرح «منظور از عبارت (کلیه خسارات و هزینه‌های وارد شده ...) مذکور در تبصره الحاقی به ماده ۲ قانون اصلاح موادی از قانون صدور چک مصوب ۱۳۷۶/۳/۱۰ مجمع تشخیص مصلحت نظام، خسارات تأخیر تأدیه بر مبنای نرخ تورم از تاریخ چک تا زمان وصول آن که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران اعلام شده و هزینه دادرسی و حق الوکاله براساس تعرفه قانونی است» مجوز صریح مشروع بودن مطالبه خسارت تأخیر تأدیه در دعاوی مربوط به چک می‌باشد و قطعاً خصوصیتی در خسارت تأخیر تأدیه مطالبات مستند به چک نیست که در این مورد آن را مشروع و در سایر موارد غیرشرعی تلقی کنیم. نهایتاً تا قبل از احراز ویژگی خاص، در مطالبات مستند به چک که باعث تخصیص حکم قانونگذار گردد، عدم تعمیم آن به سایر دعاوی و یا توافقات، از مصادیق ترجیح بلامرجح و قبیح می‌باشد. بنابراین به لحاظ اشتراک ماهیت خسارت تأخیر تأدیه در مطالبات مستند به چک و سایر مطالبات، این گونه خسارات به طور کلی شرعی و تنظیم و ثبت توافق اشخاص در پرداخت آن مبنای با موازین قانونی ندارد.

نتیجه:

وجه نقد و پول در واقع، نماینده مقدار و میزان «قدرت خرید» است. تجربه نشان می‌دهد که این قدرت، گاه تند و گاه آرام رو به کاستی می‌رود. از دیرباز هم دریافته‌اند که؛ نه تنها عهدشکنی مدیون، طلبکار را از انتفاعی مسلم محروم می‌کند، گذر زمان از ارزش واقعی پول نیز می‌کاهد. پس اگر گفته شود که خسارت تأخیر مقداری پول زیاده بر طلب نیست و وسیله جبران خسارت و کمبود ارزشی است که بدهکار می‌دهد، نباید موجب شگفتی باشد.^۱

۱. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، همان، ص. ۲۷۲.

به طور خلاصه، در این که تأخیر مدیون باعث از دست رفتن بخشی از ارزش پول و مانع امکان استفاده از منافع آن است، تردید نباید کرد. این ارزش و منفعت را یا باید به طلبکار داد یا از آن بدهکار شمرد و سؤال اخلاقی در این است که کدام یک در تملک آن صلاحیت بیشتری دارد؟ آنکه این ارزش را به دلیل عهدشکنی از دست داده است یا آنکه وفای به عهد را به تأخیر انداخته و از آن سود برده است؟ به بیان دیگر، جلب نفع بدهکار مهم تر است یا جبران ضرر طلبکار؟

همان گونه که انصاف حکم می کند به مدیون درمانده و با حسن نیت «مهلت عادلانه» داده شود عدالت نیز اقتضا دارد که از تشویق بدهکار متجاوز و عهدشکن و دادن امکان سوءاستفاده به او خودداری شود. و این مهم محقق نخواهد گردید مگر با شرعی و قانونی دانستن مطالبه خسارت تأخیر تأدیه و استفاده از روش درج شرط در قراردادها و تعیین دقیق کم و کیف این گونه خسارات در اسناد رسمی.^۱

۱. ماده ۹۸ قانون برنامه پنجم پنجساله پنجم جمهوری اسلامی ایران: «به عقود مندرج در فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا، عقود اسلامی استصناع، مرابحه و خرید دین اضافه می شود. آیین نامه اجرایی این ماده به تصویب هیئت وزیران می رسد».

آسیب‌شناسی لایحه جدید حمایت خانواده با تأکید بر مواد ۸ تا ۱۶ آن

مریم مهاجری^۱

چکیده:

خانواده، اصلی‌ترین نهاد اجتماعی به‌شمار می‌آید و صلاح و فساد آن بر سرنوشت آحاد جامعه تأثیر مستقیم دارد. لذا همه قوانین و مقررات و برنامه‌ریزی‌های مربوط باید در جهت آسان نمودن تشکیل خانواده، پاسداری از قداست آن و استواری روابط خانوادگی باشند. از همین رو، با توجه به نواقص قوانین در حوزه حقوق خانواده و آشکار بودن خلأهای قانونی در این زمینه و به‌منظور تحقق بخشیدن به اصل ۲۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و در راستای اجرای سیاست قضازدایی و برای کاهش مشکلات ناشی از قواعد حقوق خانواده، لایحه حمایت خانواده در سال ۸۶ تنظیم شده است که در این نوشتار به آسیب‌شناسی برخی مواد آن می‌پردازیم.

آسیب‌هایی که در لایحه، متوجه خانواده است، از دو جنبه قابل بررسی است:

۱- قوانین ماهوی خانواده؛ ۲- آیین دادرسی و رویه قضایی حاکم بر محاکم خانواده (قوانین شکلی)

این مقاله، درصدد است با بررسی فصل دوم لایحه - مواد ۸ تا ۱۶ - ضمن اشاره به مزایای این قوانین، ایرادات وارده را ماده به ماده مورد نقد و تحلیل قرار دهد تا شاید این گام کوچک در جهت حفظ کیان و تحکیم بنیان خانواده مؤثر افتد.

چرا که رویه قضایی و آیین دادرسی، نقش بسیار مهمی در اجرای عدالت در جامعه دارد. این صحیح است که قانون توسط مقام صالح، وضع می‌شود اما تفسیر و استنباط قضات در مقام قضا و اجرای قانون بر پیکره خشک قوانین، روح و حیات می‌بخشد و به علاوه، اگر چه طرز عمل محاکم ممکن است منجر به اطاله دادرسی شود که نتیجه آن، تضعیف بنیان خانواده است و این خسارت، البته جبران‌ناپذیر است. لذا آیین دادرسی حاکم بر مسائل خانواده باید به گونه‌ای باشد که از حجم آسیب‌های اجتماعی و خانوادگی تا حدود زیادی بکاهد.

۱. کارشناس ارشد حقوق خانواده دانشگاه امام صادق (ع).

ضرورت پرداختن به مواد شکلی حقوق خانواده واضح و روشن است. چرا که در حوزه قوانین ماهوی، مقالات فراوانی نوشته شده ولی درباره مسائل شکلی و آیین دادرسی این مهم، کمتر بحث شده است. در حالی که این مسائل نیز، واجد اهمیت زیاد و قابل بحث است. بنابراین، در این جا، این مواد از منظر حقوق دادرسی مورد ارزیابی قرار داده و نکات ضعف و قوت آن، تبیین می‌شود.

واژگان کلیدی: آیین دادرسی مدنی، لایحه حمایت خانواده، مقررات شکلی، تشریفات دادرسی.

مقدمه:

خانواده به‌عنوان نهادی بنیادین، نقشی حیاتی در سعادت اعضای آن و استواری پایه‌های جامعه ایفا می‌نماید، به‌طوری که اصل ۱۰ ق.ا. بیان می‌دارد که «... همه قوانین و مقررات و برنامه‌ریزی‌های مربوط باید در جهت آسان کردن تشکیل خانواده، پاسداری از قداست آن و استواری روابط خانوادگی بر پایه حقوق و اخلاق اسلامی باشد». بعد از پیروزی انقلاب اسلامی با توجه به نظریات شورای نگهبان در غیرشرعی اعلام کردن بخشی از مقررات مربوط به حقوق خانواده به‌ویژه قانون حمایت خانواده مصوب سال ۱۳۵۳، مشتت بودن مقررات خانواده و معلوم نبودن قوانین ناسخ و منسوخ، موجب بروز مشکلات عدیده‌ای در مقام رسیدگی به اختلافات و حل و فصل دعاوی خانوادگی شد.

بنابراین با توجه به موارد مذکور و با عنایت به نقش و جایگاه ویژه نهاد خانواده در نظام حقوقی و تربیتی اسلام، با اذعان به وجود برخی کاستی‌ها در قوانین حاکم بر نهاد خانواده و در نتیجه سردرگمی محاکم دادگستری در رسیدگی به دعاوی خانوادگی و ضرورت بازنگری در این قوانین منجر به تدوین لایحه‌ای تحت عنوان حمایت خانواده در ۱۳۸۶/۴/۳ شد که در ۶ فصل به موضوعاتی هم‌چون دادگاه خانواده، مراکز مشاوره خانواده، ازدواج، طلاق، حضانت و نگهداری اطفال، نفقه و مقررات کیفری پرداخته است.

در مقدمه لایحه ارسالی قوه قضائیه به دولت، اهداف مطلوب و آرمانی تبیین شده است

که عمده آن عبارتند از:

۱ - رفع ابهام، تعارض و خلأ از قوانین و مقررات شکلی

در این هدف، ذکر شده که در مقدمه لایحه، تأکید بر قوانین شکلی است. این قوانین

شامل قواعدی است که «ناظر به صورت خارجی اعمال حقوقی و تشریفات اسناد و دادرسی و اثبات دعوی است». (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص. ۱۵۶)

لذا در لایحه تقدیمی در قوه قضائیه، ورود به قوانین ماهوی خانواده که «شرایط ایجاد و زوال و انتقال حق فردی را معین می کند»، مد نظر نبوده است.

در مقدمه لایحه نیز ذکر شده است که مقررات ماهوی خانواده در قانون مدنی لازم الاجراست که در همان جا باید مورد بازنگری قرار گیرد و اصلاح قانون مدنی باید طی لایحه‌ای جامع صورت گیرد. چرا که قوانین کنونی مربوط به قواعد شکلی (سال ۱۳۵۳) حقوق خانواده، متعدد و پراکنده‌اند و این باعث اختلاف بین قضات در صدور آراء و مانع وحدت در رویه قضایی شده است. در حالی که می‌بینیم در متن لایحه، این هدف محقق نشده و مخلوطی از قوانین شکلی و ماهوی خانواده است.

۲ - کاهش مشکلات موجود در قواعد شکلی حقوق خانواده به‌ویژه برای زنان و کودکان

به‌عنوان مثال:

- پیش‌بینی امکان ابلاغ در دادگاه خانواده از طریق سریع مانند نمابر، پیام تلفنی و پست الکترونیک. (ماده ۱۰ لایحه)

- امکان طرح دعوی از سوی زوجه در محل سکونت خود برای مطالبه نفقه و مهریه منقول. (ماده ۱۳ لایحه)

- امکان ارجاع امر داورى به اعضای واجد شرایط مراکز مشاوره خانواده. (ماده ۱۹ لایحه)

۳ - تخصصی نمودن رسیدگی به دعاوی خانواده و افزایش استحکام آرای دادگاه‌ها

در این لایحه، اختصاص دادن برخی دادگاه‌ها در دعاوی خانوادگی و راهکارهایی برای کاهش اطاله دادرسی و تراکم پرونده‌ها جهت حمایت خانواده مورد توجه می‌باشد.

۴ - قضازدایی

سیاست قضازدایی از سیاست‌های کلان مدیریت دستگاه قضایی است که در این لایحه هم مورد توجه بوده است. نمود این هدف، «مراکز مشاوره خانواده» است. مقصود از قضازدایی، محول کردن وظایف قوه قضائیه و دادگاه به دیگران نیست بلکه منظور این است

که مسائل غیرقضایی یا اموری که دارای ماهیت قضایی نیستند به مراجعی غیر از دادگاه‌ها محول گردد. تا دادگاه بتواند با فراغ بال به وظایف ذاتی خود بپردازد. (شاه حیدری‌پور، ۱۳۸۷، ص. ۴۷۵)

بنابراین، به بیان کلی، اهداف مندرج در مقدمه عبارتند از: پر کردن خلأهای قانونی، رفع تشتت از قوانین در حوزه حقوق خانواده، رفع کاستی‌ها و نواقص قوانین، رفع تعارض قوانین، تحقق اصل ۲۱ ق.ا.

اما با وجود این، متن تقدیمی بسیاری از اهداف را مهمل گذاشته و در برخی موارد متن پیشنهادی با این اهداف هماهنگ نیست. اگر چه در برخی مواد لایحه امتیازاتی است که می‌تواند تحولات مثبتی به دنبال آورد.

در قوانین ایران هم‌چون قانون حمایت خانواده ۱۳۵۳، لایحه قانون دادگاه مدنی خاص ۱۳۵۸، قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق ۱۳۷۰ و پاره‌ای قوانین دیگر به مسائل شکلی و آیین‌دادرسی در دعاوی خانوادگی کمتر پرداخته شده و آن‌هم به‌طور پراکنده و نامنظم که این خود یکی از دلایل مشکلات دادرسی‌های دادگاه خانواده است. نیک می‌دانیم که قوانین ماهوی، روح و چیستی حقوق حاکم را می‌سازند ولی قوانین شکلی، کالبد و پیکر حقوق را به نمایش می‌گذارند. مردم در مواجهه با مقررات، ابتدا قواعد شکلی را می‌یابند و در صورت توازن و تقارن پیکره و نمای ظاهری قوانین، احساس رضایت‌مندی می‌کنند. چرا که هماهنگی وحدت رویه در محاکم دادگستری موجب امنیت و اجرای عدالت در جامعه می‌شود. (داوودی، ۱۳۸۶، صص. ۶۲-۶۱)

نظم و انضباط در تصویب و تدوین قوانین آیین دادرسی می‌تواند همانندی میان دادگاه‌ها به وجود آورد. این نظم در دادرسی مدنی و کیفری در ایران سابقه طولانی دارد ولی در دادرسی خانواده که از ویژگی‌های متفاوتی با سایر امور مدنی برخوردار است، این نوع قانون‌گذاری پراکنده و نامنظم است. همین امر، سبب شده که مراجعین به این نوع محاکم، تفسیرهای قضایی متفاوت را متحمل شده و شاهد اعمال سلیقه مختلفی باشند. لذا با توجه به این که لایحه جدید حمایت خانواده از جمله اهداف آن، مقررات شکلی خوبی در

جهت حمایت خانواده می‌باشد و در راستای تحقق این هدف، قوانینی در آن آمده است که شناسایی و نقاط ضعف و قوت آن می‌تواند آثار و کاربردهای مطلوبی داشته باشد؛ قبل از بررسی مواد لایحه لازم است تعریفی از آیین دادرسی و قوانین شکلی داشته باشیم. چرا که این مواد مورد بررسی، ناظر بر آیین دادرسی در دادگاه‌های خانواده می‌باشد؛

آیین دادرسی عبارت است از مجموع قواعد و تشریفات که اصحاب دعوی باید هنگام رجوع به دادگاه برای دادخواهی و نیز دادگاه درباره آن‌ها رعایت نماید تا احقاق حق صورت پذیرد. بنابراین به‌طور کلی، آیین دادرسی، اصول و مقررات مربوط به نحوه رسیدگی در دادگاه‌ها می‌باشد. (صدرزاده افشار، صص. ۱-۲)

قوانین شکلی هم همان قانون مربوط به منازعات از جهت رسیدگی و اثبات وقایع حقوقی مانند قانون آیین دادرسی اداری و مدنی و بازرگانی و کیفری و مثل اینها است که فقها به آن قانون اثباتی می‌گویند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳، ص. ۵۲۰، ش. ۴۱۱۷)

آیین دادرسی خانواده (family proceeding) در حقیقت مقررات شکلی است که باید در دادگاه خانواده در نحوه رسیدگی به دعاوی خانواده مراعات شود.

فقدان آیین دادرسی ویژهٔ خانواده منجر به نبود وحدت رویه دادگاه و در نهایت خسارات جبران‌ناپذیری بر بنیان خانواده وارد می‌کند.

لایحه حمایت خانواده در کنار نقدهایی که بر آن وارد است حاوی نکات مثبتی نیز می‌باشد که تلاش می‌شود ابتدا ابتکارها و نوآوری‌های آن را به‌طور کلی بیان نموده سپس نقد شود.

لایحه حمایت خانواده به‌رغم داشتن برخی نقاط مثبت از جمله فصل‌بندی مشخص، تأسیس مراکز مشاوره خانواده، احیای دادگاه‌های اختصاصی خانواده، خاتمه دادن به تشتت قوانین موجود، امکان رسیدگی به دعوای زوجین در محل اقامت زوجه، رسیدگی به دادخواست‌ها بدون رعایت سایر تشریفات آیین دادرسی مدنی به جهت جلوگیری از اطاله روند دادرسی، شناسایی اعتبار احکام دادگاه‌های خارجی از طریق تنفیذ آن‌ها در محاکم

ایرانی، باز هم از جهاتی انتظار جامعه را برآورده نساخته است. چرا که بسیاری از مواد آن با اهداف لایحه که در مقدمه ذکر شده است، منطبق نیست.

هم‌چنین دادگاه خانواده تصمیمات متنوعی دارد. برخی تصمیمات اداری، اجرایی، شبه‌قضایی در این دادگاه وجود دارد که در سایر دادگاه‌ها ملاحظه نمی‌شود. مثل این که دادگاه خانواده طبق مواد ۸-۱۱-۱۲-۱۹، قرارهایی را تصریح کرده که خاص دعاوی خانوادگی است.

- قرار ارجاع به مراکز مشاوره خانواده.

- قرار دستور موقت برای مسئله حضانت، نگهداری و ملاقات اطفال.

- قرار تأخیر دادرسی به منظور ایجاد صلح و سازش.

- قرار تأمین محکوم‌به.

البته تصریح این قرارها در مواد ۱۱، ۱۲، ۱۸ و ۱۹، در لایحه جدید حمایت خانواده به‌منزله نبود سایر قرارها نیست بلکه قرارهایی چون قرار ابطال دادخواست، قرار رد دعوی، قرار اعدادی مثل اتیان سوگند، در دادگاه خانواده منطبق با آیین دادرسی مدنی است. (بدعی، ۱۳۸۸، ص. ۲۲۳)

به‌نظر بسیاری از حقوق‌دانان بهتر بود با توجه به مفاد این لایحه، نام آن را آیین دادرسی خانواده می‌گذاشتند. چرا که در جای‌جای مواد به چگونگی اجرای محاکم و مقررات شکلی توجه دارد. لذا لایحه پیشنهادی عمدتاً ناظر بر قواعد شکلی دادگاه خانواده است. بنابراین تغییر نام لایحه حمایت خانواده به آیین دادرسی خانواده بسیاری از انتقادات را مرتفع می‌سازد.

چرا که آنچه امروز به نام لایحه حمایت خانواده ارائه شده، مجموعه‌ای نابسامان از آیین دادرسی و قوانین حقوقی و کیفری است. بدین‌صورت که لایحه با طرح يك سلسله مقررات راجع به آیین دادرسی آغاز می‌گردد (فصل اول و دوم) و با مجموعه‌ای از مقررات نامعینی اعم از حقوقی و کیفری ادامه می‌یابد. حال آنکه اساساً روال قانون‌نویسی مبتنی بر جدایی قوانین شکلی از مقررات ماهوی و جدایی قوانین حقوقی از کیفری است. لذا در هم

ریختن این مقررات، به منزله زیر پا گذاشتن اصول و الفبای قانون گذاری است.

اینک مهم ترین مواد لایحه، ماده به ماده شرح و نقد می شود؛

- ماده ۸ لایحه: «رسیدگی در دادگاه خانواده با تقدیم دادخواست و بدون رعایت سایر تشریفات

آیین دادرسی مدنی انجام می شود»

طبق این ماده، رعایت تشریفات آیین دادرسی مدنی وفق ماده ۱۰ قانون مصوب سال ۱۳۷۹، ضروری نیست. چرا که رعایت تشریفات دادرسی در امور مدنی با دعوی خانوادگی که ضرورت سرعت و سهولت، دقت را به صورت مضاعف می طلبد، تناسب ندارد؛ مانند سن اقامه دعوی در امور مدنی که در دعوی خانواده، می تواند کمتر باشد. لذا قواعد عمومی دادرسی با ماهیت روابط خانوادگی سازگار نیست و این که نبود الزام به رعایت تشریفات مذکور باعث شده تا قاضی بتواند بدون دغدغه نقض حکم صادره اش در مراجع تجدیدنظر، به دلایل شکلی، آن چه را مصلحت می داند، رعایت نماید و سریع تر به هدف خود نایل آید (هدایت نیا، ۱۳۸۶، صص ۲۸۷-۲۸۶).

چرا که آیین دادرسی خانواده باید ساده، ارزان و سریع باشد. زیرا زن یا اطفال غالباً توانایی تخصصی دفاع از خود ندارند و به جهت احساسات و عواطف قادر به سنجش و پیشبرد دعوی خود نمی باشند. لذا آیین دادرسی خانواده باید ساده و ارزان باشد. چرا که جنبه غیرمالی در دعوی خانوادگی غلبه دارد و ارزش مادی این دعوی در برابر آسیب های عاطفی ناچیز است. همچنین باید سریع باشد. زیرا موضوعاتی مانند حضانت و ملاقات اطفال از چنان اهمیتی برخوردار است که اهمال و تأخیر در آن، پذیرفته نیست و آثار سوئی به دنبال دارد. لذا حمایت از خانواده ایجاب می کند که رعایت تشریفات آیین دادرسی مدنی که منافات با ساده و ارزان و سریع بودن دادرسی دارد، الزامی نباشد. (بدایعی، ۱۳۸۸، ص. ۳۵)

لذا طبق این ماده، دعوی که در صلاحیت دادگاه خانواده قرار دارند در پرداخت هزینه دادرسی در صورت نداشتن تمکن مالی طرفین، انتخاب وکیل معاضدتی توسط دادگاه در فرض این که حضور وکیل الزامی است و فرد تمکن مالی ندارد، تأمین خواسته و... از معافیت هایی برخوردار است و این نشانگر حذف رعایت تشریفات آیین دادرسی مدنی

می‌باشد؛ اما باید گفت نقدهای زیادی به این ماده شده است. حذف رعایت تشریفات آیین دادرسی در محاکم خانواده امری مطلوب است به شرط آنکه تبیین شود که منظور از تشریفات آیین دادرسی در نظام حقوقی خانواده چیست؟ و صراحتاً بیان گردد کدام‌یک از ترتیبات و مقررات را شامل می‌شود.

چرا که عنوان تشریفات آیین دادرسی چندان مبهم است که قواعد اساسی دادرسی از جمله ابلاغ و اصل تقابل و بی‌طرفی، مورد تعرض قرار می‌گیرد. و حتی در برخی موارد به‌عنوان مثال، در شوراها حل اختلاف، وکالت دعاوی را از اشخاص عادی به بهانه عدم رعایت تشریفات آیین دادرسی مدنی می‌پذیرند. (محسنی، ۱۳۸۵، صص ۹۹-۱۱۲)

از طرفی اصل تشریفات بودن - یعنی اصولی مقرر و پیش‌بینی شده تحت عنوان قواعد و مقررات دادرسی توسط مقنن (ماده یک قانون آیین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۷۹) - ضامن اجرای نظم در دادرسی‌ها برای برقراری عدالت می‌باشد.

با این حال، برخی از مقررات دادرسی صرفاً دخالت پیشبردی در دعاوی دارند که اگر دعوایی بدون رعایت آن‌ها طرح و رسیدگی شود، شدت عدم رعایت این مقررات تا حدی نیست که عادلانه بودن دادرسی را خدشه‌دار کند به این مقررات «تشریفات محض دادرسی» می‌گویند مثل مقررات مربوط به ابطال تمبر هزینه دادرسی.

اما برخی مقررات و تشریفات، مقدمه اجرای اصول دادرسی هستند و عدم رعایت آن‌ها عادلانه بودن دادرسی را دچار ایراد کرده و اعتبار دادرسی را زیر سؤال می‌برد. به این مقررات تشریفات، مقدمه اجرای اصول می‌گوییم که هم‌چون اصول، ارزش دارند مانند قرعه انداختن برای انتخاب کارشناس که ضامن اصل بی‌طرفی است، این‌گونه مقررات در کنار اصول دادرسی دیده می‌شوند که ضامن اجرای عدالت در دادرسی‌ها می‌باشند. و برخی اصول، در هر حال، لازم‌الاجرا و غیرقابل نقض است مثل اصل بی‌طرفی دادرسی. (بدایعی، ۱۳۸۸، صص ۲۳-۲۵)

سؤال؛ پس مقصود نگارندگان لایحه از تشریفات دادرسی چیست؟

بنابراین به‌نظر می‌رسد رعایت اصول بنیادین دادرسی و تشریفات مقدمه اجرای آن‌ها

به‌رغم پیش‌بینی این ماده، در هر صورت، ضروری است و بهتر بود که در قانون موارد صراحتاً بیان می‌شد.

نقد دیگری که بر این ماده وارد است، این که؛ آیین رسیدگی به معنای خاص که شامل اداره دلایل و اختیارات تحقیقی و تشخیص دادرسی در جریان دادرسی می‌شود، مورد غفلت واقع شده است.

آیا وفق ماده ۱۹۹ ق.آ.د.م. در مورد قدرت قاضی به انجام هرگونه تحقیقات برای کشف حقیقت، در این‌گونه دادگاه‌ها نیز اجرا می‌شود؟ بنابراین ماده، با توجه به اصل بی‌طرفی دادرسی و اصل تسلط طرفین دعوی، دادرسان دادگاه خانواده محدود به دلایل ابرازی طرفین هستند و حتی در مقام رسیدگی، اسیر خواسته‌های آنان از هر جهت خواهند بود. در حالی که خصوصیتی در دعاوی خانوادگی نیست که مشمول ماده ۱۹۹ فوق‌الذکر نباشد و انگهی فلسفه حمایت خانواده ایجاب می‌کند ماده ۱۹۹ بر دعاوی خانواده حاکم باشد.

برابر ماده یک قانون حمایت خانواده مصوب سال ۱۳۵۳: «... رسیدگی به امور مذکور در تمام مراحل دادرسی بدون رعایت تشریفات آیین دادرسی مدنی خواهد بود».

در ماده ۸ لایحه قانونی تشکیل دادگاه مدنی خاص مصوب ۱۳۵۸ آمده بود: «اصحاب دعوی مستقیماً به دفتر دادگاه دادخواست می‌دهند و تشریفات آیین دادرسی مدنی لازم‌الرعا به نیست و ترتیب رسیدگی تابع مقررات شرع است».

در ماده ۸ لایحه جدید حمایت خانواده نیز چنین مقرر گردیده است:

«رسیدگی در دادگاه خانواده با تقدیم دادخواست و بدون رعایت سایر تشریفات آیین دادرسی مدنی می‌باشد».

لذا می‌بینیم که تنظیم دادخواست در دعوی خانوادگی الزامی است و دادخواست شامل تشریفات آیین دادرسی مدنی نمی‌شود. چرا که شروع به دعاوی حقوقی معمولاً با تقدیم دادخواست ممکن می‌شود و يك دادخواست کامل راه‌گشای بسیار مهمی در حل و فصل دعاوی است.

حال این قید عدم رعایت تشریفات دادرسی مدنی که در قانون حمایت خانواده، مواد ۴۸، ۵۳ و لایحه جدید آمده است، شرطی است نسبی که قانون‌گذار و رویه قضایی در همه

موارد پای‌بند به آن نبوده است و در واقع، شاید ریشه در عدم تصریح مصادیق تشریفات بودن دادرسی مدنی دارد و این، یکی از اشکالات وارد بر این ماده است. به طوری که دکتر شمس، با توجه به ماده یک آیین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۷۹ که مقررات آن را در رسیدگی به کلیه «دعاوی مدنی»، «دادگاه‌های عمومی» و... لازم‌الرعايه دانسته است؛ در دادگاه خانواده نیز، قانون جدید آیین دادرسی مدنی را حاکم می‌داند. بنابراین از نظر ایشان حتی رعایت تشریفات آیین دادرسی مدنی در محاکم خانواده ضروری است. (شمس، ۱۳۸۵، ج. اول، ص. ۷۰) البته نظر ایشان نسبت به لایحه سال ۵۳ و ۵۸ است. چرا که «دادگاه خانواده» شعبی از دادگاه‌های عمومی شمرده می‌شد اما اگر ماده یک لایحه جدید خانواده ناظر بر ایجاد دادگاه‌های تخصصی و نه اختصاصی باشد می‌توان گفت که ماده یک ق.آ.د.م. مصوب ۱۳۷۹ ناظر بر این ماده نیست.

در این زمینه دو نظریه مشورتی وجود دارد:

۱ - اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریه مشورتی شماره ۷/۳۳۰۶ - ۸۳/۵/۱۱ اظهار نظر

نموده است: «در ماده یک از ق.آ.د.م. ۱۳۷۹، آیین دادرسی مدنی مجموعه اصول و مقرراتی عنوان شده که در مقام رسیدگی به امور حسبی و کلیه دعاوی مدنی و غیره به کار می‌رود و با توجه به این که دعاوی خانوادگی در زمره دعاوی مدنی است لذا دادگاه خانواده ملزم به اعمال قانون مذکور در دعاوی خانوادگی می‌باشند» (مجموعه نظرهای مشورتی، حقوقی، ۱۳۸۴، ص. ۱۸۹).

۲ - شعبه دوم دادگاه عالی انتظامی قضات در رأی شماره ۵۱۴ - ۸۴/۹/۱۳ خود آورده

است که در «رئیس شعبه... دادگاه عمومی تهران ویژه خانواده که به دعوی مطالبه مهریه رسیدگی می‌کرده و بعد از تقدیم دادخواست وخواهی توسط محکوم‌علیه، قرار قبول وخواهی صادر نکرده و وارد رسیدگی شده و دستور توقف اجرا را داده مرتکب تخلف نشده است. زیرا دادگاه‌های مزبور ملزم به رعایت تشریفات آیین دادرسی نیستند، هم‌چنین اظهار نظر کردن در خصوص ادعای اعسار وخواه به جهت این که نظر به رد اصل وخواهی داشته است، تخلف به نظر نمی‌رسد. فلذا رأی بر براءت نامبرده صادر می‌گردد». (مجمع قضایی خانواده، ۱۳۸۴، ص. ۵۳، ش. ۱۷-۱۶)

اداره حقوقی در یکی از نظریات مشورتی خود بر متابعت دادگاه قانونی از آیین دادرسی

مدنی در خصوص پرداخت هزینه دادرسی اشاره کرده است، در حالی که وفق ماده ۴ قانون حمایت خانواده مصوب سال ۵۳، در مورد معافیت طرفین بی‌بضاعت از پرداخت هزینه دادرسی و کارشناسی و... به موجب بند يك ماده ۵۳، ماده ۵۲۹ ق.آ.د.م. لغو شده و قابل استناد نیست. (شمس، ۱۳۸۵، ج. ۲، ص. ۲۵۹)

بنابراین، این شرط که قانون حمایت خانواده سال ۴۶ و ۵۳ و قوانین بعدی تصریح کرده، شرطی است نسبی که قانون‌گذار و رویه قضایی در همه موارد به آن پای‌بند نبوده است. مشکل دیگر، عدم تصریح مصادیق تشریفات آیین دادرسی در لایحه، منجر به سلیقه‌ی شدن رأی توسط قضات شده و در نهایت، تعدد آراء به دنبال دارد. به‌عنوان مثال، اگر يك شعبه عدم ایداع خسارت احتمالی را به‌جهت عدم رعایت تشریفات بپذیرد و شعبه دیگر نپذیرد، معلوم است که اختلاف زیادی پیش می‌آید.

بنابراین باید دید عدم رعایت تشریفات دادرسی مدنی در دادگاه خانواده چه تبعاتی به دنبال دارد و از جمله پذیرش سهل و آسان اعسار از هزینه دادرسی، ابلاغ سهل‌الوصول، صدور قرار تأمین خواسته با شرایط کمتر، صدور دستور موقت با شرایط بیشتر. بنابراین، مفهوم عدم رعایت تشریفات دادرسی مدنی، خود، مقوله‌ای است که باید بررسی شود و آثار آن به دقت تعیین شود که در این صورت، شیوه جدیدی در رسیدگی به دعاوی خانواده ابداع و ایجاد می‌گردد که فی‌مابین محاکم خانواده مشترك خواهد بود.

بنابراین ماده ۸ لایحه که رعایت تشریفات آیین دادرسی در محاکم خانواده را حذف نموده، امری مطلوب است به شرط آنکه تشریفات مذکور در قانون مشخص گردد و صراحتاً تعیین شود که منظور، کدام يك از ترتیبات می‌باشد تا از اختلاف در میان رویه قضایی و سلیقه‌ی عمل کردن قضات جلوگیری شود.

– ماده ۹ لایحه

«رسیدگی به امور و دعاوی خانوادگی جز در صورت توافق اصحاب دعوی غیرعلنی است»

براساس اصل ۱۶۵ ق.ا.، محاکمات علنی انجام می‌شوند.

در ماده ۲۴ حمایت خانواده سال ۵۳ آمده: «رسیدگی به امور خانوادگی در دادگاه بدون حضور

تماشای انجام خواهد گرفت» ولی تصریح به غیرعلنی بودن دادگاه خانواده برای حمایت ویژه از نهاد خانواده و خاص بودن آن مناسب‌تر است. لذا در قانون جدید لایحه حمایت خانواده یکی از امتیازات آن بر مواد سابق، تصریح بر غیرعلنی بودن دادگاه خانواده می‌باشد؛ لذا غیرعلنی بودن دادگاه خانواده یکی از امتیازات این لایحه می‌باشد.

– ماده ۱۰ لایحه

«تشریفات و نحوه ابلاغ در دادگاه خانواده تابع مقررات قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی است، لکن چنانچه طرفین دعوی طرق دیگری از قبیل پست، نمابر، پیام تلفنی و پست الکترونیک را برای این منظور به دادگاه اعلام کنند دادگاه می‌تواند ابلاغ را به آن طریق انجام دهد در هر صورت احراز صحت ابلاغ با دادگاه است».

این که لایحه حمایت خانواده در شیوه‌های ابلاغ و احضار، روش‌های نوینی را به کار گرفته؛ بسیار مناسب است. چرا که براساس مفاد این ماده، ابلاغ در دادگاه‌ها با روش‌های نوین مثل نمابر، پست الکترونیک و پیامک و یا هر طریق دیگری انجام خواهد شد.

در ذیل ماده ۱۰ آمده که «احراز صحت ابلاغ با دادگاه است»، این جمله مبین آن است که هر روشی که دادگاه مناسب با کیان خانواده تشخیص دهد، معتبر است. چرا که می‌دانیم نهاد خانواده در نظام حقوقی ایران از جایگاه ممتازی برخوردار است و به همین دلیل، هر گونه تغییر و تحولی در قوانین خانواده بسیار با اهمیت است و از سوی دیگر، با توجه به حساس بودن نهاد خانواده، در تغییر و اصلاح قوانین باید با بررسی همه جانبه آثار و تبعات ناشی از تغییرات، تلاش نمود که این تغییرات اثر سوئی بر نهاده خانواده بر جای نگذارد. در بررسی قوانین حمایت از خانواده، قانون‌گذار متناسب با نیازهای جدید جامعه و برای جلوگیری از اختلاف و تنش در روابط زناشویی اقدام به تصویب قوانینی نموده است. از دیگر نقاط قوت این ماده، این است که عبارت «از قبیل» در متن ماده، نشانگر آن است که مصادیق ذکر شده در نحوه ابلاغ، تمثیلی است نه حصری. اما باز در این ماده ایراداتی وارد است. چرا که در شرایطی که دعوای خانوادگی وجود دارد، اگر چیزی فکس شود یا ایمیل فرستاده شود، این‌گونه امکانات در بسیاری مواقع از زوجه دریغ می‌شود. پست ممکن است دادخواست را به در خانه بیاورد و زوج دادخواست را تحویل گرفته و به زوجه ندهد.

در زمینه ابلاغ با پست باز هم این امکان وجود دارد که مأمور پست امضای زوج را هنگام تحویل دادخواست بگیرد اما در ابلاغ دادخواست به صورت فکس یا ایمیل از کجا معلوم که دادخواست به دست زوج برسد؟

بنابراین اگرچه «دقت در رسیدگی» و «سرعت در صدور رأی» دو ضرورت اجرا و اعمال مقررات دادرسی است لیکن هیچ‌یک از این دو ضرورت، نباید فدای دیگری گردد. اطلاع واقعی و به موقع خواننده از دعوی، داشتن وقت برای تدارک دفاع و آمادگی او، حضوری و غیابی بودن حکم، لزوم مراعات حقوق طرفین دعوی راجع به امر تجدیدنظرخواهی، فرجام‌خواهی و اجرای حکم و... مسائل قانونی هستند که جملگی متأثر از نحوه و چگونگی ابلاغ است و بیانگر اهمیت و نقش پررنگ آن می‌باشد.

بنابراین، اگر چه شیوه‌های نوین ارتباطی در ابلاغ، کار درست و سنجیده‌ای است اما نباید برای سهولت در دعاوی خانوادگی، از اصل ابلاغ صحیح و صلاحیت دادگاه عدول شود. چرا که رعایت مصلحت و حفظ کیان خانواده بسیار مهم‌تر از سهولت و تسهیل در دعاوی خانوادگی است.

در مورد ابلاغ، ماده ۶ آیین‌نامه اجرایی قانون حمایت خانواده ۱۳۵۴ مقرر می‌دارد:

«پس از وصول درخواست نسخه دوم آن با ضمانت به دستور دادگاه جهت ابلاغ به خواننده ارسال و طرفین برای رسیدگی دعوت می‌شوند. در صورتی که درخواست شفاهی باشد مفاد درخواست با ضمانت آن به وسیله اخطاریه به خواننده ابلاغ می‌شود». اشکال ابلاغ، در این آیین‌نامه مسکوت است و لذا چاره‌ای جز رعایت مقررات آیین دادرسی مدنی نخواهد بود.

مقررات ابلاغ آیین دادرسی مدنی تشکیل‌دهنده قاعده عام ابلاغ اوراق است و بنابر این جز در مواردی که صراحتاً استثنا شده باشد، مقررات مزبور در ابلاغ ادارات مربوط به مراجع قضایی و اوراق رسمی، لازم‌الرعایه است. (شمس، ۱۳۸۵، ج. ۲، ص. ۸۷)

به ویژه این که حتی در ماده ۱۱۴ ق.آ.د.ک. آمده است: «... ترتیبات ابلاغ احضارنامه به گونه مقرر

در فصل مربوط به آیین دادرسی مدنی خواهد بود»

دلیل دیگر بر تبعیت ابلاغ از قواعد آیین دادرسی مدنی آن است که در تبصره ۲ ماده

۶۸ ق.آ.د.م. آمده است: «در مواردی که زن در منزل شوهر سکونت ندارد، ابلاغ اوراق در محل سکونت یا محل کار او به عمل می‌آید» ذکر این موارد خاص و خروج آن از قواعد دیگر ابلاغ، حکایت از تسری سایر احکام به موارد مسکوت دارد.

ماده ۱۰ لایحه حمایت خانواده به جهت اتمام این موضوع طرق مختلفی با احراز صحت از سوی دادگاه به رسمیت شناخته است. لذا تا قبل از ماده ۱۰ لایحه جدید حمایت خانواده قواعد ابلاغ همان است که در قانون آیین دادرسی مدنی وجود دارد. در این ماده نیز «احراز صحت ابلاغ توسط دادگاه» مورد توجه قرار گرفته است چون نباید موجب تضییع حقوق طرفین دعوی شود و این، یکی از امتیازات این ماده می‌باشد.

- ماده ۱۱ لایحه

«دادگاه می‌تواند جهت فراهم کردن فرصت صلح و سازش، جلسه دادرسی را به درخواست زوجین یا یکی از آنان، حداکثر برای دو بار به تأخیر اندازد»

از دیدگاه متخصصان حقوق، مفهوم و معنای خصوصی بودن ماهیت دعوی در دعاوی خانوادگی ملموس‌تر است. از دید آنان، به این بخش از حقوق موضوعه، حقوق مدنی به معنای خاص می‌گویند که جلوه‌ای دیگر از این تأکید است. لذا در دعاوی خانوادگی اختلاف متعلق به طرفین است و آنان می‌توانند هرگونه تصرفی که بخواهند در آن نسبت به سهم خود بکنند. مثلاً دلیلی را ابراز نکنند و سندی را مسترد کنند و یا درخواست یا دادخواستی را پس بگیرند. با این حال، اصولاً هنگامی که دعوی به مرحله‌ای از تحقیقات و افشای اسرار و دلایل و مدارک رسید که میان طرفین مشترك گردید زوال آن دعوی، با رضایت طرفین ممکن نیست. در کنار این امر، از جمله مواردی که دخل و تصرف در آن صرفاً به اتفاق نظر طرفین ممکن است متوقف کردن جریان دادرسی از روال طبیعی است. زیرا می‌دانیم همین که دعوی به جریان افتاد، توقف آن نیازمند دلیل است. (محسنی، ۱۳۸۶، ص. ۸۱)

نقدی که بر این ماده وارد است این که به هریک از طرفین اجازه داده حداکثر تا دو بار جلسه دادرسی را به تأخیر اندازد بدون این که دادرسان رأساً بتوانند چنین کنند. اگر چه

پیش‌بینی توانایی دادگاه در این ماده می‌تواند وسیله‌ای باشد برای نظارت بر درخواست‌های بی‌فایده و اصرارآمیز ولی به این دلیل که قاضی فاقد این اختیار است، ایراد هم چنان باقی است.

می‌دانیم همین الان هم پروسه دادگاه خانواده در زمینه طلاق، نفقه، مهریه و... چه قدر طولانی است. با تصویب این ماده هم هر مردی می‌تواند در دادگاه طلاق به درخواست زن، به راحتی جلسه را دو بار به تأخیر بیندازد. بنابراین، این ماده، دقیقاً مصداق اطاله دادرسی است و معلوم است که هرکسی که دادخواست به طرفین او داده شده این دو جلسه را تجدید می‌کند.

و برای زنی که در شرایط بحرانی به سر می‌برد و می‌خواهد طلاق بگیرد و معلوم نیست چه اتفاق‌هایی برای او افتاده که چنین تصمیمی گرفته است، این پروسه هر چه به تعویق بیافتد به دشمنی و کشمکش دامن می‌زند.

به بیان دیگر، زمانی که بحرانی ایجاد می‌شود این ماده نه تنها باعث فروکش بحران نمی‌شود بلکه به آن دامن می‌زند و شعله این آتش را شعله‌ورتر می‌کند. در حالی که نباید «قانون» طوری تدوین شود که در ایجاد بحران میان طرفین دامن زند و نقش منفی ایفا کند. لذا پیامد این ماده، طولانی کردن روند رسیدگی به دعاوی خانوادگی و فراهم آوردن امکان سوءاستفاده خواننده دعوی می‌باشد به خصوص در برخی دعاوی مثل نسب، رشد، حجر، ولایت قهری و امور راجع به ناظر و امین محجور، سرپرستی کودکان بی‌سرپرست و اهدای جنین و... اساساً ویژگی‌هایی ندارند که مشمول مقررات این ماده - تجدید جلسه دادرسی به درخواست طرفین یا یکی از آنان - شوند.

شاید بتوانیم در موارد مربوط به ابلاغ در دعاوی طلاق و حضانت فرزند، تشریفات را رعایت نکنیم اما در این امور مهم، چه توجیهی برای اطاله دادرسی داریم؟

بنابراین بهتر است برای جلوگیری از احتمال سوءاستفاده هر یک از طرفین از اقدام يك جانبه برای ایجاد تأخیر در برگزاری جلسه رسیدگی، فقط توافق طرفین و هم‌چنین نظر

قاضی رأساً مدنظر قرار دهیم. چرا که امروزه دادرسان در نظام‌های حقوقی پیشرفته هم قاضی هستند و هم واسطه صلح و سازش.

علاوه بر این، ماده ۹۹ آیین دادرسی مدنی نیز در این زمینه، بیان می‌دارد:

« دادگاه می‌تواند جلسه دادرسی را به درخواست و رضایت اصحاب دعوی برای يك بار به تأخیر بیندازد.»

بنابراین، ماده ۹۹ آیین دادرسی مدنی که اشاره به رضایت طرفین دارد، از سوء استفاده هر يك از طرفین برای تجدید جلسه دادرسی می‌کاهد.

بنابراین نگارندگان قانون باید نسبت به لوایحی که برای حل مشکلات پیشنهاد می‌کنند، نگاهی مهندسی، همه‌جانبه و فراتحلیلی داشته باشند. بسیاری اوقات حمایت‌های ما به آسیب‌های جدی‌تری منجر می‌شود که خسارات جبران‌ناپذیری وارد می‌کند. از جمله یکی از مصادیق آن، همین ماده می‌باشد. اگر چه در ظاهر موجب تحکیم نهاد خانواده و مانع اضمحلال آن تلقی می‌شود اما در واقع آسیب‌های جدی‌تری را منجر می‌شود. لذا کسانی که قوانین را طراحی می‌کنند باید نگاه فراتحلیلی داشته باشند.

ماده ۱۲ لایحه

« در دعوی مالی موضوع این قانون، محکوم‌له پس از صدور حکم قطعی و تا پیش از شروع اجرای آن نیز می‌تواند از دادگاه که حکم نخستین را صادر کرده است، تأمین محکوم‌به را درخواست کند.»

تأمین خواسته در قانون آیین دادرسی مدنی، مستلزم شرایط متعددی است. دادگاه خانواده هم تا قبل از لایحه جدید تابع مقررات عمومی است:

الف - دعوی مستند به سند رسمی باشد.

ب - خواسته در معرض تضییع یا تفریط باشد.

ج - خواهان خسارتی را که ممکن است به طرف مقابل وارد آید نقداً به صندوق بسپارد.

(وفق ماده ۱۰۸)

د - میزان خواسته معلوم یا عین معین باشد.

ه - ۱۰ روز پس از تاریخ صدور قرار تأمین نسبت به اصل دعوی دادخواست بدهد.

در مورد تأمین محکوم‌به در صورتی که به سبب اعتراض، جریان قطعی شدن رأی یا پس از قطعیت حکم در اثر اعتراض، حکم طولانی شود برای محکوم‌له در دادگاه خانواده

ضرورت دارد لذا وجود همه این شرایط در تأمین خواسته یا محکوم‌به منجر به مشکلاتی در دادگاه خانواده است لذا در لایحه جدید ماده ۱۲ آمده است:

«تأمین محکوم‌به از دادگاه صادرکننده رأی خواسته می‌شود، این ایراد که این ترتیب خلاف قاعده فراغ دادرس است پذیرفته نیست. زیرا قانون، استثنایی را در مورد قاعده فراغ دادرس به حکم خاص مقرر داشته که از آن جمله تأمین محکوم‌به است» (متن دفتري، ۱۳۸۰، ج. ۳، ص. ۱۷۸).

به هر حال، بازهم برخی از مشکلات مربوط به تأمین خواسته در زمینه خسارات احتمالی و مهلت ارائه دادخواست، باقی مانده است و این انتقاد به قانون وارد است که چرا به جای تأمین خواسته فقط به تأمین محکوم‌به تصریح نموده است.

بنابراین اگر چه ماده ۱۲ لایحه که مقرر داشته در دعاوی موضوع این قانون، محکوم‌له پس از صدور حکم قطعی و تا پیش از شروع اجرای آن می‌تواند از دادگاه درخواست تأمین محکوم‌به بنماید، نیز امری مطلوب است لیکن بایستی ابهام برطرف شود که این تأمین به‌جای اخذ خسارات احتمالی از سوی دادگاه است یا دادگاه براساس قانون آیین دادرسی مدنی، خسارت احتمالی را دریافت می‌نماید.

– ماده ۱۳ لایحه

«در دعاوی امور خانوادگی مربوط به زوجین، زوجه می‌تواند در دادگاه محل اقامت خوانده یا محل سکونت خود اقامه دعوی کند مگر در موردی که دعوی مطالبه مهریه غیرمنقول است»

– ماده ۱۴ لایحه

«هرگاه امور دعاوی موضوع صلاحیت دادگاه خانواده از سوی زوجین، در حوزه‌های قضایی متعدد مطرح شده باشد، دادگاهی که دادخواست مقدم به آن داده شده است، صلاحیت رسیدگی را دارد. چنانچه دو یا چند دادخواست در يك روز تسلیم شده باشد، دادگاهی که صلاحیت رسیدگی به دعوی اقامه شده از جانب زوجه را دارد، به کلبه دعاوی رسیدگی می‌کند.»

صلاحیت و شایستگی اختیاری است که به دادگاه داده شده که به دعوایی رسیدگی کند و حکم بدهد، هرگاه قانون چنین اختیاری به دادگاهی نداده باشد، دادگاه غیر صالح است. یعنی نمی‌تواند در دعوایی خارج از صلاحیت خود رسیدگی و صدور حکم نماید و اگر چنین اقدام کند يك نقض قانونی به معنای وسیع کلمه است. (متن دفتري، ۱۳۸۰، ص. ۲۰۸)

اما در قوانین باید بین صلاحیت ذاتی و مطلق با صلاحیت نسبی فرق گذاشت. زیرا

قواعد مربوط به صلاحیت ذاتی از قواعد آمره یعنی انتظامات عمومی و قواعد مربوط به صلاحیت نسبی از قواعد مخیره (تکمیلی) می‌باشد.

صلاحیت محاکم به صلاحیت ذاتی و صلاحیت محلی یا نسبی تقسیم می‌شود. صلاحیت ذاتی، صلاحیتی است که به‌موجب آن، دعاوی را از جهت صنف، نوع و درجه میان دادگاه‌ها تقسیم می‌کنند. صلاحیت محلی یا نسبی یعنی در میان دادگاه‌های از يك نوع و صنف کدام دادگاه صلاحیت رسیدگی دارد. (صدرزاده، افشار، ۱۳۷۶، ص. ۶)

صلاحیت نسبی دادگاه، اختیار يك دادگاه معینی است نسبت به دادگاه معین دیگر که از حیث نوع و صنف و درجه شبیه یکدیگرند. طبق ماده ۱۱ ق.آ.د.م.، دعوی باید در دادگاهی اقامه شود که خواننده در حوزه قضایی آن اقامتگاه دارد. لذا طبق قاعده صلاحیت، دادگاه صالح، دادگاه محل اقامتگاه خواننده است و این از سنت‌های قضایی است که در قوانین کشور ما پذیرفته شده است. زیرا این قاعده با اصول عملیه به‌ویژه اصل برائت و نیز اماره دلالت ظاهر بر واقع نیز هماهنگی کامل دارد. (شمس، ۱۳۸۵، ج. اول، صص. ۴۱۵-۴۱۴)

نکته دیگر که از لحاظ عمل مؤید این قاعده است، این که اگر این قاعده جاری نشود، ممکن است در دعاوی، اشخاص دستخوش اغراض خواهان‌ها شوند که آن‌ها را به دادگاه‌های محل دور دست بخوانند و پس از محکوم شدن بر بی‌حقی، استرداد هزینه‌های سفر و سایر خسارات خواننده مواجه با تشبثات محکوم‌علیه برای فرار از دین، وصول نشود. با وجود این، یکی از نکات مثبت لایحه که در راستای حمایت از زنان در جهت دعوی مطالبه نفقه و مهریه است، ماده ۱۳ می‌باشد که مقرر می‌دارد: «چنانچه موضوع دعوی، مطالبه مهریه منقول یا نفقه باشد، زوجه می‌تواند در محل اقامت خواننده و یا محل سکونت خود اقامه دعوی نماید» و این ماده زوجه را معاف نموده است از تکلیف قانونی که وی را وادار می‌ساخت جهت طرح دعوی مطالبه نفقه به دادگاه محل سکونت زوج مراجعه نماید. لذا تعیین صلاحیت محلی دادگاه به نفع زنان (محل سکونت زوجه) از امتیازات این لایحه است.

در حالی که طبق مواد ۱۱ و ۱۳ ق.آ.د.م.، در دعاوی منقول، خواهان اختیار دارد از میان

دادگاه محل اقامت خوانده و محل انعقاد عقد و اجرای تعهد هر يك را که بخواهند برگزینند اما طبق این ماده، محل سکونت زوجه (خواهان)، تسهیل جدیدی است که قانون‌گذار در جهت حمایت از زنان به آن توجه کرده است. به بیان دیگر، در صورتی که محل اقامت زوج و زوجه متفاوت باشد دادگاه محل اقامت زوجه، صالح برای رسیدگی به دعوی ایشان می‌باشد. در حالی که تا قبل از این، زن مجبور بود برای طرح دعوی علیه همسر خود به دادگاه محل اقامت وی مراجعه کند.

ماده ۱۴ لایحه هم، در جهت رسیدگی دادگاه‌های خانواده در حوزه‌های قضایی متعدد قاعده‌ای وضع نموده که در قانون حمایت خانواده سال ۱۳۵۳ در ماده ۷ نیز وجود دارد و در آن ماده آمده است: «هرگاه زن و شوهر، دعاوی ناشی از اختلاف خانوادگی را علیه یکدیگر مطرح نمایند، دادگاهی که دادخواست مقدم به آن داده شده صلاحیت رسیدگی خواهد داشت و هرگاه دو یا چند دادخواست در يك روز به دادگاه تسلیم شده باشد، دادگاه حوزه محل اقامت زن، صالح به رسیدگی خواهد بود».

در این ماده، در حقیقت اصل «اقامتگاه خواننده» پذیرفته شده است. زیرا اگر زوجین اقامتگاه مشترك داشته باشند نزدیک محکمه اقامه دعوی نموده‌اند اما اگر زوجین در مسکن علی‌حده ساکن باشند و هر دو اقامه دعوی نمایند ممکن است هرکدام در اقامتگاه خود یعنی «اقامتگاه خواهان» اقامه دعوی نموده باشند؛ در این صورت، قانون، دادگاهی را که دادخواست مقدم به آن داده شده صالح دانسته است و اگر هر دو، هم‌زمان باشد دادگاه محل اقامت زن، صالح است.

در حقیقت در ماده ۷ لایحه حمایت خانواده مصوب سال ۱۳۵۳، اصل صلاحیت نسبی به ترتیب از سه قاعده تبعیت می‌کند:

محل اقامتگاه خواننده؛ محل تقدیم دادخواست مقدم (اقامتگاه خواهان) و محل اقامت زوجه.

اشکالی که بر این ماده وارد است این که؛

اولاً: به‌صراحت محل دادگاه ذی‌صلاح را ذکر نکرده و به بحث تعارض صلاحیت دادگاه پرداخته است. در حالی که این قاعده احتمالاً اقامتگاه مشترك زوجین است. زیرا عموماً اقامتگاه زوجین مشترك است مگر در موارد استثنایی که اقامتگاه زوجه مستقل باشد.

ثانیاً: واژه اقامت که برای «زن» به کار رفته است حاوی نکات متعددی است:
الف - « اقامت»، طبق ماده ۱۰۰۲ ق.م. مفهومی دارد که به آن توجه کافی نشده است. اقامتگاه هر شخصی عبارت است از محلی که شخص در آنجا سکونت داشته و مرکز مهم او نیز در آن جا باشد.

اگر محل سکونت شخصی غیر از مرکز مهم امور باشد مرکز امور او اقامتگاه محسوب می‌شود. قانون مدنی اقامتگاه را همان مرکز مهم امور او دانسته است و طبق ماده ۱۰۰۴ ق.م. تغییر اقامتگاه با تغییر محل سکونت حقیقی در صورتی اتفاق می‌افتد که مرکز مهم امور او هم منتقل شود.

در خصوص زن شوهردار، اقامتگاه او طبق ماده ۱۰۰۵ ق.م. همان اقامتگاه شوهر است مع‌ذالك زنی که شوهر او اقامتگاه ندارد و هم‌چنین زنی که با رضایت شوهر و یا با اجازه محکمه، مسکن علی‌حده اختیار کرده، می‌تواند اقامتگاه شخصی علی‌حده نیز داشته باشد (صفایی و قاسم‌زاده، ۱۳۸۴، صص. ۱۱۳-۱۱۲)

پس اصل این است که زن شوهردار، اقامتگاه مشترك با زوج دارد. زیرا لازمه وحدت خانواده، داشتن مسکن مشترك است اما بر این قاعده استثنا وارد شده است:

در چهار مورد، اقامتگاه زن، جدا از اقامتگاه شوهر است؛

- در موردی که شوهر اقامتگاه معلومی نداشته باشد.

- در موردی که زن به‌موجب شرط ضمن عقد نکاح، حق تعیین مسکن داشته و مسکن جداگانه اختیار کرده باشد

- در موردی که زن بعد از عقد نکاح، مطابق توافقی که با شوهر کرده است و با رضایت او مسکن جداگانه اختیار کرده باشد.

- در موردی که بودن زن یا شوهر در يك منزل متضمن ضرر بدنی یا مالی یا شرافتی

برای زن باشد و زن با اجازه دادگاه، مسکن علی‌حده اختیار کرده باشد. (ماده ۱۱۱۵ ق.م.)

هم‌چنین درباره اقامتگاه زن قبل از نقل مکان به منزل شوهر، اقامتگاه او مستقل از

شوهر شناخته شده است. (امامی، ۱۳۶۴، ص. ۲۲۰)

به هر حال، با توجه به توصیف حقوقی اقامتگاه زن، دو راه حل وجود دارد:

راه اول این که محل اقامت زن در موارد پنجگانه فوق که مستقل از شوهر است، ملاک خواهد بود.

راه دوم این است که منظور از کلمه «اقامت» مفهوم لفظی آن یعنی «سکونت حقیقی» باشد و از آنجا که غالباً مرکز امور مهم زنان همان محل سکونت آنان تلقی می‌شود در موارد اختلاف دادگاه محل سکونت آنان ملاک خواهد بود و تفسیر اخیر به نفع حمایت از حقوق زنان است.

صرف نظر از اشکالات یادشده، وجود قاعده صلاحیت دادگاه محل اقامت زوجه به عنوان یک قاعده قانونی راهگشا نبود و همه مشکلات را رفع نمی‌کرد. چرا که به عنوان مثال، زنی که پس از ازدواج به شهرستانی که هیچ بستگانی ندارد، نقل مکان می‌کند و در اثر اختلافات با شوهر از منزل رانده می‌شود و به شهرستان محل اقامت خانواده پدری می‌رود برای تعیین تکلیف به کدام دادگاه می‌تواند مراجعه نماید؟ از طرفی اگر شوهر زودتر دادخواست داده باشد، زن برای دفاع چه باید انجام دهد؟

پس از انقلاب اسلامی، لایحه قانونی تشکیل دادگاه مدنی خاص مصوب سال ۱۳۵۸، درباره صلاحیت محلی دادگاه خانواده ساکت بود و تنها در ماده ۸ آن به عدم متابعت دادگاه مدنی خاص از آیین دادرسی مدنی تصریح نموده است. و از آنجا که قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ و ماده ۷ آن لغو نگردیده و خلاف شرع شناخته نشد، لازم‌الاجرا بود. اما با تصویب قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ که مشتمل بر قواعد صلاحیت محلی بوده و در ماده یک آن حاکمیت قواعد آیین دادرسی مدنی را بر اقسام مختلف دعاوی تصریح نموده و در مواد ۱۱ تا ۲۵ آن نیز درباره صلاحیت محلی قاعده‌ای مشابه ماده ۷ قانون حمایت خانواده ۱۳۵۳ وضع ننموده است لذا با توجه به مؤخرالتصویب بودن قانون مذکور این ابهام پیش می‌آید که آیا ماده ۷ قانون فوق به قوت خود باقی است؟

به نظر می‌رسد از آنجا که خاص مقدم به وسیله عام مؤخر منسوخ نمی‌شود و ممکن

است باقی باشد، چون در اینجا قانون عام تصریح به نسخ قانون خاص نکرده است، دلیلی برای از بین رفتن قانون سابق نیست. لذا بقای آن استصحاب می‌شود. (بداعی، ۱۳۸۸، صص. ۱۳۰-۱۳۹)

از طرفی، به دلیل مشکلاتی که در خصوص صلاحیت محلی دادگاه خانواده به وجود می‌آید، در ماده ۱۴ لایحه جدید حمایت خانواده چنین بیان کرده است:

«هرگاه زوجین، دعاوی موضوع صلاحیت دادگاه خانواده را علیه یکدیگر در حوزه‌های قضایی متعدد مطرح کرده باشند، دادگاهی که دادخواست مقدم به آن داده شده است صلاحیت رسیدگی را دارد. چنانچه دو یا چند دادخواست در يك روز تسلیم شده باشد دادگاهی که صلاحیت رسیدگی به دعوی اقامه شده از جانب زوجه را دارد، به کلیه دعاوی رسیدگی می‌کند»

از امتیازات این ماده، این است که هر يك از زوجین در طرح دعوی از دیگری سبقت بگیرد، از امتیاز - دادگاهی که دادخواست مقدم به آن داده شده - بهره‌مند می‌شود. از طرف دیگر، عبارت «دادگاهی که صلاحیت رسیدگی به دعوی اقامه شده از جانب زوجه را دارد» ایرادات ماده ۷ سابق لایحه حمایت خانواده را که «اقامتگاه زن» آمده بود، برطرف می‌نماید.

نکته دیگر آن که تعمیم این ماده به کلیه دعاوی و امور خانوادگی اشکال دارد و بایستی محدود به دعاوی و شکایاتی شود که در یکدیگر تأثیر مستقیم دارند و نتیجه یکی بر دیگری مؤثر است.

در ماده ۱۳ و ۱۴ ایراداتی وجود دارد. از جمله:

۱ - تمایز بین مطالبه مهریه یا نفقه با سایر دعاوی خانوادگی مثل تعیین تکلیف زوجه یا حقوق مالی دیگر مثل اجرت‌المثل معلوم نیست.

۲ - ظاهراً ماده ۱۳ استثناً بر ماده ۱۴ می‌باشد یعنی در ماده ۱۴ امور و دعاوی غیر از دعاوی مندرج در ماده ۱۳ می‌باشد و الا فایده‌ای بر ماده ۱۳ مترتب نخواهد بود.

۳- قسمت آخر ماده ۱۴ این ابهام را دارد که اگر زوجه در دادگاهی اقامه دعوی نموده است که نه اقامتگاه خوانده و نه محل سکونت خود باشد باز هم این دادگاه برای رسیدگی صالح خواهد بود؟ اگر چنین نیست پس چرا در این قسمت به جای دادگاه محل سکونت

زوجه، دادگاهی که صلاحیت رسیدگی به دعوی اقامه شده از سوی زوجه را دارد به کاربرد شده است؟

نقد دیگری که برخی حقوق دانان نسبت به ماده ۱۳ لایحه وارد کرده‌اند، این است که براساس ماده ۱۳ لایحه، اقامه دعوی در محل سکونت زوجه نیز امکان پذیر است، اگرچه این تسهیل باعث ترفیه حال زن است لیکن بر کدام اصل اولی، محق بودن وی و ظلم مرد مفروغ‌عنه است که بتوان مردی را الزام نمود که برای پاسخ‌گویی به ادعای زوج خود به محل سکونت زن که معلوم نیست با چه فاصله‌ای از محل اقامت یا زندگی شوهر است مسافرت و تحمل هزینه‌های گوناگون نماید؟ آیا این الزام اصولاً عادلانه است؟ (روشن، ۱۳۸۸، ص. ۴۹۳)

- ماده ۱۵ لایحه

«هرگاه یکی از زوجین طرف دعوی مقیم خارج از کشور باشد، دادگاه محل اقامت طرفی که در ایران اقامت دارد برای رسیدگی صالح است. اگر زوجین مقیم خارج از کشور باشند ولی یکی از آنان در ایران سکونت موقت داشته باشند، دادگاه محل سکونت خود ساکن در ایران و اگر هر دو در ایران سکونت نداشته باشند دادگاه شهرستان صلاحیت رسیدگی را دارد مگر آنکه زوجین برای اقامه دعوا در محل دیگر توافق کنند».

- ماده ۱۶ لایحه

«هرگاه ایرانیان مقیم خارج از کشور، امور و دعاوی خانوادگی خود را در محاکم و مراجع صلاحیت‌دار محل اقامت خویش مطرح کنند، احکام این محاکم یا مراجع در ایران به اجرا در نمی‌آید مگر آنکه دادگاه صلاحیت‌دار ایران این احکام را بررسی و حکم تنفیذی صادر می‌کند».

در ماده ۱۱ق.آ.د.م. به ترتیب برای ایرانیان مقیم خارج از کشور و نحوه اقامه دعوی،

این مراجع ذی صلاح دانسته شده است:

دادگاه اقامتگاه خوانده در ایران ← دادگاه محل سکونت ← دادگاه محل اقامتگاه موقت خوانده در ایران
دادگاه محل وقوع مال غیرمنقول خوانده در ایران ← دادگاه محل اقامتگاه خواهان.

در تبصره ماده ۷ قانون حمایت خانواده ۱۳۵۳ سه فرض پیش‌بینی شده و برای آن

تعیین تکلیف گردیده است:

یکی از زوجین مقیم خارج از کشور باشند ← دادگاه محل اقامت طرف مقیم در ایران صالح است.
زوجین مقیم خارج از کشور باشند ← دادگاه شهرستان تهران صالح است.

زوجین مقیم خارج از کشور باشند و امکان مراجعه به ایران ندارند، اجازه مراجعه به محاکم

خارجی محل اقامت را دارند. در این صورت، اگر حکم صادره مورد اعتراض طرفین باشد می‌توانند از طریق کنسولگری به ایران و دادگاه شهرستان ارسال نمایند و در صورت عدم اعتراض و توافق طرفین، اجرای احکام صادره از محاکم خارجی در ایران بلاشکال است. در لایحه جدید حمایت خانواده در ماده ۱۶-۱۵، به ایرانیان مقیم خارج از کشور پرداخته و فروض متعددی را درباره آنها تبیین نموده است:

- الف) اگر یکی از زوجین مقیم ایران باشد ← محل اقامت طرف مقیم ایران صالح است.
 ب) اگر زوجین مقیم خارج از کشور باشند ← اگر یکی در ایران سکونت موقت داشته باشد، دادگاه محل سکونت طرفی که در ایران است صالح می‌باشد.
 ج) اگر هر دو در ایران سکونت موقت دارند ← دادگاه محل سکونت زوجه صالح است.
 د) اگر هر دو مقیم خارج از کشور باشند و محل سکونت موقت در ایران نداشته باشند، دادگاه تهران صالح است مگر طرفین به نحو دیگر تراضی کرده باشند.

بنابراین در ماده ۱۵ لایحه قواعدی برای تعیین دادگاه صالح در مورد زوجین مقیم خارج از کشور، در نظر گرفته شده است که دادگاه محل اقامت طرفی که مقیم ایران است، برای رسیدگی صلاحیت دارد و در ادامه ماده نیز شرایط احتمالی دیگر در نظر گرفته شده و تلاش شده است قواعد حل تعارض دادگاهها تشریح شود. اما این موضوع که چنانچه هیچ یک از زوجین حتی در ایران، محل سکونت موقت نیز نداشته باشند، صلاحیت رسیدگی به دادگاه شهرستان تهران اعطا شده است، محل تأمل است. زیرا دادگاه تهران در بدو امر فاقد «حدافل ارتباط» (Minimum Contact) با طرفین یا موضوع دعوی است. این در حالی است که قبلاً احکام خارجی مورد شناسایی ایران قرار می‌گرفت.

در واقع این ماده تلویحاً اعلام می‌دارد که؛ احکام صادره از کشورهای خارجی در مسائل خانوادگی را به رسمیت نمی‌شناسد. این امر، علاوه بر این که ممکن است مغایر با اصل منع محاکمه مجدد باشد، می‌تواند در مغایرت با قراردادهای دوجانبه احتمالی باشد که احیاناً طی آن قراردادهای، ایران و کشورهای دیگر، آراء قضایی یکدیگر را به رسمیت شناخته‌اند.

تبصره ماده ۷ قانون ۱۳۵۳ نیز، امکان اعتراض به رأی صادره دادگاه خارجی مبنی بر

عدم رعایت قوانین ایران را در دادگاه تهران، برای زوجین امکان‌پذیر ساخته بود. در نتیجه، عدم شناسایی آرای دادگاه‌های خارجی به‌طور مطلق، امری موجه و قابل قبول نیست. (ابداعی، ۱۳۸۸، صص. ۱۳۳-۱۳۱)

طبق ماده ۱۶ لایحه حمایت خانواده هم، در صورتی احکام دادگاه خارجی در ایران معتبر است که در دادگاه ایران، حکم خارجی تنفیذ گردد.

از آنجا که قبل از این، احکام صادرشده اتباع ایرانی در کشورهای خارجی و دادگاه‌های خارجی نیز پذیرفته بود ولی اکنون طبق ماده ۱۶، زمانی که دادگاه‌های کشورهای دیگر حکمی صادر کرده‌اند به محض ورود به ایران، باید آن احکام مورد تنفیذ دادگاه ایران قرار گیرد که تبعات قانونی در پی دارد؛ از طرف دیگر، این ماده، با موازین حقوق بین‌الملل عمومی و خصوصی ناسازگار است. چرا که اصل صلاحیت بین‌الملل دادگاه‌ها طبق این ماده نفی شده است. بنابراین وفق این ماده اجرای حکم خارجی در ایران منوط به «بررسی» دادگاه مجری حکم و «تنفیذ» آن است که این «تنفیذ حکم خارجی» نیز که بدون اعتراض طرفین - در چارچوب حق تجدیدنظرخواهی - انجام می‌شود، به معنای عدم شناسایی اولیه حکم و تحقیر احکام قضایی خارجی است که با اصل صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها مغایر است و ایراداتی بر آن وارد است.

بهتر بود که در ماده ۱۶ مانند مفاد ماده ۷ قانون سال ۱۳۵۳ شناسایی احکام خارجی، ثبت تصمیمات قضایی خارجی در کنسولگری‌ها را (با در نظر گرفتن امکان اعتراض به رأی در دادگاه تهران) پیش‌بینی می‌کرد و شعبی از دادگاه خانواده برای رسیدگی به اختلافات خانوادگی ایرانیان مقیم خارج از کشور با همکاری وزارت امور خارجه و حضور قضات در محل کنسولگری یا سفارتخانه ایران در خارج از کشور در رسیدگی به اختلافات خانوادگی اختصاص می‌داد تا کمک بسیار خوبی به زوجین مقیم خارج از کشور باشد به شرط آنکه تشکیل این دادگاه منافاتی با موازین و اصول حقوق بین‌الملل نداشته باشد و با دولت‌های خارجی هماهنگی لازم به عمل آید.

یافته‌های تحقیق:

در این پژوهش، تعدادی از مواد لایحه جدید حمایت خانواده (مواد ۸-۱۶) که ناظر به آیین دادرسی دعاوی خانوادگی است، بررسی شد. چرا که فقدان آیین دادرسی ویژه خانواده ضررهای زیادی به دنبال دارد که نتیجه آن نبود وحدت رویه در دادگاه‌ها و در نهایت خسارات جبران‌ناپذیری بر خانواده وارد می‌نماید.

با بررسی مواد ۸ تا ۱۶ لایحه حمایت خانواده آشکار گردید که لایحه مزبور نیز از بسیاری جهات حاوی نکات مثبتی است که در مقایسه با دو قانون قبلی پویاتر و عقلانی‌تر است و حاکی از آن است که قوه قضائیه در این زمینه از تجربیات قبلی و روند حاکم بر دعاوی خانواده حداکثر استفاده را برده و با آسیب‌شناسی دقیق، اقدام به تنظیم این لایحه نموده است ولی باز اشکالاتی بر آن وارد است. چرا که اهداف مندرج در مقدمه برای لایحه تقدیمی حمایت خانواده اهدافی والا و مناسب حال می‌باشند ولی متأسفانه همه مواد لایحه متناسب با آن اهداف نمی‌باشد.

از اهداف لایحه جدید حمایت خانواده، خاتمه دادن به تشتت قوانین شکلی و اختلاف رویه‌های فاحشی که در رسیدگی به دعاوی خانوادگی وجود دارد و رسیدن به قانون جامع و آیین دادرسی کاملی که بتواند دعاوی خانوادگی را با سرعت و دقت بیشتری فیصله بدهد و با رفع ابهام و تعارض و خلأهای موجود هر چه بیشتر با واقعیت زمانه منطبق باشد. لایحه جدید حمایت خانواده که بخشی از مواد آن ناظر بر مقررات آیین دادرسی در دادگاه خانواده است دارای نقاط ضعف و قوت فراوانی است که در تحقیق بیان شد.

۱- به‌طور کلی برخی مواد لایحه، به‌رغم داشتن برخی نقاط مثبت از جمله فصل‌بندی مشخص، تأسیس مراکز مشاوره خانواده، احیای دادگاه‌های اختصاصی خانواده، خاتمه دادن به تشتت قوانین فعلی، عدم الزام رعایت تشریفات آیین دادرسی مدنی، استفاده از شیوه‌های جدید در ابلاغ، امکان رسیدگی به دعاوی زوجین در محل اقامت زوجه، رسیدگی به دادخواست‌ها بدون رعایت سایر تشریفات آیین دادرسی مدنی به جهت جلوگیری از اطاله

روند دادرسی، صلاحیت محلی در دعاوی بین ایرانیان، اقامه دعوی حسب خواهان (از منظر زن) و... مناسب بوده و مواردی مثل عدم تصریح مصادیق تشریفات آیین دادرسی، نحوه اجرای احکام دادگاه‌های خارجی، اقامه دعوی حسب اقامت (از منظر مرد) خصوصاً در جایی که مرد متجاوز نباشد و... نامناسب است. چرا که بسیاری از مواد آن با اهداف لایحه که در مقدمه ذکر شده، منطبق نیست و در متن یادداشت بیان شد که در اینجا به برخی از ایرادات اشاره می‌شود:

الف) اگر چه در لایحه جدید، رعایت تشریفات آیین دادرسی در محاکم خانواده حذف شده است و این امری مطلوب است اما باید صراحتاً تعیین شود که منظور کدام یک از ترتیبات می‌باشد تا از اختلاف در میان رویه قضایی و سلیقه عمل کردن قضات جلوگیری شود. بنابراین ابعاد عدم رعایت تشریفات دادرسی در دادگاه خانواده باید به وضوح روشن باشد و در قوانین تصریح شود.

ب) اگر چه در لایحه پیش‌بینی شیوه‌های نوین ارتباطی در ابلاغ امری شایسته است، اما نباید برای سهولت در دعاوی خانوادگی، از اصل ابلاغ صحیح و صلاحیت دادگاه عدول شود. چرا که مصلحت و کیان خانواده بسیار مهم‌تر از سهولت و تسهیل در دعاوی است.

۲ - ویژگی مهم آیین دادرسی، فوریت، سهولت، کم‌هزینه بودن می‌باشد که باید در تدوین مقررات، مورد توجه قرار گیرد. در مجموع باید حقوق دانان و قانون‌گذار در راستای شناسایی قوانین و کشف خلأها و کاستی‌های آن تلاش نموده تا زمینه جمع‌آوری و تدوین و تبویب یک آیین دادرسی مستقل ویژه خانواده فراهم شود چرا که لایحه جدید مخلوطی از قوانین شکلی و ماهوی است.

۳ - اکنون انتظار می‌رود با اقدام مراکز مرتبط به‌ویژه معاونت توسعه قضایی قوه قضائیه و مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی شاهد تصویب قوانینی مناسب با اقتضات روز باشیم تا نتایج آن در اعتلای نهاد مقدس خانواده تبلور یابد.

۴ - در آخر پیشنهاد می‌شود که نگارندگان قانون نسبت به لوایحی که برای حل مشکلات وضع می‌نمایند، نگاهی مهندسی و فراتحلیلی داشته باشند. بسیاری اوقات

حمایت‌های ما به آسیب‌های جدی‌تری منجر می‌شود که خسارات جبران‌ناپذیری وارد می‌کند، اگر چه ظاهر برخی قوانین موجب تحکیم نهاد خانواده و جلوگیری از اضمحلال آن می‌باشد اما در واقع آسیب‌های جدی‌تری را منجر می‌شود لذا کسانی که قوانین را طراحی می‌کنند باید نگاه فراتحلیلی داشته باشند.

فهرست منابع :

۱. امامی، حسن، حقوق مدنی، تهران، ابوریحان، ۱۳۶۴، چ. ۸.
۲. بداعی، فاطمه، آیین دادرسی دادگاه‌های خانواده، تهران، چ. اول، میزان، ۱۳۸۸.
۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، چ. ۶ گنج دانش، ۱۳۶۳.
۴. داوودی، هما، «ارتباط قوانین خانواده و رویه قضایی با آسیب‌های خانوادگی»، به نقل از نشریه فقه و حقوق خانواده، تهران، دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۸۶، ش. ۴۷.
۵. روشن، محمد، «لایحه پیشنهادی حمایت خانواده و بایسته‌های آن»، به نقل از نشریه خانواده پژوهی، دوره چهارم، تهران، دانشگاه بهشتی، ۱۳۸۷.
۶. ساعتچی یزدی، حسین (مدون)، قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، تهران، چ. ۷، مجد، ۱۳۸۵.
۷. شاه حیدری پور، محمد علی، «اهداف قوه قضائیه از تهیه لایحه حمایت خانواده و مقایسه آن با لایحه ارسالی دولت به مجلس»، به نقل از نشریه خانواده پژوهی، دوره چهارم، تهران، دانشگاه بهشتی، ۱۳۸۷.
۸. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، تهران، میزان، چ. ۱۱، ۱۳۸۵.
۹. صدرزاده، محسن، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، تهران، جهاد دانشگاهی، چ. چهارم، ۱۳۷۶.
۱۰. صفایی، حسین و قاسم‌زاده، مرتضی، حقوق مدنی - اشخاص و محجورین، سمت، چ. دهم، ۱۳۸۴.
۱۱. کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، تهران، انتشار، چ. دهم، ۱۳۸۱.
۱۲. گزارش کمیسیون قضایی و حقوقی به مجلس شورای اسلامی (گزارش شور دوم ۸۹/۲/۲۲ دوره هشتم)، «لایحه جدید حمایت خانواده مصوب ۱۳۸۶»، تاریخ چاپ ۱۳۸۹/۳/۳، شماره ۱۷۱۳.
۱۳. مجتمع قضایی خانواده یک تهران، به نقل از مجله تعالی خانواده، تهران، نشر هودیس، ۱۳۸۴، ش ۱۶-۱۷.
۱۴. محسنی، حسن و مجید، غمامی، اصول آیین دادرسی مدنی فراملی، تهران، چ. اول، میزان، ۱۳۸۶.
۱۵. _____، «مفهوم اصول دادرسی و نقش تفسیری آن‌ها و چگونگی تمییز این اصول از تشریفات دادرسی»، به نقل از مجله کانون وکلای دادگستری مرکز، تهران، ۱۳۸۵، ش. ۱۹۳-۱۹۲.
۱۶. متین دفتری، احمد، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، تهران، چ. اول، مجد، ۱۳۸۰.
۱۷. معاونت آموزش قوه قضائیه، مجموعه نظرهای مشورتی حقوقی، تهران، ۱۳۸۴.
۱۸. منصور، جهانگیر (مدون)، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران، چ. ۲۳، دوران، ۱۳۸۴.
۱۹. _____، قوانین و مقررات مربوط به خانواده، تهران، چ. ۲۳، دوران، ۱۳۸۸.
۲۰. هدایت‌نیا، فرج‌ا...، فلسفه فقه خانواده، تهران، شورای فرهنگی اجتماعی زنان، چ. اول، ۱۳۸۶.

دریچه ۱

بار اثباتی در دعاوی ناشی از قراردادهای بیمهمهدی باقری نسامی^۱

مقدمه

قانون بیمه ایران در سال ۱۳۱۶ به تصویب رسیده که با وجود قدمت، صرفاً ۳۶ ماده کماکان بر روابط بین شرکت‌های بیمه‌گر و بیمه‌گذاران حاکم است.

یادآور می‌شود در مسیر تحولات اقتصادی و صنعتی و گسترش فعالیت‌های تجاری و معاملات اینترنتی، نه تنها قانون مذکور هیچ‌گونه تغییری نیافت بلکه متأسفانه حتی در دانشکده‌های حقوق نیز به واحد درسی «حقوق بیمه» به‌رغم نقش پراهمیت این رشته تحصیلی و رسته شغلی در مناسبات داخلی و بین‌المللی، اهتمام لازم داده نمی‌شود و چه‌بسیار قضاوت و وکلای دادگستری که نسبت به آن بیگانه‌اند.

در حالی که با توجه به کثرت دعاوی ناشی از قراردادهای بیمه مطرح شده در مراجع قضایی و تنوع آن‌ها نه تنها اشراف حقوق‌دانان اعم از وکلا و قضات به رشته حقوق بیمه ضروری به‌نظر می‌رسد بلکه روند تحولات اقتصادی - اجتماعی ایجاب می‌کند که حتی برای رسیدگی به این دعاوی مراجع اختصاصی در دادگستری تشکیل گردد.

۱. سردفتر دفتر اسناد رسمی شماره ۶۷۳ تهران و عضو هیئت تحریریه ماهنامه «کانون».

اصول و قواعد قراردادهای بیمه

با نگاهی به قانون بیمه ایران درمی‌یابیم که اولاً بیمه یک نوع عقد است که حتی می‌توان آن را در زمره عقود معین شمرد. براساس نظریه بسیاری از حقوق‌دانان، عقد بیمه از طرف بیمه‌گذار جایز و از طرف بیمه‌گر لازم است. به عبارت دیگر، بیمه‌گر نمی‌تواند هر زمان که بخواهد در طول مدت عقد بیمه را فسخ کند مگر این که طرفین حق فسخ را تحت شرایطی برای خود منظور نمایند. بعضی از حقوق‌دانان بیمه (مسئولیت) را به شرط عدم مسئولیت تشبیه نموده‌اند.

از دیدگاه مدیون، هر دو در نهایت به یک نتیجه می‌انجامند: او را از مسئولیت رها می‌کنند. به علاوه در هر دو مورد مدیون در برابر امتیازی که تحصیل می‌کند، هزینه‌ای می‌پردازد:

حق بیمه‌ای که به بیمه‌گر پرداخت می‌کند و کاهش قیمت یا عوضی که طرف دیگر قرارداد (طلبکار) از آن بهره‌مند می‌شود.

با وجود این، از دیدگاهی طلبکار بیمه مسئولیت و شرط عدم مسئولیت درست به دو نتیجه مخالف منجر می‌شوند در حالی که شرط عدم مسئولیت باعث حذف اصل مسئولیت و محروم ماندن طلبکار از دریافت خسارت‌ها می‌شود. بیمه مسئولیت نه تنها او را از جبران خسارت محروم نمی‌کند که به حقوق او تضمین بیشتری می‌بخشد.

طلبکار (زیان‌دیده) در عین حال که می‌تواند برای جبران خسارات وارده بر خود، به مدیون عهدشکن رجوع کند - زیرا قرارداد مدیون با بیمه‌گر به حکم اصل اثر نسبی قراردادهای بیمه نمی‌تواند طلبکار را از دریافت خسارت از مدیون محروم دارد - حق دارد [مستقیماً] علیه بیمه‌گر نیز طرح دعوا کند.

با توجه به قانون بیمه در قراردادهای بین بیمه‌گر و بیمه‌شده به طور عمده پنج اصل حاکم می‌باشد؛

۱ - اصل حسن نیت (ماده ۱۹ قانون بیمه)

۲ - اصل نسبی بودن خسارت.

۳ - اصل ذی نفع بودن بیمه‌گذار در بیمه‌نامه.

۴ - اصل جانشینی. (ماده ۳۰ قانون بیمه)

۵ - اصل غرامت. (ماده ۱۹ قانون بیمه)

ممکن است در یک خسارت، عوامل متعددی دخالت داشته باشند که «زنجیره حوادث» نامیده می‌شود. بیمه‌گر را نمی‌توان به‌طور نامحدود مسئول جبران تمام خسارت‌ها و زیان‌های وارده دانست. بیمه‌گر مسئول جبران خسارت‌هایی است که مستقیماً از خطر بیمه‌شده ناشی شده باشد.

به‌عنوان مثال، بیمه‌گذار برای دریافت خسارت در آتش‌سوزی چه مواردی را باید اثبات کند؟

۱ - تحقق خطر بیمه‌شده. (وقوع آتش‌سوزی)

۲ - تحقق این‌که خطر بیمه‌شده، به خسارت منجر شده است.

۳ - اثبات رابطه علیت. (خسارت مستقیماً از تحقق خطر بیمه‌شده به وجود آمده است)

۴ - خسارت به اموال بیمه‌شده وارد آمده است. (کنترل فهرست اموال بیمه‌شده با فهرست اموال خسارت‌دیده)

ادعا :

الف: شمول و عدم شمول خسارت؛ بیمه‌گذار اعتقاد دارد که خسارت وارده طبق قرارداد فی‌مابین در تعهد بیمه‌گر است در حالی که بیمه‌گر چنین اعتقادی ندارد.

ب: میزان خسارت؛ بیمه‌گر پرداخت خسارت را قبول دارد ولی نه به آن مبلغی که بیمه‌گذار ادعا می‌کند.

در بیمه‌نامه حمل‌ونقل دریایی، به‌دلیل ماهیت بیمه، ذی‌نفع، همیشه بیمه‌گذار نیست؛ گاهی اوقات ممکن است مالک، کالای بیمه‌شده را قبل از رسیدن به مقصد به فروش برساند. این عمل ممکن است چند بار تکرار شود و همراه با اسناد کالا، بیمه‌نامه هم به خریدار جدید تسلیم شود. بنابراین آخرین مالک کالا، ذی‌نفع در قرارداد بیمه است و می‌تواند از بیمه‌گر خسارت دریافت کند. به‌همین سبب، ماده ۶ قانون بیمه صدور بیمه‌نامه

به نام حامل را تنها در بیمه حمل و نقل مجاز دانسته است. کسی که بیمه‌نامه حمل را در اختیار دارد کافی است که به موجب اسناد و مدارک مالکیت کالا، ذی‌نفع بودن خود را اثبات و از بیمه‌گر خسارت دریافت کند.

در بیمه اجباری مسئولیت دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث، طبق قانون اصلاح قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل اشخاص ثالث مصوب ۱۳۸۷ که مهم‌ترین قانون حاکم بر جبران زیان ناشی از تصادفات رانندگی می‌باشد، نحوه مطالبه خسارت از کیفیت خاصی برخوردار است که نسبت به قانون سال ۱۳۴۷ متضمن برخی تغییرات است.

برخی از مفاهیم معانی جدیدی یافته و دامنه شمول قانون نیز دستخوش تغییر شده است. این تغییرات بعضاً به جنبه ثبوتی قضیه و بعضاً به حالت اثباتی موضوع مرتبط است.

چگونگی و نحوه ادعا و طرح دعوی و انتخاب طرف دعوی

براساس ماده ۱۹ قانون جدید، دارنده (بیمه‌نامه) کسی است که از وسیله نقلیه استفاده می‌کند ولی بایست بیمه‌نامه وسیله را به‌همراه داشته باشد. براساس مفهوم ماده یک نیز دارنده مسئول جبران خسارت‌هایی است که در اثر وسیله نقلیه یا یدک یا تریلر از محمولات آن‌ها به اشخاص ثالث وارد می‌شود.

لذا صرف این که زیان در اثر وسیله نقلیه به بار آمده باشد کافی است و در این صورت، دارنده مسئول جبران زیان خواهد بود.

به موجب ماده ۱۶ قانون جدید در حوادث رانندگی منجر به صدمات بدنی غیر از فوت، بیمه‌گر وسیله نقلیه مسبب حادثه و یا صندوق تأمین خسارت‌های بدنی باید حداقل پنجاه درصد از دیه تقریبی را به اشخاص ثالث زیان دیده پرداخت نموده و باقی‌مانده آن را پس از معین شدن میزان قطعی دیه بپردازند.

در حوادث رانندگی منجر به فوت، شرکت‌های بیمه می‌توانند در صورت توافق با راننده مسبب حادثه و ورثه متوفی، بدون نیاز به رأی مراجع قضایی، دیه و دیگر خسارت‌های بدنی وارده را پرداخت نمایند. از لحاظ اصولی نیز منعی در طرح دعوی مستقیم علیه بیمه‌گر

مشاهده نمی‌شود لیکن ثالث مکلف به طرح دعوی علیه بیمه‌گر نیست و می‌تواند علیه بیمه‌گذار یا ... طرح دعوی کند.

مطابق ماده ۱۰ قانون جدید به‌منظور حمایت از زیان‌دیدگان حوادث رانندگی خسارت‌های بدنی وارده به اشخاص ثالث که به‌علت فقدان یا انقضای بیمه، فرار کردن و یا شناخته‌نشدن مسئول حادثه و ... قابل پرداخت نباشد یا به‌طور کلی خسارت‌های بدنی خارج از شرایط بیمه‌نامه (تحت شرایطی) توسط صندوق مستقلی به‌نام صندوق خسارت‌های بدنی پرداخت خواهد شد. به‌نظر می‌رسد حداقل در فرض فرار یا شناخته‌نشدن مسئول حادثه، صندوق مزبور است که طرف دعوی قرار می‌گیرد. در این دعوی ابتدائاً مجهول بودن مسئول حادثه اثبات می‌گردد. شاید گفته شود؛ صندوق که واردآورنده زیان نمی‌باشد تا بتواند طرف دعوی قرار گیرد. باید پاسخ داد؛ شبیه چنین حالتی در مورد بیمه‌گر نیز مطرح می‌شود. در حالی که به تجویز ماده ۱۴ قانون جدید می‌توان علیه بیمه‌گر طرح دعوی نمود. البته مواردی وجود دارند که پوشش بیمه یا استثنا بودن آن مورد تردید است:

مطابق اصول کلی حاکم بر اثبات دعوی، اثبات آن که خطر تحقق یافته تحت پوشش بیمه قرار دارد، برعهده بیمه‌گذار است. مطابق ماده ۱۲۵۷ ق.م.م. «هرکس مدعی حقی باشد باید آن را اثبات کند و مدعی علیه هرگاه در مقام دفاع، مدعی امری باشد که محتاج به دلیل باشد، اثبات آن به‌عهده اوست».

لذا بیمه‌گذاری که مدعی تحقق تعهد بیمه‌گر به جبران خسارت است علاوه بر اثبات تحقق حادثه باید اثبات نماید که خطر ادعایی تحت پوشش بیمه قرار داشته و بیمه‌گر مکلف به جبران آن است.

در حقوق فرانسه، تفاوت اساسی بین بار اثبات دعوی در مورد استثنائات ناشی از عنوان قرارداد بیمه و استثنائاتی که داخل در موضوع و عنوان بیمه قرار می‌گیرد و بیمه‌گر مدعی استثنائی بودن آن‌ها مطابق شرایط خاص قراردادی است، وجود دارد. در مورد اول، مطابق اصول کلی و به‌لحاظ روشن بودن مواردی که خطر ادعایی از عنوان بیمه خارج است، بار اثبات برعهده بیمه‌گذار است. (مطابق قسمت اول ماده ۱۳۱۵ قانون مدنی فرانسه) ولی در مورد

دوم، بار اثبات عدم پوشش بیمه بنا بر شرط و استثنای قراردادی برعهده بیمه‌گر نهاده شده است. حقوق دانان و دیوان عالی کشور فرانسه در این باره به قسمت دوم ماده ۱۳۱۵ قانون مدنی این کشور استناد کرده‌اند. قسمت دوم ماده ۱۳۱۵ قانون مدنی فرانسه مقرر می‌دارد:

«در مقابل کسی که مدعی منتفی بودن اجرای تعهد است باید انجام تعهد یا منتفی بودن تعهد ادعایی را به اثبات برساند»

هرچند که در حقوق ایران رویه قضایی در مورد بار اثبات در دعاوی بیمه وجود ندارد ولی با توجه به شباهت بین اصول کلی مذکور در مورد اثبات دعوی در ایران و فرانسه شاید بتوان به تفکیک مشابهی در حقوق ایران نیز قائل شد.

گاهی در دعوی مسئولیت زیان دیده علیه بیمه‌گذار، بیمه‌گر نیز از سوی بیمه‌گذار به دعوی جلب می‌شود (دعوی جلب ثالث) و حتی زیان دیده برای اطمینان از جبران خسارات خود و اجتناب از مواجهه با بیمه‌گذاری که توان پرداخت خسارت را ندارد، می‌تواند بیمه‌گر را به‌عنوان متعهد نهایی جبران خسارت به دعوی جلب نماید؛ ضمن این که به موجب ماده ۴۱۷ ق.آ.د.م. در صورت ورود خدشه به حقوق بیمه‌گر در نتیجه صدور رأی بیمه‌گر نیز می‌تواند به‌عنوان معترض ثالث به رأی صادره اعتراض نماید.

لذا گاهی منافع زیان دیده ایجاب می‌نماید که به جای دعوی مسئولیت علیه مسئول حادثه، تقاضای جبران خسارت خود را علیه بیمه‌گری مطرح نماید که مسئولیت بیمه‌گذار را تحت پوشش بیمه قرارداده که به‌عنوان دعوی مستقیم زیان دیده علیه بیمه‌گر مطرح می‌گردد که این امر در ماده ۲۱۰۲ قانون مدنی فرانسه (اصلاحی سال ۱۹۱۳ م.) و ماده ۵۳ قانون بیمه مصوب ۱۹۳۰ و ماده ۳ - ۱۲۴ مصوب ۱۹۷۶ و رویه قضایی کشور فرانسه جزو اصول مسلم شناخته شده در حقوق بیمه به‌شمار می‌رود.

در حقوق انگلستان نیز با تصویب قانون حقوق زیان دیده علیه بیمه‌گر در سال ۱۹۳۰ موضوع دعوی مستقیم زیان دیده علیه بیمه‌گر به رسمیت شناخته شده و بر این که چنانچه بیمه‌گذار مسئول حادثه، ورشکست یا متوقف یا مفلس شود، زیان دیده در اخذ مبالغ بیمه از بیمه‌گر، قائم‌مقام بیمه‌گذار شده و مستقیماً به بیمه‌گر مراجعه می‌کند. ضمن این که در قانون حمل و نقل جاده‌ای مصوب ۱۹۸۸ آن کشور نیز حق مراجعه مستقیم زیان دیده حوادث

رانندگی علیه بیمه‌گر مسئولیت حتی در موردی که بیمه‌گذار ورشکسته یا مفلس نیز نباشد، اعمال می‌شود.

روش رسیدگی به اختلافات بین بیمه‌گذار (insured) و شرکت بیمه (insurance Company-insurer)، در انگلستان قدری متفاوت با ایران است. در انگلستان، نهادی به نام FSA (Financial Services Authority) وجود دارد که بر عملکرد شرکت‌های بیمه و بانک‌ها (financial services) نظارت کرده و خطوط کلی عملکرد من جمله طریقه برخورد با مشتریان (customers) (مشتریانی که برای شرکت‌های بیمه insured نامیده می‌شود) و حقوق و وظایف طرفین در قبال یکدیگر را ترسیم کرده و بر اجرای آن نظارت می‌کند.

البته این سیستم در زمان حاکمیت حزب کارگر ایجاد شد و زمزمه‌های تغییر آن توسط حزب حاکم محافظه‌کار به گوش می‌رسد.

در صورت بروز اختلاف بین بیمه‌گر و بیمه‌گذار و یا ناراضی بودن بیمه‌گذار از سرویس ارائه‌شده توسط بیمه‌گر به عنوان مثال در زمینه رسیدگی به ادعای خسارت توسط بیمه‌گذار و غیره بیمه‌گذار می‌تواند شکایت خود را از طریق تلفن، نامه، ایمیل به بیمه‌گر اعلام نماید و بیمه‌گر موظف است که به شکایت پاسخ دهد.

اگر بیمه‌گر موفق شود که ظرف دو روز کاری از زمان دریافت شکایت، رضایت بیمه‌گذار را جلب نماید (با برآوردن خواسته او و یا ارائه توضیح و دلیل کافی در توجیه آنچه که صورت گرفته و اقناع بیمه‌گذار) که فی‌المراحه در غیر این صورت، شکایت به FSA گزارش می‌شود و زیر ذره‌بین FSA قرار خواهد گرفت. در این حالت، بیمه‌گر حداکثر ۸ هفته فرصت دارد تا شکایت را حل و فصل نماید (ارضا یا امتناع بیمه‌گذار) و خاتمه رسیدگی باید به صورت مکتوب جهت بیمه‌گذار ارسال و در آن نامه باید به حق بیمه‌گذار جهت ارجاع شکایت به FSA در صورت ناراضی بودن از تصمیم بیمه‌گر اشاره کرده و آدرس و تلفن تماس با FSA باید در نامه قید شود.

چنانچه بیمه‌گذار شکایت را به FSA ارائه دهد مورد، توسط FSA بررسی خواهد شد.

اگر تصمیم بیمه‌گر مورد تأیید FSA باشد که هیچ؛ در غیراین صورت، چنانچه FSA حق را به بیمه‌گذار بدهد بیمه‌گر موظف خواهد بود که رضایت بیمه‌گذار را تأمین نموده (با پرداخت خسارت) و علاوه بر آن، به دلیل ادامه برخورد منصفانه با بیمه‌گذار و تخطی از خطوط راهنمای FSA در زمینه TCF (Treating Customers Fairly) جریمه نقدی خواهد شد. بیمه‌گذار می‌تواند شکایت خود را به جای ارسال به بیمه‌گر مستقیماً به FSA بفرستد ولی در چنین حالت FSA شکایت را به بیمه‌گر ارجاع می‌دهد تا پروسه بررسی ۸ هفته‌ای توسط بیمه‌گر انجام پذیرد.

نکته‌ای لازم به ذکر است که جهت ارتباط با FSA بیمه‌گذار باید با FOS (Financial Ombudsman Service) تماس بگیرد. FOS متشکل از افراد متخصصی است که به نیابت از FSA وظایف بررسی شکایت بیمه‌گذار از شرکت بیمه را به عهده دارند. در حقوق ایران نیز حق مراجعه مستقیم زیان‌دیده علیه بیمه‌گر مسئولیت را می‌توان از برخی قوانین استنتاج نمود. در کشور ما در بیمه اموال، اصل جبران خسارت که اصل قائم‌مقامی یا جانشینی بیمه‌گر نیز از مشتقات آن است، کاملاً پذیرفته شده است. اصل جبران خسارت حاوی دو جنبه اثباتی و نفی است. در واقع به موجب این اصل باید تمام خسارات وارده بر بیمه‌گذار جبران شود و در عین حال، عقد بیمه نباید منجر به دارا شدن بیمه‌گذار گردد. در واقع، هدف از بیمه خسارت این است که پس از توجه به خسارت به مال بیمه‌شده، بیمه‌گر در مقام جبران این خسارت برآمده و با پرداخت غرامت بیمه‌گذار، وضعیت مالی او را به موقعیت قبل از حادثه خسارت‌زا برگرداند. بنابراین اختلاف طرفین قرارداد بیمه یعنی بیمه‌گر و بیمه‌گذار باید در پرتو این جنبه از اصل جبران خسارت حل و فصل گردد و چون احراز خسارت برای الزام بیمه‌گر به جبران خسارت کافی است، اثبات هر ادعایی که اصل جبران خسارت را ملغی‌الاثراً کند، با بیمه‌گر است. به عبارت دیگر، این بیمه‌گر است که باید به عنوان متعهد، جبران خسارت بیمه‌گذار را ثابت کند. به همین ترتیب، در صورتی که دلایل موجود در پرونده دارای قوت اثباتی برابر و در عین حال معارضی باشند، دادگاه رسیدگی‌کننده با تکیه بر اصل جبران خسارت که موافق با اصل استصحاب نیز هست، حکم

خود را به نفع بیمه‌گذار صادر خواهد کرد.

در پایان، تعدادی از عمده‌عناوین دعاوی که به‌طور معمول در محاکم دادگستری مطرح می‌گردند، ذکر می‌گردد؛

۱ - دعوی بیمه‌گر علیه مسئول حادثه، زمانی که خسارات وارده به بیمه‌گذار توسط بیمه‌گر جبران می‌شود. (اصل جانشینی)

۲ - دعوی زیان‌دیده علیه بیمه‌گذار مسئول حادثه که رهبری و اداره دفاع از بیمه‌گذار در دعوی مسئولیت به‌عهده بیمه‌گر خواهد بود.

۳ - دعوی مطالبه حق بیمه توسط بیمه‌گذار در موردی که به لحاظ تلف مال موردبیمه (در حالتی که موضوع تحت پوشش بیمه نباشد) عقد بیمه منفسخ می‌شود.

۴ - طرح دعوی بیمه‌گر علیه بیمه‌گذار دایر به مطالبه حق بیمه دوران تعلیق قرارداد بیمه، زمانی که عقد بیمه در یک مقطع زمانی به‌علت عدم پرداخت حق بیمه دچار تعلیق می‌شود.

۵ - دعوی خسارت از سوی بیمه‌گذار علیه بیمه‌گر و دعوی (ادعای) متقابل بیمه‌گر و ایراد عدم توجه خسارت به وی به‌علت عدم اعلام صحیح و به‌موقع وقوع حادثه که بیمه‌گذار نیز باید ثابت کند از عدم اعلام به‌موقع و صحیح حادثه خسارتی به بیمه‌گر وارد نشده است.

منابع:

- ۱- بابایی، ایرج، حقوق بیمه، ج. ۵، انتشارات سمت، سال ۱۳۸۵.
- ۲ - ایزانلو، محسن، شروط محدودکننده و ساقط‌کننده مسئولیت در قراردادها، ج. اول، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۲.
- ۳ - صفیان، سعید، اصل جبران خسارت و نقش آن در دعاوی بیمه‌ای، پرتال جامع علوم انسانی، پژوهشگاه علوم انسانی.
- ۴ - لینک‌های اینترنتی؛

[http://www.fsa.gov.uk/pages/consumer information if things go wrong/index.shtml](http://www.fsa.gov.uk/pages/consumer%20information%20if%20things%20go%20wrong/index.shtml)
[http://www.Financial - ombudsman.org.uk](http://www.Financial%20ombudsman.org.uk).

دریچه ۲

موارد اعمال و کاربرد بند ۸۰ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی

(قبل از سال ۱۳۴۹)

فرزاد نمسه‌چی^۱

نظر به تنوع امروزه اسناد، از لحاظ نوع معاملات و عقود موضوع آن‌ها در نقل و انتقال املاک و لزوم تشخیص صحیح کاربرد مُهرهای «بیع شرط» و «عدم بیع شرط» در اوراق خلاصه معاملات و با توجه به برخورد چندگانه واحدهای ثبتی در این خصوص که به کرات منجر به عودت بعضاً بی‌جهت آن‌ها به دفاتر اسناد رسمی شده - که ضمن ایجاد تأخیر در ثبت معاملات و بروز زحمات و مشقاتی چند برای مالکین املاک - سبب تحمیل هزینه‌های پستی گران‌قیمت امروزه به صندوق ثبت و صرف وقت بیهوده توسط پرسنل دفاتر املاک ادارات ثبت می‌گردد؛ توجه به توضیحات ذیل لازم به نظر رسیده و طلب بذل عنایت شده و طبعاً هرگونه بحث و تبادل افکار در مقوله آن مورد استقبال قرار گرفته و موجب تعالی هرچه بیشتر تفسیر و استنباط موضوع خواهد شد.

عین عبارات بند ۸۰ م.ب.ت. قبل از سال ۱۳۴۹ به این شرح می‌باشد:

«در مورد معاملات قطعی که در بیع شرط و رهن نمی‌باشد در خلاصه‌معامله و اصل سند مهر عدم بیع شرط و در موردی که معامله قطعی مشتمل بر رهن یا معامله شرطی

۱. سردفتر دفتر اسناد رسمی شماره ۶۰۸ تهران.

است مهر بیع شرط بودن با ذکر مشخصات سند در خلاصه معامله و اصل سند قطعی زده شود».

۱- صدر بند مورد نظر، منحصراً درخصوص معاملات قطعی که در بیع شرط و رهن نمی‌باشند مطرح و عنوان گردیده است و به‌خوبی مشهود و معلوم می‌باشد که «مراد و منظور واضح، آن دسته از معاملات بوده که صرف‌نظر از نوع عقد انتخابی (اعم از بیع و صلح و هبه و ...) منجر به مالکیت قطعی و بلامنازع انتقال‌گیرنده ملک شده و هیچ‌گونه شرط قانونی که به‌نحوی از انحا انتقال‌دهنده را قادر به اقاله معامله یا فسخ عقد کند و متضمن مالکیت مجدد و دوباره وی گردد، در سند انتقال و یا به‌موجب سند علی‌حده بعد از آن، جعل و ذکر نگردیده و مورد معامله ملک طلق و بلاعارض انتقال‌گیرنده گردیده است. انتقالاتی این چنین به‌صورت سندی منفرد و منحصر تنظیم و ثبت می‌گردد و بالطبع تمامی آنچه بین متعاقدين توافق و تراضی گردیده است نیز «در همان سند» قید و تصریح و تأکید می‌گردد و کمترین شبهه‌ای از بقای حقی برای معامل در مورد معامله وجود نداشته و لذا برگ خلاصه معامله آن ممه‌ور به مهر (عدم بیع شرط) خواهد شد. مصادیق آن برای هر دفترخانه و هر دفتر املاک، روشن و خالی از شائبه بوده و هر یک به وظیفه قانونی خود عمل می‌کنند و محلی از منازعه در این قسمت وجود ندارد.

نکته مهم در منطوق صدر بخشنامه، وضوح و صراحتی است که در نحوه عمل به حکم موضوع آن وجود دارد. به این بیان که، معاملات قطعی به اقتضای قطعیت خود، همواره در قالب یک سند منفرد تنظیم و ثبت گردیده‌اند و از آنجا که هیچ معامله دیگر که انعقاد آن بتواند در ملک مورد معامله سند قطعی اثرگذار باشد، به‌طور همزمان تنظیم و ثبت نمی‌گردد، پس بدیهی و معلوم است که مراد صادرکننده، زدن مهر «عدم بیع شرط» در برگ خلاصه همان معامله قطعی است، چرا که اصلاً سند و خلاصه معامله دومی وجود ندارد تا تردید در محل درج مهر موردنظر وجود به‌وجود آید.

۲- ذیل بند ۸۰ م.ب.ث. معطوف به تعیین نحوه عمل دفترخانه درخصوص معاملات

قطعی مشتمل بر رهن یا معاملات شرطی می‌باشد.

در منطوق عبارت ذیل بخشنامه، باز همان وضوح و صراحتی که در نحوه عمل به حکم موضوع آن وجود دارد، مشهود می‌باشد، لیکن در عین وضوح و صراحت موجود، می‌تواند مسبب گمراهی و اشتباه در نحوه عمل به آن نیز باشد. هرچند کمی تدقیق و توجه بیشتر به کلام و عبارات قسمت اخیر بخشنامه در کنار داشتن اعتقاد به این که واضعین آن از علم لازم برای وضع آن برخوردار بوده‌اند، سبب خواهد شد که باور کنیم، هدف ایشان از آنچه گفته‌اند، شرح و اباحت نبوده و قصد تحمیل زحمت بیجا را نیز نداشته، بلکه قصد توضیح و تشریح شق و شکل خاصی از موضوع را داشته‌اند که در اجرای رویه زدن مهر (بیع شرط و عدم بیع شرط) ابرتر می‌مانده و موجب بروز اشکال در کار خلق خدا می‌گردیده است. چرا که اساساً این دست بخشنامه‌ها صرفاً در جهت اصلاح یا توضیح قسمتی خاص از رویه و عملکرد جاری دفاتر صادر می‌گردیده‌اند و شکل و شمایل اصلی کار، قبلاً به موجب قانون و آیین‌نامه تجویز گردیده و اینک بعضاً در اجرا به انحراف رفته است.

به این ترتیب که؛ منظور و جهت دستور در قسمت ذیل بخشنامه فقط متوجه آن دسته از معاملات قطعی مشتمل بر رهن و معاملات شرطی است که مراتب رهن ملک یا معامله شرطی به موجب سند دیگری که پیرو سند انتقال اولیه تنظیم و ثبت می‌گردد، محقق شده باشد. به طوری که با وقوع معامله موضوع سند دوم که بلافاصله از معامله موضوع سند انتقال اولیه به تنظیم سند و ثبت آن مبادرت می‌شود، ملک موضوع انتقال سند اول در رهن مستقر می‌شود و یا از طرف انتقال‌گیرنده سند اول به موجب عقد بیع شرط، به دیگری منتقل می‌گردد و بالطبع در صورت عدم ذکر مراتب موضوع معامله سند دوم در خلاصه معامله موضوع سند اول، این امکان وجود خواهد داشت که با فقدان خلاصه معامله رهنی یا شرطی مرتبط، مسئول دفتر املاک از انعکاس معامله ثانوی در دفتر املاک بازمانده و موجبات تضرر و ورود خسارت به مرتبه‌ن یا منتقل‌آلیه سند شرطی و هر شخص ثالث دیگر ایجاد گردد.

ترتیب مشروحه فوق دقیقاً همان رویه‌ای است که امروزه به هنگام تنظیم و ثبت معاملات خرید ملک که انتقال‌گیرنده به‌طور همزمان از تسهیلات خرید بانک‌ها نیز استفاده می‌کند، اجرا می‌شود. دو معامله بیع و قرض به‌طور جداگانه و بین افراد متفاوت، واقع می‌شود و به‌محض ثبت سند بیع، خریدار همزمان آن‌را بابت تضمین و توثیق تعهدات موضوع قرض دریافتی و به‌موجب سند جداگانه در رهن دهنده قرض یا بانک قرار می‌دهد. در این‌صورت مراتب رهن در خلاصه معامله سند حاوی بیع نیز قید و تصریح می‌گردد. لذاست که بی‌شک منظور بخشنامه در قسمت دوم آن، زدن مهر «در بیع شرط می‌باشد» روی برگ خلاصه معامله سند قطعی ابتدایی که مجزا از سند رهنی و شرطی مؤثر در آن تنظیم و ثبت گردیده، می‌باشد.

دلایل این ادعا عبارتند از:

الف) در قسمی که سند معامله در عین انتقال ملک به خریدار متضمن ترهین آن نزد فروشنده نیز می‌باشد، عنوان سند قطعی مشتمل بر رهن بوده و مراتب انتقال و ترهین توأم در برگ خلاصه معامله منعکس گردیده و دیگر درج مهر «در بیع شرط می‌باشد»، کاملاً زاید است و دفتر املاک به استناد مندرجات برگ خلاصه معامله به تکلیف خود عمل خواهد نمود.

ب) در قسمی که سند معامله منحصر به بیان یک معامله بیع شرط می‌باشد، نوع معامله در برگ خلاصه، شرطی ذکر می‌گردد و مراتب وجود شرط فسخ ضمن آن در برگ خلاصه معامله منعکس گردیده و دیگر زدن مهر «در بیع شرط می‌باشد» کاملاً زاید و دفتر املاک مستند به آن عمل خواهد نمود.

بدیهی است زدن مهر «در بیع شرط می‌باشد» در دو مورد فوق‌الذکر کاری عبث و زائد خواهد بود، در حالی که شرح مذکور در برگ خلاصه معامله به تنهایی و بی‌نیاز از مهر مذکور قادر به بیان و انتقال مراتب واقع شده به مسئول دفتر املاک خواهد بود و اعتقاد به وجود استنباط و برداشتی مغایر با آنچه گفته شد، مترادف با پذیرفتن صدور دستور بیهوده و عبث

توسط واضع خواهد بود، زیرا در چنین رویه‌ای جز تکرار بی‌اثر و صرف وقت بی‌جهت، خاصیت و فایده دیگری مشهود نمی‌گردد.

ج) چنانکه می‌توان ملاحظه نمود، در هیچ‌یک از صدر و ذیل متن بند ۸۰ مذکور حکمی دال بر درج مهر «در بیع شرط می‌باشد» روی برگ خلاصه موضوع یک معامله رهنی صادر نگردیده است. در حالی که چنانچه بخواهیم معامله قطعی مشتمل بر رهن و معامله شرطی موضوع قسمت دوم بخشنامه را منحصر به یک سند قلمداد کنیم و زدن مهر «در بیع شرط می‌باشد» را در عین ذکر مراتب رهن یا شرط در برگ خلاصه، باز هم لازم بدانیم؛ در این صورت همین قاعده بایستی نسبت به برگ خلاصه معاملات رهنی نیز اجرا و تکرار گردد.

ولی این چنین رفتار نمی‌گردد و مهر مذکور روی برگ خلاصه معامله رهنی درج نمی‌شود و دفتر املاک مستند به این که نوع معامله در برگ خلاصه، رهنی قید گردیده و نیز با توجه به عباراتی مثل (با اسقاط حق صلح حقوق و شرط وکالت و غیره قبل از فک رهن) وجود بیع شرط در معامله را احراز و در دفتر املاک منعکس می‌نماید.

حتی در مواردی که نوع معامله، یکی از انواع عقود اسلامی موضوع قانون عملیات بانکداری اسلامی، از قبیل مشارکت مدنی، جعاله، مضاربه، تخصیص تسهیلات و قرارداد و غیره ذکر می‌شود، باز دفتر املاک مستند به چنین برگ خلاصه معامله‌ای و ملاحظه عبارتی حاکی از وجود رهن در معامله، مطابق نمونه‌ای که فوقاً ذکر گردید، مبادرت به انعکاس رهن در دفتر املاک می‌نماید، در حالی که تمامی عناوین عقود گفته شده بدون رهن نیز قابل انعقاد می‌باشند.

چطور می‌توان قائل به ایجاد این تبعیض و تداخل رویه توسط واضع بخشنامه بود که مندرجات برگ خلاصه معامله رهنی بدون مهر «در بیع شرط می‌باشد» باشد و مجوز ورود به دفتر املاک را داشته باشد، اما برگ خلاصه، یک معامله بیع شرطی یا قطعی مشتمل بر رهن یا صلح حقوق با لحاظ شرط فسخ برای انتقال‌دهنده و دیگر شروط ضمن آن که حتی

برای جلب نظر بیشتر خواننده با خط و جوهر قرمز، در آن قید و ذکر گردیده است از دریافت این مجوز بازمانده و ناباورانه، ناگزیر از طی مسیر طولانی اداره ثبت و دفترخانه و بعد برعکس آن گردد.

د) اگر لزوم زدن مهر «در بیع شرط می‌باشد» در معاملات مشروحه فوق تا این اندازه می‌تواند کارآمد و مؤثر باشد که حتی ذکر و نگارش چندین سطر مشروحه شروط ضمن عقد یا رهن ضمن عقد ولو با قلم قرمز رنگ، نتواند جایگزین آن گشته و نتواند مسئول دفتر املاک را به اقناع وجود بیع شرط در معامله برساند و فقط با درج مهر «در بیع شرط می‌باشد»، حصول اقناع ممکن باشد؛ آیا چنین عملکردی به منزله بی‌توجهی و نادیده گرفتن مندرجات دست‌نویس بیان‌کننده بیع شرط در برگ خلاصه نخواهد بود.

پس در فرضی که مسئول دفتر املاک موظف به نادیده گرفتن تذکرات مربوط به وجود شروطی در برگ خلاصه معامله می‌باشد و اصرار بر لزوم درج مهری در آن دارد، اگر در عین ذکر و قید شروط متضمن بیع شرط در برگ خلاصه معامله، دفترخانه‌ای به اشتباه نقش مهر «در بیع شرط نمی‌باشد» را نیز به برگه مذکور اضافه کند، در مواجهه دفتر املاک با چنین وضعیتی، چه عکس‌العملی باید از آن توقع داشت؟

در چنین شرایطی آیا دفتر املاک باید مندرجات و توضیحات صریح حاکی از وجود بیع شرط را نادیده گرفته و به تکمیل دفتر املاک مقید به قید نبود بیع شرط، اقدام کند؟ بنا به ترتیب فوق و به‌طور قطع و برطبق رویه باید آن را نادیده بگیرد و بی‌اعتنا به آن، اقدام به ثبت مفاد خلاصه معامله با قید عدم بیع شرط کند و عودت آن به دفترخانه برای تعیین تکلیف، خطا و شاید تخلف شناخته شود، از آن جهت که در تعارض میان دو چیز که، یکی معتبر و اصیل و قاطع محسوب می‌شود و دیگری بی‌اثر و عاری از لزوم توجه و اعتنا، تکلیف روشن است و بی‌نیاز از پرسش و باید فقط نسبت به انتقال قسمت اصیل و قاطع اقدام شود.

ه) آخرین و محکم‌ترین ادله این ادعا نیازمند توجه و ملاحظه مستقیم به متن بخشنامه است.

در صدر بخشنامه گفته شده در معاملات قطعی که در بیع شرط و رهن نمی‌باشد، در خلاصه معامله و اصل سند مهر عدم بیع شرط درج شود، مشخص شد که منظور، زدن مهر در همان سند قطعی مورد نظر که در بیع شرط و رهن نمی‌باشد، است. اما در ذیل بخشنامه گفته شده در معامله قطعی مشتمل بر رهن و معامله شرطی مهر بیع شرط بودن زده شود:

اول: با ذکر مشخصات سند در خلاصه معامله ...

این عبارت با یکسونگری و سهل‌انگاری برای ادراک آن، می‌تواند به گزافه و جهل واضح نسبت به موضوع تعبیر و تفسیر گردد. مگر نه این است که یکی از ارکان برگ خلاصه معامله را مشخصات سند تشکیل می‌دهد و اساساً در متن آن محلی خاص برای مشخصات سند تنظیمی در نظر گرفته شده است. لذاست که چنین تذکری «حکم» غیرضروری و گزافه و افاضه را پیدا خواهد کرد، چرا که در تنظیم و تکمیل خلاصه معامله موضوع یک سند، اصل بر ذکر مشخصات سند در خلاصه می‌باشد و فارغ از ذکر مشخصات سند در آن، برگ خلاصه فاقد وجهت لازم گشته و نیازی به تذکر این مقوله، احساس نمی‌توان کرد.

در حالی که اگر بحث اعتقاد به صلاحیت و علم واضح وجود داشته باشد و او را میرا از این‌گونه خطاها بدانیم، قادر به درک صحیح منظور او خواهیم بود.

کما این‌که منظور از ذکر مشخصات سند در خلاصه معامله، اشاره به برگ خلاصه معامله همان سند قطعی مشتمل بر رهن یا شرطی مورد نظر نیست و مراد ذکر مشخصات اسناد مذکور در برگ خلاصه معامله سند انتقال قطعی اولیه که به صورت مجزا از رهنی یا شرطی بعدی تنظیم و ثبت گردیده است، می‌باشد. چه در این صورت است که، مشخصات سند رهنی یا شرطی دوم در خلاصه معامله سند بیع اولیه وجود ندارد و تذکر به قید مشخصات سند دوم در خلاصه معامله سند اول مفید و معنی‌دار گشته و دیگر کلام واضح به یاوه تعبیر نخواهد شد و به این ترتیب آنچه فوقاً در ارتباط با حفظ حقوق مرتبه‌ن یا

منتقل‌الیه سند شرطی و هر ثالثی گفته شد، نیز انجام گردیده است.

دوم: ... و اصل سند قطعی زده شود.

قسمت‌نهایی ذیل بند مذکور به شرح فوق هرگونه شبهه و تردید باقی‌مانده را زدوده و نهایت و غایت نظر واضح را برملا ساخته و به تمامی، مرکز توجه را مشخص نموده و اصالت و جاهت واضح را تثبیت نموده است.

اینک دیگر پرواضح است که دستور درج مهر «در بیع شرط می‌باشد» مطابق آنچه در قسمت اخیر بند ۸۰ مذکور آمده معطوف و منحرف به سند بیع قطعی اولیه و مقدم بر سند رهنی یا شرطی بعدی بوده است؛ زیرا دقیقاً این‌گونه آورده است که:

در موردی که معامله قطعی مشتمل بر رهن یا معامله شرطی است، مهر بیع شرط بودن با ذکر مشخصات در خلاصه معامله و اصل سند (قطعی) زده شود و این سند قطعی گفته شده همان سند انتقال قطعی مقدم و مجزا از رهنی و شرطی بعدی که خود در صدر بخشنامه به شق نبود رهن و شرط در معامله آن اشاره نموده، می‌باشد و بعداً مجدداً آن را در شکل یک سند قطعی مستقل که به واسطه سند رهنی یا شرطی بعدی و جداگانه، دستخوش رهن و شرط گردیده، توصیف نموده است.

هرگاه انگشت اشاره واضح متوجه خود آن معامله قطعی مشتمل بر رهن یا معامله شرطی بود و با وجود انعکاس مراتب رهن یا شرط در خلاصه معامله مربوط به هر یک، کماکان زدن مهر «در بیع شرط می‌باشد» را نیز لازم و ضروری می‌دانست، قطعاً عبارت پایانی بخشنامه این‌گونه انشا می‌گردید که:

... در موردی که معامله قطعی مشتمل بر رهن یا معامله شرطی است مهر بیع شرط بودن با ذکر مشخصات سند در خلاصه معامله و اصل سند (قطعی مشتمل بر رهن) و یا (معامله شرطی) زده شود، در حالی که منصرف از آن‌ها گردیده و به سند (قطعی) توجه نموده است.

بنابراین آنچه از مفاد بند ۸۰ م.ب.ث. در مقوله امهار (بیع شرط و عدم بیع شرط) قابل

استنباط است صرفاً محدود به شرح ذیل خواهد بود:

- ۱ - لزوم زدن مهر «عدم بیع شرط» در برگ خلاصه معامله اسناد انتقال قطعی املاک، صرف‌نظر از نوع عقد و مشروط به (عدم وجود) سند معامله دوم همزمان، حاکی از ایجاد رهن و شرط برای انتقال‌دهنده در ملک موردانتقال.
- ۲ - لزوم زدن مهر «در بیع شرط می‌باشد» در برگ خلاصه معامله اسناد انتقال قطعی املاک، صرف‌نظر از نوع عقد و مشروط به (وجود) سند معامله دوم همزمان، حاکی از ایجاد رهن و شرط برای انتقال‌دهنده یا ثالث در ملک مورد انتقال.
- ۳ - عدم لزوم زدن هیچ‌یک از امهار مذکور در هیچ‌یک از انواع و اشکال اسناد دیگر از قبیل: قطعی مشتمل بر رهن و شرطی (که ضمن یک سند واقع می‌شود) و رهن و وثیقه و تضمین و غیره.

اعتبار امضای الکترونیکی با توجه به مقررات داخلی و بین‌المللی

روح‌الله رضایی^۱

تعریف و تاریخچه امضای الکترونیکی

مبحث اول: تعریف امضا و جایگاه آن در نظام ادله اثبات دعوی

«امضا عبارت است از نوشتن اسم یا اسم خانوادگی (یا هر دو) یا رسم علامت خاصی که نشانه هویت صاحب علامت است، در ذیل اوراق و اسناد عادی یا رسمی که متضمن وقوع معامله یا تعهد یا قرارداد یا شهادت و مانند آن‌ها است یا بعداً باید روی آن اوراق تعهد یا معامله ثبت شود (سفید مهر)».^۱ قانون مدنی از امضا تعریفی ارائه نداده است ولی ماده ۱۳۰۱ همان قانون مقرر می‌دارد: «امضایی که در روی نوشته یا سندی باشد بر ضرر امضاکننده دلیل است» این ماده یکی از مهم‌ترین آثار امضا یعنی دلیل بودن سند امضا شده به نفع امضاکننده را مورد توجه قرار نداده است و فقط به دلیل بودن علیه صاحب امضا اشاره کرده است. بنابراین، اثر مهم امضا همان متعهد شدن صاحب آن به تمام اثرات و جنبه‌های سند یا قراردادی است که امضا شده باشد.

۱. کارشناس ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه امام صادق (ع).

به طور کلی، نوشته منتسب به اشخاص در صورتی قابل استناد است که امضاشده باشد. امضا، نشان از تأیید اعلام‌های مندرج در سند و پذیرش تعهدهای ناشی از آن است و پیش از آن نوشته را باید طرحی به حساب آورد که موضوع مطالعه و تدبیر است و هنوز تصمیم نهایی درباره آن گرفته نشده است.^۲ بنابراین هر سندی که امضا می‌شود، در واقع، اعتبار پیدا می‌کند و می‌توان آن را به شخصی منتسب کرد و او را به مندرجات آن ملتزم ساخت. اگرچه ایجاد حق و تکلیف به‌عنوان مهم‌ترین اثر امضا در اکثر اسناد مورد توجه قرار نگرفته، با این حال، می‌توان از ماده ۶۵ ق.ث. (مصوب ۱۳۱۰) آن را استنباط کرد. طبق این ماده «امضای ثبت سند پس از قرائت آن به توسط طرفین معامله یا وکلای آن‌ها دلیل بر رضایت آن‌ها خواهد بود» از این ماده استنباط می‌شود که عدم امضای سند ثبت شده از سوی شخص یا اشخاص ذی‌نفع یا متعهد، مفهومی جز بی‌اعتباری و فقدان هرگونه اثر حقوقی برای آن سند ندارد. طبق ماده ۷۰ همان قانون با ثبت سند و طی تشریفات امضا، «سندی که مطابق قوانین به ثبت رسیده رسمی است و تمام محتویات و امضاهای مندرج در آن معتبر خواهد بود مگر این که مجعولیت آن سند اثبات شود». پس، امضاکننده نمی‌تواند امضای خود را انکار یا در درستی محتوای سند رسمی تردید کند و فقط می‌تواند جعلیت یا بی‌اعتباری قانونی این دسته از اسناد را اثبات کند. (مستفاد از ماده ۱۲۹۲ ق.م.)

مبحث دوم: تعریف و مفهوم امضای الکترونیکی

تعاریف مختلفی از امضای الکترونیکی ارائه شده است که به برخی از آن‌ها اشاره

می‌شود:

۱. طبق بند «الف» ماده ۲ قانون نمونه آنسیترال در باب امضای الکترونیک^۳ (مصوب سال ۲۰۰۱)، «امضای الکترونیک، داده‌هایی در شکل الکترونیک است که به یک داده‌پیام دیگر منضم شده و یا به‌طور منطقی به آن ضمیمه گردیده است و به‌عنوان وسیله‌ای برای شناسایی امضاکننده آن داده‌پیام و تأیید اطلاعات موجود در آن از سوی امضاکننده به‌کار گرفته شده است».

۲. دستورالعمل امضای الکترونیک اروپا نیز در تعریف امضای الکترونیکی مقرر می‌دارد: «داده‌های الکترونیک که به سایر داده‌پیام‌های الکترونیک منضم شده یا به‌نحو منطقی به آن‌ها متصل شده و به‌عنوان وسیله‌ای برای مستندسازی به‌کار می‌رود».^۴
۳. قانون نمونه دفاتر اسناد رسمی ایالات متحده نیز امضای الکترونیکی را این‌گونه تعریف کرده است؛ «هرگونه صدا، علامت یا فرایند الکترونیک است که به مدرك الکترونیکی با لحاظ شرایط علمی ضمیمه یا با آن همسان شده و این امضا از سوی شخصی که قصد پذیرش مدارك را دارد، صورت گرفته و یا به دستور و برای او طراحی شده است»^۵
۴. قانون نمونه آنسیترال در باب تجارت الکترونیک (مصوب ۱۹۹۶) نیز مقرر می‌دارد: «امضای الکترونیکی عبارت است از داده‌های الکترونیکی موجود در يك داده‌پیام منضم‌شده به آن یا داده‌های الکترونیکی که به‌صورت منطقی به يك داده‌پیام متصل هستند و از آن می‌توان برای شناسایی امضاکننده مرتبط با داده‌پیام استفاده کرد و تأیید وی در خصوص اطلاعات موجود در داده‌پیام را نشان داد».^۶
۵. قانون تجارت الکترونیک ایران نیز که اقتباس مناسبی از قانون نمونه آنسیترال در باب تجارت الکترونیک است، در تعریف امضای الکترونیک بیان می‌کند؛ امضای الکترونیکی عبارت است از «داده‌های الکترونیک که به سایر داده‌پیام‌های الکترونیک منضم شده یا به‌نحو منطقی متصل شده به داده‌پیام است که برای شناسایی امضاکننده داده‌پیام مورد استفاده قرار گیرد»^۷ همان‌گونه که از تعاریف مذکور پیدا است امضای الکترونیکی به هر تأییدی اطلاق می‌شود که به‌صورت الکترونیکی ایجاد شده و ممکن است يك علامت، رمز، کلمه، عدد، يك اسم تایپ‌شده، تصویر دیجیتال يك امضای دست‌نویس و یا هر نشان الکترونیکی اثبات هویت باشد که توسط صادرکننده یا قائم‌مقام وی اتخاذ و يك قرارداد و یا هر سند دیگری ملحق شده باشد. به عبارت ساده‌تر، امضای الکترونیک يك داده است که به سایر داده‌ها منضم شده، و ارتباط امضاکننده را با داده‌هایی که به آن‌ها منضم شده،

مشخص می‌کند. باید پذیرفت که امضای الکترونیکی همانند امضای دست‌نویس دارای آثار حقوقی احراز هویت امضاکننده سند و التزام وی به مندرجات آن است.

با توجه به تعاریف فوق از امضای الکترونیکی می‌توان نتیجه گرفت که يك امضای الکترونیکی اولاً، باید بتواند محتوای سند الکترونیکی را به شخص امضاکننده منتسب سازد و ثانیاً، در صورت استفاده از این نوع امضا برای تأیید محتوای مدارك الکترونیکی، امضای الکترونیکی کارکردی همانند امضا در اسناد کاغذی خواهد داشت.

مبحث سوم: تاریخچه پیدایش امضای الکترونیکی

اولین بار کانون وکلای ایالات متحده آمریکا،^۸ در سال ۱۹۹۲ م، در خصوص مسائل حقوقی و قانونی امضا در قراردادهای الکترونیکی شروع به کار کرد و در سال ۱۹۹۵ پیش‌نویس و رهنمودهای امضای دیجیتال^۹ را که در خصوص نحوه امضا در قراردادهای الکترونیکی و زیرساخت‌های آن بود تهیه کرد.^{۱۰} در همان سال اولین قانون در مورد امضای دیجیتال را تصویب کرد که در مورد ایجاد قطعیت و اعتبار قراردادهای الکترونیک و نیز فناوری‌های مربوط به رمزنگاری^{۱۱} و احراز هویت و مراجع گواهی^{۱۲} امضای الکترونیک بود. در سال ۱۹۹۶. آنسیترال، قانون نمونه‌ای در باب تجارت الکترونیک تدوین کرد که شامل مقرراتی در خصوص امضای الکترونیک بود. در سال ۱۹۹۷، اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC)^{۱۳} مبادرت به صدور «راهنمای عمومی برای تجارت بین‌المللی دیجیتال مطمئن»^{۱۴} کرده است. اتحادیه اروپا در سال ۱۹۹۹ «دستورالعمل امضای الکترونیک»^{۱۵} را به تصویب رسانید و نهایتاً گروه کاری آنسیترال در باب تجارت الکترونیک، «قانون نمونه آنسیترال در باب امضای الکترونیک»^{۱۶} را تصویب کرد تا به‌عنوان يك معیار استاندارد و رهنمون برای قانونگذاری‌های ملی مورد استفاده کشورها قرار گیرد.^{۱۷}

بسیاری از کشورها، بین سال‌های ۱۹۹۶ تا ۲۰۰۱، با استفاده از مقررات بین‌المللی موجود و رهنمون‌های ارائه‌شده در خصوص امضای الکترونیکی مبادرت به قانونگذاری در این زمینه کرده‌اند. در حال حاضر می‌توان گفت امضای الکترونیکی در تمام نظام‌های

حقوقی دنیا مورد پذیرش قرار گرفته است.^{۱۸}

بخش دوم

مطالعه تطبیقی جایگاه حقوقی امضای الکترونیکی

مبحث اول: جایگاه امضای الکترونیکی در مقررات بین‌المللی

گفتار اول: قوانین نمونه آنسیترال

۱. اولین سند بین‌المللی که امضای الکترونیک را مورد توجه قرار داد، قانون نمونه آنسیترال در باب تجارت الکترونیک مصوب ۱۹۹۶م. بود.^{۱۹} در این قانون، امضای واجد شرایط مطمئن الکترونیکی و فنی دارای همان آثار و ارزش اثباتی شناخته شده امضای سنتی است. یعنی طبق این قانون با امضای الکترونیک نیز اصالت سند و انتساب آن به امضاکننده اثبات می‌شود و وی متعهد به محتوای سند خواهد بود.^{۲۰} این قانون مشتمل بر ۱۷ ماده است که ماده ۷ آن به بحث امضای الکترونیک و شرایط آن اختصاص یافته است. با گسترش یافتن تجارت الکترونیک و توجه بیشتر کشورها به آن، امضای الکترونیک نیز به‌عنوان یکی از مهم‌ترین مسائل ماهوی حقوقی آن از اهمیت بیشتری برخوردار شد. از همین رو، گروه کاری تجارت الکترونیک آنسیترال در سال ۲۰۰۱ اقدام به تصویب قانون جداگانه و ویژه‌ای در مورد امضای الکترونیکی و شرایط و احکام آن کرد. این قانون از ۱۲ ماده تشکیل شده و در آن مقررات کامل و دقیقی برای امضای الکترونیکی پیش‌بینی شده است. طبق ماده ۳ قانون مذکور، در صورت داشتن شرایط ایمنی به‌هیچ‌وجه نمی‌توان میان فناوری‌های گوناگون ایجاد امضا تفاوتی قائل شد. بنابراین تمام فناوری‌های مربوط معتبر و دارای آثار حقوقی یکسان خواهند بود. در این قانون، با اشاره به اصل «کارکرد یکسان»^{۲۱} هرگونه تفاوت و تبعیض بین امضای دست‌نویس و امضای الکترونیک از میان برداشته شده است. تصویب این قانون اختصاصی برای امضای الکترونیک با هدف ایجاد انگیزه و تمایل در تجار به تجارت الکترونیک و نیز افزایش اطمینان به‌عنوان شرط لازم برای انجام معاملات الکترونیکی صورت گرفته است.

گفتار دوم: اتحادیه اروپا

اتحادیه اروپا نیز در این زمینه اقدام به تصویب دو دستورالعمل کرده است؛ یکی دستورالعمل تجارت الکترونیک^{۲۲} و دیگری دستورالعمل امضای الکترونیکی^{۲۳} است. این دستورالعمل‌ها برای دول عضو اتحادیه اروپا، لازم‌الاجرا محسوب می‌شود و چنانچه آن‌ها بخواهند در این زمینه اقدام به قانونگذاری کنند باید مفاد دستورالعمل‌های مذکور را لحاظ نمایند. طبق ماده ۱۹ دستورالعمل تجارت الکترونیک «دول عضو باید تضمین کنند که انعقاد قراردادهای الکترونیکی در نظام حقوقی آن‌ها مجاز باشد. دول عضو به‌ویژه باید تضمین کنند که مقررات مجری بر قراردادهای، در استفاده از قراردادهای الکترونیکی منعی ایجاد نکرده و منجر به فقدان اثر یا اعتبار حقوقی این قراردادهای بر مبنای تشکیل آن‌ها با وسایل الکترونیکی نشود».^{۲۴}

در دستورالعمل مربوط به امضای الکترونیکی نیز ضمن تعریف امضای مذکور و شرایط فنی لازم برای آن جهت انتساب قطعی به امضاکننده و امکان تشخیص هویت وی از طریق امضا، بر همسان بودن آثار و جایگاه امضای الکترونیک با امضای دست‌نویس در نظام ادله اثبات دعوی تأکید شده است.

مقررات بین‌المللی مذکور با هدف یکسان‌سازی و یکنواخت کردن مقررات ملی سایر کشورها به تصویب رسیده‌اند. بنابراین بسیاری از قانونگذاران ملی مقررات بین‌المللی و استانداردهای ارائه‌شده از سوی سازمان‌های بین‌المللی را در رویه‌های تقنینی خویش لحاظ کرده‌اند؛ از جمله کشور ایران که قانون تجارت الکترونیک مصوب آن، اقتباس مناسبی از قانون نمونه آنسیترال است.

مبحث دوم: جایگاه امضای الکترونیکی در برخی کشورهای پیشرفته**۱. فرانسه**

اگرچه دستورالعمل امضای الکترونیکی اروپا برای فرانسه هم لازم‌الاجرا است ولی قانونگذار فرانسه نیز با انجام اصلاحاتی در سال ۲۰۰۰ مفهوم امضای الکترونیکی را وارد قانون مدنی کرده است. ماده ۱۳۱۶ قانون مدنی فرانسه در انطباق با دستورالعمل اروپایی

امضای الکترونیکی مصوب ۱۹۹۹ اصلاح شده و امضای الکترونیکی را این گونه تعریف می‌کند: «در صورتی که امضای الکترونیکی نیاز باشد این امضا در عمل عبارت است از رویه مطمئنی که شناسایی رابطه امضا را با سندی که منضم به آن است تضمین می‌کند. اصل بر مطمئن بودن این رویه است مگر آنکه دلیل مخالفی در بین باشد. هنگامی که امضای الکترونیکی انجام می‌شود هویت امضاکننده و تمامیت سند را با توجه به شرایط مقرر در مصوبه شورای دولتی تضمین می‌کند»^{۲۵} طبق این ماده فرض شده است که امضای الکترونیکی شرایط فنی و قانونی مقرر را دارا بوده و اثبات خلاف این امر علی‌الاصول بر دوش امضاکننده نهاده می‌شود.

۲.۲. کانادا

کانادا در سال ۱۹۹۹ با الهام از قانون نمونه آنسیترال همان سال، «قانون متحدالشکل تجارت الکترونیک»^{۲۶} را تصویب کرد که برای تمام ایالات کانادا، لازم‌الاجرا است. در این قانون امضای الکترونیکی نیز مورد توجه قرار گرفته است. طبق ماده ۸ قانون یاد شده، امضای الکترونیکی در صورتی معتبر و دارای آثار حقوقی است که قابلیت‌های خاصی از قبیل مطمئن بودن، ایمن بودن و منحصر به فرد بودن را دارا باشد. بنابراین امضای الکترونیکی در صورتی که با فناوری‌های خاص ایجاد شده یا دارای اوصاف مشخصی باشد، معتبر است.^{۲۷} قانون مذکور نیز برای امضاهای الکترونیکی که با رعایت تمام شرایط فنی و قانونی انجام گرفته‌اند، اعتبار یکسانی با امضاهای دست‌نویس قائل شده است.

۳. ایالات متحده آمریکا

در ایالات متحده آمریکا نیز امضای الکترونیکی همانند امضای سنتی الزام‌آور شناخته شده است. اولین قانون درباره امضای الکترونیکی در سال ۱۹۹۶ و در ایالت یوتای آمریکا به تصویب رسیده است.^{۲۸} لیکن در سطح فدرال نیز قانون امضاهای الکترونیکی در تجارت داخلی و بین‌المللی^{۲۹} در سال ۲۰۰۰ تصویب شده است. در این قانون، امضای الکترونیکی دارای اعتبار و هم‌عرض با امضای دست‌نویس است. مطابق ماده يك قانون مذکور امضای قرارداد یا هر مدرک دیگری مربوط به معاملات الکترونیکی را نمی‌توان با استناد به هیچ

قانون، رویه یا قاعده حقوقی صرفاً به خاطر شکل الکترونیکی آن بی اعتبار دانست. قانون متحدالشکل یوتا نیز تصریح دارد که اگر بر طبق قانون، امضای قراردادی الزامی باشد این شرط می تواند با وسایل الکترونیکی که مجهز به فناوری تولید امضا هستند، محقق شود.

۴. آلمان

کشور آلمان برخلاف بیشتر کشورها که در قانون تجارت الکترونیک خود به بحث امضای الکترونیک نیز توجه می کنند، قانون مجزا و جداگانه ای در خصوص امضای الکترونیک تحت عنوان «قانون امضای الکترونیک»^{۳۰} مصوب سال ۲۰۰۰، به تصویب رسانده است. در این قانون نیز همانند سایر قوانین مربوط به امضای الکترونیکی و نیز در راستای انطباق با دستورالعمل امضای الکترونیکی اروپا اصل کارکرد یکسان مورد توجه قانونگذار آلمان قرار گرفته است. یعنی امضای الکترونیک با رعایت تمام شرایط فنی و ایمنی مقرر در قانون از همان اعتبار امضای دست نویس برخوردار است. بنابراین داده پیام هایی که امضای الکترونیکی به آن ها منضم می شوند، معتبر و موجد آثار حقوقی هستند.

۵. انگلستان

کشور انگلستان که نظام حقوقی آن مبتنی بر کامن لا (حقوق عرفی) است نیز ناگزیر از قانونگذاری در خصوص تجارت الکترونیک بوده است. طبق دستورالعمل شماره ۲۰۰۰/۳۱ اتحادیه اروپا که ناظر به برخی از جنبه های حقوقی تجارت الکترونیک است، دولت های عضو موظف هستند که نظام های حقوقی آن ها تشکیل قرارداد از طریق واسطه های الکترونیکی و سایر مقتضیات آن را تضمین کنند.^{۳۱} در همین زمینه، کشور انگلستان نیز در سال ۲۰۰۲ مبادرت به تصویب «مقررات امضای الکترونیک»^{۳۲} کرد.

به موازات گسترش و فراگیری مبادلات الکترونیکی، موج قانونگذاری در این زمینه در سال های اخیر (بین ۱۹۹۶ تا ۲۰۰۱) قابل توجه بوده است. بیشتر کشورها که به بسترسازی تقنینی تجارت الکترونیک روی آوردند، یکی از مهم ترین موضوعاتی که پیش روی داشتند، پذیرش امضای الکترونیکی بوده است. در حال حاضر، بیشتر کشورها، این نوع امضا را

بدون هیچ تردیدی، به عنوان یکی از اعمال دارای آثار حقوقی همسان با امضای دستی مورد پذیرش قرار داده‌اند.^{۳۳}

مبحث سوم: جایگاه امضای الکترونیکی در حقوق ایران

کشور ایران نیز در راستای هماهنگ شدن با مقررات بین‌المللی و سایر کشورها در زمینه قانونگذاری در مورد فناوری‌های نوین ارتباطی، تاکنون اقدام به تصویب قانون تجارت الکترونیک کرده است. قانون مذکور که در واقع، قانون به رسمیت شناختن وسایل ارتباطی نوین و الکترونیک در روابط تجاری و معاملاتی افراد است، اقتباسی از قانون نمونه تجارت الکترونیک آنسیتراال است که با حذف و اضافاتی از سوی شورای نگهبان در سال ۱۳۸۳ به تصویب نهایی رسیده است و در حال حاضر، مبنای قانونی تجارت الکترونیک در ایران محسوب می‌شود.

در این قانون، امضای الکترونیک مورد پذیرش قرار گرفته و برخی از شرایط و احکام آن بیان شده است. ماده ۲، امضای الکترونیکی را این‌گونه تعریف کرده است: «عبارت از هر نوع علامت منضم‌شده یا به نحو منطقی متصل شده به داده‌پیام است که برای شناسایی امضاکننده داده‌پیام مورد استفاده قرار می‌گیرد».^{۳۴} در این قانون از امضای الکترونیکی مطمئن^{۳۵} نام برده شده است و امضای الکترونیکی مطمئن نیز طبق بند «ک» قانون مزبور، هر امضایی الکترونیکی است که شرایط ماده ۱۰ را دارا باشد. ماده ۱۰ قانون تجارت الکترونیک نیز مقرر می‌دارد که امضای الکترونیکی مطمئن باید دارای شرایط ذیل باشد:

الف. نسبت به امضاکننده منحصر به فرد باشد؛

ب. هویت امضاکننده داده‌پیام را معلوم نماید؛

ج. به وسیله امضاکننده و یا تحت اراده انحصاری وی صادر شده باشد؛

د. به نحوی به یک داده‌پیام متصل شود که هر تغییری در آن داده‌پیام، قابل تشخیص

و کشف باشد.

ماده ۷ قانون تجارت الکترونیک ایران صراحتاً امضای الکترونیکی را مورد پذیرش قرار

داده و مقرر می‌دارد؛ «هرگاه قانون وجود امضا را لازم بداند امضای الکترونیکی مکفی است». به این ترتیب، می‌بینیم که امضای الکترونیکی در نظام ادله اثبات از همان جایگاه امضای دست‌نویس برخوردار است. همان‌طور که قبلاً هم اشاره شد، قانون تجارت الکترونیک ایران به‌ویژه در آن قسمت که به امضای الکترونیکی ارتباط دارد تا حد زیادی با تقلید از دو قانون نمونه آنسیترا (قانون نمونه تجارت الکترونیک مصوب سال ۱۹۹۶م. و قانون نمونه امضای الکترونیکی مصوب سال ۲۰۰۱) به تصویب رسیده است که در بخش‌های آتی به تفصیل مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

بخش سوم

فناوری امضای الکترونیکی

امضای الکترونیکی به‌عنوان یکی از دستاوردهای الکترونیکی مدرن از مبانی علمی و فنی خاصی پیروی می‌کند و باید گفت که امضای الکترونیکی یک پدیده فنی و الکترونیک است و به هر طریقی که صورت گیرد بی‌نیاز از مسائل فنی و تکنولوژیک نیست. نحوه انجام امضا، انواع، شرایط صحت و ایمنی، کنترل و زیرساخت‌های امضای الکترونیک و سایر فناوری‌های مربوط به آن از جمله مسائل فنی آن است که برعهده علوم رایانه‌ای و الکترونیک است. بنابراین، پرداختن به مسائل مذکور علاوه بر اینکه از حوصله و توان این یادداشت خارج است، مستلزم به‌کارگیری تعاریف و اصطلاحات علمی و پیچیده‌ای است که در تخصص علوم رایانه‌ای، الکترونیک و ریاضیات است. اما به هر حال، از آنجا که امضای الکترونیک یک تأسیس حقوقی است و بخش قابل توجهی از قوانین مربوط به مبادلات الکترونیک را به خود اختصاص داده است، آشنایی اجمالی با آن در حد کلیات ضروری به‌نظر می‌رسد.

مبحث اول: انواع امضای الکترونیکی

از زمان پیدایش فناوری امضای الکترونیک تاکنون روش‌های مختلفی در خصوص چگونگی نحوه انجام امضا از طریق الکترونیکی و با توجه به افزایش ضریب امنیت آن

معرفی و به کار گرفته شده است که مورد اشاره قرار می‌گیرد:^{۳۶}

۱. کلمات عبور^{۳۷}

یکی از روش‌های ساده و رایج ایجاد ایمنی و اعتبار، به‌کارگیری يك کلمه عبور منحصر به فرد با استفاده از يك شماره هویت شخصی (PIN)^{۳۸} در انتهای سند است که به‌طور مخفی به آن منضم می‌شود. امنیت این روش بسیار پایین است. زیرا کلمات عبور و شماره‌های شخصی افراد به‌راحتی توسط نفوذگرها^{۳۹} شناسایی و به سرقت می‌روند و ممکن است توسط آن‌ها یا دیگران مورد سوءاستفاده قرار گیرند.

۲. امضای بیت‌مپ^{۴۰}

این نوع امضا، تصویر اسکن^{۴۱} شده امضای دست‌نویس است که در آن ابتدا فرد به روی کاغذ امضای خود را پیاده می‌کند و سپس آن را اسکن کرده و می‌توان تصویر اسکن شده را به‌عنوان امضا به هر فایل‌ای که خواست به‌عنوان امضای الکترونیکی منضم کند.

۳. قلم نوری^{۴۲}

فناوری قلم نوری به این صورت است که هنگامی که فرد با این قلم و بر روی صفحه مخصوص امضای خود را پیاده می‌کند، دقیقاً همان امضا در روی صفحه مانیتور رایانه پدیدار می‌شود. یعنی امضای عادی فرد در بیرون از رایانه انجام می‌شود ولی به همان شکل، در صفحه مانیتور، نمودار می‌شود. این روش اگرچه بسیار ساده است ولی از امنیت کافی برخوردار نیست و امکان جعل آن زیاد است.

۴. امضای بیومتریک^{۴۳}

این نوع امضا مبتنی بر ویژگی‌ها و معرف‌های زیست‌شناختی فرد، یعنی خصوصیات رفتاری (مثل نحوه انجام امضای دست‌نویس) و خصوصیات فیزیولوژیک (مثل اثر انگشت) است. در این روش، اگرچه ممکن است تا حد زیادی بتوان امضا را منحصر به فرد دانست ولی مشکل امضای بیومتریک این است که خصیصه‌های فیزیکی و رفتار افراد با افزایش

سن، بیماری و سایر عوامل تغییر می‌کند و به همین دلیل امضای مذکور نیز مصون از اشتباه نیست.^{۴۴}

۵. امضای دیجیتال^{۴۵}

امضای دیجیتال یکی از پیشرفته‌ترین و پرکاربردترین نوع از امضاهای الکترونیک است و به دلیل امنیت بالای آن جایگزین سایر روش‌های موجود شده و بیشتر قانونگذاران - از جمله قانونگذار تجارت الکترونیک ایران - این شیوه از امضا را پذیرفته‌اند.^{۴۶} امضای دیجیتال مبتنی بر علم رمزنگاری است و از دو نوع الگوریتم^{۴۷} که به نام‌های «کلید عمومی»^{۴۸} و «کلید خصوصی»^{۴۹} شناخته شده‌اند، استفاده می‌کند. در این قسمت با توجه به اهمیت امضای دیجیتال فناوری و زیرساخت آن مورد دقت و بررسی بیشتری قرار می‌گیرد.

مبحث دوم: زیرساخت فنی امضای دیجیتال

همان‌طور که گفته شد، امضای دیجیتال از طریق علم رمزنگاری ایجاد می‌شود و در واقع، یک فرایند رمزنگاری است و از یک جفت کلید تحت عناوین کلید خصوصی و کلید عمومی تشکیل می‌شود. بنابراین لازم است با این اصطلاحات تا حدودی آشنا شویم:

۱. رمزنگاری^{۵۰}

رمزنگاری، علم کدها و رمزها است. علمی است که برای تغییر شکل دادن نوشته‌ها و اطلاعات به کار می‌رود. یعنی از طریق رمزنگاری می‌توان یک متن خوانا را تبدیل به متن ناخوانا و غیرقابل فهم کرد. فرایند رمزنگاری دارای دو مرحله است. مرحله اول، رمزسازی^{۵۱} یعنی تبدیل یک متن ساده و عادی به یک متن رمزی است. این متن اگر در دسترس همگان هم قرار گیرد، غیرقابل فهم است. مرحله دوم، رمزگشایی^{۵۲} است یعنی تبدیل متن رمز شده به یک متن عادی که قابل فهم باشد.^{۵۳}

۲. عملیات ایجادسازی «خردسازی»^{۵۴}

یکی از فرایندهای مهم و اساسی که در تولید امضای دیجیتال به کار می‌رود فرایند

خردسازی است. فرایند خردسازی، یک فرایند ریاضی است که بر مبنای الگوریتمی، از داده‌پیام، یک «شناسه کوتاه و فشرده»^{۵۵} ایجاد می‌کند که «نتیجه خرد»^{۵۶} نامیده می‌شود. این شناسه یا به اصطلاح «نتیجه خرد» در خصوص محتوا و تمامیت سند منحصر به فرد می‌باشد. به طوری که هرگونه تغییر در داده‌پیام منجر به تغییر شناسه آن می‌گردد و قابل پیگیری است. برای درک بهتر این فرایند، یک مثال ساده می‌زنیم: تصور کنید به ازای هر کاراکتر (عدد یا حرف) در داده‌پیام با استفاده از یک تابع ریاضی، یک عدد اختصاص دهیم. اگر به ازای تک تک حروف و کاراکترهای موجود در داده‌پیام یک عدد اختصاص دهیم، مجموع اعداد به دست آمده، می‌تواند شناسه آن داده‌پیام قرار گیرد. بدیهی است در صورت هرگونه تغییر در داده‌پیام، که مستلزم تغییر حروف یا اضافه کردن حروف و اعداد دیگر باشد، شناسه داده‌پیام اصلی تغییر می‌کند. بنابراین تغییرات قابل پیگیری و کنترل هستند.^{۵۷} شاید بتوان عملیات خردسازی را شبیه حروف «ابجد» در زبان (عربی و) فارسی دانست. در این فرایند، نرم‌افزار ایجادکننده امضای دیجیتال قادر خواهد بود بر روی مقادیر کوچک‌تری از داده‌ها عمل نماید و در عین حال، دلیل محکمی مبنی بر ارتباط دو طرفه میان پیغام اصلی و شناسه آن فراهم آورد و از این طریق به نحو مطلوبی تضمین می‌شود که از زمان امضا شدن به صورت دیجیتال، هیچگونه تغییری در داده‌پیام حاصل نشده است.

۳. رمزنگاری کلید عمومی^{۵۸}

رمزنگاری مبتنی بر کلید عمومی یا رمزنگاری «آسیمتریک»^{۵۹} از دو الگوریتم تشکیل شده است که یکی از آن‌ها برای ایجاد امضای دیجیتال و تبدیل آن به یک متن بی‌معنی استفاده می‌شود و دیگری برای تبدیل متن غیرقابل فهم به شکل اولیه آن به کار می‌رود.^{۶۰} به این دو الگوریتم، اصطلاحاً «کلید» گفته می‌شود.

الگوریتم اول مخصوص شخص امضاکننده است و کلید شخصی^{۶۱} نامیده می‌شود و الگوریتم دوم که برای صحت امضا و تطبیق و سنجش کلید اختصاصی به کار می‌رود، کلید عمومی^{۶۲} گفته می‌شود.^{۶۳} در واقع، این دو کلید از نظر ریاضی به هم مرتبط هستند.

از بین این جفت کلید، یکی برای ایجاد امضای دیجیتال و تبدیل داده‌ها به شکل نامرئی و غیرقابل فهم و کلید دیگر، جهت شناسایی امضای دیجیتال و یا برگرداندن پیغام رمزنگاری شده به شکل اولیه آن به کار می‌رود. تجهیزات رایانه‌ای و نرم‌افزاری که از این دو کلید استفاده می‌کنند، سیستم رمزنگاری آسیمتریک یا رمزنگاری نامتقارن نامیده می‌شود.^{۶۴} بنابراین، کلید عمومی، سرّی نیست و می‌تواند در اختیار عموم نیز قرار گیرد. در حالی که کلید خصوصی کاملاً محرمانه بود و تنها در اختیار مالک آن قرار دارد و ضروری است که این کلید پنهان باشد و کس دیگری به آن دسترسی نداشته باشد.

۴. نحوه ایجاد يك امضای دیجیتال

برای ایجاد يك امضای دیجیتال، ابتدا امضاکننده باید از طریق کلید عمومی امضای خود را رمزسازی کرده و سپس آن را ضمیمه پیام داده‌ای کند و برای مخاطب خویش ارسال نماید. مخاطب که اکنون پیام داده‌ای را به همراه امضای دیجیتال منضم شده به آن دریافت کرده باید امضای رمزنگاری شده که قابل فهم نیست از داده پیام‌ها جدا ساخته و از طریق کلید عمومی ارسال کننده (که در فهرست عمومی مرجع گواهی امضا موجود است) پیام را برای وی ارسال می‌کند تا خود ارسال کننده (ی اصل ساز) با کلید خصوصی اش آن را رمزگشایی کند، چنانچه نتایج یکسانی حاصل شد، یعنی همان چیزی که امضاکننده به عنوان امضای دیجیتال برای خود تعریف کرده بود، هویدا شد، معلوم می‌شود که اولاً امضای مذکور به نحو صحیحی از سوی امضاکننده ارسال شده و ثانیاً او نمی‌تواند ادعا کند که پیام را امضا نکرده و یا اینکه پیام تغییر یافته است.^{۶۵}

بنابراین، به کارگیری امضای دیجیتال شامل دو فرایند است؛ مرحله اول، ایجاد امضا توسط ارسال کننده پیام توسط کلید خصوصی اش است و مرحله بعد نیز شامل فرایند چک کردن امضای دیجیتال از طریق مراجعه به پیام اصلی و استفاده از کلید عمومی ارسال کننده است.

در مرحله اول، نرم افزار رایانه‌ای با انجام فرایند خردسازی داده پیام، شناسه مرتبط با آن را تولید می‌کند که این شناسه نسبت به پیغام منحصر به فرد است. سپس با استفاده از این

شناسه و ترکیب آن با کلید خصوصی امضاکننده، یک امضای دیجیتال ایجاد می‌کند که هم نسبت به اطلاعات امضاشده و هم نسبت به کلید خصوصی که برای ایجاد امضا به کار رفته، منحصر به فرد است.

بدین ترتیب، حتی ممکن است، امضای دیجیتال به صورت یک جزء مستقل ذخیره یا ارسال شود؛ البته مشروط به آنکه ارتباط مستحکمی میان امضا و پیغام مربوط برقرار باشد.^{۶۶}

مبحث سوم: مرجع گواهی امضای الکترونیک^{۶۷}

گفتار اول: ماهیت مراجع گواهی

اگرچه استفاده از روش امضای دیجیتال، تمامیت سند، محرمانه بودن اطلاعات (در صورت لزوم) و امنیت داده‌ها تضمین می‌گردد. ولی يك مسئله هنوز باقی است و آن هم تضمین هویت امضاکننده است. از نظر حقوقی مهم‌ترین اثر امضا، اثبات رابطه سند با کسی است که امضا به او نسبت داده شده است. امضای الکترونیکی هر چند هم که از امنیت بالایی برخوردار باشد ولی قادر به تضمین هویت امضاکننده نیست و این، همان مشکل تعیین هویت در سیستم‌های باز است که طرفین يك مبادله در خصوص حقوق و تکالیف خود توافقی نکرده و همدیگر را نمی‌شناسند.^{۶۸}

مکانیسم احراز و تضمین هویت در فضای سنتی از طریق ثبت اسناد در مرجع ثالثی تحت عنوان دفاتر اسناد رسمی صورت می‌گیرد که با احراز هویت امضاکنندگان سند و رعایت برخی تشریفات قانونی به اسناد، اعتبار و رسمیت می‌بخشد. در بستر مبادلات الکترونیک نیز وجود چنین مرجع ثالثی برای تعیین هویت امضاکننده ضروری است. این مرجع تحت عنوان مرجع گواهی شناخته می‌شود. زیرا از طریق صدور يك گواهی‌نامه دیجیتال هویت امضاکننده را تضمین می‌کند.

گواهی‌نامه دیجیتال يك کلید عمومی را برای اشخاص (حقیقی یا حقوقی) تعریف و تصدیق می‌کند. صدور این گواهی‌نامه‌ها توسط يك مرجع معتبر و موثق که به آن «مرجع گواهی» گویند، تأیید می‌گردد. لذا از این طریق اثبات می‌شود که کلید عمومی مذکور فقط مختص به يك شخص خاص است.^{۶۹}

گفتار دوم : کارکرد ساختار کلید عمومی

- شبکه مراجع گواهی و پایگاه‌های داده‌ای و ساختار عملکرد آن‌ها که تحت عنوان ساختار کلید عمومی (PKI)^{۷۰} شناخته شده، به شرح ذیل است:^{۷۱}
۱. تقاضای صدور گواهی امضا از مرجع گواهی توسط ارسال‌کننده پیام‌داده‌ای؛
 ۲. صدور گواهی امضا پس از احراز هویت و معرفی ارسال‌کننده به کلیدهای عمومی و خصوصی از سوی مرجع گواهی؛
 - ارسال پیام‌داده‌ای همراه با امضای دیجیتال برای مخاطب از طرف ارسال‌کننده؛
 ۴. ارسال امضا به مرجع گواهی برای تصدیق هویت امضاکننده و اطمینان از صحت آن توسط مخاطب؛
 ۵. بررسی صحت و سقم پیام‌داده‌ای و انتساب آن به ارسال‌کننده توسط مرجع گواهی؛
 ۶. ارسال گواهی صحت امضا از سوی مرجع گواهی برای مخاطب؛
 ۷. پاسخ مخاطب به ارسال‌کننده با يك امضای دیجیتال.
- بنابراین، مرجع گواهی تضمین می‌کند که کلید عمومی موجود در فهرست مرجع (که در اختیار عموم است) به‌درستی ایجاد و اعلام شده است. زیرا هویت دارنده کلید خصوصی که منطبق و مرتبط با کلید عمومی است نزد مرجع وجود دارد. در واقع، مرجع گواهی يك کلید خصوصی را به اشخاص تخصیص و آن‌را ثبت و نگهداری می‌کند و کلید مکمل آن یعنی کلید عمومی را در فهرست دارندگان کلید عمومی ثبت و نگهداری کرده و در دسترس عموم قرار می‌دهد.
- بنابر آنچه گفته شد، افرادی که در ایجاد و ایمنی امضای دیجیتال مداخله می‌کنند عبارتند از:^{۷۲}
۱. امضاکننده اصلی؛ شخصی است که امضای دیجیتال را برای استفاده از آن در تأیید مدرکی ایجاد می‌کند.
 ۲. مرجع گواهی امضای الکترونیکی؛ این مرجع مکانیسم لازم را برای ایمنی و اطمینان

امضای الکترونیکی فراهم می‌سازد. با گواهی این مرجع، امضاکننده مجاز به استناد به مدارک گواهی شده می‌شود و کلیدهای اختصاص یافته به او به نام او ذخیره شده و به شخص دیگری تعلق نمی‌گیرد.

۳. طرف اعتماد کننده؛ شخصی است که با بررسی کلید عمومی به اصالت و صحت امضای دیجیتال اعتماد کرده و آن را به عنوان معیاری برای تنفیذ تعهد صاحب امضا در قبال خود، می‌پذیرد. این فرد اگرچه در فرایند ایجاد و امنیت امضا نقشی ندارد ولی قبول وی از آن جهت که به امضای دیجیتال اعتبار عملی می‌بخشد، بسیار ارزشمند محسوب می‌شود. زیرا تقریباً در تمام قوانین مراجع به امضای دیجیتال به افراد این اختیار داده شده که از پذیرش امضا و مدارک الکترونیکی در روابط تجاری و مالی خود با دیگران امتناع نموده و امضای دستی و مدارک کاغذی مطالبه کنند که این امر با توجه به مسائل متعددی چون ضعف امنیت و اعتماد در فضای مجازی قابل توجیه است.

شرح وظایف و مسئولیت‌های مراجع گواهی به تفصیل در قوانین و مقررات بیان شده است.^{۳۳} قوانین بین‌المللی موجود در خصوص امضای الکترونیک در مورد مقررات گواهی، ساکت‌اند و آن را به قوانین ملی واگذار کرده‌اند. قانون تجارت الکترونیک ایران نیز از مراجع گواهی تحت عنوان «دفاتر خدمات صدور گواهی الکترونیکی»^{۳۴} نام برده و باب دوم خود را به آن اختصاص داده است. ماده ۳۱ این قانون مقرر می‌دارد: «دفاتر خدمات صدور گواهی الکترونیکی واحدهایی هستند که برای ارائه خدمات صدور امضای الکترونیکی در کشور تأسیس می‌شوند. این خدمات شامل تولید، صدور، ذخیره، ارسال، تأیید، ابطال و به‌روز نگهداری گواهی‌های اصالت امضای الکترونیکی می‌باشد» ماده ۳۲ همین قانون نیز بیان می‌کند: «آیین‌نامه‌ها و ضوابط تأسیس و شرح وظایف این دفاتر توسط سازمان (سابق) مدیریت و برنامه‌ریزی کشور و وزارتخانه‌های بازرگانی، ارتباطات و فناوری اطلاعات، امور اقتصادی و دارایی و دادگستری تهیه و به تصویب هیأت وزیران خواهد رسید». مراجع گواهی امضا به دلیل نیاز به زیرساخت‌های فنی، تجهیزات و تأسیسات شبکه‌ای پیشرفته و

استانداردهای ایمنی بالا، هنوز در ایران راه‌اندازی نشده‌اند.

بخش چهارم

مسائل حقوقی امضای الکترونیکی

اگرچه امضای الکترونیکی یک پدیده فنی و الکترونیکی و از دستاوردهای علوم رایانه‌ای است و به هر طریقی که صورت پذیرد بی‌نیاز از مسائل فنی و تکنولوژیکی نیست. لیکن امضا، یک تأسیس حقوقی است. و اینکه چه چیزی می‌تواند به‌عنوان امضای الکترونیک استفاده شود یک مسئله حقوقی است. زیرا پردازش فنی اطلاعات یا داده‌ها زمانی می‌تواند به‌عنوان امضا به کار گرفته شوند که قانون چنین اعتبار و اجازه‌ای به آن‌ها داده باشد. بنابراین، پس از اینکه علوم رایانه‌ای توانستند یک امضا از طریق الکترونیک ایجاد کرده و ایمنی آن را حداقل به اندازه امضاهای دست‌نویس تأمین کنند، آنگاه نوبت به علم حقوق می‌رسد تا در مورد مسائل حقوقی - قانونی آن وارد عمل گردد. بنابراین در مورد امضای الکترونیک ابتدا نگاه‌ها معطوف به جنبه‌های اجرایی، فنی و تأمین امنیت آن است و سپس نوبت به جنبه‌های قانونی و حقوقی می‌رسد. در این بخش به ماهیت حقوقی امضای الکترونیک، ارزش اثباتی و آثار حقوقی امضای الکترونیکی می‌پردازیم. در این قسمت سعی می‌شود تا موضع قانون تجارت الکترونیک ایران و قوانین مصوب آنسیترال (قانون نمونه تجارت الکترونیک مصوب سال ۱۹۹۶ و قانون نمونه امضای الکترونیک مصوب سال ۲۰۰۱) در قبال امضای الکترونیکی مورد بررسی قرار گیرد.

مبحث اول: ماهیت امضای الکترونیکی

تا قبل از پیدایش امضای الکترونیکی، مهر و امضای دست‌نویس برای انتساب اسناد و اعمال به اشخاص به کار گرفته می‌شد و به جز ممنوعیت استفاده از مهر در صدور چک، هر دو از کاربرد و ارزش یکسانی برخوردار هستند. در مورد چک ماده ۳۱۱ ق.ت. تصریح دارد که چک باید به امضای صادر کننده برسد.^{۷۵} بنابراین بسیاری از حقوقدان‌ها معتقدند که قانونگذار صدور چک را فقط از طریق امضای صادر کننده پذیرفته است و با توجه به

صراحت ماده ۳۱۱ ق.ت. که از مهر نامی برده نشده است، لذا نمی‌توان در صدور چک از مهر استفاده کرد.^{۷۶} زیرا اولاً، قانونگذار نمی‌خواسته افراد بی‌سواد چک صادر کنند و ثانیاً ماده ۲۲۳ ق.ت. در مورد برات، علاوه بر امضا، مهر را نیز معتبر دانسته ولی در ماده ۳۱۱ قانون مذکور سخنی از مهر به میان نیامده است. بنابراین، صدور چک فقط با امضا امکان‌پذیر است و این امضا هم لزوماً باید دست‌نویس باشد.^{۷۷} بنابراین، طرح این بحث که امضای الکترونیکی در ردیف مهر قرار می‌گیرد یا امضای دست‌نویس، در خصوص صدور چک‌های الکترونیکی - به‌عنوان یکی از ارزش‌های پرداخت در قراردادهای الکترونیکی - اهمیت پیدا می‌کند.

برخی از حقوقدان‌ها امضای الکترونیکی را در ردیف مهر آورده‌اند.^{۷۸} زیرا از نظر ماهیتی با امضای دست‌نویس تفاوت دارد و در مقام مقایسه بیشتر به مهر شباهت دارد. این دسته از حقوقدانان این‌گونه استدلال می‌کنند؛ امضای الکترونیک چیزی جز یک سری فرمول‌های ریاضی نیست که از سوی مراجع گواهی امضا تأیید و در اختیار افراد قرار می‌گیرد و اگرچه تحت عنوان امضا نام گرفته‌اند ولی چون توسط شخص ثالثی تولید و به اشخاص، اختصاص داده می‌شوند و اشخاص، فقط آن‌ها را به شکلی که هستند، مورد استفاده قرار می‌دهند؛ در تحلیل حقوقی در ردیف مهر قرار دارند.^{۷۹}

طبق ماده ۷ قانون تجارت الکترونیک ایران «هرگاه قانون، وجود امضا را لازم بداند امضای الکترونیکی مکفی است» یعنی امضای الکترونیکی هر ماهیتی داشته باشد (مهر، امضا یا ماهیت دیگری) از نظر قانون، جایگزین امضای دست‌نویس با آثار حقوقی مشابه شده است. بنابراین تفاوتی ندارد که در تحلیل حقوقی آن را در ردیف مهر یا امضا یا هر ماهیتی دیگری قرار دهیم. زیرا ماده مذکور صراحتاً امضای الکترونیکی را هم‌عرض امضاها می‌مکتوب و دست‌نویس قرار داده است. در نتیجه، تمام آثار امضای الکترونیکی همسان با امضای دست‌نویس است. ولیکن نکته‌ای که باید مورد توجه قرار گیرد این است که در خصوص چک که مقررات خاص قانون تجارت بر آن حاکم است و صدور آن نیاز به

تشریفات ویژه‌ای دارد، نمی‌توان گفت که امضای الکترونیک می‌تواند جایگزین امضای دست‌نویس گردد. اگرچه قانون تجارت وجود امضا را برای صدور چک ضروری دانسته و چک بدون امضا در واقع ارزشی ندارد اما نمی‌توان با استناد به ماده ۷ قانون تجارت الکترونیک ایران گفت چون این ماده صراحتاً بیان می‌کند که «هرگاه قانون وجود امضا را لازم بداند امضای الکترونیکی مکفی است». پس، چون قانون تجارت امضای چک را لازم دانسته لذا امضای الکترونیکی می‌تواند جایگزین امضای دست‌نویس در چک گردد. این امر نیاز به تصریح قانونگذار دارد. مسلماً امضای الکترونیکی فقط بر روی چک‌های الکترونیکی قابل تصور است و در حال حاضر نیز در نظام مالی و بانکی و سیستم‌های پرداخت کشور چنین چک‌هایی تعریف نشده‌اند. ولی بر فرض پیشرفت تجارت الکترونیک در ایران و فراگیر شدن آن، مسلماً، یکی از روش‌های پرداخت از طریق چک‌های الکترونیکی خواهد بود که در آن صورت قانونگذار باید در خصوص چنین چک‌هایی و وجود امضای الکترونیکی آن اقدام به وضع مقررات لازم نماید و تشریفات ویژه آن را در قوانین بیان کند. در نتیجه باید گفت در حال حاضر، امضای الکترونیکی در مورد اسناد تجاری قابل اعمال نیست و فقط در مورد اسناد تجاری الکترونیک غیر از چک و برات و سفته مبنای قانونی دارد. البته پیاده‌سازی فناوری امضای الکترونیکی و تحقق اسناد الکترونیکی نیازمند فراهم آوردن زیرساخت‌های اجرایی، فنی و مدیریتی لازم است که هنوز مقتضیات آن در ایران فراهم نشده است.

مبحث دوم: ارزش اثباتی امضای الکترونیکی

چنانچه امضای الکترونیک بخواهد همانند امضای دست‌نویس در مقام دعوی یا دفاع قابل استناد باشد باید از یک سری شرایط امضای دستی مثل منحصر به فرد بودن، قدرت تعیین هویت و عدم امکان جعل توسط دیگران برخوردار باشد. البته تأمین شرایط مذکور برای امضای الکترونیک، ناظر به مسائل فنی است و چنانچه این نوع امضا با رعایت نظام اصول علمی و مهندسی الکترونیک انجام شده باشد، همانند امضاها درستی دارای ارزش اثباتی است و از این حیث هیچ تفاوتی با آن‌ها ندارد. امضای الکترونیک یک داده‌پیام است.

طبق مواد ۶ و ۱۲ قانون تجارت الکترونیکی، داده‌پیام‌ها دارای ارزش اثباتی هستند.^{۸۰} اما باید گفت که به‌طور کلی ارزش اثباتی داده‌پیام‌ها نیز با توجه به عوامل مطمئنانه از جمله تناسب روش‌های ایمنی به کار گرفته شده، تعیین می‌شود.^{۸۱} حال می‌توان گفت چنانچه داده‌پیام‌های تشکیل‌دهنده امضا از تمام شرایط فنی لازم برخوردار باشند اعتبار حقوقی و جایگاه آن‌ها در نظام ادله اثبات دعوی همانند جایگاه امضاهای دست‌نویس است و می‌تواند به‌عنوان دلیل در مقام دعوی یا دفاع در محاکم مورد پذیرش قرار گیرد.

در قانون نمونه تجارت الکترونیک آنسیترال نیز داده‌پیام‌ها دارای ارزش اثباتی هستند. ماده ۹ قانون مذکور مقرر می‌دارد که در رسیدگی‌های قانونی، هیچ یک از مقررات مربوط به ادله اثبات دعوی به گونه‌ای اعمال نخواهد شد که قابلیت پذیرش یک داده‌پیام به‌عنوان دلیل را صرفاً به علت داده‌پیام بودن آن‌ها نفی کند.^{۸۲} ماده مذکور در ادامه بیان می‌دارد که در ارزیابی ارزش اثباتی داده‌پیام، قابل اعتماد بودن روش ایجاد، ذخیره‌سازی یا مبادله آن، روش حفظ تمامیت آن، روش شناسایی اصل‌ساز آن و هر عامل مرتبط دیگری مورد توجه قرار خواهد گرفت.

در قانون تجارت الکترونیک ایران از امضایی که تمام شرایط فنی را برخوردار است تحت عنوان «امضای الکترونیکی مطمئن»^{۸۳} نام برده شده است. طبق ماده ۲ قانون مذکور امضای الکترونیکی مطمئن، امضایی است که شرایط مندرج در ماده ۱۰ همان قانون را داشته باشد. شرایط ماده ۱۰ نیز برای امضا و سابقه الکترونیکی مطمئن این است که چنین امضایی باید:

- الف. نسبت به امضاکننده منحصر به فرد باشد؛
- ب. هویت امضاکننده داده‌پیام را معلوم نماید؛
- ج. به‌وسیله امضاکننده و یا تحت اراده انحصاری وی صادر شده باشد؛
- د. به‌نحوی به یک پیام متصل شود که هر تغییری در آن داده‌پیام، قابل تشخیص و کشف باشد.

از قوانین و مقررات مذکور نتیجه می‌شود؛ برای اینکه امضای الکترونیکی از همان اثر و جایگاه امضای دست‌نویس در نظام ادله اثبات دعوی برخوردار باشد باید از تمام شرایط مقرر و مطمئن‌های که قانون برای آن در نظر گرفته، برخوردار باشد. طبق ماده ۱۵ قانون تجارت الکترونیک ایران^{۸۴} نسبت به امضایی که با شرایط فوق ایجاد شده است نمی‌توان ادعای انکار و تردید کرد و تنها می‌توان نسبت به آن ادعای جعل کرد. بنابراین، منضم شدن امضای الکترونیکی به داده‌پیام‌ها، آن‌ها را در حکم اسناد رسمی قرار می‌دهد. (مستفاد از مواد ۱۴ و ۱۵ قانون تجارت الکترونیک ایران).

بنابر آنچه گفته شد، امضای الکترونیکی هیچ تفاوتی از حیث آثار حقوقی با سایر امضاهای دست‌نویس ندارد. یعنی چنانچه امضای الکترونیک از تمام شرایط فنی لازم برخوردار باشد و ایمنی آن توسط علوم رایانه‌ای تضمین گردد، آنگاه از همان اعتبار و جایگاه امضای دست‌نویس در نظام ادله اثبات دعوی برخوردار خواهد بود و می‌تواند به‌عنوان «دلیل» در مقام دعوی یا دفاع مورد استناد قرار گیرد.

پی‌نوشت:

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمیم‌ولوژی حقوق*، ص. ۸۱، ج. ۵، انتشارات گنج دانش، تهران، ۱۳۷۰.

۲. کاتوزیان، ناصر، *اثبات و دلیل اثبات*، ج. ۱، ص. ۲۷۸، نشر میزان، تهران ۱۳۸۰.

3. UNCITRAL model law on electronic signature with guide to enactment 2001 , in internet : www.uncitral.org .Art 2.

4. EU Directive on Electronic Signature, Art. 2 (1) in internet : www.216.87.76.maros/docs/ct.esig-su-eu.html.

an electronic signature means data in electronic form which are attached to or logically associated with other electronic data and which serve as a method of authentication”.

5. Model Notary Act, 2002, Art. 14 (7) in internet :

http://www.nationalnotary.org/UserImages/Model_Notary_Act.pdf 14-7 Electronic Signature.

“Electronic signature” means an electronic sound, symbol, or process attached to or logically associated with an electronic document and executed or adopted by a person with the intent to sign ..”

6. Uncitral Model Law on Electronic Commerce, Art. 2 (a) op.cit”... à method is used to identify that person and to indicate that person's approval of the information contained in the data message; and”..

۷. *قانون تجارت الکترونیک ایران*، پیشین بند ۲.

8 American Bar Association.

9. Digital Signature Guidelines.

10. Lorna Brazell ,Electronic Signiture Law and Regulation , p4 firth edition . sweet &maxwell ,2003.
11. Cryptography.
12. Certification Authorities (CA).
13. International Chamber of Commerce.
14. General Usage for International Digitally Ensured Commerce.
15. Electronic Signature Directive.
16. Uncitral Model Law on Electronic Signature 2001 op.cit.: در پیوست ترجمه قانون فوق: آمده است.
17. Lorna Brazel, Electronic Signatures Law and Regulation, p.4, Sweet & Maxwell.
18. Ibid, p.5.
19. Lorna Brazell op cit. p 4.
20. Uncitral Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment, 1996, op cit. p.36.
21. Equal Treatment.
22. EU Directive on Electronic Commerce, 2000/31/EC in internet : www.dti.gov.uk/industries/ecomunications/electronic_commerce_directive_0031ec.htm
23. EU Directive on Electronic Signature, 1999 /93/EC /official gournal L13 January .19,2000 op cit.
24. EU Directive on Electronic Commerce op cit . Art 19.
۲۵. زرکلام، ستار، «قانون تجارت الکترونیکی و امضای الکترونیکی»، مجموعه مقالات همایش بررسی ابعاد حقوق فناوری اطلاعات، خرداد ۱۳۸۳.
26. Uniform Electronic Commerce Act (of canada) : in internet : www.Law.u.alberta.ca/alri/alc/current/euecafin.htm.
27. Uniform Electronic Commerce Act, Art. 8 op cit.
28. UTAH Digital Signature Act, 1996 op cit .
29. Electronic Signature in Global and National Commerce Act, 2000 in internet : www.whitehouse.gov/omb/memoranda/esign-guidance.pdf.
30. Electronic Signature, Act, 2000 (og Germany) in internet: www.iid.de/iukg/vib2rcfreren.tentwufengh.sh.pdf.
۳۱. بند يك مادهٔ ۱۹ دستورالعمل مقرر می‌دارد: «دولت‌های عضو باید تضمین کنند که نظام‌های حقوقی ایشان تشکیل قرارداد از طریق وسایل الکترونیک را مجاز می‌شمارد. دول عضو به‌ویژه باید تضمین کنند که مقتضیات قانونی قابل اعمال در روند تشکیل يك قرارداد، هیچ مانعی برای انعقاد قراردادهای الکترونیک ایجاد نمی‌کند و نیز نباید به خاطر اینکه قراردادهای مذکور از طریق وسایل الکترونیک ایجاد شده‌اند، فاقد اعتبار و قابلیت اجرا تلقی گردند». 2000/31/EC
32. Electronic Signatures Regulation, 2002 of (UK) in internet : www.opsi.gov.uk/SI/si2002/20020318.htm.
۳۳. برای مطالعه بیشتر مراجعه شود به
ornA Brazzel, op cit .,no 006 and more holly k.towle , Houston law review .e signature , p 922 and more , in internet :http://www.houstonlawreview.org/archive/downloads/38-3_pdf/HLR38P921.pdf
۳۴. قانون تجارت الکترونیک ایران، پیشین، مادهٔ ۲، بند "ی".
35. Secure/ Enhanced/ Advanced Electronic Signature.
36. Lorna, Brazel, Electronic Signatures Law and Regulation, pp.38-39 op cit.
37. Passwords.
38. Personal Information Number

39. Hackers
 40. Bitmap Signature
 41. Scan
 42. Light Pen
 43. Biometric Signature
 44. Michael Chissick, Alister Kelman, Electronic Commerce: Law and Practice, p.182, Sweet & Maxwell, London, 2002
 45. Digital Signature
۴۶. قانون نمونه آنسیترال در باب امضای الکترونیک (مصوب ۲۰۰۱م) و دستورالعمل امضای الکترونیک اتحادیه اروپا (مصوب ۱۹۹۹م) نیز از همین فناوری استفاده کرده‌اند.
۴۷. الگوریتم دستورات ساده و قابل فهم کامپیوتر است که اجرای متوالی و پشت سر هم آن‌ها منجر به هدف معینی مثل حل يك مسئله می‌شود. واژه الگوریتم برگرفته از نام ریاضیدان بزرگ ایرانی یعنی خوارزمی است.
48. Public Key .
 49. Private Key .
 50. Cryptography .
 51. Encryption .
 52. Decryption .
 53. Lorna Brazel, Electronic Signature Law and Regulation, p.49 .
 54. hashfunction.
 55. Message digest.
 56. hashresalt.
 57. Kurt M.Sunders , practical unternet law for business, p 36, Artech house , boston lomdon 2001.
 58. Public Key Cryptography.
۵۹. رمزنگاری آسیمتریک (Asymmetric) یا نامتقارن در مقابل رمزنگاری سیمتریک (Symmetric) یا متقارن به کار برده می‌شود.
۶۰. السان، مصطفی، دوان یامچی، امین، «ماهیت رایانه‌ای و جنبه‌های حقوقی امضای دیجیتال»، مجله دیدگاه‌های حقوقی، شماره‌های ۳۰ و ۳۱، بهار ۱۳۸۳، ص. ۲۷.
61. private key .
 62. public key .
۶۳. السان، پیشین، ص. ۲۸.
۶۴. زرکلام، ستار، «قانون تجارت الکترونیکی و امضای الکترونیکی»، مجموعه مقالات همایش بررسی ابعاد حقوقی فناوری اطلاعات، خرداد ۱۳۸۳، ص. ۱۶۰.
65. Edward, H. Freeman, J. D "Digital Signatures and Electronic Contracts", p.8, Technology Law Journal, No.391, 2001.
۶۶. بختیاروند، مصطفی، پیشین، ص. ۴۹.
67. Certification Authority (CA).
۶۸. زرکلام، ستار، پیشین، ص. ۱۶۱.
69. Edward, H. Freeman, J. D , op cit. ,p 4.
 70. Public Key Infrastructures (PKI).
 71. Michael Chissik, Alister Kelman, Electronic Commerce, op cit. p.182 .
 72. Lorna Brazel, Electronic Signatures Law and Regulations, op. cit .,p.52.
۷۳. مراجعه شود به پیوست، ترجمه قانون آنسیترال در خصوص امضای الکترونیک، مواد ۷ به بعد.

74. Certification Service Provider.

۷۵. ماده ۳۱۱ ق. ت بیان می‌کند: «در چک باید محل و تاریخ صدور قید شده و به امضای صادر کننده برسد...».

۷۶. حسنی، حسن، حقوق تجارت، ص. ۵۱۷، نشر میزان، تهران ۱۳۷۸.

۷۷. در مقابل عده ای از حقوق دانان نیز معتقدند که بین مهر و امضای سند تجاری هم ردیفند و به رغم اینکه در ماده ۳۱۱ قانون تجارت اسمی از مهر برای چک آورده نشده است، از مهر در چک نیز می‌توان به جای امضا استفاده کرد. این دسته از حقوق دانان این گونه استدلال می‌کنند: اولاً معتبر شناخته شدن مهر برای دریافت چک به موجب ماده ۳۱۶ قانون تجارت، بیانگر این معنی است که صدور چک با ممهور نمودن آن به مهر دارنده حساب نیز معتبر است. ماده ۳۱۶ قانون تجارت مقرر می‌دارد: «کسی که وجه چک را دریافت می‌کند، باید ظهر آنرا امضا یا مهر نماید.» ثانیاً برات که سندی تجاری است به دستور ماده ۲۲۳ قانون تجارت، وقتی به مهر برات‌دهنده ممهور است، با داشتن شرایط اساسی دیگر برای صدور آن معتبر می‌باشد، بنابراین مهر کردن اسناد تجاری به جای امضا نمودن آن موجب اعتبار اسناد مذکور خواهد بود. ثالثاً طبق بند ۲ ماده ۱۲۹۱ قانون مدنی، ثبوت مهرکردن سند مورد تکذیب یا تردید در دادگاه موجب می‌شود که سند مذکور اعتبار سند رسمی را بیابد.

رابعاً چون به موجب بند ۱ قسمت الف ماده ۳ قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲، بانک‌ها می‌توانند تحت عنوان حساب جاری به قبول سپرده مبادرت نمایند و ماده ۴۷ قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۶۲ در بند یک "برگ قبول شرایط عمومی حساب جاری" را به عنوان قرارداد یا سند افتتاح حساب معتبر دانسته است و عرف معمول بانک‌ها این است که مهر ذیل برگ قبول شرایط عمومی را همانند امضا معتبر دانسته و مورد عمل قرار می‌دهند، لذا مهر کردن سند، به جای امضا عرفاً در عمل معتبر شناخته می‌شود.

خامساً به موجب بند ۲ ماده ۱۲۹۱ و ماه ۱۲۹۳ قانون مدنی و مواد ۲۲۲ و ۲۲۳ و ۲۲۴ قانون آیین دادرسی مصوب ۱۳۷۹، اثر انگشت و مهر معتبر شناخته شده است.

بنا به مراتب چنانچه چک‌های صادره از طرف صاحبان حساب جاری که فاقد سواد هستند، به مهر ممهور شود، مهر آنان به منزله امضا است و معتبر خواهد بود. برای مطالعه بیشتر مراجعه شود به افتخار، جواد، حقوق تجارت ۳، (اسناد تجاری بانکی، خزانه، اوراق قرضه اسناد حمل و نقل) ص. ۱۷۳ انتشارات ققنوس، ۱۳۷۹.

۷۸. صادقی نشاط، امیر، «تحلیل حقوقی جنبه‌هایی از پرداخت الکترونیک»، مجموعه مقالات همایش بررسی ابعاد حقوقی فناوری اطلاعات، خرداد ۱۳۸۳ ص. ۱۷۰.

۷۹. همان.

۸۰. ماده ۶ قانون تجارت الکترونیک ایران مقرر می‌دارد: «هرگاه وجود یک نوشته از نظر قانون لازم باشد داده پیام در حکم نوشته است...» ماده ۱۲ همان قانون نیز مقرر می‌دارد: «اسناد و ادله اثبات دعوی ممکن است به صورت داده پیام بوده و در هیچ محکمه یا اداره دولتی نمی‌توان بر اساس قواعد ادله موجود،

ارزش اثباتی داده‌پیام را صرفاً به دلیل شکل و قالب آن رد کرد».

۸۱. ماده ۱۳ قانون تجارت الکترونیک ایران تصریح می‌دارد: «به‌طور کلی، ارزش اثباتی داده‌پیامها با توجه به عوامل مطمئنه از جمله تناسب روش‌های ایمنی به کار گرفته شده با موضوع و منظور مبادله داده‌پیام تعیین می‌شود».

82. UNCITRAL model law on electronic commerce op cit. Art 9 : " (1) In any legal proceedings, nothing in the application of the rules of evidence shall apply so as to deny the admissibility of a data message in evidence: (a) on the sole ground that it is a data message; or, (b) if it is the best evidence that the person adducing it could reasonably be expected to obtain, on the grounds that it is not in its original form.

83. Secure/ Enhanced/ Advanced Electronic Signature "

۸۴. ماده ۱۵ قانون تجارت الکترونیک ایران مقرر می‌دارد: «نسبت به داده پیام مطمئن، سوابق الکترونیکی مطمئن و امضای الکترونیکی مطمئن انکار و تردید مسموع نیست و تنها می‌توان ادعای جعلیت به داده پیام مزبور وارد و یا ثابت نمود که داده پیام مزبور به جهتی از جهات قانونی از اعتبار افتاده است».

فهرست منابع

۱ - فارسی

۱. اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت (برات، ...،) ج. اول، انتشارات سمت، ۱۳۷۳.
۲. افتخار، جواد، حقوق تجارت ۳ (اسناد تجاری بانکی، خزانه، اوراق قرضه اسناد حمل و نقل)، انتشارات ققنوس، ۱۳۷۹.
۳. السان، مصطفی، دوان یامچی، امین، «ماهیت رایانه‌ای و جنبه‌های حقوقی امضای دیجیتال»، مجله دیدگاه‌های حقوقی، شماره‌های ۳۰ و ۳۱، بهار ۱۳۸۳.
۴. آهنی، بتول، برقراری امنیت در قراردادهای الکترونیک، نشریه ندای صادق، بهار و تابستان ۱۳۸۲.
۵. بختیاروند، مصطفی، مجموعه مقالات همایش ابعاد حقوقی فناوری اطلاعات، ص. ۲۳۵، چ. اول، سال ۱۳۸۴.
۶. _____، بررسی ماهیت حقوقی امضای الکترونیک، پایان نامه دانشگاه امام صادق (ع)، تابستان ۸۴.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، چ ۵، انتشارات گنج دانش، تهران، ۱۳۷۰.
۸. _____، دایرةالمعارف علوم اسلامی، ج ۲، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۶۰.
۹. _____، مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام، چ. اول، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۸.
۱۰. _____، علم آزاد در گردش ادله اثبات دعوا در حقوق اسلام، نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۲۲.
۱۱. زرکلام، ستار، امضای الکترونیک و جایگاه آن در نظام ادله اثبات دعوی، فصلنامه پژوهشی دانشکده علوم انسانی دانشگاه تربیت مدرس بهار ۱۳۸۲.
۱۲. _____، گزارش توجیهی قانون تجارت الکترونیک، وزارت بازرگانی، سال ۱۳۸۴.
۱۳. _____، «قانون تجارت الکترونیکی و امضای الکترونیکی»، مجموعه مقالات همایش بررسی ابعاد حقوق فناوری اطلاعات، خرداد ۱۳۸۳.

۱۴. صادقی نشاط، امیر، «تحلیل حقوقی جنبه‌هایی از پرداخت الکترونیک»، مجموعه مقالات همایش بررسی ابعاد حقوقی فناوری اطلاعات، خرداد ۱۳۸۳.
۱۵. صدرزاده، سیدمحسن، *ادله اثبات دعوی در حقوق ایران*، مرکز نشر دانشگاهی تهران، ۱۳۶۹.
۱۶. فاجارقیونلو، سیامک، *ادله اثبات دعوی در محیط‌های دیجیتال*، ج. اول، دبیرخانه شورای انفورماتیک، سال ۱۳۷۶.
۱۷. گزارش توجیهی پیش نویس قانون تجارالکارونیک و سیاست تجارت الکترونیک جمهوری اسلامی ایران، وزارت بازرگانی، پاییز ۱۳۸۰ در اینترنت : www.iftiz.org.ir/farsi/farsi-ecgoz.htm

۳- لاتین

- 1- Bidgoli, Hossein, *Electronic Commerce*, Academic press, California 2002.
- 2- Bolgaja Electronic Signature, in internet: www.esd.bg/publications/law/law.e.htm.
- 3- Brazell, Orna, *Electronic Signature Law and Regulation* fifth edition, Sweet & Maxwell, 2003.
- 4- Canada Uniform Electronic Commerce Act, in internet : www.Law.u.alberta.ca/alri/alc/current/euecafin.htm
- 5- code civil, Dallaoz ed 2003.
- 6- Edward, H. Freeman, J. D "Digital Signatures and Electronic Contracts", *Technology Law Journal*, 2001
- Esbin B., *Internet over cable*, 1999, 1st edition, New York - 7
- 8- EU Directive on Electronic Commerce, 2000/31/EC in internet : www.dti.gov.uk/industries/ecomunications/
- 9- EU Directive on Electronic Signature, in internet : www.216.87.76.maros/docs/ct.esig-su-eu.html.
- 10- Germany, Electronic Signature Act, 2000, in internet: www.iid.de/iukg/vib2rcfreren.tentwufengh.sh.pdf
- 11- Holly K. Towle *Houston law review*, E-signature, see in internet : http://www.houstonlawreview.org/archive/downloads/38-3_pdf/HLR38P921.pdf
- 12- Kurt M. Sanders, *practical internet law for business*, Artech house, Boston London 2001
- 13- Michael Chissick, Alister Kelman, *Electronic Commerce: Law and Practice*, Sweet & Maxwell, London, 2002
- 14- Model Notary Act, 2002, in internet : http://www.nationalnotary.org/UserImages/Model_Notary_Act.pdf
http://www.nationalnotary.org/UserImages/Model_Notary_Act.pdf
http://www.nationalnotary.org/UserImages/Model_Notary_Act.pdf
- 15- R. Robinson, *E-business* London first edition 1999
- 16- Sherif, M.H., *Protocols for secure Electronic commerce* Washington, D.C, 1st edition, 2000.
- 17- Tapper, Collin, *compute law*, Sweet & Maxwell, 2000.
- 18- UK. *Electronic Signatures Regulation*, 2002 of in internet : www.opsi.gov.uk/SI/si2002/20020318.htm.
- 19- UNCITRAL model law on electronic signature with guide to enactment 2001, in internet : www.uncitral.org.
- 20- UNCITRAL model law on electronic commerce with guide to enactment 1998, in internet : www.jus/im/unelectronic.commerce.model.law.1996/doc.htm.
- 21- UNCITRAL Convention Providing a Uniform Law For Bills of Exchange and Promissory Notes, 1930, see in internet : <http://www.jus.uio.no/lm/bills.of.exchange.and.promissory.notes.convention.1930/doc>.
- 22- UN Convention on contracts for the international sales of goods -1980 see in internet: www.jus.uio.no/im/un.contracts.international.sale.of.goods.convention.1980.
- 23- USA *Electronic Signature in Global and National Commerce Act*, 2000 in

internet : www.whitehouse.gov/omb/memoranda/esign-guidance.pdf.

24 - US Uniform Electronic Transaction Act (UETA) in internet :
www.en.wikipedia.org/wiki/uniform-electronic-transaction-act.htm.

25-US UTAH Notarization and Authentication of Documents and Digital Signatures,
in internet : <http://www.code-co.com/utah/code/04/codetab.htm>.

26-www.unidroit.org.

27- <http://www.nic.fr><http://www.whatix.com>.

28-www.fbe.uwe.ac.uk .

29-http://projects.bus.lsu.edu/independent_study/vdHING1/erp/#Why.

فرهنگ لغات و اصطلاحات وقف

(بخش سیزدهم)

سید جلیل محمدی^۱

چارتاق - چارتاق. چارتاقی. چهارتاقی. || قبه و گنبدی که بر چهارپایه و ستون استوار باشد. || بنایی به شکل خاص که بر گورها کنند. (لغتنامه دهخدا) || سقف یا گنبد که بر روی چهارپایه بنا شده و چهار طرف آن باز باشد. (فرهنگ عمید)

- از عایدی موقوفه محلی خاص به صورت چارتاقی در کنار قبرستان قدیمی بر روی قبر خود و عیالم بسازید و ... (وقفنامه عادی مورخ ۱۲۸۸ هـ.ق)

چارخَد - چهار حد. شرق، غرب، جنوب، شمال.

جهان را همه چارحد گشت و دید

که بی چارحد ملک نتوان خرید

(نظامی): (لغتنامه دهخدا)

چاه - گودال تنورمانندی که در زمین حفر کنند برای رسیدن به آب و بالا آوردن آب یا ریختن فاضلاب.

چون زچاهی می کنی هر روز خاک

عاقبت اندر رسی در آب پاک

(مولوی): (فرهنگ عمید)

- مورد وقف: ... به انضمام یک حلقه چاه آب واقع در ... (از یک وقفنامه قدیمی)

چاه زه - چاهی که برای جمع شدن آب دور و بر ساختمان و رفع نم و رطوبت در داخل ساختمان یا بیرون حفر می کنند. - زه و زه کشی

- یک چاه زه مشتمل بر یک دستگاه الکتروپمپ ... (میراث ماندگار، ص. ۸۰)

چشمه سار - چشمه و زمین های اطراف آن. آن جایی که در آن، چشمه زیاد است. || به معنی سرچشمه هم گفته شده. (فرهنگ عمید)

- مورد وقف شش دانگ مزرعه ... و چشمه سار اطراف آن و ... (میراث ماندگار)

چک - (فرانسوی) حواله. نوشته ای که شخص به وسیله آن از پولی که در بانک یا نزد صراف دارد مبلغی

۱. دادستان بازنشسته سازمان ثبت اسناد و املاک کشور.

بگیرد یا به کسی حواله دهد. (فرهنگ عمید) || قبالة. برات. (لغتنامه دهخدا)

چَم - (لنجانات اصفهان) به مزرعه کوچک یا کشتزار یا بیشه‌زاری که در زمینی در حوالی یا در پیچ‌وخم رودخانه‌های بزرگ واقع است، گفته می‌شود.

- مورد وقف شامل اراضی مزروعی، آیشی، بیشه‌زار، چم، و... (از یک وقفنامه عادی قدیمی در اصفهان)

چَند - (خوانسار) زق‌زار. زمینی که آبدار باشد. زمینی که در اثر آب‌سالی پر آب شود به نحوی که کشت و زرع در آن ممکن نباشد.

- قسمتی از زمین‌های موقوفه در سال‌های آب‌سالی به‌صورت چند درمی‌آید که باید زه‌کشی شود. - زه‌کشی

چارو - محلی که آب از زیر و رو می‌رود. (اصفهان) || از اصطلاحات قدیمی اصفهان، به جایی گفته می‌شود که آب از زیر و رو عبور می‌کند.

مورد وقف: شش‌دانگ یک درب باغ مشجر واقع در قریه جوزدان ... جهت فرش زیلوی مسجد سر چارو. (اسناد موقوفات اصفهان، ص. ۲۷۶ دفتر دهم، وقفنامه مورخ ۱۳۳۰ ه. ق.)

چشمه - محلی است که آب زیرزمینی به‌طور طبیعی در سطح زمین نمایان می‌شود.

هرکجا چشمه‌ای بود شیرین مردم و مرغ و مور گرد آیند (سعدی)

|| نمونه. بخش. باب. دو چشمه مغازه: دو باب یا دو دهنه مغازه، دو چشمه پل: پل دو دهنه. (فرهنگ بزرگ سخن)

- تمامی دو چشمه دکان، جنب حمام بازارچه باب‌الدشت اصفهان. (سند موقوفه مسجد آقانور اصفهان، ۱۰۶۹ ه. ق.); (ص. ۵۰۳ دفتر سوم موقوفات اصفهان)

چند بُری - (بیده‌ند خوانسار) دور کردن آب‌های تراوش شده و رطوبت و نم زیاد از سطح بعضی از زمین‌های زراعتی و باغات در سال‌های آب‌سالی و فراوانی آب به‌وسیله کندن جوی‌های گود و باریک. زه‌کشی. - زه‌کشی.

چهارده معصوم - حضرت محمد رسول... (ص)، حضرت فاطمه زهرا (س) دختر رسول خدا (ص)، حضرت علی (ع) امیرالمؤمنین و یازده فرزند وی به‌ترتیب حضرات ائمه علیهم‌السلام؛ حسن، حسین، علی بن حسین (زین‌العابدین)، محمدباقر، جعفر الصادق، موسی الکاظم، علی بن موسی الرضا، محمدتقی، علی نقی، حسن عسگری و مهدی قائم‌آل محمد (عج) - معصوم

- عواید و درآمد مورد وقف کلاً صرف برگزاری مجالس روضه و شرح فضایل و مناقب چهارده معصوم (ع) در طول سال گردد. (از یک وقفنامه عادی قدیمی)

چهار مذهب - مراد چهار مذهب اسلام است؛ نزد اهل سنت: حنفی، شافعی، مالکی و حنبلی. (فرهنگ عمید)

چه اشخاصی می‌توانند درخواست مُهر و موم ترکه نمایند. - مُهر و موم.

بررسی حجیت سند در فقه امامیه

سید حسن آقامیری^۱

چکیده:

سند یکی از مهمترین ادله اثبات دعوا تلقی می‌شود که در نظام حقوقی ما جایگاه بی‌نظیری را دارا می‌باشد. تا بدان‌جا که یکی از حقوق‌دانان آن را ملکه ادله می‌داند. در حقوق کنونی ما پیرامون اعتبار سند، دیگر بحثی نیست. چرا که آن را در ردیف سایر ادله احصا نموده‌اند و قانون‌گذار ما مواد متعددی را در قانون مدنی به این موضوع اختصاص داده است اما آنچه که محل بحث است بررسی اعتبار و حجیت سند از نظر فقها می‌باشد که این مقاله در صدد است پیرامون دلایل موافق و مخالف در خصوص اعتبار یا عدم اعتبار سند بررسی کند.

مقدمه:

همان‌طور که می‌دانیم به‌موجب اصل ۴ ق.ا. کلیه قوانین و مقررات بایستی منطبق بر موازین اسلامی باشد. و هر قانونی که مخالف موازین باشد توسط فقیهان شورای نگهبان ابطال خواهد شد. در ارتباط با اعتبار سند کتبی نیز گرچه در قوانین متعدد مواد گوناگونی جهت اعتبار سند اختصاص یافته است لیکن صرف تخصیص مواد متعدد به مقوله سند موجب این نمی‌شود که ما اعتبار آن را در دیدگاه فقها نیز احراز نکنیم. لذا لازم است در

۱. کارشناس ارشد حقوق ثبت دانشگاه تهران.

بخش‌های آتی به بررسی اعتبار اسناد در فقه امامیه نیز بپردازیم.

۱ - اسناد متداول در فقه:

در این قسمت سعی می‌شود به تعدادی از اسناد رایج و متداول در فقه که گویای معتبر بودن سند در فقه است، اشاره نموده تا با اعتبار و ارزش سند، بیشتر آشنا شویم.

الف - سفتجه:

سفتجه (به ضم سین و سکون فاء و فتح تاء و جیم بر وزن مشتبه) بدین معنا می‌باشد که؛ فردی که قصد مسافرت کردن به مکانی را دارد، به فردی که در آن مکان مورد نظر دارای اموالی می‌باشد مبلغی پرداخت نماید تا وی برای شخص پرداخت کننده سندی تنظیم نماید که مطابق آن مال خویش را پس از رسیدن به مکان مورد نظر تحویل بگیرد. لذا به واسطه این تدبیر از خطر همراه بردن مال خود در امان می‌ماند.^۱

ب - صک:

این واژه معرب لغت فارسی چک می‌باشد. به اعتقاد برخی حقوق دانان این واژه درباره اسنادی به کار می‌رفته که متن آن‌ها شامل یکی از عقود و یا ایقاعات بوده است. براین اساس، این واژه شامل همه اسنادی می‌باشد که امروزه در دفاتر اسناد رسمی و ازدواج و طلاق تنظیم می‌شود.^۲

بیشترین کاربرد واژه صک را در تألیفات فقهی اهل سنت می‌توان ملاحظه نمود. همچون صک اجاره به معنای سند اجاره،^۳ صک وقف به معنای سند وقف.

ج - اثبات وقف به وسیله سند:

امام خمینی (ره) پیرامون ارزش و اعتبار وقف‌نامه نظر مخصوصی داشتند. ایشان در

۱. الطریحی، فخرالدین، مجمع البحرین، ج. ۲، تهران، انتشارات مرتضوی، ج. ۳، ۱۳۷۵، ص. ۳۰۹.

۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، ج. ۲، تهران، بی‌تا، ص. ۸۵۹.

۳. ابن عابدین، محمد امین، رسائل، ج. ۲، مصر، چاپ محمد هاشم الاکتبی، ۱۳۳۵ هـ.ق.، ص. ۱۶۴ (به نقل از: جعفری لنگرودی، همان).

جواب به این پرسش که اگر ملکی در دست یا تصرف شخصی باشد و بعد، چند نفر یا یک نفر مدعی شوند که این ملک، وقف است و نوشته‌ای هم داشته باشند که در آن مرقوم شده که فلان ملک مثلاً وقف است، آیا با ارائه این گونه نوشته‌ها و ادعاها وقف بودن ثابت می‌شود یا خیر؟ در جواب می‌فرمایند: «با ادعا و نوشته وقف ثابت نمی‌شود مگر موجب اطمینان شود.»^۱ یا در جایی دیگر، در جواب پرسش دیگری با این عبارت که «وقف‌نامه‌هایی از دویست، سیصد سال قبل در اداره اوقاف یا ادارات دیگر مثل دادگستری، موجود است و فعلاً یک قسمت از چهار قسمت اراضی موقوفه، برابر وقف‌نامه مزبور در تصرف بوده و برای سه قسمت دیگر سند مالکیت صادر شده است. گرچه هنگام تقاضای سند مالکیت، وارث واقف شکایت نموده و مدت‌ها پرونده در جریان بوده، بالاخره ترتیب اثر داده نشده است. با توجه به این که طبق مسئله ۹۲ در کتاب تحریرالوسیله کتاب وقف، فعلاً شیاع مفید علم یا اطمینان (و دیگر راه‌های اثبات وقف بودن مانند: اقرار ذوالید، تصرف به‌عنوان موقوفه، بینه شرعیه (در مسئله مورد بحث) نیست تکلیف اراضی مزبور چیست؟ ایشان در جواب این پرسش چنین گفته‌اند که: «اگر اراضی مزبور در تصرف وقف نبوده یا معلوم نیست که در تصرف بوده‌اند، تا به طریق شرعی، وقف بودن آن‌ها ثابت نشود، حکم وقف ندارند.»^۲

د - محضر

واژه محضر بر وزن مکتب بوده و به معنی صورت جلسات دادرسی می‌باشد.^۳ در خصوص محضر بایستی گفت که فقها بیشتر در کتاب القضاء از آن نام برده‌اند و آن هم زمانی می‌باشد که قاضی، اصحاب دعوی را به اسم نمی‌شناسد؛ لذا مبادرت به تنظیم محضر می‌نماید.

چنانچه اگر یکی از اصحاب دعوی اقرار به حقی نماید، مقررله می‌تواند از قاضی تقاضا

۱. کریمی، حسین، موازین قضایی از دیدگاه امام خمینی (ره)، قم، شکوری، چ. اول، ۱۳۶۵، ص. ۱۴۴.

۲. همان، صص. ۱۴۶ - ۱۴۵.

۳. ساکت، محمد حسین، نهاد دادرسی در اسلام، آستان قدس رضوی، چ. اول، ۱۳۶۵، ص. ۱۸۹.

نماید که اقرار وی را در سندی به نام محضر قید کند و حاکم هم بایستی مورد اقرار و هم چنین اوصاف مقرر را تمام و کمال قید نماید. در رابطه با حجیت «محضر»، شیخ طوسی بعد از نقل قول مخالف فقهای اهل سنت، در نهایت نظریه پذیرش محضر را فتوا داده‌اند.^۱

۲ - بررسی دلایل موافق و مخالف پیرامون اعتبار سند از نظر فقه امامیه:

بعد از بررسی تعدادی از اسناد و نوشتجات متداول در کلام فقها، ضروری است پیرامون حجیت و اعتبار و ارزش سند کتبی در کلام فقها و منابع فقه شیعه بپردازیم. زیرا تا زمانی که اعتبار سند کتبی در فقه اثبات نشود، فرصتی برای بررسی تعارض آن با سایر ادله پیش نمی‌آید. زیرا همان‌طور که گفته خواهد شد، یکی از مقدمات تعارض ادله، برابری آن‌ها از حیث حجیت و اعتبار می‌باشد. و تا زمانی که این مقدمه لازم فراهم نشود، دیگر صحبت از تعارض، بی‌معنا و نامفهوم می‌باشد. لذا ادله موافق و مخالف پیرامون حجیت سند کتبی در زیر می‌آید.

دلیل اول: قرآن کریم

«يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسَ مِنْهُ شَيْئًا فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْتَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ذَٰلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشُّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفَلَّوْا فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ وَكَانَ عَلَىٰ عِلْمٍ ﴿٢٠٢﴾ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِيَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ أِثْمٌ قَلْبِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ ﴿٢٠٣﴾»^۲

ترجمه:

۱. ماوردی، ابوالحسن علی بن محمد بن خطیب، *ادب القاضی*، ج. ۲، ص. ۳۰۲ (به نقل از: ساکت، همان).

۲. سوره مبارکه بقره آیه ۲۸۲.

«ای کسانی که ایمان آورده‌اید هنگامی که بدهی مدت‌داری به یکدیگر پیدا کنید آن را بنویسید و باید نویسنده‌ای از روی عدالت (سند را) در میان شما بنویسد و کسی که قدرت بر نویسندگی دارد نبایستی از نوشتن - همان‌طور که خداوند بر وی تعلیم داده - خودداری کند سپس باید بنویسد و آن کسی که حق بر عهده او است باید امضا کند و از خدا که پروردگار اوست، [تقوا کند] بپرهیزد و چیزی را فروگذار ننماید و اگر کسی که حق بر ذمه اوست سفیه یا ضعیف است یا توانایی بر املاکردن ندارد باید ولی او با رعایت عدالت املا کند و دو نفر از مردان خود را (بر این حق) شاهد بگیرد و اگر دو مرد نبودند یک مرد و دو زن از کسانی که مورد رضایت و اطمینان شما هستند انتخاب کنید تا اگر یکی از آن دو زن انحرافی یافت [مثلاً فراموش کرد] دیگری به او یادآوری کند و شهود نباید به هنگامی که آن‌ها را (برای شهادت) دعوت می‌کنند [از ادای شهادت] خودداری نمایند و از نوشتن (بدهی) چه کوچک باشد یا بزرگ، ملول نشوید. این در نزد خدا به عدالت نزدیک‌تر و برای شهادت، مستقیم‌تر و برای جلوگیری از تردید و شک بهتر می‌باشد مگر این که دادوستد نقدی باشد که بین خود دست به دست می‌کنید. در این صورت، گناهی بر شما نیست که آن را ننویسید. ولی هنگامی که خرید و فروش (نقدی) می‌کنید شاهد بگیرید و نباید به نویسنده و شاهد زبانی برسد و اگر چنین کنید از فرمان پروردگار خارج شده‌اید. از خدا بپرهیزید و خداوند به شما تعلیم می‌دهد. خداوند به همه چیز دانا است.»

هم‌چنان که می‌دانیم، آیه فوق طولانی‌ترین آیه قرآن می‌باشد که شامل احکام فقهی عدیده‌ای است. چنانچه بعضی از مفسرین تعداد این آیه شریفه، احکام را پانزده حکم نیز دانسته‌اند. در این آیه شریفه، احکام متعددی پیرامون لزوم تنظیم سند در روابط مالی افراد، در خصوص لزوم شهادت به هنگام مطالبه شاهد و شرایط کاتب و غیره اشاره شده است. لذا ما در ادامه بحث به بررسی بعضی از این احکام خصوصاً پیرامون کتابت خواهیم پرداخت.

بسیاری از دانشمندان اسلامی، آیه مذکور را یکی از ادله محکم در جهت اثبات کتابت

و جهت سند مکتوب به کار می‌برند. چنانچه فاضل جواد در این مورد نوشته است: «قد يظهر من هذه التأكيدات في امر الكتابه انها معتبرة و حجة شرعية يصح التمسك بها و المشهور بينهم خلاف ذلك فلا يصح الركون اليها بل اللازم الوقوف مع ظاهرها كما ذهب اليه البعض»^۱

همان‌طور که در این عبارت ملاحظه می‌شود، حجت (معتبر) دانستن سند کتبی به واسطه تأکیدات فراوانی که در آیه مذکور نسبت به کتابت شده، برداشت می‌شود. از کلام بعضی مفسرین نیز همین نکته استناد می‌شود که سند کتبی امری معتبر است. چنان‌چه طبرسی می‌گوید: «معنای (فاکتبوه) در آیه شریفه این است که «دین» را در سندی بنویسید تا فراموشی یا انکار در آن راه نیابد و موجب تضمین حق بوده، باعث تأمل و توجه دارنده حق و متعهد آن و شاهدان باشد. وجه تأمل و توجه دارنده حق آن است که حق او به وسیله سند و شهود تضمین شده و لذا از بین نخواهد رفت. وجه تأمل و توجه متعهد حق آن است که با وجود سند، از انکار حق دورتر خواهد بود و مستوجب عذاب نخواهد شد و وجه تأمل مشهود آن است که هرگاه متعهد با خط خود سند را بنویسد برای شهادت شهود مستقیم‌تر و از سهو و اشتباه دورتر بوده، به تذکر و یادآوری نزدیک‌تر خواهد بود.»^۲

آثاری که در کلام گوینده سخن فوق برای کتابت دین و تنظیم سند مکتوب ذکر شده است مانند جلوگیری از راه یافتن فراموشی یا انکار و تضمین حق صاحب حق، فقط در حالتی به وجود می‌آید که سند کتبی را معتبر بدانیم. بنابراین، عبارت فوق‌الذکر، بر اعتبار سند کتبی دلالت می‌نماید. در خود آیه نیز اگر اندکی تأمل نماییم، ملاحظه خواهیم نمود که با توجه به دستوراتی که خداوند در آیه نموده، مانند: امر به کتابت و اتخاذ شاهد برای معاملات، اعتبار سند کتبی برداشت می‌شود. از ظاهر این اوامر بر می‌آید که این‌ها اوامر

۱. کاظمی، محمدجواد، *مسائلک الافهام الی آیات الاحکام*، ج. ۳، تهران، انتشارات مرتضوی، ۱۳۶۵، ص. ۶۵.

۲. طبرسی، ابوعلی فضل بن الحسن، *مجمع البیان فی التفسیر القرآن*، ج. ۲، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۴ هـ.ق، ص. ۲۱۹.

ارشادی می‌باشند نه مولوی. در آن جا که خداوند می‌فرماید: «ذلکم اقسط عند الله و اقوم للشهادة و ادنی الا ترتابوا» بنابراین، نمی‌توان از اوامر موجود در آیه، وجوب کتابت دین و تنظیم سند برای آن را استفاده نمود. علاوه بر این، اجماع فقهای امامیه و عمل متشرعه نیز بر عدم وجوب کتابت دین استقرار یافته است. دلایلی که فقها پیرامون عدم وجوب کتابت آورده‌اند متعدد است. از جمله، قاعده «لا حرج»^۱ در بیان آن‌ها بر این است که با توجه به این قاعده چون الزام و وجوب کتابت موجب عسر و حرج برای طرفین معامله می‌شود، لذا کتابت دین امری واجب و ضروری است یا دلیل دیگر آن‌ها حدیث پیامبر (ص) است که ایشان می‌فرمایند: من مبعوث شدم به شریعت و دینی که آن مبتنی بر سمحه و تمایل به فطرت و عدالت دارد.^۲

لذا از مجموع این ادله، عدم وجوب کتابت را استنباط می‌کنند.

بدون شک، کتابت دین فقط زمانی مفید بوده و باعث احیای حکمت‌های مذکور در آیه خواهد شد که سند کتبی دارای اعتبار و ارزش باشد. چرا که اگر سند کتبی را برای اثبات موضوع معتبر بدانیم آنگاه چنین سندی نه برای شهادت دادن «اقوم» و استوارتر می‌باشد و نه برای رفع شک و تردید، مؤثرتر می‌باشد.

برای تکمیل این استدلال لازم است این مطلب را نیز اضافه نماییم که گرچه آیه شریفه در مورد کتابت دین وارد شده ولی بدون هیچ‌گونه شک و تردیدی، سند مربوط به دین هیچ خصوصیتی ندارد. بنابراین، با استفاده از اعتبار سند دین از آیه می‌توان نتیجه را به هر سند دیگری که مشتمل بر شرایط مذکور در آیه شریفه باشد، سرایت داد.

در رابطه با عبارات فوق بعضی از مفسرین ایراداتی را وارد نموده‌اند از جمله این که می‌گویند؛ دستور به کتابت دین از جهت اعتبار سند کتبی نمی‌باشد بلکه به این دلیل بوده

۱. المصطفوی، سید محمد کاظم، القواعد، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ج. ۷، ۱۴۲۹ ه.ق.، ص. ۲۹۶.

۲. بعثت بالحنیفه السمحه و من خالف سنتی فلیس منی؛ ر.ک.: شیروانی، علی، نهج الفصاحه، تهران، دارالفکر، ج. ۳، ۱۳۸۶، ص. ۱۶۳؛ المجلسی، محمد باقر، بحار الانوار، دارالاحیاء التراث، بیروت، ج. اول، ۱۴۱۲ ه.ق.

که سند موجب یادآوری شاهد یا صاحب حق می‌شود. این ایراد زمانی قوت بیشتری می‌گیرد که در خود آیه نیز به صرف کتابت دین اکتفا نکرده بلکه سند دلیل و وسیله مستقلی برای اثبات نیست. البته ما باید به این اشکال این‌گونه پاسخ بگوییم که بدون شک، کلام خداوند را بایستی به‌گونه‌ای تعبیر نمود که مطابق حکمت باشد چرا که حکمت الهی اقتضا دارد که کلام خدا به‌نحوی معنا نشود که لغو به‌نظر آید. همان‌طور که از آیه برداشت می‌شود، در متن آیه، خداوند در ابتدا دستور به کتابت دین می‌دهد و سپس به سراغ اتخاذ شاهد می‌رود. اگر به‌راستی با وجود شهادت دو مرد عادل، فایده‌ای بر کتابت سند نبود، سپس دستور به آن امری لغو می‌بود. درحالی‌که همگی می‌دانیم که از کلام شخص حکیم هیچ زمانی سخن لغو و دستور بیهوده صادر نمی‌شود. اما ممکن است ایراد دیگری وارد شود و آن این که درست است سند معتبر می‌باشد ولی وسیله و دلیل مستقلی تلقی نمی‌شود بلکه وابسته به سایر ادله می‌باشد؟ در جواب این پرسش بایستی گفت که این ایراد نیز خالی از اشکال نمی‌باشد. چرا که خداوند در آیه مذکور به دفعات بر مسئله کتابت، آن هم نه با یک تعبیر بلکه با تعابیر گوناگون اشاره نموده است. لذا این تأکیدها همراه با ذکر جزئیات گویای این مطلب است که سند از منظر اسلام، امری معتبر تلقی می‌شود و آن هم یک دلیل مستقل از سایر ادله. اگر همین تغییرات به کار رفته در آیه ۲۸۲ سوره بقره را یک مقنن در یک سندی به نام قانون درج می‌نمود شاید کسی بدون هیچ تردیدی پی به اعتبار سند کتبی می‌برد.

در توجیه این که چرا پس خداوند به‌رغم آن که سند را معتبر می‌داند از شهادت شهود غافل نشده و آن را نیز لازم دانسته است؟ در جواب به این پرسش نیز بایستی بگوییم که ذکر شهادت شهود در واقع، اعتباربخشیدن به سند تنظیمی فی‌مابین طرفین است. در واقع، شهادت شهود نقش جایگزینی برای امضا و مهر و دفترخانه امروزی می‌باشد و در واقع، یک نوع قابلیت استناد دادن سند به طرفین می‌باشد. چون همان‌طور که می‌دانیم، تا زمانی که سند به‌وسیله تنظیم‌کننده آن امضا نشود نمی‌تواند معتبر تلقی شود. چنان که همین مفاد

مفهوم را ماده ۱۹ آیین نامه دفاتر اسناد رسمی اشاره می نماید که سند معامله بایستی پس از تنظیم و ثبت در دفتر به تصدیق و امضای اصحاب معامله برسد. دلیل آن هم روشن و واضح می باشد. چرا که در غیر این صورت، هرکسی می تواند کاغذی بنویسد و در آن دینی را به نفع خود بر عهده دیگری ادعا نماید. اصولاً چیزی که نوشته را به صورت سند در می آورد و آن را بیانگر اراده جدی نویسنده قرار می دهد امضای آن است.^۱

پس در مجموع می توان این گونه اشاره نمود که اشاره به شهادت شهود در واقع، یک نوع تضمین و اطمینان بخشی به صحت انتساب آن به نویسنده می باشد.

دلیل دوم: سنت

در ادامه بحث گذشته پیرامون آیه ۲۸۲ سوره مبارکه بقره، عده ای با استناد به یک سری روایت صادره از معصومین (ع) قائل به این مطلب شده اند که ذکر سند صرفاً از باب یادآوری و نوعی تذکر نسبت به شهود می باشد. از این نظر که شاهدان ممکن است به واسطه حوادثی خواسته یا ناخواسته موضوع شهادت را فراموش نمایند لذا سند کتبی این ویژگی را دارا است که می تواند نوعی تذکره باشد برای شهود که موضوع شهادت را به یاد آورند. از جمله این احادیث روایت صحیحه عمر بن یزید می باشد که می گوید: «به امام صادق (ع) عرض کردم، مردی مرا در خصوص سندی به شهادت دادن می طلبد و من دست خط و مهر خود را در آن سند می شناسم لیکن از باقی آن چیزی به خاطر ندارم. حضرت در پاسخ فرمود: اگر دوست تو، مورد اطمینان تو می باشد و همراه او نیز مرد مورد اطمینانی می باشد، به نفع او شهادت بده.»^۲

همان طور که از این روایت برداشت می شود شهادت دادن در مسائل مشروط بر دو شرط

است:

۱. صدرزاده افشار، سید محسن، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی دادگاه های عمومی و انقلاب، ج. پنجم، جهاد دانشگاهی، تهران، ۱۳۷۹، ص. ۹۳.
۲. حر عاملی، محمد بن الحسن بن علی، وسائل الشیعه، ج. ۲۷، کتاب الشهادت، قم، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، ۱۳۹۲ هـ.ق.

اول - این که مخاطب او که وی را به شهادت می‌طلبد فردی مورد اطمینان باشد.

دوم - به همراه او فردی نیز به‌عنوان شاهد باشد.

آنچه که مسلم می‌باشد این است که امام به خاطر مورد اطمینان بودن طرف همراهی شهادت یک شاهد را لازم دانسته که احتمال جعلی بودن سند کتبی را تضعیف نماید. در واقع، به‌واسطه آن که ممکن است امضا و دست‌خط به‌رغم آن که توسط وی صحیح احراز شده، جعلی بوده باشد، لذا شهادت شهود را در فرض فوق لازم و ضروری دانسته است. در واقع، انضمام دو شرط مذکور با یکدیگر در دید و منظر عقلا، موجب تضعیف احتمال جعل سند خواهد شد و حضرت نیز از این سیره تبعیت نموده است. نکته دیگر این است که خود مورد اطمینان بودن طرف که تأثیری در بینه شرعی ندارد و شهادت یک نفر نیز تشکیل‌دهنده بینه شرعی نمی‌باشد. لذا صرف ذکر این دو از باب اطمینان بیشتر می‌باشد. پس با اندکی درنگ و تأمل در متن روایت پی خواهیم برد که اعتبار سند به‌عنوان وسیله‌ای برای اثبات موضوع در این روایت پذیرفته شده و حضرت، مهر تأیید بر آن گذاشته‌اند و آنانی که در صدد می‌باشند که با عنایت به این روایت فتح بابی نمایند جهت بی‌اعتبارسازی سند یا حداقل بیان این مطلب که سند، اعتبار استقلالی ندارد، سخت در اشتباه‌اند. زیرا اگر از نظر امام (ع) سند اعتبار نداشت حضرت بایستی مسائل را از شهادت‌دادن مطابق مضمون سند نهی می‌کرد و یا این که فقط اقامه بینه شرعیه این کار را جایز می‌شمرد.

دلیل سوم: سیره

قبل از آن که به سیره به‌عنوان یک دلیل برای اثبات حجیت و اعتبار سند کتبی اشاره شود، آوردن بحثی پیرامون سیره و اعتبار آن در فقه امامیه خالی از فایده نخواهد بود. همان‌طور که می‌دانیم، سیره در لغت به‌معنای روش می‌باشد و در اصطلاح اصول فقه، به رویه مستمر و بناء عملی مردم نسبت به نقل یا ترک فعل اطلاق می‌شود. سیره، گاهی در فقه امامیه به‌عنوان یکی از منابع استخراج احکام فقهی مورد استفاده قرار گرفته و می‌گیرد.^۱

۱. محقق داماد، سیدمصطفی، *مباحثی از اصول فقه*، ج. ۲، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چ. ۱۳، ۱۳۸۵، ص. ۱۴۸.

در علم اصول، وقتی از سیره سخن به میان می‌آید، سیره را به دو قسمت تقسیم می‌نمایند:

- گاهی رویه عملی جمیع عقلا و عرف عام از هر ملت و مذهبی است که شامل مسلمین و غیرمسلمین می‌شود که در این صورت به «سیره عقلانیه» یا «بنا عقاء» موسوم است. گاهی هم، رویه جمیع مسلمانان و یا خصوص اهل یک مذهب خاصی مثل امامیه منظور است که در این صورت، «سیره متشرعه» یا «سیره شرعیه» نامیده می‌شود.^۱

حجت سیره عقلا:

در بحث سیره عقلا بایستی مشخص شود که مسلک شارع با مسلک عقلا یکی است. چرا که محظوری در این امر وجود ندارد و یا نظر به این نیست. چرا که برای هماهنگی مسلک شارع با عقلا مانعی وجود دارد. در فرض اول، در صورتی که مشخص بشود منعی از جانب شارع وجود ندارد، قطعاً سیره، حجیت پیدا می‌نماید.

چون شارع نیز خود رئیس‌العقلاء است و خارج از این رویه، عملی انجام نمی‌دهد. زیرا اگر خود شارع راضی به این مسلک عقلا نبود، بایستی مخالفت خویش را ابراز می‌کرد و حال آن که چنین نظر مخالفی را ابراز ننموده و عقلا را نیز از روش‌شان منع ننموده‌اند. اما اگر حالت دوم فرض شود، یعنی برای هماهنگی مسلک شارع با عقلا، محظوری موجود باشد، دو حالت فرض می‌شود؛ یا جریان سیره عقلا در عمل به این سیره در امور شرعیه معلوم است یا معلوم نیست. اگر معلوم باشد، برای احراز موافقت شارع با سیره و مسلک عقلا صرف عدم ثبوت منع، کافی است چون اگر شارع راضی به این عمل نبود بایستی مخالفت خویش را ابراز می‌نمود، درحالی که چنین نکرده و اما اگر معلوم نبود به صرف عدم ثبوت منع شارع، برای احراز رضایت و موافقت شارع کافی نیست، زیرا چه بسا شارع عقلا را از انجام سیره منع کرده درحالی که آن‌ها توجهی ننموده‌اند.

در مجموع وقتی می‌توانیم از حجیت سیره عقلا، حجت‌نماییم که اولاً عملی مورد پذیرش همه عقلا باشد در ثانی شارع نیز در کلام خویش منعی برای آن نیاورده باشد.

۱. مظفر، محمدرضا، اصول فقه، ج ۲، مؤسسه النشر الإسلامی، قم، چ. چهارم، ۱۴۲۸ هـ.ق، ص. ۱۷۶.

حجت سیره متشرعه:

پیرامون معنا و مفهوم سیره متشرعه قبلاً سخن به میان آمد. در کلام اصولیین سیره به دو نوع است: گاهی علم داریم به این که این سیره در عصر معصومین جاری بوده و معصوم نیز از عاملان به آن سیره بوده یا حداقل تقریر به آن نموده و گاه نیز این امر معلوم نیست. اگر گذشته عمل معلوم باشد (فرض اول) شکی نیست که سیره متشرعه جهت قطعی بر موافقت شارع می‌باشد. لذا این سیره در این حالت از سیره عقلا متمایز می‌شود.^۱ اما اگر فرض دوم جاری شود یعنی این که سیره متشرعه در زمان معصوم جاری و ساری نباشد، دیگر جایی برای اعتماد به آن احراز رضایت و موافقت معصوم به نحو قطعی وجود ندارد. علت این امر، آن است که ممکن است آداب و رسومی برای زمانی خاص باشند که بعضاً نیز در زمان خاصی و در میان مسلمانان رایج شده‌اند و ریشه آن‌ها متأسفانه در تعصبات قومی و نژادی می‌باشد و بیشتر مبتنی بر تقلید کورکورانه است. لذا می‌گویند حجیت و سندیت سیره اسلامی بستگی به ضریب کاشفیت آن از موافقت شارع دارد.

یکی از ادله‌ای که ما قصد داریم جهت اثبات حجیت سند به کار ببریم همان سیره عقلا و متشرعه می‌باشد که سابقاً به تفصیل پیرامون مفاد مفهوم و اعتبار و حجیت آن سخن گفتیم. سیره عقلا و متشرعه عمل به کتابت و نوشته‌های مورد اطمینان را پذیرفته‌اند چرا که یکی از طرقی که برای عقلا ایجاد اطمینان می‌نماید استناد به سند مکتوب می‌باشد. عمل به اسناد مکتوب و اعتبار دادن به آن‌ها و اتکای به آن‌ها نه تنها در سیره عقلا بلکه در سیره متشرعه نیز آشکار و بارز می‌باشد. نگاهی اجمالی به صدر اسلام و نامه‌هایی که در عصر پیامبر (ص) به حکومت‌های مختلف ارسال می‌شد، گویای اعتماد بر سند کتبی است و اعتبار این اسناد را هم محتوا و هم طرف خطاب آن گوشزد می‌نماید یا احادیث مکتوب پیامبر (ص) گویای همین اعتبار و ارزش است.^۲ در اثبات این مطلب که سیره عقلا بر

۱. رک: حاشیه مرحوم غروی اصفهانی بر مکاتب شیخ انصاری، ص. ۲۵ (به نقل از: مظفر، محمدرضا، همان، ص. ۱۷۹).

۲. به تعبیر یکی از مؤلفان، «معاهدات بین‌المللی در اسلام باید به صورت کتبی منعقد شوند»، ضیائی بیگدلی، محمدرضا، حقوق بین‌المللی عمومی، تهران، گنج‌دانش، چ. ۲۰، ص. ۲۷.

اعتماد و اطمینان بر کتابت و نوشته استوار است، صاحب جواهر آورده است: «در صورتی که قرائن حالیه و غیر آن وجود داشته باشد که نویسنده معنا و مدلول الفاظی را که نوشته است اراده کرده، ظاهر این است که عمل به آن جایز می‌باشد، چرا که سیره مستمره در زمان‌ها و مکان گوناگون بر همین امر استقرار یافته است بلکه می‌توان بر این مسئله، ادعای ضرورت کرد و خصوصاً با ملاحظه عمل علما که در نسبت‌دادن مخالفت و موافقت به یکدیگر و نقل اجماع و غیر آن، به کتاب‌ها و نوشته‌های رایج در میان خود اعتماد می‌کنند.^۱

در کلام بعضی از فقهای معاصر نیز استناد به سیره عقلا برای اثبات اعتبار کتابت استفاده شده و تصریح کرده‌اند که سیره مزبور مورد انکار شرع مقدس اسلام قرار نگرفته است.^۲

در بحث اعتبار سند کتبی در روابط حقوقی فی‌مابین افراد در گذشته نیز در تاریخ ایران نشانه‌هایی وجود دارد. به‌عنوان مثال، افراد برای تنظیم برخی اسناد نزد علما می‌رفتند و اقدام به تنظیم آن موضوع حقوقی می‌کردند و در آخر نیز مهر آن عالم، گویای اعتبار آن سند می‌شد. چنانچه در رأیی که از یکی از شعبات دیوان عالی کشور صادر شده آمده است: «اسنادی که قبل از وضع قانون دفاتر اسناد رسمی در محضر علمای مرجع دادگستری تنظیم می‌شده حکم اعتبار اسناد رسمی را دارد.»^۳

یا این عبارت که «تهیه اسناد ملکی و نقل و انتقال و تقسیم ارثیه و امثال آن از اموری بود که از قرن‌ها قبل در انحصار علمای دین بود و این یکی از منابع درآمد آنان محسوب می‌شد. همان‌طور که از این تعابیر برداشت می‌شود، مبحث کتابت اسناد و مهر تأییدی که از جانب علما بر آن گذاشته می‌شد، گویای اعتبار و حجیت اسناد کتبی در نزد مردم داشته است.

دلیل چهارم: ضرورت حفظ نظام اجتماعی

یکی از دلایلی که در جهت (اثبات) حجیت و اعتبار سند کتبی در فقه امامیه می‌توان بدان استناد نمود، قاعده ضرورت حفظ نظم و لزوم جلوگیری از اختلال و هرج‌ومرج در نظام اسلامی می‌باشد.

۱. نجفی، محمدحسن، *جواهرالکلام*، ج. ۴۰، تهران، *دارالکتب الاسلامیه*، ج. ۴، ۱۳۷۴، ص. ۳۰۴.

۲. موسوی گلپایگانی، سیدمحمدرضا، *کتاب القضاء*، ج. ۲، قم، مطبعه الخیام، ۱۴۰۱ هـ.ق، ص. ۱۳.

۳. زراعت، عباس، *منابع آئین دادرسی*، تهران، چ. اول، ۱۳۷۹، ص. ۴۳۳.

البته به واسطه این قاعده عملی که البته شارع مقدس نیز بدان حکم می‌کند، به‌طور مستقیم و بلاواسطه اعتبار سند کتبی استنتاج نمی‌شود ولی چون به‌واسطه این قاعده لزوم تنظیم سند در روابط حقوقی افراد حاصل خواهد شد. به تبع آن اگر سند از اعتبار و حجیت لازم برخوردار نباشد، نمی‌توان اشخاص را به تنظیم سند فی‌مابین خودشان ملزم نمود. درخصوص این که این قاعده عقلی از کجا نشأت و سرچشمه می‌گیرد و این که آیا اساساً فقها بدان توجه و عنایت دارند یا خیر؟ در جواب بایستی بیان داشت که این قاعده از مستقلات عقلی بوده و فقها نیز بعضاً در کتب خود اشاراتی صریح یا ضمنی بدان نموده‌اند. به‌عنوان نمونه، یکی از فقها در کتاب القضاء پیرامون این که قضاوت واجب کفایی می‌باشد، چنین استدلال می‌نمایند که: «... و ذلك لتوقف حفظ النظام المادی و المعنوی علیه ...»^۱ یا یکی دیگر از فقیهان در مبحث اخذ اجرت در بعضی مشاغلی که در جامعه وجود دارد، می‌گوید: «فانها و ان کانت واجبه بالعرض. باعتبار توقف النظام علیها کسائر انواع الحرف و الصناعات ...»^۲ که البته از این عبارت در بیان فقها کم نیستند که همگی آن‌ها پس از اندکی درنگ و تأمل در آن‌ها این نکته را اشاره می‌نمایند که قاعده حفظ نظم در جامعه اسلامی از نظر فقها به‌عنوان یک قاعده معتبر تلقی می‌شود. زیرا به تعبیر بعضی از ایشان، هر آنچه که دوام و استمرار حکومت اسلامی بدان متکی باشد، حفظ آن و نگهداری آن از واجبات و ضروریات است.

نتیجه:

از مجموع مطالب مذکور، چنین نتیجه گرفته می‌شود که سند از منظر و دیدگاه فقهایی امامیه، امری معتبر بوده و جزو ادله محسوب می‌شود؛ منتها درخصوص این که آیا جزو ادله مستقل بوده یا غیرمستقل، فقیهان، هم‌چنان به‌نظر واحدی نرسیده‌اند.

۱. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *مبانی تکلمة المنهاج*، ج. ۴۱، کتاب القضاء، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخویی، ۱۴۲۲ هـ.ق، ص. ۶.
 ۲. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *مستند العروة الوثقی*، کتاب الاجاره، باب اخذ الاجره علی الطبايه، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخویی.

دغدغه

تأملی بر؛

ماده ۲۹ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی و عملکرد مراکز تعویض پلاکمحمود محمدزاده^۱

اتومبیل در جهان حاضر یکی از لوازم مهم زندگی خانواده‌ها و رافع بخشی از معضلات جامعه به‌ویژه در حمل‌ونقل و جابجایی افراد و محموله و اموال ایشان بوده و نقش عمده‌ای در زندگی ماشینی بشر امروز ایفا می‌کند.

ورود اتومبیل به کشورمان تقریباً به يك سده قبل می‌رسد و از دهه ۴۰ مونتاز آن شروع و پس از انقلاب، ساخت و مونتاز خودرو رونق گرفت.

تصویب قوانین مرتبط با مالکیت اتومبیل، هدایت و تردد آن و مقررات مربوط به رانندگی اتومبیل و نحوه نقل‌وانتقال و تنظیم اسناد انواع خودرو و وصول مالیات‌های نقل‌وانتقال اتومبیل تقریباً قدمت ۴۵ ساله و از جمله مقررات مصوب قدیمی است. آنچه که در قوانین مربوط به اخذ و وصول مالیات از اتومبیل‌ها مدنظر مقنن بوده، دریافت مالیات نقل‌وانتقال مربوطه در حین تنظیم سند به‌عهدده و از وظایف دفاتر اسناد رسمی بوده و ارگان‌های دیگر، سمتی در این خصوص نداشتند.

برخی از حقوق‌دانان بر این اعتقاد بودند که در مواد ۴۶ و ۴۷ ق.ت.، تنظیم اسناد اتومبیل بیان نشده و در حیطه وظایف دفاتر اسناد رسمی نمی‌باشد. اما در تمامی قوانین مربوط به وصول مالیات انتقال خودروها، دفاتر اسناد رسمی مسئول تنظیم اسناد اتومبیل و مأمور وصول مالیات انتقال و ارسال آن به حساب‌های تعیین‌شده، بوده‌اند و برای عدم وصول مالیات نیز جرایمی در قوانین برای دفاتر پیش بینی شده بود.

۱. سردفتر دفتر اسناد رسمی شماره ۴۹۵ تهران و عضو هیئت تحریریه ماهنامه «کانون».

اولین قانون اخذ مالیات از اتومبیل‌های سواری و صفحات گرامافون مصوب ۱۳۴۵/۱۲/۲۸ می‌باشد که به‌موجب ماده واحده وزارت دارایی مکلف بود از تولیدکنندگان اتومبیل‌های سواری، سواری بیابانی ساخت و مونتاژ داخله... به‌شرح زیر مالیات اخذ و به حساب درآمد عمومی کشور منظور نماید.

اولین قانون پس از انقلاب در خصوص میزان مالیات نقل و انتقال ۳۱ سال قبل در تبصره ۲ ماده ۷ لایحه قانونی اصلاح بعضی از مواد قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۵۹/۴/۲۵ شورای انقلاب بیان و در ماده ۷ آمده بود؛ *مالیات نقل و انتقال دست دوم به بعد اتومبیل‌های سواری از ۱۳۵۹/۶/۱۵ به‌شرح زیر خواهد بود. در تبصره فوق بیان شده؛ «دفاتر اسناد رسمی موظفانند از صدور هر نوع سند (قطعی، شرطی، اجاره‌ای، رهنی، صلح، وکالتی و غیره) قبل از دریافت رسید مالیات خودداری نموده و ضمناً فهرست نقل و انتقال‌ها و وسایط نقلیه‌ای را که در آن دفتر معامله گردیده حداکثر تا پایان هفته بعد به اداره کل مالیات‌های غیرمستقیم در تهران و ادارات امور اقتصادی و دارایی در شهرستان ارسال دارند».*

پس از چهار سال از مصوبه شورای انقلاب، قانون وصول مالیات از اتومبیل‌های غیرسواری و اصلاح بعضی از مواد قانون مالیات‌های مستقیم و اصلاحیه‌های بعدی مصوب ۱۳۶۳/۱۰/۲ که در تاریخ ۱۳۶۳/۱۰/۶ به تأیید شورای نگهبان رسید، مبنای وصول مالیات از خودروها شد. ماده ۱ - *نقل و انتقال دست دوم به بعد وسایل نقلیه غیرسواری مشمول مالیات به‌شرح زیر خواهد بود؛ به ازای هر سال پایین بودن مدل وسایط نقلیه مورد معامله ۱۰ درصد از مالیات مقرر کسر خواهد شد مشروط به این‌که تخفیف مذکور از ۸۰ درصد تجاوز ننماید.*

تبصره ۴ - *انتقال‌دهنده مسئول پرداخت مالیات نقل و انتقال می‌باشد... مالیات متعلقه باید قبل از انجام معامله به حسابی که از طریق وزارت امور اقتصادی و دارایی... پرداخت و رسید آن به دفاتر اسناد رسمی تسلیم گردد.*

تبصره ۵ - *صدور هر نوع سند (قطعی، شرطی، اجاره‌ای و...) و غیر این‌ها توسط دفاتر اسناد رسمی منوط به اخذ رسید پرداخت مالیات می‌باشد.*

پس از قوانین مالیاتی فوق قانون فعلی مورد عمل در دفاتر اسناد رسمی، قانون مالیات بر ارزش افزوده مصوب سال ۸۷ می‌باشد و علاوه بر این، هر سال اداره دارایی ارزش کارخانه‌ای اتومبیل‌های داخلی و مجموع ارزش گمرکی و حقوق ورودی اتومبیل‌های خارجی (وارداتی) را اعلام می‌کند که از قیمت‌های اعلام‌شده مالیات متعلقه نقل و انتقال خودرو در حین تنظیم سند وصول و به حساب مربوط واریز می‌شود.

در ماده ۴۲ قانون ارزش افزوده آمده؛ *«مالیات نقل و انتقال انواع خودرو به‌استثنای ماشین‌های راه‌سازی، کارگاهی، معدنی، کشاورزی، شناورها، موتورسیکلت و سه‌چرخه موتوری اعم از تولید داخل یا*

وارداتی حسب مورد معادل یک درصد قیمت فروش کارخانه (داخلی) و یا یک درصد مجموع ارزش گمرکی و حقوق ورودی آنها تعیین می شود... حداکثر تا ۶۰ درصد تقلیل می یابد.

تبصره یک: دفاتر اسناد رسمی مکلفاند قبل از تنظیم هر نوع سند بیع قطعی، صلح، هبه و وکالت برای فروش انواع خودرو و مشمول مالیات، رسید و یا گواهی پرداخت عوارض تا پایان سال قبل از تنظیم سند، موضوع بند (ب) ماده ۴۳ این قانون و همچنین رسید پرداخت مالیات نقل و انتقال، موضوع این ماده را طبق جداول تنظیمی که توسط سازمان امور مالیاتی کشور اعلام می شود، از معامل یا موکل اخذ و در اسناد تنظیمی... درج نمایند».

با نظر اجمالی به قوانین مصوب که بخشی از آنها بیان شد، مرجع تنظیم اسناد رسمی و اخذ مالیات و عوارض و حق الثبت انواع خودروها، دفاتر اسناد رسمی در کشور بوده و قانون گذار در طول سه دهه پس از انقلاب، همیشه این مطلب را مدنظر داشته تا تصویب قانون اخیرالتصویب رسیدگی به تخلفات رانندگی مصوب ۱۳۸۹/۱۲/۸ که در تاریخ ۱۳۸۹/۱۲/۲۴ به تأیید شورای نگهبان رسید و در تاریخ ۱۳۹۰/۱/۲۴ در روزنامه رسمی چاپ و طبق ماده ۲ ق.م. پس از ۱۵ روز از تاریخ مذکور در سراسر کشور لازم الاجرا شد.

این قانون بر اساس اوضاع و احوال حال حاضر جامعه و تجربه مسئولان و دانش نمایندگان مجلس، تدوین و تصویب شده که اجرای دقیق مواد آن می تواند رانندگی و تردد را در کشور نظام مند و به مالکیت اسناد خودرو مردم سر و سامان داده و آرامش مورد انتظار جامعه را برآورده سازد.

قانون مذکور تقریباً پس از چهار دهه از قانون قبلی قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی و ۵ سال از تصویب ماده ۲۰ آیین نامه راهنمایی و رانندگی توسط مجلس شورای اسلامی تصویب گردید و حدود و وظایف ادارات راهنمایی و رانندگی و مجریان آن در مواد مختلف احصا و تعیین و تبیین شده است.

یکی از مسئولیت های ادارات راهنمایی و رانندگی و مراکز تعویض پلاک، طبق ماده ۲۹ قانون یاد شده،^۱ صرفاً «بررسی اصالت وسیله نقلیه، هویت مالک، اخذ جریمه ها و دیون

۱. ماده ۲۹ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی مصوب ۱۳۸۹/۱۲/۸: «نقل و انتقال خودرو به موجب سند رسمی انجام می شود، دارندگان وسایل نقلیه مکلفاند قبل از هرگونه نقل و انتقال وسایل مذکور در دفاتر اسناد رسمی، ابتدا به ادارات راهنمایی و رانندگی یا مراکز تعیین شده از سوی راهنمایی و رانندگی برای بررسی اصالت وسیله نقلیه، هویت مالک، پرداخت جریمه ها و دیون معوق و تعویض پلاک به نام مالک جدید مراجعه نمایند.

تبصره ۱ - نیروی انتظامی می تواند با همکاری سازمان ثبت اسناد و املاک کشور، امکان استقرار دفاتر اسناد رسمی را به تعداد کافی در مراکز تعویض پلاک فراهم آورد.

تبصره ۲ - آیین نامه نحوه اجرای این ماده و نحوه حضور دوره ای و با رعایت نوبت برای تمامی دفاتر اسناد رسمی در مراکز تعویض پلاک توسط وزارتخانه های دادگستری و کشور و نیروی انتظامی ظرف یک ماه تهیه و به تصویب هیئت وزیران می رسد.

معوق و در نهایت تعویض پلاک به نام مالك جديد» می‌باشد که انجام وظایف مذکور توسط مراکز، مقدمه تنظیم سند در دفاتر اسناد رسمی است که در صدر ماده ۲۹ قانون موصوف به آن اشاره شده است و در ماده ۲۰ آیین‌نامه راهنمایی و رانندگی مصوب ۱۳۸۴/۳/۱۸ هیئت وزیران نیز که مجوز صدور شناسنامه مالکیت پلاک، بیان شده بود که اخیراً مراکز تعویض پلاک کلمه «شناسنامه» را با نظر خود به کلمه (سند) تغییر داده است. ماده ۲۹ بیان می‌کند: «نقل و انتقال خودرو به موجب سند رسمی انجام می‌شود، دارندگان وسایل نقلیه مکلف‌اند قبل از هرگونه نقل و انتقال وسایط مذکور در دفاتر اسناد رسمی ابتدا به ادارات راهنمایی و رانندگی مراجعه نمایند...»

آنچه در صدر ماده ۲۹ و به صورت آمره، قانون‌گذار بیان نموده، نقل و انتقال خودرو باید به موجب سند رسمی صورت پذیرد و منظور سندی است که ماده ۱۲۸۷ ق.م. بیان نموده و در دفاتر اسناد رسمی و در نزد سردفتر تنظیم می‌شود.

جزء دوم ماده ۲۹ وظایف متعاملین و دارندگان وسایط نقلیه را بیان می‌کند که با مدارک مثبت و خودرو باید به مراکز تعویض پلاک تعیین شده توسط ادارات راهنمایی و رانندگی در شهرها مراجعه نمایند.

جزء سوم ماده به بیان وظایف مراکز تعویض پلاک پرداخته که به شرح بالا بیان شد؛ بررسی اصالت وسیله نقلیه، هویت مالك، اخذ جریمه و دیون معوقه و تعویض پلاک به نام مالك جديد است.

آنچه که لازم به ذکر است این که از زمان ورود اتومبیل به کشور و انتقال مالکیت خودرو بین اشخاص اعم از حقیقی یا حقوقی به صورت بیع قطعی، صلح، رهنی، وکالت و... در طولیان سالیان متمادی طبق عرف جامعه و قوانین مربوط به وصول حقوق متعلقه دولتی در دفاتر اسناد رسمی جهت جلوگیری از تضییع آن‌ها و تثبیت مالکیت اشخاص و ممانعت از ناهنجاری‌های اجتماعی و نیز کاستن از تشکیل پرونده‌های خودرو در مراجع انتظامی و قضایی انجام شده و اکنون هم به روال سابق با توجه به اعتماد آحاد جامعه به سند رسمی ادامه دارد و با تصویب قانون جدید، انتقال مالکیت اتومبیل با تنظیم سند در دفاتر اسناد رسمی، امر آمر قانونی شده است.

چنانکه نمایندگان مجلس و مسئولان جامعه واقف‌اند حقوق متعلقه به انتقال اسناد

اتومبیل در دفاتر اسناد رسمی اعم از مالیات، حق الثبت و عوارض شهرداری اخذ و به حساب‌های مربوطه واریز می‌شود، بخشی از منابع درآمدی دولت است که در تنظیم بودجه به آن توجه می‌شود و عیناً آن وجوه برای رفاه مردم در ردیف‌های مخصوص هزینه می‌شوند. و پرداخت‌کننده مالیات و عوارض و حق ثبت، خود، نیز از وجوه واریزی منتفع می‌گردد.

به ماده ۴۲ قانون ارزش افزوده که راجع به مجوز دریافت مالیات و عوارض است، اشاره شد. و مجوز وصول حق ثبت اسناد ماده ۱۰ قانون الحاق موادی به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت مصوب ۱۳۸۰/۱۱/۲۷ که مواد ۱۲۳ و ۱۲۴ اصلاحی قانون ثبت را به شرح زیر اصلاح نمود: ماده ۱۲۳ - تعرفه ثبت کلیه اسناد رسمی در دفاتر اسناد رسمی به میزان نیم درصد مبلغ مندرج در سند... خواهد بود.

چنانکه واضح است متولیان و مسئولان ثبت اسناد رسمی در کشور، دفاتر اسناد رسمی بوده و مسئول وصول حق ثبت اسناد هستند. در اسناد اتومبیل، میزان حق ثبت به میزان نصف مالیات متعلقه به خودرو مورد معامله است.

آنچه که مورد نظر حاکمیت و دولت است در اجرای اصل ۴۴ ق.ا. کوچک نمودن دولت و واگذاری قسمتی از امور و وظایف دولت به بخش خصوصی است و تصویب ماده ۲۹ قانون فوق‌الذکر نیز در همین راستا بوده است.

امید است مردم، دفاتر اسناد رسمی و مجریان قانون به‌ویژه مسئولان ادارات راهنمایی و رانندگی و مراکز تعویض پلاک در اجرای قانون همدل و یار هم باشند تا ضمن حفظ حد و حدود و حریم قوانین، حافظ منافع جمعی جامعه شوند.

ادارات راهنمایی و رانندگی که مجری اصلی قانون خواهند بود در اجرای هر چه بهتر مواد قانون به منطوق و مفاهیم آن توجه بیشتری مبذول و با حفظ متن شناسنامه‌های قبلی (برگ سبز) و عدم تغییر متن برگ‌های سبز به سند مالکیت! و درج فیش مالیات و فیش عوارض در قسمت انتهایی برگ‌های مذکور از القای غیرقانونی این که برگ سبز سند رسمی مالکیت خودرو است، اجتناب ورزند تا آیین‌نامه مربوطه نیز در راستای اجرای هر چه بهتر و صحیح‌تر قانون تهیه و به تصویب هیئت وزیران برسد.

ترجمه

وصف تکثرگرایی مالکیت فکری^۱

مترجم: جواد صالحی^۲

چکیده:

این مقاله به بررسی ۶ دیدگاه متفاوت راجع به مالکیت فکری می‌پردازد و بحث می‌کند که هیچ‌کدام از این دیدگاه‌ها توجیه مناسبی برای قوانین و سیاست‌های مالکیت فکری تأمین نمی‌کنند چراکه؛ ۱ - انواع مختلفی از مالکیت فکری وجود دارند و ۲ - طیفی از ارزش‌های ناسازگار، نقش عمده‌ای در توجیه مالکیت فکری دارند. بهترین دیدگاه در مالکیت فکری، اندازه‌گیری و متعادل کردن ارزش‌های اخلاقی در حال رقابت در پرتو حقایق و شرایط خاص است.

واژگان کلیدی: هگل، مالکیت فکری، عدالت، لاک، تکثرگرایی، حق خلوت، سودگرایی.

۱ - مقدمه:

از زمان ظهور مالکیت فکری به‌عنوان یکی از مهم‌ترین ابعاد اقتصاد سیاسی در بیش از دو قرن پیش، مباحث زیادی در زمینه تفسیر، مفهوم و توجیه آن وجود داشته است. در دو دهه گذشته، اختلاف‌نظرهایی در ارتباط با ثبت حیوانات، گیاهان، دی‌ان‌ای (DNA)، تراشه‌های کامپیوتری و نرم‌افزارهای کامپیوتری، حمایت کپی‌رایت برای وبسایت‌ها،

1. A Pluralistic Account of Intellectual Property , D.B.Resnik; Journal of Business Ethics 46:319-335,2003. © 2003 Kluwer Academic Publishers. Printed in the Netherlands.

۲. عضو هیئت علمی دانشگاه پیام‌نور کرمان.

صفحات نمایش کامپیوتری، موزیک ضبط شده دیجیتالی و مراکز اطلاعاتی کامپیوتری، نقض علائم تجاری در قلمرو اینترنت، مالکیت دانش سنتی و کاربرد معاهدات بین‌المللی مالکیت فکری در زمینه داروهای که برای درمان ایدز و دیگر بیماری‌های واگیردار که کشورهای در حال توسعه را تحت تأثیر قرار می‌دهد، مطرح شده است. اگرچه این اختلاف‌نظرها، دسته‌ای از موضوعات حقوقی، اقتصادی و سیاسی را به وجود آورده است اما بیشتر آن‌ها در تعارض با مبانی قانون و سیاست مالکیت فکری قرار گرفته‌اند. به نحوی که جامعه چگونه باید تعادلی میان کنترل خصوصی و عمومی اطلاعات برقرار سازد؟

برای بحث کردن در موضوعات مالکیت فکری، داشتن ساختاری برای تفکر در خصوص توجیه قوانین و سیاست‌های مالکیت فکری دارای اهمیت است. این نوشتار، دیدگاه‌های متفاوتی را در رابطه با مالکیت فکری بررسی می‌کند و روشن می‌سازد که به کار بستن یک دیدگاه نمی‌تواند توجیه مناسبی برای مالکیت فکری باشد. این مقاله همچنین در مورد دیدگاه پلورالیستی که بهترین توجیه را در ارتباط با مالکیت فکری به دلیل این‌که؛ ۱ - گونه‌های متفاوتی از مالکیت فکری وجود دارد و ۲ - طیفی از ارزش‌های اخلاقی نامتناسبی مثل استقلال، حریم خصوصی، منفعت و عدالت وجود دارند که با رژیم مالکیت فکری ارتباط دارند، بهترین شیوه حل اختلاف‌نظرها در زمینه قوانین و سیاست‌های مالکیت فکری، سنجیدن و متعادل کردن این ارزش‌های متضاد در پرتو حقایق خاص و شرایط حاکم بر آن است.

با این مقدمه، مقاله حاضر، فرضیه‌اش را به این ترتیب تبیین می‌کند: در بخش دوم، نگاهی اجمالی به مالکیت فکری و بحث راجع به انواع مالکیت فکری دارد؛ بخش سوم به تشریح ۶ دیدگاه متفاوت در زمینه مالکیت فکری و بحث راجع به محدودیت‌های آن می‌پردازد و در بخش چهارم به دفاع از دیدگاه تکثرگرا نسبت به مالکیت فکری و پاسخ به برخی از انتقادات احتمالی می‌پردازد.

۲ - مالکیت فکری چیست؟

مالکیت به بیان ساده، مجموعه‌ای از حقوق قانونی برای کنترل چیزی است. نظام قانونی، انواع اشیایی که ممکن است به‌عنوان مال با آن‌ها رفتار شود و انواع حقوقی را که نسبت به آن‌ها وجود دارد، تعریف می‌کند. به‌عنوان مثال، صاحب یک خانه دارای حقوق قانونی مالکیت، استفاده، اصلاح، تخریب، انتقال، فروش یا اجاره‌خانه می‌باشد. مقررات و قوانین متفاوت ممکن است صاحب خانه را از رنگ‌آمیزی خانه به رنگ قرمز، راه‌اندازی کسب‌وکار در خانه و نگهداری اسب در حیاط پشتی، منع کند.

از آن جایی که اموال مجموعه‌ای از حقوق قانونی هستند، نظام مالکیت، نهادی اجتماعی است که اهداف خاصی را در جامعه تأمین می‌کند. ما تمایل داریم که اشیایی مثل زمین را از اموال بپنداریم اما این اشیا فقط در ارتباط با افراد جامعه حالت مال بودن را به خود می‌گیرند. اگر کسی پیرامون زمین نباشد، زمین متعلق به کسی نیست بلکه فقط یک زمین است. ما اطراف آن را علامت‌گذاری می‌کنیم و اسنادی می‌سازیم تا وظایف و حقوق اجتماعی و قانونی فرد نسبت به زمین را نشان دهیم. بنابراین مفهوم مالکیت یک رابطه سه‌بعدی میان شی، فرد (مثل شخص، گروهی از مردم یا تعاونی) و جامعه است.

حقوق مالکیت از طیف علایق شخصی شامل؛ علاقه به مسکن امن (مثل مالکیت خانه)، علاقه به دوستی با حیوانات (مثل مالکیت حیوان) حمایت می‌کند. شاید مهم‌ترین جنبه علایق که حقوق مالکیت از آن حمایت می‌کند، جنبه اقتصادی آن باشد. افراد بدون حقوق مالکیت نمی‌توانند در بازار اقتصادی مشارکت داشته باشند. بنابراین اموال می‌توانند خریداری شوند، فروخته شوند، اجاره داده شوند یا در قبال مبلغی (یا ارزش بازاری آن) به رهن گذارده شوند. جوامع با کالاها به‌عنوان اشیای قابل واگذاری؛ یعنی کنترل آن‌ها می‌تواند از شخصی به شخص دیگر انتقال داده شود، قابل برابری یعنی می‌توان آن‌ها را با کالاهای دیگر از طریق معیارهای مشترک مقایسه کرد و قابل تعویض، آن‌ها می‌توانند با چیز دیگری از همان نوع بدون کاستن از ارزش آن جابه‌جا شوند. برخی اشیا که ارزش

بازاری دارند، می‌توانند به‌عنوان کالاهای ناقص تلقی شوند، یعنی آن‌ها نه قابل انتقال، نه قابل برابری و نه قابل تعویض هستند. به‌عنوان مثال، یک تابلو نقاشی منحصر به فرد ارزش بازاری دارد اگرچه قابل تعویض نیست. کار انسان ارزش بازاری دارد اگرچه قابل واگذاری نیست.

جوامع قوانین اموال را توسعه و تغییر دادند تا از علایق افراد حمایت کنند و آن‌ها را تحت شرایط فن‌آوری در حال تغییر و شرایط اجتماعی و اقتصادی توسعه دهند. فئودالیسم در اروپای قرون وسطی اقتصاد سیاسی حاکم بود و زمین بااهمیت‌ترین شیئی بود که مردم آن را در اختیار داشتند، مورد استفاده قرار می‌دادند، به اجاره می‌گذاشتند، می‌خریدند یا می‌فروختند. قوانین اموال علایق اقتصادی در رابطه با زمین را شناسایی کردند و مورد حمایت قرار دادند و حقوق ناشی از اموال غیرمنقول را تعریف کردند. در دوران رنسانس نظام فئودالی در هم شکست و طبقه‌ای از تجار به وجود آمدند که قادر بودند کالاها و خدمات خود را در بازار مورد معامله قرار دهند. قوانین در شناسایی اموال منقول برای حمایت از علایق اقتصادی در محصولات برداشت‌شده، حیوانات اهلی و کالاها و خدمات دیگر توسعه یافتند. در دوران انقلاب‌های علمی و صنعتی، اقتصاد سیاسی بیشتر به کاربرد اطلاعات و ایده‌ها وابسته می‌شود و نظام قانونی احترام زیادی برای مالکیت فکری قائل می‌شود. انگلستان اولین قانون ثبت اختراع را در سال ۱۶۲۳ و اولین قانون کپی‌رایت را در سال ۱۷۱۰ تصویب کرد. ایالات متحده اولین قانون کپی‌رایت و ثبت اختراع خود را در سال ۱۷۹۰ تصویب کرد.

برای این که ببینیم چرا جوامع توسعه قوانین مالکیت فکری را ضروری دانستند، حقوق مالکیت را با توجه به یک کتاب در نظر بگیرید. در دنیای بدون قوانین کپی‌رایت، اگر نویسنده‌ای متن کتابی را تولید کند او تنها مالک صفحات واقعی دست‌نوشته است بدون این که حقوق مالکیت نسبت به نوشته‌های آن داشته باشد. زمانی که نویسنده دست‌نوشته‌های کتاب خود را به ناشر می‌فروشد، او کلیه حقوق خویش در ارتباط با کتاب را

به ناشر انتقال می‌دهد. علاوه بر این، اگر ناشر یک کپی از این کتاب را بفروشد او نیز حقوق خود را به خریدار واگذار کرده است. مسائل مشابهی در رابطه با اختراعات در دنیای بدون قوانین ثبت اختراع و درخصوص علائم تجاری در دنیای بدون قوانین ثبت علائم تجاری وجود دارد. به نظر می‌رسد مردم علایق مهمی دارند که ارزش حمایت از آنها بیشتر از علایقی است که نسبت به اشیای ملموس دارند. آنها همین طور علایقی نسبت به اشیای غیرملموس از جمله ایده‌های نوشته‌شده روی کاغذ یا اطلاعات ظاهرشده در اختراعات دارند. به منظور شناسایی این علایق و اطلاعات، ضروری است که گروه جدیدی از مالکیت تحت عنوان مالکیت فکری ایجاد شود.

اموال فکری برخلاف اموال قابل لمس نیازمند حمایت قانون خاص هستند. چراکه آنها منحصر به فرد نیستند. دو فرد می‌توانند مالک کالای مشابهی از مال فکری باشند و از آن استفاده کنند بدون این که یکدیگر را از دارا بودن یا استفاده از آن، ممانعت کنند. به عنوان مثال، دو فرد می‌توانند با یکدیگر از برنامه کامپیوتری، شعر، روش تولید یا آهنگ مشابه در یک زمان استفاده کنند و مالک آن باشند. قوانین مالکیت فکری به مردم اجازه می‌دهد تا کنترل وسیعی نسبت به اشیائی که انحصاری نیستند، داشته باشند. دلیل این که چرا اموال فکری انحصاری نیستند، این است که اطلاعات و ایده‌ها هیچ جایگاه خاصی در زمان و مکان ندارند. آنها اشیای انتزاعی هستند. اگرچه برخی نویسندگان مثل بارلو (Barlow, 1994) اعتقاد دارند که حمایت از مالکیت فکری در عصر اطلاعات به جهت انتقال آسان غیرممکن است، ضمن این که مشاغل و دولت‌ها بسیاری از روش‌های قانونی و پیشرفته را برای حمایت از مالکیت فکری از جمله محدودیت‌های دسترسی، رمزگذاری، ته‌نقش (Water-Marking)، قراردادهای بهره‌برداری و طرح دعوی نقض مالکیت به وجود آورده‌اند.

بیشترین اشکال شناخته‌شده معمول حقوق مالکیت فکری شامل کپی‌رایت، اختراع، علائم تجاری و اسرار تجاری است. بسیاری از کشورهای مختلف به تصویب قوانین و

امضای معاهدات بین‌المللی پرداخته‌اند که این حقوق و ابعاد آن را تعریف می‌کند. این قوانین میان اطلاعات خصوصی و اطلاعات عمومی تمایز قائل شده‌اند. کپی‌رایت به نویسندگان آثار اصیل، حق مانع‌شدن دیگران از کپی‌برداری آثار خود را بدون اجازه نویسنده؛ ثبت اختراع به مخترع، حق مانع‌شدن دیگران از ساخت یا استفاده یا تجاری‌سازی اختراعاتشان را بدون اجازه مخترع؛ علائم تجاری به دارنده علامت تجاری، حق مانع‌شدن دیگران از استفاده علامتی که او با استفاده از آن تجارت یا کالاهای خود را متمایز می‌کند و قوانین اسرار تجاری به تجار، اجازه حمایت‌کردن از اطلاعات تجاری محرمانه را می‌دهد.

انواع دیگری از مالکیت فکری علاوه بر این چهار دسته سنتی وجود دارد. اطلاعات محرمانه و شخصی مانند یادداشت‌های پزشکی یا یادداشت‌های روان‌پزشکی، اطلاعات اقتصادی گزارش مالی، اطلاعات فروش وجود دارد که می‌تواند به‌عنوان مالکیت فکری تلقی شوند. در حال حاضر، شرکت‌ها از تکنولوژی اطلاعاتی برای به‌دست‌آوردن اطلاعات خصوصی افراد به‌منظور توسعه تبلیغات و بازاریابی خویش استفاده می‌کنند. فردی که اطلاعات خصوصی دیگری را بدون رضایت او فاش می‌کند یا به‌دست می‌آورد، در واقع به‌علاق شخصی او در کنترل اطلاعاتش تجاوز می‌کند. ممکن است فردی این‌طور استدلال کند که بهترین روش حمایت از علائق خصوصی، تلقی اطلاعات خصوصی به‌عنوان مالکیت فکری باشد. تلقی اطلاعات محرمانه به‌عنوان مالکیت فکری، به افراد این حق را می‌دهد که با دیگران در مورد اشراف به اطلاعات خصوصی خود وارد معامله شوند. اگر اطلاعات خصوصی به‌عنوان مالکیت فکری باشد و آن‌گاه افراد می‌توانند حقوق خصوصی خود را با طرح دعوی علیه متجاوزان در راستای جبران خسارت نقض مالکیت به‌عنوان سارق، متجاوز و متصرف غیرمجاز به اجرا بگذارند.

در نهایت، اعتبار فکری ممکن است به‌عنوان شکلی از مالکیت فکری تلقی شود. به‌عنوان مثال، سرقت ادبی می‌تواند به‌عنوان شکلی از سرقت در نظر گرفته شود، چراکه

سارق ادبی از لغات یا ایده‌های فرد دیگر بدون ارجاع یا انتساب صحیح شخصی استفاده می‌کند. اگرچه سرقت ادبی ممکن است تعدی به قوانین کپی‌رایت باشد اما در عین حال ممکن است این‌گونه نباشد. به‌عنوان مثال، فردی که تمام ایده‌ها را از یک کتاب بدون کپی‌برداری از کتاب سرقت می‌کند، سارق ادبی است ولی ناقض کپی‌رایت نیست. بنابراین مقرراتی که از سرقت ادبی جلوگیری می‌کنند، می‌توانند به‌عنوان قوانین مالکیت فکری شناخته شوند.

در دو دهه اخیر، با پیشرفت تکنولوژی مرزهای میان اشکال متفاوت مالکیت فکری از میان برداشته شده است. به‌عنوان مثال، قوانین کپی‌رایت به‌عنوان وسیله‌ای در حمایت از موضوعات چاپ‌شده است درحالی‌که قوانین بهره‌برداری انحصاری به‌عنوان شیوه‌ای برای حمایت از اختراعات کاربردی است. برنامه‌های کامپیوتری ممکن است مخاطب کپی‌رایت، بهره‌برداری انحصاری، هر دو یا هیچ‌کدام باشد. ممکن است یک نفر بحث کند که این برنامه‌ها موضوع کپی‌رایت هستند چراکه آثار اصیل هستند که بر رسانه‌های ملموس مثل دیسک‌های مغناطیسی ثابت شده‌اند. از سوی دیگر، چون این برنامه‌ها اختراعات مفیدی هستند، ممکن است فردی استدلال کند آن‌ها بایستی موضوع بهره‌برداری انحصاری باشند. کامپیوترها مرز میان قانون کپی‌رایت و قانون حریم خصوصی را از بین برده‌اند. چرا که بسیاری از مردم اطلاعات خصوصی خود را روی کامپیوتر ذخیره می‌کنند یا از اینترنت برای تبادل اطلاعات محرمانه خود استفاده می‌کنند. برخی استدلال می‌کنند که مرزهای میان انواع متفاوت مالکیت فکری براساس تمایزهای اساسی غیرمادی نمی‌باشد و تنها منعکس‌کننده ملاحظات علمی است.

صرف‌نظر از این‌که جامعه نوع اطلاعات را در قلمرو قوانین کپی‌رایت، بهره‌برداری انحصاری، علامت تجاری، راز تجاری، حریم خصوصی یا تکثرگرایی قرار می‌دهد، جامعه می‌باید به این سؤال بنیادی معمول در کلیه مقررات مالکیت فکری پاسخ دهد که تعادل مطلوب میان کنترل حریم عمومی و خصوصی اطلاعات چیست؟ کلیه قوانین مالکیت

فکری قائل به مالکیت خصوصی برخی اطلاعات می‌باشند درحالی که بسیاری از اطلاعات را به قلمرو عمومی تنزل می‌دهد. به‌عنوان مثال، قانون بهره‌برداری انحصاری به مخترع، انحصار در اختراعش را می‌دهد ولی این انحصار با مدت مقرر در قانون محدود می‌شود (معمولاً ۲۰ سال). زمانی که این مدت منقضی می‌شود، اختراع وارد قلمرو عمومی می‌شود. قوانین کپی‌رایت دربرگیرنده استثنا، «استفاده منصفانه» اجازه برخی کپی‌برداریهایی غیرقانونی را می‌دهد. اطلاعاتی که موضوع استفاده منصفانه است، در قلمرو عمومی قرار می‌گیرد. قوانین بهره‌برداری انحصاری و کپی‌رایت از کنترل خصوصی برخی از انواع اطلاعات جلوگیری می‌کنند. به‌عنوان مثال، کسی نمی‌تواند ایده مینا یا قانون طبیعت را به نام خود ثبت کند و کسی نمی‌تواند ایده یا حقیقتی را حق انحصاری خود قرار دهد. با وجود این قوانین حریم خصوصی، قلمرو اطلاعات خود را که باید برای عموم شناخته شده یا در دسترس باشند و یا به بیان دیگر، غیرخصوصی باشند، مشخص می‌سازد.

۳- نظریات راجع به مالکیت فکری

دو دیدگاه فوق‌العاده اساسی در توجیه و تفسیر قوانین مالکیت فکری در ۲۰۰ سال اخیر از عمر علم حقوق؛ مکتب آزادی‌خواهی و سودگرایی است. این مقاله قبل از پرداختن به دیدگاه‌های دیگر، به بررسی این دو تئوری می‌پردازد.

۱- ۳- دیدگاه آزادی‌خواه

جان لاک فیلسوف بریتانیایی قرن هفدهم، دیدگاه آزادی‌خواه را به اموال توسعه داد که این دیدگاه توسط آزادی‌خواهان مدرن مثل نوزیک (۱۹۷۴) گسترش یافت. براساس نظریه لاک (۱۹۸۰) همه مردم نسبت به حیات، آزادی و مال دارای حقوق طبیعی هستند و تنها توجیه وجود دولت، حمایت از این حقوق است. حقوق قانونی براساس دیدگاه لاک مبتنی بر حقوق اخلاقی است. تنها محدودیت قانونی موجه بر حقوق افراد آن‌هایی هستند که برای جلوگیری افراد از تجاوز به حقوق طبیعی دیگران لازم می‌باشند. محدودیت بر حقوق به‌عنوان وسیله برای افزایش اهداف اجتماعی مثل بهره‌وری یا توزیع صرف منابع، توجیه‌پذیر نیست. حقوق مالکیت از مهم‌ترین حقوق طبیعی مورد حمایت دولت است. مردم

با توجه به نیروی جسمانی و تولیدات ناشی از کار خود دارای حقوق مالکیت هستند. مردم می‌توانند از طریق نقل و انتقالات اجتماعی مثل معاوضه کردن، خریدن، فروختن یا دادن یا از طریق پروسه حیازت، مالکیت جدید به دست آورند. حیازت، زمانی اتفاق می‌افتد که فردی کار خود را بر چیزی که در طبیعت می‌یابد، می‌افزاید. لاک دنیایی را که در آن اموال عمومی (یا طبیعت) به همه مردم اعطا شده است، تصور می‌کند. مردم در ادعای مالکیت نسبت به تولیدات ناشی از نیروی کار خود مستحق هستند چرا که آن‌ها نیروی کار خود را با آن تولیدات مخلوط کرده‌اند و ارزشی به آن افزوده‌اند. براساس نظریه لاک (۱۹۸۰) حقوق مالکیت از علایق افراد در رابطه با سرمایه‌گذاری نیروی کار حمایت می‌کند. نظریه کار بسیاری از انواع مالکیت فکری و نه همه آن‌ها را تحت پوشش قرار می‌دهد. این مسئله با کاربردی شدن آثار اصیل و اختراعات در جایی که افراد وقت و تلاش خود را در تولیدات‌شان از جمله؛ کتاب‌ها، تابلوهای نقاشی، هواپیماها و داروهای جدید صرف می‌کنند، به خوبی درک می‌شود. این تئوری به نظر می‌رسد هم‌چنین در مقیاس کمتر در دیگر فعالیت‌های تجاری که در رابطه با سرمایه‌گذاری کار مثل علائم تجاری و اسرار تجاری می‌باشند، کاربرد دارد.

با وجود این، نظریه کار دارای نقایصی است که آن را در خصوص مالکیت فکری ناکارآمد می‌سازد. مثال‌های زیادی در این زمینه وجود دارد. در جایی که میزان حمایت از مالکیت فکری که افراد از آن برخوردار می‌شوند با میزان نیروی کار مصروف در مالکیت فکری هم‌خوانی ندارد. اول، دو نویسنده را در نظر بگیرید؛ نویسنده "الف" که برای مدت ۴ سال به تحقیق و نگارش یک کتاب در زمینه هوانوردی می‌پردازد و نویسنده "ب" که ۴ هفته برای نگارش یک داستان عاشقانه وقت صرف می‌کند. نویسنده "الف" ۵۰ برابر نویسنده "ب" نیروی کار صرف کرده است ولی ما هنوز باید برای هر دو به یک میزان مشابه از حمایت مالکیت فکری قائل باشیم. قوانین کپی‌رایت از نویسنده حمایت می‌کند، لذا اگر شما نویسنده یک اثر اصیل باشید، حمایت کامل را دریافت می‌کنید بدون این که

ضرورت عملی یا قانونی برای افزایش یا محدودیت قلمرو کپی‌رایت براساس میزان نیروی کار صرف‌شده، وجود داشته باشد.

دوم، دو مخترع را در نظر بگیرید، مخترع "الف" و مخترع "ب" که هر دو برای مدت ۷ سال برای تولید دستگاه آب‌شیرین‌کن جدید کار می‌کنند. مخترع "الف" قبل از مخترع "ب" دستگاه را تولید می‌کند و آن را به ثبت می‌رساند. براساس قانون بهره‌برداری انحصاری مخترع "الف" و نه مخترع "ب" پروانه بهره‌برداری را دریافت می‌کند. قانون بهره‌برداری انحصاری قائل به نوآوری و نه نیروی کار است. برای تأمین ضرورت نوآوری، متقاضی پروانه بهره‌برداری انحصاری باید ثابت کند که اختراع او قبلاً فاش، اختراع، استفاده یا به هر نحو به کار گرفته نشده است. ممکن است مخترعی برای سالیان متمادی نیروی کار خود را در تولید اختراعی صرف کرده باشد که این اختراع قبلاً به ثبت رسیده باشد یا در هنر قدیم فاش شده باشد. اگر مأمور ثبت اختراع متوجه شود که افشای قبلی صورت گرفته است، آن‌گاه تقاضای ثبت را صرف نظر از کمیت و کیفیت نیروی کار صرف‌شده رد می‌کند. اگرچه این دیدگاه در نظریه کار تأیید نمی‌شود اما می‌تواند از منظر سودانگاری توجیه شود. چرا که از این منظر، مخترعین برای تولید اشیایی که جامعه از آن‌ها برخوردار نیست، مخاطب قرار می‌گیرند و این نگرش باعث می‌شود مخترعین قبل از تسلیم تقاضای ثبت اختراع، در آثار سابق جستجو کنند.

سوم، امور شخصی افراد را در نظر بگیرید، افراد ممکن است برای اطلاعات شخصی خود تقریباً هیچ نیروی کار صرف نکنند اما ما باید از اطلاعات آن‌ها حمایت کنیم. به‌عنوان مثال، یک فرد معمولاً برای به‌دست‌آوردن بیماری ژنتیکی یا کسب امنیت اجتماعی هیچ نیروی کار صرف نمی‌کند. هر دو این نوع از اطلاعات قبل از تولد یا پس از مدت کوتاهی از تولد به وجود می‌آیند اما با وجود این، ما هر دو، آن‌ها را از اطلاعات خصوصی مشمول مالکیت فکری قرار می‌دهیم.

مشکل دیگر در نظریه کار این است که هیچ راه‌کار مفیدی در ارتباط با تخصیص

اعتبار فکری ارائه نمی‌دهد. بسیاری از آثار اصیل مثل فیلم‌نویس‌ها، برنامه‌های کامپیوتری و مقالات علمی صاحبان زیادی دارند. یک نفر شاید استدلال کند استفاده از نیروی کار صرف‌شده به‌عنوان مبنای مد نظر اعتبار فکری برای پروژه‌های با دست‌اندرکاران متعدد منصفانه نیست. درحالی‌که اعتبار فکری باید مبتنی بر تلاش ویژه یک نفر باشد. به‌عنوان مثال، دست‌اندرکار محقق را که باید ۵۰ ساعت برای طراحی و آماده‌سازی طرح تحقیق و نوشتن نتایج صرف کند، در نظر بگیرید. ۳ نفر دانشجو و ۳ نفر تکنسین را که هرکدام باید ۲۰۰ ساعت برای اجرایی کردن طرح تحقیق وقت صرف کنند، در نظر بگیرید. دست‌اندرکار تحقیق فقط ۴ درصد از نیروی کار صرف شده در این پروژه را به خود اختصاص داده است درحالی‌که شاید برخی استدلال کنند که او مستحق مقام اول در این پروژه است چراکه نقش او به مراتب از دیگران بیشتر بوده است.

۲ - ۳ - دیدگاه سودانگار

نظریه سودانگاری سهم تعیین‌کننده‌ای در مالکیت فکری دارد. چراکه نقش اصلی را در اکثر تصمیمات قضایی در رابطه با مالکیت فکری ایفا می‌کند. در واقع، بحث سودانگاران در اختراعات و کپی‌رایت در شق ۸ از بند ۸ ماده یک قانون اساسی ایالات متحده (۱۷۸۷) آورده شده است؛ «کنگره باید قدرت ... پیشرفت در علوم و هنرهای مفید را با تأمین حقوق جامع در مدت محدود برای دارندگان یا مخترعان آفرینش‌ها افزایش دهد». در دو قرن اخیر، دادگاه‌ها به تفسیر موسع این متن پرداخته‌اند تا طیف گسترده‌ای از آثار اصیل و اختراعات شامل؛ ماشین‌آلات و پروسه‌های شیمیایی تا عکس‌ها و مراکز اطلاعاتی را دربرگیرد. قضات و حقوق‌دانان هم‌چنین دیدگاه سودانگار را به حوزه قوانین علامت تجاری و سرّ تجاری سرایت داده‌اند.

قضات و دانشمندان علم حقوق در مبانی فلسفی دیدگاه سودانگار مالکیت فکری به‌صورت عمیق تحقیق نکرده‌اند، اگرچه برخی فلاسفه از جمله هتینگر (Hettinger, 1989) و کافلیک (Kuflik, 1989) مقالاتی در رابطه با این دیدگاه از مالکیت فکری نوشته‌اند. برای

درک دیدگاه سودانگار، بهتر است به شرح مختصری از دیدگاه‌های قرن نوزدهم فلاسفه انگلستان و اقتصاددانان جان استوارت میل (John Stuart Mill) متفکر تأثیرگذار در حوزه سودانگاری بپردازیم. براساس دیدگاه میل، کلیه مسائل اخلاقی موجود در سودانگاری یا «ضابطه اخلاقی بیشترین شادی» مثلاً درجایی که «افعالی صحیح هستند که بیشترین شادی را تأمین کنند و افعالی غلط هستند که برعکس این قاعده عمل کنند». اگرچه میل، سودانگاری را با واژه شادی تعریف می‌کند اما دیگر نظریه‌پردازان سودانگاری را معادل «خرسندی از مرجحات» یا دیگر ارزش‌ها می‌دانند.

“میل” هم‌چنین مدافع سرسخت آزادی بشری است و استدلال می‌کند؛ قوانینی که از حقوق فردی حمایت می‌کنند، در زمینه‌هایی که مصلحت کلی اجتماعی را توسعه می‌دهند، می‌توانند توجیه شوند.

براساس نظریه میل، دو دسته از قواعد اخلاقی؛ قواعد مصلحت‌جویانه (یا دوراندیش) و قواعد عادلانه وجود دارند. اگرچه هر دوی این قواعد می‌توانند به خاطر نقش خود در افزایش منفعت اجتماعی توجیه شوند اما قواعد عادلانه از قواعد صرف مصلحت‌جویانه انتزاعی‌تر هستند. چرا که از آزادی و علایق افراد حمایت می‌کنند. از آن جایی که مردم به مالکیت علاقه دارند، قواعد عادلانه باید از این علایق حمایت کنند. میل هم‌چنین خاطر نشان می‌سازد زمانی که فرد از آزادی شخصی، مالکیت یا هر چیز دیگری که به موجب قانون به وی تعلق دارد، محروم شود بی‌عدالتی رخ داده است و آن بی‌عدالتی هم‌چنین می‌تواند به خاطر سلب یا محرومیت هر شخص از حقوق اخلاقی‌اش باشد. بنابراین اگرچه میل، سودانگار است ولی او معتقد است که عدالت نیازمند حمایت از مالکیت است.

از دیدگاه سودانگاری، حقوق مالکیت فکری تا آن جایی که بیشترین تعادل شرایط خوب و بد را افزایش دهد، توجیه‌پذیر است. این حقوق منفعت جامعه را با تأمین انگیزه و پاداش برای نویسندگان یا مخترعان (و تجار و سرمایه‌گذاران) در ترغیب توسعه علم،

تکنولوژی، صنعت و ادبیات و علوم انسانی فراهم می‌سازد. این مقاله در مورد تعریف، اگرچه این واژه تعریف شده است، بحث نمی‌کند بلکه توسعه علم، تکنولوژی صنعت و ادبیات و علوم انسانی که منجر به فایده می‌شود را مفروض می‌داند. مباحث سودانگاران به شدت وابسته به مفروضات تجربی در زمینه ارتباط میان وسایل و اهداف است. اگر بحث برای انطباق قاعده X، گرایش به تولید خروجی Y باشد، آن‌گاه نیاز به شاهدهی داریم که ارتباط آماری یا اتفاقی میان X و Y را نشان دهد. یکی از انتقادات مسلم بعد سودانگاران اخلاق این است که کسی نمی‌تواند در مورد شرایط اعمال یا سیاست‌ها به پیش‌گویی قابل اعتمادی بپردازد. بسیاری از سودگرایان در پاسخ به این انتقاد به طرح دلیلی از علوم اقتصاد، روان‌شناسی و اجتماعی می‌پردازند تا مباحث خود را راجع به سیاست‌های خاص تحکیم کنند. اگرچه توجیه سودگرایانه در مالکیت فکری، الگوی غالب ارزیابی قوانین و سیاست‌ها است اما بسیاری از منتقدان مفروضات تجربی را به چالش می‌کشند. فرد برای موفقیت بحث سودگرایانه باید بتواند سنگینی شرایط مطلوب را برای اعطای کنترل همه‌جانبه بر اطلاعات به مردم را بر شرایط بد آن نمایان سازد. اقتصاددانان و محققان علوم اجتماعی به مطالعه حق ثبت اختراع و کپی‌رایت پرداخته‌اند تا مشخص کنند که آیا حمایت‌های قانونی، آثار مثبت بر علم، صنعت و اقتصاد دارد. بسیاری از مطالعات مختلف نشان می‌دهد که مالکیت فکری منجر به توسعه کشف علمی، نوآوری تکنولوژیکی و پیشرفت اقتصاد شده است.

اگرچه ممکن است در شرایط عام، موردی وجود داشته باشد که حمایت از برخی از انواع مالکیت فکری مضراتی بیش از فایده آن داشته باشد ولی به‌طور کلی دلیل خوبی برای سودانگار بودن مالکیت فکری وجود دارد. برای مثال، براساس قانون ثبت اختراع ایالات متحده، یک شرکت ممکن است تصمیم به گسترش بگیرد، درحالی‌که پروانه بهره‌برداری انحصاری یک اختراع مانع از کسب و کار او شود. در ایالات متحده ضروری نیست که مخترعین به ساختن، استفاده یا تجاری‌سازی کردن اختراع خود یا واگذاری مجوز آن به

دیگران برای انجام این امور بپردازند. چراکه قانون لیسانس اجباری وجود ندارد. براساس قانون ایالات متحده صدور پروانه بهره‌برداری انحصاری برای اختراع دارای مصارف مضر نیز وجود دارد. در ایالات متحده، قانونی که به آژانس صدور پروانه بهره‌برداری انحصاری اجازه رد تقاضاهای برخلاف اخلاق عمومی را بدهد، وجود ندارد.

بنابراین نگرش سودگرایانه نیازمند تحلیل گران سیاست، قانون‌گذاران، آژانس‌های دولتی و دادگاه‌ها برای بررسی دائم منافع و مضرات انواع مختلف مالکیت فکری و تعدیل آن در قانون به‌منظور افزایش سود اجتماعی است. افزون این که پیشرفت تکنولوژیکی اغلب تأثیر به‌سزایی در فایده نظام مالکیت فکری داشته‌اند و قوانین و سیاست‌ها ممکن است نیاز به تغییر برای هماهنگی با این پیشرفت‌ها داشته باشد. به‌عنوان مثال، پیشرفت در قلمرو تکنولوژی اطلاعات و کامپیوتر نیازمند تحلیل گران سیاست رهبران سیاسی و دادگاه‌ها برای بازنگری حقوق مالکیت فکری است، همان‌طور که آن‌ها برنامه‌های کامپیوتری، مراکز اطلاعات الکترونیکی، صفحات اینترنتی و ایمیل را به کار می‌گیرند.

از آن جایی که سودانگاری بر دلایل تجربی استوار است، ممکن است یک نفر بحث کند که این نظریه به‌دلیل وجود شکایات معرفت‌شناختی نمی‌تواند از عهده مبانی مستدل مالکیت فکری برآید. چگونه جامعه می‌تواند قواعدش را برای حداکثرسازی منفعت تعدیل کند درحالی که نمی‌تواند شرایط پیش روی این قواعد را پیش‌بینی کند؟ مهم است که اشاره کنیم "میل" این اشکالات معرفت‌شناختی را در تقابل با سودانگاری پیش‌بینی کرده بود. هم‌چنین میل، پاسخ مطلوبی در مواجهه با انتقادات معرفت‌شناختی به سودانگاری می‌دهد. ما می‌توانیم و می‌باید دلایل بیشتری برای کاهش شکاکیت جمع‌آوری کنیم و درک خود را از ارتباط میان وسایل و اهداف بهبود بخشیم.

بنابراین توجیه سودانگاران مالکیت فکری از مشکلاتی رنج می‌برد که به مراتب از مسائل معرفت‌شناختی بنیادی‌تر است. یکی از تعارض‌های معمول سودانگاری این است که توجیه مناسبی برای حقوق فردی یا عدالت توزیعی ارائه نمی‌دهد. سودگرایان خبره تلاش

دارند تا استدلال کنند که یک سیستم خوب طراحی شده از قواعد اخلاقی، می‌تواند از حقوق فردی دفاع کند و انصاف را در قلمرو عدالت توزیعی محقق سازد. این مقاله، پرسش‌های راجع به عدالت را در ادامه بررسی می‌کند. اکنون مهم است که کارشناسی کنیم سودگرایان چگونه در توجیه حقوق مالکیت فکری با مشکل مواجه می‌شوند.

برای مثال، حق ادعای مالکیت یک اثر اصیل مانند کتاب را در نظر بگیرید. براساس قانون کپی‌رایت ایالات متحده، اگر شما حتی کپی‌رایت خود را به ناشر انتقال بدهید، باز هم این حق را دارید به‌عنوان نویسنده مرجع یا رفرنس این کتاب قرار گیرید. با کسب کپی‌رایت این کتاب ناشر اجازه نمی‌یابد که فرد دیگری را به‌عنوان نویسنده کتاب معرفی کند. حقوق شما در اعتبار فکری با این انتقال واگذار نمی‌شود. اکثر مردم با این قانون عادلانه اخلاقی موافق هستند، دلایل موجه اخلاقی وجود دارند که چرا نویسندگان، حق ادعا کردن نویسندگی خود را داشته باشند. دیدگاه سودانگاران با این موضوع چگونه برخورد می‌کند؟ برای توجیه این سیاست، سودگرایان به قاعده سودگرایی حداکثری استناد می‌کنند. سودگرایان هم‌چنین ممکن است ادامه دهند که این قاعده به نویسندگان تضمین دریافت حقوق معنوی را برای آثارشان حتی زمانی که آن‌ها حقوق اقتصادی خود را به طرف دیگر انتقال داده‌اند، محقق می‌سازد. درحالی که امکان به‌کارگرفتن برخی از توجیحات سودگرایان در این سیاست وجود دارد اما روشن نیست که این مبحث مفید باشد. چراکه ما دلیلی نداریم که نشان دهد این سیاست منجر به سود می‌شود. در واقع، مباحث سودگرایان ممکن است نتایج متناقضی را پوشش دهد. مثلاً بیشترین سود زمانی محقق می‌شود که اجازه دهیم کسانی که کپی‌رایت را از نویسنده می‌خرند برای حقوق معنوی نیز با نویسنده مذاکره نمایند. از این رو، اگر ما قائل به دلایل اخلاقی برای تجویز نویسندگان در حفظ ادعای حقوق معنوی برای آثارشان باشیم حتی زمانی که کپی‌رایت خود را انتقال می‌دهند. آن‌گاه احتمالاً بهترین دلیل منطقی برای حمایت از این سیاست از ملاحظات غیرسودانگاران نشأت می‌گیرد.

مسئله نهایی در دیدگاه سودانگاران این است که هیچ توجیهی را برای تجارت اسرار و اطلاعات خصوصی و شخصی وجود ندارد. اگرچه تجارت اسرار حمایت قانونی کاملی دارد، اما این تجارت ممکن است با توجه به شرایط منجر به ضرری بیش از فایده گردد. سودگرایی قائل به افشای اسرار زمانی که افشای آن سود دارد، می‌باشد. اما ممکن است برخی استدلال کنند که افراد و شرکت‌ها حق دارند اسرار خود را حفظ کنند، حتی زمانی که افشای آن فواید اجتماعی دارد. به‌عنوان مثال، شرکتی را در نظر بگیرید که نوع جدیدی از موتور را که ۵۰ درصد کمتر از موتورهای موجود، سوخت مصرف می‌کند، تولید کرده باشد. اگرچه جامعه از دسترسی به این موتور سود می‌برد، شرکت تصمیم به عدم بهره‌برداری یا تولید این موتور می‌گیرد تا با حفظ سرّ تجاری آن فروش خط موجود اتومبیل‌های تولیدی خود را ادامه دهد. یا بیمار دارای خون از نوع کمیاب را در نظر بگیرید که با اهدای خون خود می‌تواند به انسان‌های زیادی کمک کند، اما بیمار قصد اهدای خون خود را ندارد و می‌خواهد نوع خون خود را افشا نکند تا از ارتکاب جرم یا اذیت و آزار علیه خود مصون باشد. اگر ما این فرض را قبول کنیم که افراد و شرکت‌ها حق حمایت از اسرار خود را حتی زمانی که جامعه از افشای آن سود می‌برد، داشته باشند، آن‌گاه ممکن است متوجه شویم که پذیرش مطلق دیدگاه سودانگاران در قلمرو مالکیت فکری با مشکل مواجه می‌شود. طبق نظر پاین (Paine) «احترام برای افشای تصمیم‌ها و احترام برای روابط محرمانه» بهترین توجیه برای قوانین اسرار تجاری می‌باشد.

۳ - ۳ - نظریه بیان هگل

برخی از فیلسوفان سیاسی و تئوری‌پردازان حقوقی از جمله رادین (Radin, 1993)، والدین (Waldron, 1988) و رالز (Rawls, 2001) از نظریات فریدریچ هگل، فیلسوف آلمانی قرن نوزدهم، راجع به آزادی، بیان و مالکیت الهام گرفته‌اند. براساس نظریات هگل، مالکیت عرصه‌ای را برای توسعه، بیان و فهم خود مهیا می‌کند. فرد باید خود را در ارتباط با دنیای اجتماعی و فیزیکی که دنیایی جدا از خود او می‌باشد، توصیف کند. فرد می‌تواند خود

را با به‌کارگیری و کنترل اشیا در دنیای جداگانه معرفی کند. برای اطمینان از این که مردم می‌توانند نسبت به اشیا کنترل داشته باشند، جامعه باید حقوق مالکیت را شناسایی کند. از آن جایی که آزادی بشر نیازمند این است که باید فرد برای بیان خود در دنیا و تشریح برنامه زندگی خود توانمند باشد، حقوق مالکیت می‌تواند در زمینه‌هایی که وسایل مورد نیاز را برای شناسایی آزادی بشر فراهم می‌سازد، توجیه‌پذیر باشد. فرد، آزادی (یا انحصارگرایی) خود را با کنترل فیزیکی نسبت به اشیا و همین‌طور اطلاعات به کار می‌بندد. انکار کنترل فرد بر اموال یکی از روش‌های محدودکردن انحصارگرایی فرد است. تئوری هگل بینش خوبی راجع به مالکیت دارد. تئوری بیان نمونه‌هایی را در جایی که مالکیت مورد تعرض قرار می‌گیرد، دانایی، خلاقیت، بینش، مهارت و اصالت فرد را نشان می‌دهد. اگر شخصی خودش را در اشیا بریزد، آن‌گاه شی می‌باید در مالکیت وی باشد. برخی نمونه‌ها از خلاقیت شخصی شامل اشعار، خاطرات، نقاشی‌ها، ترانه‌ها و آلات موسیقی وجود دارد.

از سوی دیگر، تئوری هگل همچنین دارای نقایص است. بیان خود که در ارتباط با ملاحظات اخلاقی است، نمی‌تواند تنها دلیل اعطای حقوق مالکیت نسبت به شی باشد. برای دفاع کردن از این موضع اجازه دهید بحث را با تعریف «خودبیانی» به‌عنوان «بیان دانش، تجربه یا استعداد خود را در شی» آغاز کنیم. به‌عنوان مثال، شعر ممکن است تجربه منحصر به فرد شخصی را بیان کند، کاسه سفالی ممکن است استعدادهای منحصر به فرد و غیره شخص را بیان کند. بنابراین بیان خود اشاره به درجه خلاقیت فرد دارد درحالی که به نبوغ نیاز ندارد. بنابراین فعالیت‌های متفاوت درجه متفاوتی از بیان‌ها دارد که طیف آن از فعالیت‌های فوق‌العاده بیانی مثل نوشتن شعر تا فعالیت‌های کمتر بیانی مثل کار برای خط تولید می‌باشد. اگرچه برخی حس کلی در بیان کارهایی که انجام می‌دهیم، وجود دارد اما نیاز داریم که میان فعالیت‌هایی که فوق‌العاده بیانی هستند با آن‌هایی که این‌طور نیستند، تمایز قائل شویم. درحالی که تئوری هگل به نتیجه‌گیری بی‌معنایی دست می‌زند که ما می‌توانیم بر حقوق مالکیت نسبت به هر چیزی حتی هوایی که تنفس می‌کنیم، تأکید نماییم.

تئوری بیان همانند تئوری مبتنی بر کار، تنها در جایی که یک فرد با مالکیت در ارتباط است، کارساز است. این تئوری در تأمین موضع رضایت بخش در تلاش‌های جمعی ناتوان است. همان‌طور که قبلاً گفته شد، بسیاری از تولیدات فکری نتیجه تلاش افراد زیادی است. به‌عنوان مثال، ترانه بیتل (Beatles) با عنوان «Hey Jude» را در نظر بگیرید. آیا این ترانه بیان جان لنون (John Lennon)، پل مک کارتنی (Paul McCartney)، رینگو استار (Ringo Star)، جورج هاریسون (George Harrison) یا برایان مارتین (Brian Martin) به‌عنوان تولیدکننده‌اش است؟ یا فرایند شجره بشر را در نظر بگیرید. چه کسی منحصرأ با چنین پروژه تحقیقاتی مفصل در ارتباط است؟

مسئله دوم در تئوری بیان، این است که بسیاری از اموال از جمله اموال فکری به‌صورت خودکار تولید می‌شوند. بسیاری از کارخانه‌های مدرن با ماشین‌آلات به جای افراد، کاملاً ماشینی شده‌اند. هم‌چنین ماشینی کردن در زیست‌شیمی، زیست‌شناسی مولکولی، مهندسی الکترونیک و طراحی نرم‌افزار نیز معمول است. ابزار توالی دی‌ان‌ای خودکار نقش کلیدی در تولید موش، بشر، مخمر و دیگر ژن‌ها دارد. صنعت کامپیوتر ماشین‌هایی را تولید کرده است که می‌توانند نرم‌افزارهایی را همانند تراشه‌های کامپیوتر طراحی کنند. هم‌چنین موزیک، هنر، انیمیشن و چیزهای دیگر کامپیوتری وجود دارند. اگرچه ماشینی شدن به‌طور کامل انسان را از بیان در تولید اطلاعات کنار زده است اما نقش عمده‌ای در زندگی بشری داشته و باعث تضعیف این بحث که هر تولیدی، بیانگر دانش، تجربه یا استعداد سازنده آن است. سوم این‌که قوانین مالکیت فکری موجود اغلب نشانی از تئوری بیان ندارند. به‌دست آوردن کپی‌رایت یا حق بهره‌برداری انحصاری به‌رغم بیان حداقلی، ممکن است. به‌عنوان مثال، اگر شما به‌صورت اتفاقی با قراردادن دوربین خود روی یک ساختمان و کلیک کردن، یک سری تصاویر بگیرید. شما نسبت به آن تصاویر، کپی‌رایت دارید. چراکه شما دارنده اصلی آن تصاویر هستید، اگرچه هیچ‌کدام از آن تصاویر، ایده‌ها، استعدادها و تجربیات شما را نشان ندهد. در قانون کپی‌رایت، اصالت و نه بیان شخصی، دارای اهمیت

است. اگرچه مقداری خلاقیت مورد نیاز است اما احتمال دارد شما با ذره‌ای از خلاقیت، کپی‌رایت را به دست آورید. درحالی‌که به‌نظر می‌رسد شرط تازگی در قانون ثبت اختراع مشابه چیزی مانند بیان باشد. اختراع شی می‌تواند این شرط را بدون نمایش میزان زیادی از بیان به دست آورد. برخی اختراعات ثبت‌شده براساس کاربرد عادی روش‌های استفاده‌شده در زیست‌شیمی و زیست‌شناسی مولکولی است. به‌عنوان مثال، یک فرد می‌تواند از ترکیبات شیمیایی مثل فرایند تولید دی‌ان‌ای با استفاده مکرر از تولیدات آزمایشگاهی برای تولید شکل خالصی از ماده شیمیایی بهره‌گیرد. قوانین مالکیت فکری فعلی بیشتر با سودانگاری یا آزادی‌خواهی و نه بیان، ارتباط دارند.

۴ - ۳ - دیدگاه حق خلوت

براساس دیدگاه حق خلوت، برخی از انواع مالکیت فکری می‌توانند توجیه شوند. چراکه حریم شخصی یا جمعی را توسعه می‌دهند. قوانین سرّ تجاری به تجار اجازه می‌دهد تا اطلاعات دارای ارزش اقتصادی و محرمانه تجاری خود را محفوظ بدارند اگر تجارت آن‌ها مبتنی بر تلاش بر حفظ سرّ است. کارمندی که به‌صورت غیرقانونی برخی اسرار تجاری را فاش می‌کند، به‌خاطر تجاوز به قوانین سرّ تجاری تحت تعقیب کیفری قرار می‌گیرد یا به‌خاطر نقض قرارداد علیه او دادخواهی مدنی می‌شود. به‌مخترعین معمولاً اجازه داده می‌شوند که برای حمایت از اختراعات خود قبل از تقدیم تقاضایی مبنی بر حق بهره‌برداری انحصاری از سرّ تجاری استفاده کنند. یک مزیت سرّ تجاری این است که محدودیت قانونی از حیث مدت محرمانه‌بودن آن، وجود ندارد. شما می‌توانید اطلاعات خود را به هر میزانی که در جلوگیری از ورود آن به قلمرو عمومی موفق باشید، به‌عنوان راز نگه دارید. از سوی دیگر، قوانین سرّ تجاری، رقیبان را از استفاده از ابزار قانونی مثل تحقیق مستقل یا مهندسی معکوس برای کشف اسرار تجاری، منع نمی‌کند.

همان‌طور که قبلاً بیان شد، ممکن است برخی استدلال کنند که اطلاعات محرمانه شخصی مثل سوابق پزشکی می‌تواند نوعی از مالکیت فکری باشد. در واقع، شرکت‌های

دارویی اغلب علاقه‌مند به کسب اطلاعاتی از سوابق پزشکی به‌منظور انجام تحقیقات یا توسعه تکنیک‌های تولید هستند. شخصی که بدون رضایت اطلاعات پزشکی خود را فاش می‌کند، ممکن است حقوق ناشی از حق خلوت شخصی‌اش را مورد تجاوز قرار گیرد، همان‌طور که حقوق مالکیت او مورد تعرض قرار می‌گیرد. نکته مشابهی وجود دارد که معمولاً برای تعرض به افراد، مثل استفاده از اسم، امضا یا تصویر آن‌ها بدون رضایت‌شان به کار گرفته می‌شود. فردی که از تصویر دیگری برای تبلیغ کالایش بدون رضایت صاحب آن استفاده می‌کند نه تنها به حق خلوت او تجاوز کرده است بلکه حقوق مالکیت او را زیرپا نهاده است.

انتقاد بالقوه‌ای نسبت به تئوری حق خلوت وجود دارد که ما نیازی به تلقی اطلاعات خصوصی به‌عنوان مالکیت فکری نیست، چراکه اطلاعات قبلاً تحت پوشش حمایت کافی به‌موجب قوانین حق خلوت و سرّ تجاری قرار گرفته‌اند. اگرچه ممکن است برخی استدلال کنند که اطلاعات خصوصی وجوه مشترکی با برخی از انواع مالکیت فکری دارد چراکه به‌طور طبیعی جامع نیست و اغلب ارزش اقتصادی دارند. برای اطمینان از این که مردم می‌توانند حقوق جامعی در دارابودن و کنترل کردن اطلاعات خصوصی داشته باشند، دولت باید حقوق مالکیت را به اطلاعات خصوصی تسری دهد.

انتقاد دوم به تئوری حق خلوت این است که این نظریه در قلمرو اسرار تجاری کاربردی ندارد؛ چراکه مردم و نه شرکت‌ها حقوق حق خلوت دارند. شرکت‌ها، عامل‌های اخلاقی نیستند و نباید حقوق اخلاقی داشته باشند. به بیان دیگر، موقعیت خاصی می‌تواند فراهم شود تا شرکت‌ها می‌باید حقوق اخلاقی داشته باشند اگرچه موجودات خودآگاه نیستند. شرکت‌ها در ارتباط خود با کارمندان، سرمایه‌گذاران، مصرف‌کنندگان و خصوصاً جامعه، وظایف اخلاقی و حقوقی دارند. از آنجایی که شرکت‌ها وظایف اخلاقی و حقوقی دارند، آن‌ها می‌باید حقوق اخلاقی نیز داشته باشند. از آنجایی که شرکت دارای موجودیت حقوقی و نه حقیقی است، ممکن است ابعاد کمتری از حقوق اعطایی به افراد، به آن داده

شود. در موضع حداقلی شرکت می‌باید برخی از حقوق را برای انجام فعالیت‌های تجاری و اقدامات مناسب برای حمایت از علائق اقتصادی خود داشته باشند. حقوق سرّ تجاری ممکن است در پرتو حقوق جمعی از بین برود.

انتقاد سوم نسبت به این تئوری این است که این تئوری در قلمرو مالکیت فکری دارای استقلال نیست. از آنجایی که حق خلوت با ارزش‌های دیگر مثل آزادی، منافع جامعه و غیره توجیه شود. به‌عنوان مثال، ممکن است برخی استدلال کنند که کلیه حقوق خلوت راجع به مسائل انحصاری یا حقوق غیرقابل تعدی هستند. برای بررسی این فرضیه، موقعیتی را فرض کنید که ما بگوییم به حق خلوت تجاوز شده است؛ صرف نظر از این که انحصارگرایی یا خود شخص مورد تعدی یا ایراد صدمه قرار گرفته باشد. بیمار عقب‌افتاده‌ذهنی را که نه اقوامی و نه دوستی دارد، فرض کنید. از آنجایی که او ناتوان از بیان نظرها یا خواسته‌هایش راجع به اختیار خود در سوابق پزشکی‌اش است، افشای سوابق پزشکی‌اش بدون کسب رضایت او تجاوز به انحصارگرایی او نیست. اجازه دهید هم‌چنین فرض کنیم که افشای سوابق او هیچ ضرری برای او ندارد. از آنجایی که او از بیمه پزشکی مناسبی برخوردار است که برای او بدنامی ندارد، ممکن است برخی اعتقاد داشته باشند که افشای طرح سوابق پزشکی او برای مردم که نیازی به آگاهی نسبت به تأثیر سوابق او در معالجه‌اش ندارند، تجاوزی به حق خلوت او می‌باشد، اگر حتی این افشای اطلاعات تجاوز به انحصارگرایی او نباشد یا صدمه مستقیمی به او وارد نکند.

بنابراین می‌توان موضوع خوبی را مطرح ساخت که برخی از انواع مالکیت فکری می‌تواند در حمایت از حق خلوت توجیه‌پذیر باشد. اگرچه این توجیه برخی نگرش‌ها را نسبت به مالکیت فکری ایجاد می‌کند اما این مسئله کاربرد محدودی دارد، چراکه بسیاری از موضوعاتی که ما آن را به‌عنوان مالکیت فکری می‌شناسیم، خصوصی نیستند. علائم تجاری به‌عنوان مثال، اغلب در معرض نمایش عمومی میلیون‌ها نفر از مردم هستند، کسی که از هلالی شکل‌های ثبت‌شده تجاری در کسب‌وکار خود استفاده می‌کند، واضح

است که هیچ تجاوزی به حق خلوت این تجارت نکرده است. ما از علائم تجاری به خاطر توانمند کردن کسب و کار برای متمایز ساختن تولیدات و خدماتی که منجر به افزایش تأثیرگذار و توسعه اقتصاد می‌شود، حمایت می‌کنیم. بسیاری از آثار تحت حمایت کپی‌رایت از جمله ترانه‌ها یا کتاب‌های مشهور اغلب در معرض عموم قرار می‌گیرند.

۵ - ۳ - نظریات مساوی‌طلبی

آخرین دیدگاهی که این مقاله درصدد بررسی آن است، تلاش برای برقراری ارتباطاتی راجع به تأثیرات مالکیت فکری در عدالت توزیعی است. ورین (Wreen, 1998) به این مسئله می‌پردازد که چگونه مالکیت فکری ممکن است میان تنوع اقتصاد اجتماعی با ملیت‌های خاص و در میان ملل متفاوت عرضه شود. او استدلال می‌کند که نظریه مالکیت فکری باید موضوعات مهمی راجع به عرضه منافع مالکیت فکری را مخاطب قرار دهد.

بیشتر مباحث محققان و حقوق‌دانان راجع به مالکیت فکری متمرکز بر کنش میان حقوق فردی و منفعت عمومی است که به وضوح با مسائل عدالت برخورد نمی‌کند. به بیان دیگر، بسیاری از مباحث جاری در زمینه مالکیت فکری، از جمله بحث راجع به داورهای قابل ارائه در دنیای در حال توسعه و هزینه‌های بالای تجویز داروها در جهان توسعه یافته پرسش‌هایی راجع به عدالت توزیعی به وجود می‌آورد. بنابراین توجه به تئوری مالکیت فکری که تلاش می‌کند به چنین پرسش‌هایی در خصوص عدالت توزیعی پاسخ دهد، دارای اهمیت است.

یک دیدگاه که به وضوح با چنین موضوعاتی سروکار دارد، دیدگاه مارکسیستی راجع به مالکیت فکری است. این مقاله به این پرسش نمی‌پردازد که آیا مالکیت به‌طور کلی (یا مالکیت فکری به‌طور خاص) اخلاقاً قابل توجیه است. فرض بر این است که مالکیت به‌منظور حمایت از علایق فردی در اقتصاد بازار ضروری است. با وجود این، نگرش مارکسیست‌ها به هر دو بعد حقوق مالکیت خصوصی و عمومی است. براساس نگرش مارکسیستی نباید مالکیت خصوصی ملموس یا غیرملموسی وجود داشته باشد.

مارکسیست‌ها مالکیت خصوصی را به دو دلیل نامشروع می‌دانند. اول این که مالکیت خصوصی، کارگران را از کار بیگانه می‌سازد و به طبقه سرمایه‌داری امکان استثمار طبقه کارگر را می‌دهد. دوم این که از آن جایی که مالکیت خصوصی به سرمایه‌داران توانایی انباشت ثروت را می‌دهد به نحوی که منجر به توزیع نابرابر امکانات جامعه می‌شود تا ثروتمند، ثروتمندتر شود و فقیر، فقیر بماند. در حالت ایده‌آل، مارکسیست، کار استثمار نیست. مالکیت خصوصی وجود ندارد و امکانات جامعه براساس نیاز تقسیم می‌شود. همه اموال به دولت و نه به افراد، تعلق دارد. مارکسیسم دو قطب متضاد در مسئله اعتدال میان کنترل مالکیت خصوصی و عمومی را نشان می‌دهد. برای مارکسیست‌ها، شاخص کاملاً به نفع کنترل عمومی است و کنترل خصوصی وجود ندارد. محققان مالکیت فکری کمی، وکلای مالکیت فکری یا قضات خود را با دیدگاه‌های مالکیت فکری مبتنی بر مارکسیست انطباق داده‌اند. مارتین (Martin, 1995) یک استثنا است. او بحث می‌کند که حقوق مالکیت فکری منجر به نابرابری‌های اجتماعی از جمله استثمار کشورها و مردم فقیر می‌شود. براساس نظریه مارتین در صورتی که مالکیت فکری وجود نداشته باشد، دنیا وضعیت بهتری خواهد یافت.

پاسخ به انتقادات مارکسیست در مالکیت خصوصی فراتر از مباحث این مقاله است. با وجود این، مارکسیست‌ها مشکل حادی با همه دیدگاه‌های مالکیت فکری دارند. قوانین و سیاست‌های مالکیت فکری چگونه توزیع عادلانه منافع و ظرفیت‌های جامعه را افزایش می‌دهد؟ جان رالز (John Rawls, 1971, 1993, 2001) از آن دیدگاهی نسبت به مالکیت دفاع می‌کند که تلاش دارد مسائلی از عدالت توزیعی در جامعه را مخاطب قرار دهد. اگرچه رالز نوشتاری در زمینه مالکیت فکری ندارد اما بررسی این که چگونه دیدگاه‌های وی در خصوص مالکیت فکری انطباق می‌یابد، دارای اهمیت است. از آن جایی که دیدگاه وی کاملاً پیچیده است، این یادداشت، نگرش مختصری از دیدگاه وی نسبت به مالکیت را توضیح دهد.

تئوری رالز مفهومی از عدالت را ارائه می‌دهد که در مبنای ساختاری جامعه کاربرد دارد که شامل خانواده، نظام حقوقی، دولت، مالکیت و دیگر نهادهای اجتماعی است. براساس نظریه رالز، جامعه صرف، جامعه‌ای است که به‌خوبی شکل گرفته است. سیستم عادلانه‌ای از همکاری و تعامل اجتماعی، جلوتر از زمان بودن آن حقیقت تکثرگرایی منطقی را به آن اعطا کرده باشد. «تکثرگرایی منطقی» بدان معنا است که اعضای جامعه دکتترین فلسفی، مذهبی یا اخلاقی جامع فردی را نمی‌پذیرد. رالز تلاش می‌کند مفهومی از عدالت را که با «اجماع عمومی» میان اعضای مختلف جامعه همسو است، ارائه دهد. رالز برای شناسایی و توجیه مؤلفه‌های تشکیل‌دهنده این مفهوم از عدالت، از استراتژی بحث‌انگیز معروف به «موقعیت اصلی» استفاده می‌کند. در موقعیت اصلی، پیمانکاران فرضی برای توسعه مؤلفه‌هایی که ساختار جامعه را شکل می‌دهد با یکدیگر همکاری می‌کنند. رالز پیمانکاران را پشت پرده‌ای از ناآگاهی قرار می‌دهد تا از این که قضاوت آن‌ها بی‌طرفانه و عادلانه باشد، مطمئن گردد. آن‌ها نمی‌دانند در آن جامعه چه کسی هستند یا چه کسی خواهند بود تا این که این پرده برداشته شود. براساس نظریه رالز، طرفین در موقعیت اصلی دو دسته ضابطه را ایجاد می‌کنند. رالز اغلب بحث می‌کند که قواعد دسته اول بر قواعد دسته دوم اولویت دارند و بخش اول از قواعد دسته دوم بر بخش دوم آن ارجح هستند. بنابراین اگرچه رالز برخی نابرابری‌های اجتماعی و اقتصادی را در جوامع جایز می‌داند، باوجود این، آن را در مواجهه با طرح برابری‌های بنیادی یا تحت فرصت برابر عادلانه، جایز نمی‌داند.

حقوق نسبت به اموال یکی از آزادی‌های بنیادی مرتبط با قواعد دسته اول است. رالز توضیح می‌دهد که آن چه او از آن با تعبیر ارتباط ظریف و نه وسیع مالکیت دفاع می‌کند، آزادی‌خواهی از مفهوم وسیع آن دفاع می‌کند. رالز تصریح می‌کند که آن حق نسبت به مالکیت توجیه می‌شود چراکه به فرد، احساس استقلال و شخصیت می‌دهد. اما باوجود این، رالز معتقد است زمانی که چنین کارکردی ضروری نیست، این حق می‌تواند محدود شود. بنابراین رالز از سیاست‌های اجتماعی که حقوق مالکیت را محدود می‌کند، به این دلیل که

این سیاست‌ها استقلال و شخصیت افراد را مخدوش نمی‌سازد، حمایت می‌کند. محدودیت‌های متنوع در حقوق مالکیت فکری از جمله «استفاده منصفانه» استثنایی بر قانون کپی‌رایت است و مدت ۲۰ سال در حق انحصاری بهره‌برداری منطبق با دیدگاه رالز راجع به عدالت است.

رالز هم‌چنین بحث را در خصوص این که انواع بسیاری مالکیت فکری توجیه‌پذیر است. ادامه می‌دهد. چراکه از نظر او آن‌ها به اعضای منتفع حداقلی جامعه در طول زمان فایده می‌رساند. اختراعات و کپی‌رایت‌ها محرک توسعه تکنولوژی و آثار خلاقانه می‌شود تا منفعت تدریجی آن به اعضای کم‌بهره از جامعه برسد. اگرچه این رویکرد به نظر ناعادلانه می‌رسد که فقط ثروتمندان بتوانند از عهده اختراعات جدید برآیند به هنگامی که برای اولین بار عرضه شده‌اند، این اختراعات به‌زودی در نتیجه انقضای حق بهره‌برداری انحصاری و افزایش رقابت و توسعه تولید آن برای همه قابل دسترسی است. به‌عنوان مثال، ماشین حساب‌های الکترونیکی با کاهش قیمت از چند صد دلار در سال ۱۹۷۰ به چند دلار یا کمتر در سال ۲۰۰۳ مواجه شدند.

مزیت اصلی دیدگاه رالز نسبت به مالکیت فکری این است که چارچوبی برای پاسخ به نگرانی‌های راجع به عدالت اجتماعی در ارتباط با رژیم مالکیت فکری ارائه می‌دهد. مزیت دیگر این دیدگاه، این است که تلاش می‌کند تا بر مسائل تکثرگرایی فائق آید. رالز به شناسایی این مسئله می‌پردازد که مردم متفاوت در جامعه عقاید فلسفی، مذهبی و اخلاقی متفاوتی دارند و تلاش می‌کند که مفهوم سیاسی عدالت را که برای مردم با ارزش‌های متنوع قابل‌پذیرش باشد، ارائه دهد. مزیت سوم دیدگاه رالز نسبت به مالکیت فکری این است که عقاید وی راجع به عدالت ترکیب‌پذیری میان تئوری‌های تأثیرگذار در حوزه حقوق مالکیت شامل آزادی‌خواهی، سودگرایی و مساوات‌طلبی را قوت بخشد. ضعف اصلی تئوری رالز این است که وضعیت ترکیبی را ارائه می‌دهد که هیچ‌یک از دیدگاه‌های متفاوت درگیر با مسئله مالکیت فکری را تأمین نمی‌کند. آزادی‌خواهان ممکن است اعتراض کنند که رالز توجه کافی به حقوق مالکیت ندارد. سودگرایان می‌توانند استدلال کنند که رالز توجه کافی به

حداکثرسازی منفعت ندارد و مساوات طلبان ممکن است گله کنند که رالز به اندازه کافی برابری اقتصادی اجتماعی را در نظر نمی‌گیرد. راضی کردن همه افراد در همه زمان‌ها ممکن نیست.

۴ - دیدگاه تکثرگرایی

این مقاله ۶ دیدگاه متفاوت راجع به مالکیت فکری را بررسی کرد و به این نتیجه دست یافت که هیچ‌کدام از آن‌ها توجیه مناسبی برای مالکیت فکری نمی‌باشد. هر دیدگاه به ارزش یا هدف متفاوتی تأکید می‌کند تا در خدمت نظام مالکیت فکری قرار گیرد. این ارزش‌ها شامل استقلال (یا آزادی)، حریم خصوصی، سودگرایی و عدالت است. هر دیدگاه نقاط قوت و نقاط ضعفی دارد. به عنوان مثال، دیدگاه آزادی خواه تأکید زیادی بر استقلال دارد اما در عدالت و سودگرایی ضعیف است. دیدگاه سودگرا در منفعت‌گرایی نقطه قوت دارد ولی در استقلال و عدالت نقطه ضعف دارد. دیدگاه حق خلوت در حفظ خلوت دارای قوت است اما در عدالت و سودگرایی ضعیف دارد. بنابراین دلایلی برای در نظر گرفتن دیدگاه جایگزینی نسبت به مالکیت فکری وجود دارد. یک دلیل برای توجیه دیدگاه تکثرگرایی این است که دیدگاه‌های دیگر توجیه کافی در رابطه با مالکیت فکری ندارند. علاوه بر این دلیل منفی، دو دلیل مثبت دیگر برای ترجیح دیدگاه تکثرگرایی نسبت به ۶ دیدگاه دیگر است. دلیل اول این که قلمرو مالکیت فکری فوق‌العاده وسیع است. مالکیت فکری دارای تنوع است. چراکه روش‌های متنوعی در کنترل و علاقه‌مندی به اطلاعات وجود دارد. همان‌طور که در بخش دوم بحث شد، مالکیت فکری شامل کپی‌رایت، اختراعات، اسرار تجاری، اطلاعات خصوصی و حقوق معنوی می‌باشد. اگرچه بسیاری از تحلیل‌گران بر این که چگونه مالکیت فکری از علایق اقتصادی حمایت می‌کند، تأکید دارند اما مالکیت فکری از علایق نویسندگی و حقوق معنوی، آزادی و حق خلوت حمایت می‌کند. دلیل دوم برای ترجیح دیدگاه تکثرگرایی این است که جوامع دموکراتیک مدرن، خود تکثرگرا هستند. مردم با پیشینه‌های متفاوت فرهنگی و اخلاقی گرد هم جمع شده‌اند و دارای عقاید مذهبی، فلسفی و اخلاقی متفاوت هستند. برخورداری از حد بالای تنوع، موجب می‌شود تا ما انتظار نداشته باشیم «یک معیار پاسخگوی همه دیدگاه‌ها»، توجیه کافی برای مالکیت فکری

باشد (هر نوع دیگر از مالکیت برای آن موضوع).

اگر این دلایل برای در نظر گرفتن دیدگاه تکثرگرا کافی باشد، ما نیاز به فهم این مطلب داریم که دیدگاه تکثرگرا چگونه به این اختلافات در زمینه مالکیت فکری پاسخ می‌دهد. مرحله اول، تعریف تکثرگرایی است. تکثرگرایی برای اهداف این مقاله، دیدگاهی است که مردم راجع به ارزش‌های اخلاقی بنیادی توافق نظر ندارند و این ارزش‌ها را بی‌تناسب می‌دانند. به این معنا که آن‌ها غیرقابل مقایسه یا متفق‌پذیر هستند. ارزش‌های بنیادی شامل آن‌هایی که قبلاً در این مقاله برشمردیم مثل استقلال، حق خلوت، سودگرایی و عدالت است. دیدگاه تکثرگرا محاسبه این را که به چه میزان استقلال در حوزه سودگرایی یا برعکس آن، ارزشمند است، غیرممکن می‌داند. هیچ الگوریتمی برای تخصیص اعتبار به این ارزش‌های متفاوت برای اهداف تعامل به هنگام درگیری میان این ارزش‌ها وجود ندارد. دیدگاه تکثرگرایی از اختلافات میان نتایج مالکیت فکری در ارزش‌های بنیادی جلوگیری می‌کند، اختلافات مالکیت فکری با اعتراض به هر ارزش واحد قابل حل نیست. حل کردن اختلافات مالکیت فکری با اندازه‌گیری و متعادل کردن ارزش‌های متفاوت است که در یک وضعیت قرار گرفته‌اند تا این که مشخص شود کدام یک اولویت دارد. روش دیگر تحقق مسئله، این است که ارزش‌های بنیادی در مواجهه اول، مبین تعهدات اخلاقی باشند. زمانی که میان تعهدات اختلاف پیش آید، عوامل اخلاقی باید انتخابی بی‌طرف و عادلانه داشته باشند تا رقابت تعهدات در پرتو حقایق و شرایطی که این مسئله را ایجاد کرده است، مدنظر قرار گیرد.

از آن جایی که دیدگاه تکثرگرا از طرح طبقه‌بندی ارزش‌ها و تعهدات حمایت نمی‌کند، اولویت‌گذاری هر ارزش خاص ممکن است از وضعیتی به وضعیت دیگر تغییر یابد. به‌عنوان مثال، سودگرایی باید بیشترین اولویت را در اختلافات حق بهره‌برداری انحصاری داشته باشد چراکه کارکرد حقوقی و اجتماعی سیستم بهره‌برداری انحصاری پیشرفت علوم و ادبیات علوم انسانی را گسترش می‌دهد. ملاحظات دیگر، مثل حق خلوت و استقلال باید در اختلافات حق بهره‌برداری انحصاری در اولویت بعدی قرار گیرد. از سوی دیگر،

سودگرایی باید در اختلافات راجع به حق خلوت اهمیت کمتری داشته باشد چراکه قوانین حق سکوت برای حمایت از علایق فردی و نه گسترش سودانگاری تنظیم شده‌اند. عدالت در حل اختلافات راجع به تخصیص حقوق معنوی باید در اولویت بیشتری باشد، چراکه نویسندگان و مخترعان می‌خواهند با آن‌ها به انصاف رفتار شود. یعنی این که در جایی که نسبت به دریافت اعتبار استحقاق دارند، آن را دریافت کنند. باوجود این، عدالت در اختلاف علائم تجاری نقش کمتری دارد چراکه هدف علائم تجاری افزایش تجارت و صنعت است. به‌عنوان مثال، در چگونگی به‌کارگیری دیدگاه تکثرگرا در مورد خاص دسترسی به داروهای ارزان قیمت را در دنیای درحال توسعه در نظر بگیرد. اکثریت ۲۵ میلیون آفریقای جنوبی که بیماری ایدز دارند، نمی‌توانند بنا به شرایط خود از عهده داروهای تجویز شده برای درمان خود برآیند و به این داروها دسترسی یابند. برای برخورد با این مسئله سلامت عمومی بسیاری از ملل درحال توسعه استفاده از شرط لیسانس اجباری را در موافقت‌نامه جنبه‌های تجاری مالکیت فکری در نظر گرفته‌اند تا به شرکت‌های تولیدکننده داروهای عام اجازه داده شود نسبت به تولید این داروها بدون کسب لیسانس از دارنده حق بهره‌برداری انحصاری اقدام کنند تا هزینه‌های تولید این داروها کاهش یابد. موافقت‌نامه تریپس در میان معاهدات مالکیت فکری از سوی سازمان تجارت جهانی حمایت می‌شود تا استانداردهای حداقلی برای حمایت از حق انحصاری، کپی‌رایت و تأمین مکانیزم‌های حل اختلاف راجع به مالکیت فکری تأمین گردد. موافقت‌نامه تریپس شامل شرطی است که به کشورهای امضاکننده اجازه می‌دهد تا از رعایت حقوق بهره‌برداری انحصاری (از طریق لیسانس اجباری) به‌منظور حل مشکلات ملی مستثنا قرار گیرند. کشورهای درحال توسعه استدلال می‌کنند که آن‌ها باید بتوانند از استثنای مسائل ملی در موافقت‌نامه تریپس برخوردار باشند تا از گسترش ایدز جلوگیری کنند. شرکت‌های دارویی در کشورهای درحال توسعه با استفاده بی‌رویه از این شرط زمینه‌هایی را که می‌توانند حمایت مالکیت فکری از داروهای ثبت‌شده صورت گیرد، تضعیف می‌کنند.

دیدگاه تکثرگرا در مواجهه با این مسئله به شکل ذیل عمل می‌کند؛ اول، باید ارزش‌های

مهم در رابطه با این موضوع شناسایی شوند. در نگاه اول، به نظر می‌رسد این مسئله منجر به طرح سؤالاتی راجع به عدالت (یعنی دسترسی به داروها)، استقلال (یعنی حق کنترل مالکیت فکری) و سودگرایی (یعنی بهترین وضعیت برای جامعه، تکنولوژی و صنعت) می‌شود. قوانین اختراع با ایجاد محدودیت زمانی ۲۰ سال و محدودیت در قلمرو اختراعات تعادل خوبی میان استقلال و سودگرایی برقرار می‌کنند. برخی ممکن است استدلال کنند که استثنای خاص بر رژیم بهره‌برداری انحصاری ضروری است تا برخی از نابرابری‌های مقطعی مثل ناتوانی در دسترسی به داروهای حیاتی برطرف گردد. بنابراین، عدالت نیاز دارد که قوانین بهره‌برداری انحصاری ملی و معاهدات بین‌المللی شامل استثنائاتی در برخی از مسائل ملی باشند. با وجود این، سودگرایی برخی محدودیت‌هایی را در خصوص نادیده گرفتن حمایت از بهره‌برداری انحصاری و کاهش انگیزه برای سرمایه‌گذاری در تحقیق و توسعه شود. بنابراین دیدگاه تکرگرا به مواجهه با این مشکلات و موضوعات پیچیده از طریق متعادل ساختن دقیق این سه ارزش - سودگرایی، استقلال و عدالت - در پرتو حقایق و شرایط موضوع می‌پردازد.

قبل از نتیجه‌گیری، این نوشتار، قصد دارد به بررسی دو اعتراض در زمینه دیدگاه تکرگرا بپردازد.

اعتراض اول - تکرگرایی ناسازگار است. چراکه ارزش‌های متفاوت را در موقعیت‌های متفاوت اولویت‌بندی می‌کند. برای پایداری موضوع مالکیت فکری باید درجه‌بندی ارزش‌ها را به وجود آورد. تکرگرایی این کار را انجام نداده است. از این رو، این دیدگاه ناسازگار است. **پاسخ -** اگرچه تکرگرایی ارزش‌های متفاوت را در شرایط مختلف اولویت‌بندی کرده است، ولی ناسازگار است. چراکه دلیل موجهی برای جابه‌جایی این اولویت‌بندی ارزش‌ها دارد. سازگاری در تحقق اخلاق نیاز دارد که با موضوعات مشابه، برخورد یکسان و با موضوعات متفاوت، رفتار متفاوت صورت گیرد. اگر دو موضوع واقعاً متفاوت باشند، هرکس می‌تواند طبقه‌بندی متفاوت ارزش‌ها را براساس این اختلاف انجام دهد.

اعتراض دوم - تکرگرایی راهنمای مفیدی برای ساختار سیاسی یا قضایی نیست.

قضات، سیاست‌گذاران، قانون‌گذاران و رأی‌دهندگان نیاز به دیدگاه ساده‌تری با فرایند تصمیم‌گیری شفاف‌تری دارد. به‌عنوان مثال، سودگرایی تئوری کارآمدتری است. چرا که ساختار ساده‌تری برای اندازه‌گیری منافع و مضرات تأمین می‌کند. تکثرگرایی، ارزش‌ها و ملاحظات زیادی را در قانون و سیاست مالکیت فکری معرفی می‌کند و تحلیل پیچیده غیرضروری به‌عمل می‌آورد.

پاسخ - تکثرگرایی از برخی دیگر دیدگاه‌ها پیچیده‌تر است اما هم‌چنان کاربردی است. علاوه بر این، این دیدگاه واقع‌گرای سیاسی است. مباحث راجع به سیاست اجتماعی به‌ندرت ساختار ساده‌ای مثل هزینه‌ها در تقابل منافع دارند. اکثر آن‌ها این‌گونه نیستند. قضات، سیاست‌گذاران، قانون‌گذاران و رأی‌دهندگان باید با ارزش‌های بنیادی در حال رقابت دست‌وپنجه نرم کنند. اعتدال ارزش‌های در حال رقابت، به‌سادگی احتساب منافع و خطرات نیست، اگرچه واقعی و کاربردی هستند.

۵ - نتیجه:

این نوشتار ۶ دیدگاه راجع به مالکیت فکری را بررسی و نقد کرد و راجع به دیدگاه تکثرگرا استدلال کرد. براساس تکثرگرایی، طیفی از ارزش‌های اخلاقی بنیادی از جمله سودگرایی، استقلال، حق خلوت و عدالت، نقش اساسی در توجیه قوانین و سیاست‌های مالکیت فکری دارند. برای حل اختلافات راجع به مالکیت فکری باید این ارزش‌های متفاوت در پرتو حقایق و شرایط خاص ارزیابی و مد نظر قرار گیرند. این مقاله به بررسی دو دلیل که تکثرگرایی، بهترین توجیه مالکیت فکری را تأمین می‌کند، پرداخت؛ اول این که مالکیت فکری، فوق‌العاده متنوع است. دوم این که مردم عقاید مذهبی، فلسفی و اخلاقی متفاوتی را می‌پذیرند. از آنجایی که ما در جامعه‌ای تکثرگرا که بسیاری از مردم تمایل دارند اطلاعات را به دلایل مختلف کنترل کنند، دیدگاه تکثرگرا نسبت به مالکیت فکری، واقع‌گرای تکنولوژیکی و سیاسی است و اخلاقاً، مطلوب می‌باشد.

قابل توجه خوانندگان گرامی:

مقاله «تأثیر اصلاح مواد ۹۴۶ و ۹۴۸ قانون مدنی بر سهم الارث زوجه» که در شماره پیشین ماهنامه به چاپ رسیده است، پیش از این، و متعاقب تصویب قانون اصلاح مواد ۹۴۶ و ۹۴۸ قانون مدنی مندرج در روزنامه رسمی شماره ۱۸۶۵۱ مورخ ۱۳۸۷/۱۲/۲۱ تهیه و در شماره ۹۵ مجله کانون چاپ گردیده بود، که بیانگر دیدگاه تهیه‌کنندگان مقاله در زمان حاکمیت قانون بوده است. اما با تصویب قانون الحاق یک تبصره به ماده ۹۴۶ قانون مدنی اصلاحی ۱۳۸۷ در تاریخ ۱۳۸۹/۵/۲۶ و عطف به‌ماسبق شدن مقررات اصلاحی در خصوص وراثت متوفایی که قبل از ۱۳۸۷/۱۱/۶ فوت کرده ولی هنوز ترکه او تقسیم نشده است، به‌لحاظ تعیین تکلیف توسط قانون‌گذار، مطالب موضوع مقاله صرفاً جنبه پژوهشی داشته و قابلیت اعمال در دفاتر اسناد رسمی ندارد. ضمن پژوهش از خوانندگان گرانقدر؛ ذیلاً تبصره الحاقی به ماده ۹۴۶ قانون مدنی درج می‌گردد؛ «ماده واحده - تبصره ذیل به ماده ۹۴۶ قانون مدنی اصلاحی مصوب ۱۳۸۷/۱۱/۶ الحاق می‌گردد، تبصره - مفاد این ماده در خصوص وراثت متوفایی که قبل از تصویب آن فوت کرده ولی هنوز ترکه او تقسیم نشده است نیز لازم‌الاجرا است».

ماهنامه کانون

حرف ماه

خدایا

فقط تو را می‌پرستیم و از تو کمک می‌خواهیم

«هو الذی ایدک بنصره و بالمؤمنین»

... اوست کسی که تو را با یاری خود و یاری مؤمنان تقویت نمود (آیه شریفه ۶۲ سوره مبارکه انفال)

بسیار شنیده‌ایم که شکست پلی است برای پیروزی. ما باید در هر زمینه‌ای از تجربه‌ها و تلخ‌کامی‌ها و کامیابی‌های دیگران درس بگیریم و آن را در امور زندگی فردی و اجتماعی مان به کار بیندیم.

ما باید بیش از آن که اثرپذیر باشیم، تأثیرگذار بوده و جامعه و محیط اطراف خویش را بسازیم. باید در کسب پیروزی‌ها و رشد و بالندگی کشور نقش‌آفرین باشیم و بر این عقیده استوار باشیم که فقط از خداوند قادر و توانا یاری بجوییم و در امور جمعی و اجتماعی، همراه و همیار هم باشیم.

خداوند در ادامه آیه یاد شده می‌فرماید: ای پیامبر، خداوند و پیروان با ایمانت تو را کفایت می‌کنند. (آیه شریفه ۶۴)

تاکنون، بارها، درباره وحدت و همدلی و انسجام و همفکری صحبت شده است اما آنچه اهتمام بیشتری دارد توجه و عنایت ویژه داشتن به حقوق فردی و اجتماعی آحاد جامعه است که اگر این آگاهی با وحدت و همگرایی اجتماعی درآمیزد، اثر بیرونی‌اش نمایان می‌شود و نقش اجتماعی ما روشن و آشکار می‌گردد.

فراموش نکنیم که خانواده، خود، یک نهاد اجتماعی است و ما وظیفه داریم از حقوق خانواده اطلاع کافی داشته باشیم و در ابتدای امر، خود، حقوق سایر اعضای خانواده را به نحو احسن رعایت نماییم. در این میان - در محیط کار به عنوان خانه دوم مان - البته، واضح است که رعایت حقوق کارکنان دفترخانه در زمره حق الناس بوده و بر سردفتر وجوب شرعی و قانونی دارد.

ر.ک.: آیه‌های زندگی (ج ۷، کتاب انقلاب)، حسین اسکندری، انتشارات سروش، تهران، ۱۳۸۵، صص ۹۴ - ۹۳

اخبار، قوانین، مقررات، آراء و گزارش‌ها

بخشنامه**بابت استعلام املاک استان البرز وجهی دریافت نشود**

دفاتر اسناد رسمی استان تهران جهت استعلام نسبت به املاک واقع در استان البرز وجهی بابت هزینه استعلام دریافت نمایند.

به گزارش خبرنگار ماهنامه «کانون»، اداره کل ثبت اسناد و املاک استان تهران طی نامه شماره ۱۳۷۵۱۳/۳۷۵۱۳/۱۰۱/۹۰ - ۱۳۹۰/۳/۳۱ نامه شماره ۲۵۰۳ - ۹۰/۳/۲۲ اداره کل ثبت اسناد و املاک استان البرز را به‌عنوان کانون سردفتران و دفتریاران جهت اطلاع و اقدام قانونی پیوست نموده مبنی بر این‌که؛ با عنایت به انتزاع استان البرز از استان تهران و نظر به تفکیک اخذ درآمدهای هر دو استان، در اجرای موضوع ماده واحده ۵۹ قانون بودجه کل کشور در سال ۱۳۹۰ از دفاتر اسناد رسمی استان تهران درخواست شده که هنگام استعلام نسبت به املاک واقع در استان البرز وجهی بابت هزینه استعلام دریافت نشود و همچنین به متقاضی تفهیم گردد در زمان ارائه استعلام به ادارات ثبت اسناد و املاک استان البرز وجه هزینه استعلام از طریق حسابداری واحد مربوطه پرداخت و تأییدیه آن هنگام پاسخ استعلام اخذ و به دفاتر اسناد رسمی استان تهران تحویل شود.

مقررات

تفاهم‌نامه خوداظهاری مالیاتی سردفتران و دفترباران بین کانون و سازمان امور مالیاتی امضا شد

طی تفاهم‌نامه‌ای بین کانون سردفتران و دفترباران و سازمان امور مالیاتی، دستورالعمل خوداظهاری سردفتران و دفترباران دفاتر اسناد رسمی در اجرای ماده ۱۵۸ قانون مالیات‌های مستقیم برای عملکرد سال ۱۳۸۹ امضا شد.

به گزارش خبرنگار ماهنامه «کانون» نمایندگان کانون سردفتران و دفترباران و سازمان امور مالیاتی کشور در تاریخ هشتم تیرماه سال جاری درخصوص نحوه خوداظهاری مالیاتی سردفتران و دفترباران دفاتر اسناد رسمی، تفاهم‌نامه‌ای را امضا نمودند که متن آن عیناً به شرح زیر است:

احتراماً، در اجرای ماده ۱۵۸ قانون مالیات‌های مستقیم، به پیوست دستورالعمل خوداظهاری درآمد مشمول مالیات و مالیات عملکرد سال ۱۳۸۹ سردفتران و دفترباران دفاتر اسناد رسمی به شماره ۲۰۰/۸۱۹۲ مورخ ۹۰/۴/۸ برای اجرا ارسال می‌گردد. مقتضی است ادارات امور مالیاتی با توجه به دستورالعمل مذکور اطلاع‌رسانی لازم به منظور تسلیم اظهارنامه و تکمیل حساب درآمد و هزینه مندرج در فرم اظهارنامه و سایر شرایط دستورالعمل به عمل آورند.

بنا به اختیار حاصل از ماده ۱۵۸ ق.م.م.،^۱ با عنایت به آگهی منتشره در نیمه اول سال ۱۳۸۹ و در جهت اجرای مطلوب‌تر عدالت مالیاتی، استفاده بهینه از منابع، توسعه و ترویج فرهنگ خوداظهاری، سازمان امور مالیاتی کشور طرح خوداظهاری درآمد مشمول مالیات و مالیات عملکرد سال ۱۳۸۹ صاحبان مشاغل موضوع ماده ۹۵ قانون مالیات‌های مستقیم را به مرحله اجرا درآورده است. بنابراین اظهارنامه‌های تسلیمی هر یک از اعضای کانون سردفتران و دفترباران که به شرح این دستورالعمل و با رعایت مقررات و شرایط زیر تسلیم شده باشد مشمول طرح خوداظهاری قرار می‌گیرد:

الف - شرایط خوداظهاری:

۱ - تسلیم اظهارنامه مالیاتی عملکرد سال ۱۳۸۹ در موعد مقرر قانونی با تکمیل فرم حساب درآمد و هزینه مندرج در اظهارنامه.

۲ - تکمیل و ارائه جدول دریافتی ماهانه عملکرد سال ۱۳۸۹ (بابت حق تحریر اسناد، گواهی امضا و سایر موارد با درج شماره اولین و آخرین سند ماهانه) با ذکر مبالغ پرداختی به دفترباران، به همراه اظهارنامه.

۳ - اظهارنامه‌های صاحبان دفاتر اسناد رسمی که درآمد مشمول مالیات آن‌ها با احتساب ضریب ۳۹٪ به درآمد ابرازی، پس از کسر ۴۰٪ از حق التحریر، بابت پرداختی به کارکنان، دفترباران و کانون، ابراز شده

۱. ق.م.م. = قانون مالیات‌های مستقیم.

باشد، مشمول خوداظهاری می‌باشد. درآمد مشمول مالیات فوق، پس از کسر معافیت سالانه مشمول مالیات به نرخ ماده ۱۳۱ ق.م.م. خواهد بود.

۴ - صاحبان دفاتر اسناد رسمی که تا پایان مهلت مقرر برای تسلیم اظهارنامه دوره اول عملکرد سال ۱۳۹۰ (حداکثر تا تاریخ ۹۰/۴/۱۵) نسبت به ثبت‌نام و تسلیم اظهارنامه، در نظام مالیات بر ارزش افزوده اقدام ننمایند، مشمول خوداظهاری نبوده و پرونده آنان توسط ادارات امور مالیاتی مورد رسیدگی قرار خواهد گرفت.

۵ - اظهارنامه‌های عملکرد سال ۱۳۸۹ هر یک از دفترباران که میزان درآمد ابرازی آن‌ها، حداقل به میزان دریافتی مطابق جدول بند (۲) فوق بوده و درآمد مشمول مالیات ابرازی آن‌ها نیز حداقل معادل ۶۰٪ نسبت به کل مبالغ دریافتی ابراز شده و با رعایت این دستورالعمل تسلیم اداره امور مالیاتی شده باشد، مشمول خوداظهاری خواهد بود.

۶ - درج کد ملی و کدپستی دهرقمی محل فعالیت در اظهارنامه تسلیمی، الزامی می‌باشد.

۷ - به‌منظور ایجاد تسهیلات لازم برای وصول مالیات موضوع این دستورالعمل، با رعایت مقررات ماده ۱۶۷ ق.م.م. در موارد تقسیط مالیات ابرازی، برای مؤدیانی که به‌صورت الکترونیکی نسبت به تسلیم اظهارنامه اقدام نموده‌اند حداقل ۳۰٪ مالیات به‌صورت نقد به همراه اظهارنامه و مابقی در ۴ قسط مساوی ماهانه تا پایان آبان‌ماه ۱۳۹۰ تقسیط گردد. برای سایر مؤدیان حداقل ۵۰٪ مالیات به‌صورت نقد به همراه اظهارنامه و مابقی در ۴ قسط مساوی ماهانه تا پایان آبان‌ماه ۱۳۹۰ تقسیط گردد.

تبصره: مؤدیانی که در اجرای این بند نسبت به تکمیل اظهارنامه الکترونیکی اقدام می‌نمایند، لازم است پرینت اظهارنامه مذکور را پس از امضا، در موعد مقرر قانونی به اداره امور مالیاتی ذی‌ربط تسلیم نمایند.

ب - نمونه انتخابی:

۸ - در اجرای ماده ۱۵۸ قانون مالیات‌های مستقیم نمونه انتخابی برای رسیدگی از بین اظهارنامه‌های تسلیمی در چارچوب این دستورالعمل به میزان ۱۲٪ (دوازده درصد) و با نظر مدیرکل امور مالیاتی تعیین می‌گردد، مشروط بر این که در دو سال گذشته به‌عنوان نمونه مورد رسیدگی قرار نگرفته باشد.

۹ - اظهارنامه‌هایی که حائز شرایط مقرر در این دستورالعمل بوده و به‌عنوان نمونه جهت رسیدگی انتخاب نشوند، قطعی تلقی می‌گردند. دفاتر اسناد رسمی مکلف‌اند در صورت درخواست ادارات امور مالیاتی دفاتر حق تمبر مربوط به عملکرد سال ۱۳۸۹ را در اختیار آنان قرار دهند.

۱۰ - ادارات کل امور مالیاتی، فهرست مؤدیان نمونه موضوع بند (۸) فوق را حداکثر تا تاریخ ۹۰/۷/۳۰ به کانون سردفتران و دفترباران اعلام خواهند نمود.

۱۱ - دفاتر اسناد رسمی که اظهارنامه آن‌ها در اجرای بند (۸) این دستورالعمل به‌عنوان نمونه انتخاب و مورد رسیدگی قرار می‌گیرد، در صورتی که درآمد مشمول مالیات قطعی (قبل از کسر معافیت) با درآمد مشمول مالیات ابرازی طبق اظهارنامه تسلیمی آنان بیش از ۱۵٪ اختلاف داشته باشد، مشمول حکم ماده ۱۹۴ ق.م.م. خواهند بود.

ج: سایر شرایط:

- ۱۲ - هرگاه طبق اسناد و مدارک مثبت مشخص گردد، وجوه دریافتی یا درآمد مؤدی در عملکرد سال ۱۳۸۹ بیش از مبلغ ابرازی بوده است، مالیات درآمد کتمان شده با رعایت مقررات ماده ۱۵۷ ق.م.م. قابل مطالبه و وصول خواهد بود. در این صورت مابه‌التفاوت مالیات در مورد دفاتر اسناد رسمی مشمول حکم قسمت اخیر تبصره ماده ۱۹۲ قانون مالیات‌های مستقیم خواهد بود.
- ۱۳ - عدم پرداخت مالیات متعلقه در سررسید مقرر، مانع از صدور برگ قطعی برای اعضای که در چارچوب این دستورالعمل، اظهارنامه تسلیم نموده‌اند، نخواهد بود. در صورت عدم پرداخت مالیات متعلقه (در سررسید مقرر)، مشمول جریمه مقرر در ماده ۱۹۰ ق.م.م. از تاریخ سررسید بوده که غیرقابل بخشودگی خواهد بود.
- ۱۴ - کانون سردفتران و دفترباران، مکلف است فهرست دریافتی هر یک از دفاتر اسناد رسمی را به تفکیک نوع دریافتی هر دفترخانه و نیز اداره کل مربوط، حداکثر تا تاریخ ۹۰/۶/۱۵ به سازمان امور مالیاتی اعلام نماید.
- ۱۵ - این دستورالعمل مانع از مراجعه مأموران مالیاتی جهت رسیدگی به مالیات‌های تکلیفی مقرر در قانون مالیات‌های مستقیم از جمله حقوق نخواهد بود.
- ۱۶ - کانون سردفتران و دفترباران تمام تلاش و مساعی خود را جهت جلب مشارکت اعضای خود به منظور رعایت مفاد این دستورالعمل به عمل خواهد آورد. هم‌چنین آماده هرگونه همکاری با سازمان امور مالیاتی کشور در جهت اجرای مطلوب طرح جامع مالیاتی کشور می‌باشد.
- ۱۷ - کانون سردفتران و دفترباران، اطلاع‌رسانی لازم برای نگهداری دفتر درآمد و هزینه برای اعضای خود را به عمل خواهد آورد. چنانچه هر یک از اعضای کانون، برای عملکرد سال ۱۳۹۰ نسبت به دریافت و نگهداری دفتر درآمد و هزینه اقدام ننماید، در سال مذکور، امکان برخورداری از شرایط خوداظهاری را نخواهد داشت.
- ۱۸ - ادارات کل امور مالیاتی آمادگی دارند تا با استقرار نیروهای کارآمد در کانون، راهنمایی‌های لازم را در خصوص چگونگی تنظیم و تکمیل اظهارنامه مالیاتی ارائه نمایند.
- ۱۹ - این دستورالعمل در پنج نسخه که هر کدام حکم واحد دارد، تنظیم گردیده است.

نمایندگان سازمان امور مالیاتی کشور
علی عسگری
رئیس کل سازمان امور مالیاتی کشور
حسین وکیلی
معاون مالیات‌های مستقیم

نمایندگان کانون سردفتران و دفترباران
محمد رضا دشتی اردکانی
رئیس هیئت‌مدیره
مسلم آقاصفیری
نایب رئیس کانون
سیدمحمدعلی سجادی
مشاور مالیاتی هیئت‌مدیره کانون
سیدمرتضی دری
مشاور مالیاتی هیئت‌مدیره کانون

آراء قضایی

ممنوع‌المعامله بودن موکل در زمان تنظیم سند وکالت موجب بطلان عقد وکالت نیست

تاریخ: ۸۳/۱۲/۲۲ شماره دادنامه: ۱۶۱۳ کلاس پرونده: ۱۶۰۰/۶/۸۳

مرجع رسیدگی: شعبه شش دادگاه تجدیدنظر استان تهران

تجدیدنظرخواه: آقای ...

تجدیدنظرخوانده: آقای ...

تجدیدنظرخواسته: دادنامه شماره ۱۰۹۸ - در تاریخ ۸۳/۸/۲۳ از شعبه ۲۰۶ دادگاه عمومی تهران **گردش‌کار:** تجدیدنظرخواه دادخواستی به خواسته فوق ارائه کرده است که به این شعبه ارجاع و پس از ثبت به کلاس فوق و انجام تشریفات قانونی رسیدگی شد و سرانجام در وقت فوق‌العاده دادگاه تشکیل گردید و با بررسی اوراق و محتویات پرونده ختم دادرسی را اعلام کرد و به شرح زیر رأی داد:

رأی دادگاه

درخصوص تجدیدنظرخواهی آقای "س. الف" نسبت به دادنامه شماره ۱۰۹۸ - ۸۳/۸/۲۳ صادره از شعبه ۲۰۶ دادگاه عمومی تهران و به طرفیت آقایان "س.ع." و "ح." که بر رد دعوی تجدیدنظرخواه دایر به تقاضای ابطال سند رسمی انتقالی شش‌دانگ پلاک ثبتی ۱۲۶/۱۴۲۷۵ بخش ۱۱ تهران صادر شده است نظر به این که مطالب اعلامی از سوی تجدیدنظرخواه وکیل او خانم "ه" که به شرح لایحه شماره ۱۷۷۶ - ۸۳/۱۲/۲۰ به دادگاه ارائه گردیده تکرار مطالبی است که در مرحله نخستین مطرح شده و به کیفیتی نیست که موجبات گسیختن دادنامه را فراهم نماید؛ زیرا این مسائل خدشه‌ای به اصل مالکیت تجدیدنظرخواه وارد نکرده و رسماً پلاک متنازع‌فیه از مالکیت او خارج نشده است و وکالت اعطایی نیز وفق موازین شرعی صورت گرفته و عمل سردفتر اسناد رسمی تنظیم‌کننده وکالتنامه‌ای که در زمان ممنوع‌المعامله بودن تجدیدنظرخواه تنظیم نموده با فرض این که اگر این تخلف انتظامی باشد از موجبات بطلان عقد وکالت نیست، هر چند بعداً این ممنوعیت رفع شده است؛ بنا به مراتب چون تجدیدنظرخواهی با هیچ‌یک از شقوق ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی انطباق ندارد؛ پس با رد اعتراض با استناد به قسمت آخر ماده ۳۵۸ همان قانون دادنامه موصوف تأیید و استوار می‌گردد. رأی صادره قطعی است.

رئیس شعبه شش دادگاه تجدیدنظر استان تهران

مسعود ضمیران

مستشار دادگاه

اسد صالحی

دعوی مربوط به عزل وکیل به علت اعتبار مندرجات سند رسمی وکالت مسموع نیست

تاریخ: ۸۳/۷/۳۰ شماره دادنامه: ۱۰۴۱ کلاس پرونده: ۹۶۰/۸۳
 مرجع رسیدگی: شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران
 تجدیدنظرخواه: "پ."
 تجدیدنظرخواسته: دادنامه شماره ۷۷۳ در تاریخ ۸۳/۵/۷ صادره از شعبه ۲۱۲ دادگاه عمومی تهران
 گردش کار: دادگاه با بررسی اوراق و محتویات پرونده ختم دادرسی را اعلام کرد و به شرح زیر رأی داد:

رأی دادگاه

موضوع پرونده شماره ۹۶۰/۸۳ این دادگاه عبارت است از دعوی تجدیدنظر "پ." به طرفیت آقای "گ." نسبت به دادنامه شماره ۲۱۲ دادگاه عمومی تهران که به موجب آن درباره دعوی اولیه تجدیدنظرخواه به خواسته عزل وکیل موضوع وکالتنامه ۱۳۰۸۴۵ در تاریخ ۷۸/۴/۱۶ دفترخانه ... تهران حکم به رد آن صادر شده است، نظر به این که وفق ماده هفتاد قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۲۶ اسفندماه سال ۱۳۱۰ با اصلاحات و اقدامات بعدی تمام محتویات و مندرجات سند رسمی که طبق قانون به ثبت رسیده معتبر خواهد بود و از سوی دیگر تجدیدنظرخواه ایراد و اعتراض موجه و مدلل دیگری که منطبق با شقوق ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی و مستلزم نقض دادنامه مورد اعتراض باشد به عمل نیاورده است و از حیث رعایت اصول و قواعد دادرسی هم خدشه و اشکالی بر دادنامه نخستین وارد نیست؛ بنا به مراتب یادشده و به استناد ماده ۳۵۸ همان قانون با رد ادعای تجدیدنظرخواه دادنامه تجدیدنظرخواسته را که مطابق با محتویات پرونده و مستند دعوا صادر شده است تأیید می کند. این رأی قطعی است.
 مستشاران شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران
 حسین دهقان دهنوی، هادیان

عزل وکیل و زوال سمت او؛ تمام اموری که وکیل قبل از رسیدن خبر عزل به او در حدود وکالت خود**انجام دهد نسبت به موکل نافذ است**

تاریخ: ۸۴/۱۲/۲۲ شماره دادنامه: ۱۷۳۴ کلاس پرونده: ۷۱/۱۳/۸۴
 مرجع رسیدگی: شعبه ۱۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران
 تجدیدنظرخواه: ...
 تجدیدنظرخوانده: ...
 تجدیدنظرخواسته: دادنامه شماره ۸۸۴/۸۳ در تاریخ ۸۳/۶/۴ صادره از شعبه یک دادگاه عمومی ملارد
 گردش کار: دادگاه با بررسی اوراق و محتویات پرونده، ختم دادرسی را اعلام کرد و به شرح زیر رأی داد:

رأی دادگاه

درخصوص تجدیدنظرخواهی آقای ... به طرفیت آقای ... با وکالت ... نسبت به پرونده شماره ۹۹۴/۸۳ که به موجب آن شعبه یک دادگاه عمومی بخش ملارد در مورد دعوی آقای ... به طرفیت تجدیدنظرخواه و دو نفر دیگر به خواسته اعلام بطلان قراردادهای تاریخ ۷۴/۹/۲۵ و ۸۰/۲/۷ و خلع ید خواندگان از پلاک ثبتی

۴۳/۳۰۸۸ و قلع و قمع بنای احدائی چنین رأیی صادر کرده است (با عنایت به تاریخ عزل وکیل و تاریخ انجام بیع بین آقایان ... و لحاظ این‌که وکیل عزل شده فاقد صلاحیت بعد از عزل وکالت برای انجام معامله بوده است و با توجه به بند یک ماده ۶۷۸ و ماده ۶۸۰ قانون مدنی و لحاظ ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰ و با عنایت به گواهی اداره ثبت اسناد و املاک شهریار به شماره ۷۱۸۵۹ - ۸۲/۸/۱۵ قرارداد منعقدہ بین آقایان ... در ۷۴/۹/۲۵ مجوز شرعی و قانونی ندارد و در نتیجه حکم به بطلان قرارداد عادی ۷۴/۹/۲۵ منعقدہ بین طرف اول و دوم و قهراً حکم به بطلان قرارداد ۸۰/۲/۷ منعقدہ فی‌مابین خواندگان ردیف دوم و سوم (...). صادر و اعلام می‌گردد و نظر به این‌که حسب نظریه کارشناس منتخب آقای ... متصرف در پلاک ۴۳/۳۰۸۸ است و با عنایت به این‌که تصرفات ایشان وجاهت شرعی و قانونی ندارد؛ با لحاظ ماده ۳۰۸ قانون مدنی و مواد ۳۱۲ و ۳۱۳ قانون یادشده حکم به محکومیت خواندگان ردیف دوم و سوم به خلع ید از پلاک مذکور و قلع و قمع مستحدثات ایجاد نموده در پلاک مذکور در حق خواهان صادر و اعلام می‌دارد. گرچه گواهی شماره ۲۳۰ - ۸۰/۲/۶ صادره از سوی دفترخانه شماره ... تهران که دادنامه مذکور به استناد آن صادر گردیده است حکایت از ابلاغ عزل وکیل به وکلای تجدیدنظرخوانده در تاریخ ۷۴/۸/۲۲ دارد وارد است ولیکن با توجه به پاسخ استعلام واصله از دفترخانه مزبور که به شماره ۷۶۷ - ۸۴/۶/۱۳ ثبت دفتر این دادگاه گردیده است که حاکی است تقاضای عزل وکلا از سوی موکل پس از ثبت در ستون ملاحظات طی اخطاریه‌های صادره به شماره‌های ۴۹۰۹ - ۷۴/۸/۲۲ و ۴۹۱۰ - ۷۴/۸/۲۲ برای ابلاغ به کانون وکلا ارسال شده است، محرز و مسلم است که تاریخ اعلام در گواهی صادره، تاریخ ارسال اخطاریه است نه تاریخ ابلاغ آن‌ها به وکلای تجدیدنظرخوانده و چون متعاقب اعلام دفترخانه مزبور دایر به عدم وجود سابقه اخطار در دفترخانه این دادگاه وضعیت اخطاریه‌های مزبور را از اداره اجرای ثبت اسناد استعلام و اداره یادشده طی شماره ۴۹۵ - ۸۴/۸/۲۴ اعلام کرده است با بررسی دفاتر ثبت از اخطاریه‌های موردنظر هیچ‌گونه سابقه‌ای به دست نیامده است و از طرفی مطابق ماده ۶۸۰ قانون مدنی تمام اموری که وکیل قبل از رسیدن خبر عزل به او در حدود وکالت خود انجام دهد نسبت به موکل نافذ است و چون تجدیدنظرخوانده دلیلی بر اطلاع وکیل امضاکننده بیع‌نامه تاریخ ۷۴/۹/۲۵ و با ابلاغ اخطاریه مربوط به وی اقامه نکرده است و انجام معامله توسط وکیل قبل از اطلاع عزل خود بوده است، از این جهت استدلال دادگاه مخدوش است ولیکن چون حسب وکالت‌نامه‌های شماره ۴۴۴ - ۶۹/۳/۳۰ و ۵۲۰ - ۶۹/۴/۲۳ آقایان ... به اتفاق حق فروش موضوع وکالت‌نامه‌ها را داشته‌اند نه منفرداً؛ بنابراین با رد فروش ملک موضوع دعوا از سوی مالک، حکم تجدیدنظرخواسته در نتیجه اشکال قانونی ندارد و ادعای تجدیدنظرخواه در خصوص عدم انطباق با شقوق ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۷۹ موجه نیست؛ براین اساس دادگاه به استناد قسمت آخر ماده ۳۵۸ همین قانون ضمن رد اعتراض، دادنامه را در مورد تجدیدنظرخواه تأیید می‌نماید. این رأی قطعی است.

رئیس شعبه ۱۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

جعفر سننار

مستشار دادگاه

احمدرضا جمالی

ادعای این که در متن وکالتنامه جمله بلاعزل قید شده و با اعتراض ذیل همان وکالتنامه موضوع بلاعزل

بودن منتفی شده است جای تأمل دارد

تاریخ: ۸۴/۱۲/۲۸ شماره دادنامه: ۲۰۸۴ کلاس پرونده: ۱۵۲۲/۱۴/۸۴

مرجع رسیدگی: شعبه ۱۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

تجدیدنظرخواه: ...

تجدیدنظرخوانده: ...

تجدیدنظرخواسته: دادنامه شماره ۸۳۲ در تاریخ ۸۴/۸/۱ صادره از شعبه ۱۰۳۱ دادگاه عمومی تهران گردش کار: دادگاه با بررسی اوراق و محتویات پرونده، ختم دادرسی را اعلام کرد و به شرح زیر رأی داد:

رأی دادگاه

درخصوص تجدیدنظرخواهی آقای ... با وکالت آقای ... از دادنامه شماره ۸۳۲ - ۸۴/۸/۱ شعبه ۱۰۳۱ دادگاه جزایی تهران که به موجب آن نسبت به شکایت خانم ... با وکالت آقای ... که به اتهام تخریب به چهار ماه و پانزده روز حبس و به اتهام جعل به جرم فروش مال غیر (کلاهبرداری) به دو سال حبس و مبلغ دویست و هشتاد میلیون ریال جزای نقدی و بابت بزه تصرف عدوانی به پرداخت دو میلیون ریال جزای نقدی به صندوق دولت محکوم شده و حکم به رفع تصرف و اعاده به وضع سابق داده شده است، نظر به این که اولاً: تجدیدنظرخواه مدعی است منزل خالی از سکنه بوده و تجدیدنظرخوانده در رابطه با ساخت‌وساز و تخریب در ۷۷/۱۱/۲ به آقایان ... وکالت داده است. ثانیاً: موضوع تصرف عدوانی طی دادنامه شماره ۱۹۱۴ - ۷۸/۱۱/۱۱ شعبه ۲۱۵ دادگاه عمومی تهران رسیدگی شده و محکومیت تجدیدنظرخواه طی دادنامه‌های شماره ۳۴۰ و ۳۴۱ در تاریخ ۸۰/۶/۲۲ این شعبه نقض و حکم برائت وی صادر گردیده است. ثالثاً: تجدیدنظرخواه مدعی است طی وکالتنامه بلاعزل شماره ۷۹۶۳۹ - ۷۷/۱۲/۲۳ دفترخانه شماره ... شهرری، حق فروش و انتقال را داشته است و بر همین اساس آن را به خانم‌ها "ن." و "م." فروخته است. رابعاً: طی دادنامه شماره ۴۹۶ - ۷۹/۵/۱۹ شعبه ۲۱۴ دادگاه عمومی تهران موضوع مورد حکم قرار گرفته است و شعبه ۲۹ دادگاه تجدیدنظر تهران وفق دادنامه شماره ۱۱۶۰ - ۸۰/۷/۲۴ به علت عدم احراز اعطای وکالت فروش، آن را نقض کرده است و با درخواست اعاده دادرسی خانم‌ها ... از سوی شعبه ... تشخیص دیوان عالی کشور موافقت و مجدداً شعبه ۲۹ تجدیدنظر طی دادنامه شماره ۹۳۰ - ۸۴/۷/۲۵ به عنوان این که سند جدید ارائه گردیده است اذن و اجازه وکالت در فروش را احراز کرده و دادنامه اولیه شعبه ۲۱۴ را تأیید نموده است و ادعای وکیل تجدیدنظرخوانده که از این رأی نیز درخواست اعاده دادرسی داده مؤثر در مقام نیست. خامساً: ادعای تجدیدنظرخوانده که مدعی است روز اعطای وکالت و قبل از امضای آن متوجه شده که در متن وکالتنامه جمله بلاعزل قید شده و با اعتراض وی ذیل همان وکالتنامه موضوع بلاعزل بودن وکالتنامه را منتفی کرده جای تأمل دارد. چرا که؛ الف) در صورت صحت، نیازی به عزل وکیل بعد از آن نبوده است. ب) در صورت امضای وکالتنامه با قید ذیل آن در یک روز و یک جلسه، صدور و اعطای وکالت کاری عبث و بیهوده بوده است. ج) در وکالتنامه به همان نحو که تجدیدنظرخوانده مدعی است تنظیم شده برگه دیگر وکالتنامه نزد تجدیدنظرخواه به چه نحو بوده است. ه) علاوه بر این که در این مورد

خانم ... مدعی است پس از تنظیم متوجه شده که در متن وکالتنامه موضوع بلاعزل قید شده و با اعتراض وی و عذرخواهی دفترخانه اصلاح شده است نامبرده مدعی است وقتی که به منزل مراجعه کرده متوجه شده در موضوع وکالت حق نقل و انتقال نیز در آن قید شده در حالی که چنین وکالتی منظور وی نبوده و با مراجعه در ایام بعد و اعلام مراتب به دفترخانه و عذرخواهی از وی، موضوع اشتباه را رفع کرده است. سادساً: قولنامه فروش در حضور عده‌ای شهود نیز نشان‌دهنده فروش ملک به تجدیدنظرخواه بوده که اگر وجه آن مسترد و تحویل نشده امری حقوقی است و تأثیر در وکالتنامه رسمی و زوال حجیت و رسمیت آن ندارد؛ بنابراین و با توجه به موارد فوق و این که اقدامات تجدیدنظرخواه در حقیقت اقدام در امری بوده که در اختیار و تصرف وی بوده و اقدام در ملک خود تلقی می‌گردد و به تجویز بند چهار قسمت «ب» ماده ۲۵۷ قانون آیین دادرسی کیفری و ضمن نقض دادنامه معترض‌عنه در همه موارد محکومیت از حیث بزه تصرف عدوانی به استناد بند پنج ماده شش قانون مذکور، قرار موقوفی تعقیب و از جهت بزه کلاهبرداری و تخریب به علت نداشتن سوء نیت به دلیل استناد ارائه شده به شرح پرونده با توجه به اصل ۳۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران رأی برائت تجدیدنظرخواه را صادر می‌نماید. رأی صادره قطعی است.

رئیس شعبه ۱۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

ابوالفضل حاج اسماعیلی

مستشار دادگاه

حبیب‌اله محمدی

موکل هر وقت بخواهد می‌تواند وکیل را عزل نماید، مگر این که وکالت وکیل یا عدم عزل در ضمن عقد

لازمی شرط شده باشد

تاریخ: ۸۴/۱۱/۵ شماره دادنامه: ۱۶۷۵ کلاس پرونده: ۱۶۷۸/۳۵/۸۴

مرجع رسیدگی: شعبه ۳۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

تجدیدنظرخواه: آقای ...

تجدیدنظرخوانده: آقای ...

تجدیدنظرخواسته: دادنامه شماره ۴۷۱ در تاریخ ۸۴/۴/۲۹ صادره از شعبه ۸۹ دادگاه عمومی تهران

گردش کار: دادگاه با بررسی اوراق و محتویات پرونده، ختم دادرسی را اعلام کرد و به شرح زیر رأی داد:

رأی دادگاه

در خصوص تجدیدنظرخواهی آقای "م." با وکالت آقای "م.ص." نسبت به دادنامه شماره ۴۷۱ - ۸۴/۴/۲۹ صادره از شعبه ۸۹ دادگاه عمومی تهران مبنی بر صدور حکم به عزل وکیل و وکالتنامه مستند دعوی و هم چنین ابطال وکالتنامه شماره ۲۳۹۸۰ - ۸۲/۹/۱۲ اولاً: تجدیدنظرخواهی نسبت به قسمتی از دادنامه که طی آن حکم به عزل وکیل صادر گردیده است وارد نیست؛ زیرا همان طوری که دادگاه صادر کننده رأی بدوی نیز استدلال نموده است آقای "م." (تجدیدنظرخواه) به شرح صورتجلسه تاریخ ۱۳۸۴/۲/۵ با صراحت اعلام کرده است که در موقع تنظیم وکالتنامه، مبیعه‌نامه‌ای تنظیم نگردیده بود و مبیعه‌نامه بعداً تنظیم گردیده است؛ بنابراین وکالت وکیل یا عدم عزل وی در ضمن عقد لازمی شرط نشده و مورد، خارج از

شمول قسمت آخر ماده ۶۷۹ قانون مدنی است و اسقاط حق عزل وکیل برابر ماده فوق بی اثر است و با بی اثر بودن اسقاط حق عزل وکیل مورد مشمول قسمت اول ماده فوق الذکر بوده و خواهان مرحله بدوی هر وقت که بخواهد می تواند وکیل خود را عزل نماید؛ بنابراین دادگاه با استناد به ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی با رد تجدیدنظر، خواسته عزل وکیل را تأیید می نماید. ثانیاً؛ در رابطه با تجدیدنظرخواهی نسبت به قسمت دیگر دادنامه مبنی بر ابطال وکالتنامه که خواهان مرحله بدوی در دادخواست طرح شده درخواست فسخ وکالتنامه را نموده است و بطلان وکالتنامه خواسته وی نبوده تا نسبت به آن حکم صادر گردد؛ به جهت این که در این قسمت از دادنامه حکم به چیزی صادر گردیده که خواسته خواهان نبوده است؛ پس دادگاه با استناد به ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی با نقض دادنامه در این قسمت پرونده را برای رسیدگی به دعوی دیگر خواهان مرحله بدوی مبنی بر فسخ وکالتنامه به دادگاه صادرکننده رأی بدوی اعاده می نماید. رأی صادره قطعی است.

رئیس شعبه ۳۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

حمید نخجیری

مستشار دادگاه

سید تفرشی ها

اسقاط حق عزل وکیل نوعی ایقاع است که به اراده یک طرف ایجاد می شود؛

شرط ضمن عقد خارج لازم

تاریخ: ۸۴/۹/۲۸ شماره دادنامه: ۱۴۷۰ کلاسه پرونده: ۱۴۴۵/۳۵/۸۴

مرجع رسیدگی: شعبه ۳۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

تجدیدنظرخواه: آقای ...

تجدیدخوانده: آقای ...

تجدیدنظرخواسته: دادنامه شماره ۵۸۶ در تاریخ ۸۴/۵/۸ صادره از شعبه ۱۸ دادگاه عمومی کرج
گردش کار: دادگاه با بررسی اوراق و محتویات پرونده، ختم دادرسی را اعلام کرد و به شرح زیر رأی داد:

رأی دادگاه

تجدیدنظرخواهی آقای "ع." با وکالت آقای "ح." از دادنامه شماره ۵۸۶ به تاریخ ۸۴/۵/۸ شعبه ۱۸ دادگاه عمومی کرج که طی آن دعوی وخواهی نامبرده از دادنامه غیابی شماره ۷۹۶ در تاریخ ۸۳/۸/۲۱ (مشعر بر صدور حکم به عزل وکیل در وکالتنامه شماره ۵۷۱۵۹ در تاریخ ۸۲/۹/۲۳ دفتر اسناد رسمی شماره ... تهران) مردود اعلام گردیده است وارد و رأی صادره مخدوش است. زیرا دادگاه بدوی در آرای مذکور با این استدلال که در وکالتنامه مذکور اساساً عقد خارج لازمی وجود نداشته که ضمن آن شرط عدم عزل وکیل قید شده باشد اقدام به صدور دادنامه فوق نموده است؛ در حالی که صرف نظر از این که دادگاه بدوی درخصوص این که آیا بین طرفین عقد خارج لازمی واقع شده است یا خیر هیچ گونه تحقیق و بررسی ننموده است و از دفتر اسناد رسمی مذکور درخصوص این شرط و چگونگی وقوع عقد منعکس در وکالتنامه

استعلام نکرده است، بر فرض که چنین شرطی نیز تحقق نیافته باشد با ملاحظه بخش حدود اختیارات در وکالتنامه موضوع دعوی به نظر می‌رسد که غیر از این شرط (عدم عزل وکیل ضمن عقد خارج لازم) موکل (تجدیدنظرخوانده) حق عزل وکیل و ضم وکیل دیگر را تا انجام و اتمام مورد وکالت از خود سلب و اسقاط نموده است که از این رو این بخش از وکالتنامه (اسقاط حق عزل وکیل) جدا از شرط عدم عزل وکیل ضمن عقد خارج لازم بوده و موکل پایبند آن باید باشد؛ چرا که اسقاط حق، نوعی ایقاع است که به اراده یک طرف واقع می‌شود و در این پرونده موکل (تجدیدنظرخوانده) حق عزل وکیل را بنا به اراده خود به شکل ایقاع از خود سلب و اسقاط نموده است؛ بنابراین و بنا بر مراتب دادگاه با استناد به صدر ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی با نقض دادنامه معترض‌عنه، رأی به بطلان دعوی خواهان صادر و اعلام می‌نماید. این رأی قطعی است.

رئیس شعبه ۳۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

حمید نخجیری

مستشار دادگاه

سید تفرشی‌ها

معرفی کتاب

نیابت

در روابط تجاری و مدنی

اساساً هر شخصی می‌تواند کار و عملی را که خود توان انجام آن را دارد به دیگری بسپارد و به اصطلاح برای انجام آن نایب بگیرد. واگذاری نمایندگی و نیابت به دیگری در اجرای برخی اعمال از ضرورت‌های زندگی امروز است.

قرارداد نمایندگی، در واقع به چگونگی روابط اصیل، نماینده و شخص ثالث می‌پردازد. البته متأسفانه به دلایلی، هنوز، نهاد حقوقی «نمایندگی» در نظام حقوقی ایران مورد عنایت قرار نگرفته است.

کتاب «نیابت در روابط تجاری و مدنی» ضمن روشن‌ساختن وجوه تشابه و افتراق نهاد وکالت با نمایندگی، مسائل مختلف نمایندگی را مورد بررسی قرار می‌دهد و از دیدگاه قوانین و کنوانسیون‌های بین‌المللی نیز موضوع را تحلیل می‌نماید که این تحلیل حقوقی برگرفته از تجزیه و بررسی منابع حقوقی و متون حقوقی کشورهای چون ایران، آمریکا، آلمان، انگلستان، اتریش، اسکاتلند، کانادا، تایوان، فرانسه، هند و هلند است. این کتاب، هم‌چنین آثار روابط تجاری و مدنی اصیل، نماینده و شخص ثالث طی قرارداد نمایندگی را تبیین نموده که قابل تأمل اندیشمندان حقوقی است.

احمد امیرمعزی نویسنده کتاب، این دستاورد پژوهشی را در دو بخش قواعد عمومی نمایندگی و آثار نمایندگی تنظیم و تدوین نموده که نشر دادگستر در تابستان ۱۳۸۸ با شمارگان ۱۰۰۰ نسخه در ۴۳۲ صفحه به ارزش ریالی ۸ هزار تومان روانه بازار کتاب‌های حقوقی نموده است.

نیابت
در روابط تجاری و مدنینگارش:
احمد امیرمعزینشر
دادگستر

شروط محدودکننده و ساقط‌کننده مسئولیت در قراردادها

مبحث شروط از مباحث حقوق خصوصی است که صرف‌نظر از بحث درستی یا بطلان آن، تبیین حقوقی شرط عدم مسئولیت مسئله‌ای بسیار حائز اهمیت در روابط تجاری و مدنی اشخاص است.



مفهوم شروط محدودکننده و ساقط‌کننده مسئولیت، اعتبار شروط محدودکننده و ساقط‌کننده مسئولیت و موانع نفوذ آن‌ها و همچنین آثار شروط محدودکننده و ساقط‌کننده مسئولیت، سه فصلی است که محسن ایزانلو به تفصیل موضوع را واکاوی علمی و حقوقی نموده است. یکی از مهم‌ترین مباحث که بسیار قابل توجه است در مبحث آثار شروط باطل، بطلان جزئی قرارداد یعنی بحث اثر شرط عدم مسئولیت باطل بر قرارداد است که نویسنده معتقد است باید به امنیت روابط قراردادی توجه کرد. از همین رو، شرط عدم مسئولیت باید در برابر کسی که جز با استناد به قرارداد نمی‌تواند تقصیر مدیون را ثابت کند، قابل استناد باشد. زیرا ثالث تنها هنگامی می‌تواند شرط را در برابر خود غیرقابل استناد گرداند که برای اثبات تقصیر به تعهد قراردادی مدیون استناد نکند.

گفتنی است دکتر ناصر کاتوزیان در مقدمه این کتاب آورده است؛ دقت نظر، فراوانی منابع و تحلیل‌های منطقی، در کنار شوق به دستیابی عدالت و رعایت نیازهای کنونی جامعه، از مزایایی است که در این رساله جمع آمده و حکایت از ورود محققى توانا به جمع حقوق دانان می‌کند.

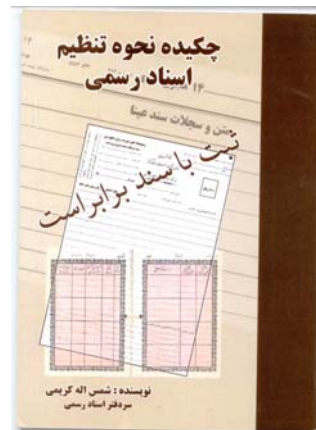
چاپ دوم کتاب حاضر را شرکت سهامی انتشار در سال ۱۳۸۶ با شمارگان ۱۲۵۰ نسخه به قیمت ۴۷۵۰ تومان در ۳۲۸ صفحه برای علاقه‌مندان رشته حقوق منتشر نموده است.

چکیده نحوه تنظیم اسناد رسمی

اساساً تنظیم اسناد رسمی نیازمند تخصص است. تخصص در رشته حقوق و آشنایی کامل با حقوق سردفتری، علاوه بر این، باید از فن سندنویسی نیز سررشته کافی داشته باشی. اما این، وافى به مقصود نیست و ضرورت تنظیم صحیح اسناد رسمی، آگاهی از قوانین و مقررات است.

عنوان دقیق کتاب «چکیده نحوه تنظیم اسناد رسمی و امور محوله به دفاتر اسناد رسمی» نوشته شمس‌ا... کریمی است که طی ۱۲ قسمت بسیار مختصر به بحث تنظیم اسناد راجع به قطعی غیرمنقول، صلح، قطعی منقول، رهنی و وکالت پرداخته و در این میان، توضیحاتی نیز درباره چگونگی تنظیم اسناد خاص مانند وصیت داده و در ادامه به موضوعاتی همچون گواهی امضا، برابر با اصل، رونوشت و فک رهنی اشاره نموده است.

این کتاب که در قطع کوچک ۴۸ صفحه‌ای روانه بازار نشر حقوقی شده با شمارگان ۱۰۰۰ نسخه و قیمت ۱۰۰۰ تومان،

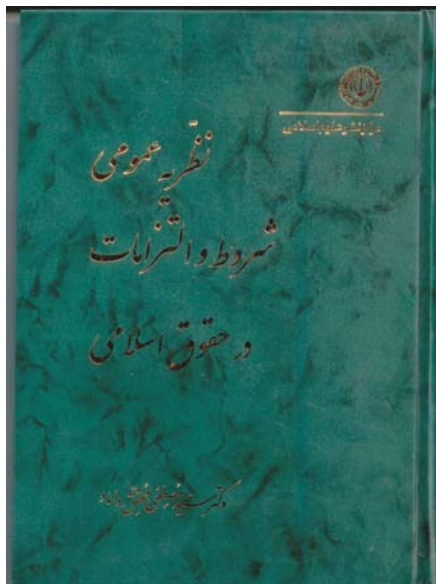


چاپ اول آن در سال گذشته ظاهراً از سوی گلریزان منتشر شده است.

نظریه عمومی

شروط و التزامات در حقوق اسلامی

در نظام اسلامی، التزام عملی داشتن به قوانین و مقررات و شریعت اسلام قطعاً مانند دیگر التزامات اجتماعی در زندگی امروزی اجتناب‌ناپذیر است. در نظام حقوقی ایران نیز قانون مدنی برخاسته از فقه و



نظریه‌های فقیهان امامیه بوده و مبتنی بر قواعد و اصول کلی حقوقی و اسلامی است. فارغ از این بحث که به مجموعه‌ای از آراء و نظریه‌های مختلف که به‌منظور تفسیر و توضیح یک پدیده به شکل منظم در کنار یکدیگر قرار گیرند، نظریه عمومی گفته می‌شود و جدای از این که عمل به آراء و نظرها در احقاق حق... و حق الناس یک حکم تکلیفی است یا وضعی، حقوق دانان به اتفاق، همچون فقیهان بر این عقیده‌اند که اشخاص ملزم به رعایت شرط مندرج در عقود و معاملات هستند.

کتاب حاضر در فصل‌های ۱۴ گانه‌اش از جمله؛ مبانی و مفاهیم، مباحث شروط، شرایط صحت شروط، تقسیمات شروط، شرط فاسد و احکام آن، شروط خاص و دارای اهمیت ویژه، بیع شرط، شرط

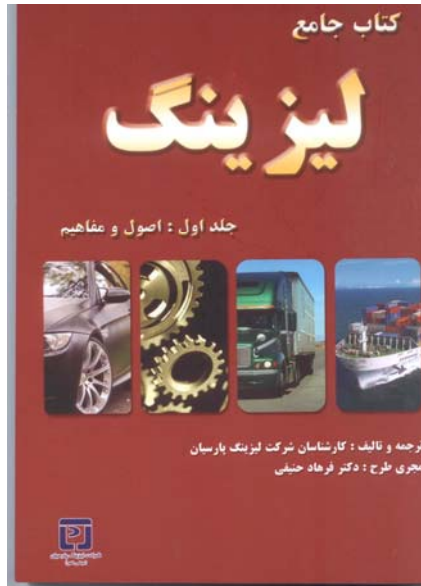
جبران خسارت یا ضمان قراردادی، شرط جزایی یا وجه التزام، شرط ضمان مستأجر نسبت به عموم خسارات وارد بر عین، شرط تعدیل قرارداد، شرط جدایی منفعت از عین، وضعیت حقوقی تصرفات من‌علیه‌الخیار و شرط به نفع شخص ثالث، مباحثی را مطرح می‌کند که به زعم نویسنده، خوراک علمی دانشجویان دوره دکتری است.

استاد و مؤلف برجسته سیدمصطفی محقق داماد، این کتاب را در ۵۹۹ صفحه با شمارگان ۲۰۰۰ نسخه به قیمت ۱۲ هزار تومان در سال ۱۳۸۸ جهت مطالعه اندیشمندان و محققان و پژوهشگران حقوقی به‌منظور انتشار و گسترش دانش حقوق به مرکز نشر علوم اسلامی سپرده است که مبحث «شرط» از دیدگاه حقوق خصوصی را به‌خوبی تجزیه و تحلیل فقهی - حقوقی کرده است.

کتاب جامع

لیزینگ

اساساً سرمایه و اعتماد دو روی سکه لیزینگ است. به نظر می‌رسد در هر شرایط اقتصادی، خصوصاً در زمان بحران و اوضاع نابسامان اقتصادی، توجه و عنایت‌داشتن به لیزینگ می‌تواند محتملی باشد برای گذر از شرایط خاص اقتصادی. اما برای اشخاصی که نگاه اقتصادی به موضوع دارند، لیزینگ، همیشه و در همه دوران، بهترین راه عبور از شرایط ویژه و سودآورترین مسیر در شرایط عادی است. چرا که امروزه صنعت لیزینگ، غالباً از سیاست برد - برد پیروی می‌کند.



از دیرباز بین کشاورزان، کسبه و بازاریان و بازرگانان، استفاده مشترک از ابزار و تجهیزات و به عبارتی اجاره امکانات معمول بوده است. چندان که گفته می‌شود نخستین نشانه‌ها از لیزینگ به دو هزار سال پیش از میلاد برمی‌گردد.

با توسعه دانش و حرفه کشاورزی و گسترش همه‌جانبه تجارت و بازرگانی و ظهور دیدگاه‌های نوین اقتصادی، خصوصاً با رویکرد حقوق مالکیت اشخاص و دولت‌ها، صنعت لیزینگ نیز توفیق روزافزون در جوامع پیشرفته پیدا کرد. به طوری که

اکنون، ردپایی از حضور جدی این صنعت را نه فقط در قالب مسکن اعم از خانه، آپارتمان و ویلا، خودرو، کشتی، قطار و هواپیما بلکه در ایجاد کارگاه‌ها و کارخانجات بزرگ صنعتی اعم از تأسیسات انرژی هسته‌ای هم می‌توان یافت که همین دامنه وسیع فعالیت صنعت لیزینگ، علاوه بر بانک‌ها، شرکت‌های خاص این موضوع به‌منظور تسهیل در تأمین مالی تجهیزات و امکانات و ابزار اقتصادی فعال در جامعه حسب نیاز روز متقاضی، تأسیس و با هدف تسریع در رشد و بالندگی اقتصادی، اشتغال‌زایی، ساماندهی درآمدهای مالیاتی و کمک به بهبود شرایط و احوال اقتصادی، پا به عرصه فعالیت‌های بزرگ اقتصادی گذاردند.

«کتاب جامع لیزینگ»، حاصل تلاش تعدادی از اندیشمندان فعال در شرکت لیزینگ پارسین (سهامی خاص) است. کتاب حاضر که علاوه بر واژه‌نامه، در ۱۰ فصل به مروری کلی بر صنعت لیزینگ؛ انواع اجاره؛ مزایا، مفاهیم قراردادی، حسابداری، مسائل مالیاتی لیزینگ؛ تأمین منابع مالی شرکت‌های لیزینگ؛ اجاره‌های عملیاتی؛ ریسک‌ها در لیزینگ و مدیریت پرتفوی در شرکت‌های لیزینگ پرداخته، در واقع، از حیث این‌که به همه موضوعات مرتبط به‌صورت کاملاً دقیق و تخصصی اشاره داشته، بی‌نظیر است و تاکنون چنین کتابی که جامع اطراف باشد، منتشر نشده و جای آن در تالار مطالعه کتاب‌های مدیریتی، اقتصادی و مسائل مالی و هم‌چنین سردفتران و دفتریاران، بسیار خالی است.

جلد اول این کتاب ارزشمند زیر نظر فرهاد حنیفی، بهار امسال از سوی انتشارات سرخ در قطع وزیری با شمارگان ۲۰۰۰ نسخه به ارزش ریالی ۷ هزار تومان در ۳۲۰ صفحه منتشر 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، به نحو مطلوب، یاری نمایند.

نشانی دفتر ماهنامه: تهران، خیابان استاد مطهری، خیابان شهید علی اکبری، خیابان شهید صحافزاده، شماره ۳۸، ساختمان شماره ۴ کانون سردفتران و دفترباران

کد پستی: ۱۵۷۶۹۴۴۵۱۳

تلفن: ۸۸۷۳۹۲۸۷ - ۰۲۱

صندوق پستی: ۴۱۹ - ۱۴۳۳۵

دورنگار: ۸۸۷۳۹۱۰۴ - ۰۲۱

www.notary.ir

پایگاه اینترنتی کانون سردفتران و دفترباران:

Email: 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 ۱۹۹ به نام ماهنامه کانون واریز فرمایید.

* نکته مهم: 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.

| | |
|---|---------------------------------|
| <p>www.notary.ir E-mail: Magazine@notary.ir Kanoon.notary@gmail.com</p> | } همیشه با «کانون» همراه باشید؛ |
|---|---------------------------------|

نشانی دفتر ماهنامه: تهران، خیابان استاد مطهری، خیابان شهید علی اکبری، خیابان شهید صحافزاده،

شماره ۳۸، ساختمان شماره ۴ کانون سردفتران و دفتریاران

تلفن: ۸۸۷۳۹۲۸۷ - ۰۲۱ داورنگار: ۸۸۷۳۹۱۰۴ - ۰۲۱

قابل توجه مترجمان و نویسندگان محترم مقالات

ماهنامه «کانون» قصد دارد از شماره یکصد و یکمین شماره خود در بخش‌های مقالات و ترجمه به نکات مهم زیر در خصوص شیوه تهیه 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 داور 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).
 - ۲ - ۱ - نشانی، کدپستی، شماره تلفن ثابت، نمابر و موبایل، نشانی رایانامه (ایمیل) نویسنده یا مترجم.
 - ۳ - ۱ - ارسال سوابق علمی-پژوهشی و مطالعات علمی-تحقیقی نویسنده یا مترجم برای اولین بار ضروری است.
 - ۴ - ۱ - 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.
 - ۸ - ماهنامه از مقاله‌های تنظیمی به روش استناد «درون متنی» استقبال می‌کند.
- ۱ - ۸ - پس از آوردن متن نقل قول اعم از مستقیم یا غیرمستقیم کافی است داخل پرانتز به‌ترتیب آورده شود؛ الف - نام‌خانوادگی نویسنده اثر. ب - سال نشر اثر. ج - شماره صفحه مورد استناد. مثلاً: (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص. ۲۷).

۲۴ - ۸ - در صورت تعدد آثار نویسنده در یک سال، منبع مورد استناد را با حروف ابجد (الف، ب، ج، د، ...) مشخص نمایید. مثلاً: (کاتوزیان، ۱۳۸۳ [الف]، ص. 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 ناشر؛ مثلاً: امامی، سیدحسن (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، خیابان شهید علی اکبری، خیابان شهید صحافزاده، شماره ۳۸، ساختمان شماره ۴ کانون سردفتران و دفتریاران

کد پستی: ۱۵۷۶۹۴۴۵۱۳

تلفن: ۰۲۱ - ۸۸۷۳۹۲۸۷

صندوق پستی: ۴۱۹ - ۱۴۳۳۵

دورنگار: ۰۲۱ - ۸۸۷۳۹۱۰۴

www.notary.ir

پایگاه اینترنتی کانون سردفتران و دفتریاران:

www.notary.ir

پایگاه اینترنتی کانون سردفتران و دفتریاران:

Email: 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 راه حل در طرح مشکلات شغلی و حرفه‌ای سردفتران و دفتریاران

.....

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

برگ درخواست اشتراک ماهنامه «کانون»

خواهشمند است تعداد..... نسخه ماهنامه «کانون» را از شماره..... برای

اینجانب..... که سردفتر دفتریار

کارمند دفتر اسناد رسمی وکیل قاضی کارشناس حقوقی دانشجو

یا..... هستم، به نشانی:.....

.....

پست الکترونیک:..... E-mail :.....

تلفن تماس:..... کد پستی:

| | | | | | | | | | |
|--|--|--|--|--|--|--|--|--|--|
| | | | | | | | | | |
|--|--|--|--|--|--|--|--|--|--|

ارسال فرمایید. هزینه اشتراک طی فیش بانکی شماره.....

به مبلغ..... برای ۶ ماه یکسال که اصل آن پیوست 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 مبلغ مذکور علاوه می‌شود.

Email: MAGAZINE@NOTARY.ir
Kanoon.notary@gmail.com

نشانی دفتر ماهنامه: تهران، خیابان استاد مطهری، خیابان شهید علی اکبری، خیابان شهید صحافزاده،

شماره ۳۸، ساختمان شماره ۴ کانون سردفتران و دفتریاران

تلفن: ۸۸۷۳۹۲۸۷ - ۲۱ - ۰۲۱ - ۸۸۷۳۹۱۰۴ - ۲۱ - دورنگار:

خلاصة محتويات العدد ١١٨ من شهرية "كانون"

يتضمن العدد ١١٨ من مجلة "كانون" الشهرية مقالات عديدة. ففي قسم "الرؤية" ثمة مقال بقلم السيد عباس سعيدى مدير مسؤول المجلة، بعنوان "اسباب النفقات الباهظة للملفات الحقوقية الناجمة عن معاملات الناس بالوثيقة العادية و ضرورة تنظيم الوثائق بصورة رسمية في مكاتب التوثيق الرسمي".

وثمة مقال فى قسم "حديث الساعة" بعنوان "تنظيم الوثائق الرسمية، الية اساسية للوقاية من وقوع بعض الجرائم" يبين ان العلاقات الحقوقية للناس لا يجب ان تترك النظام العام للمجتمع فحسب بل لا يجب ان تاخذ حيزا من مهام و وقت الجهاز القضائى لانه قد تكون هناك العديد من الملفات القضائية سببها هذه الوثائق العادية والخلافات الناجمة عن مثل هذه المعاملات.

و تصرح هذه الافتتاحية انه ان تم تنظيم المعاملات والوثائق السائدة بين الناس فى مكاتب التوثيق الرسمي، فاننا سنشهد انخفاض حجم الملفات الواردة الى الجهاز القضائى والمتعلقة بالمعاملات المعارضة واصدار الوثيقة المعارضة و تزوير الوثيقة والاحتيال و بيع

مال الغير والدعاوي الحقوقية مثل الالزام بتنظيم الوثيقة الرسمية، وهذا يعتبر من ضمن الاجراءات المناسبة للسلطة القضائية للوقاية من وقوع الجريمة.

وقد كتب حديث الساعة لهذا العدد من شهرية "كانون" السيد رضا تاجكر مستشار المدير المسؤول و امين هيئة التحرير.

و من بين المقالات الاخرى، هناك مقال بعنوان "الخسارة، وجه الالتزام و خسارة تاخير التأدية" بقلم السيد محسن بنگتني كتبها في ضوء المادة ٢٣٠ من القانون المدني الايراني. و يقول في المقال ان تراضى و توافق الطرفين بخصوص خسارة تاخير التأدية، يحظيان باهمية بالغة. لذلك فانه يقترح بان يعيد المشرع النظر بشكل تخصصي في الموضوعات الثلاثة ذات الصلة.

و في سياق متصل، يتطرق السيد محمد عظيميان في مقال عنوانه "شرط خسارة تاخير التأدية في الوثائق الرسمية" الى الشرط الوارد في الوثائق الرسمية و يبين فيما يخص المسؤولية النابعة عن العقود بان شرط خسارة تاخير التأدية يختلف بشكل ماهوى عن الربا وان ادراج هكذا شرط في الوثائق، يسهم في تصحيح العلاقات الحقوقية و الاقتصادية للناس.

و هناك مقال عنوانه "باثولوجيا اللائحة الجديدة لحماية الاسرة مع التاكيد علي مادتيها ٨ و ١٦" بقلم السيدة مريم مهاجري، التي تشير بشكل عابر الي النقص في القوانين في مجال حقوق الاسرة و تقوم بتحليل الحالات الماهوية و الشكلية للائحة و التي تعتبرها جزء من اضرار هذه اللائحة و تشرح مواقع القوة و الضعف في الموضوع لاسيما في مجال اصول المحاكمات والبروتوكول المعمول به في البت القضائي وتقترح بان يلقي المشرع نظرة ابعد من التحليل علي هذا الامر.

و في قسم "نافذة" هناك مقال بقلم السيد مهدي باقري نسامي بعنوان "الاثبات في الدعاوي الناجمة عن عقود التامين" يشير فيه الي العمل بقانون التامين منذ العام ١٩٣٧ و

لحد الان و يتطرق الي كيفية اثبات الدعاوي الناجمة عن الخلافات المتعلقة بالتأمين التي مصدرها العقود.

و في هذا القسم، هناك مقال اخر بقلم السيد فرزاد نمسه جي بعنوان "حالات تطبيق و استخدام البند ۸۰ من مجموعة التعاميم الخاصة بالتسجيل قبل العام ۱۹۷۰" يشرح فيه ضرورة ختم او عدم ختم ورقة خلاصة معاملة الوثائق القطعية للعقارات ب "بيع الشرط" و "عدم بيع الشرط".

و في هذا العدد نقرا مقالا بقلم السيد روح الله رضائي بعنوان "اعتبار التوقيع الالكتروني نظرا الي المقررات الداخلية و الدولية" يعطى فيه تعريفا و نبذة تاريخية عن التوقيع الالكتروني و كذلك دراسة مقارنة عنه و يشرح المكانة الحقوقية للتوقيع الالكتروني في قوانين آنسيترال النموذجية و سائر المقررات الدولية و القوانين الايرانية.

و يتطرق المقال الي تقنية التوقيع الالكتروني و يتوصل الي نتيجة مؤداها بان التوقيع الالكتروني لا يختلف عن التوقيع باليد و المعمول به حاليا، و في حال ضمان الحالات الامنية، فان التوقيع الالكتروني في الفضاء المجازي شأنه شأن التوقيع باليد، بالامكان الاستناد اليه ك "دليل" في الدعاوي او الدفاع.

و يضم هذا العدد من "كانون" القسم الثالث عشر ل "قاموس مفردات و مصطلحات الوقف" من تصنيف السيد جليل محمدى.

و ثمة مقال بقلم السيد حسن آقاميري بعنوان "دراسة حجية الوثيقة في فقه الامامية" يتناول فيه مكانة "الوثيقة" في باب اهم ادلة اثبات الدعوي و يدرس الاراء الموافقة و المعارضة للفقهاء و يبدي رايه لصالح اعتبار الوثيقة في قبول ادلة اثبات الدعوي من وجهة نظر فقه الامامية.

و في قسم "هاجس" هناك مقال بعنوان "تأمل في المادة ۲۹ من قانون النظر في

مخالفات السير واداء مراكز تبديل لوحات السيارات " يتطرق الي ضرورة الاهتمام بمطابق القانون و شرطة السير و يشير الي مفاد المادة ٢٩ من هذا القانون.

و في قسم "الترجمة" هناك مقال للسيد جواد صالحى بخصوص الملكية الفكرية عنوانه "وصف التعددية في الملكية الفكرية" يشير الي ٦ رؤي في هذا المجال و يوضح التعددية باسهاب و يقول انه وفقا لهذه الرؤية فان مجموعة من القيم الاخلاقية الاساسية مثل التبريح و الاستقلال و العدالة تلعب دورا رئيسيا في تبرير قوانين و سياسات الملكية الفكرية.

و في الختام و كما الاعداد السابقة، هناك الاخبار و القوانين و المقررات و الاراء لاسيما الاراء القضائية المتعلقة بشؤون التسجيل و مكاتب التوثيق الرسمي. كما يتضمن هذا العدد تقديم الكتب الحقوقية و خلاصة عن موضوعاته باللغات الانجليزية و الفرنسية.

énumérant les six points de vue à ce sujet, explique en argumentant et en détail le point de vue pluraliste selon lequel un nombre de valeurs éthiques fondamentales comme utilitarisme, autonomie et justice jouent un rôle essentiel dans la justification des lois et des politiques de la propriété intellectuelle.

Enfin, comme dans les numéros précédents du mensuel, après l'actualité, les lois et les règlements, les thèses et surtout celles judiciaires intéressantes en matière de l'enregistrement et de notariat, la présentation des livres de droit, viendra la traduction de l'extrait d'articles de ce numéro en langues anglaise et arabe.

de "vente conditionnelle" ou de "vente inconditionnelle" sur les actes en extrait de transactions définitives d'immeubles.

Dans ce numéro nous lisons aussi un article de M. Rouhollah Rezaei sous le titre de **"La validité de la signature électronique en fonction des règles nationales et internationales"**. Après avoir donné une définition et l'histoire de la signature électronique par une étude comparée de la question, l'auteur explique la place de la signature électronique dans les règles internationales ainsi que dans celles iraniennes. En exprimant la technologie de signature électronique, il conclue à ce que la signature électronique ne diffère pas de la signature manuscrite actuellement en cours et que si la sécurité de la signature électronique est garantie dans le cyberspace, elle pourra être opposable comme "preuve" en guise de demande ou de défense.

"Le dictionnaire des termes et des expressions en matière de la fondation pieuse", élaboré par M. Seyed Jalil Mohammadi, fait partie d'une série des questions thématiques dont nous lisons la treizième partie dans ce numéro de Kanoun.

Le lecteur poursuivra par un article de M. Seyed Hassan Aghamiri sous le titre de **"L'étude de l'opposabilité de l'acte de le droit imamite"** qui explique les thèses pour et contre des jurisconsultes en ce qui concerne la fonction de "l'acte" comme un des moyens de preuve les plus importants. L'auteur dit que "l'acte" est accepté comme une preuve dans le droit imamite.

"Le souci" contient un article intitulé **"Une étude de l'article 29 de la Loi relative aux contraventions des automobilistes et du fonctionnement des Centre de changement de plaques minéralogiques"**, dont l'auteur insiste sur la nécessité pour les exécuteurs des lois et la Police de la circulation de faire attention aux dispositions de l'article 29 de ladite Loi.

La rubrique de la **"Traduction"** comprend une note de M. Javad Salehi en matière de propriété intellectuelle sous le titre de **"La description pluraliste de la propriété intellectuelle"**. L'auteur, en

"La parole du jour" de ce numéro a été écrite par M. Reza Tajgar, le conseiller du directeur et le rédacteur en chef de Kanoun.

Parmi les articles de ce numéro l'article intitulé "**Le dommage, la clause pénale et indemnité pour retard de paiement**", écrit par M. Seyed Mohsen Panjtani en se fondant sur les dispositions de l'article 230 du Code civil iranien, est particulièrement intéressant. L'auteur explique le commun accord des parties en matière d'indemnité pour retard de paiement est très important. Il propose donc que le législateur doit réviser par expertise les trois questions dont il s'agit dans cet article.

Dans cette même optique, l'article de M. Mohammad Azimian intitulé "**La clause d'indemnité pour paiement de retard dans les actes notariés**" explique, en matière de responsabilité contractuelle, que la clause d'indemnité pour retard de paiement diffère essentiellement de l'usure et, par introduction de cette clause dans les actes, on corrige les relations juridiques et économiques du public.

Vient ensuite l'article intitulé "**La pathologie du nouveau projet de loi relatif à la protection de la famille s'agissant de ses articles 8-16**", écrit par Mme Maryam Mohajeri qui parle en passant de l'abrogation des lois relatives au droit de la famille et analyse les cas de fond et de forme dudit projet comme tout en expliquant les points faibles et forts de la question surtout lorsqu'il s'agit de la procédure et des formalités judiciaires. L'auteur propose que le législateur doit avoir une vue au-dessus de l'analyse en la matière.

"**La fenêtre**" de ce numéro comprend une note de M. Mehdi Bagheri Nasami qui s'intitule "**La preuve dans les actions issues des contrats d'assurance**". L'auteur, en rappelant l'autorité de la Loi de 1937 relative à l'assurance, discute de la façon dont les causes issues des litiges d'origine contractuelle sont justifiées.

Sous la même rubrique nous lisons une autre note de M. Farzad Namsehchi sous le titre des "**Cas d'application de l'alinéa 80 de l'ensemble des circulaires sur l'enregistrement avant 1970**". L'auteur analyse la nécessité de mettre ou de ne pas mettre le cachet

"La parole du jour" de ce numéro a été écrite par M. Reza Tajgar, le conseiller du directeur et le rédacteur en chef de Kanoun.

Parmi les articles de ce numéro l'article intitulé "**Le dommage, la clause pénale et indemnité pour retard de paiement**", écrit par M. Seyed Mohsen Panjtani en se fondant sur les dispositions de l'article 230 du Code civil iranien, est particulièrement intéressant. L'auteur explique le commun accord des parties en matière d'indemnité pour retard de paiement est très important. Il propose donc que le législateur doit réviser par expertise les trois questions dont il s'agit dans cet article.

Dans cette même optique, l'article de M. Mohammad Azimian intitulé "**La clause d'indemnité pour paiement de retard dans les actes notariés**" explique, en matière de responsabilité contractuelle, que la clause d'indemnité pour retard de paiement diffère essentiellement de l'usure et, par introduction de cette clause dans les actes, on corrige les relations juridiques et économiques du public.

Vient ensuite l'article intitulé "**La pathologie du nouveau projet de loi relatif à la protection de la famille s'agissant de ses articles 8-16**", écrit par Mme Maryam Mohajeri qui parle en passant de l'abrogation des lois relatives au droit de la famille et analyse les cas de fond et de forme dudit projet comme tout en expliquant les points faibles et forts de la question surtout lorsqu'il s'agit de la procédure et des formalités judiciaires. L'auteur propose que le législateur doit avoir une vue au-dessus de l'analyse en la matière.

"**La fenêtre**" de ce numéro comprend une note de M. Mehdi Bagheri Nasami qui s'intitule "**La preuve dans les actions issues des contrats d'assurance**". L'auteur, en rappelant l'autorité de la Loi de 1937 relative à l'assurance, discute de la façon dont les causes issues des litiges d'origine contractuelle sont justifiées.

Sous la même rubrique nous lisons une autre note de M. Farzad Namsehchi sous le titre des "**Cas d'application de l'alinéa 80 de l'ensemble des circulaires sur l'enregistrement avant 1970**". L'auteur analyse la nécessité de mettre ou de ne pas mettre le cachet

Extrait d'Articles de Kanoun N° 118

Dans le mensuel Kanoun n° 118, vous trouverez des notes intéressantes dont les sujets sont comme suit: dans le "**Point de vue**", écrit par le directeur M. Abbas Saeedi, il s'agit répondre à la question de savoir "Pourquoi il est nécessaire d'authentifier les actes devant notaire au lieu de supporter par le public de lourds frais des dossiers civils dus aux transactions par acte sous seing privé?"

"**La parole du jour**" de ce numéro contient un article intitulé "**L'établissement des actes notariés, une solution essentielle pour prévenir la commission de certains délits**", dont l'auteur explique que les relations juridiques ne doivent pas perturber l'ordre général de la société, ni n'occuper l'appareil judiciaire. Nombreux sont les affaires judiciaires dont l'origine se trouve dans les actes non notariés et les litiges dus à ce genre de transactions.

Cet éditorial met l'accent sur le fait que si les actes courants du public sont authentifiés devant notaire, nous assisterons à la diminution de l'entrée des affaires judiciaires relatives aux transactions litigieuses, à la délivrance des actes litigieux, au faux, à l'escroquerie, à la vente des biens d'autrui, aux actions de droit comme l'obligation à établir des actes devant notaire, ce qui fait partie des mesures adéquates prises par le pouvoir judiciaire afin de prévenir les récidives.

and makes comparative analysis of the issue with respect to Ancestral and other international laws with the laws in Iran.

The author concludes that electronic signature is no different from hand written signature and in case the security issues of the matter is resolved in cyber space, the electronic signatures can be used as evidence in bringing litigations or in defense of litigations.

The 13th part of "**Dictionary & Terminology of Endowment**" appears in this issue which is compiled by Mr. Seyed Jalil Mohammadi.

It is an interesting section for those who deal with this type of subject.

In continuation, an article appears under the title of: "**Investigation of Deeds as a Proof in Religious Jurisprudence**". The author discusses the important status of "deed" as proof in religious jurisprudence. He investigates pro and contenders point of views of the sages in this regard. The article is Written by Mr.Seyed Hassan Aghamiri.

The "**Headache**" section contains an article which is titled: "**A Glance at Article 29 of Traffic Violations and Performance of Centers that Change Plate Numbers**". The author draws the attention of the law enforcement and Traffic Police to the contents of the alleged article.

The **Translation** section contains an article concerning Intellectual Property Right law which is titled "**Multiplication of Intellectual Property Rights**".

The author points out to 6 various view points in this regard and describes them in detail. The author believes that matters such as ethics, profit making, independence and justice play role in justification of rules and policies governing intellectual property right laws.

The article is translated by Mr. Javad Salehi.

In concluding part, after news, rules and regulations, latest decisions made by the Uniform Judicial Precedent Committee of the Notaries and Notaries' Aides' Association, Legal Consultative Committee of the Notaries and Notaries' Aides' Association are brought to you. At the end several books are introduced to you.

In the concluding part, as usual we bring you the summary of articles in French and Arabic as well.

"**Indemnity, Penalty Clause, and Penalty for Late Payment**" with an approach to article 230 of the Civil Codes of Iran. The author underlines the importance of the parties' agreement with respect to late payment penalty clause.

The author suggests that the legislator review the three issues mentioned above from the expert's point of view.

In relation to the same subject, Mr. Mohammad Azimian has written an article which is titled "**Late Payment Penalty Clause in Official Deeds**". The author goes into detail to discuss the penalty clause in the official documents as a contractual liability. The author clarifies the difference between late payment penalty and interest. He believes that inserting such clauses in the official documents, corrects the civil and economic relation between people in the society.

In continuation, "**vulnerability of Family Law, with Emphasis on Articles 8 to 16**" is an article written by Maryam Mohajeri. She briefly points out the breaches in Family Laws and substantive and procedural aspects of the bill which is considered vulnerable points of the bill from the expert point of view. She highlights the strength and weaknesses of the issue particularly, in the fields of Rules of Procedures and formalities related to judicial hearings. She suggests that the legislators must make ultra analysis of this important matter.

The "**Window**" section contains an article which is written by Mr. Mehdi Bagheri Nasami. The article is titled: "**Burden of Proof in Insurance Contract Litigations**". The author points out to the law that has governed the insurance litigations since 1937. He demonstrates how such insurance claims can be proved.

In the same section, another article appears from Mr. Farzad NamsehChi which is titled: "**Applications of paragraph 80 of Collection of Registered Directives Prior to 1970**".

The author brings to light importance of stamping or not stamping "Conditional Sale" or "Non conditional Sale" in the summary page of final real estate transactions.

In this edition, you will find an article which is written by Mr. Rohollah Rezaei which is titled: "**Validity of Electronic Signatures in Conjunction with Domestic & International Laws**".

The author defines electronic signature, gives a brief history of it

Summary of Articles of 118th Edition of the Kanoon Monthly Publication

The July edition which is 118th edition of the publication contains interesting articles as follows:

The "View Point" section contains an interesting article which is titled: "People pay high price for civil litigations as the result of using ordinary deeds instead of official deeds which is prepared at the notary offices". The article is written by Mr. Abbas Saeedi, managing director of the publication.

The "**Commentary of the Day**" section contains an article which is written by Mr. Reza Tajgar, special consultant to the managing director and chief editor of the publication.

The article is titled: "**Official Deeds, Fundamental Method of Preventing Crimes**".

The author argues that legal transactions in the society should take place in a manner that neither disrupts the social order, nor causes increase of the legal system load.

The author believes that use of ordinary document is the source of many litigation files in the legal system.

The author stipulates that if people use official deeds to transact their business, we will see significant drop in the number of cases relating to objectionable transactions, issuance of objectionable deeds, fraud, swindling, sale of other's people properties, and civil litigations such as compel to prepare official deed, entering the legal system.

The author believes that this is one of the appropriate steps that the Judiciary system may take to prevent crimes from taking place.

Among other articles, there is an article written by Mr. Seyyed Mohsen Panjtani which is very interesting. The article is titled:



Notarie's Public & Assistant's Association
News and analysis on humanities
53th year , second Vol. No 118
July 2011

Proprietor:

Notary Public And Assistant's association

Managing Editor: Abbas saeedi

Editor-in-chief: Naser Nayebi

Executive manager: Noor Ali Mazaheri

Co - authors:

Seyed Hassan Aghamiri, Mohammad Azimian,

Mehdi Bagheri Nasami, Maryam Mohajeri,

Mahmood Mohamadzadeh,

Seyed Jalil Mohammadi, , Farzad NamsehChi,

Seyyed Mohsen Panjtani, Rohollah Rezaei,

Javad Salehi & 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: No38, Shahid sahaf Zadeh st., shahid AliAkbari st., Ostad Motahhari st., Tehran.

Tel: +9821 - 88739287

P.O.Box: 14335 - 419

Fax: +9821 - 88739104

Postcode: 1576944513

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

