

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



کانون

مجله خبری و تحلیلی در زمینه علوم انسانی
سال ۴۸ ، دوره دوم ، شماره ۶۲
تیرماه ۱۳۸۵

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

نشانی چاپخانه:

تهران، چهارراه سرچشمه، اول خیابان امیرکبیر،
پاساژ کبیر، زیرزمین چاپخانه مهنا

تلفن: ۳۳۱۹۷۵۸

شمارگان: ۳۰۰۰ نسخه

بها: ۱۰۰۰ تومان

صاحب امتیاز و مدیرمسئول:

کانون سردفتران و دفتریاران

مدیر اجرایی:

ناصر ناییبی

سر دبیر:

خسرو عباسی داکانی

همکاران این شماره:

مصطفی السان، مرتضی محمد حسینی طرقي،
دکتر حسینقلی حسینی نژاد، غلامعلی حیدرنیا
فتح آبادی، خسرو عباسی داکانی، محمود
محمدزاده، محمدرضا ملکی، بهروز نوروزی.

ویراستار ادبی: وحید امینی

حروفچین و صفحه آرا: فهیمه اسماعیلی

پایگاه اینترنتی کانون سردفتران و دفتریاران:

www.notary.ir

فهرست مندرجات

- سخن امروز ۴
سر دبیر

مقالات حقوقی

- تجارت الکترونیک و امضای الکترونیکی (بخش دوم و پایانی)..... ۱۰
محمود محمدزاده
- بررسی ماده ۲۹ قانون مدنی «تحلیل حقوقی حق انتفاع» (بخش دوم و پایانی)..... ۲۶
خسرو عباسی داکانی
- تلف مبیع پیش از قبض (ضمان معاوضی) (بخش دوم و پایانی) ۶۳
مرتضی محمد حسینی طرّقی
- آسیب شناسی امور ثبتی ۸۱
غلامعلی حیدرنیا فتح آبادی

ماهیت حقوقی و فقهی جعاله در نظام بانکی..... ۱۱۵
بهروز نوروزی

ترجمه

جایگاه عقد در قانون مدنی فرانسه ۱۳۲
نویسنده: باری نیکولاس

ترجمه: مصطفی السان

خلاصه قانون سردفتران در آلمان (بخش سوم) ۱۵۳
(قانون فدرال)

ترجمه: دکتر حسینقلی حسینی نژاد

تدوین: ناصر نایبی

سخن روز

چندی است که مجله کانون مورد انتقادات بسیاری قرار گرفته است. این موضوع تا آنجا که به خاطر دارم از چند سال قبل که برای نخستین بار از سوی جناب آقای سعیدی مدیرمسئول محترم مجله به عنوان عضو هیئت تحریریه مجله کانون انتخاب شدم و شروع به همکاری با مجله نمودم و حتی پیش از آن نیز در طول سالیان متمادی که از حیات اجتماعی و مطبوعاتی مجله می‌گذرد بنا بر گواهی همکاران محترم کماکان استمرار داشته است و با وجود آنکه تاکنون چندین بار در مدیریت مجله و اعضاء تحریریه آن تغییراتی صورت گرفته و همکاران قدیمی‌تر جای خود را به همکاران جدید داده‌اند اما آوای انتقاد بدون وقفه به گوش می‌رسد گویی این انتقادات جزئی از پیکره مجله را تشکیل داده و جزء لاینفک آن گردیده است. اما انتقاد کردن معمولاً به دو طریق متصور می‌باشد:

۱ - انتقاد کردن اگر به معنای نقد و بررسی علمی موضوع خاصی باشد و اشکالات و نقایص و ایراداتی که بر موضوع تحقیق وارد است با بیان علمی و در قالب یک مقاله یا پروژه تحقیقاتی و پژوهشی توأم با استدلال‌های استوار و متن با ذکر دلایل و شواهد کافی عرضه شود و منظور از آن آگاهی دادن به مخاطبین و دست‌اندرکاران موضوع مورد تحقیق درباره اشکالات و ایرادات شیوه‌های اجرایی، اهداف، ابزارها و روش‌ها و نیروی انسانی و برنامه‌ها و غیره باشد و این تحقیق توسط متخصصین و کارشناسان فن صورت گیرد بسیار مفید و سودمند بوده و می‌تواند در ترمیم و بهسازی و افزایش بهره‌وری و کاهش هزینه‌ها و

کسب بهترین و بیشترین نتایج از انجام امور و اصلاح امور و بازسازی نیروی انسانی و ایجاد سرعت لازم در رسیدن به اهداف موردنظر نقش اساسی و حیاتی داشته باشد.

۲ - اما اگر انتقادات از سوی اشخاصی مطرح شود که هیچ‌گونه تخصصی در خصوص موضوع خاص نداشته و تحصیلات آکادمیک و تخصصی در خصوص آن موضوع نداشته باشند و صرفاً تمایلات و تمنیات درونی خویش را که بعضاً ممکن است ناشی از حب و بغض‌ها و کینه‌ها و عداوت‌ها از برخی اشخاص و دست‌اندرکاران آن موضوع باشد و یا آنکه به دلیل وابستگی‌هایی که از جهت مادی و معنوی ممکن است نسبت به موضوع خاص داشته باشند از سر دلسوزی ممکن است نگرانی‌های خود را از انجام پاره‌ای از امور به صورت انتقاد مطرح نمایند و تقاضای انجام تغییر و تحولاتی را در خصوص موضوع خاص داشته باشند اما از آنجا که این قبیل انتقادات پشتوانه علمی و پژوهشی نداشته و تنها نمایانگر آرزوها و تمایلات درونی اشخاص می‌باشد بنابراین نمی‌توان براساس این گونه انتقادات نسبت به ایجاد تغییر و تحولات مورد نظر منتقدین در خصوص مورد اقدام نمود زیرا چه بسا به دلیل غیرکارشناسی و غیرحرفه‌ای بودن انتقادات مزبور عمل نمودن به مقتضای آن انتقادات منجر به نتایج منفی و از میان رفتن و تخریب اصل و اساس موضوع گردد هرچند در بسیاری از موارد نیز انتقادکنندگان گروه اخیر اساساً هدفی جز تخریب و نابودی سازوکار موجود ندارند و اغراض و اهداف خویش را در ورای واژه‌ها و عبارات عوام‌فریبانه پنهان می‌نمایند. اما چگونه می‌توان این دو نوع انتقاد را از هم تمیز داد؟

یکی از راه‌های تشخیص و تمیز این دو نوع استفاده از هم در نحوه بیان انتقادات می‌باشد اگر شخصی صاحب‌نظر و کاردان و خبیر هنگامی که نوشته‌ای از سوی نویسنده‌ای منتشر می‌شود که حاوی اشکالات و ایرادات متعددی است و حتی ممکن است آسیب‌هایی به برخی از بخش‌های جامعه وارد نماید، قلم به دست گرفته و با تهیه و تنظیم مقاله و یادداشتی کلیه انتقاداتی که بر آن نوشته وارد است و خطراتی که ممکن است از آن ناشی شود را با بیان علمی و با ذکر دلایل و مدارک بازگو نموده و آن نوشته را نقد نماید و

پیشنهادهای مناسب و قابل اجرایی را نیز در خصوص راه‌حل‌های اجتماعی مطرح نماید چنین انتقادی بدون شک سازنده و مفید و ضروری است و دست‌اندرکاران مورد انتقاد باید آن را به دیده‌ منت به گوش جان شنیده و به کار بندند تا اشتباهات و اشکالات خویش را رفع نموده و نقایص خود را جبران نمایند و اگر به این پند و اندرز مشفقانه که از سر تعهد و دلسوزی بیان شده است بی‌توجهی نمایند شایسته توبیخ و ملامت و سرزنش خواهند بود و در این صورت منتقد مزبور باید موضوع را تا بدانجا تعقیب و انتقادات خود را دنبال نماید که یا اصلاحات لازم در خصوص مورد صورت گیرد و یا آنکه پاسخی قانع‌کننده و مدلل و مستند برای انتقادات او از جانب انتقادشوندگان تهیه و ارسال شود. اما در انتقاد از نوع دوم، شخص منتقد هیچ طرح و نظریه مشخصی ندارد و از ارائه مطالب خود به صورت کتبی و توأم با دلیل و برهان و مدرک و به صورت مستند گریزان است و هیچ پیشنهادی برای بهبود اوضاع و اصلاح امور ندارد بلکه تنها وظیفه خود را در مخالفت کردن می‌بیند. او با هرچه و با هرکس به جز خویشان مخالف است و هر تریبی که حتی موافق با خواست وی نیز به عمل آید مورد خوشایند و پسند او قرار نخواهد گرفت. وی نسبت به هرچیز و هرکس انتقاد می‌کند خواه تخصص و تجربه کافی در خصوص مورد داشته و یا نداشته باشد بلکه او اساساً نسبت به تمام مسایل خود را صاحب نظر می‌داند. انتقاداتش تمامی ندارد و وظیفه خود می‌داند که مدام انتقاد نماید. اگر از او تقاضای استدلال یا دلیل و برهان یا سند و مدرک در خصوص اثبات ادعاهایش بخواهید چیزی برای ارائه ندارد و در عوض با جاروجنجال و مغلطه و غوغاسالاری سعی در مرعوب نمودن سؤال‌کننده دارد. تنها راه چاره را در آن می‌بیند که موضوع به دست او سپرده شود تا به دست با کفایت خویش آن را به سرمنزل مقصود برساند و در صورتی که امور به دست او سپرده شود از هرگونه انتقادی گریزان بوده و به شدت عصبانی می‌شود.

با این توصیف در مورد مجله کانون نیز ما با همین امر مواجه هستیم. خیل انتقاداتی که بی‌وقفه نسبت به مجله و امور آن به طور مستمر و طولانی وارد می‌شود عموماً از نوع

دوم می‌باشد و تاکنون حتی یک مورد هم برای نمونه انتقاداتی از نوع اول را شاهد نبوده‌ایم.

اولیاء مجله نیز هیچ ادعای درخصوص کیفیت مجله و دست‌اندرکاران آن ندارند و بی‌وقفه به تلاش‌ها و زحمات بی‌دریغ و بی‌آلایش خویش در راه انتشار شمارگان مجله ادامه می‌دهند و آنچه در چنته دارند در طبق اخلاص نهاده و عرضه می‌نمایند و مدام از دوستان و همکاران محترم در تمامی شماره‌های مجله درخواست همکاری و مساعدت و همفکری و تلاش در جهت بهبودی کمی و کیفی مجله و ارتقاء سطح علمی آن می‌نمایند. اما متأسفانه هر حرکتی که براساس انتقادات منتقدین و دوران‌دیشی دلسوزان در این راستا می‌نمایند مورد هجوم بی‌رحمانه منتقدین قرار می‌گیرد. برخی حتی لبه تیز انتقادات خویش را متوجه تعطیل نمودن مجله ساخته‌اند و غیرمنصفانه تمامی زحمات و تلاش‌های دست‌اندرکاران مجله را تخطئه می‌نمایند و چشم دوخته‌اند تا تعطیلی مجله را جشن بگیرند. همکاران عزیز در مجله با کمترین امکانات و وسایل و تعداد و هزینه کم‌اکان به تلاش‌های بی‌شائبه خویش در راه تداوم انتشار مجله ادامه می‌دهند و از هجوم معاندین و مغرضان نمی‌هراسند.

اما از دوستان متعهد و دلسوز و همکاران ارجمند و دانشمند خویش استدعای عاجزانه داریم که به مجله کانون، که در حقیقت نشریه خودشان می‌باشد، کمک و مساعدت نمایند و با ارسال مقالات و آثار و پیشنهادها و انتقادات سازنده خویش ما را در ادامه این راه خطیر و حساس یاری دهند و نگذاریم این شعله خاموش شود و با حضور و همکاری مجدانه خویش ما را در راه اعتلای علمی و عملی مجله کانون یاری دهند.

از آنجا که اخیراً بسیاری از مغرضان مخالفت خود را با ادامه انتشار مجله و با استفاده از بودجه کانون اعلام نموده‌اند و از اینکه مجله به صورت رایگان برای دفاتر اسناد رسمی در سراسر کشور ارسال می‌شود، در حالی که هیچ فایده‌ای علمی و عملی برای همکاران ندارد و در واقع به نظر ایشان این کار ائتلاف سرمایه‌های کانون تلقی می‌شود، ناخشنودی خویش

را ابراز داشته‌اند. به همین دلیل مدیریت مجله با موافقت هیئت مدیره کانون تصمیم گرفته است تا بودجه مجله را از محل فروش شمارگان مجله تأمین نماید تا هزینه‌های مجله بر بودجه کانون تحمیل نشود و شاید مغرضان از این انتقادات بی‌اساس و بی‌منطق لب فرو بندند. بنابراین از همکاران محترم و علاقه‌مند استدعا می‌نماید در صورت تمایل برای خرید مجله فرم‌های اشتراک را که در انتهای هر یک از مجلات منتشره درج گردیده را پر نموده و با ارسال هزینه اشتراک ما را در تداوم این تلاش مقدس و انتشار مجله کانون یاری رسانند. همچنین به اطلاع می‌رساند در نحوه انتشار مجله و مطالبات آن تغییراتی داده شده و با ایجاد تنوع در مطالب منتشره سعی در تأمین رضایت خاطر همکاران گرامی گردیده است که سلیقه‌های متفاوتی دارند و از شماره ۶۱ به بعد شما عزیزان می‌توانید رویکرد جدید مجله را شاهد بوده و با ارسال پیشنهادهای خویش ما را در انجام این مهم یاری نمائید. به امید روزی که مجله کانون در میان مجلات تخصصی کشور از جایگاه والا و ممتازی برخوردار شود. با سپاس فراوان.

خسرو عباسی داکانی

سردبیر مجله کانون

مقالات حقوقی

تجارت الکترونیک و امضای الکترونیک (بخش دوم و پایانی)

محمود محمدزاده^۱

اشاره

این مقاله درصدد بیان نحوه پیدایش و کاربرد تجارت الکترونیک و امضای دیجیتالی و الکترونیکی و قوانین مرتبط با آنها در روابط تجاری حاضر در جامعه جهانی است. در قانون مصوب کشورمان تعریف دقیقی از تجارت الکترونیک ارائه نشده است. ولی به اختصار از مطالعه کتب و مقالات می‌توان تجارت الکترونیک را به این نحو تعریف کرد که: «تجارت الکترونیکی اجرای فرآیندهای تعاملی بین سازمانی با استفاده از تجهیزات الکترونیکی است و به منزله چتری است که مجموعه‌ای از فرآیندهای الکترونیکی مشخص را در مسیر زنجیره تأمین از فروشنده تا مصرف‌کننده پوشش می‌دهد».

اکنون در بازار و تجارت جهانی از اینترنت جهت ارائه خدمات بهتر و آسان‌تر و نیز کاهش انواع هزینه‌ها معاملات استفاده می‌شود و...

امضای الکترونیکی؛ مبحثی دیگر از مقاله است که در مقام مقایسه امضاء الکترونیکی با امضاء اسناد عادی و رسمی و بررسی جایگاه امضای فوق در قانون تجارت الکترونیکی مصوب سال ۸۲ می‌باشد. همچنین بررسی صلاحیت و جایگاه قانونی و تجارب دفاتری که صدور گواهی امضای الکترونیکی در قانون برعهده آنان قرار داده شده و نقاط قوت و ضعف مواد قانونی مرتبط موضوع بخش دیگری از این مقاله را تشکیل می‌دهد.

واژگان کلیدی: تجارت الکترونیک، امضای دیجیتالی و الکترونیکی، تجارت جهانی،

اینترنت، آفلاین، آن‌لاین، وب WWW

۱. سردفتر اسناد رسمی ۴۹۵ تهران و عضو هیئت تحریریه مجله کانون سردفتران و دفتریاران.

MOHAMMAD.ZADEH34@YAHOO.com_MAHMOUD

مسائل بین‌المللی در تجارت الکترونیکی و مراجع حل اختلاف:

رویه‌های معمول در تجارت الکترونیک به صورت Online و عمدتاً به صورت Offline انجام می‌شود و به صورت عقد از راه دور^۱ که ایجاب و قبول راجع به کالاها و خدمات بین تأمین‌کننده (Supplier) و مصرف‌کننده (Consumer) با استفاده از وسائل ارتباط از راه دور^۲ است.

در این مراحل معمولاً مشکلی بروز نمی‌کند، اما بروز اختلافات در مراحل اجرا است از آنجایی که طرفین قرارداد معمولاً مقیم کشور واحدی نیستند قانون حاکم بر این اختلافات پیچیده‌تر از قوانین داخلی یک کشور است. و به اجبار به تعارض قوانین و قواعد و مقررات قرارداد منعقد شده باید مراجعه شود.

زمانی که خرید و فروش کالا و خدمات از مرزهای شهرها و کشور فراتر رفت و قراردادهای منعقد شده بین‌المللی گردید طرفین قرارداد در بیع بین‌المللی تمایل دارند که قرارداد به نحو احسن اجرا شود. اما در عین حال ارسال کالا از یک کشور به کشور دیگر به عنوان بخشی از روند معامله تجاری می‌تواند با خطرهایی همراه باشد. بر فرض اگر کالا به عللی از بین رفت و یا خسارت دید و یا از طرفی پرداخت ثمن کالا به عللی میسر نشد مرجع صالح حل اختلاف و حکمیت چگونه انتخاب و قانون حاکم کدام خواهد بود.

اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC) برای نخستین بار اینکوترمز (Incoterms) (اصطلاحات بازرگانی بین‌المللی) را در سال ۱۹۳۶ تهیه کرد که متداول‌ترین مجموعه استاندارد در مورد وظایف فروشنده و خریدار در قراردادهای فروش بین‌المللی کالا محسوب می‌شود. و شامل سیزده اصطلاح است که در چهار گروه C.F.E.D طبقه شده‌اند، که مجموعه‌ای استاندارد در مورد تعهدات فروشنده و خریدار می‌باشد.^۳

1. Distance Contract.

2. Means Of Distance Communication.

۳. ترجمه طارم‌سری، مسعود، اتاق بازرگانی بین‌المللی، اینکوترمز، چاپ و نشر بازرگانی، چ اول، سال ۷۹ پیشگفتار.

وظایف فروشنده و خریدار هر یک زیر ده عنوان یکنواخت تعیین شده و تمام مراحل اجرای یک قرارداد فروش بین‌المللی مثلاً تهیه کالا، انجام تشریفات گمرکی، انعقاد قرارداد حمل و بیمه، تهیه گواهی‌ها و اسناد مربوطه و تحویل کالا و پرداخت قیمت را دربرمی‌گیرد. که مورد پذیرش اکثر کشورهای جهان قرار گرفته و فروشندگان و خریداران بین‌المللی در قراردادهای منعقد شده به یکی از اصطلاحات مزبور اشاره و یا تصریح می‌نمایند. که در موارد عدیده از بروز اختلافات و اقامه دعوی جلوگیری می‌کند. علاوه بر اتاق بازرگانی بین‌المللی و اقدامات انجام شده توسط بازرگانان در جهت تدوین قواعدهای تجارت بین‌المللی، کوشش دول مختلف جهان نیز در این راه بی‌نتیجه نمانده است. دولت‌ها نیز در تجارت بین‌المللی قواعدی را تصویب کرده‌اند من جمله توافقنامه‌های دو جانبه «شرایط عمومی» منطقه‌ای و کنوانسیون‌های بین‌المللی معمولاً قرارداد دو جانبه متضمن پروتکلی (Protocol) است که در آن شرایط و نوع اعتبارات دولتی و یا خصوصی که به یکی از دولت‌های امضاءکننده اعطاء خواهد شد، معین می‌شود. از آنجا که این اسناد از ناحیه مقامات دولتی امضاء می‌شوند و به تصویب قوای قانونگذاری آنان می‌رسد. آنها را باید از منابع مهم و مستقیم حقوق تجارت بین‌المللی به حساب آورد.^۱

کشورهای اروپایی در اثر دخالت (شورای اقتصادی و اجتماعی) سازمان ملل متحد و از طریق کمیسیون اقتصادی برای اروپا که مرکز آن در ژنو است مبادرت به تهیه و تنظیم مجموعه‌هایی کرده‌اند تحت عنوان (شرایط عمومی بیع) که حاصل آن نزدیک کردن کلیه «شرایط عمومی» موجود در سراسر اروپا و مورد عمل بازرگانان بین‌المللی است. از خصایص بارز شرایط عمومی منطقه‌ای شباهت آنها به یکدیگر است.^۲ کنوانسیون‌های بین‌المللی نیز یکی از طرق مطلوب جلوگیری از منازعات ناشی از بیع بین‌المللی انعقاد کنوانسیون‌های چند جانبه است. انعقاد کنوانسیون به منظور وضع قواعد

۱. اسکینی، ربیعا، *حقوق تجارت بین‌الملل*، چاپخانه سپهر، سال ۷۱، صص ۲۲ - ۲۳.

۲. منبع پیشین، ص ۲۶.

ماهوی فراملی در خصوص بیع، قبل از هر چیز امکان می‌دهد، از مشکلات ناشی از مراجعه به نظام تعارض قوانین و کمبودهای آن کاسته شود، بدین ترتیب، قاضی یا داور رسیدگی‌کننده به اختلافات فی‌مابین طرفین، به جای رسیدگی و مرحله‌ای یعنی تعیین قانون ملی حاکم برقرار داد و سپس اجرای قانون در حل قضیه مختلف فیه مندرجات کنوانسیون حاکم بر بیع را مستقیماً به مرحله اجرا درمی‌آورد.

از کنوانسیون‌های معروف در خصوص موضوع می‌توان کنوانسیون لاهه که در سال ۱۹۶۴ منجر به امضاء (قانون متحدالشکل راجع به بیع بین‌المللی اشیای منقول مادی) شد و به لحاظ عدم موفقیت این کنوانسیون مواد آن منبع اصلی کنوانسیون وین که از طرف دول شرکت‌کننده در کنفرانس (کمیسیون سازمان ملل متحد برای حقوق تجارت بین‌المللی) (آنسیترال)^۱ (Uncitral) تحت عنوان (کنوانسیون سازمان ملل متحده راجع به قراردادهای بیع بین‌المللی کالاهای منقول) در سال ۱۹۸۰ با شرکت ۶۲ کشور در وین تشکیل گردید. با توجه به مطالب بیان شده حقوق و تعهدات و وظایف طرفین قرارداد در تجارت الکترونیکی از طریق اینترنت کاملاً مشخص نیست سیستم‌های بین‌المللی از طریق شبکه اینترنت به هم متصلند و رایانه‌ها در شبکه توسط یک سایت با تنوعی از ارتباطات با هم ارتباط برقرار می‌کنند.

ارتباطات جهانی رایانه‌ای با فناوری‌ها و اطلاعات نوین از مرزهای قراردادی و جغرافیایی فراتر رفته و قلمرو نوینی از فعالیت انسانی ایجاد کرده و در نتیجه، امکان اجرا قوانینی مبتنی بر مرزهای جغرافیایی و مشروعیت آنها را مختل و تضعیف کرده است. قوانین موجود در نظام‌های حقوقی کشورها از قبیل قواعد و مقررات حمایت از فروشندگان یا مصرف‌کنندگان، افراد و ارگان‌های دخیل در معاملات و سایر مقررات حقوق عمومی، تکلیف قسمتی از مسائل موارد تنازع را روشن کرده اما در خور موقعیت اختلافات و تنازعات نوین تجارت الکترونیکی نیستند. فرامرزی بودن قراردادهای اینترنتی، تعارض

1. United Nations Commission On International Trade Law.

قوانین (Conflict Of Law) در امر اختلافات حاصله به لحاظ دخالت عوامل خارجی را ناگزیر می‌سازد تعارض قوانین از مباحث حقوق بین‌المللی خصوصی^۱ است و خود این حقوق از روابط افراد در زندگی بین‌المللی بحث می‌کند، تعارض قوانین وقتی تحقق می‌یابد که در یک مسأله حقوق خصوصی یک یا چند عامل خارجی دخالت داشته باشد و آن را به چند کشور مرتبط سازد در چنین وضعی باید از بین چند قانون، قانون قابل اعمال را مشخص نمائیم.^۲ یعنی اول باید تشخیص دهیم قانونی که در مورد این مسأله خاص باید رعایت گردد قانون کدام یک از کشورهایی است که به نحوی در موضوع دخالت دارند.

اعضای اتحادیه اروپا به کنوانسیون سال ۱۹۸۰ رم (1980 Rome Convention) پیوسته‌اند که مقررات این کنوانسیون در وضعیت‌های مربوط به تعارض قوانین در تعهدات قراردادی قابل اجرا است. برخی از قواعد مهم تجارت فرامرزی از جمله تجارت الکترونیکی در این کنوانسیون در منازعات و اختلافات حاصله در تجارت الکترونیکی که در چند سال اخیر رشد خود را در اکثر کشورها شروع کرده کارساز نیست، زیرا فضای اینترنتی مکانی است که در آن پیام‌ها و صفحات وب در معرض دید مردم سراسر جهان قرار می‌گیرند. این مکان به تعبیری در داخل کشور و به تعبیر دیگر، در خارج از کشور است. با این وصف، می‌توان گفت: «مکان اینترنتی یا مجازی» در محل جغرافیایی به خصوص واقع نیست اما از طریق اینترنت در دسترس همگان قرار دارد. آن هم در همه جای دنیا.^۳

حقوق تجارت الکترونیک در قانون مصوب ۱۳۸۲ و نقش دفاتر اسناد رسمی :

تجارت که در اوایل اجتماع بشری فی‌مابین افراد محلی و منطقه‌ای و محدوده کشور خاص صورت می‌گرفته سبب شده که حقوق‌دانان، حقوق تجارت را جزء حقوق خصوصی داخلی بدانند هرچند قراردادهایی در امر تجارت با ملل دیگر انعقاد شود، که جزء حقوق

1. Private International Law.

۲. صفائی، سیدحسین، *حقوق بین‌الملل خصوصی*، نشر میزان، سال ۷۴، ص ۱۶.

۳. نوری، محمدعلی، و نخجوانی، رضا، *حقوق تجارت الکترونیکی*، کتابخانه گنج دانش، سال ۸۲، صص ۱۷۴ - ۱۷۵.

بین‌المللی است، ولی عموم نویسندگان حقوقی، حقوق تجارت را جز قوانین داخلی دانسته‌اند. آیا حقوق تجارت الکترونیکی که فروش کالاها و خدمات با رایانه و از طریق شبکه اینترنت که فراتر از مرزها قراردادی جامعه بین‌الملل و به صورت فعالیت‌های هدفمند و با کمک ابزار الکترونیکی و با داده‌های فنی صورت می‌پذیرد جزء دسته حقوق داخلی است یا باید از حقوق بین‌الملل به شمار آورد.

ماده یک قانون تجارت الکترونیکی در قلمرو قانون بیان می‌کند «این قانون مجموعه اصول و قواعدی است که برای مبادله آسان و ایمن اطلاعات در واسطه‌های الکترونیکی و با استفاده از سیستم‌های ارتباطی جدید به کار می‌رود»^۱ که در متن ماده از کلمات جامع و کلی و عام مانند اطلاعات که هر نوع اطلاعات در تمامی زمینه‌ها می‌تواند باشد (واسطه‌های الکترونیکی) شامل کلیه ابزار الکترونیکی موجود که به نحوی در ارتباط افراد نقشی دارند می‌باشند که از سیستم‌های ارتباطی جدید اعم از رایانه، تلویزیون، اینترنت وسایل مخابراتی که وسایل ارتباطی جدید نامیده می‌شود و شاید وسایل ارتباطی جدید که به عرصه اختراعات بشری پا بگذارند را شامل شود اما تعریف فوق شناخت کاملی از تجارت الکترونیکی به دست نمی‌دهد و در سایر مواد نیز تعریف صریح و دقیقی از تجارت الکترونیکی نشده اما کمیسیون‌های اروپایی و یا کنوانسیون‌های دیگر تعریفی از تجارت الکترونیکی (E.Commerce) مبنی بر تجارت کالا و خدمات به کمک ارتباطات راه دور و ابزارهای مبتنی بر ارتباطات راه دور، یا به دیگر سخن انجام فعالیت‌های تجاری از طریق شبکه‌های الکترونیکی که فعالیت‌های الکترونیکی می‌تواند مذاکره الکترونیکی (e - Negotiation) قرارداد الکترونیکی (e-Contract) و تحویل الکترونیکی (e-Delivery) خرید الکترونیکی (e-Purchasing) و بازاریابی الکترونیکی (e- Marketing) و اعمالی در این راستا باشد دانسته.

بنابراین انجام هر نوع معامله توسط شبکه اینترنت تجارت الکترونیکی محسوب می‌شود

۱. قانون تجارت الکترونیکی.

مثل خرید و یا سفارش کالای مورد نیاز به صورت Online «آن لاین» از شرکتها و سازندگان مربوطه مثل خریدن اتومبیل های نو و دست دوم از www.carpoin.com. یا کتاب از www.Amazon.com یا خدمات مسافرتی از www.expedia.com یا املاک و مستغلات از www.realestate.yahoo.com^۱ و... معاملات تجاری می تواند از شرکتهای داخلی و در بین افراد یک کشور یا شرکتها و سازمان های محدوده یک کشور یا از کشورهای دیگر و همه جهان باشد در این صورت موضوع مرزهای بین المللی و جغرافیایی و تقسیم تجارت با توجه به موقعیت طرفین منتفی است و در این نوع تجارت، وصف داخلی یا بین المللی، موضوعیت ندارد. اما در صورت بروز اختلافات کدام قانون و دادگاه جهت رفع اختلاف و تنازع و فصل خصومت و دفاع از حقوق تضییع شده طرفین حاکم خواهد بود.

ماده ۵ قانون تجارت الکترونیکی با الهام از اصل آزادی اراده بیان می دارد «هرگونه تغییر در تولید، ارسال، دریافت و ذخیره و یا پردازش داده پیام (Data Message) با توافق و قرارداد خاص طرفین معتبر است.»^۲ یعنی طرفین می توانند مفاد و مندرجات و شروط قرارداد منعقد فی مابین را خود تعیین نمایند و در صورتی که خلاف قواعد امره نباشد معتبر است.

اما در ماده ۶ قانون، قانونگذار «داده پیام» را در حکم نوشته دانسته مگر در موارد زیر الف - اسناد مالکیت اموال غیرمنقول، آیا منظور مقنن اسناد مالکیت رسمی یا عادی است یا اسناد تنظیمی در دفاتر اسناد رسمی قبل از صدور سند مالکیت از دفتر املاک و یا اسناد صادره مطابق ماده ۲۲ قانون ثبت است و یا...

آنچه که مسلم است سازمان ثبت اسناد و املاک و دفاتر اسناد و قوانین و مقررات مرتبط نقش اصلی در تثبیت مالکیت قانونی افراد جامعه دارند ولی متأسفانه در زمان تدوین قانون تجارت الکترونیکی از کانون سردفتران و دفتریاران نظرخواهی نشد و نقشی نیز به

۱. فنایی نجف آبادی، محمدعلی (ترجمه) *بازاریابی الکترونیک*، شرکت چاپ و نشر بازرگانی، سال ۸۲، ص ۸.

۲. قانون تجارت الکترونیکی.

دفاتر اسناد رسمی با توجه به حضور بیش از هفت دهه در عرصه تنظیم اسناد مالکیت جامعه، در قانون قائل نشده‌اند که در این خصوص بایستی تجدید نظر اساسی شود. با توجه به اینکه سیستم‌های رایانه‌ای، اینترنت و فناوری‌های مخابراتی و اطلاعاتی هر روز شاهد تحولات شگرفی است. قوانین جدیدی که در مقام نظم و تضمین موقعیت‌های جدید تصویب می‌شوند با تحول جدید فناوری نیاز به نگرش جدیدی پیدا می‌کنند و اینجاست که حقوق تجارت الکترونیکی اهمیت پیدا می‌کند و تفاوت‌های آن با تجارت سنتی نمایان می‌شود و استفاده از نهادهای حقوقی ضروری می‌نماید. جامعه جهانی در حال گذر از جامعه سنتی به جامعه اطلاعاتی و فناوری است حقوقدان باید در نگارش و نگرش قوانین مرتبط با پژوهش و پویایی نقش خود را در تنظیم حقوق تجارت الکترونیکی ایفا نمایند.

گواهی امضاء

الف: گواهی امضای اسناد عادی

امضاء در لغت به معنی جایز داشتن، صحه گذاشتن، تصدیق کردن و نیز علامتی که پای نامه یا سند گذارند و همچنین نوشتن نام خود در زیرنامه یا سند به عنوان اقرار و تصدیق آمده^۱ و در حقوق به معنی تنفیذ و اجازه کردن است.^۲

امضاء مسلم الصدور - امضائی که دعوی انکار و تکذیب آن قانوناً شنیده نشود مثل امضاء ذیل اسناد رسمی و امضای اشخاص که ذیل نوشته‌های عادی، غیرمالی توسط سردفتران دفاتر اسناد رسمی به استناد ماده ۲۰ قانون دفاتر اسناد رسمی و ماده ۱۲- آیین‌نامه قانون مذکور گواهی می‌شوند.

شخصی که امضاء وی گواهی می‌شود باید حائز شرایطی باشد که برای تنظیم اسناد رسمی ضروری است و در گواهی امضاء افراد کور یا کر و گنگ و بی‌سواد باید مواد ۶۴ و

۱. دهخدا، علی‌اکبر، لغت‌نامه، جلد دوم، انتشارات دانشگاه تهران، سال ۷۲، ص ۲۸۷۷.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج اول، گنج دانش، سال ۷۸، ص ۶۳۶، شماره ۲۳۹۷.

۶۶ و ۶۷ که برای تنظیم و ثبت و امضاء اسناد رسمی لازم است در گواهی امضاء این افراد نیز رعایت شود. و احراز هویت امضاءکننده با سردفتر است.

نوشته‌ای که امضاء ذیل آن تأیید می‌شود نباید نوشته مالی باشد یعنی به طور منجز در آن نوشته پرداخت وجه نقدی و تعهد و یا ضمانت نشده باشد و همچنین در نوشته‌ای که امضای مندرج در آن گواهی می‌شود موضوع عین یا منفعت مال غیرمنقول (مثل اجاره) و یا سهام شرکت‌های ثبت شده نباشد و منظور، انتقال عین یا منفعت مال غیرمنقول و یا سهام شرکت با گواهی امضاء طرفین میسر نیست و ممنوع است. و گواهی امضاء نوشته‌های غیر مالی به طوری که بیان شد در دفاتر اسناد رسمی انجام می‌پذیرد. چون موضوع بررسی گواهی امضای الکترونیکی و دیجیتالی است گواهی امضای عادی به طور مختصر بیان شد تا زمینه درک امضاء الکترونیکی آسان باشد.

امضاء و آثار حقوقی آن

امضاء در صورتی که ناشی از اجبار و اکراه نباشد، نشان و علامتی از اراده و تصمیم امضاءکننده بر تأیید و قبول تعهدات ناشی از آن می‌باشد که قانونگذار ارزش و اعتباری خاص برای امضاء قائل شده و چنانکه در ماده ۶۵ - قانون ثبت بیان شده «امضاء ثبت سند پس از قرائت آن توسط طرفین معامله یا وکیل آنها دلیل رضایت آنها خواهد بود»^۱ امضاء حاکی از آن است که طرفین به کلیه مندرجات و مفاد تعهدات مندرج در سند قاصد و راضی هستند.

ماده ۱۳۰۱ قانون مدنی بیان می‌دارد «امضائی که در روی نوشته یا سندی باشد بر ضرر امضاءکننده دلیل است»^۲. هرچند مقنن در این ماده یک بعد از آثار امضاء را بیان نموده و شاید امضاءکننده ادعا نماید که ورقه را سفید امضاء نموده و مطالب نوشته شده مورد و تأیید وی نیست، ولی اثر امضاء تنها ضرر رساندن به امضاءکننده نیست. در خیلی

۱. قانون ثبت.

۲. قانون مدنی.

موارد به سود و نفع امضاء کننده نیست. در مواردی نیز به سود و نفع امضاء کننده می‌باشد. که به نظر مسامحه در بیان شده و تقریباً مشابه مفاد فوق‌الذکر در ماده ۱۳۰۴ نیز تکرار شده است که بیان شده «هرگاه امضای تعهدی در خود تعهدنامه نشده و در نوشته علی‌حده شده باشد آن تعهدنامه بر علیه امضاء کننده دلیل است در دو ماده فوق قانونگذار کلمه دلیل به کار برده به عبارت دیگر امضا در نوشته‌ای ضمن تصدیق مندرجات نوشته هویت امضاء کننده را نیز اعلام می‌کند یعنی امضاء کننده از علامت خاص و منحصر فردی استفاده نموده که منتسب به اوست.

امضاء در اسناد رسمی: موجب رسمیت سند و قطعیت و نیز تأیید و تنفیذ معامله است با قصد ایجاد آثار حقوقی مرتبط با سند و از انکار و تردید مصون است. همان‌طور که در ماده ۷۰ قانون ثبت بیان شده.

«سندی که مطابق قوانین به ثبت رسیده رسمی است و تمام محتویات و امضاهای مندرجه در آن معتبر خواهد بود مگر اینکه مجعولیت آن سند ثابت شود»^۱ سند رسمی ضمن رعایت تمام شرایط و مقررات قانونی با امضای طرفین و سردفتر و دفتریار رسمیت می‌یابد و سند رسمی که تنظیم و ثبت دفتر شده باشد تا زمانی که امضاء نشود فاقد هرگونه اثر حقوقی است و در صورت هرگونه ادعا احتمالی سردفتر می‌تواند شهادت راستین را بیان کند چونکه احراز هویت امضاء کننده از وظایف قانونی سردفتران است.

ب: امضای الکترونیکی^۲

در بند ۱ ماده ۲ قانون تجارت الکترونیکی مصوب سال ۸۲ در تعریف امضای الکترونیکی بیان شده «عبارت از هر نوع علامت منضم شده یا به نحو منطقی متصل شده به «داده پیام»^۳ است که برای شناسایی امضاء کننده «داده پیام» مورد استفاده قرار می‌گیرد.

۱. قانون ثبت.

2. Electronic - Signature

3. Data Message.

در بند الف ماده ۲ داده پیام چنین تعریف شده «هر نمادی از واقعه، اطلاعات یا مفهوم است که با وسایل الکترونیکی، نوری و یا فناوری‌های جدید اطلاعات تولید، ارسال، دریافت، ذخیره یا پردازش می‌شود».

قانونگذار در قانون تجارت الکترونیکی علاوه بر امضای الکترونیکی به امضاء الکترونیکی مطمئن در ماده ۲ در بند ک قانون اشاره دارد. و شرایط تحقق امضای مطمئن در ماده ۱۰ قانون مذکور در چهار بند بیان شده.

الف: (نسبت به امضاءکننده منحصر به فرد باشد) قانونگذار جنبه اسنادی امضای الکترونیکی را مدنظر داشته که می‌تواند مستندی بر له یا علیه امضاءکننده باشد.
ب: هویت امضاءکننده «داده پیام» را معلوم نماید.

احراز هویت امضاءکننده در دفاتر اسناد رسمی در حین امضای اسناد و یا تأیید و گواهی امضای اشخاص ذیل اسناد عادی از مهم‌ترین وظایف سران دفاتر اسناد رسمی است. احراز هویت یعنی تطابق چهره و وضع ظاهری امضاءکننده با ورقه هویت (شناسنامه عکس‌دار) ابزاری و اطمینان از، این همانی، توسط سردفتر اسناد رسمی (به عنوان مأمور رسمی دولت) می‌باشد.

شناسنامه‌ای که طبق ماده ۳۶ قانون ثبت احوال از روی دفاتر ثبت کل وقایع صادر و دارای مشخصات مندرج در قانون باشد، طبق ماده ۹۹۹ قانون مدنی سند رسمی است و مبین هویت «فردی» است، که دارای شماره، نام، نام خانوادگی، نام پدر و مادر و تاریخ و محل تولد، و محل صدور با امضاء صادرکننده می‌باشد. و اولین سند شناسایی شخص حقیقی است.

به شرحی که بیان شد احراز هویت امضاءکننده در دفاتر اسناد رسمی با حضور فیزیکی شخص در نزد سردفتر به عنوان مأمور و شاهد رسمی انجام می‌شود و مانند اسناد رسمی دارای مزایای خاصی است.

اولاً، در صورت بروز موانع قانونی و ادعاهای مختلف اشخاص نسبت به صحت امضاء و

مندرجات نوشته‌ای که امضای آن تأیید شده، سردفتر به عنوان شاهد غیرقابل انکار می‌تواند موضوع را در مرجع مورد نیاز تأیید نماید.

ثانیاً، حضور فیزیکی شخص امضاءکننده در نزد سردفتر وی را مصون از اکراه و اجبار می‌کند، در صورت مشاهده هرگونه اجبار و اکراه توسط سردفتر از تأیید امضاء خودداری می‌شود.

ثالثاً، با حضور فیزیکی امضاءکننده در نزد سردفتر هوشیاری و آگاهی و نیز اطلاع امضاءکننده به موضوع توسط سردفتر احراز می‌شود و این احراز سبب مصونیت امضاء از ادعاها و اتهامات احتمالی خواهد بود.

در قانون تجارت الکترونیک مسئول احراز هویت امضاءکننده مشخص نشده است و امضای الکترونیک دارای مراحل است و ماده ۳۱ قانون فقط دفاتر خدمات صدور گواهی الکترونیک را تعریف و بیان کرده «دفاتر خدمات صدور گواهی الکترونیک واحدهایی هستند که برای ارائه خدمات صدور امضای الکترونیک در کشور تأسیس می‌شوند، این خدمات شامل تولید، صدور، ذخیره، ارسال، تأیید، ابطال و به روز نگهداری گواهی‌های اصالت (امضای) الکترونیک می‌باشد.^۱

چنانکه بیان شد ماده فقط به تعریف دفاتر خدمات صدور گواهی و احصای خدمات آنان اشاره نموده و اینکه بار سنگین مسئولیت اثبات مسائل حادث در جریان تولید، صدور، ذخیره ... به عهده چه شخصی است و چه کسی باید شاهد و جوابگو باشد قانون مسکوت است. به ویژه آنکه پیشرفت روزافزون وسایل و اطلاعات الکترونیک که سارقان و کلاهبرداران حرفه‌ای و هکرها و ویروس‌نویسان به آن دسترسی دارند را نباید از نظر دور داشت. ماده ۳۲ قانون نیز به تدوین آیین‌نامه و شرح وظایف دفاتر مندرج در ماده قبلی بسنده کرده و آنچه مسلم است آیین‌نامه حق تدوین وظایف و مسئولیتی فراتر از قانون نخواهد داشت.

۱. قانون تجارت الکترونیک.

عدم توجه قانونگذار در قانون تجارت الکترونیکی به وجود دفاتر اسناد رسمی و تجربه گرانبهای آنان در طول هفت دهه گذشته با وجود تجهیز دفاتر اسناد رسمی به ابزار الکترونیکی پیشرفته و شناخت دقیق آنان از وضعیت معاملات و روابط اقتصادی و اجتماعی جامعه در طول سالیان گذشته، کسب تجارب فراوان علمی و فنی در این راه به نظر ایجاد دفاتر تازه تأسیس صدور گواهی امضاء آثار منفی و مشکلات حقوقی عظیمی را گریبانگیر جامعه و سیستم قضایی کرده و تجربه تلخی را جامعه تحمل خواهد نمود.

ج: به وسیله امضاء کننده و یا تحت اراده انحصاری وی صادر شده باشد.

امضاء هر شخص منحصر به فرد است و کاملاً ارتباط به ذوق و حرکت و لرزش و فشار دست وی دارد. و امضاء هم قائم به شخص است و قابل توکیل به غیر نیست که مثلاً الف به جای ب عین امضای او را در ذیل نوشته‌ای حک نماید و این جز جعل امضاء عنوان دیگری ندارد.

همچنان که بیان شد دفاتر خدمات صدور گواهی الکترونیکی فقط وظایف تولید، صدور، ذخیره، ارسال و به روز نگهداری ... دارند. حق تأیید گواهی‌های صادره از سوی خود را ندارد اثبات امر که امضاء منحصراً به وسیله امضاء کننده بود. و یا شخص دیگری تحت اراده وی امضاء نموده است. خالی از اشکال نخواهد بود و علت آن است که صدور گواهی امضاء الکترونیکی از سوی اشخاصی خواهد بود که هیچ تخصصی در امور ثبتی نداشته و قوف کامل به آثار حقوقی حاصل از امضاء ندارند و برای جلوگیری از عواقب زیان‌بار بهتر است گواهی امضاء و مدارک الکترونیکی که از همان قواعد و اصولی که برای اسناد کاغذی مرسوم و لازم است در جامعه تبعیت می‌کند. این خدمات صدور گواهی الکترونیکی را به دفاتر اسناد رسمی که علاقمند آموزش و تجهیز دفاتر خود به ابزار و فناوری الکترونیکی هستند واگذار نمود.

د: به نحوی به یک «داده پیام» متصل شود که هر تغییری در آن «داده پیام» قابل

تشخیص و کشف باشد.

نحوه اتصال به داده پیام به صورت کلی و با ابهام بیان شده ذکر کلماتی (به هر نحو می‌تواند) امضاء کننده آزادی اختیار در نحوه اتصال را دارد نحوه اتصال غیر اصولی قابل پیگرد و اثبات نیست و وظیفه مقنن در این است که راه مفسرهای قانون را کم یا مسدود کند.

در ماده ۱۵ قانون به امضای الکترونیکی یا «داده پیام» مطمئن و سوابق الکترونیکی مطمئن اعتبار اسناد رسمی داده شده، همان طوری که در ماده ۱۲۹۲ قانون مدنی بیان شده «در مقابل اسناد رسمی یا اسنادی که اعتبار اسناد رسمی را دارد انکار و تردید مسموع نیست و طرف می‌تواند ادعای جعلیت به اسناد مزبور کند...» و همچنین اثبات بی‌اعتباری موارد ذکر شده به نظر به عهده مدعی است که در مرجع صالحه ارائه دلیل نماید.

اسناد رسمی طی تشریفات خاصی در ادارات ثبت اسناد و املاک و یا دفاتر اسناد رسمی و یا در نزد سایر مأمورین رسمی در حدود صلاحیت آنها بر طبق مقررات قانونی تنظیم و ثبت می‌شوند. مأمورین رسمی دولت و نیز کارکنان ادارات ثبت و سران دفاتر اسناد رسمی نسبت به اسنادی که در نزد آنان تنظیم و ثبت می‌شود دارای صلاحیت ذاتی و نسبی هستند و به همین جهت سند تنظیمی در نزد آنان رسمی است و دارای آثار حقوقی راجع به اسناد رسمی است. اما امضاء الکترونیکی که در دفاتر خدمات گواهی الکترونیک، صادر و ذخیره و ارسال می‌شوند و مسئولیتی را متوجه مؤسسين دفاتر مذکور نمی‌کند همان طور که بیان شده در ماده ۳۱ قانون فقط در خصوص ارائه خدمات است. و امضاء الکترونیکی را هم ردیف اسناد رسمی قراردادن بدون اینکه شخصی مسئولیت مراحل ایجاد و نگهداری را عهده‌دار و پاسخگو باشد. نقض قوانین موضوعه و قواعد و مقررات موجود در خصوص اعتبار اسناد رسمی است.

ج : امضای دیجیتالی^۱

در ابتدا شاید تصور شود که امضای دیجیتالی همان امضای الکترونیکی است، ولی باید

1. Digital Signature.

دانست امضای دیجیتالی نوعی امضای الکترونیکی است و امضای الکترونیکی دارای معنای عام‌تری است و شامل امضای دستی اسکن شده یا اسم شخص که در قسمت انتهای نامه الکترونیکی قید می‌گردد، نیز می‌شود امضای دیجیتالی شامل یک رشته داده‌های (کدهای) ریاضی همراه شخص معین است که ارسال کننده مدارک الکترونیکی محسوب است.

امضای دیجیتالی به کمک برنامه تغییرات ریاضی به شکل رمزی است و محتوای پیام و هویت امضاءکننده را تصدیق می‌کند.

امضای دیجیتالی با رمزگذاری منتقل و بر گیرنده اجازه می‌دهد تا سر منشاء و اصالت آن را تشخیص دهد. این ویژگی، مانع انکار صاحب امضاء شده و از جعل مصون می‌ماند. با توجه به رمزنگاری ایمن، امکان استخراج این امضاء و منظم کردن آن به سند دیگر تقریباً منتفی است.

در قانون تجارت الکترونیکی امضای دیجیتالی به صراحت بیان و تعریف نشده است، ولی در بند «ک» به امضای الکترونیکی مطمئن^۱ اشاره شده.

در بند «ط» همان قانون «رویه ایمن»^۲ چنین تعریف شده:

«رویه‌ای است برای تطبیق صحت ثبت «دادپیام» منشاء و مقصد آن با تعیین تاریخ و برای یافتن هرگونه خطا یا تغییر در مبادله، محتوا و یا ذخیره‌سازی «داده‌پیام» از یک زمان خاص، یک رویه ایمن ممکن است با استفاده از الگوریتم‌ها یا کدها، کلمات یا ارقام شناسایی، رمزنگاری، روش‌های تصدیق یا پاسخ برگشت و یا طریق ایمنی مشابه انجام شود.»

امضای دیجیتالی با رمزگذاری کلید عمومی^۳ ایمن می‌شود. رمزگذاری براساس

1. Secure\Enhanced\Advanced.

2. Electronic Signature.

3. Secure Method.

الگوریتمی است که با دو نوع (کلید) یکی کلید عمومی^۱ و دیگری کلید خصوصی^۲ ایجاد می‌شوند، که برای رمزگذاری و رمزگشایی داده پیام مورد استفاده قرار می‌گیرند. «کلید خصوصی» مختص صاحب امضاء است و محرمانه بوده و افشا نمی‌شود. اما «کلید عمومی» جهت اطمینان و اعتماد دیگران از صحت و درستی امضای شخص، قابل دسترسی عموم است امضای دیجیتالی ایجاد شده با استفاده از الگوریتم‌های مختلف که در رمزگذاری استفاده می‌شود با سایر امضاها متمایز می‌شود.

-
1. Public Key Encryption.
 2. Private Key.

بررسی ماده ۲۹ قانون مدنی «تحلیل حقوقی حق انتفاع» (بخش دوم و پایانی)

خسرو عباسی داکانی^۱

اشاره

حق انتفاع که یکی از حقوق عینی نسبت به اموال است تاکنون به طور مستقل مورد بررسی و تحقیق قرار نگرفته است و نویسندگان تنها در بررسی قانون مدنی در بحث از مواد مربوط به حق انتفاع بدان پرداخته‌اند. اما این تحقیقات و مطالعات جنبه اختصاصی نداشته و تاکنون نتوانسته است به طور روشن حق انتفاع را تعریف نموده و تفاوت‌های آن را با مالکیت منافع روشن نماید. از سوی دیگر تاکنون تحقیق مستقلی در این خصوص توسط حقوقدانان در منابع فقهی به عمل نیامده است. این مقاله درصدد است تا حق انتفاع را به روشنی تعریف نموده و طرق برقراری و انتقال آن را مورد بررسی قرار داده و انواع حق انتفاع را معرفی نماید. در این راستا مالکیت عینی و منافع و رابطه حق مالکیت و حق انتفاع با عقود و مکانیزم‌های قانونی جهت برقراری و انتقال آنها نیز مورد بررسی قرار می‌گیرد. همچنین مقایسه حق انتفاع با مالکیت منافع و مقایسه تأسیسات مختلفی که برای برقراری حق انتفاع مورد استفاده قرار می‌گیرند و مقایسه حق انتفاع با حق ارتفاق و مقایسه صلح عمری با صلح به شرط عمری و صلح خیار با صلح عمری نیز در این مقاله مورد توجه قرار گرفته است.

واژگان کلیدی: حق انتفاع، حق مالکیت، مالکیت منافع، عمری، رقبی، وقف، سکنی،

عاریه، عناوین فقهی حق انتفاع، عقد اجاره

۱. سردفتر اسناد رسمی ۱۰۶ تهران و سردبیر مجله قانون.

در بخش نخست این مقاله که در شماره قبل به چاپ رسید به بحث در خصوص مالکیت (اعم از عین یا منفعت) و نیز «حق انتفاع» با توجه به علاقه‌هایی که اشخاص مطابق ماده ۲۹ قانون مدنی می‌توانند نسبت به اموال داشته باشند، پرداخته شد اینک ادامه بحث:

مبحث دوم - طرق برقراری حق انتفاع در قانون مدنی

از بررسی مقررات قانون مدنی در باب حق انتفاع این‌طور استنباط می‌شود که قانون مدنی پنج طریق را برای برقراری حق انتفاع پذیرفته و مورد شناسایی قرار داده است. طرق مزبور عبارتند از:

۱ - به موجب ایقاع و براساس اذن صریح یا ضمنی مالک

۲ - به موجب عقد جایز تحت عنوان (حبس مطلق)

۳ - به موجب عقد لازم تحت عنوان (عمری، رقبی، سکنی، صلح)

۴ - به موجب شرط ضمن عقود لازم (مانند شرط ضمن عقد بیع یا اجاره یا صلح)

۵ - به موجب قانون تحت عنوان (حق انتفاع از مباحات)

در ادامه هر یک از طرق مزبور به تفصیل شرح داده می‌شود:

۳۰ - به موجب ایقاع

۱ - در ماده ۱۰۸ قانون مدنی مقرر شده است که «در تمام مواردی که انتفاع کسی از ملک دیگری به موجب اذن محض باشد، مالک می‌تواند هر وقت بخواهد از اذن خود رجوع کند، مگر اینکه مانع قانونی موجود باشد». همچنین در ماده ۲۲۷ قانون مدنی مقرر شده است که «هرگاه کسی بر حسب اذن صریح یا ضمنی از مال غیر استیفاء منفعت کند، صاحب مال مستحق اجرت‌المثل خواهد بود، مگر اینکه معلوم شود اذن در انتفاع مجانی بوده است». یا در ماده ۱۲۰ قانون مدنی این چنین مقرر شده است که «اگر صاحب دیوار به همسایه اذن دهد که بر روی دیوار او سرتیری بگذارد یا روی آن بنا کند، هر وقت بخواهد می‌تواند از اذن خود رجوع کند، مگر اینکه به وجه ملزومی این حق را از خود سلب

کرده باشد». هرچند در قانون مدنی به طور صریح ذکر از ایقاع و تعهد یک‌جانبه در بیان طرق برقراری حق انتفاع به میان نیامده است، ولیکن از سیاق عبارات مندرج در مواد مرقوم و سایر مواد قانون مدنی در باب حق انتفاع و مصادیق آن این مطلب به راحتی قابل استنباط می‌باشد. همچنان که از وحدت ملاک ماده ۸۵۱ قانون مدنی این طور استنباط می‌شود که قرار دادن حق انتفاع از طریق وصیت، در صورتی که آن را نوعی ایقاع بدانیم، برای حمل صحیح می‌باشد.

۲ - برخی استادان از این نوع حق انتفاع با عنوان «اجازه انتفاع» نام برده‌اند و واگذاری حق انتفاع را غیر از اجازه انتفاع می‌دانند. چه آنکه پس از واگذاری حق انتفاع، منتفع مالک حق مزبور خواهد گردید، ولی در مورد اجازه انتفاع، منتفع حق بر انتفاع پیدا نمی‌کند بلکه انتفاع بردن بر او مباح می‌شود یعنی انتفاع بردن ممنوع و تجاوز به حق غیر نخواهد بود، چنان که هرگاه کسی را به منزل خود دعوت کند میهمان می‌تواند از آنچه برای او حاضر می‌کنند انتفاع ببرد و از آنها بخورد، ولی حقی بر خوردنی‌ها و نوشیدنی‌ها پیدا نمی‌کند و مالک انتفاع از آنها نمی‌شود.^۱

۳ - برخی دیگر از صاحب‌نظران معتقدند که برقراری حق انتفاع به وسیله وصیت نیز ممکن است و موصی می‌تواند عین مال را برای ورثه باقی گذارد و حق انتفاع از آن را به دیگری منتقل کند، یا عین را به موصی له تملیک کند، و انتفاع از آن را تا مدتی مخصوص به ورثه سازد.^۲ و در مورد برقراری حق انتفاع برای معدوم به تبع موجود هرچند معتقد هستند که هیچ حقی نمی‌تواند قائم به معدوم شود و حق انتفاع را نیز در مورد اشخاصی می‌توان برقرار کرد که هنگام ایجاد آن وجود داشته باشند، ولیکن در ادامه می‌فرمایند «از این قاعده نباید نتیجه گرفت که، حق انتفاع به هیچ صورتی به سود غیر موجود برقرار نمی‌شود».

۱. امامی، حسن، *حقوق مدنی*، ج ۱، ص ۶۰

۲. کاتوزیان، ناصر، *دوره مقدماتی حقوق مدنی*، ج اول، ۱۳۵۴، ص ۱۹۶.

زیرا صاحب حق انتفاع، نه مالک عین مال است و نه مالک منافع آن، بلکه اختیاری دارد که به موجب آن می‌تواند از منافع عین استفاده کند. پس این امتیاز را می‌توان به نفع موجود ایجاد کرد و مقرر داشت که پس از او شخص دیگری قائم‌مقام موجود شود. در این حالت کافی است که شخص دوم هنگام رسیدن حق به او موجود باشد، هرچند که در زمان عقد نیز هنوز به وجود نیامده باشد، زیرا در این زمان حق به سود موجود برقرار شده و زمانی معدوم به قائم‌مقامی او آن را به دست می‌آورد که موجود شده است. در حقیقت به وجود آمدن معدوم شرط ایجاد حق است و او هیچ‌گاه در حال عدم مالک حقی نمی‌شود.^۱

دکتر امامی نیز معتقد است (به تبع موجود می‌توان برای معدومین حق انتفاع برقرار نمود زیرا طرف عقد موجود است).^۲

۴- اگر بپذیریم که مطابق نظر اساتید محترم تنها راه برقراری حق انتفاع انعقاد عقد می‌باشد تحلیل مزبور نمی‌تواند صحیح باشد زیرا همان‌طوری که می‌دانیم ایجاب و قبول شرط صحت عقد می‌باشد و در برقراری حق انتفاع برای معدوم به لحاظ آنکه از ناحیه معدوم قبولی صورت نمی‌گیرد بنابراین عقدی واقع نمی‌شود تا نتیجه آن ایجاد حق برای معدوم باشد و قبول شخص موجود نیز نمی‌تواند از قبیل قبول ولی قهری در مورد صغیر تلقی شود زیرا در مورد صغیر، به لحاظ عدم اهلیت، هرچند قبول ولی برای انعقاد عقد کفایت می‌کند، ولیکن در فرض مسأله صغیری وجود ندارد تا قبول ولی را به نیابت از او برای انعقاد عقد کافی بدانیم بنابراین قبول شخص موجود نمی‌تواند برای انعقاد عقد از طرف معدوم کافی باشد در نتیجه استدلال استاد در مورد کافی بودن وجود شخص هنگام رسیدن حق به او به عنوان شرط ایجاد حق استدلال صحیحی نمی‌باشد زیرا موجود بودن اشخاص برای صاحب حق شدن کافی نیست بلکه علاوه بر آن انعقاد قرارداد، با فرض لازم بودن انعقاد عقد برای برقراری حق انتفاع، بین مالک و شخص مزبور و یا قائم‌مقام قانونی

۱. کاتوزیان، ناصر، منبع سابق، ص ۱۹۸.

۲. منبع سابق، ص ۵۷.

وی ضروری می‌باشد و تا آن زمان حقی برای او ایجاد نخواهد شد. از طرف دیگر انتقال حق انتفاع به معدوم از طریق ارث صورت نمی‌گیرد تا ما بپذیریم که با فوت شخص موجود با فرض تولد معدوم حق مزبور به او به ارث می‌رسد بلکه از راه عقد به او منتقل می‌شود.

۵ - اما به عقیده اینجانب در فقه و قانون مدنی در مورد برقراری این نوع از حق انتفاع، نظر بر طریق دیگری به جز عقد بوده است. به عبارت دیگر در صورتی که برقراری حق انتفاع از طریق ایقاع صورت بگیرد فرض قانون مدنی مندرج در ماده ۴۵ قابل تحقق می‌باشد. زیرا در ایقاع نیاز به قبول منتفع و صاحب حق نمی‌باشد و چنانچه مالک به موجب ایقاع حق انتفاع از مالی را به نفع معدوم به تبع موجود برقرار سازد هیچ مانعی در جهت پذیرش آن نخواهد بود و تنها شرط لازم برای تحقق آن تولد شخص معدوم می‌باشد و پس از تولد حق انتفاع برای او محقق می‌شود و اولیاء او به نیابت از او می‌تواند در مال مورد انتفاع با اذن مالک تصرف نموده و حق او را استیفاء نماید وحدت ملاک ماده ۶۰ قانون مدنی در باب عدم فوریت قبض نیز این استدلال را تقویت می‌نماید و تنها شرط لازم آن است که مالک از اذن خود رجوع نکرده باشد و در این صورت هر وقت مال مورد انتفاع را به قبض بدهد حق انتفاع برقرار خواهد شد.

۶ - اما در صورتی که انعقاد عقد را برای برقراری حق انتفاع لازم بدانیم و طریق ایقاع را منتفی بدانیم تنها راهی که وجود دارد آن است که عقد مزبور را مرکب از دو عقد بدانیم و آن را به دو عقد مجزا نمائیم عقد اول عقد منجزی است که بین مالک و شخص موجود منعقد می‌شود و مال مورد انتفاع به قبض او داده می‌شود و حق انتفاع برای او ایجاد می‌شود و از آن استفاده می‌کند و عقد دوم عقد معلقی است که انشاء آن از طرف مالک صورت می‌گیرد و ایجاب عقد واقع می‌شود، ولی برای تحقق عقد لازم است تا شخص معدوم، موجود شود و اولیاء او به نیابت از او قبولی او را اعلام نمایند تا عقد منعقد شود در این صورت چنانچه مالک همچنان بر ایجاب خود باقی باشد باید مال را به قبض اولیاء صغیر بدهد تا عقد محقق شود و حق انتفاع به نفع منتفع برقرار شود.

۷- درستی این تحلیل و این روش منوط به آن است که عرف صحت چنین قراردادی را بپذیرد زیرا همان طور که در ماده ۱۰۶۵ قانون مدنی مقرر شده است «توالی عرفی ایجاب و قبول شرط صحت عقد است» مگر آنکه معتقد باشیم توالی عرفی ایجاب و قبول تنها اختصاص به عقود دارد که توالی مزبور در احکام و شرایط خاص آن عقد در قانون مدنی پیش‌بینی و مقرر شده باشد مانند عقد نکاح و شامل سایر عقود نمی‌شود زیرا در قواعد عمومی قراردادها و شرایط اساسی صحت معاملات در قانون مدنی بر شرط مزبور تصریح نشده است فلذا اصل بر عدم عمومیت شرط مزبور در کلیه قراردادها می‌باشد و تنها به عقود فوق‌الاشعار اختصاص دارد و قانون‌گذار مصلحت ویژه‌ای را در اشتراط شرط مزبور در صحت عقود خاصی در نظر داشته است و این امر به سایر عقود تسری نمی‌یابد دلیل دیگر در اختصاص شرط مزبور به عقد نکاح و عقود دیگری که شرط مزبور شرط صحت آنها دانسته شده است آن است که در عقد نکاح برخلاف سایر عقود و معاملات انعقاد عقد به صورت معلق جایز دانسته نشده و به موجب ماده ۱۰۶۸ قانون مدنی تعلیق در عقد موجب بطلان نکاح می‌باشد در حالی که در ماده ۱۸۴ قانون مدنی عقد معلق جزء اقسام عقود و معاملات شناخته شده است. به علاوه در عقد نکاح به موجب ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی شرط خیار فسخ نسبت به عقد نکاح باطل است و حال آنکه در ماده ۳۹۶ قانون مدنی یکی از اقسام خیار شرط می‌باشد و بنابر تصریح ماده ۴۵۶ قانون مدنی تمام انواع خیار در جمیع معاملات لازمه ممکن است. بنابراین با این استدلال می‌توان گفت که شرط مزبور به عقد حق انتفاع سرایت نمی‌یابد و نمی‌تواند خللی به صحت عقد معلق به صورت یاد شده وارد سازد و در نتیجه برقراری حق انتفاع به نفع معدوم بدین طریق ممکن و میسر بوده و اشکالی نداشته و اشکالات روشی را که اساتید ارجمند توصیه نموده‌اند را نیز برطرف می‌سازد. همان طور که در عقد وقف نیز با توجه به دائمی بودن آن شرط خیار امکان ندارد و به همین دلیل است که برقراری حق انتفاع به موجب وصیت امکان‌پذیر می‌باشد و اگر وصیت را عقد بدانیم وصیت عقد معلق است که با قبول موصی‌له پس از فوت موصی

تحقق می‌یابد.

۸- آیا حق انتفاع قابل اسقاط می‌باشد یا نه؟

برخی از حقوقدانان عقیده دارند که اسقاط آن بی‌اثر است زیرا این حق معلول اذن مالک است و اذن امر مستمری است، پس مباح له در عقد سکنی و عمری و رقبی نمی‌تواند حق انتفاع خود را اسقاط کند، ولی اگر اذن به موت اذن دهنده فیصله یابد مانعی برای اسقاط حق انتفاع وجود ندارد.^۱

برخی دیگر نیز معتقدند با توجه به اینکه عمری و رقبی و سکنی عقد لازم هستند بنابراین تا انقضاء مدت هیچ یک از طرفین نمی‌توانند آن را فسخ کنند، ولی می‌توانند به تراضی آن را اقاله نمایند.^۲

برخی دیگر از اساتید اما عقیده دارند اگر منتفع به اختیار خود از حق خود صرفنظر نموده و آن را اسقاط کند، حق انتفاع از بین می‌رود انصراف از حق انتفاع ممکن است به وسیله قرارداد بین منتفع و مالک، یا فقط در اثر اراده منتفع ایجاد شود و به طور کلی تابع صورت خاصی نیست.

د - در صورتی که در قرارداد انتفاع حق فسخ در مورد معینی برای مالک پیش‌بینی شده باشد.^۳

۹- به نظر می‌رسد در مورد اقسام حق انتفاع بایستی قایل به تفکیک شد و حکم کلی نمی‌توان در مورد صحت یا نادرستی اسقاط حق انتفاع صادر نمود با این مقدمه می‌توان گفت چنانچه برقراری حق انتفاع به موجب ایقاع و یا عقد جایز صورت گرفته باشد اسقاط یکجانبه حق انتفاع از سوی هر یک از مالک و منتفع بلامانع می‌باشد و مستمر بودن اذن نمی‌تواند مانع از اجرای حق مزبور شود، ولیکن چنانچه حق انتفاع به موجب عقد لازم برقرار شده باشد هیچ یک از طرفین نمی‌توانند با توجه به لزوم عقد به طور یکجانبه نسبت به

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، ۳۸۲.

۲. امامی، سید حسن، منبع سابق، ص ۶۱ به بعد.

۳. کاتوزیان، ناصر، منبع سابق، ص ۲۰۳.

اسقاط حق مزبور و فسخ قرار داد مبادرت کنند مگر آنکه این حق صریحاً به موجب عقد به هر یک از طرفین داده شده باشد با این تحلیل می‌توان قاعده کلی و عمومی به صورت مرقوم در مورد اسقاط حق انتفاع و فسخ قرارداد مربوطه وضع نمود.

۱۰- اثر حقوقی اذن محض

گاهی بدون اینکه قراردادی منعقد شود، مالک به دیگری اجازه می‌دهد. که از مال او استفاده کند. در این گونه موارد هیچ حقی به نفع مأذون ایجاد نمی‌شود و مالک نیز ملزم نیست که وسایل استفاده او را فراهم کند و یا بر سر اذن خود باقی بماند. مقصود مالک ایجاد تکلیف برای خود نمی‌باشد و اثر اذن او مباح ساختن تصرف مأذون است.

۱۱- از بررسی مواد قانون مدنی در خصوص این نوع از حق انتفاع نتایج زیر

استنباط می‌شود:

- ۱- در قانون مدنی از این نوع حق انتفاع با تعبیر «اذن محض» یاد شده است. (ماده ۱۰۸ قانون مدنی)
- ۲- این نوع از حق انتفاع ممکن است ناشی از اذن و اجازه صریح یا ضمنی مالک باشد (ماده ۳۳۷ قانون مدنی) بنابراین فقط مالک عین می‌تواند این حق را برقرار کند.
- ۳- این نوع از حق انتفاع ممکن است معوض و یا مجانی باشد. (ماده ۳۳۷ قانون مدنی)
- ۴- اذن در انتفاع ایقاع و تابع اراده مالک است و تکلیفی برای او ایجاد نمی‌کند. (مواد ۱۰۸ و ۱۲۰ قانون مدنی)
- ۵- اثر اذن ایجاد اباحه است نه ایجاد تکلیف و التزام و به همین دلیل هر لحظه از طرف مالک قابل رجوع است.
- ۶- اذن مالک موجب حقی برای منتفع نیست فلذا قابل واگذاری به غیر نمی‌باشد. (ماده

۴۵ قانون مدنی)

- ۷ - در صورت انصراف منتفع از انتفاع از مال مورد انتفاع، انتفاع مجدد او منوط به اذن جدید از سوی مالک خواهد بود.
- ۸ - اذن انتفاع ممکن است برای مدت معینی از طرف مالک داده شود (رقبی) و یا آنکه بدون مدت اذن داده شود به صورت (حبس مطلق) که البته رقبی و حبس مطلق به موجب عقد نیز ممکن است برقرار شوند. (مواد ۴۲ و ۴۴ قانون مدنی)
- ۹ - مالک می‌تواند برای استفاده از مال خود توسط دیگری شرایط و کیفیات خاصی نیز قرار دهد. (ماده ۵۴ قانون مدنی)
- ۱۰ - همچنین ممکن است کیفیات انتفاع از مال دیگری به اقتضاء عرف و عادت نیز تعیین شود. (ماده ۵۴ قانون مدنی)
- ۱۱ - در مورد حق انتفاع از این نوع مباشرت منتفع شرط است و قابل توارث نیست (ماده ۴۵ قانون مدنی) مگر خلاف آن تصریح شده باشد.
- ۱۲ - حق انتفاع فقط نسبت به اموال برقرار می‌شود اعم از منقول یا غیرمنقول و مشاع یا مفروز (ماده ۴۶ قانون مدنی) پس در مورد دین و حق قابل برقراری نیست.
- ۱۳ - مال موضوع حق انتفاع باید از اموالی باشد که استفاده از آن با بقای عین ممکن باشد. (ماده ۴۶ قانون مدنی).
- ۱۴ - در صورت تعدی و تفریط و سوءاستفاده و عدم رعایت شرایط مالک، منتفع ضامن تضرات مالک و تلف مال خواهد بود. (مواد ۶۴۰ و ۴۸۰ و ۵۲ قانون مدنی) مگر آنکه شرط ضمان شده باشد (ماده ۶۴۲ و ۶۴۳ قانون مدنی). در عاریه طلا و نقره در هر حال مستعیر ضامن است (ماده ۶۴۴ قانون مدنی)
- ۱۵ - مخارج لازم برای نگهداری مال موضوع انتفاع برعهده مالک است مگر خلاف آن شرط شده باشد (ماده ۴۹ قانون مدنی) برخلاف مخارج لازم برای انتفاع از مال که برعهده منتفع می‌باشد.

۳۱- به موجب عقد جایز

به موجب ماده ۴۴ قانون مدنی «در صورتی که مالک برای حق انتفاع مدت تعیین نکرده باشد حبس مطلق بوده و حق مزبور تا فوت مالک خواهد بود مگر اینکه مالک قبل از فوت خود رجوع کند»

این ماده در مقام بیان و معرفی نوعی از حق انتفاع است که توسط مالک بدون تعیین مدت به نفع منتفع برقرار می‌شود. همان‌طور که قبلاً گفته شد این نوع حق انتفاع ممکن است به موجب ایقاع و به صورت اذن محض توسط مالک برقرار و ایجاد شود و یا آنکه با توافق مالک و منتفع به موجب عقد جایز و به صورت عقد و قرارداد برقرار شود. از آنجا که تعیین مدت موجب لزوم عقد می‌شود بنابراین قانونگذار به منظور فراهم نمودن شرایطی که موجب ترغیب اشخاص به برقراری این نوع از حقوق شود و الزام و تعهدی برای مالک ایجاد ننماید، برقراری حق مزبور را در قالب عقد جایز مجاز و ممکن دانسته است. بنابراین در صورتی که عقد مزبور بدون تعیین مدت منعقد شود حق انتفاع برای منتفع برقرار می‌شود و او می‌تواند از ادامه قرارداد و تداوم حق مزبور منصرف گردیده و به طور یکجانبه قرارداد را فسخ کند و حق مزبور را زائل سازد. همچنین مانند سایر عقود جایز عقد مزبور نیز به واسطه موت مالک یا منتفع و سفه یا جنون هریک از آنها، در مواردی که رشد معتبر است، به خودی خود منفسخ خواهد شد.^۱

در مورد این نوع از حق انتفاع نکات ذیل قابل توجه و ملاحظه می‌باشد:

- ۱- حق انتفاع ناشی از عقد جایز به موجب عقد عاریه و یا به صورت حبس مطلق قابل برقراری می‌باشد و شامل عمری و رقبی نمی‌شود.^۲
- ۲- حق انتفاع ناشی از این نوع عقد قابل انتقال به غیر نیست مگر آنکه خلاف آن شرط شده باشد. (ماده ۶۴۷ قانون مدنی) لازم به تذکر است که انتقال حق مزبور تابع

۱. ماده ۹۵۴ قانون مدنی.

۲. مواد ۴۴ و ۶۳۵ قانون مدنی.

قرارداد اولیه خواهد بود و تعهد و تکلیفی برای مالک ایجاد نخواهد کرد.

اما در صورتی که مالک حق انتقال حق انتفاع را به منتفع داده باشد، به صورت عقد لازم، در این صورت دیگر حق رجوع و فسخ یکجانبه قرارداد را در صورتی که منتفع اول، حق انتفاع را به ثالث انتقال داده باشد، نخواهد داشت. همچنین در صورتی که منتفع دوم از جایز بودن قرارداد انتفاع مطلع باشد و با این وصف به انعقاد قرارداد دوم راضی و حاضر شود دیگر حقی نسبت به منتفع اول نخواهد داشت و نمی‌تواند الزام مالک یا منتفع اول را به وفای به قرارداد و یا جبران خسارات وارده به خود خواستار شود و همین‌طور هرگاه منتفع اول به طور فضولی و خارج از حدود اذن مالک حق انتفاع خود را به موجب عقد لازم به نفر بعدی واگذار کرده باشد و مالک آن را تنفیذ نکند.

۳ - برقراری حق انتفاع به موجب عقد جایز تنها به موجب اذن صریح مالک و انعقاد قرارداد خاص ممکن می‌باشد. (مواد ۴۴ و ۶۳۵ قانون مدنی)

۴ - برقراری این حق به موجب عقد جایز تعهد و تکلیفی برای مالک ایجاد نمی‌کند و او هر لحظه می‌تواند به طور یکجانبه قرارداد را فسخ کند و حق انتفاع را زائل سازد و به موت هر یک از طرفین نیز منفسخ می‌شود. (مواد ۶۳۸ و ۴۴ قانون مدنی).

۵ - در صورت فسخ یکجانبه قرارداد، تصرف مجدد منتفع و استفاده او از مال مورد انتفاع منوط به اذن جدید مالک و انعقاد قرارداد جدید می‌باشد. (ماده ۱۲۱ قانون مدنی)

۶ - این حق قابل توارث نیست مگر آنکه خلاف آن شرط شده باشد زیرا عقد مربوطه خود به خود با فوت هر یک از طرفین باطل می‌شود و دیگر حقی باقی نمی‌ماند تا قابل وراثت باشد. برخی از فقهاء معتقدند اگر حق انتفاع به تبع موجود برای معدوم نیز برقرار شود، در صورتی که ذکر اولاد را بنمایند عمری محقق می‌شود و بعد از انقراض اولاد به مالک بر نمی‌گردد به جهت آنکه حکم تملیک در آن قرار داده شده است. در حالی که این نظریه هیچ‌گونه پایگاه حقوقی و فقهی ندارد و به ارث رسیدن آن فاقد مشروعیت است همان‌طور که در وقف با انقراض طبقات موقوف علیهم حق انتفاع زایل می‌شود و در ماده

۴۵ قانون مدنی نیز مقرر شده است که مادامی که صاحبان حق انتفاع موجود هستند حق مزبور باقی و بعد از انقراض آنها زایل می‌شود.

۷- موارد مندرج در بندهای ۳، ۹، ۱۰، ۱۲، ۱۳، ۱۴، ۱۵ و ۱۶ مربوط به قسمت قبلی که راجع به برقراری حق انتفاع به موجب ایقاع و به صورت اذن محض می‌باشد در مورد حق انتفاعی که به موجب عقد جایز برقرار شود نیز سرایت داشته و لازم‌الرعايه است.

۳۲- به موجب عقد لازم

۱- از بررسی و مطالعه مقررات قانون مدنی راجع به حق انتفاع استنباط می‌شود که برقراری حق انتفاع ممکن است از طریق انعقاد عقد لازم صورت گیرد ماده ۵۱ قانون مدنی، در نتیجه مالک نمی‌تواند هر وقت بخواهد حق مزبور را زایل سازد، ولی این در صورتی است که در قرارداد مزبور عدم حق فسخ و رجوع برای مالک شرط شده باشد. در ماده ۱۲۰ قانون مدنی در بیان یکی از مصادیق حق انتفاع مقرر شده است که «اگر صاحب حق دیوار به همسایه اذن دهد که بر روی دیوار او سرتیری بگذارد یا روی آن بنا کند، هر وقت بخواهد می‌تواند از اذن خود رجوع کند، مگر اینکه به وجه ملزمی این حق را از خود سلب کرده باشد». بنابراین در مورد وضع و برقراری حق انتفاع اصل آن است که حق مزبور از جمله حقوق اذنی است و تابع اراده مالک است و چنانچه قراردادی در مورد برقراری حق مزبور منعقد شده باشد اصل بر جواز قرارداد مزبور می‌باشد و در نتیجه به فوت یا جنون یا سفه مالک قهراً منفسخ خواهد شد و یا آنکه مالک می‌تواند قبل از فوت خود از اذن خویش رجوع نموده و قرارداد مزبور را به طور یک‌جانبه فسخ و حق انتفاع را از بین ببرد. پس در مواردی که شک و تردید در مورد لزوم یا جواز قرارداد مربوط به حق انتفاع داشته باشیم اصل بر جواز قرارداد خواهد بود مگر آنکه دلیل خاصی برخلاف اصل مزبور از طرف مدعی اقامه شود و تنها در این صورت است که با اقامه دلیل روشن و صریح حکم بر لزوم قرارداد مزبور خواهد شد.

۲- اما در ماده ۱۲۴ قانون مدنی حکم خاصی برخلاف مفاد ماده ۱۲۰ قانون مدنی در

مورد حق انتفاعی که به واسطه قدمت آن، سابقه آن معلوم نیست وضع شده است که با اصل جواز حق انتفاع منافات دارد. در آن ماده مقرر شده است که «اگر از قدیم سرتیر عمارتی روی دیوار مختصی همسایه بوده و سابقه این تصرف معلوم نباشد باید به حال سابق باقی بماند، و اگر به سبب خرابی عمارت و نحو آن سرتیر برداشته شود، صاحب عمارت می‌تواند آن را تجدید کند و همسایه حق ممانعت ندارد. مگر اینکه ثابت نماند وضعیت سابق به صرف اجازه او ایجاد شده بوده است».

به عبارت دیگر در این مورد قانونگذار فرض را بر این قرار داده است که با توجه به تصرف صاحب حق انتفاع در ملک غیر که دلیل بر وجود داشتن حق مزبور است، تصرف مزبور بر مالکیت سابق و بدون قید دیوار برتری و حکومت دارد و در موارد متعارف ظاهر از اذن، سرتیر نهادن بر روی دیوار اختصاصی همسایه همراه با شرط ضمنی التزام به اذن و سلب حق رجوع است زیرا هیچ کس اختیار بقاء و تخریب ملک خود را در برابر تحصیل اذن سرتیر نهادن بر روی دیوار مختصی همسایه نمی‌دهد، پس باید ثابت شود که مفاد تراضی طرفین بر دادن اذن ساده بوده است تا رجوع از آن ممکن باشد به ویژه که عرف از گفته مالک تنها اذن و اباحه نمی‌فهمد و او را ملتزم به نگاهداری پیمان خویش می‌داند (مواد ۱۲۴ و ۲۲۴ قانون مدنی)^۱ و از آنجا که در این مورد خاص رجوع از اذن منجر به ورود ضرر بر صاحب حق انتفاع می‌شود بنابراین حکومت قاعده لاضرر مانع از رجوع مالک از اذن خود می‌باشد مگر آنکه ضرری به صاحب حق انتفاع وارد نشود.

بنابراین حکم خاص قانون مدنی در ماده ۱۲۴ حکمی استثنایی و خلاف اصل است که تنها در مواردی که قرارداد مکتوبی در بین نیست و یا دلایل کافی در مورد مفاد قرارداد فی مابین طرفین وجود ندارد، به منظور رعایت حقوق مکتسبه اشخاص که به واسطه قدمت آن جزء حقوق عرفی ایشان درآمده و بدون هیچ‌گونه مخالفتی به مدت طولانی مراعات شده

۱. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اموال، ش ۱۲۷ و نیز جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق اموال، ص ۱۳۰.

است، براساس قاعده تصرف وضع شده است و قانونگذار در این مورد خاص استثنائاً فرض نموده است که حق انتفاع به وجه ملزومی برقرار شده است و مدعی خلاف آن را ملزم نموده تا دلایل خویش را در مورد جواز قرارداد و حق انتفاع اقامه نماید و تا آن زمان رعایت حق مزبور را الزامی دانسته است.

برخلاف مورد عاریه که، همان طور که در بررسی عقد عاریه در فقه ملاحظه شد، چنانچه مالک و صاحب حق در نوع استفاده و عقد با یکدیگر اختلاف داشته باشند و منتفع مدعی عاریه بودن آن باشد و لیکن مالک مدعی اجاره دادن مال باشد، منتفع باید دلیل بر عاریه بودن آن اقامه کند و مالک تنها باید در موارد لزوم قسم یاد کند و چنانچه منتفع نتواند دلیل کافی اقامه کند ملزم است تا اجرت‌المثل به مالک بپردازد. به عبارت دیگر قول مالک بر قول منتفع مقدم می‌باشد و بار اثبات دلیل خلاف مدعای مالک بر عهده منتفع است.

۳- اما وجه ملزومی که در ماده ۱۲۰ قانون مدنی از آن یاد شده است، می‌تواند به صورت برقراری حق انتفاع به موجب عقد لازم باشد که در آن صریحاً می‌بایستی حق فسخ قرارداد از مالک سلب شده باشد تا مالک ملزم باشد به مفاد قرارداد عمل نماید و حق انتفاع را محترم بشمارد در غیر این صورت طبق اصل کلی مالک حق فسخ قرارداد را به طور یک‌جانبه خواهد داشت. اما در مورد وقف به حکم قانون با توجه به دائم بودن آن اصولاً حق فسخ منتفی است و نمی‌توان آن را برقرار نمود.

و یا آنکه ممکن است برقراری حق مزبور به صورت شرط ضمن عقود لازم معین (مانند بیع و اجاره) صورت گیرد به عبارت دیگر طرفین می‌توانند به موجب هر قراردادی که مخالف صریح قانون نباشد و تحت عناوین مستقل (مانند عمری، رقبی یا وقف) و یا قراردادهای موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی که برای طرفین نافذ و معتبر و لازم‌التبایع باشد و یا به صورت شرط ضمن عقد در ذیل هر یک از عقود معین (مثل بیع و اجاره) حق انتفاع را برقرار سازند در این خصوص با توجه به مقررات قانون مدنی طرفین می‌توانند حق انتفاع را به مدت معینی تحت عنوان «رقبی» و یا به مدت عمر مالک یا منتفع و یا عمر شخص

ثالث تحت عنوان «عمری» و یا چنانچه حق انتفاع عبارت از سکونت در مسکنی باشد حق مزبور را تحت قراردادی با عنوان «سکنی» برقرار سازند. همچنین ممکن است به طور دائم به صورت وقف یا حبس مؤبد نیز برقرار شود. بدین ترتیب هرگاه برای حق انتفاع مدت معینی تعیین شود (خواه به صورت رقبی یا عمری) و حق مزبور به موجب عقدی برقرار شود عقد مزبور، عقد لازم خواهد بود و طرفین باید در ضمن عقد حق فسخ قرارداد را از مالک سلب نمایند، در نتیجه وفای به موضوع قرارداد و رعایت حق انتفاع الزامی خواهد بود.

نکته دیگر آن است که برقراری حق انتفاع به صورت عمری تنها از طریق انعقاد عقد لازم قابل تصور و برقراری می‌باشد و ماده ۴۱ قانون مدنی بر این معنا تصریح دارد. ولی چنانچه حق مزبور به مدت عمر مالک برقرار شده باشد مانند حبس مطلق با فوت مالک مرتفع می‌شود در صورتی که حق انتفاع به مدت معین برقرار شود حتماً لازم نیست که به موجب عقدی برقرار شود بلکه به موجب ایقاع نیز می‌توان حق مزبور را برقرار نمود و ماده ۴۲ قانون مدنی حکمی برخلاف این نظر ندارد.

۴ - نکته دیگر آنکه مانع از رجوع و وجه ملزم مورد نظر قانون مدنی که مانع از رجوع مالک از اذن خود درباره حق انتفاع و پای‌بندی او به حق مزبور می‌باشد ممکن است مانع قانونی باشد آنچنان که از مواد ۶۱ و ۹۵ و ۹۷ و ۱۰۸ قانون مدنی استنباط می‌شود و یا آنکه ممکن است ناشی از اراده مالک و یا طرفین قرارداد انتفاع باشد خواه به طور صریح و ناشی از قرارداد فی‌مابین (ماده ۱۲۰ قانون مدنی) و یا به طور ضمنی و ناشی از رضایت عملی مالک (مانند اذن عملی مالک بر گذاردن سرتییر همسایه بر روی دیوار عمارت او و عدم مخالفت با آن (موضوع ماده ۱۲۴ قانون مدنی))

۵ - از بررسی مواد قانون مدنی در مورد این نوع از حق انتفاع که به موجب عقد لازم برقرار می‌شود نتایج زیر قابل استنتاج است:

۱ - حق انتفاع موضوع عقد لازم حقی مالی است که در صورت اجازه مالک قابل انتقال به غیر است مگر آنکه خلاف آن شرط شده باشد.

- ۲ - حق انتفاع موضوع عقد لازم قابل توارث نیست مگر خلاف آن شرط شده باشد.
- ۳ - هیچ یک از طرفین حق فسخ قرارداد را به طور یکجانبه، در صورتی که شرط نشده باشد، نخواهند داشت و فقط می‌توانند در صورت تراضی آن را اقاله کنند.
- ۴ - این حق فقط به موجب اذن صریح مالک و در قالب عقد لازم قابل برقراری می‌باشد.
- ۵ - این حق فقط به صورت رقبی یا عمری قابل برقراری می‌باشد. البته نوع خاصی از حق انتفاع که وقف نام دارد باید به صورت دائمی برقرار شود نه موقت ولو آنکه پس از مدتی هدف وقف منتفی شود.
- ۶ - در مورد این نوع از حق انتفاع، قبض شرط صحت برقراری آن می‌باشد (ماده ۴۷ قانون مدنی) فلذا پیش از قبض عقد تمام نیست و الزامی برای طرفین ایجاد نمی‌کند مگر اینکه مستند به التزام اضافی در نگاهداری عهد باشد مانند ایجاب همراه با التزام و مال موضوع حق نیز باید قابلیت قبض را داشته باشد و اگر مالی به خودی خود یا در اثر موانع خارجی، در استیلاء منتفع قرار نگیرد حبس واقع نمی‌شود.^۱
- ۷ - این نوع از حق انتفاع با انقضاء مدت و یا تلف مال مورد انتفاع ذایل می‌شود. (ماده ۵۱ قانون مدنی)
- ۸ - انتقال عین مال موضوع انتفاع از طرف مالک به غیر موجب بطلان حق انتفاع نمی‌شود، ولی در صورت جهل منتقل الیه به موضوع، حق فسخ معامله را خواهد داشت. (ماده ۵۳ قانون مدنی) اما اگر مالک عین را به منتفع انتقال دهد و یا منتفع حق خود را به مالک انتقال دهد، حق انتفاع زایل می‌شود.
- ۹ - موارد مندرج در بندهای ۳، ۹، ۱۰، ۱۲، ۱۳، ۱۴، ۱۵ و ۱۶ قسمت الف راجع به حق انتفاع به موجب ایقاع در مورد برقراری حق انتفاع به موجب عقد لازم نیز جریان داشته و لازم‌الرعايه هستند.

۱ . کاتوزیان، ناصر، *قانون مدنی در نظم حقوق کنونی*، ص ۵۴.

۳۳- به موجب شرط ضمن عقد لازم

۱- همان‌طور که قبلاً بیان شد وجه ملزم مورد نظر قانون مدنی که به موجب آن مالک حق رجوع از حق انتفاع را از خود سلب می‌کند به دو صورت متصور می‌باشد. ۱- به موجب عقد لازم ۲- به موجب شرط ضمن عقد لازم معین.

پس ملاحظه می‌شود که برقراری حق انتفاع اختصاص به انعقاد عقد مستقل و تحت عناوین خاص مثل وقف و عمری و رقبی و قرارداد موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی ندارد بلکه می‌توان حق انتفاع را به صورت شرط ضمن عقد تحت هر یک از عقود لازم معین (مانند بیع و اجاره) نیز برقرار نمود، توضیح مطلب آن است که هیچ یک از عقود مزبور و یا روش‌های مذکور در خصوص برقراری حق انتفاع موضوعیت ندارند بلکه عقود مزبور جنبه طریقی دارند و از طریق هر یک از روش‌ها و عقود مذکور که وافی به مقصود باشد می‌توان حق انتفاع را برقرار نمود تا وجه ملزم آن تحقق یابد همچنان که از عقد صلح نیز می‌توان بدین منظور استفاده نمود و حق مزبور را برای منتفع برقرار ساخت.

۲- بنابراین ممکن است اشخاص هنگامی که معامله‌ای با یکدیگر می‌نمایند و یا در خصوص موضوع خاصی با یکدیگر قراردادی منعقد می‌سازند تصمیم بگیرند ضمن همان معامله یا قرارداد خاص، همچنین حق انتفاع از مالی را نیز برای شخص ثالثی یا برای یکی از طرفین برقرار سازند مثلاً چنانچه قرارداد بیع بین خریدار و فروشنده راجع به ملکی در حال انعقاد باشد ممکن است طرفین توافق نمایند که حق انتفاع از ملک مورد معامله نیز به مدت معینی یا به مدت عمر فروشنده برای او برقرار شود. در این صورت هرچند قرارداد اصلی راجع به معامله قطعی ملک می‌باشد و لیکن برقراری حق انتفاع از ملک مورد معامله نیز به صورت شرط ضمن عقد بیع مورد توافق طرفین قرار می‌گیرد و به موجب همان عقد اصلی به شخص منتفع (به صورت مجانی یا معوض) واگذار می‌شود و دیگر احتیاجی به انعقاد قرارداد جداگانه‌ای نخواهد بود و همان قرارداد بیع کفایت می‌کند و هر دو موضوع انجام می‌شود، ملک به خریدار منتقل می‌شود و حق انتفاع نیز به منتفع اختصاص می‌یابد.

۳ - نکته مهمی که ذکر آن در اینجا ضروری به نظر می‌رسد آن است که چنانچه برقراری حق انتفاع به صورت عقد مورد توجه مالک و منتفع باشد حتماً لازم و ضروری خواهد بود که عقد مزبور فی‌مابین مالک و منتفع منعقد شود. این نکته‌ای است که از مفاد ماده ۴۱ قانون مدنی به روشنی و سهولت قابل استنباط می‌باشد زیرا در صورتی که برقراری حق انتفاع به صورت عمری مورد توجه طرفین باشد به صراحت ماده مرقوم حتماً می‌بایستی در قالب عقد صورت گیرد. برخلاف سایر موارد حق انتفاع که حتماً لازم نیست به موجب عقد صورت گیرد بلکه از طریق ایقاع هم ممکن است حق انتفاع برقرار شود. در این صورت لازمه انعقاد قرارداد آن خواهد بود که مالک و منتفع در یک مجلس حاضر گردیده و عقد مربوطه را منعقد سازند. بنابراین نمی‌توان حق عمری را به صورت ایقاع و یک طرفه و بدون حضور و امضاء و رضایت منتفع برقرار نمود. هر چند که مدت عقد مزبور و حق انتفاع تابعی از سه متغیر است، به مدت عمر مالک، یا به مدت عمر منتفع و یا به مدت عمر شخص ثالث قابل برقراری می‌باشد، ولی این امر نباید ما را به اشتباه بیاندازد تا تصور کنیم که بدون حضور منتفع، مالک می‌تواند حق مزبور را به نفع او برقرار سازد. متأسفانه در مقام عمل در برخی از موارد مشاهده می‌شود که برخی از همکاران در هنگام تنظیم اسناد راجع به معاملات قطعی املاک که بین فروشنده و خریدار انجام می‌شود، بنابر غلط مصطلح چون تصور می‌شود که برقراری حق عمری تنها در قالب عقد صلح ممکن و میسر است، عنوان سند مزبور را صلح عمری قرار می‌دهند، و در ضمن مصالحه مزبور حق انتفاع از ملک مورد معامله را به نفع اشخاص ثالث که در هنگام تنظیم سند در دفترخانه حضور ندارند و هیچ‌گاه سند و ثبت دفتر را امضاء نمی‌نمایند برقرار می‌سازند. در حالی که با توجه به توضیحات فوق‌الاشعار و براساس ماده ۴۱ قانون مدنی برقراری حق مزبور تنها از طریق انعقاد عقد بین مالک و منتفع و امضاء قرارداد توسط ایشان ممکن و میسر می‌باشد بنابراین رویه مصطلح مذکور مبتنی بر اشتباه و برخلاف قانون می‌باشد و نیاز به اصلاح دارد. مضافاً به اینکه همان‌طور که در این بخش گفته شد برقراری حق انتفاع به صورت شرط ضمن

عقد لازم به موجب هر یک از عقود لازم امکان پذیر می‌باشد و اختصاص به عقد صلح ندارد. لازم به تذکر است تمام مواردی که در قسمت «ج» توضیح داده شد در قسمت «د» نیز متصور بوده و موارد مذکور در این مورد نیز لازم‌الرعايه هستند.

۳۴ - به موجب قانون - حق انتفاع از مباحات

همان‌طور که در ماده ۴۰ قانون مدنی آمده است برقراری حق انتفاع در دو دسته از اموال امکان پذیر می‌باشد ۱ - اموالی که عین آن متعلق به دیگری و ملک اشخاص است. ۲ - اموالی که مالک خاصی ندارند و از آنها با عنوان مباحات یاد می‌شود. به موجب ماده ۹۲ قانون مدنی هرکس می‌تواند با رعایت قوانین و مقررات راجع به هر یک از مباحات از آنها استفاده کند مطابق ماده ۲۷ قانون مدنی اموالی که ملک اشخاص نیستند و افراد مردم می‌توانند آنها را مطابق مقررات مندرجه در این قانون و قوانین مخصوصه مربوط به هر یک از اقسام مختلفه آنها تملک کرده و یا از آنها استفاده کنند مباحات نامیده می‌شوند مانند اراضی موات. مباحات را می‌توان به وسیله حيازت تملک نمود مگر اینکه قانونی آن را ممنوع کرده باشد. مقصود از حيازت تصرف و وضع ید است و یا مهیا کردن وسایل تصرف و استیلاء (ماده ۱۴۶ قانون مدنی) حيازت مباحات به تناسب انواع آن متفاوت است: حيازت زمین موات ملازمه با احیاء آن دارد، حيازت آب رودخانه و ماهی با تصرف مادی انجام می‌شود و حيازت دفینه به کشف آن و حيازت حیوانات وحشی به شکار کردن آن است.^۱

مطابق ماده ۱۵۵ قانون مدنی هرکس حق دارد از نهرهای مباحه اراضی خود را مشروب کند یا برای زمین و آسیاب و سایر حوائج خود از آن نهر جدا کند. از بررسی مقررات مواد ۱۴۶ به بعد قانون مدنی در باب حيازت مباحات این‌طور استنباط می‌شود که هرکس می‌تواند از مالی که جزء مباحات است استفاده کند بدون آنکه نیاز به اجازه داشته باشد و یا آنکه انعقاد قراردادی ضرورت داشته باشد زیرا این حق به موجب قانون به اشخاص داده شده است. البته امروزه استفاده از بیشتر مباحات در اختیار و یا تحت نظارت کامل دولت

۱ . کاتوزیان، ناصر، *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، ص ۱۳۸.

است و در بسیاری از موارد نیاز به کسب اجازه مخصوص از مراجع ذی‌ربط و ذی‌صلاح جهت استفاده از مباحث است و اوضاع و احوال و مقتضیات کنونی با شرایطی که قانون مدنی وضع و تصویب شده است تفاوت آشکار و محسوسی یافته است.

مبحث سوم - مقایسه حق انتفاع با مالکیت منفعت (مقتضای ذات حق انتفاع و

مقتضای اطلاق عقد اجاره)

هرچند همان‌طور که گفته شد مقتضای ذات عقد اجاره انتقال مالکیت منافع به مستأجر است و لیکن مقتضای اطلاق عقد اجاره ایجاد حق استفاده از عین مستأجره برای مستأجر به منظور ایجاد شرایط و امکانات لازم جهت استیفای حقوق مالکانه خویش بر منافع عین مستأجره می‌باشد زیرا در غیر این صورت استیفای حقوق مالکانه مالک منافع متعسر خواهد شد. به همین دلیل مالک عین و مالک منفعت به عنوان مقدمه لازم و واجب نسبت به انعقاد عقد اجاره فی‌مابین اقدام می‌کنند تا مالک منافع به سهولت و راحتی هرچه بیشتر از منافع متعلق به خود بهره‌مند شود. زیرا همان‌طور که گفته شد مقتضای اطلاق عقد اجاره مسلط نمودن مستأجر بر عین مستأجره به منظور بهره‌برداری از منافع آن می‌باشد و در کنار آن مقتضای ذات عقد مزبور، مالکیت مستأجر بر منافع عین مستأجره، نیز حاصل می‌شود و مستأجر آن را تصاحب نموده و متصرف می‌شود و از عواید آن بهره‌مند می‌شود. از آنجا که در حق انتفاع برخلاف مالکیت منافع، منفعت مال به منتفع تملیک نمی‌شود بلکه حق استفاده و بهره‌برداری از مال مورد انتفاع برای منتفع ایجاد و برقرار می‌شود بنابراین مقتضای ذات حق انتفاع، ایجاد حق استفاده از عین مال برای منتفع است و متفاوت با مقتضای ذات عقد اجاره است که عبارت از مالکیت منفعت برای مستأجر است، ولی با مقتضای اطلاق عقد اجاره، استفاده از عین مستأجره، شباهت دارد.

بدین ترتیب ملاحظه می‌شود که مقتضای ذات حق انتفاع شباهت کاملی با مقتضای اطلاق عقد اجاره دارد زیرا در هر دو مورد مقتضای ایجاد و برقراری حق استفاده از مال دیگری است که از طریق تصرف و استیلاء و سلطه بر آن مال محقق می‌شود در حالی که

مالکیت عین مال کماکان در اختیار مالک آن باقی می‌ماند. با این تحلیل می‌توان گفت که مقتضای ذات حق انتفاع با مقتضای اطلاق عقد اجاره یکسان است و مقتضای اطلاق عقد اجاره «حق انتفاع» نام دارد که با مقتضای ذات عقد اجاره که «مالکیت منفعت» نام دارد تفاوت فاحش و روشنی دارد.

با این تفاوت که حق انتفاع را به وسیله مکانیزم‌ها و تأسیسات حقوقی دیگری همچون ایقاع و عقود جایز و قراردادهای موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی و عقود لازم و یا به صورت شرط ضمن عقد لازم می‌توان برقرار و ایجاد نمود و اختصاص به عقد اجاره ندارد در حالی که مالکیت منافع به طور مستقل تنها از طریق عقد اجاره ممکن است منتقل شود و از طریق سایر عقود نمی‌توان آن را منتقل نمود. البته استفاده از عقد صلح برای انتقال مالکیت منفعت نیز امری استثنایی و خارج از قاعده است و نمی‌تواند اصل و یا قاعده تلقی شود زیرا تنها در موارد خاصی، مطابق قانون، جایگزین عقد اجاره می‌شود و هرچند ممکن است تابع احکام اجاره نبوده و شرایط و لوازم عقد اجاره را نداشته باشد و لیکن اثر اجاره را بر جای می‌گذارد و بیشتر از آن اثری نخواهد داشت.

از نظر حقوقی همان‌طور که قبلاً بررسی و ملاحظه شد امکان تصور مالکیت بر منافع بدون تسلط و سلطه بر عین مال موضوع منافع وجود دارد. در مورد اجاره اشخاص همان‌طور که بررسی و ملاحظه شد این تفکیک به روشنی قابل ملاحظه است زیرا مالک منافع بر عین مستأجره (اجیر) به صورت مادی تسلط و تصرف نمی‌یابد بلکه تنها نیروی کار مورد اجاره (اجیر) در اختیار مستأجر قرار می‌گیرد و به او تعلق می‌یابد اما در مورد اجاره اشیاء مالکیت منافع ملازمه با تسلط بر عین مستأجره پیدا می‌کند تا مالک منافع بتواند حقوق مالکانه خود را به طور کامل نسبت به منافع مال استیفاء نماید در نتیجه بین مالکیت منفعت و تسلط بر عین مستأجره و استفاده از آن تداخل حاصل می‌شود.

ولی همان‌طور که گفته شد حتماً لازم نیست مقتضای ذات عقد اجاره با مقتضای اطلاق آن توأماً و در همه حال برای مستأجر تحقق یابد بلکه گاهی هر دو اقتضاء فراهم

می‌شود و گاهی دیگر تنها مالکیت منفعت به مستأجر تعلق می‌یابد. بنابراین امکان دارد که در آن واحد مالکیت منفعت به شخصی منتقل شود و در همان لحظه حق انتفاع از مال موضوع منافع به شخص دیگری واگذار شود به عبارت دیگر در یک لحظه ممکن است مالکیت منافع مالی متعلق به کسی باشد، ولی حق انتفاع از همان مال متعلق به شخص دیگری باشد البته به نحوی که این دو حق هیچ منافاتی با هم نداشته و صاحبان هر یک بتوانند بدون مزاحمت دیگری حقوق خویش را استیفاء نمایند.

هرچند از نظر عوام این دو اصطلاح و واژه دارای یک معنا بوده و به جای یکدیگر به کار می‌روند اما همان‌طور که ملاحظه شد از نظر حقوقی این دو مفهوم معانی خاص و متفاوتی از یکدیگر دارند. مالکیت منفعت و حق انتفاع تفاوت‌های دیگری نیز دارند که در ادامه به آنها اشاره می‌شود.

۳۵ - تفاوت‌های حق انتفاع و مالکیت منافع

- ۱ - حق انتفاع فقط نسبت به اموال قابل برقراری است و حال آنکه مالکیت منافع نسبت به اشیاء یا حیوان یا اشخاص ممکن است برقرار شود (ماده ۶۷ قانون مدنی)
- ۲ - در مورد مالکیت منافع تعیین مدت الزامی است و حال آنکه در مورد حق انتفاع تعیین مدت ضروری نیست (مواد ۴۶۸ و ۴۱ و ۴۲ و ۴۳ قانون مدنی) به عنوان مثال حق انتفاع به صورت حبس مطلق (بدون تعیین مدت) و یا به صورت عمری (مدت نامعلوم) ممکن است برقرار شود که این ترتیب با مالکیت منافع به موجب عقد اجاره تفاوت آشکاری دارد.
- ۳ - تملیک منافع تنها به صورت معوض ممکن است صورت گیرد (بند ۳ ماده ۴۹۰ قانون مدنی) در حالی که حق انتفاع به صورت بلاعوض نیز ممکن است برقرار شود. (ماده ۳۳۷ قانون مدنی)
- ۴ - مالکیت منفعت تنها از طریق عقد لازم ممکن است منتقل شود (ماده ۴۶۶ قانون

مدنی) در حالی که حق انتفاع به صورت ایقاع و نیز به موجب عقد جایز ممکن است برقرار شود (مواد ۴۴ و ۱۰۸ قانون مدنی)

۵ - مالکیت منفعت تنها به صورت موقت ممکن است منتقل شود (مواد ۴۶۸ و ۵۱۴ قانون مدنی) در حالی که حق انتفاع به صورت دائمی نیز ممکن است برقرار شود مانند وقف (ماده ۵۵ قانون مدنی)

۶ - حق انتفاع از جمله اعمال حقوقی احسانی تلقی می‌شود (به خصوص عاریه و وقف) بنابراین برابری عوض و معوض ضرورتی ندارد و یا (ممکن است بلاعوض باشد) در حالی که در اجاره برابری عوض و معوض مورد توجه طرفین می‌باشد و اجاره از جمله عقود احسانی تلقی نمی‌شود توضیح آنکه عبارت تسبیل منفعت در تعریف وقف به معنی صرف مال در راه خدا است.

۷ - در مورد حق انتفاع با توجه به مقررات قانون مدنی برقراری حق مزبور در اموالی که عین آن ملک دیگری است تنها توسط مالک میسر می‌باشد (مواد ۵۵ و ۵۷ و ۴۰ قانون مدنی) در حالی که در مورد انتقال مالکیت منافع حتماً لازم نیست که موجر مالک عین مستأجره باشد بلکه مالک منافع نیز می‌تواند این انتقال را صورت دهد (ماده ۴۷۳ و ۴۷۴ قانون مدنی) به استثناء عقد عاریه .

۸ - حق انتفاع نسبت به اموالی که مالک خاص ندارد قابل برقراری است و شخص می‌تواند از مباحات با رعایت قوانین و نظامات راجع به آنها استفاده کند (ماده ۹۲ قانون مدنی) در حالی که مالکیت منافع نسبت به اموالی که مالک خاص دارد قابل تصور است زیرا مالکیت منافع تنها به موجب عقد اجاره قابل انتقال می‌باشد در نتیجه می‌بایستی مالکیت منافع متعلق به شخصی باشد تا قابل انتقال باشد (ماده ۴۶۶ قانون مدنی)

۹ - در مورد مالکیت منافع با انتقال منفعت به مستأجر، بین مالکیت عین و مالکیت منفعت تفکیک به عمل می‌آید در حالی که در حق انتفاع مالک عین و منفعت یکی است و تفکیکی حاصل نمی‌شود بلکه تنها حق استفاده از عین مال مورد انتفاع به منتفع منتقل

می‌شود و برقراری این حق تداخلی با مالکیت منافع نخواهد داشت. به همین دلیل چون ذرات منافع در حق انتفاع در مالکیت صاحب عین ایجاد می‌شود و منتفع تنها حق بهره‌برداری از آن را می‌یابد پس در پایان مدت حق انتفاع، دیگر منتفع اجازه هیچ نوع تصرفی را در مال مزبور ندارد و منافع استفاده نشده متعلق به مالک عین می‌باشد و منتفع هیچ حقی نسبت به آنها نخواهد داشت.

۳۶- آیا حق انتفاع قابل انتقال است؟

با توجه به مجموع بررسی‌های فقهی و حقوقی که به عمل آمد به نظر می‌رسد در صورتی که حق انتفاع به طور مطلق برقرار شده باشد منتفع حق انتقال حق انتفاع از مال را به غیر ندارد. این یک استثناء در مورد حق انتفاع می‌باشد، برخلاف سایر حقوق مالی که اصل کلی در مورد آنها قابلیت انتقال حقوق مزبور به غیر می‌باشد. فلذا حق انتفاع را علی‌الاصول چنانچه به طور مطلق برقرار شده باشد نمی‌توان به دیگران منتقل کرد مگر آنکه مالک به طور صریح این حق را به منتفع داده باشد. در تأیید و تقویت این نظر می‌توان به دلایل زیر استناد نمود:

الف - در وقف تنها بیع عین موقوفه آن هم فقط در صورتی که عین موقوفه خراب شود یا خوف از آن باشد که منجر به خرابی شود به طوری که انتفاع از آن ممکن نباشد، در صورتی که عمران آن متعذر باشد یا کسی برای عمران آن حاضر نشود مجاز دانسته شده، ولی سایر معاملات اجازه داده نشده است. (ماده ۸۸ قانون مدنی) هم‌چنین به موجب ماده ۶۱ قانون مدنی وقف بعد از وقوع آن به نحو صحت و حصول قبض لازم است و واقف نمی‌تواند از موقوف علیهم کسی را خارج کند یا کسی را در موقوف علیهم داخل کند یا با آنها شریک کند. این حکم اختصاص به واقف ندارد و شامل موقوف علیهم نیز می‌شود. تعیین موقوف علیهم تنها جزء حقوق و اختیارات واقف است و موقوف علیهم در این خصوص حق و اختیاری ندارند و نمی‌توانند با انتقال حقوق خود به دیگران آنها را جزء موقوف علیهم داخل نمایند.

اما در مورد انتقال حق انتفاع ناشی از عقد وقف می‌بایستی قایل به تفکیک شد و در این صورت توجه و تأمل در نیت واقف ضرورت می‌یابد. در نتیجه چنانچه عین موقوفه به منظور برقراری حق استعمال به نفع موقوف علیهم وقف شده باشد در این صورت واگذاری حق انتفاع ممکن و میسر نخواهد بود به عنوان مثال چنانچه واقف حمامی را وقف نماید که فقط زندانیان زندان قصر و یا ایتامی که در شیرخوارگاه آمنه نگهداری می‌شوند از آن استفاده نموده و نظافت و شستشو کنند، در این صورت، موقوف علیهم یا منتفعین مزبور نمی‌توانند حق انتفاع خود را به دیگری واگذار کنند و متولی نیز نمی‌تواند این‌طور نماید و تنها درآمد ناشی از آن را به ایشان واگذار کند. اما چنانچه عین موقوفه به منظور برقراری حق استثمار به نفع موقوف علیهم وقف شده باشد در این صورت واگذاری حق انتفاع از عین موقوفه به دیگران و اختصاص دادن درآمد و سود ناشی از آن به موقوف علیهم بلااشکال خواهد بود. به عنوان مثال هرگاه واقف حمامی را وقف نماید که عایدات آن صرف تحصیل کودکان بی‌سرپرست شود در این صورت متولی می‌تواند حق انتفاع از حمام را در اختیار عموم قرار دهد و منافع حاصل از آن را صرف تحصیل موقوف علیهم نماید. همچنین در صورتی که واقف حق انتفاع از مالی را به نفع موقوف علیهم برقرار نماید و نوع استفاده انتفاع و مصرف وقف را نیز تعیین کند و لیکن شخص منتفع (موقوف علیه) نتواند استفاده مزبور را از موقوفه بنماید و یا امکانات و تخصص لازم را نداشته باشد تا استفاده و مصرف موردنظر را بکند در این صورت متولی می‌تواند حق انتفاع را به شخص دیگری که از آن توانایی یا دانش یا امکانات برخوردار است واگذار کند و منافع حاصل را صرف موقوف علیهم نماید و یا تسلیم ایشان کند. به عنوان مثال اگر واقف مزرعه یا باغی را به موجب عقد وقف به نفع موقوف علیه که پیرمردی یا پیرزنی می‌باشد یا به نفع مسجد یا مدرسه‌ای وقف کند در این صورت چون موقوف علیه شخصاً نمی‌تواند در باغ یا مزرعه موقوفه زراعت یا باغبانی نماید یا توانایی مالی برای پرداخت هزینه‌های متعلقه را ندارد در نتیجه متولی می‌تواند حق انتفاع از باغ یا مزرعه را به شخص واجد شرایطی واگذار کند و منافع حاصل از

آن را به موقوف علیه تسلیم و یا به نفع او مصرف نماید.

بنابراین در مورد واگذاری حق انتفاع در عقد وقف حکم کلی وجود ندارد و تنها ملاک موجود و روشن توجه به نیت واقف است که تکلیف قضیه را روشن می‌سازد. اما در مورد به اجاره واگذار نمودن منافع موقوفه توسط متولی که به موجب ماده ۴۹۹ قانون مدنی مجاز دانسته شده است، با توجه به اینکه حق انتفاع مالکیتی برای منتفع نسبت به منافع ایجاد نمی‌کند به نظر می‌رسد که واگذاری حق انتفاع از طریق عقد اجاره یا به تعبیر بهتر به موجب عقد اجاره صحیح نمی‌باشد زیرا اثر عقد اجاره تملیک منافع به مستأجر است و منتفع مالکیتی بر منافع ندارد تا بتواند آن را به اجاره غیر منتقل کند. و باید از مکانیزم‌های دیگری که در قانون مدنی مقرر شده است (همچون عمری و رقبی) استفاده نمود. به همین دلیل این طور استنباط می‌شود که آنچه که به موجب ماده ۴۹۹ قانون مدنی به اجاره واگذار می‌شود حق انتفاع از مال موقوفه نیست بلکه منافع موقوفه است که به اجاره منتقل می‌شود. ثانیاً این متولی است که منافع عین موقوفه را به اجاره واگذار می‌نماید نه شخص منتفع (موقوف علیه) فلذا نمی‌توان اشکال نمود که منتفع حق انتقال، حق انتفاع خود از عین موقوفه را به موجب عقد اجاره ندارد زیرا شخص متولی، به نیابت از عین موقوفه که شخصیت حقوقی مستقلی دارد، که از سوی واقف برای اداره موقوفه تعیین شده است این اختیار را دارد که عین موقوفه را با ملاحظه صرفه وقف طوری اداره نماید که مقصود واقف از وقف تأمین شود و موقوفه به نحوی بهره‌برداری و اداره شود که منافع حاصل از آن به مصرف و استفاده مورد نظر واقف برسد. در نتیجه چنانچه تأمین مقصود واقف منوط به انتقال منافع موقوفه به موجب عقد اجاره به غیر باشد متولی می‌تواند منافع آن را به غیر منتقل نموده و عین موقوفه را به دیگری اجاره دهد و منافع و سود حاصل را صرف موقوف علیه به نحوی که واقف تعیین کرده بنماید. مگر آنکه همان‌طور که قبلاً گفته شد اجاره دادن عین موقوفه و تملیک منافع آن مغایر با مقصود واقف و برخلاف حق انتفاع موقوف علیه و مغایر با آن باشد و مانع از استیفای حقوق منتفع (موقوف علیه) شود به عنوان مثال

چنانچه واقف حمامی را وقف نموده باشد تا شاگردان مدرسه‌ای برای شستشو از آن استفاده کنند متولی نمی‌تواند حمام را به دیگری اجاره دهد و منافع حاصل را بین شاگردان مدرسه تقسیم نماید. زیرا این امر اولاً برخلاف مقصود واقف می‌باشد و هدف از وقف را منتفی می‌سازد. ثانیاً مغایر با حقوق شاگردان مدرسه می‌باشد زیرا حق انتفاع ایشان از حمام مزبور که عبارت از استفاده از آن جهت نظافت و شستشو می‌باشد را از بین می‌برد مگر آنکه واقف حمام را وقف نموده باشد که عایدات آن خرج تحصیل دانش‌آموزان مدرسه مزبور شود که در این صورت متولی می‌تواند حمام را به غیر اجاره دهد و سود حاصل و عایدات آن را صرف تحصیل دانش‌آموزان موردنظر کند زیرا این امر هیچ‌گونه مغایرتی با مقصود واقف نداشته و هدف وقف را تأمین می‌کند و حق انتفاع موقوف علیهم را نیز تأمین می‌نماید. بنابراین اجاره موقوفه در چنین شرایطی ممکن می‌باشد و منافات و مغایرتی با حق انتفاع موقوف علیهم ندارد در غیر این صورت اجاره موقوفه صحیح نخواهد بود.

ب - در عقد عاریه به تصریح ماده ۶۴۷ قانون مدنی مستعیر (منتفع) نمی‌تواند مال مورد عاریه را به هیچ نحوی به تصرف غیر دهد مگر به اذن معیر به عبارت دیگر مستعیر حق انتقال حقوق خویش را نسبت به منافع مال مورد عاریه به هیچ صورتی ندارد حتی نمی‌تواند آن را به دیگران عاریه هم بدهد مگر آنکه مالک صریحاً این اجازه را به او داده باشد. بنابراین در صورتی که حق انتفاع به طور مطلق برقرار شود مباشرت منتفع در حق انتفاع شرط است مگر آنکه در قرارداد فی‌مابین مالک صریحاً حق انتقال و واگذاری به منتفع داده باشد. این امر اختصاص به عاریه ندارد و سایر عقود جایز مانند (حبس مطلق) نیز از همین قاعده متابعت می‌کنند.

ج - در عقد عمری یا رقبی نیز چنانچه به طور مطلق منعقد شده باشند همین قاعده جاری می‌باشد مگر آنکه صریحاً حق انتقال به منتفع داده شده باشد همچنین اگر با ملاحظه قرائن و امارات احراز شود که قصد مشترک طرفین آن بوده است. که راهی برای تأمین معاش منتفع ایجاد شود و مباشرت منتفع مورد نظر نبوده است در این صورت نیز

منتفع حق واگذاری حقوق خود نسبت به مال مورد انتفاع را به دیگران خواهد داشت. اما منتفع نمی‌تواند مصرفی را که مالک برای مال موضوع حق در نظر گرفته را تغییر دهد و به منظور انتفاع بیشتر وضع عادی آن را دگرگون سازد بلکه می‌بایستی در حدود عرف و اذن مالک از آن استفاده کند به عنوان مثال اگر حق انتفاع عبارت از سکونت در خانه‌ای باشد منتفع تنها می‌تواند با خانواده‌اش در آن اقامت کند و در حدود عرف از دوستان و اقوام خود به عنوان میهمان پذیرایی کند، ولی نمی‌تواند به مقدار زیاد حیوانات اهلی و یا وحشی در آن نگاه‌دارد و یا در آن محل کسب دایر کند و یا هر اتاق آن را به کسی جهت سکونت واگذار کند.

د - در مورد ایقاع و اجازه انتفاع نیز همان‌طور که قبلاً بررسی و بیان شد با توجه به اینکه برای منتفع بر انتفاع از مال دیگری حقی ایجاد نمی‌شود بلکه تنها استفاده بردن از مال دیگری بر او مباح می‌شود، یعنی انتفاع از مال دیگری برای منتفع ممنوع و تجاوز به حق غیر محسوب نمی‌شود، بنابراین منتفع نمی‌تواند آن را به دیگران واگذار نماید چون مالک منافع یا حق انتفاع نیست.

ه - همان‌طور که در بررسی فقهی موضوع ملاحظه شد منتفع حق واگذاری حقوق خویش را در قالب عقد اجاره به غیر ندارد زیرا نسبت به منافع مالکیتی در اثر عقد انتفاع برای او ایجاد نمی‌شود تا بتواند آن را به غیر واگذار کند بنابراین به نظر می‌رسد مالکیت منافع شرط لازم برای برقراری هر نوع حقی نسبت به آن برای غیر می‌باشد همان‌طور که در عقد عاریه برای عاریه دهنده شرط شده است که او باید مالک منافع مال باشد تا بتواند آن را به دیگران عاریه دهد والا چنین اختیار و حقی را نخواهد داشت.

بنابراین این استدلال که منتفع مالک حق انتفاع است و آن را به دیگران انتقال می‌دهد نه منافع را پس در قالب عقود دیگری به جز اجاره می‌تواند حق خود را به غیر انتقال دهد نمی‌تواند استدلال صحیحی باشد زیرا اولاً همان‌طور که دیدیم برقراری حق انتفاع به صورت شرط ضمن عقد، در قالب هر یک از عقود لازم، از جمله اجاره، میسر می‌باشد بنابراین

استثناء نمودن این مورد از قاعده کلی وجاهت قانونی ندارد. ثانیاً حق انتفاع نیز همچون مالکیت منفعت، از جمله حقوقی است که می‌توان نسبت به منافع ملک تصور و برقرار نمود و در هر دو مورد موضوع حق مزبور منافع مال است و موضوع متفاوتی ندارند.

به عنوان مثال هرگاه حق انتفاع عبارت از استعمال ملکی جهت سکونت باشد و در عقد اجاره نیز چنانچه خانه‌ای جهت سکونت به دیگری واگذار شود و یا در موردی که حق انتفاع عبارت از حق استثمار از میوه‌های باغی باشد و یا آنکه محصول و میوه‌های باغی به مدت یک‌سال به دیگری به اجاره داده شود در هر دو مورد موضوع حق انتفاع و حق مالکیت منافع یکسان و واحد می‌باشد با این تفاوت که در حق انتفاع مالکیتی برای منتفع ایجاد نمی‌شود، ولی به موجب عقد اجاره مالکیت منافع به مستأجر منتقل می‌شود. بنابراین همان‌طور که در فقه مطرح شده و در قانون مدنی برای عقد عاریه مقرر شده است، از وحدت ملاک ماده ۶۳۶ قانون مدنی استفاده می‌شود که منتفع به لحاظ عدم مالکیت بر منافع حق واگذاری حقوق خود را تحت هیچ‌یک از عقود از جمله اجاره به غیر ندارد مگر آنکه مالک صریحاً این اجازه را به او داده باشد.

و - همچنین همان‌طور که در بررسی برقراری حق انتفاع به نفع معدوم به تبع موجود ملاحظه شد از سیاق عبارات مواد ۴۵ و ۷۰ قانون مدنی این طور استنباط می‌شود که در برقراری حق انتفاع، مباشرت منتفع شرط است مگر آنکه این اجازه به صراحت به منتفع داده شده باشد که حقوق خود را به غیر منتقل کند در غیر این صورت تنها خود او می‌تواند از مال مورد انتفاع استفاده کند و اشخاصی که عرفاً جزء عائله و وابستگان او محسوب می‌شوند و این در حالی است در مورد مالکیت منافع در ماده ۴۷۴ قانون مدنی تصریح شده است که مستأجر می‌تواند عین مستأجره را به دیگری اجاره دهد مگر اینکه در عقد اجاره برخلاف آن شرط شده باشد. از مقایسه این دو مورد این نتیجه استنتاج می‌شود که در مورد مالکیت منافع همچون سایر حقوق مالی این اصل و قاعده حکم‌فرماست که حق مزبور علی‌الاصول قابل انتقال به غیر می‌باشد مگر استثنائاً در صورتی که در عقد اجاره این حق

از مستأجر و مالک منفعت سلب شده باشد. اما در مورد حق انتفاع اصل و قاعده مزبور مراعات نمی‌شود و تنها در صورتی که صراحتاً حق انتقال و واگذاری حق انتفاع از طرف مالک به منتفع داده شود او می‌تواند حقوق خود را به دیگران واگذار کند در غیر این صورت چنین حقی نخواهد داشت و تنها می‌تواند شخصاً از حق خود استفاده کند و یا آنکه از آن صرف‌نظر نماید. همان‌طور که در ماده ۹۴ قانون مدنی نیز مقرر شده است کیفیت استحقاق تابع قراردادی است که مطابق آن حق داده شده است.

ز - دلیل دیگری که می‌توان اقامه کرد آن است که چنانچه مدت حق انتفاع منقضی شود مطابق ماده ۵۱ قانون مدنی حق انتفاع زایل می‌شود همان‌طور که اساتید ارجمند نیز اظهار عقیده نموده‌اند برخلاف مالکیت منافع که به موجب عقد اجاره به مستأجر واگذار می‌شود، پس از زوال حق انتفاع، منافع مال هرچند که آماده بهره‌برداری باشد، منتفع دیگر حق استفاده از آن را نخواهد داشت و باید منافع استفاده نشده را به مالک رد کند.

مثلاً اگر حق انتفاع مربوط به باغ میوه‌ای باشد، پس از زوال حق، میوه‌های رسیده به مالک باغ رد می‌شود و منتفع نمی‌تواند آنها را بچیند یا اگر ریخته باشد از پای درخت جمع‌آوری کند، زیرا منافع مال در حق انتفاع، در مالکیت مالک عین تولید می‌شود و منتفع تنها حق بهره‌برداری از آن منافع را می‌یابد اما در عقد اجاره، منافع مال در مالکیت مستأجر تولید می‌شود و متعلق به اوست.

فلذا در فرض مثال مزبور میوه‌های باغ در مدت اجاره، در مالکیت مستأجر تولید شده و متعلق به اوست ولو آنکه آنها را جمع‌آوری نکرده باشد و مدت منقضی شود که در این صورت انقضاء مدت اجاره نمی‌تواند موجب زوال مالکیت او بر میوه‌های مزبور شود در نتیجه می‌تواند میوه‌ها را برداشت و جمع‌آوری کند.

حال اگر حق انتفاع عبارت از حق استثمار از میوه‌های باغ در مدت معینی باشد، چنانچه معتقد باشیم منتفع به عنوان مالک حق انتفاع حق مزبور را می‌تواند به غیر انتقال دهد، در این صورت مقتضای مالکیت حق انتفاع، همچون سایر موارد مالکیت این می‌شود که

حقوق و منافع ناشی از آن متعلق به مالک حق انتفاع خواهد شد و از آنجا که حقوق و منافع ناشی از حق انتفاع عبارت از میوه‌هایی است که در مدت حق انتفاع تولید می‌شود بنابراین میوه‌ها باید متعلق به صاحب حق انتفاع و یا منتقل‌الیه باشد و در صورت انقضاء مدت حق انتفاع باید بتواند میوه‌های مزبور را که در مالکیت او تولید شده را جمع‌آوری کند در حالی که در ابتدای این قسمت ملاحظه کردیم که منتفع‌چنین حقی را ندارد زیرا در حق انتفاع بنابر تعریف قانون مدنی مالکیتی برای منتفع نسبت به منافع ایجاد نمی‌شود بلکه تنها او می‌تواند از مال دیگری استفاده کند.

بنابراین منتفع مالک عین یا منافع نیست تا حق انتقال آن را به غیر داشته باشد بلکه امتیاز ویژه‌ای دارد که از اذن مالک ناشی شده و اثر حقوقی آن امتیاز این است که می‌تواند از مالی که متعلق به دیگری است شخصاً استفاده کند، ولی حق واگذاری آن امتیاز را به غیر ندارد.

همان‌طور که استاد ارجمند دکتر لنگرودی بیان فرموده اند «حق انتقال محتاج به دلیل است نه عدم حق انتقال و صلاحیت محتاج دلیل است نه عدم صلاحیت»^۱

مبحث چهارم - مقایسه صلح عمری با صلح به شرط عمری

در مورد حق انتفاع قبلاً توضیح داده شد که حق انتفاع به چند طریق قابل برقراری می‌باشد. از جمله طریقی که برای برقراری حق مزبور در قانون مدنی مقرر شده است، از طریق عقد لازم به صورت عقد مستقل (تحت عنوان عمری یا رقبی) و یا به صورت شرط ضمن عقد لازم (از جمله بیع و اجاره) می‌باشد.

در صورت اول اساساً موضوع عقد و هدف از انعقاد آن تنها برقراری حق انتفاع می‌باشد، ولی در صورت دوم موضوع عقد و هدف از انعقاد آن موضوع دیگری است و برقراری حق انتفاع به صورت تبعی در ضمن عقد مزبور که به منظور دیگری برقرار شده صورت می‌گیرد و موضوع فرعی عقد مزبور است. طریق دیگری که برای برقراری حق انتفاع به موجب

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دانشنامه حقوقی، ج ۵، ص ۴۵۱.

مقررات قانون مدنی متصور می‌باشد، استفاده از عقد صلح برای برقراری حق مزبور می‌باشد، زیرا به موجب ماده ۷۵۸ قانون مدنی صلح در مقام معاملات نتیجه معامله‌ای را که به جای آن واقع شده است را می‌دهد هرچند شرایط و احکام خاص آن معامله را نداشته باشد. بنابراین اگر مورد صلح عین باشد در مقابل عوض نتیجه آن همان نتیجه بیع خواهد بود بدون اینکه شرایط و احکام خاص بیع در آن مجری شود. همچنین به موجب ماده یک قانون روابط موجر و مستأجر صلح در مقام اجاره همان نتیجه اجاره را می‌دهد. در واقع جوهر صلح و وجه امتیاز آن بر معامله‌ای که همان نتیجه را می‌دهد تسالم و جلوگیری از تنازع است. صلح از جمله عقود است که علم اجمالی به موضوع آن کافی است، مشروط بر آنکه منتهی به علم شود زیرا مجهول مطلق قابل تنفیذ و اجراء نیست^۱ بنابراین در مواردی ممکن است مالک و منتفع از عقد صلح برای برقراری حق انتفاع استفاده کنند و قرارداد خود را در قالب عقد صلح منعقد نمایند. اما نکته مهم و قابل توجه آن است که با توجه به مفاد ماده ۷۶۰ قانون مدنی صلح عقد لازم است و در صورتی که در مقام عقود جائز نیز واقع شده باشد اثر لزوم آن از بین نمی‌رود و هیچ یک از طرفین نمی‌تواند آن را برهم زند مگر در موارد فسخ به خیار و یا از طریق اقاله.

بنابراین با فوت یا جنون یا سفه هیچ یک از طرفین نیز عقد مزبور منفسخ نمی‌شود در نتیجه چنانچه به موجب عقد صلح حق انتفاع به صورت حبس مطلق به نفع منتفع برقرار شود با وجود آنکه حبس مطلق از جمله عقود جایز است لیکن فوت یا جنون یا سفه مالک تأثیری در بقاء یا زوال صلح نخواهد داشت زیرا صلح عقد لازم است و طرفین باید نسبت به موضوع صلح پایبند بوده و مفاد آن برای طرفین لازم‌الاتباع می‌باشد.

با توجه به مراتب فوق‌الذکر مالک می‌تواند حق انتفاع را به موجب عقد صلح به منتفع صلح منتقل کند در این صورت چنانچه حق انتفاع به صورت عمری (به مدت عمر مال یا منتفع یا شخص ثالث) به منتفع صلح شود عنوان حقوقی آن صلح عمری خواهد بود.

۱. کاتوزیان، ناصر، *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، ص ۴۷۹ تا ۴۸۱، نشر میزان، ۱۳۸۱.

در حالی که اگر حق انتفاع به موجب شرط ضمن عقد برای منتفع برقرار شود چنانچه عقد اصلی در مورد فروش ملکی توسط فروشنده به خریدار باشد و بنابر ملاحظات و مصالحی طرفین، معامله مزبور را در قالب عقد صلح انجام دهند ممکن است در ضمن عقد صلح مزبور حق انتفاع نیز برای منتفع برقرار شود. در این صورت عنوان عقد مزبور «صلح به شرط عمری» خواهد بود یعنی صلح در مورد عمری نیست بلکه صلح در مقام معامله اصلی (اعم از بیع و غیر آن) واقع شده و حق عمری نیز به صورت شرط ضمن عقد مزبور به نفع منتفع به صورت تبعی و فرعی برقرار می‌شود. همانند وقف که آن هم نوعی حق انتفاع خاص می‌باشد.

مبحث پنجم - مقایسه صلح خیاری با صلح عمری و صلح به شرط عمری

گفتیم که صلح عقدی است که به موجب قانون مدنی هرگاه در مقام معاملات واقع شود اثر و نتیجه معامله‌ای را که به جای آن واقع شده را به جای می‌گذارد بنابراین عقد صلح در میان عقود معین عقدی نیست که مخصوص انجام معامله یا قرارداد خاصی باشد مانند بیع یا اجاره یا رهن یا مزارعه بلکه عقدی است که به صورت جایگزین و جانشین سایر عقود در قانون مدنی و فقه تعبیه شده است. این امر به دادن دلیل صورت گرفته تا محذورات ناشی از عقود معین موجب نشود که معاملات و قراردادهای اشخاص به تعطیلی و توقف منجر شود زیرا احکام و شرایط خاص هر عقد معینی ممکن است موجب شود تا انجام معامله و انعقاد قرارداد خاصی فی‌مابین طرفین تحت عنوان هر یک از عقود معین دچار مشکل شده و طرفین برای پرهیز از دچار شدن به احکام و شرایط خاص هر یک از عقود معین مجبور شوند از اصل انجام معامله و انعقاد قرارداد منصرف شوند.

بنابراین قانونگذار با تأسیس عقد صلح به عنوان راه‌حل قانونی این مشکل را از سر راه اشخاص برداشته و به آنها اجازه داده تا معامله خویش را در قالب عقد صلح به انجام برسانند زیرا انعقاد عقد صلح به جای عقد اصلی موجب می‌شود تا طرفین از مخاطرات و محذورات ناشی از شرایط و احکام خاص عقد اصلی رهایی یابند. و در مقابل به همان اثر و

نتیجه حاصل از عقد اصلی در قالب عقد صلح دست یابند. بنابراین تأسیس حقوقی عقد صلح به عنوان یک راه‌حل در پیش‌روی اشخاص قرار گرفته تا به کمک آن بتوانند در شکل و قالب قانونی و مشروع معاملات و قراردادهای خود را به انجام برسانند و دچار مشکل نشوند.

عقد صلح چون جزء عقود لازم می‌باشد مفاد آن برای طرفین لازم‌الاتباع می‌باشد و چنانچه طرفین بخواهند عقد مزبور را برهم زنند تنها از طریق جعل خیار و شرط ضمن عقد می‌توانند حق فسخ معامله و عقد صلح را برای یکدیگر برقرار سازند. برقراری حق فسخ ممکن است، بدون هیچ دلیل خاصی، از طریق شرط خیار فسخ معامله برای هر یک از طرفین در مدت معین صورت گیرد و یا آنکه ممکن است با درج شروطی در ضمن عقد صلح، در صورت تخلف از مفاد شرط توسط مشروط علیه، برای طرف مقابل حق فسخ معامله پیش‌بینی شود. با توجه به توضیحات فوق‌الاشعار می‌توان گفت چنانچه در ضمن عقد صلح برای هر یک از طرفین حق فسخ مصالحه در شرایط خاصی و یا در مدت خاصی پیش‌بینی و مقرر شود عنوان عقد مزبور «صلح خیاری» خواهد بود یعنی صلحی که در آن حق فسخ معامله به صورت یک جانبه برای هر یک از طرفین یا یکی از آنها مقرر شده است.

حال چنانچه عقد صلح به صورت مستقل در مورد انتقال و برقراری حق انتفاع برای منتفع منعقد شده باشد (به صورت عمری یا رقبی یا حبس مطلق) در این صورت ممکن است با توجه به لازم بودن عقد صلح برای هر یک از طرفین به خصوص مالک حق فسخ معامله و یا خیار فسخ معامله قرار داده شود تا هر لحظه بخواهد در مدت معین یا در اثر تخلف طرف مقابل از شرط مقرر نسبت به فسخ یک طرفه عقد اقدام کند در نتیجه عقد صلح مربوط به حق انتفاع نیز عنوان «صلح خیاری» خواهد داشت.

هم‌چنین هرگاه برقراری حق انتفاع به صورت تبعی به موجب شرط ضمن عقد صلحی که به عنوان مثال در مقام بیع منعقد شده صورت گیرد حق فسخ به دو صورت ممکن است

در ضمن عقد برای هر یک از طرفین یا یکی از آنها برقرار شود. ۱ - ممکن است حق فسخ یا خیار فسخ نسبت به عقد اصلی برقرار شود در این صورت صاحب حق می‌تواند عقد صلح را در مدت معین و یا در صورت تخلف از مفاد شرط مقرر از سوی طرف مقابل فسخ کند در این مورد با انحلال عقد صلح، شرط ضمن عقد که برقراری حق انتفاع برای منتفع می‌باشد نیز ممکن است منحل شود و یا آنکه در صورتی که طرفین برخلاف آن تراضی کرده باشند ممکن است حق انتفاع برای منتفع باقی بماند. ۲ - ممکن است حق فسخ یا خیار فسخ فقط نسبت به عقد تبعی و حق انتفاع برقرار شود که در این صورت حق فسخ نسبت به معامله اصلی و عقد صلح لطمه‌ای نخواهد زد بلکه تنها در مورد حق انتفاع صاحب حق یا خیار می‌تواند در مدت معین و یا در اثر تخلف طرف مقابل از شرط مقرر توافق مربوط به حق انتفاع را به صورت یک طرفه فسخ کند در نتیجه استفاده از حق فسخ لطمه‌ای به عقد صلح اصلی وارد نمی‌سازد و عقد مزبور تداوم خواهد یافت، ولیکن حق انتفاع از بین خواهد رفت.

با توجه به مطالب فوق‌الاشعار می‌توان گفت که صلح عمری یا صلح به شرط عمری ممکن است به صورت مطلق بین مالک و منتفع برقرار شود که در این صورت هیچ یک از طرفین حق فسخ آن را نخواهد داشت، ولی در صورتی که صلح عمری یا صلح به شرط عمری به صورت خیاری یا مشروط منعقد شود در این صورت مطابق هر یک از شقوق متصور که قبلاً توضیح داده شد صاحب حق فسخ یا ذوالخیار می‌تواند نسبت به فسخ یک طرفه قرارداد اقدام کند و در این خصوص هیچ مانعی وجود ندارد بنابراین با توجه به توضیحات داده شده تفاوت صلح خیاری با صلح عمری و یا صلح به شرط عمری به روشنی قابل ملاحظه می‌باشد.

مبحث ششم - مقایسه حق انتفاع و حق ارتفاق

به موجب ماده ۲۹ قانون مدنی اشخاص نسبت به اموال ممکن است علاقه‌های ذیل را دارا باشند: ۱- مالکیت (اعم از عین یا منفعت) ۲ - حق انتفاع ۳ - حق ارتفاق به ملک غیر

با این تعریف به نظر می‌رسد حق انتفاع با حق ارتفاق تفاوت دارد والا دلیلی نداشت که قانونگذار این دو حق را از یکدیگر منفک نموده و به طور جداگانه در فهرست اقسام حقوق عینی نسبت به اموال از آنها نام ببرد.

در ماده ۴۰ قانون مدنی در تعریف حق انتفاع آمده است که «حق انتفاع عبارت از حقی است که به موجب آن شخص می‌تواند از مالی که عین آن ملک دیگری است یا مالک خاصی ندارد استفاده کند» و در ماده ۹۳ قانون مدنی در تعریف حق ارتفاق آمده است که «ارتفاق حقی است برای شخص در ملک دیگری» با توجه به تعاریف مذکور می‌توان تفاوت‌های زیر را در بین حق انتفاع و حق ارتفاق استنتاج نمود: ۱ - حق انتفاع اعم است از حق ارتفاق و غیر آن زیرا حق انتفاع ممکن است نسبت به اموال منقول و اموال غیرمنقول برقرار شود، ولی حق ارتفاق تنها در مورد اموال غیرمنقول ممکن است برقرار شود بنابراین رابطه عموم و خصوص مطلق وجود دارد. ۲ - حق انتفاع نسبت به اموالی که عین آن ملک دیگری است و یا مباحات قابل برقراری است، ولی حق ارتفاق نسبت به ملک غیرقابل برقراری است. ۳ - حق ارتفاق حق عینی قائم به ملک است و اختصاص به ملک دارد و به طور معمول نسبت به دو ملک مجاور برقرار می‌شود و جنبه شخصی ندارد و به مناسبت مالکیت شخص بر ملکی برای او ایجاد می‌شود و در اثر انتقال ملک به مالک جدید تعلق می‌گیرد در حالی که در مورد حق انتفاع وضع بدین گونه نیست و حق مزبور قائم به ملک نیست و جنبه شخصی دارد. ۴ - حق ارتفاق بیشتر شامل حق عبور و مجری در ملک دیگری است در حالی که حق انتفاع محدوده و قلمرو وسیع‌تری دارد. ۵ - حق ارتفاق ممکن است ناشی از وضع طبیعی دو ملک نسبت به هم باشد و به طور قهری برای ملکی در ملک دیگر ایجاد شود، ولی برقراری حق انتفاع ناشی از اراده مالک می‌باشد و تنها به صورت ارادی ممکن است برقرار شود.

اما حق انتفاع و حق ارتفاق با توجه به مقررات قانون مدنی دارای منشاء و ریشه واحدی هستند و از یک جنس برخوردارند در واقع حق ارتفاق نوعی حق انتفاع است که فقط برای

شخص در ملک دیگری برقرار می‌شود و شقوق مختلفی دارد از نظر تعریف حقوقی نیز در تعریف حق انتفاع می‌گنجد و تنها به خاطر ویژگی آن که اختصاص به ملک غیرمنقول دارد از تعریف عمومی حق انتفاع خارج شده و تعریف و عنوان مستقلی برای آن توسط قانونگذار در نظر گرفته شده است این موضوع از مفاد مواد ۱۰۷ و ۱۰۸ قانون مدنی به خوبی قابل استنباط می‌باشد در ماده ۱۰۸ قانون مدنی مقرر شده است که «در تمام مواردی که انتفاع کسی از ملک دیگری به موجب اذن محض باشد...» در واقع قانونگذار در ماده مرقوم از کلمه انتفاع برای تعریف حق ارتفاق استفاده نموده و این بدین معناست که از نظر قانونگذار حق ارتفاق نوعی حق انتفاع خاص است که از لحاظ مقررات عمومی تابع مقررات حق انتفاع می‌باشد و در خصوص موارد خاص که ویژه حق ارتفاق است قانونگذار مقررات خاصی برای این گونه موارد در نظر گرفته است. از لحاظ مقررات عمومی می‌توان گفت حق ارتفاق نیز با توجه به مقررات قانون مدنی به طریقی که برای برقراری حق انتفاع در قانون مدنی مقرر شده است قابل وضع و برقراری می‌باشد و تمام تحلیل‌هایی که در مورد حق انتفاع در صفحات قبل بیان شد در مورد حق ارتفاق نیز مصداق دارد. با توجه به مطالب فوق‌الاشعار به نظر ما حق ارتفاق نوعی حق انتفاع خاص می‌باشد.

در پایان با وجود آنکه مطالب قابل بررسی زیادی در مورد حق انتفاع وجود دارد، ولیکن با توجه به اینکه این تحقیق در قالب یک مقاله جهت درج در مجله ارائه می‌شود بنابراین برای پرهیز از اطناب به همین وجیزه بسنده می‌شود. امیدواریم مطالعه این مقاله برای همکاران عزیز و سایر حقوقدانان گرامی سودمند باشد.

تلف مبیع پیش از قبض (ضمان معاوضی) (بخش دوم)

مرتضی محمد حسینی طرّقی^۱

اشاره

هرچند در حقوق ما عقد بیع تملیکی است و با بسته شدن آن، خریدار مالک مبیع و فروشنده، مالک ثمن می‌شود. اما، برای مشتری، هدف غایی از انعقاد عقد بیع، دریافت مبیع است (نه صرفاً انتقال مالکیت). بنابراین، برای تسلیم نشدن مبیع، در فرضی که عین خارجی است و بدون وجود هرگونه تقصیر و اهمال از سوی بایع، از میان می‌رود، ضمان معاوضی کماکان به عهده فروشنده باقی است تا عمل تسلیم تحقق یابد.

اهمیت موضوع از آن جهت است که این قاعده، علاوه بر معاملات داخلی، در نظام بیع بین‌المللی کالا نیز مورد استناد، توجه و بهره‌برداری قرار می‌گیرد. زیرا در این گونه معاملات، پرداخت ثمن و دریافت مبیع آن‌صورت نمی‌گیرد و بین بستن عقد و تحویل کالا، معمولاً تقارن زمانی وجود ندارد و تلف مبیع در این اثناء، مسائلی را در پی خواهد داشت که شناسایی مبنای حقوقی، احکام و فروع گوناگون آن، انگیزه‌ای برای انتخاب مقاله حاضر گردید.

در این نوشتار، ابتدا سعی شده است، از روایات و عقل به عنوان مدارک و مستندات قاعده تلف مبیع پیش از قبض سخن گفته شود، سپس مفهوم و آثار این قاعده در بیع داخلی و بین‌المللی کالا و میزان دلالت آن مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرد و سرانجام یافته‌های این تحقیق در چند بند احصاء شود.

واژگان کلیدی: تلف، مبیع، قبض، انتقال، ضمان، معاوضی، بیع، بین‌المللی

۱. کارشناس ارشد حقوق خصوصی.

مبحث سوم - میزان دلالت قاعده

گفتار نخست - قاعده مختص بیع نیست

ظاهراً قاعده «کل مبیع تلف قبل قبضه من مال بایعه» و به تبع آن ماده ۳۸۷ قانون مدنی، تنها از تلف مبیع بحث می‌کند. یعنی، اگر از جنبه فقهی، قاعده را متکی به دلیل روایی بدانیم یا به نص ماده مزبور توجه داشته باشیم، نتیجه می‌گیریم که اولاً، قاعده فقط ناظر به تلف مبیع و عقد بیع است و نمی‌توان مفاد آن را در سایر عقود معاوضی جاری نمود. ثانیاً، قاعده صرفاً در مورد تلف مبیع است. بنابراین، در مورد تلف ثمن، قابل استناد نیست. بدین ترتیب، این قاعده، استثنائی می‌باشد بر اصول و قواعد کلی حقوقی و چون در مورد استثناء، باید تفسیر مضیق نمود، نمی‌توان قاعده و ملاک ماده ۳۸۷ قانون مدنی را در سایر عقود معاوضی و یا حتی تلف ثمن به کار برد. برخی از حقوقدانان، در مجموع، هرچند اعتقاد دارند که تفاوت مبیع و ثمن اعتباری است. ولی، برای جریان قاعده نسبت به مورد تلف ثمن، آن را خالی از اشکال نمی‌دانند.^۱ و بعضی این قاعده را در مورد تلف ثمن قابل اجرا ندانسته و استدلال می‌کنند: زیرا، ثمن عبارت است از وجه نقد یعنی کلی فی الذمه و امروزه عین شخصی بودن ثمن، فوق‌العاده نادر و بالنتیجه کالمعدوم است و دیگر لازم نبوده که برای امر به این ندرت، حکم خاص معین گردد.^۲ با این حال، عده‌ای به دلیل وحدت ملاک و غیره، حکم ماده ۳۸۷ قانون مدنی را در مورد تلف ثمن پیش از قبض نیز قابل اجرا می‌دانند.^۳

در مورد اینکه آیا قاعده تلف مبیع پیش از قبض، مختص عقد بیع و حکمی خلاف قاعده و استثنایی است بر اصل؟ و یا انفساخ عقد بیع در چنین وضعیتی، نتیجه تراضی طرفین معامله و از آثار معاوضه می‌باشد؟ یعنی، حکم مندرج در ماده ۳۸۷ قانون مدنی

۱. ر.ک: شهیدی، مهدی، همان، ص ۱۹۸.

۲. مصطفی عدل (منصور السلطنه)، *حقوق مدنی*، مؤسسه انتشارات امیرکبیر، چ هشتم، ۱۳۵۴، ص ۲۶۸.

۳. امامی، سیدحسن، همان، ص ۴۵۴، کاتوزیان، ناصر، *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، نشر دادگستر، چ اول، تابستان ۷۷، ص ۳۱۴.

موافق قاعده است و در موارد مشابه هم جاری است؛ اختلاف شدید است. لذا، برای بررسی موضوع و رسیدن به پاسخ این پرسش و در جهت یافتن مقدار دلالت قاعده مذکور، بهتر است به دلایل حجیت آن مراجعه کنیم. برای این کار در مبحث نخست، روایات و عقل را به عنوان دلایل عمده حجیت قاعده تلف مبیع قبل از قبض مطرح کردیم و دیدیم که حدیث نبوی، صراحتاً به مبیع نظارت داشت، پس مشکل است بتوانیم حکم قاعده را نسبت به ثمن هم جاری کنیم، به طوری که بعضی گفته‌اند: «و اما لو وقع التلف علی الثمن فان كان مدرکها النبوی المشهور فلا تشمل الثمن لظهور المبیع فیما هو مقابل الثمن...»^۱ و حدیث منقول از امام صادق (ع) نیز بیش از این دلالتی نداشت و شاید به همین دلایل است که برخی نوشته‌اند: «هرگاه ثمن قبل از تأدیه بدون اهمال و تقصیر مشتری در نزد مشتری تلف گردد، خسارات ناشی از تلف شدن آن متوجه به بایع خواهد بود که مالک آن است و نه متوجه مشتری.»^۲ اما، مستند قاعده، فقط این احادیث نبودند. بلکه، عقل و سیره مستمرهٔ مسلمین نیز از جمله دلایل حجیت قاعده محسوب شد. مضافاً اینکه شیوهٔ عقلا و روش مسلمانان در معاملات و مبادلات معوض همواره چنین بوده است که عوض و معوض را در مقابل یکدیگر قرار می‌دهند و برای آنان مشکل است که اگر ثمن بعد از معامله و قبل از قبض به وسیلهٔ فروشنده، بدون تعدی و تفریط و اهمال، نزد خریدار تلف شود، آن را از مال بایع بدانند. بنابراین، به حکم عقل می‌توان گفت: قاعده مزبور، اختصاص به مبیع نخواهد داشت و از لحاظ عدالت معاوضی نیز سزاوار است که مفاد قاعده را در مورد ثمن هم قابل اجرا بدانیم. زیرا، این ملاک در ثمن هم می‌تواند وجود داشته باشد (به علاوه، مبیع خصوصیت ویژه‌ای ندارد که ثمن نتواند آن را داشته باشد). به طوری که گاهی جنس مبیع و ثمن به یکدیگر شبیه است (مثلاً ثمن وجه نقد نیست)، بدین ترتیب، مفاد مادهٔ یاد شده از

۱. الموسوی البجنوردی، آیت‌الله العظمی السید میرزا حسن، همان، ص ۷۱.

۲. مصطفی عدل (منصور السلطنه)، همان.

نظر وحدت ملاک در مورد ثمن شخصی نیز جاری می‌شود.^۱

برخی از فقها نیز قاعده مورد بحث را خاص مبیع نمی‌دانند و آن را در معاملات و معاوضات دیگر هم قابل تسری می‌دانند.^۲ در بین حقوقدان‌ها هم راجع به مقدار دلالت قاعده، نظر واحدی وجود ندارد. بعضی از آنان اعتقاد دارند که این قاعده، از نظر فقهی منحصراً متکی به دلیل روایی است که فقط ناظر به مورد تلف مبیع می‌باشد و نمی‌تواند در تمام عقود معاوضی مورد استناد قرار بگیرد یا قانون مدنی به پیروی از حقوق امامیه، استثنائاً حکم خاصی برای تلف مبیع قبل از قبض (ماده ۳۸۷ قانون مدنی) مقرر داشته است.^۳ و در مقابل عده دیگری، حکم ماده ۳۸۷ قانون مدنی را موافق قاعده و در مورد مشابه، جاری دانسته، یعنی حدیث مستند این ماده را اختصاص به مبیع نمی‌دانند، بلکه آن را شامل جمیع عقود معوض دانسته‌اند.^۴

بدین ترتیب و با توجه به مطالب پیش‌گفته، به نظر می‌رسد که، پیروان هر دو عقیده برای طرح و اثبات نظریه خود، استدلال‌ات محکمی ارائه نموده‌اند. اما، اگر قرار باشد یکی از این دو تئوری مطرح شده را انتخاب کنیم، نظریه‌ای که قاعده تلف مبیع قبل از قبض و ماده ۳۸۷ قانون مدنی را موافق قاعده و در موارد مشابه جاری و ساری می‌داند، موجه‌تر است. دلیل دیگری که این تئوری را می‌تواند تقویت کند، جستجو و یافتن موارد مشابه در قانون مدنی و استفاده از روش استقراء، یعنی، بررسی جزئیات یک کلی از یک سنخ و استخراج قاعده کلی مشترک بین آن اجزا است. در این راستا با تدقیق و تحقیق در برخی از مواد قانون مدنی، در می‌یابیم که در میان عقود معین و معوض، احکام مشابهی مانند ضمان معاوضی و حکم ماده ۳۸۷ قانون مدنی یافت می‌شود که در آنها تلف قهری

۱. امامی، سید حسن، همان، ص ۴۵۴.

۲. انصاری، شیخ مرتضی، همان، صص ۳۱۴ و ۳۱۵.

۳. شهیدی، مهدی، همان، ص ۱۹۸.

۴. کاتوزیان، ناصر، همان، حقوق مدنی، همان، صص ۱۸۸ و ۲۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی، همان، ج ۲، ص ۱۴۱۱.

موضوع تملک پیش از قبض به نحوی به عهده انتقال دهنده، قرار داده شده است و انفساخ عقد معوض، اختصاص به عقد بیع ندارد و حکمی عام است. از جمله این موارد، می‌توان به آثار برخی از فقها در خصوص موضوع و مواد قانون مدنی در اجاره (ماده ۴۸۳ قانون مدنی) جعاله (ماده ۵۶۱ قانون مدنی) و قرض (ماده ۸۴۸ قانون مدنی) را مشاهده کرد. بنابراین، می‌توان گفت که تلف مبیع پیش از قبض، استثنایی بر اصول کلی حقوقی و قواعد معاوضه محسوب نمی‌شود و این قاعده به عقد بیع و مبیع اختصاص ندارد.

گفتار دوم - تراضی برخلاف قاعده

سؤال این است که آیا متعاملین می‌توانند سقوط ضمان تلف مبیع قبل از قبض را در قرارداد شرط کنند و یا پس از عقد، آن را از بین ببرند؟ از دو منظر می‌توان به این پرسش، پاسخ داد؛ نخست باید ببینیم آیا حقی در این اثناء موجود است که ذی‌حق یا طرفین عقد بتوانند آن را به اراده خود، از بین ببرند یا این ضمان، اثر قهری تلف است و در حدود توان متعاملین نیست که قادر باشند آن را از میان بردارند.

در مباحث گذشته دیدیم که از زمان انعقاد بیع، ملکیت از فروشنده به خریدار انتقال می‌یابد و با تلف مبیع پیش از قبض، عقد منفسخ می‌شود. فلذا، در اختیار فروشنده و خریدار نمی‌باشد که بخواهند چنین شرطی را در عقد بیاورند و ممکن است به این دلیل باشد که بعضی از فقها و حقوقدانان، تراضی بر ضد این قاعده را نپذیرفته‌اند. بنابراین، در اینجا ضمان معاوضی، اثر قهری تلف مبیع و حکم قانون است که از شرع یا عقل گرفته شده است. بدین ترتیب، آن گونه که برخی نوشته‌اند؛ متعاملین نمی‌توانند اسقاط آن را در عقد شرط نمایند و یا پس از عقد، آن را ساقط کنند^۱ و مسأله حق برای طرفین عقد مطرح نمی‌شود که آنان بتوانند سقوط آن را شرط نمایند. به بیان دیگر این: «یک امری است که واقع می‌شود به موجب اعتبار شرع یا عقلاء»^۲. پس با این نگاه، ضمانی که از تلف مبیع

۱. امامی، سید حسن، همان، ص ۴۵۰.

۲. موسوی بجنوردی، آیت‌الله سیدمحمد، همان، ص ۲۹۹.

پیش از قبض پیش می‌آید، قابل اسقاط نخواهد بود.

بالعکس و از منظر دیگر، می‌توان تراضی برخلاف قاعده را پذیرفت. زیرا، در طول مباحث گذشته، به این نتیجه رسیدیم که نظریه قاعده تلف مبیع قبل از قبض و ضمان معاوضی، در راستای قواعد عمومی قراردادها و متابعت از قصد مشترک طرفین عقد است نه حکمی استثنایی. بنابراین، ناگزیر بایستی اعتقاد داشته باشیم که متعاملین می‌توانند برخلاف مفاد این قاعده تراضی کنند. ایراد نشود که این امر مخالف اخلاق حسنه و یا نظم عمومی تلقی می‌شود. (ماده ۹۷۵ قانون مدنی) چون، نظم عمومی و اخلاق حسنه مفهوم و اهداف خاصی را تعقیب می‌نمایند که حفظ نظم عمومی و جریحه‌دار نکردن احساسات جامعه می‌تواند در زمره آنها قرار گیرد. پس با تدقیق در موضوع نتیجه می‌گیریم که نه به این جهات و نه به دلایل دیگر، منعی دیده نمی‌شود که طرفین عقد، وفق قواعد عمومی قراردادها و قصد مشترک خویش، خلاف این قاعده را در قرارداد خود شرط نمایند.

به بیان دیگر، چون ما قاعده را ناشی از خواست و اراده طرفین و با چهره تکمیلی دانستیم، تصریح برخلاف آن و حتی اسقاط یا انتقال آن را نباید باطل و یا مبطل عقد تلقی نمود. تا آنجا که گفته شده: طرفین همیشه می‌توانند برخلاف این وضع، که خود بنیان‌گذار اصلی آن هستند، با هم توافق کنند.^۱ یا آنکه (اگر) طرفین ضمن عقد، توافق نمایند که در مواردی با وجود تسلیم مبیع، مسئولیت تلف همچنان برعهده فروشنده باشد، در این صورت با وجود تسلیم مبیع، ضمان معاوضی بر خریدار تحمیل نمی‌شود و تلف برعهده فروشنده باقی است.^۲

از جنبه دیگر نیز می‌توان این عقیده را تقویت کرد و آن این است: قاعده یاد شده از جمله قواعد امره مانند حکم شرط قبض در بیع صرف^۳ (ماده ۳۶۴ قانون مدنی) و رهن

۱. کاتوزیان، ناصر، همان، ص ۱۹۰.

۲. سلطان‌زاده، هدایت‌الله، همان.

۳. برای ملاحظه شرایط و احکام این نوع بیع، ر.ک: شهید اول، اللمعة الدمشقیه، الناشر دارالناصر، الطبعة الاولى، ۱۴۰۶ هـ، صص ۱۲۲ و ۱۲۳.

(ماده ۷۷۲ قانون مدنی) یا هبه (ماده ۷۹۸ قانون مدنی) نیست که طرفین قرارداد نتوانند برخلاف آن تراضی نمایند. زیرا، ما آن را استثنایی بر اصول کلی حقوقی به حساب نیاوردیم. بدین ترتیب، هرچند دلایل هر دو گروه، قابل توجیه است. ولی، دیدیم که عقیده اخیر که قائل بود تراضی برخلاف قاعده، نافذ می‌باشد، موجه‌تر است.

گفتار سوم - تلف جزء مبیع و عیب آن

الف - تلف جزء مبیع

ظاهراً دلالت قاعده، در مورد کل مبیع است، نه تلف جزء آن. یعنی، هرگاه کل مبیع پیش از قبض بدون تقصیر فروشنده از بین برود، تلف از مال بایع حساب می‌شود. حال می‌خواهیم بررسی کنیم، اگر قسمتی از مبیع قبل از قبض مشتری تلف گردد و بخشی از آن باقی بماند، آیا باز هم دامنه قاعده آن را دربرمی‌گیرد یا تلف جزء مبیع، خارج از گستره قاعده است؟ وجه سومی که می‌توان تصور کرد این است که نسبت به تلف بعض از مبیع، قاعده جاری شود، یعنی عقد منفسخ گردد و نسبت به جزئی که تلف نشده و باقی است عقد معتبر باشد. مثلاً، هرگاه مشتری ۱۰ تن گندم از فروشنده خریداری کند و پیش از قبض بر اثر جاری شدن سیل (بدون تقصیر و اهمال فروشنده) ۲ تن از گندم‌ها را سیل ببرد و تلف کند، در اینجا بر اثر نقصی که در مبیع به وجود آمده است، مشتری می‌تواند معامله را فسخ نماید، همان‌گونه که ماده ۳۸۸ قانون مدنی، (راجع به مبیع تجزیه ناپذیر)، پیش‌بینی کرده است. این ماده مقرر می‌نماید: «اگر قبل از تسلیم در مبیع نقصی حاصل شود، مشتری حق خواهد داشت که معامله را فسخ نماید.» اینک دو فرض می‌توان تصور کرد، نخست اینکه در چنین حالتی عقد به دو جزء تبدیل می‌شود، یک قسم آن شامل قاعده و طبق آن عقد منفسخ می‌گردد و به نسبت قیمت از ثمن کسر می‌شود و نسبت به بعض دیگر معامله صحیح است، ولی مشتری می‌تواند از خیار تبعض صفقه استفاده کند (ماده ۴۴۱ قانون مدنی) اما، هرگاه مبیع به گونه‌ای باشد که اگر قسمتی از آن تلف شود، قسمت باقی مانده، قابل استفاده متعارف نیست، نمی‌توان چنین نظری داد، چنانکه مبیع تراکتور و شخم‌زن یا بذرپاش باشد و تراکتور تلف شود، تلف جزء در حکم تلف کل است و

قابل تجزیه نیست. زیرا، اصولاً شخم‌زن، بدون تراکتور قابل استفاده نمی‌باشد. به طوری که بعضی نوشته‌اند: «در این مورد، انفساخ عقد امکان ندارد.^۱ در این باره برخی در عین اینکه تلف بعض مبیع را شامل قاعده می‌دانند، مشتری را مختار میان فسخ و گرفتن تفاوت می‌دانند و می‌نویسند: «و اما اذا وقع التلف على بعض المبيع فهل تشمل هذه القاعدة و بنفسخ البيع و يرجع تمام الثمن الى المشتري اولاً ینفسخ اصلاً او یفصل...»^۲

ب - عیب مبیع

هرچند بین عیب مبیع و تلف جزء آن، تفاوت اندکی مشاهده می‌شود و می‌توانستیم در بحث قبلی به این مورد هم اشاره کنیم. ولی، چون ممکن است نویسندگان قانون مدنی از مبنای مختلفی در مورد این دو مقوله بهره‌برداری کرده باشند، ما نیز این دو موضوع را مستقلاً بررسی می‌کنیم. به بیان دیگر در اینجا می‌خواهیم ببینیم، هرگاه پس از انجام معامله و پیش از اینکه مبیع به قبض مشتری داده شود، مبیع بر اثر واقعه‌ای طبیعی، معیوب شود (نه اینکه بعضی از آن تلف گردد)، خریدار چه حق یا حقوقی دارد و سرنوشت این معامله چیست؟

بحثی که در خصوص خود قاعده مطرح بود و مورد بررسی قرار گرفت، در بحث حاضر نیز پیش می‌آید. یعنی، اگر کسر قیمت مبیع ناشی از عیب مبیع را به بایع نسبت بدهیم (در حالی که بدون اهمال و تقصیر وی مبیع معیوب شده) این ایراد مطرح می‌شود که چرا ضمان مال دیگری که فروشنده چون امینی از آن نگهداری کرده، و به علت حادثه‌ای قهری معیوب گردیده است را باید بایع تحمل کند؟ به نظر نمی‌رسد پاسخ، چیزی باشد. جز آنچه در مورد قاعده شرح داده شد. اما، راه‌حل مسأله را قانون مدنی ما در ماده ۴۲۵، که می‌توان آن را از آثار ضمان معاوضی دانست، این گونه بیان می‌کند: عیبی که بعد از مبیع و قبل از قبض در مبیع حادث می‌شود در حکم عیب سابق است. به این معنا که، مشتری

۱. کاتوزیان، ناصر، همان، ص ۲۰۰.

۲. موسوی بجنوردی، آیت‌الله العظمی سیدمیرزاحسن، همان، ص ۷۰.

مختار است معامله را فسخ کند و یا اینکه با دریافت ارش، معامله را قبول نماید. (ماده ۴۲۲ قانون مدنی)

اما این نظر، کمی با عقیده حضرت امام خمینی (ره)، اختلاف دارد. زیرا، ایشان می‌فرمایند: اگر قبل از قبض، (مبیع) عیب پیدا کند، خریدار بین فسخ و امضای آن در برابر تمام ثمن، خیار دارد، و در اینکه حق گرفتن تفاوت داشته باشد، تردد است، اقوی آن است که استحقاق ندارد.^۱

به هر حال آنچه در ماده ۳۸۸ قانون مدنی در بحث قبلی دیدیم که وفق آن هرگاه پیش از تسلیم، در مبیع نقصی حاصل شود، خریدار حق فسخ معامله را دارد، با آنچه در مواد ۴۲۵ و ۴۲۲ این قانون دیده می‌شود و براساس آنها، «ارش» هم مطرح گردیده است، اختلاف وجود دارد و آن گونه که دکتر کاتوزیان نوشته‌اند، بهتر است بگوییم: ماده ۳۸۸ (قانون مدنی)، در مقام بیان همهٔ اختیارهای مشتری نبوده و خواسته است، در برابر حکم به انفساخ عقد در ماده ۳۸۸، حق فسخ خریدار را در مورد نقص مبیع یادآور شود و این توهم را که ممکن است در این مورد نیز حکم به انفساخ عقد داد از بین ببرد، بنابراین، شناختن حق فسخ برای خریدار، به ویژه در این شرایط، منافاتی با این اختیار ندارد که او بتواند، مبیع را نگاهدارد و از بابت نقص، ارش بگیرد.^۲

گفتار چهارم - تلف مبیع، پس از قبض

در مباحث گذشته (مبحث دوم، بخش نخست، جزء ۱ از بند ج) اشاره کردیم که یکی از شرایط اعمال قاعده مورد بحث و ضمان معاوضی این است که تلف مبیع، قبل از قبض باشد (نه بعد از آن)، پس، مفهوم این عبارت آن است که اگر مبیع بعد از تسلیم تلف شود، از مال دارندهٔ آن یعنی مشتری است. بنابراین، شاید ایراد شود که باز کردن بحثی با عنوان حاضر، خالی از فایده است. به علاوه، دیدیم، وقتی مبیع عین معین خارجی است، با انعقاد

۱. امام خمینی (ره)، *تحریر الوسیله (ترجمه)*، همان، ص ۴۱۷.

۲. کاتوزیان، ناصر، همان، ص ۲۰۱.

عقد، مالکیت انتقال می‌یابد و عمل قبض، تأثیری در تحقق و صحت آن نخواهد داشت و در اثر تسلیم مبیع، ضمان معاوضی هم از فروشنده به خریدار منتقل می‌گردد. اما، در اینجا استثنایی دیده می‌شود که ناگزیر بایستی مستقلاً به آن پرداخته شود و آن هنگامی است که مبیع در زمان خیار مجلس، حیوان یا شرط و آن هم وقتی که خیار مختص خریدار است، تلف شود. در چنین حالتی نیز به حکم قاعده فقهی: التلف فی زمن الخیار ممن لا خیار له^۱ و ماده ۴۵۳ قانون مدنی، تلف یا نقص به عهده فروشنده قرار می‌گیرد. این ماده مقرر می‌نماید: «در خیار مجلس و حیوان و شرط اگر مبیع بعد از تسلیم و در زمان خیار بایع یا متعاملین تلف یا ناقص شود برعهده مشتری است و اگر خیار مختص مشتری باشد تلف یا نقص به عهده بایع است.» بدین ترتیب، اگر خریدار ثمن را به فروشنده تسلیم نکرده باشد، آن را به وی نمی‌پردازد و اگر پرداخته است، می‌تواند بهایی را که داده، از بایع مسترد نماید. در مورد توجیه این حکم گفته شده است که مبنای فقهی آن صرفاً روایات وارده می‌باشد و نمی‌توان آن را با قواعد کلی منطبق ساخت.^۲

بدیهی است اگر پس از قبض یا تسلیم، مبیع توسط فروشنده یا خریدار و یا شخص ثالث، از میان رفت، عقد منفسخ نمی‌شود و به طوری که در گفتار آتی به آن خواهیم پرداخت مسئولیت تلف متوجه کسی خواهد بود که مبیع را تلف کرده است. مضافاً اینکه، اگر مشتری پس از قبض مبیع را به عنوان امانت نزد بایع قرارداد و مورد عقد، بدون تقصیر فروشنده از بین رفت، فروشنده مسئولیتی نخواهد داشت. در اینجا مناسب است عیناً سؤال و جوابی که به نحوی به موضوع مرتبط می‌باشد (و از یکی از علمای معاصر نقل شده است) را بیاوریم و این بحث را خاتمه دهیم: «شخصی جنسی شکستنی را به فردی فروخت

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، در مورد معنا و مفهوم این قاعده می‌نویسد: یعنی تلف مورد معامله (به آفت سماوی و قهری بدون تفریط یکی از متعاقبین) و در زمان خیار به عهده کسی است که خیار ندارد، خواه بایع باشد، خواه مشتری. این قاعده در ماده ۴۵۳ قانون مدنی هم وارد شده است، خلاف مقتضای اصول حقوقی است، ر.ک: *ترمینولوژی حقوق*، همان، ص ۷۷۳.

۲. شهیدی، مهدی، همان، ص ۲۰۲.

و مشتری کل پول را یکجا به بایع داد و بایع چندین بار به مشتری تذکر اکید داده که بیا جنست را ببر، ولی مشتری کوتاهی نمود و آن جنس بدون افراط و تفریط شکست آیا بایع باید پول را به مشتری بپردازد؟ ج - در مورد سؤال، چنانچه قبل از آنکه بایع مبیع را به قبض مشتری بدهد تلف شده ضمان آن به عهده بایع است، ولی اگر مبیع را به قبض مشتری داده و مشتری بعد از قبض مبیع را به طور امانت پیش بایع گذاشته و بدون تقصیر بایع تلف شده ضامن نیست. و در نزاع موضوعی مرافعه شرعیه لازم است و الله العالم.^۱

گفتار پنجم - اتلاف

قاعده تلف مبیع پیش از قبض و ماده ۳۸۷ قانون مدنی، ناظر به تلف مبیع است، نه اتلاف آن و منظور این بود که مبیع در حالی که عین خارجی معین (قابل حس و اشاره) است، پیش از اینکه به دست خریدار برسد، بدون تعدی، تفریط و اهمال فروشنده، تلف شود. مثلاً بر اثر حوادثی از قبیل سیل و زلزله و آفات سماوی از بین برود، که در این صورت تلف از مال بایع محسوب است. حال این سؤال مطرح می‌شود که آیا اگر مبیع به طور عمدی یا بر اثر تعدی، تفریط و یا اهمال توسط فروشنده، خریدار و یا شخص ثالثی تلف شد، باز هم قاعده یاد شده جاری و ساری است یا حکم قضیه به کلی تغییر می‌کند. برای رسیدن به پاسخ مناسب هر مورد را جداگانه بررسی می‌کنیم:

الف - اتلاف به وسیله فروشنده

ماده ۳۰۷ قانون مدنی، اتلاف را در زمره اموری که موجب ضمان قهری می‌باشد، آورده است و ماده ۳۲۸ قانون مزبور در این خصوص مقرر می‌کند: «هرکس مال غیر را تلف کند ضامن آن است و باید مثل یا قیمت آن را بدهد، اعم از اینکه از روی عمد تلف کرده باشد یا بدون عمد و اعم از اینکه عین باشد یا منفعت، و اگر آن را ناقص یا معیوب کند ضامن نقص قیمت آن مال است.» بدین ترتیب، در صورت تلف یا اتلاف مال از سوی بایع، عقد منفسخ نمی‌شود. بلکه، فروشنده باید بدل، یعنی مثل یا قیمت مال تلف شده را به خریدار

۱. پایگاه اطلاع‌رسانی دفتر آیت‌الله العظمی صافی گلپایگانی، همان، (س ۳۷۱).

تسلیم کند. به بیان دیگر، تعهد او هم‌چنان پابرجا است و این نظر بسیاری از فقهای شیعه است که قانون مدنی هم از آن تبعیت کرده است. ولی، در مقابل این نظر و هنگامی که متلف بایع است در این خصوص بعضی نوشته‌اند: ما که گفتیم به صرف تلف به ملک بایع برمی‌گردد، پس ملک خودش را تلف کرده و معنا ندارد بگوییم نسبت به مال خودش ضامن است؛ پس صرفاً قاعده کل مبیع... جاری می‌شود.^۱ اما، این نظر محل تأمل است. زیرا، هرگاه فروشنده قبل از قبض مبیع را از بین برده باشد، مشکل است بتوان گفت مال خودش را تلف کرده است، چون با وقوع عقد بیع، ملکیت به خریدار منتقل می‌شود و دیگر مال متعلق به فروشنده نیست که بتواند آن را تلف کند هرچند مبیع هنوز نزد بایع است، همان‌گونه که اگر فروشنده، آن را به دیگری بفروشد، فروش مال غیر مطرح می‌شود و اگر خیانتی در مورد آن نماید، تحت شرایطی ممکن است مصداق خائن در امانت تلقی شود. به علاوه، ما در بحث‌های گذشته به ماده ۳۸۷ قانون مدنی به عنوان نمونه آشکار ضامن معاوضی اشاره کردیم و دیدیم که تنها اگر مبیع پیش از تسلیم، بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع، آن هم بر اثر حوادث قهری، آفات سماوی، سوانح طبیعی و فرس مازور، از بین برود، عقد منفسخ می‌شود و بهاء باید به خریدار برگردانده شود. یعنی مقنن با آوردن قید تقصیر و اهمال، در واقع ائتلاف را از تحت شمول قاعده مورد بحث خارج نموده است.

در مقابل این نظر مشهور، در فقه نظرات دیگری هم وجود دارد که به دلیل اختصار، از ورود به مباحث آن پرهیز می‌نماییم.^۲ اما، از جنبه حقوقی، نباید از نظر دور داشت که هرگاه بایع عمداً یا بر اثر تعدی، تفریط و سستی سبب تلف مبیع شود، خریدار در مواردی بتواند با استفاده از خیار تخلف شرط، بیع را فسخ نماید. (ماده ۴۴۴ قانون مدنی)

ب - ائتلاف به وسیله خریدار

ما معتقدیم که به محض بستن عقد، انتقال مالکیت تحقق می‌یابد و نیازی نمی‌بینیم

۱. موسوی بجنوردی، آیت‌الله سیدمحمد، همان، ص ۳۰۰.

۲. برای مطالعه ر.ک: محقق داماد، سیدمصطفی، و مآخذی که ایشان ذکر کرده‌اند، همان، ص ۱۹۹.

که توسط مشتری عمل قبض مبیع انجام شود تا عقد بیع واقع گردد، در نتیجه، تملیک عین به عوض معلوم را در عالم اعتبار می‌پذیریم، نه مبادله مبیع و کالا به پول در عالم خارج، پس در حالت عادی تلف و خسارت وارده به ثمن، مربوط به مشتری است و حوادث و خسارات وارده به مبیع، به فروشنده تعلق دارد. وانگهی طبق ماده ۳۸۹ قانون مدنی، در مورد مواد ۳۸۷ و ۳۸۸ این قانون، هرگاه تلف شدن مبیع یا نقص آن، ناشی از عمل مشتری باشد، مشتری حقی بر بایع ندارد و باید ثمن را تأدیه کند. بنابراین، هرگاه پیش از قبض، خود خریدار، مبیع را تلف نماید یا ناقص کند، در اینجا مشتری در واقع مال خود را از بین برده یا ناقص کرده است. بدین ترتیب، قاعده تلف مبیع پیش از قبض در این مورد جاری نمی‌شود. زیرا، تلف کردن مشتری مساوی قبض است. به بیان روشن‌تر، خریدار بایستی مبیع را دریافت و قبض کند تا بتواند از آن استفاده کند یا تلف نماید و وقتی آن را از میان برد، مفهوم آن این است که آن را قبض نموده و سپس تلف کرده است. حتی اگر به نحو دیگری (که بتوان به او نسبت داد)، قبل از قبض مبیع، خریدار آن را تلف نماید، باز هم مانند و در حکم قبض است، چنانچه مبیع جسمی باشد از جنس شیشه و مشتری از دور شیئی را به طرف آن پرتاب کند و مبیع را بشکند که در اینجا نیز هرچند خریدار مبیع را به معنای عرفی آن قبض نکرده است. لیکن، چون تلف منتسب به او است. یعنی باز هم منتقل الیه مال خود را تلف کرده است و دیگری ضامن نیست و حتی، در صورتی که مبیع به وسیله عمل مشتری تلف شود اگرچه نداند که در مبیع متعلق به خود تصرف می‌نماید، قبض فعلی محسوب است.^۱

اما، اگر خریدار مبیع را تلف کند، در حالی که به وسیله فروشنده، فریفته شده باشد، نباید مشتری را مسئول تلف مبیع دانست. بلکه، تلف به عهده بایع است. مثلاً، اگر خریدار سفارش تهیه مقداری شیرینی به فروشنده بدهد و فروشنده آن را آماده کند و در اختیار خریدار قرار دهد. ولی هنگام تسلیم، خریدار را فریب دهد و به او بگوید: شیرینی خوبی

۱. امامی، سیدحسن، همان، صص ۴۵۰ و ۴۵۱.

است، می‌توانی بین مردم تقسیم کنی و خودت هم مصرف نمایی و مشتری به تصور اینکه این شیرینی خیراتی است، آن را میان مردم تقسیم و مصرف کند و سپس فروشنده اظهار نماید که: شیرینی خودت بود!

لذا، در اینجا اگر سبب اقوی از مباشر باشد، مسبب (بایع) را باید مسئول تلف شناخت (ماده ۳۳۲ قانون مدنی)، ولی در موردی که هر دو حقیقت را نمی‌دانند و خریدار بدون توجه مبیع را تلف می‌کند، باید آن را در حکم قبض به شمار آورد. زیرا، گفته شد که قبض یا تسلیم، عمل حقوقی مستقل نیست و لزومی ندارد که با اراده انجام پذیرد. قبض وسیله‌ای است تا مبیع در اختیار مشتری قرار گیرد و این وسیله با تلف مبیع تحقق می‌پذیرد، خواه تلف به عمد باشد یا در اثر خطا.^۱

پ - اتلاف به وسیله شخص ثالث

در موردی که مبیع پیش از قبض، توسط شخص ثالث تلف می‌شود، ظاهراً قانون مدنی ساکت می‌باشد و حکم خاصی را بیان نکرده است. با این وجود شاید بگوییم تلف به وسیله شخص ثالث، شبیه تلف توسط بایع است و با این وحدت ملاک، هر دو یک حکم را خواهند داشت. اما، این استدلال درست نیست. زیرا، در مورد فروشنده، قانونگذار با قید: «بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع» اتلاف را از قلمرو ماده ۳۸۷ قانون مدنی، خارج کرده است. در هر حال برای بررسی این بحث، وجوه مختلفی را می‌توان تصور کرد. نخستین فرض این است که قاعده را جاری کنیم و تلف توسط شخص ثالث را موجب انفساخ عقد بدانیم که در این حالت، تلف از مال بایع خواهد بود و در نتیجه خریدار اگر ثمن را به بایع پرداخت نموده است. آن را مسترد می‌کند و هرگاه آن را نپرداخته باشد، نمی‌پردازد. وجه دوم این است که ضمان را برعهده شخص ثالث بار کنیم و سرانجام مشتری را مخیر نماییم که معامله را فسخ کند و یا برای دریافت بها (اگر پرداخت کرده است) به فروشنده یا شخص ثالث مراجعه نماید. بنابراین، در اینجا مشاهده می‌کنیم که علاوه بر قاعده مانحن فیه،

۱. کاتوزیان، ناصر، همان، ص ۱۹۹.

قاعده فقهی و حقوقی دیگری هم مطرح می‌شود و آن قاعده: (من اتلف مال الغير فهو له ضامن)^۱. یعنی هر کس مال دیگری را تلف نماید، ضامن است و ما نمود این قاعده را در مواد ۳۲۸ لغایت ۳۳۰ قانون مدنی می‌توانیم شاهد باشیم.

برای بررسی این موضوع هم مناسب است به منشأ عقد برگردیم و ببینیم که با وقوع عقد، ملکیت از فروشنده به خریدار منتقل می‌شود و سپس شخص ثالث، مال خریدار را تلف می‌کند و در مقابل او مسئول است. ولی، ما با وجود اینکه معامله را از تاریخ انعقاد عقد تمام شده تلقی کردیم، قاعده تلف مبیع را جاری نمودیم و استناد ما برای این کار، علاوه بر دلیل عقلی دو روایت بود که برابر حدیث دوم، امام (ع) در پاسخ به سؤال عقبه بن خالد و درباره اینکه اگر در فاصله بین معامله و قبض، کالا سرقت شود (تلف شود)، از مال چه کسی است؟ امام (ع) فرمودند: از مال صاحب آن کالا که در منزلش به جای مانده است. بنابراین، در اینجا باید قائل بود که قاعده تلف مبیع قبل از قبض جاری است. مع‌ذک، شخص ثالث در مقابل فروشنده ضامن و مسئول خواهد بود. زیرا، سرقت مال، به نحوی در حکم تلف مال به وسیله قوه قاهره تلقی می‌شود. به علاوه، با تلف مال به وسیله شخص ثالث، معمولاً نام و نشانی از ثالث در اختیار خریدار نیست تا بتوان او را مسئول پی‌گیری و وصول مبیع و یا دریافت بدل و خسارت محسوب نمود.

در موردی که از طرف بایع و مشتری شخصی وکیل است یا، ولی آنان می‌باشد، و یا فروشنده از یک طرف می‌فروشد و از سوی دیگر وکیل خریدار است، اگر مبیع نزد او از بین برود، می‌توان گفت، تلف پس از قبض صورت گرفته، نه قبل از آن، که بتوانیم قاعده را جاری کنیم. زیرا، با وقوع معامله، قبض هم در واقع به عمل آمده است و نیازی به قبض جدید نیست. (ماده ۳۷۳ قانون مدنی)، ولی هنگامی که فروشنده برای تسلیم مبیع کسی را وکیل می‌کند، و وکیل، تعدی، تفریط و اهمال می‌نماید و بر اثر آن، مبیع تلف می‌شود، باید

۱. برای آشنایی بیشتر با این قاعده، ر.ک: محقق داماد، استاد سیدمصطفی، قواعد فقه، همان، ص ۱۱۰ به بعد.

گفت، تلف در ملک فروشنده محسوب است و چون ید امانی وکیل با تقصیر یا اهمال او به ید ضمانی تبدیل می‌شود، بایع می‌تواند برای دریافت مثل یا قیمت به وکیل مراجعه کند. همان‌گونه که در مقدمه اشاره کردیم، بحث اصلی ما، در این تحقیق، ناظر به موردی بود که مبیع بدون هرگونه تقصیر و اهمال از سوی فروشنده، تلف می‌شد. با این حال، برای روشن شدن همان موضوع، این اواخر از اتلاف هم سخن گفتیم، بنابراین، بحث و بررسی پیرامون مبحث اتلاف، موضوعاً از دایره بررسی ما خارج است. لذا، همین جا به موضع خاتمه می‌دهیم و تلاش خواهیم کرد با مؤخره‌ای، پاره‌ای از یافته‌های این تحقیق را احصاء نماییم:

مؤخره

بیان تمامی یافته‌های این نوشتار، آن هم در چند صفحه محدود، امر آسانی نیست؛ همچنین برای ارضاء علمی خواننده علاقه‌مندی که بدون مطالعه مباحث گوناگون این مقاله می‌خواهد با قاعده تلف مبیع پیش از قبض و ضمان معاوضی بیشتر آشنا شود، مرور این مختصر کافی نخواهد بود. اما، رویه معمول این است که در پایان هر کار تحقیقی، نگارنده، به طور اختصار راجع به آنچه در مورد موضوع تحقیق به آن رسیده است، بنویسد. بدین ترتیب، نادیده گرفتن بخشی به عنوان نتیجه‌گیری یا مؤخره، اجتناب‌ناپذیر است. بنابراین، در ادامه تلاش خواهد شد تا برخی از یافته‌های این تحقیق را آن هم به اختصار، بیان نماییم:

- ۱ - برای دلالت و اعتبار قاعده مورد بحث، به روایات، عقل و سیره مسلمانان می‌توان اشاره کرد. مع ذلک، برای توجیه قاعده مزبور، علاوه بر مدارک و مستندات، می‌توان گفت: خریدار با دو هدف، پیمان خرید می‌بندد، نخست انتقال مالکیت و دوم به دست آوردن مورد تعهد (مبیع). بنابراین، با انعقاد عقد، وی فقط به نیمی از خواسته خود رسیده است و بخش دوم آن که اهمیت بیشتری هم دارد. بدون قاعده یاد شده، پشتوانه مناسب نخواهد داشت. بدین ترتیب، قاعده تلف مبیع در راستای عدالت بوده، انصافاً و منطقاً نیز توجیه‌پذیر است؛
- ۲ - این قاعده، مفاد ماده ۳۸۷ قانون مدنی، ضمان معاوضی و انتقال ضمان (ریسک)،

علاوه بر معاملات داخلی، امروزه در بیع بین‌المللی کالا نیز به طور گسترده‌ای مورد توجه، استناد و بهره‌برداری قرار می‌گیرد؛

۳ - ملکیت مبیع در اثر عقد به خریدار منتقل می‌گردد. ولی، ضمان معاوضی هم چنان برعهده فروشنده باقی می‌ماند تا تسلیم انجام شود (با رعایت مفاد ماده ۴۵۳ قانون مدنی)، یعنی شیوه‌ای که قانون مدنی، به ویژه ماده ۳۸۷ آن، برگزیده است؛

۴ - برای اعمال قاعده و تحمیل خطر ناشی از تلف مبیع به فروشنده، شرایطی لازم است که مهم‌ترین آنها این است که، تلف مبیع، قبل از تسلیم صورت گیرد، تلف مبیع بدون تقصیر و اهمال بایع رخ داده باشد و مبیع هنگام تلف، عین معین باشد؛

۵ - در این قاعده، انفساخ عقد، از زمان تلف (نه بطلان آن)، موجب می‌شود که ضمان معاوضی برعهده فروشنده قرار گیرد. به بیان دیگر، تلف مبیع پیش از قبض، تنها نسبت به آینده عقد را منحل می‌سازد و تا زمان تلف، عقد آثار طبیعی خود را طی می‌کند و مبیع و ثمرات و منافع آن به خریدار تعلق دارد. پس نمائات منفصله، از آن مشتری است؛

۶ - نمائات منفصله، در واقع در دست بایع امانت است و چون از یک سو آنها مستقلاً مورد معامله قرار نگرفته‌اند و از سوی دیگر، امین را نمی‌توان ضامن تلف یا نقصان مال و یا مسئول وقایعی دانست که دفع آنها خارج از اقتدار او است (مگر اینکه تعدی، تفریط یا اهمال در نگهداری اموال کرده باشد). پس، فروشنده نسبت به نمائاتی که بدون تقصیر او تلف شده است، ضامن نمی‌باشد و تلف و نمائات از شمول قاعده خارج است؛

۷ - مسائلی مانند استقرار طرفین معامله در کشورهای گوناگون، تسلیم مبیع در غیر از کشور مشتری، فاصله زمانی بین انجام معامله و تسلیم مبیع و زمان انتقال ضمان معاوضی، موجب گردیده است که در سال‌های اخیر جامعه جهانی به سوی تهیه و تدوین قواعد و مقررات یک پارچه، قدم بردارد تا سرعت، سهولت و اطمینان در روابط تجاری بین‌المللی تقویت شود که از جمله این تلاش‌ها، می‌توان از قواعد عرفی اتاق بازرگانی بین‌المللی (I.C.C) و کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع بین‌المللی کالا، مورخ

۱۹۸۰، نام برد؛

۸ - در کنوانسیون ۱۹۸۰ وین (بیع بین‌المللی)، قضیه انفساخ قرارداد و تلف مبیع پیش از قبض، به وضوح دیده نمی‌شود و ظاهراً تدوین کنندگان کنوانسیون نخواسته‌اند حتی در صورت عدم امکان اجرای قرارداد، عقد منفسخ یا باطل شود. با این حال، مواد ۶۶ لغایت ۷۰ این کنوانسیون، به مسائل انتقال ضمان معاوضی اختصاص یافته است؛

۹ - آثار تسلیم و تعیین لحظه‌ای که ضمان معاوضی (مخاطره و ریسک) از فروشنده به خریدار انتقال می‌یابد، در تجارت بین‌الملل از اهمیت فراوانی برخوردار است. بنابراین، مطابق ماده ۶۶ به بعد کنوانسیون ۱۹۸۰ وین، با تسلیم مبیع به مشتری، ضمان معاوضی هم از سوی بائع به خریدار منتقل می‌گردد؛

۱۰ - قاعده تلف مبیع قبل از قبض و مفاد ماده ۳۸۷ قانون مدنی، استثنایی بر اصول کلی حقوقی و قواعد معاوضه نیست. بلکه، موافق قاعده عمومی قراردادهای بوده و در موارد مشابه از جمله تلف ثمن و در سایر معاملات و معاوضات قابلیت تسری دارد. به علاوه، عقیده‌ای که تراضی برخلاف قاعده را نافذ می‌داند، موجه‌تر است؛

۱۱ - تلف مبیع پس از قبض آن، از مال مشتری است و بر اثر تسلیم مبیع، ضمان معاوضی هم از فروشنده به خریدار منتقل می‌شود و تنها استثناء عادی آن، هنگامی است که مبیع در زمان خیار مجلس، حیوان یا شرط و آن هم وقتی که خیار مختص خریدار است، تلف شود (ماده ۴۵۳ قانون مدنی)؛

۱۲ - اگر پس از تسلیم، مبیع توسط فروشنده یا خریدار یا شخص ثالث، از میان رفت، عقد منفسخ نمی‌گردد و مسئولیت تلف، متوجه کسی خواهد بود که مبیع را تلف کرده است. یعنی، در اینجا، قاعده اتلاف مطرح می‌شود. زیرا، قاعده تلف مبیع پیش از قبض، ناظر به اتلاف مبیع نیست، بلکه فقط در مورد تلف آن است.

آسیب‌شناسی امور ثبتی

غلامعلی حیدرنیا فتح‌آبادی^۱

آسیب‌شناسی امور ثبتی از مهم‌ترین مباحث و کارآمدترین آنها در حوزه کاربردی حقوق ثبت است که نویسنده مقاله حاضر در دو قسمت «الف - قوانین سالخورده و هزینه‌های هنگفت و ب - چشم‌انداز فناوری ارتباطات» بدان پرداخته است. بدون اطناب و به جهت رعایت ایجاز، به سراغ متن می‌رویم:

الف - قوانین سالخورده و هزینه‌های هنگفت

قانون ثبت اسناد و املاک کشور مصوب ۱۳۱۰ (۷۵ سال قبل)؛ آیین‌نامه قانون ثبت املاک مصوب ۱۳۱۷ (۶۸ سال قبل)؛ قانون دفتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۱۶/۳/۱۵ (۶۹ سال قبل)؛ قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفترباران مصوب ۱۳۵۴ (۳۱ سال قبل) و آیین‌نامه قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۱۷ (۶۸ سال قبل) است، بنابراین در مبحث آسیب‌شناسی، چه موضوعی مهم‌تر از این قوانین سالخورده است که متکفل انجام امور عصر اینترنت می‌باشند.

نظر به اینکه یکی از اهداف قوانین مزبور، تعیین شکل تنظیم اسناد و چگونگی گردش

۱. سردفتر دفتر اسناد رسمی ۸۹ تبریز.

اداری اسناد، و نحوه ثبت آنها در دفاتر اداره ثبت و دفاتر اسناد رسمی است، گذر این همه سال، کهنگی مقررات ناظر بر موارد شکلی را به شدت آشکار کرده است.^۱

نتیجه پابرجا ماندن این مقررات سالخورده، نظیر طرح تهیه رونوشت و نحوه آگهی‌های ثبتی و چگونگی وصول وجوه در دفاتر اسناد رسمی و اداره ثبت و داشتن دفاتر متعدد موضوع ماده ۱۹ قانون دفاتر اسناد رسمی، ارسال خلاصه معامله و ... که در ادامه نمونه‌هایی از مشکلات کنونی آنها ذکر خواهد شد، همانا کندشدن امور جاری مملکت، ایجاد هزینه‌های بی‌دلیل (والبته کلان) برای مردم و بیت‌المال، و عذاب‌آور شدن انجام امور مربوطه برای مردم و کارمندان ادارات ذی‌ربط است که در عمل، منجر به بروز مفسده‌هایی نیز به شکل دور زدن مقررات و ایجاد روابط ناسالم اداری نیز می‌شود و بجاست که به این دلیل نیز، موضوع از منظر «آسیب‌شناسی امور ثبتی» هم بررسی گردد.^۲

طبیعی است که در ایام وضع آن مقررات، چون دستگاه فتوکپی وجود نداشت، دادن رونوشت سند رسمی برای مردم تنها راه‌حل مشکل بود، اما اکنون که علاوه بر فتوکپی، فناوری جدید رایانه‌ای هم وجود دارد و اسناد را حتی در شبکه‌های محلی و جهانی نیز می‌توان ارائه کرد، و مراجع اداری و قضایی و حتی خود مردم می‌توانند به اسناد خود به راحتی دسترسی داشته و به آن استناد کنند، تهیه رونوشت، وقت‌گیر و آزاردهنده و بی‌فایده است. روزگاری، نوشتن خلاصه معامله توسط دفاتر اسناد رسمی و ارسال آن به اداره ثبت جهت درج در دفتر املاک، ضروری بود، اما اکنون که به جای خلاصه سند معامله، به راحتی می‌توان اصل سند معاملات را به شکل دیجیتالی و آن لاین (همزمان و برخاط) به اداره ثبت

۱. آیین‌نامه قانون ثبت اسناد و املاک در سال ۱۳۸۰ مورد تجدیدنظر قرار گرفته است، اما از منظر این مقاله کماکان کهنه محسوب می‌شود.

۲. می‌گویند برای از بین بردن پشه مالاریا دو نوع راه مبارزه وجود دارد، نوع اول اینکه مگس کشی پلاستیکی برداریم و پشه‌ها را یکی یکی بر روی این یا آن دیوار از بین ببریم. مبارزه نوع دوم این است که برکه پشه خیز به طور کلی خشک شود و از بین برود، و به عبارتی دیگر به جای مبارزه با معلول، با علت مبارزه شود. به جرئت می‌توان گفت که اکنون بسیاری از تخلفات اداری، معلول مقررات سالخورده‌ای است که به دلیل کهنگی و ناسازگاری با زمان، هنری جز ایجاد انگیزه تخلف در کارکنان و مردم ندارند.

فرستاد و آن اداره را از جزئیات معاملات اشخاص مطلع کرد، بسنده کردن به اوراقی که حتی شکل و اندازه آن مناسب و استاندارد نیست، فقط اتلاف وقت و پول و سرمایه ملی است.

به مثال‌های زیر از خسارات کلان این مقررات کلان سال که صرفاً برای تقریب موضوع به ذهن مخاطب محترم است توجه فرمایید. در این مثال‌ها به خسارات ارسال بخشنامه‌های ثبتی به صورت فعلی، و خسارات واریز وجوه به بانک به شکل کنونی، و خسارات کپی مدارک و بررسی آگهی‌های ثبتی به شکل کنونی اشاره می‌شود. هر روز به طور متوسط ده برگ بخشنامه به دفاتر اسناد رسمی از طرف اداره کل ثبت هر استان ارسال می‌شود. با در نظر گرفتن این نکته که در حال حاضر در استان^۱ (جامعه آماری ما) حدود ۱۷۰ دفتر اسناد رسمی فعال وجود دارد و همچنین با در نظر گرفتن این امر که ۲۱ واحد ثبتی نیز در استان وجود دارد که بخشنامه‌ها به آن واحدها نیز ارسال می‌گردد، (و اگر هر واحد ثبتی را از حیث پذیرش بخشنامه معادل یک دفترخانه حساب کنیم) نتیجه این می‌شود که هر روز ۱۹۱۰ برگ و هر ماه ۵۷۳۰۰ برگ و هر سال ۶۸۷۶۰۰ برگ بخشنامه از اداره کل ثبت (جامعه آماری ما) به دفاتر اسناد رسمی واحدهای ثبتی این استان ارسال می‌شود.

می‌دانید که هزینه ارسال این بخشنامه‌ها، فقط هزینه‌های مستقیم ریالی آن نیست. نیروی انسانی درگیر با امر ارسال در هر واحد ثبتی، اعم از مسئول خرید و ماشین‌نویس و مسئول تکثیر و کارمند اندیکاتور و تحویل‌دهنده و هزینه‌های دستگاه‌های تایپ و کپی و تکثیر و میز و صندلی و برق مصرفی و اتاق و غیره، و همچنین هزینه ارسال و پست و نامه‌رسانی‌هایی که هر روز برای گرفتن این بخشنامه‌ها به ادارات ثبت می‌روند، مبالغ کلانی را بر دوش اداره ثبت و دفاتر اسناد رسمی تحمیل می‌کند.

اگر در هر واحد ثبتی مسئول بخشنامه‌ها به طور متوسط نیم ساعت وقت خود را صرف

۱. منظور نویسنده استان آذربایجان شرقی است. (مجله کانون)

تنظیم و امضا و ارجاع بخشنامه‌ها نماید، و سردفتر هم همان نیم ساعت را صرف مطالعه و ارجاع بخشنامه به بایگانی نماید، در هر روز ۹۶ ساعت کاری و در هر ماه ۲۴۸۳ ساعت کاری و در هر سال ۲۹۷۹۶ ساعت کاری صرف می‌شود که مساوی است با ۳۷۲۵ روز کاری.

در شهرهای استان هر روز حدود صد نفر نامه رسان دفاتر اسناد رسمی برای تحویل گرفتن بخشنامه‌ها و استعلام‌ها به اداره ثبت مراجعه می‌کنند که هزینه ایاب و ذهاب و بار ترافیکی و نیروی انسانی این امر را نیز باید به هزینه‌ها اضافه کرد.

اگر هر نامه رسان به طور متوسط یک ساعت وقت برای رفت و برگشت و تحویل بخشنامه‌ها و استعلام‌ها صرف کند، در هر روز ۱۷۰ ساعت و در هر ماه ۴۴۲۰ ساعت کاری یعنی در هر سال ۵۳۰۴۰ ساعت کاری که مساوی است با ۶۶۳۰ روز کاری صرف این امر می‌شود.

در هر دفترخانه و واحد ثبتی نیز یک نفر بایگان و یک اتاق به عنوان بایگانی با قفسه‌ها و پوشه‌ها و زونکن‌های مربوطه و روشنایی و تهویه و امثال آن بخشی از این هزینه‌ها را به خود اختصاص می‌دهند.

اگر در هر واحد ثبتی هر روز فقط نیم ساعت صرف بایگانی این بخشنامه‌ها شود، در هر روز ۸۵ ساعت کاری و در هر ماه ۲۲۱۰ ساعت کاری و در هر سال ۲۶۵۲۰ ساعت کاری که مساوی است با ۳۳۱۵ روز کاری صرف این امر می‌شود.

اگر در هر دفتر اسناد رسمی روزانه یک ساعت صرف ورود اطلاعات بخشنامه‌ها به دفاتر بازداشتی و رایانه شود، ۱۷۰ ساعت در روز ۴۴۲۰ ساعت کاری در ماه، ۵۳۰۴۰ ساعت کاری در سال صرف این کار می‌شود که با ۶۶۳۰ روز کاری برابر است.

مجموع روزهای کاری صرف شده به شرح فوق بالغ بر ۱۳۶۶۰ روز کاری می‌شود. اگر حقوق هر کارمند (اعم از اداره ثبت و سردفتر و نامه‌رسان) را صد و پنجاه هزار تومان فرض کنیم، (که با هزینه‌های بالاسری قطعاً بیش از این است) هزینه این رقم روز

کاری بیش از ۱۰۰ میلیون تومان در هر سال است.

اگر هزینه‌های مواد مصرفی مشروحه فوق را جمعاً در یک سال، ۳۰ میلیون تومان فرض کنیم، به این نتیجه می‌رسیم که همین بخشنامه‌ها در شرایط فعلی سالانه حدود صد و سی میلیون تومان در استان (جامعه آماری ما) مصرف می‌کند که اگر این رقم را در سطح تمامی استان‌ها در نظر بگیریم، سالانه به طور متوسط چهار میلیارد و نهصد و سی میلیون تومان برای این امر هزینه می‌شود. ناگفته نماند که این هزینه‌ها عمدتاً هزینه‌های استهلاکی هستند و نه هزینه‌های سرمایه‌ای، به عبارت دیگر حاصل هیچ‌کدام از این فعالیت‌ها ماندگاری ندارد.

با توجه به ارقام فوق، خود نتیجه بگیرید که اگر سازمان ثبت و ادارات کل ثبت اقدام به ایجاد یک سایت اینترنتی کنند، تا چه میزان در بودجه و نیروی کاری این سازمان و نیز دفاتر اسناد رسمی صرفه‌جویی خواهد شد.

بانک انحصاری

از سال‌ها پیش بانک ملی به عنوان تنها بانک وصول‌کننده حق‌الثبت و مالیات و (اخیراً) حق‌التحریر تلقی شده است. این شیوه در سال‌هایی که تعداد اسناد به فراوانی امروز نبود و جمعیت کشور به اندازه کنونی نبود، و تمام هزینه اسناد توسط بانک وصول نمی‌شد، شاید برای مردم ایجاد مشکل نمی‌کرد، اما امروز با افزایش جمعیت کشور و افزایش اسناد و الزام دفاتر اسناد رسمی^۱ به واریز وجوه به بانک، مراجعه‌کنندگان به دفاتر اسناد رسمی با مشکل حادی به نام مراجعه به تنها مرجع وصول حقوق دولتی (یعنی بانک ملی) و ایستادن در صفوف طولانی آن مواجهند که آثار سوءاجتماعی و اقتصادی و حتی سیاسی آن را شاهدیم.^۲

۱. که در واقع الزام مردم نیز به اتلاف وقت محسوب می‌شود.

۲. با ابلاغ آیین‌نامه گسترش بهره‌برداری از خدمات پول الکترونیکی مصوب ۸۴/۵/۵ هیئت دولت، به نظر می‌رسد سازمان ثبت نیز بتواند این مشکل را از پیش پای مردم و دفاتر اسناد رسمی بردارد. به چند ماده این آیین‌نامه توجه فرمایید:

ماده ۴: «کلیه سازمان‌های صادرکننده قیوض پرداخت و دریافت موظفند تمهیدات لازم را برای پرداخت»

در حالی که در جوار بانک ملی، چندین بانک دیگر (حتی خلوت و بدون مشتری) وجود دارند، مراجعه‌کنندگان به دفاتر اسناد رسمی، به بانک ملی هدایت می‌شوند تا برای واریز حق‌الثبت و مالیات و حق‌التحریر^۱ در صفوف طولانی باجه‌های آن بانک بایستند و پس از اتلاف وقتی که بعضاً به یک ساعت هم می‌رسد، ناراحت و عصبانی به دفتر اسناد رسمی مراجعه و اتلاف وقت و اعصاب خود را از جانب واحد منتسب به قوه قضاییه می‌بینند.^۲ با یک آمار ساده می‌توان آثار سوء این پدیده را مطالعه کرد.

در جامعه آماری دفاتر اسناد رسمی شهر تبریز در سال ۱۳۸۱ تعداد ۲۸۸۲۲۴ مورد سند

و دریافت الکترونیکی با استفاده از ابزارهای مذکور در ماده یک این آیین‌نامه و با محیط اینترنت فراهم کنند...»

ماده ۶: «به منظور به روز آوری و شفاف‌سازی حساب‌های دولتی (منابع، مصارف، هزینه، درآمد) وزارت امور اقتصادی و دارایی (خزانه‌داری کل کشور) موظف است کلیه حساب‌های دولتی در کشور را طی ۶ ماه از حساب‌های عادی به صورت حساب‌های متمرکز (قابل پرداخت و دریافت در محیط شبکه‌های الکترونیکی و اینترنتی و برخط در سراسر کشور) تبدیل کند.»

ماده ۷ - به منظور ارائه خدمات بهینه و برقراری تسهیلات اداری و اجرایی برای مردم و تکریم ارباب رجوع، برای کلیه پرداخت‌های هزینه خدمات و کالاهایی که توسط دستگاه‌های دولتی، شرکت‌ها و مؤسساتی که شمول آنها مستلزم ذکر نام است، ارائه می‌شود، رسید پرداخت وجه توسط انواع دستگاه‌های الکترونیکی از قبیل خودپرداز (ATM)، پایانه فروش (POS) یا اینترنتی معتبر است. قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران نیز که انحصار در سیستم بانکی را نفی می‌کند می‌تواند چاره‌ساز باشد.

۱. حتی حق‌التحریر که از حقوق دولتی هم نیست الزاماً به بانک ملی واریز می‌شود. این تصور که حقوق دولتی باید به بانک دولتی واریز شود، باید به نفع مردم و ارباب رجوع دگرگون شود.

۲. این اتفاقات به رغم قانون برنامه چهارم توسعه که مصوب ۸۳/۶/۱۱ است اتفاق می‌افتد. شق ۴ بند ج ماده ۱۰ این قانون مقرر می‌دارد: دولت مکلف است از سال اول برنامه چهارم نسبت به برقراری نظام بانکداری الکترونیکی و پیاده‌سازی رویه‌های تبادل پول و خدمات بانک الکترونیکی ملی و بین‌المللی در کلیه بانک‌های کشور و برای همه مشتریان اقدام نماید. د - در جهت ایجاد فضای رقابتی سالم و به دور از انحصار در سیستم بانکی کشور و به منظور اقتصادی نمودن فعالیت بنگاه‌ها، مؤسسات و سازمان‌های دولتی و دیگر نهادهای عمومی و شهرداری‌ها، برای دریافت خدمات بانکی، بنگاه‌های مذکور مجازند بانک عامل را رأساً انتخاب نمایند.

و ۱۰۹۸۹۳ مورد گواهی امضاء ثبت شده است.^۱ حدود ۱۴٪ این اسناد مربوط به املاک‌اند که دارای قبوض حق‌الثبت و حق‌التحریرند، ۱۴٪ دیگر مربوط به وسائط نقلیه‌اند که دارای سه قبض مالیات و حق‌الثبت و حق‌التحریرند، و مابقی، اسناد متفرقه و گواهی امضایند که فقط دارای قبض حق‌التحریرند.

صرف‌نظر از فاصله دور و نزدیک بانک به دفاتر اسناد رسمی، و اینکه بعضی از بانک‌های ملی فقط فیش حق‌الثبت را قبول می‌کنند^۲ و مراجعه کننده باید برای واریز مالیات نقل و انتقال به بانک ملی دیگر مراجعه کند، و منهای روزهای قبل از تعطیلات و به ویژه قبل از عید نوروز که معطلی‌ها به چند ساعت می‌رسد، و با توجه به اینکه در عمل هر شعبه بانک ملی قبوض سه گانه را توأمأ قبول نمی‌کند، و با این یادآوری که در بعضی از شهرک‌های جدید چسبیده به شهر تبریز بانک ملی وجود ندارد، و... اگر فرض شود که برای واریز هر فیش بانکی، به طور متوسط هر فرد فقط نیم ساعت در صف بانک ملی معطل شود، ۴۱۰۳۷۲ نیم ساعت، یعنی ۲۰۵۱۸۶ ساعت در سال از وقت مردم صرف می‌شود. که اگر این مقدار را به هشت ساعت کاری تقسیم کنیم و روزهای کاری سال را ۳۰۰ روز فرض کنیم مثل این است که ۵۸ نفر از مردم تبریز در سال تمام وقت و زندگی خود را برای واریز وجوه قبوض دفاتر اسناد رسمی تلف می‌کنند که این امر از لحاظ اقتصادی و اجتماعی و سیاسی قابل بررسی است و تبعات منفی آن بر هیچ صاحب‌نظری پوشیده نیست.^۳ خواننده محترم خود می‌تواند این آمار را در سطح کل کشور و هر شهری که خود ساکن آن است، محاسبه و به دست آورد.^۴

۱. آمار مربوط به سال ۱۳۸۴ نیز شامل ۲۰۴۲۴۰ مورد سند و ۱۱۴۷۰۶ مورد گواهی امضاء است که از حیث نتایج، چندان تفاوتی با سال ۱۳۸۱ ندارد.

۲. واقعیت‌ها جالب‌تر از مقررات موجود است؛ در حال حاضر در شهر تبریز از طرف اداره دارایی فقط ده شعبه بانک ملی برای قبول قبوض مالیات نقل و انتقال خودروها به رسمیت شناخته می‌شوند.

۳. در عالم واقعیت امروز کشور، حداقل کاری که باید انجام داد (و به راحتی می‌توان انجام داد) این است که همانند قبوض آب و برق که همه بانک‌ها موظف به دریافت آن شده‌اند، مردم بتوانند در هر بانک که راحت‌ترند، قبوض مربوط به دفترخانه را واریز کنند.

۴. آمار سال ۱۳۸۵ در خصوص استان آذربایجان شرقی ۳۴۳۸۲۹ مورد سند و ۲۰۷۸۹۰ مورد گواهی امضاء نشان می‌دهد که با شیوه محاسبات فوق، میزان خسارات را در سطح استان نشان خواهد داد.

خسارت سنگین برای کپی

افراد نادری هستند که می‌دانند یک کپی گرفتن به نظر ساده، در کشور ما چقدر از سرمایه ملی را به هدر می‌دهد. ادارات ما و به ویژه ادارات ثبت و دفاتر اسناد رسمی ما مملو از کپی مدارک است؛ به گونه‌ای که اگر در جوار اداره‌ای دستگاه کپی وجود نداشته باشد، کار مردم معطل می‌شود و اگر دفترخانه‌ای دستگاه کپی نداشته باشد، کار آن دفترخانه هم تعطیل می‌شود.

شاید در ابتدا تصور کنید که یک کپی ده تومانی که ارزش تحقیق و بررسی ندارد، و نهایتاً یک ارباب رجوع با صرف یک ربع از وقت خود از چند مدرک خود کپی می‌گیرد و به متصدی اداره مربوطه یا دفترخانه ذی‌ربط می‌دهد و قضیه تمام می‌شود.

امروزه (در سال ۱۳۸۴) مطابق آمار سازمان جهانی خواروبار جهانی، سالانه ۵۴۶ هزار تن کاغذ در ایران مصرف می‌شود که ۵۰۰۰۰۰ تن آن از خارج وارد می‌شود، و بنا به اعلام وزارت بازرگانی، در شرایطی که قیمت جهانی کاغذ ۷۹۰ دلار است، ۸۰ درصد کاغذ مصرفی کشور وارداتی است.

اگر یک جامعه آماری استان X (جامعه آماری فوق‌الذکر) را در نظر بگیریم که هر اداره ثبت آن در شهرستان‌های مختلف به طور متوسط در روز ۶۰ نفر ارباب رجوع داشته باشد و هر فرد ۵ برگ کپی لازم داشته باشد، روزانه ۳۰۰ برگ کپی در یک واحد ثبتی و سالانه ۱۸۹۰۰۰۰ برگ کپی در ۲۱ واحد ثبتی مصرف خواهد شد. در دفترخانه‌های همان استان نیز (با احتساب سه کپی برای هر سند، و دو کپی برای هر گواهی امضا) ۱۳۷۲۶۸۲ عدد کپی در سال خواهد بود و بنابر این، ادارات ثبت و دفاتر اسناد رسمی ۳۲۶۲۶۸۲ برگ کپی از مردم اخذ خواهند نمود که معادل ۶۵۲۵ بسته کاغذ A4 و آن هم معادل ۱۵۲۹۵ کیلو کاغذ خواهد بود. این رقم در سطح کشور با احتساب حدود ۴۵۰ واحد ثبتی و ۲۰۰۰ دفترخانه معادل ۹۰۰۰۰۰۰۰ برگ کپی خواهد بود که مجموعاً ۴۲۱ تن کاغذ خواهد بود. آیا در وهله اول کسی فکر می‌کرد ادارات ثبت و دفاتر اسناد رسمی هر سال ۴۲۱ تن کاغذ فقط

برای کپی مصرف کنند؟ که چون ۸۰ درصد آن وارداتی است، از قرار هرتن ۷۹۰ دلار بالغ بر ۲۶۵۴۴۰ دلار (معادل ۲۳۹۰۰۰۰۰۰۰ تومان) ارز از کشور خارج می‌شود و اگر هزینه ۲۰ درصد تولید داخل را هم به آن اضافه کنیم مبلغی حدود ۵۷۰ میلیون تومان هزینه فقط کاغذ کپی خواهد بود.^۱

البته مشکل در همین جا متوقف نمی‌شود. این همه کاغذ بالاخره باید در جایی بایگانی شود. آیا می‌دانید ۹۰۰۰۰۰۰۰ برگ کاغذ را در چه فضایی می‌توان بایگانی کرد. این را خود حساب کنید و هر مساحتی را که به دست آورید به قیمت هر مترمربع ساختمان ضرب کنید تا خسارت کلانی را که کشور باید برای بایگانی کردن این همه کاغذ بپردازد، معلوم گردد. البته وقت کارمندان بایگانی و حقوق و مزایای آنان را هم در نظر بگیرید. به نظر نویسنده خسارت وارده حداقل ۸ میلیارد تومان تنها در یک سال خواهد بود.

باز هم مشکل به همین جا ختم نمی‌شود. آیا می‌دانید دستگاه‌های فتوکپی همه از خارج وارد می‌شوند؟ قیمت گزاف دستگاه‌های فتوکپی را هم خود محاسبه کنید، قیمت تونر و قطعات یدکی را هم بر آن بیفزایید، رقم‌های بالا را هم با آن جمع بزنید تا خود ببینید چه مبلغ وحشتناکی برای یک کپی ساده! از جیب مردم و بیت‌المال صرف می‌شود. چیزی حدود ۹ میلیارد تومان!

غرض از ذکر مثال‌های فوق، این بود که تصور ملموس از خسارت واقعی حاصل گردد گمان نکنیم که تفاوت وضع موجود و وضع مطلوب، امری جزئی و قابل اغماض است.^۲

۱. اداره حفاظت محیط زیست آذربایجان شرقی اعلام کرده است: «استانداری آذربایجان شرقی ۲۰۰۰ کیلوگرم کاغذ باطله تولید کرد» - نقل از هفته‌نامه بهاریه، شماره ۱۸ بهمن ۱۳۸۴، استانداری با این میزان در مقام اول، باشگاه شهرداری با ۲۳ کیلوگرم در مقام آخر بوده و اداره حفاظت محیط زیست ۸۶۸ کیلوگرم کاغذ باطله تولید کرده است. با این گزارش می‌توان تخمین زد که در کل کشور چه میزان کاغذ باطله تولید می‌شود و آثار اقتصادی آن چیست.

۲. قانون برنامه چهارم توسعه مصوب ۱۳۸۳ نگاه تحول آفرینی در رفع مشکلات موجود دارد.

آگهی‌های ثبتی

آگهی‌های ثبتی اصولاً به منظور اعلام عمومی و اطلاع مردم است. هدف قانونگذار این است که عموم مردم به ویژه افراد ذی‌نفع از اقدامی که در اداره ثبت برای ثبت املاک اتفاق می‌افتد با خبر شوند و در صورت لزوم از ثبت خلاف واقع و ایجاد ضرر به اشخاص^۱ جلوگیری گردد. طبیعی است در هر عصر و زمانی باید از بهترین و رساترین رسانه برای اعلان عمومی استفاده شود. در سال ۱۳۱۰ بهترین رسانه و مقدرترین راه‌حل، چاپ آگهی‌های ثبتی در روزنامه بود که صد البته، عده قلیلی امکان خرید و حتی امکان خواندن آن را داشتند.^۲ اما ظاهراً دنیا در طول این مدت ۷۵ سال مختصر تحولی کرده است!

امروزه به رغم اینکه تعداد نشریات و شمارگان آنها افزایش یافته، به هر حال دامنه توزیع آنها به همه نقاط کشور به ویژه روستاها نمی‌رسد. طبیعی است که در این دوران باید از رسانه‌های جدیدی مانند رادیو و تلویزیون و اینترنت نیز استفاده کرد که نسبت به روش سنتی آگهی‌های مطبوعاتی بسیار ارجحیت دارند. به رغم اینکه قانونگذار (ولو با تأخیر) متوجه این نکته شده و در ماده ۸۴ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت مصوب ۸/۱۲/۸۰ امکان پخش آگهی‌های ثبتی از رادیو و تلویزیون را تجویز کرده است، ولی متأسفانه تاکنون اداره ثبت از این روش استفاده نکرده است.

ماده ۸۴ قانون مزبور مقرر کرده است: به... سازمان صدا و سیما جمهوری اسلامی ایران اجازه داده می‌شود... نسبت به... کسب درآمد پخش آگهی ثبتی موضوع مواد ۱۱ و ۱۲ و ۱۳ قانون ثبت اسناد و املاک کشور مصوب ۱۳۱۰/۱۲/۲۶ و اصلاحات بعدی (ثبت آگهی

۱. به ویژه با توجه به اینکه آگهی‌ها و اخطارها، مقید به مدت خاص‌اند. در خارج از آن مدت، اعتراضات مورد قبول نیست.

۲. اتفاق افتاده است که روزنامه محلی از چاپ آگهی خودداری کرده، و شورای عالی ثبت نظر داده است که «با این وضع انتشار آگهی در روزنامه کثیرالانتشار نزدیک به محل اشکال ندارد» (رای شماره ۶۰۵ - ۱۳۴۷/۸/۱۱) تصور کنید حال ذی‌نفعی را که به روزنامه‌های محل خود دسترسی ندارد، و در این وضع باید دنبال روزنامه‌های شهر و استان همجوار خود بگردد! این مثال در خصوص نبود روزنامه در محل نیز صادق است.

ثبت شرکت‌ها) به طور نقد یا اقساط اقدام نماید.

پخش آگهی‌های ثبتی از صدا و سیما دارای این مزیت است که دارای پوشش وسیعی است و افراد می‌توانند در همه جای کشور و حتی خارج از کشور آگهی‌های ثبتی را بشنوند یا ببینند و جلو ضرر حاصله را در اسرع وقت بگیرند. البته این ایراد وجود دارد که آگهی‌های پخش شده، یکبار یا چند بار پخش می‌شوند و مثل آگهی‌های نشریات قابل مراجعه مجدد برای افراد ذی‌نفع نیستند. اما این ایراد اولاً در مقابل مزیت فوق‌الذکر قابل اغماض است، و ثانیاً ادارات ثبت می‌توانند با هماهنگی صدا و سیما، این‌گونه آگهی‌ها را به صورت پیام‌نما (تله تکست) نیز پخش نمایند تا در وضعیت مکتوب، و در مدت زمان معین، برای افراد ذی‌نفع در شبکه‌های سیما قابل رویت باشد. ایراد نشود که مردم ما هنوز به مظاهر فناوری جدید عادت نکرده‌اند و طرز استفاده از تله‌تکست را بلد نیستند و ممکن است متضرر شوند. از یک سو ما نباید جامعه خود را از جریان رشد سریع فناوری اطلاعات عقب نگه داریم؛ قطعاً شیوه جدید، مفیدتر و موثرتر از آگهی‌هایی است که در روزنامه‌های کم‌تیراژ استان‌ها و شهرستان‌ها است. از سوی دیگر می‌توان در مدت مشخص و محدودی، هم آگهی مطبوعاتی را حفظ کرد و هم آگهی از صدا و سیما را پخش کرد تا مردم به شیوه‌های جدید عادت کنند و از مزایای آن استفاده نمایند.

فراتر و بالاتر و مؤثرتر از همه اشکال آگهی، درج آگهی در اینترنت است. شیوه‌ای که هم دارای پوشش فراگیر جهانی، و هم دارای مزیت دوام آگهی‌ها برای مراجعات افراد ذی‌نفع است و می‌تواند به طور کامل کمبودهای کنونی را جبران کند و مشکل ادارات ثبت و مردم را به یکباره حل کند. با این شیوه، آگهی‌ها همواره در اینترنت باقی می‌مانند و هر آن و هر لحظه در دسترس افراد قرار می‌گیرند.

دفتر یا بانک اطلاعاتی

با گذشت هفتاد سال از تولد قانون ثبت اسناد و املاک در ایران، در عصر رایانه، برای کسانی که با اصطلاحات رایج رایانه‌ای آشنایی دارند کاملاً روشن است که تقریباً هر جا که

در قانون سابق سخن از «دفتر» رفته، منظور ایجاد «بانک اطلاعاتی» بوده است. تداعی معنایی که از شنیدن این جمله که «دفتر فلان کس در طبقه پنجم است» حاصل می‌شود چیست؟ چنین تصور نشود که قانون می‌خواسته است اتاق یا اتاق‌هایی را به وجود بیاورد که کسی بر صندلی آن تکیه زند یا بر پشت میز آن بنشیند؛ بلکه منظور قانون آن بوده است که محلی برای ثبت، و ضبط کردن اطلاعات مورد نظر به وجود بیاورد و لذا به تبع این خواسته اتاق یا میز و صندلی هم فراهم شده است و نه برعکس.

خود کلمه «دفتر» به معنای مجموعه‌ای از نوشته‌هاست، همان‌گونه که مرحوم دهخدا آن را «نامه‌های فراهم آورده» و «تعدادی از صحف و نامه‌ها که جمع شده باشد» ضبط کرده است. طبیعتاً هر کدام از این نامه‌ها و صحیفه‌ها اطلاعاتی دارد که مورد نظر و خواسته حکومت بوده یا می‌باشد. هرکس که به معانی کلمات دفتر، دفترخانه و دفتردار در کتب لغت مراجعه کند درمی‌یابد که منظور از دفتر مجموعه‌ای از اطلاعات است که در مجلدهایی جمع‌آوری می‌شود و نه صرفاً اوراق سفیدی که آن را شیرازه کرده باشند. به همین دلیل است که محل نگهداری کتابچه‌های مربوط به درآمد و اموال و خراج و مالیات و املاک و هزینه‌ها را، دفترخانه می‌گویند و هیچ وقت مغازه‌های فروش دفترهای سفید را دفترخانه نمی‌گویند. اصولاً در لغت، دفتر به معنای کتاب است، و کتاب هم به معنای نوشتن و ثبت کردن است و لذا اگر این کلمه در معنای اداره و محل کار نیز استعمال شده و یا از جمله لوازم‌التحریر شمرده شده، همه به اعتبار این است که چیزی در آنها نوشته و ثبت و ضبط و جمع‌آوری می‌شود یا خواهد شد.

در نهایت، صرف‌نظر از مباحث لغوی، وقتی صحبت از «دفتر املاک» است، منظور «بانک اطلاعات املاک» است، و همچنین است در مورد دفتر سپرده‌ها، دفتر آمار، دفتر املاک توقیف شده، دفتر املاک مجهول‌المالک و هر دفتری که به موجب ماده یک آیین‌نامه ثبت املاک مقرر است؛ یعنی امروز می‌توان و باید، بانک‌های اطلاعاتی هر یک را در رایانه‌های ادارات ثبت و دفاتر اسناد رسمی ایجاد کرد و پاسخ هر گونه سؤال و استعلام را

گرفت، و زمینه هر تحقیق و برنامه‌ریزی را به راحتی از طریق رایانه فراهم نمود. با توجه به مثال‌های سه‌گانه‌ای که در ابتدای مقاله اشاره شد، می‌توان بررسی کرد که درج اطلاعات در دفترهای کاغذی موجود (که در زمان خود اقدامی مترقی بود) چقدر کند و خسته‌کننده و پرهزینه است، و در معرض گرد و خاک و باد و باران و موریانه و حوادث غیرمترقبه از قبیل سیل و زلزله و جنگ، قرار دارد و موجب دور ماندن مدیران از اطلاعات لازم و ضروری می‌شود. هزینه‌های این مقوله بسیار سرسام‌آور است اما سر خواننده محترم را با تکرار این مصیبت به درد نیاوریم بهتر است.^۱ ماده ۶ قانون تجارت الکترونیک بخشی از این مشکل را حل کرده و با استثنای^۲ که مقرر داشته می‌تواند قسمتی از هزینه‌ها و مشکلات را برطرف سازد. مقرراتی که درخصوص تسریع امور اجرایی بسیار راهگشا خواهد بود، هرچند به نظر می‌رسد با وضع قوانین جدید ثبتی از منظر ثبت رایانه‌ای می‌توان برخی از محدودیت‌های این ماده را از میان برد.

ماده ۱۲۰ آیین‌نامه قانون ثبت

در قانون ثبت و آیین‌نامه آن صحبت از رایانه به حدی کم است که می‌توان آن را در چند مورد خلاصه کرد. مورد اول در آیین‌نامه اجرایی تبصره ۲ ماده ۲۵ اصلاحی و تبصره ۳۵ ماده ۱۴۴ قانون اصلاح قانون ثبت اسناد و املاک، و مورد دوم در خصوص درج فهرست شرکت‌های ثبت شده در اداره ثبت شرکت‌ها و مؤسسات غیرتجاری و مورد سوم در آیین‌نامه تهیه نقشه کاداستر و مورد چهارم در ماده ۱۲۰ آیین‌نامه قانون ثبت بیان شده

۱. جای تعجب است که در اصلاح موادی از آیین‌نامه قانون ثبت که در سال ۱۳۸۰ و در زمان حاکمیت رایانه و IT و دولت الکترونیک به تصویب رسیده است، کماکان از وجود دفاتر به رسم و رسوم سابق اسم برده و از استفاده‌های شگرفی که از رایانه می‌توان کرد غفلت شده است.

۲. ماده ۶ قانون تجارت الکترونیک: «هرگاه قانون لازم بداند که اطلاعات به صورت اصل ارائه یا نگهداری شود، این امر، یا نگهداری و ارائه اطلاعات به صورت داده پیام نیز در صورت وجود شرایط زیر امکان‌پذیر می‌باشد: الف: اسناد مالکیت اموال غیرمنقول ب: فروش مواد دارویی به مصرف‌کنندگان نهایی ج: اعلام، اخطار، هشدار و یا عبارات مشابهی که دستور خاصی برای استفاده کالا صادر می‌کند و یا از به کارگیری روش‌های خاصی به صورت فعل یا ترک فعل منع می‌کند».

است. مورد اخیر در خصوص صدور المثنای سند مالکیت است که مقرر داشته است: مراتب باید به دفاتر اسناد رسمی بخشنامه شود و در محل‌هایی که ماشین رایانه وجود دارد موضوع به متصدی ماشین مزبور (رایانه) ابلاغ شود. ظاهر مطلب خوشحال‌کننده است چراکه خواننده تصور می‌کند در محل‌هایی که شبکه رایانه‌ای بین اداره ثبت و دفاتر اسناد رسمی برقرار شده و اطلاعات اسناد مالکیت ولو در حد المثنی توسط شبکه به دفاتر اسناد رسمی منتقل می‌شود، موضوع انتقال داده‌ها و بخشنامه توسط رایانه صورت می‌گیرد اما در عمل این‌گونه نیست و همان بخشنامه است که به شکل پرینت شده به دفاتر اسناد رسمی ابلاغ می‌شود. این مضمون در اصلاحیه آیین‌نامه قانون ثبت نیز که در سال ۱۳۸۰ به تصویب رسید، به همین صورت تکرار شده و از آن فراتر نرفته است. در خصوص ثبت فهرست شرکت‌های ثبت شده در اداره ثبت شرکت‌ها و مؤسسات صنعتی، بند ۱۳۴ و بند ۱۳۸ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی که ظاهراً در اصلاحات سال ۱۳۶۳ صادر شده‌اند، به ادارات ثبت شرکت‌ها دستور می‌دهد که «به منظور پیشگیری از ثبت نام تکراری و حفظ حقوق صاحبان نام شرکت‌های ثبت شده و نیز در اختیار داشتن اطلاعات دقیق و مطمئن از شرکت‌هایی که در مرکز و شهرستان‌ها به ثبت می‌رسد از کاربرد رایانه در تنظیم و گردآوری این اطلاعات استفاده شود». خوشوقتی در این است که اطلاعات در رایانه ذخیره می‌شود، اما استعلام‌های قدیمی بین شهرستان‌ها و تهران که وقت‌گیر و ناراحت‌کننده است، متأسفانه همچنان ادامه دارد. اگر این اطلاعات در سایت سازمان ثبت قرار گیرد، تحویلی در مراحل اجرایی ثبت شرکت‌ها اتفاق خواهد افتاد. چرا که اولاً افراد به راحتی از وجود نام‌های مشابه مطلع خواهند شد و از مکاتبات و مراجعات غیرضروری به اداره ثبت خودداری خواهند کرد، ثانیاً در کلیه شهرهای کشور امور اداری ثبت شرکت‌ها بدون مکاتبات وقت‌گیر و پرهزینه، عملی خواهد شد. در بخشنامه‌های فوق‌الذکر اصطلاح «دفاتر رایانه‌ای» به کار رفته است. که یادآور پیشرفته‌ترین تحول فناوری اطلاعات در زمینه ثبت اسناد یعنی «Electronic Notary؛ ثبت الکترونیکی» است که در بخش دوم مقاله از آن سخن

خواهیم گفت؛ اما منظور بخشنامه این مفهوم نیست و در عمل مراد از آن فهرستی است که از رایانه پرینت گرفته شده باشد.

دفاتر جاری موضوع ماده ۱۸ قانون دفاتر اسناد رسمی

این ماده سخن از اوراق و دفتری به میان می‌آورد که اسناد باید در آن اوراق و دفتر در دفاتر اسناد رسمی تنظیم و ثبت شوند. شکل ظاهری اوراق و دفتر از چند جهت قابل بررسی و تجدیدنظر است.

دفتر مورد نظر این ماده که دفتر سردفتر نامیده شده، دفتری است که اسناد پس از تنظیم بر روی اوراق مخصوص باید در آن درج و ثبت شوند. امروزه با توجه به کثرت معاملات مردم و طولانی بودن متن اسناد (به ویژه اسناد بانکی و دولتی)، ثبت اسناد در دفاتر زمان‌بر و خسته‌کننده است و موجب اعتراض مردم می‌شود و بجاست که ثبت در دفتر، منتفی و به اسنادی که در اوراق مخصوص تنظیم می‌شود بسنده شود. نهایت اینکه، اسناد در سه نسخه تنظیم شوند و هرگاه به تعداد خاصی رسید، نسخه سوم مجلد شده و در بایگانی دفاتر نگهداری شوند. برای درج توضیحات و مواردی از قبیل فسخ و استعفا و غیره می‌توان از حاشیه یا ظهر اوراق سند استفاده کرد. البته در خصوص ثبت و نگهداری، از دو شیوه: ۱ - مبتنی بر کاغذ (Paper Based) و ۲ - ثبت الکترونیک می‌توان استفاده کرد. این پیشنهاد برای حالتی است که اصرار می‌شود از کاغذ هم استفاده شود. ثبت الکترونیک موضوع بخش دوم این مقاله است.

با حذف دفتر جاری، آثار هویدای سالخوردگی و کهنسالی دفتر، از قبیل ذکر دینار و دیوان و سنه، و نیز ستونی که تحت عنوان تاریخ و شماره ثبت در دفتر ثبت املاک بی‌هیچ مورد استفاده‌ای سال‌های سال در صفحه صفحه دفتر سردفتر چاپ می‌شود، با خود دفتر حذف می‌شود.^۱

۱. اکنون در بسیاری از کشورها شیوه ثبت اسناد در دفاتر مخصوص به صورت کامل منسوخ گردیده و تنها دفاتری که خلاصه‌ای از سند در آن ثبت می‌شود مرسوم می‌باشد (مانند دفتر فهرست که در قانون ثبت اسناد مصوب سال ۱۳۹۰ مقرر و پیش‌بینی شده بود) و در هر هفته اطلاعات مربوط به معاملات از طریق شبکه رایانه به اداره ثبت ارسال می‌شود و از اسناد نیز بر روی لوح‌های فشرده نسخه پشتیبان از طریق رایانه تهیه و در دفترخانه و اداره ثبت نگهداری می‌شود.

در خصوص اوراق نیز بجاست که طراحی جدیدی صورت گیرد و سرفصله و ذیل صفحه که برای چاپ و قید مشخصات سند و وجوه دریافتی اختصاص یافته است حتی المقدور کوچکتر شود و تبصره ۳ ماده ۳۴ قانون اصلاح قانون ثبت که به شکل تذکر در زیر هر صفحه چاپ شده است، حذف شود یا به پشت ورق منتقل گردد و از اوراق استاندارد با اندازه‌های ثابت استفاده شود.

اوراق خلاصه معامله موضوع ماده ۳۶ آیین‌نامه دفاتر اسناد رسمی

این ماده مقرر داشته است پس از انجام معامله در دفتر اسناد رسمی، سردفتر خلاصه معامله را بر روی اوراق مخصوص نوشته و ظرف پنج روز به اداره ثبت ارسال کند. واضح است که در زمان وضع این آیین‌نامه (۱۳۱۷/۲/۱۴) نویسندگان آن به فکر این بوده‌اند که آخرین اطلاعات معاملات انجام شده در دفاتر اسناد رسمی را از سردفتران بگیرند و در دفتر املاک ثبت و ضبط کنند تا هم آخرین مالک را بشناسند و هم پاسخ استعلام‌های جدید را براساس این اطلاعات بدهند. همان‌گونه که در مبحث دفاتر گفتیم، این همان چیزی است که در عصر رایانه به آن «بانک اطلاعاتی» گفته می‌شود. اما پیداست که اگر بانک‌های اطلاعاتی از حالت دفتری به شیوه رایانه‌ای درآید، «اصل» معاملات انجام شده در دفاتر اسناد رسمی را می‌توان به راحتی توسط دیسکت یا شبکه به رایانه ادارات ثبت منتقل کرد تا در آن واحد مورد استفاده مسئولان ثبتی و حتی سایر دفاتر اسناد رسمی و حتی افراد ذی‌نفع قرار گیرد. اگر اندکی توجه کنیم که به چه میزان در مصرف کاغذ و چاپ و وقت و انرژی کارمندان (که صرف نوشتن برگ خلاصه معامله و درج آن در دفاتر املاک و بایگانی آنها می‌شود) صرفه‌جویی خواهد شد، به اهمیت این موضوع پی خواهیم برد. و اگر توجه کنیم که با تحقق این موضوع، حتی استعلام‌های دفاتر اسناد رسمی نیز می‌تواند از طریق شبکه انجام گیرد، به عظمت صرفه‌جویی و آثار جانبی آن از قبیل کاستن از شلوغی ادارات ثبت و کم کردن مکاتبات و مراجعات غیرضرور، و پاسخگویی سریع به ارباب رجوع،^۱ و حتی

۱. مقررات موجود مراجعه به مدارک و اطلاعات توسط افراد ذی‌نفع را مجاز می‌داند. مثلاً ماده ۸ قانون ثبت اسناد و املاک، مراجعه به دفاتر املاک را برای اشخاص ذی‌نفع جایز می‌داند. این مراجعه و امثال آن، می‌تواند به جای حضوری بودن و شلوغ کردن خیابان‌ها و ادارات ثبت، از طریق شبکه رایانه باشد.

کاستن از ترافیک شهری و از همه مهمتر جلوگیری از جعل و کلاهبرداری پی خواهیم برد. در حال حاضر برگ خلاصه معامله از حیث اندازه و محل‌های مخصوص برای درج اطلاعات مختلف غیراستاندارد است و نام معامل و متعامل در آن نمی‌گنجد تا چه رسد به سایر مشخصات و اطلاعات. به همین دلیل دفاتر ناچار می‌شوند اطلاعات معامله را به ظهر برگ منتقل کنند و با ده‌ها نوع خط خوانا و ناخوانا به اداره ثبت بفرستند تا مراحل بعدی انجام گیرد.

دفاتر زاید

مطابق ماده یک آیین‌نامه قانون ثبت املاک مصوب سال ۱۳۱۷ دفاتری که باید در هر اداره یا دایره ثبت موجود باشد دوازده نوع دفتر است که عبارتند از: ۱- دفتر املاک ۲- دفتر نماینده املاک ۳- دفتر املاک توقیف شده ۴- دفتر ثبت موقوفات ۵- دفتر گواهی نمونه «امضا» ۶- دفتر سپرده‌ها ۷- دفتر توزیع اظهارنامه‌ها ۸- دفتر املاک مجهول‌المالک ۹- دفتر ثبت شرکت‌ها ۱۰- دفتر اسناد رسمی ۱۱- دفتر ثبت قنوات ۱۲- دفتر آمار و ثبت اظهارنامه

ماده ۱۱ آیین‌نامه قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران مصوب ۱۳۵۴/۱۰/۱۷ (با اصلاحاتی که در سال ۱۳۶۱ انجام شده است) مقرر داشته است: دفترخانه‌ها باید دارای دفاتر ذیل باشند:

- ۱- یک نسخه دفتر ثبت اسناد که پلمپ شده و اسناد در آن ثبت می‌شود.
- ۲- دفتر راهنما که متضمن اساسی متعاملین و نوع سند و شماره و تاریخ سند خواهد بود.
- ۳- دفتر درآمد که به منظور ثبت کلیه وجوهی است که به منظور ثبت سند مقرر است و شماره قبض هزینه‌های مزبور در آن قید می‌شود. این دفتر از طرف سازمان ثبت پلمپ خواهد شد.
- ۴- دفتر ثبت مکاتبات و تقاضانامه‌های اجرایی و خلاصه معاملات

۵ - دفتر ابواب جمعی قبوض سپرده و اوراق بهادار

۶ - دفتر گواهی امضاء^۱

با تعریفی که از «دفتر» کردیم، می‌بینیم که همه این دفاتر به شکل کنونی زاید هستند و اطلاعات این دفاتر را به راحتی می‌توان در یک بانک اطلاعاتی وارد کرد و در اختیار همه دفاتر اسناد رسمی و ادارات ثبت در سراسر ایران گذاشت. امروزه وقتی که عکس و فیلم اشخاص و رویدادها به شکل دیجیتال ذخیره شده و مورد استفاده مراجع مختلف قرار می‌گیرد چه اشکالی دارد که ما هم، عکس و امضای افراد را در رایانه‌های خود ذخیره کنیم؛^۲ در ادامه مقاله خواهیم گفت که با استناد به قوانین تازه تصویب در ایران می‌توان همه این دفاتر را به دفاتر رایانه‌ای تبدیل کرد. از جمله می‌توان به ماده ۸ قانون تجارت الکترونیک و بند ب ماده ۱۳۱ قانون برنامه چهارم توسعه استناد کرد.

باید به این بیندیشیم که با شیوه کنونی چه سرمایه‌های گزافی هدر می‌رود، و چقدر کار مردم و حتی کارکنان ادارات سخت و عذاب‌آور است، و رایانه‌ای کردن امور چه تحول عظیم و انقلاب‌باورنکردنی در امر خدمت رسانی به مردم به وجود می‌آورد، و مدیران را در نظارت بر امور و برنامه‌ریزی‌های اجرایی راحت نماید. در قسمت آتی این مقاله، به مسئله فناوری اطلاعات و استفاده از آن در امور ثبتی اشاره خواهد شد.

ب - چشم‌انداز فناوری ارتباطات

غربی‌ها براساس شاخص‌های جامعه اطلاعاتی،^۳ کشورها را به پنج گروه تقسیم کرده‌اند.

۱. به موجب تبصره ۲ ماده ۱۲۰ همان آیین‌نامه، دفاتر اسناد رسمی ملزم شده‌اند که دفتری به نام اسناد مالکیت المثنی نیز تهیه کنند و به موجب بند ۱۴ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی و بند ۱۷ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی تهیه دفتری به نام دفتر ثبت اسامی اشخاص ممنوع‌المعامله و املاک بازداشت شده و مشمول بند «ز» بر دفاتر اسناد رسمی تکلیف شده است. جالب این است که به موجب بند ۱۴ خود ادارات ثبت مکلف به داشتن دفتر اشخاص ممنوع‌المعامله هستند که به نظر می‌رسد چنین دفتری را ندارند. اگر بنا بر استفاده از رایانه شود، هم ادارات ثبت، هم دفاتر اسناد رسمی و هم مردم راحت می‌شوند.
۲. اکنون در کشورهایی که با سیستم دفترخانه الکترونیکی فعالیت می‌کنند، چنین روشی وجود دارد.
۳. Information Society Index که براساس ۲۳ متغیر در ۴ زیرساخت (رایانه، اینترنت، ارتباطات، و زیرساخت‌های اجتماعی) تنظیم شده است.

چهار گروه اول که شامل ۵۵ کشور هستند، وارد عصر اطلاعات شده‌اند و ایران در ردیف گروه پنجم و تحت عنوان تازه واردها قرار دارد. اما این گفته نباید مایه نومیدی شود. خوشبختانه روند قانونگذاری سال‌های اخیر نشان‌دهنده توجه قانونگذار به استفاده از شبکه‌های اطلاع‌رسانی و این شیوه بسیار مؤثر تبلیغی و اجرایی است. علاوه بر پیش‌بینی استفاده از این شیوه در بخش‌های تجاری و بازرگانی که در تبصره ۲۶ قانون برنامه ۵ ساله دوم مصوب سال ۱۳۷۳ بیان شده است، ماده ۱۰۳ قانون برنامه سوم توسعه صراحتاً تکلیف دولت را به این صورت مقرر داشته است که: «دولت موظف است امکانات لازم برای دستیابی به اطلاعات داخلی و خارجی، زمینه‌سازی برای اتصال کشور به شبکه‌های جهانی، بهبود خدمات و ترویج استفاده از فناوری‌های جدید... را فراهم آورد»^۱ تبصره ۱۳ قانون بودجه سال ۱۳۸۱ بودجه نیز آن را مشخص کرده است؛ گسترش نظام‌مند فناوری ارتباطات و اطلاعات، تحت عنوان «دولت الکترونیک» در سال‌های اخیر به شدت مورد تأکید دولت نیز بوده و اهمیت امر تا جایی پیش رفته است که شخص رییس‌جمهور با هفت وزیر و رییس کل بانک مرکزی، در ترکیب شورای عالی فناوری اطلاعات (به موجب اساسنامه این شورا) شرکت می‌کنند. اما متأسفانه در اجرا، اکثر دستگاه‌های اجرایی از قانون و مصوبات دولت عقب مانده‌اند و مردم همچنان گرفتار کاغذبازی و رفت و آمدهای مکرر و وقت‌گیر بین ادارات مختلف هستند.

شورای عالی برنامه‌ریزی کشور مصوبه بسیار جالبی دارد که تداعی کننده مدینه فاضله اینترنتی در کشور است. اما توجه به تاریخ‌ها و ضرب‌الاجل‌ها و آنچه در عمل می‌بینیم، نشان می‌دهد که فاصله تا هدف ترسیم شده بسیار زیاد است و اطلاعات موجود در سایت‌های ادارات مشکل مردم را در خصوص مراجعه به ادارات به صورت اساسی حل

۱. این رویکرد قانونگذاری خوشبختانه در بخش‌های مختلف اجرایی مشاهده می‌شود. در خصوص ارائه خدمات سجلی تبصره ۳۹ قانون برنامه اول توسعه، دولت موظف بوده است نسبت به اصلاح اساسی سیستم ثبت احوال و ایجاد پایگاه مکانیزه اطلاعات جمعیتی کشور به منظور ارائه خدمات بهینه هویت و تابعیت و شناخت به هنگام کلیه اتباع ایران در داخل و خارج از کشور اقدام نماید. وزارت امور اقتصادی و دارایی به موجب تبصره ده قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت مصوب ۸/۱۲/۸۰ موظف بوده است بانک اطلاعاتی جامع از اراضی و املاک دولت موضوع این قانون با استفاده از تجهیزات رایانه‌ای تهیه و در اختیار دستگاه‌های اجرایی قرار دهد.

نکرده است.

شورای عالی اداری در تاریخ ۱۳۸۱/۴/۱۵ در جهت تحقق اهداف قانون برنامه سوم توسعه به منظور:^۱

- دستیابی به اطلاعات دقیق و به هنگام در بخش‌های مختلف اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی از طریق:

- اتوماسیون فعالیت‌ها

- تسریع در اجرای امور

- بهبود ارائه خدمات به مردم با حداکثر نظم، دقت و

- افزایش کیفیت تصمیم‌گیری در سطوح مختلف و

- ارائه خدمات غیرحضوری

- کاهش هزینه‌ها

- افزایش کارایی و اثربخشی در بخش‌های مختلف

- ایجاد گردش سریع و صحیح اطلاعات بین دستگاه‌های اجرایی و

- در راستای تحقق دولت الکترونیک

مقررات زیر را تصویب کرده است:

ماده ۱ - به منظور استقرار سیستم‌های مکانیزه در زمینه فعالیت‌های اختصاصی دستگاه‌های اجرایی... تا پایان مرداد ۱۳۸۱ ده فرایند اختصاصی دستگاه‌های اجرایی، و در سال‌های بعد نیز حداکثر تا پایان اردیبهشت ماه هر سال ده فرایند اختصاصی دیگر را از نظر حجم فعالیت‌ها، گستره جغرافیایی، جامعه تحت پوشش، میزان ارتباط و ارائه خدمات به مردم احصاء نموده...

ماده ۲ - دستگاه‌های مذکور مکلفند حداکثر تا پایان سال ۱۳۸۱ نسبت به استقرار

شبکه اطلاع‌رسانی و اتصال آن به شبکه جهانی اطلاع‌رسانی (اینترنت) اقدام نمایند.

۱. موارد، عمداً تقطیع شده است تا اهداف مشخص شود؛ هدف‌هایی که ضرورت تحقق آنها برای ملت ما از نان شب واجب‌تر است.

ماده ۳ - دستگاه‌های اجرایی مکلفند... حتی‌الامکان بخشی یا کل انجام خدمات را از طریق شبکه اطلاع‌رسانی ارائه نمایند.

ماده ۴ - سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور مکلف است نسبت به راه‌اندازی جایگاه اینترنت (portal) به نام «مردم» به منظور دستیابی آسان و سریع عموم مردم به اطلاعات و خدمات دستگاه‌های اجرایی تا پایان سال ۱۳۸۲ اقدام نماید.

ماده ۱۸ - به منظور ایجاد زیربنای حقوقی لازم در زمینه تسهیل تبادل اطلاعات به صورت مکانیزه بین دستگاه‌های دولتی... و ارائه خدمات به مردم و اصلاح مقررات موجود یا تدوین قوانین و مقررات لازم در جهت تسریع در اتوماسیون فعالیت‌ها... ظرف یک سال لوایح و آیین‌نامه‌های لازم را تدوین... و به مراجع ذیربط ارسال نمایند.

ماده ۲۰ - منظور از دستگاه‌های اجرایی در این مصوبه کلیه وزارتخانه‌ها، سازمان‌ها، مؤسسات و شرکت‌های دولتی و شرکت‌ها و مؤسساتی که شمول قانون بر آنها مستلزم ذکر نام یا تصریح نام است از جمله نیروی انتظامی، شهرداری تهران و سایر شهرداری‌ها، بانک‌ها، شرکت‌های بیمه و همچنین مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی و نهادهای انقلاب اسلامی که از بودجه عمومی دولت استفاده می‌نمایند، می‌باشد.

ملاحظه می‌کنیم که اهداف، بسیار مترقی و دلچسب است و دستورالعمل‌ها نیز بسیار جالب و مطلوب جامعه‌ای است که از کندی کار دستگاه‌های اجرایی رنج می‌برد. با توجه به پیش‌بینی و تصویب شورای عالی اداری کشور، باید هم‌اکنون که سال ۱۳۸۵ است، دولت الکترونیک برقرار بوده و کلیه ادارات کشور اطلاعات خود را در رایانه‌ها ریخته و خدمات خود به مردم را در اسرع وقت و به وسیله رایانه ارائه دهند و ارتباط بین ادارات مختلف نیز توسط شبکه‌های کامپیوتری باشد. اما چنین نیست، و مثلاً (در خصوص موضوع این مقاله) دفاتر اسناد رسمی برای تنظیم یک سند فروش ملک باید ارباب رجوع را به ادارات مختلفی ارجاع دهند که می‌دانیم و می‌دانید و گفتیم که چه آثار زیانباری از حیث اتلاف وقت و نارضایتی مردم دارد.

تجارت جهانی و اسناد الکترونیک

این روزها در بین محافل رایانه‌ای و حتی ثبتي سخن از مرگ صنعت چاپ و تولد سازمان‌های بدون کاغذ است. کشورها به سمت اسناد الکترونیک و در نتیجه به سمت امضاهای الکترونیک پیش می‌روند. کارت‌های پول الکترونیک و کارت‌های هوشمند یک منظوره یا چند منظوره در حال صدور و یا استفاده است. قوانینی نیز برای تجارت الکترونیک تصویب شده است و لذا معامل یا متعامل بعد از این الزاماً برابری ثبت با سند در دفتر (به شکل موجود و سنتی) را امضاء نخواهند کرد، بلکه امضای آنان عبارت از ترکیبات صفر و یک رایانه‌ای خواهد بود.

با رشد فناوری موبایل (ارتباطات بی‌سیم) دولت‌های الکترونیک یا دولت سیار در حال شکل‌گیری است و ارائه خدمات دولتی به شهروندان، غیرحضور و در خارج از ساعات اداری شده است. حتی دادگاه‌های دیجیتال در حال شکل‌گیری است و شاکی و متهم می‌توانند به راحتی از منزل خود پاسخ‌های قاضی را بدهند.^۱ در همین حال، سؤالی به این صورت مطرح شده است که چنانچه در آینده، اینترنت به عنوان کانون داد و ستد جهانی مطرح گردد چه سرنوشتی در انتظار آنهایی خواهد بود که اتصال به اینترنت برای آنها امکان‌پذیر نیست؟

رهبر معظم انقلاب اسلامی در حکم رییس محترم قوه قضاییه صراحتاً فرموده‌اند: «کوتاه کردن فرایند دادرسی، گسترش کمی و کیفی محاکم دادگستری، روزآمد کردن پرونده‌ها، و استفاده از فناوری نو در سیستم قضایی، از جمله اولویت‌های نخستین است.» پس، مأموریت قوه قضاییه در این راستا دقیقاً مشخص و ترسیم شده است. قوه قضاییه نیز به اهمیت این موضوع واقف است. حجت‌الاسلام رئیسی، معاون اول قوه قضاییه، در مراسم

۱. قوه قضاییه جمهوری اسلامی ایران نیز معتقد است: با استفاده از IT می‌توان: ۱- رسیدگی به پرونده‌ها را سرعت داد ۲- حوزه اطلاع‌رسانی و کیفیت آن را افزایش داد ۳- مراجعات حضوری مردم را کاهش داد ۴- از طریق شفاف‌سازی فساد اداری را کاهش داد ۵- همکاری‌ها را افزایش داد ۶- بهتر به مردم خدمت کرد (منبع: یکی از سایت‌های مرتبط با قوه قضاییه)

افتتاح اولین همایش بررسی ابعاد حقوقی فناوری اطلاعات و ارتباطات کشور گفته‌اند: «در عصر فناوری اطلاعات به سر می‌بریم که راه‌های ارتباطی فرد با جامعه غیر از روابطی است که در قدیم تعریف می‌شد، بنابراین می‌توان جامعه را، جامعه علمی، و شهروندان را کاربران استفاده از دستگاه‌های اطلاع‌رسانی و ابزارهای الکترونیک دانست... باید سند الکترونیک که همانند سند کتبی از اعتبار برخوردار باشد، و یا امضای الکترونیک که مانند امضای کتبی مورد تصدیق نهادهای شناخته شده در این فناوری باشد، تدوین گردد.»

قانون برنامه چهارم توسعه که در واقع مکمل قوانین و مقررات قبلی در زمینه IT و فناوری اطلاعات است، توجه جالبی به استفاده از تجهیزات رایانه‌ای در نگهداری و بایگانی کردن اسناد و مدارک دارد که هرچند کامل نیست، اما اگر عملی شود بسیاری از مشکلات فرا روی مردم و ادارات را حل خواهد کرد. ماده ۱۳۱ این قانون مقرر داشته است: به قوه قضاییه اجازه داده می‌شود براساس آیین‌نامه‌ای که توسط وزیر دادگستری با همکاری دادستانی کل کشور و سازمان اسناد و کتابخانه ملی جمهوری اسلامی ایران تهیه و به تأیید رئیس قوه قضاییه می‌رسد، اسناد و اوراق و پرونده‌های قضایی که نگهداری سوابق آنها ضروری می‌باشد را با استفاده از فناوری‌های اطلاعاتی روز به اسناد الکترونیکی تبدیل و نسبت به امحای آنها اقدام نماید؛ مشروط بر آنکه حداقل سی سال از مدت بایگانی قطعی آنها گذشته باشد.

نقص این ماده در این است که ممکن است برخی، با استفاده از تفسیر مضیق، منظور مقنن را فقط پرونده‌های موجود در دادگاه‌ها قلمداد کنند و این واقعیت را ندیده انگارند که اگر در شهری مثلاً چهل شعبه دادگاه موجود باشد، شاید دو برابر آن، دفتر اسناد رسمی باشد که در بایگانی‌های خود انبوه مدارک مهم و یا غیر مهم را نگهداری می‌کنند. آنها که مهم نیستند، سربار بوده و موجب ضرر اقتصادی‌اند، و آنها که مهم‌اند در معرض استهلاک و اندراس و از میان رفتن‌اند. بسیار بجا است سازمان ثبت اسناد و املاک با استفاده از این وسعت نظر مقنن، اجازه تصفیه بایگانی‌ها و نگهداری مدارک دفاتر اسناد رسمی در مخازن

دیجیتالی را صادر نماید.

نکته بسیار حائز اهمیت در این قانون (و در دنباله همین ماده)، این است که به اسناد مضبوط در مخازن رایانه‌ای سندیت داده و اعلام می‌دارد که «اطلاعات و اسناد تبدیلی، در کلیه مراجع قضایی و اداری سندیت داشته و قابل استناد خواهد بود» در این قانون بسیار مهم اجازه و در حقیقت مأموریت مهمی نیز به سازمان ثبت اسناد و املاک کشور در استفاده از رایانه داده شده است: «ب - به سازمان ثبت اسناد و املاک کشور اجازه داده می‌شود اقدامات و ارائه خدمات را در قسمت‌های مختلف به صورت رایانه‌ای انجام دهد.» این جمله مژده‌ای برای دفاتر اسناد رسمی است که سالها منتظر بوده‌اند استعلام‌های ثبتی یا بخشنامه‌های متعدد ثبتی را در کوتاه‌ترین زمان لازم از ادارات ثبت بگیرند، و یا به اطلاعات املاک بازداشتی و افراد ممنوع‌المعامله، به صورت روزانه دسترسی داشته باشند و گزارش‌های ادواری خود را با سهولت کامل به مراجع مربوط ارسال کنند. مردم نیز می‌توانند خوشحال و امیدوار باشند که اطلاعات مربوط به املاک خود را به راحتی دریافت نمایند.^۱

با توجه به دستور مقام معظم رهبری، اظهارات مسئولان قوه قضاییه، و قوانینی که راهگشای انجام اقدامات تحول آفرین در ساحت فناوری اطلاعات هستند، به نظر می‌رسد قوه قضاییه حرکت به سمت هدف را شروع کرده است. اما زمان بندی وصول به این هدف چگونه است؟ پاسخ این سؤال اساسی بر نویسنده معلوم نیست. با توجه به مقدم بودن سند بر دادرسی، طبیعی است که یکی از اصلی‌ترین مقدمات انجام این مأموریت‌ها، الکترونیکی کردن ثبت اسناد است. پرونده‌هایی که در مراجع قضایی تشکیل می‌شود عمدتاً براساس اسنادی است که در ادارات ثبت و دفاتر اسناد رسمی تنظیم می‌شود و لذا الکترونیکی شدن این اسناد، اصلی‌ترین راه تحقق دستور مقام رهبری است. برای الکترونیکی شدن ثبت

۱. اگرچه مقنن برخلاف تعدادی از مأموریت‌هایی که برای آنها زمان مشخص کرده است برای این مأموریت اساسی زمان مشخص نکرده، لازم است مسئولان قوه قضاییه و سازمان ثبت برای ادارات زیرمجموعه خود زمان بندی دقیق اجرای این وظیفه قانونی را معین کنند. برای بهانه‌های تأخیر، یک روز با چند سال چه تفاوتی می‌کند؟

اسناد، تغییر اساسی در قانون ثبت اسناد و املاک، با توجه به مثال‌هایی که در بخش اول این مقاله گفتیم، کاملاً ضروری است. قانون تجارت الکترونیک، و قانون برنامه چهارم توسعه بارقه‌هایی از حرکت به سمت موردنظر را نشان داده و مثلاً امضای الکترونیکی را به رسمیت شناخته و یا تکلیف بایگانی‌های سنگین ادارات ثبت و دفاتر اسناد رسمی را با استفاده از رایانه، سبک کرده است،^۱ اما ماده به ماده قوانین و مقررات ثبتی باید جای خود را به ضوابط عصر دولت الکترونیک (دولت به معنای اعم) بدهد.

هرچند دولت الکترونیک حتی در سایر کشورها دوران طفولیت خود را طی می‌کند، اما در کشور ما ابتدا باید متولد شود. ضرورت دارد که به شکل آزمایشی شهر اینترنتی یا شهر الکترونیک در یکی از استان‌های کشور مورد بهره‌برداری قرار گیرد و به سرعت در تمامی شهرها توسعه یابد. در شهر نمونه، اداره نمونه‌ای را نیز باید برگزید و مأموریت زمانبندی شده‌ای را برای پیاده کردن اداره الکترونیک به مدیر آن ابلاغ کرد.

استفاده از فناوری رایانه‌ای برای مقابله با جعل و اشتباه

نظر به اینکه علت وضع مقررات ثبتی، تثبیت مالکیت‌ها و پیشگیری از منازعات بین اشخاص و تقویت امنیت اقتصادی و اجتماعی است، وجود نقاط ضعف در سیستم اداری ثبتی که منجر به اشتباه و یا جعل اسناد گردد، نقض غرض اصلی است. با پیشرفت فناوری‌های جدید، این واقعیت بیش از پیش محرز و روشن شده است که انجام امور ثبتی با شیوه‌های سنتی و دستی از یک سو موجب اشتباهات ناخواسته فراوان می‌شود، و از سوی دیگر امکان و فرصت جعل برای بزهکاران را فراهم می‌سازد. امکان بروز اشتباه در امور ثبتی به حدی است که قوانین موجود و بخشنامه‌های ثبتی حاضر واقعیتی به نام اشتباهات ثبتی را پذیرفته و نهایتاً برای رفع اشتباهات مقرراتی پیش‌بینی کرده است که به

۱. به عنوان مثال ماده ۸ قانون تجارت الکترونیک مقرر داشته است: «هرگاه قانون لازم بداند که اطلاعات به صورت اصل ارائه یا نگهداری شود، این امر، یا نگهداری و ارائه اطلاعات به صورت داده پیام نیز در صورت وجود شرایط زیر امکان‌پذیر می‌باشد...» تسری این ماده (به ضمیمه ماده ۱۳۱ قانون برنامه چهارم توسعه) به ادارات ثبت و دفاتر اسناد رسمی، مشکل بسیار بزرگی را حل خواهد کرد.

نوبه خود زمان بر و خسارت آفرین و دردسرزا هستند.

در صورت اشتباهات عادی، اصلاح اشتباهات، مشکلات زیادی برای دفاتر اسناد رسمی و مراجع ثبتی دارد و هم موجب رنجش و اتلاف وقت زیاد برای صاحبان اسناد می‌شود. در شیوه سنتی و دستی، امکان ورود دو رقم مشابه در شماره مسلسل اسناد یا دو اسم مشابه، یا دو پلاک مشابه وجود دارد در صورتی که رایانه به هیچ وجه امکان ورود دو فیلد یکسان را نخواهد داد و در صورت اصرار کارمند، چند بار به او هشدار خواهد داد.

در سیستم دستی، چه بسا حسن‌ها که حسین نوشته می‌شوند، و یاجاعلین با اضافه کردن فقط یک حرف به آخر نام فامیل، (مثلاً) شهیر را شهیری، و اکرامی را اکرامی‌پور کرده و از ممنوع‌المعامله بودن خلاصی می‌یابند،^۱ و یا به همین منظور فقط یک رقم به انتهای شماره شناسنامه اضافه می‌نمایند. اما رایانه چنین اجازه‌ای را نخواهد داد؛ به ویژه که اگر اطلاعات مربوط به شماره ملی در دسترس رایانه‌های دفاتر اسناد رسمی قرار گیرد با ورود شماره ملی، سایر اطلاعات سجلی به صورت خودکار در سند وارد شده و امکان هر نوع اشتباه یا جعل را منتفی خواهد کرد.^۲

اکثر اشتباهات ثبتی، ناشی از فقدان اطلاعات به روز در مراکز ثبتی است. صدور اسناد مالکیت معارض (که بالاترین حالت اشتباه ثبتی است) ناشی از این است که مرجع صادرکننده سند معارض، اطلاعی از وجود و یا محتوای سند قبلی ندارد. وجود سابقه اسناد در رایانه امکان ثبت سند معارض را سلب می‌کند و در صورت اشتباه کارمند، رایانه به او هشدار می‌دهد و او را نسبت به اشتباه خود آگاه می‌سازد. فقدان این اطلاعات، باعث:

۱- تحمیل هزینه نیروی انسانی مضاعف (موضوع بندهای ۱۴ و ۲۸۲ مجموعه

۱. مخصوصاً که در حال حاضر ادارات ثبت در پاسخ به استعلام دفاتر اسناد رسمی به نام مالک، اشاره نمی‌کنند و بنابراین دست جاعلین در اینگونه شیادی‌ها آزاد است.
 ۲. نگارنده تأکید دارد که برای جلوگیری از جعل و اشتباه، مسئولان محترم ادارات ثبت در خصوص استفاده از مشخصات سجلی موجود در بانک اطلاعات سازمان ثبت احوال (مربوط به شماره ملی) اقدام کنند.

بخشنامه‌های ثبتی و تشکیلات مربوط به هیئت نظارت)،

۲ - گزارشات و مکاتبات و کپی گرفتن‌های مضاعف (موضوع بند ۳۹ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی).

۳ - مشکلات ناشی از بدخطی افراد (موضوع بند ۴۵ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی)

۴ - تعقیب انتظامی و احیاناً قضایی کارمندان (موضوع بند ۲۸۱ و شق ب بند ۳۱۲ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی)

۵ - افزایش کار مسئولین ثبتی و دفاتر اسناد رسمی و انباشته شدن بایگانی ادارات ثبت (موضوع شق ۵ بند ۲۸۲ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی)

و نظایر آنها شده و می‌شود. در سیستم دستی و سنتی، قانونگذار مجبور شده است تشکیلات ویژه‌ای به نام هیئت نظارت و شورای عالی ثبت، در قانون پیش‌بینی کند و وظایف خطیری به عهده آن دو و ادارات ثبت که با تفویض اختیار از طرف آنها عمل می‌کنند، بگذارد. رفع اشتباهات ثبتی در این مراجع، مراحل زمان‌بری را لازم دارد. اشتباهاتی که طبق نظر این هیئت‌ها مؤثر تشخیص داده می‌شوند، بعضاً موجب تجدید عملیات ثبتی بعد از اشتباه (اعم از آگهی‌های ثبتی، تحدید حدود و...) و یا ابطال می‌شوند و این در صورتی است که اشتباه در دفتر املاک به ثبت نرسیده باشد، در غیر این صورت، مرحله زمان‌بری دیگری که رسیدگی قضایی در دادگستری است، شروع خواهد شد. این همه، موجب تحمیل هزینه اضافه بر کشور، و کندی جریان امور و نارضایتی مردم می‌شود. این خسارات، باید با اجرای سریع قانون کاداستر^۱ و ایجاد بانک اطلاعاتی جامع امور ثبتی و استفاده تمام مراجع ثبتی از شبکه رایانه‌ای، برطرف گردد.

مشکلات فراراه

در خصوص رایانه‌ای یا اینترنتی شدن ثبت اسناد و املاک اشکالاتی نیز متصور می‌باشد که عمدتاً به سبب جدید بودن موضوع، در آغاز هر پدیده‌ای بروز می‌کند؛ یا عدم تصور

۱. «قانون اصلاح قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰ و قانون اشتباهات ثبتی و اسناد معارض مصوب ۱۳۳۳» که مصوب ۱۳۵۱ است؛ یعنی ۳۴ سال قبل.

درست از ماهیت موضوع، یا سوءاستفاده احتمالی هکرها و عدم تضمین امنیتی که به محیط‌های شبکه‌ای برمی‌گردد. در کشورهایی که عملاً از این فناوری اطلاعات استفاده می‌کنند، منتقدینی وجود دارد و یا هر از چندگاهی، عملاً قوی‌ترین شرکت‌های اقتصادی و بانک‌های معتبر مورد نفوذ و دستبرد دزدان دیجیتالی قرار می‌گیرند. اما رهبران این کشورها، این خسارت‌ها را تحمل کرده‌اند تا به منافع عمده و کلان ناشی از ارتباطات سریع دیجیتالی و راحتی روابط اقتصادی و معاملاتی مردم دست پیدا کنند.

انتقادات، در زمینه‌های ثبتي قوی‌تر بوده است، اما همان‌گونه که در آن کشورها این انتقادات پاسخ لازم خود را یافته است در هر کشوری از جمله کشور ما نیز پاسخ خواهد داشت. مثلاً در کشور آمریکا، انجمن ملی دفاتر اسناد رسمی آمریکا یکی از اولین منتقدین ورود فناوری ارتباطات در امور ثبتي و معاملات مردم بود. این انجمن طرفدار حضوری بودن ایجاب و قبول و نیز حضوری بودن ثبت سند در محضر سردفتر بود. وقتی در سال ۱۹۹۹ قانون متحدالشکل معاملات الکترونیکی در آمریکا مطرح و تصویب شد که «در ارائه خدمات ثبتي گواهی امضای الکتريکی دارای همان اثر و قدرت اثباتی است که خدمات دفاتر اسناد رسمی دارند»، انجمن ملی دفاتر اسناد رسمی آمریکا چندین اشکال به این قانون گرفت. اول اینکه امضاء باید در حضور مرجع صلاحیت‌دار (سردفتر) باشد، دوم اینکه در امضای غیرحضوری بروز مواردی مانند عدم هشیاری و مستی و سالخورده‌گی یا بروز سایر موجبات عدم اهلیت، امکان‌پذیر است. در حالی که سردفتر در شرایط امضای حضوری به صورت متعارف آن موارد را کنترل می‌کند. سوم اینکه در امضای غیرحضوری امکان تهدید وجود دارد. چهارم اینکه امکان احراز هویت تضعیف می‌شود و دیگران می‌توانند از امضاهای دیجیتالی یکدیگر سوءاستفاده کنند. انجمن سردفتران معتقد بودند قوانین ثبت دیجیتالی، ارزان‌تر شدن، سریع‌تر شدن و راحت بودن معاملات الکترونیکی را مدنظر قرار داده، ولی ایمنی و اطمینان و درستی را فراموش کرده است. یکی از دادگاه‌های تگزاس در سال ۱۹۹۵ رأی صادر کرده بود که انجمن فوق‌الذکر به آن استناد کرد. قاضی گفته بود یک دفترخانه نمی‌تواند امور مربوط به ثبت سند را از طریق تلفن انجام دهد، همان‌گونه که یک دندانپزشک نمی‌تواند تلفنی دندان کسی را بکشد. اما در نهایت، انجمن ملی دفاتر

اسناد رسمی آمریکا به این امر اعتراف کرد که «راه بر این احتمال بسته نیست که فناوری ارتباطات در آینده امکان ارتباط صوتی و تصویری دو جانبه بین سردفتر و امضاءکنندگان سند را به گونه‌ای فراهم سازد که جایگزینی برای حضور فیزیکی به شمار آید». بعدها واقعیتی به عنوان ویدیو کنفرانس و کارت‌های هوشمند و امضاهای دیجیتالی، عملاً و قانوناً خود را به جامعه تحمیل کرد و قانون متحدالشکل معاملات الکترونیکی در سال ۲۰۰۰ تصویب شد. این قانون دفاتر اسناد رسمی را مجاز می‌داند که در مورد صدور انواع گواهی‌ها و تصدیق‌ها، اثبات موضوعات و یا در مقام سوگند از امضای دیجیتالی استفاده کنند.^۱ در نهایت انجمن سردفتران آمریکا به این جمع‌بندی رسید که «اگر دفترداری و ثبت الکترونیکی در قانون متحدالشکل معاملات الکترونیکی، و بر همان مبنا در قانون داخلی اکثر ایالات، و همچنین به موجب قانون امضاهای دیجیتالی، در تجارت داخلی و خارجی مورد پذیرش قرار گرفته است، مرجعی که می‌تواند متصدی عمل دفترداری و ثبت الکترونیکی باشد، اغلب، دفاتر اسناد رسمی خواهند بود».^۲ به نظر می‌رسد همین نظرهای انتقادی یا احتیاط‌آمیز است که به رغم شناسایی امضای دیجیتال و سندیت مدارک دیجیتالی، واضعین قانون برنامه چهارم توسعه ما را بر آن دارد که در قسمت اخیر ماده ۱۳۱ تذکر دهند که «اصل کتابت، در تنظیم اظهارنامه، صورتمجلس تحدید حدود و دفتر املاک

۱. قانون مزبور امضای دیجیتالی را چنین تعریف می‌کند که «صدای الکترونیکی، نماد یا فرایندی است که به یک مدرک ضمیمه یا به صورت منطقی به آن الصاق شده باشد و این عمل توسط شخص با قصد امضای آن سند انجام گرفته باشد». قانون تجارت الکترونیک ایران نیز تعریفی نزدیک به همین تعریف دارد.

۲. این موضوع، مشابه وضعیتی است که وقتی قرار شد اسناد تلفن ثابت و تلفن همراه در مراکز مخابراتی منتقل شوند، در ایران اتفاق افتاد. یکی از ایراداتی که به مسأله انتقال در مراکز مخابراتی وجود داشته و دارد این است که کارمندان آن مراکز، نه از مسائل حقوقی و پیچیدگی‌های مباحثی مثل ارث و قیمومت و غیره اطلاع دارند و نه از بخشنامه‌های اشخاص ممنوع‌المعامله و نظایر آن مطلع‌اند، و در نتیجه، حتی اگر قرار باشد معاملات به صورت الکترونیکی و با استفاده از فناوری اطلاعات انجام گیرد، صلاحیت‌هایی لازم است که فعلاً در شخصی به نام سردفتر، جمع است. به عبارتی دیگر هرچند که سرعت عمل با استفاده از شبکه‌های رایانه‌ای بیشتر می‌شود - و باید هم بشود - اما از حیث محتوای معاملات، و برای حفظ منافع اجتماعی، تخصص حقوقی و فناوری اطلاعات، توأملاً لازم است.

و اسناد رسمی باید رعایت گردد.»

اما نباید فراموش کرد که امروزه کسانی هستند که بی‌آنکه دست به مداد و یا خودکار بزنند، ساعت‌ها مطلب می‌نویسند و ده‌ها صفحه از نوشته‌های خود را با پرینتر تحویل مراکز مختلف می‌دهند. آیا این افراد ملزم‌اند ابتدا با خودکار بنویسند؟ امروزه بسیاری از دفاتر اسناد رسمی اسناد خود را با رایانه می‌نویسند و چاپ شده آن را از پرینتر تحویل می‌گیرند. قطعاً نظر قانونگذار این نیست که این امر جایز نباشد. در شبکه‌های موجود در ادارات یا مکاتبات اینترنتی نیز اینگونه نیست که حتماً باید با خودکارنوشت و سپس ارسال کرد. پس باید نظر مقنن را حمل بر این کرد که از اسناد رسمی و اظهارنامه و صورتمجلس تفکیکی باید لزوماً نسخه مکتوبی نگاهداری شود، خواه اصل این اسناد با دست نوشته شده باشد و خواه تایپ شده باشد؛ و یا اینکه اگر نسخه‌ای از این موارد به اشخاص ذی‌نفع داده می‌شود، برای اینکه سندیت داشته باشد باید بر روی کاغذ باشد و نه مثلاً بر روی دیسکت یا سی‌دی، نگارنده و جمعی از دوستان، در قانون پیشنهادی دفاتر اسناد رسمی که در سال ۱۳۸۲ تقدیم ریاست وقت سازمان ثبت اسناد و املاک و دیگر مراجع قانونی شد، حذف دفتر موسوم به دفتر سردفتر را که اسناد حرف به حرف روی آن درج می‌شود، مطرح کردیم. حذف این دفتر، به معنای حذف کتابت نیست، بلکه تفسیری از کتابت است که پرینت رایانه‌ای را نیز در بر می‌گیرد. در کشورهایی که تنظیم اسناد رسمی به صورت الکترونیکی انجام می‌شود، سند در دفتر الکترونیکی ثبت می‌شود. بند ۴ - ۱۴ قانون دفاتر اسناد رسمی آمریکا^۱ می‌گوید: «دفتر الکترونیکی ثبت اسناد، عبارت از دستگاه الکترونیکی است که برای ایجاد یا نگهداری اسناد به صورت مسلسل توسط سردفتر تهیه می‌شود». سند الکترونیکی از نظر بند ۳ - ۱۴ این قانون «اطلاعاتی است که با وسایل الکترونیکی، ایجاد، تولید، ارسال، منتقل، دریافت و ذخیره می‌شود».^۲

۱. The Model _Notary_ act september 1,2002. ۱

۲. دستگاه الکترونیکی و به عبارت دیگر رایانه موضوع این قانون، با نرم‌افزار مخصوص به موجب بند ۴ - ۱۴ قانون فوق‌الذکر: ۱ - اجازه می‌دهد که پس از اسکن بیومتریک خصوصیات ویژه، یا دادن اطلاعات توسط سردفتر که با اطلاعات موجود در دستگاه مطابقت داشته باشد، سند ثبت شود. ۲ - اجازه نمی‌دهد که دفتر ثبت الکترونیکی پس از انجام ثبت رسمی، از حیث محتوی یا تسلسل تغییر یابد: خواه

نقش دفاتر اسناد رسمی در تجارت الکترونیک

وضعیت و نقش دفاتر اسناد رسمی در قانون تجارت الکترونیک مشخص نیست. در این قانون، به مراکزى به نام «مراکز صدور گواهی الکترونیک» و «دفتر ثبت گواهی الکترونیک» که مأمور شناسایی هویت متقاضیان امضاهای دیجیتالی و صدور گواهی‌های لازم هستند، اشاره شده است، ولی هیچ سخنی از دفاتر اسناد رسمی در میان نیست. با توجه به اینکه اعتبار حقوقی معاملات انجام شده در محیط دیجیتال و از طریق این مراکز تصویب شده است، به نظر می‌رسد با کهنگی سیستم فعلی دفاتر اسناد رسمی، و با سرعتی که تجارت در وضعیت کنونی دنیا لازم دارد، اگر مسئولان امر در خصوص دفاتر اسناد رسمی اقدامی نکنند، در آینده‌ای نه چندان دور، دفاتر اسناد رسمی صحنه را برای مراکز اداری که زیر نظر قوه مجریه شکل خواهد گرفت، خالی کنند؛ که در این صورت فقه و حقوق، قربانی سرعت و سهولت خواهند شد. برای جلوگیری از این فاجعه جدید، یا باید دفاتر اسناد رسمی مرجع ثبت معاملات الکترونیک شوند، و یا مسئولان مراکز معاملات الکترونیک از میان حقوقدانان انتخاب شوند.

لزوم به روزسازی مقررات دفاتر اسناد رسمی

فناوری اطلاعات به طرفین معاملات اجازه می‌دهد که به سرعت و سهولت روابط اقتصادی خود را انجام دهند، اما چه کسی تنظیم‌کننده این روابط حقوقی است؟ آیا اشخاص، (طرفین معامله) به مسائل حقوقی معاملات به شکلی که قانونگذار خواسته است

توسط سردفتر و خواه توسط هر شخص دیگر. ۳ - این امکان را می‌دهد که اطلاعات وارد شده (سند) توسط هر شخص که اسم رمز دارد یا امکان دسترسی غیربیومتری توسط سردفتر به او داده شده است، مشاهده شود، پرینت گرفته شود، یا به شکل الکترونیکی از آن کپی (رونوشت) تهیه شود. ۴ - سیستم پشتیبان‌گیری برای تهیه نسخه دوم در صورت از بین رفتن ثبت اصلی را دارد. ۵ - توانایی دارد امضای دستی و اثر انگشت را به همان صورتی که وارد می‌شود ثبت و ذخیره کند. ۶ - توانایی چاپ در کاغذ و تهیه کپی الکترونیکی از هر سند ثبت شده، و یا ترکیبی از موارد ثبت شده، و یا تمام موارد ثبت شده را دارند که شامل تصویر امضاهای دستی یا اثرات انگشت مربوطه نیز می‌شود. و در صورتی که نحو دیگری از شناسه (معرف هویت) بیومتریک، به جای اثر انگشت استفاده شده باشد، این شناسه‌ها نیز در رونوشت‌های الکترونیکی درج خواهد شد.

واقفند؟ آیا مراکز اداری که صرفاً خدمات ارتباطی رایانه‌ای را در اختیار خود دارند، می‌توانند محتوای حقوقی این معاملات را تنظیم نمایند؟ قطعاً پاسخ این سؤالات منفی است، اما قوانین جدید به نقش دفاتر اسناد رسمی در تنظیم اسناد و تصدیق امضاهای طرفین معاملات توجه نکرده‌اند، و بر این اساس این امکان وجود دارد که مراکز اداری، تصدی این امر را در دست گیرند و در نتیجه آن، روابط حقوقی مردم بدون ملاحظه شرایط و الزامات قانونی ثبت شود و معضل کثرت دعاوی در دادگستری به شکل جدیدی شروع گردد. در کشورهایی که تجارت الکترونیکی را آغاز کرده‌اند (از جمله آمریکا) این بحث مطرح شده و انجمن ملی دفاتر اسناد رسمی آمریکا اعلام کرده است که صلاحیت تنظیم روابط حقوقی افراد، احراز هویت، تصدیق رضایت و امضای طرفین معاملات با سردفتر است.

بنابراین، دفتر اسناد رسمی با صلاحیت حقوقی خود، و با تجهیز به فناوری‌های جدید می‌تواند تنظیم کننده روابط حقوقی مردم باشد و بر این اساس لازم است، قوه قضاییه و کانون سردفتران و دفترباران اقدامات لازم را از حیث تطبیق مقررات خود با شرایط جدید سریعاً انجام دهند.

حیاتی بودن آموزش رایانه برای مراجع ثبتی

یکی از نقائص مراجع ثبتی، اعم از ادارات ثبت و دفاتر اسناد رسمی، کمبود افراد آموزش دیده در مورد رایانه است. برای ایجاد ثبت نوین، و دیجیتالی کردن آن، باید همه کارکنان در سریع‌ترین زمان ممکن آموزش ببینند، مصوبه دولت در این خصوص، در مورد کارکنان ادارات ثبت رهگشاست. اما کارمندان دفاتر اسناد رسمی مشمول آن مصوبه نیستند و سازمان ثبت و کانون سردفتران و دفترباران باید مقررات و ترتیب آموزش این افراد را اعلام نمایند.

از آنجا که پایه و اساس دفترخانه‌های الکترونیکی، برپایه رایانه (نرم‌افزار و سخت‌افزار) است، همانگونه که سردفتران و کارکنان دفاتر اسناد رسمی در گذشته اصول ثبت کاغذی را فرا می‌گرفتند، اکنون باید اصول ثبت دیجیتال و الکترونیک را یاد بگیرند. بدیهی است که

بدون تسلط بر رایانه و فناوری اطلاعات، ورود به صحنه دولت الکترونیک و تسهیل امور اجرایی و معاملاتی مردم معوق خواهد ماند، و در صورت شروع آن نیز، لطمات دیگری به منافع ملی وارد خواهد شد. بنابراین، آموزش سردفتران و دفتریاران کارکنان دفاتر اسناد رسمی از هر دو جهت اهمیت حیاتی دارد.

سخن آخر

طوفانی با صفر و یک‌های دیجیتالی به راه افتاده است و یکبار دیگر همچون طوفان نوح، شکل و شمایل جدیدی به دنیا می‌دهد که سازمان ثبت و دفاتر اسناد رسمی نیز باید بر امواج آن مسلط شوند و از قدرت شگرف آن در مسیر راحتی کار مردم و کشور استفاده کنند؛ اما ما هنوز وضع و حال قبل از طوفان را به شدت چسبیده‌ایم و این محبت به مقررات سنتی، دو خطر عمده را فرا راه ما نهاده است. از یک سو بی‌نصیبی از مزایای فناوری جدید، و از سویی دیگر احتمال تنظیم و ثبت سند در مراکزی بی‌اطلاع از فقه و حقوق.

ریاست محترم سازمان ثبت اسناد و املاک در سمینار «نقش دفاتر اسناد رسمی در توسعه قضایی (گیلان)» فرمودند که از واقعیت‌هایی باخبرند که اگر دفاتر اسناد رسمی نجنبند و اقدامی نکنند، ادارات و سازمان‌های دیگر امور آنها را در دست خواهند گرفت. نگارنده نیز با ایشان هم‌رأی است. این طوفان دیجیتالی با ظاهری شیک و دنیاپسند، حقیقت «الفقه ثم المتجر» را به کناری نهاده و با شعار سرعت و سهولت معاملات، مقررات تجارت الکترونیک را برقرار می‌کند و متأسفانه تاکنون، هیچ سخنی از «کاتب بالعدل» در لابه‌لای مواد آن نیست. برای مملکت ما چه خسارتی بالاتر از این؟ سازمان دفاتر اسناد رسمی با توانایی بیش از ۳۸۰۰ شعبه در سرتاسر کشور، و با توان علمی همین تعداد حقوقدان، با سابقه‌ای بیش از هفتاد سال، و با تجربه‌ای گرانبها، فروپاشد و در بخش دیگری، شروع کنند به تشکیل دفاتری دیگر و انتخاب اشخاصی دیگر، انتخاباتی دیگر و اختیاراتی دیگر، و صرف هزینه‌های دیگر.

جناب آقای معزالدینی، ریاست محترم کانون سردفتران و دفتریاران در همان سمینار فرمودند که از دفاتر اسناد رسمی طرحی خواسته‌اند، این مقاله در واقع همان طرح است که

به مناسبت «همایش ثبت نوین» نوشته شده است.

عصاره این طرح سه جمله است: ۱ - کلیه قوانین شکلی ما باید سریعاً با واقعیات و مقتضیات فناوری اطلاعات منطبق شود ۲ - کلیه کارکنان دفاتر اسناد رسمی باید در اسرع وقت به علم رایانه و فن شبکه‌های رایانه‌ای مسلط و مجهز شود. ۳ - سازمان ثبت و کانون سردفتران به قوانینی که بدون توجه به دفاتر اسناد رسمی وضع و تصویب می‌شوند حساس و پیگیر باشند.

از ریاست محترم سازمان که نگاهی دلسوزانه به این امر دارند، تشکر می‌کنم و پیشنهاد می‌کنم بخشنامه‌ای به شرح ذیل صادر فرمایند:

بخشنامه

نظر به وقوع تحولات در صحنه فناوری اطلاعات، لازم است کار گروهی متشکل از کارشناسان سازمان، نمایندگان کانون سردفتران و دفترباران، و حقوقدانان منتخب این کارگروه تشکیل شود و در مدت سه ماه کلیه مقررات شکلی و اجرایی سازمان ثبت و دفاتر اسناد رسمی را با تحولات فناوری اطلاعات تطبیق دهند، نتیجه اقدام این کارگروه در دو قسمت: ۱ - قانون پیشنهادی (ثبت و دفاتر اسناد رسمی) برای ارائه به مجلس شورای اسلامی. ۲ - طرح اجرایی انجام کلیه امور ثبتی و دفاتر اسناد رسمی با رایانه عطف به ماده ۱۳۱ قانون برنامه توسعه چهارم در رأس سه ماه از تاریخ این بخشنامه به دفتر اینجانب ارسال شود.

ماهیت حقوقی و فقهی جعاله در نظام بانکی

بهروز نوروزی^۱

مقدمه

جعاله در قانون مدنی ایران به عنوان یکی از عقود معین معرفی شده و در قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۶۲/۶/۸ مجلس شورای اسلامی به عنوان یکی از عقود اسلامی و قالبی معتبر برای اعطای تسهیلات بانکی به مردم در نظر گرفته شده است و طی آیین نامه فصل سوم قانون مذکور مصوب ۶۲/۱۰/۱۲ هیئت وزیران و همچنین دستورالعمل اجرایی جعاله مصوب ۶۳/۱/۱۹ شورای پول و اعتبار شرایط و احکام آن به تفصیل بیان شده است.

بنابراین از عمل حقوقی جعاله که در گذشته منحصرأً برای امور جزئی مانند اشیای گم شده استفاده می شد، امروزه با رشد و توسعه جامعه و پیچیده شدن روابط اجتماعی می توان برای فعالیت های تولیدی، بازرگانی و خدماتی مانند ساختن بزرگراه ها، گشایش اعتبار اسنادی در رابطه با تجارت خارجی، صدور ضمانت نامه های بانکی، عرضه اوراق

۱. عضو هیئت علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد شهرکرد و سردفتر اسناد رسمی شماره ۱۰۱ شهرکرد.

مشارکت و سهام شرکت‌ها، تعمیر ساختمان‌ها و غیره استفاده نمود. و لذا ضرورت دارد که با شناخت کامل این تأسیس حقوقی ریشه‌دار در فقه اسلامی و فهم اینکه کدام یک از نظرات فقهی در رابطه با آن در مقررات نظام بانکی مورد پذیرش قرار گرفته است به سؤالات و نیازهای امروزی جامعه پاسخ مناسب داد و از مشکلات و انحرافات که احیاناً ممکن است در عمل نسبت به این نهاد حقوقی صورت گیرد جلوگیری شود و راه‌حل‌های مناسب ارائه گردد.

مفهوم جعالة و انواع آن

مفهوم لغوی جعالة

جعالة (به تثلث حرف اول)^۱ مشتق از مصدر جعل در لغت به معنی نهادن و قرار دادن است.

مفهوم جعالة در اصطلاح فقهی

در اصطلاح فقهی جعالة عبارت است از وعده دادن شخصی برای پرداخت مبلغی وجه و یا دادن مالی به دیگری که عملی را انجام دهد اعم از اینکه آن کس معین باشد یا غیرمعین، که اگر آن شخص کار مورد نظر را طبق شرایط مقرر انجام داد بر وعده دهنده واجب می‌شود که به تعهدش عمل نماید.^۲

مفهوم حقوقی و قانونی جعالة

قانون مدنی در تعریف جعالة از فقه امامیه اقتباس نموده و در ماده ۵۶۱ مقرر داشته: «جعالة عبارت است از التزام شخصی به ادای اجرت معلوم در مقابل عملی اعم از اینکه طرف معین باشد یا غیرمعین» و در ماده ۵۶۲ آمده است: «در جعالة ملتزم را جاعل و طرف را عامل و اجرت را جعل می‌گویند.»

همچنین ماده ۶۶ آیین‌نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا و ماده ۱

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *مبسوط*، ج دوم، ش ۵۶۵۷.

۲. علامه حلی، *تبصرة المتعلمین*، ترجمه حاج شیخ ابوالحسن شعرانی، ص ۳۲۵.

دستورالعمل جعاله آن را چنین تعریف نموده است: «جعاله عبارت است از التزام شخص جاعل یا کارفرما به ادای مبلغ یا اجرت معلوم (جعل) در مقابل انجام عملی معین طبق قرارداد، طرفی که عمل را انجام می‌دهد عامل یا پیمانکار نامیده می‌شود.»

مقایسه تعاریف مذکور

۱ - در فقه و قانون مدنی به طرفین جعاله، جاعل و عامل گفته می‌شود ولی در مقررات بانکی برای هر یک از جاعل و عامل معادل فارسی آنها یعنی کارفرما و پیمانکار هم به کار برده شده است.

۲ - در مقررات بانکی فقط جعاله خاص پذیرفته شده و اشاره‌ای به جعاله عام نشده است ولی از نظر فقهی و قانون مدنی جعاله بر دو نوع است: جعاله خاص و جعاله عام.

جعاله خاص

جعاله‌ای است که در آن جاعل ایجاب را به طرفیت شخص معینی به عمل می‌آورد مثل اینکه شخص الف را مخاطب قرار می‌دهد و می‌گوید اگر فلان عمل را انجام دهی فلان مال را به تو می‌دهم. و در نتیجه فقط مخاطب می‌تواند آن عمل را قبول کند و اگر دیگری عمل را انجام دهد، مستحق جعل نخواهد شد مثل اینکه شخصی خطاب به نقاش مشهوری اعلام کند که اگر فلان تابلوی نقاشی را برایم بکشی فلان مبلغ را به تو خواهم داد.

جعاله عام

جعاله‌ای است که در آن جاعل ایجاب را خطاب به عموم به عمل می‌آورد و شخص خاصی را برای انجام عمل در نظر نگرفته است. زیرا برای او نتیجه کار اهمیت دارد بدون توجه به عامل آن. مثل اینکه اعلام شود به هرکس که واکسن بیماری ایدز را کشف کند فلان مبلغ داده می‌شود.

با توجه به تعریف جعاله، وجوه اشتراک و افتراقی بین این عمل حقوقی و اعمال حقوقی مشابه مانند استیفاء، اجاره، حق‌العمل کاری، شرط ابتدایی (التزام یک طرفه) و سبق و رمایه

وجود دارد که بررسی اجمالی آنها به فهم بهتر موضوع مقاله کمک می‌کند.

مقایسه جعاله و استیفاء منفعت

استیفاء که عبارت است از بهره‌مند شدن کسی از عمل یا منفعت مال غیر بر مبنای اذن قبلی مالک (مواد ۳۳۶ و ۳۳۷ قانون مدنی) یک واقعه حقوقی است که در آن قصد انشاء شرط نیست و به همین دلیل در ماده ۳۰۷ قانون مدنی به عنوان چهارمین سبب ضمان قهری شناخته شده است، در حالی که جعاله یک عمل حقوقی است که متکی به قصد انشاء می‌باشد (اعم از اینکه عقد به حساب آید یا ایقاع) و دیگر اینکه در استیفاء لازم نیست که اجرت تعیین شود و صرف تقاضا و درخواست انجام عمل کافی است.

مقایسه جعاله با اجاره اشخاص

در عقد اجاره اشخاص و جعاله که موضوع هر دو استفاده از عمل دیگری است، تفاوت‌هایی وجود دارد.

اولاً: در عقد اجاره اشخاص که به صورت مطلق منعقد می‌شود از زمان انعقاد عقد، اجیر استحقاق مطالبه اجرت مقرر را از طرف مقابل پیدا می‌کند زیرا اجاره عقدی است تملیکی. در صورتی که در جعاله عامل پس از اجرای مفاد عقد جعاله می‌تواند جعل را مطالبه کند (ماده ۵۶۷ قانون مدنی).

ثانیاً: موضوع عقد اجاره باید به نحو تفصیلی معلوم و معین باشد، در حالی که در جعاله معلوم بودن مورد عقد به طور اجمالی هم کفایت می‌کند (مواد ۵۶۳ و ۵۶۴ قانون مدنی).

ثالثاً: اجاره به طور مسلم از عقود است، اما در مورد عقد یا ایقاع بودن جعاله اختلاف نظر وجود دارد.

رابعاً: عقد اجاره از هر دو طرف لازم است در حالی که جعاله جایز است (ماده ۵۶۵ قانون مدنی)

خامساً: در اجاره اجیر باید معین باشد، ولی در جعاله عامل می‌تواند معین یا نامعین

باشد.^۱

مقایسه جعاله و حق العمل کاری

حق العمل کاری که عبارت است از انجام معامله به نام خود و به حساب دیگری در مقابل دریافت حق العمل (اجرت)، طبق بند ۳ ماده ۲ قانون تجارت یکی از اعمال تجاری ذاتی است، با جعاله این تفاوت را دارد که مورد آن فقط وکالت یا نیابت در معاملات تجاری است در حالی که مورد جعاله هر کاری اعم از تجاری و غیرتجاری است و دامنه بسیار وسیعی دارد.

مقایسه جعاله با شرط ابتدایی

شرط ابتدایی که عبارت از التزام یک طرفه به دادن پاداش است، طبق نظر مشهور فقها الزام آور نیست،^۲ با جعاله این تفاوت را دارد که جعاله یک عمل حقوقی معوض است ولی در شرط ابتدایی معاوضه‌ای صورت نمی‌گیرد.

مقایسه جعاله با سبق و رمایه

سبق به معنی مسابقه سوارکاری و رمایه به معنای مسابقه تیراندازی است که در هر دو نوعی گروبنندی و شرط‌بندی وجود دارد که هرکس پیش افتاد یا بهتر به هدف زد به او مبلغ یا شیء معین شده یا گرو نهاده شده از ناحیه هر دو طرف یا طرف‌های مسابقه را بدهند. بنابراین وجه شباهت آنها این است که موضوع آنها انجام کار مشخصی در مقابل دریافت جعل یا جایزه می‌باشد. و در هر دو ممکن است جعل و جایزه را شخص دیگری بدهد و تفاوت آنها این است که موضوع سبق و رمایه فعالیت‌هایی است که نیروی دفاعی و رزمی جامعه را تقویت می‌کند ولی موضوع جعاله وسیع‌تر است و می‌تواند هر کار با منفعت عقلانی و مشروع باشد.

۱. مظاهری، رسول، *جعاله در نظام بانکداری اسلامی*، ص ۴۳.

۲. همان، ص ۴۹.

نظریات فقها و حقوقدانان نسبت به جعاله و ماهیت آن

چون جعاله مورد استفاده در نظام بانکی همان جعاله شناخته شده در فقه اسلامی و قانون مدنی است، ضمن بیان دلایل و مدارک اعتبار جعاله در فقه و حقوق موضوعه ایران به دیدگاه‌های مختلف در رابطه با ماهیت جعاله می‌پردازیم. مهمترین دلایل و مدارک اعتبار جعاله در فقه عبارتند از:

الف - قرآن

فقها به آیاتی از قرآن مجید خصوصاً به چهار آیه زیر استناد نموده‌اند^۱ و حکم مشروعیت جعاله را استنباط کرده‌اند:

۱ - آیه ۷۲ سوره مبارکه یوسف: «قالوا نفقد صواع الملك و لمن جاء به حمل بعير و انا به زعيم» یعنی پیمان‌ه زرین پادشاه را گم کرده‌ایم هر کس آن را پیدا کند و بیاورد بار یک شتر مال اوست و من نسبت به آن ضامنم. که این آیه عمده‌ترین دلیل برای صحت و مشروعیت جعاله است.

۲ - آیه ۲۹ سوره مبارکه نساء: «يا ايها الذين آمنوا لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجاره عن تراض منكم...» در این آیه تصرف در اموال دیگران منع گردیده مگر مالی که از طریق تجارت و با رضایت طرفین باشد که جعاله هم یکی از مصادیق تجارت با رضایت است و در نتیجه مشروعیت دارد.

۳ - آیه ۱ سوره مبارکه مائده: «يا ايها الذين آمنوا أوفوا بالعقود» که جعاله هم مشمول این آیه است زیرا اگر جعاله را عقد بدانیم به طور قطع مشمول آن خواهد بود، اما اگر ایقاع به حساب آید با تفسیری که از کلمه عقود به عمل آمده و آن را به معنای عهود دانسته‌اند که شامل عقود و ایقاعات از جمله جعاله ایقاعی خواهد شد.

۴ - آیه ۳۴ سوره مبارکه اسراء: «أوفوا بالعهد ان العهد كان مسئولا»؛ به عهد خود وفا

۱ . محقق حلی، *تسرایع الاسلام*، ترجمه فارسی توسط ابوالقاسم ابن احمد یزدی، ص ۱۰۸۷ و شیخ نجفی، محمدحسن، *جواهرالکلام*، ج ۳۵، ص ۱۸۷، به نقل از مظاهری، رسول، همان، ص ۶۷

کنید که از عهد و پیمان سؤال خواهد شد. که از آن معلوم می‌شود که وفای به عهد و انجام تعهد و التزام واجب است.

ب - روایات متعددی که مورد قبول فقهای شیعه و سنی است وجود دارد که بر صحت و اعتبار جعاله دلالت دارد^۱ که چون بنا بر اختصار است از بیان آنها خودداری می‌شود.

ج - اجماع

اجماع محصل و اجماع منقول بر اعتبار جعاله وجود دارد و هیچ نظر مخالفی در این خصوص در میان مسلمین نیست. البته با وجود دلایل از قرآن و سنت، اجماع را نمی‌توان به عنوان یک دلیل مستقل دانست و به اصطلاح اصولیین چنین اجماعی اجماع مدرکی است و مستند آن همین مدارک موجود است لذا نمی‌تواند کاشف از قول معصوم (ع) باشد.

د - دلیل عقلی

به دلیل نیاز مردم و به حکم عقل جعاله صحیح و معتبر است، همان‌طور که گفته شد دلایل متعددی در قرآن و سنت وجود دارد که به فرض نبود آنها و یا تردید کسی در دلالت آنها، به کمک دلیل عقل «کل ما حکم به العقل حکم به الشرع» می‌توان مشروعیت جعاله را ثابت کرد زیرا در روایات معتبر از عقل به عنوان حجت الهی و پیامبر درونی یاد شده است.

ه - بنای عقلاء

بنای عقلاء و به عبارت دیگر سیره عقلاء و شیوه رفتار خردمندان بر این قرار گرفته که هرکس انجام کاری را از دیگری درخواست کند، این درخواست سببی از اسباب ضمان است و چون هیچ ردع و منعی در آن وجود ندارد، می‌توان گفت این سیره مورد امضای شارع اسلام است. بنابراین اگر کسی از دیگری بخواهد که مثلاً خانه‌اش را تعمیر کند، نسبت به مبلغی که خود تعیین کرده و در صورت عدم تعیین اجرت نسبت به اجرت المثل آن مسئول

۱. نجفی، محمدحسن، *جواهرالکلام*، ص ۱۸۷، به نقل از مظاهری، رسول، همان، ص ۷۳.

است.

نظریات مختلف در رابطه با ماهیت حقوقی جعاله

آثار و نتایج هر عمل حقوقی بستگی به ماهیت آن دارد. اگر عمل حقوقی جعاله را عقد بدانیم یا ایقاع، آثار و فوائد و کاربرد آن متفاوت خواهد بود. مثلاً چنانچه ایقاع باشد با فسخ آن توسط عامل، ایجاب جاعل از بین نمی‌رود ولی اگر آن را عقد بدانیم با فسخ توسط عامل منفسخ می‌شود، اینک به شرح زیر به بیان نظریه‌های مختلف می‌پردازیم:

۱ - برخی از فقها و حقوقدانان جعاله را ایقاع می‌دانند^۱ و مهم‌ترین دلایل آنها این است که:

اولاً: تعیین عامل و قبول او شرط نیست و لذا با نداشتن مخاطب بخصوصی نیز واقع می‌شود.

ثانیاً: اگر صغیر ممیز و سفیه بدون اذن نماینده قانونی خود، عمل مورد جعاله را انجام دهد، مستحق اجرت است حتی برخی این حکم را نسبت به صغیر غیرممیز و مجنون سرایت داده‌اند، در حالی که این اشخاص نمی‌توانند به علت مسلوب الاراده بودن طرف عقد قرار گیرند.

ثالثاً: اگر کسی بدون اینکه اعلام جاعل را بشنود با قصد دریافت عوض، عمل مطلوب را انجام دهد، مستحق جعل خواهد بود، حال آنکه اگر جعاله عقد باشد، چنین امری امکان ندارد.

رابعاً: در جعاله عام، قبول جعاله نه تنها موجب تعیین قابل به عنوان عامل نیست و قابل می‌تواند از آن صرف‌نظر کند بلکه دیگری هم که طرف قبول نبوده می‌تواند کار را انجام دهد و جعل را بگیرد.

۱ . نجفی، محمدحسن، همان، صص ۱۹۱ - ۱۸۹ به نقل از مظاهری، رسول، همان. محقق حلی، *شرایع* (ترجمه ابوالقاسم ابن احمد یزدی) ص ۱۰۸۷، امام خمینی (ره) *تحریر الوسیله*، ص ۵۸۶، محمد بروجرودی (عبده)، *حقوق مدنی*، ص ۲۴۹، محمدجعفر جعفری لنگرودی، *مجموعه محشی قانون مدنی*، حاشیه بر ماده ۵۶۱ و *مبسوط*، همان.

خامساً؛ اگر شخصی در هنگام اعلام جاعل، قصد عمل را داشته باشد و سپس منصرف شود این انصراف مانع نخواهد بود که دوباره عمل را انجام و مستحق اجرت شود و این دلیل بر آن است که جعاله ایقاع است و گرنه اگر انصراف عامل را از باب فسخ بدانیم محتاج به ایجاب جدیدی است.

۲ - بعضی دیگر از فقهاء و حقوقدانان نظر بر عقد بودن جعاله دارند،^۱ و معتقدند که استحقاق عامل در نتیجه قبول ایجاب جاعل و توافق بین طرفین به وجود می‌آید و این توافق ممکن است صریح باشد یا ضمنی، لفظی باشد یا فعلی و قائلند به اینکه طبیعت پیشنهادها و ایجاب‌هایی که مخاطب آن عموم افراد هستند، دوام ایجاب را اقتضاء دارد و نباید آن را نشانه ایقاع بودن جعاله شمرد.^۲

۳ - برخی نیز بین جعاله عام و خاص تفصیل قائل شده‌اند؛ در حالی که جعاله خاص را عقد می‌دانند، نظر به ایقاع بودن جعاله عام دارند و استدلال آنها این است که برای امکان وقوع عقد وجود دو طرف معین لازم است و حال آنکه در جعاله ممکن است که از قبل و در هنگام ایجاب، طرف معین و معلوم نباشد که در اینجا، ایقاع است.^۳

نظریه منتخب و دلایل آن

به نظر می‌رسد که از میان نظریات معرفی شده در فوق، نظریه عقد بودن جعاله در حقوق موضوعه ایران از قوت و استحکام بیشتری برخوردار باشد. در عقد بودن جعاله خاص تردید کمتری وجود دارد زیرا اگر کسی به شخصی پیشنهاد انجام عملی را در مقابل گرفتن مبلغ یا مال معینی ارائه دهد و او پیشنهاد را بپذیرد و کار مورد نظر را انجام دهد توافق

۱ . علامه حلی، همان - (شهید ثانی)، *تسرح لمعه* به نقل از کتاب *فقه استدلالی* نوشته سیدمهدی دادنری، ص ۴۲۲، دکتر حسن امامی، *حقوق مدنی*، ص ۱۲۱، مصطفی عدل، *حقوق مدنی*، ص ۲۷۰، دکتر ناصر کاتوزیان، *حقوق مدنی (عقود معین ۱)*، ص ۲۷۴، ش ۲۹۳ و دکتر مهدی شهیدی، *حقوق مدنی (عقود معین ۱)*، ص ۱۱۰، ش ۹۰.

۲ . کاتوزیان، ناصر، همان.

۳ . طاهری، حبیب‌اله، *حقوق مدنی (۶ و ۷)*، ج ۴، ص ۲۸۶، به نقل از مظاهری، رسول، همان، ص ۸۶ و محمدرضا خاوری، *حقوق بانکی*، ص ۲۵۷.

طرفین منشأ تعهدات آنها است و نمی‌توان ادعا کرد که فقط اراده جاعل موجب التزام او شده و قصد عامل در آن مؤثر نبوده است. تردید در عقد یا ایقاع بودن جعاله، بیشتر در جعاله عام مطرح است که در حقوق موضوعه ایران جعاله اعم از خاص و عام با فراهم بودن شرایط لازم قانونی به دلایل زیر عقد و یک عمل حقوقی دو جانبه می‌باشد:

اولاً: قانونگذار قانون مدنی، جعاله را اعم از خاص و عام به عنوان یکی از عقود معین در فصل هفتم از باب سوم که عنوان آن باب «در عقود معینه مختلفه» می‌باشد، قرار داده است.

ثانیاً: در نظام حقوق موضوعه ایران، ایقاع به عنوان یک نظریه عمومی و قاعده پذیرفته نشده است، یعنی اراده یک جانبه قاعداً توانایی ایجاد اثر حقوقی ندارد مگر در موارد استثنایی که در قانون تصریح شده باشد^۱ از قبیل ابراء - طلاق، فسخ قرارداد، احیاء اراضی موات و حیازت مباحات، تنفیذ و رد و... و در مورد جعاله در هیچ یک از مقررات قانونی تصریح نشده که اراده یک جانبه جاعل، به تنهایی ایجاد التزام می‌کند بلکه آن را در باب سوم در ردیف عقود معین آورده است. در حالی که عقد قرارداد در نظام حقوق موضوعه ما به عنوان یک نظریه کلی و عمومی پذیرفته شده است (ماده ۱۰ قانون مدنی). بنابراین با توجه به جایگاه جعاله در قانون مدنی، التزام جاعل، محصول اراده مشترک دو طرف و نتیجه توافق آنان است.

ثالثاً: ماده ۵۶۵ قانون مدنی؛ که برای جعاله دو طرف شناخته و طبق همان ماده و ماده ۵۶۶ قانون مدنی برای هر یک از طرفین حق فسخ قائل شده است، و فسخ وسیله‌ای برای انحلال عقد می‌باشد نه ایقاع.

رابعاً: اینکه در جعاله عام که جاعل ایجاب خود را خطاب به عموم به عمل می‌آورد دلیل بر ایقاع بودن آن نمی‌باشد، زیرا طبق قواعد عمومی قراردادها، هر عقدی را می‌توان خطاب

۱. صفایی، سیدحسین، قواعد عمومی قراردادها، ص ۲۲.

به عموم ایجاب نمود^۱ که با قبول آن ایجاب توسط اولین شخص از بین مخاطبین باتوافق اراده طرفین عقد واقع می‌شود و قبول می‌تواند قولی (لفظی) باشد یا فعلی. البته فعل به انضمام رضا به آنچه جاعل ایجاب کرده قبول محسوب می‌شود نه صرف فعل. خامساً مطابق اصول و قواعد حاکم بر قراردادهای ایجاب و قبول عقد را به طور صریح یا ضمنی و به هر وسیله‌ای که دلالت بر قصد باطنی کند، از جمله فعل می‌توان به عمل آورد به جز در مواردی که به حکم قانون وسیله خاصی مثلاً لفظ لازم باشد که در جعله از جمله جعله عام چنین حکم خاصی وجود ندارد. در جعله عام که شخص عامل با انجام عمل و تحویل نتیجه حتی در حالتی که قبل از اطلاع از اعلام جاعل اقدام نموده، با تحویل نتیجه کار به جاعل به طور عملی و ضمنی ایجاب جاعل را قبول می‌کند. یعنی استحقاق عامل نسبت به جعل و اجرت در نتیجه پذیرش پیشنهاد جاعل و توافق بین طرفین به وجود می‌آید.^۲

و در موردی هم که عامل پیش از آگاهی از ایجاب جاعل، کار را انجام داده است اشکالی ایجاد نخواهد شد زیرا اگر مقصود جاعل از پیشنهاد خود انجام کار معین و رسیدن به هدف ویژه است، چه تفاوت می‌کند که انجام آن عمل پیش از قبول باشد یا پس از آن زیرا در جعله التزام جاعل به دادن جعل در برابر رسیدن به هدف و نتیجه معین است نه کوشش در راه رسیدن به نتیجه. برای مثال اگر تولیدکننده دارو اعلام کند که هرکس، فرمول فلان دارو را ارائه دهد فلان مبلغ اجرت به او تعلق می‌گیرد، این التزام در برابر ارائه فرمول دارو است نه کوشش در راه به دست آوردن آن و در نتیجه با ارائه فرمول به طور ضمنی دلالت بر قبولی دارد مگر اینکه استثنائاً مفاد پیشنهادی ناظر به انجام کار در آینده باشد. مثلاً اگر دانشگاهی برای ترغیب اعضای هیئت علمی خود اعلام کند هر استادی اگر یک کار تحقیقی در سال انجام دهد فلان مبلغ به او پرداخت خواهد شد، موضوع پیشنهاد،

۱. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ش ۱۵۰ و دکتر عبدالمجید امیری قائم مقامی، حقوق

تعهدات، جلد دوم - ص ۱۹۹.

۲. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، عقود معین ۱، ش ۲۹۳.

فعالیت‌های بعدی است نه قبلی و در نتیجه افرادی را که قبلاً کار تحقیقی انجام داده‌اند شامل نمی‌شود. زیرا بین موضوع پیشنهاد (ایجاب) و قبول مطابقت وجود ندارد و در نتیجه قراردادی منعقد نخواهد شد که التزامی برای جاعل ایجاد کند. و خلاصه اینکه التزام جاعل در هر حال مبتنی بر توافق صریح یا ضمنی طرفین است؛ چه در جعاله عام و چه در جعاله خاص.

سادساً از نظر مقررات بانکی فقط جعاله خاص پذیرفته شده که آن را هم قرارداد تلقی نموده است. چنانکه در ماده ۶۶ آیین‌نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا و ماده ۱ دستورالعمل اجرایی جعاله آمده است: «جعاله عبارت است از التزام شخص جاعل یا کارفرما به ادای مبلغ یا اجرت معلوم (جعل) در مقابل انجام عملی معین طبق قرارداد.» و در نتیجه جعاله بانکی در هر حال یک عقد می‌باشد.

حال که جعاله در نظام حقوقی ایران و خصوصاً در نظام بانکی به عنوان یک عمل حقوقی دو جانبه (قرارداد) شناخته شده است، به مهمترین اوصاف آن به اختصار اشاره می‌شود:

۱ - جعاله، چون عقد می‌باشد با قصد انشایی و توافق اراده طرفین آن یعنی جاعل و عامل منعقد می‌شود که معمولاً ایجاب از طرف جاعل و قبول از طرف عامل به عمل می‌آید.

۲ - جعاله عقدی جایز است یعنی به اراده یکی از طرفین و همچنین به فوت و حجر یکی از طرفین منحل می‌شود و در جعاله‌های بانکی به منظور حفظ ثبات قرارداد حق فسخ از مشتری بانک، چه جاعل باشد و چه عامل به صورت ضمن عقد خارج لازم ساقط می‌شود.

۳ - جعاله عقدی است معوض که عوضین آن یکی عمل مورد جعاله است و دیگری اجرت (جعل) هر کاری که مشروع و عقلانی و از نظر عرف دارای ارزش باشد می‌تواند موضوع جعاله قرار گیرد و جعاله بر کار حرام و یا واجب صحیح نیست (ماده ۵۷۰ قانون

مدنی) بنابراین در جعاله‌های بانکی بسیاری از خدمات بانک‌ها از قبیل گشایش اعتبار اسنادی، صدور ضمانت نامه‌های بانکی، اعطای تسهیلات برای تعمیر مسکن و وسائط نقلیه و احداث راه و وصول وجه سفته و برات، خرید و فروش سهام شرکت‌های تجاری و غیره می‌تواند موضوع جعاله قرار گیرد.

۴ - جعاله عقدی است عهدی، یعنی پس از وقوع و انجام عمل مورد جعاله، جاعل ملتزم به پرداخت جعل می‌شود، برخلاف عقود تملیکی مثل اجاره که از زمان انعقاد عقد اجیر مالک اجرت مقرر می‌شود ولی پس از انجام کار می‌تواند اجرت را از طرف مقابل (مستأجر) مطالبه کند.^۱ به عبارت دیگر عقد جعاله سبب ایجاد دین نیست بلکه انجام کار، سبب را به وجود می‌آورد یعنی به دلیل توافق طرفین، انجام کار سبب ایجاد التزام برای جاعل می‌باشد. البته استحقاق عامل نسبت به دریافت جعل پس از انجام کار، مقتضای اطلاق جعاله است و طرفین می‌توانند برخلاف آن توافق کنند که تمام جعل یا قسمتی از آن قبلاً پرداخت شود. ماده ۷۰ آیین‌نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا، ماده ۹ و دستورالعمل اجرایی جعاله).

۵ - جعاله، عقد مسامحه‌ای است در مقابل عقود مغایره‌ای و بنابراین موضوع آن (اعم از عمل مورد جعاله و جعل) و همچنین عامل لازم نیست به طور تفصیلی معلوم و معین باشد (مواد ۵۶۳ و ۵۶۴ قانون مدنی)، در جعاله نوعی غرر وجود دارد و معاملات غرری به دلیل نهی پیامبر اکرم (ص) باطل است؛ مگر اینکه مصلحت خاصی وجود داشته باشد و به طور استثنایی اجازه داده شود که جعاله یکی از آن موارد خاص و استثنایی است و این امر از ماده ۲۱۶ قانون مدنی که مقرر می‌دارد «مورد معامله باید مبهم نباشد مگر در موارد خاصی که علم اجمالی به آن کافی است» استنباط می‌شود.

۶ - جعاله، به دلیل عقد بودن آن، اگر به صورت اکراهی یا فضولی منعقد شود غیرنافذ می‌باشد و نه باطل، و در نتیجه امکان تنفیذ و کامل نمودن را دارد.

۱. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، ش ۹۰.

نتیجه‌گیری - پیشنهادها

با توجه به پذیرش نظریه عقد بودن جعاله در حقوق موضوعه از جمله در نظام بانکی و با عنایت به اینکه هر عقدی مخلوق اراده طرفین است با احراز عدم مطابقت اراده ظاهری با اراده باطنی عقد باطل خواهد بود. و همچنین در صورت وجود شرط خلاف مقتضای ذات عقد، شرط و عقد هر دو باطل و بلااثر خواهند شد. ولی در مقام اجرا و عمل ممکن است به نحوی از این عمل حقوقی استفاده شود که برخلاف مقررات و احکام قانونی و ارکان و شرایط این تأسیس حقوقی باشد و در نتیجه موجب مشکلات عدیده حقوقی شود که به برخی از آنها اشاره و راه‌حل مناسب ارائه خواهد شد.

۱ - یکی از شرایط اساسی برای صحت هر عقدی از جمله عقد جعاله طبق ماده ۱۹۰ قانون مدنی قصد و رضای طرفین است و اگر قصد انشای جعاله وجود نداشته باشد یا بین اراده طرفین توافق حاصل نشود، عقد باطل است. بنابراین اگر مشتری بانک قصد دریافت وام و استقراض برای رفع نیازهای مالی خود داشته باشد و بانک قالب جعاله را انتخاب کند و متقاضی به ناچار و علی‌رغم قصد واقعی و باطنی خود آن را بپذیرد و امضاء کند به نظر می‌رسد به علت عدم مطابقت قصد و اراده باطنی با اراده ظاهری و به دلیل حاکمیت اراده باطنی و به موجب اصل «العقود تابعة للقصود»، و اینکه ما قصد لم یقع و ما وقع لم یقصد و الاعمال بالنیات، عقد جعاله بین آنها واقع نشده است. هرچند ممکن است با جمع بودن شرایط بتوان آن را یک عمل یا واقعه دیگری دانست یا به عبارت دیگر، اگر ثابت شود که متقاضی استفاده از تسهیلات بانکی قصد جعاله نداشته احکام جعاله در آن مجری نخواهد بود (مستنبط از ماده ۴۶۳ قانون مدنی) و این امر موجب مشکلاتی برای مردم، بانک‌ها و مراجع قضایی خواهد شد و برای حل این مشکل پیشنهاد می‌شود که در چنین مواردی از قالب‌های مناسب خود مانند عقد رهن، قرض الحسنه و غیره استفاده شود و از قالب جعاله فقط در مواردی که طرفین قصد و رضای واقعی برای انعقاد آن را دارند و تمام شرایط لازم فراهم است، استفاده نمایند.

۲ - مقتضای ذات عقد جعاله، قرار گرفتن جعل در مقابل انجام عمل مورد جعاله است حال اگر بانک به عنوان عامل در جعاله قرار گیرد و با اندراج شرط یا شروطی عملاً خود را موظف به انجام هیچ کاری نکند و همه موضوع جعاله را در قالب وکالت یا عناوین دیگری به خود جاعل واگذار کند که این امر در بعضی از نمونه قراردادهای جعاله بانکی وجود دارد، ممکن است این شروط به عنوان شرط خلاف مقتضای عقد جعاله تلقی شود چون اصل و ذات جعاله این است که جاعل کارش را به عامل واگذار کند. با مراجعه به نمونه قراردادهای جعاله بانکی وجود چنین شرطی مشاهده گردید. مثلاً ماده ۸ نمونه قرارداد جعاله بانک صادرات مقرر می‌دارد: «بانک برای انجام موضوع جعاله به جاعل نمایندگی داد و جاعل با قبول نمایندگی بانک متعهد شد موضوع جعاله را در مدت و تحت شرایط مقرر در این ماده انجام دهد، بر این اساس مبلغ... ریال به عنوان هزینه انجام موضوع جعاله متناسب با پیشرفت عملیات جعاله حسب تشخیص خود در اختیار جاعل قرار خواهد داد. اقدام جاعل به نمایندگی بانک تبرعاً می‌باشد...»

شرط مذکور علی‌رغم بخشنامه شماره ۶۸/۳۰۱۵ مورخ ۱۳۱۵/۸/۱۸^۱ مبنی بر ممنوعیت واگذاری انجام عملیات جعاله از طریق وکالت، هنوز در فرم قراردادهای آن بانک وجود دارد. البته وکیل کردن جاعل از سوی بانک (به عنوان عامل در جعاله اولیه) برای انعقاد جعاله ثانوی از طرف بانک با اشخاص مورد اعتماد و نیز کمک گرفتن از جاعل برای انجام بخشی از موضوع جعاله منع شرعی و قانونی ندارد.

۳ - از برخی از مقررات بانکی نیز ممکن است جدی نبودن قرارداد جعاله استنباط شود مثلاً عبارت «برگشت جعل» در ماده ۳۱ دستورالعمل اجرایی جعاله تعبیر مناسبی نیست زیرا ممکن است از ظاهر این عبارت این گونه فهمیده شود که گویا متقاضی تسهیلات برای انعقاد جعاله، جعل مورد نیاز را از بانک قرض می‌گیرد و سپس به صورت اقساط ماهیانه با بهره‌اش به بانک برمی‌گرداند که این همان ربای حرام است که قطعاً مورد نظر قانونگذار

۱. قانون عملیات بانکی بدون ربا و آیین‌نامه و دستورالعمل اجرایی بانک مرکزی، سال ۱۳۲۱، ص ۹۷.

نیست^۱ و پیشنهادی باشد که عبارت مذکور به عبارت «برگشت هزینه‌ها» یا «برگشت جعل در جعاله ثانوی» در ماده مزبور اصلاح شود.

و یا عبارت «حاوی سود معین برای بانک باشد» در ماده ۸ دستورالعمل جعاله، این اشکال را ایجاد می‌کند که چگونه در جعاله سخن از سود معین به میان آمده است در حالی که مقتضای آن تعلق پاداش در مقابل انجام کاری است و پیشنهاد می‌شود که عبارت مذکور حذف شود.

۴ - بانک طبق بخشنامه‌های داخلی و نمونه قراردادهای از قبل تنظیم شده به صورت رسم القباله شرط اسقاط حق فسخ جاعل را به صورت «در ضمن عقد خارج لازم» در قراردادهای جعاله قید می‌کند، هرچند در آیین‌نامه و دستورالعمل اجرایی جعاله تصریحی بدان نشده است این امر که بیشتر جنبه تصنعی و صوری دارد ممکن است موجب حدوث اختلاف بین طرفین و طرح آن در مراجع قضایی شود و شخص جاعل متعرض این نکته شود که عقد خارج لازمی وجود نداشته است. برای حل این مشکل پیشنهاد می‌شود که بدون به کارگیری عبارت «در ضمن عقد خارج لازم» شرط اسقاط حق فسخ در قرارداد جعاله نوشته شود و یا اینکه در ضمن یک عقد لازم واقعی این شرط درج شود.

۱ . مظاهری، رسول، همان، ص ۱۵۳.

ترجمه

جایگاه عقد در قانون مدنی فرانسه

نویسنده: باری نیکولاس^۱

ترجمه: مصطفی السان^۲

الف. مفهوم عقد

برای حقوقدان فرانسوی هر نهادی دارای جایگاه خاص حقوقی است. از این نقطه نظر، عقد یکی از منابعی است که تعهد از آن ناشی می‌شود و تعهدات یکی از اجزای تشکیل دهنده دارایی^۳ است.

دارایی به معنی کل موجودی اقتصادی (مثبت) و تعهدات یک شخص است، یعنی حقوق و تعهداتی که قابل تقویم به پول باشد. در حقوق انگلیس نزدیک‌ترین مشابه برای این لغت، واژه بسیار مبهم دارایی (ماترک)^۴ شخص متوفی می‌باشد. دارایی از اموال و

۱. استاد فقیه کالج بریسونز (Brasenose) دانشگاه آکسفورد. منبع ترجمه:

Barry Nicholas, *The French Law of Contract*, Clarendon Press, 1992. pp. 28-45.

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی (mostafaelsan@yahoo.com).

3. Patrimoine.

4. Estate.

تعهدات تشکیل می‌شود، اموال، حقوق عینی^۱ و تعهدات حقوق دینی^۲ هستند و تکالیف با هر دو دسته مرتبط می‌باشند. دارایی بر اساس موازنه حقوق و تعهدات تصور می‌شود، اموال جزء موجودی بوده و تعهدات، دین محسوب می‌شوند. البته مال صرفاً به قسمت موجودی تعلق دارد؛ اما تعهدات ممکن است به هر دو بخش مرتبط باشند. بر خلاف آنچه از واژه تعهد استنباط می‌شود، تعهد دارای دو جنبه است. از دیدگاه منفی، تعهد یک دین و از دیدگاه مثبت یک طلب است. اگر (الف) ۱۰۰ فرانک به (ب) مدیون باشد، تعهدی که بین این دو ایجاد می‌شود، برای دارایی (الف) یک جنبه منفی محسوب شده و به عنوان دین تلقی می‌شود؛ اما برای (ب) مثبت بوده و یک طلب می‌باشد. بنابراین الف بدهکار و ب طلبکار است. معذک باید این نکته را یادآور شویم که این اصطلاحات در حقوق فرانسه و انگلیس در محاورات عادی، دیون پولی را شامل نمی‌شود. محتوا یا موضوع یک تعهد می‌تواند فعل یا ترک فعل باشد و تکلیف اجرای آن فعل یا ترک فعل، دین محسوب می‌شود. به همین نحو، اصطلاح «ایفاء» برای اجرای هر نوع تعهدی با هر موضوعی صدق می‌کند. لذا در واژه دارایی، موجودی و تعهد به هم پیوسته و در یکدیگر مستغرق گشته‌اند. تعهد نیز فی نفسه خاستگاه سایر مفاهیم بوده و عقد تنها یکی از منابع ایجاد تعهد است. «قانون مدنی فرانسه» بین تعهداتی که از توافق ناشی می‌شوند و تعهداتی که از توافق ناشی نمی‌شوند، قایل به تمایز شده است. دسته اخیر خود بر تعهداتی تقسیم می‌شود که از فعل مورد تعهد شخص یا صرفاً از نفوذ قاعده حقوقی ناشی شده‌اند. در میان این تعهدات، تعهدات ناشی از نفوذ قاعده حقوقی دسته بندی زایدی است که اهمیت کمتری دارد و برای نمونه شامل روابط مالکین همجوار می‌گردد و تعهدات ناشی از فعل شخص مجرم، شبه جرم و شبه عقد را دربرمی‌گیرد. محدوده شبه عقد و دایره شمول آن در حقوق انگلیس و فرانسه یکسان است. جرم و شبه جرم به طور کلی در یک دسته قرار می‌گیرند، در این دو

1. Droit Reels.

2. Droit Personnels.

مورد بر خلاف عقد، اعمال نامشروع منجر به خسارت دیگری می‌شود؛ این دو صرفاً از این نظر متفاوتند که جرم یک فعل عامدانه است در حالی که شبه جرم فعلی غیر عمد (به طور مثال ناشی از بی‌احتیاطی) است. بنابراین حقوق تعهدات ناشی از جرم و شبه جرم با مسئولیت مدنی منطبق است، از این نظر که مورد اخیر با جبران خساراتی که به طور نامشروع ایجاد شده است ارتباط دارد. با این حال این امر مورد توافق است که بر خلاف مسئولیت مدنی، حقوق جرم و شبه جرم دارای جنبه فراگیر و موسع است. آن بخش از قانون مدنی فرانسه که به این بحث ارتباط دارد (و تنها پنج ماده به این امر اختصاص داده)، چنین شروع می‌شود:

ماده ۱۳۸۲ قانون مدنی فرانسه. فعل هر شخص به هر نحو منجر به خسارت دیگری شود شخصی که از تقصیر او خسارت ایجاد شده را متعهد به جبران می‌نماید.

ماده ۱۳۸۳ قانون مدنی فرانسه. هر کس مسئول خسارتی است که نه تنها با فعل خویش، بلکه حتی با مسامحه یا بی‌احتیاطی وارد نموده است.

از اینرو، به طور کلی هر تقصیری که موجب خسارت شود قابل دادخواهی است (واژه تقصیر از نظر اینکه بیانگر قاعده‌های کلی است، اهمیت زیادی دارد) و از لحاظ نتیجه تفاوتی بین جرم و شبه جرم وجود ندارد. حقیقتاً، عقد و جرم، که هر دو ایجاد تعهد می‌کنند، نتایج دوگانه‌ای دارند که می‌تواند توجه حقوقدان انگلیسی را جلب کند. در خصوص مسایل مهمی چون انتقال و سقوط تعهد، بین حقوق دو کشور (فرانسه و انگلیس) وحدت زیادی وجود دارد. هر چند که در کتب حقوقی انگلیسی این دو مورد به هیچ وجه زیر یک عنوان بررسی نشده‌اند؛ با این حال در مواردی که تعهد بر اساس یکی از عناوین فوق‌الذکر بوجود آمده، در برخی موارد دادگاه‌های فرانسه بر نادیده گرفتن یا کمرنگ نمودن تمایز بین این دو مورد، تمایل نشان می‌دهند. این وحدت حقوقی به وسیله مبانی دیگری که در آنها اتفاق نظر وجود دارد، تقویت گردیده است: برای نمونه در هر دو سیستم حقوقی مسئولیت مبتنی بر تقصیر است.

ب. مسئولیت ناشی از تقصیر

همان‌طور که گفته شد، موضوع تعهد قراردادی، اجرای چیزی است که شخص به آن ملتزم شده است؛ در حالی که محتوای تعهد حاصل از جرم، جبران خسارت است. با این حال چنین مقایسه‌ای مبنای منطقی ندارد: تعهد با همسان خود (تعهد) قابل مقایسه نیست. اگر الف با ب قرارداد منعقد نموده باشد که او را به مقصدی برساند و در مسیر حرکت با تقصیر خود وی، در تصادفی ب و شخص ثالثی - یک غریبه - مصدوم شوند، تعهد ناشی از جرم الف برای جبران خسارت وارده به ثالث، با تعهد قراردادی وی در سالم رساندن ب به مقصد نه تنها شباهتی ندارد، بلکه تعهد وی برای جبران خسارت ب، از ناتوانی او در اجرای عقد ناشی می‌شود. در واقع محققان فرانسوی غالباً در چنین موردی از تجزیه و تحلیل تعهد خودداری نموده و حسب مورد به یکی از دو نوع مسئولیت توسل جسته‌اند.

عامل متمایزکننده «مسئولیت قراردادی»^۱ و «مسئولیت مدنی»^۲، عنصر تقصیر است. اینکه تقصیر برای مورد اخیر لازم است، نباید حقوقدان حقوق عرفی را غافلگیر سازد. اگرچه او عنصر تقصیر را به عنوان یکی از ارکان مسئولیت در حقوق کشور خود به حساب می‌آورد. با این حال به نظر می‌رسد تقصیر در عقد جایگاهی نداشته باشد. حقوق عرفی به طور سنتی در خصوص مسئولیت قراردادی به یک اصل مطلق نظر دارد. هرچند بنابر تحولاتی که در عصر جدید حاصل شده، این وضعیت به وسیله دکترین عقیم یا ناممکن شدن قهری در حال تغییر است و امروزه نتیجه‌ای که دو سیستم حقوقی به آن می‌رسند، اختلاف اساسی با هم دارند. توضیح اینکه در این مورد همانند سایر موارد، حقوق انگلوساکسون به ساختار حقوقی عقد استناد می‌کند. حال آن که حقوق فرانسه به قاعده متوسل می‌شود. در شرایطی که طرفین عقد در فرانسه به خاطر تقصیر مسؤولند، منعقدکنندگان قرارداد در انگلیس غالباً به خاطر نقض شرط ضمنی مبنی بر انجام احتیاط لازم متعهد می‌گردند. لازم است ذکر کنیم که تمیز بین مسئولیت قراردادی و مسئولیت مدنی - که قبلاً مورد اشاره قرار گرفت - از طریق پذیرفتن این واقعیت که هر دو مبتنی بر تقصیر متعهد است، تسهیل می‌گردد.

1. Responsabilite Contractuelle.

2. Responsabilite Delictuelle .

ج. اصل حاکمیت اراده

در اواخر قرن نوزدهم و اوایل قرن بیستم، مهم‌ترین اصلی که حقوق فرانسه بر مبنای آن از نو پایه‌گذاری شد، اصل حاکمیت اراده^۱ بود. مفهوم این اصل در دو زمینه مطرح است. این اصل اساساً یک تئوری فلسفی است که مضمون آن در بردارنده این سؤال می‌باشد که چرا عقد برای کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، الزام‌آور است؟ اما نتایج اعتبار حقوقی آن به گونه‌ای است که اصول و قواعدی برای ساختار و تأثیر قراردادهای تنظیم یافته است. پایه اساسی و مبدأ اصل، در واقع تقلیدی از فلسفه قرن هجدهم در زمینه اصالت آزادی فرد می‌باشد. این اصل صرفاً شامل آزادی شخص در انعقاد قرارداد اجتماعی است. بنابراین یک تعهد قراردادی صرفاً می‌تواند از اراده شخصی که ملتزم به آن می‌گردد، ناشی شود. بند (۱) ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه ظاهراً متضمن این راه حل است: «توافق‌هایی که به طور قانونی شکل گرفته‌اند برای کسانی که آن را منعقد کرده‌اند در حکم قانون است». به عبارت دیگر عقود به این دلیل الزام‌آورند که در آن اراده آزادانه اشخاصی که قانونگذار خویش هستند، ابراز شده است. (در انتقاد از این نظریه باید گفت که آنچه طرفین مقرر نموده‌اند، بیش از این معنی نمی‌دهد که قراردادهای برای طرفین آن الزام‌آورند، بدون توجه به این سؤال فلسفی که این الزام ناشی از چیست؟ سؤالی که پاسخ به آن در مورد هر قراردادی منوط به «تشکیل قانونی» آن است).

اصل حاکمیت اراده با دکتترین آزادی اقتصادی کلاسیک و با این بحث اخلاقی که اشخاص باید بهترین داوران منافع خود باشند و بنابراین محصول توافق اراده دو طرف اصولاً منجر به تعادل منصفانه منافع ایشان می‌گردد، تقویت گردید. این اصل در تمام کشورهایایی که از سیستم حقوقی رُم تبعیت می‌کنند، به عنوان مبنای عقود پذیرفته شده است. نتایج مهم و عملی پذیرش این اصل به شرح زیر است:

۱. اشخاص باید در انعقاد یا عدم انعقاد عقد آزاد باشند.

1. Autonomie de la volonte.

۲. اشخاص باید - البته مشروط به مدنظر قراردادن محدودیت‌های مربوط به منافع عمومی - در انعقاد هر گونه توافقی که بدان متمایلند، آزاد گذاشته شوند. قانون نباید ایشان را انعقاد عقود خاصی محدود نماید، کاری که حقوق رم انجام داده بود. با این حال سختگیری در اجرای این اصل آثار ناخوشایندی خواهد داشت. از طرفین یک معامله عادی همانند بیع هیچگاه انتظار نمی‌رود که تمام شرایط عقد خویش را صریحاً تعیین نمایند. فایده بر شمردن عقود معین که حقوق فرانسه آنها را از حقوق رم به میراث برده، این بود که تبعات عرضی هر عقد (مانند تعهد بایع نسبت به عیوب مبیع یا انتقال ضمان معاوضی) توسط قواعد حقوقی تعیین گردیده بود (همانگونه که هنوز در قانون مدنی فرانسه وجود دارد). با تمایز قایل شدن بین قواعدی که صرفاً آنچه طرفین تصریح نموده‌اند را تکمیل می‌کند و در صورتی که طرفین قصد توافق بر خلاف آن را داشته باشند، اجرا نمی‌گردد (قواعد تکمیلی)^۱ و قواعدی که با نظم عمومی در ارتباط بوده و به این دلیل قابل اغماض نیستند (قواعد امری)^۲ حکم کلی و مطلق اصول تعدیل می‌گردد. به جز موارد نادری که قاعده‌های به موجب قانون در یکی از دو دسته فوق‌الذکر قرار گرفته، تعیین این امر توسط دادگاه‌ها صورت می‌گیرد. در قانون مدنی فرانسه بیشتر قواعد مربوط به عقد فی نفسه تکمیلی بوده و قاعده حامی منافع عمومی که به اجمال به وسیله چند ماده آمره بیان گردیده، باید در ماهیت اصل آزادی قراردادی گنجانیده شود. (برای مثال قواعد حاکم بر اهلیت یا عیوب رضا). در حقوق انگلیس تفکیک صریحی به این شکل انجام نشده با این حال از خط سیری دیگر به نتایج مشابهی می‌رسیم. ابتدا این اصل را مبنا قرار می‌دهیم که قواعد حقوقی استثنای پذیر نیستند، با این حال آنچه در اصل قواعد تکمیلی خوانده می‌شود را نه تحت عنوان قواعد بلکه به عنوان شروط ضمن عقد محسوب می‌نماییم. (یا اینکه از هر طریق دیگری آن قواعد را به قصد طرفین عقد ارتباط دهیم). با چنین فرضی آن قواعد

1. Loïs Suppletives.

2. Loïs Imperatives.

ناگزیر می‌توانند نادیده گرفته شوند (هر گاه در یک متن حقوقی امری به صراحت ذکر شود جایی برای استنباط باقی نمی‌ماند)^۱ از این رو آنچه اصولاً به عنوان قاعده تکمیلی مبنی بر تکلیف فروشنده نسبت به عیوب پنهان مبیع بیان شده به عنوان شرط ضمنی فرض می‌شود. («...شرط ضمنی مبتنی بر اینکه کالاها کیفیت مطلوب تجاری دارند... به دقت مونتاز شده‌اند...»). در حالی که قواعدی انتقال ضمان معاوضی (که به خاطر احتمال وجود منافع اشخاص ثالث، امره محسوب می‌شوند) مورد اشاره صریح قانون قرار گرفته‌اند.

۳. اگر قواعد تکمیلی از تکمیل آنچه طرفین بیان نموده‌اند عاجز باشد، دادگاه نمی‌تواند آنچه فراموش شده را کامل نماید. در چنین موردی (همانند اصل مشابهی در حقوق انگلیس که به موجب آن «دادگاه نمی‌تواند برای طرفین، قرارداد منعقد کند»)^۲ پر واضح است که ایجاد ارتباط بین تکمیل آنچه طرفین تصریح نموده‌اند و تفسیر قصد طرفین مشکل است، اما به عنوان مثال، اگر طرفین در عقد بیع ثمن را به طور ثابت معین نموده باشند (یا قیودی برای مستقر شدن آن قرار دهند)، دادگاه نمی‌تواند میزان ثمن را برای ایشان تثبیت نماید.

۴. نظر به اینکه، همان‌طور که گفته شد با مدار قرار گرفتن اصل حاکمیت اراده، اصولاً هر عقدی با تعادل منصفانه‌های بین منافع طرفین منعقد می‌شود، دادگاه نمی‌تواند برای تعدیل این وضعیت مداخله نماید. (البته امکان دارد عقد تحت تأثیر تدلیس یا اشتباه یا اکراه واقع شده باشد؛ لیکن در چنین مواردی رضایت ارادی در اصل معیوب بوده و عقد محکوم به بطلان خواهد بود).

این امر برای حقوقدان انگلیسی واضح است که اگر چه زبان حقوقی که برای تبیین اصل حاکمیت اراده به کار رفته، برای ایشان ناآشنا است. با این حال مفاد آنچه در بالا بیان شد در حقوق انگلیس نیز در قرن نوزدهم توسط قضات پایه‌گذاری شده و چهارچوب آن به

1. Expreem facit cessare tacitum.

2. "the court will not make a contract for the parties".

نحو اصولی در کتب مرجع پولوک آنسون تبیین گردیده است. البته این امر که تئوری کلاسیک انگلستان در زمینه عقد به نحو دقیقی با آنچه در فرانسه وجود دارد (و همان طور که گفتیم از این نظر تفاوت اساسی بین کشورهای تابع سیستم حقوقی رومی - ژرمنی وجود ندارد) مطابقت می‌نماید، صرفاً یک امر تصادفی نیست. در خصوص هر دو اصل، استدلال‌های فلسفی، اخلاقی و اقتصادی موجود بوده و هر دو در محاکم از مقبولیت خوبی برخوردار بوده‌اند و این مقبولیت در میان نویسندگان بیشتر هم بود. پولوک و آنسون هر دو (و کلیه شارحین بعدی حقوق قرارداد به واسطه ایشان) و نویسندگان آثاری در زمینه تفسیر تحلیلی قوانین به شدت تحت تأثیر تحلیل‌های حقوقی ساوینی بوده‌اند. وی نفوذ زیادی در تفکرات حقوقی، نه فقط در آلمان که در سراسر کشورهای تابع حقوقی رُم، داشت.

نتیجتاً، تردیدی نیست که تحلیل عقد بر مبنای توافق آزاد اراده‌ها (یا در حقوق انگلیس تلاقی اراده‌ها)، هم در فرانسه و هم در تئوری‌های کلاسیک انگلیس در زمینه عقود شایع است و به عنوان رویه مقبول هر دو سیستم ابقا شده است.

آنچه که دو سیستم حقوقی در آن اختلاف دارند، در شیوه پی بردن به حصول توافق است: با توافق باطنی دو اراده یا از طریق ابراز خارجی توافق. حقوق انگلیس اغلب به طریق اخیر تمایل دارد، به این دلیل که متعارف بوده و موجب اطمینان به وقوع عقد که مصلحت و عرف تجاری آن را ایجاب می‌کند، می‌گردد. در حالی که حقوق فرانسه متمایل به راه حل اول است، هر چند که در برخی موارد این روش تعدیل شده و نتایج عملی مشابهی برای استفاده از شیوه ابراز خارجی اراده در نظر گرفته شده است.

در حقوق انگلیس و فرانسه، این امر از گذشته‌های دور آشکار گردیده که نتایج عملی ناشی از اعمال اصل حاکمیت اراده، همان طور که در صفحات قبل ذکر شد، در هیچ یک از این دو کشور با حقوق آن کشور تطبیق نمی‌نماید. این قضیه در انگلیس ابهامی نداشته و در فرانسه نیز صحیح می‌نماید.

اصل آزادی انعقاد یا عدم انعقاد عقد در هر دو کشور به شدت توسط قانون موضوعه (به

طور مثال قانون بیمه اجباری شخص ثالث توسط دارندگان وسایل نقلیه موتوری و قانون موجر و مستأجر، یا شرایط و اوضاع و احوال اقتصادی (مانند قرارداد با انحصارگران یا قراردادهای استاندارد) محدود گردیده و حتی در برخی موارد بی‌معنی شده است.

آزادی در تعیین محتوای عقد به طور وسیعی از قواعد آمره (یا مشابه آن در حقوق انگلیس)، متأثر شده است. بسیاری از قواعد برای تعدیل آثار عدم تعادل قدرت معاملاتی طرفین تنظیم گردیده‌اند، جدیدترین نمونه‌ها در حقوق انگلیس در قانون شروط قراردادی نامتعادل^۱ مصوب ۱۹۷۷ و قانون تهیه کالاها و خدمات^۲ مصوب ۱۹۸۷ و قانون حمایت مصرف‌کننده^۳ مصوب ۱۹۸۷ دیده می‌شود، مثال‌های مشابهی نیز در فرانسه وجود دارد. چنین قوانینی اصولاً توانایی قانونی دادگاه‌ها را در مداخله برای تعدیل عقود افزایش می‌دهد. بنابراین، ضمن بازگشت به بحث عملکرد اصل حاکمیت اراده در دو جنبه‌ای که بیان شد، این امر آشکار می‌نماید که این اصل جز به عنوان توضیحی بر ویژگی الزام‌آور بودن تعهدها قابل پذیرش نیست. در عوض توجیهاات ملموس دیگری برای نمونه در خصوص نیاز به قانون جهت تطبیق منافع جامعه با آنچه عدالت در ارتباط با اشخاص ایجاب می‌کند، ارایه شده است. با این حال حتی اگر این توجیهاات به عنوان توضیحی بر ویژگی الزام‌آور بودن قانون به طور کلی باشد، نمی‌توان آن را در مورد عقد به طور خاص به کار گرفت. این توجیهاات قادر به پاسخگویی در عرصه‌ای دیگر از عملکرد اصل حاکمیت اراده، یعنی قواعد ویژه حقوق ماهوی نیستند. در این عرصه، هنوز هم به مانند گذشته توافق یا تلاقی اراده‌ها عنصر ضروری و لازم را برای طرح عملکرد قواعد حقوقی تشکیل می‌دهد. محدودیت‌های گوناگونی که بر اصل آزادی قراردادی وارد شده و مورد اشاره قرار گرفت، این حقیقت را که در صورت فقدان آن چنان محدودیت‌هایی، به علت وجود رکن تشکیل دهنده، باز هم آن توافق باقی بود، مخدوش نمی‌سازد و ارتباط این رکن با اصل حاکمیت

1. Unfair Contract Terms Act 1977.

2. Supply of Goods and Services Act 1982.

3. Consumer Protection Act 1987.

اراده ضروری و حتمی نیست.

د. عمل حقوقی و واقعه حقوقی

تقسیم بندی تعهدات در قانون مدنی فرانسه نقایص آشکاری دارد. شبه عقد جایگاهی ندارد، تمایز بین جرم و شبه جرم خوب تشریح نشده (و همان طور که گفتیم، این کار اساساً صورت نگرفته است)؛ جدایی برخی از تعهدات به عنوان آنچه که از حکم قانون ناشی می‌شوند، به این دلیل که این امر قابل اطلاق به تمام نهادهای مذکور در قانون اساسی است، بی‌معنی می‌باشد. در جاهای دیگر تقسیم‌بندی‌های گوناگونی انجام شده که در میان آنها می‌توانیم به تئوری ساخته حقوق آلمان در مورد «عمل حقوقی» اشاره کنیم. نهادی که نقشی مهم و تعیین کننده در قانون مدنی آلمان دارد. اصل فرانسوی (حاکمیت اراده) دارای اهداف غیرقابل حصول نیست، بلکه قصد دارد چهارچوبی برای هماهنگی و تطبیق متعارف آنچه که در قانون مدنی ذکر شده، فراهم ساخته و نیز فراتر از آنچه قانون مدنظر دارد، مورد استفاده قرار گیرد. همانند اصل حاکمیت اراده این تئوری نیز مبنای ارادی دارد اما منجر به نتایج بسیار کلی و مطلق می‌گردد. به موجب این تئوری هرگونه تغییری به هر نوعی در وضعیت حقوقی اشخاص از طریق عمل حقوقی یا واقعه حقوقی ایجاد می‌شود، از این رو تقسیم‌بندی‌ها به آنچه در حقوق تعهدات مطرح است، محدود نمی‌ماند.

عمل حقوقی، عملی ارادی است که به قصد ایجاد آثار حقوقی انجام می‌شود (و آثار حقوقی نیز ایجاد می‌کند)، عمل مذکور می‌تواند یک جانبه یا دوجانبه باشد. عمل حقوقی دو جانبه «قرارداد»^۱ می‌باشد، (توافقی دوجانبه با آثار حقوقی). و اغلب قراردادها به شکل عقود هستند. نمونه معمول اعمال حقوقی یک جانبه، «وصیت»^۲ است. با این حال قانون مدنی فرانسه به انواع دیگری از آن نظیر اعراض از میراث یا شناسایی طفل طبیعی و به موجب آن اعطای حقوقی به وی بر مبنای این تأیید، اشاره دارد.

1. Convention .

2. Testament.

آثار حقوقی امکان دارد که از «واقعۀ حقوقی»^۱ ناشی می‌شود. این واقعۀ می‌تواند حادثه‌ای صرفاً قهری باشد مانند مرگ (که برای مثال حقوقی را برای اشخاصی که در وصیتنامه مشخص شده‌اند، یا در صورت عدم وصیت بنابر مقررات حاکم بر چنین وضعیتی ایجاد می‌کند) یا آتش‌سوزی که منجر به ادعای حقی به موجب بیمه‌نامه می‌گردد. از سوی دیگر عمده‌ترین نوع واقعۀ حقوقی می‌تواند عملی ارادی باشد که با وجود اینکه در انجام آن آثار حقوقی قصد نشده است، ایجاد آثار حقوقی نماید. برای مثال تمام تعهدات ناشی از جرم نتیجه واقعۀ حقوقی هستند.

نتایج عملی قایل شدن تفاوت این است که در اعمال حقوقی از این جهت که ترتب آثار حقوقی به اراده فاعل آن بستگی دارد، در صورت وجود عیبی در اراده مذکور، عمل حقوقی به طور کلی محقق نخواهد شد. حال آنکه واقعۀ حقوقی چنین نیست و اینکه انجام عمل حقوقی عموماً از طریق سند قابل اثبات خواهد بود، ولی واقعۀ حقوقی از هر طریق قابل اثبات می‌باشد.

تا به اینجا چنین به نظر می‌رسد که تئوری فوق‌الذکر محتوای قانون مدنی را بهتر و قابل فهم‌تر از خود قانون مدنی فرانسه تقسیم‌بندی نموده است؛ علیرغم این تصور، قانون پیوستگی زیادی دارد. نمونه‌هایی پراکنده از آنچه که ذیل عنوان اعمال حقوقی یک جانبه قرار گرفته و دارای آثار حقوقی می‌باشد، در قانون مدنی فرانسه وجود دارد. اگر این تقسیم‌بندی‌ها قاعده‌مند شود، مبنای نظری رضایت بخشی برای توجیه احکام دادگاه‌هایی که برای اعمال حقوقی مشابه آثار حقوقی مترتب می‌کنند، فراهم خواهد گردید. این اعمال، عبارتند از: الف. ایجاب‌های قطعی ب. ایجاب‌هایی که به عموم مردم صورت می‌گیرند ج. ایجاب‌های جعله. تطبیق مثال‌هایی که حقوقدان کامن‌لا تکیه بر آنها را «اعتماد زیان‌آور» خواهد نامید، با اصلی که مورد پذیرش حقوق قرارداد فرانسه واقع شده مشکل است. اگر می‌توان با شناسایی طفل طبیعی حقوقی برای وی قایل شد، در این صورت این نکته نیز

1. Fait Juridique.

قابل طرح است که می‌توان برای مثال، حقوقی برای قابلی که با ابراز اراده، ایجابی که برای زمان معینی انشا شده را پذیرفته است، شناخت.

ح. قرارداد و عقد

همان‌طور که دیدیم در تقسیم‌بندی قانون مدنی فرانسه، عقد به عنوان یکی از منابع تعهد معرفی شده است. البته عقد به عنوان یکی از تقسیمات منقسم بزرگتر یعنی «قراردادها» است (که ما قبلاً به آن اشاره کردیم)، تفاوت بین این دو در این است که علی‌رغم عقود که موجد تعهد هستند، قراردادها ممکن است ایجاد تعهد نمایند یا از نظر حقوقی آثار دیگری مثل انتقال یا زوال تعهد داشته باشند. تمام عقود، قرارداد هستند، ولی تمام قراردادها، عقد محسوب نمی‌شوند. این دو از دیدگاه زبان‌شناختی مبهم و گیج‌کننده‌اند. زیرا واژه سومی برای شناختن قراردادهایی که عقد نیستند وجود ندارد. علاوه بر این قانون مدنی فرانسه نیز در استفاده از این دو واژه از خط مشی واحدی پیروی نکرده است و قواعد عمومی بر تمام قراردادها به یکسان حکومت دارد.

و. تقسیم‌بندی مقدماتی عقود

بحث عقود در قانون مدنی فرانسه با یک دسته تقسیم‌بندی مقدماتی آغاز می‌شود:

۱. عقود دو جانبه یا متقابل و عقود یک جانبه

عقود دو جانبه یا متقابل، عقود هستند که تعهدات متقابل ایجاد کرده و هر یک از طرفین عقد هم‌زمان دارای حق و تکلیف می‌باشد؛ برای نمونه بیع، عقدی دو جانبه است. از سوی دیگر عقد یک جانبه صرفاً حقوقی را برای یکی از طرفین عقد و تعهداتی برای طرف متقابل ایجاد می‌کند. توافق بر هبه نمونه‌های از عقد یک جانبه می‌باشد.

تقسیم‌بندی فوق دارای پاره‌ای آثار عملی است. برای مثال ویژگی مختص عقود دو جانبه ایجاد تعهداتی دو طرفه یا وابسته به هم دیگر (متقابل) است. این ویژگی که در «علت» عقد مذکور تبلور می‌یابد، با علتی که به عقود یک جانبه اختصاص دارد متفاوت است. تفاوت‌هایی که در آثار عقود وجود دارد، (احتمال فسخ متقابل قرارداد به علت عدم اجرای

طرف مقابل)^۱ و استفاده از راه حل ابطال قرارداد^۲ به عنوان شیوه جبران خسارت از این امر ناشی می‌شود. تفاوت‌هایی نیز از نظر اثباتی بین این دو نوع عقد وجود دارد.

این تقسیم‌بندی مشکلاتی برای حقوقدان سیستم حقوقی کامن‌لا ایجاد می‌کند. اولین مشکل این است که حقوقدان مذکور دارای اطلاعات زیادی در خصوص نهاد عَوْض^۳ است که تطبیق این طرز تفکر با سیستمی که چیزی در این مورد بیان نکرده، با مشکل روبه‌رو می‌شود (البته این مشکل در مورد تمام کشورهای تابع سیستم حقوقی رم صدق می‌کند).

مشکل دوم این است که حقوقدان فرانسوی بسیار راحت‌تر از حقوقدان کامن‌لا عقد یک جانبه (که مانند سایر عقود، مبتنی بر توافق است) را از تعهد یک جانبه^۴ تفکیک می‌نماید. از دیدگاه حقوق فرانسه، تعهد عقد نیست مگر اینکه به وسیله قبول (یا بنا بر دیدگاه سنتی با یک عمل ارادی) از سوی طرف دیگر تبدیل به توافق شده باشد. در حالی که حقوق کامن‌لا هر چند در اغلب موارد واژه توافق را به کار می‌برد، اما عقد تقریباً مفهوم تعهد را دارد.

مشکل سوم این است که فهم حقوقدان کامن‌لا از واژه «عقد یک جانبه» کاملاً متفاوت از در یک حقوقدان فرانسوی از این واژه است، از نظر وی عقد یک جانبه مفهوم «عقد استیفاء» یعنی در قبال انجام را داراست. در حقوق فرانسه این مورد صرفاً در صورتی عقد به حساب می‌آید که توافقی وجود داشته باشد و در صورتی که چنین توافقی باشد، عقدی که منعقد می‌شود دو جانبه است نه یک جانبه. برای نمونه ایجاب جعله که نوعاً یکی از اقسام مرسوم عقد یک جانبه در حقوق کامن‌لا است در تحلیل حقوق فرانسه، نه فقط با اجرای عمل از سوی عامل خاصی که تعیین شده، بلکه حتی از سوی شخصی که از ایجاب بی اطلاع بوده و در عین حال، علی‌رغم ناآگاهی وی بتوان قبول ایجاب را از سوی او استنباط نمود، عقد به حساب می‌آید. جبری و تصنعی بودن این تحلیل آشکار است. بر عکس،

1. De Exceptio Non Adimpleti Contractus.

2. Resolution .

3. Consideration .

4. Pollicitation.

تحلیل‌های حقوق انگلیس در این خصوص بیش از اینکه بر مبنای توافق باشد با توجه به عوض است: در تعهد به جعاله، اجرای عمل در عوض تعهد به پاداش (جعل) قرارداد، همان‌طور که در عقد استیفای از عمل، تعهد متقابل به عنوان عوض در نظر گرفته می‌شود. چنین تحلیلی از عوض، حقوق انگلیس را قادر می‌سازد که از سخت‌گیری بیش از اندازه در خصوص لزوم احراز یک توافق بپرهیزد.

لازم است ابهام دیگری را در مورد استعمال واژه عقد دوجانبه در حقوق انگلیس تشریح نماییم. این واژه هر چند در برخی موارد به مفهوم فرانسوی خود به کار می‌رود، اما امکان دارد (ضمن هماهنگی با مفهوم عقد یک جانبه در حقوق انگلیس از این بُعد) صرفاً عقد استیفاء یعنی عقدی که عوض آن انجام عمل است، محسوب گردد. همان‌طور که دیدیم از دیدگاه حقوق فرانسه یک عقد اعم از اینکه یک طرف تعهد خود را در مهلت مقرر اجرا نماید یا نه، دو جانبه محسوب می‌شود.

نهایتاً، توضیح این امر ضروریست که تمایز بین عقد دوجانبه و یک جانبه، مشابه تفاوت موجود بین عمل حقوقی یک جانبه یا دوجانبه نیست. تمام عقود اصولاً اعمال دوجانبه هستند. برای مثال این تحلیل در مورد تعهد ناشی از جعاله (که همان‌طور که دیدیم به دشواری با تحلیل عقد در حقوق فرانسه مطابقت می‌نماید)، به عنوان عمل حقوقی یک جانبه که در آن متعهد (جاعل) با اراده خویش خود را به پرداخت جعل در صورت انجام عمل مورد جعاله ملزم می‌سازد امکان‌پذیر است، هر چند این تحلیل مبتنی بر عقد نیست.

تمایز بین عقود دوجانبه و یک جانبه برای حقوقدان فرانسوی نیز اشکالاتی از نظر استنباط به وجود می‌آورد. بررسی این مشکلات که از سایر ابعاد نیز جزئیات مبهمی دارد، امروزه مناسب به نظر می‌رسد. زیرا حقوقدان انگلیسی را در جهت یاد گرفتن طرز تحلیل خاص حقوق فرانسه یاری خواهد کرد و به خصوص او را قادر خواهد ساخت تا به اهمیت زیادی که - چنانچه دیدیم - حقوق فرانسه بر لزوم توافق قایل است، به درستی پی ببرد.

اول. عقود عینی. حقوق رُم (به عنوان مبنای این تقسیم‌بندی در نظر شارحین بعدی

حقوق رم که تقسیم‌بندی مورد بحث را انجام داده‌اند). تصور واحدی از عقد مبتنی بر توافق ندارد بلکه صرفاً اقسام خاصی از عقود (همراه با نوعی «التزام»^۱ که همانند چنین الزامی در حقوق انگلیس می‌توانست برای نفوذ توافق به کار رود) بازشناسی نموده است. عقود معین بر دو نوع بود، رضایی و عینی (تشریفاتی). عقود رضایی (بیع، اجاره، شرکت، نمایندگی) همراه با عقود دوجانبه مشابه، مبتنی بر توافق بودند. عقود عینی که مثال شناخته شده آن، قرض وجه نقد یا عاریه سایر کالاها به منظور مصرف است (در حقوق رم mutuum در حقوق فرانسه prêt de consommation)، از قاعده متفاوتی تبعیت می‌کنند. در حقوق رم، عقود عینی زمانی تشکیل می‌گردید که عین مال (برای مثال در عقد عاریه) به مستعیر تسلیم می‌گردید و او نیز ملتزم بوده که همان عین (یا در عاریه برای مصرف معادل آن) را در زمان مقرر بین طرفین بازگرداند. بر حسب تمایزی که ما بررسی کردیم، این عقد که مقترض را مکلف (به بازگرداندن وجه نقد) می‌نماید و در مقابل حقی برای مقرض ایجاد نموده و تکلیفی برای وی در بر ندارد، دو جانبه است. قبل از تسلیم عین، عقدی منعقد نشده زیرا حتی اگر توافقی بر چنین انتقالی وجود داشته باشد که در اکثر موارد موجود است، چنین توافقی در حقوق رم عقد محسوب نمی‌شود. زیرا قرار مذکور در شمار عقود رضایی چهارگانه (بیع، اجاره، شرکت و نمایندگی) نیست. (از این رو نمی‌توان توافقی برای الزام طرف بر اجرای عقد منعقد نمود).

ضرورتاً، تحلیلی مشابه در خصوص سایر عقود عینی یعنی عاریه برای مصرف، ودیعه و رهن قابل آرایه است. این موارد از دیدگاه حقوق انگلیس وعده عقد محسوب می‌شوند و این تلقی به این دلیل صحیح است که در حقوق فرانسه این عقود یک‌طرفه بوده و بدین جهت بنابر دیدگاه معمول حقوق انگلیس فاقد عوض می‌باشند. هر چند از نظر تحلیلی در حقوق انگلیس دارای اشکال هستند.

اشکال عقود عینی در حقوق فرانسه، متفاوت با انگلیس است. قانون مدنی فرانسه عقود

۱ "Stipulatio" قراردادی که تعهدات متخلف را اجباری و الزامی می‌کند (حقوق رم).

معین را از حقوق رُم اقتباس و وارد ساختار یکپارچه حقوق قرارداد نموده است. اصول حاکم بر عقود معین از طریق دکترین و همان طور که دیدیم به موجب قواعد آمره با اصل رضایی بودن عقود پیوند یافته‌اند. در زمینه عقود معین رضایی، این امر اشکالی ایجاد نمی‌کند. زیرا ما اصل خدشه ناپذیر (رضایی بودن عقود) را اجرا می‌نماییم. اما عقود عینی، همان طور که دیدگاه حقوق رم نیز در مورد آنها چنین بوده، به سختی در شمار عقود رضایی قرار می‌گیرند (و این امر مسلم است که تدوین‌کنندگان قانون مدنی فرانسه نیز طرز تلقی مشابهی نسبت به عقود عینی داشته‌اند). این عقود نه با حصول توافق بلکه با تسلیم عین مورد معامله، تشکیل می‌شوند. با وجود این، نتیجه طبیعی حقوق رم یعنی فقدان اثر برای توافق مقدم برای تسلیم در تمام موارد صحت ندارد. تعهد به وام بدون بهره در حقوق فرانسه همانند سایر تعهدات یک طرفه صحیح و معتبر است (در رویه عملی بانکی این کار با افتتاح حساب برای مشتری صورت می‌گیرد).

مطابق با نظریه محافظه کارانه‌ای که دادگاه پذیرفته‌اند؛ عقود عینی همان ماهیت سنتی خود را دارند: آنها یک جانبه هستند و صرفاً هنگامی که تسلیم انجام می‌گیرد، تشکیل می‌شوند. تراضی مقدم، امری مستقل و جدا است و چنین توافقی نیز یک جانبه است؛ محتوای آن توافق بر این امر می‌باشد که انتقال‌دهنده طرف قرارداد ملزم به قرض دادن و.. است.

بنابر نظریه اصلاح‌گرانه، عقود عینی اشتباهی تاریخی در سیستم یکپارچه عقود مبتنی بر اصل تراضی هستند و عقدی که در آن برای مثال قرض‌دهنده متعهد به قرض دادن و وام گیرنده مکلف به بازگرداندن (در موعد مقرر) می‌شود، حقیقتاً می‌تواند عقدی صرفاً متقابل محسوب می‌شود. این تحلیل با وجود مزیت‌های اساسی، نسبت به دیدگاه سنتی، پذیرفته شده اما خالی از ابهام نیست و حقوقدان کاملاً باید دقیقاً کنکاش نماید که ابهام آن در چه زمینه‌ای است. برای نمونه - همان طور که خواهیم دید - این طرز تفکر به وسیله نهاد عوض که مقبول سیستم‌های دیگر حقوقی است، مخدوش می‌گردد.

دیدیم که ویژگی بارز عقود دو جانبه این است که تعهدات طرفین عقد متقابل است. به این علت که این امر در اغلب موارد صحیح می‌نماید که هر جا عوضی وجود داشته باشد (برای مثال در عقد بیع) تعهد متقابلی نیز وجود دارد، حقوقدان کامن‌لا می‌تواند چنین فرض نماید که در هر مورد عوضی وجود ندارد، (برای مثال در فرضی که ما بررسی کردیم، یعنی قرض وجه نقد بدون دریافت عوض)، تصور تعهد متقابل نیز امکان ندارد. این تحلیل همواره صحیح نیست؛ ارکان تقابل در صورتی که تعهدات وابسته به هم باشند، فراهم می‌آید. لذا اینکه یکی باید بها و ثمن تعهد طرف مقابل باشد، الزاماً مورد احتیاج نیست. مشکل تحلیل توافق بلاعوض و اجرایی برای قرض وجه نقد به عنوان قراردادی متقابل در فقدان تقابل نیست: تعهد به قرض دادن و التزام به بازگرداندن به وضوح متقابل است. مشکل واقعی این است که تعهدات، متعادل نیستند. برای مثال در عقد بیع، تعهدات باع و مشتری صرفاً متقابل نیستند، بلکه در اصل متعادل‌اند؛ اما پذیرش این امر که در عقد عاریه تعهد مستعیر به بازگرداندن (عین مورد عاریه) در مقابل معیر، معادل تعهد شخص اخیر بر تسلیم مورد عاریه باشد، بی‌معنی و محال است. دکترین، تحلیل فوق‌الذکر را دارای اشکال و تصنعی می‌شمارد و تعهد مستعیر را مشروط و معلق بر دریافت عین مورد عاریه از سوی وی می‌نماید.

دوم. عقود دو جانبه ناقص:^۱ گفتیم که تمام عقود عینی منطبق با تحلیلی هستند که برای عقد عاریه برای مصرف ارایه شده و تمام این عقود بنا بر تحلیل محافظه کارانه، یک جانبه هستند. هر چند یک تفاوت وجود دارد، وقتی عقد عاریه برای مصرف یک جانبه محسوب شود، لزوماً و همیشه یک جانبه است: به هیچ وجه نمی‌توان تکلیفی متوجه معیر نمود. لکن در عقود عینی اگرچه تعهدی فوری و الزامی صرفاً برای منتقل‌الیه وجود دارد، ممکن است تعهد ضمنی برای انتقال‌دهنده به وجود آید. برای نمونه در عقد غیر معوض و دیعه، مودع متعهد به جبران خسارت مستودع خواهد بود در صورتی که شخص اخیر، هزینه‌ای برای مال ودعی نموده باشد یا از آن مال خسارتی بر وی وارد آید. این تعهد به تحمل هزینه یا جبران خسارت ضمنی است. اصطلاحی که شارحین حقوق رُم برای چنین

1. Imperfectly Bilateral Contracts.

عقدی به کار می‌برند «دوجانبه ناقص» است.

این عقود که (در تحلیلی که امروزه مورد پذیرش قرار گرفته)، اصولاً یک جانبه هستند و با این حال دو جانبه نیز می‌توانند باشند، به چه نحو طبقه‌بندی می‌شوند؟ در عمل این سؤال (که بیشتر از مباحث‌های اصولی اما غیر منطقی ناشی می‌شود) به این دلیل مناسب است که اگر عقود مذکور دوجانبه به حساب آیند، نتایجی که در بالا ذکر شد بر آنها مترتب خواهد بود و به خصوص طرف عقد (در مثال بالا مستودع) به طور ضمنی مستحق تمسک به این قاعده است که به علت عدم ایفای تعهد عقدی از سوی طرف مقابل، عقد را فسخ نماید، یا آن را «ابطال» نماید. هر چند قانون مدنی فرانسه صراحت ندارد، ولی نه قانون مذکور و نه رویه قضایی با تحلیل مطلق دوجانبه بودن عقود عینی، یعنی رد تمام نتایجی که بیان شد، موافق نیستند. راه حل عقد دوجانبه با شرایط خاص در برخی موارد از نظر تحلیلی بر این مبنا که در عقود دوجانبه ناقص هر چند تعهدات دوجانبه هستند، در عین حال متقابل (وابسته به هم) نیستند، صحیح به نظر می‌رسد. تعهد مقید معیر در تسلیم مال به مستعیر وابستگی متقابل با تعهد شخص اخیر به مسترد نمودن عین مورد عاریه ندارد. در اراده مستعیر، تعهد به بازگرداندن مورد عاریه به منظور تحصیل عوض نیست، این در حالی است که در عقد بیع - که نمونه بارز عقود دوجانبه می‌باشد - در خصوص خریدار می‌توان گفت که تعهد وی به پرداخت ثمن با قصد متقابل دستیابی به حق دریافت مبیع، صورت می‌گیرد.

۲. عقود معوض و غیر معوض^۱

تمایز بین عقود دوجانبه و یک جانبه به وصف خاص تعهدات ایجاد شده نظر دارد؛ تقسیم‌بندی جدید بر مبنای هدفی است که طرف عقد از تعهد به آن، قصد می‌کند. در عقد معوض وی امتیازی (حقی) را به طرف مقابل واگذار می‌نماید، با قصد اینکه حقی متقابل برای خویش تحصیل نماید؛ در عقد غیر معوض وی حقی را بدون قصد دریافت معادل آن اعطا می‌نماید به عبارت دیگر، او «قصد بخشش»^۲ دارد. دو تقسیم‌بندی فوق‌الذکر در اغلب

۱. reux titre on Contrat؛ (عقد معوض) titre gratuity Contrat (عقد غیر معوض).

2. L'intention librale.

موارد با هم انطباق دارند: عقود دو جانبه، معوض هستند و اغلب عقود یک جانبه غیر معوض اند. اما اگر عقود عینی یکطرفه به حساب آیند، قرض وجه نقد بر حسب اینکه مقتضی متعهد به پرداخت بهره باشد یا نه، معوض یا غیر معوض است.

تقسیم‌بندی دیگر در عقد معوض، تقسیم به عقودی است که برای انتقال حقی از شخصی به شخص دیگر (که نمونه بارز آن توافق برهبه (اهداء)^۱ هست) منعقد می‌شود و عقودی که صرفاً انجام بدون عوض خدمتی که موجب انتقال حقی نمی‌شود، را نیز شامل می‌شود. در مجموع واژگان مذکور دارای همان معانی سابق خود هستند. قراردادهای ارایه خدمات بلاعوض معمولاً به صورت «عقد تبرعی» یا «عقد مساعدتی»^۲ تشکیل می‌شوند. با این حال قانون مدنی فرانسه واژه «عقد تبرعی»^۳ را برای دسته‌بندی گسترده‌ای که در این نوشته (و در همان جا) عقد غیر معوض نامیده می‌شود، به کار می‌برد. برخی نتایج عملی بر این تقسیم‌بندی‌ها که اهمیت بیشتری دارند، عبارتند از: الف. قانون مدنی فرانسه قواعد صریحی در جلوگیری از بخشش ما ترک (به عنوان دارایی که از یک نسل به اعقاب می‌رسد) از سوی مالک فعلی (مورث) دارد. این قواعد غالباً در ارتباط با ارث از متوفی دارای اثر حقوقی است. البته این رویه در مورد شروط مندرج در برگه‌های معمول برای هبه (که مالیات بسیار سنگین‌تری نسبت به عقد معوض دارد) نیز اعمال می‌شود. ب. اعتراض طلبکاران به عقد غیر معوضی که از سوی بدهکار ورشکسته منعقد شده امکان‌پذیر است، بدون اینکه اثبات نمایند که در ورشکستگی بدهکار ذی‌نفع می‌باشند. با این حال اثبات این امر در عقود معوض الزامی است. ج. مسئولیت متعهد در یک عقد غیر معوض با برخی ملاحظات معین می‌گردد. (برای مثال واهب - بر خلاف بایع - مسؤول تخلیه یا ضامن عیوب نیست؛ محدوده تکلیف مواظبت مقرر برای مستودع تبرعی یا نماینده کاهش یافته و فسخ عقد در برخی موارد تسهیل شده است). د. اشتباه در شخصیت طرف معامله، فقط در

1. Donation.

2. Contrats de bienfaisance .

3. Contrats dsintress.

صورتی موجب بطلان قرارداد است که شخصیت طرف «علت عمده»^۱ عقد باشد. این امر اغلب در عقد غیر معوض صدق می‌کند و در عقد معوض به ندرت مصداق دارد.

۳. عقد قطعی و عقدشانسی^۲

این تقسیم در خصوص عقود «معوض» انجام می‌شود. یک عقد زمانی شانسی است که اجرای آن از سوی یکی از طرفین وابسته به وقوع رویدادی احتمالی در آینده بوده و اجرای تعهد طرف مقابل چنین وضعی نداشته باشد. (بنابراین فروش محصول آینده، هر تن فلان قیمت، عقد شانسی محسوب نمی‌گردد). شرطبندی، ساده‌ترین نمونه عقد شانسی است هر چند که از نظر حقوقی آثار محدودی دارد، به این دلیل که در بازی‌هایی که در آنها شرطبندی می‌شود تنها اثر عقد شانسی این است که استفاده از راه‌حل فسخ به عنوان جبران خسارت ناشی از غبن (یعنی عدم تناسب فاحش بین تعهدات متقابل طرفین) امکان‌پذیر نیست، مهم‌ترین مجرای این شیوه جبران خسارت در بیع املاک است، نمونه متداول عقدی است که در آن شخص (اغلب سالخورده و از کار افتاده) ملک خویش را به دیگری در قبال دریافت مستمری مادام‌العمر می‌فروشد، از این نظر که مبلغی که خریدار باید بپردازد بستگی به طول حیات فروشنده دارد، در اغلب موارد به عدم امکان فسخ به استناد غبن حکم می‌شود (به جای پرداخت مستمری سالانه ممکن است تعهد بر تأمین مادام‌العمر خوراک، مسکن و پرستاری گردد، در این صورت این توافق «قرارداد تأمین»^۳ نامیده می‌شود. در چنین حالتی چون «ثمن» وجه نقد نیست قرارداد منعقد بیع محسوب نمی‌شود و لذا «غبن»^۴ نیز در مورد آن غیرقابل تحقق است. البته امکان دارد که مسأله وجود (یا فقدان) «علت» مطرح گردد).

۴. عقود شناخته شده یا معین

همان‌طور که دیدیم، با اینکه قانون مدنی فرانسه اصل را بر آزادی طرفین در تشکیل

1. Principal cause.

۲ . Contrat commutatif (عقد قطعی)؛ al Contrat (عقد شانسی).

۳ . Bail nourriture (قرارداد تأمین مادام‌العمر لباس، غذا و مسکن برای دیگری).

4. Lesion .

هر نوع عقدی که بدان مایلند، می‌داند در عین حال عقود خاصی (از جمله بیع، اقسام اجاره، نمایندگی یا عقود عینی) را از حقوق رم اقتباس نموده که جزئیات آنها بر حسب مورد به طور تفصیلی یا اجمالی در قانون بیان گردیده است. این قراردادهای خاص یا با نام اغلب به «عقود معین»^۱ مشهورند. قراردادهایی که در چهارچوب و محدوده هیچ یک از عقود معین قرار ندارند، «عقود غیر معین»^۲ نامیده می‌شوند. شرایط زندگی مدرن به فهرست قدیمی عقود، تعداد زیادی از قراردادهای خاص را وارد نموده است. به گونه‌ای که امروزه شایسته است که از عقود خاص، بیش از عقود بانام صحبت شود.

البته تمام عقود، مشمول اصول حاکم بر تعهدات قراردادی می‌باشند. مهم‌ترین فایده تمایز عقود معین و غیر معین از هم دیگر این است که ارکان عقود معین - در صورتی که توافق مخالفی وجود نداشته باشد - در قانون مدنی فرانسه، یا مقررات متعددی که بعداً تصویب گردیده یا عرف تجاری که به عنوان رویه قضایی مورد پذیرش قرار گرفته، تعیین شده است. مثلاً قانون مدنی فرانسه، ۱۲۰ ماده را به بیع (به عنوان ام‌العقود) اختصاص داده است که برای نمونه تعهدات فروشنده (نسبت به تسلیم مبیع و ضمان درک و تعهد در قبال عیوب) و تعهدات خریدار (برای مثال پرداخت ثمن) یا شرایط لازم برای استناد به خیار غبن از سوی بایع را شامل می‌گردد. از طرف دیگر، ارکان عقود غیر معین به طور کلی، مستقیماً از اراده طرفین عقد نشأت می‌گیرد. بنابراین اولین گام در تفسیر عقد، «واجد شرایط بودن» یا «تشکیل» آن است، یعنی تعیین اینکه آنچه واقع شده واجد شرایط یکی از عقود معین است یا نه. مشکل تمایز بین عقود، یکی از مسایل حقوقی است که بارها در دیوان عالی کشور^۳ فرانسه بررسی شده و رویه‌های قضایی متعددی در این زمینه صادر شده است. البته این موضوع که تمام توافقاتی که حقوقی باید «واجد شرایط لازم» باشند، نیز شیوه تدوین رویه قضایی را متأثر ساخته است.

1. contrat nomms .

2.c.ontrats innoms.

3.Cour de cassation.

خلاصه قانون سردفتران در آلمان (بخش سوم)

(قانون فدرال)

ترجمه: دکتر حسینقلی حسینی نژاد

تدوین: ناصر نایبی^۱

اشاره:

در بخش اول، ترجمه فصل اول قانون سردفتران آلمان از نظر عزیزان گذشت. در فصل اول مقرراتی در مورد تعریف سردفتر و وظایف و اختیارات و حدود صلاحیت ذاتی و محلی او درج شده است. همچنین شرایط تصدی سردفتری و نحوه انتخاب سردفتران و دفتریاران و چگونگی آن ذکر شده است به علاوه، موانع و محدودیت‌ها و ممنوعیت‌های سردفتران و مشاغل منافی با سردفتری مورد توجه قرار گرفته است. اکنون در این قسمت بخش دیگری از ترجمه قانون مزبور تقدیم می‌شود.

فصل پنجم، مرخصی و معذوریت سردفتر

اگر سردفتری به هر دلیل (اعم از مرخصی یا معذوریت) نتواند وظایف سردفتری را انجام دهد و یا از حوزه محل مأموریت خود دور باشد باید شورای نظارت با آن موافقت نماید.

۳۹ - ۱ - شورای نظارت می‌تواند به پیشنهاد سردفتر موقتاً جانشینی برای او در مدت

۱. دانشجوی دوره دکتری حقوق خصوصی، مدیر اجرایی مجله کانون و سردفتر اسناد رسمی ۲۲۱ تهران.

مرخصی یا معذوریت معین کند. انتصاب جانشین (کفیل) برای مدت تا یک سال با هماهنگی قبلی امکان پذیر است (جنبه اطلاعی دارد)

۲ - در صورتی که مدت معذوریت بیش از یک سال باشد و یا سردفتر کسی را برای جانشینی پیشنهاد نکند و یا شورای نظارت تشخیص دهد که سردفتر به علت ضعف جسمی یا روحی و یا مشغله زیاد (شخصی) قادر به انجام وظایف خود نیست، ممکن است کفیل (جانشین) بدون پیشنهاد سردفتر تعیین گردد.

۳ - کفیل سردفتر از میان کسانی که حائز شرایط سردفتری باشند انتخاب و منصوب می‌گردد.

جانشین دائم باید سردفتر شاغل و یا معاون سردفتر (شاغل) و یا سردفتر بازنشسته باشد. جانشین دائم می‌تواند همزمان با جلب نظر کانون سردفتران به عنوان سردفتر کفیل به امور وکالت در دعاوی نیز اشتغال یابد.

کسی را که سردفتر به عنوان جانشین خود معرفی می‌کند باید برای تصدی امور سردفتری صلاحیت داشته باشد.

به موجب ماده ۱۸۹۵ قانون مدنی آلمان برای سردفتر می‌توان امین یا ناظر تعیین نمود. مطابق ماده ۱۹ حقوق و وظایف سردفتر کفیل (جانشین) همان حقوق و وظایف سردفتر اصیل می‌باشد مشروط بر آنکه مقررات مغایری وجود نداشته باشد.

۴۰ - جانشین (کفیل) سردفتر با ابلاغ رسمی منصوب می‌شود. چنانچه برای اولین بار برای تصدی امور سردفتری (اعم از موقت یا دائم) منصوب می‌گردد در حضور رئیس جمهور ایالتی سوگند یاد می‌کند. اگر قبلاً به عنوان جانشین سردفتر سوگند یاد کرده است به همان سوگند اشاره می‌کند و لازم نیست مجدداً سوگند یاد کند.

۲ - در هر حال، حکم انتصاب کفیل سردفتر قابل الغاء می‌باشد.

۴۱ - ۱ - کفیل سردفتر کار خود را به نام سردفتر اصیل انجام می‌دهد. و باید عبارت «کفیل سردفتر» را در کنار مهر لاستیکی سردفتر اصیل و زیر امضاء خود به کار ببرد.

۲ - مادام که از سردفتر اصیل رفع ممنوعیت نگردید کفیل سردفتر می‌تواند به کار خود

ادامه دهد.

مرجع صالح جهت رفع اختلافات مالی بین سردفتر اصیل و کفیل اعم از اجرت یا خسارات ناشی از کار (بدون رعایت میزان خواسته) دادگاه شهرستان مقر دفترخانه می‌باشد.
۴۳ - مطابق بند ۲ ماده ۳۲ سردفتر می‌تواند در ازای کاری که انجام داده است (اجرت) دریافت کند.

۴۴ - ۱ - شروع به کار کفیل سردفتر از زمانی آغاز می‌شود که عملاً به کار سردفتری بپردازد. و تا زمانی که حکم انتصاب الغاء نگردیده است، ادامه خواهد یافت و در صورت لغو حکم انتصاب و با تسلیم دفتر به سردفتر اصیل کار جانشینی خاتمه می‌یابد. در این صورت سردفتر اصیل تصدی امور دفترخانه را به عهده می‌گیرد.

۲ - چنانچه کاشف به عمل آید سردفتر در زمان شروع به کار فاقد شرایط سردفتری (موضوع ماده ۳۹) بوده و یا در اثنای کار سردفتری شرایط مزبور را از دست داده است. اسناد تنظیمی و کارهای انجام شده به آن جهت بی‌اعتبار نخواهد بود.

۴۵ - ۱ - چنانچه در مدت ممنوعیت برای سردفتر، کفیل تعیین نشود، او می‌تواند اسناد و دفاتر دفترخانه را به یکی از سران دفاتر همان ناحیه یا به دادگاه شهر خود و یا دادگاه شهرستانی که دفترخانه در حوزه قضایی آن قرار دارد، بسپارد.

تبصره: تسلیم دفاتر به سردفتر دیگر باید به اطلاع دادگاه شهرستان مقر دفترخانه برسد.
۲ - سردفتر یا دادگاه شهرستان که اسناد و دفاتر به او سپرده می‌شود؛ می‌تواند به جای سردفتر غایب یا معذور وظایف او را در حدود تهیه و تسلیم رونوشت اجازه ملاحظه اسناد به ذی‌نفع انجام دهد.

۳ - چنانچه سردفتر برای مدت غیبت یا معذوریت خود اسناد و دفاتر دفترخانه را مطابق بند ۱ این ماده به سردفتر دیگری تحویل نداده باشد، ارباب رجوع می‌تواند جهت دریافت رونوشت و یا ملاحظه اسناد و دفاتر به دادگاه شهرستانی که دفترخانه در مقر آن قرار دارد مراجعه کند.

۴ - سردفتری که به عنوان امین اسناد و دفاتر را در اختیار دارد، اسناد تکمیلی و

رونوشت اسناد را با امضاء یا مهر خود صادر می‌کند.

صدور سند یا رونوشت سند توسط دادگاه شهرستان صالحه، تابع مقررات مربوط به صدور اسناد یا رونوشت مدارک قضایی خواهد بود و هنگام صدور اسناد باید به مراتب غیبت یا معذوریت سردفتر اشاره شود.

۵ - هزینه‌های مربوط به صدور سند یا تهیه رونوشت اسناد به شرح بندهای ۲ و ۳ توسط سردفتر امین یا دادگاه شهرستان صالحه به صندوق دولت واریز می‌شود.

۴۶ - چنانچه در اثر تخلفات سردفتر کفیل خساراتی متوجه اشخاص گردد سردفتر کفیل و سردفتر اصیل هر دو متضامناً مسئول جبران خسارات زیان دیده خواهند بود. چنانچه جبران خسارت توسط سردفتر اصیل صورت گیرد او می‌تواند به سردفتر کفیل رجوع کند.

۴۷ - در موارد زیر دفترخانه تعطیل می‌شود:

۱ - در صورت فوت یا رسیدن سردفتر به سن بازنشستگی

۲ - ابطال پروانه وکالت یا الغاء حکم سردفتری

۳ - انقضای مدت اجاره سردفتری به موجب قانون فدرال (بند ۲ ماده ۳)

۴ - محرومیت از حرفه سردفتری به علت محکومیت کیفری

۵ - محرومیت از حرفه سردفتری به استناد ماده ۵۰ این قانون

۶ - انفصال دائم از حرفه سردفتری به موجب رأی دادگاه انتظامی

۷ - تعطیل دائم دفترخانه توسط خود سردفتر

۴۸ - سردفتر می‌تواند هر زمانی که بخواهد از کار خود استعفاء کند. تقاضای (استعفاء)

باید به صورت کتبی به رئیس دادگستری شهرستان مربوطه تسلیم شود. تاریخ قبول استعفاء با تاریخ تقاضای معافیت مطابق خواهد بود.

۴۸ الف - سن بازنشستگی سردفتران هفتاد سال تمام می‌باشد.

۴۸ ب - سردفتر زن یا سردفتری که: ۱ - کودک کمتر از ۱۸ سال تحت ولایت یا تکفل

خویش دارد.

۲ - هنگامی که پزشک قانونی مراقبت از افراد دیگر را که تحت تکفل او هستند لازم بداند. در این صورت سردفتر می‌تواند با موافقت شورای نظارت کار خود را موقتاً تعطیل کند. مدت تعطیلی مطابق بند یک نباید از دوازده سال تجاوز کند.

۴۸ ث

۱ - در صورتی که سردفتر پیشنهاد خود را برای جلب موافقت مطابق ماده ۴۸ ب اعلام کند و قصد داشته باشد که به شغل خود در عرض یک سال و در همان محل برگردد، باید با او مطابق بندهای ۲ و ۳ ماده ۹۷ رفتار شود. ۲ - پس از انتصاب مجدد، چنانچه مراجعه به محل قبل از تعطیل در دو سال آینده مقدور نباشد بند ب ماده ۴۶ اعتبار خود را از دست نخواهد داد. و تعطیل مجدد کار مطابق بند ۱ نباید از سه سال تجاوز کند.

۴۹ - آثار ناشی از محکومیت جزایی برای سردفتر و کارکنان دادگستری یک‌سال می‌باشد.

۵۰ - در موارد زیر سردفتر منفصل می‌شود:

۱ - هرگاه شرایط مذکور در ماده ۵ را از دست بدهد و یا از زمان صدور حکم انتصاب فاقد شرایط مزبور بوده باشد. در صورت تحقق هر یک از موارد فوق حکم انتصاب سردفتری توسط مقام صالح قضایی شهرستان ابطال و یا باید استرداد شود.

۲ - هرگاه سردفتر از سوگند یاد کردن مخصوص اشتغال به سردفتری مطابق ماده ۱۳ امتناع کند.

۳ - هرگاه به شغلی منافی شغل سردفتری اشتغال یابد یا مطابق بندهای ۱ و ۲ ماده ۸ نتواند موافقت لازم و مقرر در بند ۳ ماده ۸ را تحصیل کند.

۴ - هنگامی که صلاحیت جهت ادامه اشتغال به حرفه سردفتری از طرف مقام قضایی در حال رسیدگی است.

۵ - هرگاه سردفتر به موجب دستور قضایی از تصرف در اموال خود ممنوع شده است (ممنوع المعامله)

۶ - هرگاه سردفتر برخلاف بند ۲ ماده ۸ به حرفه دیگری اشتغال ورزد و یا برخلاف

مقررات بندهای ۱ و ۲ ماده ۹۰ اشخاص دیگر را در فعالیت حرفه سردفتری شریک کند و یا به عنوان همکار در دفترخانه قرارداد همکاری بسته باشد.

۷ - هرگاه سردفتر به علت ناتوانی جسمی یا روحی و یا از کارافتادگی و یا به علت جنون خفیف به طور دائم از انجام وظایف خود ناتوان شود.

۸ - هرگاه به علت ضعف مدیریت توان اداره امور دفترخانه را نداشته و حقوق صاحبان حق را به مخاطره اندازد.

۹ - هرگاه با همکاران خود رفتار خارج از نزاکت داشته و مقررات مربوط به تنظیم اسناد را رعایت نکند.

۱۰ - هرگاه بیمه‌های مقرر را برقرار نکند.

۴ - در مورد محرومیت از شغل به موجب شق ۷ بند ۱ در صورتی که برای حفظ حقوق سردفتر، کفیل تعیین می‌کنند کفیل باید از نظر آمادگی جسمانی توسط طیب معاینه شود و اگر امتناع از همکاری کند مقرراتی ناظر به این امر وجود دارد که رئیس دادگاه شهرستان اعمال خواهد کرد. کفیل باید وکیل دادگستری یا یک سردفتر باشد. قاضی دادگاه شهرستان بر فعالیت‌های کفیل نظارت خواهد کرد.

۵۱ - هنگامی که دفترخانه تعطیل می‌شود و یا محل دفترخانه به مقر دادگاه شهرستان دیگر منتقل شود، دفاتر دفترخانه و اسنادی که صادر کرده است تحت حفاظت دادگاه شهرستان قرار می‌گیرد.

۱ - مقام قضایی می‌تواند دفاتر را به یک دادگاه دیگر یا یک سردفتر دیگر تحویل دهد. مقررات بندهای ۲ و ۴ و ۵ ماده ۴۵ در این مورد لازم‌التباع است. ۲ - مهر لاستیکی سردفتر مطابق بند ۱ توسط دادگاه معدوم می‌شود. ۳ - اگر سردفتری پس از تعطیل دفترخانه یا پس از تغییر محل دفترخانه مجدداً در همان حوزه که قبلاً مقر او بوده است به سردفتری منصوب شود اسناد و دفاتری که مطابق بند ۱ از او گرفته‌اند مجدداً به او مسترد خواهد شد. ۴ - اگر محل دفترخانه به حوزه قضایی دادگاهی که در همان شهرستان است منتقل شود دفترها و اسناد همچنان در حفاظت دادگاه اول می‌ماند و مهر لاستیکی قبلی را

به او نمی‌دهند. ۵ - تسلیم اسناد سردفتر به بایگانی ایالتی و یا امحای اسناد سردفتر بستگی به نظر دادگاه شهرستان دارد. هنگامی که اسناد سردفتر به بایگانی دولتی سپرده شده و یا هنگامی که این اسناد در دفترخانه باشد، یا به موجب بندهای ۱ و ۲ برای محافظت به سردفتر دیگری سپرده شوند در این صورت سردفتر امین یا دادگاهی که در حوزه آن سردفتر استقرار دارد حسب مورد رونوشت اسناد را براساس مقررات بندهای ۴ و ۵ ماده ۴۵ این قانون به متقاضی می‌دهند و مقررات بند ۳ ماده ۷۹۷ قانون مدنی نیز لازم‌الرعایه خواهد بود.

۵۲ - ۱ - سردفتر با تعطیل دفترخانه اجازه و عنوان سردفتری را از دست می‌دهد و اجازه به کار بردن عنوان سردفتری را نخواهد داشت و در مقابل اسم سردفتر عنوان سردفتر نباید ذکر شود.

۲ - اگر سردفتری به علت رسیدن به سن بازنشستگی یا به علت محروم شدن از ادامه شغل و یا به علل دیگر از ادامه کار خود محروم شود مقام قضایی می‌تواند به سردفتر قبلی اجازه اشتغال دهد. عنوان سردفتری چون حق استعمال این عنوان از او سلب شده است دیگر نباید به کار رود و همین امر در مورد سردفتری که وکیل دادگستری می‌باشد نیز صادق است و این در صورتی است که او به علت محرومیت یا رسیدن به سن بازنشستگی از کار برکنار شده یا اینکه از کار خود کناره گرفته باشد که ممکن است شغل وکالت به او داده شده و به وکالت دادگستری منصوب شود. دادگاه شهرستان می‌تواند عنوان (سردفتر برکنار شده) را پس بگیرد و این در صورتی است که شرایط مندرج در بندهای ۵ و ۷ ماده ۴۷ یا شقوق ۱ تا ۸ بند ۱ ماده ۵۰ محقق شود. اگر در این موارد سردفتر قبلی را از سمت وکالت محروم نکرده باشند قبل از سلب این عنوان نظر سردفتر خواسته می‌شود. اگر سمت وکالت سردفتر را سلب نکرده باشند دیگر اجازه داشتن عنوان سردفتری خارج از خدمت مجاز نخواهد بود مشروط بر اینکه پس از سلب اجازه دیگر وکیل دادگستری نباشد یا دوباره نتوان او را به وکالت دادگستری منصوب کرد.

۵۳ - ۱ - اگر دفترخانه تعطیل شود یا سردفتر محل دفتر را تغییر بدهد سردفتر دیگری

که مقیم آن شهر باشد با موافقت مقام قضایی هنگامی می‌تواند به جای او منصوب شود که محل کار او در همان محل دفتر سردفتر قبلی بوده و نوعی رابطه صمیمانه بین کارکنان آن دفتر و این سردفتر وجود داشته باشد. با تقاضای سردفتر در مورد تعیین جانشین موافقت نمی‌شود هرگاه منافع ارباب رجوع در خطر باشد. ۲ - اعتبار اقدامات و یا کارهای حقوقی که با اجازه صورت گرفته است با تخلف از حکم بند ۱ این ماده از اعتبار نمی‌افتد.

۵۴ - ۱ - شورای نظارت می‌تواند در موارد زیر سردفتر را موقتاً از کار خود منفصل کند. ۱ - ۱ - هنگامی که دادگاه اطفال به مقامات شورای نظارت مطابق ماده ۶۴ قانون حفاظت اطفال در مورد امور حسبی نظری داده باشد. ۱ - ۲ - هنگامی که شرایط مقرر در ماده ۵۰ را موجود فرض کرده‌اند ولیکن در واقع موجود نیست. ۱ - ۳ - وقتی که سردفتر بیش از دو ماه بدون موافقت شورای نظارت خارج از حوزه مأموریت دفتر خود اقامت کند.

۲ - سردفتری که در عین حال وکیل دادگستری نیز هست از طرف شورای محکمه انتظامی منفصل شود. هنگامی که برخلاف مقررات اخلاقی قانون وکالت فدرال رفتار کرده باشد، احکام مربوط به دادرسی انتظامی باید رعایت شود. هرگاه سردفتری که در عین حال وکیل نیز هست از کار خود به موجب حکم محکمه انتظامی منفصل شود، محکمه انتظامی می‌تواند ممنوعیت تعیین جانشین را به موجب ماده ۱۵۰ قانون فدرال وکالت درباره او اعمال کند در صورتیکه به موجب ماده ۹۷ تحت محاکمه انتظامی باشد.

۴ - احکام انفصال موقت به موجب قانون در موارد ذیل اجراء می‌شود: ۱ - هرگاه درباره سردفتر بازپرس قرار بازداشت صادر کرده باشد تا زمانی که این قرار به قوت خود باقی است. ۲ - هرگاه سردفتری که وکیل دادگستری نیز هست به علت محرومیت از تعیین جانشین یا کفیل یا به موجب قانون مدنی یا به موجب قانون وکالت آلمان معلق شده باشد، در این صورت این انفصال تا زمانی که حکم تعلیق اعتبار دارد، ادامه خواهد داشت.

۳ - هنگامی که درباره سردفتری که در عین حال وکیل هم هست استرداد عنوان و یا اجازه برای وکالت، مطابق ماده ۱۶ قانون وکالت فدرال آلمان فوریت داشته باشد سردفتر

معلق می‌شود و این تعلیق تا ادامه تعقیب ادامه خواهد داشت.

۵ - مقررات مربوط به انفصال سردفتر و احکام دادرسی انتظامی به اعتبار خود باقی است.

۵۵ - ۱ - در مورد انفصال، هنگامی که سردفتر جانشین معین نکرده است، دادگاه شهرستان می‌تواند دفاتر و اسناد و همچنین مهر لاستیکی او را تا هنگامی که انفصال ادامه دارد تحت حفاظت خود قرار دهد. بندهای ۲ و ۴ و ۵ ماده ۴۵ ناظر به این مورد است. ۲ - سردفتر می‌تواند در طول مدت انفصال به شغل دیگری که دارد بپردازد. تخلف سردفتر اعمالی را که به موجب حکم سردفتری انجام داده است از اعتبار نمی‌اندازد ولی به موجب ماده ۲۳ سردفتر دیگر نمی‌تواند وظایف سردفتری را انجام دهد.

۵۶ - ۱ - اگر سردفتری که منصوب شده، از کار خود منفصل شود، مقر دفتر او نیز تغییر می‌یابد یا اگر در مورد بندهای ۱ و ۲ ماده ۸ سردفتری منصوب شده تا کار دفتر را شخصاً انجام دهد باید به جای او معاون دیگری که واجد شرایط سردفتری باشد تعیین شود تا کار سردفتر را بر عهده گیرد.

اگر سردفتری که وکیل نیز هست به علت تعطیلی دفترخانه از کار محروم شود در صورت لزوم می‌تواند برای تصفیه کارها تا مدت یک سال یک دفتریار تعیین کند. در موارد استثنایی این مهلت می‌تواند تا یک سال تمدید شود و در ضمن سه ماه اول دفتریار مجاز است که خود سردفتری جداگانه داشته باشد. اگر دفتریاری منصوب شود او هم می‌تواند به عنوان دفتریار کارهای دفتر را انجام دهد. ۳ - اگر سردفتر به موجب بند ۳ ماده ۴۸ کار خود را موقتاً کنار بگذارد یک دفتریار برای مدت یک سال برای او معین می‌شود. ۴ - اگر موقتاً سردفتر از کار خود منفصل شود دفتریاری به جای او منصوب می‌شود و این در صورتی است که برای جانشینی سردفتر واجد شرایط باشد. ۵ - معاون سردفتر موظف است که کارهای بازرسی دفتر را هم بر عهده گیرد.

۵۷ - ۱ - دفتریار اگر سردفتر دستور دیگری نداده باشد، تابع مقررات مربوط به سردفتر خواهد بود. ۲ - دفتریار توسط مقام قضایی پس از جلب نظر موافق کانون سردفتران

منصوب می‌شود و اگر به عنوان سردفتر هنوز سوگند یاد نکرده باشد قبل از تصدی مقام خود باید در حضور رئیس محکمه شهرستان سوگند تصدی را یاد کند. بند ۲ ماده ۴۰ در این مورد لازم‌الاجرا می‌باشد.

۵۸ - دفتریار، اسناد و دفاتر سردفتری را که به جای او منصوب شده است تحویل می‌گیرد و این در صورتی است که مدارک مربوط به کار و اوراق بهادار را هنگام انتصاب دفتریار به دادگاه شهرستان تحویل نداده باشند و اگر تحویل داده باشد باید مدیر دفتر دادگاه به مدیر دفتر جدید تحویل دهد.

۲ - دفتریار باید کارهایی را که سردفتر شروع کرده است ادامه دهد. امور مالی دفترخانه اعم از درآمد و مخارج با دفتریار است، البته تا آنجا که در زمان تصدی او این مخارج ضروری باشد و موظف است مخارجی را که قبل از تصدی شغل دفتریاری وجود داشته و به حساب بدهی بابت مخارج پرداخته‌اند به حساب سردفتر بیاورد ۳ - در صورتی که مطالبه پرداخت مخارج به عهده یک سردفتر مستقل یا جانشین او باشد ولی دفتریار اسناد مربوط به محاسبه مخارج را اعمال نکند، وظیفه سردفتر مزبور یا جانشین اوست که گزارشی را به موجب ماده ۱۵۶ تهیه و به سردفتر جدید تسلیم کند. در این صورت سردفتر اخیر حق اعمال اسناد معوقه را خواهد داشت، دفتریار باید اسناد و دفاتری را که به موجب آن سردفتر گذشته مدیون است، برای مشاهده در اختیار سردفتر جدید بگذارد.

۵۹ - ۱ - دفتریار درآمد خود را به حساب سردفتر، در مقابل اجرت مناسب، می‌گذارد و کانون سردفتران اگر قرارداد دیگری با دفتریار منعقد نکرده باشد وجوه مزبور را ماهیانه حساب می‌کند و اگر دفتریار درآمد دفتر را به حساب کانون سردفتران نگذارد این حساب جزء حساب‌های معوقه به شمار می‌آید. ۲ - کانون سردفتران حق محاسبه یا حق توقیف اجرت دفتریار را تا حدی دارا است که این اجرت قابل ترهین باشد یا اینکه ادعای خسارت از او به واسطه اعمالی که ناشی از تقصیر او است، باشد.

۳ - کانون سردفتران می‌تواند به طور کلی یا موردی تصمیماتی در مورد بندهای ۱ و ۲ مبنی بر تخفیف اتخاذ کند. بند ۲ در این مورد قابل اجرا نیست.

۶۰ - اضافه پرداختی‌های دفتریاران به کانون سردفتران، باید قبل از همه برای پرداخت

مخارج کارکنان و بازماندگان (وراث) آنها مصرف شود. اگر اضافه‌ای باقی بماند مطابق ترتیب مقرر در شق ۲ بند ۴ ماده ۶۷ این اضافی مصرف خواهد شد و اگر مشمول این قاعده کلی نباشد این مبلغ به کانون سردفتران برمی‌گردد.

۶۱- در مورد خسارات ناشی از تخلفات سردفتر، کانون سردفتران و سردفتر مسئولیت تضامنی دارند. در رابطه بین کانون سردفتران و دفتریار، فقط دفتریار مسئول است. همین مسأله در مورد مسئولیت سردفتر مطابق مواد ۴۶ و ۱۹ (بند ۲) نیز وجود دارد و در مورد تخلف اداری جانشین یا معاون سردفتر بندهای ۱ و ۲ و ۳ ماده ۱۹ اعمال می‌شود. حداقل مسئولیت کانون سردفتران در مورد پرداخت خسارات به اندازه حداقل مبلغ بیمه است. به موجب بند ۲ از مسئولیت ناشی از بیمه ۲- کانون سردفتران و دفتریار در مقابل زیان دیده مسئولیت دارند که از طریق قرارداد بیمه خسارت را تأمین کنند و این مسئولیت به موجب مواد ۱۹ و ۶۷ (بند ۳) مقرر شده است. دعوای مربوط به مسئولیت بیمه‌گر و همچنین دعوای تقابل دفتریار و سردفتر باید میان خود آنها طرح شود. ۳- دولت در مقابل تخلف اداری دفتریار مسئولیتی ندارد.

۶۲- رسیدگی به دعوای مالی میان کانون سردفتران و دفتریار که به تأمین خسارت و محاسبه ضمان ناشی از خسارت کار مربوط می‌شود در صلاحیت دادگاه شهرستان است و تعیین میزان خسارت، هرچه باشد، در صلاحیت دادگاه است.

۶۳- ۱- دفتریار مکلف است که دفاتر اسناد دفترخانه را حفظ کند و برای ملاحظه ارباب رجوع در اختیار آنان بگذارد. ۲- حق مراجعه شورای نظارت به اعتبار خود باقی است. ۶۴- ۱- دفتریاری که به موجب بند ۱ ماده ۵۶ منصوب می‌شود، هنگامی کار او خاتمه می‌یابد که سردفتر دیگری منصوب شود یا در صورتی که مدت ممنوعیت سردفتر از کار سپری شود یا به موجب بندهای ۱ و ۲ ماده ۸ سردفتری که از کار خود برکنار شده است مجدداً به کار گماشته شود. قاضی دادگاه شهرستان می‌تواند حکم انتصاب را با دلایل معتبر لغو کند. ۲- دفتریار دفتری که به موجب بند ۲ ماده ۵۶ منصوب شده است پس از انقضای مدت مقرر در حکم انتصاب کار او خاتمه می‌یابد. در این مورد بند ۱ ماده ۳ معتبر خواهد بود. ۳- اگر پس از خاتمه مأموریت دفتریار، سردفتر قبلی مجدداً کار خود را به

عاهده بگیرد و یا سردفتر جدید به موجب بندهای ۱ و ۲ ماده ۵۱ اسناد و دفاتر دفترخانه را تحویل بگیرد در این صورت سردفتر جدید کاری را که دفتریار شروع کرده است ادامه می‌دهد. پس از عهده‌دار شدن تصدی دفترخانه، سردفتر جدید مبالغ معوقه را وصول می‌کند و در مورد بدهکارانی که قبل از تصدی او مدیون بوده‌اند موضوع وصول بدهی را به هیئت‌های مربوط به رسیدگی به امور دفتریاران حواله دهد. ۴ - دفتریارانی که وجوه مزبور در تصرف اوست پس از خاتمه مأموریت به نام خود به کانون سردفتران تحویل دهد. مواد ۱۵۴ تا ۱۵۷ این مبلغ را معین می‌کند. کانون سردفتران می‌تواند به سردفتر جدید یا سردفتری که مجدداً به کار گماشته می‌شود مأموریت دهد که مطالبات باقی مانده را به حساب خود وصول کند.

ادامه دارد

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

- بالا بردن سطح دانش و آگاهیهای سردفتران و دفتریاران
- 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 سردفتران، دفترباران، همکاران ثبتی، پژوهشگران، حقوقدانان، صاحبانظران و اهل قلم به همکاری، رعایت نکات زیر را در مقالات ارسالی توصیه می‌کند:

- ۱ - مقالات روی یک طرف 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 مآخذ 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:

.....

.....

تلفن تماس: کد پستی ارسال

فرمایید. هزینه اشتراک طی فیش شماره

به مبلغ که اصل آن پیوست می‌باشد، واریز شده است.



- ۱ - هزینه اشتراک ۶ شماره ۶۰۰۰۰ ریال و ۱۲ شماره ۱۲۰۰۰۰ ریال است.
- ۲ - هزینه اشتراک را به حساب ۳۴۳۴ بانکی ملی شعبه فیابان میرزای شیرازی کد ۱۶۹ 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.