

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



مجله کانون

خبری و تحلیلی در زمینه علوم انسانی
سال ۴۸ ، دوره دوم ، شماره ۵۹
بهمن و اسفند ۱۳۸۴

صاحب امتیاز و مدیرمسئول:

کانون سردفتران و دفتریاران

مدیر اجرایی:

ناصر نایبی

سر دبیر:

سلیمان فدوی لنجوانی

همکاران این شماره:

هادی معزالدینی، دکتر محمدحسین شهبازی، دکتر

رضا ولویون، سلیمان فدوی، مرتضی وصالی ناصح

احسان الله پیرداده، فاطمه مقدم، هادی کریمی،

غلامرضا کامیار، دکتر حسینقلی حسینی نژاد

ویراستار ادبی:

وحید امینی

حروفچین و صفحه‌آرا:

فهیمة اسماعیلی

نشانی الکترونیکی:

MAGAZINE@NOTARY.ir

نشانی دفتر مجله:

تهران، خیابان استاد مطهری،

مقابل خیابان سنایی، پلاک ۲۸۳

صندوق پستی: ۱۴۳۳۵/۱۱۵۱

تلفن و دورنگار: ۸۸۷۲۸۷۵۵

چاپ: مهنا

لیتوگرافی: صبا

شمارگان: ۴۸۰۰ نسخه

بها: ۱۰۰۰ تومان

اعضاء شورای علمی:

دکتر سلیمان فدوی

حمید صالحی

اصغر قیماصغری

عبدالایمان محقق

ناصر نایبی

خسرو عباسی داکانی

حسنعلی تربتی

حمید هاشم‌بیگی

حسن روشن

دکتر منوچهر مؤتمنی طباطبایی

دکتر حسینقلی حسینی نژاد

دکتر نجاد علی الماسی

دکتر ربیعا اسکینی

دکتر محمدحسین شهبازی

دکتر رضا ولویون

دکتر اسدالله امامی

دکتر ایراندخت نظری (شهیدی)

دکتر عباس منتهایی

فهرست مندرجات

صفحه	عنوان
۷	سرمقاله - نحوه رعایت شئون سردفتری هادی معزالدینی

مقالات و مطالب حقوقی

۱۱	نقدی بر ماده ۶۷۹ قانون مدنی دکتر محمدحسین شهبازی
۱۹	حق موضوع بیع دکتر رضا ولویون
۳۳	تعارض قوانین در باب وصیت و ارث سلیمان فدوی
۵۴	امضای الکترونیک و جایگاه آن در ادله اثبات دعوی مرتضی وصالی ناصح
۷۰	آیین رفتار حرفه‌ای احسان‌الله پیرداده
۷۸	نحوه صدور اجرائیه و موارد آن در دفتر اسناد رسمی (بخش سوم و پایانی).....

فاطمه مقدم

۹۲ اراده طرفین در تعیین کیفی و کمی مدت در عقد اجاره

هادی کریمی

۱۱۵ توصیف جرم

غلامرضا کامیار

ترجمه

۱۳۷ خلاصه قانون سردفتران در آلمان (قانون فدرال)

دکتر حسینقلی حسینی نژاد

نحوه رعایت شئون سردفتری

هرچند وظایف هیأت مدیره کانون سردفتران و دفتریاران به مثابه یک تشکل و سازمان حرفه‌ای حقوق عمومی، در ماده ۶۶ قانون دفاتر اسناد رسمی تبیین گردیده، ولی رهنمودهای حکیمانه و بی‌سابقه ریاست محترم سازمان ثبت اسناد و املاک کشور به اعضای هیأت مدیره جدید کانون تأکیدی مضاعف بر آنها بوده و نشان دهنده حساسیت و توجهات ویژه اولیای امر نسبت به امور سردفتری و بیانگر اعمال شیوه‌های نوین مدیریت می‌باشد، که بایستی راهنمای عمل تمامی فعالان کانون (اعم از اعضای هیأت مدیره، دفاتر، کمیسیون‌ها و اعضای جوامع استان‌ها) قرار بگیرد.

امروزه در کمتر سخنرانی، همایش، سمینار و شعارهای انتخاباتی مربوط به دفاتر اسناد رسمی است که در آن موضوع حفظ شئون سردفتری مطرح نباشد. سؤال این است که آیا شئون سردفتری مخدوش گردیده و یا اینکه در حال خدشه‌دار شدن است؟ صرف‌نظر از جواب مثبت یا منفی برای سؤال مزبور ابتدا بایستی بدانیم جایگاه و شأن سردفتر کجاست؟ همان‌طور که می‌دانیم سردفتر اسناد رسمی به عنوان عضوی از اعضای تشکیلات و سازمان حقوقی کشور دارای : ۱- حرفه‌ای خاص و منحصر به فرد است، تأثیر سردفتری بر حقوق مدنی عمیق، ناپیدا، متحول‌کننده و پیچیده است؛ کار سردفتران محدود به نگارش اسناد نیست. ۲- به مراجعان مشاوره حقوقی می‌دهد و در تمام این زمینه‌ها قانوناً مسئولیت حقوقی و جزایی و انتظامی دارد. ۳- سند رسمی لازم‌الاجرا تنظیم می‌کند. ۴- از بروز ماده نزاع جلوگیری می‌کند. ۵- نماینده و امین برگزیده دولت به معنای اعم کلمه است. ۶- کارشناس عالی تنظیم اسناد به معنای اخص کلمه می‌باشد. ۷- شاهد ممتاز عقود و تعهدات بوده و امین مردم محسوب می‌گردد. ۸- مأمور حقوق عمومی است. ۹- به قراردادهای رسمیت می‌بخشد. رسمیت، شأن و جایگاهی است که حکومت به اسناد رسمی می‌بخشد و به همین خاطر است که اسنادی که توسط سردفتر به عنوان فرد مسئول از

سوی حکومت امضاء و مهر می‌نماید، دارای قطعیت و قدرت اجرایی است. بدین سبب است که جایگاه سردفتر را این‌گونه توصیف و معرفی می‌کنند، سردفتر شاهدهی معتبر و امینی صادق و ضامن برقراری امنیت در زمینه‌های اجتماعی، اقتصادی، سیاسی و قراردادهای و ناظر بر امور آنها است.

به واقع می‌توان گفت سردفتر اسناد رسمی شأن و جایگاه ویژه‌ای دارد، ولی حفظ آن از یک طرف به سازمان و تشکیلات تابعه و قوای حکومتی مربوط است که :

۱ - در انتخاب سردفتر؛ علاوه بر اطلاعات و دانش حقوقی و ثبتی، میزان امانت‌داری، تعهد و مسئولیت‌پذیری، قانون‌مداری و نظم و انتظام و توان مدیریت وی را بیش از پیش مدنظر قرار بدهند.

۲ - قبل از تصویب هر قانون یا آیین‌نامه و بخشنامه که به نحوی از انحاء مربوط به امور دفاتر اسناد رسمی باشد؛ نظر کارشناسی سازمان حرفه‌ای مربوطه (کانون سردفتران و دفتریاران) را جلب نمایند.

۳ - حق‌التحریر اسناد رسمی را با واقعیت‌های اقتصادی جامعه به موقع افزایش داده و تعدیل نمایند.

۴ - مشکلات شغلی و حرفه‌ای سردفتران را مورد التفات و عنایات بیشتری قرار دهند.

و از طرف دیگر مربوط به شخص سردفتر است که :

۱- کلیه قوانین و مقررات و نظامات مربوطه را رعایت نموده و به سوگندنامه موضوع ماده ۱۶ قانون دفاتر اسناد رسمی پای‌بند باشد.

۲ - اخلاق و رفتار و نزاکت حرفه‌ای را جدراً رعایت نماید.^۱

۳ - انسجام و حمیت حرفه‌ای داشته و با توجه به توان علمی و عملی با یکی از دفاتر و کمیسیون‌های متشکله کانون همکاری نموده و بنیه‌های سازمان حرفه‌ای خود را تقویت نماید.

بنابراین چنانچه موارد فوق در عمل رعایت گردیده و مورد عنایت و توجه قرار گیرد اهداف و فلسفه وجودی دفاتر اسناد رسمی و حرفه سردفتری بیش از پیش تحقق یافته و آنچه مناسب شأن و جایگاه سردفتری است حفظ گردیده و اعتلا خواهد یافت. ان‌شاءالله

هادی معزالدینی

رئیس هیئت مدیره کانون سردفتران و دفتریاران

۱. در همین شماره مجله مقاله‌ای تحت عنوان *آیین رفتار حرفه‌ای* از همکار ارجمندم جناب آقای احسان‌الله پیرداده به چاپ سپرده شده که مطالعه آن را به همکاران توصیه می‌نمایم.

مقالات و مطالب حقوقی

نقدی بر ماده ۶۷۹ قانون مدنی

دکتر محمدحسین شهبازی^۱

چکیده:

ماده ۶۷۹ قانون مدنی وکالت بلاعزل را پذیرفته و آن را در دو مورد مجاز دانسته است. اکثر حقوقدانان نیز به تبعیت از این ماده هیچ‌گونه ایراد جدی بر مبانی وکالت بلاعزل وارد نساخته‌اند. حال آنکه پذیرش عقد وکالتی که موکل نتواند آن را فسخ کند با ماهیت اثر حقوقی وکالت سازگار نیست. هدف اصلی نگارش مقاله حاضر نیز نقد وکالت بلاعزل و تأکید بر این نکته است که عقد وکالت را به هیچ وجه نمی‌توان غیرقابل فسخ نمود. برای مطالعه این امر ابتدا باید اثر حقوقی عقد وکالت به دقت بررسی و تعیین شود سپس این بحث مطرح گردد که آیا وکالت با شرط شدن در ضمن عقد لازم (که شایع‌ترین راه غیرقابل فسخ شدن وکالت است) به صورت بلاعزل در می‌آید یا خیر؟

واژگان کلیدی: وکالت، عقد جایز، بلاعزل، اثر حقوقی، اذن، شرط نتیجه، قابل فسخ

مقدمه

عقد وکالت قراردادی است که میان مردم رواج بسیار دارد و هر روز بسیاری از آنان برای انجام اموری که یا تخصص در آن ندارند و یا فرصت اقدام نمی‌یابند به دیگران وکالت می‌دهند تا از جانب آنها امور مزبور را به جا آورند. وکلا نیز برای آنکه به ثبات وضعیت حقوقی خود مطمئن باشند اغلب تمایل دارند که وکالت به صورت بلاعزل به آنها اعطا شود

۱. عضو هیئت علمی دانشگاه.

تا موکل نتواند با فسخ عقد وکالت که مطابق قانون مدنی قراردادی جایز است وکیل را از ادامه کار بازدارد و او را از اجرت خویش محروم سازد. ماده ۶۷۹ قانون مدنی نیز وکالت بلاعزل را پذیرفته و آن را در دو مورد مجاز دانسته است. اکثر حقوقدانان نیز به تبعیت از این ماده هیچ‌گونه ایراد جدی بر مبانی وکالت بلاعزل وارد نساخته‌اند. حال آنکه پذیرش عقد وکالتی که موکل نتواند آن را فسخ کند با ماهیت اثر حقوقی وکالت سازگار نیست. هدف اصلی نگارش مقاله حاضر نیز نقد وکالت بلاعزل و تأکید بر این نکته است که عقد وکالت را به هیچ وجه نمی‌توان غیرقابل فسخ نمود. برای مطالعه این امر ابتدا باید اثر حقوقی عقد وکالت به دقت بررسی و تعیین شود سپس این بحث مطرح گردد که آیا وکالت با شرط شدن در ضمن عقد لازم (که شایع‌ترین راه غیرقابل فسخ شدن وکالت است) به صورت بلاعزل در می‌آید یا خیر؟ بدین ترتیب این مقاله را در دو بخش جداگانه مورد بررسی قرار می‌دهیم:

بخش نخست - اثر حقوقی عقد وکالت

مطابق ماده ۶۵۶ قانون مدنی: «وکالت عقدی است که به موجب آن، یکی از طرفین، طرف دیگر را برای انجام امری نایب خود می‌نماید». از این ماده اثر حقوقی عقد وکالت استنباط نمی‌گردد. به بیان دیگر معلوم نمی‌شود که وکالت عقدی است عهدی و یا اذنی. آنچه مسلم به نظر می‌رسد این است که در اثر وکالت برای وکیل حق عینی ایجاد نمی‌شود. پس وکالت بی‌گمان در زمره عقود تملیکی قرار نمی‌گیرد بلکه دوران امر در وکالت میان عهدی و یا اذنی بودن آن است.

اکثر نویسندگان حقوقی^۱ وکالت را در زمره عقود اذنی آورده‌اند و معتقدند اثر اصلی وکالت، اذن موکل به وکیل جهت تصرف در مورد وکالت است. برخی دیگر^۲ عقد وکالت را قراردادی عهدی می‌دانند^۳؛ در ارزیابی این دو نظر می‌توان

۱. سیدحسن امامی، حقوق مدنی، ج ۲، صص ۲۳۹ و ۲۴۰، ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، عقود معین ۳، «عقود اذنی، وثیقه‌های دین»، شماره ۶۸، سید محمود کاشانی، جزوه درسی حقوق مدنی هفت، سال ۱۳۷۴، ۱۳۷۳، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ص ۱۸۸.
 ۲. مهدی شهیدی، تشکیل قراردادهای و تعهدات، ج ۱، شماره ۵۱.
 ۳. سایر نویسندگان حقوق مدنی به هنگام بحث از عقد وکالت به طبیعت اثر حقوقی آن هیچ اشاره‌ای ننموده‌اند.

گفت که در چارچوب قانون مدنی، وکالت بی‌گمان عقدی است اذنی؛ زیرا اگر چه از تعریف ماده ۶۵۶ اذنی بودن وکالت بر نمی‌آید، ولی قانونگذار در مواد ۶۷۸، ۶۷۹ و ۶۸۲ آثار عقود اذنی را بر وکالت بار نموده است. بدین توضیح که مستفاد از بندهای ۱ و ۲ ماده ۶۷۸ قانون مدنی، وکالت قراردادی است جایز، زیرا دو واژه عزل و استعفا چیزی جز فسخ وکالت نیست. همچنین طبق بند ۳ همین ماده، عقد وکالت بر اثر موت یا جنون هر یک از طرفین منفسخ می‌شود. این ماده به «سفه» که یکی از عوامل مؤثر در انفساخ عقود اذنی است اشاره نموده، ولی مقنن در ماده ۶۸۲ از «سفه» تحت عنوان «محجوریت» و «حجر» نام برده است. وانگهی از ماده ۶۸۱ قانون مدنی نیز که مقرر می‌دارد: «بعد از اینکه وکیل استعفا داد، مادامی که معلوم است موکل به اذن خود باقی است، می‌تواند در آنچه وکالت داشته اقدام کند»، می‌توان اذنی بودن وکالت را استنباط نمود. بدین بیان که در این ماده برخلاف مواد ۶۵۶ و ۶۵۷ قانون مدنی، نظری پذیرفته شده که مطابق آن وکالت مخلوطی از یک عقد و یک ایقاع (اذن عام) می‌باشد.^۱ به موجب این نظر اراده موکل به دو اذن تجزیه می‌شود: یکی اذن عام که در قالب ایقاع است و تحقق اثر آن منوط به قبول وکیل نیست و دیگر اذن در قالب ایجاب که وکیل باید آن را بپذیرد تا عقد وکالت (در کنار اذن عام) منعقد گردد. از این تحلیل به خوبی نتیجه می‌شود که وکالت در زمره عقود اذنی است هرچند همراه با یک ایقاع اذنی باشد. با این وجود پذیرش اذنی بودن وکالت، هم از لحاظ منطقی و هم از نظر آثار حقوقی این عقد، به دلایل ذیل دشوار است:

۱- منطقی ایجاب می‌نماید که اگر وکالت اذنی باشد باید در زمره ایقاعات قرار گیرد، چه، اذن به عنوان اثر اصلی وکالت، تنها با اراده موکل قابل تحقق است و نیازی به ضمیمه شدن اراده وکیل ندارد. شاید به همین جهت است که پاره‌ای از فقها^۲ ماهیت وکالت را ایقاع می‌دانند.

۲- از تحلیل عقد وکالت و قصد مشترک طرفین چنین برمی‌آید که وکالت باید در زمره عقود عهدی قرار گیرد زیرا با اینکه موکل، وکیل را مأذون در تصرف در دارایی خود می‌کند،

۱. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، عقود معین - ۳ «عقود اذنی، وثیقه‌های دین»، شماره ۷۴، محمدجعفر

جعفری لنگرودی، فلسفه حقوق مدنی، ج ۲، شماره‌های ۲۰۲ و ۲۰۳.

۲. سیدمحمدکاظم یزدی، عروة الوثقی، ج ۲، ص ۱۱۹، شیخ محمدحسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۷، ص ۳۵۱.

ولی این اذن اثر اصلی و مقتضای عقد وکالت نمی‌باشد. هدف اصلی موکل از توکیل، چیزی جز تعهد وکیل به انجام مورد وکالت نیست. وکیل نیز با پذیرش این تعهد در پی آن است که اجرت عمل خویش را از موکل دریافت نماید. بنابراین اثر اصلی عقد وکالت را باید ایجاد تعهد دانست،^۱ خواه این تعهد تنها برعهده وکیل قرار گیرد (وکالت مجانی) و یا برعهده طرفین (وکالت با اجرت). از مجموع مطالب فوق چنین نتیجه می‌شود که در چارچوب قانون مدنی، وکالت بی‌گمان عقدی است اذنی و جایز.^۲

در حقوق فرانسه مانند حقوق ایران عقد وکالت اصولاً نسبت به طرفین جایز است و با فوت یا حجر یکی از آنها منحل می‌شود (ماده ۲۰۰۳ قانون مدنی فرانسه). حقوق دانان فرانسوی علت عمده جواز وکالت را اعتماد طرفین به یکدیگر می‌دانند و برآنند که هر یک از موکل و وکیل باید بتواند در صورت سلب اعتماد از طرف دیگر، عقد را برهم زند. البته در مواردی که وکالت، معوض و در نتیجه به سود طرفین است حکم به لزوم وکالت از سوی طرفین داده شده است. با این وجود در این گونه موارد نیز عقیده قالب آن است که وکالت همچنان جایز است، ولی هر طرف که آن را فسخ کند در مقابل طرف دیگر مسئول جبران

۱. از ظاهر قانون مدنی نیز می‌توان عهدهی بودن وکالت را استنباط نمود، زیرا مقنن در مبحث دوم از فصل مربوط به وکالت از تعهدات وکیل و در مبحث سوم همین فصل از تعهدات موکل بحث نموده است، امری که ظهور در عهدهی بودن عقد وکالت دارد. با این وجود چنانکه در متن گفته شد اذنی بودن وکالت در قانون مدنی قوی‌تر به نظر می‌رسد.

۲. جایز بودن وکالت حکمی است که مقنن ما از فقه اقتباس نموده است (ابن حمزه، *الوسيلة الى نيل الفضيلة*، ص ۲۸۳، فخرالمحققین، *ايضاح الفوائد*، ج ۲، ص ۳۵۲، شیخ یوسف بحرانی، *حدائق الناظره*، ج ۲۲، ص ۱۴، سیدمحمدعلی طباطبایی حائری، *الشرح الصغير*، ج ۲، ص ۲۲۲، ابن ادریس حلی، *السرائر*، ج ۲، ص ۸۸، سیدعبداللطیف حسینی کوه‌کمری، *التنقيح الرائع*، ج ۲، ص ۲۷۹، امام خمینی، *تحریرالوسيلة*، ج ۱ و ۲، ص ۵۴۴، مسأله ۲۲، محمدجواد مغنیه، *فقه الامام جعفرالصادق*، ج ۳ و ۴، ص ۲۴۴، محقق کرکی، *جامع المقاصد*، ج ۸، ص ۱۹۴ و *رسائل*، ج ۱، ص ۱۹۶، برهان‌الدین الرشدانی المرغیانی، *الهدایة شرح بدایة المبتدی*، ج ۳، ص ۱۵۳ و ج ۴، ص ۱۴۲، شیخ طوسی، *مبسوط*، ج ۲، ص ۳۴۲، سیدمحمدکاظم یزدی، *سؤال و جواب*، ص ۱۶۴، شهید ثانی، *شرح لمعه*، ج ۲، ص ۱۵ و *مسالك الافهام*، ج ۱، صص ۲۲۹ و ۳۳۲، محقق حلی *شرايع الاسلام*، ج ۱ و ۲، ص ۴۲۶، سیدمیرفتاح حسینی مراغی، *العناوين*، ج ۲، ص ۴۱، سیدعلی طباطبایی، *رياض المسائل*، ج ۲، ص ۱۱، فاضل مقداد، *نضدالقواعد الفقهية*، ص ۲۵۲، سیدمحمدکاظم مصطفوی، *مأة قاعدة الفقهية*، ص ۲۵۹).

خسارت می‌باشد.^۱

بخش دوم - آیا وکالت با شرط شدن در ضمن عقد لازم، غیرقابل فسخ می‌شود؟
مشهور است که می‌گویند:^۲ «هرگاه عقد جایز در ضمن عقد لازمی شرط شود عقد جایز غیرقابل فسخ می‌گردد.» این گفته به زعم نویسندگان^۳ در جایی است که عقد جایز به صورت شرط نتیجه در ضمن عقد لازم درج شود.^۴ زیرا تنها در این صورت است که عقد جایز جزء آثار عقد لازم می‌شود و به تبعیت از عقد اصلی، غیرقابل فسخ می‌گردد. به نظر می‌رسد مبنای این عقیده مشهور مفاد ماده ۶۷۹ قانون مدنی و استفاده از ملاک آن در سایر عقود جایز است. در این ماده می‌خوانیم: «موکل می‌تواند هر وقت بخواهد وکیل را عزل کند مگر اینکه وکالت وکیل و یا عدم عزل در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد.» برای ارزیابی این عقیده و پاسخ بدین پرسش که آیا عقود جایز (که اکثر آنها اذنی هستند) با شرط شدن در ضمن عقد لازم، غیرقابل فسخ می‌گردند یا خیر، باید به تحلیل عمیق‌تر موضوع و نقد و بررسی ماده ۶۷۹ قانون مدنی بپردازیم.

چنانکه گفته شد قانونگذار در عقد وکالت پذیرفته است که هرگاه این عقد (به صورت شرط نتیجه) در ضمن عقد لازمی شرط شود، لازم می‌گردد (ماده ۶۷۹). این حکم از فقه

1. Marcel planiol et Georges Ripert, Traité pratique de Droit civil français, T.11. contrats civils, par André Rouast, René Savatier, N. 1490 et S: Mazeaud (H.,L. et j.). Leçons de Droit civil. T.3, par Michel de Juglart, N. 1417 et S: Aubry et Rav. Cours de Droit Civil Français, T.12, par Lagarde. N. 332 et S: Baudry - Lacantinerie et Albert Wahl, Traité Théorique et pratique de Droit civil, N. 809,810,827 et S,832 wt S,839, 840.

۲. سیدعلی حائری شاه‌باغ، شرح قانون مدنی، ج ۲، ص ۶۰۸، سیدحسین امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۱۶۲، ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی «قواعد عمومی قراردادها»، ج ۱، ش ۱۹؛ مهدی شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ج ۱، ش ۳۴.

۳. سیدحسین امامی، حقوق مدنی، ج ۲، ص ۲۳۱، ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، عقود معین - ۳ «عقود اذنی - وثیقه‌های دین»، ش ۱۲۲. به نظر می‌رسد که ظاهر قانون مدنی نیز این امر را تأیید می‌کند؛ چه در ماده ۶۷۹ از شرط شدن وکالت ضمن عقد لازم سخن به میان آمده است که این امر ظهور در آن دارد که وکالت به صورت شرط نتیجه در ضمن عقد لازم درج شود. همچنین در ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی روشن است که وکالت زن برای طلاق به صورت شرط نتیجه می‌باشد.

۴. در موردی که عقد جایز در اثر اجرای شرط فعل منعقد می‌گردد در لزوم یا جواز آن اتفاق نظر وجود ندارد در حالی که در لزوم عقد جایزی که به صورت شرط نتیجه درج می‌شود جز در موارد استثنایی اختلاف نظر به چشم نمی‌خورد.

گرفته شده^۱ و دست کم در عقد وکالت، نویسندگان^۲ با آن به مخالفت برخاسته و از مفاد آن در سایر عقود اذنی نیز استفاده کرده‌اند.^۳ توجیه آنان این است که عقد اذنی با شرط شدن در ضمن عقد لازم در زمره آثار این عقد قرار می‌گیرد و همان گونه که عقد لازم را نمی‌توان با یک اراده بر هم زد، آثار آن نیز قابل فسخ نمی‌باشد.

این عقیده را به سادگی نباید پذیرفت، زیرا واضح است که عقود اذنی به لحاظ ماهیت اذن همگی جایز و قابل فسخ می‌باشند. به بیان دیگر دلیل عمده جواز این گونه قراردادهای وابستگی اذن به اراده‌های موجد آن است. این اراده‌ها می‌توانند هر وقت بخواهند مخلوق خود را از میان ببرند و این امر دخالت در دارایی طرف دیگر عقد نیز محسوب نمی‌گردد. عقد اذنی با قرار گرفتن در ضمن عقد لازم به هیچ وجه ماهیت خود را از دست نمی‌دهد و تبدیل به عقد دیگری نمی‌شود. به همین جهت لازم شدن عقد اذنی به صرف درج شدن در ضمن عقد لازم منطقی به نظر نمی‌رسد؛ چه، همان مبنایی که برای جواز عقد اذنی (به صورت عقد مستقل) وجود دارد به هنگامی که این عقد به صورت شرط نتیجه در ضمن عقد لازم درج می‌شود، نیز موجود می‌باشد. باید از خود پرسید مگر با شرط شدن عقد اذنی در ضمن عقد لازم وابستگی اذن به اراده طرفین از میان می‌رود تا گفته شود عقد اذنی لازم می‌گردد؟ اگر چنین است، چرا عقد اذنی که در ضمن عقد لازم شرط شده با فوت یا

۱ شهید ثانی، **مسالك الافهام**، ج ۱، ص ۲۲۹، محقق کرکی، **جامع المقاصد**، ج ۵، ص ۸۵، سیدمحمدکاظم یزدی، **سؤال و جواب**، ص ۱۶۴.

۲ سیدعلی حائری شاه‌باغ، **شرح قانون مدنی**، ج ۲، ص ۶۰۸، سیدحسن امامی، **حقوق مدنی**، ج ۲، صص ۱۰۶ و ۱۶۴، ناصر کاتوزیان، **حقوق مدنی «قواعد عمومی قراردادهای»**، ج ۱، ش ۱۹، و «مشارکت‌ها - صلح - عطایا»، ش ۶۷ و «عقود اذنی - وثیقه‌های دین»، ش ۸، سیدحسین صفایی، **دوره مقدماتی حقوق مدنی**، ج ۲، «تعهدات و قراردادهای»، صص ۴۰۳ و ۴۲۶.

۳ حتی برخی از نویسندگان از این هم فراتر رفته و معتقدند هرگاه عقد اذنی در ضمن یک عقد جایز شرط شود، مادام که عقد جایز اصلی باقی است طرفین ملزم به عقد اذنی (شرط) می‌باشند (سیدعلی حائری شاه‌باغ، **شرح قانون مدنی**، ج ۱، ص ۵۰۲، سیدحسن امامی، **حقوق مدنی**، ج ۲، ص ۲۳۳، ناصر کاتوزیان، **حقوق مدنی «مشارکت‌ها - صلح - عطایا»**، شماره ۶۹ و «عقود اذنی - وثیقه‌های دین»، شماره ۱۲۴، محمدجعفر جعفری لنگرودی، مقاله لزوم یا جواز در عقود و ایقاعات (تحولات حقوق خصوصی)، پاورقی ص ۶۶، سیدمحمدکاظم یزدی، **سؤال و جواب**، ص ۱۶۴). این عقیده صحیح به نظر نمی‌رسد، زیرا خواهیم دید عقد اذنی که در ضمن عقد لازم شرط می‌شود از آن کسب لزوم نمی‌کند، پس به طریق اولی عقد اذنی شرط شده در ضمن عقد جایز همچنان جایز و قابل فسخ است.

حجر یکی از طرفین منحل می‌شود؟ آیا دلیل انحلال جز این است که عقد اذنی همچنان وابسته به اراده طرفین آن می‌باشد؟ این دوگانگی غیرمنطقی و بی‌مبنا را چگونه می‌توان رفع نمود؟ پس، از لحاظ منطقی و اصول حقوقی باید بر آن بود که هرگاه عقد اذنی در ضمن عقد لازم شرط شود، به لحاظ ماهیت اذن همچنان جایز باقی می‌ماند.^۱

با این وجود ماده ۶۷۹ قانون مدنی این نتیجه منطقی را در عقد وکالت نپذیرفته است. بنابراین برخلاف نویسندگان حقوقی باید پذیرفت که حکم ماده ۶۷۹ قانون مدنی خلاف قاعده و استثنایی می‌باشد؛ در نتیجه باید تفسیر مضیق شود و به سایر عقود اذنی سرایت داده نشود. وانگهی در عقود مانند مضاربه و ودیعه لازم شدن عقد از سوی مالک با حق مالکیت او تعارض دارد. به همین جهت پاره‌ای از نویسندگانی^۲ که مفاد ۶۷۹ قانون مدنی را به سایر عقود اذنی سرایت می‌دهند در دو عقد مضاربه و ودیعه جانب احتیاط را برگزیده و معتقدند این دو عقد را تنها می‌توان برای مدتی لازم کرد و عده‌ای دیگر از محققان^۳ برآنند که دو عقد مزبور را به هیچ وجه نمی‌توان لازم و غیرقابل فسخ نمود.

نتیجه:

عقیده اخیر صحیح و منطقی به نظر می‌رسد و باید آن را در کلیه عقود اذنی اعمال نمود. بدین توضیح که عقد اذنی همواره از سوی طرفین جایز و قابل فسخ است، زیرا اذن‌دهنده می‌تواند منبع اذن را از بین ببرد و مأذون نیز قادر است با برداشتن تکیه‌گاه اذن سبب زوال آن گردد. با این وضع چگونه می‌توان پذیرفت که اذن‌دهنده نتواند از اذن خود

۱. در تأیید این نظر ر.ک: کاشانی، سیدمحمود، جزوه درسی حقوق مدنی ۷، سال ۱۳۷۴ - ۱۳۷۳، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، صص ۱۸۳ و ۱۸۴. البته لازم به ذکر است که این نویسنده در جایی دیگر چنین می‌نگارد: «وکالت که یک عقد اذنی است چه به صورت شرط فعل و یا شرط نتیجه در ضمن عقد دیگری درج شود از جهت کسب لزوم تفاوتی نمی‌کند» (همان منبع - ص ۱۷۸). این دو گفته با یکدیگر تعارض دارند، معلوم نیست نظر قطعی نویسنده مزبور لازم شدن وکالت است و یا جایز باقی ماندن آن.

۲. سیدحسین امامی، حقوق مدنی، ج ۲، صص ۱۰۶ و ۱۶۴، ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، عقود معین - ۳، «عقود اذنی - وثیقه‌های دین»، شماره ۸.

۳. محمد بروجرودی عبده، حقوق مدنی، صص ۳۰۴ و ۳۰۵، محمدجعفر جعفری لنگرودی، مجموعه محشی قانون مدنی، ص ۳۳۹ و تأثیر اراده در حقوق مدنی، ش ۳۳۷ و مقاله لزوم یا جواز در عقود و ایقاعات (تحولات حقوق خصوصی)، صص ۶۴ و ۶۵.

رجوع کند و یا مأذون از این اختیار بی بهره باشد که تکیه گاه اذن را همواره نگاه دارد. لزوم اذن با ماهیت آن به هیچ وجه سازگار به نظر نمی رسد و نه تنها عقود اذنی را نمی توان با شرط کردن در ضمن عقد لازم، غیرقابل فسخ نمود، حق فسخ این عقود نیز قابل اسقاط نمی باشد، زیرا با طبیعت و ماهیت اذن منافات دارد. برای مثال هرگاه عاریه گیرنده ادعا کند که معیر حق فسخ عقد را ندارد قرارداد را نباید عاریه شمرد، بلکه باید بر آن بود که در اثر آن، حق انتفاع برای طرف ایجاد شده است. همچنین هرگاه وکالت به اصطلاح «بلاعزل» باشد یعنی موکل نتواند عقد را بر هم زند این قرارداد، وکالت نیست بلکه اعطای حق می باشد. خلاصه آنکه ماده ۶۷۹ قانون مدنی با هیچ منطقی قابل توجیه نمی باشد و در اصلاحات بعدی قانون مدنی باید حذف گردد.

حق موضوع بیع^۱

دکتر رضا ولویون^۲

چکیده:

نظر به اینکه در ابتدا «مال» مفهوم گسترده‌ای نداشت و در گذشته به اشیای مادی اختصاص داشت، ولی تکامل و پیشرفت زندگی آن را از این معنای ابتدایی و محدود خارج ساخت، اینک چیزهایی از قبیل حقوق ارتفاقی و حق تألیف و اختراع و حق سرقفلی و به طور کلی حقوق مالی داخل در اموال شمرده می‌شود. پس مال به اشیای غیرمادی اطلاق می‌شود، مع‌ذالک هنوز اذهان برخی از نویسندگان حقوق و دادرسان و به ویژه سردفتران اسناد رسمی، با این موضوع که مال منحصر به اشیای مادی نیست انس نگرفته و در شناختن حقوق مالی به عنوان مال تردید دارند و حتی در اسناد انتقال حقوق مالی یا امتیازات دیگر حقوقی، از قبیل فیش تلفن یا سرقفلی مغازه‌ها و فروشگاه‌ها، به جای تنظیم «بیع‌نامه» از «صلح‌نامه» یا ماده ۱۰ قانون مدنی استفاده می‌کنند. و هنوز نیز برخی از دادرسان معتقدند که حق سرقفلی را نباید در شمار اموال موجود درآورد. لذا تردید دارند که آیا می‌توان حق سرقفلی را به عنوان یک حق مالی توصیف نمود یا خیر.

نتیجه‌ای که در این مقاله به دست می‌آید این است که باید تعریف بیع در قانون مدنی را به معنا و مفهوم وسیع‌تری به کار ببریم، چنان‌که در فرانسه و مانند آن طلب نیز می‌تواند مبیع واقع شود و ضرورتی ندارد که مبیع از اعیان باشد و در واقع آنچه مورد نقل و انتقال و دادوستد واقع می‌گردد، حقوق مالی است و در عقود تملیکی، مانند بیع، فروشنده حق مالکیت و رابطه اعتباری و قراردادی و معنوی خود را با موضوعش به خریدار منتقل می‌نماید. بنابراین، آنچه منطقی به نظر می‌رسد این است که عقد بیع به تملیک مال یا انتقال مالکیت در برابر عوض گفته شود، خواه مبیع عین باشد یا حق.

واژگان کلیدی: مبیع، حقوق مالی، عین، حق سرقفلی

۱. نقل از مجله «پژوهش حقوق و سیاست»، شماره ۵، پاییز و زمستان ۱۳۸۰.

۲. استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبایی.

مقدمه

شاید در بادی نظر، عنوان این مقاله نامأنوس به نظر رسد، ولی طرح آن برای شناسایی موضوع ضرورت کامل دارد، زیرا هنوز اذهان برخی از نویسندگان حقوق و دادرسان و به ویژه سردفتران اسناد رسمی با این موضوع انس نگرفته و در شناختن حقوق مالی به عنوان مال تردید دارند و حتی سردفتران در اسناد انتقال حقوق مالی یا امتیازات دیگر حقوقی، از قبیل فیش تلفن یا سرقفلی مغازه‌ها و فروشگاه‌ها، به جای تنظیم اسناد بیع از اسنادی چون سند صلح حقوق و یا ماده ۱۰ قانون مدنی استفاده می‌کنند و هنوز نیز برخی از دادرسان معتقدند که حق سرقفلی را نباید در شمار اموال موجود درآورد، و لذا تردید دارند که آیا می‌توان سرقفلی را به عنوان یک حق مالی توقیف کرد یا خیر.

در ابتدا «مال» مفهوم گسترده‌ای نداشت. در گذشته «مال» به اشیای مادی اختصاص داشت. ولی تکامل و پیشرفت زندگی آن را از این معنای ابتدایی و محدود خارج ساخت، به طوری که اکنون هرآنچه قسمتی از ثروت را تشکیل دهد و بتوان آن را تملک نمود عنوان مال بر آن صادق است. بنابراین، چیزهایی از قبیل منازل و زمین و حقوق ارتفاقی و انتفاع و حق تألیف و اختراع، داخل در اموال است. پس مال به اشیای غیرمادی نیز اطلاق می‌شود، و به نظر می‌رسد که نویسندگان قانون مدنی هم آن را به معنی وسیع کلمه در نظر داشته‌اند و باید گفت که مقصود از این واژه، تمام اشیاء و حقوقی است که دارای ارزش معاوضه و یا دادوستد هستند.

به موجب ماده ۲۱۴ قانون مدنی: «مورد معامله باید مال یا عملی باشد که هر یک از متعاملین تعهد تسلیم یا ایفاء آن را می‌کنند.» ظاهر ماده مزبور آن است که مورد معامله عبارت است از مال یا عمل، و بنابر تعریفی که از مال به معنی وسیع کلمه به دست آمد می‌توان حق را نیز در زمره اموال به شمار آورد. بنابراین، آنچه مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد آن است که آیا حقوق می‌تواند مورد معامله یا نقل و انتقال و به تعبیری دقیق‌تر، «مبیع» واقع گردد یا خیر.

گفتیم که به موجب ماده ۲۱۴ قانون مدنی، مورد معامله مال یا عمل است، لیکن مستنبط از ماده ۳۳۸ قانون مدنی این است که منفعت و حقوق نمی‌توانند مبیع واقع شوند،

بلکه فقط عین خارجی، کلی در معین و یا کلی فی‌الذمه می‌تواند مبیع باشد. از طرف دیگر مستفاد از اطلاق کلمه «عوض» در ماده ۳۳۸ قانون مدنی که می‌گوید: «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم» این است که اموالی که می‌توانند به عنوان ثمن مورد معامله واقع شوند بیش از اموالی است که به عنوان مبیع می‌توانند مورد معامله قرار گیرند. این تردیدها و سؤال‌ها مرا بر آن داشت تا در این زمینه مقاله‌ای تدوین و ارائه کنم. در این مقاله، موضوع از دو دیدگاه فقهای امامیه و حقوقدانان مورد بحث و بررسی قرار گرفته است.

الف - دیدگاه فقهای امامیه

در فقه، در مورد حقوق، که آیا می‌توانند ثمن قرار گیرند، دامنه اختلاف چندان نیست، بلکه اختلافات بیشتر در مورد مبیع واقع شدن حقوق و یا عمل حر می‌باشد. به دیگر سخن، بعضی از فقها اساساً در مورد اینکه آیا عمل حر و یا حقوق می‌توانند مورد معامله یا مبیع واقع شوند، هیچ گونه بحث یا حتی اشاره‌ای ننموده‌اند، و این به معنای مخالفت صریح آنان با مطلب فوق است. اما همین عده این مسأله را که آیا عمل حر یا حقوق می‌تواند عوض معامله واقع گردد، مطرح و بر آن اشکال نیز کرده‌اند. از جمله این دسته از فقها مرحوم آخوند خراسانی^۱، صاحب کفایه است که در کتاب حاشیه‌المکاسب گفته است: اختلاف در این است که آیا حقوق می‌تواند عوض قرار داده شود یا خیر؟ تعلیلی که شیخ مرتضی نموده است مناسب مقام نیست. زیرا وی چنین گفته است: «ان البیع تملیک الغیر و لالنقض بیع الدین اصلاً» یعنی تعلیل مزبور نمی‌تواند پاسخ سؤال مزبور باشد بلکه مناسب بود که این تعلیل در مقامی طرح شود که پرسیده شود آیا حقوق می‌تواند مبیع واقع شود یا نه، سپس مرحوم آخوند می‌گوید: تحقیق آن است که گفته شود چنانکه اگر مالیت در معوض معتبر باشد نیز در عوض اعتبار دارد کما اینکه از کتاب مصباح همین مستفاد است پس در عدم صحت قرار دادن حق به عنوان عوض اشکالی متصور نیست و اگرچه این حق قابل نقل و انتقال باشد». لازم است یادآور شویم که در فقه امامیه مال را به پنج

۱. آخوند خراسانی، حاشیه مکاسب، تصحیح سیدمهدی شمس‌الدین، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول، ص ۳.

گروه تقسیم کرده‌اند:

- ۱ - عین خارجی و اشیای مادی، نظیر: گوسفند، کتاب؛
- ۲ - منفعت یا نفع عین، اعم از اینکه مادی باشند، مثل شیر گوسفند یا پشم آن مادامی که از گوسفند جدا نشده، و یا غیرمادی، نظیر بهره‌خانه که مستأجر از آن منتفع می‌شود؛
- ۳ - انتفاع که از نوع غیرمادی است؛
- ۴ - حقوق از قبیل حق شفعه، حق خیار، حق حاصل از تحجیر؛
- ۵ - دین یا ذمه.

ظاهر کلام بعضی فقها^۱ این است که مبیع فقط باید عین باشد، و لذا حتی بیع منافع را هم جایز نمی‌دانند. شیخ در همان کتاب می‌افزاید: «از کلام بعضی فقهاء برمی‌آید که غیر از عین را هم می‌توان به عنوان مبیع مورد معامله قرارداد، نظیر بیع خدمت و کار عبد مدبر، بیع سکونت در خانه که صاحبش معلوم نیست و یا بیع و شراء اراضی خراجیه.» وی ضمناً اخباری از ائمه (ع) در تأیید این گفتار نقل می‌کند و پس از نقل آنها می‌گوید: «ظاهر از استعمال لفظ بیع در نقل منابع در این‌گونه روایات از باب مسامحه در تعبیر است، کما اینکه لفظ اجاره در نقل بعضی از اعیان مثل میوه بر درختان به کار برده می‌شود.» به علاوه، مرحوم شیخ، ضمن تقسیم حقوق^۲ به سه دسته متفاوت، معتقد است که هیچ یک از این حقوق نمی‌تواند به عنوان عوض یا ثمن مورد معامله واقع شود.

۲ - عدم لزوم عین بودن مبیع

نظر بسیاری از فقهای امامیه آن است که بیع اختصاص به نقل عین داشته و مورد آن

۱. شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، چاپ سنگی، خط طاهر خوشنویس، ص ۷۹: و الظاهر من لفظ البیع اختصاص المعوض بالعین فلا یم ابدال المنافع بغيرها و علیه استقر اصطلاح الفقهاء فی البیع. شیخ حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۲، حدیث اول، ص ۲۵، در کتاب فقه الامامیه، نوشته سیدمحمدکاظم خلخالی که از تقریرات حاج میرزا حبیب‌الله رشتی بوده، مشابه نظر مرحوم آخوند می‌خوانیم: «یظهر عدم صدق البیع علی نقل الحق بطریق اولی لخروجه عن الاموال حقیقه و حکماً فانه لایجری عندهم مجری المال.» پس بنا به نظر مؤلف، به دلیل مال نبودن حق و عدم مالیتش، حق نمی‌تواند ثمن نیز قرار بگیرد و لذا به طریق اولی نمی‌تواند مبیع قرار گیرد.

۲. مرحوم شیخ، حقوق را به سه دسته تقسیم کرده است: ۱ - حقوقی که اساساً قابل معاوضه نیستند، مانند حق الحضانه ۲ - حقوقی که قابل معاوضه هستند، ولی قابل نقل و انتقال نیستند، مثل حق شفعه و حق خیار. ۳ - حقوقی که قابل نقل و انتقال اختیاری به دیگران هست، مانند حق تحجیر و حق السبق.

حتماً باید از اعیان باشد، چنانکه ماده ۳۳۸ قانون مدنی بیع را به تملیک عین به عوض معلوم تعریف کرده است. برای روشن شدن مطلب، عقیده فقهای^۱ را که موافق نظر مزبور هستند به اختصار ذکر می‌کنیم:

ظاهر این است که عین بودن شرط است برای مبیع، چرا که روشن است که عرف مفهوم بیع را تملیک اعیان می‌داند، بنابراین شامل تملیک منافع نمی‌شود، پس ادله بیع مختص نقل اعیان است و شامل تملیک غیرعین نمی‌شود (مثلاً منافع). البته از آنچه که صاحب الفقه علی المذاهب الاربعه حکایت کرده است، ظاهر است که فقهای مالکی و حنبلی اطلاق بیع بر تملیک منافع را جایز می‌دانند. اما این مطلب خلاف ارتکاز عرفی است. علاوه بر آنچه گفته شد، مجرد شک در صدق مفهوم بیع بر تملیک منافع ما را وامی‌دارد که تملیک منافع را مشمول ادله بیع نگیریم. پس این ادعا، ادعای صحیحی است که از مفهوم بیع فقط تملیک عین متبادر می‌شود و سلب مفهوم بیع از تملیک منفعت هم صحیح است و شکی هم نیست که تبادر و صحت سلب هر دو از علائم حقیقت‌اند. بنابراین، حقیقت بیع تملیک عین است و استعمال آن در غیر از تملیک عین مجاز است. این مطلب اثبات مفهوم بیع در زمان حاضر است. وقتی این مطلب اثبات شد، برای مردم زمان‌های پیشین نیز ثابت می‌شود، زیرا اصالت عدم‌النقل، یعنی همان استصحاب قهقرایی، مؤید مطلب است. و ما در علم اصول گفته‌ایم که استصحاب قهقرایی حجیت ندارد مگر در یک مورد، و آن تبادر معنی خاصی در زمان فعلی از یک لفظ است و شک در این که آیا در

۱. حاج سید ابوالقاسم خوئی، **مصباح الفقاهه**، ج ۱، ص ۱۰ تا ۱۴ چاپ نجف، حیدری.

این قسم از حقوق اگرچه قابل نقل و انتقال به دیگران است (مجاناً یا به عوض) و نیز اگرچه در باب صلح مقابله با مال هم می‌کنند (گاهی صلح بر عین است و گاه بر منفعت و گاهی بر حق)، ولی بحث ما در باب بیع است و عوض شدن این حقوق در بیع اشکال دارد و منشاء اشکال این است که در عوضین در بیع هم از نظر سنت و هم از نظر عرف و عقلاء مالیت معتبر است و گرنه معامله را سفهی می‌دانند و ظاهر این شروط انحصار است یعنی عوضین باید مال باشند و مرحوم شیخ به حق التحجیر و مانند آن عرفاً مال اطلاق نمی‌کند پس اینها عوض واقع نمی‌شوند و بر فرض شک در مالیت آنها شک در صحت بیع پیدا می‌شود و مجرای اصالة الفساد خواهد بود که اصل اولی در معاملات است. حال که حقوق قسم سوم، عوض مبیع واقع نمی‌شود به طریق اولی قسم اول و دوم عوض واقع نمی‌گردند چون اصلاً قابل نقل هم نیستند و بر فرض قبول نقل چون مالیت ندارند یا مالیت آنها مورد شک است، لذا بیع آنها صحیح نخواهد بود و مالا یقبل النقل لا یقبل التملیک فلا یقبل البیع ثمناً و مثنماً.

گذشته هم همین معنی متبادر بوده است یا خیر. که استصحاب قهقرایی مقتضی ثبوت همین معنی در گذشته است و دلیل بر حجیت استصحاب مزبور، هم بنای عقلا است و هم سیره علماء، زیرا اگر این استصحاب و حجیت آن پذیرفته نشود اصل اجتهاد زیر سؤال می‌رود، زیرا این احتمال بعید نیست که روایات در عرف ائمه (ع) در معانی دیگری غیر از فعلی به کار رفته باشد و هیچ راهی برای دفع این احتمال به جز استصحاب قهقرایی وجود ندارد.

مؤید مطلب ما که گفتیم بیع اختصاص به اعیان دارد دو چیز است:

۱- آرای فقهاء بر اختصاص دادن معوض در بیع بر اعیان بنا گردیده است.

۲- آنچه بعضی از عامه بیان کرده‌اند مبنی بر این که بیع در لغت اخراج ذات از مالکیت به وسیله عوض است، و تملیک منفعت بیع خوانده نمی‌شود. گفته شده است عبارت فیومی در مصباح که بیع عبارت است از مبادله مال به مال، شامل منافع هم می‌شود. بنابراین اختصاص به اعیان ندارد. جواب این است که عبارت مصباح تعریف حقیقی نیست تا مطلق گرفتن آن لازم آید و حکم شود به اینکه شامل منافع هم می‌شود، بلکه تعریف لفظی است و در تعریف لفظی هم تساهل و مسامحه زیاد است. با آنچه که توضیح دادیم فرق میان بیع و اجاره ظاهر گردید که گرچه صیغه اجاره متعلق به عین مستأجره است، مثل اجرتک هذا الدار، اما اثر آن تملیک منفعت است، به خلاف بیع که همان گونه که صیغه آن متعلق به عین است. اثر آن هم تملیک عین است و این معنی راز استظهار مرحوم شیخ انصاری (ره) در خصوص اختصاص معوض در بیع به اعیان است و گفته است: و الظاهر اختصاص المعوض فی البیع بالاعیان.

نتیجه اینکه اطلاق کلمه بیع بر تملیک منافع مبنی است بر عنایت و مجاز و این معنی در کلام فقهاء هم وارد شده است و در روایات زیادی در مواضع گوناگون نیز وارد گردیده است، مثل اخباری که دلالت بر فروش بیع خدمت مدبر دارند و یا روایتی که در مورد بیع سکونت خانه وارد شده یا اخباری که در فروش بیع اراضی خراجی و خرید آنها وارد گردیده و در پاره‌ای از احادیث لفظ شرا بر غیر نقل اعیان اطلاق گردیده است. از آنچه گذشت فارق بین بیع و هبه معوضه برای شما روشن شد، زیرا بیع بنا بر تعریف ما تبدیل عین به

چیز دیگری است، به خلاف هبه معوضه که حقیقت و قوام آن به مجانی بودن است و عوض عنوان شرط دارد و دلیل بر آن هم این است که اگر موهوب‌له عوض را نپرداخت عقد باطل نمی‌شود بلکه و خیار تخلف شرط باقی می‌ماند.

بنابراین، از دیدگاه این دسته از فقها هیچ یک از حق و منفعت و یا انتفاع نمی‌توانند مبیع واقع شوند، و حتی تأیید کرده‌اند که ثمن مبیع را نیز نمی‌توان حقی از حقوق قرار داد، زیرا بیع داخل در عقود مالی است و حق، هرچند در بعضی موارد تعلق به مال می‌گیرد اما فی‌نفسه مال محسوب نمی‌شود و انتفاع هم به طریق اولی ثمن مبیع واقع نمی‌شود، به جهت اینکه بیع از عقود تملیکی است و انتفاع در حقیقت ملک نبوده بلکه یک نحو تسلط است. اما در مورد منفعت گفته‌اند که ظاهر اطلاق عوض در تعریف بیع آن است که می‌شود آن را عوض مبیع قرار داد.

اما برخی از فقها در مخالفت با عقاید دسته اول گفته‌اند که علاوه بر اعیان خارجی، منافع و یا حتی حقوق را می‌توان به عنوان مبیع مورد معامله قرار داد:

کسانی که معتقدند مبیع باید فقط اعیان باشد به دلیل این است که ادله را منصرف به آنچه معهود خارجی است دانسته‌اند و یا ممکن است در شمول ادله نسبت به غیر اعیان شک کرده و لذا اصل را در عدم شمول می‌دانند. و یا شاید به دلیل تمسک به تبادر عرفی و یا صحت سلب بیع از تملیک منافع چنین نظری را اختیار کرده‌اند. و حال آنکه نه تبادر و نه صحت سلب در اینجا محلی ندارد، زیرا تبادر ناشی از غلبه افراد مفید نیست و صحت سلب ادعا شده هم چون رجوع به چنین تبادری می‌کند قابل استناد نمی‌باشد. از طرف دیگر، بیع غیر اعیان در نزد عقلا و عرف بسیار متداول و متعارف است، کما اینکه زارعین هنگام ترک مزارع و مهاجرت از مناطق زراعی، باغات، آثار اعمالشان در زمین را می‌فروشند. مثل حق شیار و حفر جداول و تصفیه اراضی. و هیچ شکی در صدق بیع بر آنها وجود ندارد. و نیز گاهی متعارف است در عصر ما فروش حق عقلائی، یا اعتباری را مورد انتقال قرار می‌دهند که در دکان‌ها و غیر آن وجود دارد که به اصطلاح امروزی، سرقفلی یا حق آب و خاک می‌نامند و شکی نداریم که کسی آنها را غیربیع بشمرد و نیز شبهه‌ای در صدق مفهوم بیع بر آنها وجود ندارد. بنابراین، بیع منافع و حقوق، هم بیع عرفی است و هم لغوی،

ولو اینکه فرض بطلان آنها شود.^۱

۳- تعریف و مفهوم عین

فقها^۲ در تعریف «عین» گفته‌اند: عین یعنی چیزی که اگر در خارج یافت شود دارای ابعاد ثلاثه طول و عرض و عمق باشد و تردیدی نیست که عین با این معنی مقابل منفعت و حق و همه اعراض مقولیه می‌باشد. بنابراین، مفهوم عین شامل تبدیل منفعت و حق به حق نمی‌شود. پس منظور از اینکه متعلق بیع عین است، شخصی بودن و جزئی بودن مبیع نیست، زیرا بدیهی است که بیع علاوه بر اعیان شخصی شامل کلی مشاع مثل یک سوم خانه، و کلی در معین مثل یک صاع از صبره، و کلی فی‌الذمه مثل بیع یک من گندم به صورت سلم یا حال، و کلی ثابت در ذمه دیگری می‌شود. بر همه این امور عنوان عین صدق می‌کند و متعلق بیع هم قرار می‌گیرند، با اینکه بر افراد کثیره، بلکه افراد غیرمتناهی قابل انطباق هستند. مثلاً یک صاع از صبره هم بر سمت چپ آن و هم بر سمت راست آن یا هر قسمت صبره مشتمل می‌شود. حالت ملکیت، حالت وجوب و حرمت است. همان‌گونه که وجوب بر کلی صلوه بار می‌شود و صلوه خارجی مصداق آن کلی است، ملکیت هم گرچه گاهی بر جزئی حقیقی بار می‌شود لیکن گاهی نیز بر یک کلی اطلاق می‌شود که عین خارجی مصداق آن کلی است. اما خود بیع کلی فی‌الذمه بر دو قسم است: گاهی بیع بر آن کلی انجام می‌شود که قبل از بیع در ذمه قرار گرفته است، مثل بیع دین به کسی که مدیون است، و گاهی قبل از بیع چیزی در ذمه نیست و با خود بیع در ذمه قرار می‌گیرد، همان‌گونه که در بیع سلم متعارف است.

از دو نظر در این مطلب مناقشه شده است:

مناقشه اول: بیع، مبادله مال به مال است و این مبادله تحقق پیدا نمی‌کند مگر بعد از اینکه در ظرف مناسب خودشان در خارج یا در ذمه متحقق شوند. بنابراین در صورت دوم بیع کلی که چیزی قبل از بیع در خارج و در ذمه وجود ندارد، بیع نمی‌تواند صحیح باشد. و این که توهم شده است که اگرچه کلی در ذمه وجود نداشته، ولی همراه با بیع و به وسیله

۱. امام خمینی، **البیع**، ج ۱، صص ۱۴ و ۱۵.

۲. حاج سیدابوالقاسم خوئی، همان، ج ۲، ص ۱۶ به بعد.

آن ایجاد می‌شود باطل است. زیرا بدیهی است که نسبت بیع به متعلقش مثل نسبت حکم است به موضوعش. و همچنان که تکفل حکم به موضوعش محال است (باید اول موضوعی باشد تا حکم بر آن بار شود) تکفل بیع به متعلقش نیز محال است.

جواب مناقشه: بیع، چیزی جز مبادله در تملیک نیست و ملکیت از امور اعتباری است که متوقف بر وجود موضوعش در خارج یا در ذمه نیست. البته پذیرفتنی است که متعلق ملکیت باید صلاحیت تعلق بیع به آن در نظر عقلاً را داشته باشد. بنابراین، اگرچه کلی قبل از اضافه شدن به ذمه از مفاهیم خیالی است و رأساً صلاحیت تعلق بیع را ندارد، لیکن بعد از اضافه شدن به ذمه در شمار اموال محسوب شده و مرغوب الیه عقلاً قرار می‌گیرد. بنابراین، در صحت بیع ما فی الذمه فرقی بین کلی که قبل از بیع در ذمه بوده و کلی که با انجام بیع در ذمه قرار می‌گیرد نیست و در صورت اخیر در حقیقت دو امر حاصل می‌شود:

۱ - کلی متصف به ملکیت می‌شود،

۲ - کلی ملک مشتری می‌گردد.

البته بعضی جواب دیگری را به مناقشه مزبور داده‌اند، و آن اینکه بایع قبل از تصدیه بیع کلی را در ذمه خودش اعتبار می‌کند سپس آن را به مشتری بیع می‌نماید. پس کلی صلاحیت تعلق بیع را داشته است. اما این پاسخ صحیح نیست، زیرا این اعتبار کلی را از واقعیت خودش جدا نمی‌سازد و بر حقیقت آن چیزی نمی‌افزاید و آن را متصف به وصف ملکیت نمی‌نماید، تنها بعد از بیع است که کلی متصف به صفت ملکیت می‌شود.

مناقشه دوم: ملکیت از مقولهٔ اعراض است و شکی نیست که اعراض وجود پیدا نمی‌کنند مگر اینکه دارای محلی باشند و کلی فی‌الذمه قبل از بیع هیچ وجودی ندارد تا بتواند محلی برای ملکیت باشد.

جواب این مناقشه به صور مختلفی داده شده است:

۱ - پاسخ علامه سیدمحمدکاظم طباطبایی^۱ در حاشیهٔ بیع (مکاسب). وی می‌گوید: ملکیت اگرچه از اعراض خارجی است اما حقیقت آن به اعتبار شارع یا عقلاً پایدار است. بنابراین موضوع ملکیت نیز می‌تواند به اعتبار شارع یا عقلاً موجود باشد. (یعنی همان‌طور

۱. سیدمحمدکاظم طباطبایی، حاشیه مکاسب، ج اول، ص ۱۱۶، چاپ سربی.

که خود ملکیت اعتباری است موضوع آن نیز می‌تواند اعتباری باشد.) همان‌طور که وجوب و حرمت هر دو عرض خارجی هستند در حالی که متعلق به امور کلی اعتباری هم هستند، مثل نماز برای وجوب و زنا برای حرمت قبل از اینکه در خارج وجود پیدا کنند. بنابراین شارع یا عقلاً می‌توانند کلی ذمی را اعتبار کنند تا موضوع ملکیت قرار گیرد.

۲ - پاسخ فاضل نراقی به مناقشه مزبور، در کتاب عوائدالایام^۱ چنین است:

بیع، انتقال فعلی ملک است از مالک به دیگری، چه مالک فعلاً مالک باشد چه در آینده، مثلاً وقتی گندمی هم‌اکنون وجود ندارد و شخص گفت: فروختم یک من گندم را به تو، معنای آن این است که گندمی را که در آینده مالک آن خواهم شد فعلاً به تو انتقال می‌دهم. یعنی انتقال فعلی است، ولی ملک فعلی نیست. بنابراین، گرچه انتقال فعلی است، ولی انتقال از اعراض نیست تا محتاج محل باشد؛ و آنچه از اعراض است، یعنی ملک، فعلی نیست تا مناقشه مذکور صحیح باشد.

مرحوم آیت‌الله... خوئی ضمن رد پاسخ مزبور می‌گوید: اولاً بیع، چنانکه فاضل نراقی گفته است، انتقال ملک نیست، و به علاوه ملک هم از اعراض مصطلحه نیست، همان‌گونه که قبلاً اشاره شد. ثانیاً، انتقال ملک به خودی خود از عناوین استقلالی نیست بلکه به لحاظ وجود نسبت یا مکان است. بنابراین، وقتی نسبت ملکیت به معدوم محال باشد به طریق اولی انتقال حاصل از آن محال است. سپس ایشان نظر خود را چنین بیان می‌دارد: «ملکیت یک امر صرفاً اعتباری است. بنابراین نیازمند یک محل موجود نمی‌باشد».

ب - دیدگاه حقوقدانان

همان‌گونه که بین فقها در اینکه آیا حقوق می‌تواند موضوع تعهد یا عقد بیع قرار گیرد اختلاف نظر بود، در میان حقوقدانان نیز اختلاف مزبور وجود دارد. یکی از حقوقدانان به پیروی از فقه‌های امامیه گفته است: «بیع اختصاص به نقل عین داشته و مورد آن حتماً باید از اعیان باشد، چنانکه ماده ۳۳۸ قانون مدنی بیع را به این‌طور تعریف کرده، پس هیچ یک از حق و منفعت و انتفاع، مبیع واقع نمی‌شوند و ثمن مبیع را نیز نمی‌توان حقی از حقوق قرار داد، زیرا بیع داخل در عقود مالی است و حق هرچند در بعضی موارد تعلق به مال

۱. ملاحظه نراقی، عوائدالایام، نقل از آیت‌الله خوئی، مصباح الفقاهه، ج ۲، ص ۱۷ و بعد.

می‌گیرد اما فی‌نفسه مال محسوب نیست و انتفاع هم به طریق اولی ثمن مبیع واقع نمی‌شود به جهت اینکه بیع از عقود تملیکی است و انتفاع در حقیقت ملک نبوده بلکه یک نحو تسلطی است. اما منفعت، ظاهر اطلاق عوض در تعریف بیع آن است که می‌شود آن را عوض مبیع قرار داد، و هنوز برنخورده‌ام که کسی منع صریحی از آن کرده باشد.^۱

هنوز هم برخی محاکم^۲ و عده‌ای بر این نظر قدیمی اصرار دارند که مال باید وجود مادی و خارجی داشته باشد، و بر همین اساس امال غیرمادی و حقوق معنوی مانند سرقفلی و حق تألیف و علامت تجاری و صنعتی را مال محسوب نمی‌کنند و معتقدند که اینها مالیت ندارند و در نفوذ و انتقال حقوق تردید می‌کنند، در حالی که آنچه مورد نقل و انتقال و داد و ستد واقع می‌گردد حقوق مالی است و در یک تقسیم‌بندی، حقوق مالی به حقوق عینی و دینی تقسیم می‌گردد و یکی از اقسام حقوق عینی عبارت است از حق مالکیت، بنابراین، اگر به درستی در مسأله دقت شود ملاحظه می‌کنیم که در عقود تملیکی، مانند عقد بیع، آنچه مورد خرید و فروش یا نقل و انتقال واقع می‌گردد چیزی نیست مگر حق مالکیت. به سخن دیگر، در عقد بیع، فروشنده حق مالکیت و رابطه اعتباری و قراردادی و معنوی خود را با موضوعش به خریدار منتقل می‌نماید. النهایه، در لسان حقوقی از آن به فروش مبیع (موضوع حق مالکیت) تعبیر می‌کنند. در نتیجه، این سؤال مطرح می‌گردد که حق مالکیت بر عین را می‌توان فروخت، اما چرا نتوان حقوق مالی دیگر، نظیر حقوق معنوی (سرقفلی، حق تألیف و غیره) را فروخت در حالی که هر دو جزو حقوق‌اند؟ در

۱. مرحوم محمد بروجردی عبده، **حقوق مدنی**، ص ۱۳۰.

۲. برای مثال حق سرقفلی که در عرف داد و ستد (سخن از خرید و فروش آن) می‌شود در اجرای احکام دادگستری قابل توقیف نیست و هنوز برخی از دادرسان معتقدند که سرقفلی را نباید در شمار اموال موجود آورد، لذا تردید دارند که آیا می‌توان سرقفلی را به عنوان یک حق مالی بازداشت کرد یا نه. منشأ تردید همان جاست که حقوق مالی را به عنوان جزئی از دارایی اشخاص به حساب نمی‌آورند. و به دیگر سخن، حقوق را جزو اموال موجود نمی‌آورند. در حالی که سرقفلی در بازار قابل تبدیل به پول است. بنابراین اگرچه فروش سرقفلی را قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ «انتقال» می‌نامد، ولی چنانکه گفته شد در عرف بازار و دادوستد، سخن از فروش سرقفلی است و بر روی مغازه‌ها هم عبارت «سرقفلی واگذار می‌گردد»، یا اینکه «سرقفلی این ملک به فروش می‌رسد» دیده می‌شود. پس دفترخانه‌های اسناد رسمی در اسناد انتقال سرقفلی مغازه‌ها و دکاکین به جای تنظیم سند صلح حقوق یا غیره، شایسته است که از فروش آن سخن گویند و تمایل عمومی عرف را نادیده نگیرند.

پاسخ آن، به گفته استاد محترم جناب دکتر کاتوزیان «آیا محسوس نبودن تسلیم و قبض این اموال مانع گسترش بیع است یا مانع اجتماعی و اقتصادی در کار است یا عادت و سنت‌گرایی از این پیشرفت جلوگیری می‌کند؟ پیوستن انتقال اموال غیرمادی به بیع، احکام مربوط به این انتقال را یکسان و روشن می‌کند و از اختلاف و پراکندگی‌ها می‌کاهد. بنابراین، آنچه منطقی به نظر می‌رسد و حقوق ما را به خانواده جهانی نزدیک می‌کند این است که عقد بیع به تملیک مال یا انتقال ملکیت در برابر عوض اطلاق شود، خواه آن مال عین باشد یا حق و خواه تملیک بی‌درنگ صورت پذیرد یا معلق به شرط شود یا مدتی به تأخیر افتد»^۱.

برخی دیگر از حقوقدانان، نظر به گسترش مفهوم بیع و توسعه مصادیق مفهوم مال و مالیت، و نظر به تحولات قانون‌گذاری در ایران، ضمن پذیرش این نظر که عین بودن مبیع از عناصر سازنده بیع نیست، مانند حقوق فرانسه، طلب را هم قابل خرید و فروش می‌دانند؛ نه‌ایمانه، با هیجان و شتابزده ماده ۳۳۸ قانون مدنی را منسوخ دانسته و گفته‌اند قانون‌گذار در مواد فراوان که پس از قانون مدنی تصویب کرده است در مورد تعریف بیع خود را پای بند ماده ۳۳۸ قانون مدنی نمی‌داند.^۲ این نظر از لحاظ اعتقاد به نسخ ضمنی ماده ۳۳۸ قانون مدنی به عنوان راه‌حلی برای گریز از نظر قدیمی (لزوم عین بودن مبیع)، با قواعد حقوقی سازگار نیست. برای یافتن راه‌حل یک مسأله صورت مسأله را حذف نمی‌کنند بلکه باید راه‌حل دیگری اندیشید. (الجمع مهمما امکن اولی من الطرح). بنابراین، در پاسخ این پرسش که «چرا برخی از فقیهان علی‌رغم این که مبیع را منحصر در عین ندانسته و بلکه شامل حق و غیره هم می‌دانند، اما عقد بیع را تبدیل یا مبادله مال به عین تعریف کرده‌اند؟» باید گفت آنان برای اینکه ماهیت عقد بیع را از تعریف اجاره ممتاز سازند در تعریف بیع از واژه «عین» استفاده می‌کنند نه اینکه خواسته باشند با قید عین، اموال غیرمادی (حقوق) را از شمول تعریف بیع خارج سازند.

مرحوم شیخ انصاری^۳ در مکاسب، در جایی که آیا منفعت را می‌توان عوضی از مبیع

۱. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، عقود معین ۱، ص ۳۰۶.

۲. محمد جعفر جعفری لنگرودی، دائرةالمعارف مدنی و تجارت، ج ۱، ص ۴۶۲.

۳. شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، تعریف عقدالبیع.

قرارداد، به مخالفت آقا وحید بهبهانی نسبت به نظر مشهور اشاره کرده‌اند. آقا وحید مدعی است که در باب بیع، عوض و معوض هر دو باید عین باشند و منفعت همان گونه که مبیع واقع نشد عوض هم واقع نمی‌گردد. سپس شیخ انصاری در رد نظر مزبور می‌گوید: «منظور مشهور از تعبیر به «البيع نقل الاعیان» این نیست که مبیع و ثمن هر دو عین باشند بلکه منظور از این تعبیر روشن نمودن وضعیت مبیع است، یعنی مبیع باید از اعیان باشد. به دلیل اینکه مشهور فقها این تعبیر را در مقابل اجاره به کار می‌برند و برای تفکیک بیع از اجاره می‌گویند: بیع نقل اعیان است و اجاره نقل منافع است.»

هم‌چنین مرحوم صاحب مفتاح الکرامه در این زمینه گفته است: «و المراد بالعين هنا ما قابل المنفعة. فکانت هي المقابله للعین، فتخرج الاجاره الموضوعه لنقل المنافع...»^۱

نتیجه بحث

از آنچه گفته شد این نتیجه به دست می‌آید که باید تعریف بیع را در قانون مدنی به معنی و مفهوم وسیع‌تری به کار ببریم، چنانکه در حقوق فرانسه و مانند آن، طلب نیز می‌تواند مبیع واقع شود و ضرورتی ندارد که مبیع از اعیان باشد.

بنابراین، محاکم و دفترخانه‌های اسناد رسمی می‌توانند از همین سو حرکت کنند و قید «عین» را در تعریف قانونگذار از عقد بیع در ماده ۳۳۸ قانون مدنی، ویژه تمیز عقد بیع از اجاره (تملیک منافع) بدانند؛ به ویژه که قوانین خاصی نظیر قانون تأسیس بورس اوراق بهادار مصوب ۱۳۴۵ و برخی مواد قانون تجارت^۲ و ماده ۵ قانون اصلاحات ارضی در این زمینه وجود دارد که این نظر را تأیید می‌کند.

۱. سیدمحمدجواد حسینی عاملی، **مفتاح الکرامه**، شرح بر قواعد علامه، ج ۴، ص ۱۴۸ به بعد، شهید ثانی، **مسالك الافهام**، ج ۱، ص ۱۶۹ به بعد. دکتر کاتوزیان، منبع قبلی، ص ۳۰۷.

۲. در قانون تجارت به نقل و انتقال سهام شرکت‌ها که جزو اموال منقول تبعی محسوب می‌گردند اشاره شده است و در واقع سهم‌الشرکه‌ها در شرکت‌های تجاری جزو حقوق مالی به شمار می‌روند. مواد ۳۴ تا ۳۶ لایحه قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت و مواد ۷۸ و ۷۹ قانون تجارت؛ ماده ۵ قانون اصلاحات ارضی مصوب ۱۳۴۷ مقرر می‌دارد: «... دولت مکلف است قبوض اقساطی دریافتی آنها را تضمین و در چنین صورتی بانک‌ها و مؤسسات اعتباری می‌توانند این قبیل قبوض اقساطی تضمین شده را خریداری نموده و وجوه حاصله از این بابت را در اختیار فروشندگان املاک مشمول قرار دهند...»

فهرست منابع:

- امام خمینی، **البیع**، ج ۱.
- شیخ مرتضی انصاری، **مکاسب**، چاپ سنگی، خط طاهر خوشنویس.
- شیخ مرتضی انصاری، **مکاسب**، تعریف عقد البیع.
- محمد بروجردی عبده، **حقوق مدنی**.
- جعفر جعفری لنگرودی، **دائرة المعارف مدنی و تجارت**، ج ۱.
- سیدمحمد جواد حسینی عاملی، **مفتاح الکرامه**، شرح بر قواعد علامه، ج ۴، شهید ثانی، **مسالك الافهام**، ج ۱.
- آخوند خراسانی، **حاشیه مکاسب**، تصحیح سیدمهدی شمس الدین، وزارت ارشاد اسلامی، چاپ اول.
- حاج سیدابوالقاسم خوئی، **مصباح الفقاهه**، ج ۱، چاپ نجف، حیدری.
- سیدمحمد کاظم طباطبایی، **حاشیه مکاسب**، ج اول، چاپ سربی.
- کاتوزیان، **حقوق مدنی**، عقود معین ۱.
- ملااحمد نراقی، **عوائد الایام**، نقل از آیت الله خوئی، **مصباح الفقاهه**، ج ۲.

تعارض قوانین در باب وصیت و ارث

سلیمان فدوی^۱

چکیده:

از مباحث بسیار جالب توجه در مبحث تعارض قوانین هر کشوری، بحث وصیت و ارث می‌باشد. تقریباً تمامی کشورهای جهان پذیرفته‌اند که هرگاه متوفای بدون وصیتی وجود داشته باشد، اموال وی به خواست و اراده قانون‌گذار بین ورثه تقسیم گردد. با دخالت عامل بیگانه در حقوق هر کشور، تعدادی از کشورها مبنای تقسیم‌بندی اموال متوفی بدون وصیت را قانون ملی و تعداد دیگری از کشورها ملاک تقسیم‌بندی متوفای یاد شده را قانون اقامتگاه می‌دانند، حتی تعدادی از کشورها ضمن تفریق بین اموال منقول و غیرمنقول متعلق به متوفی بدون وصیت، حسب مورد قانون اقامتگاه صاحب مال و قانون محل وقوع مال غیرمنقول را صلاحیت‌دار می‌دانند. تفاوت مبنایی تقسیم‌بندی فوق، ضرورت وجودی درسی به نام تعارض قوانین و بررسی قواعد حل تعارض قوانین هر کشوری را باعث خواهد شد.

واژگان کلیدی: ارث بدون وصیت، احوال شخصیه، توصیف، احاله، قواعد حل تعارض

قوانین، قواعد ماهوی، قانون مقر دادگاه

۱. سردفتر اسناد رسمی شماره ۴۴۳ تهران و عضو هیئت علمی دانشکده حقوق.

مقدمه


با فوت شخص حقیقی، دو مسأله مهم مربوط به احوال شخصیه مطرح خواهد شد. اولین مسأله، وجود یا عدم وجود وصیت‌نامه و دومین موضوع، طرح مبحث ارث می‌باشد.^۱ وصیت در حقیقت نوعی تصمیم‌گیری شخص حقیقی نسبت به امور مالی و غیرمالی، برای بعد از فوت خود می‌باشد، به همین جهت می‌توان آن را نوعی توصیه حقوقی به افراد باقی‌مانده متوفی تلقی نمود. به عبارت دیگر مسأله وصیت، از لحاظ شکل‌گیری، در لحظه یا لحظات قبل از فوت شخص حقیقی صورت گرفته و پس از فوت وصیت‌کننده موجب آثار حقوقی خواهد بود. لیکن ارث که در حقیقت نوعی تقسیم اموال نسبت به اموال متوفی براساس اراده قانونگذار است، با وصیت تفاوت داشته و از لحاظ ایجاد و به وجود آمدن آثار خلصت متفاوتی داشته و صرفاً به لحظات بعد از فوت شخص حقیقی مربوط خواهد شد. با توجه به تفاوت ماهیت یاد شده، ناگزیر این دو مقوله متفاوت را جداگانه مورد بررسی قرار خواهیم داد.

گفتار اول - وصیت:

در ساده‌ترین تعریفی که توسط حقوقدانان مشهور ایرانی ارائه شده است، وصیت عبارت از انشاء امری است که اثر آن معلق به فوت انشاء‌کننده خواهد بود، خواه این امر تملیک رایگان و مستقیم مال یا دستور تصرف در آن یا فک ملک، اسقاط حق و نصب وصی جهت ادای واجبات مالی یا مانند آنها باشد.^۲ وصیت‌کننده را موصی و کسی که وصیت به

۱. این تعریف با کمی اغماض برگرفته از ماده ۸۹۵ قانون مدنی فرانسه است که حکایت از واپسین اراده شخصی موصی است که قرار است دیگران به درخواست وی برای بعد از فوت نامبرده، انجام دهند به ویژه نسبت به انتقال تمام یا قسمتی از اموال وی به متن ماده مذکور توجه فرمائید:

Testament: Le Testament est un acte unilateral fait dans une des formes prescrites par la loi, par lequel le testateur dispose, pour le temps ou il n'existera plus de tout ou partie de ses biens.

۲. تعریف یاد شده از آقای دکتر کاتوزیان اقتباس گردیده است. حال آنکه آقای دکتر لنگرودی در کتاب وصیت وارث خود بیان فرموده‌اند: وصیت عبارت است از استیفاء حق که معلق بر فوت استیفاء‌کننده باشد. و برای توضیح بیشتر عنوان فرموده‌اند: انسان حقوقی دارد که می‌تواند از پاره‌ای از آن را حقوق به صورت معلق بر فوت، استیفاء حق نماید یعنی از حق مالکیتی که برخانه خود دارد برای بعد از وفات خود استیفاء حق نماید این استیفاء را وصیت می‌نامند. در تعریف وصیت در فرهنگ لغات فرانسه و نیز فرهنگ لغات انگلیسی تلویحاً با همین مبانی سروکار خواهیم داشت به عنوان مثال در فرهنگ لغات قضایی 

نفع وی صورت گرفته، موصی له و کسی که می‌بایست دستورات موصی را به موقع اجرا گذارد، وصی نام دارد و به موضوع وصیت «موصی به» اطلاق می‌گردد.^۱

مطابق تعریف یاد شده، این عمل حقوقی (که معمولاً در لحظه فوت و یا هر لحظه قبل از فوت امکان تحقق دارد، نوعی تصرف موصی در اموال خود بعد از فوت از طریق ایجاد مالکیت و تسلیط مستقیم یا غیرمستقیم دیگران) تلقی می‌گردد.

قانونگذار ایران، وصیت را به تبعیت از شارع مقدس، به دو قسمت وصیت عهدی و تملیکی تقسیم نموده و در ماده ۸۲۶ قانون مدنی خود، مبادرت به ارائه تعریف دو اصطلاح یاد شده می‌نماید. دو شاخصه مهم تعلیق مورد وصیت به فوت موصی و قابلیت رجوع از وصیت از جمله موارد مشترکی است که هم در وصیت تملیکی و هم در وصیت عهدی قابل مشاهده است. تفاوت وصیت عهدی و تملیکی در تصرف (تملیک) اموال پس از فوت و نیز رایگان بودن تملیک می‌باشد.^۲ به عبارت دیگر، این دو خصلت یاد شده از

⚖️ (فرانسه) می‌خوانیم:

Testament:: Acte unilateral et solennel de dernière volonté (revocable) Jusqu'à un décès de son auteur, par lequel une personne, plus sous l'une des trois formes écrites déterminées par la loi de tout ou partie de ses biens, en faveur d'une ou plusieurs personnes.

همچنین در فرهنگ لغات حقوقی انگلیسی در ذیل کلمه وصیت می‌خوانیم:

Testament: A will "the true declaration of our last will, of that we would be done after our death.

برای مطالعه بیشتر رجوع شود به:

دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، درس‌هایی از شفعه، وصیت، ارث، نشر میزان، چاپ سوم، پاییز ۸۱، ص ۵۹

دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، وصیت - ارث، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۳، ص ۳.

Cornu (G): **vocabulaire Juridique**, presses universitaires de France, 2 ed, 1987, p 804 Curzon (L.B): dictionary of law. Op.cit -p 416

1. Exécuteur testamentaire(F): وصی

Executor or administrator of the will (E)

Testateur, trice (F): موصی

Testator, Legator, devisor (E)

Legataire(F): موصی له

Legatee, devisee (E)

Legs(F): موصی به

Legacy, bequest.(E)

۲. دو شاخصه مهم «تملیک اموال و رایگان بودن عمل تملیک» وجه مشخصه‌ای است که اکثر حقوقدانان ایرانی در باب تفاوت وصیت عهدی و تملیکی بیان داشته‌اند. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به:

دکتر سیدحسن امامی، حقوق مدنی، جلد سوم، همان منبع، ص ۷۴.

دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، درس‌هایی از شفعه، وصیت، ارث، همان منبع، ص ۶۱ و ۶۲.

دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، وصیت - ارث، همان منبع، ص ۴۳ - ۵۱.

دکتر رضا نوری، شفعه، وصیت، ارث اسباب ثلاثه تملک در حقوق مدنی، انتشارات پازنگ، چاپ دوم، ۱۳۷۴، صص ۲۸ - ۴۶.

شاخصه‌های اساسی وصیت‌نامه تملیکی می‌باشند. هر چند در ماهیت حقوقی انواع و اقسام وصیت‌نامه بین حقوقدانان و فقها اختلاف نظر وجود دارد، لیکن اختلاف یاد شده در وصیت تملیکی دامنه وسیع‌تری دارد.^۱ قانونگذار ایران، به تعبیت از مشهور فقهای امامیه، وصیت تملیکی را تلویحاً عقد دانسته است. زیرا مطابق مندرجات ماده ۸۲۷ قانون مدنی، تحقق این نوع از وصیت، به دو شرط، فوت موصی و قبول موصی له وابسته شده است.^۲ هرچند قبول موصی له مقید به زمان خاصی نمی‌باشد، لیکن با لحاظ ماده ۸۳۳ قانون مدنی^۳، در صورت تأخیر قبول موصی له بعد از فوت موصی، حاکم می‌تواند موصی له را به تصمیم‌گیری (اعم از قبول یا رد وصیت تملیکی) اجبار نماید. در مبحث قبول وصیت از جانب موصی له، ممکن است این سؤال مطرح گردد که آیا قبول موصی له، ناقل ملکیت است یا اینکه قبول وی حکایت از کشف ملکیت می‌باشد؟

مسائلی از قبیل اهلیت لازم برای وصیت کردن، شرایط صحت و نفوذ وصیت، مقداری که موصی می‌تواند به موجب وصیت تملیک نماید، تأثیر یا عدم تأثیر رضایت وارث حین‌الفوت برای ارتقاء یا کاهش دامنه توزیع و انتقال موصی به، صحت یا بطلان وصیت بر مال غیر، محرومیت ورثه از ارث به موجب وصیت، قابلیت یا عدم قابلیت رجوع از وصیت انتقال ارادی موصی به از جانب موصی به شخص ثالث پس از تنظیم وصیت‌نامه، اهلیت موصی له و وصی، نظارت‌های استصوابی و اطلاعاتی و نیز نحوه تنظیم وصیت یا اشکال

۱. اصلی‌ترین اختلاف در باب ماهیت حقوقی وصیت‌نامه این است که آیا وصیت عقد محسوب می‌گردد یا ایقاع؟ آقای دکتر کاتوزیان هرچند به پیروی از ماده ۸۲۷ قانون مدنی و مشهور فقهای امامیه، وصیت تملیکی را عقد می‌داند لیکن به عدم موالات میان ایجاب و قبول و حیات و اهلیت طرفین عقد در زمان وقوع تراضی و فرعی بودن شرط قبول موصی له، به عنوان عواملی که بر عقد بودن وصیت تملیکی خدشه وارد می‌سازد اشاره دارند. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به: دکتر ناصر کاتوزیان، **حقوق مدنی، درس‌هایی از شفعه**، وصیت، ارث، همان منبع، ص ۶۳.

۲. ماده ۸۲۷ قانون مدنی اشعار می‌دارد: تملیک به موجب وصیت محقق نمی‌شود مگر با قبول موصی له پس از فوت موصی، به همین جهت تمامی حقوقدانان ایران بر دو شرط یاد شده (فوت موصی و قبول موصی له) در وصیت تملیکی اتفاق نظر دارند.

۳. ماده ۸۳۳ قانون مدنی اشعار می‌دارد: ورثه موصی نمی‌تواند در موصی به تصرف کند مادام که موصی له رد یا قبول خود را به آنها اعلام نکرده است و در صورت تأخیر در قبول یا رد (هرگاه امکان تصور ضرر بر ورثه باشد) حاکم می‌تواند موصی له را وادار نماید که در تصمیم خود تعجیل نموده، وصیت را قبول یا رد نماید. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به: دکتر رضا نوری، **شفعه، وصیت، ارث، اسباب ثلاثه تملک در حقوق مدنی**، همان منبع، ص ۴۶.

گوناگون و متنوع آن و تابعیت متفاوت یا یکسان موصی، وصی، ناظر و موصی له از جمله موضوعاتی است که ممکن است در باب وصیت در حقوق بین الملل خصوصی هر کشوری مطرح گردد.

از میان موضوعات فوق الذکر، اهلیت و تابعیت موصی و سایرین و نیز قسمتی که ممکن است موصی به موجب وصیت تملیک نماید و همچنین نحوه تنظیم وصیت نامه (اشکال مختلف وصیت نامه) از جمله مهمترین موضوعاتی است که در باب وصیت در هر کشوری امکان طرح وجود دارد که به طور اختصار به شرح هر یک می پردازیم.

الف - اهلیت و تابعیت موصی و سایرین:

در تمامی اعمال حقوقی نظیر انجام معاملات، اهلیتی که مدنظر قانونگذار است نوعاً از جنس اهلیت استیفا می باشد. حال آنکه در مبحث وضعیت بیگانگان، اهلیت مورد نظر از نوع، اهلیت تمتع خواهد بود لیکن در بحث تعارض قوانین اهلیت مورد نظر، اهلیت استیفاء خواهد بود. به عبارت دیگر، ابتدا این سؤال به ذهن متبادر خواهد شد که آیا اصولاً افراد خارجی حق وصیت کردن دارند؟ بنا به گفته یکی از حقوقدانان معروف، اهلیتی که در تعارض قوانین مطرح است، اهلیت استیفا یا اهلیت اجرای حق می باشد، چه اگر شخصی در روابط بین المللی فاقد اهلیت تمتع باشد، تعارض قوانین به وجود نخواهد آمد.^۱

ماهیت اهلیت در وصیت به گونه ای است که باعث می شود تا وصیت قائم به شخص موصی گردیده و از وی جدا نگردد. به عبارت دیگر، با پذیرش این تحلیل، ولی یا قیم محجور نمی تواند به نمایندگی از محجور یا مولی علیه خود، مبادرت به انشاء وصیت نماید (برداشت مفهومی از ماده ۱۲۱۷ قانون مدنی ایران)^۲

۱. دکتر نجادعلی الماسی، **حقوق بین الملل خصوصی**، همان منبع، ص ۲۳۱، دکتر نجادعلی الماسی، **تعارض قوانین**، همان منبع، صص ۱۵۲ - ۱۵۳.

۲. ماده ۱۲۱۷، قانون مدنی ایران مقرر می دارد: «اداره اموال صغار و مجانین و اشخاص غیر رشید به عهده ولی یا قیم آنان است. به طوری که در باب سوم از کتاب هشتم و مواد بعد مقرر است.» مضافاً تعدادی از حقوقدانان اعتقاد دارند که در باب هبه اموال صغیر توسط پدر طفل (ولی)، پدر می بایست با اثبات مصلحت ویژه ای که غبطه مولی علیه را ایجاب می کرده اختیار و نمایندگی خویش را اثبات نماید... پس اموری که در عرف لازمه اداره اموال محجور نیست و آن اموال را تلف یا در معرض تلف (مانند رهن) قرار می دهد، داخل در نمایندگی ولی قرار نمی گیرد. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به: دکتر ناصر کاتوزیان، **حقوق خانواده**، جلد دوم، **روابط والدین و فرزندان**، همان منبع، ص ۲۲۱، دکتر ناصر کاتوزیان، **دوره مقدماتی، حقوق مدنی (خانواده)**، همان منبع، ص ۴۱۱.

همان گونه که قبلاً عنوان گردید، در حقوق ایران، وصیت تملیکی نوعاً عقد محسوب می‌گردد و در زمان انشاء وصیت تملیکی، علاوه بر اهلیت موصی، اهلیت موصی‌له و وجود وی نیز شرط است و این موضوع، صراحتاً در ماده ۸۵۰ قانون مدنی ایران، بیان گردیده است.^۱ قانونگذار ایران، حتی استقرار و وجود موصی‌له را به دوره جنینی تسری داده و وصیت تملیکی به نفع جنین را صحیح دانسته است، لیکن تملک موصی‌له به توسط جنین را در وصیت تملیکی، منوط به زنده متولد شدن جنین دانسته است.^۲

به عبارت دیگر، اهلیت موصی و موصی‌له در وصیت تملیکی در حقوق ایران، شرط اصلی محسوب می‌گردد. حال این سؤال مطرح خواهد شد که آیا وصی نیز می‌بایست دارای اهلیت باشد؟ با بررسی دقیق متن قانون مدنی و نوشته حقوقدانان اینگونه مشهور است که این موضوع قابل تسری به وصی نیست.^۳ به دیگر سخن در حقوق ایران، می‌توان صغیر را به عنوان وصی نصب نمود. لیکن تحقق وصیت، تا زمان کبیر شدن وصی، مشروط به همراهی شخص کبیر در معیت صغیر خواهد بود و این مفهومی است که می‌توان از ماده ۸۵۶ قانون مدنی ایران^۴ استنباط نمود.

علاوه بر موارد یاد شده، تابعیت موصی نقش بسیار مهمی در قانون حاکم بر وصیت (از لحاظ شکلی و ماهوی) دارد. اولین سؤالی که ممکن است در این زمینه مطرح گردد، این

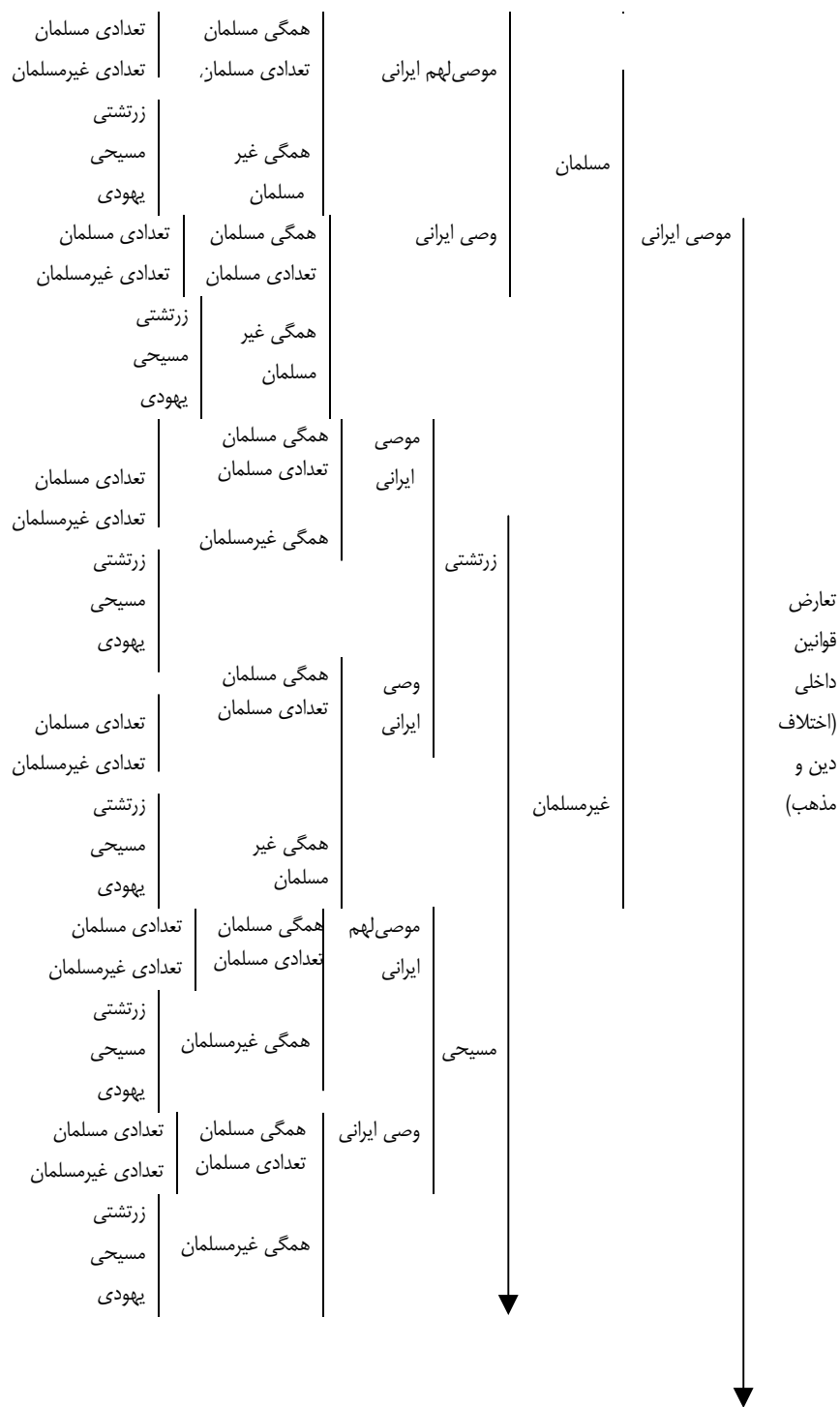
۱. ماده ۸۵۰ قانون مدنی ایران بیان می‌دارد: موصی‌له باید موجود باشد و بتواند مالک چیزی شود که برای او وصیت شده است.

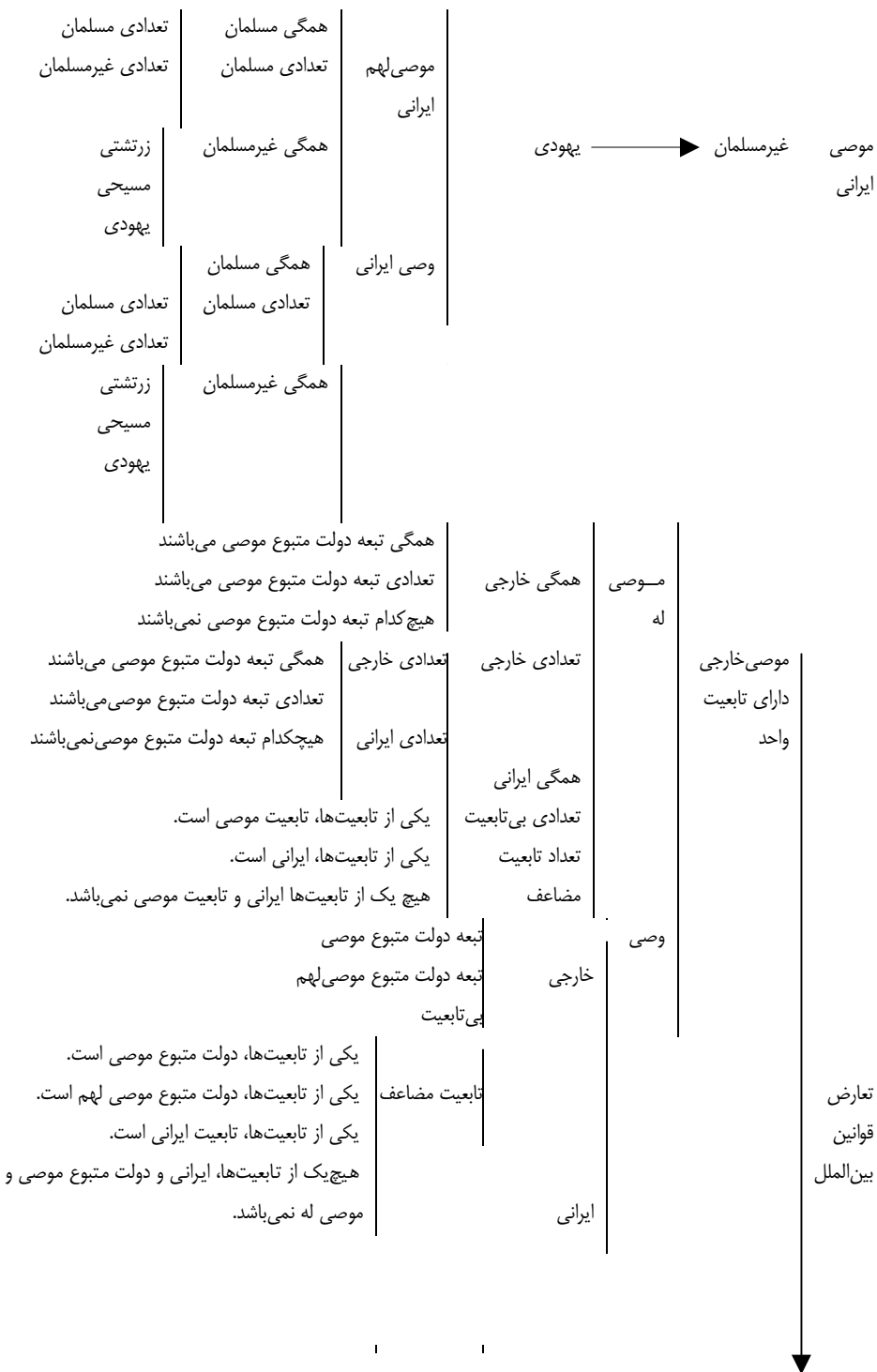
۲. موضوع استقرار و وجود موصی‌له به دوره جنینی را می‌توان از منطوق مادتين ۸۵۱ و ۸۵۲ قانون مدنی ایران به دست آورد آنجا که مادتين فوق بیان می‌دارند: «وصیت برای حمل صحیح است لیکن تملک او منوط است بر اینکه زنده متولد شود» - «اگر حمل در نتیجه جرمی سقط شود موصی‌له، به ورثه او می‌رسد مگر اینکه جرم مانع ارث باشد.»

۳. دکتر ناصر کاتوزیان، **حقوق مدنی، درس‌هایی از شفعه، وصیت، ارث**، همان منبع، ص ۱۱۴، برخلاف آقای دکتر کاتوزیان، آقایان دکتر امامی و دکتر لنگرودی و دکتر نوری اعتقاد دارند که اهلیت در وصی شرط است هرچند ماده ۸۵۶ قانون مدنی اجازه تعیین صغیر به عنوان وصی را داده باشد. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به: دکتر رضا نوری، **شفعه، وصیت، ارث اسباب ثلاثه تملک در حقوق مدنی**، همان منبع، ص ۴۹، دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، **وصیت، ارث**، همان منبع، ص ۱۷۲، دکتر سیدحسن امامی، **حقوق مدنی**، جلد سوم، همان منبع، ص ۱۲۴.

۴. ماده ۸۵۶ قانون مدنی ایران اشعار می‌دارد: صغیر را می‌توان به اتفاق یک نفر کبیر وصی قرار داد. در این صورت اجرای وصایا با کبیر خواهد بود تا موقع بلوغ ورثه صغیر.

است که در صورت وحدت تابعیت میان موصی، موصی له و وصی (در صورتی که نامبردگان کلاً ایرانی، یا کلاً خارجی باشند) کدام قانون به عنوان قانون قابل اعمال صلاحیتدار می‌باشد؟ پاسخ به این سؤال، مشکل نخواهد بود و حسب مورد مطابق مادتين ۶ و ۷ قانون مدنی ایران، قانون ایران یا قانون خارجی را می‌توان به موقع اجرا گذارد. لیکن موضوع موضوع قانون حاکم بر وصیت، زمانی پیچیده و متنوع‌تر خواهد شد که در حقوق داخلی (شاهد اختلاف در دین و مذهب موصی، موصی له و موصی ایرانی) و در حقوق بین‌الملل خصوصی شاهد کثرت و تفاوت تابعیت موصی، موصی له و وصی باشیم. برای درک بهتر موارد یاد شده، صورتهای احتمالی وضعیت مذهب و تابعیت میان موصی، موصی له و وصی را ترسیم می‌نمائیم:





همگی خارجی تعدادی خارجی تعدادی ایرانی	همگی ایرانی تعدادی بی‌تابعیت	موصی له		
یکی از تابعیت‌ها، تابعیت موصی است یکی از تابعیت‌ها، ایرانی است. هیچ یک از تابعیت‌ها ایرانی و تابعیت موصی نمی‌باشد	تعداد تابعیت مضاعف	موصی بی‌تابعیت		
تبعه دولت موصی له تبعه دولت غیر از دولت موصل له	خارجی ایرانی بی‌تابعیت	وصی		تعارض قوانین بین‌المللی
یکی از تابعیت‌ها، تابعیت موصی له است. یکی از تابعیت‌ها، ایرانی است هیچ یک از تابعیت‌ها ایرانی و تابعیت موصی له نمی‌باشد	تابعیت مضاعف			
برابر با یکی از تابعیت‌های مضاعف موصی نابرابر با تابعیت‌های مضاعف موصی	همگی خارجی تعدادی خارجی تعدادی ایرانی	موصی له		
برابر با یکی از تابعیت‌های مضاعف موصی نابرابر با تابعیت‌های مضاعف موصی	همگی ایرانی تعدادی بی‌تابعیت	یکی از تابعیت‌ها		
برابر با یکی از تابعیت‌های مضاعف موصی نابرابر با تابعیت‌های مضاعف موصی	تعدادی تابعیت مضاعف	موصی ایرانی است		
یکی از تابعیت‌ها، ایرانی است یکی از تابعیت‌ها، با تابعیت وصی برابر است هیچ یک از تابعیت‌ها ایرانی نبوده و با تابعیت‌های موصی و وصی برابر نیست	تعدادی تابعیت مضاعف			
با یکی از تابعیت‌های مضاعف موصی برابر است با هیچ یک از تابعیت‌های مضاعف موصی برابر نیست با تابعیت موصی لهم برابر است با تابعیت موصی لهم برابر نیست	خارجی ایرانی بی‌تابعیت	وصی		موصی دارای تابعیت مضاعف
برابر با یکی از تابعیت‌های مضاعف موصی نابرابر با تابعیت‌های مضاعف موصی یکی از تابعیت‌ها، ایرانی است برابر با یکی از تابعیت‌های موصی له نابرابر با تابعیت‌های موصی له هیچ یک از تابعیت‌ها ایرانی نبوده و با تابعیت‌های موصی و وصی له برابر نیست	تابعیت مضاعف			





توجه به نمودارهای فوق، ما را به این نتیجه راهنمون می‌سازد که صورت‌های بسیار متفاوتی در ارتباط با تابعیت و مذهب موصی، موصی‌له و وصی قابل طرح می‌باشد، لیکن در حقوق ایران باید به یک نکته اساسی توجه داشته باشیم و آن نکته این است که در صورت اختلاف دین و مذهب موصی، موصی‌له و وصی (تعارض قوانین داخلی)، مسائل ماهوی مربوط به وصیت تابع قواعد مسلمه و متداوله دین و مذهب موصی می‌باشد. بنابراین دین و مذهب موصی‌له و وصی نقشی در قانون قابل اعمال بر وصیت در حقوق داخلی (بین اقلیت‌های دینی و مذهبی) نداشته و ندارد.^۱ لیکن هرگاه یک نفر موصی مسلمان (ایرانی) بخواهد وصی خود را از میان غیرمسلمان ایرانی انتخاب نماید و نیز در صورتی که موصی لهم متعدد بوده و تعدادی از آنان مسلمان و تعدادی غیرمسلمان ایرانی یا همگن غیر مسلمان باشند، قانون مدنی ایران در این خصوص ساکت بوده و حکم خاصی ارائه نداده است. باید توجه داشت که در حالات یاد شده بین فقها و حقوقدانان ایرانی وحدت نظر وجود ندارد. عده‌ای از فقها وصیت مزبور را به طور مطلق صحیح می‌دانند و عده‌ای دیگر بین غیرمسلمان مستامن و غیر مستامن قائل به تفریق می‌باشند.^۲

در خصوص تابعیت موصی و موصی لهم و وصی در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران، هرگاه بین تابعیت موصی، موصی لهم و وصی وحدتی وجود نداشته باشد، قانونگذار ایران در ماده ۹۶۷ قانون مدنی ایران، با پذیرش قاعده ترجیحی (اعمال قانون دولت متبوع موصی یا متوفی) کلیه مسائل ماهوی مربوط به وصیت را تعیین و تکلیف نموده است. پس هرگاه موصی تبعه یک کشور، و موصی لهم اتباع کشورهای گوناگون و وصی نیز تبعه کشور ثالثی باشد. در این صورت، در بحث وصیت، قانون دولت متبوع موصی ملاک عمل

۱. به عنوان یک قاعده ترجیحی در حقوق داخلی ایران، در صورت بروز اختلاف در دین و مذهب موصی، موصی‌له و وصی (تعارض قوانین داخلی) قواعد و مقررات متداوله و مسلمه در دین و مذهب موصی ملاک اعتبار خواهد بود (بند ۲ قانون ماده واحده اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه در محاکم مصوب ۱۳۱۲) و همین حکم با بیانی دیگر در ماده ۹۶۷ قانون مدنی ایران به عنوان قاعده ترجیحی در هنگامی که موصی، موصی لهم، و وصی تبعه کشورهای مختلف باشند جاری خواهد بود و حکم مزبور اعمال قانون دولت متبوع موصی (متوفی) می‌باشد.

۲. دکتر مصطفی جباری، و حمید مسجد سرایی، *فقه تطبیقی با نگاهی به قانون مدنی (احوال شخصیه)* همان منبع، ص ۲۰۵.

خواهد بود. در این جاست که قاضی ایرانی برای حکم به صحت یا عدم صحت وصیت یاد شده، ابتدا باید به قواعد حل تعارض قوانین قانون دولت متبوع موصی (متوفی) مراجعه نموده و در صورت عدم ایجاد احاله، قاعده ماهوی قانون دولت متبوع موصی را به موقع اجرا می‌گذارد و هرگاه قواعد حل تعارض قوانین قانون دولت متبوع موصی، ایجاد احاله درجه اول نماید، قاضی ایرانی، مکلف است قانون مدنی ایران (نه قواعد و مقررات مسلمة اقلیت‌های دینی و مذهبی ایران) را به موقع اجرا می‌گذارد و در صورتی که قواعد حل تعارض قوانین دولت متبوع موصی ایجاد احاله درجه دوم، قاضی ایرانی می‌تواند قاعده ماهوی قانون دولت متبوع موصی را به موقع اجرا گذارد.^۱

ب) حدود وصیت

مسأله اصلی و مطروحه‌ای که در این قسمت قابل بحث و بررسی است، این است که موصی تا چه میزان می‌تواند نسبت به اموال خود برای پس از مرگش تصمیم‌گیری نماید. مسأله یاد شده از این جهت حائز اهمیت است که در بحث تعارض قوانین داخلی (وصیت اقلیت‌های دینی و مذهبی ایرانی) و بحث تعارض قوانین بین‌المللی (وصیت اتباع کشورهای

۱. اکثر حقوقدانان ایرانی ضمن قبول بحث وصیت اتباع خارجی در ایران (احوال شخصیه اتباع خارجی در ایران) تا مبحث احاله درجه اول راه‌حل مشترکی ارائه داده و فقط در مبحث احاله درجه دوم بحث تخییری بودن یا غیر تخییری بودن پذیرش احاله درجه دوم را مطرح نموده‌اند. لیکن تنها در میان حقوقدانان ایرانی، آقای دکتر لنگرودی است که اعتقاد به محدودیت وصیت اتباع خارجه دارند. ایشان در کتاب وصیت و ارث خود عنوان می‌دارند: «حال اگر شخصی ایرانی یا بیگانه نسبت به مال غیرمنقولی که در ایران دارد به سود یکی از اتباع خارجه وصیت نماید این وصیت تا زمانی که اجازه استملاک طبق آیین‌نامه استملاک اتباع خارجه صادر گردد، نیز نافذ است اگر اجازه ندهد آن وصیت از اعتبار می‌افتد و جمله «و بتواند مالک چیزی بشود که برای او وصیت شده است.» از ماده ۸۵۰ قانون مدنی می‌تواند مستند باشد، برای مطالعه بیشتر همه نظرات در این خصوص مراجعه شود به: دکتر نجاد علی الماسی، **حقوق بین‌الملل خصوصی**، همان منبع صص ۹۸ - ۱۰۲، دکتر محمد نصیری، **حقوق بین‌الملل خصوصی**، جلد اول و دوم، همان منبع، صص ۱۸۵ - ۱۸۶، دکتر بهشید ارفع‌نیا، **حقوق بین‌الملل خصوصی**، جلد دوم، همان منبع، صص ۱۲۱ - ۱۲۳، دکتر سیدحسین صفایی، **مباحثی از حقوق بین‌الملل خصوصی**، همان منبع، صص ۱۲۰ - ۱۲۱، دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، **وصیت - ارث**، همان منبع، ۱۵۳ - ۱۵۴، دکتر سیدمحمد متولی، **احوال شخصیه بیگانگان در ایران**، همان منبع، صص ۱۱۹ - ۱۲۳.

دیگر)، موضوع حدود وصیت ممکن است با قواعد و مقررات عمومی ایران موافق بوده یا اینکه این موضوع که موصی تا چه میزان می‌تواند به موجب وصیت تملیک نماید، ممکن است با حقوق ایران منافات داشته باشد.

مسئله دیگری که در ضمن همین مسأله قابل تأمل است، این است که آیا موصی لهم الزاماً می‌بایست با موصی قرابت (اعم از نسبی و سببی و غیره) داشته باشند یا اینکه وصیت به نفع ثالث نیز امکان‌پذیر خواهد بود؟ با تدقیق در فرض فوق‌الذکر (امکان‌پذیر بودن یا امکان‌پذیر نبودن وصیت به نفع ثالث)، مباحث دیگری نیز در باب وصیت گشوده خواهد شد و آن مباحث عبارتند از اینکه آیا موصی حق وصیت نسبت به کلیه اموال خود را دارا می‌باشد؟ آیا وصیت نمودن اتباع خارجه یا اتباع ایرانی (اقلیت‌های دینی) در ایران بر تمامی اموال خود، مغایر با نظم عمومی ایران تلقی خواهد شد؟ و در مواردی که موصی چنین اختیاری را نداشته باشد، آیا موصی می‌تواند به گونه‌ای وصیت نماید که به موجب آن یک یا چند تن از ورثه یا تمام آنها را از ارث محروم گردند؟ یا اینکه اصولاً چنین حقی برای موصی در هیچ دین و مذهبی (در تعارض قوانین داخلی) یا در هیچ کشوری (در تعارض قوانین بین‌المللی) پیش‌بینی نشده است و اگر هم پیش‌بینی شده باشد، اعمال آن مغایر با نظم عمومی حقوقی ایران و اخلاق حسنه خواهد بود؟

براساس قواعد و مقررات ایران در باب وصیت، که متخذ از فقه شیعه می‌باشد، موصی، تنها حق دارد به موجب وصیت، در زمان حیات خود، بدون وجود هرگونه مانع مزاحمتی برای پس از مرگش، در ثلث اموال خود مداخله نماید و مازاد بر ثلث نیاز به اذن آتی وراثت حین‌الفوت وی خود داشت. ماده ۸۴۳ قانون مدنی ایران،^۱ دو ثلث اموال مورث دارای وصیت را ذخیره مالی وراثت حین‌الفوت وی می‌داند و در صورتی که موصی به وسیله وصیت، در دارایی ذخیره وراثت حین‌الفوت آتی خود مداخله نماید، اقدام یاد شده نافذ نبوده و مانع اجرای وصیت مازاد بر ارث (به نسبت مازاد) گردیده و در صورتی که وراثت حین‌الفوت موصی، از حق خویش گذشت نموده و وصیت مازاد را تجویز نماید در آن صورت مانع اجرایی وصیت از بین رفته و وصیت نسبت به ذخیره وراثت حین‌الفوت موصی، خصلت اجرایی

۱. ماده ۸۴۳ قانون مدنی ایران اشعار می‌دارد: وصیت به زیاده بر ثلث ترکه نافذ نیست مگر با اجازه وراثت و اگر بعضی از ورثه اجازه کند فقط نسبت به سهم او نافذ است.

خواهد یافت.

در حقوق داخلی ایران (به استثنای حقوق اقلیت‌های دینی و مذهبی که بحث دیگری دارد)، موصی به موجب ماده ۸۳۷ قانون مدنی، نمی‌تواند ابتدائاً و به قصد محرومیت از ارث، یک یا چند نفر از وراثت را از ارث محروم نماید و در صورتی که چنین اتفاقی افتد وصیت یاد شده نافذ نخواهد بود.^۱ البته این بدان معنی نیست که اگر وراثتی که از ارث محروم گردیده‌اند، رضایت خود را مبنی بر محرومیت از ارث اعلام نمایند وصیت یاد شده نافذ خواهد شد. زیرا نظم عمومی حقوق ایران، چنین وصیتی را باطل می‌داند.^۲ به عبارت دیگر معنی جمله «وصیت مزبور نافذ نیست» مندرج در ماده ۸۲۷ قانون مدنی ایران، به نظر اکثریت حقوقدانان ایرانی، به معنی بطلان وصیت‌نامه مزبور است.^۳ لیکن عده دیگری از حقوقدانان اعتقاد دارند، ظهور عدم نفوذ در جمله یاد شده در متن ماده ۸۳۷ قانون مدنی ایران، دلیل بر بطلان وصیت نبوده بلکه معنای عرفی و متداول «عدم نفوذ» بطلان

۱ و ۲. آقای دکتر کاتوزیان عنوان داشته‌اند در اجرای حکم ماده ۸۳۷ قانون مدنی ایران اختلاف نظر فراوانی وجود دارد (بدون ذکر منبع اختلاف) علت اختلاف هم از این جنبه است که آیا اجازه وارثی که به موجب وصیت از ارث محروم شده، باعث تنفیذ وصیت می‌شود یا مقصود بطلان وصیت است به دلیل برخورد با نظم وراثت؟ برای دسته اول قرینه ظهور ادبی در جمله «وصیت نافذ نیست» و برای دسته دوم نظم عمومی مندرج در وراثت و ارتباط آن با اخلاق و مصالح اجتماعی را قرینه بطلان وصیت قلمداد نموده‌اند و ایشان دو نظر یاد شده در وصیت را تعدیل نموده و محرومیت از ارث را به دو قسمت تقسیم می‌نمایند. محرومیت از ارث جزئی و محرومیت از ارث کلی و اعتقاد دارند، اشکالی در محرومیت از ارث جزئی وجود ندارد لیکن هرگاه محرومیت از ارث کلی مطرح باشد وصیت یاد شده باطل خواهد بود. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به: دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، **درس‌هایی از شفعه، وصیت، ارث**، همان منبع، ص ۸۷ - ۸۸.

۳. مرحوم دکتر سیدحسن امامی در مبحث وصیت، به عنوان فرع ۲، بایی به نام محروم نمودن ورثه از ارث گشوده و به عنوان مقدمه عنوان داشته‌اند «توارث از احکام مربوط به نظم اجتماعی به شمار می‌روند نه از حقوق، که شخص بتواند آن را اسقاط نماید. آن گاه ضمن تفکیک دو دیدگاه در باب اثر محرومیت از ارث (اجازه شخص محروم باعث نفوذ چنین وصیتی است مانند نظر علامه حلی در مختلف و بطلان وصیت حتی در صورت تجویز شخص محروم (همانند نظر محقق و شهیدین) ایشان در نهایت، نظر بطلان وصیت‌نامه‌ای که رد آن باعث محرومیت تمام یا بعض ورثه از ارث گردیده را پذیرش نموده‌اند. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به: دکتر سیدحسن امامی، **حقوق مدنی**، جلد سوم، همان منبع، ص ۱۱۷ - ۱۱۹.

نمی‌باشد و برای اینکه بطلان چنین وصیتی استنباط گردد، نیاز به قرینه قویتری وجود دارد.^۱

در خصوص میزان و مقداری از اموال موصی که وی می‌تواند به موجب وصیت تملیک نماید، بین قواعد و مقررات دین و مذهب (مسیحی، زرتشتی، کلیمی) در تعارض قوانین داخلی و قواعد و مقررات کشورهای مختلف در تعارض قوانین بین‌المللی از یک سو با قواعد و مقررات حقوق مدنی ایران، رابطه نسب اربع (تباین، عموم خصوص من وجه، عموم خصوص مطلق و تساوی) وجود خواهد داشت. هر گاه رابطه چهارگانه فوق، غیر از تساوی و عموم خصوص مطلق حاکم باشد، در آن صورت باید منتظر بروز پدیده تعارض قوانین داخلی یا بین‌المللی (حسب مورد) باشیم. سؤالی که ممکن است در اینجا مطرح گردد این است که آیا در تعارض قوانین داخلی (اگر موصی زرتشتی، مسیحی یا کلیمی ایرانی باشد) نامبرده می‌تواند زائد بر ثلث اموال خود را به موجب وصیت تملیک نماید؟ و همچنین آیا موصی یاد شده می‌تواند به موجب وصیت، ورثه یا تعدادی از وراث یا همگی آنان را از ارث محروم نماید یا خیر؟ در صورت مثبت بودن پاسخ سؤالات یاد شده، آیا چنین اقدامی مغایر با نظم عمومی حقوق ایران محسوب نخواهد شد؟ و همچنین در تعارض قوانین بین‌المللی آیا اتباع خارجی نیز می‌توانند نظیر اقلیت‌های دینی - مذهبی ایرانی، زائد بر ثلث از اموال خود را (بدون رضایت سایر ورثه) وصیت نموده و یا به موجب وصیت، ورثه یا تمام وراث را از ارث محروم نماید؟ اگر قواعد و مقررات ماهوی کشورهای یاد شده، چنین اجازه‌ای را به اتباع آنان بدهد در آن صورت، اعمال قواعد ماهوی دولت متبوع موصی، مغایر با نظم عمومی حقوق ایران، تلقی نخواهد شد؟

۱. آقای دکتر لنگرودی در باب وصیت به حرمان وراث، اعتقاد دارند: «وصیت به حرمان بعضی از ورثه ملازمه دارد با وصیت به تملیک حصه او به سایر ورثه، بنابراین ملازمه: اولاً - تعریف وصیت تملیکی از جهت اعطاء حصه وارث محروم به سایر ورثه در این مورد صورت خارجی پیدا کرده است. ثانیاً: این وصیت مستلزم این است که موصی زائد بر میزان ثلث ترکه در ماترک تصرف کرده باشد. به همین جهت وصیت نسبت به زیاده غیرنافذ است. پس عدم نفوذ در ماده ۸۳۷ قانون مدنی به معنای واقعی خود به کار رفته است یعنی در همان معنایی استعمال شده است که در ماده ۸۴۳ قانون مدنی به کار گرفته شده است. نظر مؤلف کتاب جواهرالکلام درست است.» برای مطالعه بیشتر رجوع شود به: دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، وصیت، ارث، همان منبع، صص ۱۱۶، ۱۱۷.

نظر به اینکه قانونگذار ایران در بحث تعارض قوانین داخلی در حقوق ایران، با پذیرش اصل ۱۳ قانون اساسی، احوال شخصیه به ویژه وصیت اقلیت‌های دینی و مذهبی ایرانی را به رسمیت شناخته و اجازه داده است که ایرانیان اقلیت، مطابق قواعد و آیین دین خود وصیت نمایند.^۱ و همچنین با در نظر گرفتن بند ۲ ماده واحده رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه در محاکم مصوب ۱۳۱۲، قاضی ایران در صورت مواجه شدن با مسائل مربوط به وصیت اقلیت‌های دینی - مذهبی ایرانی، می‌بایست عادات و قواعد مسلمه متداوله در دین و مذهب متوفی را به موقع اجرا گذارد. رأی وحدت رویه شماره ۳۷ مورخ ۶۳/۹/۱۹ دیوان عالی کشور^۲ و نیز قانون ماده واحده رسیدگی به دعاوی مطروحه راجع به احوال شخصیه و تعلیمات دینی ایران زرتشتی، کلیمی و مسیحی مصوب تیرماه ۱۳۷۲ مجمع تشخیص مصلحت نظام جمهوری اسلامی ایران^۳، تأکید مجددی بر اعمال قواعد و

۱. اصل سیزدهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران اشعار می‌دارد: ایرانیان زرتشتی، کلیمی، مسیحی اقلیت‌های دینی شناخته می‌شوند که در حدود قانون در انجام مراسم دینی خود آزادند و در احوال شخصیه و تعلیمات دینی بر طبق آیین خود عمل می‌کنند.

۲. رأی وحدت رویه شماره ۳۷ - ۱۳۶۲/۹/۱۹ هیأت عمومی دیوان عالی کشور به قرار زیر است: نظر به اصل ۱۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و اینکه به موجب ماده واحده قانون رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه در محاکم مصوب ۱۳۱۲ نسبت به احوال شخصیه و حقوق ارثیه و وصیت ایرانیان غیرشیعه که مذهب آنان به رسمیت شناخته شده لزوم رعایت قواعد و عادات مسلمه متداوله در مذهب آنان در دادگاهها (جز در مواردی که مقررات قانون راجع به انتظامات عمومی باشد) تصریح گردیده، فلذا دادگاهها در مقام رسیدگی به امور مذکور و همچنین در رسیدگی به درخواست تنفیذ وصیت‌نامه، ملزم به رعایت قواعد و عادات مسلمه در مذهب آنان جز در مورد مقررات راجع به انتظامات عمومی بوده و باید احکام خود را بر طبق آن صادر نمایند این رأی برابر ماده ۴۳ قانون امور حسبی و ماده ۳ اضافه شده به قانون آیین دادرسی کیفری مصوب مردادماه ۱۳۳۷ برای دادگاهها در موارد مشابه لازم‌الاتباع است. برای مطالعه بیشتر از موضوع دعوی منجر به صدور رأی وحدت رویه مراجعه شود به: روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۱۱۶۳۷۷، ۱۳۶۳/۱۱/۱۵.

۳. قانون رسیدگی به دعاوی مطروحه راجع به احوال شخصیه و تعلیمات دینی ایرانیان زرتشتی، کلیمی و مسیحی: ماده واحده: رأی وحدت رویه شماره ۳۷ مورخ ۶۳/۹/۱۹ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، عیناً و به شرح ذیل به تصویب رسید: نظر به اصل سیزدهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران اینکه به موجب ماده واحده قانون اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه در محاکم مصوب مردادماه ۱۳۱۲ نسبت به احوال شخصیه و حقوق ارثیه و وصیت ایرانیان غیرشیعه که مذهب آنان به رسمیت شناخته

مقررات دین و مذهب موسی (متوفی) داشته و به همین جهت در صورتی که اقدام موسی مطابق قواعد مسلمة و متداوله دین و مذهب خود باشد، نمی‌توان به دلیل مغایرت با نظم عمومی حقوق ایران، مانع از جریان وصیت شد. هرچند وصیت یاد شده باعث محرومیت ورثه یا تعدادی از آنها یا تمام وراثت از ارث گردیده یا نصاب تملیک مورد وصیت یا ذخیره مالی وارث را افزونتر یا کمتر از نصاب مقرر در قانون مدنی ایران بنماید.

با قبول موارد یاد شده در تعارض قوانین داخلی موجود در حقوق داخلی و به جهت وحدت عناصر تشکیل دهنده در تعارض قوانین داخلی با تعارض قوانین بین‌المللی (وجود عامل بیگانه، اغماض قانونگذار، و عدم وحدت محتوایی قواعد حقوقی) می‌توان در خصوص تعارض قوانین بین‌المللی چنین استنباط نمود که نظر قانونگذار ایران، نسبت به وصیت بیگانگان از لحاظ اعمال قواعد و مقررات خارجی، همانند وصیت اقلیت‌های دینی مذهبی ایرانی، اغماض از قواعد و مقررات ایران در باب وصیت و اجازه اعمال قواعد و مقررات خارجی (در تعارض قوانین بین‌المللی) می‌باشد.

بنابراین هرگاه فرد خارجی در ایران وصیت مازاد بر ثلث نموده یا اینکه به موجب وصیت تنظیمی یک یا چند تن از ورثه یا تمامی وراثت خود را از ارث محروم نماید، در صورتی که قواعد و مقررات ماهوی دولت متبوع موسی، چنین اجازه‌ای را به وی بدهد، ورثه متوفی (یا ورثه موسی) که از ارث محروم گردیده‌اند، نمی‌توانند به این دلیل که در حقوق ایران، تنفیذ وصیت مازاد بر ثلث نیاز به اجازه وراثت دارد و یا اینکه چون در ایران محرومیت از ارث (به عقیده عده‌ای از حقوقدانان) باطل است. بنابراین بطلان وصیت‌نامه مورث خود را مشروع

کاشده است لزوم رعایت قواعد و عادات مسلمة متداوله در مذهب آنان در دادگاهها جز در مواردی که مقررات قانون راجع به انتظامات عمومی باشد تصریح گردیده فلذا دادگاهها در مقام رسیدگی به امور مذکور و همچنین در رسیدگی به دخواست تنفیذ وصیت‌نامه ملزم به رعایت قواعد و عادات مسلمة در مذهب آنان جز در مورد مقررات قانون راجع به انتظامات عمومی بوده و باید احکام خود را بر طبق آن صادر نمایند. این رأی برابر ماده ۴۳ قانون امور حسبی و ماده ۳ از مواد اضافه شده به قانون آیین دادرسی کیفری مصوب مردادماه ۱۳۳۷ برای دادگاهها در موارد مشابه لازم‌الاتباع است. قانون رسیدگی به دعاوی مطروحه راجع به احوال شخصیه و تعلیمات دینی ایرانیان زرتشتی، کلیمی و مسیحی در اجرای بند هشتم اصل یکصد و دهم قانون اساسی در جلسه روز پنجشنبه مورخ سوم تیرماه یکهزار و سیصد و هفتاد و دو مجمع تشخیص مصلحت نظام به شرح ماده واحده فوق به تصویب رسید.

جلوه دهند، بنا به دلایل یاد شده، در صورت اقامه دعوی مذکور در نزد محکمه ایرانی، با وحدت ملاک از قواعد مربوط به تعارض قوانین داخلی و تسری آن به تعارض قوانین بین‌المللی، قاضی ایرانی حکم به صحت چنین وصیت‌نامه‌ای صادر خواهد نمود و نمی‌توان به این بهانه که چون چنین وصیتی توسط اتباع ایرانی (اکثریت جامعه ایرانی) تحقق نمی‌یابد، از اثر دادن به وصیت مذکور امتناع نماید و بی‌تردید پس از صدور حکم به صراحت چنین وصیت‌نامه‌ای براساس قانون دولت متبوع موصی، وصیت مذکور در ایران و نیز در کشور متبوع موصی (متوفی) به یک اندازه خصلت اجرایی خواهد داشت.^۱

در خصوص شکل وصیت و اینکه چه افرادی می‌بایست در تنظیم وصیت‌نامه مداخله نمایند، شاهد بروز تعارضاتی در باب زمینه‌هایی از حقوق بین‌الملل خصوصی می‌باشیم. مثلاً همان‌گونه که می‌دانیم در پاره‌ای از کشورها، منجمله هلند، وصیت‌نامه فقط به صورت رسمی معتبر است و حتی این وصیت‌نامه در خارج از هلند نیز می‌بایست به صورت رسمی تنظیم شود.^۲ حال آنکه در تعدادی از کشورها نظیر ایران، وصیت‌نامه اعم از رسمی، عادی

۱. در اینکه هرگاه حکمی در ایران، مطابق قواعد حل تعارض قوانین و رعایت قواعد ماهوی قانون دولت متبوع موصی صادر گردد از منظر قواعد و مقررات ایران، حکم مزبور به همان اندازه که در ایران معتبر است در کشور متبوع موصی نیز مؤثر است لیکن از منظر قواعد و مقررات کشور محل تأثیر حق ممکن است به همان میزان یا کمتر از کشور ایران اثر داشته است در خصوص این موضوع بین حقوقدانان حقوق بین‌المللی خصوصی ایران اتفاق نظر وجود دارد. برای مطالعه بیشتر مراجعه شود به: دکتر نجادعلی الماسی، **حقوق بین‌الملل خصوصی**، همان منبع، صص ۱۴۳ - ۱۵۰، دکتر نجادعلی الماسی، **تعارض قوانین**، همان منبع، صص ۱۰۷ - ۱۱۲، دکتر سیدمحمد متولی، **احوال شخصیه بیگانگان در ایران**، همان منبع، صص ۱۲۵، مضافاً از میان حقوقدانان ایرانی تنها آقای دکتر کاتوزیان در باب محرومیت از ارث (به موجب وصیت) که در میان قوانین دول خارجی متداول است. ادعا نموده‌اند که اگر در قانون خارجی، محروم ساختن وارثان طبیعی و انتخاب بیگانه‌ای به جای آن مباح باشد و متوفی بر پایه این اختیار، فرزندان نیازمند خود را از ارث محروم سازد و معشوق خود را وارث منحصر قرار دهد به احتمال فراوان، دادگاه چنین وراثتی را به دلیل برخورد با نظم عمومی رعایت نمی‌نماید. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به: دکتر ناصر کاتوزیان، **حقوق مدنی، درس‌هایی از شفعه، وصیت، ارث**، همان منبع، صص ۱۸ (ارث).

۲. مطابق ماده ۹۹۲ قانون مدنی هلند، هرگاه افراد هلندی به عنوان موصی بخواهند وصیتی نمایند این وصیت می‌بایست رسمی باشد. حتی اگر وصیت‌نامه مزبور در خارج از هلند تنظیم شده باشد، بنابراین **لا در توصیف قانون هلند از شکل وصیت‌نامه، نحوه نگارش سند وصیت را داخل در ماهیت آن تلقی خواهد نمود. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به:**

و سری و حتی در پاره‌ای از موارد به صورت شفاهی نیز معتبر می‌باشد (تدقیق در مواد ۲۷۶ و ۲۸۴ و ۲۹۱ قانون امور حسبی ایران مؤید اظهارات یاد شده است)^۱ سوآلی که ممکن است در این خصوص مطرح گردد، این است که هرگاه اعتبار وصیت‌نامه عادی تنظیمی توسط موصی هلندی در ایران، در محاکم ایران مطرح گردد، آیا قاضی ایرانی، می‌تواند در صورت وجود صلاحیت قضایی، به این دلیل که چون وصیت‌نامه جزو احوال شخصیه طبقه‌بندی می‌گردد، بنابراین همه موارد آن (اعم از شکل تنظیم اسناد و مسائل ماهوی مربوط به وصیت) را تابع قانون دولت متبوع موصی تلقی نموده و به عدم صحت چنین وصیت‌نامه‌ای حکم دهد؟ به عبارت دیگر، آیا قاضی ایرانی می‌تواند وصیت‌نامه عادی تنظیمی توسط موصی هلندی در ایران را به صرف تنظیم غیررسمی آن مطابق قانون هلند،

Bourel (P) et Loussouarn(Y): **Droit international prive dalloz**, op.cit p 208.

حقوقدانان ایرانی نیز به تبعیت از حقوقدانان فرانسوی، این مثال را به عنوان توصیف شکلی وصیت ذکر نموده‌اند. برای مطالعه بیشتر مراجعه شود به: دکتر نجادعلی الماسی، **حقوق بین‌الملل خصوصی**، همان منبع، صص ۱۰۴ - ۱۰۵، دکتر نجاد علی الماسی، **تعارض قوانین**، همان منبع، ص ۷۹، دکتر محمد نصیری، **حقوق بین‌الملل خصوصی**، جلد اول و دوم، همان منبع، ص ۱۷۹، دکتر بهشید ارفع‌نیا، **حقوق بین‌الملل خصوصی**، جلد دوم، همان منبع، ص ۹۶ - ۹۷، دکتر سیدحسین صفایی، **مباحثی از حقوق بین‌الملل خصوصی**، همان منبع، ص ۸۳.

۱. مواد ۲۷۶ و ۲۸۴ و ۲۹۱ قانون امور حسبی بیان می‌دارند: ماده ۲۷۶- وصیت‌نامه اعم از اینکه راجع باشد به وصیت عهدی یا تملیکی منقول یا غیرمنقول، ممکن است به طور رسمی با خود نوشت یا سری تنظیم شود. ماده ۲۸۴- افراد و افسران نظامی و کسانی که در ارتش اشتغال به کار دارند می‌توانند نزد یک افسر یا همدریف او با حضور دو نفر گواه وصیت خود را شفاهاً اظهار نمایند. ماده ۲۹۱- هر وصیتی که به ترتیب مذکور در این فصل واقع نشده باشد در مراجع رسمی پذیرفته نیست مگر اینکه اشخاص ذی‌نفع در ترکه، به صحت وصیت اقرار نمایند. همان‌گونه که مشاهده می‌شود، مطابق ماده ۲۷۶ قانون امور حسبی قانون‌گذار برای وصیت‌نامه‌های قابل پذیرش در محاکم ایران سه شکل پیش‌بینی نموده است. الف- وصیت‌نامه خود نوشت. ب- وصیت‌نامه رسمی. ج- وصیت‌نامه سری و هر سند که خارج از این سه شکل یاد شده باشد به عنوان وصیت‌نامه پذیرفته نمی‌شود هرچند که اصالت آن مواد تردید و انکار قرار نگیرد با وجود این هرگاه اشخاص ذی‌نفع (ورثه) به وجود وصیت‌نامه اعتراف کنند، دادگاه آن را رد نمی‌کند. آقایان دکتر کاتوزیان و دکتر امامی شرح مبسوطی در خصوص این سه وصیت‌نامه ارائه نموده‌اند. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به: دکتر سیدحسین امامی، **حقوق مدنی**، جلد سوم، همان منبع، صص ۱۵۷ - ۱۶۸، دکتر ناصر کاتوزیان، **حقوق مدنی**، **درس‌هایی از شفعه، وصیت، ارث**، همان منبع، صص ۱۲۵ - ۱۳۸.

معتبر نداند یا اینکه قاضی ایرانی بر خلاف استدلال فوق، می‌بایست بین مسائل شکلی وصیت‌نامه و مسائل ماهوی آن قائل به تفکیکی گردیده و مسائل شکلی وصیت‌نامه را جزء دسته اسناد و مسائل ماهوی وصیت‌نامه را جزء احوال شخصیه توصیف نموده، آنگاه عادی بودن یا رسمی بودن را جزء دسته ارتباطی اسناد و سایر موارد ماهیتی وصیت (نظیر میزان و مقداری که به موجب وصیت تملیک می‌گردد و نیز اهلیت موصی و غیره) را در دسته احوال شخصیه توصیف نموده و بر دسته اسناد قانون محل تنظیم سند و بر دسته احوال شخصیه قانون دولت متبوع اشخاص را حاکم نماید.^۱ به عبارت دیگر در این نوع استدلال، قاضی ایرانی اعتبار یا عدم اعتبار عادی بودن سند وصیت‌نامه تنظیمی توسط فرد هلندی را از قانون محل تنظیم سند (در این مسأله ایران) استنباط نموده و چون محل تنظیم وصیت‌نامه مذکور، ایران است، لذا قاضی ایرانی می‌بایست به موجب قانون امور حسبی ایران، ضمن رعایت ماده ۹۶۹ قانون مدنی ایران، وصیت‌نامه عادی موصی هلندی را در ایران معتبر بداند. به نظر ما این نحوه استنباط از قواعد حل تعارض قوانین، با منطق حقوقی سازگارتر می‌باشد. زیرا در صورت عدم قبول نحوه استنباط یاد شده، باعث تعطیلی حکمی از احکام قواعد حل تعارض قوانین ایران (ماده ۹۶۹ قانون مدنی) خواهیم شد.

ادامه دارد

۱. اکثر حقوقدانان تعارض توصیف را اصطلاحاً تعارض مخفی سیستم‌های حل تعارض قوانین (Conflicts de lois implicites یا Latent Conflicts) می‌نامند و آن موردی است که سیستم‌های حل تعارض قوانین صرفاً در تعیین محتوا یا مصادیق دسته ارتباطی معینی با یکدیگر اختلاف داشته باشند. برای مطالعه بیشتر مراجعه شود به: دکتر نجادعلی الماسی، *حقوق بین‌الملل خصوصی*، همان منبع، ص ۱۵۴، دکتر سیدحسین صفائی، *مباحثی از حقوق بین‌الملل خصوصی*، همان منبع، ص ۸۳.

امضای الکترونیک و جایگاه آن در ادله اثبات دعوی

مرتضی وصالی ناصح^۱

چکیده:

یکی از عواملی که موجب اعتبار سند می‌شود، صحت انتساب آن به صادرکننده سند است که از طریق مهر یا امضاء صورت می‌گیرد و به عنوان دلیل معتبری برای تحقق اصالت و صحت انتساب آن به صادرکننده محسوب می‌شود. در بستر تجارت الکترونیک، اسناد کاغذی در حال جایگزین شدن با اسناد مبتنی بر داده‌های الکترونیک هستند. بنابراین برای اعتبار و صحت انتساب اسناد مبادلات الکترونیک لازم است یک امضای الکترونیک را جایگزین امضاهای دستی کرد. اگرچه پسوند الکترونیک ممکن است جنبه‌های فنی آن را غالب سازد که مطالعه آن بر عهده علوم رایانه‌ای است، ولی به هر حال امضاء یک تأسیس حقوقی است و از همین رو امضای الکترونیک به عنوان یکی از مباحث حقوقی تجارت الکترونیک مورد توجه علم حقوق قرار می‌گیرد. در این مقاله ضمن تعریف و بیان انواع امضای الکترونیک و بررسی جنبه‌های فنی آن، ارزش اثباتی و جایگاه آن در ادله اثبات دعوی مورد مطالعه قرار گرفته است.

واژگان کلیدی: تجارت الکترونیک، امضای الکترونیک، امضای دیجیتال،

رمزنگاری، مراجع گواهی

۱. سردفتر اسناد رسمی ۳۱ همدان و کارشناس ارشد حقوق خصوصی.

مقدمه:

گسترش تجارت الکترونیک مستلزم ایجاد اطمینان و اعتماد عمومی نسبت به این نوع تجارت است و این اطمینان باید از طریق تضمین امنیت و اعتبار تبادل الکترونیک داده‌ها صورت گیرد. یکی از عواملی که باعث اعتبار قرارداد یا هر سند دیگری می‌شود صحت انتساب آن به صادرکننده است که تاکنون از طریق مهر یا امضاء صورت می‌گرفته و دلیل معتبری برای تحقق صحت انتساب صادرکننده بوده است. در قراردادهای الکترونیک نیز اسناد و اطلاعات و داده پیام‌ها باید به امضای شخص صادرکننده برسد تا بتوان صحت انتساب آنها را به وی احراز کرد. بنابراین برای اعتبار و صحت انتساب اسناد قراردادهای الکترونیک لازم است یک امضای الکترونیک تعریف و جایگزین امضاهای دست‌نویس کرد. ارزش اثباتی اسناد قرارداد که به شیوه الکترونیک صادر شده‌اند ایجاب می‌کند تا ابعاد علمی و ارکان لازم برای تأثیرگذاری یک امضای الکترونیک به طور دقیق معین شود. اگرچه این موضوع بیشتر جنبه فنی دارد و برعهده علوم رایانه‌ای است، زیرا باید به دقت محدوده اعتبار و دایره اطمینان روش‌ها و نرم‌افزارهای امضای الکترونیک را مشخص کرده و شرایط و مقررات لازم برای نفوذناپذیری این تأسیس حقوقی که مورد پذیرش قوانین قرار گرفته، ابداع و معرفی نمایند، با وجود این، امضاء یک عمل حقوقی است و به همین جهت فن‌آوری امضای الکترونیک به عنوان یکی از مباحث ماهوی حقوقی تجارت الکترونیک باید از منظر علم حقوق نیز مورد توجه قرار گیرد. در این نوشتار سعی می‌شود ضمن تعریف و آشنایی با امضای الکترونیک جنبه‌های فنی و حقوقی آن مورد بررسی قرار گیرد.

۱- تعریف و تاریخچه امضای الکترونیک**۱-۱- تعریف امضاء و جایگاه حقوقی آن**

«امضاء عبارتست از نوشتن اسم یا اسم خانوادگی (یا هر دو) یا رسم علامت خاصی که نشانه هویت صاحب علامت است، در ذیل اوراق و اسناد عادی یا رسمی که متضمن وقوع معامله یا تعهد یا قرار یا شهادت و مانند آنها است یا بعداً باید روی آن اوراق تعهد یا

معامله‌ای ثبت شود (سفید مهر)^۱ قانون مدنی تعریفی از امضاء ارائه نکرده است. ماده ۱۳۰۱ قانون مذکور در مورد امضاء مقرر می‌دارد: «امضایی که در روی نوشته یا سندی باشد بر ضرر امضاء کننده دلیل است». بنابراین، اثر مهم امضاء متعهد شدن به تمام آثار جنبه‌های سند یا قراردادی است که امضاء شده باشد.

به طور کلی، نوشته منتسب به اشخاص در صورتی قابل استناد است که امضاء شده باشد. امضاء نشان تأیید اعلام‌های مندرج و پذیرش تعهدهای ناشی از آن است و پیش از آن نوشته را باید طرحی به حساب آورد که موضوع مطالعه و تدبر است و هنوز تصمیم نهایی درباره آن گرفته نشده است.^۲ بنابراین، هر سندی که امضاء می‌شود در واقع اعتبار می‌یابد و می‌توان آن را به شخصی منتسب نمود و وی را به مندرجات آن ملتزم ساخت.

۲ - ۱ - تاریخچه امضای الکترونیک

اولین بار کانون وکلای ایالات متحده،^۳ در سال ۱۹۹۲ میلادی در خصوص مسائل حقوقی و قانونی امضاء در قراردادهای الکترونیک شروع به کار کرد و در سال ۱۹۹۵ میلادی پیش‌نویس و رهنمودهای امضای دیجیتال^۴ را که در خصوص نحوه امضاء در قراردادهای الکترونیک و زیرساخت‌های آن بود، تهیه کرد. در همان سال اولین قانون در مورد امضای دیجیتال را تصویب کرد که در مورد ایجاد قطعیت و اعتبار قراردادهای الکترونیک و نیز فن‌آوری‌های مربوط به رمزنگاری^۵ و احراز هویت و مراجع گواهی^۶ امضای الکترونیک بود. در سال ۱۹۹۶ میلادی آنسیترال قانون نمونه‌ای در باب تجارت الکترونیک^۷ تدوین کرد که شامل مقرراتی در خصوص امضای الکترونیک بود. در سال ۱۹۹۷ میلادی، اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC)^۸ مبادرت به صدور «راهنمای عمومی برای

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

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

3. American Bar Association.

4. Digital Signature Guidelines.

5. Cryptography.

6. Certification Authorities(CA).

7. Uncitral Model Law on Electronic commerce.

8. International chamber of commerce (ICC).

تجارت بین‌المللی دیجیتالی مطمئن»^۱ کرده است. اتحادیه اروپا در سال ۱۹۹۹ میلادی، «دستورالعمل امضای الکترونیک»^۲ را به تصویب رسانید و در نهایت، گروه کاری آنسیترال در باب تجارت الکترونیک، «قانون نمونه آنسیترال در باب امضای الکترونیک»^۳ را تصویب کرد تا به عنوان یک معیار استاندارد و رهنمون برای قانونگذاری‌های ملی مورد استفاده کشورها قرار گیرد.^۴

بسیاری از کشورها، بین سال‌های ۱۹۹۶ تا ۲۰۰۱ میلادی، با استفاده از مقررات بین‌المللی موجود و رهنمون‌های ارائه شده در خصوص امضای الکترونیک مبادرت به قانونگذاری در این زمینه کرده‌اند. و در حال حاضر می‌توان گفت امضای الکترونیک در تمام نظام‌های حقوقی مورد پذیرش قرار گرفته است.^۵

در قانون تجارت الکترونیک ایران (مصوب سال ۱۳۸۲)، بحث امضای الکترونیک و شرایط آن مورد توجه قرار گرفته است که در بخش‌های آتی به تفصیل مورد بررسی واقع می‌گردد.

۳-۱- تعریف امضای الکترونیک

قانون نمونه آنسیترال در باب امضای الکترونیک^۶، مصوب ۲۰۰۱ میلادی در تعریف امضای الکترونیک مقرر می‌دارد: «امضای الکترونیک، داده‌هایی در شکل الکترونیک است که به یک داده پیام دیگر منضم شده و یا به طور منطقی به آن ضمیمه گردیده و به عنوان وسیله‌ای برای شناسایی امضاءکننده آن داده پیام و تأیید اطلاعات موجود در آن از سوی امضاءکننده به کار گرفته شده است»^۷ دستورالعمل امضای الکترونیک اروپا نیز در تعریف امضای الکترونیک بیان می‌کند: «داده‌های الکترونیک که به سایر داده پیام‌های الکترونیک منضم شده یا به نحو منطقی به آنها متصل شده و به عنوان وسیله‌ای برای مستندسازی به کار می‌رود» قانون تجارت الکترونیک ایران نیز در تعریف امضای

1. General Usage for International Digitally Ensured commerce.

2. Electronic Signatures Directive, 1999.

3. Uncitral Model Law on Electronic Signatures.

4. Loran Brazel, Electronic Signatures Law and Regulation. P4, Sweet&Maxwell, London 2004.

5. ibid, p5.

6. Uncitral Model Law on Electronic signature, Art. 2(a).

7. Uncitral Model Law on Electronic signature, Art. 2(1).

الکترونیک مقرر می‌دارد: «امضای الکترونیک عبارت از هر نوع علامت منضم شده یا به نحو منطقی متصل شده به داده پیام است که برای شناسایی امضاء کننده داده پیام مورد استفاده قرار می‌گیرد.»^۱

همان‌طور که از تعاریف مذکور پیداست امضای الکترونیک به هر تأییدی اطلاق می‌شود که به صورت الکترونیک ایجاد شده و ممکن است یک علامت، رمز، کلمه، عدد، یک اسم تایپ شده، تصویر دیجیتال یک امضای دست‌نویس، و یا هر نشان الکترونیک اثبات هویت باشد که توسط صادرکننده یا قائم‌مقام وی اتخاذ و به یک قرارداد و یا هر سند دیگری ملحق شده باشد. به عبارت ساده‌تر، امضای الکترونیک یک داده است که به سایر داده‌ها منضم شده و ارتباط امضاء کننده را با داده‌هایی که به آنها منضم شده مشخص می‌کند. باید پذیرفت امضای الکترونیک همانند امضای دست‌نویس دارای آثار حقوقی احراز هویت امضاء کننده سند و التزام وی به مندرجات آن را است.

۲ - جنبه‌های فنی امضای الکترونیک

امضای الکترونیک یک پدیده فنی و الکترونیک است و به هر طریقی که صورت گیرد بی‌نیاز از مسائل فنی و تکنولوژیک نیست. نحوه انجام امضاء، انواع، شرایط صحت و کنترل و زیرساخت‌های امضای الکترونیک و فن‌آوری‌های مربوط از جمله مسائل فنی امضای الکترونیک و برعهده علوم رایانه‌ای است. بنابراین پرداختن به مسائل مذکور علاوه بر اینکه از حوصله و توان این مقاله خارج است، مستلزم به کارگیری تعاریف و اصطلاحات علمی و پیچیده‌ای است که در تخصص علوم رایانه‌ای، الکترونیک و ریاضیات است. اما به هر حال از آنجا که امضای الکترونیک یک تأسیس حقوقی است و بخش قابل توجهی از قوانین مربوط به مبادلات الکترونیک را به خود اختصاص داده است، آشنایی اجمالی با آن در حد کلیات ضروری به نظر می‌رسد.

۱ - ۲ - انواع امضای الکترونیک

از زمان پیدایش فن‌آوری امضای الکترونیک تاکنون روش‌های مختلفی در خصوص چگونگی انجام امضاء از طریق الکترونیک و با توجه به افزایش ضریب امنیت آن معرفی و

۱. ماده ۲ قانون تجارت. ۱، بند ی.

به کار گرفته شده است که مورد اشاره قرار می‌گیرد:^۱

۱-۱-۲ کلمات عبور^۲ - یکی از روش‌های ساده و رایج ایجاد ایمنی و اعتبار به کارگیری یک کلمه عبور منحصر به فرد یا استفاده از یک شماره هویت شخصی (PIN)^۳ در انتهای سند است که به طور مخفی به آن منضم می‌شود.

امنیت این روش بسیار پایین است، زیرا کلمات عبور و شماره‌های شخصی افراد به راحتی توسط نفوذگرها شناسایی و به سرقت می‌روند و ممکن است توسط آنها یا دیگران مورد سوءاستفاده قرار گیرد. (مثل آنچه که در مورد کارت‌های اعتباری رخ می‌دهد)

۱-۲-۲ - امضای بیت مپ^۴ - این نوع امضاء تصویر اسکن^۵ شده امضای دست‌نویس است که در آن ابتدا فرد بر روی کاغذ امضای خود را پیاده می‌کند و سپس آن را اسکن کرده و می‌تواند تصویر اسکن شده را به عنوان امضاء به هر فایلی که خواست به عنوان امضای الکترونیک منضم کند.

۱-۳-۲ - قلم نوری^۶ - فن‌آوری قلم نوری به این صورت است که هنگامی که فرد با این قلم و بر روی صفحه مخصوصی امضای خود را پیاده می‌کند، دقیقاً همان امضاء روی صفحه مانیتور رایانه پدیدار می‌شود. یعنی امضای عادی فرد در بیرون از رایانه انجام می‌شود، ولی به همان شکل در صفحه مانیتور رایانه نمودار می‌گردد. این روش اگرچه بسیار ساده است، ولی از امنیت کافی برخوردار نیست و امکان جعل آن زیاد است.

۱-۴-۲ - امضای بیومتریک^۷ - این نوع امضاء مبتنی بر ویژگی‌ها و معرف‌های زیست‌شناختی^۸ فرد یعنی خصوصیات رفتاری (مثل نحوه انجام امضای دست‌نویس) و خصوصیات فیزیولوژیک (مثل اثر انگشت) است. در این روش اگرچه ممکن است تا حد

1. Lorna Brazel, Electronic Signatures Law and Regulation, p38 to 39.

2. Passwords.

3. Personal Information Number (PIN).

4. Bitmap Signature.

5. Scan.

6. Light Pen.

7. Biometric Signature.

8. Biometric Identifiers.

زیادی بتوان امضاء را منحصر به فرد دانست، ولی مشکل امضای بیومتریک این است که خصیصه‌های فیزیکی و رفتاری افراد با افزایش سن، بیماری و سایر عوامل تغییر می‌کند و به همین دلیل امضای مذکور نیز مصون از اشتباه نیست.^۱

۵- ۱- ۲- امضای دیجیتال^۲ - امضای دیجیتال پیشرفته‌ترین و پرکاربردترین نوع از امضاهای الکترونیک است و به دلیل امنیت بالای آن جایگزین سایر روش‌های موجود شده و بیشتر قانونگذاران - از جمله قانونگذار تجارت الکترونیک ایران - این شیوه از امضاء را پذیرفته‌اند.^۳ امضای دیجیتال مبتنی بر علم رمزنگاری است و از دو نوع الگوریتم^۴ به نام‌های «کلید عمومی»^۵ و «کلید خصوصی»^۶ استفاده می‌کند.

۲- ۲- فن‌آوری و زیرساخت امضای دیجیتال

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

۱- ۲- ۲- رمزنگاری - رمزنگاری علم تغییر شکل دادن نوشته‌ها و اطلاعات است یعنی از طریق آن می‌توان یک متن خوانا را تبدیل به یک متن ناخوانا و غیرقابل فهم کرد. فرآیند رمزگذاری دارای دو مرحله است؛ مرحله اول رمزسازی^۷ یعنی تبدیل یک متن ساده و عادی به یک متن رمزی است. این متن اگر در دسترس همگان هم قرار گیرد غیرقابل فهم است. مرحله دوم رمزگشایی^۸ است یعنی تبدیل متن رمز شده به یک متن عادی که

1. Michael Chissick, Alister Kelamn, Electronic Commerce: Law and Practice, p 182, Sweet & Maxwell, London 2002.

2. Digital Signatures.

۳. از جمله قانون نمونه آنسیتراال در باب امضای الکترونیک (مصوب ۲۰۰۱ میلادی) و دستورالعمل امضای الکترونیک اتحادیه اروپا (مصوب ۱۹۹۱ میلادی).

۴. الگوریتم دستورهای ساده و قابل فهم رایانه است که اجرای متوالی و پشت سر هم آنها منجر به هدف معینی مثل حل یک مسأله می‌گردد. واژه الگوریتم برگرفته از نام ریاضیدان بزرگ ایرانی یعنی خوارزمی است.

5. Public Key.

6. Private Key.

7. Encryption.

8. Decryption.

قابل فهم باشد.^۱

۲-۲-۲ - رمزنگاری کلید عمومی - رمزنگاری مبتنی بر کلید عمومی یا رمزنگاری «اسیمتریک»^۳ از دو الگوریتم تشکیل شده است که یکی از آنها برای ایجاد امضای دیجیتال و تبدیل آن به یک متن بی معنی استفاده می شود و دیگری برای تبدیل متن غیرقابل فهم به شکل اولیه آن به کار می رود.^۴ به این دو الگوریتم، اصطلاحاً کلید گفته می شود. الگوریتم اول مخصوص شخص امضاءکننده است و کلید شخصی نامیده می شود و الگوریتم دوم که برای صحت امضاء و تطبیق و سنجش کلید اختصاصی به کار می رود.^۵ در واقع، این دو کلید از نظر ریاضی به هم مرتبط هستند. از بین این جفت کلید یکی برای ایجاد امضای دیجیتال و تبدیل داده ها به شکل نامرئی و غیرقابل فهم و کلید دیگر جهت شناسایی امضای دیجیتال و یا برگرداندن پیام رمزنگاری شده به شکل اولیه آن به کار می رود. تجهیزات رایانه ای و نرم افزاری که از این دو کلید استفاده می کنند سیستم رمزنگاری اسیمتریک یا رمزنگاری نامتقارن نامیده می شود.^۶

بنابراین، کلید عمومی سری نیست و می تواند در اختیار عموم نیز قرار گیرد در حالی که کلید خصوصی کاملاً محرمانه بوده و تنها در اختیار مالک آن قرار دارد و ضروری است که این کلید پنهان باشد و کس دیگری به آن دسترسی نداشته باشد.

۳-۲-۲ - نحوه ایجاد یک امضای دیجیتال

برای ایجاد یک امضای دیجیتال، ابتدا امضاءکننده باید از طریق کلید عمومی امضای خود را رمزسازی کرده و سپس آن را ضمیمه پیام داده ای کند و برای مخاطب خویش ارسال نماید. مخاطب که اکنون پیام داده ای را به همراه امضای دیجیتال منضم شده به آن

1. Lorán Brazel, Electronic Signatures Law and Regulation, p 49.

2. Public Key Cryptography.

۳. رمزنگاری اسیمتریک (Asymmetric) یا نامتقارن در مقابل رمزنگاری سیمتریک (Symmetric) یا متقارن به کار برده می شود.

۴. مصطفی السان، امین دوان یامچی، «ماهیت رایانه ای و جنبه های حقوقی امضای دیجیتالی» مجله دیدگاه های حقوقی، ش ۳۰ و ۳۱، بهار ۱۳۸۳، ص ۲۷.

۵. همان، ص ۲۸.

۶. ستار زرکلام، «قانون تجارت الکترونیکی و امضای الکترونیکی»، مجموعه مقالات همایش بررسی ابعاد حقوقی فن آوری اطلاعات، خرداد ۱۳۸۳، ص ۱۶۰.

دریافت کرده، باید امضای رمزنگاری شده را که قابل فهم نیست از داده پیام‌ها جداساخته و از طریق کلید عمومی ارسال کننده (که در فهرست عمومی مرجع گواهی امضاء موجود است) پیام را برای وی ارسال می‌کند تا خود ارسال کننده (اصل ساز) با کلید خصوصی‌اش آن را رمزگشایی کند. چنانچه نتایج یکسانی حاصل شد، یعنی همان چیزی که امضاء کننده به عنوان امضای دیجیتال برای خود تعریف کرده بود هویدا شد، معلوم می‌شود که اولاً امضای مذکور به نحو صحیحی از سوی امضاءکننده ارسال شده و ثانیاً وی نمی‌تواند ادعا کند که پیام را امضاء نکرده و یا اینکه پیام تغییر یافته است.^۱

بنابراین، به کارگیری امضای دیجیتال شامل دو فرآیند است: مرحله اول ایجاد امضاء توسط ارسال کننده پیام توسط کلید خصوصی‌اش است و مرحله بعد نیز شامل فرآیند چک کردن امضای دیجیتال از طریق مراجعه به پیام اصلی و استفاده از کلید عمومی ارسال کننده است.

۳-۲- مرجع گواهی امضاء^۲

اگرچه استفاده از روش امضای دیجیتال تمامیت سند، محرمانه بودن اطلاعات (در صورت لزوم) و امنیت داده‌ها تضمین می‌شود، اما یک مسأله مهم هنوز باقی است و آن هم تضمین هویت امضاءکننده است. از نظر حقوقی، مهم‌ترین اثر امضاء اثبات رابطه سند با کسی است که امضاء به او نسبت داده شده است. امضای الکترونیک هر چند که از امنیت بالایی هم برخوردار باشد، ولی قادر به تضمین هویت امضاءکننده نیست و این همان مشکل تعیین هویت در سیستم‌های باز است که طرفین یک مبادله در خصوص حقوق تکالیف خود توافقی نکرده و همدیگر را نمی‌شناسند.

ساز و کار احراز و تضمین هویت در فضای سنتی از طریق ثبت اسناد در مرجع ثالثی تحت عنوان دفاتر اسناد رسمی صورت می‌گیرد که با احراز هویت امضاءکنندگان سند و رعایت برخی تشریفات قانونی به اسناد، اعتبار و رسمیت می‌بخشد. در بستر مبادلات الکترونیک نیز وجود چنین مرجع ثالثی برای تعیین هویت امضاءکننده ضروری است. این

1. Edward H. Freeman, J.D., Digital Signatures and Electronic Contracts, PA, Technology Law Journal, 391, 2001.

2. Certification Authority (CA).

مرجع تحت عنوان مرجع گواهی شناخته می‌شود، زیرا از طریق صدور یک گواهی نامه دیجیتال هویت امضاءکننده را تضمین می‌کند.

گواهی نامه دیجیتال یک کلید عمومی را برای اشخاص (حقیقی یا حقوقی) تعریف و تصدیق می‌کند. صدور این گواهی نامه توسط یک مرجع معتبر و موثق که به آن مرجع گواهی گویند، تأیید می‌گردد. لذا از این طریق اثبات می‌شود که کلید عمومی مذکور فقط مختص یک شخص خاص است.^۱

شبکه مراجع گواهی و پایگاه‌های داده‌ای و ساختار عملکرد آنها تحت عنوان ساختار کلید عمومی (PKI)^۲ شناخته به شرح ذیل است:^۳

- ۱ - تقاضای صدور گواهی امضا از مرجع گواهی توسط ارسال کننده پیام داده‌ای
 - ۲ - صدور گواهی امضاء پس از احراز هویت و معرفی ارسال کننده به کلیدهای عمومی و خصوصی از سوی مرجع گواهی
 - ۳ - ارسال پیام داده‌ای همراه با امضای دیجیتال برای مخاطب از طرف ارسال کننده
 - ۴ - ارسال امضاء به مرجع گواهی برای تصدیق هویت امضاء کننده و اطمینان از صحت آن توسط مخاطب
 - ۵ - بررسی صحت و سقم پیام داده‌ای و انتساب آن به ارسال کننده توسط مرجع گواهی
 - ۶ - ارسال گواهی صحت امضاء از سوی مرجع گواهی برای مخاطب
 - ۷ - پاسخ مخاطب به ارسال کننده با یک امضای دیجیتال
- بنابراین، مرجع گواهی تضمین می‌کند که کلید عمومی موجود در فهرست مرجع (که در اختیار عموم است) به درستی ایجاد و اعلام شده است، زیرا هویت دارنده کلید خصوصی که منطبق و مرتبط با کلید عمومی است نزد مرجع وجود دارد. در واقع مرجع گواهی یک کلید خصوصی را به اشخاص تخصیص و آن را ثبت و نگهداری می‌کند و کلید مکمل آن یعنی کلید عمومی را در فهرست دارندگان کلید عمومی ثبت و نگهداری کرده و در دسترس عموم قرار می‌دهد.

1. ibid,p4.

2. Public Key Infrastructure(PKI).

3. Michael Chissik, Alister Kelman, Electronic Commerce: Law and practice.p182.

شرح وظایف و مسئولیت‌های مراجع گواهی به تفصیل در قوانین و مقررات بیان شده است. قوانین بین‌المللی موجود در خصوص امضای الکترونیک در مورد مقررات مراجع گواهی ساکت هستند و آن را به قوانین ملی واگذار کرده‌اند. قانون تجارت الکترونیک ایران نیز از مراجع گواهی تحت عنوان «دفاتر خدمات صدور گواهی الکترونیکی»^۱ نام برده و باب دوم خود را به آن اختصاص داده است. ماده ۳۱ این قانون مقرر می‌دارد: «دفاتر خدمات صدور گواهی الکترونیکی واحدهایی هستند که برای ارائه خدمات صدور امضای الکترونیکی در کشور تأسیس می‌شوند. این خدمات شامل تولید، صدور، ذخیره، ارسال، تأیید، ابطال و به روز نگه‌داری گواهی‌های اصالت (امضای) الکترونیک می‌باشد» ماده ۳۲ نیز بیان می‌کند: «آیین‌نامه‌ها و ضوابط تأسیس و شرح وظایف این دفاتر توسط سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور و وزارتخانه‌های بازرگانی، ارتباطات و فن‌آوری اطلاعات، امور اقتصادی و دارایی و دادگستری تهیه و به تصویب هیأت وزیران خواهد رسید» مراجع گواهی امضاء به دلیل نیاز به زیرساخت‌های فنی، تجهیزات و تأسیسات شبکه‌ای پیشرفته و استانداردهای ایمنی بالا، هنوز در ایران راه‌اندازی نشده‌اند.

۳ - جنبه‌های حقوقی امضای الکترونیک

اینکه چه چیزی می‌تواند به عنوان امضای الکترونیک استفاده شود یک مسأله حقوقی است، زیرا پردازش فنی اطلاعات یا داده‌ها زمانی می‌تواند به عنوان امضاء به کار گرفته شود که قانون چنین اعتبار و اجازه‌ای به آن داده باشد. بنابراین پس از اینکه علوم رایانه‌ای توانستند یک امضاء از طریق الکترونیک ایجاد کرده و امنیت آن را حداقل به اندازه امضاهای دست‌نویس تأمین کنند، آنگاه نوبت به علم حقوق می‌رسد تا در مورد مسائل حقوقی آن وارد عمل گردد. بنابراین، در مورد امضای الکترونیک ابتدا نگاه‌ها معطوف جنبه‌های اجرایی، فنی و تأمین امنیت آن است و سپس نوبت به جنبه‌های قانونی و حقوقی می‌رسد.

۱ - ۳ - ماهیت امضای الکترونیک

تا قبل از پیدایش امضای الکترونیک، مهر و امضای دست‌نویس برای انتساب اسناد و

1. Certification Service Provider.

اعمال به اشخاص به کار گرفته می‌شد. و به جز ممنوعیت استفاده از مهر در چک، هر دو از کاربرد و ارزش یکسانی برخوردار هستند. در مورد چک ماده ۳۱۱ قانون تجارت تصریح دارد که چک باید به «امضا»ی صادرکننده برسد.^۱ بنابراین بسیاری از حقوقدانان معتقدند که قانونگذار صدور چک را فقط از طریق امضای صادرکننده پذیرفته است و با توجه به صراحت ماده ۳۱۱ قانون تجارت که از مهر نامی برده نشده، لذا نمی‌توان در صدور چک از مهر استفاده کرد.^۲ زیرا اولاً قانونگذار نمی‌خواسته افراد بی‌سواد چک صادر کنند و ثانیاً ماده ۲۲۳ قانون تجارت در مورد برات، علاوه بر امضاء، مهر را نیز معتبر دانسته، ولی در ماده ۳۱۱ قانون مذکور سخنی از مهر به میان نیامده است. بنابراین، صدور چک فقط با امضاء امکان‌پذیر است و این امضاء هم لزوماً باید دست‌نویس باشد یعنی امضای شخصی که به صورت مهر درآمده نیز برای صدور چک معتبر نیست.^۳ بنابراین، طرح این بحث که امضای الکترونیک در ردیف مهر قرار می‌گیرد یا امضای دست‌نویس در خصوص صدور چک‌های الکترونیک - به عنوان یکی از روش‌های پرداخت در قراردادهای الکترونیک - اهمیت پیدا می‌کند.

برخی حقوقدانان امضای الکترونیک را در ردیف مهر آورده‌اند، زیرا از نظر ماهیتی با امضای دست‌نویس تفاوت دارد و در مقام مقایسه بیشتر به مهر شباهت دارد. امضای الکترونیک چیزی جز یک سری فرمول‌های ریاضی نیست که از سوی مراجع گواهی امضاء تأیید و در اختیار افراد قرار می‌گیرد و اگرچه تحت عنوان امضاء نام گرفته‌اند، ولی چون توسط شخص ثالثی تولید و به اشخاص اختصاص داده می‌شوند و اشخاص فقط آنها را به شکلی که هستند مورد استفاده قرار می‌دهند، در تحلیل حقوقی در ردیف مهر قرار می‌گیرند.^۴

۱. ماده ۳۱۱ قانون تجارت بیان می‌کند: «در چک باید محل و تاریخ صدور قید شده و به امضای صادرکننده برسد...»

۲. حسن حسنی، **حقوق تجارت**، ص ۵۱۷، نشر میزان، تهران ۱۳۷۸، امیرحسین فخاری، «جزوه درسی حقوق تجارت ۳»، دانشگاه امام صادق (ع)، نیم‌سال دوم تحصیلی ۸۱ - ۱۳۸۰.

۳. امیرحسین فخاری، «جزوه درسی حقوق تجارت ۳»، دانشگاه امام صادق (ع)، نیم‌سال دوم تحصیلی ۸۱ - ۱۳۸۰.

۴. امیر صادقی‌نشاط، «تحلیل حقوقی جنبه‌هایی از پرداخت الکترونیک»، مجموعه مقالات همایش

طبق ماده ۷ قانون تجارت الکترونیک ایران، «هرگاه قانون، وجود امضاء را لازم بداند، امضای الکترونیک مکفی است» یعنی امضای الکترونیک هر ماهیتی که داشته باشد (مهر، امضاء یا ماهیت دیگر) از نظر قانون جایگزین امضای دست‌نویس با آثار حقوقی مشابه شده است.

۲ - ۳ - پذیرش قانونی امضای الکترونیک

به موازات گسترش و فراگیری مبادلات الکترونیک، موج قانونگذاری در این زمینه نیز در سال‌های اخیر (بین سال‌های ۱۹۹۶ تا ۲۰۰۱ میلادی) قابل توجه بوده است. بیشتر کشورها که به بسترسازی تقنینی تجارت الکترونیک روی آوردند، یکی از مهم‌ترین موضوعاتی که پیش روی داشتند، پذیرش امضای الکترونیک بود. در حال حاضر، بیشتر این کشورها این نوع امضاء را بدون هیچ تردیدی به عنوان یکی از اعمال دارای آثار حقوقی همسان با امضای دستی مورد پذیرش قرار داده‌اند. در برخی کشورها حتی قوانین و لوایح مستقلی برای امضای الکترونیک وضع شده است. در کشور اسپانیا «لایحه قانونی امضاهای الکترونیک اسپانیا»^۱ در سال ۱۹۹۹ میلادی و در آلمان نیز «قانون امضای الکترونیک»^۲ در سال ۲۰۰۰ میلادی به تصویب رسیده است. ولی اغلب کشورها امضای الکترونیک را در قوانین مربوط به مبادلات و ارتباطات الکترونیک پیش‌بینی کرده‌اند. اولین قانونگذاری در مورد امضای الکترونیک در «قانون متحد الشكل مبادلات الکترونیک»^۳ ایالت «یوتا»ی ایالات متحده به تصویب رسید. سنگاپور در سال ۱۹۹۸ میلادی در «قانون مبادلات الکترونیک سنگاپور»^۴ و کانادا نیز در «قانون متحدالشکل تجارت الکترونیک»^۵ در سال ۲۰۰۰ میلادی امضای الکترونیک را مورد پذیرش قرار داده‌اند. حتی کشور انگلستان، که نظام حقوقی آن مبتنی بر کامن لا (حقوق عرفی) است نیز ناگزیر از قانونگذاری در این خصوص است. زیرا طبق دستورالعمل شماره ۲۰۰۰/۳۱ اتحادیه اروپا که

بررسی ابعاد حقوقی فن‌آوری اطلاعات، خرداد ۱۳۸۳، ص ۱۷۲.

1. Spain's Electronic Signatures Bill(1999).
2. Electronic Signature Act (2000).
3. Uniform Electronic Transaction Act (1996).
4. Singapore Electronic Transaction Act (1998).
5. Uniform Electronic commerce Act (2000).

ناظر به برخی از جنبه‌های حقوقی تجارت الکترونیک است دولت‌های عضو موظف هستند که نظام‌های حقوقی آنها تشکیل قرارداد از طریق واسطه‌های الکترونیک و سایر مقتضیات آن را تضمین کنند.^۱ در همین راستا کشور انگلستان نیز در سال ۲۰۰۲ میلادی مبادرت به تصویب «مقررات امضاهای الکترونیک»^۲ کرد. در کشور فرانسه نیز اگرچه قانون خاصی در این زمینه تصویب نشده اما به تبعیت از دستورالعمل مذکور ماده ۱۳۱۶ قانون مدنی فرانسه، در سال ۲۰۰۰ میلادی و در راستای پذیرش امضای الکترونیکی و نیز به رسمیت شناختن اسناد الکترونیک به عنوان دلیل معتبر اصلاح گردیده است.

در قوانین و سازمان‌های بین‌المللی نیز، همان‌طور که قبلاً بیان شد دستورالعمل‌ها و رهنمون‌های خویش مقرراتی در خصوص امضای الکترونیک وضع کرده‌اند. از جمله می‌توان به دستورالعمل امضای الکترونیک اتحادیه اروپا، مصوب ۱۹۹۹ میلادی و نیز «قانون نمونه آنسیترال در باب امضای الکترونیک، مصوب ۲۰۰۱ میلادی»، اشاره کرد. کشور ایران نیز در قانون تجارت الکترونیک خویش صریحاً امضای الکترونیک را به رسمیت شناخته است. طبق ماده ۷ قانون مذکور: «هرگاه قانون، وجود امضاء را لازم بداند امضای الکترونیکی مکفی است».

۳-۳- ارزش اثباتی امضای الکترونیک

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

۱. بند یک ماده ۹ دستورالعمل مقرر می‌دارد: «دولت‌های عضو باید تضمین کنند که نظام‌های حقوقی ایشان تشکیل قرارداد از طریق وسایل الکترونیک را مجاز می‌شمارد. دول عضو به ویژه باید تضمین کنند که مقتضیات قانونی قابل اعمال در روند تشکیل یک قرارداد، هیچ مانعی برای انعقاد قراردادهای الکترونیک ایجاد نمی‌کند و نیز نباید به خاطر اینکه قراردادهای مذکور از طریق وسایل الکترونیک ایجاد شده‌اند، فاقد اعتبار و قابلیت اجرا تلقی گردند.»

2. Electronic Signatures Regulation (2002).

است و همان طور که بیان شد داده پیام‌ها نیز دارای ارزش اثباتی هستند.^۱ اما باید گفت که به طور کلی ارزش اثباتی داده پیام‌ها، با توجه به عوامل مطمئن از جمله تناسب روش‌های ایمنی به کار گرفته شده تعیین می‌شود.^۲ حال چنانچه داده پیام‌های تشکیل‌دهنده امضاء از تمام شرایط فنی لازم برخوردار باشند اعتبار حقوقی و جایگاه آنها در ادله اثبات دعوی همانند جایگاه امضاهای دست‌نویس است و می‌تواند به عنوان دلیل در مقام دعوی یا دفاع در محاکم مورد پذیرش قرار گیرد.

در قانون تجارت الکترونیک ایران از امضایی که تمام شرایط فنی را برخوردار است تحت عنوان «امضای الکترونیکی مطمئن»^۳ نام برده شده است. طبق ماده ۲ قانون مذکور امضای الکترونیکی مطمئن، امضایی است که شرایط ماده ۱۰ همان قانون را داشته باشد. شرایط ماده ۱۰ قانون تجارت ایران نیز برای امضاء و سابقه الکترونیکی مطمئن این است که چنین امضایی باید:

الف) نسبت به امضاءکننده منحصر به فرد باشد.

ب) هویت امضاءکننده داده پیام را معلوم نماید.

ج) به وسیله امضاءکننده و یا تحت اراده انحصاری وی صادر شده باشد.

د) به نحوی به یک پیام متصل شود که هر تغییری در آن داده پیام قابل تشخیص و کشف باشد.

طبق ماده ۱۵ قانون تجارت ایران نسبت به امضایی که با شرایط فوق ایجاد شده است نمی‌توان ادعای انکار و تردید کرد و تنها می‌توان نسبت به آن ادعای جعل کرد. بنابراین، منضم شدن امضای الکترونیک به داده پیام‌ها، آنها را در حکم اسناد رسمی قرار می‌دهد. بنابراینچه گفته شد، امضای الکترونیک هیچ تفاوتی از حیث آثار حقوقی با سایر امضاهای دستی ندارد بلکه حتی با فراهم شدن زیرساختهای فنی لازم، می‌توان گفت چنین امضایی کمتر در معرض جعل قرار می‌گیرد.

نتیجه‌گیری:

۱. مواد ۶ و ۱۲ قانون تجارت ایران.

۲. ماده ۱۳ قانون تجارت ایران.

3. Secure/ Enhanced/ Advanced Electronic Signature.

فراگیر شدن تجارت الکترونیک مستلزم تضمین اعتبار و امنیت آن توسط نظام‌های حقوقی است. یکی از مهم‌ترین ابزارهای اعتبار دهی به مبادلات الکترونیک، پذیرش امضای الکترونیک و فراهم کردن مقتضیات فنی آن است. در حال حاضر امضای الکترونیک به عنوان یکی از اعمال دارای آثار حقوقی همسان با امضای دستی مورد پذیرش قانونی نظام‌های حقوقی دنیا (از جمله کشور ایران) قرار گرفته و جایگاه خود را در ادله اثبات دعوی تثبیت کرده است. امضای الکترونیک هیچ تفاوتی از حیث آثار حقوقی با سایر امضاهای دست نویس ندارد یعنی چنانچه امضای الکترونیک از تمام شرایط فنی لازم برخوردار باشد و ایمنی آن توسط علوم رایانه‌ای تضمین گردد، آنگاه از همان اعتبار و جایگاه امضای دست‌نویس در ادله اثبات دعوی برخوردار خواهد بود و می‌تواند به عنوان دلیل در مقام دعوی یا دفاع مورد استناد قرار گیرد.

آیین رفتار حرفه‌ای

احسان‌الله پیرداده^۱

چکیده:

پژوهش‌های انجام شده نشان می‌دهند که وجود سه عامل بنیادی در کنار هم، موجب تشکیل، رشد و اقتداریابی حرفه‌های مختلف در طول زمان بوده و راز ماندگاری آنها شناخته می‌شود. این سه عامل عبارتند از: الف - فلسفه، مبانی نظری، اصول و استانداردهای حرفه‌ای، ب - تشکل حرفه‌ای فراگیر، ج - آیین رفتار حرفه‌ای. با وجود سه عامل فوق در کنار یکدیگر، حرفه به قدرت لازم برای استمرار فعالیت و حفظ منافع حرفه‌ای دست می‌یابد و ریشه‌ای عمیق در جامعه خواهد داشت و قدرت دفاع مؤثر از خود در مواجهه با عوامل تأثیرگذار خارجی را کسب خواهد نمود. برای تشریح و تبیین چیرستی و چرایی یک حرفه و برای کسب شناخت و تشریح پدیده‌های موجود، وجود عامل اول ضروری است و در صورت عدم تشریح مبانی نظری استانداردهای حرفه‌ای، روش‌ها و رویه‌های مورد استفاده به قواعدی تبدیل می‌شوند که بیشتر بنا بر عادت و سنت از آنها پیروی می‌شود تا پذیرش منطقی؛ همچنین بدون این عامل بنیادی (درک صحیح اعضاء از جایگاه، اصول و استانداردهای حرفه) مشکل می‌توان بر مسائل حل و فصل نشده کنونی و آینده حرفه‌ای فائق آمد و برای آنها راهکارهای مناسب ارائه کرد. در ضرورت وجودی عامل دوم نیز جای بحثی وجود ندارد و اراده جمعی تجلی یافته در

۱. سردفتر اسناد رسمی ۶۱۹ تهران.

هیئت مدیره انتخابی تحول‌گرا و مؤید آن است.

اما عامل سوم یا آیین رفتار حرفه‌ای، عامل بنیادی بسیار بااهمیتی است که اعتبار و اقتدار حرفه‌ای سخت به آن وابسته است و جامعه بیشتر به این عامل توجه ویژه دارد. «شواهد حکایت از آن دارد که تنزل سطح مراعات آیین رفتار حرفه‌ای به تنزل اعتبار و منزلت اجتماعی حرفه می‌انجامد» این گونه مباد!

واژگان کلیدی: اخلاق، رفتار حرفه‌ای، درستکاری، واقع‌بینی، آداب حرفه‌ای،

صلاحیت، شخصیت، شئون سردفتری

روزگاری آیین رفتار، نیاز به دستور عمل نداشت. حدیث معرفت بود و حکایت حکمت و شأن انسان، اما این روزها گویی اعتنا به ظواهر و پرداختن به معاش چنان رونق یافته که جایگاه معانی به چشم نمی‌آید. ظاهر این سخنان بوی نومیدی می‌دهد. گویی کسی با حسی دریغ‌آمیز از گذشته از دست رفته سخن می‌گوید. اما حقیقت ماجرا چنان است که حتی اگر به روزگار حافظ و سعدی هم باز گردید، این طایفه از اهل حکمت همیشه از قلت گوش‌های شنوا شکایت داشته‌اند.

البته تعاریف اخلاق و رفتار حرفه‌ای با تحولات جهان امروز و احوال آدمیان، با دیروز تفاوت‌هایی شگرف پیدا کرده است و طبیعی است که وقتی کثرت‌گرایی را به نسبت فرو بکاهند، دیوان حافظ و مثنوی مولانا، تنها به درد تزیین کتابخانه‌هایمان خواهد خورد و هیچ بخشی از آنها راهی در اندیشه و گفتار و کردار ما، نخواهند یافت. ناگفته پیداست قرار هم نبوده که زبان حافظ و مولانا را در تنظیم اسناد متعاملین به کار ببریم؛ اما نمی‌توان نتیجه هم گرفت که باید درسهای آنان را به باد فراموشی سپرد. نمی‌خواهم نتیجه بگیرم که اینها باید جای آیین حرفه‌ای‌گری را بگیرند؛ اما کار انسان بخشی از زندگی و حیات اوست و به طور حتم رهنمودهای معرفتی، آدمی را در هنگام تجربه‌های خلاف آیین رفتار حرفه‌ای تنها نخواهد گذاشت. سردفتر اسناد رسمی در معنایی «کاتب بالعدل» خوانده می‌شود و پرواضح است که منظور از این وصف، ملکه شدن صفت عدالت در نهاد شخص است نه صرفاً عدالت در کتابت. از طرفی اگر در حد اعتبار علمی و شغلی خود در مراعات اخلاق حرفه‌ای دقت و ریزبینی به خرج ندهیم، با متزلزل شدن پایگاه اجتماعی و به تبع آن تعرضات

روزافزون سازمان‌ها و نهادهای مختلف به حیطة اقتدار و صلاحیت شغلی مان مواجه خواهیم شد.

برای گسترش مراعات اخلاق حرفه‌ای، کوشش و اقدامی صنفی و همه‌جانبه در سه سطح وضع قواعد، آموزش و ضمانت اجرا لازم است.

امروزه تشکلهای حرفه‌ای با دیدی جامعه‌شناختی و توجه به این قاعده که مراعات آیین رفتار حرفه‌ای موجب پذیرش، اعتبار و احترام اجتماعی هر صنف و به تبع آن افزایش اقتدار اجتماعی آن صنف می‌گردد، اقدام به وضع مقررات درون صنفی و نظارت قاطع بر اجرای آن می‌نمایند و صد البته با ترتیب دادن دوره‌های آموزشی، قبل و در حین اشتغال به کار برای اعضای خود، اصول بنیادی اخلاق و رفتار حرفه‌ای را به آنان آموزش داده و آنگاه در صورت نقض اصول مزبور توسط هر یک از اعضاء با تذکر شفاهی یا توبیخ و در موارد خاص طرد افراد ناباب و اصلاح ناپذیر از جامعه حرفه‌ای، مانع از تنزل جایگاه و اعتبار صنفی خود از دید جامعه می‌شوند.

در خصوص تدوین مقررات اخلاق حرفه‌ای مرسوم گردیده که نمایندگان مجامع صنفی با تدوین و تصویب مقررات آیین اخلاق حرفه‌ای صنف خود، در واقع منشور اخلاقی واجد ضمانت اجرایی متناسبی را به اعضای صنف ارائه می‌نمایند.

در اینجا مواردی چند از آیین رفتار نانوخته مطمح نظر و مورد عمل اکثر همکاران گرامی ذکر می‌گردد:

۱ - در مشاغل دارای مسئولیت مطلق که متصدیان آن متخصصین قسم خورده می‌باشند. این دید که باید تمام مشتریان را حفظ نموده و همواره بر تعداد آنها افزود، نباید حاکم شود. یک متخصص سوگندخورده، اصولاً نمی‌تواند و نباید تمام مشتریان بالقوه را بپذیرد و نپذیرفتن مشتریان پرخطر موجب می‌شود تا آنها هم خود را اصلاح کنند.

۲ - حداکثر احترام را برای همکاران خود قائل شویم و حتی وقتی مراجعه‌کننده‌ای از نحوه عملکرد همکار دیگری به طعنه یا تمسخر یاد می‌کند، حق همکاری را تا حد امکان به جا آورده و از او در حد شئون اجتماعی‌اش دفاع کنیم و در مقام خطاب همکار در مکاتبات، عنوان‌هایی چون «همکار گرامی» یا «همکار محترم» را برای توصیف وی به کار

بریم و اگر در اظهارات و استدلال‌ها و نوشته‌های همکارمان اشتباه و خطا دیدیم، در عین نقد و یا رد آن، هرگز به مسخره کردن و طعنه زدن دست نیازیم، که انسان از اشتباه و خطا مصون نیست و هرگز اجازه ندهیم در حضور ما به همکارمان توهین شود.

۳ - خصوصیات رفتاری و مشخصات ظاهری‌مان باید با اهمیت و جایگاه شغلی‌مان متناسب باشد. لذا همواره باید مراقب آراستگی ظاهر خود باشیم. منظم و مرتب بودن لباس، رعایت هماهنگی رنگ‌ها در لباس پوشیدن (در حد امکان)، تمیزی کفش‌ها و خوشبو بودن در حد معقول (طبق سنت نبوی)، انتظاری است که جامعه از ما به عنوان نمونه‌ای برجسته از قشر تحصیل کرده اجتماع دارد.

۴ - رعایت وقار و ابهت در رفتار و گفتار، احتراز از شوخی و هزل و حرکات سبک و ناشایست به خصوص در محل کار، مکان‌های رسمی، گردهمایی‌های صنفی و همایش‌های علمی.

۵ - رعایت حداکثر ادب در برابر مراجعین یا همکاران و مسئولان مافوق؛ ولی از خضوع و خشوع بی‌مورد و فروتنی بیش از اندازه که ممکن است به چاپلوسی و مداهنه تعبیر شود باید دوری کرد.

۶ - عوامانه سخن گفتن و الفاظ عامیانه به کار بردن به هیچ بهانه‌ای از یک متخصص سوگند خورده پذیرفتنی نیست. چون هنگامی که خود را سردفتر اسناد رسمی یا دفتربار معرفی می‌کنیم، اعتبار و آبروی یک قشر را (که بنابر اصل و مبنای اکثریت آحاد خود، افرادی محترم و معتبرند) در گرو وضع ظاهر، گفتار و کردار خود قرار می‌دهیم.

اینکه یک سردفتر یا دفتربار اسناد رسمی در چه شرایط مالی و مادی است یا اینکه وضعیت درآمدی او در این برهه از زمان و با فراگیر شدن رکود اقتصادی و افزایش تعداد دفاتر دچار چه نوساناتی شده است، امری کاملاً خصوصی و شخصی است. بدیهی است که طرح مکرر این موضوع در نزد مراجعین می‌تواند به اعتبار شخصیتی و علو شخصیت و بلندطبعی متکلم خدشه وارد آورد. از تفاخر و تفرعن هم به همان اندازه خود شکستن و اظهار شرایط نابسامان مالی باید دوری کرد.

۷ - به ارباب رجوع و خاصه نوع پرخطر آنان (واسطه‌ها و امثالهم) نشان دهیم که

مواضع اصولی ما تغییرناپذیر است و او باید خود را با شرایط ما منطبق کند. اگر اکثریت و بل همگی اعضاء صنفمان از تن در دادن به خواسته‌های غیرقانونی مراجعین پرخطر اجتناب نماییم و فضای رقابت را به حیثه‌های خطرناک نکشائیم و اعتبار شخصی و صنفی را به ثمن بخش نفروشیم، آنگاه رقابت خود به خود به حیثه‌های سازنده، اخلاقی و ثبات‌بخش کشانیده خواهد شد.

۸ - رفتارمان چنان باشد که ارباب رجوع بدانند پولی که می‌پردازد، بابت خدمتی است که دریافت می‌کند و موقعیتی خاص و ممتاز جز آنچه که به طور معمول وضعیت و موقعیت اجتماعی‌اش اقتضا دارد، برای او ایجاد نمی‌کند، لذا دلیلی برای تقدیم شماره تلفن همراه شخصی سردفتر یا دفتریار به مراجعین پرخطر جهت ارتباط در ساعات غیراداری وجود نخواهد داشت.

شاید این چند نکته که برشمرده شد در نظر بعضی بسیار ایده‌آلیستی و کمال‌گرایانه به نظر آید و تصور شود که رعایت این موارد در کار و با توجه به شرایط اجتماعی روز میسر نیست. اما باید توجه داشته باشیم که چنانچه غیر این راه رویم، دیری نخواهد پایید که از اعتبار «سردفتر» و «حرفه سردفتری اسناد رسمی» به عنوان هویت اجتماعی و حرفه مورد احترامی که مایه افتخار و سربلندی ماست، چیزی باقی نخواهد ماند.

با توضیح مختصر مطالب فوق، بایسته است که در اینجا رویکردی نظری به اصول بنیادی اخلاق و رفتار حرفه‌ای داشته باشیم. طرح چارچوب نظری برای رعایت اصول مزبور، ما را قادر می‌سازد مواردی را که ممکن است به نقض اصول بنیادی فوق منجر شوند، شناسایی و ارزیابی و از آن پرهیز نماییم.

اصول بنیادی (Fundamental Principles) اخلاق و رفتار حرفه‌ای از بعد نظری و آکادمیک شامل پنج اصل درستکاری، واقع‌بینی، صلاحیت حرفه‌ای، رازداری و آداب حرفه‌ای می‌شود که نگارنده سعی نموده این اصول کلی را منطبق با شرایط حرفه‌ای صنف سردفتران و دفتریاران شرح و بسط دهد.

الف - درستکاری (Integrity): سردفتر و دفتریار اسناد رسمی باید در انجام مسئولیت‌های قانونی و اخلاقی خود درستکار باشند. صداقت، صراحت و قاطعیت و انصاف،

لازمه درستکاری هستند.

ب - واقع‌بینی (Objectivity): سردفتر و دفتربار اسناد رسمی باید در تنظیم اسناد معاملات و انجام امور مراجعین، تکالیف قانونی خود را واقع‌بینانه در نظر بگیرند و اجازه ندهند که پیش‌داوری، تضاد منافع و یا عملکرد غلط دیگران بر کار آنان تأثیر بگذارد. مثال واضحی که برای این مورد می‌توان ذکر کرد، موضوع گواهی امضاء ذیل برگ رضایت خروج همسر از کشور است که در حال حاضر با هزینه ناچیز ده هزار ریال انجام می‌شود و این مبلغ واقعاً جوابگوی هزینه مواد مصرفی مورد استفاده جهت گواهی امضاء هم نیست تا چه رسد به تأمین بخشی از هزینه‌های دفتر اسناد رسمی یا حتی هزینه ریسک سردفتر در انجام چنین تکالیفی، مع‌هذا هیچ یک از این دلایل نمی‌تواند توجیه‌کننده عدم انجام این تکالیف قانونی حتی به علت ریسک بالای آن و امکان به مخاطره افتادن امنیت شغلی سردفتر باشد و همکاران شریف ما، در این شرایط با گشاده‌رویی و تقبل ریسک احراز هویت رضایت‌دهنده که امضای وی را گواهی می‌نمایند، عنصر واقع‌بینی و عدم پیش‌داوری را در عمل اجرا می‌کنند.

ج - صلاحیت حرفه‌ای (Professional competence): سردفتر و دفتربار اسناد رسمی باید واجد اطلاعات حقوقی کافی باشند به نحوی که به راحتی قصد و نیت واقعی متعاملین و قالب عقد متناسب با قصد آنان و معامله مورد نظر را تشخیص داده و پس از توضیح شرایط و آثار معامله موردنظر متعاملین و افزایش یا کاهش گستره آثار واقع در حیطه اطلاق عقد مزبور، نسبت به تنظیم و ثبت معامله مربوطه اقدام نمایند.

د - رازداری (Confidentiality): سردفتر و دفتربار اسناد رسمی باید اطلاعاتی را که در جریان ارائه خدمات حرفه‌ای به دست می‌آورند محرمانه تلقی کنند، مگر آنکه تکلیف قانونی افشای اطلاعات مزبور را مجاز نموده باشد.

مدلول ماده ۵۱ قانون دفتر اسناد رسمی مصوب خرداد ۱۳۱۶ شمسی لزوم رعایت اصل رازداری را به شرح ذیل تصریح نموده است: (سردفتران و دفترباران و به طور کلی تمام کارکنان دفترخانه باید اسرار ارباب رجوع و متعاملین را که بر اثر تنظیم یا ثبت از آن اطلاع حاصل کرده‌اند مکتوم دارند).

هـ - آداب حرفه‌ای (Professional Behavior - Courtesy): سردفتر و دفتربار اسناد رسمی باید در برخورد با دیگران در حین انجام وظایفشان، با ادب و احترام رفتار کنند و همچنین باید قوانین و مقررات را رعایت و از انجام اعمالی که می‌تواند حرفه را بی‌اعتبار کند، بپرهیزند.^۱ ^۲ همچنین منافع شخصی سردفتر و دفتربار اسناد رسمی یا منافع خویشاوندان نزدیک آنان می‌تواند به ایجاد خطر نقض اصول درستکاری و واقع‌بینی منجر شود. این خطر ممکن است از منافع مستقیم یا غیرمستقیم نشأت بگیرد.

مفاد ماده ۳۱ قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفترباران مصوب ۱۳۵۴/۴/۲۵ اشعار می‌دارد: (سردفتران و دفترباران نباید اسنادی را که مربوط به خود یا کسانی که تحت ولایت یا وصایت یا قیمومت آنها هستند و یا با آنها قرابت نسبی یا سببی تا درجه چهارم از طبقه سوم دارند و یا در خدمت آنها هستند ثبت نمایند و در صورتی که در محل، دفترخانه دیگری نباشد سند با حضور دادستان شهرستان محلی که دفترخانه در حوزه آن واقع است یا رئیس دادگاه بخش یا نماینده آنها با توضیح مراتب در ذیل آن در همان دفترخانه تنظیم و ثبت خواهد شد).

وابستگی تنزل‌دهنده شخصیت اخلاقی و حرفه‌ای سردفتر و دفتربار نیز یکی از عوامل مؤثر در نقض اصول بنیادی اخلاق و رفتار حرفه‌ای محسوب می‌گردد. عبارت «وابستگی تنزل‌دهنده شخصیت» به عمد انتخاب و به کار برده شد؛ چرا که واژه وابستگی به تنهایی می‌تواند موجب سوءتعبیر شود و این تصور را پدید آورد که سردفتر و دفتربار غیروابسته به دیگران، وجود خارجی ندارد چون چنین فردی باید از کلیه روابط اقتصادی - مالی و غیره با دیگران بری باشد که قطعاً چنین مفهومی از استقلال نادرست است. زیرا هر عضوی از جامعه ضرورتاً با اعضای دیگر رابطه دارد و خاصه در حرفه سردفتری و دفترباری اسناد رسمی، داشتن روابط عمومی خوب (به معنی دقیق و صحیح آنکه همانا داشتن حسن خلق، مردم‌داری و تواضع، انصاف در عمل و ارائه خدمات مشاوره‌ای به مراجعین می‌باشد) عامل تعیین‌کننده‌ای در بقا و توسعه شغلی و افزایش میزان درآمد می‌باشد؛ بنابراین وابستگی

1. Professional Standards: Code of professional conduct, AICPA, 2003. www. Ifac. Org/guidence/exd.

2. Guide To Professional Ethics, www.icaew.co.uk/index.

تنزل‌دهنده شخصیت و اعتبار صنفی به آن دسته از وابستگی‌هایی اطلاق می‌گردد که از دیدگاه ناظری آگاه، معقول و مطلع می‌تواند بر قضاوت افراد و همکاران نسبت به درجه اعتبار شخصیت اخلاقی و حرفه‌ای سردفتر و دفتربار و انبساط بر تصویرسازی ذهنی آحاد جامعه نسبت به صنف سردفتران و دفترباران و حیثیت شغلی آنان تأثیر گذارد.

بالاخره، با امید به اینکه مطالب بالا توانسته باشد گوشه‌ای از مباحث مربوط به اخلاق و رفتار حرفه‌ای را روشن و زمینه بحث و گفت‌وگوی بیشتر را فراهم کرده باشد، به نظر می‌رسد که نیل به این هدف، تنها از طریق افزایش باور به اصول، تدوین آیین رفتار حرفه‌ای مناسب و اجرای کامل و بدون قید و شرط آن در عمل ممکن است.

نحوه صدور اجرائیه و موارد آن در دفتر اسناد رسمی (بخش سوم و پایانی)

فاطمه مقدم^۱

در دو شماره پیشین مجله، پس از ذکر تاریخچه قانونی اجرا به صورت مختصر، نخست اجرا و انواع آن را تعریف کردیم و سپس به بحث در خصوص نحوه صدور اجرائیه در دفاتر اسناد رسمی، شرایط صدور اجرائیه، موارد آن و نحوه اقدامات دفترخانه پرداختیم. آنگاه از عملیات اجرایی آن سخن به میان آوردیم. اینک ادامه بحث را در این شماره پی می‌گیریم:

عملیات اجرایی اسناد دارای وثیقه

مبحث اول - ترتیب اجرای اسناد دارای وثیقه

ترتیب اجرای اسناد دارای وثیقه، برحسب اینکه مورد وثیقه مال منقول یا غیرمنقول باشد، دارای تفاوت‌هایی است که در این مبحث به آن می‌پردازیم.

الف - ترتیب اجرای اسناد دارای وثیقه غیرمنقول

پس از ابلاغ اجرائیه به بدهکار از تاریخ ابلاغ اجرائیه ۶ ماه مهلت خواهد داشت تا درخواست کند که ملک مورد رهن از طریق حراج به فروش برسد، در این صورت اجرای ثبت محل با رعایت تبصره ۱ ماده ۳۴ قانون ثبت اصلاحی سال ۵۱ و مواد ۱۴۰ تا ۱۴۶ و

۱. این مقاله توسط سرکار خانم فاطمه مقدم کارآموز محترم سردفتری (سردفتر فعلی دفتر اسناد رسمی ۹۴۸ تهران) و تحت نظارت جناب آقای حسن علی تربتی سردفتر محترم اسناد رسمی ۱۱۴ تهران نگارش یافته است.

۱۵۳ و ۱۷۹ و دیگر مواد آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی به حراج ملک اقدام خواهد کرد. هم‌چنین بدهکار از تاریخ ابلاغ اجرائیه ۸ ماه مهلت دارد که به تعهد خود عمل نماید (بدهی خود را پرداخت کند) چنانچه بدهکار در مهلت ۶ ماه، تقاضای حراج نکند، با انقضای ۸ ماه مهلت مقرر در ماده ۳۴ قانون ثبت اصلاحی و در صورت عدم پرداخت بدهی، با اخذ کلیه هزینه‌های قانونی مورد رهن به موجب سند انتقال رسمی به طلبکار واگذار خواهد شد. **یادآوری ۱:** اگر بستانکار غیر از بانک‌ها و شرکت‌های دولتی و مؤسسات دولتی باشد و قبل از واگذاری ملک به او، مقداری از طلبش را دریافت نموده باشد، وجوه دریافتی را کلاً باید به بدهکار رد نماید. اما اگر بستانکار دارای وثیقه، بانک یا شرکت دولتی یا مؤسسه دولتی باشد و مبلغی از طلب خود را قبلاً گرفته باشد، فقط آنچه بابت اصل طلب دریافت کرده است، مسترد می‌گردد (ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت)

یادآوری ۲: در مورد معاملات اموال غیرمنقول مذکور در ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت، هرگاه بدهکار متعدد بوده و فک و فسخ معامله موکول به پرداخت تمامی دین شده و تاریخ ابلاغ اجرائیه به بدهکاران متفاوت و وصول تقاضای حراج از ناحیه هر یک از مدیونین برای حراج شش‌دانگ کافی است. در این قبیل موارد، قبول استرداد تقاضای حراج و یا در صورت وجود خریدار، تجدید حراج برای جلسه دوم موکل به موافقت کلیه بدهکاران است (ماده ۱۸۰ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی)

یادآوری ۳: ممکن است بدهکار در خلال عملیات اجرایی بخواهد موجبات فسخ و فک سند را فراهم آورد، در این صورت با رعایت ماده ۳۴ مکرر قانون اصلاحی ثبت، بدهکار با تودیع کلیه بدهی خود اعم از اصل و اجور و خسارت قانونی و حقوق اجرایی نزد سردفتر اسناد رسمی تنظیم‌کننده سند یا در صندوق ثبت یا هر مرجع دیگری که اداره ثبت تعیین می‌نماید، می‌تواند معامله را فسخ و رهن و وثیقه را فک و مورد معامله را آزاد و آن را با دیگری معامله نماید. دفاتر اسناد رسمی مکلفند وجوه امانی مذکور را بلافاصله و در صورت انقضای وقت اداری در اولین وقت اداری بعد، به صندوق ثبت تحویل نمایند.

یادآوری ۴: انتقال قهری حق استرداد به وارث بدهکار موجب تجزیه مورد معامله نخواهد بود. هرگاه قبل از صدور اجرائیه یا قبل از خاتمه عملیات اجرایی، کلیه بدهی و

خسارت قانونی و حق اجرا در صورت صدور اجرائیه از ناحیه یکی از وراث مدیون، در صندوق ثبت یا مرجع دیگری که اداره ثبت تعیین نماید، تودیع شود، مال مورد معامله در وثیقه وارث مزبور قرار می‌گیرد، در این مورد هر گاه یکی از وراث به نسبت سهم‌الارث، بدهی خود را به وارث مزبور بپردازد، به همان نسبت از مورد وثیقه آزاد خواهد شد. (تبصره ۱ ماده ۳۴ مکرر قانون ثبت)

- بازداشت مازاد مورد وثیقه

ممکن است مازاد مورد رهن از طریق مراجع قانونی به نفع اشخاص ثالث بازداشت شده باشد، در این صورت بستانکاری که مازاد مورد وثیقه به نفع او بازداشت شده است می‌تواند با رعایت ماده ۳۴ مکرر قانون ثبت با پرداخت کلیه بدهی موضوع سند به بستانکار دارای وثیقه و نیز پرداخت حقوق دولت به اداره ثبت و یا تودیع آن در صندوق ثبت یا هر مرجع دیگری که اداره ثبت تعیین می‌نماید، استیفای حقوق خود را از اداره ثبت تقاضا کند. در صورت صدور اجرائیه گواهی اداره اجرا در مورد بلامانع بودن فک سند و فسخ معامله یا انجام معامله، ضروری خواهد بود. به همین منظور و در راستای استیفای دین ثالث از مازاد مورد وثیقه بازداشت شده، پس از آنکه اجرای ثبت محل با ارسال یک نسخه از اجرائیه به ثبت محل، جریان ثبتی پلاک مورد وثیقه را استعلام نمود و پاسخ استعلام حکایت از بازداشت مازاد مورد وثیقه به نفع شخص ثالث داشت، در صورتی که:

الف - بازداشت مازاد غیرمنقول مورد وثیقه قبل از ابلاغ اجرائیه سند رهنی باشد، اجرای ثبت محل، موضوع صدور اجرائیه سند رهنی از جانب طلبکار، تاریخ ابلاغ اجرائیه صادره و نحوه استفاده ذی‌نفع که مازاد مورد وثیقه به نفع او بازداشت شده را، طی نامه‌ای به مرجع بازداشت کننده مازاد اطلاع می‌دهد تا ذی‌نفع در صورت تمایل از تبصره ۷ ماده ۳۴ قانون اصلاحی ثبت و ماده ۳۴ مکرر قانون ثبت اصلاحی و ماده ۱۹۶ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی استفاده نموده و با پرداخت مطالبات سند رهنی و حقوق اجرایی عملیات اجرایی را تا وصول کلیه طلب، در مرجع بازداشت کننده مازاد به نفع خود پیگیری نماید.

ب: بازداشت مازاد غیرمنقول مورد وثیقه ظرف ۶ ماه از تاریخ ابلاغ اجرائیه سند رهنی باشد، در این صورت حراج مال غیرمنقول مورد وثیقه در ازای کل مبلغ طلب و خسارت

قانونی و حقوق و عوارض و هزینه‌های قانونی تا روز حراج شروع و در هر حال به کمتر از آن فروخته نخواهد شد و از حاصل فروش، طلب طلبکار سند رهنی، پرداخت شده، نیم عشر و حق حراج به حساب مربوطه واریز می‌شود و در صورتی که مازادی داشته باشد، طلب بازداشت کننده مازاد داده می‌شود و مابقی به مالک قبلی (مالک مورد وثیقه) پرداخت خواهد شد. با این توضیح که ملک مورد حراج نیز به موجب سند انتقال رسمی به خریدار منتقل می‌شود. در صورت نبودن خریدار با اخذ هزینه‌های قانونی به موجب سند انتقال رسمی مورد حراج به بستانکار واگذار خواهد شد (ماده ۳۴ قانون ثبت اصلاحی و مواد ۱۹۲ و ۱۷۹ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی)

ج - در صورتی که مازاد مورد وثیقه در خلال دو ماه آخر عملیات اجرایی (پایان شش ماه و قبل از هشت ماه) بازداشت شده باشد و مدیون نیز تقاضای حراج نکرده باشد، اجرای ثبت محل موضوع صدور اجرائیه سند رهنی از جانب طلبکار و تاریخ ابلاغ اجرائیه صادره و نحوه استفاده ذی‌نفع که مازاد مورد وثیقه به نفع او بازداشت شده را طی نامه‌ای به مرجع بازداشت کننده مازاد، اطلاع می‌دهد تا مرجع مذکور مندرجات نامه را به ذی‌نفع ابلاغ نماید. پس از ابلاغ در صورت تمایل از ماده ۳۴ مکرر قانون اصلاحی ثبت استفاده نموده و با پرداخت مطالبات مرتهن سند رهنی و حقوق اجرایی، عملیات اجرایی را تا وصول کلیه طلب (مجموع دو طلب) در مرجع بازداشت کننده مازاد به نفع خود پیگیری نماید. (ماده ۱۹۲ آیین‌نامه اجرا و بند ب ماده ۱۹۷ آیین‌نامه اجرا)

ب - ترتیب اجرای اسناد دارای وثیقه منقول

ماده ۳۴ قانون اصلاحی ثبت مقرر می‌دارد: «... در مورد اموال منقول اعم از اینکه اجرائیه نسبت به تمام یا باقی مانده طلب صادر شده باشد، هرگاه بدهکار ظرف ۴ ماه از تاریخ ابلاغ اجرائیه نسبت به پرداخت بدهی خود اقدام ننماید، مال مورد معامله وسیله اجرای ثبت به حراج گذاشته می‌شود.»

با توجه به مراتب فوق، هرگاه مال مورد وثیقه، منقول باشد، به ترتیب زیر عمل خواهد

شد:

پس از ابلاغ اجرائیه صادره، طی نامه یا اخطاری، طلبکار از تاریخ ابلاغ اجرائیه توسط

ثبت محل مطلع شده و بایستی نحوه وصول طلب خود را به ثبت محل کتباً اعلام دارد. در این صورت حسب درخواست طلبکار، عملیات اجرایی به روش زیر ادامه می‌یابد:

الف - طلبکار درخواست توقیف مورد وثیقه منقولی را دارد که در پایان عملیات اجرایی، نیاز به صدور سند انتقال اجرایی ندارد. پس از ارائه تقاضای کتبی توسط طلبکار مبنی بر توقیف مورد وثیقه، براساس دستور مسئولان مربوطه، مأمور اجرای ثبت محل همراه با طلبکار یا نماینده قانونی او یا وکیل ایشان در معیت نماینده دادگستری، مأمور انتظامی و حافظ که از طرف طلبکار معرفی می‌شود به اتفاق کارشناس اموال مورد بازداشت، به محل مورد وثیقه منقول مراجعه نموده و مأمور اجرای ثبت محل با توجه به مندرجات برگ اجرائیه صادره که مشخصات مورد وثیقه منقول در آن مندرج است، مورد رهن را بازداشت و با توضیح وضعیت مال بازداشتی، صورت‌مجلس لازم را تهیه کرده و مورد بازداشت تحویل حافظ می‌شود. صورت‌مجلس تنظیمی و تکمیل شده تحویل اجرای ثبت محل می‌شود تا عملیات اجرایی براساس ماده ۳۴ قانون اصلاحی ثبت و مواد ۱۴۱ و ۱۴۲ و ۱۴۳ و سایر مواد آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی در ارتباط با حراج اموال منقول، آگهی حراج تهیه و مورد بازداشت از طریق حراج به فروش برسد.

ب - درخواست طلبکار، توقیف مورد وثیقه منقولی است که در پایان عملیات اجرایی بایستی با سند انتقال رسمی توسط ثبت محل واگذار شود. در این حالت مورد وثیقه یا وسیله نقلیه سنگین است که در جاده‌های کشور تردد می‌نماید و یا وسیله نقلیه سبک (سواری) که در داخل شهر در حال تردد است. در هر دو حالت پس از ارائه تقاضای کتبی توسط طلبکار مبنی بر توقیف مورد وثیقه و ادامه عملیات اجرایی، ابتدا از طریق ثبت محل و دستور توقیف وسیله نقلیه موردنظر که در جاده‌های کشور در حال تردد است، به معاونت راهنمایی و رانندگی و امور حمل و نقل جاده‌ای (مرکز اطلاعات و پیام) داده می‌شود تا وسیله مذکور توقیف گردد و همزمان با دستور فوق به دایره شماره‌گذاری اداره راهنمایی و رانندگی محلی که وسیله مورد نظر را شماره نموده، منعکس می‌شود تا موضوع بازداشت را به منظور جلوگیری از صدور گواهی عدم خلاف در سوابق وسیله نقلیه مورد وثیقه، ثبت نماید.

چنانچه مورد رهن، وسیله نقلیه سبک (سواری) باشد که در داخل شهر تردد می‌کند، پس از تعیین محل وسیله مذکور و حوزه استحفاظی شهربانی مربوطه از طرف طلبکار، دستور توقیف به شهربانی تعیین شده، داده می‌شود تا مأمور شهربانی با معرفی طلبکار، وسیله نقلیه مورد وثیقه را توقیف نموده و صورت جلسه نماید و نتیجه را همراه با صورت جلسه به ثبت محل اعلام دارند.

در این صورت ثبت محل با رعایت ماده ۳۴ قانون اصلاحی ثبت و مواد ۱۴۱ و ۱۴۲ و ۱۴۳ و سایر مواد آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی آگهی حراج مورد رهن را تهیه و عملیات اجرایی را براساس حراج، ادامه می‌دهد.

مبحث دوم - حراج مورد وثیقه

در مورد مال مورد وثیقه غیرمنقول، در صورتی که بدهکار ظرف شش ماه از تاریخ ابلاغ اجرائیه، درخواست نماید که ملک از طریق حراج به فروش برسد و در مورد مال مورد وثیقه منقول، در صورتی که بدهکار ظرف چهار ماه از تاریخ ابلاغ اجرائیه، نسبت به پرداخت بدهی خود اقدام نکند، مال مورد وثیقه از طریق حراج به فروش می‌رسد.

حراج اموال منقول و غیرمنقول (مورد وثیقه) بدون تشریفات انتشار آگهی خاص در روزنامه در مرکز یا مراکز حراج به عمل می‌آید و ختم عملیات حراج نباید از دو ماه تجاوز نماید و انجام حراج باید در هفته آخر دو ماه مذکور باشد. (تبصره ۱ ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت) حراج اموال غیرمنقول در روزهای یکشنبه و چهارشنبه و اموال منقول در روزهای دوشنبه و پنجشنبه از ساعت ۹ تا ۱۲ صبح به عمل آمده و در هر حال باید در داخل هفته آخر دو ماه مقرر در قانون باشد. چنانچه هر یک از روزهای مقرر مصادف با تعطیل باشد، روز بعد از تعطیل روز حراج خواهد بود (ماده ۱۷۹ آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی)

حراج، حضوری است و ورود به مرکز حراج برای عموم آزاد است و عدم حضور طلبکار و بدهکار یا نماینده قانونی یا وکلای آنها مانع تشکیل جلسات حراج نخواهد بود.

مبلغ حراج به تصریح ماده ۳۴ قانون ثبت، از کل مبلغ طلب و خسارات قانونی و حقوق و عوارض و هزینه‌های قانونی تا روز حراج شروع می‌شود و در هر حال به کمتر از آن فروخته نخواهد شد.

در صورتی که در جلسه اول حراج، خریدار پیدا شود مورد حراج به او داده می‌شود، مگر اینکه مدیون درخواست کند که مورد حراج در جلسه بعدی به حراج گذارده شود، که در این صورت مال در جلسه بعدی به حراج گذاشته می‌شود. (ماده ۱۶۱ آیین‌نامه اجرا)

هرگاه مال به قیمتی بیش از طلب مورد مطالبه و خسارت قانونی و حقوق و عوارض و هزینه‌های قانونی تا روز حراج به فروش نرود پس از دریافت حقوق اجرایی، تمام مال مورد معامله ضمن تنظیم صورت‌مجلس توسط رئیس اجرا تحویل بستانکار خواهد شد (ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت سال ۵۱)

با انقضای وقت حراج صورت‌مجلس لازم تنظیم و در صورت فروش مال از طریق حراج، وجه دریافتی به عنوان امانت به صندوق مرکز حراج تحویل و اموال منقول (در صورتی که نیاز به صدور سند انتقال اجرایی نباشد) بلافاصله به خریدار یا در صورتی که خریدار نباشد به بستانکاری که قانوناً ملزم به دریافت آن است، تحویل و رسید گرفته خواهد شد (ماده ۱۶۲ آیین‌نامه اجرا) و در مورد اموال منقولی که با صدور سند انتقال رسمی واگذار می‌شود و نیز در مورد اموال غیرمنقول پس از واریز نیم عشر و حق حراج به حساب‌های مربوطه، پیش‌نویس سند انتقال اجرایی تهیه و به یکی از دفاتر اسناد رسمی به منظور ثبت و انتقال رسمی به نام خریدار فرستاده می‌شود، در صورتی که خریدار نباشد، مورد حراج به بستانکار منتقل می‌گردد.

تحویل مال منقول، به کسی که برابر مقررات در حراج برنده شده است و دستور تنظیم سند رسمی واگذاری طبق مقررات و نیز در مورد اموال منقول و غیرمنقول، وصول نیم عشر و سایر حقوق قانونی و صدور قبض پرداخت وجوه حاصل از فروش به بستانکار و تحویل مازاد به مدیون و سپس تحویل منقول، به عهده رئیس مرکز حراج و در غیاب او معاون مرکز حراج است (ماده ۱۷۱ آیین‌نامه اجرا) در مورد مال غیرمنقول دستور تنظیم سند انتقال و سایر اقدامات با مدیر ثبت در شهرستان‌ها و با رئیس اجرا در تهران است.

بنابراین عملیات اجرایی، در مورد اموال منقول مورد وثیقه که نیاز به تنظیم سند انتقال ندارد، با تنظیم صورت‌مجلس حراج، در صورتی که مال از طریق حراج به فروش برسد و در مورد اموال منقول مورد وثیقه که نیاز به تنظیم سند انتقال اجرایی دارد، هم‌چنین در مورد

اموال غیرمنقول مورد وثیقه، با صدور سند انتقال مورد وثیقه به نام خریدار مورد وثیقه یا طلبکار مورد رهن (در صورتی که مال از طریق حراج به فروش نرسد) خاتمه می‌یابد. به موارد فوق در تبصره ۲ ماده ۳۴ مکرر قانون ثبت و بند ج ماده ۲۱۳ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی تصریح شده است.

مبحث سوم - اعراض از مورد وثیقه

بستانکار دارای وثیقه می‌تواند قبل از مزایده (حراج) از وثیقه صرف‌نظر نماید و اموال دیگری از متعهد را برای اجرای سند معرفی نماید. در این صورت مورد وثیقه آزاد و طبق تبصره‌های ۶ و ۷ ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت و بند الف ماده ۱۱۱ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی برابر مقررات اسناد ذمه‌ای عمل می‌شود. ماده ۱۳۰ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی در مورد نحوه اقدام مرتهن جهت اعراض از رهن مقرر می‌دارد: «مرتهن می‌تواند مادام که دین بر ذمه راهن باقی است، از رهینه اعراض کند. هرگاه اعراض قبل از صدور اجرائیه باشد، باید مرتهن در دفتر اسناد رسمی مربوطه حاضر شود و با ذکر توضیح در ملاحظات ثبت سند، مراتب قید و به امضای او برسد، در این صورت با توضیح موضوع اعراض، اجرائیه صادر خواهد شد. اگر پس از صدور اجرائیه رهنی، اعراض به عمل آید، باید مراتب کتباً به اجرا اعلام و رئیس اجرا پس از احراز صحت انتساب تقاضانامه مذکور، موضوع را به متعهد ابلاغ کرده و برابر مقررات اسناد ذمه‌ای عمل بنماید.

تبصره: حق اعراض از رهن با انجام حراج و یا انقضای هشت ماه از روز ابلاغ اجرائیه،

ساقط می‌شود»

ماده ۱۳۱ آیین‌نامه اجرا نیز مقرر می‌دارد: «هرگاه اعراض از رهن در حین عملیات اجرایی باشد، اجرا مکلف است مراتب را به دفتر تنظیم‌کننده سند اعلام کند، در این مورد و نیز در موردی که اعراض در دفترخانه اسناد رسمی به عمل می‌آید، دفتر اسناد رسمی، اطلاع‌نامه فسخ مربوطه را به اداره ثبت ارسال خواهد داشت، اگر موعد سند منقضی نشده باشد، به مجرد اعراض، مورد رهن آزاد و حق عینی بستانکار به حق ذمی تبدیل می‌گردد و مطالبه وجه و صدور اجرائیه برای وصول آن موکول به انقضای مدت مذکور در سند معامله خواهد بود. در مورد وراثت مدیون و نیز وقتی که راهن متعدد بوده و فک رهن و فسخ سند

موکول به ادای تمام دین شده باشد، اعراض از رهن باید نسبت به تمام مرهونه باشد و اعراض از رهن نسبت به سهم یک یا چند نفر از بدهکاران وقتی پذیرفته می‌شود که حق مطالبه دین بدهکارانی که از رهینه آنها اعراض گردیده، از سایر بدهکاران اسقاط شده باشد و در هر حال بستانکار نمی‌تواند مال مورد وثیقه را به کمتر از اصل و متفرعات خود تملک کند. هرگاه مازاد مرهونه به نفع غیر بازداشت شده باشد در صورت اعراض از رهن، بازداشت مازاد به بازداشت اصل تبدیل می‌گردد» (و ماده ۵۳ آیین‌نامه اجرایی مواد ۳۴ و ۳۴ مکرر قانون اصلاح قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۵۲)

مبحث چهارم - ترتیب اجرای اسناد دارای وثیقه در مورد وام‌های مربوطه به

طرح‌های صنعتی و معدنی

تبصره ۹ ماده ۳۴ قانون اصلاحی ثبت سال ۵۱ که در سوم بهمن ۱۳۵۵ به آن الحاق گردید، در خصوص نحوه عمل اجرائیه‌های صادره وام‌های مربوط به طرح‌های صنعتی و معدنی بحث می‌نماید.

تبصره ۹ ماده ۳۴ قانون اصلاحی ثبت مقرر می‌دارد: «در مورد وام‌های مربوط به طرح‌های صنعتی و معدنی بانک وام‌دهنده می‌تواند ظرف شش ماه از تاریخ ابلاغ اجرائیه، تقاضای حراج مال مورد رهن یا وثیقه را بنماید، خواه بدهکار تقاضای حراج کرده یا نکرده باشد پس از انقضای مدت مذکور، مال از طریق حراج به فروش می‌رسد.

حراج باید به میزان کل مبلغ طلب و خسارت و حقوق و عوارض و هزینه‌های قانونی تا روز حراج شروع شود. در صورتی که خریداری نباشد یک بار دیگر حراج تجدید و بهای مال به وسیله ارزیاب، ارزیابی و پس از قطعیت، بهای حراج بر مبنای آن شروع می‌گردد.» «هرگاه بهای ارزیابی بیش از کل طلب و خسارت و هزینه‌های قانونی تا روز حراج باشد، حراج از کل طلب و خسارت و هزینه‌های قانونی تا روز حراج شروع می‌شود و اگر ارزیابی کمتر از میزان کل طلب باشد، بانک می‌تواند تا تعیین نتیجه قطعی حراج، درخواست بازداشت سایر اموال مدیون را تا میزان باقیمانده طلب بنماید.» در هر حال هرگاه مال مورد رهن یا وثیقه در حراج بار دوم، به فروش نرسد، پس از اخذ کلیه حقوق و عوارض و هزینه‌های قانونی مال مزبور به مبلغ شروع حراج، به موجب سند رسمی به بانک واگذار

می‌شود. هرگاه مبلغی از طلب بانک باقیمانده باشد، از سایر اموال مدیون تا میزان باقی‌مانده طلب بانک، ارزیابی و پس از قطعیت بهای ارزیابی از طریق حراج به شرح مذکور فوق، استیفای طلب بانک خواهد شد. بانک می‌تواند نظیر سایر مرتهنین با استفاده از حق مقرر در تبصره ۶ از رهن اعراض نموده، اموال مدیون را اعم از مورد رهن و غیر آن برای استیفای طلب خود، معرفی نماید. در این صورت نیز اموال به شرح فوق از طریق حراج به فروش رسیده یا به بانک واگذار خواهد شد. احراز تخصیص وام به طرح صنعتی یا معدنی طبق ضوابطی خواهد بود که به پیشنهاد بانک مرکزی ایران و تصویب شورای پول و اعتبار تعیین می‌گردد و منوط به قید آن در سند رسمی مربوط به اخذ وام خواهد بود.»

بنابراین ملاحظه می‌شود که بانک‌ها در مورد اسناد رهنی نسبت به سایر طلبکاران اسناد دارای وثیقه امتیازاتی دارند، زیرا براساس مطالب فوق بانک وام‌دهنده نیز حق درخواست حراج مورد وثیقه را ظرف شش ماه از تاریخ ابلاغ اجرائیه دارد، چه مدیون درخواست حراج کرده یا نکرده باشد. همچنین در صورتی که ارزیابی مال مورد وثیقه به کمتر از میزان کل طلب و خسارت و هزینه‌های قانونی تا روز حراج، صورت گیرد، بانک می‌تواند درخواست بازداشت سایر اموال مدیون را تا میزان باقیمانده طلب نماید. علاوه بر آنکه، به بانک اجازه داده شده است که در حراج مرتبه دوم، اگر مبلغ ارزیابی کمتر از بدهی و هزینه‌ها و خسارات باشد، حراج از مبلغ ارزیابی شروع و بقیه طلب از سایر اموال مدیون، استیفا گردد.

استفاده از امتیازات فوق در صورتی است که وام پرداختی مربوط به طرح صنعتی یا معدنی باشد و این امر، در متن سند رسمی نیز قید شده باشد.

مبحث پنجم - سند انتقال اجرایی

سند انتقال اجرایی، یکی از اسناد معروف در ادارات ثبت و محاضر یا دفاتر اسناد رسمی است و آن سندی است که به موجب آن ملک مورد مزایده یا حراج مدیون، به برنده مزایده (اعم از ثالث یا بستانکار) منتقل می‌گردد و معمولاً خود مدیون حاضر به امضای آن نمی‌شود و رئیس ثبت به عنوان حاکم و ولی ممتنع آن را امضا می‌کند.^۱

۱. محمد جعفر جعفری لنگرودی، *دانشنامه حقوقی*، ج ۴، ص ۴۸۹.

سند انتقال اجرایی، مرحله پایانی عملیات اجرایی (تبصره ۲ ماده ۳۴ مکرر قانون ثبت) اسناد دارای وثیقه‌ای است که یا مورد وثیقه آن مال منقولی است که انتقال آن نیاز به صدور سند انتقال دارد و یا مورد وثیقه آن مال غیرمنقول است.

در مورد مال غیرمنقول دستور تنظیم سند انتقال و سایر اقدامات با مدیر ثبت در شهرستان‌ها و با رئیس اجرا در تهران است (ماده ۱۷۱ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی) که در یکی از دفاتر اسناد رسمی صورت می‌گیرد.

به استناد ماده ۴۰ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی در مورد مال غیرمنقول، هرگاه مدیون موافقت برنده حراج را قبل از تنظیم سند انتقال جلب نماید می‌تواند پس از تنظیم توافقنامه در دفتر اسناد رسمی مبنی بر انصراف برنده حراج از تملک ملک به خود، مراتب را جهت قید در صورت‌جلسه حراج اعلام دارد و از تحویل و تنظیم سند انتقال جلوگیری نماید.

گفتار سوم: شکایات اجرایی

شکایت حاصله در اثر اجرای اسناد رسمی یا از دستور اجرای سند است و یا از عملیات اجرایی یعنی اقدامات اجرای ثبت یا مأمورین اجرا.

مبحث اول: شکایت از دستور اجرا

مطابق ماده ۱ قانون اصلاح بعضی از مواد قانون ثبت و قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب ۲۷ شهریور ۱۳۲۲: «هرکس دستور اجرای اسناد رسمی را مخالف با مفاد سند یا مخالف قانون دانسته یا از جهت دیگری شکایت از دستور اجرای سند رسمی داشته باشد، می‌تواند به ترتیب مقرر در آیین دادرسی مدنی اقامه دعوی نماید» و برابر ماده ۲ همان قانون: «مرجع رسیدگی به دعاوی ناشی از دستور اجرای اسناد رسمی، دادگاه صلاحیت‌دار محلی است که در حوزه آن دستور اجرا داده شده است».

شکایت باید به صورت دادخواست و طرح دعوی حقوقی باشد و مرجع رسیدگی به آن دادگاه محلی است که دفترخانه یا اداره ثبت صادرکننده اجرائیه در حوزه آن واقع است. چنین شکایتی به موجب ماده ۴ قانون مذکور، مانع از جریان عملیات اجرایی نیست مگر در صورتی که دادگاه حکم به بطلان دستور اجرا بدهد یا قرار توقیف عملیات اجرایی را صادر کند.^۱

۱. غلامرضا شهری، حقوق ثبت اسناد و املاک، ص ۲۳۸.

مبحث دوم - شکایت از عملیات اجرایی

به موجب ماده ۲۲۹ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی پس از شروع عملیات اجرایی هرکس (اعم از متعهد سند و هر شخص ذی‌نفع) که از عملیات اجرایی شکایت داشته باشد می‌تواند شکایت خود را با ذکر دلیل و ارائه مدرک به رئیس ثبت محل تسلیم کند و رئیس ثبت مکلف است فوراً رسیدگی نموده و با ذکر دلیل، رأی صادر کند. نظر رئیس ثبت به هر حال برابر مقررات به اشخاص ذی‌نفع ابلاغ می‌شود و اگر آنها شکایتی از نظر رئیس ثبت داشته باشند، می‌توانند ظرف ده روز از تاریخ ابلاغ، شکایت خود را به ثبت محل و یا هیأت نظارت صلاحیت‌دار (یعنی هیأت نظارت استانی که اداره ثبت مورد شکایت در حوزه آن واقع شده است) تسلیم نمایند تا قضیه برابر بند ۸ ماده ۲۵ اصلاحی قانون ثبت در هیأت نظارت طرح و رسیدگی گردد. شکایت از عملیات مأمورین اجرا و اقدامات اجرایی نیز مانع عملیات اجرایی نیست، مگر اینکه رأی نهایی بر ابطال آنها، صادر شود و در این صورت عملیات اجرایی ابطال شده تجدید خواهد شد.^۱

گفتار چهارم - توقیف عملیات اجرایی

در سه مورد عملیات اجرایی نسبت به سند رسمی متوقف می‌شود:

۱ - در صورتی که نسبت به سند رسمی مورد اجرا، ادعای جعل شده و شخص معینی به عنوان جاعل معرفی شده و بازپرس قرار مجرمیت او را به اتهام جعل صادر نموده و دادستان با آن قرار موافقت کرده باشد. در این صورت بنا از مستفاد از ماده ۹۹ قانون ثبت، دادستان باید شرحی به اداره ثبت مربوط بنویسد که از ادامه عملیات اجرایی تا صدور حکم قطعی خودداری نمایند. ماده ۹۹ قانون ثبت چنین است: «ادعای مجعولیت سند رسمی عملیات راجع به اجرای آن را موقوف نمی‌کند، مگر پس از اینکه مستنطق قرار مجرمیت متهم را صادر و مدعی العموم هم موافقت کرده باشد».

۲ - در صورتی که از دستور اجرای سند به دادگاه حقوقی شکایت شده و دادگاه قرار توقیف عملیات اجرایی را صادر نموده باشد که در این صورت مطابق با ماده ۵ قانون اصلاح بعضی از مواد قانون ثبت و قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۲۲، در دو مورد دادگاه بعد از گرفتن تأمین به درخواست مدعی قرار توقیف عملیات را می‌دهد:

الف - در صورتی که دادگاه دلایل شکایت را قوی بدانند.
 ب - در صورتی که در اجرای سند ضرر جبران‌ناپذیر باشد.
 در موارد فوق، اداره ثبت مکلف است پس از وصول قرار دادگاه از ادامه عملیات اجرایی تا فسخ قرار یا صدور حکم بر بطلان دعوی خواهان خودداری نماید.
 ۳ - در صورت صدور حکم بر ابطال اجرائیه، ماده ۴ قانون اصلاح بعضی از مواد قانون ثبت و قانون دفاتر رسمی مصوب ۱۳۲۲ مقرر می‌دارد: «اقامه دعوی مانع از جریان عملیات اجرایی نیست مگر در صورتی که دادگاه حکم بر بطلان دستور اجرا داده و یا قراری دایر بر توقیف عملیات اجرایی بدهد»
 در چنین مواردی نیز اداره ثبت باید به تبعیت از حکم دادگاه، عملیات اجرایی را متوقف سازد.^۲

بخش چهارم - خاتمه عملیات اجرایی و ارتباط آن با دفترخانه

برابر تبصره ۲ ماده ۳۴ مکرر قانون ثبت، عملیات اجرایی در مورد اسناد دارای وثیقه به یکی از صورت‌های زیر خاتمه می‌یابد:
 ۱ - با صدور سند انتقال مورد وثیقه ۲- با تحویل مال منقول به طلبکار ۳ - با پرداخت طلب بستانکار ۴ - با اجرای تعهد مذکور در سند ۵- با تنظیم صورت‌مجلس حراج در صورتی که مال از طریق حراج به فروش برسد.
 همان‌طور که گفته شد، سند انتقال اجرایی نسبت به اموال منقول مورد وثیقه در صورتی که نیاز به تنظیم سند داشته باشد، هم‌چنین نسبت به اموال غیرمنقول مورد وثیقه در یکی از دفاتر اسناد رسمی، تنظیم می‌گردد که علاوه بر مورد مذکور به استناد ماده ۲۱۲ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی، در هر یک از موارد فوق، ختم پرونده اجرایی باید به دفتر اسناد رسمی مربوطه اعلام گردد تا مراتب در ستون ملاحظات دفتر قید و اقدام لازم معمول گردد.

ماده ۲۱۲ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی مقرر می‌دارد: «اداره اجرا در تهران و ادارات ثبت در شهرستان‌ها در موقع تخلیه عین مستأجره و هم‌چنین «ختم پرونده‌های اجرایی

۱. همان منبع، ص ۲۳۹.

۲. غلامرضا شهری، حقوق ثبت اسناد و املاک، ص ۲۴۰.

اسناد وثیقه» باید مراتب تخلیه و ختم پرونده را به دفاتر اسناد رسمی مربوطه اعلام دارند که در ستون ملاحظات ثبت دفتر قید و اقدام لازم معمول گردد.»

در بند ۱۴۷ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی نیز در این خصوص آمده است: «به محض ختم پرونده‌های اجرایی موضوع معاملات مذکور در ماده ۳۴ قانون ثبت مسئول امر باید مراتب را جهت فسخ معامله و ابطال سند به دفترخانه تنظیم‌کننده سند اعلام کند.^۱

ماده ۲۱۳ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی نیز به طور کلی ختم عملیات اجرایی را در همه موارد؛ چه اسناد دارای وثیقه و چه اسناد بدون وثیقه، برشمرده است. این ماده مقرر می‌دارد: «ختم عملیات اجرایی حسب مورد عبارت است از: الف) وصول تمام وجه لازم‌الاجرا و هزینه‌های مربوطه. ب) تسلیم مال منقول به برنده مزایده. ج) تنظیم سند انتقال پس از مدت مذکور در ماده ۳۴ مکرر قانون ثبت. د) تحقق تخلیه و تحویل در مواردی که اجرائیه برای تخلیه یا تحویل صادر شده باشد.»

در مورد تخلیه عین مستأجره نیز ادارات ثبت باید مراتب را به دفترخانه اسناد رسمی مربوطه اعلام دارند تا در ستون ملاحظات ثبت دفتر قید شود (فراز ۱۴۶ و ۱۴۷ مجموعه بخشنامه‌ها و ماده ۲۱۲ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی).^۲

ماده ۲۱۲ آیین‌نامه اجرا نیز به ضرورت اعلام مراتب تخلیه و تحویل عین مستأجره به دفترخانه اسناد رسمی مربوطه، تصریح دارد.

به طور کلی و با توجه به موارد مذکور در فوق، می‌توان گفت: در مورد اسناد رسمی که نسبت به آن از دفاتر اسناد رسمی، اجرائیه صادر شده است، پس از ختم عملیات اجرایی، ادارات ثبت در شهرستان‌ها و اداره اجرا در تهران، باید مراتب ختم عملیات اجرایی را به دفتر اسناد رسمی مربوطه اعلام دارند تا مراتب در ستون ملاحظات ثبت دفتر قید شود.

۱. غلامرضا حجتی اشرفی، حمید آذرپور، مجموعه محشی از بخشنامه‌های ثبتی تا اول دی ۱۳۸۲، ص ۹۵.

۲. همان منبع.

اراده طرفین در تعیین کیفی و کمی مدت در عقد اجاره

هادی کریمی^۱

چکیده:

طرفین یک قرارداد، براساس اصل حاکمیت اراده، در تعیین شرایط و آثار قرارداد موردنظرشان، آزاد و مختارند. اجاره یکی از عقود معین است که مانند سایر عقود معین، ضمن تبعیت از قواعد عمومی قراردادها، دارای شرایط و ویژگی‌های مخصوص به خود است. یکی از این ویژگی‌ها، ذکر مدت است. درج مدت در قرارداد اجاره، در جایی که تنها معیار تعیین منفعت است، الزامی است. کیفیت و کمی مدت اجاره، در عین حال که مشمول اصل حاکمیت اراده است، در محدوده برخی ضوابط خاص قرار می‌گیرد؛ از جمله اینکه مدت اجاره باید به نحوی تعیین شود که احتمال هرگونه جهالت و در نتیجه غرر از قرارداد زدوده شود یا اینکه تعیین مدت باید به صورتی انجام پذیرد که غرض عقلایی طرفین از انعقاد اجاره حاصل گردد یا اینکه با تعیین مدت نباید خللی به فلسفه وضع قرارداد اجاره وارد شود. در این مقاله، به کارکرد و نقش اصل حاکمیت اراده طرفین در زمینه عقد اجاره و به طور خاص پیرامون مدت در عقد اجاره پرداخته شده است؛ به عبارت دیگر، در این مقاله این موضوع مورد تحلیل و بررسی قرار گرفته است که کیفیت و کمی مدت در عقد اجاره تا چه میزان تحت حاکمیت اراده طرفین است و تا چه میزان تحت نفوذ ضوابط حقوقی قرار دارد.

واژگان کلیدی: اصل حاکمیت اراده، آثار قرارداد، اجاره، تعیین مدت اجاره،

۱. کارشناس ارشد حقوق خصوصی از دانشگاه تهران.

اجاره موقت، اجاره مؤبد

مقدمه

گاهی طرفین یک قرارداد اجاره، در زمان انعقاد قرارداد مایل نیستند عین مستأجره را در اختیار داشته و یا از تحت اختیار خارج نمایند. مثلاً موجد ممکن است این امکان برایش فراهم نباشد و مستأجر، برای اینکه تضمینی بیابد که در آینده می‌تواند خانه‌ای را به اجاره بگیرد، فی‌الحال به انعقاد عقد اجاره مبادرت می‌ورزند، ولی مدت اجاره را، یعنی زمانی که منفعت مورد اجاره در اختیار مستأجر قرار می‌گیرد، به بعد از زمان انعقاد عقد موکول می‌نمایند. به عنوان مثال، «الف» خانه‌ای را به مدت یک سال در تاریخ ۵ فروردین ۱۳۸۴ به «ب» اجاره می‌دهد و طرفین ضمن عقد اجاره توافق می‌کنند که مدت اجاره از ۵ خرداد ۱۳۸۴ شروع شود. سؤال این است که آیا انفصال مدت از زمان انعقاد عقد صحیح است یا اینکه صحت عقد اجاره، مقید به جایی است که مدت متصل باشد؟ از طرف دیگر، سکوت طرفین و به اطلاق گذاشتن این امر، اتصال یا انفصال، چه حکمی دارد؟ به عبارت دیگر، اگر طرفین متعرض اتصال و انفصال مدت از عقد اجاره نشدند، تکلیف چیست؟

موضوع دیگر این است که حداقل و حداکثر مدت در عقد اجاره چه قدر است؟ آیا تا هر میزان که مورد توافق طرفین قرار گیرد، صحیح است یا اینکه این مسأله، تحت احاطه قواعد خاصی است؟

در پاره‌ای مواقع، طرفین یک عقد اجاره، بدین صورت به انعقاد عقد مبادرت می‌ورزند که مثلاً A خانه‌ای را در تاریخ ۱۳۸۴/۳/۲۰ به B اجاره می‌دهد و مدت آن را تا تاریخ ۱۳۸۵/۳/۲۰ قرار می‌دهند؛ به طوری که ابتدای مدت در آن ذکر نمی‌شود. سؤال این است که در سکوت نسبت به ابتدای مدت، چه راه‌حل حقوقی می‌توان ارائه داد؟ از طرف دیگر، گاهی طرفین انتهای مدت را در عقد اجاره مشخص نمی‌کنند، این عدم ذکر انتهای مدت، گاهی از روی اراده است و گاهی بدین لحاظ صورت می‌گیرد که طرفین قادر نیستند انتهای مدت را تعیین کنند، تکلیف این نوع اجاره چیست؟

مدت در عقد اجاره، در جایی که تنها راه تعیین منفعت به عنوان موضوع معامله ذکر مدت است، ضروری است. با این وصف، اجاره مؤبد چه حکمی دارد؟ آیا ابد، مدت محسوب

می‌شود یا نه؟ از طرف دیگر، در صورتی که مدت اجاره، مقید به مدت حیات موجر، مستأجر یا شخص ثالثی شود، آیا می‌توان گفت که مدت حیات، قابل تعیین و تشخیص است یا نه؛ به عبارت دیگر، آیا حیات قابلیت این را دارد که نقش مدت را به خود بگیرد یا نه؟ بررسی مفصل و دقیق این مباحث با یک تحلیل تطبیقی در مواقع لزوم، در ضمن این پنج گفتار آمده است:

گفتار اول - حداکثر و حداقل مدت در عقد اجاره

در این گفتار، سعی شده است به طور مجزا، ابتدا به قواعد مربوط به حداکثر مدت در عقد اجاره و سپس به مباحث مربوط به حداقل مدت در عقد اجاره پرداخته شود.

الف - حداکثر مدت در عقد اجاره

در فقه عامه، مطابق نظر ابوحنیفه «در مورد میزان مدت حدی وجود ندارد و مالک می‌تواند زمینش را برای مدت طولانی به اجاره دهد.^۱ آنها بر این عقیده‌اند که در برخی موارد، باید حداکثری در این زمینه رعایت شود. از جمله اینکه در مورد وقف و اجاره اراضی، مدت تا ۳۰ سال را جایز می‌دانند و در مورد مسکن و حیوانات، این حداکثر را یک سال قرار داده‌اند، مگر آنکه اجاره مازاد بر این مدت، با مصلحتی توأم باشد که تشخیص این مصلحت هم با قاضی است.»^۲

فقه‌های مالکی، اجاره زمین را بیش از ۳۰ سال جایز نمی‌دانند، لیکن بر این عقیده‌اند که اگر وقف بر غیرمعین باشد مثل فقرا، اجاره آن تا ۴۰ سال صحیح است.^۳ مذهب شافعی‌ها از فقه‌های عامه، بر این عقیده‌اند که «مدت اجاره اعیان باید طوری باشد که اغلب آن عین در آن مدت باقی بماند؛ به عبارت دیگر، حداکثر مدت تا زمانی است که عین اغلب قابلیت استفاده و بهره‌برداری را داشته باشد،^۴ مثلاً اجاره‌خانه تا ۳۰ سال، اجاره حیوان تا ۱۰ سال و اجاره لباس تا یک سال، صحیح و معتبر است.»^۵

۱. و لیس للمدة حد فی الملک، فللمالک أن یؤجر أرضه مدةً طویلةً.

۲. الفقه علی المذاهب الاربعه، عبدالرحمن الجزیری، ج ۳، معاملات، مصر، المكتبة التجارية الكبرى؛ ۱۹۶۹ م، ص ۱۰۳.

۳. همان، ص ۱۳۹.

۴. «أما یصح اجاره العین مدةً تبقى فیما غالباً».

۵. الجزیری، همان مأخذ، ص ۱۴۲.

هرآنچه از شافعی‌ها در این زمینه گفته شد، با اندک تفاوتی، مورد قبول حنبلی‌ها نیز می‌باشد؛ به عبارت دیگر، حنبلی‌ها بر این عقیده‌اند که مدت اجاره در وقف و ملک باید مشخص باشد، این همان مدتی است که عین مستأجره در ظرف آن اغلب سالم می‌ماند، اگرچه این مدت طولانی باشد.^۱

برداشت حاصل از جمع عقاید فقهای عامه، این است که ملاک در حداکثر مدت، قابلیت بقای عین مستأجره در ظرف آن مدت است؛ یعنی اینکه حداکثر زمانی که می‌تواند به عنوان مدت در عقد اجاره ذکر شود، زمانی است که عین مستأجره قابلیت استفاده و بهره‌برداری را داشته باشد؛ به عبارت دیگر، مدت باید طوری تعیین شود که عین مستأجره در ظرف آن مدت (بعد از اتمام مدت مذکور در قرارداد) قابلیت بقای داشته باشد و از آن جای که مدت مذکور، نسبت به اعیان مختلف فرق می‌کند، لذا ملاک در این خصوص نظر عرف است. به عنوان مثال، می‌توان بر مبنای دید عرف، اجاره زمین را برای ۱۰۰ سال یا اجاره خانه را حداکثر برای ۳۰ سال، صحیح دانست.^۲

مشهور فقهای امامیه در این خصوص معتقدند که مدت در عقد اجاره می‌تواند تا اندازه‌ای باشد که طرفین عقد اجاره در نظر می‌گیرند. از جمله، شیخ طوسی عنوان نموده است که مدت اجاره بستگی به اراده طرفین دارد. ایشان برای مدعای خویش دلایلی ابراز می‌کنند بدین صورت: ۱ - در این زمینه بین فقها، اجماع حاکم است؛ ۲ - اصل عملی بر جواز است و ممنوعیت اجاره طولانی، نیازمند دلیل است که در این خصوص دلیلی نیامده است.^۳

فقهای امامیه، در این زمینه قایل به حد و حصری نیستند و معتقدند که مرزبندی زمان از نظر کم و زیاد بودن، به خواست طرفین عقد بستگی دارد، هرچند این امر به منزله آزادی مطلق و بی‌حد و حصر طرفین عقد اجاره نمی‌باشد، زیرا متعاقدین در هر عقدی، در کنار تعیین آزادانه شرایط و آثار آن عقد، ملزم به رعایت برخی قواعد می‌باشند که از جمله این

۱. همان، ص ۱۴۳.

۲. الفقه المنهجی علی مذهب الامام الشافعی، مصطفی الخن، مصطفی البغا، ج ۳، تهران، نشر احسان، چاپ اول، ۱۳۷۶، ص ۱۲۸.

۳. الخلاف، شیخ محمدبن حسن طوسی، تهران، چاپ محمدعلی علمی، ۱۳۷۰، مسأله ۱۰، ص ۲۷۳.

قواعد که در عقد اجاره لازم‌الرعايه است، قابلیت بقای عین مستأجره در ظرف و بعد از مدتی است که به عنوان مدت اجاره در نظر گرفته می‌شود. علامه حلی در این زمینه می‌فرماید که «جایز است اجاره کردن عینی در مدت زمانی که عین در طول آن باقی می‌ماند، اگرچه این زمان طولانی باشد، به این شرط که حدود زمان مشخص باشد و این نظر همه دانشمندان است»^۱.

تأمل در حقوق کشورهای خارجی، این مطلب را اثبات می‌کند که آنها نیز در این خصوص، به نوعی اصل حاکمیت اراده را پذیرفته‌اند، منتهی این امر بدان معنی نیست که این آزادی را مطلق و بدون قید و بند گذاشته باشند. بلکه در مواقع لازم، دخالت کرده و با محدود کردن این آزادی اراده، از تحرکات لجام گسسته و خطرناک آن، جلوگیری نموده‌اند، لذا مشاهده می‌شود قانونگذار در موارد مختلفی، حداکثری را به عنوان میزان مدت ذکر کرده و رعایت آن را از سوی متعاقدين لازم شمرده است.

در حقوق مصر، علی‌رغم آنکه در مورد حداکثر مدت، قاعده‌ای بیان نشده است اما به طور خاص، مقرراتی وجود دارد که به موجب آنها، حداکثری به عنوان مدت اجاره، برای طرفین لازم‌الاتباع شمرده شده است. از جمله در وصیت و وقف، مدت ۳۰ سال مشخص شده است و یا در مورد صاحب حق انتفاع، آمده است که مال موضوع حق انتفاع، به مدتی بیش از مدت حیات صاحب حق انتفاع، نمی‌تواند به اجاره داده شود؛^۲ به عبارت دیگر، در حقوق مصر، حداکثر مدت در عقد اجاره تا هر میزان می‌تواند باشد، مشروط بر اینکه این حداکثر، اجاره را مؤبد یا در حکم مؤبد نکند.

حقوقدانان مصری بر این عقیده‌اند که حداکثر مدت در اجاره ۶۰ سال است. مازاد بر این مدت، اجاره در حکم مؤبد می‌شود. البته اینکه در حکم مؤبد است یا نه، بسته به نظر قاضی است، چه بسا اجاره‌ای که مدت آن ۲۰ سال است، اجاره مؤبد و از طرف دیگر، یک اجاره ۵۵ ساله، یک اجاره موقت تلقی گردد.^۳

۱. تذکره الفقهاء، علامه حلی، کتاب اجاره، فصل دوم، چاپ سنگی؛ ۱۳۱۱ هـ.ش، ص ۴۲.

۲. الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید (الایجاد و العاریه)، عبدالرزاق احمد السنهوری، ج ۶، قاهره، دارالنهضة العربیة؛ ۱۴۰۹ هـ.ق، ص ۱۴۸.

۳. همان، ص ۱۴۹.

این آزادی اراده در حقوق عراق نیز پذیرفته شده است. برخی از حقوقدانان عراقی معتقدند «شکی نیست که مدت عقد اجاره، باید محدود باشد به میزانی که طرفین بپذیرند»^۱ به عبارت دیگر، این اراده است که میزان و محدوده آزادی اش را معین می‌نماید. در حقوق فرانسه، پیرامون حداکثر مدت در عقد اجاره، نصی وجود ندارد. اما حقوقدانان فرانسوی بر این عقیده‌اند که از مقررات مندرج در قانون فرانسه، می‌توان به این مطلب پی‌برد که حداکثر مدت در عقد اجاره ۹۹ سال است. مستند مدعی آنها، نوعی اجاره است تحت عنوان اجاره ۹۹ ساله که در قانون مدنی فرانسه از آن صحبت شده است. اجاره ۹۹ ساله، قراردادی است که به موجب آن یک نفر استفاده از عین غیرمنقولی را در برابر اجاره بهای اندک، برای مدت طولانی که حداقل آن ۱۸ سال و حداکثر آن ۹۹ سال است، فراهم می‌نماید. به رغم حقوقدانان فرانسوی، در صورتی که مدت اجاره بیش از ۹۹ سال تعیین شود، اجاره باطل نمی‌شود و مدت تا میزان ۹۹ سال تقلیل پیدا می‌کند،^۲ مثلاً اگر شخصی، اجاره‌ای را برای ۱۰۵ سال منعقد کند، مدت مذکور تا ۹۹ سال کاسته می‌شود.

شایان ذکر است علی‌رغم اینکه حقوقدانان مذکور بر این عقیده‌اند که این اجاره‌های طویل‌المدت خود دارای ویژگی‌ها و شاخصه‌هایی هستند که آنها را از اجاره‌های معمولی مجزا می‌کند،^۳ با این وجود از ملاک این اجاره استفاده و مقررات آن را در مورد میزان مدت، در اجاره‌های معمولی نیز حاکم می‌نمایند.^۴

در قانون مدنی آلمان، مطابق ماده ۵۶۷، مدت اجاره نمی‌تواند بیش از ۳۰ سال باشد، مگر در صورتی که حیات موجر یا مستأجر، به عنوان مدت اجاره لحاظ شده باشد. نیز طبق ماده ۱۵۷۱ قانون مدنی ایتالیا، اجاره زمین‌های زراعی تا ۳۰ سال مجاز است، ولی در مورد اراضی غیر زراعی، مدت می‌تواند تا ۱۰۰ سال هم باشد و همچنین مدت اجاره منازل

۱. شرح عقدی البیع و الایجار فی القانون المدنی العراق، عباس حسن الصراف، مطبعة الاهالی بغداد؛ ۱۹۵۶، شماره ۱۰۶۴، ص ۴۴۷، «لامناقشه فی أن مدة الایجار انما تتحد - طبعاً للقواعد العامه - بمقتضى اتفاق الطرفين».

2. Colin et capitant - A "Cours elementaire de droit civil francais 3me ed.Paris 1921 tomes 1 et2.pp 525,526.

۳. از جمله عدم امکان فسخ قرارداد توسط مستأجر و امکان فسخ توسط موجر.

۴. منبع پیشین، ص ۵۲۷.

مسکونی می‌تواند به اندازه حیات مستأجر باشد.^۱

در حقوق ایران، در خصوص حداکثر مدت در عقد اجاره، نصی موجود نیست، هرچند به عنوان استثناء در برخی از قوانین، مقرراتی وجود دارد که حاکی از نیت مقنن در تعیین حداکثری به عنوان مدت اجاره است. از جمله در ماده ۲ مواد الحاقی به قانون اصلاحات ارضی مصوب ۱۳۴۱/۱۰/۲۷ آمده است: «املاک موقوفه عام با در نظر گرفتن منافع وقف به اجاره طویل‌المدت ۹۹ ساله به اجاره داده می‌شود». نمی‌توان با استناد به وحدت ملاک این ماده گفت در حقوق ایران مانند حقوق فرانسه، حداکثر مدت در عقد اجاره ۹۹ سال است، زیرا مقنن در این ماده، درصدد تعیین حداکثر مدت عقد اجاره به عنوان قاعده نبوده و موضوع اصلی مدنظر مقنن، املاک موقوفه عام بوده نه میزان مدت قابل اعمال در عقد اجاره.

برخی را عقیده بر این است که اجاره ۹۹ ساله از اقسام اجاره دراز مدت است^۲ و اجاره درازمدت هم در حقوق ما سابقه دارد، کما اینکه در نکاح منقطع هم، مدت ۹۹ سال، معین می‌شود.^۳

با این اوصاف، در حقوق ایران باید بر این عقیده بود که چگونگی تعیین مدت از نظر میزان آن، به موجب اصل حاکمیت اراده، در اختیار متعاقدین است، منتهی این آزادی اراده، با محدودیت‌هایی مواجه است که این محدودیت‌ها، گاه ناشی از شرایط ویژه خود عقد اجاره است، کما اینکه یکی از شرایط مورد اجاره این است که عین مستأجره با استفاده باقی بماند؛ طوری که بعد از اتمام مدت اجاره، مالکیت منفعتی مجدداً برای موجر به عنوان مالک، متصور باشد، لذا مدت اجاره نمی‌تواند بیش از طول عمر مفید اشیاء باشد. به عنوان مثال، اگر طول عمر مفید شیئی ۲۰ سال باشد، مدت اجاره حتماً می‌بایست کمتر از ۲۰ سال ذکر شود و این طول عمر مفید اشیاء هم با نظر عرف مشخص می‌شود. یکی دیگر از شرایط عقد اجاره، این است که موجر مالک منفعت شیء در تمام طول مدت اجاره باشد،

۱. سنه‌وری، همان مأخذ، ص ۱۹۶.

۲. محمدجعفر جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۱، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۸، ص ۱۲۳.

۳. محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، چاپ هشتم، ۱۳۷۶، ص ۷.

لذا کسی که صاحب حق انتفاع است باید تا زمانی که حق انتفاع دارد، مال موضوع حق انتفاع را اجاره دهد؛ به عبارت دیگر، حداکثر مدت، مدتی است که صاحب حق انتفاع، حق استفاده از منفعت را دارد.^۱

محدودیت‌های حاکم بر آزادی اراده، گاه ناشی از نظم عمومی است، کما اینکه مطابق تبصره ۱ ماده ۷ قانون کار، حداکثر مدت موقت برای کارهایی که طبیعت آنها جنبه غیرمستمر دارد، توسط وزارت کار و امور اجتماعی تهیه و به تصویب هیأت وزیران می‌رسد.

ب : حداقل مدت در عقد اجاره

همچنانی که در مورد حداکثر مدت در عقد اجاره در حقوق ایران، نصی موجود نبود، در مورد حداقل این مدت نیز، نصی وجود ندارد،^۲ لذا طبق اصل حاکمیت اراده، می‌توان گفت حداقل مدت در عقد اجاره بنا بر توافق طرفین می‌تواند به هر میزان باشد، حتی چند دقیقه، البته با فرض رعایت این ضابطه که هدف عقلایی از انعقاد عقد اجاره، این است که مستأجر از مورد اجاره، استفاده و بهره‌برداری معقول و متعارف را بنماید.

استیفاء منفعت با توجه به مورد اجاره، متفاوت است؛ به طوری که در مورد برخی از اجاره‌ها، برای استفاده از منفعت مورد اجاره، چند دقیقه هم کفایت می‌کند، مثلاً «الف» برای اینکه از کوی دانشگاه تا میدان انقلاب را طی کند، دوچرخه‌ای را از «ب» اجاره می‌کند. مدت این اجاره می‌تواند ۳۰ تا ۴۰ دقیقه باشد، زیرا حداقل زمانی که می‌توان از کوی دانشگاه تا میدان انقلاب را با دوچرخه طی کرد، ۳۰ تا ۴۰ دقیقه است. در مورد برخی از اقسام اجاره‌ها، این حداقل به نحو دیگری تعیین می‌شود، مثلاً در اجاره زمین برای کشت سیب‌زمینی، باید حدود ۶ ماه را به عنوان حداقل زمانی که برای باروری (کاشت، داشت، برداشت) سیب‌زمینی لازم است، به عنوان مدت اجاره ذکر کرد یا مثلاً در مورد کشت تنباکو که در برخی از مناطق جنوب (بابامیر در استان فارس) رواج دارد، یک دوره کشت سه ماهه نیاز است، لذا اگر شخصی، زمینی را برای کشت تنباکو اجاره کند و مدت آن را دو ماه قرار دهد، چون استیفاء منفعت در ظرف دو ماه امکان‌پذیر نیست، غرض عقلایی از انعقاد

۱ . محمدعبده بروجردی، حقوق مدنی، کتابفروشی محمدعلی علمی؛ ۱۳۳۹، ص ۲۷۵.

۲ . تأمل در حقوق خارجی، ضابطه‌ای در این خصوص ارائه نداد و تنها رعایت هدف عقلایی از انعقاد عقد اجاره را در تنظیم حداقل مدت در عقد اجاره، لازم دانسته‌اند.

اجاره فراهم نشده و این اجاره باطل است. در حقوق ما، برای بطلان این نوع اجاره، می‌توان از بند ۱ ماده ۱۹۰ قانون مدنی استفاده کرد و همچنین به لحاظ آنکه این قرارداد عاری از منفعت عقلایی است، به بطلان آن نظر داد. با عنایت به همین مسأله بوده است که برخی را عقیده بر این است که مدت در اجاره اراضی نمی‌تواند مطابق با تقویم زمان عادی باشد، بلکه باید بر طبق تقویم زراعی صورت گیرد یعنی باید بر این اساس مدت اجاره مشخص شود که مثلاً دوره کاشت و برداشت یک محصول چه قدر است.^۱

فقها هم به این مسأله اهتمام داشته‌اند، کما اینکه علامه حلی در این زمینه می‌فرمایند: «جایز است که مستأجر چیزی را برای یک لحظه اجازه کند، به شرط آنکه مرزبندی زمان در آن مشخص باشد؛ به عبارت دیگر، مشروط بر اینکه در ظرف آن مدت، مجال انجام عمل (مورد اجاره) وجود داشته باشد.»^۲

گفته شد که در قوانین خارجی، قاعده‌ای در این خصوص یافت نشد، هرچند در برخی از قوانین متعرض این امر شده‌اند، کما اینکه مطابق قوانین کشور مصر، بر مبنای قانون اصلاح زراعت، حداقل مدت زراعت ۳ سال ذکر شده است.^۳

گفتار دوم - اتصال و انفصال مدت از زمان انعقاد عقد اجاره

طرفین عقد اجاره، گاهی فی‌الحال به انعقاد عقد مبادرت می‌ورزند لیکن آغاز مدت اجاره را مجزا از زمان انعقاد عقد، به مدتی بعد موکول می‌کنند، مثلاً قرارداد اجاره در تاریخ ۱۳۸۴/۴/۲۰ منعقد می‌شود لیکن آغاز اجاره را تاریخ ۱۳۸۴/۶/۲۰ قرار می‌دهند.

در صورتی که متعاقبین به طور صریح در قرارداد اجاره، شرط انفصال مدت را از عقد بگنجانند؛ به عبارت دیگر، ضمن انعقاد عقد، مدت اجاره را به زمانی بعد موکول نمایند، نسبت به صحت و بطلان چنین اجاره‌ای بین فقها اختلاف نظر بوده است.

گروهی از فقهای متقدم معتقدند که انفصال مدت از اجاره، موجبات بطلان را فراهم می‌نماید؛ به عبارت دیگر، اتصال مدت اجاره به زمان عقد، شرط صحت اجاره است. از جمله شیخ طوسی (ره) بر این عقیده است که در صورت تصریح به انفصال، اجاره باطل

۱. عباس حسن الصراف، همان مأخذ، شماره ۱۰۶۶، ص ۴۴۸.

۲. تذکره الفقها، همان مأخذ، ص ۸۴.

۳. الوسیط، همان مأخذ، ص ۱۴۹.

است، به این دلیل که «عقد اجاره یک حکم شرعی است و این حکم ثابت نمی‌شود مگر با دلیل شرعی و ما در این جا، دلیلی بر ثبوت و امضای چنین عقدی که زمان آن از زمان عقد منفصل باشد نداریم. پس تعیین لازم است.»^۱؛ مضافاً بر اینکه، طرفداران بطلان این نوع اجاره معتقدند اصل در معاملات فساد است؛ به این ترتیب، استثنائات باید با دلیل از اصل و قاعده خارج گردند. شرط اتصال هم از اجماعیات است، لذا در موارد شک به اصل رجوع می‌کنیم و می‌گوییم انفصال موجب بطلان اجاره می‌شود.^۲

دلیل دیگر ارائه شده توسط این گروه از فقها این است که عقد اقتضا می‌کند که به محض وقوع آن، تسلیم موضوع عقد صورت گیرد. در صورت انفصال، مقتضای عقد نفی می‌شود، لذا شرط انفصال، خلاف مقتضای ذات عقد است؛^۳ به عبارت دیگر، به زعم این فقها، تسلیم منفعت به مستأجر در زمان انعقاد عقد، مقتضای ذات عقد اجاره محسوب می‌شود، لذا مانع تحقق این اقتضاء را باعث بی‌اعتباری عقد قلمداد می‌کنند. در نقطه مقابل، متأخرین فقها بر این عقیده‌اند که اتصال مدت اجاره به زمان عقد شرط نیست و اجاره با شرط انفصال مدت از عقد صحیح است.^۴

محقق حلی از فقهای متقدم امامیه، نخست عقیده به بطلان عقد غیر متصل اظهار کرده و سپس در ادامه، قولی بر صحت این گونه اجاره نقل کرده و آن را برگزیده و مطابق دلیل دانسته است.^۵

حضرت امام خمینی (ره) از فقهای معاصر، در این خصوص می‌فرماید: «اتصال مدت اجاره به عقد شرط نیست، پس اگر خانه‌اش را برای ماهی که بعداً می‌آید و معین است،

۱. الخلاف، همان مأخذ، ص ۲۷۴.

۲. شرح الاجاره من الشرايع، ميرزاحمود آشتیانی (من تقریرات بحث العلامه حاج شیخ مرتضی الغروی آشتیانی)، چاپ بهمن؛ ۱۳۴۳ هـ.ش، ص ۱۵۶.

۳. اجاره، حاج میرزا حبیب‌الله رشتی، در یک مجلد، چاپ سنگی، صص ۲۲۵ و ۲۲۶.

۴. مجمع‌الفائده و البرهان فی شرح الاذهان، مقدس اردبیلی، ج ۱۰، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول؛ ۱۴۱۲ هـ.ق، صص ۱۳ و ۱۴ و المهذب، عبدالعزیز بن البراج الطرابلسی، قم، مؤسسه النشر الاسلامی؛ ۱۴۰۶، هـ.ق، ص ۵۰۱.

۵. شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، نجم‌الدین جعفر بن الحسن الحلی (محقق ثانی)، ج ۲، انتشارات مؤسسه المعارف الاسلامیه، چاپ اول، ۱۴۱۵ هـ.ق، ص ۲۱۴.

اجاره دهد صحیح است، چه قبل از آن در اجاره باشد یا نباشد.^۱ آیت‌الله خویی نیز معتقد است که «شرط نیست شروع مدت اجاره از زمان عقد باشد».^۲

در بین فقهای عامه، حنبلی‌ها، حنفی‌ها و مالکی‌ها معتقدند که شرط انفصال صحیح است^۳، لیکن شافعی‌ها در این خصوص، قایل به تفکیک شده‌اند؛ بدین صورت که هرگاه مورد اجاره، عین کلی در ذمه باشد، می‌توان آن را برای زمانی در آینده منعقد ساخت، زیرا چنین اجاره‌ای دینی را در ذمه موجد یا اجیر ثابت می‌کند (تعهد اجیر به انجام عمل مورد اجاره، اجاره را از انواع اجاره عهده می‌کند و حکم آن با حکم اجاره عین کلی یکسان است) و این نیز تأجیل پذیر است، ولی هرگاه اجاره اعیان معین باشد، نمی‌توان عقد را برای زمانی در آینده منعقد ساخت.^۴

آن دسته از فقهای که بر عدم لزوم اتصال مدت به زمان انعقاد عقد اجاره اعتقاد دارند، استدلال می‌کنند که ادله عقد اجاره مطلق است و مقید به اتصال زمان آن به زمان عقد نشده و همچنین اصل بر عدم اشتراط است؛^۵ یعنی اگر شک کنیم در اینکه چیزی شرط وجودی برای چیز دیگر محسوب می‌شود یا نه، اصل بر عدم اشتراط است و از طرف دیگر، اصل بر عدم مانع نیز می‌باشد؛ یعنی اگر شک حاصل شد که چیزی مانع وجودی چیز دیگری محسوب می‌شود یا نه، اصل بر عدم مانعیت است.

این گروه از فقها، در مقام پاسخ به استدلال شیخ طوسی مبنی بر اینکه، اتصال مدت لازم است، زیرا دلیل شرعی بر ثبوت و امضای اجاره‌ای که مدت آن منفصل از زمان عقد

۱. **تحریر الوسیله**، روح‌الله الموسوی الخمینی، ج ۱، مؤسسه‌النشر الاسلامی، چاپ سوم، ۱۴۱۲ هـ.ق، مسأله ۸، ص ۵۲۷.

۲. **المنهاج الصالحین**، السید ابوالقاسم الموسوی الخویی، ج ۲، نجف اشرف، چاپ نعمان، چاپ یازدهم، ۱۳۹۷ هـ.ق، مسأله ۴۱۶، ص ۹۹.

۳. **المغنی**، ابومحمد عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامه، ج ۵، چاپ دارالمنار، ۱۳۹۶ هـ.ق، ص ۴۰۰ و **بدایع الصنایع فی ترتیب الشرایع**، علاءالدین ابوبکر بن مسعود الکاشارنی الحنفی (فقه حنفی)، ج ۴، مصر، مطبعه الجماعیه؛ ۱۴۰۹ هـ.ق، ص ۲۰۳.

۴. **المغنی**، همان مأخذ، ص ۴۰۰ و **معنی المحتاج الی معرفه الفاظ المنهاج**، الشیخ محمد الخطیب الشربینی، ج ۲، مصر، مطبعه مصطفی الباسی الحلبی و اولاده؛ ۱۴۱۰ هـ.ق، ص ۳۸.

۵. آیت‌الله زاده مازندرانی، **مجله کانون وکلاء**، تهران، چاپ افسست، سال ۲۷، شماره ۱۳۳۵، زمستان ۱۳۵۴، ص ۴۲.

باشد نداریم، عنوان می‌کنند که «اتفاقاً در این زمینه دلیل داریم و آن، دلایل عام کتاب و سنت بر وجوب وفا به عقود و اصل صحت است».^۱

از طرف دیگر، در پاسخ به استدلال دیگر فقهای دسته اول مبنی بر اینکه شرط انفصال خلاف مقتضای ذات عقد اجاره است، به این دلیل که تسلیم به محض عقد از مقتضای ذات عقد اجاره است، می‌گویند که «تسلیم عین مستأجره، برای قدرت بر استیفاء منفعت است و تسلیم آن از لحظه قبل از شروع مدت، کافی است تا مستأجر بتواند استیفاء منفعت کند و موجبی برای تسلیم آن بلافاصله بعد از عقد نیست»؛^۲ از طرف دیگر، «استحقاق تسلیم در زمان عقد، مقتضای ذات عقد اجاره محسوب نمی‌شود تا شرط خلاف آن، منجر به بطلان عقد شود بلکه تسلیم در زمان عقد، از مقتضای اطلاق عقد به شمار می‌آید، لذا شرط انفصال از آن جایی که خلاف مقتضای اطلاق عقد به شمار می‌آید صحیح است و خللی به اعتبار عقد اجاره وارد نمی‌کند».^۳ نکته جالب توجه این است که از استدلال آنها می‌توان در رد نظرشان استفاده نمود، چه اینکه زمانی هم که مدت اجاره متصل به زمان انعقاد است، تنها جزء اول آن متصل است و بقیه اجزاء زمان اجاره متصل به زمان انعقاد عقد نمی‌باشد، لذا باید گفت که فقط جزء اول صحیح است و اجاره نسبت به بقیه اجزاء باطل است، چیزی که مورد قبول هیچ صاحب‌نظری نمی‌باشد. بنابراین، همان‌طوری که با انفصال بقیه اجزاء زمان اجاره به زمان عقد، اجاره صحیح است، با انفصال جزء اول هم صحیح خواهد بود، چون از حیث زمان فرقی بین اجزاء آن نیست.^۴

نگارنده بر این عقیده است که شرط انفصال مدت از عقد، خللی به اعتبار و صحت اجاره وارد نمی‌کند، بنا بر دلایل زیر؛ الف: عموم ادله لفظیه مانند اوفوا بالعقود و المؤمنون عند شروطهم؛^۵ ب: اصل عدم اشتراط و اصل عدم مانعیت و اینکه دلیلی هم بر لزوم اتصال

۱. الحدائق الناضره فی احکام العترة الطاهره، شیخ یوسف بحرانی، ج ۲، دارالاضواء (تحقیق و تعلیق محمدتقی ایروانی)، چاپ دوم، ۱۳۲۶ هـ.ش، مسأله ۱۱، ص ۵۱۰.

۲. مازندرانی، همان مأخذ، ص ۴۳ و سیدحسن امامی، حقوق مدنی، ج ۳، کتابفروشی اسلامیة، چاپ دوازدهم؛ ۱۳۷۵ هـ.ش، ص ۱۴.

۳. رشتی، همان مأخذ، صص ۲۲۵ و ۲۲۶.

۴. مازندرانی، همان مأخذ، ص ۴۲.

۵. آشتیانی، همان مأخذ، ص ۱۵۶.

درست نمی‌باشد؛ ج: اگر به عرف مراجعه شود، روز، ماه و سال، اینها واحدهای بسیط غیرمربک می‌باشند که می‌توانند به طور مستقل واقع شوند. این امر نشان می‌دهد که مدت اجاره در حالت انفصال از زمان عقد صحیح است و همچنانی که در مورد برخی از بیع‌ها وجود دارد، عقد زمانی واقع می‌شود که قبض تحقق پیدا کند؛^۱ د: شرط اتصال چون جهالت را از بین می‌برد، لازم شمرده شده است، لذا اگر همین کارکرد را شرط انفصال نیز داشته باشد مثلاً یک ماه مشخص و دقیق باشد، مورد قبول است و الاً اگر ماهی (به طور مطلق و مبهم) باشد، این امر، جهالت را در پی دارد، لذا مورد پذیرش نیست.^۲

گاهی در قرارداد اجاره، اتصال یا انفصال مدت از عقد مشخص نمی‌شود و طرفین عقد، این مسأله را به حالت اطلاق و سکوت می‌گذارند؛ به طوری که از اوضاع و احوال هم نمی‌توان اتصال یا انفصال را تعیین کرد، تکلیف قرارداد در این وضعیت چیست؟

شیخ طوسی معتقد است در صورت اطلاق، اجاره باطل است، زیرا در صورت اطلاق، اتصال احراز نمی‌شود.^۳ گفته شده است منظور شیخ طوسی از بطلان، موردی است که اجاره کلی باشد، زیرا در این صورت است که اتصال مزبور، محرز نمی‌شود.^۴

مشهور فقهای امامیه، به ویژه فقهای متأخر،^۵ بر این عقیده‌اند که در صورت اطلاق، اجاره صحیح است، زیرا اطلاق، اقتضای اتصال دارد. از جمله شهید ثانی می‌فرماید: «قول قوی‌تر این است که در حالت اطلاق جایز است، زیرا از نظر عرف، اطلاق اقتضای دلالت بر اتصال دارد».^۶

اینکه اطلاق اقتضای اتصال دارد، خود معلول دلایلی است، از جمله اینکه؛ الف: اصل بر اتصال است و فهم عرف هم این است؛^۷ ب: در صورت پذیرش بطلان اجاره در حالت انفصال، باید گفت بر طبق اصالة الصحة، اطلاق انصراف به اتصال دارد، زیرا وقتی امری

۱. رشتی، همان مأخذ، ص ۲۲۶.

۲. همان، ص ۲۲۶ و تحریرالوسیله، همان مأخذ، ص ۵۲۷.

۳. الخلاف، همان مأخذ، ص ۵۲۷.

۴. جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، شیخ محمدحسن نجفی، ج ۲۷، دارالکتب الاسلامیه، چاپ ششم، ۱۳۹۴هـ.ق، ص ۲۷۲.

۵. منهج الصالحین، همان مأخذ، مسأله ۴۱۶، ص ۹۹ و تحریرالوسیله، همان مأخذ، ص ۵۲۷.

۶. مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، زین‌الدین بن علی العاملی الجبعی (شهید ثانی)، ج ۱، قم، دارالهدی، ۹۶۶هـ.ق، ص ۱۹۳.

۷. آشتیانی، همان مأخذ، ص ۱۵۶.

منتج به دو نتیجه صحیح و باطل گردد، باید آن امر حمل بر نتیجه‌ای شود که صحت را به دنبال دارد؛^۱ ج: اصل اراده شخص مسلمان، به عبارت دیگر، اصل حاکمیت اراده که در قالب اصل آزادی قرارداده‌ها متبلور می‌گردد؛^۲ د: نصوصی که در مورد صحت متعه در حالت اطلاق وارد شده است.^۳

فقه‌های عامه بر این عقیده‌اند که اطلاق عقد اجاره اقتضای اتصال دارد، چه عرف دلالت کند چه نکند، اما فقه‌های امامیه معتقدند که اطلاق عقد اجاره در صورتی اقتضای اتصال دارد که توأم با قرینه‌ای باشد و آن قرینه هم حکم عرف است.^۴ ماده ۴۶۹ قانون مدنی^۵ از نظر مشهور فقها تبعیت کرده است؛ به طوری که از یک طرف حالت انفصال را صحیح دانسته و از طرف دیگر، اطلاق را هم منصرف به اتصال دانسته است. حقوق‌دانان هم با عنایت به شفافیت ماده ۴۶۹ قانون مدنی و تأیید آنچه در ماده مذکور به پیروی از نظر مشهور فقه‌های امامیه آمده است، نظر خلافی ارائه نداده و آن را تأیید نموده‌اند.^۶

گفتار سوم: ابتدا و انتهای مدت در عقد اجاره

در این خصوص، مطابق تقسیم‌بندی صورت گرفته توسط یکی از حقوق‌دانان، عمل کرده و به توضیح و تفسیر بحث پرداخته می‌شود.

ایشان^۷، صور ممکن را ذکر کرده و برخی را باطل و برخی را صحیح شمرده است ۱- نه مبدأ اجاره تعیین شده باشد و نه منتهی؛ مثل اینکه صاحب خانه بگوید خانام را به تو اجاره دادم. این نوع اجاره به اتفاق فقه‌های شیعه باطل است. اطلاق مدت اجاره، گاهی بدین صورت است که یکی از طرفین به موجب عقد اجاره، خانه‌ای را به دیگری اجاره می‌دهد به ماهی. اگر این ماه، مبهم و مطلق باشد، اجاره باطل است اما اگر یک ماه مشخص و معین

۱. رشتی، همان مأخذ، ص ۲۲۶.

۲. جواهرالکلام، همان مأخذ، ص ۲۷۲.

۳. همان، ص ۲۷۲.

۴. همان.

۵. ماده ۴۶۹ قانون مدنی: «مدت اجاره از روزی شروع می‌شود که بین طرفین مقرر شده و اگر در عقد اجاره ابتدای مدت ذکر نشده باشد از وقت عقد محسوب است».

۶. عبده بروجردی، همان مأخذ، ص ۲۷۷ و امامی، همان مأخذ، ص ۱۴ و ناصر کاتوزیان، عقود معین (معاملات معوض و عقود تملیکی)، ج ۱، تهران، چاپ انتشار، چاپ هفتم؛ ۱۳۷۸، ص ۳۸۳.

۷. علی حائری (شاه باغ)، شرح قانون مدنی، ج ۱، انتشارات گنج دانش، چاپ اول؛ ۱۳۷۶، ص ۴۲۶.

باشد ایرادی بر عقد اجاره وارد نمی‌باشد.^۱ علت بطلان فرض اول این است که منجر به جهالت می‌شود و در نتیجه جهالت هم، ضرر حادث می‌شود؛ ۲ - مبدأ معلوم و منتهی مجهول؛ مثل اینکه الف به ب بگوید خانه‌ام را به تو اجاره می‌دهم از اول خرداد ماه تا هر وقت که تو بخواهی. اتفاق فقها در بطلان این صورت می‌باشد؛ ۳- ابتدای اجاره تعیین شود مثل اینکه اجاره دهد خانه را از تاریخی که مسافران آمدند تا یک سال و بین طرفین هم، معهود و مذاکره نشده باشد که در چه تاریخی مسافران خواهند آمد. در بطلان این نوع از اجاره هم نمی‌توان شک کرد؛ ۴ - هم مبدأ معلوم و هم منتهی، اعم از اینکه ابتدای مدت متصل به عقد باشد یا منفصل؛ این اجاره به عقیده فقهای شیعه، صحیح و دارای آثار قانونی است.

در توضیح صورت سوم، باید گفت که گاهی طرفین عقد اجاره، ابتدای مدت را وابسته و مقید به یک امر متغیر و محتمل می‌کنند. این نوع تعیین مدت منطبق بر اصول حاکم بر مدت عقد اجاره نمی‌باشد، زیرا تعیین مدت در اجاره باید به نحوی باشد که عاری از هرگونه احتمال تغییر باشد و امر منجر به جهالت منتهی به غرر نگردد. اما اگر ابتدای مدت وابسته به امری شود که در نظر عرف، زمان آن قابل تعیین باشد، در صحت و اعتبار آن نمی‌توان تردید داشت، مثل اینکه زمان آغاز مدت اجاره، زمان کوچ عشایر از بیلاق به قشلاق، قرار داده شود. چون عرف عشایر کوچ‌نشین این است که موقع سرد شدن هوا، اقدام به کوچ از بیلاق (منطقه سردسیر) به قشلاق (منطقه گرمسیر) می‌کنند و آغاز این زمان نیز حدوداً اوایل مهرماه است، لذا می‌توان گفت که اجاره از مهرماه آغاز می‌شود. مقید کردن انتهای مدت نیز مشمول مطالب ارائه شده در خصوص مقید کردن ابتدای مدت است.

موکول کردن ابتدا یا انتهای مدت اجاره به اراده یکی از طرفین یا شخص ثالث باطل است، زیرا این امر منجر به جهالت و در نتیجه غرر را در پی خواهد داشت. در حالت جهل به ابتدا و علم به انتها، چون اطلاق در دید عرف اقتضای اتصال دارد، به منزله آن است که ابتدا ذکر شده و آن ابتدای زمان عقد است.

شافعی‌ها بر این عقیده‌اند که اطلاق ابتدای مدت، باعث بطلان اجاره می‌شود. علت،

۱. رشتی، همان مأخذ، ۲۲۶.

آن است که چنین اجاره‌ای غرری می‌شود. در نقطه مقابل، مالکی‌ها معتقدند که در صورت اطلاق، ابتدا از زمان انعقاد عقد محسوب می‌شود.^۱ در مجموع می‌توان گفت که اگر طرفین، ابتدا و انتهای مدت اجاره را مشخص نکنند، چنانکه خانه را برای ۶ ماه به اجاره دهند، چون ابتدای مدت مزبور از زمان عقد محسوب می‌شود،^۲ با تعیین ابتدا، انتها نیز خود به خود معین می‌شود و مشکلی در اعتبار این قرارداد باقی نمی‌ماند.

فرض دیگر موجود در قانون مدنی که جای اندکی تأمل دارد، این است که ابتدای مدت را ذکر کنند (یا ابتدا قابل تعیین باشد) اما انتها را مشخص نکنند. علت عدم تعیین انتهای مدت این است که میزان زمان مورد نیاز مستأجر برای استیفای منفعت مورد اجاره، قابل تشخیص نیست. این نوع اجاره که امروزه در هتل‌ها و متل‌ها شایع و متداول است، به اجاره از قرار معروف می‌باشد. مرسوم است که در این حالت، اجاره را برای کوچک‌ترین واحد زمانی در نظر می‌گیرند و برابر آن مال الاجاره‌ای مشخص می‌کنند مثلاً ماهی صد هزار تومان، تحلیل فرض مذکور خود نیازمند فصلی مجزا و بررسی دقیق و جامعی است که نگارنده درصدد است در آینده‌ای نزدیک، نسبت به ارائه مقاله‌ای در این خصوص، اقدام نماید.

گفتار چهارم: اجاره مؤبد

اجاره مؤبد، اجاره‌ای است که در آن مدت، به طور همیشگی و ابد ذکر می‌شود، مثلاً الف خانه خود را برای همیشه به ب اجاره می‌دهد. در این خصوص نیازمند توضیح است که لزوم تعیین مدت در عقد اجاره به این دلیل است که اجاره بدون مدت، مستأجر را در حکم مالک قرار می‌دهد، لذا مالکیت عین برای موجر فاقد هرگونه ارزش و اثر می‌گردد. این امر در اجاره انسان دارای فلسفه‌ای دیگر است، زیرا اینکه فردی خود را به طور مطلق در اختیار و تحت فرمان دیگری قرار دهد؛ به طوری که تمام اختیارات از او گرفته شود، مخالف آزادی انسان‌ها و در نتیجه نظم عمومی است و به نوعی موجب تبادر نظام برده‌داری در

۱. بدایة المجتهد، ابن رشد، چاپ مصر، در یک مجلد، ۱۴۱۲ هـ.ق، صص ۱۸۸ - ۱۸۹.

۲. امامی، همان مأخذ، ص ۱۳.

ذهن می‌گردد.

در ماده ۵۱۴ قانون مدنی به صراحت آمده است که: «خادم یا کارگر نمی‌توانند اجیر شوند مگر برای مدتی معین». این قاعده در قانون کار ایران لحاظ نشده است؛ به طوری که به موجب تبصره ۲ ماده ۷ قانون کار «در کارهایی که طبیعت آنها جنبه استمرار دارد، در صورتی که مدتی در قرارداد ذکر نشود قرارداد دائمی تلقی می‌شود»، قرارداد کار از اجاره انسان متمایز دانسته شده است، هرچند به عنوان صنفی از اصناف اجاره انسان مطرح می‌باشد. فلسفه این تفاوت در این است که اجاره انسان، قراردادی است لازم که طرفین حق برهم زدن آن را ندارند، لذا باید مدت‌دار باشد لیکن قرارداد کار، قراردادی است که مطابق شرایط، مستخدم توانایی و اختیار به هم زدن آن را دارد، لذا دیگر نیازی به ذکر مدت نمی‌باشد.

حال اگر عقد اجاره‌ای با مدت ابد (همیشه) واقع شد، این قرارداد باطل است یا می‌توان آن را با عنایت به قصد طرفین، قراردادی دیگر تصور کرد و از بطلان آن جلوگیری کرد؟ آیا می‌توان آن را اجاره دانست، ولی با ایجاد تغییر و تحولاتی مانع بطلان آن شد؟

در فرانسه، در پاسخ به این سؤال چند نظر وجود دارد؛ از جمله گروهی معتقدند در این صورت، عقد اجاره تبدیل به عقد بیع می‌شود، لذا بر این اعتبار، قرارداد طرفین یک بیع است^۱؛ به عبارت دیگر، زمانی که طرفین عقد اجاره، قرارداد را بدین صورت منعقد می‌کنند، گویی قصد آنها انعقاد عقد بیع بوده است نه اجاره و با لحاظ قصد مشترک طرفین و نیز با عنایت به اصل استحکام قراردادها و اصل صحت، آن را بیع قلمداد کرده و از بطلان آن جلوگیری می‌نمایند. گروه دوم بر این عقیده‌اند که در این حالت، آنچه واقع شده و مورد خواست طرفین نیز بوده، عقد اجاره است، لیکن این گروه در اینکه اجاره مذکور صحیح است یا باطل، اختلاف نظر دارند. دسته‌ای معتقدند که «در این صورت مدت ابدی را تا حداکثر مدتی که از سوی قانونگذار مجاز شمرده شده است که همان ۹۹ سال است تقلیل می‌دهیم، با این کار از بطلان قرارداد نیز جلوگیری کرده‌ایم»^۲ : دسته دوم بر این عقیده‌اند

1. Trop long - "Commentaires des Titres du code Civil de l'Echange et du Louage" 3me ed; Tomes 1 et 2 & Paragraphe 4.

2. Aubry et Rau - "Cours de Droit Civil Francais 5me ed Paris 1907, Tome 5 page 644.

که «در این صورت عقد باطل است، زیرا قانون عقد اجاره مؤبد را نفی کرده است»^۱. در حقوق مصر، حقوقدانان اصولاً بر این عقیده‌اند که در صورت اندراج شرط دوم در عقد اجاره، مدت را به حداکثر مجاز شمرده شده در قوانین برای مدت اجاره که همان ۶۰ سال است، می‌رسانیم.^۲

البته شایان ذکر است که مواردی از اجاره‌های دائمی در قوانین این دو کشور یافت می‌شود، کما اینکه در مصر، اجاره‌ای تحت عنوان اجاره حکر وجود دارد که مدت در آن به طور دائمی لحاظ می‌شود. نیز در فرانسه، مواردی از اجاره مثل Bail a complant و هم‌چنین Bail a rente prepetrulle وجود دارند که به صورت دائمی منعقد می‌شوند.^۳ در حقوق ایران، با لحاظ مواد مربوط به اجاره در قانون مدنی، باید گفت اجاره دائمی باطل است، مضافاً بر اینکه، با پذیرش اجاره دائمی، تفاوت و مرز بین دو عقد بیع و اجاره از بین می‌رود. از طرف دیگر، اینکه اجاره مؤبد را بیع تلقی کنیم، مخالف قاعده تطابق واقع با قصد است.^۴ هم‌چنین این استدلال که اجاره مؤبد را تا حداکثر میزان پذیرفته شده در قانون برای مدت تقلیل دهیم، در حقوق ایران فاقد جایگاه می‌باشد، زیرا مطابق مطالب سابق، حداکثری برای میزان مدت اجاره، در حقوق ایران لحاظ نشده است.

نگارنده بر این عقیده است که بطلان اجاره دائمی به منزله بطلان رابطه حقوقی (قرارداد منعقد) نمی‌باشد، لذا می‌توان از اوضاع و احوال و از راه تفسیر قرارداد براساس خواست مشترک طرفین و نظر به اصل صحت و استحکام قراردادها، رابطه حقوقی مذکور را قرار داد دیگری تلقی نمود تا از یک طرف، به خواست مشترک طرفین توجه و اهتمام ویژه‌ای شده باشد و از طرف دیگر، قدمی در راستای جلوگیری از بطلان قراردادها و در نتیجه تزلزل در روابط حقوقی مردم برداشته شده باشد.

گفتار پنجم: اجاره به مدت حیات موجر و مستأجر

در این نوع اجاره، مدت حیات موجر یا مستأجر به عنوان مدت اجاره لحاظ می‌شود. این

1. Baudry-La cantinerie et wahl- "Du contrat de Louage" 3me ed paris 1906-1907, Tomes 1 et 2 paragrahe 2.

۲. سنهوری، همان مأخذ، صص ۱۹۵ - ۱۹۶.

۳. همان، صص ۱۹۵ - ۱۹۶.

۴. ما وقع لم يقصد و ما قصد لم يقع.

امکان هم وجود دارد که طرفین، مدت زمان استیفاء منفعت توسط مستأجر را وابسته به مدت حیات شخص ثالثی نمایند که در ماهیت بحث هیچ تفاوتی بین این فروض نمی‌باشد.

تأکید مجدد اینکه، اجاره عقدی است توقیتی و ذکر مدت در صورتی که تنها معیار تعیین منفعت است، از ارکان عقد اجاره محسوب می‌شود. تعیین مدت هم باید به نحوی صورت گیرد که احتمال جهالت و در نتیجه غرر از آن زدوده شود، لذا اگر تعیین مدت به نحوی باشد یا وابسته به امری گردد که احتمال نقصان یا زیادت در آن برود، مقبول نیست، زیرا احتمال نوسان مدت، موجبات غرر را فراهم می‌نماید.

در حقوق کشورهای خارجی، از جمله مصر و فرانسه، اجاره به مدت حیات موجر و مستأجر پذیرفته شده است. توضیح اینکه طبق حقوق این دو کشور، مدت اجاره در هر صورت نمی‌تواند بیش از حداکثر مقرر شده توسط قانون برای مدت اجاره باشد (در فرانسه ۹۹ سال و در مصر ۶۰ سال)، لذا اگر فردی خانه خود را به مدت حیاتش به دیگری اجاره دهد و ۶۰ سال از این مدت بگذرد، به موجب حقوق مصر، اجاره پایان می‌پذیرد ولو اینکه موجر هنوز زنده باشد؛ به عبارت دیگر، مطابق حقوق مصر و فرانسه، اجاره به مدت حیات موجر، مستأجر یا شخص ثالث پذیرفته شده است، مشروط بر اینکه مدت حیات از حداکثر مجاز شمرده شده برای مدت اجاره توسط قوانین، فراتر نرود.^۱

رعایت ضابطه فوق در حقوق ایران امکان‌پذیر نیست، زیرا در حقوق ایران برای مدت اجاره، هیچ‌گونه حداکثری معین نشده است. می‌توان گفت در حقوق ایران اجاره به مدت حیات، فاقد وجاهت حقوقی است، زیرا طول عمر افراد، واقعه‌ای است مجهول. چه بسا ممکن است اجاره‌ای به مدت حیات موجر منعقد شود و موجر چند دقیقه بعد از عقد بمیرد یا ۵۰ سال بعد از انعقاد عقد زنده بماند و از طرف دیگر، بکرات گفته شد که مدت اجاره باید به نحوی تعیین شود که هرگونه احتمال غرر از آن زدوده شود، لذا چون احتمال ضعیف مرگ اشخاص قبل از سن غالب مرگ (۶۰ تا ۷۰ سال) و احتمال ضعیف زنده ماندن بعد از این سن، غرر محتمل را به همراه دارد، باید از آن پرهیز شود.

۱. الوسیط، همان مأخذ، ص ۱۴۵.

علت اینکه در برخی کشورها از جمله مصر و فرانسه برخلاف حقوق ایران، اجاره به مدت حیات موجر یا مستأجر پذیرفته شده است، از یک طرف ناشی از عهدی بودن عقد اجاره در حقوق این کشورها است و از طرف دیگر به زعم آنها، حیات انسان را می‌توان فی‌الجمله موقت دانست.^۱

نتیجه‌گیری

اصل حاکمیت اراده ایجاب می‌کند که طرفین یک قرارداد، در تنظیم شرایط و اوصاف قرارداد موردنظرشان، آزاد و مختار باشند. اجاره به عنوان یکی از عقود معین، ضمن تبعیت از قواعد عمومی قراردادهای دارای اوصاف و شرایط مخصوص است، از جمله این ویژگی‌ها، ذکر مدت است. ذکر مدت در عقد اجاره، در جایی که تنها معیار تعیین منفعت است، در راستای تعیین موضوع معامله انجام می‌پذیرد. کیفیت و کمیت مدت اجاره، ضمن قرار گرفتن در حیطة اعمال اصل حاکمیت اراده، در محدوده برخی ضوابط خاص نیز قرار می‌گیرد؛ به طوری که حداکثر زمانی که می‌تواند به عنوان مدت اجاره در نظر گرفته شود، زمانی است که بعد از انقضای آن، مالکیت منفعتی برای مالک مورد اجاره متصور باشد و هم چنین حداقل زمانی که می‌بایست به عنوان مدت اجاره تعیین شود، زمانی است که غرض عقلائی از انعقاد اجاره در ظرف آن زمان، حاصل گردد. نکته بعدی این است که انفصال صریح یا ضمنی مدت اجاره از زمان انعقاد عقد، خللی به اعتبار آن وارد نمی‌کند و در حالت اطلاق (عدم تصریح اتصال یا انفصال و عدم امکان تعیین ضمنی آن)، مطابق اصول و قواعد، باید اعتقاد بر اتصال داشت. با این اوصاف، ابتدای مدت اجاره نیز می‌تواند بعد از زمان انعقاد عقد باشد، منتهی در حالت اطلاق، ابتدای مدت اجاره، زمان انعقاد عقد محسوب می‌شود. به علت تمایز در مالکیت منفعت مورد اجاره و مالکیت عین مستأجره (مورد اجاره) در عقد اجاره و اینکه در صورت عدم ذکر مدت در اجاره، مالکیت عین مستأجره برای مالک فاقد ارزش می‌شود، عقد اجاره مؤید باطل و از درجه اعتبار ساقط است. نیز بی‌اعتباری اجاره به مدت حیات مسلم است، چه اینکه مدت اجاره باید به نحوی تعیین شود که هرگونه احتمال جهالت و در نتیجه غرر از عقد اجاره، زدوده شود.

«کتابنامه»

الف : منابع فارسی

- ۱ - سیدحسن امامی، حقوق مدنی، ج ۲، کتابفروشی اسلامیة، چاپ دوازدهم، ۱۳۷۵.
- ۲ - محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، چاپ هشتم، ۱۳۷۶.
- ۳ - محمدجعفر جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۱، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۸.
- ۴ - علی حائری (شاهباغ)، شرح قانون مدنی، ج ۱، انتشارات گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۶.
- ۵ - محمد عبده بروجردی، حقوق مدنی، کتابفروشی محمدعلی علمی، مهرماه ۱۳۳۹.
- ۶ - ناصر کاتوزیان، عقود معین (معاملات معوض و عقود تملیکی)، ج ۱، تهران، چاپ انتشار، چاپ هفتم، ۱۳۷۸.
- ۷ - آیت‌الله‌زاده مازندرانی، مجله کانون وکلا، تهران، چاپ افست، سال ۲۷، شماره ۱۳۳۵، زمستان ۱۳۵۴.

ب : منابع عربی

- ۱ - اجاره، حاج میرزا حبیب‌الله رشتی، در یک مجلد، چاپ سنگی.
- ۲ - بدائع الصنائع فی ترتیب الشرایع، علاء‌الدین ابوبکر بن مسعود الکاشانی الحنفی (فقه حنفی)، ج ۴، مصر، مطبعه الجماعیه.
- ۳ - بدایة المجتهد، ابن رشد، در یک مجلد، چاپ مصر.
- ۴ - تحریر الوسیله، روح‌الله الموسوی الخمینی، ج ۱، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ سوم، ۱۴۱۲ هـ.ق.
- ۵ - تذکره الفقها، علامه حلی، کتاب اجاره، فصل دوم، چاپ سنگی، ۱۳۱۱ هـ.ش.
- ۶ - جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، شیخ محمد حسن نجفی، ج ۲۷، دارالکتب الاسلامیه، چاپ ششم، ۱۳۹۴ هـ.ق.
- ۷ - الحدائق الناضره فی احکام العترة الطاهره، شیخ یوسف بحرانی، ج ۲، دارالاضواء

- (تحقیق و تعلیق محمدتقی ایروانی)، چاپ دوم.
- ۸ - الخلاف، شیخ محمدبن حسن طوسی، تهران، چاپ محمدعلی علمی، ۱۳۷۰ هـ.ش.
- ۹ - شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، نجم‌الدین جعفر بن الحسن الحلّی (محقق ثانی)، ج ۲، انتشارات مؤسسه المعارف الاسلامیه، چاپ اول، ۱۴۱۵ هـ.ق.
- ۱۰ - شرح الأجاره من الشرایع، میرزامحمود آشتیانی (من تقریرات بحث العلامه حاج شیخ مرتضی الغروی آشتیانی)، چاپ بهمن، ۱۳۴۳ هـ.ش.
- ۱۱ - شرح عقدی البیع و الايجار فی القانون المدنی العراق، عباس حسن الصراف، مطبعة الأهالی البغداد، ۱۹۵۶ م.
- ۱۲ - الفقه علی مذاهب الاربعه، عبدالرحمن الجزیری، ج ۳، معاملات، مصر، المكتبة التجارية الكبرى، ۱۹۶۹ م.
- ۱۳ - الفقه المنهجي علی مذهب الامام الشافعی، مصطفى الخن، مصطفى البغاء، ج ۳، تهران، نشر احسان، چاپ اول، ۱۳۷۶ هـ.ش.
- ۱۴ - مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الأذهان، مقدس اردبیلی، ج ۱۰، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۲ هـ.ق.
- ۱۵ - مسالك الأفهام الی تنقیح شرایع الاسلام، زین‌الدین بن علی العاملی الجبعی (شهید ثانی)، ج ۱، قم، دارالهدی، ۹۶۶ هـ.ق.
- ۱۶ - المغنی، ابومحمد عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامه، ج ۵، چاپ دارالمنار.
- ۱۷ - مغنی المحتاج الی معرفة الفاظ المنهاج، الشيخ محمد الخطیب الشریینی، ج ۲، مصر، مطبعة مصطفى الباسی الحلبي و اولاده، ۱۳۹۲ هـ.ق.
- ۱۸ - المنهاج الصالحین، السيد ابوالقاسم الموسوی الخوی، ج ۲، نجف اشرف، چاپ نعمان، چاپ یازدهم، ۱۳۹۷ هـ.ق.
- ۱۹ - المهذب، عبدالعزيز بن البراج الطربلسی، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۶ هـ.ق.
- ۲۰ - الوسيط فی شرح القانون المدنی الجدید (الأيجار و العاریه)، عبدالرزاق احمد السنهوری، ج ۶، قاهره، دارالنهضة العربیه.

ج: منابع لاتين

- 1 - Aubry et Rau - "Cours de Droit Civil Francais 5me ed Paris 1907, Tome 5 page 644.
- 2- Baudry-Lacantinerie et wahl- "Du contrat de Louage" 3me ed paris 1906-1907, Tomes 1 et 2 paragraphe 2.
- 3- Colin Aet capitant. A "course elementaire de droit civil Francais" 3me ed.
- 4- Troplong- "Commentaires des Titres du code Civil de l'E drang et du louage; 3me ed; Tomes 1et 2& Paragraphe 4.

توصیف جرم

غلامرضا کامیار^۱

چکیده:

توصیف جرم و تبیین قواعد مربوط به آن یکی از مؤلفه‌های آیین دادرسی کیفری توسعه یافته است که حکایت از عمق توجه واضعان قانون به حدود حقوق و آزادی اشخاص و متهمین دارد.

متأسفانه قوانین ما در این رابطه صریح و روشن نیست و جای دارد مجاهدت‌های علمی لازم برای تشریح و تحلیل موضوع صورت پذیرد تا به این ترتیب طریق تکامل آیین دادرسی کیفری هموارتر گردد.

در مقاله حاضر تلاش شده است با بهره‌گیری از عقاید علماء حقوق و رویه قضایی و تعمق در اصول و مبانی و قوانین مرتبط، ابعاد مختلف موضوع مورد بحث و بررسی قرار گیرد. و مطالب به شرح ذیل بیان شود:

واژگان کلیدی: توصیف جرم، بازپرس، دادستان دادرسی، تحقیق، مدعی

خصوصی، امر مختوم کیفری

– مقدمه

الف) تعاریف و مبانی موضوع توصیف جرم

ب) افعال مرتکب و توصیف جرم

ج) نقش مدعی خصوصی در توصیف جرم

د) نقش بازپرس و دادستان در توصیف جرم

۱. وکیل پایه یک دادگستری و مدرس دانشگاه.

ه) نقش دادگاه در توصیف جرم
 و) توصیف جرم و اعتبار امر مختوم کیفری
 - نتیجه

مقدمه

دادگرانی که عهده‌دار سزادهی بزه‌کاران و کیفر مجرمان هستند، قانون را معیار سنجش اعمال خوب و بد قرار می‌دهند و برآنند تا از میان انبوهی از اوامر و نواهی قانونگذار مصدر حکمی گردند که عدالت بر پا گردد و انصاف حاکم شود. وصول به این مقصود دشوار است و رهروی می‌طلبد که مسلح به دو سلاح علم و عدل باشد.

می‌توان با تکیه بر این سلاح از حیرت و تردید، رهایی یافت و فرشته عدالت را خشنود ساخت. تلاش برای کشف واقعیت و وصول به حقیقت بدون آگاهی از مبانی احکام و اصول حاکم بر تفسیر قوانین بی‌ثمر خواهد بود، خاصه آنکه روابط پیچیده اشخاص و فنون جدیدی که برای ارتکاب جرم مورد استفاده قرار می‌گیرد، بیش از مضاعفی را می‌طلبد و نیاز به غور و تأمل را دو چندان می‌سازد.

به هر حال آن کس که پای بر عرصه نقض قانون می‌نهد، گاه مرتکب عمل واحدی می‌شود که واجد عنوان واحد کیفری است و گاهی دیگر عمل واحدی است که می‌توان نام‌های متفاوتی بر آن نهاد و مرتکب آن را «مجرم چند وجهی» نامید و البته در برخی موارد نیز مجموعه‌ای از اعمال مجرمانه عنوان واحدی به خود گرفته و جرم واحدی را تشکیل می‌دهد.

در عمل، دادرسان کیفری، هنرمندانه واقعه را بر قاعده تطبیق داده و می‌کوشند لباس مجازات بر قامت برهنه فعل واقع شده بپوشند و یا بر آزادی متهم مهر تأیید بزنند، لیکن این سخن باقی می‌ماند که آیا موضوع، متعاقب این انطباق مشمول امر مختومه می‌گردد؟ آیا نمی‌توان تحت عنوان دیگری مرتکب همان عمل را تحت تعقیب و مجازات قرار داد؟ آیا دادرسان در توصیف جرم، چون حاکمان مختارند؟ آیا برای شکات و قضات تحقیق نقشی در نظر گرفته شده است؟ و دیگر اینکه طبع جرایم عمومی و خصوصی تا چه حد بر این موضوع اثر گذارده است؟

بی‌تردید زوایای تاریکی وجود دارد که باید با چراغ عقل و عدل آن را روشن ساخت. با تبیین عقاید متفاوت می‌توان طریقی را برگزید که ضامن حفظ عدالت و تأمین حقوق فردی و اجتماعی باشد. نباید آزادی انسان‌ها در انبوهی از قوانین متراکم گم شود.

الف) تعاریف و مبانی موضوع توصیف جرم

جرم شناختن یک عمل، وسیله‌ای برای حفظ ارزش‌های انحصاری جامعه است. آنگاه که سایر ضمانت اجراها همچون ضمانت اجر اخلاقی و مدنی از حفظ یک ارزش ناتوان ماندند، از قوی‌ترین ضمانت اجرای موجود یعنی ضمانت اجرای کیفری استمداد می‌شود. به این ترتیب جرم عملی است که سبب نقض ارزش‌های اجتماعی گردیده و وقوع آن موجب بی‌نظمی در جامعه می‌گردد. بنابراین باید بین مطالبات و خواسته‌های مردم از یک سو و جرم شناختن اعمال از سوی دیگر ارتباط وجود داشته باشد. حفظ حقوق فردی ایجاب می‌کند جرایم و مجازات به صراحت نوشته و به اطلاع مردم برسد. ماده ۲ قانون مجازات اسلامی در این زمینه بیان می‌دارد:

«هر فعل یا ترک فعلی که در قانون برای آن مجازات تعیین شده باشد جرم محسوب

می‌شود».

این تعریف گرچه به ظاهر گویا و رسا است لیکن در گستره جرایم و انبوه قوانین کیفری و رفتار متفاوت مجرمان، تطبیق عمل با حکم دشوار می‌شود. شاید تصور شود با شناخت ارکان متشکله هر جرم می‌توان آن را از سایر جرایم باز شناخت، این اندیشه صواب سیره علمای حقوق و دادرسان محاکم در شناخت جرایم و مآلاً مجازات‌ها است لیکن در برخی موارد قرابت عناوین مجرمانه به حدی است که مرزهای وحدت نظر را در هم می‌ریزد و باب مناقشه را می‌گشاید. در اینجا مسأله تشخیص عمل و مرجع آن مطرح می‌گردد. «توصیف جرم» فرایندی است که در نتیجه آن عنوان واقعی عمل مجرمانه چند وجهی شناسایی می‌شود. مرجع شناخت آثار چنین شناسایی از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است، همان‌گونه که طیب حاذق «تشخیص» را مقدمه درمان دانسته و اهمیتی برابر برای آن قائل است، دادرس نیز به عنوان حافظ قانون و آزادی، باید چنین احتیاطی را در تشخیص صورت داده و با تعمق در قواعد و اصولی همچون: «اعتبار امر مختومه» و «توصیف

جرایم» میزان دخالت دادستان و شاکی را در تعیین عنوان مجرمانه و نوع عمل ارتكابی، تشخیص و بر این پایه تصمیم‌گیری کند.

ب) افعال مرتکب و توصیف جرم

رفتار مجرمانه همواره از عمل واحد ممنوعه تشکیل نمی‌شود، برخی از جرایم مجموعه‌ای از چند جرم مرتبط با یکدیگرند که اجتماع آنها جرم معینی را تشکیل می‌دهد. تحقیق بزه «زنا» مستلزم برقراری «رابطه نامشروع» است که طبعاً بدون چنین تماس غیرقانونی وقوع این جرم امکان‌پذیر نیست. بزه «قتل عمدی» اغلب با ورود صدمه جسمی ملازمه دارد، صدماتی که بدون حدوث قتل موجب تعلق «دیه یا ارش» است. بزه «سرقت تعزیری» از منازل، مستلزم «ورود به عنف» به منزل دیگری است. در این گونه موارد تعیین مجازات‌های متفاوت نادرست است، زیرا انجام برخی از این جرایم مقدمه ضروری جرم دیگر است، به نحوی که بدون گذر از جرم اول نمی‌توان به جرم ثانوی دست یافت. البته چنین پیوستگی در برخی از جرایم کم‌رنگ‌تر است، بزهکاری که برای قاچاق آثار تاریخی مبادرت به تخریب و سرقت اثر تاریخی می‌ورزد، کلاهبرداری که برای بردن مال مردم اقدام به جعل سند می‌کند، مرتکب جرایم متعددی می‌شود که برای هر یک مجازات مستقلی تعیین شده است.

شاید گفته شود در این جرایم قصد نهایی «قاچاق اشیاء عتیقه» و «کلاهبرداری» بوده است و براین مبنا تعیین چند مجازات متفاوت موجه نیست. نباید فریفته چنین استدلالی شد، انگیزه و غایت انجام فعل سبب اباحه اعمال ممنوعه نمی‌گردد، ضمن اینکه جرم اولی مقدمه ضروری جرایم ثانویه نمی‌باشد.^۱ بدی اعمال فردی که به منظور قاچاق اشیاء عتیقه

۱. ماده ۲ از مواد الحاقیه به قانون آیین دادرسی کیفری سال ۱۳۹۰ بیان می‌داشت: «اگر شخصی مرتکب چندین عمل شده که هر یک از آنها مطابق قانون جرم باشد محکمه برای هر یک از آن اعمال حکم مجازات علی‌حده صادر خواهد کرد ولو اینکه مجموع آن اعمال به موجب قانون جرم خاصی شناخته شده یا بعضی از آنها مقدمه جرم دیگری باشد. در صورتی که فردا فرد اعمال ارتكابی جرم بوده بدون اینکه مجموع آنها در قانون عنوان جرم خاصی داشته باشد محکمه باید برای هر یک از آن اعمال جرم بوده و مجموع آنها نیز در قانون عنوان جرم خاصی داشته باشد محکمه باید برای هر یک از آن اعمال مجازات علی‌حده تعیین کرده و برای مجموع نیز مجازات قانونی را مورد حکم قرار دهد. در هر یک از موارد فوق فقط مجازات اشد به موقع اجرا گذاشته می‌شود.»

«اگر جرائم ارتكابی بعضی مقدمه دیگری باشد یا از لوازم آن به شمار آید و مجموع آنها نیز عنوان

اقدام به تخریب و سرقت آثار تاریخی می‌کند، بدتر از عمل فردی است که صرفاً عملیات قاچاق را انجام می‌دهد. علاوه بر این، استصحاب جرم سابق و ابقای حکم مجازات مانع چشم‌پوشی از سزای اعمال مرتکب است.

ارتکاب فعل واحد که مشمول دو یا چند عنوان مجرمانه است، شکل دیگری از موضوع توصیف جرم است که در این حالت مرتکب تحت سیطره چند عنوان مجرمانه قرار می‌گیرد. آن کس که در تپه‌های باستانی به کندوکاو می‌پردازد و در اندیشه یافتن شیء عتیقه است، از منظر قانون مشمول عناوین تجاوز به اراضی و تپه‌ها و اماکن تاریخی (موضوع ماده ۵۶۳ قانون مجازات اسلامی)^۱ و حفاری غیرمجاز (موضوع ماده ۵۶۲ قانون مجازات اسلامی)^۲ است. نمی‌توان گفت چون مرتکب جرم دو فرمان متفاوت قانونی را نقض کرده، سزاوار دو مجازات است، شاید گفته شود سیاست سرکوبگر جزایی و نفع اجتماع، اقتضای دو

جزایی خاصی داشته باشد، تعدد معنوی بوده و مجازات جرمی داده می‌شود که جزای آن اشد است. ماده ۴۶ قانون مجازات اسلامی مقرر داشته در جرایم قابل تعزیر هرگاه فعل واحد دارای عناوین متعدد باشد مجازات جرمی داده می‌شود که مجازات آن اشد است، لذا در مورد اتهام فروش اسلحه غیرمجاز چون خرید، حمل و نگهداری از مقدمات و لوازم فروش آن به شمار می‌رود فعل واحد بوده و از مصادیق ماده ۴۶ قانون مجازات اسلامی است» نظریه شماره ۷/۲۰۱۴ مورخه ۱۳۷۲/۴/۲ اداره حقوقی قوه قضاییه به نقل از شهری، غلامرضا و ستوده جهرمی، سروش، **نظرات اداره حقوق قوه قضاییه در زمینه مسائل کیفری**، جلد دوم، صفحه ۵۰۳.

«سرقت مقداری فشنگ یک جرم به شمار می‌رود، زیرا وقوع سرقت بدون اراده متهم مستلزم قاچاق نیز بوده (مانند اخفاء مال و شکستن قفل و خراب نمودن دیوار و سایر عملیاتی که در ارتکاب سرقت واقع می‌شود) و این گونه جرایم قانوناً جرم جداگانه به شمار نمی‌رود...» حکم شماره ۳۲۶۳ - ۱۹/۹/۲۰ شعبه ۸۳۹۵ - ۱۷/۳/۲۰ شعبه ۵ رویه قضایی متین - ص ۹۱.

۱. ماده ۵۶۳ قانون مجازات اسلامی بیان می‌دارد: هرکس به اراضی و تپه‌ها و اماکن تاریخی و مذهبی که به ثبت آثار ملی رسیده و مالک خصوصی نداشته باشد تجاوز کند به شش ماه تا دو سال حبس محکوم می‌شود مشروط بر آنکه سازمان میراث فرهنگی کشور قبلاً حدود مشخصات این قبیل اماکن و مناطق را در محل تعیین و علامت‌گذاری کرده باشد.

۲. ماده ۵۶۲ قانون مجازات اسلامی بیان می‌دارد: هرگونه حفاری و کاوش به قصد به دست آوردن اموال تاریخی - فرهنگی ممنوع بوده و مرتکب به حبس از شش ماه تا سه سال و ضبط اشیاء مکشوفه به نفع سازمان میراث فرهنگی کشور و آلات و ادوات حفاری به نفع دولت محکوم می‌شود. چنانچه حفاری در اماکن و محوطه‌های تاریخی که در فهرست آثار ملی به ثبت رسیده است یا در بقاع متبرکه و اماکن مذهبی صورت گیرد علاوه بر ضبط اشیاء مکشوفه و آلات و ادوات حفاری مرتکب به حداکثر مجازات مقرر محکوم می‌شود.

مجازات را دارد؛ چنین مبنایی قابل پذیرش نیست، مرتکب بیش از یک فعل انجام نداده است و طبعاً در قبال فعل واحد به مجازات واحد محکوم می‌شود.^۱ ماده ۴۶ قانون مجازات اسلامی در همین راستا بیان می‌دارد: «در جرایم قابل تعزیر هرگاه فعل واحد دارای عناوین متعدد جرم باشد، مجازات جرمی داده می‌شود که مجازات آن اشد است.»

این ماده نوع خاصی از جرایم را موضوع حکم قرار داده است. در خصوص سایر جرایم تبصره ماده ۴۷ قانون مجازات اسلامی بیان می‌دارد: «حکم تعدد جرم در حدود و قصاص و دیات همان است که در ابواب مربوطه ذکر شده است.» اگرچه بنابر اصل عدم تداخل، در این گونه موارد قاعده جمع مجازات‌ها متبع و موجه است لیکن در برخی موارد، تعیین مجازات واحد قابل دفاع است.

زناکار محصنی که با محارم خود زنا می‌کند مشمول دو عنوان متفاوت زنا با محارم و زنا با محصنه است. در این حالت تعیین مجازات زنا با محارم (قتل) کفایت می‌کند.^۲

ج) نقش مدعی خصوصی در توصیف جرم

خواهان، در دعاوی حقوقی، خواسته خویش را معین می‌کند و دادرس نیز دادرسی را در محدوده معین شده ادامه می‌دهد. عدول از خواسته جایز نیست^۳ و این به آن معنا است که

۱. برای یک جرم نمی‌توان بیش از یک مجازات تعیین نمود، اما اقدام مراجع اجرایی نافی صلاحیت دادگاه‌های قانونی نیست. (نظریه شماره ۷/۱۰۵۹ مورخه ۱۳۶۸/۶/۲ اداره حقوقی قوه قضاییه) این اداره طی نظریه دیگری در این رابطه اعلام داشته است: «... اما اگر فعل ارتكابی دارای عناوین متعدد کیفری باشد از آنجا که تعیین دو مجازات برای یک عمل با موازین قضایی سازگار نبوده و مخالف عدالت کیفری است متهم در مرجعی محاکمه می‌شود که صلاحیت رسیدگی به شدیدترین وصف قضایی عمل ارتكابی را داراست و در صورت تساوی وصف کیفری با توجه به عام بودن صلاحیت مراجع دادگستری رسیدگی به عمل ارتكابی در صلاحیت این مرجع خواهد بود» نظریه شماره ۷/۱۱۰۲ مورخه ۱۳۸۱/۹/۲.

۲. در جرایم تعزیری در تعدد معنوی طبق ماده ۴۶ قانون مجازات اسلامی، مجازات اشد داده می‌شود و به موجب تبصره ماده ۴۷ همان قانون در حدود و در قصاص و دیات در خصوص مورد باید به قانون حاکم به موضوع مراجعه شود؛ از قبیل موضوع ماده ۸۲ قانون مذکور که مجازات مرتکب آن قتل است و قانونگذار بین جوان و غیرجوان و محض و غیرمحض تفاوتی قایل نشده است و بند الف ماده ۸۲ قانون مجازات اسلامی نیز مربوط به زنا با محارم نسبی است، در نتیجه مجازات زن محصنه‌ای که با محارم زنا کرده است، قتل است نه رجم. (مجموعه نشست‌های قضایی - مسائل قانون مجازات اسلامی (۱) - صفحه ۱۵۴)

۳. اگر خواسته خواهان در دادخواست بدوی وجه نقد باشد و در موعد قانونی هم از طرف او تغییری در

خواهان در توصیف خواسته مقتدر است، اما چنین اقتداری در دادرسی‌های جزایی راه ندارد. آن کس که از وقوع جرمی مطلع می‌شود و به حکم وظیفه قانونی^۱ یا اجتماعی دادستان را مطلع می‌کند (اعلام‌کننده جرم) در توصیف جرم نقشی ندارد. اما شاکی یا مدعی خصوصی در توصیف جرم از موقعیت برتری برخوردار است، او کسی است که از وقوع جرم متحمل ضرر و زیان شده است و یا حقی از قبیل قصاص پیدا نموده و آن را مطالبه می‌کند.^۲

وی می‌تواند با ارائه دلایل و مدارک دادستان را در تعقیب متهم یاری نموده و حق حضور در جلسات تحقیق و محاکمات را داشته باشد، هم‌چنین می‌تواند وکیل اختیار نموده، خواستار توقیف اموال متهم شده و به آراء و تصمیمات صادره اعتراض نماید. گاهی نقش شاکی خصوصی آن قدر پررنگ می‌شود که عنوان «اتهام» از «نوع حق و موقعیت حقوقی» وی تبعیت می‌کند. به عنوان مثال اگر مال امانی بدون اجاره مالک به فروش رود عنوان مجرمانه فروشنده و مجازات آن با توجه به اینکه «شاکی کیست» متفاوت می‌شود. اگر شاکی خصوصی مالک مال امانی باشد، در این صورت عمل ارتكابی واجد دو عنوان خیانت در امانت و انتقال مال غیر است که با عنایت به ماده ۴۶ قانون مجازات اسلامی مجازات

خواسته داده نشده باشد، صدور حکم به تأدیه جنس برخلاف اصول خواهد بود. حکم شماره ۲۳۱ - ۲۳/۸/۲۳ شعبه ۶ دیوانعالی کشور، متین، احمد، مجموعه رویه قضایی، قسمت حقوقی، ص ۳۳۳. «اگر خواهان مبلغی وجه نقد به عنوان خسارت وارده بر عین مستأجره (حمام) که در دست خواننده بود مطالبه نماید صدور حکم مبنی بر اینکه خواننده بایستی ابنیه و آلات از بین رفته را تجدید نماید برخلاف تقاضای خواهان و بی‌مورد است...» حکم شماره ۳۳۶ - ۲۶/۱/۲۶ شعبه ۳ دیوانعالی کشور - همان.

۱. ماده ۲۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۸ بیان می‌دارد: مقامات و اشخاص رسمی موظفند به هنگام برخورد با امر جزایی در حوزه کاری خود مراتب را به رئیس حوزه قضایی یا معاون وی اطلاع دهند.

۲. ماده ۹ قانون آیین دادرسی کیفری سابق (اصلاحی ۱۳۳۵) بین عناوین شاکی و مدعی خصوصی قائل به تفاوت شده بود و در این خصوص بیان می‌داشت: «شخصی که از وقوع جرمی متحمل ضرر و زیان می‌شود و به تبع ادعای دادستان مطالبه ضرر و زیان می‌کند مدعی خصوصی است و مادام که دادخواست ضرر و زیان تسلیم نکرده شاکی خصوصی نامیده می‌شود...»

این ترتیب به موجب ماده ۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب سال ۱۳۷۸ دگرگون شد و تفاوت بین مفاهیم فوق از بین رفت. این ماده بیان می‌دارد: «شخصی که از وقوع جرمی متحمل ضرر و زیان شده یا حقی از قبیل قصاص و قوف پیدا کرده و آن را مطالبه می‌کند مدعی خصوصی و شاکی نامیده می‌شود...»

جرم اشد (انتقال مال غیر) تعیین می‌گردد، اما اگر شاکی خصوصی خریدار مال غیر باشد، از آنجا که از نظر ارتکاب خیانت در امانت خریدار مالک یا ذی‌نفع نیست عنوان شکایت شاکی صرفاً بزه انتقال مال غیر خواهد بود.^۱

حال سخن در این جاست که در غیر از چنین موارد نادری آیا عنوان شکایت شاکی این الزام را ایجاد می‌کند که قاضی تحقیق صرفاً در محدوده جرم اعلامی رسیدگی و اتخاذ تصمیم نماید؟ و یا می‌تواند با توصیف جرم عنوان دیگری را برگزیده و متهم را به آن عنوان تحت تعقیب و محاکمه قرار دهد؟

اولیاء دم مقتولی که به عنوان قتل عمد شکایت نموده و تقاضای قصاص متهم را می‌نمایند و یا فریب خورده‌ای که به استناد دهها فقره چک بلامحل به عنوان کلاهبرداری شکایت و تقاضای مجازات متهم را می‌نمایند^۲، مرجع قضایی را با این سؤال مواجه می‌سازد که آیا رسیدگی در محدوده اعلامی ادامه می‌یابد؟ و یا عدول از این عناوین جایز است؟

پاسخ به این سؤالات و سؤالات مشابه دیگر فرع بر شناخت دقیق از تقسیم‌بندی جرایم به عمومی و خصوصی است^۳، در جرایم عمومی، دادستان رأساً امر تعقیب را آغاز می‌کند و

۱. رویه قضایی به شکلی نه چندان واضح تمایل خود را برای توجه به عنوان نوع قتل اعلامی توسط شاکی و حمایت از حقوق وی را در این رابطه اعلام داشته است. رأی شماره ۶۲۱ مورخه ۱۳۷۶/۹/۴ هیأت عمومی دیوان عالی کشور در این رابطه بیان می‌دارد:

«برحسب اطلاق قسمت الف بند ۲ ماده ۲۶ ناظر به ذیل ماده ۲۱ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب در مورد اعلام وقوع قتل عمدی، چنانچه دادگاه بدوی، قتل را غیرعمد تشخیص دهد و حکم محکومیت براین اساس صادر گردد، تشخیص دادگاه مسقط حق تجدیدنظر خواهی شاکی خصوصی از جهت ادعای عمدی بودن قتل نمی‌باشد و مرجع رسیدگی تجدیدنظر در این مورد با توجه به ماده ۲۱ قانون مرقوم، دیوانعالی کشور خواهد بود. بنابر مراتب، رأی شعبه نوزدهم دیوان که با این نظر مطابقت دارد صحیح و قانونی تشخیص می‌شود. این رأی بر طبق ماده واحده قانون مربوط به وحدت رویه قضایی مصوب ۱۳۲۸ برای شعب دیوانعالی کشور و دادگاه‌ها در موارد مشابه لازم‌الاتباع می‌باشد.»

۲. برای مطالعه نظرات مختلف در خصوص اینکه عمل صادر کننده چک مشمول عنوان کلاهبرداری قرار می‌گیرد یا خیر؟ مراجعه نمایید به: غلامرضا کامیار، **مجموعه محشای قانون صدور چک**، ص ۸۸.

۳. ماده ۷۲۷ قانون مجازات اسلامی بیان می‌دارد: «جرائم مندرج در مواد ۵۵۹، ۵۵۸، ۵۶۰، ۵۶۱، ۵۶۲، ۵۶۳، ۵۶۵، ۵۶۴، ۵۶۶ قسمت اخیر ماده ۵۹۶، ۶۲۲، ۶۳۳، ۶۳۳، ۶۴۲، ۶۴۸، ۶۴۸، ۶۶۸، ۶۶۹، ۶۷۶، ۶۷۷، ۶۸۲، ۶۷۹، ۶۸۴، ۶۸۵، ۶۹۰، ۶۹۱، ۶۹۴، ۶۹۷، ۶۹۸، ۶۹۹، ۷۰۰ جز با شکایت شاکی خصوصی تعقیب نمی‌شود و در صورتی که شاکی خصوصی گذشت نماید دادگاه می‌تواند در مجازات مرتکب تخفیف دهد و

شکایت و عدم شکایت شاکی خصوصی بی‌تأثیر است.

در جرایم دسته اخیر (خصوصی)، شاکی به صراحت خواستار رسیدگی به جرمی می‌شود که آن جرم باعث ضرر وی شده است.^۱ بدیهی است اگر شاکی خواستار تعقیب متهم به عنوان دیگری شود، گویی اعلام‌کننده‌ای است که هنوز متصف به وصف شاکی خصوصی نشده است. به این ترتیب در مثال‌های پیش گفته مرجع رسیدگی صرفاً در محدوده جرایم کلاهبرداری و قتل عمدی حق تصمیم‌گیری داشته و چون هنوز شکایت شاکی خصوصی در جرایم چک بلامحل و قتل غیرعمد مطرح نشده است، اتخاذ تصمیم در مورد دو جرم اخیر نادرست است. به عبارت دیگر آنگاه که قانونگذار برخی از جرایم را جرم خصوصی می‌نامد، به دلیل برتری حق فردی نسبت به جنبه عمومی است که بر این مبنای بدون خواست صریح صاحب حق، تعقیب آغاز نمی‌شود. همان‌گونه که در شناخت صاحب حق حساسیت به کار می‌رود، برای بیان موضوع حق نیز چنین حساسیتی ضروری است. اما در مقابل این نظریه، عقیده دیگری قابل طرح است. بلی، آغاز تعقیب در جرایم خصوصی منوط به طرح شکایت شاکی است اما مقصود از شکایت عرض حال شاکی است که به وسیله آن واقعه را بیان نموده و خواستار مجازات و احیاناً جبران خسارت می‌شود.

در اینجا بیان عنوان اتهام یا عدم آن موجد تکلیف نیست و محدودیت ایجاد نمی‌کند.

به نظر می‌رسد قیاس دادرسی‌های جزایی با حقوقی نادرست است. کلیه جرایم دارای جنبه الهی هستند و نباید سرنوشت دعوی جزایی را به دست شاکی سپرد. در اینجا مقصود

یا با رعایت موازین شرعی از تعقیب مجرم صرف‌نظر نماید.» ماده ۴ قانون دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری بیان می‌دارد: «جرایم از جهت اقامه و تعقیب دعوا به سه دسته به شرح ذیل تقسیم می‌شود:

- جرایمی که تعقیب آنها به عهده رئیس حوزه قضایی است چه شاکی خصوصی شکایت کرده یا نکرده باشد رئیس حوزه قضایی می‌تواند این وظیفه را به یکی از معاونان خود تفویض کند.

- جرایم که با شکایت شاکی تعقیب می‌شود و با گذشت وی تعقیب موقوف نخواهد شد.

- جرایمی که با شکایت شاکی تعقیب می‌شود و با گذشت وی تعقیب موقوف خواهد شد.»

۱. ماده ۶۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری بیان می‌دارد: «... در شکوائیه موارد زیر باید قید شود: الف)..... ب) موضوع شکایت و ذکر تاریخ و محل وقوع جرم...» مقصود از موضوع شکایت یعنی واقعه مجرمانه‌ای که مقصود شاکی است و به آن عنوان خواستار تعقیب و مجازات متهم می‌شود.

بیان واقعه است نه تعیین قاعده. تشخیص قاعده اساس کار قضایی است که برعهده دادگاه می‌باشد. بنابراین صرف بیان موضوع، شکایت محسوب می‌شود و دادگاه در توصیف جرم مختار است.

د) نقش بازپرس و دادستان در توصیف جرم

دعوای جزایی از ابتدای تا انتها پنج مرحله: کشف، تعقیب، تحقیق، دادرسی و اجرای حکم را طی می‌کند. در مراحل گوناگون مقامات متعددی عهده‌دار رسیدگی به موضوع هستند. متعاقب کشف جرم دادستان متهم را تحت تعقیب قرار می‌دهد، و بازپرس در کمال بی‌طرفی در جمع‌آوری دلایل له و علیه متهم اقدام می‌کند و متولی امر تحقیق است. در ادامه، دادگاه دادرسی نموده و در نهایت دادرسی حکم را اجرا می‌کند.

چنین ترتیبی با اجرای قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب سال ۱۳۷۳ در هم ریخت و برای مدت زمان تقریبی هشت سال دادرسی از نظام قضایی ایران حذف و مجدداً در سال ۱۳۸۱ اعاده و در حال حاضر با قانونی بسیار ناقص افتان و خیزان ادامه حیات می‌دهد. در دادرسی قضات مختلفی عهده‌دار رسیدگی به موضوع هستند. تعدد قضات در مراحل مختلف حقوق فردی را تضمین می‌کند و اشتباه را به حداقل کاهش می‌دهد. وجود اختلاف بین مقامات دادرسی در توصیف جرم چهره‌های گوناگونی دارد.

گاهی دادیار عنوان را برمی‌گزیند که دادستان با آن مخالف است. در این حالت تبعیت از عقیده دادستان^۱ الزامی است و اساساً فرض بروز اختلاف منتفی است، از سال ۱۳۵۲ این امکان فراهم شد که دادستان^۲ نیز متولی تحقیق برخی از جرایم شود و به این ترتیب

۱. ماده ۶۲ قانون اصول تشکیلات دادگستری بیان می‌داشت: «وکلاهی عمومی و معاونین از حیث اظهار عقیده و رأی تابع نظر مدعی العموم هستند و در موقع حضور در محکمه به نام مدعی العموم بیان عقیده می‌نمایند.»

«وظایفی را که دادیار به عنوان نمایندگی دادرسی و به نام دادستان انجام می‌دهد اصولاً و برحسب ظاهر از طرف او تلقی می‌شود و در حقیقت اقدامی است که از طرف دادرسی به عمل آمده...» حکم شماره ۲۹۴۵ - ۱۳۱۹/۸/۶ اصول قضایی دیوانعالی کشور - محمد بروجردی عبده، ص ۲۶۰.

۲. تبصره ۳ ماده ۴۰ قانون آیین دادرسی کیفری سال ۱۳۵۲ بیان می‌داشت: «از تاریخ اجرای این قانون بازپرس (جز دادرسی دادگاه بخش مستقل که به جانشینی بازپرس انجام وظیفه می‌کند) به جرائمی رسیدگی می‌کند که محاکمه آنها راجع به دادگاه جنایی است (امور جنایی و جنبه‌هایی که به تبع امر اجرایی رسیدگی به آن در صلاحیت دادگاه جنایی است) و در غیر این موارد ارجاع پرونده به بازپرس مجاز

از دایره صلاحیت‌های بازپرس کاسته شد. این امر که در اصلاحات اخیر نیز به چشم می‌خورد^۱ قابل انتقاد است، زیرا بین دو مرحله تحقیق و تعقیب اجتماع حاصل شده و عملاً تعدد عقیده در جرایم مهم و غیرمهم متفاوت می‌شود. چه اینکه دادیاران تابع نظر دادستان بوده و حق مخالفت نداشته و حال آنکه در جرایم مهم‌تر بازپرس حق مخالفت داشته و در نتیجه جدال عقاید، و قضاوت دادگاه، عقیده صائب مشخص خواهد شد. به هر حال براساس بند ج قسمت ۳ ماده ۳ قانون اصلاحی قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱ «در صورت حدوث اختلاف بین بازپرس و دادستان در خصوص نوع جرم، حل اختلاف با دادگاه عمومی یا انقلاب محل خواهد بود» بر این مبنا رفع اختلاف جرایمی که ذاتاً در صلاحیت دادگاه انقلاب است برعهده این مرجع و سایر جرایم در صلاحیت دادگاه عمومی جزایی^۲ است.

در خصوص رفع اختلاف بین بازپرس و دادسرای نظامی حکم موضوع متفاوت است. قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری (مصوب سال ۱۳۷۸) ناظر به دادرسی نظامی نیست و این مرجع از شمول قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۷۳ و اصلاحیه سال ۱۳۸۱ خارج است.^۳

نیست. مع الوصف در صورت تغییر عنوان اتهام و یا صدور قرار منع یا موقوفی تعقیب نیست به اتهام جنایی که توأم با امر جنحه باشد، بازپرس نمی‌تواند از رسیدگی به اتهام جنحه امتناع نماید و به هر حال در صورت اختلاف نظر در باب صلاحیت موضوع این تبصره بازپرس طبق نظر دادستان به رسیدگی ادامه خواهد داد...».

۱. بند «و» ماده ۳ قانون اصلاحی قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۸۱ بیان می‌دارد:

«تحقیقات مقدماتی کلیه جرایم برعهده بازپرس می‌باشد در جرایمی که در صلاحیت رسیدگی دادگاه کیفری استان نیست دادستان نیز دارای کلیه وظایف و اختیاراتی است که برای بازپرس مقرر می‌باشد...» براساس تبصره ۱ الحاقی به ماده ۲۰ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۸۱ «رسیدگی به جرائمی که مجازات قانونی آنها قصاص عضو یا قصاص نفس یا اعدام یا رجم یا صلب و یا حبس ابد باشد و نیز رسیدگی به جرائمی که مجازات قانونی آنها قصاص عضو و یا قصاص نفس یا اعدام یا رجم یا صلب و یا حبس ابد باشد و نیز رسیدگی به جرائم مطبوعاتی و سیاسی ابتدا در دادگاه تجدیدنظر استان به عمل خواهد آمد و در این مورد دادگاه مذکور «دادگاه کیفری استان» نامیده می‌شود...»

۲. ماده ۴ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب اصلاحی سال ۱۳۸۱ بیان می‌دارد: «هر حوزه قضایی که دارای بیش از یک شعبه دادگاه عمومی باشد آن شعب به حقوقی و جزایی تقسیم می‌شوند دادگاه‌های حقوقی صرفاً به امور حقوقی و دادگاه‌های جزایی فقط به امور کیفری رسیدگی خواهند نمود...»

۳. تبصره ۲ (اصلاحی سال ۱۳۸۱) به قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۸۱

بنابراین برای یافتن حکم موضوع باید به قانون آیین دادرسی کیفری سال ۱۳۹۰ مراجعه کرد. ماده ۳۸ این قانون در خصوص اختلاف نظر بین بازپرس و دادستان در مورد نوع جرم اعلام می‌دارد: «... در هر مورد بین مدعی‌العموم و مستنطق راجع به نوع جرم اختلاف باشد دوسیه برای انجام محاکمه به محکمه که مدعی‌العموم آن را صالح می‌داند رجوع خواهد شد.»

از لحن عبارات و توجه به صدر ماده مذکور می‌توان به این عقیده دست یافت که نظر دادستان متبع بوده و براساس شخص دادستان پرونده به دادگاه صالح ارجاع می‌گردد. اداره حقوقی قوه قضاییه در قسمت اخیر نظریه شماره ۷/۶۲۳۲ مورخه ۱۳۶۸/۲/۱۲^۱ در این خصوص بیان داشته است: «تعیین عنوان جرم با مرجع حل اختلاف نیست.»

ه) نقش دادگاه در توصیف جرم

پس از آنکه تحقیقات مقدماتی خاتمه یافت و عقیده بر مجرمیت بود، قرار مجرمیت صادر و کیفرخواست تنظیم می‌گردد. کیفرخواست ادعای نام دادستان است که بر آن مبنا خواستار صدور حکم محکومیت می‌گردد.

اگرچه در متن کیفرخواست نوع اتهام و دلایل آن ذکر می‌شود اما این امکان وجود دارد که دادگاه اعتقادی به عنوان اعلامی دادسرا نداشته و عمل متهم را با عنوان جزایی دیگر منطبق بداند به عنوان مثال کیفرخواست بر مبنای بزه جعل و استفاده از سند مجعول صادر می‌شود اما دادگاه عمل مرتکب را کلاهبرداری می‌داند.

این نحو تشخیص که متضمن عدول از کیفرخواست است نوعی از توصیف جرم تلقی می‌شود که پیرامون آن وحدت نظر وجود ندارد.

از یکسو ذکر نوع اتهام و دلایل آن و مواد قانونی مورد استناد در متن کیفرخواست این

بیان می‌دارد:

«رسیدگی به جرایم داخل در صلاحیت دادگاه‌های نظامی از شمول این قانون خارج است و در دادسرا و دادگاه نظامی انجام می‌شود.»

۱. غلامرضا شهری، ستوده چهرمی، سروش، نظرات اداره حقوقی قوه قضاییه در زمینه مسائل کیفری، ج ۱، ص ۴۵ اگر اختلاف بین دادستان و بازپرس نسبت به نوع جرم باشد پرونده با کیفرخواست به دادگاهی فرستاده می‌شود که دادستان صالح تشخیص دهد (غلامرضا ضرابی، آیین دادرسی کیفری، ص ۱۳۰).

موضوع را القای می‌کند که دادگاه صرفاً در چهارچوب کیفرخواست به موضوع رسیدگی نموده و اساساً حق عدول از آن را ندارد. چه اینکه احتمال دارد دلایل اتهام بزه مورد نظر دادگاه با بزه مذکور در کیفرخواست متفاوت بوده و عملاً جمع‌آوری دلایلی که به نفع متهم بوده است، مغفول مانده باشد. علاوه بر این در مورد جرایمی که براساس شکایت شاکی خصوصی رسیدگی آغاز شده است، ممکن است توصیف دادگاه موجب انقلاب عنوان عمومی به خصوصی گردیده و عملاً بدون شکایت شاکی به جرم خصوصی رسیدگی شود. ماده ۱ اصلاحی مواد الحاقیه به قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۱۲/۷/۱۲ در این رابطه بیان می‌داشت: «اقامه دعوی جزایی از طرف دادستان دادگاه را در حدود صلاحیت خود مکلف به رسیدگی و صدور حکم به همان جرم‌هایی می‌کند که در کیفرخواست قید شده و خارج از آن حق رسیدگی ندارد».

اداره حقوقی قوه قضاییه نیز با تکیه بر این ماده طی نظریه مشورتی شماره ۷/۱۴۸۱ مورخه ۱۳۶۴/۴/۱۷ بیان داشته است: «برابر ماده یک مواد الحاقیه به قانون آیین دادرسی کیفری دادگاه مکلف است به جرم‌هایی رسیدگی کند که در کیفرخواست دادرسی قید شده است و این ماده نه تاکنون لغو شده و نه از طرف شورای نگهبان مغایرت آن با شرع اعلام شده است. بنابراین اگر دادگاه برابر شق ۴ از ماده ۲۱۹ قانون آیین دادرسی کیفری شروع به رسیدگی به جرم جزایی نماید، باید مقررات ماده یک الحاقی را رعایت کند و خارج از کیفرخواست وارد رسیدگی نشود.»

در مقابل این عقیده می‌توان گفت:

دادسرا صرفاً دلایل اتهام را جمع‌آوری و طریق دادرسی را هموار می‌کند اما برای دادگاه محدودیت ایجاد نمی‌کند. مهم‌ترین مرحله رسیدگی به دعوی جزایی که تطبیق واقع با قانون است توسط دادگاه صورت می‌پذیرد و اساساً دلیلی که دادگاه را به تبعیت از کیفرخواست ملزم نماید وجود ندارد. ماده ۱ اصلاحی مواد الحاقیه به قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۱۲/۷/۱۲ نیز به موجب ماده ۳۰۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب سال ۱۳۷۸ نسخ شده و قابلیت اجرا ندارد.^۱

۱. ماده ۳۰۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری بیان می‌دارد:

مضافاً به اینکه براساس بند ح ماده ۳ قانون اصلاحی قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۸۱ مرجع رسیدگی به اختلاف دادستان و بازپرس در مورد نوع جرم دادگاه است و طبعاً موردی ندارد که اختیار دادگاه به حدوث اختلاف منحصر شود. می‌توان با تفسیر موسع این ماده دادگاه را مجاز به توصیف جرم دانست. به عقیده ما نظریه اول با سوابق تاریخی و مبانی آیین دادرسی کیفری سازگارتر است، ضمن اینکه در خصوص دادگاه‌های نظامی نیز قانون آیین دادرسی کیفری با اصلاحات بعدی قابلیت اجرایی داشته و می‌تواند ملاک عمل قرار گیرد.

(و) توصیف جرم و اعتبار امر مختوم کیفری


غایت مطلوب این است که شیوه‌ای برگزیده شود که نتیجه دادرسی همیشه با حقیقت موافق باشد و لازمه منطقی حفظ حقوق فردی این است که همواره راه تجدیدنظر از آراء نادرست باز باشد، ولی چون عقل سلیم حکم می‌کند که منافع عموم بر حقوق خصوصی افراد رجحان داده شود، علاوه بر این چون امکان اشتباه دادرسی دوم نیز وجود دارد، برای رسیدگی به هر دعوایی، پایانی معین شده و پس از قطعیت حکم طرح مجدد آن ممنوع گردیده است.^۱

چنین قاعده‌ای که از آن به اعتبار امر مختومه یاد می‌شود، در نظام دادرسی ایران به شدت متزلزل گردیده است^۲ و با کمال تعجب قانونگذار عهده‌دار ویرانی این نهاد دیرینه

«از تاریخ لازم‌الاجرای شدن این قانون دادگاه‌های عمومی و انقلاب فقط براساس این قانون عمل نموده و قانون آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۹۰ و اصلاحات بعدی آن و همچنین کلیه قوانین و مقررات مغایر با این قانون نسبت به دادگاه‌های عمومی و انقلاب لغو می‌گردد...»

۱. دکتر ناصر کاتوزیان، اعتبار قضیه محکوم بها در امور مدنی، ص ۱.

۲. تبصره ۲ ماده ۱۴ قانون اصلاحی قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۸۱ بیان می‌دارد:

درخواست تجدیدنظر نسبت به آراء قطعی مذکور در این ماده اعم از اینکه رأی در مرحله نخستین  صادر شده و به علت انقضای مهلت تجدیدنظرخواهی قطعی شده باشد یا قانوناً قطعی شده یا از مرجع تجدیدنظر صادر گردیده باشد باید ظرف یک ماه از تاریخ ابلاغ رأی به شعبه یا شعبی از دیوان عالی کشور که «شعبه تشخیص» نامیده می‌شود تقدیم گردد. شعبه تشخیص از پنج نفر از قضات دیوان مذکور به انتخاب رئیس قوه قضاییه تشکیل می‌شود.

در صورتی که شعبه تشخیص وجود خلاف بین را احراز نماید رأی را نقض و رأی مقتضی صادر می‌نماید. چنانچه وجود خلاف بین را احراز نکند قرار رد درخواست تجدیدنظر خواهی را صادر خواهد نمود. تصمیمات

شده است. شاید برای توجیه این اقدام به برتری عدالت «نظم» استناد شود. این توجیه ناصواب است. چه اینکه نهاد اعاده دادرسی^۱ طریقی برای پیوند نظم و عدالت است و نمی‌توان در مقام تعارض حقوق فردی و اجتماعی حق اخیر را فدای حق اول نمود.

به هر حال قانونگذار اعتبار امر مختومه را به عنوان یکی از جهات صدور قرار موقوفی تعقیب پذیرفته است^۱ اما ارکان و شرایط آن را تبیین نکرده است. رویه قضایی و دکترین در طول سال‌ها بر وحدت سه عنصر: اصحاب دعوا، سبب و موضوع برای تحقیق امر مختوم تأکید نموده است. حال باید دید اعتبار امر مختوم در توصیف جرم چه موقعیتی خواهد داشت. سخن در این جاست که اگر دادرسی عمل متهم را با عنوان جزایی خاص منطبق دانست و براساس آن تصمیم گرفت، آیا می‌توان مجدداً متهم را به ارتکاب همان عمل اما با عنوان دیگری تحت تعقیب و مجازات قرار داد؟

به عنوان مثال فردی به اتهام فروش مال غیر تحت تعقیب قرار می‌گیرد، علی‌رغم صدور کیفرخواست در دادگاه تبرئه می‌شود، این بار شاکی به عنوان کلاهبرداری شکایت

یاد شده شعبه تشخیص در هر صورت قطعی و غیرقابل اعتراض می‌باشد. مگر آنکه رئیس قوه قضاییه در هر زمان و به هر طریقی رأی صادره را خلاف بین شرع تشخیص دهد که در این صورت جهت رسیدگی به مرجع صالح ارجاع خواهد شد.

۱. ماده ۲۷۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب سال ۱۳۷۸ بیان می‌دارد: موارد اعاده دادرسی از احکام قطعی دادگاهها اعم از اینکه حکم صادره به مرحله اجرا گذاشته شده یا نشده باشد، به قرار زیر است:

الف) در صورتی که چند نفر به اتهام ارتکاب جرمی محکوم شوند و ارتکاب جرم به گونه‌ای است که نمی‌تواند بیش از یک مرتکب داشته باشد.

ب) در صورتی که شخصی به علت انتساب جرمی محکومیت یافته و فرد دیگری نیز به موجب حکمی از مرجع قضایی دیگر به علت انتساب همان جرم محکوم شده باشد به طوری که از تعارض و تضاد مفاد دو حکم صادره بی‌گناهی یکی از آن دو نفر محکوم احراز شود.

ج) جعلی بودن اسناد یا خلاف واقع بودن شهادت گواهان که مبنای حکم صادر شده بوده است، ثابت گردد.

د) در صورتی که پس از صدور حکم قطعی، واقعه جدیدی حادث یا ظاهر شود یا دلایل جدیدی ارائه شود که موجب اثبات بی‌گناهی محکوم علیه باشد.

ه) در صورتی که به علت اشتباه قاضی کیفر مورد حکم متناسب با جرم نباشد.

و) در صورتی که قانون لاحق مبنی بر تخفیف مجازات نسبت به قانون سابق باشد که در این صورت پس از اعاده دادرسی مجازات جدید نباید از مجازات قبلی شدیدتر باشد.

جدیدی را طرح می‌نماید، و قاضی تحقیق را در طریق تردید قرار می‌دهد. عمده‌ترین دلیل در خصوص منع رسیدگی به دعوی ثانی شمول قاعده امر مختومه است، پرواضح است که عمل مرتکب یکبار مورد ارزیابی قرار گرفته و پیرامون آن اظهار نظر شده است، نظری که واجد اثر کشفی است، به این معنا که در عالم اعتبار متهم فقط همان عملی را مرتکب شده است که دادگاه عنوان جزایی آن را یافته است. عادلانه نیست که برای عمل واحد^۲ مرتکب، چندین بار مورد تعقیب و مجازات قرار گیرد. اینکه ماده ۴۶ قانون مجازات اسلامی در فرض تعدد اعتباری تعیین مجازات اشد را پیش‌بینی کرده است، به همین دلیل است. سابقه قانونگذاری نیز این عقیده را تقویت می‌کند.

ماده ۴۰۶ قانون اصول محاکمات جزایی در این رابطه بیان می‌داشت: «هرگاه کسی برائت خود را از تقصیر در محکمه حاصل کرد، دیگر هیچ کس در خصوص این تقصیر حق تعرض به او را ندارد»

اندک ابهامی که در این ماده وجود دارد مربوط به مفهوم تقصیر است اما آیین دادرسی فرانسه در ماده ۳۶۸ (قبل از اصلاحات ۱۹۹۸) به صراحت در این خصوص اعلام داشته

۱. بند ۵ ماده ۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸/۶/۲۸.
 ۲. عمل واحد ممکن است نتایج متعددی در پی داشته باشد که هر یک جرم مستقلی محسوب گردد. بمب‌گذاری که به قصد تخریب ساختمان دولتی اقدام به بمب‌گذاری می‌کند، ولی موجب کشته و زخمی شدن دهها نفر می‌شود، تحت عناوین متعدد جزایی قابل تعقیب و مجازات است. گاهی عمل واحد موجب لطمه به حقوق افراد متعدد می‌شود. هر یک از این افراد به عنوان مدعی خصوصی حق طرح شکایت خواهد داشت اما تأخیر یکی و اقدام دیگری بحث‌برانگیز است. به عنوان مثال فردی اقدام به فروش مال دیگری می‌کند، مالک مال تحت عنوان کلاهبرداری شکایت می‌کند و رأی محکومیت متهم دایر بر حبس، جزای نقدی و رد مال صادر می‌شود. این بار خریدار مال علیه متهم به همان اتهام طرح شکایت می‌کند. شاید گفته شود موضوع مشمول قاعده امر مختوم نیست، زیرا وحدت اصحاب دعوا موجود نمی‌باشد. چنین عقیده‌ای موجب می‌شود مرتکب برای یک عمل دو بار مجازات شود. در مقابل این عقیده می‌توان گفت: طرق گوناگونی برای اطلاع دادستان از وقوع جرم و شروع تعقیب وجود دارد، و طبعاً پس از آغاز رسیدگی و اتخاذ تصمیم مقتضی، موضوع مشمول اعتبار امر مختوم خواهد بود. چه اینکه ممکن است حتی شاکی خصوصی نیز طرح شکایت نکرده باشد اما عملیات مربوط به تعقیب متهم رأساً توسط دادرسی آغاز گردیده باشد. بنابراین چون در مثال پیش گفته یکبار متهم مورد تعقیب و مجازات قرار گرفته است، تعقیب مجدد و مجازات وی توجیه قانونی ندارد.

است: «فردی که قانوناً تبرئه شده به همان واقعه حتی اگر وصف دیگری هم داشته باشد قابل تعقیب نمی‌باشد».

می‌توان با وضع چنین قوانین صریح و واضح از تعرض به حقوق افراد جلوگیری نمود. به هر حال به عقیده نگارنده موضوع قابلیت تفصیل بیشتری دارد.

به این نحو که باید بین تصمیمات دادسرا و دادگاه قائل به تفاوت شد. تصمیمات نهایی دادسرا گاهی به صورت قرار منع تعقیب به دلیل عدم کفایت دلایل است (که این تصمیم ماهیتاً موضوعی است) در این حالت در صورت کشف دلایل جدید و موافقت دادستان، یک‌بار دیگر می‌توان متهم را به همان اتهام سابق تحت تعقیب قرار داد.^۱

پرواضح است که در این حالت می‌توان وصف کیفری را تغییر و به عنوان دیگری خواستار تعقیب متهم شد. به عنوان مثال در مورد متهمی که در خصوص تقصیر وی دایر بر اختلاس به دلیل عدم کفایت دلایل قرار منع تعقیب صادر شده است، می‌توان به عنوان تصرف غیرمجاز در اموال دولتی خواستار تعقیب و مجازات وی شد.

به همین ترتیب اگر توسط دادگاه قرار ترک تعقیب صادر شود، شاکی مجدداً می‌تواند به همان عنوان یا عنوان دیگری طرح شکایت نماید.^۲ گاهی صدور قرار منع تعقیب به دلیل

۱. بند ۳ از قسمت ن ماده ۳ اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱ بیان می‌دارد: «... هرگاه به علت عدم کفایت دلیل قرار منع تعقیب متهم صادر و قطعی شده باشد دیگر نمی‌توان به همین اتهام او را تعقیب کرد، مگر بعد از کشف دلایل جدید که در این صورت فقط برای یک مرتبه می‌توان به درخواست دادستان وی را تعقیب نمود هرگاه دادگاه تعقیب مجدد متهم را تجویز کند بازپرس رسیدگی و قرار مقتضی صادر می‌نماید این امر مانع از رسیدگی به درخواست ضرر و زیان مدعی خصوصی نمی‌باشد».

«رویه سابق» مطابق ماده ۱۸۰ اصول محاکمات جزایی متهمی که به واسطه فقد دلیل کافی قرار منع تعقیب درباره‌اش صادر شده باشد، دیگر نمی‌توان او را تعقیب نمود مگر با اجازه محکمه استیناف آن هم در صورتی که دلیل کافی جدیدی کشف شود. ماده مزبور اساساً به تعقیب را در صورت وجود موجبات آن به طور مطلق اجازه داده و ممنوعیت طرح زائد بر یک نوبت از آن ماده و مواد دیگر قانون استفاده نمی‌شود (حکم شماره ۱۰۵۶ - ۱۳۱۷/۵/۵ - اصول قضایی دیوان عالی کشور - محمد بروجردی عبده - ص ۲۱۴)

۲. تبصره ۱ ماده ۱۷۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری بیان می‌دارد:

جرم نبودن عمل است. در این حالت موضوع مشمول قاعده امر مختوم کیفری است و امکان طرح مجدد موضوع وجود دارد.

و اما، در خصوص موارد صدور قرار موقوفی تعقیب در موارد (فوت متهم - گذشت شاکی - عفو - نسخ مجازات و مرور زمان) می‌توان گفت در مورد مرور زمان اگر دلایلی ارائه شود که عنوان جرم را از بازدارنده به حدود الهی تغییر دهد امکان تعقیب مجدد تحت عنوان جدید وجود دارد.^۱ و در سایر موارد به نظر می‌رسد امکان تعقیب و مجازات مجدد وجود ندارد. چه اینکه اگر مقصود قانونگذار خلاف این بود همچون قرار منع تعقیب به دلیل عدم کفایت به آن اشاره می‌کرد.

در مورد تصمیمات دادگاه نیز می‌توان به اعتبار امر مختومه پای‌بند بود و طرح مجدد موضوع را بی‌وجه دانست. شاید گفته شود وحدت سبب که یکی از شرایط تحقق قاعده موصوف است، به معنای اشتراک عناصر قانونی و مادی در اتهام جدید و جرم سابق است و چون چنین اشتراکی در توصیف جرم وجود ندارد، مانعی برای تعقیب مجدد نیست نمونه‌هایی که بر این مبنای ذکر می‌شود، تردید را دو چندان می‌کند. به عنوان مثال فردی به اتهام ایراد صدمه شدید بدنی تحت تعقیب و مجازات قرار می‌گیرد اما پس از مدتی مجنی علیه فوت می‌کند، در این حالت تمسک به قاعده اعتبار امر مختوم نادرست است، زیرا نتایج حاصل از عمل مرتکب در عنوان عنصر مادی جرم مؤثر است و تجاوز آثار عمل

« در صورت درخواست مدعی مبنی بر ترک محاکمه، دادگاه قرار ترک تعقیب صادر خواهد کرد. این امر مانع از طرح شکایت مجدد نمی‌باشد».

۱. حفظ قوانین و احکام الهی در نظام قضایی ایران از آنچنان اهمیتی برخوردار است که موجب شده رویه قضایی در این رابطه مرزهای اصلی قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها را درنوردد و قوانین مربوط به این موضوعات را عطف بماسبق نماید. رأی وحدت رویه شماره ۴۵ - ۱۳۶۵/۱۰/۲۵ که در حکم قانون تلقی می‌شود، در این رابطه بیان می‌دارد: «ماده ۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱ که مجازات و اقدامات تأمینی و تربیتی را بر طبق قانونی قرار داده که قبل از وقوع جرم وضع شده باشد منصرف از قوانین و احکام الهی از جمله راجع به قصاص می‌باشد که از صدر اسلام تشریح شده است. بنابراین رأی شعبه چهاردهم دیوان عالی کشور که حسب درخواست اولیای دم و به حکم آیه شریفه «ولکم فی القصاص حیات یا اولی الالباب» بر این مبنا به قصاص صادر گردیده صحیح تشخیص می‌شود...» با این وصف به نظر می‌رسد تغییر عنوان مجازات بازدارنده به یکی از جرائم مربوط به حدود و حقوق الهی موجب جواز تجدید تعقیب می‌شود. چه اینکه «وصف مجازات بازدارنده» اساس صدور قرار موقوفی تعقیب است.

به نتیجه‌ای که مورد رسیدگی و امعان نظر دادگاه قرار نگرفته است، نمی‌تواند اثر اعتبار امر مختومه داشته باشد.^۱

اداره حقوقی قوه قضاییه در همین رابطه چنین اظهار نظر کرده است: «در جرایمی که نتایج و آثار عمل مرتکب از ارکان محقق جرم است حکم قطعی فقط در حدود نتایجی که ضمن رسیدگی دادگاه ملحوظ و قابل پیش‌بینی بوده اعتبار قضیه محکوم بها را دارد».

نتیجه

در طی سه دهه گذشته نظام دادرسی ایران دچار تحولات و اصلاحات زیادی شده است. متأسفانه در برخی موارد اصلاحات با شکست مواجه گردیده و رجعتی به گذشته صورت گرفته است. چنین روندی که افتان و خیزان ادامه دارد سبب بی‌توجهی نسبت به برخی از مسائل مهم آیین دادرسی مانند مسأله توصیف جرم شده است. موضوعی که مستقیماً به حقوق فردی اشخاص ارتباط داشته و آزادی ایشان را در بند تعبیرها و تفسیرهای متفاوت قرار می‌دهد.

شاید در آتیه در قانون جامع آیین دادرسی کیفری که با استمداد از بیش از هفتاد سال تجربه اجرای قانون آیین دادرسی کیفری تهیه می‌شود، موضوع توصیف جرم مورد توجه قرار گیرد.

در حال حاضر در این زمینه تحقیقات، اندک و پراکنده است، رویه قضایی شکل مشخصی به خود نگرفته و تشتت آرا موجب حیرت و سرگردانی شده است.

نگارنده این سطور کوشیده تا ضمن تبیین موضوع نظرات متفاوتی را که در ارتباط با موضوع توصیف جرم وجود دارد مطرح نموده و امیدوار باشد اولاً خلاً قانونی مربوط به این موضوع برطرف گردد؛ ثانیاً باب مباحثه و مناظره پیرامون موضوع گشوده شود، ثالثاً قضات منصف با تکیه بر اصول عادلانه کیفری به نحوی قانون را تفسیر نمایند که حقوق متقابل فردی و اجتماعی محافظت گردد.

۱. دکتر منوچهر خزایی، اعتبار امر مختوم در امور دعوی کیفری، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۱۲ - ۱۱، ص ۱۰۰.

ترجمه

خلاصه قانون سردفتران در آلمان (قانون فدرال)

دکتر حسینقلی حسینی نژاد

چکیده:

سردفتر در حقوق آلمان برخی از اعمال حقوقی را که به منظور اهمیت حقوقی و احتراز از ایجاد دعاوی است، به عهده دارد، از همین روی فعالیت رسمی سردفتر عمدتاً تنظیم اسناد و گواهی اسناد از هر قبیل است مانند گواهی مجمع شرکت‌های تجاری، قرارداد و تصدیق وصیت و امضاء و اثر انگشت. اسناد یعنی تطبیق رونوشت با اصل و گواهی فهرست اموال و برداشتن و مهر کردن، قبول اعتراض، برات یا چک و ابلاغ اظهارنامه و صادر کردن گواهی در مورد وقایعی که رسیدگی بدان‌ها قانوناً محول شده است. سردفتران هم چنین درباره تنظیم سند انتقال اموال و صادر کردن سند مربوط به رهن و اجرای مزایده مالباخته صلاحیت دارند. سردفتری شغلی رسمی است و مهوری که حاکی از این امر است، نیز دارد، ولی با این همه مأمور رسمی دولت نیست. انتصاب سردفتران به موجب فرمانی از طرف وزیر دادگستری است. انتصاب برای محلی معین است که معمولاً صلاحیت دفتر با این فرمان حوزه قضایی یک محکمه ایالت را شامل می‌شود سردفتر غیر از حوزه مأموریت خود می‌تواند با موافقت هیأت نظارت یا در موارد فوری پاره‌ای از کارهای قضایی را به عهده بگیرد. کسانی که شرایط احراز شغل قضا را داشته باشند، می‌توانند سردفتر شوند. رئیس دادگستری ایالتی سردفتر و رئیس دادگستری شهرستان و وزیر دادگستری ایالتی به عنوان شورای نظارت حق نظارت بر کار سردفتر را دارند.

سردفتر موظف است اسناد و دفاتر خود را در اختیار هیأت نظارت یا نماینده آن هیأت یا قاضی که از طرف هیأت نظارت در بازرسی دارد دفتر خود را ارائه و به تخلف سردفتر مانند تخلفات قاضی رسیدگی می‌شود. در ایالات آلمان وکلای دادگستری را به

سردفتری می‌گمارند، ولی در جنوب آلمان سردفتری شغلی مستقل است و معمولاً این گونه سردفتران در حکم مأمور دولت نیستند. چنانکه دیدیم سردفتر در قانون آلمان باید به اندازه قاضی شرایط احراز شغل قضا را داشته باشد تخلفات او را هیأت نظارت رسیدگی می‌کند و احکامی که در این زمینه از طرف هیأت نظارت صادر می‌شود مناسب با تخلفی است که سردفتر مرتکب شده است و اگر عمل او جرم باشد پرونده به دادگستری ارجاع می‌شود و احکامی که هیأت نظارت صادر می‌کند از انفصال موقت تا انفصال دائم تغییر می‌کند.

خلاصه‌ای از «وظایف سردفتر» مقتبس از (فرهنگ حقوقی آلمان)

قسمت اول

۱ - فصل اول، انتصاب سردفتر

ماده ۱ - مأموری مستقل، عمومی برای ثبت اسناد امور حقوقی و وظایف دیگر در حوزه‌های مقرر در ایالت منصوب خواهد شد به نام سردفتر.

ماده ۲ - سردفتر، اگر حکمی دیگر نباشد ناگزیر است که فقط مطابق احکام این قانون رفتار کند. هر سردفتر اعم از زن و مرد باید مهر و نشانه شغل خود را داشته باشد. شغل سردفتر با دلالی و کاسبی همراه نیست.

ماده ۳ - ۱) سردفتران به اجرای اعمال مهم حقوقی منصوب می‌شوند. ۲) در حوزه دادگاه که سردفتران برای کارهای فرعی مأمور می‌شوند، می‌توانند در دوران مأموریت در حوزه دادگاه به عنوان سردفتر و وکیل دادگستری کار کنند.

ماده ۴ - انتصاب تعداد سردفتر بستگی به نیاز محل دارد. در این انتصاب باید میان انتخاب داوطلبان سردفتری، سابقه کار در دفتر و حفظ نهاد سردفتری قدیم هماهنگی وجود داشته باشد.

۵ - فقط اتباع آلمان به سردفتری منصوب می‌شوند مشروط بر اینکه صلاحیت تصدی شغل قضا را مطابق قانون آلمان داشته باشند.

۶ - ۱ - فقط کسانی به سردفتری منصوب می‌شوند که از نظر شخصیت و سابقه اجتماعی خود برای تصدی شغل سردفتری لیاقت داشته باشند. داوطلبان می‌توانند در آغاز کار برای اولین بار به سردفتری منصوب شوند و این در صورتی است که پس از انقضاء

مهلت کارآموزی شصت سال تمام داشته باشند.

۲- در مورد ماده ۳ بند ۲ کسانی می‌توانند پس از انقضای مهلت کارآموزی به سردفتری منصوب شوند که شصت سال تمام داشته باشند که:

۱- لااقل پنج سال اجازه وکالت داشته باشند.

۲- لااقل با نظارت دادگاه شهرستان کار عمده آنان وکالت دادگستری باشد.

۳- انتخاب از میان چندین داوطلب سردفتری تابع استعداد شخصی و فنی داوطلب خواهد بود. با توجه به معلومات حقوقی و امتحاناتی که داده تجاربی که در کارآموزی سردفتری فرا گرفته‌اند در موارد بند ۲ داوطلبان می‌توانند به دوره‌های آموزش آمادگی سردفتری که از طرف سازمان وکلا تشکیل یافته است و موقعیت‌هایی که در این زمینه به دست آورده‌اند، استناد کنند. مدت در دوره کارآموزی در مورد ماده ۳ بند ۱ و مدت کارآموزی وکالت در مورد بند ۲ و ۳ در نظر گرفته می‌شود. مقامات اداری ایالت و یا مقام معین شده از طرف آنها می‌توانند مدت خدمت در سازمان دفاع و مدت رسیدگی به بیماری اقرباً مخصوصاً مدت مرخصی برای آموزش و مدت مرخصی متفاوت از کار وکالت برای زنان به علت آبستنی یا پرستاری کودک و همچنین مدت اعتصاب را ممکن است جزء مدت کار به شمار آورد.

ماده ۶ الف - اگر داوطلب نتواند دلیلی برای بیمه کار خود اعم از دائم یا موقت ارائه دهد درخواست او برای سردفتری پذیرفته نمی‌شود.

ماده ۶ ب - داوطلب یا باید کتباً اعلام کند که این درخواست برای تعطیل کار مطابق ماده ۴۸ نخواهد بود. ۲ - حکم انتصاب باید در مدت مقرر در درخواست یا در مهلت مقرر از طرف وزارت دادگستری صادر شود. ۳ - اگر داوطلبی بدون تقصیر از ادامه کار خود محروم شود و مهلت بگذرد، می‌تواند مهلت دیگر درخواست کند و دلایل درخواست باید ذکر شود و یک‌ماه پس از تسلیم این درخواست دوباره کارآموز شناخته می‌شود. ۴ - هنگام انتخاب چند داوطلب فقط شرایطی در نظر گرفته می‌شود که در جریان زمان کارآموزی مطابق بند ۳ - ۶ ذکر شده است. فرمانداری شهر می‌تواند در مورد ماده ۷ بند ۱ مورد تخفیف را معین کند.

ماده ۷ -

۱ - برای اعمال شغل سردفتری (بند ۴) مطابق قاعده فقط کسانی باید منصوب شوند که سه سال با سمت معاون سردفتر کار کرده باشند و مقیم ایالتی باشند که در آن به سمت سردفتر گماشته می‌شوند.

۲ - انتخاب از میان چند داوطلب برای کارآموزی منوط است به استعداد شخصی و فنی داوطلب، مخصوصاً تعلیمات و خدمات حقوقی، از جمله توفیق در امتحانات دولتی، داوطلب باید در درخواست ذکر کند که وضع او با شرایط مقرر در بند ب و ۲ تا ۴ - ۶ تطبیق می‌کند و همچنین در این درخواست ذکر کند که دادگستری ایالتی در فهرست اسامی داوطلبان نام او را برای تصدی شغلی برای مدت معین ثبت کرده است. این ثبت نام معمولاً علنی باید باشد.

۳ - معاون سردفتر هنگام کارآموزی باید رابطه‌ای حقوقی با ادارات دولتی داشته باشد و مانند سردفتر به استثناء موارد مذکور در ماده ۱۹ همان وظایف سردفتر را اجرا کند.

۴ - سردفتر از طرف مقامات دادگستری ایالتی پس از استماع نظر کانون سردفتران به سمت معاون سردفتر منصوب می‌شود و رئیس دادگستری سردفتری را که باید این معاون با وی کار کند معین می‌کند و با فشردن دست او ایفاء وظایف معاونت را به وی می‌سپارد.

۵ - معاون سردفتر هنگام کارآموزی رابطه حقوقی و رسمی با دولت دارد جز در موارد مذکور در ماده ۱۹ که وظایف عمومی است سردفتر وظایف دیگر را هم عهده‌دار می‌باشد و از زمان انتصاب به معاونت برای دوره کارآموزی باید حقوقی که با حقوق قاضی کارآموز مساوی باشد، دریافت کند. کانون سردفتران این حقوق را برحسب مورد و با توجه دفتر و مقام و منزلت خود سردفتر به معاون سردفتر می‌پردازد.

۶ - سردفتر می‌تواند به معاون سردفتر وظایف یکی از کارهای دوره کارآموزی را به وی محول کند تعلیمات بعدی معاون سردفتر را مقام اداری ایالت یا مقام مأمور از طرف او برحسب سلسله مراتب، معین می‌کند کانون سردفتران در این مورد باز برحسب دفتربار به صورت جمعی یا فردی اجرت کار معاون را می‌پردازد:

ماده ۶ - دوره کارآموزی در موارد زیر پایان می‌پذیرد.

۱- با انتصاب به سردفتری

۲ - با اخراج از خدمت

ماده ۷ - اخراج یا معافیت از کارآموزی، شفاهی صورت می‌گیرد که خود معاون (دفتریار) درخواست کند و هنگامی کارآموزی پایان می‌یابد که: ۱- کارآموز به سردفتری منصوب شود ۲- بدون دلیل معقول، در مهلت مقرر از طرف مقامات قضایی سر کار حاضر نشود و مهلت هم نمی‌تواند بیش از دو ماه باشد ۳ - پس از گذراندن دوره کارآموزی سه ساله بدون دلیل موجه در محل خدمت معین شده از طرف مقام قضایی در محل حاضر نشود؛ محلی که قبلاً معین شده و محل را هم دیگری طالب نیست.

ماده ۸ - سردفتر نمی‌تواند با سمت سردفتری شغلی موظف داشته باشد. مقام قضایی می‌تواند با نظر کانون سردفتران کاری دیگر را به سردفتر بدهد در این صورت سردفتر نمی‌تواند شخصاً این کار را انجام دهد. ۲- سردفتر می‌تواند جز سردفتری کار دیگری داشته باشد و ماده ۳ بند ۲ قابل تغییر نیست سردفتر می‌تواند با حفظ شغل خود وکالت امور مربوط به پروانه اختراع و مشاوره مالیاتی و اقتصادی و کارشناس قسم خورده دفترداری را انجام دهد. ۳- سردفتر نمی‌تواند کاری جنبی با دریافت حقوق مخصوصاً کار مربوط به فعالیت تجاری را برعهده گیرد. ۴- اشتغال به هر کار تجاری اعم از عضویت یا نظارت در شرکت‌های تجاری و اقتصادی از هر قبیل و هر نام برای سردفتر مجاز نیست. اگر فعالیت سردفتر مطابق ماده ۱ با کار رسمی سردفتر متمایز باشد یا استقلال و بی‌طرفی او را به خطر بیندازد اجازه او را الغاء می‌کنند. قبل از تصمیم نظر کانون سردفتران گرفته خواهد شد. اجازه مجدد ممکن است مشروط به اخذ جریمه باشد یا مدتی معین سردفتر از کار خود معلق شود. قبول مشاغل نظیر وصایت، مدیریت در ورشکستگی، داوری، سرپرستی و همچنین مشاغل علمی و هنری و طراحی نیازی به اجازه ندارد.

۹ - سردفتران فقط با سردفتران حوزه مأموریت خود می‌توانند در ایفای وظایف

سردفتری شرکت داشته باشند و حتی یک دفتر مشترک داشته باشند. دولت ایالتی یا

مقامات مأمور از طرف این دولت می‌توانند با توجه به نیازهای حوزه خود وعادت اهالی این حوزه با آیین‌نامه‌ای مقرر دارند که سردفتران با اطلاع از نظر کانون سردفتران و با شورای نظارت مطابق ماده ۱ می‌توانند در مورد ایفای وظایف سردفتری یا شرکت در درآمد این وظایف با یکدیگر به طریق ذیل شریک شوند:

۱- در تعیین میزان مشارکت در کار؛ و میزان شرکت در دفتر مشترک و کارهای مربوط به پروانه اختراع و مشاوره مالیاتی، وکالت در امور مالیاتی، اداره شرکت و تأسیس آن و بررسی اقتصادی شرکت و بازرسی با خود شرکاء است. ۲- سردفترانی که وکالت هم می‌کنند فقط باید با اعضاء کانون سردفتران و مشاوران امور مالیاتی و کارشناسان اقتصادی و بازرسان قسم خورده دفاتر شرکت در ایفای کار خود شریک شوند.

۳- شرکت در ایفای وظایف سردفتری و شرکت در دفتر کار سردفتر فقط هنگامی مجاز است که شخصیت و رهبری کاری سردفتر و استقلال او آسیبی نبیند.

ماده ۱۰ - ۱) سردفتر باید برای ایفای وظایف خود حوزه‌ای را از شهر معین کند. در شهرهایی که بیش از صد هزار جمعیت دارند، سردفتر می‌تواند یک قسمت یا یک ناحیه را حوزه دفتر خود معین کند. تغییر محل دفتر کار سردفتر با نظر کانون سردفتران و موافقت خود سردفتر امکان دارد، ولی اگر به علت تخلف سردفتر حکمی صادر شده باشد موافقت سردفتر با تغییر محل دفتر لازم نیست. ۲) محل کار سردفتر باید چنان باشد که دفتر او در دسترس اهل آن محل باشد و اگر مصلحت معاملات حقوقی لازم بداند هیأت نظارت می‌تواند محل اقامتی برای سردفتر در نظر بگیرد ۳) سردفتر باید دفتر خود را در ساعات عادی کار باز نگاه دارد. ۴) سردفتر می‌تواند برای خود چندین دفتر داشته باشد، ولی این کار بدون موافقت شورای نظارت مجاز نیست.

ماده ۱۰ الف - حوزه صلاحیت سردفتر همان حوزه صلاحیتی است که دفتر در داخل آن قرار دارد. دادگستری محل می‌تواند برحسب حوائج حقوقی محل صلاحیت دفترخانه را کلی قرار دهد یا در مواردی خاص این محل را متغیر قرار دهد. ۲- سردفتر باید اسناد خود را در همان دفتر کار خود تنظیم کند مگر آنکه مصلحت خاص ارباب رجوع اقتضاء کند که

سند خارج از دفترخانه تنظیم گردد. ۳- تنظیم سند در خارج از دفترخانه را سردفتر باید به شورای نظارت یا با موافقت این شورا به کانون سردفتران که وی بدان تعلق دارد فوراً یا دلایل آن اطلاع دهد.

ماده ۱۱ - ۱- اگر حوزه صلاحیت دفترخانه همان حوزه صلاحیت ایالتی باشد که دفتر در آنجاست ۲- سردفتر فقط در صورتی می‌تواند اسناد را خارج از دفترخانه خود تنظیم کند که در تأخیر آفتی باشد یا شورای نظارت با آن موافق باشد ۳- تخلف از قانون موجب عدم اعتبار سند نیست، حتی اگر سردفتر سند را خارج از حوزه صلاحیت خود تنظیم کند.

ماده ۱۱ الف - سردفتر می‌تواند سردفتری را که خارج از حوزه صلاحیت او است، در کارهای او همراهی کند و حتی برای این کار از حوزه خود خارج شود، مشروط بر اینکه این کار با قواعد کشور مزبور مخالف نباشد. در این مورد نیز باید وظایفی را که به موجب قانون آلمان به عهده دارد رعایت کند. سردفتری که در خارج از حوزه صلاحیت سردفتر دیگر قرار دارد می‌تواند بر اثر تقاضای یک سردفتر مقیم داخل حوزه صلاحیت داخلی با او در ایفای وظایف سردفتری شرکت کند. بند ۱ این قانون با این کار موافق است و این سردفتر باید قواعد معتبر در سردفتری آلمان را رعایت کند.

ماده ۱۲ - در این مورد مقامات قضایی با مطالعه نظر کانون سردفتران ابلاغی به متقاضی تسلیم می‌کند. سند (ابلاغ) باید حوزه صلاحیت و مقر سردفتر و مدت اعتبار مأموریت سردفتر را در خارج از حوزه خود شامل باشد (ماده ۳ بند ۱ تا ۳).

ماده ۱۳ - ۱ - پس از تسلیم دلایل انتصاب خود، سردفتر باید این سوگند را نیز یاد کند: «من به خدای قادر متعال سوگند یاد می‌کنم که احکام قانون اساسی را محترم بدارم و وظایف یک سردفتر را به یاری خدا با رعایت عدالت و بی‌طرفی به جای آورم». ۲ - اگر قانون ایالتی، غیر از این متن سوگند را معتبر می‌داند، سردفتر که آن متن را از نظر مذهب خود معتبر می‌داند، می‌تواند آن متن را بخواند. سوگند می‌تواند بدون اعتقاد به مذهبی خاص ادا شود. ۳ - سردفتر سوگند را در حضور رئیس دادگاه حوزه مقر خود یاد می‌کند، قبل از سوگند نباید سردفتر به کاری پردازد.

پوزش و تصحیح

در مجله شماره ۵۷ در صفحه ۲۰۳ ترجمه‌ای تحت عنوان «نکاتی چند از نظام سردفتری در فرانسه» به چاپ رسید که نام جناب آقای احمدعلی سیروس به عنوان مترجم متن منکور در آن درج گردید؛ ضمن پوزش توقیراً به عرض می‌رساند که گردآوری و تهیه متن منکور توسط جناب آقای سیروس صورت گرفته لکن ترجمه آن توسط سرکار خانم دشتی از کارشناسان محترم اداره کل ثبت شرکتها و مالکیت‌های صنعتی به عمل آمده است.

مجله کانون

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

- بالا بردن سطح دانش و آگاهیهای سردفتران ودفتریاران
- فراهم نمودن زمینه اجرای بند یک ماده ۶۶ قانون دفاتر اسناد رسمی
- ایجاد رویه واحد در طرز اعمال قوانین از طریق درج نظریه‌های حقوقی و

قضایی

- نقد علمی و تحقیقی در مسائل حقوقی و قضایی
- بحث در قوانین خارجی و شرح و تطبیق آنها
- درج عقاید علمای حقوق و رویه قضایی کشورها
- نشر برخی از قوانین و مقررات رسمی و آرای دادگاهها
- انتشار سخنرانی‌ها و مصاحبه‌های علمی و حقوقی
- رفع مشکلات شغلی و حرفه‌ای سردفتران و دفتریاران

- مجله از پس فرستادن مقالات ارسالی معذور است.
- مجله در تلخیص و ویرایش مطالب ارسالی آزاد است.
- مقالات مجله صرفاً بیان‌کننده آراء و نظریات نویسندگان است.
- نقل مندرجات مجله با ذکر مأخذ آزاد است.

دعوت به همکاری

مجله کانون ضمن فراخوان سردفتیان، دفتریان، همکاران ثبتی، پژوهشگران، حقوقدانان، صاحبانظران و اهل قلم به همکاری، رعایت نکات زیر را در مقالات ارسالی توصیه می‌کند:

- ۱ - مقالات روی یک طرفه کاغذ و با خط خوانا و رعایت فاصله مناسب میان سطرها نوشته و در صورت امکان از ماشین تایپ استفاده شود.
- ۲ - محور اصلی مطالب قابل درج در مجله مسائل حقوقی عموماً و به طور اخص حقوق ثبت اسناد و املاک و امور دفاتر اسناد رسمی است. از این رو مقالات ارسالی باید به نحوی با موضوعات مذکور پیوند داشته باشد.
- ۳ - مقالات ارسالی نباید در نشریات دیگر چاپ شده باشد.
- ۴ - در صورتی که مطلب ارسالی ترجمه باشد، ضروری است که متن نیز همراه ترجمه ارسال شود.
- ۵ - مقالات و ترجمه‌ها - هرچند هم مفصل باشد - باید به طور یکجا ارسال گردد. مجله از انتشار مطالب مفصلی که به تمامی و یکجا ارسال نشود معذور است.
- ۶ - در تحریر و تدوین مقالات جنبه تحقیق و تحلیل و نیز شیوه‌های کتابت علمی و تذکر مأخذ و منابع - به شیوه معمول تحقیقاتی - رعایت شود، و توصیه می‌شود که با مطلب نام و مشخصات و آدرس نویسنده نیز همراه شود.
- ۷ - چکیده و کلید واژه‌ای از مقاله ارسالی را در حدود ۱۰۰ کلمه به دو زبان فارسی و انگلیسی تهیه و ضمیمه اصل مقاله ارسال فرمایند.

«برگه درخواست اشتراک ماهنامه کانون»

خواهشمند است تعداد شماره مجله کانون را برای اینجانب

..... به نشانی:

.....

کد پستی ارسال فرمایید. هزینه اشتراک طی

فیش شماره به مبلغ که اصل آن

پیوست می‌باشد، واریز شده است.

تلفن تماس:



۱ - هزینه اشتراک ۶ شماره ۶۰۰۰۰ ریال و ۱۲ شماره ۱۲۰۰۰۰ ریال

است.

۲ - هزینه اشتراک را به حساب ۳۱۴۳۱۴ بانک ملی شعبه میرزای

شیرازی به نام مجله کانون واریز فرمایید.

۳ - فرم اشتراک تکمیل شده را همراه با اصل فیش واریزی به صندوق

پستی ۱۱۵۱ - ۱۴۳۳۵ ارسال فرمایید.

۴ - کپی فیش واریزی را تا پایان دوره اشتراک نزد خود نگه دارید.

۵ - در صورت تغییر نشانی در اسرع وقت مجله را مطلع فرمایید.