

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



کانون

مجله خبری و تحلیلی در زمینه علوم انسانی

سال ۴۹ ، دوره دوم ، شماره ۷۰

خرداد و تیرماه ۱۳۸۶

صاحب امتیاز و مدیرمسئول:

کانون سردفتران و دفتراران

مدیر اجرایی:

ناصر ناییب

سردبیر:

ناصر ناییب

ویراستار ادبی: وحید امینی

حروفچین و صفحه‌آرا: فهیمه اسماعیلی

همکاران این شماره:

نادر پور ارشد، مهدی چای‌بخش، محمدرضا

دشتی اردکانی، حسن روشن، لطیف عبادپور،

قادر فرامرزیور، محمود محمدزاده،

بهروز نوروزی.

پایگاه اینترنتی کانون سردفتران و دفتراران :

www.notarly.ir

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: خجسته

نشانی چاپخانه:

خیابان انقلاب، خیابان شهید پورموسی،

پلاک ۲۱

تلفن چاپخانه: ۸۸۸۰۴۸۲۳

شمارگان: ۴۸۰۰ نسخه

بها: ۱۰۰۰۰ ریال

(دفاتر اسناد رسمی یک جلد رایگان)

فهرست مندرجات

- سخن روز ۷
- لطیف عبادپور
- گفت‌وگو با نایب رئیس کانون سردفتران و دفتریاران ؛ ۱۲
- جناب آقای محمدرضا دشتی اریکانی
- بررسی حقوقی شرط عدم عزل وکیل در ضمن عقد وکالت..... ۱۷
- مهدی چای بخش
- اثر ثبت بر وضعیت حقوقی شرکت‌های تجاری ۵۲
- نادر پور ارشد
- ثبت در آیینہ قانون مدنی ۶۴
- «با نگرشی بر تأثیر مقررات ثبتی بر معاملات اموال غیرمنقول»
- بهروز نوروزی

- ۸۰..... قلمرو اختیارات دفاتر اسناد رسمی در تفسیر قراردادها
حسن روشن
- ۱۱۰..... نمونه سند تنظیمی
محمود محمدزاده
- ۱۲۷..... گزیده آراء شورای عالی ثبت
قادر فرامرزیور
- پرسش و پاسخ‌های حقوقی (سران دفاتر اسناد رسمی و اداره کل امور اسناد و
سردفتران سازمان ثبت) ۱۳۳
- ۱۴۱..... گزیده‌ای از نظرات اداره کل حقوقی وزارت دادگستری
- ۱۴۵..... رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.....

سخن روز

ابلاغ الکترونیکی بخشنامه!؟

لطیف عبادپور^۱

قاعده قبح عقاب بلایان ایجاب نموده است، در حقوق، ابلاغ قوانین و مقررات، اوراق قضایی و اجرایی و ... از اهمیت شایسته‌ای برخوردار باشد. ماده ۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «مصوبات مجلس شورای اسلامی و نتیجه همه پرس‌پرسی پس از طی مراحل قانونی به رئیس‌جمهور ابلاغ می‌شود. رئیس‌جمهور باید ظرف پنج روز آن را امضاء و به مجریان ابلاغ نماید و دستور انتشار آن را صادر کند و روزنامه رسمی موظف است ظرف مدت ۷۲ ساعت پس از ابلاغ منتشر نماید.

تبصره: در صورت استتکاف رئیس‌جمهور از امضاء یا ابلاغ در مدت مذکور در این ماده به دستور رئیس مجلس شورای اسلامی روزنامه رسمی موظف است ظرف مدت ۷۲ ساعت مصوبه را چاپ و منتشر نماید». و براساس ماده ۲ همان قانون: «قوانین ۱۵ روز پس از انتشار در سراسر کشور لازم‌الاجراست مگر آن که در خود قانون، ترتیب خاصی برای موقع

۱. کارشناس ارشد حقوق خصوصی، عضو هیئت تحریریه مجله قانون و مدرس دانشگاه، سردفتر اسناد رسمی ۱۰ پارس‌آباد

اجراء مقرر شده باشد». و به موجب ماده ۳ قانون مزبور «انتشار قوانین باید در روزنامه رسمی به عمل آید».

انتشار قانون در روزنامه رسمی طریقه‌ای است که قانونگذار برای ابلاغ مصوبات مجلس شورای اسلامی پیش‌بینی کرده است؛ شیوه‌ای که شامل حال تصمیمات قوه مجریه و قضاییه (اعم از تصویب‌نامه‌ها، آیین‌نامه‌ها و بخش‌نامه‌ها) - بنا به نص ماده یک قانون مدنی - نمی‌گردد و هیچ متنی هم در این باره نمی‌توان در متون قانونی یافت. هرچند که براساس قاعده صدرالذکر و با قیاس اولویت تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌ها نیز در روزنامه رسمی منتشر می‌شود و ۱۵ روز پس از انتشار در سراسر کشور لازم‌الاجرا است. لیکن در این میان بخش‌نامه، علی‌رغم ترک‌تازی‌هایش در میان سایر متون قانونی! هنوز که هنوز است و گرچه عزیز است، توفیق انتشار در روزنامه رسمی نیافته است. از آن رو که بخش‌نامه، طرف خطابش مردم نیست، و بلکه تعلیم یا تعلیماتی است کلی و یکنواخت (به صورت کتبی) که از طرف مقام اداری به مرئوسین برای ارشاد به مدلول و طرز تطبیق قانون یا آیین‌نامه داده شود و نباید مخالف قانون یا آیین‌نامه باشد و قابل استناد در دادگاه نیز نیست و فی حد ذاته منشأ حق و تکلیف جدیدی نمی‌باشد و در صورت تعارض با قانون یا آیین‌نامه نباید به آن عمل کرد.

تسلیم بخش‌نامه به اداره مخاطب و اخذ رسید، شیوه‌ای است که به عنوان یک عرف در ابلاغ بخش‌نامه در حقوق اداری امکان عرض اندام را از شیوه‌های دیگر سلب نموده است. راهی که با انجام آن می‌توان مطمئن شد مخاطب بخش‌نامه از آن مطلع شده است. ضریب اطمینان این روش تا به آن حد است که علی‌رغم گسترش خدمات الکترونیکی، اعتبار آن هنوز حفظ شده و قانونگذار فعلاً به فکر تجدیدنظر در متون قانونی و عرف ایجاد شده در این باره نیفتاده است.

به قرار اطلاع واصله، گویا اداره کل محترم ثبت اسناد و املاک تهران دیگر از ابلاغ بخشنامه‌های مربوط به اسامی افراد ممنوع‌المعامله، رفع ممنوعیت معامله و بخشنامه‌های اجرایی و برخی دیگر از بخشنامه‌ها به طریق معهود و معروف (ارسال پستی یا تسلیم به نماینده سردفتر) خودداری می‌کند و صرف درج در سایت اداره کل را کافی برای ابلاغ می‌داند و این بدان معنی است که سردفتر مکلف است جهت اطلاع از مفاد بخشنامه‌های ابلاغی به سایت مزبور مراجعه کند و الاً نمی‌تواند به عذر عدم اطلاع متمسک شود. آیا بدون دخالت مرجع قانونگذاری می‌توان چنین تکلیفی را به سران دفاتر اسناد رسمی تحمیل کرد؟

می‌دانیم که معنای لغوی و حقوقی لفظ ابلاغ، توجیه ابلاغ الکترونیکی را با مشکل روبرو می‌سازد چرا که این لفظ، مصدر باب افعال است و باب افعال متعدی‌ساز، و این لفظ خود رساننده این معنی است که (چیزی را باید رساند به کسی) و در این میان نقش اصلی را ابلاغ کننده ایفاء می‌کند و مخاطب ابلاغ نقش انفعالی دارد و هیچ تکلیفی برای او متصور نیست؛ که برای شانه خالی کردن از مسئولیت، ثابت کند سعی و تلاش لازم را برای احراز دستورهای اداری به کار گرفته است، مروری بر متون قانونی مبنای صدور این بخشنامه‌ها نیز عدم وجاهت ابلاغ الکترونیکی آنها را بیشتر نمودار خواهد ساخت.

همچنین ماده ۲۰ آیین‌نامه اجرایی قانون اصلاح و حذف موادی از قانون ثبت اسناد و املاک (مصوب ۱۳۱۰) و اصلاحات بعدی آن مصوب ۴/۳۱ و ۱۳۶۵/۵/۷ بیان می‌کند: «پس از اتخاذ تصمیم هیئت نسبت به املاک ثبت شده، تصمیم متخذ به ثبت محل ابلاغ و مفاد آن در متن و ملاحظات ثبت دفتر املاک قید می‌شود و نسبت به صدور سند مالکیت جدید طی بخشنامه‌ای به دفاتر اسناد رسمی مربوطه و عندالاقضاء سایر مراجع ذی‌ربط اعلام خواهد شد.»

تبصره یک ماده ۱۲۰ اصلاح موادی از آیین‌نامه قانون ثبت نیز مقرر می‌کند: «اداره ثبت مکلف است هنگام صدور المثنی سند مالکیت مراتب را به دفاتر حوزه خود کتباً اعلام و متذکر شود که هر موقع نسبت به پلاک موضوع المثنی سند مالکیت بخواهند هرگونه سند معامله‌ای تنظیم نمایند (اعم از اینکه به استناد اصل سند مالکیت باشد یا المثنی) جریان ثبتی ملک را استعمال و سپس در صورت نبودن مانع اقدام به تنظیم و ثبت معامله کنند... در محل‌هایی که از رایانه استفاده می‌شود نیاز به اعلام موضوع به دفاتر اسناد رسمی نمی‌باشد...»

در هیچ یک از این متون، جمله یا عبارت و یا حتی یک لفظ که بتوان ابلاغ الکترونیکی بخشنامه‌ها را مستظهر به آن نمود وجود ندارد. در سایر قوانین و مقررات نیز اگر قانونگذار در مواردی چند ابلاغ پستی را تجویز نموده، تاکنون هیچ متن قانونی مبنی بر مجاز بودن ابلاغ الکترونیک از تصویب قوه مقننه نگذشته است؛ جالب این است که قانونگذار خود در مقام قانونگذاری بی‌توجه به ماشین‌های الکترونیکی و رایانه نبوده است چنانکه در مورد اسناد مالکیت المثنی متذکر شده است: «...در محل‌هایی که از رایانه استفاده می‌شود نیاز به اعلام موضوع به دفاتر اسناد رسمی نمی‌باشد...» و یا در مواردی چند از امکان صدور پاسخ استعمال ثبت به وسیله ماشین‌های الکترونیکی سخن بر زبان آورده است. ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی رسیدگی اسناد مالکیت معارض و هیئت نظارت و شورای عالی مصوب ۱۳۵۲ تأکید می‌کند: «... در نقاطی که پاسخ استعمال به وسیله ماشین‌های الکترونیکی تهیه می‌شود اطلاع لازم نیز به ماشین‌های مزبور داده خواهد شد». یا در تبصره ذیل ماده ۳۱ آیین‌نامه دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۱۷ بیان می‌کند: «پاسخ‌های رسیده از ماشین‌های الکترونیکی که روی برگ‌های مخصوص منعکس و با مهر مخصوص ثبت مربوط ممهور گردیده نیز معتبر خواهد بود».

اگر ابلاغ الکترونیک طریق مطمئنی برای ابلاغ بود چرا قانونگذار علی‌رغم التفات به ماشین‌های الکترونیکی به تجویز ابلاغ الکترونیکی همت نگماشته است. ممکن است ایراد شود که واضع قانون در هیچ مورد شیوه ابلاغ را (به جز قانون) تعیین نکرده و با الفاظی چون «ابلاغ خواهد شد» یا «اعلام خواهد شد»، آن را ضروری شناخته است. باید گفت وقتی واضع قانون یا آیین‌نامه لفظی را به طور مطلق به کار می‌برد و قیدی بر آن نمی‌افزاید، اصول استنباط ایجاب می‌کند، مطلق را منصرف به فرد شایع آن کنیم نه فرد نادر که در مورد ابلاغ فرد شایع ابلاغ تسلیم به مخاطب و اخذ رسید است و ابلاغ الکترونیکی حتی نه فرد نادر بلکه فردی است خارج از افراد آن و تا زمانی که قانونی در این باره از تصویب نگذشته است، ابداع چنین ترکیبی (ابلاغ الکترونیک) در ادبیات حقوقی ما وجاهت نخواهد داشت؛ با اذعان به این که استفاده از علوم و فنون روز در حرفه سردفتری از اهم واجبات است، ولی این نباید به بهای دور زدن قانون باشد بلکه باید با وضع قوانین متناسب، بستر و امکانات لازم را برای استفاده بهینه از فن‌آوری‌های نوین فراهم کنیم.

به دنبال تلاش اعضای هیئت مدیره کانون سردفتاران و دفترباران و مساعی سازمان محترم ثبت در خصوص فراهم نمودن زمینه‌های لازم عضویت ایران در اتحادیه جهانی سردفتاران لاتین و اطلاع‌رسانی‌هایی که در این باره صورت گرفت، پرسش‌های فراوانی از ناحیه همکاران محترم در سراسر کشور در مورد این اتحادیه مطرح شده است که به شیوه‌های مختلف در برخی شماره‌های پیشین مجله بدان پرداختیم؛ در این شماره نیز متن گفت‌وگوی خبرنگار کانون سردفتاران و دفترباران با جناب آقای محمدرضا دشتی اردکانی نایب رئیس محترم کانون سردفتاران و دفترباران را درج می‌کنیم تا برای همکاران و مخاطبان ارجمند مجله آشنایی بیشتری نسبت به این اتحادیه حاصل شود:

نایب رئیس کانون سردفتاران و دفترباران:

اتحادیه جهانی سردفتاران در سازمان ملل متحد، سازمان تجارت جهانی و

کنفرانس حقوق بین‌الملل خصوصی لاهه نماینده دارد

نایب رئیس کانون سردفتاران و دفترباران با بیان اینکه اتحادیه جهانی سردفتاران عضو سازمان ملل متحد، سازمان تجارت جهانی و کنفرانس حقوق بین‌الملل خصوصی لاهه است، هدف از تأسیس این اتحادیه را ارتقاء، هماهنگی و توسعه حرفه و فعالیت‌های سردفتاری در دنیا عنوان کرد.

محمد رضا دشتی اردکانی در گفت‌وگو با خبرنگار کانون سردفتاران و دفترباران در رابطه با سابقه و پیشینه اتحادیه جهانی سردفتاران و بررسی نحوه پذیرش عضویت کشورمان در این اتحادیه اظهار داشت: اتحادیه جهانی سردفتاران در سال ۱۹۴۸ توسط نمایندگان

سردفتر ۱۹ کشور تأسیس شد. این اتحادیه یک سازمان غیر دولتی است که هدف از تأسیس آن، ارتقاء، هماهنگی و توسعه حرفه و فعالیت‌های سردفتری در دنیاست.



نایب رئیس کانون سردفتران و دفتریاران جناب آقای محمدرضادشتی اردکانی

وی ادامه داد: این اتحادیه با همکاری و همیاری نزدیک با نهادهای سردفتری در دنیا تلاش می‌کند با شرافت و استقلال، سردفتران را برای ارائه بهترین خدمت به اشخاص و جامعه تضمین کند. آئین نامه‌های اولیه این اتحادیه در سال تأسیس آن در قالب "منشور" مورد تأیید قرار گرفت و به طور رسمی در کنگره مادرید در سال ۱۹۵۰ به تصویب رسید.

دشتی اردکانی با اشاره به اینکه این اتحادیه ۲۶ عضو اروپایی، ۲۳ عضو آمریکایی، ۱۵ عضو آفریقایی و ۳ عضو آسیایی دارد و ایران مانند ۱۹ کشور دیگر درخواست عضویت را ارائه کرده است، به اهداف این اتحادیه اشاره کرد و گفت: ارتقاء و اجرای اصول اساسی سیستم سردفتری لاتین و اصول اخلاق حرفه ای سردفتری، معرفی و شناساندن سردفتری

در نزد سازمان‌های بین‌المللی، همکاری با سازمان‌های بین‌المللی و شرکت در فعالیت‌هایشان از جمله این موارد است.

نایب رئیس کانون سردفتران و دفترباران ادامه داد: مطالعه حقوق در زمینه فعالیت سردفتری و همکاری برای یکنواخت کردن قوانین ملی در سطح بین‌الملل، مطالعه و تدوین مستمر قوانین مربوط به نهاد سردفتری لاتین، ارتقاء کنگره‌های بین‌المللی و کنفرانس‌ها و ملاقات‌های بین‌المللی، ارتقاء و برقراری روابط با سردفتری‌های در حال تحول و سردفتران کشورهایی که سازمان سردفتری ندارند و سازمان‌های سردفتری که در زمره سیستم سردفتری از نوع لاتین قرار دارند از جمله دیگر اهداف این اتحادیه است.

وی با بیان اینکه اتحادیه جهانی سردفتران به لطف فعالیت‌های بی‌شمارش خود را به عنوان مخاطب ممتاز دولت‌ها و سازمان‌های بین‌دولتی و هر آنچه به سردفتری مربوط می‌شود، شناسانده است، گفت: اتحادیه با الهام گرفتن از اصول اساسی خود، پیشنهادات خوبی را در سطح بین‌الملل تدوین می‌کند و آنها را به سردفتران و قانونگذاران ارایه می‌دهد. همچنین در سازمان‌های بین‌المللی، از جمله سازمان ملل حضور دارد و شورای اقتصادی و اجتماعی سازمان ملل جایگاه مشورتی «ویژه‌ای» را به آن داده است. این جایگاه در بند ۷۱ منشور سازمان ملل و قطعنامه ۱۹۹۶/۳۱ هم تعریف شده است.

دستی اردکانی افزود: اتحادیه جهانی سردفتران در سازمان‌های بین‌دولتی، از جمله شورای اروپا، انیستیتوی بین‌المللی برای یکپارچه کردن حقوق خصوصی و کنفرانس حقوق بین‌الملل خصوصی لاهه حضور دارد. در سازمان‌های فراملیتی و منطقه‌ای از جمله اتحادیه اروپا و نهادهای وابسته با اتحادیه مانند پارلمان اروپا، کمیسیون اروپا، دیوان عدالت اروپا و سازمان دولت‌های امریکایی «DEA» کمیسیون آمریکای لاتین و کارائیب حضوری فعال دارد.

نایب رئیس کانون سردفتران و دفترباران با اشاره به ارگان‌های تشکیل دهنده اتحادیه جهانی سردفتران از جمله مجمع سردفتری‌های کشورهای عضو، شورای دایمی و کمیته

اجرایی آن، ریاست شورای نظارت مالی، رئیس اتحادیه جهانی سردفتران، نماینده رسمی و ضامن اتحاد این نهاد بین‌المللی است، اظهار داشت: وی ریاست مجمع عمومی کشورهای عضو و ریاست شورای دایمی و کمیته اجرایی را بر عهده دارد. او می‌تواند در برگزاری اجلاس عمومی یا محلی مسئولین نهادها، روسای سازمان‌ها و نمایندگان اتحادیه در سازمان‌های بین‌المللی، درخواست کند. رئیس اتحادیه با همکاری کمیته اجرایی و طبق برنامه‌ای که مجمع سردفتران کشورهای عضو به تصویب رسانده است و در چارچوب خطوط تعریف شده توسط شورای دایمی، سیاست اتحادیه را دنبال و رهبری می‌کند.

دستی‌اردگانی با بیان اینکه مجمع عمومی عالی‌ترین ارگان اتحادیه مذکور است و از نمایندگان کانون سردفتران کشورهای عضو تشکیل شده، گفت: اجرای قطعنامه‌های اتحادیه که در حدود اختیارات مجمع به تصویب رسیده است، توسط همه کشورهای عضو اجباری است، این قطعنامه‌ها توسط ارگان‌های ذی‌صلاح اتحادیه اجرا می‌شوند، مجمع از روسای ارگان‌های معرف سردفتری کشورهای عضو یا نمایندگان آن در تطابق با قوانین ملی کشورهای عضو تشکیل شده است. مجمع برنامه فعالیت اتحادیه را تصویب می‌کند، بر عملکرد ارگان‌هایش نظارت می‌کند و گزارش‌های سالیانه و بودجه را مورد بررسی و تصویب قرار می‌دهد.

وی با ذکر اینکه شورای دایمی، ارگان رهبری و اداره اتحادیه است و فعالیت‌های اتحادیه را تعیین و تصمیمات خود و مجمع را اجرا می‌کند، افزود: شورای دایمی خطوط اصلی فعالیت کمیته اجرایی را تعیین می‌کند و حدود قدرتی که به این کمیته تفویض می‌شود را مشخص می‌سازد. کمیته اجرایی از ریاست اتحادیه، معاونین رئیس، خزانه‌دار و دیگر مشاوران اجرایی مناطق مختلف جغرافیایی تشکیل شده است و مسایل اتحادیه را در چارچوب برنامه‌های تصویب شده توسط مجمع عمومی و در چارچوب خطوط اصلی تعیین شده توسط شورای دایمی دنبال می‌کند. به علاوه کمیته اجرایی بر اجرای وظایف محول شده به نهادها، ارگان‌ها، کمیسیون‌ها، بخش‌ها و گروه‌های کاری نظارت می‌کند و نظر خود

را در مورد تعیین نمایندگان اتحادیه در نزد سازمان‌های بین‌المللی ارائه می‌دهد. این کمیته همچنین بر روند تحول مالی اتحادیه نظارت می‌کند.

دستی اردکانی اضافه کرد: شورای نظارت مالی به تمام فعالیت‌های مالی و حساب‌های اتحادیه نظارت می‌کند. این شورا پیشنهادات و ملاحظات خود را در مورد بودجه پیشنهادی ارائه می‌دهد. شورای دائمی و کمیته اجرایی می‌توانند شورای نظارت مالی را موظف کنند تا ماموریت‌های ویژه بازرسی و کنترل را انجام دهد.

وی در ادامه به سازمان‌ها و نهادهای بین‌المللی که اتحادیه جهانی سردفتران در آنها حضور دارد اشاره و اظهار کرد: سازمان ملل متحد، ارگان‌های بین‌المللی ژنو، کمیسیون تجارت بین‌المللی سازمان ملل، یونسکو، سازمان خواربار و کشاورزی (فائو)، کنفرانس حقوق بین‌الملل خصوصی لاهه، مرکز بین‌المللی وکلا، اتحادیه بین‌المللی قضات، مرکز بین‌المللی حق ثبت، سازمان جهانی تجارت و انیستیتیوی اسپانیایی، پرتغالی، آمریکایی حقوق بین‌الملل از جمله این نهادها هستند. این اتحادیه در بسیاری از سازمان‌های اروپایی و آمریکایی حضور فعال دارد.

بررسی حقوقی شرط عدم عزل وکیل در ضمن عقد وکالت

مهدی جای بخش^۱

چکیده:

امروزه عقد وکالت چه به طور سند رسمی و چه به شکل سند عادی نقش مهمی را در روابط حقوقی - اقتصادی مردم به خود اختصاص داده است؛ به نحوی که در دفاتر اسناد رسمی بخش قابل توجهی از اسناد آنان به این نهاد حقوقی اختصاص دارد. مضافاً اینکه عقد وکالت بعضاً در مقام بیع ظاهر گشته و به استناد ماده ۶۷۹ قانون مدنی اصطلاحاً «وکالت بلاعزل» نامیده می‌شود. این مقاله سعی دارد ضمن بیان نظرات برخی از حقوقدانان و فقها شرط عدم عزل وکیل در وکالت را تحلیل و فواید عملی آن را ضمن تأیید دیدگاه قانون مدنی در ماده فوق‌الاشعار بررسی نماید.

کلید واژگان: عقد وکالت - شرط عدم عزل - لزوم - جواز - مقتضای ذات عقد -

اقتضای اطلاق عقد

مقدمه

شرط عدم عزل ضمن عقد وکالت از موضوعاتی است که هم از لحاظ نظری بسیار مهم و جالب است و نظرات مختلفی را برانگیخته و هم از نظر کاربردی می‌تواند مفید باشد.

۱. کارشناس ارشد حقوق خصوصی.

ماده ۶۷۹ قانون مدنی مقرر می‌دارد:

«موکل می‌تواند هر وقت بخواهد وکیل را عزل کند، مگر اینکه وکالت وکیل و یا عدم عزل در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد». از سیاق ظاهر و منطوق ماده فوق می‌توان نتیجه گرفت که اولاً وکالت عقد جایز است، ثانیاً با شرط ضمن عقد لازمی می‌توان امکان فسخ وکالت را از بین برد، ثالثاً، چون وکالت عقد جایز است و چون شرط عدم عزل ضمن عقد لازم باید باشد پس نمی‌توان ضمن عقد جایز یا خود وکالت شرط عدم عزل نمود. به عبارت دیگر ظاهر ماده ۶۷۹ قانون مدنی دلالت می‌کند بر اینکه شرط عدم عزل ضمن وکالت موجب لزوم وکالت نمی‌گردد. در تحلیل این ماده گروهی معتقدند جواز اقتضای اطلاق عقد وکالت است و از این رو شرط عدم عزل می‌بایست ضمن عقد لازم باشد. گروهی دیگر از این فراتر رفته و می‌گویند جواز اقتضای ذات وکالت است و شرط عدم عزل ضمن عقد لازم را هم مؤثر نمی‌دانند. بنابراین معتقد به نسخ یا حذف ماده ۶۷۹ قانون مدنی می‌باشند.

این تحلیل‌ها در حالی مطرح می‌شوند که اصل آزادی قراردادی و نیاز جامعه حقوقی محدودیت اندراج شرط عدم عزل ضمن عقد لازم جدای از وکالت را بر نمی‌تابد. به تعبیر یکی از استادان حقوق اگر اراده می‌تواند عقد وکالت را با شرط ضمن عقد لازم، لازم نماید چرا نتواند ضمن خود وکالت چنین کند. از این رو در این مقاله به بررسی نظر مخالفان و موافقان شرط عدم عزل ضمن وکالت خواهیم پرداخت.

این مقاله در پنج گفتار تنظیم شده است، گفتار اول به بیان مفاهیم مقدماتی از قبیل شرط و شرط ضمن عقد اختصاص یافته، در گفتار دوم و سوم نظر مخالفان و موافقان شرط عدم عزل ضمن وکالت مطرح شده است. در گفتار چهارم مبانی موجه شرط عدم عزل ضمن وکالت مورد بررسی واقع شده و سرانجام در گفتار پنجم موضوع مورد مطالعه تطبیقی قرار گرفته است.

گفتار اول - مفاهیم

مبحث اول - مفهوم شرط

شرط در لغت به معنای پیمان و عهد یا التزام می‌باشد.^۱ در علم اصول شرط چیزی است که از وجودش وجود امری لازم نمی‌آید ولی از عدم آن عدم لازم می‌آید.^۲ در اصطلاح حقوقی شرط دو معنا دارد:^۳ نخست، امری که وقوع یا تأثیر عمل یا واقعه حقوقی خاصی به آن بستگی دارد. دوم، یک نوع توافق فرعی است که از توابع عقد بوده و این تابعیت یا برحسب طبیعت خاص موضوع می‌باشد و یا برحسب تراضی طرفین. نمونه شرط در معنای اول، شروط صحت معاملات است و نمونه شرط در معنای دوم شرط عدم عزل می‌باشد که مشخصاً موضوع مورد نظر ما است.

مبحث دوم - شرط ضمن عقد

شرط در معنای دوم حقوقی (توافق فرعی) انواعی دارد از جمله شرط بنایی (تبانی)، شرط ضمنی و صریح که از موضوع بحث ما خارج است، آنچه را که می‌خواهیم در اینجا بیان کنیم مفهوم شرط ضمن عقد می‌باشد و شرط ابتدایی که معمولاً در مقابل شرط ضمن عقد قرار می‌گیرد، ملاک تشخیص شرط ضمن عقد از شرط ابتدایی زمان وقوع شرط - بدین معنا که اگر شرط همزمان با عقد ایجاد شود شرط ضمن عقد نامیده می‌شود - نیست. بلکه ممکن است شرط ضمن عقد بعد از عقد به آن ملحق شود. پس ملاک اصلی وجود رابطه و علاقه بین عقد و شرط می‌باشد مانند اصل و فرع و اگر این رابطه و علاقه به طور ضمنی و به حکم قانون، عرف یا عقل احراز گردد، شرط ضمن عقد را شرط ضمنی می‌نامیم.^۴ در شروط بنایی (تبانی) نیز وجود رابطه مذکور بین شرط و عقد لازم می‌باشد.

۱. دکتر محمد معین، فرهنگ فارسی، ص ۲۰۳۷، دکتر سیدحسن امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۲۶۸،

میرفتاح، العناوین، ج ۲، ص ۲۷۲.

۲. دکتر امیر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، شماره ۵۴۶، دکتر سیدحسن امامی، همان

مرجع، دکتر محمد معین، همان مرجع، میرعبدالفتاح همان مرجع

۳. دکتر امیر ناصر کاتوزیان، همان مرجع.

۴. همان، شماره‌های ۵۵۱ و ۵۵۲.

البته عده‌ای^۱ شروط بنایی را نیز جزء شروط ضمنی می‌دانند و حتی اعتبار آن را مشروط بر این می‌دانند که عرف آن را بر عقد حمل نماید. به عبارت دیگر اعتبار آن را مشروط بر این می‌دانند که شرط بنایی «شرط ضمنی» باشد.

نتیجه اینکه، اگر شرط (خواه ضمن عقد منعقد شود یا پس از آن) وجودی مستقل داشته باشد و رابطه و علاقه‌ای با عقد نداشته، آن شرط، شرط ابتدایی است.^۲ به تعبیری دیگر شرط ابتدایی به معنای تعهد یک طرفی است که شخص به قصد یک طرفی خود علیه خود ایجاد می‌کند.^۳ ولی اگر شرط دارای علاقه و ارتباط با عقد باشد حتی اگر قبل از انعقاد عقد شرط واقع گردد و یا بعد از انعقاد عقد ضمیمه عقد شود، شرط ضمن عقد می‌باشد.^۴

در تعریف دیگری آمده: «هر شرط که به موجب عقدی به نفع کسی و به ضرر دیگری مقرر شده باشد، شرط ضمن عقد نامیده می‌شود ولو آنکه مذاکره راجع به شرط قبل از انعقاد عقد شده باشد و عقد با توجه به مذاکره قبلی منعقد گردد. در مقابل شرط ابتدایی».^۵ در تعریف شرط ضمن عقد و شرط ابتدایی، ضابطه‌ای که استاد کاتوزیان بیان می‌دارند (رابطه و علاقه شرط و عقد) ظاهراً بهترین معیار برای تمیز این دو مفهوم از یکدیگر می‌باشد.

حال که مفهوم شرط ضمن عقد را دانستیم این را نیز باید بیافزاییم که با توجه به نحوه ارتباط شرط با عقد و زمان ایجاد شرط ضمن عقد، این شروط (شروط ضمن عقد) منقسم به شرط بنایی، شرط الحاقی، شرط ضمنی، شرط صریح... می‌شوند. اگر شرط قبل از انعقاد عقد، مورد توافق طرفین باشد و هنگام انعقاد عقد با در نظر گرفتن شرط مذکور در مذاکرات

۱. میرزا حسین نائینی و شیخ موسی خوانساری، *منیة الطالب*، ج ۱، ص ۴۰۷، ج ۲، ص ۱۲۳ تا ۱۲۵ نقل از: دکتر امیر ناصر کاتوزیان، همان، پاورقی ص ۱۲۶.
 ۲. دکتر امیر ناصر کاتوزیان، همان، ج ۳، شماره ۵۵۱.
 ۳. دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، *ترمیم‌ولوژی حقوق*، شماره ۳۰۴۴.
 ۴. دکتر امیر ناصر کاتوزیان، همان، ش ۵۵۱.
 ۵. دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، همان.

قبلی، توافق صورت گیرد ولی در این توافق نهایی اشاره‌ای به شرط نشود، ما با یک شرط بنایی روبرو هستیم. اگر شرط ضمن عقد بعد از انعقاد عقد به آن ضمیمه گردد، شرط الحاقی می‌باشد اما اگر مفاد شرط صریحاً در عقد ذکر گردد، شرط صریح است و اگر مفاد شرط صریحاً در عقد مذکور نباشد ولی به حکم عقل، قانون یا عرف، مدلول التزامی عقد باشد، شرط ضمنی است.^۱

در تمام موارد ذیل وجود رابطه و علاقه بین شرط و عقد، مفروض است چرا که در غیر این صورت آنچه به عنوان شرط در اختیار ما می‌باشد، یک شرط ابتدایی است.

در خاتمه ذکر این نکته نیز ضروری است که منشأ ارتباط و علاقه بین شرط و عقد گاهی ذات و طبیعت شرط است که در این صورت مسلماً شرط طبیعتاً و به طور ذاتی، شرط ضمن عقد است ولی گاهی شرط ذاتاً امری است مستقل اما آنچه باعث می‌شود آن را شرط ابتدایی ندانسته و در زمره شروط ضمن عقد آوریم، تراضی طرفین می‌باشد.^۲

در صحت شرط ضمن عقد ادعای اجماع شده است.^۳ علت ظهور و پیدایش شرط ضمن عقد دو امر است: یکی اینکه در بین فقها قداً اعتقاد داشتند تمامی توافقات مردم یا باید در قالب عقود معین باشد و یا اگر چنین نیست به صورت شرط ضمن عقد لازم باشد.^۴ دوم اینکه افراد با شرط نمودن عقد جایز ضمن عقد لازم می‌توانستند آن را لازم نمایند.^۵ که در این مورد منشأ ارتباط و علاقه بین شرط ضمن عقد و عقد طبیعت شرط نبوده بلکه تراضی طرفین می‌باشد.

۱. دکتر امیر ناصر کاتوزیان، همان، شماره ۵۵۲.

۲. همان، شماره ۵۵۱.

۳. میرفتاح، همان، ص ۴۷۵. «... ظهور الاجماع من الاصحاب علی صحة الشرط فی ضمن العقد...»

۴. جواهر الفقه نقل از جوامع الفقهیه، ص ۴۸۳، ابن زهره الغنیه، نقل از جوامع الفقهیه ص ۵۸۶، محقق حلی، *تسرایح الاسلام*، جزء دوم ص ۱۳، شهید اول، *دروس الشرعیه*، کتاب ۱۱ همگی نقل از دکتر محمدحسین شهبازی، رساله دکتری، *مبانی جواز و قابلیت رجوع در اعمال حقوقی*، ص ۱۴۹، علامه حلی، *تذکره الفقها*، کتاب البیع، نقل از حائری، مسعود، *مبانی فقهی اصل آزادی قراردادهای و تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی*.

۵. نقل از دکتر محمدحسین شهبازی، همان مرجع، ص ۱۵۲.

محبث سوم - اصل لزوم و مبانی جواز در عقود

عقد لازم آن است که هیچ یک از طرفین معامله حق فسخ آن را نداشته باشد مگر در موارد معینه (ماده ۱۸۵ قانون مدنی) عقد جایز آن است که هر یک از طرفین بتواند هر وقتی بخواهد آن را فسخ کند. (ماده ۱۸۶ قانون مدنی)

بعد از تعریف عقد لازم و عقد جایز سه سؤال اساسی مطرح می‌نماییم:

۱ - دلیل لزوم و جواز یک عقد چه بوده و از کجا بدانیم عقد لازم است یا جایز؟
 ۲ - منشأ لزوم و جواز یک عقد چیست؟ برای مثال چرا عقد بیع لازم و عقد وکالت جایز است؟

۳ - آیا اراده می‌تواند تأثیری در لزوم یا جواز عقد داشته و منشأیی برای لزوم و جواز باشد؟ به عبارت دیگر آیا اراده طرفین می‌تواند عقد جایز را لازم یا عقد لازم را جایز نماید؟
 ابتدا به توضیح دو سؤال اول می‌پردازیم و پاسخ به سؤال سوم را که دقیقاً موضوع مقاله می‌باشد موکول به فصل دوم و سوم می‌نماییم.

در پاسخ به سؤال اول ابتدا به بیان تعریف دلیل می‌پردازیم. دلیل در لغت به معنای رهبر و راهنما^۱ است. در فقه دلیل به معنای منابع فقهی می‌باشد که شامل کتاب، سنت، اجماع، عقل ... می‌گردد. برخی از حقوقدانان^۲ دلیل را به چیزی که برای اثبات امری به کار رود تعبیر نموده‌اند. و همچنین ایشان معنای دیگر دلیل را در علم حقوق، قانون می‌دانند. استاد کاتوزیان دلیل را چیزی می‌داند که باعث رهنمون حرکت عقل به سوی واقع شود.^۳ در بیانی دیگر دلیل عبارت است از «هرچه روح را به وجود حقیقت اقناع کند».^۴

در بحث لزوم و جواز آنچه از مفهوم دلیل لزوم یا جواز عقد، مدنظر ما است قانون و یا هر چیز دیگری که نشانه جایز یا لازم بودن عقد است، می‌باشد. لذا از این حیث اصل لزوم

۱. دکتر محمد معین، همان، ج ۲، ص ۱۵۵۶، فرهنگ دهخدا، واژه دلیل.

۲. دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، همان، شماره ۲۴۷۴.

۳. دکتر امیر ناصر کاتوزیان، *اثبات و دلیل اثبات*، ج ۱، شماره ۶.

۴. دوما، نقل از ریبر و بولانژه، ج ۲، ش ۷۲۱، به نقل از: دکتر ناصر کاتوزیان، همان، شماره ۶.

نیز می‌تواند دلیل محسوب شود. اگرچه برخی از اصولیین چنین اعتقادی ندارند. برای لزوم عقد علاوه بر دلیل خاص که نص صریح قانون می‌باشد، دلیل عام هم داریم. به عبارت دیگر قانون در مورد برخی از عقود از قبیل عقد مزارعه (ماده ۱۵۲۵ قانون مدنی) صراحتاً بیان می‌دارد عقد لازم می‌باشد. اما در مورد عقود که در قانون مدنی به آنها اشاره شده لیکن قانون سخنی از لزوم یا جواز آنها نگفته - اجاره، معاوضه قرض و نکاح - همچنین در مورد عقود غیرمعین که مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی می‌گردند، با توجه به اصل لزوم عقود و قراردادهای (ماده ۲۱۹ قانون مدنی) آنها را عقد لازم می‌دانیم. در نتیجه در موارد فوق دلیل ما برای لزوم عقد، دلیل عام که همان اصل لزوم می‌باشد، است. اما، از آنجایی که اصل بر لزوم قراردادهای می‌باشد برای جواز عقد ما نیاز به دلیل خاص داریم.^۱ مثلاً ماده ۵۵۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد «مضاربه عقدی است جایز».

اکنون پس از بیان دلیل لزوم و جواز می‌خواهیم بدانیم منشأ لزوم و جواز عقود چیست؟ به عبارت دیگر اگر شارع عقدی را جایز دانسته و یا لازم می‌داند، علت این جواز یا لزوم کدام است و اساساً منشأ اصل لزوم قرارداد چیست؟ برخی از دلایلی که در فقه برای حجیت اصل لزوم بیان شده است را ذکر می‌کنیم و از توضیح بیشتر اجتناب می‌نماییم چرا که اصل لزوم خارج بحث ما می‌باشد. از جمله این دلایل عبارتند از: ۱ - لزوم اثر شرعی هر عقدی می‌باشد. ۲ - ظاهر عقود دلالت بر لزوم می‌نماید ۳ - عموم آیه «اوفوا بالعقود».^۲ به طور خلاصه می‌توان گفت فلسفه اصلی لزوم قراردادهای این است که لزوم موافق با طبیعت هر عقدی می‌باشد و هنگامی که طرفین با قصد معین توافقی می‌نمایند هرگز نمی‌خواهند آن را فسخ نمایند اگرچه ممکن است برای خود حق فسخ را پیش‌بینی نمایند و این منافی قصد آنها بر انجام تعهد نیست. به عبارت دیگر در چنین مواردی طرفین فقط حق فسخ را پیش‌بینی می‌نمایند ولی ممکن است هرگز قصد فسخ در آینده ننمایند. البته عده‌ای از حقوقدانان بین نیروی الزام‌آور عقد و لزوم عقد تمایزی قائل می‌شوند و ماده ۲۱۹

۱. میرفتاح مراغه‌ای، همان، ج ۲، ص ۳۶.

۲. همان، ص ۳۶ به بعد.

قانون مدنی را مشعر بر نیروی الزام‌آور عقد می‌دانند و نه لزوم قرارداد در حالی که حتی اگر از دیدگاه نظری بتوان چنین تفاوتی را پذیرفت از لحاظ عملی این دو مفهوم کاملاً در هم آمیخته است و لذا ماده ۲۱۹ ناظر بر اصل لزوم قراردادها، می‌باشد.

همان‌گونه که بیان داشتیم، اصل بر لزوم قراردادها است و نتیجه طبیعی این اصل چنین است که هیچ عقدی جایز نمی‌باشد مگر آنکه دلیل خاصی برای جواز عقد وجود داشته باشد.^۱ اما آنچه مدنظر می‌باشد منشأ جواز عقد است. برخی از حقوقدانان^۲ منشأ جواز عقد را یا اذن یا نظم عمومی و یا اعطای حق به یک طرف می‌دانند. در مباحث آینده خواهیم دید که در حقوق کشورهای دیگر غالباً این مسأله این‌گونه مطرح می‌گردد که آیا حق فسخ عقد از قواعد مربوط به نظم عمومی می‌باشد یا خیر؟ و اگر آن را از قواعد مربوط به نظم عمومی ندانند و به عبارت دیگر منشأ جواز عقد را نظم عمومی ندانند، توافق برخلاف آن را می‌پذیرند. در فقه موضوع این‌گونه بررسی می‌گردد که آیا جواز عقد اقتضای ذات عقد می‌باشد یا خیر؟ گروهی آن را اقتضای ذات عقد می‌دانند و گروهی دیگر آن را اقتضای اطلاق عقد می‌دانند در گروه دوم مشهور چنین می‌پندارد که توافق طرفین بر لزوم عقد (که برخلاف اقتضای اطلاق عقد می‌باشد) باید مقید به وجه ملزومی باشد و ما در فصل سوم بیان خواهیم داشت که چنین نظری چندان هم صحیح نمی‌تواند باشد.

اکنون پس از بررسی اجمالی دلیل و منشأ لزوم و جواز عقد می‌خواهیم ببینیم آیا اراده طرفین می‌تواند تأثیری در لزوم یا جواز عقد داشته باشد و یا به دیگر سخن آیا اراده می‌تواند منشأ جواز عقد لازم باشد؟ پاسخ به این سؤال تا حدی بستگی به موضوع قبلی دارد. یعنی اینکه ما اساساً منشأ جواز عقد را چه می‌دانیم. در فصل دوم و سوم به تفصیل به این امر می‌پردازیم.

۱. میرفتاح مراغه‌ای، همان مرجع، محمد بروجردی عبده، *حقوق مدنی*، ص ۹۸، مصطفی عدل، *حقوق*

مدنی، ص ۱۱۰، سیدحسن امامی، همان، ص ۱۶۱ و ۲۳۰.

۲. دکتر محمدحسین شهبازی، همان، ص ۴۵ و ۴۶.

گفتار دوم - مخالفان شرط عدم عزل ضمن وکالت

قبلاً بیان داشتیم که گروهی^۱ جواز را اقتضای ذات عقد وکالت می‌دانند و مسلماً اینان ماده ۶۷۹ قانون مدنی را استثناء می‌دانند و آن را نه به عقود دیگر تعمیم می‌دهند و نه به شرط عدم عزل ضمن وکالت. گروهی^۲ دیگر جواز را اقتضای ذات عقد نمی‌دانند ولی شرط عدم عزل در وکالت را فقط زمانی معتبر می‌دانند که ضمن عقد لازمی باشد. مشهور چنین نظری دارند و قانون مدنی نیز این امر را پذیرفته است. گروه سوم^۳ جواز را اقتضای ذات عقد ندانسته و با تفسیری موسع و با اتکا به اصل حاکمیت اراده (ماده ۱۰ قانون مدنی) حکم ماده ۶۷۹ را هم به عقود دیگر و هم به شرط عدم عزل ضمن وکالت تسری می‌دهند. در این گفتار نظر دو گروه مخالفان را که توصیف آنها در بالا آمد در دو مبحث بیان خواهیم کرد.

مبحث اول: جواز اقتضای ذات وکالت می‌باشد.

اساس استدلال این گروه چنین است که چون جواز اقتضای ذات عقد می‌باشد، شرط عدم عزل خلاف مقتضای عقد است لذا معتبر نیست. نهایتاً آنچه می‌تواند از شرط حاصل شود فقط تعهد عدم استفاده از حق عزل می‌باشد که این نیز از مصادیق شرط فعل است که امکان تخلف از آن می‌باشد و در این صورت مشروط له حق فسخ دارد. این گروه چون وکالت را ماهیتاً اذن می‌دانند بیان می‌دارند، حتی اگر وکالت یا عدم عزل ضمن عقد لازم شرط شود تغییر ماهیت نمی‌دهد و فقط همان‌گونه که گفتیم تعهد عدم استفاده از حق

۱. دکتر عبدالحمید امیری قائم‌مقامی، *حقوق تعهدات*، ج ۲، ص ۱۵۷، دکتر مهدی شهیدی، *حقوق مدنی*، ج ۱، *تشکیل قراردادهای تعهدات*، شماره ۳۴، دکتر محمدحسین شهبازی، همان، ص ۵۲، محقق حلی، *تشریح الاسلام*، مضاربه، ص ۳۸۱.

۲. شهید ثانی، *مسائل الفهم*، ج ۱، ص ۲۲۹، محقق کرکی، *جامع المقاصد*، ج ۵، نقل از دکتر محمدحسین شهبازی، همان، ص ۱۵۲، شهید اول، *لمعه*، مبحث مضاربه، ص ۱۳۳، شهید ثانی، *تشریح لمعه*، نقل از تحریر الروضه فی شرح المسائل المضاربه، ص ۲۵۶.

۳. دکتر امیر ناصر کاتوزیان، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۳، شماره ۵۵۶، عقود معین، ج ۴، شماره ۱۲۴، دکتر سیدحسن امامی، *حقوق مدنی*، ج ۲، ص ۲۳۴.

فسخ را ایجاد می‌کند.^۱

در مورد شرط لزوم در مضاربه، صاحب شرایع بیان می‌دارد مشهور آن را مبطل می‌دانند.^۲ در حقوق ما با توجه به تصریح ماده ۶۷۹ قانون مدنی به پذیرش و صحت شرط عدم عزل ضمن عقد لازم کسانی که این شرط را فاقد اعتبار می‌دانند به جهت اینکه آن را خلاف مقتضای عقد می‌شناسند با مانع قانونی در توجیه نظر خود روبرو هستند. ولی اینان در مواردی حتی مبنی بر نسخ یا حذف ماده ۶۷۹، استدلال می‌نمایند تا این مانع قانونی را از پیش روی خود بردارند. و حال ما برخی از این نظرات را برمی‌شماریم:

(۱) عده‌ای^۳ اعتقاد به نسخ ماده ۶۷۹ دارند؛ ایشان بیان می‌دارند ماده ۶۷۹ قانون مدنی با ماده ۹۵۹ قانون مدنی تعارض دارند. ماده ۹۵۹ مقرر می‌دارد «هیچ کس نمی‌تواند به طور کلی حق تمتع و یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب نماید» و در ادامه برای رفع تعارض مذکور معتقدند که در حقوق جدید تبدیل عقد جایز به لازم مغایر با آزادی تصمیم یک طرف یا طرفین است. سپس ادامه می‌دهند که قانون مدنی ما با اقتباس ماده ۹۵۹ از ماده ۲۷ قانون مدنی سوئیس در راستای حقوق جدید و حفظ آزادی تصمیم گام برداشت ولی با ورود نظر فقهی مشهور در باب وکالت به قانون مدنی (با تصویب ماده ۶۷۹)، قانون حرکتی مخالف می‌نماید. سرانجام ایشان چنین نتیجه می‌گیرند که ماده ۹۵۹ در جلد دوم قانون مدنی و ماده ۶۷۹ در جلد اول. اولی قاعده عام و دومی قاعده خاص است. با توجه به دلالت اوضاع و احوال در نسخ و از طرفی به علت اینکه ماده ۹۵۹ از اصول اولیه قانون مدنی جدید می‌باشد، ماده ۹۵۹ ناسخ قسمت اخیر ماده ۶۷۹ است.

۱. شرایع، محقق حلی و لمعه، شهید اول نقل از دکتر امیر ناصر کاتوزیان، عقود معین، ج ۴، ص ۲۱۶.

۲. علیرضا امینی و محمدرضا آیتی، تحریرالروضه فی شرح لمعه، ص ۲۵۶.

۳. دکتر عبدالمجید امیری قائم مقامی، همان، ص ۱۵۷.

همان‌گونه که بیان داشتیم، این استدلال بیشتر به نظر می‌آید برای رفع یک مانع قانونی و به نوعی مصادره به مطلوب است. واقعیت این است که ماده ۶۷۹ هیچ‌گونه تعارضی با ماده ۹۵۹ ندارد و این دو ناظر بر دو امر متفاوت اند و فقط به تعبیر یکی از استادان اگر وکالت برای تمام امور در هر زمان باشد می‌تواند یکی از مصادیق ماده ۹۵۹ محسوب شود.^۱ از سوی دیگر در موارد تعارض نیز نمی‌توان نتیجه گرفت که ماده ۶۷۹ نسخ شده است.

در بررسی نظر مذکور مبنی بر نسخ ماده ۶۷۹ استاد کاتوزیان تحلیلی را بیان نموده‌اند که ما نیز به نقل قول ایشان بسنده می‌کنیم. استاد می‌فرماید: اولاً عام جدید نمی‌تواند بدون قرینه ناسخ خاص قدیم باشد. ثانیاً ماده ۹۵۹ ناظر به سلب حق به طور کلی است. اگر وکالت در تمام امور و بدون قید زمانی باشد مسلماً از مصادیق ماده ۹۵۹ است ولی مطلق وکالت نمی‌تواند مصداق ماده ۹۵۹ باشد. لذا ماده ۹۵۹ یکی از مخصص‌های ماده ۶۷۹ است. ضمناً اگر وکالت در تمام امور و بدون قید زمانی باشد، شرط عدم عزل یا فسخ آن مغایر با نظم عمومی و اخلاق حسنه می‌باشد.^۲ فی‌الواقع در چنین موردی حق فسخ از قواعد مربوط به نظم عمومی است.

از لحاظ حقوق تطبیقی نیز در حقوق سوئیس حق فسخ از قواعد مربوط به نظم عمومی می‌باشد و شرط عدم فسخ معتبر نیست و این حکم مختص وکالت در تمام امور بدون قید زمانی نمی‌باشد بلکه ناظر بر مطلق وکالت است.^۳

(۲) عده‌ای دیگر^۴ از حقوقدانان معتقدند منشأ جواز در وکالت اذن می‌باشد زیرا عقد وکالت یکی از عقود اذنی است و عقود اذنی وابسته به اراده طرفین می‌باشند هرچند که ضمن عقد دیگری شرط شوند (عقد لازم). لذا در صورت

۱. دکتر امیر ناصر کاتوزیان، همان، شماره ۱۱۹.

۲. همان، شماره ۱۲۰.

۳. بند اول و دوم ماده ۳۴ قانون تعهدات سوئیس.

۴. دکتر محمدحسین شهبازی، همان، ص ۱۵۲.

شرط عدم فسخ ضمن عقد لازم باز هم عقد اذنی با فوت، جنون یا سفه یکی از طرفین منفسخ می‌گردد و این دوگانگی با منطق حقوقی سازگار نمی‌باشد. قابلیت رجوع ویزگی ذاتی اذن است و رجوع از اذن دخالت در دارایی طرف مقابل نمی‌باشد زیرا حقی ایجاد نشده. ایشان در ادامه می‌افزایند، کسانی که ماده ۶۷۹ را تفسیر موسع می‌نمایند و به عقود اذنی دیگر سرایت می‌دهند در خصوص دو عقد مضاربه و ودیعه دچار تردید می‌گردند و کمی احتیاط می‌نمایند و بیان می‌دارند این دو عقد را فقط برای مدتی می‌توان لازم نمود.^۱ و عده‌ای دیگر بر این باورند این دو عقد را نمی‌توان به هیچ طریقی لازم نمود.^۲

ایشان در نهایت نتیجه می‌گیرند ماده ۶۷۹ یک استثناء و خلاف قاعده می‌باشد و در اصلاحات بعدی باید حذف گردد.

به نظر می‌رسد اگرچه وکالت عقدی است اذنی و اذن قابل رجوع می‌باشد ولی قابلیت رجوع نمی‌تواند اقتضاء ذات اذن باشد زیرا اگرچنین بود قانون شرط عدم عزل ضمن عقد لازم را معتبر نمی‌دانست. اگر قابلیت رجوع جزء ذات عقد باشد به هیچ طریقی نمی‌توان از آن عدول نمود. لذا حتی اگر ما این فرض را بپذیریم که ماده ۶۷۹ یک استثناء می‌باشد و استثناء باید تفسیر مضیق شود این نکته را نمی‌توانیم منکر شویم که طبیعت استثناء این است که مصداقی را از شمول حکم خارج می‌کند و قاعده می‌گوید ما به استناد یک استثناء و بدون وجود دلیل نمی‌توانیم مصادیقی دیگر را از شمول حکم خارج کنیم اما وجود همان یک استثناء کفایت می‌کند بر دلالت بر این امر که حکم و موضوع (مفاد) آن جزء ذات مستثنی منه نیستند چرا که اگر چنین بود هرگز استثناء نمی‌پذیرفت. برای مثال، می‌دانیم

۱. دکتر سیدحسن امامی، همان، ص ۱۰۶ و ۱۶۴.

۲. محمد عبده بروجردی، همان، ص ۳۰۴ و ۳۰۵، جعفری لنگرودی، *مجموعه محشی قانون مدنی*، ص ۳۳۹ و *تأثیر اراده در حقوق مدنی*، ص ۲۳۷، و *مقاله لزوم یا جواز در عقود و ایقاعات (تحولات حقوق خصوصی)* ص ۶۲ - ۶۵، نقل از: دکتر محمدحسین شهبازی، همان، ص ۱۵۳.

که تملیک جزء ذات بیع می‌باشد اما آیا ما می‌توانیم استثنایی بر بیع قائل شویم که مفاد آن تملیک عین نباشد.

با فرض پذیرش نظر کسانی که سعی در بیان این مطلب دارند که ماده ۶۷۹ نسخ شده یا باید حذف گردد، باز هم در قانون مدنی موارد دیگری وجود دارد که مؤید این مطلب است که جواز اقتضای ذات وکالت نیست. مواد ۱۰۸ و ۱۲۰ ضمن بیان این مطلب که اذن اصولاً قابل رجوع می‌باشد، آن را مقید به موردی نموده‌اند که اذن‌دهنده خود را به وجه ملزومی متعهد به عدم رجوع ننماید. فی‌الواقع قانون پذیرفته اذن به وجه ملزومی غیرقابل رجوع باشد. این نکته را نیز معروض بداریم که اذن غیرقابل رجوع لزوماً اعطای حق نمی‌باشد زیرا حق ویژگی‌های خاص خودش را دارد ولی اذن غیرقابل رجوع این ویژگی‌ها را ندارد. از جمله اینکه اذن اگر به وجه ملزومی غیرقابل رجوع باشد با فوت اذن‌دهنده یا مأذون از بین می‌رود، ولی حق در صورت فوت دارنده به ورثه منتقل می‌شود مگر آنکه مدت آن مقید به زمان حیات باشد.

قانون مدنی در ماده ۷۷۷ نه تنها امکان عدم فسخ وکالت را پذیرفته بلکه حتی به طرفین این اجازه را می‌دهد که در صورت توافق از ماده ۹۵۴ نیز عدول نمایند و بقاء وکالت مرتبه‌ن را بعد از فوت شرط نمایند. در این شکی نیست که این حکم یک استثناء مختص عقد رهن می‌باشد و تفسیر موسع نمی‌پذیرد. ولی همین استثناء مؤید این مطلب است که قابلیت فسخ اقتضای ذات وکالت نیست و حتی امکان اینکه وکالت بعد از فوت به قوت خود باقی باشد، ولو با شرایطی معین و به صورت استثناء، وجود دارد. علاوه بر موارد فوق ذکر این امر نیز می‌تواند جالب باشد که ما عقود داریم که نسبت به یک طرف جایز و نسبت به طرف دیگر لازم می‌باشند، اگر جواز یا لزوم اقتضای ذات عقد جایز یا لازم می‌باشند آیا پذیرش این امر که عقدی هم اقتضای جواز داشته باشد و هم اقتضای لزوم کمی مشکل نیست؟! حتی در برخی از عقود زمان در لزوم یا جواز تعیین کننده می‌باشند و عقد در زمانی لازم و در زمانی جایز می‌باشد. آیا زمان اقتضای ذات عقد را تغییر می‌دهد؟ یا در هبه بقاء

یا تلف مال مؤثر در لزوم یا جواز است. اگر لزوم و جواز را اقتضای ذات هبه بدانیم، تلف مال به عنوان یک واقعه حقوقی ذات عقد را تغییر می‌دهد. لذا به نظر می‌رسد منطقی‌تر این است که لزوم و جواز را از احکام عقود بدانیم و به اراده طرفین اجازه دهیم در خصوص آن تصمیم بگیرند تا زمانی که این تصمیم با نظم عمومی یا اخلاق حسنه مغایرت نداشته باشد. به همین دلیل اینکه برخی از استادان در عقد وکالت به طرفین حق می‌دهند که در خصوص لزوم عقد توافق نمایند ولی این حق را در برخی دیگر از عقود مثل ودیعه محدود می‌نمایند کاملاً منطقی است چرا که جواز یا لزوم اقتضای عقود نمی‌باشند (اقتضای ذات) و توافق در آنها صحیح است مگر زمانی که مانع (نظم عمومی یا اخلاق) باشد.

مبحث دوم: جواز اقتضای اطلاق عقد وکالت می‌باشد.

همان گونه که قبلاً بیان شد مخالفان صحت «شرط عدم عزل ضمن وکالت» دو گروه می‌باشند گروه اول اساساً جواز را اقتضای ذات وکالت می‌دانستند که در بخش نخست به بیان و تحلیل نظر ایشان پرداختیم. اکنون سخن از کسانی می‌گوییم که جواز را اقتضای ذات عقد نمی‌دانند ولی شرط عدم عزل را فقط ضمن عقد لازم مؤثر می‌شمارند و در نتیجه شرط عدم عزل ضمن وکالت را معتبر نمی‌دانند.

نظر مشهور فقها^۱ این است که شرط عدم عزل یا شرط وکالت اگر ضمن عقد لازم باشد باعث اسقاط حق عزل می‌گردد ولی اگر ضمن عقد جایز باشد اثری در لزوم عقد وکالت ندارد و البته اینان جواز را اقتضای اطلاق عقد می‌دانند. البته شهید ثانی در شرح لمعه اشاره می‌نماید به اینکه مشهور شرط لزوم مزارعه مبطل می‌دانند.^۲ از بین فقها، مرحوم سیدمحمدکاظم یزدی بیان می‌دارند که در صورت شرط عدم عزل ضمن عقد جایز هم به سبب عموم حدیث «المومنون عند شروطهم»، شرط ظهور در لزوم دارد و لازم‌الوفاء

۱. سیدمحمدکاظم یزدی، *سؤال و جواب*، ص ۱۶۴، شهید ثانی، *مسالک الافهام*، ج ۱، ص ۲۲۹، محقق کرکی، *جامع المقاصد*، ج ۵، نقل از: دکتر محمدحسین شهبازی، همان، ص ۱۵۲، شهید اول، *لمعه*، ص ۱۳۳.

۲. علیرضا امینی و سیدمحمدرضا آیتی، همان، ص ۲۵۶.

می‌باشد ولی با فسخ عقد می‌توان شرط را نیز فسخ نمود و البته توهّم دور نیز می‌باشد.^۱ در حقوق ما قانون مدنی ظاهراً همین نظر را در ماده ۶۷۹ پذیرفته و به تبع برخی استادان نیز از آن تبعیت نموده‌اند. ولی در بین این استادان تجزیه و تحلیل‌های متفاوتی هست که ما یکی از مهم‌ترین نظرات آنها را بیان می‌نماییم.

یکی از استادان^۲ چنین بیان می‌دارند که جواز از قواعد آمره و احکام است و یک امر حقی نیست. اما با شرط عدم عزل یا شرط وکالت ضمن عقد لازم، عقد جایز نسبت به مشروط علیه غیرقابل فسخ می‌شود و آثار دیگر عقد جایز (ماده ۹۵۴) باقی است. نتیجه اینکه هرگز عقد جایز تبدیل به عقد لازم نمی‌گردد. ایشان اصطلاح «عقد جایز غیرقابل فسخ» را با تشبیه به اصطلاح «عقد لازم قابل فسخ» به کار می‌برند.

به نظر می‌آید به این نظریه انتقاداتی وارد باشد که به ذکر آنها می‌پردازیم:

۱ - اگر عقد جایز، غیرقابل فسخ باشد چگونه می‌توانیم آن را همچنان عقد جایز بدانیم در حالی که از تعریف مذکور در ماده ۱۸۶ قانون مدنی خارج است. ماده ۱۸۶ مقرر می‌دارد «عقد جایز آن است که هر یک از طرفین (معامله) بتواند هر وقت بخواهد آن را فسخ نماید» با توجه به تعریف مذکور اگر عقد جایز غیرقابل فسخ باشد اساساً نمی‌تواند مصداق تعریف باشد و تشبیه عبارت «عقد جایز غیرقابل فسخ» با عبارت «عقد لازم قابل فسخ» بدین‌گونه که چون عقد لازم را می‌توان مقید به شرط فسخ نمود پس می‌توان عقد جایز را نیز مقید به شرط عدم فسخ نمود، صحیح نیست زیرا ماده ۱۸۵ در تعریف عقد لازم مقرر می‌دارد: «عقد لازم آن است که هیچ یک از طرفین معامله حق فسخ آن را نداشته باشند مگر در موارد معینه» عبارت «... مگر در موارد معینه» باعث می‌شود که «عقد لازم قابل فسخ» از لحاظ حقوقی هم قابل تصور باشد و هم داخل تعریف ولی چنین قیدی در ماده ۱۸۶ وجود ندارد. ممکن است در پاسخ گفته شود منظور از عقد جایز عقدی است که هر

۱. سیدمحمدکاظم یزدی، *عروة الوثقی*، ج ۲، ص ۱۱۵.

۲. دکتر مهدی شهیدی، *حقوق مدنی*، ج ۱، *تشکیل قراردادهای و تعهدات*، شماره ۳۴.

یک از طرفین بتواند هر وقت بخواهد آن را فسخ نماید و با فوت یا جنون یا سفه هر یک از طرفین منفسخ گردد و لذا در صورت شرط عدم عزل در وکالت عقد همچنان جایز می‌باشد چرا که با فوت، جنون یا سفه هر یک از طرفین منفسخ می‌گردد. به این نظر نیز می‌توان ایراداتی را وارد نمود، من جمله اینکه، ماده ۱۸۶ در مقام تعریف عقد جایز بوده و آن را به صراحت تعریف کرده، پس در هر حال وقتی امکان فسخ نباشد ولو اینکه عقد با فوت یا حجر یکی از طرفین منفسخ گردد، همچنان عقد از شمول تعریف خارج می‌باشد. دوم اینکه ماده ۹۵۴ در مقام تعریف عقد جایز نبوده بلکه در مقام بیان حکم ناظر بر عقود جایز بوده و به خوبی از منطوق ماده مشخص است که اعمال حکم ماده ۹۵۴ مؤخر بر تشخیص عقد جایز می‌باشد.

نظر مذکور علی‌رغم انتقاداتی که بیان داشتیم از این حیث که شرط عدم عزل را معتبر می‌داند قابل ستایش است. ولی در اینجا این سؤال مطرح می‌گردد که به تعبیر استاد کاتوزیان^۱ اگر اراده طرفین می‌تواند عقد وکالت را تبدیل به یک عقد لازم نماید چرا این اراده ضمن عقد جایز یا خود وکالت نتواند چنین کند. در خاتمه این نکته را ذکر می‌نماییم که مرحوم دکتر شهیدی بیان می‌دارد: «...و به تعبیری جواز از قواعد آمره و حکمی می‌باشد...»^۲ سؤال این است که اگر ایشان جواز را قاعده امری می‌دانند شرط خلاف آن را اگر ضمن عقد لازم باشد چگونه می‌پذیرند. برخلاف قاعده امری به هیچ وجه نمی‌توان توافق کرد ولو اینکه توافق ضمن عقد لازم باشد. مگر اینکه بگوییم مقصود ایشان از جواز، جواز در معنای عام کلمه می‌باشد با تمام احکام آن، به عبارت دیگر مقصودشان حکم ماده ۹۵۴ می‌باشد.

به هر حال کسانی که قائل به تأثیر مشروط اراده در جواز و لزوم وکالت می‌باشند معتقدند ماده ۶۷۹ خلاف قاعده و استثناء می‌باشد و به همین علت نمی‌توانیم آن را تفسیر

۱. دکتر امیرناصر کاتوزیان، عقود معین، ج ۴، شماره ۱۲۵.

۲. دکتر مهدی شهیدی، همان.

موسع نماييم.

ديوان عالی کشور نیز در رأی شماره ۷۷۶ - ۱۳۷۲/۱۲/۱۰ شعبه دوم چنین اظهار می‌دارد: «طبع اولیه عقد وکالت جایز می‌باشد و اصل و قاعده در عقود جایز قابلیت فسخ طرفین می‌باشد، پس قسمت اخیر ماده ۶۷۹ استثناء بر قاعده می‌باشد و نباید آن را تفسیر موسع نمود، فلذا صرف شرط عدم عزل ضمن عقد وکالت مؤثر نمی‌باشد». کمیسیون مشورتی آیین دادرسی مدنی اداره حقوقی در نظریه مورخ ۱۳۵۳/۳/۵ اسقاط حق عزل وکیل را به غیر از طرقی که در قسمت آخر ماده ۶۷۹ مذکور است، فاقد اثر می‌داند.^۱

گفتار سوم: موافقان شرط عدم عزل

برخی از فقها^۲ صرف ذی‌نفع بودن وکیل را ملاک می‌دانند و اظهار می‌نمایند، اگر وکیل در وکالت ذی‌نفع باشد، شرط عدم عزل ضمن عقد وکالت صحیح است. قبلاً بیان داشتیم که مرحوم سید محمدکاظم یزدی معتقد است شرط عدم عزل ضمن عقد جایز لازم‌الوفاء می‌باشد به دلیل عموم حدیث «المومنون عند شروطهم» ولی با فسخ عقد می‌توان شرط را نیز فسخ نمود. ولی ایشان معتقد هستند که در هر حال شرط عدم عزل ضمن وکالت توهم دور ایجاد می‌کند.

بعضی از فقها نیز همین نظر را دارند و موضوع را به سبب دور حمل بر بطلان می‌نمایند.^۳ اما توسط فقها به این انتقاد اینچنین پاسخ داده شده که لزوم عقد متوقف بر لزوم شرط می‌باشد ولی لزوم شرط متوقف بر لزوم عقد نمی‌باشد و متوقف بر ایقاع عقد

۱. مندرج در شماره ۱۵۵ مجله هفته دادگستری، ص ۷.

۲. بدایع، ج ۶، صفحه ۳۸ نقل از: محمود دکتر کاشانی، جزوه درسی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ص ۱۸۲.

۳. محمدعلی اراکی، *الخیارات*، صص ۵۰ و ۵۲، شیخ مرتضی انصاری، مکاسب با تحقیق و تعلیق، محمد کلانتر، ج ۱۳، ص ۱۹۲ به بعد، نقل از: دکتر علی حسین مصلحی، اثر حقوقی شرط عدم عزل ضمن عقد وکالت، مجله حقوقی دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۶۱ زمستان ۱۳۸۲، ص ۳۴۸ به بعد.

است و عموم حدیث «المؤمنون عند شروطهم» حکم به صحت چنین شرطی می‌دهد.^۱ در حقوق ما کم نیستند استادانی که شرط عدم عزل ضمن عقد جایز یا وکالت را صحیح می‌دانند ولی بی‌گمان در رأس این نظرات، نظر استاد کاتوزیان می‌باشد و ما در اینجا ابتدا به نقل نظر استاد به تفصیل می‌پردازیم. استاد کاتوزیان با ذکر سه سؤال اساسی و در پاسخ به این سه سؤال به تحلیل موضوع می‌پردازند. این سه سؤال عبارتند از:

- ۱ - آیا شرط ضمن عقد جایز هیچ الزامی به وجود نمی‌آورد؟
- ۲ - آیا قصد مشترک می‌تواند شرطی را که در عقد جایز آورده خارج از مفاد عقد نیز الزام‌آور بنماید؟
- ۳ - آیا به وسیله شرط می‌توان عقد جایز را الزام‌آور کرد یا باید شرط، ضمن عقد لازم باشد؟

ایشان می‌فرمایند، شرط ضمن عقد جایز فاقد الزام نمی‌باشد زیرا تا زمانی که عقد جایز باقی است، شرط عدم عزل هم باقی است و به تعبیر دیگر از آنجایی که تنها راه، برهم زدن عقد جایز می‌باشد، تا به تبع آن شرط هم از بین برود این خود نوعی الزام است. منتهی در حدود عقد اصلی.^۲ در پاسخ به سؤال دوم ایشان می‌فرمایند در اینجا قصد تعارضی با ارتباط عقد و شرط دارد و از سوی دیگر شرط ضمن عقد جایز اعاده‌ای بر قصد طرفین بر جواز شرط است ولی اگر طرفین تصریح نمایند که قصد لزوم شرط را دارند، اماره کنار می‌رود و چون تابعیت شرط از عقد هم از قواعد مربوط به نظم عمومی نمی‌باشد، شرط لازم است. به عبارت دیگر در اینجا شرط به استناد ماده ۱۰ قانون مدنی خود یک توافق مستقل می‌باشد.^۳

۱. دکتر امیرناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، ش ۵۵۶، دکتر سیدحسن امامی، همان، ص ۲۳۴، دکتر علی حسین مصلحی، همان، دکتر حسین صفایی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۲، تعهدات و قراردادها، ص ۴۲۷.

۲. دکتر امیرناصر کاتوزیان، همان، ج ۳، ش ۵۵۶، عقود معین، ج ۴، شماره ۱۲۴.

۳. همان.

و در پاسخ به سؤال سوم می‌فرمایند، ظهور مواد قانون مدنی آنچنان غیرمنطقی است که باید از آن دست کشید. اگر خواست مشترک طرفین بتواند ایجاد التزام کند بدون اینکه از نظر قالب و تشریفات محدودیتی داشته باشد. (ماده ۱۰ قانون مدنی)، چه تفاوتی دارد که این خواست ضمن عقد لازم بیان شود یا ضمن عقد جایز. در ادامه بیان می‌دارند هیچ کدام از این مواد بی‌اعتباری شرط لزوم را به صراحت بیان نمی‌کنند فلذا باید در تفسیر آن به روح قانون مدنی که حاکمیت اراده می‌باشد توجه کنیم و موارد مذکور را ناظر بر موارد شایع بدانیم بدون اینکه مفهوم آنها، لزوم شرط در عقد جایز را نفی کند.^۱

ایشان در مورد شرط ضمن عقد وکالت می‌فرمایند، آوردن وکالت ضمن عقد جایز نشانه آن است که طرفین نخواسته‌اند آزادی خود را به طور کامل از بین ببرند و فقط مایلند وکالت را تابع آن عقد سازند. ولی وقتی سقوط حق عزل ضمن وکالت اعلام گردد دیگر این نشانه وجود ندارد. در نتیجه لزوم احترام به خواسته آنان و وفای به شرط ایجاب می‌کند که از مفاد آن پیروی شود و وکالت به صورت عقد لازم درآید. در خاتمه استاد با بیان مثالی استدلال را تکمیل می‌نمایند. بدین شرح که اگر طرفین عقدی نه ضمن عقد لازم و نه ضمن خود وکالت بلکه در یک توافق مستقل، تراضی به عدم عزل نمایند. و تراضی مذکور را تابع ماده ۱۰ قانون مدنی قرار دهند، آیا نمی‌توانیم این تراضی را بپذیریم؟ لذا چه فرقی می‌کند که همین تراضی به صورت شرط در عقد وکالت باشد، آنچه الزام می‌آورد تراضی است و نه شکل.^۲

مرحوم دکتر امامی نیز شرط عدم فسخ را ضمن عقد جایز صحیح می‌داند و اظهار می‌دارند منظور از آنچه مشهور است که شروط ضمن عقد جایز لازم‌الوفاء نیستند همین امر است که مشروط علیه می‌تواند غیرمستقیم خود را از تبعیت شرط رها نماید.^۳ ایشان در

۱. همان.

۲. دکتر امیرناصر کاتوزیان، عقود معین، ج ۴، ش ۱۲۵، عقود معین، ج ۲، ش ۲۸، ۶۷ و ۶۸ عقود معین، ج ۱، ش ۴۳۷.

۳. دکتر سیدحسن امامی، همان، ص ۲۳۴.

مورد شرط عدم فسخ ضمن خود عقد جایز در مضاربه شرط را خلاف اقتضای عقد و در نتیجه غیرمؤثر می‌دانند.^۱ ولی در وکالت شرط را صحیح و موجب لزوم عقد می‌شمارند.^۲ قبلاً بیان داشتیم که برخی تعارض مذکور در نظریه فوق را دال بر این امر دانسته‌اند که ایشان خود در مواردی می‌پذیرند که جواز اقتضای ذات می‌باشد و شرط خلاف آن را مؤثر نمی‌دانند. گو اینکه برخی از مخالفین شرط عدم عزل ضمن وکالت بیان می‌دارند این تعارض در نظرات استاد کاتوزیان هم وجود دارد و اشاره می‌نمایند به نظر ایشان در عقد ودیعه.^۳ اما به نظر می‌آید در مواردی اساساً تعارضی وجود ندارد و اگر هم تعارضی باشد فی الواقع دوگانگی نمی‌باشد و یک تفاوت منطقی است. بدین شرح که برای نمونه استاد کاتوزیان در بحث ودیعه می‌فرماید اگر طرفین شرط نمایند که حق فسخ و همچنین اثر حکم ماده ۹۵۴ هر دو ساقط شوند این شرط صحیح نیست زیرا برخلاف نظم عمومی است اگر چه موافق با حاکمیت اراده می‌باشد و از طرفی ماهیت اذن را تغییر می‌دهد چون ایجاد حق می‌نماید، این همان استدلالی است که مخالفین در رد صحت شرط عدم عزل ضمن وکالت می‌نمایند. در ادامه استاد می‌فرماید، اما اگر طرفین حق فسخ را ساقط نمایند و اثر دوم عقد جایز را حفظ کنند شرط صحیح است.^۴

به دلایلی که به تفصیل معروض خواهیم داشت، به نظر می‌آید تعارضی در این سخنان وجود ندارد و کلام استاد در جریانی مشخص قرار دارد؛

۱ - مخالفین شرط عدم عزل، از آنجایی که جواز را اقتضاء ذات عقد می‌دانند معتقدند در این امر تمام عقود جایز (مشخصاً اذنی) باید حکم واحد داشته باشند. یا در تمام آنها با دلایل موجه شرط عدم فسخ را بپذیریم یا خیر که مسلماً نظر آنها عدم پذیرش چنین شرطی است. لیکن موافقان بیان می‌دارند جواز و لزوم اقتضاء ذات عقد نمی‌باشد و اراده طرفین می‌تواند راجع به آن تصمیم بگیرد و فقط آنچه این اراده را محدود می‌نماید نظم

۱. دکتر سیدحسن امامی، همان، ص ۱۰۷.

۲. همان، ص ۲۳۴.

۳. دکتر امیرناصر کاتوزیان، «عقود اذنی وثیقه‌های دین»، شماره ۲۵.

۴. مرجع پیشین

عمومی یا اخلاق می‌باشد. لذا ممکن است در یک عقد جایز شرط عدم فسخ مخالف نظم عمومی باشد و در عقدی دیگر چنین نباشد.

۲ - مخالفین با جمع مواد ۱۸۶ و ۹۵۴ قانون مدنی معتقدند، عقد جایز عقدی است که هر یک از طرفین بتواند آن را فسخ نماید و با فوت، جنون یا سفه هر یک از آنها منفسخ گردد. البته شاید صریحاً چنین تعریفی از عقد جایز بیان نمی‌دارند ولی به هر حال تفکیکی بین ماده ۱۸۶ و ۹۵۴ قائل نمی‌شوند. لذا می‌گویند یا عقد جایز است بدین گونه که هر یک از طرفین می‌تواند آن را فسخ نماید و با فوت، جنون یا سفه آنها از بین می‌رود و یا لازم است که هیچ یک از طرفین نمی‌تواند آن را فسخ نماید و با فوت، جنون یا سفه آنها از بین نمی‌رود. نهایتاً در بین مخالفین کسانی که جواز را اقتضاء ذات عقد نمی‌دانند، عقد را در صورت وجود شرط عدم فسخ به «عقد جایز غیرقابل فسخ» تعبیر می‌نمایند. یعنی شرط را صحیح می‌دانند ولی به واسطه حکم ماده ۹۵۴ آن را همچنان جایز می‌دانند.

به نظر می‌رسد تعریف عقد جایز چیزی نیست جز آنچه در ماده ۱۸۶ قانون مدنی آمده و ماده فوق در مقام تعریف عقد جایز بوده، حال تمام عقود که قانون آنها را جایز دانسته، عقود جایز قانونی می‌باشد که در وجه اطلاق جایز هستند. از آنجایی که جواز اقتضاء ذات عقد نمی‌باشد و این را قانون مدنی نیز پذیرفته ماده ۶۷۹، ماده ۷۷۷، ماده ۱۰۸، ماده ۱۲۰ که در مباحث قبلی به تفصیل به آنها پرداختیم) اراده مشترک می‌تواند در خصوص جواز عقد جایز قانونی تصمیم بگیرد مگر زمانی که مغایر با نظم عمومی یا اخلاق باشد و اما ماده ۹۵۴ قاعده‌ای آمره می‌باشد که قانونگذار به موجب آن حکمی را بر عقود جایز قانونی، یعنی عقود که در وجه اطلاق قانون آنها را جایز می‌داند، حمل نموده است.

در زمانی که طرفین در عقد جایز شرط عدم فسخ می‌نمایند شرط صحیح است و چون امکان فسخ از بین می‌رود عقد از شمول تعریف عقد جایز (ماده ۱۸۶) خارج می‌شود و عقد لازم می‌باشد، اما از یک طرف این اراده مشترک نمی‌تواند قاعده آمره (ماده ۹۵۴) را زائل نماید و لذا حکم ماده ۹۵۴ باقی می‌ماند. شاید گفته شود اگر عقد تبدیل به عقد لازم

می‌گردد در شمول ماده ۹۵۴ قرار نمی‌گیرد زیرا ماده ۹۵۴ در صدر ماده حکم را ناظر بر کلیه عقود جایز نموده است. مخالفین عمدتاً به همین علت شرط عدم فسخ را صحیح نمی‌دانند. زیرا آنها می‌گویند با توافق نمی‌توانیم ماده ۹۵۴ را از اثر بیندازیم.

ولی مسأله این است که عقد جایز بعد از شرط عدم فسخ همان‌گونه که گفتیم در تعریف عقد جایز نمی‌گنجد و دیگر لازم است و شرط هم صحیح است زیرا قانون جواز را اقتضاء ذات عقد نمی‌دانند و اراده مشترک می‌تواند تا حدی که مخالف نظم عمومی نباشد نسبت به آن تصمیمی بگیرد اما عقد بعد از شرط مشمول ماده ۹۵۴ می‌باشد، چرا که منظور قانونگذار از عبارت «... کلیه عقود جائزه...» عقودی است که خود قانون آنها را در وجه اطلاق جایز دانسته و حتی این عقود کاملاً مشخص می‌باشند. فلسفه این حکم جایز بودن آنها بدین معنا که چون طرفین حق فسخ آن را دارند (ماده ۱۸۶) پس با فوت، جنون یا سفه آنها نیز فسخ می‌گردد نیست. بلکه فلسفه این حکم ماهیت عقود جایز قانونی (در وجه اطلاق) می‌باشد. در واقع چون ماهیت آنها اذن است، فوت، جنون یا سفه از بین می‌روند. لذا در عقد اذنی، اگر شرط عدم فسخ شود و شرط مخالف نظم عمومی نباشد، شرط صحیح است و از آنجایی که طرفین نمی‌توانند عقد را فسخ نمایند عقد جایز نمی‌باشد اما اثر عقود اذنی همچنان بر آن جریان دارد (ماده ۹۵۴) لذا در تحلیل استاد در عقد ودیعه تعارضی نمی‌باشد. چرا که اگر طرفین شرط نمایند حق فسخ و حکم ماده ۹۵۴ ساقط گردد اینجا ماهیت اذن تغییر می‌کند. ولی اگر آنها فقط حق فسخ را زائل نمایند هرگز ماهیت اذن تغییر نمی‌کند و این دیگر یک اعطای حق نمی‌باشد یک اذن غیرقابل رجوع است (ماده ۱۰۸ و ۱۲۰ قانون مدنی). ما باید بین اذن غیرقابل رجوع و حق تفاوت قائل شویم. اگر کسی اذنی بدهد و آن را به وجه لازمی غیرقابل رجوع نماید (ماده ۱۲۰) این اعطای حق نیست زیرا اگر حق بود ویژگی آن را نیز باید می‌دانست و مثلاً قابل انتقال باشد یا با فوت به ورثه منتقل گردد.

در خاتمه ذکر این نکته را ضروری می‌دانیم که به نظر می‌رسد اگرچه مفاد ماده ۹۵۴

ریشه در ماهیت عقود اذنی دارد، بدین معنا که فلسفه این حکم ماهیت عقود اذنی می‌باشد ولی جزء ذات آن نمی‌باشد. زیرا اگر چنین بود قانون هیچ استثنایی را نباید در این امر می‌پذیرفت ولی قانون در ماده ۷۷۷ عدول از ماده ۹۵۴ را مشروع دانسته.

برخی از حقوقدانان^۱، شرط عدم عزل وکیل را ضمن عقد جایز دیگر معتبر می‌دانند و شرط عدم عزل ضمن وکالت را نیز معتبر و موجب لزوم عقد می‌دانند ولی برای لزوم دو مفهوم عام و خاص قائل می‌شوند. بدین معنی که لزوم در معنای خاص یعنی هم‌آنچه قانون در ماده ۱۸۵ تعریف نموده و در معنای عام عقد جایزی است که در آن شرط عدم فسخ شده باشد.

همان‌گونه که قبلاً بیان داشتیم اکنون بسیاری استنادانی که شرط عدم عزل ضمن وکالت را صحیح می‌دانند.^۲

گروهی دیگر^۳ معتقدند اگر وکیل در وکالت ذی‌نفع باشد به گونه‌ای که در صورت عزل خسارت ببیند و بی‌هیچ طریق دیگری نتواند مانع ضرر وکیل شود، شرط عدم عزل را معتبر می‌انگاریم.

ایشان شرط ضمن وکالت را معتبر می‌دانند چون مبنای آن را اراده طرفین می‌شمارند که صریحاً در عقد وکالت مذکور است. و بیان می‌دارند عقد لازم هیچ خصوصیتی ندارد و چیزی به اراده طرفین اضافه نمی‌کند. همچنین ایشان در توجیه صحت شرط عدم عزل ضمن وکالت به اصل رضایی بودن عقود استناد می‌نمایند و می‌گویند ماده ۶۷۹ ما را به سوی تشریفات کردن عقود سوق می‌دهد در حالی که از نظر واقعی تأثیری بر این تشریفات نمی‌باشد.^۴

آنچه به نظر می‌رسد اینکه تمایزی که ایشان برای ذی‌نفع بودن یا نبودن وکیل قائل

۱. دکتر علی حسین مصلحی، همان.

۲. دکتر حسین صفایی، همان، ص ۴۲۷.

۳. دکتر کاشانی، *جزوه درسی حقوق مدنی* ۷، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ص ۱۷۶.

۴. دکتر کاشانی، همان، صص ۲ - ۱۸۱.

شده‌اند چندان قابل قبول نمی‌تواند باشد. ولی استدلال مؤید صحت شرط عدم عزل مطرح شده از سوی ایشان مقبول و منطقی می‌باشند.

گفتار چهارم - مبانی موجه شرط عدم عزل ضمن وکالت

ما سعی کردیم دلایل اصلی خود را مبنی بر صحت شرط عدم عزل ضمن وکالت در جریان توضیح نظرات مخالف و موافق بیان نماییم. در مباحث قبل ما عمدتاً به نقد این نظرات پرداخته و نتیجه‌گیری کرده‌ایم به همین دلیل برای پرهیز از دوباره‌گویی در این گفتار به طور خلاصه آنچه را در مباحث قبل گفته‌ایم و مطالب دیگر را اگر به جای مانده باشند مطرح می‌نماییم.

۱ - گفتیم که برخلاف عده‌ای که جواز را اقتضای ذات عقد می‌دانند، ما این امر را با توجه به مواد ۶۷۹، ۱۰۸، ۱۲۰ و ۷۷۷ قانون مدنی صحیح نمی‌دانیم. (مراجعه شود به گفتار نخست از فصل دوم)

۲ - گروه دوم مخالفین با اینکه جواز را اقتضای ذات عقد نمی‌دانند ولی قسمت دوم ماده ۶۷۹ را استثناء می‌دانند و تفسیر مضیق می‌نمایند. و نیز بیان داشتیم که استاد کاتوزیان معتقدند ظاهر ماده ۶۷۹ آن قدر غیر منطقی است که باید از آن صرف‌نظر کنیم و در تفسیر قانون مدنی به روح قانون که حاکمیت اراده می‌باشد توجه کنیم و موارد مذکور را ناظر بر موارد شایع بدانیم بدون اینکه مفهوم آنها، لزوم شرط در عقد جایز را نفی کند.^۱ ما این را نیز در تأیید فرمایش استاد معروض می‌داریم که به نظر می‌آید ماده ۶۷۹ در مقام بیان یک قاعده و استثناء آن گونه که مخالفین می‌گویند نیست به عبارت دیگر ماده ۶۷۹ در مقام بیان این امر نمی‌باشد که قاعده می‌گوید در وکالت هر یک از طرفین می‌تواند عقد را فسخ نماید و استثنای قاعده شرط عدم عزل یا وکالت ضمن عقد لازم می‌باشد. بلکه به نظر می‌آید کل ماده در مقام بیان یک قاعده می‌باشد. بدین گونه که ماده می‌گوید وکالت عقد جایز است و در وجه اطلاق مگر آنکه طرفین توافق دیگری نمایند.

۱. دکتر امیرناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، ش ۵۵۶، عقود معین، ج ۴، ش ۱۲۴.

البته نمی‌توان منکر این شد که قانون توافق را مقید به اندراج در عقد لازم نموده اما همان‌گونه که استاد فرمودند نتیجه پذیرش این استدلال این است که دیگر شرط عدم عزل ضمن عقد جایز باشد آن را مؤثر و صحیح ندانیم در حالی که این شرط صحیح است ولی عقد جایز اگر فسخ شود شرط هم از بین می‌رود و پذیرش بی‌اعتباری و عدم صحت چنین شرطی کاملاً غیرمنطقی است.

۳ - گفتیم که امروزه تقریباً غالب استادان پذیرفته‌اند که شرط عدم عزل ضمن عقد جایز صحیح است و موجب لزوم عقد وکالت می‌گردد و چرا که اگر طرفین عقد جایز را فسخ نمایند نمی‌توانند وکالت را فسخ نمایند. صرف اینکه شرط در عقد جایز می‌باشد و عقد جایز قابل فسخ است و این می‌تواند باعث از بین رفتن شرط و در نتیجه فسخ وکالت گردد، دلیل نمی‌شود تا منکر لازم بودن وکالت با وجود شرط ضمن عقد جایز شویم. فرض کنیم ضمن بیع عقد وکالت یا شرط عدم عزل قرار گیرد و بیع همراه با اختیار فسخ برای مدت معین به نفع یکی از طرفین باشد، آیا در اینجا به علت اینکه امکان فسخ بیع می‌باشد، می‌توانیم وکالت را جایز بدانیم؟

اگر گفته شود انگیزه اصلی در فسخ عقد جایز در چنین مواردی فسخ وکالت می‌باشد. در پاسخ می‌گوییم آنچه ما بررسی می‌کنیم این است که آیا حق فسخ وکالت در چنین وکالتی وجود دارد یا خیر. فسخ یک امر حقوقی است با تعریف و ویژگی‌های معین و اینکه طرفین به طریقی دیگر می‌توانند عقد را منحل نمایند موضوع بحث نمی‌باشد.

۴ - قبلاً بیان داشتیم که یکی از علت‌هایی که باعث می‌شود عده‌ای در پذیرش صحت شرط عدم عزل ضمن عقد جایز تردید نمایند حکم ماده ۹۵۴ می‌باشد و ما به تفصیل در این خصوص سخن گفتیم که تعریف عقد جایز فقط همان است که در ماده ۱۸۶ آمده و ماده ۹۵۴ فقط حکمی را بر عقود جایز (در وجه اطلاق) حمل می‌کند حال با شرط عدم عزل ضمن وکالت، وکالت لازم می‌گردد ولی چون وکالت در وجه اطلاق عقد جایز می‌باشد آن را همچنان مشمول ماده ۹۵۴ می‌دانیم. به عبارت دیگر ماده ۹۵۴ ناظر بر

عقود اذنی می‌باشد و حکم ماده و فلسفه آن ریشه در ماهیت این عقود دارد و با شرط عدم فسخ ماهیت اذن تغییر نمی‌کند بلکه اگر شرط عدم فسخ مؤثر باشد با اسقاط حکم ماده ۹۵۴ ماهیت اذن تغییر می‌کند. (مراجعه شود به گفتار دوم)

۵ - اعتبار دادن به شرط عدم عزل ضمن وکالت یک نیاز حقوقی امروز می‌باشد. حتی کشوری همانند سوئیس که صراحتاً در ماده ۳۴ قانون تعهدات، شرط عدم عزل را نمی‌پذیرد و برخلاف نظم عمومی می‌داند در مورد حساب مشترک بیان می‌دارد، دارندگان حساب مشترک حق فسخ سمت وکالت را بدون توافق با یکدیگر ندارند.^۱

۶) از لحاظ تطبیقی نیز در کشورهایی که شرط عدم عزل را نمی‌پذیرند، مثل سوئیس یا مصر، علت این امر این است که حق فسخ را در چنین قراردادهایی از قواعد مربوط به نظم عمومی می‌دانند نه اینکه آن را مثلاً به ذات عقد نسبت دهند یا خود را مقید به ظاهر غیرمنطقی قانون نمایند (البته وضع قوانین در آنجا متفاوت است) حال حتی مخالفین شرط عدم عزل ضمن وکالت در حقوق ما، منشأ حق فسخ را نظم عمومی نمی‌دانند تا به استناد آن شرط را صحیح ندانند و تنها مخالفت خود را یا با ذات عقد وکالت توجیه می‌نمایند و با تفسیر مضیق از ماده ۶۷۹. لذا چون وکالت و حق فسخ آن در حقوق ما از قواعد مربوط به نظم عمومی نمی‌باشد، نباید شرط عدم عزل را نپذیریم. گذشته از این کشورهایی که شرط عدم عزل را می‌پذیرند یا نمی‌پذیرند هرگز این پذیرش یا عدم پذیرش را منوط به اندراج شرط در عقد لازم یا جایز نمی‌نمایند زیرا مغایر با حاکمیت اراده می‌باشد. پس اگر حق فسخ را از قواعد مربوط به نظم عمومی بدانند مطلقاً شرط خلاف آن را نمی‌پذیرند و اگر از قواعد مربوط به نظم عمومی ندانند مطلقاً آن را صحیح می‌دانند به سبب حاکمیت اراده.

۷ - حتی اگر ما بپذیریم به صرف شرط عدم عزل ضمن وکالت، موضوع مصداق اعطای حق می‌باشد و نه اذن، به عبارت دیگر به صرف شرط اذن تغییر ماهیت می‌دهد، اگر این تغییر ماهیت خلاف نظم عمومی نباشد چه اشکالی دارد، مگر نه اینکه ما اصل را

۱. نقل از: دکتر محمود کاشانی، همان، ص ۱۷ (پانویس).

در قرارداد، حاکمیت اراده می‌دانیم. ظاهراً در حقوق ما اگرچه اصل حاکمیت اراده به نوعی پذیرفته شده ولی دامنه و قلمرو آن محدود می‌باشد و تفکر درستی نیز نسبت به آن وجود ندارد. شاید بتوان گفت همان‌گونه که از ماده ۲۱۹ اصل لزوم را استنباط می‌کنیم می‌توانیم از ماده ۱۰ اصل حاکمیت اراده را استنباط کنیم. نه فقط به این معنا که طرفین در انتخاب نوع عقد، طرف قرارداد و شکل عقد مختار باشند بلکه بدین معنا که هرکجا شک کنیم توافق افراد در امری (در مسائل قراردادهای) صحیح است یا خیر، آن را صحیح بدانیم به استناد اصل حاکمیت اراده، و این با اصل صحت متفاوت است زیرا اصل صحت ناظر بر موضوع می‌باشد و اصل حاکمیت اراده ناظر بر حکم. وقتی شک می‌کنیم شرط ضمن عقد به اجبار بوده یا خیر اصل را بر صحت قرارداد می‌گذاریم ولی اگر شک کنیم که آیا اساساً شرط عدم عزل ضمن وکالت صحیح است یا خیر (نه شرط خاص بلکه نوعاً) اصل حاکمیت اراده می‌گوید صحیح است.

نتیجه اینکه به نظر ما شرط عدم عزل ضمن وکالت صحیح است و موجب لزوم وکالت می‌گردد ولی چون وکالت ماهیتاً اذن می‌باشد و در وجه اطلاق عقد جایز بوده (به تصریح قانون) مشمول ماده ۹۵۴ می‌گردد. همان‌گونه که اگر در عقد لازمی شرط فسخ برای هر دو طرف باشد (صرف‌نظر از اختلافی که وجود دارد که چنین عقدی لازم است یا جایز) اگر ما این عقد را جایز هم بدانیم مشمول ماده ۹۵۴ نمی‌گردد زیرا گرچه ماده ۹۵۴ اشاره می‌دارد به کلیه عقود جائزه اما منظور عقود است که در وجه اطلاق قانون آنها را جایز دانسته یا به عبارت دیگر عقود اذنی و در صورت شرط عدم عزل به نظر می‌رسد تا حکم ماده ۹۵۴ جاری است اذن تغییر ماهیت نمی‌دهد و فقط می‌شود اذن غیرقابل رجوع (ماده ۱۰۸ و ۱۲۰) و این اعطای حق نیست زیرا شرایط آن را ندارد. مثلاً قابل انتقال نمی‌باشد و با فوت نیز به ورثه منتقل نمی‌گردد.

۸ - به نظر می‌رسد شرط عدم عزل ضمن وکالت مستحکم‌تر از شرط عدم عزل ضمن عقد جایز دیگر باشد. زیرا در حالت دوم با فسخ عقد جایز، وکالت نیز جایز می‌گردد ولی در حالت اول امکان فسخ وکالت نیست زیرا شرط مانع آن می‌گردد.

- ۹ - دیوان عدالت اداری در دادنامه شماره ۱۳۸۱/۸/۵/۲۷۹ خود مقرر می‌دارد که دفاتر اسناد رسمی باید مفاد شرط عدم عزل ضمن خود وکالت را معتبر دانسته و به آن عمل نمایند.^۱ شورای نگهبان نیز در نظریه ۸۱/۳۰/۷۰۲ - ۸۱/۳/۲۲ خود دستورالعمل ثبت را مبنی بر رعایت چنین شرطی، خلاف شرع ندانسته.^۲
- ۱۰ - در فرانسه شرط عدم عزل مخالف نظم عمومی نمی‌باشد ولی گروهی آن را مطلقاً صحیح می‌دانند و گروهی دیگر عزل را ممکن می‌دانند ولی وکیل را ملزم به جبران خسارت می‌دانند.^۳
- ۱۱ - به نظر می‌آید در آلمان از آنجایی که ماده ۱۱۸ قانون مدنی در مواردی وکالت بدون حق عزل را پیش‌بینی نموده، فسخ از قواعد مربوط به نظم عمومی نباشد.^۴
- ۱۲ - در سوئیس، قانون تعهدات سوئیس در ماده ۳۴ حق فسخ در وکالت را از قواعد مربوط به نظم عمومی می‌داند ولی در مباحث قبل بیان داشتیم که راجع به حساب مشترک این نظر کمی تعدیل شده.
- ۱۳ - در مصر، حق فسخ از قواعد مربوط به نظم عمومی است و به موجب ماده ۷۱۵ قانون مدنی مصر امکان‌پذیر نیست ولی این قاعده با دو استثناء روبرو می‌باشد، یکی وکالت با فرد که در اینجا فی‌الواقع استثناء نیست زیرا امکان عزل باقی است اما از موکل خسارت گرفته می‌شود. دوم اگر وکالت به نفع وکیل باشد.^۵
- در سوریه (ماده ۶۸۱ قانون مدنی) لیبی (ماده ۷۱۵ قانون مدنی)، عراق (ماده ۹۴۷ قانون مدنی) لبنان (ماده ۸۱۰ و ۸۱۱ قانون عقود) و تعهدات وضعیتی مشابه وجود دارد.

۱ و ۲. نقل از: دکتر علی حسین مصلحی، همان.

۳. برای اطلاعات بیشتر مراجعه شود به، عقود معین، ج ۴، ص ۲۱۷، دکتر کاتوزیان.

۴. پیرآنژیل، رساله تعهدات در حقوق سوئیس، ش ۸۱، ص ۲۷۳، نقل از: دکتر امیرناصر کاتوزیان، عقود معین، ج ۴، ص ۲۱۷.

۵. عبدالرزاق احمدالسنهوری، الوسیط فی شرح القانون المدنی، عقد الوکاله، ش ۱۲۵.

گفتار پنجم - حقوق تطبیقی

همان‌گونه که قبلاً بیان شد، موضوع صحت شرط عدم عزل در کشورهای دیگر این‌گونه مطرح می‌گردد که آیا فسخ عقد جایز (مشخصاً وکالت) از قواعد مربوط به نظم عمومی است یا خیر؟ اگر از قواعد مربوط به نظم عمومی باشد مسلماً توافق طرفین نمی‌تواند تأثیری در کسب لزوم عقد جایز، داشته باشد و در این حالت با شرط عدم عزل، مشروط علیه اسقاط حق عزل نمی‌نماید و فقط تعهد به عدم استفاده از حق عزل می‌نماید که در صورت تخلف به موجب ضوابط مسئولیت مدنی باید خسارت را جبران نماید. به عبارت دیگر اراده مشترک نمی‌تواند منشأ لزوم باشد. ولی اگر فسخ از قواعد مربوط به نظم عمومی نباشد (حق فسخ)، طرفین می‌توانند با شرط عدم عزل وکالت را لازم نمایند.

پس از بیان این مقدمه به بیان وضعیت حقوقی برخی از کشورها می‌پردازیم.

فرانسه

در فرانسه حق فسخ از قواعد مربوط به نظم عمومی نمی‌باشد ولی در این مورد ذکر دو نکته ضروری است.

۱ - اینکه حق فسخ از قواعد مربوط به نظم عمومی نمی‌باشد مشروط به این است که اولاً وکالت برای موضوع خاص باشد، ثانیاً برای تمام مدت یا دائم نباشد در غیر این صورت وکالت می‌تواند وسیله‌ای برای سلب حقوق مدنی باشد.

قبلاً بیان داشتیم که در حقوق ما عده‌ای به استناد ماده ۹۵۹ قانون مدنی معتقدند ماده ۶۷۹ نسخ شده است ولی استاد کاتوزیان ماده ۹۵۹ را مخصص ماده ۶۷۹ می‌دانند و وکالت برای تمام امور و دائم را مشمول ماده ۹۵۹ دانسته و شرط عدم عزل در آن را معتبر نمی‌دانند.

۲ - در فرانسه در مورد چگونگی اثرگذاری شرط عدم عزل دو دیدگاه متفاوت وجود دارد.

گروهی^۱ چون حق فسخ را از قواعد مربوط به نظم عمومی نمی‌دانند همین امر را کافی می‌دانند تا مطلقاً شرط عدم عزل را مؤثر تلقی نمایند. بدین معنا که موکل در صورت شرط عدم عزل حق عزل ندارد و اگر وکیل را عزل نماید این عزل فاقد اثر حقوقی است. اما از طرف دیگر گروهی^۲ اظهار می‌دارند که امکان ادامه وکالت با عزل موکل و سلب اعتماد وی از وکیل، امری نادرست است. زیرا باعث سلب آزادی حقوقی دیگری می‌گردد. فلذا این عده می‌گویند عزل مؤثر است اما موکل ملزم به جبران خسارت ناشی از پیمان‌شکنی می‌شود.

نظر گروه دوم تقریباً مشابه نظری است که حق فسخ را از قواعد مربوط به نظم عمومی می‌دانند و یا در حقوق ما شبیه نظر آن دسته از مخالفین شرط عدم عزل می‌باشد که جواز را اقتضای ذات عقد وکالت می‌شمارند.

آلمان

به نظر می‌آید در حقوق آلمان، از آنجایی که ماده ۱۶۸ قانون مدنی، وکالت بدون حق عزل را در مواردی معین پیش‌بینی کرده، مغایر نبودن شرط عدم عزل با قواعد نظم عمومی قابل استنباط باشد.^۳

سوئیس

در سوئیس حق فسخ در وکالت از قواعد مربوط به نظم عمومی می‌باشد و ما در تشریح وضعیت حقوقی سوئیس در بدو امر اشاره به قانون تعهدات سوئیس می‌نماییم و پس از آن به ترتیب، نظر استادان حقوقی (دکترین) و یک رأی از دادگاه فدرال را مطرح می‌کنیم. قانون تعهدات سوئیس در ماده ۳۴ خود مقرر می‌دارد «۱ - در نمایندگی قراردادی،

۱. پانیول وریپر و ساواتیه، دیوان کشور فرانسه ۱۳ مه ۱۸۸۵، ۲۰ فوریه ۱۸۸۹، سیری ۱۸۹۰، ۱، ۶۹ شعبه مدنی، ۱۱ فوریه ۱۸۹۱، دالوز ۱۸۹۱، ۱۹۷، نقل از: دکتر امیرناصر کاتوزیان، *عقود معین*، ج ۴، ص ۲۱۷.

۲. مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۳، ش ۱۴۲۰، نوذری «کانتینوری و واصل، ش ۸۱۸ - ابری ورو، ج ۶، ش ۴۱۶، ص ۱۸۵، نقل از پلینول وریپر، همین کتاب، ص ۱۳۸، پاورقی ش ۱۴، نقل از: دکتر امیرناصر کاتوزیان، *عقود معین*، ج ۴، ص ۲۱۷.

۳. پیر آنژیل، *رساله تعهدات در حقوق سوئیس*، ش ۸۱، ص ۲۷۳، نقل از: دکتر امیرناصر کاتوزیان، *عقود معین*، ج ۴، ص ۲۱۷.

منوب عنه حق دارد هر وقت بخواهد، اختیارات نماینده را محدود و یا نمایندگی را فسخ کند بدون اینکه این امر لطمه‌ای به حقوقی که نماینده علیه او، به سببی دیگر، از قبیل قرارداد فردی کار، قرارداد شرکت و یا نمایندگی ممکن است داشته باشد وارد کند.

۲ - هرگونه انصراف قبلی از این حق، از طرف منوب عنه، باطل است...»

با عنایت به نص صریح ماده ۳۴، حق فسخ در وکالت از قواعد مربوط به نظم عمومی است و بنابراین شرط عدم عزل ضمن وکالت فاقد اثر است و صرفاً متعهد را به عدم استفاده از حق عزل متعهد می‌نماید.^۱

«فن تور»^۲ در تحلیل ماده ۳۴ چنین بیان می‌دارد «منافع اصیل به نماینده سپرده شده و نمایندگی غیرقابل عزل متضمن خطر خیلی زیادی برای این منافع است»^۳ همچنین وی برقراری وجه التزامی متناسب را برای استفاده از حق عزل در صورت شرط عدم عزل معتبر می‌داند.^۴

«أزر»^۵ حقوقدان دیگر سوئسی معتقد است نمایندگی غیرقابل عزل موجب تمديد آزادی تصمیم اصیل نمی‌گردد، زیرا اصیل این امکان را دارد که در صورت شرط عدم عزل، خودش موضوع وکالت را انجام دهد.^۶

یکی از استادان حقوق ما^۷ به نظر فوق این اشکال را وارد می‌نماید که اگر اصیل بخواهد اساساً مورد وکالت صورت نگیرد با محدودیت تصمیم مواجه است (و این سلب

۱. پیر آنژیل، همان، ش ۸۱، ص ۲۷۳، نقل از: دکتر امیرناصر کاتوزیان، عقود معین، ج ۴، ص ۲۱۷.

2. von. Tuhr

۳. Von tuhr, co. T.1242VI.4 نقل از: دکتر عبدالمجید امیری قائم‌مقامی، همان مرجع، ص ۱۵۷.

۴. نقل از: دکتر عبدالمجید امیری قائم‌مقامی، همان مرجع، ج ۲، ص ۱۵۸ (پاورقی).

5. Oser.

6. Ibid, oser,rem,l.v1 adart.34, citepar ven tuhr: loc.cit.rote.12

نقل از: دکتر عبدالمجید قائم‌مقامی، همان مرجع، ج ۲، ص ۱۵۸

۷. دکتر عبدالمجید امیری قائم‌مقامی، همان مرجع، ص ۱۵۸.

آزادی می‌باشد).

در خاتمه به ذکر چند رأی از دادگاه‌های فدرال سوئیس می‌پردازیم:

«انصراف زودرس نسبت به حق فسخ وکالت و یا حق اعراض از وکالت همیشه باطل محسوب می‌شود».^۱ «موکل نمی‌تواند ملتزم به عدم اعمال حق عزل وکیل در عقد وکالت شود»^۲

«هنگامی که سمت نمایندگی وکیل ساقط می‌شود، دیگر وکیل نمی‌تواند به هیچ وجه آن را مورد استفاده قرار دهد»^۳

مصر، سوریه، لیبی، عراق و لبنان

ماده ۷۱۵ قانون مدنی مصر مقرر می‌دارد:

۱- «موکل می‌تواند هر وقت بخواهد، وکالت را پایان دهد یا آن را مقید کند، اگرچه توافقی مخالف با این وجود داشته باشد. اگر وکالت با فرد باشد، موکل ملزم به تأدیه خسارتی است که به وکیل به علت عزل او در موقعی غیرمناسب یا بدون عذری معقول رسیده است.

۲- اگر وکالت به مصلحت وکیل یا مصلحت بیگانه‌ای اداره شده است، موکل نمی‌تواند بدون رضای کسی که وکالت به نفع او داده شده، به وکالت پایان دهد».

همان‌گونه که ملاحظه می‌گردد در حقوق مصر حق فسخ در وکالت از قواعد مربوط به نظم عمومی است^۴ و این امر با دو استثناء مواجه می‌باشد:

۱- اگر وکالت با مزد باشد که در این صورت به زعم یکی از استادان حقوق مصر^۵ به

۱ . Ro 98-305 JT 1973-596. نقل از: دکتر محمود کاشانی، همان، ص ۱۷۹.

۲ . Ro 98-305 JT 1973-536. نقل از: دکتر محمود کاشانی، همان .

۳ . Ro 101-117 JT 1973-329. نقل از: دکتر محمود کاشانی، همان .

۴ . عبدالرزاق احمدالسنهوری، همان، شماره ۱۲۵.

۵ . مرجع پیشین.

استناد ماده ۷۱۵ اگر وکیل نفعی در مزد داشته باشد، عزل مقید به دو امر می‌گردد، یکی اینکه در زمانی مناسب باشد و دوم اینکه عذر معقولی برای عزل وجود داشته باشد در غیر این صورت، عزل همچنان معتبر است ولی موکل ملزم به جبران خسارت می‌گردد. در مورد این تحلیل ذکر دو نکته را لازم می‌دانیم؛ اول اینکه آنچه در اینجا به عنوان استثناء مطرح می‌گردد در واقع یک استثناء نمی‌باشد. زیرا در هر صورت موکل می‌تواند وکیل را عزل کند و وجود عذر معقول یا عزل در زمان مناسب دو قیدی هستند که در صورت وجود آنها موکل از مسئولیت عزل مبری می‌گردد. دوم اینکه آنچه در قانون به صراحت آمده «وکالت با مزد» می‌باشد ولی در نظر فوق نگارنده از آن بدین گونه ذکر می‌کند «... وکیلی که نفعی در مزد داشته باشد...» شاید بهتر بود عبارت کمی رساتر ذکر می‌شد.

۲ - اگر وکالت به نفع وکیل یا به نفع بیگانه صادر شده باشد که در این صورت عزل منوط به رضایت ذی‌نفع می‌باشد.

تفاوت بین وکالت با مزد با وکالتی که به نفع وکیل است در این است که در مورد وکالت به نفع وکیل، وکالتی مدنظر می‌باشد که وکیل در خود موضوع وکالت ذی‌نفع است و نه در امر وکالت. مثلاً اگر شرکای ملکی مشاع، شریکی از خود را وکیل اداره ملک مشاع نمایند در اینجا وکیل (صرف نظر از اینکه وکالت با مزد باشد یا بی‌مزد) ذی‌نفع است.^۱ در سوریه به موجب ماده ۶۸۱ قانون مدنی، لیبی به موجب ماده ۷۱۵ قانون مدنی، عراق ماده ۹۴۷ قانون مدنی و لبنان مواد ۸۱۰ و ۸۱۱ قوانین عقود و تعهدات، وضعیتی مشابه وجود دارد.

۱. مرجع پیشین.

منابع و مأخذ:

الف - منابع فارسی - کتب:

- ۱ - دکتر سیدحسن امامی، *حقوق مدنی*، جلد یک و دو، اسلامیه، تهران، ۱۳۷۱.
- ۲ - دکتر عبدالمجید امیری قائم مقامی، *کلیات حقوق تعهدات، وقایع حقوقی*، ج ۲، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۵.
- ۳ - دکتر محمد بروجردی عبده، *حقوق مدنی*، انتشارات چاپخانه علمی، تهران، ۱۳۲۹.
- ۴ - دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، *ترمینولوژی حقوق*، گنج دانش، تهران، ۱۳۷۰.
- ۵ - دکتر مهدی شهیدی، *حقوق مدنی، تشکیل قراردادها و تعهدات*، ج ۱، انتشارات مجد، تهران، ۱۳۸۰.
- ۶ - دکتر سید حسین صفایی، *حقوق مدنی، تعهدات و قراردادها*، ج ۲، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۲.
- ۷ - مصطفی عدل، *حقوق مدنی*، انتشارات امیرکبیر، تهران، ۱۳۴۲.
- ۸ - دکتر امیرناصر کاتوزیان، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۳، نشر شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، تهران، ۱۳۸۰.
- ۹ - دکتر امیرناصر کاتوزیان، *اثبات و دلیل اثبات*، ج ۱، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۳.
- ۱۰ - دکتر امیرناصر کاتوزیان، *عقود معین*، ج ۴، «عقود اذنی - وثیقه‌های دین»، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۸.
- ۱۱ - دکتر امیرناصر کاتوزیان، *عقود معین*، ج ۱ و ۲، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۸.
- ۱۲ - دکتر محمد معین، *فرهنگ فارسی*، انتشارات امیرکبیر، تهران، ۱۳۷۱.

ب - منابع فارسی - مقالات و جزوات

- ۱ - مسعود حائری، مبانی فقهی اصل آزادی قراردادهای و تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران.
- ۲ - دکتر محمدحسین شهبازی، رساله دکتری، مبانی جواز و قابلیت رجوع در اعمال حقوقی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران.
- ۳ - دکتر محمود کاشانی، جزوه درسی مدنی ۷، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی ۱۳۸۱ - ۱۳۸۲.
- ۴ - دکتر علی حسین مصلحی، «اثر حقوقی شرط عدم عزل ضمن عقد وکالت»، مجله حقوقی دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، شماره ۶۱، زمستان ۱۳۸۲.

ج - منابع عربی

- ۱ - علیرضا امینی، محمدرضا آیتی، تحریرالروضه فی شرح لمعه.
- ۲ - شهید اول، لمعه، انتشارات یلدا، تهران، ۱۳۶۹.
- ۳ - احمد السنهوری، الوسیط فی شرح القانون المدنی المصری، قاهره، ۱۹۵۲.
- ۴ - محقق حلی، شرایع الاسلام، مؤسسه المعارف الاسلامیه، قم، ۱۴۱۹ ه.ق.
- ۵ - میرفتاح مراغه‌ای، العناوین، ج ۲، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۸ ه.ق.
- ۶ - سیدمحمدکاظم یزدی، عروة الوثقی، انتشارات اسلامیه، تهران، ۱۳۷۳، ه.ق.

اثر ثبت بر وضعیت حقوقی شرکت‌های تجاری

نادر پورارشد^۱

چکیده:

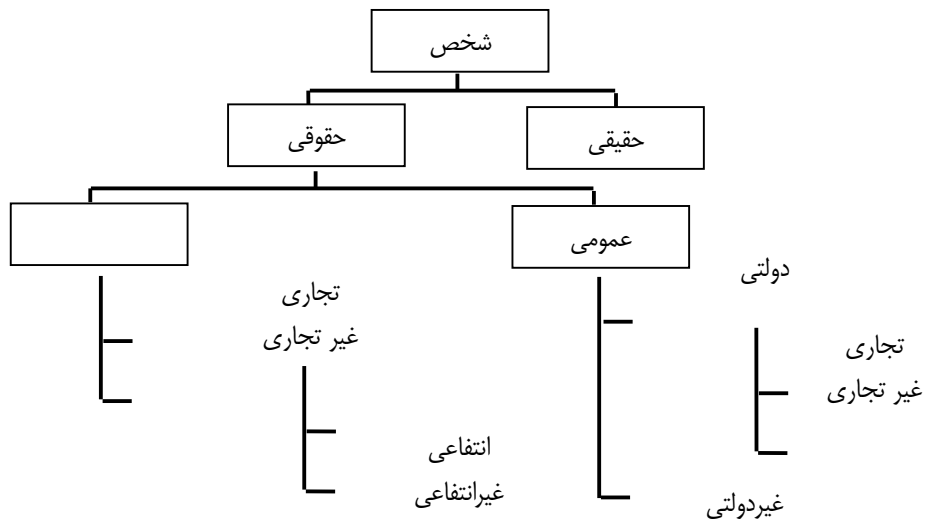
در نظام حقوقی ایران موجودی که دارای شخصیت باشد می‌تواند واجد حقوق و تکالیف گردد. مصداق منحصر اولیه موجود دارای شخصیت، انسان است که از او به شخص حقیقی تعبیر می‌شود. نیازها سبب شد تا اشخاص حقیقی موجوداتی دیگر را به طور اعتباری واجد شخصیت بدانند و برای متمایز ساختن آنها از خود بر آن، «شخص حقوقی» نام نهادند سپس آنها را به اقسامی به شرح زیر تقسیم کنند.^۲

در این میان شخص حقوقی تجاری نام «شرکت» به خود گرفته و در ماده ۲۰ قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ هـ ش منقسم بر هفت نوع شده که نوع کاربردی آنها یعنی شرکت‌های سهامی بعداً در سال ۱۳۴۷ به موجب لایحه‌ای در ۳۰۰ ماده - که جایگزین

۱. عضو هیئت علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد شهرکرد، با سابقه وکالت دادگستری و دانشجوی دوره دکتری حقوق خصوصی.

۲. منوچهر طباطبایی مؤتمنی، مقاله شخصیت حقوقی، کتاب تحولات حقوق خصوصی، ۱۳۷۱، CD مجموعه مقالات تهیه علی مکرم، ۱۳۸۲.

ماده ۲۱ تا ۹۳ قانون تجارت ۱۳۱۱ شد - مقررات تازه‌ای یافت.



به هر حال شرکت‌های تجاری در عرصه تجارت و اقتصاد تأثیری غیرقابل انکار دارند؛ حتی شاید تأثیرات اجتماعی آنها نیز کمتر از سایر آثارشان نباشد. این اشخاص با اشخاص ثالث متعددی ارتباط یافته و فعالیت و تداوم حیات آنها بستگی به این نوع ارتباط دارد. نظم عمومی و امنیت قضایی، اقتصادی و حتی سیاسی و فرهنگی و اجتماعی کشورها از جمله کشور ما ایجاب می‌کند همواره آمار دقیقی از این شرکت‌ها از طریق ثبت آنها در دست باشد.

وانگهی ثبت شرکت‌ها مبنای کسب اعتبار و اعتماد آنها در عرصه مناسبات با اشخاص ثالث است چرا که اشخاص ثالث تنها از طریق مرجع رسمی ثبت شرکت‌ها قادر به کسب اطلاعاتی می‌شوند که در اعتبار بخشی و اعتمادسازی مؤثرند. مضافاً آنکه الزامات حقوقی در ایجاد رابطه با شرکت‌های تجاری به عنوان اشخاص حقوقی متضمن اطلاع از سهامداران (شرکاء) شرکت‌ها و ارکان آنها است که این امر ممکن نخواهد بود مگر با

استعلام از یک مرجع رسمی که همانا اداره ثبت شرکت‌هاست. اما آیا وضعیت موجود این نوع نیازها را به تمامی برآورده می‌سازد. خواهیم دید که خیر. لیکن این گفته منافاتی با حجم عظیم کارهای نظری و عملی انجام گرفته در این حوزه ندارد. از سوی دیگر اهمیت و آثار ثبت شرکت‌ها محدود به موارد یاد شده نیست. ثبت شرکت‌ها مقوله متکثری است چرا که نه تنها ثبت آغازین و موجودیت شرکت‌ها را - که فعلاً اثر قابل بحثی دارد - شامل می‌شود، بلکه تغییرات آن را نیز بنا به همان علت‌هایی که ثبت موجودیت آغازین آن را ایجاد می‌نماید در برمی‌گیرد. همچنین است شعب شرکت‌های داخلی و نیز شرکت‌های خارجی و شعب آنها. بنابراین بحث ثبت شرکت‌ها در حوزه‌های مختلفی سر بیان دارد. لیکن به نظر نگارنده که همواره با شرکت‌های تجاری مشاورت داشته و چند سالی است تدریس آنها را در دانشگاه‌ها برعهده دارد، مقوله اثر ثبت بر وضعیت شرکت‌ها در نظام حقوقی ایران مقوله‌ای بنیادین و لذا ارجح بر سایر مقولات این حوزه است چرا که مقررات کنونی آن خصوصاً در مورد شرکت‌های سهامی با اصول ناسازگار بوده و مضافاً اینکه پاسخگوی نیازها نیز نمی‌باشد. و در تعارض با نظام حقوقی سایر کشورها هم هست لذا اهمیت‌ها ثبت و اهداف آن اتخاذ رویکردی اصلاحی را در این زمینه ایجاد می‌کند.

(۱) مبانی قانونی ثبت شرکت‌ها

مقررات ثبت شرکت‌ها، هم در قانون تجارت پیش‌بینی شده‌اند و هم در قانون ثبت شرکت‌ها، هر یک از این قوانین نیز در مورد ثبت شرکت‌ها، آیین‌نامه یا نظام‌نامه‌ای دارند که جزئیات و تشریفات ثبت را بیان می‌کنند. از آنجا که این مقررات به تفصیل در قوانین ذی‌ربط پیش‌بینی شده است بررسی آنها تحلیل حقوقی نیاز ندارد.

توضیح اینکه قانون ثبت شرکت‌ها در تاریخ ۱۱ خرداد ماه ۱۳۱۰ یعنی یازده ماه قبل از تصویب قانون تجارت به تصویب رسیده که بیشتر مواد آن مربوط به ثبت شرکت‌های خارجی است. در اجرای قانون ثبت شرکت‌ها دو آیین‌نامه و چند ماده الحاقی به تصویب وزارت دادگستری رسیده و میزان حق‌الثبت شرکت‌ها نیز چندین مرتبه به موجب قوانین

مختلف افزایش یافته است.

۲) اثر ثبت بر وضعیت شرکت‌ها

همان طوری که طفل در بدو تولد احتیاج به اخذ شناسنامه دارد، شرکت تجاری نیز که دارای شخصیت مستقل از شرکاء می‌باشد، در موقع تأسیس باید به اداره ثبت اعلام گردد تا در دفاتر ثبت شرکت‌ها ثبت گردد و تأسیس شرکت به اطلاع عموم برسد. همان طوری که شناسنامه، طفل را به دنیا نمی‌آورد، ثبت شرکت نیز طبق قانون تجارت ایران مولد شخصیت حقوقی نیست، بلکه ثبت شرکت تأیید وجود شرکت است که قبل از ثبت تأسیس شده و شخصیت حقوقی پیدا کرده است.^۱ زیرا ماده ۵۸۳ قانون تجارت بدون اشاره به ثبت شرکت‌ها مقرر می‌دارد: «کلیه شرکت‌های تجاری مذکور در این قانون شخصیت حقوقی دارند» در صورتی که در ماده بعد شخصیت حقوقی تشکیلات و مؤسسات غیرتجاری را موکول به تاریخ ثبت می‌کند. بنابراین ثبت شرکت تأیید وجود شرکت است.^۲

معذالک باید توجه کرد که حتی ثبت شرکت در اداره ثبت شرکت‌ها، به این معنا نیست که شرکت واقعاً وجود دارد و هرگاه معلوم شود که ثبت شرکت بدون توجه به سایر شرایط تشکیل آن انجام گرفته است، شرکت باطل خواهد بود؛ مانند وقتی که ثابت شود یکی از شرکاء اهلیت امضای قرارداد شرکت را نداشته است یا بدون قصد بوده؛ چون اگر چنین عواملی وجود نداشته باشد؛ قرارداد شرکت نمی‌تواند موجود باشد و حتی ثبت شرکت در اداره ثبت شرکت‌ها نمی‌تواند به آن موجودیت قطعی اعطا کند و هر ذی‌نفعی به رغم ثبت در اداره ثبت شرکت‌ها، حق تقاضای ابطال آن را خواهد داشت.^۳

در کنار این نظر که ثبت صرفاً جنبه اعلامی داشته و اثر تکوینی ندارد نظر دیگری

۱. محمدعیسی تفرشی، مقاله معرفی شرکت‌های تجاری کتاب مقالات حقوقی کانون وکلا مرکز ۱۳۷۹ -

CD مجموعه مقالات حقوقی تهیه علی مکرّم ۱۳۸۲.

۲. حسن ستوده، *حقوق تجارت*، ج ۲، انتشارات میزان، چاپ چهارم، ص ۳۵۱، زمستان ۱۳۸۰

۳. ربیعا اسکینی، *حقوق تجارت، شرکت‌های تجاری*، ج ۱، انتشارات سمت، چاپ سوم، ص ۹۶،

تابستان ۱۳۷۸.

وجود دارد که قانونگذار ما مانند قانونگذار فرانسه، تحصیل شخصیت حقوقی شرکت را موکول به ثبت آن نزد مرجع ثبت شرکتها نکرده و ثبت شرکت در مرجع ثبت شرکتها را شرط ادامه حیات آن قرار داده است.^۱

نظر سومی هم وجود دارد که اثر ثبت را در وضعیت حقوقی شرکتها اثر تکمیلی می‌داند.^۲

شایان ذکر است که تعدد نظرها در مورد شرکت‌های سهامی مطرح می‌شوند.

۳- ضمانت اجرای عدم ثبت شرکتها

اگر در ثبت شرکت تعلل شود، مؤسسان و مدیران شرکت مدارک لازم برای معرفی شرکت در دست ندارند و نمی‌توانند وجود شرکت را رسماً تأیید کنند. علاوه بر آن، عدم ثبت شرکت علاوه بر جرایمی که در قانون ثبت شرکتها برای عدم ثبت شرکت مقرر شده، ممکن است شرکاء را مشمول ماده ۲۲۰ قانون تجارت کند. زیرا در شرکت‌های ثبت نشده مسئولیت شرکاء نسبت به تعهدات شرکت، تضامنی است.

علاوه بر این ماده ۱۹۵ قانون تجارت مقرر کرده است: «ثبت کلیه شرکت‌های مذکور در این قانون الزامی و تابع جمیع مقررات قانون ثبت شرکتها است». از این ماده بعضی چنین نتیجه گرفته‌اند که در صورت انجام ندادن این دستور قانونی، شرکت باطل خواهد بود.^۳ اما این عقیده درست نیست؛ چه، ماده مورد اشاره هیچ ضمانت اجرایی برای عدم ثبت مقرر نکرده است و چون ماده مزبور و موارد دیگر قانون تجارت، عدم ثبت را موجب بطلان شرکت معرفی نکرده‌اند، و بطلان قراردادهای نیز امری استثنایی و نیازمند وجود نص است، نمی‌توان گفت که نتیجه عدم ثبت شرکت در مرجع ثبت شرکتها، بطلان شرکت است. قانون ثبت شرکتها نیز که ماده ۱۹۵ قانون تجارت به آن اشاره کرده است، هیچ

۱. ربیعا اسکینی، *حقوق تجارت، شرکت‌های تجاری*، ج ۲، انتشارات سمت، چاپ سوم، ص ۴۷، تابستان ۱۳۷۸.

۲. محمد نصیری، *حقوق بین‌الملل خصوصی*، انتشارات آگاه، چاپ سیزدهم، ص ۱۲۶، ۱۳۸۴.

۳. عبدالحمید اعظمی زنگنه، *حقوق بازرگانی*، ص ۲۰۵، جزوه پلی‌کپی.

اشاره‌ای به این مطلب ندارد که اگر شرکت ثبت نشود باطل تلقی خواهد شد. در واقع، ماده ۲ قانون ثبت شرکت‌ها مقرر کرده است که شرکت‌های موضوع قانون تجارت باید به ثبت برسند، اما برای عدم ثبت آنها ضمانت اجرای بطلان قرار نداده است. قانونگذار در این ماده، دو ضمانت اجرایی برای عدم ثبت مقرر کرده است: پرداخت جریمه توسط مدیران شرکت ثبت نشده و انحلال شرکت به حکم دادگاه در صورت درخواست دادستان. در نتیجه، اولاً اگر دادستان تقاضای انحلال نکند، شرکت ثبت نشده، موجود تلقی می‌شود، مشروط بر اینکه مطابق مقررات قانون تجارت تشکیل شده باشد؛ ثانیاً در صورتی که دادستان تقاضای انحلال کند، شرکت از تاریخ صدور حکم، منحل تلقی خواهد شد، نه از ابتدای تشکیل.^۱ آنچه بیان شد در مورد شرکت‌های خارجی نیز صادق است. ماده ۳ قانون ثبت شرکت‌ها مقرر می‌کند: «... هر شرکت خارجی برای اینکه بتواند به وسیله شعبه یا نماینده به امور تجارتی یا صنعتی یا مالی در ایران مبادرت نماید باید در مملکت اصلی خود، شرکت قانونی شناخته شده و در اداره ثبت اسناد تهران به ثبت رسیده باشد». هرگاه اشخاصی که باید به عنوان نماینده یا مدیر شعبه شرکت خارجی، شرکت را به ثبت برسانند به این امر اقدام نکنند، به تقاضای دادستان و به حکم دادگاه به جزای نقدی از پنجاه تومان تا هزار تومان محکوم خواهند شد. به علاوه دادگاه برای هر روز تأخیر، پس از صدور حکم، متخلف را به تأدیه پنج الی پنجاه تومان محکوم خواهد کرد و هرگاه حکم فوق قطعی شود و تا سه ماه پس از تاریخ ابلاغ آن، تخلف ادامه یابد، دولت از عملیات نماینده یا مدیر شعبه شرکت متخلف جلوگیری خواهد کرد. این مقررات که در ماده ۵ قانون ثبت شرکت‌ها آمده است، هیچ اشاره‌ای به این ندارد که شعبه شرکت تشکیل شده، در صورتی که ایجاد شده باشد، محکوم به بطلان است و یا حتی منحل شده تلقی می‌شود.

در مورد شرکت‌های سهامی با وجود آنکه شرکت قبل از ثبت در مرجع ثبت شرکت‌ها

۱. ربیعا اسکینی، *حقوق تجارت، شرکت‌های تجاری*، ج ۱، انتشارات سمت، چاپ سوم، ص ۹۸، تابستان ۱۳۷۸.

ایجاد می‌شود و شخصیت حقوقی پیدا می‌کند، ثبت شرکت در کارکرد آن نقش عمده‌ای دارد. در واقع، تا شرکت ثبت نشود نمی‌تواند برخی از اعمال حقوقی را انجام دهد: اولاً «تا وقتی که شرکت به ثبت نرسیده صدور ورقه سهم یا گواهی‌نامه موقت سهم ممنوع است در صورت تخلف امضاءکنندگان مسئول جبران خسارت اشخاص ثالث خواهند بود»^۱ ثانیاً: «انتشار اوراق قرضه ممکن نیست، مگر وقتی که کلیه سرمایه ثبت شده شرکت تأدیه شده و دو سال تمام از تاریخ ثبت شرکت گذشته و دو ترازنامه آن به تصویب مجمع عمومی رسیده باشد»^۲ و ثالثاً: «استفاده از وجوه تأدیه شده به نام شرکت‌های سهامی در شرف تأسیس ممکن نیست، مگر پس از به ثبت رسیدن شرکت...»^۳ در هر حال، اگر شرکت ظرف شش ماه از تاریخ تسلیم اظهارنامه مذکور در ماده ۶ این قانون به ثبت نرسد، مؤسسان و پذیرهنویسان می‌توانند به بانکی که پذیرهنویسی نزد آن صورت گرفته است مراجعه کنند و تعهدنامه و وجوه پرداختی خود را مسترد دارند.^۴ جالب توجه آنکه چنین وضعیتی در دیگر انواع شرکت‌های تجاری دیده نمی‌شود و ظاهراً با تشکیل از اهلیت تامی برخوردار می‌شوند بی‌آنکه به ثبت رسیده باشند.

۴ - فواید ثبت شرکت‌ها

برای آنکه اشخاصی که با شرکت‌های تجاری طرف معامله می‌باشند بتوانند از وضع شرکت اطلاع حاصل کنند، ماده ۲۲۰ قانون تجارت مقرر می‌دارد: «هر شرکت تجاری ایرانی مذکور در این قانون و هر شرکت خارجی که بر طبق قانون ثبت شرکت‌ها مصوب خرداد ماه ۱۳۱۰ مکلف به ثبت است باید در کلیه اسناد و صورت‌حساب‌ها و اعلانات و نشریات خطی یا چاپی خود در ایران تصریح نماید که در تحت چه نمره در ایران به ثبت

۱. ماده ۲۸ لایحه قانونی ۱۳۴۷.

۲. ماده ۵۵ لایحه قانونی ۱۳۴۷.

۳. ماده ۲۲ لایحه قانونی ۱۳۴۷.

۴. ماده ۱۹ لایحه قانونی ۱۳۴۷.

رسیده و الاً محکوم به جزای نقدی از ۲۰۰ تا ۲۰۰۰ ریال خواهد شد. این مجازات علاوه بر مجازاتی است که در قانون ثبت شرکت‌ها برای عدم ثبت مقرر است.^۱ ماده ۲۶ آیین‌نامه قانون ثبت شرکت‌ها مصوب ۱۳۱۰/۳/۱۶ نیز مراجعه به دفاتر شرکت‌ها اعم از ایرانی و خارجی را برای عموم آزاد می‌داند و هر ذی‌نفعی می‌تواند از مندرجات آن سواد مصدق تحصیل کند. بدین ترتیب اشخاصی که با شرکت طرف می‌باشند، با در دست داشتن شماره ثبت می‌توانند به اداره ثبت شرکت‌ها مراجعه نموده و هرگونه اطلاعات لازم را درباره شرکت تحصیل کنند. ولی ذکر کلمه ذی‌نفع در این ماده باعث شده است که اداره ثبت شرکت‌ها اغلب از ارائه دفاتر و پرونده‌های ثبت شرکت‌ها به اشخاص مختلف و دادن رونوشت به آنها خودداری می‌کند و از متقاضی دلیل ذی‌نفع بودن خود را می‌خواهد؛ در صورتی که این رویه برخلاف منظور قانونگذار و منطبق است.^۱

با این حال فایده ثبت شرکت‌ها صرفاً محدود به جنبه اطلاع‌رسانی آن به اشخاص ثالث نمی‌شود بلکه از حیث آمار فعالان تجاری نیز حائز اهمیت است. اهمیتی که با جلوه‌های مالیاتی و اقتصادی تکمیل می‌شود.

با توجه به اینکه سیاست‌های قضایی مبتنی بر جرم‌زدایی از طریق از بین بردن زمینه‌های جرم است، لذا می‌بایست جنبه کنترلی و نظارتی ثبت شرکت‌ها نیز به نحو قابل توجهی در قالب یکی از فواید مثبت شرکت‌ها نمود می‌یافت، اما این طور نیست؛ چرا که ثبت شرکت‌ها در ایران تابع طریقه اعلامی است. به این معنی که اداره ثبت شرکت‌ها با وجود بررسی اجمالی که نسبت به مدارک شرکت به عمل می‌آورد، به هیچ وجه مسئول صحت مدارک مزبور و صحت اظهارات متقاضیان ثبت شرکت نیست و اگر شرکت مخالف قانون تشکیل شده باشد یا اینکه موجباتی برای ابطال شرکت موجود باشد دادستان و هر ذی‌نفعی می‌تواند ابطال ثبت شرکت را از دادگاه تقاضا کند. ضمناً باید در نظر داشت که اداره ثبت شرکت‌ها بعد از ثبت شرکت رأساً نمی‌تواند ابطال شرکت را اعلام کند و چنانچه

۱. حسن ستوده، *حقوق تجارت*، ج ۲، انتشارات میزان، چاپ چهارم، ص ۳۵۴، زمستان ۱۳۸۰.

تخلفاتی در تشکیل یا ثبت شرکت مشاهده نماید، باید از دادگاه ابطال ثبت شرکت را تقاضا نماید.

۵) ضرورت‌های ثبت شرکت‌ها

در کشورهای اروپایی و انگلوساکسون برای شخصیت حقوقی نقطه آغازی مشخص شده است و این نقطه آغاز، زمان ثبت شرکت تجاری است. ماده ۵۸۳ قانون تجارت در این زمینه مقرر می‌دارد: «کلیه شرکت‌های تجاری مذکور در این قانون شخصیت حقوقی دارند». ولی این ماده زمان ایجاد شخصیت حقوقی را تعیین ننموده است که از این نظر در عمل مشکلاتی ایجاد می‌کند هرچند که می‌توان با مراجعه به مواد قانون تجارت در این مورد اظهار نظر نمود. در مورد شرکت‌های سهامی عام و خاص شخصیت حقوقی شرکت از زمانی آغاز می‌شود که مدیران و بازرسان کتباً سمت خود را قبول کنند، این امر دلیل بر این است که مدیر و بازرس با آگاهی از تکالیف و مسئولیت‌های سمت خود، عهده‌دار آن گردیده است. از این تاریخ شرکت «تشکیل شده» محسوب می‌شود.

تاریخ دقیق ایجاد شخصیت حقوقی در مورد مؤسسات غیرتجاری در ماده ۵۸۴ مشخص شده که از تاریخ ثبت در دفتر مخصوص وزارت دادگستری ایجاد می‌گردد و در مورد سایر شرکت‌ها ایجاد شخصیت حقوقی به شیوه خاصی پیش‌بینی شده است.

مقررات راجع به زمان شروع شخصیت حقوقی در شرکت‌ها به طور مختلف پیش‌بینی شده است. آگاهی از تاریخ دقیق ایجاد شخصیت حقوقی در تنظیم قراردادها و مسئولیت مدنی شرکت و اشخاص حقیقی ضروری است.^۱

علاوه بر این در مورد شرکت‌های سهامی - که اهمیت آنها در تجارت و اقتصاد کشور بر کسی پوشیده نیست - این مطلب نیز مطرح است که این نوع شرکت‌ها از زمان تشکیل

۱. سید نورالدین صفی‌نیا، *درآمدی بر قانون شرکت‌های تجاری در ایران*، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم، ص ۲۸، زمستان ۱۳۸۱.

و قبل از به ثبت رسیدن می‌توانند دارای حقوق و تعهداتی شوند که قانون برای آنها معین کرده است؛ در نتیجه مدیران شرکت به محض انتخاب شدن و قبول سمت خود می‌توانند از اختیاراتی که قانون به آنها اعطا کرده استفاده کنند؛ از جمله اینکه می‌توانند بلافاصله پس از تشکیل شرکت، رئیس هیئت مدیره و احياناً مدیرعامل شرکت را انتخاب کنند. چنین انتخابی لازم است؛ چه رئیس هیئت مدیره یا مدیرعامل باید شرکت را به ثبت برساند. با توجه به اینکه شرکت پس از ایجاد، شخصیت حقوقی پیدا می‌کند، مدیران می‌توانند در مجامع عمومی عادی و فوق‌العاده نیز تصمیم‌گیری کنند. آنان می‌توانند از جانب شرکت معاملاتی انجام دهند؛ از جمله اجاره مسکن، استخدام کارمند، و خرید لوازم و ماشین‌آلات.

مسئله‌ای که در اینجا مطرح می‌شود این است که تعهدات ناشی از این گونه معاملات بر عهده کیست؟ بدیهی است اگر شرکت به ثبت برسد، این معاملات در حدود اساسنامه و مقررات قانون، به نام شرکت انجام گرفته و بنابراین، باید آنها را اجرا کند. در این گونه موارد فرض بر این است که مدیران می‌توانسته‌اند معامله کنند و نمی‌توانسته‌اند از وجوه جمع شده به عنوان سرمایه استفاده کنند، مگر پس از ثبت شرکت، و حال که شرکت به ثبت رسیده، پرداخت مبالغ و هزینه‌های ناشی از این معامله از سرمایه شرکت (که نزد بانک است) بلامانع است. مسئله مزبور زمانی بروز می‌کند که معاملات بعد از تشکیل شرکت انجام شده، ولی شرکت پس از گذشت شش ماه از تاریخ تسلیم اظهارنامه موضوع ماده ۶ لایحه قانونی ۱۳۴۷ به مرجع ثبت شرکت‌ها به ثبت نرسیده و شرکای آن طبق ماده ۱۹ لایحه مذکور می‌توانند تعهدنامه و وجوه پرداختی خود را دریافت کنند؛ در این صورت، اشخاص ثالث به چه کسی می‌توانند مراجعه کنند؟ قانونگذار ما، به تبعیت از قانون فرانسه، مؤسسان را مسئول پرداخت هزینه‌های ناشی از این گونه معاملات تلقی کرده است. در واقع مواد ۱۹ و ۲۳ لایحه قانونی ۱۳۴۷، متضمن قواعد روشنی در این مورد است: «مؤسسين شرکت نسبت به کلیه اعمال و اقداماتی به منظور تأسیس (تشکیل) و به ثبت رساندن شرکت انجام می‌دهند مسئولیت تضامنی دارند».

راه حل مزبور با آنچه در فرانسه معمول است تفاوت دارد. در حقوق فرانسه پرداخت هزینه‌های ناشی از معاملات انجام شده به نام شرکت در شرف تأسیس به این دلیل که شرکت تا قبل از به ثبت رسیدن آن شخصیت حقوقی ندارد، برعهده مؤسسان گذاشته شده است. راه حل قانونی ما از نظر حقوقی قابل توجیه نیست. هرچند که برای حفظ حقوق سهامداران و اشخاص ثالث راه حل درستی است اما از نظر حقوقی چگونه می‌توان قبول کرد که شرکت قبل از ثبت «شخصیت حقوقی» پیدا کند، ولی حق استفاده از وجوه خود را نداشته باشد؟ چگونه می‌توان معامله‌ای را که مدیران به نام شرکت ایجاد شده می‌کنند برعهده مؤسسان گذاشت؟ راه حل منطقی این است که مانند حقوق فرانسه و بسیاری از کشورهای دیگر، به شرکت شخصیت حقوقی داده نشود، مگر پس از ثبت آن. اگر شرکت پس از ثبت، معاملات قبل از ثبت را قبول نکند، می‌توان تعهدات ناشی از این گونه معاملات را برعهده مؤسسان گذاشت؛ چه با نبودن شخص حقوقی در زمان معامله، مؤسسان را باید اصیل تلقی کرد که بالطبع باید از عهده تعهدات خود برآیند. راه حل قانون ایران که تلفیقی است از مقررات قانون تجارت ۱۳۱۱ راجع به شرکت‌های سهامی و قانون ۱۹۶۶ فرانسه راجع به شرکت‌های تجاری در عمل، اشکالاتی ایجاد می‌کند که عقل سلیم آن را نمی‌پذیرد.^۱

نتیجه‌گیری

آغاز شخصیت حقوقی شرکت‌ها منشأ آثار عملی مهم و قابل توجهی است که از این رو مقررات مربوط به آن باید شفاف و در مورد انواع شرکت‌ها تا اندازه‌ای که ممکن است یکسان شود. این مهم در اغلب کشورها از طریق وضع قانون ناظر بر نقش وجود بخش ثبت شرکت‌ها عملی شده است به این نحو که تاریخ ثبت شرکت، تاریخ شخصیت یافتن شرکت‌ها است لیکن در ایران این گونه نیست به این معنا که ثبت شرکت یا جنبه اعلامی

۱. ربیعا اسکینی، *حقوق تجارت، شرکت‌های تجاری*، ج ۲، انتشارات سمت، چاپ سوم، ص ۵۰، تابستان ۱۳۷۸.

داشته و یا دست‌کم شرط ادامه حیات شرکت و یا تکامل بخش شخصیت متزلزل و ناقص شرکت‌هاست مضافاً اینکه چنین وضعیتی توأم با توالی فاسد متعددی است تا جایی که حقوقدانان راه‌گریز از این توالی فاسد را در این می‌دانند که ثبت شرکت‌ها، آغاز شخصیت حقوقی شرکت‌ها دانسته شود.

اگر پیدایش شخصیت حقوقی شرکت‌ها موکول به ثبت آنها شود در این صورت فرصتی فراهم می‌شود که می‌توان در پرتو آن نظارتی را تدبیر نمود که جلو بسیاری از سوءاستفاده‌ها گرفته شود؛ سوءاستفاده‌هایی که گاه مجرمانه و یا توأم با اضرار اشخاص ثالث و منافع عمومی است. به نظر می‌رسد این خود از جمله اقدامات پیشگیرانه در وقوع جرم و بروز دعاوی مدنی متعددی باشد که هم‌اینک تراکم آنها دغدغه مسئولان قضایی کشور است.

بنابراین ضرورت دارد که از اثر وجود بخشی و کنترلی ثبت شرکت‌ها که مآلاً به اعتمادسازی و تقویت مبنای روابط و رونق تجارت می‌انجامد با وضع قوانین کارآمد بهره‌برد.

ثبت در آیینہ قانون مدنی

«با نگرشی بر تأثیر مقررات ثبتی بر معاملات اموال غیرمنقول»

بهروز نوروزی^۱

موضوع این مقاله تعیین وضعیت حقوقی و آثار و احکام معامله مال غیرمنقول بدون تنظیم سند رسمی است و منظور از معامله، بیع‌نامه می‌باشد نه قولنامه به معنی خاص که نوعی تعهد به تشکیل بیع در آینده است و مال موضوع این بیع‌نامه هم مال غیرمنقول است که با توجه به مقررات قانون ثبت خصوصاً مواد ۲۲، ۴۶، ۴۷ و ۱۲ آن قانون، غیرمنقول ثبت شده یا غیرمنقول در جریان ثبت می‌باشد و اموال غیرمنقول (املاک) مجهول‌المالک را شامل نمی‌شود که با توجه به اصول و قواعد حاکم بر قراردادهای بیع در قانون مدنی و مقررات ثبتی ناظر بر آنها مورد بررسی و مطالعه قرار می‌گیرد.

از آنجایی که حقوق ثبت یکی از موارد پیچیده و تأثیرگذار در سایر رشته‌های حقوق خصوصاً حقوق مدنی است و تقریباً یک سوم از اختلافات مطروحه در محاکم قضایی ریشه در اختلافات ملکی و ثبتی دارد شناخت مقررات ثبتی و تأثیر آن در نهادهای حقوق مدنی

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

ضرورت دارد که در این مقاله یکی از آن مقررات قانون ثبت یعنی تأثیر اجباری بودن تنظیم اسناد معاملات غیرمنقول در عقود و قراردادهای موضوع قانون مدنی مورد بررسی و تحلیل حقوقی قرار می‌گیرد و با توجه به نظرات نویسندگان حقوقی و آراء قضایی و دریافتن منظور قانونگذار، وضعیت و آثار معاملات مذکور روشن می‌گردد تا بلکه در کاهش مشکلات مردم از یک سو و کاهش حجم بسیار زیاد پرونده‌های مطروحه در دادگستری مؤثر واقع شود زیرا امروزه یکی از عوامل کثرت دعاوی در دادگاه‌ها، عدم اجرای صحیح و کامل مواد ۴۶، ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت در رابطه با معاملات اموال غیرمنقول با سند عادی اعم از زمین، خانه و آپارتمان و غیره است که اصولاً به وسیله اشخاص ناآشنا به موازین حقوقی و قضایی تنظیم می‌شود و زمینه اختلاف و دعوی و اطاله دادرسی را فراهم می‌نماید.

روش کار با توجه به اهداف مقاله و ماهیت منابع آن، تحقیق از نوع کتابخانه‌ای و روش آن استدلالی و تحلیلی است که سعی شده با بررسی موادی از قانون ثبت خصوصاً مواد ۴۶، ۴۷، ۴۸ و ۲۲ از یک طرف و اصول و قواعد حقوقی حاکم بر قراردادها در حقوق مدنی خصوصاً اصل حاکمیت اراده مندرج در ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل رضایی بودن عقد مستفاد از مواد ۱۹۱ و ۳۳۹ قانون مدنی از طرف دیگر و ارتباط و تأثیر و تأثر آنها بر یکدیگر و همچنین عقاید علمای حقوق و رویه قضایی در خصوص مورد، ارتباط مقررات ثبتی و حقوق مدنی در مورد معامله مال غیرمنقول با سند عادی تبیین تا از برخورد قانون ثبت با قانون مدنی رفع ابهام و تعارض به عمل آید و در نتیجه وضعیت آن معاملات روشن گردد.

گفتار اول : کلیات

از آنجایی که در عرف اصطلاح «قولنامه» به دو معنی به کار برده می‌شود، یکی به معنای تعهدنامه و قرارداد تشکیل عقد بیع در آینده (قولنامه به معنی خاص) و دیگری به معنای مبیعه‌نامه (قرارداد بیع)، باید مفهوم قولنامه از بیع‌نامه مشخص گردد تا محل نزاع

تحریر و قلمرو و محدوده بحث روشن گردد.

۱ - قولنامه کلمه‌ای است مرکب از دو واژه قول و نامه و در لغت به معنی وعده انجام‌دادن کار، عهد و پیمان یا نامه و سندی که حاوی یک تعهد و قول است.^۱ و در اصطلاح حقوقی، هرچند این کلمه حقیقت قانونی ندارد و در متون قانونی از آن تعریفی به عمل نیامده است از نظر دکترین حقوقی، نوشته‌ای است غالباً عادی حاکی از توافق بر واقع ساختن عقدی در مورد معینی که ضمانت اجرای تخلف از آن پرداخت خسارت است که معمولاً به صورت وجه التزام می‌باشد.^۲ و این تعریف مربوط به قولنامه به معنی خاص است و آن سندی است که در آن تعهد به انتقال شده است و طرفین تراضی و توافق می‌کنند برای تشکیل عقد بیع در آینده. چنین سندی مشمول مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت نیست زیرا این سند دلالت بر انتقال مال مورد معامله ندارد بلکه تعهد به معامله و انتقال است، لذا ثبت رسمی آن الزامی نمی‌باشد.^۳

بنابراین چون در این حالت حق عینی بر مال موضوع معامله ایجاد نمی‌گردد، مستند واقع شدن قولنامه یعنی سند عادی تشکیل بیع در آینده در دعوی الزام به انجام تعهد و ترتیب اثر دادن به آن بلااشکال است. از مجموع نظرات دیوان عالی کشور و طبیعت قولنامه روشن می‌شود که تشریفات مربوط به تنظیم سند رسمی انتقال اموال غیرمنقول برای قولنامه به معنی خاص ضرورت ندارد و تنظیم آن هم به صورت رسمی و هم به صورت عادی معتبر است و بنابراین در مورد قولنامه به معنی خاص هیچ تعارضی بین مقررات ثبتی و مدنی وجود ندارد.

۲ - بیع‌نامه: یعنی سند بیع، سندی که دلالت بر وقوع بیع دارد و چنانکه در سال‌های

۱. علی‌اکبر دهخدا، *لغت‌نامه*، واژه قولنامه.

۲. دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، *ترمیم‌ولوژی*، ص ۵۵۲، دکتر ناصر کاتوزیان، *حقوق مدنی، عقود معین ۱*، جلد دوم، انتشارات دانشگاه تهران سال ۱۳۵۶، ص ۵۳، دکتر شهیدی، *مجموعه مقالات حقوقی*، انتشارات حقوقدان، چاپ دوم سال ۱۳۷۸، *مقاله قرارداد تشکیل بیع*، ص ۱۷.

۳. رأی اصراری شماره ۲۸۷ مورخ ۴۵/۳/۸ در صفحه ۲۰۱ مجموعه رویه قضایی کیهان، آراء سال ۱۳۴۵ به نقل از حسین لطفیان در کتاب قولنامه، انتشارات روزنامه رسمی، چاپ اول، سال ۱۳۷۰، ص ۷۲.

اخیر مرسوم گردیده، طرفین معامله سند مرقوم را بدین عنوان تنظیم می‌کنند و در آن عباراتی از قبیل: معامله قطعی است، ایجاب و قبول بیع جاری شد و غیره را درج می‌کنند.^۱ بیع‌نامه برخلاف قولنامه به معنی خاص که سند تعهد به انتقال مال است، سند انتقال مال می‌باشد. به بیان دیگر قولنامه همان‌طور که می‌تواند تعهد بیع باشد می‌تواند بیع هم باشد. برای تشخیص قولنامه از بیع‌نامه صرفاً نباید به عنوان قرارداد توجه نمود زیرا ممکن است با انتخاب عنوان قولنامه، عقد بیع واقع سازند و در آن فروشنده و خریدار مشخص و ایجاب و قبول به عمل آید و مبیع و ثمن مشخص و قبض و اقباض صورت گرفته باشد، بنابراین باید قرارداد را دقیقاً تفسیر کرد و با توجه به قصد مشترک طرفین نوع سند تنظیمی را مشخص ساخت.

همان‌طور که قبلاً گفته شد موضوع بحث در این مقاله بیع‌نامه مربوط به اموال غیرمنقول یا به عبارت دیگر سند عادی است که مبین معامله نسبت به مال غیرمنقول است. و قولنامه به معنی خاص خروج موضوعی دارد. حال اگر در سند عادی تنظیمی، قصد طرفین این بوده باشد که عقد بیع واقع و انتقال مالکیت صورت گیرد به عبارت دیگر، اقدام به تنظیم بیع‌نامه نمایند، آیا عمل آنها منافاتی با احکام مندرج در مواد ۴۶ و ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت دارد؟ به عبارت دیگر با توجه به اینکه مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت، ثبت معامله مال غیرمنقول ثبت شده و در جریان ثبت اجباری و الزامی می‌باشد، بیع‌نامه چنین اموالی چه وضعیتی خواهد داشت؟ پاسخ این سؤال در گفتار دوم خواهد آمد.

گفتار دوم: وضعیت حقوقی بیع‌نامه مربوط به اموال غیرمنقول:

همان‌طور که قبلاً گفته شد موضوع حکم، الزامی بودن ثبت سند معاملات اموال غیرمنقول است و چون طبق مقررات ثبتی مال غیرمنقول بر سه نوع است: ۱ - ثبت شده ۲- در جریان ثبت و ۳ - مجهول‌المالک یعنی ملکی که در مدت مقرر قانونی نسبت به آن

۱. حسین لطفیان، همان منبع، ص ۷۲، محسن طاهری جلی، مقاله بررسی مسائل حقوقی و عرفی قولنامه، در مجله قضایی و حقوقی دادگستری، شماره دهم، بهار سال ۱۳۷۳، چاپ روزنامه رسمی.

اظهارنامه داده نشده و تقاضای ثبت آن به عمل نیامده است و یکی از ضمانت‌های اجرایی چنین عملی، عدم پذیرش ثبت معاملات راجع به آن ملک در دفاتر اسناد رسمی می‌باشد (ماده ۱۲ قانون ثبت)

بنابراین ماده ۱۲ قانون ثبت در مورد املاک مجهول‌المالک مخصص مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت است و در نتیجه موضوع حکم الزامی بودن ثبت اسناد معاملات مربوط به املاک ثبت شده (ماده ۴۶) و املاک در جریان ثبت می‌باشد. و در این گفتار وضعیت حقوقی معاملات مربوط به املاک ثبت شده و در جریان ثبت که به وسیله سند عادی واقع می‌شود مورد بررسی قرار خواهد گرفت. به عبارت دیگر می‌خواهیم بدانیم که حکم اجباری بودن ثبت اسناد چنین معاملاتی چه تأثیری در آنها دارد؟ آیا شرط صحت معامله می‌باشد که بدون آن معامله باطل و بلااثر گردد؟ و یا اینکه در ثبوت و تحقق معامله تأثیری ندارد و فقط جنبه اثباتی دارد؟ و در صورت داشتن جنبه اثباتی آیا سند عادی چنین معاملاتی به هیچ وجه پذیرفتنی نیست یا باید قائل به تفکیک شد؟

در این خصوص با توجه به عدم صراحت مواد ۴۶ و ۴۷ و ۴۸ قانون مدنی بین حقوقدانان و مراجع قضایی اختلاف نظر وجود داشته که به مهم‌ترین آنها به شرح زیر می‌پردازیم:

الف: قائلین به بطلان معاملات غیرمنقول با سند عادی: این گروه معتقدند که معامله اموال غیرمنقول با سند عادی به علت نداشتن شرط قانونی «ثبت سند» واقع نمی‌شود و فاقد اعتبار است و وقتی که معامله تحقق نیافته و باطل است دیگر الزام به تنظیم سند رسمی منتفی است، و برای توجیه نظر خود دلایلی به شرح زیر ارائه می‌نمایند:

۱ - تنظیم سند رسمی از شرایط اختصاصی صحت معامله اموال غیرمنقول ثبت شده می‌باشد و در نتیجه چنین معامله‌ای از عقود تشریفاتی است^۱ همان‌طور که قانونگذار در

۱. دکتر ناصر کاتوزیان، *مقاله ماهیت و آثار قولنامه*، در مجله کانون وکلاء، شماره ۱۵۱ - ۱۵۰، ص ۲۲۷ به بعد.

بعضی از عقود، عمل قبض را شرط صحت دانسته است در مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت هم تنظیم سند رسمی شرط تحقق عقد مربوط به معامله غیرمنقول محسوب گردیده که بدون آن معامله تحقق نخواهد یافت.

۲ - تنظیم سند رسمی در معاملات اموال غیرمنقول مربوط به نظم عمومی و حاکمیت سرزمینی است و از معاملات معارض جلوگیری می‌کند و اگر سند عادی به عنوان سند بیع مال غیرمنقول پذیرفته شود باب سوءاستفاده باز خواهد شد. به عبارت دیگر مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت جنبه آمره دارد و تکلیفی است که متعاقدين باید انجام دهند و این تکلیف موکول به آینده نیست بلکه عقود و معاملات غیرمنقول با ثبت آن واقع می‌شود و تحقق می‌یابد و تا ثبت صورت نگیرد بیع تحقق نیافته و مالکیت انتقال نمی‌شود.^۱

۳ - تعدادی از آراء قضایی هم دلالت بر این امر دارد که قضات دادگاه‌ها و حتی هیأت عمومی دیوان عالی کشور ثبت معامله غیرمنقول را یک الزام قانونی می‌دانند و قائل بر این هستند که عقد وقتی واقع می‌شود که ثبت آن انجام شود یعنی عقد تحقق نمی‌یابد مگر با جمع تمام عناصر آن که ثبت سند هم یکی از آن عناصر است.^۲

۴ - تنظیم سند رسمی کاشف از انتقال مالکیت در تاریخ توافق متعاملین خواهد بود. به عبارت دیگر توافق متعاملین در خصوص انتقال اموال غیرمنقول نوعی عقد معلق فرض می‌شود که حصول معلق علیه، تنظیم سند رسمی است.^۳

ب : قائلین به اینکه تنظیم سند رسمی در معاملات غیرمنقول جنبه اثباتی دارد و سند عادی مطلقاً بی‌اعتبار است ولی امکان اثبات معامله با وسایل دیگر وجود دارد:

این گروه معتقدند که سند رسمی شرط صحت وقوع معامله غیرمنقول نیست و فقط

۱ . حسین لطفیان، *قوانین*، چاپ اول، انتشارات روزنامه رسمی، سال ۱۳۷۰، صفحه ۳۲.

۲ . همان منبع، ص ۲۷.

۳ . شهاب اقبالی افشار، *مقاله تفسیر و توضیح ماده ۲۲ قانون ثبت*، مجله کانون سردفتران و دفتریاران، شماره ۲۰، ص ۵۰.

جنبه اثباتی دارد و اگر معامله یا سند عادی انجام شود، سند عادی قدرت اثباتی ندارد و دادگاه نمی‌تواند با رسیدگی و احراز صحت و اصالت آن سند به تحقق معامله پی ببرد ولی با دلایل دیگر از جمله اقرار خواننده، شهادت مشهود و غیره می‌توان وقوع معامله را اثبات نمود و این امر مخالفتی با ماده ۴۸ قانون ثبت ندارد.^۱

ج: قائلین به اعتبار نسبی و محدود سند عادی در معاملات مال غیرمنقول:

به نظر این گروه آنچه مورد توجه قانونگذار در ماده ۴۸ قانون ثبت می‌باشد محدود ساختن دلیلیت سند عادی و آثار آن می‌باشد و نه سلب اعتبار کاملی از آن سند و یا سلب اعتبار از معامله مال غیرمنقول مندرج در آن سند. این گروه در نقد نظرات دو گروه قبل می‌گویند که ایشان سند را با مسند اشتباه کرده‌اند و در نتیجه از قابل پذیرش نبودن سند عادی بی‌اعتباری و بطلان مسند یعنی معامله مندرج در آن را استنباط نموده‌اند و منشأ این اشتباه را نقص عبارتی در مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت می‌دانند که کلمه معاملات پس از عبارت «ثبت اسناد» ذکر نشده است.^۲

بنابراین قانونگذار ضمانت اجرای تنظیم سند عادی نسبت به معاملات غیرمنقول ثبت شده و در جریان ثبت را بطلان معامله یا بی‌اعتباری کامل سند عادی ندانسته بلکه صرفاً خواسته است که دلیلیت سند عادی را به خودی خود و به صرف ارائه و بدون رسیدگی قضایی منتفی اعلام کند و هرگز در مقام نفی اعتبار معامله مذکور و یا نفی امکان استناد به سند عادی در مقام رسیدگی قضایی نسبت به وقوع و اعتبار و عدم اعتبار معامله مندرج در آن نبوده است مضافاً اینکه هرگاه منظور قانونگذار اعلام بطلان معامله مال غیرمنقول بدون تنظیم سند رسمی (با سند عادی) می‌بود نباید فقط سند ثبت نشده بلکه هر نوع دلیل وقوع معامله ثبت نشده را غیرقابل قبول معرفی می‌کرد و بنابراین منظور قانونگذار در ماده

۱. غلامرضا شهری، *حقوق ثبت اسناد و املاک*، چاپ اول، انتشارات جهاد دانشگاهی، سال ۱۳۶۹، ص ۲۲۷.

۲. دکتر مهدی شهیدی، *مقاله فروش مال غیرمنقول بدون تنظیم سند رسمی در مجموعه مقالات حقوقی*، چاپ دوم، نشر حقوقدان، سال ۱۳۷۸، ص ۵۸.

۴۸ قانون ثبت این است که صرف ارائه سند عادی مربوط به وقوع معامله مال غیرمنقول نمی‌تواند در ادارات دولتی و دادگاه‌ها مثبت مالکیت خریدار آن سند باشد و مادام که معامله و انتقال طبق ماده ۲۲ قانون ثبت در دفتر املاک ثبت نشده است منحصرأً شخصی که ملک به نام او در دفتر املاک ثبت شده است (یعنی خود فروشنده) مالک شناخته می‌شود و این امر دلالت بر این ندارد که با احراز وقوع معامله از نظر قضایی نتوان ملک مورد معامله را از نام فروشنده به خریدار انتقال داد.

از میان نظریات فوق‌الذکر نظر گروه سوم یعنی قائلین به اعتبار محدود سند عادی (بی‌اعتباری نسبی سند عادی) مُرَجَّح است و به دلایل ذیل با اصول و قواعد حقوقی سازگاری و مطابقت دارد و در نتیجه منتخب نویسنده این مقاله می‌باشد:

۱- اصل حاکمیت اراده: این اصل که در حقوق موضوعه ایران به وسیله ماده ۱۰ قانون مدنی بیان شده، به طور کلی درصدد بیان دو چیز است: یکی اینکه اراده به تنهایی برای انشاء عقد و ایجاد التزام و الزام کفایت دارد و دوم اینکه اراده در تعیین آثار عقد آزاد است. بنابراین متعاملین در ایجاد عقد، شروط و اوصاف و نوع آن آزاد هستند و مجرد رضای آنان برای ایجاد التزام کافی است بدون اینکه به شکل خاصی از عقود یا نحوه بیان اراده یا استفاده از الفاظ خاصی مقید باشند مگر در مواردی که قانونگذار صریحاً عمل دیگری را برای تحقق عقد لازم بداند و حال آنکه در مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت، به طور صریح ثبت سند به عنوان شرط صحت عقد بیان نشده است و بنابراین با تردید در اینکه آیا مقررات مواد ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت به طور مطلق حاکمیت اراده را نفی می‌کند یا فقط خواسته جلو پاره‌ای از آثار عقد را بگیرد، مقتضای اصل، شناختن اعتبار حاکمیت اراده به طور محدود و نسبت به آثاری است که مانعیت نص خاصی در برابر آن مسلم نیست و در نتیجه معامله مال غیرمنقول با سند عادی باطل نیست بلکه معامله صحیحی است که بیش از ثبت سند آن در دفتر اسناد رسمی و یا بیش از احراز اصالت و صحت آن در مرجع

قضایی، نمی‌توان از آن به عنوان دلیل مالکیت استفاده نمود.^۱

۲- اصل رضایی بودن عقود و معاملات: به موجب این اصل که خود منبعث از اصل حاکمیت اراده است طرفین قرارداد برای انعقاد قرارداد و ایجاد ماهیت حقوقی مجبور به رعایت تشریفات خاصی نیستند و طبق ماده ۱۹۱ قانون مدنی عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر آن کند. بنابراین ایجاب و قبول طرفین که با هر وسیله‌ای اعم از فعل، لفظ، نوشته و اشاره صورت گیرد و دلالت بر قصد انشاء آنها نماید مؤثر است و موجب تحقق و ثبوت عقد، ماهیت حقوقی و آثار آن می‌گردد مگر اینکه قانونگذار به طور صریح امر یا امور دیگری را شرط صحت عقد قرار دهد مثل اینکه در برخی از عقود از جمله در عقود موجد حق حبس، وقف، هبه، رهن، بیع صرف، عمل قبض شرط صحت به شمار آمده است اما در هیچ یک از مواد قانون مدنی و قانون ثبت تنظیم سند رسمی شرط صحت و ثبوت معاملات مال غیرمنقول به حساب نیامده است و مستفاد از ماده ۴۸ قانون ثبت هم این است که تنظیم سند رسمی شرط اثبات معامله است و نه شرط ثبوت و تحقق آن و در شرطیت اثبات هم منظور این است که خود به خود و با ارائه نمی‌تواند مثبت مالکیت باشد و به جای سند مالکیت قرار گیرد ولی با رسیدگی قضایی امکان اثبات صحت و اصالت آن وجود دارد.^۲

۳- اصل صحت: مطابق این اصل که ماده ۲۲۳ قانون مدنی بیانگر آن است هر معامله که به وسیله طرفین واقع می‌شود صحیح تلقی می‌شود مگر خلاف آن اثبات شود. مفاد اصل صحت، حکمی است وضعی که در موارد تردید در وضعیت حقوقی عقد، به حکم قانون برای آن ثابت می‌شود آنچنان که آثار حقوقی و وابسته به آن عقد بین طرفین جاری می‌شود و چنانچه عقد تملیکی باشد انتقال مالکیت را باید در عالم اعتبار محقق دانست. منظور از عبارت «واقع شده باشد» در ماده ۲۲۳ قانون مدنی وقوع عرفی عقد است و

۱. احمد ابرام، **ماهیت حقوقی قولنامه**، چاپ سوم، انتشارات فردوسی، سال ۱۳۷۳، ص ۵۰.

۲. دکتر مهدی شهیدی، همان منبع، صفحه ۵۸.

بنابراین چون معامله مال غیرمنقول با سند عادی، عرفاً واقع می‌شود، با وجود تردید در شرط بودن ثبت رسمی برای صحت معامله، به موجب اصل صحت، باید آن معامله را صحیح تلقی کرد.^۱

۴ - موضوع حکم در مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت، سند معامله است و نه خود معامله: در هیچ یک از مواد قانون ثبت بطلان و بی‌اعتباری معامله مال غیرمنقول با سند عادی اعلام نشده است و ماده ۴۸ آن قانون هم هرگز دلالت بر بطلان بیع مال غیرمنقول ندارد و منحصرأً سند ثبت نشده را غیرقابل پذیرش در ادارات و محاکم اعلام نموده است. بنابراین آنچه در این مواد مورد توجه قانونگذار بوده «سند معامله» است و نه «خود معامله» و خودداری قانونگذار از به کار بردن کلمه «بطلان معامله» با اینکه در مقام بیان آثار سند ثبت نشده بوده است قرینه‌ای است بر صحت معامله مال غیرمنقول و در اصطلاح حقوقی و از نظر تحلیلی نمی‌توان عبارت «غیرقابل قبول بودن سند معامله» را مترادف با «بطلان آن معامله» دانست و منظور از نپذیرفتن سند در ادارات و محاکم این نیست که در دعوی مطروحه علیه امضاءکننده آن سند به خواسته اعلام وقوع معامله یا به خواسته تسلیم مبیع یا ثمن، در مرجع قضایی قابل استناد نباشد و دادگاه نتواند با تکیه بر آن و احراز وقوع و انشای معامله به وسیله طرفین و اجتماع شرایط قانونی، اعتبار عقد و وقوع آن را اعلام کند بلکه منظور از عدم پذیرش سند عادی در ادارات این است که برای اعمال و تصرفات رسمی مالکانه مانند وثیقه قرار دادن مال موضوع سند عادی نزد بانک برای اخذ وام، تحصیل پروانه ساختمان، مطالبه قیمت آن در صورت تملک ملک مزبور به وسیله سازمان‌های دولتی، نمی‌توان سند مزبور را مورد استناد قرار داد و همچنین منظور از غیرقابل پذیرش بودن سند عادی در محاکم و مراجع قضایی این است که نمی‌توان به صرف ارائه سند مزبور نزد این مراجع، انتقال مالکیت غیرمنقول را به خریدار و مالکیت فعلی

۱. دکتر مهدی شهیدی، حقوق مدنی، جلد دوم، اصول قراردادهای و تعهدات، چاپ نخست، انتشارات عصر حقوق سال ۱۳۷۹، ص ۲۲۵.

او را نسبت به آن اثبات نمود و یا به استناد آن دعوی تخلیه علیه مستأجر یا خلع ید علیه غاصب طرح کرد، و نمی‌توان ملک مزبور را با سند مزبور به عنوان وثیقه مورد قرار بازرسی یا دادیار معرفی کرد.

اما عادی بودن سند سبب نمی‌شود که دارنده آن نتواند با استناد بدان از دادگاه تقاضای رسیدگی به وقوع معامله موضوع آن و اعلام اعتبار مندرجات آن را به عمل آورد بلکه مقصود این بوده که محاکم و مراجع قضایی مانند ادارات دیگر در دعاوی که موضوع و خواسته آنها رسیدگی به اعتبار و مندرجات سند عادی و ثبت نشده نمی‌باشد نباید سند عادی را بپذیرند.^۱ سند رسمی معامله غیرمنقول از آن جهت به محض ارائه، وقوع معامله و مالکیت خریدار را اثبات می‌کند که به وسیله یک مرجع رسمی (سردفتر اسناد رسمی) شرایط صحت عقد در آن احراز شده است، اما در سند عادی مربوط به مال غیرمنقول، در هنگام تنظیم، مقام رسمی وجود نداشته است و در نتیجه دادگاه بدون رسیدگی و احراز وجود یا عدم شرایط صحت و اعتبار نمی‌تواند آن را بپذیرد و علی‌هذا آنچه مورد توجه نویسندگان قانون ثبت بوده است اولاً سند عادی مربوط به معامله مال غیرمنقول بوده و نه خود معامله، و ثانیاً هدف فقط محدود کردن دلیلیت سند عادی و آثار آن بوده است نه اعلام بطلان معامله و بی‌اعتباری مطلق سند عادی و سلب تمام آثار از آن.

۵- ماده ۲۲ قانون ثبت هم که مقرر می‌دارد «دولت فقط کسی را که ملک به اسم او ثبت شده و یا کسی که ملک مزبور به او منتقل گردیده و انتقال آن در دفتر املاک به ثبت رسیده مالک خواهد شناخت...» دلالت بر بطلان معامله به موجب سند عادی که در دفتر املاک ثبت نمی‌شود و همچنین بی‌اعتباری مطلق خود سند عادی ندارد. بلکه منظور این است که صرف ارائه سند عادی نمی‌تواند در ادارات دولتی مثبت مالکیت خریدار باشد و تا این انتقال در دفتر املاک ثبت نشده مالک شناخته نمی‌شود، اما این مطلب دلالت بر این ندارد که معامله موضوع سند عادی باطل است و یا اینکه نتوان از نظر قضایی وقوع

۱. دکتر مهدی شهیدی، مقاله فروش مال غیرمنقول بدون تنظیم سند رسمی، صفحه ۵۷.

معامله را احراز نمود که پس آن فروشنده به تنظیم سند رسمی به عنوان یکی از لوازم معامله مزبور ملزم گردد.

۶- هرچند مقررات پیش‌بینی شده در مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت دارای جنبه امری است ولی به نظر می‌رسد که این مقررات آمره جنبه نظم عمومی و اخلاق حسنه که موجب بطلان معامله باشد را ندارد. به عبارت دیگر مقررات مربوط به نظم عمومی و اخلاق حسنه به طور مسلم جزء مقررات آمره هستند ولی تمام مقررات آمره جنبه نظم عمومی و اخلاق حسنه ندارند.^۱

۷- تنظیم سند رسمی شرط صحت معامله نیست بلکه یکی از آثار و لوازم عرفی معامله می‌باشد: طرفین عقد با ثبوت و تحقق آن ملزم به اجرای تمام آثار عقد اعم از آنچه در عقد تصریح شده و آثار قانونی و عرفی آن هستند (مواد ۲۲۰ و ۲۲۵ قانون مدنی) بنابراین با طرح دعوی در دادگاه به استناد سند عادی، پس از رسیدگی و احراز وقوع معامله موضوع آن، امکان الزام خوانده به تنظیم سند رسمی به عنوان یکی از لوازم عرفی معامله وجود دارد، همانگونه که اگر فروشنده از تسلیم مبیع یا خریدار، از تأدیه ثمن خودداری نماید می‌توان آنها را الزام به تسلیم نمود.

۸- رویه قضایی نیز گرایش به معتبر شناختن سند عادی حاکی از انشای بیع مال غیرمنقول نسبت به طرفین عقد را داشته و دارد و آرای بسیاری از شعب دادگاه‌های حقوقی یک سابق و شعب دادگاه‌های عمومی و تجدیدنظر و شعب دیوان عالی کشور و هیأت عمومی دیوان عالی کشور (به صورت آرای اصراری) صادر گردیده است که مؤید اعتبار نسبی سند عادی معامله مال غیرمنقول می‌باشند و این امر را به خوبی می‌توان از رأی وحدت رویه ردیف ۱۱/۸۳ هیأت عمومی دیوان عالی کشور که در تاریخ ۱/۱۰/۸۳ تحت شماره ۶۷۲ صادر گردیده است دریافت. رأی مزبور چنین است: «خلع ید از اموال غیرمنقول

۱. دکتر اسدالله امامی، مقاله نقش اراده در قراردادها، فصل‌نامه حق، دفتر چهارم، دی و اسفند ۱۳۶۴، انتشارات روزنامه رسمی.

فرع بر مالکیت است، بنابراین طرح دعوی خلع ید از زمین قبل از احراز و اثبات مالکیت قابل استماع نیست...^۱

با توجه به مفاد گزارش و بیانات دادستان محترم کل کشور در پرونده مزبور که در قسمتی از آن چنین آمده است «عدم رعایت مقررات مربوط به ثبت سند طبق مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت موجب بطلان سند یا عقد و زوال آثار آن بین طرفین نمی‌باشد لیکن ترتیب آثار قانونی بر آنها در قبال اشخاص ثالث و نیز نزد مراجع قضایی و اداری طبق ماده ۴۸ قانون ثبت مشروط به رعایت مقررات و تنظیم سند رسمی است...»^۲ استنباط می‌شود که سند عادی مربوط به معامله مال غیرمنقول نسبت به طرفین در صورت احراز صحت آن اعتبار دارد و در صورت رسیدگی مراجع قضایی و اثبات وقوع معامله موضوع آن، خواننده به تنظیم سند رسمی ملزم می‌گردد که در صورت خودداری حاکم به عنوان ولی ممتنع (الحاکم ولی الممتنع) با تعیین نماینده و حضور در دفتر اسناد رسمی، سند رسمی و ثبت در دفتر را امضاء می‌کند. ولی نسبت به اشخاص ثالث، سند عادی، اثر قانونی ندارد و همچنین در ادارات و محاکم به عنوان مدرک مالکیت قابل پذیرش نیست.

۹- ماده ۱۲۹۱ قانون مدنی هم دلالت بر این دارد که سند عادی مربوط به مال غیرمنقول چنانچه طرفی که سند علیه او اقامه شده صدور آن را از منتسب الیه تصدیق کند یا اعتبار سند عادی مزبور در دادگاه ثابت گردد از اعتبار سند رسمی برخوردار است و شناختن اعتبار برای سند عادی در دو مورد بالا به معنی معتبر شناختن مندرجات آن و از جمله معامله دارای شرایط قانونی مندرج در آن است.

۱۰- اعتبار نسبی سند عادی مربوط به معامله غیرمنقول را می‌توان از وحدت ملاک ماده ۲۹۱ قانون امور حسبی نیز استنباط نمود زیرا این قانون بعد از تعیین اشکال سه گانه وصیت معتبر (رسمی - سری و خودنوشت) در ماده ۲۹۱ مقرر نموده است: «هر وصیتی که

۱. رأی وحدت رویه مندرج در مجله کانون سردفتران و دفتریاران، ضمیمه شماره ۵۶، اردیبهشت و خرداد ۸۴، ص ۱۳۵ به بعد.

۲. احمد متین، مجموعه رویه قضایی، قسمت حقوقی، صفحه ۱۲۸.

به ترتیب مذکور در این فصل واقع نشده در مراجع رسمی پذیرفته نیست مگر اینکه اشخاص ذی‌نفع در ترکه، به صحت آن اقرار نمایند» و در مورد معامله موضوع سند عادی هم می‌توان از ملاک این ماده استفاده نمود و نتیجه گرفت که با اقرار طرف معامله، امکان اثبات وقوع معامله وجود دارد. چنانکه شعبه ۴ دیوان عالی کشور در رأی شماره ۵۹۶ مورخ ۱۳۴۷/۴/۱۹ در این مورد اظهارنظر کرده است: «اگر خواننده اقرار به فروش ملک به خواهان در مقابل مبلغی کرده و تنظیم قبالة رسمی را به صدور حصر وراثت موکول نموده باشد استدلال دادگاه بر بی‌حقی خواهان از نظر عدم تنظیم سند رسمی صحیح نخواهد بود».

نتیجه بحث: طبق مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت و مستفاد از ماده ۲۲ آن قانون عقود و معاملات راجع به عین یا منافع و حقوق املاک اعم از ثبت شده در جریان ثبت باید با سند رسمی انجام شود، و ضمانت اجرای عدم تنظیم سند رسمی طبق ماده ۴۸ همان قانون عدم پذیرش سند عادی در ادارات و محاکم می‌باشد. از این مواد و سایر مقررات ثبتی اولاً بطلان معامله‌های غیرمنقول که با سند عادی و به طور کلی به صورت غیررسمی انجام گرفته است استنباط نمی‌شود، چون طبق قواعد عمومی حاکم بر قراردادها خصوصاً مواد ۱۰ و ۱۹۱ و ۳۳۹ قانون مدنی، اصل بر رضایی بودن (غیر تشریفاتی بودن) عقد و از جمله عقد بیع است و عقد با تراضی طرفین که به هر وسیله‌ای انجام گیرد واقع می‌شود و آثار آن تحقق می‌گردد، مگر اینکه به طور صریح قانونگذار امری را جزو شرایط اختصاصی عقدی قرار دهد مثل عمل قبض در بعضی عقود، اما در قانون ثبت و از جمله در مواد مذکور، تنظیم سند رسمی به عنوان شرط صحت معاملات اموال غیرمنقول مقرر نگردیده است، عقد بیع از جمله بیعی که موضوع آن مال غیرمنقول است به صرف تراضی متعاملین و قصد انشاء آنان واقع می‌شود و موجب انتقال عوضین به متعاملین می‌گردد (بند ۱ ماده ۳۶۲ قانون مدنی) و این انتقال محتاج به امر دیگری نیست، بنابراین شرط تنظیم سند رسمی در معاملات مال غیرمنقول که در مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت مقرر گردیده شرط ثبوت و تحقق

معامله نیست بلکه از تشریفات مربوط به اثبات معامله است که اثر حقوقی عدم رعایت آن فقط سلب بعضی آثار از عقد بیع است مانند غیرقابل استناد گردیدن معامله نسبت به اشخاص ثالث، عدم پذیرش سند عادی در ادارات دولتی و محاکم به عنوان مدرک مالکیت.^۱ **ثانیاً:** با طرح دعوی به خواسته اعلام وقوع معامله یا به خواسته الزام تنظیم سند رسمی یا الزام به تسلیم مبیع یا ثمن و با رسیدگی قضایی و احراز وقوع معامله به موجب سند عادی و یا با اقرار طرف و همچنین با شهادت شهود و با هر دلیل دیگری می‌توان تحقق بیع را اثبات کرد و طرف را برای رعایت مواد قانون ثبت ملزم به تنظیم سند رسمی نمود. به عبارت دیگر طبق ماده ۱۰ قانون مدنی طرفین هر عقد ملزم به اجراء مفاد آن هستند که تنظیم سند رسمی هم یکی از لوازم عرفی عقد (مانند قبض و اقباض که از آثار قانونی عقد به حساب می‌آید) است و طرفین مکلف به انجام کلیه لوازم از جمله ثبت معامله انجام شده می‌باشند که در صورت عدم انجام این تعهد به صورت ارادی، طرف دیگر می‌تواند الزام او را به این امر بخواهد. نظریه اکثریت قضات دادگاه‌های حقوقی دو تهران که در تاریخ ۶۵/۷/۱۷ اعلام گردیده، مؤید این مطلب است که مباحثه‌نامه، مملک و نافذ است ولو عادی باشد و این امر منافاتی با مواد ۴۶ و ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت ندارد زیرا مواد مذکور مشعر بر این است که اسناد عادی در محاکم به عنوان سند مالکیت پذیرفته نمی‌شود ولی اگر به عنوان دلیلی بر وقوع معامله ارائه گردد و از محکمه الزام خوانده به حضور در دفتر خانه برای انجام تشریفات تنظیم سند رسمی در مقام اعمال مواد مذکور خواستار شود، دادگاه می‌تواند پس از رسیدگی و احراز وقوع معامله، رأی به الزام فروشنده یا خریدار به تنظیم سند رسمی بدهد.^۲ بنابراین فروش مال غیر منقول به موجب سند عادی اصولاً طبق مواد ۲۱۹ و ۲۳۱ قانون مدنی مانند هر قراردادی نسبت به طرفین آن، آثاری را

۱. دکتر سید محمود کاشانی، *نظریه تقلب نسبت به قانون (حیل)*، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی (ملی سابق) سال ۱۳۵۴، صفحه ۱۹۸.

۲. یوسف نویخت، اندیشه‌های قضایی، چاپ چهارم، چاپ مؤسسه کیهان، سال ۱۳۷۲، صفحه ۳۱۰، شماره ۲۸۰.

به بار می‌آورد که مهمترین این آثار عبارتند از: انتقال مالکیت عوضین به عنوان مقتضای ذات عقد، الزام طرفین به اجرای نتایج مصرح و لوازم قانونی و عرفی قرارداد از جمله امکان الزام فروشنده به تسلیم مبیع و تنظیم سند و امکان انتقال عین مال موضوع معامله یا منافع و حقوق متعلق به آن از خریدار به ثالث با سند عادی و غیره.

اما معامله مذکور در مقابل اشخاص ثالث و همچنین ادارات و محاکم قابل استناد نمی‌باشد و پس از ثبت سند از تمام آثار قانونی از جمله قابلیت اسناد در مقابل اشخاص ثالث و قابلیت پذیرش در ادارات و محاکم به عنوان سند مالکیت برخوردار می‌شود.

قلمرو اختیارات دفاتر اسناد رسمی در تفسیر قراردادها

حسن روشن^۱

اشاره:

هدف و منظور هر عمل حقوقی استفاده و به کارگیری آن در روابط اجتماعی است و بدیهی است هرگاه چنین اعمالی واضح و رسا نباشد بدون تردید مشکلاتی در نحوه اجرا و به کارگیری آن به وجود خواهد آمد. هرچند تنظیم و تثبیت و رسمیت بخشیدن به این اعمال حقوقی عموماً توسط دفاتر اسناد رسمی صورت می‌گیرد و اصولاً سران دفاتر در راستای انجام این تکالیف و وظایف قانونی از دانش حقوقی و تبحر و تجربه کافی برخوردارند^۲ مع الوصف در هنگام تنظیم چنین اسنادی به لحاظ دگرگونی شرایط اجتماعی و اقتصادی و بعضاً تغییر قواعد و مقررات همیشه نمی‌توان کلیه اوضاع و احوال را پیش‌بینی نمود و برای آنها راه‌حلی اندیشید لیکن می‌توان با توسل به «قاعده تفسیر» مقدار قابل توجهی از ابهاماتی را که در این موارد پدید می‌آیند از میان برد، و به کمک آن، نکات مبهمی را که در یک عبارت و یا یک سند وجود دارد روشن ساخت و معنی صحیح و واقعی آن را آشکار نمود.

در این نوشتار سعی بر این است که دامنه و حیطه اختیارات دفاتر اسناد رسمی در تفسیر و به کارگیری این قبیل اسناد با تمسک به قوانین و مقررات موضوعه و اصول کلی حقوقی

۱. سردفتر اسناد رسمی ۷۹۶ تهران، عضو هیئت علمی دانشگاه و عضو هیئت تحریریه مجله کانون سردفتران و دفتریاران.

۲. در خصوص صلاحیت علمی سردفتران ر.ک به ماده ۶ قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران (مصوب ۵۴/۴/۲۵).

روشن گردد و اصولاً تفسیر قانونی و تفسیر قضایی که مقامات و مراجع صلاحیتدار برای تفسیر آنها معین و مشخص است مورد بحث ما نیست و صرفاً در ارتباط با موضوع اصلی این مقاله به اصول و ویژگی‌های آنها اشاره مختصری صورت می‌گیرد.

مفهوم تفسیر قرارداد

تفسیر قرارداد به معنی تشخیص مفهوم مقررات آن است، هدف این است که مضمون و مفاد عقد به درستی روشن شود.^۱ به بیان دیگر «تفسیر عبارت است از هنر یا فرایند کشف و تشخیص معنی یک قانون، وصیت‌نامه، قرارداد یا هر مدرک کتبی دیگر و به عبارتی کشف و نشان دادن معنی صحیح هر نکته و علامتی که حاصل مضامین و ایده‌هایی باشد».^۲ شیخ مرتضی انصاری در کتاب «فرائدالاصول» معروف به «رسائل» تفسیر را عبارت از کشف قناع یا برداشتن پرده و حجاب از کلام می‌داند.^۳ به نظر کوربین، حقوقدان آمریکایی تفسیر عبارت است از توضیح معنی اعلام اراده‌ای که شخص دیگری آن را به کار برده است.^۴ و شارل روسو، حقوقدان مشهور فرانسوی نیز معتقد است که «تفسیر عبارت از فعل و انفعال و کنکاش ذهنی است که برای تعیین معنای صحیح یک عمل حقوقی و تشخیص حدود تأثیر و توضیح نکات تاریک و مبهم آن انجام می‌گیرد».^۵ در نتیجه می‌توان گفت تفسیر قرارداد به معنای رفع ابهام و تشخیص معنی صحیح عبارت و قصد متعاقدين است و هدف این است که مضمون و مفاد قرارداد به درستی روشن شود. علی‌هذا قبل از ورود به بحث اصلی یادآوری دو نکته ضروری است؛ نکته اول اینکه تفسیر قرارداد متفاوت با توصیف^۶ قرارداد می‌باشد. زیرا در توصیف قرارداد طبیعت حقوقی و

۱. دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، جلد سوم، ص ۷.

2. Black's Law Dictionary-By: Henry Campbell Black – Fourth West Publishing Company, U.S.A Page 420.

۳. سیدجواد ذهنی تهرانی، تشریح المقاصد (شرح فارسی بر رسائل) جلد دوم ص ۱۹۰.

۴. به نقل از مهدی صاحبی، تفسیر قراردادها در حقوق خصوصی، ص ۲۴.

۵. دکتر موسی‌زاده، حقوق معاملات بین‌المللی، ص ۱۶۰.

6. Qualification.

نوع قرارداد معین می‌شود تا قواعد و مقرراتی که بر آن حکومت می‌کند، مشخص شود و اصولاً این امر پس از تفسیر و روشن شدن مفهوم و مفاد قرارداد است.^۱ به عبارت دیگر توصیف قرارداد یک مسأله قانونی است ولی تفسیر قرارداد یک موضوع ماهوی است. در توصیف قرارداد طبیعت حقوقی اعمال طرفین و نوع و آثار و قواعد قانونی حاکم بر قرارداد تعیین می‌گردد و در تفسیر قصد واقعی طرفین و آنچه بر آن تراضی کرده‌اند بررسی و احراز می‌شود، برای مثال چنانچه اختلاف شود که آیا مقصود از تراضی تملیک منافع در برابر عوض معین بوده یا اذن ساده در انتفاع، پاسخی که به آن داده می‌شود «تفسیر» قرارداد است. ولی پس از تمییز خواست طرفین، هرگاه اعلام شود که آنچه واقع شد، «اجازه» است یا «عاریه» قرارداد توصیف شده است.^۲ نکته دوم اینکه تفسیر قرارداد با تفسیر قانون نیز به رغم شباهت و نزدیکی در شیوه تفسیر با یکدیگر متفاوت می‌باشند. در تفسیر قانون هدف مشخص نمودن مدلول و مفهوم حقیقی متن قانون یا روشن نمودن قلمرو مدلول آن است و هدف در تفسیر قرارداد نیز برطرف نمودن ابهام و اجمال و تناقض در یک عمل و انشاء حقوقی خاص یعنی یک قرارداد است. هرچند که قرارداد نیز به نوعی قانون متعاقبین است.^۳

مع الوصف در تفسیر قرارداد اصولاً منافع خصوصی اشخاص و در تفسیر قانون منافع جمع مدنظر می‌باشد و تفسیر قرارداد ناظر بر موضوع خاص و تنها نسبت به آن موضوع مؤثر است ولی هدف از تفسیر قانون انطباق بر موضوع معین نیست و گاه این تفسیر در زمره قواعد حقوقی درمی‌آید.

لزوم تفسیر قرارداد

قراردادهایی که بین اشخاص اعم از حقیقی یا حقوقی منعقد می‌گردد، همیشه صریح و روشن نیست زیرا ممکن است طرفین قرارداد به جهت عدم اطلاع کافی از قوانین یا

۱. دکتر نجادعلی الماسی، *تعارض قوانین*، ص ۷۷.

۲. دکتر ناصر کاتوزیان، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد سوم، ص ۸.

۳. ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه.

مقررات موضوعه یا به لحاظ عدم امکان دسترسی به مقررات مربوطه قادر به پیش‌بینی همه موارد و یا نحوه سیر مراحل اجرایی یک قرارداد نباشند (مانند اغلب وکالتنامه‌هایی که به وسیله اتباع ایرانی در خارج از کشور تنظیم می‌گردد، که در زمان اجرا در داخل کشور همواره با چنین مشکلاتی مواجه می‌شوند) حتی قراردادهایی که با مشورت‌های حقوقی لازم و با کمک کارشناسان و مشاوران برجسته حقوقی تنظیم می‌شوند باز هم ممکن است در مواردی دچار ابهام باشند چرا که دقیق‌ترین مشاوران حقوقی نیز نمی‌توانند همه اختلافات احتمالی یا شقوق لازم یا اشکالاتی را که ممکن است در جریان اجرای قرارداد، حادث شود پیش‌بینی کنند. و اسناد و قراردادهایی که در دفاتر اسناد رسمی مطابق قانون^۱ تنظیم می‌گردند از این قاعده مستثنی نمی‌باشند. مضافاً اینکه قرارداد یا هر عمل حقوقی مانند هر پدیده اجتماعی دستخوش تغییرات و دگرگونی‌های مختلف اجتماعی است و چه بسا ممکن است که شرایط اجرای یک عمل حقوقی متفاوت با شرایط زمان انعقاد آن باشد. همان گونه که «اعمال موجود قواعد» با وجود وسواس و دقت نظری که در وضع آن به کار رفته و اصولاً این اعمال به وسیله جامعه و خردجمعی وضع و ایجاد می‌گردند، مصون از تفسیر و شرح نیستند.^۲ و مراجع صلاحیتدار در تفسیر این قبیل قواعد طبق قانون اساسی برحسب مورد مشخص می‌باشند. «اعمال شخصی» و قراردادها نیز به دلایل فوق‌الذکر نیاز به تفسیر دارند و از آن گریزی نیست و هرگاه قرارداد دارای ابهام باشد بی‌گمان تفسیر ضرورت پیدا می‌کند.

به موجب اصل نود و هشتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تفسیر قانون اساسی با شورای نگهبان است که با تصویب سه چهارم آنان صورت می‌گیرد و تفسیر قوانین عادی طبق اصل هفتاد و سوم همان قانون در صلاحیت مجلس شورای اسلامی است. به موجب این اصل «شرح و تفسیر قوانین عادی در صلاحیت شورای اسلامی است. مفاد این اصل

۱. ماده ۴۹ قانون ثبت اسناد و املاک کشور بند اول.

۲. در مورد لزوم تفسیر قانون ر.ک ناصر کاتوزیان، *مقدمه علم حقوق*، چاپ سی و دوم، ص ۲۰۶.

مانع از تفسیری که دادرسان در مقام تمیز حق، از قوانین می‌کنند، نیست». حکم اخیر اصل مذکور ناظر به تفسیر قضایی است. این تفسیر توسط محاکم در دعاوی بین اشخاص انجام می‌شود و اعتبار آن نیز محدود به همان دعوی است. در همین راستا ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی (مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱) که جایگزین مواد ۳ و ۴ قانون آیین دادرسی مدنی سابق گردیده است، مقرر می‌دارد: «قضات دادگاه‌ها موظفند موافق قوانین به دعاوی رسیدگی کرده، حکم مقتضی صادر و یا فصل خصومت نمایند، در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، به استناد منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، حکم قضیه را صادر نمایند و نمی‌توانند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین از رسیدگی به دعوی و صدور حکم امتناع ورزند والا مستنکف از احقاق حق شناخته شده و به مجازات آن محکوم خواهند شد» علاوه بر تفسیر قانون و تفسیر قضایی، حقوقدانان و نویسندگان حقوقی نیز همواره مواد قانونی و رویه قضایی را مورد تفسیر و تجزیه و تحلیل قرار می‌دهند، هرچند این قبیل تفسیرها جنبه رسمی ندارند و مستقیماً قاعده حقوقی ایجاد نمی‌کنند لیکن اثر آن در ایجاد قواعد حقوقی انکارناپذیر است و هیچ حقوقدانی جهت آگاهی از وجود ابهامات و موارد محل مناقشه و اختلاف بی‌نیاز از مطالعه این تفسیرها نیست. و دفاتر اسناد رسمی نیز با مسئولیت خود اغلب این تفسیرها را پذیرفته و به کار می‌برند. سؤال قابل طرح در اینجا این است که آیا نهادها و مراجع صلاحیتدار (غیر از نهادهای تقنینی و قضایی) که مسئولیت اجرای یک امر عمومی را به عهده دارند و اغلب در تشکیلات سازمانی خود از حقوقدانان و کارشناسان حقوقی باتجربه برخوردارند در راستای انجام تکالیف و وظایف قانونی خود حق تفسیر قانون را دارند، یا خیر؟

هرچند در ابتدای امر با امعان نظر در نص قانون اساسی و سایر قوانین موضوعه چنین نقشی را شاید به سهولت نتوان برای مبادی اجرایی و به طور کلی قوه مجریه قائل شد

لیکن شورای نگهبان در تفسیر اصل هفتاد و سوم قانون اساسی نظری غیر از این داشته و به صراحت تفسیر قانون را تا زمانی که تفسیری مخالف توسط مجلس شورای اسلامی نسبت به آن موضوع اعلام نشده، واجد اثر حقوقی و لازم‌الاجرا شناخته است. شورای نگهبان در نظریه تفسیری شماره ۷۶/۲۱/۵۸۳ مورخ ۷۶/۳/۱۰ خود در خصوص اصل هفتاد و سوم قانون اساسی اعلام نموده است: «تفسیر از زمان بیان مراد مقنن در کلیه موارد لازم‌الاجرا است. بنابراین در مواردی که مربوط به گذشته است و مجرمان برداشت دیگری از قانون داشته‌اند و آن را به مرحله اجراء گذاشته‌اند، تفسیر قانون به موارد مختومه مذکور تسری نمی‌یابد». این نظر در نوع خود بسیار جالب است زیرا قوانین تفسیری به حکم طبیعت و ذات خود اصولاً به گذشته و زمان وضع قانون سابق برمی‌گردد و قانونگذار در تفسیر قانون فقط معنی درست و صحیح مقررات گذشته را بیان می‌کند. و این عمل در واقع یکی از استثناهای مهم عطف به ماسبق نشدن قوانین محسوب می‌گردد. به هر حال فارغ از بحث تفسیر قانون که فعلاً از موضوع بحث ما خارج است و شایسته است که در فرصت دیگر به این مهم پرداخته شود، در اینجا تنها به این نکته بسنده می‌گردد که دفاتر اسناد رسمی به منظور انجام تکالیف قانونی خود در صورت قبول مسئولیت سنگین ناشی از تفسیر قانون طبعاً از چنین ظرفیتی برخوردارند. به هر روی، قراردادها بنابر دلایل یاد شده فوق ممکن است در زمان اعمال و اجرا نیاز به تفسیر داشته باشند و دفاتر اسناد رسمی در راستای انجام صحیح وظایف و تکالیف قانونی خود که همانا تنظیم اسناد و اعتبار بخشیدن به عمل حقوقی اشخاص است ناگزیر به تفسیر می‌باشند، در قراردادی که الفاظ به کار رفته صریح در مقصود نیست و یا تمامی شروط و شقوق لازم در قرارداد منعکس نشده و یا قرارداد در خصوص موضوعی ساکت است، تکلیف دفتر اسناد رسمی چیست؟ آیا باید این قبیل اعمال حقوقی را فاقد هرگونه آثار حقوقی بشناسد و از اعتبار بخشیدن به آن خودداری نماید یا اینکه در جهت تعیین مفاد و مفهوم دقیق و صحیح آن درصدد کشف و احراز قصد طرفین از ظواهر و عبارات قرارداد برآید؟ علاوه بر این درست است که هدف اصلی تفسیر،

کشف اراده مشترک طرفین قرارداد است ولی این بدان معنا نیست که تنها عامل تعیین کننده آن قرارداد و به تبع آن حدود تعهدات و التزامات ناشی از آن، فقط اراده طرفین قرارداد باشد بلکه اصل حاکمیت اراده و یا اصل آزادی قراردادی و اختیار طرفین در تعیین آثار قرارداد در دفاتر اسناد رسمی همواره باید در پرتو قواعد حقوق عمومی مورد کنکاش و بررسی قرار گیرد و به عبارت دیگر در این خصوص، اصل آزادی قراردادها با عوامل محدود کننده‌ای از قبیل قانون و نظم عمومی و اخلاق حسنه مواجه می‌باشد.^۱ که در مباحث آتی به بررسی هر یک از این عوامل محدودکننده خواهیم پرداخت.

روش‌های تفسیر قرارداد

در خصوص تفسیر قرارداد مانند تفسیر قانون دو مکتب اصلی وجود دارد و هر حقوقدانی برحسب اینکه چه دیدگاهی در مورد تفسیر قانون دارد در تفسیر قرارداد نیز همان قواعد تفسیری را به کار می‌بندد که در تفسیر قانون به آنها توسل جسته است. همان‌طور که پیشتر اشاره شد هرچند که تفسیر قانون مقوله‌ای جدا از تفسیر قرارداد است لیکن شباهت شیوه‌ها غیرقابل انکار است. دو مکتب اصلی تفسیر عبارتند از مکتب تفسیر لفظی یا تحلیلی و مکتب تحقیق علمی.

الف - مکتب تفسیر لفظی

به نظر پیروان این مکتب، قانون تنها منبع حقوقی است و هدف از تفسیر قانون، کشف و احراز اراده قانونگذار از ظواهر و عبارات قانون و یافتن اصول کلی مندرج در آن است. به عقیده آنان در حکومت‌های آزاد مردم سالار قدرت نهایی و سلطه واقعی با ملت است که با اراده نمایندگان او اعلام می‌شود و همین که به صورت قانون درآید، باید بر تمام روابط اجتماعی حکومت کند. بنابراین کوشش هر حقوقدان در مرحله نخست باید متوجه فهم

۱. به موجب ماده ۳۰ قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران و دفتریاران (مصوب ۵۴/۴/۲۵): سردفتران و دفتریاران موظفند نسبت به تنظیم اسناد مراجعین اقدام نمایند مگر آنکه مفاد و مدلول سند مخالف قوانین و مقررات موضوعه و نظم عمومی، اخلاق حسنه باشد که در این صورت باید علت امتناع را کتباً به تقاضاکننده اعلام نمایند.

قانون و تفسیر عبارت‌های آن باشد.^۱ به همین ترتیب پیروان این مکتب در تفسیر قرارداد نیز متن قرارداد را به عنوان مبنای اصلی قصد مشترک طرفین و منشأ الزامات قراردادی می‌شناسند و بر این باورند که هدف از تفسیر قرارداد، کشف اراده طرفین آن از ظواهر و عبارات قرارداد و تعیین معنی آن است و هیچ دادرس و حقوقدانی حق ندارد در مقام تفسیر قرارداد به عوامل خارج از قرارداد استناد نماید زیرا ظواهر عبارات قرارداد اماره مطلق بر قصد طرفین است. شیوه‌هایی که طرفداران این مکتب در مقام استنباط مورد استفاده قرار می‌دهند عبارتند از: روش تفسیر ادبی، روش تفسیر منطقی، روش تفسیر اصولی و روش تاریخی.^۲ که استفاده از این روش‌ها، هدف احراز قصد و نظر متعاقدين یک قرارداد و موضوع آن تمهید ابزارهای منطقی برای نیل به آن هدف است. برای مثال در این مکتب در تفسیر تاریخی، ملاحظه و بررسی سوابق و تصویب قانون مورد تفسیر اعم از مبانی و منشأ آن یا مذاکراتی که در هنگام تصویب قانون مزبور در مجلس قانونگذاری انجام گردیده برای رفع ابهام مورد توجه قرار می‌گیرد. در تفسیر قراردادها نیز با استفاده از این روش برای رفع ابهام قرارداد به بررسی کارهای مقدماتی و اوضاع و احوال زمان انعقاد قرارداد متوسل می‌شوند.^۳ این روش در تفسیر معاهدات بین‌المللی به عنوان «روش ذهنی»^۴ پذیرفته شده است. طبق رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در خصوص «صلاحیت مجمع عمومی برای پذیرش عضویت کشورها به سازمان ملل متحد» برای تفسیر معاهدات باید به معنای طبیعی و عادی آنها توجه کرد و به بیان دیگر، تفسیر نباید مغایر با «محتوی و فحوائی»^۵ معاهده باشد. ماده ۳۱ کنوانسیون وین در خصوص حقوق معاهدات^۶ ضمن

۱. دکتر ناصر کاتوزیان، *فلسفه حقوق*، جلد ۳، ص ۹۲، ۹۶ و *قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۳، ص ۱۲.

۲. همان مأخذ.

۳. مهدی صاحبی، *تفسیر قراردادها در حقوق خصوصی*، ص ۵۲.

4. Subjective Method.

5. Context.

6. Vienna Convention on the law of Treaties.

پذیرش روش ذهنی در مورد تفسیر مقرر می‌دارد: «با در نظر گرفتن هدف و موضوع معاهده و مفاهیم متداول کلماتی که از منطوق عبارات به دست می‌آید هر معاهده باید از روی حسن نیت تفسیر گردد». چنانچه نتوان براساس متن معاهده، تفسیر مطلوب و رضایت‌بخشی به دست آورد، می‌توان به «کارهای مقدماتی»^۱ رجوع کرد، اصولاً کارهای مقدماتی به مباحثات، کنفرانس‌ها، صورت‌جلسه مذاکرات و غیره اطلاق می‌گردد. باید خاطرنشان ساخت که براساس ماده ۳۲ کنوانسیون مذکور تنها در دو مورد می‌توان به «کارهای مقدماتی» متوسل شد: اول به منظور اجرای مقررات ماده ۳۱ معاهده که در حقیقت مؤید تفسیر بر مبنای معاهده با توجه به هدف و موضوع معاهده در محتوای معاهده می‌باشد و دوم در مواردی که توسل به متن معاهده و محتوای آن احتمالاً هیچ نوع کمکی به رفع ابهام و پیچیدگی موارد مختلف ننماید و منتهی به نتیجه‌ای گردد که منطقیاً غیرقابل قبول باشد. البته عهدنامه وین در خصوص حقوق معاهدات تنها به این روش اکتفا نکرده بلکه تفسیر عینی را نیز از نظر دور نداشته است که در مبحث آتی به آن خواهیم پرداخت.

ب - مکتب تحقیق علمی آزاد

در این مکتب به نیازمندی‌های اجتماع و خواسته‌های آن بیش از متن قوانین توجه می‌شود. پیروان این مکتب با مورد انتقاد قراردادن روش لفظی اعتقاد دارند که احترام به اراده قانونگذار و رعایت متون قوانین بیشتر جنبه تظاهر و ریا دارد و هیچ قانونی نمی‌تواند حکم تمام مسائل اجتماعی را معین سازد و تمام حوادث آینده را پیش‌بینی کند، باید پذیرفت، که در بسیاری از روابط اجتماعی قانونگذار هیچ نظری نداده است. به گفته ژنی «تفسیر حقوقی که در آن ادعا شود تنها به قانون نوشته قناعت کرده است، تفسیرکننده یا خود را آشکارا فریب می‌دهد یا برای رفع نیازهای مشروع زندگی ناتوان است»^۲ براساس این

1. Preparatory Work.

۲. دکتر ناصر کاتوزیان، *فلسفه حقوق*، جلد سوم، ص ۱۰۶.

مکتب، تفسیر قانون منحصر در کشف اراده قانونگذار آن هم از ظواهر و عبارات قانونی نیست. بلکه قانون پس از تصویب، جدای از مقنن وجودی مستقل دارد و قدرت مستقل محسوب می‌شود. از این جهت دادرس تکلیف بر اطاعت از قانون دارد ولی محدود به اراده قانونگذار نیست و اختیار دارد که در مقام تفسیر قانون، مصلحت جدید و خواسته‌های کنونی جامعه را در نظر بگیرد. لذا این اختیار را دارد که آزادانه تا آنجا که متون قوانین اجازه می‌دهد قانون را چنان تفسیر کند که با ظاهر عبارات و رسوم اجتماعی و اوضاع و احوال مستحدثه سازش داشته باشد و مانع جمود و عقب‌ماندگی نظام حقوقی و بی‌اعتنایی به تمام تحولات اجتماعی و انکار ضرورت‌ها و لوازم تمدن شود. پیروان این روش در تفسیر قراردادها نیز با برتری دادن منافع و مصالح اجتماعی، عقیده دارند عوامل اجتماعی نظیر عرف و عادت و انصاف و تأثیر آن بر قرارداد را نباید از نظر دور داشت و در تفسیر قرارداد نبایستی خود را محدود به کشف اراده متعاقدين نمود بلکه باید در این راستا با در نظر گرفتن مصالح اجتماعی و اقتصادی جامعه، قرارداد را به عنوان یک پدیده اجتماعی فراتر از قصد مشترک طرفین و براساس مصلحت جامعه تفسیر کرد. به هر حال در این شیوه تفسیر ممکن است در جایی قرارداد به شکل وسیله‌ای برای حفظ مصالح اجتماعی تلقی گردد و هویتی مستقل از اراده سازنده آن بیابد و به زندگی اجتماعی ویژه خود ادامه دهد.

بر این مکتب نیز انتقاداتی وارد شده که این انتقادات را می‌توان به شرح زیر فشرده و خلاصه نمود:^۱ ۱ - مفاهیم اجتماعی و اقتصادی مانند قواعد ریاضی روشن و مسلم نیست و هرکس به سلیقه خود آن را اعمال می‌کند که این عمل می‌تواند خطرناک و زیان‌بار باشد. ۲ - اصل تفکیک قوا ایجاب می‌کند که محاکم در ایجاد قواعد حقوقی دخالت نکنند و صلاحیت آنها محدود به اجراء قوانین باشد.

نتیجه اینکه این دو مکتب در خصوص تفسیر قانون و تفسیر قرارداد در اکثر نظام‌های حقوقی تعدیل یا تلفیق گردیده و در حقوق داخلی اغلب کشورها پذیرفته شده که اولاً اراده

۱ . همان مأخذ، ص ۱۲۶ الی ۱۳۶.

مشترک طرفین در انعقاد قراردادها و شرایط مندرج در آن معتبر می‌باشد، ثانیاً از مفهوم نظم عمومی و اخلاق حسنه برای تعدیل و محدود کردن مقررات قراردادی استفاده می‌شود. به عبارت دیگر اراده اشخاص در انعقاد قراردادها و ایجاد تعهدات تا جایی محترم است که با مفهوم نظم عمومی و اخلاق حسنه مغایرتی نداشته باشد. در نظریه تلفیقی، نقش اراده به عنوان ایجاد کننده قرارداد پذیرفته شده ولی قرارداد نتیجه‌ای اجتماعی تلقی شده که پس از به وجود آمدن در ادامه حیات نیاز به اراده ایجادکنندگان خود ندارد و بنابراین در مقام تفسیر باید براساس عرف و عدالت و انصاف و سایر قواعد حقوقی و با در نظر گرفتن منافع و مصالح اجتماع به رفع ابهام اقدام نمود، ضمن اینکه در مرحله انعقاد قرارداد نیز آزادی طرفین نامحدود نیست. کنوانسیون وین در خصوص حقوق معاهدات نیز چنین نگرشی را پذیرفته است همان طور که در مبحث تفسیر لفظی اشاره شد کنوانسیون مذکور ضمن پذیرش روش یادشده از تفسیر روش عینی یا اجتماعی نیز غافل نمانده است. به موجب پاراگراف سوم ماده ۳۱ همین کنوانسیون: «تحت عنوان قاعده کلی تفسیر»^۱ تصریح گردیده: «همراه با سیاق عبارت به موارد زیر نیز توجه خواهد شد:

الف - هرگونه توافق آتی بین طرف‌های معاهده در خصوص تفسیر معاهده یا اجرای مقررات آن؛

ب - هر نوع رویه بعدی در اجرای معاهده که مؤید توافق طرف‌های معاهده در خصوص تفسیر آن باشد؛

ج - هر قاعده مرتبط حقوق بین‌الملل که در روابط بین طرف‌های معاهده قابل اجرا باشد.

د - در صورتی که ثابت شود قصد طرف‌های معاهده معنای خاصی از یک اصطلاح بوده است، همان معنی به اصطلاح مزبور داده خواهد شد.

زیرا قواعد حقوقی مندرج در معاهدات بین‌المللی نیز مانند هر سند حقوقی دیگر با

1. General rule of interpretation.

مناسبات سیاسی و اجتماعی ارتباط دارند، لذا اوضاع و احوال زمان انعقاد معاهده نیز باید در نظر گرفته شود، بالطبع هیچ‌گونه تفسیر جامع و دقیقی جدای از اوضاع و احوال نمی‌تواند صورت گیرد. منظور از اوضاع و احوال، عناصر عینی خارج از اراده متعاهدین است که در شکل‌گیری و انعقاد معاهدات دخالت دارد.

تفسیر قرارداد در نظام حقوقی ایران

هرچند در قانون مدنی درباره شیوه تفسیر قرارداد حکم خاص و روشنی وجود ندارد ولی با بررسی و مذاقه در مواد قانون مذکور می‌توان گفت، در حقوق مدنی اگرچه اصل حاکمیت اراده در قراردادها مورد تأکید مقنن قرار گرفته ولی مقررات صریح و روشنی نیز وجود دارد که نشان می‌دهد، اصل حاکمیت اراده به طور مطلق و نامحدود مورد تأیید و نظر قانونگذار نیست و مفهوم اجتماعی قرارداد و ضرورت حفظ منافع و مصالح اجتماعی از طریق کنترل اراده مشترک طرفین و محدود کردن آزادی اراده آنان، مورد توجه و عنایت قانونگذار بوده و در مواردی که بیم آن می‌رفت، ممکن است آزادی اراده افراد محل حقوق اجتماعی گردد، با وضع مقرراتی مانع اعمال اراده نامحدود اشخاص در قراردادها شده است. ماده ۲۲۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می‌نماید بلکه متعاهدین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود ملزم می‌نماید» و به موجب ماده ۲۲۴ همان قانون: «الفاظ عقود محمول است بر معنای عرفیه».

به طور کلی مواد ۲۲۰، ۲۲۱، ۲۲۴ و ۲۲۵ قانون مدنی مؤید این نظر است که در حقوق مدنی در عین حال که قرارداد پدیده‌ای خصوصی و مربوط به طرفین است ولی جنبه اجتماعی آن هم مورد توجه بوده است. مقررات قانون کار و بیمه و ثبت اسناد و املاک و دفاتر اسناد رسمی نیز بخشی از تجلی این دیدگاه در حقوق ما است. ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی که در راستای اصل ۱۶۷ قانون اساسی در تاریخ ۱۳۷۹/۱/۲۱ تصویب و جایگزین مواد ۳ و ۴ آیین دادرسی مدنی گردیده است،

مقرر می‌دارد: «قضات دادگاه‌ها موظفند موافق قوانین به دعاوی رسیدگی کرده، حکم مقتضی صادر و یا فصل خصومت نمایند. در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشد یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایرت با موازین شرعی نباشد، حکم قضیه را صادر نمایند و نمی‌توانند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین از رسیدگی به دعوی و صدور حکم امتناع ورزند...» با عنایت به شباهت کلی شیوه‌های تفسیر قانون و تفسیر قرارداد^۱ که در قبل به آن اشاره شد و با توجه به مفاد ماده مرقوم می‌توان چنین استنباط کرد که تفسیر قرارداد نیز همانند قانون در سه حالت قابل فرض است: فرض اول اینکه مفاد قرارداد روشن و واضح است. در فرض دوم مفاد قرارداد مبهم است و در فرض سوم مفاد قرارداد ناقص است. هر یک از حالت‌های فوق و تکالیف و نقش دفاتر اسناد رسمی در این رابطه در بحث آتی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

الف - حالت اول؛ مفاد قرارداد واضح و روشن است.

به موجب ماده ۳۷۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی «در مواردی که دعوی ناشی از قرارداد باشد چنانچه مفاد صریح سند یا قانون یا آیین‌نامه مربوط به آن قرارداد معنای دیگری غیر از معنای موردنظر دادگاه صادر کننده رأی داده شود، رأی صادره در آن خصوص نقض می‌گردد» و مطابق ماده ۲۲۴ قانون مدنی: «الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه» درست است که موضع قانون مدنی، تبعیت عقود از اراده باطنی متعاقدين است ولی حکم ماده ۲۲۴ مرقوم نیز با اصل حکومت باطنی نیز هماهنگ و سازگار است. زیرا مقنن اصل را بر این قرار داده که اراده ظاهری و اعلام شده اراده باطنی طرفین است و حقوق برای کشف اراده مشترک، چاره‌ای جز تکیه بر ظاهر ندارد.^۲ و لزوم رعایت اعتماد مشروع و حفظ نظم در معاملات و در روابط اقتصادی ایجاب

۱. دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، جلد سوم، ص ۲۳ و ۲۲.

۲. همان مأخذ، ص ۲۷.

می‌کند که طرفین به اعلام‌های اراده خود پایبند باشند و در جایی که اراده متعاقدين واضح و روشن است هیچ حقوقدان و دادرسی حق عدول از آن را از طریق تفسیر ندارد. ولی ممکن است واضح بودن عبارات سندی غیر از واضح بودن اراده و قصد متعاقدين باشد و چنانچه دلایل یا اماراتی وجود داشته باشد که مبین مغایرت قصد باطنی طرفین با اراده ظاهری آنان و عبارات واضح قرارداد باشد، در این فرض، دیگر محکمه مکلف به رعایت مواد ظاهر قرارداد نخواهد بود و گرنه با اصل حاکمیت اراده واقعی بر عقد «العقود تابعة للقصد» در تعارض خواهد بود. بدیهی است که اختیار احراز چنین حالتی و تفسیر چنین قراردادی صرفاً از اختیارات خاص دادرسی می‌باشد و چنین جایگاهی را در مقام اجراء و اعمال قواعد قرارداد برای هیچ مرجع و حقوقدانی نمی‌توان قائل شد و تکالیف دفاتر اسناد رسمی نیز در این قبیل موارد واضح و روشن است. هرچند که در عمل محاکم نیز به علت دشواری اثبات آن تمایلی به انصراف از ظاهر عرفی سند ندارند.^۱ این فرض در حقوق معاهدات بین‌المللی نیز به عنوان «اصل عدم تفسیر عبارات واضح و روشن» مورد پذیرش و تأکید قرار گرفته است چرا که تفسیر به منظور رفع ابهام است و در جایی که ابهامی وجود ندارد، تفسیر نیز جایگاهی ندارد.

ب - حالت دوم : مفاد قرارداد مبهم است

همان طور که در گذشته اشاره شد، در مقام اجرا حتی دقیق‌ترین قراردادها نیز ممکن است کم و بیش نیاز به تفسیر داشته باشند. و هرگاه قرارداد مبهم باشد یعنی معنای صریح عبارات قرارداد مشخص و معلوم نباشد، در چنین حالتی گریزی از تفسیر قرارداد نیست. هدف از تفسیر این است که روشن شود قصد واقعی متعاقدين چه بوده است و در مقام احراز قصد مشترک نباید از نظر دور داشت که اولاً اصل، مطابقت اراده ظاهری با اراده باطنی است، پس عبارات قرارداد ظهور در قصد واقعی طرفین است و قرارداد باید در مجموع مدنظر قرار داده شود و در صورت عدم احراز قصد مشترک قاضی با توسل به

۱ . همان مأخذ، ص ۲۹.

عوامل خارجی تفسیر، نظیر اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد و غیره، قصد مشترک طرفین را احراز می‌نماید و دست قاضی در این زمینه باز است و طبق قوانین و مقررات از اختیارات و ابزارهای لازم نیز برخوردار می‌باشد. ولی در چنین حالتی، وظایف و تکالیف دفاتر اسناد رسمی چگونه است؟ آنچه که بیش از هر چیز واضح و روشن است، اینکه اختیار و صلاحیت دفاتر اسناد رسمی در تفسیر قراردادها صرفاً محدود به تنظیم و ثبت قراردادها است و این موضوع نیز در همین محدوده و چهارچوب قابل بحث می‌باشد.

به موجب ماده ۳۰ قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفترباران «سردفتران و دفترباران موظفند نسبت به تنظیم و ثبت اسناد مراجعین اقدام نمایند مگر آنکه مفاد و مدلول سند مخالف با قوانین و مقررات موضوعه و نظم عمومی یا اخلاق حسنه باشد...» مقررات مزبور ضمن تعیین وظایف دفاتر اسناد رسمی دایر بر تنظیم قراردادها و اسناد اشخاص، سه نوع محدودیت که در واقع همان محدودیت بر اصل آزادی قراردادهاست، وارد نموده است؛ این عوامل محدود کننده عبارتند از قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه. با مرور بر سایر قوانین و مقررات موضوعه ملاحظه می‌گردد که این محدودیت‌ها صرفاً مربوط به دفاتر اسناد رسمی نیست و محاکم نیز در انجام وظایف قانونی خود عیناً با همین محدودیت‌ها مواجه می‌باشند. به موجب ماده ۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی: «عقود و قراردادهایی که مخل نظم عمومی یا برخلاف اخلاق حسنه که مغایر با موازین شرع باشد در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست». و نیز طبق ماده ۹۷۵ قانون مدنی: «محاکمه نمی‌تواند قوانین خارجی یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف نظم عمومی محسوب می‌شود، به موقع اجراء گذارد اگرچه قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد» و براساس ماده ۱۰ قانون مدنی قرارداد در صورتی صحیح و نافذ است که مخالف صریح قانون نباشد.

با امعان نظر در مقررات مزبور ملاحظه می‌گردد که مقنن تکالیف و اختیاراتی که برای

قضات و دادرسان در تشخیص قراردادها و احراز قصد مشترک طرفین و تطبیق آن با مفاهیم نظم عمومی و اخلاق حسنه قائل شده نظیر این صلاحیت را، قانون‌گذار به موجب ماده ۳۰ قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران برای دفاتر اسناد رسمی نیز به رسمیت شناخته است و این نکته معطوف به این موضوع است که سردفتران برای انجام این امر خطیر از نظر علمی به سبب تحصیلات و دانش حقوقی ذاتاً از چنین توانایی برخوردار می‌باشند.^۱ این در حالی است که در عمل تعیین و تطبیق مدلول و مفاد قرارداد یا مصادیق نظم عمومی و اخلاق حسنه که همواره تابع زمان و مکان خاص و اغلب متغیر است، به سادگی امکان‌پذیر نیست و تطبیق آنها با موضوعات و مصادیق خارجی امری دشوار است که ما در مباحث آتی به این عوامل محدودکننده خواهیم پرداخت. به هر حال با عنایت به وظایف مهم و دشواری که مقنن طبق ماده ۳۰ قانون مرقوم برای دفاتر اسناد رسمی قائل شده، تفسیر قرارداد و اسناد به منظور احراز قصد مشترک متعاقدين جزء وظایف و اختیارات مسلم و بدیهی دفاتر اسناد رسمی است؛ «اذن در شیء اذن در لوازم و متعلقات آن نیز هست» و هرگاه مفاد قرارداد مبهم باشد در این حالت سردفتر برای انجام دقیق مسئولیت قانونی خود راهی جز تفسیر قرارداد ندارد چرا که این اقدام به منظور رفع ابهامات موجود جزء لوازم اولیه و پایه و اساس کار او محسوب می‌شود که وی با تکیه بر اصول و مبانی حقوقی و اشراف بر قوانین و مقررات موضوعه و فنون و اصول عملی استنباط باید به

۱. به موجب ماده ۶ قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران اشخاص زیر را می‌توان به سردفتری اسناد رسمی تعیین نمود.

۱ - اشخاصی که دارای لیسانس حقوق در رشته قضایی یا منقول از دانشکده الهیات یا دانشکده سابق، معقول و منقول باشند.

۲ - اشخاصی که دارای دو سال سابقه قضایی یا وکالت پایه یک دادگستری باشند.

۳ - سایر لیسانسیه‌ها به شرط داشتن سه سال سابقه سردفتری.

۴ - اشخاصی که از مراجع مسلم دارای تصدیق اجتهاد طبق آیین‌نامه‌ای که به تصویب وزارت دادگستری می‌رسد باشند.

۵ - ...

۶ - ...

این مهم اقدام نماید و گرنه ممکن است با توجه به تغییر اوضاع و احوال زمان انعقاد قرارداد و تغییر قوانین و مقررات و غیره ... از انجام وظایف صحیح قانونی خود عاجز بماند و اشخاص نیز به هدف و منظور اصلی خود از تنظیم قرارداد که همانا اجرای عمل حقوقی است، ناائل نگردند.

همان گونه که در مکتب تفسیر اجتماعی یا عینی به تفصیل مورد بحث قرار گرفت، عمل حقوقی یک پدیده اجتماعی است که بعد از ایجاد، هویت مستقل و متمایز از اراده متعاقبین می‌یابد و بایستی آن را با اوضاع و احوال و قواعد و مقررات جدید تطبیق داد و هماهنگ ساخت. دفاتر اسناد رسمی در انجام وظایف خود، خواه ناخواه با این قبیل اسناد مواجه‌اند و در عمل به منظور جلوگیری از سرگردانی و بالاتکلیفی اشخاص که بعضاً دسترسی آنان به طرف مقابل نیز مقدور نمی‌باشد، با قبول مسئولیت و به مدد دانش حقوقی خود اقدام به تفسیر قرارداد متعاقبین می‌نمایند و در این راستا با احراز قصد و اراده طرفین بعضاً اسناد مورد بحث را مستند عمل حقوقی دیگری قرار داده و به تنظیم و ثبت آن اقدام یا به علت عدم احراز چنین شرایط و خواسته‌ای از انجام و تنظیم آن خودداری می‌نمایند. در این رابطه به عنوان مثال می‌توان به وکالتنامه‌های فروش اتومبیل که قبل از تصویب آیین‌نامه راهنمایی و رانندگی تنظیم گردیده اشاره نمود که طبعاً چنین اسنادی فاقد اختیار تعویض و فک پلاک و سایر اقدامات مربوطه می‌باشند و به همین جهت بعضاً واحدهای نقل و انتقال خودرو راهنمایی و رانندگی از قبول و پذیرش آنها خودداری می‌نمایند. یا همین‌طور وکالتنامه‌هایی که در خارج از کشور از قبیل انتقال و فروش اموال و انجام سایر امور مربوطه تنظیم می‌گردند اغلب به جهت عدم اطلاع از سیر مراحل اجرایی و روند امور، اعطاء این اختیارات کامل نیستند لیکن با تکیه بر فن تفسیر و احراز قصد موکل، در صحت و نفوذ این اسناد نباید تردیدی به خود راه داد و کلیه اختیارات و اقدامات مقدماتی و اولیه را هرچند که در سند پیش‌بینی نشده باشد، از آن استنباط نمود زیرا بر مبنای استلزامات عقلی «اذن در شئی» اذن در لوازم آن نیز هست» یا اینکه «مقدمه امر واجب، واجب است» همان‌طور یکی از قواعد که در تفسیر قراردادها عموماً می‌توان به آن

توسل جست، اصل صحت یا «اصالة الصحة» است. طبق این اصل «قاعده صحت اماره‌ای است که به موجب آن باید کاری را که از کسی سر می‌زند، درست دانست یعنی آثار کار درست را بر آن بار کرد مگر اینکه خود او متهم به نادرستی در آن باشد یا خلاف آن ثابت شود».^۱ کوتاه سخن اینکه از جریان اصل در تفسیر قراردادها این نتیجه حاصل می‌شود: ۱ - تفسیر قرارداد نباید موجب بطلان یا فساد آن شود. بدین معنی که هر جا تردید در صحت یا بطلان مفاد شرط یا عبارت قرارداد می‌شود اصل صحت حکم می‌کند که آن شرط و عبارت را حتی‌الامکان بر معنای صحیح حمل کرده و از تفسیری که منجر به بطلان شرط یا قرارداد شود، پرهیز کنیم ماده ۲۲۳ قانون مدنی در مقام بیان این اصل است: «هر معامله که واقع شده باشد محمول بر صحت است مگر اینکه فساد آن معلوم شود» البته اجرای این اصل در موردی است که در وقوع ظاهر عقد تردید نباشد.^۲ - تفسیر قرارداد نباید مستلزم فسخ باشد. ۳ - تفسیر قرارداد نباید مستلزم لغو باشد. بدین معنا، در صورتی که بتوان الفاظ و عبارات قرارداد را بر معنای مفیدی حمل کرد، نباید بر معنایی حمل شود که به لغو و بیهودگی برسد. بند دوم ماده ۲۳۲ قانون مدنی در راستای این نظر مقرر می‌دارد «شروطی که در آن نفع و فایده نباشد باطل است» جالب اینکه ماده ۳۲ کنوانسیون وین در خصوص حقوق معاهدات که از سال ۱۹۸۰ بین کشورها لازم‌الاجرا گردیده است روش مشابهی با اصل صحت در تفسیر معاهدات بین‌المللی پذیرفته است. به موجب این ماده تفسیر معاهده بر مبنای ماده ۳۱ همین کنوانسیون (منظور تفسیر براساس سیاق عبارات و در پرتو موضوع و هدف معاهده) نباید منجر به معنای مبهم یا لغو و بیهوده و بی‌اثر گردد، به عبارت دیگر تفسیر باید براساس اصل آثار مفید صورت گیرد.^۳

۱. دکتر ابوالحسن محمدی، *مبانی استنباط حقوق اسلامی*، ص ۳۲۴.

۲. دکتر ناصر کاتوزیان، *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، ص ۲۱۵.

3. ARTICLE 32: Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the Preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of Article 31: (a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or (b) Leads to a result which is manifestly absurd or untenable.

ج - حالت سوم: مفاد قرارداد ناقص است.

در مرحله اجرای مفاد قرارداد و به کارگیری آن ممکن است متوجه موضوعی شویم که در آن خصوص قرارداد ساکت و یا ناقص است. در چنین فرضی باید ابتدا به بررسی در مجموع مفاد قرارداد و اوضاع و احوال حاکم بر آن و توجه به قصد طرفین در قرارداد و شروط مربوطه پرداخت به نوعی قصد طرفین را احراز و براساس آن اقدام نمود و در صورت عدم احراز قصد مشترک طرفین با توسل به عرف رایج معاملات و مقررات و قوانین تکمیلی، نقص قرارداد را برطرف نمود. در بسیاری از عقود معین مقنن خود رأساً مبادرت به تعیین آثار و نتایج آن و بیان شرایط لازمه نموده است و کافی است که طرفین نسبت به اصل عقد و قوانین آن اطلاع حاصل کنند. در این صورت تمامی مقررات قانونی مربوط به آن عقد معین حاکم بر روابط قراردادی آنها خواهد بود. به موجب ماده ۲۲۰ قانون مدنی «عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می‌نماید بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود ملزم می‌باشند».

و همچنین به موجب ماده ۲۲۵ قانون مدنی: «متعارف بودن امری در عرف و عادت به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد، به منزله ذکر در عقد است» قانون مدنی طبق مقررات مذکور حکم عرف و قانون تکمیلی را در موارد سکوت یا نقص قرارداد بر قرارداد جاری ساخته است. در این قراردادها نیز هدف اصلی یافتن «روح قرارداد» و ترمیم جسم ناقص آن است که در قالب تفسیر می‌گنجد. نقش این گونه استنباطها را با «استلزامات عقلی» در تفسیر قوانین می‌توان همانند کرد^۱ ولی آنچه گفتنی است این که در این قبیل موارد دفاتر اسناد رسمی از اختیارات و ابزارهای کافی برای پی بردن به «روح قرارداد» به مانند محکمه از قبیل مراجعه به اقدامات و گفت‌وگوهای مقدماتی و سایر قرائن برخوردار نمی‌باشند و بایستی علاوه بر شناخت کامل قوانین و مقررات موضوعه و تطبیق

۱. دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، جلد سوم، ص ۴۳.

قرارداد با این قبیل قواعد در این خصوص با احتیاط برخورد نمایند. خلاصه اینکه با عنایت به این محدودیت‌ها اصولاً عواملی را که دفاتر اسناد رسمی در جهت انجام وظایف قانونی خود در تفسیر قراردادها در اختیار دارند به دو گونه یا دسته می‌توان طبقه‌بندی کرد؛ نوع نخست به خود قرارداد و ماهیت آن مربوط می‌گردد که می‌توان آن را ابزارهای داخلی تفسیر نامید و نوع دوم به عوامل خارج از قرارداد یعنی قوانین و مقررات و سایر منابع حقوقی از قبیل عرف و اصول کلی حقوقی و غیره مربوط می‌شود. در جایی که عبارات قرارداد مبهم است در مرحله نخست برای تفسیر قرارداد و زدودن ابهامات و تناقضات موجود بایستی به الفاظ و عبارات و مفهوم کلمات به کار رفته در متن قرارداد و ملحقات آن پرداخت تا قصدمشترک و اراده اعلامی طرفین مشخص گردد و در چنین حالتی توسل به عوامل خارج از قرارداد لازم نیست، عامل دیگری که باید در تفسیر به آن عنایت نمود، شناخت طبیعت و نوع قرارداد است زیرا برحسب اینکه قرارداد از چه ماهیت و طبعی برخوردار است قواعد حاکم نیز بر آن اساس معین می‌گردد. چرا که هر قراردادی مقتضای خاص خود را دارد که با مقتضای سایر قراردادها متفاوت است. برای مثال مقتضای عقد اجاره واگذاری منافع عین مستأجره در مدت اجاره به مستأجر در مقابل اجرت معین می‌باشد یا مقتضای عقد بیع تملیک عین مبیع در قبال ثمن معامله است و به همین جهت در تفسیر قرارداد به اقتضای قرارداد و لوازم اساسی آن باید توجه نمود. زیرا همان طور که اشاره شد تفسیری که منجر به مفهومی مغایر با مقتضای عقد باشد از درجه اعتبار ساقط است.

چنانچه رفع ابهامات قرارداد از طریق توسل به متن قرارداد و به طریق فوق مقدور نگردید، جهت تفسیر قرارداد بایستی به عوامل خارج از قرارداد یعنی به قانون (اعم از قوانین امری و قوانین تکمیلی) و عرف و سایر منابع حقوقی توسل جست؛ به موجب ماده ۲۲۰ قانون مدنی «عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می‌نماید بلکه متعاقدين به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود ملزم می‌باشند» البته برحسب اینکه قوانین مربوط به امری یا

تفسیری باشند، جایگاه آنها هم در مرحله انعقاد و تنظیم قرارداد و هم تفسیر قرارداد متفاوت می‌باشد.

کوتاه سخن اینکه دفاتر اسناد رسمی در راستای انجام وظایف قانونی خود که همانا تنظیم و ثبت اعمال حقوقی اشخاص در زمینه‌های مختلف می‌باشد، در عمل با مجموعه‌ای از نرم‌ها و قواعد متفاوت هم در حوزه حقوق خصوصی و هم در حوزه حقوق عمومی مواجه هستند و در این راه تفسیر و توصیف اعمال حقوقی اشخاص به منظور شناخت ماهیت و قالب حقوقی و انطباق آن با قواعد حقوق خصوصی (اعم از قوانین امری و قوانین تکمیلی) از یک سو و ایجاد هماهنگی و سازش اعمال مذکور با قواعد متنوع حقوق عمومی (مانند قوانین و آیین‌نامه‌ها و بخشنامه‌های ثبیتی، نظم عمومی و اخلاق حسنه و غیره) از سوی دیگر، وظیفه اصلی و اساسی دفاتر اسناد رسمی است و اصولاً بدون طی این فرایند و عدم عبور قواعد حقوق خصوصی از فیلتر و صافی حقوق عمومی، امکان سازش بین منافع خصوصی اشخاص با منافع عمومی جامعه قابل تصور نیست و نتیجه چنین فرایند و استنتاج عالمانه‌ای است که منجر به تنظیم و تولید سند رسمی با جایگاه و اعتبار موردنظر مقنن در نظام حقوقی کشور می‌گردد.

نقشی که دفاتر اسناد رسمی در این راستا ایفا می‌نمایند بسیار اساسی و وظیفه آنها سنگین‌تر از آن است که این مسئولیت را صرفاً به انجام امور شکلی و بعضاً به تکمیل و تنظیم فرم‌ها و دفاتر چاپی مثل تنظیم سند اتومبیل معطوف و محدود نمود. نکته حائز اهمیت این است که دفاتر اسناد رسمی در جایگاه واقعی خود، به رغم داشتن چنین تکالیف و وظایف سنگین برخلاف قوانین اکثر کشورها و اصول حقوقی به میزان مسئولیت‌های خود از ابزارهای حمایتی مانند قضاوت و حتی کارکنان دولت برخوردار نیستند و کلیه مسئولیت ناشی از اعمال آنها در راستای انجام وظایف قانونی اعم از مسئولیت مدنی و انتظامی بدون استثناء برعهده شخص سردفتر و دفتریار قرار می‌گیرد و شاید به همین سبب است که احتیاط بیش از حد و رعایت قواعد شکلی به جای قواعد ماهوی، دفاتر اسناد رسمی را از

جایگاه اصلی و واقعی خود دور نموده است.

عوامل محدود کننده اصل آزادی قراردادها در تفسیر قراردادها

محدودیت‌های وارد بر قلمرو اصل آزادی قراردادها، هم در مقررات حقوق خصوصی و هم در مقررات حقوق عمومی به صراحت بیان گردیده است. همان‌طور که پیشتر بررسی شد به موجب ماده ۱۰ قانون مدنی نفوذ قراردادهای خصوصی منوط بر این است که مخالف صریح قانون نباشد و طبق ماده ۹۷۵ همان قانون محکمه از به موقع اجرا گذاشتن قراردادهای خصوصی مغایر نظم عمومی و اخلاقی حسنه منع گردیده است و ماده ۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی نیز حکم مشابهی دارد. و ماده ۳۰ قانون دفاتر اسناد رسمی و قانون سردفتران و دفتریاران نیز دفاتر اسناد رسمی را از تنظیم و ثبت اسنادی که مفاد و مدلول آن مغایر با قوانین و مقررات موضوعه و نظم عمومی یا اخلاق حسنه باشد، منع نموده است. دامنه این محدودیت برای دفاتر اسناد رسمی نسبت به محاکم وسیع‌تر است زیرا به موجب ماده مرقوم، علاوه بر قوانین رعایت مقررات نیز در تنظیم اسناد رسمی الزامی می‌باشد.

قانونگذار در ماده ۳۰ قانون مزبور برای شناخت و احراز اعمال حقوقی اشخاص و تطبیق آن با قوانین و مقررات موضوعه به ویژه مفاهیم و مصادیق نظم عمومی و اخلاق حسنه به روشنی همان نقش و صلاحیتی را برای دفاتر اسناد رسمی قائل شده که در ماده ۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی و ماده ۹۷۵ قانون مدنی برای محاکم شناخته است. دفاتر اسناد رسمی در مقام تنظیم و ثبت اسناد و اعمال حقوقی اشخاص و محاکم در مقام رسیدگی به اختلافات اشخاص و فیصله دادن به آنها، از این توانایی و صلاحیت برخوردارند. ضمن اینکه اقدامات و اعمال دفاتر اسناد رسمی به نوعی بی‌تأثیر در امور محاکم نیست، چنانچه سران دفاتر اسناد رسمی، به مدد دانش حقوقی و تخصص خود موفق به انجام دقیق و صحیح تکالیف قانونی خود که همان تنظیم و ثبت اسناد اشخاص است، بشوند نه تنها نقش ارزنده‌ای در جهت کاستن و پیش‌گیری از

اختلافات افراد و عدم نیاز مراجعه آنان به محاکم ایفاء می‌نمایند بلکه در رسیدگی به اختلافات حقوقی اشخاص و ادله اثبات دعوی به سبب اعتبار و جایگاه قانونی اسناد رسمی می‌توانند کمک قابل توجهی در رسیدگی و ختم دادرسی به محاکم بنمایند.^۱ و بالعکس. حال، برای روشن شدن عوامل محدودکننده اصل آزادی قراردادهای در تفسیر قرارداد به بررسی اجمالی این عوامل که عبارتند از قوانین و مقررات، نظم عمومی، اخلاق حسنه می‌پردازیم.

الف - قرارداد نباید مخالف قوانین و مقررات باشد

براساس ماده ۱۰ قانون مدنی، قرارداد در صورتی صحیح و نافذ است که مخالف صریح قانون نباشد و همین‌طور ماده ۱۲۸۸ همین قانون در باب اسناد، مفاد اسناد را در صورتی معتبر شناخته است که مخالف قانون نباشد. وفق این مقررات، رسمی بودن سند، اعتبار و مفاد آن را تضمین نمی‌نماید و در آن اثر ندارد و تنها انتساب سند به امضاءکننده آن و وقوع مفاد و مضمون سند را معتبر می‌سازد.^۲ همان‌طور که اشاره شد ماده ۳۰ قانون دفاتر اسناد رسمی ... دفاتر اسناد رسمی را از تنظیم سندی که مفاد و مدلول آن علاوه بر قانون با مقررات نیز مغایر باشد، منع نموده است. بدیهی است این مقررات می‌تواند مجموعه متنوعی از آیین‌نامه‌ها، تصویب‌نامه‌ها، نظام‌نامه‌ها و بخشنامه‌هایی که به نوعی با تنظیم اسناد ارتباط دارند، شامل گردد و اجرای این مقررات برای دفاتر اسناد رسمی در حکم قوانین امری است. واضح است که مراد مقنن در مواد یاد شده فوق قوانین امری است نه قوانین تکمیلی و تفسیری، زیرا قوانین امری، قوانینی هستند که به منظور حفظ و صیانت از منافع و مصلحت جامعه، وضع گردیده و هرگونه توافق برخلاف آنها موجب بطلان قرارداد خواهد بود حال آنکه هدف قوانین تکمیلی بیشتر حفظ منافع و مصلحت خصوصی اشخاص است و چنانچه طرفین قرارداد منافع خود را به نوع و طریق دیگری، بهتر تشخیص دهند،

۱. ر.ک مواد ۱۲۹۲ و ۱۳۰۵ و ۱۳۰۹ قانون مدنی.

۲. دکتر ناصر کاتوزیان، *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، ص ۷۸۴.

می‌توانند برخلاف این مقررات تراضی نمایند. به این قوانین از این جهت «تفسیری» نیز گفته می‌شود که اگر در مواردی اراده افراد در قرارداد مبهم باشد قوانین تفسیری جایگزین آن شده و آن را تفسیر می‌کند و بدین لحاظ «تکمیلی» اطلاق می‌شود که در موارد سکوت طرفین در قرارداد جایگزین سکوت آنها شده و قرارداد را تکمیل می‌کند و چون طرفین قرارداد می‌توانند برخلاف آنها تراضی کنند، بعضاً به این قوانین اختیاری و تعویضی نیز گفته می‌شود. برای تشخیص و تمایز قوانین امری و تکمیلی توسط علمای حقوق ضوابط و معیارهایی ارائه گردیده^۱ که آنها را به شرح زیر می‌توان خلاصه نمود:

۱ - کلیه مقرراتی که مربوط به وقوع و نفوذ قرارداد است امری بوده و اصل در این قبیل قواعد، امری بودن آنهاست.

۲ - کلیه مقررات مربوط به احوال شخصیه و امور مربوط به خانواده «امری» هستند.

۳ - مقررات مربوط به اموال و قراردادهای مالی اصولاً تکمیلی هستند مگر اینکه مقررات صریحی مغایر در این زمینه وجود داشته باشد.

ذکر این نکته حائز اهمیت است که ضوابط مذکور محدود به حوزه حقوق خصوصی است و بدیهی است که در حوزه حقوق عمومی نه تنها کلیه قوانین امری و الزام‌آور است بلکه همان طور که ذکر گردید کلیه آیین‌نامه‌ها و تصویب‌نامه و بخشنامه‌ها نیز از نظر اجرا برای دفاتر اسناد رسمی در حکم قوانین امری بوده و الزام‌آور می‌باشد که این موضوع علاوه بر ماهیت این مقررات در لحن و نحوه انشاء آنها و استفاده از کلمات و عباراتی نظیر «مکلف است» و «ممنوع است» و «باید» ... قابل استنباط است.

تفاوت عمده و اساسی که بین قوانین امری در حقوق خصوصی و قوانین امری در حوزه حقوق عمومی وجود دارد این است که عدم رعایت قوانین امری دسته اول در دفاتر اسناد رسمی موجب بی‌اعتباری اسناد تنظیمی گردیده و به تبع آن مسئولیت‌های ناشی از آن به طور مستقیم متوجه دفاتر می‌گردد، در حالی که عدم رعایت قوانین امری نوع دوم ممکن

۱. دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، ص ۱۵۷ الی ۱۶۶.

است در مواردی فقط باعث ایجاد مسئولیت اعم از مدنی و انتظامی برای دفاتر گردد.^۱ ولی به جهت رعایت حقوق اشخاص به اعتبار اسناد تنظیمی خللی وارد نماید. به رغم امری و الزامی بودن تصویب‌نامه و آیین‌نامه و نظامنامه‌های دولتی برای دفاتر اسناد رسمی، این مقررات به سبب اصل تفکیک قوا در محاکم واجد چنین اعتباری نیست. به موجب اصل ۱۷۰ قانون اساسی: «قضات دادگاه‌ها مکلفند از اجرای تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولتی که مخالف با قوانین و مقررات اسلامی یا خارج از حدود اختیارات قوه مجریه است خودداری کنند». نتیجه آنکه با مذاقه در مقررات فوق دو وظیفه اساسی در تنظیم و تفسیر قراردادها برای دفاتر اسناد رسمی می‌توان قائل گردید: اول شناخت عمل حقوقی و تطبیق آن با قوانین امری در قلمرو حقوق خصوصی و عنداللزوم رفع ابهامات احتمالی قرارداد از طریق تمسک به قوانین تکمیلی و تفسیری. دوم انطباق و هماهنگ‌سازی نتیجه این فرایند با قوانین و مقررات حقوق عمومی اعم از قوانین، آیین‌نامه‌ها، بخشنامه‌ها و نظم عمومی و اخلاق حسنه. به عبارت دیگر اعمال حقوقی مزبور را باید از صافی قواعد حقوق عمومی عبور داد تا روشن شود که آن اعمال قابل تنظیم و ثبت است یا نه. بدیهی است چنانچه قراردادی مغایر باشد در حدودی که مخالفت دارد به موقع اجرا و ثبت در نخواهد آمد.

ب - قرارداد نباید مخالف نظم عمومی باشد.

در قوانین و مقررات موضوعه تعریفی از نظم عمومی نشده است. گفته شده که نویسندگان قانون مدنی این واژه را از ماده ۶ قانون ناپلئون اقتباس کرده‌اند.^۲ در تعریف نظم عمومی آمده است: «قوانین مربوط به نظم عمومی قوانینی است که هدف از وضع آن حفظ منافع عمومی باشد و تجاوز بدان نظامی را که لازمه حسن جریان امور اداری یا

۱. از قبیل قوانین و مقررات نظام وظیفه و تأمین اجتماعی و مالیاتی و غیره.

۲. همان مأخذ، ص ۱۶۶.

سیاسی یا اقتصادی یا حفظ خانواده است برهم نزند»^۱. و در تعریف دیگر «نظم عمومی عبارت از مجموع ضوابط و مقرراتی است که قوام و بقاء ذات و حیثیت ملت و تمدن و فرهنگ جامعه را تأمین می‌کند و تخلف از مقررات مذکور جایز نیست»^۲. با توجه به ماهیت نظم عمومی که مصادیق آن به اعتبار ازمنه وامکنه متفاوت است قانونگذار فقط به ذکر قاعده کلی اکتفا کرده و تشخیص امور و مصادیق مغایر نظم عمومی در ماده ۹۷۵ قانون مدنی و ماده ۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب را در امور مدنی، به محاکم و در ماده ۳۰ قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران، به دفاتر اسناد رسمی واگذار کرده است و هیچ‌گونه تفاوتی نیز از این حیث قائل نشده است.

به موجب ماده ۷۵ قانون مدنی: «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که بر خلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود به موقع اجرا گذارد اگرچه اجراء قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد» ماده ۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی نیز در این رابطه مقرر می‌دارد: «عقود و قراردادهایی که مخل نظم عمومی یا برخلاف اخلاق حسنه است در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست» و ماده ۳۰ قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران نیز در این خصوص تصریح می‌کند که: «سردفتران و دفتریاران موظفند نسبت به تنظیم و ثبت اسناد مراجعین اقدام نمایند مگر آنکه مفاد و مدلول سند مخالف با قوانین و مقررات موضوعه و نظم عمومی یا اخلاق حسنه باشد که در این صورت باید علت امتناع را کتباً به تقاضاکننده اعلام نمایند».

همان‌طور که ملاحظه می‌گردد مقررات مذکور به صراحت نظم عمومی را از عوامل محدودکننده آزادی اراده افراد شمرده و قراردادهایی را که مخالف نظم عمومی باشند بی‌اعتبار و باطل اعلام نموده است و محاکم و دفاتر اسناد رسمی برحسب وظایف و

۱. دکتر ناصر کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، ص ۱۶۱.

۲. دکتر اسداله امامی، نقش اراده در قراردادها، نشریه فصل‌نامه حق، ص ۷۱.

تکالیف قانونی خود موظفند در مقام تفسیر و شناخت قراردادهای آن را مدنظر خود قرار دهند. در خصوص تعیین حدود و قلمرو نظم عمومی، مباحث نظری زیاد و متفاوتی وجود دارد، ولی کوتاه سخن اینکه این دیدگاهها را می‌توان در دو مکتب اصالت فرد و اصالت اجتماع خلاصه نمود. پیروان مکتب اصالت فرد نظم عمومی را ناشی از قانون و طرفداران مکتب اصالت اجتماعی نظم عمومی را علاوه بر قانون ناشی از اخلاق حسنه و عرف و عادت اجتماع نیز می‌دانند و در همین راستا ماده ۹۷۵ قانون مدنی نیز اموری مانند اخلاق حسنه و یا احساسات جامعه را از منابع نظم عمومی قلمداد کرده است.^۱ طرفداران مکتب اصالت فرد عقیده دارند که قواعد مربوط به نظم عمومی اختصاص به قوانین رشته حقوق عمومی مانند قوانین اساسی و کیفری و اداری و مالیاتی دارد و مربوط به حقوق خصوصی نمی‌شوند؛ چرا که قوانین حقوق خصوصی مثل قانون تجارت و قانون مدنی ناظر بر روابط حقوق خصوصی اشخاص و منافع آنهاست و ارتباطی به جامعه ندارد، در حالی که برخلاف این دیدگاه امروزه بسیاری از قوانین و مقررات مربوط به احوال شخصیه و خانواده و حقوق مالی و مالکیت بستگی به نظم عمومی دارد.^۲ خلاصه اینکه تعیین مصادیق و دامنه نظم عمومی، امری مشکل و پیچیده و تکلیف سنگینی است که بدون هیچ‌گونه سازوکار حمایتی برعهده دفاتر اسناد رسمی قرار گرفته و در عصر حاضر دائماً بر دامنه و قلمرو آن افزوده می‌گردد و بسیاری از اموری که در گذشته مغایر نظم عمومی تلقی نمی‌شد، امروزه مغایر با نظم عمومی شمرده می‌شود. زیرا در گذشته نظم عمومی بیشتر به نظم عمومی سیاسی اطلاق می‌شد. در حالی که نظم عمومی اقتصادی نیز بدان اضافه شده است. منظور از نظم عمومی سیاسی، حمایت و صیانت از دولت و خانواده و افراد است و محدودیت‌هایی برای فرد در مقابل بنیان‌های اساسی اجتماع قائل است لذا قراردادهای مغایر حقوق عمومی از قبیل قراردادهای مخالف قوانین اساسی و مالیاتی و جزایی یا

۱. دکتر عبدالغنی واستانی، *نظم عمومی در حقوق خصوصی*، ص ۱۲۸.

۲. همان مأخذ، ص ۷۸.

قراردادهای مخالف مقررات مربوط به خانواده اعم از نکاح و طلاق و نسب و ارث یا قراردادهایی که مغایر با سلامت و تمامیت جسمی و استقلال فرد است و به حقوق انسانی فرد لطمه وارد می‌سازد، به لحاظ مخالفت با نظم عمومی باطل است.^۱ و هدف از نظم عمومی اقتصادی ایجاد امنیت و ثبات اقتصادی است که به سبب دخالت دولت در امور اقتصادی با وضع قوانین متعدد روزبروز بر دامنه آن افزوده می‌گردد. که در این رابطه می‌توان به مقررات قانون کار و بیمه و قانون روابط موجر و مستأجر سال ۵۶ و غیره اشاره نمود. چنانچه قواعد مربوط به نظم عمومی در قوانین ذکر شده باشد، احراز این قواعد و تعیین دامنه و قلمرو آن شاید از پیچیدگی چندانی برخوردار نباشد ولی مشکل اساسی در آنجاست که چنین قواعدی به رغم آنکه در نظام حقوقی کشور وجود دارد، در متون قانونی به آن تصریح نشده است و تشخیص آن برحسب مورد یا به عهده محاکم و یا دفاتر اسناد رسمی است. به هر صورت قراردادهایی که مخالف نظم عمومی اعم از سیاسی و اقتصادی باشند و این مخالفت چه در متن قانون تصریح شده یا نشده باشد، باطل است؛ با این تفاوت که در مورد اول بطلان از متن قانون استنباط می‌شود ولی در مورد دوم بایستی از مجموع نظام حقوقی و عرف جامعه آن را استنباط کرد و به هر حال تشخیص آن طبق ماده ۳۰ قانون دفاتر اسناد رسمی برعهده دفاتر اسناد رسمی است. و در مقام تفسیر قرارداد چنانچه مغایر بودن مفاد قرارداد با نظم عمومی محل تردید باشد، در این صورت با عنایت به اصل صحت بایستی آن را حمل بر صحت نمود زیرا حمل عبارت قرارداد به معنای مخالف نظم عمومی مستلزم بطلان قرارداد خواهد بود.

ج - قرارداد نباید مخالف اخلاق حسنه باشد.

اخلاق حسنه نیز همانند نظم عمومی چون به اعتبار ازمنه و امکانه مختلف، متفاوت است و ممکن است رعایت امری در یک اجتماع لازم باشد و عمل به آن صحیح تلقی شود ولی در اجتماع دیگر درست نباشد و یا ممکن است امری در زمانی برخلاف اخلاق

۱. مهدی صاحبی، تفسیر قراردادها در حقوق خصوصی، ص ۶۰

حسنة تلقى شود و در زمان ديگر چنين نباشد. به همين جهت نيز قانونگذار اين را تصويب نکرده و مصاديق آن را تعيين ننموده است بلکه تشخيص آن را در هر مورد رسيدگى قضايى به عهده محکمه و در تنظيم و ثبت اسناد بر عهده دفاتر اسناد رسمى محول نموده است. به هر حال اخلاق حسنة نيز يکى از عوامل محدودکننده اصل آزادى قراردادها است. ماده ۹۷۵ قانون مدنى، اخلاق حسنة را يکى از منابع نظم عمومى قرار داده است. در حالى که ماده ۶ قانون آيين دادرسى دادگاههاى عمومى و انقلاب و ماده ۳۰ قانون دفاتر اسناد رسمى ... آن را در کنار نظم عمومى و در زمره موانع نفوذ قراردادها قرار داده است. در تعيين رابطه بين مفهوم اخلاق حسنة و نظم عمومى به منظور پرهيز از تبين ديدهاى متفاوت و مباحث طولانى پيرامون اين موضوع به طور خلاصه مى توان گفت اخلاق حسنة جزئى از نظم عمومى است و به عبارت بهترين نظم عمومى و اخلاق حسنة «عموم و خصوص مطلق» است.^۱ بدین معنا که امور مربوط به اخلاق حسنة جزء قلمرو نظم عمومى محسوب مى شوند ولى برعکس، چه بسا امورى مربوط به نظم عمومى باشند اما ربطى به اخلاق حسنة نداشته باشند.

به هر حال همانند نظم عمومى، تعيين مصاديق «اخلاق حسنة» و تطبيق آن با موضوعات خارجى و اعمال حقوقى افراد کار چندان ساده‌اى نيست به ويژه آنکه از مدلول مقررات فوق‌الذکر پيرامون اخلاق حسنة چنين استنباط مى شود که رجوع به قواعد اخلاق حسنة براى تکميل امورى است که به نظم عمومى ارتباط دارد و در زمره قوانين امرى هم نيامده است و همان گونه که در بحث نظم عمومى گفته شد چنانچه نظم عمومى خارج از قوانين امرى مى تواند وجود داشته باشد و مورد استناد قرار گيرد، اخلاق حسنة را نيز نبايد صرفاً ناشى از قانون دانست و به همين جهت است که مقنن تشخيص امور مخالف اخلاق حسنة را برحسب مورد برعهده محکمه يا دفاتر اسناد رسمى قرار داده است. و اين تشخيص مى تواند يا توجه به مجموع عرف و آداب و مذهب و عقل وجدان عمومى... انجام پذيرد

۱. همان مأخذ، ص ۶۳

همان‌طور که در ماده ۲۱۷ قانون مدنی آمده است: «در معامله لازم نیست که جهت تصریح شود ولی اگر تصریح شده باشد باید مشروع باشد والا معامله باطل است». نتیجه اینکه ملاک تشخیص اموری که برخلاف اخلاق حسنه باشد بیشتر متکی بر عرف است و قانونگذار تشخیص مغایرت قرارداد را با اخلاق حسنه طبق ماده ۳۰ مذکور جزء وظایف دفاتر اسناد رسمی تلقی نموده و در صورتی که قرارداد طرفین با بعضی از شروط آن را مغایر اخلاق حسنه بیابند برحسب مورد از تنظیم و هرگونه ترتیب اثر دادن به آن خودداری می‌نمایند و در صورتی که چنین قراردادی یا شروط مندرج در آن احتمال معنای صحیح و مشروع هم بدهد یا به عبارت بهتر در مغایر بودن آن با اخلاق حسنه، شک و تردید باشد، دفاتر اسناد رسمی موظفند تفسیری را انتخاب نمایند که به نفوذ و اعتبار قرارداد منتهی گردد.

اشاره:

طی تصمیم متخذه در یکی از جلسات هیئت تحریریه مجله کانون مقرر گردید نمونه اسناد تنظیمی در دفاتر اسناد رسمی توسط همکاران و تحت نظر هیئت تحریریه مجله کانون تنظیم و تدوین نموده و در هر شماره مجله دو نمونه از آن را چاپ و منتشر نماید. مجله از اساتید و صاحب نظران و همکاران محترم انتظار دارد در این مهم ما را یاری نموده و ایرادات وارده احتمالی را با نقد و بررسی اعلام نمایند. بدیهی است نمونه اسنادی که منتشر خواهد شد صرفاً یک الگوی پیشنهادی مجله جهت بهره‌برداری همکاران بوده و هیچ الزام و استنادی ایجاد نمی‌نماید.

نمونه سند تنظیمی*

با توجه به اهمیت مندرجات اسناد تنظیمی در دفاتر اسناد رسمی و آثار این اسناد در جامعه، اعضای محترم هیئت تحریریه مجله کانون تصمیم گرفتند ضمن تلاش بیشتر برای کاربردی نمودن موضوعات مجله من بعد در هر شماره حداقل دو نمونه از اسناد تنظیمی در دفاتر اسناد رسمی را به چاپ بسپارند.

با عنایت به این امر که در اکثر شهرها و به ویژه در مراکز استان‌ها و کلان شهرها به عللی چون افزایش جمعیت، محدودیت زمین و ملاحظات اقتصادی آپارتمان‌نشینی بیش از چهار دهه است که رونق گرفته و در حال گسترش در اکثر مناطق شهرنشینی کشور می‌باشد، قانونگذاران در جهت قانونمند نمودن روابط ساکنان و مالکان آپارتمان‌ها و نیز تعیین حدود مالکیت هر یک از مالکان و استفاده و بهره‌برداری آنان از قسمت‌های

* . محمود محمدزاده، سردفتر اسناد رسمی ۴۹۵ تهران و عضو هیئت تحریریه مجله کانون (زیر نظر هیئت تحریریه).

اختصاصی و اشتراکی و مشاعی، قانون تملک آپارتمان‌ها را در اسفند سال ۱۳۴۳ تصویب و از اول سال ۱۳۴۶ - اجرائی نمودند، و اکنون بیشترین معاملات انجام شده در امر مسکن نقل و انتقال آپارتمان‌ها و بالطبع بیشترین اسناد قطعی غیرمنقول دفاتر اسناد رسمی را نیز شامل می‌گردد.

لذا درصدد برآمدیم ابتدا با تنظیم نمونه اسناد آپارتمان‌ها در مجله ضمن کمک به یکسان‌سازی شکلی اسناد تنظیمی در دفاتر اسناد رسمی و نیز بیان رعایت الزامات و مقررات قانونی در تنظیم انواع اسناد و اطلاع عمومی جامعه از نحوه تنظیم اسناد در دفاتر اسناد رسمی، رسالت شغلی خود را در خدمت به جامعه و همکاران محترم ایفاء نماییم. امید است همکاران محترم و دانش‌پژوهان محترم کاستی‌ها را بر ما بخشیده و نظرات و تذکرات لازم و ارشادی خود را از طریق مجله اعلام فرمایند.

نوع سند: بیع* قطعی^۱ (قطعی غیرمنقول)*

فروشنده: ^۲ آقای/ خانم فرزند به شناسنامه شماره ^۳
صادر از متولد مقیم تهران^۴
خریدار: ^۵ آقای/ خانم فرزند به شناسنامه شماره
صادر از متولد مقیم
مورد معامله، حدود و محل آن^۶: ششدانگ^۷ یک دستگاه آپارتمان مسکونی واقع در طبقه X قطعه X تفکیکی به مساحت X مترمربع، پلاک ثبتی X فرعی از X اصلی^۸ (به شرح سند مالکیت) واقع در بخش X تهران با جمیع توابع عرفی و قانونی آن.^۹

مورد ثبت یک جلد سند مالکیت به شماره دفترچه مالکیت ۵۴۶۹۸۷ - ۸۰ شماره ثبت ۱۲۳۴۵ صفحه ۵۶۷ دفتر ۹۴/۱^{۱۰} که سند مالکیت در تاریخ به نام فروشنده (فروشنده

* . بیع : از الفاظ اضداد است یعنی هم به معنی فروختن است هم به معنی خریدن.
* . این نمونه سند مورد معامله تخلیه و تحویل و تصرف خریدار می‌باشد.

ثبت و صادر شده) یا به نام آقای /خانم ثبت و صادر و طبق سند قطعی شماره ... مورخ ... دفتر اسناد رسمی شماره ۴۹۵ تهران به فروشنده انتقال قطعی یافته است.^{۱۱} به نشانی (تهران، خیابان ولی عصر، بالاتر از میدان ونک نبش خیابان والی نژاد، پلاک ۱، طبقه اول شرقی)^{۱۲} و حدود اربعه مورد معامله طبق^{۱۳} سند مالکیت فوق الذکر می باشد.

به انضمام کلیه حقوق فروشنده نسبت به حق الامتیاز برق اختصاصی به پرونده شماره ... و به قدرالسهم از حق الامتیاز برقی عمومی شماره ... و حق الاشتراک آب به شماره ... و حق الاشتراک گاز شهری ... منصوبه در مورد معامله با ودایع مربوطه^{۱۴} و خریدار ضمن این سند پرداخت هرگونه بدهی مصرفی و انشعاب آب و برق و گاز منصوبه تا زمان تحویل مورد معامله را قبول نمود و در صورت پرداخت با ارائه قبوض پرداختی حق دارد از فروشنده مطالبه و وصول نماید. متعاملین اظهار نمودند که جزء اشخاص ممنوع المعامله^{۱۵} نمی باشند و هرگونه مسئولیت آن را متضامناً قبول نمودند.

فروشنده ضمن همین سند خریدار را **نماینده خود** قرار داد که در صورت بروز هرگونه اشتباه قلمی در تنظیم این سند در دفترخانه حاضر و سند اقرارنامه اصلاحی مربوطه را بدون تغییر در ارکان و ماهیت سند را تنظیم و امضاء نماید.

بها: مبلغ^{۱۶} ... ریال که بنا به اظهار فروشنده مبلغ مورد معامله تماماً نقداً به وی پرداخت شده و دریافت نموده است.

متعاملین ضمن این سند کافه اختیارات^{۱۷} خصوصاً اختیار غبن فاحش را از خود سلب و اسقاط نمودند، حسب الاظهار فروشنده منافع مورد معامله قبلاً به شخصی واگذار نشده، و خریدار با رویت مورد معامله و اطلاع کامل از محل وقوع و حدود و مشخصات آن اقرار به تصرف و تحویل^{۱۸} مبیع نمود و متعاملین ضمن قرائت سند و اطلاع از محتویات و مندرجات و مستندات آن با رضایت خود ثبت و سند را امضاء نمودند.^{۱۹}

مستندات تنظیم سند:

- ۱ - پاسخ استعلام ثبتی به شماره ... مورخ ... صادره از اداره ثبت منطقه ... تهران مبنی بر عدم بازداشت مورد معامله^{۲۰}
- ۲ - مفاسحساب مالیاتی شماره ... مورخ ... صادره از واحد مالیاتی شماره ... اداره امور مالیاتی شمال تهران^{۲۱}
- ۳ - گواهی پایان ساختمان شماره ... مورخ ... صادره از شهرداری منطقه یک تهران که خریدار ملاحظه و قبول نمود و عدم مغایرت و مطابقت آن را با مورد معامله اعلام و هرگونه مسئولیت حاصله را قبول نمود.^{۲۲}
- حق الثبت به مبلغ ریال که براساس ارزش معاملاتی اعلامی توسط اداره دارایی محاسبه^{۲۳} و طبق فیش شماره ... مورخ ...^{۲۴} و بهای اوراق و تحریر طبق فیش ... به بانک ملی شعبه واریز شد^{۲۵} و برای تنظیم سند اوراق^{۲۶} شماره ... و ... مصرف و قبض تحریر شماره^{۲۷} صادر و تسلیم مودی گردید.
- به تاریخ / / ۱۳۸۸ شمسی محل امضاء^{۲۹}

-
- ۱ . ماده ۳۳۸ قانون مدنی - «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم».
 - ۱ - ۱ - ماده ۳۳۹ قانون مدنی - «پس از توافق بایع و مشتری در بیع و قیمت آن، عقد بیع به ایجاب و قبول واقع می‌شود».
 - ۲ - ۱ - ماده ۴۶ قانون ثبت - «ثبت اسناد اختیاری است مگر در موارد ذیل ۱ - کلیه عقود و معاملات راجع به عین یا منافع املاکی که قبلاً در دفتر املاک ثبت شده باشد. ۲ - کلیه معاملات راجع به حقوقی که قبلاً در دفتر املاک ثبت شده است».
 - ۳ - ۱ - ماده ۴۷ قانون ثبت - «در نقاطی که اداره ثبت اسناد و املاک و دفاتر اسناد موجود بوده و وزارت عدلیه مقتضی بداند ثبت اسناد ذیل اجباری است. ۱ - کلیه عقود و معاملات راجعه به عین یا منافع اموال غیرمنقول که در دفتر املاک ثبت نشده. ۲ - صلح‌نامه و هبه‌نامه و شرکت‌نامه».
 - ۲ . ماده ۳۴۵ قانون مدنی - هر یک از بایع و مشتری باید، علاوه بر اهلیت قانونی برای معامله، اهلیت برای تصرف در مبیع یا ثمن را نیز داشته باشد.

۱ - ۲ - «با وجود ماده ۱۲۱۰ اصلاحی قانون مدنی چون ماده واحده قانون راجع به رشد متعاملین مصوب ۱۳۱۳ نسخ نگردیده لذا مورد عمل دفاتر اسناد رسمی می‌باشد» از تاریخ اجرای این قانون در مورد کلیه معاملات و عقود و ایقاعات به استثناء نکاح و طلاق محاکم عدلیه و ادارات دولتی و دفاتر اسناد رسمی باید کسانی را که به سن ۱۸ سال شمسی تمام نرسیده‌اند اعم از ذکور و اناث را غیررشد بشناسد مگر آنکه رشد آنها قبل از اقدام به انجام معامله یا عقد یا ایقاع به طرفیت مدعی‌العموم در محاکم ثابت شده باشد اشخاصی که به سن ۱۸ سال شمسی تمام رسیده‌اند در محاکم عدلیه و ادارات دولتی و دفاتر اسناد رسمی رشد محسوب می‌شوند مگر اینکه عدم رشد آنها به طرفیت مدعی‌العموم در محاکم ثابت گردد. مناط تشخیص سن اشخاص اوراق هویت آنهاست مگر آنکه خلاف آن ثابت شود».

۲ - ۲ - ماده ۱۲۰۷ قانون مدنی «اشخاص ذیل محجور و از تصرف در اموال و حقوق مالی خود ممنوع هستند» ۱ - صغار ۲ - اشخاص غیررشد ۳ - مجانین

۳ - ۲ - اشخاص ممنوع‌المعامله و ممنوع‌التصرف به حکم قانون یا مراجع و محاکم قضایی و ورشکستگان (مانند تاجر ورشکسته) ماده ۴۲۳ قانون.

۴ - ۲ - فروشنده و خریدار می‌توانند الف - اصیل ب - قییم: ج - قائم‌مقام (وراث یا حاکم) د - ولی ه - وکیل و - نماینده باشد.

ماده ۱۲۲۷ قانون مدنی «فقط کسی را محاکم و ادارات و دفاتر اسناد رسمی به قیمومیت خواهند شناخت که نصب او مطابق قانون، توسط دادگاه به عمل آمده باشد»

ماده ۱۲۴۰ قانون مدنی «قیم نمی‌تواند به سمت قیمومت از طرف مولی علیه با خود معامله کند اعم از اینکه مال مولی علیه را به خود منتقل کند یا مال خود را به او انتقال دهد» .

ماده ۱۱۸۳ - «در کلیه امور مالی مربوط به اموال و حقوق مالی مولی علیه ولی نماینده قانونی او می‌باشد».

ماده ۸۳ - قانون امور حسبی «اموال غیرمنقول محجور فروخته نخواهد شد مگر با رعایت غبطه او و تصویب دادستان».

تذکر: (با استنباط از این ماده تنظیم اسناد منقول صغار نیاز به تصویب دادستان ندارد)

۵ - ۲ - ماده ۸۶۲ - اشخاصی که به موجب نسب ارث می‌برند سه طبقه‌اند ۱ - پدر و مادر و اولاد و اولاد اولاد

۲ - اجداد و برادر و خواهر و اولاد آنها ۳ - اعمام و عمات و احوال دخالات و اولاد آنها «عمو - عمه - دایی و خاله»

تذکر: «طبق اصول ۱۲ و ۱۳ قانون اساسی سایر مذاهب و ادیان طبق فقه خودشان ارث خواهند برد».

ماده ۸۶۴ - از جمله اشخاصی که به موجب سبب ارث می‌برند هر یک از زوجین است که در حین فوت

دیگری زنده باشد.

ماده ۸۶۶ - در صورت نبودن وراث امر ترکه متوفی راجع به حاکم است.

۶ - ۲ - اشخاص حقوقی الف - دولتی - ماده ۵۸۷ قانون تجارت - (مؤسسات و تشکیلات دولتی و بلدی به محض ایجاد و بدون احتیاج به ثبت دارای شخصیت حقوقی می‌شوند.

ب - غیردولتی ماده ۵۸۴ قانون تجارت تشکیلات و مؤسسات که برای مقاصد غیرتجارتی تأسیس شده یا بشوند از تاریخ ثبت در دفتر ثبت مخصوصی که وزارت عدلیه معین خواهد کرد شخصیت حقوقی پیدا می‌کنند.

ماده ۵۸۸ - شخص حقوقی می‌تواند دارای کلیه حقوق و تکالیفی شود که قانون برای افراد قابل است مگر حقوق و وظایفی که بالطبع فقط انسان ممکن است دارای آن باشد مانند حقوق و وظایف ابوت، بنوت و امثال ذالک.

ماده ۲۰۸ - قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت - «تا خاتمه امر تصفیه شخصیت حقوقی شرکت جهت انجام امور مربوطه به تصفیه باقی خواهد ماند و مدیران تصفیه موظف به خاتمه دادن کارهای جاری و اجرای تعهدات و وصول مطالبات و تقسیم دارایی شرکت می‌باشند و هرگاه برای اجرای تعهدات شرکت معاملات جدیدی لازم شود مدیران تصفیه انجام خواهند داد.

ماده ۶۱ آیین‌نامه دفاتر اسناد رسمی، «تنظیم و ثبت معاملات اشخاص به عنوان شرکت یا نمایندگی شرکت قبل از احراز شخصیت حقوقی آنها ممنوع است».

تذکر: احراز هویت متعاملین از وظایف مهم سران دفاتر اسناد رسمی می‌باشند. که با شناسنامه یا کارت ملی صادره از سوی سازمان ثبت احوال کشور انجام می‌شود.

۷ - ۲ - الف : قانون الزام اختصاص شماره ملی و کدپستی برای کلیه اتباع ایرانی مصوب ۶۷/۲/۱۷

ماده ۲ - کلیه اشخاص حقیقی و حقوقی، وزارتخانه‌ها، سازمان‌ها، شرکت‌ها و مؤسسات دولتی و وابسته به دولت دانشگاه‌ها، بانک‌ها، شهرداری‌ها، نهادهای انقلاب اسلامی و نیروهای مسلح جمهوری اسلامی ایران و شرکت‌ها و مؤسسات که شمول قانون بر آنها مستلزم ذکر نام است موظفند از شماره ملی و کدپستی ده رقمی که توسط سازمان ثبت احوال کشور و در قالب کارت شناسایی و با همکاری شرکت پست جمهوری اسلامی ایران برای شناسایی افراد و اشخاص و محل کار یا سکونت آنها حسب مورد اختصاص خواهد یافت تبعیت نموده و به کار گیرند.

ب : ماده ۳ - کارت یاد شده در ماده فوق به عنوان سند شناسایی اتباع ایرانی و مشمول کلیه احکام حقوقی و کیفری مربوط است و باید همیشه همراه صاحب آن باشد.

آیین‌نامه اجرایی قانون الزام اختصاص شماره ملی و کدپستی برای کلیه اتباع ایرانی مصوب ۷۸/۱۲/۱۰

ج: ماده ۱۱ - سازمان ثبت اسناد و املاک کشور، دفترخانه‌های اسناد رسمی، دفاتر ازدواج و طلاق بنگاه‌های معاملاتی و کلیه واحدهای ذیربط موظفند در هنگام تنظیم اسناد نسبت به درج شماره ملی و

کدپستی ۱۰ رقمی افراد متعاملین و مورد معامله در اسناد مربوطه اقدام نمایند.
 د: ماده ۸ - آیین‌نامه دفاتر اسناد رسمی (در موقع مراجعه اشخاص برای انجام معامله به دفاتر اسناد رسمی باید از مراجعه‌کنندگان ورقه شناسنامه مطالبه شود).

۳. ماده ۱۷ - آیین دفاتر اسناد رسمی «در کلیه اسناد شماره شناسنامه و محل اقامت متعاملین به طور وضوح قید شود».

تذکر: باید مشخصات کامل متعاملین و تاریخ تولد آنان قید شود که اهلیت انجام معامله احراز شود.
 ۴. تبصره ۳ - ماده ۳۴ قانون ثبت مصوب ۵۱/۱۰/۱۸ «در کلیه اسناد رسمی بایستی اقامتگاه متعاملین به طور وضوح در سند قید شود».

۱ - ۴ - ماده ۱۰۰۲ قانون مدنی «اقامتگاه هر شخصی عبارت از محلی است که شخص در آنجا سکونت داشته و مرکز مهم امور او نیز در آنجا باشد. اگر محل سکونت شخصی غیر از مرکز مهم امور او باشد مرکز امور او اقامتگاه محسوب است».

تذکر: آنچه در قانون مدنی و قانون ثبت و به ویژه تبصره ۳ ماده ۳۴ قانون ثبت قانونگذار به آن تأکید نموده که در اسناد اقامتگاه (نه محل سکونت) متعاملین به طور وضوح در سند قیود شود.
 ۵. خریدار می‌تواند شخص خارجی باشد که بر طبق قوانین کشور می‌تواند استملاک نمایند.

۱ - ۵ - ماده ۸ - قانون مدنی - اموال غیرمنقول که اتباع خارجه در ایران بر طبق عهود تملک کرده یا می‌کنند از هر جهت تابع قوانین ایران خواهد بود.

ماده ۹۶۶ قانون مدنی - «تصرف و مالکیت و سایر حقوق بر اشیاء منقول یا غیرمنقول تابع قانون مملکتی خواهد بود که اشیاء در آنجا واقع می‌باشند».

ماده ۹۶۹ قانون مدنی - «اسناد از حیث طرز تنظیم تابع قانون محل تنظیم خود می‌باشند».
 ۲ - ۵ - رعایت آیین‌نامه اجرایی راجع به استملاک اتباع بیگانه در ایران مصوب مرداد سال ۱۳۴۴ در دفاتر اسناد رسمی الزامی است.

ماده ۱ - «بیگانگانی که به منظور سیاحت و استفاده بیلاقی مسافرت‌های منظم فصلی در سنوات متعدد و متوالی به ایران می‌نمایند هرگاه بخواهند در ایران محلی برای سکونت شخصی خریداری نمایند باید به ترتیب زیر اقدام نمایند...»

ماده ۴ - «خریدار مکلف است ثمن مورد معامله را از طریق انتقال یا فروش ارز به وسیله یکی از بانک‌های مجاز تحصیل نماید. دفاتر اسناد رسمی مکلفند هنگام انجام معامله گواهی بانک مجاز را از خریدار مطالبه و مراتب را با ذکر مشخصات در سند قید نمایند».

۳ - ۵ - بند ۱۱۵ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی - «عقود و معاملات و اقرار و وصایای اتباع بیگانه در ایران با توجه به ماده ۳۰ قانون دفاتر اسناد رسمی باید مطابق تشریفات ثبت سند که در قوانین ایران مقرر

است ثبت شود، امتناع از ثبت سند تخلف محسوب است ...»

۴ - ۵ - بخشنامه شماره ۱۵۸۸ - س ۲ مورخ ۶۹/۴/۱۹ - اداره کل امور اسناد سردفتران سازمان ثبت - «هرگونه معامله اموال و املاک نمایندگی‌های سیاسی - اقتصادی - نظامی - فرهنگی خارجی مقیم کشور اعم از خرید، فروش، رهن، اجاره با اجازه کتبی وزارت امور خارجه انجام گیرد.

تبصره: «بخشنامه شماره ۳۴/۸۳۸۳۰ مورخ ۸۴/۷/۱۲ اداره کل امور اسناد و سردفتران سازمان ثبت در مورد وکالتنامه‌هایی که در خارج از کشور در خصوص انتقال اموال غیرمنقول اشخاص در ایران در کنسولگری‌ها تنظیم می‌شود بدو باید به تأیید دادگاه انقلاب اسلامی برسد.»

تذکر: فقط وکالتنامه‌های فروش اموال غیرمنقول نیاز به تأیید دادگاه انقلاب دارد.

۵ - ۵ - متولدين ذکور از سال ۱۳۳۸ و به بعد مشمول نظام وظیفه بوده و طبق ماده ۱۰ قانون نظام وظیفه باید مدارک مشمولیت را به دفتر ارائه و دفترخانه کپی آن را باید بایگانی کند.

۶ - ماده ۴۶ قانون ثبت - «ثبت اسناد را اختیاری دانسته مگر در موارد ذیل: ۱ - کلیه عقود معاملات راجع به عین یا منافع املاکی که قبلاً در دفتر املاک ثبت شده باشند. ۲ - کلیه معاملات راجع به حقوقی که قبلاً در دفتر دفتر املاک ثبت شده است.»

۱ - ۶ - ماده ۴۷ قانون ثبت: که در سال ۱۳۱۰ تصویب شده زمانی بود که ثبت املاک در کشور تازه شروع شده بود و اکثریت املاک در کشور ثبت نشده بود به همین منظور مردم در ثبت املاک خود اجباری نداشتند، متأسفانه بعد از هفتاد و پنج سال، املاک ثبت نشده و در جریان ثبتی در تمامی نقاط کشور وجود دارد، مع الوصف در حال حاضر ثبت اسناد املاک و تنظیم سند انتقال در دفاتر اسناد رسمی و تثبیت مالکیت در جامعه نهادینه شده، ماده ۴۷، در نقاطی که اداره ثبت اسناد و املاک و دفاتر اسناد رسمی موجود بوده وزارت عدلیه مقتضی بداند ثبت اسناد ذیل اجباری است: ۱ - کلیه عقود و معاملات راجعه به عین یا منافع اموال غیرمنقوله که در دفتر املاک ثبت نشده ۲ - صلاح‌نامه و هبه‌نامه و شرکت‌نامه،

تذکر: به موجب ماده ۵ اصلاحی آیین‌نامه ثبت شرکت‌ها مصوب شهریور ۱۳۴۰ که مقرر می‌دارد «اداره ثبت شرکت‌ها در تهران و دواير ثبت شرکت‌ها در شهرستان‌ها در ثبت شرکت‌نامه قائم‌مقام دفترخانه‌های رسمی می‌باشند» ثبت شرکت‌ها در اداره ثبت انجام و دفترخانه وظیفه در ثبت شرکت‌نامه‌های شرکت‌های تجاری ندارند.

مسئلاً آیین‌نامه قانون خاص نمی‌تواند شأن قانون دیگر را محدود نماید. اصولاً آیین‌نامه روش اجرایی قانون مربوطه است و به نظر تا زمانی که بند فوق نسخ یا اصلاح نگردیده به قوت خود باقی است.

۲ - ۶ - ماده ۳۰ قانون دفاتر اسناد رسمی «سردفتران و دفتریاران موظفند نسبت به تنظیم و ثبت اسناد مراجعین اقدام نمایند مگر آنکه مفاد و مدلول سند مخالف با قوانین و مقررات موضوعه و نظم عمومی یا

اخلاق حسنه باشد». به طور مثال تنظیم سند قطعی یک باب قمارخانه یا کازینو و... مخالف مفاد این ماده است.

تذکره: تشخیص مفاد و مدلول اسناد؛ در موافقت با قوانین و مقررات موضوعه و نظم عمومی و اخلاق حسنه در صلاحیت سردفتر تنظیم کننده سند می‌باشد.

۷. ماده ۳۵۰ قانون مدنی - «مبیع ممکن است مفروز باشد یا مشاع یا مقدار معین به طور کلی از شی متساوی الاجزاء...»

۸. ماده ۳۲ - آیین دفاتر اسناد رسمی «در کلیه اسناد معاملات املاک باید شماره پلاک و حدود و فواصل ملک مورد معامله دقیقاً قید گردد».

۹. ماده ۳۵۶ قانون مدنی «هر چیزی که برحسب عرف و عادت جزء یا تابع مبیع شمرده یا قرائن دلالت بر دخول آن در مبیع نماید داخل در بیع و متعلق به مشتری است».

۱۰. بند ۶۱ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی «شماره چایی سند مالکیت نیز علاوه بر شماره ثبت ملک و شماره صفحه دفتر املاک در اسناد قید شود».

۱۱. احراز مالکیت یکی از وظایف مهم سردفتران و دفتریاران می‌باشد.

۱۲. بند ۴۹ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی «چون برای رسیدگی و تشخیص مالیات منطقه‌ای شناسایی حدود مشخصات کامل املاک مورد لزوم و موضوع حائز کمال اهمیت است. دفاتر اسناد رسمی مکلفند در موقع تنظیم اسناد حدود محل وقوع ملک مورد معامله را از لحاظ خیابان و کوچه طبق اظهار طرفین قید نمایند».

۱۳. به شرح توضیح شماره ۸

۱۴. ماده ۱۳ قانون مدنی «اراضی و ابنیه و آسیا و هرچه که در بنا منصوب و عرفاً جزء بنا محسوب می‌شود غیرمنقول است و همچنین است لوله‌ها که برای جریان آب یا مقاصد دیگر در زمین یا بنا کشیده شده باشد».

۱ - ۱۴ - نظر شماره ۲۴/۳۲۹۱۵ - و - ر مورخ ۸۱/۹/۲۶ (نظر به اینکه آب و برق و گاز از توابع مسلم عرفی مبیع بوده و به استناد ماده ۳۵۶ قانون مدنی داخل در مبیع است، لذا با احراز موضوع قید شماره اشتراکی ایرادی ندارد.

تذکره: با تصویب قانون تسهیل، استعمال از شرکت‌های آب و برق و گاز مندرج در بند ۹۱ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی موضوعیت ندارد.

۱۵. اولین بخشنامه صادره در مورد ممنوعیت معامله اشخاص بخشنامه شماره ۱۰/۱۳۰ مورخ ۵۸/۱/۱۴ سازمان ثبت می‌باشد، اما از آنجایی که در مجموعه بخشنامه‌های ثبتی سال ۶۵ آورده نشده و در بخشنامه شماره ۱۰/۴۶۱۴ مورخ ۶۵/۶/۱۹ ریاست محترم وقت سازمان در اول مجموعه بخشنامه‌ها قید شده آنچه در این مجموعه درج شده است معتبر و لازم‌الاجراء می‌باشد و بخشنامه فوق نیز در مجموعه بخشنامه‌ها

قید نشده، قید بخشنامه مذکور در اسناد و نیز در دفاتر چاپی اتومبیل‌ها محمل قانونی ندارد. مع الوصف چون ممنوع‌المعامله بودن اشخاص با بخشنامه‌های جداگانه در مقاطع مختلف به دفاتر اسناد رسمی ارسال می‌شود. لذا دفاتر اسناد رسمی در موقع تنظیم اسناد باید مراقبت نمایند که متعاملین جزء اشخاص ممنوع‌المعامله نباشند.

۱- ۱۵. ماده ۵۷ قانون ثبت «مسئول دفتر نباید معاملات اشخاصی را که مجنون یا غیررشید یا به نحوی دیگر از انحاء قانونی ممنوع از تصرف هستند ثبت نماید...»

۶. طبق ماده ۷۰ قانون ثبت «سندی که مطابق قوانین به ثبت رسیده رسمی است و تمام محتویات و امضاهای مندرج در آن معتبر خواهد بود مگر اینکه مجعولیت آن سند ثابت شود.

۱- ۱۶. ماده ۵۸ - «آیین‌نامه دفاتر اسناد رسمی «دفاتر اسناد رسمی حق ندارند بیش از میزان مندرجه در تعرفه حق‌التحریر وجهی اخذ نمایند و حق‌التحریر هم به **میزان اصلی معامله** اخذ می‌گردد و نسبت به متفرعات آن هیچ‌گونه وجهی تعلق نمی‌گیرد».

تذکر: با توجه به مواد مذکور و اعتبار مندرجات اسناد رسمی قید **مبلغ واقعی** مورد معامله، ضمن شفاف بودن بها معامله و واقعی بودن آن مثل سایر مندرجات سند، در صورت اقاله یا فسخ سند هرگونه سوءاستفاده را منتفی و نیز در صورت وثیقه قراردادن جهت کفالت در مراجع قضایی نیازی به ارزیابی کارشناسان دادگستری نداشته و بانک‌ها نیز می‌توانند در معاملات رهنی قیمت مندرج در سند را ملاک قرار داده و...

۱۷. ماده ۴۴۸ قانون مدنی - «سقوط تمام یا بعضی از اختیارات را می‌توان در ضمن عقد شرط نمود».

۱۸. بند ۶۵ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی (در اسناد معاملات قطعی معاملات قطعی و اجاره‌نامه باید تکلیف تحویل ملک روشن شده و...)

۱۹. ماده ۶۵ قانون ثبت «امضای ثبت سند پس از قرائت آن به توسط طرفین معامله یا وکلای آنها دلیل رضایت آنها خواهد بود».

۲۰. ماده ۱ قانون تسهیل تنظیم اسناد در دفاتر اسناد رسمی «دفاتر اسناد رسمی موظفند با رعایت بندهای زیر پس از دریافت دلایل مالکیت و پاسخ استعلام از اداره ثبت محل به منظور تطبیق سند با دفتر املاک و اعلام وضعیت ثبتی (حسب مورد) و عدم بازداشت نسبت به تنظیم سند رسمی انتقال عین اراضی و املاک اقدام نمایند».

۲۱. بند ج ماده یک قانون تسهیل (دفاتر اسناد رسمی مکلفند هنگام نقل و انتقال عین املاک، مفاصحاسب مالیاتی را از انتقال دهنده مطالبه و شماره آن را در سند تنظیمی قید نمایند...)

۲۲. بند الف ماده یک قانون تسهیل (گواهی پایان ساختمان یا عدم خلاف موضوع تبصره (۸) ماده ۱۰۰ - اصلاحی قانون شهرداری در مورد املاک مشمول قانون مذکور)

۱ - ۲۲ - تبصره اصلاحی ۱۳۵۸/۶/۲۷ ماده ۱۰۰ قانون شهرداری (دفتر اسناد رسمی مکلفند قبل از انجام معامله قطعی در مورد ساختمان‌ها گواهی پایان ساختمان و در مورد ساختمان‌های ناتمام گواهی عدم خلاف تا تاریخ انجام معامله را که توسط شهرداری صادر شده باشد ملاحظه و مراتب را در سند قید نمایند...)

۲۳. بند (ع) ماده یک قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین «مصوب ۷۳/۱۲/۲۸ مبنای وصول حق‌الثبت موضوع این ماده در مورد املاک، ارزش معاملاتی اعلام شده توسط وزارت امور اقتصادی و دارایی می‌باشد و در نقاطی که ارزش معاملاتی تعیین نشده باشد، طبق برگ ارزیابی ادارات ثبت خواهد بود».

۱ - ۲۳ - ماده ۱۰ - قانون الحاق موادی به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت مصوب ۱۳۸۰/۱۱/۲۷ مصوب ۱۳۸۴/۸/۱۵ - مواد (۱۲۳) و (۱۲۴) اصلاحی قانون ثبت به شرح زیر اصلاح می‌شود.

ماده ۱۲۳ - تعرفه ثبت کلیه اسناد در دفتر اسناد رسمی به میزان نیم درصد مبلغ مندرج در سند و در موارد اسنادی که موضوع آنها انتقال منافع می‌باشد هرگاه منافع به طور عمومی انتقال داده شود حق‌الثبت از منافع ده ساله اخذ خواهد شد.

تذکره: به نظر در ماده کلمه عمری مدنظر مقنن بوده که در ماده ۴۱ قانون مدنی به آن اشاره شده ولی در روزنامه رسمی کلمه عمومی تایپ شده.

تبصره ۱ - مبنای وصول حق‌الثبت اسناد در مورد املاک به شرح بند (ع) ماده یک قانون نحوه وصول برخی از درآمدهای دولت ... به شرح فوق می‌باشد.

۲۴. ماده ۵۲ - قانون دفتر اسناد رسمی «برای ایصال وجوه عمومی که به هر عنوان وصول آن طبق مقررات قانونی در عهده دفتر اسناد رسمی است دفاتر موظفند حقوق متعلقه را در برگ مخصوصی که از طرف سازمان ذی‌نفع تهیه و در اختیار دفتر قرار خواهد گرفت با مشخصات لازم قید کنند و حداکثر پنج روز بعد از امضاء سند به حساب یا حساب‌هایی که معین خواهد شد واریز نمایند».

۱ - ۲۴ - بخشنامه شماره ۱۰/۳۴۷۲ مورخ ۶۹/۳/۲۸ سازمان ثبت اسناد و املاک کشور بند ۲ (دفتر اسناد رسمی پس از اخذ رسید بانکی و کنترل مبلغ و شماره حساب آن با رعایت کامل سایر مقررات نسبت به تنظیم و ثبت سند مربوطه اقدام و شماره فیش بانکی و مبلغ حق‌الثبت را در متن سند و ثبت قید نمایند.

۲۵. بخشنامه شماره ۱/۳۴/۲۴۵۶۱ مورخ ۱۳۷۹/۱۰/۱۰ سازمان ثبت اسناد و املاک کشور لازم‌الاجراء از ۱۳۸۰/۲/۱

بند ۳ (دفتر اسناد رسمی مکلفند از تاریخ اجرای این دستورالعمل همزمان با صدور فیش بانکی مربوط به وجوه حق‌الثبت «حقوق دولتی» میزان حق‌التحریر و بهای اوراق مصرفی و همچنین هزینه پستی در مورد

اسناد تنظیمی برای خودرو را محاسبه و تعیین و جهت واریز و جوه مزبور به حساب تعیین شده ضمن تفهیم به متقاضی تسلیم نمایند».

بند ۴ - (دفاتر اسناد رسمی باید مشخصات فیش پرداختی تأیید شده بانک را در ذیل متن سند کمافی السابق قید و آن را در سوابق ضبط و نگهداری نمایند)

۲۶. ماده ۱۸ قانون دفاتر اسناد رسمی (کلیه اسناد در دفترخانه‌های اسناد رسمی در اوراق مخصوصی که از طرف سازمان ثبت اسناد و املاک کشور در اختیار دفترخانه قرار داده می‌شود تنظیم و فقط در یک دفتر که به نام دفتر سردفتر نامیده می‌شود ثبت می‌گردد...)

۲۷. ماده ۵۹ آیین‌نامه دفاتر اسناد رسمی «بعد از دریافت حق‌التحریر مطابق تعرفه مقرر در مقابل آن قبض رسید صادر و به دهنده آن تسلیم می‌شود و قبض مذکور، با قید تاریخ و شماره در دفتر مربوطه ثبت می‌گردد.»

۲۸. ماده ۱۳۰۵ قانون مدنی «در اسناد رسمی تاریخ تنظیم معتبر است حتی بر علیه اشخاص ثالث...»
۱ - ۲۸ - ماده ۵۵ قانون ثبت «مسئول دفتر، باید نمره و تاریخ ثبت را با تعیین دفتری که سند در آن ثبت شده در روی هر سندی که ثبت می‌شود قید کرده ...»

۲ - ۲۸ - اصل هفدهم قانون اساسی «مبدأ تاریخ رسمی کشور هجرت پیامبر اسلام (صلی‌الله علیه و آله وسلم) است و تاریخ هجری شمسی و هجری قمری هر دو معتبر است. اما ساعات کار ادارات دولتی هجری شمسی است.»

۳ - ۲۸ - ماده ۹ آیین‌نامه دفاتر اسناد رسمی «در کلیه اسناد و دفاتر و قبوض باید تاریخ شمسی قید گردد».
۲۹ - قانون ثبت - «سردفتر و نماینده هیچ سندی را نباید امضاء نمایند مگر آنکه وارد دفتر شده و به امضاء اصحاب معامله رسیده باشد.»

۱ - ۲۹ - ماده ۱۹ آیین‌نامه دفاتر اسناد رسمی «سند معامله باید پس از تنظیم و ثبت در دفتر سردفتر و نماینده (چنانچه دارای نماینده باشد) و انجام سایر تشریفات به تصدیق و امضاء اصحاب معامله برسد».
توجه: مواد قانونی و آیین‌نامه‌ها و بخشنامه‌هایی که در این سند به آن اشاره نشده در شماره‌های بعد و در نمونه اسناد آتی قید خواهد شد.

نوع سند: * بیع قطعی (قطعی غیر منقول) *

فروشنده: خانم/ آقا فرزند..... به شناسنامه شماره
 صادره از متولد مقیم

خریدار: خانم/ آقا فرزند..... به شناسنامه شماره
 صادره از متولد مقیم

مورد معامله: حدود و محل آن، ششدانگ یک دستگاه آپارتمان مسکونی واقع در (طبق سند مالکیت نوشته شود) مورد ثبت یک جلد سند مالکیت به شماره دفترچه مالکیت..... شماره ثبت.....صفحه دفتر که سند مالکیت در تاریخ / / ۱۳ به نام فروشنده ثبت و صادر و یا طبق سند قطعی شماره مورخ دفتر اسناد رسمی شماره به فروشنده انتقال قطعی یافته است به نشانی (.....) و حدود^۲ و مشخصات طبق سند مالکیت موصوف می‌باشد.

به انضمام کلیه حقوق فروشنده نسبت به حق الامتیاز برق اختصاصی به پرونده شماره و به قدرالسهم از حق الامتیاز برق عمومی شماره و حق الاشتراک آب به

* . در این نمونه سند (مورد معامله تخلیه نیست و در تصرف فروشنده به مدتی که در سند تعیین شده می‌باشد).

** . محمود محمدزاده، سردفتر اسناد رسمی ۴۹۵ تهران و عضو هیئت تحریریه مجله کانون (زیرنظر هیئت تحریریه).

پرونده شماره و حق‌الاشتراک گاز شهری شماره شناسایی منصوبه در مورد معامله با ودایع مربوطه و خریدار ضمن همین سند پرداخت هرگونه بدهی مصرفی و انشعاب آب و برق و گاز منصوبه تا زمان تحویل مورد معامله را قبول نمود و در صورت پرداخت با ارائه قبوض پرداختی حق دارد از فروشنده مطالبه و وصول نماید. متعاملین اظهار نمودند که جزء اشخاص معامله نمی‌باشد. و هرگونه مسئولیت ناشی از اظهارات خود را متضامناً قبول نمودند.

فروشنده ضمن این سند خریدار را نماینده خود قرار داد که در صورت بروز هرگونه اشتباه قلمی در تنظیم سند در دفترخانه حاضر و سند اقرارنامه اصلاحی مربوط را بدون تغییر در ارکان و ماهیت سند تنظیم و امضاء نماید.

بها: حسب‌الاطهار طرفین مبلغ (ارزش واقعی نوشته شود) ریال که بنا به اظهار فروشنده قیمت مورد معامله تماماً نقداً به وی پرداخت شده و دریافت نموده است.

طرفین ضمن این سند کافه اختیارات خصوصاً خیار غبن فاحش را از خود سلب و اسقاط نمودند، حسب‌الاطهار فروشنده منافع مورد معامله قبلاً به شخصی واگذار نشده است.

فروشنده تعهد نمود مورد معامله را لغایت / / ۱۳۸ تخلیه نموده و قبض رسمی^۳ شماره را دریافت داشته و بیع را به تحویل و تصرف خریدار بدهد و در صورت تخلف متعهد است روزانه مبلغ ریال به عنوان وجه التزام^۴ به خریدار بپردازد. خریدار می‌تواند تا ده روز^۵ از تاریخ مزبور از طریق این دفترخانه و اجرای ثبت و پس از مدت مذکور از طریق دادگاه ذی‌صلاح اقدام به تخلیه و تحویل مورد معامله و وصول وجه‌التزام اقدام نماید.

متعاملین ضمن قرائت سند و اطلاع از محتویات و مندرجات^۶ و مستندات آن با رضایت خود ثبت و سند را امضاء نمودند.

مستندات تنظیم سند

- ۱ - پاسخ استعلام ثبتی شماره مورخ..... صادره از اداره ثبت مبنی بر عدم بازداشت مورد معامله.
 - ۲ - مفصاحساب مالیاتی شماره مورخ صادره از واحد مالیاتی شماره اداره امور مالیاتی تهران.
 - ۳ - گواهی پایان ساختمان شماره مورخ صادره از شهرداری منطقه تهران که خریدار ملاحظه و قبول نمود و عدم مغایرت و مطابقت آن را با مورد معامله اعلام و هرگونه مسئولیت حاصله را قبول نمود.
- حق‌الثبت به مبلغ ریال که براساس ارزش معاملاتی اعلام توسط اداره دارایی محاسبه و طبق فیش شماره مورخ..... و بهای اوراق و تحریر طبق فیش شماره به بانک ملی شعبه... واریز، و برای تنظیم سند اوراق شماره و مصرف و قبض تحریر شماره صادر و تسلیم مودی شد.
- به تاریخ / / ۱۳۸ شمسی محل امضاء

- ۱ - چنانچه فروشنده به سن ۱۸ نرسیده باشد با حکم رشد صادره دادگاه می‌تواند معامله انجام دهد.
- ۲ - ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی (مصوب ۷۰/۸/۱۴) « اموال صغیری را که بالغ شده است در صورتی می‌توان به او داد که رشد او ثابت شده باشد».
- ۱ - ۱ - چنانچه فروشنده یا خریدار (صغیر باشند) طبق ماده ۱۱۸۰ قانون مدنی «طفل صغیر تحت ولایت قهری پدر و جد پدری خود می‌باشد. و همچنین است طفل غیررشد یا به مجنون در صورتی که عدم رشد یا جنون او متصل به صغر باشد».
- تذکر: پدر یا جد پدری ولایتاً مال صغیر را می‌فروشند یا به صغیر مال می‌خرند.
- ۲ - در خصوص درج یا عدم درج حدود اسناد قطعی آپارتمان که دارای سند مالکیت بوده و حدود اربعه در سند مالکیت نوشته شده از اداره امور اسناد و سردفتران سؤال شده تاکنون پاسخ وصول نشده.
- به نظر: چون حدود اربعه آپارتمان در دفتر املاک نوشته شده و به تبع آن در سند مالکیت صادره نیز درج گردیده و در سند بعدی دفترخانه تنظیم کننده سند می‌نویسند (حدود به شرح سند مالکیت صادره می‌باشد)، کفایت در رفع تکلیف سردفتر می‌نماید.

۳ - ماده ۲۸ - آیین نامه دفاتر اسناد رسمی (مصوب ۱۳۱۷/۲/۱۴) «در مورد کلیه معاملات اقساطی و اسناد و اجاره نامه باید قبوض اقساطی چاپی صادر شود».

۱ - ۳ - بند ۶۵ - مجموعه بخشنامه های ثبتی «در اسناد معاملات قطعی و اجاره نامه باید تکلیف تحویل ملک روشن شده و در صورت تعهد فروشنده یا موجر به تحویل، قبض رسمی صادر و به خریدار و مستأجر تسلیم و در حاشیه ثبت دفتر رسید اخذ شود... در هر حال اگر ملک ثبت نشده باشد ذی نفع باید در باب تحویل و تخلیه به دادگاه صالح رجوع نماید».

بند ۶۹ - مجموعه فوق «هر نوع قلم خوردگی و خدشه در متن اسناد، قبوض اقساطی، خلاصه معاملات و فسخ نامه و ثبت دفتر ممنوع است و اوراق مذکور و همچنین ثبت دفتر باید خوش خط و خوانا و با جوهر ثابت تنظیم و به امضاء متعاملین و سردفتر و دفتریار برسد و هرگونه اصلاح عبارتی یا توضیحی لازم باشد باید ذیل اوراق مذکور یا ثبت دفاتر منعکس و به امضای اشخاص نامبرده برسد».

۴ - ماده ۵۱ قانون دفاتر اسناد رسمی «نسبت به وجه التزام و وجه الضمان خواه رأساً موضوع سند باشد یا در ضمن معامله و عقد دیگری شرط شده باشد و برای تأمین آن هم مالی به وثیقه گرفته نشده باشد حق ثبت وصول نخواهد شد...»

۱ - ۴ - ماده ۵۴ - آیین نامه دفاتر اسناد رسمی (مصوب ۱۳۱۷) «نسبت به وجه الضمان و وجه التزام حق الثبت اخذ نمی گردد».

ماده ۵۶ - آیین نامه فوق «حق الثبت باید قبل از تنظیم سند تأدیه و قبض رسمی صادر گردد و هرگاه قبل از تنظیم سند معامله و ثبت آن در دفاتر مربوطه طرفین از انجام معامله صرف نظر نمایند باید در ظهر قبض رد وجه با تصدیق سردفتر قید و به امضای گیرنده آن برسد و در صورتی که معامله در دفتر ثبت شده باشد حق الثبت مأخوذه مسترد نخواهد شد و باید معادل حق الثبت تمبر به سند الصاق و باطل شود».

۵ - سال ها دنبال پاسخ این سؤال بودم که دفاتر اسناد رسمی از سالیان قبل چرا ده روز را در اسناد خود قید کرده و براساس عرف دفاتر اکنون نیز این ده روز در اسناد که تحویل و تصرف نیست درج می کنند. بالاخره از طریق همکار سردفتر که قبلاً از همکاران ثبتی بود مبنای آن را که بخشنامه شماره ۱۷۵۹۵/۴۴۷۹ مورخ ۱۳۱۹/۵/۷ که ۶۷ سال قبل صادر شد یافتیم که به شرح ذیل می باشد. اما چون در مجموعه بخشنامه ها قید نشده معتبر نمی باشد ولی چون به عنوان شرط ضمن عقد در اسناد قید می شود منعی برای تعیین این ده روز نیست.

«در قسمت دو بخشنامه شماره ۳۲۴۵۷/۱۸۸۷۱ - ۱۳۱۸/۸/۲۶ آموزش داده شده است در موقع تنظیم اسناد معاملاتی که در ضمن تحویل مبیع یا مورد اجاره است در صورتی که مورد معامله در حین تنظیم سند تحویل خریدار یا مستأجر نشده باشد دفترخانه ضرب الاجل تعیین و در سند بنویسند که در ظرف مدت مقرر به تحویل مورد معامله اقدام و رسید دریافت شود اینک لزوماً متذکر می شود که ضرب الاجل مزبور در مورد اسناد اجاره از ۱۵ روز و در مورد اسناد قطعی از یک ماه نباید تجاوز نماید. مگر اینکه

طرفین صراحتاً وقت بیشتری را برای تحویل تعیین کنند لازم است مراتب را به دفترخانه‌ها ابلاغ نمایند که در این قبیل موارد به شرح فوق اقدام و در سند تصریح کنند چنانچه فروشنده یا موجر در ظرف مدت معینه تحویل مبیع یا مورد اجاره اقدام نکرد خریدار یا مستأجر باید منتهی تا **۵۵ روز** با صدور اجرائیه تسلیم آن را از طریق اداره ثبت بخواهد در خارج از مدت مزبور به دادگاه صلح بایستی رجوع نماید ضمناً به سردفتران تذکر دهید در مورد اسنادی که به شرح مزبور تنظیم می‌شود و در صورتی که خریدار یا مستأجر با انقضای مهلت مقرر در سند در ظرف **۵۵ روز** پس از آن درخواست صدور اجرائیه برای تحویل مورد معامله نکند دیگر بعد به صرف اظهار آنها مبنی بر عدم تحویل اجرائیه صادر نکرده و راهنمایی کنید که برای تحویل مورد معامله به **دادگاه** مراجعه نماید». مدیر کل ثبت، جوادی

۶- ماده ۷۰ قانون ثبت «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. انکار مندرجات اسناد رسمی راجع به اخذ تمام یا قسمتی از وجه یا مال و یا تعهد به تأدیه وجه یا تسلیم مال مسموع نیست...»

۱- ۶- محتویات سند عبارات و امضاهایی می‌باشد که در سند نوشته شده است. منظور از اعتبار محتویات سند رسمی، فرض صحت انتساب عبارات و امضاهای موجود در سند است از اشخاصی که به آنها نسبت داده شده است.^۱

۲- ۶- مندرجات سند مفاد عباراتی می‌باشد که در سند قید شده است. به عبارت دیگر مندرجات سند از امور معنویست به خلاف محتویات که از امور مادی می‌باشد.^۲

۱- دکتر سیدحسن امامی، حقوق مدنی، جلد ۶، سال ۴۶، ص ۷۱.

۲- منبع فوق، ص ۷۲.

گزیده آراء شورای عالی ثبت

قادر فرامرزیپور^۱

پرونده اول

سردفتر اسناد رسمی شماره ... تهران طی نامه شماره ۱۱۱۱۱ - ۸۴/۴/۱۲ عنوان
بازرسی ثبت استان اعلام نموده که وکالتنامه شماره ۱۵۹۸۱ - ۶۷/۴/۲ که در زمان تصدی
سردفتر قبلی تنظیم شده، آقای داود ادعای جعل آن را نموده که مراتب از طریق ثبت
استان تهران جهت رسیدگی به بازرسی ارجاع و بازرسی طبق گزارش شماره ۲۲۲۲ -
۸۳/۳/۲۰ و صورت جلسات تنظیمی اظهار داشته که وکالتنامه مذکور بین موکل (داود) و
وکیل (محمد) تنظیم و مورد وکالت مراجعه وکیل به ادارات مندرج در سند و انجام معامله
قطعی نسبت به ۲/۵ دانگ مشاع از شش دانگ پلاک‌های ثبتی ... تنظیم شده و ذیل ثبت
دارای یک فقره امضاء و یک اثر انگشت که ظاهراً منتسب به موکل و معرف بوده و از
لحاظ امضاء سردفتر و دفتریار ناقص می‌باشد و در خصوص سند شماره ۵۵۵۵ - ۶۷/۹/۲۳
دفتر اسناد رسمی... تهران تحت عنوان قطعی غیرمنقول که بین فروشنده آقای داود با

۱. معاون مدیر کل دفتر بازرسی و پاسخگویی به شکایات سازمان ثبت.

وکالت و امضاء محمد و علی اکبر به عنوان خریدار نسبت به ۲/۵ دانگ مشاع از شش دانگ یک باب خانه احدائی در یک قطعه زمین به مساحت ۳۶۰ مترمربع... پلاک ... واقع در حسین آباد شمیران بخش ۱۱ تهران که مورد ثبت سند مالکیت با توجه به وکالتنامه شماره ۳۳۳۳۳ - ۶۷/۴/۲ دفتر ... تهران و با مستندات مندرج در متن سند تنظیم و از لحاظ امضاء اصحاب معامله و سردفتر و دفتریار تکمیل می‌باشد و در خصوص وضعیت ثبتی پلاک فوق الذکر از ثبت قلمهک پرسش که اداره مذکور در پاسخ اعلام نموده، دو دانگ و نیم مشاع طی سند شماره ۱۰۰۰۰ - ۶۲/۶/۶ دفتر ... تهران به آقای داود منتقل و نامبرده نیز به موجب سند ۵۵۵۵ - ۶۷/۹/۲۳ دفتر ... تهران به آقای علی اکبر (طبق وکالتنامه ۳۳۳۳۳ - ۶۷/۴/۲) و سپس طی سند ۴۴۴۴ - ۸۱/۱۱/۱۵ دفترخانه ... تهران به آقای محمدحسین از طرف علی اکبر منتقل شده است، موضوع در هیئت نظارت مطرح و هیئت به شرح ذیل مبادرت به انشاء رأی نموده:

رأی هیئت نظارت

«با توجه به محتویات پرونده و ادعای موکل در خصوص وکالتنامه شماره ۳۳۳۳۳ - ۶۷/۴/۲ دفتر ... تهران نیاز به رسیدگی و امعان نظر مراجع ذیصلاح قضایی دارد». پس از ابلاغ رأی آقای داود طی مشروح‌های تقاضای رسیدگی مجدد به موضوع را نموده که مراتب جهت رسیدگی به اداره امور اسناد منعکس گردیده است.

طبق گزارش کارشناس مربوطه: با عنایت به محتویات پرونده از آنجا که آقای داود تنظیم وکالتنامه فوق‌الذکر را با داشتن اثر انگشت و امضاء معرف جعلی اعلام نموده لذا تشخیص و مطابقت اثر انگشت نامبرده نیاز به رسیدگی و اظهارنظر از طرف کارشناس رسمی دادگستری دارد که پس از رسیدگی و احراز آن اصالت یا عدم اصالت سند تنظیمی ۵۵۵۵ - ۶۷/۹/۲۳ نیز مشخص می‌گردد لذا رأی هیئت نظارت که در اجرای بند ۷ ماده ۲۵

اصلاحی قانون ثبت صادر شده و مورد اعتراض نیز واقع گردیده قابل طرح در شورای عالی ثبت می‌باشد.

نظریه ریاست محترم اداره امور اسناد نیز به شرح زیر اعلام شده:

با عنایت به اینکه در خصوص سند وکالت مذکور ادعای جعل شده به نظر رسیدگی به آن در صلاحیت مراجع قضایی است لذا چون رأی هیئت نظارت طبق بند ۷ ماده ۲۵ اصلاحی قانون ثبت صادر و مورد اعتراض واقع شده موضوع قابل طرح در شورای عالی ثبت می‌باشد.

موضوع در شورای عالی ثبت (قسمت اسناد) مطرح و به شرح زیر انشاء رأی شده است:

رأی شورای عالی ثبت

«با توجه به محتویات پرونده و گزارش کار، صرف‌نظر از اینکه سند وکالت ۳۳۳۳۳ - ۶۷/۴/۲ دفتر ... تهران که مستند تنظیم سند قطعی شماره ۵۵۵۵ - ۶۷/۹/۲۲ دفتر ... تهران قرارگرفته از جهت عدم امضاء سردفتر و دفتریار ناقص گزارش شده، لیکن چون معاملات بعدی ثبت دفتر املاک شده است بنابراین رسیدگی به موضوع در صلاحیت مرجع قضایی است فلذا رأی هیئت نظارت صحیحاً صادر شده و تأیید می‌گردد».

پرونده دوم

به شرح سوابق ابرازی با تنظیم یک فقره سند انتقال شماره ۲۲۲۲۲ - ۵۳/۳/۴ دفتر اسناد رسمی شماره ... تهران فی‌مابین آقای علی و دوشیزه لیلا با قیمومت مادر خود بانو شادی (خریدار) شش‌دانگ یک قطعه زمین به مساحت ۲۴۵۰ مترمربع قطعه ۱۰۰۰ تفکیکی به شماره پلاک ... قریه بهرام آباد شهریار مورد معامله واقع که به لحاظ عدم دسترسی به دفتر سردفتر و نیم سوخته بودن دفتر نماینده تهیه رونوشت از سند موصوف مقدور نبوده که حسب اعلام ثبت اسناد شهریار سند مذکور در دفتر املاک به ثبت نرسیده

که با طرح موضوع وفق بند ۷ ماده ۲۵ اصلاحی قانون ثبت در هیئت نظارت مراتب امر منجر به صدور رأی به شرح زیر گردیده است:

رأی هیئت نظارت

(با توجه به محتویات پرونده اجرای مفاد سند شماره ۲۲۲۲۲ - ۵۳/۳/۴ دفتر اسناد رسمی شماره ... تهران موکول به رسیدگی و امعان نظر مرجع ذیصلاح قضایی می‌باشد).
کارشناس اداره کل امور اسناد و سردفتران پرونده را بررسی و به شرح زیر گزارش نموده است:

حسب اعتراض واصله بانو شادی احاله موضوع به مرجع قضایی را جایز ندانسته و نسبت به رأی مذکور معترض شده‌اند که عنایتاً به مآوقع اعلامی و سوابق ابرازی مواردی که مؤثر در نقض رأی صادره هیئت نظارت باشد به نظر نمی‌رسد لذا ضمن تأیید رأی صادره هیئت نظارت و اعتقاد به انطباق رأی با موازین و مقررات جاریه و به لحاظ صدور رأی در اجرای بند ۷ ماده ۲۵ اصلاحی مراتب امر را جهت طرح موضوع در شورای عالی ثبت معروض می‌دارد.

معاون محترم اداره کل امور اسناد و سردفتران نیز در خصوص موضوع به شرح زیر اعلام نظر نموده‌اند: «طبق گزارش بازرسی اعزامی به دفتر ... تهران دفتر سردفتر که سند شماره ۲۲۲۲۲ - ۵۳/۳/۴ در آن به ثبت رسیده در دسترس نمی‌باشد و دفتر نماینده نیز فاقد پلمپ و شیرازه است و هیچ گونه سابقه‌ای از سایر مستندات و نیز دفتر درآمد مربوطه در دفترخانه موجود نمی‌باشد. با وصف فوق و با توجه به عدم ثبت سند در دفتر املاک و سابقه سردفتر ... که ظاهراً ید طولایی در جعل اسناد داشته رأی هیئت مورد تأیید است اما با توجه به اینکه طبق اعلام ثبت محل خلاصه معامله مربوطه در پرونده ثبتی موجود است و نیز با توجه به رأی شماره ۵۰۰۰ - ۸۴/۵/۱۹ شورای عالی ثبت در مورد سند ۳۳۳۳۳ -

۵۳/۲/۲۹ دفتر ... تهران که سوختن دفتر سردفتر را سبب بی‌اعتباری سند یاد شده با توجه به ثبت آن در دفتر نماینده (هرچند به نظر می‌رسد همچنان که قبلاً نیز به استحضار رسیده رأی شورا با توجه به اینکه می‌تواند تسهیل کننده زمینه سوءاستفاده و جعل مجدد اسناد و سوابق در دفتر ... گردد محل تأمل است. علی‌ایحال با توجه به شکایت ذی‌نفع رأی هیئت وفق تبصره ۴ ماده ۲۵ اصلاحی قانون ثبت قابل طرح در شورای عالی ثبت می‌باشد».

موضوع در شورای عالی ثبت قسمت اسناد مطرح و به شرح زیر انشاء رأی شده است.

رأی شورای عالی ثبت

«با توجه به محتویات پرونده و گزارش کار، ایراد مؤثری از ناحیه معترض به عمل نیامده لذا رأی هیئت نظارت صحیحاً صادر شده و عیناً تأیید و استوار می‌گردد».

نظریه تحلیلی

در پرونده اول سند انتقال قطعی نسبت به ملکی تنظیم و وکیل فروشنده با در دست داشتن وکالتنامه اقدام به امضاء سند و دفتر نموده در حالی که فروشنده (موکل) ادعا نموده وکالتنامه مورد استناد جعلی بوده و امضاء متعلق به وی نمی‌باشد و در پرونده دوم به دلیل عدم دسترسی به دفتر سردفتر و نیم سوخته بودن دفتر نماینده تهیه رونوشت از سند مورد نظر که مربوط به انتقال یک قطعه زمین به مساحت ۲۴۵۰ مترمربع بوده مقدور نشده و با توجه به سابقه بد دفترخانه هر دو مورد به هیئت نظارت احاله و هیئت اتخاذ تصمیم در خصوص آنها را در صلاحیت مراجع قضایی دانسته. با توجه به اینکه تشکیل پرونده در مراجع قضایی و تشریفات رسیدگی دارای پیچیدگی و محتاج صرف زمان و هزینه‌های قانونی است افراد معمولاً از این کار استقبال نمی‌کنند به طوری که در هر دو پرونده مورد نظر ذی‌نفع پرونده‌ها به رأی هیئت نظارت معترض شده‌اند و هر دو پرونده به شورای عالی

ثبت ارسال و در هر دو مورد آراء هیئت نظارت تأیید گردیده است. واقعیت این است که رسیدگی در مراجع اداری مانند بازرسی ثبت به صورت شکلی است و این مرجع ابزار و صلاحیت احراز اصالت خط و امضاء یا اثر انگشت را ندارند. اما مراجع قضایی با ارجاع امر به کارشناسان و متخصصین که در اختیار دارند می‌توانند به صحت ادعاهای مطروحه در خصوص جعل پی ببرند و افراد معمولاً به دلایل مختلف از جمله موارد ذیل اصرار به رسیدگی در مراجع اداری از جمله هیئت نظارت دارند.

۱ - بعضی افراد که فاقد سوءنیت هستند صرفاً به دلیل شمول هزینه‌های دادرسی و نیز طولانی بودن روند رسیدگی‌ها در مراجع قضایی از مراجعه به این مراجع اکراه دارند.

۲ - افرادی که عالماً اقدام به اعمال مجرمانه مثلاً جعل امضاء نموده‌اند از خوف برملاء شدن موضوع از طریق ارجاع به کارشناسی سعی می‌کنند به لطایف الحیل از ارجاع امر به مراجع قضایی جلوگیری نمایند.

مع‌هذا هیئت نظارت و شورای عالی ثبت با علم به این موارد و با عنایت به صلاحیت مراجع قضایی مبنی بر ورود ماهیتی به قضیه رسیدگی به هر دو پرونده را صحیحاً در صلاحیت مراجع ذی‌صلاح قضایی دانسته‌اند.

پرسش و پاسخ‌های حقوقی (سران دفاتر اسناد رسمی و اداره کل امور

اسناد و سردفتران سازمان ثبت)

در تاریخ ۱۳۸۵/۲/۲۵ کمیسیون تخصصی رسیدگی به سؤالات سردفتران با حضور

اعضاء ذیل:

۱ - آقای دکتر مرتضی یوسف‌زاده، رئیس شعبه ۲۴ دیوان عالی کشور

۲ - آقای دکتر نجات اله جور ابراهیمیان، قاضی شعبه.....

۳ - آقای محمدعلی یادگاری، مدیر کل امور اسناد و سردفتران

۴ - آقای محمد مهدی خشنودی، دادستان دادگاه‌های انتظامی سردفتران و دفتریاران

۵ - آقای ایرج جعفری، مدیر کل دفتر بازرسی و پاسخگویی به شکایات

۶ - آقای مسلم آقاصفیری، سردفتر اسناد رسمی

۷ - آقای حسنعلی تربتی، سردفتر اسناد رسمی

تشکیل و در خصوص پرسش‌ها و مشکلات دفاتر اسناد رسمی بررسی و به شرح ذیل

اتخاذ تصمیم گردید:

در اجرای دستور مورخ ۱۳۸۵/۱۰/۲۲ مدیر کل محترم اداره کل امور اسناد موضوع استعلام شماره ۶۴۲، ۱۳۸۵/۸/۲۲ دفتر اسناد رسمی ۶۵۳ تهران^۱ مجدداً در کمیسیون مطرح و به نحو ذیل اتخاذ تصمیم گردید:

نظریه کمیسیون:

در صورتی که قرارداد اجاره قبل از لازم‌الاجرا شدن قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶ تنظیم شده باشد، طبق تبصره ۲ ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ حق کسب و پیشه متعلق به مستأجر است و برای اجرای طرح شهرداری قیمت حق مذکور توسط شهرداری به مستأجر پرداخت خواهد شد و در صورتی که سندی در این خصوص تنظیم شود امضاء مستأجر کفایت می‌کند.

در صورتی که قرارداد اجاره مشمول قانون سال ۱۳۷۶ باشد مفاد قرارداد بین طرفین حاکم است.



همچنین در اجرای دستور مورخ ۱۳۸۵/۱۰/۱۱ معاونت محترم امور اسناد سازمان در

۱. سؤال دفتر اسناد رسمی شماره ۶۵۳ تهران به این شرح بوده است: نظر به اینکه املاکی در مسیر و حریم طرح‌های اجرایی شهرداری‌ها واقع می‌گردند و در بعضی از املاک، مغازه‌هایی موجود می‌باشد که در آن مستأجرین و صاحبین سرقفلی مشغول به کار می‌باشند و جهت اجرای طرح شهرداری‌ها ضمن صاحب حق شناختن مستأجرین به موجب اسناد مثبت با آنها قرارداد انتقال سرقفلی منعقد می‌کنند و با بعضی از مالکان ملک هم به توافق می‌رسند که تمام یا مقداری از ملک که جزء طرح قرار می‌گیرد به شهرداری‌ها انتقال یابد و بعضی از مالکان بر اثر اختلاف قیمت با شهرداری‌ها یا مستأجرین از انعقاد قرارداد خودداری می‌کنند و با توجه به تمامی جوانب و مراتب و لزوم اجرای طرح‌های شهرداری و عدم امکان فعالیت مستأجرین در مورد اجاره که در مسیر طرح می‌باشد خواهشمند است اعلام و اظهارنظر صریح بفرمائید که دفترخانه حق دارد بدون حضور موجر و با عنایت به قبولی و تعهدات شهرداری در قبال موجر سند انتقال صلح سرقفلی به نام شهرداری تنظیم کند یا خیر؟

ارتباط با دستور شماره ۲۴۴۲/۲/۸۵ ج م - ۱۳۸۵/۹/۲۲ سرپرست اجرای احکام مدنی شهید مفتاح^۱ موضوع گزارش مورخ ۱۳۸۵/۹/۲۵ سرکار خانم خداداد معاونت محترم اداره کل امور اسناد مطرح و کمیسیون به شرح ذیل اتخاذ تصمیم نمود:

نظریه کمیسیون:

به طوری که از مجموعه دستورها استنباط می‌شود، نظر مقام قضایی این است که انتقال ۹۱۲ سهم از ۱۰۰۰ سهم یک دانگ بیش از مقدار معادل محکوم به بوده و ۴۵۶ سهم اضافی که به موجب سند رسمی انتقال اجرایی یافته است باید اعاده شود. به هر حال هرچند این دستورها پس از انقضاء مهلت مقرر در ماده ۱۴۲ قانون اجرای احکام مدنی و پس از احراز صحت مزایده و صدور سند انتقال به نام خریدار صادر شده است و علی‌الاصول انتقال مذکور قابل تخدیش نیست و سازمان ثبت پس از اینکه مکاتبه کرده و مشکل را در میان گذاشته و با وجود این صریحاً دستور ابطال عملیات و سند نسبت به ۴۵۶ سهم صادر شده ناگزیر از اجرای دستور است.

۱. بسمه تعالی - مدیر کل محترم اداره امور اسناد و سردفتران سازمان ثبت

پیرو نامه شماره ۲/۸۵/۴۲۴۲ ج م - ۸۵/۹/۱۴ بازگشت به نامه شماره ۳۴/۱۷۷۸۳ - ۸۵/۹/۱۹ موضوع انتقال ۰/۹۱۲ سهم از شش دانگ پلاک ثبتی ۹۰۸۱۴ فرعی از ۲۳۹۵ اصلی بخش ده تهران، بدین وسیله اعلام می‌دارد اجرائیه صادره باطل نمی‌باشد. اشتباهی در اجرائیه صورت نپذیرفته بلکه صرفاً در روند عملیات اجرایی و در محاسبه میزان مالکیت محکوم له، آقای و - ن بابت محکوم به اشتباه صورت گرفته و براساس دستور دادگاه محترم صادرکننده اجرائیه عملیات اجرایی نسبت به ۰/۴۵۶ سهم از یک دانگ از سه دانگ ملک موصوف الغاء و ابطال گردیده و لذا سند مالکیت مربوطه ابطال و به نام مالک اولیه آقای ر - الف اعاده و تنظیم شود و ۰/۴۵۶ سهم از یک دانگ از سه دانگ از شش دانگ ملک که به نام محکوم له آقای و - ن می‌باشد کماکان به نام وی باقی باشد.

سرپرست اجرای احکام مدنی مجتمع قضایی شهید مفتاح

در تاریخ ۱۳۸۵/۹/۶ کمیسیون پزشکی رسیدگی به سؤالات سردفتران با حضور اعضا ذیل:

- ۱ - آقای دکتر مرتضی یوسفزاده، رئیس شعبه ۲۴ دیوان عالی کشور
- ۲ - آقای دکتر نجات اله جور ابراهیمیان، قاضی شعبه.....
- ۳ - آقای محمدعلی یادگاری، مدیر کل امور اسناد و سردفتران
- ۴ - آقای محمد مهدی خشنودی، دادستان دادگاههای انتظامی سردفتران و دفتریاران
- ۵ - آقای ایرج جعفری، مدیر کل دفتر بازرسی و پاسخگویی به شکایات
- ۶ - آقای مسلم آقاصفری، سردفتر اسناد رسمی
- ۷ - آقای حسنعلی تربتی، سردفتر اسناد رسمی

تشکیل و در خصوص پرسش‌ها و مشکلات دفاتر اسناد رسمی بررسی و به شرح ذیل اتخاذ تصمیم گردید:

- ۱ - در مورد پرسش دفتر اسناد رسمی شماره ۴۶ تهران^۱ موضوع وکالتنامه شماره ۷۹۴۵۱ - ۸۳/۶/۱۲ که موکلین سه نفر را به عنوان وکیل انتخاب و جهت انجام معامله حضور بالاتفاق آنها را شرط نمودند، به دلیل استعفای احد از وکلا با حضور مجدد موکلین تکلیف دفترخانه در تنظیم سند چگونه خواهد بود.

۱ . سؤال دفتر اسناد رسمی ۴۶ تهران به شرح زیر می‌باشد :

از آنجایی که در وکالتنامه رسمی تنظیمی در یکی از دفاتر اسناد رسمی سه نفر وکلاء تعیین شده هر یک به تنهایی در خصوص انجام امور اداری و در ارتباط با انجام معاملات هر سه نفر متفقاً حق دخالت و اقدام دارند و با پرسش از دفترخانه تنظیم کننده سند موصوف اعلام گردیده که احد از وکلاء مذکور با حضور مجدد موکلین مربوطه از سمت خود استعفا داده است، مع الوصف با عنایت به اینکه سه نفر وکلاء حق انجام معاملات را بالاتفاق داشته اند، مستدعی است نظر آن اداره کل محترم را در خصوص بقاء و یا زوال و مرتفع شدن وکالتنامه تنظیمی با وصف یاد شده به این دفترخانه اعلام و اینجانب را نسبت به تنظیم و یا عدم تنظیم سند انتقال توسط دو نفر وکلاء باقی مانده ارشاد و راهنمایی فرمایند.

نظر اکثریت: نظر به اینکه علی‌الاصول وکالت در اعمال حقوقی ممکن است و در وکالتنامه مورد نظر اراده انشایی موکلین در معاملات که اساس وکالت را تشکیل می‌دهد به اجتماع بوده به نظر می‌رسد پس از استعفای یکی از سه وکیل با استناد به ماده ۶۶۹ و ملاک ماده ۶۷۰ قانون مدنی وکالت در انجام معامله منتفی می‌شود و سکوت موکلان در حین استعفا علی‌القاعده اثر انشایی ندارد و نمی‌توان آن را حمل بر اختیار دو وکیل باقی‌مانده در انجام معامله کرد.

نظر اقلیت: با مستفاد از حدود و اختیارات وکلا و در نظر گرفتن اینکه استعفا نتیجتاً یکی از وکلا با حضور و تأیید موکلین صورت گرفته و اشاره و حکایتی از قصد عزل و به هم زدن وکالت دو نفر باقی‌مانده وکلا از طرف موکل ارائه نشده است بنابراین به نظر اصل بر بقای وکالت نسبت به وکلای باقی‌مانده می‌باشد.



در تاریخ ۱۳۸۵/۹/۶ کمیسیون تخصصی رسیدگی به سؤالات سردفتران با حضور اعضا

ذیل:

- ۱ - آقای دکتر مرتضی یوسف‌زاده، رئیس شعبه ۲۴ دیوان عالی کشور
 - ۲ - آقای دکتر نجات اله جور ابراهیمیان، قاضی شعبه.....
 - ۳ - آقای محمدعلی یادگاری، مدیر کل امور اسناد و سردفتران
 - ۴ - آقای محمد مهدی خشنودی، دادستان دادگاه‌های انتظامی سردفتران و دفتریاران
 - ۵ - آقای ایرج جعفری، مدیر کل دفتر بازرسی و پاسخگویی به شکایات
 - ۶ - آقای مسلم آقاصفری، سردفتر اسناد رسمی
 - ۷ - آقای حسنعلی تربتی، سردفتر اسناد رسمی
- تشکیل و در خصوص پرسش‌ها و مشکلات دفاتر اسناد رسمی بررسی و به شرح ذیل

اتخاذ تصمیم گردید:

دفتر اسناد رسمی شماره ۲۱۲ تهران در مورد سندی که به صورت صلح عمری با شرط
خيار فسخ به نفع مصالح تنظیم شده و عین به نفع متصالح مسلوب المنفعه واگذار شده آیا
مصالح چون دارای منافع مادام‌العمر است می‌تواند بدون حضور متصالح مبادرت به تنظیم
سند اجاره نماید یا خیر؟

نظر کمیسیون:

چنانچه در عقد صلح قید مباشرت مصالح نشده باشد علی‌القاعده مصالح به عنوان
مالک منافع در مدت عمر خود می‌تواند منافع را اجاره دهد.



در تاریخ ۱۳۸۵/۹/۶ کمیسیون تخصصی رسیدگی به سؤالات سردفتران با حضور اعضاء
ذیل:

۱ - آقای دکتر مرتضی یوسفزاده، رئیس شعبه ۲۴ دیوان عالی کشور

۲ - آقای دکتر نجات اله جور ابراهیمیان، قاضی شعبه.....

۳ - آقای محمدعلی یادگاری، مدیر کل امور اسناد و سردفتران

۴ - آقای محمد مهدی خشنودی، دادستان دادگاه‌های انتظامی سردفتران و دفتریاران

۵ - آقای ایرج جعفری، مدیر کل دفتر بازرسی و پاسخگویی به شکایات

۶ - آقای مسلم آقاصفری، سردفتر اسناد رسمی

۷ - آقای حسنعلی تربتی، سردفتر اسناد رسمی

تشکیل و در خصوص پرسش‌ها و مشکلات دفاتر اسناد رسمی بررسی و به شرح ذیل

اتخاذ تصمیم گردید:

در مورد پرسش دفتر اسناد رسمی شماره ۸۱ تهران^۱ موضوع تنظیم سند وقف نامه نسبت به سرقفلی بدون حضور و موافقت مالک تکلیف دفترخانه چگونه خواهد بود.

نظر کمیسیون:

با عنایت به مواد ۵۵ و ۵۸ قانون مدنی وقف حبس عین و تسبیل منافع است و فقط وقف مالی جایز می‌باشد که با بقاء عین بتوان از آن منتفع شد. به علت اینکه حق کسب و پیشه و سرقفلی فاقد وصف مذکور است قابل وقف نمی‌باشد.



در تاریخ ۱۳۸۵/۹/۱۳ کمیسیون تخصصی رسیدگی به سؤالات سردفتران با حضور
اعضاء ذیل:

۱ - آقای دکتر مرتضی یوسف‌زاده، رئیس شعبه ۲۴ دیوان عالی کشور

۲ - آقای دکتر نجات اله جور ابراهیمیان، قاضی شعبه.....

۳ - آقای محمدعلی یادگاری، مدیر کل امور اسناد و سردفتران

۴ - آقای محمد مهدی خشنودی، دادستان دادگاه‌های انتظامی سردفتران و دفترباران

۵ - آقای ایرج جعفری، مدیر کل دفتر بازرسی و پاسخگویی به شکایات

۶ - آقای مسلم آقاصفری، سردفتر اسناد رسمی

۷ - آقای حسنعلی تربیتی، سردفتر اسناد رسمی

تشکیل و در خصوص پرسش‌ها و مشکلات دفاتر اسناد رسمی بررسی و به شرح ذیل

۱ . سؤال دفتر اسناد رسمی ۸۱ تهران: نظر به اینکه خانم ... (متصالح سند صلح‌نامه سرقفلی شماره ۳۸۲۸۰ - ۱۳۸۳/۱۲/۲۶ دفتر ... تهران، قصد دارد منافع و سرقفلی و حقوق صنفی و کسب و پیشه و سایر مزایای قانونی مربوط به شش دانگ یک باب مغازه (مورد صلح سند مذکور) را بدون موافقت مالک ملک جهت خیریه حضرت علی (ع) و بژه ایتم منطقه ابوذر وقف نماید. لذا چنانچه تنظیم سند وقف‌نامه نسبت به سرقفلی بدون حضور و موافقت مالک ملک بلامانع است دستور فرمایند مراتب را به این دفترخانه اعلام فرمایند.

اتخاذ تصمیم گردید:

دفتر اسناد رسمی شماره ۲۰ شهریار طی شماره ۵۴۵۶ - ۱۳۸۵/۸/۲۷ اعلام نموده به موجب نامه شماره ۱۲۲۷/۸۴ ج - ۱۳۸۵/۵/۱۹ معاونت محترم دادگستری شهرستان شهریار خانم ... برنده مزایده اعیانی ۹۲۰ مترمربع مشاع از پلاک ثبتی ۷۸-۲۲۴ملکی مرحوم ... گردیده، مقرر گردیده به شرح فوق در این دفترخانه سند انتقال به نام خانم ... تنظیم گردد لذا از آنجایی که به موجب استعلامیه شماره ۳۵۰۴۸ - ۱۳۸۵/۷/۱ و ... اداره ثبت شهریار کل مساحت پلاک مزبور مشخص نمی باشد و از طرفی اعلام گردیده که با توجه به اظهارنامه تنظیمی اعیانی سه دانگ مشاع پلاک مزبور به ثبت رسیده و سه دانگ مشاع دیگر آن سابقه ثبت ندارد با توجه به پاسخ استعلامیه های شهریار نظریه خود را در مورد انتقال ۹۲۰ مترمربع خواستار شده که حاضرین در جلسه به شرح ذیل اتخاذ نظر نمودند:

اقتضا دارد دفترخانه محترم با شرح دقیق ماقوع و موقعیت ملک از دادگاه صادر کننده

اجرائیه در مورد نحوه اجرای رأی تقاضای رفع ابهام و ارشاد کند.

گزیده‌ای از نظرات اداره کل حقوقی وزارت دادگستری

اشاره:

مطابق آنچه اعلام کرده بودیم، در راستای اهداف مجله و به منظور کاربردی نمودن مطالب آن در هر شماره برخی از نظرات اداره کل حقوقی دادگستری را که مربوط به حقوق ثبت اسناد و دفاتر اسناد رسمی می‌باشد و می‌تواند مورد استفاده قرار گیرد چاپ و در اختیار همکاران سردفتر و سایر علاقه‌مندان قرار می‌دهیم، اینک ادامه مطالب:

در مواردی که طبق سند رسمی زن و شوهری با یکدیگر قرار بگذارند که هر یک زودتر از دیگری فوت کند همه ماترک او اعم از منقول و غیرمنقول به طرف دیگر که در قید حیات است متعلق گردد، چه حکمی جاری است؟

با توجه به ماده ۸۲۵ و ۸۲۶ و ۸۳۷ و ۸۴۳ و ۹۴۹ و ۸۶۶ قانون مدنی که در ذیل درج می‌گردد:

ماده ۸۲۵ - وصیت بر دو قسم است: تملیکی و عهده‌ای.

ماده ۸۲۶ - وصیت تملیکی عبارت است از اینکه کسی عین یا منفعتی را از مال خود

برای زمان بعد از فوتش به دیگری مجاناً تملیک کند. وصیت عهدی عبارت است از اینکه شخصی یک یا چند نفر را برای انجام امر یا اموری یا تصرفات دیگری مأمور می‌نماید.

وصیت‌کننده موصی، کسی که وصیت تملیکی به نفع او شده است موصی‌له، مورد وصیت موصی به، کسی که به موجب وصیت عهدی، ولی بر مورد ثلث یا بر صغیر قرار داده می‌شود وصی نامیده می‌شود.

ماده ۸۳۷ - اگر کسی به موجب وصیت، یک یا چند نفر از ورثه خود را از ارث محروم کند وصیت مزبور نافذ نیست.

ماده ۸۴۳ - وصیت به زیاده بر ثلث ترکه، نافذ نیست مگر به اجازه وراثت و اگر بعضی از ورثه اجازه کند فقط نسبت به سهم او نافذ است.

ماده ۹۴۹ - در صورت نبودن هیچ وارث دیگر به غیر از زوج یا زوجه شوهر تمام ترکه زن متوفات خود را می‌برد لیکن زن فقط نصیب خود را و بقیه ترکه شوهر در حکم مال اشخاص بلاوارث و تابع ماده ۸۶۶ خواهد بود.

ماده ۸۶۶ - در صورت نبودن وارث، امر ترکه متوفی راجع به حاکم است.

کمیسیون مشورتی حقوق مدنی در جلسه مورخ ۱۳۵۱/۷/۱۵، مندرج در شماره ۸۵ هفته‌نامه دادگستری صفحه ۶ و ۷ چنین اظهار نظر کرده است:

پاسخ: بر طبق ماده ۸۲۵ قانون مدنی وصیت تملیکی آن است که کسی عین یا منفعتی را از مال خود برای زمان بعد از فوتش به دیگری مجاناً تملیک کند و چون سند رسمی شماره ۷۷۲ - ۲۹ و ۱۳۱۷ منطبق با این تعریف است، وصیت‌نامه محسوب می‌شود، لذا برطبق مادتهای ۸۳۷ و ۸۴۳ قانون مدنی وصیت به زیاده بر ثلث ترکه بدون اجازه ورثه نافذ نیست ولی چنانچه وراثتی نباشد به موجب ماده ۹۴۹ قانون مزبور زوجه فقط نصیب خود را می‌پذیرد و بقیه ترکه شوهر در حکم مال اشخاص بلاوارث است. در مورد سؤال زوجه علاوه بر نصیب خود ثلث ترکه را در هر دو صورت خواهد برد.

نظریه مشورتی شماره ۷/۷۶۸۱ مورخ ۱۳۷۳/۱۱/۱۵ اداره حقوقی قوه قضائیه

سوال: آیا مقصود از استفاده از سند مجعول صرفاً ارائه آن جهت فایده بردن است و

یا منظور نفع بردن حقیقی پس از ارائه آن است؟

جواب: در بزه استفاده از سند مجعول تکیه روی استفاده است، همین اندازه کسی سند مجعول را با علم به مجعول بودن آن، به منظور استفاده ابراز نماید، بزه استفاده از سند مجعول تحقق پیدا می‌کند. به عبارت دیگر، تحقق بزه استفاده از سند مجعول منوط به تحقق و حصول نتیجه آن نمی‌باشد، مگر آن که سایر ارکان جرم مانند سوءنیت و یا علم به مجعول بودن سند از جانب متهم احراز نشود که در این صورت بزه استفاده از سند مجعول محقق نخواهد شد.



نظریه مشورتی شماره ۷/۷۶۸۱ مورخ ۱۳۷۳/۱۵/۱۱ اداره حقوقی قوه قضائیه

*شرط وقوع بزه جعل شباهت تام سند مجعول با اصل و اضرار آنی آن نمی‌باشد.

سوال: اگر شخصی سندی را برخلاف واقع و بدون شباهت کامل با سند اصلی بسازد

و بدون این که آن را ارائه نماید، مرتکب بزه جعل گردیده است؟

جواب: با آن که اضرار به غیر و شبیه‌سازی از عناصر تشکیل دهنده جرم جعل می‌باشند ولی شعبه دوم دیوان عالی کشور به شرح رأی شماره ۷۸۲ - ۱۳۱۸/۴/۱۱ چنین اظهارنظر کرده است: «درست است که جعل عبارت است از ساختن نوشته یا امضاء یا مهر دیگری برخلاف حقیقت ولی شباهت تام سند مجعول با خطوط و امضاء و مهر اصلی در هیچ یک از مواد مربوط به جعل شرط و رکن اساسی جعل شناخته نشده است و جزئی شباهت چیزهای ساختگی با اصول آن در بادی امر کافی است و نیز اضرار آنی شرط تحقق جعل نیست بلکه اگر عمل جعل در آتیه و حتی بالقوه متضمن ضرر دیگری باشد مورد با مواد مربوط به جعل منطبق است» بنابراین در مورد سؤال، جعل تحقق یافته و مرتکب آن در حدود مواد مربوطه قابل تعقیب کیفری است.

نظریه مشورتی شماره ۷/۵۵۳۱ مورخ ۲۷/۱۰/۵۷ اداره حقوقی قوه قضاییه

سؤال: آیا می‌توان تمام طلب کارمند متوفی از بابت اشتباه محاسبه حقوق را به

زوجه او که تنها وارثش می‌باشد پرداخت نمود؟

جواب: مطالبات مربوط به زمان حیات کارمند دولت از بابت اشتباه محاسبه حقوق داخل

ترکه وی می‌شود و باید پس از وضع حقوق و دیونی که به ترکه میت تعلق می‌گیرد مطابق

قواعد ارث بین ورثه او تقسیم شود.



نظریه مشورتی شماره ۷/۲۳۵۳ - مورخ ۲۵/۴/۵۹ اداره حقوقی قوه قضاییه

سؤال: شخصی فوت کرده یک همسر دائم، یک برادر ابوینی و یک خواهر و یک برادر

امی از او باقی مانده‌اند، سهم هر یک از ماترک متوفی چیست؟

جواب: با توجه به مواد ۹۲۲ و ۹۲۷ قانون مدنی، از ماترک متوفی پس از وضع دیون و

هزینه کفن و دفن و غیره یک چهارم از اموال منقول و قیمت اعیان غیرمنقول سهم زوجه

و یک سوم سهم برادر و خواهر امی است که بالسویه بین آنان تقسیم می‌شود. مابقی

ماترک سهم برادر ابوینی است بدیهی است در صورتی که متوفی ایرانی غیرشیعه و یا از

سایر مذاهب شناخته شده باشد تابع مقررات احوال شخصیه مذهب خود خواهد بود.

رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری

الزام دفاتر ثبت به استعلام رهن‌های غیرتصرفی پیش از فسخ، خلاف

قانون است^۱

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری طی دادنامه شماره ۴ مورخ ۱۹ فروردین ۱۳۸۶ بخشنامه سازمان امور مالیاتی کشور را مبنی بر الزام دفاتر ثبت اسناد به استعلام از ادارات دارایی در رهن‌های غیرتصرفی پیش از فسخ، خلاف قانون و خارج از حدود اختیارات تشخیص داد و آن را ابطال کرد.

معاون قضایی دیوان عدالت اداری با اشاره به بخشنامه شماره ۴۶۳۸/۶۰۰۴۸ - ۳۰/۵ مورخ ۲۴ بهمن ۱۳۷۲ معاون درآمدهای مالیاتی وزارت امور اقتصادی و دارایی گفت: در این بخشنامه دفاتر ثبت اسناد رسمی مکلف بودند در بخش وثیقه و رهن‌های غیرتصرفی پیش از فسخ، موارد را از ادارات دارایی استعلام کنند. بخشنامه مذکور مورد شکایت واقع شد و در هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مورد بررسی قرار گرفت.

حجت‌الاسلام والمسلمین الله وردی مقدسی فرد اظهار داشت: هیئت عمومی دیوان عدالت اداری پس از بحث و بررسی این بخشنامه را خلاف قانون تشخیص داد و آن را

۱. نقل از روزنامه مأوی، مورخ ۸۶/۲/۲.

ابطال کرد.

وی در مورد دلایل هیئت عمومی دیوان جهت ابطال بخشنامه یاد شده افزود: در اجرای ماده ۱۸۷ قانون مالیات‌های مستقیم آنچه را که دفاتر اسناد رسمی مکلفند از واحدهای مالیاتی استعلام کنند، مربوط به مواردی است که مالیات به آن تعلق می‌گیرد و از آنجا در این بخشنامه بیش از رهن و تصرف در سایر رهن‌های غیرتصرفی نیز دفاتر رسمی ملزم به استعلام وثیقه و امثال آن شده بودند، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری این موضوع را خلاف ماده ۱۸۷ قانون مالیات‌های مستقیم تشخیص داد و با اکثریت آراء رأی به ابطال آن داد.

خلاصه جریان پرونده

شاکای طی دادخواستی تقدیمی اعلام داشته است: موجب ماده ۱۸۷ قانون مالیات‌های مستقیم ۱۳۶۶ و اصلاحیه‌های بعدی آن در تمامی مواردی که معاملات موضوع فصل چهارم از باب دوم و همچنین فصول اول و ششم باب سوم این قانون به موجب اسناد رسمی صورت می‌گیرد، صاحبان دفاتر اسناد رسمی مکلفند قبل از ثبت یا اقاله یا فسخ سند معامله، مراتب را با شرح و مشخصات کامل و چگونگی نوع و موضوع معامله مورد نظر به اداره امور مالیاتی محل وقوع ملک و یا محل سکونت مؤدی حسب مورد اعلام و پس از کسب گواهی انجام معامله اقدام به ثبت یا اقاله یا فسخ سند معامله حسب مورد نموده و شماره و مرجع صدور آن را در سند معامله قید نمایند.

در هیچ یک از فصول و ابواب مذکور جهت تنظیم اسناد رهنی، به خصوص اسناد رهنی بانک‌ها و مؤسسات اعتباری، تکلیفی برعهده دفاتر اسناد رسمی محول نشده و ماده ۵۳ قانون مذکور نیز تنها ناظر به رهن تصرف می‌باشد.

معاونت درآمدهای مالیاتی وزارت امور اقتصادی و دارایی به موجب بخشنامه مذکور که طی شماره ۳۴/۶۴۳ مورخ ۲۳ فروردین ۱۳۷۳ اداره کل امور اسناد و سردفتران، به دفاتر

اسناد رسمی بخشنامه گردید، اعلام نمود: «... چون گاهی مشاهده شده است، رهن از محل اجاره ملک مربوط و یا هر نوع استفاده دیگر درآمدهایی را کسب نموده که در نهایت موجب تعلق مالیات و ایجاد بدهی مالیاتی برای مالک ذی‌ربط گردیده است، بنابراین، بنا به حکم کلی مذکور در ماده ۱۸۷ یاد شده خواهشمند است دستور فرمایند پیرو نامه‌های یاد شده به تمامی دفاتر اسناد رسمی ابلاغ فرمایند من بعد در تمامی مواردی که اشخاص حقیقی یا حقوقی قصد واگذاری هر گونه حقوق مربوط به املاک خود را اعم از عین یا منفعت به صورت وثیقه و یا رهن تصرفی یا غیرتصرفی و یا تحت هر عنوان دیگر به بانک‌ها و شرکت‌های دولتی و یا سایر اشخاص دارند، هنگام تنظیم و حسب مورد فسخ یا اقاله اسناد آنها گواهی انجام معامله موردنظر را اخذ و شماره آن را در سند تنظیمی قید نمایند...»

ایجاد تکلیف مذکور بنا به دلایل زیر خارج از اختیارات وزارت مذکور می‌باشد، از این رو معروض می‌دارد:

۱ - چنانچه اسناد رهنی موردنظر قانونگذار در ماده ۱۸۷ می‌بود، تنها به رهن تصرف در ماده ۵۳ اشاره نمی‌شد، باید توجه داشت که رهن تصرف نوعی از عقد اجاره تلقی می‌گردد.

۲ - وزارت دارایی پیش از این به موجب بند یک بخشنامه شماره ۴۲۸۳/۵۹۵۱۰ - ۳۰/۵ مورخ ۲۵ بهمن ۱۳۶۸ تنظیم و فسخ اسناد و معاملات مربوط به تسهیلات اعطایی بانک‌ها را مشمول ماده ۱۸۷ ندانسته و اعلام نموده است که نیازی به اخذ گواهی انجام معامله موضوع ماده ۱۸۷ نمی‌باشد.

بدیهی است چون تفسیر قانون از وظایف و اختیارات مجلس شورای اسلامی است، از این رو وزارت امور اقتصادی و دارایی بنا به میل خود حق تفسیر در اخذ یا عدم اخذ گواهی مالیاتی را ندارد.

۳ - تبصره یک ماده ۱۸۶ قانون مالیات‌های مستقیم در خصوص موضوع، حکم خاص

اعلام نموده و اجرای آن را به عهده بانکها قرار داده است. از این رو غیر از ماده یاد شده مورد دیگری در قانون مذکور ملاحظه نمی‌شود.

۴ - ایجاد تکلیف برای دفاتر اسناد رسمی و ارباب رجوع هنگام تنظیم اسناد رهنی (به استثنای رهن تصرف) و موکول نمودن تنظیم سند به اخذ مفاصاحساب بدهی‌های احتمالی مالیاتی بدون نص قانونی، مغایر اصل تنظیم سند موضوع ماده ۳۰ قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۵۴ می‌باشد.

۵ - با توجه به این که دفاتر اسناد رسمی زیرمجموعه قوه قضاییه می‌باشند، از این رو یکی از اجزای قوه مجریه بدون صراحت قانونی حق ایجاد تکلیف برای نهاد وابسته به قوای دیگر را ندارد.

در نتیجه صدور بخشنامه مذکور خارج از حدود اختیارات وزارت امور اقتصادی و دارایی و خلاف صریح ماده ۱۸۷ قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۶۶ و اصلاحیه‌های بعدی آن می‌باشد.

استدعای رسیدگی و لغو آن را دارد.

در بخشنامه مورد شکایت آمده است: قبلاً جهت تسهیل و تسریع در امور مربوط به دفاتر اسناد رسمی طی نامه‌هایی موارد عدم لزوم گواهی انجام معامله موضوع ماده ۱۸۷ قانون مالیات‌های مستقیم مصوب اسفند ۱۳۶۶ نسبت به تنظیم و فسخ اسناد و معاملات مربوط به تسهیلات اعطایی بانکها، جهت اعلام به دفاتر اسناد رسمی به آن سازمان اعلام گردیده، اما چون گاهی مشاهده شده، راهن از محل اجاره ملک مربوط و یا هر نوع استفاده دیگر درآمدهایی را کسب نموده که در نهایت موجب تعلق مالیات و ایجاد بدهی مالیاتی بر آن مالک ذی‌ربط گردیده است، بنابراین، بنا به حکم کلی مذکور در ماده ۱۸۷ یاد شده خواهشمند است دستور فرمایید پیرو نامه‌های یاد شده به تمامی دفاتر اسناد رسمی ابلاغ فرمایند، من بعد در تمام مواردی که اشخاص حقیقی یا حقوقی قصد واگذاری هر

گونه حقوق مربوط به املاک خود را اعم از عین یا منفعت به صورت وثیقه و یا رهن تصرفی یا غیرتصرفی و یا تحت هر عنوان دیگر به بانک‌ها و شرکت‌های دولتی و یا سایر اشخاص دارند، هنگام تنظیم و حسب مورد فسخ و یا اقاله اسناد آنها گواهی انجام معامله مورد نظر را اخذ و شماره آن را در سند تنظیمی قید نمایند؛ البته لازم به ذکر است که فک رهن اسناد رهنی با عنایت به رأی هیئت عمومی شورای عالی مالیاتی مستلزم صدور گواهی یاد شده نخواهد بود.

در پاسخ سازمان امور مالیاتی آمده است: عبارت تمامی مواردی که معاملات مذکور در صدر ماده ۱۸۷ قانون مالیات‌های مستقیم شامل هر نوع معامله اعم از ناقله و غیر آن می‌شود و صدور گواهی انجام معامله موضوع این ماده نه تنها با وصول مالیات نقل و انتقال؛ بلکه پس از اخذ تمامی بدهی‌های مالیاتی مربوط به مورد معامله صورت می‌پذیرد، از این رو تنظیم سند رهنی تصرف یا غیرتصرف یک معامله تلقی گردیده و مشمول حکم کلی ماده مورد بحث می‌باشد و ماده ۷۷۲ قانون مدنی نیز به صراحت از عقد رهن به عنوان معامله یاد کرده است.

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

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

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

«برگه درخواست اشتراک ماهنامه کانون»

خواهشمند است تعداد..... شماره مجله کانون را برای

اینجانب..... به نشانی:.....

.....

.....

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 بانک 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.