

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



کانون

ماهنامه خبری و تحلیلی در زمینه علوم انسانی
نشریه علمی - تخصصی حقوق
سال پنجاه و سوم، دوره دوم، شماره ۱۲۲
آبان ماه ۱۳۹۰

صاحب امتیاز:

کانون سردفتران و دفتریاران
(زیر نظر شورای سردبیری)
رئیس شورای سردبیری: ناصر ناییب
مدیر اجرایی: نورعلی مظاهری

همکاران این شماره:

محمدعلی اختری، رضا تاجگر، علی توسلی،
مهرداد رزمی، رضا شعبانی، ساعد شهبسوار،
فرداد ظفرمحمدی، محمد عظیمیان،
ایران محمدپور، سید جلیل محمدی،
عباس میرشکاری، حسن رضا ندایی و
محمد کاظم یعقوبی گوردی.

دبیر شورای سردبیری: رضا تاجگر

ویراستار حقوقی: رضا تاجگر

ویراستار ادبی: وحید امینی

تلفن همراه: ۰۹۱۲۸۱۵۵۱۷۹

حروفچین و صفحه‌آرا: فهیمه اسماعیلی

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:

MAGAZINE@NOTARY.ir

نشانی الکترونیکی ماهنامه:

Kanoon.notary@Gmail.com

چاپ: معلی

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

تلفن چاپخانه: ۲۲۸۸۴۰۲۳

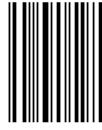
بها: ۳۲۰۰۰ ریال

ISSN: ۲۰۰۸ - ۲۸۵۱

ISSN 2008-2851



00122



9 1772008 285000

نشانه‌های اختصاری

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

تصحیح و پوزش

در شناسنامه شماره پیشین ماهنامه، نام و سمت همکار ارجمندمان جناب آقای نورعلی مظاهری از قلم افتاده بود که ضمن پوزش از ایشان، مراتب تصحیح می‌شود.

فهرست

- ۷ دیدگاه / عباس سعیدی.....
- ۹ سخن روز / تسهیل تنظیم سند رسمی؛ راهبرد اجرایی کاهش جرایم و دعاوی رضا تاجگر

مقالات

- ۱۵ بررسی قلمرو موضوعی شرکت‌های عملی ساعد شهسوار
- ۶۸ نقش هشدار در مسئولیت مدنی عباس میرشکاری
- ۸۰ بحثی کوتاه در خصوص تکلیف موضوع بند ۱۵۲ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی ... محمد عظیمیان
- ۸۸ مرز صلاحیت دانه‌های انتظامی سردفتران و دفتریاران رضا شعبانی
- ۱۰۶ دریچه / تنظیم سند و احکام مستنبط از آیه تداین حسن‌رضا ندایی
- ۱۱۱ کارکرد قضایی حقوق ثبت علی توسلی
- ۱۲۵ نقش دفاتر اسناد رسمی در قضازدایی با رویکرد به آینده مهرزاد رزمی
- ۱۳۱ فرهنگ لغات و اصطلاحات وقف (بخش شانزدهم) سید جلیل محمدی

۱۳۵ اوصاف عقد وکالت

ایران محمدپور

۱۵۶ دغدغه / درآمدی بر مرجع صدور سند مالکیت خودرو

فرداد ظفر محمدی

۱۶۱ الگوی اصلاح قوانین کیفری مرتبط با جنون بر مبنای علوم روانپزشکی

محمد کاظم یعقوبی گلوردی

ترجمه

۱۸۳ تاریخ حقوق با رویکرد آنگلو ساکسون ها

مترجم: محمدعلی اختری

۱۹۰ حرف ماه

اخبار، قوانین، مقررات، آراء و گزارش ها

خبر

۱۹۳ در هیئت هم عرض، پرونده بایستی با حضور اشخاصی غیر از اشخاصی که رأی منقوض را صادر کرده اند رسیدگی شود

۱۹۴ رسیدگی به خواسته های متعدد در پرونده های موضوع تعارض، قابلیت رسیدگی در دادرسی واحد را دارد

۱۹۶ حضور فعال ماهنامه «کانون» در هجدهمین نمایشگاه مطبوعات و خبرگزاری ها

بخشنامه

۱۹۶ بخشنامه جدید سازمان ثبت در خصوص مشمولان خدمت وظیفه عمومی

آراء قضایی

۱۹۸ قید کلمات «فروش و انتقال قطعی آپارتمان موصوف جزئاً یا کلاً به هر کس و به هر مبلغ» مفید عدم رعایت مصلحت موکل نیست

متن و کالتنامه رسمی مبنی بر اختیار وکیل در فروش، صلح و ... ولو به شخص خود به هر قیمتی دلالت بر این دارد که موکل کلیه حقوق خود را دریافت کرده است

۱۹۹ وکیل پس از انجام معامله و دریافت ثمن باید آن را به موکل پرداخت نماید

۲۰۰ معرفي کتاب

۲۰۱ ترجمه خلاصه مطالب ماهنامه

ترجمه خلاصه مطالب ماهنامه

۲۱۱ - عربی

۲۱۶ - فرانسه

۲۱۹ - انگلیسی

دیدگاه

در جهان امروز، برنامه‌ریزی، رکن اصلی و نقطه عطف پیشرفت جامعه محسوب است. به نحوی که اساساً بدون برنامه‌ریزی، امکان پیشبرد اهداف، آن‌هم در سطح کلان، چه بسا ناممکن باشد. و در ایران، همچون دیگر کشورها، برنامه‌های پنج‌ساله است که پیاده‌سازی هدف‌های بلندمدت و سیاست‌های داخلی و بین‌المللی را به سرمنزل مقصود رهنمون است. اما در این میان، آنچه برنامه‌ها را عملیاتی می‌سازد و توفیق دولت‌ها و حاکمیت را به دنبال دارد، نوع نگرش و نگاه راهبردی به موضوع برنامه‌ها است.

قوة قضائیه قوه‌ای است مستقل که پشتیبان حقوق فردی و اجتماعی و مسئول تحقق بخشیدن به عدالت و عهده‌دار نظارت بر حسن اجرای قوانین است. به منظور انجام این مسئولیت مهم، دستگاه قضا، هم باید در تهیه لوایح قضایی دقیق باشد و هم چشم نظارتی خویش را همیشه بر اجرای مقررات و قوانین بیدار و باز نگه دارد و البته بایستی با اعمال این وظیفه حیاتی، به پیاده‌سازی اهداف کلان برنامه‌های پنج‌ساله دیگر قوا اعم از قوه مقننه و خصوصاً دستگاه اجرایی کشور - علاوه بر نظام قضایی - چنان کمک نماید که مسیر عملیاتی‌سازی و اجرای مقررات بهبود یابد و این، یعنی که قوه قضائیه باید نگرش راهبردی در اجرای قوانین و مقررات داشته باشد تا قانون - در همه زمینه‌ها - به نحو احسن اجرا شود.

دیوان عالی کشور که به منظور نظارت بر اجرای صحیح قوانین در محاکم و دادگاه‌ها تشکیل شده، وفق اصل یکصد و شصت و یکم قانون اساسی باید در ایجاد وحدت رویه قضایی بکوشد. چرا که از دیدگاه حقوق دانان، رویه قضایی، از نظر تبلور حقوق و

عینیت بخشیدن به مواد قانون و تجلی کاربرد موازین و اصول حقوقی در آراء و احکام قضایی، نقش مهم، ارزنده و شایان توجهی دارد؛ به خصوص آن گاه که رویه قضایی، در واقع، مانع صدور آراء متناقض یا حتی متفاوت - در موضوع و دعاوی مشابه - می شود و بر تشتت آراء قضایی مہر پایان می زند.

بدون تردید، رویه قضایی، امنیت قضایی را نیز به ارمغان می آورد. از همین رو، آن را «مکمل قانون» خوانده اند و از منابع حقوق به شمار می رود. بنابراین، بایستی به آراء دادگاهها توجه خاص نمود تا این اطمینان حاصل شود که قوانین در محاکم به نحو صحیح اجرا می شود.

در راستای همین مسئولیت بسیار مهم قوه قضائیه است که قانون گذار «*یجاد وحدت رویه در جهت اجرای مقررات و نظامات در دفاتر اسناد رسمی با تأیید سازمان ثبت اسناد و املاک کشور*» را در زمره وظایف کانون سردفتران و دفترباران زیر بند دوم از ماده ۶۶ قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفترباران مصوب ۲۵ تیرماه ۱۳۵۴ آورده است.

این نگاه قانون گذار به آراء قضایی در مقام صدور حکم و وحدت رویه دفاتر اسناد رسمی در مقام تنظیم سند رسمی یعنی نگرش راهبردی داشتن در وضع قانون.

حال، سؤال اساسی این است که با عنایت به مشخص شدن راهبرد و اهداف برنامه پنج ساله قوه قضائیه، در ابتدا، خود دستگاه قضایی تا چه اندازه به ضرورت نگرش راهبردی پی برده و آن را در تدوین برنامه های بلند مدت، به کار بسته است و در وهله بعدی، نگاه نظام ثبتي به اجرای صحیح قوانین تا چه میزان عمیق است و به جریان دقیق اجرای مقررات و پیاده سازی اهداف راهبردی برنامه تعیین شده می انجامد؛ آیا این نگرش، عمیقاً راهبردی است و تأمین سلامت حقوقی جامعه را تضمین می نماید؟

عباس سعیدی

عضو هیئت مدیره کانون سردفتران و دفترباران

تسهیل تنظیم سند رسمی؛

راهبرد اجرایی کاهش جرایم و دعاوی

تشخیص، مقدمه اساسی و زیربنای درمان است. پیشگیری نیز بهتر از درمان و به مراتب، کم هزینه تر، منطقی تر و با اصول کلی حقوقی سازگارتر است. اقدام مناسب برای پیشگیری از وقوع جرم از جمله وظایف تصریح شده قوه قضائیه در قانون اساسی است. و به تبع آن، قضازدایی، کاهش جرایم و دعاوی دادگستری اعم از حقوقی و جزایی، احقاق حق و حل و فصل دعاوی در اسرع وقت و بدون آن که به اطاله دادرسی و یا تضییع حق بینجامد، نیز از مباحثی سیاست‌های قضایی قوه قضائیه به حساب می‌آید که در جهت رسیدن به این هدف‌های ضروری و بنیادین، بایستی در مقام وضع قانون، برگسترش فرهنگ حقوقی جامعه تأکید نمود. به یقین، یکی از راهکارهای کارشناسی و قابل اجرای ترویج فرهنگ حقوقی در سطوح زیرین و میانی جوامع در حال گذار - از قانون‌گریزی به قانون‌مداری - تقویت سند رسمی و تسهیل قانونی تنظیم سند رسمی در دفاتر اسناد رسمی است.

۱ - قانون‌گذار، هر چند دیر، اما به درستی، تشخیص داد که بهتر است موانع اجرایی تنظیم اسناد مورد تقاضای مردم را بردارد تا موجبات تسهیل تنظیم اسناد رسمی فراهم شود؛ بنابراین، «قانون تسهیل تنظیم اسناد در دفاتر اسناد رسمی» را در تاریخ ۲۴ مردادماه سال ۱۳۸۵ از تصویب مجلس شورای اسلامی گذراند و آن را از ۱۳ شهریورماه همان سال به موقع اجرا گزارد.^۱

۱. یادآور می‌شود با اجرای این قانون، بیش از ۴۰ بخشنامه از مجموعه بخشنامه‌های ثبتی به صورت کلی یا جزئی، منسوخ شد. (رک: عظیمیان، محمد، «بخشنامه‌های مغایر قانون تسهیل تنظیم اسناد در دفاتر اسناد رسمی»، ماهنامه کانون، کانون سردفتران و دفتریاران، ش. ۱۰۲، سال ۵۱، دوره دوم، اسفندماه ۱۳۸۸، صص. ۸۰ - ۵۷).

- ۲ - دیری نپایید که وفق ماده ۷ قانون تسهیل تنظیم اسناد در دفاتر اسناد رسمی، آیین‌نامه اجرایی آن در تاریخ ۲۶ اسفندماه ۱۳۸۶ تصویب شد.
- ۳ - مدتی نگذشت که بخشنامه ۸۸/۲۱۵۹۰۴ - ۱۳۸۸/۱۲/۲۴ سازمان ثبت که خود - نیازمند تفسیر و استدلال حقوقی است؛ فارغ از این که آیا بخشنامه می‌تواند قانون را تفسیر نماید (که نمی‌تواند!) جهت اجرا، ابلاغ شد و مهم‌ترین اسناد مورد درخواست مردم که راجع به املاک تجاری، اجاره و صلح حق سرقفلی است، همچنان در تعلیق صواب و ناصواب ماند. و درخصوص مورد، تاکنون، کمتر متقاضی ثبت چنین اسنادی است که با وجود بخشنامه‌هایی این‌چنین، از قانون تسهیل تنظیم اسناد، سود و بهره قانونی برده باشد!
- ۴ - در ادامه، به تاریخ ۳ آذرماه ۱۳۸۷ ماده ۹ آیین‌نامه اجرایی قانون تسهیل تنظیم اسناد در دفاتر اسناد رسمی اصلاح شد.
- ۵ - مطابق رأی دادنامه شماره ۲۶۷ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، مصوبه یادشده یعنی «اصلاح ماده ۹ آیین‌نامه اجرایی قانون تسهیل تنظیم اسناد در دفاتر اسناد رسمی» ابطال شد.
- ۶ - این در حالی است که همین قانون تسهیل تنظیم اسناد در دفاتر اسناد رسمی وضع شد تا به روان‌سازی تنظیم اسناد رسمی در دفترخانه‌ها کمک کند و با حمایت قانون، فرهنگ حقوقی ثبت رسمی و تنظیم سند رسمی در جامعه روبه‌رشد، توسعه یابد و هر مانعی را در جهت تحقق این مهم حذف نماید، خود، ابهام داشته و دارد؛ ابهام‌هایی که حتی مجری قانون را در مقام اجرا دچار تشویش و دوگانگی صحیح و نادرست قرار داده و چه‌بسا مقام صالح صادرکننده بخشنامه توضیحی و تبیینی قانون را نیز هنوز مبہوت وانهاده است. و از آن جمله است ماده یک قانون یادشده که تحقیقاً عبارت «تنظیم سند رسمی انتقال عین اراضی و املاک» یک مفهوم و استنباط حقوقی را معنا می‌دهد و تفسیر اداری ادارات و دستگاه‌ها چیز دیگری است و مورد را مشمول اسناد رسمی راجع به انتقال (مثلاً) منافع اراضی و املاک نمی‌دانند و برخی حتی تمام مفاد قانون را صرفاً به اسناد راجع به عین اراضی و املاک قابل تسری می‌دانند و خلاصه، تاکنون، تفسیرهایی شده است که گویا

اجرای قانون تسهیل تنظیم اسناد در حصار تعلیق و تعویق همیشگی محصور و مغفول است.

۷- متن «راهبرد و اهداف برنامه پنج‌ساله قوه قضائیه (۱۳۹۴ - ۱۳۹۰)» که به تأیید مقام عالی دستگاه قضایی رسیده است، عنوان‌های قابل تأمل و نقد و بررسی دارد؛ مثلاً برای راهبرد «پیشگیری از وقوع جرم و کاهش دعاوی حقوقی»، اهداف زیر تعیین و ملاک اجرای برنامه پنج‌ساله نظام قضایی کشور قرار گرفته است:

- ارتقای سطح مشارکت ملی (دولتی و مردمی) برای پیشگیری از وقوع جرم و آسیب‌های اجتماعی.

- ارتقای سطح سلامت اجتماعی و فعالیتهای فرهنگی جامعه در جهت کاهش جرایم و دعاوی.

- ارتقای حفاظت و امنیت اجتماعی.

- ارتقای کارآیی و اثربخشی اقدامات پیشگیرانه.

یا

برای راهبرد «گسترش فرهنگ حقوقی و قضایی جامعه»، هدف‌های مهم و قابل اجرایی همچون:

- ارتقای آگاهی جامعه از قوانین و مقررات و فرایندهای دادرسی.

- ارتقای فرهنگ نظارت‌پذیری و قانون‌مداری.

- گسترش فرهنگ بهره‌گیری از وکالت و مشاوره در فرایند دادرسی.

- گسترش بهره‌گیری از نهاد داوری.

- گسترش فرهنگ صلح و سازش.

- گسترش فرهنگ مشارکت مردم و نهادهای مدنی با قوه قضائیه.

- گسترش فرهنگ نظارت همگانی.

دیده می‌شود و در ادامه، اهدافی مانند «گسترش ارائه خدمات ثبتی، افزایش سرعت و

کیفیت خدمات ثبتی و ارتقای نظارت بر ارائه خدمات ثبتی» جهت عنوان راهبردی «ارتقای

کارایی و اثربخشی ثبت اسناد و املاک» مورد تأیید قرار گرفته است. و همچنین زیرعنوان راهبرد «ارتقای حفاظت از اسناد و مدارک»، هدفهایی منظور شده که مهم است، مانند:

- استانداردسازی اسناد و مدارک ثبتی در جهت پیشگیری از جعل و تزویر.
- استانداردسازی اسناد، مدارک و اوراق قضایی و اداری در جهت جلوگیری از جعل و تزویر.

- استانداردسازی و ارتقای سطح حفاظت و امنیت فیزیکی اسناد و مدارک و اماکن نگهداری از آنها.

- ساماندهی نظام دسترسی اشخاص به اسناد و مدارک.

- ارتقای سطح امنیت شبکه‌های الکترونیکی و بانک‌های اطلاعاتی.

۸- اگر کمی دقیق‌تر به عبارت‌های مفاد بند هفتم این سرمقاله تأمل شود، جای خالی «تسهیل تنظیم سند در دفاتر اسناد رسمی» آشکارا پیدا است؛ در حالی که به نظر می‌رسد تسهیل تنظیم سند، راهبرد اجرایی کاهش جرایم و دعاوی است. چرا که آمار نشان می‌دهد حجم بسیاری از پرونده‌های قضایی راجع به معاملات موضوع اسناد عادی است. چه نیک انتظاری است این که برنامه‌نویسان و طراحان اصلی آینده قضایی کشور، نیم‌نگاهی هم به اهمیت و میزان اثربخشی تسهیل تنظیم سند رسمی به‌عنوان راهبرد اجرایی کاهش جرایم و دعاوی دادگستری داشته باشند و در تصمیم‌سازی‌ها، اراده جمعی قوه قضائیه و دستگاه تقنینی کشور بر این باشد که تنظیم سند در دفاتر اسناد رسمی گسترش یابد. چرا که گسترش فرهنگ حقوقی تنظیم سند در دفترخانه‌ها، خود، نوعی پیشگیری از وقوع جرایم است.

رضا تاجگر

دبیر شورای سردبیری



مقالات



بررسی قلمرو موضوعی شرکت‌های عملی

تاریخ دریافت: ۱۳۹۰/۴/۶

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۰/۶/۱۴

ساعد شهسوار*

چکیده:

وجود شرکت، انجام فعالیت تجاری و عدم تطبیق با یکی از قالب‌های تعیین شده، اصلی‌ترین شرایط موضوعی اعمال ماده ۲۲۰ قانون تجارت را تشکیل می‌دهند. در واقع، با تحقق تمامی شرایط فوق، از این پس با نهادی با نام «شرکت عملی» مواجه هستیم. در قسمت نخست این مقاله به بررسی شرط اول و در مبحث دوم، به بررسی دو شرط بعدی و از جمله مصداق‌های شرکت‌های عملی مانند جوینت ونچر، مؤسسه خیریه و مضاربه، خواهیم پرداخت و همچنین شرکت‌هایی که مشمول ماده ۲۲۰ قانون تجارت می‌شود، مورد بررسی قرار گرفته است.

واژگان کلیدی: شرکت تضامنی، شرکت عملی، ثبت، فعالیت تجاری.

*. نویسنده مسؤل؛ کارشناس ارشد رشته حقوق خصوصی.

مقدمه:

براساس ماده ۲۲۰ ق.ت. هر شرکت ایرانی که فعلاً وجود داشته یا در آتیه تشکیل شود و با اشتغال به امور تجاری، خود را به صورت یکی از شرکت‌های مذکور در این قانون در نیاورده و مطابق مقررات مربوط به آن شرکت عمل ننماید، شرکت تضامنی محسوب شده و احکام راجع به شرکت‌های تضامنی در مورد آن اجرا می‌گردد. از تأمل در این ماده، می‌توان شرایط لازم برای اجرای حکم ماده مذکور را استنباط کرد. بر همین اساس، می‌توان شرایط لازم برای اعمال ماده ۲۲۰ ق.ت. را در سه شرط خلاصه کرد که در مباحث آتی به تبیین آن‌ها خواهیم پرداخت. اما پیش از آن، در خصوص شرط ایرانی بودن، تنها به ذکر این مختصر قناعت می‌کنیم که براساس ماده ۵۹۱ ق.ت.؛ «اشخاص حقوقی تابعیت مملکتی را دارند که اقامتگاه آن‌ها در آن کشور است». از طرف دیگر، ماده یک قانون ثبت شرکت‌ها مقرر می‌دارد: «هر شرکتی که در ایران تشکیل و مرکز اصلی آن در ایران باشد، شرکت ایرانی محسوب است». این ماده علاوه بر شرط وجود مرکز اصلی شرکت در ایران، شرط دیگری برای احراز تابعیت ایرانی مطرح کرده است و آن، تشکیل شرکت در ایران می‌باشد. به نظر می‌رسد چون قانون تجارت پس از قانون ثبت شرکت‌ها تصویب شده است، لذا ناسخ آن محسوب شده و برهمن اساس، در صورتی که مرکز اصلی شرکت در ایران باشد، شرکت تابعیت ایران را خواهد داشت.^۱

بنابراین، نص صریح ماده ۲۲۰ ق.ت. تنها شرکت‌های ایرانی مشمول ماده مورد بحث بوده و می‌توانند به عنوان شرکت عملی تلقی شوند؛ لذا شرکت‌های خارجی از شمول ماده خارج می‌باشند؛ علت این امر را می‌توان در اصل سرزمینی بودن قانون تجارت جستجو کرد؛ در واقع، قانون تجارت، قانونی درون‌مرزی بوده و تنها در قلمرو سرزمین ایران، اعمال می‌شود. پس اگر شرکتی، مرکز اصلی آن در ایران نباشد و در نتیجه ایرانی نباشد، مشمول ماده ۲۲۰ ق.ت. نخواهد بود. این نکته به‌ویژه از این حیث قابل انتقاد است که شرکت‌هایی که ایرانی نبوده اما در قلمرو ایران فعالیت می‌کنند به‌رغم آنکه سایر شرایط ماده ۲۲۰ را داشته باشند، از شمول ماده مذکور خارج می‌باشند. این امر سبب می‌شود که نتوان از اشخاص ثالث، حمایت کافی نمود. فلذا به نظر می‌رسد در اینجا باید از ظاهر الفاظ مقرر در

ماده ۲۲۰ ق.ت. دست کشید و قائل بر این بود که اگر اشخاص خارجی بدون رعایت احکام مقرر در ماده مذکور اقدام به فعالیت تجارتي نمایند، در این صورت، شرکت تضامنی محسوب خواهند شد.

مبحث اول - شرکت

شرکت یکی از مهم‌ترین شرایط لازم برای اعمال ماده مورد بحث می‌باشد؛ برای شناخت دقیق‌تر این شرط، در این مبحث در دو بند، شرکت را تحلیل خواهیم کرد: در قسمت اول، مفهوم شرکت مورد بررسی قرار خواهد گرفت و سپس بند دوم با بررسی مصادیق شرکت، موضوع بیشتر تبیین می‌شود.

بند اول - بررسی مفهومی

در حقوق ما، شرکت را در دو نوع مدنی و تجاری تجزیه و تحلیل می‌کنند. در این بند می‌خواهیم به این سؤال بپردازیم که آیا هر دو نوع شرکت فوق مشمول ماده ۲۲۰ ق.ت. می‌باشد یا خیر؟ به همین منظور، ابتدا دو نوع شرکت فوق‌الذکر را مورد بررسی قرار داده و سپس چگونگی شمول یا عدم شمول شرکت‌های فوق، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

الف - تمایز شرکت مدنی از تجاری

برای تمییز این مفاهیم، ابتدا باید شرکت مدنی و تجاری را جداگانه تعریف نموده و سپس تفاوت این دو را ذکر کرد.^۲

۱ - الف - تعریف شرکت مدنی

در قلمرو حقوق مدنی، شرکت در دو معنای عام و خاص به کار می‌رود. در معنای عام از یک طرف، شرکت، وضعیتی خاص است برای چند مالک در شیء واحد که این وضعیت «اشاعه» نامیده می‌شود. در این وضعیت، هر یک از شرکا در ذره ذره مال مشاع، حق عینی دارند. حالت اشاعه ممکن است مخلوق اراده طرفین باشد، اعم از مادی (مثل مزج اختیاری) و یا حقوقی (مثل خرید مال معینی توسط دو نفر بدون افراز سهم) و یا در نتیجه حادثه‌ای غیر از اراده طرفین و به صورت قهری ایجاد می‌شود (مانند ارث). از طرف دیگر، اصطلاح شرکت در معنای وسیع شامل عقودی مثل مزارعه، مضاربه، مساقات و شرکت می‌شود. در

معنای خاص، شرکت یکی از عقود معین است.^۳ البته در خصوص وجود یا نبود عقد معینی به نام شرکت در میان فقها اختلاف نظر وجود دارد که به نظر می‌رسد قانون‌گذار ایران نیز تحت تأثیر این اختلاف‌نظرها در قانون مدنی از یک طرف، مقررات حاکم بر شرکت را در ردیف سایر عقود آورده و از طرف دیگر، تعریفی از عقد شرکت ارائه ننموده است.^۴

به موجب ماده ۵۷۱ ق.م.؛ «شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیء واحد به نحو اشاعه». از این ماده استنباط می‌شود که؛

اولاً - در حقوق مدنی، شرکت به معنای اخص خود عقدی است از عقود معین که محصول توافق اراده‌های انشایی است.

ثانیاً - یکی از آثار ذاتی عقد شرکت، ایجاد حالت اشاعه یعنی مالکیت هر یک از شرکا در جزء جزء آورده‌های آنان است، به گونه‌ای که تصرف هر یک از شرکا در مال مشاع بدون اذن سایر شرکا نافذ نیست.

ثالثاً - شرکت در حقوق مدنی فاقد شخصیت حقوقی بوده و در ارتباط با اشخاص ثالث، مسئولیت هر یک از شرکا تابع قواعد عمومی حقوق مدنی می‌باشد.^۵

ماده فوق، بدون تردید، تعریف شرکت تجاری نیست.^۶ لذا برای شناخت بیشتر تعریف یاد شده، خوب است بار دیگر به موضوع تجارت یا عمل تجاری اشاره نماییم. اجتماع مالکین متعدد گاه برای اشتغال به امر تجارت و کسب سود است که این مجموعه را اشاعه یا مشارکت تجاری می‌گوییم و در صورتی که اجتماع مالکین متعدد برای اشتغال به امر تجارت نباشد، این مجموعه، مشارکت مدنی خوانده می‌شود. بنابراین فرقی نمی‌کند که این مجموعه اختیاری به موجب قرارداد یا عقد به وجود آید یا قهری. اما باید توجه داشت که مجموعه تجاری مشاع یا مشارکت‌های تجاری به وسیله «قرارداد» تشکیل می‌گردند.

۲ - الف - تعریف شرکت تجاری

در قانون تجارت ایران، شرکت تجاری تعریف نشده است. در قانون تجارت مصوب سال‌های ۴ - ۱۳۰۳ که نخستین بار راجع به شرکت‌های تجاری صحبت شد، فقط به بیان وضعیت شرکت‌های تجاری (سهامی، تضامنی، مختلط و تعاونی) اکتفا شد و تعریفی از

شرکت ارائه نشد. در قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱/۲/۱۳ نیز قانون‌گذار فقط به تعریف هر یک از اقسام شرکت‌های تجاری مذکور در آن پرداخته است، بدون آن که تعریفی از شرکت تجاری به‌دست دهد و یا ارکان تشکیل‌دهنده شرکت بیان شود. علت سکوت قانون‌گذار، اقتباس قانون تجارت ایران از قانون تجارت فرانسه و عدم تعریف شرکت در قانون اخیرالذکر می‌باشد؛ علت این امر هم مشخص است. زیرا در ماده ۱۸۳۲ قانون مدنی فرانسه، شرکت تجاری تعریف شده است و از آنجا که قانون تجارت نسبت به قانون مدنی استثنای بر اصل است و قانون‌گذار فرانسه که تعریف ماده ۱۸۳۲ قانون مدنی را کافی و جامع تشخیص داده است، نیازی به تعریف [مجدد] شرکت در قانون تجارت ندیده است. قانون‌گذار ایران نیز بدون توجه به این امر، مقررات مربوط به شرکت‌های تجاری را از حقوق فرانسه اقتباس و در مورد تعریف شرکت تجاری سکوت اختیار نموده است. با توجه به خلأ قانونی^۷ موجود شایسته است؛ قانون‌گذار یا به تعریف شرکت در قانون مدنی بپردازد به‌گونه‌ای که مبین ارکان شرکت بوده و قابل انطباق با قوانین تجاری باشد و یا آن که در قانون تجارت از شرکت تعریفی جامع و مانع، ارائه نماید.^۸

به‌رغم این که در قوانین مدنی و تجاری ایران تعریفی از شرکت تجاری ارائه نشده است لیکن در قوانین تجاری ما در مبحث مربوط به اقسام هر شرکت تجاری، تعریفی از آن شرکت ارائه شده است. باب سوم قانون تجارت مصوب سال ۱۳۱۱ به شرکت‌های تجاری اختصاص دارد و طبق ماده ۲۰ آن؛

«شرکت‌های تجاری بر هفت قسم است: (۱) شرکت سهامی؛ (۲) شرکت با مسئولیت محدود؛ (۳) شرکت تضامنی؛ (۴) شرکت مختلط غیرسهامی؛ (۵) شرکت مختلط سهامی؛ (۶) شرکت نسبی و (۷) شرکت تعاونی تولید و مصرف».

شاید بتوان گفت که در مواردی که قانون تجارت ساکت است، از جمله در مورد تعریف شرکت تجاری، اصولاً باید به قانون مدنی رجوع کنیم. طبق ماده ۵۷۱ ق.م.و: «شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیء واحد به‌نحو اشاعه» و به‌موجب ماده ۵۷۳ ق.م.و: «شرکت اختیاری یا در نتیجه عقدی از عقود حاصل می‌شود و یا در نتیجه عمل شرکا، از قبیل مزج اختیاری یا قبول مالی مشاعاً در ازای عمل چند نفر و نحو این‌ها».^۹

اما حقیقت آن است که لازم نیست سعی کنیم تعریف شرکت تجاری را در قانون مدنی جستجو کنیم؛ چرا که تأسیس جدید شرکت تجاری با تصویب اولین قانون تجارت ایران، یعنی قانون تجارت مصوب سال ۱۳۰۳ وارد قوانین ایران شده، در حالی که [مواد یک تا ۹۵۵ و از جمله] باب اول قانون مدنی ایران (ماده ۵۷۱ تا ۶۰۶) که مشتمل بر مقررات شرکت می‌باشد در سال ۱۳۰۷ تصویب شده است. بنابراین آنچه در قانون مدنی به نام شرکت مطرح شده، غیر از شرکت تجاری است.

در نبود تعریف قانونی، در تعریف شرکت تجاری بین علمای حقوق اختلاف نظر وجود دارد. در اینجا به ذکر برخی تعاریف ارائه شده، می‌پردازیم و آن‌ها را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

دکتر ستوده تهرانی شرکت تجاری را بدین گونه تعریف می‌کند؛ شرکت تجاری عبارت است از سازمانی که بین دو یا چند نفر تشکیل می‌شود که در آن هر یک سهمی به صورت نقد یا جنس یا کار خود در بین می‌گذارند تا مبادرت به عملیات تجاری نموده و منافع و زیان‌های حاصله را بین خود تقسیم کنند.^{۱۰}

ایرادهایی بر این تعریف وارد است:

۱ - در این تعریف، اشاره شده به این که شرکت بین دو یا چند نفر تشکیل می‌شود. متبادر به ذهن از لفظ «نفر» فقط شخص حقیقی می‌باشد و به کار بردن این لفظ در معنای شخص حقوقی نیاز به قرینه دارد که در این تعریف چنین قرینه‌ای وجود ندارد. حال آن که در تشکیل شرکت تجاری، شخص حقوقی نیز می‌تواند مشارکت داشته باشد. نص صریح ماده ۵۸۸ ق.ت. مؤید این امر می‌باشد.

۲ - در تعریف به انتزاع آورده شرکا از مالکیت آن‌ها اشاره‌ای نشده است. سرمایه شرکت یکی از ارکان تشکیل‌دهنده آن است و از آورده شرکا یا سهامداران تشکیل می‌شود. با تشکیل شرکت، آورده‌ها، دیگر در مالکیت شرکا نبوده بلکه متعلق به شرکت تجاری خواهد بود؛ حال آن که تعریف یادشده مبین این معنا نمی‌باشد.

۳- در تعریف مورد بحث، شرکت به‌عنوان یک مؤسسه و سازمان بیان شده است، حال آن‌که شرکت بیش از هر چیز، یک قرارداد است. در واقع، در این تعریف، جنبه قراردادی بودن آن نادیده گرفته شده است.

۴- در تعریف این استاد حقوق تجارت، شرکت تنها مؤسسه یا سازمانی تلقی می‌شود که مبادرت به عملیات تجاری می‌نماید، در صورتی که گاه شرکت به صرف این‌که در قالب شرکت‌هایی ایجاد شده که در ماده ۲۰ ق.ت. ذکر شده‌اند، شرکت تجاری تلقی می‌شود، حتی اگر عمل غیرتجاری انجام دهد. (ر.ک.: ماده ۲ لایحه اصلاحی قانون تجارت) البته پرواضح است؛ از آنجا که تعریف دکتر ستوده پیش از تصویب لایحه اخیرالذکر ارائه شده است، اشکال یادشده فقط بر تعریف وارد است و نباید بر ناآگاهی ایشان حمل شود.^{۱۱}

دکتر اسکینی، شرکت تجاری را نیز چنین تعریف کرده است:

«شرکت تجاری قراردادی است که به‌موجب آن یک یا چند نفر توافق می‌کنند سرمایه مستقل را که از جمع آورده‌های آن‌ها تشکیل می‌شود، ایجاد کنند و به مؤسسه‌ای که برای انجام مقصود خاصی تشکیل می‌گردد، اختصاص دهند و در منافع و زیان‌های احتمالی حاصل از به‌کارگیری سرمایه سهیم شوند.»

بر این تعریف نیز دو ایراد اساسی وارد است:

۱- در این تعریف، شرکت تجاری به‌عنوان قرارداد تعبیر شده است. طبق آنچه از این تعریف استنباط می‌شود، ماهیت حقوقی شرکت با ماهیت قرارداد منطبق خواهد شد. از سوی دیگر، با توجه به این‌که قرارداد مطابق قواعد حقوق مدنی حاکم بر قراردادها محصول صرف توافق اراده انشایی طرفین است، از این تعریف نتیجه می‌شود که شرکت نیز محصول صرف اراده انشایی افراد است. در حالی که در حقوق تجارت ایران، شرکت نه سازمان صرف است بدون دخالت اراده شرکا در تشکیل آن و نه صرفاً محصول اراده شرکا است بلکه به معنای ماهیت حقوقی است که در عالم حقوق دارای موجودیتی مستقل از شرکا می‌باشد و در واقع، محصول اراده قانون‌گذار است. اراده شرکا در انتزاع مالکیت

خصوصی و جمع‌آوری سرمایه‌ای مستقل و انجام سایر تشریفات برای تشکیل شرکت دخیل می‌باشد و قانون‌گذار به این مجموعه شخصیت حقوقی می‌بخشد.

۲- در تعریف فوق‌الذکر، اشاره شده به این که اختصاص سرمایه به «مؤسسه‌ای که برای انجام مقصود خاصی تشکیل می‌گردد» گذشته از این که به کار بردن لفظ مؤسسه در معنای شرکت‌های تجاری خالی از اشکال نیست؛ آنچه از این تعریف استنباط می‌شود این است که سرمایه، رکن تشکیل‌دهنده و سازنده شرکت نیست. زیرا مقصود نویسنده از مؤسسه، جز شرکت نبوده و در این تعریف، تشکیل شرکت از سرمایه منفک شده است؛ چنین به ذهن متبادر می‌شود که ابتدا شخص حقوقی ایجاد و سپس سرمایه توسط شرکا به آن اختصاص می‌یابد، حال آن که سرمایه، رکن سازنده و تشکیل‌دهنده شرکت است، نه امر فرعی اختصاص یافته به آن.^{۱۲}

تعریف دیگر، تعریفی است که دکتر منصور صقری ارائه داده است:

«شرکت عهده‌ای است که به وسیله آن دو یا چند شخص توافق می‌کنند، آورده‌هایی را به منظور تقسیم منافع احتمالی شرکا مورد تجارت قرار دهند.»^{۱۳}

بر این تعریف نیز ایرادهایی وارد است:

۱- در این تعریف واژه عهد به کار رفته است. به نظر می‌رسد منظور واژه عقد باشد. اما به کار بردن واژه عقد نیز در اینجا خالی از اشکال نیست. زیرا همان طوری که در مباحث قبلی اشاره شد، شرکت، قرارداد صرف نیست بلکه مجموعه‌ای از شرکا و اراده آن‌ها و سرمایه، با رعایت برخی مقررات حاکم بر نحوه تشکیل است که قانون‌گذار به این مجموعه، شخصیت حقوقی اعطا نموده است.

۲- هدف اصلی شرکا در تشکیل شرکت تجاری، انجام فعالیت‌های تجاری و کسب منافع احتمالی فعالیت‌ها و تقسیم آن بین خود می‌باشد. حال آن که در تعریف یادشده هدف اصلی شرکا، مورد تجارت قراردادن آورده‌ها به منظور تقسیم منافع قلمداد شده است، در حالی که با تشکیل شرکت از یک سو، آورده شرکا از مالکیت آن‌ها خارج و در مالکیت شرکت قرار می‌گیرد و از سوی دیگر، این احتمال وجود دارد که شرکت و شرکا با انجام

فعالیت‌هایی که الزاماً متضمن مورد تجارت قراردادن آورده‌ها نیست، اقدام به تحصیل سود نمایند. لذا هدف اصلی شرکا از تشکیل شرکت الزاماً مورد تجارت قراردادن آورده‌ها نیست. برخی دیگر معتقدند که شرکت تجاری عبارت است از «توافق اراده دو یا چند شخص و استمرار اعتباری آن به‌منظور سرمایه‌گذاری در یک یا چند عمل تجاری به قصد گذشتن از مالکیت خصوصی خود نسبت به آورده‌های خویش و استفاده از شخصیت حقوقی مستقل و اعطایی قانون‌گذار و تقسیم منافع احتمالی آن بین خود». اما حقیقت آن است که شرکا به قصد بردن سود سرمایه‌گذاری می‌کنند لیکن بدیهی است چنانچه این سرمایه‌گذاری منجر به ضرر شود، ضرر به آن‌ها تحمیل خواهد شد.^{۱۴}

از مجموع آنچه گفته شد، می‌توان تعریفی را ارائه نمود. این تعریف از سوی دکتر محمد عیسی تفرشی ارائه شده است:

«شرکت تجاری عبارت است از توافق اراده دو یا چند شخص و استمرار اعتباری آن به‌منظور سرمایه‌گذاری در یک یا چند عمل تجاری به قصد گذشتن از مالکیت خصوصی خود نسبت به آورده‌های خویش و استفاده از شخصیت حقوقی مستقل و اعطایی قانون‌گذار و تقسیم منافع احتمالی آن بین خود».^{۱۵}

در این تعریف، هم ارکان شرکت معین و مشخص شده و هم سیر تکوین تعیین گردیده و هم مبین ماهیت حقوقی شرکت در حقوق ایران است که تلفیقی از قرارداد و سازمان (اراده شرکا و اراده قانون‌گذار) است. لیکن تنها اشکالی که می‌توان بر این تعریف وارد دانست، این است که به تقسیم زیان بین شرکا اشاره نشده است. زیرا هدف اولیه شرکا از تشکیل شرکت فقط تقسیم منافع نیست بلکه تقسیم زیان نیز جزو اهداف شرکا تلقی می‌گردد مگر آنکه از واژه احتمالی در عبارت منافع احتمالی قبول ضرر نیز مستفاد شود.

۳ - الف - تمایز

شرکت مدنی را چگونه می‌توان از شرکت تجاری تمییز داد؟ در این خصوص ضوابطی ارائه گردیده است اما پیش از بیان ضوابط ارائه‌شده لازم به ذکر است که در مقام بیان فایده تمییز این دو نوع شرکت از یکدیگر بگوییم که؛ عمده‌ترین فرق بین این دو نهاد، وجود

اشاعه در مشارکت است. شخص حقوقی به وسیله عقد ایجاد نمی‌شود بلکه موجودی است قانونمند که همواره به موجب قانون حاصل و ایجاد می‌گردد. بنابراین در رابطه با شرکت نه اشاعه مطرح است، نه عقد و قرارداد. لذا اساسنامه در شرکت‌ها، قرارداد بین شرکا یا سهامداران نیست. اساسنامه نحوه اداره و اخذ تصمیمات در هر شرکت را تعیین می‌نماید.

بنابراین ماده ۱۵ لایحه اصلاحی قانون تجارت که می‌گوید: «امضای ورقه تعهد سهم به خودی خود مستلزم قبول اساسنامه شرکت و تصمیمات مجامع عمومی صاحبان سهام می‌باشد.» یعنی امضای ورقه تعهد سهم به خودی خود مستلزم قبول تصمیمات قبلی شرکت برای اداره، مخارج، قراردادها، مدت شرکت، حقوق، تعهدات سهامداران و... می‌باشد.»^{۱۶}

به عبارت دیگر، شرکت تجاری دارای شخصیت حقوقی مستقل از صاحبان سهام و سرمایه و مدیران آن است اما شرکت مدنی فاقد چنین شخصیتی است؛ در واقع، مرزی میان شرکت مدنی و صاحبان حقوق مال مشاع نمی‌توان تصور کرد. همین تفاوت سبب خواهد شد که با تشکیل شرکت تجاری، شرکا حق مالکیت خصوصی خود نسبت به آورده‌های خویش را از دست داده و این حق را به شرکت تجاری واگذار کنند و به این ترتیب، حق عینی هر یک از شرکا نسبت به آورده خود در شرکت تجاری، به یک حق خاص نسبت به کل دارایی شرکت (سهام یا سهم‌الشرکه) تبدیل می‌شود. به بیان دیگر، شرکا نسبت به اموالی که دارایی شرکت را تشکیل می‌دهد فاقد هر گونه حق عینی هستند و سهامی که در ازای آورده به هر شریک داده می‌شود، معرف مال معینی از اموال شرکت نیست. زیرا مالکیت آورده‌ها به شخص حقوقی (شرکت تجاری) منتقل شده است و پس از این فقط شرکت (نه صاحبان سهام) نسبت به آورده‌ها حق عینی دارد. بر همین اساس، پس از انحلال شرکت، آورده هر شریک به همان شریک مسترد نمی‌گردد و سرمایه شرکت، به نسبت آورده، بین شرکا تقسیم می‌شود.

به عکس، از آنجا که شرکت مدنی فاقد شخصیت حقوقی است؛ با تشکیل شرکت مدنی، حق عینی هر یک از شرکا نسبت به آورده خود، به یک حق عینی نسبت به کل دارایی، به نحو مشاع، تبدیل می‌شود.

به این ترتیب، اساس شرکت بر قراردادی است که بین شرکا منعقد می‌شود ولی بعد از تأسیس شرکت، عقد شرکت و قرارداد اولیه ماهیت خود را از دست داده و شرکت تجاری با پیدا کردن شخصیت حقوقی از قواعد و اصولی پیروی می‌نماید که حتی ممکن است با اصول قرارداد مبنایت داشته باشد. اگرچه در بدو تشکیل، شرکت تابع قرارداد بین شرکا است و اراده آنهاست که شرکت را به وجود می‌آورد ولی بعد از تشکیل، تابع اصول و قواعد معینی است که تبعیت از آن برای شرکت و همچنین شرکا، اجباری است. هر چند اهمیت این قرارداد واضح و روشن است و بسته به نوع شرکت، اثر قرارداد، کم و بیش، در دوران حیات شرکت ادامه دارد.^{۱۷} این در حالی است که در شرکت مدنی، قرارداد پایه همچنان حفظ شده و به‌عنوان مبنای ایجاد و بقای شرکت [مؤثر است و در تداوم حیات شرکت] حضور فعال دارد.

حال در مورد ضوابط تمییز می‌گوییم که در تمییز شرکت‌های مدنی از شرکت‌های تجاری غالباً از سه شیوه پیروی می‌شود: نظام موضوعی، نظام شکلی و نظام ترکیبی. در برخی کشورها، موضوع شرکت به‌عنوان قاعده تمییز شرکت‌های تجاری از شرکت‌های مدنی پذیرفته شده است؛ در نظام موضوعی، شرکتی را باید تجاری نامید که بر طبق معمول به کارهای بازرگانی می‌پردازد. به بیان دیگر، شرکتی که بر پایه اساسنامه یا قرارداد شرکت به اعمالی می‌پردازد که وصف تجاری دارد، شرکت تجاری است؛ خواه به ثبت رسیده و سازمان‌های قانونی را دارا باشد یا در عمل به کار تجارت بپردازد. برعکس، شرکتی که موضوع فعالیت خود را کارهای مدنی قرار دهد، وصف مدنی خواهد داشت. در این نظام، اصل، عمل تجاری است؛ هر چند از طرف غیر بازرگان صورت گیرد و در حقیقت، قانون‌گذار، قانون تجارت را برای تنظیم روابط تجاری وضع کرده است و بر همین اساس است که اعمال تجاری را غیر تاجران نیز می‌توانند انجام دهند.

ماده یک قانون تجارت برای تاجر شناختن اشخاص دو شرط قائل شده است؛

اول این که - شغل معمولی خود را معاملات تجاری قرار داده باشند و

دوم این که - معاملات مزبور را به حساب خود انجام دهند.

از این حکم می‌توان این‌گونه استنباط کرد که قانون‌گذار ملاک موضوعی را به‌عنوان ضابطه پذیرفته است؛ چه در این ماده، توجه به موضوع شغل می‌باشد و انجام معاملات تجاری به‌عنوان شغل معمولی را برای تاجر بودن کافی دانسته است.^{۱۸} اما آیا این ماده در خصوص اشخاص حقوقی نیز قابل اعمال است؟ به‌نظر می‌رسد با توجه به ماده ۵۸۸ ق.ت. می‌توان این نکته را استنباط کرد که اشخاص حقوقی نیز می‌توانند تاجر شناخته شوند مشروط بر این‌که دو شرط فوق را رعایت نمایند.

در برخی دیگر از نظام‌های حقوقی به موضوع و هدف شرکت اعتنا نمی‌شود و تنها شکل شرکت، ضابطه تمییز وصف تجاری آن قرار می‌گیرد. در این نظام‌ها برای تشخیص نوع شرکت باید سراغ شکل آن رفت و بر اساس آن داوری نمود. در این نظام، اصل، شخص بازرگان و شغل بازرگانی اوست نه اعمال بازرگانی و این تاجر است که اعمال تجاری را معنا می‌بخشد. بنابراین [از این دیدگاه] حقوق تجارت، حقوقی است که بر روابط بین بازرگانان حاکم است و یک نوع حقوق صنفی به‌شمار می‌آید.

به‌عنوان نمونه در حقوق ما درباره شرکت‌های سهامی به‌صراحت از نظام شکلی پیروی شده است. ماده ۲ لایحه اصلاحی قانون تجارت مقرر می‌دارد:

«شرکت سهامی شرکت بازرگانی محسوب می‌شود ولو این‌که موضوع عملیات آن امور بازرگانی

نباشد.»

براساس این ماده کافی است شرکتی صورت شرکت سهامی را پیدا کند تا شرکت تجاری محسوب شود. به‌نظر می‌رسد، با عنایت به وحدت ملاک، می‌توان ضابطه شکلی را در مورد سایر شرکت‌ها نیز اعمال کرد و سایر شرکت‌ها را نیز تجاری محسوب کرد اعم از این‌که موضوع عملیات آن‌ها تجاری باشد یا مدنی.

تفاوت این دو نظر در این است که در نظام شکلی، اگر شرکتی به یکی از صورت‌های مقرر در قانون درآید حتی اگر موضوع عملیات آن مدنی باشد، شرکت تجاری محسوب است اما به عکس، نتیجه منطقی نظر اول این است که شرکت‌هایی که به شکل پیش‌بینی شده در قانون در می‌آیند اگر موضوع عملیات خود را در اساسنامه تجاری معرفی

اما در عمل به معاملات مدنی اشتغال ورزند، باید آن‌ها را شرکت مدنی دانست نه تجاری. زیرا آنچه در عمل انجام می‌دهند ملاک است نه آنچه در اساسنامه ادعا شده است. عده‌ای وجود ماده یک و ۲ ق.ت. را دلیل بر پیروی از نظام موضوعی بودن حقوق تجارت می‌دانند^{۱۹} و عده‌ای وجود ماده ۳ ق.ت. را دلیل بر پیروی از نظام شخصی بودن حقوق تجارت می‌دانند^{۲۰} و عده‌ای نیز به ترکیبی بودن نظام حقوقی حاکم بر حقوق تجارت ایران اعتقاد دارند. زیرا هیچ‌کدام از نظریات شخصی و موضوعی بودن را جامع و کامل نمی‌دانند و به اعتقاد ایشان، قانون تجارت ایران تعریف تاجر و عملیات تجاری را به هم مربوط ساخته است.

اما ممکن است سؤالی مبنایی مطرح گردد و درباره امکان تحقق شرکت‌هایی با موضوع مدنی ولی شکل تجاری، تردید شود و پرسش شبهه‌آمیز این که؛ بر چه مبنایی می‌توان شرکت‌هایی را که یکی از اشکال مندرج در قانون تجارت را دارند اما موضوع آن‌ها عملیات مدنی است، تجاری دانست؟ در جواب این شبهه باید به سابقه تاریخی این نظریه توجه کرد.

علت وضع ضابطهٔ شکلی برای شرکت‌های سهامی در حقوق فرانسه و اقتباس از آن در حقوق ایران، احساس خطری بوده است که نسبت به حقوق اشخاص ثالث می‌شد. در حقوق فرانسه تا سال ۱۸۹۳ م. ضابطه موضوعی برای تشخیص تجاری یا مدنی بودن شرکت‌ها پذیرفته شده بود و بدون توجه به شکل و قالب، به هدف شرکت توجه می‌شد. در این زمینه تفاوت نمی‌کرد که شرکت، شکل تضامنی داشته باشد یا سهامی یا مختلط و غیره. نتیجه‌ای که حاصل شد این بود که بسیاری از شرکت‌ها در شکل سهامی با سرمایه‌ای که از مردم جمع‌آوری کرده بودند، تشکیل شدند بدون این که مقید به تکالیفی باشند که قانون‌گذار برای حمایت از حقوق اشخاص ثالث پیش‌بینی کرده بود از قبیل انتشار شرکت‌نامه، نگهداری دفاتر تجاری و غیره. این نتیجه، قانون‌گذار فرانسوی را بر آن داشت تا در سال ۱۸۹۳ برای حفظ حقوق مردم قانونی بگذراند که در آن هر شرکتی که به شکل

شرکت سهامی یا مختلط درآید صرف‌نظر از هدف آن، تجارتي محسوب شود يعني حتى اگر به‌منظور انجام عمليات مدني نيز تشكيل شود، تجارتي به حساب آيد.

قانون‌گذار ما نيز درباره شرکت‌های سهامی این حکم را از حقوق فرانسه اقتباس نموده است اما به همین جا بسنده نموده؛ حال آن‌که قانون‌گذار فرانسه پس از سال ۱۸۹۳ این قاعده را به‌تدریج درباره سایر شرکت‌ها نیز اجرا نموده است. به‌عنوان مثال، قانون ۷ مارس ۱۹۲۵ این قاعده را درباره شرکت‌های بامسئولیت‌محدود و سپس قانون مصوب ۲۴ ژوئیه ۱۹۶۶ این اصل را به شرکت‌های تضامنی و شرکت‌های مختلط‌سهامی نیز تعمیم داده است. به‌نظر می‌رسد باید کوتاهی قانون‌گذار ایرانی را دکترین حقوقی جبران کند و حکم ماده را به سایر شرکت‌ها تسری دهد. قابل ذکر است که در پاره‌ای دیگر از کشورها مانند فرانسه از نظام ترکیبی (اختلاط نظام موضوعی و شکلی) پیروی شده است. در این کشور نیز ابتدا موضوع و هدف را به‌عنوان ضابطه تجاری دانستن شرکت، ملاک قرار داده بودند؛ اما بعدها قانون‌گذار فرانسه متمایل بر این شد که شکل شرکت را نیز در این شناسایی دخالت دهد تا جایی که در ماده اول قانون ۲۴ ژوئیه ۱۹۶۶ اعلام کرد که وصف تجاری یک شرکت به‌وسیله موضوع یا شکل آن مشخص می‌شود. در قوانین ما به‌صراحت معیاری نیامده است که بتوان شرکت‌های مدنی و تجاری را با به‌کار بردن آن از هم بازشناخت. درباره شرکت‌های سهامی چنان‌که اشاره شد، معیار شکل، به‌صراحت، پذیرفته شده است و در این‌باره اختلافی بین نویسندگان دیده نمی‌شود اما در زمینه سایر شرکت‌ها، با سکوت قانون، میان استادان اختلاف‌نظر وجود دارد:

برخی از نویسندگان معتقدند که: «از آنجا که تمییز بخش تجاری از بخش مدنی و نتیجتاً تمییز شرکت‌های تجاری از شرکت‌های مدنی از طریق موضوع آن‌ها کار بسیار مشکل و نامطمئنی است، بهتر آن است که در این راه از همان معیار ساده‌ای که خود قانون‌گذار در دسترس قرار داده است، استفاده شود و در مقام تردید، همان شکل شرکت‌ها را وجه تشخیص قرار داد. یعنی شرکت‌هایی را تجاری محسوب نمود که خود قانون‌گذار، تجارتي اعلام نموده است.» علت این دشواری را نیز در دو نکته بیان می‌کند: یکی خالص

نبودن بخش مدنی که اغلب به رنگ تجاری آمیخته است و دوم کامل نبودن صورت معاملات تجاری که قانون‌گذار در ماده ۲ ق.ت. احصا کرده است.^{۲۱}

این‌گونه مصلحت‌اندیشی‌ها را بر پایه دلایلی که ارائه شده است، نمی‌توان پذیرفت. زیرا اصل ادعای دشواری شناسایی بخش تجاری از بخش مدنی خود مخدوش و مورد شبهه است و نمی‌تواند مدعا را اثبات کند؛ زیرا که شناسایی بخش تجاری از بخش مدنی به هیچ روی دشوار نیست. چرا که قانون‌گذار خود بخش تجاری را با احصا در ماده ۲ ق.ت. از قلمرو بخش مدنی جدا نموده است. هر فعالیتی که خارج از این احصا [و حصر شمارشی] قرار گیرد در قلمرو بخش مدنی جای دارد.

پاره‌ای از نویسندگان معتقدند از آنجا که در قوانین ما معیاری نیامده است که بتوان شرکت‌های مدنی و تجاری را از هم بازشناخت؛ بنابراین منطقی است که ضابطه تمییز تاجر از غیر تاجر در این تشخیص نیز رعایت شود. به موجب ماده یک قانون تجارت تاجر کسی است که شغل معمولی خود را معاملات تجاری قرار بدهد. پس شرکتی را باید تجاری نامید که برطبق معمول به کارهای بازرگانی می‌پردازد. به اعتقاد این گروه، گرچه قانون‌گذار گاه شکل شرکت را ضابطه تمییز وصف تجاری آن قرار داده است و به موضوع و هدف شرکت اعتنا نمی‌کند اما این امر جنبه استثنا دارد. اصل، آن است که موضوع شرکت را باید به‌عنوان قاعده تمییز شرکت‌های تجاری پذیرفت.

با بررسی مجموعه قواعد و مقرراتی که از سال ۱۳۰۳ تا به حال درباره تشکیل شرکت‌های تجاری وضع گردیده است می‌توان گفت که قانون‌گذار برای تشکیل این‌گونه شرکت‌ها لزوم داشتن «موضوع صریح و منجز» را شرط دانسته است. برخی از این مقررات عبارتند از: ماده ۲۶ قانون تجارت (منسوخ) ۴ - ۱۳۰۳؛ ماده ۲۱ (منسوخ) قانون تجارت ۱۳۱۱؛ ماده ۲، بند ۲ ماده ۸ و بند یک ماده ۲۰ لایحه اصلاحی قانون تجارت و سایر مواد قانون تجارت ایران طبق ماده ۱۹۹ لایحه اصلاحی قانون تجارت و ماده ۹۳ ق.ت. ۱۳۱۱ انجام موضوع شرکت و یا غیرممکن شدن آن از موارد انحلال قهری شرکت سهامی و سایر انواع شرکت‌های تجاری است.

همان‌طور که ملاحظه شد، در قوانین ما تعریفی از شرکت‌های تجاری ارائه نشده است اما با توجه به این‌که قانون‌گذار در تعریف غالب شرکت‌های تجاری به عبارت «برای امور تجاری» تصریح کرده است، می‌توان گفت که اصولاً موضوع شرکت‌های تجاری باید «انجام دادن امور تجاری» باشد.

فقط موضوع شرکت‌های سهامی ممکن است به تجویز ماده ۲ لایحه اصلاحی قانون تجارت (۱۳۴۷) امور غیرتجاری باشد. بدین ترتیب، شرکت سهامی از لحاظ شکل، تجاری است، حتی اگر موضوع آن «امور غیرتجاری» باشد. شرکت‌های تعاونی نیز ممکن است طبق قانون بخش تعاون اقتصاد جمهوری اسلامی ایران (۱۳۷۰) برای امور غیرتجاری تشکیل شوند.

بدین ترتیب، می‌توان گفت که اصولاً یکی از شرایط لازم برای تشکیل شرکت‌های تجاری «داشتن موضوع تجاری صریح و منجز» است. به بیان دیگر، اصولاً داشتن موضوع تجاری صریح و منجز یکی از اجزای «عمده» (و ارکان) تشکیل‌دهنده شرکت‌های تجاری است، هم‌چنان‌که اراده سازنده، اراده خاص، قصد انتفاع و شخصیت حقوقی نیز از ارکان تشکیل‌دهنده شرکت‌های تجاری هستند.

ماده ۵ قانون تملک آپارتمان‌ها (مصوب ۱۳۴۳/۱۲/۱۶) مقرر می‌دارد:

«انواع شرکت‌های موضوع ماده ۲۰ قانون تجارت (۱۳۱۱) که به قصد ساختمان خانه و آپارتمان و محل کسب به‌منظور سکونت یا پیشه یا اجاره یا فروش تشکیل می‌شود از انجام سایر معاملات بازرگانی غیرمربوط به کارهای ساختمانی ممنوع‌اند»

تنها در مورد شرکت‌هایی که به‌صراحت در قانون ضابطه شکلی پذیرفته شده است، این ضابطه اعمال می‌گردد مانند شرکت‌های سهامی و درباره دیگر شرکت‌ها تنها وقتی شرکت تجاری محسوب می‌شوند که موضوع آن تجاری باشد.

بنابراین در مقام جمع‌بندی باید گفت صرف‌نظر از شرکت سهامی، تمییز شرکت مدنی از شرکت تجاری، با توجه به موضوع شرکت و نوع فعالیت آن قابل انجام است.

ب - کدام يك از اقسام شرکت‌ها مشمول ماده ۲۲۰ قانون تجارت می‌باشند؟

بر اساس ماده ۲۲۰ ق.ت. هر شرکت ایرانی که فعلاً وجود داشته یا در آتیه تشکیل شود

و با اشتغال به امور تجاری، خود را به صورت یکی از شرکت‌های مذکور در این قانون در نیاورده و مطابق مقررات مربوط به آن شرکت عمل ننماید شرکت تضامنی محسوب شده و احکام راجع به شرکت‌های تضامنی در مورد آن اجرا می‌گردد. عقیده رایج بر این است که با توجه به عبارت «شرکت» و اطلاق آن، در خصوص شرکت مدنی نیز می‌توان به ماده ۲۲۰ ق.ت. استناد کرد مشروط بر اینکه شرکت به امور تجاری اشتغال داشته باشد؛ بنابراین شرکت‌های مدنی به شرط فعالیت تجاری و شرکت‌های تجاری به طور کلی، مشمول ماده ۲۲۰ ق.ت. خواهند بود.^{۲۲} اما چه بسا که در صحت این نتیجه‌گیری، تردید هست؛ چه همان‌طور که گفتیم، ضابطه تمییز شرکت مدنی از تجاری، موضوع فعالیت آن می‌باشد. پس اگر شرکت مدنی اقدام به انجام فعالیت تجاری به‌عنوان موضوع خود نماید، دیگر شرکت مدنی محسوب نمی‌شود؛ از آن پس شرکت تجاری محسوب شده و تردیدی در شمول ماده ۲۲۰ ق.ت. به آن نیست. در همین راستا، به نظر می‌رسد طرح سؤال مذکور در این بند، مبنی بر امکان اعمال ماده ۲۲۰ ق.ت. در مورد «شرکت‌های مدنی به شرط فعالیت تجاری»، نادرست باشد؛ زیرا شرکت مدنی با فعالیت تجاری، شرکت تجاری خواهد بود.

بند دوم - بررسی مصداقی

الف - جوینت‌ونچر *

اصطلاح جوینت‌ونچر يك اصطلاح دقیق حقوقی نیست^{۲۳} و تقریباً در هیچ‌يك از نظام‌های حقوقی، این اصطلاح تعریف نشده است. بدین ترتیب، نمی‌توان جوینت‌ونچر را در کنار نهادهای حقوقی شناخته‌شده‌ای همچون شرکت سهامی، شرکت تعاونی، مشارکت مدنی و... قرار داد؛ بلکه باید توجه نمود که ممکن است جوینت‌ونچر یا در قالب هر يك از این نهادها سازماندهی شود یا اساساً در هیچ قالب حقوقی شناخته‌شده‌ای قرار نگیرد و به این ترتیب، تنها به‌عنوان يك رابطه قراردادی بین طرفین موجود فرض شود. در واقع، جوینت‌ونچر بیش از آنکه يك مفهوم حقوقی باشد يك اصطلاح تجاری - اقتصادی است که می‌تواند اشکال بسیار متنوعی به خود بگیرد و در قالب‌های حقوقی متفاوتی سازماندهی شود.^{۲۴}

*. Joint venture.

با این حال، اصطلاح جوینت‌ونچر یکی از پرکاربردترین اصطلاحات در حقوق تجارت بین‌الملل است که امروزه تقریباً در تمام زبان‌های دنیا وارد شده و به همین شکل به کار رفته است. البته در زبان اصلی به معانی متنوع و مختلف مورد استفاده قرار می‌گیرد.^{۲۵}

این اصطلاح عموماً توسط تجار و بانکداران و سرمایه‌گذاران برای توصیف يك فعالیت تجاری به کار می‌رود که با دخالت مستقیم دو یا چند شخص مستقل شکل می‌گیرد بدون اینکه این اشخاص در هم ادغام شوند و شخصیت مستقل خود را از دست بدهند. به این ترتیب، معمولاً هرگاه دو یا چند شخص مستقل (معمولاً شخص حقوقی)،^{۲۶} در کنار هم نسبت به انجام يك فعالیت تجاری مشترك اقدام می‌کنند برای توصیف این فعالیت از اصطلاح عام جوینت‌ونچر استفاده می‌شود.^{۲۷}

جوینت‌ونچر در معنای عام خود، هرگونه همکاری تجاری به‌منظور شروع يك فعالیت تجاری را شامل می‌شود. همکاری تجاری ممکن است به شکل يك سرمایه‌گذاری مشترك باشد یا به شکل دادن کمک‌های فنی و انتقال تکنولوژی یا به‌صورت اعطای نمایندگی و عاملیت پخش و غیره. فعالیت تجاری نیز ممکن است تولید يك محصول جدید باشد یا عرضه محصولات در يك بازار جدید و یا ...

به این ترتیب، عبارت جوینت‌ونچر در معنای عام خود طیف بسیار گسترده‌ای از روابط اقتصادی و تجاری را در بر می‌گیرد.

با این حال، معمولاً جوینت‌ونچر در يك معنای محدودتر نیز به کار می‌رود. جوینت‌ونچر در معنای محدودتر خود تنها به نوعی از همکاری تجاری اطلاق می‌شود که طی آن طرفین مدیریت فعالیت خاصی را به‌نحو مشترك به‌عهده می‌گیرند و در سود و زیان حاصله شریک می‌شوند. به این ترتیب، بسیاری از انواع قراردادهای انتقال تکنولوژی و اعطای لیسانس و عاملیت پخش و غیره از حیثه شمول اصطلاح جوینت‌ونچر خارج می‌شود.^{۲۸} در این معنای خاص که بیشتر مورد توجه مؤلفان و حقوق‌دانان قرار دارد، می‌توان مهم‌ترین ویژگی‌های جوینت‌ونچر را در موارد ذیل خلاصه نمود:

۱ - **رابطه قراردادی:** جوینت‌ونچر، در هر صورت، براساس يك قرارداد استوار می‌شود. حتی در مواردی که جوینت‌ونچر در قالب يك شرکت تجارتي سازماندهی می‌شود نباید پنداشت که مقررات حقوق شرکت‌ها و اساسنامه شرکت یگانه قواعد حاکم بر جوینت‌ونچر می‌باشد. بلکه در واقع، بسیاری از مهم‌ترین مسائل فیمابین تنها براساس قرارداد جوینت‌ونچر تنظیم می‌شود از جمله اصل تشکیل شرکت جوینت‌ونچر، روابط شرکا با شرکت جوینت‌ونچر و معاملاتی که احتمالاً بین آنان صورت می‌گیرد، قواعد راجع به نقل‌وانتقال سهام، منع رقابت شرکا با شرکت، نحوه و میزان افزایش سرمایه در آینده، نحوه حل‌وفصل اختلافات و نیز موارد خاتمه همکاری، همه از مسائلی است که باید بر اساس قرارداد جوینت‌ونچر حل‌وفصل شوند. پس به‌طور کلی می‌توان گفت هر جوینت‌ونچر مبتنی بر يك قرارداد است.

۲ - **فعالیت مشخص:** جوینت‌ونچر برای يك فعالیت خاص و مشخص تشکیل می‌شود. البته هر شرکت تجارتي هم باید دارای موضوع معینی باشد، اما در مورد جوینت‌ونچرها معین بودن زمینه فعالیت کفایت نمی‌کند بلکه باید يك تجارت به خصوص با ابعاد اقتصادی و جغرافیایی خاص مد نظر باشد. به این ترتیب، صرف معین بودن زمینه فعالیت (مثلاً تولید مواد و محصولات پلاستیکی یا اقدام به فعالیت‌های ساختمانی) کفایت نمی‌کند بلکه برای مثال باید روشن باشد که جوینت‌ونچر با هدف عرضه چه نوع محصولی، در کدام بازار و به چه روشی و طی چه مدت و با چه برنامه زمانی اقدام می‌کند یا مثلاً کدام پروژه ساختمانی را به‌عهده می‌گیرد. در واقع، جوینت‌ونچرها برای انجام يك مأموریت مشخص تأسیس می‌شوند نه فقط برای فعالیت در يك زمینه خاص.^{۳۹} به عبارت دیگر، جوینت‌ونچرها برای یک محدوده زمانی مشخص که زمان آن با پایان مأموریت مشخص می‌شود، تأسیس می‌شوند.

۳ - **کنترل مشترك:** در چارچوب يك جوینت‌ونچر طرفین با همکاری یکدیگر فعالیت خاصی را پیش می‌برند. در واقع، دخالت فعال طرفین در اداره جوینت‌ونچر از وجوه ممیزه آن است و چنانچه یکی از طرفین به‌رغم مشارکت در تأمین سرمایه و سهیم شدن در سود

فعالیت، از مشارکت فعال در مدیریت امتناع کند، نمی‌توان روابط ایجادشده را تحت‌عنوان جوینت‌ونچر تحلیل نمود. همین امر جوینت‌ونچر را از شرکت‌های سهامی که در آن بسیاری سهامداران به‌رغم تأمین بخشی از سرمایه شرکت، در مدیریت شرکت، نقش فعالی ایفا نمی‌کنند، متمایز می‌کند. به‌علاوه، این ویژگی باعث تمایز جوینت‌ونچر از قراردادهای فاینانس (تأمین مالی) یا قراردادهای مشابه می‌گردد که در آن بانک یا تأمین‌کننده اعتبار، هرچند که بخشی از سرمایه فعالیت را تأمین می‌نماید، از دخالت فعال در اداره فعالیت خودداری می‌کند.

۴- شراکت در نفع و ضرر: در جوینت‌ونچر طرفین در نفع و ضرر حاصل از فعالیت، شریک خواهند شد. نسبت این شراکت فاقد اهمیت است اما آنچه مهم است، اصل شراکت است. به این ترتیب، در مواردی که یک طرف به درخواست دیگری و در مقابل اجرت قسمتی از فعالیت را انجام می‌دهد، نمی‌توان چنین رابطه‌ای را جوینت‌ونچر نامید. همین امر جوینت‌ونچر را از روابط پیمانکاری فرعی^{۳۰} و دادن کمک‌های فنی و غیره متمایز می‌کند.

۵- قالب حقوقی: همان‌طور که گفته شد، در یک جوینت‌ونچر روابط طرفین بیش از هر چیز بر مبنای قرارداد فیما بین استوار می‌شود اما این بدان معنی نیست که جوینت‌ونچرها در هیچ قالب حقوقی خاصی قرار نمی‌گیرند. برحسب محل تشکیل ممکن است جوینت‌ونچر از قالب‌های حقوقی مختلفی از قبیل شرکت تجاری، مشارکت، کنسرسیوم و... استفاده کند یا صرفاً براساس قرارداد که تحت قوانین محلی به رسمیت شناخته شده است، به فعالیت بپردازد. به هر حال، قالب برگرفته‌شده اعم از اینکه صرفاً یک قرارداد باشد یا شکل دیگری داشته باشد باید از بین نهادهای حقوقی کشور میزبان انتخاب شود.

به‌نظر نگارنده، با توجه به اینکه بر اساس ماده ۲۲۰ ق.ت. هر شرکت ایرانی که فعلاً وجود داشته یا در آتیه تشکیل شود و با اشتغال به امور تجاری خود را به‌صورت یکی از شرکت‌های مذکور در این قانون در نیآورده و مطابق مقررات مربوط به آن شرکت عمل ننماید، شرکت تضامنی محسوب شده و احکام راجع به شرکت‌های تضامنی در مورد آن اجرا می‌گردد؛ در صورتی که جوینت‌ونچر در قالب شرکت تجاری بوده و به‌رغم فعالیت

تجاری به شکل یکی از قالب‌های ماده ۲۰ ق.ت.* در نیاید، مشمول ماده ۲۲۰ ق.ت. خواهد بود. به این ترتیب، جوینت‌ونچر به معنای عام از شمول ماده ۲۲۰ ق.ت. خارج می‌باشد و تنها معنای محدود و مضیق جوینت‌ونچر مشمول ماده ۲۲۰ می‌شود. بنابراین، آن نوع از همکاری تجاری که طی آن طرفین مدیریت فعالیت خاصی را به‌نحو مشترک به‌عهده می‌گیرند و در سود و زیان حاصله شریک می‌شوند، اما به شکل یکی از قالب‌های قانون تجارت در نمی‌آیند، مشمول ماده ۲۲۰ خواهند شد. در همین راستا، همان‌طور که پیش از این گفتیم، بسیاری از انواع قراردادهای انتقال تکنولوژی و اعطای لیسانس و عاملیت‌بخش و غیره از حیطه شمول اصطلاح جوینت‌ونچر خارج می‌شوند.^{۳۱} همچنین، قابل توجه این‌که؛ قید «ایرانی» در ماده ۲۲۰ ق.ت. بسیاری از جوینت‌ونچرهایی را که به علت اقامت در خارج از ایران، ایرانی محسوب نمی‌شوند، از شمول عنوان شرکت عملی خارج است؛ نکته‌ای که انتقاد به آن در ابتدای این فصل تصریح شد.

در جهت تکمیل بحث، قابل ذکر است که پیش‌نویس لایحه قانون تجارت در ماده ۱۰۴ مقرر نموده است؛ اشخاصی که به‌نام گروه اقتصادی با منافع مشترک در شرف ثبت که هنوز دارای شخصیت حقوقی نیست، اقدام می‌نمایند، متضامناً و به‌طور نامحدود مسئول اقدامات خود می‌باشند. به‌نظر می‌رسد با توجه به حکم فوق، جوینت‌ونچرها نیز مشمول حکم بالا شده و اعضای آن مسئولیت نامحدود و تضامنی خواهند یافت.

ب - مضاربه

عقد مضاربه یکی از عقود معین است که در قانون مدنی ایران به پیروی از فقه امامیه در ردیف عقود خاص و بانام، مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفته است. بر اساس ماده ۵۴۶ ق.م. مضاربه، عقدی است که به‌موجب آن احد متعاملین سرمایه می‌دهد با قید این‌که طرف دیگر با آن تجارت کرده و در سود آن شریک باشند. صاحب سرمایه، مالک و عامل،

*. ماده ۲۰ ق.ت.: «شرکت‌های تجاری بر هفت قسم است: ۱ - شرکت سهامی. ۲ - شرکت با مسئولیت محدود. ۳ - شرکت تضامنی. ۴ - شرکت مختلط غیرسهامی. ۵ - شرکت مختلط سهامی. ۶ - شرکت نسبی. ۷ - شرکت تعاونی تولید و مصرف.»

مضارب نامیده می‌شود. در ماده ۳۶ آیین‌نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره)، مصوب سال ۱۳۶۲ هیئت وزیران نیز در تعریف مضاربه آمده است: «مضاربه قراردادی است که به موجب آن یکی از طرفین (مالک) عهده دار تأمین سرمایه (نقدی) می‌گردد با قید این که طرف دیگر (عامل) با آن تجارت کرده و در سود حاصله شریک باشند.» مستنبط از مقررات فوق، ارکان عقد مضاربه عبارت است از:

الف - سرمایه‌ای که مالک در اختیار عامل قرار می‌دهد،

ب - کاری که عامل برای اداره سرمایه و تجارت با آن به عهده می‌گیرد،

ج - سودی که در نتیجه تجارت با سرمایه به دست می‌آید.

عقد مضاربه ویژگی‌هایی دارد. از جمله این که عقدی است جایز که بر اثر آن، شرکتی (مشارکتی) بین مالک سرمایه و عامل ایجاد می‌شود؛ یکی به تجارت می‌پردازد و دیگری در سود آن شریک خواهد بود.

اما سؤال جدی در خصوص مضاربه این است که نظر به اینکه در مضاربه، مشارکتی در خصوص فعالیت تجاری به وجود می‌آید، آیا می‌توان به ماده ۲۲۰ ق.ت. استناد جست و این مشارکت را به عنوان شرکت عملی تلقی کرد؟ به نظر نگارنده، با توجه به عبارت «شرکت» و اطلاق آن در ماده فوق، در خصوص مضاربه نیز (که خود از مصادیق مشارکت‌ها محسوب می‌شود) می‌توان به ماده ۲۲۰ ق.ت. استناد کرد، مشروط بر این که موضوع مضاربه امور تجاری باشد که در واقع نیز همین‌گونه است؛ به عبارت دیگر، قانون مدنی و آیین‌نامه فوق‌الذکر به خوبی بر فعالیت تجاری در مضاربه تصریح دارند؛ حمایت از منافع اشخاص ثالث نیز مؤید این تفسیر می‌باشد. چه با این تفسیر، از منافع اشخاص ثالث نیز بیشتر می‌توان حمایت کرد. اما نقدی که بر این نظر می‌رود این است که از قصد مالک چشم‌پوشی شده است؛ در واقع، هدف مالک این بوده که از عوارض تاجر شناخته‌شدن و نتیجتاً مسئول بودن مصون بماند؛ لیکن در این تفسیر به عنوان شریک ضامن در کنار عامل، مسئولیت تضامنی می‌یابد. اما به نظر می‌رسد رجحان منافع اشخاص ثالث بر قصد مالک، ترجیح دارد.

به هر حال، نقد مهم بر نظر فوق این است که آیا اعمال ماده ۲۲۰ ق.ت. در خصوص مضاربه، گسترش مسئولیت تضامنی نیست؟ و سؤال جدی‌تر آنکه آیا سزاوار است با توجه به ماده ۴۰۳ ق.ت. در نبود نص قانونی و قراردادی، عامل و مالک را دارای مسئولیت تضامنی بدانیم؟ و همچنین، چنانکه برخی محققان گفته‌اند،^{۳۲} آیا با این تفسیر، احکام مندرج در قانون مدنی در خصوص مضاربه را بی‌فایده نکرده‌ایم؟

در جواب این نقد باید گفت که در نظر فوق، تنها گستره ماده ۲۲۰ ق.ت. تفسیر شده است نه آنکه دایره قلمرو آن گسترش داده شده باشد؛ وانگهی، در این نظریه، در رابطه بین طرفین عقد مضاربه با یکدیگر، با توجه به تقدم قانون مدنی بر قانون تجارت و همچنین با عنایت به اصل نسبی بودن اثر قراردادها، احکام مضاربه مندرج در قانون مدنی و در رابطه آن‌ها با اشخاص ثالث، ماده ۲۲۰ ق.ت. حاکم خواهد بود.

ج - مؤسسه غیرتجاری

ماده يك آیین‌نامه اصلاحی ثبت تشکیلات و مؤسسات غیرتجارتی مصوب سال ۱۳۳۷ که بیشتر بر هدف و نوع فعالیت نظر دارد، در زمینه مؤسسات فوق مقرر می‌دارد: «مقصود از تشکیلات و مؤسسات غیرتجارتی مذکور در ماده ۵۸۴ قانون تجارت کلیه تشکیلات و مؤسساتی است که برای مقاصد غیرتجارتی از قبیل امور علمی و ادبی یا امور خیریه و امثال آن تشکیل می‌شود اعم از آنکه مؤسسين و تشکيل دهندگان قصد انتفاع داشته و یا نداشته باشند. تبصره - تشکیلات و مؤسسات مزبور می‌توانند عناوینی از قبیل انجمن، کانون یا بنگاه و امثال آن اختیار نمایند. ولی اتخاذ عناوینی که اختصاص به تشکیلات دولتی و کشوری دارد از طرف مؤسسات مزبور ممکن نخواهد بود.»

آن‌گونه که از بخش دوم ماده مزبور برمی‌آید، قصد انتفاع به‌خودی‌خود موجب تجارتي شناخته شدن موضوع شخصیت حقوقی نیست. ماده ۲ آیین‌نامه یادشده، هدف مؤسسه غیرتجاری را بدین شرح به انتفاعی و غیرانتفاعی تفکیک نموده است:

«تشکیلات و مؤسسات مزبور از لحاظ انطباق با مقررات این آیین‌نامه به دو قسمت می‌شوند:

الف - مؤسساتی که مقصود از تشکیل آن جلب منافع و تقسیم آن بین اعضای خود نباشد.

ب - مؤسساتی که مقصود از تشکیل آن ممکن است جلب منافع مادی و تقسیم منافع مزبور بین

اعضای خود یا غیر باشد مانند کانون‌های فنی، حقوقی و غیره.»

بنابراین، در حقوق ایران، انجام فعالیت غیرتجاری با داشتن قصد انتفاع منافاتی ندارد؛ به هر روی، صرف‌نظر از این تناقض ظاهری، پاسخ به این سؤال به طور جدی لازم است که اگر مؤسسه غیرتجاری اقدام به فعالیت تجاری نماید، به‌عنوان شرکت عملی می‌توان با آن برخورد نمود؟ به‌نظر نویسنده این یادداشت، پاسخ به این سؤال مثبت است؛ در واقع، مشارکتی که بر اثر مؤسسه مورد بحث به وجود می‌آید، تنها در خصوص فعالیت غیرتجاری پیش‌بینی شده است؛ حال اگر مؤسسه‌ای اقدام به فعالیت تجاری نماید، بدون آنکه یکی از قالب‌های شرکت‌های تجاری را انتخاب کرده باشد، به‌عنوان شرکت عملی قابل تطبیق است.

شاید بتوان به مصادیق دیگری نیز اشاره نمود: مؤسسه‌های خیریه‌ای که در قالب مؤسسه غیرانتفاعی ثبت و برای رسیدن به اهداف مقرر در اساسنامه، مبادرت به عملیات تجاری می‌نمایند و این در حالی است که خود را با یکی از قالب‌های احصاشده در ماده ۲۰ ق.ت. تطبیق نداده‌اند. عملاً این مؤسسه‌ها، شرکت‌هایی هستند که قانون‌گذار در ماده ۲۲۰ ق.ت. مورد توجه و تصریح قرار داده است یا مؤسسه‌های قرض‌الحسنه‌ای که با مبادرت به عملیات پولی و بانکی، حتی بعضاً اختلال در شبکه اقتصادی کشور را فراهم می‌آورند بی‌آن‌که به احکام مقرر در مواد ۲۰ و ۲۲۰ ق.ت. توجهی نمایند. این‌جاست که اهمیت دغدغه دستگاه تقنینی در حمایت از منافع اشخاص ثالث و نگرانی از به‌خطر افتادن منافع آحاد جامعه رخ می‌نماید که از همین‌رو، قانون‌گذار، این مؤسسه‌ها را در حکم شرکت تضامنی مورد فرض و حکم قرار داده است.

د - شرکت ثبت‌نشده

پیش از تحلیل امکان اعمال ماده ۲۲۰ ق.ت. در خصوص شرکت‌های به‌ثبت‌نرسیده، در جهت تشریح نظام حقوقی مربوط به ثبت باید گفت که قانون تجارت ۲۵ دلو ۱۳۰۳ و ۱۲ خرداد ۱۳۰۴، اولین قانونی است که از شرکت‌های تجاری (سهامی، ضمانتی، مختلط و تعاونی) سخن به میان آورده است. در زمان تصویب قانون مزبور، تشکیلاتی برای ثبت

شرکت‌ها در کشور ایران وجود نداشت. اما از اشارات مواد ۲ و ۱۲ قانون ثبت شرکت‌ها و نیز ماده ۲۵ «نظامنامه اجرایی قانون ثبت شرکت‌ها» می‌توان دریافت که در قانون تجارت مصوب سال‌های ۱۳۰۳ و ۱۳۰۴ نیز اشاراتی راجع به ثبت شرکت‌ها وجود داشته است. صرف‌نظر از آن، اولین و مهم‌ترین قانونی که در زمینه ثبت اشخاص حقوقی (به عبارت دقیق‌تر ثبت شرکت‌ها) در کشور ما به تصویب رسید، «قانون ثبت شرکت‌ها» است. قانون ثبت شرکت‌ها مصوب دوم خرداد ۱۳۱۰، دارای ۱۲ ماده است که اجرای آن از ۱۵ خرداد ۱۳۱۰ آغاز شده است. وضع قاعده برای تعیین شرکت‌های ایرانی، پیش‌بینی ضمانت اجرای عدم ثبت شرکت‌ها، معرفی مرجع ثبت شرکت‌های خارجی در ایران و تعیین میزان حق‌الثبت^{۳۳} از مسائل مطروحه در این قانون است.

«نظامنامه اجرایی قانون ثبت شرکت‌ها» که در خرداد ۱۳۱۰ توسط وزارت عدلیه تصویب گردید، مهم‌ترین مقررات ثبتی در زمینه نحوه ثبت شرکت‌های خارجی در ایران به‌شمار می‌رود. قانون تجارت فعلی که از اول خرداد ۱۳۱۱، لازم‌الاجرا شده است در فصل دوم از باب سوم تحت عنوان «در مقررات راجع به ثبت شرکت‌ها و نشر شرکت‌نامه‌ها» طی مواد ۲۰۱ - ۱۹۵ به مسائل ثبت شرکت‌های تجارتي پرداخته است. ماده ۱۹۵ این قانون، ثبت کلیه شرکت‌های مذکور در قانون تجارت را الزامی و تابع جمیع مقررات ثبت شرکت‌ها می‌داند.

«نظامنامه قانون تجارت» وزارت عدلیه مصوب ۱۳۱۱ (به همراه اصلاحات بعدی) یکی دیگر از مقررات راجع به ثبت شرکت‌ها است که در اجرای ماده ۱۹۶ ق.ت. تصویب و «دایره ثبت شرکت‌ها» را در تهران تأسیس نموده است. آیین‌نامه شماره ۵۱۵۸۳ وزارت عدلیه مصوب اسفند ۱۳۲۷ راجع به تأسیس اداره کل ثبت شرکت‌ها و علایم تجارتي و اختراعات و نیز شرح وظایف و تشکیلات سازمانی آن بوده که با تصویب «طرح اصلاحی آیین‌نامه ثبت شرکت‌ها» به تاریخ شهریور ۱۳۴۰ نسخ گردید. به موجب مقررات اخیرالذکر، نام «اداره کل ثبت شرکت‌ها و علایم تجارتي و اختراعات» به «اداره کل ثبت شرکت‌ها و

مالکیت صنعتی» تغییر یافت. آیین‌نامه اصلاحی ثبت تشکیلات و مؤسسات غیرتجارتی مصوب ۱۳۷۷ با اصلاحات بعدی آن نیز از دیگر مقررات مربوط به ثبت اشخاص حقوقی است که در زمینه ثبت مؤسسات غیرتجارتی، مقررات مادر محسوب می‌شود. لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ که با نسخ مواد ۲۱ تا ۹۴ قانون تجارت ۱۳۱۱ در زمینه شرکت‌های سهامی، مقررات تازه‌ای را وضع کرده است، بی‌گمان یکی از مهم‌ترین قوانین میهن ما در زمینه ثبت شرکت‌ها است؛ زیرا تشریفات ثبتی دقیق و بعضاً پیچیده‌ای را برای ایجاد، فعالیت و خاتمه شرکت‌های سهامی مقرر کرده است.^{۳۴}

به هر روی، در مقام بررسی اعمال ماده ۲۲۰ ق.ت. در خصوص شرکت‌های ثبت‌نشده، باید به این سؤال پاسخ داد که نقش ثبت در شرکت چیست؟ در پاسخ به این سؤال دو ماهیت می‌توان برای شرکت در نظر گرفت: در نظر اول، می‌توان ثبت را جزو شرایط تشکیل‌دهنده شرکت محسوب کرد.^{۳۵ و ۳۶} اما این نظر مقبول نظر حقوق‌دانان ایران واقع نشده است؛ چه گروه بسیاری معتقدند که شرکت‌های تجاری به‌محض تشکیل، دارای شخصیت حقوقی می‌شوند. ثبت شرکت تنها از نظر کنترل و نظارت دولت در رعایت مقررات توسط این اشخاص حائز اهمیت است و نقشی در تحقق شرکت ندارد. بنابراین برای تشکیل شرکت‌های تجاری، حصول توافق و تراضی بین تشکیل‌دهندگان و رعایت و اجرای مقررات عمومی کافی است. ثبت شرکت، فقط نوعی رسیدگی است که متصدیان امر انجام می‌دهند تا معلوم شود، آیا برای به وجود آوردن این شخص حقوقی دقت‌های لازم انجام شده و مقررات رعایت گردیده است یا خیر؟ این گروه معتقدند که ثبت شرکت‌های تجاری همانند اخذ شناسنامه برای نوزاد جنبه احراز هویت دارد.^{۳۷}

لذا می‌توان نتیجه گرفت که اشخاص حقوقی به‌محض تشکیل واجد شخصیت حقوقی می‌گردند لیکن وجود آن‌ها وقتی کامل می‌گردد که بر طبق قانون به ثبت برسد. زیرا با ثبت است که یک شرکت تجاری به‌عنوان یک شخص حقوقی واجد حقوق و تکالیف کامل شناخته و معرفی می‌گردد و این امر موجب می‌شود که اشخاص ثالث و معامله‌کنندگان با شرکت تجاری از وضع آن مطلع گردیده و با اطمینان خاطر روابط مالی و اقتصادی با آن

برقرار کنند.^{۳۸}

اما جدا از انتقادهای فوق، تردید در نظر بالا در راستای ماده ۲۲۰ ق.ت. نیز منطقی است؛ چه اگر ثبت در تشکیل شرکت نقش داشته باشد، با توجه به اینکه ماده ۲۲۰ ق.ت. تنها در خصوص شرکت‌های تشکیل یافته، اعمال می‌گردد،^{۳۹} لذا ماده ۲۲۰ ق.ت. نیز فقط در خصوص شرکت‌های ثبت شده اعمال می‌شود؛ نکته‌ای که هیچ منطقی آن را نمی‌پذیرد؛ نتیجتاً باید پذیرفت که ثبت نه در مرحله تشکیل که در مرحله تطبیق نقش دارد. در واقع، با ثبت است که می‌توان گفت قالبی برای شرکت انتخاب شده است یا خیر؟ بنابراین تحقق تطبیق با ثبت امکان‌پذیر است. این عقیده از ماده ۲۸۴ لایحه اصلاحی قانون تجارت^{۴۰} نیز قابل استنباط است. بنابراین به نظر می‌رسد؛ در صورتی که شرکت به ثبت نرسیده باشد، در واقع قالبی را به‌عنوان شکل تجاری خود انتخاب نکرده و نتیجتاً مشمول ماده ۲۲۰ ق.ت. خواهد بود. بر این اساس، از آنجا که تحقق تطبیق با ثبت امکان‌پذیر است و با عنایت به اینکه شرکت‌های ثبت نشده، به‌واسطه عدم ثبت، خود را با یکی از قالب‌های شرکت تجاری تطبیق نداده‌اند، مشمول ماده ۲۲۰ ق.ت. خواهند بود.

مبحث دوم - اشتغال به امور تجاری

حقیقت آن است که شرط اشتغال به امور تجاری، از دو رکن تشکیل شده است: اشتغال و امور تجاری؛ در این بند به تحلیل جداگانه این دو وصف خواهیم پرداخت.

بند اول - معنای امر تجاری

ماده ۲۲۰ ق.ت. از اشتغال دربارهٔ امور تجاری سخن می‌راند. مقصود از «امور تجاری» چیست؟ به نظر می‌رسد منظور قانون‌گذار از این امور، اشاره به ماده ۲ ق.ت. است. در همین راستا، متن ماده ۲ عیناً نقل می‌گردد:

«معاملات تجاری از قوار ذیل است:

۱ - خرید یا تحصیل هر نوع مال منقول به قصد فروش یا اجاره اعم از این که تصرفاتی در آن شده یا

نشده باشد.

- ۲ - تصدی به حمل و نقل از راه خشکی یا آب یا هوا به هر نحوی که باشد.
- ۳ - هر قسم عملیات دلالی یا حق‌العمل‌کاری (کمیسیون) و یا عاملی و همچنین تصدی به هر نوع تأسیساتی که برای انجام بعضی امور ایجاد می‌شود از قبیل تسهیل معاملات ملکی یا پیدا کردن خدمه یا تهیه و رساندن ملزومات و غیره.
- ۴ - تأسیس و به‌کار انداختن هر قسم کارخانه مشروط بر این که برای رفع حوائج شخصی نباشد؛
- ۵ - تصدی به عملیات حراجی؛
- ۶ - تصدی به هر قسم نمایشگاه‌های عمومی؛
- ۷ - هر قسم عملیات صرافیه و بانکی؛
- ۸ - معاملات برواتی اعم از این که بین تاجر یا غیرتاجر باشد؛
- ۹ - عملیات بیمه بحری و غیربحری؛
- ۱۰ - کشتی‌سازی و خرید و فروش کشتی و کشتیرانی داخلی یا خارجی و معاملات راجع به آنها.

یکی از نکات مرتبط با این ماده این است که آیا اعمال مذکور در ماده فوق جنبه تمثیلی دارد یا حصری؟ مقصود از حصری یا تمثیلی بودن اعمال تجاری این است که آیا اعمال مذکور که در ماده ۲ ق.ت. آمده، تحدیدی و تضییقی است و اعمال تجاری همان‌هایی است که بر شمرده شده‌اند یا اعمال یادشده بر سیل دلالت است نه حصر. بدین بیان که اعمال تجاری دیگری هم وجود دارد که قانون‌گذار از ذکر نام آنها غافل مانده است و باید در مقام جبران این غفلت و افزایش لیست داده‌شده برآمد [یا این که چون از باب تمثیل آورده شده دیگر نیازی به ذکر دقیق همه عنوان‌های شغلی تجاری نبوده است].

ثمره عملی این بحث مشخص است؛ چه اگر به حصری بودن این اعمال باور داشته باشیم، دامنه این اعمال قابل گسترش نیست. در حالی که بنابر نظریه تمثیلی بودن، چنانچه در نتیجه تحولات و تغییرات اقتصادی و اجتماعی و با گذشت زمان اعمال تجاری دیگری پا به عرصه ظهور گذارند، دادگاه‌ها می‌توانند این اعمال را بر مجموعه مذکور بیفزایند و آنها را مشمول قانون تجارت گردانند.

در پاسخ به سؤال بالا، حقوق‌دانان به دو دسته تقسیم می‌شوند: برخی مدعی حصری بودن اعمال تجاری احصاشده از سوی قانون‌گذار گردیده‌اند و پاره‌ای دیگر به تمثیلی بودن

آن قائل‌اند.

به عقیده طرفداران حصر، حقوق تجارت نسبت به حقوق مدنی که حقوقی عام است جنبه استثنا دارد؛ بنابراین توسعه احکام استثنایی، جایز نیست و بر تعداد اعمال تجاری برشمرده شده در قانون نمی‌توان تعداد دیگری افزود.

اما طرفداران تمثیلی بودن ماده ۲ پایه استدلال خود را بر مبنای مصلحت اندیشی استوار نموده و می‌گویند؛ در دنیای متحول و متحرک امروز که هر روز تحولات و تغییرات اقتصادی و اجتماعی پا به عرصه ظهور می‌گذارند و هر روز پدیده‌های جدید اقتصادی و تجاری، پیش‌بینی‌های دیروز قانون‌گذار را معیوب و ناقص نشان می‌دهد، صورت اعمال تجاری که قانون‌گذار به‌دست داده است، نمی‌تواند کامل باشد و بر سبیل دلالت آمده است. تجارت، صور و اشکال گوناگون به خود می‌گیرد و در توان قانون‌گذار نیست تا همه صورت‌های آن را پیش‌بینی کند.^{۴۱} اعمال تجاری بسیار مهمی هستند که روز به روز بیشتر رونق پیدا می‌کنند، در حالی که کوچک‌ترین اثری از آن‌ها در قانون تجارت نیست. به عقیده این گروه، اکتفا به شرح و تفسیر آنچه که به هنگام وضع قانون پیش‌بینی شده است و عدم خروج از این محدوده مضیق که اگر مناسب زمان خود بوده است با تحولات کنونی مناسبتی ندارد، منجر به جمود حقوق تجارت خواهد گردید و میان تحولات کنونی و حقوق تجارت فاصله ایجاد می‌کند. این عقیده به ویژه آن زمان تقویت خواهد شد که به یاد داشته باشیم قانون تجارت در سال ۱۳۰۴ تصویب گردیده و با تحولات روی داده در عرصه تجارت، فاصله زیادی دارد. به این نحو که برخی از فعالیت‌هایی که امروزه در تجاری بودن آن‌ها تردیدی نیست؛ از مصادیق ماده ۲ ق.ت. به حساب نیامده‌اند. بدین ترتیب، این گروه درصد برآمدند تا از استقرا در اعمال تجاری احصاشده از سوی قانون‌گذار وجه مشترک میان آنان را بیابند تا در صورت وجود این وجه در سایر اعمال مستحدثه، حکم عمل تجاری را در مورد آن عمل، جاری سازند.*

* توضیح ماهنامه «کانون»: [صد البته این موضوع روشن است که نظریه تمثیلی بودن اعمال تجاری مندرج در ماده ۲ ق.ت. صحیح و به قصد قانون‌گذار نزدیک‌تر است؛ چه این که واژه «از قبیل»، به مانند، به‌عنوان مثال و مانند آن تعبیر می‌شود و همین معنا، مؤید نظریه تمثیلی مورد بحث است که قانون‌گذار

اگر عقیده این دسته را بپذیریم؛ این سؤال مطرح می‌شود که چگونه باید تشخیص داد که مصادیق جدید فعالیت‌های تجاری در شمول ماده ۲ ق.ت. قرار می‌گیرند. برای پاسخ به این سؤال، ضوابطی مطرح گردیده است که در ذیل به آن‌ها می‌پردازیم: برخی حقوق‌دانان معتقدند که وجه مشترک میان همه اعمال تجاری این است که همگی موجب گردش محصولات هستند. به اعتقاد اینان، محصولات گوناگونی میان تولیدکنندگان و مصرف‌کنندگان در گردش هستند. هر عملی که بتواند در دایره این گردش قرار گیرد، عملی است تجاری. در انتقاد از این ضابطه گفته‌اند؛ تردیدی نیست که بسیاری از اعمال احصاشده در قانون از اعمالی هستند که موجب گردش محصولات اند (از زمانی که از ید تولیدکننده خارج می‌شوند تا به دست مصرف‌کننده می‌رسند، در گردش می‌باشند) اما در مقابل، اعمالی را در قانون می‌توان دید که گرچه به عنوان اعمال تجاری از آنان یاد شده است اما به هیچ‌روی نمی‌توان برای آن نقشی در گردش محصولات تصور نمود. برای مثال، حقوق‌دانان ایرانی از بند ۳ ماده ۲ ق.ت. یاد می‌کنند. در این بند می‌خوانیم:

« هر قسم عملیات دلالی یا حق‌العمل‌کاری (کمیسین) و یا عاملی و همچنین تصدی به هر نوع تأسیساتی که برای انجام بعضی امور ایجاد می‌شود از قبیل تسهیل معاملات ملکی یا پیدا کردن خدمه یا تهیه و رساندن ملزومات و غیره».

با توجه به ماده مذکور می‌گویند چه‌بسا پیدا کردن خدمه ارتباطی با گردش محصولات ندارد، حال آن‌که در زمره اعمال تجاری آمده است.^{۴۲}

دسته دیگری از حقوق‌دانان که به نقص معیار گردش محصولات برای تمییز اعمال تجاری پی بردند، قصد انتفاع را معیار عمل قرار داده‌اند. مهم‌ترین عیب این معیار علاوه بر اشکال دشواری اثبات، این است که از یک‌سو بسیار گسترده و از سوی دیگر محدود و مضیق است. به بیان دیگر، این ضابطه جامع افراد و مانع اغیار نیست. گستردگی معیار مذکور به اندازه‌ای است که شاید بتوان گفت تمام فعالیت‌های اقتصادی بشر را شامل

در مفاد بند ۳ همین ماده آورده است و بر همین استدلال است واژگان «اعم از»، «هر قسم»، «به هر نحو» و غیر آن.

می‌شود که [شاید] نتیجه آن وحدت حقوق خصوصی (حقوق مدنی و تجارت) است. با این معیار، هر فعالیت اقتصادی به دلیل این که به‌طور طبیعی به‌منظور کسب سود انجام می‌گیرد مشمول احکام قانون تجارت می‌گردد. در حالی که واضح است مقصود قانون‌گذار این نتیجه نبوده است؛ چه این دو شعبه از حقوق از هم تفکیک گردیده است.^{۴۳} قابل ذکر است که هرچند تردیدی نیست در این که در بسیاری از عملیات‌های تجاری، هدف انتفاعی وجود دارد. به‌عنوان مثال، این هدف در عمل تجارتي خرید به قصد فروش آشکارا دیده می‌شود اما اگر ضابطه مورد نظر قانون‌گذار انتفاع می‌بود نباید عملیات مربوط به تولیدات کشاورزی یا معاملات اموال غیرمنقول که تردیدی در هدف انتفاع آن‌ها نیست از زمره اعمال تجاری خارج می‌گردیدند.

از سوی دیگر، برخی از اعمال با این که در قانون عمل تجاری محسوب می‌شود اما ممکن است غرض انتفاعی در آن وجود نداشته باشد چنانکه صرف صدور برات، عملی تجاری محسوب می‌شود هر چند غرض از صدور برات برای کسب سود نباشد.

نگارنده در توان خود نمی‌بیند که یک فرمول کلی در این زمینه ارائه کند. تنها می‌توان هم‌صدا و هم‌عقیده با کسانی که معتقد به ناکافی بودن این اعمال و گسترش آن به اعمال تجاری نوظهور هستند، اضافه نمود که نباید خود را به آنچه که قانون‌گذار در زمان تصویب قانون می‌اندیشیده و زمان طولانی از آن می‌گذرد، محدود نمود. قانون‌گذار ۱۸۰۷ در فرانسه و به تبع، قانون‌گذار ۱۳۱۱ ایران برای آنچه که در زمان خود مصلحت می‌دیده، به‌قصد برطرف شدن نیازها، قاعده وضع نموده است. شاید در نظر قانون‌گذار آن روز، تنها آن مشاغل نیاز به نظامات خاص حقوق تجارت داشتند و به هر دلیلی سایر مشاغلی که از آنان یاد نشده است و یا صریحاً از زمره اعمال تجاری خارج گردیده‌اند بدین نظامات و قواعد نیاز نداشتند اما آن قواعد برای حل مسائل و نیازهای امروز ناکافی است. باید چاره‌ای اندیشید و اعمال دیگر را در قلمرو حقوق تجارت قرار داد. کوشش‌ها در یافتن ضابطه در همین جهت به کار گرفته شده است؛ اما چاره در تجدیدنظر قانون‌گذار است.^{۴۴}

به هر روی، آنچه مسلم و به عنوان قدر متیقن قابل ذکر می‌باشد، این است که انجام عملیات مذکور در ماده ۲ ق.ت. سبب اعمال ماده ۲۲۰ ق.ت. خواهد شد.

بند دوم - اشتغال

در درک درست این شرط، نکات زیر می‌تواند یاری‌رسان باشد:

۱. برای شمول در قلمرو ماده ۲۲۰ ق.ت. کافی نیست که به‌طور اتفاقی مبادرت به انجام عملیات تجاری نموده باشد بلکه عمل تجاری باید شغل شخص به حساب آید. نه تنها انجام عمل به‌صورت اتفاقی به شخص صفت تاجر اعطا نمی‌کند که تکرار صدور اعمال تجاری نیز به خودی خود، کافی نیست. زیرا ممکن است شخصی بارها محصول کشاورز دیگری را به‌منظور فروش خریده باشد اما تاجر به حساب نیاید. چرا که این عمل را به‌عنوان شغل خود انجام نداده است.

۲. همچنین شرط نیست که شغل شخص، منحصر به تجارت باشد و غیر از تجارت، شغل دیگری نداشته باشد. پس می‌توان در آن واحد هم تاجر بود و هم زارع.

۳. ضرورتی ندارد تجارت شغل اصلی باشد. یک پزشک در حین اشتغال به طبابت می‌تواند به امور تجارت نیز اشتغال داشته باشد. حتی اگر شغل تجارت در مرتبه دوم اهمیت نیز قرار داشته باشد، همچنان می‌توان او را تاجر محسوب نمود.

۴. شرط تاجر محسوب شدن، داشتن مکان خاص یا نام خاص نیست بلکه صرف حرفه قرار دادن اعمال تجاری، به این منظور، کافی است.

۵. ممنوع بودن شخص از اشتغال به تجارت مانع از تاجر شناخته شدن وی نیست. بنابراین اگر قانون مثلاً مستخدمین دولتی را از اشتغال به تجارت منع کرده باشد^{۴۵} با وجود این ممنوعیت، اگر این گروه شغل تجارت را حرفه خود قرار دهد، تابع حقوق تجارت خواهند بود و تنها ممکن است از نظر مجازات‌های انتظامی تحت تعقیب قرار گیرند.

۶. اتصاف به وصف تاجر مستلزم داشتن سرمایه زیاد و فعالیت‌های تجاری در حد وسیع نیست. بنابراین کسانی که حجم معاملات آن‌ها اندک است نیز مشمول قانون تجارت

می‌گردند. قانون‌گذار از این گروه تحت عنوان کسبه جزء یاد می‌کند. (ماده ۶ ق.ت.)^{۴۶}

۷. شخص باید معاملات تجارتي را به حساب خود انجام دهد تا تاجر محسوب شود. کسانی که به حساب دیگری، معاملات تجارتي می‌نمایند مانند کارمندان تجارتخانه و مدیران شرکت‌های تجارتي، تاجر محسوب نمی‌شوند مگر این که در کنار انجام وظیفه خود، به استقلال و به حساب خود به اعمال تجارتي مبادرت ورزند. تردیدی نیست معاملات می‌دهندگان و مدیران شرکت‌ها طبق بند ۳ ماده ۲ ق.ت. برای امور تجارتي شرکت انجام می‌دهند، تجارتي محسوب می‌شود ولی خود آن‌ها حقوق‌بگیر و مستخدم بوده و تنها کارفرمای آن‌ها (شرکت) تاجر محسوب می‌شود. گفته شد کسانی که به حساب دیگری معاملات تجارتي می‌نمایند تاجر به حساب نمی‌آیند. این گفته نباید باعث این توهم شود که دلالان و حق‌العمل‌کاران و سایر کسانی که واسطه تسهیل معاملات می‌شوند تاجر به حساب نیایند. زیرا طبق بند ۳ ماده ۲ ق.ت. این‌گونه اعمال، خود تجارتي بوده و اشتغال بدان شخص را در زمره تاجر قرار می‌دهد.^{۴۷}

مبحث سوم - تشکیل و عدم تطبیق شرکت

براساس نص ماده ۲۲۰ ق.ت.، تشکیل شرکت نیز از دیگر شرایط اعمال این ماده محسوب می‌شود. حال، این سؤال مطرح می‌شود که شرکت چه زمانی «تشکیل شده» به حساب می‌آید. بر همین اساس، شناسایی احکام قانونی مربوط به تشکیل شرکت حائز اهمیت است. جدا از این نکته، عدم تطبیق شرکت با یکی از قالب‌های مرسوم نیز از دیگر شرایط اعمال ماده است. در این مبحث به این دو نکته، خواهیم پرداخت.

بند اول - تشکیل شرکت

با توجه به صراحت ماده ۲۲۰ در لزوم تشکیل شرکت، این سؤال مطرح می‌شود که شرکت از چه زمانی تشکیل شده محسوب می‌شود؟ آیا ثبت، شرط تشکیل شرکت است به گونه‌ای که [پس از ثبت یعنی] با ثبت، شرکت تشکیل می‌شود؟ و آیا منظور از تشکیل شرکت، معنای حقوقی این واژه است یا معنای عرفی آن؟ در دو بند پیش رو به سؤال‌ها پاسخ خواهیم داد.

الف - آیا ثبت، شرط تشکیل است یا خیر؟

این سؤال به طور جدی مطرح است که آیا شرکت‌های تجاری به محض ایجاد، دارای شخصیت حقوقی می‌شوند یا این که از تاریخ ثبت در دفاتر ثبت شرکت‌ها واجد این امتیاز خواهند شد؟ به هر روی، در نظام حقوقی ما، تشتت در آرا واضح است؛ برخی بر این اعتقادند که آغاز شخصیت حقوقی از زمان ثبت است؛ دسته‌ای دیگر، بر این باورند که ایجاد شخصیت حقوقی بدون نیاز به ثبت قابل تحقق است. در این قسمت به نقل و نقد آرا و ادله هر دو دسته خواهیم پرداخت.

۱ - الف - بررسی قواعد عمومی شرکت‌ها؛**۱ - الف - آغاز شخصیت حقوقی از زمان ثبت است.**

گروهی معتقدند شرکت‌های بازرگانی از زمانی واجد شخصیت حقوقی می‌گردند که در دفتر ثبت شرکت‌ها به ثبت برسند. دلایلی که این دسته برای اثبات صحت نظر خویش اقامه نموده‌اند؛ از دیدگاه‌ها و زوایای مختلف ارائه شده است؛ برخی از ادله به مصلحت ثبت اشاره کرده‌اند؛ برخی دیگر، لزوم ثبت را با سایر مقررات نظام حقوقی سازگار دیده‌اند، و دسته دیگر از ادله به نصوص قانون تجارت اشاره دارند.^{۴۸}

دسته اول - ادله ناظر به مصلحت لزوم ثبت

اشخاص ثالث طرف معامله با شرکت‌های تجاری حق دارند که طرف معامله خود را بشناسند و اطلاع از میزان سرمایه، موضوع فعالیت، اقامتگاه قانونی، مشخصات مدیران و سایر خصوصیت‌های شرکت در جلب یا انصراف اشخاص ثالث نقش مهمی ایفا می‌نماید و منوط کردن تشکیل شرکت به ثبت آن، این امکان را برای اشخاص ثالث فراهم می‌سازد که با مراجعه به پرونده ثبتی شرکت اطلاعات مورد نظر را کسب کنند.

ثبت شرکت امکان کنترل دولت بر نحوه تشکیل و فعالیت شرکت‌ها را فراهم می‌سازد. تجربه مراجع ثبت شرکت‌ها نشان می‌دهد که فعالان عرصه اقتصاد به دلیل بیگانه بودن با فرهنگ استفاده از مشاور حقوقی، قادر به مراعات مقررات قانونی در تشکیل شرکت نیستند که این امر ممکن است عواقب جبران‌ناپذیری به خصوص برای عامه مردم داشته باشد.

نتیجه عملی منوط ساختن تشکیل شرکت به ثبت، آن خواهد بود که به واسطه حضور کارشناسان متخصص اداره ثبت، تشکیل شرکت به طور قانونی و دقیق صورت پذیرد.

دسته دوم - هماهنگی با نظام حقوقی

منوط ساختن تشکیل شرکت به ثبت، به منزله فراهم ساختن دلیل محکمه‌پسند برای اثبات وجود شرکت است که اشخاص را از دشواری بسیار بزرگ اثبات یک تأسیس شفاهی در مراجع قضایی می‌رهاند. ثبت شرکت هم‌چنین مانع از اقامه دعاوی واهی بسیاری در خصوص شرکت‌ها خواهد شد.

در قانون تجارت پذیرفته شده است که تمام یا قسمتی از سرمایه شرکت، به صورت آورده غیرنقدی باشد که مصداق بارز آن، ملک است. از یک سو، در اغلب موارد، شرکت زمانی تشکیل می‌شود که تمام سرمایه غیرنقدی آن تقویم و تسلیم شده باشد. یعنی مال غیرمنقول به تملک شرکت در آمده باشد. از سوی دیگر، طبق ماده ۲۲ ق.ث. دولت کسی را مالک می‌شناسد که ملک به نام او در دفتر املاک به ثبت رسیده باشد. اگر بخواهیم ماده ۲۲ ق.ث. را رعایت کنیم باید ملک را به نام شرکت در دفتر املاک ثبت نماییم و این فرع بر تشکیل شرکت است. حال آن که شرکت تا قبل از این که ملک به نامش منتقل شده، قانوناً هنوز تشکیل نشده است که البته این دور، تسلسل خواهد بود. در عمل نیز دفاتر اسناد رسمی و ادارات ثبت اساساً ملک را به نام شرکت فاقد شماره ثبت، انتقال نمی‌دهند. درعین حال به وسیله ثبت است که امکان دریافت مالیات محقق خواهد شد. به استناد ماده ۱۸۴ قانون مالیات‌های مستقیم لازم است ادارات ثبت شرکت‌ها ماهانه لیست شرکت‌های ثبت شده را برای اداره دارایی ارسال نمایند.

دسته سوم - نصوص قانون تجارت

مطابق ماده ۱۹ لایحه اصلاح قانون تجارت در صورتی که شرکت تا ۶ ماه از تاریخ تسلیم اظهارنامه مذکور در ماده ۶ این قانون به ثبت نرسیده باشد، به درخواست هر یک از مؤسسین یا پذیره‌نویسان، مرجع ثبت شرکت‌ها که اظهارنامه به آن تسلیم شده است، گواهینامه‌ای حاکی از عدم ثبت شرکت صادر و به بانکی که تعهد سهام و تأدیه وجوه در

آن به عمل آمده است، ارسال می‌دارد تا مؤسسين و پذیره‌نویسان به بانک مراجعه و تعهدنامه و وجوه پرداختی خود را مسترد دارند.

قانون تجارت در بسیاری از مواد مانند مواد ۲۰ و ۳۲ لایحه اصلاحی قانون تجارت واژه تأسیس را مترادف ثبت دانسته است و این مؤید آن است که با ثبت، شرکت، تشکیل شده، محسوب می‌گردد.^{۴۹} همچنین طبق ماده ۱۹ لایحه اصلاحی قانون تجارت در صورتی که شرکت تا ۶ ماه از تاریخ تسلیم مدارک مذکور در ماده ۶ این قانون به ثبت نرسد، مؤسسين و پذیره‌نویسان می‌توانند پس از طی تشریفات و مراجعه به بانک، وجوه پرداختی خود را دریافت دارند و این بدان معنا است که چیزی به‌عنوان شخص حقوقی ایجاد نشده است.

هرچند می‌توان به استناد ماده ۱۹۵ ق.ت. که مقرر می‌دارد: «ثبت کلیه شرکت‌های مذکور در این قانون الزامی و تابع جمیع مقررات قانون ثبت شرکت‌ها است» نتیجه گرفت که در صورت انجام ندادن این دستور، شرکت باطل خواهد بود. اما این نظریه نمی‌تواند مورد پذیرش واقع گردد؛ چرا که ماده مذکور ضمانت اجرایی برای عدم ثبت شرکت مقرر نکرده و از آنجا که بطلان قراردادهای امری استثنایی و خلاف اصل است، نیازمند نص بوده و نمی‌توان گفت که نتیجه عدم ثبت شرکت در مرجع ثبت شرکت‌ها، بطلان شرکت است. قانون ثبت شرکت‌ها نیز هیچ اشاره‌ای به این مطلب ندارد که اگر شرکت ثبت نشود، باطل تلقی خواهد شد. قانون‌گذار در ماده ۲ ق.ت.ش. دو ضمانت اجرا تعیین کرده؛ یکی پرداخت جریمه توسط مدیران شرکت ثبت‌نشده و دیگری انحلال شرکت به حکم دادگاه در صورت درخواست دادستان. در نتیجه؛ اولاً- اگر دادستان تقاضای انحلال نکند، شرکت ثبت نشده، موجود تلقی می‌شود مشروط بر این که مطابق مقررات قانون تجارت تشکیل شده باشد. ثانیاً- در صورتی که دادستان تقاضای انحلال کند شرکت، از تاریخ صدور حکم، منحل تلقی خواهد شد نه از ابتدای تشکیل. البته نفع اشخاص ثالث در این است که شرکت به ثبت برسد تا این اشخاص بتوانند با مراجعه به اداره ثبت شرکت‌ها از میزان مسئولیت شرکا، نوع شرکت و اقامتگاه آن آگاه شوند اما عدم ثبت شرکت مانع تشکیل شرکت نمی‌شود.

به هر روی، بر اساس این عقیده، پیشنهاد می‌شود که با توجه به تشتت در مقررات

مربوط به تاریخ تأسیس و در نتیجه ایجاد شخصیت حقوقی شرکت‌های مختلف و مشکلات ناشی از آن، قانون‌گذار ما، همچون کشورهای اروپایی و انگلوساکسون، برای آغاز شخصیت حقوقی شرکت‌ها، تاریخ دقیقی همانند تاریخ ثبت شرکت‌ها معین ننماید. تعیین تاریخ ثبت به‌عنوان مبدأ شخصیت حقوقی، با توجه به آثار مثبت فراوانی که ثبت شرکت‌ها برای اجتماع در بر دارد و نیز برای گریز از مشکلات مربوط به مقررات ناهمگون در زمینه آغاز شخصیت حقوقی شرکت‌های تجاری مناسب‌تر است.

۲- ۱- الف- ایجاد شخصیت حقوقی بدون نیاز به ثبت قابل تحقق است.

براساس این عقیده، شرکت‌ها پیش از ثبت دارای شخصیت حقوقی می‌گردند. غالب نویسندگان قانون تجارت ایران نیز معتقدند شرکت‌ها به‌محض تشکیل واجد شخصیت حقوقی هستند و معتقدند ثبت شرکت تنها به‌منظور رسیدگی و نظارتی است که متصدیان امر در ابتدای تأسیس شرکت انجام می‌دهند. شرکت پس از ثبت به‌عنوان یک شخصیت حقوقی کامل واجد حقوق و تکالیف قانونی شناخته و معرفی می‌گردد و این امر موجب می‌شود که اشخاص ثالث و معامله‌کنندگان با شرکت از وضع آن مطلع گردیده و با اطمینان خاطر روابط مالی و اقتصادی برقرار کنند. لذا برخی استادان گفته‌اند همان‌طوری که طفل در موقع تولد احتیاج به اعلام و اخذ شناسنامه دارد، شرکت تجاری که دارای شخصیت مستقل از شرکا می‌باشد، [موجودیتش] در موقع تأسیس باید به اداره ثبت اعلام گردد تا در دفاتر ثبت شرکت‌ها ثبت شود و تأسیس شرکت به اطلاع عموم برسد. همان‌طوری که شناسنامه طفل را به دنیا نمی‌آورد، ثبت شرکت نیز طبق قانون تجارت ایران مولد شخصیت حقوقی نیست بلکه عمل ثبت شرکت، تأیید وجود شرکت است که قبل از ثبت تأسیس شده و شخصیت حقوقی پیدا کرده است.^{۵۰} این برداشت مبتنی بر ماده ۳۸۵ ق.ت. نیز می‌باشد؛ چه براساس این ماده کلیه شرکت‌های تجاری مذکور در این قانون دارای شخصیت حقوقی هستند در صورتی که در ماده بعد شخصیت حقوقی تشکیلات و مؤسسات غیرتجارتی موکول به ثبت می‌شود. بنابراین ثبت شرکت، تأیید وجود شرکت است منتها اگر در ثبت شرکت تعلل شود مؤسسان و مدیران شرکت مدارک لازم را برای معرفی شرکت در دست

ندارند و نمی‌توانند وجود شرکت را رسماً اثبات کنند. از جمله دلایل این نظر عبارتند از:

۱ - مطابق ماده ۷۱ لایحه اصلاحی قانون تجارت، تاریخ تشکیل شرکت زمانی است که مجمع عمومی مؤسس تشکیل و به وظایف قانونی خود عمل نماید، نه آن تاریخی که شرکت به ثبت می‌رسد.

۲ - اطلاق ماده ۳۸۵ ق.ت. و قید تشکیل مؤسسات غیرتجارتی و دارا شدن شخصیت حقوقی از تاریخ ثبت در دفتر ثبت در ماده ۴۸۵ ق.ت.، مؤید این مطلب است. لذا اگر قانون‌گذار در مورد شرکت‌های تجاری نیز چنین قصدی داشت بایستی صراحتاً بیان می‌کرد و اطلاق ماده ۳۸۵ ق.ت. گویای این مطلب است که شرکت تجاری از ابتدا دارای شخصیت حقوقی خواهد بود.

۳ - قاعده الزامی بودن ثبت شرکت‌ها که در ماده ۵۹۱ ق.ت. پیش‌بینی شده است، برای نظارت دولت و حفظ و تنظیم روابط مدنی و اجتماعی و صیانت منافع عمومی است و ثبت شرکت‌ها به‌منزله اعلام مشروعیت و قانونی بودن وجود این اشخاص است.

۴ - اگر ایجاد شخصیت حقوقی وابسته به ثبت باشد با نظریه فرضی بودن شخص حقوقی منطبق است؛ در حالی که در ایران نظریه واقعی بودن شخصیت حقوقی متناسب‌تر است.

۵ - عدم ثبت شرکت با ضمانت اجرای محکومیت جزای نقدی مواجه است. این مطلب از مفاد ماده ۵ ق.ت.ش. برداشت می‌شود که آن هم به خاطر حفظ منافع اشخاص ثالث است که طرف معامله شرکت قرار می‌گیرند. در مجموع باید گفت شرکت تجاری به‌محض عمل به وظایف مندرج در ماده ۸۱ لایحه اصلاحی قانون تجارت توسط مجمع عمومی مؤسس، تشکیل شده و با ایجاد شخصیت حقوقی دارایی سهامداران از آورده‌های آنان به شرکت منفک و مجزا می‌شود و شرکت دارای حقوق و تکالیف می‌گردد و از تابعیت و اقامتگاه مخصوص خود برخوردار می‌شود.

۶ - ماده ۱۵۰ ق.ت. مقرر می‌دارد: «در مورد تعهداتی که شرکت مختلط غیرسهامی ممکن است قبل از ثبت شرکت کرده باشد، شریک بامسئولیت محدود در مقابل اشخاص ثالث در حکم شریک

ضامن خواهد بود مگر ثابت نماید که اشخاص مزبور از محدود بودن مسئولیت او اطلاع داشته‌اند»^{۵۱}

مقررات همگی مؤید آن است که شرکت‌های تجاری قبل از ثبت واجد شخصیت حقوقی هستند. علاوه بر آن مفهوم ماده ۱۷ لایحه اصلاحی قانون تجارت دلالت دارد بر این که شرکت‌های سهامی (عام و خاص) به محض تشکیل - پیش از ثبت در اداره ثبت شرکت‌ها - در صورت رعایت کلیه مقررات و تشریفات مربوط، واجد شخصیت حقوقی هستند.*

به نظر می‌رسد برای رسیدن به نتیجه‌ای دقیق‌تر لازم باشد شرایط اختصاصی مربوط به هر یک از شرکت‌ها به طور جداگانه بررسی شود که این امر موضوع بند آتی را تشکیل خواهد داد.

۲ - الف - بررسی قواعد اختصاصی مربوط به تشکیل شرکت

۱ - شرکت سهامی:

شرکت سهامی که بنا به تعریف «شرکتی است که سرمایه آن به سهام تقسیم شده و مسئولیت صاحبان سهام محدود به مبلغ اسمی سهام آن‌ها»^{۵۱} است به دو نوع شرکت سهامی عام و شرکت سهامی خاص تقسیم می‌شود.

شرکت سهامی عام وفق ماده ۱۷ لایحه اصلاحی قانون تجارت پس از تشکیل مجمع عمومی مؤسس، احراز پذیره‌نویسی کلیه سهام شرکت، تأدیه مبالغ (لازم دست کم معادل ۳۵٪ کل سرمایه)، تصویب اساسنامه، انتخاب اولین مدیران و بازرسان و قبول کتبی سمت توسط آنان، تشکیل شده محسوب می‌شود و از این زمان دارای شخصیت حقوقی است. زمان تشکیل شرکت سهامی خاص وفق ماده ۲۰ لایحه اصلاحی قانون تجارت پس از امضای اساسنامه توسط سهامداران و پرداخت لااقل ۳۵٪ سرمایه نقدی و تمامی سرمایه

* توضیح ماهنامه «کانون»: پرواضح است که ثبت تولد یک شخصیت حقیقی در اداره ثبت احوال، همانند ثبت تأسیس یک شخصیت حقوقی در اداره ثبت شرکت‌ها، براساس یک فلسفه حقوقی مشترک، ضرورت قانونی پیدا کرده است و آن، این که در هر دو موضوع، ثبت، جنبه اثباتی و اعلامی دارد؛ چه این که در مقام اختلاف، قاضی حسب مورد، حکم به صدور شناسنامه برای شخص تازه متولد شده و یا تأیید تأسیس قانونی شرکت و اعلام موجودیت شخصیت حقوقی از تاریخ تشکیل شرکت می‌نماید.

غیرنقدی و انتخاب اولین مدیران و بازرسان و قبول کتبی سمت توسط آنان می‌باشد.^{۵۲}

مطلبی که اشاره به آن در اینجا مناسب به نظر می‌رسد مسئله شخصیت حقوقی شرکت در شرف تأسیس است. تشکیل شرکت سهامی عام دارای دو مرحله در شرف تأسیس و تشکیل قطعی است. در آغاز، مؤسسين، حسابی به نام شرکت در شرف تأسیس نزد یکی از بانك‌ها افتتاح می‌نمایند. هرگاه تمامی سرمایه تعهد و لااقل ۳۵٪ آن پرداخت شود، مجمع عمومی مؤسس دعوت و با رعایت مقررات، شرکت تشکیل می‌شود اما اگر سرمایه لازم فراهم نیاید و یا شرکت ظرف شش ماه از تاریخ تسلیم اظهارنامه به ثبت نرسد، ممکن است تشکیل شرکت، نافرجام بماند. وضعیت شرکت سهامی عام در فاصله افتتاح حساب تا تشکیل قطعی و یا قطعیت عدم تشکیل را مرحله «در شرف تأسیس» می‌گویند. برخی معتقدند که شرکت در شرف تأسیس وضع به خصوصی داشته و می‌توان نوعی شخصیت برای آن قائل شد.^{۵۳} در مقابل، عده‌ای دیگر، شرکت در شرف تأسیس را فاقد شخصیت حقوقی دانسته‌اند^{۵۴} که عقیده اخیر صحیح به نظر می‌رسد. زیرا لازمه شخصیت حقوقی، داشتن حق و تکلیف است. حال آن که شرکت در شرف تأسیس حتی حق برداشت از حسابی را که به نامش افتتاح شده، ندارد؛ همچنین از آنجا که آثار و نتایج شخص حقوقی بر شرکت در شرف تأسیس بار نمی‌شود نباید آن را دارای شخصیت حقوقی دانست. به علاوه ماده ۱۷ لایحه اصلاحی قانون تجارت به روشنی زمان تشکیل شرکت سهامی عام را (که همانا زمان آغاز شخصیت حقوقی شرکت می‌باشد) تعیین نموده است. دقت در ماده مزبور نشان می‌دهد که شرکت در شرف تأسیس، فاقد شخصیت حقوقی است.^{۵۵}

۲- شرکت بامسئولیت محدود:

شرکت بامسئولیت محدود در مواد ۱۱۵ - ۹۴ ق.ت. مصوب سال ۱۳۱۱ به مجموعه قوانین کشور ما راه یافت. شرکت بامسئولیت محدود که به واسطه ساده بودن تشریفات ثبت مورد استقبال فراوان مردم قرار گرفته، وفق ماده ۹۶ ق.ت. وقتی تشکیل می‌شود که تمامی سرمایه نقدی تأدیه و سرمایه غیرنقدی نیز تقویم و تسلیم شده باشد.^{۵۶} همچنین باید دقت نمود که ماده ۹۷ ق.ت. مجدداً بر تقویم یعنی قیمت‌گذاری سهم‌الشرکه غیرنقدی تصریح نموده

و ماده ۱۰۰ ق.ت. ضمانت اجرای عدم رعایت مفاد مواد ۹۶ و ۹۷ ق.ت. را بطلان و بی‌اعتباری شرکت می‌داند. پس می‌توان گفت شرکت بامسئولیت محدود زمانی تشکیل می‌شود که تمامی سرمایه آن اعم از نقد و غیرنقد پرداخت و تسلیم گردیده و قسمت غیرنقدی آن تقویم شده باشد. بدین ترتیب، تقویم نادرست سهم‌الشرکه غیرنقدی مانع از تشکیل شرکت نیست بلکه دارای ضمانت اجرای کیفری و حقوقی است.^{۵۷} (بند ۲ ماده ۱۱۵ ق.ت.)

۳- شرکت تضامنی و نسبی:

شرکت تضامنی که بنا به تعریف قانون‌گذار «شرکتی است که در تحت اسم مخصوص برای امور تجاری بین دو یا چند نفر با مسئولیت تضامنی تشکیل می‌شود» زمانی تشکیل شده محسوب است که مطابق ماده ۱۱۸ ق.ت. تمامی سرمایه نقدی آن تأدیه و سهم‌الشرکه غیرنقدی اش نیز تقویم و تسلیم شده باشد. شرکت نسبی که ابداع قانون‌گذار ایرانی و ملهم از فقه امامیه می‌باشد،^{۵۸} بنا به تعریف ماده ۱۸۳ ق.ت. «شرکتی است که برای امور تجاری در تحت اسم مخصوص بین دو یا چند نفر تشکیل و مسئولیت هر یک از شرکا به نسبت سرمایه‌ای است که در شرکت گذاشته» نیز بنا به تصریح ماده ۱۸۵ ق.ت. ناظر بر ماده ۱۱۸ ق.ت. از حیث تشکیل، وضعی مشابه شرکت تضامنی دارد.^{۵۹}

یادآور می‌شود که وفق ماده ۲۲۰ ق.ت. اگر تشکلی وجود داشته و به امور تجاری اشتغال داشته باشد اما خود را به شکل یکی از شرکت‌های مذکور در قانون (از جمله شرکت تضامنی) در نیاورده باشد، شرکت تضامنی محسوب می‌شود. پس شرکت‌های عملی، شرکت تضامنی هستند ولی شرط تشکیل آن‌ها شرایط مربوط به شرکت تضامنی (ماده ۱۱۸ ق.ت.) نیست بلکه وجود یک تشکل دارای سرمایه و مبادرت به اعمال تجاری برای تشکیل آن‌ها کفایت می‌کند.

۴- شرکت مختلط غیرسهامی:

شرکت مختلط غیرسهامی، ترکیبی از دو دسته شریک ضامن و غیرضامن است. شرکای ضامن مشمول احکام شرکت‌های تضامنی و شرکای غیرضامن مشمول احکام شرکت

بامسئولیت محدود هستند. پس فی الواقع، این شرکت، ترکیبی از شرکت تضامنی و شرکت بامسئولیت محدود می باشد. در قوانین ایران، مقررات خاصی برای تعیین زمان تشکیل شرکت مختلط غیرسهامی وجود ندارد ولی با توجه به ماهیت شرکت که تلفیقی از شرکت تضامنی و شرکت بامسئولیت محدود می باشد می توان با وحدت ملاک مقررات مواد ۹۶، ۹۷ و ۱۱۸ ق.ت. اظهار داشت؛ مختلط غیرسهامی نیز زمانی تشکیل می شود که تمامی سرمایه نقدی آن پرداخت و سرمایه غیرنقدی آن نیز تقویم و تسلیم شده باشد.

ماده ۱۵۲ ق.ت. در مبحث شرکت مختلط غیرسهامی مقرر کرده است: «هرگاه شرکت... منحل شود و شریک بامسئولیت محدود هنوز تمام یا قسمتی از سهم شرکت خود را نپرداخته و یا پس از تأدیه مسترد داشته است، طلبکاران شرکت حق دارند معادل آنچه که از بابت سهم شرکت باقی مانده است مستقیماً علیه شریک بامسئولیت محدود اقدام دعوی نمایند...». برخی از نحوه نگارش ماده ۱۵۲ ق.ت. به این نتیجه رسیده اند که پرداخت کل سرمایه، شرط تشکیل شرکت مختلط غیرسهامی نیست^{۶۰} و یا گفته اند که برای تشکیل شرکت مختلط غیرسهامی، شرکای بامسئولیت محدود ممکن است قسمتی از سرمایه نقدی را تأدیه و بقیه را تعهد نمایند ولی شرکای ضامن باید تمام سرمایه خود را بپردازند.^{۶۱} در حالی که ماده ۱۵۲ ق.ت. در مقام بیان این مطلب است که هرگاه تمام سرمایه پرداخت نشده باشد هنوز شرکت تشکیل نشده است؛ لذا طلبکاران حق مراجعه مستقیم به شرکا را دارند. مفهوم مخالف این ماده به نحو رساتری این معنا را می رساند یعنی هرگاه شرکا تمامی سهم شرکت را پرداخته باشند، شرکت تشکیل یافته محسوب است و طلبکاران حق مراجعه مستقیم به شرکا را ندارند.^{۶۲}

۵- شرکت مختلط سهامی:

شرکت مختلط سهامی، ترکیبی از شرکت تضامنی و شرکت سهامی است که مواد ۱۸۲ - ۱۶۲ ق.ت. احکام مربوط به آن را بیان کرده است. به استناد ماده ۱۷۶ ق.ت. ناظر به مواد ۲۸، ۳۸ و ۳۹ ق.ت. مصوب سال ۱۳۱۱ (که هم اینک در مورد شرکت های سهامی، منسوخه است ولی به حکم ماده ۲۹۹ لایحه اصلاحی قانون تجارت در مورد سایر

شرکت‌ها به قوت خود باقی است؛ شرکت مختلط سهامی زمانی تشکیل می‌شود که اولاً - ثلث سرمایه نقدی آن پرداخت و مابقی آن تعهد شده باشد. ثانیاً - تمامی سرمایه غیرنقدی آن تسلیم شده باشد. ثالثاً - مبلغ اسمی قطعات سهام از حداقل‌های قانونی تنزل نکند (یعنی اگر سرمایه شرکت کمتر از دویست هزار ریال باشد قطعات سهام حداقل پنجاه ریال و هرگاه سرمایه شرکت بیش از دویست هزار ریال باشد قطعات سهام حداقل صد ریال باشد).

۶- شرکت تعاونی:

نخستین سابقه قانون‌گذاری راجع به شرکت‌های تعاونی در کشور ما مربوط به مواد ۱۹۴ - ۱۹۰ ق.ت. می‌باشد. در سال ۱۳۵۰ قانون شرکت‌های تعاونی در ۱۴۹ ماده به تصویب مجلسین رسید و جایگزین قانون تجارت شد. پس از پیروزی انقلاب، اصل ۴۴ ق.ا. بخش تعاونی را یکی از سه بخش نظام اقتصادی جامعه دانسته و تعیین ضوابط، قلمرو و شرایط آن را به قانون عادی محول ساخت. قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران به سال ۱۳۷۰ در ۷۱ ماده به تصویب رسید که با صراحت ماده ۷۱، این قانون ناسخ مقررات قبلی در زمینه شرکت‌های تعاونی است. ضمن این که ماده ۲ قانون موصوف تصریح نموده است؛ «شرکت‌هایی که با رعایت مقررات این قانون تشکیل و به ثبت برسند تعاونی شناخته می‌شوند.»

موضوع شرکت تعاونی ممکن است اعمال تجارتي و یا اعمال غیرتجارتی باشد. شرکت تعاونی در صورتی شرکت تجاری محسوب می‌شود که موضوع فعالیت آن اعمال تجارتي باشد. مطابق ماده ۲۱ قانون ۱۳۷۰، شرکت تعاونی وقتی تشکیل می‌شود که حداقل یک‌سوم سرمایه آن تأدیه و در صورتی که به صورت نقدی و جنسی باشد، تقویم و تسلیم شده باشد. وفق تبصره ماده ۵۱ قانون ۱۳۷۰، اولین هیئت مدیره شرکت تعاونی مکلف است با انجام تشریفات مقرر نسبت به ثبت تعاونی اقدام نماید. این نکته تأکیدی است بر این مطلب که شرکت تعاونی ابتدا بر طبق شرایط ماده ۲۱، تشکیل و سپس تشکیل آن به ثبت می‌رسد.

۷- شعبه شرکتهای تجاری:

شرکتهای تجاری دارای اقامتگاه قانونی معینی می‌باشند ولی بنا به اهلیت عام شخص حقوقی، فعالیت شرکت در مکانی خارج از محل اقامت بلامانع است. ممکن است برای فعالیت شرکت در مکانی غیر از اقامتگاه قانونی، اصطلاح «دفتر هماهنگی» و نظایر آن به کار رود ولی قانون‌گذار قالب «شعبه» را برای این منظور پیش‌بینی نموده است. تأسیس شعبه ممکن است همزمان با ثبت خود شرکت و یا بعد از ثبت شرکت صورت پذیرد. شعبه، شخصیت حقوقی مستقل از شرکت ندارد بلکه تشکیل شعبه ادامه شخصیت حقوقی شرکت است؛ لذا اصولاً حقوق و تعهدات شعبه همان حقوق و تعهدات شرکت اصلی است.^{۶۳} بنابراین در صورتی که شرکت اصلی به عنوان شرکت عملی شناخته شود، شعبه شرکت نیز به عنوان شعبه شرکت عملی و در نتیجه به عنوان شعبه شرکت تضامنی شناخته خواهد شد.*

ب - آیا منظور از تشکیل معنای حقوقی است یا معنای عرفی آن؟

منظور از تشکیل به معنای حقوقی آن، مجموعه شرایطی است که در حقوق ایران به‌عنوان شرایط تشکیل شرکت مقرر شده است. در حقوق ایران شرایط تشکیل شرکت‌های تجاری را می‌توان به دو دسته عمومی و اختصاصی تقسیم‌بندی کرد. شرایط عمومی تشکیل شرکت‌های تجاری که باید در مورد کلیه شرکت‌های مذکور در قانون رعایت شود، شامل شرایط ماهوی و شکلی است. شرایط ماهوی همان شرایطی است که در ماده ۱۹۰ ق.م. شمارش شده و به‌عنوان شرایط اساسی معاملات خوانده می‌شود. طبعاً در اینجا نیازی به بررسی شرایط اساسی صحت معاملات نیست^{۶۴} ولی باید دقت شود که در شرکت‌های اشخاص (نسبی و تضامنی)، شخصیت شرکا، علت عمده عقد است. لذا در

* توضیح ماهنامه «کانون»: در مبحث ضرورت قانونی ثبت شرکت‌ها و تعیین دقیق تاریخ تشکیل و تأسیس شرکت به‌عنوان شخصیت حقوقی، گفتنی است که تشکیل قانونی «شعبه» از تشکیل قانونی شرکت اصلی و ثبت رسمی آن در اداره ثبت شرکت‌ها تبعیت و پیروی می‌کند؛ به‌نحوی که اگر بنا به دلایلی بعد از تشکیل شعبه، مشخص و ثابت شود که شرکت اصلی، وفق مقررات و قانون، تشکیل یافته محسوب نمی‌شود، تشکیل در شخصیت تبعی شعبه، وارد و قابل تأمل است که پرداختن به این مهم، بیش از این، خارج از بحث حاضر است.

صورت اشتباه در شخص طرف، مطابق ماده ۲۰۱ ق.م. شرکت شخص باطل خواهد بود. همچنین اهلیت مدنی شرکا برای صحت شرکت کافی است و نیازی به احراز اهلیت تجارتي شرکا نمی‌باشد.^{۶۵}

شرایط اختصاصی تشکیل شرکت را باید عمدتاً در قانون تجارت جستجو کرد. از طرف دیگر، با توجه به مقررات ناظر بر ثبت شرکت‌ها، از دیرباز در خصوص نقش ثبت در تشکیل شرکت اختلاف نظر وجود داشته است.

در خصوص ثبت، تا اینجا، پاسخ کافی داده شد و چنین نتیجه گرفته شد که در حقوق ما برای این که شرکت ایجاد شود و شخصیت حقوقی پیدا کند، نه ثبت آن در دفتر شرکت‌ها ضروری است و نه نشر شرکت‌نامه و اعلان آن. اما شرکتی که در اداره ثبت شرکت‌ها ثبت نشده و به تبع آن، شرکت‌نامه‌اش اعلان نگردیده است ممکن است با خطر انحلال مواجه شود و در واقع، ماده ۲ ق.ت.ش. که می‌گوید کلیه شرکت‌های مذکور در قانون تجارت (سهامی، ضمانتی، مختلط، تعاونی) که در تاریخ اجرای این قانون موجود و مطابق مقررات قانون تجارت راجع به ثبت و تطبیق تشکیلات خود با قانون مزبور عمل نکرده‌اند باید تا آخر شهریور ماه ۱۳۱۰ تشکیلات خود را با مقررات قانون تجارت تطبیق نموده و مطابق قانون مزبور تقاضای ثبت کنند. ثبت شرکت‌های تجاری را الزامی تلقی کرده و برای مدیران شرکتی که به ثبت نرسیده باشد، جزای نقدی معین نموده است و اضافه کرده در صورت تقاضای مدعی‌العموم حکم انحلال شرکت متخلف نیز صادر خواهد شد. در نتیجه ممکن است شرکت شخصیت حقوقی پیدا کرده باشد بدون آن که ثبت شده باشد.^{۶۶} اما اگر شرکت در اداره ثبت شرکت‌ها به ثبت رسید چون ثبت بعد از تشکیل انجام می‌شود قرینه‌ای قوی بر این است که شرکت دارای شخصیت حقوقی است یعنی تشکیل شده است.

به این ترتیب، در خصوص اثر ثبت در وضعیت اشخاص حقوقی حقوق خصوصی قابل ذکر است که ثبت شرکت‌های تجارتي اثری در تشکیل شرکت و ایجاد شخصیت حقوقی آن‌ها ندارد. زیرا همان‌گونه که به تفکیک در مورد شرکت‌های تجارتي مذکور در قوانین

ایران ملاحظه شد، تک تک شرکت‌ها قبل از ثبت، تشکیل شده و دارای شخصیت حقوقی هستند. به عبارت دیگر، آنچه که اتفاق می‌افتد به ثبت رساندن تشکیل شرکت‌ها است. با عنایت به همین معناست که ماده ۵۸۳ ق.ت. بدون اشاره به قید «ثبت» کلیه شرکت‌های تجارتي را دارای شخصیت حقوقی می‌داند. در حالی که درست در ماده بعدی شخصیت حقوقی مؤسسات غیرتجارتی را به ثبت آن‌ها در دفتر مخصوص مقید ساخته است.

با این توضیحات، همان‌گونه که بیان شد، تاریخ ثبت شرکت به هیچ‌وجه تاریخ تشکیل آن محسوب نمی‌شود و این عقیده که شرکت‌های تجاری به محض تشکیل و قبل از ثبت واجد شخصیت حقوقی‌اند، قابل تصدیق می‌باشد. بنابراین، مقررات مربوط به ثبت از مصادق مقررات ناظر به تشکیل شرکت نمی‌باشد. لذا عدم ثبت شرکت سبب اجرای ماده ۲۲۰ ق.ت. نخواهد شد؛ زیرا ماده فوق در صورتی اعمال می‌شود که شرکت مطابق قانون تجارت تشکیل نشده باشد و بنابراین، عدم ثبت، لزوماً به اجرای آن منتهی نمی‌شود. با این معنا، تشکیل شرکت را نباید مرادف با ثبت دانست. حال، این سؤال مطرح می‌شود که تشکیل، به چه معنا خواهد بود؟ آیا منظور از این واژه، تشکیل به معنای حقوقی است؛ به نحوی که شرکتی که مقررات مربوط به تشکیل را رعایت ننماید، تشکیل شده محسوب نشده و در نتیجه مشمول ماده ۲۲۰ ق.ت. قرار نمی‌گیرد؟ مسلماً این نکته نتیجه‌گیری منطقی نخواهد بود؛ چه شرکتی که از مقررات ناظر به تشکیل تخلف کرده، به راحتی توانسته است از مسئولیت سنگین ناظر به ماده ۲۲۰ بگریزد. در همین راستا، به اعتقاد نگارنده، تشکیل را نباید به معنای حقوقی آن در نظر گرفت؛ بلکه «تشکیل» در ماده ۲۲۰ ق.ت. به معنای عرفی آن مد نظر است؛ همین که اشخاص ثالثی شرکتی را «تشکیل شده» محسوب دارند، شرکت می‌تواند مشمول ماده ۲۲۰ قرار بگیرد. این نظر که با تئوری ظهور نیز انطباق دارد، از منافع اشخاص ثالث نیز بیشتر حمایت می‌کند. برای مثال، وقتی که بر حسب ظواهر امر (مانند تابلو، سربرگ و...) و یا اظهار طرف قرارداد، شرکتی «تشکیل شده» نمایان شود، این شرکت مشمول ماده ۲۲۰ ق.ت. خواهد بود حتی اگر

شرایط عمومی و اختصاصی تشکیل را رعایت نکرده باشد.

بند دوم - عدم تطبیق شرکت

براساس ماده ۲۲۰ ق.ت. هر شرکت ایرانی که فعلاً وجود داشته یا در آتیه تشکیل شود و با اشتغال به امور تجاری، خود را به صورت یکی از شرکت‌های مذکور در این قانون در نیاورده و مطابق مقررات مربوط به آن شرکت عمل ننماید، شرکت تضامنی محسوب شده و احکام راجع به شرکت‌های تضامنی در مورد آن اجرا می‌گردد. از تأمل در این ماده، در خصوص شرط مذکور در این بند دو تفسیر می‌توان ارائه داد:

در صورتی که شرکت به صورت یکی از شرکت‌های مذکور در این قانون در نیاید و یا مطابق مقررات مربوط به آن شرکت عمل ننماید، (هر يك به تنهایی) سبب حکومت ماده ۲۲۰ ق.ت. بر آن شرکت خواهد شد. اما این تفسیر، شمول ماده مذکور را گسترش داده و سبب می‌شود که هرگونه تخلف از مقررات مربوط به شرکت (صرف‌نظر از موضوع مقرره مورد تخلف) سبب اعمال ماده ۲۲۰ شود؛ امری که عقل سلیم به سختی می‌پذیرد و منطق حقوقی آن را بر نمی‌تابد؛ چه منطقی نیست که هر تخلفی (صرف‌نظر از میزان اهمیت آن) سبب شود که شرکت تضامنی فرض شود. از طرف دیگر، این تفسیر با ظاهر ماده و حرف عطف "و" که نشان‌دهنده لزوم جمع عبارت معطوف و معطوف‌علیه برای تحقق نتیجه می‌باشد، نیز سازگار نیست.

بنابراین در طرفداری از ظاهر ماده و جلوگیری از گسترش شمول آن، باید معتقد بود که دو شرط فوق، با هم باید جمع باشند^{۶۷} تا ماده ۲۲۰ ق.ت. اعمال گردد. در این تفسیر، منظور از عبارت «مطابق مقررات مربوط به آن شرکت»، با توجه به عبارت قبلی «خود را به صورت یکی از شرکت‌های مذکور در این قانون در نیاورده»، مقرراتی است که ارتباط مستقیم با تطبیق شرکت با یکی از قالب‌های مذکور در ماده ۲۲۰ ق.ت. دارند و تخلف از مقرراتی که ناظر به سایر امور شرکت هستند (صرف‌نظر از میزان اهمیت آن‌ها) سبب اعمال ماده مورد بحث نخواهد شد.

نتیجه

به نظر نگارنده، با توجه به عبارت «شرکت» و اطلاق آن، در خصوص شرکت مدنی نیز می‌توان به ماده ۲۲۰ ق.ت. استناد کرد مشروط بر این که شرکت به امور تجاری اشتغال داشته باشد؛ بنابراین شرکت‌های مدنی به شرط فعالیت تجاری و شرکت‌های تجاری به طور کلی، مشمول ماده ۲۲۰ ق.ت. خواهند بود. اما در مقام تجدیدنظر از این نظر مرسوم می‌توان گفت که شرکت مدنی با فعالیت تجاری، دیگر شرکت تجاری محسوب می‌شود نه شرکت مدنی. لذا شرکت مدنی مشمول ماده ۲۲۰ ق.ت. نخواهد بود.

در بررسی مصداقی شرکت‌های عملی به جوینت ونچر، مؤسسه خیریه و مضاربه اشاره شد و چنین نتیجه گرفته شد که؛ در صورتی که نهادهای فوق به‌رغم فعالیت تجاری به شکل یکی از قالب‌های ماده ۲۰ درنیايند، مشمول ماده ۲۲۰ ق.ت. خواهد بود.

پی‌نوشت‌ها:

۱. اسکینی، ربیعا، *شرکت‌های تجاری*، ج. اول، چ. ۴، سمت، بهار ۱۳۷۹، ص. ۶۴.
۲. برای تفصیل بیشتر؛ رک. قائم مقام فراهانی، محمدحسین، «*بجای در اطراف معاملات شرکت‌های تجاری و مدنی*»، مجله دانشکده حقوق دانشگاه تهران، ش. ۵۸، زمستان ۱۳۸۱، ص. ۲۲۹.
۳. کاتوزیان، ناصر، *عقود معین*، ج. ۳، چ. ۳، ۱۳۷۳، ص. ۸۷.
۴. _____، *قواعد عمومی قراردادها*، ج. اول، بهنشر، ۱۳۷۲، چ. ۲، ص. ۱۳۳؛ کاشانی، سید محمود، «*شرکت مدنی*»، نشریه دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، دوره دوم، ش. ۲، ۱۳۶۵، ص. ۲۰.
۵. حسینی تهرانی، سیدمرتضی، «*شرکت و مفاهیم آن و مختصات شرکت مدنی*»، فصلنامه حق «مطالعات حقوقی و قضایی»، ش. ۷، دفتر ۷، پاییز ۱۳۶۵، ص. ۵۶؛ ستوده تهرانی، حسن، *حقوق تجارت*، ج. ۲، دادگستر، چ. اول، ۱۳۷۵، ص. ۱۵۸؛ راستین، منصور، *حقوق بازرگانی*، ج. ۲، کتیبه، چ. ۳، ۱۳۵۳، ص. ۳۴.
۶. کاشانی، همان.
۷. اسکینی، همان، ص. ۵۱.
۸. برای مطالعه دکتترین حقوقی در این زمینه؛ رک. اسکینی، *حقوق تجارت*، کلیات، سمت، ۱۳۷۸، ص. ۱۰۳؛ همان، *حقوق تجارت، شرکت‌های تجاری*، ج. اول، سمت، چ. اول، ۱۳۷۵، ص. ۱۷؛ کاتوزیان، *حقوق مدنی، مشارکت‌ها*، چ. اقبال، ج. اول، ۱۳۶۳، ص. ۲۴؛ صقری، منصور، *تحولات حقوق خصوصی*، دانشگاه تهران، ۱۳۷۱، تعریف شرکت تجاری.
۹. برای تحلیل این مواد؛ رک. مصلحی، علی حسین، *تقریرات حقوق مدنی ۷*، دانشگاه تهران، ۱۳۷۷؛ امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، ج. ۲، انتشارات اسلامیة، ۱۳۵۲، ص. ۱۳۷.
۱۰. ستوده تهرانی، همان، ج. اول، چ. اول، نشر دادگستر، تهران، ۱۳۷۴، ص. ۱۷۲.
۱۱. اسکینی، همان، صص. ۱۵ و ۱۶.
۱۲. غفاریان، عطا، «*ارکان تشکیل دهنده شرکت با مسئولیت محدود*»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۸۱، صص. ۸ - ۱۱.
۱۳. صقری، *تعریف شرکت، تحولات تجاری حقوق خصوصی (زیر نظر دکتر ناصر کاتوزیان)*، انتشارات دانشگاه

- تهران، ۱۳۴۹، ص. ۱۹۰.
۱۴. شرکت تجاری، قراردادی است که به موجب آن دو یا چند نفر توافق می‌کنند سرمایه مستقلی را که از جمع آورده‌های آن‌ها تشکیل می‌شود، ایجاد کنند و به مؤسسه‌ای که برای انجام مقصود تجاری خاصی تشکیل می‌گردد، اختصاص دهند و در منافع و زیان‌های احتمالی حاصل از به‌کارگیری سرمایه سهیم شوند (اسکینی، همان، ص. ۸۱).
۱۵. تفرشی، محمدعباسی، *مباحثی تحلیلی از حقوق شرکت‌های تجاری*، انتشارات دانشگاه تربیت مدرس، چ. اول، ۱۳۷۸، ص. ۱۰.
۱۶. مهاجریان، عباس، «مدیران شرکت سهامی»، مجله کانون وکلا، زمستان ۱۳۵۴، ص. ۶۳.
۱۷. ستوده تهرانی، همان، چ. سوم، پاییز ۱۳۷۶، ص. ۱۷۲.
۱۸. برای بحث و اطلاع بیشتر؛ رک: ستوده تهرانی، همان، ص. ۲۳؛ کیایی، کریم، *حقوق بازرگانی*، چ. اول، بی‌نا، چ. ۲، ۱۳۵۰، ص. ۵۴؛ صقری، *حقوق تجارت*، همان، ص. ۴۷؛ راستین، همان، ص. ۸؛ کاتبی، حسینقلی، *حقوق تجارت*، چ. ۲، ۱۳۴۹، ص. ۱۰؛ شامبیاتی، ژاله، «تجار حکمی در قانون ایران»، مجله کانون وکلا، ش. ۱۰۷، ۱۳۴۶، ص. ۱۶۷.
۱۹. آذری، آذر کیوان، «نقدی بر ماده ۳ قانون تجارت»، نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش. ۲۰، ۱۳۵۶، ص. ۶۲ خلعتبری، امیر ارسلان، «حقوق تجارت»، اطلاعات، ۱۳۱۲، ص. ۲۱.
۲۰. عرفانی، محمود، *حقوق تجارت به زبان ساده*، ماجد، چ. اول، بهار ۱۳۷۵، ص. ۷ و کیایی، همان، چ. اول، بی‌نا، چ. ۲، دی ماه ۱۳۵۰، ص. ۵۳؛ آذری، همان، ص. ۷.
۲۱. آذری، همان، ص. ۱۹.
۲۲. به اعتقاد برخی از استادان، مشارکت مدنی «به‌محض اینکه از حیثه شمول مدنی خارج و وارد تجارت شود تبدیل به شرکت تضامنی موضوع ماده ۲۲۰ می‌شود»: خزاعی، محمد، «یکی از خلأهای حقوقی»، فصلنامه حقوق، بهار ۱۳۸۷، ص. ۱۴۸. استادان حقوق مدنی نیز بر همین عقیده هستند؛ کاتوزیان، عقود معین، چ. ۳، همان، ص. ۱۹؛ کاشانی، همان، ص. ۲۸.
23. Hewitt, Ian; Joint Ventures, Sweet & Maxwell, 2nd Edition 2001, London, Page.xi
24. Clarke, Andrew; Business Entities – Practical Guide; Sweet Maxwell; 1996 ; P.296.
25. Cammpbell, Denis (Editor); Structuring International Contracts; Kluwer Law International; 1996; p.101
۲۶. با توجه به این که در عرصه تجارت بین‌الملل معمولاً فعالیت‌های تجاری از طریق شرکت‌ها صورت می‌گیرد و نه اشخاص حقیقی؛ لذا از این پس، تنها شرکت‌ها را به‌عنوان مؤسسين جوينت‌ونچر مدنظر قرار می‌دهيم هر چند ممکن است در مواردی جوينت‌ونچر با دخالت اشخاص حقیقی نیز تشکیل گردد. برای ملاحظه مسائلی که اختصاصاً در مورد جوينت‌ونچرها با مشارکت اشخاص حقیقی مطرح می‌شود، رک:.
- Comben, Andrew; Joint Ventures and Shareholders ' Agreements; Butterworths; 2000; pp.275-297.
27. Kling Edward & Ellison, Julian (co-editors); Joint Ventures in Europe; Butterworths; 1991; p.1.
28. Inkpen, Andrew; The management of International Joint Ventures; Routlege; 1995; p.2.
29. Buchel, Bettina (and others); International Joint Venture Management: John Wiley & Sons; 1998; p.31
30. Sub- Contracting.

31. Inkpen, Andrew; The management of International Joint Ventures; Routledge; 1995; p.2.
۳۲. تفرشی، محمدعیسی، «مفهوم و قلمرو ماده ۲۲۰ قانون تجارت (۱۳۱۱)» فصلنامه علوم انسانی مدرس، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۷۹، ش. ۱۴، ص. ۳۹ به بعد.
۳۳. ماده ۱۰ قانون ثبت شرکتها راجع به حق الثبت بارها اصلاح شده است که آخرین بار آن مربوط به ۱۳۶۲/۱۲/۳۰ می باشد.
۳۴. ستوده تهرانی، همان، ج. ۲، چ. اول، دادگستر، ۱۳۷۵، ص. ۲۴۷؛ برای مطالعه مراحل و مدارک ثبت شرکت؛ رک: نیک هنجین، یونس و فیاضی، غلامحسین، جزوه راهنمای ثبت شرکت سهامی، ص. ۴؛ فروحی، حمید، حقوق تجارت، ج. اول و ۲، ص. ۸۴.
۳۵. کاتبی، همان، ج. اول، ۱۳۴۸، ص. ۳۵؛ طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، ص. ۲۸۸؛ موسی زاده، رضا، مبانی حقوق اداری، چ. اول، ۱۳۷۴، ص. ۵۰.
۳۶. در برخی نوشتهها فقط در شرکت بامسئولیت محدود، ثبت موجد شخصیت حقوقی شرکت خوانده شده است. (امامی، نورالدین، «شرکت در شرف تأسیس، مجله کانون وکلا، پاییز ۱۳۵۴، ش. ۳۲، صص. ۱۰۸ - ۱۰۵).
۳۷. عبادی، محمدعلی، حقوق تجارت، چ. ۳، گنج دانش، ۱۳۷۱، صص ۱۱۴ و ۱۱۵؛ نصیری، محمد، حقوق بین الملل خصوصی، ج. اول و ۲، چ. ۳، تهران، انتشارات آگاه، ص. ۱۲۶.
۳۸. مهاجریان، عباس، شخصیت حقوقی، جزمی، چ. اول، انتشارات فردوسی، تهران، ۱۳۷۳، ص. ۳۹۵؛ شایگان، سیدعلی، حقوق مدنی ۳، ۱۳۷۵، چ. اول، ص. ۱۲۲؛ صفایی، سیدحسین و قاسم زاده، سیدمرتضی، حقوق مدنی، ص. ۱۳۶؛ کاتوزیان، وصیت در حقوق مدنی ایران، ص. ۱۳۰.
۳۹. براساس ماده ۲۲۰ ق.ت. هر شرکت ایرانی که فعلاً وجود داشته یا در آتیه تشکیل شود...
۴۰. تطبیق وضع شرکت با مقررات این قانون وقتی محقق می شود که مرجع ثبت شرکتها پس از احراز صحت تطبیق مراتب را ثبت و به هزینه شرکت آگهی کرده باشد.
۴۱. آذری، همان، ص. ۴۹.
۴۲. همان، صص. ۵۱ و ۵۲.
۴۳. برای بررسی بیشتر؛ رک: عرفانی، محمود، حقوق تجارت، ج. اول، ص. ۱۲.
۴۴. برای تفصیل بیشتر؛ رک: ستوده تهرانی، حسن، حقوق تجارت، ج. اول، ص. ۳۸؛ اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت، ج. اول، صص. ۱۰۷ - ۹۴.
۴۵. اسکینی، همان، ص. ۱۲۵.
۴۶. فرحناکیان، فرشید، قانون تجارت در نظم حقوق کنونی، نشر میزان، ص. ۸۰.
۴۷. برای مطالعه بیشتر؛ رک: عالمی، شمس الدین، «تحلیل یک جریان قضایی»، مجله حقوقی وزارت دادگستری، ش. ۲، ۱۳۵۷، ص. ۳۵؛ کامیار، محمدرضا، گزیده آراء دادگاههای حقوقی، ج. ۳، حقوق دان، ۱۳۷۵، ص. ۱۰۶.
۴۸. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، ج. اول، چ. اول، دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۴۳، ص. ۷۸.

۴۹. امامی، نورالدین، «شرکت در شرف تأسیس»، مجله حقوقی وزارت دادگستری، شماره‌های ۸ و ۹، ۱۳۵۴، ص. ۶۱.
۵۰. عبادی، محمدعلی، حقوق تجارت، ص. ۱۱۴؛ نصیری، محمد، حقوق بین‌الملل خصوصی، ج. یک و ۲، آگاه، چ. ۳، ص. ۱۲۶.
۵۱. ماده یک لایحه اصلاحی قانون تجارت ۱۳۴۷؛ اسکینی، ربیعا، شرکت‌های تجاری، ج. ۲، ص. ۳۸.
۵۲. ستوده تهرانی، حسن، حقوق تجارت، ج. اول، ص. ۱۵۸؛ اسکینی، ربیعا، شرکت‌های تجاری، ج. اول، ص. ۲۳؛ دولتی، نصرت‌ا...، راهنمای ثبت شرکت‌های تجاری، حقوق دان، ۱۳۷۶، ص. اول، ص. ۱۷.
۵۳. اسکینی، همان، ص. ۱۷.
۵۴. عبادی، محمدعلی، حقوق تجارت، گنج دانش، چ. ۳، ۱۳۷۱، ص. ۱۴۶.
۵۵. ستوده تهرانی، همان، ج. ۲، ۱۳۷۵، ص. ۲۷.
۵۶. نصیری، مرتضی، «شرکت‌های چند ملیتی، با توجه به قوانین ایران»، مجله روابط بین‌الملل شماره‌های ۷ و ۸، تهران، ۱۳۵۵، ص. ۲۰.
۵۷. امامی، همان، ص. ۱۰۵.
۵۸. اسکینی، ربیعا، شرکت‌های تجاری، همان، ص. ۲۱۷؛ ستوده تهرانی، همان، ج. اول، ص. ۱۷۵.
۵۹. اسکینی، همان، ص. ۲۱۸.
۶۰. ستوده تهرانی، همان، ص. ۲۸۶.
۶۱. صفار، پیشین، ص. ۱۲۳.
۶۲. اسکینی، همان، ص. ۴۱.
۶۳. فرحناکیان، همان، ص. ۵۱۵.
۶۴. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج. اول، ص. ۱۲.
۶۵. اسکینی، همان، صص. ۸۷ - ۸۶.
۶۶. برای ملاحظه نظر مخالف؛ رک: امامی، نورالدین، شرکت در شرف تأسیس، کانون وکلا، همان، ص. ۶۲.
۶۷. در تأیید همین تفسیر، رک: تفرشی، همان.

منابع و مأخذ:

۱. آذری، آذر کیوان، نقدی بر ماده ۳ قانون تجارت، نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش. ۲۰، ۱۳۵۶.
۲. آون هیوز، مدیریت نوین دولت، ترجمه مهدی الوانی، ج. اول، چ. اول، ۱۳۷۷.
۳. ابوالحمد، عبدالحمید، «پیرامون یک رای وحدت رویه هیئت عمومی دیوان عالی کشور و مسئله شخصیت حقوقی دولت»، مجله کانون وکلا، ش. ۱۵۱ - ۱۵۰.
۴. اخلاقی، بهروز، جایگاه قانون تجارت و لایحه اصلاح آن در فضای تجارت جهانی، مقاله منتشره در کتاب بر منہج عدل، دانشگاه تهران، چ. اول، ۱۳۸۹.

۵. افتخاری، جواد، *شرکت‌های تجاری (نظری و کاربردی)*، انتشارات ققنوس، تهران، ۱۳۸۰، چ. اول.
۶. اسکینی، ربیعا، *شرکت‌های تجاری*، ج. اول، چ. ۴، بهار ۱۳۷۹.
۷. _____، *حقوق تجارت، کلیات*، سمت، ۱۳۷۸.
۸. _____، *حقوق شرکت‌های تجاری*، ج. ۲، چ. ۳، سمت، ۱۳۸۵.
۹. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، ج. ۲، اسلامیه، ۱۳۵۲.
۱۰. امامی، نورالدین، «*شرکت در تصرف تأسیس*»، مجله حقوقی وزارت دادگستری شماره‌های ۸ و ۹، سال ۱۳۵۴.
۱۱. تفرشی، محمدعیسی، *مباحثی تحلیلی از حقوق شرکت‌های تجاری*، انتشارات دانشگاه تربیت مدرس، چ. اول، ۱۳۷۸.
۱۲. _____ و دیگران، «*مفهوم و قلمرو ماده ۲۲۰ قانون تجارت ۱۳۱۱*»، فصلنامه علوم انسانی مدرس، دانشگاه تربیت مدرس، ش. ۱۴، ۱۳۷۹.
۱۳. حسینی تهرانی، سیدمرتضی، «*شرکت و مفاهیم آن و مختصات شرکت مدنی*»، فصلنامه حق «مطالعات حقوقی و قضایی»، ش. ۷، دفتر ۷، پاییز ۱۳۶۵.
۱۴. فروچی، حمید، *حقوق تجارت*، ج. اول و ۲.
۱۵. خزاعی، محمد، «*یکی از خالهای حقوقی*»، فصلنامه حقوق، بهار ۱۳۸۷.
۱۶. خلعتبری، امیرارسلان، *حقوق تجارت*، اطلاعات، ۱۳۱۲.
۱۷. دولتی، نصرت‌الله، *راهنمای ثبت شرکت‌های تجاری*، حقوق دان، چ. اول، ۱۳۷۶.
۱۸. راستین، منصور، *حقوق بازرگانی*، ج. ۲، کتیبه، چ. ۳، ۱۳۵۳.
۱۹. ستوده تهرانی، حسن، *حقوق تجارت*، ج. اول، چ. اول، نشر دادگستر، ۱۳۷۴.
۲۰. _____، *حقوق تجارت*، ج. ۲، چ. اول، نشر دادگستر، ۱۳۷۵.
۲۱. شامبیاتی، ژاله، «*تجار حکمی در قانون ایران*»، مجله کانون وکلا، ش. ۱۰۷، ۱۳۴۶.
۲۲. شایگان، سیدعلی، *حقوق مدنی*، چ. اول، ۱۳۷۵.
۲۳. صفایی، سیدحسین؛ قاسم زاده، سید مرتضی، *حقوق مدنی (اشخاص و محجورین)*، سمت، ۱۳۸۳.
۲۴. صفوری، منصور، *تقریرات حقوق تجارت*، سال تحصیلی ۱۳۳۶-۱۳۴۰، به اهتمام عباس فرید.
۲۵. _____، *تعریف شرکت تحولات تجاری، حقوق خصوصی*، زیر نظر ناصر کاتوزیان، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۹.
۲۶. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، *حقوق اداری*، ج. اول، چ. اول، دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۴۳.
۲۷. عالمی، شمس‌الدین، «*تحلیل یک جریان قضایی*»، مجله حقوقی وزارت دادگستری، ش. ۲، ۱۳۵۷.
۲۸. عرفانی، محمود، *حقوق تجارت به زبان ساده*، ماجد، چ. اول، بهار ۱۳۷۵.
۲۹. _____، *حقوق تجارت*، ج. ۳، میزان، ۱۳۸۲.
۳۰. عبادی، محمدعلی، *حقوق تجارت*، گنج دانش، چ. ۳، ۱۳۷۱.
۳۱. غفاریان، عطا، «*ارکان تشکیل دهنده شرکت بامسئولیت محدود*»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۸۱.
۳۲. فرحناکیان، فرشید، *قانون تجارت در نظم حقوق کنونی*، نشر میزان.

۳۳. قائم‌مقام‌فراهانی، محمدحسین، «*بحثی در اطراف معاملات شرکت‌های تجاری و مدنی*»، مجله دانشکده حقوق، ش. ۵۸، زمستان ۱۳۸۱.
۳۴. کاتبی، حسینقلی، *حقوق تجارت*، ج. اول، انتشارات چهره، ۱۳۴۸.
۳۵. _____، *عقود معین*، ج. ۲، ۳ و ۴. یلدا، ج. اول، ۱۳۶۹ و ۱۳۷۸.
۳۶. _____، *قواعد عمومی قراردادها*، ج. ۲، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۷۱.
۳۷. _____، *حقوق مدنی، مشارکت‌ها*، چاپ اقبال، ج. اول، ۱۳۶۳.
۳۸. کاشانی، سید محمود، *شرکت مدنی*، نشریه دانشکده حقوق، دوره دوم، ش. ۲، ۱۳۶۵.
۳۹. کامیار، محمدرضا، *گزیده آراء دادگاه‌های حقوقی*، ج. ۳، حقوق دان، ۱۳۷۵.
۴۰. کیایی، کریم، *حقوق بازرگانی*، ج. اول، بی‌نا، ج. ۲، دی ماه ۱۳۵۰.
۴۱. مصلحی، علی حسین، *تقریرات حقوق مدنی*، ۷، دانشگاه تهران، ۱۳۷۷.
۴۲. موسی زاده، رضا، *مبانی حقوق اداری*، ج. اول، انتشارات شهراب - آینده سازان، سال ۱۳۷۴.
۴۳. مهاجریان، عباس، *شخصیت حقوقی*، جزمی، ج. اول، ۱۳۷۳.
۴۴. نصیری، محمد، *حقوق بین‌الملل خصوصی*، ج. اول، آگاه، ۱۳۷۳.
۴۵. نصیری، مرتضی، « *شرکت‌های چند ملیتی*»، مجله روابط بین‌الملل، ش. ۷ و ۸، تهران، ۱۳۵۵.
۴۶. نیک هاشجین، یونس و فیاضی، غلامحسین، جزوه راهنمای ثبت شرکت سهامی.
47. Hewitt, Ian; *Joint Ventures*, Sweet & Maxwell, 2nd Edition 2001, London, Page xi.
48. Clarke, Andrew; *Business Entities – Practical Guide*; Sweet & Maxwell; 1996.
49. Camppbell, Denis (Editor); *Structuring International Contracts*; Kluwer Law International; 1996.
50. Comben, Andrew; *Joint Ventures and Shareholders ' Agreements*; Butterworths; 2000.
51. DURUISBO, EMAKA, *AVOIDINS A LIMITED FUTURE FOR THE FACDO LLC AND LLC*, PENNSYLVANIA JOURNAL OF BUSINESS LAW, VOL 12.
52. Kling Edward & Ellison , Julian (co-editors); *Joint Ventures in Europe*; Butterworths; 1991.
53. Inkpen, Andrew; *The management of International Joint Ventures*; Routlege; 1995.
54. Buchel, Bettina (and others); *International Join Venture Management*; John Wiley & Sons; 1998.

نقش هشدار در مسئولیت مدنی

تاریخ دریافت: ۱۳۹۰/۶/۲

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۰/۷/۱۲

عباس میرشکاری*

چکیده:

قواعد فقهی در کنار اصول فقه و متون فقه از موقعیتی ممتاز برخوردار هستند؛ چه در حالی که نویسندگان متون فقهی صرفاً به تبیین مسایل پرداخته و اصولیون به مسائل انتزاعی؛ نویسندگان قواعد فقهی دیدگاهی واقع‌گرایانه‌تر دارند؛ واقعیتی عینی و تجربی در برخورد با مسائل. قاعده هشدار، نیز از جمله این قواعد فقهی است که رفع مسئولیت مدنی عامل زیان را منوط به آگاهی‌سازی زیان‌دیده (از احتمال ورود زیان) می‌داند که در مقاله پیش‌رو، مورد بحث، قرار می‌گیرد.

واژگان کلیدی: هشدار، آگاهی‌سازی، مسئولیت مدنی، ضرر، قاعده اقدام.

* نویسنده‌مسئول؛ دانشجوی دکتری رشته حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.

مبحث اول - شناخت قاعده

براساس قاعده هشدار، اگر عامل زیان، پیش از ورود ضرر، به زیان‌دیده محتمل، احتمال وقوع ضرر را آگاهی دهد و با این حال، اقدامی از جانب زیان‌دیده، به عمل نیاید و ضرر، محقق شود، عامل زیان مسئولیتی نخواهد داشت.^۱ در این مبحث، به معرفی منبع و مبنای این قاعده می‌پردازیم.

بند اول - منبع قاعده

عمده مستند فقهی این قاعده، قضاوت حضرت امام علی (ع) در خصوص رفع قصاص از کودکی است که در حین بازی نسبت به فعل زیانبار خود به سایر همبازی‌هایش اطلاع داد.^۲ این روایت هرچند تنها در خصوص کودکان صادر شده اما عموماً اعتقاد بر این است که در خصوص سایر موارد نیز مؤثر است. به این تعبیر که در هر مورد، هشدار، در رفع مسئولیت کارا است.^۳

بند دوم - مبنای

الف - عدم هشدار، به معنای تقصیر است؟

اگرچه این انتظار از همگان می‌رود که اقدام به اضرار (به دیگران) ننمایند، با این حال

۱. محقق داماد، سیدمصطفی، *قواعد فقه*، ج. ۲، چ. ۵، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، تهران، ۱۳۷۴، ص. ۲۳۵.

۲. شیخ کلینی، *کافی*، ج. ۷، ص. ۲۹۲؛ شیخ صدوق، *علائل الشرائع*، ج. ۲، ص. ۴۶۲؛ شیخ صدوق، *من لایحضره الفقیه*، ج. ۴، صص. ۱۰۲ - ۱۰۳؛ شریف رضی، *خصائص الأئمه*، صص. ۸۵ - ۸۶؛ حرعاملی، *وسائل الشیعة (أل البيت)*، ج. ۲۹، ص. ۶۹؛ میرزا نوری، *مستدرک الوسائل*، ج. ۱۸، ص. ۲۳۵؛ شیخ هادی نجفی، *موسوعة أحادیث أهل البيت (ع)*، ج. ۹، صص. ۱۴۲ - ۱۴۳؛ شیخ جواهری، *جواهرالکلام*، ج. ۴۳، صص. ۶۸ - ۶۹؛ سیدخوانساری، *جامع المدارک*، ج. ۷، صص. ۲۵۱ - ۲۵۲؛ محقق حلی، *تسریع الاسلام فی المسائل الحلال والحرام*، تحقیق سیدصادق شیرازی، استقلال، ۱۴۰۹ هـ، ج. ۴، ص. ۱۰۲۲.

۳. یحیی بن سعید الحلّی، *نزهة الناظر فی الجمع بین الأئمة والنظار*، صص. ۱۵۸ - ۱۵۹؛ «و من حذر غیره و رمی فلا قصاص علیه و لا دية لما رواه أحمد ابن محمد عن محمد بن إسماعیل بن بزيع عن محمد بن الفضیل عن أبی الصباح الكنانی عن أبی عبد الله علیه السلام قال: کان صبیان فی زمان علی علیه السلام یلعبون بأخطار لهم فرمی أحدهم بخطرہ فدق رباعیة صاحبه فرفع ذلك إلى أميرالمؤمنین علیه السلام فأقام الرامی البینة بأنه قال: حذار فأدراً أميرالمؤمنین علیه السلام القصاص ثم قال قد أعذر من حذر و هذا الخبر و إن ورد علی سبب خاص فی الصبیان فلفظه للعموم و هو قوله علیه السلام (قد أعذر من حذر) و لفظه (من) للعموم علی ما تقدم فی کتب أصول الفقه؛ فقها در مصادیق دیگر نیز از این قاعده استفاده کرده‌اند؛ سید خوبی، *مبانی تکملة المنهاج*، ج. ۲، صص. ۲۳۱ - ۲۳۳.

این کمینه انتظار نیز وجود دارد که اگر هم فعل زیانباری به وقوع پیوست، عامل زیان، پیش از وقوع ضرر، وقوع ضرر را به آگاهی زیان دیده محتمل برساند و او را از ضرر پیش رو برهاند. عدم اجابت این انتظار، خروج از رفتار متعارف است؛ ترک فعلی که با عنوان تقصیر، قابل تشخیص است. این نظر طرفدارانی نیز دارد. چنانکه برخی معتقدند که «برای شخصی که محیط خطرناک و مهلکی را ایجاد نموده و یا انجام فعالیتی خطرآفرین و حساس به او واگذار شده؛ مانند مسئول معدن یا متصدی عملیات انفجار، پیش‌بینی خسارات و صدمات ناشی از سهل‌انگاری و غفلت در هشدار و اخطار به دیگران برای او کاری آسان و بدیهی است. لذا در صورت لا قیدی و بی‌توجهی وی به این مهم، عمل او مصداقی از بی‌مبالاتی محسوب شده، در صورت بروز سانحه و صدمات جانی و مالی، می‌توان او را بر اساس ماده ۶۱۶ و تبصره ۳ ماده ۲۹۵ قانون مجازات اسلامی، تعقیب و محاکمه نمود»^۱. اما نکته در این است که این مبنا در صورتی به کار می‌رفت که در اصل مسئولیت عامل زیان تردید بود؛ در این صورت، برای اثبات مسئولیت عامل زیان، می‌شد که عدم هشدار را به معنای تقصیر دانسته و او را مسئول بدانیم.^۲ اما در فرضی که در تحقق مسئولیت عامل زیان

۱. صباح مشهدی، حمید، «بررسی و تبیین قاعده (تخذیر یا هشدار)»، مجله دادرسی، بهمن و اسفند ۱۳۸۵، ش. ۶۰، صص ۱۳ - ۱۹؛ فالاح، مهدی، «قاعده تخذیر در رویکرد فقهی و حقوقی»، مجله معرفت، مهر ۱۳۸۵، ش. ۱۰۶، صص ۱۴۷ - ۵۷.

۲. همچنان که در قراردادهای، نیز آنگاه که صحبت از لزوم اطلاع‌رسانی می‌شود، عدم اطلاع‌رسانی، خود تقصیر محسوب شده و مسئولیت فردی که در آگاهی بخشی، امساک ورزیده، بر همین مبنا، استوار می‌شود. توضیح بیشتر آنکه؛ آنچه در متن مورد بحث قرار می‌گیرد، فرضی است که قراردادی میان عامل زیان و زیان دیده وجود ندارد؛ با این حال، تعهد به اطلاع‌رسانی، در حوزه قراردادهای، نیز قابل طرح است. چنانکه این اعتقاد وجود دارد که وقتی يك طرف عقد از قدرت اطلاعاتی بیشتری نسبت به طرف دیگر برخوردار است، حق ندارد از ارائه اطلاعات به طرف دیگر خودداری کند و با استفاده از همین قدرت اطلاعاتی درصدد تحمیل شرایط به طرف دیگر باشد (Cheshire, fifoot, & furnstons, law of contract, fifteenth edition, oxford, 2007)؛ در همین راستا، تعهدی به دوش فرد مطلع قرار می‌گیرد. به عبارت دیگر، طرفی که به علت دسترسی به اطلاعاتی در مورد موضوع قرارداد و چگونگی به‌کارگیری آن و همچنین در مورد شرایط انعقاد قرارداد و اجرای آن از آگاهی بیشتری نسبت به طرف مقابل برخوردار بوده و به همین جهت دارای موضعی برتر در زمینه‌های مزبور می‌گردد، ملزم خواهد بود طرف دیگر را نسبت به اطلاعات مورد نیاز او در زمینه مطالب یادشده آگاه سازد؛ در کتب فقهی هم این مسئله در خیار عیب مطرح شده است. معمولاً هم اعتقاد بر این است که اگر مشتری از عیب مبیع مطلع نباشد، در حالی که بایع از آن آگاه است بایع وظیفه دارد ﴿۱۳۸﴾

تردید نباشد؛ در این صورت، عدم هشدار، شرط تحقق مسئولیت نیست؛ بلکه این «هشدار» است که مانعی برای تحقق مسئولیت خواهد بود.

ب - قاعده اقدام

اگرچه تکلیف به «عدم ایراد ضرر به غیر» به عنوان تکلیفی عام در نظر گرفته می شود اما با این حال، این نکته نیز امری پذیرفته شده است که زیان دیده باید به نحوی اقدام نماید که خسارات وارده به خود را دفع کند یا به حداقل برساند. در واقع، فرد خسارت دیده با عدم رفع یا دفع خسارت از خود، به ضرر خویش عمل کرده لذا نمی تواند خواستار جبران

که مشتری را آگاه نماید. در دروس شهید اول می خوانیم (ج. ۳، ص. ۲۸۷): «يجب على البائع الاعلام بالعيب الخفى على المشتري ان علمه البائع لتحريم الغش»؛ (در مقام بیان مبنای این نظر به روایتی نیز استناد شده است: ر.ک: علی بن بابویه، *فقه الرضا*، ص. ۲۵۰؛ شیخ صدوق، *الهدایه*، ص. ۳۱۳) صاحب جواهر هم به دلیل غش و تدلیس اعلام عیوب مخفی را واجب دانسته است؛ نجفی، (صاحب الجواهر)، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، ج. ۲۳، ص. ۲۴۶، دار إحياء التراث العربی، ج. ۷، بیروت؛ «و مقتضى هذه الروایه ... انه لا يشترط فى حرمه الغش كونه مما لا يعرف الا من قبل البائع فيجب الاعلام بالعيب غير الخفى الا ان تنزل الحرمة ... على ما اذا تعمد الغش برجاء التلبس على المشتري و عدم التفطن له فقصر المشتري و سامح فى الملاحظه ثم ان غش المسلم انما هو بيع المغشوش عليه مع جهله»؛ علامه حلی در قواعد الاحکام (ج. ۲، ص. ۱۷۴) بدون توجه به علم یا جهل مشتری می نویسد: «بینغی اعلام المشتري بالعیب او التبروء مفضلاً»؛ در حقوق کامن لا با توجه به مفاهیمی نظیر آزادی قراردادی و برابری قدرت متعاملین، اصل بر عدم تعهد متعاقدين به ارائه اطلاعات است؛ با این حال استثنائاتی بر این اصل وارد آمده است:

Paul h. richards, law of contract , pitman publishing, fourth edition , 1999, p167, Law of contract , janet o Sullivan & gonathan Hilliard , second edition , oxford , 2006, Edward j .murphy , kichard e. speidel , the foundation press ,1991 fourth edition p932, SIR William r. abson , principles of the English law of contract , nineteenth edition , oxford , 1947, p. 175.

برخی از نویسندگان نیز اظهار عقیده کرده اند که در قراردادی که یکی از طرفین از اطلاعاتی برخوردار است که برای دیگری قابل دسترسی نیست، ملزم است که هر چیزی را که حتی محتمل است که بر عقیده دیگری مؤثر باشد بیان دارد.

Law of contract , janet o Sullivan & gonathan Hilliard , second edition , oxford , 2006, P.212.

در حقوق ایران « ... سکوت فروشنده درباره عیب آشکار مبیع تدلیس نمی باشد؛ زیرا در قرارداد حفظ مصلحت هر طرف به عهده خود اوست و از هیچ کس نمی توان انتظار داشت که تمام اطلاعات مربوط به مزایا و عیوب کالایی را در اختیار طرف خود قرار دهد. ولی در حالتی که عیب پنهان است و با واری میعارف نمی توان به آن پی برد، این تکلیف اخلاقی وجود دارد که عیب پنهان بیان شود.»؛ کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج. ۵، ص. ۳۳۰.

خسارت خود شود. این تکلیف که در متون فقهی با عنوان قاعده اقدام یاد می‌شود،^۱ می‌تواند به‌عنوان مبنای قاعده مورد بحث تحلیل شود. توضیح بیشتر آنکه؛ فردی که به‌رغم هشدار عامل زیان و اطلاع از آن، با این حال، از موقعیت خطرناک خود اجتناب ننموده است، در واقع، به ضرر خویش «اقدام» کرده؛ لذا از این جهت نمی‌تواند خواهان جبران خسارت وارد به خود شود. به این ترتیب، قاعده تحذیر بیش از آنکه به‌عنوان قاعده‌ای مستقل قابل طرح باشد، خود از مصادیق قاعده اقدام قرار می‌گیرد.

مبحث دوم: شرایط قاعده

بند اول: هشدار

هشدار، مفهومی موضوعی است که با توجه به شرایط هر پرونده، مصادیق مختلفی می‌یابد. چنانکه در قضاوت حضرت امیرالمؤمنین امام علی (ع)، حذر در قالب فریاد یکی از خردسالان، تشخیص داده شد.^۲ بنابراین دلیلی برای تحدید هشدار به شکلی خاص وجود ندارد و شناخت آن را باید به عرف واگذار. در حقوق موضوعه نیز می‌توان مصادیقی از شیوه هشدار دید. چنانکه در ماده ۲۷ لایحه قانونی حفاظت فنی، مصوب ۱۳۳۶/۱/۱۱ آمده است: «کلیه کارگاه‌ها باید با وسایل کافی اعلام خطر مجهز شوند، به طوری که وقوف بر آن در همه جای محوطه کار مقدر گردد.» به‌هرروی، در تشخیص کفایت هشدار، باید مکان، زمان، هشداردهنده، هشدارگیرنده و البته موضوع خطر در نظر گرفته شود.

سوالی که مطرح می‌شود این است که آیا لازم است کسی که خود انجام‌دهنده فعل زیانبار است، نسبت به انجام هشدار اقدام نماید یا آنکه اگر ثالثی نیز با اطلاع از موقعیت زیانبار به زیان دیده محتمل اطلاع دهد از عامل زیان رفع مسئولیت خواهد شد؟ اگرچه عمدتاً در متون فقهی، به فرضی اشاره شده است که عامل زیان و هشداردهنده، یک

۱. برای دیدن مصادیقی از اجرای این قاعده در فقه؛ رک: طه‌وری، شیخ صادق، ج. ۲، ص. ۶۱۸ (در خیار غین)؛ سید خوبی، مصباح الفقاهه، ج. ۷، ص. ۷۵ (در غرر)؛ نائینی، مکاسب و البیع، ج. ۲، ص. ۱۴۴ (در معامله فضولی)؛ محقق بحرانی، الحدائق الناضرة، ج. ۲۲، ص. ۳۴۰ (در هبه).

۲. «ولو ثبت أنه قال: حذار! لم یضمن»؛ محقق حلی، شرایع الاسلام فی المسائل الحلال و الحرام، تحقیق شیرازی، سیدصادق، تهران، استقلال، ۱۴۰۹ ق، ج. ۴، ص. ۱۰۲۲.

شخص هستند یعنی عامل زیان، همان هشداردهنده است^۱ با این حال، برای نتیجه‌گیری دقیق‌تر، بهتر است به مبانی قاعده هشدار توجه کنیم. توضیح آن که اگر عدم هشدار به معنای خروج از رفتار متعارف و تقصیر قلمداد شود، در این صورت، تنها هشدار از جانب عامل زیان است که می‌تواند در رفع مسئولیت مؤثر واقع شود اما اگر عدم توجه به هشدار را به معنای اقدام زیان‌دیده به زیان خود ببینیم، فرقی نمی‌کند که هشدار از جانب عامل زیان صورت گرفته باشد یا شخص ثالثی؛ بلکه آنچه مهم است بی‌توجهی زیان‌دیده به هشدار است. با توجه به این که به‌نظر نگارنده، هشدار از آن جهت که مورد بی‌توجهی زیان‌دیده قرار می‌گیرد، در رفع مسئولیت عامل زیان، مؤثر است (قاعده اقدام)؛ بنابراین، اگر عامل هشدار، شخصی غیر از زیان‌دیده باشد نیز در رفع مسئولیت عامل زیان مؤثر خواهد شد. این نکته از یکی از احکام قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی (مصوب ۱۳۸۹/۱۲/۸) نیز قابل استنباط است. توضیح آن که براساس ماده ۲۶ این قانون: «در راه‌هایی که برای عبور عابران پیاده علائم، تجهیزات و مسیرهای ویژه اختصاص داده شده است عابران مکلف‌اند هنگام عبور از عرض یا طول سواره‌رو با توجه به علائم راهنمایی و رانندگی منصوبه در محل از نقاط خط‌کشی‌شده، گذرگاه‌های غیرهمسطح و مسیرهای ویژه استفاده نمایند هرگاه عابران به تکلیف مذکور عمل نمایند، در صورت تصادف با وسیله نقلیه، راننده مشروط به این که کلیه مقررات را رعایت نموده باشد و قادر به کنترل وسیله نقلیه و جلوگیری از تصادف یا ایجاد خسارت مادی و بدنی نباشد، مسئولیتی نخواهد داشت...». ملاحظه می‌شود که با آن که هشدار [قانونی است و] از جانب شخص ثالث (اداره راهنمایی و رانندگی)، صورت گرفته، مسئولیت راننده، مرتفع می‌شود.

بند دوم: وقوع ضرر یا فعل زیانبار بعد از هشدار

همان‌طور که می‌دانیم میان انجام فعل زیانبار و وقوع ضرر معمولاً فاصله وجود دارد.

۱. «و اذا مرّ رجل بين الرماء و بين الغرض فاصابه سهم و قد حدّره الرامى لم يضمن، و ان لم يحدّره و كان فى ملكه قد دخل عليه بغير اذنه فكذلك، و ان دخل عليه باذنه او كان فى غير ملكه و لم يحدّره كانت ديتة على عاقلته.»؛ عمادالدين المعروف الطوسى (ابن حمزه)، *الوسيلة الى نيل الفضيلة*، تحقيق محمد الحسون، قم، مكتبة السيد المرعشى، ۱۴۰۸ هـ، ص. ۴۲۵؛ ابن ادریس حلی، *السرائر*، قم، مؤسسه النشر الاسلامیه، ۱۴۱۰، ج. ۳، ص. ۳۶۲؛ فاضل الآبى (زين الدين يوسفى)، *كشف الرموز فى شرح المختصر المنافع*، تحقيق اشتهااردى و يزدى، قم، جامعة المدرّسين، ۱۴۱۰ هـ، ج. ۳، ص. ۶۱۷.

حال، این سؤال مطرح می‌شود که برای آنکه هشدار سبب رفع مسئولیت از فرد شود آیا لازم است پیش از وقوع فعل زیانبار انجام شود یا آنکه صرف هشدار پیش از وقوع ضرر نیز کارا است؟ از ظاهر برخی از نظرهای فقیهان می‌توان چنین برداشت نمود که آنچه مهم است انجام هشدار پیش از وقوع ضرر است نه فعل زیانبار.^۱ در واقعه‌ای که هم در مورد آن قضاوت شد، هشدار بعد وقوع فعل و پیش از وقوع ضرر انجام شده بود.^۲ اما به هر روی، همان‌طور که در بند چهارم همین مبحث، خواهیم دید، هشدار در زمانی می‌تواند کارساز باشد که زیان‌دیده فرصت کافی برای فرار از موقعیت ضرر بار داشته باشد. بنابراین، بیش از آنکه موضوع فوق مهم باشد، باید به امکان فرار زیان‌دیده از ضرر توجه کرد.

بند سوم: اطلاع از هشدار

بدیهی است صرف هشدار دادن از سوی عامل زیان نمی‌تواند عاملی موجه در رفع مسئولیت وی باشد؛^۳ بلکه منطقی است که زیان‌دیده از مفاد هشدار مطلع شود. برای همین، در متون فقهی به لزوم شنیدن هشدار عامل زیان توسط زیان‌دیده تصریح کرده‌اند.^۴ حال، اگر هر انسان متعارفی از هشدار مطلع شود اما به دلیل وضعیتی که زیان‌دیده دچار آن بوده، نتواند از هشدار، آگاه شود، آیا عامل زیان، همچنان مسئول خواهد بود یا خیر؟ برخی از فقها، به استناد اطلاق روایت اصل برائت و این نکته که در موضوع مورد بحث،

۱. ر.ک.: حلی، أبوالصلاح، *کافی فی التکلیف*، (الکافی؛ به کوشش رضا استادی)، مکتبه الامام امیرالمؤمنین (ع)، اصفهان، ص. ۴۰۳: «و لاضمان علی من حذر، و لادیه و لاقیمة و لا اُرش لما یهک بعد تحذیره.»

۲. شیخ طوسی، *نهایه*، ص. ۷۵۵.

۳. بنابراین در اطلاق کلام برخی از فقها باید تأمل کرد: «ولو قال الرامی: حذار! فلاضمان» (اگر رامی هشدار داده باشد مسئولیتی متوجهش نیست)؛ شهید اول، (محمد مکی عاملی)، *لمعة دمشقیة*، قم، دارالفکر، ۱۴۱۱ هـ.ق، ص. ۲۶۳.

۴. علامه حلی، *تحریر الأحکام*، ج. ۵، صص. ۵۳۴ - ۵۳۵: «إذ مر بین الرماة، فأصابه سهم فالذیة علی عاقلة الرامی، و لو ثبت أنه قال: حذار، فلاضمان مع السماع»؛ شهید ثانی، *شرح اللمعة*، ج. ۱۰، ص. ۱۲۰: «(فلاضمان) مع سماع المجنی علیه»؛ شیخ جواهری، *جواهر الکلام*، ج. ۴۳، صص. ۶۸ - ۶۹؛ علامه حلی (حسن بن یوسف)، *قواعد الاحکام*، تحقیق مؤسسه النشر الاسلامیه، قم، مؤسسه النشر الاسلامیه، ۱۴۱۳ هـ.ق، ج. ۳، ص. ۶۵۲: «و لو ثبت أنه قال: حذار! لم یضمن ان سماع المرمی و لم یعدل مع امکانه»؛ حلی، *ایضاح الفوائد*، ص. ۶۵۹.

عذر از جانب زیان‌دیده است نه عامل زیان، مسئولیت عامل زیان را منتفی دانسته‌اند. چنانکه برخی از فقها، حتی در زمانی که مصدوم مشکل شنوایی دارد باز هم هشداردهنده را ضامن ندانسته‌اند.^۱ اما حقیقت آن است که دلیل واقعی رفع مسئولیت از عامل زیانی که هشدار داده است، اقدام زیان‌دیده به زیان خود است؛ حال، این سؤال مطرح می‌شود که چگونه می‌توان این مبنا را در خصوص فردی جاری ساخت که از هشدار، مطلع نشده است؟ بنابراین به نظر می‌رسد؛ تنها هشدار، کافی نبوده و می‌باید اطلاع زیان‌دیده را نیز از مفاد هشدار، شرط دانست.^۲ با این حال، از احکام برخی مقررات خاص، این‌گونه برمی‌آید که کافی است که هشدار، به نحوی باشد که نوعاً، اطلاع از آن میسر باشد. چنانکه در ماده ۲۳ آیین‌نامه علایم ایمنی در کارگاه‌ها^۳ می‌خوانیم: «کلیه تابلوهای علایم ایمنی باید در محلی نصب شوند که در هر موقع از شبانه‌روز برای کارگران و افراد در معرض خطر، به سهولت قابل دید باشند.»^۴

بند چهارم: امکان فرار از موقعیت خطرناک

در صورتی که هشدار توسط عامل زیان داده شود و زیان‌دیده نیز از آن مطلع شود اما

۱. «من قال: حذار! لم یضمن. فلو فرض ان المقول له كانت به آفة فلم یسمع و القائل لم یعلم بالآفة فما الحكم؟ أفتنا - رحمک الله - الجواب: «لا ضمان هذا، علی اقوی الاحتمالین لعموم من قال حذار لم یضمن ولاصالة البرائة و لان العذر من المجنی علیه.»؛ ابن فهد حلی، *الرسائل العشر*، تحقیق سیدمهدی روحانی، قم، مرعشی نجفی، ۱۴۰۹ ق، ص. ۳۹؛ شهید ثانی، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، تحقیق محمّد کلانتر، قم، داوری، ۱۴۱۰ هـ، ج. ۱۰، ص ۱۲۰؛ محقق اردبیلی، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح الالذهان*، تحقیق اشتهدادی و عراقی و یزدی، قم، جامعه المدرّسین، ۱۴۰۴ هـ، ج. ۱۴، ص. ۲۴۳؛ شیخ حرّ عاملی، *وسائل الشیعه*، تحقیق محمّد رازی، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ج. ۲۹، ص. ۶۹؛ سیدابوالقاسم موسوی الخوئی، *مبانی تکملة المنهاج*، قم، دارالهادی، ۱۳۹۶ ق، ج. ۲، ص. ۲۳۲.

۲. علامه حلی (حسن بن یوسف)، *قواعد الاحکام*، تحقیق مؤسسه النشر الاسلامیه، قم، مؤسسه النشر الاسلامیه، ۱۴۱۳ هـ، ج. ۳، ص. ۶۵۲: «و لو ثبت انه قال: حذار! لم یضمن ان سماع المرمی و لم یعدل مع امکانه.»

۳. این آیین‌نامه مشتمل بر ۶۰ ماده و ۱۸ تبصره و به استناد مواد ۸۵ و ۹۱ قانون کار جمهوری اسلامی ایران در جلسه مورخ ۱۳۸۶/۵/۳۱ شورای عالی حفاظت فنی مورد تأیید و در تاریخ ۱۳۸۶/۱۱/۱۵ به تصویب وزیر کار و امور اجتماعی رسیده است.

۴. *ماده (۷۷) آیین‌نامه و مقررات حفاظت در مقابل خطر پرتوهای یون‌ساز*: «کلیه کارگاه‌ها باید متناسب با نوع عملیاتی که در آنها انجام می‌شود، به وسیله علائم خطری که به آسانی قابل تشخیص باشد، مشخص گردند.»

امکان فرار از موقعیت خطرناک را نداشته باشد آیا همچنان می‌توان به صرف هشدار، عامل زیان را از مسئولیت معاف دانست؟ برخی از فقها، بر این اعتقادند که هشدار باید در زمانی داده شود که امکان رهایی فرد وجود داشته باشد؛ در غیراین صورت، مسئولیت عامل زیان باقی خواهد بود.^۱ در این خصوص نیز باید به شرایط خاص گیرنده هشدار (از حیث توانایی جسمی و عقلی)، موقعیت وی و میزان زمان در اختیار وی توجه کرده و متناسب با این شرایط امکان یا عدم امکان دور شدن وی از صحنه خطر و اجتناب از آن را سنجید. تأکید می‌شود؛ در حقوق امروز نیز ماده ۲۶ آیین‌نامه علایم ایمنی در کارگاه‌ها مقرر می‌دارد: «تابلوهای علایم ایمنی باید تا حد ممکن نزدیک به خطرات مربوطه و در فاصله مشاهده ایمن نصب گردند، به نحوی که مخاطب فرصت انجام عکس‌العمل و اقدام مناسب را داشته باشد.» و در ماده ۲۸ همان آیین‌نامه نیز مقرر شده است: «تابلوهای علایم ایمنی بایستی در معابر و گذرگاه‌های منتهی به محل خطر به‌طور مطمئن نصب شوند تا افراد قبل از ورود به محل خطرناک و مواجهه با آن از وجود خطر احتمالی مطلع شده و اقدامات احتیاطی و پیشگیرانه را به انجام رسانند.»

مبحث سوم: آثار قاعده

هرچند در روایات تنها از نفی «قصاص» سخن گفته شده است^۲ اما در تفاسیر فقهی، مراد معصوم (ع) از نفی قصاص، نفی «دیه» و «ارش» نیز دانسته شده است.^۳ البته اگرچه

۱. شهیدثانی، شرح اللمعه، ج. ۱۰، ص. ۱۲۰: «و لو لم یقل: حذار، أو قالها فی وقت لا یتمکن المرمی من الحذر، أو لم یسمع فالذیة علی عاقلة الرامی»؛ محقق اردبیلی، مجمع الفائده، ج. ۱۴، صص. ۲۴۳ - ۲۴۵: «ولکن هذا إنما یكون إذا لم یکن حذر الرامی ذلک الشخص بأن قال: احذر و نحوه أو حذره ولکن ما سمعه أو سمع المقتول ولکن ما تمکن من الحذر وقت السماع. و إن تمکن فلیس علی عاقلة الرامی شیء ایضا، لأنه قد حذر و کان المقتول متمکنا فصار معذورا.»؛ فاضل هندی، کشف اللثام، ج. ۱۱، ص. ۲۵۲: «و لو ثبت أنه قال: حذار، لم یضمن إن لم یقصد و سمع المرمی و لم یعدل عن الطریق مع امکانه و کماله بالعقل و البلوغ»؛ طباطبائی، سید علی، ریاض المسائل، ج. ۱۴، ص. ۱۱۶.

۲. قاضی ابن براج، مهذب، ج. ۲، ص. ۵۱۵.

۳. أبوالصلاح حلبی، کافی حلبی، ص. ۴۰۳: «و لاضمان علی منحذر، و لا ذیة و لا قیمة و لا أرش لما یهلك بعد تحذیره»؛ عمادالدین المعروف الطوسی، التهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی، قم، دارالاندلس، ص. ۷۵۵؛ قاضی ابن براج، مهذب، ج. ۲، ص. ۵۱۵؛ حلبی، ابن ادریس، سوانر، ج. ۳، ص. ۳۶۲؛ محقق حلبی، شرائع الإسلام، ج. ۴، ص. ۱۰۲۲؛ محقق اردبیلی، مجمع الفائده، ج. ۱۴، شرح ۲۴۳ - ۲۴۵: «و قبل عذره فصار معذورا فی الشرع فلا یقتضی فعله الذیة علی عاقلته ایضا لو قتل به شخص»؛ مروارید، علی أصغر، النیایع الفقهیه، ج. ۲۴، ص. ۱۰۳.

با توجه به این که در حقوق امروز، مسئولیت مدنی از مسئولیت کیفری مستقل شده و از یکدیگر، تبعیت نمی‌کند، پذیرفتن این نظر، دشوار است؛ با این حال، در حقوق امروز، نیز، مصادیقی از نفی مسئولیت مدنی می‌توان سراغ گرفت. برای مثال، براساس ماده ۹۵ ق.ک.؛ «مسئولیت اجرای مقررات و ضوابط فنی و بهداشت کار بر عهده کارفرما یا مسئولیت واحدهای موضوع ذکر شده در ماده ۸۵ این قانون خواهد بود. هرگاه بر اثر عدم رعایت مقررات مذکور از سوی کارفرما یا مسئولیت واحد حادثه‌ای رخ دهد، شخص کارفرما یا مسئول مذکور از نظر کیفری و حقوقی و نیز مجازات‌های مندرج در این قانون مسئول است.» از طرف دیگر، به موجب ماده ۵۴ آیین‌نامه علائم؛ «کلیه کارگران موظف به حفظ و نگهداری از علائم ایمنی تهیه شده توسط کارفرما در حیطه وظایف و مسئولیت‌های خویش می‌باشند.» حال اگر کارفرما برای حفاظت فنی و بهداشت کار وسایل و امکانات لازم از جمله علائم ایمنی و هشدار را در اختیار کارگر قرار داده باشد و کارگر با وجود آموزش‌های لازم و تذکرات قبلی، بدون توجه به دستورالعمل و مقررات جاری، از آن‌ها استفاده ننماید، به موجب تبصره ۲ ماده ۸۵ ق.ک.، کارفرما مسئولیتی نخواهد داشت.

حال، این سؤال مطرح می‌شود که آیا اشخاصی که به تبع مسئول اصلی، دچار مسئولیت می‌شوند نیز همچنان مسئولیت خواهند داشت و یا آن که مسئولیت آن‌ها نیز منتفی است. در فقه، این مسئله در خصوص عاقله مورد بحث واقع شده و عمدتاً هم این اعتقاد وجود دارد که با رفع مسئولیت از مسئول اصلی (برای مثال، اطفال) مسئولیت آن‌ها نیز منتفی خواهد شد.^۱ در خصوص بیمه نیز می‌توان به حکم ماده ۲۶ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی اشاره کرد. براساس این ماده؛ «در راه‌هایی که برای عبور عابران پیاده علائم، تجهیزات و مسیرهای ویژه اختصاص داده شده است عابران مکلف‌اند هنگام عبور از عرض یا طول

۱. شیخ جواهری، *جواهرالکلام*، ج. ۴۳، صص. ۶۸ - ۶۹. «و اذا مرّ رجل بین الرماء و بین الغرض فاصابه سهم و قد حدّره الرامی لم یضمن، و ان لم یحدّره و کان فی ملکه قد دخل علیه بغیر اذنه فکذلک، و ان دخل علیه باذنه او کان فی غیر ملکه و لم یحدّره کانت دیتة علی عاقلته.» عمادالدین المعروف الطوسی (ابن حمزه)، *الوسیلة الی نیل الفضیلة*، تحقیق محمد الحسون، قم، مکتبة السید المرعشی، ۱۴۰۸ هـ.ق، ص. ۴۲۵.

سواره‌رو با توجه به علائم راهنمایی و رانندگی منصوبه در محل از نقاط خط‌کشی شده، گذرگاه‌های غیرهمسطح و مسیرهای ویژه استفاده نمایند. هرگاه عابران به تکلیف مذکور عمل ننمایند، در صورت تصادف با وسیله نقلیه، راننده مشروط به این که کلیه مقررات را رعایت نموده باشد و قادر به کنترل وسیله نقلیه و جلوگیری از تصادف یا ایجاد خسارت مادی و بدنی نباشد، مسئولیتی نخواهد داشت. عدم مسئولیت راننده مانع استفاده مصدوم یا وراث متوفی از مزایای بیمه نخواهد شد و شرکت بیمه با ارائه قرار منع تعقیب یا حکم برائت راننده ملزم به اجرای تعهدات موضوع بیمه‌نامه به مصدوم یا وراث متوفی خواهد بود. چنانچه وسیله نقلیه بیمه نباشد، دیه عابر از صندوق موضوع قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث مصوب ۱۳۴۷/۱۰/۲۳ پرداخت می‌شود...» به این ترتیب و به‌رغم رفع مسئولیت از عامل زیان، بیمه همچنان متعهد به جبران خسارت خواهد بود.

نتیجه:

پذیرفتن صرف هشدار، به‌عنوان قاعده‌ای مستقل برای رفع مسئولیت مدنی هشداردهنده، دشوار است؛ در این مقاله، نیز در همین مسیر، به قاعده فوق نگریسته و از آن، نه به‌عنوان قاعده‌ای مستقل؛ بلکه به‌عنوان فرعی بر قاعده اقدام، یاد شد.

منابع:

الف - فارسی:

۱. صباح مشهدی، حمید، «بررسی و تبیین قاعده: (تحدیر یا هشدار)»، مجله دادرسی، بهمن و اسفند ۱۳۸۵، ش. ۶۰.
۲. فلاح، مهدی، «قاعده تحدیر در رویکرد فقهی و حقوقی»، مجله معرفت، مهر ۱۳۸۵، ش. ۱۰۶.
۳. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج. ۵، شرکت سهامی انتشار، چ. ۶، ۱۳۸۳.
۴. محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه، ج. ۵، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۷۴، ج. ۲.

ب - عربی:

۱. الآبی، فاضل، کشف الرموز فی شرح المختصر المنافع، تحقیق اشتهااردی و یزدی، قم، جامعة المدرّسین، ۱۴۱۰ هـ، ج. ۳.
۲. قاضی ابن براج، المهدب، ج. ۲، علمیه، بی تا.
۳. ابن حمزه، الوسيلة الی نیل الفضیله، تحقیق محمد الحسون، قم، مکتبة السید المرعشی، ۱۴۰۸.
۴. اردبیلی، محقق، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح الاذهان، تحقیق اشتهااردی و عراقی و یزدی، قم، جامعة المدرّسین، ۱۴۰۴ هـ، ج. ۱۴.
۵. حلّی، ابن ادريس، السرائر، قم، مؤسسة النشر الاسلامیه، ۱۴۱۰، ج. ۳.
۶. حلّی، ابن فهد، الرسائل العشر، تحقیق سیدمهدی روحانی، قم، مرعشی نجفی، ۱۴۰۹ هـ.
۷. حلّی، علامه، حسن بن یوسف، قواعد الاحکام، تحقیق مؤسسة النشر الاسلامیه، قم، مؤسسة النشر الاسلامیه، ۱۴۱۳ هـ، ج. ۳.

۸. حلی، محقق، *شرایع الاسلام فی المسائل الحلال و الحرام*، تحقیق سیدصادق شیرازی، تهران، استقلال، ۱۴۰۹ هـ.ق.، ج. ۴.
۹. حلی، نجم الدین جعفر بن حسن، *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، ج. ۴، مؤسسه اسماعیلیان، چ. ۲، ۱۴۰۸ هـ.ق.
۱۰. خوانساری، *جامع المدارک*، ج. ۷، مکتبه صدوق، چ. ۲، ۱۴۰۵ هـ.ق.
۱۱. شریف رضی، *خصائص الائمه*، تحقیق محمدهادی امینی، مشهد، مجمع البحوث الاسلامیه، ۱۴۰۶ هـ.ق.
۱۲. شهید اول، *لمعه دمشقیه*، قم، دارالفکر، ۱۴۱۱ هـ.ق.
۱۳. شهید ثانی، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة دمشقیه*، تحقیق محمد کلانتر، قم، داوری، ۱۴۱۰ هـ.ق.، ج. ۱۰.
۱۴. طباطبایی، سید علی، *ریاض المسائل*، ج. ۱۴، مؤسسه نشر اسلامی، چ. اول، ۱۴۲۰ هـ.ق.
۱۵. طوسی، *النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی*، قم، دارالاندلس.
۱۶. عاملی، شیخ حر، *وسائل الشیعه*، تحقیق محمد رازی، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ج. ۲۹.
۱۷. کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب، *الکافی*، ج. ۷، دارالکتب الإسلامیه، چ. ۴، ۱۴۰۷ هـ.ق.
۱۸. مفید، *المقنعه*، چ. ۲، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۰ هـ.ق.
۱۹. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، *مبانی تکملة المنهاج*، قم، دارالهادی، ۱۳۹۶ هـ.ق.، ج. ۲.
۲۰. نوری، میرزا، *مستدرک الوسائل*، ج. ۱۸، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لإحیاء التراث، چ. ۲، ۱۴۰۸ هـ.ق.
۲۱. نجفی، شیخ هادی، *موسوعة أحادیث أهل البيت (ع)*، ج. ۹.
۲۲. نجفی (صاحب الجواهر)، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، ج. ۲۳، داراحیاء التراث العربی، چ. ۷.

بحثی کوتاه در خصوص

تکلیف موضوع بند ۱۵۲ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی

تاریخ دریافت: ۱۳۹۰/۷/۲

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۰/۷/۱۷

محمد عظیمیان*

مقدمه:

بند ۱۵۲ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی با عنوان «اقرار به وصول یا انتقال صداق» چنین تبیین گردیده است: «در کلیه موارد انتقال صداق و نیز در مورد اقرار به وصول صداق که در غیر دفتر ازدواج مربوطه صورت می‌گیرد باید بدو بقای حق زوجه از دفتر ازدواج مربوطه استعلام شود. همچنین است در مورد ثبت طلاق خلع و مبارات که پس از ثبت انتقال به شرح بالا مراتب بایستی ظرف ۲۴ ساعت به دفتر ازدواج مربوطه اعلام و رسید اخذ شود».

مطابق این بند بخشنامه‌های ثبتی، تنظیم سند «انتقال صداق» یا «اقرار به وصول مهریه» در دفاتر اسناد رسمی، مستلزم استعلام بقای حق زوجه از دفتر تنظیم‌کننده سند ازدواج می‌باشد و ظاهراً ثبت این‌گونه اسناد بدون استعلام مربوطه، مصداق تخلف موضوع ردیف هشتم از بند «ج» ماده ۲۹ آیین‌نامه قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران (تنظیم سند برخلاف مقررات و بخشنامه‌ها و دستورالعمل‌ها) بوده که با توجه به تصویب مقررات جدید در این یادداشت مورد نقد و بررسی قرار می‌گیرد.

الف - صداق یا مهریه

مهر، مالی است که زن بر اثر ازدواج مالک آن می‌گردد و مرد ملزم به دادن آن به زن

* نویسنده‌مسئول؛ سردفتر دفتر اسناد رسمی شماره ۶۴۸ تهران، عضو کمیسیون حقوقی کانون سردفتران و دفتریاران و هیئت تحریریه ماهنامه «کانون».

می‌شود.^۱ و مطابق ماده ۱۰۷۸ ق.م.؛ «هرچیزی را که مالیت داشته و قابل تملک نیز باشد می‌توان مهر قرار داد». بدین ترتیب با تصریح قانون‌گذار به مالیت داشتن مهر و تقسیم مال به؛ ۱ - عین معین؛ مانند خانه، زمین، باغ، اتومبیل. ۲ - منفعت؛ مانند سکونت در خانه‌ای معین یا تعیین اجاره‌بهای آپارتمانی برای مدت معین به‌عنوان مهریه. ۳ - عمل؛ همچون تعلیم زبان انگلیسی یا ساختن خانه‌ای معین. ۴ - حق؛ اعم از حق دینی مانند حقی که به‌نفع زن از طرف شوهر ایجاد می‌شود (چنانکه شوهر تعهد می‌کند تعداد چهارده سکه تمام بهار آزادی بابت مهر به زن بدهد) یا طلبی که شوهر از شخص ثالث دارد و حق عینی (مانند حق انتفاع و حق ارتفاق) و حق خیار، می‌توان اذعان نمود که تعیین هر یک از عناوین چهارگانه اموال به‌عنوان مهریه، باعث ترتب آثار حقوقی مشترکی از جمله مالکیت زن به مجرد وقوع عقد ازدواج بر تمامی مهریه می‌گردد. هرچند مطابق آمار، اکثر مهریه مورد توافق زوجین در سال‌های اخیر، از جنس حق دینی می‌باشد که نظر به فرد غالب و شایع آن و ارتباط تنگاتنگ اقرار به وصول مهریه موضوع بند ۱۵۲ م.ب.ث. با مهریه‌ای که به‌صورت دین بر ذمه زوج می‌باشد، صدق مورد بحث در این مجال، ناظر به تعهد زوج به پرداخت مبلغی پول یا سکه طلا به‌صورت عندالمطالبه می‌باشد.

ب - طرق مختلف تأدیه مهریه

۱ - اقرار به وصول مهریه (ایفای تعهد)

وفق ماده ۱۲۵۹ ق.م.؛ «اقرار عبارت از اخبار به حقی است برای غیر بر ضرر خود». اعلام زوج به مبنی بر وصول تمام یا قسمتی از مهریه مندرج در سند نکاحیه تنظیمی در دفتر ازدواج اعم از این که عین مهریه تحویل گردیده یا مثل آن یا کمتر از مهریه و یا حتی در صورتی که در واقع مهریه‌ای تأدیه نگردیده، مصداق اخبار به حقی برای زوج و به ضرر خود می‌باشد که طبق صریح ماده ۱۲۷۷ ق.م. انکار بعد از آن، مسموع نمی‌باشد مگر این که مقرر (زوجه) مدعی شود که اقرار او در مقابل سند رسمی یا عادی یا حواله یا برات یا چک یا فته‌طلبی بوده است که طرف (زوج) به او داده و حواله یا برات یا چک یا فته‌طلب پرداخت نگردیده است. در این صورت، دعوی زوجه قابل رسیدگی در محاکم قضایی خواهد بود ولی تا زمانی که دعوی

۱. صفایی، سیدحسین؛ امامی، اسداله، حقوق خانواده، ج. اول، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۲، ص. ۱۹۳.

مذکور اثبات نگردیده است، مضر به اقرار نخواهد گردید. (رک: مواد ۷۰ ق.ت. و ۱۳۷۷ ق.م.)
 قاعدتاً زوجه زمانی اقرار به وصول مهریه می‌نماید که مهریه تأدیه گردیده باشد، یعنی ابتدا زوج یا شخص ثالث (حتی بدون اذن زوج) نسبت به پرداخت مهریه در حق زوجه اقدام و سپس زوجه مراتب وصول مهریه را اظهار می‌نماید. به عبارت دیگر، بدواً طرف اول نسبت به ایفای تعهد که تأدیه مهریه است، مبادرت ورزیده و بعد از آن طرف دوم (زوجه) اقرار به وصول مهریه خواهد نمود.

در این فرض، ممکن است زوج وفای به عهد کند (بند یک ماده ۲۶۴ ق.م.) یا دین از جانب غیرمدیون ایفا گردد. در حالت اخیر، ممکن است تأدیه‌کننده دین، مأذون از طرف مدیون باشد و ممکن است بدون اذن مدیون مبادرت به ایفای دین زوج نماید که در شق اخیر مطابق ماده ۲۶۷ ق.م. پرداخت‌کننده حق رجوع به مدیون (زوج) را ندارد.

در تمامی فروض فوق، متعاقب تأدیه دین و وفای به عهد، تعهدات مدیون ساقط می‌گردد. سقوط تعهد نیز زمانی معنی پیدا می‌کند که وجود تعهدی اثبات گردد و در مانحن‌فیه که زوجه درصدد تنظیم سند اقرار به وصول مهریه است، زوج یا ثالث مأذون قطعاً از وجود یا نبود حق زوجه مطلع می‌باشند. ثالث غیرمأذون نیز بر فرض سقوط حق زوجه قبل از اقرار به لحاظ نبود اذن زوج، اقدام علیه خود نموده و حق رجوع به مدیون را ندارد. پس، استعلام بقای حق زوجه قبل از ادای دین و تنظیم سند اقرار چه دلیلی می‌تواند داشته باشد؟

۲ - ابراء ذمه زوج

ابراء در اصطلاح حقوقی در ماده ۲۸۹ ق.م. چنین تعریف شده است: «ابراء عبارت از این است که داین از حق خود به اختیار صرف‌نظر کند». ابراء نوعی عمل حقوقی یک‌طرفه و ایقاع است که تحقق آن نیازی به اراده مدیون ندارد و اراده داین به‌تنهایی در تحقق آن مؤثر است. علت ابراء را ممکن است امور معنوی نظیر جلب عواطف مدیون یا انجام عمل نیک یا هر انگیزه دیگر بدانیم که به هر حال از چنان قوتی برخوردار است که باعث می‌شود طلبکار به‌جای این که طلب خود را وصول کند یا مورد انتقال قرار دهد، موجب سقوط تعهد و آزادی ذمه مدیون گردد.

موضوع ابراء همواره کلی و عبارت از دینی است که در ذمه مدیون قرار دارد؛ مانند: یکصد میلیون ریال، یکصد سکه تمام بهار آزادی، ده تن برنج و ... که به دلیل محسوب شدن ابراء این گونه دیون در شمار اسباب سقوط تعهدات وفق بند ۳ ماده ۲۶۴ ق.م.پس از وقوع آن طلبکار نمی‌تواند از ابراء، رجوع و طلب خود را مطالبه نماید.

ابراء ذمه زوج از مهریه موضوع سند نکاحیه که به صورت دین در تعهد شوهر می‌باشد ضمن سقوط تعهد زوج، حق رجوع زوجه به طلب را ساقط و اشتغال مجدد ذمه زوج را بدون سبب جدید غیرممکن می‌سازد. برخلاف اقرار به وصول که اقرارکننده می‌تواند وفق ماده ۱۲۷۷ ق.م.و ۷۰ ق.ث. با اثبات این که اقرار به گرفتن وجه، در مقابل سند یا حواله یا چک یا برات یا سفته‌ای بوده که وصول نشده است، اقرار خود را بی‌اثر سازد. مضافاً «اقرار» از ادله اثبات دعوی و اخبار به وصول طلب، ولی «ابراء» از اسباب سقوط تعهدات و انشای صرف نظر کردن از حق است و بنابراین وجود تفاوت ماهیتی در این دو عنوان و عمل حقوقی، غیرقابل تردید است.

۳- انتقال صدق (هبه طلب)

در تعریف مال موضوع صدق و تقسیمات حق به حق عینی و حق دینی، تعهد زوج به تأدیه مبلغی معین یا تعدادی سکه به عنوان مهریه در حق زوجه، در شمار حق دینی، مورد اشاره قرار گرفت. حق دینی یا طلب به دارنده آن اختیار می‌دهد تا از کسی که این حق به زیان اوست انتقال مال، یا انجام دادن فعل معین یا ترک فعل معین را بخواهد.^۱ مهریه نیز از این قاعده مستثنا نیست و مطابق عمومات قانون، تبصره الحاقی به ماده ۱۰۸۲ و ماده ۱۰۸۵ ق.م.پس، مهریه می‌تواند مؤجل و بر ذمه زوج تعیین و مورد توافق قرار گیرد. در این صورت، انتقال آن به مدیون (زوج) یا شخص ثالث، از دیگر طرق سقوط تعهد زوج نسبت به مهریه مافی‌الذمه است.

انتقال طلب به مدیون تحت عنوان «هبه طلب» در ماده ۸۰۶ ق.م.پس مورد لحوق حکم و تصدیق قانون گذار قرار گرفته است. عمل حقوقی منظور، عقد است و پس از تحقق آن و

۱. برای دیدن تقسیمات مال؛ رک: جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق اموال، انتشارات مشعل آزادی، ۱۳۵۶، صص. ۱۷۳ - ۳۴.

انتقال طلب به مدیون، دین از جهت مالکیت مافی‌الذمه ساقط می‌گردد. شایان ذکر است؛ هرچند نتیجه نهایی دو عمل حقوقی «ابراء» و «هبه طلب» سقوط تعهد می‌باشد اما نباید این دو عنوان حقوقی را یکی پنداشت. چرا که درست است، پس از انتقال طلب به مدیون، چون هیچ‌کس نمی‌تواند طلبکار از خود باشد؛ نتیجه جمع شدن دو صفت طلبکار و بدهکار در یک شخص، سقوط دین است (ماده ۳۰۰ ق.م.ا) لیکن برخلاف «ابراء»، این سقوط، مقصود طرفین نیست. آنچه در هبه دین موضوع انشاء قرار می‌گیرد، انتقال حقی است که واهب بر مدیون به‌عنوان جزئی از دارایی خود دارد، در حالی که ابراء به‌طور مستقیم ناظر به سقوط این حق است.^۱

مبنای قانونی انتقال طلب به شخص ثالث، بند ۳ ماده ۲۹۲ ق.م.ا است که مطابق آن «تبدیل تعهد در موارد ذیل حاصل می‌شود: ۱ - ... ۲ - ... ۳ - وقتی که متعهد که مافی‌الذمه متعهد را به کسی دیگر منتقل نماید». در این فرض سلطه طلبکار بر ذمه مدیون خویش به شخص ثالث واگذار و با تسلیم سند طلب به متبهب، دین به قبض او داده می‌شود. این عمل حقوقی نیز هبه است، لیکن به‌نظر می‌آید برخلاف حالت قبلی (هبه طلب به مدیون) که با تحقق هبه و تملیک دین به مدیون، موضوع آن از بین رفته و در حکم تلف مال موهوبه است و نتیجتاً قابل رجوع نمی‌باشد، هبه طلب به شخص ثالث به‌لحاظ بقای آن قابلیت رجوع دارد مگر این‌که حق رجوع به‌وجه ملزومی از واهب سلب گردیده باشد.^۲ و^۳

ب - مبنا و جایگاه بخشنامه

هرچند بند ۱۵۲ م.ب.ث. جایگزین بند ۲۲۱ م.ب.ث. تا آخر سال ۱۳۴۹ و قبل از تدوین و تصویب قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، وضع گردیده است اما مطابق عموماً

۱. برای مطالعه سایر تفاوت‌ها؛ ر.ک: اقبالی درخشان، محمد حنیفه، و عظیمیان، محمد، «کاهش و افزایش مهر در نکاح»، ماهنامه «کانون»، کانون سردفتران و دفتریاران، دوره دوم، سال پنجاهم، ش. ۸۷، ص. ۳۹.
 ۲. «حق رجوع در هبه از قواعد آمره است و قابل اسقاط نیست»؛ جعفری لنگرودی، همان، ص. ۱۱۵.
 ۳. توضیح نگارنده: ممکن است از عنوان «بذل مهریه» برای سقوط تعهد زوج استفاده گردد که رعایت نکات ذیل در به‌کارگیری این عبارت الزامی است: الف - واضح عبارت «بذل» شارع است معنی عبارت دارای حقیقت شرعی و ناظر به اباحه در طلاق خلع و مبارات است. ب - «بذل» ایقاع است و قابل رجوع برخلاف هبه طلب که عقد است و غیرقابل رجوع. ج - حق رجوع زوجه به مابذل در خلع و مبارات از قواعد آمره است و قابل اسقاط نیست.

قوانین و مبانی حقوق و تأکیداً اصول قانون اساسی؛ ایجاد حق و تکلیف از اختصاصات قانون‌گذار است و تعیین مصادیق آن در هر مورد نیاز به تصویب قانون دارد. مقامات ذیصلاح در وضع آیین‌نامه و بخشنامه به منظور تسهیل اجرای قوانین با رعایت اصل تطبیق مصوبات با قانون، مجاز به تدوین آیین‌نامه یا بخشنامه می‌گردند و هرگونه آیین‌نامه یا بخشنامه خلاف قانون علاوه بر حق ابطال آن توسط رئیس مجلس شورای اسلامی (در مورد آیین‌نامه‌ها طبق قانون نحوه اجرای اصل ۱۳۸ ق.ا.)، در دیوان عدالت اداری نیز قابل شکایت و ابطال می‌باشد.

با این ترتیب، ایجاد هرگونه تکلیف از جمله تکلیف استعمال بقای حق زوجه از دفتر ازدواج مربوطه قبل از تنظیم سند اقرار به وصول مهریه، نیاز به مبنای قانونی دارد و در صورت نبود مبنای قانونی، اجبار اشخاص به اخذ گواهی مربوطه و الزام دفاتر اسناد رسمی به رعایت آن، موجه به نظر نمی‌رسد.

در بررسی‌های به عمل آمده، نه این که مبنای قانونی برای وضع بند ۱۵۲ م.ب.ث. یافت نگردید، بلکه اجرای آن با عنایت به اصلاح قوانین، در حال حاضر، از هیچ منطق و توجیهی برخوردار نیست. به عبارت واضح‌تر، ایجاد تکلیف استعمال بقای حق زوجه حداقل باید واجد ثمره‌ای باشد تا در شمار قواعد (هرچند بی‌مبنا ولی) بی‌اثر و بی‌فایده قرار نگیرد. اما به هر حال توجه به قسمت اصلی بخشنامه «... و نیز در مورد اقرار به وصول صدقاتی که در غیر دفتر ازدواج مربوطه صورت می‌گیرد باید بدو بقای حق زوجه از دفتر ازدواج مربوطه استعمال شود...» در کیفیت تنظیم اقرارنامه این فروض متبادر به ذهن می‌شود:

- ۱ - زوجه بدون حضور زوج قصد تنظیم سند اقرار به وصول مهریه را دارد.
- ۲ - زوجه با حضور زوج قصد تنظیم سند اقرار به وصول مهریه را دارد.
- ۳ - زوجه با حضور شخص مأذون از طرف زوج قصد تنظیم سند اقرار به وصول مهریه را دارد.
- ۴ - زوجه با حضور شخص غیرمأذون از طرف زوج قصد تنظیم سند اقرار به وصول مهریه را دارد.

در فرض نخست، اعم از این که حقی برای زوجه باقی بوده یا به هر دلیل تعهد زوج نسبت به مهریه ساقط گردیده باشد، اقرار زوجه وفق ماده ۱۲۵۹ ق.م. نافذ و استعمال از دفتر ازدواج مربوطه با هر نوع پاسخ، تأثیری در نفوذ اقرار ندارد. یعنی اگر زوجه مهریه را طلبکار باشد و حتی برای وصول آن اجرائیه صادر شده باشد یا این که قبلاً وصول کرده یا ذمه زوج را ابراء نموده باشد، اقرار به وصول مهریه صحیح بوده و استعمال از دفتر ازدواج در این اقرار، بی تأثیر است.^۱

در فرض دوم، متعهد و مدیون که قطعاً بهتر از هر شخصی از وجود دین و میزان آن آگاهی دارد، قصد دارد با ایفای تعهد، تصدیق زوجه را مبنی بر وصول مبلغ دین (مهریه) اخذ نماید، آیا احاله نمودن تعیین بقای دین مدیون (یا حق زوجه) به شخصی به جز طرفین تعهد، منطقی و قابل توجیه است.

در فرض سوم، زوج با اطلاع کامل از میزان دین، به ثالث، اذن پرداخت مهریه در حق زوجه را می‌دهد، حکم این حالت، مطابق فرض دوم است.

در فرض چهارم، شخص غیرمأذون با اختیار حاصله از ماده ۲۶۷ ق.م.، می‌تواند نسبت به تأدیه دین زوج (مهریه زوجه) اقدام و لیکن حق رجوع به زوج نخواهد داشت. در این صورت نیز، عمل شخص غیرمأذون، اقدام علیه خود و باقی بودن یا نبودن حق زوجه تأثیری در موضوع ندارد که استعمال بقای حق از دفتر ازدواج مربوطه ضروری باشد.

ج - تحولات قانون‌گذاری

عمده دلیل قائلین به ضرورت استعمال بقای حق زوجه از دفتر ازدواج مربوطه، تعیین تکلیف هزینه‌های اجرایی در صورت صدور اجرائیه از طرف دفتر تنظیم‌کننده سند ازدواج می‌باشد. مطابق این دیدگاه، همان‌گونه که وفق مفاد بند ۶۶ م.ب.ث. هنگام فسخ سند دفتر دیگر با اقرارنامه و متعاقب استعمال دفتر اخیر از دفتر تنظیم‌کننده سند و اعلام مراتب صدور اجرائیه، تا وصول پاسخ اداره اجرا، تنظیم سند متوقف می‌گردد، بقای حق زوجه

۱. به نظر می‌آید در حالتی که زوجه با انتقال طلب به شخص ثالث، حقی بر ذمه زوج ناشی از مهریه ندارد و قصد وصول احتمالی و دوباره مهریه از زوج را داشته، استعمال بقای حق زوجه به منظور جلوگیری از تضییع زوج می‌تواند مؤثر باشد.

موضوع مفاد بند ۱۵۲ م.ب.ث. ناظر به زمانی است که زوجه برای وصول مهریه خود، درخواست اجرا ننموده و اجرائیه مربوطه از دفتر ازدواج صادر نگردیده باشد. در غیر این صورت، اظهار مستقل زوجه بر بقای مهریه کافی نیست و علاوه بر زوجه، اداره اجرا نیز می‌باید با وصول حق‌الاجرا، بلامانع بودن تنظیم سند اقرار به وصول مهریه را گواهی نماید. صرف نظر از صحت و سقم نظریه ابرازی، موضوع حق‌الاجرای مربوط به صدور اجرائیه در خصوص مهریه، در ماده ۹۸ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت مصوب ۱۳۸۰/۱۱/۲۷ بدین شرح تبیین گردیده است: «چنانچه زوجه پس از صدور اجرائیه در خصوص وصول مهریه و لازم‌الاجرا شدن (اعم از اجرائیه اسناد رسمی و آرای محاکم و مراجع قضایی) به هر علت از ادامه عملیات اجرایی منصرف شود از پرداخت نیم‌عشر دولتی معاف خواهد بود». مدت اجرای آزمایشی این ماده قانونی به موجب تنفیذ موضوع مواد ۱۵۶ قانون برنامه چهارم توسعه مصوب ۱۳۸۳/۶/۱۱ و ۲۲۴ قانون برنامه پنجم توسعه مصوب ۸۹/۱۰/۱۵ تمدید گردیده و در حال حاضر اجرائیه‌های ناظر به مهریه از پرداخت حق‌الاجرا معاف و طبعاً استعلام بقای حق زوجه از دفتر ازدواج مربوطه قبل از تنظیم سند اقرار به وصول صداق، موضوعاً منتفی است.

بنابراین اعم از این که تکلیف موضوع بند ۱۵۲ م.ب.ث. را ناظر به مطلق بررسی بقای حق زوجه یا تعیین تکلیف حق‌الاجرا بدانیم، نتایج ذیل قابل توجه است:

۱ - تکلیف بخشنامه ناظر به انتقال صداق (آن هم در طلاق خلع و مبارات) و اقرار به وصول مهریه می‌باشد و به طرق دیگر ایفای تعهد یا اسباب سقوط تعهد از جمله ابراء، قابل تسری نمی‌باشد.

۲ - تکلیف مقرر فاقد مبنای قانونی است و در اجرای آن، به‌ویژه هنگام تنظیم سند اقرار به وصول مهریه، هیچ‌گونه ثمری بر آن مترتب نمی‌باشد.

۳ - معافیت از پرداخت نیم‌عشر دولتی در اسناد اجرائیه مربوط به مهریه، رویکرد جدید قانون‌گذار است که شبهه ضرورت استعلام برای تعیین تکلیف حقوق دولتی را از اذهان می‌زداید.

مرز صلاحیت دادگاه‌های انتظامی سردفتران و دفتریاران

تاریخ دریافت: ۱۳۹۰/۵/۱۱

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۰/۷/۳

رضا شعبانی*

چکیده:

با توجه به جایگاه سند رسمی و حساسیت شغل سردفتری و دفتریاری، قانونگذار در جهت حفظ شأن قانونی این حرفه و حمایت از حقوق مردم و ترغیب افراد جامعه به تنظیم اسناد رسمی، ضمن انتخاب افراد متعهد و متخصص برای این سمت، مقرراتی را نیز وضع و سردفتران و دفتریاران را موظف نموده تا در هنگام تنظیم اسناد رسمی به این ضوابط قانونی توجه نمایند و ضمانت اجرایی را در صورت بی‌توجهی به این مقررات در نظر گرفته که می‌توان حسب مورد، سردفتر یا دفتریار را مورد تعقیب قضایی و انتظامی قرار داد.

در نظام قضایی ایران، برای رسیدگی به شکایات مردم، مراجع عام و خاصی در نظر گرفته شده است که افراد در صورت وقوع اختلاف و دعوی باید به آن‌ها مراجعه کنند. تخلفات ناشی از مسئولیت سردفتری و دفتریاری، گاهی اوقات دارای آثار و مسئولیت قضایی و گاهی نیز دارای آثار و مسئولیت اداری و گاهی نیز دارای هر دو جنبه است که این مقاله در پی شناساندن مرجع صالح برای رسیدگی به این تخلفات، مرز صلاحیت هر کدام از دادگاه‌ها و وابستگی یا عدم وابستگی مراجع رسیدگی به یکدیگر است.

واژگان کلیدی: مرجع صالح قضایی، مرجع صالح اداری، صلاحیت، عدم صلاحیت،

* نویسنده‌مسئول؛ سردفتر دفتر اسناد رسمی شماره ۳۸ ساری و کارشناس ارشد حقوق خصوصی.

مسئولیت، تخلف انتظامی.

مقدمه

در نظام قضایی ایران، علاوه بر محاکم عمومی دادگستری که صلاحیت عام در رسیدگی به دعاوی را دارند (ماده ۱۰ ق.آ.د.م)، مراجع اداری و انتظامی نیز پیش‌بینی شده‌اند که در موارد خاص و مصرح قانونی، صلاحیت رسیدگی به برخی دعاوی را دارند. (قسمت اخیر ماده ۱۰ ق.آ.د.م) بنابراین در نظام قضایی ایران، اصل بر این است که رسیدگی به دعاوی با دادگاه‌های عمومی و انقلاب است مگر در اموری که در قانون، مرجع خاصی پیش‌بینی شده باشد^۱ که این مراجع خاص، در مقایسه با مراجع عمومی، تنها صلاحیت رسیدگی به اموری را دارند که به صراحت در صلاحیت آن‌ها قرار گرفته است.^۲ به عبارت دیگر، می‌توان گفت؛ در حقیقت مراجع استثنایی، در برابر مراجع عمومی، حق رسیدگی به هیچ امری را ندارند غیر از آنچه که قانون صراحتاً اجازه داده است.^۳ اصل ۳۶ ق.ا. نیز مؤید این امر است که: «حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد».

یادآوری این نکته ضروری است که در برخی از کتب حقوقی، در تعیین جایگاه مراجع خاص اداری در سیستم قضایی ایران، از آن به عنوان مراجع استثنایی (اختصاصی) حقوقی غیر دادگستری^۴ و مراجع اداری استثنایی^۵ نیز نامبرده شده است. برای قسمت اخیر ماده ۱۰ ق.آ.د.م. می‌توان مراجع متعددی را در قوانین جاری یافت که از جمله عبارتند از:

شورای حل اختلاف (در اجرای ماده ۱۸۹ قانون برنامه سوم توسعه)، مراجع پیش‌بینی شده در قانون کار (مواد ۱۵۸ و ۱۵۹ ق.ک.)، مراجع ثبتی از جمله در دعاوی افراز (ماده یک قانون افراز و فروش املاک مشاع مصوب ۱۳۵۷/۸/۲۲) و هیئت حل اختلاف مالیاتی (ماده ۲۴۴ قانون مالیات‌های مستقیم) و مراجع اشاره شده در متن بند ۲ از ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری که البته ذکر این مراجع جنبه تمثیلی داشته و مراجع دیگری غیر از موارد اشاره شده را نیز در برمی‌گیرد.

از جمله این مراجع خاص که صلاحیت رسیدگی به برخی دعاوی صنفی را دارد، دادگاه

انتظامی سردفتران و دفتریاران (اعم از بدوی و تجدیدنظر) است که ماده ۳۴ ق.د.ا.ر.ک. مصوب ۲۵ تیرماه ۱۳۵۴ به آن اشاره دارد و این نوشته بر آن است تا جایگاه و حدود صلاحیت این دادگاه را مورد توجه قرار دهد.

۱- مبنای قانونی تأسیس دادگاه انتظامی سردفتران و دفتریاران

مواد ۳۲ الی ۳۷ ق.د.ا.ر.ک. در تعقیب و مجازات سردفتران و دفتریاران است که در ماده ۳۴ این قانون، دادگاه‌های بدوی و تجدیدنظر سردفتران و دفتریاران، مورد پیش‌بینی قرار گرفته است؛ «برای محاکمه انتظامی سردفتران و دفتریاران و سردفتران ازدواج و طلاق هر استان يك دادگاه بدوی در اداره ثبت استان و برای تجدیدنظر احکام غیرقطعی دادگاه‌های بدوی، يك دادگاه تجدیدنظر در سازمان ثبت اسناد و املاک کشور تشکیل می‌شود».

با عنایت به این که در این نوشته، هدف، شناخت تشکیلات و نحوه رسیدگی در این دادگاه‌ها نبوده بلکه در پی بیان موارد و حدود صلاحیت و به‌عبارت صریح‌تر، روشن کردن مرز صلاحیت این دادگاه‌ها است، بنابر این در ادامه مطلب صرفاً این مهم، بررسی می‌شود.

۲- صلاحیت دادگاه انتظامی سردفتران و دفتریاران

صلاحیت از حیث مفهوم، عبارت از تکلیف و حقی است که مراجع قضاوتی (قضایی، شبه‌قضایی و اداری) در رسیدگی به دعاوی، شکایات و امور به‌خصوص، به حکم قانون دارا می‌باشند.^۶ و به‌عبارت دیگر، صلاحیت یعنی توانایی قانونی انجام امری و منظور از صلاحیت دادگاه، اختیار و وظیفه دادگاه مبنی بر رسیدگی به دعوی مدنی است.^۷

در مقدمه، اشاره کوتاهی به صلاحیت دادگاه‌ها شده است که در آن، دادگاه‌ها با توجه به صلاحیتی که در رسیدگی به دعاوی دارند به دادگاه‌های عام و خاص و به اعتباری نیز به دادگاه‌های قضایی و غیرقضایی تقسیم شد. با این مختصر و با توجه به این تقسیمات، در ادامه، قصد بر این است که جایگاه و صلاحیت دادگاه بدوی و تجدیدنظر سردفتران و دفتریاران تبیین شود.

الف) دادگاه بدوی و تجدیدنظر سردفتران و دفتریاران، يك دادگاه خاص است. زیرا:

- ۱ - این دادگاه در زمره مراجع عمومی که در قوانین متعدد از جمله موضوع مفاد ماده یک قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب قرار نمی‌گیرد.
- ۲ - قسمت اخیر ماده ۱۰ ق.ا.د.م. اشاره به مراجع خاص دارد که دادگاه مورد نظر ما با توجه به ماده ۳۴ ق.د.ا.ر.ک. مشمول این قسم از ماده اشاره شده بوده و در تعریف آن می‌گنجد.
- ب) دادگاه بدوی و تجدیدنظر سردفتران و دفتریاران، یک مرجع صرفاً اداری (انتظامی) است؛ نه قضایی. زیرا:
- ۱ - صدر ماده ۳۴ ق.د.ا.ر.ک. به صراحت در صدد بیان این مطلب است. (برای محاکمه انتظامی سردفتران و دفتریاران ...)
- ۲ - توجه به صلاحیت دیوان عدالت اداری و برخی از مواد آن در اثبات این مدعا است که دادگاه مورد بحث، یک دادگاه صرفاً اداری (انتظامی) است. مثلاً:
- ۱-۲ - در این که دیوان عدالت اداری، یک مرجع عالی اداری است، به نظر تردیدی نیست. از جمله آمده است: قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران برای رسیدگی به دعاوی و شکایات اداری، یک دادگاه عالی به نام دیوان عدالت اداری تأسیس کرده است و ... در رأس دادگاه‌ها و مراجع اداری، دیوان عدالت اداری قرار دارد...^۸ دکتر عبدالله شمس نیز دیوان عدالت اداری را تنها مرجع عمومی اداری و در عین حال بالاترین مرجع اداری ایران می‌داند.^۹
- ۲-۲ - ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری که در بیان صلاحیت و حدود اختیارات دیوان است، می‌گوید: صلاحیت و حدود اختیارات دیوان به قرار زیر است: ۱...۲- رسیدگی به اعتراضات و شکایات از آراء و تصمیمات قطعی دادگاه‌های اداری،
- تذکر این که؛ در این بند به مراجعی اشاره شده که ذکر این مراجع جنبه تمثیلی داشته و بنابراین منحصر به آن‌ها نمی‌شود.^{۱۰}
- با عنایت به جایگاه دیوان و توجه به صراحت ماده ۳۴ ق.د.ا.ر.ک. که دادگاه بدوی و

تجدیدنظر را يك دادگاه انتظامی (اداری) دانسته و اینکه آرای صادره از دادگاه تجدیدنظر سردفتران و دفترياران قابلیت اعتراض در دیوان عدالت اداری را داشته و تاکنون نیز به واسطه اعتراض سردفتران و دفترياران به احکام صادره از سوی دادگاههای تجدیدنظر، پروندههای بسیاری در دیوان مورد بررسی و حکم قرار گرفته است؛ تماماً بیانگر این حقیقت است که دادگاه انتظامی مورد نظر، يك دادگاه اداری است که صرفاً به منظور حسن اجرای مقررات جاری (در دفاتر اسناد رسمی) تأسیس شده و در این دادگاهها هیچ گونه تصمیم قضایی اتخاذ نمی شود.^{۱۱}

چون پذیرش نتیجه این قسم از مطلب، در ارائه مطالب و نتیجه آتی این نوشته، تأثیر فراوان دارد، لذا تأکید می شود که بنا به دلایل ارائه شده باید بپذیریم که دادگاه بدوی و تجدیدنظر سردفتران و دفترياران، يك مرجع خاص صرفاً اداری است، نه قضایی. بنابراین، این دادگاه تنها صلاحیت رسیدگی به اموری را دارد که صراحتاً در صلاحیت اش قرار گرفته است و مقررات مربوط به این صلاحیت بایستی در موضع نص تفسیر گردیده و «هرگاه در رسیدگی به امر معینی در صلاحیت مرجع عمومی تردید شود، باید مرجع عمومی را صالح دانست.»^{۱۲} یعنی در همه امور باید اصل را بر صلاحیت مرجع عمومی بدانیم مگر این که نص صریح بر صلاحیت مرجع خاص دیگر باشد. بالعکس، در بحث صلاحیت مراجع خاص که دادگاه مورد نظر ما نیز در این گروه قرار دارد، باید گفت این مراجع «صلاحیت رسیدگی به هیچ امری را ندارند جز مواردی که صریحاً در صلاحیت آن قرار گرفته است.»^{۱۳} بنابراین برای تشخیص این که دعوا یا امر مورد نظر، از نظر نوع، در صلاحیت کدام مرجع حقوقی است (عمومی یا خاص و استثنایی) با توجه به این که صلاحیت مرجع استثنایی در رسیدگی به دعوا نیاز به تصریح قانونی دارد، باید ضمن توجه به این امر که اصل بر صلاحیت مرجع عمومی (دادگاه عمومی) است اموری که بر حسب قانون در صلاحیت هر يك از مراجع استثنایی قرار گرفته نیز به دقت مورد تحقیق و بررسی واقع شود و چنانچه دعوا یا امر مورد نظر در صلاحیت هیچ يك از مراجع استثنایی قرار نگرفته باشد بر صلاحیت مرجع عمومی حکم شود.^{۱۴} ضمناً قواعد مربوط به صلاحیت ذاتی، مربوط به نظم عمومی

و از قواعد امره است و مردم نمی‌توانند حتی با توافق از آن عدول کنند. بنابراین در تمام مواردی که اصحاب دعوا نسبت به صنف مرجع صالح اشتباه می‌نمایند، عدم صلاحیت مطلق است. در حقیقت، نمی‌توان پذیرفت دعوایی که در صلاحیت مرجع قضایی است، در مراجع اداری یا بالعکس مطرح شود.^{۱۵} البته در بین حقوق‌دانان این سؤال مطرح است که آیا می‌توان دعوایی را که در صلاحیت مراجع حقوقی استثنایی است، در مراجع عمومی اقامه نمود یا خیر؟ اظهارنظرها متفاوت است. نظریه‌ای می‌گوید؛ در حقوق ایران هیچ نصی بر این که این امکان را بدهد، وجود ندارد و حتی در مواردی، از مواد ۳۵۲ و ۳۷۱ (بند یک) قانون آیین دادرسی مدنی برداشت خلاف آن نیز می‌شود. این نظریه در ادامه می‌افزاید؛ در هر حال، آنچه مسلم است این که عکس قضیه طرفداری ندارد. یعنی «عدم صلاحیت مرجع حقوقی استثنایی، در رسیدگی به امری که در صلاحیت دادگاه حقوقی عمومی است، مطلق می‌باشد».^{۱۶}

نکته پایانی در این قسمت این که مرجعی که دعوا در آن مطرح شده، چنانچه صلاحیت ذاتی نداشته باشد باید حتی بدون ایراد ذی‌نفع، از رسیدگی به آن دعوا خودداری نموده و قرار عدم صلاحیت صادر نماید. در غیر این صورت، رأی صادره توسط این مرجع قابل نقض است.^{۱۷} (مستند به ماده ۳۵۳ و بند یک ماده ۳۷۱ ق.آ.د.م.)

۳ - مسئولیت‌های سردفتران و دفتریاران

مجازات ناشی از تخلف است و تخلف زمانی مصداق دارد که مسئولیتی وجود داشته باشد. لذا اشاره‌ای کوتاه به انواع مسئولیت‌های سردفتر یا دفتریار خالی از فایده نیست. مسئولیت‌های شناخته‌شده برای سردفتران و دفتریاران در قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۲۶ اسفندماه ۱۳۱۰ و قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران مصوب ۲۵ تیرماه ۱۳۵۴ را می‌توان در سه نوع زیر دانست:

۱- ۳ - مسئولیت‌های مدنی و حقوقی؛ که عبارت است از مسئولیت در مقام خسارتی که شخص به دیگری وارد می‌کند^{۱۸} که ماده ۶۸ ق.ث. و ماده ۲۲ ق.د.ا.ر.ک. از جمله مواد قانونی در بیان این مسئولیت است.

۲-۳ - **مسئولیت‌های کیفری؛** که عبارت است از مسئولیت مرتکب جرمی از جرایم مصرح در قانون که شخص مسئول به یکی از مجازات‌های مقرر در قانون خواهد رسید.^{۱۹} ماده ۱۰۰ ق.ث. نمونه‌ای قانونی در بیان این مسئولیت است.

۳-۳ - **مسئولیت‌های انتظامی یا اداری؛** که عبارت است از مسئولیت ناشی از تخلف انضباطی در امور اداری^{۲۰} که مصادیق قانونی آن از جمله موارد اشاره شده در ماده ۲۹ آیین‌نامه‌های بند ۴ ماده ۶ و تبصره ۲ ماده ۶ و مواد ۱۴ و ۱۷ و ۱۹ و ۲۰ و ۲۴ و ۲۸ و ۳۷ و ۵۳ ق.د.ا.ر.ک. مصوب ۱۷ دی‌ماه ۱۳۵۴ وزارت دادگستری می‌باشد که بیانگر خیل مسئولیت‌های شناخته شده برای سردفتران و دفتریاران بوده و عدم رعایت آن‌ها تخلف محسوب می‌شود.^۱

با توجه به شناخت کلی مسئولیت‌ها، در ادامه به معرفی انواع تخلفات که ناشی از انواع مسئولیت‌ها است، می‌پردازیم. با این تذکر که مقصود از تخلفات، اعم از تخلفات مدنی، جزایی و انتظامی است که برای رعایت اختصار به صورت عام از اصطلاح تخلفات استفاده شده و البته در جای خود به صورت خاص نیز بررسی می‌شود.

۴ - انواع تخلفات سردفتران و دفتریاران

پیش از آن که به مصادیق تخلفاتی که دادگاه بدوی و تجدیدنظر سردفتران و دفتریاران صلاحیت رسیدگی به آن را دارد، بپردازیم، لازم است تا شناختی از انواع تخلفاتی را که ممکن است یک سردفتر و یا دفتریار به عنوان یکی از افراد جامعه و هم‌چنین در محدوده صلاحیت و مسئولیتی که دارد، مرتکب شود، داشته باشیم و متعاقب آن اشاره کنیم که رسیدگی به کدام یک از این تخلفات می‌تواند در صلاحیت دادگاه مورد نظر ما باشد؛ تخلفات افراد اشاره شده را در یک تقسیم کلی می‌توان این گونه دانست:

۱. **توضیح نگارنده:** شاید بی‌ارتباط نباشد یادآوری این نکته جهت استحضار قانون‌گذار که واقعاً در کدام صنف این همه مسئولیت برای متصدیان آن شناخته شده که به هر بهانه‌ای بتوان ایشان را مورد خطاب و عتاب قرار داد. و آیا در مقابل همه این مسئولیت‌ها، حقوقی که برای متصدیان امر سردفتری و دفتریاری در نظر گرفته شده، عادلانه و منصفانه است؟

۱ - ۴ - تخلفات عمومی:

مقصود ما از تخلفات عمومی (مدنی و جزایی)، تخلفاتی است که يك سردفتر فارغ از شغل و مسئولیتی که دارد، مرتکب می‌شود و ارتباطی با مسئولیت او ندارد که در این موارد يك سردفتر و یا دفتربار، همانند همه آحاد جامعه در محاکم عمومی دادگستری مورد تعقیب قرار می‌گیرد. مثلاً مسئولیت يك سردفتر در قبال اشخاص حقیقی یا حقوقی در قبال چکی که صادر کرده یا مسئولیت وی به‌واسطه حادثه رانندگی که موجب ورود خسارت به مال یا جان غیر گردد که در این موارد، پرونده او باید در محاکم عمومی مطرح و مورد رسیدگی قرار گیرد و تردیدی نیست که دادگاه انتظامی سردفتران و دفترباران به هیچ عنوان صلاحیت رسیدگی به این‌گونه تخلفات را ندارد و تاکنون نیز سابقه‌ای از ورود این دادگاه‌ها به این‌گونه دعاوی مشاهده نشده است.

۲ - ۴ - تخلفات ناشی از مسئولیت سردفتری و دفترباری:

مقصود، آن دسته از تخلفاتی است که يك سردفتر یا دفتربار به‌واسطه مسئولیت و حرفه‌ای که دارد، مرتکب آن می‌شود. به‌طوری که اگر اشتغال او به این حرفه نبود، تخلف نیز واقع نمی‌شد که از آن به تخلف صنفی نیز تعبیر می‌شود. البته وجود تخلفات ناشی از فعالیت‌های صنفی، خاص این قشر از اقشار جامعه نیست که هر فردی از افراد جامعه، با توجه به مسئولیتی که در جامعه دارد، در معرض تخلفات صنفی خاص خود قرار دارد و به همین دلیل است که در تمام صنوف و اقشار و حرف وجود چنین دادگاه‌هایی پیش‌بینی شده است؛ مثل دادگاه‌های رسیدگی‌کننده به تخلفات اداری کارکنان دولت و مؤسسات دولتی و... دادگاه انتظامی قضات، دادگاه انتظامی وکلا و ...

به‌منظور این که مرجع صالح برای رسیدگی به این‌گونه تخلفات را بشناسیم، لازم است تا در این مرحله نیز يك تقسیم‌بندی از انواع تخلفات ممکن‌الوقوع ناشی از مسئولیت سردفتری و دفترباری ارائه داده و متعاقب این تقسیم‌بندی مرجع صالح را معرفی نماییم:

الف) تخلفات صرفاً اداری (انتظامی).

ب) تخلفاتی که دارای هر دو جنبه قضایی و انتظامی است.

با عنایت به تقسیم‌بندی‌های صورت‌گرفته، در ادامه مطلب، ضمن تشریح و شناساندن این تخلفات، مرجع صالح برای رسیدگی به هر کدام نیز بررسی می‌شود.

۱-۲-۴- بررسی تخلفات صرفاً اداری (انتظامی) و مرجع صالح رسیدگی؛

مقصود از تخلفات صرفاً اداری، تخلفاتی است که مبین نقض مقررات اداری بوده و فقط قابلیت پیگرد اداری (انتظامی) را دارد.

برای این‌گونه تخلفات می‌توان مصادیق متعددی را ارائه داد. از جمله، موارد اعلامی موضوع بندهای متعدد از ماده ۲۹ آیین‌نامه موصوف ق.د.ا.ر.ک. مصوب ۱۷ دی ماه ۱۳۵۴ و برخی از مواد قانون ثبت از جمله ماده ۶۸ ق.ث.، قانون تسهیل تنظیم اسناد و قوانین مالیاتی و ... که در همه این قوانین، تکالیفی بر عهده دفاتر اسناد رسمی نهاده شده که عدم رعایت آن‌ها می‌تواند تخلف اداری محسوب و مستوجب تعقیب انتظامی باشد که از اهم آن‌ها می‌توان به عدم اخذ استعلام‌ها در مواردی که لازم است، عدم واریز حقوق دولتی، عدم ارسال خلاصه و فسخ و آمار و ... نام برد (تذکر: برخی از تخلفات اشاره‌شده در ماده ۲۹، در پاره‌ای از مواقع مشمول این قسم از تخلفات - تخلف صرفاً اداری - نخواهد شد. از جمله تخلفات اشاره‌شده موضوع بند ۸ از قسمت "ب" و بند ۳ از قسمت "د" و بند یک از قسمت "ه" و مواردی از امور مربوط به ماده ۶۸ ق.ث. و ...) که در مواردی باید آن را در گروه تخلفات از نوع دوم (قضایی - اداری) بدانیم که شرح آن خواهد آمد.

به‌نظر تردیدی نیست که رسیدگی به این تخلفات صرفاً در صلاحیت دادگاه‌های انتظامی سردفتران و دفتریاران بوده و مراجع عام قضایی حق وارد شدن و رسیدگی به این‌گونه تخلفات را ندارند. و شاکی باید دعوای خود را از طریق ثبت مربوطه (به‌شرح ماده ۳۲ ق.د.ا.ر.ک. و ماده ۲۰ قانون اصلاح پاره‌ای از مواد قانون دفاتر اسناد رسمی) طرح و پیگیری نماید و حق طرح آن در دادگاه‌های عمومی را ندارد. و در صورت طرح این‌گونه دعوای در دادگاه‌های عمومی، این دادگاه‌ها باید با صدور قرار عدم صلاحیت، از ورود در ماهیت، خودداری نمایند. (بند یک ماده ۱۴ و ماده ۱۹ ق.آ.د.م.)

۲-۲-۴- بررسی تخلفات قضایی - اداری و مرجع صالح رسیدگی؛

مقصود، تخلفاتی است که سردفتر یا دفتریار را به واسطه عمل ارتكابی هم در معرض تعقیب قضایی و هم در معرض تعقیب اداری (انتظامی) قرار داده و شاکه می‌تواند بنا بر اقتضای تخلف صورت‌گرفته، ادعای خود را، از طریق مراجع قضایی و مراجع انتظامی به صورت همزمان یا با رعایت تقدم و تأخر لازم، طرح و پیگیری نماید.

مهم‌ترین بخش از جرایم مورد نظر که انگیزه اصلی نگارنده در تهیه و ارائه این یادداشت بوده، این نوع از تخلفات است که متأسفانه در این‌گونه موارد، رویه مشخص و واحد و غالباً درستی در بین دادگاه‌های انتظامی سردفتران و دفتریاران ساری و جاری نبوده و در اکثر موارد به دلیل عدم توجه به جنبه قضایی تخلف مورد ادعا (چه از ناحیه بازرسان در مرحله تهیه گزارش که عموماً همراه با اظهار نظر است و سردفتران و دفتریاران در مرحله پاسخگویی به بازرسان یا کیفرخواست صادره و چه از ناحیه دادستان انتظامی در مرحله صدور کیفرخواست و در نهایت عدم توجه از ناحیه اعضای دادگاه انتظامی) که رسیدگی به آن به طور کلی و یا در مرحله اول در صلاحیت مرجع قضایی است، در دادگاه‌های انتظامی به صورت مستقیم و ابتدا به ساکن، رسیدگی می‌شود که به نظر از جایگاه قانونی برخوردار نیست. در ادامه، به دلایل آن به تفصیل، اشاره خواهد شد. و توضیح این‌که حتی در این‌گونه تخلفات نیز باید قائل به نوعی تفکیک باشیم و ضمن شناخت و توجه به این تفکیک، به بررسی جایگاه و صلاحیت دادگاه‌های انتظامی و چگونگی ورود آن‌ها به این‌گونه دعاوی پردازیم:

الف) تخلفاتی که اگرچه دارای دو جنبه قضایی و اداری هستند اما مستقل از یکدیگرند. و لذا رسیدگی به هر جنبه از آن (قضایی و انتظامی) مستقل و فارغ از یکدیگر، در مرجع مربوطه امکان‌پذیر می‌باشد. مثلاً سردفتری از اخذ استعلام ثبت در موردی که الزام قانونی داشته خودداری کرده و در اثر عدم اخذ این استعلام، انتقال مال غیر صورت گرفته یا مال بازداشت‌شده‌ای مورد معامله قرار گرفته است. در مثال یادشده در اثر يك تخلف (عدم اخذ استعلام) هم تخلف اداری صورت پذیرفته و هم این‌که در اثر تنظیم سند بدون استعلام؛

مالی مورد معامله قرار گرفته که قابلیت معامله نداشته است؛ که هر کدام از آن‌ها دارای مرجع صالح خاص خود برای رسیدگی هستند. بنابراین در این‌گونه موارد، به‌رغم اثر دوگانه‌ای که تخلف صورت گرفته دارد؛ اما؛ ورود کردن به شکایت از ناحیه دادگاه‌های انتظامی، موکول و مرتبط با نتیجه رسیدگی قضایی نیست. بنابراین دادگاه‌های انتظامی در هر مرحله که بخواهند و با طرح دعوا از ناحیه مدعی ذی‌نفع یا کسب اطلاع از تخلف توسط بازرسان، حتی بدون وجود شکایت مدعی ذی‌نفع، حق رسیدگی به تخلف را دارند (البته فقط به‌عنوان تخلف در عدم اخذ استعلام و بدون این‌که در جنبه قضایی موضوع یعنی معامله مال غیر، حق دخالت و اظهار نظر داشته باشند و اگر قرار باشد به این دلیل نیز مجازات اداری برای سردفتر در نظر بگیرند باید آن را موکول به حکم نهایی مرجع قضایی نمایند). و نکته قابل ذکر این‌که طرح دعوا توسط مدعی ذی‌نفع در دادگاه عمومی صالحه یا عدم طرح آن و حتی صدور حکم، له یا علیه وی، هیچ تأثیری در صلاحیت دادگاه‌های انتظامی برای ورود به تخلف اداری صورت گرفته (عدم اخذ استعلام) ندارد و دادگاه‌های انتظامی حق رسیدگی به این تخلف و صدور رأی را دارند.

ب) تخلفاتی که اگرچه دارای دو جنبه قضایی و اداری هستند اما رسیدگی به جنبه اداری تخلف، موکول به رسیدگی و حکم نهایی مرجع قضایی است.

در این‌صورت، اگر این مرجع (دادگاه عمومی) حکم بر حقانیت مدعی ذی‌نفع یا محکومیت سردفتر یا دفتریار صادر کرد آن‌گاه باید قائل بر حقانیت و صلاحیت دادگاه انتظامی برای ورود به پرونده (آن‌هم صرفاً از جهت رسیدگی انتظامی) بود ولی در صورت رد ادعای مدعی یا براءت سردفتر یا دفتریار از ناحیه دادگاه عمومی، اساساً تخلف اداری نیز منتفی است و قابلیت طرح و رسیدگی را ندارد. زیرا تحقق یا عدم تحقق تخلف اداری موکول به احراز یا عدم احراز تخلف قضایی در محکمه عمومی است.

برای این‌گونه موارد می‌توان مثال‌های زیادی را برشمرد (از جمله دعاوی مربوط به جرم جعل، احراز هویت، اسناد معارض، فروش مال غیر، معاملات فضولی و ...) که با توجه به

اهمیت موضوع، در قالب دو مثال، مطلب، شرح داده می‌شود؛

۱ - برابر ماده ۵۰ ق.ث.، سردفتر مسئول احراز هویت متعاملین است. حال، حالتی را فرض بگیریم که سندی در دفترخانه تنظیم شده و فردی مدعی است که هیچ‌گاه به‌عنوان فروشنده ملك مورد نظر، سند را امضا نکرده و مدعی فروش مالش توسط غیر و به‌عبارتی عدم احراز هویت توسط سردفتر در سند مورد نظر باشد. این ادعا از دو جنبه قابلیت رسیدگی دارد.

اولاً: از جنبه قضایی؛ که آیا واقعا سند مورد نظر توسط او امضا شده یا خیر؟ اظهارنظر در این جهت صرفاً در صلاحیت مرجع قضایی است و مؤثر در سند تنظیم‌شده. چنانچه ادعای وی ثابت شود که منجر به ابطال سند تنظیمی خواهد شد (ماده ۲۴۷ ق.م. و در صورت رد ادعا از ناحیه دادگاه، کل دعوی چه از جنبه قضایی و چه از جنبه اداری موضوعاً منتفی خواهد بود. در هر حال، دادگاه انتظامی حق ورود به آن را در هیچ مرحله‌ای ندارد.

ثانیاً: از جنبه اداری، یعنی تخلف یا عدم تخلف سردفتر در احراز هویت (مواد ۵۰ و ۵۲ ق.ث.)؛ که رسیدگی و اظهارنظر در این جهت نیز ابتدائاً و صرفاً در صلاحیت مرجع قضایی است. زیرا اثبات تخلف سردفتر در این جهت، آثار حقوقی از باب مسئولیت مدنی را برای او دربردارد (مواد ۶۸ ق.ث.) که از صلاحیت مرجع انتظامی خارج است. اما با فرض صدور حکم از ناحیه دادگاه قضایی، علیه سردفتر و محکوم کردن وی از باب مسئولیت مدنی به‌دلیل عدم احراز هویت، رسیدگی به تخلف وی در عدم احراز هویت، از سوی دادگاه انتظامی نیز متعاقباً امکان‌پذیر خواهد بود. بنابراین اظهارنظر در مورد احراز هویت و این‌که آیا سردفتر در این جهت تقصیر یا غفلت نموده یا خیر صرفاً در صلاحیت مرجع قضایی است و بعد از اظهارنظر مرجع قضایی در محکومیت سردفتر، راه برای رسیدگی انتظامی باز می‌گردد. و قبل از حکم قضایی دادگاه انتظامی به‌هیچ‌عنوان حق ورود به دعوا حتی از جهت انتظامی را ندارد. بنابر این اگر مدعی مورد نظر از اقامه دعوی در مرجع قضایی خودداری کند اساساً امکان طرح دعوی در دادگاه انتظامی منتفی است مگر این‌که خود

سردفتر اقرار به وقوع تخلف نماید که امکان صدور حکم از ناحیه دادگاه انتظامی از جهت تخلف اداری فراهم می‌گردد.

۲ - دفترخانه‌ای به استناد وکالت‌نامه‌ای اقدام به تنظیم سند می‌کند. متعاقباً موکل، مدعی می‌شود که وکیل از حدود اختیارات خارج شده لذا سندی که به استناد سند وکالت تنظیم شده، فاقد اعتبار قانونی است. (مواد ۲۴۷ و ۶۶۷ ق.م.)

در اینجا، یقیناً و ابتدائاً، يك امر قضایی در میان است. آن‌هم تشخیص حدود اختیارات وکیل و احراز این‌که ادعای موکل درست است یا خیر؟ و بعد از این مرحله و اثبات ادعای موکل در مرجع قضایی است که امکان طرح و پیگیری موضوع از طریق دادگاه اداری فراهم می‌شود. و البته در صورت رد ادعای وی از جانب مراجع قضایی، طرح دعوای اداری نیز اساساً منتفی است و قابلیت رسیدگی را ندارد.

بنابراین و با توجه به این مهم که موضوع يك امر قضایی (تشخیص حدود اختیارات وکیل) است باید قائل به این باشیم که تشخیص این امر و قضاوت در این زمینه صرفاً در صلاحیت دادگاه‌های عمومی است و موکل مدعی باید با مراجعه به مرجع قضایی و آن‌هم به طرفیت وکیل که مخاطب و مسئول اصلی در رعایت حدود اختیارات و تقصیر احتمالی می‌باشد (مواد ۶۶۶ و ۶۶۷ ق.م.) طرح دعوا نماید. مرحوم دکتر سید حسن امامی در بحث اختلاف راجع به مفاد سند می‌گوید «در صورتی که بین متعاملین راجع به مفاد و حدود تعهد و معانی الفاظ استعمال شده در سند اختلاف روی دهد، ذی‌نفع می‌تواند مطابق آیین دادرسی مدنی اقامه دعوی در دادگاه بنماید...»^{۲۱} و روشن است در امری که ماهیت قضایی دارد، دادگاه انتظامی (و بازرسان و کارشناسان ثبت) حق دخالت و اظهارنظر را ندارند. بنابراین و با پذیرش عدم صلاحیت دادگاه انتظامی در این زمینه و قبل از حکم نهایی قضایی اساساً وارد شدن به پرونده انتظامی و تعیین مجازات برای سردفتر تحت هر عنوان از جمله تنظیم سند بر خلاف قوانین و مقررات، محلی از اعراب ندارد. و متضرر و ذی‌نفع باید طبق مقررات عمومی (آیین دادرسی مدنی یا کیفری برحسب مورد) به دادگاه

عمومی صلاحیت‌دار مراجعه و دادگاه در صورت احراز صحت دعوی حکم لازم را صادر خواهد کرد.^{۲۲} در همین زمینه، نظر مشورتی دفتر حقوقی و حمایت قضایی کانون سردفتران و دفتریاران به شماره ۱۲۸۷ مورخ ۱۳۹۰/۲/۲۱ وجود دارد که با توجه به اهمیت آن عیناً درج می‌گردد:

سؤال: چنانچه با استناد وکالتنامه‌ای در دفترخانه سندی تنظیم و معامله‌ای صورت گیرد و متعاقباً حدود اختیارات وکیل از ناحیه ذی‌نفع (مدعی) مورد تردید قرار گیرد، مرجع تشخیص کیست؟ اداره ثبت یا مرجع قضایی؟ و آیا اداره ثبت بدون استناد به حکم مرجع قضایی و قبل از آن حق اظهارنظر نهایی ماهوی در این امر را دارد یا خیر؟ و آیا می‌تواند رأساً موضوع را در دادگاه انتظامی سردفتران به‌عنوان تخلف سردفتر طرح نماید؟

جواب: «رسیدگی به ادعای مدعی (ذی‌نفع) در خصوص وکالتنامه‌ای که منجر به تنظیم سند و انجام معامله شده است فقط در صلاحیت محاکم عمومی دادگستری است و اداره ثبت، صلاحیت ذاتی رسیدگی به این مورد را ندارد».

با عنایت به توضیحات مرقوم، در صورت طرح این‌گونه دعاوی در دادگاه انتظامی، این دادگاه باید با صدور قرار عدم صلاحیت از وارد شدن در ماهیت و رسیدگی به دعوا حتی از جنبه اداری، خودداری نماید. (بند یک ماده ۱۴ و ماده ۱۹ ق.آ.د.م). اینکه آیا در این موارد می‌تواند قائل بر اناطه (ماده ۱۹ ق.آ.د.م) بود یا نه؟ آمده است: این ماده صرفاً ناظر به محاکم دادگستری است ... و ربطی به مراجع غیرقضایی ندارد و ماده ۱۹ مورد بحث، صحبتی از مراجع غیرقضایی به میان نیاورده است.^{۲۳}

ماده ۶۸ ق.ث. و ماده ۲۶ آیین‌نامه موصوف ق.د.ا.ر.ک. مصوب ۱۷ دی‌ماه ۱۳۵۴ از جمله مصادیق قانونی اشاره‌شده در این‌گونه تخلفات می‌باشد.

در راستای موضوع مطروحه، از ماده ۲۶ اشاره‌شده، نتایجی قابل تحصیل است. اول اینکه هرگاه مسئله بزه در میان باشد تا تعیین تکلیف آن در مرجع قضایی، موضوع از جهت تخلف انتظامی مورد رسیدگی قرار نمی‌گیرد و این همان نکته‌ای است که در این نوشته بر

آن تأکید شده که در مواردی، دادگاه بدوی قبل از اظهار نظر قضایی، حق وارد شدن در پرونده برای صدور حکم انتظامی را ندارد. دوم این که، دادگاه بدوی و تجدیدنظر ما صرفاً يك دادگاه اداری - انتظامی است و حق اظهار نظر قضایی به معنای خاص را ندارد و این در صلاحیت دادگاه‌های عمومی است.

نکته‌ای که ذکر آن بسیار لازم است این که در مواردی که دادگاه انتظامی متعاقب رأی مرجع قضایی حق رسیدگی به شکایت را از جنبه انتظامی پیدا می‌کند؛ باید توجه شود که صرف حقانیت مدعی یا شاکی در دادگاه عمومی نباید دلیل بر حقانیت وی در دادگاه انتظامی نیز قرار گرفته و پیشاپیش سردفتر یا دفتریار را محکوم بدانیم. و دادگاه انتظامی وظیفه دارد که به دعوی، متعاقباً اما مستقلاً، با توجه به مقررات خاص انتظامی [و نظامات سردفتری] که برای سردفتر و دفتریار مقرر شده، رسیدگی و صدور حکم نماید. موضوع با توجه به دو مثالی که زده شد (احراز هویت و حدود اختیارات) بررسی می‌شود؛

در مثال اول که موضوع آن ادعای فرد بر امضا نشدن سند توسط او بوده با فرض اثبات ادعای وی در دادگاه و حکم بر بطلان سند تنظیم شده و حتی محکومیت سردفتر از باب مسئولیت مدنی، این امر به معنای عدم رعایت مقررات قانونی از ناحیه سردفتر و لذا محکومیت انتظامی وی نیست. زیرا ممکن است سردفتر با عمل به قسمت دوم از ماده ۵۰ ق.ث. و گرفتن دو معرف برای احراز هویت، اقدام به اخذ امضا کرده باشد که در این صورت نباید سردفتر را متخلف اداری دانست.

و در مثال دوم که موضوع آن تردید در حدود اختیارات وکیل بوده، با فرض پذیرش ادعای وی از ناحیه مرجع قضایی و حکم به محکومیت وکیل به واسطه خارج شدن از حدود اختیارات (مواد ۶۶۳ و ۶۶۶ و ۶۶۷ ق.م.) نباید این حکم را الزاماً و همیشه دلیل بر محکومیت انتظامی سردفتر دانست. زیرا گاهی اوقات خارج از اختیار عمل کردن وکیل آنقدر واضح و مبرهن است که باید تخلف سردفتر را نیز به واسطه سهل‌انگاری یا قصد سوء، فرض دانست. مثلاً وکالتی برای اخذ استعلام يك ملك داده شد ولی سردفتر با استناد به آن، ملکی را مورد معامله قرار داده و از وکیل برای فروش امضا گرفته است در حالی که فروش

ملك به وضوح جزو حدود اختیارات وکیل نبوده است. اما همیشه و در غالب موارد این گونه نیست؛ بلکه متن وکالتنامه مورد نظر، به گونه‌ای است که می‌توان از آن، حدود اختیارات مورد اختلاف را نیز فرض کرد؛ به طوری که اگر آن را مورد نظر و بحث متخصصین این امر قرار دهیم برداشت سردفتر که براساس آن عمل کرده نیز طرفدارانی دارد و از لحاظ نظری قابل پذیرش است. و در احکام قضایی نیز موارد آن فراوان مشاهده می‌شود که دادگاه بدوی نسبت به موضوعی، حکمی را صادر می‌کند ولی استدلال قاضی دادگاه بدوی در مرحله تجدیدنظر مورد قبول واقع نشده و منجر به نقض رأی می‌گردد و یا بالعکس. بدیهی است در این گونه موارد نباید قاضی را که حکم او نقض گردیده متخلف انتظامی دانست و درخواست تعقیب او را از دادگاه انتظامی قضات خواست. نسبت به سردفتر نیز این انعطاف‌پذیری از ناحیه دادگاه‌های انتظامی باید وجود داشته و با توجه به اقتضای حرفه‌ای سردفتر که باید در اسرع وقت، آن هم صرفاً برابر متنی که در اختیار دارد، تصمیم لازم را در پاسخگویی به ارباب رجوع و روشن کردن تکلیف وی اخذ نماید، هر نظر مخالف وی را نباید دلیل بر تخلف سردفتر دانست. خصوصاً اینکه ممکن است قاضی که حکم به حاکمیت موکل مورد نظر داده، نه به استناد متن سند، بلکه با توسل به دیگر امور از جمله احضار طرفین دعوی و شنیدن اظهارات آن‌ها و اینکه در زمان تنظیم سند وکالت چه چیزی را اراده کرده‌اند (اصل حاکمیت اراده، موضوع ماده ۱۰ ق.م.ا)، تحصیل قصد آن‌ها (العقود تابعة للقصد)، استفاده از قرائن (ماده ۶۶۷ ق.م.ا) یا در نظر گرفتن عرف و عادت (ماده ۲۲۵ و ۶۶۷ ق.م.ا) و به طور کلی هر اصل حقوقی و عملی دیگر از قبیل اصل عدم و ... رأی صادر کرده باشد. وسیله‌ای که يك سردفتر بسیاری از آن را در اختیار ندارد و صرفاً براساس متنی که در اختیار دارد، اتخاذ تصمیم می‌نماید. و چه بسا اگر قاضی پرونده مورد نظر نیز می‌خواست صرفاً براساس متن سند مورد نزاع، حکم لازم را صادر کند به همان برداشتی می‌رسید که سردفتر رسیده است.

نتیجه

با توجه به توضیحات داده شده و تقسیم‌بندی‌هایی که از مراجع صالح و صلاحیت آن‌ها

و انواع تخلفات ممکن‌الوقوع در دفترخانه توسط سردفتر یا دفتریار ارائه شد، در شناخت مرز صلاحیت دادگاه‌های انتظامی می‌توان نتایج زیر را گرفت:

۱ - برابر مواد متعدد قانونی از جمله صراحت قانون اساسی (اصل ۳۶) اقدامات تعقیبی نه تنها باید به موجب قانون که باید از طریق دادگاه صالح باشد. بنابراین تعقیب افراد از طریق مراجع غیر صالح نه تنها مجاز نیست که می‌تواند موجب تعقیب قانونی و انتظامی آن‌ها (افراد رسیدگی کننده) نیز باشد.

۲ - با توجه به صلاحیت عام مراجع عمومی و صلاحیت خاص و استثنایی مراجع خاص که دادگاه مورد نظر ما نیز از این قسم می‌باشد، صلاحیت انتظامی سردفتران و دفتریاران، تنها در اموری است که نص صریح قانونی بر صلاحیت آن‌ها باشد و در صورت نبودن نص و یا در موارد تردید، باید حکم بر عدم صلاحیت این دادگاه داده و مراجع عمومی را صالح دانست.

۳ - در پرونده‌هایی که فارغ از هرگونه مسئله قضایی است و صرفاً تخلف اداری محسوب می‌شوند فقط دادگاه‌های انتظامی حق ورود و رسیدگی و صدور رأی را دارند و دادگاه‌های عمومی حق و صلاحیت رسیدگی به این امور را ندارند.

۴ - در پرونده‌هایی که در بردارنده هر دو جنبه قضایی و اداری است هر کدام از دادگاه‌های عمومی و انتظامی حق وارد شدن به پرونده و صدور حکم را دارند اما هر کدام در حیطه صلاحیت خود؛ یعنی دادگاه عمومی در رسیدگی به جنبه قضایی و دادگاه انتظامی در رسیدگی به جنبه اداری. البته در مواردی حتی شروع به رسیدگی از نقطه نظر تخلف اداری، موقوف به صدور حکم از ناحیه مرجع قضایی است که شرح آن گذشت و قبل از آن، دادگاه‌های انتظامی حق ورود به دعوی را ندارند.

پی‌نوشت‌ها:

- ۱ - مهاجری، علی، *مبسوط در آیین دادرسی مدنی*، ج. اول، فکرسازان، چ. ۲، ۱۳۸۸، ص. ۷۸.
- ۲ - شمس، عبدا...، *آیین دادرسی مدنی*، ج. اول، دراک، چ. ۱۱، ۱۳۸۵، ش. ۸۶۵، ص. ۷۸.

- ۳ - همان، ش. ۸۱، ص. ۷۵.
- ۴ - همان، ش. ۸۹، ص. ۷۱.
- ۵ - همان، ش. ۹۰، ص. ۸۲؛ ش. ۲۴۰، ص. ۱۴۴.
- ۶ - همان، ش. ۶۶۷، ص. ۳۷۴.
- ۷ - مهاجری، همان، ص. ۳۵۲.
- ۸ - طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق‌اداری، انتشارات سمت، چ. ۴، ۱۳۸۷، صص. ۴۲۳ و ۴۲۴.
- ۹ - شمس، همان، ش. ۱۷۳، ص. ۱۱۶.
- ۱۰ - همان، ش. ۱۸۹، ص. ۱۲۷.
- ۱۱ - میرزایی، علیرضا، قانون ثبت در نظم حقوقی کنونی، بهنامی، چ. ۳، ۱۳۸۷، ص. ۶۰۶.
- ۱۲ - شمس، همان، ش. ۸۶، ص. ۷۸.
- ۱۳ - همان، ش. ۶۷۴، ص. ۳۷۸.
- ۱۴ - همان.
- ۱۵ - همان، ش. ۶۷۹، ص. ۳۸۳.
- ۱۶ - همان، ش. ۶۸۱، ص. ۳۸۴.
- ۱۷ - همان، ش. ۶۸۲، ص. ۳۸۵.
- ۱۸ - جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوقی، کتابخانه گنج دانش، چ. ۱۷، ۱۳۸۶، ش. ۵۱۳۳.
- ۱۹ - همان، ش. ۵۱۲۰.
- ۲۰ - همان، ش. ۵۱۱۷.

منابع:

- ۱ - جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوقی، چ. ۱۷، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۶.
- ۲ - شمس، عبدا...، آیین دادرسی مدنی، ج. اول، چ. ۱۱، تهران، دراک، ۱۳۸۵.
- ۳ - طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق‌اداری، چ. ۱۴، تهران، سمت، ۱۳۸۷.
- ۴ - مهاجری، علی، مبسوط در آیین دادرسی مدنی، ج. اول، چ. ۲، تهران، فکرسازان، ۱۳۸۸.
- ۵ - میرزایی، علیرضا، قانون ثبت در نظم حقوقی کنونی، چ. ۳، تهران، بهنامی، ۱۳۸۷.

دریچه

تنظیم سند و احکام مستنبط از آیه تداین

تاریخ دریافت: ۱۳۹۰/۷/۱۱

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۰/۸/۸

حسن‌رضا ندایی*

«ثبت» واژه‌ای عربی به معنای «قرار دادن»، «بر جای بودن»، «استواری»، «حجت و دلیل»، «نوشته‌شده» و «مرقوم» و در اصطلاح حقوقی به معنای نوشتن قرارداد یا یک عمل حقوقی یا احوال شخصیه یا یک حق (مانند حق اختراع و یا امور دیگری مانند علامت‌ها و معاملات) در دفاتر مخصوصی است که قانون معین می‌کند و به دفاتر اسناد رسمی شهره‌اند.

حکما گویند که خداوند عزوجل، شَرّ نیافریده است و آنچه وجود می‌یابد، خیر است. و عرفا بر این باورند که هستی بر پایه عشق و محبت آفریده شده است، چون دقیق بنگری، درخواستی یافت هر پدیده‌ای بر مبنای هدفی پدیدار می‌گردد. و وجود ثبت اسناد و دفاتر اسناد رسمی هم از این قاعده مستثنی نیستند.

«ثبت» شش نقطه دارد که دوام و قوام و راز ماندگاری آن به همخوانی و با هم بودن هر شش نقطه آن است. اگر يك، دو، سه و یا چهار نقطه از آن را برداریم، کلماتی با معانی متفاوتی پدید می‌آید که فرسنگ‌ها با معنی و مفهوم مورد نظر ما در ثبت اسناد فاصله خواهد داشت.

* نویسنده مسؤل؛ رئیس اداره ثبت اسناد و املاک شهرستان فردوس و کارشناس ارشد فقه و حقوق اسلامی.

لذا جهت صدور و تنظیم يك سند صحيح ثبتي بايد تمام عوامل و اجزای ثبت متفقاً
تجميع شوند تا ضمن رعايت دقيق كليه مقررات مربوط، سندی كه صادر و تحويل ذی نفع
می شود ضمانت اجرای امنيت قضايی، اجتماعی، اقتصادی و روحی و روانی مالك را داشته
باشد.

تأكيد قرآن كريم در آيه شريفه ۲۸۲ سوره مباركه بقره (معروف به آيه تداین) بر مکتوب
کردن، ثبت عقد دين و عقود مشابه آن توسط «کاتبی عادل» ناظر بر معاملات است. اين
آيه كه طولانی ترين آيه قرآن است، توصيه می كند كه تعهدات و التزامات قراردادی به قيد
کتابت درآيد. شرط کاتب آن است كه عادل و آشنا به اصول توثيق باشد، همچنين سند
بايد به گواهی شهود برسد چنان كه در قرآن مجيد توصيه شده است كه اسناد مکتوب
معاملات خصوصی به گواهی دو شاهد مرد يا يك شاهد مرد و دو شاهد زن برسد.

«يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ 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 يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ
الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِدَيْنِ 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 تَسْمَعُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ذَٰلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمٌ لِلشُّهَادَةِ وَأَذْنَىٰ
الْأَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُوهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَ
لَا يُضَارَ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفَلَّوْا فَإِنَّهُ فَسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيَعْلَمِ كُفْمُ اللَّهِ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ»

«ای مؤمنان! هنگامی که خواهستید ا به قرض و نسیبه معامله کنید، آن را تا سر رسیدی معین بنویسید و
نویسنده ای میان شما اسند معامله را ا به درستی بنویسد، و نویسنده از نوشتن آن - چنان که خدایش آموخته -
دریغ نکند، پس باید بنویسد و بدهکار املا کند ا یعنی یکی بگوید دیگری بنویسد ا و از خدا، پروردگار خویش
بترسد ا، تقوا پیشه کند ا و چیزی از آن نکاهد. و اگر بدهکار، کم خرد یا ناتوان باشد یا املا نتواند، سرپرست وی
باید عادلانه املا کند. و دو شاهد از مردان را گواه بگیرید، و اگر دو مرد نباشند یک مرد و دو زن از گواهانی که
امورد قبول شماست و به انتخاب ایشان ارضایت می دهید ا انتخاب کنید ا تا اگر یکی شان از یاد بُرد، دیگری
یادآوری کند. و گواهان وقتی ا برای ادای شهادت ا خوانده می شوند، دریغ نکنند. و از نوشتن ا بدهی ا تا
سر رسید آن - کوچک باشد یا بزرگ - ملول نشوید که این در پیشگاه خداوند منصفانه تر و برای گواهی دادن
استوارتر و برای تردیدن کردن مناسب تر است، مگر آن که معامله ای نقدی باشد که میان خود انجام می دهید، در
این صورت بر شما گناهی نیست که آن را بنویسید. و چون داد و ستد کنید بر آن گواه بگیرید. و نباید به نویسنده
و گواه زبانی برسد، و اگر چنین کنید از فرمان خدا خارج شده اید، و از خدا بترسید، و خداوند ا بدین گونه ا به
شما تعلیم می دهد، و خداوند به هر چیزی داناست».

(قرآن کریم، سوره مبارکه بقره، آیه شریفه ۲۸۲؛ ترجمه ابوالفضل بهرامپور)

این آیه که برای تنظیم اسناد تجاری ارائه طریق می‌کند از معجزات، دقت نظر و جامعیت اسلام و قرآن حکیم است که در دوره خاص جاهلیت، دقیق‌ترین مسایل حقوقی (ثبتي) را بیان کرده و دستورهای مهمی در مورد دادوستد مالی را مطرح نموده است.

آیه فوق‌الذکر بیش از ۱۴۰۰ سال پیش بر پیامبر عظیم‌الشأن (ص) نازل شده، در زمانی که جامعه از بسیاری فن‌آوری‌ها دور بوده ولی مکتب مقدس اسلام نسبت به تنظیم اسناد تجاری و عقود چقدر دقیق و ظریف سخن گفته است. در متن آیه شریفه، ۹ بار واژه کتابت به کار رفته و اهمیت ثبت سند را با بیانی شیوا به مخاطب منتقل می‌نماید که برخی از احکام و پیام‌های راهگشای آن به این شرح است:

۱ - «إِذَا تَدَايَنْتُمْ ... فَارْتَبُوا ...» که ضرورت ثبت سند دین را می‌رساند (هر وقت وارد معامله شدید آن را بنویسید)

که برای حفظ اعتماد به همدیگر و آرامش روحی طرفین و جلوگیری از انکار و سوءظن باید بدهی‌ها طی سندی نوشته شود.

۲ - «وَلَا تَسْتَمُوا أَنْ تَكْتُبُوا صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا ...» تأکید بر کلیت، فراگیری و شمول تنظیم سند دین اعم از بدهی‌های کوچک و بزرگ که دارای مدت است.

۳ - ترویج و تشویق به تنظیم سند از طریق ذکر فواید و فلسفه ثبت به این شرح:

۱-۳ - این کار، نزد خدا به عدل، نزدیک‌تر است «...أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ ...»

۲-۳ - این کار، در برپایی شهادت هم مؤثر است «أَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ»

۳-۳ - در این که به شك و تردید نیفتید مؤثر است. «وَأَدْنَىٰ آلَا تَرْتَابُوا ...»

۴ - شرط ایمان، عدالت و علم برای نویسنده. (وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ ... كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ) کاتب و نویسنده باید متصف به صفت عدل و ایمان باشد تا مبدا در ثبت اسناد در دفتر خیانت و تقلبی بکند. و به شکرانه علم و سواد که خداوند به او داده است، کارگشایی کند.

۵ - تشریفات تنظیم سند: نویسنده سند از خودش چیزی کم و زیاد نکند.

«... وَلْيَكْتُبْ ... كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ» شرط گزینش نویسنده سند، داشتن عدالت است.

- ۶ - تنظیم سند در حضور دو نفر شاهد مسلمان مرد: «و استشهدوا شهیدین من رجالکم...» مردان در گواهی دادن بر زنان مقدم هستند.
- ۷ - تأکید بر رعایت تشریفات تنظیم سند در صورت عدم دستیابی به دو نفر مرد، به وسیله یک مرد و دو زن «فإن لم یكونا رجُلین فرجُل و امرأتان...».
- دو زن به جای یک مرد در گواهی، یا به خاطر روحیه عاطفی آنها است و یا به جهت این که معمولاً زنان در مسایل بازار و اقتصاد حضور فعال ندارند و آشنایی آنها با نحوه معاملات کمتر است.
- ۸ - بدهکار باید متن قرارداد را بگوید و سند را امضا کند. «و لیمیل الذی علیہ الحق...»
- ۹ - رعایت مقررات مربوط به تنظیم اسناد صغیر و سفیه با پیش‌بینی امضای سند توسط ولی: «... فلیمیل ولیه بالعدل» به نحوی که حق ناتوان ضایع نشود.
- ۱۰ - ایجاد فضای معنوی جهت جلوگیری از لغزش: «و لیتق الله ربه و لا یبخس منه شیئا...»
- ۱۱ - پیش‌بینی فرضی اختلاف در مفاد سند: «آن تَضِلَّ احْدیهما فتذکر احْدیهما الأخری»
- ۱۲ - پیش‌بینی شروط برای شهود تنظیم سند شامل بلوغ با تعبیر رجل و امرأتان، ایمان با اضافه رجل به ضمیر «کم» و مورد توافق بودن شهود با قید «ممن ترضون...».
- ۱۳ - تفکیک و تضمین‌هایی برای شهود: در موقع نیاز به شهادت باید حضور پیدا کنند: «و لا یاب الشهداء إذا ما دُعوا...».
- ۱۴ - به نویسنده و شهود نباید ضرری برسد: «و لا یضار کاتب و لا شهید...» و کاتب و شاهد نباید به خاطر حق نوشتن و حق گفتن مورد آزار و اذیت قرار گیرند.
- ۱۵ - ضمانت اجرای اضرار به شاهد یا نویسنده سند: «و لا یضار... و ان تفعلوا فانه فُشوقُکم و...».
- ۱۶ - مدت بدهکاری در سند ثبت شده باید مشخص باشد: «الی اجل مسمی».

۱۷ - برای اطمینان و حفظ سند و قرارداد از دخل و تصرف احتمالی طرفین، سند باید با حضور طرفین و توسط شخص سومی نوشته شود. «وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ»؛ تحریر سند توسط مأمور ثبت اسناد.

۱۸ - هرگونه خدشه در سند، از هر کس که باشد، فسق و گناه است؛ «فَأَنَّهُ فُشِقٌ».

۱۹ - هر اهل فن و حرفه‌ای مسئولیت ویژه‌ای دارد و کسی که قلم در دست دارد باید برای مردم بنویسد؛ «وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ».

با کمی تأمل و دقت نظر در احکام مندرج در آیه تداین به وضوح به این نتیجه می‌رسیم که چقدر رابطه نزدیکی بین دستورهای خداوند متعال در آیه مذکور و شرح وظایف مجموعه دفاتر اسناد رسمی در زمان فعلی وجود دارد که این خود افتخاری بس بزرگ است برای جامعه ثبتی و سردفتری که مأمور اجرای صحیح جامع‌ترین دستورالعمل خداوند متعال در خصوص ضرورت ثبت اسناد باشند.

به امید فراگیر شدن فرامین الهی در سرتاسر هستی.

کارکرد قضایی حقوق ثبت

تاریخ دریافت: ۱۳۹۰/۷/۵

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۰/۷/۲۱

علی توسلی*

چکیده:

مقاله پیش روی در پی اثبات این فرضیه است که آیا حقوق ثبت می‌تواند همانند محاکم دادگستری و قوه قضائیه یک نوع کارکرد قضایی داشته باشد یا خیر؟ در موضوع مورد بحث این یادداشت، کارکرد دستگاه قضایی در چهار وظیفه مهم تجلی پیدا می‌کند که عبارت است از: الف - حل و فصل دعاوی و صدور حکم؛ ب - احیای حقوق عامه؛ ج - نظارت بر حسن اجرای قوانین؛ د - اقدامات پیشگیرانه از جرم.

حقوق ثبت نیز مصادیق وظایف مذکور را در ماهیت قوانین ثبتی خود در بردارد. رسیدگی به دعاوی و اعتراضات ثبتی و کارکرد دادگاه «هیئت نظارت» ثبت، کارکرد دایره اجرای اداره ثبت در دعاوی دیون و مطالبات، لازم‌الاجرا بودن مفاد اسناد رسمی توسط دایره اجرای ثبت دعاوی، دلالت بر کارکرد قضایی ثبت از حیث حل و فصل دعاوی است.

اعلان ثبت عمومی و اجباری بودن ثبت عقود و معاملات و شناسنامه‌دار شدن مالکیت افراد از طریق گرفتن سند رسمی با هدف آرمانی احیای حق عمومی مالکیت، دلیل کارکرد قضایی ثبت با رویکرد احیای حقوق عمومی جامعه است.

نظارت بازرسان ثبتی برای کشف تخلفات ثبتی و موارد نقض قوانین در دفاتر اسناد رسمی و ادارات ثبت، وجود دستگاه‌های انتظامی کارمند ثبت و سردفتران و دفتریاران و مجازات موارد تخلف از قوانین و بخشنامه‌ها، اماره بر کارکرد قضایی حقوق ثبت با رویکرد وظیفه نظارت بر حسن اجرای قوانین است.

پیشگیری غیرکیفری عمومی از طریق ثبت اجباری، پیشگیری انفعالی در صدور سند معارض، پیشگیری وضعی در امانت‌گذاران اسناد نزد ادارات ثبت، مهر و امضای دفاتر توسط دادستان و معرفی نمونه امضای سران دفاتر اسناد رسمی جهت شناسایی و جلوگیری از جعل امضا، کارکرد قضایی ثبت یا رویکرد پیشگیرانه از جرم را به نمایش می‌گذارند.

واژگان کلیدی: حقوق ثبت، کارکرد قضایی، دفتر اسناد رسمی، پیشگیری از وقوع جرم.

* نویسنده مسئول؛ سردفتر دفتر اسناد رسمی شماره ۴۸ ایذه، نایب‌رئیس جامعه سردفتران استان خوزستان و مدرس دانشگاه.

سؤالی که در پیش روست این که؛ آیا حقوق ثبت می‌تواند یک کارکرد قضایی داشته باشد یا خیر؟ آیا حقوق ثبت، ماهیتاً استعداد کارکرد قضایی را در خود دارد یا نه؟ چنانچه بخواهیم پاسخ سؤال خود را مستند و مستدل بیان کنیم، ناچاریم که به تعریف ماهوی قوه قضائیه پردازیم تا شاید از طریق کالبدگشایی تعریف قوه قضائیه به هویت این قوه پی‌برد و ماهیت مشترک قوه قضائیه و حقوق ثبت از حیث کاربرد قضایی حقوق ثبت را شناسایی و کشف نمود. اصل ۱۵۶ ق.ا.، قوه قضائیه را چنین تعریف نموده است:

قوه که پشتیبان حقوق فردی، اجتماعی بوده و برای نیل به عدالت وظایف زیر را دارا است:

الف - صدور حکم در مورد شکایات، حل و فصل دعاوی؛

ب - احیای حقوق عامه؛

ج - نظارت بر حسن اجرای قوانین؛

د - اقدامات مناسب برای پیشگیری از وقوع جرم.

در اینجا، چهار وظیفه مذکور را در حقوق ثبت ردیابی می‌کنیم تا مشترکات کارکرد قضایی قوه قضائیه با حقوق ثبت روشن و تبیین گردد.

۱- کارکرد قضایی حقوق ثبت از حیث صدور حکم در مورد شکایات و حل و فصل دعاوی:

تجلی کارکرد قضایی محاکم دادگستری در این فرایند آشکار می‌شود که محاکم قضایی مکلف‌اند هر دعوی حقوقی یا کیفری را تحت هر عنوان که موجد حقی برای اشخاص می‌باشد، بپذیرند و تا صدور حکم و اجرا، آن دعوی را تعقیب نمایند. به بیان دیگر، رسالت محاکم قضایی، احقاق حق و استماع دعاوی و اعتراضات مردم نسبت به تضییع حقوق آن‌ها است. جایی که حقی ضایع شود، صاحب‌حق معترض می‌گردد و متولی این اعتراض در ماده ۱۶ ق.ث. دیده می‌شود.

الف: اولین مصداق این اعتراض در ماده ۱۶ ق.ث. دیده می‌شود؛ هر کس نسبت به تقاضای ثبت ملکی اعتراض دارد باید اعتراض خود را در قالب عرض حال یا دادخواست به

اداره ثبت تحویل دهد حتی اگر اعتراض به حدود ثبتی باشد.^۱

در این ماده، معترض ثبتی همان کسی است که احساس می‌کند حقش در معرض تضییع قرار گرفته و در مقام حق خواهی، طرح دعوی در اداره ثبت می‌کند. اداره ثبت همانند دادگاه، عملیات مقدماتی رسیدگی از قبیل پذیرش دادخواست و عرض حال، تکمیل مدارک و مستندات معترض و ارسال پرونده متشکله را به دادگاه جهت صدور حکم نهایی انجام می‌دهد.^۲

اداره ثبت وفق ماده ۹۱ آیین‌نامه قانون ثبت همانند دادگاه که مکلف به بایگانی نمودن پرونده‌های قضایی است، وظیفه دارد که یک نسخه از دادخواست اعتراض را در بایگانی ثبت نگهداری نماید. چنانچه دادخواست یک برگ باشد، رونوشت آن را در بایگانی اداره ثبت بایگانی نماید.^۱

کارکرد اداره ثبت در پذیرش دعوی اعتراض، تشکیل پرونده ثبت دعوی و دادخواست و تمهید مقدمات رسیدگی، همان تشریفات رسیدگی به یک دعوی حقوقی در محاکم قضایی است.

ب: مصداق دوم کارکرد قضایی اداره ثبت از حیث رسیدگی به شکایات، به‌وضوح در ماده ۶ ق.ت. قابل مشاهده است. ماده مرقوم اشعار داشته که: رسیدگی به کلیه اختلافات و اشتباهات مربوط به امور ثبتی، در دادگاه استان توسط هیئتی که «هیئت نظارت» نام دارد، رسیدگی می‌شود.

اختلافات ثبتی همان دعاوی مدنی می‌باشند که درباره موضوعاتی از قبیل دعوی مالکیت، دعوی تصرفات اشخاص، تزاحم و تعارض تصرف مالکانه، تعارض احکام دادگاه با اسناد رسمی مالکیت و سایر دعاوی مشابه با ماهیت مدنی است که همگی این نوع دعاوی ماهیتاً در صلاحیت محاکم حقوقی است، ولی به‌جای آن که به این دعاوی مدنی،

۱. میرزایی، علی‌رضا، حقوق ثبت کاربردی، انتشارات بهنامی، تهران، ۱۳۸۸، ج. ۳، ص. ۸۲.

۲. شهری، غلام‌رضا، حقوق ثبت، اسناد و املاک، ج. ۵، تهران، ۱۳۷۶، ص. ۶۱.

دادگاه حقوقی رسیدگی کند، در سازمان ثبت، در مقر دادگاه استان، هیئتی به نام «هیئت نظارت» به این گونه دعاوی رسیدگی می‌کند.

برخی از اختلافات مدنی که حل و فصل آن‌ها در صلاحیت هیئت نظارت است در ماده ۲۵ ق.ت. احصا گردیده است که عبارتند از:

- ۱ - رفع اختلاف بین اشخاص و اداره ثبت در خصوص تقاضای ثبت.
- ۲ - رفع اختلاف بین اشخاص در خصوص تصرفات اشخاص و تراحم و تعارض در تصرفات و ابطال دادخواست ثبت.

۳ - رسیدگی به دعوی مغایرت حکم دادگاه با سند رسمی یا ثبت دفتر املاک. تمامی دعاوی و اختلافات مذکور دارای ماهیت مدنی بوده و ذاتاً در صلاحیت دادگاه حقوقی است که در دادگاه «هیئت نظارت» ثبت، رسیدگی و نسبت به آن‌ها حکم صادر می‌شود. احکام صادره نیز همانند احکام دادگاه قابل تجدیدنظر در شورای عالی ثبت می‌باشند.

ج: مصداق سوم کارکرد قضایی ثبت از حیث رسیدگی و صدور حکم را باید در ماده ۳۴ ق.ت. ردیابی نمود. دعاوی مربوط به دیون و مطالبات، حقوق ذمه‌ای و تعهدات رسمی، همگی دعاوی مدنی بوده و مطابق ماده ۱۹۸ ق.آ.د.م. در صلاحیت ذاتی محاکم حقوقی است و لیکن ادارات ثبت مستقلاً به این دعاوی رسیدگی نموده و به وصول طلب بستانکار و الزام متعهد به ایفای تعهدات رسمی می‌پردازد.

کارکرد قضایی ادارات ثبت از طریق دوایر اجرایی در وصول طلب طلبکار از بدهکار سند شرطی، رهنی و انجام تعهدات رسمی با همکاری دفترخانه اسناد رسمی، دقیقاً همان کارکرد قضایی محاکم در دعاوی حقوقی راجع به دیون و مطالبات اشخاص جامعه است که در یک فرایند (طولانی) قضایی انجام می‌گیرد.

کارکرد حقوقی دوایر اجرایی ثبت نسبت به محاکم قضایی دارای امتیاز بیشتری

می‌باشد. امتیاز آن، این است که در دوایر اجرای ثبت؛ اولاً رسیدگی سریع‌تر بوده و تشریفات دادرسی کوتاه است، ثانیاً رسیدگی قابل تجدیدنظر نبوده، اطاله دادرسی نداشته و تصمیمات دایره اجرا چون مستند به سند رسمی و لازم‌الاجرا می‌باشد، از قطعیت برخوردار است.

د: مصداق چهارم کارکرد قضایی از حیث صدور حکم و اجرای آن در مدلول ماده ۹۲ ق.ث. مضمور و نهفته است. ماده مذکور این مضمون را می‌رساند که؛ مدلول کلیه اسناد رسمی راجع به دیون و اموال منقول و معاملات املاک ثبت‌شده بدون احتیاج به حکمی از محاکم، لازم‌الاجرا است.

چنانچه فرایند کارکرد محاکم قضایی را از مرحله صدور حکم تا اجرای آن توسط اجرای احکام بدانیم، این فرایند در متن ماده مرقوم لحاظ گردیده است. بدین صورت که اسناد رسمی راجع به دیون و اموال، اولاً به منزله احکام قطعی می‌باشند. ثانیاً دایره اجرای ثبت که به منزله اجرای احکام دادگاه می‌باشد، بدون هیچ‌گونه تشریفات طولانی، مفاد این اسناد را اجرا می‌کند و با اجرای مفاد اسناد رسمی، دعاوی مربوط به دیون و اموال منقول مختومه می‌گردد. به‌عنوان مثال، هنگامی که اجرای ثبت، یک سند رهن بانک را به اجرا می‌گذارد و با انتقال مال مرهونه به بانک، مطالبات بانک را وصول می‌کند، این عمل به منزله آن است که بانک برای وصول طلب ناشی از تسهیلات اعطایی خود به دادگاه دادخواست داده و دادگاه با اجرای حکم صادره مبنی بر انتقال مال مرهونه به بانک، مطالبات بانک را وصول کرده باشد. نتیجه حاصله برای بانک همان نتیجه‌ای است که با مراجعه به دادگاه برایش حاصل می‌شد. چنانچه کسی از عملیات دایره اجرای ثبت شاکی باشد، گرچه مرجع تظلم‌خواهی و شکایت، محاکم عمومی دادگستری است ولیکن برابر مفهوم ماده ۲۲۹ آ.ا.م.ا.ر.، به جای دادگستری می‌تواند با ذکر دلیل شکایت، شکایت خود را به رئیس ثبت محل تسلیم نماید و رئیس ثبت نیز فوراً رسیدگی و همانند دادگاه مبادرت به صدور رأی می‌نماید. آراء صادره قابل تجدیدنظر در هیئت نظارت است. پس می‌توان گفت که هیئت نظارت نیز به منزله

دادگاه تجدیدنظر است.

۲- کارکرد قضایی حقوق ثبت از حیث احیای حقوق عامه:

حقوق عمومی که جامعه از آن برخوردار است و قوه قضائیه با کارکرد قضایی مسئول احیا و حفاظت و پاسداری از آن است، حقوقی متعدد و متفاوت می‌باشند. یکی از حقوق عمومی جامعه که به همه اشخاص تعلق می‌گیرد حق مالکیت و تصرفات بلامنزاع مالکانه می‌باشد. چنانچه حق عمومی مالکیت شخصی در مخاطره افتد، مورد تصرف عدوانی و غصب قرار گیرد، قوه قضائیه در مقابل متجاوز به دفاع از حق و احیای حق برمی‌آید. صدور احکامی از قبیل خلع‌ید، رفع تصرف، رفع مزاحمت و ممانعت از حق و امثال آن از طرف محاکم قضایی، همه برای احقاق حقوق عمومی جامعه از جمله حق مالکیت اشخاص می‌باشد.

مصادیق احیای حق عبارتند از:

الف: مصداق روشن احیای حقوق عمومی از طریق سازمان ثبت، اعلان ثبت عمومی موضوع ماده ۹ ق.ث. است. طبق ماده مذکور، در نقاطی که اداره ثبت موجود است، نسبت به ثبت کلیه اموال غیرمنقول اقدام می‌شود. اعلان ثبت عمومی به جامعه و انتشار آگهی ثبت عمومی، پلاک‌کوبی و سایر تشریفات دیگر، همگی، جهت تشخیص و احیای حقوق مالکانه افراد جامعه بر حق مالکیت خود است.

هدف نهایی سازمان ثبت از ثبت عمومی، شناسنامه‌دار نمودن و رسمی کردن مالکیت اشخاص می‌باشد. تصرفات انسان‌ها (مباشراً یا غیرمستقیم) بر اراضی و املاک، زمانی به یک حق ثابت و رسمی تبدیل می‌شود که این حق از طریق ثبت در دفاتر دولتی ثبت شود. با ثبت این حقوق مالکانه در دفاتر املاک ثبت، در واقع حق مالکیت احیا گردیده و به رسمیت شناخته شده است. زیرا قبل از ثبت این حق در دفتر املاک، دولت این حق را به رسمیت نمی‌شناسد و شخص نمی‌تواند مدعی "حق" مالکیت شود؛ پس "ثبت" نقطه آغاز، ایجاد و تولد و احیای «حق مالکیت اشخاص» است.

ب: مصداق دیگر کارکرد قضایی حقوق ثبت از حیث احیای حقوق، تأسیس

اجباری بودن ثبت است. وفق ماده ۴۷ ق.ت.، در جایی که اداره ثبت اسناد و املاک و دفاتر اسناد رسمی وجود دارد، ثبت کلیه عقود و معاملات راجع به اموال غیرمنقول و صلح نامه و هبه نامه و شرکت نامه اجباری است. حکمت عقلی ثبت اجباری در حقوق ثبت، احیا و مواظبت از حقوق عمومی جامعه از جمله حق مالکیت می باشد. ثبت اجباری عقود و معاملات اشخاص برای ثبات و بقای حقوق عمومی افراد است.

تفاوتی ندارد که دادگاه در یک فرایند (طولانی) قضایی حکم بر اثبات مالکیت یا تنفیذ معامله برای یک شخص صادر کند یا این که سازمان ثبت، با ثبت اجباری، مالکیت یا معامله آن شخص را از طریق ثبت، تنفیذ و اثبات نماید. ثبت اجباری یک معامله یا عقد به منزله صدور حکم قطعی اثبات مالکیت از طرف دادگاه است. زیرا آراء دادگاه، اسناد رسمی اند. چه رأی از طرف محکمه صادر گردد و چه یک سند رسمی با ثبت اجباری صادر شود، هر دو، هم رأی و هم سند، وسیله اثبات حق می باشند.

۳ - کارکرد قضایی حقوق ثبت از حیث نظارت بر حسن اجرای قوانین:

قوة قضائیه به سه صورت بر حسن اجرای قوانین نظارت دارد؛ صورت اول، از طریق دیوان عالی کشور است که اجرای صحیح قوانین در محاکم را تعقیب می کند. روش دوم، از طریق دیوان عدالت اداری است که با رسیدگی به شکایات مردم نسبت به مأمورین یا آیین نامه های دولتی و تطبیق عملکرد و تصمیمات آنها با قوانین موجود، موارد خلاف قانون را نقض می کند. سازوکار سوم، سازمان بازرسی کل کشور است که این نهاد، مسئولیت نظارت بر حسن اجرای قوانین در دستگاه های اداری را بر عهده دارد. در حقوق ثبت نیز موارد و مصادیق رسالت نظارت بر حسن اجرای قوانین ثبت دیده می شود که به نمونه هایی از آن اشاره می شود:

الف: مصداق کارکرد نظارتی حقوق ثبت در آیین نامه طرز بازرسی بازرسان ثبت کل مصوب ۱۳۱۷/۲/۱۳ وزیر دادگستری؛ برابر ماده ۴ نظام نامه تشکیلات اداره ثبت، بازرسان ثبت مکلف به رسیدگی به امور املاک در خصوص پرونده های غیرمختومه ثبت املاک و

کشف علل و موجبات تأخیر آن هستند. هدف نهایی از کشف علل و موجبات تأخیر در رسیدگی به پرونده‌ها چیزی جز آن نیست که به چه علت اجرای قوانین به تأخیر افتاده و قوانین به خوبی اجرا نشده و در واقع، این که چرا اجرای قوانین به نحو احسن صورت نگرفته است.

ب: مصداق دیگر کارکرد نظارتی در حقوق ثبت در بخش امور ثبت اسناد دیده می‌شود؛ بازرسان دفاتر اسناد رسمی در موارد عدم اخذ حقوق دولتی، حق التحریر، انجام استعلامات، ارسال به موقع خلاصه معاملات، ثبت صداق غیرمنقول در دفاتر ثبت ازدواج و طلاق، تنظیم اسناد مطابق قوانین، تأخیر در اجرا و عملیات اجرایی اسناد، اخذ نیم‌عشر اجرایی، نحوه اجرای عملیات مأمورین اجرایی، نحوه ارزیابی و محاسبه وجوه مقدماتی مثل حق تمبر و امثال این موارد، به نظارت می‌پردازند که دربابند آیا مجموع این موارد مطابق با نص قوانین ثبتی عمل شده یا خیر. گزارش بازرسان به مقامات عالی و دادگاه‌های اداری صرفاً جهت حسن اجرای قوانین و عمل به تکلیف و وظیفه نظارتی حقوق ثبت است. ارسال موارد خلاف قانون به دادگاه‌های انتظامی از طرف بازرسان، کارکرد نظارتی ثبت را نشان می‌دهد. بازرسان دفاتر اسناد رسمی، سفیران نظارتی حقوق ثبت بر حسن اجرای قوانین ثبتی می‌باشند. ماده ۷۳ ق.د.ا.ر.ک. نظارت بر دفاتر اسناد رسمی توسط بازرسان سازمان ثبت یا کانون سردفتران را در هر ۶ ماه یک‌بار، جزو تکالیف بازرسان دانسته است و این تکلیف در راستای کارکرد نظارتی سازمان ثبت بر حسن اجرای قوانین ثبتی است.

ج: مصداق دیگر کارکرد نظارتی حقوق ثبت در مفاد بند ۳ فراز "د" ماده ۲۹ قانون اصلاح دفاتر اسناد رسمی تجلی می‌یابد؛ مطابق قانون مذکور هیچ سند رسمی نباید برخلاف مقررات یا بخش‌نامه‌ها تنظیم شود. هدف از این که کلیه اسناد تنظیمی در دفاتر اسناد رسمی باید منطبق با قوانین موضوعه ثبتی باشد، در واقع، اجرای صحیح مقررات است. تعیین مجازات برای مأمورین ثبتی یا سردفتران که اسناد را مغایر با قوانین تنظیم نمایند فقط برای حسن اجرای مقررات ثبتی می‌باشد.

این وظیفه مهم برعهده دادگاه‌های انتظامی سردفتران و دفتریاران گذارده شده تا با مجازات متخلفان بتوانند نقش نظارتی خود را در اجرای صحیح قوانین ثبتی و نظامات سردفتری نشان دهند. بازرسان ثبتی که گزارش تنظیم اسناد برخلاف قانون را گزارش می‌نمایند، همان کاری را انجام می‌دهند که بازرسان سازمان بازرسی کل کشور وظیفه دارند. گرچه در کنار بازرسان دفاتر اسناد رسمی که از سازمان ثبت اسناد و املاک کشور می‌باشند، خود سازمان بازرسی کل کشور نیز حق بازرسی دفاتر اسناد رسمی سراسر کشور را از جهت حسن اجرای قوانین دارد.

نتیجتاً محصول بازرسی توسط هر مأموری که انجام شود، آن است که آیا قوانین ثبتی به نحو صحیح اجرا شده‌اند یا خیر؟ و احراز صحت یا عدم صحت اجرای قوانین ثبتی همان کارکرد نظارتی حقوق ثبت را ترسیم می‌کند.

۴ - کارکرد قضایی پیشگیرانه از وقوع جرم در حقوق ثبت:

مصادیق کارکرد قضایی پیشگیرانه در حقوق ثبت از قبیل: (۱) پیشگیری غیرکیفری عمومی با ثبت اجباری؛ (۲) پیشگیری انفعالی در سند معارض؛ (۳) پیشگیری وضعی در امانت اسناد؛ (۴) پیشگیری وضعی با مهر و امضای دفاتر توسط دادستان؛ (۵) پیشگیری وضعی با ارائه نمونه امضا می‌باشد که به نوعی، کارکرد پیشگیرانه سازمان ثبت را در پیشگیری و کنترل جرم و بزهکاری ترسیم می‌نماید.

۱ - ۴ - پیشگیری غیرکیفری عمومی با ثبت اجباری اسناد:

پیشگیری عمومی شامل کلیه اقدامات پیشگیرانه است که توسط نهادهای مجری عدالت کیفری مانند قوه قضائیه، سازمان ثبت و غیره به عمل می‌آید. نوعی اقدامات عام و مشترک برای کلیه افراد جامعه است که وظیفه عمومی همه شهروندان می‌باشد. سازمان ثبت به تجویز مواد ۴۷ و ۴۸ ق.ت.ث.^۱ متولی تأمین ثبات و امنیت مالی و مالکیت افراد جامعه

۱. ماده ۴۷ ق.ت.ث.: «در نقاطی که اداره ثبت اسناد و املاک و دفاتر اسناد رسمی موجود بوده و وزارت عدلیه مقتضی بداند ثبت اسناد ذیل اجباری است: ۱- کلیه عقود و معاملات راجعه به عین یا منافع اموال غیرمنقول که در دفتر املاک ثبت نشده. ۲- صلح‌نامه و هبه‌نامه و شرکت‌نامه».

است. در راستای این وظیفه، مأمور است که کلیه معاملات و عقود راجع به اعیان و منافع املاک را نظم و انتظام ثبتي دهد. این نظم و انتظام ثبتي و حقوقی موجب استحکام مالکیت و حقوق مالکانه افراد می‌گردد، از تولید مفاسد اقتصادی و اجتماعی ناشی از معاملات خارج از شبکه ثبت جلوگیری می‌کند. با توجه به آمار جرایم در محاکم کیفری، بیشترین آمار اعم از کیفری و حقوقی، دعاوی ناشی از معاملات املاک است. منشأ اولیه تولید اختلاف و نزاع نیز مربوط به تنظیم قراردادهای عادی و معاملات با اسناد غیررسمی است. حکمت عقلی اجباری نمودن ثبت عقود و معاملات در مرتبه اول، ثبت حقوق مالکانه جامعه و در مرحله ثانی جلوگیری از تولید اختلاف و نزاع، کاهش طرح دعاوی مالکانه حقوقی و کیفری، اشتغال بی‌مورد محاکم قضایی، قضازدایی و النهایه، پیشگیری غیر کیفری عمومی از تولید و ارتکاب جرم است.

همچنین نکته مهم و قابل توجه این‌که؛ ثبت شدن معاملات املاک در دفتر مخصوص به نام «دفتر املاک» در اداره ثبت و مشخص شدن مرجع تشخیص مالکیت، یعنی «سازمان ثبت»، از تجاوزات مالکانه، غصب، تصرف عدوانی، کلاهبرداری از طریق انتقال مال غیر، سهولت جعل در اسناد عادی و سایر مفاسد ناشی از اسناد عادی و غیررسمی، پیشگیری می‌کند.

۲-۴ - پیشگیری غیر کیفری انفعالی در سند مالکیت معارض:

پیشگیری غیر کیفری انفعالی بدین معنی است که دستگاه عدالت کیفری با دادن هشدارهای لازم به کسانی که در معرض وقوع جرم‌اند، آن‌ها را از خطرات وقوع جرم آگاه می‌کند. اطلاع‌رسانی قبل از وقوع، مانع وقوع جرم می‌گردد. سازمان ثبت به‌عنوان یک سازمان حاکمیتی و وابسته به قوه قضائیه، یکی از سازمان‌های مجری عدالت کیفری است. همچنین این سازمان مجری مجموعه قوانین و مقررات ثبتي می‌باشد.

نقش پیشگیرانه این سازمان در وقوع جرایم عمومی مانند انتقال مال غیر و کلاهبرداری، جعل و صدور سند معارض منجر به معامله معارض در عرصه قانون ثبت،

ماده ۴۸ ق. ت. ت. «سندی که مطابق مواد فوق باید به ثبت برسد و به ثبت نرسیده در هیچ یک از ادارات و محاکم پذیرفته نخواهد شد».

به‌خوبی دیده می‌شود. به‌عنوان مثال، یک نمونه از مصادیق پیشگیری غیرکیفری انفعالی سازمان ثبت در تبصره ۲ ماده ۳ لایحه قانونی مربوط به اشتباهات ثبتی و اسناد مالکیت معارض و ماده یک آیین‌نامه اجرایی^۱ آن دیده می‌شود.

برابر ماده یک آیین‌نامه اجرایی اسناد مالکیت معارض، واحدهای ثبتی به نمایندگی از سازمان ثبت مکلف‌اند به‌محض اطلاع از صدور سند مالکیت معارض، فوراً به موضوع رسیدگی و مراتب را به دفاتر اسناد رسمی حوزه تابعه اطلاع دهند. این اطلاع‌رسانی و هشدار موجب می‌شود که دفاتر اسناد رسمی به‌عنوان متولیان قانونی امر نقل و انتقال رسمی معاملات از تنظیم اسناد معارض پرهیز کنند و از وجود سند معارض باخبر شوند؛ چون متصدی انتقال رسمی هستند. لذا در معرض خطر ارتکاب صدور سند معارض قرار دارند. اطلاع‌رسانی سازمان از وقوع جرم معامله معارض پیشگیری می‌کند. این اطلاع‌رسانی باعث می‌شود که دفترخانه، مانع از ارتکاب جرم معامله معارض و النهایه، تحقق جرم صدور سند معارض گردد و از وقوع یک جرم کیفری پیشگیری شود.

۳ - ۴ - پیشگیری وضعی در امانت اسناد:

پیشگیری وضعی، اقدامات و تدابیری است که در جهت کاهش موقعیت‌های ماقبل از بزهکاری، برای مهار کردن جرم صورت می‌گیرد. به بیان دیگر، وضعیت صحنه ماقبل از جرم را تغییر می‌دهد، به همین جهت آن را وضعی می‌نامند. یعنی در مسیر وقوع جرم مانع ایجاد می‌شود. اقدامات پیشگیرانه به شکل دشوار ساختن نحوه ارتکاب جرم است. مانند نصب تجهیزات الکترونیکی، دوربین و دزدگیر در بانک‌ها، ادارات و دفترخانه‌ها. این نوع پیشگیری در قوانین ثبتی نیز دیده می‌شود. مصداق آن در ماده ۷۵ ق.ت.^۲ در مبحث

۱. ماده یک آیین‌نامه اجرایی رسیدگی اسناد مالکیت معارض و هیئت نظارت و شورای عالی مصوب ۱۳۵۲/۲/۱۶ وزارت دادگستری؛ «واحدهای ثبتی مکلف‌اند به‌محض اطلاع از صدور اسناد مالکیت معارض (اعم از این که نسبت به اصل یا حدود یا حقوق ارتفافی باشد) فوراً به موضوع رسیدگی و مراتب را به دفاتر اسناد رسمی حوزه تابعه ابلاغ نموده ...».

۲. ماده ۷۵ ق.ت.: «هرکس بخواهد سند خود را در اداره ثبت اسناد امانت بگذارد باید آن را در پاکت و یا لفاف دیگری که لاک و مهر شده باشد گذاشته و شخصاً روی پاکت، تاریخ تسلیم امانت را با تمام حروف

امانت اسناد موضوعیت دارد. بدین شکل که هر کس بخواهد اسناد خود را به عنوان امانت در اداره ثبت اسناد به امانت بگذارد، باید اسناد خود را در پاکت و لفاف دیگری که لاک و مهر شده باشد، بگذارد و شخصاً روی پاکت را امضا نماید.

لاک و مهر کردن و امضا نمودن در (ب) پاکت به منزله دشوار ساختن باز نمودن در (ب) پاکت و تحقق جرم خیانت در امانت می باشد. هدف از اقدامات لاک و مهر و امضا، ایجاد وضعیتی است که به سادگی نتوان جرم خیانت در امانت را نسبت به پاکت امانتی مرتکب شد.

۴-۴ - پیشگیری وضعی با مهر و امضای دفاتر ثبتی توسط دادستان:

یک نوع دیگر از پیشگیری غیرکیفری وضعی که ارتکاب جرم را دشوار می سازد و در حقوق ثبت مصداق دارد، پیشگیری وضعی موضوع ماده ۲ آیین نامه قانون ثبت املاک^۱ و مواد یک و ۲ آیین نامه دفاتر اسناد رسمی^۲ است. در این مواد قانونی، قانون گذار، تشریفات را پیش بینی نموده که اجرای این تشریفات مانع سهولت تحقق جرایمی از قبیل تخریب، اتلاف و جعل می گردد.

به حکایت بندهای ۵ و ۷ ماده ۱۰۰ ق.ت.ت، کشیدن یک ورق از دفاتر ثبت اسناد یا معدوم کردن تمام یا قسمتی از دفاتر اسناد که قبلاً این دفاتر پلمپ شده و صفحات آن شماره گذاری و مهر و امضا گردیده اند، جرم جعل تعریف می شود. یا ماده ۶۸۲ ق.م.ا. هر نوع اتلاف عمدی اسناد را جرم اتلاف سند تعریف نموده است.

قانون گذار ثبتی به احتمال وقوع چنین جرایمی مطلع بوده؛ لذا تأسیس مهر و امضا نمودن دفاتر ثبتی را قبل از هر گونه نگارش پیشنهاد نموده است. هدف از مهر و امضا

در حضور مسئول دفتر قید کند و در صورتی که نتواند بنویسد باید دو نفر شاهد تاریخ مزبور را روی لفافه یا پاکت نوشته، امضا و مهر کنند».

۱. ماده ۲ آیین نامه دفاتر قانون ثبت املاک: «کلیه دفاتر نامبرده در ماده قبل باید مجلد بوده و به استثنای دفتر توزیع اظهارنامه و دفتر املاک مجهول المالک، بقیه دفاتر باید تمام صفحات آن را در بدو امر دادستان شهرستان محل یا نماینده او شماره گذاشته و امضا کرده و به مهر داسرا ممهور و مجموع عده صفحات را در صفحه اول و آخر دفتر با تمام حروف ذکر و قید نماید».

۲. ماده یک آیین نامه یادشده: «دفاتر اسناد رسمی باید مجلد بوده و تمام صفحات آن را در بدو امر مدعی العموم بدایت محل یا نماینده او شماره گذارده به امضا خود ممضی و به مهر پارکه مهر نماید».

ماده ۲ آیین نامه یادشده: «مجموع عده صفحات هر دفتر را باید مدعی العموم یا نماینده او با تمام حروف در صفحه اول و آخر دفتر با ذکر تاریخ قید کند».

نمودن دفاتر ثبتی توسط دادستان، قبل از نگارش، تنها دشوار کردن تحقق جرایم جعل، اتلاف و تخریب نسبت به دفاتر ثبتی است تا بدین وسیله بتواند نوعی پیشگیری وضعی ایجاد کند که ارتکاب جرایم جعل، تخریب و اتلاف دفاتر ثبتی به سادگی امکان پذیر نباشد. چون اگر صفحات دفتر شمارش نشده باشد به سادگی می توان چند برگ از دفتر را درآورد به نحوی که معلوم نباشد که دفتر مشتمل بر چند برگ است.

۵-۴ - پیشگیری وضعی با دادن نمونه امضا قبل از اشتغال:

یکی از جرایم رایج با رقم بالا در حقوق کیفری، جرم جعل با شبیه سازی امضا می باشد. غالباً، بستر و محیط این جرم، حوزه سند رسمی است و متصدی سند رسمی، دفاتر اسناد رسمی و سازمان ثبت است. مفروض است اگر حدود ۸ هزار سردفتر در کشور، روزانه نزدیک به ۸۰ هزار سند تنظیم نمایند، این حجم سند ضریب امکان وقوع جرم جعل امضا را بالاتر می برد. قانون گذار جهت کاهش رقم جرم جعل امضا در حوزه سند رسمی مبادرت به اقدامات پیشگیرانه نموده است و نوعی پیشگیری وضعی را در ماده ۴ آیین نامه دفاتر اسناد رسمی پیش بینی نموده است. بدین صورت که سردفتر قبل از تصدی به شغل سردفتری و اشتغال به کار و پیش از آن که سندی را تنظیم و امضا کند، باید دو نمونه از امضای خود را به ثبت محل و اداره کل ثبت اسناد و املاک، معرفی و ارسال نماید. معرفی نمونه امضا به جهت شناسایی امضای واقعی سردفتر است که از طریق شناسایی و به رسمیت شناختن این امضا بتوان، امضاهای جعلی مشابه را در اسناد رسمی تمییز و تشخیص داد. در مواردی که اصالت امضای سردفتر مورد تردید قرار می گیرد و محاکم قضایی از سازمان ثبت، نمونه امضای واقعی سردفتر را استعلام می کند، از طریق همین نمونه امضای بایگانی شده، محاکم قضایی به اصالت امضای سردفتر به عنوان مأمور صالح حاکمیت پی می برند. در صورتی که جعلی قصد جعل امضای سردفتری را داشته باشد، همین نمونه امضای بایگانی شده در سازمان ثبت می تواند مانعی بازدارنده برای جعل باشد. بایگانی نمودن نمونه امضای سردفتر، اقدامی پیشگیرانه است جهت پیشگیری از وقوع جرم جعل امضای سردفتر. ارسال نمونه امضا به ثبت محل می تواند مصداقی از پیشگیری وضعی برای جرم جعل امضای سند

رسمی باشد.^۱ نمونه‌های دیگری از اقدامات پیشگیرانه سازمان ثبت که در حقوق ثبت ایران تبیین گردیده و به صورت تمثیلی می‌باشد، به نحو اختصار، بیان می‌شود:

- الف) ارسال خلاصه‌معامله به ثبت از طرف دفترخانه.
- ب) استعلام وضعیت ملک از ثبت محل قبل از تنظیم سند.
- ج) تحویل دفتر اسناد و اوراق دفترخانه تعطیل شده به ثبت.
- د) اطلاع معامله ملکی که تقاضای ثبت آن شده به ثبت محل.

نتیجه:

با شناخت سطحی حقوق ثبت، به نظر می‌رسد که یک دانش شکلی و اداری نمی‌تواند ماهیتاً همانند محاکم قضایی، در عمل، کارکرد قضایی داشته باشد.

با مطالعه دقیق اصل ۱۵۶ ق.ا. درون‌مایه‌های قوه قضائیه که نمایشگر کارکرد قضایی این قوه است عیناً در آینه تمام‌نمای حقوق ثبت دیده می‌شود.

بدون تردید، حقوق ثبت، کارکرد قضایی دارد و نقش قوه قضائیه در حل و فصل دعاوی، نظارت بر حسن اجرای قوانین، احیای حقوق عمومی و پیشگیری از وقوع جرم وفق شرح وظایف قانونی آن منطبق با اصول قانون اساسی محرز است. چنانچه این فرضیه صحیح باشد که سازمان ثبت به عنوان متولی اجرای حقوق ثبت می‌تواند کارکرد قضایی داشته باشد، دفتر اسناد رسمی نیز می‌تواند به منزله «دادگستری خصوصی» در کنار دادگستری عمومی تلقی شود و از جهت ایفای نقش دادگستری از حقوق و مزایای قانونی و حمایتی بیشتری بهره‌مند شود.

منابع:

۱. توسلی، علی، «نقش سازمان ثبت در پیشگیری از وقوع جرم»، ماهنامه «کانون»، کانون سردفتران و دفتریاران، دوره دوم، سال پنجاه و دوم، ش. ۱۱۴.
۲. حقیقت، علی، «ثبت املاک در ایران»، کتابخانه گنج دانش، ج. اول، تهران، ۱۳۷۹.
۳. شهری، غلامرضا، «حقوق ثبت اسناد و املاک»، ج. ۵، تهران، ۱۳۷۶.
۴. میرزایی، علیرضا، «حقوق ثبت کاربردی»، انتشارات بهنامی، تهران، ۱۳۸۸.
۵. _____، «قانون ثبت در نظم حقوق کنونی»، انتشارات بهنامی، تهران، ۱۳۸۷.

۱. ماده ۴ آیین‌نامه دفاتر اسناد رسمی: «هر سردفتر و دفتریار و نماینده قبل از تصدی، باید دو نمونه از امضای خود را بدهد، یکی از نمونه‌ها در دفتر ثبت محل و دیگری در اداره کل ثبت اسناد و املاک بایگانی خواهد شد».

نقش دفاتر اسناد رسمی در قضا‌دایی با رویکرد به آینده

تاریخ دریافت: ۱۳۹۰/۷/۱۲

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۰/۷/۲۹

مهرزاد رزمی*

چکیده

امروزه دفاتر اسناد رسمی نقش به‌سزایی در نظم اقتصادی و اجتماعی جوامع ایفا می‌نمایند به‌طوری‌که دولت‌ها با برنامه‌ریزی دقیق و سپردن بعضی از وظایف به دفاتر، شاهد تحولاتی در خصوص نظم جامعه بوده‌اند. و دفاتر اسناد رسمی، در این زمینه، علاوه بر مزایای اجتماعی و امنیتی باعث جذب منابع مالی قابل توجهی برای دولت شده‌اند. تدوین ضوابط و بخشنامه‌های اداری نیازمند درک واقعیت‌های روز و شناخت نیازها و مشکلات جوامع است تا مسایل به‌وجود آمده، همواره راه‌حل قانونی داشته باشند. در این یادداشت سعی شده تا با شناخت واقعیات روز جامعه، اهمیت ایفای نقش بارز دفاتر اسناد رسمی در قضا‌دایی بررسی شود. امروزه علاوه بر قضاوت در خصوص دعاوی کیفری و حقوقی اموری نیز به مراجع قضایی سپرده شده که به‌نظر می‌رسد با برنامه‌ریزی دقیق می‌توان آن وظایف را از دادگستری منفک و به دفاتر اسناد رسمی واگذار نمود.

واژگان کلیدی: دادگاه، دفاتر اسناد رسمی، سردفتر، قضا‌دایی، حق‌الثبت، حق‌التحریر.

*. نویسنده‌مسئول؛ سردفتر دفتر اسناد رسمی شماره ۲۱ دلوآر.

در حال حاضر، وظایفی برعهده دادگستری است ولیکن این مسئولیت‌ها و وظایف قابلیت واگذاری به دفاتر اسناد رسمی را دارد. بی‌آن‌که در حصول نتیجه، رضایت مردم در تأمین حقوق و ایجاد نظم نسبی عمومی، خللی ایجاد شود. غالب این وظایف، قضایی صرف نیست. به‌عبارتی، شبه‌قضایی است و اصولاً از وظایف ذاتی دادگستری به شمار نمی‌رود تا واگذاری آن به دفاتر اسناد رسمی، با اصول کلی حقوقی ناسازگار به‌نظر آید. و البته آشکار است که انجام این وظایف از سوی دفاتر اسناد رسمی به‌عنوان متصدی امور حاکمیتی، کافی و وافی به مقصود است؛ چرا که این واگذاری می‌تواند مبتنی بر سیاست قضازدایی دستگاه قضایی نیز قابل پیاده‌سازی باشد. لذا «صدور گواهی انحصار وراثت»، «ارجاع امر به کارشناس»، «تنظیم گزارش اصلاحی»، «قرار کفالت اشخاص»، «درخواست ریزمکالمات تلفن»، «اعلام مفقودی چک و مدارک»، «مطالبه مهریه»، «تأیید اصالت سند عادی و تأیید وقوع عقد»، «دستور توقیف خودرو فک پلاک نشده»، «تأمین خواسته از اموال منقول و غیرمنقول دارای سند»، «اثبات کفالت» و «صدور و ارسال اظهارنامه» را می‌توان از جمله وظایف قابل واگذاری به دفاتر اسناد رسمی برشمرد که این یادداشت به تفصیل، درباره آن بحث می‌نماید.^۱

۱. صدور گواهی انحصار وراثت

سپردن امر صدور گواهی انحصار وراثت از ابتدای تقاضا و تأیید امضای شهود (که اکنون فقط همین مرحله امضای شهود در دفاتر اسناد رسمی انجام می‌شود) و نهایتاً صدور گواهی انحصار وراثت به دفاتر اسناد رسمی، شدنی می‌باشد. مضافاً با تعیین حق‌الثبت و حق‌التحریر مناسب، این امر نه تنها از جهت خود دولت و دفاتر مفید فایده است بلکه مانع از اتلاف وقت مراجعین نیز می‌شود.

۲. ارجاع امر به کارشناس

در بسیاری از دعاوی در بدو تشکیل پرونده بنا به درخواست خواهان یا شاکی و یا از

۱. توضیح ماهنامه «کانون»: به‌نظر صحیح می‌رسد اگر بیان شود که وظایف قابل واگذاری به دفاتر اسناد رسمی، محصور در عداد گفته‌شده در این نوشته نیست؛ همچنان‌که هر یک از موضوعات مطرح شده نیازمند بررسی کارشناسی و تبیین ضرورت واگذاری امور، حسب مورد، براساس نیاز روز جامعه و تطبیق آن با قوانین و مقررات جاری است.

سوی طرف دعوی و یا در حین جلسات داوری بنا به تشخیص دادگاه و نیاز هر يك از طرفین ممکن است مورد یا مواردی جهت اعلام نظر به کارشناس یا خبره مربوطه ارجاع شود. در مرحله تشکیل پرونده و طرح درخواست ارجاع به کارشناس، خواهان یا شاکی جهت ارجاع امر به کارشناس توسط دادگاه بایستی تا جلسه اول دادرسی انتظار کشیده تا در آن جلسه قاضی پس از انتخاب کارشناس مربوطه طی نامه‌ای مراتب از سوی دفتر دادگاه به کارشناس مورد نظر اعلام تا نامبرده مراتب قبول خود را مکتوب اعلام نماید و مدت يك هفته نیز به درخواست کننده مهلت داده می‌شود تا نسبت به پرداخت هزینه کارشناس اقدام نماید و در این خصوص چنانچه کارشناس اعلام نظر ننماید، مجدداً مراتب توسط دفتر دادگاه به کارشناس ارجاع می‌شود. در این صورت، عدم پذیرش امر توسط کارشناس، مجدداً کارشناس دیگری توسط دادگاه انتخاب و چه بسا تا موضوع ارجاع امر به کارشناس به سرانجام برسد، این ارجاع‌ها چندین بار تکرار شود. با اندک تأملی در مراتب فوق‌الاشعار، اتلاف وقت مراجعین و همچنین دادگاه‌ها در این سیستم، بیش از پیش، مشخص خواهد شد اما اگر ارجاع امر به کارشناس توسط دفاتر اسناد رسمی انجام شود، علاوه بر حذف تشریفات فوق‌الذکر؛ تسریع در انجام کار را به دنبال خواهد داشت و پس از اعلام نظر کارشناس، دادخواست مربوطه طرح خواهد شد.^۱

۳. تنظیم گزارش اصلاحی

سازش می‌تواند در دفاتر اسناد رسمی واقع شود و اجرای آن نیز تابع مقررات اجرای مفاد اسناد لازم‌الاجرا خواهد بود.^۲

سردفتران دفاتر اسناد رسمی به لحاظ دارا بودن تبحر و تجربه لازم بهتر از هر شخص دیگری می‌توانند با تنظیم اقرارنامه و تعهدنامه نسبت به حل و فصل اختلافات مراجعین اقدام نمایند و حتی در مواردی با تنظیم قرارداد با شرایط مورد نظر طرفین می‌توانند به حل و رفع مشکلات مراجعین اقدام نمایند.

دادگاه‌ها می‌توانند حتی اگر ضمن دادرسی نیاز به اخذ تعهد از یکی از طرفین دعوا

۱. ر.ک.: مواد ۲۵۷ تا ۲۶۹ ق.آ.د.م.

۲. ماده ۱۸۱ ق.آ.د.م.

داشته باشند با ارجاع امر به دفاتر اسناد رسمی به این امر اقدام نمایند. این موضوع از این جهت که تخصص سردفتران در خصوص تنظیم این گونه اسناد بیش از هر شخص صالح دیگری است، بسیار حائز اهمیت است.

۴. قرار کفالت اشخاص

قوة قضائیه می تواند مراحل صدور کفالت اشخاص را به دفاتر اسناد رسمی واگذار نماید تا هم از مراجعه عموم به دادگاهها کاسته شود و هم امر مراجعین سریع تر انجام شود. در این خصوص نیز دفاتر می توانند با تنظیم اسنادی مخصوص و پس از احراز صلاحیت شخص کفیل نسبت به صدور قرار کفالت اقدام نمایند.

۵. درخواست ریزمکالمات تلفن (در موارد خاص شبه قضایی)

صرف موضوع درخواست پربینت ریزمکالمات تلفن در موارد خاص شبه قضایی همچون تقاضای رسیدگی به رفع مزاحمت های تلفنی، یکی از موارد غیر قضایی است که در حال حاضر، دادگاهها متولی امر صدور دستور جهت اخذ آن از مراکز مخابراتی اعم از تلفن ثابت و همراه می باشند. با اندک تأمل ملاحظه می گردد که سپردن آن به دفاتر اسناد رسمی می تواند از مراجعه عموم به دادگاهها به نحو قابل ملاحظه ای بکاهد.

۶. اعلام مفقودی چک و مدارک

اعلام مفقودی چک و مدارک اشخاص نیز می تواند از دادگاهها به دفاتر اسناد رسمی سپرده شود. چرا که صدور دستور به جهت آن نیاز به هیچ اقدام قضایی ندارد و با سپردن آن به دفاتر اسناد رسمی هم بار مراجعه به دادگاهها کاسته می شود و هم با وضع تعرفه مناسب می توان تا حدودی از اعلام مفقودی های غیر واقعی جلوگیری نمود و اشخاص را در توجه بیشتر در نگهداری از مدارک و اسناد هوشیارتر نمود.

۷. مطالبه مهریه

مطالبه مهریه از طرف زوجه نیز از موارد خاص قضایی نیست. لذا واگذار نمودن آن به دفاتر اسناد رسمی جهت کاستن از حجم مراجعه متقاضیان به دادگاهها بسیار با اهمیت است. خصوصاً در مواردی که این امر می تواند از طریق صدور اجرائیه توسط دفاتر اسناد رسمی، جهت اجرا به اجرای احکام دادگاهها ارسال شود.

۸. تأیید اصالت سند عادی و تأیید وقوع عقد

امروزه انعقاد معامله به صورت عادی مشکلاتی را برای اشخاص ذی‌نفع ایجاد می‌نماید. چرا که اسناد عادی همواره می‌تواند مورد انکار و تردید یا ادعای جعل واقع شود؛^۱ این نکته قابل تأیید است که موضوع اسناد عادی، بخش نسبتاً قابل توجهی از دعاوی دادگاه‌ها را به خود اختصاص داده است. لذا با سپردن امر احراز و تأیید اصالت سند عادی و نیز تأیید وقوع عقد به دفاتر اسناد رسمی، از ورود بخشی از دعاوی به دادگاه‌ها پیشگیری و از حجم پرونده‌های ورودی به دادگستری کاسته خواهد شد. دفاتر اسناد رسمی نیز در این خصوص با احضار شهود امضاکننده ذیل سند و نیز فروشنده و در برخی موارد با ارجاع امر به کارشناس (خط یا تشخیص هویت) نسبت به صدور تأیید اصالت سند عادی و تأیید وقوع عقد اقدام می‌نمایند.

۹. دستور توقیف خودرو و فك پلاك‌نشده

در برخی موارد پس از تفویض وکالت تعویض پلاك از طرف مالك خودرو به خریدار جهت تعویض پلاك، خریدار به تعویض پلاك اقدام نمی‌کند و با پلاك فروشنده (مالك سابق) نیز بعضاً مرتکب تخلفاتی نیز می‌شود. لذا مالك سابق با ارائه مدارك مثبت می‌تواند به‌جای مراجعه به دادگاه، از یکی از دفاتر اسناد رسمی تقاضای صدور دستور توقیف اتومبیل فوق را به جهت عدم تعویض پلاك بنماید.

۱۰. تأمین خواسته از اموال منقول و غیرمنقول دارای سند

درخواست تأمین خواسته از اموال منقول و غیرمنقول سنددار نیز می‌تواند در دفاتر اسناد رسمی واقع شود. بدین صورت که پس از درخواست متقاضی و معرفی اموال موصوف و حسب مورد پس از پرداخت خسارات احتمالی، دستور مقتضی توسط سردفتر به مراجع ذیربط جهت توقیف و تأمین خواسته صادر می‌گردد. این امر، علاوه بر کاهش حجم مراجعه عموم به دادگاه‌ها سبب تمرکز قضات بر پرونده‌های قضایی صرف خواهد شد.^۲

۱۱. اثبات کفالت

مصادق این مورد زمانی است که شخص خواهان اثبات کفیل بودن خود نسبت به پدر

۱. ر.ک.: ماده ۲۱۶ ق.آ.د.م.

۲. ر.ک.: ماده ۱۰۸ ق.آ.د.م.

یا مادرش می‌باشد؛ که معمولاً جهت استفاده از برخی خدمات بیمه‌ای و یا معافیت از خدمت نظام وظیفه مورد استفاده قرار می‌گیرد. بنابراین واگذاری امر به دفاتر اسناد رسمی از اقناع عقلی و منطقی کافی برخوردار است.

۱۲. صدور و ارسال اظهارنامه

امکان صدور اظهارنامه توسط دفاتر اسناد رسمی و ارسال آن برای مخاطب توسط اجرای احکام دادگستری می‌تواند حجم عمده‌ای از مراجعات عموم را به مراجع قضایی بکاهد.

نتیجه

متأسفانه در کشورمان با وجود برخی قوانین دست و پاگیر تا حدودی ممکن است اجرای موارد اشاره‌شده در این یادداشت، ایجاد مشکل نماید که با صدور بخشنامه و تصویب ماده واحده می‌توان این امر را تسهیل نمود. و با برنامه‌ریزی دقیق می‌توان برخی وظایف مراجع قضایی را که اغلب شبه‌قضایی‌اند، به دفاتر اسناد رسمی سپرد. این امر نه تنها سبب کاهش حجم مراجعه عموم به دادگاه‌ها خواهد شد بلکه سبب فراغت بیشتر قضات و پرداختن به مسایل خاص قضایی نیز می‌شود. همچنین با تعرفه‌گذاری مناسب زیرعنوان حق‌الثبت و حق‌التحریر می‌تواند برای حاکمیت، درآمدزا نیز محسوب شود و صدالبته با توجه به وضعیت خاص دفاتر اسناد رسمی، انجام این مهم، سبب تسریع در پیگیری امور محوله مردم تا حصول نتیجه و جلب رضایت عموم و ارباب رجوع و نیز تأمین حقوق و ایجاد نظم نسبی عمومی خواهد شد.

فرهنگ لغات و اصطلاحات وقف

(بخش شانزدهم)

تاریخ دریافت: ۱۳۹۰/۷/۱۱

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۰/۷/۲۳

سید جلیل محمدی*

حصّه - بهر. بخش. سهم. حظ. قسمت. بهره. نصیب.

هرچه یابی نهان مخور چو خسان حصّه‌یی هم به دیگران برسان

(مکتبی) (نعت‌نامه دهخدا)

- (فقه) سهم هر یک از شرکا در مال شراکت و نصیب هر یک از ورثه از ماترک متوفی.

حصّار - جمع حاضر. کسانی که در مجلس حضور دارند. (فرهنگ معین)

- این وقف‌نامه با تصدیق و امضای حصّار در جلسه نافذ و معتبر خواهد بود. (نقل از یک وقف‌نامه عادی قدیمی)

حضانة - نگهداری و پرورش کودک. نگاهداری اطفال و فرزندان || (فقه) پرورش و تربیت کودکان از طرف سرپرستان و کسانی که چنین حق و صلاحیتی دارند.

- یک سوم از عواید موقوفه جهت حضانة و تعلیم و تربیت اطفال بی‌سرپرست گردد. (میراث ماندگار)

حضوری - مقابل غیابی. روبه‌رو. (نعت‌نامه دهخدا) || مذاکره حضوری.

حظّ - بهره. نصیب. بخش. سهم. حصّه. ← حصه. (نعت‌نامه دهخدا)

«فللذکر مثل حظ الأنثیین: در این صورت ذکور (مردان) دو برابر اناث (زنان) ارث برند.» (بخشی از آیه شریفه ۱۷۶ سوره مبارکه نساء)

حفاظت - مراقبت. مواظبت کردن. نگاهداری || حفاظت از موقوفه.

حقّ - راست. درست. ضدباطل. ثابت و واجب. یقین. عدل. || نصیب و بهره از چیزی. ملک و مال. حقوق جمع و یکی از نام‌های باری تعالی. (فرهنگ عمید).

«قال فالحقّ والحقّ اقول: خداوند فرمود به حق سوگند و کلام من حق و حقیقت است.» (آیه شریفه ۸۴ سوره مبارکه ص)

* نویسنده مسئول؛ دادستان بازنشسته سازمان ثبت اسناد و املاک کشور.

|| قدرتی که از طرف قانون به شخص داده شده حق نامیده می‌شود. در فقه در همین معنا کلمه سلطه را به کار می‌برند. (ترمینولوژی حقوق)

حَقَّابِه - حق آبه. پولی در بهای آب بدهند، به‌خصوص برای زراعت. آب‌بها. حق‌الشرب هم می‌گویند.

|| حَقَّابِه: مقدار آبی که حق یک ملک یا مزرعه از آب رودخانه یا چشمه یا قنات است. (فرهنگ عمید) ||
آب‌بها. (فرهنگستان)

- عبارت است از حق مصرف آبی که در دفاتر جزء جمع قدیم یا اسناد مالکیت یا حکم دادگاه یا مدارک قانونی دیگر قبل از تصویب قانون توزیع عادلانه آب برای ملک یا مالک آن تعیین شده باشد. (تبصره یک ماده ۱۸ قانون توزیع عادلانه آب ۱۳۶۱)

حَقِّ اِرْتِفَاق - حقی است برای شخص در ملک دیگری. (ماده ۹۳ ق.م.) مانند: حق عبور. حق مجرای آب. حق داشتن ناودان. حق داشتن نورگیر و غیره. (مؤلف)

- صاحبان املاک می‌توانند در ملک خود هر حقی را که بخواهند نسبت به دیگری قرار دهند. (ماده ۹۴ ق.م.)

حَقِّ اَلْاِجَارَه - اجاره‌بها. کرایه. || کرایه ملک.

حَقِّ اَلْاِجْرَاء - نیم‌عشر اجرایی. در اصطلاح ثبت اسناد و املاک صدی‌پنج اجرایی.

توضیح: پس از صدور اجرائیه از طرف بستانکار، به محض ابلاغ برگ اجرایی به بدهکار، در برابر هر ده هزار ریال مبلغ پانصد ریال نیم‌عشر یا صدی‌پنج اجرایی به اجرائیه صادره تعلق می‌گیرد که به حساب دولت وصول و واریز می‌گردد. همچنین نسبت به پرونده‌های اجرایی محاکم دادگستری که جنبه وصول طلب داین از مدیون را دارد، پس از ابلاغ اجرائیه حق‌الاجراء تعلق می‌گیرد.

حَقِّ اَلْاَرْض - حقی که به مالک زمین دهند برای کشت یا چرانیدن مواشی^۱ یا مرور و امثال آن. (لغت‌نامه دهخدا)

حَقِّ التَّحْرِیر - مبلغی که در برابر تنظیم و ثبت اسناد در دفاتر اسناد رسمی و ازدواج و طلاق از مراجعین وصول می‌گردد.

- وجوهی که برای تنظیم و ثبت سند در دفاتر اسناد رسمی وصول می‌شود. حق تحریر طبق تعرفه مقرر وزارت دادگستری (در حال حاضر، سازمان ثبت اسناد و املاک کشور) است. (بند یک ماده ۵۰ ق.د.ر.ک.)

حَقِّ التَّحْرِیر - اجرت نوشتن متن اسناد اوقاف و عقود و اقرارنامه‌ها و مانند اینها. || در جامع‌التواریخ آمده است: «آن کاتب که حجت نویسد بهر حجتی که به مبلغ صد دینار باشد یک درم بستاند...»

به همین معنی اکنون در دفاتر اسناد رسمی حق‌التحریر مرسوم است. تاج‌الدین نسایی در «کارنامه اوقاف» گفته است:

وانچ باقی بماند تقریرش کرده در وجه حق تحریرش

(از مبسوط در ترمینولوژی حقوق)

|| پولی که دفاتر اسناد رسمی برای تنظیم و ثبت اسناد برابر تعرفه قانونی از صاحبان اسناد دریافت می‌کنند. (مؤلف)

حَقِّ التَّوَلِیَه - مالی که به متولی وقفی یا مزار امام یا امام‌زاده دهند برای تولیت امور آن وقف یا مزار. (لغت‌نامه دهخدا)

۱. چهارپایان از قبیل: گاو، گوسفند و شتر. جمع ماشیه. (فرهنگ عمید).

- حق التولیه متولی و یا سازمان اوقاف در قبال اعمال تولیت نسبت به موقوفات و همچنین حق النظاره ناظر اعم از شخص یا سازمان به میزان مقرر در وقفنامه خواهد بود و در صورتی که وقفنامه موجود نباشد و یا میزان حق التولیه و حق النظاره در آن معین نشده باشد، حق التولیه به مقدار اجرت‌المثل معادل ده درصد درآمد خالص سالیانه و حق النظاره به مقدار اجرت‌المثل معادل پنج درصد همان درآمد خواهد بود. تبصره یک - در مورد استثنایی که درصدهای مندرج در این ماده با توجه به وضعیت موقوفه متناسب و متعارف نباشد با تأیید سرپرست سازمان کسر یا اضافه می‌شود. (ماده ۱۱ قانون و ماده ۳۳ آیین‌نامه قانون اوقاف ۱۳۶۳ و ۱۳۶۵)

حق الثبت - آنچه بر ارباب محاضر و غیره بپردازند برای ثبت ایقاعی یا عقدی و جز آن. (لغت‌نامه دهخدا)
حق الثبت مبلغ پولی است که ارباب رجوع ادارات ثبت اسناد و املاک یا دفاتر اسناد رسمی در ازاء ثبت املاک یا اسناد خود باید بپردازند. حق الثبت دو نوع است:

۱ - حق الثبت املاک، ثبت شرکت‌ها و مالکیت‌های صنعتی و معنوی، علائم و اختراعات که برابر تعرفه قانونی در ادارات ثبت اسناد و املاک وصول و به حساب دولت واریز می‌شود.

۲ - حق الثبت اسناد معاملات، تعهدات، وکالت‌ها، قراردادهای، اقرارها، گواهی امضا و غیره در دفاتر اسناد رسمی وصول و به حساب دولت واریز می‌گردد.

- برای ثبت مساجد و اماکن متبرکه و مدارس قدیمه و تکایا و آب‌انبارهای عمومی تقاضای ثبت از طرف متولی یا اداره اوقاف بدون اخذ حق الثبت و مخارج مقدماتی پذیرفته خواهد شد. (ماده ۳۰ ق.ث.)

حق الشرب - حقابه. || آب‌بها. (فرهنگستان) ← حقابه

- حقی است که اشخاص از منابع آب می‌توانند استفاده کنند. (ماده ۳ قانون اصلاح قانون تأسیس بنگاه آبیاری و امور مربوط به آبیاری کشور مصوب سال ۱۳۳۴)

حق المشاوره - حق مشاور: دستمزد و حق الزحمه‌ای که بابت مشاوره و کنکاش به مشاور پرداخت می‌شود.

- حق الوکاله و حق المشاوره با توجه به مصلحت و غبطه موقوفات از محل عواید وقف قابل پرداخت خواهد بود. (تبصره ذیل ماده ۴۱ آیین‌نامه اوقاف)

حق النظاره - آن حقی است که در برابر نظارت در امور موقوفه به شخص ناظر یا متولی پرداخت می‌گردد. ← حق التولیه

|| (دیوانی) در دوره صفوی، مبلغی که ناظران بیوتات و موقوفات می‌گرفتند. (فرهنگ بزرگ سخن)

حق الوصایه - پاداشی که وصی را مقرر است. (لغت‌نامه دهخدا) || حق الزحمه و پاداش وصی (مؤلف)

حق الوکاله - حق وکیل: حق الزحمه و دستمزدی که بابت انجام کار و خدمت وکیل از طرف موکل پرداخت می‌شود. ← حق المشاوره

حق انتفاع - عبارت است از حقی که به موجب آن شخص می‌تواند از مالی که عین آن ملک دیگری است یا مالک خاص ندارد، استفاده کند. (ماده ۴۰ ق.م.)

حق ایصاء - آن حقی است که ولی قهری به وصی خود می‌دهد تا بتواند ثالثی را برای بعد از فوت خود (فوت وصی) وصی نماید. (ماده ۱۱۹۰ ق.م.) ولی تا وقتی که این حق را نداده باشد اصل این است که

وصی مزبور حق تعیین وصی دیگر را ندارد. (ترمیمولوژی حقوق)

← ایصاء

حق تقاعد - حقوقی است که از مال خود بازنشسته که قبلاً در صندوق تقاعد (بازنشستگی) جمع شده است پس از رسیدن به سن مخصوص کناره‌گیری از شغل به او می‌دهند. (مبسوط در ترمینولوژی حقوق) || حق بازنشستگی. حقوق و مستمری و بازنشستگی شخص بازنشسته. (مؤلف)

حق تملک - اختیار قانونی شخص بر مال و اموال خود. ← تملک

حق تولیت - ← حق التولیه

حق رقبی - حق انتفاعی است که از طرف مالک برای مدت معینی برقرار می‌گردد. (ماده ۴۲ ق.م.)

حق سکنی - حق سکونت.

- اگر حق انتفاع عبارت از سکونت در مسکنی باشد، سکنی یا حق سکنی نامیده می‌شود. (ماده ۴۳ ق.م.) || حق سکنی در عقد ازدواج عبارت است از تفویض اختیار تعیین محل سکونت به زوجه. (ترمیمولوژی حقوق)

حق شخصی - هر حقی که شخص معین در موضوع معین داشته باشد مانند: حق مالکیت بر مال معین. حق فردی و حق جزئی نیز در همین معنی به کار رفته است. (فقه) حقی که قائم به شخص باشد و قابل انتقال به غیر نباشد مانند حقوق زوجیت. (ترمیمولوژی حقوق)

حق شفعه - حق تقدیمی که یکی از دو شریک بر دیگران دارد چون شریک دیگر سهم ملک خود فروختن خواهد. (تغذنامه دهخدا) || اولویت در خرید سهم شریک در مال غیرمنقول، در صورت تمایل او به فروش.

- هرگاه مال غیرمنقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد و یکی از دو شریک حصه خود را به قصد بیع به شخص ثالثی منتقل کند شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه مبیعه را تملک کند. (ماده ۸۰۸ ق.م.)

- حق شفعه در صلح نیست هر چند در مقام بیع باشد. (ماده ۷۵۹ ق.م.)

- حق شفعه فوری است. (ماده ۸۲۱ ق.م.) ← شفعه

حق شفعه در وقف - در مال مشترک که سهم یکی از دو شریک وقف باشد حق شفعه نیست.

- اگر حصه یکی از دو شریک وقف باشد متولی یا موقوف‌علیهم حق شفعه ندارد. (ماده ۸۱۱ ق.م.) ← شفعه.

اوصاف عقد وکالت

تاریخ دریافت: ۱۳۹۰/۶/۲۳

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۰/۸/۲

ایران محمدپور*

چکیده:

وکالت، عقدی است در درجه اول عهدی و در مرتبه بعدی از این جهت که وکالت، اثر اذن عام موکل است باید آن را اذنی نیز دانست و همچنین وکالت ممکن است لازم باشد یا جایز. و لزوم و جواز از عناصر ماهوی هیچ عقدی نیست بلکه این مصلحت اجتماعی است که لزوم و جواز عقدی را تعیین می‌کند و نیز هر چند وکالت در مرحله انعقاد، عقدی است مجانی ولی در مرحله اجرا، با توجه به خواست طرفین می‌تواند مجانی باشد یا معوض. در باب رضایی بودن وکالت هم باید گفت که امروزه هر چند در عقود، اصل بر رضایی بودن آن‌ها است لیکن چنانچه تصرف در مورد وکالت مستلزم شکل خاصی باشد وکالت هم به تبع مورد وکالت، باید آن شکل خاص را داشته باشد.

واژگان کلیدی: عقد وکالت، لازم، جایز، اذن، رضایی، منجز، اوصاف وکالت.

* نویسنده‌مسئول؛ سردفتر دفتر اسناد رسمی شماره ۷۹ کرمانشاه و دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی.

با توجه به تعریفی که از وکالت براساس نظر اکثریت فقهای امامیه در ماده ۶۵۶ ق.م. آمده است و نیز شرایط این عقد و آثار آن، وکالت دارای اوصافی است که آن را از سایر عقود متمایز می‌کند. در زیر به بررسی تفصیلی عقد یا ایقاع بودن وکالت، عهدی و اذنی بودن وکالت، جایز و لازم بودن وکالت، رضایی بودن وکالت، مجانی و معوض بودن وکالت و منجز بودن وکالت می‌پردازیم.

عقد بودن وکالت:

مشهور فقهای امامیه وکالت را عقد دانسته‌اند. با وجود این، در فقه امامیه گاه وکالت را از ایقاعات نیز شمرده‌اند.^۱ بدین مضمون که اگر از راه ایجاب و قبول داده شود، در شمار عقود می‌آید ولی در تحقق مفهوم آن نیازی به قبول ندارد.^۲ در عصر نزدیک به صاحب‌جواهر بعضی نظر داده‌اند که وکالت، اصلاً عقد نیست که صاحب‌جواهر درباره آنان گفته است که؛ این نظر آن‌قدر فاسد است که نوشتن رد بر آن، اسراف در مصرف کاغذ است.^۳ قانون مدنی به پیروی از مشهور فقهای امامیه، وکالت را عقد دانسته است و در ماده ۶۵۷ تحقق وکالت را منوط به قبول وکیل کرده است. بر همین روال، در بین نویسندگان حقوقی ما نیز بر سر عقد یا ایقاع بودن وکالت، اختلاف نظر وجود دارد. اکثریت آن‌ها وکالت را در زمره عقود می‌دانند.^۴

در مقابل، عده‌ای از نویسندگان نیز وکالت را در شمار ایقاعات می‌دانند^۵ و معتقدند وکالت، عمل حقوقی یکطرفه‌ای است که با اعلام اراده منحصر اصیل دایر بر تفویض اختیار تشکیل می‌شود؛ چه اگر نماینده از تفویض اختیار واقف نگردد و به خیال این که اختیار ندارد مانند فضول عمل کند، آن عمل به نمایندگی واقع خواهد شد و دیگر نیازی به تنفیذ اصیل نخواهد بود.^۶ به همین دلیل، وکالت با امضای منحصر اصیل در ذیل وکالت‌نامه تشکیل می‌شود.^۷ در پاسخ، گروه دیگر می‌گویند که قبولی در وکالت ممکن است به وسیله لفظ یا نوشته یا فعل باشد. بنابراین، وکیل می‌تواند به‌طور صریح و در وکالت‌نامه آن را بپذیرد یا کاری انجام دهد که حاکی از قبول نیابت باشد. این کار بایستی

به منظور اعلام قبول انجام گردد و جنبه انشایی داشته باشد. زیرا در هر عقد، اراده انشایی، باید چهره خارجی پیدا کند.^۸ در پاسخ به این حرف، گروه مقابل می‌گویند؛ انجام کاری که درستی و تحقق آن منوط به تحقق وکالت است و در زمره آثار آن به‌شمار می‌آید، صلاحیت آن را ندارد که قبول وکالت به حساب آید. زیرا فرض این است که پیش از پایان فعل، وکالت محقق نمی‌شود؛ پس چگونه می‌توان آن را به مفهوم اجرای وکالت پنداشت.^۹ به‌عنوان مثال، اگر کسی به دیگری بگوید که تو را وکیل کردم که اتومبیل را بفروشی و آن شخص اتومبیل را بفروشد، بیع انجام شده صحیح است. در حالی که فقط ایجاب شکل گرفته است. اگر وکالت عقد باشد، باید اول وکیل قبول نماید و عقد وکالت تحقق پیدا کند، بعد، مبادرت به فروش اتومبیل کند. در اینجا، بنا به استدلال کسانی که وکالت را عقد می‌دانند، در این مثال، عقد بیع غیرنافذ است. چون قبل از بیع باید وکالت محقق می‌شد و سپس بیع واقع می‌شد.^{۱۰} در واقع، در این جا، درستی بیع بستگی به تحقق وکالت دارد؛ در حالی که تحقق وکالت نیز منوط به انجام آن فعل است.

کسانی که وکالت را عقد می‌دانند، استدلال می‌کنند که چون قانون مدنی در ماده ۶۵۶ وکالت را عقد می‌داند و در ماده ۶۵۷ تحقق آن را منوط به قبول وکیل می‌کند؛ لذا اینکه گفته‌اند وکالت در زمره ایقاعات است یا رضای باطنی برای تحقق آن کافی است، قانون مدنی این نظر را نپذیرفته است.^{۱۱}

در مقابل، یکی از طرفداران نظریه ایقاع بودن وکالت، با بیان اینکه وکالت در واقع اذن ضمن تراضی است که قبول وکیل در آن به‌وجودآورنده عقد نیست بلکه جنبه تصویبی (تصویب اذن موکل) دارد، معتقد است که؛ اذن در مقام تأثیر خود غنی بالذات از قبول وکیل است.^{۱۲} به بیان ایشان، اذن در عقد وکالت تام رضای يك طرف عقد است که اختیار تصرف در پاره‌ای از امور خود را به طرف دیگر که مأذون است، می‌دهد.^{۱۳} طبق این تعریف، اذن موقعی داخل عقد وکالت است که حالت اناطه و ارتباط بین اذن موکل و رضای وکیل برقرار شده باشد. این اناطه، عنصر راضی است و تراضی، عنصر عمومی عقود

است. اگر این اناطه نباشد، اذن وجود دارد ولی اذن محض یعنی؛ «اذن خارج از عقد». به همین جهت، اذن اعم از عقد وکالت است و رد مأذون بر اذن محض بی‌اثر است. زیرا آن اذن به هیچ‌وجه در اختیار مأذون نیست تا وی بر آن اذن اثر کند.^{۱۴}

از ایرادات دیگری که طرفداران نظریه ایقاع بودن وکالت مطرح می‌کنند، علامت ایقاع بودن وکالت را توکیل‌های غیابی می‌دانند که موکل دور از وکیل است و وسیله نامه و قاصد دست به توکیل می‌زند و ممکن است که ماه‌ها طول بکشد تا نامه به دست وکیل برسد.^{۱۵} در مقابل، جواب داده‌اند؛ در این که ممکن است بین ایجاب و قبول مدت‌ها فاصله بیفتد اختلاف مهمی وجود ندارد^{۱۶} و فقهای امامیه وکالت دادن به غایب را جایز شمرده‌اند.

اما در مقابل، پاسخ گفته‌اند؛ آنچه که اهمیت دارد ارتباط معنوی بین ایجاب و قبول است و ارتباط معنوی را نباید با اتصال مادی اشتباه گرفت و دو طرف عقد باید درباره یک مفهوم به توافق برسند و لازمه تراضی، این است که نه تنها دو طرف عقد یک اثر را بخواهند بلکه قبول در زمانی گفته شود که ایجاب، به حیات حقوقی و اعتباری خود ادامه دهد. دوام ایجاب به اراده گوینده آن بستگی دارد و این اراده را به یاری شواهد و داوری عرف باید احراز کرد. اذن در تصرف همیشه به یک اندازه ادامه ندارد و گاه نیز تا زمانی که از آن عدول نشده است، باقی است. امکان به تأخیر افتادن قبول وکیل را نباید استثنایی بر قاعده دانست یا دلیل عقد نبودن وکالت شمرد. دلیل این امکان در طبیعت عقد و اثر آن « اذن » نهفته است و حکم عرف، اراده موکل را به گونه‌ای تعبیر می‌کند که اختیار وکیل تا مدتی باقی بماند.^{۱۷}

به‌طور کلی در زمینه ماهیت وکالت، فقیهان و حقوق‌دان‌ها به دو دسته تقسیم می‌شوند:

الف - گروهی که وکالت را ایقاع می‌دانند.

ب - گروهی که وکالت را عقد می‌دانند.

الف - گروهی که وکالت را ایقاع می‌دانند؛

عمده دلایل گروهی که وکالت را ایقاع می‌دانند، به قرار ذیل است:

۱- بقای اذن با انحلال وکالت: به نظر این گروه، وکالت، صورت خاصی از اذن است که با ایجاب و قبول واقع می‌شود. پس اگر حادثه‌ای باعث بطلان یا انحلال وکالت شود موجب از بین رفتن اذن عام نمی‌شود. به عبارتی، استنباط، اذنی است که به موجب آن به مأذون (وکیل) اختیار قیام به انجام عمل موردوکالت داده می‌شود که این را تفویض اختیار می‌گویند که این تفویض اختیار، ذاتاً، غنی از قبول وکیل است.^{۱۸}

۲- کفایت رضایت باطنی برای تشکیل عقد: برای قبول هر عقد، اظهار قبول لازم است. در حالی که بسیاری از فقها، قبول وکالت از جانب وکیل را لازم ندانسته‌اند و رضایت باطنی را برای تشکیل عقد کافی دانسته‌اند. هرگاه وکیل، وکالت را آشکارا قبول یا رد نکند و به اجرای آن پردازد، همین اجرا، قبول محسوب می‌گردد و نیازی به اعلام قبول نیست. به اجرا در آوردن عقد قبل از اعلام قبول ایجاب، با ایقاع بودن، سازگار است.^{۱۹}

۳- لازم نبودن تقارن میان ایجاب و قبول: این گروه معتقد است این که در عقد وکالت ممکن است بین ایجاب و قبول مدت‌ها فاصله بیفتد دلیل بر ایقاع بودن وکالت است.^{۲۰}

ب - گروهی که وکالت را عقد می‌دانند؛

در مقابل، گروهی که وکالت را عقد می‌دانند با تمسک به استدلال‌هایی که در ذیل می‌آید، دلایل گروه قائلین به ایقاع بودن وکالت را غیرقابل قبول می‌دانند.

۱- *عدم لزوم تقارن میان ایجاب و قبول*: برخی نویسندگان با بیان این که ارتباط معنوی بین ایجاب و قبول لازم است و نه اتصال مادی و این که مدت ایجاب بستگی به اراده گوینده آن دارد و این اراده را به یاری عرف و شواهد باید احراز کرد به توجیه عدم لزوم تقارن میان ایجاب و قبول در وکالت پرداخته‌اند.^{۲۱}

۲- *دلالت يك كاشف خارجي بر دو انشای درونی*: در ماده ۶۵۸ ق.م. گفته شده وکالت ایجاباً و قبولاً به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر آن کند، واقع می‌شود. در این ماده، با ذکر فعل در ردیف لفظ، قبول فعلی را در ردیف قبول لفظی، قرار داده است. اجرای نیابت همیشه منوط

به تهیه مقدماتی است که اقدام به آن‌ها خود قبول فعلی است و پیش از انجام عمل حقوقی موردوکالت را محقق می‌سازد. برای مثال، عرضه فروش و رفتن به دفترخانه و درخواست نوشتن سند بیع از افعالی است که دلالت بر قبول وکالت می‌کند و نوبت به امضای دفتر یا انجام فروش نمی‌رسد تا در صلاحیت آن برای قبول وکالت تردید شود. به علاوه، از قانون مدنی بیش از این بر نمی‌آید که برای تحقق عقد باید اراده باطنی وسیله کاشف خارجی اعلام شود (ماده ۱۹۱ ق.م.و) و هیچ مانع عقلی وجود ندارد که يك کاشف خارجی دلالت بر دو انشای درونی کند. چنانکه اگر کسی ایجاب فروش کالایی را به دیگری بکند و طرف خطاب، آن را به شخص ثالثی بفروشد، تردید نباید کرد که فروش دوم دلالت بر قبول بیع نخست نیز دارد. پس چرا نباید فروش مالی که برای انتقال آن به فروشنده وکالت داده شده است، قبول آن وکالت نیز محسوب شود و چرا نباید دو انشای گوناگون در يك لفظ بگنجد.^{۲۲}

باید اضافه شود که به اعتقاد اکثریت حقوق دان‌ها لزومی ندارد که موضوع قبول وکیل به اطلاع موکل برسد ولی یکی از نویسندگان با بیان اینکه حقوق مدنی در ارتباط با روابط واقعی مردم در جامعه است و بدین جهت موکل باید از نتیجه تصمیم وکیل مربوط به قبول یا عدم قبول وکالت آگاه گردد تا بتواند وضعیت خود را نسبت به آینده تطبیق دهد، معتقد است که قبولی وکیل باید به اطلاع موکل برسد.^{۲۳}

در جمع‌بندی این نظریات می‌توان گفت؛ باتوجه به ماده ۶۵۶ ق.م. که به صراحت وکالت را عقد دانسته است و ماده ۶۵۷ ق.م. که تحقق وکالت را منوط به قبول وکیل کرده است، چاره‌ای جز این نیست که وکالت را عقد بدانیم؛ منتها در تحلیل این عقد بر خلاف نظر کسانی که عنوان می‌کنند که اذن، اثر عقد وکالت است، به نظر می‌رسد اذن، داخل مدلول عقد وکالت است. بدین جهت که بین اذن موکل و رضای وکیل ارتباط وجود دارد. اگر این ارتباط بین اذن موکل و رضای وکیل نباشد، اذن وجود دارد ولی اذن محض و خارج از عقد که اعم از عقد است و يك اذن عام است که اگر رضای وکیل به آن متصل شود،

تشکیل عقد می‌دهد و در واقع، با این وصف، وکالت تشکیل شده از يك عقد و يك ایقاع که پس از تشکیل عقد وکالت، فسخ وکالت از جانب وکیل فقط می‌تواند عقد را از بین ببرد ولی ایقاع یا همان اذن عام باقی است. دلیل بر این مطلب، ماده ۶۸۱ ق.م. است که می‌گوید: «بعد از این که وکیل استعفا داد مادامی که معلوم است موکل به اذن خود باقی است، می‌تواند در آنچه وکالت داشته اقدام کند». با توجه به این ماده، اگر وکالت واقعاً عقد بود باید پس از استعفای وکیل چیزی باقی نمی‌ماند تا وکیل بعداً براساس آن اقدام کند ولی این ماده نشان می‌دهد که اذن عامی وجود دارد که اراده وکیل هیچ دخالتی در آن ندارد و قبولی وکیل در عقد وکالت، قبولی‌ئی نیست که عنصر سازنده عقد باشد و تنها رضایت به خواست موکل است و در حقوق کشور ما هم رضا، سازنده عقد نیست بلکه این قصد است که سازنده عقد است. همچنین این که قبولی وکیل حتی پس از رد وکالت معتبر است، نشان می‌دهد که اذن موکل، چیزی بیش از يك ایجاب است و اگر فقط يك ایجاب بود با رد وکیل از بین می‌رفت. با این وصف، به این نتیجه می‌رسیم که اذنی که در وکالت وجود دارد، چیزی بیش از يك ایجاب است و اذنی عام است که در مقام تأثیر خود نیازی به قبول وکیل، ندارد و قبولی وکیل، در واقع، فقط وکیل و موکل را به مفاد قرارداد ملتزم می‌سازد ولی در اصل اذن صادره از موکل، بی‌تأثیر است.

با توجه به ماده ۶۵۸ ق.م. وکالت ممکن است به لفظ واقع شود یا به فعل؛ و هر يك از این دو برای انعقاد وکالت، ایجاباً و قبولاً، کافی است. اما باید توجه داشت که رضایت باطنی بدون کاشف خارجی برای انعقاد وکالت کافی نمی‌باشد؛ اگرچه رضایت فعلی باشد. چنانکه کسی بداند که دیگری از انجام امر وسیله او آگاه و راضی است و نیز رضایت تقدیری به آنکه پس از اطلاع مالک بر انجام امر راضی به آن خواهد بود، برای وکالت کافی نیست.^{۳۴} اما بیشتر فقهای امامیه از کفایت لفظ، سخن گفته‌اند هرچند وکالت معاطاتی را نیز مورد بررسی قرار داده‌اند.^{۳۵}

در باب رضایت فعلی نیز باید گفت؛ اگر وکیل بدون اعلام قبول وکالت مفاد آن را اجرا

کند، این اقدام، حاوی قبول نیز است مشروط بر این که از وکالت، آگاه باشد.^{۲۶} ممکن است بین ایجاب و قبول، مدت‌ها فاصله بیفتد یعنی در واقع، لازم نیست که وکیل و موکل در يك مجلس باشند.^{۲۷} در واقع، در مورد قبول فعلی و لفظی باید گفت؛ اصل اراده و تصمیم شخص است که ممکن است وسیله لفظ اعلام شود و ممکن است وسیله فعل.^{۲۸} در صورتی که وکیل، غایب باشد تشکیل عقد، زمان پذیرش است که با اعلام قبول از جانب وکیل، قرارداد وکالت انعقاد می‌یابد. زیرا وکالت، اعطای نیابت است. با این اعطا او اختیار انجام عمل حقوقی را به موکل می‌دهد و به انتظار آگاه شدن از تصمیم وکیل نمی‌ماند.^{۲۹} زیرا عقد، مرکب از ایجاب و قبول است و امر مرکب با پیدایش جزء اخیر محقق می‌شود.^{۳۰} از مسایل دیگری که قابل طرح است اینکه قبولی وقتی مؤثر است که مسبوق به رد نباشد و الا اثری ندارد. و این ملاک را از ماده ۲۵۰ ق.م. که می‌گوید: «اجازه در صورتی مؤثر است که مسبوق به رد نباشد و الا اثری ندارد»، می‌توان به دست آورد.

در واقع، هر چند وکالت جزو عقود اذنی است و بنابر ماده ۶۸۱ ق.م. حتی با رد وکالت از جانب وکیل مادامی که معلوم است موکل به اذن خود باقی است وکیل می‌تواند در انجام موضوع وکالت اقدام کند ولی اینجا دیگر اقدام وکیل در پوشش عقد نیست بلکه قیام به اقدام در قالب اذن موکل است.

تا اینجا به این نتیجه رسیدیم که ایجاب و قبول در عقد وکالت می‌تواند به صورت لفظ، نوشته و اشاره واقع شود و به صورت صریح و ضمنی صورت پذیرد و هیچ تشریفات ندارد. اما گاهی تشکیل این عقد نیازمند تشریفات است و در مواردی که موضوع عقد وکالت، انجام عمل حقوقی باشد که انعقاد یا اثبات آن نیاز به تنظیم سند رسمی دارد به طور معمول، با نظم عمومی و جلب توجه امضاکنندگان سند به آثار ناشی از آن در ارتباط بوده و رسیدن به این هدف، لازمه رسمی بودن وکالت‌نامه مبنای سند انتقال است.^{۳۱} در صورتی که یکی از اطراف قرارداد موجود نباشد، عقد تحقق نمی‌یابد و هنگامی که دو طرف به انعقاد قرارداد می‌پردازند باید دارای شرایط قانونی باشند تا عمل آن‌ها مورد پذیرش قانون قرار گیرد و آثار حقوقی به بار آورد. از فراهم بودن شرایط قانونی برای شخص، تعبیر به اهلیت

می‌شود. اهلیت به‌طور مطلق عبارت از شایستگی شخص، برای دارا بودن یا اجرای حق و تکلیف است که اهلیت‌استیفا نامیده می‌شود.^{۳۲}

عهدی و اذنی بودن وکالت:

فقه امامیه از بین مذاهب اسلامی، تئوری کلی تعهدات را در نصوص قانونی ارائه کرده است. حدیث عبدا... ابن سنان می‌گوید: «العقد العهده» یعنی هر عقدی تعهد است. برهمین اساس، فقهای امامیه عقد را به اذنی و عهده‌ی تقسیم می‌کنند. فقها، در واقع، عقد عهده‌ی را به‌طور کلی منشأ تعهد می‌دانند. ولی در مورد عقود اذنی می‌گویند که اساس این‌گونه عقود، اذن است. به اعتقاد فقیهان چون در این عقود، تعهد وجود ندارد اینها عقد واقعی نیستند. از این تقسیم‌بندی فهمیده می‌شود که فقها، اساساً، عقدی را که منشأ تعهد نباشد، عقد نمی‌دانند.^{۳۳}

با این مقدمه، به بررسی ماهیت عقد وکالت می‌پردازیم.

ماهیت عقد وکالت:

ماده ۶۵۶ ق.م. بیان می‌دارد: «وکالت عقدی است که به‌موجب آن یکی از طرفین طرف دیگر را برای انجام امری نایب خود می‌نماید.» از این ماده، اثر حقوقی وکالت استنباط نمی‌گردد. اکثر نویسندگان به اعتبار این که اثر اصلی وکالت ایجاد اذن است، وکالت را در زمره عقود اذنی می‌دانند.^{۳۴} اذن در لغت به معنای اجازه و رخصت است. به گفته یکی از نویسندگان، در تعریف عقد اذنی می‌توان گفت: عقد اذنی، قراردادی است که اثر اصلی آن اعطای اذن و اختیار به طرف مقابل می‌باشد. بنابراین تعریف، کسانی که عقد وکالت را عقدی اذنی می‌دانند، معتقدند در عقد اذنی اراده اذن‌دهنده به تنهایی نمی‌تواند ایجاد اذن کند بلکه اراده او از لحاظ تحلیل حقوقی نوعی ایجاب است که اگر موردقبول طرف مقابل واقع شود، اثر نهایی آن یعنی اذن، به‌وجود می‌آید.^{۳۵}

برخی از نویسندگان نیز وکالت را ترکیبی از يك عقد و يك ایقاع می‌دانند. بدین بیان که به استناد ماده ۶۸۱ ق.م. که مقرر می‌دارد: «بعد از اینکه وکیل استعفا داد مادامی که معلوم

است موکل به اذن خود باقی است، می‌تواند در آنچه وکالت دانسته اقدام کند.» اذنی بودن وکالت را استنباط نموده و به استناد مواد ۶۵۶ و ۶۵۷ که وکالت را عقد معرفی و آن را نیازمند قبول وکیل دانسته است، وکالت را ترکیبی از يك عقد و يك ایقاع (اذن عام) که در آن اراده موکل به دو اذن تجزیه می‌شود؛ یکی اذن عام که در قالب ایقاع است و تحقق آن منوط به قبول وکیل نیست و دیگری اذن در قالب ایجاب که باید وکیل آن را بپذیرد تا وکالت محقق شود و از این تعریف، نتیجه گرفته می‌شود که بنا به اعتقاد این نویسنده وکالت در زمره عقود اذنی است هر چند همراه با يك ایقاع اذنی باشد.^{۳۶} بعضی از نویسندگان نیز با بیان این که عقد عهدی عبارت است از عقدی که صرفاً موجب پیدایش تعهد و تکلیف قانونی بر عهده طرف عقد باشد، اثر ذاتی عقد عهدی را تعهد می‌دانند و با استناد به موادی مانند مواد ۶۶۶ و ۶۷۴ ق.م. وکالت را عقدی عهدی می‌دانند.^{۳۷}

برخی از نویسندگان نیز با بیان این که اثر مستقیم وکالت، ایجاد اذن است، اختیاری که به وکیل تنفیذ می‌شود و او به‌طور صریح یا ضمنی آن را می‌پذیرد، وکالت را عقدی اذنی می‌دانند و به اعتبار این که تفویض اختیار و دادن اذن به وکیل متضمن این تعهد نیز است که تا اذن باقی است آثار اعمالی را که به نیابت انجام می‌دهد، موکل می‌پذیرد و مخارجی را که کرده است، می‌پردازد، عقدی عهدی می‌دانند. و فقط چون این تعهد منوط به اجرای وکالت است و تعهد اصلی یعنی پایبند بودن به اعمالی که وکیل انجام می‌دهد در برابر دیگران است و در واقع، اثر اجرای اذن است نه نتیجه عقد، وکالت را در مرحله نخست، عقدی اذنی و به اعتبار آثار اذن، عقدی عهدی می‌دانند.^{۳۸}

در جمع‌بندی میان این نظرها می‌توان گفت:

هر چند با توجه به مطالبی که تا اینجا بیان شد، ذات وکالت از اذن جدا نیست چه آنان که اذن را اثر مستقیم عقد وکالت می‌دانند و چه آنان که وکالت را اثر اراده موکل می‌شمارند و آن را به دو اذن عام و خاص تقسیم می‌کنند، قبول دارند که وکالت، عقدی اذنی است.

اما این که صرفاً وکالت را عقدی اذنی بدانیم بر خلاف روح قانون مدنی است. چرا که؛

اولاً؛ عقود اذنی از تقسیمات قانون مدنی نیست.

ثانیاً؛ با توجه به اینکه قانون مدنی در ماده ۱۸۴ اثر اصلی عقد را تعهد می‌داند، اگر با توجه به ماده ۶۵۶ ق.م. به عقد بودن وکالت قائل باشیم باید تعهد را به عنوان اثر اولیه هر عقدی بپذیریم.

منتها چون در عقد وکالت ما دو اذن داریم که یکی همان « اذن عام » یا ایقاع است که صرفاً از اراده موکل نشأت می‌گیرد و قبول وکیل در آن تأثیری ندارد و دیگر « اذن خاص » در قالب ایجاب که وکیل آن را می‌پذیرد و عقد وکالت منعقد می‌شود؛ ما در درجه اول، باید وکالت را به اعتبار این اذن خاص و قبول وکیل، عقدی عهدی بدانیم و در درجه دوم، آن را از این جهت که این وکالت، اثر آن اذن عام است، آن را عقدی اذنی برشماریم.

جایز و لازم بودن وکالت:

در يك تقسیم‌بندی، عقد به لازم و جایز و خیاروی تقسیم می‌شود. این تقسیم‌بندی به اعتبار امکان فسخ قرارداد از سوی هر يك از طرفین بدون توافق با طرف دیگر است.^{۳۹} براساس ماده ۱۸۵ ق.م. عقد لازم، عقدی است که هیچ‌یک از طرفین نمی‌توانند بدون توافق با طرف دیگر آن را بر هم بزنند و براساس ماده ۱۸۶ همین قانون، عقد جایز، عقدی است که هر يك از طرفین - حتی بدون توافق با طرف دیگر- می‌تواند آن را بر هم بزند. تفاوت دیگر عقد لازم و جایز در ماده ۹۵۴ ق.م. مطرح شده است که؛ عقد جایز با موت یا حجر هر يك از طرفین منفسخ می‌شود اما عقد لازم بعد از انعقاد تحت تأثیر موت یا حجر طرفین قرار نمی‌گیرد.

در میان نویسندگان حقوقی مشهور است که می‌گویند؛ اصل، در قراردادهای لزوم است و عقد جایز، امری استثنایی است که نیاز به تصریح قانونگذار دارد.^{۴۰} و معتقدند که براساس ماده ۲۱۹ ق.م. اگر در لزوم یا جواز عقدی تردید شود مطابق این ماده باید حکم به لزوم داد.

البته در مقابل، برخی از نویسندگان نیز عنوان می‌کنند که ماده ۲۱۹ ق.م. اصل لزوم

در عقود را عنوان نکرده است بلکه این ماده از ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه اقتباس شده است که می‌گوید: «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد برای متعاقدين و قائم‌مقام قانونی آن‌ها در حکم قانون بوده و لازم‌الاتباع است مگر اینکه به رضای طرفین یا به علت قانونی فسخ شود». به این ترتیب، به نظر دکتر جعفری لنگرودی، قصد نویسندگان، اقتباس اصل مشهور به اصالة‌اللزوم در عقود که در فقه معروف است، نبوده و دید فقها به طور کلی با برداشت نویسنده قانون مدنی فرانسه از ماده ۱۱۳۴ فرق فاحش دارد. ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه شامل عقود لازم و جایز، هر دو، می‌باشد و شارحین این ماده هم، مورد عزل وکیل را از موارد فسخ شمرده و آن را مصداق ماده ۱۱۳۴ دانسته‌اند. پس قصد از لازم‌الاتباع بودن عقود در ماده ۲۱۹ ق.م. این است که جز در موارد فسخ و تفاسخ در حدود قانون باید به تعهدات ناشی از عقود عمل کرد و در صورت تخلف، متعهدله را الزام به انجام تعهدش کند و به طور کلی، در فصل ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه به قدر مشترك بین تعهد لازم و تعهد جایز نظر داشته‌اند و مطلقاً نظر به نمونه‌های مشکوک بین تعهد لازم و جایز نداشته‌اند و حل این نمونه‌ها چه در قانون مدنی فرانسه و چه در قانون مدنی ایران به سکوت سپرده شده است.^{۴۱}

به اعتقاد نویسندگان حقوقی، جایز بودن وکالت برمی‌گردد به ماهیت این عقد که در واقع، عقدی است اذنی. بدین معنا که وکالت از اذن ناشی می‌شود و اذن زائیده اراده است. فی‌الواقع، اذن، امری است که به تدریج و مستمر از اراده به وجود می‌آید و تا زمانی که این دو اراده سالم باشند، اذن به تدریج از آن‌ها ناشی می‌شود. بنابراین عقد اذنی رابطه خود را با اراده‌های سازنده آن قطع نمی‌کند. از این تحلیل، دو نتیجه مهم به دست می‌آید که در تمامی عقود اذنی وجود دارد:

۱ - تمامی عقود اذنی جایز و قابل فسخ هستند.

۲ - تمامی عقود اذنی در اثر موت یا حجر یکی از طرفین از بین می‌روند.^{۴۲}

یکی دیگر از نویسندگان، همین حرف را با بیان دیگری عنوان می‌کند که؛ جایز بودن

وکالت به دلیل این است که این عقد بر مبنای اعتماد و تکیه بر شخصیت طرف‌های مقابل بسته می‌شود. پس طبیعی است که به خواست طرفین نیز به هم‌بخورد.^{۴۳} به طور کلی، عقد لازم، عقدی است که حدوداً نیازمند اراده معتبر است ولی عقد جایز، حدوداً و بقائاً، نیازمند این اراده است.^{۴۴}

با وجود این، براساس ماده ۶۷۹ ق.م. «موکل می‌تواند هر وقت بخواهد وکیل را عزل کند مگر این که وکالت وکیل و یا عدم عزل در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد.» قسمت دوم این ماده نشان می‌دهد که این قسم جواز، جواز حقی است و می‌توان آن را با قصد طرفین بر هم زد و به صورت لزوم درآورد. زیرا جواز حقی از قواعد امره نیست و توافق بر خلاف آن، خلاف نظم عمومی نیست.^{۴۵}

همچنین جواز و لزوم، عناصر ماهوی عقود نیست تا خللی به ارکان تشکیل‌دهنده عقد وارد سازد.^{۴۶}

به‌علاوه، به‌نظر می‌رسد آنچه که منشأ لزوم و جواز هر عقدی است نه قانون که بالاتر از آن، مصلحت مردم است. و این مصلحت است که تعیین می‌کند که عقدی لازم باشد یا جایز؛^{۴۷} اگر چه مصلحت اولیه در عقد وکالت، این است که چون این عقد با توجه به شخصیت افراد منعقد می‌شود پس قاعدتاً وکیل و موکل باید بتوانند هر زمان که خواستند آن را بر هم بزنند و با موت و جنون آن‌ها هم برهم‌بخورد * ولی اگر چنانچه به دلایلی این مصلحت تغییر کرد لازم بودن وکالت منافاتی با اقتضای آن ندارد. چرا که امکان بر هم زدن عقد را نباید مقتضا و جوهر وکالت دانست و هیچ مانعی ندارد که با اراده وکیل و موکل اختیار آن‌ها محدود شود و یا از بین برود.^{۴۸}

بنابراین، به‌نظر می‌رسد اگر اذن و رضایت متوفا بعد از فوت از طریق معتبری احراز شود یا

* توضیح ماهنامه «کانون»: به‌نظر صحیح می‌رسد که باید بین برهم خوردن و از بین رفتن عقد یا عبارت حقوقی انفساخ و مرتفع شدن تفاوت قائل شد؛ چه این که ماده ۶۷۸ ق.م. بیان می‌دارد: «وکالت به‌طریق ذیل مرتفع می‌شود: ۱ - به عزل موکل؛ ۲ - به استعفای وکیل؛ ۳ - به موت یا جنون وکیل یا موکل». این بحث هر چند مفید، خارج از موضوع حاضر است و تأمل بسیار می‌طلبد.

موکل با قرار دادن وکالت ضمن عقد لازمی به وکالت لزوم بخشیده باشد می‌توان بر بقای وکالت نظر داد و گنجاندن وکالت در ضمن عقد لازم، ماهیت عقد وکالت را دگرگون می‌کند؛ به گونه‌ای که با فوت یکی از دو طرف، عقد منفسخ نمی‌شود.^{۴۹} با این توصیف، به نظر می‌رسد که وکالت ممکن است لازم باشد یا جایز؛ و لزوم و جواز از عناصر ماهوی هیچ عقدی نیست^{۵۰} بلکه این مصلحت اجتماعی است که لزوم و جواز عقدی را تعیین می‌کند. منتها آنچه که در این زمینه مورد اختلاف است، این است که آیا براساس قسمت دوم ماده ۶۷۹ ق.م. تنها در ضمن عقد لازم می‌توان وکالت یا عدم عزل وکیل را شرط کرد یا این کار را در ضمن عقد جایز نیز می‌توان انجام داد که خود، بحث جداگانه‌ای را می‌طلبد ولی به‌طور کلی، به نظر می‌رسد که آنچه اهمیت دارد، خواست طرفین است و این خواست ممکن است ضمن عقد لازم عنوان شود و یا ضمن عقد جایز و یا حتی ضمن عقد وکالت.

رضایی بودن وکالت:

در صورتی که عقد برای تحقق خود تنها به شرایط اساسی صحت معامله نیاز داشته باشد، در واقع، عقد مبتنی بر اراده و رضایی تلقی می‌شود و نیازمند تشریفات خاصی بیش از شرایط عمومی نیست اما در صورتی که عقد برای تحقق، علاوه بر شرایط اساسی صحت معاملات، شرایط دیگری را نیاز داشته باشد، آن عقد را تشریفات می‌گویند.^{۵۱} در حقوق ایران، عقود، اصولاً رضایی هستند.^{۵۲} در همین قاعده، عقد وکالت، اصولاً از عقود رضایی است.^{۵۳} اما با تمام این احوال، اگر تصرف در مورد وکالت مستلزم شکل خاصی باشد، وکالت هم به تبع مورد وکالت باید آن شکل خاص را داشته باشد.^{۵۴} مانند آن که موضوع وکالت با نظم عمومی در ارتباط باشد. به عنوان نمونه، معاملات مربوط به املاک ثبت شده که به موجب ماده ۲۲ ق.ت. باید به موجب سند رسمی باشد، در اینجا، وکالت‌نامه انتقال این املاک نیز باید به موجب سند رسمی باشد چون که وکالت و تفویض اختیار به وکیل، مقدمه انتقال سند و امضای آن از سوی وکیل است. پس اگر ثبت سند اصلی در دفتر اسناد رسمی واجب است، ثبت مقدمه آن یعنی «وکالت‌نامه» نیز - به صورت رسمی - واجب است. چون

براساس علم اصول و نظر اصولیین، مقدمه واجب، واجب است و در اینجا، پذیرفتن سند عادی وکالت باعث می‌شود که منظور قانون‌گذار از تشریفات بودن این عقود حاصل نشود و نقض غرض شود؛ چون اگر وکالت که مبنای تنظیم سند بوده در معرض انکار و تردید باشد؛ این موضوع، اصل سند را هم در معرض انکار و تردید قرار می‌دهد.^{۵۵}

مجانی و معوض بودن وکالت:

در باب تعریف عقد معوض و مجانی، بین نویسندگان حقوقی اختلاف است. بنا به تعریف برخی از نویسندگان، عقد معوض، عقدی است که یکی از طرفین در مقابل طرف دیگر تعهد می‌نماید و یا مالی می‌دهد در عوض مالی که از طرف می‌گیرد و یا تعهدی که طرف دیگر به نفع او می‌کند. در عقد معوض، علت دادن مال و یا تعهد از يك طرف، گرفتن مال و یا تعهد از طرف دیگر است و عقد غیرمعوض (مجانی) عبارت است از عقدی که یکی از طرفین مالی را به دیگری می‌دهد و یا تعهدی در مقابل او می‌کند بدون آنکه در برابر آن، عوض گرفته باشد و یا التزامی برای طرف اول ایجاد شده باشد.^{۵۶}

بنا به تعریف دیگری؛ عقد معوض، عبارت است از قراردادی که به موجب آن یکی از طرفین مالی به دیگری می‌دهد و در برابر آن، مالی دریافت می‌دارد. و عقد غیرمعوض یا مجانی؛ قراردادی است که یکی از طرفین مالی به طرف دیگر می‌دهد بی‌آنکه چیزی، در مقابل، دریافت دارد و در این نوع عقد، مبادله ارزش‌ها به چشم نمی‌خورد و چیزی که یکی از متعاقبین به طرف دیگر می‌دهد، بلاعوض است.^{۵۷} به اعتقاد ایشان، عقد معوض با عقد دوتعهدی، متفاوت است و مبادله و مقابله ارزش‌های مالی، غیر از مقابله تعهدات است و در عقد دوتعهدی، يك تعهد در برابر تعهد دیگر قرار می‌گیرد. در حالی که در عقد معوض، مالی در برابر مالی دیگر قرار می‌گیرد و مبادله تعهدات، ضابطه تشخیص عقود دوتعهدی و يك تعهدی و مبادله ارزش‌ها، ضابطه تفکیک عقود معوض و مجانی است.^{۵۸}

یکی از نویسندگان با اشاره به ماده ۶۵۹ ق.م. و این که وکالت ممکن است مجانی باشد یا معوض، معتقد است که در وکالت معوض، موکل به وکیل نیابت در تصرف برای

انجام امری می‌دهد و وکیل مجاناً آن را می‌پذیرد. یعنی وکیل متعهد می‌شود که امر مزبور را به نیابت از موکل انجام دهد بدون اینکه موکل در مقابل تعهد خاصی را بر عهده بگیرد. بنابراین، در اینجا، تنها يك تعهد، مورد توافق طرفین واقع شده است اما همین تعهد، نیز آثاری دارد که مسئولیت‌هایی را برای طرفین ایجاد می‌کند. پس پذیرش يك تعهد توسط دو طرف به هیچ‌وجه به معنای حقوق و تکالیف يك طرفه نیست.^{۵۹}

با وجود اختلاف بین این دو تقسیم‌بندی، این دو تقسیم‌بندی به هم نزدیک‌اند و بیشتر قراردادهای دوتعهدی، معوض و قراردادهای يك تعهدی، مجانی هستند مگر در مواردی مثل عقود ودیعه و عاریه که هر چند قراردادهایی دوتعهدی‌اند لیکن مجانی هستند.^{۶۰} موضوع دیگری که نباید از نظر دور داشت اینکه در عقود مجانی اساساً شخصیت طرفی که عقد به سود او تشکیل می‌شود، علت عمده عقد است. زیرا در مواردی که شخص مالی به يك طرف می‌دهد و مالی در عوض دریافت نمی‌کند باید به نوعی شخصیت طرف برای او از لحاظ معنوی یا عاطفی مطرح بوده باشد و الا اقدام به چنین کاری نمی‌کرد ولی در عقد معوض، شخصیت طرف، علت عمده عقد نیست و مقصود او به دست آوردن مالی در برابر مالی است که این موضوع خود منجر به نتیجه دیگری می‌شود و آن این که چون در عقود غیرمعوض، دهنده رایگان مال، عوض دریافت نمی‌کند هیچ‌گونه مسئولیتی از حیث درك یا معیوب درآمدن مورد عقد در برابر طرف مقابل ندارد.^{۶۱} بیشتر نویسندگان حقوقی معتقدند که وکالت، عقدی است مجانی.^{۶۲} البته نه به این معنا که وکیل مستحق اجرت نیست بلکه بدین مفهوم که عوض، در برابر تفویض اختیار به وکیل، قرار نمی‌گیرد.^{۶۳} و در واقع، وکالت مجانی را بدین معنا می‌دانند که معوض نیست. براساس ماده ۶۶۷ ق.م. وکیل کاری را که به نیابت انجام می‌دهد، رایگان نیست بلکه ممکن است مجانی باشد یا با اجرت. نویسندگان حقوقی این دوگانگی را به دلیل ماهیت وکالت می‌دانند که ناشی از طبیعت اذن است که چون هدف در وکالت، اعطای اذن است و این اعطای اذن با پول مبادله نمی‌شود پس وکالت مجانی است و عوضی را که موکل باید

به وکیل بپردازد، تعهدی فرعی می‌دانند که ارتباطی به ماهیت وکالت ندارد.^{۶۴}

با این اوصاف، به نظر می‌رسد که هرچند حقوق‌دان‌ها وکالت را ابتدا به ساکن، عقدی مجانی می‌دانند ولی بر این تعریف، اشکالات زیادی وارد است؛ اولاً که در بحث‌های قبلی به این نتیجه رسیدیم که همان‌طور که قانون‌گذار در ماده ۶۵۶ ق.م. عنوان کرده، وکالت عقد است و نیز برای دو طرف وکیل و موکل، الزام و التزام به بار می‌آورد و در واقع، عقدی دوتعهدی است و این استدلال که مجانی بودن وکالت برمی‌گردد به ماهیت اذن، قابل قبول نیست و وکالت، عقدی است که در آن تعهد وکیل به انجام موردوکالت برای موکل، يك طرف آن و تعهد موکل به دادن دستمزد، طرف دیگر آن است و اگر هم بر فرض در وکالت‌های مدنی این حرف قابل قبول باشد، در وکالت‌های وکلای دادگستری به هیچ‌وجه قابل قبول نیست. زیرا که در این موارد، وکالت غالباً حرفه وکیل است و از طریق آن، امرار معاش می‌کند و در واقع، آن‌ها عموماً وقتی متعهد به انجام وکالت می‌شوند که در برابر آن، موکل، متعهد به پرداخت دستمزد باشد و در واقع، در حرفه وکالت عموماً آنچه که محرك وکیل به انعقاد قرارداد وکالت است، دستمزد است و این دستمزد هم تعهد وکیل به انجام موردوکالت قرار می‌گیرد. نیز در ماده ۶۵۹ ق.م. که می‌گوید: «وکالت ممکن است مجانی باشد یا با اجرت»، در واقع، آن را تابع قصد طرفین قرار داده است و به‌طور کلی، مجانی بودن وکالت را به‌عنوان يك اصل لازم‌الاتباع تعیین نکرده است. همچنین چون یکی از آثار عقود معوض، این است که چون در عقود معوض، قصد دو طرف به‌دست آوردن عوض است پس بین دو تعهد، رابطه‌ای ایجاد می‌شود که به‌موجب آن، وجود هر يك وابسته به وجود دیگری است که یکی از آثار آن، حق حبس است؛ حال آنکه در عقود مجانی، حق حبس نیست.^{۶۵} با این توصیف، به نظر می‌رسد با توجه به این که نگارنده عقد وکالت را معوض می‌داند، قرار دادن حق حبس برای وکیل نیز منطقی باشد و وکیل این حق را دارد تا حق الوکاله او را نداده‌اند از تسلیم موردوکالت خودداری نماید و یا اگر موردوکالت، مال است ابتدا حق خود را از آن بردارد و سپس بقیه را به موکل تسلیم کند. و در آخر، به نظر می‌رسد که؛ نظری که مبنای تقسیم عقد را به معوض و مجانی، مبادله ارزش قرار داده است به

لحاظ تقسیم عقود از نظر ماهیت به یکی از آثار آن‌ها که مبادله مال است، صحیح نمی‌باشد.

منجز بودن وکالت:

براساس ماده ۱۸۹ ق.م.ا: «عقد منجز آن است که تأثیر آن برحسب انشا موقوف به امر دیگری نباشد و الا معلق خواهد بود». به عبارتی، در عقد منجز به مجرد حصول تراخی، عقد، منعقد و آثار آن ظاهر می‌گردد. اگر ظهور آثار، موکول به تحقق شرطی باشد، آثار خارجی، پیش از تحقق آن شرط، ظاهر نمی‌گردد.^{۶۶}

شرط در وکالت، تنجیز است. بدین معنی که نباید اصل وکالت را معلق به چیز دیگری کرد؛ مثل این که بگوید اگر فلان شخص از سفر آمد یا ماه به آخر رسید، به تو وکالت می‌دهم.^{۶۷} اما تعلیق در متعلق وکالت یعنی امری که جهت انجام آن، او را نایب خود قرار داده است، بلاشکال است.^{۶۸} مثل این که بگوید تو وکیل من هستی در این که خانه‌ام را بفروشی وقتی که زید آمد یا به تو وکالت می‌دهم فلان جنس را وقتی که از گمرک خارج شد، برای من خریداری کنی.^{۶۹}

به‌طور کلی، تعلیق در عزل وکیل را بلاشکال دانسته‌اند؛ مثل اینکه موکل وکالت دهد و به سفر برود و به وکیل بگوید پس از مراجعت من از سفر، معزول هستی.^{۷۰}

پی‌نوشت‌ها:

۱. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، *عروة الوثقی*، ج. ۲۲، ص. ۱۱۹؛ نجفی (صاحب جواهر)، شیخ محمد حسن، *جواهر الکلام*، ج. ۲۷، ص. ۳۵۱ (به نقل از کاتوزیان، ناصر، *عقود معین*، ج. ۴، پاورقی ص. ۱۲۶).
۲. کاتوزیان، همان.
۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *فلسفه حقوق مدنی*، ج. ۲، تهران، ۱۳۸۰، کتابخانه گنج دانش.
۴. کاتوزیان، همان، ش. ۷۵، ص. ۱۲۸؛ امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، ج. ۲، چ. ۱۴، انتشارات اسلامی، تهران، ۱۳۷۷، ص. ۳۹۳؛ مدنی، سید جلال الدین، *عقود معین*، ج. ۵، ص. ۱۶۳.
۵. جعفری لنگرودی، *الفارق*، ج. ۵، ص. ۴۲۵؛ امیری قائم مقامی، عبدالمجید، *حقوق تعهدات*، ج. ۲، نشر میزان، چ. اول، تهران، ۱۳۸۷، ص. ۱۳۹.
۶. امیری قائم مقامی، همان.
۷. همان.

۸. کاتوزیان، همان، ش. ۷۵، صص. ۱۲۸ - ۱۳۰.
۹. نجفی، همان، ص. ۳۴۷، (به نقل از: کاتوزیان، همان، ص. ۱۲۹).
۱۰. مدنی، همان.
۱۱. کاتوزیان، همان.
۱۲. همان.
۱۳. جعفری لنگرودی، فلسفه حقوق مدنی، ج. ۲، ش. ۱۹۴.
۱۴. همان.
۱۵. جعفری لنگرودی، الفارق، همان، صص. ۴۲۵ و ۴۲۶.
۱۶. علامه حلی، تنکبه، ج. ۲، وکالت؛ عاملی، سیدمحمدجواد، مفتاح الکرامه، ج. ۷، ص. ۵۲۵؛ شهید ثانی، مسالك، ج. اول، ص. ۳۳۲، (به نقل از: کاتوزیان، همان، ص. ۱۳۳).
۱۷. کاتوزیان، همان، ش. ۷۷، ص. ۱۳۴.
۱۸. جعفری لنگرودی، الفارق، همان، ص. ۴۲۵.
۱۹. «والقبول يطلق على معنيين احدهما الرضا و الرغبة فيما فوض اليه و نقيضها الرد والثاني اللفظ الدال عليه على النحو المعتبر في بيع و ساير المعاملات و يعتبر في الوكالة القبول بالمعنى الثاني و هو القبول اللفظي فالوجه عندنا انه لا يشترط لانه اباحه و رفع الحجر فاشبه اباحه الطعام لا يفتقر الى القبول اللفظي» علامه حلی، همان، ص. ۱۱۵ (به نقل از: سید عارفی (آغاز آرام)، وکالت مدنی از نگاه قانون ایران و افغانستان و فقه جعفری و فقه حنفی، ص. ۳).
۲۰. زراعت، عباس، شرح الروضه البهيه في شرح اللعة دمشقيه، صص. ۴۴۱ و ۴۴۲.
۲۱. کاتوزیان، همان، صص. ۱۳۳ و ۱۳۴.
۲۲. همان، صص. ۱۲۹ و ۱۳۰.
۲۳. نوین، پرویز، حقوق مدنی، ش. ۷۱، ص. ۸۸.
۲۴. همان، ص. ۲۹۳.
۲۵. «و لابد من تحققه من ايجاب دال على القصد كقوله: وكلتك او استنبتك او ماشاكل ذلك. و لو قال وكلتني على استفهام التقريرى او التحقيقى {فقال: نعم} و قال قبلت بعد قوله نعم {او اشاره بما يدل على اجابه كفى فى ايجاب و اما القبول: باللفظ كقوله قبلت او رضيت او ماشابهه - و قد يكون بالفعل - كما اذ قال: وكلتك فى البيع فباع»؛ نجفی، همان، ص. ۳۴۸ - «لا يكفى فى تحقق الوكالة العلم بالرضا الباطنى فى التصرف و ان كان رضا فعليا فضلا عما لو كان تقديريا، بل لابد من نظهر من قوله او برضا باطناً ببيع داره لا ينفذ ببيعه بل يكون فضولياً»، طباطبائی یزدی، تکمله العروة الوثقى، ج. اول، ص. ۱۲۱، (به نقل از: سید عارفی (آغاز آرام)، همان، صص. ۷ و ۸).
۲۶. کاتوزیان، همان، ش. ۷۴ و ۷۵، صص. ۱۲۷ - ۱۳۰.
۲۷. امامی، همان، ص. ۲۹۳.
۲۸. مدنی، همان، ص. ۱۶۴.
۲۹. کاتوزیان، همان، ش. ۷۸، ص. ۱۳۵.
۳۰. امامی، همان، ص. ۲۹۴.

۳۱. کاتوزیان، همان، ش. ۷۶، ص. ۱۳۱.
۳۲. شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها، ش. ۱۹۱، ص. ۲۳۱.
۳۳. جعفری لنگرودی، همان، حقوق تعهدات، ص. ۱۱۷.
۳۴. امامی، همان، ص. ۲۹۴؛ شهبازی، محمد حسین، مبانی لزوم و جواز اعمال حقوقی، ص. ۱۵.
۳۵. شهبازی، همان، ص. ۷.
۳۶. جعفری لنگرودی، فلسفه حقوق مدنی، ج. ۲، ش. ۲۰۲ و ۲۰۳، ص. ۱۳۱.
۳۷. شهیدی، همان، ش. ۵۱، ص. ۸۳.
۳۸. کاتوزیان، همان، ش. ۶۸، ص. ۱۱۱.
۳۹. ره‌پیک، حسن، حقوق قراردادها، ص. ۳۷.
۴۰. عدل، مصطفی، حقوق مدنی، ص. ۱۱۰؛ حائری شاه‌باغ، سید علی، شرح قانون مدنی، ج. اول، صص. ۱۴۶ و ۱۹۷ - عمید، موسی، هبه و وصیت در حقوق مدنی ایران، ص. ۲۲؛ درودیان، حسن علی، تقریرات درس مدنی ۳، ص. ۲۷؛ صفایی، سید حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج. ۲، ص. ۲۲ (به نقل از؛ شهبازی، محمد حسین، همان، ص. ۱۵) امامی، همان، ج. اول، ص. ۱۷۱.
۴۱. جعفری لنگرودی، حقوق تعهدات، همان، صص. ۱۴۲ و ۱۴۳.
۴۲. شهبازی، همان، ص. ۷۴.
۴۳. کاتوزیان، همان، ش. ۱۱۴، ص. ۱۹۷.
۴۴. شهیدی، همان، ش. ۶۳، ص. ۹۸.
۴۵. جعفری لنگرودی، همان، ص. ۱۳۶.
۴۶. خردمندی، سعید، وکالت در حقوق تجارت و تطبیق آن با فقه، ص. ۲۵۷.
۴۷. جعفری لنگرودی، همان.
۴۸. کاتوزیان، همان، ش. ۱۱۹، ص. ۲۰۲.
۴۹. خردمندی، همان، صص. ۲۱۶ و ۲۱۷.
۵۰. همان، ص. ۲۵۷.
۵۱. ره‌پیک، همان، ص. ۵۳.
۵۲. صفایی، قواعد عمومی قرار دادها، ج. ۲، ص. ۴۲.
۵۳. السنهوری، عبدالرزاق احمد، وکالت، مترجم: حسینی نژاد، حسینقلی، ص. ۱۷.
۵۴. همان.
۵۵. کاتوزیان، همان، ش. ۷۶، ص. ۱۳۱.
۵۶. امامی، همان، ص. ۱۸۱؛ کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ص. ۲۸.
۵۷. صفایی، همان، ص. ۳۵.
۵۸. همان.
۵۹. خردمندی، همان، صص. ۲۶۵ و ۲۶۶.
۶۰. صفایی، همان، ص. ۳۶.

- ۶۱ شهیدی، همان، ش. ۷۸، صص. ۱۱۳ و ۱۱۴.
- ۶۲ کاتوزیان، عقود معین، ج. ۴، ش. ۶۸ و ۱۰۵، صص. ۱۱۱ و ۱۸۵؛ جعفری لنگرودی، الفارق، همان، ص. ۴۲۹؛ نوین، پرویز، عقود معین، ج. ۲، ش. ۷۲، صص. ۸۹ و ۹۰؛ مدنی، همان، ص. ۱۷۸؛ السنهوری، همان، صص. ۸۴ و ۸۵ و ۸۷.
- ۶۳ کاتوزیان، همان، ش. ۶۸، ص. ۱۱۱.
- ۶۴ جعفری لنگرودی، همان؛ کاتوزیان، همان، ص. ۱۱۳.
- ۶۵ کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ص. ۲۹؛ امامی، حقوق مدنی، همان، ص. ۱۸۲.
- ۶۶ معزی، امیر، حقوق مدنی (عقود و ایقاعات)، ص. ۹.
- ۶۷ بروجردی عبده، محمد، حقوق مدنی، ص. ۲۸.
- ۶۸ جعفری لنگرودی، الفارق، همان، ص. ۴۲۹.
- ۶۹ بروجردی عبده، همان.
- ۷۰ جعفری لنگرودی، همان.

دغدغه

درآمدی بر

مرجع صدور سند مالکیت خودرو

تاریخ دریافت: ۱۳۹۰/۷/۱۷

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۰/۷/۲۸

فرداد ظفر محمدی*

از یکی دو سال اخیر مشاهده شده که اداره راهنمایی و رانندگی رأساً یا با مباشرت مراکز تعویض پلاک خودرو اقدام به صدور برگ‌هایی با عنوان سند مالکیت خودرو می‌نماید. فلذا مبنای قانونی که براساس آن، این اداره صلاحیت لازم برای صدور سند مالکیت داشته باشد، مورد بحث است که به همین منظور، ابتدا مختصری از سیر تاریخی این موضوع، یادآوری می‌شود.

ماده ۲۰ آیین‌نامه راهنمایی و رانندگی مصوب مورخ ۸۴/۳/۱۸ هیئت وزیران مقرر

می‌دارد:

«هنگام نقل و انتقال مالکیت وسایل نقلیه، متعاملین یا قائم‌مقام قانونی آن‌ها ابتدا درخواست خود را به راهنمایی و رانندگی نیروی انتظامی یا مراکز مجاز تعیین شده ارائه می‌نمایند تا پس از احراز اصالت خودرو و تطبیق مدارک آن‌ها نسبت به فك پلاک منصوبه بر روی خودرو مورد معامله و اختصاص پلاک جدید و

*. نویسنده مسئول؛ سردفتر دفتر اسناد رسمی شماره ۸۴ اردبیل.

صدور شناسنامه جدید و ثبت تغییرات مزبور در نظام رایانه‌ای راهنمایی و رانندگی اقدام گردد. سپس مراتب به طور کتبی توسط راهنمایی و رانندگی نیروی انتظامی یا مراکز مجاز تعیین شده به دفتر اسناد رسمی به منظور تنظیم سند رسمی انتقال، منعکس می‌گردد. کارت خودرو از سوی راهنمایی و رانندگی بعد از تأیید مراتب تنظیم سند در دفترخانه اسناد رسمی که به وسیله پست سفارشی یا رایانه‌ای به سیستم راهنمایی و رانندگی منعکس می‌شود، به خریدار تحویل می‌گردد.

گواهی راهنمایی و رانندگی و شناسنامه صادره تا دو ماه اعتبار دارد در خلال مدت مذکور متعاملین یا قائم مقام قانونی آن‌ها موظف‌اند برای ثبت معامله و درج آن ذیل شناسنامه (محل مخصوص) به دفتر اسناد رسمی مراجعه نمایند.»

به موجب ماده ۲۰ آیین‌نامه مزبور، راهنمایی و رانندگی نیروی انتظامی مکلف بود در واحد شماره‌گذاری همزمان با صدور گواهی نقل و انتقال خودرو، شناسنامه خودرو (به اصطلاح همان کارت سبز را) صادر نماید تا مراتب تنظیم سند معامله توسط دفترخانه تنظیم‌کننده سند در شناسنامه مزبور قید و برای صدور کارت خودرو به راهنمایی و رانندگی منعکس شود. اما راهنمایی و رانندگی در مقام اجرا، به شرح ذیل و برخلاف تکلیف قانونی عمل نمود:

اولاً: در عنوان کارت سبز، به جای عبارت (شناسنامه خودرو) عبارت (شناسنامه مالکیت خودرو) درج نمود.

ثانیاً: در شناسنامه مزبور به جای این که محل مناسبی برای تأییدیه دفترخانه تنظیم‌کننده سند نقل و انتقال پیش‌بینی نماید، محلی را با عبارت (مشخصات خریدار: که در هنگام نقل و انتقال در محل واحد شماره‌گذاری تکمیل می‌شود) درج نمود.

ثالثاً: بدون اینکه تأییدیه دفترخانه تنظیم‌کننده سند در ذیل شناسنامه خودرو صادر شده باشد، مبادرت به صدور کارت خودرو نمود. به بیان دیگر، صدور کارت خودرو، بدون رجوع و حصول اطمینان از سبب مسلم تملك (که همانا سند رسمی انتقال خودرو در دفاتر اسناد رسمی می باشد) صورت گرفت.

با وجود جمیع مراتب فوق، قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی پس از کش و قوس‌های

فراوان، بالاخره به تاریخ ۱۳۸۹/۱۲/۸ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید. به موجب این قانون، مقرراتی را که دلالت به ثبت تغییرات مالکیت خودرو است، در مواد

۹، ۲۷ و ۲۹ می‌توان جستجو کرد که در زیر عیناً نقل می‌گردد:

ماده ۹ - «رانندگان موظف‌اند هنگام رانندگی گواهینامه، کارت خودرو و بیمه‌نامه معتبر شخص ثالث و برای خودروهایی که بیش از پنج سال از تولید آنان می‌گذرد برگه معاینه فنی را به همراه داشته باشند و در صورت مطالبه مأموران راهنمایی و رانندگی آن را ارائه نمایند...».

ماده ۲۷ - «راهنمایی و رانندگی موظف است با استفاده از فناوری‌های مربوطه و ایجاد پایگاه رایانه‌ای در سراسر کشور اطلاعات مربوط به وسایل نقلیه موتوری (اعم از شماره پلاک، نوع خودرو، نام و مشخصات مالکان و دارندگان انواع گواهینامه رانندگی - نقل و انتقال و همچنین سوابق تخلفات و تصادفات رانندگی و ارزیابی تأثیر تخلفات رانندگان در ایمنی عبور و مرور) را ثبت و تمهیدات لازم برای امکان استفاده وزارتخانه‌ها، دانشگاه‌ها، مراکز تحقیقاتی و سازمان‌هایی نظیر سازمان راهداری و حمل و نقل جاده‌ای و شرکت‌های بیمه از پایگاه رایانه‌ای مزبور فراهم نماید».

ماده ۲۹ - «نقل و انتقال خودرو به موجب سند رسمی انجام می‌شود، 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 جریمه‌ها و دیون معوق و تعویض پلاک به نام مالک جدید مراجعه نمایند...».

با رجوع به قانون نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران و لحاظ هدف از تشکیل نیروی انتظامی (ماده ۳: «هدف از تشکیل نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران، استقرار نظم و امنیت و تأمین آسایش عمومی و فردی و نگهداری و پاسداری از دستاوردهای انقلاب اسلامی در چهارچوب این قانون در قلمرو کشور جمهوری اسلامی ایران است.») و همچنین لحاظ وظایف و مأموریت‌های این نیرو (ماده ۴ همان قانون و به‌ویژه بندهای یک و ۱۲ آن: بند اول؛ «استقرار نظم و امنیت و تأمین آسایش عمومی و فردی»، و بند ۱۲: «اجرای قوانین و مقررات راهنمایی و رانندگی و امور توزیع و حفظ حریم راه‌های کشور») به سهولت علت احاله عمده وظایف مقرر در قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی به نیروی انتظامی که همانا امکان حفظ امنیت و تأمین آسایش عمومی و فردی در شوارع و در امر رانندگی است، قابل استنباط می‌باشد.

بنابراین از تمام وظایف و مأموریت‌های ناشی از قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی، وظایفی که در صلاحیت قانونی ناشی از بندهای یک و ۱۲ ماده ۴ قانون نیروی انتظامی

جمهوری اسلامی ایران است به‌عهدده راهنمایی و رانندگی نیروی انتظامی و وظایفی که راجع به تنظیم و ثبت معاملات خودرو است به‌صراحت ماده ۲۹ همان قانون به‌عهدده دفاتر اسناد رسمی است.

چرا که از چندین سال قبل از تأسیس و تشکیل نیروی انتظامی و براساس ماده یک قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران مصوب ۱۳۵۴/۴/۲۵؛ «دفترخانه اسناد رسمی واحد وابسته به وزارت دادگستری است و برای تنظیم و ثبت اسناد رسمی طبق قوانین و مقررات مربوط تشکیل می‌شود...» و قبل از آن نیز به‌موجب ماده ۸۱ قانون ثبت اسناد و املاک مصوب سال ۱۳۱۰؛ «در نقاطی که وزارت عدلیه مقتضی بداند برای تنظیم اسناد رسمی، [دفاتر رسمی] به عده کافی معین خواهد کرد...» دفتر اسناد رسمی واجد صلاحیت قانونی برای تنظیم و ثبت اسناد شناخته شده است؛ و دفاتر اسناد رسمی در کنار انجام وظیفه ذاتی خود و تنظیم و ثبت معاملات خودرو به‌موجب ماده ۱۰ قانون نحوه رسیدگی به تخلفات و اخذ جرایم رانندگی مصوب ۱۳۵۰/۳/۳۰؛ «کلیه معاملات و نقل و انتقالات و وسایل نقلیه موتوری از لحاظ شناسایی مالک آن نیز باید در دفاتر شهرداری کل ثبت شود. دفاتر اسناد رسمی مکلف‌اند پس از تنظیم سند خلاصه آن را به شهرداری محل نصب پلاک اعلام نمایند...» با شهرداری وقت همکاری می‌نموده است.

علی‌ای‌حال، به‌رغم سوابق و صراحت مفاد مواد قانونی فوق‌الذکر، در راهنمایی و رانندگی يك قدم دیگر فراقانونی برداشته شده و دیده شده که مبادرت به صدور سند مالکیت می‌نماید! برابر صراحت ماده ۱۲۸۷ ق.م.؛ «اسنادی که در اداره ثبت اسناد و املاک و یا دفاتر اسناد رسمی یا در نزد مأمورین رسمی در حدود صلاحیت آن‌ها و بر طبق مقررات قانونی تنظیم شده باشند رسمی است» در غیر این صورت، برابر ماده ۱۲۹۳ همان قانون «هرگاه سند به‌وسیله یکی از مأمورین رسمی تنظیم اسناد تهیه شده لیکن مأمور صلاحیت تنظیم آن را نداشته و یا رعایت ترتیبات مقرر قانونی را در تنظیم سند نکرده باشد سند مزبور در صورتی که دارای امضا یا مهر طرف باشد عادی است»، فقط اعتبار سند عادی را خواهد داشت. بنابراین سند مالکیت خودرو که توسط راهنمایی و رانندگی صادر می‌شود چون خارج از حیطه صلاحیت و مأموریت و بدون رعایت

ترتیبات قانونی است، اقدام مأمور فاقد صلاحیت برای صدور سند رسمی باطل تلقی و نهایتاً سند تنظیمی این مأمور نیز فقط در صورت وجود امضا یا مهر متقاضی در ذیل سند، اعتبار سند عادی دارد که در ردیف اسناد تنظیمی بین اشخاص غیر رسمی مانند افراد و دلالان و صاحبان نمایشگاه‌های اتومبیل می باشد، مگر این که به موضوع آن، نزد مقامات صالح (که برابر مواد قانونی مارالذکر، همانا دفاتر اسناد رسمی می باشد) طبق مقررات قانونی رسمیت داده شود. کمالین که ریاست سازمان ثبت اسناد و املاک کشور و معاونان ایشان و مسئولان کانون سردفتران و دفترباران، به مناسبت‌های مختلف در این خصوص برای عموم روشنگری نموده و آثار و تبعات اقدام مزبور راهنمایی و رانندگی را متذکر شده‌اند.

به علاوه این که مردم از مراجع رسمی، صدور هرگونه سند رسمی در حدود صلاحیت و اختیارات قانونی آن مرجع را مطالبه می کنند که بین طرفین و قائم مقام و حتی اشخاص ثالث معتبر بوده و واجد قابلیت اجرایی باشد تا بر اساس اعتبار آن و مصون از هرگونه ایراد که برای اسناد عادی ممکن و متصور است، بتوانند در حق خویش اقدام و دخل و تصرف نمایند که در واقع يك مطالبه و انتظار صحیح می باشد.

دیگر این که؛ هر اقدام غیرقانونی، تالی فاسد منحصر به خود را داراست و دامنه این مفسده درجایی که منشأ امر غیرقانونی، مقام یا مرجع رسمی باشد، نمود بیشتر و گسترده تری خواهد داشت. وانگهی آنچه از واقعیات اجتماعی جامعه، برای هر کس به روشنی قابل استنباط می باشد این است که سازمان‌ها و نهادهایی (از جمله نیروی انتظامی)، در منظر عمومی مردم به عنوان يك الگو جلوه گر می شود و از مقامات و دستگاه متبوع آنان به مراتب انتظار بیشتری نسبت به سایر مقامات و سازمان‌ها، نهادها و ادارات دارند.

الگوی اصلاح قوانین کیفری مرتبط با جنون

بر مبنای علم روان‌پزشکی

تاریخ دریافت: ۱۳۹۰/۵/۱۳

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۰/۶/۲۹

محمدکاظم یعقوبی گلوردی*

چکیده:

رفع مسئولیت کیفری از مجانین و دیوانگان در قانون و اهمیت تشخیص جنون، موجب گردیده است که محاکم از نظرهای روانپزشکان (برای تشخیص جنون) استفاده نمایند. بنابراین برای صدور احکام قضایی عادلانه، هم قوانین فعلی باید متنقن باشند و هم نظرات روانپزشکی، بر پایه علوم روز. جنون از لحاظ حقوقی، وضعیتی است که فرد، قدرت تشخیص ندارد و اعمال او اختیاری نیست. از نظر مسئولیت‌پذیری، مطابق قانون (ماده ۵۱ ق.م.ا.): اول این‌که، رافع بودن مسئولیت کیفری فقط به اختلال روانی جنون اختصاص داده شده است و دوم این‌که محدوده‌ای واقع نگردیده که بتوان برخی اعمال را با لحاظ شرایط روانی فرد، مسئولیت کیفری نازل‌تری داد. این در حالی است که بسیاری از افراد، اگرچه در معنای خاص، مجنون نیستند؛ اما دارای اختلالات و خدشه‌های روانی هستند که آنان را نه می‌توان مجنون دانست و نه عاقل. فلذا باید مطابق علم روانپزشکی، با حفظ خاستگاه شرع و عرف، بسترهای قانونی جدیدی ایجاد نمود تا قضاوت در خصوص این‌گونه افراد را جامعیت بخشید.

الگوی زیر پیشنهاد اصلاح وضعیت کنونی جنون از باب رفع مسئولیت کیفری می‌باشد که می‌تواند يك یا چند مورد از آن لحاظ گردد.

تعریف صحیح و کامل جنون در قانون؛

حذف واژه جنون و جایگزین نمودن عبارات متنقن؛

اضافه نمودن عبارات و عناوینی که دایره شمول گسترده‌تری نسبت به قانون کنونی داشته باشد.

مرحله اول؛ تعیین وضعیت روانی شخص مجرم توسط روانپزشکان با محوریت ذیل:

الف - فقدان قوه تشخیص و اراده ← اختلال روانی با اثر بالا در ارتکاب جرم

ب - وجود نسبی قوه تشخیص و اراده ← اختلال روانی با اثر نسبی در ارتکاب جرم

ج - وجود قوه تشخیص و اراده ← سلامت روان

و در مرحله بعد، اصدار رأی توسط محاکم پس از اخذ نظرات فوق به‌نحو ذیل:

الف - اختلال روانی شدید ← رفع مسئولیت ← حذف مجازات.

ب - اختلال روانی متوسط با اثر نسبی ← مسئولیت نسبی ← مجازات مخفیه.

ج - سلامت روانی و اختلال روانی ناچیز ← مسئولیت تام ← مجازات کامل.

واژگان کلیدی: جنون، سایکوز، اختلال روانی، مسئولیت کیفری، قوانین کیفری، علم

روان‌پزشکی، تشخیص، اراده.

* نویسنده‌مسئول؛ کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی.

مقدمه

یکی از مباحث پیچیده که هم در حوزه قضایی و هم در علم روان‌پزشکی، به‌طور مستقل یا مرتبط باهم، دارای اهمیت قانونی و درمانی است؛ جنون می‌باشد.

اهمیت جنون در قانون و امور قضایی، در این نکته است که احراز آن، سبب رفع مسئولیت کیفری در فرد می‌گردد. روان‌پزشکان، به تشخیص عارضه جنون در فرد پرداخته و محاکم، با استفاده از این نظرات و انطباق آن با مفاد قانونی، تصمیمات خاص قضایی می‌گیرند. در حقیقت، قضات دادگاه‌ها، برای صدور آراء در خصوص رفع مسئولیت کیفری مجانین، از يك طرف به نظرات کارشناسی روان‌پزشکان نیازمند هستند و از طرف دیگر، احتیاج به قوانین مدون و حساب‌شده‌ای دارند که با توجه به آن، به انشای رأی در خصوص چگونگی مسئولیت فرد در قبال فعل انجام‌داده، بپردازند. بنابراین می‌توان گفت؛ برای صدور احکام قضایی عادلانه، لازم است که قوانین موجود، متقن و رسا بوده و نظرات روان‌پزشکی نیز بر پایه علوم روز باشد. بر این اساس، تشخیص جنون، از موارد مشترك قانون مجازات و علم روان‌پزشکی محسوب می‌گردد و لاجرم، برای پرداختن به چگونگی مسئولیت کیفری مجانین، باید به هر دو وجه موضوع نگاه شود.

زمینه و اهداف

یکم؛ ضرورت بازنگری در مبحث جنون:

به‌نظر می‌رسد در شرایط کنونی و خصوصاً از لحاظ قانونی، موضوع جنون، دارای ابهامات و کاستی‌های قابل توجهی باشد. در بسیاری از موارد می‌بینیم که اعلام رفع مسئولیت کیفری از افراد، با استناد به احراز جنون در وی، تحقق عدالت را به‌نحو مناسب میسر نساخته است. همین وضعیت، در حالاتی مشاهده شده که به سبب عدم اثبات جنون، ادعای رفع مسئولیت کیفری، مطلقاً پذیرفته نگردیده است. بنابراین، لازم است در جهت عادلانه‌تر نمودن احکام قضایی، به اصلاح وضع موجود پرداخته شود. تحقق این امر، براساس مطالبی که در مقدمه ارائه گردید؛ در سایه توجه به دو جنبه مرتبط با موضوع جنون می‌باشد. یکی، جنبه قانونی جنون و دیگری، جنبه روان‌پزشکی آن.

الف. بررسی نقاط ضعف از جنبه قانونی

۱. فقدان تعریف جنون: با آنکه در نظرات حقوق دانان، فقها و روان‌پزشکان، تعاریف، تعبیر و مصادیق متعددی از جنون مشاهده می‌گردد (البته به صورت ناهمگون و بعضاً متفاوت)؛ ولی در هیچ جای قوانین کنونی کشور ما، تعریفی از جنون وجود ندارد. این مسئله در بسیاری مواقع، کارشناسان را به وقت اظهارنظر و محاکم را هنگام صدور رأی، دچار مشکل می‌نماید.

۲. مطلق بودن جنون از نظر درجه ابتلاء و تأثیر آن بر رفع مسئولیت کیفری، بدون توجه به شدت و ضعف جنون: نگاه به قوانین مربوط به جنون حاکی از آن است که درجات جنون و شدت و ضعف آن، تأثیری در احکام صادره ندارد. یعنی همین اندازه که فرد مبتلا به جنون باشد، مسئولیت کیفری‌اش مرتفع می‌گردد. به نظر می‌رسد، عدالت حکم می‌کند که شدت و ضعف جنون، در تصمیم‌گیری‌ها، مؤثر واقع شده و عدم تأثیر جنون در ارتکاب برخی از رفتارهای مجرمانه مورد توجه قرار گیرد.

۳. اعطای مسئولیت تام یا رفع کامل مسئولیت کیفری: مسئولیت یا عدم مسئولیت کیفری در قانون مجازات اسلامی، به صورت تام یا کامل لحاظ شده است. بنابراین، بسیاری از افراد که اختلالات روانی بینابین دارند؛ دارای مسئولیت کیفری تام می‌باشند. به عبارتی، لزوم وجود مسئولیت تخفیف‌یافته یا بینابینی در قوانین مربوط به جنون، محسوس است و نیازمند توجه و بازنگری در جهت عادلانه‌تر نمودن وضعیت کنونی می‌باشد.

۴. انحصار رفع مسئولیت کیفری برای مجانین: از بین اختلالات روانی، رفع مسئولیت کیفری، منحصر به عارضه جنون می‌باشد. می‌دانیم؛ بسیاری از افراد وجود دارند که شدت عارضه روانی آن‌ها موجب عواقب قابل توجه‌تری نسبت به جنون می‌گردد ولی از آنجا که نوع اختلال روانی‌شان، جنون تشخیص داده نمی‌شود؛ مشمول مفاد قانون فوق نمی‌گردند.

ب. بررسی نقاط ضعف از جنبه روان‌پزشکی

جنون در روان‌پزشکی دارای طیف دقیق و مشخصی نیست. عوارض ناشی از اختلالات روانی، در بسیاری از مواقع، بدون توجه به نام و عنوان بیماری، تا حدود زیادی یکسان و

مشابه می‌باشد. ممکن است بسیاری از اختلالات روانی در شرایط خاص، جنون تلقی شده یا آثار مشابه به آن را داشته باشند؛ ولی با این نام معرفی نگردند^۱. این در حالی است که قوانین موجود، تنها برای عنوان جنون، رفع مسئولیت کیفری قائل است. فلذا، این موضوع می‌تواند گویای لزوم بازنگری در قوانین مربوط به جنون باشد. به عبارتی، مشخص نبودن طیف دقیق جنون و وجود برخی اختلالات روانی که در مرز جنون و سلامت قرار دارند؛ زمینه‌ای برای توجه روان‌پزشکان، به اصلاح نحوه تشخیص و ارائه نظر کارشناسی در خصوص جنون می‌باشد.

دوم؛ شرایط پیشنهادات اصلاحی:

با توجه به جنبه‌های فوق، ضرورت بازنگری و اصلاح قوانین مربوط به جنون و نظرهای کارشناسان روان‌پزشکی، توسط مراجع ذی‌صلاح و صاحب‌نظران حوزه‌های مربوطه، امری ضروری به نظر می‌رسد. بر همین اساس و در جهت کاهش کاستی‌ها و ابهامات موجود، نیازمند ارائه الگوی اصلاحی در این خصوص هستیم. طبیعتاً برای تدوین الگوی مزبور، ابتدا بایستی ضمن تبیین وضعیت کنونی جنون در محاکم قضایی، علم روان‌پزشکی و قوانین، نقاط ضعف و مبهم آن را که در اصدار احکام عادلانه، تأثیر منفی دارند؛ شناسایی نموده سپس راهکارهای مناسبی را در قالب الگوی اصلاحی مطرح کرد که اعمال آن‌ها، وضعیت فعلی را به سمت احکامی منصفانه‌تر رهنمون باشد.

مبحث اول: جایگاه جنون و دیگر اختلالات روانی در روان‌پزشکی

در علم روان‌پزشکی، تعاریف متعددی از جنون ارائه شده است و بیشتر روان‌پزشکان، آن را معادل «سایکوز» می‌نامند. بر این اساس، گروهی عنوان داشته‌اند که جنون نوعی اختلال روانی وخیم است که به واسطه آن، جریان فکر، اندیشه، رفتار، کردار، احساس و اعمال در شخص، از راه صواب و عادی منحرف می‌گردد. همچنین گفته شده است که جنون یا سایکوز، قطع ارتباط با واقعیت است که به‌طور مشخص شامل هذیان (عقاید نادرست درباره وقایع یا اشخاص) و توهم (دیدن یا شنیدن چیزهایی که وجود خارجی ندارند) می‌باشد. با این حال، وجه مشترک صاحب‌نظران علم روان‌پزشکی در این است که

جنون را در مبحث اختلالات روانی وارد می‌دانند. از نظر این علم، اختلال روانی يك سندرم یا الگوی رفتاری یا روان‌شناختی است که در فرد روی می‌دهد و با ناراحتی فعلی (یعنی علامت دردناک) یا ناتوانی یا افزایش قابل ملاحظه خطر مرگ، درد یا از دست دادن قابل ملاحظه آزادی، همراه است.^۲ روان‌پزشکان اختلالات روانی را بر اساس معیارهای متفاوت، به‌صورت مختلف، طبقه‌بندی نموده‌اند. در ایران، غالباً معیار طبقه‌بندی DSM مورد استناد روان‌پزشکان قرار می‌گیرد. برخی از مهم‌ترین موارد طبقه‌بندی اختلالات روانی براساس راهنمای تشخیص و آمار اختلال‌های روانی عبارتند از:

عقب‌ماندگی ذهنی، اختلالات یادگیری، اختلالات فراموشی، اختلالات هذیانی، اختلالات خلقی، اختلالات دفعی، اختلالات کمبود توجه همراه با بیش‌فعالی، اختلالات بی‌اعتنایی مقابله‌ای، اختلالات شخصیت، اختلالات سلوک، اختلال رفتار مخرب سلوک، اختلالات اضطرابی، اختلالات تیک، اختلالات شبه‌جسمی، اختلالات کنترل تکانه، اختلالات شناختی، اختلالات فراگیر رشد، اختلالات روانی ناشی از سوء‌مصرف مواد مخدر یا الکل، اسکیزوفرنی و سایر اختلالات سایکوتیک ...^۳ و^۴

براین‌اساس، اگرچه طبقات مشخصی از اختلالات روانی مانند اسکیزوفرنی، اسکیزوافکتیو، اختلالات هذیانی و... در روان‌پزشکی، تحت عنوان سایکوز یا جنون شناخته می‌شوند؛ اما این امر به معنای خروج صددرصدی تمامی موارد دیگر، از این حوزه نیست. به‌عبارت دیگر، جنون در روان‌پزشکی دارای مرز کاملاً مشخص نیست. البته، آنچه در روان‌پزشکی، مهم‌تر از نام و عنوان بیماری است؛ شناخت آثار و علایم روانی اختلال در فرد است تا بر پایه آن بهترین روش درمانی را برای وی انتخاب نمایند. شاید یکی از دلایل مهمی که تاکنون صاحب‌نظران این علوم، توجه زیادی به واژه یا عنوان خاص برای نوع آسیب روانی افراد نداشته‌اند نیز، همین نکته باشد. به‌نظر می‌رسد؛ نیازهای قانونی و حقوقی مرتبط با آن، موجب می‌شود که تفکیک اختلالات روانی، اهمیت ویژه‌ای پیدا کند. از این نظر خصوصیات برخی اختلالات می‌تواند حائز اهمیت باشد. به‌عنوان مثال، در طبقه‌بندی فوق‌الذکر، اختلالاتی وجود دارند که اصولاً ارتباط با ارتکاب جرم پیدا نمی‌کنند

(مانند اختلالات یادگیری)، اختلالاتی که فرد به سن رشد نمی‌رسد (مانند اختلالات فراگیر رشد)، اختلالاتی که با جنون و علایم آن فاصله زیادی دارند (مانند اختلالات خواب) و مهم‌تر از همه حالاتی از اختلال روانی وجود دارند که در مرز خاکستری یا بینابین قرار دارند. (مانند اضطراب، پرخاشگری، وسواس، آشفتگی‌ها و اختلالات خلقی، اختلال در کنترل خشم و هیجان و...) ^{۵ و ۶}

مبحث دوم: جایگاه جنون در قانون

مفاد قانونی مربوط به جنون شامل مواد ۵۱ و ۵۲ ق.م.ا. به صورت مستقیم تکلیف مسئولیت کیفری مجانین را مشخص ساخته است ولی آنچه در محور موضوع مورد نظر ما قرار دارد ماده ۵۱ ق.م.ا. می‌باشد که بیان می‌دارد:

«جنون در حال ارتکاب جرم به هر درجه که باشد رافع مسئولیت کیفری است.

تبصره ۱ - در صورتی که تأدیبات مرتکب مؤثر باشد به حکم دادگاه تأدیبات می‌شود.

تبصره ۲ - در جنون ادواری شرط رفع مسئولیت کیفری، جنون در حین ارتکاب جرم است.» ^۷

همان‌طور که پیداست محور ماده قانونی مصرحه در قانون، در خصوص رفع مسئولیت کیفری می‌باشد. بنابراین باید دید که خاستگاه رافعیات از مسئولیت کیفری در مجانین ناشی از چیست؟

در پاسخ به این سؤال، ابتدا لازم است که بدانیم معیار تشخیص و تعریف جنون در عرف، دکترین‌های حقوقی و فقه چیست؟

- در نگاه عرف، جنون را با واژه دیوانگی می‌شناسند. ^۸ فرد دیوانه کسی است که اصولاً دست به حرکات غیرمتعارف و غیرعقلانی می‌زند. در واقع، هرگاه اعمال و رفتار کسی از نظر عموم مردم، غیرعادی، غیر قابل کنترل و بی‌اختیار باشد؛ او را دیوانه خطاب می‌کنند. عرف زمانی شخص را دیوانه می‌داند که فساد عقل او، آن اندازه باشد که نتواند آن را بازشناسد.

- از نظر فقها، غالباً، فساد یا زوال عقل، معیار تشخیص جنون می‌باشد. به عبارتی، جنون را آن دسته از اختلالات و آشفتگی‌های روانی دانسته‌اند که منشأ آن فساد عقل است و در نتیجه آن، فرد از قوه تمییز و تشخیص بی‌بهره خواهد بود. ^{۹ و ۱۰}

جرجانی می‌گوید: الجنونُ هو اختلالُ العقل بحيثُ يمنعُ جريانَ الافعالِ والاقوالِ علی نهجِ العقلِ الا نادراً.^{۱۱}

در کتاب معجم المصطلحات القانونية آمده است: حاله مرضیه تصیب العقل و تعطلُ القدرة الادراک عندالانسانِ بصورة الدائمة او موقته.^{۱۲} همچنین؛ محقق نراقی، بیماری جنون را يك نوع بیماری ویژه، با نشانه‌های بالینی روشن نمی‌داند. نراقی جنون را بر دسته گسترده‌ای از آشفتگی‌ها و اختلال‌های روانی اطلاق کرده است که منشأ آن فساد عقل است. به دیگر سخن، در دیدگاه ایشان، هر شخصی را که به آشفتگی‌های فساد عقل، دچار آمده باشد، در دایره جنون قرار می‌گیرد. در حقیقت، نراقی فساد عقل را سرچشمه بیماری جنون می‌داند.^{۱۳}

– از نظر حقوقی و قضایی، منظور از جنون حالتی است که مجرم در زمان ارتکاب جرم، اراده کامل بر اعمال خود نداشته یا از نتیجه اعمال خود بی‌اطلاع باشد. یعنی وضع روانی و عقلی فرد به گونه‌ای است که وی هنگام انجام عمل، آگاهی و اراده در حد متعارف را ندارد.^{۱۴} در حقیقت، جنونی که قوه تمییز را زایل و اختیار انسان را سلب کند مانع از استناد جرم به دیوانه و در نتیجه، رافع مسئولیت کیفری است.^{۱۵ و ۱۶}

با تجمیع نظرات فوق می‌توان این‌گونه عنوان نمود که فرد مجنون، فاقد شعور کافی برای تشخیص قبح فعل ارتكابی بوده و همین امر اراده را از وی سلب می‌کند (تشخیص خوب و بد). و فقدان اراده به معنای فقدان عنصر روانی بوده که از مبانی مجازات مجرمان می‌باشد.^{۱۷ و ۱۸} مسلماً در این مقوله، افرادی سالب‌الاراده محسوب می‌گردند که دارای «اختلالات روانی شدید» باشند. بنابراین در پاسخ به سؤال موردنظر، یعنی خاستگاه رافعیّت از مسئولیت کیفری در مجانین ناشی از چیست؟ جواب ما اختلالات شدید روانی خواهد بود (نه جنون). در حقیقت، جنون، معیار قانونی برای رفع مسئولیت کیفری است و گرنه فلسفه رافعیّت از مجازات، اختلالات شدید روانی می‌باشد. این مطلب را به‌طور خلاصه می‌توان با نمودار ذیل نشان داد:

اختلالات شدید روانی ← فقدان شعور برای تشخیص حسن و قبح افعال و رفتار
 فقدان اراده در فرد ← فقدان عنصر روانی برای جرم ارتكابی
 رافعیت از مسؤلیت کیفری

مبحث سوم: وضعیت تطبیق جنون در علم روان‌پزشکی و قوانین مورد

استناد محاکم

۱. خواسته مراجع قضایی در استعلام از کارشناسان روان‌پزشکی، تشخیص و اعلام‌نظر در خصوص آن دسته از اختلالاتی است که قوه تمییز و اراده شخص را مختل ساخته و مشخصاً «جنون» نامیده می‌شوند. بنابراین اختلالات روانی دارای دایره وسیعی بوده و فقط انواع خاصی از آن‌ها، حکم جنون را خواهد داشت.

۲. طبقاتی از این اختلالات، بنابر دلایلی مانند نداشتن ارتباط با ارتکاب جرم و یا ماهیت خاص بیماری که فرد هیچ‌گاه به سن رشد عقلانی نمی‌رسد؛ از دسته بحث ما خارج می‌گردند (اختلالات یادگیری و اختلالات فراگیر رشد). دلیل امر نیز مشخصاً این است که اصولاً تصور وقوع جرم توسط این دسته از بیماران، متصور نمی‌باشد.

۳. به‌راحتی می‌توان برخی از طبقات اختلالات روانی را از رافعیت مسؤلیت کیفری بهره‌مند ساخت. از نظر قانونی، شدت بیماری بر قوه تمییز و شعور این افراد اثر قابل توجه داشته و منجر به سلب عنصر روانی از آن‌ها در ارتکاب جرم می‌گردد و از طرف دیگر نیز طبق نظر روان‌پزشکان، این اختلالات صراحتاً جنون یا سایکوز نامیده می‌شود (اسکیزوفرنی، اسکیزوافکتیو و...).^{۱۹} البته در همین طیف نیز مواردی وجود دارند که فرد از نظر روان‌پزشکی دارای جنون است ولی در خصوص فعل خاص ارتكابی، دارای اراده و تشخیص بوده است که پرداختن به این موضوع از حوصله بحث ما خارج است.

۴. طبقاتی از اختلالات روانی وجود دارند که به‌رغم شدت اختلال روانی و محرز بودن فقدان قوه تمییز و اراده در آن‌ها (که قطعاً منجر به از بین رفتن عنصر روانی در جرایم ارتكابی می‌گردد)، از رافعیت مسؤلیت کیفری برخوردار نخواهند بود. دلیل آن نیز در این نکته می‌باشد که قانون، رفع مسؤلیت کیفری را مختص جنون قرار داده و از نگاه روان‌پزشکی، این

اختلالات، جنون یا سایکوز نامیده نمی‌شوند (مانند عقب‌ماندگی ذهنی شدید).^{۲۰ و ۲۱}

۵. بررسی‌ها نشان می‌دهد؛ جنون از نظر روان‌پزشکی دارای طیف و مرز دقیقی نیست.^{۲۲} بسیاری از اختلالات ممکن است حالت بینابین سلامت و جنون را داشته باشند. این دسته از اختلالات اصطلاحاً اختلالات طیف خاکستری نامیده می‌شوند.^{۲۳} روان‌پزشکان که غالباً از لفظ سایکوز برای بیماری جنون استفاده می‌نمایند؛^{۲۴} برخی اختلالات را به‌عنوان اختلالات بارز جنون می‌دانند اما بسیاری از مشکلات روانی مانند اضطراب، پرخاشگری، وسواس، آشفتگی‌ها و اختلالات خلقی، اختلال در کنترل خشم و هیجان و... نیز می‌توانند بعضاً جنون یا شبه‌جنون تلقی گردند و یا آثار ادراکی و قدرت تشخیص مشابهی با مجانین به فرد دهند و دست به اقدامات غیرعقلانی بزنند.^{۲۵} عدم توجه قانون به این موضوع مهم موجب شده است که بسیاری از افراد، اگرچه از نظر علمی دارای اختلالاتی هستند که قوه اراده آن‌ها را کلاً یا جزئاً دستخوش تغییر می‌نماید و به فرد اجازه تصمیم‌گیری عادی نمی‌دهد؛ ولی قانوناً، از قاعده جنون و در نتیجه رفع مسئولیت کیفری و حتی مسئولیت تخفیف‌یافته، بی‌بهره می‌مانند. این افراد بعضاً دارای اختلالاتی همپا یا مشابه با جنون می‌باشند.

مبحث چهارم: توجیهاتی که اصلاح قوانین مربوطه را مجاز و الزامی می‌شمارد

به‌نظر نگارنده، این که صرفاً با نقد يك قانون به این نتیجه برسیم که مفاد آن احتیاج به اصلاح و تغییر دارد؛ کفایت نمی‌کند. باید دید که آیا اصولاً امکان بهبود اوضاع میسر می‌باشد یا خیر. مشخصاً درباره موضوع مورد نظر، باید بدانیم که آیا توجیهات قابل قبول بر لزوم اصلاح قوانین جنون بر مبنای تأثیر درجه اختلال روانی بر اراده و قوه تمییز افراد، به مسئولیت تام و مسئولیت تخفیف‌یافته‌ی مسئولیت تام وجود دارند یا نه؟ به‌نظر می‌رسد این موجهات وجود داشته و برخی از آن‌ها عبارتند از:

۱. توجه به فلسفه ایجادى ماده ۵۱ قانون مجازات اسلامی: محور اصلی این ماده بر پایه رافعیت مسئولیت کیفری قرار دارد. همان‌طور که گفتیم خاستگاه مسئولیت کیفری، در فقدان عنصر روانی است و آمدن لفظ جنون در قانون، موجب محدودیت اعمال آن به‌نحو صحیح شده است. فلذا اعتقاد بر تفکیک مسئولیت افراد براساس تأثیر و درجات اختلال

روانی، تعارضی با فلسفه ایجابی قانون ندارد.

۲. توجه به سایر مواد قانون مجازات اسلامی: اگر چه مواد ۵۱ و ۵۲ ق.م.ا.، واژه جنون را ملاک قرار داده است ولی مفاد درج شده در بسیاری از مواد دیگر همین قانون، اشاره به شرایطی مانند عقل و اختیار، آگاهی به موضوع جرم و ... داشته است. این موضوع نشان می‌دهد که مبنای مجازات، بیشتر قائم بر شرایط شخص مرتکب است تا احراز واژه جنون (شرایط حد زنا در ماده ۶۴ ق.م.ا.، شرایط اقرار در ماده ۶۹ ق.م.ا.، شرایط حد لواط در ماده ۱۱۱ ق.م.ا.، شرایط حد سرقت در ماده ۱۹۸ ق.م.ا. و ...).^{۲۶}

۳. ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی: بند ۵ ماده ۲۲ ق.م.ا. به قاضی اختیار داده است با توجه به شرایط خاص متهم، در مجازات وی تخفیف قائل شود. این قانون بر دایره رافعییت از مسئولیت کیفری، مسئولیت تقلیل یافته و اختلالات روانی غیر از جنون را نیز وارد می‌کند که نگاهی مثبت محسوب می‌گردد. با این حال، با وجود برخی ابهامات که ذیلاً به برخی از آن‌ها اشاره می‌گردد، به نظر نمی‌رسد که بتوان با استناد به آن، عدالتی فراگیر را در تصمیم‌گیری‌های موضوع مربوطه حاکم ساخت:

اول آن که، برای شرایط و اوضاع و احوال خاص متهم، مصادیق و معنای روشنی قید نشده است. تنها در حالت خوشبینانه، این قابلیت را ایجاد می‌کند که اختلال روانی را از شرایط تخفیف کیفر بدانیم.

دوم آنکه، اختیاری بودن تخفیف برای قاضی، این تعارض را ایجاد می‌کند که اصولاً اگر فرد به سبب مشکلات روانی، مستوجب تقلیل و تخفیف مجازات است؛ بالطبع باید حکم به الزام آن نمود نه این که امری اختیاری باشد!

سوم آنکه، ماده ۲۲ ق.م.ا.، قانون مجازات‌های تعزیری و بازدارنده را در بر می‌گیرد و شامل حدود و قصاص نمی‌شود. در حالی که می‌دانیم عمده مجازات‌های سنگین، در این طیف قرار دارند.

۴. اختلالات بینابینی: همان طور که قبلاً گفته شد وجود اختلالات روانی بینابین، خود، اصلی‌ترین توجیه بر لزوم استفاده از اختلال شعور نسبی و اعطای مسئولیت نسبی یا تخفیف یافته می‌باشد. قانون موجود، مشکل مجانین یا دیوانگان را تا حدود زیادی حل

می‌کند؛ اما متأسفانه مشکل آن گروه از افراد را که در مرز عقل و جنون قرار دارند، نادیده انگاشته و بدین‌سان از علم فاصله گرفته است.^{۲۷}

۵. توجه به قوانین گذشته در کشور: بند "ب" ماده ۳۶ قانون اصلاح قانون مجازات عمومی مصوب ۷ خرداد ۱۳۵۲، اشاره به نسبی بودن شعور، قوه تمییز یا اراده داشت که محاکم، بدین ترتیب می‌توانستند احکام تقلیل یافته را برای حالات بینابینی اختلالات روانی صادر نمایند. متأسفانه در قوانین فعلی، این موضوع بدون توجیه قابل قبولی، منتفی گشته است. نگاه مثبت قانون به این مسئله در قوانین گذشته و آثار قابل قبول آن، دلیل دیگری است بر نیاز اصلاح قوانین فعلی.^{۲۸}

۶. توجه به قوانین دیگر کشورها: بررسی‌ها نشان می‌دهد در بیشتر کشورها، به‌خصوص کشورهای پیشرفته، اول این‌که؛ مبنای رافعی از مسئولیت کیفری اشخاص، اختلالات روانی خاص نمی‌باشد. در این کشورها، اختلالات یا نارسایی‌های روانی که منجر به از بین بردن اراده و قدرت تشخیص درست و نادرست در فرد می‌شود؛ به‌عنوان معیار قضاوت مدنظر قرار گرفته است. دوم این‌که؛ در بیشتر این کشورها، به مسئولیت تقلیل یافته نیز توجه شده است. قوانین مربوط به برخی از کشورهای پیشرفته در این خصوص عبارتند از:

- ماده ۱۲۲ قانون مجازات فرانسه: توجه به اختلال روانی و مغزی، از بین رفتن قوه تمییز یا کنترل بر اعمال خود را، رافع مسئولیت کیفری دانسته است.

- انگلستان: از اواسط قرن ۱۹ م، توجه به عدم مسئولیت کیفری بیماران روانی رایج شد.

- دانمارک: مسئولیت کیفری را برای افراد دچار اختلالات روانی استثنا نموده و برای آن‌ها اقدامات تأمینی لازم را پیش‌بینی نموده است. در این کشور برای کسانی که دارای نارسایی ذهنی یا اختلال روانی گذرا می‌باشند؛ مسئولیت خفیف در نظر گرفته شده است.

- ماده ۸۸ قانون مجازات اسپانیا: بیماران روانی فاقد درک و اراده را فاقد مسئولیت کیفری دانسته و کاهش ادراک و اراده را سبب تخفیف مسئولیت قلمداد نموده است.

- ماده ۳۹ قانون مجازات هلند: افراد دارای نارسایی روانی یا انحراف اراده ذهنی را قابل مجازات نمی‌داند.

- آمریکا: قوانین این کشور مجازات کیفری افراد را از حالت بلی و خیر خارج نموده و تقلیل مجازات را در قوانین خود گنجانده است.^{۲۹ و ۳۰}

۷. توجه به فراوانی اختلالات روانی (غیر از جنون) در مجرمین: طبق بررسی‌های صورت گرفته، در بین مرتکبین جرایم مختلف (خصوصاً جرایم خشن و منازعاتی)، درصد بسیار بالایی از اختلالات روانی مشاهده می‌شود که از نظر روان پزشکی و قانونی، جنون تلقی نشده و دارای مجازات تام خواهند بود. چه بسا، بسیاری از این جرایم، ارتباط مستقیم با نوع اختلال روانی مربوطه داشته و نوعاً نتیجه‌ای از این عارضه باشند. ذیلاً به چند مورد از این بررسی‌ها، اشاره می‌گردد؛

الف. مطالعه‌ای که روی تمامی زندانیان مرد با جرم اثبات شده قتل در زندان‌های شهر تهران در سال ۱۳۷۹ (۱۳۶ نفر) صورت گرفت، حاکی از آن است که ۸۷٪ آن‌ها از نوعی اختلال روانی رنج می‌برند که در میان آن‌ها پرخاشگری، اضطراب و شکایات جسمانی، بیشترین درصد را داشته است. این موارد هیچ‌یک جنون محسوب نشده و تأثیری بر مسئولیت کیفری فرد ندارند؛ در حالی که اختلالاتی در همین حد نیز، احتمال ارتکاب جرایم سنگین را افزایش می‌دهند.^{۳۱}

اختلالات	درصد از کل زندانیان	مالی	خشن	غیرخشن	اعتیاد	منکرات
تمام انواع اختلالات	۸۸/۴	۵۳/۷	۷۰/۳	۹۱/۵	۱۰۰	۷۸/۸
اختلالات خلقی	۴۸/۷	۳۵/۲	۵۵/۴	۵۲/۱	۳۵	۵۷/۵
اختلالات پسیکوتیک	۳/۹	۰	۰	۲/۸	۵/۶	۱۱/۳
اختلالات اضطرابی	۱۵/۷	۱۴/۸	۲۴/۳	۳۱	۶/۹	۳۱/۳
اختلالات مصرف مواد مخدر	۷۸	۲۴/۱	۳۷/۸	۷۸/۹	۱۰۰	۶۵
اختلالات شبه جسمی	۵	۱/۹	۲/۷	۰	۰	۰
اختلالات خوردن	۰	۰	۰	۰	۰	۰
اختلالات انطباقی	۱۳/۹	۲۰/۴	۱۸/۹	۱۱/۳	۱۲/۵	۱۱/۲

ب. کل زندانیان مربوط به جرم سرقت در کشور (دفتر خدمات ماشینی سازمان زندان‌های ایران ۱۳۸۰): جرم سرقت از رایج‌ترین جرایم ارتكابی مجرمان است. طبق آمار دفتر خدمات ماشینی سازمان زندان‌های جمهوری اسلامی ایران، ۱۸٪ کل مجرمان کشور

به جرم سرقت و ربودن مال غیر، زندانی شده‌اند. بررسی‌های روان‌پزشکی حاکی از آن است که در بین اختلالات روانی مجرمین، سه تابلوی بالینی شامل اختلال وابستگی به موادمخدر، اختلال شخصیت ضد اجتماعی و اختلال جنون دزدی، بیشترین ارتباط را با جرم سرقت دارند. ازین بین، اختلال جنون دزدی از موارد اختلالات نادر بوده و وابستگی به مواد مخدر بحث مناسب خویش را می‌طلبد. اما اختلال شخصیت ضد اجتماعی، یکی از انواع اختلالات شخصیت است که مشخصه اصلی مبتلایان به آن، داشتن الگوی نافذ بی‌اعتنایی و تجاوز به حقوق دیگران است. این عارضه که جنون تلقی نمی‌گردد؛ از سن ۵۱ سالگی شروع شده و دوام پیدا می‌کند. دروغ‌گویی، فرار از مدرسه و منزل، دزدی، نزاع، فریبکاری، تکانشی بودن در رفتار، پرخاشگری، نبودن احساس مسئولیت، فقدان احساس گناه، پشیمانی و بی‌توجهی به ایمنی خود و دیگران، از جمله رفتارهای رایج این بیماران است. مبتلایان به اختلال شخصیت ضد اجتماعی، در واقع بیشترین درگیری را با انواع جرایم دارند.^{۳۲}

ج. شیوع اختلالات روانی در زندانیان مرد زندان قصر تهران (۳۵۱ نفر - علوم پزشکی تهران - خرداد ۸۵):

توجه به جدول فوق نشان می‌دهد شایع‌ترین دسته از اختلالات با شیوع ۷۸٪، مربوط به مصرف مواد مخدر و پس از آن مربوط به اختلالات خلقی (۴۸٫۷٪) و اختلالات اضطرابی (۱۵٫۷٪) بوده است. نکته مهم‌تر آنکه، برخی از این اختلالات که جنون محسوب نمی‌شوند دارای آمار بسیار بالایی در جرایم خشن و منکراتی دارند که اصولاً مجازات‌های سخت کیفری را به دنبال دارند بدون آنکه به وجود اختلالات مورد نظر در این افراد توجه قضایی شود.^{۳۳}

د. مطالعه توصیفی - تحلیلی - مقطعی، روی کلیه زندانیان زندان مرکزی شهر سنجند با بیش از شش ماه دوره محکومیت و یک‌ماه حضور در زندان (استادان دانشگاه علوم پزشکی کردستان، دوره زمانی خرداد ۱۳۸۲ تا آذر ۱۳۸۳):

درصد فراوانی	نوع اختلال
(۷۴/۰)	بدون اختلال
(۴/۳)	اختلال تبدیلی
(۱/۹)	اختلال استرس پس از سانحه
(۱/۰)	اختلال هذیانی
(۱/۰)	تشخیص نامعلوم
(۴/۸)	اختلال افسردگی اساسی
(۱/۹)	اختلال اضطرابی منتشر
(۲/۴)	اسکیزوفرنی
(۱/۰)	اختلال وسواسی جبری
(۵/۳)	اختلال افسردگی خفیف
(۱/۰)	اختلال انطباقی
(۱/۰)	اختلال دو قطبی نوع یک
(۰/۵)	اختلال بی‌خوابی

همان‌طور که در جدول فوق واضح است؛ در بین دارندگان اختلال روانی، برخی اختلالات (به‌صورت پررنگ نمایش داده شده است) یقیناً در رفتار مجرمانه نقش مستقیم دارند ولی جنون محسوب نمی‌شوند.^{۳۴}

همچنین در این خصوص می‌توان به بررسی‌های دیگری مانند: ارزیابی سوءمصرف موادمخدر در زندان‌های ایران،^{۳۵} بررسی همه‌گیرشناسی اختلال روانی در میان مددجویان زندان‌ها،^{۳۶} گرایش جرایم براساس گزارش پیمایش جرایم در بریتانیا^{۳۷} و... اشاره نمود.

۸. توجه به معیار عقل و وجدان عدالت‌خواه: مهم‌ترین هدف قوانین از مرحله وضع تا اجرا، رسیدن به عدالت در جامعه است. وضعیت کنونی قوانین مربوط به جنون و تأثیر اعمال و اجرای آن بر سرنوشت مادی و معنوی افراد، گویای آن است که در بسیاری موارد، وجدان منصف و عقل آگاه به ماهیت موضوع، ارضا نمی‌گردد. موارد متعددی که در طول

بحث آورده شد؛ مؤید این ادعاست. به عنوان مثال، چگونه می توان فردی که دارای عقب ماندگی شدید ذهنی است و مرتکب قتل شده را با این استدلال که مجنون محسوب نمی شود؛ مانند فردی که در کمال صحت و سلامت روانی، شخص بی گناهی را به قتل می رساند، محاکمه و مجازات نمود؟! جالب است بدانیم که بسیاری از بیماری های روانی، مانند آشفتگی ها و اختلال های خلقی می توانند حالت جنون به خود بگیرند.^{۳۸}

۹. استعلامات محاکم: توجه به استعلاماتی که توسط مراجع قضایی از پزشکی قانونی و روان پزشکان به عمل می آید؛ عمدتاً حاکی از آن است که قضات، به فلسفه رافعیت مسئولیت مجنون که همان قوه تشخیص و تمییز می باشد؛ توجه دارند؛ نه واژه جنون. به کاربردن این عبارات در درخواست های محاکم از کارشناسان که آیا فرد دارای جنون است یا نه؟ آیا اختلال حواس دارد؟ آیا عقب ماندگی ذهنی دارد؟ آیا می توان وی را مسئول دانست؟ آیا قدرت تشخیص موضوع جرم را داشته است؟ آیا دارای بیماری شدید روانی است؟ و... مؤید این موضوع می باشد.

نتیجه و پیشنهاد

همان طور که دیدیم؛ جنون از مباحثی است که هم از نظر قضایی و قانونی و هم از دیدگاه صاحب نظران علم روان پزشکی، دارای اهمیت بالایی می باشد. تشخیص جنون در فرد که غالباً به وسیله روان پزشکان انجام می گیرد؛ مورد بهره برداری محاکم به نفع متهمین قرار گرفته و موجب رفع مسئولیت کیفری اینان می گردد. در این راستا، عدم مرزبندی دقیق جنون با دیگر اختلالات روانی در روان پزشکی و وجود طیف بینابینی در طبقه بندی های مربوطه، در کنار مطلق بودن قانون مجازات اسلامی که خاصاً در ماده ۵۱، جنون را به هر درجه ای، رافع مسئولیت کیفری می داند؛ موجب گردیده است در بسیاری از مواقع، آراء صادره در این خصوص، دارای ابهام و حتی گاهی، ناعادلانه به نظر آید. به همین دلیل، اصلاح این وضعیت با تمرکز بر تغییر یا تکمیل قانون مجازات با بهره گیری از علم روان پزشکی، يك ضرورت غیر قابل انکار می باشد. این امر، با توجه به آنچه که پیش از این

زیر عنوان «توجهی‌هایی که اصلاح قوانین مربوط به جنون را مجاز و الزامی می‌شمارد» بیان نمودیم؛ کاملاً منطقی به نظر می‌رسد. به اعتقاد نگارنده، اعمال مواردی که ذیلاً برمی‌شماریم؛ می‌تواند به عنوان الگوی مناسبی برای اصلاح قوانین مربوط به جنون براساس علم روان‌پزشکی باشد (عملی نمودن يك یا چند معیار همسو پیشنهاد می‌گردد):

۱. تعریف صحیح و کامل جنون در قانون: همان‌طور که گفته شد، در حال حاضر، تعریفی از جنون در قوانین ما وجود ندارد. حداقل فایده‌ تعریف جنون در نص قانون، جلوگیری از تعارض نظرات روان‌پزشکی و حقوقی در خصوص آن بوده و به محاکم اجازه می‌دهد؛ فارغ از تعاریف خاص علم روان‌پزشکی، مفاهیم مورد نظر قضایی را از کارشناسان مطالبه نمایند. ذیلاً سه تعریف نسبتاً جامع از جنون ارائه می‌گردد:

الف. جنون عبارت است از نوعی اختلال روانی که منجر به از بین رفتن نسبی یا کلی قدرت عقل در تشخیص و شناخت آگاهانه فرد می‌گردد.

ب. وضعیتی از اختلال روانی که در آن اراده و قصد آگاهانه از فرد گرفته شده و فرد بر اعمال خود تسلط نداشته باشد، جنون می‌نامند.

ج. جنون به آن دسته از اختلالات روانی اطلاق می‌گردد که در آن، قدرت تشخیص موضوع جرم و مغایرت قانونی از فرد گرفته می‌شود. خواه این فقدان قوه تمییز، در خصوص همه افعال باشد یا در خصوص فعلی خاص که منتهی به جرم می‌شود.

۲. حذف واژه جنون و جایگزین نمودن عبارات و مفاهیمی که خاستگاه شرعی و قانونی رافعییت مجانین را تأمین نماید. مانند:

الف. هرگاه محرز شود که شخصی فاقد درک و شعور عقلی بوده به طوری که نمی‌توانسته خودش و یا حتی با تذکر دیگران، موضوع جرم و مغایرت آن را با قانون و شرع تشخیص دهد؛ عمل وی جرم محسوب نمی‌شود و به عبارت بهتر، مرتکب، مجازات نشود. یعنی؛ قابل مجازات نباشد.

ب. هرگاه محرز شود شخصی که مرتکب عمل مجرمانه‌ای گردیده است؛ در حین

ارتکاب جرم در اثر اختلالات روانی (به‌طور تام یا نسبی) و یا به سبب عدم رشد عقلی، فاقد شعور بوده است به‌طوری که نمی‌توانسته خودش و یا حتی با تذکر دیگران تشخیص دهد که عمل او مغایر با قانون می‌باشد؛ عمل وی فاقد مجازات یا دارای مجازات مخفف (تخفیف یافته) می‌باشد.

ج. هرنوع از اختلالات شدید روانی که منجر به فقدان درک و شعور عقلی سلب اراده می‌گردد (به‌صورت تام یا نسبی) ...

۳. اضافه نمودن عبارات و عناوینی که دایره شمول گسترده‌تری نسبت به قانون کنونی داشته باشد. مانند:

الف. جنون و آن‌دسته از اختلالات روانی شدید.....

ب. جنون، اختلالات روانی و بیماری‌هایی که با اثر بر قوه عقل، موجب از بین رفتن اراده به‌صورت کلی یا جزئی می‌گردند...

۴. تعیین درجه اختلال روانی و احتمال ارتکاب جرم، توسط روان‌پزشکان و تعیین حدود مسئولیت قانونی براساس مبانی حقوقی و فقهی، توسط محاکم: بر این اساس، روان‌پزشکان در خصوص درجه اختلال روانی فرد و میزان تأثیر آن بر قوه تشخیص و اراده فرد و این‌که این اختلال تا چه حد می‌تواند منتهی به ارتکاب جرم توسط شخص گردد؛ اظهارنظر نمایند و محاکم نیز به کمک قانونی جامع، به صدور رأی بپردازند. به این ترتیب، روان‌پزشکان در خصوص فرد مورد نظر به شکل زیر اظهارنظر نمایند:

الف. اختلال روانی شدید با اثر بالا در ارتکاب جرم (فقدان قوه تشخیص و اراده در فرد)

ب. اختلال روانی متوسط با اثر نسبی در ارتکاب جرم (وجود نسبی قوه تشخیص)

ج. وجود قوه تشخیص و اراده متعارف در فرد (سلامت روان).

در مرحله بعد، محاکم می‌توانند با محوریت ذیل، اصدار رأی نمایند:

- سلامت روانی یا اختلال روانی ناچیز ← مسئولیت کیفری تام ← مجازات کامل.

- اختلال روانی شدید ← رفع مسئولیت ← حذف مجازات.

- اختلال روانی متوسط ← مسئولیت نسبی ← مجازات مخفف.

پی نوشت‌ها:

۱. آذر بادگان، حسین علی، «طبقه بندی بیماران روانی و احکام آنان از دیدگاه محقق نراقی»، مجله علمی فقه (کاوشی نو در فقه اسلامی)، ش. ۲۹ و ۳۰، پاییز و زمستان، ۱۳۸۰، صص. ۹۵ - ۴۳.
۲. کاپلان، هارولد، سادوک، بنیامین، (۱۹۸۸)، خلاصه روان‌پزشکی (ترجمه) نصرت الله پورافکاری، سال ۱۳۶۸، انتشارات ذوقی تبریزی، ص. ۳۷.
۳. کاپلان، همان، صص. ۳۲۰ تا ۳۳۲.
۴. صابری، مهدی و محمدی، محمدرضا، نگرشی نوبه روان‌پزشکی قانونی، چ. اول، نشر طبیب، پائیز، ۱۳۸۴، صص. ۱۴ - ۱۴۵.
۵. همان.
۶. همان، صص. ۲۴ - ۵۱.
۷. حسینی نیک، سیدعباس، قانون مجازات اسلامی، ۱۳۸۱، تهران، انتشارات مجد.
۸. نوربها، رضا، زمینه حقوق جزای عمومی، چ. ۶ نشر دادآفرین، تهران، ۱۳۸۱، ص. ۳۳۷.
۹. منصور آبادی، عباس، بهار، «احکام جنون در حقوق کیفری ایران»، مجله علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز، ۱۳۷۶، ش ۲۴، صص. ۱۲۴ - ۱۱۵.
۱۰. مقدمی، بشیر، «قوانین حقوقی مجنون ادواری»، روزنامه مردم‌سالاری، نسخه شماره ۱۸۶۵، ۱۳۸۷/۰۵/۱۹.
۱۱. الجرجانی، علی‌ابن محمد، التعریفات، انتشارات ناصر خسرو، تهران، بی‌تا، ص. ۳۵.
۱۲. کرم، عبدالواحد، معجم المصطلحات القانونیه، مکتبه النهضة العربیة، بیروت، ۱۹۸۷ م. (۱۴۰۷ ه.ق)، ص. ۱۷۳.
۱۳. آذر بادگان، همان.
۱۴. نوربها، همان.
۱۵. اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، ج. ۲، چ. ۱۹، نشر میزان، تهران، زمستان ۱۳۸۷، ص. ۸۶.
۱۶. مرعشی، سید محمد حسن، «بحثی درباره جنون، مجرم»، مجله دادرسی، ش. ۲۴، بهمن و اسفند ۱۳۷۹، صص. ۳ - ۵.
۱۷. حبیب‌زاده، محمد جعفر و فخرناب، حسین، «مقایسه عوامل موجهه جرم و عوامل رافع مسئولیت کیفری»، مجله مدرس علوم انسانی، ش ۴۰، پاییز ۱۳۸۴، صص. ۳۷ - ۵۸.
۱۸. رحمدل، منصور، «بیماری‌های روانی و بار اثبات در سیستم عدالت کیفری ایران»، مجله اندیشه‌های حقوقی، ش. ۹، پاییز و زمستان ۱۳۸۴، صص. ۵ - ۳۴.
۱۹. صابری، همان، ص. ۳۲.
۲۰. همان، ص. ۱۲۰.

HYPERLINK "http://www.noormags.com/View/Magazine/ViewArticles.aspx?NumberId=2454"

HYPERLINK "http://www.noormags.com/View/Magazine/ViewArticles.aspx?NumberId=0\t_blank"

۲۱. فدایی، فرید، *رابطه ارتکاب بزه با عقب ماندگی ذهنی*، ۱۳۷۷، قابل دسترسی در آدرس اینترنتی: <http://www.ghavanin.ir/PaperDetail.asp?id=63>
۲۲. رحمدل، همان.
۲۳. منصورآبادی، همان.
۲۴. صابری، همان، ص. ۳۲.
۲۵. همان، ص. ۳۹.
۲۶. فدایی، فرید، ۲۰۰۷ م، «عقب ماندگان ذهنی و حقوق جزا»، قابل دسترسی در آدرس اینترنتی: <http://www.lawnet.ir/index.php?category=13&articleId=221>
۲۷. نوربها، رضا، *مسئولیت جزایی اطفال و مجانین در قانون مجازات اسلامی و خللها*، ۱۳۸۹، قابل دسترسی در آدرس اینترنتی: <http://www.ghavanin.ir/PaperDetail.asp?id=212>
۲۸. موسوی فر، سید حسن، *مسئولیت جزایی مجانین*، ۱۳۸۸، قابل دسترسی در آدرس اینترنتی: <http://www.irbar.com/content/view/1917/188/>
۲۹. عمرانی، سلمان (مترجم)، «در اروپا، بیماران روانی مسئولیت کیفری ندارند» (۱) (مطالعه تطبیقی عدم مسئولیت کیفری بیماران روانی در هشت کشور اروپائی) مجله اصلاح و تربیت، ش. ۶۰ فروردین ۱۳۸۶، صص. ۲۹ - ۳۲.
- HYPERLINK" <http://www.noormags.com/View/Magazine/ViewArticles.aspx?NumberId=15644>
۳۰. عمرانی، ش. ۶۱، صص. ۲۴ - ۲۶.
۳۱. امام هادی، محمد علی و جلیلود، مریم و صالحی، منصور، «فراوانی اختلالات روانی در مجرمان قتل عمد»، مجله رفاه اجتماعی، ش. ۲۰، بهار ۱۳۸۵، صص. ۱۵۳ - ۱۶۲.
۳۲. محمدی فرود، حمید، *ارتکاب سرقت در مبتلایان به اختلالات روانی*، دفتر خدمات ماشینی سازمان زندان‌های جمهوری اسلامی ایران (۱۳۸۰).
۳۳. شریعت، سید وحید و اسعدی، محمد و دیگران، «شیوع اختلالات روان‌پزشکی در زندانیان مرد زندان قصر تهران»، مجله دانشکده پزشکی دانشگاه علوم پزشکی تهران، دوره ۶۴، ش. ۳، ۱۳۸۵ خرداد، صص. ۳۶ - ۲۵.
۳۴. آراسته، مدبر و شریفی سقز، بیان، «میزان شیوع اختلالات روان‌پزشکی در زندانیان زندان مرکزی سنندج» (کلیه زندانیان زندان مرکزی شهر سنندج با بیش از شش ماه دوره محکومیت و یک ماه حضور در زندان)، «استادان دانشگاه علوم پزشکی کردستان، دوره زمانی خرداد ۸۲ تا آذر ۸۳»، مجله علمی پژوهشی اصول بهداشت روانی، سال دهم، ش. ۴۰، پیاپی، زمستان ۱۳۸۷، صص. ۳۱۶-۳۱۱.
۳۵. اسماعیلی، ایرج، «بررسی همه گیر شناسی اختلال روانی در میان مددجویان مرد زندان‌های استان تهران در سال ۱۳۷۹» (پایان نامه مقطع دکترا)، دانشگاه علوم پزشکی ایران، ۱۳۸۰.
۳۶. بوالهیری، جعفر، «رزایی سوء مصرف مواد مخدر در زندان‌های ایران (۱۳۸۱)»، مجله اعتیاد پژوهی، سال اول، ش. ۳، تابستان ۱۳۸۲، ص. ۱۳.
۳۷. ارجمند، محسن و صادقی، مجید (مترجمان)، «روان‌پزشکی آکسفورد»، ج. ۳، انتشارات ارجمند، ۱۳۸۵، ص. ۳۷۸.
۳۸. آذر بادگان، همان.

Title:

Modified model Criminal laws related to insanity (psychosis)
Science-based psychiatry

Abstract

Introduction: Disclaimer criminal Of insane in the Law and importance the Diagnosis of insanity Has caused 'in the Courts, standpoint specialists (psychiatrists)' be used. Thus, for a fair judicial sentencing The existing laws should be certainty and too' Psychiatry comments Based on new science.

Discussion: insanity (Psychosis) in the law is the Condition that 'the person 'have not Power Diagnosis And His actions are not optional. of Standpoint Responsibility' Law (Article 51 of Islamic Penal Code):

Firstly, Resolver being responsible for criminal Is dedicated Only for psychosis neurosis. secondly, Range that can be, With terms of emotional and psychological conditions, Give lower criminal responsibility, for some acts, Is not' located And this is while we know there are people Although in the specific meaning 'is not insane But there have the disorders, and psychological damage Them can not, know insane wise, and not wise. Thus, should be according to the science of Psychiatry, Also, keep making, religious And Custom origin created, New base legally For given Comprehensiveness 'At Especially The Judge Such individuals.

Conclusion: The following model Is Proposal Improve the current situation Insanity About Disclaimer criminal:

Accurate and complete definition of insanity in the law

Delete the word Insanity and alternative phrases' certainty Phrases

Addition of phrases and titles that Than Current law Is broader

4-1: Determination Mental Status ' culpable Person By psychiatrists, With the following axis:

a-lack of Power Diagnosis and volition Neurosis With Large effect At perpetration Crime

b- being Percent of Power Diagnosis and volition Neurosis With Percent of effect At perpetration Crime

c- being Power Diagnosis and volition Mental Health

4-2: Issuing Vote By Courts After Obtaining The above comments With the following axis:

a- Mental Health and fiddling Neurosis Total responsibility Full penalty punishment

b- The mediocre Neurosis With Percent of effect mediocre responsibility Abbreviation punishment

c- hard Neurosis Disclaimer Elimination punishment.

Keyword: Insanity, psychosis, Neurosis' Criminal esponsibility, Diagnosis, volition.

ترجمه

تاریخ حقوق

با رویکرد آنگلو ساکسون‌ها

تاریخ دریافت: ۱۳۹۰/۶/۱۱

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۰/۷/۲۸

مترجم: محمد علی اختری*

تاریخ حقوق یا تاریخ قانون همان تاریخ نژاد ما است^۱ که آن، مظهر و نمودار تجربیات مردم است. پیش از این که علم حقوق دوران تاریخی خود را آغاز کند به نوعی به صورت توسعه یافته و پیشرفته در میان مردم وجود داشته است. زیرا پیش از دوران تاریخی، مقررات و آدابی برای رفع و رجوع و پایان دادن منازعات و از میان برداشتن اختلافات بین مردم وجود داشته و شناخته می شده است. به عنوان مثال، می توان به وجود علم حقوق در میان مردم مصر و بابل قدیم اشاره کرد.^۲ با وجود دیدگاه‌های گوناگون در این خصوص می توان ادعا کرد که علم حقوق اختراع و ابتکار نیست بلکه چیزی است که کشف شده است. زیرا (حقوق) قبلاً در جامعه وجود داشته و به طور منظم و حساب شده از تجربیات تاریخی و

* نویسنده مسؤل؛ سردفتر بازنشسته دفتر اسناد رسمی شماره ۱۲۲ تهران.
یادآوری: این ترجمه به نقل از <http://www.aboutlawschools.org/law/theory/historyoflaw>
مختصر دیدگاه یکی از حقوق دانان طرفدار حقوق عرفی (Common Law) است که به منظور تبیین موضوع، مراجعه به توضیحات مترجم که در پایان آورده شده، ضروری است.

حوادث نسل‌ها و قرن‌ها کشف و عمومیت پیدا کرده است. در بابل قدیم، در ناحیه موسوم به بین‌النهرین، رسوم و آداب ابتدایی هزاران سال پیش به گونه‌ای به حقوق اجتماعی مبدل شده بوده است. از نوشته‌های هومر، شاعر یونان باستان درمی‌یابیم که در یونان آن زمان‌ها (حقوق) وجود داشته است.^۳ حقوق رم و سازمان‌های حقوقی رومی نه تنها در رم باستان منبع تنظیم روابط مردم بوده بلکه این ساختار حقوقی رم (Roman Law) تا سده هیجدهم میلادی در پهنه اروپا هم معمول و معتبر بوده است. سیستم حقوق عرفی یا کامن‌لا (Common Law) معمول در میان ملل آنگلو - ساکسون‌ها (Anglo-saxon) هم مدیون و هم متأثر از مکتب حقوقی رم است.^۴ قرن‌ها است که حقوق عرفی حاکم بر اعمال و روابط انسان‌ها است. برخورد حاصل از روابط و رفتار و خوی انسانی با یک‌دیگر و بحث و بررسی عرفی رفع اختلافات، خود، موجب پیدایش قوانینی می‌شوند که نتیجه این بحث و گفت‌وگوها مقرراتی است که داوطلبانه توسط مردم رعایت می‌گردند و مورد رضایت و خوشنودی آن‌ها می‌شود و این نوع مقررات بهتر و بیشتر از دستورهای آمرانه مصادر امور، مورد قبول و توجه مردم قرار می‌گیرند. همین قواعد و رسوم عرفی، شیوه کشف حقوق طبیعی یا حقوق فطری است. حقوق فطری، معیارها و میزان‌های غیر قابل انکاری است که نتیجه آن پایداری و استواری قوانین عادی و مشروع و مجاز است.

به عبارت دیگر، حقوق طبیعی یا فطری (Natural Law) ریشه و بنیاد قوانینی است که مردم را به عدالت و اشتراک عمل نزدیک می‌کند. در مقایسه با حقوق فطری، حقوق عرفی یا Common Law سیستمی است که در آن حقوق و مقررات حقوقی مبتنی بر سوابق عمل نسل‌های پیشین در موارد مشابه است.^۵ از جنبه تاریخی درمی‌یابیم که در جامعه آنگلو - ساکسون‌ها^۶ تعدادی از مردم برجسته را انتخاب می‌کردند که از آن‌ها به نام Bohr یاد می‌شود. این گروه، نوعی مقررات تضمینی مورد توافق را تصویب می‌کردند که به موجب آن هر فردی که مورد حمایت مالی و حقوقی قرار می‌گرفت خودش را مسئول و مراقب حقوق دیگران می‌دانست و اگر کسی رعایت حقوق و اموال دیگران را نمی‌کرد به پرداخت

خسارت و جبران زیان حاصل از عمل خویش محکوم می‌شد و اگر از جبران خسارت هم خودداری می‌کرد از جامعه طرد می‌گردید. یعنی از حمایت عمومی محروم می‌شد و در صورت قبول خسارت و جبران آن دوباره می‌توانست به عضویت آن جامعه درآید.^۷ این قوانین و مقررات قانونی که نتیجه مذاکره و توافق عمومی بود طریق حل مسالمت‌آمیز و متمدانه اختلافات حاصله را به وجود می‌آورد و مقیاسی می‌شد برای رفع خشونت و قانون‌گریزی در اجتماع. در بعضی اوقات، راه‌حلی هم برای رسیدگی دوباره و تجدیدنظر در تصمیمات اتخاذ شده و مذاکرات دو جانبه در نظر گرفته می‌شد و این عمل مانند و شبیه سازمان‌ها و مؤسسات مالی و پولی این زمان همچون شرکت‌های بیمه است.

دادگاه‌های ابتدایی آنگلو - ساکسون‌ها تشکیل می‌شد از عده‌ای از افراد مردم عادی به‌ویژه از همسایگان طرفین دعوی که محاکمه و جریمه‌های خود را براساس رسوم و عادات مورد قبول جامعه اعمال می‌نمودند. این نوع راه‌حل‌ها ضمانتی می‌شد برای رفع اختلافات اعضای جامعه از طریق مسالمت‌آمیز و عدم توسل به خشونت.^۸

در قرون وسطی (سده‌های میانه تاریخ میلاد مسیح)^۹ هم نوعی قوانین عرفی تجاری و بازاری بر معاملات تجاری اروپاییان حاکم شد که اساس و معیار قوانین برای عادی کردن و رواج و تسهیل روابط بازرگانی بین‌المللی گردید. بدین منظور، در سراسر اروپا، دادگاه‌هایی تشکیل گردید. البته کسانی که این مقررات را گردن نمی‌نهادند و تصمیمات این دادگاه‌ها و سازمان‌ها را اجرا نمی‌کردند و موجب وارد آمدن لطمه به روابط بازرگانی می‌شدند از طرف سایرین تحریم می‌شدند. اصولاً حقوق عرفی راه‌های حفظ منافع عمومی را از طریق مسالمت‌آمیز جستجو می‌کرد و به افراد یا شرکت‌های خاطی جریمه‌های اقتصادی و مالی تحمیل می‌گردید و در نتیجه گروه‌های خاطی مجبور به پرداخت آن می‌شدند. زیرا پرداخت خسارت و گردن نهادن به این مقررات و تصمیمات، موانع اجتماعی تجاری را از راه آن‌ها برمی‌داشت و در عین حال، موجباتی فراهم شده بود که گروه یا فرد خاطی یا متهم به خطا هم می‌توانست دیدگاه‌ها و خواسته‌های خود را آزادانه بیان نماید و از خود دفاع کند.

به عقیده برخی حقوق دانان و مورخان روش‌های قانون‌گذاری منظور از تاریخ حقوق یعنی نوشتن و ضبط کردن پیشرفت علم حقوق و توضیح و تشریح این موضوع است که این مقررات چگونه با بررسی دائم و بهتر به تفاهم بیشتر قانونی منجر می‌گردد؛ بعضی هم تاریخ حقوق را در حیطه تاریخ خردورزی و روشنگری می‌دانند. مورخان قرن بیستم، تاریخ حقوق را در مدون کردن و مکتوب نمودن تحولات اجتماعی به‌طور عام و موازی و همسو با دانشمندان علوم اجتماعی و جامعه‌شناسان می‌دانند. آن‌ها بیشتر به سازمان‌ها و تأسیسات قانونی و اشکال پیچیده عملی و نشانه‌ها و نمونه‌های قانونی و حقوقی توجه دارند و اصول اولیه آن‌ها را مدخل در جامعه می‌دانند و می‌گویند برای تغییر و تبدیل و پیشرفت جامعه مدنی باید این‌ها را هم در نظر داشت. مورخان حقوقی میل دارند تاریخ حقوق و قضایای حقوقی را بیشتر شبیه و مانند تاریخ تحولات و تحقیقات علوم اجتماعی در نظر بگیرند. زیرا معتقدند که با تجزیه و تحلیل اختلافات طبقاتی و بررسی مسایل اجتماعی میان طرفین اختلاف و متقاضیان و عاملان پدیده‌های گوناگون و گاهی متضاد حقوقی و تجزیه و تحلیل راه‌حل قضایای قانونی و هزینه‌های اجرایی و تعداد قضایای مختومه در مؤسسات حقوقی و تجربیات و توصیه‌هایی که تصویر واقعی از جوامع حقوقی به‌ما می‌دهد، نتیجه کامل‌تر و بهتری از مطالعه رویه‌های قضایی و حقوق قضایی و مجموعه‌های قانونی نصیب ما می‌شود.^{۱۰}

توضیحات مترجم:

۱. از آنجا که نویسنده اهل آمریکای شمالی است* اما همه چیز را از دیدگاه غربی می‌بیند، منظورش از مردم ما یا نژاد ما، اروپایی‌ها و به‌ویژه آنگلو-ساکسون‌ها است و عمداً به سازمان‌های حقوقی و قانونی دیگر مردمان جهان و نژادهای دیگر، توجه ندارد.

به‌طور مسلم، تاریخ حقوق در مصر و بابل و هند و ایران و چین و دیگر کشورهای شرقی مراحل و دوران‌های بسیار مهم و جالبی دارد که مطالعه آن‌ها مهم و در حد خود مفید است. مانند مجموعه قانون حمورابی در بابل و اعلامیه حقوق بشر کوروش کبیر در سال ۵۳۵ پیش از میلاد، هنگام آزاد کردن بابل و قوانین کشورداری هخامنشیان در ایران زمان هخامنشی و قوانین آشوکا در هند باستان و سایر قوانین در

*. نام نویسنده مقاله در نشانی پایگاه اینترنتی یادشده نیامده است ولی می‌توان حدس زد که این حقوق‌دان، احتمالاً کانادایی است.

دیگر کشورهای شرقی، همه حکایت از مراحل مختلفی از تاریخ حقوق دارد که مطالعه آن‌ها اگر مهم‌تر از تاریخ حقوق در منطقه محل سکونت آنگلو - ساکسون‌ها که کشور اولیه آن‌ها، انگلستان تاریخی بیشتر از شانزده قرن ندارد، نباشد، کم‌اهمیت‌تر نخواهد بود. حتی دانشمندان خاورشناس غربی خود اعتراف دارند که اولین و مهم‌ترین امپراتوری دنیای قدیم که ملل تابعه آن از حقوق کامل انسانی برخوردار بودند توسط کوروش کبیر بنیاد نهاده شده است و پیش‌تر از او هم، مجموعه قوانین حمورابی، هیجده قرن پیش از میلاد، تنظیم شده است. در زمانی پیش‌تر از هخامنشیان، باز هم، از مجموعه قوانین اوستای زرتشت که بخشی از آن به نام "وندیداد" به‌طور کامل، باقی مانده، می‌توان یاد کرد و حتی نام پارلمان که همه منشأ آن را انگلستان می‌دانند و آنگلو - ساکسون‌ها منحصراً آن را از افتخارات خود می‌خوانند، در تاریخ کشور خودمان - ایران - سابقه دارد. مجلسی به نام مهستان در عصر اشکانیان، شایان یادآوری است (برای مطالعه بیشتر، رک: شهبازی، عبدال...، پیشینه ساختارهای مدنی و حکومت قانونی در شرق و غرب و نیز مقالات مترجم در همین ماهنامه کانون، زیر عنوان «تاریخ حقوق در ایران»).

۲ - به‌رغم این که نویسنده مقاله اعتراف می‌کند که سازمان‌های حقوقی و قوانین در بابل و مصر و یونان باستان وجود داشته ولی در متن یادداشت، هیچ اشاره‌ای ولو مختصر، به مجموعه قوانین پیشرفته حقوقی در ایران و هندوستان نمی‌کند.

۳ - نویسنده در مقاله دلیل وجود سیستم‌های حقوقی در یونان باستان را از نوشته‌های هومر شاعر یونان باستان (در حدود ۹ قرن پیش از میلاد) می‌داند. این شاعر در کتاب‌های خود ایلید و اودیسه، افسانه‌های پیش از تاریخ یونان را به رشته تحریر در آورده است و همه مطالبی که اروپاییان در پیشینه تاریخی یونان می‌آورند، از این کتاب‌ها نقل می‌کند. در ایران، ما علاوه بر بخش‌های بازمانده از اوستای زرتشت، کتاب حماسی شاهنامه را از فردوسی شاعر ملی ایران و بخشی از خدای‌نامه‌ها در ایران و کتاب‌های وداها، گاتاها و مهابهارات را در هندوستان داریم که این کتاب‌ها حاوی افسانه‌های تاریخی و ملی ما - ایرانی‌ها - و هندی‌ها هستند و آن‌ها مملو از سوابق مجموعه‌های قوانین حاکم بر روابط اجتماعی مردمان هند قدیم و ایران است. در شاهنامه فردوسی مباحثی از حقوق مدنی و کیفری و کشورداری حتی روابط دیپلماسی بین‌المللی و وجود پارلمان و سابقه برگزیدن شاهان و سران کشور توسط بزرگان و برگزیدگان مردم مطرح می‌باشد. در این خصوص، فلاسفه یونان باستان مطالبی نوشته و به‌یادگار گذاشته‌اند که زرتشت پیامبر ایرانی، هزاران سال پیش از میلاد، قوانینی برای اداره جامعه وضع نموده است.

۴ - با وجودی که مجموعه قوانین حقوقی رومی تا قرن هیجدهم میلادی در اغلب کشورهای اروپایی معمول و رایج بوده، در شرق، به‌ویژه خاور اسلامی و ایران، ساختار حقوق اسلامی منشأ و منبع اصلی حقوق این کشورها بوده است. در بسیاری از مباحث حقوقی مخصوصاً در فقه اسلامی شاخه تشیع، تحقیقات و تألیفات بس‌گران‌بها صورت گرفته است و قواعدی برای تنظیم قوانین به‌دست داده شده است که کاملاً آکادمیک و موافق حقوق فطری انسان‌ها، به‌تعبیر خود اروپاییان بوده است و در موارد خلأ قانونی و حقوقی، رسم و عرف مردم یکی از منابع قانون شمرده شده است. متأسفانه استبداد حاکم بر ملل شرق در قرون اخیر و منحصر شدن دروس مدارس عالییه فقط بر علوم نقلی و بی‌توجهی به پیشرفت علوم تجربی که موجب رنسانس در اروپا شد، باعث و علت پس‌ماندگی از اروپاییان گردید.

۵ - مقایسه شود با اجماع در میان دانشمندان حقوق اسلامی تشیع و آن، چنین است که اگر

مسئله‌ای مورد قبول اکثر علما باشد، از منابع حقوق محسوب می‌شود تا زمانی که در اثر مقتضیات زمان، اجماع دیگری به‌جز اجماع قبلی حاصل شود. توجه می‌شود که در مکتب فقهی شیعه، اجماع یکی از ادله اربعه فقهی است و مقتضیات زمانه هم در اجماع مؤثر است.

۶- آنگلو - ساکسون‌ها؛ وقتی که جزایر بریتانیا در سال ۵۵۵ پیش از میلاد به‌تصرف ارتش رم درآمد (زمان امپراتوری ژول سزار)، بریتانیایی‌ها صد سال تحت حمایت سربازان رم زندگی می‌کردند و پس از آن مردم آن‌روز انگلستان که بریتون نامیده می‌شدند، مورد حمله و آزار اقوام اسکاتلندی و پیکت (Pict) قرار گرفتند. بریتون‌ها برای حمایت از خود در برابر حمله اسکاتلندی‌ها و پیکت‌ها از اقوام ساکن در شمال قاره اروپا (اسکاندیناوی‌ها) یاری خواستند و آن‌ها هم وارد بریتانیا شدند و پس از دفع حمله اسکاتلندی‌ها و پیکت‌ها در یکی از جزایر بریتانیا به‌نام تانت (Thanet) نزدیک سواحل کنت (Kent) اقامت کردند ولی این اقوام شمالی اروپا به همان جزیره قناعت نکردند بلکه خواستند خود بریتانیایی‌ها را از وطن‌شان برانند و آن‌ها را که به فرماندهی پادشاه خود آرتور شاه مقاومت می‌کردند به سواحل شمال عقب برانند و خود جای آن‌ها را بگیرند. این اقوام که از سواحل دریای بالتیک و شمال آلمان امروز بودند، سرانجام، بریتون‌ها را از وطن خود بیرون کردند و مقاومت آن‌ها را درهم شکستند. خود این اقوام مهاجم سه قبیله بودند؛ ساکسون‌ها و انگل‌ها و جیوتها (Jute) که بریتون‌ها همه را به‌نام ساکسون می‌شناختند. این اقوام به‌تدریج بریتانیا را میان خود تقسیم کردند و بالاخره، یکی از ساکسون‌ها در سال ۸۲۷ میلادی به‌نام اگبرت (Egbert) سایر قبایل همراه ساکسون‌ها و باقیمانده بریتون‌ها را تحت فرمان خود آورد و سلطنت انگلستان را بنیاد نهاد و اکنون ۱۲۰۰ سال است که سلسله پادشاهان انگلیس با تفاوت‌های مختصری از نسل او هستند و لذا ملت بریتانیا در حال حاضر خود را از نژاد آنگلو - ساکسون می‌دانند که دو طایفه از مهاجمان آلمانی به‌نام‌های ساکسون و آنگل باشند.

۷- این وضعیت مقارن زمانی است که انگلیسی‌ها تشکیلات دولتی نداشتند. مقایسه شود با موضوع "حلف الفضول" که اندکی پیش از ظهور اسلام در عربستان (حجاز) به‌وجود آمد. در آن موقع، در شهر مکه تعدادی از سران قریش از جمله عبدالمطلب، جد پدری پیامبر اسلام (ص) با یکدیگر پیمان بستند و سوگند خوردند که اگر کسی در مکه به مال یا جان ستم‌دیده‌ای تعدی کرد، از مظلوم حمایت کنند و ستمگر را وادار به گردن نهادن به حق نمایند. در تاریخ‌های اسلامی هم نقل شده که خود پیامبر (ص) در سنین نزدیک بیست سالگی با آن گروه همکاری داشته‌اند و چون نام سه نفر از این هم‌پیمانان فضل یا مشتق از فضل بوده به "حلف الفضول" مشهور است. و علت پیدا شدن این گروه هم این بوده که مردی از بیرون از مکه مالی را به یکی از سران قوم قریش فروخته بود ولی خریدار از پرداخت بها خودداری کرده بود. لذا شخص ستم‌دیده نزد عبدالمطلب شکایت برد و آن چند نفر پیمان بستند و سراغ خریدار رفتند و احقاق حق کردند.

۸- هنوز هم این اصل در اکثر دادگاه‌های کشورهای پیشرفته دنیا اعمال می‌شود. در هر دادگاهی که تشکیل می‌شود عده‌ای به‌نام هیئت منصفه در دادگاه‌ها حضور به هم می‌رسانند و مذاکرات دادگاه اعم از ادعای دادستان و دفاع متهم را می‌شنوند. این هیئت منصفه از میان طبقات مختلف مردم انتخاب می‌شوند. این عده به هیچ‌وجه تحت تأثیر دادستان یا حکومت نیستند و آن‌ها هستند که رأی می‌دهند که اتهام به متهم وارد است یا نه و این قاضی دادگاه نیست که باید متهم را مقصر بداند یا نداند. وظیفه قاضی

این است اگر با رأی هیئت منصفه، اتهام متوجه متهم شد جرمه یا مجازات متناسب را از میان موارد مشابه در عرف قضایی برای مجرم یا خاطی پیدا کند و مورد رأی قرار دهد و اگر متهم گناه کار شناخته نشد، دستور آزادی و برائت او را صادر کند. البته نظارت بر حسن اجرای قانون و صحت اجرای تشریفات معمول پیش از محاکمه (آیین دادرسی مدنی یا کیفری) و یافتن حکم موضوع از میان موارد مشابه در قانون یا سوابق عرفی در تاریخ قضایی کشور محل وقوع جرم یا محل وقوع محاکمه به عهده قاضی است. ناگفته نماند که چگونگی انتخاب اعضای هیئت منصفه و موارد لزوم شرکت اعضای آن در جلسات قضایی، در کشورهای مختلف، اندکی با هم تفاوت دارند. به عنوان مثال، در استان خودمختار آنتیو کانا، تمام افراد شهروند آن ایالت در سنین قانونی موظف‌اند بدون استثنا و به نوبت به دعوت دادگاه به عنوان عضو هیئت منصفه شرکت نمایند و در فرصت مناسب کتباً از آن‌ها دعوت می‌شود و شرکت در دادگاه الزامی است مگر با عذر قانونی که باید قبل از تشکیل دادگاه به اطلاع دادگاه برسد و این موضوع، محاکمه را به عدالت نزدیک‌تر می‌کند.

۹- قرون وسطی: تاریخ‌شناسان غربی، تاریخ را به چهار دوره تقسیم می‌کنند؛ ۱- تاریخ باستان (از آغاز تا قرن پنجم میلاد مسیح) ۲- سده‌های میانه (از آغاز قرن پنجم میلاد تا قرن پانزدهم) ۳- عصر روشنگری (دوره رنسانس) ۴- قرون معاصر (تاریخ جدید).

قرون قدیم از ابتدای دوران تاریخی تا پایان سقوط امپراتوری رم را شامل می‌شود که در قرن پنجم میلادی اتفاق افتاد (۴۷۶ م.) و قرون میانه، تقریباً به مدت ده قرن از سقوط امپراتوری رم در سال ۴۷۶ م. که بازپسین امپراتور رم به دست اقوام بربر آفریقایی از سلطنت برکنار و به امپراتوری رم خاتمه داده شد، تا سال ۱۴۹۲ م. طول کشید. در سال ۱۴۹۲ م. این بار شهر قسطنطنیه پایتخت امپراتوری رم شرقی به دست سلطان محمد فاتح مؤسس امپراتوری عثمانی اتفاق افتاد و قرون میانه پایان یافت. از آن سال به بعد تا پایان قرن شانزدهم میلادی، عصر روشنگری (دوره رنسانس) محسوب می‌شود و از سال ۱۶۰۱ م. تاکنون تاریخ معاصر یا قرون جدید نامیده می‌شود. در ایران و کشورهای اسلامی، تاریخ به دو بخش پیش از اسلام و پس از اسلام تقسیم می‌شود. تاریخ پس از اسلام از سال ۶۲۲ م. آغاز می‌شود. در ایران ما در ضمن این که مبدأ تاریخی از مبدأ تاریخ اسلامی منشأ می‌گیرد ولی معمول چنین است که تاریخ ایران را به سه دوره تقسیم می‌کنند؛ پیش از اسلام (تا ۶۲۲ م. مطابق سال اول هجری قمری) و پس از اسلام تا سال ۱۲۸۵ هجری خورشیدی (تاریخ صدور فرمان مشروطیت توسط مظفرالدین شاه قاجار) و پس از مشروطیت که تاکنون ادامه دارد. یک تقسیم‌بندی تاریخی مشترک عمومی ملت‌ها هم وجود دارد که تاریخ را به دو دوره پیش از میلاد مسیح و پس از میلاد مسیح که اکنون سال ۲۰۱۲ میلادی است، تقسیم می‌نمایند.

۱۰. در کشور ما ایران، تاریخ حقوق، در واقع، از بیست قرن پیش از میلاد شروع می‌شود. دوران پیش از اسلام آن، به طور مختصر، در مقالات این‌جانب مندرج در همین ماهنامه «کانون» شرح داده شده است و اکنون از طریق مراجعه به پایگاه اینترنتی کانون سردفتران و دفتریاران به نشانی www.notary.ir در دسترس همگان است.

حرف ماه

با همسایه‌مان خوش‌رفتار باشیم

حسود نبودن و آزار ندادن همسایه کافی نیست؛ خوش‌رفتاری با همسایه یک التزام اخلاقی است. ما نباید به مردم و خصوصاً همسایه‌مان رشک و حسد بریم و از آنچه خداوند از نعمت‌های خویش به ایشان عطا می‌فرماید، ناراحت شویم؛ بلکه باید به خداوند قادر متعال توکل کنیم و «خوش‌رفتاری» از حقوق مسلم همسایه است.

«حق‌همسایگی»، حقی است که بسیار درباره‌اش شنیده‌ایم و می‌دانیم. اما نکته‌ای قابل توجه اهل اخلاق و مردم‌داران روزگار امروزین است. و آن، این که برخی گمان می‌برند «حق همسایگی» را فقط باید در محل سکونت، آپارتمان‌ها و مجتمع مسکونی رعایت نمود. حال آن‌که؛ به یقین، عموم حقوقی که باید برای همسایه‌خانه‌مان منظور نماییم و در کیفیت اعمال حق ایشان بکوشیم، برای همسایه‌محل اشتغال و دفتر کارمان نیز ساری و جاری است.

همسایه آزاری ممنوع! حسادت و رشک بردن، غیراخلاقی است. از آنچه خداوند به همسایه می‌دهد نرنجیم و به تفضل و عنایت الهی امیدوار باشیم.

هر که همسایه‌اش از آزار او آسوده نباشد، ایمان ندارد. و گفته‌اند تا چهل خانه از چهار طرف (برابر، پشت‌سر، سمت راست و طرف چپ) همسایه هستند. باید همسایه را احترام کرد. به همسایه نباید زیان برسانیم. ما قطعاً دوست نداریم و نمی‌پسندیم که به خودمان آسیب و ضرر برسانیم؛ به همان اندازه هم باید در رفتارمان متوجه همسایه‌مان باشیم تا به او ضرر نزنیم و خدای ناکرده - آزارش ندهیم.

حسن همسایگی و خوش‌خلقی و خوش‌رفتاری با همسایه، روزی را زیاد کند. چه بسا، خمیرمایه فزونی روزی، همانا خوش‌رفتاری با همسایه باشد.

مگر نه این‌که ما مهمان‌نواز هستیم. چه خوب که همسایه را به‌سان مهمان احترام کنیم. درباره همسایه‌مان خوب بگوییم یا دست‌کم خاموشی و سکوت را تمرین کنیم و هرگز بدگویی نکنیم. اگر عمر طولانی و با عزت می‌خواهیم؛ بدانیم که خوش‌همسایگی و حسن رفتار با همسایه، بر عمر بیفزاید و خانه‌ها را آباد کند.

خوش‌همسایگی یعنی که نه فقط او را نیاز داریم بلکه بر آزار همسایه نیز باید که صبور و شکیبا باشیم. رئیس مذهب شیعه حضرت امام جعفر صادق علیه‌الصلاة والسلام می‌فرماید: از ما نیست کسی که با همسایه‌اش خوش‌رفتاری نکند.

حال که حد فاصل دفترخانه‌ها رعایت نمی‌شود و چه بسیار دفاتر اسناد رسمی که در همسایگی یکدیگر، مسئولیت خطیر سردفتری را تصدی‌گری می‌کنند، به هوش باشیم و همسایه‌داری کنیم و حق همسایه را به‌سان مهمان به‌جای آریم و به دیده منت او را احترام کنیم.

ر.ک.: اصول کافی، ابی جعفر محمد بن یعقوب بن اسحاق الکلینی الرازی، ترجمه حاج سید هاشم رسولی، ج. ۴، صص. ۴۹۴ - ۴۸۹.

اخبار، قوانین، مقررات، آراء و گزارش‌ها

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری رأی داد:

در صورت نقض رأی و ارجاع به هیئت هم‌عرض، پرونده بایستی با حضور اشخاصی غیر از اشخاصی که رأی منقوض را صادر کرده‌اند رسیدگی شود

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری درخصوص آراء متعارض تصریح کرد که رسیدگی مجدد به پرونده بایستی با حضور افرادی غیر از اعضای صادرکننده رأی اولیه که نقض شده، در هیئت هم‌عرض رسیدگی شود. به گزارش خبرنگار ماهنامه «کانون»، متن گردش کار و رأی نهایی صادره که در روزنامه رسمی شماره ۱۹۴۱۳ سوم آبان ماه سال جاری چاپ و منتشر شده، به شرح زیر است:

۱۳۹۰/۷/۳۰

شماره هـ/ ۱۱۸/۸۹

کلاس پرونده: ۱۱۸/۸۹

شماره دادنامه: ۲۹۱

تاریخ دادنامه: ۱۳۹۰/۷/۱۸

مرجع رسیدگی: هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.

اعلام‌کننده: مدیرکل امور حقوقی سازمان پزشکی قانونی

موضوع شکایت و خواسته: اعلام تعارض در آراء صادرشده از شعب دیوان عدالت اداری

گردش کار: درخصوص ترکیب اعضای هیئت تجدیدنظر هم‌عرض رسیدگی به تخلفات اداری، آراء متهافتی از شعب دیوان عدالت اداری صادر شده است بدین نحو که پس از اعتراض اشخاص به آراء هیئت‌های تجدیدنظر رسیدگی به تخلفات اداری کارکنان دولت، شعب دیوان عدالت اداری عندالاقضاء حکم به نقض آراء هیئت تجدیدنظر تخلفات اداری صادر و رسیدگی به هیئت تجدیدنظر هم‌عرض تخلفات اداری ارجاع شده است و پس از صدور رأی در هیئت مذکور و اعتراض مجدد به آن، تعدادی از شعب دیوان عدالت اداری از جمله شعبه ۲۱ به موجب دادنامه‌های ۵۳۵ مورخ ۱۳۸۸/۴/۱۳ و ۷۲۲ مورخ ۱۳۸۸/۵/۱۴ و شعبه ۲۲ به موجب دادنامه ۱۵۲ مورخ ۱۳۸۷/۲/۴ و شعبه ۲۳ به موجب دادنامه ۱۳۸ مورخ ۱۳۸۸/۱/۳۱ بدون توجه به ترکیب اعضای صادرکننده رأی معترض‌به، از این حیث که آیا در صدور رأی اولیه هیئت تجدیدنظر دخالت داشته‌اند یا خیر؟ به وارد نبودن شکایت حکم صادر کرده‌اند. ولیکن در یک مورد، شعبه ۲۳ دیوان عدالت اداری به موجب دادنامه شماره ۷۳۲ مورخ ۱۳۸۸/۵/۲۵ با این استدلال که چون یکی از اعضای صادرکننده رأی هیئت هم‌عرض تجدیدنظر، در صدور رأی اولیه هیئت تجدیدنظر رسیدگی به تخلفات اداری دخالت داشته است حکم به ورود شکایت و نقض رأی هیئت هم‌عرض تجدیدنظر رسیدگی به تخلفات اداری صادر کرده است.

مدیرکل امور حقوقی سازمان پزشکی قانونی کشور با توجه به مراتب فوق‌الذکر، به موجب نامه شماره ۵۹۵۳۴ مورخ ۱۳۸۸/۱۱/۱۸ رفع تعارض و صدور رأی وحدت رویه را خواستار شده است.

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در تاریخ یادشده با حضور رؤسا، مستشاران و دادرسان علی‌البدل شعب دیوان تشکیل شد و پس از بحث و بررسی، با اکثریت آراء به شرح آینده به صدور رأی مبادرت می‌کند.

رأی هیئت عمومی

الف - تعارض در مدلول آراء یادشده محرز تشخیص داده شد.

ب - نظر به این که شعبه بیست و سوم دیوان عدالت اداری به موجب دادنامه شماره ۱۴۴۰ مورخ

۱۳۸۷/۶/۳۰ رأی هیئت تجدیدنظر رسیدگی به تخلفات اداری سازمان پزشکی قانونی را از حیث نقص در تحقیقات نقض نکرده است تا با وحدت ملاک از بند ۲ ماده ۲۶۵ ق.ا.د.ک. مصوب سال ۱۳۷۸ و ماده ۴۰۱ ق.ا.د.م. مصوب ۱۳۷۹، برای رسیدگی مجدد به همان هیئت رسیدگی به تخلفات اداری ارجاع شود بلکه نقض رأی هیئت مزبور به لحاظ وجود اشکالاتی بوده است که مقتضای آن رسیدگی مجدد ماهوی در هیئت هم‌عرض تجدیدنظر رسیدگی به تخلفات اداری تشخیص داده شده است و با تنقیح مناط از تبصره ۲ ماده ۲ قانون رسیدگی به تخلفات اداری مصوب سال ۱۳۷۲ مبنی بر این که «هیچ یک از اعضای اصلی و علی‌البدل هیئت‌های بدوی یک دستگاه نمی‌توانند همزمان عضو هیئت تجدیدنظر همان دستگاه باشند. همچنین اعضای مذکور نمی‌توانند در تجدیدنظر پرونده‌هایی که در هنگام رسیدگی بدوی به آن رأی داده‌اند، شرکت کنند.» لزوماً می‌بایست پرونده پس از نقض با حضور اعضای غیر از کسانی که رأی اولیه را صادر کرده‌اند، در هیئت هم‌عرض رسیدگی شود. علی‌هذا رأی شعبه بیست و سوم دیوان عدالت اداری به شماره دادنامه ۷۳۲ مورخ ۱۳۸۸/۵/۲۵ مبنی بر وارد دانستن شکایت و نقض رأی هیئت هم‌عرض تجدیدنظر تخلفات اداری سازمان پزشکی قانونی از حیث این که در آن ترتیب فوق رعایت نشده است، صحیح و موافق مقررات تشخیص داده می‌شود. این رأی به استناد بند ۲ ماده ۱۹ و ماده ۴۳ قانون دیوان عدالت اداری برای شعب دیوان و سایر مراجع اداری مربوط در موارد مشابه لازم‌الاتباع است.

رئیس هیئت عمومی دیوان عدالت اداری - محمدجعفر منتظری

رسیدگی به خواسته‌های متعدد در پرونده‌های موضوع تعارض، قابلیت رسیدگی در دادرسی

واحد را دارد

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در خصوص شکایتی مبنی بر اعلام تعارض در آراء صادرشده از شعب این دیوان، رأی داد که امکان رسیدگی به خواسته‌های متعدد در پرونده‌های موضوع تعارض، ضمن یک دادرسی وجود دارد.

به گزارش خبرنگار ماهنامه «کانون»، متن رأی و گردش کار پرونده‌ها که طی

شماره ۱۹۴۱۹ روزنامه رسمی ۱۳۹۰/۸/۱۰ چاپ و منتشر شده، به شرح زیر است:

۱۳۹۰/۸/۸

شماره هـ/۶۶۱/۹۰

کلاسه پرونده: ۶۶۱/۹۰

شماره دادنامه: ۳۱۲

تاریخ دادنامه: ۱۳۹۰/۷/۲۵

مرجع رسیدگی: هیئت عمومی دیوان عدالت اداری

شاکای: آقای الف. م.

موضوع شکایت و خواسته: اعلام تعارض در آراء صادرشده از شعب دیوان عدالت اداری

گردش کار: نظر به این که شعب ۱۵ و ۱۶ دیوان عدالت اداری در رسیدگی به خواسته شکات مبنی بر ۱- صدور حکم بازنشستگی ۲- احتساب سوابق خدمت از مهر سال ۱۳۵۵ تا پایان سال ۱۳۵۹ آراء متهافتی صادر کرده‌اند، رفع تعارض و صدور رأی وحدت رویه درخواست شده است.

گردش کار پرونده‌ها و مشروح آراء به شرح زیر است:

الف: شعبه ۱۵ دیوان عدالت اداری در رسیدگی به پرونده کلاسه ۱۳۸/۸۸/۱۵ با موضوع دادخواست آقای

«الف.م» به طرفیت سازمان تأمین اجتماعی کرمان و به خواسته صدور حکم بازنشستگی و احتساب سوابق خدمتی از مهر ماه سال ۱۳۵۵ تا پایان سال ۱۳۵۹، به موجب دادنامه شماره ۱۶۳۶ مورخ ۱۳۸۸/۹/۱۸ مفاداً به شرح آینده به انشاء رأی مبادرت کرده است:

«در خصوص شکایت شاکی به طرفیت سازمان تأمین اجتماعی کرمان به خواسته صدور حکم بازنشستگی و احتساب سوابق از مهر ماه سال ۱۳۵۵ تا پایان سال ۱۳۵۹، با عنایت به این که به موجب ماده ۲۷ قانون آیین دادرسی دیوان عدالت اداری به موجب یک دادخواست بیش از یک خواسته را نمی‌توان اقامه کرد و شاکی بیش از یک خواسته مطرح کرده است لذا به استناد ماده یادشده قرار رد شکایت صادر و اعلام می‌شود. این قرار مستند به ماده ۷ قانون دیوان عدالت اداری قطعی است.»

ب: شعبه ۱۶ دیوان عدالت اداری در رسیدگی به پرونده کلاسه ۱۰۳/۸۸/۱۶ با موضوع دادخواست آقای «الف.م.ز.» به طرفیت سازمان تأمین اجتماعی کرمان و به خواسته صدور حکم بازنشستگی و احتساب سابقه خدمتی از مهر ماه سال ۱۳۵۵ تا پایان سال ۱۳۵۹ به موجب دادنامه شماره ۷۷۳ مورخ ۱۳۸۸/۴/۲۲ مفاداً به شرح آینده به انشاء رأی مبادرت کرده است:

«در خصوص دادخواست آقای «الف.م.ز.» به طرفیت سازمان تأمین اجتماعی شعبه ۲ کرمان به خواسته تقاضای صدور حکم بازنشستگی و برخورداری از مزایای قانونی آن و احتساب سوابق خدمتی از سال ۱۳۵۵ تا پایان سال ۱۳۵۹ در سابقه بیمه‌ای؛ با توجه به مجموع اوراق پرونده و لایحه دفاعیه اداره مشتکی‌عنه، در خصوص احتساب سابقه از سال ۱۳۵۵ تا پایان سال ۱۳۵۹ با توجه به آراء اداره کار مورخ ۱۳۸۷/۱۲/۲۲ و ۱۳۸۵/۱۰/۳۰ دعوی مطرح‌شده را وارد تشخیص می‌دهد و در اجرای مواد ۳۶ و ۳۹ از قانون تأمین اجتماعی اداره خواننده را به احتساب و پذیرش سوابق خدمتی خواهان در سابقه بیمه‌ای وی مکلف می‌کند و در خصوص خواسته دیگر خواهان مبنی بر صدور حکم بازنشستگی و مزایای قانونی آن با توجه به عدم احراز شرایط سنی مقرر در ماده ۷۶ از قانون تأمین اجتماعی دعوی مطرح‌شده را موجه نمی‌داند و قرار رد شکایت را صادر و اعلام می‌دارد. این قرار قطعی است.»

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در تاریخ یادشده با حضور رؤسا، مستشاران و دادرسان علی‌البدل شعب دیوان تشکیل شد. پس از بحث و بررسی، با اکثریت آراء به شرح آینده به صدور رأی مبادرت می‌کند.

رأی هیئت عمومی

اولاً: تعارض در مدلول آراء مذکور در گردش کار محرز است.

ثانیاً: مطابق ماده ۲۷ آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۷۹ مقرر شده است: «شکایت متعدد را که منشأ و مبنای آن‌ها مختلف است نمی‌توان به موجب یک دادخواست اقامه کرد مگر آن که دیوان بتواند به تمام آن‌ها ضمن یک دادرسی رسیدگی کند...» نظر به این که رسیدگی به خواسته‌های متعدد در پرونده‌های موضوع تعارض، قابلیت رسیدگی در دادرسی واحد را دارد، رأی شعبه شانزدهم دیوان عدالت اداری به شماره دادنامه ۷۷۳ مورخ ۱۳۸۸/۴/۲۲ در حدی که به موضوع در یک دادرسی رسیدگی کرده است صحیح و موافق مقررات تشخیص داده شد. این رأی به استناد بند ۲ ماده ۱۹ و ماده ۴۳ قانون دیوان عدالت اداری برای شعب دیوان و سایر مراجع اداری مربوط در موارد مشابه لازم‌الاتباع است.

رئیس هیئت عمومی دیوان عدالت اداری - محمد جعفر منتظری

حضور فعال ماهنامه «کانون» در هجدهمین نمایشگاه مطبوعات و خبرگزاری‌ها

ماهنامه «کانون» در هجدهمین نمایشگاه مطبوعات و خبرگزاری‌ها از سوم تا دهم آبان ماه سال جاری به‌نحو فعال حضور یافت.

به گزارش روابط عمومی کانون سردفتران و دفترباران، همچون سال‌های پیش، ماهنامه «کانون» در نمایشگاه مطبوعات و خبرگزاری‌ها مشارکت فعال داشت به‌طوری که هرروزه از ساعت ۱۶ تا ۱۸ با حضور مسئولان ثبت، اعضای هیئت مدیره کانون، استادان حقوق و اعضای هیئت تحریریه ماهنامه، جلسات پرسش و پاسخ برگزار و مسایل حوزه سردفتری و دفاتر اسناد رسمی مورد بررسی حقوقی کارشناسان قرار گرفت.

گفتنی است از نگاه مخاطبان، ماهنامه «کانون» در مقایسه با دیگر نشریات تخصصی حقوق شرکت‌کننده در نمایشگاه امسال، حضور فعال‌تر و متفاوتی داشت.

بخشنامه

بخشنامه جدید سازمان ثبت در خصوص مشمولان خدمت وظیفه عمومی

بخشنامه جدید سازمان ثبت اسناد و املاک کشور در خصوص مشمولان خدمت وظیفه عمومی اعلام شد.

به گزارش خبرنگار ماهنامه «کانون»، در یکی از قسمت‌های بخشنامه ثبتی صادره از سوی احمد توسرکانی معاون قوه قضائیه و رئیس سازمان ثبت اسناد و املاک کشور، راجع به مشمولان خدمت وظیفه عمومی چنین آمده است: کلیه مشمولین متولد سال ۱۳۳۸ به بعد که به سن ۴۹ سالگی تمام رسیده و وارد سن ۵۰ سالگی می‌شوند، از شمول مقررات قانون خدمت وظیفه عمومی خارج شده و نیازی به ارائه مدرکی دال بر رسیدگی به وضع مشمولیت ندارند.

متن این بخشنامه به شرح زیر است:

با عنایت به نامه شماره ۱۳۹۰/۴/۲ - م/ن - ۷۰۸/۱۲/۰۴ رئیس ستاد کل نیروهای مسلح مقتضی است

ضمن رعایت موارد ذیل نسبت به ابلاغ آن به واحدهای ثبتی و دفاتر اسناد رسمی تابعه اقدام نمایند:

۱ - کلیه متولدین ذکور سال «۱۳۳۷» به قبل، مستند به تصویب‌نامه مورخ ۵۸/۵/۶ هیئت وزیران و مواد ۲ و ۴ قانون خدمت وظیفه عمومی مصوب ۶۳/۷/۲۹ مجلس شورای اسلامی از انجام خدمت وظیفه عمومی (ضرورت، احتیاط و ذخیره) معاف بوده و شناسنامه آنان ملاک عمل در انجام معاملات و دیگر امور ثبتی می‌باشد.

۲ - متولدین ذکور سال‌های ۱۳۳۸ به بعد خصوصاً کسانی که به سن ۱۸ سال تمام رسیده‌اند (فعالاً متولدین ۱۳۷۲) بایستی مدرکی دال بر رسیدگی به وضع مشمولیت خود که عبارتند از کارت پایان خدمت، کارت معافیت یا گواهی سازمان وظیفه عمومی یا گواهی خدمت از یکی از سازمان‌های نیروهای مسلح را ارائه نمایند.

۳ - کلیه مشمولان متولد سال ۱۳۳۸ به بعد که به سن ۴۹ سالگی تمام رسیده و وارد سن ۵۰ سالگی می‌شوند، از شمول مقررات قانون خدمت وظیفه عمومی خارج شده و نیازی به ارائه مدرکی دال بر رسیدگی به وضع مشمولیت ندارند.

۴ - کلیه مشمولان متولد سال ۱۳۳۸، تا پایان سال ۱۳۵۴ که گواهی خدمت از یکی از سازمان‌های نیروهای مسلح یا کارت پایان خدمت یا معافیت‌های قانونی دیگر ندارند بایستی مدرک «کارت معافیت رهبری» ارائه نمایند.

۵ - نظارت بر حسن اجرای این بخشنامه برعهده معاونت امور اسناد، دفتر بازرسی و پاسخگویی به شکایات و مدیران کل ثبت اسناد و املاک استان‌ها می‌باشد.

آراء قضایی

قید کلمات «فروش و انتقال قطعی آپارتمان موصوف جزئاً یا کلاً به هر کس و به هر مبلغ» مفید

عدم رعایت مصلحت موکل نیست

تاریخ: ۸۳/۱۱/۷ شماره دادنامه: ۱۳۶۸ کلاس پرونده: ۹۸۱/۱۲/۸۳

مرجع رسیدگی: شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

تجدیدنظرخواه: آقای «ع»

تجدیدنظرخوانده: آقای «د»

تجدیدنظرخواسته: دادنامه شماره ۲۹۳ در تاریخ ۸۳/۳/۱۰ صادره از شعبه ۱۱۷۵ 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 «ع» نسبت به مفاد دادنامه شماره ۲۹۳ به تاریخ ۸۳/۳/۱۰ صادره از شعبه ۱۱۷۵ دادگاه عمومی تهران به طرفیت آقای «د» با وکالت آقای «دب» که طی آن دعوی طرح شده از سوی تجدیدنظرخواه در دادگاه نخستین دایر به ۱ - صدور حکم به فسخ وکالتنامه رسمی شماره ۱۳۹۲۷۷ به تاریخ ۱۳۸۱/۷/۲۱ تنظیمی در دفترخانه... تهران و ابطال سند انتقال شماره ۱۳۹۵۶۴ به تاریخ ۱۳۸۱/۹/۱۶ همان دفترخانه و پرداخت خسارات مردود اعلام شده است؛ چون موضوع وکالتنامه مورد اشاره اعطای وکالت به تجدیدنظرخوانده برای انتقال سه دانگ مشاع یک دستگاه آپارتمان واقع در طبقه دوم قطعه پنجاه و هشت تفکیکی شماره X فرعی از ۱۱۶ اصلی مفروز و مجزی شده از پلاک y فرعی از اصلی مذکور واقع در بخش یازده تهران است که به شرح سند انتقال یادشده به مفاد آن عمل شده است و به این اعتبار فاقد موضوع برای اجرا است و عملاً این فسخ صورت پذیرفته با استناد به ماده ۳۵۳ ق.آ.د.م. رد دعوی مزبور تأیید می شود. ۲ - چون قید کلمات «فروش و انتقال قطعی آپارتمان موصوف جزئاً یا کلاً به هر کس و به هر مبلغ» مفید عدم رعایت مصلحت موکل نیست و خصوصاً در انتقال این ملک به وکیل رعایت مصالح موکل کاملاً ضروری است؛ زیرا عقد وکالت امانی است و رعایت ضوابط مربوط به امین مانع از انجام عمل به ضرر موکل است و با توجه به این که بهای سه دانگ ملک مورد مبادله در سند انتقال سیزده میلیون و ششصد و سی و پنج هزار و بیست و دو ریال معین گردیده است که با قیمت متعارف املاک در شهر تهران تفاوت فاحش دارد و دلیلی که نشانگر قبول ثمن این معامله از سوی تجدیدنظرخواه باشد ارائه نشده است، این دادگاه با استناد به ماده ۳۵۸ قانون مرقوم و تلقی رد دعوی حکم بر بی حقی دادنامه

یادشده را در خور فسخ دیده و با گسیختن آن حکم بر بطلان سند انتقال شماره ۱۳۹۵۶۴ به تاریخ ۱۳۸۱/۹/۱۶ تنظیمی در دفترخانه تهران و پرداخت مبلغ یک میلیون و چهل و چهار هزار ریال بابت خسارت دادرسی از سوی تجدیدنظرخوانده به تجدیدنظرخواه صادر و اعلام می‌کند. رأی صادره قطعی است.

مستشاران شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

منصوری - ابراهیم‌خانی

متن وکالتنامه رسمی مبنی بر اختیار وکیل در فروش، صلح و ... ولو به شخص خود به هر قیمتی

دلالت بر این دارد که موکل کلیه حقوق خود را دریافت کرده است

تاریخ: ۸۴/۹/۲۹ شماره دادنامه: ۱۲۳۰ کلاس پرونده: ۱۲۵۴/۲۸/۸۴

مرجع رسیدگی: شعبه ۲۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

تجدیدنظرخواه: ...

تجدیدنظرخوانده: ...

تجدیدنظرخواسته: دادنامه شماره ۴۱۲ در تاریخ صادره از شعبه ۱۱ 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 نسبت به دادنامه شماره ۴۱۲ در تاریخ ۸۴/۴/۲۰ صادره از شعبه ۱۱ دادگاه عمومی تهران اجمال دعوی خواهان بدوی و آقای وکیل وی مطالبه ثمن یک دانگ از ملک مورددعوی است. با التفات به اوراق پرونده از جمله دفاعیات خوانده و آقای وکیل وی و مستندات ارائه شده و نیز متن وکالتنامه رسمی شماره ۱۳۹۶۵۶ - ۸۱/۲/۲۰ که همگی دلالت بر این دارد که خواهان ثمن معامله و هر حقی که در این خصوص داشته دریافت نموده است و قاعدتاً با به کار بردن کلماتی نظیر عبارات مندرج در این وکالتنامه؛ «وکیل اختیار دارد بفروشد یا صلح کند به هر کس و هر قیمت ولو به شخص خود به هر ثمن و به هر وجه و به هر شرط و اسقاط خیارات ولو خیار غبن ...» همگی حاکی از این است که کلیه حقوق خود را دریافت کرده است و معقول به نظر نمی‌رسد کسی که حقوق خود را دریافت نکرده باشد و چنین اختیاراتی را به طرف مقابل بدهد؛ بنا به مراتب مذکور دلیل کافی که موجب نقض دادنامه شود ارائه نشده است و با استناد به ماده ۳۵۸ ق.آ.د.م. با رد تجدیدنظرخواهی دادنامه تأیید می‌گردد. این رأی حضوری و قطعی است.

رئیس شعبه ۲۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

الهیاری

مستشار دادگاه

دقیقی

وکیل پس از انجام معامله و دریافت ثمن باید آن را به موکل پرداخت نماید

تاریخ: ۸۴/۱۰/۲۸ شماره دادنامه: ۱۶۲۴ کلاسه پرونده: ۱۳۱۶/۷/۸۳

مرجع رسیدگی: شعبه هفت دادگاه تجدیدنظر استان تهران

هیئت دادرسان: آقایان یداله نوری، رئیس دادگاه و سیدمحمدعشری و مهدی صاحبی، مستشاران دادگاه تجدیدنظرخواه: ...

تجدیدنظرخوانده: ...

تجدیدنظرخواسته: دادنامه شماره ۵۷۰ در تاریخ ۸۳/۴/۳۰ صادره از شعبه ۲۰۷ دادگاه عمومی تهران **گردش کار:** تجدیدنظرخواه دادخواستی به خواسته فوق ارائه کرده است که به این شعبه ارجاع و پس از ثبت به کلاسه فوق و انجام تشریفات قانونی رسیدگی شد و سرانجام در وقت فوق العاده دادگاه تشکیل گردید و با بررسی اوراق و محتویات پرونده، ختم دادرسی را اعلام کرد و به شرح زیر رأی داد:

رأی دادگاه

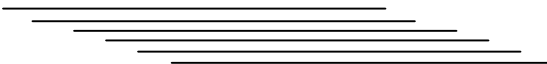
تجدیدنظرخواهی آقای ... از طرف آقای ... از دادنامه شماره ۵۷۰ در تاریخ ۸۳/۴/۳۰ شعبه ۲۰۷ دادگاه عمومی تهران که به موجب آن حکم به بی حقی تجدیدنظرخواه نسبت به دعوی مطالبه بهای یک دستگاه آپارتمان به مساحت ۱۱۲/۲۰ مترمربع به پلاک ثبتی شماره X واقع در بخش ۱۰ تهران و به طرفیت تجدیدنظرخوانده صادر شده وارد و موجه است؛ زیرا به موجب فتوایی مصدق سند انتقال رسمی شماره ۹۹۷۴۷ در تاریخ ۸۰/۱۱/۲۱ دفترخانه رسمی تهران تجدیدنظرخوانده با وکالت غیرمستقیم از تجدیدنظرخواه مالکیت قانونی پلاک فوق که متعلق به تجدیدنظرخواه بوده به خود منتقل نموده است و چون تجدیدنظرخوانده به عنوان وکیل عمل نموده است و به موجب مواد ۶۶۸ و ۶۷۳ ق.م.، وکیل باید حساب مدت وکالت خود را به موکل بدهد و آنچه را که به جای او دریافت کرده است به او رد کند و این که بعد از انجام معامله وکیل، ثمن معامله را دریافت کرده است ولی برای رد آن به موکل خود دلیلی ارائه نکرده است، دادگاه به منظور ارزش ملک، قرار ارجاع امر به کارشناس را صادر و اعلام کرده است که کارشناس منتخب دادگاه ثمن معامله را در تاریخ انجام معامله (۸۰/۱۱/۲۱) به مبلغ ۵۷۰,۰۰۰,۰۰۰ ریال تعیین کرده است که با اعلام مراتب وصول نظریه کارشناس به طرفین دعوی گرچه در بدو امر از طرف وکیل تجدیدنظرخواه به نظریه کارشناس اعتراض شده و متعاقب آن لایحه اعتراضیه مسترد نموده است و از طرف تجدیدنظرخوانده ایراد و اعتراض به نظریه کارشناس به عمل نیامده است، دادگاه رأی تجدیدنظرخواسته را برخلاف مقررات قانون مدنی در باب وکالت دانسته و با استناد به قسمت اول ماده ۳۵۸ ق.آ.د.م. و نیز با استناد به مواد ۶۷۷ از قانون مدنی و ۱۹۸ از قانون آیین دادرسی مدنی حکم به محکومیت تجدیدنظرخوانده به پرداخت مبلغ ۵۷۰,۰۰۰,۰۰۰ ریال از بابت ثمن بیع مورد معامله، موضوع سند رسمی انتقال شماره ۹۹۷۴۷ در تاریخ ۸۰/۱۱/۲۱ دفترخانه رسمی تهران و هزینه دادرسی و حق الوکاله طبق تعرفه در حق تجدیدنظرخواه را صادر و اعلام می‌دارد و اضافه می‌کند که اجرای حکم موکول به پرداخت مابه‌التفاوت هزینه دادرسی از طرف تجدیدنظرخواه است. این رأی قطعی است.

رئیس شعبه هفت دادگاه تجدیدنظر استان تهران

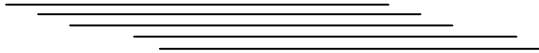
یداله نوری

مستشاران دادگاه

سیدمحمدعشری - مهدی صاحبی



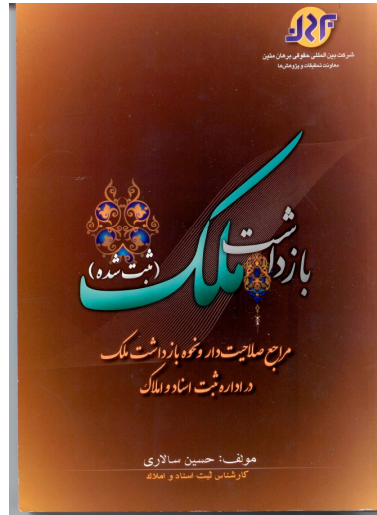
معرفی کتاب



بازداشت ملک (ثبت شده)

اساساً از نظر اقتصادی، ملک و املاک دارای ارزش سرمایه‌ای است و در زمره کالاهای سرمایه‌ای مورد توجه اقتصاددانان است. ملک اعم از زمین و آپارتمان و فارغ از عرصه و عین جزو اموال غیرمنقول است که از دیرباز به منظور تأمین خواسته افراد در دعاوی و یا تضمین وصول طلب بستانکاران ارزشیابی می‌شده و گاهی عین ملک در رهن دیگری قرار می‌گرفته و گاهی هم سند مالکیت آن موضوع وثیقه معاملات تاجران و بازرگانان و کسبه و بازاریان و بانک‌ها یا حتی دادگاه‌ها قرار می‌گرفته و هنوز هم!

عنوانی که قانون‌گذار در قوانین مدنی، ثبت، اجرای احکام مدنی، مالیات‌های مستقیم، تأمین اجتماعی، آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی و کیفری و مانند آن برای موضوع مورد بحث کتاب حاضر برگزیده و یک اصطلاح حقوقی است، همانا «بازداشت» یا «توقیف» ملک است که حسین سالاری به‌عنوان نگارنده کتاب



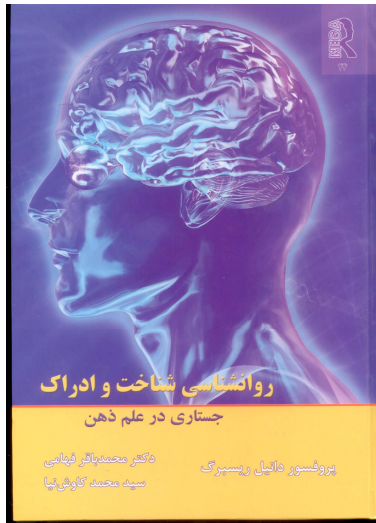
«بازداشت ملک»، از آنجا که جایگاه، چگونگی و مسایل مترتب بر تأمین و توقیف و بازداشت املاک ثبت شده را از دیدگاه ثبتی، کارشناسی و دقیق مورد تحقیق قرار داده، حائز اهمیت بسیار است.

نویسنده این کتاب، تعاریف، مراجع صلاحیت‌دار برای بازداشت ملک و اعطای نیابت برای بازداشت؛ مراجع قضایی صالح در بازداشت ملک و مستندات آن و املاک غیرقابل بازداشت و مستثنیات دین را در بخش اول و نحوه بازداشت ملک در اداره ثبت اسناد و املاک؛ تاریخ بازداشت ملک و مشخصات نامه بازداشت؛ بازداشت عین، منافع و مازاد؛ اثر و هدف توقیف ملک و رفع توقیف را طی پنج فصل در بخش دوم تدوین نموده است.

انتشارات جنگل - جاودانه نوبت اول چاپ این کتاب ۲۸۰ صفحه‌ای را در سال جاری با شمارگان ۱۰۰۰ نسخه به ارزش ۴۵ هزار ریال در اختیار علاقه‌مندان خصوصاً کارشناسان حقوقی و ثبتی، قضات، متصدیان امر اجرای احکام و قرارها در دادگاه‌ها و سازمان ثبت، وکلای دادگستری و سردفتران و دفتریاران دفاتر اسناد رسمی قرار داده است.

روان‌شناسی شناخت و ادراک (جستاری در علم ذهن)

روان‌شناسی، شناختی علمی است که توانایی‌ها و عملکرد شناختی انسان را مورد مذاقه و بررسی قرار می‌دهد. چرا که تمامی فعالیت‌های ذهنی و حرکتی بهره‌ای از کنش‌های شناختی دارد. تمرکز اصلی



این شاخه روان‌شناسی، بر کشف چگونگی کسب، ذخیره‌سازی اطلاعات و پردازش و تجزیه و تحلیل داده‌ها در انسان بوده و روش‌های بهبود حافظه، چگونگی افزایش دقت در تصمیم‌گیری و چگونگی سامان‌دهی و ساختار بخشی به دریافتی‌ها از اطلاعات و مطالب آموزشی به منظور افزایش کیفیت یادگیری و بهبود روش‌های معمول از جمله کاربردهای علمی این رشته است.

کتاب حاضر که به‌عنوان منبع درسی و پژوهشی در مقاطع کارشناسی ارشد و دکتری گرایش‌های مختلف روان‌شناسی و مشاوره در ایالات متحده آمریکا تدریس می‌شود، نوشته دانیل ریسبرگ است که از سوی محمدباقر فهامی و سیدمحمد کاوش‌نیا به زبان فارسی برگردانده شده است.

مترجم در مقدمه کتاب، مطالعه آن را به استادان، مدرسان، دانشجویان رشته‌های روان‌شناسی و مشاوره، خصوصاً علاقه‌مندان به علم اعصاب رفتاری، زبان‌شناسی، روان‌شناسی صنفی - سازمانی، طراحان هوش مصنوعی، برنامه‌نویسان درسی، مدیران آموزشی و پژوهشی و تربیت و پرورش ذهن برای درک بهتر فرایندهای درونی ذهن آدمی، توصیه نموده است.

کتاب «روان‌شناسی شناخت و ادراک» که در پانزده فصل زیرعنوان‌های؛ «علم ذهن»، «مبانی عصبی ادراک»، «شناخت اشیای جهان پیرامون»، «توجه کردن»، «دستیابی به مطالب و سامانه حافظه فعال»، «رابطه درونی میان دریافت مطالب و بازیابی»، «خطاهای حافظه، شکاف‌های حافظه»، «نظریه‌های مرتبط با حافظه‌های بلندمدت»، «مفاهیم و دانش عمومی»، «زبان»، «دانش دیداری»، «قضاوت»، «استدلال»، «حل مسأله» و «اندیشه خودآگاه و ناخودآگاه» توسط پیام علوی در سال جاری منتشر شده است، دارای ۸۵۵ صفحه و جلد نفیس با شمارگان ۱۰۰۰ نسخه به ارزش ۱۹ هزار تومان است.

قابل توجه سردفتران و دفترباران

و

دفتر 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 دفتر 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 ۱۸۸ 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

دفترباران (جلد اول)» برای اینجانب.....

به نشانی:.....

پست الکترونیک:..... E-mail: تلفن تماس:.....

کدپستی: ارسال فرمایید. هزینه خرید کتاب طی فیش

بانکی شماره..... به مبلغ..... که اصل آن پیوست می‌باشد، واریز شده است.



۱- هزینه خرید هر یک نسخه کتاب ۴۵۰۰ ریال است (۴۰۰۰ تومان قیمت کتاب + ۵۰۰ تومان هزینه پستی).

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

* نکته مهم: 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 کدپستی و تلفن متقاضی خرید کتاب در برگ «خرید کتاب» دقیق قید شود.

همیشه با «کانون» همراه باشید: www.notary.ir
E-mail: Magazine@notary.ir

نشانی دفتر ماهنامه: تهران، خیابان استاد مطهری، خیابان شهید علی اکبری، خیابان شهید صحافزاده،

شماره ۳۸، ساختمان شماره ۴ کانون سردفتران و دفترباران

تلفن: ۰۲۱ - ۸۸۷۳۹۲۸۷ دورنگار: ۰۲۱ - ۸۸۷۳۹۱۰۴

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 تنظیم و تدوین مقالات ارسالی اهتمام ورزد. البته رعایت این مهم در جهت حفظ شأن علمی-پژوهشی ماهنامه ضروری است.

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

شیوه‌نامه تدوین مقالات

۱ - موارد زیر به‌طور دقیق و کامل و خوانا حتماً ضمیمه مقاله یا ترجمه باشد؛

۱ - ۱ - نام و نام‌خانوادگی، میزان تحصیلات، رشته تحصیلی، رتبه علمی-پژوهشی یا دانشگاهی، گروه آموزشی، نام دانشکده، نام دانشگاه، نام شهر واحد دانشگاهی (هم فارسی، هم انگلیسی یا فرانسه).

۲ - ۱ - نشانی، کدپستی، شماره تلفن ثابت، نامبر 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 - ترجیحاً مقاله‌های تایپ‌شده در برنامه زرنگار تحت ویندوز و یا 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

به ترتیب آورده شود؛ الف - نام‌خانوادگی نویسنده اثر. ب - سال نشر اثر. ج - شماره صفحه مورد

استناد. مثلاً: (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص. ۲۷).

۲۱۳ - ۸ - در صورت تعدد آثار نویسنده در یکسال، منبع مورد استناد را با حروف ابجد (الف، ب، ج، د، ...) مشخص نمایید. مثلاً: (کاتوزیان، ۱۳۸۳ [الف]، ص. ۳۹) و (کاتوزیان، ۱۳۸۳ [ب]، ص. ۲۴۵).

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

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

۲ - ۹ - مقاله: الف - نام خانوادگی نویسنده، ب - نام نویسنده، ج - تاریخ انتشار نشریه، د - **عنوان مقاله**، ه - نام مترجم، و - **نام یا عنوان نشریه**، ز - نام یا عنوان صاحب امتیاز نشریه، ح - دوره و سال انتشار نشریه، ط - ترتیب انتشار نشریه؛ ی - شماره نشریه، ک - صفحات شروع تا پایان مقاله در نشریه مورد استناد؛ مثلاً: محمدی، عباس (زمستان ۱۳۸۸)، **ماهیت حقوقی قرارداد اجاره کشتی، فصلنامه حقوق**، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۹، ۱۳۸۸، فصلنامه، ش. ۴، صص. ۳۵۹ - ۳۳۷.

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

۱۱ - 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: ۸۸۷۳۹۲۸۷ - ۰۲۱

صندوق پستی: ۴۱۹ - ۱۴۳۳۵

دورنگار: ۸۸۷۳۹۱۰۴ - ۰۲۱

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 نظریه‌های 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 <input type="checkbox"/> سردفتر <input type="checkbox"/> دفتریار <input type="checkbox"/>										
کارمند دفتر اسناد رسمی <input type="checkbox"/> وکیل <input type="checkbox"/> قاضی <input type="checkbox"/> کارشناس حقوقی <input type="checkbox"/> دانشجو <input type="checkbox"/>										
یا هستیم، به نشانی:.....										
.....										
پست الکترونیک:..... E-mail :.....										
تلفن تماس:..... کد پستی: <table border="1" style="display: inline-table; border-collapse: collapse; text-align: center; width: 100px; height: 20px;"> <tr> <td style="width: 10px;"> </td><td style="width: 10px;"> </td><td style="width: 10px;"> </td><td style="width: 10px;"> </td><td style="width: 10px;"> </td><td style="width: 10px;"> </td><td style="width: 10px;"> </td><td style="width: 10px;"> </td><td style="width: 10px;"> </td><td style="width: 10px;"> </td> </tr> </table>										
ارسال فرمایید. هزینه اشتراک طی فیش بانکی شماره										
به مبلغ برای ۶ ماه <input type="checkbox"/> یکسال <input type="checkbox"/> 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 - ۰۲۱ - دورنگار: ۸۸۷۳۹۱۰۴ - ۰۲۱

خلاصة محتويات مجلة "كانون" الشهرية - العدد ۱۲۲

يتضمن العدد ۱۲۲ من مجلة "كانون" الشهرية العلمية - التخصصية مقالات و موضوعات تكتسى اهمية بالنسبة للمهتمين بالقانون و الحقوق.

و فى قسم "رؤية" ثمة مقال بقلم السيد عباس سعيدي عضو مجلس ادارة نقابة مدراء و مساعدى مكاتب التوثيق الرسمى يشدد فيه على ضرورة النظرة الاستراتيجية للجهاز القضائى فيما يخص تطبيق القوانين و المقررات و وضع الاهداف العامة للخطط الخمسية للسلطة القضائية موضع التنفيذ و يؤكد بان نسبة توفير الصحة الحقوقية للمجتمع رهن بعمق هذا النوع من الرؤية.

و قسم "حديث الساعة" لهذا العدد بعنوان "تسهيل تنظيم الوثيقة الرسمية، الاستراتيجية التنفيذية لخفض الجرائم و الدعاوى" بقلم السيد رضا تاجكر، امين هيئة رئاسة التحرير يؤكد فيه على اهمية تطوير الثقافة الحقوقية فى المجتمع و يقول ان كانت ارادة الجهاز القضائى مبنية على الوقاية من وقوع الجريمة و خفض الجرائم و الدعاوى سواء الحقوقية و الجزائية، فانه يجب ان يصب جل اهتمامه على تعزيز الوثيقة الرسمية و التسهيل القانونى لتنظيم الوثيقة الرسمية فى مكاتب التوثيق الرسمى.

و فى قسم "مقالات" هناك مقال بعنوان "دراسة النطاق الموضوعى للشركات العملية" يتطرق الى مفاد المادة ۲۲۰ من قانون التجارة (الايراني)، الشركات التى تعتبر شركات

تضامنية من وجهة نظر القانون. و يناقش كاتب المقال السيد ساعد شهبوار باسهاب هذا الموضوع و هو ما نوع الشركات التي تندرج في اطار الشركات التجارية لكنها لا يطبق عليها قانون التجارة، و ما هي الاحكام القانونية التي تنطبق عليها.

و"دور التحذير في المسؤولية المدنية" هو مقال للسيد عباس ميرشكاري يقول فيه بان عامل الضرر لن يتحمل مسؤولية مدنية، ان كان قد حذر من احتمال الحاق خسائر بالطرف المتضرر المحتمل قبل انجاز العمل المضر، و يشير الى مبدأ التوعية و يعتبر قاعدة التحذير فرعا لقاعدة الاقدام.

و"بحث مقتضب حول مصير موضوع البند ١٥٢ من مجموعة التعاميم التسجيلية" هو مقال بقلم السيد محمد عظيميان يتناول الاقرار بتسليم او نقل الصداق و يناقش انعدام الاساس القانوني لاصدار التعميم المذكور.

و من المقالات المهمة الاخرى، هو مقال للسيد رضا شعباني بعنوان "حدود اختصاص المحاكم الانتظامية لمدراء و مساعدي مكاتب التوثيق الرسمي". و يرى كاتب المقال بان اداء مدراء و مساعدي مكاتب التوثيق الرسمي سواء كان اداء اداريا او قضائيا، فانه تترتب عليه اثار حقوقية مختلفة، و في حال حدوث مخالفة او جرم انتسابي، فان المرجع ذى الاختصاص الذى سببت في القضية، سيكون مختلفا.

و في قسم "نافذة" كتب السيد حسن رضا ندائي مقالا حول الاية الكريمة ٢٨٢ من سورة البقرة، بعنوان "تنظيم الوثيقة و الاحكام المستنبطة من اية التداين" و هو مقال يستحق القراءة.

و من المقالات الاخرى التي يتضمنها هذا العدد من "كانون" هو مقال بعنوان "الاداء القضائي لحقوق التسجيل" بقلم السيد علي توسلي يناقش القضية من زاوية الوقاية من جرائم التسجيل.

كما ان ثمة مقالا تحت عنوان "دور مكاتب التوثيق الرسمي في حذف القضاء" للسيد مهرزاد رزمي يتناول فيه الموضوع المهم المتمثل في الطاقة الاستيعابية لمكاتب التوثيق الرسمي في قبول و انجاز الامور شبه القضائية.

كما يتضمن هذا العدد من مجلة "كانون" القسم السادس عشر من "قاموس مفردات و مصطلحات الوقف" قام بجمعه و تدوينه السيد جليل محمدي.

و"اوصاف عقد الوكالة" هو مقال بقلم السيدة ايران محمدبور تشرح فيه الاوصاف القابلة للتمييز لعقد الوكالة عن سائر العقود، و تعتبر ان الوكالة تابعة لموضوع الوكالة بحيث انه ان كان التصرف في موضوع الوكالة بحاجة الى شكل خاص، فان الوكالة يجب ان تحوى ذلك الشكل الخاص.

و في قسم "هاجس" ثمة مقال بعنوان "مدخل على مرجع اصدار سند ملكية السيارة" بقلم السيد فرداد ظفر محمدي.

و من المقالات الاخرى لهذا العدد هو مقال عنوانه "نموذج اصلاح قوانين الجزاء المرتبطة بالجنون على اساس علم النفس التحليلي" بقلم السيد محمد كاظم يعقوبي كلوردي يقترح فيه ان يبادر المشرع الى حذف مفردة "الجنون" من النصوص القانونية لكي يكون بوسع الاشخاص المصابين بالاضطرابات النفسية باشكال مختلفة، التمتع بالميزات الخاصة للقانون فيما يخص رفع المسؤولية الجزائية عن مثل هذه الاعمال.

و في قسم "الترجمة" هناك مقال حول تاريخ الحقوق بعنوان "تاريخ الحقوق في ظل التوجه الانغلو ساكسوني" قام بترجمته السيد محمد علي اخري.

و في الختام، و كما الاعداد السابقة هناك الاخبار و القوانين و المقررات و الاراء و عدد من الرؤى القضائية التي تعتبر مفيدة بالنسبة لمدرء و مساعدى مكاتب التوثيق الرسمى. و فضلا عن ذلك تم تقديم كتب و كذلك درج خلاصة محتويات العدد باللغات الانجليزية و الفرنسية.

La partie "**Souci**" contient une note intitulée "**Une introduction à l'autorité délivrant le titre de propriété de véhicule**", écrite par M. Fardad Zafar Mohammadi.

"**Le modèle de modification des lois pénales relative à la démence sur la base des sciences psychiatriques**" est le titre d'une autre note de ce numéro, dont l'auteur M. Mohammad Kazem Ya'ghoubi Gelvardi propose au législateur de supprimer du texte légal le mot "démence" pour que les personnes atteintes de troubles psychiques puissent profiter de la caractéristique particulière de la loi en matière d'absence de responsabilité pénale que leurs actes impliquent.

Dans la partie de la "**Traduction**", on lira une note historique intitulée "**L'histoire du droit anglo-saxon**" qui a été écrite par M. Mohammad Ali Akhtari.

En fin, comme tous les numéros précédents, après l'actualité, les lois, les règlements et les thèses, le lecteur trouvera un certain nombre de thèses judiciaires intéressantes pour la société des notaires et clercs. avant de passer à la présentation de quelques livres. On pourra trouver aussi, comme d'habitude, la traduction d'un extrait d'article de ce numéro en langues anglaise et arabe.

"La fonction de l'avertissement dans la responsabilité civile" est le titre d'un article écrit par M. Abbas Mirshekari qui exprime que l'auteur du dommage n'encourt pas la responsabilité civile lorsqu'il a, avant la commission du fait, averti la partie lésée de l'éventualité du dommage. En évoquant le principe de la sensibilisation, il considère la règle d'avertissement comme secondaire par rapport à la règle de tentative.

Dans **"Une brève étude de l'objet de l'alinéa 152 de l'ensemble des circulaires de l'enregistrement"**, en matière de reconnaissance de la perception ou de la cession du douaire, M. Mohammad Azimian discute de l'absence du fondement légal desdits circulaires.

L'une des notes intéressantes à lire c'est celle de M. Reza Sha'bani et qui s'intitule **"La frontière de la compétence des tribunaux disciplinaires des notaires et clercs"**. L'auteur estime que la fonction du notaire ou du clerc produit des effets différents selon qu'elle est administrative ou judiciaire, idem pour le tribunal compétent lorsqu'il commet un délit ou une infraction.

Dans la partie **"La fenêtre"** M. Hassan Reza Nedaei a écrit une note sur le verset 282 de la sourate Baghareh, intitulée **"L'établissement d'un acte et les règles déduites de ce verset"**.

On lira une autre note de M. Ali Tavassoli intitulée **"La fonction judiciaire du droit de l'enregistrement"** qui explique les délits relatifs à l'enregistrement avec une orientation préventive.

L'article intitulé **"La fonction des études notariales dans la déjudiciarisation"**, de M. Mehrzad Razmi, évoque la capacité des études à recevoir et exécuter des affaires quasi-judiciaires.

On trouvera aussi la seizième partie du **"Dictionnaire des mots et expressions relatifs à la fondation pieuse"**, élaboré par M. Seyed Jalil Mohammadi.

"Les qualités de la procuration" est le titre d'un article écrit par Mme Iran Mohammadpour qui explique les qualités permettant de distinguer la procuration des autres actes, estimant que la procuration est subordonnée à l'objet de la procuration dans le sens que si, par exemple, la possession concernant l'objet de la procuration suppose une forme particulière, la procuration elle aussi doit revêtir la même forme.

Extrait d'Articles de Kanoun N° 122

Dans l'édition n° 122 du mensuel scientifique et technique Kanoun il y a d'importants articles et notes dont la lecture est recommandée aux curieux de la science juridique.

Le "**Point de vue**", écrit par M. Abbas Saeedi, membre du conseil d'administration de l'Ordre des notaires et clercs, évoque la nécessité d'une vision stratégique que le pouvoir judiciaire doit adopter en matière d'application des lois et pour la réalisation des objectifs importants des plans quinquennaux, insistant sur le fait que l'assurance de la santé juridique de la société est subordonnée à la profondeur de cette vision.

"**La parole du jour**" de ce numéro contient un article intitulé "**La facilité de l'établissement d'un acte authentique; stratégie exécutive pour la réduction des délits et procès**" dont l'auteur M. Reza Tajgar, secrétaire du conseil de rédaction, insiste sur l'extension de la culture juridique de la société, ainsi que sur le fait que si la volonté du pouvoir judiciaire se dirige vers la prévention des crimes et affaires judiciaires d'ordre juridique ou pénal, le pouvoir judiciaire doit faire de son mieux pour renforcer l'acte authentique et rendre plus facile l'établissement des actes devant notaire.

Dans la partie des articles, on lira une note intéressante intitulée "**L'étude du champ thématique des sociétés pratiques**" qui discute des dispositions de l'article 220 du Code commercial iranien ; les sociétés que la loi considère comme les sociétés en commandite. L'auteur de cette note M. Saaed Shahsavar cherche à répondre à la question de savoir quelles sont les sociétés qui ne font pas l'objet du Code commercial et quelles lois s'y appliquent.

In the “Concerns” section entitled “**Introduction to Issuing Authority of Vehicle Title Deed**” we read a note by Mr. Fardad Zafar Mohammadi.

“**The Model for Reform of Criminal Laws Related to Insanity Based on Psychiatry**” is another article in this issue. Mr. Mohammad Kazem Ya’ghoobi Gelvardi suggests that the term “insanity” (lunacy) be eliminated from the texts of law by the legislators, so that the people who are afflicted by mental disorders can take advantage of special considerations given in law in regards to criminal disclaimers options in law for their benefits.

In the “**Translation**” section, we read a note about the history of law under the title; “**History of Law from Anglo-Saxon Approach**” translated by Mr. Mohammad Ali Akhtari.

Lastly, much like the previous issues, after all the discussions of news, laws, regulations, and decisions, some of the mentioned legal decisions should be intriguing to notary publics and notary publics’ assistants, as well as featured books introduced in the book section which is a recommend to the notary publics. And of course the translations of the summary of these articles are available in Arabic and French.

Under the article “**The Role of Warning in Civic Responsibility**” written by Mr. Abbas Mirshekari, he explains only when the cause for loss is free of any civic responsibilities that, before any loss is occurred, the warnings for a possibility of any such loss is given to the potential injured party, and in reference to the notification principle, the principle of warning is a derivation of principle of Action.

“**A short discussion in regards to Subjects of Tasks of Clause 152 of the collection of Registration Circulars**” in regards to confessions to recovery or transference of nuptials and marriage portions written by Mr. Mohammad Azimian, discusses the lack of any legal precedent in issuance of this circular.

A note worth reflecting is written by Mr. Reza Sha'bani entitled “**The Jurisdiction Boundaries of Disciplinary Court of Notary Publics & Notary Public Assistants**” believing that the performance of Notary Publics & Notary Public Assistants are either under executive or judicial jurisdiction, carries a different legal framework, and therefore, in case of a violation or committing a crime, the competent authority to investigate differs.

In the section “**Window**”; Mr. Hassan Reza Nedaei has a written a must read article about the noble verse of 282 of The Holly chapter of “Baqareh” under the title of; “**Making Document and Sentences Inferred from Tadayon Verse.**”

Another article in this issue is a note from Mr. Ali Tavassoli under the title of; “**Judicial Function of Registration Rights**” which looks at the issue of crimes of registration from a preventative perspective.

And in continuing, under the title of; “**The Role of Public Notary Offices in Judicial Matters**” written by Mr. Mehrzad Razmi where he pays attention to an important issue of capacity of the public notary offices in acceptance and execution of matters of pseudojudicial nature.

In addition, the 16th part of Mr. Seyed Jalil Mohammadi's very own collection and edition of “**Glossary of Terms and Idioms of Endowment**” is presented in this issue.

“**Qualifications of Contract of Mandate**” written by Mrs. Iran Mohammadpour while describing various distinguishable differences between the qualifications of contract of Mandate from other contracts, believes representation adheres to the subject of representation. For example if possession in representation is somehow requires a special condition, then the representation must also conform into that condition.

Summary of the 122nd Edition of the “Kanoon” Monthly Publication

In the 122nd scientific and specialized monthly issue of “Kanoon” publication, there are many important articles and documents that are highly recommended to the readers of legal community.

In the “**Viewpoint**” section written by Mr. Abbas Saeedi, who is a member of the board of directors of Notary Publics & Notary Public’s Assistants, points to the necessities of a strategic vision of the judiciary, in particular on the issues of enforcing laws and regulations, and implementation of the major objectives of the Judiciary’s five-year plan while emphasizing that maintaining a healthy social legal system deeply depends on this vision.

In “**Commentary of the Day**” of this issue, under the title; “**Facilitating Drawing Up an Official Document; Implementing Strategies to Reduce Crimes and Claims**” written by Mr. Reza Tajgar, Editor in Chief of the Council of Editors, emphasizes the expansion of the legal culture of the community, and the fact that if the Judiciary’s resolve is based on crime prevention, and reducing crime and claims including legal and criminal justice, it must put forth all its efforts in strengthening official documents and legally facilitating making official documents in Notary Public’s offices.

In the section called “Articles”, Mr. Saaed Shahsavari writes under the title of “**Analysis of Objects of Operational Companies**” where he turns his attention to the topic of the content of the article 220 of the Commercial Laws of Iran; companies that under the law are considered as Joint Liability Company. The writer analyzes the details of this topic and explores how companies that do not fit the definition of commercial companies under the law operate, and which legal precedents cover such companies.



Notarie's Public & Assistant's Association
News and analysis on humanities
53th year , second Vol. No 122
Nov 2011

Proprietor:

Notary Public And Assistant's association
Under The Editorial Board

Chief of the Council of Editors:

Naser Nayebi

Executive manager: NoorAli Mazaheri

Co - authors:

Mohammad Ali Akhtari, Mohammad Azimian,
 Abbas Mirshekari, Seyed Jalil Mohammadi,
 Iran Mohammadpour, Hassan Reza Nedaei,
 Mehrzad Razmi, Reza Sha'bani,
 Saaed Shamsavar, Reza Tajgar, Ali Tavassoli,
 Mohammad Kazem Ya'ghoobi Gelvardi &
 Fardad Zafar Mohammadi.

Editor - in - chief of the council of Editors: Reza Tajgar

Legal Editor: Reza Tajgar

Editor: Vahid Amini

Page Maker and typesetter: Fahimeh Esmaili **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 Rls

ISSN: 2008 -2851