

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



کانون

ماهنامه خبری و تحلیلی در زمینه علوم انسانی

نشریه علمی - تخصصی حقوق

سال پنجاه و چهارم، دوره دوم، شماره ۱۲۸

اردیبهشت ماه ۱۳۹۱

صاحب امتیاز:

کانون سردفتران و دفتراران

مدیرمسئول:

محمد رضا دشتی اردکانی

مشاور مدیرمسئول و معاون اجرایی:

رضا تاجگر

همکاران این شماره:

رضا تاجگر، صمد حضرتی شاهین دژ،

بهمن رازانی، سید محسن رضوی اصل،

خدیجه ساسانیان اصل، محمد عظیمیان،

بهنوش فلاحت پیشه، سیدجلیل محمدی و

احسان معدولیت.

ویراستار ادبی: وحید امینی

ویراستار حقوقی: رضا تاجگر

حروفچین و صفحه‌آرا: فهیمه اسماعیلی تلفن همراه: ۰۹۱۲۸۱۵۵۱۷۹

نشانی دفتر ماهنامه: تهران، خیابان استاد مطهری، خیابان شهید علی اکبری، خیابان شهید صحافزاده،

شماره ۳۸، ساختمان شماره ۴ کانون سردفتران و دفتراران

تلفن: ۰۲۱ - ۸۸۷۳۹۲۸۷

کد پستی: ۱۵۷۶۹۴۴۵۱۳

دورنگار: ۰۲۱ - ۸۸۷۳۹۱۰۴

سندوق پستی: ۴۱۹ - ۱۴۳۳۵

پایگاه اینترنتی کانون سردفتران و دفتراران:

www.notary.ir

نشانی الکترونیکی ماهنامه:

MAGAZINE@NOTARY.ir

Kanoon.notary@Gmail.com

چاپ: معلی

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

تلفن چاپخانه: ۲۲۸۸۴۰۲۳

ISSN: ۲۰۰۸ - ۲۸۵۱

بها: ۳۲۰۰۰ ریال

ISSN 2008-2851



9 772008 285000

نشانه‌های اختصاری

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

فهرست

- دیدگاه / مدیرمسئول ۷
- سخن روز / اوصاف یک مدیر خوب ۱۰
- رضا تاجگر

مقالات

- تحلیلی بر بزهکاری‌های موضوع ماده یکصد قانون ثبت ۱۵
- بهمن رازانی
- ملاحظات در باب لزوم و کیفیت ثبت رسمی قراردادهای مشارکت در دفاتر اسناد رسمی و اثر آن بر ایجاد و توسعه امنیت اقتصادی و نظم حقوقی ۴۹
- احسان معدولیت
- ماهیت فقهی و حقوقی سرقت الکترونیکی ۷۵
- صمد حضرتی شاهین‌دژ
- نقدی کوتاه بر آیین‌نامه اجرایی ماده ۲۹ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی ۹۵
- محمد عظیمیان
- فرهنگ لغات و اصطلاحات وقف (بخش بیست و یکم) ۱۰۱
- سیدجلیل محمدی
- بررسی خیارات فقهی در قانون تجارت الکترونیکی ۱۰۵
- سید محسن رضوی اصل
- دریچه / بررسی موارد معافیت و عدم تعلق حق الثبت در تنظیم قراردادها ۱۳۵
- بهنوش فلاح‌پیشه

سیستم پرداخت پول از طریق کارتخوان (pos) در دفاتر اسناد رسمی ۱۳۹
 خدیجه ساسانیان اصل

حرف ماه ۱۵۵

اخبار، قوانین، مقررات، آراء و گزارش ها

خبر

● آراء جدید وحدت رویه کانون سردفتران و دفتریاران ۱۵۶

معرفی کتاب ۱۵۸

ترجمه خلاصه مطالب ماهنامه

- عربی ۱۶۷

- فرانسه ۱۷۲

- انگلیسی ۱۷۵

دیدگاه

بدیهی است قانون اساسی، قانون مادر و هنجار بنیادین است. و هر قانونی در مقام وضع بایستی منطبق بر قانون اساسی باشد و نظارت بر این مهم، شاید اساسی‌ترین وظیفه نظارتی نهاد نظارت و مرجع تطبیق باشد. و از طرفی، تنها حامی و پشتیبان مردم و شهروندان، قانون است. از همین رو، مهم‌ترین ویژگی قانون خوب، آن است که درباره منافع عمومی اتخاذ تصمیم نماید و تأمین‌کننده نظم عمومی و انتظام اجتماعی باشد. آنچه بسیار مهم است این که قانون برتر، قانون اساسی است لیکن هیچ مصوبه دیگری، قابلیت ترجیح بر قانون را ندارد؛ خصوصاً آیین‌نامه و نظام‌نامه و تصویب‌نامه و بخشنامه و دستورالعمل.

۱ - قانون اساسی، اصطلاحی است جزو حقوق عمومی و قانونی که متضمن تشکیلات و روابط قدرت‌های عمومی و اصول مهم حقوق اساسی یک کشور است.

۲ - قانون عادی، اصطلاحی حقوقی است که به تمامی قوانین و مقررات یک کشور، غیر از قانون اساسی، گفته می‌شود. این دسته از قوانین می‌تواند جزو قوانین امری یا تکمیلی و غیرآمره باشد.

۳ - آیین‌نامه، اصطلاحی است حقوقی و غالباً در حقوق عمومی به کار می‌رود و آن، مقرراتی است که مقام صلاحیت‌دار همچون وزیر یا هیئت‌وزیران یا کمیسیون‌های متشکل از چند وزیر، وضع و جهت اجرا، ابلاغ قانونی می‌شود. این مقام صالح می‌تواند مقام اداری یا حتی خود دستگاه تقنینی یعنی مجلس شورای اسلامی یا رئیس دستگاه قضایی کشور باشد. و هدف از وضع آیین‌نامه، ممکن است ضمن تبیین راهکارهای اجرایی، مسیر اجرای قانون را تسهیل نماید که به آن، آیین‌نامه اجرایی گویند و یا صرفاً تشریح و توضیح مفاد مواد قانون وضع شده باشد.

همچنین از نقطه نظر قانون شناسی، به آن دسته از مقرراتی که قوه مقننه، خود، وضع می کند در حالی که در رابطه با موضوع آن، پیش تر، قانون وضع نشده، نظام نامه گویند.

۴ - متأسفانه، تعریف دقیق و جامعی از سوی قانون گذار در خصوص واژگان قانون اساسی، قانون عادی و به ویژه آیین نامه، نظام نامه، بخشنامه، دستورالعمل و اصطلاحاتی از این دست، نشده است. و حتی بین حقوق دانان، اختلاف نظر آشکار است.

مثلاً این که؛ بخشنامه نباید مخالف قانون یا آیین نامه باشد. و اگر مخالف صریح با قانون باشد، لازم الاتباع نیست و هیچ مستخدم اداری و کارمند دولت، در صورت استنکاف از اجرای بخشنامه مغایر با قانون، نباید مورد مؤاخذه قرار گیرد. چرا که بخشنامه، فی نفسه بایستی طرز تطبیق با قانون یا آیین نامه مصوب مجلس قانون گذاری را به نمایش بگذارد؛ فلذا مادام که صراحتاً با قانون در تخالف و تغایر نباشد، لازم الاتباع و قابل اجرا است. هر چند که شاید در مقام عمل، مادام که از سوی مقام صالح، بخشنامه خلاف قانون، ابطال نشود، کارگزاران مخاطب بخشنامه، ملزم به اجرای آن بخشنامه باشند.

در همین رابطه، گفته می شود که مفاد بخشنامه، قابل استناد در دادگاه نیست و صرف صدور بخشنامه، برای شهروندان، حق و تکلیف ایجاد نمی کند و هیچ شخصی مجبور به اجرای بخشنامه - خصوصاً - مخالف با قانون، نیست.

۵ - پرسش این است که آیا بین قانون اساسی، قانون عادی اعم از آمره یا تکمیلی، آیین نامه، نظام نامه، بخشنامه و دستورالعمل، تسلسل نفوذ قانونی وجود دارد؟

این در حالی است که قانون اساسی، قانون حاکم است و قانون عادی هم که معمولاً - توسط نمایندگان مردم وضع می شود، پس از تطبیق نهاد نظارتی، مشروط بر این که مغایر با شرع و قانون اساسی نباشد، جهت اجرا ابلاغ می شود. حال، چگونه است در مورد قانون عادی که توسط مجلس (قوه مقننه) وضع می شود، بایستی وضعیت صورت مغایرت آن با شرع و قانون اساسی روشن و مشخص شود لیکن در خصوص بخشنامه و دستورالعمل و آیین نامه، چنین تمهیدی اندیشیده نشده است یا سازوکار اجرایی صحیح و درستی برای رعایت این مهم، منظور نشده است!؟

به یقین، بین جملگی این واژگان حقوقی از حیث اجراء، تسلسل نفوذ و اعتبار قانونی وجود ندارد. اما چه بسیارند بخشنامه‌هایی که مغایر قانون صادر شده‌اند و نظم عمومی جامعه را برهم می‌زنند؛ و کم نیست آیین‌نامه‌هایی که فراقانونی، وضع شده و بدون عبور از زیر نگاه و نظر مرجع نظارتی، سال‌ها به اجرا گذارده شده که باعث اختلال در انتظام اجتماعی و حتی نظم اقتصادی جامعه و مردم شده است.

۶- قضات دادگاه‌ها مکلف‌اند از اجرای تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولتی که مخالف با قوانین و مقررات اسلامی یا خارج از حدود اختیارات قوه مجریه است، خودداری کنند. و هرکس می‌تواند ابطال این‌گونه مقررات را از دیوان عدالت اداری تقاضا کند.

بنابراین، قاضی می‌تواند منتقد آیین‌نامه باشد و با حکم خویش، مانع تداوم اجرای یک آیین‌نامه خلاف قانون باشد. قاضی، شخصیتی قانونی است که قانون اساسی به او مأموریت داده تا مقررات آیین‌نامه‌ای را ارزیابی نماید و در صورتی که مفاد آیین‌نامه‌ای را خلاف قوانین و مقررات اسلامی تشخیص داد، آن را ابطال نماید. چرا که مرجع رسمی تظلمات، قاضی است.

مدیرمسئول

سخن روز

اوصاف یک مدیر خوب

وزارت دادگستری و در حال حاضر، قوه قضائیه در تهران و سایر مراکز استان با توجه به تعداد دفاتر اسناد رسمی و سایر مقتضیات محلی، کانون سردفتاران و دفترباران را تحت نظارت خود تشکیل خواهد داد. کانون دارای شخصیت حقوقی و استقلال مالی است و از نظر نظامات تابع وزارت دادگستری یعنی قوه قضائیه فعلی خواهد بود. کانون سردفتاران و دفترباران به وسیله هیئت مدیره‌ای مرکب از هفت عضو اصلی (پنج سردفتر و دو دفتربار اول) و سه عضو علی‌البدل (دو سردفتر و یک دفتربار) اداره می‌شود.

هیئت مدیره کانون سردفتاران و دفترباران مرکز هر استان از بین سردفتاران و دفترباران همان محل انتخاب خواهند شد. سردفتاران و دفتربارانی را می‌توان برای عضویت هیئت مدیره کانون انتخاب نمود که حداقل دارای ۱۰ سال سابقه تصدی دفتر اسناد رسمی و دفترباری بوده و در پنج سال اخیر خدمت خود محکومیت انتظامی از درجه ۳ به بالا نداشته باشند. کسانی که دارای سابقه خدمت قضایی و یا وکالت دادگستری باشند، سوابق قضایی و وکالت آن‌ها جزو ۱۰ سال مذکور منظور می‌گردد. دوره تصدی اعضای هیئت مدیره، سه سال و انتخاب مجدد آن‌ها، بلا مانع است.

۱ - بعد از خراسان (خراسان رضوی)، فارس و اصفهان، چند صباحی از انتخابات هیئت مدیره کانون سردفتاران و دفترباران استان یزد نمی‌گذرد.

۲ - چهارمین انتخابات هیئت مدیره کانون سردفتاران و دفترباران در مسیر انجام است و به زودی برگزار می‌شود.

۳ - وظایف کانون به شرح زیر است:

۱ - ۳ - فراهم کردن موجبات پیشرفت علمی و عملی سردفتاران و دفترباران.

۲ - ۳ - ایجاد وحدت رویه در جهت اجرای مقررات و نظامات در دفاتر اسناد رسمی.

۳ - ۳ - اداره امور مالی کانون از قبیل تنظیم بودجه، وصول درآمدها، پرداخت مخارج و تهیه ترازنامه.

۴ - ۳ - کمک به اشخاص بی‌بضاعت از طریق راهنمایی آنان به دفاتر اسناد رسمی به منظور تنظیم و ثبت اسناد آن‌ها بدون دریافت حق تحریر.

۵ - ۳ - انجام دادن امور مربوط به بیمه بازنشستگی و صندوق تعاون سردفتاران و دفترباران.

۶ - ۳ - همکاری با سازمان ثبت اسناد و املاک کشور در بازرسی و نظارت در امور دفاتر اسناد رسمی.

- ۷- ۳ - تنظیم و تصویب آیین‌نامه استخدامی کارکنان دفاتر اسناد رسمی.
- ۸- ۳ - رسیدگی به اختلافات ناشی از روابط شغلی میان سردفتر و دفتریار و اعلام‌نظر قطعی کانون به سازمان ثبت اسناد و املاک کشور جهت اتخاذ تصمیم لازم.
- ۴ - حال، پرسش اساسی در راستای برگزاری انتخابات هیئت مدیره کانون سردفتران و دفتریاران، این است که ویژگی‌های یک مدیر خوب برای جامعه سردفتری، چیست؟ از همین رو، یادآوری نکاتی چند در این خصوص، خالی از فایده نخواهد بود:
- ۱- ۴ - او باید نه فقط آشنا به قوانین و مقررات که کاملاً آگاه و مسلط بر جملگی قوانین و مقررات و آیین‌نامه‌ها و بخشنامه‌های مختلف باشد تا عندالاقضاء بتواند بدون اثرپذیری از دیگران، در دفاع از حقوق همکاران خویش و جامعه سردفتری، اثرگذار باشد.
- ۲- ۴ - داشتن دانش حقوقی، توان فنی و مهارت تخصصی در انجام وظایف سردفتری، شخصیت مبرز، اطلاعات کافی از مشغله و دغدغه همکاران جامعه سردفتری، ارتباطات مؤثر با سردفتران و دفتریاران و مخصوصاً دستگاه حاکمیت؛ چرا که سردفتر، امین حاکمیت است و بالطبع، عضو منتخب بایستی در بین امنای حاکمیت، نه فقط زبازد و شاخص باشد بلکه باید عامل به وظایف امین باشد.
- ۳- ۴ - او باید بر کلیات و ریز مسایل روز جامعه سردفتری، اشراف موضوعی و آگاهی لازم داشته باشد.
- ۴- ۴ - برای او باید - به‌ویژه - امر مهم دفاتر الکترونیکی اسناد رسمی، به‌عنوان یک دغدغه جدی مطرح باشد و مسایل راجع به آن را به‌نحو بسیار شایسته‌ای مبتنی بر دیدگاه‌های دقیق کارشناسی، پی‌جو باشد.
- ۵- ۴ - او باید بر موضوع آسیب‌شناسی سردفتری، علم و اطلاع ریز و منطبق با واقع داشته باشد تا در تصمیم‌سازی‌ها و حتی قانون‌گذاری‌ها، ضمن کارآفرینی، با جامع‌نگری، به‌نحو مثبت، نقش‌آفرین باشد.
- ۶- ۴ - او علاوه بر دارا بودن صلاحیت عمومی و قانونی و تخصص حقوقی و مهارت سردفتری، باید که نه فقط به امانت، رازداری، دلسوزی، صداقت و شجاعت، شهره باشد بلکه بایستی شخصیتی آزاد و مستقل باشد. مسئول و پاسخگو باشد و به هیچ‌رو، دنبال جلب منفعت شخصی نبوده و صرفاً تأمین‌کننده و تضمین‌کننده و مدافع حقوق جامعه سردفتری باشد. و در این مسیر، نه فقط معتمد باشد که مستمر در ارتباطات دوسویه با سردفتران و دفتریاران، در حال اعتمادسازی و تبیین روش‌ها و روشن‌گری فعالیت‌ها و

شفاف‌سازی تصمیم‌ها باشد تا پیش از افتادن در چاه چالش، چاره‌اندیشی نماید.

۷- ۴- او باید قواعد بازی مدیران را بداند.

۸- ۴- او باید به تشکیل اتاق فکر و فعال‌سازی آن در کنار و همراه هیئت‌مدیره کانون سردفتران و دفترباران، اعتقاد عملی داشته باشد و در اولین فرصت ممکن، این مهم را پیاده‌سازی نماید.

۹- ۴- او باید ضمن ظرفیت‌شناسی دفاتر اسناد رسمی، بر این نظر که دفاتر اسناد رسمی، نمونه بارز عملیاتی و اجرایی اصل ۴۴ قانون اساسی و خصوصی‌سازی است، عقیده‌ای راسخ و متقن داشته باشد.

۱۰- ۴- او باید در حوزه گفتار و عمل، بر اهتمام قانونی شخصیت حقوقی کانون سردفتران و دفترباران و استقلال مالی آن، تأکید ورزد و مرز بین «نظارت قانونی» و دخالت را بشناسد.

۱۱- ۴- او باید قانون‌دان، قانون‌گرا، حق‌مدار و متصف به صفات انسانی و متخلق به خُلق الهی باشد؛ چندان که ظلم‌پذیر نباشد و صدای مظلوم را (له یا علیه سردفتر و دفتربار) بشنود و به محض شنیدن صدای مظلوم، در جهت احقاق حق مستحق برآید.

۱۲- ۴- از همه این ویژگی‌ها، مهم‌تر این که اگر خود را لایق دید و با در نظر گرفتن جمیع جهات، از سوی سردفتران و دفترباران به سمت عضویت در هیئت‌مدیره کانون انتخاب شد لیکن در طول انجام خدمت، هر زمان که خود را شایسته ندید و یا متوجه شد که انجام مسئولیت‌های خطیر مدیریت بر جامعه سردفتری، از عهده و توان اجرایی او خارج است، به ناچار، استعفانامه‌اش را بالضرورة مستدل، امضا نماید.

در پایان، یادآوری نکته‌ای مهم و البته بدیهی، ضروری است و آن، این که؛ نه فقط مشارکت فعال سردفتران و دفترباران در انتخابات هیئت‌مدیره کانون سردفتران و دفترباران، یک الزام صنفی است بلکه نظارت مستمر جامعه سردفتری بر عملکرد هیئت‌مدیره کانون است که به رشد و تعالی جامعه سردفتری و ارتقای عملی دفاتر اسناد رسمی در ارائه خدمات حقوقی دقیق‌تر به مردم می‌انجامد.

رضا تاجگر*

مشاور مدیرمسئول و معاون اجرایی

مقالات

تحلیلی بر بزهکاری‌های موضوع ماده یکصد قانون ثبت

تاریخ دریافت: ۱۳۹۰/۱۲/۳

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۱/۱/۲۱

بهمن رازانی*

مقدمه:

مطالعات آمار و احتمالات گفته‌اند که به هر میزان که شخص به کار معینی بیشتر دست زند، امکان خطای وی در آن گونه کار افزایش می‌یابد؛ چنان که مسافت رانندگی راننده به هر نسبت که افزایش یابد، امکان خطاها و تصادف وی - هر چند که متغیرهای دیگری نیز در این تابع تأثیر گذارد- نیز فزونی می‌گیرد.

بدین ترتیب، سردفتر به‌عنوان عضو وابسته‌ای به قوه قضائیه که روزانه به کار تنظیم و ثبت اسناد رسمی مراجعان می‌پردازد و هم‌چنین کارمند سازمان ثبت اسناد و املاک کشور که به‌عنوان مأمور رسمی دولت، به امور راجع به ثبت املاک و غیر آن‌ها مداومت می‌کند، هر یک، به هر میزان و مقدار که بدین امور اشتغال می‌ورزند، امکان خطایشان فزونی می‌گیرد و نسبت نزدیک شدنشان به مرز اموری که برابر بندهای چندگانه ماده یکصد قانون ثبت، بزهکاری محسوب می‌گردد، نیز افزایش می‌یابد.

هم از این رو و نیز بدان سبب که دقیق و ظرایف ثبت اسناد و املاک، بدان میزان که درخور این امور است، هنوز در میان مباحث حقوقی در دانشکده‌ها مورد توجه قرار نمی‌گیرد و پرونده‌هایی که مستنداً به مواد یادشده خصوصاً در دادسراها تشکیل می‌گردد، گاه با کمی اطلاع برخی از دست‌اندرکاران نسبت به دقیق امور ثبت مواجه می‌گردد، پرداختن به امور کیفری مذکور در قانون ثبت و تحلیل مواد قانونی و تبیین عناصر بزهکاری‌های موضوع آن مواد، خالی از فایده نیست. به‌ویژه که در ادبیات کم‌حجم حقوق ثبت، این مهم در عمل، مورد غفلت قرار گرفته است و کمتر تحلیل‌گری به شرح مفصل مواد فوق و تبیین نکات و دقیق آن‌ها از دید کیفری پرداخته است. بدین دلیل، در سطور زیر که خواهد آمد، نگارنده، بزهکاری‌های مذکور در ماده یکصد قانون ثبت را در معرض بررسی و تحلیل قرار داده. و ضمن ارائه جایگاه قانونی کیفر بزهکاری‌های ثبتی موضوع ماده ۱۰۰ قانون ثبت در مجموعه کیفری گذشته و حال، به بیان پیشینه مقررات ثبتی و معنای چند واژه به کاررفته در این مقررات دست‌زده و به تبیین عناصر جرایم یادشده در ماده یکصد قانون ثبت پرداخته است.

واژگان کلیدی: بزهکاری ثبتی، صاحب دفتر، اجزای ثبت، ماده ۱۰۰ قانون ثبت، جایگاه قانونی بزهکاری‌های ثبتی.

* نویسنده مسئول؛ سردفتر دفتر اسناد رسمی شماره ۵۳۹ تهران و عضو هیئت تحریریه ماهنامه.

اصل بر این است که «قانون مجازات» هر کشور، همهٔ امور قابل کیفر در آن سرزمین را ضمن مواد قانونی خود توصیف کند و بر شمرد و جزایش را معین بدارد. اما نظر به توسعهٔ امور اجتماعی و پیدایش امور و مسایل و سازمان‌های تازه، در غالب کشورها، این اصل ناگزیر به استثناهایی دچار می‌شود و مقرراتی که پس از «قانون مجازات» تصویب می‌شود و با تصویبش، امور یا مسایل جدیدی انتظام می‌یابد یا مؤسسهٔ تازه‌ای پدید می‌آید، ضمن خود، چند ماده‌ای را هم در امور جزایی امور یا مسایل یا مؤسسات تازه تأسیس اختصاص می‌دهد.

نزد ما نیز مؤسسه و امر مهم «ثبت» اسناد و املاک از این دست بوده و نویسندگان مقررات مصوب سال ۱۳۱۰ ناگزیر ضمن پرداختن به امور و مسایل این سازمان و مؤسسه جدید، موادی چند را به امور کیفری و تخطی از مقررات در زمینه‌های امور ثبتی، ویژه داشته‌اند.

بدین ترتیب، به‌رغم اعتبار قانونی مجازات عمومی - در روزگاران تدوین قانون ثبت ۱۳۱۰- مصوب ۱۳۰۴ و جرایم موصوف و مذکور در مواد ۹۷ تا ۱۱۲ آن که موضوع‌شان جعل و تزویر در نوشته‌ها و اسناد است، واضح قانون ثبت اسناد و املاک ۱۳۱۰ با توجه به اهمیتی که برای انتظام نوین امور املاک و معاملات مد نظر داشته‌اند و با ملحوظداشتن این نکته که دست‌اندرکاران ثبت اسناد و املاک در عمل بیش از دیگران امکان و دسترسی به ابزار لازم جهت زیر پا گذاردن اصول مندرج در آن مقررات را دارند، طی موادی چند از همین قانون، برخی تخطی‌های محتمل از مقررات آن را توصیف کرده و وصف مجرمانه داده است.

دقت در تاریخ تصویب قانون موصوف و خاص بودن آن در مقابل قانون مدنی از یک دیدگاه و نیز قانون مجازات عمومی ۱۳۰۴ از نظر دیگر و مقایسهٔ آن با حکم مادهٔ ۷۲۹ ق.م.ا. مصوب مردادماه ۱۳۷۰ و امور دیگر، مدلل می‌دارد که:

اولاً- مقررات جزایی تدوین‌شده در قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰ به سبب

«خاص» بودن آن قانون در قبال عام بودن قانون مصوب ۱۳۷۰ به‌رغم تصویب ماده ۷۲۹ ق.م.ا.، نسخ و لغو نگردیده و «مغایر» با مقررات قانون اخیر نیست. چه این‌که؛ ماده اخیر نیز به‌صراحت فقط قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴ و اصلاحات و الحاقاتش و مقررات جزایی مغایر را لغو کرده است که عبارات اخیر به سبب همان عموم و خصوص بودن نسبت بین آن‌ها، مقررات جزایی ماده یکصد به بعد قانون ثبت را در بر نمی‌گیرد.

ثانیاً - از آنجا که در نگارش و تدوین مقررات کیفری قانون ۱۳۱۰ مصالح اجتماعی خاصی مورد نظر قانون‌گذار بوده که هنوز هم ادامه و استمرار دارد، لغو آن مقررات با وجود استدامه آن مصالح و فقدان نص صریح، وجاهت ندارد.

ثالثاً - عملکرد دستگاه‌های دست‌اندرکار، دادسراها، دادگاه‌ها و ادارات ذی‌ربط سازمان ثبت نیز در استناد به مواد یکصد به بعد قانون ثبت در امور مبتلابه طی سالیان اخیر، مؤید دیدگاه دال بر بقای احکام کیفری قانون ثبت ۱۳۱۰ به‌رغم تصویب قانون مجازات اسلامی است و نظر فوق را تأیید می‌کند.

با این همه، نظر به این‌که ماده ۱۰۰ ق.ث.، ضمن توصیف مخاطبان خود، آنان را مستحق «مجازاتاتی که برای جعل و تزویر در اسناد رسمی مقرر است» دانسته، لغو قانون مجازات عمومی ۱۳۰۴ و برداشتن احکام جعل و تزویر موضوع مواد ۹۷ تا ۱۱۲ آن قانون، جایگاه قانونی ماده یکصد را در معرض تردید قرار می‌دهد. لیکن برای رفع چنین تردیدی بایستی توجه کرد که؛

يك: ماده ۱۰۰ قانون ثبت

در راستای اجتناب از تکرار و اطناب ممل، به شکل فوق تدوین گردیده و به‌جای تذکر و بیان میزان مجازات مرتکبان، فقط امر اخیر را به قانون مجازات عمومی ۱۳۰۴ یعنی قانون جزای معتبر و نافذ روز احاله داده است و در واقع، به‌صورت زیر تصویب شده است؛

«هر يك از مستخدمین... مرتكب شوند، محكوم به حبس از پنج الی ده سال با اعمال

شاقه خواهند شد»^۱

و اما اکنون که ماده ۵۳۲ ق.م.ا. اخیر، مرتکبان جعل و تزویر را علاوه بر مجازات اداری و جبران خسارت وارده به حبس از يك تا پنج سال با پرداخت شش تا سی میلیون ریال جزای نقدی مستحق دانسته است، نظر به حکم ماده ۱۱ همین قانون و اخف بودن جزای منصوص در آن قانون برای مرتکبان جعل و تزویر، می‌توان بر آن بود که نه تنها احکام کیفری موضوع ماده ۱۰۰ ق.ث. قانوناً به جای خویش مانده که بنا به تخفیف کیفر مرتکبان جعل و تزویر در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ و نظر به حکم ماده ۱۱ قانون اخیر، اصلاح و تعدیل گردیده و با لحاظ تعدیل آن، اکنون، قابلیت اجرایی دارد.

حاصل آن که؛

اولاً- بزهکارهای موضوع قانون ثبت مصوب ۱۳۱۰ - از جمله آنچه در ماده یکصد این قانون آمده - نظر به حکم ماده ۲ ق.م.ا. مصوب ۱۳۷۰ به‌عنوان مقررات خاص کیفری و مغایر نبودن‌شان با قانون مؤخر مضمول ماده ۷۲۹ قانون اخیر نبوده و در حال حاضر، نافذ و معتبر و جاری است.

ثانیاً - نظر به تعدیل و تخفیف مجازات جعل و تزویر در اسناد رسمی حسب قانون مؤخر، مجازات مرتکبان بزهکاری‌های موضوع ماده ۱۰۰ ق.ث. هم «علاوه بر مجازات‌های اداری و جبران خسارت وارده به حبس از يك تا پنج سال با پرداخت شش تا سی میلیون

۱. ماده ۱۰۰ ق.ث.: «هر یک از مستخدمین و اجزای ثبت اسناد و املاک و صاحبان دفاتر رسمی عامداً یکی از جرم‌های ذیل را مرتکب شود جاعل در اسناد رسمی محسوب و به مجازاتی که برای جعل و تزویر اسناد رسمی مقرر است محکوم خواهد شد:

اولاً - اسناد مجعوله یا مزوره را ثبت کند.

ثانیاً - سندی را بدون حضور اشخاصی که مطابق قانون باید حضور داشته باشند ثبت نماید.

ثالثاً - سندی را به اسم کسانی که آن معامله را نکرده‌اند ثبت کند.

رابعاً - تاریخ سند یا ثبت سندی را مقدم یا مؤخر در دفتر ثبت کند.

خامساً - تمام یا قسمتی از دفاتر ثبت را معدوم یا مکتوم کند یا ورقی از آن دفاتر را بکشد یا به وسایل متقلبانه دیگر ثبت سندی را از اعتبار و استفاده بپندازد.

سادساً - اسناد انتقالی را با علم به عدم مالکیت انتقال دهنده ثبت کند.

سابعاً - سندی را که به‌طور وضوح سندیت نداشته و یا از سندیت افتاده، ثبت کند».

ریال جزای نقدی» اصلاح و تعدیل گردیده است. (ر.ک؛ مواد ۱۱ و ۵۳۲ ق.م.ا. مصوب ۱۳۷۰)

ثالثاً - این بزهکاری‌ها از حیث صلاحیت دادسراها و محاکم و حکومت اصول عمومی کیفری بر آن‌ها در حکم بزه‌کاری‌های مستوجب مجازات‌های بازدارنده موضوع کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی به حساب می‌آید. و ضمن خارج ماندن از شمول ماده ۶۲ مکرر ق.م.ا. کنونی، از حیث تخفیف مجازات، تعلیق آن، آزادی مشروط و شروع به جرم و مشارکت و معاونت در آن‌ها و تعداد و تکرار بزهکاری در حکم همان اعمال مستوجب مجازات‌های بازدارنده می‌نماید.

عناصر جرایم موضوع ماده یکصد قانون ثبت

عرف غالب و روش پذیرفته نزد شارحان حقوق جزا چنین است که برای تحلیل و بررسی هر جرم، به‌نحو ویژه، به عناصر آن بزهکاری می‌پردازند.

اصل بیست‌ودوم قانون اساسی کشور ما نیز صراحت دارد که: «حیثیت، جان، مال، حقوق، مسکن و شغل اشخاص از تعرض مصون است مگر در مواردی که قانون تجویز کند.»

اصل سی‌وششم همان قانون نیز اشعار داشته که: «حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به‌موجب قانون باشد.»

و بدین‌گونه حسب قانون اساسی، وجود قانون جزایی یعنی مقررهای که ضمن نهی از کاری برای مرتکبش، جزایی نهاده باشد، اولین و مهم‌ترین امر و عنصر واقعۀ جزایی است. استاد فقید دکتر عبدالحسین علی‌آبادی در راستای بیان مقدماتی عناصر بزهکاری‌ها، در آغاز بخش اول تألیف عالمانۀ خویش، می‌نویسد:

«برای اینکه عملی از لحاظ اجتماعی قابل مجازات باشد، سه شرط لازم دارد:

اول - تخطی و تجاوز به قانون جزا.

دوم - کردار مادی.

سوم - قصد ارتکاب جرم.»^۱

و سپس در توجیه اولین عنصر بزهکاری‌ها یعنی عنصر قانونی می‌نویسد:

«یکی از اصول اساسی حقوق عمومی این است که هیچ عملی نباید مورد دادرسی

قانون کیفری واقع شود مگر این که از طرف قانون، بالصراحه، پیش‌بینی شده باشد. این معنی را اصل معروف هیچ جرمی بدون قانون وجود پیدا نمی‌نماید (Nullum crimen sine lege) تصریح کرده است. به‌علاوه دادرس کیفری باید در حکمی که صادر می‌کند، مجازاتی معین کند که طرز اجرا و مدت آن قبل از عمل ارتكابی از طرف قانون معین شده باشد.

یکی از شارحان معاصر حقوق جزا نیز در این زمینه می‌گوید:

«... عناصر عمومی جرم که در واقع مشترك بین کلیه جرایم است، عبارتند از: عنصر قانونی، عنصر مادی و عنصر روانی یا اخلاقی. منظور از عنصر قانونی، این است که برای تشخیص این که آیا عمل یا ترك عملی جرم است یا خیر، باید بلافاصله به مرجع تشخیص جرایم یعنی قانون‌گذار مراجعه کرد. پس عنصر قانونی، حکایت از این دارد که هیچ عملی را هر چند زشت و ناپسند و مذموم باشد، نمی‌توان جرم دانست مگر آنکه قانون‌گذار آن را جرم شناخته باشد.»^۲

بدین ترتیب، برای شناخت دقیق بزهکاری‌های ثبتي از جمله بزهکاری‌های موضوع ماده ۱۰۰ ق.ث، ناگزیر بایستی به شرح عناصر سه‌گانه آن جرایم پردازیم. و از آن رو که وجود عنصر قانونی، مهم‌ترین شرط «بزه شناختن» عملی است، شناخت و تحلیل این عنصر را، قبل از عناصر دیگر مورد نظر قرار می‌دهیم.

به‌ویژه نظر به اینکه ماده ۱۰۰ ق.ث. خود در عمل چندین جرم را متضمن بوده و همراه با وصفی هر چند اجمالی از هر يك از آنها به کیفرشان اشاره کرده است و همچنین برخی از واژگان و اصطلاحاتی در متن آن به کار رفته که درخور دقت نظر است. لذا خود، نیازمند شرح و بسط و حتی اشاره‌ای به سیر تحولات معانی آن واژگان و اصطلاحات است.

الف - عنصر قانونی ماده ۱۰۰ قانون ثبت

يك - محدوده مخاطبان ماده ۱۰۰ قانون ثبت:

در قوانین کیفری غالباً مقنن با کلمات و واژه‌های عام از مرتکبان احتمالی از هر جنس و قوم و ملیت و نژاد یاد می‌کند. اما در مواردی که بنا به اسبابی - از جمله دسترسی برخی

اشخاص به امکانات ضروری برای ارتکاب برخی بزهکاری‌ها یا مثلاً سمت مرتکب نسبت به زیان‌دیده همچون ولایت و آموزگاری و... ضروری باشد، مقنن اشخاص خاصی را مخاطب دانسته و به‌عنوان مرتکبان احتمالی جرایمی، حکم نهی مؤکد به کیفر را در خصوص ایشان تدوین می‌کند.

تدوین‌کنندگان قانون ثبت ۱۳۰۴ نیز در راستای استقرار نظم نو در امر مالکیت مردمان بر اموال غیر منقول - یعنی مهم‌ترین مصادیق مال و ثروتشان - و نیز انتظام بسیاری از معاملات آنان، همین‌گونه عمل کرده و ضمن تأسیس اجزای گوناگون مؤسسه ثبت اسناد و املاک، در راستای هشدار اشخاص معینی که به سبب امکانات شغلی دسترسی بیشتری به بزهکاری‌هایی بر ضد آن نظم و نظام و انتظام ثبتی می‌یابند، با وضع چند مقررۀ کیفری و بر نهادن کیفری‌هایی سنگین، ایشان را از ارتکاب بدان بزهکاری‌ها و سوءاستفاده از امکانات شغلی برحذر داشته است و هم از این رو، گفته است:

«هر يك از مستخدمین و اجزای ثبت اسناد و املاک و صاحبان دفاتر رسمی، عامداً یکی از جرم‌های ذیل را مرتکب شود، جاعل در اسناد رسمی محسوب و به مجازاتی که برای جعل و تزویر اسناد رسمی مقرر است محکوم خواهد شد...»

و بدین گونه، کسانی که حسب این ماده ممکن است در معرض اتهام و پیگرد قرار گیرند، منحصراً عبارتند از:

۱- مستخدمین ثبت اسناد و املاک.

۲- اجزای ثبت اسناد و املاک.

۳- صاحبان دفاتر اسناد رسمی.

و هر چند که در نگاه اول، مفهوم هر کدام از این سه دسته مخاطب، واضح به‌نظر می‌رسد؛ از آن جا که واقعاً چنین نیست، نیاز به توضیحی در این زمینه، ضروری می‌نماید.

واژه مستخدم

واژه مستخدم به صیغۀ اسم مفعول از مصدر خدمت به معنی «برای دیگری کار کردن» اشتقاق یافته و به‌معنای لغوی «گماشته‌شده برای کاری» در واژه‌نامه‌ها ضبط است. لیکن

در عرف محاوره ما، همین واژه به صیغه اسم فاعل به معنایی مشابه کاربرد دارد. در مقررات اوان مشروطیت و بعد از آن، هم مستخدم، به معنای کسی است که از طرف سازمان‌های دولتی رسماً یا حسب قرارداد به خدمات غالباً اداری دولتی مشغول می‌گردد. اما واژه اجزاء، جمع جزء و آن واژه‌ای است که در ادبیات اداری آغاز مشروطیت تا مدت‌ها به‌عنوان کارمند رده پایین ادارات دولتی به کار می‌رفته است. این واژه را زنده‌یاد دهخدا به معنای متعدد ضبط کرده که از بین آن‌ها «پیش‌خدمت، اطاق‌دار و سرایدار» در فهم معنی ماده فوق به کار می‌آید.^۳

مؤلف «میسوط» هم واژه اجزاء را جمع جزء و در اصطلاحات اداری به معنای کارمندان يك اداره یا دایره یا شعبه ضبط کرده است. و سپس افزوده است؛ «بیشتر در کارمندان غیرعالی‌رتبه استعمال می‌شود.»^۴

سومین دسته از اشخاص موصوف، به صراحت ماده ۱۰۰ ق.ث. «صاحبان دفاتر رسمی» است؛ و برای آنکه دانسته شود، «صاحبان دفاتر رسمی» چه کسانی هستند و این که آیا این سه واژه جمعاً به معنای «سردفتر اسناد رسمی» است یا نه، نگارنده، ناگزیر از استقرایی در پیشینه تاریخی ماده ۱۰۰ ق.ث. مصوب اسفند ۱۳۱۰ است.

صاحب دفتر رسمی کیست؟

بررسی مفهوم دقیق «صاحب دفتر رسمی» و یافتن مصداق خارجی آن که آیا سردفتر است یا نه، نیازمند تشریح بالنسبه مفصلی از مقررات چندگانه ثبتی ما تا ۱۳۱۰ و سپس قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفترباران مصوب ۲۵ تیرماه ۱۳۵۴ است که در حوصله این گفتار که شرح بزهکاری‌های موضوع ماده ۱۰۰ ق.ث. را عنوان خود نهاده نیست. با این همه، ناگزیر به‌طور خلاصه، نظر به نکات زیر بایستی معطوف داشت؛

یکی از قوانین مترقی و مفصل ثبت املاک در ۱۸۵۸ میلادی در کشور استرالیا بنا به پیشنهاد «ریچارد تورنس» مدیر اراضی جنوب آن کشور، متأثر از اصول ثبت کشتی‌ها، تدوین و تصویب شد؛ حسب اصول مستنبط از آن قانون می‌بایستی هر قطعه زمین که

دارای شناسنامه رسمی و معتبری حاوی اوصاف آن ملک و مالکش در سازمانی دولتی باشد و نه تنها دولت و مردم، مستند بدان شناسنامه آن اوصاف و تعلق را معتبر بشناسند که پس از تهیه آن شناسنامه و سابقه، هر گونه معامله بر چنان املاکی هم بایستی به وسیله مأموران معین دولتی یا زیر نظارت ایشان انجام شود و با ارسال اطلاعاتی (خلاصه معامله) در همان شناسنامه منعکس گردد.

اصول و مبادی حاصل از آن قانون ابتدا در کشورهای تحت‌الحمایه و توسعه‌نیافته آفریقا و آسیا متبع شد و سرانجام به اروپا رسید و موجب شکل‌گیری ثبت عینی (در آلمان) و ثبت شخصی (در فرانسه) و اختلاطی از آن دو روش، در بسیاری جاهای دیگر شد و بالجمله، بسیاری از اصول ثبت نوین را در غالب نقاط دنیا موجب آمد. با اجرای همان اصول و مبادی در بسیاری کشورها، پس از تأسیس ادارات ثبت و استقرار دفتر املاک یا مرکز فیش‌های ملکی و شخصی که در هر دو صورت سابقه وضعیت ملک را ضبط می‌نمودند، مأمورانی برای ثبت معاملات مردم بر اموال ثبت‌شده موصوف برگزیده شدند که کارمند دولت نبوده اما تکالیفی را همانند سردفتر اسناد رسمی کشور ما عهده‌دار شدند. (از جمله کشورهای جزو اتحادیه سردفتران لاتین زبان امروز). اما در برخی از سرزمین‌ها این امور نیز مانند اموری دیگر برعهده مأمورانی اداری نهاده شد که تاکنون نیز چنین است. (از آن جمله می‌توان به برخی از کشورهای پدیدآمده پس از فروپاشی امپراطوری عثمانی چون سوریه و عراق اشاره داشت).

نزد ما نیز قانون منسوخ ۱۳۲۹ قمری برای ثبت و ضبط معاملات بر املاک غیرمنقول، «مباشر ثبت» را پیش‌بینی کرد که به خدمت دولتی در می‌آمد. و در حوزه محکمه ابتدایی به «ثبت اسنادی که نزد آن‌ها آورند» و دادن سواد اسناد ثبت‌شده و امضا و تسلیم برخی گواهی‌ها می‌پرداخت. هر چند که مواد کیفری ۱۲۱ تا ۱۳۲ همان قانون، نامی از آنان به میان نیاورده و مخاطب خود را «اجزاء ثبت» گفته است. قانون ۱۱ مهر ۱۳۰۸ هم در مواد اولیه خود، مکرراً از «مدیران و نمایندگان ثبت و مسئولین دفاتر» نامی به میان آورده و در

ماده کیفری ۱۲ خود نیز عبارت «هر يك از مستخدمين و اجزاء ثبت اسناد و املاك عامداً يكي از جرم‌های...» را آورده است.

قانون ثبت اسناد و املاك ۲۱ بهمن ۱۳۰۸ در مواد اوليه «مسئولين دفاتر» را عنوان کرده و در مواد ۱۳۹ به بعد خود در زمينه ثبت اسناد، وظايف «مسئولين دفاتر» را ثبت کردن اسناد مطابق مقررات، دادن سواد مصدق از اسناد ثبت شده، تصدیق امضا و... دانسته و در باب چهارم خود تحت عنوان «دفاتر اسناد رسمي» برای مأموران به ثبت اسناد، مکرراً مضاف و مضاف‌الیه «صاحب دفتر» را به کار برده و وظايف آنان را مشابه وظايف کنونی در دفاتر اسناد رسمي بر شمرده است.

سرانجام، قانون ثبت اسناد و املاك ۱۳۱۰، «دفتر رسمي اسناد» را مرکب از «صاحب دفتر» و يك نماینده دانسته و در موارد متعدد از دفاتر اسناد رسمي نام برده و مسئول آن را «صاحب دفتر» گفته است که وظايف و تکالیفش را از جمله در ماده ۴۹ بر شمرده. هر چند که قرائت مواد ۷۵ و ۷۶ این قانون، مؤید این است که مسئول دفتر همواره نامی برای شخص مأمور به تأسیس دفتر اسناد رسمي یا همان صاحب دفتر نیست چه در این دو ماده امر امانت گرفتن اسناد را در اداره ثبت بر عهده یا زیر نظارت «مسئول دفتر» نهاده است. با این همه، با ملاحظه سیر تقنین ثبتي نزد ما و وضع ابتدایی مباشر و سپس اصلاحات و تبدیل آن به مسئول دفتر و صاحب دفتر و نظر به وظایفی که در آن مقررات برای هر يك از اینان شمرده شده، می توان بر آن بود که منظور قانون گذار ۱۳۱۰ از صاحب دفتر، همان مسئولی است که امروز «سردفتر» نامیده می شود.

به ویژه که ماده ۲ قانون دفتر اسناد رسمي ۱۳۱۶ هم پس از آن گفته است: «دفتر اسناد رسمي به مدیریت و مسئولیت يك نفر صاحب دفتر که از این به بعد سردفتر نامیده می شود، اداره می گردد...» و ماده ۳ همین قانون هم سردفتر را وابسته عدلیه بر شمرده و قانون دفاتر رسمي مصوب ۵۴/۴/۲۵ نیز همین تسمیه را در ماده ۲ خود تأیید کرده است.

حاصل آن که؛ اشخاص مخاطب و منظور ماده ۱۰۰ ق.ت.م. مصوب سال ۱۳۱۰ به ترتیب مستخدمين سازمان ثبت اسناد و املاك کشورند (کارمند، کارشناس، مسئول دایره و مسئول

دفاتر از جمله دفتر املاک و دفتر بازداشتی و رئیس و معاون اداره و اجزای آن سازمان یعنی مأموران غیرعالی‌رتبه‌اش) و سرانجام صاحبان دفاتر رسمی اسناد یعنی همین سردفتران اسناد رسمی کنونی.

اسناد مجعوله یا مزوره کدام است؟

اکنون که در راستای شناخت مصداق خارجی «صاحبان دفاتر رسمی» ناگزیر، نگاهی گذرا به مقررات گوناگون و ناسخ و منسوخ ثبت اسناد و املاک افکنیم، یافتن مفهوم منظور از «اسناد مجعوله یا مزوره» بر مبنای همان بررسی گذرا اندکی سهل گردیده است. توضیح این که نزد ما تا پیش از برقراری مشروطه و تأسیس مؤسسات آن، در گوشه و کنار هر شهر و بخش، اشخاصی به سبب داشتن سواد و توانایی نگارش و برخورداری از اعتماد عامه مردم به آن‌ها، نگارش و تنظیم اسناد معاملات و اقرار و تعهدات مردم را عملاً عهده‌دار بودند. اما قانون‌گذار ما، هنگام پرداختن به امر ثبت اسناد مردم در اولین قانون ثبت اسناد، همانند روش پذیرفته برخی از قانون‌گذاران کشورهای دیگر، اشخاصی در خدمت دولت را برای این کار صالح شمرده بودند که بدان‌ها مباشرت داده‌اند؛ لیکن در مقررات بعدی، این خدمات را بر عهده صاحبان دفاتر رسمی و سرانجام سردفتران اسناد رسمی نهاده‌اند که وابسته به دولت‌اند و نه کارمند دولت.

مطالعه مقررات ثبتی گفته‌شده بالا، مؤید این معنی است که پس از برپایی و تأسیس ادارات ثبت و برگماردن اولین مباشران ثبت اسناد یا مسئولان و بعدها صاحبان دفاتر، اصل بر این بوده است که مراجعان اسنادی را که از پیش تهیه کرده‌اند نزد مباشر یا مسئول برند تا وی پس از فرایندی، با رعایت مقررات - و احتمالاً اصلاحاتی - آن را ثبت کند. با توجه به چنین سابقه‌ای معنای جمله «اسناد مجعوله یا مزوره را ثبت کند»، مفاد بند اول ماده ۱۰۰ ق.ت.، قابل فهم و هضم می‌نماید.

نص ماده ۵۲ قانون ثبت اسناد ۱۳۲۹ قمری منسوخ هم به خوبی این معنی را تأیید می‌کند، چه اشعار داشته:

«اسامی اشخاصی که اسناد خود را برای ثبت می‌آورند، یا تصدیقی می‌خواهند و یا سندی را امضا می‌نمایند باید با قید محل اقامت و... آن‌ها به طوری صراحتاً نوشته شود که در هویت آن‌ها تردیدی حاصل نشود.»

حاصل آن که در آغاز کار ثبت اسناد، روش چنین بوده که اشخاص اسنادی را که تهیه کرده بودند، برای تسجیل و ثبت نزد مأموران تازه منصوب شده می بردند و نزد اینان با امضای مجدد در دفاتر و اوراق، آن اسناد را رسمیت نیز می بخشیدند.

بدین گونه، تردیدی نمی ماند که مصداق واقعی و ملموس بزهکاری بند اول ماده ۱۰۰ ق.ث. به تنها مواردی مربوط بوده است که مراجعانی، اسناد مجعول و مزوری را نزد کارمند ثبت اسناد و املاک یا مستخدمان آن سازمان و یا سردفتر اسناد رسمی برده و درخواست ثبت نمایند و اشخاص موصوف هم، عامداً به ثبت آن اسناد مجعول، دست زنند. حال، باید توجه کرد که در عمل، اسنادی که مردم تهیه کرده و برای ثبت به سردفتر ارائه می دادند، در موارد بسیار، به سبب کم اطلاعی کاتبان و مدونان، با مقررات شرعی یا قوانین، مغایرت داشته و به همان صورت، غالباً درخور ثبت و رسمیت نبوده است. مسئولان ثبت اسناد - از جمله سران دفاتر - ناگزیر به پیشنهاد اصلاح و تعدیل مندرجات آن ها به دست اندرکارانش پرداخته و آهسته آهسته طی گذشت زمان، خود تدوین و تهیه آن اسناد را هم چنان که امروز چنین است، عهده دار شده اند. از این رو، امروزه، دریافت هرگونه اسناد اعم از اسناد صحیح یا «مجعوله و مزوره» در دفتر اسناد رسمی، اصولاً موضوعیت نمی یابد.^۶

بلکه برعکس، سردفتر و عوامل تحت امرش، ابتدا مطلوب و خواسته مراجعان را شنیده و سپس آن را به صورت متنی قانون مدار در اوراق مخصوص تحریر کرده و پس از آن که صاحبان سند آن را اجمالاً قرائت کردند یا از مفادش مطلع گردیدند - که تا این جا، متن تهیه شده، عنوان «سند» را هنوز ندارد - به ثبت آن در دفتر رسمی و به امضا رساندن آن ها اقدام می کنند.

با توجه به این امور، بند اول ماده یکصد، منحصرأ در مواردی که اشخاص، اسنادی از قبیل خلاصه معامله، اعلامیه رفع بازداشت، اظهارنامه های ثبت شرکت ها و اختراعات و مانند آن ها را که مجعول و مزور باشد به مأموران ادارات ثبت ارائه دهند و ایشان نیز با علم و اطلاع، آن اسناد را ثبت کنند، امکان تصور دارد.

تعریف عمومی ثبت و ثبت اسناد

نظر به این که در هر هفت بند ماده یکصد، عمل «ثبت»، رکن اصلی بزهکاری منظور مقنن است، یافتن مفهوم این واژه و شناخت مصداق‌هایی از آن هم از لوازم اجرای مقرره موصوف است. طبعاً برای این منظور، در دست داشتن تعریفی جامع و مانع - ولو نسبی - از «ثبت» به کار خواهد آمد. اما قابل ذکر است که مؤلفان متعدد اجزاء ادبیات ثبتی ما چنان تعریفی از «ثبت» به دست نداده‌اند. چنان که یکی از شارحان حقوق ثبتی، تنها حقوق ثبت را «رشته جدیدی از حقوق مدنی» توصیف کرده و «شبه مدنی» اش خوانده است^۷ و مؤلف دیگر منظور از ثبت را، نوشتن قراردادها و معاملات و چگونگی املاک در دفاتر دولتی «رسمی» می‌داند.

نویسنده این سطور، پیش از این، تعریف زیر را از «ثبت» ارائه داده است:^۸

«ثبت، مجموعه اعمالی اداری - حقوقی است که طی آن ایجاد، تغییر، زوال و انتقال حقی را در دفاتر و اوراق و فهرست‌هایی رسماً یادداشت و اعلام می‌کنند.»^۹ که در آن قید «رسماً» اشاره‌ای به رسمیت کار و بار کردن آثار رسمیت بر برخی از مدارک حاصل از ثبت دارد و واژه «ایجاد» به انواع «ثبت»های تأسیسی و موجد و موجب حق از قبیل «ثبت اختراع» اشاره دارد و «اعلام می‌کنند»، عبارتی است که انواع آگهی و اعلام در روزنامه‌های رسمی و غیر آن را شامل می‌شود.

اما بر تعریف فوق، این ایراد وارد است که ثبت وقایع چهارگانه یعنی تولد، ازدواج، طلاق و مرگ را دربر ندارد و در راستای افزودن جامعیت آن، بایستی پس از انتقال حقی، عبارت «یا واقعه» را نیز بدان افزود. حال، با فرض توافق با خوانندگان بر چنان تعریفی، باید توجه کرد که ثبت به شرح فوق، امور گوناگونی از اخذ و تسلیم درخواست‌ها و اظهارنامه‌ها (در ثبت شرکت‌ها، علائم، اختراعات، املاک) گرفته تا تسجیل و ضبط و درج اطلاعات مأخوذ در دفاتر ویژه و رسمی، اعلام و اعلان برخی امور در آگهی‌ها و روزنامه‌ها و نیز مهر و امضا و تسلیم برخی گواهی‌ها و تأییدیه‌ها و مدارک... را شامل می‌شود. لیکن در عمل ملاحظه

می‌شود که هر يك از انواع ثبت‌ها همه امور فوق را مستلزم نبوده، تنها برخی از امور اداری - حقوقی موصوف را حاوی است. از این رو، برای پی‌بردن به مفهوم «ثبت اسناد» به‌عنوان جزیی از عنصر مادی بزهکاری‌های موضوع ماده ۱۰۰ ق.ث. بایستی دید که فرایند «ثبت اسناد» کدام بخش از امور موصوف را در خود دارد و به عبارت دیگر، «ثبت» يك «سند» شامل کدام اقدامات از جمله اقدامات مفصل فوق است؟

ملاحظه فرایند کار در دفتر اسناد رسمی، نشان می‌دهد که «ثبت سند» با مراجعه ارباب رجوع به دفتر اسناد رسمی، آغاز می‌شود؛ متقاضی مدارك شناسایی و مستندات وجود حق را بهر خود ارائه می‌دهد و امر یا معامله منظور خود را به‌صورت شفاهی - و در مواردی نادر به نحو کتبی - بیان می‌کند. سردفتر یا یکی از کارکنان تحت امر وی اظهارات متقاضی را استماع می‌کند، حقیقت حقوقی و قانونی امر منظور وی را درک می‌کند و سپس در صورت ضرورت، دفترخانه، پرسش‌هایی کتبی از برخی ادارات و دوایر به‌عمل می‌آورد و پس از این‌ها، متن را به زبان فارسی و بر اوراق ویژه‌ای که مقررات پیش‌بینی کرده در نسخه‌های مورد نیاز تحریر می‌کند. سپس همزمان با وصول و واریز حقوق دولتی و دستمزد کار دفترخانه، متن تحریرشده را عیناً در یکی از دفاتر رسمی رونویس می‌کند. بنا به اقوال صریح غالب دست‌اندرکاران و سردفتران باسابقه و باتجربه،^{۱۲} هر يك از اقدامات موصوف و مذکور، جزو فرایندی است که زیرعنوان «تنظیم سند» رسمی شناخته می‌شود نه «ثبت سند». و آنچه که در اوراق ویژه تا این دم، مندرج و تحریر می‌شود و حتی آن مطالب که در صفحات دفتر رسمی از روی آن اوراق بازنویس می‌گردد، هیچ‌يك نام «سند» را مطابق تعریف قانون مدنی به خود نمی‌گیرد. چه هنوز هیچ‌يك از این نوشته‌های فاقد امضا، به‌عنوان «سند»، قابل استناد در دادگاه‌ها و ادارات و جاهای دیگر نیست.

اما سرانجام، اشخاصی که به‌نحوی در آن سند ذی‌نفع یا ذی‌سمت مستقیم‌اند، با نظارت سردفتر، به امضا (و مهر در صورت اقتضا) ذیل مندرجات دفتر رسمی و نیز اوراق ویژه فوق‌الذکر دست می‌زنند. تا این‌جا، آن نوشته‌ها مسلماً عنوان «سند» را به خود می‌گیرد

و به محض آنکه پس از امضای ایشان، سردفتر نیز به امضای مندرجات دفتر دست زد و حاشیه اوراق ویژه را مهر و امضا کرد، «سند» منظور متقاضی، «رسمیت» نیز یافته است. حال، با توجه به اینکه «ثبت سند» در دفتر اسناد رسمی، سرانجام با امضای اشخاص ذی‌سمت و سردفتر و دفتریار به انجام و پایان می‌رسد، می‌توان به مفهوم احکام کیفری مذکور در بندهای ماده ۱۰۰ ق.ث. که «ثبت سند» در دفترخانه، مهم‌ترین عنصر مادی‌شان ذکر شده، پی برد و دانست که بزهکاری‌های موصوف در آن بندها، اصولاً محال است یا ممکن. و آن‌هایی که ممکن است، در چه صورت، عنوان بزه می‌یابد؟ به سخن دیگر، اکنون با توجه به مفهوم ثبت سند در دفترخانه می‌توان به بیان یکایک بندهای ماده ۱۰۰ ق.ث. به‌عنوان جزئی از عنصر قانونی بزهکاری‌های منظور، پرداخت.

قرائت بندهای ماده ۱۰۰ قانون ثبت

۱- بند اولاً از ماده ۱۰۰ قانون ثبت: بند اول ماده یکصد در خصوص اولین بزهکاری گفته است؛ «اسناد مجعوله یا مزوره را ثبت کند». با توضیح و توجیهی که آمد و پیشینه‌ای که از چگونگی و روش وصول «اسناد» به دفترخانه‌ها به دست داده شد و تغییراتی که در آن روش تاکنون به‌عمل آمده، می‌توان گفت که اکنون مدت‌هاست که در عمل هیچ‌کس «سندی» چه مجعول و ساختگی و چه واقعی و صحیح را تهیه نکرده و به دفترخانه ارائه نمی‌دهد، تا خود، مقدمه بزهکاری این بند شود. از این رو، بند اول از ماده یکصد، عملاً در خصوص سران دفاتر اسناد رسمی، قانونی متروک و فاقد هر گونه مصداق خارجی است و بزهکاری موضوع آن به سبب منتفی بودن مبنای اولش، جرمی نشدنی و غیرممکن مطلق است. لیکن مصادیق نادری از آن را می‌توان حدس زد که در ادارات ثبت ممکن‌الوقوع است؛ از جمله، هرگاه سند «خلاصه‌معامله» یا «اعلامیه فسخ» مجعولی را متقاضی به مسئول دفتر املاک ارائه دهد و وی با علم و اطلاع از ساختگی بودن خلاصه‌معامله یا اعلامیه، آن را در دفتر املاک منعکس کند و به امضاهای ضروری رساند، در این موارد نیز نظر به این‌که در متن بند اول موصوف، واژه «اسناد» به‌کار رفته، وقتی عامل، مستنداً بدین بند،

قابل کیفر است که دست کم دو یا بیشتر خلاصه معامله یا اعلامیه مجعولی را در دفاتر موصوف منعکس کند. زیرا در سیاق عبارات فارسی، «اسناد»، جمع است و دست کم بر دو سند یا بیشتر دلالت می کند و متن قانون جزایی قابل تفسیر موسع یا قیاس نیست یعنی نمی توان گفت چون ثبت اسناد مجعول مستوجب کیفر است، ثبت يك سند مجعول نیز مستوجب کیفر است.

تذکر - ممکن است گفته شود که هرگاه شخصی «سند رسمی» وکالت مجعولی را که پیش تر با بهره از امکانات فنی کنونی، به مهر و امضای یکی از سردفتران ساخته باشد و به دفترخانه ای برای تفویض مثلاً ارائه داده باشد، «سند تفویض وکالت» اخیر که پس از تنظیم در دفتر بازنویسی شده و به امضای وکیل سند مجعول می رسد، مشمول این بند نمی شود؟ پاسخ آن است که؛ اولاً - سند مجعول و مزور موصوف در دفترخانه بعدی «ثبت» نمی شود. ثانیاً - آنچه که مستند به آن سند مجعول، تنظیم و سپس «ثبت» می شود، خود، سندی است حاوی جعل معنوی؛ از باب نماینده جلوه دادن کسی که نماینده نیست، نه از حیث «ثبت اسناد مجعول». و مرتکب در آن جعل معنوی، آن متقاضی است که با علم و اطلاع از عدم وکالت خویش، بر مبنای سندی مجعول، متقلبانه به امضای سند اخیر به عنوان ذی سمت و ذی حق دست می زند. و در صورتی که این اعمال بدون علم و اطلاع سردفتر اخیر انجام شود - که غالباً چنین است - شخص متقاضی نظر به تعریف ماده ۵۲۳ ق.م.ا. و حکم ماده ۵۳۳ همان قانون به عنوان تزویر در اسناد رسمی تعقیب می شود و موردی برای اعمال و اجرای بند موصوف از ماده یکصد قانون ثبت نمی ماند و در صورتی که سردفتر نیز عامداً با متقاضی همکاری کرده باشد بنا به اختلاف مراتب یا خود مشمول ماده ۵۳۲ یا ۵۳۴ ق.م.ا. می گردد و یا به عنوان شریک جرم یا معاون متقاضی مذکور و در هر حال جایی برای تحقق بند اول ماده ۱۰۰ ق.ث. نمی ماند.

۲- بند ثانیاً از ماده ۱۰۰ قانون ثبت؛ سندی را بدون حضور اشخاصی که مطابق قانون باید حضور داشته باشند، ثبت نماید. با توجه به تعریف قانونی سند، این بند نیز عملاً در

دفترخانه‌ها مصداق نمی‌یابد و بزهکاری موضوع آن جرم غیرممکن مطلق است چه هم‌چنان که مکرر گفته شد، هیچ نوشته‌ای قبل از امضا، سند، محسوب نمی‌شود. و حتی در صورتی که نوشته‌هایی در دفترخانه با علم و اطلاع به عدم صحت‌شان تنظیم گردد و سپس ثبت شود یعنی به امضاهای ضروری رسد، عمل، ممکن است مشمول یکی از مواد ۵۳۲ یا ۵۳۴ ق.م.ا. بشود نه مشمول این بند از ماده یکصد قانون ثبت. قابل ذکر است که این بزهکاری در موارد نادری، از جمله تنظیم و تهیه صورت‌مجلس‌های تحدید حدود یا تقسیم و اظهارنامه‌های ثبت شرکت‌ها و اختراعات و غیر آن‌ها در صورتی که بدون حضور ذی‌نفعان رسمی تنظیم گشته به امضا رسد، قابل تصور است.

۳- بند ثالثاً از ماده ۱۰۰ قانون ثبت: این بند نیز گفته است: «سندی را به اسم کسانی که آن معامله را نکرده‌اند، ثبت کند» این بند به‌نحو دیگری تکرار حکم مذکور در مفاد بند ثانیاً است. وصفی که از «سند» در موارد دیگر کرده‌ایم، در این مورد نیز صدق می‌کند. و بزه با اوصاف دقیق مذکور در متن بند ثالثاً و توجه به پیشینه ثبت سند، مصداق خارجی پیدا نمی‌کند: می‌ماند این که سردفتری عالماً شخصی را به‌جای ثالث پذیرفته و سندی که به‌نام ثالث تنظیم کرده، در دفتر درج کند و از این شخص به‌جای ثالث امضا گیرد. این عمل بنا به مراتب و اوصاف همراهش ممکن است مشمول ماده ۵۳۲ یا ۵۳۴ ق.م.ا. گردد نه بند ثالثاً ماده یکصد قانون مورد بحث مصداق ممکن ارتکاب این بند نیز در اداره ثبت برای مثال ضمن ثبت خلاصه‌معامله‌ای که ناقلش احد از وراثت است به نام وارث دیگر و ثبت متقلبانۀ چنان سندی به شکل دیگر در دفتر املاک قابل تصور است.

۴- بند رابعاً از ماده یکصد قانون ثبت: متذکر شده: «تاریخ سند یا ثبت سندی را مقدم یا مؤخر در دفتر ثبت کند». در روش اولیه و منسوخ «ثبت سند» در دفترخانه، هر سند رسمی دو تاریخ را واجد بود؛ یکی تاریخ تهیه و امضای سند اولیه که پس از تهیه برای رسمیتش به دفترخانه ارائه شده. دوم، تاریخ رسمیت بخشیدن به آن سند با ثبتش در دفتر رسمی. و طبعاً هر يك از این دو تاریخ با توجه به اهمیت و تأثیرات‌شان در حقوق این و آن، مورد

توجه قانون‌گذار و موضوع حمایت و حفظ او بوده است. اما با تغییر روش ثبت سند، بزهکاری تقدیم یا تأخیر تاریخ سند، در دفاتر اسناد غیرممکن مطلق است. ولی هرگاه تاریخ ثبت دفتر یعنی تاریخ امضای اشخاص ذی‌سمت در دفتر تقدیم و تأخیر داده شود، هم‌چنان بزهکاری مشمول احکام عمومی در مواد مربوط به جرم جعل و تزویر می‌تواند بشود یا بزهکاری دوم یادشده در این بند.

قابل ذکر است که عملاً این تغییر عنصر قانونی در هیچ‌یک از موارد فوق تأثیر عملی ندارد و در صورت اثبات بزه، مستوجب یک تا پنج سال حبس به علاوه محرومیت از حقوق اجتماعی و مجازات‌های انتظامی است.

۵ - بند خامساً از ماده ۱۰۰ قانون ثبت: این بند می‌گوید: «تمام یا قسمتی از دفاتر ثبت را معدوم یا مکتوم کند. یا ورقی از آن دفاتر را بکشد یا به وسایل متقلبانۀ دیگر، ثبت سندی را از اعتبار و استفاده بپردازد».

این بند خود حاوی چهار بزهکاری است؛

یک - معدوم ساختن دفاتر ثبت.

دو - مکتوم ساختن آن‌ها.

سه - کشیدن ورقی از آن دفاتر.

چهار - از اعتبار افکندن سندی به وسایل متقلبانه.

به‌عنوان تشریح مفاهیم عنصر قانونی در موارد بزهکاری‌های وصف‌شده فوق بایستی گفت: چنان که توجه شده در سه بزهکاری اول منصوص در این بند، یعنی معدوم کردن یا مکتوم ساختن یا کشیدن ورقی... واژه به‌کار رفته برای شیء مفعول عمل، «دفاتر» است نه «دفتر». از این رو، هرگاه مسئولی در دفترخانه یا اداره ثبت فقط یک جلد دفتر را مکتوم یا معدوم کند، مشمول این ماده نمی‌شود. چه معنای «دفاتر» بنا به سیاق تفاهم در زبان فارسی، دست‌کم دو دفتر است. در صورتی که در نص بند مذکور از ماده ۱۰۰ ق.ث. علت مفعولی بزهکاری‌ها به‌صورت مضاف و مضاف‌الیه، «دفاتر ثبت» به‌کار رفته است.

با توجه به مقاصد منظور از اضافه در دستور زبان فارسی یعنی ملکیت یا تخصیص یا نوع و جنس و با توجه به نفی اصولی ملکیت در این مورد، بنابراین که مالکیت منحصرأً خاص آدمیان است و غیرآدمی حائز شرایط علقه ملکیت و تعلق و مالکیت نیست، در نظر اول موضوع بزهکاری ممکن است کتمان یا از میان بردن دست‌کم دو جلد دفتر حدس زده شود که «مخصوص ثبت» آماده شده یا از نوع یا جنس دفاتری است که عرفاً و عادتاً برای ثبت به کار می‌رود ولو که همه صفحات و اوراقشان نانوخته و سفید باشد. ولی این حدس اخیر نادرست است و بزهکاری، زمانی مصداق یافته و تحقق می‌پذیرد که موضوع عمل ارتكابی، دست‌کم دو جلد دفتری باشد که مطابق قواعد فعلی، پذیرد هر يك مهر و امضا و قیطان کشی شده و به امضاهای مقامات رسمی رسیده باشد و علاوه بر این‌ها در هر يك از آن دو دفتر موضوع بزهکاری دست‌کم يك سند ثبت شده و به امضاهای افراد ذی‌سمت و مسئولان رسیده باشد که از این اوصاف، تخصیص را بتوان استنباط کرد. و فقدان هر يك از این اجزا، طبعاً اجازه تحقق مفاهیم مذکور در این بند را نمی‌دهد. در خصوص کشیدن ورق هم هم‌چنان علت مفعولی «دفاتر» و دست‌کم دو دفتر است و سرانجام از اعتبار و استفاده انداختن «ثبت سند» با به کار بردن عملی ابزار متقلبانه برای امحا یا غیر قابل قرائت کردن متن سند ثبت شده در دفتری است. اما در خصوص این بزهکاری، قابل ذکر است که بنا به سیاق عبارت فارسی و آمدن یای وحدت یا نکره در انتهای واژه «سند» از اعتبار و استفاده انداختن ثبت تنها يك سند، برای تحقق بزهکاری کافی است. و هر چند استفاده و اعتبار را معانی متفاوتی است، عملاً اعتبار مستلزم استفاده از متن ثبت سند و از اعتبار انداختن سند، مستلزم از استفاده انداختن آن نیز منظور است.

تذکر: قرائت ماده ۵۴۴ ق.م.ا. مؤید این معنی است که هرگاه بعضی یا کل «دفاتر» یا مطالبی که در «دفاتر» ثبت و ضبط دولتی مندرج یا در اماکن دولتی محفوظ یا نزد اشخاصی که رسماً مأمور حفظ آن‌ها هستند، سپرده شده باشد، برخلاف مقررات «معدوم» شود، دفتردار و مباشر ثبت و ضبط «اسناد مذکور» و سایر اشخاص که به سبب اهمال

آن‌ها جرم وقوع یافته باشد، به حبس از ۶ ماه تا دو سال محکوم خواهند شد.^۱ بنابراین و نظر به ماده ۴۶ همین قانون در خصوص تعدد جرم، برخی از بزهکاری‌های موضوع بند خامساً در ماده ۱۰۰ ق.ث. مشمول این ماده نیز بوده و در هر حال به مجازات منوط‌الیه حسب ماده یکصد که اشد است، محکوم می‌گردد. قابل ذکر است که در ماده ۵۴۴ قانون فوق‌الذکر بزهکاری‌های دیگری برای سردفتران و مأموران سازمان ثبت متصور است که به سبب خروج موضوعی از این نوشته بدان‌ها نمی‌پردازیم.

۶- بند سادساً از ماده ۱۰۰ قانون ثبت: این بند تصریح دارد که؛ اسناد انتقالی را با علم به عدم مالکیت انتقال‌دهنده ثبت کند.

مفاد این بند نیز بنا به مفهومی که از «سند» به دست داده شد، هم‌چنان در دفترخانه مصداق نمی‌یابد لیکن به صورت ارائه خلاصه معامله‌ای حاوی انتقال ملکی از غیرمالکی به غیر به مأمور ثبت و همکاری عامدانه مأمور اخیر در ثبت، چنان سندی در دفتر املاک ممکن است مصداق یابد. هر چند که در آن صورت خلاصه معامله موصوف اگر تماماً ساختگی و مزور نباشد، دست‌کم، سند، موضوع جعل معنوی است و ثبت آن، به عنوان استفاده از سند مجعول هم می‌تواند عنوانی یابد که اگر مورد با جزای ماده ۵۳۲ ق.م.ا. نظر به ماده ۱۰۰ ق.ث. تطبیق داده شود، ممکن است هم‌چنان تعدد جرایم هم در آن اعمال تحقق یافته و در هر حال مشمول حکمی می‌شود که جزایش بیشتر است.

۷- بند سابعاً از ماده ۱۰۰ قانون ثبت: این بند به صراحت بیان می‌دارد؛ سندی را که به‌طور وضوح سندیت نداشته و یا از سندیت افتاده ثبت کند.

تحقق بزهکاری موضوع این بند نیز در دفاتر اسناد رسمی محال و غیرممکن مطلق

۱. ماده ۵۴۴ ق.م.ا.؛ هرگاه بعضی یا کل نوشته‌ها یا اسناد یا اوراق یا دفاتر یا مطالبی که در دفاتر ثبت و ضبط دولتی مندرج یا در اماکن دولتی محفوظ یا نزد اشخاصی که رسماً مأمور حفظ آنها هستند سپرده شده باشد، ربهوده یا تخریب یا برخلاف مقررات معدوم شود دفتردار و مباشر ثبت و ضبط اسناد مذکور و سایر اشخاص که به واسطه اهمال آنها جرم مذکور وقوع یافته است، به حبس از شش ماه تا دو سال محکوم خواهند شد.

است و تنها مصادیقش ممکن است در دواير ثبت و در مواردی که اسناد رسمی قبلی که به سببی قانونی از سندیت افتاده باشند، عامداً ثبت گردد، تحقق یابد.

اکنون که درخصوص عنصر قانونی ماده ۱۰۰ ق.ت.، در حد امکان توضیح داده شد، حق آن است که به تبیین عناصر دیگر این بزهکاری‌ها پرداخته شود.

دو - عنصر معنوی بزهکاری‌های ماده ۱۰۰ قانون ثبت:

مؤلفان تألیفات مباحث روانشناسی در قرن حاضر و پیش از آن سخن از «من و من برتر» پیش می‌آورند و به نحوی موجز می‌گویند که «من» شخص مجموعه‌ای از قوا و غرایز طبیعی اوست که هر دم درصدد جلب نفع و دفع ضرر به معنای عام این دو واژه بر می‌آید و «من برتر» شخص آن منش و شخصیت اکتسابی شخص است که تربیت مستقیم یا غیرمستقیم اجتماعی قواعد و حدودش را بر شخص تحمیل کرده و وی را اصولاً و می‌دارد که خواست‌های «من» خویش را با رعایت آن قواعد و حدود اجتماعی تحقق بخشد.

اندیشه یا تفکر، بنا به قولی، فرایندی بیوشیمی در مغز آدمی متعارف است که وی در طی آن فرایند امری را که با آن برخورد شده است، با دانسته‌های انباشته در ذهن و حدود و قواعد اکتسابی از جامعه که مجموعشان «من برتر» وی را تشکیل داده است، می‌سنجد و سود و زیان مادی و معنوی امر تازه را ارزیابی می‌کند و نسبت به پذیرفتن یا رد نمودن آن، تصمیم می‌گیرد.

و اگر این امر تازه، رفتاری اجتماعی باشد، شخص ضمن مواجهه با پیشنهاد یا تصور آن رفتار و ارزیابی سود و زیان مادی و معنوی حاصل از آن و سنجیدنش با اوامر و نواهی اجتماعی - از جمله دستورات منفی قوانین جزایی - آن رفتار و کار را کاملاً مردود می‌شمارد یا می‌پذیرد یا نسبت به آن مایل یا بی‌میل می‌شود و در صورت پذیرش یا میل شدید مصمم می‌شود که آن امر را به انجام برساند.

به سخن دیگر، انسان تحت اثر انگیزه‌های گوناگون - از جمله به‌دست آوردن مال و اندوخته، دستیابی به خواست‌های جنسی، حاصل آوردن مناصب و مشاغل و گاه فروکوفتن حریف و از میدان به درکردن وی در پی یافتن راه‌هایی برمی‌آید و هرگاه راه گزیده شده،

راهی بزهکارانه باشد، ممکن است شخص با سنجیدن نتایج کار و نهی قوانین کیفری از عمل آتی وی و تأثیراتی که از تعقیب و دادرسی و صدور حکم عاید وی می‌شود، از آن خودداری کند. و گاه نیز تحت تأثیر سود و منافع حاصل از بزهکاری و نیز احتمال اینکه بزهکاری مخفی بماند و اصولاً تعقیب نگردد، بدان کار دست زند.

این سنجش و ارزیابی طبعاً از انسان‌هایی متعارف انتظار می‌رود و از همین روست که مقررات کیفری و صاحب‌نظران این دانش، از آغاز کار برخی از اشخاص از جمله روان‌پزشان را از محدوده مباحث بزهکاری کنار می‌گذارند. و تأکید بر همین رویکرد است که در مقررات کیفری اغلب کشورهای پیشرفته، علم و آگاهی را یکی از ارکان عنصر معنوی و از لوازم محکومیت مرتکب برمی‌شمارند.

یکی از شارحان حقوق جزای عمومی^{۱۴} عنصر معنوی بزهکاری را در واژه‌های اراده، سوءنیت یا عمد، خطا و داعی خلاصه کرده و سپس به شرح مفصل آن‌ها پرداخته است. مؤلف دیگر^{۱۵} ذیل مبحث عنصر معنوی، اراده، سوءنیت و خطای جزایی را اجزای این عنصر دانسته و به بحث و تشریح آن‌ها پرداخته است.

با توجه به مباحث مشابهی نزد صاحب‌نظران و تحلیل مختصری که در سطور بالا ارائه شد، می‌توان بر آن بود که مرتکب هر يك از بزهکاری‌های مورد بحث نیز، در آغاز تحت تأثیر انگیزه‌ای قرار گرفته، اندیشه دست زدن به یکی از امور ممنوع به ذهنش خطور می‌کند. و با توجه به آگاهی که از محذور بودن و پیامدهای قانونی آن دارد، به سنجش سود و زیان ناشی از فعل ارتكابی می‌پردازد و بسا که سیر معنوی امر همین‌جا متوقف گردد و هیچ مظهر خارجی نیابد؛ که طبعاً این سیر معنوی و نیت هنوز قابل تعقیب نیست. چه مقررات جزایی اصولاً نیاتی را که مظهر خارجی نیابد، تحت تعقیب نمی‌گذارد. استاد دکتر «عوجی» مستشار دیوان عالی کشور لبنان و استاد علوم کیفری در دانشگاه لبنان در این زمینه می‌نویسد:^{۱۶}

«و خوفاً من ان یودی محاوله التعرف علی كنه النفس البشریه، الی خرق حق الانسان

بالحفاظ علی مایجول فی نفسه من افکار و بالتالی الی تعریض حریته لانتهاک، حرمت
محاولة الوقوف علی سریرته الا مظهر منها بافعال مادیه تعکس هذه السریره»
یعنی: کوشش در پی بردن به کنه روان آدمی ممکن است به این بینجامد که حقوق
شخص در پنهان نگاه داشتن اندیشه‌هایی که از ذهنش می‌گذرد، نقض شده، زیر پا نهاده
شود؛ بیم از این نقض حق که مآلاً آزادی شخص را به مخاطره می‌اندازد، باعث شده است
که هر گونه کوشش در راستای تفتیش امور ذهنی وی تا زمانی که آن امور به صورت
اعمال مادی ظهور نیابد، ممنوع گردد.

حال اما زمانی که مرتکب پس از سنجیدن پیامدهای کاری که در نظر دارد، تصمیم به
انجام و اجرائش گیرد، گفته می‌شود که علاوه بر نیت، اراده آن کار را نیز داشته است.
افزون بر اراده، دانایی نسبت به عناصری که بزهکاری را ترکیب می‌کند و منع قانونی آن
نیز رکن دیگری از عنصر معنوی بزهکاری است.

می‌دانیم که «جهل به قانون» اصولاً رافع مسئولیت نمی‌شود. در خصوص
بزهکاری‌های منظور ما نیز، فرض جهل به سبب جایگاه مخاطبان ماده ۱۰۰ ق.ت. اصولاً
مستبعد است.

حال بایستی دانست مفهوم واژه «عامداً» که قید معنوی اساسی عموم بزهکاری‌های
موضوع ماده ۱۰۰ ق.ت. است، کدام است؟

ابتدا به یاد می‌آوریم که ماده ۱۰۰ ق.ت. متذکر است: «هر یک از مستخدمین و اجزاء ثبت
اسناد و املاک و صاحبان دفاتر رسمی عامداً یکی از جرم‌های ذیل را مرتکب شود...»

واژه «عامداً» اسم فاعل است از ریشه عَمَدَ یَعْمِد، عمداً که در صورت تعدی به واسطه
مجرور (ل) یا (الی) به معنی «قصد کردن و از روی اراده و خواست - و نه از روی خطا و
اتفاق - چیزی را خواستن» هم ضبط گردیده است. آمدن واژه فوق در متن ماده مذکور
به صورتی که آمده، از سیاق بیان فارسی دور است. اما با توجه به مفاهیم مفعول‌های
پنج‌گانه در زبان عربی که واژه از آن زبان به عاریت گرفته شده، «عمداً» در زبان یادشده،
مفعول‌له یا مفعول‌لاجله خوانده می‌شود و هرگاه در جمله‌ای می‌آید، غایت و هدف فاعل را

از انجام عمل و کار اصلی توضیح می‌دهد. از این رو با توجه به سیاق بیان تازی که مدت‌ها تماماً و تاکنون هم کمابیش نزد ما متبع است. واژه «عامداً» در متن ماده، قصد و اراده عامل به انجام امور موصوف در ماده ۱۰۰ ق.ث. را گویا است.

فقیهان در تألیفات خود، عمد را با عباراتی چون «ضابطه العمد ان یکون عامداً فی فعله و قصده»^{۱۷} تبیین ساخته‌اند. ضمن تتبع در احکام دیوان عالی کشور هم به اشاراتی در تبیین مفهوم عمد و قصد برمی‌خوریم:

از جمله حکم شماره ۱۴۰۷ - ۲۷/۵/۱۷ دیوان در زمینه قتل عمد می‌گوید: «شرط انطباق عمل با ماده ۱۷۱ ق.م.ع. [منسوخ] تحقق عمد در قتل است. و دادگاه بایستی عامد بودن متهم را احراز نماید.»^{۱۸}

و نیز حکم ۲۹۲ - ۲۰/۱/۳۱ شعبه ۲ و مشابه آن صراحت دارد که «سوءنیت از عناصر لازم جرم جعل به‌شمار می‌رود»^{۱۹}

از پروفیسور گارو این عبارت نقل شده که: «وقتی عمل عمدی است که عامل در حال عادی دارای هوش و آزادی (اختیار) خواسته است عملی را مرتکب شود که قانون آنان را جرم تشخیص داده...»^{۲۰}

حکم آمده در بولتن کیفری احکام دیوان عالی کشور فرانسه به سال ۱۹۹۵ در این زمینه به شکل زیر ممکن است به تبیین بحث، کمک کند:^{۲۱}

En matière de faux et d'usage de faux L'intention coupable de l'agent résulte quelque soit son mobile, de sa conscience de l'altération de la vérité dans un document susceptible d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques.

یعنی: در خصوص جعل و استفاده از سند مجعول، قصد و نیت عامل - انگیزه وی هر چه که باشد - از آگاهی وی به این که حقیقت را قلب می‌کند، استنتاج می‌گردد؛ قلب حقیقت در سندی که در شأنش آنست که دلیل وجود حق یا واقعه‌ای باشد که خود دارای نتایج حقوقی است.»

پروفسور گارو نیز در این زمینه گفته است،^{۲۲}:

L'intention, dans le sens étymologique du mot est la direction de la volonté vers un but, en matière pénale la direction de la volonté vers l'acte incriminé. Dans ce sens, il est vrai de dire qu'il n'y a pas de délit sans intention, que c'est l'intention qui fait le délit, car l'intention se confond avec la volonté et le caractère volontaire du fait reproché est la condition primordiale de la culpabilité

یعنی: قصد و نیت در معنای اشتقاقی‌اش، جهت‌گیری اراده به سوی مقصدی است؛ و از

دیدگاه کیفری، جهت‌گیری اراده به سوی عمل بزهکارانه است. در این معنی به‌واقع می‌توان گفت که هیچ بزه و جرمی بدون قصد و نیت [بزهکار] پدید نمی‌آید؛ قصد و نیتی که - با اراده مشابه بوده و - بزهکاری را تحقق می‌بخشد. چه شرط اصلی و بنیانی اتهام، خصیصهٔ ارادی بودن عمل فاقد مجوز است. [یعنی ماهیت ارادی عمل مجرمانه، شرط اصلی ارتکاب جرم است]

دیوان عالی کشور مصر نیز در جلسهٔ ۱۹۳۳/۶/۲۶ چنین رأی داده است^{۲۳}:

«القصد الجنائی فی جرمه التزویر، ینحصر مبدئياً فی امرین: الاول؛ علم الجنائی بانه یرتکب الجرمه بجمیع ارکانها التی تتکون منها. ای ادراکه انه یغیر الحقیقه فی محرر باحدی الطرق المنصوص علیها قانوناً و ان شأن هذا التغییر للحقیقه - لوان المحرر استعمل - ان یترتب علیه ضرر مادی او ادبی حال او محتمل الوقوع یلحق بلا فراد او بالصالح العام. و الثانی اقتران هذا العلم بنیه استعمال المحرر المزور فیمازور من اجله.

و در جلسه ۱۹۰۵/۱۱/۲۸ نیز چنین گفته است:

«ان القصد الجنائی فی جرمه التزویر، یتحقق بتعمد تغیر الحقیقه فی الورقه، تغیراً من شأنه ان یسبب ضرراً و بنیه استعمالها فیما غیرت من اجله الحقیقه فیها. به ترتیب یعنی:

«قصد کیفری در بزهکاری جعل، اصولاً دارای دو رکن است:

رکن اول؛ آگاهی مرتکب از این که به بزه‌ی با جمیع اجزایی که از آن‌ها پدید خواهد آمد، دست می‌زند؛ یعنی این که بداند که به یکی از طرق مذکور در قانون، حقیقتی را در نوشته‌ای تغییر می‌دهد؛ تغییر حقیقتی که در شأن آن است - که در صورتی که آن نوشته مورد استفاده واقع شود - موجب ورود ضرری مادی یا معنوی واقع یا محتمل الوقوعی به

افراد یا مصالح عمومی می‌گردد.

رکن دوم؛ همزمانی این آگاهی با قصد و نیت استفاده از آن نوشته [جعلی] در موردی است که به خاطر آن، جعل واقع شده است.»

و نیز «قصد جنایی در بزه جعل، با تعمد در تغییر حقیقت در نوشته‌ای متحقق می‌گردد؛ تغییر حقیقتی که در شأن آن است که موجب ضرر گردد.

هم‌چنین با همراهی نیت به کار بردن آن نوشته در موردی که در جهتش قلب حقیقت [یعنی جعل] گردیده است.»

حال، با بهره از این دستمایه‌ها می‌توان گفت مخاطبان ماده ۱۰۰ ق.ت.ث. که آگاهی ایشان به این نهی و منع قانونی به سبب شغل‌شان مفروض واصل است، در صورتی حسب بندهای ماده یکصد قابل تعقیب‌اند که:

اولاً - به تمام اجزای بزهکاری مقصود آگاه باشند و دانسته و آگاه به قلب حقیقت مادی یا معنوی در آن بزهکاری‌ها دست زنند.

ثانیاً - از فعل خود اضرار به دیگران یا سرکشی نسبت به مقررات و زیان‌مند کردن مصالح عمومی و نظام معاملاتی و ثبتي قصد و منظورشان باشد.

تذکر يك: نکته مهم قابل توجه در این زمینه آن است که عمد و قصد و نیت سوئی که عنصر معنوی جرایم موصوف است قابل فرض نیست. بلکه بایستی از طریق مظاهر خارجی آن‌ها و اعمالی که مرتکب بدان‌ها دست می‌زند، احراز شود. و این امر از نکات مهمی است که در رسیدگی‌های تجدیدنظر یا فرجامی می‌تواند موجب نقض حکم بدوی شود.

تذکر دو: این عمد و قصد موضوعی است و نه حکمی و از این‌رو مطمح‌نظر و موضوع نظارت محاکم فرجامی قرار نمی‌گیرد. به عبارت دیگر، برداشت کلی از اجزای ارکان تحقق‌یافته بزهکاری است که به قاضی دادگاه بدوی قناعت وجدانی می‌بخشد که مرتکب قصد و نیت بزهکاری را داشته است یا خیر. و این برداشت هم امری موضوعی بوده و مورد نظارت فرجامی قرار نمی‌گیرد.

تذکر سه - زمانی که در متن ماده کیفری قانون گذار عمد و قصد را متذکر شده باشد، نظر به اصل عدم، بر مأموران تعقیب و دادرسان است که عنصر عمد و قصد را بر مبنای امور واقع احراز کرده و بدان‌ها در اظهارنظرشان متشبث گردند. و در عمل، وجود این قیود در نص قانون، به سود عاملانی است که در واقع بدون عمد و قصد به عملی دست زده باشند. برای قیاس، در مواردی که قانون چنین قیودی را در متن مذکور نداشته، اصل بر آن است که اجزای عمل ارتكابی شاخص وجود سوءنیت و عمد و قصد بزهکارانه است. در این صورت مرتکب می‌تواند در صورت اعتقاد به خلاف آن‌ها، به ارائه دلیل بپردازد و مأموران تحقیق و دادرسان در این موارد از اثبات وجود عمد و قصد بی‌نیازند.

تذکر چهار - در غالب احکامی که از دیوان عالی کشور ایران و مصر و فرانسه در این زمینه‌ها در دست است اضرار به غیر یا در مواردی اضرار به مصالح عمومی رکنی از ارکان عنصر معنوی انگاشته شده است. در حالی که در شرایط کنونی، جلب منفعت مادی در غالب بزهکاری‌های مشابه بیش از اضرار به غیر می‌تواند باعث و داعی بزهکاران قرار داشته باشد. هر چند که این جلب منفعت اصولاً مستلزم اضرار به غیر یا دست‌کم اضرار به مصالح عمومی و نظم اسنادی نیز می‌تواند باشد.

سه - عنصر مادی بزهکاری‌های ماده ۱۰۰ قانون ثبت

با شرحی که گذشت، عناصر قانونی و معنوی بزهکاری‌های موضوع ماده ۱۰۰ ق.ت. تبیین شد. اکنون، زمان آن است که به تبیین عنصر مادی این بزهکاری‌ها پرداخته شود می‌دانیم که عنصر مادی و عمومی بزهکاری‌های جعل در اسناد، عبارت است از ساختن يك نوشته کامل و امضاشده حاوی تغییر حقیقت است یا مخدوش ساختن نوشته موجود... در متن ماده ۹۷ قانون منسوخ و ۵۲۳ قانون (معتبر کنونی مجازات اسلامی)، امر و شیء مورد جعل، «نوشته یا سند» رقمی گردیده است. و نظر به عبارت «یا چیز دیگری برخلاف حقیقت» که در ماده ۹۷ آمده است، این ماده چیزهای دیگری جز سند و نوشته از جمله کلیشه و سربرگ و اعلامیه کتبی و غیر آن را نیز شامل می‌شده که ماده ۵۲۳ ق.م.ا. شامل

آن نمی‌شود. علاوه بر ساختن نوشته و سند، ساختن مهر یا امضای اشخاص نیز حسب هر دو ماده عنوان جعل دارد و سپس خراشیدن، تراشیدن، قلم‌بردن، الحاق یا محو یا اثبات و یا سیاه‌کردن یا تقدیم یا تأخیر تاریخ سند نسبت به تاریخ حقیقی یا امضای نوشته دیگر یا به‌کار بردن مهر دیگری بدون اجازه صاحب آن به همان وجه. تبیین مفصل یکایک وازگان مذکور در موارد فوق را در تألیفات مفصل کیفری از جمله تقریرات استاد دکتر ابراهیم پاد در دهه ۴۰ در دانشکده حقوق دانشگاه تهران می‌توان یافت و پرداختن بدان‌ها از حوصله موضوع مقاله خارج است. لیکن در مورد عنصر مادی خاص جعل موضوع ماده ۱۰۰ ق.ت.، چنان‌که یادآوری شده؛ «ثبت سند» عنصر مادی غالب بزهکاری‌های موصوف است. تحلیل «ثبت» و سپس «ثبت سند» را نیز به ضرورت در تبیین عنصر قانونی متذکر شدیم. در اینجا تنها بدین نکات می‌پردازیم که:

يك - «ثبت» به مفهومی که توضیح داده شد، در مفاد بند يك ماده ۱۰۰ ق.ت. عبارت از آن می‌گردد که سند مجعول و مزور به‌وسیله شخص کارمند یا عضو عالی‌رتبه یا دانی‌رتبه سازمان ثبت اسناد و املاک و مأموران به خدمت در آن سازمان یا سردفتر اسناد رسمی، خواه اصیل باشد خواه کفیل، یا به‌وسیله کسانی که ایشان به وی دستور داده‌اند یا به کار او ناظر بوده‌اند، یا بایستی ناظر می‌بودند، در یکی یا چند دفتر رسمی مخصوص ثبت آن نوع سند ثبت گردد؛ یعنی در دفاتری از جمله دفتر املاک، دفتر ثبت شرکت‌ها، دفتر املاک توقیف شده (بازداشتی)، دفتر جاری سردفتر و هر يك از دفاتر معین آن مانند دفتر اتومبیل یا دفتر رهن یا... تماماً تحریر گردد و به امضاهای واقعی یا ساختگی و نیز مهرهای لازم در انتهای آن تحریر، زده شود. و بالجمله «ثبت سند» به گونه‌ای انجام شود که این مفهوم بر آن صدق کند. مصداق بند دوم ماده یکصد، زمانی است که «سند» برابر تعریف قانون مدنی مانند اظهارنامه ثبت مؤسسه، اختراع، کشتی، ... در دست باشد و با علم و اطلاع و نیت متقلبانه، بدون حضور و امضای اشخاصی دارای سمت، آن را در دفاتر رسمی ویژه هر يك از این امور تحریر کنند و امضای لازم را خواه ساختگی و خواه بعضاً صحیح در

محل امضاهاى ضرورى آن سند بگذارند یا بسازند. عنصر مادی بند شش و هفت نیز از حیث اشمال آن بر ثبت اموری غیرواقعی یا دگرگون شده یکسان است.

اما عنصر مادی بند چهار ماده یکصد، در تغییر متقلبانه تاریخ سند یا ثبت سند است و همان گونه که اشاره شد، عنصر مادی و فیزیکی اش همان تحریر و نقش حروف و کلمات است الا این که همین تحریر و نقش در خصوص تاریخ، به منظور متقلبانه، تقدیم و تأخیر گردد. مصداق خارجی در بزهکاری موضوع این بند هم در ادارات ثبت ممکن است نمود و ظهور پیدا کند و بزهکاری دومش [یعنی تغییر متقلبانه تاریخ ثبت سند] در دفترخانه‌ها؛ هم‌چنان که اشاره کردیم. آنچه در دفترخانه‌ها، در حال حاضر، «ثبت» می‌شود در آخرین اقدام عنوان «سند» می‌یابد نه پیش از آن. و نیز می‌دانیم که دادرسی هم هرگاه معنای دقیق عرفی کلمه‌ای را نداند، بایستی به اهل عرف رجوع کند. معتبرترین اهل عرف در خصوص تشخیص مفهوم دقیق «سند رسمی»، کانون سردفتران و دفتریاران مرکز است و دست آخر، قاطبه سردفتران اسناد رسمی و عرف جاری و رویه معمول در نظام سردفتری بر مبنای استنباط از مجموعه قوانین ثبتی نوشته‌ای را ولو بر اوراق مخصوص دفترخانه تحریر کرده باشند، تا زمانی که به امضاهاى افراد ذی‌سمت نرسیده باشد، سند نمی‌داند. عنصر مادی بند پنج در خصوص معدوم کردن دفاتر شامل سوزاندن، پاره کردن، به پودر و نوارهای بسیار باریک وسیله دستگاه‌های الکتریکی تبدیل کردن، خمیر کردن و با اسید متلاشی ساختن و اموری از این دست است بدون هیچ ترجیح و انحصاری.

مکتوم ساختن نیز شامل هر عمل عمدی و به قصد تقلبی می‌گردد که طی آن دو یا چند دفتر ثبت را از دسترس معمول و مقبول کسانی که باید بدان دسترسی داشته باشند، خارج کنند. خواه دو دفتر ثبت یا بیشتر را در جاهای عرفاً غیرقابل دسترس در اداره یا دفترخانه پنهان کنند یا برای اختفا آنها را به جای دیگری انتقال دهند. این بزهکاری ممکن است هم‌زمان مشمول ماده ۲۶ ق.د.ا.ر.ک. نیز بوده و مصداق تعدد جرم و احکامش گردد.

اما در خصوص کشیدن يك ورق دست‌کم از دو دفتر ثبت یا بیشتر خواه با دست عامل

عملی گردد خواه با انبرک یا گیره یا هر ابزار دیگر و خواه به دست مرتکب [آمر] عملی شود یا به دست کسی که از وی حرف شنوی دارد و یا زیر نظر وی کار می کند یا بایستی چنین باشد. خواه این کشیدن به پارگی کاغذ منجر شود یا تصادفاً به پاره شدن قیطان دفاتر؛ پرسشی که قابل طرح است این که آیا واژه «کشیدن» که در متن ماده به کار رفته خصوصیت ویژه‌ای دارد و منحصرأ مورد نظر قانون گذار بوده است؟ و برای مثال، اگر مرتکب به جای عمل فیزیکی کشیدن دو برگ از دست کم دو دفتر یا بیشتر، دو برگ را از آن دو دفتر به کمک قیچی یا تیغ جدا سازد، مشمول همین بند می گردد یا خیر؟ نیز این که آیا نفس کشیدن دو برگ از دفاتر به شرطی که به امحاء آن برگ‌ها منجر نشود، چه خصوصیتی دارد که قانون گذار آن را بزه دانسته و مطابق قانون منسوخ مستوجب پنج تا ده سال زندان دانسته است؟ و امروز مطابق قانون معتبر، در خور يك سال تا پنج سال زندان است؟

پاسخ این پرسش‌ها را در عبارت پایانی بند پنج می توان یافت. چه عبارت ماده چنین است «... یا ورقی از آن دفاتر را بکشد یا به وسایل متقلبانۀ دیگر ثبت سندی را از اعتبار و استفاده بیندازد».

با توجه به دو بخش پایانی بند پنج ماده ۱۰۰ ق.ث.، به نظر می رسد که بزه موضوع این دو بخش، در واقع یکی است، نه دو بزه. چه واژه «یا» که گویای اختیار و انتخاب است، نشان می دهد که نفس کشیدن ورقی از دفاتر، به تنهایی منظور مقنن نبوده است بلکه «کشیدن» ورقی از دفاتر ثبت به عنوان وسیله‌ای متقلبانۀ برای از اعتبار و استفاده انداختن سند ثبت شده مورد نظر مقنن قرار داشته و مستوجب کیفر دانسته شده است.

بدین ترتیب، عنصر مادی بند پنج دست زدن به هر عمل متقلبانۀ ای در جهت از اعتبار و استفاده انداختن سند، منظور نظر است. و کشیدن ورقی، نوعی از این عمل متقلبانۀ است و مقنن با عبارت بعدی، حصری نبودن آن را نیز متذکر شده است. بدین ترتیب می توان این بند را چنین قرائت کرد: «خامساً تمام یا قسمتی از دفاتر ثبت را معدوم یا مکتوم کند، یا به وسایل متقلبانۀ از جمله کشیدن ورقی از دفاتر، ثبت سندی را از اعتبار و استفاده بیندازد».

عنصر مادی بند ششم و هفتم همچنان که قبلاً نیز گفته شد، «ثبت» اسناد است با همان توصیفی که از آن گذشت.

تذکرات مهم:

(۱) طبق متن بند اول ماده یکصد، مقنن، ثبت «اسناد» مجعوله یا مزوره را بزه دانسته است. از این رو، چنان که اشاره شد، معنی «اسناد» در سیاق تفاهم زبان فارسی به سبب جمع بودنش دست کم دو سند یا بیشتر را افاده می‌کند. های (ه) انتهای واژگان مجعوله و مزوره هم جانشین تایی منقوط (ة) و آن نشانه تأنیث در انتهای دو صفت اسناد است؛ بنابراین قاعده که واژه جمع مکسر در زبان عربی مؤنث است، در عمل تأکیدی بر جمع بودن واژه اسناد نیز منظور است. حاصل آن که هرگاه عامل فقط يك سند مجعول یا مزور را ثبت کند، مشمول این بند ماده یکصد نمی‌شود.

(۲) برعکس مورد فوق، واژه جمع مکسر «اشخاص» در بند دوم ماده، به معنای منحصر جمع به کار نرفته است.

چه عرف غالب در اسناد رسمی مبتنی بودن سند بر معاملات دوطرفه یعنی عقود است و آن خود، اصولاً دست کم نیازمند حضور و امضای دو شخص از دو سو است. و از این رو، مقنن در این بند نیز وصف معمول و معروف را به کار برده است. ولیکن در صورتی که مرتکب، سندی را که نیازمند امضای فقط يك طرف است بدون حضور و امضای آن شخص ثبت کند و آن را به امضای ساختگی مزین سازد، گمان نمی‌رود از حکم این بند خارج بماند. یا همین‌گونه هرگاه مرتکب، سندی مشتمل بر عقد را ثبت کند و از دو طرف یکی حاضر شود و امضا کند و دومی حضور نیابد و امضا نکند و مرتکب با ترفندی - از جمله ساخت امضای شخص غایب - سند را کامل و دارای امضای هر دو طرف جلوه دهد، همچنان مشمول این ماده می‌تواند باشد هر چند که این امر نظری است.

(۳) مفاد بند پنج نیز مفعول افعال معدوم یا مکتوم کردن، واژه «دفاتر» است نه دفتر. از این رو، هرگاه مرتکب تمام یا قسمتی از يك دفتر ثبت را معدوم یا مکتوم کند، مشمول این بند نمی‌گردد. همچنین بند شش ماده یکصد نیز متضمن واژه «اسناد» است و دست کم

شامل دو «سند» می‌گردد و هرگاه عامل فقط يك سند انتقال را با علم به عدم مالکیت انتقال‌دهنده ثبت کند، مشمول این ماده نمی‌گردد.

خلاصه و نتیجه بحث:

گفته شد که ماده یکصد قانون ثبت اسناد و املاک و دیگر مواد کیفری این قانون که در سال ۱۳۱۰ خورشیدی تدوین و تصویب شده و غالباً ناظر به مواد ۹۷ بعد در قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴ بوده است، برخلاف ظاهر امر، حسب آخرین ماده قانون مجازات اسلامی نسخ و لغو نگردیده است. و اکنون نیز به‌عنوان جزیی از مقررات کیفری ما معتبر و نافذ است. اما افزودیم که به سبب احاله کیفر در این مواد به قانون مجازات عمومی ۱۳۰۴ و نظر به ورود قانون مجازات اسلامی و تخفیف مجازات در این قانون نسبت به جعل سند رسمی، ماده ۱۰۰ ق.ث. با لحاظ این تخفیف، معمول و معتبر است. بدین ترتیب، وجود قانونی ماده ۱۰۰ ق.ث. به دلایل برشمرده و نیز عرف مقبول دادرها و دادگاهها و سازمان ثبت، مورد احراز و تثبیت است. پس از این، در راستای توجیه و تبیین عناصر بندهای ماده ۱۰۰ ق.ث.، ناگزیر، مطالعه‌ای گذرا بر مقررات متعدد ثبت اسناد و املاک نموده و چگونگی معنای ثبت سند و تحولات آن را در آن‌ها باز نمودیم و تغییر و جانشینی سردفتر اسناد رسمی را به‌جای صاحب دفتر و مسئول دفتر و پیش از آن‌ها مباشر ثبت نموده و با بررسی سابقه و معنای لغوی کلماتی که ماده یکصد برای نامبردن از مخاطبان خود به‌کار برده بود، نشان دادیم که بندهای ماده ۱۰۰ ق.ث. بر کارمندان عالی و دانی سازمان ثبت اسناد و املاک و مأموران به خدمت در آن سازمان و نیز سران دفاتر اسناد رسمی حکومت دارد. و در صورتی که هر يك از اینان به بزهکاری‌های برشمرده در بندهای ماده یکصد دست زنند، مشمول حکم این ماده‌اند. پس از این در راستای تبیین عنصر قانونی این ماده با تذکر معنای اخص از «ثبت سند» و ارائه مفاهیم هر يك از بندها نشان دادیم که برخی از آن بندها عملاً در دفاتر اسناد رسمی فاقد موضوع است و ارتکابشان غیر ممکن مطلق است. سپس به عنصر معنوی این بزهکاری‌ها اشاره‌ای کرده و با پرهیز از

ورود به مباحث فلسفی جبر و اختیار و نیز مباحث تفصیلی جرم‌شناسی، به نیت و قصد بزهکارانه و اراده و عمد در این بزه‌ها اشاره‌ای داشته و تذکر دادیم که در مواد کیفری از جمله ماده یکصد ق.ث. که قانون‌گذار وجود عمد را قید اعمال ارتكابی نهاده است، وجود عمد و قصد سوء، امر عدمی بوده و دادرسان و مأموران تعقیب مکلف‌اند آن را بر مبنای نحوه عملکرد مرتکبان کشف و احراز کنند. و نیز متذکر شدیم که این امور از طرفی قابل فرض نیست و از سوی دیگر نیز موضوعی است و نه حکمی و از این رو در مرحله فرجامی قابل نظارت و بررسی نیست. در پایان عنصر مادی این بزهکاری‌ها را مورد نظر قرارداده و بیان داشتیم که بزهکاری‌های موضوع این بندها، بزهکاری‌های جعل خاص ثبت اسناد رسمی است و جزیه کاری موضوع بند ۵ که در آن همه‌گونه عمل و ابزار متقلبانه - که به کار جعل می‌آید - منظور است، در بقیه موارد، اصولاً «ثبت سند» عنصر مادی بزهکاری‌ها است و از آن رو، محدوده دقیق مضاف و مضاف‌الیه «ثبت سند» را نیز توضیح دادیم. و نیز نشان دادیم که «کشیدن برگی از دفاتر» در این ماده کیفری موضوعیت ندارد و صرفاً نوعی عمل متقلبانه برای از حیز استفاده انداختن سند است. هم‌چنین خاطر نشان کردیم که منظور از دفاتر، دست کم دو دفتر و منظور از مضاف و مضاف‌الیه دفاتر ثبت دفاتر مخصوص ثبت است و مصداق خارجی آن دست کم دو یا بیشتر دفتری است که در هر يك حداقل يك سند کامل ثبت شده و با امضاهای ساختگی یا واقعی رسیده باشد و مفهوم «سند ثبت شده» بر آن‌ها صدق کند.

پی‌نوشت‌ها

- ۱- علی‌آبادی، عبدالحسین، *حقوق جنایی*، ج. اول، چ. پنجم، بی‌نا، تهران، ۱۳۵۳، ص. ۴۲.
- ۲- شامبیاتی، هوشنگ، *حقوق جزای عمومی*، ج. اول، مؤسسه انتشاراتی ویستار، تهران، ۱۳۷۲، ص. ۲۱۸.
- ۳- دهخدا، علی‌اکبر، *لغت‌نامه*، ج. ۵، مؤسسه انتشارات دانشگاه، تهران، ۱۳۷۳، ص. ۵۷۵.
- ۴- جعفری‌لنگرودی، محمد جعفر، *مبسوط*، ج. اول، گنج دانش، ۱۳۸۱، تهران.
- ۵- زهدی یکن، *السجل العقاری فی لبنان و العالم، الجزء الثاني*، و نیز Piedelievre, stephane, *Traite de droit civil, la publicite fonciere, l.g.d.j, liban, pp:15*، الدكتور عبدالرزاق احمد، *الوسیط فی شرح القانون المدني (۴)*، دار احیاء التراث العربی، بیروت، دون التاريخ، دارالثقافه، ص. ۴۳۸، ص. ۱۶ و نیز رازانی، بهمن، *حقوق ثبت؛ مدخل، اساطیر*، تهران ۱۳۷۹، ص. ۲۴.
- ۶- این موضوعیت نیافتن خصوصاً با تعریفی که قانون مدنی، شش سالی بعد از تصویب قانون ثبت به

- دست می‌دهد و آن را نوشته‌ای قابل استناد برای ادعا یا دفاع دانسته، به خوبی واضح می‌گردد. چه امروزه اگر هم تصادفاً یکی از مراجعان دفاتر اسناد رسمی، متنی را خود یا به کمک دیگران از پیش تهیه کند و برای ثبت و رسمیت به دفترخانه آورد، آن متن بنا به تعریف چون فاقد امضا است، اصولاً «سند» شمرده نمی‌شود که اگر مجعوله و مزوره باشد، چنین و چنان گردد.
- ۷- برای اطلاع تفصیلی نگاه کنید به: طلبه انور، *الشهر العقاری*، دارالنشر الثقافه، بی‌نا، ۱۹۹۲ م. و هم‌چنین: زهدی یکن، مرجع پیش‌گفته، مجلدات یک و ۲.
- ۸- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *حقوق ثبت*، تهران، چ. دوم، چاپخانه حیدری، پیش‌گفتار و صفحات آغازین.
- ۹- شهری، غلامرضا، *حقوق ثبت اسناد و املاک*، جهاد دانشگاهی، تهران، ۱۳۶۹، ص. ۳.
- ۱۰- رازانی بهمن، پیش‌گفته، ص. ۱۴.
- 11- Mazeau Henri et Leon et Jean et Chabas Francois, lecons de droit civil , tom3, 7emme ed, montchrestien ,Paris,1999,ps537 et suit
- ۱۲- گفت‌وگو و تعاطی فکر مکرر با سردفتران مطلع و صاحب‌نظر در دوایر کانون سردفتران و دفتریاران از جمله گفت‌وگو با جناب آقایان مرتضی‌قلی شفیعی، عظیمیان، مددی، خصوصاً در زمینه‌های امور کاربردی و علمی امر «ثبت اسناد» در دفترخانه‌ها.
- ۱۳- العوجی، الدكتور مصطفی، *القانون الجنائی العام، الجزء الاول*، الطبعة الثانية، مؤسسه نوفل، بیروت ۱۹۸۸ ص. ۵۷۳.
- ۱۴- باهری، محمد، *تقریرات، نگرشی بر حقوق جزای عمومی*، مجمع علمی و فرهنگی مجد، تهران ۱۳۸۸ ص. ۲۶۷.
- ۱۵- شامبیاتی، هوشنگ، پیش‌گفته، ص. ۳۶۳.
- ۱۶- العوجی، الدكتور مصطفی، پیش‌گفته، ص. ۵۷۸.
- ۱۷- به نقل از: پادابراهیم، *حقوق کیفری اختصاصی*، ج. اول، چاپخانه دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۵۲، ص. ۳۱.
- ۱۸- به نقل از: باهری، محمد، پیش‌گفته، ص. ۲۷۵.
- ۱۹- متین، احمد، *مجموعه رویه قضایی، قسمت کیفری*، رهام، تهران، ۱۳۸۳، ص. ۱۱۷.
- ۲۰- به نقل از: نقابت، سید ضیاء الدین، *مطالعات نظری و عملی در حقوق جزا به وسیله پروفیسور گارو*، بی‌نا، و تاریخ، ص. ۴۹۸.
21. Code penal,dalloz-1996-Paris,pes:589.
- ۲۲- به نقل از: عوجی، مصطفی، پیش‌گفته، ج. اول ص. ۵۸۴.
- Garraud.Precis de droit criminal.ed shrey,no80
- ۲۳- *مجموعه القواعد القانونیه التي قرررتها محکمه النقض فی خمسہ و عشرین عاما من ۱۹۳۱ حتى ۳۱ دسمبر ۱۹۵۵*، الجزء الاول، مطابع مدکور واولاده، قاهره، دون التاريخ صص. ۳۴۳.

ملاحظات در باب؛

لزوم و کیفیت ثبت رسمی قراردادهای مشارکت در دفاتر اسناد رسمی

و اثر آن بر ایجاد و توسعه امنیت اقتصادی و نظم حقوقی

تاریخ دریافت: ۱۳۹۰/۱۲/۷

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۱/۱/۲۱

احسان معدولیت*

«...و ان كثيراً من الخلاء ليبنى بعضهم على بعض الا الذين آمنوا و عملوا الصالحات و قليل ما هم...»
(سوره مبارکه "ص"، بخشی از آیه ۲۴)

چکیده:

طبق ماده ۴۷ قانون ثبت، ثبت شرکت‌نامه در دفاتر اسناد رسمی اجباری است و مستفاد از ماده ۴۸ همان قانون، مشارکت‌های ثبت‌نشده در دفاتر اسناد رسمی در ادارات و محاکم پذیرفته نخواهد شد. این در حالی است که تعداد زیادی از طرح‌های کلان عمرانی و زیربنایی کشور که در اجرای اصل ۴۴ قانون اساسی در قالب مشارکت شرکت‌های داخلی انجام شده و یا به دلیل الزام قانون حداکثر استفاده از توان فنی، مهندسی، تولیدی و صنعتی و اجرایی کشور در ارتباط با اجرای پروژه‌ها و ایجاد تسهیلات به منظور صدور خدمات مصوب ۱۳۷۵/۱۲/۱۲ مجلس شورای اسلامی، در قالب کنسرسیوم شرکت‌های داخلی و خارجی انجام شده و حتی در سطح خرد، قراردادهای مشارکت در ساخت ساختمانی منعقد فی مابین مالکان زمین و سازندگان ساختمان، نوعاً طی اسناد عادی تنظیم شده و ثبت رسمی نشدن قراردادهای مشارکت در دفاتر اسناد رسمی، صرف‌نظر از اینکه متعاقدين را از مزایای سند رسمی نظیر تنظیم دقیق قرارداد تحت نظر یک حقوق‌دان، امکان صدور اجرائیه به حکم داور و اخذ وجه التزام بدون صرف وقت و هزینه در دادگاه و مصون بودن از انکار و تردید و غیره محروم می‌سازد، خطر عدم پذیرش اسناد عادی مشارکت در ادارات و محاکم را به همراه داشته و امنیت اقتصادی و حقوقی متعاقدين را به خطر می‌اندازد.

نوشتۀ حاضر، عمدتاً برگرفته از پایان‌نامه کارشناسی‌ارشد نگارنده زیر عنوان «بررسی قالب‌های حقوقی مشارکت تجارتي (Joint Venture) در حقوق تجارت بین‌الملل با تأکید بر مشارکت‌های نفتی ایران» (دفاع‌شده در سال ۱۳۸۲ در دانشگاه امام صادق (علیه‌السلام) است که با رویکرد عملی ثبت اسناد مشارکت در دفاتر اسناد رسمی نگاشته شده و امید است که با توجه سازمان ثبت اسناد و املاک کشور، این راه ناهموار، هموار شده و اثر آن بر توسعه امنیت اقتصادی و نظم حقوقی کشور مشهود گردد.

واژگان کلیدی: قرارداد مشارکت، جوینت ونچر، دفتر اسناد رسمی، ثبت رسمی،

امنیت حقوقی.

الف) مقدمه:

مشارکت یا joint venture (که من بعد از آن به z.v یاد می‌شود) تکنیکی حقوقی است برای انجام سرمایه‌گذاری‌های کلان یا انجام طرح‌های گسترده صنعتی که انجام آن از حیثه قدرت و توانایی فنی و اقتصادی یک فرد یا یک شرکت و حتی بعضاً یک دولت خارج است. بخش انرژی و صنایع مربوط به آن به دلیل ریسک عملیات و بالا بودن سرمایه اولیه مورد نیاز، شاه‌مثال قراردادهای z.v است. به‌ویژه آن که این اصطلاح برای اولین مرتبه در قراردادهای نفتی و در مقابل قراردادهای امتیازی (Concession)، به کار رفته و طی آن شرکت‌های نفتی با یکدیگر و یا با دولت‌های صاحب نفت، برای اکتشاف و استخراج میادین نفتی، به همکاری در قالب z.v یا کنسرسیوم و امثال آن روی آورده‌اند. صنایع هوایی (مانند کنسرسیوم ایرباس)، صنایع اتومبیل، امور ساختمانی، بانکی، تحقیقاتی و بازاریابی و غیره از دیگر عرصه‌هایی است که از تکنیک حقوقی z.v بهره‌های وافری برده‌اند. این تکنیک به آن‌ها اجازه می‌دهد تا شرکا بدون از دست دادن استقلال حقوقی و اقتصادی خود (امری که در اثر ادغام حاصل می‌شود)، بلکه با حفظ استقلال و رقابت خود در سایر زمینه‌ها، در یک زمینه خاص و در شرایط مساوی به همکاری و مشارکت بپردازند. اما گاهی اوقات، عمل در چارچوب z.v به دلایل و الزامات سیاسی یا اقتصادی یا حقوقی اجتناب‌ناپذیر است. مانند لزوم مشارکت شریک محلی طبق قانون داخلی نظیر الزام قانون حداکثر استفاده از توان فنی، مهندسی، تولیدی و صنعتی و اجرایی کشور در ارتباط با اجرای پروژه‌ها و ایجاد تسهیلات به منظور صدور خدمات مصوب ۱۳۷۵/۱۲/۱۲ مجلس شورای اسلامی که طبق ماده ۳ آن از تاریخ تصویب قانون فوق‌الذکر، ارجاع کارهای خدمات فنی مهندسی مشاور و پیمانکاری ساختمانی، تأسیساتی، تجهیزاتی و خدماتی صرفاً به مؤسسات و شرکت‌های داخلی مجاز بوده و در صورت عدم امکان با پیشنهاد دستگاه اجرایی و تصویب شورای اقتصاد از طریق مشارکت از شرکت‌های ایرانی - خارجی مجاز خواهد بود حداقل سهم ارزشی کار طرف ایرانی، پنجاه و یک درصد (۵۱٪) خواهد بود. و طبق تبصره یک همین ماده نیز، طرف قرارداد موظف است کلیه لوازم و تجهیزات و خدماتی را که در

داخل کشور تولید و ارائه می‌شود یا قابلیت تولید و ارائه دارد، مورد استفاده قرار دهد. در هر حال، حداقل پنجاهویک درصد (۵۱٪) از ارزش کار بایستی در داخل انجام پذیرد و کارفرما مکلف است بر این امر، نظارت نماید. موارد استثنا پس از تأیید سازمان برنامه و بودجه [وقت] بایستی به تصویب شورای اقتصاد برسد. حتی به موجب بند ۲-۵ دستورالعمل اجرایی ماده ۳ قانون پیش گفته (موضوع بخشنامه ۱۰۵/۱۸۰۸۹ سازمان برنامه و بودجه مورخ ۸۱/۲/۹)، ارجاع کار به پیشنهاددهندگان مجاز است که در پیشنهاد خود، انجام ۵۱٪ ارزش کار را با استفاده از کلیه لوازم و تجهیزات و خدماتی که در ایران تولید می‌شود و یا قابلیت تولید، ارائه و انجام دارد، پیشنهاد نموده باشند. ارجاع کار به پیشنهاددهندگان که انجام کمتر از ۵۱٪ ارزش کار را در داخل کشور پیشنهاد یا تعهد نموده باشند، پس از اخذ مصوبه شورای اقتصاد، مجاز می‌باشد. طبق ماده ۳ همان بخشنامه نیز در موارد ذیل اخذ مجوز از شورای اقتصاد الزامی است:

۱- برای ارجاع کار به مشارکت ایرانی - خارجی مشروط بر این که حداقل سهم ارزشی کار طرف ایرانی ۵۱٪ باشد.

۲- ارجاع کار به شرکت یا مؤسسه ایرانی و یا مشارکت ایرانی - خارجی که انجام کمتر از ۵۱٪ ارزش قرارداد را در داخل کشور تعهد نموده باشد.

همچنین کاهش حساسیت‌ها، هزینه‌ها، ریسک‌های سیاسی و اقتصادی (مانند احتمال ملی شدن و یا وضع مقررات تبعیضی)، استفاده از امکانات، اطلاعات، تجربیات، نفوذ سیاسی و نیروی کار ارزان قیمت شرکای محلی و ایجاد بازار مصرف گسترده‌تر و یا حتی فرار از مقررات ضدتراستی و مالیاتی و فعالیت مشترک در کشورهایی که چنین مقررات سختگیرانه‌ای ندارند و... از یک طرف و تمایل دولت‌های سرمایه‌پذیر به استفاده حداکثر از منابع، سرمایه‌های سرگردان و سایر عوامل داخلی، به منظور انتقال تکنولوژی پیشرفته و فرهنگ آن، نظارت و کنترل بر جریان امور و... از طرف دیگر، از عواملی است که منافع شرکای خارجی و داخلی را به هم گره زده و امکان فعالیت آنان را در قالب یک شعبه مشترک ثبت شده طبق قانون تجارت یا به صورتی کاملاً قراردادی فراهم می‌آورد.

در بعد داخلی نیز قراردادهای مشارکت در ساخت فی مابین مالکان زمین یا خانه‌های کلنگی با سازندگان قابل ذکر است که عدم تنظیم قرارداد رسمی باعث ایجاد دعاوی قابل پیشگیری و تحمیل بار اضافی بر دادگستری و تأثیر بد بر بهداشت حقوقی جامعه و روان مردم بی‌مهارت در ساخت‌وساز و بی‌اعتمادی آنان به حاکمیت است. فایده دیگر ثبت رسمی این قراردادهای مشارکت، ایجاد زمینه پیش‌فروش آپارتمان‌های سهمی سازندگان می‌باشد که بی‌شک، مورد استقبال سازندگان ساختمان نیز بوده و مطمح‌نظر قانون‌گذار در بند یک تبصره ماده یک و بند یک ماده ۴ قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ واقع شده، به‌نحوی که در ابتدای این قانون آمده است:

ماده ۱- هر قراردادی با هر عنوان که به موجب آن، مالک رسمی زمین (پیش‌فروشنده) متعهد به احداث یا تکمیل واحد ساختمانی مشخص در آن زمین شود و واحد ساختمانی مذکور با هر نوع کاربری از ابتدا یا در حین احداث و تکمیل یا پس از اتمام عملیات ساختمانی به مالکیت طرف دیگر قرارداد (پیش‌خریدار) درآید از نظر مقررات این قانون «قرارداد پیش‌فروش ساختمان» محسوب می‌شود.

تبصره - اشخاص ذیل نیز می‌توانند در چارچوب این قانون و قراردادی که به موجب آن زمینی در اختیارشان قرار می‌گیرد، اقدام به پیش‌فروش ساختمان نمایند:

۱- سرمایه‌گذارانی که در ازاء سرمایه‌گذاری از طریق احداث بنا بر روی زمین متعلق به دیگری، واحدهای ساختمانی مشخصی از بنای احداثی بر روی آن زمین، ضمن عقد و به موجب سند رسمی به آنان اختصاص می‌یابد.

ماده ۴- تنظیم قرارداد پیش‌فروش منوط به ارائه مدارک زیر است:

۱- سند رسمی مالکیت یا سند رسمی اجاره با حق احداث بنا یا قرارداد رسمی حاکی از این که مورد معامله در ازاء سرمایه‌گذاری با حق فروش از طریق احداث بنا بر روی عرصه به پیش‌فروشنده اختصاص یافته است.

ب) ماهیت حقوقی J.V. در حقوق تجارت بین‌الملل:

اصولاً J.V. یک مفهوم آمریکایی بوده و توسط بازرگانان و شرکت‌های نفتی و معدنی آمریکایی، در عرصه تجارت بین‌الملل وارد و بسط داده شده است. باید این احتمال را داد که در داوری‌های بین‌المللی و در موارد ابهام، اجمال و نقض قرارداد یا قانون حاکم بر قرارداد J.V. مقتضیات ذات و اطلاق قرارداد J.V. در حقوق آمریکا و کامن‌لا، به‌عنوان یک عرف غالب بین‌المللی و کاشف از قصد مشترک طرفین، مبنای عمل قرار گیرد. به همین

لحاظ، به‌هنگام تنظیم قرارداد J.V که امکان ارجاع دعاوی ناشی از آن به مراجع بین‌المللی هست بایستی گوشه نظری هم به مفهوم آمریکایی آن داشت و در موارد لازم، طی تصریحاتی، طرفین را از عواقب غیرمنتظره قرارداد J.V در امان داشت، مانند وکالت متقابل شرکا نسبت به یکدیگر (Mutual Agency)، مسئولیت تضامنی شرکا در صورت Partnership تلقی شدن قرارداد، لزوم اقامه دعوی توسط تمامی شرکا علیه اشخاص ثالث ولو برای مطالبه حق یک شریک و حالت اشاعه در سود و زیان و تولید که حق کنترل مشترک بر تولید را هم در پی داشته و در مواردی می‌تواند در اجرای سیاست‌های داخلی یا تعهدات بین‌المللی دولت‌ها (مانند مصوبات اوپک) در باب کنترل تولید، ایجاد اخلاص نماید.

با این وصف، باید به‌خاطر داشت که اگر چه این قراردادهای مشارکتی در حقوق ایران، ماهیت قراردادی داشته و در قالب ماده ۱۰ ق.م. یا عقد شرکت موضوع قانون مدنی قرار می‌گیرد، اما با توجه به این‌که به‌لحاظ تاریخی، J.V در نظام کامن‌لا و حقوق آمریکا، به‌صورتی عرفی در کنار نهاد حقوقی Partnership به‌وجود آمده و سیر تکاملی خود را طی کرده و عملاً مراجع بین‌المللی (از جمله دیوان داوری دعاوی ایران و آمریکا) نیز در موارد سکوت قرارداد به اصول حقوقی حاکم بر Partnership متوسل شده‌اند؛ فلذا در هماهنگی با رویه بین‌المللی و با فرض سکوت قرارداد J.V و یا عدم تعیین قانون حاکم یا سکوت آن، توجه داشتن به پنج عنصر ذیل که در رویه قضایی آمریکا شناخته شده؛ به‌عنوان مقتضای اطلاق قرارداد J.V در عرصه بین‌المللی، اجتناب‌ناپذیر است. بدین مفهوم که در صورت سکوت قراردادی که نوعی J.V محسوب می‌شود، عناصر ذیل، در رابطه بین شرکا مفروض تلقی می‌شود، مگر آن‌که صریحاً یا ضمناً استثناً شوند، این عناصر عبارتند از:

- ۱- وجود آورده و مشارکت در منابع، وسایل، ابزار و خطرات (ریسک‌ها)،

۲- تقسیم سود و زیان و محصول تولیدی به‌نحو مشاع،

۳- وکالت متقابل شرکا نسبت به یکدیگر در محدوده موضوع (Mutual Agency j.v.)،

بدین مفهوم که در رابطه با شخص ثالث با حسن نیت و بی‌اطلاع از محدودیت قدرت شرکا

و بنابر اطلاق قرارداد J.V، هر شریک در معامله به حساب J.V (نه به حساب شخصی)، در جهت انجام کلیه اموری که در محدوده موضوع J.V برای حسن جریان و پیشرفت امور لازم باشد، نماینده شرکای دیگر محسوب شده و در نتیجه هر شریک می‌تواند در محدوده موضوع J.V اصالتاً از طرف خود و وکالتاً از جانب سایر شرکا، هر عمل حقوقی را که در حوزه تعهد خود، برای پیشرفت امور J.V لازم باشد، مانند وام گرفتن یا به رهن گذاشتن اموال خود و سایر شرکا انجام داده و در نتیجه تمامی شرکا را متعهد نماید. بر این اساس، ابلاغ یا اخطار به یکی، اخطار به بقیه نیز محسوب شده و نیز در موارد مقتضی، تحویل کالای خریداری شده به یکی، تحویل به سایرین هم تلقی شده و یا پرداخت به یک شریک، متعهد را در برابر تمامی شرکا، بری خواهد ساخت. در همین راستا، شرکا، نسبت به اعمال اشتباه، شبه‌جرم‌ها (Tort)، بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی و نقض تعهد شریک خود در مقابل اشخاص ثالث، مسئول می‌باشند. حتی نسبت به تقلب شریک در معرفی نادرست کالا نیز مسئولند، مگر این که شریک دیگر از تقلب آگاهی نداشته و تقلب نیز برای پیشرفت امور شخصی شریک باشد، نه برای پیشرفت امور J.V.

بر همین اساس، تا زمانی که این وکالت متقابل وجود دارد، هر شریک به‌طور مساوی با دیگران حق کنترل اعمال شرکا در موضوع J.V را داراست و عدم نظارت او یا تفویض آن به سایر شرکا او را از عواقب حقوقی و مسئولیت‌های ناشی از این وکالت متقابل، بری نمی‌کند.

۴- حق کنترل مشترک و برابر بر امور (Mutual Right To control) بدین مفهوم که هر شریک حق نظارت بر امور و حساب‌های مشارکت را داشته و در صورت عدم شرط خلاف، حق رأی هر یک از شرکا برابر بوده و به عبارتی، هر شریک حق وتو دارد (به‌خصوص در فرضی که هر شریک صرف‌نظر از میزان سرمایه و آورده سرمایه‌ای خود تنها به اعتبار شخصیت، مهارت و آورده صنعتی منحصر به فرد خود وارد J.V شده باشد)، مگر آن که حق رأی بر مبنای میزان آورده سرمایه‌ای یا درصد وزنی عمل هر شریک قرار داده شود. در رابطه بین دولت‌ها هم حاکمیت مستقل هر کشور، سبب حق کنترل مشترک و برابر برای آن‌ها خواهد بود.

۵- تعهد شرافت شرکا در قبال یکدیگر (Fiduciary Duty)، بدین مفهوم که شرکا به اعلی درجه ملزم به رفتار شفاف، صادقانه، منصفانه و با حسن نیت و رعایت امانت و عدم ترجیح نفع خود در آنچه که مربوط به منافع مشترک اعضا در موضوع J.V باشد، می‌باشند. این تکلیف به رعایت صداقت تنها ختم نمی‌شود بلکه طرفین باید در رفتار با یکدیگر مرتکب ترک اولی (Punctiliousness Of Behaviour) نیز نشوند. این تعهد در طول تمامی مراحل مذاکره، انعقاد قرارداد و عملیات اجرایی تا اختتام قرارداد و یا حتی مدتی پس از خاتمه قرارداد، بین شرکا مفروض تلقی شده و در نتیجه صرف تخلف یک شریک و ورود ضرر به شریک دیگر، برای برقراری رابطه علیت و اثبات مسئولیت قراردادی وی کافی بوده و دیگر نیازی به اثبات تقصیر شریک نیست. براساس این تعهد، ورود به قراردادی مخفی، دریافت حق القلم، حق الوکاله، حق القدم، کادو، کمیسیون و به طریق اولی رشوه، ایجاد اخلاص یا بن بست در روند تصمیم‌گیری به قصد اضرار، ممنوع بوده و در صورت تخلف و کتمان واقعیت، هر حقی که ضایع شده، قابل مطالبه بوده و چنانچه عملیات شخصی شریکی مضر به تجارت J.V باشد، تمام منافع شخصی تحصیل شده، متعلق به دیگر شریک J.V هم خواهد بود. در این رابطه، مسئولیت بانی مشارکت، یعنی کسی که دیگران را تشویق به ایجاد J.V نموده (Promoter) از همه سنگین‌تر است. مثلاً هرگونه ابهامی در صحبت‌های او، به نفع اجابت‌کنندگان به دعوت وی تفسیر خواهد شد ولو واقعاً قصد فریبکاری نداشته باشد. اما به هرتقدیر، نقض این تعهد توسط یک شریک، حق اخراج وی از مشارکت یا ضبط منافع او را به سایر شرکا نمی‌دهد، ولو غفلت یا تقلب او باعث خاتمه حیات J.V شود.^۱

نکته جالب اینجاست که دو عنصر اخیر یعنی حق کنترل مشترک و برابر شرکا بر امور و تعهد شرافت شرکا در قبال یکدیگر و نیز مسئولیت تضامنی شرکای J.V، همگی نتیجه

۱. خزاعی، حسین، «بررسی اجمالی مفهوم حقوقی جوینت ونچر»، مجله حقوقی، تهران، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی، شماره ۱۳ و.

Corpus Juris Secundum, (A Complete Restatement Of The Entire American Law As Developed By All Reported Cases,) Vol.48, (New York: American law book company and west publishing company, 1947), P.801-877 و Baptista, Luiz L.O. et Barthez P. Durand, Les Associations D'Entreprise (Joint Ventures) Dans Le Commerce International, (Paris: FEDUCI-L.G.D.J., 1986), p.31.

منطقی وجود عنصر وکالت متقابل است. چرا که به موجب این عنصر، هر شریک نماینده دیگری محسوب شده و در نتیجه، کنترل و نظارت بر عمل او، حق مسلم موکل وی بوده (حق کنترل مشترک و برابر). و از طرفی، به اقتضای قواعد عمومی نمایندگی، هر شریک ملزم به رعایت امانت، غبطه و مصلحت موکل خود می باشد (تعهد شرافت) و نیز هر شریک، در محدوده موضوع ۷.۱، هر عمل یا واقعه حقوقی را، اصالتاً به حساب خود و وکالتاً به حساب سایر شرکا انجام داده و در نتیجه، همه شرکا درگیر می شوند (مسئولیت تضامنی).

ج) ماهیت حقوقی مشارکت در حقوق ایران:

در باب ماهیت حقوقی ۷.۱ در حقوق ایران می توان گفت که این تکنیک حقوقی، به عنوان یک عمل حقوقی، ماهیت قراردادی داشته و دو حالت دارد:

۱) در مواردی که قابلیت ایجاد اشاعه در آورده ها وجود داشته باشد؛ در قالب شرکت اموال (عنان) موضوع قانون مدنی و فقه امامیه قابلیت ایجاد و فعالیت داشته و ۲) در مواردی که قابلیت ایجاد اشاعه در آورده ها وجود نداشته باشد؛ نظیر مواردی که آورده هر شریک، کار یا صنعت او باشد، در چارچوب ماده ۱۰ ق.م. قرار می گیرد و باید عنایت داشت مادامی که تحقق اراده طرفین در قالب شرکت اموال یا مضاربه یا مزارعه یا مساقات وجود دارد، نباید به ماده ۱۰ ق.م. متوسل شد و از احکام عقود معین، شانه خالی کرد.

اما قابل ذکر است که به لحاظ قواعد حقوقی و نظریات علمای حقوق، عقد شرکت با وجود سه عنصر ذیل تشکیل می شود:

عنصر اول: وجود آورده است که طبق فقه امامیه بایستی این آورده ها در شرکت اموال (عنان) به صورت قهری یا اختیاری مثلاً از طریق بیع یا صلح حالت اشاعه پیدا کند تا بعداً اذن در تصرف در آورده های مشاع طی عقد شرکت انشا شود تا عواید حاصله هم حالت مشاع داشته باشد و اگر سرمایه ها قابلیت اشاعه نداشته و مثلاً آورده یک طرف کار اوست با توجه به باطل بودن شرکت ابدان (اعمال) و وجوه و مفاوضه در فقه امامیه به علت غرر، پیشنهاد می شود که حتماً کمیت و کیفیت عمل هر شریک و درصد وزنی آن نزد طرفین

مشخص شده به نحوی که غرری باقی نماند و ضمن عقد خارج لازم به صورت شرط نتیجه، شرط شود که درصد معلوم از عواید هر طرف، مجاناً، به طرف دیگر، صلح شود یا عندالافتضا، هر شریک به شریک دیگر، وکالت دهد تا به اندازه سهام موکل، مورد مشارکت را به وکالت از وی انجام دهد. مثلاً سه دانگ اموال مورد نظر را از طرف وی بخرد و بفروشد تا در عواید حاصل از فروش سهیم شوند. در این رابطه، مرحوم اردبیلی که مانند صاحب‌الکفایه و صاحب‌المفاتیح جز اجماع دلیل دیگری بر بطلان شرکت ابدان نیافته، چنین می‌فرماید: «و لا يظهر دليل على عدم الجواز سوى الاجماع، فان كان فهو، و الا فلا مانع، فانه يرجع الى الوكالة في بعض الامور و تمليك مال في البعض الاخر و بذل نفس و عمل في مقابله عوض، و لا مانع منع في العقل و الشرع، و لهذا جوز بعض اقسامها بعض العامه»^۱.

عنصر دوم: جستجوی سود یا یک صرفه‌جویی^۲ و تقسیم سود و زیان
عنصر سوم: «عنصر روانی تشکیل شرکت» یا *Affectio Societatis* است که به معنی وجود قصد شرکا دایر بر یک همکاری فعال، ارادی و برابر می‌باشد.^۳
 - همکاری فعال بدین معنی است که هر یک از شرکا حق رأی و حق تحصیل اطلاعات در مورد اداره شرکت را دارا باشند (حق کنترل مشترک) نه این که یکی به دیگری مبلغی قرض داده و بدون مشارکت در اداره اموال، در سر وعده، سود خود را دریافت کند.
 - همکاری ارادی بدین منظور است که شرکت از وضعیت‌های ناگهانی و ناپایدار که به

۱. نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، ج. ۲۶ و ۲۷، تهران، مطبعه حیدری: دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۹۴ هـ.ق.

2. L.O.Baptista et P.Durand Barthez. libd., p. 107.

۳. کاشانی، سید محمود، «شرکت مدنی»، نشریه دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، (تهران، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، فروردین ۱۳۶۵) دوره دوم، شماره دوم، ص. ۲۳. نیز ستوده تهرانی، حسن، *حقوق تجارت*، ج. اول، تهران، نشر دادگستر، ج. اول ۱۳۷۶. ص. ۱۵۹. اسکینی، ربیعا، *حقوق تجارت شرکت‌های تجاری*، ج. اول، تهران: انتشارات سمت، ج. سوم، ۱۳۸۰، صص. ۸۵-۸۷.

Philippe leboulanger, op.cit.p.55.,L.O.Baptista et P.Durand Barthez, op.cit, p.101. M.,fontaine, Dictionn aire de droit, (paris: Edition Foucher, 1996). P.28,29.

مالکیت مشاع و اشاعه منجر می‌شود (نظیر ارث)، متمایز شود.

- و همکاری برابر، مفید این معنی است که قرارداد شرکت، از قراردادهای مشابه، به‌خصوص قرارداد کار متمایز شده و این‌گونه نباشد که شریکی تحت نظر بقیه عمل کرده به‌نحوی که بین آنان رابطه تبعیت حقوقی برقرار باشد. از سوی دیگر، شرکا بایستی به‌طور مساوی، یک هدف مشترک را تعقیب کنند به‌نحوی که منافع آن‌ها در یک جهت قرار گیرد، نه این‌که مانند بیع، دچار تضاد منافع شوند بلکه بایستی قصد آن‌ها این باشد که براساس روح برادری و برابری "Jus Fraternalitatis" در یک جبهه قرار گرفته و از رقابت تجارتي با شرکت یا ورود در شرکت‌های دیگر، اجتناب کنند. مرحوم دکتر منصور صقري^۱ در مقاله محققانه خود در این باب چنین می‌فرماید:

«شرکت شرکا در تشکیل سرمایه شرکت و تقسیم منافع احتمالی به نسبت آورده هر شریک برای تشکیل شرکت کافی نیست و عنصر دیگری باید به آن اضافه شود تا شرکت به‌وجود بیاید. این عنصر، همکاری شرکا برای رسیدن به هدف مشترک است.

مثلاً شخصی پولی قرض می‌کند و به جای این‌که سود معین بپردازد وام‌دهنده را در منافی که ممکن است از آن پول عاید وی گردد، سهم می‌سازد. در این جا، هم آورده وجود دارد و هم تقسیم منافع احتمالی ولی از شرکت اثری نیست. زیرا وام‌دهنده کاملاً در خارج باقی می‌ماند و در به جریان انداختن وجه و بهره‌برداری از آن کوچک‌ترین دخالتی ندارد؛ تنها انتظار وام‌دهنده این است که نفعی عاید وام‌گیرنده شود تا سهمی هم به او بپردازد». علی‌هذا مضاربه نمی‌تواند مصداقی از شرکت باشد.

اما در خصوص مشارکت‌هایی که بر مبنای ماده ۱۰ ق.م. ایجاد می‌شود، جمع چنین شرایطی لازم نیست ولی اگر چنین شرایطی جمع شود و موضوع فعالیت آن اعمال تجارتي مندرج در قانون تجارت باشد حسب ماده ۲۲۰ ق.ت.؛ شرکا مسئولیت تضامنی خواهند داشت.

۱. صقري، منصور، «تعريف شرکت تجاری»، تحولات حقوق خصوصی (مجموعه مقالات اهدایی به دکتر سیدحسین امامی)، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۱، صص. ۱۹۸-۹.

بنابراین به نظر می‌رسد که هرگاه، موضوع توافق شرکا، اداره اموال مشترک بین شرکا بوده و یا مثل قراردادهای پیمانکاری یا «گروه مؤسسات» یا کنسرسیومها، اموال مشترکی در میان نبوده بلکه صرفاً پذیرش تعهدی مشترک بر انجام یک عمل (پروژه) یا توافق و اعلام آمادگی بر انجام جزیی از تعهد توسط یکی از شرکا منظور باشد، این عنصر روانی مفقود بوده و اصل بر مسئولیت نسبی اعضاست ولو آن‌ها به انجام امور تجارتي هم بپردازند، مگر این که در سند، شرط خلاف شود.

به عبارت دیگر، می‌توان گفت؛ در مشارکتهایی که به منظور سرمایه‌گذاری (نه پیمانکاری) ایجاد می‌شود، نوعاً این عنصر روانی موجود است. چرا که نوعاً آورده شرکا سرمایه‌ای بوده و تفکیک کارها ناممکن است. در حالی که در مشارکتهایی که به منظور پیمانکاری ایجاد می‌شود نوعاً تفکیک کارها ممکن بوده و آورده شرکا نوعاً صنعتی بوده و هر شریک به اعتبار شخصیت و به ریسک خود (نه ریسک مشترک) وارد عمل می‌شود. مثلاً در یک کنسرسیوم، یکی کارهای ساختمانی را انجام داده، دومی، کارهای برقی و ابزار دقیق، سومی کارهای تأسیساتی و ...! در اینجا می‌بینیم که آورده هر شریک، کار و صنعت او می‌باشد، هر شریک مزد خود را گرفته و مسئول دخل و خرج و نتایج اعمال خود است، بدون آن که حق دخالت، نظارت و تحصیل اطلاعات در مورد عملکرد سایر شرکا داشته باشد و در حقیقت، قرارداد z.v یا کنسرسیوم، تنها علقه و اتصال باریک و ضعیفی را بین اعضا ایجاد کرده تا به صورت موقت و تحت یک مدیریت واحد، مجتمعاً در یک مناقصه شرکت کرده و در صورت برنده شدن هر یک وظیفه تخصصی خود را انجام داده و در نهایت به اجرای تعهد مشترک (پروژه) بپردازند اما برعکس در z.vهایی که به منظور سرمایه‌گذاری تشکیل می‌شود و نوعاً آورده‌ای سرمایه‌ای اعم از اموال نقدی یا غیرنقدی موجود بوده که در فقه امامیه بدان شرکت اموال یا عنان اطلاق می‌کنند، تفکیک کارها ممکن نبوده و نوعاً عنصر روانی ایجاد شرکت وجود دارد فلذا یک «شرکت» ایجاد شده و در صورت اشتغال به امور تجارتي موجب ایجاد شرکت عمل و ایجاد مسئولیت تضامنی برای شرکا می‌شود. (ماده ۲۲۰ ق.ت.).

د) قالب‌های حقوقی مشارکت:

اما قالب حقوقی مشارکت از دو حال بیرون نیست؛ یا طرفین مشارکت به تشکیل شرکتی از اقسام شرکت‌های تجاری معمول دارای شخصیت حقوقی مبادرت نموده، (Equity Joint Venture) یا به‌دلایلی از تشکیل شرکت به‌نحو مذکور امتناع نموده و با انعقاد قراردادی که حاکم بر روابط فی‌مابین خواهد بود، به اجرای طرح مبادرت می‌کنند (Contractuelle or Non Equity Joint Venture). مزیت روش اول در مسئولیت محدود شرکا است اما شرکا بایستی متحمل هزینه‌های اداری و مالیاتی شرکت شوند. روش دوم، فاقد این معایب است اما حسب مورد می‌تواند مسئولیت نامحدود و تضامنی شرکا را به‌دنبال داشته باشد.

همان‌طور که گفته شد، مشارکت با شخصیت حقوقی، عموماً در قالب یکی از شرکت‌های شناخته‌شده در قانون تجارت صورت می‌گیرد، اما با این حال، برخی کشورها مانند فرانسه، قالبی خاص تحت عنوان گروه‌های علایق اقتصادی (Groupment d'intérêt économique) را ابداع نموده‌اند که این الگو با تغییراتی در سطح اتحادیه اروپا و تحت عنوان گروه‌های علایق اقتصادی اروپایی مقبول افتاده است.

مشارکت فاقد شخصیت حقوقی هم یا در قالبی کاملاً قراردادی قرار می‌گیرد که اصطلاحاً بدان کنسرسیوم (Consortium) یا گروه مؤسسات (Groupment d'Entreprise) اطلاق شده یا در قالب شرکت‌های بدون شخصیت حقوقی که موضوع قانون‌گذاری قرار گرفته‌اند عمل می‌نمایند مانند Partnership در حقوق انگلیس و آمریکا یا Société En Participation در فرانسه یا Société simple در سوئیس یا مشارکت مدنی موضوع مواد ۵۷۱ به بعد قانون مدنی ایران.

آنچه در این نوشتار مورد نظر است، قالب‌های فاقد شخصیت حقوقی است که مورد عمل بسیاری از شرکای ساختمانی و شرکت‌های ایرانی و خارجی مشارکت‌کننده در مناقصه‌ها است که به‌صورت صرفاً قراردادی منعقد شده و حسب تفسیر نگارنده طبق ماده ۴۷ ق.ث. باید در دفاتر اسناد رسمی به ثبت برسد.

ه) لزوم ثبت رسمی مشارکتهای فاقد شخصیت حقوقی در دفاتر اسناد رسمی:

اصولاً برای تشکیل مشارکت فاقد شخصیت حقوقی نمی‌توان محدودیت خاص شکلی را طبق قوانین ایران برشمرد. جز این که جهت پذیرفته شدن در ادارات و محاکم باید به ثبت برسد. ماده ۴۷ ق.ث. مصوب ۱۳۱۰/۱۲/۲۶ در این زمینه مقرر می‌دارد: «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».

با توضیح این که شرط مقتضی دانستن وزارت عدلیه در تمامی ایران محقق شده است، انعکاس و برداشت رویه قضایی از این ماده را در پاسخ به سؤالات ذیل می‌بینیم.

«با توجه به بند ۲ ماده ۴۷ قانون ثبت، که ثبت شرکت‌نامه را الزامی دانسته، آیا این امر، منحصر به شرکت‌های تجاری است؟ و یا شامل قراردادهای مدنی که بر مبنای مضاربه و یا به‌نحو دیگر تنظیم شده باشد، نیز می‌گردد؟

مثلاً چند نفر پیشه‌ور که صاحب پیشه واحدی هستند، شرکت‌نامه عادی تنظیم و مشغول به کار می‌شوند. آیا این شرکت‌نامه در صورت حدوث اختلاف قابل استناد در محاکم می‌باشد؟

کمیسیون مشورتی اداره حقوقی وزارت دادگستری در تاریخ ۱۳۵۲/۷/۲۲ نظر می‌دهد: «نظر به این که به‌موجب بند ۲ از ماده ۴۷ قانون ثبت اسناد و املاک، ثبت شرکت‌نامه به‌طور کلی الزامی شناخته شده و متعاقب آن ضمن ماده ۴۸، ضمانت اجرای عدم ثبت را عدم پذیرش سند در مراجع قضایی و اداری اعلام نموده، بنابراین، شرکت‌نامه اعم از مدنی و تجاری، باید به ثبت برسد، منتهی تشریفات و آیین ثبت شرکت‌نامه‌های تجاری وفق قانون تجارت و قانون ثبت شرکت‌ها در اداره ثبت شرکت‌ها است. و ثبت شرکت‌نامه مدنی در دفتر اسناد رسمی به‌عمل می‌آید.»^۱

۱. سلجوقی، محمود، امینی، یدالله؛ مجموعه نظرهای مشورتی از سال ۱۳۵۵-۱۳۴۲، انتشارات دفتر تحقیقات و مطالعات وزارت دادگستری.

درباره چگونگی رسیدگی به دعاوی که مستند آن شرکت‌نامه عادی راجع به شرکت‌های مدنی است، مسئله در تاریخ ۱۳۶۷/۸/۱۹ در مجمع قضات دادگاه‌های حقوقی ۲ تهران مطرح می‌شود.

نظریه اکثریت به شرح ذیل است:

«هم‌چنان که رأی اصراری شماره ۴۶۵۴-۱۳۳۸/۹/۲۳ هیئت عمومی دیوان عالی کشور و نیز نظریه مورخ ۱۳۵۲/۷/۲۲ کمیسیون مشورتی حقوق تجارت اداره حقوقی، اشعار می‌دارد:

بند ۲ ماده ۴۷ قانون ثبت، نظر به عموم و اطلاق آن، شامل همه شرکت‌های عقدی اعم از شرکت تجاری و مدنی بوده و ثبت شرکت‌های مدنی نیز اجباری است. و اگر رسماً به ثبت نرسد به حکم ماده ۴۸ قانون مذکور، در هیچ‌یک از ادارات و محاکم پذیرفته نخواهد شد. بنابراین اگر فرضاً مستند دعوی دایر به مطالبه وجه یا مال، تنها شرکت‌نامه عادی راجع به شرکت‌های مدنی باشد، قابل ترتیب اثر نیست. البته این امر همان‌گونه که نسبت به قولنامه یا مبیعه‌نامه‌های عادی معمول است، با احراز شرایط، مانع اقامه دعوی به خواسته الزام به تنظیم شرکت‌نامه رسمی نخواهد بود.»

نظریه اقلیت:

«بند ۲ ماده ۴۷ قانون ثبت فقط ناظر به صلح‌نامه و هبه‌نامه و شرکت‌نامه‌های راجع به غیرمنقول و حقوقی است که باید به ثبت برسد و شامل شرکت‌های دیگر فی‌المثل قراردادهایی که بین افراد مبنی بر شرکت آن‌ها از حیث کار و سرمایه در امور اقتصادی منعقد می‌گردد، نمی‌شود. بنابراین شرکت‌نامه عادی اگر راجع به اموری نباشد که ثبت آن‌ها الزامی است، می‌تواند مستند دعوی قرار گیرد و دادگاه به این استدلال و نیز به موجب ماده ۱۰ قانون مدنی، باید با آن ترتیب اثر بدهد.»^۱

درباره ضرورت ثبت شرکت‌نامه، هیئت عمومی دیوان عالی کشور به موجب رأی اصراری

۱. اندیشه‌های قضایی، دیدگاه‌های قضات محاکم حقوقی در تهران، مجموعه چهارم، ص. ۲۴.

شماره ۴۶۵۴-۱۳۳۸/۹/۲۳ چنین رأی داده است:

«قسمتی از اعتراضات وکیل فرجام‌خواه در واقع مربوط به ماهیت امر است که در مرحله فرجامی قابل رسیدگی نمی‌باشد. و چون با التفات به ماده ۴۷ قانون ثبت و عنایت به عموم و اطلاق قسمت اخیر شق ۲ آن ماده، دلالت بر اجباری بودن ثبت هر گونه شرکت‌نامه دارد، با توجه به ماده ۴۸ قانون مزبور که این قبیل اوراق، در صورتی که به ثبت نرسیده باشد، در هیچ‌یک از ادارات و دادگاه‌ها پذیرفته نخواهد شد؛ بر حکم دادگاه از حیث تطبیق با قانون ایرادی متوجه نیست و از جهت رسیدگی و رعایت اصول و قواعد دادرسی هم اشکالی که مؤثر و موجب نقض باشد، به نظر نمی‌رسد، حکم فرجام‌خواسته به اکثریت ابرام می‌شود.»^۱

لازم به یادآوری است که طبق ماده ۳۴ نظامنامه اجرای قانون ثبت شرکت‌ها، شرکت‌های منعقد، بین کسبه جزء که اطلاق تاجر به آن‌ها نمی‌شود، در عداد شرکت‌های تجاری نبوده و به‌عنوان قرارداد و مطابق مقررات قانون ثبت اسناد در دفتر اسناد رسمی باید به ثبت برسند.

بنابراین با توجه به این که قانون‌گذار در مقام بیان بوده و ثبت اسناد شرکت‌نامه را به‌صورت مطلق اجباری دانسته و قیدی از اموال غیرمنقول ننموده فلذا به نظر می‌رسد که ثبت تمامی قراردادهای مشارکت (از جمله مشارکت‌های راجع به اموال غیرمنقول که در ماده ۴۶ و بند یک ماده ۴۷ قانون ثبت بر آن تصریح شده) در دفاتر اسناد رسمی اجباری است و ناگفته پیداست که عدم ثبت رسمی قراردادهای مشارکت در دفاتر اسناد رسمی، صرف‌نظر از این که متعاقبین را از مزایای سند رسمی نظیر صدور اجرائیه و اخذ وجه التزام بدون هزینه وقت و سرمایه در دادگاه و مصون بودن از انکار و تردید و امکان ترهین همزمان اموال یک شریک نزد شریک دیگر بدون پرداخت حق‌الثبت اضافی و غیره محروم می‌سازد، خطر عدم پذیرش اسناد عادی مشارکت در ادارات و محاکم را به همراه داشته و امنیت

۱. مجموعه رویه قضایی، آرشیو کیهان، ج. ۲، آرای مدنی، از سال ۱۳۴۲-۱۳۲۸ چ. سال ۱۳۴۲، ص. ۱۹۹.

اقتصادی و حقوقی متعاقبین را به خطر می‌اندازد. شاید حکمت وضع ماده ۴۷ ق.ت. آن است که نوعاً صلح و هبه به صورت مجانی واقع شده و محل ایجاد نزاع در جامعه و خانواده‌ها بوده و حتی در عقد هبه، قانون‌گذار برخلاف موضع اصولی خود در باب اصل رضایی بودن عقود، به خاطر اطمینان از وجود قصد انشای واهب و هیجانی نبودن او، قبض را نیز شرط صحت هبه دانسته و بعید نیست که در قانون ثبت نیز خواسته است به صورت اساسی قلع ماده نزاع کرده و بر بهداشت حقوقی جامعه بیفزاید. در رابطه با شرکت نیز آیه ۲۴ سوره مبارکه "ص" که در ابتدای مقاله آمده، تصریح در خیانت بسیاری از شرکا نسبت به یکدیگر دارد که ثبت رسمی عقد نزد متخصصین امر تا حد زیادی باعث بسته شدن زوایای باز قراردادی شده مانع از ایجاد ریب و دعوا است.

به‌عنوان تحول اخیر حقوقی نیز قابل ذکر است که در بند یک ماده ۴ قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹، قرارداد رسمی حاکی از این‌که مورد معامله در ازاء سرمایه‌گذاری با حق فروش از طریق احداث بنا بر روی عرصه به پیش‌فروشنده اختصاص یافته است. جزو یکی از مدارك لازم جهت ثبت قرارداد پیش‌فروش ساختمان، شمرده شده که مثبت ادعای نگارنده در خصوص لزوم ثبت قرارداد مشارکتی که قرار است مستند قرارداد پیش‌فروش ساختمان واقع شود.

و) کیفیت ثبت رسمی قراردادهای مشارکت در دفاتر اسناد رسمی:

گفته شد که براساس اصل آزادی قراردادها و با رعایت شروط ماده ۱۹۰ ق.م.، طرفین می‌توانند طبق مقررات عقد شرکت اموال (عنان) موضوع قانون مدنی و فقه امامیه و یا در چارچوب ماده ۱۰ ق.م. روابط خود را تنظیم نمایند، اما پیشنهاد می‌شود که علاوه بر رعایت نکات حقوقی پیش‌گفته در رابطه با مشارکتهایی که حسب مورد قانون حاکم بر آن قانون ایران بوده یا قانون حاکم بر آن عرف غالب بین‌المللی بوده و مرجع رسیدگی دعاوی آن مراجع داوری بین‌المللی است، با توجه به ظرفیتهای حقوق ایران، موارد ذیل نیز مطمح نظر قرار گیرد.

اولاً: چون مشارکت فاقد شخصیت حقوقی به علت فقدان شخصیت حقوقی مستقل فاقد اقامتگاه می باشد مع ذلک طبق ماده ۱۰۱۰ ق.م. شرکا می توانند اقامتگاه انتخابی داشته که در این صورت نسبت به دعاوی راجعه به آن معامله و ابلاغ اوراق دعوی و احضار و اخطار محلی، همان محل ملاک خواهد بود. لذا بسیار مناسب است که طرفین حسب ماده ۱۰۱۰ ق.م. اقامتگاه قراردادی خود و نیز موضوع و مدت دقیق (با رعایت ماده ۵۸۶ ق.م.) و قابلیت تمدید قرارداد، مدیر یا مدیران اجرایی و مدیر مالی مشارکت و حقوق و تکالیف و اجرت آنان و مسئولیت نسبی یا تضامنی مدیران در قبال سایر شرکا، دوره مالی و زمان تقسیم سود و نحوه تصفیه حساب در پایان مدت و نحوه نگهداری دفاتر حسابداری و اندیکاتور مشارکت، تکلیف مشارکت در صورت عدم امکان موقتی یا دائمی انجام موضوع مشارکت، نحوه تقسیم اموال پس از پایان مدت، قانون شکلی و ماهوی حاکم و مرجع حل اختلاف را اعلام نمایند تا در سند رسمی مربوطه درج گردد. همچنین مناسب است تا ضمن تعیین داور برای حل اختلافات حق تشخیص تخلف متخلف و تقاضای صدور اجرائیه از دفتر اسناد رسمی نیز برای داور و با گواهی عادی او قید گردد تا بدون درگیری دادگاهی، طرف غیرمتخلف به وجه التزام مقرر در قرارداد مشارکت برسد. (بند ۱۶ م.ب.ث.) و توصیه می شود که مدیر اجرایی مشارکت جهت دفاع از شرکا و پاسخگویی به اشخاص ثالث در مراجع اداری و قضایی در محدوده موضوع و مدت مشارکت، وکیل دیگران شود تا نیازی نباشد که در دعاوی مستحدثه، اشخاص ثالث مجبور به اقامه دعوا علیه همه شرکا باشند. و نیز معلوم شود که آیا مسئولیت شرکا در قبال اشخاص ثالث تضامنی است یا نه؟

ثانیاً: در قرارداد سهام مشارکت هر طرف و حقوق و تکالیف مربوطه مشخص شود و نسبت تقسیم سود، هزینه ها و خسارات و خاصه خساراتی که به هر دلیل قابل انتساب به هیچ طرف نیست و سود و زیان مشخص گردد. مثلاً حسب مورد می توان مقرر کرد که هزینه های اختصاصی هر شریک و مالیات مربوطه به عهده وی بوده ولی هزینه هایی که در اثر کار مشترک ایجاد می شود بین شرکا تقسیم می شود مانند هزینه های بانکی، حق بیمه،

بودجه اداره مشترک و غیره و هر شریک در قبال انجام وظایف اختصاصی خود مسئول بوده ولی در مورد مسایل مشترک و نیز اموری که نمی‌توان مسئول مشخصی برای آن شناخت، مسئولیت به‌میزان سهم هر یک تقسیم خواهد شد.

در این رابطه قابل ذکر است که نسبت شرکا در نفع و ضرر قابل تغییر است، اما اصل شرکت در نفع و ضرر باید باقی بماند (ر.ک.: مسئله ۲۱۴۶ و ۲۱۴۷ توضیح المسائل حضرت امام خمینی "ره") هم‌چنین برای احتیاط و رعایت نظر فقهای امامیه در باب بطلان شرکت ابدان (اعمال) که آورده‌ها امری غیرمالی نظیر کار بوده و امکان ایجاد حالت اشاعه آن بین شرکا وجود ندارد، ضمن عقد خارج لازم به‌صورت شرط نتیجه، شرط شود که هر طرف درصد معلوم از عواید خود را مجاناً به طرف دیگر صلح نماید. هم‌چنین چون ممکن است به علت تساوی سهام بن‌بست‌هایی در تصمیم‌گیری به وجود آید. می‌توان شرط کرد که در صورت بروز چنین بن‌بست‌هایی، چنانچه شریک «الف» به «ب» پیشنهاد کند تا «ب» سهام «الف» را به قیمتی که «الف» پیشنهاد می‌کند بخرد، آنگاه، «ب» یا باید سهام «الف» را بخرد یا اگر قبول نکرد، موظف است، سهام خود را به همان قیمتی که «الف» پیشنهاد داده بود به «الف» بفروشد. فایده این روش این است که منصفانه بودن قیمت پیشنهادی را تضمین می‌نماید. در روش دیگری مقرر می‌شود که اگر «الف» به «ب» پیشنهاد کند تا «ب» سهام خود را به قیمتی که «الف» پیشنهاد می‌کند، به «الف» بفروشد، آنگاه «ب» یا باید سهام خود را به «الف» بفروشد و اگر نفروخت بایستی سهام «الف» را به قیمتی بالاتر از قیمت قبلی که «الف» پیشنهاد داده بود، بخرد. این روش طرفین را به ورطه یک مزایده می‌کشانند. تفاوت دیگر آن با روش قبلی، در این است که در روش اول «الف» پیشنهاد فروش سهام خود را می‌نماید اما در روش دوم «الف» پیشنهاد خرید سهام «ب» را می‌نماید.

ثالثاً: باید عنایت داشت که مسئله مهمی که در اینجا مطرح می‌شود، فوت، انحلال یا ورشکستگی شریک مشارکت قراردادی می‌باشد. بدین معنی که آیا فوت شریک، عقد

شرکت را منحل می‌سازد یا خیر؟ به عبارتی، آیا عقد مشارکت، عقدی لازم است یا جایز؟ به نظر می‌رسد که باید بین دو شرکت سرمایه (اموال) و شرکت اشخاص (ابدان) قائل به تفکیک شد. در شرکت‌های سرمایه که محتوای آن اذن شرکا دایر بر تصرف در مال مشاع می‌باشد، به تبعیت از مشهور فقهای امامیه و طبق ماده ۵۸۸ ق.م. باید بر آن بود که با فوت یا حجر یکی از شرکا، اذن او در تصرف سایر شرکا در مال مشاع هم منتفی شده و لذا شرکا مأذون در تصرف نمی‌باشند. اما در جایی که آورده شرکا، کار و صنعت آنان می‌باشد، از آنجا که سرمایه‌ای مشاع در کار نیست تا با فوت یکی، اذن تصرف در آن مال مشاع، منتفی شود، فلذا باید گفت موضوعاً و تخصصاً از شمول مواد قانون مدنی در باب شرکت که منحصر به بیان احکام شرکت‌های سرمایه می‌باشد، خارج است و در نتیجه عقد مشارکت ما، یک عقد عهدی است نه یک عقد اذنی که به موجب مواد ۲۱۹ (اصالةاللزوم) و ۲۲۳ (اصالةالصحة) و ۱۰ ق.م. لازم بوده و فوت شریک در آن اثر نداشته و قائم‌مقامان او، جایگزین وی می‌شوند. (مانند مواد ۱۱۴ و ۱۳۹ ق.ت. و ماده ۵۲۵ ق.م. در لزوم عقد مزارعه) مگر این که عمل و صنعت آن شریک منحصر به فرد بوده و قابل جایگزینی نباشد که در این صورت، بنا به قاعده تعذر وفا به مدلول عقد، عقد منحل می‌شود.

برخی از قضات دادگاه‌های حقوقی ۲ تهران هم از این تحلیل فراتر رفته و حتی شرکت‌های سرمایه را نیز عقدی لازم می‌پندارند.

سؤال: «آیا شرکت مدنی عقد جایز است یا لازم؟ و با فوت شریک عقد شرکت منفسخ می‌شود یا خیر؟ و در صورت فوت احد از شرکا وراثت متوفی می‌تواند از عواید شرکت بعد از فوت مورث خود به نسبت سهم او، مطالبه نمایند یا نه؟»

نظریه اکثریت در تاریخ ۱۳۶۶/۱۱/۲۹:

با توجه به حکم اوفوا بالعقود و مواد ۱۰ و ۲۱۹ و ۲۲۳ ق.م. چون اصل بر لزوم عقود است، مگر با دلیل خلاف؛ و قانون صراحتی در جواز عقد شرکت ندارد، لذا شرکت، عقدی است لازم و با فوت شریک منفسخ نمی‌شود. زیرا؛

۱- مطابق ماده ۵۸۲ ق.م. تصرف شریک در مال شرکت، بدون اذن، فقط موجب ضمان متصرف است نه باعث زوال عقد شرکت. بنابراین در فرض فوت شریک و تصور عدم اذن او، عقد شرکت منفسخ نیست.

۲- به موجب ماده ۵۸۷ ق.م.، مرتفع شدن عقد شرکت، فقط در صورت تقسیم و یا تلف شدن تمام مال شرکت است. در این ماده نه تنها ذکر از فوت شریک نشده است، بلکه ماده ۵۸۸ ق.م.، فوت شریک را صرفاً موجب زوال اذن دانسته است نه انفساخ عقد. و بین رجوع از اذن، با زوال آن و انتفای عقد شرکت، تفاوت است. به عبارت دیگر، اذن در تصرف در مال مشترک و یا رجوع از آن جزو ارکان و عناصر تحقق و بقای عقد شرکت و شرط صحت آن نیست. و فوت شریک تنها اذن را منتفی می‌سازد و عقد شرکت را از بین نمی‌برد. و به این کیفیت در مانحن فیه ورثه شریک متوفی، می‌توانند از شریک متصرف در مال شرکت، عواید شرکت نسبت به زمان بعد از فوت مورث خود را مطالبه نمایند. و در این مورد، فرض این است که با بقای عقد شرکت، ورثه به قائم‌مقامی مورث خود، به شریک یا شرکای دیگر، اذن در تصرف مال مشترک را داده‌اند و مستحق عواید شرکت هستند.

نظریه اقلیت:

حسب مستفاد از مواد قانون مدنی در مبحث شرکت و این که به موجب ماده ۵۸۱ ق.م.، تصرف هر یک از شرکا در مال شرکت منوط به اذن شریک یا شرکای دیگر است و مطابق ماده ۵۸۶ این قانون، هر یک از شرکا هر وقت بخواهد می‌تواند رجوع نماید و با توجه به مقتضای ذات عقد شرکت، باید گفت: شرکت، عقدی است جایز و به حکم ماده ۹۵۴ ق.م.، با فوت هر یک از شرکا عقد شرکت منتفی می‌شود. علی‌هذا با فوت شریک و زوال شرکت موجبی در مطالبه عواید ناشی از سهم شرکت برای وارث شریک دیگر نیست و اگر بدون اذن در مال شرکت تصرف نموده باشد، ضامن است و از این حیث ورثه شریک متوفی، می‌توانند از او اجرت‌المثل بخواهند.

در تأیید قول اکثریت می‌توان گفت که با تدقیق در مفاد ماده ۵۷۸ ق.م. که می‌گوید: «شرکا همه وقت می‌توانند از اذن خود رجوع کنند، مگر این که اذن در ضمن عقد لازم داده شده باشد که

در این صورت مادام که شرکت باقی است حق رجوع ندارند، اصطلاح «اذن» مندرج در صدر ماده ظاهراً معطوف با مفاد ماده قبلی (ماده ۵۷۷) راجع به اذن در اداره کردن شرکت مدنی است نه اذن در بقا یا فسخ شرکت و مواد ۵۸۱ و ۵۸۲ و ۵۸۵ قانون مذکور نیز مفاداً مؤید این معناست. دکتر جعفری لنگرودی نیز در توضیح ماده ۵۷۸ ق.م.می نویسد؛ چون عقد شرکت از عقود مغایه است و هر عقد مغایه لازم است پس توکیل مدیر اگر در ضمن عقد شرکت شده باشد، آن وکالت لازم است و حاجت نیست که توکیل را ضمن عقد لازم دیگر بگنجانند. به نظر ایشان عقد مغایه، عقدی است معوض که عاقدین برای انعقاد عقد می کوشند که در حد امکان تعادل اقتصادی بین ارزش عوضین برقرار کنند مانند بیع و اجاره. همچنین ایشان ضمن انتقاد به روش قانون گذار در تدوین مواد ۵۷۱ به بعد قانون مدنی قائل به تفکیک میان اشاعه، عقد شرکت مدنی و عقد اداره شرکت مدنی می باشند.^۱ همان طور که در قسمت آتی مقاله نیز آمده است در قانون مالیات های مستقیم مصوب ۱۳۸۱ نیز آمده است که در صورت فوت احد از شرکا، وراث وی به عنوان قائم مقام قانونی از معافیت های مالیاتی سهم متوفی در مشارکت استفاده نموده و این معافیت به طور مساوی بین آنان تقسیم و از درآمد سهم هر یک کسر خواهد شد که این منطق قانون گذار می تواند مؤید نظر مختار ما باشد.

در حقوق آمریکا نیز، "Partnership" در اثر فوت شریک مشارکت منحل می شود اما در z.۷ لزوماً چنین نیست بلکه فوت شریک تحت شرایطی منجر به انحلال z.۷ می شود. علی هذا هنگامی که z.۷ برای هدفی معین تشکیل شده باشد، با فوت یک شریک غیرفعال (مانند کسی که مالک زمین مربوط به z.۷ است)، z.۷ منحل نمی شود. چرا که، اجرای کامل موضوع z.۷ مورد تأکید است و مرگ یک شریک (خصوصاً اگر غیرفعال باشد: "inactive party") موجب متوقف ماندن فعالیت نمی شود. مگر این که فقدان شریک متوفی، قبل از انجام تعهدات مربوط به وی رخ داده و انجام تعهدات مربوط به او منحصر

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مجموعه محشی قانون مدنی، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۹، صص. ۳۳۱، ۸۸۱، ۷۶۳، ۳۲۹، ۸۸۰، ۳۳۲.

به فرد بوده و توسط هیچ جانشین دیگری قابل انجام نباشد و در نتیجه آن اجرای طرح غیرممکن شود.^۱ تنها در این صورت، انحلال z.v.، اجتناب ناپذیر به نظر می آید.

اما در نهایت به نظر می رسد این گونه استدلالات، تاب مقابله با قول مشهور فقهای امامیه را که قانون مدنی محمول بر آن است، ندارند و در نتیجه با توجه به قطع اذن در تصرف در مال مشاع در اثر فوت و حجر، باید شرکت های سرمایه (نه اشخاص) را «جایز» دانست. شاید استدلال اکثریت قضات نیز که پیش تر آورده شد، ناظر بر همین شرکت های اشخاص باشد، نه شرکت های اموال. اما به نظر می رسد که راه حل این مشکل توسل به وصیت عهدی است، به نحوی که در سند قید شود که هر شریک مادام بقای مدت قرارداد مشارکت، دیگری را وصی بلافصل و مجاز در اجرا و ادامه مشارکت تا تحقق هدف نهایی نمود و عندالاقضا حسب روایت حضرت امیر(ع) در صحیح محمد بن قیس و خبر ساباطی مشعر بر این که (من اوصی لاحد شاهدا او کان غایبا فتوفی الموصی له قبل الموصی فالوصیه لوارث الذی اوصی له الا ان یرجع فی وصیته قبل موته) احتیاطاً مقرر شود در صورت فوت موصی له، حق قبول وصیت به وراثت موصی له برسد^۲ و نیز به سائقه احتیاط عقد مشارکت ضمن عقد خارج لازمی منعقد و اسقاط کافه خیارات و اسقاط حق رجوع (حسب ماده ۵۷۸ و ۵۸۶ ق.م.) و اسقاط حق تقاضای تقسیم قبل از اتمام کار به عمل آید. مگر این که قصد مشترک طرفین این باشد که در صورت فوت یا حجر یا ورشکستگی یک شریک، دیگری ظرف مدت معینی حق فسخ داشته باشد.

رابعاً؛ بهتر است انحصاری بودن یا نبودن قرارداد و وجود یا نبود حق انتقال سهام به غیر و ضمانت اجرای تخلف از آن تصریح گردد. در این رابطه، با توجه به همین تفکیک شرکت ها به شرکت های سرمایه و شرکت های اشخاص می توان استنتاج کرد که در شرکت های اشخاص مانند z.v. هایی که برای عملیات پیمانکاری ایجاد می شود، به دلیل

1. c.j.s., libd., p.822.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، وصیت، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۴، صص. ۱۲۳ و ۲۷.

اهمیت و علت عمده بودن شخصیت شرکا، علی القاعده یک شریک نمی تواند بدون رضایت سایر شرکا از مشارکت خارج شده یا حقوق و تکالیف خود را به دیگری منتقل کند. اما ممکن است در جواب گفته شود که حسب نص صریح ماده ۵۸۳ ق.م.؛ «هر یک از شرکا می تواند بدون رضایت شرکای دیگر سهم خود را جزئاً یا کلاً به شخص ثالثی منتقل کند.» لیکن باید گفت که این ماده در باب شرکت های سرمایه است که موضوع قانون گذاری قانون مدنی قرار گرفته و طی آن هر یک از شرکا آورده ای نقدی یا غیرنقدی داشته و با ایجاد حالت اشاعه به سایرین اذن در تصرف در مال مشاع می دهد فلذا موضوع این ماده از شرکت های اشخاص و سایر مشارکت های موضوع ماده ۱۰ ق.م.، منصرف می باشد. دکتر محمود کاشانی نیز به حکایت مقاله پیش گفته، معتقد است که ماده ۵۸۳ ق.م. تنها ناظر بر مال مشاع است نه عقد شرکت (اعم از شرکت سرمایه یا شخص) چرا که در عقد شرکت مدنی، شخصیت شرکا مهم می باشد.

خامساً: به لحاظ مالیاتی هم قابل ذکر است که طبق قانون مالیات های مستقیم مصوب ۱۳۸۱ تسلیم اظهارنامه توسط یکی از شرکا (برخلاف قانون ۱۳۶۶) موجب اسقاط تکلیف سایر شرکا نبوده که این امر مانع از تسلیم اظهارنامه مشترک نمی باشد (تبصره ۳ ماده ۱۰۰ در باب مالیات بر مشاغل). طبق تبصره ماده ۱۰۱ هم در مشارکت های مدنی اعم از اختیاری یا قهری، شرکا حداکثر از دو معافیت استفاده خواهند کرد و مبلغ معافیت به طور مساوی بین آنان تقسیم و باقی مانده سهم هر شریک جداگانه مشمول مالیات خواهد بود. شرکایی که با هم رابطه زوجیت دارند از لحاظ استفاده از معافیت در حکم یک شریک تلقی و معافیت مقرر به زوج اعطا می گردد. در صورت فوت احد از شرکا، وراثت وی به عنوان قائم مقام قانونی از معافیت های مالیاتی سهم متوفی در مشارکت به شرح فوق استفاده نموده و این معافیت به طور مساوی بین آنان تقسیم و از درآمد سهم هر یک کسر خواهد شد.

سادساً: در مشارکت های ساختمانی که آورده مالک، زمین و آورده سازنده، سرمایه و کار اوست، باید هر یک از آورده ها تقویم شده تا نسبت مشارکت به دست آمده و بین تعهدات

طرفین، به‌ویژه در رابطه با زمان و میزان دانگ پلاک ثبتی که باید به سازنده، متناسب با هزینه انجام‌شده جهت اخذ جواز و ساخت منتقل شود، موازنه ایجاد شود و وجه التزام تخلف هر شریک از تعهدات ذکر گردد. که البته این وجه التزام به شرطی که مالی برای آن وثیقه گرفته نشده باشد، از لحاظ حق‌الثبت غیرمالی بوده و هزینه طرفین را زیاد نمی‌کند.

اما خطری که مالک زمین را در قراردادهای مشارکت در ساخت تهدید می‌کند این است که سازنده، ملک و سرپناه او را خراب کند اما نسازد و یا این که پس از انتقال قسمتی از ملک به وی، دست از کار بکشد که باید تضمینات لازم را به‌صورت وجه التزامی که بدل از اصل تعهد نباشد، تدارک دیده و لزوم تدارک مسکن مناسب برای مالک و برقراری حق انتفاع از مسکن مناسب، تا زمان اتمام پروژه و تحویل واحدهای مربوطه را در قرارداد پیش‌بینی کرد.

خطری هم که سازنده را تهدید می‌کند این است که به‌رغم انجام هزینه‌های اخذ جواز و ساخت، مالک به تعهد خود عمل ننموده و قسمتی از ملک را که باید به نام سازنده شود، منتقل ننماید. شاید بهترین راه و تضمین عملی که تأمین‌کننده منافع دو طرف باشد، توسل به شرط تملیک تدریجی بوده به‌نحوی که متناسب با پیشرفت کار، درصدی از پلاک ثبتی به‌صورت رسمی به سازنده توسط مالک اصالتاً یا توسط داور طبق وکالتی که قبلاً داده شده، منتقل شود و اگر قرار است انتقال سهمی سازنده در ابتدای کار صورت گیرد، مناسب است مورد معامله بلافاصله درقبال هزینه‌ای که سازنده باید در آینده انجام دهد، در وثیقه انتقال‌دهنده قرار داده شود و به تشخیص داور در مواقع مناسب، نظیر اتمام سفت‌کاری و اتمام نازک‌کاری و تحویل اسناد مالکیت مفروزی، جزئاً یا کلاً رفع توثیق به‌عمل آید، یا این که انتقالات به‌صورت صلح‌خیاری و با قراردادن حق‌خیار فسخ برای داور انجام شود.

خطر دیگری که هم مالک و هم سازنده را تهدید می‌کند، آن است که پس از تکمیل ساختمان و احذ گواهی پایان‌ساختمان و اخذ صورت مجلس تفکیکی، یکی از طرفین جهت امضای تقسیم‌نامه حاضر نشده که از این رهگذر سازنده‌ای که قصد فروش واحدهای

سهمی خود و شروع پروژه دیگر را دارد، ضرر بیشتری می‌کند. اما اگر به صورت مطلق به سازنده وکالت و حق تقسیم بدهیم، ممکن است سازنده سوءاستفاده نموده و واحدهای مرغوب را برای خود برداشته و مالک را مغبون نماید و او را جهت احقاق حق خود و ابطال تقسیم، روانه دادگستری نماید. و اگر به سازنده حق تقسیم ندهیم، به شرح فوق ضرر می‌کند. راه حل میانه آن است که به سازنده و مالک منفرداً، حق و وکالت در تقسیم بدهیم اما کیفیت تقسیم را هم مشخص نموده و دست آنها را باز نگذاریم، مثلاً تصریح شود که طبقه اول باید در سهم فلان شریک و طبقه دوم در سهم فلان شریک قرار گیرد و قس علی هذا. اما ممکن است با این روش، سازنده واحدهای مربوط به خود را بهتر ساخته که برای دفع این احتمال، می‌توان شرط نمود که سازنده موظف است تمامی واحدها را با کیفیت مصالح و تجهیزات برابر بسازد. هم‌چنین از آن جاکه نوعاً بین عرف شهرداری و عرف ثبتی و عرف محلی در تعیین طبقه اول و طبقه همکف اختلاف نظر وجود دارد، بهتر است تقسیم طبقات را از طبقه آخر که سقف آن بام مشاعی است و هیچ اختلافی در آن وجود ندارد، شروع نموده و به طبقات پایین رسید. در خصوص انباری و پارکینگ‌ها هم می‌توان گفت که مثلاً به واحد یک، انباری یک و پارکینگ یک برسد، اما چون منطق ایجاب می‌کند که انباری و پارکینگ هر واحد مقابل هم باشد تا ورود و خروج کالا به انباری، مستلزم جابجایی اتومبیل همسایه نباشد و از طرفی شماره انباری و پارکینگ هم موقع تنظیم سند مشارکت یا وکالت کاری و تقسیم مشخص نیست و به هنگام تنظیم صورت‌مجلس تفکیکی مشخص می‌شود، بهتر است تقسیم انباری و پارکینگ‌ها را به عهده سازنده یا داور مرضی الطرفین بگذاریم و صرفاً تکلیف پارکینگ‌های مزاحم و غیرمسقف احتمالی مشخص شود که باید در سهم کدام شریک قرار گیرد. ناگفته پیداست که این وکالت متضمن حق تقسیم مشروط سازنده بهتر است برای مدت زمان لازم تا اتمام کار و اخذ صورت‌مجلس تفکیکی و نهایتاً امضای تقسیم‌نامه، به صورت بلاعزل واقع شود تا سازنده از خطر عزل مصون بماند و بتواند با آرامش خاطر سرمایه‌گذاری نماید.

هم‌چنین اگر قرار است جهت کمک به تأمین مالی سازنده، به وی حق پیش‌فروش

آپارتمان داده شود، نکات قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ نیز تا آنجا که امکان دارد در قرارداد مشارکت آورده شود تا ابهامی در قراردادهای پیش فروش بعدی که طبق ماده ۳ قانون مزبور باید در دفاتر اسناد رسمی ثبت شود، ایجاد نشود. با آرزوی تصویب عاجل آیین نامه اجرایی این قانون، مواد مربوطه را مرور می کنیم.

«ماده ۲- در قرارداد پیش فروش باید حداقل به موارد زیر تصریح شود:

۱- اسم و مشخصات طرفین قرارداد اعم از حقیقی یا حقوقی.

۲- پلاک و مشخصات ثبتی و نشانی وقوع ملک.

۳- اوصاف و امکانات واحد ساختمانی مورد معامله مانند مساحت اعیانی، تعداد اتاقها، شماره طبقه، شماره واحد، توقفگاه (پارکینگ) و انباری.

۴- مشخصات فنی و معماری ساختمانی که واحد در آن احداث می شود؛ مانند موقعیت، کاربری و مساحت کل عرصه و زیربنا، تعداد طبقات و کل واحدها، نما، نوع مصالح مصرفی ساختمان، سیستم گرمایش و سرمایش و قسمت های مشترک و سایر مواردی که در پروانه ساخت و شناسنامه فنی هر واحد قید شده یا عرفاً در قیمت مؤثر است.

۵- بها یا عوض در قراردادهای معوض، تعداد اقساط و نحوه پرداخت.

۶- شماره قبوض اقساطی برای بها، تحویل و انتقال قطعی.

۷- زمان تحویل واحد ساختمانی پیش فروش شده و تنظیم سند رسمی انتقال قطعی.

۸- تعیین تکلیف راجع به خسارات، تضمین ها و قرارداد بیمه ای، تغییر قیمت و تغییر مشخصات مورد معامله.

۹- تعهدات پیش فروشنده به مرجع صادرکننده پروانه و سایر مراجع قانونی.

۱۰- معرفی داوران.

۱۱- احکام مذکور در مواد (۶)، (۷) و (۸) و تبصره آن، (۹)، (۱۱)، (۱۲)، (۱۴)، (۱۶) و (۲۰) این

قانون.

ماده ۳- قرارداد پیش فروش و نیز قرارداد واگذاری حقوق و تعهدات ناشی از آن باید با رعایت ماده (۲) این قانون از طریق تنظیم سند رسمی نزد دفاتر اسناد رسمی و با درج در سند مالکیت و ارسال خلاصه آن به اداره ثبت محل صورت گیرد».

در پایان هم پیشنهاد می شود، کانون سردفتران و دفتریاران، در اجرای قانون دفاتر اسناد رسمی، نمونه قراردادهای مشارکت در ساخت قابل تنظیم در دفاتر اسناد رسمی را تهیه و در اختیار دفاتر اسناد رسمی قرار داده تا تنظیم این قراردادها به صورت رویه واحدی درآید.

ماهیت فقهی و حقوقی سرقت الکترونیکی

تاریخ دریافت: ۱۳۹۰/۱۱/۲۴

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۱/۱/۱۶

صمد حضرتی شاهین دژ*

چکیده:

استفاده از رایانه در ارتکاب سرقت به طرق مختلف امکان پذیر است. در صورتی که رایانه تنها به عنوان وسیله‌ای برای ارتکاب جرم مورد استفاده قرار گرفته باشد، عناصر تشکیل دهنده آن، همان عناصر مربوط به سرقت عادی با ویژگی‌های خاص خودش می‌باشد که به علت طیف وسیع بزه‌دیدگان احتمالی و نیز سهولت ارتکاب جرم مورد توجه می‌باشد. در این جرم، بزهکار، دستورالعمل‌ها، اطلاعات و داده‌های رایانه‌ای را هدف اصلی ارتکاب جرم قرار می‌دهد.

سارقان پس از دستیابی به این اطلاعات، می‌توانند از آن‌ها به منظور بازکردن حساب به نام بزه‌دیده و سوءاستفاده از آن، برداشت از حساب‌های بانکی، بهره‌مندی از خدمات برخط و آنلاین یا اخذ امتیازات مالی نظیر دریافت وام استفاده کنند. ویژگی‌های خاص سامانه‌های رایانه‌ای، به همان میزان که کار بزهکاران و مرتکبان را برای ارتکاب موفقیت‌آمیز جرم آسان نموده است، کار بزه‌دیدگان را برای استرداد اموال و یا ردیابی متهم دشوار کرده است. به‌ویژه در مواردی که سرقت در کشور دیگری انجام شده باشد که در این صورت، دسترسی به او و جبران خسارت وارده به ندرت امکان پذیر خواهد بود. با توجه به این‌که شناخت خصوصیات و عناصر تشکیل دهنده سرقت الکترونیکی جهت پیشگیری و نهایتاً مجازات مرتکبین آن، ضرورت دارد، علی‌هذا در این مقاله مسایل مذکور مورد بررسی قرار می‌گیرد.

واژگان کلیدی: سرقت الکترونیکی، رایانه، اطلاعات، جرم، عناصر تشکیل دهنده.

* نویسنده مسئول؛ دادستان مهاباد و عضو هیئت علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد مهاباد.

مقدمه:

جرم سرقت یکی از قدیمی‌ترین جرایم، علیه اموال در جوامع بشری است. معمولاً مجازات‌های سنگینی برای مرتکبین آن در جوامع مختلف و ادیان توحیدی پیش‌بینی شده است. این جرم از زمان‌های گذشته به روش سنتی و عادی اتفاق می‌افتاده است. اما امروزه به‌لحاظ پیشرفت‌های حاصل‌شده در عرصه تکنولوژی و پدید آمدن ابزارهای الکترونیکی اعم از رایانه و اینترنت - که به‌صورت گسترده وارد زندگی فردی و اجتماعی افراد جامعه شده و دگرگونی‌های شگفت‌انگیز در زندگی انسان‌ها به‌وجود آورده است - تبادل اموال و اشیا و نگهداری آن‌ها از شیوه سنتی آن به شیوه الکترونیکی تغییر و تبدیل یافته است. توسعه کمی و کیفی رایانه و اینترنت در منازل اشخاص و ادارات دولتی موجب افزایش کاربران این ابزارهای الکترونیکی شده است. بنابراین فن‌آوری اطلاعات و ارتباطات آن‌چنان در تار و پود جامعه‌های امروزی رخنه کرده است که تصور جامعه، بدون آن، امکان‌ناپذیر است. این فناوری تقریباً بر همه عرصه‌های اجتماع تأثیر گذارده است. طبیعی است که پدیداری این فناوری بر حوزه حقوق نیز تأثیر گذاشته و ضرورت وجود يك سامانه حقوقی شایسته و متناسب با خود را طلب می‌کند. وانگهی، حوزه حقوق نیز اصول و قواعد خاص خود را دارد و هنر در جمع کردن این دوگونه الزام با یکدیگر است؛ یعنی، نه وضع به‌گونه‌ای باشد که امکان پیشرفت در حوزه فناوری اطلاعات و ارتباطات از جامعه سلب شود و نه اصول و ملاک‌های پذیرفته‌شده حقوقی مورد بی‌مهری و بی‌توجهی قرار گیرند. تحقق این مهم به‌ویژه در جامعه ایران که فناوری اطلاعات و ارتباطات پدیده‌ای نوپا - چه به‌لحاظ نظری و چه از نظر عملی - به‌حساب می‌آید، نیازمند توجه ویژه است. و پژوهش‌ها و بررسی‌های همه‌جانبه و ژرف را ایجاب می‌کند.

انسان‌ها در زمینه تجارت الکترونیکی، آموزش الکترونیکی، تفریح الکترونیکی و نگهداری اطلاعات و داده‌های شخصی با ابزارهای الکترونیکی در فعالیت هستند. این فعالیت الکترونیکی دارای تبعات و آثار مختلفی اعم از نتایج مثبت و آثار منفی می‌باشد که

در ابعاد اجتماعی و اقتصادی و فرهنگی، ظهور پیدا می‌کند. امروزه سرقت اموال و داده‌ها با ابزارهای الکترونیکی مورد اشعار یکی از تبعات منفی و زشت و زیان‌بار اختراعات مذکور است.

تحقیق و پژوهش در مورد موضوع مقاله حاضر، جهت تبیین مسایل فقهی و حقوقی آن از نیازهای ضروری نظام قضایی و جوامع علمی اعم از حوزه‌های علمیه و دانشگاه‌ها است. زیرا با پدید آمدن شیوه جدید و مدرنی از سرقت، به نام سرقت الکترونیکی، تحولات جدیدی در مسایل و احکام سرقت نیز، به وجود می‌آید. بنابراین باید ابعاد و دامنه فقهی و حقوقی روش جدید، با روش سنتی آن مقایسه گردد. میزان انطباق یا عدم انطباق مقررات و ضوابط هر دو روش روشن گردد تا نیازهای نظام قضایی و جوامع علمی کشور در این خصوص مشخص شود. اگر امروز به این موضوع پرداخته نشود و شمول یا عدم شمول مجازات شرعی سرقت به روش الکترونیکی آن معلوم نشود، در پرونده‌های قضایی محاکم، قضات، با تشتت آراء مواجه خواهند شد و وحدت رویه بین قضات در مورد تعیین مجازات حد یا تعزیر وجود نخواهد داشت. و به‌طور طبیعی، نوعی سردرگمی برای قضات به وجود خواهد آمد. پس؛ ضرورت دارد در فتاوای فقه‌های اسلام و نظریات حقوقی حقوق‌دانان اسلامی، تتبع کافی جهت رفع نقیصه مذکور به عمل آید تا مفهوم و خصوصیات سرقت الکترونیکی و عناصر تشکیل‌دهنده آن بیان گردد و ابعاد جدیدی از این مسئله روز، برای جوامع علمی و حقوقی، روشن شود. از طرفی، مراجع قانون‌گذاری بتوانند براساس پژوهش‌های به‌عمل آمده و نتایج حاصله از آن، قوانین جامع و مبتنی بر اصول علمی و فقهی تصویب نمایند و در اختیار دست‌اندرکاران و متصدیان امر قضا قرار دهند. به بیان دیگر، آنچه که اهمیت زیادی دارد، این حقیقت است که متناسب با جریان رو به رشد و توسعه فناوری الکترونیکی و تأثیر مستقیم آن بر تنوع و پیچیدگی بزهکاری باید نمونه‌های عینی و قابل تجزیه نیز، مورد مطالعه قرار گیرد و مسئولین مبارزه با بزهکاری، با نمونه‌های عینی بزهکاری پیشرفته، از جمله سرقت الکترونیکی، آشنایی پیدا کنند تا بتوانند در مراحل

بعدی، امکان مقابله با آن را فراهم نمایند. و از طرف دیگر، علاوه بر این که در سطح ملی باید به این مهم پرداخته شود، در سطح بین‌المللی نیز باید تلاش‌هایی بشود تا یکسان‌سازی آراء صادره در خصوص موضوع سرقت الکترونیکی انجام شود.

این يك واقعیت اجتناب‌ناپذیر است که ما هر روز شاهد گونه‌های جدید بزه سرقت الکترونیکی هستیم. از این رو، ضرورت دارد به صورت شفاف، انواع سرقت الکترونیکی را بشناسیم و ماهیت و نحوه ارتکاب آن را مشخص نماییم. چون بدون شناخت دقیق موضوع سرقت الکترونیکی و انواع آن، نمی‌توانیم راه حل صحیح و قانونی برای مقابله و مبارزه با جرم سرقت الکترونیکی پیدا کنیم.

بخش اول: خصوصیات سرقت الکترونیکی

سرقت الکترونیکی با توجه به روش ابزار ارتکاب آن دارای ویژگی‌هایی است که به شرح ذیل مطرح می‌شود.

مبحث اول: کوتاهی زمان در ارتکاب سرقت الکترونیکی

در سرقت به معنای سنتی و عادی برای ارتکاب جرم مراحل مختلفی تصور می‌شود. مرحله اول: قصد مجرمانه است که فرد باید نیت و قصد ارتکاب جرم را در خود ایجاد کند. اگر شخص، خواست و اراده جرم را نداشته باشد، جرم در خارج، اتفاق نمی‌افتد. یا اگر اتفاق بیفتد و بدون قصد وقوع جرم باشد و فاعل، فاقد نیت‌سوء باشد، عمل انجام‌شده، جرم عمد، محسوب نمی‌شود.

مرحله دوم: تهیه مقدمات ارتکاب جرم سرقت است که فاعل جرم، باید مقدمات انجام فعل، یعنی ابزارآلات ارتکاب آن را تهیه نماید تا بتواند مرتکب سرقت شود.

مرحله سوم: عملیات اجرایی جرم سرقت است که با عملیات اجرایی، جرم سرقت شروع می‌شود که در این مرحله گاه جرم سرقت به سرانجام نمی‌رسد و تحقق پیدا نمی‌کند. و اینجا هم، یا به خاطر انصراف غیرارادی سارق می‌باشد، یا به لحاظ انصراف ارادی و عمدی سارق است که در صورت انصراف غیرارادی، جرم سرقت عقیم می‌ماند؛ که از نظر حقوق

جزا، حسب مورد، جرم عقیم و محال گفته می‌شود. و در صورت تحقق جرم و پایان یافتن آن، جرم تام انجام می‌شود که در تمامی این مراحل مذکور، زمان سپری می‌شود و تحقق این مراحل نیاز به زمان دارد و شاید چند دقیقه یا چند ساعت یا چند روز حتی چند ماه طول بکشد. اما در سرقت الکترونیکی زمان تحقق مراحل موصوف در ظرف چند ثانیه است و شخص سارق از لحظه قصد و نیت سرقت و ورود به سامانه رایانه متعلق به دیگری و سرقت «داده»، اعم از داده اطلاعاتی یا صوتی یا تصویری یا نرم افزار کامپیوتری یا سرقت الکترونیکی پول در بانک‌ها از حساب‌های شخصی افراد دارای حساب بانکی، زمان خیلی کمی را طی می‌کند. این قلت زمان در ارتکاب سرقت؛ یکی از ویژگی‌های سرقت الکترونیکی است. و وجود این ویژگی موجب می‌شود که مبارزه با آن، با مشکل جدی مواجه شود و امکان ردگیری و دستگیری سارق خیلی کمتر باشد. بنابراین نرخ ارتکاب جرم هم می‌تواند به راحتی افزایش یابد و در يك لحظه از زمان، به میزان بسیار زیادی، ممکن است جرم واقع شود.

مبحث دوم: ویژگی گستره مکانی ارتکاب سرقت الکترونیکی

در سرقت الکترونیکی به لحاظ زیرساخت مخابرات و گسترش اینترنت و شبکه‌ای شدن رایانه‌ها، جرم سرقت الکترونیکی می‌تواند در يك مقطع زمانی کوتاه برخلاف سرقت‌های سنتی که در محیط‌های فیزیکی دارای حد و مرز انجام می‌شود، در قلمرو داخلی يك کشور و یا در خارج از مرزها و بیرون از قلمرو يك کشور در مکان‌های خیلی دور اتفاق بیفتد. بدین ترتیب، سرقت در فضای سایبر یا فضای الکترونیکی که يك محیط لایتناهی است و دائماً در حال قبض و بسط است و هر لحظه می‌تواند گسترش یا کاهش یابد، بدون حد و مرز می‌باشد. این امر علاوه بر مخدوش کردن اصل حاکمیت دولت‌ها و محدود نبودن به چارچوب خطوطی که دولت‌مردان در طراحی نقشه‌های جغرافیایی سیاسی رسم می‌کنند از هیچ‌گونه محدودیت مکانی تبعیت نمی‌کند و هرکس می‌تواند در هر نقطه‌ای از جهان به این محیط الکترونیکی وارد شود و داده‌های مالی و اطلاعاتی و ادبی دیگران را مورد

دستبرد و سرقت قرار دهد و به نفع خود تصرف نماید. ناگفته پیداست که کنترل و تعقیب سارق و کشف و ضبط اموال و داده‌های مسروقه در چنین سرقتی دشوار و بسیار سخت است. با این همه در فضای الکترونیکی نیز همچون محیط فیزیکی و واقعی، مکان و مسافت، اندازه و مسیر وجود دارد یعنی مکانی مشخص وجود دارد که داده‌های ذخیره‌شده از آن مکان قابل بازیابی است و مسافتی دارد که داده‌ها و اطلاعات سرقت‌شده از آن مسافت انتقال داده شده و سرقت شده است و آن مسافت را طی کرده است و به مقصد موردنظر سارق رسیده است. و این که اندازه دارد؛ به این معنا است که داده‌ها و اطلاعات الکترونیکی در فضای معینی قابل ذخیره است. و وجود مسیر نیز به این مفهوم است که اطلاعات و داده‌هایی که قرار است منتقل شود و یا مورد سرقت قرار گیرد، از مسیر خاصی عبور می‌کند، تا به مقصد معینی برسد و به این موارد و امکانات موصوف اصطلاحاً نرم افزار گفته می‌شود.

مبحث سوم: عدم تماس فیزیکی مرتکب با مال موردسرقت

یکی از اساسی‌ترین خصوصیت‌های سرقت سنتی، برخورد فیزیکی سارق با مال مسروق است. اگر سارق به‌طور بالمباشره مال را بر باید باید با مال مسروق تماس پیدا کند و مال را از مکان استقرار آن بردارد و به نقطه و جای دیگری که مورد نظرش است، نقل مکان دهد و بدون برخورد فیزیکی، امکان سرقت و جابجایی مال وجود ندارد. عمدتاً در جرایم محیط طبیعی این خصوصیات وجود دارد. اما در جرایم الکترونیکی این طور نیست بلکه عکس این قضیه جاری است. ویژگی اصلی در جرایم الکترونیکی از جمله سرقت الکترونیکی، نبود برخورد فیزیکی مرتکب سرقت الکترونیکی با مال مورد سرقت است. بین آن دو فاصله وجود دارد. گاهی این فاصله مابین سارق و مال موردتعدی، هزاران کیلومتر می‌باشد، حتی در زمانی که مجرم از طریق مباشرت، اقدام به سرقت الکترونیکی می‌کند.

و همین امر در سرقت الکترونیکی موجب می‌شود که سارق به‌طور ناشناس باقی بماند و اکثراً نیز دستگیر نمی‌شوند. به‌ویژه زمانی که مجرم در زمان ارتکاب جرم از محیط‌های

عمومی مانند کافی نت استفاده نموده و یا دارای حساب‌های بانکی با عناوین جعلی و مستعار می باشد. یا اگر دستگیر هم بشود، زمان‌های طولانی سپری می‌شود و به مقدمات فراوانی برای دستگیری نیاز می‌باشد و مشکلات زیادی در این مسیر وجود دارد. این ویژگی در سرقت الکترونیکی، ناشی از گستردگی بیش از حد فضای الکترونیکی است که محدود به حد و مرز جغرافیایی نمی‌باشد و ارتکاب جرم سرقت را سهولت می‌بخشد. سارق با داشتن يك رایانه که امکان اتصال به اینترنت را دارد و با داشتن آشنایی به سواد رایانه‌ای، می‌تواند مرتکب جرم سرقت الکترونیکی شود. اما در سرقت سنتی و در محیط طبیعی محدودیت بیشتر است. مثلاً در ارتکاب سرقت از يك بانک شاید مدت‌های زیادی برای برنامه‌ریزی و طراحی سرقت، از جمله آشنایی مقدماتی با محل، آشنایی و اطلاع کافی از وضعیت موجود بانک، اطلاعات مالی، اطلاعات امنیتی و مراقبت در سایر جزئیات عملیات اجرایی سرقت، لازم باشد. از سوی دیگر، سرقت در محیط واقعی ایجاب می‌کند که برای شناسایی نشدن، توسط نیروهای انتظامی و مردم تمام توان برای مخفی نگه داشتن اقدامات و هویت سارقین صورت گیرد. لیکن در جرم سرقت الکترونیکی این محدودیت‌ها یا وجود ندارد یا این که خیلی کم هست. و به راحتی سارق می‌تواند با طراحی يك برنامه ساده به سیستم‌های محرمانه دولتی و بانکی نفوذ کند. و بدون داشتن واهمه شناسایی یا دستگیری، سرقت از حساب‌های بانکی را مرتکب شود. یا از سامانه رایانه متعلق به شخص دیگر داده‌های موجود و ذخیره‌شده را به رایانه موردنظر خود انتقال دهد. یا از داده‌های موجود کپی برداری نماید. هیچ‌گونه ضرورتی برای تماس سارق به مال مسروق وجود ندارد. و آنچه مهم است بردن مال غیر است و فرقی نمی‌کند که این امر در عالم طبیعی محقق شود یا روی شبکه‌های رایانه‌ای.

مشکل در جایی است که بخواهند بگویند سرقت تنها به مال در مفهوم عینی آن تعلق می‌گیرد، در حالی که اینجا داده‌ای جابه‌جا شده است. در چنین مسئله‌ای هم، اگر هدف یا نتیجه، بردن مال باشد، باز هم سرقت خواهد بود. این در حالی است که داده‌های رایانه‌ای

نیز حتی اگر مفهوم مال عینی در مورد آنها صدق نکند، در عین حال آسیب زدن به آنها یا بردن آنها نقض مالکیت آن فرد است.

گاهی هم داده‌ها مابه‌ازای مالی دارند؛ مانند حساب‌های بانکی. مهم این است که فرد از طریق دست‌کاری یا جابه‌جایی داده‌ها توانسته است مالی را از حسابی به حساب دیگر منتقل کند.

نکته مهم آن است که این (فعل و) فعالیت، پنهان‌کارانه باشد تا بتوان آن را سرقت نامید؛ یعنی، بدون رضایت مالک و به دور از دید او باشد. وگرنه، عنوان‌های دیگری مانند خیانت در امانت، تخریب و... می‌تواند بر آن تطبیق کند.

اما در مورد سرقت حدی، مسئله باید در سطح بالاتری طرح شود که آیا قیود سرقت دخالت در موضوع دارند یا این که دخالت آن‌ها، در حکم سرقت است. به عبارتی، قیودی مانند حرز، شرایط حکم‌اند و نه شرایط موضوع. یا در مورد قطع ید هم باید به قدر متیقن اکتفا شود و قدر متیقن هم، این است که قید حکم‌اند و در غیر موارد آن نمی‌توان قطع ید کرد. (مرعشی، ۱۳۸۶، ص. ۲۲).

بخش دوم: عناصر تشکیل‌دهنده سرقت

به لحاظ حقوقی برای آن که فعل انسانی، جرم محسوب شود باید بدو قانون‌گذار، آن فعل را جرم بشناسد و برای آن مجازات مقرر کرده باشد. چنانچه مطابق ماده ۲ ق.م.ا. «هر فعل یا ترك فعلی که در قانون برای آن مجازات تعیین شده باشد، جرم محسوب می‌شود.» (قانون مجازات اسلامی، مصوب مجلس شورای اسلامی، سال ۱۳۷۵) هم‌چنین در ماده ۲ لایحه مجازات اسلامی که از طرف قوه قضائیه تدوین و به مجلس شورای اسلامی جهت تصویب ارسال شده است جرم را این‌طور تعریف کرده است «جرم عبارت است از فعل یا ترك فعلی که قانون آن را ممنوع کرده و برای آن مجازات در نظر گرفته باشد و از طرف شخص مسئول ارتکاب یابد. شرایط و موانع مسئولیت را قانون مشخص می‌کند.»

بر مبنای تعاریف مذکور از جرم، کسی که مرتکب عملی شود که آن فعل، مشمول این تعاریف شود باید شرایطی و اموری محقق شود تا آن فرد مجرم محسوب شود و آن شرایط

و امور در اصطلاح حقوقی، عناصر تشکیل دهنده جرم نامیده می شود. عناصر عمومی تشکیل دهنده جرم از نظر حقوق جزا ۳ نوع است:

۱- عنصر قانونی ۲- عنصر مادی ۳- عنصر روانی یا معنوی. و همه جرایم در عناصر عمومی تشکیل دهنده جرم مشترك هستند. علاوه بر آن، هر يك از جرایم بر حسب نوع جرم عناصر تشکیل دهنده اختصاصی نیز دارند که مختص آن جرم می باشند. جرم سرقت نیز مستثنی از این قاعده حقوقی نمی باشد و دارای عنصر قانونی و مادی و روانی می باشد. لذا ضرورت دارد که عناصر موصوف در جرم سرقت به معنای سنتی و الکترونیکی آن مورد بحث و بررسی قرار گیرد.

مبحث اول: عنصر قانونی جرم سرقت به معنای سنتی و الکترونیکی

گفتار اول - عنصر قانونی جرم سرقت به معنای سنتی

هر فعل یا ترك فعلی که از انسان سر می زند هر اندازه ناپسند و زشت بوده باشد و برای نظم عمومی جامعه مضر باشد تا زمانی که در قانون پیش بینی نشده باشد و حکم مجازات بر آن وجود نداشته باشد، مرتکب آن فعل یا ترك فعل، قابل مجازات نمی باشد. چنانکه بیان شد، مطابق مفاد ماده ۲ لایحه مجازات اسلامی، جرم عبارت از فعل یا ترك فعلی است که قانون آن را ممنوع کرده و برای آن مجازات قرار داده است. بنابراین شرایط و موانع مسئولیت را قانون مشخص می کند. این تعریف حقوقی از جرم، يك تعریف روشن، ساده و روان است و مشخص کننده وجوب عنصر قانونی برای کلیه جرایم می باشد و جرم سرقت نیز از آن جمله است. به عبارت دیگر، مادام که شارع مقدس عمل یا ترك عملی را حرام نکرده و انسانها را از آن منع نکرده است و قانون گذار نیز آن عمل یا ترك عمل را جرم نشناخته است و مجازات برای آن تعیین نکرده است، انجام آن عمل یا ترك عمل برای انسانها جایز و مباح می باشد. لذا تحقق جرم و مجازات مجرم منوط به نص صریح شرع مقدس و قانون است و بدون وجود حکم شرعی و قانونی جرم محقق نمی شود. علاوه بر تصریح ماده ۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ و ماده ۲ لایحه مجازات اسلامی مصوب ۱۳۸۹ بر لزوم وجود حکم قانونی بر مجرمانه بودن يك عمل، در شرع مقدس

اسلام نیز از چهارده قرن پیش، دستورهای صادر شده که دلالت دارد بدون بیان حکم مجازات و بدون تصریح قانونی، اگر کسی به کیفر برسد، عقل، آن را قبیح و ناپسند می‌داند که از این دستور به قاعده عقلی «قُبِحَ عِقَابُ بِلَابِيَانٍ» تعبیر شده است و قاعده قبح عقاب بالابیان از قواعد مسلم، نزد فقها و اصولیین به شمار می‌رود. محقق حائری یزدی می‌فرماید: «این قاعده مسلمی است نزد علمای شیعه و شکی در آن وجود ندارد.» (حائری یزدی، ۱۴۰۸، ص. ۴۳۷؛ «هنده قاعده مسلمة عند العدلیه و لا شبهه لأحد فیها»)

همچنین خداوند متعال در قرآن کریم می‌فرماید: «ما قومی یا کسی را مجازات یا عذاب نمی‌کنیم، مگر آن که پیش از آن پیامبری را مبعوث می‌کنیم و احکام و وظایف آن‌ها را بیان می‌کند.» (قرآن کریم، آیه ۱۵، سوره اسرا «ما کُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا»). پس اصل قانونی بودن جرم و مجازات از دو دلیل عقلی (قاعده قبح عقاب بالابیان) و نقلی (آیه شریفه قرآن) استنباط می‌گردد. بنابر موارد مذکور، در عمل سرقت از نظر شرع و قانون باید مجوز وجود داشته باشد تا بتوانیم سرقت را جرم بیندازیم و برای مرتکب آن مجازات تعیین بکنیم لذا با مراجعه به منابع شرعی و فقهی و قانونی و تتبع در آن منابع ملاحظه می‌گردد که سرقت يك عمل ممنوع و حرام شمرده شده و برای مرتکب آن، مجازات تعیین شده است. خداوند متعال در قرآن کریم می‌فرماید: «دست‌های مرد و زن سارق را در مقابل کیفر عملی که انجام داده‌اند به‌عنوان يك مجازات الهی قطع کنید.» (قرآن کریم، آیه ۳۸، سوره مائده «والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله...»)

به تبعیت از دستور خداوند متعال و به تبعیت از منابع فقهی، در منابع حقوقی و قانونی نیز سرقت، يك پدیده مجرمانه شناخته شده است و در قانون برای فاعل آن مجازات تعیین شده است. مطابق مواد ۱۹۷ و ۱۹۸ و مواد بعدی تا ماده ۲۰۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ مجلس شورای اسلامی به‌عنوان جرم تعریف و شناخته شده است و برای سارق، مجازات حدّ پیش‌بینی شده است و در مواد ۶۵۱ تا ۶۶۷ همان قانون انواع سرقت‌های تعزیری احصا و بیان شده و مجازات‌هایی نیز برای سارقین تعیین شده است. در «ماده ۲۶۸ لایحه مجازات اسلامی» (ارائه شده به مجلس شورای اسلامی) در تعریف سرقت مقرر

شده است «سرقت عبارت است از ربودن مال متعلق به غیر» و در «ماده ۲۶۹ لایحه مجازات اسلامی» مجازات حدّ برای آن بیان شده و جرم محسوب شده است. پس از بیانات و دلایل مذکور مشخص می‌شود که از دیدگاه فقه و حقوق جزا سرقت با انواع آن، يك عمل مجرمانه است و عنصر قانونی در جرم سرقت سنتی ثابت و مسلم است.

گفتار دوم - عنصر قانونی جرم سرقت به معنی الکترونیکی

اگر کسی مرتکب سرقت شود و از هر نوعی از سرقت باشد، باید در قبال عمل خلاف شرع و خلاف قانون خود مجازات شود و فرق نمی‌کند که سارق با چه وسیله‌ای و ابزاری مرتکب سرقت شده باشد. خواه ابزار سرقت از ابزارهای طبیعی و سنتی باشد و خواه از ابزارهای الکترونیکی (اعم از رایانه و اینترنت) باشد. زیرا که تعریف فقهی و قانونی سرقت شامل همه انواع سرقت است و استثنایی در تعریف سرقت (که ربودن مال غیر به‌طور پنهانی) است، وجود ندارد. لذا سرقت الکترونیکی نیز مثل سرقت‌های سنتی و عادی مشمول تعریف سرقت است و احکام سرقت عادی بر سرقت الکترونیکی نیز تسری دارد.

اگر در قانون جرایم الکترونیکی به‌صورت دقیق و کافی در مورد سرقت الکترونیکی بحث نشده است و قانون‌گذار صرفاً در ماده ۱۲ قانون، به‌صورت اجمال و مبهم بیان داشته است:

«هر کس به‌طور غیرمجاز داده‌های متعلق به دیگری را بریاید چنانچه عین داده‌ها در اختیار صاحب آن باشد به جزای نقدی از يك ميليون ريال تا بیست ميليون ريال و در غیر این صورت به حبس از نودويك روز تا يك سال یا جزای نقدی از پنج ميليون ريال تا بیست ميليون ريال یا هر دو مجازات محکوم خواهد شد.» (قانون جرایم رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۸ مجلس شورای اسلامی).

در حالی که قانون‌گذار باید به ابعاد و دامنه سرقت الکترونیکی توجه می‌کرد و انواع سرقت الکترونیکی را نیز تبیین می‌نمود و به‌صورت روشن بیان می‌کرد که در سرقت الکترونیکی، آیا سرقت از حرز متصور است یا خیر اگر متصور است باید سارق به مجازات حدّ شرعی محکوم شود. اگر سرقت الکترونیکی از حرز تحقق نیافت به مجازات تعزیری محکوم شود، قانون‌گذار بدون توجه به وقوع سرقت الکترونیکی از حرز، یا خارج حرز و بدون اشاره به مجازات حدّ و تعزیر، صرفاً به يك مجازات بازدارنده و حکومتی بسنده کرده

است و این هم مبتنی بر منابع فقهی و حقوقی نمی‌باشد و ضرورت دارد که قانون مذکور با انجام کارهای کارشناسی اصلاح شود تا پاسخگوی نیازهای حقوقی جامعه کنونی باشد. در هر حال، در خصوص اصل سرقت، ممنوعیت شرعی و قانونی وجود دارد. و در سرقت الکترونیکی نیز عنصر قانونی جرم محقق است.

علاوه بر این، برخلاف ماده ۱۳ قانون یادشده که دست کم به رد اصل مال به صاحبش حکم نموده است، در ماده ۱۲ چنین حکمی وجود ندارد! گویا قانون‌گذار حتی در فراز دوم این ماده نیز نیازی به لزوم رد مال ندیده و یا در این خصوص دچار غفلت شده است.

شاید این ابهام، خود دلیلی باشد بر این که قانون‌گذار سایر اصول و قواعد و شرایط مربوط به سرقت از جمله شرایط و قواعد سرقت حدی را در این خصوص قابل تسری می‌دانسته است. (حبیبی، ۱۳۹۰، ص. ۳۴)

مبحث دوم: عنصر مادی جرم سرقت

گفتار اول - عنصر مادی جرم سرقت سنتی

از نظر حقوق جزا اندیشه و قصد سوء مادامی که به منصفه ظهور و بروز نرسیده است، جرم محسوب نمی‌شود. زیرا قصد سوء تا زمانی که انسان برای انجام آن مجازم نیست و به فعلیت نرسانده، خطری برای افراد جامعه و نظم اجتماعی ندارد. لذا شرط تحقق جرم اعم از سرقت و سایر جرایم به فعلیت رسیدن اندیشه و قصد مجرمانه است. فعل یا عمل مجرمانه که در خارج تحقق می‌یابد همان تجلی اندیشه و قصد مجرمانه است که عنصر مادی جرم را تشکیل می‌دهد. بنابراین عنصر مادی جرم سرقت، ربودن مال غیر و تحقق عمل ربایش است.

«تحقق جرم سرقت مستلزم انجام فعلی از قبیل ربودن یا ربایش - کش رفتن - برداشتن - بلند کردن - گرفتن - گرفتن و قاپیدن مال دیگری بدون رضایت و اطلاع مالک یا متصرف آن مال است به استثنای سرقت‌های مستلزم حدّ که در آنها شرط کیفر، مستلزم ربودن پنهانی و مخفیانه مال است، در سرقت‌های مستلزم تعزیر ظاهراً به نظر می‌رسد دادگاه‌ها عدم رضایت و عدم اطلاع مالک یا دارنده مال را از لوازم عمل مخفیانه در سرقت تلقی و برای تحقق مفهوم ربودن کافی می‌دانند» (کلدوزیان، ۱۳۸۸، ۳۹۱)

عنصر مادی جرم سرقت در حقوق جزای ایران تفاوت زیادی با عنصر مادی این جرم در حقوق انگلستان دارد. در حقوق انگلستان، عنصر مادی جرم سرقت عبارت است از اختصاص دادن اموال متعلق به دیگری به خود. اختصاص دادن (یا برداشتن) این عنوان چنین تعریف شده است؛ «هر گونه وضع ید توسط شخص بر حق مالکیت هر مالک» (ظهیریان، ۱۳۷۶، ص. ۳۵) که در این تعریف، وضع ید خواه بر مال منقول باشد یا غیرمنقول، سرقت تلقی می‌شود. هم‌چنین وضع ید به صورت آشکار و نهان سرقت محسوب می‌شود. ولی در حقوق جزای ایران، وضع ید، باید به صورت پنهانی و بر مال منقول باشد تا سرقت محسوب شود.

گفتار دوم) عنصر مادی جرم سرقت الکترونیکی

جرم سرقت الکترونیکی نیز مثل سایر جرایم رایانه‌ای و اینترنتی دارای عنصر مادی خاص خود می‌باشد و کلیه مراحل رایانه و اینترنت قابلیت آن را دارند که مورد فعالیت مجرمانه قرار گیرند. مثل عملیات ورودی و پردازش ورودی و خروجی. عنصر مادی در سرقت الکترونیکی می‌تواند در ورود، تغییر، جابجایی در داده‌ها و برنامه‌ها تحقق یابد که سارق به‌طور غیرمجاز و بدون اطلاع صاحبان داده‌ها به (روی) داده‌های دیگران وارد شود و داده‌های دیگران اعم از بانکی، اطلاعاتی، خانوادگی و مانند آن را تغییر داده و به نفع خود برآید و از ذخیره الکترونیکی دیگران به محل موردنظر خود منتقل و جابجا کند. ربایش مال متعلق به دیگری از نظر حقوق جزای ایران، رکن اصلی سرقت است و تحقق عنصر مادی جرم سرقت همان تحقق پیدا کردن ربایش است و لازمه تحقق ربایش مال غیر، انتقال دادن و نقل مکان دادن مال، از محلی به محل دیگر است. بنابراین سرقت از نظر حقوق جزای ایران، در مورد اموال منقول که قابلیت نقل و انتقال و ربوده شدن را دارند، مصداق پیدا می‌کند. البته براساس فراز اول ماده ۱۲ قانون یادشده، ممکن است عمل ربایش داده‌ها صورت گیرد ولی عین داده‌ها هم‌چنان در اختیار صاحب آن باشد. این ویژگی در سرقت سنتی وجود ندارد چون به هر حال، عین مال در عمل ربایش در اختیار سارق

قرار دارد. ولی به‌رغم باقی بودن عین داده‌ها در اختیار صاحب آن، ارزش مادی خود را از دست می‌دهد و نظیر مال تلف‌شده، محسوب می‌شود؛ چنان‌که در سرقت سنتی اگر مال مسروق قبل از اعاده به مالکش تلف شود، مالک زیان می‌بیند، در سرقت داده‌ها نیز اگرچه عین داده باقی می‌ماند ولی ارزش خود را از دست می‌دهد و به مالک ضرر و زیان وارد می‌شود، بنابراین سارق باید مجازات شود.

با توجه به مسایل مذکور در مورد سرقت سنتی و طبیعی، در سرقت الکترونیکی نیز وقتی که داده‌های الکترونیکی دیگری توسط ابزار الکترونیکی و سایبری از محل نگهداری و حفاظت خود انتقال داده می‌شود و به نفع سارق جابجا و در محل موردنظر سارق قرار می‌گیرد و صاحب داده ربوده‌شده نیز اطلاعی از این نقل و برداشتن مالش ندارد؛ این عمل فاعل، سرقت الکترونیکی محسوب می‌شود و فرق نمی‌کند که داده موردسرقت پول باشد - که از حساب مالباخته برداشته شده یا برنامه‌های نرم افزاری باشد - که دارای ارزش مادی و مالی زیادی برای صاحب آن است، یا امتیازات دیگری باشد که ارزش مالی دارد. لذا عنصر مادی جرم سرقت، اعم از سرقت به معنای سنتی یا به معنای الکترونیکی این است که مال و اشیا و امتعه دیگران در عالم طبیعت یا در فضای الکترونیکی مورد دستبرد و ربایش قرار گیرد و به تصرف سارق درآید و تفاوت ندارد که ابزار سرقت، ابزارهای عادی و طبیعی باشد یا ابزارهای تکنولوژیک و الکترونیکی باشد. آن‌چه که مهم است وقوع سرقت از مال دیگران است. حتی می‌تواند سرقت توسط حیوانات تربیت‌شده و تعلیم داده‌شده، انجام شود. صاحب حیوان، حیوان تربیت‌شده خود را بفرستد اشیا و اموال دیگری را در دهانش برای صاحبش بیاورد، یا از پرندگان در سرقت اموال دیگران استفاده نماید. در همه حالات موصوف عنصر مادی جرم سرقت، با تحقق ربایش، مصداق پیدا می‌کند. با این حال، عنصر مادی جرم سرقت با فعل مثبت یعنی با انجام فعل مادی محقق می‌شود و در هیچ حال با ترك فعل تحقق پیدا نمی‌کند. چون فصل مشترك همه انواع سرقت‌ها از نظر مادی «ربودن» است و واژه ربودن نیز در لغت به معنای (جذب کردن، کشش، برداشتن)

(انوری، ۱۳۸۱، ص. ۳۵۸۲) است و آن معانی نیز فعل مثبت است نه فعل منفی و ترك فعل. پس مشخص می‌شود که با تحقق عنصر مادی، جرم سرقت شکل می‌گیرد و در این زمینه، نوعیت سرقت و ابزار ارتکاب آن مؤثر نمی‌باشد و بعضی از فقها معتقدند که با توجه به تمایزهایی که در رفتار و شرایط و اجزای آن (رکن مادی) در فضای سایبری وجود دارد، به نظر می‌رسد ناچار خواهیم بود که قوانین ویژه‌ای برای این فضا در نظر بگیریم؛ به‌ویژه که در چنین مسایلی فرایند ارتکاب جرم متفاوت بوده و مسئولیت‌های ناشی از آن نیز می‌تواند متفاوت باشد و قوانین را چون نمی‌توان بدین حد وسیع تفسیر کرد که شامل این موارد شود، برخی از عنوان‌ها، قانون خاص می‌خواهد.

اما در عین حال، اگر قانونی هم در این مورد وجود نداشته باشد، چون اصل عمل، حرمت شرعی دارد و جزو گناهان کبیره است، حاکم می‌تواند با مراجعه به منابع فقهی یا پیروی از فتاوی معتبر، مجازاتی برای آن تعیین نماید و در این مسئله که این عمل حرام است، اختلافی بین فقها نیست تا گفته شود که مراجعه به فتاوی مختلف، موجب هرج و مرج می‌شود. چون، هیچ فقیهی نمی‌گوید که عمل مذکور، حرام نبوده و از گناهان کبیره نیست. و هنگامی نمی‌توان به منابع فقهی یا فتاوی معتبر مراجعه کرد که منابع در مسئله واحدی مختلف بوده یا فتاوی فقها در مورد آن مختلف باشد.

منظور از اصل ۱۶۷ ق.ا. که اجازه داده است به‌طور مطلق به فتاوا و منابع فقهی معتبر مراجعه شود، در جایی است که در مسئله، اختلافی وجود نداشته باشد. بنابراین، این که بعضی از حقوق‌دانان می‌گویند اصل یادشده به مسایل جزایی تسری پیدا نمی‌کند، در موردی است که در مسئله مورد ابتلا، اختلاف وجود داشته باشد.

و اما در این که بگوییم اصل ۱۶۷ ق.ا. با اصل ۳۶ ق.ا. تخصیص می‌خورد، در جایی است که قانونی وجود داشته باشد. اصل کلی شرعی است که در فقه ثابت شده است و بدون مخصص قانونی نمی‌توان از آن صرف نظر کرد؛ مگر این که اصولاً قوانین جزایی اسلام را در صورت نبود قوانین وضعی قبول نداشته باشیم.

اساساً، در مجازات‌های شرعی، علم به حرمت، شرط است؛ یعنی، شخصی را که مرتکب حرام شده است وقتی مجازات می‌کنند که بداند عملش حرام است؛ خواه در حقوق ... باشد یا در حقوق الناس. و اما این که گفته می‌شود جهل به قانون رافع مسئولیت کیفری نیست در صورتی است که از طرف قانون‌گذار و شارع اتمام حجت شده باشد.

شیوه اتمام حجت در شرع با قانون متفاوت است. در شرع، وصول (ابلاغ واقعی) حکم شرط است، اما در قانون، گذشت مدتی از انتشار، اماره وصول منظور شده است؛ مگر این که شخص نسبت به فراگیری و تعلم احکام شرع از خود بی‌مبالاتی نشان داده باشد و مقصر باشد. وانگهی، اصل ۳۶ با ماده ۱۲۸ ق.آ.د.ک. مصوب سال ۱۳۷۸ تخصیص می‌خورد؛ یعنی، هر چند اصل مذکور عام است، با موادی که بعداً تصویب شده و مورد تأیید شورای نگهبان قرار گرفته است، عمومیت نخواهد داشت و با این مواد تخصیص می‌خورد.

بنابراین، قول بعضی از فضلاء معاصرین از حقوق دانان که معتقدند اصل ۱۶۷ ق.ا.

تخصیص می‌خورد از نظر فقهی و قانونی اعتباری ندارد. (مرعشی، ۱۳۸۶، ص. ۱۶).

مبحث سوم: عنصر معنوی جرم سرقت

در عنصر روانی یا معنوی جرم، عمل مجرمانه باید ماحصل نیت و اراده مجرم باشد. به عبارت دیگر میان عمل مادی و حالات روانی مرتکب باید ارتباطی وجود داشته باشد تا مرتکب مقصر شناخته شود. یعنی مرتکب، وقوع عمل مجرمانه را اراده نماید؛ به جرم بودن عمل ارتكابی خود، آگاه باشد و منظور از آگاهی نیز شناخت و معرفت مرتکب، هم به کیفیت عمل مجرمانه و هم به خلاف شرع و خلاف قانون بودن آن عمل است و در جرم سرقت نیز این اوصاف باید وجود داشته باشد و شرط اصلی تحقق جرم سرقت عادی و الکترونیکی، همانا، وجود قصد و نیت سوء و مجرمانه است. و آن، عبارت است از علم و آگاهی و اراده مجرم بر سرقت مال دیگری، بدون رضایت و میل مالک و متصرف آن و به قصد تصاحب و تملك مال مسروق (یعنی قصد نتیجه به عنوان سوءنیت خاص). بنابراین جرم سرقت از جمله جرایم قصدی است. و بدون تحقق عنصر معنوی یا روانی محقق نمی‌شود و جزو جرایم مادی صرف نیست و با ربودن مال دیگری بدون قصد مجرمانه مثل

قصد شوخی یا استفاده موقت از مال دیگری با نیت استرداد به مالکش، یا برداشتن اشتباهی مال دیگری، سرقت واقع نمی‌شود. همچنین وجود عواملی از قبیل جنون، خواب، صغر سن، مستی، اضطراب، اکراه، مانع تحقق جرم سرقت می‌شود. کسی که در حال مستی یا خواب طبیعی یا خواب مصنوعی (هیپنوتیزم) یا بیهوشی، مرتکب عمل سرقت شود، به دلیل فقد نیت سوء و قاصد نبودن، سارق به حساب نمی‌آید و فاقد مسئولیت کیفری است. نمی‌توان از نظر شرع و قانون او را به مجازات اعم از حد یا تعزیر محکوم کرد. تمامی موارد و مسایل مذکور در خصوص سرقت الکترونیکی نیز مطرح است و از این حیث تفاوتی بین سرقت سنتی و سرقت الکترونیکی وجود ندارد. مثلاً کسی که با سیستم رایانه و اینترنت در فضای سایبر و الکترونیکی کار می‌کند و از روی حس کنجکاوی و یا به جهت آموختن و تسلط بر فناوری الکترونیکی بدون نیت سوء و بدون قصد سرقت پول دیگری، از حساب بانکی دیگری مبلغی پول را به حساب موردنظر خود، بدون اطلاع و رضایت صاحب پول انتقال دهد یا داده‌های صوتی و اطلاعاتی و مکتوبات و تصاویر شخصی و خانوادگی دیگری را از رایانه وی انتقال دهد و جابجا کند و قصدش نیز این است که مجدداً به سامانه رایانه‌ای صاحبش استرداد نماید، عنصر معنوی یا روانی جرم سرقت تحقق نمی‌یابد. حتی علم و آگاهی مرتکب بر ممنوعیت و حرمت شرعی سرقت، بدون اراده سرقت و تصرف داده‌های الکترونیکی دیگران موجب وقوع سرقت نمی‌شود. و در جرم کلاهبرداری رایانه‌ای نیز همین بحث مطرح می‌گردد و در جرم کلاهبرداری رایانه‌ای در بستر مبادلات الکترونیکی جرمی است عمدی و بنابراین، برای تحقق آن مرتکب باید ورود، محو، توقف و... « داده پیام » را به‌طور عمد و نه با بی‌احتیاطی، بی‌مبالاتی یا عدم رعایت نظامات دولتی انجام داده باشد.

افزون بر آن، وی باید « سوءاستفاده » یا « استفاده غیرمجاز » را بخواهد. در نتیجه، اگر تصور شخص چنین بوده که عمل وی مبنی بر « محو یک داده پیام »، مجاز است، وی فاقد سوءنیت عام بوده و از این رو، رکن روانی لازم را ندارد. به‌عنوان مثال، اگر شخص « الف » به « ب » که یک متخصص امور امنیتی است، مراجعه کند و خود را متصدی تأمین

امنیت سیستم یک شرکت معرفی و از او تقاضا کند که به منظور محک زدن وضعیت امنیتی سیستم یک سناریوی کلاهبرداری رایانه‌ای را اجرا و مبالغی از حساب شرکت به شماره حسابی که او می‌دهد، واریز نماید و فرد «ب» نیز با اطمینان به گفته‌های او به این امر اقدام کند، اما بعد از موفقیت عملیات مشخص شود که مدارک ارائه شده «الف» جعلی بوده است، «ب» فاقد سوءنیت عام تلقی شده و رفتار وی جرم نیست.

وانگهی، از آنجا که کلاهبرداری رایانه‌ای مندرج در ماده ۶۷ قانون تجارت الکترونیکی مقید است، داشتن قصد نتیجه (سوءنیت خاص) نیز شرط است.

۱ - قصد تحصیل و بردن مال دیگری برای خود یا دیگری؛

۲ - قصد تحصیل وجه برای خود یا دیگری؛

۳ - قصد تحصیل امتیازهای مالی برای خود یا دیگری.

نبود این قصد موجب نبود رکن روانی و در نتیجه عدم تحقق جرم می‌شود.

انگیزه نیز در تحقق این جرم بی‌تأثیر است. (جاوید نیا، ۱۳۸۶، ص. ۱۳۵)

نتیجه:

از مطالب بیان شده نتیجه گرفته می‌شود که امروزه تبادل اموال و اشیا و نگهداری آن‌ها از شیوه سنتی به شیوه الکترونیکی تغییر و تبدیل یافته و این فناوری بر همه عرصه‌های اجتماع تأثیر گذاشته است و موضوعات مربوط به رشته حقوق نیز از آن بی‌نسیب نمانده لذا ضرورت وجود یک سامانه حقوقی متناسب با خود را می‌طلبد که باید ابعاد و دامنه فقهی و حقوقی روش جدید، با روش سنتی آن مقایسه گردد و در فتاوی فقه‌های اسلام و نظریات حقوقی، حقوق‌دانان اسلامی تتبع کافی جهت رفع نقیصه مذکور به عمل آید؛ از طرفی مراجع قانون‌گذاری بتوانند براساس پژوهش‌های به عمل آمده و نتایج حاصل از آن، قوانین جامع و مبتنی بر اصول علمی و فقهی تصویب نمایند و متناسب با جریان روبه‌رشد و توسعه فناوری الکترونیکی و تأثیر مستقیم آن بر تنوع و پیچیدگی بزهکاری باید نمودهای عینی و قابل تجزیه نیز مورد مطالعه قرار گیرد و مسئولین مبارزه با

بزهکاری، با نمونه‌های عینی بزهکاری پیشرفته، از جمله سرقت الکترونیکی آشنایی پیدا کنند. تا بتوانند در مراحل بعدی امکان مقابله با آن را فراهم نمایند. البته در سطح بین‌المللی نیز به لحاظ گستره مکانی باید تلاش‌هایی بشود تا یکسان‌سازی لازم در امر مقابله با موضوع سرقت الکترونیکی، صورت بگیرد.

منابع:

۱. انوری، حسن، فرهنگ بزرگ سخن، ج. ۴، چ. اول، انتشارات سخن، سال ۱۳۸۱.
۲. جاویدنیا، جواد، نقد و بررسی جرم‌های مندرج در قانون تجارت الکترونیکی، مجله حقوقی دادگستری، ش. ۵۹، تابستان ۱۳۸۶.
۳. حائری یزدی، شیخ عبدالکریم، درر الأصول، چاپ جامعه مدرسین قم، سال ۱۴۰۸ هـ. ق.
۴. حبیبی، مصطفی، بررسی فقهی و حقوقی جرم سرقت الکترونیکی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، جامعه المصطفی العالمیه، ۱۳۹۰، ص. ۳۴.
۵. ظهیریان، محمد مهدی، اصول کلی حقوق جزای انگلستان، چ. اول، گنج دانش، سال ۱۳۷۶.
۶. قانون جرایم الکترونیکی، مصوب مجلس شورای اسلامی، سال ۱۳۸۲.
۷. قانون جرایم رایانه، مصوب مجلس شورای اسلامی ۱۳۸۸.
۸. قانون مجازات اسلامی، مصوب مجلس شورای اسلامی، سال ۱۳۷۵.
۹. قرآن کریم.
۱۰. گلدوزیان، ایرج، بایسته‌های حقوقی جزای اختصاصی (۱-۲-۳)، چ. اول، نشر میزان، سال ۱۳۸۸.
۱۱. لایحه مجازات اسلامی، مصوب مجلس شورای اسلامی، سال ۱۳۸۹.
۱۲. مرعشی، آیت الله سید محمد حسن، فناوری اطلاعات و ارتباط، مجله حقوقی دادگستری، ش. ۵۹، تابستان ۱۳۸۶.

Legal & Jurisprudential Features OF Electronic Theft

Samad Hazrati Shahindej

Abstract

Attempting Theft Using Computer is Possible In many Ways. When Computer Is Used as a Way Of Attempting Theft, Therefore The Component Elements Of Electronic Theft are Similar To That Of Common Theft. Due To the Fact That There Is a Broad Range Of Victims who Suffer From Electronic Theft and Also Considering the Fact That Committing Electronic Theft Is an Easy Task For offenders, This Issue has attracted a lot of Interest. IN such a Crime, the Offender Illegally Extracts and Misuses The Information, Data and Instructions out Of the Computer.

Having Accessed to the Data, the Thieves Could Misuse Them So as to Open a Bank Account in The name of the Victim, to withdraw money from the bank Account To take advantage Of online services or even to gain financial privileges such as getting loans from banks.

In Spite Of The Fact That The Unique Features Of Computers Have Made It Easy For Those Who Commit Electronic Crimes to be Successful in their Attempts, on the Contrary, Has Made it Hard to Keep Track of Them, or to Extradite the Offender, Especially in Conditions Where The Act Of Theft is Committed in Other Countries, in Such a Condition, The Arrest of The Offender, The Extradition of him or her and Reimbursement of The Losses will rarely be possible. Regarding this fact that knowing the component elements of the electronic theft is Vital to prevent the offender from Committing Offence and finally to punish the offenders, therefore in this article we review the features and component elements of electronic theft.

Key Words: electronic theft, Computer, Information, Crime, Component Elements

نقدی کوتاه بر ؛

آیین‌نامه اجرایی ماده ۲۹ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی

تاریخ دریافت: ۱۳۹۱/۱/۱۶

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۱/۲/۴

محمد عظیمیان*

در کشور ما، قانون مهم‌ترین منبع حقوق است که توسط قوه مقننه معمولاً با رعایت تمامی ملاحظات اجتماعی به تصویب می‌رسد. قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی با در نظر گرفتن تمام ملاحظات و توجه به تاریخچه و سوابق نقل و انتقال خودرو و مراجع ذی‌صلاح مربوطه و عنایت به ضرورت تفکیک مرجع نقل و انتقال از مرجع تعویض پلاک خودرو در تاریخ ۸/۱۲/۸۹ تصویب و از تاریخ ۲۳/۱۲/۸۹ در کشور لازم‌الاجرا گردید.

مطابق ماده ۲۹ این قانون: «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. تبصره ۱ - نیروی انتظامی می‌تواند با همکاری سازمان ثبت اسناد و املاک کشور، امکان استقرار دفاتر اسناد رسمی را به تعداد کافی در مراکز تعویض پلاک فراهم آورد.

تبصره ۲ - آیین‌نامه نحوه اجرای این ماده و نحوه حضور دوره‌ای و با رعایت نوبت برای تمامی دفاتر اسناد رسمی در مراکز تعویض پلاک توسط وزارتخانه‌های دادگستری و کشور و نیروی انتظامی ظرف یک ماه تهیه و به تصویب هیئت وزیران می‌رسد».

به‌رغم تکلیف قانون‌گذار به وزارتخانه‌های دادگستری و کشور و هم‌چنین نیروی

* نویسنده مسئول: سردفتر دفتر اسناد رسمی شماره ۶۴۸ تهران و عضو هیئت تحریریه ماهنامه.

انتظامی جمهوری اسلامی ایران مبنی بر تهیه و تصویب آیین‌نامه نحوه اجرای ماده ۲۹ قانون مورد بحث، ظرف مدت یک‌ماه، سرانجام در مورخ ۱۳۹۱/۵/۱۵ با یک‌سال‌ونیم تأخیر، آیین‌نامه مربوطه تحت شماره ۱۲۰۲۷۵/ت/۴۶۸۶۷ هـ - ۹۱/۶/۱۸ به تصویب هیئت وزیران رسیده و در روزنامه رسمی شماره ۱۹۶۶۸ - ۱۳۹۱/۶/۲۱ چاپ و منتشر گردید.

تصویب آیین‌نامه در ۷ ماده و ۴ تبصره و به کیفیت عبارات مندرج در جای جای آن به‌نظر می‌آید با دیدگاه قانون‌گذار در تأکید به تنظیم سند رسمی نقل‌وانتقال خودرو در دفاتر اسناد رسمی هماهنگی لازم ندارد که در این مقاله مصادیق آن به اختصار، مورد اشاره، نقد و بررسی قرار می‌گیرد.

الف - بی‌توجهی به تشریفات بودن تنظیم سند نقل‌وانتقال خودرو

قانون‌گذار در مطلع ماده ۲۹ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی با بیان عبارت «نقل‌وانتقال خودرو به‌موجب سند رسمی انجام می‌شود...» عقود و معاملات این مال منقول را همانند اموال غیرمنقول، مشمول حکم ماده ۴۸ ق.ت. دانسته که مطابق آن؛ اولاً: بدون تنظیم سند رسمی، نقل‌وانتقال خودرو میسر نمی‌باشد.

ثانیاً: وفق ماده یک قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران، تنظیم این سند در صلاحیت اختصاصی دفاتر اسناد رسمی است و تنظیم، ثبت یا صدور آن توسط سایر مراجع، موافق قانون نمی‌باشد.

ثالثاً: مراجع و محاکم صرفاً کسی را که منتقل‌الیه سند رسمی تنظیمی در دفاتر اسناد رسمی است، به‌عنوان مالک خواهند شناخت.

با این ترتیب، نقل‌وانتقال خودرو نیز در شماره عقود تشریفات قرار گرفته و هرگونه تعویض پلاکی مستلزم جری تشریفات قانونی نقل‌وانتقال و بدو تنظیم سند در دفاتر اسناد رسمی است و هرگونه ترتیبی مخالف این وضعیت، به‌لحاظ مغایرت با نظر قانون‌گذار مردود است.

به عبارت دیگر، با تفکیک مرجع انتقال مالکیت از مرجع تعویض پلاک، فرض تعویض

پلاک خودرو بدون ثبت رسمی نقل و انتقال در دفترخانه، محال است؛ فرضی که از طرف واضح آیین‌نامه مورد توجه قرار نگرفته است.

ب - مغایرت تعریف اصطلاحات با عمومات قانونی

ماده یک آیین‌نامه، اختصاص به تعریف اصطلاحاتی دارد که به صورت مبنایی با مقررات قانونی به ویژه ماده ۲۹ قانون مذکور مابینت دارد. موارد مغایرت بدین شرح است:

۱ - اساس تطبیق قرار گرفتن اسناد مسلم‌الصدور توسط کارشناس راهنمایی و

رانندگی

از اسناد مسلم‌الصدور تعریفی در قانون بیان نشده است. صرفاً در ماده ۲۰ ق.د.ا.ر.ک.، نوشته‌های عادی تصدیق امضاشده، با توجه به ماده ۳۷۵ ق.آ.د.م.^۱ مسلم‌الصدور شناخته شده‌اند. تخصیص اسناد اساس تطبیق، به اسناد مسلم‌الصدور؛ اولاً: مخالف نص صریح ماده ۲۲۵ ق.آ.د.م. مصوب ۱۳۷۹ است که مطابق آن، اوراق و نوشته‌ها و مدارکی که اساس تطبیق قرار می‌گیرند ممکن است در ادارات، شهرداری‌ها و بانک‌ها یا مؤسساتی که با سرمایه دولت تأسیس شده است، وجود داشته باشند (این‌گونه اسناد به شرط رعایت ماده ۱۲۸۷ ق.م. در تنظیم آن، رسمی است). ثانیاً: مطابق بخشنامه شماره ۱۷۴۲۲/۶۱۵۵ - ۱۳۲۴/۴/۱۷ ثبت‌کل، دفاتر اسناد رسمی از گواهی امضای معاملات هر نوع اتومبیل منع گردیده‌اند. بنابراین با منع گواهی امضای اسناد معاملات خودرو، وجود سند مسلم‌الصدور در این حوزه، موضوعاً منتفی است. ضمناً تطبیق اسناد با دستور دادگاه صرفاً در صلاحیت کارشناس رسمی دادگستری، اداره تشخیص هویت و پلیس بین‌الملل است و به جز اشخاص مذکور، سایرین واجد صلاحیت تطبیق نمی‌باشند.^۲

۱. ماده ۳۷۵ ق.آ.د.م.: «دادگاه نمی‌تواند به مفاد اسنادی که صدور آن از کسی که سند به او نسبت داده شده محرز باشد بدون دلیل ترتیب اثر ندهد». این ماده قانونی با تصویب قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (۱۳۷۹/۱/۲۱) نسخ گردیده است.

۲. ر.ک.؛ ماده ۲۲۶ ق.آ.د.م. مصوب ۱۳۷۹.

۲- تعویض پلاک بدون تصریح به ضرورت ارائه سند انتقال

بررسی اصالت وسیله نقلیه، هویت مالک، پرداخت جریمه‌ها و دیون معوق قبل از تنظیم سند انتقال و نهایتاً تعویض پلاک در صلاحیت خاص مرجع راهنمایی‌وراندگی یا مراکز تعیین‌شده از سوی آن مرجع می‌باشد. به عبارت دیگر، با مراجعه مالک به مراکز تعویض پلاک جهت بررسی موارد سه‌گانه، نصب پلاک جدید به نام منتقل‌الیه، مستلزم ارائه سند رسمی نقل‌وانتقال در دفاتر اسناد رسمی است که در مفاد بند "ب" ماده یک آیین‌نامه مغفول واقع شده است. چرا که عنوان مالک جدید در ذیل ماده ۲۹ قانون مورد بحث و تصریح به انتقال مالکیت به موجب سند رسمی در صدر ماده مربوطه، مبین تکلیف راهنمایی‌وراندگی به ملاحظه سند انتقال قبل از تعویض پلاک خودرو می‌باشد. ضمناً اختیار صدور سند مالکیت خودرو در ماده ۲۹ همان قانون، به نیروی انتظامی اعطا نگردیده است.

۳- تعیین مالیات و عوارض در شمار دیون معوق

بند "پ" ماده یک آیین‌نامه در تعریف دیون معوق به مالیات و عوارض پرداخت‌نشده وسیله نقلیه تا زمان تعویض پلاک اشاره نموده است. بر این تعریف، اشکالاتی بدین شرح وارد است: اولاً قید «معوق» در عبارت «دیون» ناظر به بدهی گذشته است نه مالیات نقل‌وانتقال که در لحظه تنظیم سند رسمی انتقال قابل تصور است. هم‌چنین عوارض سالیانه که پرداخت آن تا پایان سال قبل از تنظیم سند به عهده مالک می‌باشد، نمی‌تواند در شمار دیون معوق محسوب گردد. ثانیاً چنانچه تعویض پلاک مطابق ترتب مندرج در ماده ۲۹ قانون، مؤخر بر تنظیم سند انجام پذیرد، مالیات و عوارض متعلقه توسط دفاتر اسناد رسمی وصول گردیده و اخذ مجدد آن توسط مراکز تعویض پلاک موضوعاً منتفی است و اگر تعویض پلاک در شمار موارد بررسی اصالت خودرو و ... تلقی و قبل از تنظیم سند رسمی نقل‌وانتقال صورت پذیرد، پرداخت مالیات و عوارض به لحاظ عدم انتقال مالکیت فاقد مبنای قانونی است. ثالثاً مطابق ماده ۴۲ قانون مالیات بر ارزش افزوده، مرجع

اختصاصی اخذ مالیات نقل و انتقال و عوارض سالیانه خودرو، دفاتر اسناد رسمی می‌باشند و نیروی انتظامی در اجرای تبصره ۷ ماده ۴۲ قانون مذکور صرفاً حق اخذ مالیات نقل و انتقال خودروهای دولتی به اشخاص حقیقی و حقوقی را دارد.

ج - عدم رعایت الزامات قانونی

در تقسیم‌بندی قوانین به «امری» و «تکمیلی»، بدون تردید، قوانین مربوط به تخلفات رانندگی در شمار قوانین «امری» قرار می‌گیرد که هدف از وضع آن، حفظ منافع عمومی و در نتیجه تراضی اشخاص برخلاف مقررات وضع شده، از نظر قانون گذار، مردود می‌باشد. با این وصف، قدرت اجبارکننده قانون که فصل مشترک تمام مصوبات قوه مقننه است، در قوانین امری از صراحت بیشتری برخوردار است؛ بنابراین:

۱ - تخییر مندرج در تبصره یک ماده ۶ آیین‌نامه خلاف دلایل وضع و فلسفه تصویب قانون است. چرا که بررسی اصالت وسیله نقلیه، احراز هویت دارندگان وسایل نقلیه، اخذ گواهی دیون معوق توسط راهنمایی و رانندگی یا مراکز تعیین شده، سپس تنظیم سند نقل و انتقال در دفتر اسناد رسمی و آن‌گاه تعویض پلاک خودرو، جز با حضور و استقرار دفاتر اسناد رسمی در مراکز تعویض پلاک، عملی نمی‌گردد و اگر هم به‌جز این روش توصیه گردد، [با عنایت به ضرورت تکریم ارباب رجوع]، باعث صعوبت و سختی انجام آن برای مراجعین به مراکز و دفاتر خواهد گردید. علاوه بر آن، اگرچه در عبارت قانون از ادات تکلیف استفاده نگردیده اما از آنجایی که هدف قانون گذار در وضع قوانین، اخبار از امری نبوده بلکه تعیین تکلیف موضوعی خاص می‌باشد، استناد به عبارت «می‌تواند» در تبصره یک؛ «نیروی انتظامی می‌تواند با همکاری سازمان ثبت اسناد و املاک کشور امکان استقرار دفاتر اسناد رسمی را به تعداد کافی در مراکز تعویض پلاک فراهم آورد»، نافی تکلیف نیروی انتظامی در فراهم آوردن امکان استقرار دفاتر اسناد رسمی در محل مراکز تعویض پلاک نمی‌باشد.

۲ - اطلاق و عموم عبارت «نقل و انتقال خودرو به موجب سند رسمی انجام می‌شود» در صدر ماده ۲۹ قانون، ناظر به تکلیف تمامی دارندگان وسایل نقلیه به حضور در دفاتر اسناد

رسمی جهت تنظیم سند نقل و انتقال است. استثناسدن وسایل نقلیه وارداتی و خودروهای ساخت داخل که سابقه شماره گذاری در سامانه راهنمایی و رانندگی ندارند از شمول آیین نامه و تبعاً اختصاص یا تعویض پلاک بدون تنظیم سند نقل و انتقال (ماده ۷ آیین نامه) مغایر نص صریح ماده ۲۹ قانون و معتبر شمردن اسناد عادی مالکیت خودرو به رغم نهمی قانون گذار و محرومیت دولت از وصول حقوق قانونی مترتبه می باشد. لذا اجرای صحیح قانون، مستلزم اصلاح آیین نامه می باشد که امید است هیئت وزیران با اصلاح آیین نامه و در غیر این صورت، ریاست مجلس شورای اسلامی، حسب اختیارات قانونی، پس از تطبیق و ابطال موارد خلاف قانون، زمینه اجرای دقیق ماده ۲۹ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی و تبعاً حفظ حقوق اشخاص و دولت را فراهم نمایند.

فرهنگ لغات و اصطلاحات وقف

(بخش بیست و یکم)

تاریخ دریافت: ۱۳۹۱/۱/۱۶

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۱/۲/۴

سید جلیل محمدی *

دلالت - راهنمایی کردن. || برهان و دلیل. آنچه برای ثابت کردن امری بیاورند. دلایل جمع. (فرهنگ عمید)
- وقف واقع می‌شود به ایجاب از طرف واقف بر هر لفظی که صراحتاً دلالت بر معنی آن کند.
(ماده ۵۶ ق.م.)

دلیل - برهان. حجت. || سبب. علت. || (حقوق) آنچه برای اثبات امری در خصوص دعوی به کار می‌رود.
|| (ساختمان) ردیف اول آجرها یا کاشی‌ها که بقیه بر مینای آن چیده می‌شوند. || مرشد. پیر. مراد. ||
علامت و نشانه || راهنما. نشان‌دهنده راه. هدایت‌کننده. (فرهنگ بزرگ سخن) || حق مطوف و دلیل:
دست‌مزد و حق‌الزحمه کسی که طریقه (روش) طواف اعمال حج را به دیگری، می‌آموزد و راهنمای حج و زیارت ← مطوف

دلیل مالکیت - نشان و گواه مالکیت. حجت و برهان و آنچه مالکیت را اثبات کند.
تصرف به‌عنوان مالکیت دلیل مالکیت است مگر این که خلاف آن ثابت شود. (ماده ۳۵ ق.م.)
دنگ - آلت شالی‌کوبی. دستگاهی که با آن شلتوک را می‌کوبند تا برنج از پوسته جدا شود. (فرهنگ عمید)
← آبدنگ.

دُنگ - (اصطلاح عام) مخفف دانگ. ← دانگ || دُنگ. (خوانسار) یک‌ششم خانه، زمین. باغ. مغازه و غیره
|| واحدی است برای مقدار مالکیت و سهم اشخاص از املاک و مستغلات.

دوام وقف - وقف نباید به زمانی مخصوص منقرض و نابود شود. (شرح لمعه، کتاب وقف)
- در صورت عدم دوام وقف و تعیین مدت وقف به موقوف‌علیه که زود منقرض می‌شود، وقف باطل می‌گردد. (از اصطلاحات فقهی)

دُیان - جمع دائن. بستانکاران. طلبکاران. (لغت‌نامه دهخدا)

- صحت وقفی که به علت اضرار دُیان واقف شده باشد منوط به اجازه دیان است. (ماده ۶۵ ق.م.)

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

JALIL.MOHAMMADI@gmail.com

دیم‌زار - زمینی که در آن زارعت دیمی بدون آبیاری و با آب باران کشت می‌شود. ← دیم

- نیم سهم مشاع از ۹۶ سهم شش‌دانگ املاک دیم‌زارداران فریدن ... (آثار ماندگار، ص. ۲۶۸)

دیوان - اداره یا وزارتتی که کارهای حکومتی خاصی را برعهده داشت؛ دیوان اوقاف، دیوان صدقه و نفقه

|| محل کارهای اداری یا وزارتخانه || اداره‌ای که در آن محاسبات مالی کشور انجام می‌شده، اداره محاسبات کشوری. (فرهنگ بزرگ سخن)

دیوان اوقاف - در روزگار سامانیان دیوان خاصی بدین نام (دیوان اوقاف) وجود داشته است (تاریخ بخارا، ص. ۳۱) (از اصطلاحات دیوانی، ص. ۲۳۲) || در این دیوان، کلیه امور مربوط به موقوفات سرپرستی و رسیدگی می‌شده است.

دیوان برّ - (دیوان البرّ): علی‌بن عیسی وزیر خلیفه المقتدر عباسی آن را تأسیس نمود. این دیوان نظارت بر اموال وقف داشت. || دیوان خیرات و مبرات و موقوفات. (لغتنامه دهخدا)

دیوان صدقات - دیوان زکات که در عهد خلفا، محل و مرکز جمع و توزیع زکات بوده و در بلاد و ولایات دیگر نیز فروعی [شعبه‌ای] داشته است و متصدی آن عامل صدقه یا والی‌الصدقه نام داشته و در هر شهری در امر جمع زکات از توانگران و توزیع آن بین مستحقان استقلالی داشته و جز در مواردی که دستور صریح به خلاف آن از جانب امام در کار بوده است، می‌توانسته است بدون استجازه، اموال صدقه را بین مستحقان توزیع نماید. (لغتنامه دهخدا)

دیوان صدقه و نفقه - دیوانی بوده که صدقات و نفقات را تصدی می‌کرده و دفاتری در آن بوده که حساب صدقات و نفقات را نگهداری می‌کرده است. (از اصطلاحات دیوانی، ص. ۲۳۳)

دیوان محاسبات - دیوان محاسبات کشور مستقیماً زیر نظر مجلس شورای اسلامی است. (اصل ۵۴ قانون اساسی، اصلاحی ۱۳۶۸)

- دیوان محاسبات به کلیه حساب‌های وزارتخانه‌ها، مؤسسات، شرکت‌های دولتی و سایر دستگاه‌هایی که به‌نحوی از انحاء از بودجه کل کشور استفاده می‌کنند به ترتیبی که قانون مقرر می‌دارد رسیدگی یا حسابرسی می‌نماید ... (اصل ۵۵ ق.ا.)

دیوان وقف - ← دیوان اوقاف و دیوان برّ

دیون - جمع دین: وام‌ها. قرض‌ها. بدهی‌ها. (فرهنگ عمید)

- وقف بر نفس به این معنی که واقف ... پرداخت دیون یا مخارج خود را از منافع قرار دهد، باطل است.

دیه - ده. قریه. روستا. دیهه نیز گفته‌اند. (فرهنگ عمید)

- ۵ سهم از ۶ سهم از یک دیه در ... (قباله و قباله‌نویسی در ایران، ص. ۱۷۰)

ذات - صاحب. مالک. دارا. || ماهیت. هویت. فطرت. کنه. حقیقت.

«و حملناه علی ذات الواح و دُسر: و برداشتیم آن را بر صاحب تخته‌ها و میخ‌ها (یعنی کشتی)» (آیه ۱۳ سوره قمر) (ر.ک.: فرهنگ لغات قرآن)

ذات البین - مشترک میان دو تن یا دو قوم. میان دو کس یا دو جماعت. دو جانبه. دو طرفی که شامل هر دو جانب بود. *(لغتنامه دهخدا)*

|| اصلاح ذات‌البین: سازش و آشتی دادن دو نفر. *(مؤلف)* ← اصلاح ذات‌البین

ذرع - مقیاس طول معادل ۱۶ گره یا ۱۰۴ سانتی‌متر است. *(فرهنگ عمید)* || گز. در گذشته برای مساحی و تعیین طول ابعاد و مساحت زمین‌ها یا اندازه گرفتن پارچه و مانند آن، از ذرع استفاده می‌شد.

ذُرّی - فرزندی. اولادی ← ذریه و وقف ذُرّی.

ذُرّیّه - نسل. پشت. فرزندان. *(لغتنامه دهخدا)*

ذِکر - یاد کردن. بر زبان راندن. مطلب یا موضوعی را بر زبان آوردن. || یاد. آوازه. دعا. ثناء. نماز. ورد. اذکار جمع. *(فرهنگ عمید)*

«و ذکر فان الذکری تنفع المؤمنین: یادآوری کن (پند ده) به‌درستی که پند و اندرز به مؤمنان سود می‌دهد». *(آیه ۵۵ سوره الذاریات)*

ذُکور - مردان. پسران. نران. *(لغتنامه دهخدا)* || فرزندان پسر.

ذِمّه - عهد. پیمان. || کفالت. ضمانت. نتیجه‌ای که از تعهد حاصل شود. *(فرهنگ معین)*

|| حقی که شخص به عهده دیگری دارد. در اصطلاح دیگر، آن را ذمه و حق دینی نیز گویند. *(ترمیم‌پولوزی)*

ذِمّی - (ادیان) غیرمسلمانی که در جامعه اسلامی زندگی می‌کند و جان و مال او در پناه مسلمانان و حکومت اسلامی است. *(فرهنگ بزرگ سخن)* ← وقف اقلیت‌های دینی.

ذُو - صاحب. دارا. مالک. در عربی در حالت رفعی "ذو" و در حالت نصب "ذا" و در حالت جر، "ذی" به کار می‌برند اما در فارسی این قاعده را مراعات نمی‌کنند. *(فرهنگ عمید)*

ذوات الارحام - خویشاوندان. خویشان. کسانی که پیوسته خون باشند. *(لغتنامه دهخدا)*

ذوالجلال - صاحب جلال و بزرگواری. یکی از صفات خدای تعالی. *(فرهنگ عمید)*

ذوالحقوق - صاحبان حق. مستحقان. *(لغتنامه دهخدا)* || دارندگان حق. *(فرهنگ معین)*

ذوالخیار - ذی‌الخیار. در اصطلاح فقه، کسی که در بیع، حق خیار دارد. *(فرهنگ عمید)*

ذوالقربی - صاحب نزدیکی و خویشی. خویش. خویشاوند. ذوی‌القربی. *(فرهنگ عمید)*

ذوالید - متصرف. (فقه) کسی که مالی را در تصرف اعم از آن که مالک واقعی آن باشد یا نه. *(فرهنگ عمید)*

ذی - ذو. صاحب. دارنده. دارای. || ذی‌حق، ذی‌ربط. ذی‌نفع. ← ذو

ذی‌حق - صاحب حق. سزاوار. محق. بر حق. دارای حق. *(فرهنگ عمید)*

- هرکس شخصی را از تحت اقتدار ذی‌حق یا قائم‌مقام او بدون رضای او خارج کند در حکم کفیل است و

باید آن شخص را حاضر کند. و الا باید از عهده حقی که بر او ثابت شود برآید. (ماده ۷۴۵ ق.م.)

ذی ربط - دارای ارتباط. دارای بستگی. مربوطه.

- سازمان موظف است به منظور پیش برد امور حج و زیارت ... و با همکاری و همیاری سازمان‌ها و وزارتخانه‌های ذی ربط برنامه‌هایی تنظیم نموده و به اجرا درآورد. (ماده ۵۵ آیین‌نامه اوقاف)

ذی صلاح - دارای صلاحیت. صالح: مراجع ذی صلاح، دارای شایستگی برای مداخله در امری یا انجام دادن کاری. || ذی صلاحیت. (فرهنگ عمید)

ذیل - زیر. پایین. بعد. سپس. آخر. آخر چیزی. (فرهنگ عمید)

ذیلاً - در زیر. در ذیل. در پایین. بعد از این. سپس. (نعت‌نامه دهخدا)

ذی نفع - دارای نفع. دارای منفعت. || سود برنده.

ذی نفوذ - دارای قدرت تأثیرگذاری در افراد یا کارها. متنفذ. (فرهنگ بزرگ سخن)

بررسی خیارات فقهی در قانون تجارت الکترونیکی

تاریخ دریافت: ۱۳۹۰/۱۲/۱۱

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۱/۱/۲۴

سید محسن رضوی اصل*

چکیده:

قانون تجارت الکترونیکی به علت نوپایی خود چه در سطح جهانی و چه در سطح ملی و همچنین با توجه به مخفی و مبهم ماندن بسیاری از جنبه‌ها و کارکردهای بالقوه آن تاکنون و مدت زمان کمی که از تصویب قوانین مربوط به آن می‌گذرد، از جنبه‌های بسیاری مبهم و کلی بوده و قانون‌گذار در موارد بسیاری، سکوت اختیار نموده است و مطالب زیادی را ندیده انگاشته است. یکی از مسائلی که مورد بی‌توجهی قرار گرفته و با وجود کارکرد عمده آن در فقه اسلامی و قانون مدنی، در قانون تجارت الکترونیکی لحاظ نشده است، مسئله خیارات می‌باشد. در این مقاله سعی شده است که به بررسی میزان به‌کارگیری و لحاظ نمودن خیارات در قانون تجارت الکترونیکی پرداخته شود. از آن جا که قوانین موضوعه تجارت الکترونیکی در زمینه خیارات جوابگوی نیازهای شرکت‌کنندگان در این تجارت نمی‌باشد، لذا نیاز به اصلاح قوانین موجود و همچنین وضع قوانین جدید، مطابق با احکام فقه اسلامی به شدت احساس می‌شود. واژگان کلیدی: تجارت الکترونیکی، حقوق موضوعه، خیارات، فقه اسلامی، معاملات.

* نویسنده مسئول؛ کارشناس ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی.

mohsen.razavy@gmail.com

مقدمه

ورود به هزاره سوم میلادی را می‌توان رها شدن از قید و بند جامعه سنتی و آغاز قدم نهادن به جامعه اینترنتی و اطلاعاتی مبتنی بر فن‌آوری‌های پیشرفته و گسترده ارتباطی دانست. تجارت الکترونیکی^۱ یکی از محصولات این تحول و پیشرفت‌ها است. استفاده از ابزارهای اطلاعاتی و ارتباطی نوین، دنیای تجارت را متحول ساخت به گونه‌ای که در جهانی که به سوی تبدیل شدن به دهکده جهانی به پیش می‌رود، تجارت نیز در مسیر تبدیل به بازاری برای این دهکده قرار گرفته است. این شرایط و حساسیت مسایل تجاری در سرنوشت ملت‌ها، لزوم تدوین قوانین موضوعه گسترده‌ای را که جامع و مانع امور و شرایط باشد، بیش از پیش آشکار نمود.

تجارت الکترونیکی، در حال حاضر، در حال شکستن محدودیت‌های تجارت سنتی است و نه تنها شکل ظاهری بلکه محتوای آن را نیز دستخوش تغییرات بسیاری نموده است. تشکیل بازارها، پاساژها و مغازه‌های مجازی که هیچ فضای فیزیکی را اشغال ننموده‌اند، همراه با امکان بازدید و گردش در این بازارها در هر لحظه و هر جای دنیا، بدون آنکه نیازی به ترك محل زندگی یا کار خود داشته باشید، هم‌چنین انتخاب و سفارش خرید کالاهایی که در نقاط دوردست جهان و در وبترین فروش سایت‌ها موجود هستند و پرداخت الکترونیکی بهای آنها از جمله تغییراتی است که علاوه بر مزایای ظاهری، خود موجب ظهور شیوه‌های نوینی در تجارت شده‌اند.

مبادلات تجاری بین افراد، شرکت‌ها، مؤسسات و دولت‌ها با یکدیگر به سرعت از حالت سنتی خود، که به‌طور عمده مبتنی بر اسناد و مدارك کاغذی است، خارج شده و به سوی انجام مبادلات با استفاده و بهره‌گیری از سیستم‌های مبتنی بر اطلاعات الکترونیکی در حرکت است.

1. E _Commerce Law.

تجارت الکترونیکی در زمینه‌های مختلف فعالیت‌های بازرگانی وارد شده و از معاملات الکترونیکی میان خریداران، بازرگانان، مراکز اطلاع‌رسانی و انجمن‌های مجازی گرفته تا مبادلات میان دولت‌ها و ملت‌ها گسترش یافته است.

همه این موارد باعث شده تا بحث تجارت الکترونیکی و مبادلات مبتنی بر فن‌آوری اطلاعات و ارتباطات به‌عنوان یکی از مهم‌ترین مسایل روز مطرح شده و از جمله دغدغه‌های اساسی کشورهای توسعه‌یافته و در حال توسعه باشد. زیرا این‌گونه کشورها می‌دانند که بی‌توجهی به این مسئله می‌تواند در زمان کوتاهی، به‌طور کامل، آنها را از میدان تجارت جهانی خارج کرده و بهره کم آنها از تجارت جهانی را نیز به کشورهای توسعه‌یافته صنعتی و پیشرو در امر تجارت الکترونیکی که همگام با پیشرفت تکنولوژی حرکت می‌کنند، واگذار نماید.

تاریخچه تجارت الکترونیکی

استفاده از فن‌آوری‌های الکترونیکی در انجام امور بازرگانی پیشینه‌ای نسبتاً طولانی دارد. در واقع، نیاز به تجارت الکترونیکی از تقاضاهای بخش‌های عمومی و خصوصی جهت بهره‌گیری از فن‌آوری اطلاعات در راستای جلب رضایت مشتریان و سرعت در کارهای داخلی آغاز گشت.

شاید بتوان گفت که این نوع جدید تجارت، از اواسط دهه شصت میلادی شروع شد. زمانی که مصرف‌کنندگان، پول خود را با استفاده از ماشین‌های خودپرداز ATM دریافت کرده و وجه خرید خود را با کارت‌های اعتباری پرداخت نمودند. اما می‌شود گفت که کاربردهای تجارت الکترونیکی از سال ۱۹۷۰ میلادی، با فعالیت‌های جدیدی چون انتقال الکترونیک پول (EFT) آغاز شد. در آن زمان گستره استفاده از تجارت الکترونیکی به مؤسسه‌های مالی بزرگ و شرکت‌های عظیم تجاری محدود می‌شد و بنگاه‌های تجاری کوچک به‌صورت بسیار محدود اقدام به آن می‌نمودند.^۱

۱. معینیان، داوود، مدیریت و تجارت الکترونیکی، تهران: سفیر اردهال، ۱۳۸۸، ص. ۱۶.

قبل از آنکه تکنولوژی‌های اینترنت محور گسترش یابند، در سال‌های اولیه دهه ۹۰ م. شرکت‌های بزرگ اقدام به راه‌اندازی شبکه‌های رایانه‌ای با ارتباطات مشخص، محدود و استاندارد شده برای مبادله اطلاعات تجاری میان یکدیگر نمودند. این شیوه مبادله الکترونیکی داده‌ها (EDI) نام گرفت که از تراکنش‌های مالی به دیگر تراکنش‌ها گسترش یافت.

در آن سال‌ها لفظ تجارت الکترونیکی، مترادف با مبادله الکترونیکی داده‌ها بود. شرکت‌های سهامی از مؤسسات مالی به کارخانه‌ها، خرده‌فروشان، بخش خدمات و انواع بسیار زیاد دیگری از بخش‌های تجاری گسترش یافتند و این چنین بود که کاربردهای جدیدتر تجارت الکترونیکی به وجود آمد و از حراجی‌ها تا سیستم‌های رزرو بلیت‌های مسافرتی گسترش یافت.^۱

امروزه تقریباً هر رسانه، سازمان یا مؤسسه مالی يك وبسایت مخصوص به خود دارد. بسیاری از این سایت‌ها حاوی هزاران صفحه و لینک مختلف می‌باشند. توسعه اینترنت و کاربردهای تجاری آن باعث تحول اساسی در این روند شده است، به گونه‌ای که در مسیر تکاملی تجارت الکترونیکی، اکنون می‌توان میان تجارت الکترونیکی قدیمی و نوع اینترنتی آن تمایز محسوسی قائل شد.

تعریف تجارت الکترونیکی

شرکت‌ها به منظور بهبود روابط و افزایش کارایی عملیات خود، از شبکه‌سازی بهره‌های بسیاری برده‌اند. تفکر هدایت و اجرای تراکنش‌ها به صورت الکترونیکی، تفکر جدیدی نیست. بسیاری از مؤسسات و شرکت‌ها از دهه هفتاد میلادی، با استفاده از شبکه‌های اختصاصی تبادل الکترونیکی داده (EDI)، با نام شبکه‌های ارزش افزوده (VAN)، سیستم‌های خود را با سیستم‌های توزیع کنندگان و تأمین کنندگان خود یکپارچه ساخته‌اند. اما این شبکه‌ها، ایستا و غیرقابل انعطاف هستند. به علاوه، هزینه ساخت چنین شبکه

۱. علیخان زاده، امیر، تجارت الکترونیک، بابل، نشر علوم رایانه، ۱۳۸۵، ص. ۱۳.

اختصاصی‌ای برای تجارت‌های کوچک، بسیار زیاد بوده و مقرون به صرفه نمی‌باشد. رشد سریع و گسترش بیش از حد انتظار اینترنت، تغییرات شگرفی را در محیط‌های اقتصادی بر جای گذاشته است. دیگر برای انجام تراکنش‌های الکترونیکی نیازی به ساخت یک شبکه اختصاصی و صرف هزینه بالا نیست، تنها کافی است که با طراحی وب سایت مخصوص به خود، به شبکه جهانی اینترنت متصل گردید و حتی شرکت‌های بسیار کوچک نیز می‌توانند از این امکانات بهره‌مند شوند.

نتیجه این تحول عمیق در شیوه اعمال تراکنش‌ها، موجب ایجاد یک پدیده نوظهور به نام تجارت الکترونیکی گردید. این اصطلاح، اکثر اوقات برای توصیف تمام انواع معاملات تجاری در دنیای دیجیتال، مثل مذاکرات، قراردادهای تدارکات، تراکنش‌ها، تحقیقات بازار و حتی ارائه خدمات به کار می‌رود. تجارت الکترونیکی همواره شامل انجام فعالیت‌های مرتبط با اقتصاد میان حداقل دو طرف است که از لحاظ الکترونیکی، تعامل برقرار می‌کنند.^۱

پس در تعریف تجارت الکترونیکی می‌توان گفت:

تجارت الکترونیکی به روند خرید و فروش، انتقال یا تبادل محصولات، خدمات و یا اطلاعات از طریق شبکه‌های رایانه‌ای از جمله اینترنت گفته می‌شود.

به‌طور کلی تجارت الکترونیکی به دو صورت B2C^۲ یا B2B^۳ انجام می‌شود. در معاملات B2C معاملات به‌صورت پیوسته و مابین تجار و مشتریان صورت می‌پذیرد و در معاملات B2B تجار، معاملات را به‌شیوه پیوسته با یکدیگر انجام می‌دهند. کاربرد تجارت الکترونیکی هنوز کاملاً جهانی‌سازی نگشته است و پیش‌بینی‌ها رواج یافتن آن را برای یک یا دو دهه دیگر می‌دانند. زیرساخت تجارت الکترونیکی بر مبنای محاسبات رایانه‌ای شبکه‌ای است و به‌طور افزاینده‌ای در حال تبدیل به محیطی مطبوع برای استفاده‌های

۱. فسلی، ماریا، *فناوری عامل در تجارت الکترونیک*، ترجمه؛ داستانی، اکبر، تهران؛ کیان رایانه سبز، ۱۳۸۹، ص. ۳۰.

2. Business to Consumer.

3. Business to Business.

شخصی، دولتی و تجاری می‌باشد. برای ورود به این مکان مجازی تنها با اتصال رایانه‌ها و سایر وسایل الکترونیکی به یکدیگر، در محل‌های گوناگون و دور و نزدیک می‌توان اقدام نمود.

البته برای انجام این اتصال نیز به شبکه‌های ارتباطی راه دور مانند شبکه‌های بی‌سیم نیاز می‌باشد. این اتصال برای کاربران این امکان را فراهم می‌کند تا به اطلاعات ذخیره شده در مکان‌های مختلف جغرافیایی دسترسی یافته و با افراد مختلفی در نقاط دیگر کره خاکی همکاری و تعامل داشته باشند.

اکنون، اکثر افراد از رایانه‌های متصل به اینترنت بهره می‌برند و در برخی سازمان‌ها نیز از شبکه‌های کوچک‌تر اینترنت^۱ استفاده می‌شود. محیط رایانه‌ای دیگری نیز وجود دارد که اکسترانت نام دارد و شبکه‌ای است که از اینترنت برای اتصال به چندین اینترنت استفاده می‌نماید.

به‌طور معمول طبقه‌بندی تجارت الکترونیکی براساس ماهیت معاملات یا ارتباطات اعضای تجاری انجام می‌گیرد و مدل‌های مختلف تجارت الکترونیکی به‌آسانی قابل تشخیص و تمایز می‌باشند:

- ← مدل B2C یا فروشنده با مصرف‌کننده
- ← مدل B2B یا فروشنده با فروشنده
- ← مدل B2B2C یا فروشنده با فروشنده با خریدار
- ← مدل C2B یا افراد با بنگاه‌ها (شرکت‌ها)
- ← مدل C2C یا مصرف‌کننده با مصرف‌کننده
- ← مدل E_Government یا دولت الکترونیکی
- ← مدل G2C یا دولت با مصرف‌کننده
- ← مدل G2B یا دولت با فروشنده

۱. اینترنت، شبکه‌ای شرکتی یا دولتی است که از ابزارهای مورد استفاده در اینترنت مانند مرورگر وب و پروتکل‌های اینترنت استفاده می‌کنند.

← مدل هم‌تا به هم‌تا یا Peer to peer Applications

← مدل Mobile Commerce

← مدل Intrabusiness EC

← مدل B2E یا فروشنده با کارمندان

← مدل Collaborative Commerce

← مدل Nonbusiness

← مدل U2S یا دانشگاه با دانشجو

← مدل E _ Learning

← مدل E2E یا Exchange to Exchange

خيار در تجارت الکترونیکی

در هر تجارتی امکان ضرر و زیان برای هر يك از طرفین معامله وجود دارد. البته این خطر برای خریدار همیشه بیشتر می‌باشد. در محیط مجازی اینترنت که امکان مشاهده کالا یا نمونه آن از نزدیک و به‌طور فیزیکی ممکن نیست، ممکن است که مشتری از ویژگی‌های کالا به‌درستی مطلع نشود و یا شاید فروشنده، سهواً یا عمداً، مشخصات کالا را به‌اشتباه اعلام کرده باشد و کالای ارسالی برای مشتری آن چیزی که سفارش داده‌شده، نباشد. این‌گونه مسایل و مسایلی دیگر از این قبیل، می‌تواند موجب ضرر خریدار گردد. گاهی نیز انجام معاملات مجازی، بالاخص در مدل B2B، می‌تواند زمینه‌ساز ایجاد ضرر برای فروشنده گردد.

نوظهور بودن تجارت الکترونیکی و تازگی قوانین موضوعه راجع به آن از حیث وضع و تدوین، در کنار آشنایی ناکافی کاربران با پیچیدگی‌های فضای مجازی وب جهان‌گستر و شیوه‌های تجارت الکترونیکی، از جمله عواملی‌اند که به این مسئله دامن می‌زنند. در چنین شرایطی است که پیش‌بینی حق خیار در موارد گوناگون معاملات الکترونیکی می‌تواند از خسارت خریدار و حتی فروشنده بکاهد.

از ارکان لازم جهت صحت عقد، تنها رکن ایجاب و قبول است که در معاملات الکترونیکی مقداری متفاوت از معاملات سنتی است و تفاوت در ایجاب و قبول نیز فقط در نحوه اجرای ایجاب و قبول می‌باشد. البته این تفاوت، تفاوتی شکلی است؛ نه ماهوی. در کشور ما که قوانین موضوعه، بالاخص قوانین مدنی، با احکام فقه اسلامی مانوس و هماهنگ می‌باشد، پیش‌بینی و گنجانیدن خیارهای شرعی در قوانین موضوعه تجارت الکترونیکی، جهت جبران خسارت‌های ناشی از معاملات در فضای الکترونیکی و مجازی، ضروری و مهم می‌باشد.

بررسی انواع خیارهای در قانون تجارت الکترونیکی

۱. خیار مجلس

مفهوم خیار مجلس عبارت از آن است که طرفین عقد بیع تا زمانی که از یکدیگر جدا نشده‌اند و به اصطلاح، مجلس عقد پا برجاست، می‌توانند معامله را بر هم بزنند. این خیار فقط مختص به عقد بیع و معامله‌های مبتنی بر فروش کالا و خدمات است و ماده ۳۹۷ق.م. نیز ناظر بر آن می‌باشد. قید نمودن کلمه مجلس فقط شامل نشستن فیزیکی طرفین نیست بلکه به خاطر آن است که در اغلب موارد معاملات به صورت نشسته انجام می‌شده است و طرفین در يك مکان و با نشستن نزد یکدیگر اقدام به معامله می‌نمایند. پس آنچه که در شرایط تحقق این خیار حائز اهمیت می‌باشد، با هم بودن متعاملین در معنای عرفی آن است و صرفاً نشستن فیزیکی نمی‌باشد.

اما در خصوص تفرق مکانی طرفین معامله، باید گفت که در تجارت الکترونیکی همیشه فروشنده و خریدار در مکان‌هایی جدا از یکدیگر هستند و این فاصله مکانی می‌تواند از دو محل در يك شهر تا دو قاره، متفاوت باشد. در هر صورت، در يك مکان که معنای عرفی با هم بودن را داشته باشد، نیستند ولی از نظر عرف می‌تواند معنای در يك مجلس بودن را برساند. زیرا عرف در هنگام خرید از فروشگاه‌های مجازی و پس از اعلام قبول از طرف خریدار، بیع را کامل و تمام‌شده، می‌داند. نویسندگان حقوق مدنی ایران نیز

نظریه ارسال قبول را برای تعیین تاریخ وقوع عقد پذیرفته‌اند و در حقیقت، می‌توان مسئله تفرق مکانی در تجارت الکترونیکی را از مصادیق عقود از راه دور محسوب نمود. این مسئله در فصل چهارم از مبحث چهارم قانون تجارت الکترونیکی مورد توجه قرار گرفته است و قانون‌گذار ماده ۲۹ این قانون را به این موضوع اختصاص داده است که به بیان نحوه تعیین مکان طرفین معامله می‌پردازد:

ماده ۲۹:

«اگر محل استقرار سیستم اطلاعاتی با محل استقرار دریافت «داده پیام» مختلف باشد مطابق قاعده زیر عمل می‌شود:

الف - محل تجاری، یا کاری اصل‌ساز محل ارسال «داده پیام» است و محل تجاری یا کاری مخاطب محل دریافت «داده پیام» است مگر آن که خلاف آن توافق شده باشد.

ب - اگر اصل‌ساز بیش از یک محل تجاری یا کاری داشته باشد، نزدیک‌ترین محل به اصل معامله، محل تجاری یا کاری خواهد بود در غیر این صورت محل اصلی شرکت، محل تجاری یا کاری است.

ج - اگر اصل‌ساز یا مخاطب فاقد محل تجاری یا کاری باشند، اقامتگاه قانونی آنان ملاک خواهد بود.»

لذا با توجه به ماده ۲۹ فوق‌الذکر و یک‌مجلس دانستن عرفی معامله تجارت الکترونیکی تا زمان اعلام قبول خریدار که معامله را قطعی می‌نماید، تصور خیار مجلس برای معاملات بیع الکترونیکی ممکن است و خریدار باید بتواند بعد از اعلام قبول و قبل از قطع ارتباط با فروشنده، امکان فسخ معامله را با استفاده از خیار مجلس داشته باشد. البته این مسئله تنها در معاملات از راه دور با ایجاب و قبول بی‌درنگ قابل اجراست و در معاملاتی که بین ایجاب و قبول فاصله می‌افتد، مانند معاملاتی که ایجاب و قبول با استفاده از پست انجام می‌شود، متصور نیست. این مسئله در خصوص معاملات تلفنی و مکاتبه‌ای نیز صادق است و صرف ارتباط معنوی و فکری خریدار با فروشنده در هنگام مکالمات تلفنی یا ارتباطات اینترنتی را می‌توان در حکم حضور در یک مجلس عقد به حساب آورد.

از مجموع آنچه که گفته شد، چنین نتیجه می‌شود که اعمال خیار مجلس در تجارت الکترونیکی متصور است، اما در قوانین موضوعه مربوط به آن، چنین مسئله‌ای پیش‌بینی نشده است.

البته در هنگام انجام معامله به صورت الکترونیکی و قبل از تأیید نهایی خرید محصول، خریدار می‌تواند با قطع ارتباط خود با فروشنده و یا اعمال انصراف از معامله، مراحل خرید را کامل ننموده و وجهی را پرداخت ننماید. اما این مسئله چیزی به غیر از خیار مجلس می‌باشد. زیرا در این مورد، هنوز معامله‌ای واقع نشده و عقدی منعقد نگشته است تا خیار اجرا شود؛ ولی خیار مجلس پس از انعقاد عقد و وقوع بیع و قبل از جدایی طرفین معامله از یکدیگر است.

۲. خیار حیوان

این خیار که مختص به عقد بیع حیوانات می‌باشد، مطابق قواعد شرعی و فقه اسلامی و هم‌چنین ماده ۳۹۸ ق.م.، سه روز می‌باشد.

در قانون مدنی اشاره‌ای به نحوه انجام معامله نشده است و فقط بیان شده است که بعد از وقوع معامله تا سه روز از حین عقد، خریدار حق فسخ معامله را دارد. عده‌ای دلیل این اختیار فسخ را بنا بر امکان اختبار حیوان می‌دانند. زیرا در حیوانات، بعضی از عیوب و مشکلات در ظاهر پیدا نیستند ولی در اثر نگهداری حیوان می‌توان به آن‌ها پی برد. در قانون تجارت الکترونیکی به این خیار اشاره‌ای نشده است لیکن در ماده یک این قانون آمده است:

« این قانون مجموعه اصول و قواعدی است که برای مبادله آسان و ایمن اطلاعات در واسطه‌های الکترونیکی و با استفاده از سیستم‌های ارتباطی جدید به کار می‌رود.»

و ماده ۴ این قانون بیان می‌دارد:

« در مواقع سکوت و یا ابهام باب اول این قانون، محاکم قضایی باید براساس سایر قوانین موضوعه و رعایت چهارچوب فصول و مواد مندرج در این قانون، قضاوت نمایند.»

پس زمانی که ما در خصوص خیار حیوان و یا سایر اختیارات مطلبی را در قانون تجارت الکترونیکی پیدا نمی‌کنیم، باید به سراغ قوانین موضوعه مدنی رفته و حکم مسئله را با رعایت چهارچوب و مواد این قانون، استخراج نماییم. در ماده ۳۹۸ ق.م. در این باره آمده است:

« اگر مبیع حیوان باشد، مشتری تا سه روز از حین عقد اختیار فسخ معامله را دارد.»

و می‌بینیم که در این قانون قیدی جهت چگونگی انجام بیع بیان نشده است. البته با توجه به فاصله زمانی و مکانی خریدار و فروشنده در معاملات الکترونیکی و این که معمولاً

بین زمان معامله و تحویل مورد معامله، فاصله زمانی ایجاد می‌شود، توجه به دو نکته بسیار مهم می‌باشد:

اول این که باید این مهلت و بازه زمانی توسط فروشنده به خریدار اعلام شود. ماده ۳۳ ق.ت.ا. اشاره به این مطلب داشته و می‌گوید:

«فروشنندگان کالا و ارائه‌دهندگان خدمات بایستی اطلاعات مؤثر در تصمیم‌گیری مصرف‌کنندگان جهت خرید و یا قبول شرایط را از زمان مناسبی قبل از عقد در اختیار مصرف‌کنندگان قرار دهند. حداقل اطلاعات لازم، شامل موارد زیر می‌باشد:

الف - مشخصات فنی و ویژگی‌های کاربردی کالا و یا خدمات.

ب - هویت تأمین‌کننده، نام تجاری که تحت آن نام به فعالیت مشغول می‌باشد و نشانی وی.

ج - آدرس پست الکترونیکی، شماره تلفن و یا هر روشی که مشتری در صورت نیاز بایستی از آن طریق با فروشنده ارتباط برقرار کند.

د - کلیه هزینه‌هایی که برای خرید کالا بر عهده مشتری خواهد بود (از جمله قیمت کالا و یا خدمات، میزان مالیات، هزینه حمل، هزینه تماس).

ه - مدت زمانی که پیشنهاد ارائه شده معتبر می‌باشد.

و - شرایط و فرآیند عقد از جمله ترتیب و نحوه پرداخت، تحویل و یا اجرا، فسخ، ارجاع، خدمات پس از فروش.»

همان‌گونه که مشاهده می‌شود بند "و" این ماده به این مسئله می‌پردازد و فروشنده را ملزم می‌کند تا در ضمن اعلام موارد ذکر شده در این ماده، ترتیب و نحوه تحویل کالا را که در برگیرنده مدت زمان ارسال تا تحویل نیز می‌باشد، به خریدار اعلام نماید.

مسئله دوم که در مورد فاصله زمانی میان انجام معامله تا تحویل مبیع باید مورد توجه قرار گیرد این است که خیار فسخ از زمان تحویل مورد معامله خواهد بود. زیرا تا زمانی که قبض واقع نشود، عقد لازم نمی‌گردد و خیار نیز به وجود نمی‌آید. و بعد از قبض است که عقد لازم و تمامی ارکان آن محقق می‌شود. پس، آغاز زمان خیار حیوان از لحظه تحویل آن به خریدار می‌باشد. البته ماده ۳۷ ق.ت.ا. می‌گوید:

«در هر معامله از راه دور مصرف‌کننده باید حداقل هفت روز کاری، وقت برای انصراف (حق انصراف) از قبول خود بدون تحمل جریمه و یا ارائه دلیل داشته باشد. تنها هزینه تحمیلی بر مصرف‌کننده هزینه بازپس فرستادن کالا خواهد بود.»

و ماده ۳۸ این قانون نیز در خصوص زمان آغاز حق انصراف می‌گوید:

« شروع اعمال حق انصراف به ترتیب زیر خواهد بود:

الف - در صورت فروش کالا، از تاریخ تسلیم کالا به مصرف‌کننده و در صورت فروش خدمات، از روز انعقاد.

ب - در هر حال آغاز اعمال حق انصراف مصرف‌کننده پس از ارائه اطلاعاتی خواهد بود که تأمین‌کننده طبق مواد (۳۳) و (۳۴) این قانون موظف به ارائه آن است.

ج - به محض استفاده مصرف‌کننده از حق انصراف، تأمین‌کننده مکلف است بدون مطالبه هیچ‌گونه وجهی عین مبلغ دریافتی را در اسرع وقت به مصرف‌کننده مسترد نماید.

د - حق انصراف مصرف‌کننده در مواردی که شرایط خاصی بر نوع کالا و خدمات حاکم است اجرا نخواهد شد. موارد آن به موجب آیین‌نامه‌ای است که در ماده (۷۹) این قانون خواهد آمد.

با توجه به بند "د" ماده ۳۸ فوق‌الذکر، خیار حیوان جزو شرایط خاص بوده و از مدت هفت روز گفته شده در ماده ۳۷ استثنا می‌شود. در مورد سایر احکام مربوط به خیار حیوان، با توجه به ماده ۴ ق.ت.ا. که پیش‌تر بیان گردید و ماده ۴۴ این قانون و اصل ۱۶۷ ق.ا.، می‌توان به قانون مدنی و در صورت سکوت قوانین موضوعه به منابع معتبر فقهی و اسلامی رجوع نمود. ماده ۴۴ ق.ت.ا. می‌گوید:

« در موارد اختلاف و یا تردید مراجع قضایی رسیدگی خواهند کرد،»

اصل ۱۶۷ ق.ا. نیز چنین اعلام می‌دارد:

« قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر کند و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.»

۳. خیار تأخیر ثمن

خیار تأخیر ثمن نیز مختص عقد بیع می‌باشد که در معاملات سنتی (و فیزیکی و غیرمجازی) مهلتی سه روزه برای آن در نظر گرفته شده است و به همین دلیل به آن خیار ثلاثه نیز می‌گویند.

از طرفی، تنها فروشنده است که قادر به اعمال این خیار می‌باشد. زیرا هدف این خیار جلوگیری از ضرر فروشنده بر اثر اهمال خریدار در پرداخت ثمن معامله می‌باشد. ماده ۴۰۲ ق.م. ناظر به این خیار بوده و مقرر می‌دارد که: اگر طرفین در حین معامله مدتی را معین

نمایند، در صورت عدم پرداخت وجه معامله، فروشنده پس از طی شدن سه روز از تاریخ معامله، حق فسخ آن را خواهد داشت. اما در قانون تجارت الکترونیکی که مواد ۳۷ تا ۴۹ خود را به ذکر موادی پرداخته که جهت حمایت از مصرف‌کننده و اختیار فسخ معامله از سوی وی می‌باشد، هیچ اشاره‌ای به حق فروشنده در خصوص فسخ معامله ننموده است. اما با استناد به ماده ۴ و ۴۴ ق.ت.ا. و اصل ۱۶۷ ق.ا.، می‌توان احکام مربوط به این خیار را در قوانین مدنی و منابع فقهی جستجو نمود.

پس می‌توان چنین نتیجه گرفت که در تجارت الکترونیکی نیز در صورت عدم پرداخت ثمن از سوی خریدار، فروشنده در صورتی که مدت خاصی را در ضمن عقد شرط نکرده باشد، می‌تواند معامله را فسخ نماید و در صورت بروز مشکل حقوقی به محاکم ذی‌صلاح مراجعه نموده و طرح دعوا نماید.

البته ذکر این نکته خالی از فایده نیست که با توجه به این‌که معمولاً هویت خریدار و بعضاً فروشنده در تجارت الکترونیکی ناشناس است، وجه خرید در هنگام انعقاد معامله باید پرداخت شود و تا این مسئله انجام نشود، فروشنده اقدام به تحویل محصول، چه به صورت دیجیتال و چه به صورت فیزیکی نمی‌کند و مسایلی که درباره اعمال خیار تأخیر ثمن بیان گردید، در خصوص بعضی معاملات خاص در تجارت الکترونیکی مصداق داشته و بیشتر در معاملات مبتنی بر مدل‌هایی چون B2B یا G2B کارایی خواهد داشت که طرفین معمولاً شخصیت‌های حقوقی و معتبر و شناخته‌شده هستند؛ مانند دولت‌ها یا مؤسسات مالی و شرکت‌های بزرگ تجاری.

۴. خیار شرط

این خیار در قانون مدنی در ماده ۳۹۹ بیان شده است و فقها نیز بر آن اتفاق نظر دارند. با استناد به این خیار، هر شرطی را که خلاف قرآن و سنت رسول الله (ص) و مقتضای عقد نبوده و حلالی را حرام و یا حرامی را حلال نماید، می‌توان در ضمن عقد و با توافق طرفین قرار داد. مطابق ماده ۴۰۱ ق.م. باید برای این شرط مدت تعیین نمود و گرنه هم شرط و

هم عقد، باطل می‌گردد.

در خصوص این خیار، به‌طور مستقیم، چیزی در قانون تجارت الکترونیکی بیان نشده است ولی بند "و" ماده ۳۳ این قانون را می‌توان به‌عنوان مشروع دانستن خیار شرط تلقی نمود که دوباره به اختصار می‌آید؛

«فروشنندگان کالا و ارائه‌دهندگان خدمات بایستی اطلاعات مؤثر در تصمیم‌گیری مصرف‌کنندگان جهت خرید و یا قبول شرایط را از زمان مناسبی قبل از عقد در اختیار مصرف‌کنندگان قرار دهند. حداقل اطلاعات لازم، شامل موارد زیر می‌باشد:

.....

و - شرایط و فرآیند عقد از جمله ترتیب و نحوه پرداخت، تحویل و یا اجرا، فسخ، ارجاع، خدمات پس از فروش»

مطابق این بند از ماده ۳۳، فروشنندگان کالا و تأمین‌کنندگان خدمات در محیط وب و تجارت الکترونیکی، باید قبل از انجام معامله، اطلاعات و شروط مورد نظر خود را به‌صورت‌های گوناگون به خریداران اطلاع دهند تا آن‌ها بتوانند پس از بررسی این اطلاعات و شرایط، در صورت موافقت اقدام به انعقاد قرارداد کنند. البته در وب‌سایت‌های تجاری کمتر امکان قرارداددن شرط از طرف مشتری وجود دارد و اکثریت قریب به اتفاق شروط از جانب فروشنندگان است که به‌صورت فرم‌های از قبل طراحی شده در اختیار کاربر قرار داده می‌شود. ماده ۳۴ ق.ت.ا. در این زمینه می‌گوید:

«تأمین‌کننده باید به‌طور جداگانه ضمن تأیید اطلاعات مقدماتی، اطلاعات زیر را ارسال نماید:

الف - آدرس محل تجاری یا کاری تأمین‌کننده برای شکایت احتمالی.

ب - اطلاعات راجع به ضمانت و پشتیبانی پس از فروش.

ج - شرایط و فراگرد فسخ معامله به‌موجب مواد (۳۷) و (۳۸) این قانون.

د - شرایط فسخ در قراردادهای انجام خدمات.»

مطابق بندهای "ج" و "د" این ماده، فروشنده کالا و تأمین‌کننده خدمات، پس از تأیید اطلاعات مقدماتی معامله باید شرایط و فراگرد فسخ معامله و قراردادهای انجام خدمات را به مشتری اعلام نماید که این مسئله نیز اشاره به توجه قانون‌گذار به خیار شرط دارد. سایر مسایل مربوط به این خیار را می‌توان براساس دلایلی که پیش‌تر ذکر گردید، در

قانون مدنی و منابع فقهی جستجو نمود.

۵. خیار رؤیت و تخلف وصف

به علت این که در محیط مجازی وب و تجارت الکترونیکی امکان مشاهده ملموس و از نزدیک مورد معامله مقدور نمی باشد و معمولاً به علت وجود فاصله های طولانی میان طرفین معامله، امکان مراجعه حضوری نیز مشکل و حتی در مواردی غیرممکن می باشد، مشتری باید کالای مورد نظر خود را با توجه به مشخصات و ویژگی های ارائه شده از طرف فروشنده و یا با دیدن تصاویر آن در کاتالوگ های مجازی وبسایت فروشنده سفارش دهد. توجه به این مطلب ضروری است که در معاملات الکترونیکی با به کارگیری گرافیک بالا، امکانات فنی پیشرفته و ایجاد تصاویر سه بعدی و حتی فیلم های توصیفی و غیره برای خریدار ظن قریب به علم ایجاد می شود و از حالت بسیط گذشته، خارج می نماید. پس کالاهایی را که این چنین امکاناتی برای تبلیغ آنها در نظر گرفته شده است، به گونه ای که تقریباً علم به اوصاف کالا در خریدار ایجاد می کند به طور تخصصی از مفهوم رؤیت مورد نظر ماده ۴۱۰ ق.م. خارج می نماید و این گونه کالاها را می توان از مصادیق معامله به وصف، خارج نمود. به همین علت، در مبحث اول از باب سوم قانون تجارت الکترونیکی، در خصوص حمایت های انحصاری در بستر مبادلات الکترونیکی، بند "الف" ماده ۳۳ این قانون به الزام فروشندگان به اعلام مشخصات فنی و ویژگی های کاربردی کالا و یا خدمات تأکید شده است و ماده ۳۵ این قانون نیز می گوید:

« اطلاعات اعلامی و تأییدیه اطلاعات اعلامی به مصرف کننده باید در واسطی بادوام، روشن و صریح بوده و در زمان مناسب و با وسایل مناسب ارتباطی در مدت معین و بر اساس لزوم حسن نیت در معاملات و از جمله ضرورت رعایت افراد ناتوان و کودکان ارائه شود.»

قانون تجارت الکترونیکی در ادامه و در مواد ۴۰ و ۴۱ خود، به شرایطی توجه نموده که فروشنده، کالای مورد نظر و انتخاب مشتری را ارسال نماید:

ماده ۴۰:

« تأمین کننده می تواند کالا یا خدمات مشابه آن چه را که به مصرف کننده وعده کرده تحویل یا ارائه نماید مشروط بر آن که قبل از معامله یا در حین انجام معامله آن را اعلام کرده باشد.»

ماده ۴۱:

« در صورتی که تأمین‌کننده، کالا یا خدمات دیگری غیر از موضوع معامله یا تعهد را برای مخاطب ارسال نماید، کالا و یا خدمات ارجاع داده می‌شود و هزینه ارجاع به عهده تأمین‌کننده است. کالا یا خدمات ارسالی مذکور چنانچه به‌عنوان يك معامله یا تعهد دیگر از سوی تأمین‌کننده مورد ایجاب قرار گیرد، مخاطب می‌تواند آن را قبول کند.»

مطابق مواد مذکور، اگر فروشنده کالایی به غیر از آنچه را که به مشتری نشان داده یا مشخصات آن را به وی اعلام نموده است، به وی تحویل دهد و یا کالایی که مشابه آن است را تحویل نماید، مشتری حق ارجاع کالا و فسخ معامله را خواهد داشت و هزینه‌های ارجاع و جبران خسارت نیز بر عهده فروشنده خواهد بود.

قانون‌گذار در ادامه این مسایل و در فصل دوم از مبحث اول باب سوم، در خصوص قواعد تبلیغ چنین می‌گوید:

ماده ۵۲:

« تأمین‌کننده باید به‌نحوی تبلیغ کند که مصرف‌کننده به‌طور دقیق، صحیح و روشن اطلاعات مربوط به کالا و خدمات را درک کند.»

پس مطابق این ماده، در صورتی که فروشنده کالا یا تأمین‌کننده خدمات در تبلیغ کالا یا خدمات خود به گونه‌ای عمل نماید که مصرف‌کننده نتواند به‌طور دقیق، صحیح و روشن اطلاعات مربوط را درباره کالای مورد نظر و یا خدمات ارائه‌شده به دست آورد و به این دلیل در سفارش محصول خود و انجام معامله، دچار اشتباه گردد، فروشنده، مقصر محسوب شده و می‌توان این را از جمله موارد تخلف وصف به حساب آورد.

ماده ۷۰ ق.ت.ا. برای مجازات متخلفان از مواد (۳۹)، (۵۰)، (۵۱)، (۵۲)، (۵۳)، (۵۴) و

(۵۵) این قانون، چنین می‌گوید:

« تأمین‌کننده متخلف از مواد (۳۹)، (۵۰)، (۵۱)، (۵۲)، (۵۳)، (۵۴) و (۵۵) این قانون به مجازات از

بیست میلیون (۲۰,۰۰۰,۰۰۰) ریال تا يك‌صد میلیون (۱۰۰,۰۰۰,۰۰۰) ریال محکوم خواهد شد.

تبصره ۱: تأمین‌کننده متخلف از ماده (۵۱) این قانون به حداکثر مجازات در این ماده محکوم خواهد

شد.

تبصره ۲: تأمین‌کننده متخلف از ماده (۵۵) این قانون به حداقل مجازات در این ماده محکوم خواهد

شد.»

همچنین در ماده ۵۶ می‌گوید:

«تأمین‌کنندگان در تبلیغات باید مطابق با رویه حرفه‌ای عمل نمایند. ضوابط آن به موجب آیین‌نامه‌ای است که در ماده (۷۹) این قانون خواهد آمد.»

ماده ۷۹ ذکر شده در ماده ۵۶ ق.ت.ا، چنین بیان می‌دارد:

«وزارت بازرگانی موظف است زمینه‌های مرتبط با تجارت الکترونیکی را که در اجرای این قانون مؤثر می‌باشند شناسایی کرده و با ارائه پیشنهاد و تأیید شورای عالی فناوری اطلاعات، خواستار تدوین مقررات مربوطه و آیین‌نامه‌های این قانون توسط نهادهای ذی‌ربط شود. این آیین‌نامه‌ها و مقررات پس از تصویب وزیران به مرحله اجرا در خواهند آمد. سایر آیین‌نامه‌های مورد اشاره در این قانون به ترتیب ذیل تهیه خواهند شد:

الف - آیین‌نامه مربوط به مواد (۳۸) و (۴۲) این قانون به پیشنهاد وزارتخانه‌های بازرگانی، امور اقتصادی و دارایی، سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور و بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تهیه و به تصویب وزیران خواهد رسید.

ب - آیین‌نامه مربوط به مواد (۵۶) و (۵۷) این قانون به پیشنهاد وزارتخانه‌های بازرگانی و فرهنگ و ارشاد اسلامی و سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور تهیه و به تصویب وزیران خواهد رسید.

ج - آیین‌نامه مربوط به ماده (۶۰) این قانون به پیشنهاد وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی و سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور تهیه و به تصویب وزیران خواهد رسید.»

بند "ب" این ماده در خصوص تأمین‌کنندگان تبلیغات می‌باشد و بیان می‌دارد که چگونه باید مبادرت به انجام تبلیغات جهت کالا و خدمات خود نمایند تا جلوی متضرر شدن مصرف‌کنندگان و کلاهبرداری‌های احتمالی در تجارت الکترونیکی گرفته شود.

۶. خیار غبن

در قانون مدنی از ماده ۴۱۶ تا ۴۲۱ به خیار غبن اختصاص داده شده است که کاملاً بر مبنای منابع فقهی شیعه بنا گذارده شده است. خیار غبن، در واقع، يك اختيار است برای طرفین معامله که هرگاه، هر کدام در اثر عدم تعادل ارزش عوضین، متضرر گردید، بتواند با اعمال این خیار، جلوی ضرر خود را بگیرد و معامله را فسخ نماید. قانون‌گذار به پیروی از احکام فقهی و نظر مشهور فقها، در ماده ۴۱۶ ق.م. در باره این خیار چنین می‌گوید:

«هر يك از متعاملین که در معامله غبن فاحش داشته باشد بعد از علم به غبن می‌تواند معامله را

فسخ کند.»

در قانون تجارت الکترونیکی به این خیار مانند بسیاری از خيارات دیگر، اشاره مستقیمی نشده است ولی با توجه به مهلت هفت روزه قیدشده در ماده ۳۷ این قانون، در صورتی که قبل از هفت روز، یکی از طرفین معامله متوجه مغیون شدن خود گردد، می تواند با استناد به این خیار، معامله را فسخ نماید. در غیر این صورت، می توان با استناد به ماده ۴ ق.ت.ا.، به قانون مدنی تمسک نمود و یا با استناد به ماده ۴۴ ق.ت.ا.، برای حل اختلاف به مراجع ذی صلاح قضایی مراجعه کرد.

البته با دقت در ماده ۵۰ از فصل دوم، مبحث اول باب سوم قانون تجارت الکترونیکی، در قواعد مربوط به تبلیغ، مشاهده می شود که اگر فروشنده با تبلیغات خود موجب مشتبه شدن امر یا فریب مشتری شود، چه این فریب از لحاظ کمی باشد و چه از لحاظ کیفی باشد، مرتکب جرم شده و این خود می تواند مهر تأییدی بر اختیار فسخ معامله از سوی خریدار باشد. قانون گذار ماده ۵۰ را چنین بیان می دارد:

« تأمین کنندگان در تبلیغ کالا و خدمات خود نباید مرتکب فعل یا ترك فعلی شوند که سبب مشتبه شدن و یا فریب مخاطب از حیث کمیت و کیفیت شود.»

پس زمانی که مشتری دریافت که مورد معامله ارزش عوض پرداختی را ندارد و فروشنده با تبلیغات خود کمیت یا کیفیت آن را بیشتر نشان داده است، پس او مغیون و متضرر گشته، می تواند با استناد به این ماده و یا استفاده از خیار غبن ذکر شده در ماده ۴۱۶ ق.م.، معامله را فسخ نماید. سایر احکام مربوط، آن چیزی خواهد بود که در قانون مدنی ذکر شده است. در مواردی نیز که قانون مدنی سکوت کرده و یا مبهم باشد، می توان به آراء فقها و منابع معتبر اسلامی رجوع نمود.

۷. خیار عیب

قانون مدنی احکام مربوط به خیار عیب را در مواد ۴۲۲ تا ۴۳۸ خود بیان نموده است. بر طبق ماده ۴۲۲ این قانون:

« اگر بعد از معامله ظاهر شود که مبیع معیوب بوده، مشتری مختار است در قبول مبیع معیوب یا اخذ ارزش یا فسخ معامله.»

اما در قانون تجارت الکترونیکی نامی از این خیار یا احکام مربوط به آن برده نشده

است و تنها می‌توان با استناد به ماده ۴ و ۴۴ این قانون که پیش‌تر نیز بیان شد، نسبت به استنتاج احکام لازم از سایر قوانین موضوعه اقدام نمود. با توجه به تأکید قانون‌گذار بر جلوگیری از تضرر مصرف‌کننده در قانون تجارت الکترونیکی، می‌توان گفت که این خیار و سایر خیاراتی که مانع ضرر مشتری شوند، مورد تأیید او می‌باشند. بنابراین می‌شود این چنین نتیجه گرفت که در صورتی که بعد از تحویل کالا به مشتری، وی عیبی را در مورد معامله بیابد که فروشنده حرفی از آن به میان نیاورده و یا از جمیع عیوب آن در حین معامله تبری نجسته باشد، می‌تواند معامله را با توجه به قوانین مربوط به خیار عیب فسخ نموده و یا تقاضای ارزش نماید.

۸. خیار تدلیس

این خیار در مواد ۴۳۸ تا ۴۴۰ ق.م. مورد بررسی قرار گرفته و احکام مربوط به آن بیان شده است. قانون مدنی، تدلیس را به معنی عملیاتی که موجب فریب طرف معامله شود، تعریف نموده است. بنابراین می‌توان گفت هدف از تدلیس، پوشاندن حقیقت و نمایاندن چیزی غیر از واقعیتِ مورد معامله است.

ماده ۵۰ ق.ت.ا. به‌طور صریح بر این مسئله اذعان می‌کند که به‌منظور تبیین موضوع، دوباره آورده می‌شود؛ «تأمین‌کنندگان در تبلیغ کالا و خدمات خود نباید مرتکب فعل یا ترک فعلی شوند که سبب مشتبه‌شدن و یا فریب مخاطب از حیث کمیت و کیفیت شود.»

و در ادامه ماده ۵۲ این مسئله را مورد تأکید قرار می‌دهد. با توجه به موارد ذکر شده می‌توان فهمید که خدعه و فریب در قانون تجارت الکترونیکی به‌عنوان تخلف شناخته شده است و مجازات مربوط به آن در ماده ۷۰ این قانون بیان شده است. اما سخنی از خیار به میان نیامده و تنها نهی ماده ۵۲ و تنبیه لحاظ‌شده در ماده ۷۰ آورده شده است. ولی با استناد به ماده ۴ و ۴۴ ق.ت.ا. می‌توان همانند خیارهای پیشین، به قانون مدنی رجوع نمود. با توجه به ماده ۴۴۰ ق.م.، خیار تدلیس پس از علم به آن، فوری است و اگر پس از علم به حق فسخ و همچنین فوریت آن، معامله را فسخ ننماید، خیار او ساقط می‌شود. پس باید این موضوع را در زمره موارد سکوت قانون‌گذار در قانون تجارت الکترونیکی نهاد و به‌خاطر

فوریت مذکور، به قانون مدنی و منابع معتبر فقهی مراجعه نمود.

۹. خیار تبعض صفقه

مواد ۴۴۱ تا ۴۴۳ ق.م. درصدد بیان خیار تبعض صفقه است. تبعض به معنی پاره پاره شدن و منفک و جزء جزء شده، آمده است و خیار تبعض صفقه، حقی است که به موجب آن اگر قسمتی از مورد معامله باطل درآید، متضرر بتواند طرف دیگر را که صحیح واقع گردیده است، فسخ نماید و یا نسبت به قسمت باطل، عوض را پس داده و قسمت صحیح را تنفیذ نماید و قلمرو آن فقط در عقود معوض می باشد و در عقود غیر معوض جاری نمی شود.

در قانون تجارت الکترونیکی به هیچ عنوان اشاره ای به این خیار نشده است و همچون بعضی از خیارات پیش گفته، می توان با استناد به مواد ۴ و ۴۴ ق.ت.ا، و به علت سکوت قانون گذار در این خصوص، به قانون مدنی و منابع معتبر فقهی مراجعه و احکام مورد نیاز را از این منابع، استخراج نمود.

۱۰. خیار تخلف شرط (خیار اشتراط)

شروط در فقه به دو دسته شروط صحیح و باطل تقسیم می شوند. شروط باطل، چه قابل سرایت به عقد باشند و چه قابل سرایت نباشند، در این جا، محلی برای بحث ندارند بلکه تنها شروط صحیح است که در خیار تخلف شرط مطرح است. شرط صحیح از سه نوع شرط فعل، شرط صفت و شرط نتیجه تشکیل می شود.

ماده ۲۴۰ ق.م. ناظر بر این خیار است. قانون تجارت الکترونیکی درباره شروط فاسد و عدم به کارگیری آنها در ضمن عقد، در ماده ۴۶ می گوید:

« استفاده از شروط قراردادی خلاف مقررات این فصل و همچنین اعمال شروط غیر منصفانه به ضرر

مصرف کننده، مؤثر نیست.»

اما ماده ۳۳ و بالاخص بند "و" آن، به این خیار توجه نموده و می توان از آن چنین برداشت نمود که فروشنده کالا و تأمین کننده خدمات را ملزم می نماید که شروط ضمن عقد را از قبل به مراجعه کننده اعلام کرده و به اجرای آنها نیز پای بند باشد. اما در خصوص حق فسخ در صورت تخلف از شروط چیزی به میان نیامده و باز هم چاره ای

نیست جز آن که در مواقع لزوم، با استدلال به ماده ۴ و ۴۴ ق.ت.ا. نسبت به رجوع به سایر قوانین موضوعه و منابع فقهی و اسلامی اقدام نمود و احکام آن را به تجارت الکترونیکی تسری داد. البته در این گونه مواقع باید ماده ۳ ق.ت.ا. را نیز در نظر داشت که می گوید: «در تفسیر این قانون همیشه باید به خصوصیت بین المللی، ضرورت توسعه هماهنگی بین کشورها در کاربرد آن و رعایت لزوم حسن نیت توجه کرد.»

۱۱. خیار تفلیس

اگر چه قانون گذار خیار تفلیس را در ماده ۳۹۶ ق.م. ذکر ننموده است اما به علت سابقه طرح آن در فقه شیعه و همچنین ماده ۳۸۰ ق.م.، آن را جزو خیارات به شمار آورده ایم. خیار تفلیس در زمینه ناتوانی خریدار از پرداخت ثمن معامله می باشد. ماده ۳۸۰ ق.م. تصریح می دارد؛ «در صورتی که مشتری مفلس شود و عین میباید نزد او موجود باشد، بایع حق استرداد میباید را دارد و اگر میباید هنوز تسلیم نشده باشد می تواند از تسلیم آن خودداری کند.»

البته این خیار مخصوص ناقل است نه منتقل الیه. بنابراین در عقد بیع خیار تفلیس برای فروشنده است نه خریدار. در قانون تجارت الکترونیکی بر حق مصرف کننده در مقابل فروشنده تأکیدهای بسیاری به کار رفته است اما از حق فروشنده در برابر خریدار سخنی گفته نشده است و این سکوت قانون گذار ما را ناچار به مراجعه به قوانین موضوعه می نماید و در صورت نیاز علاوه بر قوانین موضوعه، آراء مشهور فقیهان و مراجعه به کتب معتبر فقهی کارگشا خواهد بود.

۱۲. خیار تعذر تسلیم

ماده ۳۴۸ ق.م. ناتوانایی فروشنده در تسلیم مورد معامله به خریدار را موجب بطلان عقد می داند، به جز آن که خریدار شخصاً بتواند مورد معامله را تحصیل نماید. اما متعذر شدن در تسلیم مورد معامله موجب باطل شدن عقد نمی گردد و فقط ایجاد حق فسخ برای خریدار می نماید. البته خیار تعذر تسلیم در جمع خیارات ذکر شده در ماده ۳۹۶ ق.م. قرار ندارد، اما از جمع بین مواد ۲۴۰ و ۳۸۰ ق.م. و همچنین توجه به نظر جمهور فقها می توان آن را در زمره خیارات قرار داد.

در این خصوص ماده ۳۹ ق.ت.ا. چنین بیان می‌دارد:

«در صورتی که تأمین‌کننده در حین معامله به دلیل عدم موجودی کالا و یا عدم امکان اجرای خدمات، نتواند تعهدات خود را انجام دهد، باید مبلغ دریافتی را فوراً به مخاطب برگرداند، مگر در بیع کلی و تعهداتی که برای همیشه وفای به تعهد غیرممکن نباشد و مخاطب آماده صبر کردن تا امکان تحویل کالا و یا ایفای تعهد باشد. در صورتی که معلوم شود تأمین‌کننده از ابتدا عدم امکان ایفای تعهد خود را می‌دانسته، علاوه بر لزوم استرداد مبلغ دریافتی، به حداکثر مجازات مقرر در این قانون نیز محکوم خواهد شد.»

بنابراین، قانون‌گذار خیار تعذر تسلیم را به‌طور صریح در قانون تجارت الکترونیکی بیان نموده است. بر این اساس اگر فروشنده از ابتدا بر ناتوانی خود بر تسلیم مبیع اطلاع داشته باشد، او را علاوه بر اجبار به استرداد مال خریدار، به مجازات مقرر در ماده ۷۰ این قانون نیز می‌رساند که جریمه مالی از حداقل بیست میلیون ریال تا حداکثر یکصد میلیون ریال می‌باشد. البته در موردی که مبیع کلی باشد و مورد معامله یکی از افراد کلی باشد و نیز در موردی که مورد معامله تعهدی باشد که همیشه وفای به آن متعذر نباشد، در صورتی که خریدار آماده صبر کردن تا تحویل کالا و یا انجام تعهد باشد، خیار تعذر تسلیم جاری نمی‌شود.

۱۳. خیار مایفسد لیومه

مطابق ماده ۴۰۹ ق.م.:

«هرگاه مبیع از چیزهایی باشد که کمتر از سه روز فاسد یا کم‌قیمت می‌شود، ابتدای خیار زمانی است که مبیع مشرف به فساد یا کسر قیمت می‌گردد.»

مطابق این خیار که به خیار «مایفسد المبیع» نیز مشهور است، اگر فروشنده کالای فاسدشدنی را بفروشد و قبل از این که ثمن را قبض نماید، کالای فروخته‌شده مشرف به فساد یا کسر قیمت گردد، فروشنده این حق را دارد که به‌رغم این که زمان آغاز خیار تأخیر ثمن فرا نرسیده است [یعنی پیش از اتمام سه روز موضوع خیار تأخیر ثمن] معامله را فسخ کند.

در بند "د" ماده ۳۸ ق.ت.ا. می‌توان به نوعی اشاره به این خیار را مشاهده نمود. مفاد

این بند چنین می‌باشد:

« د - حق انصراف مصرف‌کننده در مواردی که شرایط خاصی بر نوع کالا و خدمات حاکم است اجرا نخواهد شد. موارد آن به موجب آیین‌نامه‌ای است که در ماده (۷۹) این قانون خواهد آمد.»

هر چند که این بند در خصوص توقف اجرای حق خیار در شرایط خاص است اما نشان می‌دهد که مورد خیار هفت روز از قطعیت همیشگی در همه موارد برخوردار نیست و در موارد قابل استثناء می‌باشد. درباره این خیار نیز به علت سکوت قانون‌گذار و با استناد به ماده‌های ۴ و ۴۴ ق.ت.ا.، می‌توان به قوانین موضوعه موجود مراجعه نمود و حتی در موارد لزوم می‌توان به فتاوی‌ مشهور فقها در این خصوص مراجعه کرده و احکام لازم‌ه را استخراج نمود.

جمع بندی نهایی

از مجموع آن‌چه تاکنون گفته شد، چنین نتیجه می‌شود که قانون تجارت الکترونیکی به علت نوپایی و تازگی‌اش در جهان و به‌خصوص ایران و هم‌چنین با توجه به مخفی و مبهم ماندن بسیاری از جنبه‌ها و کارکردهای بالقوه آن تا کنون و مدت زمان کمی که از تصویب قوانین مربوط به آن، چه در سطح بین‌المللی و چه در سطح ملی، می‌گذرد، بسیار مبهم و کلی بوده و در موارد بسیاری سکوت اختیار نموده است و مطالب زیادی را ندیده انگاشته است.

یکی از مسائلی که در این قانون مورد بی‌توجهی قرار گرفته و با وجود کارکرد عمده آن در فقه اسلامی و قانون مدنی، در قانون تجارت الکترونیکی لحاظ نشده است، مسئله خیارات می‌باشد که تنها در ماده ۳۷ و ۳۸ ق.ت.ا. اندکی به آن پرداخته شده است و با تقلید از قانون کشور فرانسه، مدت هفت روز را برای اجرای حق فسخ در نظر گرفته است. بدین ترتیب، به بحث مفصل و عمیق خیارات در فقه که از جمله مسایل غنی شرع مقدس اسلام در خصوص معاملات می‌باشد، توجهی نشده است و این در حالی است که قانون مدنی به این امر اهتمام جدی داشته است.

توجه به این نکته حائز اهمیت است که در تجارت الکترونیکی که احتمال اشتباه و کلاهبرداری در فضای مجازی و ناآشنای اینترنت و وب جهان گستر بسیار می‌باشد،

در نظر گرفتن خیارهای ضروری به نظر می‌رسد. خریداری که کالایی را به صورت فیزیکی و ملموس نمی‌بیند و تنها به ویژگی‌ها و توصیف‌های فروشنده و نهایتاً بازدید کاتالوگ‌های الکترونیکی در محیط مجازی وب، اکتفا می‌نماید و مکان و امکانات فروشنده و هویت واقعی او را نیز به درستی نمی‌داند، بیشتر از تجارت به شیوه سنتی در معرض مخاطرات معاملاتی چون تدلیس، تخلف از شرط، تعذر تسلیم، غبن و ... قرار می‌گیرد و شاید همین مسئله منجر به آن گشته است که قانون‌گذار در قانون تجارت الکترونیکی ایران، فصل اول از مبحث اول باب سوم این قانون را - از ماده ۳۳ تا ۴۹ - به حمایت از حقوق مصرف‌کننده در بستر مبادلات الکترونیکی اختصاص داده است.

بنابراین به جا و ضروری است که با وضع قوانین وسیع‌تر و عمیق‌تر و موشکافی نیازهای موجود و پیشرفت‌های آینده در زمینه تجارت الکترونیکی و مهم‌تر از همه سعی در بومی‌سازی بیشتر این قانون و تطبیق آن با احکام مفصل و گسترده فقهی و با در نظر گرفتن امکانات و توانمندی‌های سخت‌افزاری و نرم‌افزاری موجود، اقدام به گسترش و تعمیق قوانین موجود در این زمینه و افزودن مسایل مورد نیاز دیگر به این قانون بشود و در این زمینه مسئله خیارهای فقهی و تطبیق احکام و مسایل آن با شیوه‌های مورد استفاده در تجارت الکترونیکی مدنظر قرار گیرد تا این‌شاء... در آینده‌ای نه‌چندان دور شاهد گسترش بیشتر و بهتر این تجارت نوپا باشیم.

بنابراین با نتایج حاصله از این تحقیق و وجود محدودیت‌های تکنولوژیک و غیرتکنولوژیک در تجارت الکترونیکی، بایستی خیارهای فقهی در قانون تجارت الکترونیکی لحاظ گردد. قرار دادن قوانینی مرتبط با خیار مجلس با توجه به عدم حضور طرفین در یک محل فیزیکی و لحاظ نمودن شرایط معامله الکترونیکی در این زمینه می‌تواند مشکلات موجود را رفع کرده و خیار مجلس را در خصوص تجارت الکترونیکی با شرایط خاص آن به کار گرفت.

در خصوص خیار حیوان، با وجود نادر بودن این گونه معاملات به صورت الکترونیکی، پیش‌بینی شرایط احراز این خیار در این معاملات ضروری به نظر می‌رسد. در معاملات

الکترونیکی لحاظ نمودن خیار تأخیر ثمن نیز می‌تواند از ضرر نمودن فروشنده جلوگیری نماید و قانون‌گذار باید راهکارهایی برای اجرای این خیار در تجارت الکترونیکی جستجو و اجرا نماید.

وضع قوانین مرتبط با خیار شرط در معاملات نوین و الکترونیکی می‌تواند به شرکت‌کنندگان در این تجارت کمک شایانی نماید و به رونق این معاملات بیانجامد. از جمله خیارهای بسیار مهم در معاملات الکترونیکی خیار رؤیت و تخلف وصف است که وضع قوانین مرتبط با آن به صورت مفصل و مانند قانون مدنی بسیار ضروری است. در مورد خیار غبن، ماده ۳۷ ق.ت.ا. کافی نبوده و باید به صورت مبسوط به آن پرداخته شود.

خیار عیب با توجه به مسافتی که محصولات تا تحویل به خریدار طی می‌نماید و همچنین مشکلاتی چون اشتباهات و خرابی‌های خط تولید، ضروری است و باید از طرف قانون‌گذار در تجارت الکترونیکی لحاظ گردد.

خیار تدلیس نیز که در ماده ۵۰ ق.ت.ا. مورد توجه قرار گرفته است و ماده ۵۲ نیز ادامه آن محسوب می‌گردد، باز هم نیازمند بازنگری و بومی‌سازی با فقه اسلامی است. خیار تبعض صفقه با توجه به بعد مکانی طرفین باید دارای قوانین مدون در این قانون باشد که تاکنون نادیده گرفته شده است.

خیار تخلف شرط هر چند در ماده ۳۳ و نیز مفاد بند "و" آن مورد توجه قرار گرفته است اما به صورت کلی بوده و نیاز به قوانین جزئی‌تر و دقیق‌تر با توجه به فقه اسلامی احساس می‌گردد.

قانون تجارت الکترونیکی از خیار تفلیس نامی نبرده و بر قانون‌گذار است که قوانین مرتبط با آن را وضع نماید.

خیار تعذر تسلیم در ماده ۳۹ ق.ت.ا. لحاظ شده است اما این توجه به صورتی نیست که گستردگی امر تجارت الکترونیکی را مورد حمایت خود قرار دهد و وضع قوانین برگرفته از

فقه نوین و قوانین موجود در زمینه تجارت سنتی بسیار مورد نیاز است. خیار مایفسد لیومه در متن بند "د" ماده ۳۸ ق.ت.ا. مورد توجه قرار گرفته است که به صورت کلی بوده و برگرفته از قوانین کشورهای بیگانه می‌باشد که نیاز است با توجه به قواعد فقهی شریعت اسلام و قوانین مدنی فعلی در زمینه تجارت سنتی نسبت به گسترده نمودن آن و بومی‌سازی آن با وضع قوانین جدید اقدام نمود.

پیشنهادها و راهکارها

در این خصوص پیشنهادهای زیر مطرح می‌شود:

۱. برگزاری همایش‌ها و کنفرانس‌هایی با موضوع تجارت الکترونیکی و قوانین آن برای بهره‌گیری بیشتر از نظرات اندیشمندان دانش حقوق، اقتصاد و همچنین عالمان فقه اسلامی جهت بومی‌سازی و تطبیق قوانین موضوعه تجارت الکترونیکی با فقه اسلامی.
۲. راخوان مقالات و طرح‌های تحقیقاتی در این زمینه توسط دستگاه قضایی و قانون‌گذاری و همچنین مجلات تخصصی حقوقی، فقهی و اقتصادی.
۳. توجه به تجربیات سایر کشورهای اسلامی در زمینه تجارت الکترونیکی مانند مالزی که از کشورهای پیشرو در زمینه اقتصاد اسلامی است.
۴. گنجاندن سرفصل درسی تجارت الکترونیکی در دروس حقوق تجارت رشته‌های حقوق و فقه و مبانی حقوق اسلامی.
۵. توجه ویژه دستگاه قانون‌گذاری و قضایی کشور به پروژه‌های تحقیقاتی و حمایت از پژوهشگران در این زمینه.

منابع *

الف. کتابهای فارسی و عربی

۱. احمدی، حسین (۱۳۸۲): *تجارت الکترونیک*، تهران: مرکز آموزش و تحقیقات صنعتی ایران.
۲. اسلوین، جیمز (۱۳۸۰): *اینترنت و جامعه* (ترجمه عباس گیلوری)، تهران: کتابدار.
۳. اسنل، ند (۱۳۸۴): *خودآموز اینترنت در ۲۴ ساعت* (ترجمه پیمان نیلفروش)، تهران: ناقوس.
۴. الله بخش، فاطمه (۱۳۸۸): *پرواخت الکترونیکی*، تهران: آتی نگر.
۵. انصاری، مرتضی (۱۳۷۴): *المکاسب*، قم: دهاقانی.
۶. باجاج، کاملش (۱۳۸۴): *از مبادله الکترونیکی اطلاعات (EDI) تا تجارت الکترونیکی* (ترجمه ایرج بهنام مجتهدی)، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی.
۷. بامشاد، سمانه (۱۳۸۸): *پژوهشی پیرامون رسانه‌ها و تجارت الکترونیک*، تهران: بهینه فراگیر.
۸. بای، حسینعلی (۱۳۸۸): *بررسی فقهی حقوقی جرایم رایانه‌ای*، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۹. بحرالعلوم، سید محمد (۱۴۰۴ ق): *بلغه الفقه*، تهران: مکتبه الصادق.
۱۰. پرند، علی (۱۳۷۹): *تجارت در اینترنت*، تهران: دفتر نشر فرهنگ اسلامی.
۱۱. _____ (۱۳۸۰): *کاربرد اینترنت در پژوهش*، تهران: دفتر پژوهش‌های فرهنگی.
۱۲. توانا، محمود (۱۳۸۶): *حقوق تجارت الکترونیکی*، تهران: ساحر پارسه.
۱۳. جاوید نیا، جواد (۱۳۸۷): *جرایم تجارت الکترونیکی*، تهران: خرسندی.
۱۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۳): *ترمینولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش.
۱۵. حسینی شیرازی، صادق (۱۳۸۴)، *احکام معاملات اسلامی*، قم: رشید.
۱۶. حنفی زاده، پیام (۱۳۸۶): *تجارت الکترونیکی: تعاریف، موانع و راهکارها*، تهران: جهاد دانشگاهی.
۱۷. خداقلی، زهرا (۱۳۸۳): *جرایم کامپیوتری*، تهران: آریان.
۱۸. دادمرزی، مهدی (۱۳۸۵): *فقه استدلالی*، قم: کتاب طه.
۱۹. دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۳): *نفت نامه*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۲۰. روشنی، محمد معین (۱۳۸۸): *همه چیز درباره E-Commerce*، تهران: علم و دانش.
۲۱. رضائی، علی (۱۳۸۷): *حقوق تجارت الکترونیکی*، تهران: میزان.
۲۲. روئن، ویل (۱۳۸۶): *تجارت الکترونیک (ترجمه علی دنیا دیده)*، تهران: اندیشه آریا.
۲۳. زراعت، عباس (۱۳۸۸): *خودآموز مکاسب: بخش خیارها*، تهران: جنگل.
۲۴. زرکلام، ستار (۱۳۸۸): *حقوق تجارت الکترونیک همراه با تحلیل قانون تجارت الکترونیک ایران*، تهران: شهر دانش.
۲۵. زرگر، محمود (۱۳۸۰): *مدل‌های راهبردی و راهکارهای تجارت در اینترنت*، تهران: بهینه.

* نظر به این که منابع یادشده در ذیل این یادداشت جهت تدوین پایان‌نامه همین نویسنده مورد بهره‌برداری قرار گرفته است، یادآور می‌شود به منظور مطالعه بیشتر به اصل پایان‌نامه مراجعه شود. گفتنی است این پایان‌نامه با عنوان «خيار در تجارت الکترونیکی و تطبیق احکام و قوانین موضوعه آن با فقه اسلامی» در کتابخانه سازمان مرکزی دانشگاه پیام نور قابل دسترسی است.

۲۶. سائسی، محسن (۱۳۸۴): *فرهنگ لغات و اصطلاحات کامپیوتر*، تهران: سائسی.
۲۷. ستوده تهرانی، حسن (۱۳۸۳): *حقوق تجارت*، تهران: دادگستر.
۲۸. شجاعی، محسن (۱۳۸۳): *تجارت الکترونیکی*، مشهد: پرتو نگار.
۲۹. شکاری، روشنعلی (۱۳۸۰): *شرح و ترجمه متون فقه، بیع و خیارات*، تهران: کشاورز.
۳۰. شکوهی، مجید (۱۳۸۱): *حقوق رقابت بازرگانی در اتحادیه اروپا*، تهران: میزان.
۳۱. شهید اول، محمد بن مکی (۱۳۸۰): *لمعه دمشقیه (ترجمه محسن غرویانی)*، قم: دارالفکر.
۳۲. شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۳۸۵): *الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه*، قم: بوستان کتاب.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۰): *حقوق مدنی ۳: تعهدات*، تهران: مجد.
۳۴. صباغ کرمانی، مجید (۱۳۸۷): *تجارت الکترونیکی و جهانی شدن: مطالعه موردی ایران*، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی.
۳۵. صدری، محمد (۱۳۸۸): *معاملات الکترونیک: مبانی - ماهیت - مشروعیت*، کاشان: اندیشه‌های حقوقی.
۳۶. صناعی، علی (۱۳۸۱): *بازاریابی و تجارت الکترونیکی*، اصفهان: جهاد دانشگاهی واحد اصفهان.
۳۷. _____ (۱۳۸۳): *تجارت الکترونیک در هزاره سوم*، اصفهان: جهاد دانشگاهی.
۳۸. _____ (۱۳۸۷): *تجارت الکترونیک با رویکرد بر کشورهای در حال توسعه*، اصفهان: جهاد دانشگاهی.
۳۹. طباطبایی، محمد حسین (۱۳۸۷): *تفسیر المیزان*، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۴۰. عبده بروجردی، محمد (۱۳۸۰): *حقوق مدنی*، تهران: گنج دانش.
۴۱. علی احمدی، علیرضا (۱۳۸۲): *فناوری اطلاعات و کاربردهای آن*، تهران: تولید دانش.
۴۲. علیخانزاده، امیر (۱۳۸۵): *تجارت الکترونیک*، بابل: نشر علوم رایانه.
۴۳. فتحیان، محمد (۱۳۸۷): *تجارت الکترونیکی*، تهران: آتی نگر.
۴۴. فرخیان، ربابه (۱۳۸۳): *ویژگی‌ها و خصوصیات تجارت الکترونیک*، گرگان: عشق دانش.
۴۵. فرسای، داریوش (۱۳۸۰): *واژه‌نامه کامپیوتر انگلیسی به فارسی*، تهران: آینده نگر.
۴۶. فریس، دیوید (۱۳۸۵): *کسب و کار الکترونیکی هوشمند* (ترجمه محمد حسن نیک بخش تهرانی)، تهران: دیباگران تهران.
۴۷. فسلی، ماریا (۱۳۸۹): *فناوری عامل در تجارت الکترونیک* (ترجمه اکبر داستانی)، تهران: کیان رایانه سبز.
۴۸. قلی زاده نوری، فرهاد (۱۳۷۹): *فرهنگ تشریحی اصطلاحات کامپیوتری میکروسافت*، تهران: آذرباد.
۴۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۱): *حقوق مدنی، معاملات معوض، عقود تملیکی*، تهران: شرکت انتشار.
۵۰. _____ (۱۳۶۸): *عقود معین*، تهران: گنج دانش.
۵۱. _____ (۱۳۷۲): *قواعد عمومی قراردادها*، تهران: بهنشر.
۵۲. _____ (۱۳۸۰): *اثبات و دلیل اثبات*، تهران: میزان.
۵۳. کانینگهام، مایک (۱۳۸۳): *تجارت الکترونیک (ترجمه احمد رضا اخوان صراف)*، اصفهان: دانش پژوهان برین.
۵۴. کاویانی، محمد سعید (۱۳۸۶): *آشنایی با تجارت الکترونیکی*، کیش: مؤسسه توسعه سواد مجازی کیش.
۵۵. کورپر، استفانو (۱۳۸۰): *تجارت الکترونیکی* (ترجمه خسرو مهدی پورعطائی)، تهران: دیباگران تهران.

۵۶. کینگ، جانیس (۱۳۸۲): *بازاریابی از طریق وب* (ترجمه محمد ابراهیم گوهریان)، تهران: امیرکبیر.
- لاودن، کنت (۱۳۸۰): *فن آوری اطلاعات* (ترجمه حمید محسنی)، تهران: کتابدار.
۵۸. مانیان، امیر (۱۳۸۴): *تجارت الکترونیکی، مطالعات نظری و کاربردی*، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی.
۵۹. مدرسی، محمد تقی (۱۳۸۴): *احکام عمومی عقود و قراردادها*، قم: محبان الحسین (ع).
۶۰. مرادی شهدادی، جعفر (۱۳۸۷): *تجارت الکترونیک و حقوق آن*، لاهیجان: رستم و سهراب.
۶۱. مجتهدی، پرویز (۱۳۷۶): *مارکتینگ و مارکتینگ بین‌الملل*، تهران: سایه نما.
۶۲. معینان، داوود (۱۳۸۸): *مدیریت و تجارت الکترونیکی*، تهران: سفیر اردهال.
۶۳. معین، محمد (۱۳۷۱): *فرهنگ فارسی*، تهران: امیرکبیر.
۶۴. مک لارن، بروس (۱۳۸۵): *مبانی تجارت الکترونیک* (ترجمه محمد رضا بلوچستانی)، اصفهان: دانشگاه آزاد اسلامی نجف آباد.
۶۵. منتجب نیا، رسول (۱۳۸۷): *تبعض صفت در معاملات*، تهران: دادگستر.
۶۶. منصور، جهانگیر (۱۳۸۳): *قانون تجارت: به انضمام قانون تجارت الکترونیک*، تهران: دیدار.
۶۷. موسوی بجنوردی، حسن (۱۳۶۴ ق.ا): *القواعد الفقهیه*، قم: خیام.
۶۸. موسوی زاده، سید جواد (۱۳۸۸): *قاعده لاجرح و لاضرر و آثارهما فی الفقه الاسلامی*، قم: میرزایی، جمشید (۱۳۸۸): *هزار و یک نکته از بیع و خیارات*، خرم آباد: اردیبهشت جانان.
۷۰. نوری، محمد علی (۱۳۸۲): *حقوق تجارت الکترونیکی*؛ تهران: گنج دانش.
۷۱. هارمن، پل (۱۳۸۷): *تغییر فرآیندهای کسب و کار* (ترجمه محمد مهدوی)؛ اصفهان: دانشگاه آزاد اسلامی نجف آباد.
۷۲. هیگ، مت (۱۳۸۲): *ضروریات کسب و کار الکترونیکی* (با دیدگاه کاربردی) (ترجمه بابک عابدین)، تهران: خدمات فرهنگی رسا.

ب. کتابهای لاتین

73. Albert, terri C. (2003); E – business marketing, Upper Saddle River: Prentice Hall.
74. Brinson, Dianne (2001); Analyzing E_ Commerce and internet law, Upper saddle River: prentice Hall.
75. Drucker, p. (2002); Managing in the next society, New York: Tuman tally books.
76. Holden, Greg (2002); Starting an online business for dummies, Indianapolis: wiley.
77. Vanslyke, G. (2003); E_ Business technologies: Supporting the net-enhanced organization, Chichester: John willey and sons.

ج. مقاله‌ها

۷۸. بلادی، عباس (۱۳۸۲): *معاملات تشریفاتی*، ماهنامه دادگستر، شماره ۱۳.
۷۹. پورخصالیان، عباس (۱۳۷۷): *EDI و تجارت الکترونیکی*، ماهنامه علم الکترونیک و کامپیوتر، شماره ۲۶۷.
۸۰. تسخیری، محمد علی؛ *کارت‌های اعتباری*، نشریه فقه اهل سنت، شماره ۲۴.
۸۱. رواس قلعه جی، محمد؛ *کارت‌های اعتباری در پرتو فقه و تسریع*، نشریه اقتصاد اسلامی، شماره ۱۹.

۸۲. سلیمان پور، محمد جواد؛ *قراردادهای مالی جدید در اسلام*، نشریه اقتصاد اسلامی، شماره ۱۱.
۸۳. محیطی اردکانی، احمد؛ *تجارت در نگاه شریعت*، فرهنگ کوثر، شماره ۶۳.
۸۴. *معاملات بزرگ، کارت‌های کوچک* (۱۳۸۲)، روزنامه شرق.
۸۵. منصوری، سارا (۱۳۸۶)؛ ایران، *مسافر تأخیری تجارت الکترونیک*، روزنامه حزب الله.
۸۶. وفادار، عباس (۱۳۸۴)؛ *تحول در نظام‌های معاملات الکترونیک*، روزنامه پول.

د. سایت‌ها

87. Commerce Net .
www.Commerce.net. Time 21/15. Date Jul/27/2010.
88. E_ marketer
www.emarketer.com. Time 21/40. Date Jul/27/2010.
۸۹. پایگاه اینترنتی مدیریت بازرگانی شرکت ملی گاز ایران.
www.Gas.ir. Time 9/30. Date Jul/29/2010.
- مقاله آشنایی با تجارت الکترونیک و زیرساخت‌های آن.
90. www.irandoc.ac.ir. Time 10/00. Date Jul/29/2010.
91. www.iriran.net . Time 13/10. Date Jul/29/2010.
92. www.seemorgh.com . Time 14/00. Date Jul/29/2010.

ه) پایان‌نامه‌ها:

۹۳. آیت، ناصر (۱۳۷۹)؛ *بررسی، طراحی و پیاده‌سازی یک سیستم نمونه تجارت الکترونیک*، تهران: دانشگاه علم و صنعت ایران، پایان‌نامه کارشناسی ارشد مهندسی کامپیوتر.
۹۴. بیات، جواد (۱۳۷۸)؛ *ضرورت استقرار سیستم مبادله الکترونیکی داده‌ها (EDI) در ایران*، ساری: دانشگاه علوم و فنون مازندران، پایان‌نامه کارشناسی ارشد مدیریت بازرگانی.
۹۵. خلعتبری، آرش (۱۳۸۴)؛ *تجارت الکترونیک، حقوق بین‌الملل و قانون ایران*، قم: دانشگاه مفید، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل.
۹۶. شبیری، حسن (۱۳۸۰)؛ *مسئولیت حقوقی ناشی از نرم افزارهای معیوب*، قم: دانشگاه مفید، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی.
۹۷. طائی، خسرو (۱۳۸۰)؛ *بررسی میزان پذیرش تجارت الکترونیکی توسط صنعت خودروسازی ایران*، تهران: دانشگاه تربیت مدرس، پایان‌نامه کارشناسی ارشد مهندسی صنایع.
۹۸. قناد، فاطمه (۱۳۸۵)؛ *ابعاد کیفی حقوق تجارت الکترونیکی*، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، رساله دکترای حقوق جزا و جرم‌شناسی.

دریچه

بررسی موارد معافیت و عدم تعلق حق الثبت در تنظیم قراردادهای

تاریخ دریافت: ۱۳۹۰/۱۲/۵

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۱/۱/۲۷

به‌نوش فلاح‌پیشه*

حق الثبت را حقوق دولتی که بابت ثبت ملک در دفتر املاک یا ثبت معاملات یا ثبت حق اختراع یا علامت و غیره از متقاضی ثبت دریافت می‌شود، تعریف کرده‌اند^۱ و براین اساس، تعریف حق الثبت عبارت خواهد بود از وجهی که در ازای نوشتن خاص، بنا به امر قانون، پرداخت می‌شود. پرداخت حقوق دولتی مزبور، تضمین حمایت دولت از سند تنظیم شده و اجرای مفاد آن بدون ضرورت طی تشریفات مراجعه به محاکم قضایی و صدور حکم می‌باشد. به این مفهوم، بررسی تأثیر پرداخت حق الثبت در اعتبار اسناد تنظیمی و تفکیک مواردی که در مقررات فعلی از پرداخت حق الثبت معاف بوده و مواردی که جهت تنظیم آن‌ها، حق الثبت تعلق نمی‌گیرد، راهگشا خواهد بود.

گفتار اول: معافیت از پرداخت حق الثبت

اصل بر تعلق حق الثبت در تنظیم اسناد، اعتبار حمایت حاکمیت از تنظیم سند رسمی و اجرای مفاد آن است. قانون‌گذار یکی از طرق تأمین بودجه را دریافت حق الثبت از متقاضی تنظیم سند می‌داند و با این دیدگاه، نظر به دریافت حق الثبت در تنظیم تمامی قراردادهای رسمی اشخاص دارد. چنان‌که در طول سالیان اخیر، تأکید بر این دیدگاه در قوانین خاص همچون قانون بودجه سنواتی یا مقررات عمومی به‌خوبی مشهود است.

الف - قانون معافیت کلیه دانشجویان بورسیه و اعضای هیئت علمی که جهت تحصیلات عالی با

* نویسنده مسئول؛ سردفتر دفتر اسناد رسمی شماره ۱۲۴۴ تهران.

استفاده از فرصت مطالعاتی به خارج از کشور اعزام می‌گردند از حق‌الثبت مربوط به سپردن تعهد رسمی مصوب ۷۱/۱۲/۲

مطابق ماده واحده قانون مذکور؛ از تاریخ تصویب این قانون اعضای هیئت علمی دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی و تحقیقاتی و اعضای هیئت علمی حوزه ستادی وزارت فرهنگ و آموزش عالی و وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی که برای استفاده از فرصت‌های مطالعاتی به خارج از کشور عزیمت می‌نمایند و هم‌چنین بورسیه‌ها و دانشجویانی که جهت تکمیل تحصیلات عالیه به خارج از کشور اعزام می‌گردند و مکلف به سپردن تعهد رسمی می‌باشند از پرداخت حق‌الثبت اسناد رسمی به هر میزانی که باشد، معاف می‌گردند.

از اطلاق قسمت اخیر ماده واحده قانونی چنین استنباط می‌گردد که تنظیم اسناد راجع به اعزام دانشجو یا اعضای هیئت علمی دانشگاه‌ها به خارج از کشور برای تکمیل تحصیلات عالیه اعم از این که مبلغ تعهد به ریال یا ارز باشد یا این که در تنظیم سند مالی به وثیقه گرفته شده باشد یا سند تعهد بدون وثیقه تنظیم شده باشد، از پرداخت حق‌الثبت معاف است و وصول حق‌الثبت اسناد غیرمالی نیز در این خصوص، وجاهتی ندارد.

ب - انتقال منافع به‌طور عمومی در مدت زاید بر ۱۰ سال

ماده ۱۲۳ ق.ث. طی ماده ۱۰ قانون الحاق موادی به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت مصوب ۱۳۸۴/۸/۱۵ به شرح زیر اصلاح گردید:

«تعرفه ثبت کلیه اسناد در دفاتر اسناد رسمی به میزان نیم درصد مبلغ مندرج در سند و در موارد اسنادی که موضوع آن‌ها انتقال منافع می‌باشد هرگاه منافع به‌طور عمومی انتقال داده شود حق‌الثبت از منافع ده ساله اخذ خواهد شد...».

قسمت انتهایی ماده قانونی موضوع انتقال منافع را که می‌تواند در قالب عقد صلح محقق گردد، مورد حکم قرار داده است. انتقال، مطابق تعریف دکتر جعفری لنگرودی در ترمینولوژی حقوق؛ زوال مالکیت مالک نسبت به مال (یا اموال) معین به نفع مالک جدید که ید وی متلقای از مالک نخستین است، انتقال دو قسم است؛

الف - انتقال مسبوق به نقل مانند بیع.

ب - انتقال غیرمسبوق به نقل مانند انتقال ترکه به ورثه متوفی.

معمولاً اولی را نقل و دومی را انتقال می‌گویند. با این توصیف، چنانچه موضوع انتقال منافع به‌طور عمومی به‌نظر می‌آید در دفتر اسناد رسمی موردخواستۀ متقاضی ثبت سند قرار گیرد، حق‌الثبت از مأخذ ۱۰ ساله مطالبه و نسبت به باقی دوره که معمولاً با توجه به عبارت قانون‌گذار طولانی می‌باشد، از پرداخت حق‌الثبت معاف می‌باشد.

گفتار دوم: عدم تعلق حق‌الثبت

قانون‌گذار بر اساس مصالح عمومی و با هدف ترغیب آحاد جامعه به انجام پاره‌ای اعمال حقوقی، تسهیلاتی در تنظیم اسناد فراهم نموده و مخاطبین این‌گونه اسناد را به تنظیم سند بدون دریافت حق‌الثبت تشویق می‌نماید. بالفرض برای اشخاص به تشکیل زندگی مشترک و ترویج ازدواج با حمایت قانونی مقرر در سایر موارد را مطالبه نمی‌نماید تا تأدیه این مبالغ، سدی فرا راه زوجین در تشکیل زندگی مشترک نگردد.

الف - قانون ازدواج

مطابق قانون ازدواج مصوب ۱۳۱۰/۵/۲۲ در نقاطی که وزارت عدلیه معین و اعلام می‌نماید هر ازدواج و طلاق و رجوعی باید در یکی از دفاتری که مطابق نظام‌نامه‌های وزارت عدلیه تنظیم می‌شود واقع و به ثبت برسد... طبق قسمت اخیر ماده ۲ همین قانون برای ثبت ازدواج و طلاق، دولت، حق‌الثبت نخواهد گرفت.

برخلاف اسنادی که در گفتار اول مورد مذاقه قرار گرفت و اسناد موصوف از پرداخت حق‌الثبت معاف تلقی گردیده بودند، به اسناد اخیرالذکر، حق‌الثبت تعلق نمی‌گیرد.

ب - وجه التزام و وجه الضمان بدون وثیقه

ماده ۵۱ ق.د.ا.ر.ک. مقرر می‌دارد:

«نسبت به وجه التزام و وجه الضمان خواه رأساً موضوع سند باشد یا در ضمن معامله و عقد دیگری شرط شده باشد و برای تأمین آن هم مالی به وثیقه گرفته نشده باشد، حق‌الثبت وصول نخواهد شد...».

اسناد موضوع ماده ۵۱ ق.د.ا.ر.ک. با دو شرط: اول این که وجه التزام یا وجه الضمان باشد و دوم این که برای تأمین آن مالی به وثیقه گرفته نشده باشد، مشمول پرداخت حق‌الثبت نمی‌باشند نه این که از پرداخت حق‌الثبت معاف باشند.

ج - اقرار به وصول مهریه

بندهای ۱۱۰ و ۱۵۱ م.ب.ث. و ردیف‌های ۱۳۲ و ۱۴۴ همان مجموعه با تأثیر از قسمت اخیر ماده ۲ قانون ازدواج، تنظیم اقرارنامه‌های وصول مهریه و ابراء ذمه زوج از مهریه مندرج در سند نکاحیه را مشمول پرداخت حق‌الثبت اسناد مالی ندانسته بلکه با اصلاح ماده ۱۲۳ و ۱۲۴ ق.ث. در سال ۱۳۸۴، اقرار به افزایش، وصول یا ابراء از مهریه را مشمول ماده ۱۲۴ ق.ث. (اسناد غیرمالی) اعلام داشته است. با تذکر این موضوع که ازدیاد مهریه مطابق نظریه شورای نگهبان، غیرشرعی و وفق رأی شماره ۵۱۶/۸۷/هـ - ۸۸/۶/۲۴ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری قسمت اخیر بند ۱۵۱ م.ب.ث. در خصوص تنظیم سند افزایش مهریه ابطال گردیده است؛ این‌گونه اسناد نیز با قید هر مبلغی در سند مشمول پرداخت حق‌الثبت نمی‌باشد.

در پایان یادآور می‌شود با تصریح قانون‌گذار و در اصلاحیه ماده ۱۲۳ و ۱۲۴ ق.ث. مبنی بر لغو کلیه قوانین مغایر و نیز هرگونه معافیت از حق‌الثبت (به استثنای قانون معافیت کلیه دانشجویان بورسیه و اعضای هیئت علمی که ...) صرفاً معافیت‌ها لغو گردیده و سایر موارد از جمله موارد مندرج در گفتار دوم این مقاله که از شمول معافیت‌ها خروج موضوعی داشته و در گروه «عدم تعلق حق‌الثبت» دسته‌بندی می‌شود، کما فی‌السابق از شمول پرداخت حق‌الثبت خارج‌اند. در حال حاضر، با اطلاق و عموم عبارات قانونی مندرج در ماده ۱۲۴ ق.ث. حتی هر نوع انتقال بلاعوض و وقف و حبس و وصیت که به نفع مؤسسات مذهبی و خیریه و سازمان‌های بهداشتی و فرهنگی مصرح در مواد مربوط به معافیت قانون مالیات‌های مستقیم نیز از پرداخت حق‌الثبت معاف نبوده و تنظیم این اسناد در دفاتر اسناد رسمی مشمول پرداخت حق‌الثبت می‌باشند.

سیستم پرداخت پول از طریق کارتخوان (pos) در دفاتر اسناد رسمی

تاریخ دریافت: ۱۳۹۰/۱۲/۲۰

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۱/۱/۲۱

خدیجه ساسانیان اصل^۱

مقدمه

توسعه مداوم فناوری اطلاعات و ارتباطات ضرورت به کارگیری راهکارها، فرصت‌ها و روش‌های جدید جهت گسترش و بهره‌وری در تمامی زمینه‌ها را ضروری و اجتناب‌ناپذیر کرده است. بدون تردید، بهره‌گیری از فناوری اطلاعات در زمینه‌های مختلف از ابزارهای لازم برای افزایش کارایی است. اما لازمه استفاده از فناوری در هر سیستم، محتاج بررسی نیازها و تبعات به کارگیری آن می‌باشد. بنابراین، لازم است تا کسانی که پیشگام در عرصه تحولات در کشور می‌باشند به اهمیت موارد کارشناسی شده در برآوردن نیازهای هر واحد توجه کنند و بستر لازم را برای انجام و تحقق آن فراهم آورند؛ نه این‌که به صرف وجود تکنولوژی‌های نوین و اجبار به استفاده از آنها تنها مشکلات را به دوش دیگران انداخته و بی‌توجه به مشکلات ایجادشده، موضوع را رها سازند. به کارگیری دستگاه‌های

۱. نویسنده مسئول؛ سردفتر دفتر اسناد رسمی شماره ۳۰۴ تهران.

کارتخوان (POS) * به منظور پرداخت وجوه مالی در دفاتر اسناد رسمی از این مقوله بوده است و هرچند نمی‌توان مزایای تئوری این طرح را نادیده گرفت اما مشکلات فنی و در کنار آن، عدم شناخت نیازمندی‌های دفاتر اسناد رسمی و بی‌توجهی به جایگاه حقوقی افراد درگیر سبب گردید تا نسبت به تضييع حقوقی که صورت گرفته، دیوان عدالت اداری حکم صادر کند. هدف اصلی در این نوشتار، بررسی ساختار کارکردی و فنی سیستم‌های کارتخوان POS برای علاقه‌مندان بوده است تا علل اصلی مشکلات کارکردی با این سیستم در دفاتر مشخص گردد. در کنار این موضوع، به جهت تضييع حقی که در کنار استفاده از این سیستم برای سردفتران در محدودیت استفاده از حق التحریر به‌عنوان حق قانونی و شرعی پدید آمده، پرداخته و رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به‌عنوان مرجع، مورد توجه قرار گرفته است.

معرفی

فراهم آوردن محیطی با خدمات مالی به‌صورت الکترونیکی نه تنها نیازمند آموزش و آشنایی با راهکارهای راهبردی و عملیاتی است بلکه به دو پشتوانه مهم بستگی دارد: یکی ارتباطات و مخابرات سریع و دیگری، پشتیبانی الکترونیکی. متأسفانه در بسیاری موارد نه تنها بحث نبود زیرساخت‌های لازم بلکه نبود تکنولوژی‌های بومی نیز از دیگر مشکلات است.

لازمه بهره‌برداری از سرویس‌ها و خدمات مالی الکترونیکی، ایجاد بانکداری الکترونیکی یا بانکداری روی بستر الکترونیکی است؛ که عبارت از فراهم آوردن امکاناتی برای افزایش سرعت و کارایی در ارائه خدمات بانکی و مالی در محل شعبه و بیرون آن و همچنین فرآیندهای بین‌شعبه‌ای و بین‌بانکی در سراسر دنیا به مشتریان از طریق به‌کارگیری امکانات زیرساخت مخابراتی، سخت‌افزاری و نرم‌افزاری است به‌نحوی که مشتریان با بهره‌گیری از

*. POS: Point of sale.

توضیح ماهنامه «کانون»؛ در این یادداشت، واژه POS که به معنای «نقطه فروش» است، در معنای مصطلح «کارتخوان» به کار رفته است.

این گونه بانکداری، قادر به استفاده از نیازهای بانکی و مالی خود بدون حضور فیزیکی در بانک و در هر مکان و زمان، از طریق کانال‌های ارتباطی ایمن باشند. برای ارائه خدمات بانکداری و مالی الکترونیک کانال‌های متعددی وجود دارد، برخی از آنان عبارتند از: کامپیوترهای شخصی، کمک‌پردازنده‌های شخصی، کیوسک، شبکه‌های مدیریت یافته، تلفن ثابت و تلفن همراه و ماشین‌های خودپرداز. خدماتی هم‌چون اینترنت بانک، تلفن بانک، موبایل بانک، اس. ام. اس. بانک، خودپرداز و خود دریافت‌ها همراه کارتخوان pos مهم‌ترین سرویس‌های بانکداری الکترونیکی هستند. پس بانکداری الکترونیکی مجموعه‌ای از موارد سخت‌افزاری، نرم‌افزاری و شبکه است که باعث می‌شود مشتری برای انجام امور مالی به بانک مراجعه نکند. خودپرداز یک سخت‌افزار است، اینترنت بانک یک پروتکل مخابراتی است که هر کدام نرم‌افزارهای خاص خود را دارند و یا pos ها (کارتخوان‌های فروشگاه‌های یا شعبه‌ای) نیز به همین ترتیب.

در هر حال، ایجاد و توسعه بانکداری الکترونیک مستلزم برخورداری از زیرساخت‌های مناسب اقتصادی و اجتماعی و فنی است. اهم این زیرساخت‌ها عبارتند از: شبکه‌های ارتباطی و مخابراتی مناسب، امنیت تبادل اطلاعات، زیرساخت‌های حقوقی و قانونی مناسب، آمادگی فرهنگی جامعه و بنگاه‌های اقتصادی برای پذیرش و استفاده از خدمات بانکداری الکترونیک. بنابراین برای توسعه و گسترش مناسب در استفاده از خدمات مالی الکترونیکی بر پایه بانکداری الکترونیک و تجارت الکترونیک در کشور باید نسبت به ایجاد موارد بیان شده و هم‌چنین ایجاد بسترهای مناسب در بهره‌برداری از مزایای استفاده از پرداخت‌های الکترونیک به‌طور جدی اهتمام ورزید.

اجزای مهم پرداخت‌های الکترونیکی بانکداری الکترونیک ایران

- ۱ - انواع کارت‌ها.
- ۲ - شبکه شتاب.
- ۳ - سیستم تسویه بین بانکی.
- ۴ - شبکه سوئیچ عملیات خرد بانکی و بین بانکی.

۵ - شبکه مرکزی.

از دیگر اجزای بانکداری الکترونیک ایران می‌توان به دستگاه‌های خودپرداز، شعب مکانیزه، کارتخوان (pos)، کارت‌های هوشمند، تلفن بانک و فاکس بانک و غیره، اشاره نمود.

ابزارهای پرداخت مالی الکترونیکی از طریق بانک

ابزارهای سخت‌افزاری و نرم‌افزاری مخابراتی و تأمین زیرساخت، ابزارهای سخت‌افزاری و نرم‌افزاری تأمین امنیت خدمات و سرویس‌ها، ابزارهای سخت‌افزاری و نرم‌افزاری شبکه، ابزارهای سخت‌افزاری و نرم‌افزاری بانک اطلاعاتی مشتریان و تراکنش‌ها، ابزارهای سخت‌افزاری و نرم‌افزاری ارائه خدمات نوین.

ابزارهای متفاوت و زیادی برای ایجاد و بهره‌برداری از انواع خدمات مالی الکترونیکی بالاخص انواع پرداخت‌های الکترونیکی نیاز است به‌علاوه تجهیزات نهایی الکترونیکی مانند دستگاه‌های کارتخوان، کیوسک و ... را نیز باید اضافه کرد. مسلماً بروز هر نوع مشکل و خرابی در دستگاه‌ها و تجهیزات الکترونیکی از جمله دستگاه‌های خودپرداز، کارتخوان (pos)، قطعی ارتباط با شبکه مرکزی یا مرکز داده‌های بانک، پایدار نبودن ارتباط پایانه‌های فروش، ناموفق بودن برخی از تراکنش‌ها به هر دلیل از جمله معضلات در سیستم‌های پرداخت الکترونیکی خواهد بود. برخی از این معضلات با هدف مقایسه بین نیازهای هر واحد درخواست‌کننده خدمات و قابلیت‌های موجود که تأثیری مهم در چگونگی ارائه خدمات مالی الکترونیکی دارند، به اجمال بررسی می‌شوند.

با توجه به رابطه تنگاتنگ بانکداری الکترونیکی در ارائه خدمات پرداخت الکترونیکی و زیرساخت مخابراتی، باید گفت که قدر مسلم بین این دو مجموعه، نه فقط ارتباط تنگاتنگ بلکه وابستگی شدید وجود دارد. یکی از علل اصلی در عدم موفقیت پرداخت‌های الکترونیکی توسعه ناکافی زیرساخت‌های این صنعت در کشور است که بر همین مبنا امکان بهره‌داری کامل از امکانات فعلی فراهم نخواهد بود. حال آن‌که این زیرساخت‌ها در سایر کشورها و به‌ویژه ممالک صنعتی و فراصنعتی، بسیار فراتر از کشور ما در دسترس

است. شاید به جرأت بتوان گفت مهم‌ترین چالش‌ها در حوزه بانکداری الکترونیکی را می‌توان در حوزه زیرساخت جست‌وجو کرد. تأمین امنیت و پهنای باند مخابراتی یکی از این چالش‌ها است. چالش‌های سخت‌افزاری و شبکه هم در دو بخش امنیت و توان سخت‌افزاری در حد سرویس‌دهی به خدمات وجود دارد. در سطح نرم‌افزار نیز چالش‌های نرم‌افزاری پایه و کاربردی در سه بخش امنیت، تضمین در پیاده‌سازی و بالاخره توسعه سیستم‌ها در تناسب با تغییرات خدمات وجود دارد. در موضوع زیرساخت‌ها بحث اینترنت داخلی یا شبکه ملی اطلاعات مطرح است و با توجه به مشکلات موجود در حوزه زیرساخت‌ها، ایجاد و بکارگیری اینترنت داخلی قطعاً تأثیر خواهد داشت. اما در این مورد باید دید که از چه ابزاری استفاده می‌شود. علاوه بر این موضوع، باز هم نمی‌توان ادعا کرد که مقوله امنیت صددرصد تأمین شده است. بلکه در صورت بهینه بودن اینترنت داخلی از دیدگاه مهندسی و مدیریت امنیت اطلاعات، صرفاً در سطح برخورداری از امنیت افزایش ایجاد خواهد شد. باید مد نظر داشت که ایجاد و توسعه زیرساخت بسیار زمان‌گیر و استراتژیک بوده و نیازمند هماهنگی بسیار بالایی در سطح نهادهای وسیعی از کشور است. به‌طور نمونه می‌توان به ایجاد و توسعه بستر فیبر نوری اشاره کرد که فرایندی زمان‌بر و هزینه‌زا است.

یکی دیگر از موارد مهم در مورد ناموفق بودن تراکنش‌ها سویچ‌های بانکی است که به‌صورت مجموعه نرم‌افزاری و سخت‌افزاری، مدیریت دریافت و پردازش و بازگشت پاسخ به تراکنش‌های ارسالی از ترمینال‌های بانکی گوناگون مانند عابربانک‌ها، دستگاه‌های پایانه فروش، کیوسک، اینترنت، موبایل، کارتخوان (POS) و غیره را روی یک بستر ایمن به‌عهده دارد. سیستم سوئیچ، بین ترمینال‌های پرداخت و سیستم جامع بانکی قرار می‌گیرد. البته در کنار سوئیچ‌ها مبحث نرم‌افزار مدیریت خدمات کارت‌ها نیز مطرح است. برای فهم خصوصیات یک سوئیچ مناسب باید عملاً یک فهرست بلندبالا از قابلیت‌ها و امکانات فنی و تجاری را مطرح کرد. ولی به‌طور کلی، هر نرم‌افزار در دو بخش تجاری و فنی بررسی

می‌شود تا بتواند نیازها را در هر دو جنبه پوشش دهد. به‌عنوان مثال، اگر يك نرم‌افزار، عملیات تجاری واحد مربوطه را به‌نحو احسن انجام دهد و از قابلیت‌های عملیاتی خوبی برخوردار باشد، ولی نتواند در بخش فنی، سرعت پردازش مناسبی داشته و تراکنش‌های وارده را در کمترین زمان، مدیریت و پردازش کند، دچار مشکل تأخیر و حتی قطعی می‌شود. باید گفت که در درجه اول، معماری مناسب و مهندسی‌شده برای ساخت يك سوئیچ لازم است. در صورت داشتن يك معماری درست می‌توان هر نوع عملیات تجاری را روی آن بنا کرد. از جمله خصوصیات این معماری چند لایه بودن معماری است که باید حداقل سه لایه اصلی برای کنترل ورودی‌ها و پروتکل، مدیریت عملیات تجاری و ارتباط با پایگاه داده و مدیریت آن در نظر گرفته شود. سرویس‌گرا بودن معماری به‌معنای واقعی و نه فقط سازگار بودن آن خصوصیت مهم دیگری است که باید در نظر گرفته شود. هم‌چنین نوع تکنولوژی و سکوی نرم‌افزاری به‌کار گرفته‌شده در کارایی سیستم بسیار مؤثر خواهد بود. از طرف دیگر، نوع پروتکل ارتباطی به‌کار گرفته شده بین لایه‌ها در سرعت انتقال اطلاعات بین لایه‌های گوناگون بسیار مؤثر است. نحوه طراحی ماژول‌های سیستم، مورد بعدی است. این طراحی باید در عین مجزا و ماژولار بودن، یکپارچه باشند. در نهایت هم معماری باید امکان پردازش تراکنش‌های زیاد هم‌زمان در ثانیه را مهیا کند. مشکلات متعددی در سوئیچ‌های بانك‌های ایرانی وجود دارد؛ از جمله این که سوئیچ‌های داخلی برای يك سازمان كوچك طراحی شده‌اند و با رشد سازمان و افزایش عملیات به سمت کامل شدن تغییر کرده‌اند. این‌گونه نبوده است که از ابتدا با دید پردازش حجم وسیعی از عملیات طراحی و معماری شده باشند. مشکلات دیگری نیز مانند بستر مخابراتی که ذکر شد و حتی موارد دیگر وجود دارد. به‌نظر می‌آید مشکل اصلی سوئیچ‌های موجود در معماری آن‌ها است و در بررسی قطعاً حداقل یکی از موارد مطرح در معماری دیده می‌شود والا از نظر عملیات تجاری تقریباً همه سوئیچ‌ها قابلیت‌های تقریباً مشابهی دارند. سوئیچ‌هایی در دنیا هست که مثلاً قابلیت پردازش ۳ هزار تراکنش در ثانیه را دارد، ولی توانایی سوئیچ‌های

موجود در ایران از مرز چندصد تراکنش در ثانیه تجاوز نمی‌کند و روزبه‌روز بر بار عملیاتی آن‌ها افزوده می‌شود. برای حل مشکلات معماری باید گفت که این امر بستگی به نوع معماری به کار رفته دارد. در برخی سیستم‌ها شاید بتوان با صرف انرژی و هزینه زیاد معماری را تغییر داد. ولی اصولاً تجربه نشان داده که این عمل بسیار مشکل بوده و مقرون به صرفه نیست و بهتر است به جای آن یک سیستم از ابتدا طراحی و پیاده‌سازی شده یا با سیستم دیگری جایگزین شود. غیر از موضوع فنی و معماری در انتخاب یک سوئیچ موارد مهمی از جمله قابلیت‌های تجاری و عملیاتی، پارامتریک بودن نرم‌افزار برای اعمال سریع تغییرات، امکان یکپارچگی با سایر سیستم‌های جانبی و کانال‌های دیگر مانند موبایل، مرکز تماس، اینترنت، امکان تغییر و یا ایجاد پروتکل‌های جدید ارتباطی با سایر سیستم‌های موجود مانند شبکه شتاب، شبکه میزبان و یا هر سیستم جدید که در آینده مطرح می‌شود، امکان ارتباط و مدیریت یک و یا چند سیستم جامع بانکی^۱، امکان ارتباط با سیستم‌های بین‌المللی صدور کارت و غیره در این زمینه قابل اشاره است. سوئیچ‌های داخلی به دلیل تکنولوژی قدیمی به کار گرفته شده و بهره‌مند نبودن از معماری مدرن برای انجام تغییرات سریع و به‌روزرسانی بسیاری موارد را پوشش نمی‌دهند. حتی برخی از سوئیچ‌های خارجی که در ایران وجود دارد و بومی شده نیز به دلیل انتخاب غیر کارشناسانه با معضلات مشابهی روبرو هستند. از موارد دیگر، این که پشتیبانی و نگهداری سوئیچ نیز در صورتی که بدون ابزار توسعه و در سورس برنامه باشد، بسیار هزینه‌زا و زمان‌بر است. متأسفانه بسیاری از سیستم‌های موجود دارای ابزار^۲ SDK نبوده و انجام تغییرات حتی کوچک‌ترین آن باید در سورس برنامه‌ها انجام شود. بنابراین دلایل متفاوتی برای قطع سوئیچ‌های بانکی در کشور وجود دارد مانند افزایش حجم تراکنش بیش از ظرفیت سوئیچ، کاهش پهنای باند و یا قطعی سرویس‌دهی باند مخابراتی، اشکال در موتور بانک‌های اطلاعاتی، اشکال در ساختار

1. Core Bank.

2. Software Development Kit.

و یا محتوای اطلاعات تراکنش‌ها.

شبکه شتاب، پایه و اساس رشد بانک‌داری الکترونیک در کشور است که با هدف یکپارچه کردن و پیوند دادن سامانه‌های کارت تمامی بانک‌های کشور آغاز به کار کرده است. منظور از شبکه شتاب، شبکه‌ای است که به واسطه آن، بانک‌ها به سوئیچ ملی متصل شده و به این صورت تبادل اطلاعات مربوط به تراکنش‌های بین‌بانکی فراهم می‌گردد و عملکرد آن در زمینه تسویه بین‌بانکی، رفع مغایرت‌ها، آمار عملکرد شبکه بانکی در زمینه کارت، خودپرداز، پایانه‌های فروش و پایانه شعب از بخش آمار و داده‌های عملکرد، قابل دسترسی است. در سیستم شتاب، به این صورت عمل می‌شود که اگر کارت مشتری با بانک سرویس‌دهنده منطبق باشد مبلغ وجه از حساب مشتری کسر شده و به حساب طرف مقابل واریز می‌شود و پیغامی به دستگاه مبنی بر انجام موفقیت‌آمیز بودن عملیات تراکنش صادر می‌کند و در صورت عدم انطباق، درخواست وارد شبکه شتاب می‌شود، در این مرحله سرور شتاب پس از تشخیص بانک مشتری درخواست را به بانک مورد نظر ارجاع می‌دهد، در بانک مشتری وجه از حساب برداشته شده و با بازگشت به سرور شتاب به بانک طرف مقابل واریز می‌شود. در این میان، در صورتی که هر یک از مراحل شرح داده‌شده به‌علتی از جمله قطعی یا کندی شبکه موفق به انجام عملیات نشود پیام تراکنش ناموفق روی دستگاه کارتخوان (POS) نمایش داده می‌شود.

قطع ارتباط یک بانک با این شبکه نیز موجب بلااستفاده شدن کارت سایر بانک‌ها در خودپردازهای آن بانک‌ها شده و از سویی دیگر، این امر باعث عمل نکردن کارت‌های آن بانک در خودپردازهای سایر بانک‌ها می‌شود.

در کنار توجه به تمامی ملزومات موجود برای ایجاد سیستم‌های پرداخت الکترونیکی بر پایه بانکداری الکترونیکی لازم است تا به نوع سیستم پرداخت به‌کار گرفته‌شده در یک محیط کاری خاص توجه خاصی مبذول داشت. تجهیزات الکترونیکی - ارتباطی زیادی اطراف ما وجود دارند که امکان بهره‌گیری روزانه از آن‌ها برای انواع پرداخت‌ها وجود دارد

مانند تلفن همراه، کامپیوترهای قابل حمل و دستگاه‌های کارتخوان (pos). به‌طور مثال، امروزه دستگاه‌های کارتخوان (pos) به‌عنوان یک درگاه بانکی بیشترین کاربرد را پیدا کرده‌اند (نمونه‌هایی از کاربرد دستگاه‌های کارتخوان (pos) در رستوران‌ها، فروشگاه‌ها و ...) اما آیا در هر محل باید به یک شیوه از این تجهیزات استفاده کرد یا این که برای بهره‌گیری بیشتر از تکنولوژی‌های نوین، امکان استفاده از این نوع فناوری‌ها را کاربرپسند نمود. مشکلات فراوانی در کارکرد دستگاه کارتخوان (pos) در دفاتر اسناد رسمی مطرح شده است که لازم است با توجه به تمامی موارد مطرح شده بالا بررسی گردد.

معنی تحت‌اللفظی کارتخوان (pos) یعنی جایی که در آن تراکنش (مالی) اتفاق می‌افتد، این کلمه می‌تواند به سخت‌افزار یا نرم‌افزار محیط تراکنش نیز اطلاق گردد. این سیستم در اصل یک صندوق پول کامپیوتری شده است که در گذشت زمان با رشد تکنولوژی گسترش یافته است. سیستم کارتخوان (pos) دارای اجزای زیر است:

- کامپیوتر

کامپیوتر، نرم‌افزار کارتخوان (pos) را راه اندازی کرده و واسطی برای سایر تجهیزات مانند کارت اعتباری، پرینتر، بارکد و ... فراهم می‌آورد.

- نرم‌افزار کارتخوان (pos)

نرم‌افزار کنترل، بخش ثبات را بر عهده دارد و می‌تواند وابستگی زیادی به سیستم عامل داشته باشد.

- پرینتر

چاپگر، عمل کپی از تراکنش‌ها را انجام می‌دهد.

- نمایشگر

نمایشگر، صفحه‌ای است که اطلاعات و تعاملات را نشان می‌دهد.

- مودم و انتقال داده

مودم‌ها برای ارتباط با بانک یا مراکز پردازش کارت اعتباری برای تأیید انتقال به‌کار می‌روند.

این سیستم از طریق ارتباط تلفنی یا شبکه‌ای به سیستم بانکی امکان انتقال اتوماتیک مبلغ خرید از حساب مشتری (دارنده کارت) به حساب فروشنده (پذیرنده کارت) را فراهم می‌سازد. لازم است تا کلیه عملیات بانکی مربوطه طی مراحل کاملاً امن و تحت استانداردهای پیشرفته جهانی صورت گیرد، به طوری که احتمال مغایرت و تقلب را به صفر برساند. کارت‌خوان علاوه بر امکان پرداخت وجه خرید از طریق کارت، دارای عملکردهای مختلفی است که هم دارنده کارت و هم پذیرنده کارت را از مزایای یک شعبه کوچک بانکی برخوردار می‌نماید. اعلام موجودی و دریافت صورت حساب خریدار و فروشنده و پرداخت قبض و خرید شارژ تلفن همراه از آن جمله است. از دیگر قابلیت‌های کارت‌خوان امکان تغییر رمز، گزارش‌گیری خطاها، تسویه حساب، امکان انصراف از خرید، چاپ مجدد رسید و دریافت گزارش روزانه است.

دستگاه کارت‌خوان براساس بستر ارتباطی و قابلیت‌های آن، دارای انواع زیر است:
 Dial up: برای اتصال دستگاه کارت‌خوان به شبکه بانکی از خطوط تلفن استفاده می‌شود. کاربرد: فروشگاه‌های خرد.

LAN: برای اتصال دستگاه کارت‌خوان به شبکه بانکی از بستر اینترنت استفاده می‌شود و این روش به کاربر اجازه می‌دهد تا بدون استفاده از خط تلفن، از خدمات کارت‌خوان استفاده نماید. کاربرد: فروشگاه‌های زنجیره‌ای.

GPRS: ارتباط این نوع کارت‌خوان با شبکه بانکی، با استفاده از سیم‌کارتی که سرویس GPRS دستگاه را فعال کرده است، ممکن می‌شود و به پذیرنده، این امکان را می‌دهد تا در صورت پوشش خطوط مخابراتی در تمام نقاط ایران، دستگاه را جابجا نموده و تراکنش انجام دهد. کاربرد: شرکت‌های پخش.

Bluetooth: بستر ارتباطی این مدل از کارت‌خوان، خط تلفن همراه می‌باشد. با قراردادن سیم‌کارت در پایه دستگاه کارت‌خوان، امکان انتقال آن تا شعاع ۵۰ متری امکان‌پذیر است. کاربرد: رستوران‌ها و فروشگاه‌ها.

Pc-POS: کارتخوان‌هایی که دارای قابلیت اتصال به سیستم‌های کامپیوتری از طریق درگاه‌های کامپیوتری باشند، در این دسته قرار می‌گیرند. در این صورت، دستگاه کارتخوان (pos) تحت امر سیستم کامپیوتری فعالیت می‌کند. دستور انجام تراکنش به همراه مبلغ و سایر اطلاعات مورد نیاز از سیستم کامپیوتری به کارتخوان (pos) منتقل می‌شود و کارتخوان تنها در صورتی شروع به چاپ قبضه رسید انجام عملیات می‌کند که تراکنش با موفقیت انجام شده و مبلغ سند از حساب مشتری، کسر شده باشد. همزمان با این عمل، کارتخوان، اطلاعات لازم برای سیستم کامپیوتری را نیز ارسال می‌نماید یعنی درست پس از اتمام تراکنش بانکی، اطلاعات عملیات مالی انجام شده بلافاصله به سیستم متصله برگشت داده می‌شود.

در پاسخ به این پرسش که چرا از کارتخوان مدل خط تلفن استفاده می‌شود؟ بایستی گفت که؛ سه علت استفاده از مودم‌های تلفن پایه وجود دارد: حجم پایین داده، هزینه‌های نصب و امنیت اتصال.

مسلماً است که تراکنش‌های مالی از این دست، حجم داده پایینی دارند و وجود يك خط تلفن منصوبه برای اجرای طرح سیستم پرداخت الکترونیکی کفایت می‌کند. از طرفی، هك کردن خطوط تلفنی، بسیار مشکل‌تر از شبکه است.

سیستم‌های کارتخوان (pos) خط تلفنی برای این نوع کاربردها از لحاظ اجرایی کم‌هزینه بوده و به‌عنوان نمونه در آمریکای شمالی حدود ۲۸ بیلیون تراکنش خط تلفنی موجود است که ۶۰ درصد از کل تراکنش‌هایی از این دست را شامل می‌شود. مسلماً نوع کارتخوان‌ها نیز دارای اهمیت است برخی از کارتخوان‌ها دارای فناوری، استانداردهای امنیتی، سرعت، حافظه، عملکرد بالاتر و بهتری هستند. با این تفاسیر، دستگاه‌های کارتخوان (pos) نمونه مناسبی برای کاربردهای خرد و البته با درجه اهمیت کم می‌باشند اما با توجه به ساختارهای لازم در پرداخت الکترونیکی ذکر شده در بانک‌داری الکترونیکی باید گفت مشکلات عملی، کاربردی و تکنولوژیک در استفاده از دستگاه‌های کارتخوان (pos) نیز جاری است بالاخص در محیط‌هایی که تراکنش‌های مالی از اهمیت و اعتبار برخوردارند.

مواردی از آن که به‌طور مشهود در دفاتر وجود دارد، اشاره می‌شود؛ به‌طور کلی مشکلات ایجادشده توسط سیستم پرداخت الکترونیکی کارتخوان (POS) را می‌توان در سه گروه اساسی طبقه‌بندی کرد که در هر گروه موارد بی‌شماری قابل ذکر است:

- مشکلات فنی و تکنولوژی:

وابستگی دستگاه‌های کارتخوان (POS) منحصراً به خطوط ارتباط تلفنی و ایجاد مشکل در صورت بروز اشکالات فنی از قبیل کابل‌برگردان توسط شرکت مخابرات در صورتی که باید امکان یک روش پشتیبان در صورت بروز مشکل فراهم گردد.

مختل بودن سیستم به علل مختلف اعم از تراکنش ناموفق، انواع خطا و ... که به دلایل آن در بالا پرداخته شده است، عملاً حاصل این اختلالات؛ کسر مبلغ و عدم واریز به حساب و اتلاف زمان ۷۲ ساعته خواهد بود.

قطع مکرر سیستم بدون اطلاع‌رسانی مناسب (اصولاً بعد از ساعات اداری) که به علل آن نیز در بالا پرداخته شد، اما مورد مهم در این قسمت، عدم اطلاع‌رسانی مناسب و به‌جا می‌باشد که با توجه به اهمیت امور مالی در دفاتر و ایجاد مشکل برای تنظیم و ثبت اسناد و حتی گاه تبعات قضایی آن لازم است، بسیار مورد توجه قرار گیرد.

- مشکلات ناشی از عدم توجه به نیازهای دفاتر و کاربرپسند نبودن

سرویس‌های ارائه‌شده:

وجود برخی مشکلات ناشی از کاربرپسند نبودن سیستم مثلاً در تهیه فایل پشتیبان، نمایش شماره کارت واریزی برای تفکیک موارد واریزی، عدم نمایش ریزتراکنش‌های برخی مراحل واریز تجمعی و در نتیجه عدم امکان کنترل با تراکنش‌های موجود، عدم تطابق لیست سرویس‌های تعریف‌شده در دستگاه با نیازمندی‌های موجود، عدم امکان تغییر فونت، عدم دسترسی به نرم افزار در صورت نیاز در زمان مشکل سیستم کامپیوتری و...

– مشکلات ناشی از برخوردهای نامناسب اجتماعی ارباب رجوع در نتیجه

موارد اول و دوم:

در بسیاری از تراکنش‌های ناموفق و کسر پول از حساب مشتری، بدون امکان دادن رسید؛ تراکنش ناموفق سبب از بین رفتن دیوار اعتماد بین مشتریان و دفاتر اسناد رسمی می‌گردد. وجود مشکلات مختلف فنی سبب بروز مشکلات عصبی شده و باعث به وجود آمدن محیطی نامناسب می‌گردد. در دسترس نبودن کارت مشتری یا عدم آگاهی در استفاده از کارت بانکی توسط ایشان و نمونه‌هایی از این دست، بخش دیگری از مشکلات دفاتر اسناد رسمی است که به طور مستقیم با ارباب رجوع در تعامل می‌باشند.

مشکلات ایجاد شده در حساب سردفتران اسناد رسمی در خصوص حق‌التحریر مانند عدم واریز بلادرنگ وجوه، سرگردان ماندن برخی وجوه واریزی، و ... عدم توجه به تمامی نیازهای مالی دفاتر در پرداخت از طریق یک سیستم الکترونیکی مخابراتی پایا مانند واریز وجوه لازم به حساب کانون، از دیگر مشکلات است.

نتیجه و پیشنهاد

مشکلات فنی حادث شده که مربوط به سیستم بانک‌داری و وجوه جانبی چون زیرساخت مخابراتی، سخت‌افزار و نرم‌افزار یا سوئیچ بانکی و مراکز داده و ... است اما بسیاری دیگر از مشکلات ناشی از عدم توجه به نیازهای دفاتر اسناد رسمی برای انجام امور مالی می‌باشد که از مهم‌ترین قسمت‌های کاری سردفتران بوده و حتی اشتباه غیرعمدی در این حوزه، مشکلات قضایی را برای این گروه ایجاد خواهد کرد.

درست است که دستگاه کارتخوان (POS) برای انواع تراکنش‌های خرد مفید است البته با حل تمامی مشکلات اعم از قدرت پردازش، پاسخ به تراکنش‌ها، سرعت و ...، اما نکته اساسی اینجاست که آیا برای هر نوع تراکنش خردی مفید است. آیا چون قابلیت کاربردی مناسبی برای فروشگاه‌ها دارد، همان قابلیت برای اجرای نیازهای دیگر مراکز کافی است یا لازم است اهمیت آن تراکنش مورد بررسی قرار گیرد؟ جایی که این نوع تراکنش اهمیتی

حیاتی دارد چه از لحاظ انجام کار و چه از لحاظ تبعاتی که حاصل می‌گردد که ممکن است این تبعات قضایی بوده و منجر به از دست رفتن شغل، آبرو و ورود خسارت گردد آیا باز تنها يك راه ناقص، مفید خواهد بود؟؛ لازم است که برای هر امری ابتدا نیازهای آن موضوع و اهمیت نوع کار بررسی شده و سپس نمونه‌ای برای برآوردن این نوع نیازمندی‌ها اتخاذ گردد. در حالی که اصولاً در کشور ما - متأسفانه - برعکس بوده و يك قالب برای همه موارد مورد استفاده قرار می‌گیرد. لازم است تا کسانی که پیشگام در عرصه تحولات در کشور می‌باشند به اهمیت موارد کارشناسی شده در برآوردن نیازهای هر واحد توجه کنند و بستر لازم را برای انجام و تحقق آن فراهم آورند نه این که به صرف وجود تکنولوژی‌های نوین و اجبار به استفاده از آنها تنها مشکلات را به دوش دیگران انداخته و بی‌توجه به مشکلات ایجادشده، موضوع را رها سازند.

لزوم بهره‌گیری از فناوری اطلاعات و ارتباطات به‌منظور افزایش کارایی امری اجتناب‌ناپذیر است. پرداخت وجوه دولتی گوناگون اعم از حق الثبت، مالیات نقل و انتقال و... در دفاتر اسناد رسمی که سردفتر برای دریافت و پرداخت درست و به‌موقع آنها دارای انواع مسئولیت‌ها است از طریق سیستم‌های نوین در جهت تسهیل در امور و عدم مراجعه ارباب رجوع به بانک و کاهش ترافیک تردد با وجود تمام مشکلات فنی ذکر شده و با امید به بهبود ساختارهای فنی، امری معقول و پسندیده است اما با تمام مزایا و معایب مذکور در طرح بهره‌مندی از سرویس‌های الکترونیکی، این سؤال مطرح است که آیا به صرف وجود فناوری‌های نوین و اجبار (به هر دلیلی) به استفاده از آن باید موجب سلب آزادی و حقوق ابتدایی و حتی حریم خصوصی افراد گردد؟!

در برخی از روش‌های کسب در قبال خدمات صورت‌گرفته، مبلغی در قبال کار انجام‌شده، در نظر گرفته شده است که به‌منزله درآمد روزانه تلقی می‌شود و افراد معیشت خود را براساس آن قرار می‌دهند؛ دفاتر اسناد رسمی نیز از آن تبعیت کرده و حق‌التحریر مزد عرفی سردفتر به حساب می‌آید؟ آیا امری عقلی، شرعی یا قانونی مبنی بر منع افراد در

تصرف بر مزد عرفی خود وجود دارد؟ آیا می‌توان اجباری داشت که این مزد عرفی به شیوه‌ای خاص و به‌نجوی اتخاذ گردد که اصل تسلیط، آزادی اراده در نحوه نگهداری و برخورداری و مصرف شرعی و قانونی آن را زیر سؤال ببرد و این چگونه است که افراد اجازه تصرف به‌موقع و ضروری در مالی را که برای آن تلاش نموده‌اند، نداشته باشند و به‌صرف بهره‌گیری از فناوری نوین، به حریم خصوصی افراد دست‌درازی گردد.

مسئله‌ی دستورالعمل صادره از سوی سازمان ثبت اسناد و املاک کشور مبنی بر مکلف نمودن دفاتر اسناد رسمی بر دریافت حق‌التحریر به‌عنوان مزد عرفی عمل سردفتر از طریق سیستم بانکی و فراتر از آن از طریق یک سپرده بانکی مشخص، فاقد وجهت قانونی است. زیرا قانون، افراد را در کسب قانونی و شرعی و تصرف در مزد عرفی خود آزاد گذاشته است و این نوع اجبارهای بی‌قاعده موجب سلب آزادی افراد شده و مخالف نص صریح قانون اساسی است و امنیت روانی افراد در اطمینان به وجود قوانین شرعی را متزلزل می‌سازد.

چگونه ممکن است که سردفتر اسناد رسمی مطابق قانون دارای مسئولیت‌های متعدد بوده و به‌عنوان یک مرجع صلاحیت‌دار معرفی گردد اما اختیار دریافت مزد عرفی خود و یا حتی تعیین یک جایگاه مناسب برای دریافت آن را نداشته باشد؟! آیا این عمل، ورود به حریم خصوصی افراد تلقی نمی‌گردد جایی که سردفتر به هر دلیل معقول و به هر شکل خاصی به‌صورت روزانه نیازمند استفاده از منبع درآمد مشروع و قانونی خود است و یا قصد سرمایه‌گذاری و استفاده از حساب سپرده کوتاه‌مدت را داشته باشد.

در مدت اجرای این دستورالعمل، دفاتر اسناد رسمی متحمل خسارات مادی و معنوی گردیده‌اند که باید راهی برای احقاق حقوق تضییع‌شده‌ی دفاتر اسناد رسمی استفاده‌کننده از خدمات الکترونیکی بانک‌ها و مشخصاً دستگاه‌های الکترونیکی کارتخوان (POS) با عملکرد نامطلوب اتخاذ گردد تا خسارات متضررشدگان و زیان‌دیدگان از خرابی دستگاه‌ها از محل جریمه بانک‌ها به مشتریان پرداخت گردد.

در نهایت این‌که هرچند که دفاتر اسناد رسمی واحدی مستقل نبوده و در انجام وظایف

خود تابع قوانین و نظامات خاصی است اما با توجه به دلایل ذکرشده، يك واحد سازمانی نمی‌تواند به صرف استفاده از فناوری‌های نوین و ادعای رعایت حال و رفاه يك عده حقوق معین و ابتدایی افراد دارای صلاحیت قانونی را زیر سؤال برد. تمامی موارد مطروحه با رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به شرح زیر در خصوص ابطال دستورالعمل شماره ۱/۳۴/۲۴۵۶۱ مورخ ۱۳۷۹/۱۰/۱۰ سازمان ثبت مبنی بر پرداخت حق التحریر اسناد ثبتی مؤید این مطلب است.

رأی هیئت عمومی به این شرح است:

«با عنایت به این که حق التحریر برابر مقررات مربوط، متعلق حق سردفتر اسناد رسمی است و با عنایت به اعتبار اصل تسلیط، شخص مزبور متمکن از نحوه نگهداری و برخورداری و مصرف مشروع و قانونی آن می‌باشد. بنابراین، وضع قاعده آمره مبنی بر الزام سردفتر اسناد رسمی به افتتاح حساب قرض الحسنه در شعبه بانک ملی به منظور واريز حق التحریر اسناد رسمی در حساب مزبور خارج از حدود اختیارات سازمان ثبت اسناد و املاک کشور است و بدین جهت بخشنامه مورد اعتراض مستنداً به بند يك ماده ۱۹ و ماده ۴۲ قانون دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۸۵ ابطال می‌شود».

با وجود این، مواردی دال بر نقض رأی هیئت عمومی توسط سازمان ثبت و اجبار بر به‌کارگیری دستورالعمل صادره و اعلام تخلف در اجرای رأی هیئت عمومی از سوی سازمان مزبور دیده شده است. امید است تا تمامی افراد و ارگان‌ها خود را ملزم به اجرای قانون و تابع آن بدانند.

حرف ماه

رفاه اقتصادی جامعه در گرو دو عنصر محوری و اساسی است: کوشش در تولید و قناعت در مصرف، مقصود از تولید در اینجا، هر نوع اشتغال به کار مشروع برای تأمین معیشت و پیشرفت اقتصادی فرد و جامعه است که در آیات و روایات بر تولید در امور کشاورزی، دامداری، تجارت، صنعت و مانند آن تأکید شده است.

کار و کوشش برای کسب مال حلال، به گونه عام و تولید به طور خاص، بارها مورد توجه و تشویق پیشوایان دین است.

حضرت امیرالمؤمنین امام علی علیه السلام می‌فرماید: ملتی که آب و زمین کشاورزی به اندازه کافی دارد ولی آبها را مهار و زمین را اصلاح نکند و از آنها بهره‌برداری نکند و در اثر کم‌کاری محتاج گردد، از رحمت حق دور باد!

وقف باغ و مزرعه و مرتع، جزو صدقات جاریه است که همواره پرداختن به تجارت و صدقات جاریه از سوی پیشوایان دین اسلام مورد تشویق قرار گرفته و تأکید شده است که کار و تولید مایه عزت مسلمانان است.

حضرت امام جعفر صادق علیه السلام، محل کسب و کار را به «عزت» تعبیر فرمودند؛ یعنی که کار، تولید و به بهره‌رسانی ثروت، عزت است. چرا که بهره‌آور ساختن مال و ثروت، مایه شرافت برای کریم و بی‌نیازی از فرومایه است.

بدون تردید، حفظ عزت و بی‌نیازی از فرومایگان، گسترش رفاه معقول و عزتمندانه برای خانواده، تکریم خویشاوندان و همسایگان و همچنین انفاق در راه خدا و رفع نیازهای فردی و اجتماعی از جمله اهداف الهی تولید از دیدگاه اسلام است.

کسی که کار و تولید می‌کند و به امر مهم خدمت‌گزاری در هر زمینه اجتماعی مشغول است، اگر به‌منظور تأمین زندگی خانواده و صلح‌رحم، انجام وظیفه می‌کند و با کسب حلال، صدقه می‌دهد و حج و عمره می‌گزارد، دین و دنیای خود را آباد ساخته است.

در تأکید اسلام بر سفارش به کار و تولید همین بس که حضرت امام جعفر صادق علیه السلام می‌فرماید: حضرت امیرالمؤمنین علی علیه السلام هزار برده را از حاصل تولید و دسترنج خود آزاد کرد.

مفاتیح الحیاة، جوادی آملی، عبدا...، مرکز نشر اسراء، قم، بهار ۱۳۹۱، صص. ۵۸۳ - ۵۷۹.

اخبار، قوانین، مقررات، آراء و گزارش‌ها

۲ رأی جدید کمیسیون وحدت رویه کانون سردفتران و دفتریاران ابلاغ شد

با ابلاغ آراء کمیسیون وحدت رویه در خصوص تنظیم سند وکالت دایر بر اعطای اختیارات مدیران شرکت‌ها و اسناد موضوع تبصره ۲ بخشنامه تعرفه حق‌التحریر، این دو رأی لازم‌الرعایه شد.

به گزارش خبرنگار ماهنامه «کانون» در اجرای شق ۲ ماده ۶۶ قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران مصوب ۲۵ تیرماه ۱۳۵۴ دو موضوع که پس از بررسی دقیق کارشناسی از سوی کمیسیون وحدت رویه کانون سردفتران و دفتریاران مراحل قانونی خود را جهت اجرا طی نمود، طی نامه شماره ۶۸/۶۵۶ - و - ر به تاریخ ۱۳۹۱/۲/۳ ریاست کانون سردفتران و دفتریاران به دفاتر اسناد رسمی سراسر کشور ابلاغ شد.

متن آراء یادشده به شرح زیر است؛

تاریخ: ۱۳۹۱/۲/۳

شماره: ۶۸/۶۵۶ - و - ر

بسمه تعالی

دفتر اسناد رسمی شماره ...

در اجرای شق ۲ ماده ۶۶ قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران، اینک موضوعاتی که در کمیسیون وحدت رویه مطرح و منجر به اظهارنظر گردیده و به موجب نامه شماره ۹۰/۲۳۰۴۴۵ - ۱۳۹۰/۱۲/۲۰ اداره کل امور اسناد و سردفتران سازمان ثبت مورد تأیید معاونین و مشاورین سازمان ثبت اسناد و املاک کشور قرار گرفته و یا منصرف از نظر کمیسیون منجر به اظهارنظر گردیده است جهت اطلاع و رعایت مفاد آن ذیلاً ابلاغ می‌شود.

۱ - در خصوص سؤال جامعه سردفتران و دفتریاران اسناد رسمی استان یزد، بدین شرح «آیا مدیران و یا صاحبان امضای مجاز شرکت‌ها و یا به طور کلی اعضای هیئت مدیره می‌توانند اختیارات خود را طی وکالتنامه به دیگری تفویض اختیار یا اعطای وکالت کلی نمایند؟» بحث و بررسی لازم به عمل آمد و بدین شرح اظهارنظر گردید:

«با عنایت به مواد ۱۰۷، ۱۰۸، ۱۱۲ و ۱۱۸ قانون تجارت و ماده ۶۷۲ قانون مدنی چنانچه در اساسنامه شرکت تفویض اختیارات مدیران مجاز شناخته شده باشد، تنظیم سند وکالت دایر بر اعطای اختیارات مدیران نیز بلامانع است.»

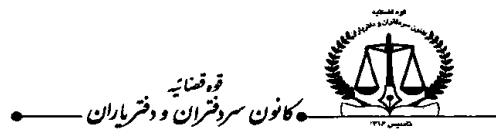
۲ - در خصوص سؤالات متعدد دفاتر اسناد رسمی بدین شرح «عنوان متعهد در تبصره ۲ بخشنامه تعرفه حق‌التحریر ناظر به چه اسنادی است؟» بحث و بررسی لازم به عمل آمد و بدین شرح اظهارنظر گردید:

«با توجه به آراء وحدت رویه شماره ۵۰/۳۱۸۷۶ مورخ ۸۶/۱۰/۱۵ و ۵۴/۲۲۰۶ مورخ ۸۹/۳/۲۲ کانون سردفتران و دفتریاران، مفاد تبصره ۲ بخشنامه تعرفه حق‌التحریر شامل تمام اسناد مالی و غیرمالی می‌باشد.»

محمد رضا دشتی اردکانی

رئیس کانون سردفتران و دفتریاران

تاریخ: ۳-۲۲/۳۹۱
 شماره: ۶۸۷۶۵
 به است:



بسمه تعالی

دقتراستاد رسمی شماره

در اجرای شق ۲ ماده ۶۶ قانون دفاتر استاد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران، اینک موضوعاتی که در کمیسیون وحدت رویه مطرح و منجر به اظهار نظر گردیده و به موجب نامه شماره ۹۰/۲۳۰۲۴۵-۹۰/۱۲/۲۰-۱۳۹۰ اداره کل امور اسناد و سردفتران سازمان ثبت مورد تأیید معاونین و مشاورین سازمان ثبت اسناد و املاک کشور قرار گرفته و یا منصرف از نظر کمیسیون منجر به اظهار نظر گردیده است جهت اطلاع و رعایت مفاد آن ذیلأ ابلاغ میشود.

۱- در خصوص سوال جامعه سردفتران و دفتریاران اسناد رسمی استان یزد، بدین شرح « آیا مدیران و یا صاحبان امضاء مجاز شرکت ها و یا بطور کلی اعضاء هیأت مدیره می توانند اختیارات خود را طی وکالتنامه به دیگری تفویض اختیار یا اعطاء وکالت کلی نمایند؟ » بحث و بررسی لازم بعمل آمد و بدین شرح اظهار نظر گردید:

« با عنایت به مواد ۱۰۷، ۱۰۸، ۱۱۲، ۱۱۸ قانون تجارت و ماده ۶۷۲ قانون مدنی چنانچه در اساسنامه شرکت تفویض اختیارات مدیران مجاز شناخته شده باشد، تنظیم سند وکالت دایر بر اعطاء اختیارات مدیران نیز بلامانع است.»

۲- در خصوص سوالات متعدد دفاتر استاد رسمی بدین شرح « عنوان متعهد در تبصره ۲ بخشنامه تعرفه حق التحریر ناظر به چه اسنادی است؟ » بحث و بررسی لازم بعمل آمد و بدین شرح اظهار نظر گردید:

« با توجه به آراء وحدت رویه شماره ۵۰/۳۱۸۷۶ مورخ ۱۵/۱۰/۸۶ و ۵۴/۲۲۰۶ مورخ ۲۲/۳/۸۹ کانون سردفتران و دفتریاران، مفاد تبصره ۲ بخشنامه تعرفه حق التحریر شامل تمام اسناد مالی و غیر مالی می باشد.»

محمدرضا دشتی اردکانی
 رئیس کانون سردفتران و دفتریاران

تهران، خیابان شهید استاد مطهری، روبروی خیابان سالی، پلاک ۲۷۳، تلفن: ۰۲۱-۸۸۷۰۵۱۹۰

www.notary.ir e-mail: info@notary.ir

معرفی کتاب

نورستان

نور در آینه دلها و اندیشه‌ها

یکی از زیباترین و پرمعناترین آیات الهی و هم‌چنین یکی از پرمرمز و رازترین آیات قرآن کریم، آیه نور است؛ در سوره مبارکه «نور».

این آیه شریفه از چنان اهمیتی برخوردار است که برخی از مفسران، آن را از اهم آیات توحیدی برشمرده‌اند.

اما رویکرد شیعه در تفسیر، برگرفته از روح زلال و حیانی و اندیشه ناب معصوم (علیهم‌السلام) است. چراغ راه شیعه، معروف‌ترین احادیث است؛ مشهور به حدیث نور از حضرت امیرالمؤمنین امام علی بن ابی‌طالب علیه‌السلام، به نقل از جابر بن عبد... انصاری.

جابر می‌گوید: داخل مسجد کوفه شدم و حضرت امیرالمؤمنین علی (ع) را دیدم که تبسم می‌کند. عرض کردم: چه چیزی باعث خنده شما شده یا امیرالمؤمنین (ع)؛ فرمود: درشگفتم؛ از کسی که این آیه را می‌خواند ولی معرفت آن را درک نمی‌کند.

گفتم: کدام آیه؟

فرمودند: اللَّهُ نُورُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ مِثْلُ نُورِهِ كَمِشْكَاةٍ فِيهَا مِصْبَاحٌ الْمِصْبَاحُ فِي

زُجَاجَةٍ الزُّجَاجَةُ كَأَنَّهَا كَوْكَبٌ دُرِّيٌّ يُوقَدُ مِنْ شَجَرَةٍ مُبَارَكَةٍ زَيْتُونَةٍ لَا شَرْقِيَّةٍ وَلَا غَرْبِيَّةٍ يَكَادُ زَيْتُهَا يُضِيءُ وَلَوْ لَمْ تَمْسَسْهُ نَارٌ نُورٌ عَلَى نُورٍ يَهْدِي اللَّهُ لِنُورِهِ مَنْ يَشَاءُ وَيَضْرِبُ اللَّهُ الْأَمْثَالَ لِلنَّاسِ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ

توضیح فرمود که: مشکوة، محمد (ص) است؛ و مصباح، من هستم؛ و زجاجه، حسن و حسین (علیهم‌السلام)؛ و کوكب دري، علی بن‌الحسین (ع) است؛ شجره مبارکه، محمد بن علی (ع) است؛ زيتون، جعفر بن محمد (ع) است؛ لاشرقية، موسی بن جعفر (ع) است؛ و لا غربية، علی بن موسی الرضا (ع) است؛ يكادُ زيتُها يضيءُ، محمد بن علی الجواد (ع) است؛ و لو لم تمسسه نارٌ نورٌ علی نورٍ، حسن بن علی (ع) است؛ و يهدي الله لنوره من يشاء، مهدی قائم آل محمد (عج) است.

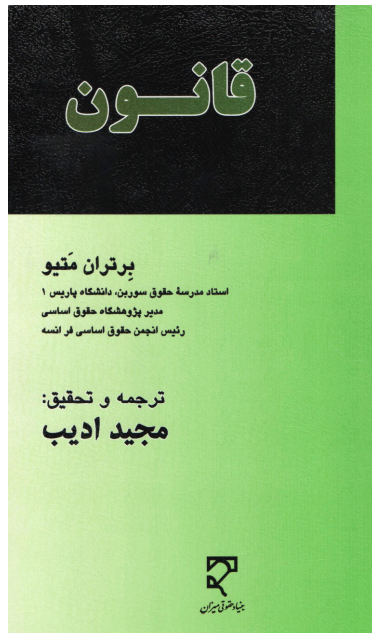
دکتر محمدباقر فهامی در کتاب حاضر به تفسیر واژه به واژه و عبارت به عبارت این آیه شریفه می‌پردازد که جمعاً ۳۶۰ صفحه را به این موضوع اختصاص داده است. مشکوة، ناشر این کتاب است که در نوبت اول چاپ، در سال جاری، با شمارگان ۲۰۰۰ نسخه و به ارزش ریالی ۱۴ هزار تومان، آن را روانه بازار کتاب‌های دینی کرده است.



قانون

قانون، عقل جامع جامعه انسانی است که اراده جمعی آن را متجلی نموده و با اعلام نمایندگانی از این جامعه، نمادین می‌شود.

قانون که از بین مردم برخاسته و از جامعه اثر پذیرفته، در زمینه‌های متفاوتی - دوباره - بر جامعه اثر می‌گذارد. آن‌گاه که در رفتارهای اجتماعی مردم، پیدا و پنهان می‌شود، اثرپذیر است لیکن هرگاه قالب خاص گرفت و عنوان‌هایی همچون قانون مدنی، قانون تجارت، قانون مجازات، قانون آیین دادرسی مدنی



و قانون آیین دادرسی کیفری و قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی بر آن نام گرفت، بر جامعه اثرگذار می‌شود و نظم عمومی و انتظام اجتماعی مردم را زیر تأثیر خود مدیریت می‌کند؛ تا جایی که حتی تعیین‌کننده سرنوشت اشخاص جامعه، از هر حیث، خواهد بود. قانون است که اجازه سقط جنین نمی‌دهد و قانون است که حکم به مرگ ترحمی می‌دهد. قانون می‌میراند و قانون، حیات و زندگی می‌بخشد. اگر قانون‌گذار، قوانین دقیق و بنیادین وضع نماید، هیچ فرمانی، جانشین قانون نمی‌شود.

قانون، تنها ساختمانی است که می‌تواند نه ارتفاع و نه عمق و نه حجم داشته باشد اما در افق دید قانون‌گذارانی متخصص قانون‌نویسی و مهندسان اجتماعی، چنان آینده بلند و چشم‌انداز وسیع و خوش‌آب‌ورنگ را ترسیم نماید که از بلندترین ساختمان‌ها هم نتوان این چنین دیده‌بانی نمود. از دیرباز، عقل اکتسابی بشر به دنبال کسب تجربه

دیگران، توفیق بیشتری را نصیب خویش نموده است؛ که قانون‌گذار ایران نیز متصف به همین وصف در زمینه قانون‌شناسی و قانون‌گذاری است. اقتباس و تأثیرپذیری قانون مدنی و قانون تجارت ایران از قوانین فرانسه و هم‌چنین بهره‌گرفتن مواد قانونی راجع به احوال شخصیه از فقه امامیه، گویای این واقعیت است که قانون‌گذار عاقل، آن است که پیش از ورود تکنولوژی و فناوری نوین، بر شیوه قانون‌نویسی و اصل و فرع موضوع تکنیک و فن جدید، آگاهی و اشراف قانونی دارد و براساس مطالعات قانون‌شناسی، نسبت به تدوین قانون مربوط در کشور خویش، اقدام نموده است.

این مهم، بیانگر ضرورت احیای نهضت ترجمه و هم‌زمان با آن، دعوت از متخصصان امر برای بازبینی و بازنگری حقوقی کتاب‌های قوانین و مقررات است.

گاهی، قانون در مقام اصلاح، چنان تصحیح می‌شود که تمام قد، لباس نو و جدید می‌پوشد و اثری از مواد پیشین قانون در قانون اصلاحی جدید دیده نمی‌شود و آنچه تغییر نموده، اضافه شدن واژه «قانون

اصلاح» به ابتدای عنوان قانون قبلی است. گاهی هم دیده شده که قانونی چنان مختصر و کوتاه و مجمل، وضع می‌شود که آیین‌نامه راجع به آن، چندین برابر حجم متن قانون است. این ضعف و قوت‌ها، جملگی نشان از توجه و اهتمام قانون‌گذار هر کشوری به اصول قانون‌نویسی و شیوه‌های تقنینی و زمینه‌های مطالعاتی قانون‌شناسی دارد. تمامی این نکته‌ها، دلایلی است که مجید ادیب را به‌عنوان مترجم و پژوهشگر حقوقی، واداشت تا کتاب حاضر را پس از ترجمه و تحقیق دقیق، زیرعنوان «قانون» به دست انتشار بسپارد. برای اهل پژوهش و مطالعات حقوقی، کافی است که بدانند نویسنده کتاب La loi استاد بنام حقوق عمومی «برتران متیو» است. و همین یادآوری، پژوهشگر را متوجه موضوع اصلی کتاب می‌نماید؛ حقوق اساسی! اما بایستی تعبیری آورد تا ذهن مخاطب کتاب، فعال‌تر شود و بیشتر به مطالعه کتاب «قانون» علاقه‌مند گردد. و آن تعبیر، این است که این کتاب و کتاب‌هایی همچون «قانون» را می‌توان به کتاب‌های میانی علم حقوق و بنیادهای علم سیاست، مانند نمود؛ کتاب‌هایی که دانشجوی و پژوهشگر مبتدی، تا آن را عمیق نخواند و از تحلیل مفاهیم آن سردرنیاورد، درک موضوع نتواند و استاد و محقق و صاحب‌نظر نیز تا آن را بازبینی ننماید و بازتحلیل نکند، اطلاعات و دانش حقوقی‌اش به‌روز نشود. و حتی به‌جرات می‌توان اذعان نمود که مطالعه چنین کتاب‌هایی برای نمایندگان حقوقی شرکت‌ها و مشاوران و قضات و وکلا و خصوصاً آیین‌نامه‌نویسان اعم از دولتی و غیردولتی و به‌ویژه نمایندگان مردم در دستگاه تقنینی کشور، فراتر از مشق شب؛ یک فرصت مطالعاتی است که مترجم به‌راحتی، در کوتاه‌ترین زمان ممکن یعنی کمتر از ۲ سال از تاریخ انتشار متن فرانسوی کتاب (سال ۲۰۱۰م)، آن را در اختیار همگان قرار داده است.

شاید گزاف نباشد اگر کتاب «قانون» را کتابی در کتاب، نام نهاد. چرا که زیرنویس‌های مترجم در اکثر صفحات کتاب، نه فقط مفاهیم ناآشنا و نامأنوس واژگان فرانسوی را در قالب زبان فارسی، واژه‌سازی حقوقی نموده بلکه این کتاب پژوهش‌محور را خواندنی‌تر نیز ساخته است. ارزش ریالی این کتاب ارزشمند یکصدوشصت صفحه‌ای، ۶۵۰۰ تومان است که چاپ اول آن با شمارگان ۱۰۰۰ نسخه در پاییز سال جاری از سوی نشر میزان روانه بازار کتاب‌های حقوقی شده است. جایگاه قانون در سلسله مراتب هنجارهای حقوقی و آسیب‌شناسی قانون، دو بخش مهم و اساسی این کتاب را تشکیل می‌دهد. و به بیانی روشن، برخی واژگان کلیدی و سرفصل‌های اصلی کتاب «قانون» عبارت است از: قانون، هنجار بنیادین؛ قانون، برآمده از مجلس حاکم؛ قانون، مصوبه فردی؛ قانون، هنجار مرجع؛ تفکیک میان قانون و آیین‌نامه؛ دامنه دخالت قانون‌گذار؛ مصوبه اداری و رعایت قانون؛ قانون دوراندختنی؛ قانون نارسا؛ قوانین غیرتقنینی؛ قانون سست یا پندآموز؛ حاکمیت اصل امنیت حقوقی بر قانون؛ ساده‌سازی قانون؛ قانون کوتاه‌تر؛ حذف مقررات فاقد بار حقوقی؛ حذف مقررات آیین‌نامه‌ای؛ حذف مقررات نامربوط؛ قانون‌گذاری رساتر؛ قانون متناسب‌تر؛ اعمال بهتر قانون.

قابل توجه سردفتران و دفترباران

و

دفاتر اسناد رسمی سراسر کشور

هر چند بدیهی است لیکن تأکید می‌شود که مجموعه به چاپ رسیده زیر عنوان «نظریه‌های مشورتی کمیسیون حقوقی کانون سردفتران و دفترباران» همان‌گونه که از نام آن مستفاد می‌گردد صرفاً مشتمل بر نظریات مشورتی اعضای محترم کمیسیون حقوقی کانون سردفتران و دفترباران می‌باشد و به‌منظور ارتقای سطح علمی و دانش حقوقی علاقه‌مندان در اختیار همکاران ارجمند قرار گرفته است. لذا از حیث اجرا، جنبه الزام‌آور نداشته و مسقط یا موجد الزامات قانونی برای سردفتران و دفترباران دفاتر اسناد رسمی سراسر کشور نمی‌باشد.

نظریه‌های مشورتی کمیسیون حقوقی

کانون سردفتران و دفترباران

کتاب ارزشمند «نظریه‌های مشورتی کمیسیون حقوقی کانون سردفتران و دفترباران» حاصل نشست‌های علمی-حقوقی و پژوهش‌محور کمیسیون حقوقی دفتر حقوقی و حمایت قضایی کانون سردفتران و دفترباران است



که از تاریخ ۱۳۸۲/۳/۶ لغایت ۱۳۸۶/۴/۲۷ طی ۱۷۰ جلسه رسمی پس از بحث و بررسی درخصوص پرسش‌ها و مسایل مطرح‌شده از سوی دفاتر اسناد رسمی، جوامع سردفتری و مراجع قضایی، حسب مورد پاسخی شایسته و علمی-تحقیقی براساس آخرین مقررات و دکترین‌های حقوقی داده‌است که موضوعات آن اعم از اتباع بیگانه، اجاره، اجرائیه، احراز هویت، احوال شخصیه، اراضی، املاک، استعلامات، اشخاص حقوقی، اقرارنامه، انتقال اجرایی، 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 شده است که علاقه‌مندان به تهیه کتاب می‌توانند با تکمیل «فرم خرید کتاب» (صفحه بعد) نسبت به تهیه آن اقدام نمایند.

قابل توجه نویسندگان محترم مقالات

ماهنامه «کانون» قصد دارد از یکصدویکمین شماره، به نکات مهم زیر درخصوص شیوه تهیه و تنظیم و تدوین مقالات دریافتی 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 داورى ماهنامه «کانون» باشد، به چاپ خواهد رسید. از همین رو، خواهشمند است این «شیوه‌نامه تدوین مقالات»، دقیقاً مطالعه و رعایت شود.

● شیوه‌نامه تدوین مقالات

- ۱ - موارد زیر به‌طور دقیق و کامل و خوانا حتماً ضمیمه مقاله باشد؛
 - ۱ - ۱ - نام و نام‌خانوادگی، میزان تحصیلات، رشته تحصیلی، رتبه علمی-پژوهشی یا دانشگاهی، گروه آموزشی، نام دانشکده، نام دانشگاه، نام شهر واحد دانشگاهی (هم فارسی، هم انگلیسی یا فرانسه).
 - ۲ - ۱ - نشانی، کدپستی، شماره تلفن ثابت، نمابر و موبایل، نشانی رایانامه (ایمیل) نویسنده.
 - ۳ - ۱ - ارسال سوابق علمی-پژوهشی و مطالعات علمی-تحقیقی نویسنده برای اولین بار ضروری است.
 - ۴ - ۱ - دقیقاً نام مسئول مقاله، 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) اولویت دارند.
 - ۶ - مقاله ارسالی نباید قبلاً چاپ شده باشد و هم‌چنین نویسنده نباید بدون اجازه‌نامه کتبی دفتر ماهنامه «کانون»، جهت چاپ در دیگر مطبوعات اعم از مجازی، اقدام نماید.
 - ۷ - مقاله نباید بیش از ۳۰ صفحه (A4 تایپ‌شده) باشد. ماهنامه از پذیرش و چاپ مقاله‌های چندقسمتی معذور است.
 - ۸ - ماهنامه از مقاله‌های تنظیمی به روش استناد «درون متنی» استقبال می‌کند.
 - ۱ - ۸ - پس از آوردن متن نقل قول اعم از مستقیم یا غیرمستقیم کافی است داخل پرانتز به‌ترتیب آورده شود؛ الف - نام‌خانوادگی نویسنده اثر. ب - سال نشر اثر. ج - شماره صفحه مورد استناد. مثلاً: (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص. ۲۷).

۲۱۵ - ۸ - در صورت تعدد آثار نویسنده در یک سال، منبع مورداستناد را با حروف ابجد (الف، ب، ج، د، ...) مشخص نمایید. مثلاً: (کاتوزیان، ۱۳۸۳ [الف]، ص. ۳۹) و (کاتوزیان، ۱۳۸۳ [ب]، ص. ۲۴۵).

۹ - منابع مورداستناد اعم از فارسی یا غیرفارسی، در پایان مقاله به ترتیب الفبایی نام خانوادگی نویسنده آورده شود:

۱ - ۹ - کتاب:

الف - نام خانوادگی نویسنده، ب - نام نویسنده، ج - سال نشر کتاب، د - **عنوان کتاب**، ه - نام مترجم، و - شماره جلد، ز - شماره چاپ، ح - محل نشر کتاب، ط - نام یا عنوان ناشر؛ مثلاً: امامی، سیدحسین (۱۳۷۳)، **حقوق مدنی**، ج. ۶، چ. ۴، تهران، کتابفروشی اسلامیه.

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 مورداستناد؛ مثلاً: فدوی، سلیمان، (مهرماه ۱۳۸۸)، **نگاهی جدید به بندهای اول تا پنجم ماده ۹۷۶ قانون مدنی ایران**، «کانون» کانون سردفتران و دفتریاران، سال پنجاه و یکم، دوره دوم، ماهنامه، ش. ۹۷، صص. ۶۳ - ۲۹.

۱۰ - محور اصلی مطالب قابل درج در ماهنامه، مسایل حقوقی عموماً و به طور اخص نظام سردفتری، حقوق ثبتی، حقوق ثبت اسناد و املاک و مسایل روز دفاتر اسناد رسمی است. از این رو، مقالات ارسالی باید به نحوی با موضوعات مذکور پیوند داشته باشد.

۱۱ - هیئت تحریریه در ویرایش ادبی، فنی، نگارشی و علمی مقاله‌ها، آزاد است.

نشانی دفتر ماهنامه: تهران، خیابان استاد مطهری، خیابان شهید علی اکبری، خیابان شهید صحافزاده، شماره ۳۸، ساختمان شماره ۴ کانون سردفتران و دفتریاران

کد پستی: ۱۵۷۶۹۴۴۵۱۳

تلفن: ۰۲۱ - ۸۸۷۳۹۲۸۷

صندوق پستی: ۴۱۹ - ۱۴۳۳۵

دورنگار: ۰۲۱ - ۸۸۷۳۹۱۰۴

www.notary.ir

پایگاه اینترنتی کانون سردفتران و دفتریاران:

Email: MAGAZINE@NOTARY.ir

نشانی الکترونیکی ماهنامه:

Kanoon.notary@gmail.com

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

- بالا بردن سطح دانش و آگاهی‌های سردفتران و دفتریاران
- فراهم کردن زمینه اجرای بند یک ماده ۶۶ قانون دفاتر اسناد رسمی
- ایجاد رویه واحد در طرز اعمال قوانین با درج نظریه‌های حقوقی و قضایی
- نقد علمی و تحقیقی در مسایل حقوقی و قضایی به منظور تولید علم
- بحث در قوانین خارجی و مطالعه تطبیقی آن‌ها و رویه قضایی کشورها
- درج نظریه‌ها و دیدگاه‌های اندیشمندان حقوق ایران و جهان
- نشر برخی از قوانین، مقررات رسمی، آراء وحدت رویه و احکام دادگاه‌ها
- انتشار سخنرانی‌ها و مصاحبه‌های علمی و حقوقی
- ارائه راه حل در طرح مشکلات شغلی و حرفه‌ای سردفتران و دفتریاران

.....

- ماهنامه از پس فرستادن مقالات دریافتی معذور است.
- ماهنامه در تلخیص و ویرایش مطالب آزاد است.
- مقالات و مطالب ماهنامه صرفاً بیان‌کننده آراء و نظرهای نویسندگان است.
- نقل مطالب ماهنامه با ذکر دقیق مأخذ آزاد است.

برگ درخواست اشتراک ماهنامه «کانون»

خواهشمند است تعداد..... نسخه ماهنامه «کانون» را از شماره..... برای

اینجانب..... که سردفتر دفتریار کارمند دفتر اسناد رسمی

وکیل قاضی کارشناس حقوقی دانشجو یا هستم، به

نشانی:.....

.....

پست الکترونیک:..... E-mail :.....

--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

تلفن تماس:..... کد پستی:.....

ارسال فرمایید. هزینه اشتراک طی فیش بانکی شماره به مبلغ

برای ۶ ماه یکسال که اصل آن پیوست می باشد، 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 شماره حساب سیبا ۰۱۰۴۲۸۲۸۰۸۰۰۵ بانک ملی شعبه خیابان میرزای شیرازی کد ۱۶۹ به نام ماهنامه کانون واریز فرمایید.
(لطفاً عنایت فرمایید)

- فیش واریزی در همان روز به دفتر ماهنامه نامبر شود.

- 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 دفتر ماهنامه 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 می توانید به نشانی اینترنتی www.notary.ir مراجعه فرمایید.

●● گفتنی است جهت متقاضیان اشتراک خارج از کشور، حسب مورد هزینه پستی به مبلغ مذکور علاوه می شود.

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 ١٢٨

يتضمن العدد ١٢٨ من مجلة "كانون" الشهرية لشهر ابريل ٢٠١٢ و كما الاعداد السابقة، قسم "رؤية" بقلم مديرها المسؤول السيد محمد رضا دشتي اردكاني يتطرق المقال الى القانون و سلطة القانون و غياب امكانية تطبيق الانظمة الداخلية المخالفة للقانون. كما يحمل قسم "حديث الساعة" لهذا العدد من المجلة عنوان "سمات المدير الممتاز" يشدد فيه على ضرورة تشكيل نقابات جديدة في المحافظات لرؤساء و مساعدى مكاتب التوثيق الرسمى و واجباتهم و يعرض لمواصفات و ميزات مدراء النقابة عشية اقامة الانتخابات الرابعة لمجلس ادارة نقابة رؤساء و مساعدى مكاتب التوثيق الرسمى فى العاصمة و اوصاف المدير الجيد من بين مدراء مكاتب التوثيق الرسمى.

و هذا المقال الافتتاحى بقلم رضا تاجكر المستشار المدير المسؤول.

و فى قسم المقالات، ثمة مقال للسيد بهمن رازاني بعنوان "تحليل حول الجناح الواردة فى المادة مئة من قانون التسجيل". و موضوع هذه المادة يدور حول عقوبة من يقوم بتزوير الوثائق الرسمية. يذكر انه قلما تم لحد الان دراسة مفاد هذه المادة القانونية.

و مقال اخر فى هذا القسم تحت عنوان "ملاحظات حول لزوم و كيفية التسجيل الرسمى لعقود المشاركة فى مكاتب التوثيق الرسمى و اثره على ايجاد و تطوير الامن الاقتصادى و النظام الحقيقى"، بقلم السيد احسان معدوليت، يناقش فيه بشكل دقيق و تخصصى، هذه العقود استنادا الى الهادتين ٤٧ و ٤٨ من قانون التسجيل و المادة ٤٤ من الدستور و المقررات السارية فى البلاد خاصة فى ظل قانون البيع المسبق للمباني و الشروط الحقوقية

لاطر المشاركة التجارية Joint Venture و يؤكد بانه يجب تنظيم و تسجيل هكذا عقود بصورة رسمية لدى مكاتب التوثيق الرسمي و الكاتب العدل.

من المقالات الاخرى في هذا العدد من هذه المجلة الشهرية هو "الماهية الفقهية و الحقوقية للسرقة الالكترونية" بقلم السيد صمد حضرتي شاهين دج، يتطرق فيه الى مواصفات السرقة الالكترونية و يسلط الضوء قانونيا على العناصر المكونة لمجرم السرقة الالكترونية.

و هناك مقال بقلم السيد محمد عظيميان بعنوان "نقد مقتضب على النظام التنفيذي للمادة ٢٩ من قانون البت في المخالفات المرورية" الذي يؤكد على تعديل و اصلاح النظام التنفيذي هذا و يعتبر الكاتب ان اصلاح النظام التنفيذي يشكل السبيل الوحيد للتمهيد لوضع المادة ٢٩ من القانون المذكور موضع التنفيذ بشكل صحيح.

و يتضمن هذا العدد القسم الحادى والعشرين من "قاموس مفردات و مصطلحات الفقه" بقلم السيد جليل محمدي و هو استمرار للاقسام العشرين الماضية التي نشرت في الاعداد السابقة من المجلة. و يمكن لهذه الاقسام ان تكون محط اهتمام المهتمين بمعرفة مصطلحات الفقه.

و في مقال اخر بعنوان "دراسة الخيارات الفقهية في قانون التجارة الالكترونية" بقلم السيد محسن رضوي اصل يستعرض فيه اسباب عدم اهتمام المشرع بموضوع "الخيارات" و يرى ان من الضروري، اصلاح قانون التجارة الالكترونية.

و في قسم "نافذة" هناك مقال مقتضب للسيدة بهنوش فلاحت بيته تتطرق فيه الى الوثائق الرسمية و العقود، المعفاة من تسديد بدل التسجيل و ان بدل التسجيل لاينسحب على مثل هذه العقود. و هذا المقال هو بعنوان "دراسة حالات الاعفاء و عدم تسديد بدل التسجيل في تنظيم العقود".

كما ان ثمة مقال للسيدة خديجة ساسانيان اصل تحت عنوان "نظام دفع النقود عن طريق جهاز التسديد ببطاقات الائتمان (pos) في مكاتب التوثيق الرسمي"، تقدم فيه هذا النظام من وجهة النظر الفنية و التخصصية، و تبين التحديات التي تواجه مكاتب التوثيق الرسمي في

كيفية اعتماد هذا النظام و المشاكل الناجمة عن غياب البنى التحتية للاتصالات السلكية و اللاسلكية و المشاكل التقنية.

و في الختام، يتضمن هذا العدد من مجلة "كانون" و كما الاعداد السابقة الاخبار و التقارير و القوانين و المقررات و وجهات النظر و التقارير و تقديم كتاب او كتابين مهمة في مجال القانون.

كما انه يتم نشر خلاصة باللغات العربية و الانجليزية و الفرنسية عن المحتويات و المقالات المنشورة، في كل عدد الامر الذي يحظى باهتمام فقهاء القانون و الباحثين الاكاديميين.

inaperçu la question importante des « options de résiliation », insistant sur la nécessité de modifier le Code du commerce électronique.

Dans la rubrique « **Fenêtre** » nous lisons une brève note de Madame Behnoush Falahatpisheh qui évoque certains actes authentiques et contrats exonérés des droits d'enregistrement ; les droits d'enregistrement n'y sont pas applicables. Cette note s'intitule « **L'étude des cas d'exonération et de non applicabilité des droits d'enregistrement dans l'établissement des contrats** ».

Dans une note intitulée « **Le système de distribution des billets par carte bancaire (POS) auprès des études notariales** », Madame Khadijeh Sasanian Asl présente ce système du point de vue des spécifications techniques tout en expliquant les problèmes qui se posent aux études notariales en ce qui concerne le mode d'utilisation de ce système et les problèmes liés à l'absence de l'infrastructure de la télécommunication et aux problèmes technologiques.

Enfin, comme dans tous les autres numéros précédents, après l'actualité, les lois et règles, les thèses et rapports, plusieurs livres juridiques importants ont été présentés

Les penseurs juridiques et les chercheurs universitaires pourront lire aussi un extrait d'articles de ce numéro en langues arabe et anglaise.

« **Les observations sur la nécessité et la qualité de l'enregistrement authentique des contrats de joint-venture auprès des études notariales et ses effets sur la création et le développement de la sécurité économique et de l'ordre juridique** » est le titre d'un article de M. Ehsan Ma'douliat qui, en se fondant sur les articles 47 et 48 du Code de l'enregistrement et l'article 44 de la Constitution ainsi que les règles en vigueur, surtout sur l'orientation de la loi relative au prévente du bâtiment et aux conditions juridiques des formes de joint-venture, explique la question minutieusement et en connaisseur de cause en insistant sur le fait que ces contrats doivent être établis et enregistrés authentiquement auprès des études notariales.

« **La nature jurisprudentielle et juridique du vol électronique** », écrit par M. Samad Hazrati Shahin Dej, est un autre article du mensuel dont l'auteur évoque les caractéristiques du vol électronique tout en exprimant juridiquement les éléments constitutifs du vol électronique.

On lira aussi un article de M. Mohammad Azimian intitulé « **Une brève critique du règlement exécutif de l'article 29 de la Loi des contraventions de la circulation** » qui insiste sur la nécessité de la modification de ce règlement. Pour l'auteur, la modification du règlement est le seul moyen qui ouvrira la voie vers la bonne application de l'article 29 de ladite Loi.

La 21^e partie du « **Dictionnaire des termes et expressions relatifs à la fondation pieuse** », élaboré par M. Seyed Jalil Mohammadi, qui pourra attirer l'attention des curieux de la terminologie de la fondation pieuse.

Dans une autre note de M. Seyed Mohsen Razavi Asl intitulée « **L'étude des options de résiliation jurisprudentielles dans le Code du commerce électronique** » explique pourquoi le législateur a passé

EXTRAIT D'ARTICLES DE KANOUN N° 128

Comme dans tous les autres numéros de Kanoun, l'édition 128 du mensuel, celle mai 2012, le « **Point de vue** », écrit par le directeur M. Mohammad Reza Dashti Ardakani, rappelle quelques points sur la loi et la légalité ainsi que sur la non possibilité d'exécution des règlements qui contredisent la loi.

« **La parole du jour** » contient un article portant le titre « **Les qualités d'un bon directeur** » qui évoque la question importante de la création de nouveaux ordres provinciaux des notaires et clercs et leur cahier des charges. L'auteur exprime aussi les caractéristiques des directeurs de l'ordre à la veille de l'organisation de la quatrième élection du conseil d'administration de l'Ordre central des notaires et clercs, énumérant les qualités d'un bon directeur pour la société des notaires.

Cet éditorial a été écrit par M. Reza Tajgar, Conseiller du directeur général.

Dans la partie des articles, le lecteur lira un article de M. Bahman Razani intitulé « **L'analyse des délinquances objet de l'article 100 du Code de l'enregistrement** ». Ledit article a pour objet les peines encourues par l'auteur du faux et de la falsification des actes authentiques. Il faut noter qu'on n'a pas assez parlé des dispositions de cet article jusqu'à présent.

In continuation, Mrs. Khadijeh Sassanian Asl, under the title of “**Electronic payment system, Point of Sale (POS) in Notary Public Offices**” while introducing the system from the technical and specialized point of view, explains the existing challenges in the notary public offices in methods of usage and difficulties faced due to inadequate telecommunications infrastructure and technical problems.

Lastly, much like the previous issues, after all the discussions of the news, laws, regulations, and reports, also a number of important legal books are introduced. And of course, as previous issues, the translations of the summary of these articles to be used by the legal scholars and university researchers are available in Arabic and French.

Public Offices, and its effect on the creation and development of economic security and legal order” is another topic in the article section written by Mr. Ehsan Madouliyat, citing Articles 47 and 48 of Registration Act, and the Article 44 of the Constitution, and current regulations of the country, specially pre-construction sale of real estate, and legal conditions governing commercial partnership as Joint Venture, carefully explores with required expertise of the subject, and insists that such contracts must be adjusted and officially be registered in the offices of Notary Public.

“Jurisprudential and legal nature of electronic theft” is another article in the journal written by Mr. Samad Hazrati Shahin dej who while addressing the properties of the electronic theft, also examines the legal ramification of the components involved in the electronic theft.

In continuation, in an article by Mr. Mohammad Azimian under the title of **“A short critical narrative on the executive bylaw of Article 29 of the review of traffic violations”** the author emphasizes reformation of this regulation, and argues the only way to properly implement the Article 29 is to pave the road for amending the regulations.

The 21st edition of **“Glossary of Terms and Idioms of Endowment”** by Mr. Seyed Jalil Mohammadi is the continuation of the past series that may be of interest to enthusiasts dedicated to the terminology of endowment.

In another article, Mr. Seyed Mohsen Razavi Asl, under the title of **“Review of Options of Islamic Laws in Electronic Commerce Laws”** explores the lack of attention by legislator to the important issue of “Options”, and states the necessity of reforming the laws governing the electronic commerce

In the section **“Window”**, a brief article by Mrs. Behnosh Falahat Pisheh, under the title of **“Review of the exemption and inapplicable registration fees in drawing up contracts”** explores cases where official documents and contracts are either exempt from legal registration fees or the fees do not apply at all.

Summary of the 128th Edition of the “Kanoon” Monthly Publication

Continuing the tradition of the past issues, in the special 128th edition of the monthly publication of “Kanoon”, issued in the month of May, 2012, the Managing Director; Mr. Mohammad Reza Dashti Ardekani in the “**Viewpoint**” section points out the concerns about the law, adhering to the law, and lack of possibility of execution of illegal by-laws.

In the “**Commentary of the Day**” section of this issue, under the title of “**The Characteristics of a good manager**” written by the counsel to the managing editor; Mr. Reza Tajgar, who points out the necessities of formation of new provincial Notary Public and Notary Public’s Assistant Associations, and descriptions of the association duties, and briefly explains the special criteria set for managers of the association in the forthcoming fourth election of the board of directors of the Central Notary Publics & Notary Public’s Assistants Association listing the qualifications of a good administrator to direct the Notary Public society.

In the “**Articles**” section, Mr. Bahman Razani writes under the title of “**Analysis of Delinquencies under the Article 100 of the Registration Act**” and explores the subject of this Article, which is the punishment set for committing forgery and deception in the official documents. It must be noted that up to now, not much analysis of the content of this article of law has been conducted.

In continuation, “**Considerations about the necessity and quality of official registration of partnership contracts in the Notary**



Notarie's Public & Assistant's Association

News and analysis on humanities

54th year , second Vol. No 128

May 2012

Proprietor:

Notary Public And Assistant's Association

Managing Editor:

Mohammad Reza Dashti Ardakani

Managing Editor's Consultant & Executive

Assistant: Reza Tajgar

Legal Editor: Reza Tajgar

Page Maker and typesetter: Fahimeh Esmaili

Co - authors:

Mohammad Azimian, Behnoosh Falahat Pisheh,
Khadijeh Sassanian Asl, Samad Hazrati Shahin dej,
Ehsan Madouliyat, Seyed Jalil Mohammadi,
Bahman Razani, Seyed Mohsen Razavi Asl &
Reza Tajgar.

Editor: Vahid Amini

Mobile: 09128155179

Address: No38, Shahid sahaf Zadeh st., shahid AliAkbari st., Ostad Motahhari st., Tehran.

Tel: +9821 -88739287

Fax: +9821 - 88739104

Website: www.notary.ir

P.O.Box: 14335 - 419

Postcode: 1576944513

E-mail: MAGAZINE@NOTARY.IR

Kanoon.notary@Gmail.com

Printers: Mo'alla

Address: No.14, 8th Alley, Khajeh Abdo'llah Ansari St.,Shari'ati St. Tehran.

Tel: +9821 - 22884023

Price : 32000 RIs

ISSN: 2008 -2851