

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

کانون

ماهنامه خبری و تحلیلی در زمینه علوم انسانی
نشریه علمی - تخصصی حقوق
سال شصت و یکم، دوره دوم، شماره ۱۸۷ و ۱۸۸
نخستین و تنها ماهنامه تخصصی حقوق سردفتری
(زمان انتشار: پاییز ۱۴۰۱)

صاحب امتیاز:

کانون سردفتران و دفتریاران

مدیر مسئول:

دکتر محمدرضا دشتی اردکانی

همکاران این شماره:

دکتر زهرا تایش، محمدعلی جعفری ندوشن، دکتر محمدرضا دشتی اردکانی، دکتر کامیار شیبیتزاده، محمد صادقی، مرحوم محمد عظیمیان، دکتر حسین کاویار، امیر شهريار کلانتری اسکویی، ایرج نجفی، علی اصغر نظری نژاد.

سرپرست اجرایی: دکتر کامیار شیبیتزاده

ویراستاران حقوقی و ادبی: زینب رجبی، دکتر کامیار شیبیتزاده

حروفچینی و صفحه‌آرایی: مهدی صالحی طاهری

نشانی: تهران، خیابان استاد مطهری، روبه‌روی خیابان سنایی، شماره ۲۷۳، کانون سردفتران و دفتریاران

تلفن و دورنگار: ۸۸۷۲۷۸۱ - ۰۲۱

کدپستی: ۱۵۸۶۷۱۷۳۱۱

صندوق پستی: ۴۱۹ - ۱۴۳۳۵

www.notary.ir

Kanoon.notary@gmail.com

پایگاه اینترنتی کانون سردفتران و دفتریاران:

نشانی الکترونیکی ماهنامه:

چاپ: معلی - نشانی چاپخانه: جاده خاوران، سه راه سیمان، مجتمع عقیق رضا، شماره ۴۱ - کدپستی: ۱۷۸۹۹۱۱۹۸۱

تلفن چاپخانه: ۷۷۵۰۲۲۹۷

ISSN: 2008-2851

بها: ۲۰۰,۰۰۰ ریال

داوران این شماره:

دکتر کامیار شیبیت‌زاده، مرحوم محمد عظیمیان، دکتر زهرا علی‌بخشی، علی قاسم‌زاده، محمود محمدزاده، حمید مهدی‌زاده، صابر ناظمی‌پول، دکتر ناصر نایبی، ایرج نجفی، دکتر هورمزد یعقوبی‌نژاد

نشانه‌های اختصاری

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

فهرست

* دیدگاه / دکتر کامیار شیبیت زاده.....۷

* سخن روز / راهکارهای افزایش درآمد دفاتر اسناد رسمی ۱۱

امیر شهريار کلانتری اسکویی

مقالات

● آثار انحلال وکالت بر روابط موکل، وکیل وکلای تفویضی.....۲۳

محمد علی جعفری ندوشن

● پژوهش / تنظیم سند نسبت به انتقال اراضی که سند مالکیت آن پس از انقلاب صادر گردیده در آینه آرا دادگاه انتظامی

سردفتران ودفتریاران..... ۶۱

محمد عظیمیان

● تفاوت رهن با معاملات با حق استرداد با توجه به قانون ثبت اسناد و املاک.....۶۷

زهرا تابش

● دریچه / تنظیم اسناد صلح مشروط و خیاری اموال غیر منقول و حق انتفاع در دفاتر اسناد رسمی..... ۱۰۱

ایرج نجفی

● چالش‌های اصل حسن نیت در برابر فرصت طلبی در دوره پیش قراردادی..... ۱۱۱

حسین کاویار و محمد صادقی

● **دغدغه/ عدم اجرا و رفع تعلیق ماده ۱۳ قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۵۴..... ۱۵۳**

علی اصغر نظری‌نژاد

اخبار، قوانین، مقررات، آرا و گزارش‌ها

● **نظریه‌های مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضاییه (۲۶)..... ۱۶۹**

دکتر کامیار شبیت‌زاده (گردآورنده)

● **نظریه‌های مشورتی کمیسیون حقوقی کانون سردفتران و دفتریاران (۱۴)..... ۱۷۳**

● **معرفی کتاب..... ۱۷۷**

ترجمه خلاصه مطالب ماهنامه

— عربی..... ۱۸۵

— فرانسه..... ۱۸۹

— انگلیسی..... ۱۹۱

صندوق مالی کانون سردفتران و دفتریاران در پرتو قانون تسهیل صدور مجوزهای کسب و کار^۱

مدتی است که افزایش سرسام‌آور هزینه‌های دفاتر اسناد رسمی اعم از اجاره‌بها، حقوق کارمندان، بیمه تامین اجتماعی و نگهداری سیستم و پرینتر و شارژ و... از یک طرف و از سوی دیگر هزینه‌های معیشت سردفتران و دفتریاران و کارمندان، باعث خم شدن کمر دفاتر شده و تقلا برای سرپا ماندن بیش از پیش حس می‌شود. قانون دفاتر اسناد رسمی که در سال ۱۳۵۴ تصویب شده، در ماده ۵۴ آورده است که میزان حق تحریر «باید» هر چهار سال یک‌بار مورد بررسی مجدد قرار گیرد؛ با این که از واژه باید می‌توان نتیجه گرفت که تکلیف هر چهار سال بازنگری الزامی و قبل از آن ممنوعیتی وجود نداشته و این اختیار وجود دارد. اما به نظر می‌رسد تکلیف کانون سردفتران و دفتریاران و سازمان ثبت اسناد و املاک و حتی قوه قضاییه می‌باشد که با پیشنهاد اصلاح قوانین منطبق با نیاز روز جامعه و عدالت، این کاستی‌ها را یک بار برای همیشه برطرف کند؛ نه این که با اصدار بخشنامه تعرفه‌های جدید به‌عنوان مسکنی چندروزه یا چند ماهه عمل شود و

۱. دکتر کامیار شیبیت‌زاده، سردفتر اسناد رسمی شماره ۱۰۲۳ تهران، دکترای حقوق خصوصی

پس از گذشت مدت کوتاهی، مجدداً این معضل سایه سنگین خود را بر معیشت سردفتران و دفترباران و کارمندان دفاتر اسناد رسمی مستولی کند. برای بررسی بیشتر ناگزیر از تورق در قانون دفاتر اسناد رسمی بالاخص مواد ۵۵ و ۵۶ آن قانون هستیم. در ماده ۵۵ فوق‌الذکر مقرر شده است: «وجوه مربوط به بیمه سردفتران اسناد رسمی و دفترباران موضوع ماده ۱۶۵ قانون مالیات‌های مستقیم را برای اجرای مواد ۱۰ و ۱۱ این قانون با رعایت مفاد ماده ۵۲ به حساب کانون سردفتران تهران واریز نمایند». همچنین در ماده ۵۶ آن قانون آمده است: «کانون سردفتران تهران مکلف است موجودی حساب حق بیمه سردفتران و دفترباران را طبق آیین‌نامه مربوط به مصرف خرید اوراق قرضه یا اسناد خزانه رسانده و یا در بانک ملی به حساب سپرده ثابت بگذارد و از سود آن اقدام به تشکیل صندوق تعاون کند...».

این قانون زمانی تصویب شده است که قانون مالیات‌های مستقیم مورخ ۱۳۴۵/۱۲/۲۸ و اصلاحات مورخ ۱۳۴۸/۱۲/۲۴ تصویب و حاکم بوده و در ماده ۱۶۵ آن قانون مقرر شده بود: «صدی چهار از مبالغی که به‌عنوان مالیات به وسیله دفاتر اسناد رسمی وصول می‌شود به‌عنوان حق‌الزحمه وصول توسط سردفتر کسر می‌شود و چهاردرصد دیگر در خزانه‌داری کل در حساب مخصوصی متمرکز می‌شود تا به مصرف بیمه سردفتران اسناد رسمی و دفترباران برسد...».

با ملحوظ نظر قرار دادن ماده فوق می‌توان نتیجه گرفت که واریزی سردفتران (چهاردرصد فوق‌الاشعار) مجموع مبالغ و موجودی بیمه سردفتران و دفترباران را شامل می‌شد و از آن‌جایی که قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۶۶ و ماده واحده قانون توزیع حق‌التحریر دفاتر اسناد رسمی موضوع ماده ۵۴ ق.د.ا.ر که در سال ۱۳۷۳ تصویب گردید، تأمین وجوه لازم جهت اجرای مواد ۱۰، ۱۱، ۵۷ و ۶۸ ق.د.ا.ر را تحت تأثیر قرار داد، ماده ۵۵ و ۵۶ ق.د.ا.ر. ظرف خود را از دست داده و نظر بر این که ظرف و مظلوف با یکدیگر معنا و مفهوم پیدا می‌کنند، زمانی که

ظرف از بین می‌رود، مظلوفی هم نخواهیم داشت؛ بنابراین تکلیف مندرج در ماده ۵۶ ق.د.ا.ر. فاقد مبنای اولیه است^۱ و مهم‌تر این که اجرای هر مصوبه‌ای نیازمند بودجه مخصوص به خود است و چنانچه قانون تسهیل کسب‌وکار شرایط ورود به سردفتری را تغییر می‌دهد، لاجرم بایستی نحوه اداره امور مالی افراد جدید اعم از نحوه بیمه و بازنشستگی و آثار و توابع آن مصوبه را نیز پیش‌بینی کند؛ متأسفانه این موارد که بسیار پراهمیت‌تر از تصویب نحوه پذیرفته شدن افراد می‌باشد، مغفول مانده است و با توجه به آمار شش ماهه اول سال ۱۴۰۱ که مجموع هزینه‌های کانون از منابع ورودی آن بسیار بیشتر است، دیری نمی‌پاید که پس از ورود افراد جدید، چنانچه راهکاری برای بیمه و بازنشستگی سردفتران و دفترباران جدید اتخاذ نگردد، صندوق کانون اصطلاحاً «ورشکسته» خواهد شد و سردفتران و دفتربارانی که پس از پرداخت سی سال حق بیمه و بازنشستگی، بایستی محق‌ترین افراد منتفع شده از دارایی‌های کانون باشند، تحت‌تاثیر مستقیم این معضل قرار خواهد گرفت.

نتیجه این که بایستی طرحی نو در انداخت تا: ۱- منطبق با تشدید تورم و قیمت‌ها، حق‌التحریر دفاتر اسناد رسمی نیز به روز گردد. ۲- با طرح‌های حمایتی اعم از اعطای وام‌های بلندمدت و یا سرمایه‌گذاری‌های کانون برای سردفتران و دفترباران، ایجاد درآمد نمود. ۳- راهکاری برای بیمه و بازنشستگی سردفتران و دفترباران جدید پیش‌بینی کرد و آیین‌نامه بیمه و درمان نیز اصلاح

۱. برای مطالعه بیشتر ر.ک.ق.م.م. مصوب سال ۱۳۴۵ و اصلاحات سال ۱۳۴۸ و آیین‌نامه اجرایی بیمه سردفتران اسناد رسمی و دفترباران کشور مصوب آبان‌ماه ۱۳۵۰ و آیین‌نامه بیمه سردفتران اسناد رسمی و دفترباران مصوب ۱۳۵۵/۱۱/۱۸ و لایحه قانونی راجع به حق‌التحریر دفاتر اسناد رسمی و نحوه تقسیم آن مصوب ۱۳۵۹/۳/۳ شورای انقلاب و قانون مالیات‌های مستقیم مصوب سال ۱۳۶۶ و ماده واحده تأمین اعتبار جت اجرای مواد ۱۰، ۱۱، ... ق.د.ا.ر. مصوب ۱۳۶۷/۲/۱۱ و قانون اصلاح پاره‌ای از مواد قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۷۱/۳/۳ و ماده واحده توزیع حق‌التحریر دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۷۳/۲/۲۸ و آیین‌نامه بیمه و بازنشستگی مصوب سال‌های ۱۳۷۳ و ۱۳۸۱ و ۱۳۸۶ مراجعه گردد، که جهت جلوگیری از اطاله کلام از ذکر بسیاری از مواد مرتبط با موضوع خودداری می‌گردد.

گردد. ۴- با ایجاد صلاحیت‌های جدید یا تنظیم اسناد در عرصه‌های جدید حقوقی اعم از ق. پیش‌فروش ساختمان و تعهد به بیع و... درآمدهای دفاتر را افزایش داد که در نتیجه آن صندوق کانون از ورشکستگی نجات خواهد یافت. ۵- مبلغ حق‌الثبت دولتی بالاخص در اسناد رهنی بسیار سنگین بوده و بایستی کاهش یابد تا منجر به سندگیزی نشود که نتیجه آن حمایت از صندوق کانون و رغبت به تنظیم اسناد رسمی و ایجاد بهداشت حقوقی و قضایی برای آحاد جامعه و کشور خواهد بود.

راهکارهای افزایش در آمد دفاتر اسناد رسمی

امیر شهريار کلانتری اسکویی^۱

مقدمه

افزایش هزینه‌های زندگی در همه بخش‌ها از کالاهای اساسی و مایحتاج روزانه تا اجاره بها و هزینه استهلاک و لوازم مصرفی دفترخانه همگی معلول علتی به نام تورم است که امروزه همه با آن آشنایی داریم. از منظر اقتصادی سود ناویژه عبارتست از حاصل تفریق درآمد منهای هزینه. هر بنگاه اقتصادی برای بقای خود نیازمند حاشیه سود معقول و منطقی است و در غیر این صورت ورشکستگی و تعطیلی آن، امری ناگزیر است. با افزایش هزینه‌های جاری و مخارج دفاتر اسناد رسمی از مایحتاج اداری و دفتری گرفته تا مایحتاج فردی و غذایی، پوشش هزینه‌ها جز با

افزایش درآمد دفاتر اسناد رسمی ممکن نیست. در وضعیت بغرنج کنونی و برای بقای دفاتر و کارکنان آن، راهکار برون رفت از بحران چیزی جز افزایش درآمد مشروع دفاتر اسناد رسمی نیست. در این نوشتار برآنیم تا به راهکارهای افزایش درآمد مشروع دفاتر اسناد رسمی بپردازیم.

راهکارهای افزایش مشروع درآمد دفاتر اسناد رسمی

راهکار اول: اصلاح تعرفه و ماده ۵۴ قانون دفاتر اسناد رسمی

در شرایط کنونی یکی از راهکارهای موقت، افزایش درآمد دفاتر اسناد رسمی که تاثیر فوق العاده‌ای بر معاش دفاتر دارد؛ اصلاح تعرفه تحریر و تطبیق آن با شرایط اقتصادی روز و تورم موجود است. پر واضح است در حالی که میزان تورم از اسفند سال ۱۳۹۸ تا ۱۴۰۱ بیش از ۱۰۰ درصد است؛ تعرفه‌هایی که در سال ۱۳۹۸ مورد بررسی، فحص و تصویب قرار گرفته است؛ به هیچ وجه کارآمد نیست. یکی از موانع اصلاح سالانه و بازنگری تعرفه دفاتر، تفسیر و برداشت ناصحیح از ماده ۵۴ قانون دفاتر اسناد رسمی است. این ماده اذعان داشته که: «میزان حق تحریر طبق تعرفه تعیین شده وزارت دادگستری خواهد بود که باید هر چهار سال یک بار مورد بررسی مجدد قرار گیرد و در صورت اقتضا در آن تجدید نظر شود...». رویه قوه قضاییه در مواجهه با این ماده آن است که هرگونه ابلاغ تعرفه جدید باید حداقل ۴ سال یکبار صورت پذیرد. درک صحیح و گشودن گره از اراده قانون‌گذار در گرو درک شرایط قانون‌گذاری در زمان تصویب قانون است. این ماده قانونی در سال ۱۳۵۴ در شرایطی به تصویب مجلسین شورای ملی و سنا رسیده است که مطابق شاخص کل بهای کالاها و خدمات مصرفی در مناطق شهری ایران، منتشر شده توسط سایت رسمی بانک مرکزی در پانزده سال منتهی به سال ۱۳۵۴ میزان تورم حدود ۶۰/۴ درصد بوده است (میانگین سالانه حدود ۴ درصد). با این همه قانون‌گذار به سبب رعایت مصلحت دفاتر و عدم فراموشی معیشت دفاتر اسناد رسمی به بازنگری اجباری تعرفه حداکثر ظرف ۴ سال پس از ابلاغ تعرفه قبلی

حکم داده است.

از طرفی چنان که از سیاق و عبارات ماده ۵۴ قانون دفاتر برمی آید، آنچه مورد تاکید و الزام قانون گذار گردیده، بازنگری در تعرفه اجباری حداکثر ظرف ۴ سال است و این مهم نافی بازنگری قبل از ۴ سال (ولو هر ماه) نیست؛ به بیان دیگر قانون گذار قوه قضاییه را مکلف کرده هر چهار سال یکبار تعرفه دفاتر را مورد بررسی قرار داده و در صورت اقتضا آن را کاهش یا افزایش دهد، اما این امر به این معنی نیست که قوه قضاییه حق تغییر تعرفه‌ها را در کمتر از چهار سال نداشته باشد.

از سویی دیگر، اصلاح تعرفه در قوه قضاییه امری مسبوق به سابقه است؛ چرا که پیش از این چندین بار اصلاح تعرفه قبل از گذشت مدت ۴ سال صورت پذیرفته است که برای مثال می‌توان به بازنگری در بخش تعرفه اسناد اجاره (اصلاحیه بخشنامه تعرفه مصوب ۱۳۹۴) اشاره کرد و در آن بازنگری تعرفه دفاتر اسناد رسمی کاهش یافت، که با دیدگاه غیر قابل تفسیر و انعطاف‌پذیری ماده ۵۴ قانون دفاتر اسناد رسمی قبل از ۴ سال انطباق ندارد و به نظر می‌رسد که قوه قضاییه حق تغییر یا اصلاح تعرفه‌ها را دارد.

جالب توجه آنکه ماده ۵۴ قانون دفاتر اسناد رسمی به صراحت ماده ۲۹ همان قانون، در خصوص سردفتران ازدواج و طلاق نیز جاری است و ریاست محترم قوه قضاییه در ماده ۲۶ نظامنامه دفاتر ازدواج و طلاق مصوب ۱۴۰۱/۰۲/۱۱ بازنگری تعرفه دفاتر ازدواج و طلاق را هر دو سال یکبار معین نموده است؛ فلذا باید به این نکته اذعان داشت که تفسیر امکان بازنگری در مدت کوتاه‌تر از ۴ سال موکدا مورد تایید ریاست قوه قضاییه می‌باشد.

از دیگر سو شرایط اقتصاد کنونی به تعبیر مقام معظم رهبری به جنگ اقتصادی تعبیر شده است و این امر اقتضای آن را دارد که مطابق قاعده اضطرار (الضرورات تبيح المحذورات) و قاعده لاضرر، همگام با اقشار مختلف و اصناف

گوناگون، تعرفه دفاتر جهت تامین معاش خانواده بزرگ دفاتر اسناد رسمی شامل سردفتران، دفترباران و کارمندان، اصلاح و به روز شود. شایان توجه است که در سال جاری بسیاری از اصناف با توجه به تورم موجود در جامعه و شرایط اقتصادی ویژه نسبت به اصلاح تعرفه صنف خود اقدام نموده‌اند و حتی دولت جمهوری اسلامی ایران لایحه دوفوریتی متناسب‌سازی حقوق کارکنان دولت و بازنشستگان کشوری و لشکری (جهت افزایش و اصلاح دوباره حقوق و مستمری در سال ۱۴۰۱) را به مجلس شورای اسلامی تقدیم نموده است و در مقدمه توجیهی صراحتاً به ضرورت حمایت از کارمندان و کارکنان دولت و بازنشستگان کشوری و لشکری و استمرار عدالت در نظام پرداخت‌ها و بهبود معیشت آنان اشاره شده است. امری که گویا در خصوص دفاتر اسناد رسمی دیر زمانی است به فراموشی سپرده شده است.

اما اصلاح تعرفه فقط به تغییر ریالی ردیف‌های تعرفه محدود نمی‌شود بلکه این مهم باید در تعمیم ردیف‌های تعرفه نیز صورت پذیرد؛ به عنوان مثال در بخشنامه تعرفه، وکالت‌ها به دو نوع کاری و فروش تقسیم بندی شده است. این تقسیم‌بندی سبب شده است که تحریر وکالت فروش یک خط تلفن ثابت (با ارزش حدود ۵۰۰ هزار تومان)، برابر تحریر وکالت فروش جامع برای کلیه املاک موکل (که ممکن است ارزشی معادل چند صد میلیارد تومان داشته باشد) باشد. به نظر می‌رسد تقسیم‌بندی تعرفه تحریر وکالت‌ها به امور خانواده، فروش املاک، فروش وسایط نقلیه، فروش سایر اموال، کاری و غیره لازم و ضروری است تا مردم و جامعه دفاتر اسناد رسمی طعم عدالت را چشیده و زمینه تخلفات احتمالی و توابع آتی آن کاهش یابد.

نقصان دیگر تعرفه حق‌التحریر، عدم در نظر گرفتن اجرت مشاوره (حداقل در خصوص مواردی که منجر به تنظیم سند نمی‌شود) و حق فنی تنظیم اسناد است. مطابق اصول و متون فقهی که در قانون مدنی نیز منعکس گردیده، اصل بر استحقاق اجرت است و کار و عمل افراد بایستی گرامی داشته و بهای عادلانه آن

پرداخت گردد. اصلی که در بخشنامه تحریر دفاتر مورد بی‌توجهی واضعین قرار گرفته است. به همین دلیل به نظر می‌رسد پیچیدگی و ظرافت‌های هر سند، مشاوره و حق فنی سردفتری که با دانش و تجربه خود اقدام به مشاوره می‌نماید، نباید نادیده گرفته شود و از آن جایی که تنظیم سند با ثبت سند متفاوت است بایستی هزینه‌های تنظیم با هزینه‌های ثبت نیز متفاوت باشد.

همچنین بحث تعرفه‌ها و اصلاح آن هر ساله منجر به زنجیره‌ای از کارگروه‌های مختلف از کانون، سازمان ثبت اسناد و املاک کشور و قوه قضاییه و صرف ساعات‌ها وقت و رفت و آمدهای مکرر و پیگیری‌های بسیاری می‌گردد و در انتها با اعمال سلیقه و به طور معمول نامنطبق با وضعیت معاش دفاتر به تصویب می‌رسد؛ امری که خود نیازمند ایجاد ساز و کارهای جدید و تعریف مبنای واحدی برای آن است و این امر به راحتی با گره زدن مبنای اصلاح تعرفه به مواردی چون نرخ و شاخص تورم سالانه (اعلام شده توسط بانک مرکزی)، میانگین قیمت طلا و مسکوکات و حتی نرخ دیه اعلامی توسط قوه قضاییه امکان پذیر است و بدین صورت باب اعمال سلیقه شخصی در خصوص تعرفه تحریر دفاتر مسدود می‌شود.

از دیگر نقص‌های تعرفه تحریر و آیین نامه دفاتر مصوب سال ۱۴۰۰، ماخذ محاسبه حق‌التحریر در اسناد قطعی غیرمنقول مطابق با قیمت منطقه‌بندی است که متأسفانه به رغم مخالفت با اصول شرعی و عقلی (اقدام به قید ثمن معامله به قیمت منطقه بندی بر خلاف توافق طرفین) منجر به نامتناسب بودن مسئولیت کاتب در خصوص سند‌گذاری می‌شود؛ چرا که کاتب به نسبت قیمت منطقه‌بندی مستحق دریافت اجرت شناخته می‌شود ولی در صورت وقوع اشتباه و مطابق رویه قضایی حاکم، مسئول جبران قیمت روز ملک است (نقض قاعده شرعی من له الغنم فعلیه غرم) و همچنین این امر مغایر با قوانین موضوعه‌ای چون قانون مبارزه با پول‌شویی است.

با عنایت به موارد از پیش گفته شده به نظر می‌رسد رعایت غبطه و مصلحت

دفاتر اسناد رسمی، مطابق ماده ۱ قانون دفاتر اسناد رسمی بر عهده قوه قضائیه است و قوه قضائیه همگام با سایر اصناف خصوصا وابستگان قوه قضائیه شامل قضات، ادارات ثبت اسناد و املاک و کادر اداری دادگستری و در جهت جلوگیری از فساد اداری، معیشت و معاش این صنف را نیز از یاد نبرد. حتی اگر ماده ۵۴ قانون دفاتر در خصوص تصویب تعرفه جدید، برای قوه قضائیه ایجاد ابهام در تفسیر مینماید، شایسته است با کمک کارگروه ویژه در کانون سردفتران و دفتریاران نسبت به فرآیند استفساریه یا اصلاح این ماده از قانون دفاتر ولو در مفاد قانون بودجه عمومی کشور، اقدام نماید.

در هر صورت می‌تواند کانون سردفتران و دفتریاران با همکاری سازمان ثبت اسناد و املاک کشور نسبت به ارائه طرحی جهت تغییر ماده ۵۴ قانون دفاتر اسناد رسمی در مجلس شورای اسلامی اقدام نماید و مطابق اصول و عرف پذیرفته شده در همه مشاغل کشور اعم از خصوصی یا دولتی، تعرفه دفاتر اسناد رسمی هر ساله متناسب با شاخص تورم مورد بازبینی قرار گرفته و در صورت افزایش تورم، تعرفه دفاتر اسناد رسمی افزایش یافته و در صورت عدم وجود تورم، تعرفه تغییر نیافته و در صورت منفی شدن تورم، تعرفه دفاتر اسناد رسمی کاهش یابد.

راهکار دوم: ایجاد صلاحیت‌های جدید

دیگر راهکار افزایش درآمد دفاتر اسناد رسمی، افزایش و بسط دایره صلاحیت‌های دفاتر است. امری که در حال حاضر با نام برون‌سپاری نزد سردفتران و دفتریاران شناخته می‌شود. از آنجایی که سردفتران و دفتریاران پس از احراز صلاحیت‌های علمی، عملی و به موجب احکام صادره از قوه قضائیه و سازمان ثبت اسناد و املاک به سمت خود منصوب می‌گردند و صلاحیت اخلاقی و علمی ایشان محرز و مورد وثوق حاکمیت است و از سوی دیگر با توجه به ظرفیت و پراکندگی دفاتر اسناد رسمی در سطح کشور، بهترین نهاد برای اخذ صلاحیت‌های برون‌سپاری شده به بخش خصوصی است. این صلاحیت‌ها می‌تواند امور حسبی چون صدور

گواهی‌های انحصار ورثه، تقسیم ارث و امور مربوط به ثبت شرکت‌ها و موارد این‌چنینی باشد که سبب چابک‌سازی و کاهش هزینه‌های دولت و حاکمیت شده و هم‌منجر به کاهش رفت و آمدهای غیر ضرور و تسهیل امور اداری و جلب رضایت‌مندی حداکثری ارباب رجوع می‌گردد. ناگفته نماند که این برون‌سپاری‌ها وقتی مورد توجه قرار می‌گیرد و منجر به رضایت‌مندی مردم و دفاتر اسناد رسمی و افزایش کیفیت خدمات می‌شوند که تعرفه آنها به صورت معقول و منطقی با در نظر داشتن میزان مسئولیت، حجم کار انجام شده و هزینه‌های جاری دفاتر، مشخص و تعیین گردد. این مهم در تعرفه برون‌سپاری اخیر به شدت مغفول مانده تا جایی که با خلط وظایف حاکمیت و بخش خصوصی، تعرفه رایگان برای بعضی از ردیف‌های بخشنامه تعرفه قرار داده شده است. این در حالی است که انجام خدمات رایگان و عام‌المنفعه از طریق تخصیص یارانه، وظایف دولت‌ها و حاکمیت بوده و تحمیل این امر برای دفاتر اسناد رسمی که تمامی هزینه‌ها اعم از حقوق کارمند، قبوض آب و برق، اجاره بهای محل، عوارض شهرداری، مالیات شغلی، سهم بیمه تامین اجتماعی، تعمیر پرینتر و استهلاک دفتر و ملزومات آن و سایر هزینه‌های ریز و درشت را از جیب خود و بدون هیچ یارانه و حمایتی پرداخت می‌نمایند، امری غیر ممکن و تکلیفی مالایطاق است و نتیجه چنین برون‌سپاری در مرحله اجرا از پیش مشخص و معین است.

راهکار سوم: استفاده و احیای صلاحیت‌های مخفی و ظرفیت‌های قانونی مغفول

صلاحیت دفاتر اسناد رسمی در امر تنظیم سند، صلاحیتی عام است و دفاتر اسناد رسمی مطابق ماده ۳۰ قانون دفاتر اسناد رسمی، هر سندی که مفاد و مدلول آن مخالف مقررات موضوعه و نظم عمومی و اخلاق حسنه نباشد، قابلیت تنظیم در دفاتر اسناد رسمی را دارد. این صلاحیت بسیار عام و شامل اسناد گوناگونی می‌شود، تا حدی که نزد عوام این امور خارج از صلاحیت دفاتر اسناد رسمی تلقی می‌شود. از این امور می‌توان به تنظیم قراردادهای خصوصی، مشارکت در ساخت، تعهد به

بیع، پیش فروش ساختمان‌ها و ... اشاره کرد. از علل عدم رغبت دفاتر اسناد رسمی و ارباب رجوعان دفاتر می‌توان به بحث عدم واضح بودن میزان حقوق دولتی در بعضی اسناد و همچنین عدم تطابق تحریر دفاتر با کار انجام شده و مسئولیت‌های سند ثبت شده و ... اشاره کرد.

البته در خصوص پیش‌فروش ساختمان باید اشاره گردد که علت کمتر تنظیم شدن اسناد پیش‌فروش ساختمان در دفاتر اسناد رسمی، موانع قانونی آن است که توسط قانون‌گذار و همچنین ادارات دولتی چون شهرداری ایجاد گردیده است؛ چراکه مطابق ماده ۴ قانون پیش‌فروش ساختمان از جمله مدارک لازم جهت تنظیم سند پیش‌فروش، شناسنامه فنی مستقل برای هر واحد بوده که تهیه این مدرک برای پیش‌فروشندگان بسیار دشوار می‌باشد و این امر به علت عدم همکاری شهرداری در صدور آن می‌باشد و متأسفانه قانون‌گذار مدارک متعددی را جهت تنظیم این سند مقرر نموده، در حالی که هدف از وضع قانون پیش‌فروش، حمایت از خریداران و جلوگیری از انجام معاملات متعدد و متعارض و کلاهبرداری در مورد واحدهای احداثی است و به علت سخت‌گیری قانون‌گذار یا عدم همکاری شهرداری یا سایر ادارات، دفاتر اسناد رسمی امکان تنظیم سند پیش‌فروش را ندارند. البته به اعتقاد نگارنده و با کمک گرفتن از قانون تسهیل تنظیم اسناد در دفاتر اسناد رسمی و آیین‌نامه اجرایی آن و سپس صدور نظر کانون سردفتران و دفتریاران و بعد از آن تایید سازمان ثبت اسناد و املاک کشور، این نظر تبدیل به رای وحدت رویه شده و پس از آن می‌توان با رفع موانع مبادرت به تنظیم اسناد پیش‌فروش نمود.

آن‌گونه که عنوان شد، قوه قضاییه با تعرفه‌های غیرمطابق با وضعیت اقتصادی و پیچیدگی اسناد، راه ابتکار، نوآوری، تحقیق و تفحص علمی در اسناد گوناگون را مسدود کرده و رغبت دفاتر اسناد رسمی برای انجام و صرف وقت برای این‌گونه اسناد را از بین برده است. مسلماً دفاتر اسناد رسمی به جهت معیشت کارمندان خود ترجیح می‌دهند در بازه زمانی مشخص، اقدام به تنظیم اسناد معمول و متداول

نمایند تا این که وقت خود را برای تنظیم اسناد دیگر و مصاحبه با ارباب رجوع و آگاهی از اغراض و قصد واقعی ایشان در قرارداد و تطبیق آن با قوانین و عقود نمایند که بسیار زمان بر و پرمسئولیت بوده و با محاسبه مدت زمان مشاوره و تنظیم و ثبت این اسناد و مسئولیت‌های آتی و رفت‌وآمدهای مکرر آن سند غیرمتداول (خاص) تنظیمی، حق‌التحریر اخذ شده برای آن سند بسیار بیشتر از زمان و انرژی و مسئولیت و تخصصی است که بابت آن هزینه شده است و اصطلاحاً حق‌التحریر این‌گونه اسناد «منفی» تلقی می‌شود.

از سویی دیگر از آن جایی که حق‌الثبت اسناد و اضافه نیم درصد آن که جمعاً یک درصد از مآخذ موضوع معامله را شامل می‌شود که این حقوق دولتی سنگین باعث عدم رغبت و گرانی سند تنظیمی از دیدگاه مردم می‌شود. برای اثبات این مطلب کافی است حق‌الثبت اسناد رهنی مدنظر قرار گیرد.

راهکار چهارم: تشکیل کارگروه ویژه

در بخش‌ها و سطوری که از نظر گذشت به موانع و راهکارهای بسیاری در زمینه افزایش درآمد دفاتر اسناد رسمی اشاره گردید. رفع بسیاری از این مشکلات نیازمند برنامه بلند مدت و همکاری منسجم قوه قضاییه و قوه مقننه و سازمان ثبت اسناد و املاک کشور و کانون سردفتران و دفتریاران است. از آنجایی که بسیاری از مشکلات کنونی از عدم اصلاح قانون و مقررات موجود دامن‌گیر شده یا حل آن در گرو قانون‌گذاری و طی مراحل طولانی تقنینی است، به نظر می‌رسد در جهت افزایش درآمد دفاتر و کانون سردفتران و دفتریاران، ایجاد کارگروه ویژه متشکل از اعضای فهیم و فعال از سراسر کشور و همکاری سازمان ثبت اسناد و املاک و قوه قضاییه امری غیرقابل اجتناب و واجب است و تا تصویب قوانین جدید و اصلاح قوانین، این کارگروه بایستی پرتلاش بوده و تا رسیدن به نتیجه نهایی غیرفعال نگردد. امید است در آیین‌نامه اصلاحی آتی، ریاست محترم قوه قضاییه به این مهم، توجه نمایند.



مقالات

آثار انحلال وکالت بر روابط موکل، وکیل و وکلای تفویضی

محمدعلی جعفری ندوشن^۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۱/۲۰

تاریخ ویرایش: ۱۴۰۱/۱/۲۴

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۲/۲۵

چکیده

در عقد وکالت، ممکن است برحسب تصریح یا دلالت قراین، وکیل از اختیار توکیل به غیر برخوردار باشد. چنانچه وکیل از اختیار مزبور استفاده نموده و وکالت خویش را به دیگری تفویض نماید یا این که در انجام تمام یا قسمتی از اختیارات خویش به دیگری وکالت دهد، تحلیل آثار ناشی از تحقق موجبات انحلال نسبت به وکالت اولیه یا ثانوی بر وضعیت حقوقی وکالت سابق یا لاحق با پیچیدگی و دشواری خاصی روبه‌رو خواهد بود. تبیین وضعیت حقوقی قرارداد وکالت در رابطه بین ایادی متوالی با فرض انحلال یکی از عقود مزبور، مساله اصلی مقاله حاضر را تشکیل داده است.

کلیدواژگان: تفویض وکالت، توکیل به غیر، وکالت ثانویه، وکالت توکیلی.

مقدمه

قانون مدنی در بیان طرق ارتفاع وکالت، «عزل وکیل»، «استعفای وکیل» و «موت یا جنون موکل یا وکیل» را باعث مرتفع شدن وکالت دانسته است. (ماده ۶۷۸ قانون مدنی) از طرف دیگر، ماده ۶۸۲ همان قانون حجر موکل در اموری که مانع از اقدام محجور می‌گردد را باعث انحلال وکالت دانسته و نقص ماده ۶۷۸ را که از بین موارد نقص اراده، فقط جنون را باعث انحلال وکالت دانسته بود، جبران نموده است. به علاوه «از بین رفتن متعلق وکالت»، «انجام مورد وکالت توسط خود موکل و یا انجام هر اقدامی که منافعی با وکالت است» در ماده ۶۸۳ موجب انحلال وکالت معرفی شده است. در کنار مصادیق مصرح در قانون مدنی «انقضای مدت وکالت در وکالت‌هایی که مقید به زمان خاص است» و همچنین «انحلال عقدی که وکالت به صورت شرط ضمن آن عقد درج گردیده است» نیز در زمره مصادیق انحلال وکالت می‌باشد. انحلال وکالت در مواردی که رابطه وکالت محدود به موکل و وکیل است و شخص ثالثی مستقیماً وارد حیطة عقد وکالت نگردیده است، با چالش‌های خاصی مواجه است؛ چه ممکن است وکیل به استناد وکالت به نیابت از موکل با اشخاص ثالث اعمال حقوقی منعقد نماید و عزل قبلی او مخل حقوق اشخاص ثالث باشد. برای رفع این مشکل، قانون‌گذار کلیه اقدامات وکیل قبل از رسیدن خبر عزل به او را در حق موکل نافذ دانسته است (ماده ۶۸۰ ق.م.؛ ولی مسلم است چالش زمانی جدی‌تر می‌گردد که وکیل با استفاده از حق توکیل خود مورد وکالت را به شخص ثالثی واگذار نماید؛ یا به استناد وکالت مزبور با شخص ثالث قرارداد وکالت به نیابت از موکل خود تنظیم نماید. در این موارد، پیچیدگی‌های روابط موکل با وکیل یا وکلای توکیلی و نقش وکیلی که وکالت را به ثالثی توکیل نموده است، بیشتر عیان می‌گردد. قانون مدنی (بدون آنکه آثار

چنین وکالت و نحوه تنظیم روابط موکل و وکیل را بیان نماید) صرفاً به اصل عدم اختیار وکیل در توکیل به غیر و نافذ نبودن اقدامات وکیل توکیلی (و وکیل تفویضی) در صورت عدم اذن موکل به توکیل اکتفا نموده است (مواد ۶۷۲ و ۶۷۳). با توجه به مقدمه فوق، آثار انحلال وکالت بر روابط موکل و وکلای توکیلی و تفویضی را در دو مبحث جداگانه بررسی خواهیم نمود. ابتدا وضعیت حقوقی روابط موکل با وکیل توکیلی و تفویضی را بررسی نموده و سپس، به بیان نحوه انحلال رابطه وکالت میان اولین موکل، موکل توکیل کننده (مفوض) و وکیل توکیلی (مفوض الیه) خواهیم پرداخت.

۱- مفهوم توکیل به غیر و رابطه حقوقی بین موکل و وکیل و وکلای توکیلی و تفویضی «توکیل» مصدر از باب تفعیل و از ریشه «وکل» می‌باشد. در مفهوم عام، توکیل به معنی وکالت دادن به دیگری است ولی در مفهوم خاص، منظور از توکیل به غیر این است که وکیل برای انجام موضوع وکالت به دیگری وکالت دهد (کاشانی، ۱۳۸۸: ۲۲۶). در حال حاضر، واژه توکیل از مفهوم عام خود فاصله گرفته و وقتی صحبت از توکیل می‌شود، معنای خاص آن مدنظر قرار می‌گیرد به این مضمون که «وکیل برای انجام تعهدات خود در قبال موکل جهت انجام مورد وکالت به شخص دیگری نیابت دهد تا آن را انجام دهد.» (ایزانلو و مدنی، ۱۳۹۳: ۱۱۶)

در قانون مدنی ایران، قواعد حاکم بر توکیل وکالت به غیر، تحت عنوان مستقلی بیان نشده و فقط در دو ماده به اصل عدم امکان توکیل به غیر بدون اذن موکل و مسئولیت ناشی از عدم رعایت اذن موکل در توکیل به غیر، تصریح شده است. (مواد ۶۷۲ و ۶۷۳ ق.م)

در فقه امامیه، وکیل اجازه نصب وکیل دیگری در انجام موارد وکالت را ندارد و اصل بر این قرار گرفته است که خود شخصاً مورد وکالت را انجام

دهد مگر آنکه موکل صراحتاً اذن داده باشد و یا قرآینی برای اذن موکل در این زمینه وجود داشته باشد؛ در این صورت وکیل، ماذون در اعطای اختیارات خود به دیگری یا گرفتن اجیر برای انجام موضوع وکالت خواهد بود (شهید ثانی، ۱۳۸۷ش: ۴، ۳۷۴؛ محقق حلی، ۱۴۰۹ق: ۲، ۱۲۱؛ الموسوی الخمینی، ۱۴۱۷ق: ۲، ۴۴). برخی از فقها نیز در خصوص اختیار توکیل وکیل قایل به تفصیل شده‌اند، به این نحو که اگر موضوع وکالت از اعمال پست باشد که در شان موکل نیست و یا آنکه حیطة اختیارات وکیل به حدی باشد که وکیل به تنهایی نتواند مورد وکالت را انجام دهد، حق توکیل به غیر خواهد را داشت. (علامه حلی، بی تا: ۱۵، ۲۴)

در حقوق ایران، به تبعیت از فقه امامیه، اصل بر عدم اختیار توکیل موضوع وکالت است. در فقه اهل سنت نیز وضع به همین منوال است و فقهای شافعی، مالکی و حنبلی معتقدند وکیل فقط در صورت اذن موکل، حق توکیل به غیر دارد ولی در فقه حنفی اصل بر این است که وکیل حق توکیل به غیر دارد مگر این که از توکیل به غیر منع شده باشد (الزحیلی، ۱۴۰۹ق: ۴، ۱۶۰). با وجود این، برخی از فقهای اهل سنت توکیل به غیر را در صورتی مجاز شمرده‌اند که وکیل خود قادر به انجام مورد وکالت نباشد و بر همین سیاق، چنانچه حدود اختیارات وکیل به نحوی گسترده باشد که وکیل به تنهایی قادر به انجام وکالت نباشد، اجازه داده‌اند که وکیل بتواند در مواردی که امکان انجام آن را شخصاً ندارد، به دیگری وکالت دهد (الرافعی، ۱۴۱۷ق: ۱۱، ۴۳).

۲- رابطه حقوقی بین موکل و وکیل توکیلی:

وکیل توکیلی رابطه قراردادی مستقیم با موکل بلاواسطه خود دارد و در عین حال، کلیه اقداماتی که انجام می‌دهد به نام و به حساب اولین موکل خواهد بود. همین دوگانگی باعث گردیده است با این چالش مهم مواجه شویم که آیا وکیل

توکیلی، وکیل ید ماقبل خود است یا وکیل اولین موکل؟ برای روشن شدن بحث ابتدا رابطه وکیل توکیلی با موکل بلاواسطه و اولیه موکل را بررسی خواهیم نمود.

۱-۲- رابطه وکیل توکیلی با موکل خود:

در قرارداد منعقد بین وکیل اولیه (مفوض) و وکیل توکیلی (مفوض‌الیه)، هرچند که موضوع این وکالت اختیاراتی است که از اولین موکل به وکیل توکیلی واگذار شده، اما وکیل توکیلی رابطه قراردادی مستقیم با موکل خود دارد، چرا که قرارداد وکالت را با او منعقد نموده و اختیارات خود را از او اخذ نموده است. به طور کلی نمی‌توانیم با وجود اختیاری که وکیل قبلی جهت توکیل به غیر داشته است، منکر رابطه حقوقی بین این دو شخص شده و نقش وکیل اولیه را در روابط بین وکلا نادیده بگیریم (هرچند که ممکن است این ارتباط برحسب کیفیت اراده طرفین در نحوه توکیل، شدت و ضعف داشته باشد). در این خصوص، نظرات فقهای امامیه را می‌توان به دو دسته تقسیم نمود:

الف- وکیل توکیلی (مفوض‌الیه) وکیل وکیل (مفوض) است نه وکیل اولین موکل، زیرا غرض و مقصود از حق توکیل به وکیل، تسهیل و آسان کردن امر وکالت برای اوست (طباطبایی، ۱۴۰۴: ۲، ۱۳).

ب- وکیل توکیلی (مفوض‌الیه)، وکیل اولین موکل است؛ زیرا وکالت عبارت است از آنچه موکل نیابت داده است. بنابراین، عقد وکالت ثانوی نیز برای اولین موکل واقع می‌شود. دلیل دیگری که برای اثبات این نظر ذکر شده، تبادر است یعنی آنچه به ذهن متبادر می‌شود وقوع وکالت دوم برای اولین موکل است (نقل از: ایزانلو و مدنی، ۱۳۹۳ش: ۱۲۰).

برای تعیین شدت و ضعف این رابطه و آثار حقوقی ناشی از آن بهتر است در موردی که وکیل به وکیل توکیلی وکالت می‌دهد، بین دو حالت قایل به تفکیک شویم:

حالت اول: وکیل اولین موکل با توجه به اختیاری که جهت توکیل به غیر

دارد با وکیل توکیلی «قرارداد وکالت» منعقد می‌نماید، به نحوی که موضوع وکالت مزبور انجام اختیاراتی باشد که وکیل اولین موکل از موکل خود داشته است، مانند آن که الف وکالت تامی راجع به کلیه اموال خود به ب اعطا نموده و شخص اخیر با توجه به اختیاری که از الف جهت توکیل داشته است، نسبت به یکی از اموال موکل به نیابت از الف وکالتی به ج اعطا نماید. در این حالت با دو وکالت مجزا مواجه هستیم: ۱- وکالت الف به ب، ۲- وکالت ب به ج؛ که موضوع این وکالت اختیاراتی است که از الف اخذ نموده است.

حالت دوم: وکیل اولین موکل تمام یا قسمتی از اختیارات خود که از اولین موکل اخذ نموده را به وکیل توکیلی «تفویض» می‌نماید مانند فرض بالا که الف وکالت اموال خود را به ب اعطا نموده و ب با توجه به حق توکیلی که داشته است، تمامی وکالت یا قسمتی از اختیارات خود را به ج تفویض نماید. که در اینجا از وکیل اولین موکل به عنوان مفوض و وکیل توکیلی به عنوان مفوض‌الیه یاد خواهیم نمود.

چنین تفکیکی در قانون مدنی مشاهده نمی‌گردد و فقط در ماده ۶۷۳ صحبت از «واگذار نمودن» انجام امری که در آن وکالت دارد به شخص ثالث شده است؛ ولی نمونه این تفکیک را می‌توانیم در سایر قراردادهای مشاهده نماییم مانند ماده ۵۵۴ قانون مدنی در مضاربه که بیان میدارد: «مضارب نمی‌تواند نسبت به همان سرمایه با دیگری مضاربه کند یا آن را به غیر واگذار نماید مگر با اجازه مالک» یا در ماده ۵۴۵ که صحبت از واگذاری معامله یا شرکت با دیگری در مسابقات شده است. به هر حال، صرف نظر از آنکه سکوت قانون‌گذار دلیلی برای منع توکیل به هر یک از اشکال فوق نیست، اصل حاکمیت اراده و عرف رایج، صحت هر دو نوع قراردادی را تایید می‌کنند؛ ضمن آنکه از مجموع مقررات مذکور در زمینه مضاربه، مزارعه و مسابقات نیز می‌توانیم صحت هر دو نوع قرارداد را استنباط نماییم.

آنچه مسلم است شدت و ضعف رابطه وکیل توکیلی با ید ماقبل خود در دو حالت مذکور یکسان نیست. در حالت اول، چنین استنباط می‌شود که وکیل اولیه قصد داشته است رابطه حقوقی خود را با وکیل توکیلی حفظ نماید و در دومین حالت که صحبت از تفویض اختیار وکیل به مفوض‌الیه شده است، فرض کلی بر این قرار گرفته که وکیل اولین وکالت، قصد دارد اختیاراتی که از اولین موکل داشته است را تماماً یا جزئاً به ثالثی واگذار نموده و خود را از حلقه این ارتباط خارج گرداند. مفهوم لغوی «تفویض» و «واگذار نمودن» نیز همین استنباط را تقویت می‌نماید.^۱

تفکیک مزبور در قانون مدنی ما نیز سابقه دارد، چنانکه در ماده ۸۳ قانون مدنی در خصوص اختیارات متولی بیان شده است: «متولی نمی‌تواند تولیت را به دیگری تفویض کند مگر آنکه واقف در ضمن وقف به او اذن داده باشد؛ ولی اگر در ضمن وقف شرط مباشرت نشده باشد، می‌تواند وکیل بگیرد». از وحدت ملاک این ماده می‌توان استنباط نمود اشخاص ممکن است به تجویز قانون یا برحسب قرارداد، اختیاراتی که دارند را به دیگری «تفویض» نموده و خود را از محور آن اختیارات اعطایی خارج نمایند یا با حفظ سمت خود یا حداقل با حفظ ارتباط خود در سلسله اختیارات، برای اختیاراتی که دارند، شخصی را نایب خویش قرار دهند.

۲-۲- طرف قرارداد در وکالت توکیلی:

مطلب مهمی که می‌تواند کلید ورود ما به بحث و استنباط قواعد حاکم بر روابط طرفین در وکالت توکیلی و تفویضی باشد، این است که آیا وکیل توکیلی و تفویضی، وکیل اولین موکل است یا وکیل ید ماقبل خود؟ در واقع، مطلب اصلی آن است که وکیلی که با استفاده از حق توکیل، وکالت اعطا

۱. در فقه اصطلاح «تفویض» بیشتر در مهریه کاربرد دارد و آن ترک ذکر مهر در عقد نکاح و یا موکول کردن مقدار آن به نظر زوج یا زوجه یا شخص ثالث است (جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، شماره ۱۳۷۷).

شده به خود را به دیگری واگذار می‌نماید، از دایره سلسله مراتب و کالت خارج گردیده و وکیل توکیلی و یا تفویضی را جایگزین خود ساخته است یا این که خود او همچنان در سلسله مراتب و کالت باقی می‌ماند و مانند موکلی می‌ماند که در حدود اختیارات خود به دیگری و کالت می‌دهد.

پاسخ به این پرسش در استنباط قواعد حاکم بر توکیل و تفویض و کالت نقش به‌سزایی دارد؛ چرا که اگر قایل به حذف موکل و کالت توکیلی و یا تفویضی باشیم، هرگونه فعل و انفعالی که در حیطه و کالت رخ دهد و نیز هرگونه تغییری که در احوال موکل و کالت توکیلی حادث گردد (مانند فوت یا حجر) تأثیری در و کالت اخیر نخواهد داشت و اگر قایل به بقای او در سلسله مراتب و کالت باشیم، ممکن است به نتیجه‌ی دیگری دست یابیم. برای تبیین این موضوع به بررسی دلایل هر یک از دو نظریه مزبور می‌پردازیم.

در جهت توجیه نظریه‌ای که قایل به حذف نقش موکل و کالت توکیلی و یا تفویضی است؛ می‌توان استدلال نمود اول: با تفویض اختیاری که شخص به وکیل جدید داده است، وکیل جدید را جانشین خود ساخته و متبادر از اصطلاح «تفویض» نیز آن است که وی با واگذاری و کالت قصد خروج از تبعات و کالت اعطایی را داشته است. دوم: عدم اعتقاد به حذف چنین وکیلی باعث ایجاد هرج و مرج در روابط طرفین و کالت و اشخاص ثالث می‌گردد چه اگر قایل به بقای سمت موکل و کالت توکیلی باشیم، ممکن است مفوض و مفوض‌الیه توانان نسبت به انجام مورد و کالت اقدام نمایند که این ترتیب برخلاف نظر اولین موکل بوده و برای اشخاص ثالث که با وکلا طرف قرارداد واقع می‌شوند، خطرآفرین است. این امکان هرج و مرج در حالتی که با سلسله و کالت‌های تفویضی روبه‌رو شویم، به مراتب بیشتر خواهد بود. ثالثاً با تفویض و کالت؛ مفوض‌الیه قائم مقام موکل خود گردیده و با وقوع قائم مقامی، سمتی برای شخص قبلی باقی نمی‌ماند؛ لذا مفوض از جریان و کالت حذف می‌گردد.

گروه دوم که معتقد به بقا سمت موکل و کالت توکیلی هستند؛ چنین استدلال

نموده‌اند، اول: در صورت تردید در بقا یا زوال سمت چنین وکیلی، بقای سمت او استصحاب می‌گردد. دوم: اصل نسبی بودن قراردادهای اقتضا می‌نماید قرارداد فی مابین این شخص و مفوض‌الیه صرفاً در رابطه بین این دو موثر باشد، هرچند که موضوع این قرارداد اختیاراتی باشد که اولین موکل به مفوض واگذار نموده است. وحدت موضوع این دو وکالت نایستی باعث حذف نقش وکیل نخست در وکالت دوم گردد. سوم: ممکن است شرایط و حدود اختیارات وکالت دوم با وکالت اول متفاوت باشد، برای مثال موکل وکالت توکیلی در ازای اجرت کمتر یا بیشتری وکالت دوم را به وکیل توکیلی تفویض نموده باشد و یا مدت اعتبار وکالت دوم کمتر از مدت اعتبار وکالت اول باشد. در نتیجه، از حیث اجرت، مفوض‌الیه اجرت خود را از موکل خویش مطالبه می‌نماید و در مورد مدت، پس از انقضا مدت وکالت دوم، سمت وکیل در وکالت اول به اعتبار خود باقی می‌ماند و مواردی از این قبیل.

به نظر می‌رسد، هر دو استدلال مسیر افراط و تفریط را طی نموده‌اند. اعتقاد به حذف مفوض و همچنین، اعتقاد به بقای کامل سمت مفوض نمی‌تواند صحیح و منطبق با اراده طرفین و موافق با کلیه موازین قانونی باشد. در نتیجه، برای یافتن پاسخ صحیح در وهله اول بهتر است بین دو فرض قایل به تفکیک شویم:

الف: در موردی که وکیل اولیه به استناد حق توکیل از موکل خود به دیگری «وکالت» اعطا نماید به نحوی که موضوع آن اختیاراتی باشد که از موکل خود دریافت نموده، فرض بر بقا سمت وکیل وکالت اولیه است و بدین وسیله خواسته است سمت خود را حفظ و برای انجام مورد وکالت، دیگری را نایب خود قرار دهد.

ب: در فرضی که وکیل اولیه تمام یا قسمتی از اختیارات خود را به دیگری «تفویض» می‌نماید که می‌توان در زوال یا بقا نقش او بحث نمود. به نظر

می‌رسد که در چنین حالتی باید نقش مفوض‌الیه را از دو جهت تفکیک نمود:

۱- از جهت اختیاراتی که از اولین موکل اخذ و به مفوض‌الیه واگذار نموده است.

۲- از جهت سمت نامبرده در وکالت اولیه و همچنین وکالت تفویضی.

از جهت اختیاراتی که از اولین موکل اخذ نموده است؛ اصل کلی بر این استوار است که وکیل کلیه اختیارات خود را به دیگری تفویض نموده است و متبادر از واژه تفویض و جایگزینی مفوض‌الیه، آنست که اختیاری جهت انجام مورد وکالت برای موکل باقی نمی‌ماند و لذا، در رابطه با این اختیارات، سمت مفوض حذف شده و مفوض‌الیه کلیه اقدامات راجع به موضوع وکالت را به نیابت از اولین موکل انجام می‌دهد و آثار این قبیل اقدامات، مستقیماً متوجه اولین موکل خواهد بود. بنابراین، چنانچه فی‌المثل اولین موکل فوت نماید، مفوض‌الیه به دلیل فقدان سمت، حق اقدام نسبت به موضوع وکالت را نخواهد داشت.

اما از جهت سمت، مفوض‌الیه اختیارات خود را از مفوض اخذ نموده است و با او رابطه قراردادی دارد و چه بسا اصلاً اولین موکل را نشناسد؛ در نتیجه، مفوض‌الیه موظف است حساب تصدی خود را به مفوض ارایه دهد و آنچه در راستای وکالت اخذ نموده است را بایستی به ید ماقبل خود مسترد نماید (ماده ۶۶۸ ق.م) همچنین، مفوض‌الیه باید اجرت ناشی از انجام وکالت را از موکل خود و طبق شرایط قراردادی که با موکل خود منعقد نموده است، مطالبه نماید (ماده ۶۷۶ ق.م). اصل نسبی بودن قراردادها (ماده ۲۳۱ ق.م) این استدلال را توجیه می‌نماید. به علاوه، در مقام تقویت این استدلال می‌توان گفت اولین موکل در جهت پیگیری امور مربوط به وکالت ممکن است به مفوض‌الیه دسترسی نداشته باشد یا اصلاً او را نشناسد؛ لذا منطقی آن است که بتواند به وکیل بلاواسطه خود مراجعه نماید و معقول نیست که وکیل بلاواسطه به استناد حق توکیلی که از موکل داشته است، بتواند از پاس‌خگویی به موکل خود

طرفه برود. در نتیجه، علاوه بر این که آثار اقدام مفوض‌الیه به اولین موکل بر می‌گردد و مفوض‌الیه در مقابل اولین موکل پاسخگو است از این جهت نیز، مفوض‌الیه با موکل خود (مفوض) طرف قرارداد خواهد بود. و وکیل اولیه نیز پاسخگوی اولین موکل می‌باشد.

۳- انحلال وکالت در رابطه موکل و وکلای توکیلی و تفویضی:

مصادیق اصلی انحلال وکالت، فوت، حجر، عزل وکیل توسط موکل و استعفای وکیل است؛ هرچند مواردی نظیر از بین رفتن موضوع وکالت و... نیز باعث انحلال وکالت می‌گردد ولی در اینجا فقط به موارد شایع که همان فوت و حجر و عزل و استعفا است می‌پردازیم. در مقدمه این مقاله، راجع به مصادیق انحلال وکالت در رابطه بین اولین وکیل و موکل بحث اجمالی مطرح گردید. اکنون با توجه به نتیجه‌گیری حاصله از ارتباط اولین موکل با وکیل خود و ارتباط اولین وکیل با وکیل توکیلی (مفوض‌الیه)، باید تحلیل نمود که انحلال وکالت در روابط موکلین و وکلا به چه نحوی خواهد بود؟

۳-۱- انحلال وکالت در رابطه اولین موکل و اولین وکیل:

در رابطه بین اولین موکل و وکیل وی، می‌توان مصادیق انحلال وکالت را همان مصادیق مصرح در قانون مدنی دانست، ولی مشکل اصلی آنجاست که اولین وکیل سمت خود را به وکلای بعدی تفویض نموده است یا به استناد حق توکیل خود، با وکلای بعدی قرارداد وکالت راجع به اختیارات اخذ شده از اولین موکل، منعقد نموده است. دخالت وکلای توکیلی و مفوض‌الیه در این موارد و همچنین، امکان انجام مورد وکالت توسط وکلای توکیلی و مفوض‌الیه و در نتیجه، مداخله احتمالی اشخاص ثالث در این فرآیند، مشکلات موجود در این خصوص را دوچندان نموده است.

۲-۳- اصطلاح شناسی:

اگرچه در مقام تعریف، عقد جایز به عقدی اطلاق گردیده است که «هر یک از طرفین بتواند هر وقتی بخواهد آن را فسخ کند» (ماده ۱۸۶ ق.م.) لیکن در انحلال وکالت هیچ صحبتی از «فسخ» وکالت نگردیده و به جای آن، از واژه‌های عزل و استعفا استفاده شده است. همچنین، به جای اصطلاح انحلال وکالت، صحبت از «مرتفع شدن وکالت» گردیده است (ماده ۶۷۸ ق.م.). در عین حال، وقتی قرار است صحبت از انحلال قهری وکالت شود، اصطلاحات «بطلان» (مواد ۶۷۰ و ۶۸۲ ق.م.) و «انفساخ» (ماده ۶۸۳ ق.م.)، به کار رفته است، با این تفاوت که مقنن فوت و حجر را باعث بطلان و انتفای موضوع را باعث انفساخ وکالت دانسته است.

به نظر می‌رسد که ریشه این تشبث در عبارات را بایستی در تاریخ فقه جستجو نمود. فقها در باب انحلال یک‌جانبه وکالت به جای اصطلاح «فسخ»، از عبارت «عزل و استعفا» استفاده نموده‌اند و قانون مدنی نیز ترجمان همان عبارت‌های فقهاست. از طرف دیگر، نوبا بودن نهضت قانون‌گذاری نیز باعث گردیده تا نویسندگان قانون مدنی تفکیک دقیقی از اصطلاحات بطلان، عدم نفوذ و انفساخ نداشته و آن‌ها را به جای یکدیگر به کار ببرند کما این که این اتفاق در مباحث دیگر قانون مدنی نظیر مواد ۲۰۰ و ۴۵۲ نیز مشاهده می‌گردد.

هرچند امکان ادامه اقدامات وکیل پس از عزل و قبل از رسیدن خبر عزل و همچنین، بعد از استعفا و تا زمان بقای اذن موکل، در قانون مدنی پیش‌بینی شده است و ظاهراً چنین امکانی در زمینه فسخ لحاظ نشده است، با این حال، بهتر است حقی را که موکل و وکیل برای عزل و استعفا دارند معادل همان حق فسخی دانست که برای هر یک از طرفین عقد جایز پیش‌بینی گردیده است.

۳-۳- ماهیت حقوقی تفویض وکالت:

آنچه تحت عنوان «تفویض وکالت» مطرح است و به موجب آن، وکیل تمام یا قسمتی از «اختیارات» خود از موکل راجع به تمام یا قسمتی از «مورد وکالت» را به شخص ثالثی واگذار می‌نماید، یک عمل حقوقی است. مع هذا، در قانون اشاره‌ای به ماهیت این عمل حقوقی نشده است. قانون‌گذار امکان توکیل به غیر را موکول به تصریح یا اقتضای قراین دانسته (ماده ۶۷۲ ق.م.و) ولی نوع عمل حقوقی را مشخص ننموده است.

اولین موضوعی که در خصوص ماهیت این عمل حقوقی مطرح می‌گردد، این است که آیا تفویض وکالت عقد به شمار می‌رود یا ایقاع؟ به عبارت دیگر، آیا به صرف اراده مفوض منعقد می‌گردد یا قبول مفوض‌الیه نیز شرط تحقق وکالت است؟

آنچه مفوض به مفوض‌الیه تفویض می‌نماید، ترکیبی از حق و تکلیف است. وکالت صرفاً حق تصرف در امور غیر، را برای وکیل ایجاد نمی‌نماید، بلکه در مقابل، تعهداتی را نیز متوجه وکیل می‌نماید (مبحث دوم از فصل مربوط به وکالت در قانون مدنی). وانگهی، استقلال اراده اشخاص اقتضا می‌کند جز در موارد استثنایی مصرح در قانون (مانند ماده ۸۳۴ قانون مدنی در باب وصایت عهدی) نتوان برای اشخاص تکلیفی ایجاد نمود مگر آنکه شخص آن تعهد را قبول نموده باشد (ماده ۱۸۳ ق.م.و). در نتیجه باید پذیرفت تفویض وکالتی که از طرف مفوض به مفوض‌الیه صورت می‌پذیرد، در صورتی برای مفوض‌الیه ایجاد تعهد می‌نماید که مورد قبول او قرار گیرد و لذا، در عقد بودن چنین تاسیس حقوقی نمی‌توان تردید داشت. با وجود این، در عرف ثبتي رایج است که اسناد تفویض وکالت همانند وکالت صرفاً با امضای موکل (تفویض‌کننده وکالت) تنظیم می‌گردد؛ با این حال، باز هم بایستی ماهیت عمل را عقد تلقی نمود زیرا قبول وکیل توکیلی لازم نیست حتماً با امضای او باشد بلکه

قبول فعلی او و اقدام نسبت به وکالت توکیلی نیز کافی است تا بتوان عمل حقوقی انجام شده را عقد توصیف نمود (قبول فعلی)، امری که در اعطای وکالت اولیه نیز رایج است و اعطای وکالت صرفاً با امضای موکل صورت می‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۴، ش ۷۴).

از حیث عنوان ماهیت حقوقی انجام شده، رایج است که تفویض وکالت را در ردیف وکالت می‌آورند و احکام آن را ذیل وکالت بررسی می‌نمایند (علامه حلی، بی تا: ۲، ۱۱۶ به بعد؛ شهید ثانی، ۱۳۸۷: ۴، ۳۷۵ به بعد و کاتوزیان، ۱۳۸۵ همان).

با وجود این، به استناد وحدت موضوع دو توافق نمی‌توان به طور قطع یکی را فرع بر دیگری دانست. هرچند در هر دو عقد، یکی به نیابت از دیگری عملی حقوقی را انجام می‌دهد ولی باید توجه داشت که عقود دیگری مانند ودیعه و عاریه نیز متضمن نیابت هستند اما فقها و حقوق دانان آن‌ها را در ذیل وکالت قرار نداده‌اند. لذا، بهتر است از کنار عقیده مشهور بگذریم و بگوییم تفویض وکالت خود عقدی مستقل از وکالت و دارای احکام خاص است، هرچند که ممکن است از لحاظ منشا و موضوع شباهت‌های بسیاری به وکالت داشته باشد (نایبی و میرشکاری، ۱۳۸۸).

بنابراین می‌توان گفت که قرار دادن این تاسیس حقوقی در ردیف «عقود اذنی» ناصحیح نیست؛ زیرا در این مورد نیز آنچه محور بحث قرار دارد، انتقال اذن موکل اولیه است به مفوض‌الیه، در حدودی که وکیل اولیه ماذون است و این اذن، هم در تعیین موضوع و حیطه اختیارات وکیل توکیلی و هم در بررسی آثار چنین عقدی محور قرار می‌گیرد. از طرف دیگر، این عقد را نمی‌توان وکالت دانست؛ زیرا از لحاظ حقوقی با وکالت تفاوت‌هایی دارد.

شاید عدم آشنایی فقها با تاسیس حقوقی «انتقال موقعیت قراردادی» باعث گردیده تا موضوع تفویض وکالت را در ذیل وکالت بررسی نمایند، ولی با

تامل می‌توان دریافت که تفویض وکالت خود نوعی «انتقال قرارداد» است که به موجب آن، وکیل اولیه موقعیت خود در عقد وکالت را به وکیل توکیلی واگذار می‌نماید (شعاریان، ۱۳۹۴: ۵۵ و ۱۴۰). منتهی وی در انتقال موقعیت خود مسئولیت‌هایی از جهت نظارت بر عملکرد مفوض‌الیه خواهد داشت که در ادامه بررسی خواهد شد.

«انتقال موقعیت قراردادی» در نهاد حقوقی «تفویض وکالت» تابع قواعد عمومی قراردادهاست و لذا، از اصول کلی نظیر «اصاله الصحه» و «اصاله اللزوم» تبعیت می‌کند. به علاوه، در انعقاد این توافق رعایت شرایط اساسی صحت معامله ضروری است و تعهدات فرعی ضمن آن تابع احکام شروط ضمن عقد خواهد بود. (مقدم، ۱۳۸۶: ۲۳۶) همچنین، تفویض وکالت خارج از حدود اذن موکل تابع احکام معاملات فضولی است و سایر قواعد عمومی قراردادها نیز تا حد امکان بر این عمل حقوقی حکمفرماست. به نظر می‌رسد که «اصل لزوم قراردادهای» نیز در تفویض وکالت جاری می‌گردد و لذا، مجرد تفویض وکالت به عنوان یک انتقال قرارداد عقدی لازم است. (اطلاق ماده ۲۱۹ ق.م) بنابراین، اول: در حالت مطلق آن وکیل اولیه حق عزل وکیل توکیلی را ندارد مگر آنکه اختیار عزل وکیل انتخابی را از اولین موکل داشته باشد. دوم: فوت یا حجر تفویض‌کننده موجب زوال اختیار مفوض‌الیه در اقدام نسبت به مورد وکالت از طرف اولین موکل نخواهد بود. سوم: صحیح است که فوت یا حجر مفوض‌الیه مانع از اقدام نامبرده است ولی این امر بدان جهت است که برای اجرای وکالت اهلیت وکیل لازم است (ماده ۶۶۲ ق.م) و وکیل بدون اهلیت نمی‌تواند نسبت به انجام مورد وکالت قیام نماید. انحلال وکالت به واسطه فوت یا حجر مفوض‌الیه نیز مربوط به رابطه بین مفوض‌الیه و موکل اولیه است نه رابطه طرفین عقد تفویض وکالت. چنین وضعیتی را در استعفای مفوض‌الیه نیز می‌توان مشاهده نمود؛ زیرا مفهوم استعفای مفوض‌الیه اصولاً

معاف شدن ایشان از تعهداتی است که مع‌الواسطه در مقابل اولین موکل دارد. با وجود این، باید توجه داشت که لزوم قرارداد فی‌مابین وکیل تفویضی و مفوض، مانع از اعمال حق استعفای وکیل توکیلی در رابطه بین اولین موکل با وکیل تفویضی نخواهد بود مگر آنکه وکیل تفویضی چنین حقی را از خود سلب و اسقاط نموده باشد.

۴- بررسی مصادیق انحلال در رابطه موکل و وکلای توکیلی و تفویضی:

۴-۱- عزل:

قانون‌گذار برای موکل حق عزل وکیل را قایل شده است مگر آن‌که تحت شرایطی حق عزل از موکل سلب شده باشد (ماده ۶۷۹ ق.م). در حالتی که وکیل با استفاده از اختیار توکیل به غیر وکالت را به دیگری تفویض نموده باشد یا به دیگری وکالت داده باشد؛ اعمال حق عزل موکل مباحث جدیدی را مطرح می‌نماید که جداگانه مطرح خواهیم نمود.

۱-۱-۴- عزل وکیل اولیه توسط موکل:

اگر موکل، وکیل بلافصل خود را عزل نماید، بی‌تردید سمت او در وکالت اعطایی زایل می‌گردد و صرف‌نظر از تردیدهای موجود در خصوص بقای سمت چنین وکیلی در صورت تفویض وکالت به غیر، قطعاً وکیل مزبور پس از عزل شدن، از انجام مورد وکالت ممنوع خواهد گردید، ولی آیا این عزل به اختیارات مفوض‌الیه نیز سرایت می‌نماید؟ به علاوه، وکیل عزل شده تکلیفی به اعلام عزل خود به وکیل توکیلی دارد یا خیر؟

قانون مدنی در هیچ یک از دو مورد فوق تعیین تکلیف ننموده است، قانون آیین دادرسی مدنی نیز به رغم ورود به جزئیات شکلی وکالت در دادگاه‌ها، حکمی در این زمینه ندارد. مقررات ثبتی نیز مستقیماً به این موضوع نپرداخته است، لذا ناگزیریم با استنباط از قواعد موجود و به کمک رویه‌های ثبتی و قضایی، پاسخ موضوع را بیابیم.

در فرضی که وکیل اختیارات خود را به دیگری تفویض می‌نماید یا به استناد حق توکیل نسبت به برخی از اختیارات خود به دیگری وکالت داده باشد؛ رابطه قراردادی مستقیمی فی‌مابین موکل با وکیل توکیلی و مفوض‌الیه وجود ندارد. لذا، نمی‌توان از موکل این انتظار را داشت که وکلای مع‌الواسطه را شناخته و مراتب عزل را به آن‌ها اطلاع دهد. «اصل نسبی بودن قراردادها» اقتضا می‌نماید موکل مراتب عزل وکیل را به وکیل بلافصل اطلاع دهد و وکیل مزبور نیز مراتب را به اطلاع وکلای بعدی برساند. این تکلیف به اطلاع‌رسانی هرچند در قوانین تصریح نگردیده است ولی از روح قوانین و ضرورت رعایت مصلحت موکل توسط وکیل قابل استنباط است.

۲-۱-۴- عزل مفوض‌الیه توسط مفوض:

سوال مطرح در این قسمت آن است که آیا وکیلی که به استناد وکالت در توکیل، به دیگری وکالت داده است یا وکالت را به دیگری تفویض نموده است، حق عزل وکیل توکیلی و یا وکیل تفویضی را دارد؟ این امر یکی از مسائل بسیار مبتلابه است و باید دید تفویض وکالت‌هایی که تنظیم آن مرسوم است، تحت چه شرایطی بلاعزل است و در چه صورت بلاعزل محسوب نمی‌شود؟ برخلاف استنباط عده‌ای، بایستی عنوان نمود که، بلاعزل بودن یا نبودن وکالت اولیه تاثیری در وجود یا فقدان حق عزل برای موکل وکالت توکیلی و یا مفوض در وکالت تفویضی ندارد. آنچه امکان یا عدم امکان عزل وکیل توکیلی را تعیین می‌کند، اختیارات اولین وکیل و به تبع آن، اختیارات هر یک از وکلای توکیلی و یا تفویضی است که وکالت را به دیگری تفویض نموده‌اند. به بیان دیگر، اگر وکیلی که حق توکیل به غیر را دارد، حق عزل وکیل توکیلی (وکیل انتخابی) را داشته باشد، می‌تواند با توجه به این اختیار، وکیل توکیلی را عزل نماید، در غیر این صورت، چنین وکیلی حق عزل وکیل توکیلی و یا وکیل تفویضی را نخواهد داشت. بنابراین، داشتن حق توکیل ملازمه با داشتن

حق عزل وکیل توکیلی ندارد (وحدت ملاک مواد ۶۶۴ و ۶۶۵ ق.م.و) و با توجه به این که حدود اختیارات وکیل همان است که توسط موکل تعیین گردیده است، لذا وکیل بلافصل در صورتی حق دارد وکیل توکیلی و یا مفوض‌الیه را عزل نماید که اولین موکل این اختیار را نیز به او اعطا نموده باشد. بنابراین برای بلاعزل بودن چنین تفویض وکالتی نیازی به شرط عدم عزل وکیل ضمن عقد خارج لازم یا درج وکالت ضمن عقد خارج لازم نیست؛ زیرا مبنای بلاعزل بودن یا نبودن چنین وکالتی به محدوده اختیارات وکیل بلافصل باز می‌گردد و خود بالاصاله وکالت قلمداد نمی‌شود.

در صورتی که مفوض به استناد دارا بودن حق عزل وکیل انتخابی، مفوض‌الیه در تفویض وکالت را عزل نماید؛ فرض کلی بر این است که نمی‌تواند مجدداً وکالت را به دیگری اعطا نماید؛ زیرا در صورت تفویض وکالت، با تردید در وجود یا فقدان اختیار تفویض مجدد وکالت، اصل عدم ولایت جاری می‌گردد و نمی‌توان به اصل استصحاب نیز استناد نمود؛ زیرا اصل کلی در تفویض وکالت، زوال اختیارات موکل وکالت تفویضی است و ایجاد مجدد آن نیازمند دلیل یا قرینه است، مگر آنکه موکل اولیه علاوه بر حق عزل وکیل انتخابی، «حق نصب وکیل» را نیز به وکیل اعطا نموده باشد که در این صورت، وکیل اولیه حق دارد بعد از عزل مفوض‌الیه، نسبت به نصب وکیل جدید نیز اقدام نماید. ضمناً اعطای حق نصب وکیل جدید پس از عزل مفوض‌الیه، خود قرینه‌ای است بر این که چنین وکیلی حق دارد خود نیز پس از عزل مفوض‌الیه، نسبت به انجام مورد وکالت اقدام نماید؛ زیرا وقتی پذیریم وکیل از طرف موکل خود حق اعطای نیابت به دیگری جهت انجام مورد وکالت را دارد، به طریق اولی، انجام مورد وکالت توسط خود آن وکیل نیز مورد تأیید اولین موکل خواهد بود مگر آنکه وی خلاف آن را در وکالت تصریح نموده باشد.

۳-۱-۴- عزل وکیل مع الواسطه توسط اولین موکل:

فرض دیگر این است که آیا اولین موکل حق عزل وکلای توکیلی و یا تفویضی را نیز خواهد داشت یا اختیار عزل فقط می‌تواند تحت شرایطی با مفوض باشد؟ برای پاسخ به سوال فوق باید بین دو حالت قایل به تفکیک شد:

حالت اول وقتی است که وکالت اعطا شده به اولین وکیل، بلاعزل بوده و موکل حق عزل وکیل را به نحوی از خود سلب نموده باشد. در چنین حالتی، بنای طرفین بر این قرار گرفته است که موکل حق عزل وکیل را با وجود حق توکیل به غیر نداشته باشد و نمی‌توان اختیار عزل وکیل را محدود به اولین وکیل دانست. اگر چه معمولاً برای اطمینان بیشتر، ضمن اسقاط حق عزل وکیل، به اسقاط حق عزل وکلای توکیلی نیز در وکالت‌نامه اولیه تصریح می‌گردد لکن در صورت عدم تصریح نیز اولین موکل در وکالت بلاعزل حق عزل وکیل توکیلی و یا تفویضی را نخواهد داشت. فی‌الواقع، وکیل توکیلی و مفوض‌الیه دارای همان سمت، اختیارات و حقوق موکل خود خواهد بود و سمت وکیل از وکیل اولیه به او تفویض شده است. لذا، وقتی اولین موکل حق عزل وکیل را ندارد، به این معنی است که حق عزل اولین وکیل را نداشته و حالا با تفویض اختیار به دیگری، مفوض‌الیه همان سمت «وکیل» را دارد و بنابراین، موکل حق عزل او را نیز نخواهد داشت.

حالت دوم وقتی است که وکالت اعطا شده به اولین وکیل بلاعزل نباشد؛ در چنین حالتی، اولین موکل حق عزل وکیل بلافصل خود را دارد و بر مبنای استدلال مذکور در سطور پیشین، حق عزل مفوض‌الیه را نیز خواهد داشت؛ زیرا با توکیل به غیر، وکیل دوم، وکالت اولین موکل در انجام امور محوله را دارد. لذا موکل حق عزل مفوض‌الیه را دارد حتی اگر وکالت تفویض شده بلاعزل باشد. توضیح آن که ممکن است اولین وکالت بلاعزل نباشد اما

و کیلی که وکالت را به ثالث تفویض می‌نماید، حق عزل وکیل انتخابی را نداشته باشد؛ در این صورت وکالت تفویضی بلاعزل است و مفوض حق ندارد مفوض‌الیه را عزل نماید لیکن اولین موکل حق خواهد داشت مفوض‌الیه را از وکالت عزل نماید.

ایراد نگردد که در چنین فرضی رابطه قراردادی فی‌مابین اولین موکل و مفوض‌الیه وجود ندارد؛ زیرا آنچه مفوض‌الیه انجام می‌دهد مداخله در امور اولین موکل است و آثار اقدامات چنین وکیلی به اولین موکل بازمی‌گردد. در نتیجه، راه‌حل منطقی آن است که اولین موکل حق نظارت بر مفوض‌الیه و عزل او را داشته باشد. از طرف دیگر، چنانچه تردید در این باشد که آیا با توکیل به غیر، حق عزل وکیل از طرف موکل ساقط می‌گردد یا خیر که می‌توان بقای چنین حقی را استصحاب نمود. لذا آنچه گاهی میان عامه مردم مطرح می‌گردد مبنی بر این که وکیل با توکیل به غیر می‌تواند مانع از عزل وکیل توسط موکل گردد، پایه و اساس منطقی ندارد.

با وجود این، تراضی طرفین می‌تواند زمینه را برای عدم امکان عزل مفوض‌الیه توسط اولین موکل فراهم نماید حتی اگر وکالت اولیه بلاعزل نباشد. برای این منظور، اولین موکل که حق توکیل را به وکیل اعطا نموده است، می‌تواند اختیار بلاعزل نمودن وکالت بعدی را نیز به وی اعطا نماید؛ یعنی اولین موکل اختیار «اسقاط حق عزل وکیل انتخابی» را نیز به وکیل خود اعطا نماید تا او بتواند از طرف اولین موکل حق عزل مفوض‌الیه را از اولین موکل ساقط نماید.

۲-۴- استعفا:

جایز بودن وکالت این امکان را به وکیل می‌دهد تا هر موقع بخواهد از وکالت استعفا دهد مگر آنکه بر اساس توافق فی‌مابین موکل و وکیل، وکیل حق استعفا را از خود سلب نموده باشد که در این صورت، متعهد به اجرای

مفاد وکالت تا خاتمه خواهد بود. در صورتی که استعفا توسط مفوض‌الیه باشد، استعفای وکیل دارای آثار و احکام خاصی خواهد بود که در اینجا به بررسی آن خواهیم پرداخت.

۱-۲-۴- حق استعفا در وکالت توکیلی و تفویضی: مساله اول این است

که در وکالت توکیلی چه شخص یا اشخاصی حق استعفا دارند؟ به طور قطع، وکیل توکیلی و یا مفوض‌الیه در وکالت تفویضی به عنوان آخرین شخصی که سمت یا مسئولیت دارد، حق استعفا خواهد داشت مگر این که این حق را از خود سلب نموده باشد یا وکالتی که به او اعطا شده است، دارای این ویژگی باشد که چنین وکیلی حق استعفا ندارد، اما آیا وکیل یا وکلای قبلی نیز حق استعفا دارند؟

در صورتی که وکیل اولیه تمامی اختیارات خود را به وکیل ثانوی تفویض نموده باشد، اختیاری برای او باقی نمی‌ماند تا بخواهد استعفا دهد، لذا استعفای چنین وکیلی فاقد اثر قانونی است؛ با این حال چنانچه قسمتی از اختیارات برای وکیل اولیه باقی مانده باشد و آن را به غیر واگذار نموده باشد، استعفای او نسبت به اختیارات باقی مانده نافذ و موثر خواهد بود.

در فرضی که وکیل اولیه اختیارات خود را تفویض نموده باشد بلکه به استناد اختیاراتی که از اولین موکل داشته است، به دیگری وکالت داده باشد، استعفای او بر خلاف حالت قبل فاقد اثر حقوقی نیست؛ زیرا فرض بر این است که اگر وکیل وکالت را تفویض نموده باشد، خود همچنان دارای سمت وکالت است و در نتیجه، می‌تواند از سمت خود استعفا دهد. باید توجه داشت در چنین فرضی استعفای وکیل اولیه نافعی اختیارات وکیل ثانویه نخواهد بود. به عبارت دیگر، حق استعفا به عنوان حقی مستقل برای وکیل توکیلی نیز محفوظ است و او مستقلاً می‌تواند حق استعفای خود را اعمال نماید.

۲-۲-۴- آثار استعفای وکیل توکیلی:

الف: آثار استعفای وکیل توکیلی و وکیل تفویضی در روابط بین طرفین وکالت: در صورتی که وکیل توکیلی و یا تفویضی از وکالت استعفا دهد، دیگر دارای اختیار از طرف اولین موکل جهت انجام مورد وکالت نخواهد بود، مگر آنکه بتواند امکان اقدام وکیل در فرض بقای اذن موکل را به استناد ماده ۶۸۱ ق.م. توجیه نمود. به علاوه، حکم مندرج در ماده ۶۸۰ قانون مدنی مبنی بر لزوم آگاهی وکیل از خبر عزل قابل تسری به استعفای وکیل نبوده و برای صحت استعفا آگاهی موکل لازم نیست (کاتوزیان، همان منبع، شماره ۱۱۸) اما آنچه در اینجا اهمیت دارد آن است که آیا با استعفای مفوض‌الیه، اختیارات وی به وکیل ماقبل او بازمی‌گردد یا این که سمت وکلای قبلی، سابقا زایل گردیده و کلیه وکالت‌ها بلااثر خواهد بود؟

پاسخ به این سوال دشوار است و مستلزم بررسی اراده طرفین وکالت‌ها و توافقات منعقدہ ذیل وکالت و نیز توافق‌هایی خواهد بود که وکالت بر اساس آن منعقد گردیده است. توضیح آنکه معمولا پشت هر یک از تفویض وکالت‌ها قراردادی غالباً تملیکی نهفته است که پاسخ‌گویی به سوال فوق بدون در نظر گرفتن آن عقود ممکن است با خواسته نهایی طرفین عقد هماهنگ نباشد. در حالت کلی و بر مبنای غلبه و همچنین به استناد اراده ضمنی هر یک از طرفین و خصوصا وکیل توکیلی و یا تفویضی، در استعفا از وکالت می‌توان گفت فرض کلی بر این است که وقتی وکیل توکیلی و یا مفوض‌الیه، استعفا دهد، سمت وکیل قبلی احیا گردیده و نامبرده مجاز به اقدام بر مبنای وکالت خواهد بود، زیرا:

اول: در روابط بین اولین موکل و مفوض، فرض بر انجام امور موضوع وکالت‌نامه توسط اولین وکیل، راسا یا به واسطه وکیل انتخابی بوده است. لذا موکل اولیه چنین متوقع است که وکیل او مورد وکالت را به سرانجام

برساند؛ در نتیجه اگر وکیل توکیلی استعفا دهد، انتظار اولین موکل آن است که وکیل بلافصل وی تا زمانی که استعفا نداده باشد (البته در صورتی که حق استعفا داشته باشد)، مورد وکالت را انجام دهد.

دوم: همان‌گونه که اشاره شد، «اصل نسبی بودن قراردادهای» اقتضا می‌نماید روابط بین مفوض و مفوض‌الیه مستقل از روابط بین اولین موکل و اولین وکیل بررسی گردد و وحدت موضوع دو وکالت و بازگشت آثار اقدامات مفوض‌الیه به اولین موکل نبایستی باعث نادیده گرفتن استقلال دو (یا چند) رابطه حقوقی ایجادشده گردد. در نتیجه وقتی وکیل توکیلی استعفا دهد، آخرین رابطه حقوقی (وکالت توکیلی و یا تفویضی) منحل می‌گردد و عرفاً نیز مفوض‌الیه در مقابل موکل خود، خویشتن را از ادامه اقدام نسبت به مورد وکالت معاف می‌نماید. لذا با استعفای این وکیل مورد وکالت به وکیل قبلی بازگشت داده می‌شود. سوم: از زاویه رویه عملی نیز بسیاری از تفویض وکالت‌ها به تبعیت از یک عقد تملیکی (مانند بیع) منعقد می‌گردند و ابطال تفویض وکالت‌های مزبور نیز به واسطه فسخ یا اقاله عقد تملیکی صورت می‌پذیرد و همان‌گونه که به واسطه فسخ، اقاله و یا حتی بطلان عقد تملیکی مزبور صرفاً جریان آثار آخرین عقد تملیکی قطع می‌گردد؛ به تبع آن با انحلال وکالت تفویضی (به واسطه استعفا و یا هر دلیل دیگر)، جریان اثر آخرین وکالت قطع گردیده و وکیل قبلی مجدداً سمت خود را باز می‌یابد.

با وجود این، در دفاتر اسناد رسمی مرسوم است که به جهت رعایت احتیاط در مواردی که آخرین وکالت توکیلی به وکیل قبلی باز می‌گردد، به جای تنظیم استعفا از وکالت، مجدداً تفویض وکالت تنظیم می‌نمایند و مفوض‌الیه مجدداً مورد وکالت را به موکل خود (مفوض) تفویض می‌نماید. با توجه به مطالب فوق، چنانچه نظر طرفین بر این باشد که تمامی وکالت‌ها اعم از اولیه و تفویضی بلااثر گردد، لازم است هر وکیل استعفا داده

و به همین منوال، ایادی ماقبل با استعفا وکالت خود را منحل نمایند تا به اولین موکل ارجاع داده شود و بنابراین، امکان ارجاع مستقیم موضوع وکالت به اولین موکل وجود ندارد. البته تفویض مجدد وکالت به اولین موکل نیز لغو خواهد بود زیرا کلیه اقدامات وکلا به نیابت از اولین موکل صورت می‌پذیرد و منطقی نیست که اولین موکل خود عنوان وکیل را پیدا کند. به عبارت دیگر، نمی‌توان آنچه تحت عنوان مالکیت مافی‌الذمه در قلمرو دیون مطرح است را به وکالت که موضوع آن اذن است، سرایت داد.

ب: آثار استعفای وکیل توکیلی در روابط طرفین وکالت با اشخاص ثالث:

منظور از «اشخاص ثالث» اشخاصی هستند که به اعتبار وکالت با وکیل اولیه یا مفوض‌الیه، عمل حقوقی منعقد نموده‌اند. انعقاد عمل حقوقی از طرف اشخاص ثالث ممکن است به استناد وکالت اولیه یا وکالت توکیلی باشد. در صورتی که عمل حقوقی منعقد شده با وکیل توکیلی مربوط به قبل از استعفا باشد، تمام اعمال انجام شده نافذ و موثر در حق اولین موکل خواهد بود و در صورتی که عمل حقوقی بعد از استعفا انجام شده باشد، عمل مزبور صرفاً در حدود ماده ۶۸۱ قانون مدنی (تا زمان بقای اذن موکل) می‌تواند نافذ باشد. در مورد مفوض نیز چون فرض ما بر این است که با تفویض وکالت، او فاقد اختیار در انجام مورد وکالت است، اقدامات انجام شده توسط او قبل از استعفای مفوض‌الیه خارج از محدوده اختیارات وی و غیرنافذ بوده است لیکن پس از استعفای نامبرده، با توجه به این که فرض کلی بر این قرار گرفت که سمت وکیل اولیه به او بازمی‌گردد، می‌توان اقدامات وکیل اولیه را با فرض رعایت حدود اختیارات وی، نافذ دانست.

۳-۴- فوت یا حجر موکل یا هریک از وکلا:

قانون مدنی فوت یا حجر موکل و یا وکیل را باعث ارتفاع وکالت دانسته است (مواد ۶۷۸ و ۹۵۴ ق.م). در صورتی که وکالت صرفاً فی‌مابین موکل و

وکیل باشد، یافتن حکم چندان دشوار نیست اما در صورت توکیل یا تفویض وکالت به غیر، باید دید فوت یا حجر هر یک از طرفین چه تاثیری بر اعتبار هر یک از وکالت‌ها خواهد داشت. بنابراین، این بحث را به لحاظ وحدت آثار حقوقی بدون تفکیک بین فوت و حجر، در خصوص همه طرف‌های وکالت توکیلی بررسی خواهیم نمود.

۱-۳-۴- فوت و حجر اولین موکل:

به طور قطع باید گفت که فوت اولین موکل باعث زوال تمامی وکالت‌ها خواهد شد و در این موضوع تفاوتی بین این که وکالت‌های مذکور در قالب تفویض وکالت باشد یا وکیل در تمام یا قسمتی از اختیارات خود به دیگری وکالت داده باشد، نیست. همه اقدامات وکیل و یا وکلای توکیلی به نام و برای اولین موکل خواهد بود و طبیعتاً با فوت اولین موکل، اذنی از طرف او برای انجام مورد وکالت باقی نخواهد ماند. از طرف دیگر، در حقوق ما جایگاهی برای بقای وکالت پس از فوت موکل پیش‌بینی نشده است و محدود حقوق‌دانانی که برای نیابت پس از فوت اثر حقوقی قایل شده‌اند، آن را «وصایت» و تابع احکام آن دانسته‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ش ۱۲۹) و در میان فقها نیز تنها معدودی از فقها جسارت پذیرش وکالت بعد از فوت را به خود داده‌اند (یزدی، ۱۳۹۲، ش ۱۲۴).

مساله دیگری که در خصوص فوت اولین موکل در رابطه بین اولین موکل و وکیل توکیلی و یا مفوض‌الیه مطرح است، موضوع اطلاع یا عدم اطلاع مفوض‌الیه از فوت اولین موکل است. بدیهی است به واسطه غیرمستقیم بودن رابطه اولین موکل با مفوض‌الیه، احتمال کسب اطلاع از احوال اولین موکل برای وکیل توکیلی ضعیف‌تر از وضعیت رابطه مستقیم بین وکیل اولیه و وکیل توکیلی است. چه بسا وکیل توکیلی اقداماتی نسبت به مورد وکالت انجام دهد در حالی که اولین موکل فوت نموده و نامبرده از جریان فوت او

آگاه نباشد و لذا، اقدامات مزبور غیرنافذ تلقی شده و محل به حقوق اشخاص ثالث خواهد بود. سوال این است که آیا می‌توان حکم جاری شده در مورد اقدامات وکیل قبل از رسیدن خبر عزل به وی به شرح مندرج در ماده ۶۸۰ قانون مدنی را به رابطه بین اولین موکل و مفوض‌الیه سرایت داد؟

مشهور فقهای امامیه چنین نظر داده‌اند که نفوذ اعمال وکیل پیش از آگاهی از خبر عزل حکمی استثنایی است که نمی‌توان به کمک قیاس آن را در مورد موت و جنون موکل نیز اجرا نمود. (نجفی، ۱۳۶۷ش: ۲۷، ۳۶۰؛ امامی، ۱۳۷۷ش: ۲، ۲۳۹). اداره کل حقوقی قوه قضاییه نیز در نظریه مشورتی شماره ۶۱/۸/۱۳-۷/۴۲۴ خود استدلال مشابهی نموده است: «به موجب ماده ۶۷۸ قانون مدنی، به موت موکل وکالت مرتفع می‌گردد و چون بعد از فوت موکل دارائیش به ورثه منتقل می‌شود، تصرفاتی که وکیل در این زمان به عمل آورد، نسبت به مال غیر بوده و فضولی شناخته می‌شود هر چند وکیل اطلاع از فوت موکل نداشته باشد. بنابراین میزان مسئولیت وکیل در این مورد مانند مسئولیت معامل فضولی و در حدود ماده یک قانون مسئولیت مدنی، ضامن است و حکم ماده ۶۸۰ قانون مدنی با مورد حاضر قابل قیاس نیست.»

با وجود این، برخی از حقوق دانان به واسطه وحدت مبنا و مصلحتی که میان اقدامات وکیل قبل از رسیدن خبر عزل با اقدامات وکیل قبل از رسیدن خبر فوت وجود دارد، معتقدند که فوت موکل و در نتیجه، انتقال اموال موکل به ورثه نیز مانع از اجرای قاعده لاضرر نیست؛ زیرا هدف آن جلوگیری از ضرر نامتعارف وکیل و اشخاص ثالث است. پس برای حفظ نظم در معاملات و حمایت از اعتماد مشروع بی‌گناهی که با وکیل، طرف معامله می‌شوند، باید قراردادهایی را که وکیل پیش از علم به موت یا جنون موکل بسته است، نافذ شناخت. (کاتوزیان، ۱۳۸۵ش: ۱۳۰).

با توجه به این که استنباط ذکر شده مبنی بر پذیرش آثار وکالت قبل

از رسیدن خبر فوت به استناد «استحسان» و «قیاس مستنبط العله» با اصول کلی پذیرفته شده در فقه شیعه سازگار نیست (محمدی، ۱۳۷۵ش: ۲۴۱). حجر اولین موکل نیز همانند فوت باعث ارتفاع کلیه وکالت‌ها خواهد گردید و تفاوتی بین اعطای وکالت یا تفویض وکالت از این جهت نخواهد بود لیکن در خصوص حجر ذکر دو نکته ضرورت دارد:

اول: حجر موکل تنها در اموری باعث زوال وکالت می‌گردد که حجر مانع از اقدام موکل باشد، لذا چنانچه علت حجر، سفاهت اولین موکل بوده و موضوع وکالت از امور غیرمالی باشد، چون سفه مانع از دخالت در امور غیرمالی نیست، باعث ارتفاع وکالت نیز نخواهد شد. (ماده ۹۵۴ ق.م.)

دوم: در صورتی که محجور از حجر خارج گردد، موضوع اعاده یا عدم اعاده وکالت مطرح می‌گردد. در این خصوص گرچه قانون مدنی ما ساکت است و در بحث انقضای وکالت عبارت «مرتفع می‌شود» را به کار برده است (ماده ۶۷۸ ق.م.) و در ماده ۹۵۴ نیز صحبت از «زوال» وکالت شده است، ولی منطقی آن است که در این موضوع احکام فوت و حجر یکسان نباشد؛ زیرا در فوت اموال موکل قهرا به ورثه منتقل می‌گردد، در حالی که در حجر انتقال مالکیتی صورت نمی‌پذیرد و تنها به واسطه زوال اذن موکل محجور، وکیل و یا وکلای توکیلی و تفویضی دیگر مآذون در ادامه تصرف نسبت به موضوع وکالت نیستند در نتیجه، با بازگشت اراده محجور، بحث امکان یا عدم امکان بازگشت اذن موکل نیز مطرح می‌گردد.

در بررسی مقررات قانون مدنی، تنها موردی که شاید بتوان به استناد آن صحبت از امکان بازگشت نمایندگی پس از رفع حجر نمود، استفاده از وحدت ملاک ماده ۶۸۰ قانون مدنی در خصوص تجویز ادامه اقدام وکیلی است که استعفا نموده است ولی موکل همچنان به اذن خود باقی باشد. با این حال، این مقایسه نیز فاقد اشکال نیست؛ زیرا نفوذ وکالت به استناد بقای اذن سابق

موکل است در حالی که به نظر می‌رسد در فرض حدوث حجر، اذن موکل زایل شده و صحبت از اعاده اذن مطرح می‌گردد. بنابراین، آنچه نیاز به بررسی دقیق دارد، آن است که آیا حجر «مانع» از ادامه اقدامات وکیل نسبت به مورد وکالت است یا این که حجر به عنوان «ساقط کننده» اذن می‌باشد. در صورتی که حجر مانع باشد، با رفع مانع، امکان ادامه اقدامات وکیل فراهم می‌گردد (إِذَا زَالَ الْمَانِعُ عَادَ الْمَمْنُوعُ) و در صورتی که حجر ساقط کننده اذن موکل باشد، دیگر با رفع حجر اذن ساقط شده بر نمی‌گردد و وکیل برای ادامه تصرفات خویش نیاز به تحصیل اذن مجدد از موکل خواهد داشت. (السَّاقِطُ لَا يَعُودُ كَمَا أَنَّ الْمَعْدُومَ لَا يَعُودُ).

به نظر می‌رسد گرچه مقایسه بین حالتی که وکیل استعفا می‌دهد (ماده ۶۸۰ ق.م.) با حالتی که موکل فوت می‌نماید (ماده ۹۵۴ ق.م.) از این جهت که وجه انحلال عقد در این دو متفاوت است به نحوی که یکی مربوط به اراده وکیل و دیگری مربوط به اراده موکل است، قیاسی مع الفارق است لکن تسری حکم فوت به حجر و اعتقاد به عدم اعاده وکالت پس از رفع حجر نیز صحیح نیست؛ زیرا در فوت، اراده کاملاً زایل و مالکیت به ورثه منتقل می‌گردد در حالی که در حجر هرچند اراده موقتاً زایل می‌گردد و پس از رفع حجر، استیلا بر مورد وکالت متعلق به همان کسی است که قبل از حجر به دیگری وکالت داده است.

۲-۳-۴- فوت و حجر مفوض وکالت:

موکلی که وکالت خود را به غیر تفویض نموده یا وکالت را به ثالثی وکالت داده باشد، ممکن است در اثنای مدت وکالت فوت نموده یا محجور گردد. لذا تاثیر این فوت یا حجر در رابطه با اولین وکالت و وکالت توکیلی و یا تفویضی نیازمند بررسی است. به نظر می‌رسد که برای بررسی موضوع ابتدا باید بین دو فرض قایل به تفکیک گردید:

الف: در فرضی که وکیل اولیه مورد وکالت را به ثالثی تفویض می‌نماید.

ب: در فرضی که وکیل اولیه به استناد حق توکیل خود نسبت به تمام یا قسمتی از مورد وکالت به ثالثی وکالت اعطا می‌نماید.

فرض اول: در صورت تفویض وکالت از طرف وکیل اولیه به ثالث، فوت یا حجر وکیل اولیه که وکالت خود را تفویض نموده است نمی‌تواند خللی به وکالت بعدی وارد نماید؛ زیرا اولاً: فرض آن است که نامبرده با تفویض اختیار از سلسله مراتب وکالت خارج شده است و مفوض‌الیه به نیابت از اولین موکل نسبت به انجام مورد وکالت اقدام خواهد نمود. ثانیاً: چون اقدامات مفوض‌الیه به نام و به نیابت از اولین موکل است، بقا یا عدم بقای اذن وکیل قبلی تاثیری در جواز یا منع اقدام از جانب مفوض‌الیه نخواهد داشت، ثالثاً: اصل عملی استحساب نیز بقای چنین وکالتی را تایید می‌نماید. اداره حقوقی قوه قضاییه در تایید این استدلال چنین اظهارنظر نموده است که اگر وکیل حق توکیل داشته و وکیل تعیین کرده باشد، با فوت وکیل اول وکالت وکیل مع‌الواسطه به قوت خود باقی خواهد بود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۵ش: ۵، ۶۱۶).

ممکن است اشکال شود که چگونه در تفویض وکالت‌ها معتقد به عدم امحای نقش وکیل توکیلی گردیدیم ولی در حال حاضر معتقدیم فوت یا حجر او تاثیری در وکالت بعدی ندارد؟ در پاسخ می‌توان گفت؛ صحیح است که به استناد اصل نسبی بودن قراردادهای رابطه وکیل توکیلی با موکل ماقبل خود قطع نمی‌گردد و او موظف است در رابطه قراردادی حساب عملکرد خود را به ید ماقبل خویش ارائه دهد ولی این امر ملازمه با انحلال وکالت مفوض‌الیه در اثر فوت یا حجر وکیل اولیه ندارد و آنچه باعث انحلال وکالت می‌گردد، زوال اذن صاحب حق است. در این فرض، مفوض‌الیه از طرف اولین موکل ماذون به تصرف در امور اوست و بقا یا زوال اذن اوست که در بقا و زوال وکالت موثر است. لذا نباید بقای اذن اولین وکیل را به عنوان شرطی اضافه برای

بقای رابطه قراردادی بر مفوض‌الیه تحمیل نمود و بنابراین، فوت و حجر اولین وکیل و کلیه ایادی بین اولین موکل و مفوض‌الیه که در آخرین مرتبه وکالت است، نایستی به وکالت او لطمه‌ای وارد نماید.

در این که آیا اراده طرفین می‌تواند فوت یا حجر ایادی بین اولین موکل و آخرین وکیل را باعث زوال وکالت بداند یا خیر، محل تامل است. در واقع بحث اصلی از این جهت قابل طرح است که آیا اراده طرفین نقشی در تعیین مصادیق بقا یا زوال وکالت دارد یا خیر؟

اینکه آیا اراده طرفین می‌تواند مانع از زوال وکالت به واسطه فوت یا حجر گردد، خود بحثی مفصل است که باید در جای دیگری به آن پرداخت، ولی در مورد عکس آن که آیا طرفین می‌توانند شرط نمایند فوت یا حجر هر یک از وکلای اولیه و بعد از آن (ایادی فی‌مابین اولین موکل و مفوض‌الیه) باعث انحلال وکالت گردد یا خیر، می‌توان گفت اگرچه لزوم و جواز اصولاً جزو احکام قانونی است و اراده طرفین نمی‌تواند عقد لازم را به عقد جایز تبدیل نموده یا عقد جایز را به عقد لازم مبدل سازد (شهبازی، ۱۳۹۳: ۱۷۴) ولی در فرض ما صحبت از تبدیل لزوم به جواز و جواز به لزوم عقود نیست بلکه صحبت از نفی یکی از آثار اطلاق عقد به تراضی طرفین می‌باشد، همان‌گونه که امکان سلب حق عزل وکیل در قانون مدنی پیش‌بینی شده است. به نظر می‌رسد اراده طرفین توان درج چنین شرط فاسخی در قرارداد را دارد و لذا، شرط مزبور صحیح خواهد بود. البته درج چنین شرطی در سلسله مراتب فی‌مابین وکلا فقط در رابطه بین مشروطه و مشروط‌علیه می‌تواند مورد استناد قرار گیرد اما در مقابل اشخاص ثالثی که در سلسله مراتب وکالت قرار دارند و همچنین، اشخاص ثالثی که به اعتبار وکالت با مفوض‌الیه قرارداد تنظیم می‌نمایند و از وجود چنین شرطی آگاه نیستند، قابل استناد نخواهد بود.

فرض دوم: در فرضی که وکیل اولیه به استناد حق توکیل خود راجع به موضوع وکالت به ثالثی وکالت می‌دهد، اراده ضمنی طرفین بر این است که ارتباط وکیل اولیه در وکالت حفظ شده و وکیل اولیه نظارت بر امور انجام شده توسط وکیل توکیلی داشته باشد و لذا، این که فوت یا حجر این وکیل در وکالت بعدی موثر باشد، محتمل‌تر است. با این حال، آنچه مفوض‌الیه انجام می‌دهد، ریشه در اذن اولین موکل بابت تصرف در امور او دارد نه تصرف در امور وکیل اولیه و لذا با تردید در بقا یا انتفای وکالت مزبور پس از فوت یا حجر وکیل اولیه، استحباب بقای چنین وکالتی نیز محتمل‌تر به نظر می‌رسد. در واقع، آنچه در این فرض و خصوصاً در فرض اول رخ داده است، نوعی انتقال قرارداد تلقی می‌گردد که خود عقدی مستقل و تابع ضوابط ماده ۱۰ قانون مدنی خواهد بود (شعاریان، ۱۳۹۴ش: ۱۴۲). این قرارداد تابع اراده اولین موکل در اعطای حق عزل و نصب وکیل انتخابی به وکیل اولیه و همچنین، تابع قواعد عمومی قراردادها به ویژه اصل لزوم قراردادها (ماده ۲۱۹ ق.م) است. در نتیجه با وجود حق نظارتی که وکیل اولیه در این وکالت‌ها دارد، صحبت از انحلال وکالت توکیلی به استناد فوت یا حجر وکیل اولیه صحیح نبوده و اعتقاد به بقای وکالت مزبور ترجیح دارد. کمیسیون وحدت رویه کانون سردفتران و دفتریاران اسناد رسمی نیز در نظریه خود به شماره ۹۸۰۰۱/۲۰۰ مورخ ۱۳۹۸/۰۱/۲۴ که مورد تایید معاونین و مشاورین سازمان ثبت اسناد و املاک نیز قرار گرفته است، اشعار می‌دارد: در حالتی که وکالت در مراحل مختلف به وکلای متعددی تفویض شده است و در حال حاضر یکی از وکلا فوت نموده است، فوت احدی از وکلا تاثیری در اعتبار وکالت سایرین ندارد. البته فرض مطروحه در این نظریه ممکن است ناظر به حالتی باشد که چند وکیل در عرض همدیگر اقدام می‌نمایند نه حالتی که وکالت‌ها به نحو تسلسل به دیگری تفویض شده باشد.

۳-۳-۴- فوت یا حجر وکیل توکیلی و مفوض‌الیه:

مباحث این بخش را نیز با تفکیک بین فوت و حجر بررسی خواهیم نمود.

الف: فوت وکیل توکیلی و یا مفوض‌الیه:

فوت وکیل توکیلی یا مفوض‌الیه مصداق فوت وکیل بوده و باعث زوال وکالت خواهد گردید (بند ۳ ماده ۶۷۸ ق.م. و ماده ۹۵۴ ق.م.) و آنچه به عنوان نیابت به مفوض‌الیه رسیده است، در زمره حقوقی نیست که به عنوان ارث به وراثت او منتقل گردد. لذا اعطای اجازه تصرف به وکیل توکیلی برای بعد از فوت، تابع احکام وصایت خواهد بود (برای دیدن نظر مخالف مراجعه شود به: یزدی، ۱۳۹۲ش: ۴، ۱۲۴). آنچه چالش برانگیز به نظر می‌رسد، وضعیت وکالت پس از فوت مفوض‌الیه است. باید دید پس از فوت مفوض‌الیه اختیاری که وکیل قبلی به ایشان واگذار نموده است، اعاده می‌یابد یا کلیه وکالت‌ها باطل است و فقط اولین موکل به عنوان صاحب حق، امکان تصرف در موضوع وکالت را خواهد داشت؟

در فرضی که وکیل اولیه به استناد وکالت خود به دیگری وکالت داده باشد، فرض کلی بر آن است که اراده وکیل اولیه حفظ نقش خود در رابطه قراردادی بوده است. لذا با فوت وکیل توکیلی، وکیل اولیه حق ادامه تصرف در مورد وکالت را خواهد داشت اما در موردی که وکیل اولیه، کلیه اختیارات خود را به غیر تفویض نموده باشد، فرض این است که خود اختیاری نسبت به انجام مورد وکالت ندارد و با انتقال قرارداد (تفویض اختیار)، اذن اولین موکل را به مفوض‌الیه تفویض نموده است. لذا در صورت فوت مفوض‌الیه، ادامه تصرف وکیل اولیه در موضوع وکالت نیاز به اذن مجدد موکل خواهد داشت و بقای اذن موکل اولیه نسبت به چنین وکیلی را نمی‌توان به استناد اصل استحباب تأیید نمود زیرا با شک در مقتضی بعد از اراده وکیل اولیه به تفویض اختیار به مفوض‌الیه و در نتیجه سقوط اختیارات وکیل اولیه، جایی برای اجرای اصل

استحساب باقی نخواهد ماند.

ب: حجر وکیل توکیلی و یا تفویضی:

حجر وکیل توکیلی و یا وکیل تفویضی در مواردی که حجر مانع از تصرف وکیل در موضوع وکالت باشد، در مواد ۶۷۸ و ۹۵۴ ق.م. از اسباب انحلال وکالت شمرده شده است و لذا، در صورتی که وکیل توکیلی و یا مفوض‌الیه محجور گردد، وکالت توکیلی و یا تفویضی منحل می‌گردد. با وجود این، همان‌گونه که قبلاً شرح داده شد، بهتر است حجر را برخلاف فوت مانع از اقدام وکیل توکیلی و یا مفوض‌الیه نسبت به مورد وکالت بدانیم نه ساقط‌کننده اختیارات وکیل توکیلی. لذا، با رفع حجر از وکیل توکیلی و یا مفوض‌الیه، بقای اذن و امکان ادامه تصرفات او ترجیح دارد. چنین حکمی گرچه در قانون مدنی ما تصریح نشده است و حتی در ماده ۶۸۲ محجوریت موکل موجب بطلان وکالت معرفی شده است اما مخالف صریح مقررات فعلی نیز نمی‌باشد و بطلان مذکور در ماده ۶۸۲ را باید به معنای اعم آن تفسیر نمود.

از میان حقوق دانان مرحوم دکتر امامی معتقدند: «جنون خواه اطلاق باشد و یا ادواری، اگرچه مدت آن کوتاه و چند دقیقه بیش به طول نیانجامد، موجب ارتفاع وکالت است» (امامی، ۱۳۷۷ش: ۲، ۲۲۳). از میان فقها سیدمحمد سعید حکیم، ارتفاع سفه را موجب اعاده وکالت ندانسته است (حکیم، ۱۴۰۴ق: ۲، ۲۵۳) ولی در عین حال به اعاده وکالت در افلاس پس از رفع فلس نظر داده است و در مورد جنون و اغما بیان می‌دارد: «المشهود بطلان الوکالة بجنون الموکل و الاغما علیه و إن كانا موقنین، لکن المتیقن من ذلک عدم جواز التصرف للوکیل حال المجنون، لقصور سلطنة الموکل من دون أن تبطل الوکالة، فإذا ارتفع الجنون و عادت سلطنة الموکل جاز للوکیل التصرف...» (همان منبع، ۲۵۳) و از میان اکابر فقها، شیخ محمدحسن نجفی معتقد به بقای وکالت پس از رفع حجر می‌باشند (جواهر الکلام، ۱۳۶۷ش: ۱۵، ۵۳).

از طرف دیگر، این که قانون مدنی اغما و خواب را از اسباب حجر ندانسته است، مبتنی بر این دلیل است که در اغما و خواب انتظار عمومی مبنی بر بازگشت و کیل به حالت قبلی است و رفع اراده به ویژه در خواب باعث زوال و کالت نگردیده است. بدیهی است اعمالی که وکیل در حال خواب انجام می‌دهد، به دلیل فقدان اراده باطل است (ماده ۱۹۵ ق.م) لیکن هیچ کس به انحلال و کالت پس از خواب نظر نداده است. همین وضعیت در مورد وکیل محجور نیز صادق است؛ وکیل محجور در حالت حجر اراده انشایی ندارد تا بتواند به نیابت از طرف موکل، اعمال حقوقی را انجام دهد ولی پس از رفع حجر مانعی برای اعمال نیابت نخواهد داشت و زوال نیابت او موجه به نظر نمی‌رسد.

البته در نقطه مقابل این استدلال می‌توان گفت همان‌گونه که سمت ولایت ولی قهری پس از رشد صغیر زایل شده و حجر مجدد صغیر باعث اعاده ولایت ولی قهری نمی‌گردد، در صورت حجر وکیل و سپس، رفع حجر او نیز بازگشت سمت نمایندگی موجه نیست. البته این قیاس دقیق نیست؛ زیرا صرف نظر از عدم حجیت قیاس، تشابه رشد صغیر با حجر وکیل و تسری حکم یکی بر دیگری عاری از اشکال نیست. با وجود توجیهاات فوق، آنچه مسلم است سکوت قانون‌گذار ما در بیان حکم وضع نیابت پس از رفع حجر و همچنین، مسامحه قانون‌گذار در استفاده از واژه‌های حقوقی «بطلان»، «زوال» و «ارتفاع» و کالت است که جای تفسیر و تعبیر در این گونه مسائل را باز گذاشته است.

نتیجه:

اختیاراتی که وکیل توکیلی از موکل خود دریافت می‌نماید در صورتی که ناشی از تفویض و کالت وکیل اولیه باشد، وکیل توکیلی جایگزین وکیل اولیه در انجام مورد و کالت می‌گردد. همچنین ممکن است اختیارات مزبور ناشی

از انعقاد وکالت توسط وکیل اولیه به نیابت از اولین موکل با وکیل توکیلی باشد. در هر دو فرض، رابطه حقوقی فی مابین اولین موکل با وکیل توکیلی به وجود می‌آید ولی ارتباط وکیل اولیه با اولین موکل و وکیل توکیلی به طور کامل قطع نمی‌گردد، هرچند ممکن است این ارتباط در دو فرض فوق از قوت و ضعف برخوردار باشد. در رابطه بین وکیل توکیلی با اولین موکل، موارد انحلال وکالت همان است که در مبحث وکالت در قانون مدنی احصا شده است. لکن در رابطه بین وکیل اولیه و وکیل توکیلی، موارد انحلال عقد، تابع احکام خاص خود است.

پیشنهاد:

در حال حاضر نهاد حقوقی تفویض وکالت در نظام حقوقی ما به صورت مستقل تبیین نگردیده است. همین وضعیت در مورد تاسیس حقوقی انتقال قرارداد نیز مشاهده می‌گردد. باتوجه به عمومیت تنظیم قرارداد تفویض وکالت و انتقال موقعیت قراردادی شایسته است که قانون‌گذار صرفاً به قواعد عمومی قراردادها و مقررات عام حاکم بر وکالت اکتفا ننموده و قواعد حاکم بر این دو تاسیس حقوقی را به صورت مفصل و با رعایت نیازهای روز تدوین نماید. تعیین تکلیف اختیارات و تکالیف اولین موکل، مفوض و مفوض‌الیه در قراردادهای تفویض وکالت و وضعیت و آثار حقوقی مترتب بر روابط طرفین قرارداد از نیازهای حقوق امروز است.

فهرست منابع^۱:

منابع فارسی

- ۱- امامی، سید حسن، (۱۳۷۷)، **حقوق مدنی**، جلد ۲، تهران، انتشارات اسلامیة، چاپ نوزدهم.
- ۲- ایزانلو، محسن؛ مدنی، مهسا (۱۳۹۳)، **وکالت ثانوی؛ مطالعه تطبیقی در فقه، حقوق ایران و انگلیس**، دوفصلنامه علمی - پژوهشی دانش حقوق مدنی، سال سوم، شماره دوم.
- ۳- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۷۲)، **ترمینولوژی حقوق**، نشر احمدی، چاپ ششم.
- ۴- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۷۵)، **دانشنامه حقوقی**، جلد ۵، موسسه انتشارات امیر کبیر.
- ۵- شعاریان، ابوالقاسم، (۱۳۹۴)، **انتقال قرارداد**، موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، چاپ اول.
- ۶- شهبازی، محمد حسین، (۱۳۹۳)، **لزوم و جواز در عقود و ایقاعات**، نشر میزان، چاپ اول.
- ۷- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۵)، **حقوق مدنی؛ عقود معین: عقود اذنی، وثیقه‌های دین**، جلد ۴، شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم.
- ۸- کاشانی، محمود، (۱۳۸۸)، **حقوق مدنی؛ قراردادهای ویژه، بنیاد حقوقی میزان**، چاپ اول.
- ۹- محمدی، ابوالحسن، (۱۳۷۵)، **مبانی استنباط حقوق اسلامی**، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ هشتم.
- ۱۰- مقدم، عیسی، (۱۳۸۶)، **انتقال قرارداد**، فصلنامه حقوق، دوره ۳۷، شماره ۴.

۱. در منابع فارسی سال‌های ذکر شده به شمسی (ش) و در منابع عربی سال‌های ذکر شده (غیر از شماره ۹ و ۱۰) به قمری (ق) می‌باشد.

۱۱- نایبی، ناصر؛ میرشکاری، عباس، (۱۳۸۸)، بررسی حقوقی سند تفویض وکالت و آثار آن، مجله کانون، شماره ۱۰۰.

منابع عربی

- ۱- حکیم، سید محمد سعید، (۱۴۰۴)، مستمسک العروه، جلد ۲، نشر مکتب سید مرعشی.
- ۲- الرافعی، عبدالکریم محمد، (۱۴۱۷)، فتح العزیز فی شرح الوجیز، جلد ۱۱، بیروت: انتشارات دار الفکر.
- ۳- الزحیلی، وهبه، (۱۴۰۹)، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد ۴، چاپ سنگی، دمشق: انتشارات دارالفکر.
- ۴- شهید ثانی، (۱۳۸۷)، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، جلد ۴، انتشارات داورى.
- ۵- طباطبایی، علی، (۱۴۰۴)، ریاض المسائل، جلد دوم، انتشارات البحریه.
- ۶- علامه حلی، (بی تا)، تذکره الفقهاء، جلد ۲ و ۱۵، نشر مکتب رضوی.
- ۷- محقق حلی، (۱۴۰۹)، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، جلد ۲، نشر استقلال.
- ۸- الموسوی الخمینى، روح الله، (۱۴۱۷)، تحریر الوسيله، جلد ۲، انتشارات دارالکتب الاسلامیه.
- ۹- نجفی، شیخ محمد حسن، (۱۳۶۷ش)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۲۷، چاپ سوم، انتشارات دارالکتب الاسلامیه.
- ۱۰- یزدی، سید محمد کاظم، (۱۳۹۲ش)، عروه الوثقی، جلد ۴، تهران: انتشارات دیتا.

تنظیم سند نسبت به انتقال اراضی که سند مالکیت آن پس از انقلاب صادر گردیده در آینه آرا دادگاه انتظامی سردفتران و دفتریاران

محمد عظیمیان^۱

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۹/۲۴

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۰/۲۳

مقررات مربوط به اراضی در سال‌های اخیر دچار تغییرات متناهی بوده است. تنوع اقسام اراضی با کاربری‌های متفاوت، همواره قانون‌گذار را در معرض تصمیم‌گیری‌های مختلف جهت استفاده از آن نموده است. بعضاً با تقسیم اراضی به اراضی داخل و خارج از محدوده، بعضاً با تفکیک انواع کاربری‌ها «کشاورزی، زراعی، باغ، جنگلی و جلگه‌ای، مرتع» در کنار «تجاری، اداری، مسکونی، خدماتی، آموزشی و...» و بعضاً با توجه به منشا واگذاری (اراضی مشمول قانون اصلاحات ارضی، اراضی کشت موقت و...) و یا دولتی یا غیردولتی بودن اراضی و در نهایت موات یا غیرموات بودن اراضی، مقررات خاص و مرتبطی که از تنوع بسیاری نیز برخوردار است اتخاذ نموده است.

۱. مرحوم محمد عظیمیان، نایب رییس اسبق کانون سردفتران و دفتریاران، سردفتر اسناد رسمی شماره ۶۴۸ تهران، عضو هیات تحریریه ماهنامه کانون.

به منظور یکپارچه شدن چگونگی برخورد با مالکیت اراضی و جلوگیری از تشتت تصمیم‌گیری مراجع ذی‌ربط، در سال ۱۳۸۵ و با تصویب قانون تسهیل تنظیم اسناد در دفاتر اسناد رسمی، اراضی به دو گروه عمده «داخل محدوده و حریم شهر» و «خارج از محدوده و حریم شهر» تقسیم گردیدند و حکم هر یک از موارد در زمان انتقال در دفاتر اسناد رسمی به صراحت تعیین و مقررات مغایر ملغی گردید.

با این وصف و علی‌رغم تاخر زمان تصویب قانون تسهیل تنظیم اسناد و دفاتر اسناد رسمی (۱۳۸۵/۵/۲۴) بر قانون جلوگیری از خرد شدن اراضی کشاورزی و ایجاد قطعات مناسب فنی، اقتصادی (۱۳۸۳/۱/۲۵) و همچنین تخصیص ضرورت استعلام از مراجع ذی‌صلاح در مورد اراضی خارج از محدوده و حریم شهر به جهت جلوگیری از انتقال اراضی موات (رعایت قانون مرجع تشخیص اراضی موات و ابطال اسناد آن^۱) و اراضی ملی (موضوع ماده ۵۶ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع^۲) که در ماده ۴ آیین‌نامه قانون تسهیل تنظیم اسناد به‌ویژه تبصره ۲ ماده مرقوم که مقرر

۱. ماده واحده مرجع تشخیص اراضی موات و ابطال اسناد آن مصوب ۱۳۶۵/۹/۳۰: «کلیه اسناد و مدارک مربوط به غیر دولت اعم از رسمی و غیررسمی مربوط به اراضی موات (یا سند مربوط به قسمتی از اراضی که موات باشد) واقع در خارج از محدوده استحقاقی شهرها به استثنا اراضی که توسط مراجع ذی‌صلاح دولت جمهوری اسلامی ایران واگذار شده است باطل و این قبیل اراضی در اختیار دولت جمهوری اسلامی ایران قرار می‌گیرد تا در جهت تولید محصولات کشاورزی و صنعتی، ایجاد اشتغال و مصارف عام‌المنفعه و برطرف ساختن نیاز دستگاه‌های دولتی و نهادهای انقلاب اسلامی و شهرداری‌ها و ایجاد مسکن و واگذاری زمین برای کسانی که مسکن ندارند حسب مورد براساس مقررات مربوطه اقدام نماید. ادارات ثبت اسناد و املاک مکلفند حسب اعلام هیات‌های واگذاری زمین نسبت به ابطال سند آن‌ها و صدور سند به نام دولت جمهوری اسلامی ایران اقدام نمایند.

تبصره ۱) تشخیص موات بودن اراضی خارج از محدوده شهرها به عهده وزارت کشاورزی است که از طریق هیات هفت نفره اقدام می‌نماید و در صورتی که متصرف فعلی منکر موات بودن زمین باشد از طریق دادگاه صالح اقدام به‌عمل می‌آید و چنانچه دادگاه رای به موات بودن زمین بدهد، سند ابطال و از متصرف خلع ید خواهد شد.»

۲. ماده ۵۶ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع مصوب ۱۳۴۶/۵/۲۵: «تشخیص منابع ملی شده و مستثنیات ماده دوم قانون ملی شدن جنگل‌های و مراتع با رعایت تعاریفی که در این قانون شده با مامورین سازمان جنگلبانی است...» که در اصلاحی سال ۱۳۴۸ مقرر شد: «تشخیص منابع ملی شده و مستثنیات ماده ۲ قانون ملی شدن جنگل‌ها و مراتع با رعایت تعاریف مذکور در این قانون با وزارت منابع طبیعی است.»

داشته است: «در صورت وجود سابقه مبنی بر اعلام نظر نسبت به موات نبودن ملک از مرجع ذی ربط یا در صورتی که برای مورد معامله سند مالکیت به صورت اراضی کشاورزی، باغ مشجر و یا دارای اعیانی صادر شده و یا مستندات و پاسخ استعلام قبلی موید آن باشد نیاز به اخذ نظر مجدد در این خصوص نخواهد بود.» باز هم موارد الزام به استعلام محدود شده است.

علاوه بر این مطابق بند «ج» ماده ۶۸ قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، وزارت جهاد کشاورزی موظف است به منظور تعیین تکلیف نهایی و تثبیت مالکیت دولت بر عرصه‌های منابع ملی و دولتی تا پایان برنامه چهارم نسبت به اتمام عملیات ممیزی و تفکیک منابع ملی و دولتی از مستثنیات و اشخاص اقدام نماید. تعیین اراضی دولتی و تقاضا و اخذ سند مالکیت آن به مرجع وزارت جهاد کشاورزی تکلیف گردیده است.^۱ با تمام این موارد و مصادیق متقن قانونی، به لحاظ اصلاح مواد ۱ و ۲ و ۳ قانون جلوگیری از خرد شدن اراضی کشاورزی و ایجاد قطعات مناسب فنی، اقتصادی در تاریخ ۱۳۸۵/۱۱/۲۱ توسط مجمع تشخیص مصلحت نظام و تصویب آیین‌نامه آن در تاریخ ۱۳۹۵/۱۲/۲۸ و در نتیجه تاخر تاریخ تصویب قانون و آیین‌نامه مذکور بر قانون و آیین‌نامه قانون تسهیل تنظیم اسناد در دفاتر اسناد رسمی و به‌ویژه تصریح بند ب ماده ۱ آیین‌نامه جلوگیری از خرد شدن اراضی کشاورزی به شمول اراضی کشاورزی به تمامی اراضی متعلق به اشخاص و اراضی اوقاف واقع در خارج از محدوده شهرها اعم از باغ‌ها، نهالستان‌ها، اراضی زیر کشت آبی، دیم و آیش که در آن‌ها محصولات زراعی، باغی، دامی و شیلاتی تولید

۱. ماده ۵ آیین‌نامه قانون تسهیل تنظیم اسناد در دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۸۶/۱۲/۲۶: «وزارت جهاد کشاورزی تا پایان مهلت قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران به شرح بند ج ماده ۶۸ قانون مذکور، باید کلیه اراضی موات واقع در خارج از محدوده و حریم شهر و هم چنین اراضی مشمول ماده ۵۶ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع را به اداره ثبت اسناد و املاک محل وقوع ملک منعکس نموده و در مورد آن‌ها تقاضای سند مالکیت نماید.»

می‌گردد و همچنین ماده ۳ آن^۱ در تکلیف دفاتر اسناد رسمی به استعلام از اداره جهاد کشاورزی در هنگام نقل و انتقال اراضی کشاورزی، تردیدی ایجاد نموده که آیا در حال حاضر نسبت به اراضی خارج از محدوده و حریم شهر که توسط دولت جمهوری اسلامی ایران (ادارات ثبت اسناد و املاک محل) سند صادر گردیده، اعم از این که کاربری زمین تعیین یا زمین فاقد کاربری باشد، می‌باید قبل از تنظیم سند از ادارات جهاد کشاورزی استعلام و در صورت عدم استعلام یا اخذ پاسخ منفی از ادارات ذی‌ربط، تنظیم سند انتقال با عنوان تنظیم سند برخلاف قوانین و مقررات قابل تعقیب انتظامی می‌باشد؟

برای پاسخ به این سوال لازم است دادنامه‌های صادره از دادگاه انتظامی سردفتران و دفترباران مورد مذاقه قرار گیرد.

رای صادره از دادگاه بدوی انتظامی سردفتران و دفترباران:

«در خصوص تخلف انتسابی به آقای..... سردفتر دفترخانه اسناد رسمی شماره شهر به شرح کیفرخواست شماره ۱۳۹۱۰۰۰۱۱۳۱۰۱۳۹۷۲۵۱۰ صادره از دادسرای انتظامی سردفتران و دفترباران مشعر بر این که سردفتر هنگام تنظیم سند به پاسخ استعلام ماخوذه توسط دفتر اسناد رسمی شماره..... استناد نموده، ولی در دفاعیه اظهار داشته به لحاظ پاسخ اخذ شده توسط دفتر اسناد رسمی... که پلاک مورد معامله را مشمول مقررات قانون اصلاحات اراضی ندانسته و انتقال آن را بلامانع دانسته، تنظیم سند نموده است؛ هر چند با توجه به استعلام قبلی تنظیم سند بلامانع بوده است لیکن سردفتر در تنظیم سند ملزم

۱. ماده ۳ آیین‌نامه اجرایی قانون جلوگیری از خرد شدن اراضی کشاورزی و ایجاد قطعات فنی، اقتصادی: «ادارات ثبت اسناد و املاک، دفاتر اسناد رسمی، شهرداری‌ها، دهیاری‌ها، بخشداری‌ها و سایر مراجع مربوط مکلفند حسب مورد هنگام تفکیک، افراز، تقسیم و انتقال اراضی کشاورزی، ضمن ارسال نقشه دقیق زمین مورد نظر که توسط مالکین با ذکر مشخصات جغرافیایی UTM (با مقیاس مناسب و حداقل یک‌دوهمزارم) تهیه می‌گردد، از اداره جهاد کشاورزی محل وقوع ملک درخصوص تایید نقشه مبنی بر رعایت حدنصاب‌های فنی و اقتصادی براساس کاربری اراضی مزبور و همچنین ملی و دولتی بودن آن‌ها استعلام نمایند.»

به رعایت شروط مندرج در نامه مذکور مبنی بر تعهد خریدار به رعایت قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغات بوده است و می‌بایست در سند تنظیمی تعهد خریدار مبنی بر این که بدون مجوز قانونی از هرگونه تبدیل و تفکیک و تغییر کاربری در پلاک فوق‌الذکر خودداری نماید را اخذ که به این تکلیف قانونی خود عمل و اقدام ننموده، بنا به مراتب وقوع تخلف از ناحیه سردفتر به دلیل عدم رعایت بند ب ماده ۱ قانون تسهیل تنظیم اسناد در دفاتر اسناد رسمی و ماده ۴ آیین‌نامه اجرایی قانون مرقوم محررز و مسلم بوده و عملش منطبق است با فراز ۸ بند ج ماده ۲۹ آیین‌نامه اصلاحی قانون دفاتر اسناد رسمی و دادگاه مشارالیه را به سه ماه انفصال موقت از شغل سردفتری اسناد رسمی محکوم می‌نماید. رای صادره ظرف مهلت مقرر قابل تجدیدنظر در محکمه تجدیدنظر انتظامی سردفتران و دفتریاران است.»

از رای مذکور توسط سردفتر در وقت مقرر تجدیدنظرخواهی شد و دادگاه تجدیدنظر انتظامی سردفتران و دفتریاران در وقت مقرر با بررسی محتویات پرونده و لایحه دفاعیه سردفتر به شرح ذیل مبادرت به صدور رای نموده است:

«تجدیدنظرخواهی آقای سردفتر اسناد رسمی شماره نسبت به دادنامه مذکور وارد است، زیرا قطع نظر از تصریح تبصره ۲ ماده ۴ آیین‌نامه اجرایی قانون تسهیل تنظیم اسناد در دفاتر اسناد رسمی به کفایت وجود سابقه مبنی بر موات نبودن ملک که در ما نحن فیه نامه شماره ۲۲۰/۷/۵۱۶-۹۰/۶/۲۰- جهاد کشاورزی شهرستان شمیرانات موجود می‌باشد، اساساً ضمن جواز انتقال مشاعی اراضی کشاورزی بدون مطالبه گواهی از سازمان جهاد کشاورزی در قانون جلوگیری از خرد شدن اراضی کشاورزی و ایجاد قطعات مناسب فنی، اقتصادی، درخصوص موضوع به لحاظ انتقال زمین متنازع فیه توسط دولت و صدور سند مالکیت توسط اداره ثبت اسناد و املاک بخش ۱۱ تهران، استعلام راجع به

موات بودن زمین منتفی می‌باشد؛ لذا با توجه به فقد عنصر قانونی تخلف، دادنامه معترض عنه نقض و رای بر براءت سردفتر صادر و اعلام می‌گردد.»

نتایج حاصله:

۱. سردفتر در اجرای ماده ۱ قانون تسهیل تنظیم اسناد در دفاتر اسناد رسمی مکلف به استعلام از مرجع جهاد کشاورزی قبل از تنظیم سند نقل و انتقال اراضی واقع در خارج از محدوده و حریم شهر می‌باشد.
۲. در صورت وجود سابقه مبنی بر موات نبودن اراضی، تعیین کاربری زمین در سند صادره اعم از کشاورزی، زراعی، باغ و... یا تصریح به وجود بنا در زمین مورد انتقال، تکلیف استعلام منتفی است.
۳. انتقال مشاعی اراضی کشاورزی فاقد ممنوعیت قانونی است.
۴. هیچ‌یک از قوانین «تسهیل تنظیم اسناد در دفاتر اسناد رسمی» و «جلوگیری از خرد شدن اراضی کشاورزی و ایجاد قطعات مناسب فنی، اقتصادی» تعارضی با یکدیگر ندارند و ناسخ یکدیگر نمی‌باشند.
۵. مسئولیت بی‌توجهی برخی از مراجع به تکلیف قانونی (بند ج ماده ۶۸ قانون برنامه چهارم توسعه) را نباید بر سردفتر تحمیل کرد.
۶. صدور سند مالکیت از طرف مرجع ذیصلاح (سازمان ثبت اسناد و املاک کشور) موید جری تمام تشریفات قانونی و تایید مالکیت دارنده سند می‌باشد و انتقال اراضی که سند مالکیت آن توسط دولت جمهوری اسلامی ایران صادر گردیده، بدون اخذ گواهی مذکور فاقد ممنوعیت خواهد بود.

تفاوت رهن با معاملات با حق استرداد با توجه به قانون ثبت اسناد و املاک

زهرا تابش^۱

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۶/۶

تاریخ ویرایش: ۱۴۰۱/۴/۱۴

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۴/۲

چکیده

وجه ممیزه کلیه عقود مدنی در ماهیت عقود تعبیه شده است، گرچه ممکن است عقود و معاملات از نظر شکل، وجوه مشترک و متشابه داشته باشند، ولیکن در هیچ فرض قانونی ماهیت دو عقد مدنی مستقل، یکی نیست. سوال این پژوهش آن است که با نگاه تطبیقی به عقد رهن در قانون مدنی و معاملات با حق استرداد در قانون ثبت، آیا با وجود تشابه شکلی این دو عقد، ماهیت عقد رهن با ماهیت معاملات با حق استرداد یک ماهیت واحد است یا ماهیت دوگانه؟ از زاویه حقوق مدنی معاملات با حق استرداد از جمله بیع شرط، عقد، ماهیت تملیکی دارد و موجب انتقال مالکیت است ولی از زاویه حقوق ثبت (مواد

۱. دکتری فقه و حقوق خصوصی دانشگاه شهید مطهری (ره) تهران.

۳۳ و ۳۴ ق.ث) عقد، ماهیت توثیق و تضمین دین دارد. یافته‌های پژوهش که به روش توصیفی-تحلیلی است، این فرضیه را اثبات می‌کند که: از دیدگاه قانون مدنی معاملات با حق استرداد از قبیل عقد بیع شرط، به محض تحقق عقد برای متعاقدين ایجاد مالکیت می‌شود، ولی از دیدگاه قانون ثبت معاملات با حق استرداد به محض وقوع عقد برای متعاقدين ایجاد مالکیت نمی‌شود، بلکه نوعی توثیق و تضمین دین است. در نتیجه، معاملات مدنی با حق استرداد، ماهیت مالکیت‌زایی دارند، ولی معاملات با حق استرداد ثبتي، ماهیت توثیق و تضمین دین دارند تحلیل و تبیین ماهیت دوگانه این دو نوع عقد را این تحقیق، به تصویر می‌کشد.

واژگان کلیدی: عقد رهن، معاملات با حق استرداد، ماهیت تملیکی، ماهیت توثیقی

مقدمه:

در ادبیات حقوقی، عقود و معاملات، قراردادهایی هستند که زاییده و حاصل اراده انشایی، توافقات و تراضی اشخاص است. معاملات با حق استرداد، نیز یکی از انواع و مصادیق قراردادهایی است که سرچشمه در اراده انشایی اشخاص در جامعه دارد. از نگاه منطق اقتصاد، افراد جامعه در معادلات اقتصادی خود، از این نوع معاملات برای تضمین سرمایه خود بهره می‌برند و به نوعی سرمایه خود را تضمین و بیمه می‌کنند. از نظر پیشینه و سابقه موضوع معاملات با حق استرداد، در ازمه قدیم، هنگامی که شخصی مبلغی از سرمایه خود را به شخص دیگر، قرض می‌داد، برای برگشت سرمایه خود ناچار می‌شد که تضمینی از قرض‌گیرنده، بگیرد تا امنیتی برای سرمایه خود تامین کند. لذا در قبال دادن مبلغ قرض، به مقترض، ملکی را از او به عنوان وثیقه می‌پذیرفت تا بعد از ادای دین و قرض، وثیقه را به وی استرداد نماید، از اینجا بود که

عنوان معاملات با حق استرداد، در ادبیات حقوقی ما ظهور یافت. در گذر زمان و گردش اقتصاد، عنوان معاملات با حق استرداد، توسعه و تکامل حقوقی یافت و به عنوان یک مفهوم عام و کلی، بسیاری از قراردادهای حقوقی، از جمله عقد رهن، عقد بیع شرط، عقد بیع قطعی توأم با شرط وکالت و غیره را زیر پوشش و عنوان خود قرار داد. واژه «حق استرداد» اماره بر آن است که این نوع قرارداد، ایجاد مالکیت دایم برای طرف قرارداد نمی‌کند، چه طرف قرارداد فروشنده باشد و چه خریدار، زیرا حق استرداد، نشانه معلق بودن و متزلزل بودن عقد بیع، در یک بازه زمانی است. به بیان دیگر، مفهوم حقوقی رهن یا توثیق، در مفهوم معاملات با حق استرداد، بر مفهوم حقوقی بیع و انتقال مالکیت، غلبه دارد. در یک تحلیل حقوقی جامع تر، می‌توان گفت مبنای حقوقی معاملات با حق استرداد، معاملات خیاری یا عقود خیاری است، که «خیار شرط» بر این نوع معاملات، حکومت می‌کند، بدین نحو که، طرفین عقد یا معاملات با حق استرداد، میان خود شرط می‌کنند و متعهد می‌گردند چنانچه مدیون، دین خود را ادا کرد، حق استرداد وثیقه و رهینه خود را، از داین دارد. در پژوهش پیش روی، با نگاه تطبیقی به عقد رهن و معاملات با حق استرداد، با استناد به قانون مدنی و قانون ثبت و ذکر نظرات نویسندگان فقهی و حقوقی، تحلیل می‌گردد که وجوه اشتراک و افتراق عقد رهن، با معاملات با حق استرداد چیست؟

آیا ماهیت حقوقی معاملات با حق استرداد، ایجاد مالکیت برای طرفین قرارداد می‌نماید و موجب انتقال حق مالکیت می‌شود یا خیر؟ یا اینکه معاملات با حق استرداد، صرفاً به منزله یک «بیمه نامه یا وثیقه‌ای» است که نقش عقد رهن را، در وقایع حقوقی، قراردادها و تعاملات اقتصادی جامعه بازی می‌کند.

۱- سیر معامله با حق استرداد در حقوق ایران

۱-۱- قانون مدنی

قانون‌گذار در سال ۱۳۰۷ در فصل مخصوص به بیع شرط، پس از ذکر احکام آن، در ماده ۴۶۳ ق.م.بیان می‌کرد: «اگر در بیع شرط معلوم شود که قصد بایع حقیقت بیع نبوده است احکام بیع در آن مجری نخواهد بود» لازمه اجرای ماده ۴۶۳ قانون مدنی، اثبات قصد طرفین بر بیع بود ولی چون این امر معمولاً مشکل به نظر می‌رسید و به علاوه معاملات دیگری غیر از بیع شرط، نیز بودند که وسیله حيله و تقلب نسبت به قانون قرار می‌گرفتند و ماده ۴۶۳ فوق‌الاشعار نیز مقرر نمی‌داشت که اگر قصد طرفین، بیع شرط نبود، روابط بین طرفین تابع چه عقدی باشد، دادگاه‌ها مفاد سند را مورد توجه و استناد خود قرار داده و کمتر به جستجوی قصد واقعی طرفین که امر مشکلی به نظر می‌رسید، می‌پرداختند و بدین ترتیب عملاً معاملات بیع شرطی که به طور صوری منعقد شده بودند، معتبر شناخته می‌شدند، (امامی، ۱۳۸۵، ۱/۵۴۶) و اگر بدهکار نمی‌توانست در موعد مقرر ثمن دریافتی و بهره آن را بپردازد، بستانکار مطابق ماده ۴۵۹ قانون مدنی مالک قطعی مبیع محسوب می‌شد. بنابراین معلوم شد که ماده ۴۶۳ قانون مدنی، ضمانت اجرایی کافی برای جلوگیری از تقلب و حيله نسبت به قانون را ندارد. (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۱/۱۳۵)؛ لذا برای اولین بار، قانون‌گذار با تصویب ماده (۲) متمم قانون ثبت ششم دی‌ماه ۱۳۰۷، اقدام به سلب اثر تملیکی از بیع شرط و سایر معاملات مشابه آن که وسیله حيله و تقلب قرار می‌گرفتند، نمود. دادگاه‌ها این ماده را ناظر به املاک ثبت شده می‌دانستند و املاک ثبت نشده را مشمول مقررات بیع شرط قانون مدنی می‌دانستند. در این ماده اصطلاح «معاملات با حق استرداد» به کار نرفت. این اصطلاح، از ابتکارات قانون‌گذار در سال‌های بعد بود. مقررات قانون ثبت در خصوص این معاملات، شاهد تحولات عدیده‌ای در جهت حفظ هر چه بیشتر حقوق بدهکار بود که به بررسی این تحولات می‌پردازیم.

۲-۱- قانون ثبت اسناد و املاک

۱-۲-۱- قانون سال ۱۳۰۷

در دی‌ماه سال ۱۳۰۷، ماده دوم قانون متمم قانون ثبت املاک برای اولین بار، بیع شرط را تابع مقررات مخصوصی قرار داد. در این ماده حق تقاضای ثبت، در خصوص املاکی که موضوع معامله با حق استرداد (بیع شرط و...) قرار گرفته بودند را به انتقال‌دهنده داده بود و او را مکلف می‌کرد که حق طرف مقابل را نیز در تقاضانامه خود قید کند و به این ترتیب ملک مذکور به همین نحو در دفتر املاک ثبت می‌شد.

این قانون فقط شامل معاملاتی بود که موضوع آن‌ها املاک بوده و حق استرداد نیز هنوز باقی بود. هر گاه انتقال‌دهنده ظرف مدت مقرر از حق خود استفاده نمی‌کرد، طرف مقابل می‌توانست صدور سند مالکیت قطعی خود را تقاضا کند. این تقاضا توسط اداره املاک به انتقال‌دهنده ابلاغ می‌شد، هر گاه انتقال‌دهنده تا ده روز از تاریخ ابلاغ مخالفتی نمی‌نمود، ملک مذکور به طور قطع به اسم انتقال‌گیرنده در دفتر املاک ثبت می‌شد، لیکن ظرف ده روز، اگر انتقال‌دهنده اعتراضی داشت، موظف بود این اعتراض را در دادگاه صالح طرح کند. اگر در دادگاه ثابت می‌شد که تفاوت بین قیمت واقعی ملک در روز انقضای مدت حق استرداد و قیمت مقرر بین طرفین از یک پنجم قیمت واقعی در روز انقضای مدت بیشتر است، دادگاه به انتقال‌گیرنده اخطار پرداخت مازاد مذکور را می‌داد.

هرگاه طرف مذکور از پرداخت این مبلغ، ظرف مدت یک ماه خودداری می‌کرد دادگاه حکم به رد قیمت مقرر بین طرفین و اجرت‌المثل قانونی می‌داد. در این صورت هرگاه انتقال‌دهنده محکوم به رد قیمت را نمی‌پرداخت، حکم دادگاه مطابق آیین دادرسی مدنی اجرا می‌شد و طرف در استیفای حقوق خود (محکوم به) از عین یا قیمت ملک مورد معامله بر سایر طلبکاران انتقال‌دهنده مقدم می‌بود. هرگاه دادگاه تفاوت قیمت را معادل یک پنجم یا کمتر می‌دید،

حکم ثبت املاک به طور قطعی به نفع انتقال گیرنده صادر می‌کرد. همان‌طور که می‌بینیم این ماده، اثر تملیکی را از معاملات با حق استرداد سلب نکرده بود و صرفاً انتقال دهنده حق داشت، بعد از انقضای مدت حق استرداد، با اثبات یک غبن فاحش (که خود او نیز هنگام انعقاد معامله عالم بر آن بود) فسخ معامله را از دادگاه بخواهد. دادگاه نیز در صورت اثبات این غبن حکم به رد ثمن می‌داد.

۲-۲-۱- قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰/۱۲/۲۶

قانون مذکور با وضع اصطلاح «معاملات با حق استرداد» حمایت‌های جدی‌تری جهت حفظ بیشتر حقوق انتقال دهنده به عمل آورد. البته این قانون صرفاً شامل معاملاتی می‌شد که نسبت به املاک واقع می‌شدند. همچنین در ماده ۳۳، حق تقاضای ثبت را، با قید حق انتقال گیرنده، به انتقال دهنده می‌داد، حتی اگر مدت استرداد منقضی شده بود. البته این ماده استثنائاتی هم داشت که ذکر آن‌ها در اینجا لازم به نظر نمی‌رسد.

این قانون، در ماده ۳۴ به وضوح اثر تملیکی را از معاملات با حق استرداد سلب کرد. مطابق این ماده هرگاه انتقال دهنده در ظرف مدت مقرر از حق خود استفاده نمی‌کرد انتقال گیرنده، این حق را پیدا کرده بود که از اداره ثبت، «فروش» ملک متعلق حق خود را بخواهد.^۱

در این صورت اداره مزبور به انتقال دهنده اخطار می‌داد که ظرف ده روز از تاریخ ابلاغ اخطار نامه، اصل ثمن و اجرت المسمی عقب افتاده و خسارت تاخیر تادیه نسبت به اصل از روز انقضای مدت حق استرداد یا وجه التزام را در صورتی که بین طرفین مقرر بوده باشد، به انتقال گیرنده تادیه کند. اگر انتقال دهنده چنین کاری نمی‌کرد ملک مذکور از طریق مزایده به فروش

۱. در حالی که در قانون مصوب سال ۱۳۰۷ فقط حق داشت صدور سند مالکیت را بخواهد.

می‌رفت و وجوه مذکور از آن استیفا می‌شد. ماده ۳۸، احکام ماده ۳۴ را نسبت به معاملات با حق استرداد که بعد از سال ۱۳۱۰ نیز منعقد می‌شدند مجری می‌دانست. لزوم این حمایت‌ها از انتقال دهنده، در این سال برای قانون‌گذار آن‌قدر بدیهی و واضح بود که در ماده ۳۹ حمایت‌های مذکور را در زمره قواعد آمره قرار داد، به طوری که هر گونه توافق مخالفی را باطل اعلام نمود.

۳-۲-۱- قانون اصلاح قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۲/۱۰/۲۸

ماده ۳۴ مصوب ۲۶ اسفند ماه سال ۱۳۱۰ دو سال بعد اصلاح شد. در این سال علاوه بر افزایش مهلت بدهکار از ده روز به دو ماه بعد از انقضای حق استرداد برای پرداخت اصل دین و اجرت المسمی عقب افتاده و خسارت تاخیر تادیه، مبنایی برای شروع مزایده نیز تعیین شد؛ مطابق این ماده برای تعیین قیمتی که مزایده از آن قیمت شروع شود، می‌بایست ملک مذکور به قیمت عادلانه تقویم می‌شد. در صورتی که تعیین قیمت عادلانه محتاج به اهل خبره می‌بود، یک یا چند نفر خبره به تراضی طرفین و در صورت عدم تراضی سه نفر اهل خبره به قرعه معین شده و بعد از تقویم مال مورد معامله، یک پنجم از قیمتی که خبره معین می‌نمود کسر و مزایده از آن قیمت شروع می‌شد. بعد از فروش ملک، حتی اگر مدیون طلبکار دیگری نیز می‌داشت، وجه آن به میزان طلب به انتقال گیرنده داده می‌شد. موضوع دیگری که در این سال مقرر گردید، واگذاری مال به طلبکار در صورت نبودن خریدار بود، ولی موسسات بانکی از این قاعده مستثنی شدند.

۴-۲-۱- قانون اصلاح پاره‌ای از مواد قانون ثبت اسناد و قوانین دیگر مصوب ۱۳۲۰/۵/۲۶

در این سال، مجدداً ماده ۳۴ و تبصره‌های آن اصلاح شدند. معاملات راجع به اموال منقول نیز در صدر ماده ۳۴ مورد حکم قرار گرفتند. به علاوه مهلت

بدهکار پس از انقضای حق استرداد و اخطار، جهت پرداخت دین و اجور عقب افتاده و زیان دیرکرد از دو ماه به سه ماه افزایش پیدا کرد. مبلغی که مزایده از آن شروع می‌شد نیز تغییر یافت. مطابق ماده ۳۴ اصلاحی وقت، مبلغی که مزایده از آن شروع می‌شد، همان مبلغی بود که در سند تعیین می‌شد. واگذاری مال به انتقال گیرنده، در صورت نبودن خریدار نیز (به استثنا بانکها) کماکان ادامه پیدا کرد.

در این سال ماده ۳۴ مکرر نیز عوض شد. این ماده امکان انجام معامله مجدد را نسبت به مورد معامله پیش‌بینی کرده بود. مطابق این ماده بدهکار می‌توانست با قید حق بستانکار مقدم، مورد معامله را برای وام‌های بعدی به عنوان وثیقه و تامین قرار دهد.

۵-۲-۱- قانون اصلاح قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰ و قانون

اشتباهات ثبتی و اسناد معارض مصوب ۱۳۳۳

قانون فوق‌الاشعار که در مورخ ۱۳۵۱/۱۰/۱۸ تصویب گردید، اصلاحاتی به شرح زیر به وجود آورد:

ماده ۳۴ و تبصره‌های آن به شرح زیر اصلاح می‌شود: «در مورد معاملات مذکور در ماده ۳۳ و کلیه معاملات شرطی و رهنی راجع به اموال غیر منقول در صورتی که بدهکار ظرف مدت مقرر در سند بدهی خود را نپردازد بستانکار می‌تواند وصول طلب خود را توسط دفترخانه تنظیم‌کننده سند درخواست کند. دفترخانه بنا به تقاضای بستانکار، اجراییه برای وصول طلب و اجور و خسارت دیرکرد صادر خواهد کرد و به اداره ثبت ارسال خواهد داشت و بدهکار از تاریخ ابلاغ اجراییه هشت ماه مهلت خواهد داشت که نسبت به پرداخت بدهی خود اقدام نماید.

بدهکار می‌تواند ظرف شش ماه از تاریخ ابلاغ اجراییه درخواست نماید

که ملک از طریق حراج به فروش برسد. در این صورت اجرای ثبت یا ثبت محل پس از انقضای مدت شش ماه به حراج ملک اقدام خواهد کرد. قبل از فروش ملک در صورت اعلام انصراف بدهکار حراج ملک موضوعاً منتفی خواهد بود. مبلغ حراج باید از کل مبلغ طلب و خسارت قانونی و حقوق و عوارض و هزینه‌های قانونی تا روز حراج شروع شود و در هر حال به کمتر از آن فروخته نخواهد شد. در صورت نبودن خریدار و همچنین در صورتی که تقاضای بدهکار ظرف مدت مقرر به اجرا یا ثبت محل و اصل نشود پس از انقضای هشت ماه مذکور در این قانون ملک با اخذ کلیه حقوق و عوارض و هزینه‌های قانونی به موجب سند انتقال رسمی به بستانکار واگذار خواهد شد.

هرگاه بستانکار قسمتی از طلب خود را دریافت کرده باشد در صورت واگذاری ملک به او باید وجوه دریافتی را مسترد نماید. در مورد موسسات و شرکت‌های دولتی و بانک‌ها وجوه دریافتی از اصل طلب مسترد می‌گردد.

در مورد اموال منقول اعم از اینکه اجراییه نسبت به تمام یا باقیمانده طلب صادر شده باشد هرگاه بدهکار ظرف چهار ماه از تاریخ ابلاغ اجراییه نسبت به پرداخت بدهی خود اقدام ننماید مال مورد معامله وسیله اجرای ثبت به حراج گذاشته می‌شود. هرگاه مال به قیمتی بیش از طلب مورد مطالبه و خسارت قانونی و حقوق و عوارض و هزینه‌های قانونی تا روز حراج به فروش نرود پس از دریافت حقوق اجرایی تمام مال مورد معامله ضمن تنظیم صورت‌مجلس توسط رییس اجرا تحویل بستانکار خواهد شد.

در مواردی هم که مال یا ملکی وثیقه دین یا ضمانتی قرار داده شود بر حسب آن که مال مزبور منقول و یا غیرمنقول باشد طبق مقررات این قانون عمل خواهد شد...».

البته این ماده هشت تبصره نیز دارد که درخصوص نحوه انجام حراج و تشریفات مربوطه و ابلاغ اجراییه و اقامتگاه طرفین و زیان دیرکرد وجه التزام

مندرج در اسناد و اعراض از رهن و هزینه‌های اجرایی تکالیفی مقرر نموده بود که بعدها نسخ شدند و جهت جلوگیری از اطاله کلام از ذکر آنها خودداری می‌شود.

همچنین ماده ۳۴ مکرر و تبصره‌های آن به شرح زیر اصلاح گردیدند:

«در کلیه معاملات مذکور در ماده ۳۴ این قانون بدهکار می‌تواند با تودیع کلیه بدهی خود اعم از اصل و اجور و خسارت قانونی و حقوق اجرایی نزد سردفتر اسناد رسمی تنظیم‌کننده سند مورد معامله را آزاد و آن را با دیگری معامله نماید یا کلیه بدهی خود را در صندوق ثبت یا هر مرجع دیگری که اداره ثبت تعیین می‌نماید تودیع و با تسلیم مدرک تودיעی به دفترخانه تنظیم‌کننده سند موجبات فسخ و فک سند را فراهم کند.

دفاتر اسناد رسمی مکلفند وجوه امانی مذکور را بلافاصله و در صورت انقضای وقت اداری در اولین وقت اداری بعد به صندوق ثبت تحویل نمایند.

هر بستانکاری که حق درخواست بازداشت اموال بدهکار را دارد نیز می‌تواند کلیه بدهی موضوع سند به بستانکار دیگر و نیز حقوق دولت را پرداخت و یا در صندوق ثبت و یا هر مرجع دیگری که اداره ثبت تعیین می‌نماید تودیع و تقاضای استیفای حقوق خود را از اداره ثبت بنماید. هرگاه مدت سندباقی باشد باید حق بستانکار تا آخر مدت رعایت شود.

در صورت صدور اجراییه گواهی اداره اجرا در مورد بلامانع بودن فک و فسخ معامله یا انجام معامله نیز ضروری خواهد بود.

در کلیه موارد مذکور فوق هرگاه منافع مال مورد معامله حق سکنی یا حقوق دیگری بوده و به بستانکار منتقل شده باشد باید حق نامبرده تا آخر مدت مذکور در سند رعایت شود...».

این ماده نیز مشتمل بر چهار تبصره بود که در تبصره ۳ نحوه توقیف حق بدهکار نسبت به مازاد مورد وثیقه و طرز استیفای حقوق توقیف‌کننده به آیین‌نامه واگذار شده بود.

۶-۲-۱- قانون اصلاح ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت مصوب ۱۳۵۱ و حذف ماده ۳۴ مکرر آن

آخرین اصلاحات، مربوط به ۱۳۸۶/۱۱/۲۹ می‌باشد که هنوز نیز معتبر بوده و تاکنون اصلاح دیگری بر آن وارد نشده است. آنچه در آینده مورد بررسی قرار خواهد گرفت با توجه به همین اصلاحات می‌باشد. بنابراین ذکر این اصلاحات در ادامه خواهد آمد و صرفاً به نقل متن اصلاح شده ماده ۳۴ فوق‌الاشعار اکتفا می‌کنیم:

ماده واحده - ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت مصوب ۱۳۵۱ به شرح زیر اصلاح و ماده ۳۴ مکرر آن حذف می‌گردد: «در مورد کلیه معاملات رهنی و شرطی و دیگر معاملات مذکور در ماده ۳۳ ق.ث. راجع به اموال منقول و غیرمنقول، در صورتی که بدهکار ظرف مدت مقرر در سند، بدهی خود را نپردازد، طلبکار می‌تواند از طریق صدور اجراییه وصول طلب خود را توسط دفترخانه تنظیم‌کننده سند، درخواست کند. چنانچه بدهکار ظرف ده روز از تاریخ ابلاغ اجراییه نسبت به پرداخت بدهی خود اقدام ننماید بنا به تقاضای بستانکار، اداره ثبت پس از ارزیابی تمامی مورد معامله و قطعیت آن، حداکثر ظرف مدت دو ماه از تاریخ قطعیت ارزیابی، با برگزاری مزایده نسبت به وصول مطالبات مرتهن به میزان طلب قانونی وی اقدام و مازاد را به رهن مسترد می‌نماید.

تبصره ۱- در مواردی هم که مال یا ملکی، وثیقه دین یا انجام تعهد یا ضمانتی قرار داده می‌شود مطابق مقررات این قانون عمل خواهد شد.

تبصره ۲- نحوه ابلاغ اجراییه، بازداشت مازاد مورد رهن و چگونگی ختم عملیات اجرایی و برگزاری مزایده و اعراض از رهن و سایر موارد به موجب آیین‌نامه‌ای است که ظرف مدت سه ماه از طرف سازمان ثبت اسناد و املاک کشور تهیه و به تصویب رییس قوه قضاییه خواهد رسید.

تبصره ۳- این قانون نسبت به اسناد تنظیمی و اجراییه‌های صادره که قبل از تصویب این قانون مختومه نگردیده است نیز جاری است.»

۲- نظریه شورای نگهبان در مورد ماده ۳۴ اصلاحی و عقد رهن

از شورای نگهبان در تاریخ ۱۳۶۴/۹/۱۹ در خصوص ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۵۱/۱۰/۱۸ از لحاظ انطباق آن با موازین شرعی سوال شده بود و در جلسه رسمی فقهای شورای نگهبان ماده مذکور مورد بحث و بررسی قرار گرفت و به شرح زیر به اکثریت آرا مغایرت آن با موازین شرعی اعلام گردید:

«۱- در بیع به شرط خیار و نحو آن مثل شرط وکالت فروشنده در انتقال مبیع به خود، پس از انقضا مدت و اخذ به خیار و انتفا موضوع شرط، مورد معامله ملک طلق مشتری است و بنابراین ترتیبات مقرر در این ماده در مورد آن مغایر با موازین شرعی است.

۲- در مورد رهن نیز از لحاظ این که مرتهن در صورتی که از جانب راهن وکالت در فروش نداشته باشد نمی‌تواند مستقلاً اقدام نماید و بعد از مطالبه و امتناع راهن باید رفع امر به حاکم شرعی نماید و همچنین از لحاظ واگذاری کل عین مرهونه به مرتهن در صورتی که قیمت آن بیشتر از دین باشد مغایر با موازین شرعی است.

۳- تاخیر در وصول دین در مواردی که حال و موجل شده باشد به مدت ۸ ماه یا بیشتر نیز با موازین شرعی مغایرت دارد» (شهری، ۱۳۸۷، ۷۲).

مفاد این نظریه نشان می‌دهد که شورای محترم نگهبان تمامی مفاد این ماده را خلاف شرع اعلام نکرده است، بلکه آنچه که از این ماده (مطابق این نظریه) خلاف شرع است، عبارتند از:

- الف- سلب اثر تملیکی از معاملات با حق استرداد و وثیقه مورد معامله.
- ب- اختیار مرتهن برای مراجعه به حاکم شرعی در صورتی که وکالت در فروش نداشته باشد.

ج - واگذاری رهنه به مرتهن در صورتی که قیمت آن بیشتر از دین باشد.

د - تاخیر در وصول دین در مواردی که دین حال یا موجب باشد به مدت‌های ۸ ماه یا بیشتر.

نکاتی که در این زمینه به نظر می‌رسد به قرار ذیل می‌باشد:

اول- ماده ۳۳ قانون ثبت نیز در مورد معاملات با حق استرداد، با سلب اثر تملیکی از این معاملات، حق ثبت را در خصوص املاکی که هنوز ثبت نشده‌اند، به انتقال دهنده می‌دهد. اگر سلب اثر تملیکی از این معاملات خلاف شرع است چرا در مورد این ماده اظهارنظر نشده است؟

دوم - رهنه و مورد معامله با حق استرداد تنها در صورتی به مرتهن یا انتقال گیرنده با حق استرداد واگذار می‌شود که کسی پیدا نشود آن را به مبلغ مطالبات انتقال گیرنده یا مرتهن بخرد و اگر کسی برای خرید این مال به این قیمت حاضر نشود بعضاً احتمال دارد که ارزش این مال نه تنها بیشتر از طلب نبوده بلکه کمتر از آن نیز بوده است.

سوم- مطابق ماده ۶۵۲ قانون مدنی در خصوص عقد قرض: «در موقع مطالبه، حاکم مطابق اوضاع و احوال برای مقتضای مهلت یا اقساطی می‌دهد». پاره‌ای از استادان حقوق این مهلت را ارفاق به مدیون و ملاک آن را وضعیت مالی او می‌دانند (کاتوزیان، حقوق مدنی معاملات معوض عقود تملیکی، ۵۰۴). ماده ۲۷۷ قانون مدنی نیز حاکم را مجاز می‌کند تا «نظر به وضعیت مدیون» مهلت عادلانه یا قرار اقساط دهد. مهلت‌های ۴ و ۸ ماهه مقرر در ماده ۳۴ نیز با در نظر گرفتن وضعیت مالی مدیون در معاملات با حق استرداد- بعد از دین دانستن ثمن نزد انتقال دهنده- می‌باشد، زیرا نوعاً انتقال دهندگان در این معاملات از افرادی بودند که در طبقات پایین و کم درآمد قرار داشتند و به همین علت، اقدام به انتقال و تملیک مال خود در مقابل مبلغ ناچیزی می‌کردند.

۳- بیع شرط در فقه امامیه

شیخ مرتضی انصاری، بعد از تعریف بیع شرط، مبانی فقهی آن را عمومیت‌ی نظیر «المومنون عند شروطهم» و نصوصات مستفیضه^۱ ذیل می‌داند: (انصاری، ۱۴۱۵هـ.ق، ج ۵، ص ۱۲۷).

۳-۱- روایت اسحاق بن عمار

اسحاق بن عمار می‌گوید: «شخصی که نزد امام بود (و دید) شخص دیگری از امام صادق (ع) سوال کرده، برایم روایت کرد که سوال او این بوده که شخص مسلمانی احتیاج به فروختن خانه‌اش پیدا کرد، رفت پیش برادرش و گفت این خانه‌ام را به تو می‌فروشم و از نظر من به خودت بفروشم بهتر است یا به دیگری بفروشم، به این شرط که اگر ظرف یک سال ثمن را برگردانم، خانه را به من برگردانی؛ حضرت فرمود اشکالی ندارد که اگر فروشنده ثمن را آورد، خانه را به او برگرداند، گفتم اگر خانه منافی داشت مال کیست؟ فرمود مال مشتری. آیا نمی‌بینی که اگر می‌سوخت از مال مشتری رفته بود؟»

۳-۲- روایت معاویه بن میسره

معاویه بن میسره می‌گوید: «از ابا‌جارود شنیدم که از امام صادق (ع) پرسید در مورد شخصی که خانه‌ای را فروخت و بین او و خریدار روابطی وجود داشت پس خریدار شرط کرد که اگر مالم (ثمن) را ظرف مدتی آوردی خانه (مورد معامله) خانه ات باشد، فروشنده بعداً ثمن را آورد. حضرت فرمود خانه برای اوست. ابا‌جارود پرسید اگر مشتری از این خانه استفاده کرد چه می‌شود؟ حضرت فرمود: مال اوست، و فرمود آیا نمی‌بینی اگر خانه می‌سوخت ضررش به که می‌خورد؟ خانه، خانه مشتری است.»

۱. این روایات خبر واحد هستند لیکن چون راویان آن‌ها بیشتر از سه نفر هستند به آن‌ها مستفیض می‌گویند.

۳-۳- روایت سعید بن یسار

سعید بن یسار می‌گوید: «به حضرت امام صادق (ع) عرض کردم که ما با مردمی از اهل کوهستان مخلوط می‌شویم، جنس به آن‌ها می‌فروشیم و سود از آن‌ها می‌گیریم، یازده تومان خریدیم به دوازده تومان یا سیزده تومان می‌فروشیم و ثمن را برای مدت یک سال یا بیشتر به تاخیر می‌اندازیم و یکی از آن‌ها قباله‌ای می‌نویسد که فلان کس خانه‌اش را به ما فروخت و پولش را هم گرفت و ما وعده می‌دهیم که اگر تا فلان وقت پول ما را آوردی، ما جنس و خانه‌اش را به او پس می‌دهیم. حال اگر وقت رسید، او هم ثمن را بر نگرداند، خانه را مال خودمان می‌دانیم، شما چه عقیده‌ای دارید؟ حضرت فرمود اری انه لک (رای من این است که اگر پول را نیاورد مال، مال شما است) و اگر مال (ثمن) را آوردید مال (مبیع) را به او بر گردانی.»

۳-۴- روایت ابی جارود

ابی جارود از امام باقر (ع) نقل می‌کند که ایشان فرمود: «اگر چیزی را به دیگری به شرط فروختی، اگر آمد و مالت را آورد (شرط محقق شده و باید مورد معامله را به او پس دهی) و اگر نیاورد، مبیع مال توست. فقها شیعه با توجه به این احادیث و احادیث دیگری که مربوط به عمومات شروط ضمن عقد است، احکام راجع به بیع شرط را به طور خلاصه به شرح زیر بیان نموده‌اند:

الف - مدت خیار شرط ضمن عقد باید معلوم و معین باشد در غیر این صورت به علت بطلان معامله غرری، هم شرط و هم عقد باطل است. (علمه حلی، ۱۴۲۵، ۵۱۹/۱؛ همان، ۱۴۱۲ هـ. ق، ۳۵؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹ هـ. ق، ۵۶۰/۴؛ انصاری، ۱۴۱۵ هـ. ق، ج ۵، ص ۱۲۷؛ نجفی، بی‌تا، ۳۲/۲۳-۳۸). شیخ طوسی و سید مرتضی می‌گویند در صورت اطلاق، مدت خیار سه روز است (علامه حلی، ۱۴۱۲ هـ. ق، ۳۵۰).

ب- قید خیار در عقد مانع انتقال مالکیت نمی‌شود، لیکن مبیع به طور متزلزل به مشتری منتقل می‌شود به طوری که هرگاه فروشنده ظرف مدت معین ثمن را آورد می‌تواند مبیع را مسترد کند.

این عقیده مشهور فقها است (حسینی عاملی، همان، ۵۶۵؛ انصاری، همان، ج ۵، ص ۱۲۷) لیکن گفته می‌شود به عقیده شیخ طوسی در بیع شرط، مالکیت در صورت انقضا مدت و نپرداختن ثمن توسط بایع، منتقل می‌شود (انصاری، همان، ۲۹۸).^۱

ج- هرگاه بایع ظرف مدت مقرر ثمن را آورد می‌تواند مبیع را مسترد کند، اگر نتوانست ثمن را ظرف آن مدت رد کند، مبیع را به طور مطلق از دست می‌دهد. (همان).

د- منافع مدت خیار به مشتری تعلق دارد چون مبیع نیز در آن مدت به او تعلق داشت. (میرزا قمی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۶۵).

هـ - مشتری در مدت خیار نمی‌تواند تصرفی که منافی اعمال خیار باشد به عمل آورد (انصاری، همان).

شورای نگهبان نیز به استناد این اخبار و روایات و به تبعیت از نظر مشهور فقها، ماده ۳۴ قانون ثبت را که اثر عقد بیع شرط و سایر معاملات مشابه را تغییر داده است، خلاف موازین شرعی اعلام کرده است بدون این که به علل و اسبابی که سبب وضع این ماده شده است، توجه کند.

۴- مبانی فقهی و حقوقی ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت و ارتباط آن با رهن

همان‌طور که گفته شد شورای نگهبان ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت را خلاف شرع اعلام کرده است، اما به اوضاع و احوالی که امروز این معاملات

۱. المشهور ان المبیع یملك بالعقود و اثر الخیار تزلزل الملك بسبب القدره علی رفع سببه فالخیار حق لصاحبه فی ملك الآخره و حکى المحقق و جماع عن الشیخ توقف الملك بعد العقد علی انقضاء الخیار.

ایجاد کرده‌اند توجهی نکرده است و به طوری که از پیشینه تاریخی این معاملات بر می‌آید، معاملات مذکور نه تنها در ایران، بلکه در کشورهای دیگری نظیر عراق و مصر نیز از مسیر صحیح خود خارج شده و در استخدام اهداف رباخوارانه سرمایه‌داران قرار گرفته است. در هر صورت برای توجیه اقدام قانون‌گذار در ماده ۳۴ اصلاحی فوق، مبانی حقوقی و فقهی متعددی وجود دارد که ما در این گفتار به آن‌ها اشاره می‌کنیم:

۱-۴ - نظریه تقلب نسبت به قانون

نخستین و مهم‌ترین مبنایی که برای توجیه اقدام قانون‌گذار در ماده ۳۳ و ۳۴ اصلاحی استناد شده است، نظریه «تقلب نسبت به قانون» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴، ۲۸۶؛ کاشانی، ۱۳۶۸، ۳۶؛ کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ۴۶۳/۲؛ همان، ۱۳۷۶، ۵۲۹) می‌باشد. از آنجایی که گفته شده بیع شرط و سایر معاملات با حق استرداد جهت گرفتن ربا و تملیک وثیقه منعقد می‌شوند که این دو نیز ممنوع هستند و وسیله مشروع نمی‌تواند حرام را حلال کند؛ قبل از هر چیز لازم است «تقلب نسبت به قانون» را تعریف کرده و سپس بگوییم چگونه بیع شرط و معاملات با حق استرداد وسیله تقلب نسبت به قانون قرار می‌گیرند و بعد نیز به این امر پردازیم که اساساً آیا تقلب نسبت به قانون جایز است یا ممنوع؟ دلایل جواز و ممنوعیت آن چیست؟ و آنگاه در خصوص اقدام قانون‌گذار در مواد ۳۳ و ۳۴ اصلاحی قضاوت کنیم.

۲-۴ - تعریف

تقلب نسبت به قانون، هر عملی است که به قصد فرار از اجرای یک الزام قانونی صورت می‌گیرد (کاشانی، ۱۳۶۸، ۴۰).

برای تحقق تقلب نسبت به قانون عناصر زیر ضروری است (کاشانی، ۴۲):
وجود الزام قانونی، قصد متقلبانه، وسیله موثر از نظر قانونی.

۱-۲-۴ - وجود الزام قانونی: الزام قانونی که معاملات با حق استرداد

برای فرار از آن‌ها مورد استفاده قرار می‌گیرند کدام است؟ به نظر می‌رسد در این مورد بتوان به دو حکم اسلامی زیر اشاره کرد:

الف - حرمت ربا (کاشانی، همان، ص، ۳۵؛ صفایی، حقوق مدنی، ۴۳۶/۲-؛ لنگرودی، همان؛ عبد الرزاق السنهوری، الوسیط، ۱۴۸/۴).

ب - منع تملک مورد وثیقه توسط مرتهن به صرف انقضای مدت و عدم تادیه دین (کاتوزیان، پیشین؛ عبد الرزاق السنهوری، همان، ص ۱۴۹).

۱-۱-۲-۴- مبانی حرمت ربا

امروزه در علم اقتصاد، نظریه قابل قبول این است که پشتوانه پول، کار و تولید است. در مورد افراد نیز همین را باید گفت؛ یک فرد نمی‌تواند دارا شود مگر با کار و تلاش مشروع و تولید (به استثنای مساله ارث). صرف داشتن سرمایه نقدی، بدون این که کاری انجام شود نباید شخص را دارا کند. پس اگر کسی پولی به دیگری قرض می‌دهد نباید بتواند بیشتر از آن را بستاند. این را «ربا» می‌گویند، بنابراین ربا یعنی این که شخص پول دار بدون این که کاری انجام بدهد، بیشتر پول دار شود و این امر سبب رکود اقتصادی جامعه می‌شود و به همین خاطر در اسلام ممنوع است. این علت را می‌توان در احادیثی که در این رابطه نقل شده است نیز پیدا کرد؛ «هشام از ابو عبد الله (ع) پرسید که علت منع ربا چیست؟ گفت: اگر ربا ممنوع نبود، مردم تجارت‌ها و نیازمندی‌های عمومی را ترک می‌کردند. خداوند ربا را حرام نمود تا مردم به تجارت‌ها روی آورند و این وضع در روابط مالی آن‌ها (از جمله قرض) برقرار باشد» (لنگرودی، پیشین، ۲۹۲). امام خمینی (ره) در خصوص چگونگی ربا و حرمت آن در مساله ۲۲۸۳ رساله توضیح‌المسائل خود چنین می‌فرماید: «اگر کسی قرض می‌دهد شرط کند که زیادتر از مقداری که می‌دهد بگیرد، مثلاً یک من گندم بدهد و شرط کند که یک من و پنج سیر بگیرد یا ده تخم مرغ بدهد که یازده تخم مرغ بگیرد ربا و حرام است، بلکه اگر قرار بگذارد که بدهکار کاری برای

او انجام دهد، یا چیزی را که قرض کرده با مقدار جنس دیگری پس بدهد، مثلا شرط کند یک تومانی را که قرض کرده با یک کبریت پس بدهد، ربا و حرام است و نیز اگر با او شرط کند که چیزی را که قرض می‌گیرد به طور مخصوص پس دهد، مثلا مقداری طلای نساخته به او بدهد و شرط کند که نساخته پس بگیرد، باز هم ربا و حرام می‌باشد، ولی اگر بدون این که شرط کند، خود بدهکار زیاد تر از آنچه قرض کرده پس بدهد، اشکال ندارد بلکه مستحب است» (امام خمینی (ره)، توضیح المسائل، مساله ۲۲۸۳). به هر جهت در حرمت ربا هیچ شکی وجود ندارد.

۲-۱-۲-۴- حرمت ربا در قرآن

کلمه ربا در قرآن بیش از ده مورد به کار رفته و حرام دانسته شده و ربا خوار نیز نکوهش شده (عبد الباقی، بی تا، ۳۰۰) که به برخی از آنها اشاره می‌شود:

الف - آیه ۲۷۵ سوره بقره

«الذین یا کلون الربوا لا یقومون الا کما یقوم الذی یتخبطه الشیطان من المس ذالک بانهم قالوا انما البیع مثل الربوا واحل الله البیع و حرم الربوا...». یعنی «آن کسانی که ربا می‌خورند (از قبرها) بر نمی‌خیزند جز بماند آن که به وسوسه و فریب شیطان مخبط و دیوانه شده، و آنان به این سبب در این عمل زشت (ربا خوردن) افتند که گویند هیچ فرق میان معامله، تجارت و ربا نیست و حال آن که خداوند تجارت را حلال کرده و ربا را حرام کرده است...».

ب - سوره آل عمران، آیه ۱۳۰

«یا ایها الذین آمنوا لا تاكلوا الربوا اضعافا مضاعفه و اتقوا الله لعلکم تفلحون». ترجمه: «ای کسانی که ایمان آورده اید ربا (و سود پول) را چند برابر نخورید، از خدا بپرهیزید تا رستگار شوید».

محمد بن یعقوب از عده‌ای از اصحاب (شیعه) از احمد بن عیسی از ابن عمیر از هشام بن سالم از ابی عبدالله (ع)، روایت می‌کند که ایشان فرمودند:

«درهم ربا عند الله اشد من سبعین زنيه کلهما بذات محرم» (حر عاملی، ۱۴۰۹، هـ ق، ۴۲۳/۶) یعنی یک درهم ربا نزد خدا، از هفتاد بار زنا با محارم بدتر است. البته در باب حرمت ربا روایات زیادی وجود دارد، لیکن چون نیازی به اثبات این حرمت نیست از ذکر مفصل آن‌ها خودداری کرده و به نقل همین یک روایت بسنده کردیم.

۳-۱-۲-۴- ربا در قوانین

در قوانین و مقررات هم درخصوص منع ربا سخن گفته شده که برخی از آن‌ها عبارت‌اند از:

الف - اصل ۴۳ قانون اساسی چنین مقرر می‌دارد: «برای تامین استقلال اقتصادی جامعه و ریشه کن کردن فقر و محرومیت و بر آوردن نیازهای انسان در جریان رشد، با حفظ آزادی او، اقتصاد جمهوری اسلامی ایران بر اساس اصول و ضوابط زیر استوار می‌شود... بند ۵ - منع اضرار به غیر و انحصار و احتکار و ربا و دیگر معاملات باطل و حرام...».

ب - اصل ۴۹ قانون اساسی چنین مقرر می‌دارد: «دولت موظف است ثروت‌های ناشی از ربا، ... را گرفته و به صاحب حق رد کند...»

ج - منع تملک رهنه توسط مرتهن به صرف عدم تادیه دین در موعد مقرر:
فلسفه تشریح عقد رهن این است که هرگاه مدیون نخواهد یا نتواند در موعد معین شده دین خود را بپردازد، مرتهن با فروش مورد رهن به طلب خود برسد (امامی، ۱۳۸۵، ۳۶۷/۲؛ کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۵۲۹؛ شهیدی، ۱۳۸۲، ۱۲۱؛ ره پیک، ۱۳۸۷، ۴۸). بنابراین هر گاه در موعد مقرر شده، مدیون دین خود را نپرداخت مرتهن می‌تواند بعد از مطالبه دین، فروش آن را از حاکم بخواهد. اثر عقد رهن صرفاً یک حق عینی برای طلبکار است که به موجب آن مرتهن می‌تواند در صورت نپرداختن طلب او، وصول طلب خود را از فروش مورد معامله بخواهد. این مال باید به فروش رفته و از محل آن، طلب طلبکار پرداخت شود. مرتهن در

هر صورت ملزم به رجوع به راهن یا حاکم است. (حلی، ۱۴۲۵، ۳۰/۲، نجفی، بی تا، ۱۷۳/۲۵) به همین سبب فقها امامیه بالاتفاق معتقدند که اگر در ضمن عقد رهن، تعلق مورد رهن به مرتهن شرط شود، هم شرط و هم عقد باطل هستند. (نجفی، بی تا، ۲۲۶/۲۵)^۱ علل بطلان این شرط را این می دانند که لازمه تحقق بیع وجود اسبابی نظیر ایجاب و قبول و... می باشد که در اینجا این اسباب مملک وجود ندارد. (امامی، ۱۳۸۵، ۳۶۷/۲) و نیز این شرط با فلسفه تشریح عقد رهن که همان استیفای طلب از محل فروش مورد رهن می باشد نیز تعارض دارد، این شرط از این جهت در واقع با مقتضای عقد رهن مخالف بوده و بنابراین مبطل عقد نیز می باشد. به هر جهت، همه صاحب نظران بر بطلان این شرط اتفاق نظر دارند. (امامی، همان؛ کاتوزیان، همان؛ نجفی، همان؛ شهید ثانی، ۱۴۱۴، ۲۳۲/۱-۲۳۳؛ شهید اول، ۱۴۰۶، ۸۸/۴؛ محقق قمی، جامع الشتات، ۲۰۸؛ علامه حلی، ۱۴۲۵، ۲۲/۲).^۲ سرمایه داران نیز چون نمی توانستند چنین شروطی را در عقد رهن و قرض بگنجانند، با استفاده از بیع شرط، به آسانی به چنین هدفی می رسیدند و به همین خاطر قانون گذار با وضع مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت، با سلب اثر تملیکی از معاملات با حق استرداد اقدام به خنثی کردن چنین حيله ای کرده است. (سنهوری، بی تا، ۱۴۹/۴).^۳

۲-۲-۴ - قصد متقلبانه

مطابق این نظریه، در موردی که تقلب به معنی اخص مورد نظر باشد، قصد طرفین از انعقاد بیع شرط، انجام دو منع قانونی و شرعی است که در بالا توضیح داده شد.

۱. و لو شرط ان لم یعودان یكون الرهن میعلا لم یصح، صاحب جواهر در شرح آن می گوید: «اتفق الاصحاب هنا علی بطلان الشرط و العقد».
۲. در فقه عامه نیز با استناد به حدیث نبوی "لا یغلق الرهن من صاحبه من غنمه علیه غرمه بعضا" این شرط باطل اعلام می شود، بدین استدلال که عقد رهن نباید به صورتی منعقد شود که راهن نتواند آن را فک کند، چه قبل از سر رسید موعد و وام و چه پس از آن (برای دیدن نظر مخالف ر. ک، لنگرودی، حقوق مدنی، رهن و صلح، ثمن ۱۲۶).
۳. در حقوق مصر نیز این شرط باطل است و وام دهندگان به ناچار به عقد «بیع الوفا» متوسل می شدند.

بدیهی است قصد متقلبانه یعنی رسیدن به «ربا» و «تملک رهینه» باید اثبات گردد. (کاشانی، پیشین، ۷۳) لیکن چون تاریخ حکایت از این دارد که این معاملات فقط جهت رسیدن به این دو ممنوع قانونی و شرعی مورد استفاده قرار می‌گیرند، قانون‌گذار نیز بر مبنای قصد غالب معامله‌کنندگان (کاتوزیان، پیشین، ۵۲۹، همان، ۱۳۸۷، ۱۷۹/۵) اقدام به خنثی کردن این مقاصد نمود. (ماده ۳۳ و ۳۴ ق. ث).

۳-۲-۴- وسیله موثر از نظر قانونی

تقلب نسبت به قانون با استفاده از یک وسیله مشروع صورت می‌گیرد. قانون مدنی انعقاد معاملات با حق استرداد (بیع شرط صلح با حق استرداد و...) را مجاز دانسته و آن‌ها را وسیله تملیک و تملک قرار داده است (م ۱۰، ۳۶۳، ۴۵۹ ق. م) و در جای دیگر قانون اساسی و شرع نیز اخذ ربا را حرام می‌داند (اصل ۴۳ و ۴۹ قانون اساسی، آیات ۲۷۴ از سوره بقره و ۱۳۰ از سوره آل عمران و...) لیکن سرمایه داران و رباخواران می‌خواهند با استفاده از مشروعیت و حلیت این معاملات، به اهداف خود که همان اخذ ربا و تملک رهینه به صرف انقضای مدت دین و عدم وصول طلب خود می‌باشد دست یابند. وسیله، مشروع است لیکن هدف، رسیدن به یک ممنوع و حرام قانونی و شرعی است. وام‌دهنده در استفاده از معاملات با حق استرداد به جای رهن از این امتیازات استفاده می‌کرد.

وام‌دهنده چون حاضر نبود بدون ربح و سود وام بدهد و قانوناً نیز نمی‌توانست چنین کاری انجام دهد، وام‌گیرنده را وادار به انعقاد بیع شرط یا معامله‌ای مشابه آن می‌کرد. پس مبیع ملک وام‌دهنده می‌شد (م ۱۰، ۳۶۳ و ۴۵۹ ق. م) و بالتبع منافع آن نیز به او تعلق می‌گرفت. (ماده ۳۰ ق. م) و ظاهراً مبیع را به تصرف انتقال‌دهنده می‌داد و با او عقد اجاره منعقد می‌کرد. به همین سبب انتقال‌دهنده، می‌بایست اجور آن مال را که در واقع بهره پولی بود

که می‌گرفت به انتقال‌گیرنده بپردازد. (کاشانی، همان، ۳۶؛ صفائی، همان، ۴۳؛ امامی، همان، ۵۶۸؛ سنه‌پوری، همان، ۱۴۸). مورد معامله نیز در عمل، وثیقه وام (ثمن) قرار می‌گرفت. ارزش اقتصادی مبیع بیشتر از ثمن بود و هر گاه بایع (وام‌گیرنده) قادر نبود در موعد مقرر شده، وام مذکور (ثمن) را رد کند، مبیع که غالباً بیشتر از ثمن ارزش داشت، ملک طلق وام‌دهنده یا خریدار می‌شد. (ماده ۱۰ و ۴۵۹ ق.م) و چون در اکثر موارد وام‌گیرنده به علت افلاس و تنگدستی نمی‌توانست خود را از زیر بار دین خارج نماید، زندگی و سرمایه خود را به سهولت از دست می‌داد و چاره‌ای برای تدارک آن نداشت. تاریخ معاملات شرطی خاطرات دردناکی از این قبیل را در بر دارد که هر کس نمونه‌هایی از آن را به خاطر دارد. (کاتوزیان، همان؛ کاشانی، همان، ۳۶).

۵ - اعتبار قانونی ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت

اصل چهارم قانون اساسی مقرر می‌دارد: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی، و غیر این‌ها باید بر اساس موازین اسلامی باشد، این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقها شورای نگهبان است». شورای نگهبان در پاسخ به شورای عالی قضایی به استناد این اصل، خود را صالح بر ابطال و الغا قوانین و مصوبات موجود که شامل قوانین مصوب قبل از انقلاب نیز هست، دانسته و در عمل از جمله در مورد ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت اعمال نظر کرده و آن‌ها را بعضاً خلاف شرع اعلام نموده است (هاشمی، جزوه درسی حقوق اساسی ۲، دانشگاه شهید بهشتی، قسمت سوم، ش ۱۷۳). اکنون باید دید آیا قانون اساسی، شورای نگهبان را صالح به نسخ یا ابطال قوانین موجود کرده است تا در این صورت اظهار نظر او در رابطه با ماده ۳۴ اصلاحی به منزله نسخ آن ماده باشد؟ در این رابطه دو نظر وجود دارد:

الف - گروهی معتقدند که عموم اصل چهارم قانون اساسی به شورای نگهبان صلاحیت می‌دهد که در خصوص هر نوع قانونی اظهار و اعمال نظر کند و از آن‌جا که این اصل بر اطلاق و عموم همه قوانین از جمله قانون اساسی حاکم است، به طریق اولی بر قوانین مصوب قبل از انقلاب نیز حاکمیت دارد. (مهرپور، مقاله اصل چهارم قانون اساسی و قلمرو شمول آن، ۱۷-۳۱).

ب- گروهی معتقدند که اصل چهارم یک اصل کلی است که جزئیات و کیفیت اجرای آن در اصول نود و یکم تا نود و نهم مشخص شده است و در آن اصول نیز هیچ اشاره‌ای به قوانین و مقررات مصوب موجود نشده است. (خامنه‌ای، ۱۳۶۹، ۴۱؛ هاشمی، همان، ۱۷۱-۱۷۶؛ کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، ۱۷۷). به نظر می‌رسد نظر دوم صحیح باشد. زیرا همان طوری که اصل چهارم در فصل اول و تحت عنوان «اصول کلی» آمده است، یک اصل کلی است و صرفاً به طور مقدماتی در مقام معرفی شورای نگهبان و بیان اصل حاکمیت آن شورا می‌باشد، جزئیات و حدود و ثغور این اصل کلی را اصول بعدی قانون اساسی مشخص می‌کنند و باید برای تعیین صلاحیت شورای نگهبان نیز به همان اصول مانند اصل نود و هشتم قانون اساسی که تفسیر قانون اساسی را نیز در صلاحیت این شورا قرار داده است متمسک شد.

از طرف دیگر به طوری که اصل پنجاه و هشتم مقرر می‌دارد که اعمال قوه مقننه از طریق مجلس شورای اسلامی است؛ بنابراین نسخ و ابطال یک قانون موجود نیز در صلاحیت آن مجلس می‌باشد و در نتیجه دخالت شورای نگهبان در این خصوص با اصل پنجاه و هشتم مخالف است. (خامنه‌ای، همان، ۳۳-۳۴). گذشته از همه این‌ها توسعه صلاحیت شورای نگهبان نیز قوانین موجود مملکت را دچار یک خلا قانونی خواهد کرد (هاشمی، همان، ۱۷۵؛ کاتوزیان، همان، ۱۷۸). نسخ و ابطال قانون از آن جهت به مجلس قانون گذاری شورای اسلامی داده شد که این مجلس می‌تواند قانون گذاری کند،

یعنی اگر لازم شد که قانونی را نسخ و ابطال کند و بتواند به جای آن قانون دیگری را وضع کند تا خلا قانونی ایجاد نشود.

در نتیجه باید گفت چون شورای نگهبان مرجع قانون گذاری نیست و صلاحیت اصلی آن را اصل نود و یکم قانون اساسی مشخص کرده است و دادن صلاحیت اضافی مستلزم نص قانونی نظیر اصل نود و هشتم در خصوص تفسیر قانون اساسی است؛ فلذا باید گفت به استناد اصل پنجاه و هشتم اظهارنظر شورای نگهبان در خصوص یک قانون معتبر و موجود، به معنای نسخ یا ابطال آن نیست و بنابراین ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت نیز که مورد اظهارنظر شورای نگهبان قرار گرفته است نسخ نشده و همچنان دارای اعتبار قانونی و حقوقی است. ضمن این که نظریه شورای نگهبان نیز در تاریخ ۱۳۹۰/۱۱/۱۶ رد شد که منجر به حذف ماده ۳۴ مکرر قانون ثبت گردید که نتیجه آن احیا بیع شرط بود با این تفاوت که اگر مشتری در موعد مقرر حضور پیدا نمی کرد و ثمن را رد نمی کرد، نمی توانست مرهونه را تملک کند.

۶ - تفاوت معاملات با حق استرداد با عقد رهن

معاملات با حق استرداد معاملاتی معوض و تملیکی هستند که در ضمن آنها شرط حق استرداد درج شده باشد، لذا از این جهت هیچ شباهتی با عقد رهن ندارند. عقد رهن صرفاً وسیله‌ای برای تضمین یک دین موجود است، در حالی که معاملات با حق استرداد، معاملاتی هستند که در آن یک طرف، مال خود را به دیگری تملیک می کند منتها حق استرداد آن را ظرف مدت معینی برای خود نگه می دارد. با این وجود از آنجا که قانون گذار با تصویب مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت اثر تملیکی را از این معاملات سلب کرده و این معاملات را در زمره معاملات رهنی و وثیقه‌ای قرار داده، ممکن است این توهم ایجاد شود که معاملات با حق استرداد با عقد رهن تفاوتی ندارند، لیکن با وجود شباهتی

که این دو از جهت وثیقه بودن با یکدیگر دارند، تفاوت‌های بین آن‌ها آن قدر زیاد است که هیچ‌گاه نباید این دو را یکی دانست. این تفاوت‌ها عبارتند از:

الف - عقد رهن عقد تبعی است، یعنی پیش از انعقاد عقد رهن لازم است دینی وجود داشته باشد (مواد ۷۷۱ و ۷۷۵ قانون مدنی) (کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ۲۳۵) در حالی که در معاملات با حق استرداد که بنا به ماده ۳۴، طرفین به عنوان طلبکار و بدهکار شناخته می‌شوند، دین و تضمین در یک لحظه و با هم ایجاد می‌شوند و هیچ کدام بر دیگری تقدم ندارند.

این تفاوت ناشی از این است که معاملات با حق استرداد ماهیتا وثیقه‌ای نیستند. جنبه وثیقه‌ای بودن را قانون برای آن‌ها بار کرده است. در حالی که عقد رهن ماهیتا وثیقه‌ای است و دین اساس و رکن اصلی برای انعقاد عقد می‌باشد.

ب - چون رهن مالک عین و منافع رهنه است و مرتهن صرفاً دارای یک حق عینی است که به موجب آن بعداً می‌تواند وصول طلب خود را از محل فروش رهنه مذکور مطالبه کند؛ فلذا اگر مدیون با حفظ حقوق طلبکار خود مال رهنه را به دیگری منتقل کند هیچ اشکالی ایجاد نمی‌شود (امامی، پیشین، ۵۵۰/۱) در مورد معاملات با حق استرداد نیز که انتقال دهنده همچنان مالک باقی می‌ماند (ماده ۳۳ و ۳۴ ق. ت) ممکن است این توهم ایجاد شود که او می‌تواند مجدداً آن را مورد معاملات تملیکی دیگری قرار دهد. ولی این استدلال و قیاس صحیح نیست زیرا مالکیت انتقال دهنده مطلق نیست و حقوق انتقال گیرنده با حق استرداد نیز خیلی بیشتر از حقوق مرتهن می‌باشد. انتقال گیرنده با حق استرداد ممکن است در صورت نبودن خریدار در هنگام مزایده مالک مورد معامله شود و این امر با معاملات تملیکی مجدد، در تعارض می‌باشد.

ماده ۳۴ مکرر مصوب سال ۱۳۲۰ به انتقال دهنده حق می‌داد که با قید حق بستانکار مقدم مورد معامله را برای وام‌های دیگر وثیقه و تامین قرار

دهد مطابق این ماده در صورت فک معامله مقدم، تمام مال مورد معامله، وثیقه وام بعدی و در صورت عدم فک معامله مقدم و فروش مال، هر بستانکار مقدم برای استیفای اصل طلب و اجور و خسارت قانونی بر بستانکارهای بعدی مقدم بود.

لیکن این ماده در تاریخ ۱۳۵۱/۱۰/۱۸ به شرحی که قبلا گذشت، اصلاح گردید. بنابراین، ماده مذکور امکان معامله تملیکی مکرر را توسط انتقال دهنده، قبل از فک معامله قبلی غیر ممکن کرده است. این ماده انتقال دهنده را راهنمایی می‌کند که اگر خواست مورد معامله را مجدداً مورد معامله تملیکی قرار دهد باید دین خود را که به موجب معامله قبلی پیدا کرده است بپردازد. این ماده شامل رهن نمی‌شود. امکان معامله تملیکی و حتی رهن مکرر مطابق اصول حقوقی است و نیازی به تاکید قانون‌گذار ندارد (کاتوزیان، همان)².

ج- در عقد رهن مالکیت عین مرهونه و به تبع آن منافع عین مزبور متعلق به راهن است. ماده ۷۸۶ قانون مدنی در همین رابطه چنین مقرر می‌دارد: «ثمره رهن و زیادتی که ممکن است در آن حاصل شود، در صورتی که متصل باشد، جز رهن خواهد بود و در صورتی که منفصل باشد متعلق به راهن است. در هر صورت چون راهن مالک عین مرهونه است، منافع مال، چه متصل باشد و چه منفصل متعلق به راهن می‌باشد. در حالی که در معاملات با حق استرداد، با این که انتقال دهنده مالک مورد معامله است مالکیت منافع متعلق به انتقال گیرنده است. در همین رابطه ماده ۷۲۲ ق.آ.د.م سابق چنین مقرر داشته بود:

«در معاملات با حق استرداد که مورد معامله به تصرف دائن داده شده است دائن حق مطالبه خسارت تاخیر تادیه و مدیون حق مطالبه اجرت‌المثل را نسبت به مدتی که مورد معامله در تصرف دائن بوده است ندارد.» (کاتوزیان، دوره

۱. رای وحدت رویه شماره ۱۵۵ مورخ ۱۳۴۷/۱۲/۱۴ هیات عمومی دیوان عالی کشور.

۲. ماده ۱۰۸ ا.م.ا.ر.ل امکان وثیقه یا تامین مکرر با قید حق بستانکار مقدم را تجویز نموده است.

مقدماتی حقوق مدنی، ۲۳۸؛ امامی، حقوق مدنی، ۱/۵۵۲).

د - مطابق ماده ۷۷۲ قانون مدنی، قبض شرط صحت عقد رهن است، این ماده چنین مقرر می‌دارد: «مال مرهون باید به قبض مرتهن یا به تصرف کسی که بین طرفین معین می‌گردد، داده شود. ولی استمرار قبض شرط صحت معامله نیست.» در حالی که در معاملات با حق استرداد، قبض شرط صحت معامله نیست. در این معاملات اصل رضایی بودن عقد حاکم است؛ یعنی به صرف ایجاب و قبول، عقد محقق می‌شود و هیچ نیازی به قبض مورد معامله ندارد. (امامی، پیشین، ۱/۵۴۸).

س - عقد رهن نسبت به راهن لازم و نسبت به مرتهن جایز است. بدین معنی که تا زمانی که دین پرداخت نشود، مورد رهن در وثیقه دین مزبور باقی می‌ماند ولی مرتهن می‌تواند هر وقت بخواهد از این رهینه اعراض کرده و مال مزبور را از وثیقه بودن آزاد کند.

ماده ۷۸۷ قانون مدنی در همین رابطه چنین مقرر می‌دارد: «عقد رهن نسبت به مرتهن جایز و نسبت به راهن لازم است و بنابراین مرتهن می‌تواند هر وقت بخواهد آن را بر هم زند ولی راهن نمی‌تواند قبل از این که دین خود را ادا نماید و یا به نحوی از انحا قانونی از آن بری شود، رهن را مسترد دارد.» تبصره ۶ ماده ۳۴ قانون ثبت نیز موید همین امر است. مطابق این تبصره راهن می‌تواند از رهن اعراض کند و در صورت اعراض مورد رهن آزاد و عملیات اجرایی بر اساس اسناد ذمه خواهد بود. در حالی که معاملات با حق استرداد نسبت به طرفین لازم هستند و انتقال گیرنده نیز مانند انتقال دهنده نمی‌تواند از حق وثیقه خود صرف نظر کند و استیفا طلب خود را از سایر اموال انتقال دهنده بخواهد (کاتوزیان، همان، ۲۴۰).

ص - عقد رهن و معاملات با حق استرداد از لحاظ موضوع با هم تفاوت دارند. از آنجا که قبض شرط صحت عقد رهن می‌باشد (ماده ۷۷۲ ق. م) فلذا

مال مرهون باید عین معین باشد و رهن دین و منفعت باطل است. (ماده ۷۷۴ ق.م) در حالی که در معاملات با حق استرداد، چون قبض شرط صحت نیست لذا منافع آن در مدت حق استرداد تابع عین است.

نتیجه گیری:

پس از بررسی تحولات قانون ثبت در خصوص معاملات با حق استرداد، دیدیم که طبق آخرین اصلاحات این قانون، بیع شرط احیا شده ولی با این تفاوت که اگر انتقال دهنده ظرف مدت مقرر ثمن را تادیه نکند، مبیع به مزایده گذاشته می شود و انتقال گیرنده در وصول طلب خود از محل فروش عین، بر همه طلبکاران مقدم است.

در بررسی تحولات مواد ۳۳ و ۳۴ ق.ث. که به ذکر احکام و قواعد حاکم بر معاملات با حق استرداد اختصاص دارد، نظرات و ایرادات شورای نگهبان پیرامون مغایرت قسمتی از این مواد با شرع ذکر و با توجه به فلسفه وجودی معاملات با حق استرداد به شرح زیر مورد نقد و بررسی قرار گرفت:

۱- سلب اثر تملیکی از معاملات با حق استرداد و وثیقه مورد معامله که این ایراد در مواد دیگری نیز به چشم می خورد درحالی که این مواد، مخالف شرع اعلام نشده اند.

۲- اختیار مرتهن برای مراجعه به حاکم شرعی در صورتی که وکالت در فروش نداشته باشد.

۳- تاخیر در وصول دین در مواردی که دین حال یا موجد باشد به مدت های ۸ ماه یا بیشتر که پاره ای از استادان حقوق این مهلت را ارفاق به مدیون و ملاک آن را وضعیت مالی او می دانند و این ارفاق نیز منافاتی با شرع مقدس ندارد.

در بررسی میانی مواد ۳۳ و ۳۴ اصلاحی قانون ثبت به نظر می رسد که نظریه تقلب نسبت به قانون و قصد متقلبانه و وسیله موثر از نظر قانون و از

نظر اساتید برجسته حقوق، به عنوان مبنای این قانون شمرده شده است. نکته حائز اهمیت در اینجا این است که باید دید آیا اظهار نظر شورای محترم نگهبان در ارتباط با خلاف شرع بودن پاره‌ای از مباحث مطرح در این قانون، می‌تواند این قانون را که از مصوبات پیش از انقلاب است، از اعتبار ساقط کند یا خیر؟ به استناد اصل پنجاه و هشتم، اظهار نظر شورای نگهبان در خصوص یک قانون معتبر و موجود، به معنای نسخ یا ابطال آن نیست و بنابراین ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت نیز که مورد اظهار نظر شورای نگهبان قرار گرفته است، نسخ نشده و همچنان دارای اعتبار قانونی و حقوقی است. پس از به رسمیت شناختن معاملات با حق استرداد از نظر قانونی، در بخش بعدی تفاوت‌های این نوع از معاملات را با معاملات رهنی این دانستیم که اول اینکه عقد رهن فقط به تبع طلب قبلی انجام می‌گیرد اما این نوع از معاملات، تبعی نیستند؛ دوم اینکه برخلاف عقد رهن، معاملات تملیکی در مورد مبیع با حق استرداد، توسط انتقال دهنده جایز نیست؛ سوم اینکه منافع عین مرهونه از آن رهن است، برخلاف منافع عین در معاملات با حق استرداد که از آن انتقال گیرنده می‌باشد؛ چهارم اینکه قبض در معاملات با حق استرداد، شرط صحت عقد نیست در حالی که در عقد رهن بدون قبض، عقدی منعقد نشده است؛ پنجم اینکه عقد رهن از طرف رهن جایز و از طرف مرتهن لازم است اما معاملات با حق استرداد، از هر دو طرف لازم خواهد بود و در نهایت این که عقد رهن، صرفاً در مورد عین صحیح است اما معاملات با حق استرداد می‌توانند در ارتباط با منفعت نیز منعقد شوند.

منابع و مآخذ

- ۱- قرآن کریم
- ۲- قانون اساسی
- ۳- امام خمینی، (۱۳۶۹)، رساله توضیح المسائل، قم: موسسه تنظیم و نشر آثار امام، چاپ بیستم.
- ۴- امامی، سید حسن، (۱۳۸۵)، حقوق مدنی، ج ۱ و ۲، تهران: کتابفروشی اسلامیة، چاپ یازدهم.
- ۵- انصاری، مرتضی، (۱۴۱۵)، کتاب المكاسب المحرمه و البيع و الخيارات (ط - الحدیثه)، ج ۵، چاپ اول، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- ۶- انصاری، (۱۴۲۲) المكاسب، قم: مرکز النشر الاسلامی، چاپ دهم، ج ۳
- ۷- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۴)، تاریخ حقوق ایران، تهران: گنج دانش، چاپ پنجم.
- ۸- حر عاملی، شیخ محمد حسن، (۱۴۰۹)، وسائل الشیعه، ج ۶، ج ۱، قم: موسسه آل البيت لإحياء التراث، چاپ اول.
- ۹- حسینی عاملی، سید محمد جواد، (۱۴۱۹) مفتاح الكرامه، ج ۴، بیروت: دارالاحیاء، چاپ اول.
- ۱۰- خامنه‌ای، سید محمد، (۱۳۶۹)، اصل چهارم قانون اساسی، تهران: مجله کانون وکلا، شماره ۱۵.
- ۱۱- ره پیک، حسن، (۱۳۸۷)، حقوق مدنی (۶)، عقود معین (۱)، تهران: خرسندی، چاپ اول.
- ۱۲- السنهوری، عبدالرزاق، الوسيله فی شرح القانون المدنی الجدید، بیروت: نشورات الاعلمی الحقوقیه، ج ۴، چاپ سوم، بی تا.
- ۱۳- شهری، غلامرضا و تحصیل دوست، فریدون و صمدی اهری، محمد هاشم و گودرزی، حمیدرضا و رحیمی اصفهانی، عباسعلی، (۱۳۸۸)، مجموعه

- تنقیح شده قوانین و مقررات حقوقی، انتشارات روزنامه رسمی ج.ا.ا، چ دوم. ۱۴- شهری، غلامرضا، (۱۳۸۷)، حقوق ثبت، تهران: نشر کمالان، چاپ بیستم.
- ۱۵- شهید اول، (۱۴۰۶)، اللعنة الدمشقیة، قم: دار الفکر، دار الناصر، چاپ اول، ج ۴.
- ۱۶- شهید ثانی، (۱۴۱۴)، مسالک الافهام، قم: موسسه المعارف الاسلامیة، ج ۱.
- ۱۷- شهیدی، مهدی، (۱۳۸۲)، عقود معین (۱)، تهران: مجد، چاپ اول.
- ۱۸- صفایی، حسین، (۱۳۸۴)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، تهران: نشر میزان، چاپ هشتم، ج ۱۲.
- ۱۹- عبدالباقی، محمد فواد، المجمع المفهرس للالفاظ القرآن الکریم، لفظ الربوا.
- ۲۰- علامه حلی، (۱۴۲۵)، تذکره الفقهاء، قم: موسسه ال البيت (ع) لإحياء التراث، ۱۴۲۵، چاپ سنگی.
- ۲۱- علامه حلی، (۱۴۱۲)، مختلف الشیعه، تحقیق لجنة التحقیق، قم: نشر اسلامی، چاپ اول.
- ۲۲- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۶)، حقوق مدنی، معاملات معوض-عقود تملیکی، تهران، شرکت انتشار، چاپ دوم.
- ۲۳- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۷)، دوره مقدماتی قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، تهران: شرکت انتشار، چاپ اول.
- ۲۴- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۶)، عقود اذنی وثیقه‌های دینی، تهران: ققنوس، چاپ سوم.
- ۲۳- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۶)، عقود معین، ج ۱، تهران: انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ چهارم.

- ۲۴- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۶۹)، **مقدمه علم حقوق**، تهران: نشر برنا، چاپ دوازدهم.
- ۲۵- کاشانی، محمود، (۱۳۶۸)، **نظریه تقلب نسبت به قانون، دیدگاه‌های حقوقی**، شماره ۴۲ و ۴۳.
- ۲۶- گیلانی (میرزای قمی)، ابوالقاسم، (۱۴۱۳)، **جامع الشتات فی أجوبه السؤالات**، ج ۲، چاپ اول، تهران: موسسه کیهان.
- ۲۷- محقق حلی، **شرایع الاسلام**، کتاب الرهن، الطبعة الثالثة، بیروت: دار احیاء التراث العربی، بی تا.
- ۲۸- مهرپور، حسین، (۱۳۶۸)، **اصل چهارم قانون اساسی و قلمرو و شمول آن**، مجله کانون وکلا، شماره ۴۶-۴۷، بهار و تابستان.
- ۲۹- نجفی، شیخ محمد حسن، **جواهر الکلام**، ج ۲۳، الطبعة الثانية، بیروت: دار احیاء التراث العربی، بی تا.
- ۳۰- هاشمی، سیدمحمد، (۱۳۷۰)، **جزوه درس حقوق اساسی (۲)**، دانشگاه شهید بهشتی، قسمت سوم.

تنظیم اسناد صلح مشروط و خیاری اموال غیر منقول و حق انتفاع در دفاتر اسناد رسمی

ایرج نجفی^۱

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۸/۱۱

تاریخ ویرایش: ۱۳۹۵/۱۱/۲۷

تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۱۲/۱۱

مقدمه:

نگارش اسناد مربوط به صلح اموال غیر منقول از گذشته‌های دور در دفاتر اسناد رسمی مرسوم بوده و عنوان (صلح عمری) نه تنها بین افراد جامعه بلکه در بسیاری از دفاتر اسناد رسمی نیز به این عنوان معروف است و اسنادی هستند که در آن معمولاً مالک، ملک خود را به یکی از بستگان خود صلح می‌نماید مشروط بر این که خود مصالح برای مدت معین و یا مدت عمر خود از آن استفاده نماید و گاهی نیز حق فسخ مورد صلح را نیز به مدت معین یا عمر خود، برای خود محفوظ می‌دارد. در این نوشتار به ماهیت حقوقی این گونه اسناد و استفاده کاربردی آن در دفاتر اسناد رسمی و این که انتخاب چنین عنوانی برای این نوع اسناد در دفاتر با مبانی حقوقی ما سازگار است

یا خیر، پرداخته می‌شود.

قبل از ورود به بحث، اشاره مختصری به عقد صلح و تعریف آن در قانون مدنی و آرا و نظرات اساتید و حقوق‌دانان در این رابطه ضروری است. صلح عقدی است لازم و از عقود معین و مستقل محسوب می‌شود. هرچند برخی از فقها عقیده دارند که صلح فرع از عقد و از عقود نامعین است اما اغلب فقها و حقوق‌دانان به اصل و معین بودن عقد صلح تاکید دارند و اگرچه عقد صلح ممکن است در مورد رفع تنازع موجود صورت پذیرد اما در مقام بیع می‌تواند به منظور جلوگیری از تنازع احتمالی هم واقع شود و اگر به عنوان بیع انجام گیرد در مقابل عوض، نتیجه آن همان نتیجه بیع خواهد بود. (ماده ۷۵۸ ق.م.)

اسنادی که در بسیاری از دفاتر اسناد رسمی به‌عنوان «صلح عمری» در گذشته و امروز تنظیم شده یا می‌شود و در این اسناد، مصالح مال خود را به شخص یا بستگان خود صلح می‌نماید و ضمن همان عقد شرط می‌نمایند که خود مصالح به مدت عمر خود از منافع مورد صلح استفاده نماید و یا در شرط دیگری مصالح حق فسخ را در مدت عمر خود داشته باشد. در نحوه نگارش شروط مذکور رویه‌های مختلفی وجود دارد گاه عنوان سند «صلح با حفظ منافع برای مصالح مقید بالحیة» قید می‌شود و گاه شرط مذکور با این جمله عنوان می‌گردد «منافع مورد مصالحه به مصالح تعلق گرفت و حق دارد در مدت عمر خود از آن استفاده نماید» و یا مصالح می‌تواند به مدت معین یا عمر خود یا مصالح با شخص ثالثی در مورد صلح سکونت نماید. (اگر مورد صلح خانه مسکونی باشد).

متذکر می‌گردد فارغ از ورود به ماهیت حقوقی این عناوین و صحت و سقم آنها به نظر، هیچ یک از این اسناد ماهیت صلح عمری را ندارد و اصولاً در حقوق ما عقد صلحی با عنوان مستقل «صلح عمری» معنا و مفهوم حقوقی

ندارد و این عنوان بین مردم مصطلح شده و ماهیت حقوقی این نوع اسناد، عقد صلح با خیار شرط است که به صورت شروط صحیح و در اجرای ماده ۱۰ قانون مدنی و با اراده و قصد طرفین منعقد می‌گردد و در واقع تلفیقی از عقد صلح و حق انتفاع است؛ زیرا طبق ماده ۴۵ ق.م.ا: «حق انتفاع عبارت است از حقی است که به موجب آن شخص می‌تواند از مالی که عین آن ملک دیگری است یا مالک خاصی ندارد استفاده کند.»

اگر این حق استفاده به مدت عمر مصالح یا متصالح یا شخص ثالث باشد طبق ماده ۴۱ قانون مدنی، عقد جداگانه‌ای است که ضمن عقد صلح تشکیل شده و چون حق انتفاع باید به موجب عقدی از عقود برقرار گردد؛ لذا حق مذکور در قالب عقد صلح تشکیل و به همین علت، عنوان صلح عمری پیدا کرده است.

دیگر مباحث تئوریک و مفاهیم و آثار حقوقی عقد صلح به تفصیل توسط اساتید حقوق در کتب حقوقی بیان شده و لذا تکرار و تشریح مجدد آن‌ها خارج از حوصله و هدف این مقاله است، ولی به این نکته مهم باید اشاره کرد که حق انتفاع مالکیت منافع نیست؛ به عبارتی کسی که در مدت معین یا در مدت عمر خود یا دیگری از انتفاع ملک یا مالی برخوردار می‌شود، مالک منافع نخواهد بود بلکه فقط حق استفاده از آن را خواهد داشت و همان‌گونه که در ماده ۲۹ قانون مدنی آمده است، قانون‌گذار بین حق انتفاع و مالکیت منافع فرق نهاده است و استفاده از این منافع در حق انتفاع با استفاده آن در عقد اجاره متفاوت است. در عقد اجاره مستاجر مالک منافع بود و در صورت ماذون بودن می‌تواند آن را به دیگری منتقل نماید اما در حق انتفاع اگر به طور مطلق قید شده باشد این حق فقط برای شخص منتفع خواهد بود و صرفاً وی می‌تواند از آن استفاده نماید. بنابراین در تنظیم اسناد صلح که ضمن آن شرط یا شروطی برای مصالح یا اشخاص ثالث برقرار می‌گردد، ابتدا عین

و منافع ملک به متصالح منتقل و سپس در همان سند و به موجب همان عقد صلح، متصالح حق استفاده از مورد صلح را برای مصالح یا شخص دیگری برقرار می‌نماید و ممکن است در صورت لزوم و با قصد و اراده مصالح ضمن شرط دیگری، حق فسخ عقد صلح در مدت معینی برای مصالح ایجاد گردد.

«شرح کاربردی تنظیم اسناد صلح مشروط و خیاری و حق انتفاع تنظیمی در دفاتر

اسناد رسمی»

۱. اسناد صلحی که به ترتیب فوق در دفاتر اسناد رسمی تنظیم می‌گردد خلاصه آن مانند عقد بیع به اداره ثبت مربوطه ارسال می‌گردد و همچنین است اسنادی که به طور مستقل و به‌عنوان واگذاری حقی نسبت به عین ملک که همان واگذاری حق انتفاع است. در این رابطه ماده ۲۶ قانون ثبت مقرر داشته: «در مورد انتقال تمام یا قسمتی از ملک ثبت شده و یا واگذاری حقی نسبت به عین ملک و همچنین در مورد عمری و رقبی و سکنی، معاملات راجع به انتقال منافع ملک برای مدتی بیش از سه سال به ترتیب ذیل عمل خواهد شد:

سند معامله در دفتر اسناد رسمی یا دفتر معاملات غیرمنقول، ثبت و خلاصه آن در دفتر املاک، ذیل صورت ثبت ملک قید می‌شود و به همین طریق خلاصه کلیه انتقالات در دفتر املاک به ترتیب تاریخ، ذیل یکدیگر به ثبت خواهد رسید...»

موضوع مهمی که باید به آن توجه داشت این است که واگذاری حقی نسبت به عین و استفاده از حق مذکور به صورت عمری و رقبی اعم از حق انتفاع یا اجاره ملک اگر برای مدتی بیش از سه سال باشد، خلاصه سند آن جهت ثبت در دفتر املاک به اداره ثبت ارسال خواهد شد و بنا به مفهوم مخالف آن، تنظیم چنین اسنادی به مدت کمتر از سه سال نیازی به ارسال خلاصه نخواهند داشت که به این موضوع در ماده ۱۰۴ آیین‌نامه قانون ثبت نیز تاکید

شده است. (گرچه با استفاده از سیستم ثبت آنی، در وضعیت کنونی به نظر می‌رسد با نهایی شدن چنین اسنادی خلاصه آن‌ها به طور اتوماتیک ارسال گردد.)

۲. در صلح محاباتی که بین عوض و معوض هیچ‌گونه تعادل و تناسب مالی وجود ندارد و یا چنانچه ضمن عقد شرط شود، مصالح در مدت عمر خود یا مدت معینی بتواند عقد مذکور را فسخ نماید، به استناد قسمت آخر ماده ۳۰ آیین‌نامه قانون ثبت، سند مالکیت این‌گونه املاک در اداره ثبت به نام متصل با قید حق فسخ برای مصالح صادر و در صورت اجرای شرط از سوی ذی‌نفع (دارنده حق) یا سقوط خیار فسخ، حسب مورد مصالح یا متصل می‌توانند درخواست سند مالکیت جدید نمایند. لازم به ذکر است قیدی که در ابتدای ماده ۳۰ مرقوم آمده و در آن اداره ثبت را مکلف نموده که در تقاضای ثبت املاکی که ضمن عقد صلح، حق فسخ برای مصالح ایجاد شده، از متصل به‌عنوان متقاضی، با تصریح به حق فسخ برای مصالح، درخواست ثبت را بپذیرد؛ مربوط به قبل از اجرایی شدن قانون ثبت عمومی مصوب سال ۱۳۱۰ بوده که در سال ۱۳۱۱ لازم‌الاجرا گردید و قبل از این قانون دفاتر اسناد رسمی می‌توانستند به ثبت معاملات بین مردم اقدام نمایند که بعد از تاسیس ادارات ثبت اسناد و املاک همین اسناد تنظیمی به‌عنوان مدارک و مستندات متقاضیان ثبت ضمیمه اظهارنامه‌های ثبتی گردید که در ماده ۳۳ قانون ثبت نیز اشاره‌ای به این معاملات شده است.

هم‌چنین در قسمت پایانی ماده ۱۰۴ آیین‌نامه قانون ثبت آمده است: «در مورد صلح‌های محاباتی با حق خیار فسخ و یا استفاده از سود و غیره برای مصالح نسبت به املاک ثبت شده مطابق خلاصه معامله با حق خیار و سایر حقوق منظور شده به نام متصل، در دفتر ثبت و سند مالکیت صادر می‌شود و در صورت فسخ از طرف مصالح و یا انقضا مدت خیار یا اسقاط حق مذکور

مراتب در دفتر و در برگ‌های مالکیت قید می‌شود.»

۳. در حق انتفاع، شخص منتفع باید از این حق استفاده کند یا قابل واگذاری به غیر نیز می‌باشد؟

در پاسخ به نظر می‌رسد با توجه به این که در واگذاری حق انتفاع که معمولاً به صورت صلح محاباتی در دفاتر اسناد رسمی تنظیم می‌گردد، شخصیت متصالح بیشتر مدنظر مصالح است و به عبارتی مصالح بنا به ملاحظاتی این امر را انجام می‌دهد و هدف وی استفاده فرد خاص از این منافع است؛ بنابراین فقط شخص منتفع برای استفاده از این حق مجاز است و حق واگذاری و منتفع نمودن دیگری را از این حق نخواهد داشت، مگر این که در سند تنظیمی به توانایی واگذاری این حق تصریح شده باشد و از طرفی گفتیم که این واگذاری، انتقال مالکیت منافع نیست.

حال نکته مهمی که باید به آن توجه داشت این است که اگر در سند صلحی که در آن واگذاری حق انتفاع ملکی به شخص خاصی شرط شده باشد و شخص منتفع حق واگذاری آن به دیگری را داشته باشد و بخواهد این حق را به شخص ثالثی واگذار نماید، سندی که در این رابطه تنظیم خواهد شد، سند صلح است یا منتفع به وکالت از طرف مصالح اقدام خواهد کرد؟ و دفاتر اسناد رسمی مجازند بین منتفع و شخص ثالث، سند صلح مبنی بر واگذاری حق انتفاع ملک تنظیم نمایند؟ قدر مسلم این است که منتفع نمی‌تواند به‌عنوان مصالح قرار گیرد هرچند که مصالح، حق واگذاری حق انتفاع را به وی داده باشد؛ زیرا وی مالک منافع نیست و به نظر می‌رسد در سند صلح اولیه که بین مصالح و متصالح مبنی بر استفاده منتفع از منافع ملک مورد صلح داده شده، واگذاری این حق به دیگری بهتر است به صورت وکالت باشد، به عبارت دیگر در سند صلح مذکور شخص منتفع به‌عنوان وکیل مصالح بتواند حق انتفاع را به دیگری صلح یا واگذار کند.

۴. منتفع اعم از مصالح یا شخص ثالث می‌تواند حق انتفاع خود از ملک مورد صلح را به اجاره واگذار نماید؟

طبق ماده ۴۴۶ قانون مدنى، اجاره عقدى است که به موجب آن مستاجر، مالک منفعت عین مستاجر می‌شود. همان‌گونه که قبلاً ذکر شد چون در حق انتفاع، منتفع مالک منافع نیست پس نمی‌تواند راساً نسبت به اجاره دادن منافع مذکور اقدام کند و اگر این اذن با شرط ضمن عقد به وی داده شده باشد، می‌توان این اذن را وکالت تلقى نمود و در این صورت مصالح یا شخص منتفع به وکالت از طرف متصالح اقدام به این امر خواهد نمود و با توجه به آن که هر عقد، تابع قصد و اراده طرفین است؛ بنابراین هر شرطی که خلاف قانون و شرع نباشد، صحیح و لازم‌الاجراست.

۵. نحوه اجرا یا اسقاط شرط ضمن عقد صلح و زوال حق انتفاع

الف - اگر در عقد صلح اموال غیرمنقول، ضمن عقد، حق فسخ برای مصالح یا شخص ثالث به صورت عمرى یا رقبى قید شده باشد و صاحب حق بخواهد از حق خود استفاده کند باید با مراجعه به دفتر اسناد رسمى تنظیم‌کننده سند تقاضای فسخ سند را نماید و سردفتر پس از بررسی و احراز واقع نسبت به فسخ سند صلح برابر مقررات اقدام و اطلاع‌نامه فسخ را به اداره ثبت ارسال و مصالح نیز با مراجعه به اداره ثبت نسبت به اخذ سند مالکیت جدید اقدام نماید و اگر فسخ سند در دفترخانه دیگری غیر از دفتر تنظیم‌کننده سند درخواست شود دفترخانه مذکور نسبت به تنظیم اقرارنامه و ارسال آن به دفترخانه تنظیم‌کننده سند صلح جهت ثبت در سوابق و ملاحظات دفتر اقدام می‌نماید. اگر در سند صلح، مال الصلح وجه نقد باشد باید مصالح مبلغ مذکور را از طریق دفترخانه به حساب سپرده در بانک ملی ایران واریز نماید که با مراجعه متصالح به وی پرداخت شود. بدیهى است اگر طرفین (مصالح و متصالح) شخصا به دفترخانه مراجعه نمایند نیازی به سپرده وجه نخواهد بود.

از طرفی ماده یک قانون تسهیل تنظیم اسناد در انتقال عین ملک، دفاتر را مکلف به استعلام وضعیت ثبتی نموده است و با اجرای حق فسخ، نقل و انتقالی صورت نمی‌گیرد بلکه عقد خیارى انجام گرفته به دلیل استفاده از خیار شرط، زایل شده و به حالت اولیه برمی‌گردد.

از سوی دیگر ممکن است برخی به لحاظ اطلاع از بازداشت بودن یا نبودن ملک، استعلام ثبتی را ضروری بدانند در صورتی که فسخ عقد صلح مشروط تأثیری در بازداشت بودن آن نخواهد داشت؛ زیرا طبق مقررات احکام مدنی و همچنین ماده ۸۹ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا به نقل و انتقال بعد از بازداشت، مادام که بازداشت باقی است، ترتیب اثر داده نمی‌شود. بدین معنی که ملک بازداشت شده در مالکیت هرکس که باشد، عملیات اجرایی نسبت به آن ادامه خواهد یافت. اما در مورد تنظیم اقرارنامه فسخ، دفترخانه تنظیم‌کننده اقرار باید با استناد به بند ۶۶ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی از دفترخانه تنظیم‌کننده سند مورد فسخ به دلیل احتمال صدور اجراییه نسبت به آن استعلام نماید^۱.

ب - در صورت اسقاط حق فسخ در اسناد صلح مشروط و خیارى یا زوال حق انتفاع که در مدت بقا به وسیله تنظیم اقرارنامه در دفاتر اسناد رسمی از طرف ذی‌نفع یا مشروط‌اله یا با انقضا مدت حاصل می‌گردد، طبق بند الف ماده ۲۳ آیین‌نامه دفاتر اسناد رسمی مصوب سال ۱۳۱۷، دفترخانه باید وقوع فسخ را در ملاحظات دفتر و سند مالکیت قید و اطلاع‌نامه آن را به اداره ثبت ارسال و اداره مذکور نیز وفق ماده ۱۰۴ آیین‌نامه قانون ثبت مراتب را در دفتر املاک و سند مالکیت اخبار می‌نماید. هرچند در ماده ۱۰۴ مرقوم به صدور سند

۱. ماده ۶۷ ق.م.م نیز در خصوص استعلام از ادارات امور مالیاتی می‌تواند محل بحث باشد. ماده ۶۷ ق.م.م: «فسخ معاملات قطعی املاک براساس حکم مراجع قضایی به طور کلی و اقاله یا فسخ معاملات قطعی املاک در سایر موارد تا شش ماه بعد از انجام معامله به عنوان معامله جدید مشمول مالیات موضوع این فصل نخواهد بود.»

مالکیت جدید تصریح نشده اما به نظر می‌رسد در مورد اسناد صلح مشروط یا خیاری با اعمال و اعلام حق فسخ، سند مالکیتی که به نام متصالح صادر شده است، باید در سوابق بایگانی و سند مالکیت جدید به نام متصالح صادر گردد.

۶- آیا حق فسخ مندرج در اسناد صلح مشروط و خیاری و همچنین حق انتفاع به وراثت منتقل می‌شود؟

از آنجایی که شخصیت فرد منتفع در برخورداری از این حق، علت عمده عقد است، بنابراین اغلب این اسناد طوری تنظیم می‌شوند که فقط حق استفاده از منافع محدود به مدت مشخص یا عمر شخص بوده و قائم به مباشرت وی می‌باشد و به ارث نرسد، هر چند نحوه نگارش و خواست و اراده طرفین می‌تواند به نحو دیگری باشد؛ اما حق فسخ با توجه به ماده ۴۴۵ قانون مدنی که مقرر داشته: «هر یک از خيارات بعد از فوت منتقل به وراثت می‌شود» از جمله خیاراتی است که به وراثت انتقال می‌یابد مگر این که در سند تنظیمی راجع به مباشرت دارنده حق در استفاده آن تاکید و به سقوط این حق بعد از فوت اشاره شود.

نتیجه‌گیری:

از مجموع مباحث بالا چنین نتیجه‌گیری می‌شود که:

۱. اسناد صلحی که در برخی از دفاتر اسناد رسمی به عنوان «صلح عمری» رایج است بعضاً این عنوان منطبق با مفاهیم حقوقی و قانونی نبوده، بلکه عقد صلحی است که در آن حق انتفاع به صورت شرط ضمن عقد لحاظ گردیده و با قید حق فسخ برای متصالح یا شخص ثالث، ماهیت عقد به واسطه خیار شرط، متزلزل است.

۲. در اسناد صلح مشروط و خیاری راجع به اموال غیرمنقول، متصالح

به‌عنوان مالک سند مالکیت جدید دریافت و با درج شرط در خلاصه معامله، این حق در سند مالکیت اخبار می‌گردد.

۳. شخص منتفع از منافع ملک، حق استفاده از آن را دارد و چنانچه بخواهد این حق را به دیگری صلح نموده یا به اجاره واگذار نماید، بهتر است به‌عنوان وکیلِ متصالح به این امر مبادرت نماید.

۴. شخص منتفع اعم از مصالح یا ثالث بوده و حق انتفاع اعطا شده به وی غالباً قائم به مباشرت وی بوده و قابل توارث نیست، اما حق فسخ به ارث منتقل می‌گردد مگر این که شرط خلاف آن بین طرفین مقرر و در سند ذکر شده باشد.

چالش‌های اصل حسن‌نیت در برابر فرصت‌طلبی در دوره پیش‌قراردادی

حسین کاویار^۱

محمد صادقی^۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۴/۸

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۳/۷

تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۱۰/۲۰

چکیده:

حسن‌نیت یکی از اصول کلی حقوقی است که شاخصه اصلی آن، چهره به شدت اخلاقی آن می‌باشد که به این اصل خاصیتی ارزشی بخشیده است. اما رعایت این اصل در حقوق موضوعه در دوره پیش‌قراردادی، پرداخت مطلوبی نداشته است. شاید این نقطه سکوت را در خط‌های حامل اصول حقوقی، بتوان ناشی از دشواری‌های همراه آن دانست؛ از جمله صداقت در گفتار و اهداف مشترک که شدت و حدتی بیش از سایر موارد داشته باشد و همچنین قایل نشدن فرضی بر رقابت تجاری موجود در حقوق بازرگانی قرن حاضر که به عنوان اصلی پذیرفته شده در روند شکل‌گیری این اصل

hosseinkaviar@gmail.com

Mohamad.sadeghi84@gmail.com

۲،۱. استادیار گروه حقوق دانشگاه اراک.

۳،۲. کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه آزاد میمه.

به صورت بالغ، مانعی دایمی ایجاد کرده است. از سوی دیگر عیان نمودن و محل بروز چالش‌ها در برابر فرصت‌طلبی طرفین در این وضعیت روانی و درونی و به تبع آن اثبات موضوع و همچنین تعهد به رازداری و مراقبت از پیشنهاد می‌باشد. روش تحقیق در این مقاله از نقطه نظر هدف، شیوه توسعه‌ای و ابزار کار پژوهش، متمرکز بر مطالعات کتابخانه‌ای بوده است.

کلید واژگان: حسن‌نیت، دوره پیش‌قراردادی، چالش، فرصت‌طلبی.

مقدمه:

روابط آدمیان چه با هدف داد و ستد و چه روابط مدنی نیازمند وجود و رعایت اصولی است که حس اعتماد را بارور نموده و در جهت تقویت و استحکام این روابط نقشی موثر ایفا نماید. زندگی جمعی از زمان تشکیل چه در قالب قبیله‌ای، روستایی، شهری و اکنون نوعی زندگی در دهکده جهانی نیازمند پیوند دهنده‌ای است تا هستی را تضمین نماید. به نظر می‌رسد، پیشتر در غیاب حقوق و اصول پیوسته و همراه آن، آنچه به خاطر و رفتار آدمی تعلق داشته، اخلاق بوده که در قالب‌های متفاوت ارایه می‌شده است.

اصل حسن‌نیت الهام گرفته از این اخلاقیات، اصلی دایمی و نامیرا می‌باشد که در ادوار مختلف و امکانه متفاوت جاری و ساری بوده و مورد پذیرش همگانی قرار گرفته است که خود در این بستر به حرکتی اجتماعی با عنوان شکل‌گیری حقوق مدون پیوست تا در زمینی که گستره اجتماع و اقتصاد و سیاست و فرهنگ می‌گردید، راز حیات و پایداری این گستره پیچ در پیچ را آشکارا در بندها و مواد قانونی گوشزد نماید و نیرویی سازنده گردید تا ساختمانی که قصد بنایش بود به چالش‌های متعدد در راهروهای زمان و لرزش‌های عقاید به یمن حضور استدلال‌ها و پرورش و تکامل آن‌ها، پاسخگو باشد.

این پژوهش با هدف نوع‌پیدایی و تعاریف مختلف صورت گرفته از اصل

حسن‌نیت با انگیزه شناخت مبانی شکل‌گیری و سپس میزان تاثیرگذاری و تاثیرپذیری بر دوره پیش‌قراردادی همراه با روشن نمودن و نشانه‌گذاری محل بروز چالش‌ها در برابر فرصت‌طلبی طرفین در این وضعیت روانی و درونی و به تبع آن اثبات موضوع و همچنین تعهد به رازداری و مراقبت از پیشنهاد شکل گرفته و با روشی مبتنی بر اصل میدانی و مطالعات کتابخانه‌ای در پی پاسخ به روابط این دو عنصر اجتماعی در حوزه حسن‌نیت در دوره پیچیده پیش‌قراردادی می‌باشد.

۱- تعریف حسن‌نیت

۱-۱- حسن‌نیت در دایره لغت فارسی:

حسن‌نیت و رفتار منصفانه به ترتیب، ترکیبی اضافی و وصفی است که در لغت به «نیک بودن نیت یا نیکی در نیت» و «رفتار از روی عدل و انصاف یا راستی و صداقت» معنا شده است. در مقابل دو اصطلاح یاد شده، «سو نیت» و «رفتار ظالمانه» قرار دارد که در حالت ترکیبی می‌توان آن را به داشتن قصد، عزم، آهنگ نیکو، خوب و زیبا معنا کرد. (محسنی، ۱۳۸۵)

۱-۲- مفهوم حسن‌نیت در حقوق ایران:

اصطلاح حسن‌نیت در حقوق به گونه‌های مختلف تعریف شده است: صداقت در نیت و عمل؛ فقدان اراده تقلب و کلاهبرداری و ایجاد ضرر برای طرف دیگر معامله؛ پایبندی به هدف معامله و داشتن رفتار درست و صادقانه در برابر تعهد؛ داشتن اعتقاد صادقانه به موضوعی نادرست؛ نداشتن رفتار مغایر با معیارها و ضوابط متداول در قراردادها. وجه مشترک این تعاریف، صداقت و راستی در قرارداد و ایفای وظایف قراردادی به گونه‌ای صادقانه، منصفانه و معقول است. (انسی کلوپدیا اسلامیکا، ۱۳۸۵)

امروزه تمایل قانون‌گذاران بر آن است که بیان تمام وقایع موثر در تراضی

را در زمره تکالیف مهم طرفین در رعایت حسن نیت تلقی نمایند. در حقوق، حسن نیت در اصل، مفهومی اخلاقی است که به تدریج به علم حقوق راه یافته و نهادینه شده است. در واقع، قاعده حسن نیت یکی از نمادهای تاثیر اخلاق بر حقوق به شمار می‌رود که می‌توان به اخلاق حسنه که یکی از منابع نظم عمومی قرار داده شده است، تعبیر نمود.

به نظر برخی حقوق دانان، مفهوم حسن نیت در عین سهولت و آشکار بودن، در مقام توصیف و تطبیق بر مصادیق، دشوار می‌نماید و به گونه دقیق قابل تعریف نیست. گروهی دیگر معتقدند حسن نیت مفهومی ثابت و مستقل ندارد و باید در هر قراردادی باتوجه به اصول و قواعد و شرایط حاکم بر آن سنجیده شود نه صرفاً در شرایط انتزاعی. (کاتوزیان، ۱۴۳، ۱۳۹۲)

۲- حسن نیت از منظر قرآن کریم و فقه امامیه:

۲-۱- حسن نیت از منظر قرآن کریم:

در قرآن کریم حسن نیت در معنای مختلف به مفهوم راستی و درستی، عدم حيله و نیرنگ، پرهیز از دروغ گویی و... آمده است. از آیاتی که مورد توجه این امر قرار گرفته است:

۱-۱-۲- آیه «یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود.....» (سوره مائده، آیه ۱)، می‌باشد البته در مورد تفسیر این آیه نظرات مختلفی ابراز شده است اما در شمول این آیه در مورد حسن نیت می‌توان گفت عقود در صورتی لازم هستند و باید پایبند به آنها بود که برخواسته از خواست طرفین قرارداد باشد، یعنی مبنای لزوم عقود، رعایت حسن نیت که همان درستکاری و پرهیز از هرگونه تجاوز در رفتار معاملاتی است.

۲-۱-۲- آیه «تجارت عن تراض» می‌باشد. آیه مزبور تجارت از راه‌های باطل و حرام را نهی نموده است و رضایت طرفین را برای امر تجارت شرط

دانسته است. آنچه مورد توجه در این آیه است رضایت طرف قرارداد است و رضایت او نیز جز با رفتار منصفانه و پرهیز از هرگونه تقلب و تدلیس حاصل نمی‌شود. در نتیجه تجارتي که از روی عدالت و طیب نفس باشد، برخواسته از حسن نیت می‌باشد. آیات مشابه دیگری نیز با مفهوم خود، رعایت حسن نیت در قراردادها را لازم دانسته‌اند و از عموم مردم خواسته است که صداقت و درستی را لازمه تمام امور خود از جمله عرصه تجارت دانسته است.

۲-۲- حسن نیت از منظر فقه:

فقه شیعه اصطلاح حسن نیت را از مفاهیم ذهنی و انتزاعی دانسته است، (علیزاده، ۱۳۸۴، ۱۲) و شارع با وضع مقررات راجع به معاملات فضولی و غصب، یکی از مصادیق حسن نیت یعنی خریدار با حسن نیت را در نظر نگرفته و برای او حق مالک شدن نسبت به چنین معامله‌ای را حتی در صورت جهل، شناسایی ننموده است؛ از این رو نمی‌توان به دنبال مفهوم دقیقاً غربی حسن نیت بود (محسنی، ۱۳۸۵، ۱۲)، همچنین نمی‌توان آن را با روش توصیف و ویژگی‌های خارجی و بیان ذاتیات و عرضیات تعریف کرد. اما با وجود این، درصدد تعریف آن با دو شیوه «تبیین تفصیلی» و «توضیح مفهوم اصطلاحی» می‌باشیم. سیر طرح و بررسی اصل حسن نیت در مکتب شیخ انصاری (قرن سیزدهم) تحول اساسی یافته و با دقت‌های علمی و بی‌نظیر وی و فقه‌های بعد از او، به شکلی بسیار ظریف و فنی درآمده است. از این رو در فقه در منابع فقهی برای حسن نیت تعریف مستقلی ارائه نشده است، اما در بعضی ابواب و احکام فقهی از تاثیر نیت و فعل مثبت یا منفی فاعل بر حکم فعل سخن رفته است و مصادیقی از کاربرد حسن نیت در احکام فقهی و مقررات حقوقی می‌توان یافت، که از آن جمله به موارد زیر می‌توان اشاره کرد.

۱-۲-۲- در فقه قاعده‌ای وجود دارد به نام «من له الغنم فعلیه الغرم»

که منظور از آن این است که «هر کس مسئول و عهده دار چیزی باشد، منافع و عواید آن چیز را نیز مستحق خواهد بود» (محمدی، ۱۳۸۲، ۱۶۴) یا عکس آن که هر کس سودی می‌برد، عهده‌دار زیان‌های آن نیز هست. برخی از استادان این قاعده را از آثار رعایت انصاف و حسن نیت دانسته‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۵۷). ولی به نظر می‌رسد قاعده از انصاف سخن می‌گوید و نه از حسن نیت به معنای رفتار صادقانه یا اعتقاد خلاف واقع؛ چه سود برنده در مواردی که زیانی به بار می‌آید مکلف به جبران خسارت است و این امر از سیاق عبارت قابل درک است.

۲-۲-۲- قاعده دیگر که قابل ذکر است؛ قاعده «الضمان بالتلف قبل القبض» می‌باشد. این قاعده مبتنی بر این خبر مشهور است که «ان المبیع اذا تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه» که بر آن ادعای اجماع شده است و مقصود از این قاعده آن است که اگر پس از عقد و قبل از تسلیم، مبیع تلف شود، با وجود این که بیع عقدی تملیکی است، این تلف از مال بایع می‌باشد نه مشتری. بنابراین می‌توان گفت پذیرش خلاف این حکم برخلاف عدالت و حسن نیت است. (محسنی، ۱۳۸۵، ۱۳)

۲-۲-۳- در مبحث امانت و عقود امانی، یکی از عناصر تحقق خیانت امین را سو نیت او در ضرر رساندن به مالک یا هر شخصی دانسته‌اند که امانت در تصرف او بوده است. اصل حسن نیت اقتضا می‌کند که به گفته امین درباره اجرای تعهد اعتماد شود و اثبات اجرا نکردن تعهد امین بر عهده مدعی باشد. ۲-۲-۴- در موضوع تدلیس در عقود که آثاری حقوقی و فقهی در پی دارد، برای اثبات سو نیت لازم است تدلیس کننده قصد فریب داشته باشد، لذا با آگاهی تدلیس شونده از فریب کاری طرف عقد، آثار تدلیس مترتب نمی‌شود. (علیزاده، ۱۳۸۴، ۱۰۲)

۲-۲-۵- از دیگر قواعد فقهی که بیانگر اصل حسن نیت می‌باشد، قاعده

غرور است. به موجب این قاعده فریفتن و گول زدن دیگری ضمان اور است و مبنای این قاعده حدیث مشهور نبی اکرم (ص) است که بیان داشته‌اند: «المغرور یرجع الی من غره» یعنی گول خورده به گول زننده مراجعه می‌کند. همچنین مطابق این قاعده، شرط مسئول بودن شخص فریب‌کار، آگاه نبودن شخص فریب‌خورده از زیان‌بار بودن اقدام اوست و گرنه فریب‌خورده حق گرفتن غرامت نخواهد داشت، زیرا سو نیت او مانع ثبوت ضمان می‌شود. (محسنی، ۱۳۸۵، ۱۴ و علیزاده، ۱۰۳، ۱۳۸۴)

۶-۲-۲- قاعده احسان که مبنای نفی ضمان قهری شمرده می‌شود، یکی از مجاری اعمال اصل حسن نیت است. این قاعده هنگامی جریان می‌یابد که رفتار یک شخص، با قطع نظر از حسن فاعلی او، قاعدتا موجب ضمان و مسئولیت باشد، ولی به دلیل حسن نیت داشتن فاعل و قصد او مبنی بر نفع‌رساندن به دیگری یا دفع ضرر از او، مسئولیت جبران خسارت از وی سلب می‌گردد. مبنای این قاعده آیه شریفه «ما علی المحسنین من سبیل» (سوره توبه، آیه ۹۰) می‌باشد. بدین معنی که بر نیکوکاران مواخذه‌ای نیست و آیه «هل جزاء الا احسان الا احسان» (سوره الرحمن، آیه ۶۰). بدین معنی که آیا پاداش نیکی جز نیکی است؟ مقصود از این آیه آن است که اگر کار مشروعی برای جلب منفعت یا دفع ضرر از دیگری انجام شود و به قصد احسان باشد، مسئولیتی برای انجام‌دهنده آن نیست و خداوند تبارک و تعالی در موارد متعددی در قرآن کریم تأکید می‌کند که خدا پاداش نیکوکاران را تباه نمی‌کند: «فان الله لایضیع اجر المحسنین». (سوره یوسف، آیه ۹۰ و سوره توبه، آیه ۱۲۰).

(محسنی، ۱۳۸۵، ۱۳)

۷-۲-۲- بنا بر فقه، اضطرار و اکراه، با شرایط معینی، به سبب تأثیری که بر اراده شخص می‌گذارند، از موجبات موجهه جرم و نیز رافع مسئولیت مدنی و کیفری به‌شمار می‌روند، زیرا شخص مضطر و شخص مکره فاقد سو نیت‌اند

و در زبان‌رسانی به دیگران، رضایت‌خاطر ندارند. (محمدی، ۱۳۸۲، ۴۳، ۱۵۳، ۸۳) ۸-۲-۲- برخی مولفان لزوم توجه در خیار غبن و خیار عیب به شروط ضمنی یا بنایی (شرطی که قبل از عقد ذکر می‌شود ولی در متن عقد بدان تصریح نمی‌شود) را، که برخی فقها بدان قایل شده‌اند، از مصادیق قاعده حسن‌نیت شمرده‌اند.

۹-۲-۲- قاعده دیگر که در فقه می‌تواند مورد توجه قرار گیرد، قاعده لا ضرر می‌باشد. به موجب این قاعده که بسیاری از فروع فقهی بر آن مبتنی است، هیچ کس نباید به دیگری ضرر برساند. از این قاعده به دو طریق می‌توان حسن‌نیت را برداشت نمود: نخست آنکه در روابط اجتماعی برای جلوگیری از ورود ضرر به دیگران، افراد باید حسن‌نیت داشته باشند؛ دوم این که عدم حمایت از شخص با حسن‌نیت منتهی به ورود ضرر به او در نظم اجتماعی می‌شود. از این حیث قاعده لا ضرر و لا ضرار می‌تواند به عنوان مبنایی برای اصل حسن‌نیت مورد توجه قرار گیرد. (محسنی، ۱۳۸۵، ۱۴) حسن‌نیت نیز یکی از مباحث در حوزه اخلاق می‌باشد که نظام حقوقی اسلامی توجه ویژه‌ای بدان داشته است.

۳- حسن‌نیت در قوانین موضوعه ایران:

در قانون مدنی ایران، به‌رغم تاثیرپذیری آن از قوانین مدنی فرانسه و سوییس، لزوم رعایت اصل حسن‌نیت در اجرا یا تفسیر قراردادها تصریح نشده است. برای بررسی موضوع حسن‌نیت اما می‌توان به جلد نخست قانون مدنی ایران مصوب ۱۸ اردیبهشت ۱۳۰۷ هجری شمسی که مشتمل بر ۹۵۵ ماده است، رجوع کرد. این قانون، بهترین منبعی است که می‌توان اصل مزبور را در آن مطالعه و بررسی کرد. به این ترتیب پیشینه تاریخی بررسی اصل حسن‌نیت در حقوق ایران، به آغاز قانون‌گذاری در بعد از انقلاب مشروطه،

یعنی سال ۱۳۲۴ هجری قمری برمی‌گردد. (علیزاده، ۱۳۸۴، ۹۵-۱۲۶)

هرچند در ایران قانونی عام درباره حسن‌نیت، که شامل همه قراردادها شود، وجود ندارد، قانون‌گذار در برخی قوانین موضوعه صراحتاً اصطلاح حسن‌نیت را به کار برده است، مانند قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹ (اعمال مخالف حسن‌نیت)، قانون دریایی مصوب ۱۳۴۳ (طلبکار با حسن‌نیت)، قانون صدور چک مصوب ۱۳۴۴ (وجود حسن‌نیت در صادرکننده چک) و قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲ (لزوم رعایت حسن‌نیت در تفسیر این قانون).

با ملاحظه این مواد مشخص می‌شود که قانون‌گذار ایران، بی‌توجه به شخص با حسن‌نیت نبوده و از او حمایت کرده است. هر چند ماده ۳۲۳ قانون مدنی فرقی میان خریدار با حسن‌نیت و خریدار با سو‌نیت قایل نشده است، اما این حکم برای تسهیل مالک جهت وصول و دستیابی به مال خود است نه این که خریدار با حسن‌نیت را نخواهد مورد حمایت قرار دهد. ماده ۲۶۳ ق.م. که در مورد معامله فضولی است نیز وضع بدین منوال است و خریدار با حسن‌نیت مورد توجه و حمایت قانون‌گذار قرار گرفته است. پس اگر در معامله فضولی، یکی از طرفین قرارداد جهل به فضولی بودن مال داشته باشد (یعنی دارای حسن‌نیت باشد) حق دارد برای دریافت ثمن و کلیه غرامات به بایع فضولی رجوع کند که این رجوع از باب حمایت قانون‌گذار از خریدار با حسن‌نیت است. از جمله موارد دیگر قابل استناد به توجه قانون‌گذار ایران به حسن‌نیت مفهوم مواد ۳۲۴ و ۶۵ قانون مذکور و... می‌باشد.

ماده ۹۶ قانون آیین دادرسی در امور مدنی می‌گوید: «خواهان باید اصل اسنادی را که رونوشت آن‌ها را ضمیمه دادخواست کرده است در جلسه دادرسی حاضر نماید. خوانده نیز باید اصل و رونوشت اسنادی را که می‌خواهد به آن‌ها استناد نماید در جلسه دادرسی حاضر نماید...». از سوی دیگر دعوای واهی (ماده ۱۰۹ قانون فوق‌الذکر) یا دعوای ورود و جلب ثالث که با تبانی و

به قصد تاخیر در رسیدگی طرح می‌گردند (مواد ۱۳۳ و ۱۳۶ همان قانون) و تعیین ضمانت اجرای قانونی برای آن‌ها، نشان‌دهنده توجه به لزوم رعایت حسن نیت است. (محسنی، ۱۳۸۵، ۱۶)

در حقوق تجارت بنا به ماده ۱۵۴ قانون تجارت، اگرچه اصولاً تنها در مواردی می‌توان به شریک سود پرداخت که این امر موجب کاهش سهم‌الشرکه او نشود و در مواردی که به دلیل ورود ضرر، سهم‌الشرکه او کسر شده است پرداخت سود ممنوع است. با وجود این اگر پرداخت وجهی از روی حسن نیت و بر اساس بیلان مرتبی صورت گرفته است، مشمول ممنوعیت فوق قرار نمی‌گیرد. در حق‌العمل کاری نیز رفتار صادقانه ایجاب می‌کند حق‌العمل کار، آمر را از جریان اقدامات خود مستحضر سازد (ماده ۳۵۹ قانون تجارت). او باید اقدام لازم را در صورت وجود عیوب ظاهری در مال‌التجاره انجام داده و به آمر اطلاع دهد (ماده ۳۶۱ قانون تجارت). همچنین حق‌العمل کار باید حسن نیت خود را با اثبات احتراز از ضرر بیشتر در صورتی که کالا را به قیمت کمتر فروخته است ثابت کند. (ماده ۳۶۳ قانون تجارت). در اسناد تجاری نیز اصل بر غیرقابل استناد بودن ایرادات در برابر دارنده با حسن نیت است که حقوق دانان ما آن را از اطلاق ماده ۲۴۹ قانون تجارت به دست آورده‌اند. (اسکینی، ۱۳۸۱، ۹۷ و اخلاقی، ۱۳۸۲، ۲۹)

از سوی دیگر ماده ۱۱ قانون صدور چک می‌گوید: «...کسی که چک پس از برگشت از بانک به وی منتقل گردیده حق شکایت کیفری نخواهد داشت مگر آنکه انتقال قهری باشد...تبصره: هرگاه بعد از شکایت کیفری، شاکی چک را به دیگری انتقال دهد یا انتقال خود را نسبت به چک به هر نحو به دیگری واگذار نماید تعقیب کیفری موقوف خواهد شد». در مورد فوق فرض بر این است که منتقل‌الیه و ناقل در انتقال چک «حسن نیت» نداشته‌اند. (اخلاقی، ۱۳۸۲، ۳۱)

چنان‌که مشاهده شد در قوانین ایران آن چنان که باید، حسن نیت صریحاً در

قوانین تعریف نشده است اما با توجه به روح قوانین و تفسیری که از آن‌ها به عمل می‌آید و نیز با توجه به مفهوم آن، می‌توان قایل به این نظر شد که حسن‌نیت در ذهن قانون‌گذاران ایران نیز بوده است و آن را مفهوماً در قوانین ذکر کرده‌اند.

۴- حسن‌نیت در قوانین و حقوق سایر کشورها:

اصطلاح حسن‌نیت در حقوق روم با عبارت ترجمه اصطلاح «Bona fids Ex» آمده و مورد توجه نویسندگان حقوقی به ویژه حقوق‌دانان فرانسوی قرار گرفته است که در سوییس نیز تحت همین عنوان آمده است؛ اما در آلمان تحت اصطلاح «Treu und glauben» و در ایتالیا با عبارت «buona fides» و در حقوق کشورهای آمریکا و انگلیس تحت عبارت «Good Faith» مورد بحث قرار می‌گیرد. لیکن اغلب آنان ریشه رومی دارند و اصطلاح لاتین آن «Bona Fides» می‌باشد. هر چند از لحاظ ادبی، این گفته که حسن‌نیت ترجمه این اصطلاحات است، صحیح به نظر نمی‌رسد؛ اما در یک نگاه کلی، این اصطلاحات مفهومی مشابه داشته و با جوهره یکسانی مورد پذیرش قرار گرفته‌اند. (انصاری، ۱۳۸۷، ۹ و ۶۷).

در فرهنگ عرب عناوینی چون «حسن النیة» و «حسن القصد» بیانگر مفهوم حسن‌نیت هستند و با عباراتی چون «بحسن نیة»، «عن حسن نیة» به عنوان مفاهیم از روی حسن‌نیت مورد استفاده قرار می‌گیرند. حسن‌نیت ترکیبی اضافی، متشکل از دو واژه «حسن» و «نیت» می‌باشد که همواره با تعبیر «رفتار منصفانه» به کار می‌رود. فرهنگ حقوقی بلک، در تعریف حسن‌نیت، آن را یک حالت ذهنی مبتنی بر صداقت در عقیده یا هدف، پایبندی به تعهد و التزام در مقابل دیگری، رعایت استانداردهای تجاری متعارف، رفتار منصفانه در یک تجارت یا کسب و پیشه معین و یا فقدان قصد تقلب و تدلیس یا تحصیل امتیاز بر خلاف وجدان، معرفی می‌نماید. بعضی از دکتربین حسن‌نیت را بدین گونه تعریف کرده است: «وضع فکری کسی که اقدام به عمل حقوقی

از روی اشتباه می‌کند و تصور می‌کند که عمل او بر وفق قانون است و حال این‌که موافق قانون نیست و مقنن در مقابل عواقب زیانبار آن عمل حقوقی در حد معینی از او حمایت می‌کند». (همان منبع، ۲۱)

حقوق‌دانان فرانسوی، دو معنای کلی و مستقل برای حسن‌نیت شناسایی نموده‌اند. معنای نخست، «درستکاری در اعمال حقوقی» و معنای دوم، «تصور اشتباه و قابل اغماض» است که به منزله یک حق مورد حمایت واقع شده است. (باریکلو و خزاعی، ۱۳۹۰، ۵۵)

در حقوق انگلیس، پذیرش اصل حسن‌نیت با توجه به تاکید بر اصالت فرد، با دشواری فراوانی روبرو شده است؛ زیرا پذیرش این اصل موجب می‌شود که هر فعل یا ترک فعلی مغایر با اصل حسن‌نیت تلقی شود و بدین ترتیب نتایج حقوقی روابط طرفین را غیرقابل پیش‌بینی نماید. از سویی، با توجه به فقدان تعریف روشنی از حسن‌نیت، پذیرش آن بروز اختلاف در آرای دادگاه‌ها را موجب می‌شود. حقوق انگلیس همواره تمایلی به پذیرش اصل حسن‌نیت از خود نشان نداده، اما این بدان معنا نیست که حسن‌نیت در این کشور هیچ‌گونه جایگاهی ندارد و برخی مقررات موضوعه در حقوق این کشور، حسن‌نیت را به طور صریح یا ضمنی در خود جای داده است. برای مثال دستورالعمل نمایندگان تجارتي مصوب سال ۱۹۸۶ و قانون بیمه دریایی، بارها به حسن‌نیت اشاره داشته‌اند و یا دادگاه‌های انگلیس از دیرباز به حسن‌نیت توجه داشته‌اند؛ مانند دعوای فیلیپ بروکس در سال ۱۹۱۹ میلادی. (همان منبع)، حقوق قراردادهای انگلستان، علاوه بر تاثیر مباحثی مانند اشتباه، اکراه و اعمال نفوذ ناروا و شروط قراردادی غیرعادلانه در قراردادها که به صورت قانون نیز تصویب نموده است، فصلی نیز به بحث «سو عرضه» اختصاص می‌دهد؛ بدین ترتیب موضوع صداقت و عدم فریب‌کاری و در نهایت تبیین تفصیلی و غیرمستقیم اصل حسن‌نیت در قراردادها را دنبال می‌کند. (علیزاده، مهدی، ۱۳۸۴، ۲۲)

اصل حسن‌نیت در اجرای قراردادهای، که از حقوق روم باستان اقتباس شده است، در قرن پنجم و ششم، یازدهم و دوازدهم در تجارت کشورهای اروپایی نمود بیشتری یافت و اکنون در نظام حقوقی بسیاری از کشورها، چه در گروه حقوق نوشته و چه گروه حقوق عرفی، با تفاوت در گستره کاربرد، به گونه‌ای وسیع اعمال می‌شود، از جمله در قوانین بیمه، مالیات، حقوق کار، ورشکستگی، تصرف در اموال و خرید و فروش.

بر اصل لزوم رعایت حسن‌نیت در اجرای قراردادهای، در قوانین موضوعه بسیاری از کشورهای غربی تصریح شده است، از جمله در ماده ۲۴۲ قانون مدنی آلمان، ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه و ماده ۳۸۸ قانون مدنی یونان. به همین جهت ماده ۱۱۳۵ ق.م. فرانسه، انصاف را از منابع التزام‌های قراردادی می‌شناسد و رویه قضایی آن کشور نیز بر وجوب مراعات حسن‌نیت در تنفیذ عقد، پای می‌فشرد تا آن جا که مقرر می‌دارد، پیمانکار موظف است از کوتاه‌ترین راه ممکن اقدام به برق‌رسانی کند و متصدی حمل و نقل باید کالا را از راه مناسب حمل نماید و نیز در صورت وجود حسن‌نیت در عدم اجرای قرارداد، به مدیون مهلت می‌دهد. (جامع فقه اهل‌البیت، ۱۳۸۸)

این اصل در قوانین شماری از کشورهای عربی هم آمده است، از جمله در ماده ۱۴۸ قانون مدنی مصر، ماده ۱۴۹ قانون مدنی سوریه، ماده ۱۴۸ قانون مدنی لیبی و ماده ۲۲۱ قانون مدنی لبنان.

همچنین طبق ماده ۳۷۳ قانون تعهدات سوییس: «اگر در اثر وقوع شرایط غیرمتعارفی که برای طرفین قابل پیش‌بینی نیست، اجرای عمل ممتنع یا بی‌اندازه دشوار شود، قاضی می‌تواند به تشخیص خود، قیمت تعیین شده را افزایش دهد یا با فسخ عقد موافقت کند». در ماده ۲۶۹ منسوخ قانون مدنی سال ۱۹۳۳ لهستان نیز آمده بود: «هرگاه در نتیجه بروز حوادث استثنایی از قبیل جنگ، بیماری‌های مسری و تلف کلی محصول و دیگر بلاهای طبیعی،

عملی شدن التزام ناشی از عقد با دشواری بیش از حد روبرو شود و به یکی از اطراف قرارداد ضرری سنگین تحمیل کند، به گونه‌ای که هنگام انشای قرارداد از سوی هیچ‌یک از طرفین پیش‌بینی نشده باشد، دادرسی مجاز است بنا بر اصل حسن‌نیت و با در نظر گرفتن منافع طرفین عقد، روش اجرای مفاد قرارداد و میزان اهمیت آن را تعیین و حتی عقد را باطل اعلام کند». در مواد ۱۴۶۷ تا ۱۴۶۹ قانون مدنی ایتالیا نیز مقررات مشابهی وضع شده است. (همان منبع)

۵- مبانی قاعده حسن‌نیت:

در این بخش به بررسی مبانی اصل حسن‌نیت خواهیم پرداخت. حسن‌نیت همانند هر قاعده دیگری دارای مبنا می‌باشد، در این تحقیق ما به سه ادله می‌پردازیم که آن‌ها را می‌توانیم مبنای قاعده حسن‌نیت قرار دهیم:

۱-۵- رعایت صداقت و پرهیز از فریب کاری:

فقه یا نظام حقوقی شیعه با آنکه به اراده و تراضی طرف‌های قرارداد احترام گذاشته و آن را به عنوان یک اصل مهم و پایه مورد اهمیت قرار داده و با استفاده از توضیح مفهوم اصطلاحات، قوانین آمره‌ای را وضع کرده که از خروج افراد از حد عرف و اعتدال و قانون جلوگیری می‌کند. این نظام کوشیده است تا با اعمال این شیوه جلوی افرادی را که با اعمال غیرمنصفانه، درصدد آسیب به راستی و درستی و عدالت و صداقت هستند را بگیرد. حتی با رجوع به فطرت و سرشت آدمی، حسن‌نیت و نیکویی آن بی‌درنگ تصدیق می‌شود. بنا بر موارد فوق، عدم توجه به ضرورت رعایت صداقت و عدم فریب‌کاری، در قراردادهای، عنصری برای ایجاد حکم ثانوی خیار، حق ارش یا بطلان و اقامه دعوی کیفری یا حقوقی علیه فریب‌دهنده است. برای مثال می‌توان به خیار تدلیس، تخلف از شرط و... اشاره کرد که از احکام ثانوی می‌باشند و به دلیل رعایت نکردن صداقت و فریب‌کاری طرف قرارداد، از بین برنده حکم

اولی الزام قراردادهاست. به علاوه این نوع اقدام‌ها ممکن است حکم تکلیفی و مسئولیت کیفری نیز برای مرتکب فریب‌کار، به همراه آورد. بنابراین ضرورت صداقت و عدم فریب‌کاری ممکن است به عنوان مبنایی از اصل حسن‌نیت و رفتار منصفانه مورد استفاده قرار گیرد.

در حقوق ایران قوانینی وجود دارد که در برخی از مواد این قوانین اشاره به رعایت صداقت و پرهیز از هر نوع فریب و نیرنگ شده است، از جمله این قوانین، قانون مدنی، قانون مسئولیت مدنی، تعزیرات حکومتی و... است. ماده ۴۸۳ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «تدلیس عبارت است از عملیاتی که موجب فریب طرف معامله می‌شود». در ماده ۴۳۹ ق.م.آ.م آمده است: «اگر بایع تدلیس نموده باشد مشتری حق فسخ بیع را خواهد داشت و هم چنین بایع نسبت به ثمن شخصی در صورت تدلیس مشتری». قانون‌گذار از مفهوم این مواد به لزوم رعایت صداقت و پرهیز از فریب اشاره کرده است که به موجب آن حقی برای طرف مقابل مبنی بر فسخ قرارداد قایل شده است. ماده ۱ قانون مواد خوردنی و آشامیدنی و آرایشی و بهداشتی مصوب ۱۳۴۶ از این دست می‌باشد.

(علیزاده، مهدی، ۱۳۸۴، ۲۹)

۲-۵- انصاف و عدالت:

کاربرد انصاف و عدالت، به حدی گسترده است که مورد توجه تمام افراد در ادوار مختلف بوده است. انصاف و عدالت از ابتدایی‌ترین تعالیم جامعه بشریت بوده است که همواره انسان‌ها را تشویق به رعایت آنها نموده‌اند. انصاف و عدالت نه تنها مبنای حسن‌نیت می‌باشد، بلکه مبنای تمام رفتارها و عملکردهای بشر می‌باشد؛ تا جایی که در فقه شیعی و نیز در حقوق نوشته شده ایران می‌توان به لزوم انصاف و عدالت جهت تعادل بین دو عوض و رعایت عدالت معاوضی در قراردادهای اشاره کرد. قوانین مدون و مواد قانونی مناسبی در نظام حقوقی ایران هست که بر رعایت انصاف و عدالت در قراردادهای حاکم است. از

جمله این مواد می‌توانیم به ماده ۴۱۶ قانون مدنی اشاره کنیم: «هر یک از متعاملین که در معامله غبن فاحش داشته باشد بعد از علم به غبن می‌تواند معامله را فسخ نماید». یا در ماده ۳۷۸ قانون مذکور نیز آمده است: «اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد...». این ماده نیز مبتنی بر عدالت معاوضی و رعایت حسن نیت در اجرای قرارداد که منسوب به اراده ضمنی طرفین و طبیعت معاوضه است، می‌باشد. (انصاری، ۱۳۸۷، ۷۵).

۳-۵- عدم زیان ناروا و سواستفاده از حق:

ورود ضرر و زیان به دیگری در فقه شیعه از سالیان دور نفی شده است و در صورت ورود ضرر، باید درصدد جبران آن بود. دلیل فقها برای چنین امری، قاعده مشهور، مهم و پرکاربرد «لاضرر» می‌باشد که از حدیث نبوی «لاضرر و لااضرار فی الاسلام» گرفته شده است. به طوری که در قانون اساسی در اصل چهلم آن نیز تصریح شده است: «هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد». این حکم مبنی بر عدم اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی از راه اعمال حق است. این حکم عام است و شامل حقوق مبتنی بر قرارداد نیز می‌شود. نتیجه حکم آن می‌شود که طبق اصل فوق‌الذکر، ایجاد قرارداد توأم با زیان ناروا، جایز نیست و این، همان مفهوم ضرورت رعایت حسن نیت و رفتار منصفانه در قراردادهاست. (انصاری، ۱۳۸۷، ۷۶).

قانون مدنی نیز در ماده ۴۸۵ مقرر می‌دارد: «اگر در مدت اجاره در عین مستاجره، تعمیراتی لازم آید که تاخیر در آن، موجب ضرر موجر باشد، مستاجر نمی‌تواند مانع تعمیرات مزبور گردد، اگر چه در مدت تمام یا قسمتی از زمان تعمیر نتواند از عین مستاجره کلا یا بعضا استفاده نماید. در این صورت حق فسخ اجاره را خواهد داشت». مشاهده می‌شود در ماده فوق با تبیین تعارض

بین اعمال حق موجر و مستاجر، دلالت دارد بر این که اعمال حق باید به گونه‌ای باشد که موجب زیان ناروا به طرف دیگر نشود و این حکم، مطابق با عدم‌زیان ناروا و سواستفاده از حق است و ممکن است مبنایی برای حسن نیت و رفتار منصفانه در قرارداد به شمار آید.

۶- قلمرو حسن نیت:

برای حسن نیت سه عرصه قابل شناسایی می‌باشد:

۱-۶- حسن نیت در مرحله انعقاد قرارداد:

در بند یک ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه آمده است: «قراردادهایی که مطابق قانون انعقاد یافته‌اند در حکم قانون طرفین است که آن را منعقد نموده‌اند». این بند، اصل الزام‌آور بودن قراردادها را مطرح می‌کند که منبعث از اصل حاکمیت اراده است. از این رو برخی بر این باورند که اجرای با حسن نیت قرارداد در حقوق فرانسه به طور ضمنی به وسیله آزادی قراردادی محدود شده است و بعد با توجه به اینکه، حسن نیت در بخش آثار قراردادها ذکر شده، این‌گونه ابراز عقیده نموده‌اند که حسن نیت صرفاً ناظر به مرحله اجرای قرارداد بوده و به مرحله تشکیل آن توجه ندارد. (انصاری، ۱۳۸۷، ۱۵۱ و ۱۵۲).

حقوق ایران نیز مانند حقوق فرانسه صراحتاً حسن نیت در انعقاد قرارداد را مورد حکم قرار نداده است اما با کمی تامل در قانون مدنی و سایر مقررات حقوق موضوعه اهمیت آن آشکار می‌شود.

آیه ۲۸۲ سوره بقره می‌فرماید: «یا ایها الذین آمنوا اذا تداینتم بدین الی اجل مسمی فاکتبه و لیکتب بینکم کاتب بالعدل...»... «ای کسانی که ایمان آورده‌اید چون به قرض و نسیه برای زمانی معین معامله کنید، سند و نوشته در میان باشد و بایستی نویسنده درستکاری، معامله میان شما را بنویسد و از نوشتن ابا نکند که خدا به وی نوشتن آموخته؛ پس باید بنویسد و مدیون امضا کند

و از خدا بترسد از آنچه مقرر شده چیزی نکاهد و نیفزاید و اگر مدیون سفیه یا صغیر است و صلاحیت امضا ندارد ولی او به عدل و درستی امضا کند...». در ماده ۲۱۸ قانون مدنی نیز به صورت سلبی مقرر می‌دارد: «هر گاه معلوم شود معامله به قصد فرار از دین، به طور صوری انجام شده، آن معامله باطل است».

تقلب که اقدامی خلاف حسن نیت است، عملی نادرست بوده و اعمال مبتنی بر تقلب در حقوق ایران فاقد آثار می‌باشد و ماده یاد شده نیز اشاره‌ای بر این برداشت دارد. معامله به قصد فرار از دین، نوعی تقلب بوده و فرد در حقیقت قصد بیع نداشته و هدف وی، خارج کردن اموال خود از دسترس طلبکاران بوده که چنین معامله‌ای باطل و فاقد هرگونه اثر است.

ماده ۴۲۴ قانون تجارت نیز معامله تاجر قبل از توقف را در صورتی که به منظور فرار از ادای دین یا برای اضرار به طلبکاران باشد را قابل فسخ دانسته است. (انصاری، ۱۳۸۷، ۱۹۹-۲۰۰).

ماده ۴۳۸ قانون مدنی تدلیس را عملیاتی که موجب فریب طرف دیگر معامله شود، معرفی کرده و برخی از نویسندگان گفته‌اند که گاهی سکوت با توجه به تشخیص عرف موجب فریب طرف دیگر معامله می‌شود که از آن به «سکوت مدلسانه» تعبیر کرده‌اند و تصریح نموده‌اند که این نوع سکوت با اصل حسن نیت منافات دارد. (اوصیاء، ۱۳۷۱، ۳۲۶).

مفهوم حسن نیت به طور سلبی در حین انعقاد عقد بیمه نیز در قانون بیمه ایران مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفته است. مطابق مواد ۱۱، ۱۲ و ۱۳ قانون مذکور، چنانچه بیمه‌گذار اقداماتی خلاف حسن نیت انجام داده باشد، ضمانت اجرای بطلان پیش‌بینی شده است. (انصاری، ۱۳۸۷، ۲۰۰).

۲-۶- حسن نیت در مرحله اجرای قرارداد:

اصل اجرای با حسن نیت قراردادهای در حقوق اغلب کشورها به صراحت در

قوانین وارد شده و مورد توجه دکتربین نیز قرار گرفته است. بند ۳ ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه، ماده ۲۴۲ قانون مدنی آلمان، بند ۲ ماده ۱ قانون مدنی ژاپن، بند ۱ ماده ۲ قانون مدنی سوئیس، ماده ۱۱۹۸ قانون مدنی آرژانتین، بند ۳ ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی بلژیک، ماده ۲ قانون مدنی ترکیه، بند ۲ ماده ۷۶۲ و بند ۱ ماده ۴۳۷ قانون مدنی پرتغال از جمله این موارد است. در لهستان پس از تغییر قانون تعهدات ۱۹۳۴، در سال ۱۹۶۴، اصطلاح «قواعد زندگی در جامعه» رایج شده است و این اصطلاح منبعث از قواعدی همچون اخلاق حسنه، رفتار جوانمردانه، تکلیف همکاری یا حسن‌نیت می‌باشد که ماده ۳۵۴ قانون مدنی آن را مقرر نموده و اجرای تعهدات باید مطابق این قواعد صورت گیرد. قانون جدید کبک نیز در قسمت دوم ماده ۶ آن، اجرای قرارداد را بر اساس حسن‌نیت دانسته است. قانون متحدالشکل آمریکا نیز در بند یک ماده ۲۰۳، اجرای با حسن‌نیت قرارداد را مقرر نموده است. قانون تایوان نیز در بند ۲ ماده ۱۴۸ قانون مدنی اصل «درستکاری و اعتماد» را در اجرای حقوق ضروری دانسته است. (انصاری، ۱۳۸۷، ۱۵۰).

در حقوق ایران حسن‌نیت در اجرای قرارداد به طور صریح ذکر نشده است اما قانون به طور غیر صریح بر وجود آن دلالت دارد به نحوی که ماده ۲۲۵ قانون مدنی ایران مقرر می‌دارد: «متعارف بودن امری در عرف و عادت به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد به منزله ذکر در عقد است.»

همچنین به موجب ماده ۲۲۰ قانون مدنی ایران: «طرفین قرارداد ملزم به نتایجی که به موجب عرف و عادت از قرارداد ناشی می‌شود نیز هستند.» در ماده ۲۷۹ قانون مدنی ایران آمده است:

«اگر موضوع تعهد عین شخصی نبوده و کلی باشد، متعهد مجبور نیست که از فرد اعلای آن ایفا کند لیکن فردی هم که عرفاً معیوب محسوب

است نمی‌تواند بدهد». این ماده که در مقام بیان وفای به عهد مال کلی می‌باشد، از جمله مقررات تکمیلی است که یکی از مصادیق اعمال اجرای با حسن نیت قرارداد را بیان می‌دارد. (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۵۰).

دکتر مهدی شهیدی، عرف و عادت را در حقوق ایران جانشین حسن نیت دانسته و مواد ۲۲۰ و ۲۲۵ قانون مدنی را از موارد اعمال اصل حسن نیت معرفی نموده است. به نظر وی: «برای تعیین حقوق و تعهدات و روابط طرفین قرارداد، عرف نسبت به حسن نیت ضابطه‌ای نهایی و دقیق‌تر است، زیرا پس از پذیرش حسن نیت آنگاه که نوبت به تشخیص مصادیق حسن نیت می‌رسد عرف باید به عنوان عامل نهایی، دآوری کند». (شهیدی، ۱۳۸۲، ۱۱۴).

در قانون تجارت نیز از جمله در ماده ۳۳۷ به مفهوم ارایه شده از حسن نیت توجه گردیده و دلال ملزم به رعایت آن شده است.^۱

رعایت این امانت و صداقت در احکام مربوط به حق‌العمل کاری (مواد ۳۵۹ و ۳۷۴ ق.ت) و قرارداد حمل و نقل (مواد ۳۷۹ و ۳۸۰ ق.ت) نیز به نوعی دیگر آمده است؛ در قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶ نیز موادی وجود دارد که به روشنی آثار اصل اجرای با حسن نیت در عقد بیمه را مقرر نموده است. مواد ۱۰، ۱۱، ۱۲ و ۱۳ قانون مذکور در مورد دروغ‌گویی و قصد تقلب بیمه‌گذار و اعلام‌های نادرست به بیمه‌گر و ماده ۱۶ در مورد تشدید خطر و تغییر موضوع بیمه، بر مبنای رعایت حسن نیت وضع شده‌اند.

در هر حال در روابط قراردادی می‌خواهیم ببینیم که طرفین عقد به چه چیزی ملزم هستند؟ مواد ۲۱۹ و ۲۲۰ قانون مدنی که به لحاظ مفهوم، مشابه مواد ۱۱۳۴ و ۱۱۳۵ قانون مدنی فرانسه بوده، مقرر می‌دارند که در هر عقدی ابتدا باید بر آنچه که طرفین نسبت به آن توافق نموده‌اند، تکیه کرد و از

۱. ماده ۳۳۷ ق.ت: «دلال باید در نهایت صحت و از روی صداقت، طرفین معامله را از جزئیات راجعه به معامله مطلع سازد ولو این که دلالی را فقط برای یکی از طرفین بکند. دلال در تقابل هر یک از طرفین، مسئول تقلب و تقصیرات خود می‌باشد».

متعاقدين، اجرای آن را درخواست کرد، که اگر اجرای با حسن نیت قرارداد و شرایط احراز و تحقق آن از جمله موارد توافقی باشد، طرفین به آن ملزم بوده و باید اجرا نمایند. (انصاری، ۱۳۸۷، ۱۶۵).

۳-۶- حسن نیت در مرحله تفسیر قرارداد:

رعایت حسن نیت در مرحله تفسیر قرارداد مستند قانونی صریحی دارد، اما رعایت آن در مرحله انعقاد از طریق وحدت ملاک و دکترین هموار شده است. تفسیر در لغت به معنی آشکار ساختن و در اصطلاح حقوقی عبارت است از: «تشخیص ماهیت، مفاد و طرف‌های قراردادی بر اساس اراده مشترک انشا کنندگان آن و مقررات قانونی». (شهیدی، ۱۳۷۹، ۱۶۱)

قانون مدنی ایران با وجود این که از جهات زیادی از قانون مدنی فرانسه اقتباس شده، اما بحثی را در مورد تفسیر قرارداد به طور مستقل و صریح نیاورده است. تنها در ماده ۳ قانون تجارت الکترونیکی مصوب سال ۱۳۸۲ رعایت حسن نیت در تفسیر قرارداد مورد توجه قرار گرفته است. این ماده مقرر می‌دارد: «در تفسیر این قانون همیشه به خصوصیت بین‌المللی، ضرورت توسعه هماهنگی بین کشورها در کاربرد آن و رعایت حسن نیت توجه کرد».

ماده ۱۵۷ قانون مدنی آلمان، ماده ۱۳۶۶ قانون مدنی ایتالیا، ماده ۲۲۱ قانون تعهدات و قراردادهای لبنان مصوب سال ۱۹۳۲، ماده ۱۹۵ قانون مدنی کویت مصوب سال ۱۹۸۰، ماده ۱۷۳۲ قانون مدنی ایتوپی، ماده ۲ قانون مدنی سوییس، با عباراتی نسبتاً مشابه، این حکم که عقود باید با معیار حسن نیت تفسیر گردند را مقرر نموده‌اند.

ماده ۱۰ ق. بیمه مصوب ۱۳۱۶ و ماده ۳۹۱ ق.ت به تدلیس پرداخته که به نظر می‌رسد منظور از تدلیس، مفهوم سلبی حسن نیت، یعنی سو نیت، تقلب و تقصیر سنگین می‌باشد، نه تدلیس مذکور از ماده ۴۳۸ ق.م. (انصاری، ۱۳۸۷، ۱۸۷ و ۱۸۸). بنابراین در بحث تفسیری فساد یا صحت عقد، عبارات ماده ۲۲۳ قانون مدنی

ملاک قرار گرفته و مانع از فساد و بی‌ثباتی و اخلال در معاملات می‌گردد. بر این اساس، طرفین بر پایه اعتماد و صداقت متقابل، اقدام به انعقاد قرارداد و اجرای آن می‌نمایند و اگر بعداً ادعایی مبنی بر فساد و بطلان عقد مطرح شود قاضی باید با ملاک آرایه شده در ماده مذکور به تفسیر قرارداد پرداخته و حکم به بطلان یا فساد عقد بدهد. (همان منبع، ۱۸۹)

۱-۳-۶- تفسیر قرارداد پیش از اجرا در فرانسه:

ماده ۱۱۵۶ قانون مدنی فرانسه می‌گوید: «تفسیر قرارداد باید منطبق به قصد مشترک طرفین باشد» و ماده ۱۱۳۵ همین قانون، عبارت‌های «عرف، انصاف، قانون و طبیعت عقد» را نیز اضافه نموده ولی اشاره‌ای به حسن‌نیت نکرده است. به طوری که کشورهای دیگر، مانند آلمان که خواسته‌اند حسن‌نیت را ناظر به مرحله تفسیر قرارداد نیز بدانند، آن را در ماده دیگری مقرر نموده و مرحله اجرا و تفسیر را از یکدیگر جدا کرده‌اند. ماده ۱۵۷ قانون مدنی آلمان، حسن‌نیت را در مرحله تفسیر قرارداد لازم دانسته است. (انصاری، ۱۳۸۷، ۱۵۳ و ۱۵۴).

۲-۳-۶- تفسیر قرارداد پیش از اجرا در آلمان

از طرفی در حقوق آلمان، حسن‌نیت محدود به تعهدات قراردادی نیست، بلکه حتی به تعهدات تحمیل شده به وسیله قانون و تعهدات غیرقراردادی نیز توسعه یافته است. البته در حقوق آلمان، حسن‌نیت صرفاً متعهد قرارداد را مورد حکم قرار می‌دهد، در حالی که در حقوق فرانسه این‌گونه نبوده و اجرای با حسن‌نیت قرارداد، مورد حکم قرار گرفته است و قرارداد نیز حداقل دارای دو طرف می‌باشد؛ لذا تفاوتی را بین متعهد و متعهدله از حیث اجرای با حسن‌نیت قایل نمی‌شود. (انصاری، ۱۳۸۷، ۱۵۵).

۷- حسن‌نیت در مرحله پیش قراردادی:

این مرحله به ظاهر می‌باید به عنوان مرحله ابتدایی ذکر شود ولی به

دلیل محجور ماندن در مطالعات حقوقی و این که موضوع اصلی پژوهش قرار گرفته است و نیازمند تدقیق بسیار می‌باشد، در این گام مورد بررسی قرار می‌گیرد.

ضرورت رعایت حسن نیت در دوره پیش قراردادی به صراحت در قوانین فرانسه پیش‌بینی نشده است، اما اصل مزبور بر این دوره نیز حکومت دارد. این امر را مرهون نظریات حقوق‌دانان فرانسوی و رویه دادگاه‌های آن کشور دانسته‌اند. سالی حقوقدان معروف فرانسوی در ابتدای قرن بیستم پیشنهاد نمود تا مفاهیم حسن نیت و رفتار منصفانه، در دوره پیش از انعقاد قرارداد نیز به کار رود و مسئولیت ناشی از عدم رعایت آن‌ها پذیرفته شود. (باریکلو، خزایی، ۱۳۹۰، ۵)

در هر حال باید اذعان داشت که لزوم رعایت حسن نیت در اجرای کلیه حقوق و تکالیف و در تمام حوزه‌ها از جمله دوره پیش قراردادی را جز به شیوه استقرا نمی‌توان اثبات کرد و به احتمال زیاد، این شیوه نخواهد توانست جامعه حقوقی را در پذیرش اصل حسن نیت به عنوان یک قاعده کلی مجاب نماید؛ لذا با در نظر داشتن نیازهای اجتماعی و ضرورت‌های اقتصادی، حقوق ایران باید در مسیر پذیرش صریح این قاعده گام بردارد. (باریکلو، خزایی، ۱۳۹۰، ۱۲)

در اصول قراردادهای بین‌المللی و اصول اروپایی، حقوق قراردادهای نیز تحت تاثیر دکتترین حقوق نوشته قرار گرفته و حسن نیت در مرحله مذاکرات مقدماتی به صراحت پیش‌بینی شده است. به عنوان نمونه ماده ۲-۱۵ اصول قراردادهای بین‌المللی راجع به مذاکره با حسن نیت مقرر می‌دارد:

۱: هر یک از طرفین در انجام مذاکره آزاد است و هیچ مسئولیتی به خاطر عدم رسیدن به توافق متوجه وی نخواهد بود.

۲: اگر یک طرف با سو نیت مذاکره کند یا مذاکرات را قطع کند به لحاظ زیان‌هایی که به طرف مقابل وارد کرده، مسئول است.

۳: در صورتی که یک طرف با قصد عدم رسیدن به توافق وارد مذاکره با دیگری شود یا مذاکرات را ادامه دهد، این امر سو نیت محسوب می‌شود». همچنین در بخش سوم اصول اروپایی حقوق قراردادهای ضرورت رعایت حسن نیت در مرحله مذاکرات مقدماتی مورد تصریح قرار گرفته است. در نخستین ماده از این بخش تحت عنوان «مذاکرات مغایر با حسن نیت» چنین آمده است:

«۱: هر یک از طرفین در مذاکره آزاد است و در قبال نرسیدن به توافق مسئول نیست.

۲: با وجود این، طرفی که بر خلاف حسن نیت و رفتار منصفانه مذاکره یا مذاکرات را قطع کرده است، مسئول خساراتی است که به طرف دیگر وارد می‌شود.

۳: این که یکی از طرفین بدون قصد جدی رسیدن به یک توافق با طرف دیگر وارد مذاکره شود و یا آن را ادامه دهد، به طور خاص مغایر با حسن نیت و رفتار منصفانه است.»

طی دوره‌ای که طرفین در حال مذاکره برای انعقاد قرارداد هستند، غالباً روابط فی مابین آن‌ها در یک وضعیت نامناسب قرار دارد؛ زیرا آن‌ها از تمام شرایط و اوضاع و احوال قراردادی آگاهی ندارند. بدین منظور برای اجتناب از ورود خسارت به طرف مقابل و همچنین به نتیجه رسیدن مذاکرات انجام شده، حقوق موضوعه طرفین را مکلف به معامله با حسن نیت می‌کند تا آنان را در اهداف یاد شده کمک نماید. با توجه به این که مفاد تعهد به معامله با حسن نیت در مرحله قبل و بعد از ایجاب متفاوت می‌باشد در اینجا نیز هر یک از این مراحل، جداگانه مورد بحث قرار می‌گیرند:

۱-۷- مرحله قبل از ایجاب:

حسن نیت مرکز ثقل مذاکرات پیش قراردادی است، بدین معنا که در این

مرحله قبل از ایجاب، حسن‌نیت طرفین را ملزم می‌نماید که مذاکرات را با صداقت و درستی به منظور تضمین و اثربخشی این مذاکرات انجام دهند. این تکالیف در فرضی که مذاکرات پیش قراردادی در قالب یک قرارداد جداگانه ارایه می‌گردد اهمیت بیشتری دارند؛ به طوری که می‌توان آن‌ها را به صراحت پیش‌بینی کرد. اما در حالتی که مذاکرات پیش قراردادی فاقد قالب قراردادی است حسن‌نیت، طرفین را ملزم می‌نماید که چنانچه قصد واقعی برای معامله ندارند، وارد مذاکره نشوند. درستکاری ایجاب می‌کند که هر یک از متعاقدين، طرف مقابل را به انتظارات واهی و نادرست امیدوار ننماید و چیزی جز واقعیت نگوید و با توجه به اوضاع و احوال و شرایط قراردادی که در صدد انعقاد آن هستند، تمام مواردی را که در تصمیم‌گیری آن‌ها نقش خواهد داشت، بیان کند.

حتی تعهد به معامله با حسن‌نیت در صورت قطع مذاکرات پیش قراردادی نیز نقش اساسی داشته و گاهی مورد تصریح قرار می‌گیرد.

در دوره پیش قراردادی، طرفین فرصت دارند که آزادی خود را حفظ نمایند و از طریق انعقاد قرارداد، مسئولیتی را قبول ننموده و یا تعهدی را عهده دار نشوند. آن‌ها می‌توانند بدون تحمل هیچ خطری، تمام مذاکرات اولیه را قطع نمایند و عقده‌ای را منعقد نکنند. حسن‌نیت ایجاب می‌کند، طرفین با رعایت ضوابطی، اقدام به قطع مذاکرات پیش قراردادی کنند، اما آن‌ها نمی‌توانند این مذاکرات را بدون اعلام قبلی و بی‌موقع و یا آزاردهنده قطع نمایند و موجب ضرر و خسارت به طرف مقابل شوند. رعایت حسن‌نیت و یا نقض آن را می‌توان با ملاحظه شرایط و اوضاع حاکم بر قطع مذاکرات احراز نمود؛ به عنوان مثال اگر طرف مقابل، مذاکرات را ادامه دهد اما همین که امکان انعقاد با سایرین برای او با دشواری مواجه شود، مذاکرات را قطع نموده و ادامه ندهد دلالت بر وجود سو نیت در انعقاد قرارداد می‌نماید.

تعهد به معامله با حسن نیت در ابتدا مستلزم این است که طرفین، مذاکرات را آغاز نموده، سپس بر اساس این مذاکرات به قرارداد مطرح شده روی بیاورند. آن‌ها می‌بایست صورت فعال و جدی مذاکرات را پیگیری نموده و یک ایجاب قابل قبول را ارائه دهند، نه این که با قصد سو و شیطنت‌آمیز و یا مخالف حسن نیت، ایجاب غیرممکنی را اعلام نمایند.

اغلب دیده می‌شود که شروطی در این مرحله تصریحاً یا تلویحاً مورد توجه طرفین قرار می‌گیرد؛ از جمله این که طرفین مذاکرات باید اسرار و اطلاعات قراردادی را در طول مذاکره حفظ نموده و آن را برای اشخاص ثالث فاش ننمایند یا اگر ماهیت قرارداد، مستلزم نوعی انحصار است از انعقاد قرارداد با ثالث اجتناب نمایند. تمام این شروط ریشه در حسن نیت دارد. حتی مراجعه به داوری و پذیرش نظر داور در صورت بروز اختلاف نیز با تعهد به معامله با حسن نیت انطباق دارد. همچنین رعایت این شرط که در صورت تغییر شرایط اقتصادی، سیاسی، اجتماعی یا فنی در طی مذاکرات نیز تابع این تغییرات خواهد بود، ارتباط کامل با حسن نیت دارد. (انصاری، ۱۳۸۷، ۱۹۴-۱۹۶)

۲-۷- مرحله پس از ایجاب:

پس از اعلام ایجاب، این سوال مطرح می‌شود که آیا حسن نیت مستلزم این است که موجب به ایجاب خود پایبند باشد یا خیر؟

هر چند تا زمان اعلام قبول، اصل آزادی قراردادی به ایجاب کننده، این اختیار را می‌دهد که چنانچه شرایط قراردادی را مطلوب ندانست از ایجاب خود عدول نماید، اما مادامی که ایجابی اعلام می‌گردد یک اعتماد قانونی و عرفی را در پی خواهد داشت که مخاطب ایجاب، گمان می‌نماید ایجاب کننده از قبل، شرایط حاکم را مورد سنجش قرار داده و از ایجاب خود عدول نخواهد کرد.

تعهد به حسن نیت در معامله نیز حکم می‌نماید که موجب در مهلت متعارف و معقولی که مخاطب امکان بررسی و سنجش را دارد به ایجاب خود

پایبند باشد. اهمیت این تعهد نیز، حسب این که مهلتی تعیین شده یا نشده باشد، متفاوت است.

زمانی که ایجاب با یک مهلت معین همراه است، این گونه تلقی می‌شود که ایجاب‌کننده صراحتاً متعهد شده تا زمان انقضا مهلت مقرر، از ایجاب عدول نکند، اما اگر ایجاب بدون مهلتی برای قبول اعلام شود، در این فرض نمی‌توان ادعا کرد که ایجاب برای همیشه است و تا زمانی که از آن رجوع نشده باشد، ادامه دارد و طرف مخاطب آزاد است تا هر زمان که می‌خواهد قبول را به تاخیر اندازد؛ بلکه دادگاه‌ها مهلت معقولی را که عرف تعیین می‌کند ملاک قرار می‌دهند. برای دادگاه‌های بدوی فرانسه علاوه بر عرف، طبیعت قرارداد نیز مورد توجه قرار می‌گیرد، اما اساس اعطای چنین مهلتی که میزان آن با توجه به عرف و طبیعت قرارداد تعیین می‌گردد، ناشی از تعهد به حسن نیت در انعقاد قرارداد است. (انصاری، ۱۳۸۷، ۱۹۶-۱۹۷).

۸- پیامدهای حسن نیت در مرحله پیش قراردادی:

۸-۱- تعهد به جدیت:

جدی بودن در دوره پیش قراردادی بر اصل حسن نیت مبتنی بوده و به معنی داشتن قصد پیشرفت گفت‌وگوهای مقدماتی است. اگر ثابت شود که هر یک از طرفین در مرحله گفت‌وگوهای مقدماتی برای انعقاد قرارداد نهایی مصمم نبوده و جدیت نداشته است، در برابر دیگری مسئول می‌باشد.

در حقوق ایران، عدم جدیت در دوره پیش قراردادی می‌تواند تقصیر به شمار آید. برخی نویسندگان معتقدند که چنانچه یکی از طرفین بدون داشتن قصد جدی برای انعقاد قرارداد به گفت‌وگو پرداخته و موجب شود که طرف مقابل متحمل هزینه‌هایی گردد، مسئول جبران زیان‌هایی می‌باشد که از این بابت به بار آمده است. (کاتوزیان، ۱۳۶۹، ۲۹۱) برخی دیگر نیز بر این باورند

که اگر یکی از طرفین در جریان گفت‌وگوهای مقدماتی، قرارداد مشابهی را با شخص ثالث منعقد نماید و در عین حال مذاکره را ادامه داده و موجب شود که طرف دیگر متحمل هزینه‌هایی گردد، در برابر وی مسئول است. (امیری قائم مقامی، ۱۳۷۸، ۲۲۲)

۲-۸- تعهد به شفافیت:

هدف اصلی از گفت‌وگوهای مقدماتی در دوره پیش قراردادی، رسیدن به تفاهم مشترک برای انعقاد قرارداد اصلی است؛ باید توجه داشت که گفت‌وگو با عبارات مبهم هیچ‌گاه طرفین را به مقصود نمی‌رساند. مقتضای اصل حسن‌نیت، شفاف بودن در دوره پیش قراردادی است. استفاده از عبارات غیرقابل درک و یا عباراتی که قابل حمل بر چند معنی می‌باشند و موجبات سوء تفاهم را فراهم می‌آورند، نه تنها رسیدن به مقصود نهایی طرفین را دشوار می‌سازد، بلکه اختلاف‌ها را نیز افزایش می‌دهد.

در قوانین موضوعه ایران، مذاکرات مبهم در دوره پیش قراردادی می‌تواند موجبات سوء تفاهم طرفین را فراهم آورده و طرفین را از رسیدن به توافق واقعی باز دارد. در واقع، اگر محرز شود که به واسطه عدم شفافیت در گفت‌وگوهای مقدماتی، طرفین در ماهیت قرارداد و یا خود موضوع معامله توافق حاصل نکرده‌اند (ما وقع لم یقصد و ما قصد لم یقع)، آنچه منعقد شده است، باطل بوده و آثاری نخواهد داشت. همچنین اگر این عدم توافق در شرایط فرعی قرارداد باشد، می‌تواند سبب ایجاد خیار گردد. (باریکلو، خزایی، ۱۳۹۰، ۱۴)

۳-۸- تعهد به ارائه اطلاعات:

فلسفه اصلی گفت‌وگوهای مقدماتی، تبادل اطلاعات میان طرفین است تا ایشان با لحاظ این اطلاعات، ارزیابی‌های لازم را انجام داده و در خصوص انجام معامله یا چشم‌پوشی از آن اتخاذ تصمیم نمایند. اقتضای اصل حسن‌نیت، اطلاع‌رسانی در دوره پیش قراردادی است. طرفین می‌بایست در جریان

گفت‌وگوهای مقدماتی، در رابطه با عناصر اساسی قرارداد که در تصمیم‌گیری ایشان موثر است، تبادل اطلاعات نموده و نسبت به مواردی مانند وضع یکدیگر، شرایط معامله و ویژگی‌های موضوع آن آگاه شوند. (کاتوزیان، ۱۳۶۹، ۳۳۳)

۴-۸- عدم مذاکرات موازی:

بازار رقابتی آزاد اقتضا دارد که اشخاص برای انتخاب بهترین گزینه، گفت‌وگوهای مقدماتی برای انعقاد قرارداد را همزمان با چند نفر انجام دهند. در چنین شرایطی ممکن است هر یک از اطراف گفت‌وگو با این تصور که تنها طرف مذاکره‌کننده است، گفت‌وگوهای مقدماتی را تداوم بخشد، مگر این که در ابتدای دوره پیش قراردادی تصریح شود که مذاکرات همزمان با چند نفر صورت می‌گیرد. در این صورت انعقاد قرارداد با هر یک از اطراف گفت‌وگو، مذاکره‌کننده را به مقصود می‌رساند، بنابراین وی نیازی به ادامه مذاکرات و انعقاد قرارداد با دیگران نخواهد داشت.

پژوهشگر فرضی در این میان متصور می‌شود که در این فرض، تولیدکننده و یا ارائه‌کننده خدمات به دلیل شرایط بازار و اقتصاد و رقابت موجود، برای جلب مشتری با قیمت مناسب اقدام می‌نماید و در این راستا اقدام به اعزام بازاریاب‌های متعدد به نقاط مختلف کشور می‌نماید و پس از مذاکرات مقدماتی ایشان و ارسال و وصول گزارش، تصمیم نهایی را اتخاذ می‌نماید. آیا مذاکرات صورت گرفته، بازاریاب و تولیدکننده را متعهد می‌نماید؟ آیا شرایط اقتصادی و این که اطلاع مشتری از مذاکرات متعدد ممکن است نسبت به تخریب روند بازاریابی و کاهش فروش و نهایتاً تضرر منجر شود، می‌تواند توجیه‌گر باشد؟ در خصوص مسئولیت شخصی که همزمان با چند نفر گفت‌وگوهای مقدماتی داشته و به مذاکرات موازی می‌پردازد، اتفاق نظر وجود ندارد. برخی معتقدند که انجام مذاکره موازی در گفت‌وگوهای مقدماتی با اصل حسن‌نیت در دوره پیش قراردادی منافات داشته و موجب مسئولیت است. در مقابل، گروه دیگری بر این

باورند که جز در مواردی که شخص مذاکره‌کننده به انجام گفت‌وگوی موازی ملتزم شده باشد، گفت‌وگوی همزمان با چند طرف موجب مسئولیت نمی‌شود. این التزام ممکن است صریح یا ضمنی باشد. (انصاری، ۱۳۸۷، ۱۹۶).

برخی نیز معتقدند تا زمانی که گفت‌وگوهای مقدماتی و موازی با جدیت دنبال می‌شوند و فرد همچنان برای انتخاب بهترین گزینه رایزنی می‌کند، برای مذاکره‌کننده مسئولیتی متصور نمی‌باشد، اما در صورتی که وی طرف قرارداد آینده خود را انتخاب نموده و در عین حال بدون قصد انعقاد قرارداد، گفت‌وگوهای خود با دیگران را نیز ادامه دهد، مسئول است؛ زیرا ادامه این گفت‌وگوها خلاف اصل حسن‌نیت بوده و می‌تواند تقصیر نیز محسوب شود. (باریکلو، خزایی، ۱۳۹۰، ۲۳)

۵-۸ - محدودیت دامنه اطلاع‌رسانی:

دامنه اطلاع‌رسانی پیش قراردادی باید میان طرفین مشخص گردد تا طرفین بدانند چه اطلاعاتی را باید در جریان گفت‌وگوهای مقدماتی افشا نمایند. در یک تقسیم‌بندی کلی، می‌توان اطلاعات مربوط به قرارداد را در دو گروه جای داد. گروه نخست؛ اطلاعاتی است که در تصمیم‌گیری طرفین برای انعقاد قرارداد تأثیری ندارد و افشای آن‌ها ضروری نیست. گروه دوم؛ اطلاعاتی است که در تصمیم‌گیری طرفین برای انعقاد قرارداد موثرند. این قسم از اطلاعات را می‌توان اطلاعات مهم نامید. پذیرش اصل حسن‌نیت در دوره پیش قراردادی اقتضا دارد که طرفین با افشای اطلاعات مهم، زمینه را برای انشای قرارداد با آگاهی کامل و اراده سالم فراهم آورند. اطلاعاتی از قبیل موضوع معامله، شخصیت طرف معامله در مواردی که شخصیت طرف علت عمده عقد است و اعلام بی‌فایده بودن یا عدم امکان اجرای قراردادی که منعقد خواهد شد را می‌توان از اطلاعات مهم تلقی کرد. (باریکلو، خزایی، ۱۳۹۰، ۱۶)

در حقوق ایران، تعهد به دادن اطلاعات در دوره پیش قراردادی به عنوان یک

قاعده کلی پیش‌بینی نشده است. هر یک از طرفین می‌تواند اطلاعاتی را در اختیار طرف مقابل قرار دهد که به سود خود اوست و اگر در اثر عدم اطلاع، اشتباهی برای طرف دیگر به وجود آید، در صورتی که این اشتباه در کیفیت و مشخصات اصلی مورد معامله باشد، امکان فسخ یا بطلان قرارداد را فراهم می‌آورد. (شهیدی، ۱۳۷۷، ۱۷۳)

در قوانین ایران تعهد به ارائه اطلاعات به عنوان اصلی کلی شناسایی نشده است، اما می‌توان نشانه‌هایی از آن را در برخی قوانین مشاهده کرد. از جمله قوانینی که وظیفه افشای اطلاعات را پیش‌بینی کرده است، قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان مصوب مورخ ۱۳۸۸/۰۷/۱۵ می‌باشد. بند ۲ ماده ۳ این قانون عرضه‌کنندگان کالا و خدمات و تولیدکنندگان را مکلف می‌داند که نوع، کیفیت، کمیت آگاهی‌های مقدم بر مصرف، تاریخ تولید و انقضای مصرف را در اختیار مصرف‌کنندگان قرار دهند. همچنین بر اساس ماده ۷ قانون یاد شده: «تبلیغات خلاف واقع و ارائه اطلاعات نادرست که موجب فریب یا اشتباه مصرف‌کننده از جمله از طریق وسایل ارتباط جمعی، رسانه‌های گروهی و برگه‌های تبلیغاتی شود، ممنوع می‌باشد.»

نگارنده فرضی را متصور می‌شود که در این فرض؛ شرکتی قصد فروش کارخانه و خط تولید و محصولات تولیدی تا زمان مذاکره را دارد. مدیر شاغل در کارخانه، نماینده شرکت در مذاکرات مقدماتی تا رسیدن به مذاکرات نهایی می‌گردد. از سویی ایشان به واسطه امضای تعهدنامه‌ای با مضمون قطع حقوق و خدمات رفاهی و حق تعقیب قضایی برای شرکت مزبور، متعهد به عدم افشای اطلاعات شده است. آیا عدم ابراز اطلاعات در این زمینه می‌تواند ناشی از سونیت شرکت و یا مدیر دانسته شود؟ آیا این موضوع در حوزه تقصیر می‌گنجد تا شرکت را مقصر در عدم معرفی شخص دیگری با اختیارات بیشتری دانست؟ اگر محدوده اطلاع‌رسانی را موسع بدانیم، آیا بسیاری از معاملات و عقود در

حالت متزلزل قرار نمی‌گیرند؟ وظیفه طرف گیرنده و دریافت‌کننده در کسب اطلاعات چیست؟ آیا باید قایل به رویه میانه‌ای شد؟ تعیین حدود این رویه میانه با چه مقام یا شخصی می‌باشد؟

در فرضی دیگر که تقریرگر به ذهن می‌راند: در خصوص میزان ارزش مواد غذایی و اغذیه می‌باشد که الزاما بر اساس قوانین می‌باید بر روی بسته‌بندی‌ها، درج گردد. حال خریداری به شرکت تولیدکننده مراجعه و از مدیر شرکت تقاضای خرید چند تن محصول تولیدی با قید ارزش غذایی محصول را می‌نماید. در عمل ما شاهد آن هستیم که شرکت‌های مواد غذایی نسبت به اندراج استانداردهای به دست آمده در شرایط آزمایشگاهی تایید شده و متناسب و ایده آل اقدام می‌نمایند. این در حالی است که ارزش واقعی مواد غذایی متفاوت می‌باشد. این تفاوت از سوی اشخاص نیز به واسطه در دسترس نداشتن تجهیزات و وسایل تخصصی امکان سنجش و اثبات خلاف نمی‌باشد. اگر قوت غالب شهروندی از این دست مواد غذایی باشد و در طول زمان چندین ساله مبتلا به بیماری، ناشی از عدم رعایت استانداردهای لازمه گردد، آیا می‌توان شرکت تولیدکننده را به سبب عدم ارایه اطلاعات صحیح، مقصر قلمداد کرد؟ همچنین آیا می‌توان ضمانت اجرایی برای آن در نظر گرفت؟ آیا خریدار اصلی را می‌توان به دلیل نداشتن جدیت مقصر دانست؟

۹- حسن نیت در تجارت الکترونیکی:

تجارت الکترونیکی عبارت است از بازرگانی کالا و خدمات به کمک وسایل الکترونیکی و ابزارهای مبتنی بر ارتباطات از راه دور. ماده ۳ قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲ مقرر می‌دارد که در تفسیر مقررات این قانون، باید به لزوم رعایت حسن نیت توجه شود. همچنین بر اساس ماده ۳۵ قانون مذکور: «اطلاعات اعلامی و تاییدیه اطلاعات اعلامی به مصرف‌کننده باید در واسطی

بادوام، روشن و صریح بوده و در زمان مناسب و با وسایل مناسب ارتباطی در مدت معین و بر اساس لزوم حسن‌نیت در معاملات و از جمله ضرورت رعایت افراد ناتوان و کودکان ارایه شود». (باریکلو و خزایی، ۱۳۹۰)

۱۰- حسن‌نیت دارنده اسناد تجارتي:

اسناد تجارتي شامل چک، سفته و برات، معرف طلبی به نفع دارنده آن‌ها در سررسید، کوتاه مدت بوده و قابل معامله می‌باشند. اگر سند تجارتي در سررسید، کارسازی نگردد؛ دارنده آن پس از انجام تکالیف قانونی در مواعد مقرر می‌تواند به تمام مسئولان سند به نحو تضامن مراجعه کند که در آن اصل غیر قابل استناد بودن ایرادات به عنوان اصلی مبتنی بر حسن‌نیت دارنده سند تجارتي حکومت دارد و در واقع اصل یاد شده از دارنده با حسن‌نیت حمایت می‌کند. (باریکلو و خزایی، ۱۳۹۰)

۱۱- چالش‌ها:

۱۱-۱- چالش در عملیات پیمانکاری:

رقابت شرکت‌کنندگان در مناقصات، پیچیدگی روزافزون نحوه تنظیم اسناد و تعیین قیمت پیشنهادی، شرکت‌کنندگان در مناقصات را به یافتن روش‌های جدید برای کاهش قیمت هدایت می‌کند. یکی از این روش‌های جدید را می‌توان فرصت‌طلبی در اعلام قیمت توسط پیمانکار دانست، بدین معنی که پیمانکار در زمان اعلام قیمت تمام شده، درصدی از قیمت را در نظر نمی‌گیرد با این فرض که قادر خواهد بود در حین انجام پروژه مبلغ قرارداد را با اقامه دعوی بازپس گیرد. (عبدلی، قهرمان، خیراندیش، علی، ۱۳۸۹)

بی‌توجهی در اقتصاد جهانی موجب شده است که در آن بنگاه‌های اجرایی با قیمت‌هایی کمتر از حداقل سطح سود خود در مناقصات شرکت کنند و

تعجب آور نیست که تعداد مجادلات در پرونده‌های اجرایی به طور پیوسته‌ای رو به افزایش است. (همان منبع)

۲-۱۱- چالش در حوزه بیع اموال غیرمنقول:

پژوهشگر در این گزینه فرضی را به تصویر می‌کشد که شخصی برای خرید یک دستگاه آپارتمان با شخص دیگری قرارداد بیع عادی تنظیم می‌نماید و وجه موضوع معامله را همان زمان به طور کامل می‌پردازد، اما فروشنده از تحویل آپارتمان و تنظیم سند رسمی به نام خریدار خودداری می‌نماید. خریدار به دادگاه مراجعه می‌کند و علاوه بر تقاضای تحویل و تقاضای الزام به تنظیم سند رسمی، درخواست پرداخت اجرت‌المثل از زمان تنظیم مبیعه نامه تا زمان تحویل را از فروشنده می‌نماید، اما دادگاه درخواست پرداخت اجرت‌المثل را رد می‌نماید و استدلال می‌کند که چون سند رسمی به نام خریدار تنظیم نشده تا زمان تنظیم سند رسمی، تقاضای پرداخت اجرت‌المثل از وی مسموع نمی‌باشد؛ دیدگاه حقوقی صرف به این موضوع، نظر دادگاه را موجه و قابل دفاع جلوه می‌دهد اما اگر بخواهیم این موضوع حقوقی را تحلیل اقتصادی بنماییم پاسخ دیگری یافت خواهیم نمود، چراکه انگیزه‌های اقتصادی خریدار در نظر دادگاه مدنظر قرار نگرفته است و اگر بخواهیم این موضوع را با نگرش و تحلیل اقتصادی بررسی کنیم می‌بایست خریدار را از زمان تنظیم مبیعه نامه و پرداخت ثمن، محق دریافت اجرت‌المثل نیز بدانیم، چرا که خریدار ارزش اقتصادی ثمن را از دست داده و آن را به فروشنده اعطا نموده است و طبیعتاً می‌بایست معادل ارزش اقتصادی ثمن، ارزش دیگری را تحصیل نماید. اجرت‌المثل نیز ارزشی است که خریدار می‌بایست در برابر از دست دادن ثمن بدست آورد تا تعادل اقتصادی میان طرفین برقرار شود. پس از حیث اقتصادی منطقی نیست که فروشنده هم ارزش اقتصادی ثمن را تحصیل نماید و هم از آپارتمان فروخته شده منتفع شده و ارزش‌های آن را از دست ندهد.

ملاحظه می‌شود تحلیل اقتصادی مسائل حقوقی در موارد بسیاری پاسخی به ما می‌دهد که از تحلیل صرف حقوقی چنین برداشتی نمی‌نماییم.

۳-۱۱- چالش دسترسی نابرابر و ناقص به اطلاعات:

نگارنده در بررسی بنیان‌های رقابت در بازار به یکی از بنیان‌هایی که بازار برپایه آن عمل می‌کند، اشاره می‌دارد که گویای این فرض است که شرکت‌کنندگان در صحنه بازار بر مبنای اطلاعات کافی دست به انتخاب می‌زنند.

اگر کنشگران بازار که تولید کنندگان، توزیع کنندگان، مصرف کنندگان و کارگران هستند، اطلاعات کافی در مورد هزینه‌ها و منافع همه گزینه‌های مقابل خود داشته باشند، بازار آزاد کارآمدترین و عادلانه‌ترین تخصیص منابع را به بار می‌آورد؛ برای مثال، تخصیص کارایی منابع اساساً به اطلاعات موجود در مورد مجموعه گزینه‌های ممکن، از جمله شامل آثار و عواقب آن‌هاست. با این حال، این امکان وجود دارد که گاهی ناکام بماند.

این کاستی بازار اغلب در زمینه خدمات مالی و تجارت اوراق بهادر نمود پیدا می‌کند. به عبارت دیگر، سازمان‌های مالی و بانک‌ها همانند معاملات مالی نسبت به سو استفاده‌ها و کاستی‌هایی که ناشی از بازارهای غیر شفاف است، بیشتر آسیب‌پذیر هستند. علاوه بر این‌ها، بر خلاف دیگر کالاها، اوراق بهادار به رفتار آینده توزیع‌کننده‌ها بستگی دارد. اوراق بهادار کالاهای پیچیده‌ای هستند و تجارت آن‌ها به گونه‌ای است که فرصت برای عدم صداقت و سوء رفتار همیشه وجود دارد. بنابراین، بازارهای مالی که بر اطلاعات ناقص مبتنی هستند، همیشه با خطر مواجهند، چرا که طرفین متاثر از این اطلاعات ناقص، ممکن است از ورود به قرارداد خودداری کنند یا ریسک‌هایی را که قرارداد متضمن آن است، مانعی جدی برای ورود به قرارداد تلقی گردد.

یکی از شکل‌های اطلاعات ناقص، اطلاعات نامتقارن است. اطلاعات

نامتقارن فقط سرچشمه تخصیص ناکارآمد منابع نیست، بلکه ممکن است به یک معادله ناعادلانه منجر شود که در آن خریدار اوراق بهادار به اطلاعات دسترسی محدودی دارد یا اصلاً دسترسی ندارد.

با نگاهی دیگر می‌توان گفت که تحلیل اقتصادی حقوق قرارداد، اغلب نشان دهنده ماهیت استدلال‌های مبتنی بر کارایی قوانین است که بیشتر تصور می‌شد در کل بر اساس ملاحظات عدالت است، یک مثال ساده آن قوانین موجود بر علیه دزدی است، در برداشت اولیه هیچ دزدی مساله‌ای را در زمینه کارایی اقتصادی ایجاد نمی‌کند و دزد به وضع بهتری دست پیدا می‌کند، درست به همان میزانی که وضعیت قربانی بدتر می‌شود؛ بنابراین چنین به نظر می‌رسد که این داد و ستد تاثیری بر کارایی اقتصادی ندارد اما این استدلال نادرست است و فرصت‌هایی که بر اثر رفتار دزدی به دست می‌آید منابع را به سوی چنین فعالیتی منحرف می‌کند و در حالت تعادل، دزد نهایی همان مقدار درآمد به سرقت رفته را دریافت می‌کند (خالص ریسک به زندان رفتن، هزینه‌های تامین ابزار لازم برای دزدی و غیره که در فعالیت‌های تولیدی دیگر می‌تواند دریافت کند)؛ در اینجا برای دزد نهایی هیچ منفعتی حاصل نمی‌شود که هزینه‌های قربانی را تسویه کند؛ از این رو دزدی از لحاظ اقتصادی می‌تواند به عنون امری ناکارا بدون هیچ‌گونه ارجاعی به مقوله عدالت محکوم شود. (دیوید، فریدمن، ۱۳۸۸ و باقری، محمود، ۱۳۸۵)

۴-۱۱- چالش حادث در مرحله پیش قراردادی در شرایط تحریم:

این سوال پیش می‌آید که آیا تحریم‌های قانونی بین‌المللی که برای کشور، مضراتی به همراه دارد و برای جامعه بین‌الملل یک ابزار قدرتمند و مانع منافع محسوب می‌شود، می‌تواند دستاویز عده‌ای از واسطه‌ها یا دانشمندان و غیره برای افشا یا عدم افشای اطلاعات قرار گیرد؟ مثلاً کشور ایران مورد تحریم بین‌المللی قرار می‌گیرد و دانشمند ایرانی که کارمند شرکت «الف»

و نماینده شرکت یاد شده در مذاکرات پیش قرارداد می‌باشد، به واسطه احساس تکلیف ملی و با حسن‌نیت، اطلاعات را به کشور مخابره می‌نماید. آیا امکان طرح دعوی از سوی شرکت و یا مجامع بین‌المللی در این راستا علیه دانشمند ایرانی وجود دارد؟ یعنی اگر شخص قصد احسان داشته باشد ولی عمل او به زیان مالک باشد یا عکس آن، احسان محقق می‌شود؟ حسن‌نیت در این موقعیت در برابر یکی از تعاریف خودش دچار نقیضین نمی‌شود؟

۵-۱۱- چالش در مذاکرات خرید مال حاصل شده از راه‌های نامشروع:

آیا شخص ثالث با حسن‌نیت در خصوص مذاکره نسبت به مالی که به سرقت رفته است یا از طریق کلاهبرداری کسب شده است یا از اقلام ممنوعه اعلامی از سوی دولت باشد، مصون و مبرا است؟ فرض قضیه در جایی سوال برانگیز است که خریدار جاهل احتمالی، در این خصوص هزینه‌هایی را متحمل شده باشد؟

برخی به ماده ۸ قانون مسئولیت مدنی استناد کرده‌اند و ضمن پذیرش اصل حسن‌نیت در حقوق ایران معتقدند که آنچه در مقررات ایران با عنوان علم و جهل از آن یاد می‌شود، همان است که در حقوق نوین به سو نیت و حسن‌نیت مشهور است. (امیری قائم مقامی، ۱۳۷۸، ۱/۱۳۲)

نتیجه:

با عنایت به آنچه در این مقاله بیان شد، حسن‌نیت به عنوان یکی از اصول کلی حقوقی واجد خصایصی همچون انتزاعی بودن، کلی بودن، دایمی بودن و ارزشی بودن است که از رفتار صادقانه و اعتقاد یا تصور ناشی از جهل و ظاهر فریبنده در روابط حقوقی، حمایت می‌نماید و با تمسک به صداقت، شرافت، اجرای شرافتمندانه و صادقانه تعهدات را لازم می‌داند و بدین وسیله برخورد خشن و خشک قواعد حقوقی را از بین می‌برد و به دیگر سخن، قواعد

مزبور را تعدیل و از اجرای غیرعادلانه آن جلوگیری می‌نماید. هریک از کنوانسیون و اصول قراردادهای تصدیق می‌کند که حسن‌نیت، در قراردادهای بین‌المللی به عنوان قاعده‌ای بااهمیت، دارای نقش است. علاوه بر این، هریک از سندها منحصرأ به قاعده انتزاعی و کلی حسن‌نیت وابسته نیست، اما سعی می‌کند تا مفهوم آن را با قواعد ویژه بیشتری که اصل را به تفصیل توضیح می‌دهد، تعیین کند. گاهی اصول قراردادهای ثابت می‌کند پشتیبان سودمندی برای تفسیر حسن‌نیت موجود در دوره پیش قراردادی است. از سویی دگرگونی عصر حاضر در ایجاد، انعقاد و تفسیر قراردادهای، تغییر شرایط قراردادی و حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان در قبال قرارداد استاندارد جایگاه ویژه‌ای در حقوق قراردادهای دارد.

اصل حسن‌نیت یکی از ده‌ها یا صدها، اصول و قواعد حقوقی است که در شکل‌گیری روابط علی‌الخصوص روابط بازرگانی نقش داشته‌اند. ولی این برداشت، منتقدینی را نیز در برابر دارد. زیرا برخی پژوهشگران معتقدند اصولی که به عنوان منبع حقوق بازرگانی شناخته می‌شوند، تنها در برگرفته مفاهیم و محتویات موجود در حقوق بازرگانی می‌باشند. برخی دیگر آن را یک نظام حقوقی تلقی نمی‌کنند، بلکه مجموعه‌ای از قواعد می‌دانند که می‌توانند برای پر کردن خلاءهای قرارداد مورد استفاده قرار گیرند، اما حسن‌نیت به مانند روح تمام کاربردهای قانون و اخلاق و عامل بزرگ آرمان‌گرایی و حتی اخلاق‌گرایی و نتیجتاً عامل بزرگ تحول حقوق، به خصوص حقوق مدنی بوده است.

با جمع‌بندی اقوال بزرگان علم حقوق، قوانین و مصوبات و کنوانسیون‌های بین‌المللی به نظر می‌رسد، شالوده تمامی اصول قراردادی و عملیاتی و اجرایی بر این اصل مسلم مورد پذیرش در نزد غالب جوامع، بنا نهاده شده است؛ زیرا بدون در نظر گرفتن این اصل، دوره‌های مختلف قراردادی از دوره پیش

قراردادی تا انعقاد و تا اجرا و تحویل موقت و تحویل قطعی و خدمات و آموزش‌های لازم و ضمانت‌های لازمه در فروش خدمات از قبیل گارانتی و وارانتی، نوعی ساختار بدون بنیان را در روبروی خود خواهیم داشت.

اصول و از جمله اصل حسن‌نیت در روابط بازرگانی قراردادی که نوعی نظام حقوقی مبتنی بر اخلاق و اعتماد دو یا چند جانبه در جهت انعقاد قراردادهای عمده و بزرگ و تجاری بین تجار یا اشخاص خصوصی حقوق بین‌الملل می‌باشد، تاثیرگذاری شگرف و غیرقابل باوری دارد، از سوی دیگر تفاوت فرهنگ‌ها و آداب و زبان‌ها در میان ملل، اصلی را می‌طلبد که در تعبیر و تفاسیر متفاوت به یاری طرفین یک عقد بیاید و آن تنها اخلاقی است که در قالب اصل حسن‌نیت به مجامع ملی و بین‌المللی و فراملی عرضه گشته و مورد قبول و وثوق قرار گرفته است.

اما در این راستا چالش‌هایی در پیرامون اصل و یا قاعده حسن‌نیت مشاهده می‌گردد که دادرس و یا اشخاص و طرفین پیش قرارداد را با سرگردانی رها می‌سازد، بنابراین پیشنهاد می‌گردد به منظور رفع نقایص و چالش‌های موجود مراتب ذیل اعمال گردد:

پیشنهادات:

۱. مرحله پیش قراردادی با توجه به پیچیدگی بسیار در روابط طرفین، از نقطه نظر حسن‌نیت دارای نقیصه‌های فراوانی به منظور تعریف می‌باشد؛ لذا شایسته است ضمن تعریف واضح این مرحله و شناسایی عناصر آن، حسن‌نیت نیز در قوانین تعریف و مشخص گردد.

۲. از آنجا که در تعاریف ارایه شده به رابطه میان حسن‌نیت و اخلاق حسنه و احسان و صداقت به درستی و شفافیت پرداخته نشده است، در قوانین و قواعد این امر به روشنی در قوانین آتی تبیین گردد که آیا این روابط بر مبنای

تساوی است یا بر مبنای تفاوت معنایی در اجرا و کاربرد.

۳. حسن نیت جزو مفاهیم ثابت است یا نسبی؟ ضابطه‌های آن و نقش آن در رابطه با قرارداد در قانون‌گذاری بایستی مدنظر قرار گیرد.

۴. قانون در تفسیر مرحله پیش قراردادی به صورت مشخص، دایره اختیارات دادرس را تعیین نماید و آیا دادرس در تفسیر خود دارای اختیار موسع می‌باشد و یا به صرف مفاد لفظی یا تراضی مبنی بر حسن نیت، تمام آنچه را که طرفین برای تسلیم یا انجام می‌خواسته‌اند را می‌بایست در نظر بگیرد؟

منابع:

- ۱- اخلاقی، بهروز، (۱۳۸۲)، *حقوق تجارت*، جزوه درسی دوره کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه تهران، سال ۸۲-۸۳.
- ۲- اسکینی، ربیعا، (۱۳۸۱)، *حقوق تجارت (برات، سفته،...)* تهران، انتشارات سمت.
- ۳- اوصیا، پرویز، (۱۳۷۱)، *مطالعه تطبیقی تدلیس در حقوق فرانسه و انگلیس، اسلام و ایران، تحولات حقوق خصوصی*، سایت موسسه حقوق فقه نصیری.
- ۴- امیری قائم مقامی، عبدالحمید، (۱۳۷۸)، *حقوق تعهدات (کلیات حقوق تعهدات-وقایع حقوقی)*، جلد اول، تهران، نشر میزان.
- ۵- انصاری، علی، (۱۳۸۷)، *مفهوم و معنای حسن نیت در حقوق ایران و فرانسه*، مدرس علوم انسانی- پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۳، شماره ۴.
- ۶- باریکلو، علیرضا و سید علی خزایی، (۱۳۹۰)، *اصل حسن نیت و پیامدهای آن در دروه پیش قراردادی؛ با مطالعه تطبیقی در حقوق انگلیس و فرانسه*. مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۶.
- ۷- باقری، محمود، (۱۳۸۵)، *اقتصاد مبتنی بر بازار و کاستی‌های حقوق خصوصی*، مجله پژوهش حقوق و سیاست، شماره ۱۹.

- ۸ - دیوید، فریدمن، (۱۳۸۸)، اقتصاد حقوق: حقوق و اقتصاد، مجله اقتصادی، ترجمه پیمان شادفر.
- ۹ - شهیدی، مهدی، (۱۳۸۲)، حقوق مدنی، جلد سوم، آثار قراردادهای و تعهدات، چاپ اول، انتشارات مجد.
- ۱۰ - شهیدی، مهدی، (۱۳۷۹)، حقوق مدنی، جلد دوم، اصول قراردادهای و تعهدات، تهران، انتشارات مجد.
- ۱۱ - شهیدی، مهدی، (۱۳۷۷)، حقوق مدنی: تکیل قراردادهای و تعهدات، جلد اول، تهران، نشر حقوقدان.
- ۱۲ - عبدلی، قهرمان، خیراندیش، علی، (۱۳۸۹)، مدل نظریه بازی فرصت‌طلبی اقتصادی در مناقصه و کاربرد موردی آن در ایران، فصلنامه پژوهش‌های اقتصادی ایران، سال چهاردهم، شماره ۴۳.
- ۱۳ - علیزاده، مهدی، (۱۳۸۴)، مبانی اصل حسن‌نیت و رفتار منصفانه در قراردادهای؛ مجله الهیات و حقوق، شماره ۱۵ و ۱۶.
- ۱۴ - کاتوزیان، ناصر، (۱۳۶۹)، حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادهای، جلد پنجم، تهران، انتشارات بهنشر.
- ۱۵ - کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۲)، حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادهای، جلد اول، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- ۱۶ - کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۶)، حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادهای، جلد سوم.
- ۱۷ - محسنی. حسن، (۱۳۸۵)، اصل حسن‌نیت در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی، مجله حقوق تطبیقی، شماره ۲۰۵.
- ۱۸ - محمدی، ابوالحسن، (۱۳۸۲)، قواعد فقه، تهران، نشر میزان.
- ۱۹ - مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی، (۱۳۸۸)، جامع فقه اهل بیت ۲، لوح فشرده، قم: نشر الکترونیکی.

عدم اجرا و رفع تعلیق ماده ۱۳ قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۵۴

علی اصغر نظری نژاد^۱

مقدمه

ماده ۱۳ قانون دفاتر اسناد رسمی ۱۳۵۴ شرایط تعلیق سردفتر را به ماده ۱۹ قانون مجازات عمومی ۱۳۵۲ ارجاع نموده است که بعداً قانون مجازات عمومی به موجب قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱ و ماده ۷۲۹ اصلاحی قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ نسخ صریح شده است و برخی از جمله اداره کل قوانین مجلس طبق نظریه مشورتی شماره ۱۸۱۳۵۹ مورخ ۱۳۸۶/۱۲/۲۲ چنین استدلال نموده‌اند که با نسخ قانون مجازات عمومی، ماده ۱۳ قانون دفاتر نیز نسخ شده است و برخی از جمله هیات عمومی دیوان عدالت اداری طبق رای شماره ۲۶۵ مورخ ۱۳۹۰/۶/۲۸ بدون ارائه دلیل و استدلال قابل‌اعتنایی نظر مخالف داشته و ابراز نموده‌اند که قانون مجازات عمومی نسخ شده ولی ماده ۱۳ قانون دفاتر نسخ نشده است! به رغم آنکه دیوان عدالت اداری

۱. نویسنده مسئول: سردفتر اسناد رسمی ۹۵ گرگان.

اذعان داشته حکم مذکور در ماده ۱۳ منسوخ نشده است لکن در مورد شرایط اجرای حکم ماده ۱۳ قانون دفاتر ملاک و چگونگی اعمال آن و این که از این به بعد در چه شرایطی سردفتر تعلیق گردد و چه ماده قانونی جایگزین م ۱۹ فوق‌الاشعار شده نظری نداده است. بنابراین حتی اگر به بقای حکم ماده ۱۳ قانون دفاتر قایل باشیم، شرایط اجرا و اعمال این ماده در هاله‌ای از ابهام باقی مانده است.

ماده ۱۳ قانون دفاتر مشروط است به شرط ماده ۱۹ قانون مجازات عمومی

شرط مقدمه‌ای است که وجودش در ایجاد ذی‌المقدمه تاثیر زیادی ندارد ولی اگر وجود نداشته باشد، حتماً موجب به وجود نیامدن ذی‌المقدمه می‌شود. شرط م ۱۹ قانون مجازات عمومی، در اصطلاح اصولیین عبارت است از قید یا عبارتی که از عدم آن عدم مشروط (م ۱۳ قانون دفاتر) لازم آید، بدون این که وجودش (وجود م ۱۹ قانون مجازات عمومی) مستلزم وجود مشروط (م ۱۳ قانون دفاتر) باشد، بنابراین نسخ و عدم م ۱۹ قانون مجازات عمومی نتیجتاً منجر به نسخ و عدم م ۱۳ قانون دفاتر می‌گردد.

حکم م ۱۳ قانون دفاتر مشروط و جمله شرطیه است و می‌دانیم در جمله شرطیه، جواب و جزا، توقف و بستگی به شرط دارد. پس معنای ماده ۱۳ قانون دفاتر این است که حکم وجوب تعلیق سردفتر، مشروط است به شرط وجود یا ایجاد یا صدور کیفرخواست م ۱۹ ق. مجازات عمومی.

تاثیر ماده ۱۳ قانون دفاتر موقوف است به امری دیگر

حکم تعلیق م ۱۳ واجب منجز نبوده بلکه واجب مشروط است و وجوبش منوط به وجود شرط است یعنی حکم تعلیق منوط و مشروط به وجود م ۱۹ قانون مجازات عمومی است و حال که م ۱۹ قانون مذکور نسخ شده، لذا وجوب م ۱۳ قانون دفاتر نیز معلق گردیده به این که آیا شرطش (م ۱۹) حیات خواهد یافت یا نه و از طرفی قانونی که م ۱۹ قانون مجازات عمومی را نسخ

کرده است، اگر خود نسخ گردد م ۱۹ مجدداً حیات نخواهد یافت. بنابراین نتیجه اصولی آن است که با نسخ م ۱۹ قانون مجازات عمومی، م ۱۳ قانون دفاتر نیز نسخ گردیده است و اگر هم تردیدی وجود داشته باشد باید تا تعیین تکلیف حکم م ۱۳ از جانب قانون‌گذار، منتظر ماند.

اصولیین معتقدند که مفهوم جمله شرطیه حجت است و مهم‌ترین دلیل آن‌ها تبادل به ذهن یا فهم عرفی است یعنی عرفاً از جمله شرطیه فهمیده می‌شود که منظور متکلم (قانون‌گذار) از جمله شرطیه (م ۱۳ قانون دفاتر) این است که در صورت وجود شرط (م ۱۹) جزاً بر آن مترتب است (تعلیق م ۱۳) و در صورت عدم وجود شرط (عدم کیفرخواست م ۱۹ ق. مجازات عمومی)، جزاً (تعلیق م ۱۳ ق. دفاتر) نیز معدوم و منتفی خواهد بود.

از نظر علم اصول، مجمل بودن مخصص منفصل یا متصل به عام چه از جهت مفهوم و چه از جهت مصداق و چه در تردید میان دو امر متباین و چه در تردید میان اقل و اکثر به عام سرایت می‌کند؛ یعنی وقتی حکم به تعلیق سردفتر در صورت صدور کیفرخواست م ۱۹ قانون مجازات عمومی شده است و بعداً اجمال و تردید حاصل شود که آیا م ۱۹ قانون مذکور نسخ شده یا نه این تردید و مجمل به عام (حکم به تعلیق سردفتر) سرایت می‌کند و آن را از قابلیت می‌اندازد ولی حال که به یقین می‌دانیم م ۱۹ قانون مجازات عمومی نسخ شده است لذا حکم تعلیق سردفتر هم که منوط به آن بوده است، لغو شده تلقی می‌گردد. تمسک به عموم عام در شبهه مصداقی جایز نیست، فلذا نمی‌توان مصداق دیگری از جرایم را جایگزین مصداق منسوخه م ۱۹ قانون مجازات عمومی نمود.

در م ۱۳ هم وقتی قانون‌گذار حکم را منوط به م ۱۹ قانون مجازات عمومی کرده و بعد از مدتی م ۱۹ را نسخ کرده است؛ پس نتیجه می‌گیریم که حکم م ۱۳ قانون دفاتر را هم لغو کرده است.

همچنین از مواد ۱۲۰ (قاعده دراء)، ۹۹ (آثار نسخ قوانین) و ۱۰ (اعمال قانون مساعد و تفسیر به نفع متهم) قانون مجازات اسلامی، چنین نتیجه می‌گیریم که با نسخ قانون مجازات عمومی باید به مدلول مادتين ۹۹ و ۱۰ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) و آیین دادرسی کیفری (مصوب ۱۳۹۲) عمل نمود.

قابل ذکر است که مطابق اصل قانونی بودن جرم و مجازات که صراحتاً در قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) بدان اشاره شده است و نظر به نسخ کلیه قوانین و مقررات مغایر با قانون مجازات اسلامی^۱ (مصوب ۱۳۹۲) باید قایل شد که در حال حاضر ماده ۱۳ قانون دفاتر، ماده ۱۰۰ قانون ثبت و هر حکم و قانون دیگر (چه عام باشد، چه خاص و چه مقدم و چه موخر) حتی رای شماره ۲۶۵ مورخ ۱۳۹۰/۶/۲۸ هیات عمومی دیوان عدالت اداری جملگی نسخ گردیده‌اند و هر اقدام قانونی در جهت مجازات و اقدامات تأمینی سردفتر تابع قانون مجازات اسلامی است.

از سوی دیگر در حقوق جزای فعلی، محرومیت از حقوق اجتماعی از نظر زمان محرومیت ۳ قسم دارد:

۱- پس از صدور حکم قطعی با حکم دادگاه به عنوان مجازات تکمیلی که در ماده ۲۳ قانون مجازات اسلامی آمده است.

۲- پس از صدور حکم قطعی به تبع قانون که در ماده ۲۵ قانون مجازات اسلامی آمده است.

۳- پیش از صدور حکم قطعی و در جریان دادرسی با صدور قرار نظارت قضایی که در مواد ۲۴۶ و ۲۴۷ قانون آیین دادرسی کیفری آمده است.

نظر به اینکه به موجب ماده ۶۶ آیین‌نامه قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۴۰۰ و ماده ۴۹۵ آیین دادرسی کیفری، دادگاه‌ها و محاکم باید مفاد رای اعم

۱. ر.ک. ماده ۷۲۸ قانون مجازات اسلامی.

از حکم قطعی یا قرار نظارت قضایی را به سازمان ثبت اسناد و املاک کشور اعلام نمایند، بنابراین هر گونه تعلیق یا ممنوعیت شغلی باید به موجب حکم قطعی یا قرار نظارت مبنی بر ممنوعیت یا تعلیق شغلی از دادگاه صادر و به سازمان ثبت اعلام گردد و دادگاه به موجب ماده ۴۹۵ آیین دادرسی کیفری می‌تواند بر اجرای رای نظارت نماید و هرگونه تعلیق به غیر از مواد فوق، مغایر قانون است.

به موجب مواد ۱ و ۱۲ قانون مجازات اسلامی و فراز اول قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی مصوب ۱۳۸۵ هر گونه مجازات و اقدام تامینی باید به صورت شفاف در رای دادگاه ذکر گردد و از هر گونه اعمال سلیقه شخصی باید اجتناب نمود.

و به صرف صدور کیفرخواست نمی‌توان کسی را تعلیق نمود و به صرف اطلاع از کیفرخواست نمی‌توان کسی را تعلیق نمود بلکه باید تعلیق به صراحت در رای دادگاه قید شده باشد و نیز صرفاً از طریق دادگاه به سازمان ثبت اعلام گردد و اطلاع یافتن از طرق دیگر مثل این که شاکی گزارش نماید یا حتی اگر سازمان از دادگاه استعلام نماید و دادگاه نیز پاسخ دهد باز مشمول تعلیق نمی‌شود بلکه فقط خود دادگاه باید طبق ماده ۴۹۵ آیین دادرسی کیفری راساً و مستقلاً رای را با صدور دستور اجرا به سازمان اعلام نماید و بر اجرای آن نظارت نماید و نیز دادگاه لغو قرار را به موجب تبصره ماده ۲۵۱ آیین دادرسی کیفری به سازمان ثبت اعلام می‌نماید.

از طرفی طبق مواد ۳۳۵ و ۳۴۰ و ۳۴۱ و ۳۸۲ و ۳۸۳ و ۴۹۴ و ۴۹۵ ق.آ.دک، شروع به رسیدگی در دادگاه به ۳ صورت شده است ۱- با صدور کیفرخواست دادستان ۲- با قرار جلب به دادرسی توسط دادگاه ۳- با ادعای شفاهی دادستان در دادگاه مستنداً به مواد مذکور کیفرخواست با قرار جلب به دادرسی و قرار رسیدگی تفاوت زیادی دارد.

بنابراین ممکن است برای کسی اصلاً کیفرخواست صادر نشود ولی پرونده‌اش مطرح رسیدگی و رای ولو به محکومیت قطعی صادر گردد و در چنین مواردی که پرونده اصلاً کیفرخواست ندارد مشمول ماده ۱۳ (البته منسوخه) نمی‌شود چون تعلیق مراد ماده ۱۳ فقط در صورت صدور کیفرخواست اعمال می‌گردد و شامل مواردی که پرونده با قرار جلب به دادرسی یا با قرار رسیدگی ادامه می‌یابد نمی‌شود.

همچنین به موجب مواد ۱۳ قانون مجازات اسلامی و مواد ۲۴۲ و ۲۶۷ و ۳۷۶ آیین دادرسی کیفری در صورتی که متهم بازداشت باشد و براءت صادر گردد (ولو از دادگاه بدوی که قابل تجدید نظر است) فوراً آزاد می‌گردد و مدت بازداشت نباید از حداقل مجازات آن جرم تجاوز کند، همچنین طبق ماده ۲۶۷ در صورت منع تعقیب یا موقوفی تعقیب قرار تامین و قرار نظارت قضایی از جمله تعلیق شغلی ملغی می‌گردد و متهم فوراً آزاد و از تامین رفع اثر می‌گردد؛ بنابراین وقتی بازداشت که از هر تامینی شدیدتر است لغو می‌گردد، به طریق اولی تامین‌های دیگر از جمله تعلیق شغلی مرتفع می‌گردد و منتظر حکم قطعی تجدید نظر نمی‌ماند چرا که ممکن است مدت بازداشت از اصل مجازات قانونی بیشتر گردد و چنانچه رای بر براءت صادر گردد یعنی جرمی برای متهم متصور نیست. این در حالی است که چنانچه فعالیت شغلی متهم تعلیق گردد و رسیدگی به پرونده تا صدور حکم قطعی چندین سال به طول بیانجامد و منجر به براءت یا مجازات مختصر گردد، خسارات سنگین و غیرقابل جبرانی به متهم وارد گردیده است.

قبلاً در ماده ۱۹ قانون مجازات عمومی محرومیت از حقوق اجتماعی بسته به نوع جرم بود ولی اکنون طبق ماده ۲۵ قانون مجازات اسلامی محرومیت از حقوق اجتماعی از جمله ممنوعیت و تعلیق شغلی بستگی به نوع و میزان مجازات مندرج در حکم قطعی دارد و طبق ماده ۲۴۶ و ۲۴۷ آیین دادرسی کیفری دادگاه می‌تواند متناسب با جرم ارتكابی، قرار نظارت قضایی به محرومیت از حقوق اجتماعی مندرج در همان ماده صادر نماید، بنابراین ملاحظه می‌گردد

که نظام حقوقی و سیاست کیفری قانون‌گذار تغییر کرده و امکان محرومیت از حقوق اجتماعی و تعلیق قبل از حکم قطعی وجود ندارد، لذا سیاست کیفری فعلی با تعلیق قبل از حکم قطعی موضوع ماده ۱۳ قانون دفاتر مغایر است و به دلیل مغایرت ماده ۱۳ قانون دفاتر با قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، ماده ۱۳ قانون دفاتر کان‌لم‌یکن تلقی می‌گردد؛ پس طبق ماده ۹۹ قانون مجازات اسلامی با نسخ ماده ۱۳ قانون دفاتر و نسخ رای هیات عمومی دیوان مطابق ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی، ماده ۲۵ قانون مذکور که مساعدتر به حال مرتکب است اعمال می‌گردد.

جالب توجه است که براساس قانون کاهش مجازات حبس تعزیری مصوب ۱۳۹۹/۲/۲۳ مجازات جرایم علیه عفت عمومی و کلاهبرداری و در حکم کلاهبرداری و شروع به این جرایم قابل تعلیق دانسته شده و جرم کلاهبرداری و انتقال مال غیر زیر ۱۰۰ میلیون تومان و سرقت زیر ۲۰ میلیون تومان و جرایم متعدد دیگری را قابل گذشت تلقی گردیده و مجازات حبس درجه ۴ تا ۸ در جرایم قابل گذشت را به نیمی از آن کاهش داده و حبس‌های قانونی درجه ۴ و بالاتر را یک تا ۳ درجه و حبس‌های قانونی درجه ۵ و ۶ را یک تا دو درجه تخفیف داده و دادگاه‌ها را مکلف نموده که به حداقل مجازات مندرج در قانون رای دهند، لذا خیلی از جرایم از شمول محرومیت از حقوق اجتماعی موضوع ماده ۲۵ قانون مجازات اسلامی خارج شدند^۱. همچنین در قانون کاهش مجازات حبس تعزیری، درجات مختلف جرم و مجازات را مشمول تعلیق مجازات و تعلیق صدور حکم و آزادی مشروط و نظام نیمه آزادی دانسته

۱. مثلاً جرم‌انگاری در ماده ۱۰۰ قانون ثبت که در ق.ث آمده به مجازات جعل محکوم می‌گردد و مجازات جعل موضوع ماده ۱۰۰ ق.ث ثبت مطابق با جعل ماده ۵۳۳ قانون مجازات اسلامی است و مجازات آن ۶ ماه تا ۳ سال است و طبق ماده ۱۹ همان قانون درجه ۵ محسوب می‌شود ولی با قانون کاهش مجازات حبس تعزیری مصوب ۱۳۹۹ که یک تا دو درجه کم شده است، درجه ۶ یا ۷ می‌شود و یا اگر دادگاه حداقل مجازات یعنی ۶ ماه حبس دهد، درجه ۷ خواهد شد فلذا از شمول بند پ ماده ۲۵ قانون مجازات که محرومیت به مجازات حبس درجه ۵ را موجب ۲ سال محرومیت از حقوق اجتماعی پس از اجرای حکم قطعی می‌داند، خارج می‌گردد.

و نکته قابل توجه این که اگر سردفتری با صدور کیفرخواست، توسط سازمان معلق گردد و جریان دادرسی ۳ سال طول بکشد و چنانچه دادرسی منتهی به رای تعویق صدور حکم به مدت ۲ سال گردد، در این صورت سردفتر ۳ سال که در طی دادرسی معلق مانده و ۲ سال هم پس از آن همچنان معلق خواهد ماند تا دادگاه رای صادر کند و باز اگر در اینجا دادگاه به فرض حکم به ۲ سال حبس دهد سردفتر باید ۲ سال هم بگذراند و پس از آن نیز به موجب بند پ ماده ۲۵ ق.م.ا دو سال دیگر به عنوان مجازات تبعی از حقوق اجتماعی و از شغل خود محروم و معلق خواهد بود و در مجموع ۹ سال معلق می‌گردد و یا چنانچه همان اول، دادرسی ۳ سال طول بکشد و سپس رای به برائت یا جزای نقدی یا هر مجازات دیگری که مشمول محرومیت از حقوق اجتماعی نباشد، صادر گردد باز هم ۳ سال معلق بوده است و در صورت برائت تازه کاشف به عمل می‌آید که بی‌گناه بوده است یا حتی در صورت محکومیت سبک‌تر باز هم معلوم می‌گردد که تعلیق اضافی به وی بار شده است و فساد و تالی فساد این کار قابل جبران نمی‌باشد (اعم از تبعات خانوادگی و مالی و روحی و اجتماعی و...). البته تجربه نشان داده که در اکثر موارد سردفتران تبرئه شده‌اند و تعلیق، مجازات مضاعفی بوده که بی‌جهت متحمل شده‌اند و آبرو و حیثیت و اعتبار خود و خانواده لطمه خورده است که صدمه‌ای جبران‌ناپذیر است، بنابراین طبق فرمایشات ریاست محترم قوه قضاییه در مورخ ۱۴۰۰/۹/۲۵ در سفر استانی به گرگان باید طبق سند تحول قضایی از جرم‌انگاری پرهیز نمود و به تبع آن و تا حد امکان مجازات‌ها را کاهش داد لذا اقتضا دارد مدیران و مسئولان امر در خصوص تعلیق پیش از حکم دست به عصا و با احتیاط عمل نمایند. بنابراین بدون هیچ تعجیلی بایست صبر کرد تا دید حکم قطعی دادگاه چیست انگاه دادگاه حکم را به موجب مواد ۴۹۵ آیین دادرسی کیفری و ماده ۶۶ آیین‌نامه دفاتر ۱۴۰۰ به سازمان اعلام کند، آن وقت اگر مشمول تعلیق

می‌شد طبق حکم و دستور دادگاه آن را اعمال کرد و اصولاً دیگر تعلیق سردفتر از تکالیف مستقیم سازمان و به تشخیص سازمان نیست بلکه سازمان بایست طبق دستور دادگاه عمل نماید.

پس تعلیق سردفتر پس از حکم قطعی فقط بستگی به نوع مجازات قطعی دارد و یا این که اگر قبل از حکم قطعی و در جریان دادرسی بخواهیم تعلیق نماییم نمی‌توانیم، بلکه اگر دادگاه خواست و چنین نظری داشت طبق مواد ۲۴۶ و ۲۴۷ آیین دادرسی کیفری می‌تواند قرار نظارت قضایی صادر نماید و طبق ماده ۴۹۵ قانون مذکور جهت اجرا به سازمان اعلام نماید. بنابراین علاوه بر توجه به موضوعات مذکور در مورد سردفترانی که به اتهام ماده ۱۰۰ قانون ثبت تحت تعقیب هستند: ۱- ماده ۱۰۰ فوق‌الذکر به علت مغایرت با قانون مجازات اسلامی که کلیه قوانین مغایر را لغو نموده، نسخ شده است. ۲- مصادیق م ۱۰۰ ق.ث اصلاً با مصادیق جعل مندرج در قانون مجازات عمومی منسوخه متفاوت است. ۳- اگر قانون‌گذار در م ۱۳ دفاتر نظر به جرایم قانون ثبت داشت می‌بایست همان‌طور که از م ۱۹ نام برده است از م ۱۰۰ و دیگر مواد قانون ثبت هم نام می‌برد چون در مقام بیان بوده است. ۴- در زمان تصویب ماده ۱۳ دفاتر هم قانون ثبت ۱۳۱۰ و هم قانون مجازات ۱۳۰۴ وجود داشته‌اند ولی فقط به ماده ۱۹ ارجاع داده است نه به قانون ثبت. ۵- این که در بین تمام مواد قانون مجازات عمومی در باب جعل فقط در ماده ۹۸ آن صراحتاً از قید (اعم از این که بالمباشره باشد یا به واسطه) استفاده کرده است و شریک و معاون را هم مشمول مجازات ماده ۹۸ کرده است ولی در بقیه مواد و مصادیق جعل با شریک و معاون کاری نداشته و فقط مرتکب و مباشر جعل را مورد حکم داشته است ولی ممکن است طرف به علت معاونت در جرم ماده ۱۰۰ تحت تعقیب باشد.

نظر مشورتی شماره ۷/۳۹۹۲ مورخ ۱۳۲۷/۷/۲۸ اداره حقوقی قوه قضاییه نیز می‌گوید

که مراد از مرتکب، در قانون، مباشر جرم است و تعمیم آن به معاون جرم که در واقع تفسیر موسع از قانون می‌باشد بر خلاف اصول قضایی و غیرصحیح است.

۶- این که قانون‌گذار در م ۱۳ ناظر به جرایم ماده ۱۹ و جرایم باب دوم قانون مجازات عمومی از جمله مبحث جعل در مواد ۹۷ به بعد فقط به جرم جعل نظر داشته است در حالی که جرم ماده ۱۰۰ ق.ت جعل نیست بلکه در حکم جعل است و از طرفی هم گفته شد که جرم جعل با قانون کاهش مجازات حبس تعزیری ۱۳۹۹ از شمول محرومیت از حقوق اجتماعی م ۲۵ و نهایتاً از شمول حکم تعلیق م ۱۳ ق.ت دفاتر خارج می‌گردد، بنابراین اشخاصی که به اتهام ماده ۱۰۰ ق.ت تحت تعقیب قرار می‌گیرند، مشمول تعلیق م ۲۵ قانون مجازات اسلامی و م ۱۳ ق.ت دفاتر نمی‌شوند و در خصوص دیگر جرایم نیز باید موارد مذکور مورد توجه قرار گیرد.

در قوانین حاکم فعلی، تعلیق شغلی پیش از حکم قطعی فقط به موجب قرار نظارت قضایی در ماده ۲۴۷ آ.د.ک پیش‌بینی شده است آن هم در مواردی که جرم ارتكابی مربوط به فعالیت شغلی متهم بوده باشد. ماده ۱۱ آیین‌نامه شیوه اجرای قرارهای نظارت و تامین قضایی مصوب ۱۳۹۵/۱/۲۲ فعالیت مرتبط با جرم ارتكابی را تعریف کرده است، بنابراین اگر سردفتر در خارج از دفترخانه مرتکب دعوا یا کلاهبرداری یا سرقت شده باشد که ربطی به فعالیت شغلی او ندارد، مشمول تعلیق شغلی موضوع بند پ ماده ۲۴۷ آیین دادرسی کیفری نیست و حتی اگر سردفتر در دفترخانه مرتکب جعل یا هر جرم مرتبط با فعالیت شغلی شود و دادگاه به استناد بند پ م ۲۴۷ فوق قرار نظارت قضایی به تعلیق شغلی صادر نماید اولاً باید مستند به صدر ماده ۲۴۷ آ.د.ک و ماده ۱۳ آیین‌نامه شیوه اجرای قرارهای نظارت و تامین قضایی مصوب ۱۳۹۵/۱/۲۲ مدت آن معین باشد؛ دوم اینکه مستند به ماده ۲۵۴ آیین دادرسی کیفری چنانچه سردفتر یا متهم به این قرار (قرار تعلیق شغلی) تمکین ننماید یا از این قرار

تخلف نماید دادگاه مکلف است قرار نظارت قضایی صادره را لغو و قرار تامین مثل کفالت یا وثیقه و غیره صادر نماید و مستند به تبصره ماده ۲۵۴ اخیرالذکر تبدیل قرار نظارت قضایی به بازداشت موقت مجاز نیست.

همچنین مستند به ماده ۲۴ قانون مجازات اسلامی محکوم یا متهم می‌تواند به مجازات تکمیلی شامل محرومیت از حقوق اجتماعی تمکین نکند که در این صورت برای بار اول دادگاه مدت آن را یک سوم افزایش و در صورت عدم تمکین مجدد، دادگاه مجازات تکمیلی محرومیت از حقوق اجتماعی را به جزای نقدی یا حبس درجه ۷ یا ۸ تبدیل می‌کند و نیز در شرایطی حتی آن را لغو می‌نماید. همچنین مستند به رای وحدت رویه شماره ۷۵۹ مورخ ۱۳۹۶/۴/۲۰ دیوان عالی کشور، جرایمی که جزای نقدی نسبی دارد با توجه به حکم مقرر در تبصره ۳ ماده ۱۹ تعزیر درجه ۷ محسوب می‌گردند (مانند جرم جعل ماده ۵۳۳ ق.م.ا) بدین صورت که رای مذکور می‌گوید نصاب‌های مندرج در ماده ۱۹ ق.م.ا برای تعیین درجه مجازات‌های ثابت است و در جرایمی که مجازات قانونی آن حداقل و حداکثر دارد و نسبی است، قابل تشخیص نیست که درجه آن چند است و به حکم تبصره ۳ ماده ۱۹ درجه ۷ محسوب می‌شود، از سوی دیگر ماده ۱۰۰ قانون ثبت که به مجازات جرم جعل احاله داده و مطابق ماده ۵۳۳ ق.م.ا که ۶ ماه تا ۳ سال حبس و ۳ تا ۱۸ میلیون ریال جزای نقدی تعیین شده است که این نسبی بودن مجازات به حکم تبصره ۳ ماده ۱۹ درجه ۷ محسوب می‌شود، فلذا مشمول م ۲۵ ق.م.ا که حبس درجه ۵ را مشمول محرومیت از حقوق اجتماعی می‌داند، نمی‌شود. بنابراین جعل ماده ۱۰۰ ق. ثبت و جعل ماده ۵۳۳ فوق، مشمول تعلیق شغلی نمی‌شود.

از طرفی طبق ماده ۶۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ که می‌گوید: «مرتکبان جرایمی که نوع یا میزان تعزیر آنها در قوانین موضوعه تعیین نشده است به مجازات جایگزین حبس محکوم می‌گردند». لذا ماده ۱۰۰ قانون ثبت

که در انتهای ماده می‌گوید: «...و به مجازات جعل محکوم می‌گردد.» که نه نوع مجازات اعم از جزای نقدی یا حبس یا شلاق را تعیین کرده و نه میزان آن، بنابراین به حکم ماده ۶۹ قانون مجازات اسلامی، مجازات جرم ماده ۱۰۰ ق.ث مجازات جایگزین حبس است و مشمول ماده ۲۵ ق.م.ا که مجازات حبس درجه ۵ را موجب محرومیت از حقوق اجتماعی و تعلیق شغلی می‌داند، نمی‌شود.

در رویه عملی مراجع مختلف همچون دادگاه بدوی انتظامی سردفتران و دفتریاران تهران و معاونت اسناد سازمان ثبت اسناد و املاک و اداره حقوقی آن سازمان از قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ تبعیت نموده و ماده ۱۹ و ۲۵ و ۲۶ آن را ملاک و معیار تشخیص و اعمال محرومیت از حقوق اجتماعی از جمله تعلیق شغلی دانسته و گفته‌اند حبس درجه ۶ و جزای نقدی ولو با محکومیت قطعی به جعل و چک بلامحل مشمول محرومیت از حقوق اجتماعی ماده ۲۵ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ نبوده و نهایتاً م ۱۲ و ۱۳ و ۴۲ دفاتر را قابل اعمال ندانسته‌اند.^۱

۱. الف - جناب آقای محمدمهدی انجم شعاع معاونت محترم اسناد سازمان ثبت اسناد و املاک کشور چنین نظر داده است که مجازات جزای نقدی مشمول محرومیت از حقوق اجتماعی نبوده فلذا قابل اعمال ماده ۱۲ و ۱۳ ندانسته و از م ۱۹ و ۲۵ قانون مجازات اسلامی تبعیت کرده است.

ب- دفتر حقوقی و امور مجلس سازمان ثبت اسناد و املاک کشور در نامه ۱۳۹۶/۱۰/۱۰ به اداره کل امور اسناد و سردفتران چنین نظر داده است با عنایت به این که در قانون صدور چک حداکثر مجازات برای صدور چک بلامحل حبس تا ۲ سال تعیین شده و با توجه به ماده ۱۹ قانون مجازات عمومی و انطباق آن با ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ که جرم چک بلامحل را از جنحه‌های درجه ۶ محسوب کرده که حداکثر مجازات آن ۲ سال حبس می‌باشد لذا به نظر مشورتی این دفتر این میزان از مجازات موجبی برای تعلیق سردفتر در فرض صدور کیفرخواست نمی‌باشد (چون از م ۲۵ قانون مجازات اسلامی استفاده کرده که در بند پ آن حبس درجه ۵ را مشمول محرومیت از حقوق اجتماعی می‌داند).

ج - دادگاه بدوی انتظامی سردفتران و دفتریاران تهران در پرونده کلاسه ۹۰ ب ۴۷۴ مورخ ۱۳۹۰/۹/۲ چنین نظر داده است که هر چند سردفتر به اتهام جعل، محکومیت قطعی داشته لکن چون محکومیت مذکور جزای نقدی بوده که این محکومیت موجب محرومیت از حقوق اجتماعی نخواهد بود و نظریه ۷/۱۴۲۹ مورخ ۸۱/۲/۱۶ اداره حقوقی قوه قضاییه موید این امر است و اساساً وفق ماده ۶۲ مکرر قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۷ محکومیت به جزای نقدی جزو محکومیت‌های موجب محرومیت از حقوق اجتماعی تلقی نگردیده است، لذا درخواست اعمال م ۴۲ رد می‌گردد.

طبق مواد یک و ۱۲ و ۱۳ قانون مجازات اسلامی و مواد ۱۴ و ۲۵۵ و ۲۵۹ و ۲۶۰ و ۴۹۶ و ۵۶۷ قانون آیین دادرسی کیفری، به نظر می‌رسد که تعلیق موجب مسئولیت و پرداخت خسارت است که شخص می‌تواند از دولت مطالبه و وصول نماید و دولت به مدیر و مسئول مربوطه مراجعه نماید و دولت بایستی طبق مواد مذکور مخصوصاً ماده ۵۶۷ ق.ا.دک هر ساله بودجه خسارات احتمالی مذکور را در ردیف مستقلی در لایحه بودجه کل کشور پیش‌بینی نماید.

بنابراین به عقیده نویسنده م ۱۳ قانون دفاتر نسخ شده و هرگونه جرم و مجازات و اقدام تامینی و محرومیت از حقوق اجتماعی باید به موجب قانون حاکم یعنی قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ و قانون آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۹۲ باشد و به صرف صدور کیفرخواست نمی‌توان سردفتر را تعلیق نمود و بایستی موضوع تعلیق صراحتاً و شفاف در رای دادگاه آمده و به سازمان ثبت اسناد و املاک ابلاغ گردد و صرف صدور کیفرخواست تکلیفی را برای سازمان ثبت اسناد و املاک ایجاد نمی‌نماید.

پیشنهاد می‌گردد جهت رفع هرگونه شبهه، ماده ۶۶ آیین‌نامه دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۴۰۰ اصلاح و متن آتی به آن اضافه گردد:

«... مشروط بر اینکه رای به تعلیق سردفتر یا دفتریار از شغل خود در کیفرخواست قید شده باشد یا به موجب حکم قطعی یا قرار نظارت قضایی دادگاه باشد که در این صورت باید طبق ماده ۴۹۵ قانون آیین دادرسی کیفری عمل و اجرا می‌گردد».



اخبار، قوانین، مقررات، آرا و گزارش‌ها

نظریه‌های مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضاییه^۱ (بخش بیست و ششم)

شماره پرونده: ۱۴۰۰-۱۵۵-۸۶۸ ح

۱۱۲- سوال

شخص «الف» از بانکی وام دریافت می‌دارد و شخص «ب» با وثیقه‌گذاری و ترهین ملک خود از شخص «الف» ضمانت می‌کند؛ به جهت عدم پرداخت اقساط از سوی شخص «الف» به بانک مرتهن، بانک از طریق اجرای ثبت و طی فرایند قانونی مبادرت به تملک ملک شخص «ب» می‌کند، آیا شخص «ب» که در قرارداد تسهیلات بانکی فقط راهن بوده و در قرارداد اصلی سمتی ندارد، می‌تواند با طرح دعوی بطلان و ابطال قرارداد به جهت عدم رعایت قوانین و آیین‌نامه‌های بانک مرکزی و شورای پول و اعتبار را درخواست کند؟

شماره نظریه: ۷/۱۴۰۰/۸۶۸

نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضاییه

در فرض سوال که در نتیجه عدم پرداخت اقساط بانکی از سوی دریافت‌کننده تسهیلات، بانک از طریق اجرای ثبت مبادرت به تملک ملک راهن کرده است؛ راهن هرچند طرف اصلی در قرارداد اعطای تسهیلات نبوده است؛ اما به سبب تعهداتی که در نتیجه ضمانت

بر عهده گرفته است و به لحاظ ذی‌نفع بودن در اعلام بطلان شرط راجع به سود مازاد بر مصوبات بانک مرکزی، می‌تواند در حدود رای وحدت رویه شماره ۷۹۴ مورخ ۱۳۹۹/۵/۲۱ هیات عمومی دیوان عالی کشور، دعوای اعلام بطلان سود مازاد بر مصوبات یاد شده و استرداد مازاد دریافتی از خود را مطرح کند.

۱۱۳- سوال

شماره پرونده: ۱۴۰۰-۱۲۷-۷۱۵ ح

فرد «الف» مالک یک دستگاه آپارتمان، آن را به فرد «ب» می‌فروشد و پس از فروش ملک، فروشنده آن را در رهن بانک قرار می‌دهد؛ آیا در این فرض خریدار باید دعوای ابطال سند رهنی را مطرح کند یا دعوای فک رهن را؟ در صورتی که دعوای فک رهن مطرح شود، آیا قابلیت استماع دارد؟

شماره نظریه: ۷/۱۴۰۰/۷۱۵

نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضاییه

در فرض سوال که فروشنده پس از فروش ملک به دیگری آن را در رهن بانک قرار داده است، خریدار می‌تواند دعوای فک رهن را به طرفیت فروشنده اقامه کند؛ با این حال انتخاب نوع دعوا در فرض سوال بر عهده خریدار است و در صورت اقامه هر کدام از دعوای ابطال سند رهنی یا فک رهن، دادگاه با لحاظ توافقات طرفین و رابطه قراردادی آنان تصمیم مقتضی اتخاذ می‌کند.

۱۱۴- سوال

شماره پرونده: ۱۴۰۰-۶۶-۴۶ ع

۱- آیا عبارت سند شش دانگ در تبصره ۳ ماده ۱۰۱ قانون شهرداری‌ها (اصلاحی ۱۳۹۰/۱/۲۸) صرفاً به معنای سند رسمی است یا هر نوع سند مالکیت شش‌دانگ را شامل می‌شود؟
 ۲- چنانچه ملکی بیش از پانصد متر مربع مساحت داشته باشد؛ اما دارای سند رسمی شش دانگ نبوده و از جمله اراضی مشمول اصلاحات ارضی یا دارای قول‌نامه عادی باشد، آیا مالک حق تفکیک و افراز را دارد و در این صورت آیا شهرداری اختیار دریافت حقوق خود را در قالب دو فقره ۲۵ درصد منظور شده در تبصره ۳ معادل ۴۳/۷۵ درصد برای این نوع اراضی دارد؟ به عبارت دیگر، آیا تبصره ۳ اصلاحی این ماده خاص اراضی دارای سند و بیش از پانصد

مترمربع مساحت است و بدون این قید شهرداری حق تفکیک دریافت دو فقره ۲۵ درصد را ندارد؟
شماره نظریه: ۷/۱۴۰۰/۴۶

نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضاییه

۱- به موجب ماده ۱۰۰ قانون شهرداری مالکین اراضی و املاک واقع در محدوده شهر یا حریم آن، قبل از هر اقدام عمرانی یا تفکیک اراضی و شروع ساختمان باید از شهرداری پروانه ساختمانی اخذ کنند و وفق ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰ با اصلاحات و الحاقات بعدی، همین که ملکی مطابق قانون در دفتر املاک به ثبت برسد، دولت فقط کسی را که ملک به اسم او ثبت شده و یا کسی را که ملک مزبور به او منتقل گردیده و این انتقال در دفتر املاک به ثبت رسیده یا این که ملک مزبور از مالک رسمی از طریق ارث به او رسیده باشد، مالک می‌شناسد و حسب مواد ۴۶ و ۴۷ این قانون، اسناد عادی در مورد اموال غیرمنقول قابل ترتیب اثر در مراجع اداری و قضایی نیست. مطابق ماده واحده قانون اصلاح ماده ۱۰۱ قانون شهرداری مصوب ۱۳۹۰/۱/۲۸ فقط مالکین می‌توانند تفکیک یا افزای اراضی خود را تقاضا کنند و طبق رای وحدت رویه شماره ۴۷۴ مورخ ۱۳۸۹/۱۰/۲۷ هیات عمومی دیوان عدالت اداری، پذیرش اسناد عادی نقل و انتقال اراضی و املاک مادام که به تایید مراجع قانونی صلاحیت‌دار نرسیده باشد، جواز قانونی ندارد. لذا با توجه به مراتب یاد شده، منظور از سند شش‌دانگ در تبصره ۳ ماده واحده قانون اصلاح ماده ۱۰۱ قانون شهرداری مصوب ۱۳۹۰، سند مالکیت رسمی است.

۲- مستفاد از تبصره‌های ۳ و ۴ ماده ۱۰۱ قانون شهرداری مصوب ۱۳۳۴ با اصلاحات و الحاقات بعدی، اعمال مقررات تبصره مزبور تنها ناظر به اراضی با مساحت بیشتر از پانصد مترمربع است که دارای سند مالکیت شش‌دانگ است و لذا اراضی کم‌تر از پانصد مترمربع و یا اراضی که به صورت شش‌دانگ درنیامده است، اعم از این که مفروز یا مشاع باشد را شامل نمی‌شود.

۱۱۵- سوال

شماره پرونده: ۱۴۰۰-۱۲۲-۳۰۳ ح

آیا مدیرعامل و رییس هیات مدیره می‌تواند بدون مصوبه مجامع عمومی و بدون اذن هیات‌مدیره و همچنین پیش از انحلال شرکت، املاک شرکت که مستحدثات مربوط به موضوع شرکت در آن استقرار یافته است را به ثالث اعم از سهامدار یا غیرسهامدار

بفروشند؟ آیا این فرض مشمول ماده ۱۱۸ لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ است؟ ب چنانچه در اساسنامه، انتقال سهام هر یک از شرکا به شخص ثالث باید به تصویب مجمع عمومی یا هیات مدیره منوط شده باشد، آیا یکی از شرکا برخلاف آن عمل کند، این انتقال چه وضعیتی دارد؟

شماره نظریه: ۳۰۳/۳۰۰۰/۷

نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضاییه

الف اولاً، انتقال یا فروش املاک شرکت، فی نفسه خارج از موضوع تلقی نمی شود و احراز این که اقدام یا تصمیم مدیران شرکت های سهامی خارج از موضوع شرکت و یا در حدود اختیارات آنان است، امری قضایی بوده و بر عهده مرجع قضایی رسیدگی کننده است. ثانیاً، چنانچه به تشخیص مقام قضایی، انتقال و فروش دارایی شرکت از حدود موضوع شرکت خارج باشد، با توجه به مواد ۵۸۸ و ۵۸۹ قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ و ماده ۱۱۸ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷، نسبت به شرکت نافذ نیست و علم و جهل اشخاص ثالث نیز در وضعیت معاملات انجام شده تاثیری ندارد. ب در فرض سوال که انتقال سهام به موافقت هیات مدیره یا تصویب مجمع عمومی منوط شده است و سهامدار بدون رعایت این شرط سهام خود را به ثالث منتقل کرده است، چنین انتقالی باطل نیست و علی الاصول در برابر شرکت قابل استناد نیست؛ اما بین طرفین و قائم مقام قانونی آنان معتبر است. شایسته ذکر است که مدیران یا مجمع عمومی شرکت نمی توانند این اختیار خود را جهت اضرار به دیگران به کار برند و در اعمال این اختیار باید تنها منافع شرکا و شرکت را در نظر بگیرند؛ لذا چنانچه مدیران یا مجمع عمومی با سو استفاده از این اختیار، به دلایل غیرموجه از تایید انتقال خودداری کنند، این انتقال به استناد اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی در قبال شرکت نیز قابل استناد است. در هر حال احراز آن امر و تشخیص مصداق بر عهده مرجع قضایی است.

نظریه‌های مشورتی کمیسیون حقوقی کانون سردفتران و دفتریاران * (بخش چهاردهم)

۹۰: شخص الف به شخص ب وکالت تام قابل عزل با حق توکیل به غیر داده است. شخص ب نیز به موجب همین وکالت نامه از جانب شخص الف به شخص ج وکالت بلا عزل با حق توکیل به غیر داده است. آیا شخص الف می‌تواند شخص ج را از سمتش عزل نماید یا خیر؟

جواب: چنانچه اولین موکل حق عزل وکلای بعدی را از خود سلب و ساقط ننموده و دارای حق عزل باشد و عدم عزل وکیل در ضمن عقد لازمی شرط نشده است، چنانچه اولین وکیل توکیلی مورد وکالت را به دیگری توکیل و

* یادآوری: هر چند بدیهی است لیکن تاکید می‌شود که نظریه‌های مشورتی کمیسیون حقوقی کانون سردفتران و دفتریاران، همان‌گونه که از نام آن مستفاد می‌گردد صرفاً مشتمل بر نظریه‌های مشورتی اعضای محترم کمیسیون حقوقی کانون سردفتران و دفتریاران می‌باشد و به منظور ارتقای سطح علمی و دانش حقوقی علاقه‌مندان درج می‌شود. لذا از حیث اجرا جنبه الزام‌آور نداشته و مسقط یا موجد الزامات قانونی برای سردفتران و دفتریاران دفاتر اسناد رسمی سراسر کشور نمی‌باشد.

زیرنظر؛ دکتر شیبیت‌زاده، کامیار، سرپرست اجرایی ماهنامه «کانون».

حق عزل را بر خلاف و خارج از حدود اختیارات خود از خود سلب و ساقط نمود، با عنایت به اینکه وکیل اولیه و کلیه وکلای بعدی، وکیل موکل بوده و اقدامات آنها ناشی از نیابت و اراده موکل اولیه است و مضافاً با عنایت به مفهوم و منطوق ماده ۶۷۲ قانون مدنی که صراحت دارد براینکه در مورد آنچه که وکیل خارج از حدود وکالت انجام داده است، موکل هیچ‌گونه تعهدی نخواهد داشت. لذا عدم عزل وکیل در وکالت‌نامه توکیلی که خارج از حدود اختیارات وی بوده است و چنین اختیاری به او داده نشده است، مانع از اعمال حق عزل وکیل توسط موکل اولیه نمی‌باشد.

۹۱: آیا دارنده پلاک و برگ سبز و شناسنامه خودرو، مالک وسیله نقلیه شناخته می‌شود یا کسی که به موجب سند قطعی منقول وسیله نقلیه به نام او منتقل شده است؟

جواب: مستفاد از ماده ۲۹ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی مصوب ۸/۱۲/۸۹، نقل و انتقال خودرو به موجب سند رسمی تنظیمی در دفاتر اسناد رسمی صورت می‌پذیرد و برگ سبز یا شناسنامه خودرو نشان دهنده انجام مقدمات نقل و انتقال مالکیت در دفاتر اسناد رسمی یعنی بررسی اصالت وسیله نقلیه، هویت مالک، پرداخت جریمه‌ها و دیون معوق و تعویض پلاک به نام مالک جدید می‌باشد؛ بنا به مراتب فوق مالک وسیله نقلیه شخصی است که سند قطعی نقل و انتقال به نام وی در دفاتر اسناد رسمی تنظیم شده است.

۹۲: در مواردی که طبق حکم دادگاه، حضانت طفل به مادر سپرده شده است و مادر قصد داشته باشد این حق را به پدر طفل بدهد، این موضوع در قالب چه عنوان سندی اصلاح و صحیح تر است تا تنظیم گردد؟ رضایت، اقرار، صلح یا تعهد؟

جواب: برابر ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابوبین است و با عنایت به دکترین حقوقی یکی از صاحب‌نظران حقوق مدنی

مرحوم استاد دکتر ناصر کاتوزیان، از نتایج تکلیفی بودن حضانت، بی‌اعتباری قرارداد راجع به واگذاری یا اسقاط آن و پرداخت وجه التزام از سوی پدر و مادر است؛ مضافاً وفق ماده ۹۵۹ قانون مدنی هیچ کس نمی‌تواند به طور کلی حق تمتع و یا حق اجرا تمام یا قسمتی از حقوق مدنی من جمله حق حضانت را از خود سلب کند، ضمناً با توجه به اینکه حسب اعلام آن دفترخانه طبق حکم دادگاه حضانت طفل به مادر سپرده شده باشد، هرگونه اتخاذ تصمیم در خصوص توافقات راجع به حضانت حسب ماده ۴۱ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱/۱۲/۱ مجلس شورای اسلامی در اختیار دادگاه می‌باشد و تنظیم سند در خصوص توافقات فوق‌الذکر خلاف نظم عمومی و مغایر با ماده ۳۰ قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران می‌باشد.

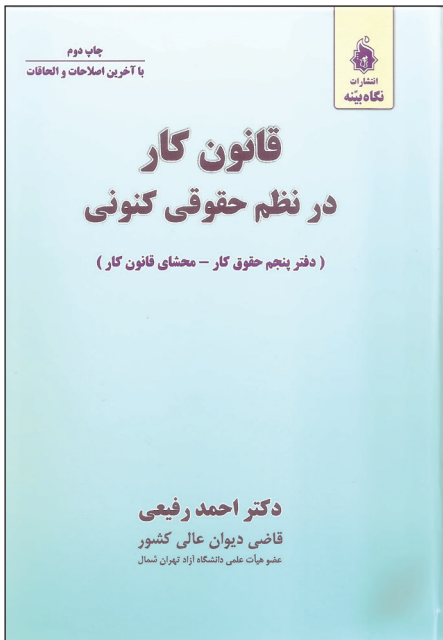
۹۳: ۱- وکالت‌نامه‌ای با حق توکیل به غیر تنظیم شده و وکیل اختیارات حاصل از وکالت‌نامه را بدون کم و کاست به شخص دیگری تفویض می‌نماید، آیا با فوت وکیلی که وکالت‌نامه را تفویض نموده، وکالت وکیل بعدی مرتفع می‌شود؟

۲- آیا هنگام تنظیم اسناد انتقال قطعی در سیستم ثبت آنی بر اساس وکالت‌نامه و تفویض‌های بعدی، سردفتر مکلف است اسامی تمامی وکلا (شامل نام وکیل اول و اسامی کلیه وکلای مع‌الواسطه) را در بخش مربوط به اطلاعات هویتی جهت بررسی در سامانه ثبت احوال ثبت نماید و یا اینکه صرفاً مکلف به قید نام وکیلی که سند را تایید و امضا می‌نماید می‌باشد؟
جواب: ۱- با عنایت به رای وحدت رویه شماره ۹۸۰۰۱/۲۰۰ مورخ ۱۳۹۸/۱/۲۴ کانون سردفتران و دفتریاران که به تایید سازمان ثبت رسیده است، تمام وکلای توکیلی موکل، وکیل موکل هستند و بنابراین فوت احدی از وکلا تاثیری در اعتبار وکالت سایرین ندارد.

جواب: ۲- در خصوص وکالت‌نامه‌هایی که مطابق روش سنتی و قبل از

راه اندازی ثبت آنی (۹۲/۶/۲۶) و بر اساس آن‌ها سندی تنظیم شده و می‌شود نیازی به درج مشخصات تمامی وکلای توکیلی و مع‌الواسطه به استناد درج مشخصات وکیل توکیلی که مبادرت به انجام مورد وکالت و ذیل سند را امضا می‌نماید نبوده و صرف درج شماره‌های وکالت‌نامه‌های توکیلی در سند کفایت می‌نماید که این امر در ماده ۶ شیوه‌نامه بهره‌برداری از دفتر الکترونیک به شماره بخشنامه ۹۵/۲۳۲۶۸۰ مورخ ۱۳۹۵/۱۱/۱۲ سازمان ثبت اسناد و املاک کشور مبنی بر درج مشخصات و اطلاعات مربوط به اشخاصی که سند را امضا و تایید می‌نمایند، مورد عمل و تاکید قرار داده است؛ بنابراین سردفتر تکلیفی به درج مشخصات و اطلاعات تمامی وکلای توکیلی به استثنا وکیلی که به مورد وکالت قیام و اقدام می‌نماید، نمی‌باشد.

قانون کار در نظم حقوقی کنونی (دفتر پنجم حقوق کار-محشای قانون کار)



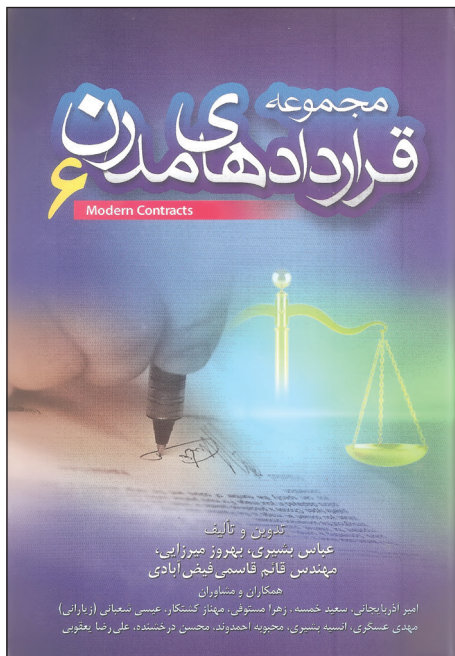
کتاب «قانون کار در نظم حقوقی کنونی» که توسط موسسه فرهنگی هنری انتشاراتی نگاه بینه در سال ۱۳۹۶ و با قطع وزیری چاپ شده، به قلم قاضی دیوان عالی کشور، پژوهشگر، مدرس و عضو هیات علمی دانشگاه جناب آقای دکتر احمد رفیعی نگارش یافته است. این کتاب در دوازده فصل نگارش شده که شامل: تعاریف کلی و اصول، قرارداد کار، شرایط کار، حفاظت فنی و بهداشت کار، آموزش و اشتغال، تشکلهای کارگری و کارفرمایی، مذاکرات و پیمانهای دسته جمعی کار، خدمات رفاهی کارگران، مراجع حل

اختلاف، شورای عالی کار، جرایم و مجازاتها و مقررات متفرقه است. کتاب حاضر متضمن شرح جامعی

به حقوق کار، دانشجویان و فارغ التحصیلان رشته حقوق عمومی و سایر رشته‌های مرتبط و عموم مردم جامعه قرار گیرد. این کتاب ۱۳۵۹ صفحه‌ای در شمارگان ۱۰۰۰ نسخه و با ارزش نهصد و پنجاه هزار ریال در دسترس علاقه‌مندان کتاب‌های حقوقی قرار گرفته است.

پیرامون مواد قانون کار (مصوب ۱۳۶۹) است و در آن با استناد به قوانین و مقررات مرتبط، رویه قضایی، نظریات و دکترین حقوقی و سایر منابع علمی، این قانون مورد نقد و بررسی تحلیلی قرار گرفته است. کتاب می‌تواند مورد استفاده علاقه‌مندان به موضوعات مربوط

مجموعه قراردادهای مدرن (جلد ۶)



کتاب «مجموعه قراردادهای مدرن» که توسط انتشارات جنگل در سال ۱۳۹۳ و با قطع وزیری چاپ شده، به قلم جناب آقای عباس بشیری وکیل دادگستری و جناب آقای بهروز میروزی سردفتر دفتر اسناد رسمی ۱۸۰ تهران و جناب آقای مهندس قائم قاسمی فیض آبادی نگارش یافته است.

کتاب حاضر در دو فصل نگارش یافته که فصل اول نمونه قراردادهای

مربوط به رایانه، اینترنت و ارتباطات و فصل دوم نمونه قراردادهای پیمانکاری آورده شده است و به صورت تخصصی نمونه‌ای از تمام قراردادهای فوق و قراردادهایی که به نوعی با این موارد مرتبط می‌باشد، درج شده است. کتاب می‌تواند مورد استفاده عموم مردم و دانشجویان رشته حقوق در تمام گرایش‌ها و سایر رشته‌های مرتبط قرار گیرد. این کتاب ۱۳۱۰ صفحه‌ای در شمارگان ۱۰۰۰ نسخه و با ارزش نهصد هزار ریال در دسترس علاقه‌مندان کتاب‌های حقوقی قرار گرفته است.

برگ درخواست اشتراک ماهنامه «کانون»

خواهشمند است تعداد..... نسخه ماهنامه «کانون» را از شماره.....
 برای اینجانب..... که سردفتر □ دفتربار □ کارمند دفتر اسناد رسمی □ وکیل □
 قاضی □ کارشناس حقوقی □ دانشجو □ یا..... هستم.
 به نشانی:.....
 پست الکترونیک:..... E-mail :.....
 تلفن تماس:..... کدپستی:

| | | | | | | | | | |
|--|--|--|--|--|--|--|--|--|--|
| | | | | | | | | | |
|--|--|--|--|--|--|--|--|--|--|

 ارسال فرمایید.
 هزینه اشتراک طی فیش بانکی شماره..... مورخ.....
 به مبلغ..... برای..... جلد که اصل آن پیوست می‌باشد، واریز شده است.*
 * «انتخاب از یک جلد و حداکثر تا چهار جلد امکان پذیر است.»

۱ هزینه اشتراک با احتساب هزینه پستی، هر جلد ۲۰۰/۰۰۰ ریال است و هزینه اشتراک برای سردفتران و دفترباران با تخفیف ویژه پنجاه درصدی اعمال می‌شود.
 ۲ لطفاً هزینه اشتراک را به شماره حساب سیبا ۰۱۰۵۶۶۳۹۵۳۰۰۵ بانک ملی شعبه خیابان میرزای شیرازی کد ۱۶۹ به نام کانون سردفتران و دفترباران واریز فرمایید.
(لطفاً عنایت فرمایید؛)

فیش واریزی در همان روز به دفتر ماهنامه ارسال شود.

در فیش بانکی، نام پرداخت کننده، همان نام و عنوان متقاضی اشتراک باشد.

۳ لطفاً این برگ اشتراک را تکمیل و با فیش واریزی به دفتر ماهنامه نشانی؛ صندوق پستی تهران ۴۱۹۱۴۳۳۵ و یا نشانی رایانه زیر ارسال فرمایید. (همکاران محترم سردفتر و دفتربار می‌توانند از طریق پرتال کانون ارسال فرمایند.)
 ۴ لطفاً کپی فیش واریزی را تا پایان دوره اشتراک، نزد خود نگه دارید.
 ۵ در صورت تغییر نشانی، در اسرع وقت، به صورت کتبی، واحد امور مشترکین ماهنامه را مطلع نمایید.
 * لازم به ذکر است جهت متقاضیان اشتراک خارج از کشور، حسب مورد، هزینه پستی به مبالغ مذکور، علاوه می‌شود.
 ** برای استفاده الکترونیکی ماهنامه «کانون» نیز می‌توانید به پایگاه اینترنتی www.notary.ir مراجعه فرمایید.

نشانی رایانامه جهت ارسال مقاله: kanoon.notary@gmail.com

همیشه با «کانون» همراه باشید.

تلفن و نمابر: ۰۰۹۸۲۱۸۸۷۲۷۸۸۱

تلفن گویا: ۰۰۹۸۲۱۸۸۷۰۵۱۹۰، داخلی ۱۲۶۲

نشانی دفتر ماهنامه «کانون»: تهران، صندوق پستی: ۴۱۹۱۴۳۳۵

تهران، خیابان شهید مطهری، روبه‌روی خیابان سنایی شماره ۲۷۳ کانون سردفتران و دفترباران

کدپستی: ۱۵۸۶۷۱۷۳۱۱

قابل توجه نویسندگان محترم مقالات

ماهنامه «کانون» در بخش‌های مقالات و ترجمه به نکات مهم زیر در خصوص شیوه تهیه و تنظیم و تدوین مقالات ارسالی اهتمام دارد. صدا البته رعایت این مهم در جهت حفظشان علمی پژوهشی ماهنامه «کانون» ضروری است.

علاوه بر این، فقط مقاله‌هایی که مورد تایید و پذیرش «شورای داوری مقالات» ماهنامه «کانون» باشد، به چاپ خواهد رسید.

از همین رو، خواهشمند است «شیوه‌نامه تدوین مقالات» در این خصوص دقیقاً رعایت شود.

شیوه‌نامه تدوین مقالات

۱- موارد زیر به طور دقیق و کامل و خوانا حتماً ضمیمه مقاله باشد؛

- ۱-۱- نام و نام خانوادگی، میزان تحصیلات، رشته تحصیلی، رتبه علمی پژوهشی یا دانشگاهی، گروه آموزشی، نام دانشکده، نام دانشگاه، نام شهر واحد دانشگاهی (هم فارسی، هم انگلیسی یا فرانسه)؛
- ۱-۲- نشانی، کدپستی، شماره ثابت، نمابر و موبایل، نشانی رایانامه (ایمیل) نویسنده مسئول.
- ۱-۳- ارسال سوابق علمی پژوهشی و مطالعات علمی تحقیقی نویسنده یا مترجم برای اولین بار ضروری است.

۱-۴- دقیقاً نام مسئول مقاله قید و امضا شود.

۲- عنوان مقاله کاملاً گویای موضوع باشد (هم فارسی، هم انگلیسی یا فرانسه).

۳- نوشتن چکیده مقاله حداکثر در ۱۰ سطر ضروری است (هم فارسی، هم انگلیسی یا فرانسه).

۴- واژگان کلیدی ترجیحاً ۵ واژه نوشته شود (هم فارسی، هم انگلیسی یا فرانسه).

۵- ترجیحاً مقاله‌های تایپ شده در نسخه word با فونت mitra (یک نسخه از مقاله به علاوه CD یا فلش) اولویت دارند.

۶- مقاله ارسالی نباید قبلاً چاپ شده باشد و هم‌چنین نویسنده نباید بدون اجازه کتبی دفتر ماهنامه «کانون»، جهت چاپ در دیگر مطبوعات اعم از مجازی، اقدام نماید.

۷- مقاله نباید بیش از ۳۰ صفحه (A4 تایپ شده) باشد.

۸- ماهنامه از پذیرش و چاپ مقاله‌های چندقسمتی معذور است.

۹- ماهنامه از مقاله‌های تنظیمی به روش استناد «درون‌متنی» استقبال می‌کند.

۱-۹- پس از آوردن متن نقل قول اعم از مستقیم یا غیرمستقیم کافی است داخل پرانتز به ترتیب آورده شود؛ الف - نام خانوادگی نویسنده اثر. ب- سال نشر اثر. ج- شماره صفحه مورد استناد. مثلا: (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص. ۲۷).

۲-۹- در صورت تعدد آثار نویسنده در یک سال، منبع مورد استناد را با حروف ابجد (الف، ب، ج، د، ...) مشخص نمایید. مثلا: (کاتوزیان، ۱۳۸۳ [الف]، ص. ۳۹) و (کاتوزیان، ۱۳۸۳ [ب]، ص. ۲۴۵).

۱۰- منابع مورد استناد اعم از فارسی یا غیرفارسی، در پایان مقاله به ترتیب الفبایی نام خانوادگی نویسنده آورده شود؛

۱-۱۰- کتاب: الف نام خانوادگی نویسنده، ب نام نویسنده، ج سال نشر کتاب، د عنوان کتاب، ه نام مترجم، و شماره جلد، ز شماره چاپ، ح محل نشر کتاب، ط نام یا عنوان ناشر؛ مثلا: امامی، سیدحسین (۱۳۷۳)، حقوق مدنی، ج. ۵، چ. ۴، تهران، کتابفروشی اسلامیة.

۲-۱۰- مقاله: الف نام خانوادگی نویسنده، ب نام نویسنده، ج تاریخ انتشار نشریه، د «عنوان مقاله»، ه نام مترجم، و نام یا عنوان نشریه، ز نام یا عنوان صاحب امتیاز نشریه، ح دوره و سال انتشار نشریه، ط ترتیب انتشار نشریه، ی شماره نشریه، ک صفحات شروع تا پایان مقاله در نشریه مورد استناد؛ به عنوان مثال: فدوی، سلیمان، (مهرماه ۱۳۸۸)، «نگاهی جدید به بندهای اول تا پنجم ماده ۹۷۶ قانون مدنی ایران»، ماهنامه «کانون»، کانون سردفتران و دفتریاران، سال پنجاهویکم، دوره دوم، ش. ۹۷، صص. ۲۹-۶۳.

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

۱۲- هیات تحریر در ویرایش ادبی، فنی، نگارشی و علمی مقاله‌ها، آزاد است.

نشانی دفتر ماهنامه: تهران، خیابان استاد مطهری، روبه‌روی خیابان سنایی، شماره ۲۷۳، کانون سردفتران و دفتریاران

کدپستی: ۱۵۸۶۷۱۷۳۱۱

تلفن و دورنگار: ۰۲۱۸۸۷۲۷۸۸۱

صندوق پستی: ۴۱۹۱۴۳۳۵

www.notary.ir

پایگاه اینترنتی کانون سردفتران و دفتریاران:

kanoon.notary@gmail.com

نشانی الکترونیکی ماهنامه:

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

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

.....

ماهنامه از پس فرستادن مقالات دریافتی معذور است.

ماهنامه در تلخیص و ویرایش مطالب آزاد است.

مقالات و مطالب ماهنامه صرفاً بیان‌کننده آرا و نظرهای نویسندگان است.

نقل مطالب ماهنامه با ذکر دقیق ماخذ آزاد است.

عناوين محتويات العدد ١٨٧ و ١٨٨ من مجلة «كانون» الشهرية

قسم «روية» يبحث عن «الصندوق المالى لجمعية الموثقين والكتاب فى ضوء قانون تيسير الأعمال» بقلم مشرف تنفيذى السيد الدكتور كاميار شيبث زاده.
مقال فى «حديث الساعة» بقلم السيد امير شهريار كلانترى اسكويى و بعنوان «حلول لزيادة دخل مكاتب التوثيق».

عناوين المقالات:

«آثار فسخ التوكيل على العلاقة بين الموكلين و المحامى و المحامين المفوضين» بقلم السيد محمد على جعفرى ندوشن.

و يتضمن قسم «الصدى» فى هذا العدد، «إعداد الوثيقة الرسمية بشأن نقل ملكية الأرض التي صدر سند ملكيتها بعد الثورة بإشراف المحكمة الإدارية» بقلم المرحوم السيد محمد عظيميان.

«الفرق بين الرهن ومعاملات حق العودة وفق قانون التسجيل» بقلم السيده زهرا تابش.

فى قسم «النافذة» بقلم السيد ايرج نجفى يبحث عن «إعداد المستندات الرسمية للبيع المشروط مع حق إنهاء الملكات غير المنقولة و حق الانتفاع فى مكاتب التوثيق».

«تحديات مبدأ حسن النية ضد الانتهازية فى مجال ما قبل التعاقد» بقلم السيد حسين كاويار و السيد محمد صادقى.

فى قسم «الاهتمام» بقلم السيد على اصغر نظرى نزاد يبحث عن «عدم تنفيذ و رفع تعليق المادة ١٣ من قانون كاتب العدل المصادق عليه عام ١٣٥٤».

و فى الختام، الاخبار، الفتاوى من السلطة القضائية، النظريات الاستشارية ل لجنة القانونية لنقابة مدراء و مساعدي مكاتب التوثيق الرسمي و ترجمة عناوين الموضوعات باللغات الانجليزية و الفرنسية. و المومل أن تحظى باهتمام الباحثين القانونيين و الطلبة و اصحاب الرأي.

12- Formulaire d'abonnements.

13-Méthodes de rédaction des articles.

14- Manifeste de Mansuel de Kanoun.

15-Index des Revues de la Chambre des Notaires et Clercs de notaire.

16-Traduction des titres et des extraits des articles

Bulletin d'abonnement

Méthodologie de l'élaboration des articles

Statut du mensuel de la Chambre des Notaires et Clercs de notaire

Index des revues et des publications de la Chambre des Notaires et Clercs de notaire

Extrait de la traduction en langues, arabe, français et anglais, des articles du mensuel.

par le défunt MOHAMMAD AZIMIAN.

5- Article : « Différence entre les hypothèques et les transactions, assorties de la faculté de restitution, dans l'optique de la loi portant sur le Registre », par Mme. ZAHRA TABESH.

6- La rubrique « Fenêtre » : « Établissement des actes conditionnels et facultatifs des biens immobiliers et le droit d'usufruit, dans les Études notariales », par. M. IRAJ NAJAFI.

7- Article : « Défis du principe de bonne foi face à l'opportunisme dans la phase d'avant-contrat », par MM. HOSSEIN KAVYAR et MOHAMMAD SADEGHI.

8- Préoccupation : « La non-application de l'article 13 de la loi notariale adoptée en 1975 », par M. ALIASGHAR NAZARI NEJAD.

9- Théories consultatives du Département pour les Affaires juridiques du Pouvoir judiciaire, par Dr. KAMYAR SHEIBATZADEH.

10- Théories consultatives de la Commission juridique de la Chambre des Notaires et Clercs de notaire.

11-Présentation du livre.

Table des matières

Mensuel de Kanoun n° 187-188

- 1- Le point de vue, par le Dr. KAMYAR SHEIBATZADEH.
- 2- Propos du jour s'attarde sur « Les moyens permettant d'augmenter les revenus des Études notariales, par M. AMIR SHAHRYAR KALANTARI OSKOUEI.
- 3- Article : « Effets de la dissolution du mandat sur les relations entre le mandant, le mandataire », par M. MOHAMMADALI JAAFARI NADOUSHAN.
- 4- L'écho : « Établissement de l'acte authentique pour des terrains dont le titre de propriété est émis après la Révolution islamique dans le miroir des jugements rendus par le tribunal disciplinaire de la Chambre des Notaires et Clercs de notaire »,

fer of the land whose title deed was issued after the revolution under the supervision of the Administrative Court”.

“the difference between a mortgage and transactions with the right of return according to the law of registration law” by Mrs. zahra Tabesh.

In the part of “Window” by Mr. Iraj Najafi about “Perpration of official documents of conditional transfer and with right of termination of immovable property and right of usufruct in notary offices”.

“the challenges of the principle of good faith against opportunism in the pre-contractual field” by Mr. Hossein Kaviar & Mr. Mohammad Sadeghi.

In the part of “Concern” by Mr. Ali asghar Nazari nezhad about “Non-implementation and lifting of the suspension of Article 13 of the Notary Public Law approved in 1354.

Finally, the news, Judicial decisions, Consultative theories of the legal committee and a summary of the articles is provided in Arabic and French languages, which we hope to attract the attention of legal scholars, students and researchers.

Summary of Issue No 187&188 Kanoon Monthly Magazine

Kanoon monthly magazine, issue no 187&188: “The point of view” by the Executive Supervisor, Dr. kamyar Shaibatzadeh, About “the financial fund of the association of notaries and clerks in the light of the business facilitation law”.

In the edirortial of this issue “Word of the day”, by Mr. Amir shahriar Kalantari oskuei “Solutions to increase the income of notary offices”.

In the part of “Artide” the article, “the effects of dissolution of the power of attorney on the relationship between the client, attorney, and delegated attroneys” By Mr.Mohammad ali Jafari nodoshan.

In the part of “Echo” the late professor Mohammad Azimian, subtitled “Preparation of the official document regarding the trans-



Notari's Public & Assistant's Association
News and analysis on humanities
61 th year, second Vol. No 187&188
(correct at time of publication: Fall 2022)

Proprietor:

Notary Public And Assistant's Association

Manning Editor:

Dr.Mohammad Reza Dashti Ardakani

Co-authors:

Dr. zahra Tabesh, Mohammad Ali Jafari Nadoshan, Dr. Mohammad Reza Dashti Ardakani, Dr. Kamyar Shaibatzadeh, Mohammad Sadeghi, Mohammad Azimian, Dr. Hossein Kavyar, Amir Shahryar Kalantary oskouei, Iraj Najafi, Ali Asghar Nazari Nejad.

Executive Supervisor: Dr. Kamyar shaibatzadeh

Legal and literary Editors: Zeynab Rajabi & Dr. kamyar shaibatzadeh

Address: No273, Opposite Sanaee st. Ostad Motahhari st. Tehran.

Tel Fax: +9821-88727881

P.O.Box: 14335-419

Postcode: 1586717311

Website: www.notary.ir

E.mail: Kanoon.notary@Gmail.com

Printers: Mo'alla

Address: No41, AghighReza Bldg. Three Way Siman, Khavaran St. Tehran.

Tel: +9821-77502297

ISSN: 2008-2851

Price: 200/000 Rls