

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ





## کانون

مجله خبری و تحلیلی در زمینه علوم انسانی

سال ۴۹ ، دوره دوم ، شماره ۷۴

آبان ۱۳۸۶

صاحب امتیاز و مدیرمسئول:

کانون سردفتران و دفتریاران

مدیر اجرایی و سردبیر:

ناصر نایبی

ویراستار:

محمدرضا خسروی

حروفچین و صفحه‌آرا:

فهمیه اسماعیلی

همکاران این شماره:

مجتبی طاهری، خسرو عباسی داکانی،

علیرضا قرجه‌لو، مرتضی محمدحسینی

طرقی، مرتضی مشهدی، صابر ناظمی،

محمد نکویی.

پایگاه اینترنتی کانون سردفتران و دفتریاران:

[www.notary.ir](http://www.notary.ir)

نشانی الکترونیکی:

[MAGAZINE@NOTARY.ir](mailto:MAGAZINE@NOTARY.ir)

نشانی دفتر مجله:

تهران، خیابان استاد

مطهری، مقابل خیابان سنایی،

پلاک ۲۸۳

صندوق پستی: ۱۴۳۳۵/۱۱۵۱

کد پستی: ۱۵۸۶۷۱۷۳۱۱

تلفن و دورنگار: ۸۸۷۲۸۷۵۵

چاپ: صفیه

نشانی چاپخانه:

تهران، خیابان شریعتی، چهارراه حقوقی،

کوچه گوهری، چاپ صفیه

تلفن چاپخانه: ۷۷۵۰۲۲۹۷

شمارگان: ۴۸۰۰ نسخه

بها: ۱۰۰۰۰ ریال

(دفاتر اسناد رسمی یک جلد رایگان)



## فهرست مندرجات

سخن امروز ما...

۷..... «مقررات ثبتی و مقتضیات زمان».....

بررسی ماده ۵ قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران

۱۰..... (مصوب ۱۳۵۴).....

مرتضی مشهدی

۲۷..... ضوابط تأسیس دفترخانه

خسرو عباسی داکانی

۳۸..... شیوه‌ای برای ایجاد ضمانت تضامنی در حقوق مدنی (بخش اول).....

مرتضی محمدحسینی طرقی

۶۶..... کیفیت اعمال خیار غبن.....

محمد نکویی

- الزام آور بودن تعهد یکطرفه نسبت به خود ..... ۷۹  
مجتبی طاهری
- اماره در حقوق کیفری انگلیس ..... ۱۲۰  
علیرضا قرجه‌لو
- تأملی بر نظریه مورخ ۱۳۸۵/۹/۶ کمیسیون محترم تخصصی رسیدگی به سؤالات  
سردفتران (منتشره در شماره ۷۰ مجله کانون سردفتران و دفتریاران) ..... ۱۳۷  
صابر ناظمی
- آراء دیوان عدالت اداری ..... ۱۴۱

سخن امروز ما...

### «مقررات ثبتی و مقتضیات زمان»

آنچه به اختصار در اینجا بدان خواهم پرداخت، همان چیزی است که در وهله نخست با دیدن عنوان فوق به ذهن متبادر می‌شود. این عنوان البته یادآور نام کتابی از استاد شهید مرتضی مطهری نیز هست که غالباً با آن آشنایی دارند: «اسلام و مقتضیات زمان» در این کتاب سخن از تکیه بر پایه‌ها و اصول لایتغیر دین مبین اسلام با توجه به پرسشها، و مسائل عصر حاضر است که این موضوع نشان از پویایی و کارآمدی دین اسلام در همه اعصار و قرون دارد.

اکنون در بحث مورد نظر ما نیز سخن از مقررات و قوانینی است که انسانها برای امنیت حقوقی خود وضع کرده‌اند و بی‌شک همگان اذعان دارند که چنانچه اصول وضع شده و یا قوانین و مقررات تدوین شده نتواند امنیت حقوقی مورد انتظار را تضمین کند و بدان پاسخگو باشد، کارآمدی خود را از دست می‌دهد و راه چاره دیگر باید جست که البته «یافت می‌نشود» جز اینکه زمینه‌های روشنگری مسائل و پاسخگویی به نیازها و احتجاجات هر زمان را در این اصول بیابیم.

البته ناگفته پیداست که اصولی می‌تواند پاسخگو و راهگشای مسائل مستحدثه

باشد که واضعان آن، کارآمدی و پویایی را از همان ابتدا برای آن خواسته باشند و از بدو خلق آن (در مرحله هدف) چنین کیفیت و حالتی را در آن پدید آورده باشند. یعنی اگر بنا بود قوانین و مقررات برخی دردها را درمان نکند و تنها محدوده خاصی را برای شئون مختلف زندگی حقوقی مردم در نظر داشته باشد و برای مابقی امور «نمی دانم» به زبان بیاورد، در ورطه ناکارآمدی و ایستایی افتاده است که از اسباب نابودی هر نظام علمی، دینی، سیاسی و... است.

از طرفی واضح است که زمینه پیدایش این مسائل مستحدثه و به عبارت دیگر آنچه امروز از آن به عنوان «مقتضیات زمان» یاد می کنیم، تغییر شرایط و عواملی است که هیچ یک از ما نه توان از بین بردن آن و نه حتی مهار کردن سرعت آن را داریم. بنابراین تنها وظیفه ما چاره جویی و پیش بینی و در نهایت آماده سازی ارکان مقابله یا پاسخگویی به این شرایط و عوامل است؛ نخست شناسایی و پذیرش مسائل زمان و سپس با تکیه بر اصول و پایه ها، پاسخگویی دقیق و علمی و احیاناً ایجاد تغییرات در برنامه ها.

زندگی صنعتی و آهنگ رشد روزافزون جوامع در ابعاد مختلف اقتصادی، حقوقی و اجتماعی و تحول افکار و تنوع سلیق و روحیات و... همه، واقعیات ناگزیر عصر ما است که با خود مسائل و مقتضیاتی را به دنبال می آورد که مسؤولان هر شاخه از علوم و امور می باید آمادگی رودررویی، چاره اندیشی و بهینه سازی شرایط و عوامل را در مجموعه تحت مسؤولیت خود پدید آورند.

امروزه و با شناخت عوامل مؤثر یاد شده، در حوزه کار ما نیز شرایط جدیدی پیش آمده است که نخست باید با شناخت دقیق و عمیق و دسته بندی و طبقه بندی هر یک، راههای برون شد از موانع را دریابیم و با تکیه بر ابزار ابتکار و دانش و ایمان به تواناییهای فکری و نیز تکیه بر ذخایر عظیم معنوی که خداوند در اختیار جامعه



اسلامی ما نهاده است و همچنین با بهره‌گیری از تجارب نظامهای حقوقی ملل دیگر و بومی‌سازی آن تجارب، در واقع اندیشه‌های خویش را به منصفه ظهور برسانیم.

پیشرفت خیره‌کننده فناوری امروز سرعت بر سر همه شاخه‌های علم از هنر و موسیقی و ادبیات گرفته تا پزشکی و حقوق و جانورشناسی سایه گسترانیده است و از رودرو شدن با آن نیز گزیر و گریزی نیست. چرا که هیچ علم و عالمی نمی‌تواند از این حقیقت چشم‌پوشد و اصولاً چنین غفلتی، معقول و ممکن هم نیست زیرا این از ویژگیهای عصر حاضر است و البته این پدیده مبارک بر صاحبان علوم و نظامهای علمی و اجرایی پویا، گوارا نیز هست.

حضور رایانه در زندگی صنعتی امروز مردم ما مسائلی چون تجارت الکترونیکی، امضای الکترونیکی، تصدیق امضای الکترونیکی و جایگاه آن در نظام ادله اثبات دعوا، کپیهای برابر با اصل در اسناد الکترونیکی و به طور کلی موضوع ثبت اسناد و فن‌آوری ارتباطات را پیش آورده است. شیوه زندگی جدید بحث مالکیت زمانی را به آهستگی وارد زندگی ما کرده است که متأسفانه آمادگی علمی لازم برای مواجه شدن با آن وجود نداشته است، تکلیف دادگاههای ما با دعوای احتمالی مرتبط چندان روشن نیست، مراکز دانشگاهی نیز همین‌طور برای مسائلی از این دست، همچون پشتوانه علمی محکمی ظاهر نشده‌اند.

به هر روی ناگزیری از پرداختن به این مسائل بر کسی پوشیده نیست، لیکن به قول سعدی:

ای سلیم آب ز سرچشمه ببند

که چو پر شد نتوان بستن جوی

هادی معزالدینی

رئیس هیأت مدیره کانون سردفتران و دفتریاران

## بررسی ماده ۵ قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفترباران (مصوب ۱۳۵۴)

مرتضی مشهدی<sup>۱</sup>

مقدمه

توسعه سازمانی همگام با مقتضیات و تغییرات زمان، از ضروریات هر دستگاه و تشکیلاتی است. تشکیلات ثبت و دفاتر اسناد رسمی هم از این قاعده مستثنی نیست و بایستی هماهنگ با رشد و گسترش جامعه توسعه یابد. یک جنبه از توسعه دفاتر اسناد رسمی، کیفی و جنبه دیگر آن کمی است. بدیهی است متناسب با بزرگ شدن شهرها، افزایش فعالیت‌های اقتصادی و افزایش نیازها و همگام با رشد جمعیت، دفاتر اسناد رسمی هم بایستی افزایش یابند. ولی این مهم لازم است همسان با توسعه جامعه باشد نه بیشتر و نه کمتر، به بیان دیگر باید توسعه و افزایش دفاتر اسناد رسمی ضابطه‌مند انجام گیرد و جوانب مختلف امر در نظر گرفته شود و افزایش به گونه‌ای انجام شود که هم امور و معاملات مردم در دفاتر اسناد رسمی به راحتی و در زمان کوتاه انجام پذیرد و متقاضیان تنظیم اسناد در نوبت‌های بلندمدت در انتظار نمانند و

۱. سردفتر اسناد رسمی شماره ۴۶ تبریز.

هم به صورتی باشد که امنیت شغلی و معیشتی سردفتران و دفتریاران و کارکنان دفاتر اسناد رسمی به مخاطره نیفتد. در سال‌های گذشته تعداد دفاتر اسناد رسمی در بیشتر شهرها کمتر از حد نیاز بود و ارباب رجوع در برخی از دفاتر اسناد رسمی برای تنظیم اسناد خودشان تا یک هفته منتظر نوبت می‌ماندند. ولی در چند سال اخیر به دلیل افزایش سریع و بی‌قاعده و ضابطه دفاتر، روی دیگر سکه نمایان شده به طوری که قریب به اتفاق سردفتران و دفتریاران و کارکنان دفاتر اسناد رسمی آینده شغلی خود را مبهم می‌بینند و احساس امنیت شغلی و معیشتی نمی‌کنند و هر روز بر نگرانی و اضطرابشان افزوده می‌گردد به طوری که باید اذعان کرد که به دلیل افزایش بی‌حد و حصر دفاتر اسناد رسمی این نهاد قانونی دچار بحران گردیده است و اگر فکری عاجل برای حل آن نشود نتایج تلخ آن یکی پس از دیگری آشکار خواهد شد.

در این نوشته برآنیم که در حد وسع بررسی کنیم که آیا افزایش دفاتر مطابق مقررات و ضوابط قانونی انجام یافته یا اینکه فراتر از قانون عمل گردیده است؟ به مفهوم دیگر آیا افزایش بی‌رویه ناشی از عیب و نقص قانونی است و یا ناشی از تخلف از قانون؟

ماده ۵ قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران مصوب ۱۳۵۴ ضوابط افزایش دفاتر اسناد رسمی را بیان می‌کند، بدین لحاظ لازم است این ماده را مورد تجزیه و تحلیل قرار دهیم.

#### ضوابط افزایش دفاتر اسناد رسمی و تأسیس دفترخانه جدید

##### الف - ضابطه اصلی:

برای بررسی این موضوع لازم است ابتدا متن ماده ۵ قانون دفاتر اسناد رسمی را ملاحظه نموده و سپس به بررسی عبارات آن پردازیم:

ماده ۵ - پس از تصویب این قانون، تأسیس دفترخانه با توجه به نیازمندی‌های هر

محل تابع ضابطه زیر خواهد بود:

در شهرها برای حداقل هر پانزده هزار نفر و حداکثر هر بیست هزار نفر با توجه به آمار و درآمد حاصل از حق ثبت معاملات یک دفترخانه.

شهرها و بخش‌هایی که جمعیت آنها کمتر از پانزده هزار نفر باشد یک دفترخانه خواهد داشت.

اجازه تجدید فعالیت دفترخانه‌ای که به علت انفصال دائم سردفتر تعطیل شده در حکم تأسیس دفترخانه جدید خواهد بود.

همچنین است در مورد بازنشستگی و فوت سردفتر که پس از انقضای مدتهای مقرر در ماده ۶۹ این قانون در حال تعطیل باقی بماند.

تبصره: پس از تعیین تعداد دفاتر اسناد رسمی هر محل به شرح این ماده هرگاه با توجه به میزان معاملات و درآمد دفاتر اسناد رسمی موجود و مقتضیات محلی، افزایش تعداد دفاتر زاید بر حد نصاب مذکور ضروری تشخیص شود، به پیشنهاد سازمان ثبت اسناد و املاک کشور و تصویب وزارت دادگستری حداکثر تا دو دفترخانه می‌توان به دفاتر موجود در هر حوزه ثبتی با رعایت مقررات این قانون اضافه نمود.

صدر ماده بیان می‌کند: پس از تصویب این قانون تأسیس دفترخانه با توجه به نیازمندی‌های هر محل تابع ضابطه زیر خواهد بود.

این عبارت که در اول ماده آمده، حاوی مهمترین معیار و شرط تأسیس دفترخانه می‌باشد و ضوابط بعدی در واقع باید از این شرط و ضابطه تبعیت نمایند، اگر آن شرط در یک محل حاصل شد، ضوابط بعدی قابل عمل خواهند بود و اگر احراز نگردید تأسیس دفترخانه جدید و افزایش دفاتر حوزه ثبتی مذکور عملی نبوده و سالبه به انتفاء موضوع می‌باشد. این شرط مهم و مقدم بر سایر شرایط، نیازمندی محل برای تأسیس دفتر یا دفاتر است. پس با این حساب مسئولین امر قبل از تأسیس دفترخانه در یک محل بدو بایستی تحقیق نمایند که آیا در این محل و حوزه ثبتی نیاز به تأسیس یا افزایش دفترخانه پیدا شده است یا خیر؟ آیا دفاتر موجود از عهده مراجعات مردم به

خوبی و در یک زمان معقول برمی آیند؟ آیا درآمد دفاتر موجود اجازه تأسیس دفاتر جدید را می دهد؟

### شرط و مشروط

بیان شد که در اول ماده پیش شرط یا شرط مقدمی<sup>۱</sup> آمده که باقی ضوابط و شرایط که بعداً در ماده آمده در صورتی قابل اعمال خواهند بود که شرط مقدم تحقق یافته باشد. اکنون این سؤال مطرح می گردد که اگر وجود (نیازمندی در محل) شرط است، مشروط به اجرای شرط چیست؟ در مورد جزای شرط دو برداشت و تفسیر از ماده می توان کرد.

### تفسیر اول

برابر تفسیر اول، صدر ماده شرط و بقیه ماده جزای شرط می باشد و در این صورت جمله ای شرطیه بدین شکل در ماده مستتر است. اگر در محلی نیاز به تأسیس دفترخانه باشد (شرط) در شهرها برای حداقل هر ۱۵ هزار نفر و حداکثر هر ۲۰ هزار نفر با توجه به آمار و درآمد حاصل از حق ثبت معاملات یک دفترخانه و شهرها و بخش هایی که جمعیت آنها کمتر از ۱۵ هزار نفر باشد یک دفترخانه خواهد داشت (جزای شرط).

اگر به این تفسیر معتقد باشیم همین که نیاز به تأسیس دفترخانه در یک حوزه ثبتی احراز شد می توان با توجه به سایر شرایط مندرج در ماده دفتر یا دفاتر جدیدی را در آن حوزه تأسیس کرد. مفهوم مخالف آن این است که اگر در محلی نیاز به تأسیس دفترخانه نبود نمی توان در آن محل دفترخانه تأسیس کرد و تأسیس دفترخانه تخلف از قانون خواهد بود. چون از مفهوم مخالف جمله فوق استفاده نمودیم لازم است روشن سازیم که، آیا جملات شرطیه مفهوم مخالف دارند یا خیر؟ و آیا مفهوم مخالف جملات شرطیه حجت است یا نه؟

۱. محمدجعفر جعفری لنگرودی، *ترمیمولوژی حقوق*، چ چهارم، ص ۳۸۵.

علمای اصول می گویند: جملات شرطیه دو گونه اند که یک گونه اش مسلماً مفهوم ندارد و آن در جایی است که شرط محقق موضوع باشد. با این توضیح که گاهی تحقق جزا در خارج منوط به تحقق شرط است و بدون آن هرگز اتفاق نمی افتد مثلاً دستور داده می شود: اگر دارای فرزند پسر شدی نامش را محمد بگذار. واضح است که تحقق نامگذاری محمد منوط به دارا شدن فرزند پسر است، یعنی شرط محقق موضوع است. ولی همیشه اینطور نیست، مثلاً گوینده می گوید: اگر دوستانت به تو احسان کردند به آنان احسان کن. در اینجا ممکن است شرط یعنی احسان دوستان تحقق پیدا نکند ولی جزا یعنی احسان متقابل شنونده تحقق یابد. اصل بحث در اینجا است و جملات شرطیه ای که ممکن است دارای مفهوم مخالف باشد از این نوع است.<sup>۱</sup>

جمله شرطیه موضوع ماده ۵ مورد نظر نیز از نوع اخیر می باشد و دارای مفهوم مخالف است لذا مفهوم مخالف آن حجت می باشد و بایستی از طرف دست اندرکاران امر رعایت گردد.

#### تفسیر دوم

در تفسیر و برداشت دوم شرط نیازمندی محل، به ۱۵ هزار نفر برگشت داده می شود یعنی اگر نیازمندی در محل باشد به ازای هر ۱۵ هزار نفر یک دفترخانه تأسیس می شود وگرنه به ازای هر ۲۰ هزار نفر، پس جمله شرطیه به این شکل خواهد بود.

اگر در محلی نیازمندی به تأسیس دفترخانه باشد به ازای هر ۱۵ هزار نفر یک دفترخانه تأسیس شود. اگر در محلی نیازمندی به تأسیس دفترخانه نباشد به ازای هر ۲۰ هزار نفر یک دفترخانه تأسیس شود.

با قبول این تفسیر در هر صورت به ازای هر ۱۵ یا ۲۰ هزار نفر یک دفترخانه در

۱. سید مصطفی محقق داماد، مباحثی از اصول فقه، دفتر اول مبحث الفاظ، چ پنجم، ص ۷۳.

محل تأسیس می‌شود و تعیین‌کننده مابین ۱۵ یا ۲۰ هزار نفر همان عامل نیاز یا عدم نیاز است. نتیجه این برداشت از ماده این خواهد بود که بایستی هماهنگی با رشد جمعیت (و بدون توجه به سایر عوامل و ملاحظات و اعم از اینکه دفاتر بتوانند هزینه‌های خودشان را تأمین کنند یا نه) دفاتر اسناد رسمی افزایش پیدا کنند.

### تفسیر صحیح

در اجرای قانون مسلماً بایستی به قطعیت رسید و از میان تفاسیر مختلف، تفسیر درست را انتخاب و به موقع اجرا گذاشت، زیرا اجرای تفسیر نادرست دوری از نیت مقنن و ایجاد نابسامانی در جامعه را به دنبال خواهد داشت. پس باید تعیین کرد که تفسیر صحیح کدام است و ماده ۵ مورد بحث چگونه باید اجرا گردد. از میان دو تفسیر ارائه شده به دلایل زیر نمی‌توان تفسیر دوم را صحیح تلقی کرد:

۱- تفسیر دوم عقلاً صحیح به نظر نمی‌رسد. زیرا نمی‌توان اعتقاد داشت که بدون توجه به نیازمندی به تأسیس دفتر اسناد رسمی جدید، بر تعداد دفاتر افزودن یا با نبود دفترخانه در محلی دفترخانه تأسیس کرد و با نبود نیاز در یک محل دست به کاری عبث و بیهوده زد و کاری را که عقل بدان حکم نمی‌کند انجام داد و به قول معروف سری را که درد نمی‌کند دستمال بست. برای مثال شهری را در نظر می‌گیریم که ۱۵ هزار نفر یا کمتر از آن جمعیت دارد و به دلیل بافت سنتی و اشتغال مردم به دامداری و عدم صدور سند مالکیت برای اغلب املاک آنها معاملاتی که با سند رسمی صورت می‌گیرد بسیار اندک بوده و کفاف هزینه‌ها و معیشت سردفتر و دفتریار و کارکنان یک دفترخانه را نمی‌نماید، عقلاً تأسیس دفترخانه در چنین شهری غلط و مردود خواهد بود. چنین کارهایی متأسفانه در شهرهای کوچک در اکثر نقاط کشور صورت گرفته و دفاتر تأسیس شده از تأمین هزینه‌های خود حتی با حداقل شاغلین (یک سردفتر و یک دفتریار) عاجز مانده‌اند و خواستار انتقال به جاهای دیگر هستند.

۲- با دقت در عبارات خود ماده ۵ هم قبول تفسیر دوم منتفی است، زیرا نگارش

ماده و عبارات آن به گونه‌ای است که به وضوح نشان می‌دهد که قانونگذار این دغدغه را داشته که مبادا تعداد دفاتر بیش از حد نیاز افزایش داده شود و دخل آنها کفاف خرجشان را ننماید. لذا مقنن در جای جای ماده مکرراً نیاز محل و توجه به میزان معاملات و درآمد دفاتر را متذکر گردیده است و این موضوع در بند اول و بند دوم و تبصره ماده تکرار گردیده همچنین اجازه تجدید فعالیت دفترخانه‌ای را که به علت انفصال دائم سردفتر تعطیل شده و یا سردفتر بازنشسته و یا فوت شده و مدتهای مقرر در ماده ۶۹ قانون منقضی گردیده است، را در حکم تأسیس دفترخانه جدید قرار داده تا مبادا از این طریق بر تعداد دفاتر افزوده شود. اینها همه نشانگر این مطلب هستند که ضابطه اصلی از نظر مقنن در تعیین تعداد دفاتر اسناد رسمی هر محل نیاز آن محل است به طوری که درآمد لازم برای اداره امور دفاتر هم حاصل شود.

۳- قانونگذار در تبصره ماده ۵ اجازه داده است در مواردی و تحت شرایطی معیار جمعیتی نادیده گرفته شده و باز هم به تعداد دفاتر افزوده گردد و دلیل این موضوع میزان بالای معاملات و درآمد دفاتر اسناد رسمی و مقتضیات محلی و در یک کلمه نیاز محل به دفاتر بیشتر می‌باشد و این خود دلیل دیگری بر این امر است که اصل اساسی از نظر مقنن در افزایش دفاتر «نیاز» است و سایر شرایط تابع آن. تا آنجا که اگر نیاز ایجاب کند معیار جمعیتی به کنار گذاشته می‌شود.

۴- در مسائل اجتماعی بایستی عوامل مختلف را در نظر گرفت و شرایط و عوامل اجتماعی را جهت موفقیت موضوع لحاظ کرد زیرا تنها توجه به یک عامل و غفلت از سایر عوامل طرح را با شکست مواجه خواهد کرد. از آنجا که نتیجه قبول تفسیر دوم قبول این موضوع خواهد بود که در افزایش دفاتر اسناد رسمی تنها یک عامل و آن هم عامل جمعیتی، تعیین کننده است، از این حیث قابل قبول نبوده و مردود است.

پس با توجه به موارد بالا بایستی پذیرفت که، تفسیر اول از ماده مورد بحث صحیح بوده و در تأسیس دفاتر اسناد رسمی جدید، اول باید پیش شرط مندرج در صدر ماده



احراز گردد، در صورت وجود آن، نسبت به تأسیس دفتر جدید براساس ضوابط بعدی اقدام کرد و در غیر این صورت از افزایش دفاتر صرف نظر نمود.

#### ب - ضوابط فرعی:

ماده ۵ قانون پس از بیان شرط اصلی، به بیان شرایط و ضوابط فرعی می‌پردازد که به شرح زیر می‌باشند: در شهرها برای حداقل هر ۱۵ هزار نفر و حداکثر هر ۲۰ هزار نفر با توجه به آمار و درآمد حاصل از حق ثبت معاملات یک دفترخانه.

قانونگذار در این قسمت از ماده، ضابطه جمعیتی قطعی تعیین نکرده بلکه آن را مابین ۱۵ الی ۲۰ هزار نفر شناور گذاشته است. حالا که مقنن معیار جمعیتی قطعی برای تأسیس یک دفترخانه به دست نداده، این مشکل چگونه باید حل شود؟ آیا جزء اختیارات مسئولین اجرای قانون است که مابین حداقل و حداکثر هر طور که تمایل داشتند عمل کنند و در هر محل که صلاح دانستند ۱۵ هزار نفر را ملاک عمل قرار دهند و در هر محلی صلاح دیدند ۱۸ یا ۲۰ هزار نفر را؟ توجه و دقت به متن بند مورد نظر نشان می‌دهد که چنین نیست، قانونگذار بلافاصله خواسته است حل مشکل نماید و آن، توجه دادن به آمار و درآمد حاصل از حق ثبت معاملات (یعنی درآمد) یک دفترخانه است، بدین مفهوم که مجریان قانون در تعیین ملاک جمعیتی هر محل به آمار معاملات و درآمد دفاتر آن محل توجه خواهند کرد و در محلی‌هایی که مقدار معاملات و درآمد بالاست ۱۵ هزار نفر را ملاک قرار خواهند داد و در محلی‌هایی که آمار پایین است ۲۰ هزار نفر را. البته این موضوع هم ابهام را به کلی برطرف نمی‌سازد و معلوم نمی‌کند که چه میزان درآمد برای یک دفترخانه کافی است که اگر اضافه بر آن شد دفترخانه جدید تأسیس شود. وانگهی درآمد دفاتر اسناد رسمی یکسان نیست، بلکه اختلاف فاحشی با هم دارند. آیا متوسط درآمد دفاتر باید در نظر گرفته شود؟ یا درآمد دفاتر پردرآمد ملاک عمل است یا درآمد دفاتر کم درآمد؟ درآمد دفاتر در ماههای مختلف سال و در سالهای مختلف هم در نوسان است. آیا میانگین آنها در

یک سال باید ملاک عمل باشد یا به گونه‌ای دیگر می‌بایست عمل شود؟ اینها همه از ابهامات موجود در ماده می‌باشد که نیازمند تدوین آئین‌نامه بوده که این کار انجام نشده است. عبارت فوق‌الذکر حداقل یک موضوع را مسلم و مسجل می‌سازد و آن اینکه، نه تنها در اصل تأسیس دفترخانه جدید، بلکه در تصمیم‌گیری بر اینکه آیا برای هر ۱۵ هزار نفر یک دفترخانه در نظر گرفته شود یا برای تعداد بیشتر، می‌باید به عنصر نیاز توجه شود.

شهرها و بخش‌هایی که جمعیت آنها کمتر از پانزده هزار نفر باشد یک دفترخانه خواهد داشت. با توجه به مطالبی که قبلاً بیان شد، تنها بادر نظر گرفتن پیش شرط نیاز، این ضابطه عقلایی و صحیح خواهد بود. یعنی در شهرها و بخش‌هایی که جمعیت آنها کمتر از ۱۵ هزار نفر است ولی نیاز به تأسیس دفترخانه هست و معاملات در آن شهر و بخش در حد نیاز به یک دفترخانه بوده و درآمد آن هزینه‌های یک دفترخانه را تأمین کند، می‌توان در آن محل یک دفترخانه دایر کرد و گرنه دایر کردن دفترخانه در چنین محلی بیهوده خواهد بود.

#### تجدید فعالیت دفاتر تعطیل شده

در دو مورد ممکن است دفترخانه‌ای برای مدتی تعطیل شود. یکی از آن موارد زمانی است که سردفتر دفترخانه‌ای به انفصال دائم محکوم شود. در این صورت وی حق استفاده از مزایای ماده ۶۹ قانون را نخواهد داشت و دفترخانه به تعطیلی کشیده خواهد شد. مورد دوم زمانی است که سردفتر یک دفترخانه بازنشسته شود و در مهلت قانونی به هر علتی از مزایای ماده ۶۹ استفاده ننماید و یا اینکه سردفتر فوت شود و ورثه وی در مهلت مذکور نخواهند یا نتوانند از مزایای مذکور استفاده کنند، در این صورت نیز دفترخانه مسلماً مدتی تعطیل خواهد شد و تجدید فعالیت آن منوط به نصب سردفتر توسط سازمان ثبت اسناد و املاک کشور خواهد بود. قانونگذار با توجه به دغدغه‌ای که نسبت به افزایش بیش از اندازه دفاتر داشته، تکلیف این دو مورد را

نیز معین کرده و اعلام نموده است که اجازه تجدید فعالیت چنین دفاتری در حکم تأسیس دفترخانه جدید است، پس به اینگونه دفاتر هم در صورتی می توان اجازه فعالیت مجدد داد که، اولاً: نیاز به تأسیس دفترخانه باشد، ثانیاً: معیار جمعیتی که همان افزایش ۱۵ الی ۲۰ هزار نفر جمعیت است در آن محل محقق شده باشد.

#### موارد استثنایی

در مواردی به صورت استثنایی و به دلایل موقعیت خاص تجاری و صنعتی و یا جغرافیایی یک محل ممکن است برای هر ۱۵ هزار نفر یک دفترخانه کفاف ننماید و ازدحام مراجعین در دفاتر اسناد رسمی زیاد شده و معاملات و تنظیم اسناد با کندی و معطلی مواجه باشد، با فرض اینکه مسئولین امر قانون را به صورت صحیح عمل خواهند نمود و از آن تخطی نخواهند کرد. قانونگذار برای این مورد هم چاره اندیشی کرده است و به صورت سخت گیرانه و با احتیاط کامل اجازه داده است تحت شرایطی در هر محلی حداکثر دو دفترخانه اضافه تأسیس شود. آن شرایط عبارتند از:

- ۱- میزان معاملات و درآمد دفاتر اسناد رسمی ایجاب نماید.
  - ۲- مقتضیات محل افزایش تعداد دفاتر زاید بر حد نصاب را ضروری سازد.
  - ۳- سازمان ثبت اسناد و املاک کشور پیشنهاد نماید.
  - ۴- وزارت دادگستری (امروزه رئیس قوه قضاییه) تصویب نماید.
- با وجود شرایط چهارگانه فوق تنها افزایش دو دفترخانه میسر است و بیش از آن مجاز و قانونی نمی باشد. اگرچه کفاف مراجعات مردم را ننماید. در نتیجه می بینیم قانونگذار با افزایش دفاتر اسناد رسمی چنان سخت گیرانه رفتار کرده که راه هر گونه افزایش اضافی را سد کرده است.

#### آیا در افزایش دفاتر اسناد رسمی ضوابط قانونی رعایت شده است؟

در این خصوص وضعیت حوزه ثبتی تبریز را مورد ملاحظه قرار می دهیم، مسلماً نتیجه بررسی یک حوزه در حوزه های دیگر نیز صادق خواهد بود زیرا: به هر کجا که

روی آسمان همین رنگ است. در این جهت لازم است که به دو سؤال پاسخ دهیم که در زیر می آید.

**الف - با توجه به پیش شرط صدر ماده آیا افزایش دفاتر اسناد رسمی به صورت قانونی انجام یافته است؟**

برای پاسخ به این سؤال لاجرم باید درآمد دفاتر اسناد رسمی را مورد مذاقه قرار دهیم و بینیم دفاتر درآمد لازم و کافی برای اداره خودشان را کسب می کنند یا خیر، چنانچه نتیجه مثبت باشد معلوم می شود که نیاز به تعداد موجود دفاتر در این شهرستان وجود داشته است. با توجه به یک برآورد بسیار ساده برای اینکه یک دفترخانه در شهرهای بزرگ و مراکز استانها بتواند به صورت نسبتاً آبرومندانه ای اداره شود ماهیانه حداقل به سی میلیون ریال درآمد نیازمند است (همچنانکه برخی از مسئولین سازمان ثبت هم در مواردی به این موضوع اذعان کرده اند) در غیر این صورت بخشی از کار دفترخانه خواهد لنگید. لذا درآمد دفاتر اسناد رسمی تبریز را در شش ماهه اول سال ۱۳۸۳ بررسی می کنیم تا بینیم آیا این حداقل درآمد حاصل شده است؟ زیرا که در صورت حصول آن، افزایش دفاتر به حق و قانونی انجام شده و در صورت عدم حصول، غیرقانونی انجام گردیده است. برای این منظور اطلاعات لازم در خصوص درآمد دفاتر اسناد رسمی تبریز به صورت یک جدول در اختیار خوانندگان گرامی قرار می گیرد تا قضاوت با توجه به آمار و اطلاعات صورت گیرد.

شهریور	مرداد	تیر	خرداد	اردیبهشت	فروردین	دفاتر	
۸۵	۸۴	۸۲	۸۱	۷۷	۷۵	کل دفاتر در ماه	
۵۹	۵۵	۴۱	۴۴	۳۸	۶۷	تعداد	دارندگان درآمد زیر ۳۰ میلیون ریال
۶۹/۴۱	۶۶/۲۶	۵۰/۶۱	۵۵	۴۹/۳۵	۸۹/۳۳	درصد	
۳۶	۲۲	۲۶	۲۸	۲۲	۵۶	تعداد	دارندگان درآمد زیر ۲۰ میلیون ریال
۴۲/۳۵	۳۸/۵۵	۳۲/۰۹	۳۵	۲۸/۵۸	۷۴/۶۶	درصد	
۲۱	۱۳	۱۰	۹	۱۳	۲۹	تعداد	دارندگان درآمد زیر ۱۰ میلیون ریال
۲۴/۷۰	۱۵/۶۶	۱۲/۳۴	۱۱/۲۵	۱۶/۸۸	۳۸/۶۶	درصد	
۷	۵	۳	۴	۵	۱۲	تعداد	دارندگان درآمد زیر ۵ میلیون ریال
۸/۲۳	۶/۰۲	۳/۷۰	۵	۶/۴۹	۱۶	درصد	

با ملاحظه جدول فوق نتایج زیر بدست می آید:

۱- تقریباً در تمامی ماهها بیش از نصف دفاتر اسناد رسمی نتوانسته اند حداقل درآمد مورد نیاز خودشان (۳۰ میلیون ریال) را کسب نمایند. (فقط در اردیبهشت ماه کمی کمتر از نصف می باشد).

۲- به طور متوسط در شش ماهه اول سال ۴۱/۸۷ درصد از دفاتر با درآمد زیر ۲۰ میلیون ریال، با مشقت گذران امور کرده اند.

۳- میانگین دفاتری که در مدت مذکور درآمد زیر ۱۰ میلیون ریال داشته اند ۱۹/۹۱ درصد بوده است و این به مفهوم این است که دفاتر مذکور حداقل به میزان درآمد هم، بایستی از جیب هزینه نمایند تا دفترخانه سرپا نگهداشته شود.

۴- میانگین دفاتری که درآمد کمتر از ۵ میلیون ریال داشته اند ۷/۵۷ درصد بوده و این دفاتر صرفنظر از اینکه نتوانسته اند هزینه زندگی سردفتر و دفتربار و کارکنان را تأمین نمایند، بلکه بعضاً حتی نتوانسته اند فقط اجاره بهای دفترخانه را نیز کسب نمایند.

۵- توجه به ستون اول که نشانگر تعداد دفاتر تبریز در هر ماه می باشد آهنگ سریع رشد دفاتر در این شهر را به خوبی نمایان می سازد.

در این راستا باید متذکر چند نکته شد، اول اینکه، درآمدهای زیر ۱۰ و ۵ میلیون ریال فقط شامل دفاتر تازه تأسیس نمی شود، بلکه در میان آنها دفاتری با بیش از ده سال سابقه وجود دارند. دوم اینکه، در برخی از ماههای نیمه اول سال به دلیل رفع مانع، اغلب دفاتر، اسناد املاک را به قیمت واقعی تنظیم کرده اند و اگر چنین نبود وضع بسیار وخیم تر از این بود، همچنانکه ملاحظه می شود به دلیل صدور بخشنامه شماره ۱/۳۴/۱۰۹۱۴ مورخ ۱۳۸۳/۴/۷ از طرف سازمان ثبت در شهریور ماه سیر نزولی در درآمد دفاتر پدیدار گشته است.

نتیجه بررسی جدول فوق در یک جمله این است که مجریان قانون نه توجهی به

نیاز شهرها و بخشها کرده‌اند و نه دغدغه قانونگذار را در خصوص جلوگیری از افزایش بی‌رویه دفاتر رعایت کرده‌اند و نه به تعهد و مسئولیت قانونی و شرعی خودشان نسبت به تأمین هزینه‌های دفاتر از طریق مشروع و قانونی عمل کرده‌اند.

#### ب - آیا ضابطه جمعیتی در افزایش دفاتر رعایت شده است؟

شهرستان تبریز که شامل شهرهای تبریز، سردرود، خسروشهر و باسمنج می‌باشد طبق آمار رسمی دارای ۱۳۱۷۵۶۶ نفر جمعیت می‌باشد.<sup>۱</sup> اگر در تأسیس دفاتر جدید حتی شرط نیاز را در نظر نگیریم و تنها ضابطه جمعیتی را ملاک قرار دهیم با توجه به اینکه در اعمال ضابطه جمعیتی هم بایستی به آمار معاملات و درآمد دفاتر توجه شود، لذا به دلیل پایین بودن درآمد دفاتر (با توجه به جدول فوق) حق این بود که به ازای هر ۲۰ هزار نفر یک دفترخانه دایر گردد. در این صورت با احتساب جمعیت شهرستان دفاتر مورد نیاز ۶۶ دفتر می‌باشد که در این صورت نزدیک به یک سوم دفاتر موجود زاید بر نیاز و ضابطه قانونی دایر شده‌اند و اگر به این هم بسنده نشده و براساس حداقل عمل شده و به ازای هر ۱۵ هزار نفر یک دفتر دایر گردد تعداد دفاتر شهرستان باید ۸۸ دفتر باشد در حالی که هم‌اکنون در شهرستان تبریز ۹۰ دفترخانه وجود دارد و با توجه به گزینش سالهای گذشته که به زودی به نتیجه خواهد رسید و اعلام سهمیه سال ۸۴<sup>۲</sup> و سیل تقاضاهای انتقال از شهرستان‌های استان و استان‌های همجوار مثل استان اردبیل و آذربایجان غربی و کردستان و حتی تهران، به زودی تعداد دفاتر این شهرستان از صد دفتر فراتر خواهد رفت و بحرانی که دفاتر

۱. پایگاه اینترنتی استانداری آذربایجان شرقی به نشانی: [www.ostan-as.Gov.ir](http://www.ostan-as.Gov.ir)

۲. آمارهای ارائه شده در این مقاله متعلق به سال ۱۳۸۳ می‌باشد.

۳. با اینکه اداره کل ثبت آذربایجان شرقی دو سال پی در پی در سال‌های ۸۲ و ۸۳ اعلام نیاز جهت پذیرش سردفتر برای شهر تبریز نکرده است با این حال سازمان ثبت اقدام به اعلام سهمیه برای این شهر نموده است.

اسناد رسمی را فرا گرفته است تشدید خواهد شد و عواقب آن بیش از پیش دامنگیر سردفتران و دفتریاران و کارکنان دفاتر اسناد رسمی و مسئولین خواهد شد.

### راههای خروج از وضع موجود

افزایش خارج از اندازه و بی ضابطه تعداد دفاتر اسناد رسمی در سالهای اخیر ضربه مهلکی بر پیکره این نهاد حقوقی و قانونی وارد کرده و این درخت تناور که ریشه در اعماق تاریخ حقوقی و ثبتی این مرز و بوم دارد در برگریزان خود به زردی گراییده. امروزه بر سر هر کوی و برزنی تابلو دفترخانه‌ای نقش بسته و سردفتران اسناد رسمی به جای اینکه به دور از اضطراب تأمین هزینه، به تحکیم صادقانه روابط حقوقی مردم پرداخته و جستجوگر یافتن راههای بهتر برای کاستن از ناامنی‌های حقوقی و کاستن از پرونده‌های دادگستری باشند، در دام تأمین هزینه‌های دفترخانه گرفتار شده‌اند و نگران ماههای آینده و نگرانت‌تر از آنها کارکنان دفاتر اسناد رسمی که هر روز را در انتظار اخراج از شغل خودشان به پایان می‌برند.

در چنین وضعی مسئولین مافوق هم نباید انتظار سالم شدن دفاتر اسناد رسمی را داشته باشند زیرا این انتظار زمانی صحیح خواهد بود که دفاتر بتوانند به طرق قانونی و شرعی مخارج خود را تحصیل نمایند. سردفتران و دفتریاران اسناد رسمی هم افرادی از خیل مردم مؤمن و متدین این کشور بوده و تافته‌ای جدا بافته نیستند و مشتاق زیستنی سالم و آبرومندانه‌اند، منتها ابزار آن باید فراهم باشد. بدین منظور پیشنهادهای زیر از سر دلسوزی جهت بهبود اوضاع ارائه می‌گردد:

۱- توقف افزایش بی‌رویه دفاتر و تأسیس دفاتر اسناد رسمی جدید صرفاً در محل‌هایی که نیاز واقعی دارند آنگونه که ماده ۵ قانون دفاتر اسناد رسمی مقرر داشته است.

۲- اقدام به اصلاح مقررات افزایش حق‌التحریر دفاتر به طوری که افزایش آن همه

ساله برابر تورم الزامی باشد.

۳- تدوین و تصویب مقررات لازم جهت تقسیم و توزیع عادلانه اسناد مابین دفاتر به صورت نسبی تا اختلاف فاحش درآمد مابین دفاتر از میان برود.

۴- لغو بخشنامه‌های دست و پاگیر که استعلامات غیرضروری و تشریفات زاید را به دفاتر اسناد رسمی تحمیل می‌نمایند.

۵- اقدام به عودت تنظیم اسناد تلفن‌های ثابت و همراه به دفاتر اسناد رسمی.

### نتیجه

از مباحث گذشته نتیجه‌گیری می‌شود که وضع فعلی دفاتر اسناد رسمی ناشی از نقص قانونی نیست بلکه ماده ۵ قانون که در این نوشته مورد بررسی قرار گرفت، به نحو نسبتاً مطلوبی تنظیم و نگارش یافته است که اگر به صورت صحیحی هم اجرا می‌گردید و در افزایش دفاتر به اندازه نیاز هر محل توجه می‌شد شاهد وضعی بهتر و معقولتر می‌بودیم. توجه به نیاز و اندازه چیزی نیست که بتوان به سادگی از کنار آن عبور کرد. حتی اگر در قانون هم تأکید بر تأسیس دفاتر جدید در حد و اندازه نیاز هر محل نمی‌شد، که شده است، این موضوع جزء بدیهیات بوده و ریشه عقلی دارد و انجام هر عملی بیشتر یا کمتر از اندازه و نیاز، فسادآور بوده و از نظر عقل و شرع که دو روی یک سکه هستند<sup>۱</sup> مردود است آنچنان که خداوند تبارک و تعالی در قرآن کریم بارها به این موضوع تأکید می‌فرماید که در زیر نمونه‌هایی از آن آورده می‌شود.

۱- و ان من شیء الا عندنا خزائنه و ما ننزله الا بقدر معلوم<sup>۲</sup>

و هیچ چیز نیست مگر آنکه گنجینه‌هایش نزد ماست و جز به اندازه معین از آن

۱. کل ما حکم به العقل حکم به الشرع.

۲. سوره حجر آیه ۲۱.



نمی آوریم.

از این کلام الهی می توان چنین برداشت کرد که، حتی اگر تهیه چیزی به صورت نامحدود امکان پذیر بوده باشد باز، صواب آن است که از آن به اندازه و نیاز ارائه شود. آنگونه که خداوند با اینکه گنجینه هر چیزی نزد اوست ولی به اندازه ارائه می کند.

۲- **و انزلنا من السماء ماء بقدر فاسکناه فی الارض و انا علی ذهاب به لقادرون<sup>۱</sup>**

و از آسمان آبی به اندازه فرو فرستادیم و آن را در زمین جای دادیم و ما به از بین بردن آن توانائیم. بدین وسیله چنانچه خداوند به اندازه ظرفیت زمین آب فرو می فرستد، درست آن است که مخلوق او هم به تبعیت از خالق حکیم خویش به اندازه ظرفیت جامعه چیزی را ایجاد نماید.

۳- **ولو بسط الله الرزق لعباده لبغوا فی الارض و لکن ینزل بقدر ما یشاء انه بعباده خیر**

**بصر<sup>۲</sup>**

و اگر خداوند روزی را بر همه بندگان گسترده می داشت در روی زمین فتنه و فساد می کردند ولی به اندازه ای که بخواهد مقرر می دارد که او به کار بندگان آگاه و بیناست.

نکته ای که می توان در راستای بحث خود از این آیه برداشت کرد اینکه، هر چیز که از اندازه بگذرد فتنه زا و فساد آفرین خواهد بود و از حد و اندازه گذشتن دفاتر اسناد رسمی هم چنین آثاری می تواند بجا بگذارد.

۴- **والذی نزل من السماء ماء بقدر فانشرنا به بلده میتا کذلک تخرجون<sup>۳</sup>**

و همان کسی که آبی را به اندازه از آسمان فرو فرستاد، آنگاه بدان سرزمینی

۱. سوره مؤمنون، آیه ۱۸.

۲. سوره شوری، آیه ۲۷.

۳. سوره زخرف، آیه ۱۱.

پژمرده را زنده ساختیم، بدینسان بیرون آورده شوید.

در این آیه هم رمز و راز زنده شدن زمین و طبیعت فرود آمدن آب به اندازه است یعنی اگر آب بیش از نیاز فرود می‌آمد نه تنها زندگی زانمی‌شد، بلکه مرگ آفرین هم می‌شد یعنی هر چیزی که از اندازه و از حد نیاز بیشتر شود، اثر عکس خواهد داد.

۵- انا کل شیء خلقناه بقدر. ما هر چیز را به اندازه آفریده‌ایم.<sup>۱</sup>

و نهایتاً اینکه خداوند متعال در این آیه شریفه بیان فرموده که همه چیز بدون استثنا به اندازه خلق گردیده است و به انسان نیز می‌فهماند که اینگونه عمل نماید و عملی که خارج از این قاعده انجام شود از حکمت به دور می‌باشد.

---

۱. سوره قمر، آیه ۴۹.

## ضوابط تأسیس دفترخانه

خسرو عباسی داکانی<sup>۱</sup>

### مقدمه

اخیراً سازمان ثبت اسناد و املاک برای انتخاب سردفتران جدید مبادرت به انتشار آگهی در روزنامه نموده است، این امر موجب گردید تا مبنای قانونی تأسیس دفترخانه و ضوابط آن مجدداً مورد توجه بیشتری قرار گیرد، اقدام اخیر سازمان با چالش‌های بسیاری از سوی سردفتران مواجه گردیده و مشروعیت آن مورد مناقشه قرار گرفته است، زیرا با وجود مقررات ماده ۵ قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران که ضوابط خاصی را در امر تأسیس دفاتر اسناد رسمی جدید مدنظر قرار داده است به نظر می‌رسد حجم تلاش‌های جدید سازمان ثبت بسیار فراتر از حجمی است که با توجه به ظرفیت‌های مقرر قانونی مورد انتظار می‌باشد، در نتیجه این شائبه پیش آمده است که مبدا ضوابط قانونی مندرج در ماده ۵ و در تأسیس دفاتر اسناد رسمی جدید به فراموشی سپرده شود. این امر نگرانی‌هایی را در بین سردفتران دامن

---

۱. دانشجوی رشته حقوق تجارت بین‌الملل و سردفتر اسناد رسمی شماره ۱۰۶ تهران.

زده است، نگرانی‌هایی که بعضاً برحق و بر صواب می‌باشند. نگرانی از این که بی توجهی به مبانی و قواعد آمره قانونی در خصوص مورد موجب ورود خساراتی جبران‌ناپذیر بر نظام ثبت رسمی اسناد در کشور خواهد شد و به جای این توسعه ثبتي در کشور چنان لطمه‌ای بر ریشه‌های این درخت یکصد ساله خواهد خورد که دیگر هرگز قد علم نخواهد کرد. نگرانی از این که مبادا با تصور ایجاد اشتغال برای جوانان این مرز و بوم موجبات زوال و نابودی ریشه‌های حیات و ارتزاق تمامی دست‌اندرکاران قدیم و جدید هر دو فراهم شود. نگرانی از اینکه همچون گذشته که هیچ‌گونه ضابطه‌ای برای تأسیس دفترخانه در قانون پیش‌بینی و مقرر نشده بود امروزه نیز با مصلحت‌اندیشی و بی‌توجهی به توالی فاسد آن ضوابط مقرر قانونی زیرپا نهاده شود، امیدواریم که این نگرانی‌ها بی‌مورد باشد و تأسیس و گسترش دفاتر جدید منطبق با قانون صورت گیرد.

با ذکر این مقدمه به بررسی ضوابط تأسیس دفترخانه از ابتدا تاکنون در مقررات قانونی قبلی و فعلی می‌پردازیم.

#### گفتار اول - بحث تطبیقی

الف - در قانون تشکیل دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۰۷ در خصوص ضوابط تأسیس دفترخانه مقررات خاصی تدوین نشده بود تنها در این رابطه ماده یک قانون مزبور مقرر می‌داشت که تأسیس دفترخانه در نقاط مختلف بستگی به نظر وزارت عدلیه دارد و در صورتی که وزارت عدلیه ضرورت تشکیل دفترخانه را در نقطه‌ای احراز می‌کرد دستور تأسیس آن را صادر می‌نمود و تعیین تعداد دفاتر نیز در هر یک از نقاط کشور در اختیار وزارت مذکور بود ولی هیچ‌نوع ضابطه‌ای برای تشخیص تعداد دفاتر لازم برای هر منطقه در قانون مقرر نشده بود بنابراین تابع سلیقه‌ها و اراده و اغراض مسئولین وقت وزارت عدلیه قرار می‌گرفت.

ب - در ماده ۸۱ قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰ نیز همان حکم مجدداً تکرار شده و لیکن باز هم قانونگذار هیچ نوع ضابطه‌ای برای تشکیل دفاتر اسناد رسمی پیش‌بینی و وضع ننموده و وضعیت کماکان به نحو سابق ادامه یافت.

ج - در قانون دفتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۱۶ نیز همین وضعیت ادامه یافت و در ماده یک قانون مزبور همان حکم مجدداً تکرار شد و هیچ تغییری پدید نیامد و تأسیس دفترخانه در کشور کماکان بدون هیچ گونه ضابطه‌ای تا سال ۱۳۵۴ ادامه یافت و تابع مصالح و مقاصد مسئولین وقت در وزارت دادگستری بود تا اینکه قانون دفاتر اسناد رسمی به تصویب رسید و برای اولین بار ضوابط قانونی مشخصی برای تأسیس و تشکیل دفاتر اسناد رسمی در نقاط مختلف کشور مقرر گردید.

**گفتار دوم - ضوابط تأسیس دفترخانه در قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب**

**سال ۱۳۵۴**

براساس ماده ۵ قانون اخیر مقرر شده است که «پس از تصویب این قانون تأسیس دفترخانه با توجه به نیازمندی‌های هر محل تابع ضابطه زیر خواهد بود». بنابراین تأسیس دفترخانه در نقاط مختلف تابع دو متغیر می‌باشد ۱ - نیازمندی‌های محل ۲ - ضوابط قانونی

#### **الف - نیازمندی‌های محل**

هر چند می‌توان با ایجاد ضابطه‌ای، ضرورت تأسیس دفترخانه را در هر محل تنها به احراز آن ضابطه منوط ساخت، درست به همان گونه که در ماده ۵ مقرر شده و تأسیس دفترخانه را منوط به احراز میزان خاصی از جمعیت در منطقه‌ای خاص نموده و لیکن با توجه به اینکه ترکیب جمعیتی مناطق مختلف با یکدیگر تفاوت دارد در نتیجه میزان انجام معاملات و تنظیم اسناد از نقطه‌ای به نقطه‌ای دیگر نیز متفاوت خواهد بود. به عنوان مثال در منطقه بازار و یا مناطق مرکزی تهران که محل استقرار

شرکت‌ها و مؤسسات تجاری می‌باشد میزان و تعداد انجام معاملات به مراتب بیشتر از مناطق مسکونی حاشیه شهر مانند شهرک راه آهن و شهران می‌باشد بنابراین توجه نکردن به نیازمندی‌های محل که از محلی به محل دیگر متفاوت می‌باشد و اکتفاء به یک ضابطه واحد بدون در نظر گرفتن سایر نیازها و متغیرها صحیح نخواهد بود. به همین دلیل توجه به نیازمندی‌های محل را قانونگذار بر ضابطه تعداد جمعیت ساکن در هر محل مقدم در نظر گرفته تا بتواند با انعطاف بیشتری به تأمین نیازهای مناطق مختلف پردازد. در نتیجه در مناطقی که نیاز بیشتری به دفترخانه دارند براساس هر ۱۵ هزار نفر می‌توان یک دفترخانه تأسیس نمود و در سایر مناطق به ازاء هر ۲۰ هزار نفر می‌توان یک دفترخانه تأسیس نمود. به علاوه ملاحظات اجتماعی و اقتصادی هر محل نیز در تعیین تعداد دفاتر اسناد رسمی آن منطقه دخیل و مؤثر می‌باشد. بنابراین ملاحظه می‌شود که تشخیص نیازمندی‌های محل تنها از طریق تهیه آمار و اطلاعات و انجام کارشناسی‌های علمی و عملی بر روی آمار و ارقام و اطلاعات تهیه شده ممکن و میسر می‌باشد در نتیجه سازمان ثبت در مورد تأسیس دفاتر جدید در هر محل ناگزیر از انجام کارشناسی لازم و جدی قبل از تأسیس دفاتر مزبور است و قبل از انجام کارشناسی و تحقیقات لازم نمی‌تواند نسبت به تأسیس دفاتر جدید در هر محل اقدام نماید. چه بسا انجام تحقیقات این حقیقت را آشکار سازد که دفاتر موجود در یک حوزه ثبتی به علت رکود اقتصادی یا بافت جمعیتی خاص با بیکاری یا کم‌کاری روبرو هستند و در این صورت تأسیس دفاتر اسناد رسمی جدید فاقد وجاهت قانونی و اقتصادی خواهد بود. در نتیجه احراز حد نصاب جمعیت لازم برای تأسیس دفترخانه جدید برابر ماده ۵ شرط لازم می‌باشد ولیکن شرط کافی نیست بلکه احراز نیاز محل به تأسیس دفترخانه جدید است که موجب می‌شود تا تأسیس دفاتر جدید در دستور کار قرار گیرد و اگر چنین نیازی احساس نشود، تشکیل دفاتر جدید منتفی خواهد

بود.

### ب - ضابطه قانونی

۱ - مطابق بند دوم ماده ۵ در شهرها برای حداقل هر پانزده هزار نفر و حداکثر هر بیست هزار نفر یک دفترخانه تأسیس خواهد شد. تعیین حد نصاب شناور جمعیتی به عنوان ضابطه قانونی برای تأسیس دفترخانه در هر محل این طور توجیه شده است که با توجه به آمار اسناد تنظیمی در دفاتر اسناد رسمی موجود در هر محل و درآمد حاصل از حق ثبت معاملات در دفاتر مزبور سازمان ثبت می تواند به طور صحیح و مناسبی در مورد تعداد دفاتر لازم در هر محل اتخاذ تصمیم کند. توضیح آنکه چنانچه آمار موجود حکایت از کثرت و تراکم تعداد اسناد تنظیمی در دفاتر موجود در هر محل نماید و درآمد دفاتر نیز گویای فراوانی و ازدیاد روزافزون تعداد اسناد و معاملات و تراکم امور و فعالیتها در دفاتر مزبور باشد سازمان ثبت می تواند به ازای هر پانزده هزار نفر یک دفترخانه در محل تأسیس کند و در غیر این صورت با توجه به آمار رسمی افزایش جمعیت در هر محل چنانچه تقاضا برای تأسیس دفترخانه جدید حاد نباشد و با توجه به شرایط و اوضاع احوال منطقه تأسیس یک دفترخانه بتواند جریان نیازهای جدید را با در نظر گرفتن ترکیب جمعیتی محل بنماید می توان به ازای هر بیست هزار نفر یک دفترخانه در محل تأسیس نمود.

۲ - مطابق بند ۳ ماده ۵ در مورد شهرها و بخشهایی که تعداد جمعیت آنها مطابق آمار رسمی منتشره کمتر از پانزده هزار نفر باشد سازمان ثبت تنها می تواند اجازه تأسیس یک دفترخانه را بدهد پس در این گونه مناطق تنها ضابطه و معیار قانونی همان حد نصاب جمعیتی می باشد. البته تعریف شهر و بخش را باید در قانون تقسیمات کشوری جستجو و مطابق آن اقدام نمود و نمی توان به میل و سلیقه شخصی رفتار نمود.

۳- اما در تبصره ماده ۵ مقرر شده است که پس از تعیین تعداد دفاتر اسناد رسمی هر محل به شرح این ماده هرگاه با توجه به میزان معاملات و درآمد دفاتر موجود و مقتضیات محلی افزایش تعداد دفاتر اسناد رسمی زائد بر حد نصاب مذکور ضروری تشخیص داده شود به پیشنهاد سازمان ثبت و تصویب وزارت دادگستری حداکثر تا دو دفترخانه می‌توان به دفاتر موجود در هر حوزه ثبتی با رعایت مقررات این قانون اضافه نمود.

حکم مندرج در این ماده در واقع استثنائی بر حکم مندرج در ماده ۵ در مورد ضابطه قانونی جمعیتی برای تشکیل دفاتر اسناد رسمی تلقی می‌شود و حکم مزبور را نقض می‌کند زیرا همان ضوابط و معیارهایی که در متن ماده برای توجیه تشکیل دفترخانه براساس حداقل و یا حداکثر جمعیت لازم برای تأسیس دفترخانه به کار گرفته می‌شود در این تبصره مورد استفاده قرار گرفته و ضابطه جمعیتی مزبور را نقض نموده و به سازمان ثبت اجازه می‌دهد تا دفاتر بیشتری را در هر محل تأسیس نماید. ضوابط و معیارهایی که در اینجا نیز ملاک تصمیم‌گیری و مناط اعتبار قرار می‌گیرند عبارتند از: ۱- میزان معاملات ۲- درآمد دفاتر اسناد رسمی موجود ۳- مقتضیات محلی

۴- نکته حائز اهمیت آن که افزایش تعداد اسناد و میزان درآمد دفاتر اسناد رسمی به تنهایی نمی‌تواند موجب تأسیس دفترخانه خارج از حد نصاب مقرر قانونی در مناطق مختلف شود بلکه همان‌طور که در متن تبصره نیز مقرر شده است تنها در صورتی که با توجه به معیارهای مزبور «ضرورت تشکیل دفاتر اضافی» در هر محل احراز شود می‌توان براساس مجوز حاصله از تبصره مرقوم نسبت به تأسیس دفاتر اضافی مبادرت نمود به عنوان مثال هرگاه تعداد اسناد تنظیمی و میزان معاملات به حدی باشد که انجام امور مراجعین با مشکلات اما در این تبصره مرجع تشخیص و



احراز ضرورت معین نشده است و لیکن با توجه به اینکه تشخیص ضرورت تأسیس دفاتر اضافی امری فنی و تخصصی است بنابراین به نظر می‌رسد سازمان ثبت که عهده‌دار پیشنهاد تشکیل دفاتر مزبور به وزارت دادگستری است ابتدا باید موضوع را به کارشناسان و متخصصین فن واگذار نماید و گروهی از صاحب‌نظران در رشته‌های مختلف آماری و اقتصادی و مالی واجتماعی را مأمور نماید تا در خصوص موضوع تحقیق و بررسی لازم و جامع نموده و نتایج تحقیقات خود را به سازمان مزبور گزارش نمایند. در این صورت چنانچه نتیجه تحقیقات مزبور تشخیص ضرورت تشکیل دفاتر اضافی در محل موردنظر باشد سازمان ثبت می‌تواند با تکیه بر نظرات کارشناسی مزبور موضوع تأسیس دفاتر اضافی را به وزارت دادگستری پیشنهاد نماید و در غیر این صورت تشکیل دفاتر مزبور منتفی خواهد بود. توضیح آنکه با تغییراتی که در قوه قضاییه و ساختار آن صورت گرفته ظاهراً موضوع پیشنهاد به وزارت دادگستری منتفی شده است و سازمان ثبت رأساً در این باره تصمیم‌گیری خواهد نمود.

۵- اما بر معیارهای مندرج در تبصره مرقوم انتقاداتی نیز وارد است. زیرا چنانچه منظور آن باشد که افزایش تعداد اسناد و میزان درآمد دفاتر موجود، موجب شود تا سازمان ثبت برای جلوگیری از افزایش میزان درآمد دفاتر موجود به فکر تأسیس دفاتر جدیدی بیفتد تا از این طریق بتواند میزان درآمد دفاتر را کنترل نماید و آن را کاهش دهد در این صورت چنین مبنایی نمی‌تواند از وجاهت و مشروعیت قانونی برخوردار باشد. زیرا هیچ عقل سلیمی چنین تفکری را نمی‌پسندد و نمی‌پذیرد که گروهی در این اندیشه باشند که به هر نحو که شده موجب کاهش میزان درآمد مشروع گروهی دیگر شوند بلکه ملاحظات و مصالح اجتماعی اقتضاء دارد که در هر جامعه سررشته امور به نحوی تنظیم و امکانات لازم به نحوی برای افراد مهیا شود که اشخاص بتوانند با انجام کارهای مشروع و تحمل زحمات به ماحصل دسترنج خویش دسترسی یابند و

به نحوی از لحاظ مالی تأمین شوند که به فکر انجام امور نامشروع و کسب درآمد از طرق مزبور نباشند.

بنابراین در صورتی که دفاتر اسناد رسمی از لحاظ مالی از درآمد مناسبی برخوردار باشند خود به خود موضوع ارتکاب تخلفات و جرائم از ناحیه ایشان تا حد بسیار زیادی منتفی شده و امنیت و آرامش بر فضای معاملات و تنظیم اسناد رسمی حکم فرما خواهد شد. بنابراین معیارهای مزبور نمی‌تواند به تنهایی ملاک و معیار کافی برای افزایش تعداد دفاتر موجود در هر محل تلقی شود. در نتیجه تنها می‌توان به معیار دیگری متوسل شد که عبارت از توجه به نیازمندی‌های محل و یا مقتضیات محلی می‌باشد. توضیح مطلب آن است که نیازمندی‌های محل تنها ضابطه‌ای است که می‌تواند افزایش تعداد دفاتر موجود در هر محل را توجیه کند. به عبارت دیگر تنها در صورتی که دفاتر موجود در هر محل با توجه به تراکم امور و افزایش تعداد معاملات و جمعیت محل و رونق اقتصادی نتوانند به نحو مطلوب و شایسته و در کمترین زمان ممکن نسبت به انجام امور مراجعین اقدام کنند و در نتیجه موجب نارضایتی و کندی و یا طولانی شدن زمان انجام امور مراجعه‌کنندگان شوند و همچنین در صورتی که از طریق تأمین و گسترش تکنولوژی‌ها و ابزار و وسایل لازم علمی و جدید نتوان نسبت به رفع کمبودها و کاستی‌ها و مشکلات موجود در سر راه انجام بهینه وظایف دفاتر موجود مبادرت نمود و به علاوه گروه‌های کارشناسی و تخصصی نیز ضرورت تأسیس دفاتر جدید و اضافی را احراز و اعلام نمایند می‌توان نسبت به تأسیس دفاتر جدید به صورت استثنایی و برخلاف ضابطه جمعیتی مقرر در ماده ۵ اقدام نمود.

۶- نکته دیگر آنکه در بند چهارم ماده ۵ مقرر شده است که چنانچه در هر مورد به علت انفصال دائم، بازنشستگی و یا فوت سردفتر دفترخانه‌ای تعطیل شود و پس از انقضای مهلت‌های مقرر در ماده ۶۹ قانون نیز فرد واجد شرایطی برای تصدی دفترخانه

توسط سردفتر بازنشسته و یا وراث سردفتر متوفی به سازمان ثبت معرفی نشود و دفترخانه در حال تعطیل باقی بماند اجازه تجدید فعالیت دفترخانه مزبور در حکم تأسیس دفترخانه جدید خواهد بود و در نتیجه تابع حکم کلی مندرج در ماده ۵ شده و تنها با رعایت ضابطه جمعیتی مقرر در ماده مرقوم و نیازمندی‌های محل می‌توان اجازه فعالیت برای آن دفترخانه صادر نمود و نمی‌توان در خصوص مورد برخلاف اصل عمل نموده و آن را از تبعیت از قاعده مزبور معاف ساخت.

#### ج - یک استثناء

براساس مقررات ماده ۵ تنها می‌توان یک دفترخانه به ازاء حداقل هر پانزده هزار نفر در هر منطقه تأسیس نمود اما ممکن است در برخی از مناطق، همان‌گونه که قبلاً گفته شد، به لحاظ میزان معاملات و تنظیم قراردادها و اسناد تأسیس دفاتر بیشتر ضروری باشد. البته این امر محتاج انجام آمارگیری و کارشناسی‌های مختلف علمی می‌باشد. در هر صورت پس از آنکه با انجام آمارگیری و کارشناسی‌های علمی و عملی ضرورت تأسیس دفاتر بیشتر در یک نقطه احراز شد و سازمان ثبت موضوع را تصویب نمود حداکثر می‌توان تا دو دفترخانه به دفاتر موجود در هر حوزه ثبتی با رعایت مقررات قانون دفاتر اسناد رسمی اضافه نمود. ذکر سه نکته را در این باره ضروری می‌داند.

۱ - افزایش تعداد دفاتر برخی از مناطق که امری استثنایی و برخلاف ضابطه قانونی جمعیتی می‌باشد تنها در صورتی میسر خواهد بود که ابتدا براساس مقررات ماده ۵ دفاتر لازم در هر منطقه تأسیس شود و سپس در صورتی که باز هم نیاز به تأسیس دفاتر بیشتری احساس شود می‌توان از مقررات تبصره ماده ۵ کمک گرفته و نسبت به تأسیس دفاتر بیشتر از حد نصاب قانونی اقدام نمود.

۲ - دومین نکته آن است که حداکثر تا دو دفترخانه می‌توان به تعداد دفاتر موجود

در هر حوزه اضافه نمود اما لازم نیست که حتماً دو دفترخانه به دفاتر موجود در هر محل اضافه نمود بلکه با انجام کارشناسی‌های لازم می‌توان تعیین نمود که چه تعداد دفترخانه در هر محل مورد نیاز است در نتیجه ممکن است تنها یک دفترخانه مورد نیاز باشد فلذا تنها یک دفترخانه اضافی تأسیس خواهد شد اما چنانچه کارشناسان نظر دهند که بیش از دو دفترخانه اضافی در نقطه‌ای باید تأسیس شود این امر با توجه به مفاد تبصره ماده ۵ ممکن و میسر نخواهد بود. زیرا تنها و حداکثر تأسیس دو دفترخانه اضافی در هر حوزه مجاز شناخته شده است و نمی‌توان برخلاف مفاد تبصره ماده پنج دفاتر بیشتری را تأسیس نمود.

۳- نکته آخر آن است که در تبصره مرقوم به حوزه ثبتی اشاره شده است. منظور از حوزه ثبتی با توجه به ماده ۱ قانون ثبت اسناد و املاک مصوب سال ۱۳۱۰ همان حوزه ابتدایی دادگستری است زیرا در ماده مرقوم مقرر شده است که در هر حوزه ابتدایی به اقتضاء اهمیت محل یک اداره یا دایره ثبت اسناد و املاک تأسیس می‌شود و اداره یا دایره ثبت ممکن است دارای شعبه‌هایی نیز باشد. بنابراین حوزه ثبتی همان حوزه رسیدگی ابتدایی قضایی می‌باشد و مطابق ماده ۱۰ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۱۸ رسیدگی نخستین (ابتدایی) به دعاوی مدنی راجع به دادگاه‌های شهرستان و دادگاه‌های بخش است جز در مواردی که قانون مرجع دیگری معین کرده باشد. با توجه به مفاد ماده ۱ در مناطقی که دادگاه بخش تشکیل شده باشد حوزه ابتدایی، حوزه همان دادگاه خواهد بود و در مناطقی که تنها دادگاه شهرستان تشکیل شده و دادگاه بخش وجود نداشته باشد، حوزه ابتدایی، حوزه دادگاه شهرستان خواهد بود. در نتیجه در مناطقی که دادگاه بخش وجود دارد حوزه ثبتی آن محل همان حوزه رسیدگی دادگاه بخش خواهد بود و در نقاطی که تنها دادگاه شهرستان وجود دارد حوزه ثبتی آن محل همان حوزه رسیدگی دادگاه شهرستان می‌باشد.

با این توضیحات معنای حوزه ثبتی مندرج در تبصره ماده ۵ روشن شده و معلوم می‌گردد که محدوده حوزه‌ای که دو دفترخانه می‌توان به تعداد دفاتر موجود در آن اضافه نمود تا کجا می‌باشد و چه مناطقی را شامل می‌شود. در نتیجه ابتدا باید براساس تقسیمات قضایی کشوری و با توجه به تشکیل دادگاه‌های بخش یا شهرستان در هر منطقه، حوزه‌های ثبتی را معین نمود و سپس با توجه به اعلام نیاز به تأسیس دفاتر اسناد رسمی جدید در هر حوزه با توجه به مفاد تبصره ماده ۵ قانون دفاتر اسناد رسمی نسبت به تأسیس دفاتر اضافی اقدام نمود.

## شیوه‌ای برای ایجاد ضمانت تضامنی در حقوق مدنی (بخش اول)

مرتضی محمدحسینی طرّقی<sup>۱</sup>

اشاره:

معمولاً اشخاص برای استفاده از امکانات و رفع نیازهای خود با بستن قراردادهایی با چهره مدنی، گاهی متعهد و گاهی متعهدله واقع می‌شوند. اما، در این اثناء، همواره برای متعهدله این نگرانی وجود دارد که چه شرایطی را در قرارداد پیش‌بینی کند تا اگر متعهد به تعهدات خود عمل نکرد یا به تنهایی قادر به پرداخت دین نبود، سهل و آسان بتواند مطالبات خود را علاوه بر مدیون اصلی، از دیگران هم مطالبه و به حیثه وصول درآورد؟

اگرچه عقد ضمان قالب مناسبی برای ایجاد چنین تعهدات و تضمیناتی به شمار می‌رود و متعهدله با این وسیله می‌تواند هنگام بستن قرارداد و ایجاد تعهد، راهکار پرفایده‌ای را برای نیل به اهداف خود برگزیند؛ ولی، در این راستا توجه داریم که برای تحقق امر مزبور، قانون مدنی (ضمان عقدی)، تنها ضمان نقل ذمه به ذمه را پیش‌بینی کرده است و این کافی و وافی به مقصود نیست. (هرچند راه را بر ضمان تضامنی هم نبسته است).

بنابراین، ناگزیر باید به قوانین و مقررات و تأسیسات حقوقی دیگر از جمله باب ضمانت مندرج در قانون تجارت و ماده ۱۰ قانون مدنی نیز مراجعه کنیم و در کنار ضمان نقل، از ضمان ضم، یعنی ضمان تضامنی هم بهره‌مند شویم. بدین ترتیب و از آنجا که ایجاد مسؤولیت تضامنی طریق مهمی است که قانونگذار برای رعایت

۱. کارشناس ارشد حقوق خصوصی.

حقوق اشخاص، رفع برخی از مشکلات مردم و تضمین انجام تعهد و جبران خسارت اندیشیده است، ابزاری که با تشریفات مختصر، می‌تواند امنیت فراوانی را در روابط حقوقی و مالی طرفین پیمان، بویژه متعهدله ایجاد کند، مناسب دیدیم، شیوه‌ای را برای ایجاد ضمانت تضامنی در حقوق مدنی ارائه دهیم که کمتر موارد توجه قرار گرفته است.

برای بحث پیرامون این نوشتار و اهداف موردنظر، موضوع را در چهار فصل بررسی می‌کنیم که به ترتیب عبارت خواهد بود از:

فصل نخست - مفاهیم و کلیات عقد ضمان، فصل دوم - ضمان در فقه، ماهیت و ویژگیهای آن، فصل سوم - شرایط اطرافیان عقد ضمان و مضمون عنه و سرانجام در فصل چهارم - آثار ضمان و زوال آن.

واژگان کلیدی: ضمان، ضمانت، نقل ذمه، ضم ذمه، تضامنی، ضامن، مضمون‌له، مضمون عنه، دین، تعهد.

#### مقدمه

اشخاص با داشتن استعدادها و سرمایه‌های فراوان، نیازهای گوناگونی هم دارند. بنابراین، برای بهره‌برداری از امکانات و رفع احتیاجات خود، اقدام به بستن قرارداد و یا سپردن تعهداتی می‌کنند که در این راستا برخی مواقع متعهد، گاهی متعهدله و پاره‌ای موارد، از بعضی لحاظ متعهد و از برخی جهات متعهدله واقع می‌شوند. اما، همواره این نگرانی و آینده‌نگری بویژه برای متعهدله وجود دارد که اگر تعهدکننده به تعهدات خویش عمل نکرد و به تنهایی توانایی جبران هزینه‌ها و خسارات وارد شده به وی را هم نداشت، چه باید کرد؟ از یک سو، سرمایه‌گذاری متعهدله برای او به نتیجه مطلوب نرسیده است و از طرف دیگر، متعهد به طور معمول لااقل در کوتاه مدت، توانایی جبران هزینه‌ها و خسارات وارد شده به متعهدله را ندارد. بدین ترتیب، متعهدله ناگزیر است، از ابتدا و هنگام انعقاد قرارداد و ایجاد تعهد، راهکارهای مناسب را برای این امر مهم پیش‌بینی کند و در این راه، نه تنها شیوه سهل و آسانی را برگزیند تا بتواند برای نمونه، اگر وامی پرداخت می‌کند، در عین حال که گیرنده، با تحمل هزینه‌ها، تشریفات و مشکلات کمتر، به دریافت آن مبادرت می‌کند، وام‌دهنده نیز از بازپرداخت آن در مواقع مقرر، مطمئن شود و یا چنانچه وزارتخانه، سازمان و یا

دستگاهی درصدد است دانشجویان متعهد، مستعد و نخبه را راتبه گیری کند، اخذ تعهد سنگین یا وثیقه، مانع جذب این قبیل دانشجویان نشود. با وجود این، قالب حقوقی قرارداد یا تعهدنامه را به گونه‌ای تهیه کند که متعهدله عندالاقضاء از طریق اجرای ثبت یا مراجع قضایی، بتواند سریع و آسان، هزینه‌ها و خسارات خود را مطالبه و وصول کند. وانگهی، با صنعتی شدن جامعه، توسعه علم و فناوری و پیچیدگی روابط اجتماعی و اقتصادی، علم حقوق نیز باید گسترش یابد و تحقق این امر مهم ممکن است. زیرا، منابع فقهی و حقوقی ما آن قدر قابل توسعه و پویا و در عین حال دقیق است که همواره به پرسشهای متنوع و نیازهای جامعه، در طول تاریخ پاسخ گفته است. البته توجه داریم که در اینجا به طور خاص، بحث ما از عقد ضمان نیست که نوعی عقد معین است و در فقه سابقه‌ای طولانی دارد و در قانون مدنی ما هم پیش‌بینی شده است. بلکه، به نحو ویژه منظور و هدف از این نوشتار، انتخاب شیوه‌ای برای ایجاد ضمان تضامنی است که در قانون مدنی کشورمان، کمتر مورد اشاره و بحث و توجه قرار گرفته است، ولی در قانون تجارت به نحوی به آن پرداخته شده است. در هر حال، اگرچه نظریه نقل ذمه به ذمه، از توجیحات کافی برخوردار است. اما این قسم ضمان، راه را بر ضمانت تضامنی نبسته است و جامعه امروز ما می‌تواند، در کنار ضمان نقل ذمه به ذمه، ضمان ضم ذمه به ذمه را نیز داشته باشد. هرچند علت اصلی ورود خدشه به مسؤولیت تضامنی، از تاریخ و پیشینه نظام حقوقی ما نشأت می‌گیرد و نظام فقهی ما به دلایل گوناگون، وجود مدیونهای متعدد را برای یک دین، به صراحت نپذیرفته است و مطابق عقیده رایج در فقه امامیه که قانون مدنی را هم تحت تأثیر خود قرار داده است، بر اثر عقد ضمان، نقل ذمه به ذمه صورت می‌گیرد (و نه ضم ذمه به ذمه). مع ذلک، در حقوق فعلی کشور، ما اعتقاد داریم که با کمک مواد ۴۰۲ و ۴۰۳ قانون تجارت و ماده ۱۰ قانون مدنی، امکان ایجاد مسؤولیت تضامنی، دشوار نخواهد بود.

اگر در ضمان نقل ذمه به ذمه قانون مدنی، که موجب می‌شود ذمه مدیون به ذمه



ضامن منتقل گردد، عقد ضمان با هدف مساعدت به بدهکار و همبستگی اجتماعی ایجاد می‌شود. اما، معمولاً این ضمانت، صرفاً به قصد تبرع، ایثار و فداکاری نیست و ضامن حق رجوع به مضمون عنه را دارد و هرگاه ضامن دین را پرداخت، می‌تواند به مضمون عنه مراجعه کند و دینی را که پرداخت کرده است با رعایت قانون مزبور، از او مطالبه کند. ولی در ضمان تضامنی، ضمانت به منظور آرامش خیال طلبکار هم صورت می‌گیرد، به طوری که اگر متعهد اصلی به تعهدات خود عمل نکند، بانکها و مؤسسات بستانکار و اشخاص می‌توانند در صورت اقتضاء، طلب خود را به جای یک نفر (متعهد اصلی)، از دو یا چند نفر (ضامن یا ضامنان) که دارای ملات کافی هستند نیز مطالبه و وصول کند.

از آنجا که ایجاد مسؤلیت تضامنی، ابزار مهمی است که قانونگذاران در نظامهای حقوقی برای تضمین انجام تعهد یا جبران هزینه‌ها و خسارات اندیشیده‌اند، وسیله‌ای که با تشریفات مختصر، امنیت فراوانی را در روابط حقوقی و مالی طرفین بویژه برای بستانکار و متعهدله ایجاد می‌کند. بدین ترتیب، مهم است بدانیم که آیا به راستی دیدگاه فقهی و قانون مدنی، راه را بر روی استفاده از این ابزار بسته است؟ آیا با یک عبارت کوتاه که بگوییم به وسیله ماده ۱۰ قانون مدنی ایجاد ضمانت تضامنی میسر است، بحث ضمانت تضامنی در حقوق ما، حل شده تلقی می‌شود؟ آیا نظر مشهور فقها راجع به ضمان نقل ذمه به ذمه، که به قانون مدنی راه یافته است، از قواعد آمره است؟ آیا اگر مواد ۴۰۲ لغایت ۴۰۴ قانون تجارت، مبنای به وجود آوردن ضمانت تضامنی است؟ شیوه ایجاد ضمانت تضامنی در حقوق مدنی کدام است؟ و پرسشهای فراوان دیگری که در ذهن نگارنده وجود دارد، موجب شد تا، پیرامون موضوع نوشتار حاضر بررسی و بحث کند و برای سؤالات مطرح شده، پاسخی قانع کننده بیابد. بنابراین، برای رسیدن به نتیجه مطلوب، نوشته حاضر را به چهار فصل تقسیم کردیم: فصل نخست را به مفاهیم و کلیات عقد ضمان و بحث اصلی، اختصاص دادیم. زیرا، ضمان تضامنی، نوعی عقد ضمان است و شناخت مفهوم ضمان، اشاره به نظریات

فقه‌های امامیه و اهل سنت راجع به مفهوم ضمان، منابع و شیوه ایجاد ضمان تضامنی، از موارد ضروری و اصلی این بحث تلقی می‌شود. در فصل دوم، به ضمان در فقه، ماهیت و ویژگیهای عقد ضمان خواهیم پرداخت و در فصل بعدی، که بحث اصلی این نوشتار به شمار نمی‌رود، وضعیت و شرایط ضامن، مضمون له و مضمون عنه یعنی، شرایط اطرافیان این تأسیس حقوقی را مورد بحث و بررسی قرار می‌دهیم و سرانجام در فصل آخر، به آثار ضمان و زوال آن می‌پردازیم.

## فصل نخست - مفاهیم و کلیات عقد ضمان

### بخش نخست - مفهوم

#### مبحث نخست - مفهوم لغوی

«ضمان» واژه‌ای عربی و مصدر است به معنای: قبول کردن، پذیرفتن، برعهده گرفتن وام دیگری<sup>۱</sup> و یا «الضمان» یعنی: ضمانت کردن، ضمانت، کفالت، تعهد، قبول مسؤلیت.<sup>۲</sup>

ضمان و مشتقات آن در فقه و حقوق، نه تنها در موارد گوناگونی استعمال شده است. بلکه، اختلاف و ریشه لغوی این کلمه، تا حدودی موجب شده است، به آثار این عقد هم سرایت کند. یعنی، اگر لغت ضمان را به دلیل وجود حرف «ن» در مشتقات آن، به طوری که فقهای شیعه گفته‌اند، مشتق از ماده «ضمن» و حرف «ن» را جزء حروف اصلی این کلمه بدانیم، نه «ضم» که حرف «ن» در آن زائد و مفید ضم ذمه<sup>۳</sup> به ذمه می‌شود، به یک معنا و مفهوم و نتیجه‌ای می‌رسیم. ولی، اگر این واژه را از «ضم» بدانیم و «ن» آخر «ضمن» را زائد تلقی کنیم، به نحوی که فقیهان اهل سنت قائل به آن هستند، معنای لغوی ضمان، «ضم» به مفهوم پیوستن خواهد بود و حاصل آنکه، مفهوم دیگری از ضمان، یعنی ضم ذمه به ذمه حاصل می‌شود. بدین ترتیب،

۱. فرهنگ عمید (سه جلدی)، چ اول، ۱۳۶۳، انتشارات امیرکبیر، جلد دوم، صص ۱۶۵۱، ۱۶۵۰.

۲. منجد الطلاب، ذیل واژه.

۳. ذمه: حقی که شخصی به عهده دیگری دارد - جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، چ دوم، (چاپ اول)، گنج دانش، پاییز ۱۳۶۷، ص ۳۲۳.

بررسی مفهوم لغوی ضمان این فایده را خواهد داشت که اگر واژه ضمان را از «ضمن» بدانیم و مفهوم ضمان را آن گونه که در فقه امامیه از آن پیروی شده است، در نظر بگیریم، در اثر ضمان و به پیروی از قصد مشترک طرفین عقد، ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به مضمون له مشغول می‌گردد. به بیان دیگر، در اینجا نقل ذمه به ذمه صورت می‌گیرد و بدهکار اصلی نسبت به دیونی که به بستانکار داشته است، بری الذمه خواهد شد و رابطه حقوقی بین بستانکار و ضامن برقرار می‌شود. برعکس، اگر آن گونه که گفته شد، معنای ضم را پیوستن و ضمیمه شدن بدانیم، ضم ذمه به ذمه مفهوم پیدا می‌کند. یعنی، ذمه ضامن به ذمه بدهکار اصلی ضمیمه و اضافه می‌شود. وانگهی، طلبکار می‌تواند، برای دریافت مطالبات خود، به هر کدام از ضامن یا بدهکار اصلی و یا هر دو مراجعه کند و تمام طلب خود را از آنان دریافت کند. زیرا، هر یک از آنها در عرض دیگری و در مقابل کل طلب، مدیون و مسؤول است.

#### مبحث دوم - مفهوم اصطلاحی

ضمان به معنای عام، شامل تعهد به مال، حواله و کفالت است. اما، به معنای خاص، ضمان، مفهوم عقد ضمان را دارد. بنابراین، هرگاه به طور مطلق از ضمان سخن گفته شود، مراد عقد ضمان است که فعلاً موضوع بحث ما است. ولی، مفهوم ضمان برای حواله و کفالت، نیاز به قرینه خواهد داشت.

راجع به تعریف ضمان در کلام فقها، در مبحث بعدی به طور مشروح بحث خواهیم کرد. بنابراین، برای یادآوری مفهوم اصطلاحی این پیمان، مناسب است به قانون مدنی مراجعه و تعریف این قانون را از ضمان بیان کنیم. قسمت نخست ماده ۶۸۴ قانون مدنی، در این خصوص می‌گوید: عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد.<sup>۱</sup> بدین ترتیب، می‌بینیم، از این ماده بروشنی استنباط نمی‌شود که قانون مدنی، کدام یک از نقل ذمه به ذمه، یا

۱. ادامه این ماده مقرر می‌کند: متعهد را ضامن، طرف دیگر را مضمون له، و شخص ثالث را مضمون عنه یا مدیون اصلی می‌گویند.

ضمم ذمه به ذمه را پذیرفته است؟ مع ذلك، ماده ۶۹۸ این قانون، هرگونه ابهام و تردیدی را برطرف ساخته است و نویسندگان قانون مدنی مقرر می‌دارند: بعد از اینکه ضمان به طور صحیح واقع شد، ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به مضمون له مشغول می‌شود. یعنی قانون مدنی، نقل ذمه به ذمه را که نظر مشهور فقیهان امامیه می‌باشد، برگزیده است. با این حال برخی نوشته‌اند: در حقوق اسلام، نصی که تعریف کلی از عقد ضمان کرده و راجع به نقل ذمه و یا ضم ذمه به عنوان یک عنصر کلی عقد ضمان بحث کرده باشد، دیده نمی‌شود، مسائلی اتفاق افتاده است و در خصوص هر مسأله‌ای آیه‌ای یا حدیثی از آن مسأله بازگویی کرده است و این مأخذ، دلالت قاطع بر اینکه نقل ذمه به ذمه از عناصر هرگونه عقد ضمان است ندارد، بلکه اجمالاً عقد ضمان را به همان وضع که در عرف و عادت وجود دارد تأیید می‌کند تا جایی که نظریه امضایی بودن عقود و معاملات در این مورد هم می‌تواند به کرسی بنشیند. طرفداران نظریه مذکور در مورد عقد ضمان، بدون داشتن دلیلی قاطع، این عقد را از امور تأسیسی تلقی می‌کنند و مطالعه عرف را لازم نمی‌دانند و حال اینکه احتمال تأسیس، در مورد عنصری از عناصر عقد ضمان از شیوه شارع بسیار بعید است. طرفداران ضم ذمه به ذمه توجه به همین عرف و عادت کرده و گفته‌اند: چیزی که بستانکار را به عقد ضمان وادار می‌کند این است که دامنه حق مطالبه خود را توسعه بدهد و به جای اینکه از یک نفر حق مطالبه داشته باشد از دو نفر حق مطالبه داشته باشد و این منظور که غالباً در عقد ضمان مورد علاقه و عنایت است جز به تضامن حاصل نمی‌شود.<sup>۱</sup>

مبحث سوم - مفهوم فقهی

گفتار نخست - فقه امامیه

آشنایی با مفهوم فقهی عقد ضمان، از آن لحاظ اهمیت دارد که قانون مدنی

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *حقوق مدنی، رهن و صلح*، چ دوم، (چاپ اول گنج دانش)،

خرداد ۱۳۷۰، صص ۲۰۲، ۲۰۱.

کشورمان از دیدگاه فقهای امامیه تأثیر پذیرفته است. پس بررسی و تحقیق راجع به این نهاد حقوقی، بدون در نظر گرفتن عقاید فقیهان شیعه، امری شایسته و پسندیده نخواهد بود.

در مبحث نخست اشاره کردیم که فقهای امامیه برخلاف اهل سنت، لغت ضمان را به دلیل وجود حرف نون در تمام اشتقاقهای آن، مشتق از ماده «ضم» دانسته‌اند، نه «ضمن» تا مفید انضمام ذمه باشد، این نظریه، ظاهراً از لحاظ علم لغت هم صحیح‌تر است. با وجود این، توجه داریم که هرگاه بین معنای لغوی و مفهوم عرفی فاصله ایجاد شود و اختلاف پیش آید، معنای عرفی مرجح و حجت است.

از جهت دلیل نقلی، می‌توان گفت مجموع روایاتی که در مورد ضمان دیده می‌شود، نصوص یا ظواهر آنها حکایت از نقل ذمه دارد (که در جای خود به برخی از آنها اشاره می‌کنیم). این احادیث عمده‌ناظر به ضمان از میت و مفید برائت ذمه مضمون عنه، پس از انعقاد عقد ضمان است.

فقهای ما معمولاً در حالی که ضمان را به معنای تعهد و برای التزام می‌آورند.<sup>۱</sup> راجع به آثار آن بحث می‌کنند و اعتقاد دارند که با تحقق ضمان، ذمه از عهده مضمون عنه به ذمه ضامن انتقال می‌یابد.<sup>۲</sup> بدین ترتیب، مفهوم و اثر ضمان که در فقه شیعه مطرح شده، انتقال دین است و براساس آن بدهی از دیدگاه حقوقی، از عهده مضمون عنه برداشته شده و برعهده ضامن قرار می‌گیرد. یعنی رابطه حقوقی که بین بدهکار و بستانکار (قبلاً) وجود داشته است، با وقوع ضمان از میان می‌رود و همان هنگام، این رابطه بین ضامن و بستانکار برقرار می‌کند. به بیان دیگر، طلبکار نمی‌تواند برای مطالبه و وصول مطالبات خود به مدیون اصلی مراجعه شود.

۱. ر.ک: (الشهید الثانی) زین الدین الجبعی العاملی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، ناشر: مرکز النشر، مکتب الاعلام الاسلامیه، چ هشتم، تابستان ۱۳۷۳، ص ۳۹۲، المحقق الحلّی، *سرائح الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، الناشر: انتشارات استقلال، الطبعة الثالثة، ۱۹۸۳ م ۱۴۰۳ هـ، ج ۲ - ۱، ص ۳۵۵.

۲. الشهید الثانی، همان، ص ۳۶۳، «محقق» حلّی، همان، ص ۳۵۶.

## گفتار دوم - فقه اهل سنت

فقیهان عامه معمولاً اعتقاد دارند که حرف نون در واژه ضمان، زائد و این کلمه مشتق از ضم است.<sup>۱</sup> به معنای ضمیمه کردن، به هم پیوستن و در کنار یکدیگر قرار گرفتن دو ذمه است. با این مفهوم، ضمان عقدی افاده اشتراک دو ذمه نسبت به یک دین می‌کند و موجب خواهد شد متعهدان پرداخت طلب بستانکار، در آن واحد، در عرض یکدیگر قرار گیرند. یعنی، اگرچه فرقه‌های مختلف اهل سنت، تعریفهای گوناگونی از عقد ضمان کرده‌اند.<sup>۲</sup> اما، از تعاریف آنان مستفاد می‌شود که آنها غالباً ضمانت تضامنی عرفی را پذیرفته‌اند. با این حال، گفته شده است: امام مالک بر آن است که طلبکار نمی‌تواند طلب خود را از ضامن بخواهد، مگر در صورتی که مطالبه از مضمون عنه در اثر غائب بودن او یا افلاس یا انکارش متعذر شود. امام شافعی و دیگر فقهای عامه می‌گویند طلبکار می‌تواند از هر یک از ضامن و مضمون عنه که بخواهد طلب خود را مطالبه کند.<sup>۳</sup> و اگر چنان باشد (قول امام مالک)، اشتغال ذمه‌های متعدد محل تأمل خواهد بود. زیرا، طلبکار نمی‌تواند همزمان به ضامن و مدیون اصلی مراجعه کند. یعنی ابتدا برای مطالبه و وصول طلب خود به مدیون اصلی و واقعی رجوع می‌کند و در صورت عدم امکان وصول از او، حق را از ضامن که مدیون احتمالی است، مطالبه خواهد کرد. مانند موردی که (توافقاً) ماده ۴۰۲ قانون تجارت پیش‌بینی نموده است.

بدین ترتیب، پیروان نظریه ضمانت تضامنی در فقه عامه به دو دسته تقسیم می‌شوند: برخی از آنان معتقدند که پس از بسته شدن پیمان ضمان، بستانکار نخست

۱. عبدالله بن احمد بن قدامه، *المعنی و الشرح الکبیر، الجزء الخامس*، دارالکتب العلمیه، بیروت، لبنان، ص ۷۰.

۲. ر.ک: حاج سیدمحمد شیخ الاسلام (کردستان)، *راهنمای مذهب شافعی*، چ پنجم، ج اول، انتشارات دانشگاه تهران، اردیبهشت ۱۳۷۴، صص ۱۴۷، ۱۴۸.

۳. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، چ چهارم، ۱۳۶۶ شمسی، ناشر: کتابفروشی اسلامیة، ج ۲، ص ۲۵۲.

به بدهکار اصلی مراجعه می‌کند. ولی، اگر به علت غیبت، افلاس یا انکار مدیون، وصول طلب ممکن نشد، طلبکار حق رجوع به ضامن را خواهد داشت. به بیان دیگر، تعهد ضامن جنبه فرعی دارد. پس ابتدا باید دین از مضمون عنه مطالبه شود و اگر بستانکار از این شیوه نتوانست به مقصود خود که دریافت طلب است نایل شود. آنگاه می‌تواند به ضامن مراجعه کند. یعنی، ضامن و مدیون اصلی در طول یکدیگر قرار دارند. اما، اکثر فقهای اهل سنت معتقدند که با وقوع عقد ضمان، ضمانت تضامنی عرضی ایجاد می‌شود. یعنی، ذمه مضمون عنه بری نمی‌شود و ضامن یا ضامنان نیز مدیونان جدید تلقی می‌شوند و به مدیون اصلی ضمیمه و اضافه می‌شوند. به بیان دیگر، این پیمان به منظور ایجاد تضمین و کمک به بستانکار بسته می‌شود. وانگهی، طلبکار می‌تواند برای وصول مطالبات خود به مدیون اصلی و ضامن یا ضامنان مراجعه و طلب خویش را از همه آنان مطالبه و وصول کند.<sup>۱</sup>

#### بخش دوم - کلیات

##### مبحث نخست - منابع فقهی ضمان

##### گفتار نخست - قرآن مجید

قبل از بیان آیاتی از کلام الله مجید به عنوان نخستین و مهم‌ترین منبع چهارگانه فقه اسلامی، ذکر این نکته را ضروری می‌دانیم که قصد ما از آوردن و یادآوری این آیات، آن نیست که معتقد باشیم در فقه و حقوق ما، عقود حصری هستند و پیمانها و قراردادهای درست، منحصر به عقود متداول در زمان شارع مقدس است. بلکه، به یاری این آیات و احادیث که در گفتار بعد به آنها اشاره خواهیم کرد، تلاش می‌کنیم با نظر شارع مقدس در مورد ضمان آشنا شویم. بنابراین، ابتدا با توجه به اطلاقات و عمومات قرآن کریم در آیه شریفه: «یا ایها الذین امنوا اوفوا بالعقود...»<sup>۲</sup> که خداوند می‌فرماید: ای کسانی که ایمان آورده‌اید به عقدها و قراردادهایتان وفا کنید، استنباط

۱. ر.ک: عبدالله بن احمد بن قدامه - همان.

۲. قسمت نخست آیه اول سوره ۵ (مائده) و نیز آیه ۳۴ سوره اسرا (... و اوفوا بالعهد ان العهد کان مسؤولا).

می‌کنیم که وفا کردن، عمل کردن و ترتیب اثر دادن به قرارداد (اگر مخالفتی با احکام شرعی نداشته باشد). دلیل صحت آن و واجب خواهد بود. بدین ترتیب، بستن و ایجاد ضمان نیز اگر مخالف مقررات شرعی نباشد، درست و براساس عام بودن «العقود» در این آیه و عام استغراقی آن، لازم الوفاء است.

آیه دیگری که می‌توانیم آن را به نحوی به ضمان و نظر شارع نسبت به آن، مربوط بدانیم، آیه ۷۲ سوره ۱۲ (یوسف) است. با این توضیح: هنگامی که توسط حضرت یوسف (ع) پیمانه (گران قیمت) در داخل بار برادرش بنیامین قرار داده می‌شود و وانمود می‌کنند که پیمانه به سرقت رفته است، خداوند از قول یکی از مأموران دربار آن حضرت (ع) می‌فرماید: «قالوا نفقد صواع الملك و لمن جاء به حمل بعير و انابه زعيم» یعنی: گفتند پیمانه و جام مخصوص پادشاه را گم کرده‌ایم و برای هرکس آن را بیاورد، یک بار شتر (جایزه) است و من این را ضمانت می‌کنم. البته برخی برای صحت از دینی که سبب آن ایجاد نشده است هم از این آیه استفاده کرده‌اند.<sup>۱</sup> که ما هم عندالاقضاء در جای خود در مورد آن بحث خواهیم کرد، بدین ترتیب، به احادیث به عنوان دومین ادله اربعه می‌رسیم و از میان روایات موجود، به ذکر دو حدیث اکتفاء می‌کنیم و این بحث را خاتمه می‌دهیم.

#### گفتار دوم - احادیث

روایت نخست از ابوسعید خدری است که نه تنها در باب ضمان بیان شده است. بلکه، حائز نکات دیگری هم خواهد بود. مانند اینکه، بدون حضور طلبکار از دین متوفی ضمانت شده است، یا مدلول این حدیث در واقع تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون بوده است و طبق آن، انتقال ذمه صورت گرفته است، و اینکه متن روایت: محمد بن الحسن فی (الخلاف) عن ابی سعید الخدری قال: کنا مع رسول الله (ص) فی جنازه، فلما وضعت قال: هل علی صاحبکم من دین؟ قالوا: نعم درهمان، فقال: صلّو علی صاحبکم، فقال علی (ع): هما علیّ یا رسول الله و أنا لهما ضامن، فقام رسول الله

۱. ر.ک: امامی، سیدحسن، همان، ص ۲۶۱.



(ص) فصلی علیه، ثم أُقبل علی علی فقال: جزاک الله عن الاسلام خیرا، و فک رهانک کما فکک رهان اخیک.<sup>۱</sup> (محمد بن حسن (طوسی) در کتاب خلاف از ابوسعید خدری نقل می‌کند که گفت: با پیامبر خدا (ص) در برابر جنازه‌ای بودیم، آن حضرت فرمودند: آیا متوفی بدهی دارد، گفتند آری، دو درهم مدیون است. حضرت فرمودند: خودتان بر آن نماز بخوانید. حضرت علی (ع) فرمودند: یا رسول خدا (ص) آن دو درهم برعهده من و من برای آن دو درهم ضامن هستم. سپس رسول خدا (ص) بلند شدند و بر آن جنازه نماز گزاردند. آنگاه رو به حضرت علی (ع) کرد و فرمودند: خداوند تو را جزای خیر بدهد و ذمه‌ات را رها کند، همان گونه که تو ذمه برادرت را آزاد نمودی.

روایت بعدی از جابر بن عبدالله است که می‌گوید: ان النبی (ص) کان لایصلی علی رجل علیه دین فأتی بجنازه فقال: هل علی صاحبکم دین؟ فقالوا: نعم دیناران، فقال: صلوا علی صاحبکم، فقال أبو قتاده: هما علیّ یا رسول الله، قال: فصلی علیه فلما فتح الله علی رسوله قال: أنا أولى بالمؤمنین من انفسهم، فمن ترک ما لا فلورثته، و من ترک دینا فعلی<sup>۲</sup> (رسول خدا (ص) هیچ‌گاه بر میت بدهکار نماز نمی‌خواندند، هنگامی که جنازه‌ای را نزد ایشان آوردند، آن حضرت فرمودند: آیا دوست شما بدهی دارد؟ جواب دادند: آری دو دینار بدهکار است. حضرت فرمودند خودتان نماز بگذارید. ابوقتاده گفت: من ضامن می‌شوم، آنگاه حضرت نماز گزاردند. پیامبر (ص) فرمودند: من بر مؤمنان از خودشان سزاوارترم، اگر میت مالی را به جا گذارد متعلق به ورثه او است و اگر دینی بر جای گذارد، برعهده من است.

فقهای ما از اجماع و عقل نیز برای ضمان و اثبات انتقال بدهی از عهده بدهکار

۱. المحدث المتبحر الامام المحقق العلاء الشیخ محمد بن الحسن الحر العاملی، *وسائل الشیعه*، الجزء الثالث من المجلد السادس، دار احیاء التراث العربی، بیروت، لبنان (حدیث ۲)، ص ۱۵۱، شیخ طوسی، *الخلاف فی الفقه*، المجلد الاول، کتاب ضمان، ج ۱، صص ۶۳۹، ۶۳۸.  
 ۲. الحر العاملی، *وسائل الشیعه*، همان، حدیث ۳ و نیز ر.ک: شیخ طوسی، همان، ص ۶۳۸.

اصلی به عهده ضامن (نقل ذمه به ذمه)، به عنوان دو دلیل دیگر اسم برده‌اند که برای رعایت اختصار از پرداختن به این دلایل اجتناب می‌کنیم.<sup>۱</sup> و به منابع حقوقی ضمان و مبحث اصلی این نوشتار که ارائه شیوه‌ای برای ایجاد ضمان تضامنی در حقوق مدنی یا قرارداد خصوصی تضامنی است، می‌پردازیم.

### مبحث دوم - منابع حقوقی ضمان و قرارداد خصوصی تضامنی

#### گفتار نخست - منابع حقوقی ضمان در قانون مدنی

##### الف - ضمان عقدی

فصل چهاردهم باب سوم از کتاب دوم قانون مدنی، یعنی مواد ۶۸۴ لغایت ۷۲۳ این قانون، به ضمان عقدی اختصاص یافته است و برابر این مواد و به پیروی از فقه امامیه، در اثر ضمان و قصد طرفین، ذمه از عهده مدیون اصلی برداشته می‌شود و به عهده ضامن قرار می‌گیرد.

از ضمان، تقسیم‌بندیهای گوناگونی می‌توان کرد، مانند: ضمان قهری، یعنی تعهداتی که ناخواسته و به حکم قانون به کسی تحمیل می‌شود و در آینده به آن اشاره خواهیم کرد، و ضمان عقدی که بحث حاضر راجع به آن خواهد بود و با تحقق این پیمان، ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به مضمون له مشغول می‌شود. یعنی انتقال ذمه صورت می‌گیرد؛ و دیگر، قرارداد خصوصی تضامنی که می‌توان آن را نوعی ضمان عقدی تلقی کرد. مع‌ذلک، به موجب آن، ضمان ضم ذمه به ذمه، تحقق پیدا می‌کند. بدین معنا که مضمون له برای وصول طلب خود، حق مراجعه هم به ضامن و هم به مضمون عنه را (در عرض یکدیگر) خواهد داشت.

در قانون مدنی، مانند دیدگاه فقهی، عقد ضمان را از یک لحاظ به دو معنا استعمال کرده‌اند. در یک مفهوم عقد ضمان در معنای خاص آن استعمال شده است که به نحوی بحث مورد نظر ما را هم شامل می‌شود و قسم دیگر که عقد ضمان به

۱. برای ملاحظه این منابع ر.ک: موسوی بجنوردی، آیت‌الله سیدمحمد، *مجموعه مقالات فقهی، حقوقی، فلسفی و اجتماعی*، مؤسسه چاپ و نشر عروج (پژوهشکده امام خمینی (ره) و انقلاب اسلامی)، چ اول، ۱۳۸۰، ص ۱۵۹ به بعد.

مفهوم عام آن به کار رفته است، شامل حواله و کفالت هم خواهد شد. بدین ترتیب، در قانون یاد شده اگر ضمان به طور مطلق و بدون قرینه به کار رود، منظور عقد ضمان خواهد بود و در غیر این صورت و برای مصادیق دیگر عقد ضمان، یعنی پیمانهای حواله و کفالت، ناگزیر باید از قرینه استفاده کرد. در نتیجه ضروری است بیان کنیم که موضوع اصلی نوشتار ما اگرچه به عقد ضمان با مفهومی که در قانون مدنی آمده است (و ماده ۶۸۴ این قانون)، نزدیک می‌شود. اما، ناظر به این عقد هم نیست. زیرا، در ضمانت مندرج در قانون مدنی از نظر مشهور و معمول فقیهان ما پیروی شده است و انتقال ذمه، مورد نظر قانونگذار بوده است. در حالی که ما می‌خواهیم به نحوی از ضمانت ضم ذمه به ذمه سخن بگوییم که با اطلاق عقد ضمان در قانون مدنی مغایر است. بدین ترتیب، این بحث را به طور مختصر ادامه می‌دهیم، هرچند در مباحث آینده، به بسیاری از مواد قانون مدنی راجع به ضمانت عقدی هم می‌پردازیم و آنها را مورد تجزیه و تحلیل قرار خواهیم داد.

نخستین ماده ضمانت عقدی یعنی ماده ۶۸۴ قانون مدنی، در تعریف عقد ضمان می‌گوید: عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد. متعهد را ضامن، طرف دیگر را مضمون له و شخص ثالث را مضمون عنه یا مدیون اصلی می‌گویند، و ماده ۶۸۵ همین قانون مقرر می‌کند: در ضمان رضای مدیون اصلی شرط نیست، و در مواد بعدی، برخی از شرایط و احکام این عقد بیان می‌شود تا اینکه نوبت به ماده جنجالی ۶۹۸ قانون مدنی می‌رسد. این ماده تحت تأثیر فقه امامیه، با صراحت، مبنای عقد ضمان را در قانون مدنی، بیان می‌کند و مواد پس از آن نیز هماهنگ با این ماده وضع می‌شود. هرچند مواد ۶۹۹ و ۷۲۳ این قانون نشان می‌دهد که نویسندگان قانون مدنی از ضمانت تضامنی هم غافل نبوده‌اند و تلاش کرده‌اند تا در چارچوب فقهی خود، بتوانند به نحوی به این ضمانت هم دسترسی پیدا نمایند. ماده ۶۹۸ صراحت دارد: بعد از اینکه ضمانت به طور صحیح واقع شد، ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به مضمون له مشغول می‌شود. منشاء عمده این ماده آن

است که فقیهان امامیه، به اثر انتقالی عقد ضمان تأکید خاص و فراوانی دارند و تا حدودی ضم ذمه به ذمه را منع نموده‌اند که بحث بیشتر راجع به آن را به فصل بعدی موکول می‌کنیم.

با توجه به مطالب پیش گفته، در حقوق ایران، اصل بر نقل ذمه به ذمه است و مسئولیت تضامنی، برخلاف این اصل و مبنا است و باید آن را به قدر متیقن و در شرایط استثنایی پذیرفت. بنابراین، به جز در بعضی از مواد قانونی مدنی (مانند باب غصب) که به مسئولیت تضامنی اشاره شده است، در بقیه موارد معمولاً اصل بر مسئولیت فردی و شخصی و انتقال ضمان خواهد بود. گرچه در قانون تجارت و خصوصاً اسناد تجاری، مسئولیت تضامنی پذیرفته شده است. اما، تحقق این مسئولیت هم موکول به شرایط و قیود ویژه‌ای است که اگر رعایت نشود، ضمانت تضامنی از میان خواهد رفت یا به وجود نخواهد آمد.

لازم به ذکر است، این گونه پیمان که حاصل آن نقل ذمه به ذمه است و نه ضم ذمه به ذمه، منحصر به قانون ما نیست. بلکه برخی از نظامهای حقوقی کشورهای دیگر نیز آن را پذیرفته‌اند، به طوری که گفته شده است: عقد ضمان که به موجب آن نقل ذمه می‌شود فوق‌العاده شبیه بلکه عین همان عقدی است که در قانون مدنی آلمان علاوه بر عقد ضمان معمولاً به اروپا و در عرض آن عقد قبول و ایجاد کرده است، و این عقد را قبول دین می‌گویند، چه مطابق آن شخص ثالثی تأدیه دینی را که به ذمه دیگری است قبول می‌کند و ذمه مدیون اصلی بری می‌شود.<sup>۱</sup>

#### ب - ضمان قهری

مواد ۳۰۱ لغایت ۳۳۷ قانون مدنی به نوعی از مسئولیت مدنی، یعنی از الزاماتی که بدون قرارداد حاصل می‌شود، سخن می‌گویند و ماده ۳۰۷ آن، اموری که موجب ضمان قهری یعنی غصب و آنچه در حکم غصب است، اتلاف، تسبیب و استیفاء را

۱. عدل، مصطفی، (منصور السلطنه)، *حقوق مدنی*، مؤسسه انتشارات امیرکبیر، چ هشتم، ۱۳۵۴، ص ۴۳۲.

احصاء می‌کند. بدین ترتیب، می‌بینیم قانون مدنی الزامات خارج از قرارداد را که موجب یکی از اسباب ضمان می‌شود، ضمان قهری نامیده است.

معمولاً جبران خسارتی که فرد (و برخی از نزدیکان وی) من غیر حق به دیگری وارد می‌کند یا سبب ورود آن می‌شود، به عهده او است. اما، اموری که شرعاً و قانوناً جایز است، ضمان آور نخواهد بود.

در قسم دیگر مسئولیت مدنی، یعنی قراردادی، در نتیجه پیمان یا تخلف و یا عدم انجام تعهدات خصوصی که از عقد ناشی شده است، ضمان و تعهداتی برای اشخاص به وجود می‌آید. به بیان دیگر، در اینجا ریشه و اساس تعهد و مسئولیت، قرارداد است به طوری که برخی این قسم مسئولیت را چنین تعریف کرده‌اند: مسئولیت قراردادی عبارت از تعهدی است که در نتیجه تخلف از مفاد قرارداد خصوصی برای اشخاص ایجاد می‌شود.<sup>۱</sup>

اما، ضمان قهری مسئولیتی است که در اثر عمل قضایی و بدون وجود قرارداد و عقد ایجاد می‌شود و به همین دلیل به آن ضمان قهری اطلاق می‌شود. پس منظور ما از ضمان و مسئولیت در نوشته حاضر، از نوع نخست یعنی قراردادی است و ضمان قهری به بحث ما ارتباط مستقیم نخواهد داشت. با این حال برای تشحیذ ذهن به آن قسم از مسئولیت نیز اشاراتی خواهیم کرد. البته نباید غافل بود که در برخی موارد، هم مسئولیت قراردادی و هم مسئولیت خارج از قرارداد وجود دارد. لذا، این پرسش مطرح می‌شود که آیا زیان دیده می‌تواند عندالاقضاء از هر دو مسئولیت استفاده کند و یا تنها قادر است یکی از آنها را برگزیند؟ در جواب سؤال نخست، به نظر می‌رسد، پاسخ منفی است. زیرا، در این صورت مسأله دارا شدن غیرعادلانه مطرح می‌شود که امری ناپسند و فاقد وجاهت است. ولی، انتخاب یکی از این دو عنوان معمولاً بلااشکال است. مثل اینکه، اگر استناد به پیمان، به مصلحت خواهان است، آن را انتخاب

۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، *ضمان قهری، مسئولیت مدنی*، ناشر: کتابفروشی دهخدا، چ اول، آذرماه ۱۳۶۲، ص ۱۶.

می‌کند. چون نیازی به اثبات تقصیر خواننده در مسئولیت قراردادی، وجود ندارد به طوری که ماده ۲۳۰ قانون مدنی می‌گوید: «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که، در صورت تخلف، متخلف مبلغی به عنوان خسارت تأدیه نماید، حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه که ملتزم شده است، محکوم کند». اما، گاهی زیان دیده علی‌رغم اینکه از مسئولیت قراردادی می‌تواند برای جبران خسارت وارد شده به خود بهره‌مند شود، انتخاب ضمان قهری برای او مفیدتر خواهد بود؛ مثل مورد ماده ۲۳۰ یاد شده و در جایی که زیان دیده می‌تواند به عنوان تسبیب اقامه دعوی کند که در این صورت محدودیت ماده مذکور وجود نخواهد داشت. با این حال، بعضی گفته‌اند: در قراردادی که طرفین میزان خسارت ناشی از نقض عهد را طبق ماده ۲۳۰ معین کرده‌اند، زیان دیده نمی‌تواند برای گرفتن بقیه خسارت خود، به ماده یک قانون مسئولیت مدنی استناد کند.<sup>۱</sup>

نکته دیگری که راجع به ضمان قهری لازم به یادآوری است، اینکه، در مسئولیتهای خارج از قرارداد، اجرای مفاد پیمانها و احترام به اراده اشخاص مطرح نیست. نظم عمومی ایجاب می‌کند که قانون کسی را که به طور نامشروع به دیگری ضرر زده است، مسؤول قرار دهد. پس تنها قانون است که شرایط و نتایج این تعهد را معین می‌کند.<sup>۲</sup> به هر حال برای تمیز و تشخیص این دو نوع مسئولیت نسبت به یکدیگر، می‌توان گفت: در مسئولیت قراردادی، بین طرفین عقد یا زیان دیده و واردکننده خسارت، قراردادی. شرعی و قانونی حاکم است. به علاوه، ضمان یا ضرر و زیان، ناشی از مفاد قرارداد فی مابین است. ولی، در ضمان قهری یا خارج از قرارداد، طرفین دعوی، پیمانی با یکدیگر نبسته‌اند. بلکه فعل یا ترک فعل عمدی یا غیرعمدی موجب ایجاد مسئولیت شده است.

۱. کاتوزیان، ناصر، همان، ص ۷۲.

۲. کاتوزیان، ناصر، همان، ص ۴۵.

### گفتار دوم - قانون تجارت

در مباحث گذشته دیدیم که با توجه به نص ماده ۶۹۸ قانون مدنی در حقوق (مدنی) ما اصل بر ضمانت نقل ذمه به ذمه است، و حداکثر، تنها هنگامی ضم ذمه به ذمه پذیرفته می‌شود که این قسم از ضمان، در قرارداد خصوصی پیش‌بینی شده باشد. اما، در قانون تجارت، وضع به گونه‌ای دیگر و مسأله اختلافی است به طوری که برخی بعد از اشاره به ماده ۴۰۲ قانون تجارت، می‌نویسند: یعنی، در این قانون اصل تضامن بین مدیون و ضامن است و ماده ۴۰۳ می‌افزاید...<sup>۱</sup> و عده‌ای معتقدند که: قانون ایران در تجارت و مدنی اصل را بر عدم تضامن نهاده است (مواد ۴۰۳ و ۴۰۴ قانون تجارت)<sup>۲</sup> و یا: اصل عدم تضامن در مسئولیتهای مشترک هم در حقوق مدنی پذیرفته شده است و هم در حقوق تجارت و تضامن قابل قبول نیست، مگر آنکه به موجب قانون پذیرفته شده باشد یا اینکه در قرارداد طرفین پیش‌بینی شده باشد. (ماده ۴۰۳ قانون تجارت)<sup>۳</sup> بدین ترتیب و از لحن و محتوای مواد ۴۰۲ و ۴۰۳ قانون تجارت استنباط می‌شود که خلاف اصل بودن تضامن در حقوق ایران پذیرفته شده است و آن گونه که ماده اخیر پیش‌بینی کرده است، تضامنی بودن ضمان، نیاز به قرارداد خصوصی یا تصریح قانون دارد. به علاوه، تردیدهایی که در مورد مسئولیت تضامنی وجود دارد هم، به نظریه خلاف اصل بودن ضمان تضامنی در حقوق کشورمان کمک می‌کند. البته در حوزه اسناد تجاری، مسئولیت متعهدان این اسناد تضامنی است. زیرا، قانونگذار در مواد ۲۴۹، ۳۰۹ و ۳۱۴ قانون تجارت، مسئولیت تضامنی برات دهنده، برات گیر، صادرکننده چک و سفته و ظهرنویسان را مقرر نموده است.

۱. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی، عقود اذنی، وثیقه‌های دین*، انتشارات بهنشر، تیرماه ۱۳۶۴، چ اول، ص ۲۳۲ و نیز ص ۳۴۵.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *مبسوط در ترمینولوژی*، ج ۲، انتشارات گنج دانش، چ اول، ۱۳۷۸، ص ۱۲۵۲.

۳. اسکینی، ربیعا، *حقوق تجارت، کلیات، معاملات تجاری، تجار و سازماندهی فعالیت تجاری*، انتشارات سمت، چ اول، زمستان ۱۳۷۸، ص ۴۴.

در مبحث ضمانت قانون تجارت، دو قسم ضمان دیده می‌شود. نوع نخست، ضمان تضامنی طولی است که مطابق آن (ماده ۴۰۲ قانون تجارت): ضامن وقتی حق دارد از مضمون له تقاضا نماید که بدواً به مدیون اصلی رجوع کرده و در صورت عدم وصول طلب به او رجوع نماید که بین طرفین (خواه ضمن قرارداد مخصوص خواه در خود ضمانت‌نامه) این ترتیب مقرر شده باشد. در این قسم از ضمان، برخلاف ضمان نقل ذمه به ذمه، دین از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن منتقل نخواهد شد. بلکه تعهد ضامن می‌تواند به عنوان وثیقه دین تلقی شود. یعنی، ذمه ضامن ضمیمه ذمه مضمون عنه شود و در نتیجه ضامن و مضمون عنه هر دو در طول یکدیگر در قبال مضمون له، مسئول پرداخت دین خواهند بود. منتها، بعد از بسته شدن پیمان ضمان، مضمون له ناگزیر است برای وصول مطالبات خود ابتدا به مدیون اصلی یا مضمون عنه رجوع کند و اگر به دلایلی موفق به وصول طلب خود از او نشد، آنگاه به ضامن برای اخذ مطالبات رجوع می‌کند. به این نوع ضمان علاوه بر ماده ۴۰۲ قانون تجارت، به نحوی در قسمت اخیر ماده ۶۹۹ قانون مدنی هم اشاره شده است. این ماده مقرر می‌کند: التزام به تأدیه ممکن است معلق باشد و ماده ۷۲۳ همین قانون می‌گوید: ممکن است کسی در ضمن عقد لازمی به تأدیه دین دیگری ملتزم شود در این صورت تعلیق به التزام مبطل نیست مثل اینکه کسی التزام خود را به تأدیه دین مدیون، معلق به عدم تأدیه او نماید. مع ذلک، ماده ۴۰۲ قانون تجارت دلالت بیشتری برای ضمان طولی در حقوق ما، خصوصاً حقوق تجارت دارد.

در این نوع ضمان که به ضمان وثیقه‌ای تعبیر شده است، در صورتی که بستانکار به دلایلی از جمله: افلاس، مماطله، و یا غیبت بدهکار اصلی، نتواند طلب خود را سر موعد از مضمون عنه وصول کند، به موجب ضمان قراردادی، بستانکار حق مراجعه به ضامن و مطالبه و وصول طلب خود را از او خواهد داشت، اعم از اینکه ضامن در طول بدهکار اصلی خود را بدهکار به بستانکار کرده باشد و یا صرفاً تعهد به پرداخت



بدهی را برعهده گرفته باشد.<sup>۱</sup> عرف جامعه ما دانسته یا ندانسته، به این قسم از ضمان تمایل بیشتری نشان می‌دهد.

نوع دیگری از ضمان که در مبحث قانون تجارت (ماده ۴۰۳)، وجود دارد و در واقع ضمانت تضامنی اصطلاحی، این قسم است و در حقوق ما و دیگر کشورها خصوصاً در حقوق تجارت، چنین ضمانتی مطرح می‌باشد، ضمان تضامنی عرضی است. در این ماده می‌خوانیم: در کلیه مواردی که به موجب قوانین یا موافق قراردادهای خصوصی ضمانت تضامنی باشد طلبکار می‌تواند به ضامن و مدیون اصلی مجتمعاً رجوع کرده یا پس از رجوع به یکی از آنها و عدم وصول طلب خود برای تمام یا بقیه طلب به دیگری رجوع نماید. بنابراین، مضمون له اختیار دارد تا به هر یک از مسؤولان تضامنی که بخواهد یا به برخی یا کلیه آنان مراجعه و تمامی طلب خود را وصول کند. یعنی، به موجب قانون یا قرارداد خصوصی، شخص ضامن، در عرض بدهکار اصلی، مدیون بستانکار خواهد شد و مضمون له می‌تواند طلب خود را از هر یک از آنان که بخواهد مطالبه و دریافت کند. به بیان دیگر، در این قسم از ضمان، ذمه مضمون عنه و ضامن (یا ضامنین) هر دو در برابر طلبکار اشتغال پیدا می‌کند. لذا، آن را ضمان تضامنی یا ضم ذمه به ذمه نامیده‌اند.

نکته‌ای که در اینجا مناسب است اضافه شود آن است که در ضمان اگر تصریح شود که از نوع تجاری است، معمولاً ضمانت تضامنی برقرار خواهد شد. مثل اینکه در قانون تجارت، به این موضوع تصریح شده است. بنابراین، در سایر موارد که در قانون یا قرارداد سکوت وجود دارد. ناگزیر باید به اصول مراجعه کنیم که در این هنگام، سکوت دلالت بر عدم تضامن دارد. مگر اینکه طرفین به ضمانت تضامنی تصریح کرده باشند، نتیجه‌ای که در مقایسه ضمان مندرج در ماده ۴۰۲ و ماده ۴۰۳ قانون تجارت گرفته می‌شود و امتیازاتی که ضمان عرضی نسبت به ضمان طولی دارد، در اینجا آشکار می‌شود. یعنی، در موردی که ضمان تضامنی به طور طولی برقرار

۱. ر.ک: موسوی بجنوردی، آیت‌الله سیدمحمد، همان، ص ۱۶۹ به بعد.

نمی‌شود، بستانکار ملزم نیست ابتدا به بدهکار اصلی رجوع کند و اگر برای وصول طلب خویش با مانع مواجه شد، آنگاه به ضامن مراجعه کند. بلکه، وی می‌تواند به هر یک از آنان به انتخاب خود رجوع کند و هرگاه مثلاً بستانکار وضع مالی ضامن را مناسب‌تر از مدیون اصلی تشخیص داد، می‌تواند اول به ضامن مراجعه کند و چنانچه نتوانست همه مطالبات خویش را از او دریافت کند، برای بقیه طلب به مدیون اصلی مراجعه خواهد کرد. بعلاوه، در ضمانت تضامنی، بستانکار می‌تواند به ضامن و مدیون اصلی مجتمعاً و همزمان رجوع و اقامه دعوا کند (طرح دعوی مجزا ضرورت ندارد). بدین ترتیب، می‌توان گفت ضمان تضامنی عرضی برای طلبکار، امتیاز بیشتری از ضمان طولی دارد و وی را از اینکه ناگزیر باشد نخست به مضمون عنه مراجعه کند، معاف می‌سازد و به این جهت است که ضمان تضامنی عرضی رایج‌تر است و بستانکار تلاش می‌کند حتی الامکان ضمانت تضامنی عرضی را به ضامن و مدیون اصلی تحمیل کند. در هر حال ضمان تضامنی یکی از مصادیق مسؤلیت تضامنی محسوب می‌شود که تعهد ضامن و مضمون عنه در آن، در عرض یکدیگر قرار دارد.

امتیاز فوق‌العاده‌ای که ضمان مندرج در ماده ۴۰۳ قانون تجارت و ضمان عرضی از آن برخوردار بوده است، این است که این ماده صفت تضامن قراردادی را بروشنی در نظام حقوقی ما وارد کرده است و براساس آن تضامن در قراردادهای خصوصی مورد قبول واقع شده است. یعنی به جرأت می‌توان ادعا نمود که این ماده قانونی منشاء و مبنای روشن ایجاد ضمانت به نحو تضامنی (غیرقهری) در نظام حقوقی ما تلقی می‌شود و پایه‌گذار تأسیس حقوقی ضمان تضامنی معمول و دلیل صحت اعتبار آن در حقوق کشورمان است.

علاوه بر باب ضمان مندرج در مواد ۴۰۲ و ۴۰۳ به بعد قانون تجارت که به ضمان طولی (با نوبت) و یا ضمان عرضی (بدون نوبت) اختصاص داده شده است، قانونگذار در بحث راجع به برات، سفته، چک و حتی شرکت‌هایی مانند تضامنی و غیره هم مقررات ضمان تضامنی را پیش‌بینی کرده است. یعنی، در قانون تجارت ضمانت

تضامنی، گاهی در اسناد تجاری، و گاهی در شرکت‌هایی چون شرکت تضامنی مطرح شده است و به طور کلی هم در مواد ۴۰۲، ۴۰۳ و ۴۰۴ این قانون از ضمان تضامنی بحث شده است و ویژگی این موارد که ایجاد پشتوانه قوی در معاملات و تعهدات بازرگانی برای متعهدله است موجب شده است، مقنن تا حدودی ضمانت موجب انتقال ذمه را رها کند و، مضمون عنه و ضامن، هر دو را در برابر بستانکار، ضامن پرداخت به شمار آورد.

یکی از اوصاف مهم برات، سفته و گاهی چک این است که، همه کسانی که آن را امضاء می‌کنند، در مقابل دارنده (تحت شرایطی) مسئولیت تضامنی دارند و در صورت عدم پرداخت در سررسید، دارنده حق دارد بدون رعایت تقدم و تأخر به هر یک از مسؤولان که بخواهد برای وصول وجه اسناد مزبور، مراجعه کند. ماده ۲۴۹ قانون تجارت راجع به برات، در این باره می‌گوید: برات دهنده و کسی که برات را قبول کرده و ظهرنویسها در مقابل دارنده برات مسئولیت تضامنی دارند. دارنده برات در صورت عدم تأدیه و اعتراض می‌تواند به هر کدام از آنها که بخواهد منفرداً یا به چند نفر یا به تمام آنها مجتمعاً رجوع نماید... و با توجه به مفاد مواد ۳۰۹ و ۳۱۴ قانون مزبور که به ترتیب مقرر می‌نمایند: تمام مقررات راجع به بروات تجاری (از مبحث چهارم الی آخر فصل اول این باب) در مورد فته طلب نیز لازم‌الرعايه است. (در مورد سفته) - صدور چک ولو این که از محلی به محل دیگر باشد ذاتاً عمل تجاری محسوب نیست لیکن مقررات این قانون از ضمانت صادرکننده و ظهرنویسها و اعتراض و اقامه دعوا و ضمان و مفقود شدن راجع به بروات، شامل چک نیز خواهد بود؛ دارنده برات، سفته و چک در صورتی که مقررات مندرج در قانون تجارت را رعایت نماید می‌تواند به هر یک از امضاء کنندگان این اسناد مراجعه و وجوه مندرج در سند و خسارات قانونی خود را مطالبه و دریافت کند. مثلاً سند تجاری را به موقع واخواست و در موعد مشخص اقامه دعوی کند. زیرا، اگر این مواعد رعایت نشود، به مسئولیت تضامنی خدشه وارد خواهد شد و یا چون طبق ماده ۳۱۵ قانون یاد شده،

مسئولیت ظهرنویس در چک نیز به شرطی است که دارنده آن به تکالیف قانونی خود عمل کرده باشد، رعایت نکردن هر یک از مواعد، موجب رفع مسئولیت ظهرنویس چک خواهد شد. این ماده مقرر می‌کند: «اگر چک در همان مکانی که صادر شده است باید تأدیه گردد، دارنده چک باید در ظرف پانزده روز از تاریخ صدور، وجه چک را مطالبه کند و اگر از یک نقطه به نقطه دیگر ایران صادر شده باشد، باید در ظرف چهل و پنج روز از تاریخ صدور چک مطالبه شود. اگر دارنده چک در ظرف مواعد مذکوره در این ماده پرداخت وجه آن را مطالبه نکند، دیگر دعوا او بر علیه ظهرنویس مسموع نخواهد بود و اگر وجه چک به سببی که مربوط به محال علیه است از بین برود، دعوا دارند چک بر علیه صادرکننده نیز در محکمه مسموع نیست». بنابراین و همان گونه که برخی گفته‌اند: مسئولیت ظهرنویسان در مقابل دارنده چک تضامنی است و دارنده چک می‌تواند علیه هر یک از آنان برای تمام مبلغ چک اقامه دعوا کند و هر یک از ظهرنویسان نیز می‌توانند با توجه به مفاد ماده ۲۸۸ قانون تجارت علیه ظهرنویسان ما قبل خود و علیه صادرکننده چک اقامه دعوا کنند.<sup>۱</sup> بنابراین، می‌بینیم مهم‌ترین مزیتی که اسناد تجارتي نسبت به اسناد عادی دارند، مسئولیت تضامنی کسانی است که به نحوی برات یا سفته یا چک را امضاء کرده‌اند، حسب مورد اعم از صادرکننده، قبول‌کننده، ظهرنویس یا ضامن برای پرداخت مبلغ مندرج در سند مسئولیت تضامنی خواهند داشت.

در موارد دیگری نیز قانون تجارت به صراحت مسئولیت تضامنی را برقرار کرده است که برای رعایت اختصار تنها به شرکت تضامنی، مسئولیت تضامنی برخی شرکاء و مدیران یا مدیرعاملی که ورشکستگی شرکت سهامی یا کافی نبودن دارایی شرکت معلول تخلفات آنان بوده است، اشاره می‌کنیم. ماده ۱۱۶ قانون تجارت، در تعریف شرکت تضامنی مقرر داشته است: شرکت تضامنی شرکتی است که در تحت اسم مخصوص برای امور تجارتي بین دو یا چند نفر با مسئولیت تضامنی تشکیل می‌شود:

۱. ستوده تهرانی، حسن، **حقوق تجارت**، ج سوم، چ سوم، پاییز ۷۶، ناشر: نشر دادگستر، ص ۱۴۶.

اگر دارایی شرکت برای تأدیه تمام قروض کافی نباشد، هریک از شرکاء مسؤول پرداخت تمام قروض شرکت است. هر قراری که بین شرکاء برخلاف این ترتیب داده شده باشد در مقابل اشخاص ثالث کان لم یکن خواهد بود و یا ماده ۱۴۳ همین قانون راجع به شرکاء شرکت مختلط غیرسهامی می‌گوید: هر یک از شرکاء با مسؤولیت محدود که اسمش جزء اسم شرکت باشد، در مقابل طلبکاران شرکت شریک ضامن محسوب خواهد شد. هر قراری که برخلاف این ترتیب بین شرکاء داده شده باشد، در مقابل اشخاص ثالث بی‌اثر است.

قسمت اخیر بخش ششم مبحث اول لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت (مصوب ۱۳۴۷/۱۲/۲۴)، که از هیأت مدیره و شرکت سهامی و مسؤولیت آنان بحث می‌کند، در ماده ۱۴۳ مقرر می‌کند: در صورتی که شرکت ورشکسته شود یا پس از انحلال معلوم شود که دارایی شرکت برای تأدیه دیون آن کافی نیست، دادگاه صلاحیت‌دار می‌تواند به تقاضای هر ذی‌نفع، هر یک از مدیران و یا مدیرعاملی که ورشکستگی شرکت یا کافی نبودن دارایی شرکت به نحوی از انحاء معلول تخلفات او بوده است، منفرداً یا متضامناً به تأدیه آن قسمت از دیونی که پرداخت آن از دارایی شرکت ممکن نیست، محکوم نماید. به این موارد می‌توان ماده ۱۴۲ قانون مذکور و ماده ۱۰۱ قانون تجارت و مواد دیگری هم اضافه و حتی اشاره کرد که برخی نوشته‌اند: مقوله ضمانت نیز از موارد تسری قواعد حقوق تجارت به حقوق مدنی است.<sup>۱</sup>

#### گفتار سوم - سایر قوانین و مقررات

ضمان تضامنی، تنها در مواد گوناگون قانون تجارت دیده نمی‌شود. بلکه، صرف‌نظر از امکان ایجاد این نوع ضمان براساس حاکمیت اراده طرفین قرارداد که در گفتار بعد به آن خواهیم پرداخت، با جستجو در سایر قوانین و مقررات با موارد فراوانی مواجه می‌شویم که قانونگذار به دلایل مختلف، چنین ضمانتی را پیشی‌بینی کرده

۱. اسکینی، ربیعا، همان، ص ۴۱.

است، به طوری که مواد ۴۰۳ و ۴۰۴ قانون تجارت، هم به آن اشاره دارد. بنابراین، احصای این موارد کاری آسان نخواهد بود. مع ذلک و برای نمونه در ادامه تلاش خواهیم کرد. به پاره‌ای از این قوانین و مقررات پردازیم.

در مبحث غصب از ضمان قهری مندرج در قانون مدنی، به ماده ۳۱۶ و خصوصاً ۳۱۷ این قانون برخورد می‌کنیم که به موجب آن، همه غاصبان در برابر مالک مال غصب شده، ضمان تضامنی دارند. ماده اخیر مقرر می‌کند: «مالک می‌تواند عین و در صورت تلف شدن عین، مثل یا قیمت تمام یا قسمتی از مال مغضوب را از غاصب اولی یا از هر یک از غاصبین بعدی که بخواهد مطالبه کند». بدین ترتیب، مالک می‌تواند در صورت تلف شدن عین مال مغضوب، برای دریافت مثل یا قیمت (تمام یا قسمتی از) آن، به طرفیت همه یا برخی از غاصبان اقامه دعوا کند و از مرجع قضایی، محکومیت تضامنی آنان را بخواهد. یعنی، براساس این ماده، مسئولیت غاصبان تضامنی است. مستنبط از همین ماده، هنگامی که عین مال غصب شده موجود است، مالک به کسی که مال را در اختیار دارد مراجعه و آن را دریافت می‌دارد.

در مورد مسئولیت تضامنی ظهرنویسان چک در گفتار قبل به مواد ۳۱۴ و ۳۱۵ قانون تجارت اشاره کردیم. مع ذلک، در ماده ۱۹ قانون صدور چک (مصوب سال ۱۳۵۵ و اصلاحات بعدی آن، ماده ۱۸ قبلی) که به مسئولیت تضامنی صادرکننده چک و صاحب حساب پرداخته شده است، عیناً نقل می‌شود:<sup>۱</sup>

در صورتی که: چک به وکالت یا نمایندگی از طرف صاحب حساب اعم از شخص حقیقی یا حقوقی صادر شده باشد، صادر کننده چک و صاحب حساب متضامناً مسئول پرداخت وجه چک بوده و اجرائیه و حکم ضرر و زیان براساس تضامن علیه هر دو صادر می‌شود بعلاوه امضاء کننده چک طبق مقررات این قانون مسئولیت کیفری خواهد داشت، مگر اینکه ثابت نماید، که عدم پرداخت مستند به عمل صاحب حساب یا وکیل یا نماینده بعدی او است که در این صورت کسی که

۱. و نیز ر.ک: ماده ۲۵۲ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا...

موجب عدم پرداخت شده از نظر کیفری مسؤول خواهد بود و طبق ماده ۲۰ همین قانون: مسؤولیت مدنی پشت‌نویسان چک طبق قوانین و مقررات مربوط کماکان به قوت خود باقی است.

قانون مسؤولیت مدنی (مصوب ۱۷ اردیبهشت ماه ۱۳۳۹ کمیسیون مجلس) هم به نحوی مسؤولیت کارفرمایان مشمول قانون کار را در برابر خسارات وارد شده از سوی کارگران و کارکنان اداری به اشخاص ثالث از نوع ضمان ضمه به ذمه و تضامنی تلقی و در ماده ۱۳ که در ادامه ماده ۱۲ به موضوع پرداخته، مقرر کرده است: کارفرمایان مشمول ماده ۱۲ مکلفند تمام کارگران و کارکنان اداری خود را در مقابل خسارات وارده از ناحیه آنان به اشخاص ثالث بیمه نمایند. و ماده ۱۴ قانون مزبور صراحت دارد: در مورد ماده ۱۲ هرگاه چند نفر مجتمعاً زبانی وارد آورند، متضامناً مسؤول جبران خسارات وارد هستند. در این مورد میزان مسؤولیت هر یک از آنان با توجه به نحوه مداخله هر یک از طرف دادگاه تعیین خواهد شد.

از جمله مواردی که در قوانین و بدون وجود قرارداد حالت تضامن بر دو نفر تحمیل می‌شود، می‌توان از ماده ۱۳۱ قانون ثبت (مصوب سال ۱۳۱۰ و اصلاحات بعدی) و حق‌الاجرای اسناد لازم‌الاجراء و نیم عشر اجرایی (۵ درصد) مندرج در آن اسم برد. تبصره این ماده مقرر می‌کند: هرگاه طرفین پس از صدور اجرائیه و ابلاغ در خارج صلح نمایند یا قرار اقساط بگذارند یا مهلت بدهند یا مدت یک سال اجرائیه را تعقیب نکنند، متضامناً مسؤول پرداخت نیم عشر خواهند بود و کسی که در نتیجه مسؤولیت تضامنی حق اجرا را می‌پردازد می‌تواند آن را از طرفی که قانوناً مسؤول پرداخت حق اجرا می‌باشد به وسیله اجرا وصول نماید. و یا آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی (مصوب ۱۳۵۵)، راجع به مسؤولیت مأمور اجرا با حافظ مال بازداشت شده، در تبصره ماده ۵۱ آن می‌گوید: مأمور اجرا اگر در انتخاب حافظ واجد شرایط امانت و شرایط دیگر راجع به امین تقصیر کند، با حافظ متضامناً مسؤول خواهد بود.

نمونه دیگری از ضمانت تضامنی ناشی از قانون، می‌تواند بند ج ماده ۱۶۵ قانون دریایی ایران (مصوب سال ۱۳۴۳) راجع به تناسب خسارت باشد. این بند مقرر می‌کند: کشتیهای مقصر نسبت به خسارات ناشی از فوت و صدمات بدنی در مقابل اشخاص ثالث منفرداً و متضامناً مسؤول هستند و باید خسارات وارده را جبران نمایند. اگر مبلغ پرداختی هر یک از مسؤولان بیشتر از مبلغی باشد که به سهم مسؤولیت او تعلق می‌گیرد نسبت به مبلغ اضافه حق مراجعه به مسؤول یا مسؤولان دیگر را خواهد داشت. ماده ۳۷ قانون تأمین اجتماعی (مصوب سال ۱۳۵۴ با اصلاحات) نیز می‌تواند مصداق مسؤولیت تضامنی تلقی شود، در آنجا که می‌گوید: <sup>۱</sup> هنگام نقل و انتقال عین یا منافع مؤسسات و کارگاههای مشمول این قانون اعم از این که انتقال به صورت قطعی شرطی - رهنی - صلح حقوق یا اجاره باشد... دفاتر اسناد رسمی مکلفند در موقع تنظیم سند از سازمان راجع به بدهی واگذار کننده استعلام نمایند... در صورت انجام معامله بدون ارائه گواهی مذکور انتقال دهنده و انتقال گیرنده برای پرداخت مطالبات سازمان دارای مسؤولیت تضامنی خواهند بود....

در قانون آیین دادرسی مدنی سابق، در خصوص اقسام تأمین و هنگامی که در جریان تأمین خواسته، ضامن، ضمانت می‌کرد (مواد ۲۴۳ لغایت ۲۵۱)، ظاهراً ضمانت مورد نظر قانون مذکور، ضمانت به صورت تضامنی بود. ولی، مضمون له یا ذی نفع ضمانت نامه، باید قبل از مراجعه به ضامن، به مدیون اصلی رجوع می‌کرد. ماده ۲۵۱ قانون آیین دادرسی مدنی پیشین در این باره مقرر می‌داشت: پس از قطعیت حکم و صدور برگ اجرایی برگ نامبرده به محکوم علیه و کسی که برای تأمین خواسته یا محکوم به، ضمانت کرده ابلاغ می‌شود و هرگاه محکوم علیه در ظرف ده روز پس از ابلاغ برگ اجرایی مفاد حکم را اجرا ننمود، محکوم به از ضامن به ترتیبی که برای

۱. در مورد خلاف شرع شناخته شدن مسؤولیت تضامنی غیر کارفرما و راجع به این ماده ر.ک: ص ۳ روزنامه رسمی شماره ۱۷۴۵۳ مورخ ۱۳۸۳/۱۱/۳ و نیز دادنامه شماره ۶۱ مورخ ۱۳۸۱/۱۲/۲۴ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری.



اجرای احکام مقرر است وصول می‌شود. بنابراین، در این قانون، مقنن برخلاف قانون مدنی صراحةً اجازه مراجعه مضمون له را به مضمون عنه داده بود که این امر را می‌توان از آثار قبول نوعی ضمانت تضامنی و ضم ذمه به ذمه از سوی قانونگذار به حساب آورد. بدین ترتیب، طبق ماده یاد شده، ضمانت تضامنی طولی پیش‌بینی شده و محکوم له بایستی ابتدا به بدهکار اصلی مراجعه و اگر مضمون عنه تا ۱۰ روز از پرداخت مبلغ محکوم به خودداری می‌نمود، آنگاه بستانکار می‌توانست به ضامن او مراجعه کند. فلذا، می‌بینیم که در اینجا نیز برخلاف قاعده انتقال ذمه قانون مدنی، مقنن به نحوی ضمانت تضامنی را در قانون پیش‌بینی کرده بود.

در قوانین دیگر نیز ضمانت تضامنی پیش‌بینی شده، است مانند: بند ۵ ماده ۲۴ قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی (مصوب سال ۱۳۱۸)، ماده ۹۴ قانون امور حسبی (مصوب سال ۱۳۱۹)، ماده ۲۴ قانون تأسیس بورس اوراق بهادار (مصوب سال ۱۳۴۵)، تبصره ۱ و ۲ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی (مصوب سال ۱۳۵۱)، تبصره ۴ ماده ۵۴ قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران (مصوب سال ۱۳۷۰)، تبصره ۲ ماده ۲ قانون اصلاح موادی از قانون مالیات‌های مستقیم (مصوب سال ۱۳۸۰)، اواخر آیین‌نامه تشخیص صلاحیت پیمانکاران اجرای پروژه‌های صنعتی به روش طرح و ساخت (مصوب سال ۱۳۸۰) و غیره، که برای پرهیز از اطاله کلام از پرداختن به آنها خودداری و این بحث را هم به پایان می‌رسانیم.

ادامه دارد

## کیفیت اعمال خیار غبن

محمد نکویی<sup>۱</sup>

اشاره:

در معاملات معوض در صورت وجود نابرابری و عدم تعادل ارزش معاوضه، برای جبران آثار ناشی از نبود تعادل بین عوضین، به متضرر اختیار داده شده است که معامله را فسخ، یا به همان نحو آن را قبول کند. در قانون مدنی مواد ۴۱۶ تا ۴۲۱ اختصاص به خیار غبن دارد. در صورت مغبون بودن یکی از طرفین به او اختیار فسخ معامله داده شده است و مغبون می‌تواند از طریق انشای فسخ و اعلام آن به طرف مقابل و با رعایت فوریت حق خود را برای فسخ معامله اعمال و اجرا کند و جبران ضرر توسط طرف دیگر موثر در اعمال و اجرای خیار غبن و حق فسخ توسط مغبون نخواهد بود.

واژگان کلیدی: غبن، فسخ، مغبون، اجرای خیار غبن، فوریت.

مقدمه

قراردادهایی که به منظور رفع نیازهای اجتماعی افراد منعقد می‌شود، هر چند ممکن است آزادانه باشد ولی این گونه نیست که همیشه عادلانه هم باشد و ممکن است در نتیجه عدم تعادل بین ارزش عوضین در قرارداد یکی از طرفین آن متضرر شود و نفعی متناسب با عوضی که داده است، به دست نیاورد. قانون مدنی به متضرر

۱. دانشجوی دوره دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی.

حق فسخ یا قبول قرار داد به همان نحو را داده است و خیار غبن به عنوان وسیله‌ای برای رفع آثار ناشی از مغبون شدن یکی از متعاملین مورد پیش بینی قرار گرفته است. مشروط بر اینکه مغبون علم به قیمت واقعی مورد معامله نداشته و تفاوت قیمت فاحش باشد علاوه بر آن معامله باید از نوع معوض باشد و در عقود مبتنی بر تسامح که اصولاً زمینه‌ای برای غبن وجود ندارد. اگر خیار غبن بر اساس شرایط گفته شده تحقق یابد، بحث بعدی این خواهد بود که مغبون چگونه می‌تواند حق خود را اعمال و اجرا کند. تا بتواند از حق قانونی خود بهره‌مند شود. در نوشته حاضر مواد قانونی مربوط به کیفیت اعمال و اجرای حق فسخ مغبون با تکیه بر منابع فقهی آن مورد بحث قرار می‌گیرد.

### کیفیت اجرای خیار غبن

با لحاظ قانون مدنی و منابع فقهی کیفیت اجرای حق فسخ توسط مغبون را به شرح

زیر می‌توان احصاء کرد:

#### ۱- انشای فسخ

در معامله ای که یکی از طرفین مغبون است متضرر می‌تواند برای رفع ضرر از خود معامله غبنی را فسخ و یا آن را به همان نحو قبول کند، در صورتی که مغبون فسخ معامله را اختیار کند باید فسخ آن را انشاء کند. فسخ معامله مانند اسقاط خیار از ایقاعات است و بدون موافقت طرف دیگر (غابن) انجام می‌شود و تحقق آن نیازی به حکم دادگاه ندارد. در صورتی که طرف معامله تسلیم فسخ نشود مغبون می‌تواند الزام او را به آثار فسخ از دادگاه بخواهد.

#### ۲- اعلام فسخ معلوم

صرف انشای فسخ معامله بدون اعلام آن به طرف دیگر کفایت نمی‌کند و به همین علت اعلام آن ضروری است. در فسخ معامله غبنی نیز به عنوان یک عمل حقوقی مانند عقد رعایت ماده ۱۹۱ قانون مدنی لازم است به موجب ماده مذکور: «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند» در فسخ معامله غبنی نیز تحقق آن منوط است به قصد انشاء به شرط مقرون

بودن به چیزی که دلالت بر قصد فسخ معامله کند.

هم چنین به موجب ماده ۴۴۹ قانون مدنی: «فسخ به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر آن نماید، حاصل می شود». لفظی که دلالت بر فسخ کند ممکن است صریح باشد چنانچه بگوید عقد را فسخ کردم یا ضمنی باشد چنانچه مشتری به بایع بگوید پولی را که داده‌ام پس بده.<sup>۱</sup>

بنابراین، اعلام فسخ معامله به طور معمول به وسیله لفظ انجام می گیرد ولی این بدان معنا نیست که اعلام فسخ منحصر در لفظ باشد به همین علت است که ماده ۴۵۱ قانون مدنی پیش‌بینی کرده است:

«تصرفاتی که نوعاً کاشف از به هم زدن معامله باشد، فسخ فعلی است». در هر حال فسخ معامله ملازمه با اعلام آن به طرف مقابل دارد. به موجب ماده ۴۴۹ قانون مدنی فسخ به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر آن نماید حاصل می شود.

بنابراین از ماده فوق‌الذکر و ماده ۲۶۹ قانون ثبت اسناد و املاک کشور چنین استنباط می شود که فسخ معامله باید به طرف اعلام شود و کسی که مدعی فسخ معامله است، ضرورت دارد اراده خود مبنی بر فسخ معامله را به طرف دیگر معامله اعلام کند<sup>۲</sup> و فسخ عقد باید بی‌درنگ اعلام شود و تصمیم درونی کافی نیست و گرنه حق مغیون ساقط می شود.<sup>۳</sup>

۱. امامی، سیدحسن، **حقوق مدنی**، جلد اول، ص ۵۴۵.

۲. ماده ۶۹ قانون ثبت اسناد و املاک کشور: هرگاه بر طبق شرایط مقرر بین طرفین و با اطلاع مراجع ثبت احد متعاملین معامله را فسخ و یا متعهدی تعهد خود را انجام دهد و طرف مقابل حاضر نبوده یا نشود مراجع مزبور پس از ملاحظه قبض صندوق اداره ثبت حاکی از ودیعه گذاردن مورد معامله در صورتی که عبارت از وجه نقد یا مال منقول دیگر باشد و پس از تأمین حقوق طرف مقابل مراتب را در دفتر قید و به طرف اخطار می نماید که حق خود را اخذ و برای باطل نمودن ثبت حاضر گردد.

۳. نظریه شماره ۷/۶۰۶۸ مورخ ۱۳۲۷۴/۱۰/۱۰ اداره حقوقی قوه قضاییه.

۴. کاتوزیان، ناصر، **قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی**، چاپ ششم، ۱۳۸۱، ص ۳۲۸، برای دیدن نظر مخالف ر.ک: امامی، سیدحسن، **حقوق مدنی**، جلد اول، ص ۴۹۹.

### ۳- رعایت فوریت

مطابق ماده ۴۲۰ قانون مدنی: « خیار غبن بعد از علم به غبن فوری است » منظور این ماده فوریت عرفی است و مغبون باید ظرف مهلت عرفی پس از علم به غبن حق فسخ خود را اعمال کند در غیر این صورت حق فسخ او ساقط می شود. فوریت خیار غبن در ماده ۴۲۰ قانون مدنی به علم از غبن منوط شده است و بعد از علم به غبن است که مهلت عرفی برای آن شروع می شود بنابراین فوریت مورد نظر در ماده ۴۲۰ قانون همزمان با علم به آن است و چنانچه فردی بعد از مدت طولانی از انجام معامله علم به غبن پیدا کند و فی الفور اقدام به استفاده از خیار بنماید و اسباب وقفه نیز را بتواند در دادگاه ثابت کند این ترتیب منافاتی با روح ماده مورد نظر ندارد.<sup>۱</sup>

فوریت خیار غبن نظر مشهور در فقه است که قانون مدنی از آن پیروی کرده است و علت فوریت خیار غبن این است که اگر تراخی در آن تجویز شود، موجب ضرر طرف مقابل خواهد شد و برای دفع ضرر از اوست که مشهور در فقه قائل به فوریت خیار غبن شده‌اند.

در کتاب جامع الشتات در توجیه فوریت خیار غبن آمده است: نظر به استصحاب و اصل که اقتضای عدم فوریت می کند و نظر بر اینکه اصل در عقود، لزوم است و خروج از آن مسلم است در محل وفاق که آن فور است و وضع این خیار هم به جهت رفع ضرر است و آن به همین قدر فور، رفع می شود.<sup>۲</sup>

۱. نظریه شماره ۷/۲۱۲۸ مورخ ۱۳۷۴/۸/۳۰ اداره حقوقی قوه قضائیه.

۲. محقق قمی، جامع الشتات، جلد اول، ص ۱۶۷، ر.ک مسالك الافهام، ص ۱۷۹، خیار غبن: «یستفاد من اطلاق المشیه ان الخیار فیہ علی التراخی کما هو احمد القولین فی المسأله و وجه ثبوت اصل الخیار، فیستصحب الی ان یثبت المزیل، لانتقاء الدلیل علی خصوص الفوریه، و الاقوی علی الفور لما تقدم فی نظیره من عموم الاخر بالوفاء بالعقد و ان الاصل بناء العقود علی اللزوم، فیتقصر فیما خالفه علی موضع الیقین، و هو القدر الذی یمکن حصوله فیہ، و لافضاء التراخی الی الاضرار بالمردود علیه، حیث یختلف الزمان و یودی الی تغییر المبیع».

همان گونه که اشاره شد، خیار غبن بعد از علم به غبن فوری است و مغبون باید در مهلت عرفی بعد از علم به غبن آن را به مورد اجرا گذارد و الاً حق او ساقط می شود. این امر در صورتی است که مغبون نسبت به خیار غبن و فوریت آن آگاه باشد و جهل او نسبت به خیار غبن یا فوریت آن مانع از جریان مهلت عرفی در نتیجه سقوط خیار غبن خواهد شد. بنابراین موضوع جهل مغبون از دو جهت مطرح است. ممکن است مغبون به خیار غبن جهل داشته باشد و یا از وجود خیار غبن آگاهی دارد ولی در مورد فوریت اجرای آن جهل دارد که هر کدام از این دو فرض توضیح خاص خود را می طلبد که جداگانه بدان مبادرت می شود:

### ۱-۳- جهل به خیار غبن

منظور از جهل به خیار غبن این است که مغبون از وجود خیار غبن و حق فسخ معامله آگاه نباشد و نداند که در اثر غبن می تواند عقد را فسخ کند و در اثر عدم آگاهی اقدام به فسخ معامله غبنی نکند در این صورت عدم اقدام و تاخیر در اجرای حق فسخ موجب سقوط خیار غبن نمی شود. بنابراین هرگاه علم به غبن داشته باشد ولی جاهل به خیار غبن و حکم قانونی آن باشد و در اعمال خیار غبن تاخیر افتد، خیار باقی می ماند و فرقی بین جاهل به موضوع ( جهل به غبن ) و جاهل به حکم ( به آنکه مغبون دارای خیار فسخ است )، دیده نمی شود والا ضروری که در اثر غبن متوجه او شده است بدون جبران خواهد بود<sup>۱</sup> و قاعده لاضرر هم جاهل به اصل غبن و هم جاهل به حکم آن را شامل می شود و در این امر اختلافی وجود ندارد.

### ۲-۳- جهل به فوریت خیار غبن

در صورتی است که مغبون نسبت به اصل خیار غبن و حکم قانونی آن آگاه است ولی نمی داند که خیار غبن فوری است. در این صورت جهل به فوریت خیار غبن عذر محسوب می شود و چنانچه در اثر جهل به فوریت غبن مبادرت به فسخ معامله

۱. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد اول، صفحه ۵۴۳.

نکند معذوریت او پذیرفته می‌شود.<sup>۱</sup> هر چند برخی در جهل به فوریت خیار غبن جاهل را معذور نمی‌دانند و می‌گویند چنانچه در اثر جهل به فوریت خیار غبن، معامله را فسخ نکند، حق فسخ او ساقط می‌شود<sup>۲</sup> ولی جهل به فوریت همانند جهل به خود خیار مانع از سقوط آن در اثر تاخیر در اجرا می‌شود و هر زمان که مغبون علم به فوریت آن پیدا کرد، می‌تواند در مهلت عرفی لازم حق فسخ معامله در اثر غبن را به مورد اجرا گذارد.

در اثبات معذوریت مغبون در اثر جهل به خیار غبن یا فوریت آن و عدم سقوط خیار غبن به دلیل جهل او دلایلی ابراز شده است از جمله:

اولاً: ماده ۱۳۱۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «خیار فسخ فوری است و اگر طرفی که حق فسخ دارد بعد از اطلاع به علت فسخ نکاح را فسخ نکند، خیار او ساقط می‌شود به شرط اینکه علم به حق فسخ و فوریت آن را داشته باشد.

تشخیص مدتی که برای امکان استفاده از خیار لازم است به نظر عرف و عادت است» از وحدت ملاک این ماده می‌توان استفاده کرد که اگر در اثر جهل مغبون به خیار غبن یا فوریت آن اعمال خیار غبن به تاخیر افتد، حق او ساقط نمی‌شود و پس از علم به خیار غبن یا فوریت آن می‌تواند خیار غبن را اعمال کند.

ثانیاً: عموم حدیث نفی ضرر شامل جاهل به خیار نیز هست و فرقی بین جاهل به غبن و جاهل به حکم غبن نیست و این قاعده در مورد جهل به فوریت خیار غبن نیز جاری است.<sup>۳</sup> و جهل موجب معذوریت جاهل است و خیار غبن باقی است و در غیر این صورت ضرری که در اثر غبن متوجه متضرر شده است بدون جبران باقی می‌ماند که حدیث لاضرر آن را منع می‌کند.

۱. مکاسب، ص ۲۴۴.

۲. حائری شاه‌باغ، سیدعلی، حقوق مدنی، جلد اول، ص ۴۰۴.

۳. مکاسب، ص ۱۱۴.

ممکن است مغبون در حین معامله جاهل به قیمت عادلانه باشد و سپس غبن برای او آشکار شود لکن به استناد قول دیگری ادعای غبن را مطرح نکرده است و به واسطه قول او مغرور شود در این صورت نیز خیار غبن باقی است و بنابر فوریت نیز دعوای غبن مسموع است در این باره در جامع الشتات سؤالی به این نحو مطرح شده است که شخصی زمینی بفروخت به کسی به ده تومان و بعد از سه روز مشتری نصف آن زمین را فروخت به شش تومان و از برای بایع غبن فاحش ظاهر شد. خواست ادعای غبن کند احدی به او گفت که معامله چنین می‌باشد یعنی گاه است نفع می‌شود و گاه نقصان این شخص هم دعوی نکرد آیا خیار او ساقط می‌شود یا نه؟

در پاسخ آمده است:

هرگاه بعد از مرافعه ثابت شود که بایع در حین بیع جاهل به قیمت بوده است و در وقت بیع هم به این قیمت اعلی می‌ارزیده مسلط است بر فسخ بیع و بنابر فوریت دعوای غبن هم چون مفروض، جهالت است که ناشی شده از نادانی اصلی یا مغرور شدن به قول آن شخص که گفته معامله چنین باشد هم ظاهر این است که دعوا مسموع است و خیار ساقط نیست و چون مطلب مرافعه می‌خواهد در حین مرافعه حقیقت معلوم خواهد شد.<sup>۱</sup> در این مورد جهل به خیار و فوری بودن آن عذر محسوب و چون عدم اعمال به موقع خیار غبن ناشی از مغرور شدن به قول دیگری بوده است، خیار ساقط نمی‌شود.

نکته دیگری که در مورد جهل به خیار غبن و فوریت آن مطرح است، موضوع اثبات جهل است و در اینکه در صورت ادعای جهل به وسیله مغبون، اثبات امر بر عهده اوست یا طرف مقابل باید علم او را ثابت کند، اختلاف است. بنابر بر یک نظر دعوای جهل به خیار غبن و فوریت آن از طرف مغبون بدون دلیل پذیرفته می‌شود در این صورت طرف مقابل چنانچه مدعی خلاف آن و علم مغبون به خیار غبن با فوریت

۱. جامع الشتات، ص ۱۱۴.



باشد باید دلیل بیاورد و ثابت کند که مغبون نسبت به موضوع علم داشته است چنانچه طرف ثابت کند که مدعی جهل اطلاعات حقوقی دارد و یا گواهانی بر کذب اظهار مدعی اقامه نماید که او بر وجود خیار و یا فوریت آن آگاه بوده است.<sup>۱</sup>

به موجب نظر دیگری تا زمانی که مغبون از وضع خویش آگاهی ندارد مهلت اجرای خیار آغاز نمی‌شود ناآگاهی از وجود خیار و فوری بودن آن نیز در حکم جهل به غبن است ( ماده ۱۳۱۱ق.م ) با این تفاوت که چون همه آگاه از قانون فرض می‌شوند اثبات جهل با مغبون است.<sup>۲</sup> همان گونه که در جهل به حق شفعه و فوریت آن مطرح است. در حق شفعه اصل عدم آگاهی از وجود حق شفعه و فوری بودن آن است. ولی مدعی جهل به قانون باید آن را ثابت کند. به بیان دیگر جهل به قانون ( حکم ) در این زمینه در حکم جهل به واقع ( مصداق ) است و مانع از سقوط حق می‌شود. پس اگر شفیع در محلی باشد که مردم نتوانند از تصویب قانون آگاه شوند احتمال دارد دادگاه ادعای جهل بر حکم را بپذیرد منتهی باید دانست که انتشار قانون و گذشت مهلت اجرای آن اماره بر آگاه شدن تمام مردم از قانون است و مدعی جهل باید خلاف این اماره را در دادگاه ثابت کند در مقام تعارض اصل عملی با اماره ( که از دلایل است ) بی گمان اماره حکومت دارد و باید از استناد به اصل چشم پوشید.<sup>۳</sup>

#### ۴- عذر موجه و فوریت خیار غبن

گفته شد که جهل به خیار غبن و فوریت آن عذر محسوب می‌شود و در صورت وجود جهل بدان و تاخیر ناشی از آن حق فسخ مغبون باقی است و هر زمان که مغبون علم به حق فسخ و فوریت اعمال آن پیدا کرد می‌تواند ظرف مهلت عرفی خیار غبن

۱. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، جلد اول، ص ۵۴۴، مکاسب، ص ۲۴۴.

۲. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد پنجم، صفحه ۲۴۹.

۳. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی، شفعه - وصیت - ارث*، صفحه ۲۵.

را به مورد اجرا گذارد اما احتمال دارد مغبون علم به غبن پیدا کند و نسبت به وجود خیار غبن و فوریت اجرای آن نیز آگاه باشد لکن به دلیلی نتواند خیار غبن را به مورد اجرا بگذارد یعنی که مغبون در اجرای حق خود و تاخیر در آن عذر موجه داشته باشد به نظر می‌رسد عذر موجه نیز همانند جهل به خیار غبن و فوریت آن مانع فوریت باشد و حق مغبون کماکان به قوت خود باقی بماند.

بنابراین اگر مغبون ثابت کند که به دلایل موجه خیار غبن به مورد اجرا گذاشته نشده است هر چند که او علم به خیار غبن و فوریت آن داشته است در این صورت مهلت عرفی برای اجرای خیار غبن از زمان بر طرف شدن مانع و عذر جریان می‌یابد و در مدت زمانی که عذر و مانع وجود داشته باشد فوریت خیار غبن جریان پیدا نمی‌کند و خیار غبن او باقی است و ساقط نمی‌شود.

این حکم را می‌توان از ماده ۶۰۳ قانون آیین دادرسی مدنی استنباط کرد به موجب این ماده جهات زیر عذر موجه محسوب می‌شود:

۱- مرضی که مانع از حرکت است.

۲- فوت یکی از والدین یا همسر یا اولاد

۳- حوادث قهریه از قبیل سیل، زلزله و حریق

۴- توقیف یا در حبس بودن

تشخیص موجه بودن عذر با دادگاه است و دادگاه با رعایت اوضاع و احوال حاکم بر قضیه در این باره تصمیم می‌گیرد. در صورتی که بر اساس تشخیص دادگاه علت عدم رعایت فوریت در خیار غبن عذر موجه باشد، مهلت عرفی فوریت از زمان رفع مانع و عذر شروع می‌شود. هر چند برخی از موارد عنوان شده از طریق گرفتن وکیل قابل انجام است و مباشرت مغبون در آن شرط نیست.

به نظر می‌رسد تاثیر عذر موجه در عدم رعایت فوریت خیار غبن و در نتیجه ابقای خیار غبن بیشتر در مرحله اعلام انشای فسخ باشد تا در مرحله انشاء فسخ چون فسخ

یک تصمیم درونی است ولی این تصمیم زمانی اعتبار دارد که به طرف مقابل اعلام شود.

به هر حال، در صورت جهالت به خیار یا جهالت به فوریت آن خیار ساقط نمی‌شود بنابراین هرگاه علم به غبن داشته باشد و جاهل به خیار باشد، خیار باقی است و هم چنین علم به خیار داشته باشد و اما جاهل باشد که خیار فوری است، باز خیار باقی است.<sup>۱</sup>

#### ۵- پرداخت تفاوت قیمت و تاثیر آن در خیار غبن

مبنای خیار غبن عمده<sup>۲</sup> بر دو نظریه تخلف از شرط ضمنی و اصل لاضرر استوار است. به موجب نظریه تخلف از شرط ضمنی خیار غبن مبتنی بر این شرط است که هر طرف آنچه را که در اثر قرار داد می‌گیرد از نظر ارزش از آنچه پرداخت می‌کند کمتر نباشد و در صورت فقدان چنین شرطی خیار غبن تحقق می‌یابد. به موجب نظریه دیگر مبنای خیار غبن رفع ضرری است که در معامله به دیگری وارد شده است وجه اشتراک هر دو نظریه این است که در هر حال در معامله غبنی تعادل اقتصادی بر هم می‌خورد.

سؤالی که اینجا مطرح می‌شود این است که اگر غابن تفاوت قیمت را بدهد و تعادل مورد نظر در قرار داد، برقرار شود آیا باز هم مغبون اختیار فسخ معامله دارد؟ ماده ۱۲۴ قانون مدنی پاسخ این سؤال را می‌دهد. به موجب ماده مذکور: «اگر کسی که طرف خود را مغبون کرده است، تفاوت قیمت را بدهد خیار غبن ساقط نمی‌شود مگر اینکه مغبون به اخذ تفاوت قیمت راضی شود».

مدلول این ماده مشهور بلکه اجماعی است<sup>۲</sup> و در آن چند فرض تصور می‌شود:

اول - غابن تفاوت قیمت را می‌دهد و مغبون به اخذ تفاوت قیمت راضی می‌شود.

۱. محقق قمی، جامع‌الاشکات، جلد اول، ص ۱۶۷ - ۱۷۰،

۲. حائری، شاه باغ، سیدعلی، حقوق مدنی، جلد اول، ص ۴۰۴.

در این فرض بحثی وجود ندارد و با راضی شدن مغبون به اخذ تفاوت قیمت عقد بر لزوم خود باقی می ماند و خیار غبن ساقط می شود.

دوم - غابن تفاوت را می دهد و مغبون به اخذ تفاوت راضی نمی شود. در این صورت دو نظریه وجود دارد:

۱- در صورت عدم رضایت مغبون به تفاوت قیمت خیار غبن باقی است و مغبون می تواند به استناد خیار غبن عقد را فسخ کند و دادن تفاوت قیمت تاثیری در حق او که قبلاً ایجاد شده است، ندارد و به استناد اصل استصحاب به بقای خیار حکم می شود. این حالتی است که با نظر تخلف از شرط ضمنی به عنوان مبنای خیار غبن هماهنگی دارد.

۲- علت ثبوت خیار ضرر است و ضرر با همان دادن تفاوت رفع می شود پس معامله بر لزوم خود باقی است و چنانچه غابن تفاوت قیمت را بدهد خیار غبن ساقط می شود زیرا دلیل اصلی خیار غبن منحصر است در نفی ضرر که آن هم با دادن تفاوت قیمت بر طرف می شود و مغبون الزام به قبول آن می شود. در پاسخ گفته می شود که نفی ضرر علت منحصر خیار غبن نیست و مفروض عدم انحصار دلیل است در آن.<sup>۱</sup>

علاوه بر آن دادن تفاوت قیمت در هیچ جا در کنار مسقطات خیار غبن در متون فقهی نیامده است. در هر حال به نظر می رسد که ماده ۴۲۱ پاسخ سؤال را می دهد و جبران ضرر مغبون را موثر نمی داند ولی باید انصاف داد که پذیرفتن نظر مخالف منطقی تر و عادلانه تر است.<sup>۲</sup>

### نتیجه گیری

در صورت وجود نا برابری و عدم تعادل ارزش عوضین، مغبون می تواند معامله را

۱. محقق قمی، جامع الشتات، ص ۱۶۲.

۲. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد پنجم، صفحه ۲۵۲.

فسخ یا به همان نحو قبول کند و انحلال یا بقای عقد تابع اراده مغبون است بدون اینکه غابن نقشی در آن داشته باشد.

مغبون باید حق فسخ ناشی از وجود نا برابری در ارزش عوضین را به گونه‌ای که در قانون پیش‌بینی شده است اعمال و اجرا کند در غیر این صورت خیار غبن ساقط می‌شود.

در قانون مدنی مغبون مخیر به انتخاب یکی از دو طریق فسخ یا قبول معامله به همان نحو است و نمی‌تواند غابن را به تعدیل شرایط قرار داد ملزم کند و دادگاه نیز چنین اختیاری ندارد. هم چنین در صورت جبران ضرر توسط طرف مقابل، حق فسخ مغبون از بین نمی‌رود مگر اینکه مغبون به اخذ تفاوت قیمت راضی شود در حالی که با جبران ضرر توسط طرف مقابل و تعدیل شرایط قرار داد، از بین رفتن حق فسخ در جهت تضمین استواری معاملات امری معقول و منطقی به نظر می‌رسد.

#### فهرست منابع

##### الف - به زبان فارسی

- ۱- حائری شاه باغ، سید علی، شرح قانون مدنی، جلد اول، چاپ اول، ۱۳۷۶
- ۲- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد پنجم، چاپ چهارم، ۱۳۸۳.
- ۳- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، اعمال حقوق قراردادها، ایقاع، چاپ هشتم، ۱۳۸۳.
- ۴- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، الزامهای خارج از قرارداد (ضمان قهری)، جلد اول، چاپ سوم، ۱۳۸۲.
- ۵- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد اول، چاپ چهارم، ۱۳۶۳.
- ۶- مجموعه قانون مدنی، تهیه و تنظیم اداره کل تدوین و تنفیح قوانین و مقررات معاونت پژوهش ریاست جمهوری، چاپ چهارم، ۱۳۸۱.

- ۷- فیض، علیرضا و مهذب، علی، ترجمه کتاب *لمعه*، جلد اول، چاپ پنجم، ۱۳۷۴.
- ۸- قمی، میرزا ابولقاسم، *جامع الشتات*، کتاب المتاجر، جلد اول، چاپ اول، انتشارات دانشکده حقوق دانشگاه تهران، ۱۳۷۹.
- ۹- محقق حلی، *شرایع الاسلام*، ترجمه ابوالقاسم ابن احمد یزدی، جلد اول، چاپ چهارم، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۴.
- ۱۰- مجموعه نظرهای مشورتی اداره کل حقوقی و تدوین قوانین قوه قضاییه در مسائل مدنی از سال ۱۳۶۳ تا ۱۳۸۰، انتشارات روزنامه رسمی کشور، ۱۳۸۰.
- ۱۱- فخار طوسی، جواد، درمحضر شیخ انصاری، *شرح خیارات*، جلد های سوم و چهارم، ۱۳۷۹.
- ۲۱- کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی، شفعه وصیت، ارث*، چاپ دوم، ۱۳۸۰.
- ب - به زبان عربی
- ۱- محقق کرکی، *جامع المقاصد*، جلد های چهارم و هفتم، چاپ بیروت، ۱۴۱۱ هـ.ق.
- ۲- انصاری، شیخ مرتضی، *مکاسب*، قم، انتشارات علامه، چاپ دوم، ۱۳۶۷.
- ۳- نوری طبرسی، میرزا حسن، *مستدرک الوسائل*، چاپ دوم، چاپ بیروت.
- ۴- شهید ثانی، *الروضه البهیه فی شرح اللمعة الدمشقیه*، جلد سوم، چاپ بیروت.
- ۵- شهید ثانی، *مسائلک الافهام*، جلد اول.
- ۶- علامه حلی، *تذکره الفقها*، جلد اول.

## الزام آور بودن تعهد یکطرفه نسبت به خود

مجتبی طاهری<sup>۱</sup>

اشاره:

تعهد در عالم حقوق، اصولاً یا زائیده توافقی اشخاص (اعمال حقوقی) و یا ناشی از رویدادهایی است که به حکم قانونگذار تعهدآور است (وقایع حقوقی). اینکه یک شخص بتواند تنها به اراده خویش، تعهدی الزام‌آور برای خود یا دیگری ایجاد کند، از دیدگاه برخی از حقوقدانان امری توجیه‌ناپذیر و از دیدگاه برخی دیگر امری استثنائی است. مقاله حاضر تعهدآور بودن اراده یکجانبه شخص نسبت به خود را به گونه‌ای که بتواند منشأ حقی قانونی برای طرف مقابل شود، مورد بررسی قرار می‌دهد.

در این نوشتار، علاوه بر بررسی نظری دیدگاه موافقان این نهاد، تلاش شده است به استناد مصادیق احتمالی آن در قوانین ایران، آنچه با معیارهای حقوق داخلی پذیرفتنی‌تر است معرفی شود.

واژگان کلیدی: اراده یکجانبه، تعهد، عقد، ایقاع، عمل حقوقی، حاکمیت اراده.

مقدمه

ترازی و توافق طرفین چه مبنای آن را در حکومت اراده افراد بدانیم و چه جامعه را منشأ اصلی آن قلمداد کنیم، امری است که همیشه منشأ اثر حقوقی بوده است. اما

---

۱. کارشناس ارشد حقوق خصوصی.

پذیرش تاثیر حقوقی اراده یکجانبه و یا ایقاع، برعکس عقد، همیشه بحث‌انگیز و مورد اختلاف بوده است. اینکه یک فرد بتواند تنها با اراده خود، حق عینی به دست آورد یا آن را ساقط نماید، برای خود حقی بر عهده دیگری به وجود آورد یا تعهدی برای خود و به نفع دیگری ایجاب دهد، غالباً با تردید و شک روبه‌رو بوده است. با اینهمه شاید تکلیف موارد یاد شده اول چندان مشکل نباشد. از مهمترین مباحث این اختلافات، امکان ایجاد تعهد برای خود و به نفع دیگری بوده است. به عنوان مثال، اگر شرکتی اعلام کند در صورت پیروزی بازیکنان تیم ملی فوتبال در مسابقات جام جهانی، به هر یک از آنها یک خودرو هدیه خواهد داد، آیا این تعهد یکجانبه می‌تواند حقی برای بازیکنان ایجاد کند که در صورت پیروزی بتوانند آن را از طریق مراجع قضایی مطالبه کنند؟ یا اگر موسسه‌ای آموزشی به طور یکجانبه اعلام دارد، نصف پول پرداختی اعضای خود را در صورت عدم قبولی در کنکور مسترد خواهد کرد آیا این حق قابل دفاعی برای دانش آموزان آن موسسه ایجاد می‌کند؟ از سویی به نظر می‌رسد اشکالی نداشته باشد که اراده‌ای آزاد و مختار بتواند خود را متعهد سازد، چرا که هیچ تصرف یا دخالت منفی در حقوق دیگران نمی‌کند، مخصوصاً که متعهد له نیز بی‌تردید مجبور به پذیرش این مسأله نیست و می‌تواند از پذیرش آن خودداری کند. از سوی دیگر، حتی پذیرفتن همین مقدار از ولایت در حقوق دیگران نیز احتیاج به دلیل دارد که بتوان فردی را به عکس العمل در مقابل یک عمل حقوقی واداشت.

نکته مهم و قابل توجه دیگر اینکه فارغ از بحثهای نظری، جامعه نیازهای جدیدی را احساس می‌کند که تاکنون مبتلا به نبوده است. آنچه منطقی به نظر می‌رسد اینکه، نه می‌توان در مقابل این نیازها ایستاد و بر نهادهای قدیم پافشاری کرد و نه نوگرایی افراطی فایده‌ای دربردارد بلکه باعث سست گردیدن بنیانهای اساسی حقوق خواهد



شد. لذا باید در صدد بررسی این مسأله بود و دید که آیا می‌توان به روش علمی، راه حلی متعادل اتخاذ کرد؟

برای رسیدن به این هدف، ابتدا نظر گروه‌های مخالف و موافق تاثیر اراده یکجانبه مورد بررسی قرار خواهد گرفت. سپس با فاصله گرفتن از تحلیلهای نظری، خواهیم دید که آیا قانونگذار چنین اصلی را مورد توجه قرار داده است یا خیر، اگر جواب صریحی وجود نداشته باشد باید در صدد بررسی موارد خاص مطرح شده در قوانین برآییم و به این سوال اساسی پاسخ دهیم که آیا می‌توان در صورت وجود مواردی از ایقاع تعهدآور، قاعده‌ای عمومی مبنی بر امکان چنین امری در موارد دیگر استخراج کرد؟

اینک به بررسی نظری تعهدات یکطرفه در نظریات حقوقدانان خارجی و ایرانی می‌پردازیم.

#### الف: بررسی نظری تعهدات یکطرفه

##### ۱- نظریات حقوقی موافق و مخالف الزام آور بودن تعهد یکطرفه

این مبحث به بررسی نظریات حقوقی موافق و مخالف تعهدات یکطرفه اختصاص یافته است، که در دو عنوان مختلف ارائه می‌شود. در عنوان اول به بررسی نظریات حقوقی موافق تعهد یکطرفه در حقوق داخل و خارج پرداخته می‌شود و در عنوان دوم نظریات مختلف تعهد یکطرفه ذکر می‌شود. در میان حقوقدانان کشورهای مختلف حقوقدانان کشور آلمان بیشتر از هر کشور دیگری موافق تعهد یکطرفه بوده‌اند و به نظریه پردازی در این زمینه پرداخته‌اند که در حقوق مدنی آلمان نیز انعکاس یافته است. در کنار آنان باید از حقوقدانان آمریکائی یاد کرد ایشان نیز با نظریه پردازی و استفاده از عامل عدالت تعهد یکطرفی را به رسمیت شناخته‌اند.

## ۱-۱ - نظریات موافق تعهد یکطرفه به عنوان منبع تعهد

### ۱-۱-۱ - نظریه آلمانی ایجاد و تعهد یکطرفه: نظریه سیگل و پیروان وی

برخلاف نظر غالب حقوقدانان فرانسوی که معتقد بودند ایجاد التزام تنها در سایه توافق دو اراده ممکن و میسر است، بعضی از حقوقدانان آلمانی که در رأس این حقوقدانان باید از سیگل نام برد معتقد بودند که اراده واحد به تنهایی قادر به ایجاد تعهد می‌باشد و کسی که اقدام به بستن قرارداد می‌کند نیروی الزام آور آن را از اراده خود می‌گیرد نه از توافق این اراده با اراده دیگر.<sup>۱</sup>

بنابراین ایجاب به تنهایی الزام آور است و موجب نمی‌تواند از آن عدول کند. این نظریه مورد قبول بسیاری از علمای آلمانی از قبیل باکوبی، کونتس کپن، مانزمانی، هولستند روف و بعضی از حقوقدانان متقدم فرانسوی نظیر تارد، دیموج، کولن و کاپیتان و ورمز بوده است. و رمز از حقوقدانان متقدم فرانسوی است که در رساله دکتری خود بانام اراده یکطرفی به عنوان منبع تعهد در این مورد قلم فرسایی کرده است.<sup>۲</sup>

حقوقدانان پیرو این نظریه به سه دلیل در جهت اثبات این نظریه استناد می‌کنند که یکی یکی به شرح آنها می‌پردازیم:

۱- قائل بودن به اینکه تنها تعامل دو اراده توانایی انشای التزام را دارد موجب عدم اعتبار و بطلان تعهد یکطرفه است و این امری است که قانون در مورد آن ساکت است و به صدور قانون در مورد آن نیاز وجود دارد.<sup>۳</sup>

از طرف دیگر در مواردی که شخص خودش را در برابر عامه مردم و نه شخص

۱. احمد حشمت ابوستیت، *نظریه الالتزام فی القانون المصری*، مصر، مکتبه عبد و هبه، ۱۳۶۴، ه.ق.

۲. همان، ص ۲۸۰.

۳. عبدالرزاق سنهوری، *الوسیط*، پیشین، ش ۹۶۰.

معین ملزم کند توجیه آن به چیزی غیر از تعهد یکطرفه ممکن نیست و همچنین در مواردی که در زمان ایجاد دین غیر موجود است ولی در آینده به وجود خواهد آمد یا اینکه در حال حاضر موجود است ولی بین او و قبول حائلی از قبیل فوت موجب یا فقدان اهلیت به وجود آید. در این صورت نمی‌توانیم قائل به وجود التزام در ذمه مدیون باشیم چرا که لزوم توافق دو اراده را پذیرفته‌ایم همان‌طور که در عمل موارد بسیاری مانند آن وجود دارد، ولی اگر تعهد یکطرفه را به عنوان منابع تعهد بپذیریم این مشکلات و ناعدالتیها رفع می‌شود.<sup>۱</sup>

۲ - پذیرفتن توافق دو اراده به صورت توافق کامل مشکل است. اثبات توافق دو اراده مگر در یک لحظه واحد غیر ممکن است و حتی در صورتی که ایجاب و قبول به وسیله نامه‌نگاری صورت می‌گیرد اثبات توافق ایجاب و قبول محال می‌باشد. بلکه حتی اگر دو نفر در یک مجلس هم باشند این امر محال است چرا که ضرورتاً یکی از متعاقبین، باید در اعلان اراده‌اش پیشی بگیرد و این همان است که ما آن را ایجاب می‌نامیم و اراده دیگر بعد از آن اعلام می‌شود که ما آن را قبول می‌نامیم و هنگامی که ما می‌گوییم دو اراده در صورتی که با هم همزمان باشند آنگاه توافق در آنها به وجود می‌آید. ناگزیریم فرض کنیم که کسی که اصدار ایجاب می‌کند یعنی موجب، ضرورتاً برای ایجاب خود تا آنکه آن ایجاب همزمان با قبول شود، ثابت و باقی می‌ماند و این تصور صرفاً فرضی است که ما می‌کنیم همانند فروضی که در مورد اراده باطنی می‌کنیم سزاوار این است که از این فروض اجتناب کنیم و حقیقت را آن گونه که هست ببینیم بدین معنا که ملتزم به عقد تنها به اراده خود ملزم می‌شود و نه به توافق دو اراده یعنی اراده او و داین یا متعهد له.<sup>۲</sup>

۱. توفیق حسن فرج، نظریه العامه للالتزام، بیروت، لبنان، داراحیاء التراث العربی، ۱۹۹۵، ش ۱۸۰، مکرر.

۲. السنهوری، عبدالرزاق، الوسیط، پیشین، ش ۹۰۵.

او به مجرد اعلان اراده خود حقی را برای متعهد له در ذمه خود ایجاد می‌کند و رضای فرد دیگر یا قبولش صرفاً انضمام به این حق است که برای اینکه متعهد له حقی را بدون اراده‌اش کسب نکند مورد نیاز واقع شده است. پس در این صورت توافق دو اراده به وجود نمی‌آید ولی با این حال عقد به وجود می‌آید.<sup>۱</sup>

همان‌گونه که مشاهده می‌شود این نظریه مبنای اصلی خود را بر «اعلان اراده مدیون» قرار می‌دهد و اراده باطنی و توافق دو اراده را تنها فرضی بیش نمی‌داند. براساس این نظریه عقد ترکیبی از دو رکن تعهد مدیون و انضمام رضای طلبکار یا رضای او به آن است. نقش اصلی را در ایجاد تعهد، تعهد مدیون ایفاء می‌کند و قبول تنها عنصر فرعی است.

۳- دلیل سوم اینکه از لحاظ قانونی ماده‌ای و قانونی که از ایجاد التزام به وسیله شخص واحد بر ذمه خودش جلوگیری کند وجود ندارد و انسان قادر و آزاد است با اراده خودش تا آنجا که منع صریح قانونی وجود نداشته باشد. خودش را با اراده واحد ملتزم کند بلکه حاکمیت اراده در اینجا که در توافق اراده‌ها وجود دارد قوی‌تر و نافذتر است چرا که اراده واحد به تنهایی قادر به ایجاد التزام می‌شود و حاکمیت اراده در آن بهتر دیده می‌شود.<sup>۲</sup>

حاکمیت اراده در این نظریه از نظریه توافق دو اراده عیان‌تر است و اراده منفرد قادر به ایجاد التزام است اما اگر قائل به توافق دو اراده باشیم اشکالاتی به وجود می‌آید از جمله اینکه ما حدود حاکمیت اراده را بدون محمل قانونی محدود کرده‌ایم چرا که در این صورت اراده تنها هنگامی ایجاد التزام می‌کند که بر اساس یکی از

۱. همان، ش ۹۰۶.

۲. السنهوری، عبدالرزاق، *نظریه العقد*، پیشین، ش ۸۰.

موارد مصرح قانونی و طبق آنها صورت پذیرد.

در قدیم مرسوم بوده است که نفوذ اراده تنها در قالب یکی از اشکال از پیش تعیین شده ممکن بوده و حال نیاز به آن اشکال نیست و اراده منفرد به تنهایی توانایی خود را دارد و ضرورت دارد که در این مسیر به غایت منطقی آن برگردیم و بگوییم که اراده توانایی ایجاد التزام را دارد و قادر به این تعهد است حتی اگر با اراده دیگر توافق و تراضی نکند.<sup>۱</sup>

از طرف دیگر اگر عادلانه نباشد که شخص بدون رضای خود طلبکار و داین شود، چه ظلمی وجود دارد اگر بگوییم که مدیون با اراده خود مدیون شود؟ در این تعبیر که با مفهوم مادی دین و تعهد سازگار است التزام و تعهد به محض اراده مدیون به وجود می آید و اگر بگوییم که مدیون با اراده خود نمی تواند ملتزم شود پس چگونه با اراده دیگری می توان وی را متعهد کرد.<sup>۲</sup>

در این نظریه سه استدلال بر مبنای مختلف ارائه شده است. در استدلال اول مبنای اصلی تعهد یکطرفه را جلوگیری از بی عدالتی و عدم منع قانون ذکر کرده است. در استدلال دوم که می تواند مبنای اصلی این نظریه قلمداد شود. اعلان اراده به عنوان دلیل ذکر شده است. در نظریه فرانسوی که متعاقباً بررسی می شود مبنای اصلی ایجاد تعهد یکطرفه بر مبنای اصل حاکمیت اراده عنوان شده است در حالی که در این نظریه بر اعلان اراده تکیه می شود و از این جهت ایرادی که بر نظر فرانسوی حاکمیت اراده می گیرند و می گویند که متعهد براساس همان مبنائی که ملتزم می شود باید بتواند از زیر بار آن شانه خالی کند. وارد نیست ولی از آنجا که نظریه سیگل بر مبنای، «اعلان اراده» استوار است می تواند به ضرورت های اجتماعی و نظم عمومی تکیه کند و آن را

۱. کاتوزیان، ناصر، *ایقاع*، پیشین، ش ۶۲.

۲. السنهوری، عبدالرزاق، *نظریه العقد*، پیشین، ش ۱۸۰.

لازم بدانند.

در استدلال سوم بر نقش حاکمیت اراده و اینکه در تعهد یکطرفه حاکمیت اراده واضح تر و نمایان تر است تکیه شده است.

در کنار این نظر، نظرهای دیگری نیز ابزار شده است که به بررسی آنها می پردازیم.

۱ - ۱ - ۲ = نظریه فرانسوی ایجاد تعهد یکطرفه: نظریه ورمز و همکاران وی در فرانسه

ورمز<sup>۱</sup> در رساله دکتری خود با نام اراده یکطرفی به عنوان منبع تعهد از ایجاد تعهد یکطرفه با استفاده از حاکمیت اراده دفاع می کند و استدلال می کند که حاکمیت اراده در طول تاریخ دارای تطور و تحول بوده و بدین منوال که در ابتدا در حقوق رم برای مثلاً انتقال مالکیت قبض کالا ضروری بود ولی اراده در سیر تاریخی خود در این موارد رها شده ولی گرفتار موارد دیگری از جمله توافق دو اراده شده است که از مسائل شکلی است.<sup>۲</sup>

ورمز می گوید اراده در مسیر خود به تدریج از این موانع عبور کرده است و قادر است که از جملگی این موانع مانند مسائل شکلی از قبیل دو اراده برای ایجاد تعهد رها شود. چرا که اراده به تنهایی قادر به ایجاد التزام می باشد و دلیل این امر هم این است که همانا موجب هنگامی که ایجاب می کند، اگر از ایجاب خود عدول کند و این عدول به آگاهی طرف مقابل قبل از اینکه قبول کند برسد همانا عقدی علی رغم رجوع موجب از ایجاب و عدم توافق اراده ها به وجود می آید. تفسیر این امر به چیزی غیر از اینکه ایجاب یعنی همان اراده واحد ذاتاً التزام آور است. نمی باشد.<sup>۳</sup>

۱. ورمز (Worms) اراده یکطرفه به عنوان منبع تعهدات، رساله دکتری در ۱۸۹۱ ص ۱۹۹ و ۲۰۰ به نقل از آلفردریک، همان کتاب، ش ۴۳۰، به نقل از دکتر کاتوزیان، *ایقاع*، پیشین، ص ۱۱۷.

۲. همان، ش ۱۸۰.

۳. السنهوری، عبدالرزاق، *الوسیط*، پیشین، پاورقی، ص ۱۲۸۴.

بر مبنای این نظر سبب واقعی متعهد موجب و قابل در اراده هر یک از آنان نهفته است که اراده هر یک به تنهایی توانایی ایجاد التزام را دارد. براساس این نظریه عقد منحل به دو ایقاع می شود و در واقع منبع اصلی تعهد، ایقاع است نه عقد.<sup>۱</sup> در حقوق ما هم بعضی از استادان از اینکه عقد متشکل از دو ایقاع است، حمایت کرده اند. آقای دکتر قائم مقامی در کتاب حقوق تعهدات خود بیان می کنند که «لیکن به نظر ما اعلام اراده های ایجاب و قبول به تنهایی نیز عمل حقوقی یکطرفه ای را تشکیل می دهد. چه هر یک از این دو حتی در صورتی که با اعلام اراده دیگر تلفیق نشود. و به عقد منجر نگردد واجد آثار حقوقی معینی است و رمز با این نظر موافق است.<sup>۲</sup>

در اینکه آیا این اراده لازم است و یا جایز، پیروان این عقیده معتقدند که عنصر اساسی ناشی از اراده یکطرفه را باید در سلب حق رجوع از وعده ای که داده شده است دید، چرا که دارا بودن التزام و در عین حال امکان رجوع با یکدیگر منافات دارد.<sup>۳</sup>

ایراد مهمی که بر این نظریه گرفته شده است و در بحث بعدی به آن اشاره می شود این است که اراده ای که آن را ایجاد کرده است چرا نتواند آن را از بین ببرد ولی به این ایراد پاسخ داده شده است که بین ایجاد و فسخ تعهد یکطرفه ملازمه منطقی وجود ندارد. آقای دکتر کاتوزیان در مقام تحلیل و جواب به این ایراد می گوید که ایراد مذکور قاطع نیست چرا که از نظر منطقی هیچ ملازمه ای بین توان ایجاد تعهد و امکان از بین رفتن آن وجود ندارد. اراده حاکم باید بتواند خود را مقید

۱. کاتوزیان، ناصر، *ایقاع*، پیشین، ش ۶۲.

۲. امیری قائم مقامی، عبدالمجید، *حقوق مدنی*، جلد دوم، چاپ اول، نشر میزان، ۱۳۷۸، ص ۴۶.

۳. همان منبع، ص ۴۴.

کند و التزامی که شخص برای خود به وجود می آورد با حاکمیت اراده تعارض ندارد. در قراردادها مانند این گونه تعهدات را فراوان می یابیم: وکیلی که وکالت را پذیرفته است و، تا بر سر پیمان است، متعهد به اجرای مفاد آن و رعایت غبطه و صلاح موکل است. موکل نیز ملتزم است به اعمالی که وکیل در حدود وکالت انجام می دهد احترام گذارد. و پایبند به آن کار باقی بماند، ولی هر دو می توانند از التزام رها شوند و عقد را فسخ کنند قانونگذار جعاله را تعهد جایز نامیده است (۵۶۵ ق.م) و با این اعلام توهم تعارض بین تعهد و جواز آن را از بین برده است.<sup>۱</sup>

در حقوق ایران نظریه حاکمیت اراده در ایجاد تعهد از سوی بعضی از حقوقدانان پذیرفته شده است این حقوقدانان<sup>۲</sup> اعتقاد دارند که بحث تعهدات یکطرفه از فقه وارد حقوق اروپا شده است و مورد اقتباس آنها قرار گرفته است آنها همچنین معتقدند که در قرن اخیر به علت نیازهای اقتصادی روز افزون باید ایجاب را الزام آور دانست و در این راه از مالکیت اراده کمک می گیرند همان گونه که در ایجاد تعهد یکطرفه به اراده مدیون معتقدند که در صورتی که هیچ ضرری از آن به غیر وارد نشود، چرا نباید آن را نپذیریم و در پذیرش آن مانع ایجاد کنیم.

#### ۱ - ۱ - ۳ - نظریه حقوقدانان نظام حقوقی کامن لا

از قدیم الایام در نظام حقوقی کامن لا توافق یا قرارداد دو گونه متمایز داشته است یکی به عنوان قرارداد ساده و دیگر به عنوان تراضی براساس سند. در حقوق انگلستان مفهوم اصل نسبی بودن قراردادها و عوض همیشه مانعی جدی در برابر ایجاد تعهد به نفع غیر بدون عوض و حتی به صورت شرط ضمن عقد بوده است.<sup>۳</sup>

۱. کاتوزیان، ناصر، *ایقاع*، پیشین، ش ۶۲.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین، ش ۸۱.

۳. صادقی، محمود، رساله دکتری، *مبانی و آثار حقوقی تعهد به نفع ثالث*، ۱۳۷۹، دانشگاه تربیت



ایجاد تعهد به نفع ثالث تا به حال نیز نتوانسته است بر مبنای عمومی قرار گیرد و تنها به موجب قوانین خاص است که تا حدودی و در بعضی از موارد پذیرفته شده است.<sup>۱</sup>

در ایالات متحده آمریکا وضعیت به گونه‌ای دیگر است عدالت پاسدار نفع مشروعی است که برای فرد به وجود آمده است از این لحاظ متعهد یکطرفه را به رسمیت می‌شناسند منتهی مبنای آن عدالت است و نه حاکمیت اراده.<sup>۲</sup>

در انگلیس نیز وضع دگرگون شد. به علت نیروی روز افزون عدالت و نظم عمومی، رفته رفته مفهوم تعهدات افزایش پیدا کرد و هر جایی که عدالت یا نظم عمومی اقتضاء داشت، ایجاد تعهد به رسمیت شناخته شد. از قبل نیز اعلام اراده در حقوق انگلیسی به عنوان عامل ایجاد تعهد معرفی شده بود.<sup>۳</sup>

بنابر دو عامل نظم عمومی و عدالت هر جایی که یکی از این دو اقتضاء می‌کرد و براساس اعلام متعهد خواه عقدی منعقد شده باشد خواه تنها به صورت اراده یکطرفه و تعهد یکطرفه باشد به علت اعتماد مشروعی که به وجود آمده بود حکم به وجود را التزام می‌کردند.<sup>۴</sup>

در واقع در این حقوق التزام متکی بر عمل حقوقی یا انشای مدیون شد و متعهد را از اقدامی خلاف این اراده که موجب ایجاد تعهد مشروع شده باشد محروم می‌کرد. در حقوق کنونی ایالات متحده آمریکا تعهد بر دو مبنای حقوقی و اجتماعی استوار است. مبنای اولی براساس احترام به اعتماد مشروعی است که در روابط

---

۱. همان، ص ۳۰.

۲. کاتوزیان، ناصر، *نظریه عمومی تعهدات*، پیشین، ش ۱۸۰.

3. cheshire fifoot and fumstons, law of contract, 12 edition, butte worths, 1997, p28.

۴. کاتوزیان، ناصر، پیشین، ش ۱۰۸.

بازرگانی به وجود آمده است و مبنای دوم براساس جلوگیری از بی‌عدالتی. به عبارت ساده‌تر تعهد بر دو مبنای نظم عمومی و عدالت استقرار یافته است و از مبنای اول برای ایجاد عوض استفاده شده است و از مبنای دوم برای اعتبار تعهد یکطرفه استفاده شده است.<sup>۱</sup>

براین اساس حقوقدانان کامن لا بدون آنکه در حصار آزادی اراده قرار بگیرند و انتقادات وارد بر آن را متحمل شوند براساس نظم عمومی و عدالت که پایه‌همة اعمال حقوقی است چه قرارداد چه تعهد یکطرفه مبنایی، صریح و روشن برای تعهد یکطرفه شناسایی کرده‌اند.

### ۱ - ۲ - نظریات حقوقی مخالف تعهد یکطرفه

در کنار نظریه سیگل و پیروان وی که مورد بررسی قرار گرفت، نظریات مخالف دیگری نیز در جواب آنها و انتقاد از آنها ارائه شد، این نظریات مخالف بیشتر از سوی حقوقدانان فرانسوی ابراز شده است.

نظریه حقوقدانان آلمانی بر سه مبنا بنا شده بود یکی مبنای فلسفی و بر اعتبار حاکمیت اراده انسان تکیه می‌کرد و مبنای دیگر، اعلام اراده متعهد بود و مبنای آخری عدالت و جلوگیری از بعضی موارد حرج بود.

حال به بررسی تفصیلی انتقاداتی که از نظریه موافقان تعهد یکطرفه شده است می‌پردازیم:

اولین ایراد این است که نظریه تعهد به اراده مدیون بر منطق صحیحی استوار نیست به عبارت دیگر تعهد یک رابطه دو طرفه است و نیاز به دو فرد دارد. یک سر این رشته به متعهد وصل است و سر دیگر آن به متعهدله. حال فرض کنیم که متعهد می‌تواند با اراده خود متعهد شود و آن را بپذیریم، ولی طرف دیگر این رشته یعنی

1. Chesit fifoot and famston, ibid, p 28.

متعهد له بر چه اساس به عنوان طلبکار و متعهد له شناخته می‌شود؟ آیا با اراده مدیون به تنهایی به دون رضایت متعهد له می‌توانیم برای او و به نفع او تعهد را بشناسیم؟ به عبارت دیگر از مفهوم تعهد در معنای عرفی خود ظاهر است که با دو اراده به وجود آید پس چگونه شما این امر را می‌توانید به عنوان تعهد بشناسید؟<sup>۱</sup>

ایراد دوم بر مبنای فلسفی این نظریه گرفته شده است اگر فرض کنیم که حاکمیت اراده قادر بر ایجاد تعهد با اراده یک طرفه است این فرض منطقاً مقتضای فرض دیگری را نیز دارد و آن این است که اراده‌ای که توانسته است آن را به وجود آورد باید بتواند آن را به راحتی از بین ببرد. اراده واحدی که قادر بر ایجاد التزام بر خود است قادر بر انحلال و رجوع از آن نیز می‌باشد.<sup>۲</sup>

ولی این ایراد قابل رفع است بدین مبنا که ایجاد التزام و انحلال آن ملازمه‌ای با هم ندارند یعنی اراده می‌تواند به تنهایی ایجاد تعهد کند ولی ممکن است بر مبنای دیگری مثلاً نظم عمومی قابل فسخ و انحلال نباشد.

آقای دکتر کاتوزیان جواب می‌دهد که میان امکان ایجاد تعهد و انحلال آن ادعا شده در صورتی معتبر است که نیروی الزام آور تعهد ریشه در اراده انسانی داشته باشد ولی با توجه به واقعیتهای اجتماعی باید گفت که درست است که اراده انسان حاکم و توانا است ولی نیروی آن ریشه در طبیعت انسان ندارد بلکه از اجتماع سرچشمه می‌گیرد.

به اضافه آن پایبند شدن تضادی با حکومت اراده ندارد و از آثار طبیعی حکومت

۱. السنهوری، عبدالرزاق، *نظریه العقد*، پیشین، ش ۱۸۰، شهیدی، مهدی، پیشین، ش ۵۰.

2. Marty; Gabriel-Raynaud; Pierre; droit civil (les obligation); Tom 2;n317;p:p281 et 282-et

Ripert, georges-boulanger, Jean, Traite de droit civil d'après le traite de planiol, Tom 2, Tom 2, Libraire generale de droit et de Jurisprudence, tom 2, n 1175, p.p 408 et 409 –et Planiol, marcel et ripert Georges et Esmein, paul, Traite pratique de droit civil francais, bolum 6, libraire Generale de droit et de jurisprudence, n 10, p.p 11,12,13- et Mazeud, Henri et Leon et jean – chabas, Francois, Lecon de droit civil (obligation, Theorie generale 0 editions Montchrestion, Tom 2 (premier volum)n.360 p.p 336 et 337.

اراده است وقتی اراده بخواهد پایبند شود، وی مقید می‌شود همان‌طور که اگر کسی در قولنامه‌ای ملتزم به فروش خانه خود شود، وجود این التزام بلا تردید است، در حالی که خودمان این را اراده کرده‌ایم. اشکال اصلی در این است که چگونه شخص می‌تواند به تنهایی و با اراده خود با دیگری ارتباط پیدا کند. باید گفته شود که این لازمه زندگی اجتماعی است. و اگر برای طرف مقابل سودمند باشد چیز عجیبی نیست، مهم این است که بر دیگری تحمیل نگردد. اگر مالی به دیگری تملیک گردد طرف تملیک باید آنچه را نخواست به دست آورده، رد کند ولی متعهد می‌تواند آن را مطالبه نکند. نیازی به تصمیم‌گیری و اقدام خاصی نیست.<sup>۱</sup>

ایراد دیگری که مخالفان مطرح کرده‌اند در سیستم حقوقی است که در زمره منابع تعهد نامی از ایقاع برده نشده است، به هر حال ایقاع را به عنوان منبع تعهد نیآورده‌اند، قانونگذار که در مقام بیان بوده است چرا ایقاع را در زمره منابع تعهد نیآورده است که می‌توان چنین پاسخ داد که علاوه بر قانون، عرف و رویه قضایی و دکترین هم جزء منابع حقوق هستند.<sup>۲</sup>

مخالفان نظریه تعهد یکطرفه ایرادات دیگری را نیز بر این نظریه گرفته‌اند. این مخالفان این نظریه را مخالف آزادی شخصیت و استقلال انسان می‌دانند چرا که به ناروا متعهد را برای رد، در صورت عدم رضایت بر او اجبار کرده‌ایم و این حرمت انسان را مخدوش می‌کند.<sup>۳</sup> بعد از انتقاداتی که به نظریه تعهد یکطرفی به عمل آمد نظریه متعادل‌تری در بین حقوقدانان و قوانین مدنی بسیاری از کشورها به وجود آمده است، این نظریه از یک طرف مبانی اولیه تعهد یکطرفه را درست می‌داند و از طرف

۱. کاتوزیان، ناصر، ایقاع، پیشین، ص ۱۲۵.

2. Strach, Boris, Droit civil (obligations) libraire techniques, libraire de la cour de cassation, 1972, n 1057, p 351,-et colin, capitant, la morandiere, traite de droit civil, libraire Dalloz, v2, n596,p.684.

۳. امیری قائم‌مقامی، عبدالمجید، پیشین، ص ۷۹.

دیگر جنبه استثنایی به آن می‌دهد و آن مبنایی که مورد قبول طرفداران آن است مورد پذیرش این دسته قرار نمی‌گیرد.

البته راهی که بر می‌گزینند در عمل برای تعهد یکطرفه به عنوان یک قاعده جایی نمی‌ماند. برخی از حقوقدانان این نظریه را منطقی نمی‌دانند ولی در عمل به آنها جنبه استثنایی می‌دهند و آن را نیازمند به جواز قانونی و صدور قانون در مورد آن می‌دانند.<sup>۱</sup> در میان قوانین مدنی، بسیاری از قوانین مدنی مانند آلمان، سوئیس، مراکش و ایتالیا مصادیقی را به عنوان مصادیق تعهد یکطرفه ذکر می‌کنند این موارد عموماً از قانون مدنی آلمان وارد سایر قوانین شده است.

در قانون مدنی آلمان ماده ۳۰۵ این قانون اسباب ملزومه وقف، تعهد به نفع ثالث، جعاله و اسناد در وجه حامل به عنوان مصادیق تعهد یکطرفه ذکر شده است.<sup>۲</sup> در فقه امامیه و عامه از دیرباز بسیاری از عناوین عقود اختلاف بوده است عناوینی مانند جعاله، کفالت، وصیت تملیکی، تعهد به نفع ثالث از موارد اختلافی بوده است. در مورد جعاله اختلاف بوده و هست. بعضی آن را عقد و برخی نیز ایقاع می‌دانند. این اختلاف نظرها به قانون مدنی نیز کشیده شده است که در وقت مناسب به آن اشاره می‌شود. بسیاری از فقهاء مانند امام خمینی، (ره) جعاله را اعم از اینکه خطاب به عام باشد یا خاص ایقاع می‌دانند که در بخش آتی به طور تفصیلی به بررسی آنان می‌پردازیم. وصیت تملیکی نیز که یک ایقاع مملک است نیز از سوی بسیاری از فقهاء ایقاع دانسته شده است.<sup>۳</sup> که بیانگر این نکته است که در فقه در مورد ایقاع

۱. سنه‌وری، عبدالرزاق، الوسیط، پیشین، ش ۹۶، کاتوزیان، ناصر، ایقاع، پیشین، ش ۶۲.

۲. سنه‌وری، عبدالرزاق، نظریه العقد، پیشین، ش ۱۸۰.

۳. محقق داماد، سیدمصطفی، بررسی فقهی حقوق وصیت، چاپ دوم، مرکز نشر علوم اسلامی، انتشارات فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۷۳، ص ۳۴.

تملیکی نیز بحث فراوان وجود دارد.

بعضی از حقوقدانان ایرانی مواردی را به عنوان ایقاع اذنی معرفی کرده‌اند.<sup>۱</sup> اثر این ایقاعات ایجاد اذن و یا اباحه در استفاده است. ایقاع یک عمل حقوقی است که آثاری دارد و البته شناسایی این موارد به عنوان ایقاع جایز محتمل است.

### نتیجه‌گیری

همان گونه که مشاهده کردیم سه نظر متفاوت در خصوص اعتبار و یا عدم اعتبار تعهد یکطرفه با مبانی مختلفی ابراز شده است یک نظر افراطی که اعتقاد به جواز تعهد یکطرفه در تمامی حالات حتی آنچه به وسیله عقود معین انجام می‌گیرد می‌باشد این نظر عقد را حالت فرعی جنبه متعهد و متعهد له می‌داند عقد را متشکل از دو ایقاع می‌داند چرا که لزوم موافق ایجاب و قبول به نظر آنان تنها، فرضی بیش نمی‌باشد و هیچگاه حاصل نمی‌شود.

برخی دیگر از حامیان تعهد یکطرفه اصل حاکمیت را مبنای قرار می‌دادند و برخی دیگر احترام به اعتماد مشروع و به عبارت دیگر اعلان اراده متعهد می‌دانستند.

در میان حقوقدانان ایرانی<sup>۲</sup> بعضی از استادان مانند دکتر لنگرودی و دکتر امیری قائم مقامی به این نظر گرایش داشتند منتهی دکتر امیری قائم مقامی هر چند که عقد را متشکل از دو ایقاع می‌داند ولی نظریه تعهد یکطرفه را به این صورت نمی‌پذیرد. دکتر لنگرودی اصل حاکمیت اراده و اقتضائات زندگی مدرن را سبب پذیرش لزوم ایجاب که حاوی یک تعهد یکطرفه است می‌داند.

گروهی دیگر از حقوقدانان تعهد یکطرفه را منبعی استثنایی برای ایجاد تعهد می‌دانند که نیاز به صدور قانون در مورد آن می‌باشد این حقوقدانان معتقدند که قانون

۱. کاتوزیان، ناصر، ایقاع، پیشین، ش ۶۲.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین، ش ۸۰، امیری قائم مقامی، عبدالمجید، پیشین، ش ۹۸.

و حقوق عادلانه‌ترین راه را برای ایجاد تعهد، عقد می‌داند، لذا باید براین منبع تمام تکیه کرد و هر چند که ایجاد تعهد به وسیله تعهد یکطرفه از لحاظ نظری و منطقی درست است ولی این یک منبع استثنایی است که نیاز به جواز قانونی دارد.<sup>۱</sup> سنه‌وری نیز براین عقیده است و معتقد است که بین نظریه آلمانی ایجاد تعهد یکطرفه و نظریه فرانسوی مخالف پذیرش تعهد یکطرفه به عنوان منبع تعهد از لحاظ عملی تفاوتی وجود ندارد.

در کنار این دو نظر، نظری دیگر کاملاً با ایجاد تعهد به وسیله یک نفر مخالف است و آن را دارای مبنایی درست نمی‌داند این نظر معتقد است که ما نمی‌توانیم بدون اراده کسی او را متعهد له بدانیم چرا که تعهد نیاز به دو اراده دارد و یک رابطه دو طرفه است و قانون تنها منبع ایجاد تعهد را عقد می‌داند.

همان‌گونه که مشاهده می‌شود نظریه تعدیلی موافق تعهد یکطرفه اثر عملی بیش از نظریه مخالفان کامل آن ندارد و فقط در یک نکته دارای تمایز است و آن اینکه تعهد یکطرفه از لحاظ منطقی درست است ولی مخالفان افراطی معتقدند که تعهد یکطرفه امری خلاف قاعده و برخلاف تمام قواعد حقوقی می‌باشد براین اساس ممکن است بگوییم متعهد با اراده خودش متعهد می‌گردد ولی چگونه می‌توانیم بپذیریم که متعهدله بدون اراده‌اش متعهدله شود؟

به نظر ما مبنای اصلی ایجاد تعهد همان‌طور که قبلاً گفتیم اراده خود می‌باشد به این معنا که قصد افراد و اراده انشایی آنها در یک قرارداد بر این قرار گرفته است که بعد از اینکه هر کدام از دو طرف تعهد خود را اعلام کردند یعنی ایجاب و قبول صورت گرفت عقد به وجود می‌آید ولی قانون هیچ‌گونه منعی در اینکه سوای عقود نتوان به وسیله اراده یک طرفه ایجاد تعهد کرد وجود ندارد.

۱. کاتوزیان، ناصر، *ایقاع*، ش ۶.

اگر ما قاعده و مبنای حقوقی ایجاد تعهد را بدانیم باید براساس این مبنا عمل کنیم و نبود منع قانونی برای این امر کافی است در تمامی مواردی که قانون عقود را مقرر کرده است آنها را به عنوان عوامل انحصاری ایجاد تعهد معین نکرده است منتهی در برخی موارد قانون قبول را به عنوان یک قاعده امری معین کرده است به عبارت دیگر مثلاً بیع و عقود معین به جز در آنهایی که در عقد و یا ایقاع بودن آنها شک داریم نیاز به ایجاب و قبول دارد و برای ایجاد تعهد نیاز به توافق آنها می‌باشد اما محدوده خارج از عقود معین تا جایی که قواعد امری خلاف ایجاد تعهد به وسیله ارائه یکطرفه نباشد می‌توان ایجاد تعهد کرد.

از طرف دیگر به نظر نمی‌رسد که عقد متشکل از دو ایقاع باشد. قانون در بسیاری از موارد همچنین اراده فرد به عنوان منبع تعهد لزوم توافق ایجاب و قبول را برای ایجاد تعهد ضروری شمرده است.

تعهد رابطه دو طرفه است که در تعهد یک طرفه نیز این خصیصه وجود دارد منتهی به وسیله اراده یک فرد به وجود می‌آید و به نظر می‌رسد که هیچ محدودیتی برای متعهد له ایجاد نمی‌شود همان‌گونه که در هبه ایجاب آن هیچ‌گونه محدودیتی برای موهوب به وجود نمی‌آورد و در این جا نیز هیچ‌گونه مابینتی با شخصیت و حریت انسان ندارد. در حقوق بسیاری از موارد وجود دارد که با اراده یک طرفه تعهد به وجود می‌آید مانند تعهد به نفع ثالث، معاملات فضولی و وصیت عهدی.

در حقوق کنونی با رسوخ و پذیرش مفهوم مادی تعهد نیازی به وجود اراده متعهد له در مرحله ایجاد تعهد احساس نمی‌شود لزوماً نیازی به اراده متعهد له برای به وجود آوردن یک رابطه نیست و تمام عناصری را که برای یک رابطه حقوقی و یک تعهد لازم می‌دانند در تعهد یکطرفه هم وجود دارد.

اینکه ایجاب و قبول به تنهایی و بدون تطابق و پیوستگی با یکدیگر نمی‌توانند



ایجاد یک رابطه حقوقی بکنند به معنای عدم اعتبار تعهد یکطرفه نیست. از طرف دیگر نمی‌توان ایجاب را هم براساس تعهد یکطرفه، یک تعهد مستقل و ابتدایی دانست در عقد قصد طرفین که مبنای عقد و همچنین تعهد یکطرفه است. هیچ اعتباری را برای ایجاب و قبول به تنهایی قائل نیست. در ایجاب، موجب تعهد خود را معلق به تعهد قابل کرده است و قابل نیز تعهد خود را معلق به تعهد موجب کرده است که هر چند از لحاظ تکوینی تطابق آنها ممکن نیست اما حقوق عالم اعتبارات است و تطابق اعتباری آنها را لحاظ کرده است.

بنابراین بدون اینکه به مقایسه تعهد یکطرفه و عقد بپردازیم و عقد را متشکل از دو ایقاع بدانیم، باید به مبنای اصلی ایجاد تعهد بپردازیم و براساس آن مبنای قاعده اقدام کنیم. گرچه امروزه قوانین امری بسیار زیاد شده است ولی باز هم مبنای اصلی تعهدات ارادی، اراده فرد است ذکر عقود معین و شناسایی عقود غیر معین بدین معنا نیست که قانون خود به خود و مستقلاً به ایجاد آنها اقدام کرده است. قانون سواً قواعد امری، عموماً در تعهدات تا آنجا که به قواعد امری و نظم عمومی لطمه‌ای وارد نشود، حامی اراده فرد و حاکمیت اراده اوست. در وهله اول باید مبنای ایجاد تعهد را قاعده عمومی اراده بدانیم که به نظر ما اراده فرد است و بعد از آن به بررسی عدم مانع در راه آن و نظم عمومی بپردازیم که هر دو آنها از مقوله عدم بوده و اصل عدم بر آنها حاکم است. در تمامی موارد قانون تعهد را به علت اراده فرد بر او بار کرده است و تنها تفاوت بین دو انشاء و یک انشاء است که آن هم براساس قصد فرد و طرفین است.

اینکه افراد در عقود می‌توانند خود را ملزم کنند و یا در ایقاعات مثلاً ذمه طرف خود را ابراء کند و یا حیازت مباحات کند همگی بیانگر شناسایی اراده فرد برای ایجاد تعهد توسط قانونگذار است. منتهی در عقود اراده فرد می‌خواهد دو قصد انشاء با هم

تطابق کند و بعد تعهد به وجود آید ولی در تعهد یکطرفه، اراده خود را بدون نیاز به هیچ عامل دیگری متعهد می کند.

در مجموع باید به این سؤال پاسخ دهیم که عناصر یک تعهد حقوقی چیست و وجه تمایز آن از تعهد اخلاقی چه می باشد؟ و بعد اینکه، آیا تعهد مورد بحث تعهدی حقوقی است یا اخلاقی؟ در یک معنای اعم می توان گفت هر چیزی که وارد صحنه اجتماع شود و با حقوق دیگران ارتباط برقرار کند، مشمول حقوق و قانون می شود چه امری آگاهانه باشد و چه ناآگاهانه. در روابط عمده و آگاهانه که تعهدات ارادی از آن جمله اند، قانون به قصد انشای افراد و اعلان آن توجه کرده است.

در عقود و دیگر ایقاعات قانون قصد ایجاد عمل حقوقی مورد نظر را و یا قصد انشای آن را به رسمیت شناخته است و از طرف دیگر اعلان آن را به گونه ای که با آن قصد مقارن باشد، اعتبار کرده است. بدین ترتیب قانونگذار برای یک تعهد ارادی حقوقی دو شرط را گذاشته است. اول اینکه در تمام تعهدات ارادی به عنوان یک اصل، فرد باید قصد انشاء را داشته باشد به عبارت دیگر فرد ایجاد و انشای التزام را به صورت جدی برای خود بکند و قانون این امر را بر مبنای اصل حاکمیت اراده که مورد پذیرش اوست قبول کرده است. قبول و ایجاد تعهد گاه به صورت صریح است و گاهی به گونه ای است که عرف آن رادر حکم صریح می بیند یا قصد ایجاد التزام به صورت ضمنی دریافت می شود. دوم اینکه، برای وارد شدن به صحنه حقوق و به عبارت بهتر وجه تمایز تعهد حقوقی از تعهد اخلاقی اعلان آن است که در این صورت با حقوق دیگران برخورد پیدا می کند و عنوان حقوقی را به خود می گیرد. ولی این تعهد حقوقی براساس و مطابق انشاء و قصد انشائی ایجاد کننده آن است.

تعهد یکطرفه نیز بر مبنایی که قانونگذار پذیرفته است، تعهدی ارادی است که عناصر مورد نیاز توسط قانون را دارا می باشد این تعهد، تعهدی حقوقی است چرا که

اولاً قصد ایجاد تعهد را که نیاز می‌باشد دارا است علاوه بر آن رکن دیگر را که اعلان قصد می‌باشد نیز داراست.

اینکه بعضی<sup>۱</sup> ادعا کرده‌اند از لحاظ فقهی هیچ یک از عمومات شامل تعهد یکطرفه نمی‌شود صحیح نیست، چرا که فقه عامه تا آنجا پیش رفته است که با پذیرفتن ضم ذمه به ذمه در ضمان و کفالت، آن را نوعی تعهد یکطرفه می‌داند.<sup>۲</sup> و در فقه امامیه نیز برخی عمومات به نظر بعضی از فقهاء، شامل تعهد یکطرفه می‌شود.

دلیل اینکه بنای عقلاء را برای مبنای<sup>۳</sup> تعهد یکطرفه نمی‌توان مورد استفاده قرار داد این است که بنای عقلاء تعهد یکطرفه را شناسایی نکرده است و نمی‌کند و منطقی نیست. چرا که به نظر بعضی از فقهاء اصالة الصحة در شبهة حکمیه در ایقاعات جاری بوده و در حقوق امروزی نیز مورد پذیرش قرار گرفته است.

از طرف دیگر باید گفت که تمام موارد ایقاع عهدی یا اذنی که در قانون مدنی آمده است و برخی از مصادیق مورد اختلاف که به نظر ما ایقاع است مانند جعله، تعهد به نفع شخص ثالث و ایجاب ملزمه، براساس قواعد عمومی تعهدات می‌باشند. هرگاه تعهدی با قصد انشاء به وجود آید و اعتماد مشروعی را برانگیزد و به حقوق دیگران مرتبط شود در عامل حقوق وارد شده است و حقوق از آن حمایت می‌کند به خصوص وقتی هیچ ضرری برای دیگری نداشته باشد. از طرف دیگر هر چند که در سیستم حقوقی ما ایقاع به طور صریح به عنوان منبع تعهد شناسایی نشده است اما همان‌طور که دکتر لنگرودی در رساله دکتری خود اشاره فرموده اند می‌توان از مواد

۱. شهیدی، مهدی، پیشین، ش ۶۰.

۲. وهبه الزحیلی، *فقه الاسلامیه وادلته*، جلد ۶، دار احیاء التراث العربی، الطبعة ثانیة، بیروت، لبنان، ۱۴۱۹، ص ۴۱۴۴.

۳. همان منبع، ش ۶۰.

۳۰ و ۱۳۲ به عنوان شناسایی ایقاع به عنوان منبع تعهد استفاده نمود و اراده مدیون بدون تراضی می‌تواند برای او ایجاد تعهد کند.<sup>۱</sup>

#### ب: بررسی بعضی از مصادیق اختلافی تعهد یکطرفه

در این فصل تنها به بررسی بعضی از مصادیق اختلافی که به نظر ما، تعهد یکطرفه هستند پرداخته می‌شود. چرا که بسیاری از مصادیق مورد اختلاف به فرض ایقاع بودن، ارتباطی با بحث ما ندارند. مثلاً وصیت تملیکی اگر هم یک ایقاع باشد، یک تعهد یکطرفه به آن معنائی که ما معتقدیم و آن را بررسی می‌کنیم نیست.

از طرف دیگر موضوع مقاله بررسی مصادیق نیست لذا تنها به بررسی سه عنوان که عبارتند از: ایجاب همراه با التزام، تعهد به نفع شخص ثالث و جعاله می‌پردازیم. این عناوین در فقه هم مورد بررسی قرار گرفته است و ما در صدد بررسی فقهی و حقوقی آنها هستیم.

#### ۱- ایجاب همراه با التزام

اراده باطنی فرد یا قصد انشای او که سازنده تعهد است باید به گونه‌ای ابراز شود. ایجاب بر این اساس اعلام اراده کسی است که پیشنهاد انجام معامله به دیگری می‌کند و وی را به ایجاد تعهد فرا می‌خواند که اگر این پیشنهاد مورد قبول قرار گیرد، عقد منعقد می‌شود. ایجاب ممکن است به شخص معین و یا به تعدادی محدود و یا به عموم باشد، ایجاب به دو گونه است:<sup>۲</sup>

##### ۱- ایجاب ساده

##### ۲- ایجاب همراه با التزام

بدین بیان که اگر ایجاب با یک شرط التزام باشد به طور صریح یا ضمنی، این

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، تأثیر اراده در حقوق مدنی، انتشارات دانشگاه تهران، ش ۳۹۹ و ۴۰۰، صص ۱۴۸ و ۱۴۹.

۲. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، پیشین، ش ۱۵۹.

الزام آیا الزام آور است یا خیر و اگر الزام آور است بر چه مبنائی قابل توجیه است؟<sup>۱</sup>  
برای پاسخگویی به این سؤال نظریات متفاوتی ارائه شده است که در ذیل به آنها  
می پردازیم:

#### ۱-۱- نظریه جرم مدنی (تقصیر)

مبنای نظریه تقصیر، قاعده لاضرر است. گروهی معتقدند که عدول از ایجاب  
تقصیر است و زیانهای ناشی از آن باید جبران شود. طرف قبول نمی تواند ادعا کند  
که، با وجود عدول از ایجاب پیش از قبول، قرارداد واقع می شود، ولی حق دارد  
زیانهای ناشی از این اقدام را از دادگاه بخواهد. زیرا، نظم در معاملات ایجاب می کند  
که هیچ یک از دو طرف قرارداد نتواند اعتماد مشروعی را که در دیگری به وجود  
آورده است، ندیده بگیرد. از سوی دیگر چون عادلانه ترین راه جبران خسارت این  
است که گوینده قبول به نتیجه مورد انتظار خود برسد، دادگاه می تواند، در مقام رفع  
ضرر عقد را واقع شده اعلام کند. پس آنچه گوینده ایجاب را ملزم به مفاد آن  
می کند، خطای مربوط به عدول از ایجاب است و نه خود ایجاب.<sup>۲</sup> و این تحلیل با  
این ایراد روبه رو است که اگر ایجاب هیچ التزامی برای گوینده آن به وجود  
نمی آورد، چگونه می توان او را از باب اجرای اختیار خویش مقصر دانست و مسؤول  
قرار داد. برعکس، هرگاه ایجاب الزام آور باشد نباید بر رجوع آن اثری بار شود. در  
جواب این انتقاد، بعضی گفته اند که پیشنهاد امری که درباره آن مطالعه کافی نشده،  
خودنوعی تقصیر است. یعنی مبنای مسؤولیت، اعلام ایجاب است و نه عدول از آن.  
بعضی دیگر گفته اند، اگر عدول از ایجاب همراه با انگیزه نامشروع باشد، سوء استفاده  
از حق محسوب می شود و سبب ضمان است. بعضی دیگر امکان گرفتن خسارت را

۱. همان، ش ۱۶۰.

۲. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، چاپ سوم، چاپخانه بهمن، شرکت سهامی  
انتشار، ۱۳۷۴، ش ۱۶۴.

ناشی از داوری عرف دانسته‌اند و نه تقصیر.<sup>۱</sup>

### ۱ - ۲ - نظریه قرارداد ضمنی

براساس این نظریه، در موردی که ایجاب با تعهد به حفظ آن همراه است، به دو انشای گوناگون تحلیل می‌شود: ایجاب مربوط به مضمون عقد، که پیش از اعلام قبول مخاطب اثری در این زمینه ندارد؛ و پیشنهاد مربوط به حفظ نخستین ایجاب تا زمان معین.<sup>۲</sup>

پیشنهاد دوم که به موجب آن گوینده ایجاب باید پای‌بند و ملتزم بماند، هیچ تعهدی برای طرف مخاطب به وجود نمی‌آورد. تنها به سود اوست. پس همین که به طرف قبول عرضه شود و او در برابر هیچ پاسخی ندهد، ظاهر این است که می‌خواهد از آن مدت برای اندیشیدن و تهیه مقدمات استفاده بکند. سکوت او در این اوضاع و احوال نشانه قبول پیشنهاد مقدماتی و مفید است.

بدین ترتیب، پیش از وقوع عقد اصلی، قرارداد ضمنی دیگری بسته می‌شود که گوینده ایجاب را ملتزم به نگهداری آن می‌کند. این قرارداد ضمنی را در اصطلاح «پیش قرارداد» می‌نامند.

بر این تحلیل ایراداتی وارد شده است، یکی از ایرادات این است که سکوت در صورتی نشانه رضا است که نتوان در اراده باطنی ساکت تردید کرد. ولی در فرض ما، معلوم نیست که مخاطب قصد استفاده از مهلت را داشته باشد.

از سوی دیگر تعیین مدت برای ایجاب، احتمال دارد برای تمیز پایان این موجود اعتباری به کار رود. پس از آن نمی‌توان استنباط کرد که گوینده قصد دارد درباره نگهداری ایجاب قرارداد جداگانه ببندد و خود را ملتزم سازد، بویژه که هیچ نفعی در

۱. همان، ش ۱۶۴.

۲. سنهوری، عبدالرزاق، *نظریه العقد (نظریه العامه الالتزام)*، مطبعه دارالکتب، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۳۵۳، ش ۱۸۷.

این کار ندارد. بنابراین فرض وجود پیش قراردادی امری موهوم و نادر است. وانگهی اگر ایجاب به عنوان ایقاعی الزام آور پذیرفته نشود و آنگاه پیش از قبول به رجوع گوینده انجامد، چگونه می توان ادعا کرد که تراضی انجام شده است.

### ۱-۳- نظریه تعهد یکطرفه یا ایقاع لازم

به موجب این نظریه، هیچ مانعی وجود ندارد که شخص بتواند بدون دخالت دیگری خود را ملتزم کند. زیرا مبنای واقعی تعهد هر یک از طرفین تعهد نیز اراده خود اوست. اگر گوینده ایجاب بنابر اراده خود ملتزم به مفاد عقد نشود چگونه می توان پذیرفت که اراده طرف او بتواند این تعهد را ایجاد کند.<sup>۱</sup>

بدین ترتیب، در موردی که ایجاب با مهلت معین برای قبول صادر می شود یا در عرف متضمن چنین مهلتی است. دو تعهد ممتاز از یکدیگر برای گوینده آن ایجاد می کند: یک تعهد که تعهد به مفاد عقد است و معلق و منوط به رضای طرف است و تعهد دیگر تعهد به حفظ ایجاب است که فوری به وجود می آید و آن را لازم می کند.<sup>۲</sup>

به این نظریه ایراداتی وارد شده است که همان ایراداتی است که به تعهد یکطرفه به صورت کلی گرفته شده است و ما قبلاً آنها را مورد بررسی قرار دادیم.

در حقوق ایران، قانون مدنی ایران در مورد ایجاب ملزمه ساکت است و همین امر باعث شده است که حقوقدانان به بحث و بررسی و نظریه پردازی در این مورد بپردازند و طبیعتاً نظریات مختلفی به وجود آوردند. از این لحاظ اتفاق آراء در بین حقوقدانان در این مورد وجود ندارد.

عده ای از حقوقدانان معتقدند که در حقوق ایران ایجاب به تنهایی منشأ تعهد و

۱. فرج توفیق، حسن، *نظریه العامة للالتزام*، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۹۹۵ م، ص ۳۵۰.

۲. سنهوری، عبدالرزاق، *الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید*، جلد ۱، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۹۵۹ م، ش ۹۰۷.

پیدایش التزام معرفی نشده است، که با توجه به این توضیح و در نظر گرفتن قواعد و اصول، مانند اصل عدم تأثیر ایجاب در تحقق تعهد و التزام، می توان گفت این موجود اعتباری، می تواند پیش از انضمام قبول به آن، با همان اراده که آن را انشاء کرده است یعنی اراده موجب از بین برود. به این علت که ایجاب عمل حقوقی مستقلی نیست بقای آن پیش از الحاق قبول، صرفاً متکی به اراده موجب است به این دلیل اگر موجب پیش از قبول فوت کند و یا محجور شود، ایجاب از جهت فقدان اراده موجب آن منتفی و معدوم خواهد شد و با صدور بعدی قبول نمی تواند ماهیت عقد خود را محقق سازد. در زوال ایجاب با فسخ آن یا با فوت و حجر موجب، تفاوتی در حقوق ایران، بین موردی که برای صدور قبول مهلتی از طرف موجب تعیین شده یا نشده باشد، به نظر نمی رسد چرا که بر تعهد یکطرفه که مبنای این نظر است نیز نمی توان اعتباری قائل شد.<sup>۱</sup>

در مقابل برخی دیگر از حقوقدانان نظری متفاوت برگزیده اند. دکتر کاتوزیان معتقد است که ایجاب ایقاعی مستقل نیست، جزئی از یک عمل حقوقی است که طرح توافق را می ریزد و زمینه سازی می کند. به همین جهت هرگاه به طور صریح یا ضمنی همراه التزام اضافی نباشد، گوینده را پای بند نمی سازد و او می تواند از آنچه اعلام کرده است قبل از قبول عدول کند.<sup>۲</sup>

به طور معمول، در مواردی که دو طرف قرارداد روبه روی هم قرار می گیرند یا با تلفن و تلکس گفتگو می کنند، وضع بدین منوال است؛ در این فرض، با اینکه ایجاب الزام آور نیست، اگر رجوع از آن یا اصل پیشنهاد همراه یا تقصیر باشد، ضمان آور است و خسارات ناشی از این اقدام باید جبران شود. ولی هرگاه ایجاب همراه با تعهد

۱. شهیدی، مهدی، *تشکیل قراردادها و تعهدات*، پیشین ۷ ش ۱۶۷.

۲. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد اول، پیشین، ش ۱۶۵.



به نگهداری آن باشد، این تعهد حق رجوع از ایجاب را ساقط می‌کند. زیرا هیچ مانعی وجود ندارد که ایقاع بتواند حقی را از بین ببرد و التزامی به وجود آورد.<sup>۱</sup> یکی دیگر از استادان معتقد است که در قرن حاضر به علت کثرت ارتباطات و توسعه روابط بازرگانی، نیاز بشر به آنجا رسیده است که تعهد ایجاب کننده به صورت لازم درآید و علت لزوم آن نیز مصلحت اجتماعی است، چرا که مصلحت اجتماعی در عصر ما اقتضاء می‌کند که در عقود غائبین، ایجاب تا تاریخ قبول، لازم باشد.<sup>۲</sup>

در فقه ایجاب ساده هیچ گونه مسؤولیت قراردادی ایجاد نمی‌کند. چرا که در فقه بیشتر بر مفهوم «تراضی» تکیه می‌شود. و حال آنکه قبل از انضمام قبول به ایجاب، تراضی به وجود نمی‌آید و بنابراین، هرگاه از این دو اراده قبل از ایجاد تراضی و توافق به نحوی از بین برود، هیچ گونه تعهدی به وجود نمی‌آید.<sup>۳</sup>

در مورد ایجاب ملزم نیز اگر «تعهد یکطرفه» را به عنوان یک تعهد درست و حقوقی قبول نکنیم، و نتوانیم از آن به عنوان مبنای ایجاب ملزم استفاده کنیم، این ایجاب هیچ گونه اثری نخواهد داشت. ولی اگر بتوانیم اصالة الصحة را در تمامی ایقاعات جاری بدانیم یا حداقل در آنهایی که مورد منع صریح قرار نگرفته‌اند مانند اینکه ایجاب خود را به صورت یکطرفه متعهد ملزم به نگهداری ایجاب تا مدتی معین بکند این تعهد صحیح و درست است.

در مورد ایجاب ساده در صورتی که عرفاً التزامی یا نوعی تعهد ضمنی به نگهداری از آن استنباط نشود، می‌توانیم از قاعده لاضرر استفاده کنیم. یعنی در

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *حقوق تعهدات*، پیشین، ش ۱۳۳.

۲. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد اول، پیشین، ش ۱۶۵.

۳. شیخ انصاری، مکاسب، جزء الاول، پیشین، ص ۲۸۰.

صورتی که شرایط سوء استفاده از حق رجوع در ایجاب ساده وجود داشته باشد، می‌توانیم موجب را به جبران یا انجام تعهد خود مجبور کنیم.

نتیجه اینکه به نظر می‌رسد که ایجاب تعهدی مستقل نیست و آن را به تنهایی نمی‌توان موجب لزوم دانست. ولی از طرف دیگر وجود تعهدی دیگر در آن به صورت صریح یا ضمنی نمی‌توان نادیده گرفت. ایجاب ساده می‌تواند حاوی تعهدی الزامی به صورت ضمنی باشد. در این صورت هیچ‌گونه تفاوتی با ایجاد ملزومه محرمه ندارد.

به نظر ما اصالة الصحة در ایقاعات جاری است به عبارت دیگر هر چند ایجاب تعهدی مستقل نیست و در صورت تعقیب قبول و انضمام آن به قبول، ایجاد تعهد می‌شود، ولی در صورتی که صریحاً در آن تعهدی الزامی به نگهداری شده باشد و یا اینکه به صورت ضمنی این تعهد استنباط شود، می‌توان گفت ایجاب نیز در حقوق ما با شرایط مقرر الزام‌آور است. گروهی از حقوقدانان این نتیجه را قبول کرده‌اند.<sup>۱</sup>

از طرف دیگر، تا جایی که می‌توان مسأله را براساس تعهد شخصی و اراده امر، مورد تحلیل قرارداد، نیازی به تمسک به مسؤولیت قهری موجب نیست.<sup>۲</sup>

همان‌گونه که برخی از حقوقدانان گفته‌اند<sup>۳</sup> توجیه ایجاب الزام‌آور براساس فرض توافق ضمنی نیز صحیح نیست. چرا که اولاً هیچ‌گونه توافقی به وجود نیامده است و ممکن است اساساً هنوز ایجاب به اطلاع قابل فرضی نرسیده باشد. ثانیاً اینکه، این فرض برخلاف قصد موجب است چرا که وی بدون نیاز به تراضی با دیگری خود را متعهد کرده است.

۱. جعفری لنگرودی، حقوق تعهدات، ص ۱۳۳.

۲. شهیدی، مهدی، پیشین، ش ۱۶۵.

۳. همان، ش ۱۶۵.

## ۲ - تعهد به نفع شخص ثالث

قرارداد رابطه نسبی بین کسانی است که با هم تراضی کرده‌اند بر این اساس اثر قرارداد محدود به دو طرف آن است.

با این حال ایجاد تعهد له یا علیه ثالث در یک قرارداد ممکن بوده است. بدین بیان که دو نفر با هم در ضمن یک قرارداد تراضی می‌کنند و حقی برای ثالث ایجاد می‌کنند. یک طرف قرارداد در برابر طرف دیگر متعهد به دادن مالی یا انجام کاری به سود ثالث می‌شود. در ماده ۱۹۶ قانون مدنی ایران این امر مذکور است.

در فقه امامیه شرط به سود ثالث به دو صورت ضمن عقد یا مستقل پذیرفته شده است. شرط به سود ثالث در فقه بر دو مبنای اعتبار انجام معامله به نیابت یا ایجاد حق به نفع شخص ثالث بر مبنای نظریه ایقاع مطرح شده است که به ذکر آنها در ذیل می‌پردازیم.

شهید اول اصل لزوم تراضی در تملکات را نه به عنوان قاعده‌ای غیر قابل استثناء بلکه به عنوان امر غالب مطرح ساخته است و بلافاصله پس از آن به ذکر موارد استثناء، یعنی مواردی که به موجب یک اراده، تملیک و تملک صورت می‌پذیرد، پرداخته است. مانند اخذ به شفعه، استفاده از طعام دیگران از باب اضطرار در مخمسه، لقطه فسخ یکجانبه قرارداد، حیازت مباحات، احیای موات.<sup>۱</sup>

فقهاء با توجه به امکان تملیک و تملک قهری، از دیرباز اعمال حقوقی را به دو دسته تقسیم کرده‌اند، عقود که با اراده دو طرف و بر مبنای تراضی انجام می‌شود، ایقاعات که با یک اراده واقع می‌شود و بر حسب مورد ممکن است حقی برای انشاءکننده به وجود آورد یا دینی بر عهده او گذارد یا رابطه حقوقی پیش از آن را اعتبار ببخشد یا بگسلد و مانند اینها.<sup>۲</sup>

۱. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۱، پیشین، ص ۴۰۲.

۲. کاتوزیان، ناصر، ایقاع، پیشین، ص ۱۰۰.

شناسایی اعمال حقوقی یکطرفه در فقه امامیه زمینه مناسبی برای خروج از اصل اثر نسبی قرارداد و معتبر شناختن حق برای شخص ثالث، بدون دخالت اراده او فراهم ساخته است. چنانچه در مبحث خیار شرط برای شخص ثالث صاحب عروۃ الوثقی به صراحت اظهار عقیده کرده است که شرط خیار برای بیگانه، ایقاع است و نیاز به قبول وی ندارد. از نظر وی جعل خیار برای شخص ثالث بدون دخالت اراده او با اختیار و سلطه فرد بر خودش منافات ندارد، زیرا او می‌تواند آن را اسقاط کند.<sup>۱</sup>

امام خمینی نیز این احتمال را داده‌اند که جعل خیار برای شخص ثالث همانند تملیک و نظایر آن نیست که احتیاج به قبول داشته باشد. بلکه عملی یک سویه از قبیل سلطنت نسبت بر شیء است از این رو نباید آن را عقد دانست بلکه ایقاع است و نیاز به قبول ندارد.<sup>۲</sup>

برخی دیگر از نویسندگان مانند شیخ انصاری حتی شرط تملیک به صورت نتیجه را به نفع ثالث پذیرفته‌اند.<sup>۳</sup>

در فقه امامیه، شرط خیار و شرط تملیک برای شخص ثالث به صورت شرط نتیجه مورد بررسی قرار گرفته است. بعضی از فقهاء معتقدند که ملکیت تنها با قرارداد حاصل می‌شود بنابراین شرط نتیجه نمی‌تواند سبب ملکیت آن را فراهم کند.<sup>۴</sup> شیخ انصاری در مقابل، نظری برخلاف آن دارد و معتقد به امکان شرط تملیک به نفع ثالث به صورت شرط نتیجه است.<sup>۵</sup> حال بعد از پذیرش آن، در صورتی که وابسته

۱. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، *حاشیه بر مکاسب*، ج ۲، دارالمکتب الاسلامیه، تهران، ۱۳۸۸، هق، ص ۳۱.

۲. امام خمینی، *البیع*، جلد ۴، پیشین، ص ۲۱۷ - ۲۱.

۳. نجفی خوانساری، موسی، *منیة الطالب*، پیشین، ص ۱۲۸.

۴. شیخ انصاری، پیشین، ص ۳۸۳.

۵. همان، ص ۳۸۴.

به یکی از عوضین نباشد آیا می توان آن را به نفع شخص ثالث قرار داد؟ شیخ انصاری معتقد است که عمل صحیح است مانند نذر برای مال غیر.

محقق نایینی نیز بین این دو تفاوت نمی داند و هر دو را می پذیرد.<sup>۱</sup>

امام خمینی معتقد است که اشتراط ملکیت به صورت شرط نتیجه برای ثالث، به دو صورت ممکن است:<sup>۲</sup>

۱- اصل مالکیت که با نفس اشتراط حاصل می شود و جایی برای مطالبه باقی نخواهد ماند.

۲- اشتغال ذمه مشروط علیه به مال در مقابل شخص ثالث شرط شود. در این حالت در نتیجه شرط، ذمه مشروط علیه در مقابل شخص ثالث مشغول می شود و او می تواند مال را از مشروط علیه، مطالبه کند یا ذمه او را از آن ابراء کند.

شیخ انصاری نیز معتقد است که اگر به صورت اصل ملکیت باشد اسقاط آن ممکن نیست ولی اگر مانند اشتغال ذمه مشروط علیه باشد، اسقاط آن قابل تصور است.<sup>۳</sup>

صاحب العروة الوثقی نیز جعل خیار را ایقاع می داند و به نظر ایشان با اصل تسلیط منافات ندارد.<sup>۴</sup>

در حقوق ایران در ماده ۱۹۶ ق.م آمده است: «... ممکن است در ضمن معامله که شخص برای خود می کند تعهدی هم به نفع ثالث بنماید.»

به نظر برخی نویسندگان، ماده ۱۹۶ ق.م، قاعده ای عام است که بر اساس آن،

۱. نجفی خوانساری، موسی، *منیة الطالب*، پیشین، ص ۱۲۸.

۲. امام خمینی، *البیع*، جلد ۵، پیشین، ص ۲۱۹.

۳. شیخ انصاری، پیشین، ص ۲۱۶.

۴. کاظم یزدی، سیدمحمدکاظم، *العروه الوثقی*، دارالکتب الاسلامیه، تهران، ۱۳۸۸، هق، ص ۴۷.

اراده متعهد می‌تواند بدون نیاز به قرارداد نیز به سود اشخاص دیگری ایجاد حق کند.<sup>۱</sup> به هر حال در حقوق ایران نظر اکثر بر این است که تعهد به نفع ثالث ایقاعی است که بر پایه قرارداد استوار است و حق مطالبه ثالث، مطالبه با قصد طرفین قرارداد و لوازم عرفی عقد است.<sup>۲</sup>

نتیجه اینکه به نظر ما، تعهد به نفع ثالث، یک ایقاع است که بر پایه قرارداد استوار است. قرارداد نسبت به فرد ثالث به عنوان یک «واحد» است که به نفع وی ایجاد تعهد می‌کند ولی توجیه مطالبه اجرای آن حق از سوی ثالث براساس قرارداد فی‌مابین طرفین قرارداد درست نیست. چرا که قرارداد نمی‌تواند برای فرد ثالث ایجاد حق کند و اگر بتواند، این یک «تعهد یکطرفه» است. و قاعده مذکور در ماده ۱۹۶، یک قاعده عمومی است و آن اینکه حداقل ایجاد حق می‌کند و نه تملیک هر چند تملیک نیز در تعهد به نفع ثالث به صورت شرط نتیجه به نظر اکثر فقهاء امکان‌پذیر است، به سود غیر، به صورت تعهد یکطرفه و ایقاع ممکن می‌باشد و برخلاف اصل نسبی بودن قراردادها هم عمل نشده است. بلکه ممکن است نسبت به دو طرف قرارداد از آثار قرارداد باشد ولی نسبت به ثالث توجیهی ندارد مگر اینکه بگوییم ایقاع است و مبانی خاص خود را دارد.

### ۳ - جعاله

ماده ۵۶۱ قانون مدنی جعاله را اینچنین تعریف می‌کند «جعاله عبارت است از التزام شخصی به ادای اجرت معلوم در مقابل عملی اعم از اینکه طرف معین باشد یا غیر معین.»

جعاله به اعتبار چگونگی ایجاب آن بر دو قسم است: خاص و عام. در جعاله

۱. جعفری لنگرودی، *ترمیم‌ولوژی حقوق*، چاپ ششم، گنج دانش، ۱۳۷۷، ش ۷۸۹.

۲. صادقی، محمود، *رساله دکتری (مبانی و آثار حقوقی تعهد به نفع ثالث)*، دانشگاه تربیت مدرس، اردیبهشت ۱۳۷۹.

خاص ایجاب برای شخص معین می‌شود، طرف خطاب تنها یک یا چند تن خاص است و به همین دلیل نیز پذیرفتن ایجاب از طرف دیگری امکان ندارد.<sup>۱</sup>

در جعاله عام، آنچه به نظر جاعل اهمیت دارد، رسیدن به نتیجه مطلوب است و به همین جهت ایجاب را به طرف عموم می‌کند و ملتزم می‌شود که هر کس کار مورد درخواست او را انجام دهد پاداش معهود را خواهد گرفت. پاره‌ای از نویسندگان امکان ایجاب جعاله به طرف عموم را از ویژگیهای جعاله پنداشته‌اند و آن را از نشانه‌های ایقاع بودن جعاله دانسته‌اند.<sup>۲</sup>

در اینکه جعاله عقد است یا ایقاع، قانون مدنی حکم صریحی ندارد، چگونگی انشای مواد گواه بر این است که نویسندگان قانون مدنی نیز در این باب تصمیم قطعی نگرفته‌اند و نتوانسته‌اند به تردیدی که فقهای امامیه داشته‌اند پایان دهند، زیرا از سویی جعاله در شمار عقود معین آورده شده است و از طرف دیگر در تعریف جعاله از به کار بردن لفظ عقد خودداری شده و از «التزام به ادای اجرت المعلوم» استفاده شده است.

فقها در خصوص ماهیت جعاله اختلاف نظر دارند. برخی آن را ایقاع می‌دانند و برخی دیگر طبق عقیده مؤلف کتاب فقه الامام الصادق (علیه السلام) «از لحاظ لغوی جعاله را قرار داد امری بر انسان که انجام دهد می‌دانند یعنی جعاله در نزد فقها عبارت است از پرداختن مال معین برای انجام عمل به عامل، خواه مجهول باشد یا معلوم. به نظر وی جعاله عقدی است که قبول آن به صورت ضمنی صورت می‌گیرد».<sup>۳</sup>

۱. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی، عقود معین*، جلد ۳، انتشارات مدرس، چاپ دوم، شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا، چاپخانه بهمن، ۱۳۷۶، ش ۱۴۴.

۲. نجفی، شیخ محمدحسن، *جواهرالکلام فی شرح تشریح الترایع الاسلام*، ج ۳۵، دارالمورخ العربی، مؤسسه المرتضی العالمیه، بیروت، لبنان، الطبعة الاولى، ۱۴۱۲ ق، ص ۱۸۹.

۳. مغنیه، محمدجواد، *فقه الامام جعفر الصادق (ع)*، الجزء الثالث، الطبعة السادسة، دار الجواد، بیروت، لبنان، ۱۴۱۳ هـ، ص ۲۹۳.

در فقه اهل سنت<sup>۱</sup>، جعاله التزام به اراده واحد است که تحقق نمی‌یابد مگر با صیغه‌ای که از سوی جاعل خوانده می‌شود. این صیغه دلالت بر اذن به عمل با تصریح در طلب می‌کند، در مقابل عوض معلوم و مقصود. پس اگر فرد دیگری بدون اذن یا اینکه جعل به شخص دیگر اذن داده شده باشد و او آن را انجام دهد جعل به او تعلق نمی‌گیرد. چرا که در فرض بدون اذن، فرد عمل را تبرعی انجام داده است و در فرض دیگر فرد معین عمل را انجام نداده است. در جعاله قبول عامل شرط نیست چرا که جعاله التزام از یک طرف می‌باشد. ایشان بعد از اینکه می‌گویند جعاله التزام از یک طرف می‌باشد و قبول شرط نیست آن را عقدی جایز می‌دانند که فسخ آن جایز است. به نظر می‌رسد که این موارد با هم تناقض دارد. بدین عبارت که اگر قبول در کل شرط نیست باید یک تعهد یک طرفه باشد و نه عقدی جایز. صاحب شرایع الاسلام نیز جعاله را عقدی جایز می‌داند.<sup>۲</sup>

نظرهای مخالفی نیز اظهار شده است. مؤلف فقه الصادق عنوان می‌کند که "اوضح عدم اشتراط قبول است چرا که تحقق عقد متوقف بر التزام از دو طرف می‌باشد... و درکل اینکه جعاله براساس مفهوم عرفی آن نزد عقلاء از انشائاتی است که قائم بر شخص واحد می‌باشد پس از ایقاعات است."

وی در بیان استدلالات خود به این دلایل استناد می‌کند:

۱- اینکه ذکر شده است که جاعل جعاله را انشاء کند و عامل بدون قصد موضوع جعاله را انجام دهد بلکه همچنین اگر با غفلت از جعاله و اینکه فعل او قبول فعل جاعل باشد، آن را انجام دهد، عمل وی صحیح است و استحقاق جعل را دارد. دراین

۱. الدكتور وهبه الزحيلي، *فقه الاسلاميه وادلته*، جلد خامس، دارالكتب العلميه، بيروت، لبنان، ۱۴۰۸ هـ، ص ۳۶۸۴.

۲. جعفر الحسن، نجم‌الدین، محقق حلی، *شرایع الاسلام*، الجزء الثاني مؤسسه المعارف الاسلاميه، الطبعه الاولى، ۱۴۱۵ هـ، ص ۱۴۷.



صورت اگر جعاله از عقود معینه بود نباید صحیح شمرده شود و استحقاق جعل رانیز نداشت، به علت عدم تمامیت جعاله و اینکه بعضی گفته اند که رضای باطنی ولو تقدیری از طرف عامل کافی در قبول است. و آن در اینجا حاصل است وجهی ندارد، چرا که در حقیقت جعاله التزام به عدم اشتراط قبول است.

۲- اگر جعاله از عقود لازمه بود مقارنه ایجاب آن با قبول شرط می بود چنانچه به نظر مشهور در عقود باید چنین باشد در حالی که در جعاله اگر عملی طول بکشد و بین ایجاب و قبول فاصله بیفتد اشکالی ایجاد نمی کند.

۳- در صورتی که عامل عمل را رد کند و بعد انجام دهد و بعد از رد سپس بازگشت کند و آن را انجام دهد، مستحق جعل می باشد و جعاله پابرجاست. در صورتی که اگر جعاله عقد بود، نیاز به ایجاب جدیدی بعد از رد اولیه داشت.

۴- صحیح بودن آن از جانب غیر مخاطب خاص و از جانب کسی که عبارت جعاله را نشنیده و آگاهی ندارد منافی با بودن آن از عقود است.

اما آنچه از تذکره نقل شده که بنابر اجماع جعاله عقد جایز است و آنچه از جامع المقاصد محقق کرکی نقل شده است که ظاهر این است که از عقود جایز می باشد و قبول در آنها فعلی است، حمل بر این می شود که جعاله به هر دو صورت محقق می شود. جعاله با علم به رضای باطنی هر چند فعلی باشد محقق می شود چرا که عقود و ایقاعات باید به فعل یا قول اظهار شود، البته نیازی به لفظ مخصوص نیست و به هر لفظی که مبین آن باشد محقق می شود و ظاهر این است که معاطات در جعاله نیز جاری می شود چرا که جریان آن بنا بر قاعده است.<sup>۱</sup> امام خمینی نیز بر این نظر است. ایشان می فرماید که جعاله "التزام به عوض معلوم بر عمل مقصود، یا اینکه آن انشاء

۱. الحسینی، السید محمد صادق، الامام جعفر فقه الصادق (ع)، جلد ناسع عشر، المطبعة العلمیه مؤسسه دارالکتب قم، ۱۴۱۴، صفحه ۲۸۵ به بعد.

التزام به وسیله آن است یا جعل عوض معلوم بر عمل مقصود... جعاله نیاز به ایجاب دارد و آن هر لفظی است که دلالت بر التزام کند.

جعاله یا عام است مانند اینکه بگوید هر کس شتر مرا یافت یا لباس مرا دوخت برای او فلان مقدار جعل است. جعاله حتی در جعاله خاص نیز نیاز به قبول ندارد و بنا بر اقوی از ایقاعات است.<sup>۱</sup>

همان گونه که ملاحظه شد در فقه نیز در اینکه جعاله عقد است یا ایقاع بین فقهای مشهور اختلاف وجود دارد ولی به نظر می‌رسد که دلایل فقیهانی که جعاله را ایقاع می‌دانند قوی تر باشد. به نظر ما نظر ما، باید با آن دسته از فقهاء و حقوقدانانی همراه بود که جعاله را یک ایقاع می‌دانند. چرا که اولاً اینکه گفته شده است با انجام فعل به وسیله عامل، قبول ضمنی صورت گرفته است نمی‌تواند درست باشد، چرا که ظاهر جعاله بر خلاف آن است. به عبارت واضح تر اینکه، جاعل قصد ندارد که انشای او با انشای دیگری برخورد کند و از آن یک قرارداد و تعهد به وجود آید. او با اراده خود و قصد بدون نیاز به قبول، به انشای تعهد اقدام می‌کند. نمی‌توان آن را ایجاب خطاب به عموم نیز دانست. در ایجاب خطاب به عموم، تعهد بعد از تقارن ایجاب و قبول، به وجود می‌آید ولی در جعاله تعهد به صرف انشا از سوی جاعل به وجود می‌آید. ثانیاً اگر عامل جعاله را رد کند و بعد انجام دهد جعاله درست است و این تنها زمانی درست است که جعاله یک تعهد یک طرفه و ایقاع باشد چرا که اگر جعاله یک قرارداد باشد بعد از رد ایجاب از سوی عامل آن، دیگر عامل نمی‌تواند آن را انجام دهد حتی اگر ایجاب برای عموم باشد. ثالثاً انجام عمل از طرف عامل بدون قصد جعاله، وی را مستحق جعل می‌کند و این بیانگر ایقاع بودن آن است.

۱. الموسوی الخمینی، روح...، *تحریر الوسیله*، جلد ۲، موسسه النشر الاسلامیه، الطبعه لجامعة المدرسین القم، ۱۵ مرداد ۱۳۶۳، ص ۵۳۹.

### نتیجه گیری نهایی :

تعهد رابطه‌ای حقوقی بین دو نفر است که یکی را طلبکار و دیگری را مدیون می‌سازد اصلی ترین منبع ایجاد تعهد، عقد و تراضی می‌باشد که علاوه بر ایجاد تعهد، موجب انتقال مال، اسقاط تعهد، تبدیل تعهد و... می‌شود. در کنار عقد، ایقاعات نیز از منابع ایجاد تعهد می‌باشد. برخی از ایقاعات موجب اسقاط حق می‌شود مانند ابراء و برخی دیگر باعث تملک می‌شود مانند حیازت مباحات منقول، مبنای تمام ایقاعات معین شده در قانون به استثنای موارد الزام قانونی مانند حق شفعه که بر خلاف قواعد عمومی تعهدات است، اصل حاکمیت اراده است.

تعهد یک طرفه که ایجاد حق بر مدیون با اراده خودش می‌کند یک ایقاع است چرا که با یک اراده به وجود می‌آید.

شناسایی تعهد یک طرفه در حقوق ایران به عنوان مبنای تعهد مورد اختلاف بین حقوقدانان می‌باشد. در فقه امامیه این عمل حقوقی یک طرفه به نظر می‌رسد از آنجا که قانون هیچ گونه مخالفتی با ایجاد تعهد به صورت یک طرفه ندارد و هیچ یک از مواد قانونی تصریح نشده است که تنها منبع ایجاد تعهد منحصرأ عقد و تراضی می‌باشد، می‌توان آن را به عنوان منبعی در کنار عقد، در صورتی که با قواعد آمره و مقتضای ذات عمل حقوقی مخالف نباشد قرار داد.

عقود معین را نمی‌توان به صورت یک طرفه ایجاب کرد و به عبارتی دیگر ایجاب به تنهایی نمی‌تواند ایجاد تملک مال یا اجاره یا... بکند. ایجاب به شرط تعقب قبول است که می‌تواند ایجاد آثار قانونی مورد نظر را بکند.

قبول در عقود معین را می‌توان به عنوان یک قاعده آمره یا از اقتضائات ذات عمل حقوقی دانست و نمی‌توان بدون قبول در عقود معین ایجاد اثر حقوقی کرد.

تعهد یک طرفه، تعهدی حقوقی است و تمامی عناصر مورد نیاز برای یک رابطه

حقوقی را در خود دارد. مفهوم عرفی تعهد چیزی جز وجود یک رابطه حقوقی بین دو نفر که یکی را طلبکار از دیگری می‌کند نیست و اینها در تعهد یک طرفه به خوبی دیده می‌شود.

مبنای اصلی ایجاد تعهد اصل حاکمیت اراده است و در تعهد یک طرفه این حاکمیت به خوبی دیده می‌شود.

بین مبنای ایجاد یک تعهد و مبنای لزوم آن تعهد تفاوت وجود دارد. مبنای ایجاد تعهد یک طرفه اصل حاکمیت اراده است ولی مبنای لزوم آن، ارتباطی که با حقوق دیگران پیدا می‌کند و به بیان دیگر مصلحت اجتماعی و نظم عمومی مبنای لزوم یک تعهد می‌باشد. از لحاظ عمومات فقهی نیز در اعمال حقوقی چه در عقد و چه ایقاع، اصالة اللزوم جریان دارد.

احکام دیگر عقود و قرار دادها تا آنجا که با اقتضای ذات تعهد یک طرفه و ایقاع، تضاد نداشته باشد در تعهد یک طرفه نیز جاری می‌شود مگر اینکه به لحاظ طبیعت عقد مخصوص آن باشد. در صورت تخلف متعهد از انجام تعهد، علاوه بر اجبار بر انجام تعهد به خسارت وارد شده نیز محکوم می‌شود.

ایجاب ملزومه، تعهد به نفع ثالث و جعالة از مصادیق بارز تعهد یک طرفه می‌باشد. ایجاب ملزومه دارای یک تعهد فرعی بر نگهداری ایجاب تا مدت معین می‌باشد و تعهد به نفع ثالث، ایقاعی است که بر پایه قرارداد استوار است ولی حق مطالبه فرد ثالث نه بر مبنای قرارداد بلکه بر مبنای تعهد یک طرفه قابل توجیه می‌باشد. جعالة یک تعهد یک طرفه است که معوض نیز می‌باشد. جعالة تعهدی جایز است و جواز آن به علت حکم صریح قانون است و نه به علت اصالة الجواز در ایقاعات.

## منابع و مأخذ

- ۱- احمد حشمت ابوستیت، نظریه الالتزام فی القانون المصری، مصر، مکتبه عبد وهبه، ۱۳۶۴، ه.ق.
- ۲- توفیق حسن فرج، نظریه العامه لاللتزام، بیروت، لبنان، داراحیاء التراث العربی، ۱۹۹۵ م.
- ۳- دکتور وهبه الزحیلی، فقه الاسلامیه وادلته، جلد خامس، دارالکتب العلمیه، بیروت، لبنان، ۱۴۰۸، ه.ق.
- ۴- الموسوی الخمینی، روح ا...، تحریر الوسیله، جلد ۲، موسسه النشر الاسلامیه، الطبعة لجماعه المدرسین قم، ۱۵ مرداد ۱۳۶۳.
- ۵- الموسوی الخمینی، روح ا...، البیع، جلد ۴، قم، موسسه اسماعیلیان، چاپ سوم، ۱۳۶۳.
- ۶- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، حاشیه بر مکاسب، ج ۲، دارالمکتب الاسلامیه، تهران، ۱۳۸۸ ه.ق.
- ۷- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، العروه الوثقی، دارالکتب الاسلامیه، تهران، ۱۳۸۸ ه.ق.
- ۸- محقق داماد، سید مصطفی، بررسی فقهی حقوق وصیت، چاپ دوم، مرکز نشر علوم اسلامی، انتشارات فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۷۳.
- ۹- الحسینی، السید محمد صادق، فقه الصادق، جلد تاسع عشر، المطبعة العلمیه، موسسه دارالکتب، قم، ۱۴۱۴ ه.ق.
- ۱۰- شیخ انصاری، مکاسب، جزء الاول، تبریز به خط طاهر خوشنویس، چاپ سوم، گنج دانش.
- ۱۱- حسن نجفی، شیخ محمد، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۳۵، دارالمورخ العربی، موسسه المرتضی العالمیه، بیروت، لبنان، الطبعة الاولى، ۱۴۱۲ ه.ق.

- ۱۲- عبدالرزاق سنهوری، *الوسیط فی شرح القانون المدنی*، جلد ۱، دار الحیاء التراث العربی، بیروت، ۱۹۵۸م ۱۱- عبدالرزاق سنهوری، *نظریه العقد* (نظریه العامه الالتزام) مطبعه دارالکتب، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۳۵۳.
- ۱۳- عبدالرزاق سنهوری، *نظریه العقد*، جلد ۱، دارالحیاء التراث العربی، ۱۹۹۲م.
- ۱۴- امیری قائم مقامی، عبدالمجید، *حقوق مدنی*، جلد دوم، چاپ اول، نشر میزان، ۱۳۷۸.
- ۱۵- کاتوزیان، ناصر، *نظریه عمومی تعهدات*، نشر یلدا، چاپ اول، ۱۳۷۴.
- ۱۶- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمینولوژی حقوق*، چاپ ششم، گنج دانش، ۱۳۷۷.
- ۱۷- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *تأثیر اراده در حقوق مدنی*، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۰.
- ۱۸- محمدجواد مغنیه، فقه الامام جعفر الصادق (ع)، الجزء الثالث، الطبعه السادسه، دارالجواد، بیروت، لبنان، ۱۴۱۳هـ.ق.
- ۱۹- صادقی، محمود، *رساله دکتری (مبانی و آثار حقوقی تعهد به نفع ثالث) دانشگاه تربیت مدرس*، اردیبهشت ۱۳۷۹.
- ۲۰- صادقی، محمود، *رساله دکتری، مبانی و آثار حقوقی تعهد به نفع ثالث*، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۷۹.
- ۲۱- شهیدی، مهدی، *تشکیل قرار دادها و تعهدات*، نشر حقوقدان، چاپ اول، ۱۳۷۷.
- ۲۲- نجفی خوانساری، موسی، *منیه الطالب*، تقریرات بحثهای آیت ا... محمد حسین نائینی، دو جلدی، تهران، مطبعه الحیدری، ۱۳۷۳.
- ۲۳- کاتوزیان، ناصر، *ایقاع*، نشر دادگستر، چاپ دوم، ۱۳۷۷.
- ۲۴- کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی، عقود معین*، جلد ۳، انتشارات مدرس، چاپ دوم، شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا، چاپخانه بهمن، ۱۳۷۶.

۲۵- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، چاپ سوم، چاپخانه بهمن، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۴.

۲۶- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد سوم، شرکت انتشار، چاپ دوم.

۲۷- نجم الدین جعفر الحسن، محقق حلی، شرایع الاسلام، الجزء الثاني موسسه المعارف الاسلاميه، الطبعة الاولى، ۱۴۱۵ هـ.ق.

#### منابع انگلیسی و فرانسوی

- 28- cheshire fifoot and fumstons, law of contract, 12 edition, butte worths1997
- 29- Marty;GabrielRaynaud;Pierre;droitcivil(lesobligation);Tom2
- 30- Ripert , georges-boulanger , Jean , Traite de droit civil d'apres le traite de planiol , Tom 2 , libraire generale de droit et de jurisprudence , tom 2
- 31- Planiol , marcel et ripert , Georges et Esmein , Paul , Traite pratique de droit civil francais, volum , 6 , libraire Generale de droit et de jurisprudence
- 32- Mazeud , Henri et leon et jean – chabas , Francois , Lecon de droit civil(obligation, Theorie generale) editions Montchrestion, Tom2 (premier volum).

## اماره در حقوق کیفری انگلیس

علیرضا قرجه‌لو<sup>۱</sup>

اشاره:

اثبات جرم از دو طریق صورت می‌گیرد، جرم یا به واسطه ادله مستقیم مثل شهادت و اقرار به اثبات می‌رسد و یا اینکه به دلیل نبودن ادله مستقیم از طریق ادله غیرمستقیم مثل امارات، اوضاع و احوال و... موارد اخیر به دلیل غیرمستقیم بودن و به جهت اینکه در تقسیم‌بندی امارات قرار دارند، ارزش اثباتی کمتری دارند و براحتی نمی‌توانند مورد استناد قرار گیرند. در این مقاله به بررسی این ارزش اثباتی و ذکر برخی مصادیق امارات؛ توجه شده است.

مقدمه

حقوق انگلیس به عنوان یکی از مصادیق حقوق کامنلا، دارای ویژگی‌هایی است که بررسی موضوعات مرتبط با آیین دادرسی، بویژه ادله را اقتضا می‌نماید. ویژگی که در حقوق انگلیس وجود دارد، همان ارتباط تنگاتنگ با موضوعات عملی است؛ هر چند مباحث آکادمیک و دانشگاهی نیز جای خود را دارد. ولی گاه حل یک معضل حقوقی جز به شکل عملی انجام شدنی نیست. انتخاب حقوق انگلیس از این جهت است، زیرا بسیاری از معضلات حقوقی را با پرونده و نمونه‌های عملی حل کرده است.

۱. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه شهید بهشتی. (a-gharacheloo@sbu.ac.ir)



هدف از انتخاب ادله اثبات دعوا و بخصوص اماره به عنوان موضوع تحقیق، مشکلاتی بوده است که همواره در این بخش مطرح است. در موضوعات دیگر هم نیاز به تحقیق و بررسی وجود دارد، اما آثار سوئی که به جهت معضلات ادله اثبات ایجاد می‌شود، بیشتر از سایر موضوعات است. ارزش دادن یا بی ارزش کردن یک دلیل به طور بلافاصل منجر به محکومیت یا تبرئه متهم می‌شود. پس اگر در امارات؛ فرق اماره از دلیل و فرق امارات مختلف از یکدیگر آشکار نشود، با مشکل روبرو خواهیم شد.

فرض این تحقیق بر این است که امارات جزء دلایل نیست، زیرا به لحاظ لفظ و معنا با دلیل فرق دارد. تأثیر این تحقیق نیز می‌تواند بر سیستم قانونگذاری و بر سیستم اجرای قوانین باشد. یعنی با آشکار کردن مواردی که در سیستمهای دیگر اماره هستند، می‌توان مقایسه خوبی با حقوق ایران برقرار ساخت و ارزش امارات را به لحاظ اثباتی در آن سیستم دید و بعد در صورتی که شرایط اقتباس و استفاده وجود داشته باشد، موارد آن را وارد سیستم ایران کرد. البته باید توجه داشت که بسیاری از مباحثی که در انگلیس مطرح می‌شود با توجه به بستر و زمینه‌هایی که به لحاظ عرفی در آنجا وجود دارد، مطرح شده است و اقتباس کورکورانه از آنها معنا ندارد.

### **بخش اول. مفهوم و تقسیم بندی**

در این قسمت ابتدا مفهوم و سپس تقسیم بندی مرتبط با امارات ذکر می‌شود. هدف از ذکر این کلیات، واضحتر شدن عناوینی است که در قسمتهای بعد به آنها اشاره می‌شود.

#### **۱. مفهوم اماره و تفکیک آن از دلیل**

اماره در حقوق کیفری به قراین و نشانه‌هایی اطلاق می‌شود که در نوع خود متعدد است. امارات، اوضاع و احوال نیز گفته می‌شود، یعنی مجموعه چیزهایی که به طور

غیر مستقیم به اثبات جرم می‌پردازد. برای مثال سکوت متهم یا دروغگویی وی به عنوان امارات کیفری مطرح است.<sup>۱</sup> در مقابل چیزهایی که به طور مستقیم به اثبات موضوع می‌پردازد، مواردی مثل شهادت، اقرار و مانند آن می‌باشد. در این مفهوم گاه با تقسیم‌بندیهای متعددی روبه‌رو هستیم. اول، اماراتی که در حقوق مدنی مطرح است، مثل اماره موت فرضی،<sup>۲</sup> اماره فراش<sup>۳</sup> و اماره ازدواج.<sup>۴</sup> دوم، اماراتی که در حقوق جزا مطرح می‌شود، مثل اماره بی‌تقصیری، اماره موضوعی و اماره حکمی.

وقتی گفته می‌شود اماره، درجه ضعیفتری از جهت اثبات نسبت به ادله به ذهن متبادر می‌شود. یعنی آن چیزی که احتمال اثبات جرم توسط آن کمتر است، مگر اینکه در حالتی، بخصوص در امارات علمی برای قاضی اقناع ایجاد کند. مثلاً از مجموع اماراتی نظیر رد پا، منی، لکه خون، رد لاستیک ماشین و.. می‌توان به حضور فردی در منزل الف و تجاوز به او پی برد. لکن با وجود هیچ یک از این قراین به تنهایی نمی‌توان به چنین نتیجه‌ای رسید. همین ویژگی است که باعث می‌شود، به آنها ادله غیر مستقیم گفته شود. یعنی به طور مستقیم به اثبات جرم منتهی نمی‌شود.

عنصر «غیر مستقیم» در تعریف امارات با یک مثال دیگر قابل توضیح است. فرض کنید الف متهم به سرقت از گاو صندوق ب شده است. در صورتی که سابقاً الف دفترچه یادداشت ب را سرقت کرده است و رمز گاو صندوق در دفترچه مرقوم باشد، احتمال بسیاری وجود دارد که الف به لحاظ این اماره که به «امارات مرتبط با

1. Emson, Raymond, Evidence, Second Edition, Palgrave Publishing, London, 2004, p 10..

2. Presumption of Death.

3. Presumption of Legitimacy.

4. Presumption of Marriage.

سابقه جرم<sup>۱</sup> معروف است، محکوم به سرقت از گاو صندوق شود.

انگیزه نیز مصداقی از امارات است. برای مثال وجود سابقه خصومت بین الف و ب می تواند اماره ای بر قتل ب توسط الف باشد.<sup>۲</sup> در تعریف اماره می توان گفت: «هر آن چیزی که اولاً دلیل نیست، ثانیاً کشف حقیقت توسط آن مستقیم نباشد، ثالثاً در صورت متعدد بودن به اثبات منتهی می شود».<sup>۳</sup>

در یک معنا، دلیل به عنوان اثبات کننده موضوعات عنوان می شود. این تعریف می تواند شامل «عدم اثبات» نیز بشود، زیرا گاه هدف دلیل «عدم اثبات» است. مثل

1. Background Evidence.

2. R v. bll[1911].

۳. از لحاظ لغوی در حقوق ایران، اماره به معنا نشانه و علامت است و از جهت حقوقی، هر چیزی که اولاً جنبه کاشفیت داشته و ثانیاً کاشفیت مذکور قطعی نبوده، بلکه ظنی باشد و ثالثاً قانونگذار کاشفیت مزبور را مورد توجه قرار داده باشد. نک: جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمینولوژی حقوق*، چاپ نهم، انتشارات گنج دانش، تهران، ۱۳۷۷، ص ۷۷.

برخلاف دلیل که قطعیت آور است، اماره ظن آور می باشد. البته این موضوع قابل بحث و نقد است. اماره از دلیل مجزا است و علی رغم این که در ماده ۱۲۵۸ ق.م اماره از مصادیق دلیل است، ولی این امر درست نیست. وجه تمایز سنتی و فقهی بین دلیل و اماره در این است که در اصول فقه، دلیل چیزی است که امور مجهول را واضح و روشن می کند و برای کشف واقع و پی بردن به حکم واقعی یا موضوعات احکام به کار می رود. نک: محمدی، ابوالحسن، *مبانی استنباط حقوق اسلامی*، چاپ پانزدهم، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، پاییز ۱۳۸۱، ص ۲۷۳.

بعلاوه «دلیل» برای قاضی اقناع آور است و نیازی نیست که افراد دیگری از جمله «ضابطان دادگستری» به اقناع برسند. نک:

Best, WM, Principles of the Law of Evidence, Fifth Edition, H Sweet, London, 1887, p.208.

باید توجه داشت آنچه از مفهوم اماره بیان می شود مفهومی است که تا حدی برگرفته از مواد قانونی است، از جمله ماده ۱۳۲۱ ق.م. «اماره عبارت از اوضاع و احوالی است که به حکم قانون یا در نظر قاضی دلیل بر امری شناخته می شود». هرچند این ماده کامل نیست و به جای تعریف اماره صرفاً مصادیق آن را که اماره حکمی و قضایی است، بیان می کند.

حالتی که الف شهادت به حضور ب نزد وی، در شب حادثه می‌دهد.<sup>۱</sup> شهادت به عنوان دلیل، در حقوق انگلیس جزء «ادله درک عمومی»<sup>۲</sup> به شمار می‌آید که در مقابل آنها «ادله علمی»<sup>۳</sup> قرار دارد که در حقوق انگلیس دارای ارزش بیشتری است. اقرار نیز براحتی نمی‌تواند مورد پذیرش باشد و در صورتی که از طریق اجبار کسب نشده باشد دارای اعتبار است. به این ترتیب دلیل بودن در حقوق انگلیس لزوماً به معنای اعتبار و اماره بودن به معنای عدم اعتبار نیست.

## ۲. تقسیم بندی امارات

در یک تقسیم بندی، طرق اثبات به ادله و امارات تقسیم می‌شوند. در ذیل ادله، شهادت، اقرار، قسم و علم قاضی قرار دارد. امارات نیز دارای یک تقسیم بندی است و آن تقسیم امارات به موضوعی و حکمی است. اولین سوال قابل طرح این است که تمام زیرمجموعه‌های امارات (موضوعی و حکمی) یا تمام زیر مجموعه‌های ادله (شهادت، اقرار، قسم و علم قاضی) به طور یکسان از ویژگیهای عنوان خود (اماره یا دلیل) برخوردارند. یعنی به همان میزان که علم قاضی اقناع آور است به همان میزان نیز شهادت اقناع آور است؟ یا اماره حکمی و موضوعی به طور یکسان ویژگیهای اماره را دارد؟ به نظر می‌آید در معنای اعم، اینچنین باشد یعنی در زیر مجموعه‌های دلیل، همه در ویژگی اقناع آوری یکسانند. در اماره نیز هم اماره حکمی و هم اماره موضوعی هر دو حول محور اثبات می‌چرخند، ولی اماره حکمی به اثبات موضوعات و اماره حکمی به اثبات احکام و دستورات قانون گذار می‌پردازند.

حقوق انگلیس دو دسته از امارات را از یکدیگر تفکیک می‌کند. در یک تقسیم

1. Black's Law Dictionary, Eight Edition, by Garner, Bryan, A, West Publishing, US, 2004, p. 595.

2. Common Sense Evidence.

3. Scientific Evidence.

بندی امارات در حقوق انگلیس، به اماره بدون مبنا<sup>۱</sup> و امارات مبنادار تقسیم می‌شود. امارات مبنادار، اماراتی است که نیازمند اثبات یک سری وقایع مقدماتی است و تا زمانی که این وقایع مقدماتی به اثبات نرسد، نمی‌توان وجود آن اماره را تأیید کرد. این دسته از امارات به سه دسته تقسیم می‌شود: ۱. امارات موضوعی<sup>۲</sup> ۲. امارات حکمی غیر قابل رد<sup>۳</sup> ۳. امارات حکمی قابل رد.<sup>۴</sup>

در کنار این امارات، امارات بدون مبنا قرار دارد، که نیازی به اثبات وقایع مقدماتی ندارد. در این دسته، دو نوع از امارات جای دارد که عبارتند از: «۱. اماره بی تقصیری»<sup>۵</sup> که در حقوق ایران به اصل برائت معروف است. ۲. «اماره سلامت»<sup>۶</sup> که به موجب آن افراد در حین ارتکاب جرم، سالم فرض می‌شوند و مدعی جنون باید آن را ثابت کند.<sup>۷</sup> این اماره در حقوق ایران وجود دارد، هر چند اسم و عنوانی ندارد. یعنی در حقوق ایران نیز در صورت ارتکاب جرم، اماره بر این است که مجرم سالم است، مگر اینکه خلاف آن را ثابت کند.

در این میان، اماره تصرف پیشین یک اماره مبنادار است. زیرا ابتدا باید یک سری اعمال مقدماتی را ثابت کرد و سپس به این اماره استناد جست. اعمال مقدماتی در این اماره عبارتند از: وقوع سرقت، یافت شدن فردی با لوازم مسروقه با فاصله زمانی اندک در حوالی محل سرقت.

به امارات موضوعی «امارات موقتی»<sup>۸</sup> نیز می‌گویند. زیرا فقط نسبت به فرد مورد

1. Presumption without Basic Facts.
2. Presumption of Fact.
3. Irrebuttable presumption of Law.
4. Rebuttable presumption of Law.
5. Presumption of Innocence.
- 6.1 Presumption of sanity.
7. Emson, op cit, p 437.
8. Provisional Presumption

نظر با شرایط خاص هر دعوا قابل اعمال است و نسبت به افراد دیگر که فاقد آن شرایط هستند، قابل اعمال نیست. به امارات غیرقابل رد حکمی، امارات قطعی<sup>۱</sup> نیز می‌گویند، زیرا اثبات فرض مخالف آن وجود ندارد، مثل اماره عدم رشد. امارات قابل رد حکمی نیز به دو دسته تقسیم می‌شوند: ۱. امارات اقناع آور<sup>۲</sup> ۲. امارات مستدل.<sup>۳ و ۴</sup>

### بخش دوم. مصادیق امارات

در این قسمت برخی مصادیق امارات که در حقوق کیفری انگلیس مورد اشاره قرار گرفته است، بررسی می‌شود. با توجه به اینکه حقوق انگلیس تا حد زیادی مبتنی بر رویه است، آراء مورد توجه بیشتری است، هرچند در قسمتهایی قوانین انگلستان نیز مورد اشاره قرار می‌گیرد.

#### ۱. دروغگویی متهم

دروغگویی دارای معانی متعددی است؛ مثلاً قلب واقعیت دروغگویی است. می‌توان اضافه کردن چیزهایی را که هرگز اتفاق نیفتاده است، دروغگویی تعریف کرد. در مقابل، نگفتن واقعیت، دروغگویی نیست، به عبارتی دیگر بر خلاف سکوت، که با ترک فعل رخ می‌دهد، فرد دروغگو باید مرتکب فعل شود و صرف عدم صحبت و نگفتن یک واقعیت، دروغگویی نمی‌باشد. ممکن است فرد گناهکاری برای فرار از محکومیت دروغ بگوید یا فرد بی‌گناهی برای به تعویق انداختن دادرسی، دفاع از خود و.. متوسل به دروغ شود.<sup>۵</sup> پس صرف دروغگویی نمی‌تواند علیه متهم استفاده شود. افراد عموماً به دلیل عدم آشنایی با موازین دادرسی و دادگاه حتی در

1. Conclusive Presumption.
2. Persuasive Presumption.
3. Evidential Presumption.
4. Emson, op cit. p. 457.
5. R v. Middleton [2001].

صورت بی‌گناهی متوسل به دروغ می‌شوند. زیرا تأیید عمل را حتی اگر مجرمانه نباشد، به ضرر خود فرض می‌کنند، در اینجاست که نقش وکیل مدافع پررنگتر می‌شود و وی می‌تواند با انجام مشاوره صحیح با موکلش، وی را در بیان مطالب یاری کند. پس فرد بی‌گناه نیز ممکن است دروغ بگوید بخصوص این امر در مورد اطفال شایعتر است و وظیفه قاضی است که با استفاده از کارشناسان (بخصوص کارشناسان روان‌شناسی) صحت و سقم حرفهای اطفال را جویا شود.

معیاری که در حقوق انگلیس برای برخورد با دروغ متهم مورد استفاده قرار می‌گیرد، «رهنمود لوکاس»<sup>۱</sup> می‌باشد. این رهنمود از دعوایی<sup>۲</sup> با همین نام اخذ شده است. در واقع این رهنمود، برای پیشگیری از این امر است که مبادا از دروغ متهمی که احتمال بی‌تقصیر بودن وی می‌رود، علیه او استفاده شود. در اصل همچنان که در سال ۱۹۹۶<sup>۳</sup> تأکید شد، در دو حالت قاضی این رهنمود را به هیأت منصفه متذکر می‌شود. اول در حالتی که قاضی احساس کند هیأت منصفه می‌خواهد دروغ‌گویی متهم را دلیل مقصر بودن او تلقی کند و دوم در حالتی که علی‌رغم دروغ‌گویی متهم، دلایلی وجود دارد که نشان می‌دهد متهم در آن زمان در صحنه جرم حضور نداشته است.<sup>۴</sup>

با وجود رهنمود لوکاس، احتمال این که فرد بی‌گناهی که متوسل به دروغ‌گویی شده است، مجرم شناخته شود، کاهش می‌یابد. با این رهنمود، هیأت منصفه می‌باید دقت بیشتری در تصمیم‌گیری داشته باشد و در صورتی که باز هم احساس کرد که متهم مورد نظر مجرم است، دروغ او را اماره‌ای بر مجرم دانستن او احتساب کند.

1. Lucas Direction.
2. R v. Lucas [1981].
3. R v. Burge [1996].
4. Alibi Evidence

**۲. سکوت متهم**

سکوت یعنی حرف نزدن یا کم حرف زدن یا گفتن عبارات مبهم که می‌تواند علیه متهم استفاده شود. سکوت در دو مرحله قابل بررسی است. یک مرحله مرتبط به قبل از محاکمه و مرحله دیگر مرتبط به زمان محاکمه است که به آنها پرداخته می‌شود.

**۲-۱. سکوت قبل از محاکمه**

این امکان وجود دارد که متهم قبل از محاکمه، صرفاً نزد مأموران پلیس سکوت کند. چنین سکوتی دارای آثاری در مرحله محاکمه می‌باشد که ممکن است به ضرر متهم بوده باشد یا تأثیری نداشته باشد. سکوت متهم می‌تواند در شرایط مختلف باشد و در هر شرایطی به شکل خود تفسیر شود. این سکوت ممکن است در مقابل پلیس و به دلیل ترس از آنها باشد. چنین سکوتی نمی‌تواند دلیلی بر قبول اتهام باشد.<sup>۱</sup>

ممکن است ما با فردی کم حرف روبه‌رو باشیم که سکوت وی به جهت کم حرف بودن او باشد. یا در بعضی شرایط، شاکی یک فرد دائم الخمر یا یک بیمار روانی است که سکوت متهم در چنین شرایطی به دلیل حالات و روحیات اوست. اما فردی که اموال مسروقه‌ای نزد او یافت شده است و از پاسخگویی خودداری می‌کند با وجود سایر اوضاع و احوال، ممکن است سکوت وی علیه او مورد استفاده قرار گیرد.<sup>۲</sup>

حقوق موضوعه انگلیس نیز صرف سکوت را دلیل مثبت یا منفی نسبت به متهم نمی‌داند، بلکه تحت شرایط مختلف آن را تفسیر می‌کند. ماده ۳۴ قانون عدالت جزایی و نظم عمومی مصوب ۱۹۹۴<sup>۳</sup> عنوان می‌کند در صورتی که متهم در حین بازجویی پلیس، سکوت اختیار کند، هیأت منصفه یا قضات مجستریت می‌توانند از

1. Hall v. R [1971]

2. R v. Seymour [1954].

3. Criminal Justice And Public Order Act 1994.



سکوت وی علیه خودش استفاده کنند، مشروط بر این که پلیس اخطار لازم را (شما می‌توانید چیزی نگویند، ولی هر حرفی که بزنید در دادگاه علیه شما استفاده خواهد شد) را داده باشد.

### ۲-۲. سکوت در طی محاکمه

در این مرحله سکوت متهم دارای آثاری است. گاه این آثار تحت اوضاع و احوالی علیه متهم و گاه تأثیری علیه او ندارد. سکوت متهم در صورتی که قرائن مثبت دیگری، بیانگر ارتکاب جرم از ناحیه متهم باشد، می‌تواند علیه او استفاده شود. این رویه در حقوق کاملاً دارای نمونه‌هایی است.<sup>۱</sup> در پرونده‌ای فرد الف متهم به ضرب و جرح غیر عمدی دیگری توسط وسیله نقلیه می‌شود. او عنوان می‌دارد که در شب حادثه، در منزل بوده است و از ارایه اظهارات دیگر خودداری می‌کند. دادگاه دلایلی ارائه می‌کند که وی شب حادثه را در منزل نبوده است و بر این مبنا وی را محکوم می‌کند. و در نهایت دادگاه تجدید نظر متذکر می‌شود که علی‌رغم تعلق ماشین به مادر متهم، چون استفاده کننده اصلی الف بوده است، محکومیت وی تأیید می‌شود. دادگاه اروپایی حقوق بشر نیز محکومیت وی را تأیید می‌کند و در توضیح می‌گوید: «با توجه به سکوت متهم و وجود قراینی که در کنار سکوت علیه متهم مطرح است (از جمله عدم حضور متهم در شب حادثه در منزل، وجود قراینی مبنی بر پنهان کردن واقعه و این که استفاده کننده اصلی وسیله نقلیه متهم و نه مادر وی بوده است) می‌توان وی را محکوم کرد».<sup>۲</sup>

### ۳. اماره تصرف پیشین و اماره استمرار

اماره اول در بحث سرقت مطرح می‌شود. در برخی از موارد براحتی می‌توان، سارق بودن فرد را، هرچند شاهد یا دلیل مستقیمی در بین نباشد، محرز دانست. اگر مغازه

1. Telfner v. Austria [2001].

2. Ashworth, Andrew J and Ovey, Clare, Case Comment: Human Rights: Adverse Inferences from Silence, Criminal Law Review, Oct, [2001], p. 821.

فردی مورد سرقت قرار گیرد و با فاصله زمانی کمی بعد از سرقت، فردی در همان نزدیکی با اموال مسروقه مغازه فوق دستگیر می‌شود، می‌توان این فرد را به جرم سرقت محکوم کرد. اماره مرتبط با این فرض، «اماره تصرف پیشین»<sup>۱</sup> می‌باشد.<sup>۲</sup>

احتمال بسیاری به لحاظ منطقی وجود دارد که چنین شخصی مرتکب سرقت از آن مغازه شده باشد و تصور امری غیر از آن سخت به نظر می‌رسد. شرط است که بین سرقت و یافت شدن اموال مسروقه نزد متهم، فاصله زمانی زیادی نباشد؛ در غیر این صورت متهم کردن فرد به نگهداری اموال مسروقه<sup>۳</sup> صحیحتر است. این اماره به «اماره اندیشه مجرمانه»<sup>۴</sup> نیز معروف است. زیرا فرد دارای اندیشه مجرمانه‌ای بوده است که متعاقب آن سرقت نیز صورت گرفته است.

نوع دیگری از اماره موضوعی تحت عنوان «اماره استمرار»<sup>۵</sup> مطرح است. در این حالت اگر فردی برای مسافرت به شهری برود و شب را نیز آنجا بماند، اماره بر این است که تا ساعت ۸ صبح در آن شهر حضور داشته است. پس اگر متعاقباً دعوای تجاوز به عنف علیه زنی، در ساعت ۸ صبح علیه او مطرح باشد، حضور او در چنین ساعتی در شهر و محل حادثه با احتمال بسیاری همراه است، زیرا حضور او در شب تا ساعت ۸ صبح، تداوم و استمرار خواهد داشت. در پرونده‌ای<sup>۶</sup> این اماره این گونه مطرح شد که اگر فردی در سال ۱۸۸۰ بنا به اقرار خود معتقد به خدا نبوده است، عدم اعتقاد در سال ۱۸۸۴ (که در آن سال پرونده‌ای علیه وی مطرح گشته) همچنان ادامه دارد.

1. The Doctrine of Recent Possession.
2. Allen, Christopher, Practical Guide to Evidence, Third Edition, Cavendish Publishing, 2004, pp. 135- 136.
3. Handling Stolen Goods.
4. The Presumption of Guilty Mind.
5. Presumption of Continuance.
6. Attorney General v. BradLaugh [1880]

#### ۴. شخصیت خوب متهم<sup>۱</sup>

گاه داشتن رفتار خوب، اشتها مثبت، فقدان سابقه جزایی و مانند آن، از اماراتی است که احتمال محکومیت فرد را تقلیل می‌دهد. زمانی می‌توان از قراین «شخصیت خوب»، به نفع متهم استفاده کرد که برای فرد شهرت عمومی<sup>۲</sup> ایجاد کند و اگر نه ایجاد اعتبار در میان چند فرد محدود اثری ندارد. در پرونده‌ای<sup>۳</sup> همین مساله (عدم پذیرش اشتها خاص) مورد تأکید قرار گرفت و متعاقباً در پرونده‌های بعدی نیز به کار رفت. در دعوایی<sup>۴</sup> فرد الف متهم به رابطه جنسی در یک دستشویی عمومی با فرد ب شد. الف برای رد اتهام به نامه‌ها و کارت تبریکهای عاشقانه و عکس، استناد کرد تا منکر رابطه جنسی شود. علی‌رغم چنین استدلالی قاضی دادگاه حکم به محکومیت الف صادر کرد و عنوان داشت چنین قراینی صرفاً اشتها خاص در میان افراد معدودی ایجاد می‌کند و نمی‌تواند دلیل «شخصیت خوب» متهم به طور کلی باشد.<sup>۵</sup>

از سال ۱۹۳۳ به موجب رهنمود «وای» که در یکی از پرونده‌های انگلیسی وضع شد،<sup>۶</sup> قضات ملزم شدند تا در صورتی که متهم دارای شخصیت خوبی باشد، هیأت منصفه را راجع به این موضوع رهنمود کنند در غیر این صورت، حکم آنها در مرحله بالاتر نقض می‌شود. در پرونده «وای»، فرد الف که فاقد سابقه قبلی بود (با توجه به این که فقدان سابقه قبلی از قراین «شخصیت خوب» است) بر این مبنا که قاضی راجع به عدم امکان ارتکاب جرم از ناحیه او به هیأت منصفه حرفی نزنده است، درخواست تجدید نظر کرد و دادگاه تجدید نظر نیز به دلیل عدم به کار بردن رهنمود

1. Evidence of Good Character.

2. General Reputation.

3. R v. Rowton [1865].

4. R v. Redgrave [1981].

5. Allen, op. cit, pp. 243- 244

6. R v. Vye

مذکور (عدم هدایت هیأت منصفه در جهت عدم احتمال ارتکاب جرم از ناحیه الف) حکم محکومیت را نقض کرد.

داشتن «شخصیت خوب» می‌تواند به جهات مختلف باشد. از جمله نداشتن سابقه محکومیت به معنای داشتن «شخصیت خوب» می‌باشد<sup>۱</sup> یا حتی اگر پرونده متهم در حال رسیدگی در دادگاه دیگری است و حکم قطعی صادر نشده است؛ این نافی در نظر گرفتن «شخصیت خوب» در پرونده حاضر نیست. پس داشتن سابقه محکومیت قطعی، نافی «شخصیت خوب» است ولی اگر هنوز حکم قطعی صادر نشده باشد؛ این امر خدشه‌ای به «شخصیت خوب» وارد نمی‌کند.

رهنمود «وای» دو نوع است. در صورتی که متهم در دادگاه شهادت داده یا حرفهایی زده باشد که نشان از بی‌گناه بودن وی باشد در این دو صورت «رهنمود صحت»<sup>۲</sup> (که از انواع رهنمود «وای» است) صادر می‌شود. اما در صورتی که قاضی احتمال کمی بدهد که جرم از ناحیه متهم ارتکاب یافته است «رهنمود عدم امکان»<sup>۳</sup> را صادر می‌کند. این دو رهنمود برای تفکیک و تمیز حالت‌های مختلف «شخصیت خوب» ایجاد شده است تا هر کس با توجه به درجه‌ای از «شخصیت خوب» رهنمود خاص او صادر شود و به همان میزان نیز هیأت منصفه برای او ارفاق قائل شود.

#### ۵. شخصیت بد متهم<sup>۴</sup>

«شخصیت بد» همچنان که ماده ۱۱۲ تبصره ۱ قانون عدالت جزایی مصوب ۵۲۰۳<sup>۵</sup> عنوان می‌کند، به معنای ارتکاب جرم یا انجام رفتارهای مذموم است. فردی که در حال حاضر جرمش در حال رسیدگی است در صورتی که قبلاً نیز مرتکب جرمی

1. R v. Aziz [1995]

2. Credibility Direction.

3. Propensity Direction

4. The Accused Bad Character

5. Criminal Justice Act 2003

شده باشد و یا رفتاری انجام داده باشد که از نظر عرف و جامعه عمل زشت و نادرستی بوده است، هیأت منصفه و قضات آن را به عنوان «شخصیت بد» در نظر می‌گیرند. از طرفی همانند «شخصیت خوب» در «شخصیت بد» نیز عمومیت شرط است، یعنی داشتن خصومت شخصی با چند نفر خاص دلیل بر «شخصیت بد» نیست.<sup>۱</sup>

کمیسیون حقوقی در توصیه‌های خود، «شخصیت بد» را به انجام دادن جرم یا انجام دادن رفتارهای نامعقول تفسیر می‌کند.<sup>۲</sup> برخی اعمال نیز نمی‌تواند بیانگر «شخصیت بد» باشد؛ مثلاً دروغ گفتن در دادگاه یا اعمالی نظیر آن را نمی‌توان نشانگر «شخصیت بد» دانست. هر چند دروغگویی نسبت به دعوا، به شکل دیگری ممکن است اماره‌ای علیه متهم باشد.<sup>۳</sup>

#### ۶. تعارض امارات<sup>۴</sup>

امارات در بعضی موارد با یکدیگر تعارض پیدا می‌کنند. ممکن است اماره‌ای به اثبات موضوعی پردازد و همزمان اماره‌ای دیگر همان موضوع را نفی کند. گاه یکی از امارات قطعی (اماره حکمی غیر قابل رد) بی‌تقصیری<sup>۵</sup> فرد را بیان می‌کند و همزمان به دلیل وجود مال مسروقه نزد فرد به جهت اماره موضوعی وی مقصر می‌باشد. در چنین حالتی اگر متهم نتواند توضیح قانع‌کننده‌ی ارایه دهد؛ مجرم می‌باشد. اصل بر عدم مجرمیت فرد است، ولی این اصل تا زمانی حاکم است که اماره‌ای خلاف آن نیاید و در صورت وجود اماره‌ای خلاف آن (همچنان که در اماره موضوعی در بحث دکترین تصرف پیشین ذکر شد) وی مجرم شناخته می‌شود. البته مشروط بر این که

1. Allen, op. cit, p. 247

2. Law Commission No 273, [2001], para 8.19

3. Conflicting Presumptions.

۴. نک: بند یک از بخش دوم همین مقاله: دروغگویی به عنوان اماره.

5. Presumption of Innocence.

تمام شرایط دکترین در اینجا وجود داشته باشد. به عنوان مثال فاصله‌ای بین زمان سرقت و زمان دستگیری سارق نباشد در غیر این صورت، وی محکوم به سرقت نمی‌شود.

به غیر از تعارض مذکور، امکان تعارض بین دو اماره وجود ندارد. البته مشروط بر این که این دو اماره مختلف باشند، به عنوان مثال امکان این وجود ندارد که بین اماره قطعی عدم امکان ارتکاب جرم توسط اطفال زیر ۱۰ سال و اماره تصرف پیشین تعارض ایجاد شود. زیرا طفل زیر ۱۰ سال توانایی ارتکاب جرم ندارد و مسأله به مرحله بعد، یعنی سنجیدن مجرمیت طفل (بر مبنای اماره تصرف پیشین) نمی‌رسد. این قاعده زمانی است که دو اماره مختلف باشند. در صورتی که هر دو اماره مشابه و از یک دسته باشند، مثلاً اثر انگشت به جای مانده در صحنه جرم نشان از مجرم بودن الف و در عین حال وجود لکه خون فرد ب، بیانگر بی‌تقصیری الف باشد (در حالی که هر دو از امارات موضوعی هستند) در چنین حالتی هر دو اماره به کنار گذاشته می‌شود و اگر دلیل دیگری وجود نداشته باشد، حکم به تبرئه فرد داده می‌شود.<sup>۱</sup>

#### نتیجه‌گیری

هر چند حقوق انگلیس در سطح بسیار بالایی مبتنی بر رویه قضایی است، ولی در بحث امارات، وجود رویه قضایی ملموستر است. در بحث امارات، رهنمودهای مختلفی (مثل رهنمود لوکاس، وای و...) وجود دارد که همگی از رویه قضایی ناشی شده‌اند. این رهنمودها باعث حل موضوعات مرتبط با امارات می‌شوند و قاضی و هیأت منصفه را در بررسی پرونده‌ها یاری می‌کنند.

امارات هم می‌تواند به نفع متهم و هم به ضرر او مورد استفاده قرار گیرد. اماره «شخصیت خوب» به نفع متهم و اماره «شخصیت بد» به ضرر اوست. بر خلاف اماره «شخصیت بد» یا «شخصیت خوب» که فقط از یک طرف (متهم یا دادستان) مورد

1. Spoliation Doctrine.

استفاده قرار می‌گیرد، کارشناسی یا اماراتی مانند آن می‌تواند از هر دو طرف مورد استفاده قرار گیرد. توضیح اینکه خصوصیت ذاتی برخی امارات مثل «شخصیت خوب» باعث می‌شود، فقط از جانب متهم مورد استناد قرار گیرد. در حالی که در کارشناسی و اماراتی مثل آن این گونه نیست.

در حقوق انگلیس، امارات گاهی از طرف قانون (اماره حکمی) و گاهی نیز از جانب رویه قضایی (اماره قضایی) ایجاد می‌شود. مصادیق معین شده به عنوان اماره قضایی بیشتر از موارد اماره حکمی است. مثلاً امارات مرتبط با دکترین تخریب<sup>۱</sup> که شامل کلیه موضوعات مرتبط با تخریب مدارک جرم و مخدوش نمودن فرایند دادرسی، مثل فرار متهم، جعل مدرک، سوزاندن مدرک، تطویل بی‌جهت دادرسی از طرف متهم و.. می‌باشد، از طرف رویه قضایی ایجاد شده‌اند.

به جز اماراتی که قطعیت صددرصد آنها به واسطه علوم مختلف از جمله ژنتیک در تشخیص «دی.ان.ای» ثابت شده است، سایر امارات مثل دروغگویی، سکوت، فرار متهم و.. دارای قطعیت بالا نیستند، مگر اینکه در طی محاکمه با تحقیق و بررسی‌های انجام شده توسط قاضی، و با اوضاع و احوالی که جرم در آن حالت اتفاق افتاده، قطعیت آور باشند.

فهرست منابع

#### الف - منابع فارسی

- ۱ - جعفری لنگرودی، محمدجعفری، ترمینولوژی حقوق، چاپ نهم، انتشارات گنج دانش، تهران، ۱۳۷۷.
- ۲ - محمدی، ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی، چاپ پانزدهم، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، پاییز ۱۳۸۱.

---

1. Spoliation Doctrine.

ب - منابع انگلیسی

1. Ashworth, Andrew J and Ovey, Clare, Ashworth, Andrew J and Ovey, Clare, **Case Comment: Human Rights: Adverse Inferences from Silence**, Criminal Law Review, Oct, 2001.
2. Best, WM, **Principles of the Law of Evidence**, Fifth Edition, H Sweet, London, 1887.
3. **Black's Law Dictionary**, Eight Edition, by Garner, Bryan, A., West Publishing, US, 2004.
4. Christopher, Allen, **Practical Guide to Evidence**, Third Edition, Cavendish Publishing, 2004.
5. Emson, Raymond, **Evidence**, Second Edition, Palgrave Publishing, London, 2004.
6. Heydon, JD and Ockelton, Mark, **Evidence (Cases and Materials)**, Third Edition, Butterworth's Publishing, 1991.
7. Law Commission No 273, 2001, para 8.19.



## تأملی بر نظریه مورخ ۱۳۸۵/۹/۶ کمیسیون تخصصی رسیدگی به

### سوالات سردفتران

(منتشره در شماره ۷۰ مجله کانون سردفتران و دفتریاران)

صابر ناظمی<sup>۱</sup>

کمیسیون محترم تخصصی رسیدگی به سوالات سردفتران در پاسخ به سؤال دفتر اسناد رسمی ۲۱۲ تهران بدین شرح «در مورد سندی که به صورت صلح عمری با شرط خیار فسخ به نفع مصالح تنظیم شده و عین به نفع متصالح مسلوب المنفعه واگذار شده آیا مصالح چون دارای منافع مادام‌العمر است می‌تواند بدون حضور متصالح مبادرت به تنظیم سند اجاره نماید یا خیر؟» چنین پاسخ داده است:

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

عدم اقناع خاطر حقوقی نگارنده از پاسخ فوق‌الاشعار موجب شد تا توضیحاتی نقدگونه بر آن تحریر و به دفتر مجله کانون ارسال شود.

بر هیچ کس پوشیده نیست که زندگی ماشینی و صنعتی به تدریج بر روابط انسانی سایه افکنده تا جایی که خانواده به عنوان کوچکترین و در عین حال تأثیرگذارترین

---

۱. سردفتر اسناد رسمی شماره ۷۸۶ تهران، وکیل سابق دادگستری و عضو هیئت تحریریه مجله کانون سردفتران و دفتریاران.

نهاد بشری نیز از این رهگذر مصون نمانده و به شدت مورد هجوم این توسعه بی حد و حصر و برق آسا شده است، به گونه‌ای که دیگر امروزه روابط حاکم بر خانواده به ویژه در کشورهای پیشرفته و توسعه یافته کاملاً دگرگون شده و هیچ نشانه‌ای از روابط متعالی بشری از جمله رعایت و حفظ حرمت اعضای یک خانواده و بالاخص پدر و مادر به عنوان دو رکن اساسی این نهاد مقدس به چشم نمی‌خورد و این بی تفاوتی منبث از زندگی ماشینی و صنعتی می‌رود تا تاروپود روابط حاکم بر خانواده‌ها و افراد جامعه را در کشورهای در حال توسعه و حتی کشورهای مسلمان و دارای ادیان الهی نیز از هم بگسلد.

جامعه ما نیز بی تردید از این حرکت سریع ماشینی شدن روابط انسانی در امان نمانده است. بر همین اساس بسیاری از افراد با واقع بینی و دوراندیشی به فکر چاره برآمده‌اند، برای نمونه شخصی که با مشقت فراوان در طول زندگی صاحب یک خانه و یا یک آپارتمان شده از بیم آنکه مبادا پس از فوت، همسر او در معرض بی‌مهری فرزندان واقع شود و به خانه سالمندان سپرده شود، انتقال ملک به همسر خویش را راه حل مناسبی برای رهایی از این خطر قریب‌الوقوع می‌بیند لیکن انتقال بدون قید و شرط نیز ممکن است انتقال دهنده را در صورت وقوع طلاق و جدایی برای همیشه بی‌خانمان و سرپناه بگذارد و یا در صورتی که قصد جابه جایی و تبدیل به احسن ملک وجود داشته باشد به دلیل عدم همکاری منتقل‌الیه، انتقال دهنده محکوم به اقامت دائمی در یک خانه و یک محله باشد. لاجرم برای جلوگیری از این عوارض ناخواسته به عقدی به نام صلح با شرط عمری و یا اصطلاحاً (صلح عمری) پناه آورده‌اند تا با حفظ منافع به مدت خود و نیز اختیار فسخ معامله، هم متصلح از گزند ناملايمات اجتماعي مصون ماند و هم قدرت استیلا در تصرف مدت زمان باقی مانده از عمر مصالح متزلزل نگردد.

بنابراین اگرچه امکان اجاره دادن مورد انتفاع توسط مصالح با این واقعیت و ضرورت اجتماعی منطبق و به مصلحت است لیکن رعایت این مصلحت تا جایی قابل دفاع و توجیه می‌نماید که با مبانی حقوقی و قانونی حاکم بر عقد و شرط سازگار باشد.

با ذکر مقدمه فوق باید گفت پاسخگویی به سؤال مطروحه مستلزم آن است که روشن شود شرط مندرج در ضمن عقد صلح به این مضمون که (منافع مادام‌العمر مصالح متعلق به او خواهد بود) در چه قالب حقوقی قابل بررسی است؟ آنچه مسلم است عقد صلحی که با شرط مذکور واقع می‌شود تلفیقی است از دو عقد: ۱- صلح ۲ - حق انتفاع. بدین معنی که مالک عین و منافع مورد صلح را به متصالح، صلح می‌نماید و متصالح نیز همزمان و متقابلاً به صورت شرط ضمن‌العقد حق انتفاع از مورد صلح را به مدت عمر مصالح به ایشان واگذار می‌نماید.

فلذا با عنایت به تعریف حق انتفاع در ماده ۴۰ قانون مدنی، بی‌تردید حق انتفاع با مالکیت منافع گرچه بی‌شبهت نیستند اما دو مقوله جدا از یکدیگرند چه از حیث تعریف و چه از نظر آثار مترتب بر هر یک از آن دو. «در حق انتفاع منافع در ملکیت مالک عین حاصل می‌شود و منتفع حق انحصاری بهره‌برداری از آن را دارد اما در مورد اجاره، منافع مدت اجاره در اثر عقد در ملکیت مستأجر درمی‌آید و ذرات منافع در ملکیت مستأجر تولید می‌گردد»<sup>۱</sup>

«حق انتفاع مانند عمری درجه ضعیف‌تر از مالکیت منفعت مانند حق مستأجر بر مورد اجاره است و ذره‌های منفعت در ملک صاحب حق به وجود نمی‌آید پس اگر مدت حق انتفاع از باغی به سرآید منتفع نمی‌تواند میوه آن را بچیند...»<sup>۲</sup>

نتیجه اینکه اگر بپذیریم آنچه که به عنوان شرط تعلق منافع مورد صلح برای

۱. امامی، دکتر سیدحسن، *حقوق مدنی*، جلد اول، ص ۶۵.

۲. کاتوزیان، دکتر ناصر، *دوره مقدماتی حقوق مدنی*، اموال، ش ۱۰۰.

مصالح به مدت عمر درج می‌شود چیزی جز حق انتفاع از نوع (عمری) نیست، جواز اجاره دادن منافع توسط مصالح به عنوان صاحب حق انتفاع به غیر و ثالث بدون اذن متصلح ناصواب به نظر رسیده و با مقررات راجع به حق انتفاع در قانون مدنی و آثار آن در تعارض است زیرا وفق ماده ۴۷۳ قانون مدنی لازم نیست موجر مالک عین مستأجره باشد ولی مالکیت منافع برای موجر در عقد اجاره ضروری است و حال آنکه بنا به مراتب پیش گفته منتفع مالکیتی بر منافع در حق انتفاع ندارد.

التهایه، نظریه ابرازی از این حیث که مصالح را مالک منافع در مدت عمر خود تلقی نموده، درخور تأمل است، آری چنانچه شرط مباشرت منتفع نشده باشد منتفع حق واگذاری حق انتفاع را به مدت عمر خود به غیر دارد.

اما عدم شرط مباشرت، مستلزم جواز انعقاد عقد اجاره توسط مصالح با ثالث و به تبع آن تنظیم سند رسمی اجاره نخواهد بود.

### تصحیح و توضیح

در شماره‌های ۷۱ و ۷۳ مجله کانون مقاله «قراردادها - ماهیت، طبقه‌بندی و تشکیل» با ترجمه جناب آقای محمد حنیفه اقبالی درخشان و ویرایش آن با همکاری جناب آقای ناصر نایی صورت پذیرفته است، که به علت اشتباه فنی نام همکار ارجمند جناب آقای ناصر نایی به عنوان مترجم درج شده بود، ضمن پوزش از خوانندگان ارجمند مجله مراتب را تصحیح می‌نماید.

رأی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری

## الزام دفاتر اسناد رسمی به استعلام نوع زمین خلاف قانون است<sup>۱</sup>

خلاصه جریان پرونده

به موجب دادنامه شماره ۱۰۵ مورخ ۲۴ خرداد ۱۳۸۳ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، بند ۱۱ ماده ۱۹ آیین نامه قانون زمین شهری مصوب ۱۳۷۱ با استدلال این که وفق ماده ۶ قانون زمین شهری، اراضی موات باید توسط وزارت مسکن و شهرسازی شناسایی و سپس جهت ابطال اسناد مالکیت آن به ادارات ثبت اسناد و املاک اعلام گردد، ابطال گردید.

متأسفانه وزارت مسکن و شهرسازی عملاً در مخالفت با این رأی و طی دستورالعمل مذکور اعلام داشته است که ماده ۶ آیین نامه اجرایی قانون زمین شهری مصوب ۱۳۷۱ در خصوص الزام دفاتر اسناد رسمی به استعلام از کمیسیون تشخیص موضوع ماده ۱۲ قانون مزبور هنوز به قوت اعتبار خود باقی است و علاوه بر این که دفاتر اسناد رسمی را مکلف به اخذ پاسخ استعلام کرده است، مکرراً درخواست تعقیب انتظامی آنان را نیز به دلیل عدم استعلام از اداره های زمین شهری نموده است از

---

۱. نقل از نشریه مأوی، مورخ ۱۳۸۶/۷/۱.

این رو به اطلاع می‌رساند:

۱- دفاتر اسناد رسمی زیرمجموعه قوه قضاییه است و وزارت مسکن و شهرسازی که زیرمجموعه قوه مجریه است، بدون صراحت قانون نمی‌تواند برای دفاتر اسناد رسمی ایجاد تکلیف کند.

۲- چنانچه ماده ۶ آیین‌نامه اجرایی قانون زمین شهری مبین الزام دفاتر اسناد رسمی به استعلام از اداره‌های زمین شهری می‌بود، نیازی به تکرار مجدد آن در بند ۱۱ ماده ۱۹ آیین‌نامه وجود نداشت و هیأت عمومی دیوان عدالت اداری با در نظر گرفتن ادله وزارت مسکن و شهرسازی و بررسی قانون، مبادرت به صدور دادنامه مبنی بر لغو بند ۱۱ ماده ۱۹ آیین‌نامه را نموده است.

قسمت اخیر ماده ۶ قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۶ وزارت مسکن و شهرسازی را مکلف به بررسی و یافتن اراضی موات و سپس اعلام آن به اداره‌های ثبت به منظور ابطال اسناد مالکیت و صدور آن به نام دولت جمهوری اسلامی ایران کرده است و با توجه به این که وفق ماده ۳۱ آیین‌نامه قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۱۷ و اصلاحیه بعدی آن، دفاتر اسناد رسمی مکلف به استعلام از اداره‌های ثبت محل است تا چنانچه مورد معامله بازداشت یا مشمول بند (ز) ماده واحده لایحه قانونی اراضی دولت، شهرداریها و نظایر آنها نباشد، آن گاه معامله را ثبت کند، از این رو در صورتی که وزارت مسکن و شهرسازی به تکلف قانونی خود عمل کرده باشد، معامله‌ای نسبت به اراضی موات انجام نخواهد شد.

۴- در خصوص استعلام از کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری هیچ‌گونه وظیفه یا تکلیفی برعهده دفاتر اسناد رسمی گذاشته نشده است تا عدم رعایت آن تخلف محسوب و موجب تعقیب انتظامی و یا انفصال سردفتر شود و استدلال وزارت مسکن و شهرسازی در پرونده رسیدگی به بند ۱۱ ماده ۱۹ آیین‌نامه مدنظر دیوان قرار گرفته

است.

۵- استدلال هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در صدور رأی شماره ۱۰۵ مورخ ۲۴ خرداد ۱۳۸۳ مبین آن است که به جز استعلام از سازمان ثبت تکلیف دیگری برعهده دفاتر اسناد رسمی محول نشده است؛ مگر آن که به صراحت در قانون به آن اشاره شده باشد.

از این رو صدور دستورالعمل وزارت مسکن و شهرسازی خارج از اختیارات و نیز خلاف مدلول قانون دفاتر اسناد رسمی و همچنین قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۶ است و استدعای رسیدگی و لغو آن را دارد.

مدیر کل حقوقی و امور مجلس وزارت مسکن و شهرسازی در لایحه دفاعیه آورده است: در خصوص دعوای کانون سردفتران و دفتریاران به طرفیت وزارت مسکن و شهرسازی به خواسته لغو دستورالعمل شماره ۶۸۶/۳۸۴۲۷ مورخ ۷ دی ۱۳۸۳ در پرونده کلاسه ه/۱۷۸/۸۴ عنایت و توجه قضات را به جهات و دلایل زیر معطوف و استدعای رد دعوای خواهان را دارد:

#### الف) ایراد به دعوای مطرح شده:

با توجه به اینکه هادی معزالدینی به عنوان رئیس هیأت مدیره کانون سردفتران و دفتریاران اقامه دعوا کرده است، در صورتی که به حکایت ضمایم دادخواست تقدیمی دلیل سمت خود را ارایه و ابراز نموده است، از این رو به استناد بند (ب) ماده ۲۰ آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۷۹ قرار رد شکایت مورد تقاضاست.

#### ب) در ماهیت دعوا:

در صورتی که ایراد یاد شده مورد عنایت و توجه قضات واقع نگردد، در ماهیت به استحضار می‌رساند، اصل ۴۵ قانون اساسی اشعار می‌دارد: «انفال و ثروتهای عمومی از قبیل زمینهای موات یا رها شده، معادن، دریاها، دریاچه‌ها، رودخانه‌ها و سایر آبهای

عمومی، کوه‌ها، دره‌ها، جنگلها، نزارها، بیشه‌های طبیعی، مراتعی که حریم نیستند، ارث بدون وارث و اموال مجهول‌المالک و اموال عمومی که از غاصبان مسترد می‌شود، در اختیار حکومت اسلامی است تا براساس مصالح عامه نسبت به آنها عمل نماید. تفصیل و ترتیب استفاده از هر یک را قانون معین می‌کند».

براین اساس قانون زمین شهری در تاریخ ۲۲ شهریور ۱۳۶۶ به تصویب مجلس شورای اسلامی و آیین‌نامه اجرایی آن به تصویب هیأت وزیران رسیده است و چون براساس اصول مسلم حقوقی، تشخیص همیشه با مرجع تشخیص است، به همین دلیل قانونگذار به استناد ماده ۱۲ همان قانون تشخیص نوع زمین اعم از دایر با بایر یا موات را بر عهده وزارت مسکن و شهرسازی قرار داده است. به موجب ماده ۶ آیین‌نامه این قانون که هم‌اکنون به قوت خود باقی است، دفاتر اسناد رسمی هنگام نقل و انتقال املاک باید نوع زمین را از سازمان مسکن و شهرسازی مربوط استعلام و براساس مقررات قانونی ملک را انتقال خواهند داد.

بنابراین اولاً، تصویب ماده ۶ آیین‌نامه این قانون منبث از قانون بوده، در نتیجه لازم‌الرعايه و لازم‌الاجراست. ثانياً سازمان ثبت اسناد و املاک کشور (اداره کل امور اسناد و سردفتران) طی نامه شماره ۲۶۶۳ مورخ ۳۱ اردیبهشت ۱۳۸۴ ضمن تأیید و تأکید اجرای ماده ۶ آیین‌نامه اجرای قانون زمین شهری، موضوع ماده یاد شده را منصرف از رأی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مبنی بر ابطال بند ۱۱ ماده ۱۹ آیین‌نامه اجرای مذکور اعلام نموده است، ثالثاً، ماده ۲۵ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۴ بهمن ۱۳۶۰ مقرر می‌دارد: «در اجرای اصل ۱۷۰ قانون اساسی، دیوان عدالت اداری موظف است چنانچه شکایتی مبنی بر مخالفت بعضی از تصویب‌نامه‌ها و یا آیین‌نامه‌های دولتی با مقررات اسلامی مطرح گردید، شکایت را به شورای نگهبان ارجاع نماید».



چنانچه شورای نگهبان براساس اصل ۴ خلاف شرع بودن را تشخیص داد، دیوان حکم ابطال آن را صادر نماید و چنانچه شکایت مبنی بر مخالفت آنها با قوانین و یا خارج از حدود اختیارات قوه مجریه بود، شکایت را در هیأت عمومی دیوان مطرح کند و در صورتی که اکثریت اعضای هیأت عمومی شکایت را وارد تشخیص دادند، حکم ابطال آن صادر می‌شود».

براین اساس با توجه به اینکه خواسته خواهان عبارت از درخواست لغو نامه شماره ۶۸۶/۳۸۴۲۷ مورخ ۷ دی ۱۳۸۳ معاون وزیر مسکن و شهرسازی به عنوان رئیس سازمان ثبت اسناد و املاک کشور می‌باشد که آن از مصادیق ماده ۲۵ قانون یاد شده نمی‌باشد، بنابه مراتب و به لحاظ فقد ادله اثباتی رد شکایت مورد درخواست است.

گفتنی است؛ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در مورخ ۲۴ خرداد ۱۳۸۳ طی دادنامه شماره ۱۰۵ در رأی وحدت رویه دیوان مقرر داشته بود: علاوه بر این که طبق ماده ۱۲ قانون زمین شهری مصوب ۲۲ شهریور ۱۳۶۶ تشخیص عمران، احیا و تأسیسات متناسب و تعیین نوع زمین دایر و تمیز بایر از موات برعهده وزارت مسکن و شهرسازی محول شده و به حکم صریح ماده ۶ آن قانون اعلام اراضی موات شهری به اداره‌های ثبت اسناد به منظور ثبت و صدور سند مالکیت به نام دولت نیز از وظایف و تکالیف خاص آن وزارتخانه محسوب گردیده است، اساساً مسؤولیتهای دفاتر اسناد رسمی در زمینه ثبت نقل و انتقالات اراضی و املاک در قانون ثبت اسناد و املاک کشور و قانون دفاتر اسناد رسمی، سردفتران، دفترباران و آیین‌نامه‌های اجرایی و سایر مقررات مربوط معین و مشخص شده و منحصرأً به الزام آنها در زمینه استعلام از اداره‌های ثبت اسناد و املاک کشور تصریح و تأکید گردیده است.

بنابراین بند ۱۱ ماده ۱۹ آیین‌نامه اجرایی قانون زمین شهری مصوب هیأت وزیران که با وضع قاعده آمره دفاتر اسناد رسمی را مکلف نموده است که پیش از انجام

هرگونه معامله نسبت به مطلق زمینهای موضوع قانون مذکور اعم از موات، بایر و دایر مراتب را از وزارت مسکن و شهرسازی استعلام و براساس نظر آن وزارتخانه فارغ از انطباق یا عدم انطباق آنها با قوانین و مقررات اقدام نمایند، خلاف قانون و خارج از حدود اختیارات قوه مجریه در وضع مقررات دولتی تشخیص داده می شود و به استناد قسمت دوم ماده ۲۵ قانون دیوان عدالت اداری ابطال می گردد.

سرانجام هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در تاریخ ۲۵ شهریور ۱۳۸۶ با حضور رؤسا و مستشاران و دادرسان علی البدل شعب دیوان تشکیل و پس از بحث و بررسی و انجام مشاوره با اکثریت آراء، دستورالعمل ۷ دی ۱۳۸۳ معاون وزیر مسکن و شهرسازی را خلاف قانون و خارج از حدود اختیارات تشخیص داد و آن را باطل کرد.

## رأی دیوان عدالت اداری ...

تاریخ رسیدگی: ۸۶/۳/۳۰ کلاسه پرونده: ت ۶۸۲/۸۶/۱۲ شماره دادنامه: ۱۲۰۷

شماره رایانه: ۴۵۱۰ - ۸۶/۱/۲۹

مرجع رسیدگی: شعبه ۱۲ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری

تجدیدنظر خواه: آقای رحمت وهابی نشانی رشت، گلزار، بلوار گیلان، خیابان

۱۶۶، پلاک ۲ طبقه اول

تجدیدنظر خوانده: سازمان ثبت اسناد و املاک کشور

تجدیدنظر خواسته: دادنامه شماره ۱۵۵۴ مورخ ۸۵/۹/۱۸ صادره از شعبه ۱۰

بدوی دیوان عدالت اداری

گردش کار: تجدیدنظر خواه بدو دادخواستی به طرفیت سازمان ثبت اسناد و املاک

کشور به خواسته صدور کارت آزمون تقدیم دیوان عدالت اداری نموده که با ارجاع

پرونده به شعبه بالا سرانجام منتهی به صدور دادنامه مذکور مبنی بر رد شکایت

گردیده که با اعتراض تجدیدنظر خواه در مهلت مقرر قانونی به دادنامه تجدیدنظر

خواسته و با ارجاع پرونده به این شعبه اینک شعبه ۱۲ تجدیدنظر در وقت فوق العاده به

تصدی امضاء کنندگان زیر تشکیل است. با بررسی محتویات پرونده ختم رسیدگی را اعلام و به شرح آتی مبادرت به صدور رأی می‌نماید:

### رأی دیوان

سازمان تجدیدنظر خوانده و در پاسخ رسمی خود به اصل شکایت و دعوی تجدیدنظر خواه در مرحله نخست رسیدگی به شماره ۱۱/۱۶۵۷ - ۷۱/۳/۲، مفاد پاسخ شماره ۳۴/۲۷۰۴۸ - ۸۴/۱۰/۴ مدیر کل امور اسناد و سردفتران سازمان ثبت و ضمائم آن را مستند اقدام و دفاع خود قرار می‌دهد، از طرفی محتوی نامه و دفاعیه اخیرالذکر مشتمل بر دو مورد است؛ اول آنکه چنانچه متقاضی دفترباری معافیت از خدمت نداشته باشد، پس از اتمام تحصیل و شروع به خدمت سربازی دفترخانه عملاً فاقد دفتربار خواهد شد، دوم به استناد رأی مورخ ۸۳/۳/۲۳ کمیسیون محترم معاونین و مشاورین سازمان ثبت: معافیت تحصیلی نمی‌تواند برای استخدام کافی باشد، شعبه با التفات به محتویات پرونده نخستین و این مرحله از دادرسی و بررسی اسناد و مدارک پیوست و درخواست (و از مرحله از رسیدگی، خواسته و تجدیدنظر خواهی را اجمالاً وارد و موجه اعلام می‌دارد) زیرا ۱ - عدم حضور تجدیدنظر خواه شاکی در صورت اعزام به سربازی مشکلی را ایجاد نخواهد کرد زیرا اولاً مشارالیه به عنوان دفتربار دوم معرفی شده است یعنی با فرض عدم حضور شخص سردفتر و دفتربار اصیل یا اول احتمال بروز مشکل خواهد بود که حدوث احتمال مذکور از محالات به نظر می‌رسد ثانیاً حسب مقررات عام حاکم بر موضوع بر فرض بروز صورت مسأله موصوف از معاضدت دیگر دفترخانه‌ها بهره‌گیری خواهد شد. ۲ - هدف از خواسته خواهان به پذیرش معافیت تحصیلی بهره‌گیری از آن در نفس استخدام نمی‌باشد بلکه خواسته وی کسب مجوز در آزمون پذیرش دفتربار است که طبیعتاً بعد از پذیرش استخدام و طی مراحل دیگر استخدامی و تحصیل و ارائه گواهینامه فراغت از تحصیل موضوع و

شروع به کار وی ساری و جاری خواهد گردید فلذا محرومیت وی موجه نخواهد بود.

۳- نظریه مورخه ۸۳/۳/۲۳ کمیسیون محترم معاونین و مشاورین سازمان ثبت که در صدور دادنامه بدان اشاره شد نیز فی نفسه مؤید محرومیت متقاضی نخواهد بود و علاوه بر استدلال بند دوم نسبت موضوع خواسته مطروحه تثبیت موضوع تأثیر مستقیم معافیت تحصیلی در امر استخدام مطمح نظر نبوده است علی کل حال نیز و نظر به ماهیت و جایگاه حقوقی دفترخانه اسناد رسمی به عنوان سازمان‌های غیردولتی و نیز نحوه پرداخت حقوق دفتربار دوم توسط سردفتر و نیز ملاحظه گواهی اشتغال به تحصیل تجدیدنظر خواه، ضمن صدور حکم به نقض دادنامه بدوی رأی به ورود شکایت مبنی بر صدور مجوز کارت شرکت در آزمون دفترباری در خصوص مشارالیه صادر و اعلام می گردد، این رأی به استناد ماده ۴۷ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۸۵ قطعی می باشد.

مستشار شعبه ۱۲ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری      مستشار شعبه ۱۲ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری

اردشیر زینعلی

مجید امینی

**انتشار «مجله کانون» تلاشی 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 از طریق درج نظریه‌های حقوقی و قضایی
  - نقد علمی و تحقیقی در مسائل حقوقی و قضایی
  - بحث در قوانین خارجی و شرح و تطبیق آنها
  - درج عقاید علمای حقوق و رویه قضایی کشورها
  - نشر برخی از قوانین و مقررات رسمی و آراء دادگاهها
  - انتشار سخنرانیها و مصاحبه‌های علمی و حقوقی
  - رفع مشکلات شغلی و حرفه‌ای سردفتران و دفترباران
- 
- مجله از پس فرستادن مقالات ارسالی معذور است.
  - مجله در تلخیص و ویرایش مطالب ارسالی آزاد است.
  - مقالات مجله صرفاً بیان‌کننده آراء و نظرهای نویسندگان است.
  - نقل مندرجات مجله با ذکر مأخذ آزاد است.

## دعوت به همکاری

مجله کانون ضمن فراخوان سردفتران، دفترياران، همکاران ثبتي، پژوهشگران، حقوق دانان، صاحب نظران و اهل قلم به همکاری، رعایت نکات زیر را در مقالات ارسالی توصیه می کند:

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

**«برگه درخواست اشتراک ماهنامه کانون»**

خواهشمند است تعداد..... شماره مجله کانون را برای  
 اینجانب..... به نشانی:.....  
 .....  
 .....  
 تلفن تماس:..... کد پستی..... ارسال  
 فرمایید. هزینه اشتراک طی فیش شماره.....  
 به مبلغ..... که اصل آن پیوست می‌باشد، واریز شده است.



- ۱ - هزینه اشتراک ۶ شماره ۶۰۰۰۰ ریال و ۱۲ شماره ۱۲۰۰۰۰ ریال است.
- ۲ - هزینه اشتراک را به حساب ۳۴۳۴ بانک ملی شعبه خیابان میرزای شیرازی کد ۱۶۹ به نام مجله کانون واریز فرمایید.
- ۳ - فرم اشتراک تکمیل شده را همراه با اصل فیش واریزی به صندوق پستی ۱۱۵۱ - ۱۴۳۳۵ ارسال فرمایید.
- ۴ - کپی فیش واریزی را تا پایان دوره اشتراک نزد خود نگه دارید.
- ۵ - در صورت تغییر نشانی در اسرع وقت مجله را مطلع فرمایید.