

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



کانون

مجله خبری و تحلیلی در زمینه علوم انسانی

سال چهل و نهم ، دوره دوم ، شماره ۷۶

دی ماه ۱۳۸۶

صاحب امتیاز و مدیرمسئول:

کانون سردفتران و دفتریاران

سرمدبیر:

ناصر نایبی

مدیر اجرایی:

نورعلی مظاهری

ویراستار ادبی:

وحید امینی

حروفچین و صفحه‌آرا:

فهیمة اسماعیلی

همکاران این شماره:

فیروزه احمدی، مصطفی‌السان، بهمن‌القی، دکتر

محمد امامی، مرتضی‌محمدحسینی‌طرقی، خسرو

عباسی‌داکانی، رشید‌عنایت‌تبار، علیرضا قرجه‌لو،

صابر ناظمی، ناصر نایبی، صولت‌یاوری، ابراهیم

یوسفی‌محلہ.

پایگاه اینترنتی کانون سردفتران و دفتریاران:

www.notary.ir

نشانی الکترونیکی:

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 روز.....۷
ناصر نایی
- مفهوم و اوصاف «متصدی» در ثبت سند و گواهی امضای الکترونیکی.....۹
مصطفی السان
- اقاله و فسخ اسناد در دفاتر اسناد رسمی۲۰
صابر ناظمی
- بررسی بخشنامه‌های ثبتی مربوط به دفاتر اسناد رسمی۳۰
رشید عنایت تبار
- دفتر بازداشتی و تکالیف دفاتر اسناد رسمی۴۴
بهمن الفی

- قانون حاکم بر اهلیت قراردادی؛ بحثی تطبیقی در قانون مدنی ایران و ... ۴۹.....
خسرو عباسی داکانی
- شیوه‌ای برای ایجاد ضمانت تضامنی در حقوق مدنی (بخش سوم) ۷۰.....
مرتضی محمدحسینی طرّقی
- ساز و کارهای حقوقی سازمان ثبت اسناد و املاک جهت تثبیت و تغییر شکل مالکیت دولت ۸۷.....
دکتر محمد امامی و فیروزه احمدی
- نقد و بررسی اصلاح ماده ۳ آیین‌نامه اصلاحی ۱۳۶۰ قانون دفاتر اسناد رسمی ۹۹.....
صولت یآوری
- شهادت از راه دور..... ۱۱۴.....
نویسنده: ریچارد دی فرید من
مترجم: علیرضا قرجه‌لو
- منشور انجمن های حرفه ای اروپایی برای مبارزه با جرایم سازمان یافته (مصوب ۲۷ ژوئیه ۱۹۹۹ بروکسل) ۱۲۷.....
مترجم: ابراهیم یوسفی محله
- نامه سر دفتر اسناد رسمی ۲۴ تهران به ریاست معظم قوه قضاییه ۱۳۲.....

سخن روز

به بهانه سالروز تشکیل کمیسیون تقسیم اسناد

قریب به سی و اندی سال پیش، به علت رکود اقتصادی و افزایش بی‌رویه تعداد دفاتر اسناد رسمی، وزارت دادگستری وقت در مورخه ۱۳۵۶/۱۱/۱۹ پیشنهادی مبنی بر تقسیم تنظیم اسناد معاملات مؤسسات دولتی و یا وابسته به دولت و بانک‌های دولتی و شهرداری‌ها مابین دفاتر اسناد رسمی به هیأت وزیران آن زمان ارائه می‌نماید. پیشنهاد مزبور بلافاصله تصویب و طی شماره ۱/۲۷۷۳۵ مورخه ۱۳۵۶/۱۲/۱ جهت اجرا به مبادی ذی‌ربط ابلاغ می‌گردد و از آن تاریخ تاکنون مصوبه مزبور مبنای کار کمیسیون تقسیم اسناد مستقر در کانون بوده و به ویژه با دستورالعمل ریاست محترم سازمان ثبت اسناد و املاک تا اندازه زیادی توانسته کار تقسیم عادلانه اسناد مربوط به معاملات اشخاص حقوقی عمومی را بین دفاتر اسناد رسمی سامان دهد.

امروزه با حذف و یا کمرنگ شدن تصدی‌گری دولت در اثر اجرای سیاست‌های خصوصی‌سازی در غالب عرصه‌های مختلف اقتصادی (تولید و خدمات) سبب رونق فعالیت بخش خصوصی در امور پولی و بانکی، اعتباری و مالی و مسکن و غیره گردیده و موجب تأسیس بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری و نهادها و بنیادهای غیردولتی شده است که

اغلب آنها جهت ثبت و تنظیم و رسمیت بخشیدن به معاملات و قراردادهای خود با مشتریانشان ملزم به مراجعه به دفاتر اسناد رسمی هستند.

از آنجایی که حیطة عمل کمیسیون تقسیم اسناد منحصرأ مربوط به اسناد مؤسسات دولتی می‌باشد و به بیان دیگر اسناد بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری و بنیادها و نهادهای خصوصی از شمول مصوبه فوق‌الذکر خروج موضوعی دارند. این نقیصه موجب کشانده شدن دفاتر اسناد رسمی به عرصه رقابت در جلب نظر مؤسسات خصوصی مزبور به منظور ارجاع کارهای مربوطه به تنظیم اسناد آنان گردیده و این در حالی است که حوزه عمل دفاتر اسناد رسمی از امور مربوط به اعمال حاکمیت بوده و رقابت‌پذیر نیست.

مع‌الوصف؛ با گذشت قریب به سی سال از عمر مصوبه مذکور و تغییر اوضاع احوال اقتصادی و اجتماعی و شکل‌گیری بی‌سابقه نهادهای خصوصی متعدد در بخش‌های مختلف اقتصادی و افزایش تعداد دفاتر اسناد رسمی، مصوبه مزبور نمی‌تواند آن چنان که شایسته است اهداف مورد نظر را در خصوص جلوگیری از تراکم تنظیم اسناد در معدودی از دفاتر اسناد رسمی برآورده سازد. کاستی‌ها و عوامل فوق و به قول فقها (مقتضی موجود و مانع مفقود) محاضر را در حد یک بنگاه و واحد اقتصادی بخش خصوصی تنزل خواهد داد و آثار سوء آن دامنگیر جامعه خواهد گردید. بنابراین پیشنهادی دیگر و مصوبه‌ای جدید لازم است تا با توسعه عمل کمیسیون تقسیم اسناد و شمول اسناد معاملات مؤسسات خصوصی مزبور در حیطة وظایف کمیسیون مزبور آن نقیصه را برطرف و این منزلت را حفظ نماید و به این سخن حکیمانه توجه کنیم که می‌گوید علاج واقعه را قبل از وقوع باید کرد.

ناصر نایبی - سردبیر

مفهوم و اوصاف «متصدی» در ثبت سند و گواهی امضای الکترونیکی

مصطفی السان^۱

مباحث زیادی در خصوص مفهوم و ابعاد مختلف ثبت الکترونیکی و گواهی دیجیتالی انجام گرفته است، اما این موضوع چندان مورد توجه نبوده که به خصوص در کشورمان، چه مرجع یا مراجعی می‌توانند امور مذکور را بر عهده گیرند. «تصدی» به مفهوم مدنظر در این مقاله، چیزی بیش از نظارت و بازرسی را در نظر دارد و هدف از بررسی آن است که معلوم شود آیا ثبت و گواهی الکترونیکی، می‌تواند به بحثی «تجاری» یا «مسأله‌ای خصوصی همانند بسیاری از مسایل در میان مردم» تبدیل شود؛ یا اینکه برای پاسداشت اصول حقوقی و اجتناب از مشکلات بعدی، باید به دنبال رویکرد دیگری بود.

مقدمه و طرح بحث

ظهور تجارت الکترونیکی و تحقق صدور، ارسال، دریافت و حتی جعل و دستکاری اسناد و مدارک در فضای مجازی، در طول زمان منجر به شکل‌گیری این بحث شده است که آیا می‌توان با تعیین مرجعی برای صدور یا کنترل این فرایند، از بروز مشکلات بعدی در مقام اثبات دعاوی جلوگیری کرد؟ با فرض پاسخ مثبت به این پرسش و اینکه راه جایگزینی برای صیانت از اعتبار ارتباطات الکترونیکی نمی‌توان تصور کرد؛ پرسش دوم این

۱. عضو هیأت علمی دانشگاه تربیت معلم آذربایجان.

است که تصدی، مدیریت و بازرسی صدور، تأیید و یا ابطال انواع مختلف گواهی دیجیتالی با چه مرجعی است و آیا می‌توان به اقداماتی که در این حوزه صورت می‌گیرد، به عنوان شغل تجاری یا حرفه‌ای همانند سایر حرفه‌ها نگرست؟

این نگرش اختصاص به کشوری معین ندارد و حتی در کشورهای پیشرفته به عنوان پیشگام در عرصه معرفی روش‌های گواهی دیجیتالی، این موضوع در گذشته - و گاه در حال حاضر - به طور جدی مطرح بوده است. اشکال بیشتر ناشی از آن است که برخی از شرکت‌ها و مؤسساتی که به هر دلیل با اینترنت و مدارک الکترونیکی ارتباط دارند، پیش از تفکر دولت‌ها در راستای قانون‌گذاری در این حوزه، اقدامات عملی برای رمزنگاری، تعریف استاندارد و طبقه‌بندی اسناد الکترونیکی از حیث امکان یا عدم امکان جعلیت را انجام داده‌اند. همین اقدامات، گاه در نظر فراهم‌کنندگان آن این تصور را ایجاد می‌کند که آنها نیازی به دولت یا مرجع عالی تقنین در راستای «تصدیق» اسناد و امضاهای الکترونیکی خود ندارند و به تنهایی می‌توانند اقداماتی را که مشابه آن در مورد اسناد کاغذی در دفترخانه‌های اسناد رسمی انجام می‌گیرد، در مورد اسناد و امضاهای الکترونیکی خود برعهده گیرند.

بی‌طرفی یا سکوت دولت‌ها در این مورد، و بدتر از آن تصویب قوانین غیرمنطبق با واقعیت‌های فضای مجازی نیز ممکن است به این ابهامات دامن زند. امری که در کشورمان، به وضوح می‌توان آن را در خصوص «ارزش اثباتی ادله الکترونیکی» بر طبق ماده ۱۵ قانون تجارت الکترونیکی مشاهده کرد.

ضرورت وجود متصدی ثبت سند و گواهی امضای الکترونیکی

در خصوص متصدی ثبت و گواهی الکترونیکی باید توضیح داد که امروزه اصل نیاز و ضرورت وجود اسناد و امضاهای الکترونیکی گواهی شده که اعتبار بیشتری در مقایسه با نوع «عادی» آن داشته باشند، محل تردید نیست. پیش‌بینی ارزش اثباتی ادله الکترونیکی

و قابل شدن اعتبار بیشتر برای آن دسته از ادله‌ای که از حیث فنی و حقوقی تصدیق شده باشند، دلیل مهمی برای این حقیقت می‌باشد.

اما پرسش آن است که چرا باید ثبت و گواهی الکترونیکی، «متصدی» داشته باشد و چرا نباید اشخاص متخصص و کارآزموده در زمینه تنها فناوری اطلاعات و رمزگذاری دیجیتالی، نتوانند شخصاً اقدام به صدور و تأیید اسنادی نمایند که هم از نظر آنها و هم از جهت اثباتی، کارکرد «اسناد رسمی» را داشته باشد؟

در پاسخ به سؤال، باید اعلام داشت که همین بحث در مورد مدارک کاغذی نیز قابل طرح است. آیا اینکه سندی مسلم‌الصدور که توسط دهها شاهد تأیید شده و در بررسی‌های فنی نیز دستخط و امضای مندرج در آن را قطعاً می‌توان به متعهد آن منتسب نمود، دلالت بر «رسمی» بودن آن دارد؟ پاسخ به طور قطع منفی است. ماده ۱۲۷۸ قانون مدنی برای رسمی محسوب شدن اسناد، تنظیم آنها وفق قانون، توسط مأمور صالح و در حدود صلاحیت مأمور را به عنوان شرط لازم و کافی محسوب می‌دارد و لذا تصورات ذهنی افراد و حتی اثبات این امر که سند الکترونیکی یا امضای دیجیتالی تهیه شده توسط آنها، به هیچ وجه قابل جعل و تزویر نیست، نمی‌تواند فراهم‌کننده سه شرط مذکور باشد.

پاسخ را به نحو دیگری نیز می‌توان مطرح ساخت: آیا می‌توان تصور کرد که هرکس با استفاده از یک رایانه و سیستم اطلاعاتی، صدها سند و امضای الکترونیکی تولید نماید که صرفاً به لحاظ فنی، غیر قابل جعل باشند و بالتیجه بتواند به آنها به عنوان اسناد و گواهی رسمی در دادگاه استناد نماید؟ اشکال عمده پاسخ مثبت به این پرسش، بی‌توجهی به «محتوای سند» و «دلیل یا تعهد توجیه‌کننده صدور امضای دیجیتالی» است. اینکه سند یا امضای الکترونیکی قابل جعل نیست؛ به هیچ‌وجه نمی‌تواند دلالت بر انتساب محتوای آن به کسی داشته باشد که آن سند یا امضا وی را متعهد می‌سازد. مگر اینکه شخص ثالث و بی‌طرفی تأیید نماید که مدرک الکترونیکی در نزد وی توسط شخص متعهد به موجب

امضای دیجیتال یا سایر شیوه‌های فنی، رمزگذاری و در واقع گواهی شده است. از همین جاست که می‌توان ضرورت وجود متصدی را به روشنی مشاهده کرد. شخصی که علاوه بر جنبه‌های فنی سند و امضای الکترونیکی، از آثار حقوقی این دو نیز به طور دقیق اطلاع داشته باشد. به نحوی که پس از صدور و گواهی سند و امضا در فضای مجازی، مدرکی «رسمی» تولید شده باشد که سه شرط لازم برای تحقق سند رسمی را دارا بوده و در آن «محتوا» با «فنون» به نحو غیرقابل تجزیه‌ای درهم آمیخته شده است. بنابراین، در عواملی که منتهی به صدور سندی با ماهیت و آثار «رسمی» می‌شود و ضرورت وجود «نهادی» که باید وظیفه صدور چنین اسناد و گواهی‌هایی را بر عهده گیرد، تفاوتی میان سند کاغذی و الکترونیکی وجود ندارد و هر دو باید از سوی نهاد خاصی که تصدی آن را بر عهده می‌گیرد، انجام شود.

ضرورت وحدت متصدی ثبت سند و گواهی امضای الکترونیکی

نمی‌توان تصور کرد که امضای دیجیتال (در مفهوم عام، الکترونیکی) در یک مرجع و سند الکترونیکی در مرجع دیگری ایجاد شده و این دو در سند - امضای الکترونیکی واحدی به کار گرفته شده یا اساساً هیچ ربطی به هم نداشته باشند. این وضعیت مثل آن است که تنظیم سند رسمی در یک دفترخانه رسمی و گواهی امضای شخص متعهد پس از حضور وی و مشاهده اراده و رضایت وی از سوی گواهی‌کننده، در یک مرجع کاملاً متفاوت، برای مثال در یک مرکز فروش و پشتیبانی نرم‌افزار انجام گیرد. چرا که در آن صورت، این موضوع مهم مطرح می‌شود که سند و امضا هیچ ارتباطی با هم ندارند و نمی‌توان هیچ نوع «پیوستگی» میان سند و امضای الکترونیکی که در نتیجه آن، امضا منجر به انتساب سند به امضاکننده و تحمیل تعهدات به وی باشد، برقرار ساخت. موضوع مهم دیگر در همین راستا این است که «متصدی واحد صدور سند و امضای الکترونیکی و گواهی آن» باید تحت نظارت، بازرسی و مدیریت عالی یک متصدی بالاتر

که به صورت سازمانی اداره می‌شود، اقدام نماید. از آن جهت که به هر حال باید ناظری برای تشخیص تخلفات متصدی جزء و مهم‌تر از آن «شناسایی و اعلام اعتبار» عملکرد وی در مراجع قضایی و دولتی وجود داشته باشد. در غیر تصور این رابطه «آمر و مأموری» محاکم دادگستری از قبول مدرک یا امضای الکترونیکی که بدون هیچ تشریفات قانونی و نظارت عالی‌ای صادره شده، حداقل به عنوان «رسمی» امتناع خواهند کرد و هیچ قانون آمره‌ای نمی‌تواند بر دادرسی این تصور اشتباه را تحمیل نماید که مدرک الکترونیکی در هر حال «سند رسمی یا در حکم آن» محسوب می‌شود، بدون اینکه مدیر و ناظری برای آن وجود داشته باشد.

کارکرد متصدی ثبت و گواهی امضای الکترونیکی

با ملاحظه در قوانین و رویه قضایی کشورها می‌توان دریافت که ماهیت، هدف و کارکرد ثبت و گواهی - از هر نوع آن - از جمله مستند ساختن ادعاها و حقوق در جهت تسهیل اثبات بعدی آن است. از این رو، همان‌گونه که صدور سند کاغذی به مفهوم ابداع دلیل جدیدی که مستقلاً و بدون در نظر گرفتن دلیلی که برای آن صادره شده، دارای ارزش باشد، نیست؛ در ثبت الکترونیکی نیز محتوایی که مستند می‌شود مهم است و اینکه چه فونونی برای این امر به کار گرفته می‌شود، فی‌نفسه اهمیتی ندارد. همین وضعیت دلیل بر آن است که در تحلیل ماهیت سند و گواهی، طی تشریفات قانونی لازم برای ایجاد آن، بیش از هر چیز اهمیت داشته باشد.

قانونی بودن صدور سند و گواهی، منوط به احراز هویت، رضایت و صحت رابطه حقوقی است که متقاضی، قصد مستند ساختن آن یا استناد بعدی بدان را دارد؛ چنانکه ملاحظه می‌شود، هیچ‌کدام از این کارکردها جنبه علمی یا فنی صرف ندارد و اگر از قالب علمی برای تثبیت وقایع و دشوار ساختن جعل و تزویر استفاده می‌شود، این امر هیچ‌گاه دلیل بر آن نخواهد بود که مقنن در توصیف سند و گواهی، محتوا و ماهیت آن را رها کند و تنها به

شکل و قالبی که در آن تولید شده، اهمیت دهد. نیز این موضوع غیرمنطقی به نظر می‌رسد که از متصدی انتظار رود، بدون اطلاع از تشریفات قانونی و اساساً فلسفه وجود چنان تشریفات برای «رسمیت سند» تنها مدرک را به عنوان مستقل آن در نظر گرفته و برای او، پس‌زمینه‌ای که سند، در واقع آن را منعکس می‌کند، اهمیتی نداشته باشد.

برای مثال، در یک سند الکترونیکی که توصیف‌کننده معامله‌ای برای مبادله تمام الکترونیکی ۱۰۰ نسخه از کتاب مشخصی است که نسخه الکترونیکی آن وجود دارد، کارکرد متصدی را در خصوص دو موضوع کاملاً متفاوت باید جدای از هم مورد بررسی قرار داد: نخست، صحت قرارداد فی‌مابین و وجود شرایط اساسی صحت آن در حین معامله‌ای که ثبت آن مدنظر است و دوم، جنبه‌های فنی، ریاضی و رمزگذاری و تصدیق محتوا به شکل الکترونیکی. حال باید دید که منطقی‌کدام یک از این دو ارجحیت بیشتری بر دیگری دارد: تشریفات قانونی یا جنبه‌های فنی که خود می‌تواند جزئی از تشریفات قانونی محسوب گردد. البته ممکن است رویکرد استقلال این دو بعد مطرح باشد که نتیجه آن، تأیید معامله توسط یک شخص و صدور گواهی الکترونیکی از سوی شخصی است که اساساً از ماهیت معامله که به صورت سند الکترونیکی درآمده، هیچ اطلاعی ندارد.

قانون تجارت الکترونیکی کشورمان، با ماده ۱۵ خود، راهکار اخیر را که در نوع خود ابداع محسوب می‌شود، برگزیده است. پیش‌نویس آیین‌نامه تدوین یافته - و تصویب نشده - برای ماده ۳۱ قانون مذکور نیز مؤید طریقی است که در آن، جنبه‌های فنی بر تمام ارزش‌های حقوقی تقدم می‌یابد. چراکه به زعم مدونین، لازم نیست که متصدی دفاتر خدمات صدور گواهی الکترونیکی، حقوقدان باشد و صرف اطلاع وی از جنبه‌های فنی و مسایلی همچون الکترونیک، نرم‌افزار و رایانه کفایت می‌کند.

ملاحظه رویه دیگر کشورها، مؤید رویه‌ای متفاوت با آن چیزی است که مقررات داخلی درصدد پایه‌گذاری آن است و معلوم نیست که این مقررات در حال تکوین که تکمیل آنها

می‌تواند بنای حقوق ثبت را ویران و آن را از نو و به نامی غیر از «حقوق» بنا نماید، از کجا آمده است. ذکر اوصاف متصدی بر مبنای مطالعه تطبیقی و ذکر این واقعیت تلخ که اشکالات قانون تجارت الکترونیکی، منجر به آن شده که هیچ رویه‌ای درباره آن شکل نگیرد، حقایق بیشتری را روشن خواهد ساخت.

اوصاف متصدی ثبت و گواهی امضای الکترونیکی

چون ماهیت سند یا گواهی امضای الکترونیکی، تصدیق محتوا و هدف از آن، مستند ساختن حقوق و ادله می‌باشد، منطقی است که ایجاد چنین مدارکی بر عهده اشخاصی قرار داشته باشد که واجد مجوزهای لازم بوده و به حکم قانون برای این کار به رسمیت شناخته شده باشند. چون همان طور که بررسی شد، سند رسمی توسط مأمور صالح، بر طبق قانون و در حدود صلاحیت مأمور تنظیم می‌شود و فضای مجازی، چیزی بر این سه قید نیفزوده یا خصوصیتی ندارد که یک یا همه قیود را بردارد. در اصل باید این واقعیت را دوباره تکرار کرد که بدون سه قید مذکور، «رسمی بودن سند» دلیل نخواهد داشت.

با این همه، مهم‌ترین وصف متصدی ثبت و گواهی الکترونیکی که بی‌توجهی به آن یا اساساً عدم اطلاع مدونین قوانین مختلف از آن می‌تواند منجر به اشکالات بعدی گردد، «ضرورت اقتدار منتسب به دولت و قابل اعتماد بودن متصدی» است. دفترخانه اسناد رسمی از آن جهت می‌تواند سند رسمی صادر نماید که به حکم قانون ثبت و از سوی دولت اختیار یافته است و فرض بر این می‌باشد که سند صادره از سوی آن بر هر دلیل دیگری تقدم دارد. چراکه دولت با صدور مجوز دفترخانه اسناد رسمی، «اعتماد» خود را به فرد معین که در واقع جزئی از او به شمار می‌آید، اعلام می‌دارد و همین اعتماد، مبنای خوبی برای حمایت از سردفتر و سند صادره وی در صورت بروز هرگونه اختلاف یا مناقشه در اعتبار یا صلاحیت می‌باشد.

در فضای الکترونیکی، این تصور که هرکس توانایی فنی و نرم‌افزاری صدور سند الکترونیکی و رمزگذاری آن را داشته باشد، می‌تواند سندی صادر کند که حتی اگر مُهر «رسمی» بر آن نخورده باشد، بازهم واجد تمام آثار اثباتی سند رسمی است، عنوانی غیرقابل اتکا می‌باشد و پشتوانه‌ای به نام اقتدار و اعتماد ندارد. در واقع، در وضعیت فعلی قانون تجارت الکترونیکی کشورمان، سند و گواهی الکترونیکی همانند پول بی‌پشتوانه‌ای است که خود به عنوان ارزش اقتصادی مستقل تثبیت نشده و حداقل برای مدت طولانی که مردم آن را باور کرده و جزء زندگی خود بدانند، نیز به «پشتوانه از جنس اقتدار و حمایت مطلق دولت» نیاز دارد.

باید این حقیقت را قبول کرد که نمی‌توان از مردم انتظار داشت که به دفاتری اعتماد کنند که بدون وابستگی به ساختار قضایی و تنها با اطلاع از جنبه‌های فنی در جای‌جای شهر و حتی در قالب فروشگاه‌هایی که یکی از کارهای آن صدور سند و گواهی الکترونیکی است، در این خصوص اقدام نمایند. عرف، سند را همراه با محتوا و پشتوانه آن در نظر می‌گیرد و سند فاقد این دو - در مرحله ایجاد - بی‌اعتبار تلقی می‌شود.

خلاصه و نتیجه‌گیری

در حقوق آمریکا، ثبت و گواهی الکترونیکی عضوی هم‌بسته و وابسته به تشکیلاتی است که از مدت‌ها پیش برای ثبت و گواهی رسمی اسناد و امضا به وجود آمده است. سردفتران فعلی در آن کشور می‌توانند با آموزش‌های فنی و علمی لازم به سردفتر رسمی که مجوز ثبت و گواهی الکترونیکی را نیز دارد، تبدیل شوند. چنانکه ملاحظه می‌شود، در آن کشور هدف از سپردن ثبت الکترونیکی به عده‌ای سردفتر کاردان که می‌توانند ثبت کاغذی را نیز به طور همزمان انجام دهند، بیش از تلاش برای اشتغال‌زایی برای متخصصین فنی، صیانت از اصول و قواعد مسلم حقوقی می‌باشد که در طول سالیان دراز تثبیت شده و برخی از وجهه‌های آن تنها در قالب سندی که عنوان بلندبالای «رسمی» را با

خود به همراه دارد، قابل تصور است. چنان سندی، ترکیبی از محتوای مورد توافق یا واقعاً تحقق یافته در رابطه طرفین یا طرف متقاضی سند است که ضمن طی تشریفات قانونی، تحقق آن توسط شخص بی طرف و حقوقدانی به نام سردفتر، به طور رسمی اعلام می گردد. چنین اعلامی از موضع اقتداری که دولت و قانون به دفترخانه بخشیده و اعتمادی که در طول زمان تثبیت گردیده قابل توجیه است. وگرنه نمی توان هیچ مدرک فنی را تنها به خاطر نوآوری در رمزگذاری آن، به عنوان سند «رسمی» به دادگاه یا هر مرجع دیگری که باید به استناد آن تصمیم گیری کند، تحمیل کرد. در شرایطی که در کامن لاء، حتی رویه قضایی گاه دلالت بر «دست دوم بودن مدرک الکترونیکی» دارد، این ترقی بدون دلیل که هر سند و مدرک که از مجرای فنون ارتباطی جدید تحصیل می شود، آثار سند رسمی را داشته باشد (ماده ۱۵ قانون تجارت الکترونیکی)، فاقد دو خصیصه مهم «اقتدار» و «اعتماد» است که سند رسمی تمام وجود و افتخار خود را از آن دارد.

نتیجتاً ماهیت صرفاً حقوقی ثبت و گواهی الکترونیکی در عین فنی بودن برخی از تشریفات لازم برای آن اقتضا دارد که این اقدام در قالب دفاتر اسناد رسمی و ساختار ثبت کنونی کشور به انجام رسد و تنها «در صورت لزوم» با فراهم نمودن زمینه کسب فناوری ارتباطات و اطلاعات برای سردفتران یا دفتریاران، اشکال ناآشنایی یا کافی نبودن اطلاعات سردفتر برای تصدی صدور سند و گواهی الکترونیکی مرتفع شود. اصرار بدون دلیل بر جنبه های فنی چنان سند و امضاهایی را تنها می توان به عنوان اصرار بر نقض اصول و قواعد مسلم حقوقی و نفی ماهیت اسناد رسمی تحلیل کرد و هیچ توجیه دیگری برای آن وجود ندارد.

فهرست منابع

- طرح توجیهی قانون تجارت الکترونیکی، مرکز ملی شماره گذاری کالا و خدمات ایران، وابسته به موسسه مطالعات و پژوهش های بازرگانی، پاییز ۱۳۸۰.
www.iranafact.org/wp.doc
- گزارش توجیهی و سیاست تجارت الکترونیکی جمهوری اسلامی ایران، (ویرایش ششم)، مصوب کمیسیون تخصصی اطلاع رسانی اقتصادی، بازرگانی و تجارت الکترونیکی، نشانی: www.irtp.com/farsi/events/ec/gozaresh.htm
- لایحه اصلاح قانون تجارت «فرایند و اصول تدوین و نوآوری ها»، معاونت برنامه ریزی و امور اقتصادی وزارت بازرگانی، دفتر مطالعات اقتصادی، تیرماه ۱۳۸۴، قابل دستیابی از پایگاه اینترنتی: www.irtp.com/farsi/gt/total.doc

A Position on Misleading Usage of Notary Terms in the Electronic Age
 A Position Statement from the National Notary Association 2001.

Ahlers, Glen-Peter. **The Impact of Technology on the Notary Process**,
 John Marshall Law Review, Spring 1998.

American Bar Association, **Digital Signature Guidelines: Legal Infrastructure for Certification Authorities and Secure Electronic Commerce**, 1996.

Gladman, Brian, Ellison, Carl and Bohm, Nicholas. **Digital Signatures, Certificates & Electronic Commerce**, Version 1.1, revised 8th June 1999,
 Digital Signatures, Certificates and Electronic Commerce.

Gnoffo, Vincent. **Notary Law and Practice for the 21st Century: Suggested Modifications for the Model Notary Act**. John Marshall Law Review, vol.30, 1997.

Leff, Laurence Lefflaurence, **Notaries and Electronic Notarization**,
 Western Illinois University 2002.

Thaw, Deborah M. **The public and its Impact in 21st Century**, A
 Presentation at the NACO/NACRC Annual Conference, 2002.

The Model Notary Act [USA], September 1, 2002. Published As A Public
 Service by the National Notary Association.at:

[www. Nationalnotary.org/ UserImages/ Model Notary-Act.pdf](http://www.Nationalnotary.org/UserImages/ModelNotary-Act.pdf).

valera, Milton, G. **In Notarization, There is on Substitute for Personal Appearance Despite Technology**, A Presentation to the Property 2000.

William E. Wyrrough&Ron Klein, **The Electronic Signature Act of 1996: Breaking Down Barriers to Widespread Electronic Commerce in Florida**, Florida state University Law Review, Vol 24,1997.

اقاله و فسخ اسناد در دفاتر اسناد رسمی

صابر ناظمی^۱

مقدمه

بررسی نحوه عمل دفاتر اسناد رسمی در فسخ و اقاله اسناد گویای این حقیقت است که رویه واحدی در این زمینه وجود ندارد به گونه‌ای که برخی از دفاتر مبادرت به فسخ و اقاله اسناد در ستون ملاحظات دفتر نموده و گروهی دیگر نیز با تنظیم اقرارنامه فسخی و یا سند اقاله به این امر خطیر می‌پردازند و ما در این نوشتار برآنیم تا ضمن بررسی و ریشه‌یابی این دوگانگی، شیوه صحیح فسخ و اقاله اسناد در دفاتر اسناد رسمی را با استناد به قوانین و مقررات و بخشنامه‌های ملاک عمل ارائه نماییم، باشد که در اتخاذ رویه واحد همکاران مؤثر واقع شود.

تعاریف - اگرچه غایت اصلی این مبحث پرداختن به تعاریف فسخ و اقاله، ماهیت حقوقی آن دو، وجوه اشتراک و افتراق آنها و آثار مترتب بر هر یک از دو عنوان حقوقی یاد

۱. سردفتر اسناد رسمی ۷۸۶ تهران، وکیل سابق دادگستری و عضو هیأت تحریریه مجله کانون.

شده نیست، لیکن برای ورود به بحث لاجرم تعاریفی هرچند ناقص از آن دو ارائه می‌شود. ماده ۲۱۹ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم‌مقام آنها لازم‌الاتباع است مگر اینکه به رضای طرفین اقاله و یا به سبب قانونی فسخ شود».

«عقد لازم پس از آنکه طبق قانون واقع شد به دستور ماده ۲۱۹ قانون مدنی بین متعاملین و قائم‌مقام قانونی آنان لازم‌الاتباع است و باید مفاد آن را به موقع اجرا گذارند و نمی‌توانند هر موقع که بخواهند آن را برهم زنند مگر در دو مورد ۱ - اقاله ۲ - فسخ به علت قانونی»^۱

هر چند بنا به عقیده اکثر نویسندگان حقوقی این ماده مبین اصل لزوم قراردادها است اما برخی نیز معتقدند ماده مذکور شامل عقود لازم و جایز می‌شود یعنی جز در مورد فسخ و اقاله باید به تعهدات ناشی از عقود عمل کرد و در صورت تخلف متعهدله می‌تواند متعهد را الزام کند.

تعریف اقاله: قانون مدنی اقاله را یکی از اسباب سقوط تعهدات به شمار آورده و در ماده ۲۸۳ در تعریف اقاله می‌گوید: «بعد از معامله طرفین می‌توانند به تراضی آن را اقاله و تفاسخ نمایند».

«اقاله در لغت عرب به معنی خلاص نمودن کسی است از چیزی که دچار آن می‌باشد و در اصطلاح حقوقی اقاله و تفاسخ برهم زدن عقد به تراضی طرفین معامله می‌باشد همچنان که دو نفر می‌توانند طبق ماده ۱۰ قانون مدنی از آزادی اراده در امور مالی خود استفاده نمایند و قرارداد منعقد و در مقابل یکدیگر تعهد کنند یا یکی مالی را به دیگری منتقل نماید. طبق ماده ۲۸۳ قانون مدنی پس از انجام معامله نیز می‌توانند از آزادی اراده در امور مالی خود استفاده نموده و عقودی را که قبلاً منعقد ساخته‌اند به تراضی اقاله و تفاسخ نمایند بنابراین اقاله در تمام عقود لازم ممکن است یافت شود مگر در عقد نکاح که

۱. دکتر امامی، سیدحسن، دوره حقوق مدنی، جلد اول، ص ۴۷۵.

از امور غیرمالی است و وقف که جنبه اجتماعی دارد»^۱

تعریف فسخ: گرچه قانون مدنی مشخصاً تعریفی از فسخ به دست نداده است اما از تعریف اقاله در ماده ۲۸۳ آن قانون که برهم زدن طرفین عقد را به تراضی، تفاسخ نامیده است به خوبی استفاده است که فسخ عبارت است از برهم زدن یک طرفه عقد و بدون رضایت و حتی در پاره‌ای از موارد بدون اطلاع طرف دیگر آن. «فسخ عبارت است از انحلال ارادی که به تصمیم یکی از دو طرف انجام می‌شود این عمل حقوقی برخلاف اقاله که در شماره قراردادهای می‌آید ایقاع است و نیاز به تراضی ندارد»^۲.

«برگشت آثار عقد توسط فسخ باید به وسیله یک طرف عقد باشد و اگر به توافق طرفین ایجاد شود آن را اقاله نامند نه فسخ و اسم دیگر اقاله تفاسخ است (ماده ۲۸۳ قانون مدنی) فسخ نیز یکی از اسباب سقوط تعهدات است بنابراین سقوط تعهدات منحصر به آنچه در ماده ۲۶۴ قانون مدنی گفته شده نیست»^۳.

اجمالاً آنکه فسخ و اقاله هر دو یک عمل حقوقی ارادی هستند با این تفاوت که اقاله عمل حقوقی دو یا چند طرفه و فسخ عمل حقوقی یک طرفه می‌باشد که باید به منصفه ظهور برسند همچنان که ماده ۲۸۴ در این خصوص می‌گوید: «اقاله به هر لفظ یا فعلی واقع می‌شود که دلالت بر به هم زدن معامله بنماید».

ماده ۴۴۹ نیز در مورد فسخ با همان عبارت مقرر می‌دارد: «فسخ به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر آن نماید حاصل می‌شود».

فسخ و اقاله اسناد در دفاتر اسناد رسمی:

ماده ۱۰۴ آیین‌نامه قانون ثبت مصوب ۱۳۱۷ آورده است:

«در موقع انتقال تمام یا قسمتی از ملک ثبت شده و یا واگذاری حقی نسبت به عین

۱. امامی، دکتر سیدحسن، دوره حقوقی مدنی، جلد اول، ص ۳۲۷.

۲. کاتوزیان، دکتر ناصر، اعمال حقوقی، قراردادهای، ایقاع، ص ۳۲۸، ش ۳۲۰.

۳. جعفری لنگرودی، دکتر محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، ص ۵۰۲، ش ۴۰۰۰.

ملک، سند معامله در دفتر اسناد رسمی ثبت و خلاصه آن در دفتر املاک زیر ثبت ملک به طریق آتی ثبت می‌شود...

در موقع فسخ معاملات نیز سردفتر داشته سند باطل شده و آگهی فسخ را به اداره ثبت بفرستد تا در ملاحظات دفتر املاک قید گردد...» همان گونه که ملاحظه می‌شود در آیین‌نامه قانون ثبت صرفاً کلمه فسخ را به کار برده و نه تنها از اقاله سخنی به میان نیاورده بلکه نحوه عمل دفاتر در فسخ سند را نیز به سکوت گذاشته است و تنها به تکلیف دفترخانه در ارسال لاشه سند باطل شده و آگهی فسخ به اداره ثبت بسنده کرده است.

در قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۱۶/۳/۱۵ نیز گرچه هم‌اکنون منسوخه و غیرقابل استناد است، هیچ اشاره‌ای به نحوه اقاله و فسخ اسناد در دفاتر اسناد رسمی نشده بود، لیکن در ماده ۲۳ آیین‌نامه (نظامنامه) قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۱۷/۲/۱۴ آمده است:

«دفاتر اسناد رسمی در مورد اقاله و فسخ معاملات باید به طریق ذیل عمل کنند؛

الف - در صورتی که یکی از متعاملین بخواهد از حق خیار خود استفاده نماید بایستی پس از احراز حق مزبور فسخ معامله در حاشیه سند و ثبت دفاتر قید شده و به امضاء کسی که معامله را فسخ نموده برسد سردفتر باید امضاء شخصی مزبور و وقوع فسخ را تصدیق و امضاء نماید (همین عمل را عیناً چنانچه دفتر اسناد رسمی دارای نماینده باشد) باید در دفتر خود بنماید در این مورد زدن مهر باطل شد مورد نخواهد داشت.

ب - در صورتی که طرفین برای اقاله به دفتر اسناد رسمی مراجعه کنند باید پس از اقاله معامله در ستون ملاحظات دفتر، سند معامله ابطال و مهر (باطل شد) روی سند و ثبت دفتر زده شود در مورد املاک چنانچه اقاله گردد خلاصه معاملات به دفتر املاک ارسال گردد.

علی‌الظاهر تا قبل از تصویب قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۴۵ مبنای کار دفاتر در فسخ و اقاله، ماده ۲۳ استنادی فوق‌الاشعار بود تا اینکه سازمان ثبت اسناد و املاک کشور به موجب بخشنامه‌هایی که ذیلاً به آنها اشاره می‌شود و براساس ماده ۴۲ قانون

مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۴۵ تغییراتی در روش عمل دفاتر اسناد رسمی به وجود آورد. بند ۷۵ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی: «فسخ معاملات باید پس از ثبت در ردیف دفتر جاری طبق ماده ۴۲ قانون مالیات‌های مستقیم و اخذ امضاء از فسخ‌کننده و اخبار در ستون ملاحظات ثبت مربوطه در دفتر سردفتر، در ستون ملاحظات سند مالکیت هم ثبت شده و به امضاء فسخ‌کننده برسد و اطلاع نامه فسخ نیز ظرف پنج روز به اداره ثبت محل تحویل گردد».

بند ۱۰۸ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی: «در اجرای ماده ۴۲ قانون مالیات‌های مستقیم مصوب اسفند ۱۳۴۵ فک دین کلاً یا جزئاً و فسخ اسناد به طور کلی باید تحت شماره و تاریخ در ردیف اسناد ثبت و مدلول آنها با ذکر شماره و تاریخ در ملاحظات ثبت مورد فسخ توضیح داده شود بدیهی است احراز صحت فسخ با مسئول دفترخانه می‌باشد».

با تصویب قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۶۶ که از اول فروردین سال ۱۳۶۸ لازم‌الاجرا گردید ثبت فسخ و اقاله معاملات در دفتر جاری و تحت شماره علی‌حده منتفی و ملغی گردید متعاقب آن به دلیل ناهماهنگی دفاتر اسناد رسمی در اعمال حق فسخ و اقاله اسناد بخشنامه شماره ۱۸/۵۰۰۱ مورخ ۸۱/۱/۳۱ کانون سردفتران و دفتریاران (وحدت رویه) که به موجب نامه‌های شماره ۳۴/۱۳۷۰۳ - ۳۴/۱۲/۷ و ۱۳۸۰/۱۲/۷ و ۳۴/۳۴۹ - ۳۴/۱۱/۱۸ مورد تأیید سازمان ثبت اسناد و املاک واقع گردیده صادر و ابلاغ شد براساس بخشنامه اخیرالتصویب «چنانچه اقاله در دفتر تنظیم‌کننده سند معامله صورت پذیرد مراتب اقاله با توجه به بند ب ماده ۲۳ آیین‌نامه دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۱۷ در ملاحظات ثبت مربوطه و در حاشیه سند قید و اطلاع نامه فسخ با عنایت به ماده ۱۰۴ آیین‌نامه قانون ثبت و بندهای ۷۵ و ۱۰۲ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی به ثبت محل اعلام می‌گردد، لیکن چنانچه اقاله در دفترخانه دیگر صورت پذیرد این دفترخانه پس از تنظیم سند اقاله موضوع را به دفترخانه تنظیم‌کننده سند و ثبت مربوطه اعلام می‌دارد».

اداره حقوقی قوه قضاییه نیز در نظریه شماره ۷/۱۳۰۷ مورخ ۱۳۷۱/۲/۱۳ درباره

چگونگی اقاله عقد صلح چنین گفته است: «با توجه به ماده ۷۶۰ قانون مدنی و بند ب ماده ۲۳ آیین نامه دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۱۷ اقاله عقد صلح مستلزم حضور طرفین در دفتر اسناد رسمی و ثبت اقاله در ستون ملاحظات دفتر و ابطال معامله و زدن مهر باطل شد روی سند و ثبت دفتر و اعلام به دفتر املاک می‌باشد، صرف زدن مهر باطل شد روی سند کافی برای اثبات اقامه عقد صلح نخواهد بود».

بنابراین ملاحظه می‌شود که سازمان ثبت اسناد و املاک کشور در تأیید نظریات قانون سردفتران و دفترباران که در راستای بند ب ماده ۶۶ قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۵۴/۴/۲۵ به عنوان وحدت رویه اتخاذ شده و نیز اداره محترم حقوقی قوه قضائیه پس از لازم‌الاجرا شدن قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۶۶ مبنای عمل دفاتر اسناد رسمی در فسخ و اقاله اسناد را ماده ۲۳ آیین نامه (نظامنامه) دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۱۷ عنوان نموده‌اند در نتیجه هرچند با تصویب قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۵۴ و آیین نامه‌های آن بحث بر سر بقاء یا نسخ آیین نامه دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۱۷ تاکنون بی‌نتیجه مانده است به هر روی دفاتر اسناد رسمی به دلیل فقدان مقررات دیگری غیر از آنچه در ماده ۲۳ آیین نامه متنازع‌فیه آمده است و به ویژه با عنایت به تأیید و تأکید سازمان ثبت اسناد و املاک کشور به اجرای ماده مورد اشاره در خصوص فسخ و اقاله اسناد، ناگزیر از تبعیت از بخشنامه‌های سازمان ثبت خواهند بود با این توضیحات تکالیف دفاتر اسناد رسمی را در دو مقوله فسخ و اقاله اسناد می‌توان به شرح ذیل تفکیک نمود:

فسخ سند در دفتر تنظیم کننده سند:

۱ - احراز حق فسخ

۲ - سؤال از اداره اجراء در صورتی که نسبت به سند اجراییه صادر شده باشد (بند ۶۶

مجموعه بخشنامه‌های ثبتی)

۳ - فسخ معامله در حاشیه سند و ثبت دفتر

۴ - امضاء فسخ کننده در حاشیه سند و ثبت دفتر

۵ - تصدیق امضاء فسخ‌کننده و اعلام فسخ توسط سردفتر و امضاء او.

۶ - ارسال لاشه سند باطل شده و آگهی فسخ به اداره ثبت مربوطه در خصوص املاک

اقاله سند در دفتر تنظیم‌کننده سند:

۱ - سؤال از اداره اجرا در صورتی که نسبت به آن اجراییه صادر شده باشد (بند ۶۶

مجموعه بخشنامه‌های ثبتی)

۲ - اقاله معامله در ستون ملاحظات دفتر

۳ - ابطال سند معامله و زدن مهر باطل شد روی سند و ثبت دفتر

۴ - ارسال خلاصه اقاله به ثبت مربوطه در خصوص املاک

فسخ و اقاله سند در دفتری غیر از دفتر تنظیم‌کننده سند

آنچه در فوق به عنوان تکالیف دفاتر اسناد رسمی در فسخ و اقاله تقریر شد موقعی

قابل اعمال است که دفتر تنظیم‌کننده سند قصد فسخ و یا اقاله آن را داشته باشد اما وقتی

متعاملین یا یکی از آنها به دفتری غیر از دفتر تنظیم‌کننده سند مراجعه و تقاضا و اعمال

حق فسخ و یا اقاله آن را می‌نمایند تکلیف این دفترخانه را با توجه به بند ۶۶ مجموعه

بخشنامه‌های ثبتی می‌توان به صورت ذیل خلاصه نمود:

۱ - پرسش از دفترخانه تنظیم‌کننده سند قبلی مبنی بر اینکه آیا نسبت به سند مورد

تقاضا اجراییه صادر شده است یا خیر؟

۲ - پرسش از اداره اجرای ثبت در صورتی که نسبت به سند صدور تقاضا از دفترخانه

تنظیم‌کننده سند اجراییه صادر شده باشد.

۳ - تنظیم سند اقرارنامه مبنی بر فسخ سند و یا سند اقاله حسب مورد

۴ - ارسال رونوشت اداری اقرارنامه و یا اعلام مراتب اقاله به دفترخانه قبلی جهت درج

در ستون ملاحظات سند پیشین.

پرسشی که ممکن است در اینجا مطرح شود این است که وظیفه ارسال آگهی فسخ

(اطلاع‌نامه فسخی) و یا خلاصه اقاله در این حالت با کدام دفترخانه است؟ دفترخانه

تنظیم‌کننده سند نخست و یا دفترخانه تنظیم‌کننده اقرارنامه فسخ و یا اقاله‌نامه (سند اقاله)؟ به موجب بخشنامه شماره ۱۸/۵۰۰۱ مورخ ۸۱/۱/۳۱ و بند یک بخشنامه شماره ۴۱/۱۲۵۴۹ مورخ ۸۵/۲/۲۰ کانون سردفتران و دفتریاران (وحدت رویه) وظیفه ارسال آگهی فسخ و اطلاع‌نامه فسخی در مورد فسخ و یا خلاصه اقاله به ثبت مربوطه از تکالیف دفترخانه تنظیم‌کننده اقرارنامه فسخی و یا اقاله‌نامه خواهد بود.

حق‌الثبت فسخ و اقاله:

وفق ماده ۱۰ قانون الحاق موادی به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت مصوب ۱۳۸۴/۸/۱۵ مبنی بر اصلاح ماده ۱۲۴ اصلاحی قانون ثبت «حق‌الثبت اسنادی که تعیین قیمت موضوع آنها ممکن نباشد و انجام گواهی امضاء و صدور رونوشت برای هر سند و فسخ و اقاله معاملات و ... به پنج هزار ریال افزایش یافته و...»

فلذا حق‌الثبت فسخ و اقاله اسناد اعم از اینکه در دفتر تنظیم‌کننده سند و یا در دفتر دیگری غیر از دفتر تنظیم‌کننده سند صورت گیرد مقطوعاً پنج هزار ریال خواهد بود به استثناء فسخ اسناد رهنی بانک‌ها که در ستون ملاحظات ثبت مربوطه قید و اعمال می‌شود و مشمول حق‌الثبت نمی‌باشد (بخش‌نامه شماره ۱۰۴۴۰ کانون سردفتران و دفتریاران که طی نامه شماره ۳۴/۱۹۸۷۹ - ۸۴/۱۱/۲۹ سازمان ثبت تأیید شده است).

حق‌التحریر فسخ و اقاله

وفق بند ۱۰ از شق ب تعرفه حق‌التحریر شماره ۱/۳/۱۴۸۴۹ مورخ ۱۳۸۵/۳/۱۶ مصوب سازمان ثبت اسناد و املاک کشور حق‌التحریر اقاله دویست هزار تعیین گردیده چه توسط دفترخانه تنظیم‌کننده سند و در ستون ملاحظات دفتر صورت گرفته و یا توسط دفترخانه دیگری با تنظیم سند اقاله (اقاله نامه) تحقق یابد اما برای حق‌التحریر فسخ باید قایل به تفکیک شد:

الف - چنانچه دفترخانه تنظیم‌کننده سند مبادرت به فسخ سند در حاشیه سند و ثبت دفتر نماید. وفق بند ۱۱ شق ب تعرفه حق‌التحریر، ۵۰/۰۰۰ ریال می‌باشد.

ب - اگر دفترخانه دیگری غیر از دفتر تنظیم کننده سند اولیه و با تنظیم اقرارنامه فسخی مبادرت به فسخ سند نماید برابر بند ۸ شق ب همان تعرفه حداقل ۳۰/۰۰۰ ریال و حداکثر ۷۵/۰۰۰ ریال خواهد بود.

استعلامات مورد نیاز برای فسخ و اقاله اسناد

تا پیش از تصویب قانون تسهیل تنظیم اسناد در دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۸۵/۵/۲۴ به موجب ماده ۱۸۷ قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۶۶ دفاتر مکلف بودند قبل از ثبت و یا اقاله و یا فسخ سند معامله، مراتب را به شرح مشخصات کامل و چگونگی نوع و موضوع معامله موردنظر به اداره امور مالیاتی محل وقوع ملک و یا محل سکونت مودی حسب مورد اعلام و پس از کسب گواهی انجام معامله اقدام به ثبت اقاله و یا فسخ سند معامله حسب مورد نموده و شماره و مرجع صدور آن را در سند معامله قید نمایند، لیکن به صراحت ماده ۸ قانون اخیرالتصویب دایر بر لغو بلکه قوانین و مقررات مغایر و همان گونه که در بند و بخشنامه شماره ۴۳/۱۷۵۲۴ - و - ر مورخ ۱۳۸۵/۷/۱ کانون سردفتران و دفتریاران (وحدت رویه) که به موجب نامه‌های شماره ۳۴/۱۱۱۶۹ - ۸۵/۶/۲۱ و ۳۴/۱۲۶۱۹ - ۸۵/۷/۱ به تأیید اداره کل امور اسناد و سردفتران سازمان ثبت نیز رسیده است. تکالیف دفاتر اسناد رسمی براساس ماده ۱۸۷ قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۶۶ ساقط گردیده بالمال طبق بند ج ماده یک قانون مورد بحث دفاتر اسناد رسمی صرفاً هنگام نقل و انتقال عین املاک و اراضی و آن هم در صورت عدم تعهد انتقال گیرنده مبنی بر پرداخت بدهی‌های احتمالی، مکلفند مفاصاحساب مالیاتی را از انتقال گیرنده مطالبه و شماره آن را در سند تنظیمی قید نمایند و در سایر اسناد تنظیمی اعم از اجاره، رهن، تقسیم‌نامه، فسخ و اقاله و غیره هیچ گونه تکلیفی بر اخذ و مطالبه مفاصاحساب مالیاتی و درج شماره آن در سند تنظیمی متصور نمی‌باشد.

- آیا فسخ و اقاله سند در خصوص املاک مستلزم استعلام از اداره ثبت محل به منظور

تطبیق سند با دفتر املاک و اعلام عدم بازداشت آن می‌باشد یا خیر؟

ممکن است به سوال مطروحه فوق چنین پاسخ داده شود که در ماده یک قانون تسهیل تنظیم اسناد در دفاتر اسناد رسمی، وظیفه دفاتر در استعلام از ثبت محل به منظور تطبیق سند با دفتر املاک و اعلام وضعیت ثبتی (حسب مورد) و عدم بازداشت محدود است به انتقالات عین اراضی و املاک و فسخ و اقاله معاملات، انتقال تلقی نمی‌گردد لذا تکلیفی از این حیث متوجه دفاتر نخواهد بود.

اما با توجه به روح قانون که به نظر می‌رسد همانا جلوگیری از تنظیم اسناد مغایر با دفتر املاک و نیز تضييع حقوق احتمالی طلبکاران و ذی‌نفعانی است که برابر مقررات و یا به موجب دستور محاکم قضایی اقدام به بازداشت املاک مورد ادعا نموده‌اند پاسخ فوق خالی از اشکال نباشد. چه آنکه ای بسا انتقال گیرندگان اسناد به لطایف الحیل قبل از اقاله یا فسخ، حقوق خود را نسبت به مورد انتقال عیناً و یا منفعتاً و یا به هر صورت دیگری به دیگران منتقل نموده و این امر به هر دلیل بر دفترخانه تنظیم کننده سند اولیه مکتوم باشد و برای تضييع حقوق دیگران درصدد اقاله و یا فسخ اسناد تنظیمی برآیند بناء علی‌هذا به نظر نگارنده برای جلوگیری از توالی فاسد احتمالی و غیرقابل پیش‌بینی و به ویژه به منظور جامه عمل پوشانیدن به روح قانون و رفع نگرانی مقنن باید بر آن بود که اقاله و فسخ اسناد راجع به املاک نیز منوط است به استعلام از اداره ثبت محل جهت تطبیق سند با دفتر املاک و اعلام وضعیت ثبتی (حسب مورد) و عدم بازداشت ملک مورد تقاضا.

بررسی بخشنامه‌های ثبتی مربوط به دفاتر اسناد رسمی

رشید عنایت تبار^۱

مقدمه

حقوق ثبت یکی از رشته‌های علمی و فنی حقوق و شامل مجموعه‌ای از قوانین و مقررات راجع به ثبت اسناد و املاک است. می‌دانیم که یکی از منابع حقوق، قانون است و قانون در معنای عام خود شامل بخشنامه هم می‌شود و بخشنامه در سلسله مراتب قوانین از جهت اهمیت و پیروی و اطاعت از قوانین بالاتر بعد از قانون اساسی و قوانین عادی در کنار تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولتی در مرتبه سوم قرار دارد. علی‌هذا بخشنامه‌های ثبتی نیز از منابع حقوق ثبت هستند که برای اجرای صحیح مفاد قوانین عادی از ناحیه سازمان ثبت اسناد و املاک کشور برای ادارات ثبت اسناد و املاک و دفاتر اسناد رسمی صادر می‌گردند. حجم و گستردگی بخشنامه‌های ثبتی و اهمیت آن در انجام امور جاری دفاتر اسناد رسمی که یکی از اساسی‌ترین وظایف و مأموریت‌هایشان اجرا و اعمال قوانین و مقررات است بر کسی پوشیده نیست و ما در این مقال برآنیم که به بررسی آن قسمت از بخشنامه‌های ثبتی که مربوط به دفاتر اسناد رسمی هستند بپردازیم.

۱. سردفتر اسناد رسمی ۱۱۵ ساری و کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی.

۱- تعریف بخشنامه:

بخشنامه عبارت است از تعلیم یا تعلیمات کلی و یکنواخت (به صورت کتبی) که از طرف مقام اداری به مرئوسین برای ارشاد مدلول و طرز تطبیق قانون یا آیین‌نامه داده شود و نباید مخالف قانون یا آیین‌نامه باشد... و فی حد ذاته منشأ حق و تکلیف جدیدی نمی‌باشد.^۱ بخشنامه مؤسس حق یا تکلیف جدید نیست و همیشه جنبه اعلامی دارد^۲ مرجع صدور بخشنامه تنها حق دارد مفاد و مدلول و مفهوم قوانین و تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌ها را روشن نماید تا مجریان در هنگام اجراء راه انحرافی را نپیمایند و اقدامات خلاف قوانین انجام ندهند و لذا بخشنامه نمی‌تواند مخالف و مغایر قانون و شرح و تفسیر تغییر دهنده مسیر اجرای قانون باشد همچنان که تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌ها هم نمی‌توانند مغایر قوانین عادی یا قانون اساسی باشند و در حقیقت دستگاه‌های مجری قوانین حق قانون‌گذاری ندارند. خطاب بخشنامه مستقیماً مربوط به دستگاه‌های اجرایی است و به محض اعلام و ابلاغ قابل اجراست، مگر اینکه اجرای آن به زمانی دیگر موکول گردد و از لزوم انتشار قوانین در روزنامه رسمی و مدت ۱۵ روز موضوع ماده ۲ قانون مدنی تبعیت نمی‌کنند. در حقیقت قوانین که خطاب عام برای همه مردم و مجریان دارند، انتشار یافته‌اند و اکنون این بخشنامه به عنوان ابزار کار مجریان مورد استفاده قرار می‌گیرد.

۲- انواع بخشنامه‌های سازمان ثبت^۳ برای دفاتر اسناد رسمی:

با بررسی بخشنامه‌های ارسالی به دفاتر اسناد رسمی می‌توان این بخشنامه‌ها را از جهت شکلی به دو دسته تقسیم نمود. الف - دسته اول بخشنامه‌هایی هستند که سازمان ثبت رأساً صادر می‌نماید. ب - دسته دوم بخشنامه‌هایی هستند که متضمن آراء وحدت رویه صادره از کانون سردفتران و دفتریاران می‌باشند. به استناد بند دوم ماده ۶۶ قانون

۱. جعفری لنگرودی، دکتر محمدجعفر، *ترمینولوژی حقوق*.

۲. سنجابی، *حقوق اداری*.

۳. در این مقاله برای رعایت اختصار عبارت «سازمان ثبت» به جای «سازمان ثبت اسناد و املاک» ذکر گردیده است.

دفاتر اسناد رسمی و ... مصوب ۱۳۵۴/۴/۲۵ که مقرر می‌دارد: «۲ - ایجاد وحدت رویه در جهت اجرای مقررات و نظامات در دفاتر اسناد رسمی با تأیید سازمان ثبت اسناد و املاک کشور» کانون سردفتران در این بخشنامه‌ها در حقیقت به مثابه مغز متفکر و ارائه دهنده دکترین و مفسر قوانین و آیین‌نامه‌ها عمل می‌نماید و بار سنگینی از مسئولیت حل معضلات حقوقی دفاتر در اجرای قوانین و تفسیر آنها و ارائه طریق را به دوش می‌کشد.

لیکن این آراء برای لازم‌الاجراء و لازم‌الاتباع شدن نیاز به تأیید سازمان ثبت دارند. یعنی ماهیتاً این بخشنامه‌ها با بخشنامه‌های دسته اول فرقی نداشته و همان‌طوری که در تعریف بخشنامه گفته شد هدف هر دوی این بخشنامه‌ها اجرای درست قوانین و مقررات در دفاتر اسناد رسمی است و صادرکننده این بخشنامه‌های لازم‌الاتباع، سازمان ثبت اسناد و املاک کشور است و بخشنامه‌های دسته دوم را نباید با نظرات مشورتی کانون سردفتران و دفتریاران یکی دانست چرا که همان‌طوری که از نامشان پیداست اولی جزو منابع مستقیم و الزام‌آور حقوقی است و عدم رعایت آنها دارای آثار و تبعات حقوقی، هم برای مجریان و هم برای اسناد تنظیمی است که در مباحث آتی درباره آن سخن خواهیم گفت و دومی جنبه مشورتی دارد که البته به جهت بهره‌گیری از حقوقدانان اهل فن در کمیسیون حقوقی دفتر حقوقی کانون می‌تواند از منابع غیرمستقیم حقوقی برای سران دفاتر اسناد رسمی باشد.

۳ - اقتدار اجرایی بخشنامه‌های ثبتی:

قانون، ناشی از اراده عمومی است و الزام‌آور بودن، یکی از خصایص قاعده حقوقی است. گفتیم بخشنامه ابزار دست مجری جهت اجرای صحیح قوانین است لذا قدرت اجرایی و الزامی بخشنامه از قدرت قوانین و تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌ها ناشی می‌شود و در مقام مقایسه بخشنامه با قوانین عادی صرف‌نظر از تشریفات شکلی وضع آنها فقط رعایت سلسله مراتب الزامی است و اینکه بخشنامه‌ها نباید مغایر قوانین باشند والا آمره بودن، خصیصه مشترک بخشنامه‌ها و قوانین بالاتر است. قوه مجریه می‌تواند مصوبات خود را در حدود قوانین تغییر دهد ولی تا زمانی که این تغییر صورت نپذیرفته است دولت و همه

مأموران قوه مجریه باید مقررات آن را اجراء کنند و نظمی را که خود ساخته‌اند محترم شمارند.^۱ از این رو در این جا ضمانت اجرایی و اقتدار بخشنامه‌های ثبتی را در قوانین نسبت به سردفتران اسناد رسمی دفترباران و اسناد رسمی تنظیمی بررسی می‌نماییم.

۳-۱- اقتدار بخشنامه‌های ثبتی نسبت به سردفتران اسناد رسمی و دفترباران:

سردفتران و دفترباران بارها به رعایت قوانین ملزم گردیده‌اند. به عنوان نمونه:

۱ - ماده ۱ قانون دفاتر اسناد رسمی و ... مصوب ۵۴/۴/۲۵: دفترخانه اسناد رسمی واحد وابسته به وزارت دادگستری است و برای تنظیم و ثبت اسناد رسمی طبق قوانین و مقررات مربوط تشکیل می‌شود. سازمان و وظایف دفترخانه تابع قوانین و نظامات راجع به آن است.

۲ - ماده ۳۰ همان قانون: سردفتران و دفترباران موظفند نسبت به تنظیم و ثبت اسناد مراجعین اقدام نمایند مگر آنکه مفاد و مدلول سند مخالف با قوانین و مقررات موضوعه و نظم و یا اخلاق حسنه باشد که در این صورت باید علت امتناع را کتباً به تقاضا کننده اعلام نمایند.

۳ - ماده ۴۹ قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰/۱۲/۲۶:

وظایف مسئولین دفاتر از قرار ذیل است: ۱- ثبت کردن اسناد مطابق مقررات قانون ۲-...
۴ - ماده ۶۰ همان قانون: مسئول دفتر ثبت نباید اسناد راجع به معاملاتی را که مدلول آن مخالفت صریح با قوانین موضوعه مملکتی داشته باشد ثبت نماید.

مسئولیت انتظامی تنظیم سند برخلاف مقررات و بخشنامه‌ها و دستورالعمل‌ها در بند «ج» و «د» از ماده ۲۹ آیین‌نامه‌های بند ۴ ماده ۶ و ... مصوب ۱۷ / ۵۴/۱۰ به ترتیب به صورت انفصال موقت از ۳ ماه الی ۶ ماه و انفصال موقت از ۶ ماه تا ۲ سال مقرر گردیده است و همه این مقررات نشان دهنده اهمیت و اقتدار اجرایی بخشنامه‌ها که در معنای عام

۱ . کاتوزیان، دکتر ناصر، *فلسفه حقوق*، جلد ۲، منابع حقوق.

قوانین جای می‌گیرند، است و سردفتران به هنگام انجام تحلیف نیز سوگند یاد می‌کنند که پای‌بند به اجرای مقررات و قوانین کشور باشند.

۲ - ۳ - اقتدار بخشنامه ثبتي نسبت به اسناد رسمي تنظيمي: قانون گذار برای

بهره‌مندی یک سند تنظیمی در دفتر اسناد رسمی از امتیازات اسناد رسمی مهم‌ترین ویژگی آن را مقید بودن به رعایت قوانین و مقررات دانسته است و در غیر این صورت سند تنظیمی یا مطلقاً دارای اعتبار نمی‌باشد و یا حداکثر یک سند عادی تلقی می‌گردد مگر در موارد استثنایی که عدم رعایت بعضی مقررات به اساس سند خدشه وارد نماید مثل مقررات راجع به حق تمبر موضوع ماده ۱۲۹۴ قانون مدنی. علی‌ای حال بعضی از مواردی که قانون گذار صراحتاً رعایت مقررات و قوانین را برای رسمیت و اعتبار اسناد تنظیمی در دفترخانه مقرر داشته، به قرار ذیل است:

۱ - ماده ۷۰ قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰: سندی که مطابق قوانین به ثبت رسیده رسمی است و تمام محتویات و امضاهای مندرج در آن معتبر خواهد بود مگر اینکه مجعولیت آن سند ثابت شود.

۲ - ماده ۷۲ همان قانون: کلیه معاملات راجع به اموال غیرمنقوله که طبق مقررات راجعه به ثبت املاک ثبت شده است نسبت به طرفین معامله و قائم‌مقام قانونی آنها و اشخاص ثالث دارای اعتبار کامل و رسمیت خواهد بود.

۳ - ماده ۱۲۸۷ قانون مدنی: اسنادی که در اداره ثبت اسناد و املاک یا دفاتر اسناد رسمی یا در نزد سایر مأمورین رسمی در حدود صلاحیت آنها و بر طبق مقررات قانونی تنظیم شده باشد رسمی است.

۴ - ماده ۱۲۸۸ قانون مدنی: مفاد سند در صورتی معتبر است که مخالف قوانین نباشد.

۵ - ماده ۱۲۹۳ همان قانون: هرگاه سند به وسیله یکی از مأمورین رسمی تنظیم اسناد

تهیه شده، لیکن مأمور صلاحیت تنظیم آن سند را نداشته یا رعایت ترتیبات مقرر قانونی را در تنظیم سند نکرده باشد سند مزبور در صورتی که دارای امضاء یا مهر طرف باشد عادی است.

۴ - نظارت بر بخشنامه‌های ثبتی

در تعریف بخشنامه گفتیم که این مقررات نباید مغایر قوانین عادی، تصویب‌نامه و آیین‌نامه‌ها و به طور کلی قوانین مافوق خود باشند و در صورت وجود یک بخشنامه ثبتی مخالف و مغایر قانون هر کسی می‌تواند از مقام صالح قانونی درخواست لغو و ابطال آن را نماید و تا زمانی که چنین بخشنامه‌ای لغو نگردد تمامی مجریان و مقامات اجرایی موظف به اجرای آن هستند و تنها قضات دادگاه‌ها به استناد اصل یکصد و هفتادهم قانون اساسی مکلفند از اجرای آنها خودداری کنند^۱ و سردفتران اسناد رسمی حق ارزیابی بخشنامه‌ها و عدم اجرای آنها را حتی در صورت خلاف قانون بودن آنها ندارند. در اصل ۱۷۳ قانون اساسی کشورمان آمده است «به منظور رسیدگی به شکایات و تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مأمورین یا واحدها یا آیین‌نامه‌های دولتی و احقاق حقوق آنها دیوانی به نام دیوان عدالت اداری زیرنظر رئیس قوه قضاییه تأسیس می‌گردد».

اصولاً دو روش برای نظارت و رسیدگی به دعوای ابطال بخشنامه‌ها در دنیا وجود دارد؛ یکی روش رسیدگی در دادگاه‌های دادگستری و دیگری رسیدگی در دادگاه‌های اداری است، البته زیرنظر دادگستری. مزایای این (دادگاه‌های اداری) تخصص، ارزانی هزینه رسیدگی، سادگی تشریفات و بالاخره سرعت عمل آنها در مقایسه با دادگاه‌های عادی است.^۲

۱. اصل ۱۷۰ قانون اساسی: قضات دادگاه‌ها مکلفند از اجرای تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولتی که مخالف با قوانین و مقررات اسلامی یا خارج از حدود اختیارات قوه مجریه است خودداری کنند و هرکس می‌تواند ابطال این گونه مقررات را از دیوان عدالت اداری تقاضا کند.

۲. طباطبایی مؤتمنی، *حقوق اداری*.

صلاحیت دیوان عدالت اداری در رسیدگی به دعوی ابطال بخشنامه‌ها در ماده ۱۱ دیوان عدالت اداری و بند «پ» آن آمده است^۱ و در تبصره^۲ یک آن تعیین میزان خسارت وارده بر عهده دادگاه عمومی است.^۲

ابطال یک بخشنامه طبق قواعد حقوقی یعنی بی‌اثر کردن آن و یعنی چنین بخشنامه‌ای اصلاً نبوده است. خواه ابطال اعمال حقوقی باشد و خواه اعمال اداری یکجانبه سازمان‌های اجرایی که بخشنامه از جمله این اعمال اداری است.

در طی سال‌هایی که به شغل سردفتری اشتغال داشته‌ام بخشنامه‌های زیادی توسط دیوان عدالت اداری ابطال شد و یقیناً به استناد همان بخشنامه‌ها بسیاری از همکاران ما به انفصال و سایر مجازات‌های انتظامی محکوم گردیدند. به عنوان مثال ابطال بخشنامه شماره ۲/۳۴/۶۴۰۷ - ۷۹/۳/۱۹ سازمان ثبت در خصوص اخذ گواهی عدم خلاف اسناد اتومبیل که برابر دادنامه شماره ۱۹۶ - ۸۲/۵/۱۲ صورت گرفت که یکی از شایع‌ترین آنها بوده است و چه بسیار مجازات‌های انتظامی که وفق آن بخشنامه صادر گردید. اصولاً هیچ ایراد و اشکالی به این محکومیت‌های انتظامی نیست چرا که در مباحث قبلی گفته شد که تا بخشنامه‌ای توسط مقام صالح نسخ یا ابطال نگردیده، معتبر است و همگان ملزم به اجرای آنها هستند، لیکن بعد از ابطال این بخشنامه‌ها جا دارد که رفع پیشینه محکومیت از پرونده‌های انتظامی همکاران شود و اثر قهری ابطال اعمال گردد. اگرچه در قانون مسأله

۱. ماده ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری: «صلاحیت و حدود اختیارات دیوان به قرار ذیل است: ۱- رسیدگی به شکایات و تظلمات و اعتراضات اشخاص حقیقی یا حقوقی از ... (پ): آیین‌نامه‌ها و سایر نظامات و مقررات دولتی و شهرداری‌ها از حیث مخالفت مدلول آنها با قانون و احقاق حقوق اشخاص در مواردی که تصمیمات یا اقدامات یا مقررات مذکور به علت برخلاف قانون بودن آن و یا عدم صلاحیت مرجع مربوط یا تجاوز یا سوءاستفاده از اختیارات یا تخلف در اجرای قوانین و مقررات یا خودداری از انجام وظایفی که موجب تضییع حقوق اشخاص می‌شود».

۲. تبصره ۱ - تعیین میزان خسارات وارده از ناحیه مؤسسات و اشخاص مذکور در بندهای یک و دو این ماده پس از تصدیق دیوان به عهده دادگاه عمومی است.

جبران خسارت هم پیش‌بینی شده که همکاران شریف اینجانب با عزت نفس و علو طبع به دنبال این مطالبات نمی‌روند.

۵ - نسخ بخشنامه‌های ثبتی

گفتیم که بخشنامه‌های ثبتی نباید مخالف قوانین و تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌ها باشند و در صورت چنین مخالفتی هرکس می‌تواند ابطال آنها را از دیوان عدالت اداری تقاضا نماید. سردفتران اسناد رسمی حق ارزیابی این بخشنامه‌ها و یا حتی خودداری از اجرای آنها را ندارند و حتی در صورت تعارض آشکار بخشنامه با قانون حق برگزیدن قانون و عدم اعمال بخشنامه را ندارند. نسخ بخشنامه‌های ثبتی مثل نسخ سایر مقررات و قوانین توسط مقام صالح واضح آن صورت می‌گیرد. می‌دانیم که نسخ جلوگیری از ادامه اجرای قانون است و نسبت به گذشته بی‌اثر است برخلاف ابطال که اثر آن به گذشته هم سرایت می‌کند. اصطلاحاً ابطال به صورت اخبار است و نسخ به صورت انشاء. حال بخشنامه‌های ثبتی صادره از سازمان ثبت اسناد و املاک نیز به وسیله همین سازمان نسخ می‌گردند و هیچ مقام دیگری صالح برای این کار نیست. اصولاً بخشنامه‌ها باید در صورت تغییر قوانین تغییر کنند و نیازهای دفاتر اسناد رسمی و مردم و مراجعین را به اجرای صحیح قوانین تأمین نمایند و در صدور بخشنامه‌ها باید دقت کافی به عمل آید که مجریان دچار سردرگمی و تعارض نگردند و راه هر گونه تفسیر و برداشت‌های متعدد و مختلف را ببندند و از اجمال و ابهام و تعارض جلوگیری نمایند. مسلماً اگر بخشنامه‌ای صادر گردد و بعداً معلوم شود که خلاف قانون بوده و تفسیر و برداشت ناصحیحی از قانون کرده‌اند باید بدون فوت وقت به موجب بخشنامه‌ای دیگر نسخ گردد و نیازی نباشد که از طریق دیوان عدالت اداری تقاضای ابطال آن شود. به ویژه زمانی که بخشنامه‌ای دال بر اخذ مدرکی برای تنظیم سند باشد و بخشنامه بعدی آن را نسخ نماید و اخذ چنین مدرکی را خلاف قانون بداند یا برعکس که با حقوق و تکالیف مردم و دفاتر اسناد رسمی برای تنظیم یک سند ارتباط پیدا می‌کنند؛ به عنوان نمونه بخشنامه شماره ۱/۳۴/۶۴۳۹ - ۸۳/۳/۱۲ سازمان ثبت در پی عفو مقام

معظم رهبری مبنی بر عفو کلیه مضمولان غایب و فراری متولدین تا سال ۱۳۵۴ که با شرایط مندرج در آن صادر شد و اخذ مدارک دال بر رسیدگی به وضعیت نظام وظیفه را منتفی دانست و به فاصله بیش از دو سال بعد بخشنامه شماره ۸۴۷/۳۰۱۳/۱ - ۸۵/۶/۶ سازمان ثبت اعلام قبلی را نسخ کرد. که امیدواریم مسئولین سازمان در چنین مواردی به مشکلات همکاران در دفاتر اسناد رسمی برای اجرای این بخشنامه‌ها توجه ویژه‌ای داشته باشند تا از بدبینی مردم و مراجعین نسبت به سران دفاتر اسناد رسمی و احیاناً از گرفتاری‌های شغلی و مجازات‌های انتظامی همکاران جلوگیری گردد و مطلوب است که نسخ و صدور بخشنامه مخالف بعدی سریعاً صورت گیرد تا تالی فاسد آن کمتر باشد.

۶- تعارض بخشنامه‌های ثبتی با نظریات مشورتی کانون سردفتران و دفترباران

کانون سردفتران و دفترباران در اجرای صحیح قوانین و مقررات در دفاتر اسناد رسمی به ویژه در سال‌های اخیر از یک طرف به عنوان بازوی فکری سازمان ثبت و از طرف دیگر به عنوان منبع زاینده ارشاد و راهنمایی برای همکاران ارجمند بوده است. هم آراء وحدت رویه کانون توانسته است با تأیید سازمان ثبت در زمره بخشنامه‌های ثبتی که صد البته بیشتر جنبه گره‌گشایی و حل ابهامات و مشکلات دفاتر اسناد رسمی را داشته درآید و هم نظریات مشورتی کانون که برخاسته زحمات بی‌شائبه همکاران دانشمند اینجانب می‌باشد تاکنون معضلات زیادی را رفع نموده است و اینها صرف‌نظر از اقداماتی است که تا به امروز کانون سردفتران و دفترباران با ابطال بسیاری از آیین‌نامه‌ها و بخشنامه‌های خلاف قانون از طریق دیوان عدالت اداری در جهت زدودن هرگونه قانون‌گریزی و قانون شکنی انجام داده است که جا دارد همه این اقدامات را ارج بنهیم و در تقویت آن بکوشیم. همه ما می‌دانیم که نظریات مشورتی کمیسیون حقوقی کانون سردفتران و دفترباران نمی‌توانند بخشنامه‌های ثبتی را نسخ نمایند و هم‌طراز و هم‌شان با بخشنامه‌ها نیستند و همان‌طوری که از نامشان پیداست این نظریات به صورت مشورتی در جهت کمک به سردفتران اسناد رسمی در جهت اجرای قوانین هستند و اصولاً این نظریات به صورت مستدل و مستند بیان می‌گردند

و لذا بمانند نظریات مشورتی اداره حقوقی قوه قضاییه و سایر مراجع و نهادهای حقوقی و عقاید علمای حقوق (دکترین) می‌توانند از منابع غیرمستقیم حقوقی باشند ولی الزام‌آور نمی‌باشند و در صورت تعارض نظریات مشورتی کانون با بخشنامه‌های ثبتی مسلماً بخشنامه‌های ثبتی مقدم هستند. در اینجا دو نمونه از نظریات مشورتی کانون سردفتران که اخیراً اعلام گردیده و اولی در تعارض آشکار با یک بخشنامه ثبتی است و دومی هم اگرچه خواسته جنبه تفسیر و بیان مراد بخشنامه داشته باشد، فی‌الواقع دارای تعارض است که به همراه بخشنامه به شرح ذیل آورده می‌شود:

۱- الف) بخشنامه ثبتی:

تاریخ: ۸۳/۴/۱۷

شماره: ۱/۳۴/۱۰۹۱۴

پیرو بخشنامه ۱/۳۴/۲۶۶۸۷ - ۸۲/۹/۲۴ چون برابر اطلاعات واصله برخی دفاتر اسناد رسمی به هنگام تنظیم اسناد مربوط به املاک متعاملین را اجبار به ارائه میبایعه‌نامه نموده و یا مبادرت به قید مبالغی چندین برابر بیش از ارزش معاملاتی مورد معامله در اسناد تنظیمی می‌نمایند لذا بدین‌وسیله اعلام می‌گردد مبنای وصول حق‌التحریر نیز ارزش معاملاتی املاک می‌باشد مگر اینکه مستند تنظیم سند غیر از آن باشد بنابراین مطالبه میبایعه‌نامه یا پرسش از مراجعین در رابطه با ارزش مورد معامله مورد ندارد. مقتضی است مراتب به کلیه واحدهای ثبتی و دفاتر اسناد رسمی حوزه تابعه ابلاغ گردد تا ضمن عمل به بخشنامه آن را در مرئی و منظر مراجعین جهت اطلاع قرار دهند.

ب) نظریه مشورتی کانون سردفتران و دفتریاران

تاریخ: ۸۶/۳/۲۱

شماره: ۲۴۱۰۵

به: دفتر محترم اسناد رسمی شماره ۱۴ بیرجند

از: کانون سردفتران و دفتریاران

با سلام

احتراماً - بازگشت به نامه شماره ۲۲۲ مورخ ۸۵/۷/۲، مسئول آن دفترخانه در مورد درج

قیمت واقعی یا ارزش منطقه‌ای در اسناد راجع به معاملات املاک که مورد سؤال بسیاری از دفاتر دیگر در سراسر کشور نیز می‌باشد، موضوع در جلسه کمیسیون حقوقی دفتر حقوقی کانون مورخ ۸۶/۲/۱۲ مطرح و نظریه مشورتی کمیسیون مذکور به شرح ذیل اعلام گردیده است:

«مستفاد از ماده ۵۸ آیین‌نامه قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۱۷ با اصلاحات بعدی (... حق‌التحریر به میزان اصلی معامله اخذ می‌گردد...) که میزان اصلی معامله ظهور در قیمت واقعی معامله دارد که از طرف مشتری به بایع پرداخت می‌شود. از طرف دیگر ثمن در عقد بیع جزء ارکان معامله است و اعتبار دادن به امر غیرواقعی مورد نظر قانون‌گذار در ماده ۷۰ قانون ثبت نیست. با امعان نظر به موارد مذکور و تذکر این نکته که ارزش معاملاتی املاک در اجرای ماده ۱۲۳ اصلاحی قانون ثبت (ماده ۱۰ قانون اصلاح تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت) صرفاً مبنای وصول حقوق دولتی از جمله حق‌الثبت و مالیات بوده و ثمن معامله محسوب نمی‌شود و با عنایت به فتاوای حضرات آیات عظام خصوصاً مقام معظم رهبری حضرت آیت‌الله خامنه‌ای و نیز حضرت آیت‌الله بهجت به خلاصه اینکه (اجرت کاتب به مبلغ واقعی معامله تعلق می‌گیرد) تردیدی نیست که تنظیم سند با مندرجات خلاف واقع منافی شئون سردفتری و کتابت بالعدل است و باید مبلغ واقعی در سند قید و به آن ملاک حق‌التحریر دریافت گردد. لذا شایسته است همکاران محترم به منظور حفظ امانت و به عنوان کاتب بالعدل از قید مبلغ غیرواقعی به عنوان ثمن در اسناد تنظیمی خودداری نمایند».

۲- الف) بخشنامه ثبتی (آراء وحدت رویه)

تاریخ: ۷۹/۱۱/۲۵

شماره: ۱۱/۳۷۱۰۰-و-د

در اجرای شق ۲ ماده ۶۶ قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران، اینک موضوعاتی که در کمیسیون وحدت رویه مطرح و منجر به اظهارنظر گردیده و به موجب نامه‌های شماره ۳۴/۹۲۷۳ - ۷۹/۱۰/۲۸، ۳۴/۶۳۸۵ - ۷۹/۱۰/۲۸ اداره کل امور

اسناد و سردفتران مورد تأیید سازمان محترم ثبت اسناد و املاک کشور قرار گرفته است جهت اطلاع و رعایت مفاد آن ذیلاً ابلاغ می‌شود.

در مورد نامه دفترخانه ۹ گرمسار مبنی بر اینکه (در تنظیم وکالت کلی خرید و فروش و رهن و اجاره اموال و املاک، احتمال دارد بعضی اموال و املاک در رهن و وثیقه باشد آیا تنظیم وکالت کلی خرید و فروش به شرح فوق بلامانع است یا خیر؟)

به شرح آتی اظهارنظر گردید: تنظیم وکالتنامه کلی خرید و فروش و رهن و اجاره اموال و املاک (به استثنای فروش وسایط نقلیه موتوری و ماشین‌آلات کشاورزی و اموالی که در رهن و وثیقه و اسناد مربوط به تسهیلات بانکی است و مالک ضمن سند رسمی حق انتخاب وکیل را از خود سلب نموده است) بلامانع است.

ب) نظریه مشورتی کانون سردفتران و دفتریاران

تاریخ: ۸۶/۳/۲۱

شماره: ۲۴۱۰۵

به: دفتر محترم اسناد رسمی شماره ۱۶۱ زرین شهر

از: کانون سردفتران و دفتریاران

باسلام

احتراماً؛ بازگشت به نامه شماره ۳۹۰ مورخ ۸۵/۶/۱۶، موضوع در جلسه کمیسیون حقوقی دفتر حقوقی کانون مورخ ۸۶/۳/۹ مطرح و نظریه مشورتی کمیسیون مذکور به شرح ذیل اصلاح و اعلام گردیده است:

«اولاً رأی وحدت رویه شماره ۱۱/۳۷۱۰۰ مورخ ۷۹/۱۱/۲۵ کمیسیون وحدت رویه کانون سردفتران و دفتریاران ناظر به عدم جواز تنظیم وکالتنامه‌های کلی شامل اموال مورد ترهین و توثیق و اسناد مربوط به تسهیلات بانکی است و شامل وکالتنامه‌های خاص که براساس فتوای مقام معظم رهبری با فرض اینکه پس از فک رهن فروخته می‌شود تخلفی از شرط نشده است. تنظیم آنها دارای جواز شرعی است، نمی‌باشد. ثانیاً درج عبارت فروش

ملک ولو به صورت وکالتنامه به عنوان شرط ضمن عقد در اسناد رهنی فاقد محمل قانونی است، زیرا وکالت موجب انتقال نمی‌شود، بناء علی‌هذا تنظیم سند وکالت با رعایت ترتب، بدواً فک رهن، و سپس انجام معامله نسبت به ملک مورد وکالت، بلامانع می‌باشد».

تعارض در نمونه اول که اظهر من الشمس است و اما در مورد دومی باید گفت اگر اجرای وکالت ملک در رهن منوط به فک رهن گردد که این قید را در وکالتنامه‌های کلی هم می‌توان نوشت و مخصوص وکالتنامه‌های خاص نیست و لذا با استفاده از وحدت ملاک و تعیین علت ممنوعیت و با رفع این مانع می‌توان هم وکالتنامه‌های کلی و هم وکالتنامه‌های خاص با رعایت ترتب، بدواً فک رهن، و سپس انجام معامله تنظیم کرد و لذا نظریه مشورتی کانون اگرچه جنبه تفسیری داشته و می‌خواسته است وکالتنامه خاص را خروج موضوعی دهد، لیکن با کمی دقت می‌توان تعارض آن را با رأی وحدت رویه پیشین دریافت.

حال بحث در تقبیح این نظرات نیست بلکه جای بسیار خوشحالی دارد که کانون سردفتران با اعلام این نظریات عالمانه که برگرفته از فتاوی‌ای آيات عظام است باعث بیان احکام قانونی و شرعی مسأله گردید و اینک نوبت سازمان ثبت می‌باشد تا با مذاقه در این نظریات مشورتی نسبت به بخشنامه‌های قبلی تجدیدنظر نماید. و به اجرای صحیح قوانین و شرع در دفاتر اسناد رسمی منجر گردد، تا نیازی به ابطال آنها توسط دیوان عدالت اداری نباشد و همواره هماهنگی و یگانگی و وحدت رأی و نظر بین کانون سردفتران و سازمان ثبت برقرار باشد و مشکلات حقوقی همکاران توسط سازمان ثبت مثل همیشه حل و فصل گردد.

نتیجه: صدور بخشنامه‌های ثبتی برای دفاتر اسناد رسمی در صلاحیت سازمان ثبت اسناد و املاک کشور است. اگرچه سردفتران اسناد رسمی حق ارزیابی بخشنامه‌ها و پیدا

کردن تعارض آنها با قوانین و خودداری از اجرای بخشنامه‌های خلاف قانون را ندارند، لیکن کانون سردفتران و دفترباران به عنوان یک نهاد حقوقی می‌تواند با اعلام نظریات خود به سازمان ثبت در ایجاد رویه واحد و پیشگیری از صدور بخشنامه‌های خلاف قانون و احیاناً نسخ بخشنامه‌های خلاف قانون کمک و مساعدت نماید تا سردفتران اسناد رسمی در اجرای قوانین دچار مشکل نگردند.

دفتر بازداشتی و تکالیف دفاتر اسناد رسمی

بهمن الفی^۱

به موجب ماده یک آیین‌نامه قانون ثبت اسناد و املاک مصوب سال ۱۳۱۷ مقرر گردیده بود که هر اداره یا دایره ثبت اسناد و املاک دارای دفاتر زیر خواهد بود: ۱ - دفتر املاک ۲ - دفتر نماینده املاک ۳ - دفتر املاک توقیف شده ۴ - دفتر ثبت موقوفات ۵ - دفتر گواهی امضاء ۶ - دفتر سپرده‌ها ۷ - دفتر توزیع اظهارنامه‌ها ۸ - دفتر املاک مجهول‌المالک ۹ - دفتر ثبت شرکتی ۱۰ - دفتر اسناد رسمی ۱۱ - دفتر ثبت قنوت. ملاحظه می‌شود که یکی از دفاتری که لزوماً در ادارات ثبت اسناد و املاک تنظیم و نگهداری می‌گردد، دفتر املاک توقیف شده یا املاک بازداشتی است. بعد از تصویب قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران در ۲۵ تیر ماه سال ۱۳۵۴ در ماده ۱۹ این قانون مقرر گردید که هر دفترخانه علاوه بر دفتر سردفتر که یک نسخه است دارای دفاتر دیگر که نوع و عنوان و تعداد و نحوه تنظیم و نگهداری آن طبق آیین‌نامه معین می‌شود خواهد بود. که ماده ۱۱ آیین‌نامه قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران مصوب ۱۷ دی ماه سال ۱۳۵۴ در اجرای ماده ۱۹ قانون مذکور مقرر نمود که دفترخانه‌ها باید دارای دفاتر ذیل

۱ . سردفتر دفتر اسناد رسمی شماره ۴ اردبیل، مدرس دانشگاه و عضو هیأت تحریریه مجله کانون سردفتران و دفتریاران .

باشند:

- ۱ - یک نسخه دفتر ثبت اسناد که پلمپ شده و اسناد در آن ثبت می‌شود.
 - ۲ - دفتر راهنما که متضمن اسامی متعاملین و نوع سند و شماره و تاریخ سند خواهد بود.
 - ۳ - دفتر درآمد که به منظور ثبت کلیه وجوهی است که به منظور ثبت سند مقرر است و شماره قبض و هزینه‌های مزبور در آن قید می‌شود. این دفتر از طرف سازمان ثبت پلمپ خواهد شد.
 - ۴ - دفتر ثبت مکاتبات و تقاضانامه اجرایی و خلاصه معامله است.
 - ۵ - دفتر ابواب جمعی قبوض سپرده و اوراق بهادار
 - ۶ - دفتر گواهی امضاء
- ملاحظه می‌شود که در قانون ثبت و قانون دفاتر اسناد رسمی و آیین‌نامه آن برای دفاتر اسناد رسمی تکلیفی برای نگهداری دفتر بازداشتی املاک بازداشت شده دیده نمی‌شود، در حالی که در بند ۱۷ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی مقرر گردیده بود که «دفاتر اسناد رسمی باید دفتری جهت ثبت اسامی اشخاص ممنوع‌المعامله و املاک بازداشت شده و اراضی مشمول بند ز ماده واحده لایحه قانونی اراضی دولت و شهرداری‌ها و نظائر آنها داشته باشند و کلیه بخشنامه‌های مربوطه را در آن ثبت نموده و قبل از رفع بازداشت و ممنوعیت از طرف مرجع ذی‌صلاحیت از ثبت هرگونه سند در موارد فوق‌الذکر خودداری نمایند».
- قبل از تصویب قانون تسهیل تنظیم اسناد در دفاتر اسناد رسمی، ادارات ثبت بخشنامه‌های مربوط به مفقودی و صدور سند مالکیت المثنی (ماده ۱۲۰ آیین‌نامه قانون ثبت) و بخشنامه‌های مربوط به صدور اسناد مالکیت معارض (بند ۲ ماده ۳ لایحه قانون راجع به اشتباهات ثبتی و اسناد مالکیت معارض مصوب ۵ دی ماه سال ۱۳۳۳ کمیسیون‌های مشترک در مجلس) و نیز بخشنامه‌های املاک بازداشت شده (بند ۱۷ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی) و حتی املاکی را که در اجرای ماده ۱۴۷ و ۱۴۸ اصلاحی

قانون ثبت در کمیسیون و هیأت اختلاف مستقر در ادارات ثبت اسناد و املاک تأیید مالکیت شده یا سند مالکیت مفروز صادر می‌گشت به دفاتر اسناد رسمی ابلاغ می‌نمودند و دفاتر اسناد رسمی کشور بخشنامه‌های مربوطه را در دفتر بازداشتی قید می‌نمودند و در موقع تنظیم و ثبت اسناد مراجعین مورد لحاظ قرار می‌دادند. بدیهی است نگهداری چنین دفتری به لحاظ عدم تکلیف استعلام وضعیت ثبتی توسط دفاتر اسناد رسمی کشور در موقع تنظیم و ثبت اسناد ضروری بود چون تنها مواردی که دفاتر اسناد رسمی کشور مکلف به استعلام وضعیت ثبتی املاک از ادارات ثبت در موقع تنظیم و ثبت اسناد و املاک بودند، عبارت بودند از:

- ۱ - املاک ثبت شده تهران (ماده ۳۱ آیین‌نامه دفاتر اسناد رسمی)
 - ۲ - املاک موروثی در صورتی که وراثت یکی از آنها می‌خواستند با سند مورث معامله‌ای را انجام دهند (بند ۳۷ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی)
 - ۳ - املاکی که برای آنها سند مالکیت المثنی صادر شده بود (تبصره ۲ ماده ۱۲۰ اصلاح ماده یک ۱۲۰ آیین‌نامه قانون ثبت املاک مصوب ۲۰ بهمن سال ۱۳۵۳)
 - ۴ - املاک ثبت شده خارج از حوزه ثبتی به استناد بند ۳۰ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی. لذا با توجه به عدم تکلیف استعلام غیر از موارد مذکور براساس بند ۱۷ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی لازم بود که دفاتر اسناد رسمی بخشنامه‌های یاد شده را در دفتر مربوطه قید نموده و قبل از تنظیم و ثبت اسناد مراجعین به آن مراجعه نموده و پس از احراز عدم بازداشتی ملک اقدام به تنظیم و ثبت اسناد املاک مراجعین می‌نمودند.
- با تصویب قانون تسهیل تنظیم و ثبت اسناد در دفاتر اسناد رسمی در ماده یک این قانون مقرر گردید که دفاتر اسناد رسمی موظفند پس از دریافت دلایل مالکیت و پاسخ استعلام از اداره ثبت محل به منظور تطبیق سند با دفتر املاک و اعلام وضعیت ثبتی (حسب مورد) و عدم بازداشت نسبت به تنظیم سند رسمی انتقال عین اراضی و املاک اقدام نمایند. ملاحظه می‌شود که تکلیف احراز بازداشتی و یا عدم بازداشتی املاک و مالکیت و غیره

به عهده ادارات ثبت گذاشته شده است و دفاتر اسناد رسمی مکلف گردیده‌اند که در کلیه نقل و انتقالات عین املاک وضعیت ثبتی را از ثبت مربوطه استعلام نمایند و پس از اخذ پاسخ ثبتی از لحاظ عدم شمول بازداشتی و تطبیق ملک با دفتر املاک و غیره اقدام به تنظیم ثبت اسناد و املاک نمایند. بنابراین برای دفاتر اسناد رسمی تکلیفی جز استعلام بازداشتی یا عدم بازداشتی املاک و ... در موقع انتقال عین املاک متوجه و متصور نمی‌باشد.

علی‌رغم مراتب عنوان شده همچنان در برخی از استان‌های کشور بخشنامه‌های مربوط به بازداشت املاک اسناد مالکیت معارض، مفقودی و صدور اسناد مالکیت المثنی و تأیید مالکیت به دفاتر اسناد رسمی ابلاغ می‌شود تا در دفاتر مربوطه قید گردد و با توجه به اینکه دفاتر اسناد رسمی در معامله عین املاک مکلف به استعلام از اداره ثبت می‌باشند متأسفانه ادارات ثبت در پاسخ بدون توجه به تکالیف مقرر در ماده یک قانون تسهیل تنظیم و ثبت اسناد که متوجه خود ادارات ثبت می‌باشد عنوان و قید می‌نمایند که با مراجعه به دفتر بازداشتی و ملاحظه بخشنامه‌های صادره نسبت به تنظیم و ثبت اسناد املاک اقدام گردد لذا از یک طرف طبق ماده یک قانون مرقوم از اداره ثبت وضعیت ثبتی از لحاظ بازداشتی و ... استعلام می‌گردد و از طرفی آنها این امر را در پاسخ ثبتی به دفاتر بازداشتی دفاتر اسناد رسمی ارجاع می‌نمایند که این امر ایجاد دور نموده و دور و تسلسل هم از نظر منطقی باطل است. به عبارت دیگر اگر بپذیریم که ماده یک قانون تسهیل تنظیم و ثبت اسناد این تکلیف را برای ادارات ثبت اسناد و املاک معین نموده است، تردیدی باقی نمی‌ماند که دفاتر اسناد رسمی تکلیفی نسبت به نگهداری دفتر بازداشتی و غیره نخواهند داشت و به تبع آن یعنی به لحاظ عدم تکلیف نگهداری دفتر بازداشتی و مفقودی و غیره ارسال و ابلاغ بخشنامه‌های مربوطه نیز به دفاتر اسناد رسمی موضوعاً منتفی خواهد بود.

نتیجه اینکه به نظر می‌رسد با توجه به مراتب یاد شده و ماده یک قانون تسهیل تنظیم و ثبت اسناد املاک تکلیف نگهداری دفتر بازداشتی و ارسال بخشنامه‌های مربوط به آن به

دفاتر اسناد رسمی همان طوری که در نظریه مشورتی کانون محترم نیز آمده و ذیلاً ذکر می‌شود از دفاتر اسناد رسمی ساقط شده است چرا که ماده ۸ همان قانون کلیه قوانین و آیین‌نامه‌ها و بخشنامه‌های تکلیفی مغایر را منسوخ نموده است.

نظریه مشورتی کانون در پاسخ به جامعه سردفتران و دفتریاران استان

اردبیل:

«احتراماً، بازگشت به نامه شماره ۱۰۷۷۸۹ - ۸۵/۱۲/۹ ورود به دفتر کانون سردفتران موضوع در جلسه کمیسیون حقوقی دفتر حقوقی کانون مورخ ۸۶/۵/۲۴ مطرح و نظریه مشورتی کمیسیون مذکور به شرح ذیل اعلام گردیده است: نظر به اینکه به موجب ماده ۱ قانون تسهیل تنظیم اسناد وظیفه تطبیق سند با دفتر املاک و اعلام وضعیت ثبتی و عدم بازداشت در خصوص اراضی و املاک اداره ثبت اسناد و املاک تعیین گردیده است. لذا تکلیف نگهداری دفتر بازداشتی از عهده دفاتر اسناد رسمی ساقط است.»

قانون حاکم بر اهلیت قراردادی^۱

(بجای تطبیقی در قانون مدنی ایران و عهدنامه رم ۱۹۸۰^۲ و قانون بین الملل خصوصی سویس^۳

مصوب ۱۹۸۲ و کنوانسیون قانون قابل اعمال بر قراردادهای بیع بین المللی^۴ ۱۹۸۶)

خسرو عباسی داکانی

مقدمه

همان طور که می‌دانیم مسئله تعارض قوانین در رابطه با قراردادهای در چهار حوزه قابل تصور است:

الف - تعارض قوانین در خصوص شکل قرارداد و طرز تنظیم آن

ب - تعارض قوانین در خصوص تشکیل قرارداد و شرایط اساسی صحت آن

ج - تعارض قوانین در خصوص حقوق و تعهدات طرفین آن و آثار حقوقی قرارداد

1. legal Capacity.
2. Ec Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome 1980)
3. Private International Law Act of the Swiss Con Federation. (1982)
4. Un Convention on the Law Applicable to Contracts For International Sale of Goods, 1986.
۵. خسرو عباسی داکانی، سردفتر اسناد رسمی ۱۰۶ تهران و دانشجوی رشته حقوق تجارت بین الملل.

د - تعارض قوانین در خصوص تفسیر قوانین و قراردادها

در قانون مدنی ایران موضوع تشکیل قرارداد تحت عنوان "شرایط اساسی صحت معامله" مورد توجه قرار گرفته است. براساس (ماده ۱۹۰) وجود شرایط زیر برای تشکیل قرارداد یا صحت آن ضروری است:

الف - اهلیت طرفین

ب - قصد طرفین و رضای آنها

ج - موضوع معین که مورد معامله واقع شود

د - مشروعیت جهت معامله

موضوع این تحقیق بررسی تعارض قوانین در خصوص «اهلیت قراردادی» یا به تعبیر دیگر «اهلیت معاملاتی» است که به حوزه تشکیل قرارداد تعلق دارد. مطابق ماده ۲۱۰ قانون مدنی متعاملین باید برای معامله اهلیت داشته باشند و مطابق ماده ۲۱۲ معامله با اشخاصی که بالغ یا عاقل یا رشید نیستند به واسطه عدم اهلیت باطل است و به موجب ماده ۲۱۳ همان قانون معامله محجورین نافذ نیست.

در ابتدا این سؤال مطرح می شود که اهلیت چگونه ممکن است به مسئله تعارض قوانین مربوط شود و یا به عبارت دیگر تعارض قوانین در مورد اهلیت چگونه متصور می باشد؟

با ذکر یک مثال سعی می کنیم تا وارد این مبحث شویم:

مثال: فرض کنیم یک نفر ایرانی با یک نفر انگلیسی در انگلیس قراردادی در مورد خرید یا فروش اتومبیل منعقد می کنند و سپس در اجرای قرارداد با هم اختلاف پیدا می کنند. خریدار ایرانی از پرداخت ثمن معامله خودداری می کند و فروشنده انگلیسی در ایران علیه او اقامه دعوی می کند. خریدار به استناد قانون ایران ادعا می کند که هنگام انعقاد قرارداد فاقد اهلیت بوده و لذا معامله اساساً باطل است و او نباید چیزی بپردازد. فروشنده ادعا می کند چون معامله در انگلیس واقع شده است براساس قوانین انگلیس

خریدار هنگام معامله دارای اهلیت بوده فلذا معامله صحیح است و او مکلف است ثمن معامله را بپردازد.

بنابراین ملاحظه می‌کنیم که در این مثال موضوع تعارض قوانین در خصوص اهلیت قراردادی مطرح می‌شود.

و قاضی ایرانی که رسیدگی به این دعوی به او محول می‌شود مکلف است بر طبق قواعد حل تعارض قانون ایران این اختلاف را حل نماید.

مبحث اول - قانون حاکم بر اهلیت قراردادی در قانون مدنی ایران

در رابطه با اهلیت قواعد حل تعارض قانون مدنی ایران به دو بخش تقسیم می‌شود:

الف - اهلیت در معنای عام آن در حقوق ایران جزء دسته ارتباطی احوال شخصیه طبقه‌بندی شده است، قاضی ایرانی بر طبق این توصیف در قانون مدنی ایران بدنبال قاعده مربوط به حل تعارض در خصوص احوال شخصیه باید باشد. در نتیجه چنانچه خریدار بر طبق قانون ایران فاقد اهلیت باشد باید حکم به ابطال قرارداد صادر نماید ولو آنکه مطابق قانون محل وقوع عقد واجد اهلیت باشد. زیرا مطابق ماده ۶ قانون مدنی ایران «قوانین مربوط به احوال شخصیه، از قبیل نکاح، ارث، طلاق و اهلیت اشخاص در مورد کلیه اتباع ایران ولو اینکه مقیم در خارجه باشند مجری خواهد بود».

ب - اهلیت موضوع این ماده با اهلیت قراردادی یا معاملاتی تفاوت دارد. اهلیتی که در این ماده مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفته اهلیت تمتع یا اهلیت دارا شدن حق و به عبارت دیگر اهلیت در معنای عام آن می‌باشد ولیکن اهلیت برای انجام معامله عبارت از اهلیت خاص است که در ماده ۹۶۲ قانون مدنی بدان تصریح شده و به دسته ارتباطی قراردادها تعلق دارد. و از قواعد حل تعارض قانون مدنی ایران می‌باشد. در ماده ۹۶۲ مقرر شده است که تشخیص اهلیت هرکس برای معامله کردن برحسب قانون دولت متبوع او خواهد بود. در نتیجه قاضی ایرانی براساس این ماده اهلیت برای انجام معامله را تابع قانون دولت متبوع شخص یعنی ایران دانسته و حکم مقتضی صادر می‌کند.

همان طور که ملاحظه می شود قانون مدنی ایران از جمله قوانینی است که احوال شخصیه از جمله اهلیت را تابع قانون ملی اشخاص می داند و در این رابطه تفاوتی بین اتباع ایران و خارج قائل نمی شود. علاوه بر آن اهلیت معاملاتی را نیز تابع قانون دولت متبوع شخص می داند. در همین ارتباط ماده ۷ قانون مدنی «اتباع خارجه مقیم در خاک ایران را از حیث مسائل مربوط به احوال شخصیه و اهلیت خود و حقوق ارثیه در حدود معاهدات، مطیع قوانین و مقررات دولت متبوع خود می داند».

این امر ظاهراً برخلاف اصل سرزمینی بودن قوانین است که در ماده ۵ قانون مدنی پذیرفته شده است، زیرا مطابق آن ماده "کلیه ساکنین ایران اعم از اتباع داخل و خارج مطیع قوانین ایران خواهند بود" اما در ادامه همان ماده اصل مزبور تخصیص یافته و قید شده است "مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد".

بنابراین مفاد ماده ۷ مغایرتی با مفاد ماده ۵ ندارد و موضوع اهلیت اتباع بیگانه مقیم ایران یکی از همان موارد استثنایی است که در خود قانون مقرر شده است.

از مفهوم ماده ۵ این طور استنباط می شود که ساکنین خارج از کشور اعم از اتباع داخلی و خارجی تابع قانون ایران نیستند. اما از آنجا که مفهوم مخالف در بسیاری از موارد حجت نمی باشد، در نتیجه ممکن است ساکنین خارج نیز برخلاف مفهوم ماده ۵ در مواردی تابع قانون ایران باشند. از جمله می توان به ماده ۶ قانون مدنی که از قوانین فرامرزی کشور است و بلافاصله پس از ماده ۵ به تصویب رسیده استناد نمود، زیرا همان طور که ملاحظه شد اتباع ایرانی مقیم در خارج را از حیث احوال شخصیه تابع قانون ایران می داند. همچنین اتباع ایرانی مقیم در خارج از لحاظ اهلیت معاملاتی نیز مطابق ماده ۹۶۲ قانون مدنی، تابع قانون ایران هستند مگر آنکه موضوع دعوی نزد دادگاه کشور دیگری مطرح شود که در این صورت قانون کشور دیگری بر دعوی ممکن است حاکم شود.

همچنین به قیاس اولویت می توان از ماده ۷ قانون مدنی استفاده نمود و حکم داد که اتباع خارجی مقیم در خارج از ایران نیز از حیث احوال شخصیه تابع قانون ملی خود هستند

و ذکر محل اقامت آنها در ماده ۷ و تصریح بدان تنها به این دلیل صورت گرفته که حکم مورد را از دامنه شمول ماده ۵ قانون خارج سازد. زیرا در غیر این صورت این توهّم پیش می‌آید که منظور قانون‌گذار آن دسته از اتباع خارجی است که در خارج از کشور ایران اقامت دارند و تنها آنها هستند که در خصوص احوال شخصیه و اهلیت معاملاتی و حقوق ارضیه تابع قانون ملی خویش هستند ولی آن دسته از اتباع خارجی که در خاک ایران اقامت دارند مطابق ماده ۵ قانون مدنی تابع قوانین ایران هستند. در نتیجه قانون‌گذار برای دفع این شبهه ناگزیر به تصریح موضوع اقامت در ماده ۷ شده است، در غیر این صورت اتباع خارجی مقیم ایران از ویژگی خاصی برخوردار نیستند که حکم مندرج در ماده تنها به ایشان اختصاص داشته باشد و بقیه اتباع خارجی از حیث مسائل مربوط به اهلیت و احوال شخصیه تابع قانون ایران یا کشور دیگری باشند.

به علاوه قانون مدنی ایران، در ماده ۹۶۲، براساس همین استدلال، اشخاص را از حیث اهلیت انجام معامله نیز تابع قانون دولت متبوع خود می‌داند و اجرای حکم مندرج در ماده را منوط یا مشروط به اقامت ایشان در خاک ایران ننموده است در نتیجه اتباع خارجی مقیم ایران یا مقیم سایر کشورها خواه از لحاظ احوال شخصیه، شامل اهلیت عام، و یا از نظر اهلیت انجام معامله از نظر قانون مدنی ایران و قواعد حل تعارض آن تابع قانون دولت متبوع خویش هستند. اما در سایر موارد کماکان قوانین ایران براساس ماده ۵ قانون مدنی بر کلیه سکنه کشور اعم از اتباع داخل و خارج حاکم خواهد بود.

هرچند وضع قواعد حل تعارض قوانین در مقررات قانون مدنی از سوی مقنن به این دلیل صورت گرفته تا محکمه ایرانی هنگام مواجهه با دعاوی که عنصر خارجی در آن وجود دارد و به دعوی جنبه بین‌المللی می‌دهد با اجرای قواعد حل تعارض بتواند قانون مناسب و قابل اعمال را شناسایی نموده و به اجرا درآورد ولیکن در عمل ممکن است شناسایی و اجرای قانون خارجی توسط محکمه ایرانی به صورت یک جانبه انجام شود و در موارد مشابه که دعوی یک ایرانی در محکمه خارجی مطرح می‌شود دادگاه خارجی اصلاً به این

موضوع توجهی ننموده و تنها مطابق قوانین داخلی کشور خود به دعاوی اتباع ایرانی رسیدگی نماید و یا آنکه قانون محل اقامتگاه ایشان را بر اهلیت قراردادی یا احوال شخصیه حاکم بداند، در نتیجه اجبار و الزام دادگاه ایرانی به شناسایی و اجرای قانون دولت متبوع خارجی فاقد منطق لازم و در مواردی به ضرراتابع ایران و عملی لغو خواهد بود.

به همین دلیل قانون‌گذار در ادامه ماده ۷ رعایت مقررات قانون دولت متبوع اتباع خارجی را از سوی محاکم ایران در مورد اهلیت و احوال شخصیه تنها در صورتی الزامی می‌داند که به موجب معاهده برانجام و رعایت آن در کشورهای طرف قرارداد توافق شده باشد به عبارت دیگر در مواردی که عمل متقابل صورت نمی‌گیرد و معاهده ای فیما بین کشور در خصوص مورد منعقد نشده باشد اصل سرزمینی بودن قوانین اقتضاء می‌کند که مقررات ایران حاکم بر موضوع باشد.

نتیجه دیگری که از اصل سرزمینی بودن قوانین و ماده ۵ قانون مدنی حاصل می‌شود آن است که هر جا قاعده و استثنای صریحی مبنی بر اجرای قانون خارجی در قوانین ایران وجود داشته باشد محکمه ایرانی می‌تواند قانون خارجی را به اجرا بگذارد ولی در موارد سکوت یا تردید و ابهام و در جایی که حکم صریحی در قانون ایران در این باره وجود نداشته باشد مطابق اصل اولیه محکمه ایرانی مکلف به اجرای قوانین ایران می‌باشد. از جمله در مواردی که افراد بی‌تابعیت یا دارای تابعیت مضاعف هستند نمی‌توان مقررات ماده ۷ قانون مدنی را اعمال نمود، در نتیجه باید به اصل کلی مندرج در ماده ۵ قانون مدنی رجوع نموده و قانون ایران را در خصوص مورد حاکم دانسته و اجرا نمود.

نکته دیگر آن است که اجرای قانون خارجی در ایران در صورتی که بموجب معاهده از سوی دولت ایران پذیرفته و تعهد شده باشد از آنجا که مقررات معاهده به موجب ماده ۹ قانون مدنی ایران در حکم قانون می‌باشد بنابراین محکمه ایرانی مکلف به اجرای مفاد آن و شناسایی و اجرای قانون خارجی قابل اعمال در خصوص دعوی مطروحه خواهد بود اما شناسایی و اجرای قانون خاص در دعاوی مطروحه در دادگاه داخلی به موجب ماده ۹

محدود به مدت و شرایطی خواهد بود که در عهدنامه مقرر شده است. اما چنانچه معاهده‌ای در خصوص مورد بین دولت ایران و دولت خارجی منعقد نشده باشد محکمه ایرانی، با اندکی مسامحه، در اجرای قانون خارجی یا عدم اجرای آن منخیر بوده و کسی نمی‌تواند او را به اجرای قانون خارجی ملزم سازد و دادگاه می‌تواند با توجه به اوضاع و احوال پرونده براساس قوانین ایران یا قانون خارجی به موضوع دعوی و اختلاف رسیدگی نماید.

مطابق ماده ۹۷۳ یکی از مواردی که موجب می‌شود تا محکمه داخلی حتی باوجود انعقاد معاهده نیز از رعایت قانون خارجی و اجرای آن صرفنظر نماید مربوط به موردی است که قانون خارجی موضوع ماده ۷ قانون مدنی ایران به قانون دیگری ارجاع داده باشد. در این صورت محکمه مکلف به رعایت این احاله درجه دوم نبوده و می‌تواند مطابق قانون دولت متبوع شخص خارجی به موضوع رسیدگی و حکم صادرکند مگر آنکه احاله به قانون ایران شده باشد که در این صورت دادگاه مکلف به قبول احاله و اجرای قوانین ایران خواهد بود.

مورد دیگر آن است که در ماده ۹۷۴ قانون مقرر شده است که مقررات مواد ۷ و ۹۶۲ تا ۹۷۴ تا حدی به موقع اجرا گذارده خواهد شد که مخالف عهد بین المللی که دولت ایران آن را امضاء کرده و یا قوانین مخصوص نباشد بنابراین هرگاه برخلاف مقررات مندرج در مواد مرقوم، دولت ایران معاهده ای را امضاء کرده باشد در حدود معاهده مزبور و موارد مشمول آن معاهده مقررات فوق الاشعار قابلیت اجرا نداشته و حسب مورد مقررات معاهده جایگزین مقررات مرقوم خواهند شد و محکمه داخلی مکلف به رعایت این دستور و اجرای مفاد معاهده و مقررات موضوع آن خواهد بود.

یکی دیگر از موانع اجرای قانون خارجی مناسب یا قابل اعمال درخصوص تشکیل قراردادها و اهلیت، به موجب ماده ۹۷۵ قانون مدنی، آن است که قانون خارجی مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه باشد بنابراین در مواردی که قانون خارجی که علی الاصول

اجرای آن مجاز می باشد به واسطه جریحه دار کردن احساسات جامعه یا بعثت دیگر مخالف با نظم عمومی و اخلاق حسنه محسوب شود محکمه داخلی مجاز به اجرای آن نخواهد بود. البته نظم عمومی و اخلاق حسنه از مفاهیمی هستند که از جامعه و کشوری به جامعه و کشور دیگر و از یک برهه زمانی تا برهه دیگر در یک کشور معانی متفاوت و متعددی ممکن است بیابند و بر روی مصادیق آن اتفاق نظر وجود ندارد ولیکن در زمان رسیدگی به پرونده از نظر محکمه داخلی نباید قانون خارجی مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه باشد. همان طور که ملاحظه می شود قانون گذار براساس ملاحظات اجتماعی، سیاسی، حقوقی، داخلی و بین المللی به سختی اجازه می دهد تا قوانین خارجی در داخل کشور به اجرا گذاشته شود و تمایلی بدان ندارد مگر آنکه قانون خارجی از صافی های متعددی عبور کرده و بی خطر بودن و مفسده نداشتن اجرای آن احراز شده باشد همان طور که در بسیاری از کشورهای دیگر نیز وضع بر همین منوال است.

صرفنظر از موارد یاد شده در ماده ۹۶۲ قانون مدنی ملاحظه می کنیم که قانون گذار بدون هیچ قید و شرطی اهلیت برای انجام معامله را تابع قانون دولت متبوع تبعه خارجی دانسته و آن را تابع هیچ یک از ملاحظات مختلف فوق الاشعار ننموده است. درست مثل اینکه یک قاعده کلی و مستقل درخصوص اهلیت قراردادی وضع نموده است. بدین معنی که محکمه ایرانی در تشخیص اهلیت معاملاتی اشخاص موظف است به قانون دولت متبوع وی توجه و آن را رعایت نماید. اما این تنها یک طرف قضیه است، زیرا همان طور که قبلاً بیان شد مطابق ماده ۹۷۵ که ناظر بر این ماده است اجرای قانون خارجی تنها تا جایی مجاز می باشد که برخلاف عهدنامه های بین المللی که دولت ایران در آن عضو گردیده و یا قوانین مخصوص نباشد.

صرفنظر از قید اخیر، مفاد ماده ۹۶۲ قانون مدنی که یکی از قواعد حل تعارض قانون ایران می باشد در موارد مقتضی که مانعی بر سر راه اجرای آن وجود ندارد توسط دادگاه ایرانی در مواردی که به اختلاف اتباع ایران با اتباع خارجی و یا اتباع خارجی با هم دیگر

رسیدگی می نماید برای تشخیص اهلیت طرف‌های خارجی باید رعایت شود به عبارت دیگر براساس قانون دولت متبوع اتباع خارجی باید اهلیت ایشان احراز شود.

در مواردی که بین اتباع ایرانی و خارجی اختلاف قراردادی ناشی از اهلیت ایجاد می‌شود و این اختلاف به محکمه ایرانی جهت رسیدگی ارجاع می‌شود هرچند به موجب صدر ماده ۹۶۲ تشخیص و احراز اهلیت طرف خارجی باید براساس قانون دولت متبوع او صورت گیرد اما در صورتی که مطابق قانون مزبور طرف خارجی فاقد اهلیت و یا دارای اهلیت ناقص برای انجام معامله باشد دادگاه رأی به ابطال آن قرارداد و عمل حقوقی صادر نخواهد کرد. هرگاه معلوم شود که آن شخص قطع نظر از تابعیت خارجی‌اش، مطابق قانون ایران برای انجام آن عمل دارای اهلیت می‌باشد. در این مورد ذکر یک مثال مفید خواهد بود.

مثال: هرگاه یک ایرانی و یک دانمارکی در ایران قراردادی راجع به فروش فرش منعقد کنند و فروشنده ایرانی فرش‌ها را برای خریدار دانمارکی ارسال کند ولی به علت کاهش تقاضا در دانمارک خریدار از قبول فرش‌ها خودداری کند، چنانچه فروشنده نزد محاکم ایران علیه خریدار اقامه دعوی کند ممکن است خریدار ادعا کند که مطابق قوانین دانمارک او فاقد اهلیت قراردادی بوده و به سن رشد نرسیده است و چون به استناد مواد ۹۶۲ و ۷ قانون مدنی ایران اتباع خارجی از نظر اهلیت تابع قانون دولت متبوع خود هستند بنابراین از دادگاه می‌خواهد به استناد این ماده رأی به بطلان قرارداد بدهد.

در مقابل فروشنده ادعا می‌کند درست است که خریدار مطابق قانون دانمارک فاقد اهلیت معاملاتی است اما وی از این موضوع اطلاعی نداشته است و در ضمن معامله در ایران واقع شده و نه در کشور دانمارک و از آنجا که خریدار مطابق قانون ایران دارای اهلیت قراردادی می‌باشد بنابراین از دادگاه می‌خواهد رأی بر الزام خواننده به پرداخت ثمن معامله صادر نماید.

در اینجا دادگاه داخلی به استناد ذیل ماده ۹۶۲ قانون مدنی باید به دعوی رسیدگی نماید و ماده ۷ در این دعوی قابل اعمال نمی‌باشد. به استناد صدر ماده ۹۶۲ هرچند

تشخیص اهلیت طرف دانمارکی برای انجام معامله باید برطبق قانون دولت متبوع او صورت گیرد اما با توجه به قسمت ذیل ماده مرقوم چون معامله در ایران واقع شده صرف نظر از تابعیت خارجی خواننده نامبرده مطابق قانون مدنی ایران واجد اهلیت قراردادی می‌باشد. بنابراین دادگاه قرارداد را صحیح و معتبر دانسته و خواننده را به انجام تعهدات خود به موجب قرارداد ملزم و محکوم خواهد نمود.

ذکر یک نکته را در اینجا لازم می‌دانم و آن اینکه حکم ماده ۹۶۲ ظاهراً برخلاف بند ۲ ماده ۹۶۱ می‌باشد، زیرا در آنجا مقرر شده است بجز در موارد زیر اتباع خارجی نیز از حقوق مدنی متمتع خواهند بود. قسمت دوم ماده ۹۶۲ مصداق موضوع بند ۲ ماده ۹۶۱ می‌باشد بنابراین حکم مواد مرقوم با یکدیگر مغایرت و تعارض دارد.

در پاسخ به این شبهه باید گفت اهلیت موضوع بند ۲ ماده ۹۶۱ از نوع اهلیت عام یا اهلیت تمتع می‌باشد. قانون‌گذار بجز در موارد حقوق مربوط به احوال شخصیه که قانون دولت متبوع خارجی آن را قبول ندارد شخص خارجی را نیز متمتع از حقوق مربوط به احوال شخصیه از جمله اهلیت تمتع که به موجب قوانین داخلی برای اتباع ایران شناخته شده می‌داند به عبارت دیگر در مورد احوال شخصیه اصل بر اجرای قانون دولت متبوع تبعه خارجی قرار داده شده است و نمی‌توان در مواردی که به موجب قوانین ایران تبعه خارجی دارای اهلیت تمتع محسوب می‌شود از اجرای قانون خارجی که تبعه خارجی را فاقد اهلیت می‌داند خودداری نمود به عبارت دیگر صرف نظر نمودن از تابعیت خارجی به منظور بهره‌مند نمودن تبعه خارجی از حقوق مدنی ایرانیان امکان‌پذیر نیست. اما اهلیت موضوع ماده ۹۶۲ از نوع اهلیت خاص یا اهلیت برای انجام معامله است که با اهلیت عام تفاوت دارد و لذا مغایرتی بین مواد مرقوم وجود ندارد و هر یک در محل خود قابلیت اجرا دارند. زیرا اهلیت معاملاتی جزء احوال شخصیه طبقه‌بندی نمی‌شود و هرچند مطابق صدر ماده ۹۶۲ احراز آن برحسب قانون دولت متبوع شخص می‌باشد، لیکن استثنائاً اگر تبعه خارجی در ایران عملی حقوقی انجام دهد که مطابق قانون ایران برای انجام آن اهلیت داشته باشد

ولو آنکه مطابق قانون دولت متبوع خود اهلیت برای انجام آن نداشته باشد قانون گذار عمل مذکور را معتبر می‌داند و او را برای انجام آن عمل دارای اهلیت می‌شناسد. هرچند در ماده ۹۶۲ تمایل قانون گذار به اجرای مقررات داخلی در مورد اتباع خارجی در مواردی که به نوعی به ایران مربوط می‌شوند به چشم می‌خورد، اما در قسمت آخر ماده تصریح شده است که حکم مزبور نسبت به اعمال حقوقی مربوط به حقوق خانوادگی و حقوق ارثی یا حقوق مربوط به نقل و انتقال اموال غیرمنقول واقع در خارج از ایران اعمال نخواهد شد و در این موارد مطابق قاعده اولیه اهلیت اتباع خارجی برای انجام اعمال حقوقی براساس قانون دولت متبوع ایشان تشخیص داده خواهد شد.

مبحث دوم: قانون حاکم بر اهلیت قراردادی در عهدنامه رم ۱۹۸۰ و کنوانسیون سازمان ملل راجع به قانون قابل اعمال بر قراردادهای بیع بین‌المللی، مصوب ۱۹۸۶^۱

در کنوانسیون راجع به بیع بین‌المللی کالاها مصوب ۱۹۸۰ و کنوانسیون راجع به قانون قابل اعمال بر قراردادهای بیع بین‌المللی مصوب ۱۹۸۶ و عهدنامه رم (حقوق بین‌الملل خصوصی اتحادیه اروپا) مصوب ۱۹۸۰ به شرایط اساسی صحت معاملات از جمله اهلیت توجه نشده و موارد مذکور به حقوق داخلی کشورهای متعاهد واگذار شده است. در ادامه به برخی از مقررات مذکور اشاره ای خواهیم کرد.

در عهدنامه رم در رابطه با موضوع اهلیت در بند ۲ ماده ۱ مقرر شده است که مقررات این کنوانسیون در موارد زیر اجرا نخواهد شد:

(a) مسائل مربوط به وضعیت یا اهلیت حقوقی اشخاص حقیقی، بدون آن که خدشه ای بر ماده ۱۱ وارد سازد. اهلیتی که در این بند از ماده ۱ بدان اشاره شده، اهلیت در معنای عام آن می‌باشد که جزء احوال شخصیه محسوب می‌شود.

(e) مسائل مربوط به شرکتها و مؤسسات تجاری و غیرتجاری از قبیل وضعیت حقوقی شرکتها و مؤسسات مزبور. در این بند نیز مسئله وضعیت اشخاص حقوقی مورد

1. UN convention on the Law Applicable to Contracts for International Sale of Goods, 1986 (the Hague).

توجه قرار گرفته است.

(f) این مسئله که آیا یک نماینده می‌تواند رئیس خود را (اصیل) در مقابل شخص ثالث ملتزم سازد و یا اینکه آیا یک نهاد جزء یک شرکت یا موسسه تجاری یا غیر تجاری می‌تواند آن شرکت یا موسسه را در مقابل اشخاص ثالث متعهد و ملتزم نماید یا خیر. موارد مندرج در شقوق (a و f) بند ۲ ماده ۱ مرقوم، در ماده ۵ کنوانسیون قانون قابل اعمال بر قراردادهای بیع بین المللی کالا مصوب ۱۹۸۶ نیز تکرار شده است و کنوانسیون اخیر قانون قابل اعمال بر موضوعات زیر را تعیین نمی‌کند.

الف - اهلیت طرفین یا آثار بطلان یا بی اعتباری قرارداد به دلیل عدم اهلیت یک طرف
ب - این مسئله که آیا یک نماینده (عامل) قادر به ایجاد تعهد برای اصیل خود هست یا خیر و نیز اینکه آیا یکی از نهادهای (ارکان) یک شرکت یا مؤسسه تجاری یا غیر تجاری می‌تواند برای آن شرکت یا موسسه ایجاد تعهد نماید یا خیر.
همچنین در ماده ۴ کنوانسیون بیع بین المللی کالا مصوب ۱۹۸۰^۱ نیز تنها مقرر شده است که «مقررات این کنوانسیون به طور خاص ارتباطی با امور ذیل نخواهد داشت مگر آنکه خلاف آن تصریح شده باشد:

الف - اعتبار قرارداد یا هر یک از شروط آن یا اعتبار هر گونه عرف مربوطه.

ب - اثری که ممکن است قرارداد نسبت به مالکیت کالا داشته باشد.

کنوانسیون‌های مزبور در مورد احوال شخصیه و اهلیت معاملاتی یا قراردادی حکمی ندارند بنابراین مطابق اصل اولیه مقررات حقوق داخلی کشورها حاکم بر موضوع می‌باشد». اما در خصوص اهلیت قراردادی کنوانسیون رم در ماده ۱۱ دقیقاً به موضوع توجه نموده و حکم آن را بیان نموده است. در ماده ۱۱ مقرر شده است:

«ماده ۱۱ - عدم اهلیت

در یک قرارداد منعقدہ فی مابین اشخاصی که در یک کشور قراردادنند، یک شخص

1. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 1980 (CISG).

حقیقی که به موجب قانون آن کشور از اهلیت برخوردار است تنها در صورتی می تواند به عدم اهلیت خود به موجب یک قانون دیگر استناد نماید که طرف دیگر قرارداد از عدم اهلیت او در هنگام انعقاد قرارداد آگاه بوده یا در اثر غفلت و مسامحه از آن آگاه نباشد.» بنابراین مطابق این ماده اصل بر اجرای قانون محل وقوع عقد در خصوص تشخیص اهلیت متعاملین می باشد.

بنابراین هرگاه قراردادی بین اشخاصی منعقد شود که در یک کشور قراردادند اعم از آنکه در آنجا مقیم یا ساکن باشند و یا اینکه تنها برای انعقاد آن معامله خاص در آن کشور حاضر شده باشند، در صورتی که هر دو طرف مطابق قانون محل وقوع عقد اهلیت برای انجام معامله داشته باشند ولیکن یکی از آنها پس از انجام معامله ادعا کند که مطابق قانون دیگر، خواه قانون دولت متبوع خود و یا قانون محل اقامتگاه خود و یا قانون کشوری که محل تجارت او در آن کشور قرار دارد و یا قانون محل اجرای تعهدات ناشی از قرارداد و یا سایر قوانین مرتبط با موضوع فاقد اهلیت لازم برای انجام معامله بوده است، به موجب این ماده تنها در صورتی این ادعا پذیرفته خواهد شد که:

الف - طرف دیگر از عدم اهلیت او هنگام انعقاد قرارداد مطلع باشد.

ب - و یا اینکه در اثر غفلت و مسامحه خود از این موضوع بی خبر باشد. در غیر این صورت قانون کشور محل وقوع عقد اجرا خواهد شد.

این امر بدین منظور مورد قبول واقع شده تا جلوی سوء استفاده از وضعیت ظاهری اشخاص گرفته شود و اشخاص براساس اصل حسن نیت از انجام معامله با چنین فردی که می دانند به موجب قانون مناسب یا مرتبط با وی فاقد اهلیت می باشد ولو آنکه به موجب قانون محل وقوع قرارداد دارای اهلیت باشد خودداری نمایند. بنابراین چنانچه شخص این امکان را در اختیار داشته تا اطلاع کافی در خصوص اهلیت یا عدم اهلیت قراردادی طرف معامله خود به موجب سایر قوانین مرتبط و مناسب و حاکم بر آن کسب کند ولی در اثر مسامحه و غفلت از انجام این امر خودداری کرده باشد و یا آنکه هنگام انعقاد قرارداد از

عدم اهلیت وی به موجب قوانین مزبور مطلع باشد. در صورت وقوع اختلاف فیما بین طرفین در رابطه با قرارداد منعقد شده می‌بایستی تاوان اشتباه خود را بدهد و معامله توسط دادگاه ابطال خواهد شد. البته لازم به تذکر است که مفاد این کنوانسیون فقط در رابطه با کشورهای که بدان پیوسته‌اند قابل اجرا می‌باشد.

مبحث سوم: مقایسه ماده ۱۱ عهدنامه رم با ماده ۹۶۲ قانون مدنی ایران

ظاهراً این قاعده در قانون مدنی ایران مورد توجه قرار نگرفته است و برخلاف مفاد آن در ماده ۹۶۲ قانون مدنی ایران مقرر شده است که "تشخیص اهلیت هر کس برای معامله کردن برحسب قانون دولت متبوع او خواهد بود" بنابراین هرگاه بین دو نفر با تابعیت‌های مختلف قراردادی منعقد شود و سپس منجر به وقوع اختلاف شود و یک طرف نزد دادگاه ایرانی بر علیه دیگری اقامه دعوی کند و الزام وی را به انجام تعهدات ناشی از قرارداد بخواهد ولی خواننده به استناد قانون دولت متبوع خود را فاقد اهلیت معرفی نماید دادگاه ایران به استناد صدر ماده ۹۶۲ باید این دعوی را بپذیرد و در صورت احراز عدم اهلیت او به موجب قانون دولت متبوع وی حکم به بطلان قرارداد بدهد.

زیرا مطابق ماده ۹۶۲ تشخیص اهلیت اشخاص برای انجام معامله تابع قانون دولت متبوع متعاملین می‌باشد و قانون محل وقوع عقد یا سایر قوانین مرتبط با شخص خارجی تأثیری بر احراز یا عدم احراز اهلیت ایشان ندارد ولو آنکه قرارداد در یک کشور ثالث با حضور طرفین منعقد شده باشد. بنابراین ظاهراً قانون محل وقوع قرارداد تأثیری بر موضوع ندارد و در نتیجه از این لحاظ مفاد صدر ماده ۹۶۲ قانون مدنی ایران مغایر با مفاد ماده ۱۱ کنوانسیون وین می‌باشد.

اما استناد به عدم اهلیت به موجب قانون دیگری بجز قانون محل وقوع عقد مشروط بر اطلاع طرف مقابل از عدم اهلیت وی در هنگام انجام معامله و یا غفلت و کوتاهی او از دستیابی به این اطلاع و آگاهی نیز در قانون ایران مورد توجه واقع نشده است و ظاهراً اینها از تأسیسات حقوقی جدیدی هستند که به تدریج در حوزه حقوق بین‌الملل خصوصی

پذیرفته می‌شوند.

اما در ادامه ماده ۹۶۲ تنها در یک مورد قانون محل وقوع معامله یا عمل حقوقی بر اهلیت اتباع خارجی اطراف قرارداد مؤثر دانسته شده است و آن در موردی است که تبعه خارجی «در ایران» عمل حقوقی انجام دهد، که در این صورت هرگاه مطابق قانون دولت متبوع خود برای انجام آن عمل واجد اهلیت نبوده و یا اهلیت ناقص داشته باشد، چنانچه قطع نظر از تابعیت خارجی اش به موجب قانون ایران برای انجام آن عمل دارای اهلیت باشد، آن شخص برای انجام آن عمل دارای اهلیت محسوب خواهد شد.

همان طور که ملاحظه می‌شود حکم مندرج در ماده ۹۶۲ دقیقاً برخلاف حکم مندرج در ماده ۱۱ کنوانسیون رم می‌باشد. زیرا در ماده ۱۱ اصل بر اجرای قانون محل وقوع عقد در خصوص تشخیص اهلیت اشخاص برای انجام معامله قرار داده شده است، مشروط بر آنکه طرفین در یک کشور قرار داشته و قرارداد را منعقد کرده باشند و تنها به طور استثنایی در دو مورد تشخیص اهلیت اشخاص به قوانین دیگر واگذار شده است آن هم در صورتی که طرف مقابل مدعی عدم اهلیت خود باشد.

اما در ماده ۹۶۲ قانون مدنی ایران اصل بر اجرای قانون دولت متبوع اتباع خارجی برای تشخیص اهلیت ایشان برای انجام معامله است و به طور استثنایی تنها در صورتی که عمل حقوقی توسط ایشان در ایران صورت گیرد و مطابق قانون ایران از اهلیت قانونی برای انجام آن عمل برخوردار باشند صرف نظر از آنکه مطابق قانون دولت متبوع خود دارای اهلیت برای انجام آن عمل نباشند تشخیص اهلیت ایشان براساس قانون ایران صورت خواهد گرفت، خواه تبعه خارجی و یا طرف مقابل او مدعی اهلیت یا عدم اهلیت وی باشند و حتماً لازم نیست که او مدعی عدم اهلیت خود باشد.

دیگر آنکه هرگاه معامله از راه دور انجام شود و طرفین معامله در یک کشور نباشند، اجرای مفاد ۱۱ کنوانسیون ممکن نخواهد بود. به علاوه مفاد ماده ۹۶۲ تنها در صورتی که عمل حقوقی در ایران انجام شود قابل اجرا می‌باشد و الا حضور دو طرف معامله در یک

کشور ثالث و انعقاد قرارداد در آنجا باعث نمی‌شود که قانون آن کشور را دادگاه ایرانی در موارد اختلاف اجرا نماید، در نتیجه ماده ۱۱ کنوانسیون راه را برای استناد به عدم اهلیت انجام معامله برای کسی که متضرر از انجام معامله می‌باشد باز گذاشته است و او می‌تواند با استناد به این ماده از انجام تعهدات قراردادی خود سرباز زند. و دلیل وضع این قاعده هم همان طور که عنوان شد جلوگیری از تضییع حقوق اشخاص در اثر عدم توانایی در دفاع از حقوق خود و لزوم رعایت اصل حسن نیت از سوی طرف مقابل چنین شخصی در معامله با وی در صورت آگاهی از عدم اهلیت وی به موجب سایر قوانین عنوان شده است.

اما در ماده ۹۶۲ قانون گذار با همین استدلال‌ها برای جلوگیری از سوءاستفاده اشخاص از موضوع عدم اهلیت به موجب قانون دولت متبوع خود به ضرر اشخاصی که با ایشان معامله می‌کنند، خواه اتباع ایرانی یا اتباع سایر کشورها، حکم نموده در صورتی که تبعه خارجی در ایران عمل حقوقی انجام دهد و به موجب قانون ایران واجد اهلیت باشد ولو آنکه به موجب قانون دولت متبوع خود فاقد اهلیت باشد آن عمل حقوقی صحیح تلقی خواهد شد و طرف خارجی ملزم به اجرای تعهدات خود ناشی از قرارداد یا عمل حقوقی مذکور خواهد بود.

با مقایسه این دو ماده روشن می‌شود که واضعین ماده ۱۱ کنوانسیون دقیقاً با توجه مقرراتی از قبیل ماده ۹۶۲ قانون مدنی ایران به این نتیجه رسیده‌اند که اعمال قانون محل وقوع عقد در مورد احراز اهلیت طرفین قرارداد در مواردی که طرفین در یک کشور حضور دارند و عقد در همان کشور منعقد می‌شود یک اصل کلی است، برخلاف مقررات ماده ۹۶۲ قانون مدنی ایران که به صورت استثنایی این امر را پذیرفته است و اصل کلی در خصوص احراز اهلیت اشخاص برای انجام معامله را بر اعمال قانون دولت متبوع ایشان قرار داده است. و تنها در یک مورد به طور استثنایی قانون محل وقوع عقد را در این باره حاکم می‌داند.

همان طور که ملاحظه شد برای جلوگیری از سوءاستفاده اشخاصی که از عدم اهلیت

طرف معامله خود به موجب قوانین ملی یا محل اقامتگاه آنان یا سایر قوانین مرتبط آگاه بوده و یا می‌توانسته‌اند مطلع شوند مع الوصف برای کسب سود و درآمد و به زیان آنها مبادرت به انجام معامله با ایشان می‌کنند با این امید که محاکم داخلی کشور محل وقوع قرارداد بخاطر حمایت از قوانین داخلی خود نیز که شده طرف مقابل را دارای اهلیت شناخته و محکوم به انجام تعهدات قراردادی خود خواهند نمود، ماده ۱۱ عهدنامه رم برای جلوگیری از چنین روش‌های غیرمنصفانه‌ای به شخص متضرر این حق را داده تا به عدم اهلیت خود به موجب قانون دیگری بجز قانون محل وقوع قرارداد استناد نموده و تقاضای ابطال قرارداد را بنماید.

بنابراین به نظر می‌رسد ترتیبی که در ماده ۱۱ کنوانسیون رم برگزیده شده است ترتیب مناسبی می‌باشد و بهتر است که این ترتیب در مقررات بین‌الملل خصوصی ایران نیز مورد اقتباس قرار گیرد.

مبحث چهارم - قانون حاکم بر اهلیت قراردادی در قانون بین‌الملل خصوصی

کشور سویس مصوب ۱۹۸۲ و مقایسه آن با ماده ۱۱ عهدنامه رم و ماده ۹۶۲ قانون مدنی ایران

ترتیب مندرج در ماده ۱۱ عهدنامه رم کمابیش در ماده ۳۶ قانون بین‌الملل خصوصی کشور سویس نیز پذیرفته شده است، با این تفاوت که در آنجا قانون محل اقامتگاه شخص مورد توجه قرار گرفته است. در ماده ۳۶ مقرر شده است: «هر یک از طرفین معامله که به موجب قانون کشور محل اقامتگاه خود فاقد اهلیت باشد نمی‌تواند به آن استناد کند هرگاه او به موجب قانون کشوری که معامله در آنجا واقع شده است دارای اهلیت باشد مگر این که طرف دیگر از عدم اهلیت او اطلاع داشته یا باید اطلاع داشته باشد».

این در حالی است که به موجب ماده ۳۵ قانون بین‌الملل خصوصی سویس تشخیص اهلیت اشخاص برای انجام معامله به طور کلی تابع قانون محل اقامتگاه ایشان قرار داده شده است.

هرچند ماده ۳۵ با صدر ماده ۹۶۲ قانون مدنی ایران به نوعی شباهت دارد و در هر دو ماده یک اصل کلی برای تشخیص اهلیت اشخاص پذیرفته شده است، با این تفاوت که در ماده ۳۶ قانون اقامتگاه و در ماده ۹۶۲ قانون ملی اشخاص حاکم قرار داده شده است، ظاهراً ماده ۳۶ به ماده ۱۱ عهدنامه رم شباهت دارد. هرچند که این ماده به ماده ۹۶۲ قانون مدنی ایران نیز شباهت دارد، زیرا با وجود اختلاف بین قوانین ایران و سوئیس در حاکم دانستن قانون دولت متبوع تبعه خارجی یا قانون محل اقامتگاه وی، در تشخیص اهلیت معاملاتی اشخاص حکم هر دو ماده یکی می‌باشد و آن اینکه در هر دو ماده مقرر شده است که قانون محل وقوع عقد، چنانچه بجز محل اقامتگاه یا کشور متبوع متعاملین باشد حاکم بر اهلیت ایشان خواهد بود هرگاه به موجب قانون اخیر طرفین قرارداد دارای اهلیت معامله باشند و آن معامله نیز صحیح خواهد بود ولو آنکه متعاملین به موجب قانون دولت متبوع یا محل اقامتگاه خود فاقد اهلیت باشد. با این تفاوت که حکم ماده ۹۶۲ محدودتر از حکم ماده ۳۶ می‌باشد و تنها شامل عقود یا اعمال حقوقی می‌شود که در ایران انجام شده باشد.

از سوی دیگر می‌توان گفت ماده ۳۶ قانون بین‌الملل خصوصی سوئیس نیز همچون ماده ۱۱ عهدنامه رم اصل را بر اجرای قانون محل وقوع عقد در خصوص تشخیص و احراز اهلیت معاملاتی طرفین قرارداد است و تنها در موارد استثنایی عدم اجرای مقررات آن قانون را در خصوص مورد تجویز می‌کند و آن در صورتی است که یک طرف قرارداد به عدم اهلیت خود به موجب قانون محل اقامت خود استناد کند و طرف مقابل نیز از عدم اهلیت او به موجب قانون مزبور مطلع بوده یا باید مطلع باشد. این شرایط تقریباً مشابه شرایطی است که در ماده ۱۱ عهدنامه رم درج شده‌اند در حالی که در ماده ۹۶۲ قانون مدنی ایران چنین قیودی وجود ندارد.

اما تفاوت‌هایی نیز بین مفاد ماده ۱۱ کنوانسیون و ماده ۳۶ قانون بین‌المللی سوئیس وجود دارد. اول آنکه در ماده ۱۱ عهدنامه اصل بر تشخیص اهلیت قراردادی اشخاص

براساس قانون محل وقوع عقد قرار داده شده است. برخلاف ماده ۳۵ قانون سویس که اصل را بر اجرای قانون محل اقامت اشخاص قرار داده است و تنها در مورد معاملاتی که در کشورهای دیگر صورت می‌گیرد به استناد ماده ۳۶ قانون محل وقوع عقد را استثنائاً در صورتی که شخص به موجب قانون مزبور دارای اهلیت شناخته شود نسبت به اهلیت متعاملین حاکم می‌داند به عبارت دیگر در عهدنامه رم تنها یک قاعده در مورد اهلیت معاملاتی اشخاص وضع شده و آنهم مربوط به انعقاد قراردادهاست که تابع قانون محل وقوع قرارداد می‌باشد ولیکن قاعده کلی در مورد اهلیت اشخاص برای انجام اعمال حقوقی دیگر وضع نشده است و عهدنامه در این باره ساکت است. اما در قانون بین‌الملل خصوصی سویس و قانون مدنی ایران قاعده کلی و عمومی برای تشخیص اهلیت اشخاص برای انجام اعمال حقوقی وضع شده است و تنها به طور استثنایی قانون محل وقوع عقد را در مورد اهلیت استیفاء قابل اعمال می‌دانند. به عبارت دیگر تشخیص اهلیت تابع قوانین داخلی کشورهاست نه عهدنامه. دوم آنکه در ماده ۱۱ بر این مطلب تأکید شده است که قرارداد باید بین اشخاصی منعقد شده باشد که در یک کشور قرار دارند اما در ماده ۳۶ چنین قیدی وجود ندارد بنابراین ولو آنکه قرارداد بین دو نفر منعقد شده باشد که در کشورهای مختلف سکونت یا اقامت دارند و یا آنکه معامله به صورت غیر حضوری صورت گیرد در هر صورت قانون محل وقوع عقد حاکم بر اهلیت طرفین معامله خواهد بود مگر در مواردی که در ادامه ماده ذکر شده است.

نکته مهم آن است که در هر سه قانون اصل بر اهلیت اشخاص گذاشته شده است و نه عدم اهلیت آنها زیرا استحکام و ثبات قراردادها و تداوم و اجرای مفاد آنها برای قانون‌گذار از اهمیت بیشتری برخوردار است تا فسخ و ابطال قرارداد، مگر آنکه با توجه به شرایط و اوضاع و احوال در هر مورد خاص ابطال قرارداد بر ادامه آن ترجیح داشته باشد که در این صورت دادگاه با توجه به جمیع اوضاع و احوال در خصوص مورد رأی مقتضی صادر خواهد نمود.

تفاوت دیگر آن است که برخلاف ماده ۱۱ عهدنامه که ادعای عدم اهلیت را به طور عام براساس قوانین دیگر، خواه قانون محل اقامتگاه مدعی یا قانون دولت متبوع وی و یا سایر قوانین، قابل استناد و استماع می‌داند ماده ۳۶ قانون سویس ادعای عدم اهلیت برای انجام معامله را تنها به استناد قانون کشور محل وقوع اقامتگاه مدعی مجاز دانسته و ادعای عدم اهلیت به موجب سایر قوانین را مجاز ندانسته است. ولی در ماده ۹۶۲ قانون مدنی ایران استناد به اهلیت یا عدم اهلیت تنها براساس قانون ملی اشخاص خارجی امکان‌پذیر می‌باشد و استناد به سایر قوانین مجاز نمی‌باشد.

تفاوت دیگر آنکه در ماده ۳۵ قانون بین‌الملل خصوصی سویس به عنوان یک اصل اهلیت استیفاء به طور کلی تابع قانون محل اقامتگاه شخص دانسته شده است در حالی که در ماده ۹۶۲ قانون مدنی ایران به عنوان یک اصل اهلیت انجام عمل حقوقی تابع قانون دولت متبوع متعاملین قرارداد شده است. ولی در هر دو قانون در موارد استثنایی اجازه احراز اهلیت شخص براساس قانون محل انجام عمل حقوقی داده شده است. با این تفاوت که در قانون سویس شرایطی درج شده است که با احراز آن شرایط دوباره قانون محل اقامتگاه شخص باید اعمال شود ولیکن در قانون ایران چنین شرایطی پیش‌بینی نشده است بلکه شرایط دیگری قرارداد شده تا اینکه قانون محل وقوع عمل حقوقی استثنائاً بر قضیه حاکم شود آن هم تنها در صورتی که عمل حقوقی در ایران انجام شود و فرد مرتکب به موجب قانون ایران دارای اهلیت باشد.

شباهت دیگری که بین ماده ۳۶ قانون بین‌الملل خصوصی سویس و ماده ۹۶۲ قانون مدنی ایران وجود دارد آن است که در هر دو ماده مقرر شده است که قانون محل وقوع عقد در مورد اعمال حقوقی که مربوط به حقوق خانوادگی و یا حقوق ارثی و یا نقل و انتقال اموال غیر منقول باشد اعمال نخواهد شد. با این تفاوت که معامله نسبت به اراضی و املاک واقع در ایران اصولاً به موجب قانون ایران برای خارجی‌ان ممنوع و یا تابع دشواری‌های فراوان و اصولاً تابع قانون ایران می‌باشد، بنابراین در ادامه ماده ۹۶۲ تنها معاملات راجع به

اموال غیرمنقول واقع در خارج از ایران از شمول حکم مندرج در قسمت اخیر ماده مرقوم خارج گردیده و احراز اهلیت اشخاص خارجی که نسبت به اموال مذکور در ایران معامله می نمایند تابع اصل کلی قرارداد شده و قانون دولت متبوع ایشان را در این باره حاکم می‌داند. یک تفاوت دیگر که بین قانون مدنی ایران و عهدنامه رم و قانون بین الملل خصوصی سویس دیده می شود آن است که استناد به عدم اهلیت صراحتاً در قانون مدنی ایران پیش‌بینی نشده و حال آن که در کنوانسیون رم و حقوق سویس این امر به طور صریح پیش‌بینی و مقرر شده است و همان طور که قبلاً بیان شد این امر باید در حقوق ایران نیز پیش‌بینی شود.

شیوه‌ای برای ایجاد ضمانت تضامنی در حقوق مدنی (بخش سوم)

مرتضی محمدحسینی طرّقی^۱

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 حیطة 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

۱. کارشناس ارشد حقوق خصوصی.

ضمان نقل، از ضمان ضم، یعنی ضمان تضامنی هم بهره‌مند شویم. بدین ترتیب و از آنجا که ایجاد مسئولیت تضامنی طریق مهمی است که قانون‌گذار برای رعایت 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.

در بحث پیرامون این نوشتار و اهداف موردنظر، در فصل نخست به «مفاهیم و کلیات عقد ضمان» پرداختیم، اینک فصل دوم و ادامه بحث.

واژگان کلیدی: ضمان، ضمانت، نقل ذمه، ضم ذمه، تضامنی، ضامن، مضمون‌له،

مضمون عنه، دین، تعهد.

فصل دوم - ضمان در فقه، ماهیت و ویژگی‌های آن

بخش نخست - ضمان در فقه

مبحث نخست - فقه امامیه

در مورد ضمان عقدی، قانون مدنی ما، مانند دیگر فصول این قانون، بیشتر از فقه امامیه و نظرات مشهور فقهای آن پیروی کرده، در نتیجه ضروری است، ابتدا این پیمان را در فقه شیعه، مورد بررسی قرار دهیم که ضمان نقل ذمه به ذمه را پذیرفته است؛ از طرفی در فقه اهل سنت و برخی از قراردادها و مقررات ما، ضمانت تضامنی به چشم می‌خورد. بدین ترتیب مناسب است اشاراتی هم به نظرات فقیهان اهل سنت راجع به این گونه ضمانت داشته باشیم. به بیان دیگر، همان‌طور که می‌دانیم، مبنای اولیه در ضمان، معمولاً دین است، مثل اینکه: شخصی به دیگری بدهکار است و شخص ثالث، بدهی مدیون را به عهده می‌گیرد. مع‌ذلک، در خصوص اینکه ضمان نقل ذمه به ذمه یا ضم ذمه به ذمه است، بین علمای امامیه و اهل سنت در این رابطه، نظر یکسانی نیست، و در حالی که فقهای امامیه و قانون مدنی، ضمان نقل را به عنوان اصل پذیرفته‌اند، علمای عامه (و در پاره‌ای موارد، قانون تجارت و غیره) ضمان را ضم ذمه به ذمه می‌دانند و یا آن را پیش‌بینی کرده‌اند. برای آشنایی بیشتر، این مبحث را به فقه امامیه اختصاص داده‌ایم و در مبحث بعدی، از فقه اهل

سنت سخن می‌گوییم.

در فصل گذشته و در آنجا که از مفهوم ضمان بحث نمودیم، با مفهوم لغوی و فقهی این واژه در فقه امامیه آشنا شدیم و در ادامه، از منابع فقهی آن یعنی قرآن و خصوصاً احادیث اسم بردیم. در اینجا تلاش خواهیم کرد، تا در کنار و ادامه بحث مزبور، به نظریه برخی از فقها راجع به ضمان و عقد ضمان، بیشتر و مشروح‌تر آشنا شویم و سپس بعضی از دلایل آنان را در خصوص ضمان نقل ذمه به ذمه و یا احیاناً ضم ذمه به ذمه، بیان نماییم.

حضرت امام خمینی (ره) در مورد ضمان گفته‌اند: «ضمان» متعهد شدن به مالی است که در ذمه شخصی برای دیگری ثابت است و آن عقدی است که احتیاج دارد به ایجاب از ضامن، ... و به قبول از کسی که طلبکار است و برایش ضمانت شده... و رضایت «مضمون عنه» در آن معتبر نیست.^۱ این تعریف، شبیه تعریف قانون مدنی در ماده ۶۸۴ و حکم ماده بعدی آن است.

مرحوم سیدمحمدکاظم طباطبایی یزدی معتقد است: و اطلاق بالمعنی الاخص و هو التعهد بالمال عیناً أو منفعةً أو عملاً و هو المقصود. به معنی اعم... التعهد بالمال أو النفس^۲ و محقق حلی (ره) در این باره می‌نویسد: و هو عقد شرع للتعهد بمال او نفس^۳ (ضمان عقدی است که به منظور تعهد نسبت به مال یا نفس تشریح گردیده است). بنابراین، تعریف مزبور شامل حواله و کفالت هم می‌شود و توجه داریم، بحثی که ما از ضمان می‌کنیم، ضمانی است که منظور از آن تعهد در خصوص مال به نفع طلبکار است، نه معنای عام ضمان که ممکن است عقود دیگر را هم شامل شود.

کلام شهید ثانی راجع به ضمان صراحت دارد که: و المراد به الضمان بالمعنی الأخص قسیم الحواله والكفاله، لا الأعم الشامل لهما (و هو التعهد بالمال) أى الالتزام به، (من البرئ)

۱. حضرت امام خمینی (قدس سره)، ترجمه تحریرالوسیله، ج ۳، مترجم علی اسلامی، چاپخانه دفتر انتشارات اسلامی، ص ۴۳.

۲. العلامة الفقیه السید محمد کاظم الطباطبایی الیزدی، العروة الوثقی، الناشر: دارالکتب الاسلامیه، محرم ۱۳۸۸، کتاب الضمان، ص ۶۰۴.

۳. المحقق الحلی، شرائع الاسلام، همان، ص ۳۵۵.

من مال مماثل لما ضمنه للمضمون عنه.^۱

از علمای معاصر مرحوم آیت‌الله العظمی شیخ محمد فاضل لنکرانی، می‌نویسند: ضمانت شرعی با آنچه امروزه عرفاً رایج است تفاوت می‌کند، در ضمانت شرعی کل بدهی برعهده ضامن قرار می‌گیرد و طلبکار حق رجوع به بدهکار اولیه خود را ندارد، اما در ضمانت عرفی رایج، ضامن در طول بدهکار اولیه قرار می‌گیرد یعنی اگر بدهکار اولیه بدهی خود را نپرداخت ضامن طبق تعهد خود عمل می‌کند....^۲

حتی آن مرحوم، به این سؤال که: اگر ضامن در ضمن ضمانت شرط کند که ذمه مضمون عنه هم مشغول باشد و یا مضمون عنه هم مسئولیت پرداخت داشته باشد، آیا صحیح است؟ جواب می‌دهند که: شرط مزبور صحیح نیست. ولی اگر ضامن با اذن مضمون عنه ضمانت کرده، بعد از ادا می‌تواند به او رجوع کند.^۳

از تعریف و توضیح نظرات یاد شده استفاده می‌شود که فقیهان امامیه معمولاً ضمان را به معنای تعهد و مسئولیت می‌دانند. ولی، آثار آن را انتقال ذمه از عهده بدهکار به عهده بستانکار و بری الذمه شدن مدیون اصلی تلقی می‌کنند، یعنی در اینجا محور، نقل ذمه به ذمه است.

از جمله مدارک نظریه نقل ذمه به ذمه، عمدتاً دوروایتی است که (در فصل گذشته از آنها نام بردیم و) مطابق آنها پیامبر (ص) از نمازگزاردن بر میت مدیون امتناع کردند و با ضمانت حضرت علی (ع) یا دیگری به نماز ایستادند و بر آن نماز خواندند. راجع به روایات باب ضمان و میزان دلالت این دو روایت، بحث‌های فراوانی صورت گرفته، ولی بررسی بیشتر آنها، از حوصله این نوشته خارج است.^۴ مع ذلک، در مورد روایت ابوسعید خدری و

۱. الشهید الثانی، همان، ص ۳۹۲.

۲. حضرت آیت‌الله العظمی آقای حاج شیخ محمد فاضل لنکرانی، رساله توضیح المسائل، ناشر: انتشارات هانف مشهد، نوبت سیزدهم، ص ۳۵۰.

۳. همان، جامع المسائل، استفتاآت، چ مهر، چ اول، پاییز ۱۳۷۵، ص ۳۳۰.

۴. ر.ک: موسوی بجنوردی، آیت‌الله سیدمحمد، همان منابع، روایات باب ضمان، سیدمصطفی محقق داماد، همان، ص ۱۱۹ به بعد، شیخ حر عاملی، وسائل الشیعه، همان، شیخ طوسی، الخلاف فی الفقه، همان.

جابر بن عبدالله (که قبلاً نص آن را ذکر کرده‌ایم)، در اینجا مناسب است به دو نکته توجه نماییم، نخست اینکه مفهوم این دو حدیث، به یکدیگر شبیه است، با این تفاوت که در یک روایت از حضرت علی (ع) و در دیگری، از ابوقتاده، به عنوان ضامن اسم برده شده است، دوم و مهم‌تر اینکه، چون طبق دو حدیث مذکور، بدهکار اصلی فوت نموده و دیگر وجود نداشته است، ناگزیر تعهد پرداخت بدهی به عهده ضامن قرار گرفته و نقل ذمه، تحقق پذیرفته است. بنابراین، به جرأت نمی‌توانیم بگوییم که احادیث مزبور دلالت بر اقتضای ضمان به انتقال ذمه دارد. هرچند به این ایراد می‌توان پاسخ داد و استدلال نمود که روایات یاد شده، تنها دلالت بر نقل ذمه به ذمه دارد. زیرا، میت دیگر وجود ندارد و یا در زمان حیات، اذن در پرداخت هم نداده تا مثلاً ضامن یا مضمون‌له برای دریافت طلب خود به او یا قائم‌مقامش رجوع نماید. لذا به ناچار نظریه نقل ذمه به ذمه مطرح شده و تعمیم و سرایت آن از این جهت به ضمان تضامنی، به دلیل نیاز دارد.

در هر حال به نظر نمی‌رسد بتوان احادیث یاد شده را دلیل مقتضای ذات ضمان یا تنها اثر مترتب بر آن دانست. اما، بدون تردید، دلالت بر انتقال ضمان دارند. به علاوه، پیروان این نظریه دلایل دیگری نیز ارائه نموده‌اند که برای نمونه می‌توان به دلیل عقلی، لغوی و ارفاقی بودن ضمان نقل اشاره کرد.

در مورد دلیل عقلی، گفته شده: اگر با انعقاد ضمان، بدهی بدهکار به عهده ضامن منتقل نشود و ملتزم به بری الذمه بودن بدهکار نشویم، امری محال و غیرمعقول تحقق خواهد یافت. زیرا اشتغال ذمه و مدیون بودن بدهکار اصلی و ضامن موجب می‌شود یک شیء در آن واحد در دو مکان باشد. محال بودن وقوع یک شیء در آن واحد در دو مکان از بدیهیات است و هرچیزی که مستلزم چنین امر محالی باشد نیز غیرمعقول و مستحیل است...^۱ به بیان دیگر: یکی از دلایل مهم پیروان نظریه «نقل ذمه» این است که نمی‌توان برای تمام یک دین در یک زمان دو ذمه را مشغول دانست. طلب و دین دو چهره یک حقیقت است که به اعتبار جنبه مثبت آن «طلب» و به اعتبار جنبه منفی و انفعالی آن

۱. موسوی بجنوردی، آیت‌الله سیدمحمد، همان، عقد ضمان، ص ۴۹.

«دین» نامیده می‌شود. پس چگونه ممکن است در برابر یک طلب چند دین وجود داشته باشد؟ در ضمان نیز اگر قرار شود که مدیون اصلی و ضامن در برابر طلبکار مدیون باشند و او بتواند به هر کدام بخواهد برای تمام طلب خود رجوع کند، معنی این اختیار ایجاد دو اشتغال ذمه در برابر یک طلب است. بنابراین، در برابر طلبکار، یا باید ذمه ضامن مشغول باشد یا ذمه مضمون عنه و، اگر بخواهیم عقد ضمان منشاء اثری باشد، از این رو ناچار باید ذمه مضمون عنه از بین برود.^۱ اما به این ایراد می‌توان پاسخ داد و گفت که در ضمان ایادی متعاقبه مانند غصب و یا احکام تکلیفی مانند واجب کفایی، این قبیل مسئولیت‌ها دیده می‌شود و کسی به آنها اشکال وارد نمی‌کند و آنها را محال و غیرعقلی نمی‌داند. به علاوه، اگر مفهوم دین را از التزام به پرداخت جدا نماییم، ضامن در مسئولیت تضامنی، مدیون نیست. بلکه او مسئول پرداخت دین به شمار می‌رود.^۲

دلیل دیگری که برای برتری ضمان نقل ذمه دیده می‌شود، دلیل لغوی است. با این توضیح که فقهای شیعه، برخلاف علمای اهل سنت، لغت ضمان را به دلیل «ن» اصلی^۳ و در تمام اشتقاقات آن، مشتق از «ضمن» دانسته‌اند، نه ضم تا مفید انضمام ذمه باشد، این عقیده که ظاهراً از نظر علم لغت درست‌تر است، از لحاظ علم حقوق نمی‌تواند تعیین کننده باشد.^۴ زیرا، اگر بین معنای لغوی و عرفی اختلاف باشد، معنای عرفی، اولویت خواهد داشت. به هر حال، اگر این دلیل را بپذیریم و ضمان را از نوع نقل بدانیم، بر این اساس، یک دین وجود دارد که بر ذمه بدهکار مستقر بوده و پس از انتقال آن به ذمه ضامن، بدهکار اصلی رها می‌شود و دیگر مسئولیتی نخواهد داشت.

۱. کاتوزیان، دکتر ناصر، *حقوق مدنی: عقود/ذنی، وثیقه‌های دین*، همان، ص ۲۳۷.

۲. برای ملاحظه منابع نظریه مزبور و پاسخ به این اشکال، ر.ک: کاتوزیان، دکتر ناصر، همان، ص ۲۳۷ به بعد، آیت‌الله سیدمحمد موسوی بجنوردی، همان، ص ۴۹ به بعد، سیدمصطفی محقق داماد، همان، ص ۱۲۷ به بعد.

۳. الشیخ محمدحسن النجفی، *جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام*، ج ۲۶، داراحیاء التراث العربی، بیروت، لبنان، ۱۹۸۱، الطبعة السابعة، ص ۱۱۳.

۴. برخی ضم ذمه یا نقل ذمه را بی‌ارتباط با اشتقاق ضمان از (ضم) یا از (ضمن) دانسته‌اند مانند: دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، *حقوق مدنی، رهن و صلح*، همان، ص ۲۰۵.

در بخش سوم این فصل که از ویژگی‌های ضمان بحث خواهد شد، از مسامحه‌ای بودن به عنوان یکی از اوصاف این پیمان اسم می‌بریم. زیرا معمولاً اعتقاد بر این است که هدف از بستن عقد ضمان (به طور مطلق)، عمدتاً یاری رساندن و رفع مشکل مدیون اصلی است و پس از وقوع ضمان، عدول ضامن از ضمانت موردی نخواهد داشت. یعنی، اگر بدهکار اصلی، خود توانایی پرداخت بدهی‌اش را داشته باشد و احتیاج به دستگیری و ایثار دیگران مطرح نگردد، ضامن نیاز نمی‌بیند که به منظور ارفاق و کمک به او، ضمانت کند.

تا آنجا که فقهای ما در ضمان رضایت مضمون عنه و علم ضامن را به دین او هم شرط نمی‌دانند.^۱ و شاید به این دلیل است که مقنن هم می‌گوید که: در ضمان رضای مدیون اصلی شرط نیست (ماده ۶۸۵ قانون مدنی) و یا علم ضامن به مقدار و اوصاف و شرایط دینی که ضمانت آن را می‌نماید شرط نیست... (ماده ۶۹۴ قانون مدنی) یا معرفت تفصیلی ضامن به شخص مضمون له یا مضمون عنه لازم نیست. (ماده ۶۹۵ قانون مدنی) بدین ترتیب، می‌بینیم که ارفاقی بودن ضمان با انتقال دین متناسب‌تر است و در ضمان مطلق، دلیلی باقی نمی‌ماند که پس از ضمان باز هم مضمون عنه را مدیون یا مسئول پرداخت بدانیم و این سهل‌گیری و مسامحه با هدف ضامن که بدون قصد کسب منفعت و سودجویی و با قصد کمک صورت گرفته است، نشان از انتقال ذمه به عهده او دارد، نه اینکه باز هم بستانکار بتواند به مدیون اصلی مراجعه کند و طلب را از او هم بخواهد.

هرچند در ضمان مطلق، دلائل و اشکالات طرفداران ضمان نقل ذمه نسبت به ضمان تضامنی، از توجیهات مناسب و منطقی برخوردار است. اما، ضمان به نحو مزبور مانع نمی‌شود، ما ضمان تضامنی که براساس شرط و اراده طرفین عقد یا عرف و قانون به وجود آمده است را هم صحیح بدانیم. بدین ترتیب به برخی از اشکالات طرفداران نقل ذمه به این قبیل ضمانت تضامنی می‌توان پاسخ گفت. زیرا: ۱ - پیروان ضمانت تضامنی معتقد نیستند که طلبکار می‌تواند از همه متعهدان، یعنی متعهد اصلی و ضامن یا ضامین، همه طلب را دریافت کند. بلکه هر یک از ذمه‌ها بدل ذمه‌های دیگر هم هست. بدین ترتیب، هرگاه به

۱. امام‌خیمینی(ره)، همان، محقق حلی، همان، ص ۳۵۶ و ۳۵۸، شهید ثانی، همان، ص ۳۶۳.

عنوان مثال: متعهد و ضامنین ۵ نفر باشند و یکی از آنها نصف کل طلب بستانکار را پرداخت نمود، هر ۵ نفر معادل یک دوم کل طلب بری می‌شوند یا چنانچه دو نفر از آنان ۹۰٪ طلب را پرداخت کنند همه تنها معادل ۱۰٪ دین مسئول می‌باشند. به علاوه، همان‌گونه که قبلاً نیز اشاره شد، در ضمانت تضامنی، اگرچه بستانکار یا متعهدله می‌تواند به ضامن و متعهد اصلی مراجعه و طلب خود را از آنان بخواهد و دریافت کند. ولی، این دلیل نمی‌شود که هر دو کاملاً مدیون تلقی گردند. چون ممکن است کسی مدیون و دیگری در حالی که مدیون نیست، مسئولیت پرداخت دین دیگری را به عهده بگیرد. بنابراین، هرچند دین یکی است. اما، یکی مدیون آن دین است و دیگری بدون اینکه مدیون واقعی باشد، مسئولیت پرداخت همان دین را قبول کرده است. ۲ - طرفداران نظریه انتقال ذمه در مواردی ضمانت تضامنی را پذیرفته‌اند. مثل اینکه اگر مالی ربوده شود و همان مال را دیگری سرقت یا غصب کند و این مال به دیگری منتقل گردد، در چنین حالتی همه کسانی که مال مزبور در اختیارشان قرار گرفته، مسئول و ضامن شناخته می‌شوند (مانند مورد ماده ۳۱۶ به بعد قانون مدنی). البته، حکم مندرج در این مثال را قانون مشروع و مقرر نموده است. ولی، ما با آوردن این نمونه در شرع و خصوصاً قانون می‌خواهیم بگوییم، موارد فراوانی پیدا می‌شود که ضمانت تضامنی در حقوق ما ایجاد پذیرفته شده است و از این لحاظ موضوع به بحث ما نزدیک می‌شود. مع‌ذک، موضوع اصلی نوشتار ما ایجاد ضمانت تضامنی است که با اراده طرفین، به وجود می‌آید، نه به حکم قانون؛ در این راستا بعضی از فقهای امامیه، در موضوعاتی، مانند ضمان اعیان مضمونه یا ایادی غاصبه مترتبه، معتقد به ضم ذمه به ذمه شده و این نوع از ضمان را به مقتضای عمومات و اطلاقات، صحیح به شمار آورده‌اند.^۱ از این گذشته، ۳ - از کلام برخی از فقیهان ما استنباط می‌شود که بر اثر تراضی و اراده طرفین و براساس عمومات و قواعد عامه، می‌توان حکم به صحت این قسم از ضمان نمود و این نوع ضمانت را هرچند ضمان اصطلاحی در فقه ما نیست. اما، به عنوان یک نوع ضمان، عقد مستقل غیرمعیّن یا شرط

۱. قمی، میرزا ابوالقاسم، *جامع الثنات (جلد سوم)*، چاپ اول: پاییز ۱۳۷۱، چاپ مؤسسه کیهان، ص ۸۳ و ۸۵.

ضمن عقد ایجاد کرد. (یعنی، آن گونه که ماده ۴۰۲ و ۴۰۳ قانون تجارت پیش‌بینی نموده یا از قانون مدنی مستفاد می‌گردد)، در این خصوص کلام مرحوم سیدمحمدکاظم طباطبایی یزدی در مورد ضمان تضامنی جالب است. ایشان می‌نویسد: اذا تحقق الضمان الجامع للشرايط انتقل الحق من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن و تبرء ذمة المضمون عنه بالاجماع و النصوص خلافاً للجمهور حيث ان الضمان عندهم ضم ذمة الى ذمة و ظاهر كلمات الاصحاب عدم صحة ما ذكره حتى مع التصريح به على هذا النحو و يمكن الحكم بصحته حينئذ للعمومات» (هرگاه ضمان که جامع شرایط صحت است تحقق پیدا کرد، حق از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن منتقل می‌شود و او تبرئه می‌شود به دلیل اجماع و نصوص، (و روایاتی که در این باب آمده است). برخلاف نظر عامه و اهل سنت که از نظر آنان، ضمان ضم ذمه به ذمه است و ظاهر کلمات علمای شیعه این است که چنین ضمانی صحیح نمی‌باشد، حتی اگر در عقد تصریح به این موضوع شود، ممکن است برحسب قواعد عامه و عمومات حکم به صحت این نوع ضمانت نمود.) بدین ترتیب، ملاحظه می‌کنیم که به عنوان ضمانت اصطلاحی، در فقه ما، ضمان تضامنی پذیرفته نشده است. ولی، این قسم ضمان را به عنوان عقد مستقل (غیرمعیّن) و یا شرایط ضمن عقد می‌توان ایجاد نمود. زیرا، در شرع مقدس و فقه ما و بالتبع قانون مدنی، اطلاق عقد ضمان، محمول بر ضمان نقل ذمه به ذمه است. ولی، اراده و تراضی دو طرف قادر است از این اطلاق صرف نظر نماید و ضمان را به صورت طولی یا عرضی درآورد.

مبحث دوم - فقه اهل سنت

در فصل گذشته اشاره کردیم که فقهای اهل سنت معمولاً اعتقاد دارند، «ضمان» در لغت، مشتق از ضم است (واشتقاقه من الضم)^۱ در نتیجه حرف «ن» جزء حروف اصلی این کلمه نبوده، بلکه اضافی است. یعنی واژه ضمان، از «ضمن» نیست و بدین ترتیب، ضمان هم ضم ذمه به ذمه است (نه نقل آن).

۱. ابن قدامه، *المغنی و الشرح الكبير*، همان، ص ۷۰ و نیز، ر.ک: الشیخ محمد حسن النجفی، *جواهر الکلام*، همان.

به این استدلال و نقد آن در خلال مباحث قبلی به طور مختصر پرداختیم؛ در هر حال فقهای عامه مسئولیت تضامنی را صراحتاً پذیرفته‌اند و مراد از تضامن که در فقه، خصوصاً فقه اهل سنت از آن به ضم ذمه به ذمه اسم برده شده همان گونه که می‌دانیم، آن است که به موجب عقد ضمان، بستانکار می‌تواند طلب خود را علاوه بر مدیون اصلی، یعنی مضمون عنه، از ضامن هم مطالبه کند. به بیان دیگر، در ضمان مزبور، دو یا چند نفر تعهد پرداخت دین واحد را به عهده می‌گیرند.

فقهای عامه در مورد ضمان گفته‌اند: الضمان ضمن ذمة الضامن الى ذمة المضمون عنه في التزام الحق فيثبت في ذمتها جميعاً و لصاحب الحق مطالبه من شاء منهما...^۱ که در این تعریف به روشنی ضمان تضامنی مشهود است و یا: ضمان در لغت به معنی التزام در اصطلاح فقهی، عقدی است که به وسیله آن حقی که بر ذمه دیگری ثابت است، گردن گیر ثالثی نیز بشود، بدون اینکه مطالبه دائن از مدیون اصلی ساقط گردد...^۲ قسمت نخست تعریف اخیر، شبیه تعریف فقهای امامیه است، ولی قسمت بعدی آن تضامنی بودن ضمان را مقرر می‌کند، به علاوه، در تعریف، فِرَق مختلف اهل سنت از عقد ضمان با اندک اختلاف، همین مفهوم از عقد ضمان، یعنی ضم ذمه به ذمه به چشم می‌خورد.^۳

فقهای عامه نیز برای اصل در مشروعیت ضمان، به قرآن مجید (و لمن جاء به حمل بعير و انا به زعيم)^۴، اجماع و احادیث مانند: حدیث نبوی - الزعيم غارم (ضامن تاوان دهنده است) و... انی برجل لیصلی علیه فقال «هل علیه دين؟» قالوا نعم دیناران قال «هل ترک لهما وفاء» قالوا: لا (روایت ابوداود و ترمذی)^۵، یعنی کتاب و سنت و اجماع، استناد نموده‌اند. با وجود مشابهت‌هایی که بین فقهای امامیه و اهل سنت راجع به عقد ضمان وجود

۱. ابن قدامه، همان.

۲. سیدمحمد شیخ‌الاسلام، همان، ص ۱۴۶.

۳. ر.ک: همان، صص ۱۴۶ و ۱۴۷.

۴. سوره یوسف، قرآن مجید، آیه ۷۲.

۵. ر.ک: ابن قدامه، همان، صص ۷۰ و ۷۱ و ۸۵، سیدمحمد شیخ‌الاسلام، همان، صص ۱۴۷ و ۱۴۸.

دارد. اما، قطع نظر از انتقال یا انضمام ضمان، تفاوت دیگری که بین آنان دیده می‌شود، در برائت ذمه است. با این توضیح که به عقیده علمای عامه، برائت ذمه مدیون اصلی، مستلزم برائت ضامن هم می‌باشد.^۱ ولی، بنابر قول مشهور در میان امامیه، اگر بعد از ضمان طلبکار، مضمون عنه را بری‌الذمه کند، ضامن بری‌الذمه نمی‌شود.^۲ بدین ترتیب، ماده ۷۰۷ قانون مدنی هم به تبعیت از این عقیده صراحت دارد که: اگر مضمون له ذمه مضمون عنه را بری کند ضامن بری نمی‌شود، مگر اینکه مقصود ابراء از اصل دین باشد.

هنگام بحث از مواد ۴۰۲ و ۴۰۳ قانون تجارت که به عنوان شیوه‌ای برای ایجاد ضمان تضامنی در حقوق مدنی ما، از آنها اسم بردیم، ضمان تضامنی را به دو صورت طولی و عرضی تقسیم کردیم. در بررسی آثار ضمان ضم ذمه به ذمه، به نحوی این دو قسم ضمان هم مطرح می‌شود، به طوری که گفته شد: برخی از اهل تسنن نیز گرچه حقیقت ضمان را ضم ذمه به ذمه مضمون عنه می‌دانند، در آثار ناشی از ضمان معتقدند که حق مراجعه بستانکار به ضامن و مطالبه و وصول طلبش از شخص اخیر به موجب ضمان مشروط می‌باشد. به عبارت دیگر، تعهد ضامن به پرداخت طلب مضمون له و یا مدیون گردیدن ضامن به وی در طول تعهد و مدیونیت مضمون است و مضمون له فقط در صورت عدم وصول طلب خود از مضمون عنه به دلیل افلاس، ممانعه، غیبت و امتناع، حق رجوع به ضامن را خواهد داشت. این حق به صورت مطلق نمی‌باشد.^۳

به دلایل طرفداران نظریه ضم ذمه به ذمه و نیز ایرادات و اشکالاتی که به آن وارد شده است، در اثنای مبحث نخست، اشاره شد و برخی از ادله هواداران انتقال ذمه، در واقع نقد

۱. همان، ص ۱۴۹.

۲. المحقق الحلّی، همان، ص ۳۵۶.

۳. موسوی بجنوردی، آیت‌الله سیدمحمد، *عقد ضمان*، همان، ص ۵۷، به نقل از سیواسی، *شرح فتح القدير*، ج ۵، ص ۴۰۳؛ مرغینانی، *هدایه؛ هامش، فتح القدير*، ج ۵، ص ۴۰۳؛ عبدالرحمن جزیری، *الفقه علی مذاهب الاربعه*، ج ۳، ص ۲۲۳؛ محمد بن محمود بابرني، *شرح عنایه؛ حاشیه شرح فتح القدير*، ج ۵، ص ۴۰۳.

ادله نظریه تضامنی تلقی می‌شود. بنابراین، در اینجا با ذکر یکی دیگر از ایرادات مطرح شده به نظریه ضم ذمه، به تدریج این بحث را هم به پایان می‌بریم:

علمای عامه می‌گویند: بناء عقلا در عقد ضمان، ایجاد وثیقه برای دین مضمون عنه است و هیچ یک از ضامن و مضمون له عقلاً و عرفاً از عقد ضمان، قصد ابراء ذمه مدیون اصلی را ندارند، مضمون له از این عقد می‌خواهد تحصیل وثیقه‌ای برای دین، علاوه بر دارایی مدیون اصلی کند، نه آنکه ذمه او را بری نماید. ضامن نیز با عقد ضمان می‌خواهد، موجب اطمینان خاطر طلبکار گردد. نه آنکه خود را مستقیماً بدهکار نماید. ضامن از اعتبارش در پیش طلبکار برای آسودگی خیال او در وصول طلبش استفاده می‌کند. به نظر می‌رسد این استدلال مخدوش است. زیرا به فرض آنکه عقد ضمان را نوعی تحصیل وثیقه و تأمین بدانیم با انتقال ذمه نیز این منظور حاصل می‌گردد چون معمولاً ضمانت کسی پذیرفته می‌شود که ملاتت و اعتبار بیشتری از مضمون عنه داشته باشد و تفاوت ملاتت و اعتبار ضامن و مضمون عنه خود نوعی وثیقه و تأمین است که با عقد ضمان حاصل می‌گردد.^۱

بدین ترتیب و با نگاهی گذرا به این دو مبحث می‌بینیم، اگر در فقه امامیه ضمان بیشتر رنگ ارفاق و کمک به بدهکار اصلی (مضمون عنه) به وسیله ضامن و در نهایت انتقال ذمه دارد، مشهور در فقه اهل سنت (و خصوصاً حقوق کشورهای اروپایی)، صبغه سودجویی، درخواست وثیقه و کمک به بستانکار است تا او با اطمینان از وصول طلب، کسب وثیقه بجز اعتبار مدیون اصلی، با خاطری آسوده پیمان ضمان تضامنی را منعقد نماید و عندالاقضاء، طلبکار بتواند برای تمام یا قسمتی از مطالبات خود به هر یک از مضمون عنه یا ضامن که بخواهد، مراجعه نماید.

بنابراین، به این نظریه نزدیک می‌شویم که گفته‌اند: در حقوق اسلام نصی که تعریف کلی از عقد ضمان کرده و راجع به نقل ذمه یا ضم ذمه به عنوان یک عنصر کلی عقد

۱. برای ملاحظه ایرادات دیگر ر.ک: محقق داماد، سیدمصطفی، همان، ص ۱۲۸ به بعد.

ضمان بحث کرده باشد، دیده نمی‌شود، مسائلی اتفاق افتاده است و در خصوص هر مسأله‌ای آیه‌ای یا حدیثی از آن مسأله بازگویی کرده و این مآخذ دلالت قاطع بر اینکه نقل ذمه به ذمه از عناصر هرگونه عقد ضمان است ندارد...^۱

بخش دوم - ماهیت ضمان

ماهیت عقد ضمان و تأثیر آن بر روابط اطرافیان این پیمان، بحث‌های فراوانی را در فقه و حقوق ما به خود اختصاص داده است. زیرا، عده‌ای ضمان را نقل ذمه به ذمه و برخی در عین اینکه ضمان را مبتنی بر نقل دین و ذمه می‌دانند، اما، ایجاد ضمان تضامنی را در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی، بدون اشکال تلقی می‌کنند و در کنار این عقیده، برای رفع ایرادات و موانع احتمالی ایجاد قراردادهای خصوصی مدنی، در قانون تجارت موادی (مثل ۴۰۲ و ۴۰۳ قانون تجارت)، به ضمان ضم ذمه به ذمه اختصاص یافته است.

مبنای نخست ضمان، معمولاً در مورد دین است، به این نحو که کسی به دیگری مدیون است و شخص ثالثی این دین را به عهده می‌گیرد. از جهت اینکه ضمان از نوع «نقل ذمه به ذمه» یا «ضم ذمه به ذمه» باشد، دیدیم که بین علمای امامیه و اهل سنت، اتحاد نظر وجود ندارد. فقهای شیعه ضمان را نقل ذمه تلقی می‌کنند و قانون مدنی ایران نیز از همین شیوه پیروی نموده است. مع‌ذلک، علمای سنی، ضمان را ضم ذمه به ذمه می‌دانند و برخی از مواد قانون تجارت و مقررات دیگر هم این رویه را پذیرفته‌اند که در خلال بحث‌های گذشته، با این نظرات آشنا شدیم.

بدین ترتیب و با ملاحظه منابع ضمان نزد فقها و اخیراً حقوقدانان می‌بینیم که راجع به ماهیت ضمان، دو تئوری به وجود آمده است، نظریه نخست که مورد قبول و تأیید فقهای شیعه است، آن را نقل ذمه به ذمه یا وسیله برائت ذمه مدیون اصلی می‌دانند و نظریه دوم

۱. برای مطالعه این بحث جالب و استنباطات مختلف از احادیث مورد اتفاق مسلمین، ر.ک: جعفری لنگرودی، دکتر محمدجعفر، حقوق مدنی رهن و صلح، همان، ص ۲۰۱ به بعد.

که نزد فقهای عامه و اروپایی پذیرفته شده، نوعی تضمین وثیقه برای دین است و هواداران این عقیده در کنار مضمون عنه، ضامن را نیز مسئول می‌دانند. بنابراین براساس نحوه تصور و برداشت از منابع، یک دسته اقتضای عقد را نقل ذمه به ذمه دانسته و گروهی آن را مفید ضم ذمه به ذمه می‌دانند. اما همان‌گونه که برخی از اساتید گفته‌اند: در اینکه ضمانت به سقوط دین مدیون و انتقال آن به ذمه ضامن انجامد یا موجب شود که ضامن و مدیون اصلی، به ترتیب یا در کنار هم، مسئول پرداخت دین شوند، ذات عقد هیچ اقتضای خاصی ندارد و تابع قصد مشترک طرفین است.^۱ به بیان روشن‌تر در حالتی که دین واحد است، قبل و بعد از تحقق ضمان، واقعاً همان یک دین است که ابتدا بر عهده مدیون اصلی قرار داشته و سپس دیگری از او ضمانت کرده است، منتها گروهی این عمل را نقل ذمه و دیگری ضم ذمه می‌دانند و ثمره این نزاع آن است که برای یک دین، با یک عقیده تنها ضامن مسئول است و طبق اعتقاد دیگر، مسئولیت متعهد اصلی با عقد ضمان از بین نمی‌رود. بلکه کماکان وی نیز همانند ضامن متعهد و ملتزم به پرداخت دین می‌شود؛ بدون اینکه ضمان موجب تعدد دین گردد.

می‌دانیم که مقتضای ماهیت هر عقدی، چنان با آن عقد ملازم و عجین شده است که اگر از آن گرفته شود، جوهر و هدف اساسی عقد از میان می‌رود و برای عقد تهی شده، موضوعی باقی نمی‌ماند.

بنابراین، با انتقال یا ضم ذمه به ذمه، دین از میان نمی‌رود، منتها براساس هدف غایی طرفین عقد ضمان (قصد مشترک) مقرر می‌گردد متعهد پرداخت آن یا ضامن و یا ضامن و مضمون عنه با یکدیگر باشند. بدین ترتیب، اثر مطلوب عقد و مبنای اصلی توافق که بی‌تأثیر از عرف و عادت جامعه هم نیست، ماهیت ضمان را می‌آفریند و این چیزی نیست

۱. کاتوزیان، دکتر ناصر، همان، ص ۲۳۳.

که صراحتاً مخالف قانون باشد. مع ذلک، برای یافتن پاسخ این پرسش که آیا نقل ذمه به ذمه و یا ضم ذمه به ذمه مقتضای ذات ضمان است یا نه؟ مناسب است تاریخ حقوق اسلام را هم مرور نماییم. آنانی که این تاریخ را بررسی کرده‌اند، معتقدند: در حقوق اسلام نصی که تعریف کلی از عقد ضمان کرده و راجعه به نقل ذمه و یا ضم ذمه به عنوان یک عنصر کلی عقد ضمان بحث کرده باشد، دیده نمی‌شود، مسائلی اتفاق افتاده و در خصوص هر مسأله‌ای آیه‌ای یا حدیثی از آن مسأله بازگویی کرده است و این مآخذ، 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... 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...^۱ بدین ترتیب، استنباط و استنتاج می‌گردد که در حقوق ما، انتقال ذمه یا ضم ذمه، مقتضای ذات عقد ضمان نیست. بلکه قصد مشترک و اراده آزاد متعاقبین عقد و عرف و عادت می‌تواند اطلاق یا نقل ذمه به ذمه را بپذیرد و یا طرفین در قالب قرارداد خصوصی توافق نمایند که، مضمون له برای وصول دین خود نخست به مضمون عنه مراجعه کند و اگر مطالبات او به دلایلی وصول نشد، آنگاه به ضامن رجوع نماید، و یا اینکه شرط کنند، ضامن و بدهکار اصلی با همدیگر و متضامناً مسئول پرداخت دین به طلبکار گردند؛ به نحوی که مضمون له قادر باشد برای تمام یا بخشی از طلب به هر یک از آنان که بخواهد مراجعه نماید. زیرا، در حقوق ما اطلاق، مفید نقل ذمه است. ولی چون انتقال دین، مقتضای ذات عقد ضمان نیست، طرفین عقد

۱. جعفری لنگرودی، دکتر محمدجعفر، همان، صص ۲۰۱ و ۲۰۲.

می‌توانند با قصد و اراده مشترک و عرف و عادت جامعه، در قالب قرارداد خصوصی مدنی پیش بینی نمایند که طلبکار برای وصول مطالبات خود ابتدا به مضمون عنه مراجعه کند و چنانچه موفق به وصول طلب خویش نشد، به ضامن رجوع نماید و یا اینکه با توجه به ضمانت تضامنی عرضی که از طریق ماده ۴۰۳ قانون تجارت ایجاد می‌کند، ضامن و مضمون عنه در کنار یکدیگر مسئول پرداخت دین به طلبکار شوند.

در تأیید این نظریه یکی از علما و حقوقدانان معاصر نوشته‌اند: دخالت شارع در معاملات در حد حفظ منافع جامعه و جلوگیری از اکل مال به باطل است نه آنکه مانع ضم ذمه یا نقل ذمه به ذمه شود. بدیهی است، بحث در اینکه اقتضای اطلاق ضمان نقل ذمه به ذمه است یا ضم ذمه به ذمه لازم است، ولی اظهار نظر مبنی بر اینکه اقتضای ذات ضمان، نقل یا ضم است و شرط خلاف آن خلاف مقتضای عقد و یا شرط خلاف سنت و کتاب است نمی‌تواند قابل قبول باشد، بلکه ضمان عقدی است که می‌تواند به اقتضای عرف وقوع یا به موجب شرط یا تبانی طرفین مفید ضم ذمه یا نقل ذمه به ذمه باشد.^۱

از آنچه تاکنون بیان گردید، نتیجه‌ای که گرفته می‌شود، این است که در واقع هیچ یک از نظریه‌های نقل ذمه یا ضم ذمه به ذمه برای بیان ماهیت و حقیقت ضمان کافی نیست. بلکه با توجه به مسائل مردم جامعه ما و عرف و عادت آنان، ماهیت این پیمان، پیرو اراده و قصد مشترک، تراضی و توافق طرفین عقد خواهد بود. یعنی، برای ذات ضمان، اقتضای خاصی را نمی‌توان تعیین کرد (نه انتقال ذمه و نه ضم ذمه به ذمه). بنابراین، اگر هدف نهایی متعاقبین به نحوی باشد که ضمانت به سقوط دین مدیون اصلی و انتقال دین به ذمه ضامن منجر شود، نقل ذمه صورت می‌گیرد. ولی، هرگاه طرفین مقرر کنند که ضامن و مدیون اصلی به نوبت یا با همدیگر مسئول پرداخت بدهی تلقی شوند. ضمان هم حسب مورد تضامنی طولی یا عرضی محسوب خواهد شد. فلذا، اگر ضمان به نحو مطلق و بدون

۱. محقق داماد، سیدمصطفی، همان، ص ۱۴۱.

قید و شرط بسته شود، در حقوق ما ذمه مدیون اصلی بری و ذمه ضامن مشغول می‌گردد. ولی، چنانچه با اراده طرفین، ضامن و مضمون عنه در برابر بستانکار مسئولیت پیدا نمایند، ضمانت تضامنی حاصل می‌شود. به هر حال، در بحث بعدی که از اوصاف عقد ضمان، مانند لازم بودن، مسامحه‌ای بودن، تبعی بودن و عهدی بودن این پیمان سخن می‌گوییم، با ماهیت این عقد هم بیشتر آشنا می‌شویم.

ادامه دارد

ساز و کارهای حقوقی سازمان ثبت اسناد و املاک جهت تثبیت و تغییر شکل مالکیت دولت

دکتر محمد امامی^۱

فیروزه احمدی^۲

چکیده

مالکیت دولت که یکی از مسائل مهم پیرامون اموال و مالکیت است کمتر به صورت جدی و مستقل مورد بحث قرار گرفته و تحقیقات اندکی در این باره انجام شده است. از آنجا که دولت جمهوری اسلامی ایران به عنوان متولی منافع ملی، وظیفه حفظ و نگهداری املاک دولت همچون اراضی ملی و موات را به عهده دارد، این مقاله درصدد است تا سازوکارهای سازمان ثبت اسناد و املاک کشور را جهت تثبیت و تغییر شکل مالکیت دولت و حفظ آن از گزند سودجویان و متجاوزان بیان نماید. تبیین این سازوکارهای عملی و حقوقی به خوبی نقش این سازمان را آشکار می‌سازد.

کلید واژگان: تثبیت مالکیت، ثبت اسناد و املاک، ابطال اسناد، اصلاح اسناد، صدور اسناد

۱. عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه شیراز.

۲. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق عمومی، کارمند سازمان ثبت اسناد و املاک.

مقدمه

دولت بعنوان نماد حاکمیت در جامعه مالکیت‌های خرد و کلانی را در اختیار دارد. همه آنچه دولت در اختیار دارد چه در مقام حاکمیت و چه در مقام تصدی نیازمند حفظ و حراست است. سازمان ثبت اسناد و املاک کشور به عنوان بازوی توانمند قوه قضاییه راهکارهای حقوقی قابل ملاحظه‌ای جهت تثبیت و تغییر شکل مالکیت دولت نسبت به اموال غیر منقول دارد. در این مقاله اهم این راهکارهای حقوقی بررسی می‌گردد.

۱- ثبت و صدور اسناد مالکیت دولت

یکی از روش‌های حقوقی سازمان ثبت اسناد و املاک جهت حفظ و تثبیت مالکیت دولت ثبت املاک مورد تقاضای دولت و صدور اسناد مالکیت آنها می‌باشد تا از این طریق مالکیت دولت نسبت به آن املاک تثبیت گردد. اصولاً ثبت املاک برای دولت کلیه مواردی را که از لحاظ قانونی ملک دولت محسوب می‌شود در برمی‌گیرد که از آن جمله می‌توان به ثبت و صدور سند مالکیت جنگل‌ها و مراتع و اراضی موات اشاره کرد که در مورد همه آنها که مصادیق قانونی مالکیت دولت محسوب می‌شوند، تقاضای ثبت از طرف دولت و به موجب قوانین مربوطه انجام می‌شود و این ثبت و متعاقباً صدور سند مالکیت از طریق مواد ۲۱ و ۲۲ قانون ثبت صورت می‌گیرد. البته در بعضی از موارد صدور اسناد مالکیت دولت مبتنی بر ضبط مورد وثیقه به نام دولت در نتیجه قرارهای تأمین دادرها است. همچنین یکی دیگر از ساز و کارهای حقوقی سازمان ثبت اسناد و املاک جهت تثبیت مالکیت دولت، صدور اسناد مالکیت المثنی در مواقع فقدان سند مالکیت یا از بین رفتن آن است.

الف - ثبت املاک دولت و صدور اسناد مالکیت آنها به نام دولت: املاک جاری به

املاکی اطلاق می‌شود که سابقه ثبت در دفتر املاک را نداشته باشد. صدور سند مالکیت نسبت به املاک جاری تابع تشریفات خاصی است که از آن جمله پس از قبول درخواست ثبت از متقاضی و انتشار آگهی‌های نوبتی و تحدیدی و نیز عدم وصول اعتراض پیش نویس سند مالکیت تهیه و پس از آن در دفتر املاک ثبت و سند مالکیت صادر می‌گردد. در

مورد املاک ثبت شده نیز که سابقه ثبت در دفتر املاک دارند، پس از درخواست صدور سند مالکیت همراه با ارائه مدارک مورد نیاز و مستندات لازم به اداره ثبت و بررسی پرونده، پیش نویس سند مالکیت تهیه و سپس در دفتر املاک ثبت و سند مالکیت آن صادر می‌گردد. نکته قابل توجه این است که با وجود ضرورت رعایت تشریفات در مراحل مقدماتی ثبت، از آن جمله، انتشار آگهی‌های نوبتی و تحدیدی، قانون‌گذار در اجرای قوانین خاصی پیرامون مالکیت دولت، تمهیدات و تسهیلاتی جهت ثبت املاک و تثبیت مالکیت دولت و نیز تسریع انجام کار در نظر گرفته است که یکی از این موارد معافیت حق‌الثبت املاک دولت است.

ب - ثبت و صدور اسناد مالکیت املاک مورد وثیقه اشخاص به نام دولت حسب

در خواست دادسرا:

املاکی که می‌توانند از طرف دادسراها و مراجع مختلف قضایی به عنوان وثیقه بازداشت شوند هم املاک جاری موضوع ماده ۲۱ و هم املاک ماده ۲۲ قانون ثبت را که در دفتر املاک به ثبت رسیده‌اند، در برمی‌گیرد. در مورد املاک ثبت نشده پس از وصول دستور بازداشت، ملک، با بررسی پرونده و احراز مالکیت مالک و اینکه ملک در بازداشت مرجع دیگر یا در رهن و وثیقه بانک قرار نگرفته است در قبال موضوع یا مبلغی که مرجع قضایی اعلام نموده، بازداشت می‌شود و اظهار نامه آن به عبارت "بازداشت شد" مهر می‌شود. در صورتی که اصل ملک قبلاً در رهن و وثیقه یا بازداشت مرجع دیگری باشد باید قبل از مبادرت به بازداشت مراتب به مرجع قضایی درخواست‌کننده اعلام گردد تا پس از اخذ نظریه موافق مازاد ملک بازداشت گردد. در مورد املاک ثبت شده در دفتر املاک و نیز با بررسی پرونده ثبتی و نیز مندرجات دفتر املاک و پس از احراز مالکیت پاسخ لازم تهیه و مراتب بازداشت در دفتر املاک و پیش نویس سند مالکیت قید و پیش نویس به عبارت «بازداشت شد» مهر و موضوع بازداشت در سند مالکیت ثبت می‌شود. مطابق بند ۳۰۹ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی در مواردی که دادستان بخواهد طبق ماده ۱۳۶ مکرر قانون

آیین دادرسی کیفری^۱ عمل کند، می تواند ملک مورد وثیقه را ضبط و به کسی که ملک را به وثیقه گذاشته، موضوع را اخطار کند تا در موعد مقرر به دادگاه مراجعه کند در صورت عدم مراجعه ذی نفع به دادگاه و یا اینکه پس از مراجعه، دادگاه عمل دادستان را تأیید کند؛ دادستان می تواند ثبت ملک یا قسمتی از آن را به نفع دولت تقاضا کند و ادارات ثبت در این مورد با دادسرا همکاری می نمایند. البته نظر به اینکه در چنین مواردی تا زمان تقاضای دادستان، دولت مالک ملک شناخته نمی شود و سند مالکیت نیز در دست دادستان نیست چنانچه پس از اخطار به وثیقه گذار، سند مالکیت به اداره ثبت ارائه نشود دادگاه ضمن مکاتبه با دفتر خانه اسناد رسمی و متعاقب استعلام وضعیت ملک از اداره ثبت انتقال آن به دولت در دفترخانه انجام می گیرد و پس از ارائه خلاصه معامله مربوطه، سند مالکیت به نام دولت ثبت و صادر می گردد.

ج- صدور سند مالکیت المثنی به نام دولت: مطابق تبصره یک اصلاحی ماده ۱۲۰

آیین نامه قانون ثبت در مواردی که مالک به علت از بین رفتن یا گم شدن سند مالکیت تقاضای صدور سند مالکیت المثنی می نماید، باید طریق از بین رفتن یا گم شدن سند را کتباً به اداره ثبت محل اعلام و استشهادیه ای را که نمونه آن را سازمان ثبت اسناد و املاک کشور چاپ کرده، (مبنی بر شهادت و اظهار اطلاع حداقل سه نفر و گواهی پاسگاه نیروی انتظامی محل یا یکی از دفاتر اسناد رسمی)، تکمیل و ضمیمه نماید. پس از ثبت موضوع در دفتر املاک و اعلام بخشنامه به دفاتر اسناد رسمی، مراتب ظرف مدت یک هفته در یکی از روزنامه های کثیرالانتشار یا یکی از روزنامه هایی که آگهی های ثبتی در آن درج می شود

۱. به جای ماده ۱۳۶ مکرر قانون آیین دادرسی کیفری ماده ۱۴۰ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی انقلاب در امور کیفری مصوب ۷۸/۶/۲۸ مورد عمل است که ذیلاً ذکر می شود:

ماده ۱۴۰ - هرگاه متهمی که التزام یا وثیقه داده در موقعی که حضور او لازم بوده بدون عذر موجه حاضر نشود وجه التزام به دستور رئیس حوزه قضایی از متهم اخذ وثیقه ضبط خواهد شد. اگر شخصی از متهم کفالت نموده یا برای او وثیقه سپرده و متهم در موقعی که حضور او لازم بوده حاضر نشده به کفیل یا وثیقه گذار اخطار می شود، ظرف ۲۰ روز متهم را تسلیم کند. در صورت عدم تسلیم و ابلاغ واقعی اخطاریه به دستور رئیس حوزه قضایی وجه الكفاله اخذ و وثیقه ضبط خواهد شد.

آگهی می‌گردد، چنانچه تا ۱۰ روز از تاریخ انتشار اعتراض نرسد یا اصل سند ارائه نشود اداره ثبت اقدام به صدور سند مالکیت المثنی می‌کند. البته مطابق تبصره ۴ ماده ۱۲۰ آیین نامه فوق‌الذکر در مواردی که سند مالکیت به نام دولت صادر شده یا در ابتدا به نام دیگری صادر شده و بعداً به دولت منتقل شده و مرجع ذی‌ربط به علت مفقود شدن یا از بین رفتن سند مالکیت مربوط با گواهی وزارت دارایی و امور اقتصادی تقاضای صدور سند مالکیت المثنی نماید از شمول مقررات ماده ۱۲۰ آیین‌نامه مستثنی می‌باشد و سند مالکیت المثنی به نام دولت بدون انتشار آگهی فقدان صادر می‌شود.

۲- اصلاح اسناد مالکیت

در مواردی عوامل جنبی و خارجی و گاهی نیز عدم دقت در نقشه برداری یا مساحی املاک موجب عدم تطبیق مندرجات سند مالکیت از لحاظ ابعاد و مساحت با واقعیت موجود در محل می‌شود که در چنین مواردی اصلاح سند مالکیت و تغییرات آن ضروری است؛ برخی از این موارد عبارتند از:

الف - تغییر نوع ملک و اصلاح حدود و اشتباهات قلمی: مطابق ماده ۱۱۷

آیین‌نامه قانون ثبت اسناد و املاک تغییر در نوع املاک ثبت شده مستلزم تغییر در سند مالکیت نیست مگر اینکه تمام ملک یا قسمتی از آن انتقال یابد که در این مورد سند تازه به نام منتقل‌الیه صادر می‌شود. چنانچه سند مالکیت به عنوان دکان و غیر آن صادر شده و پس از صدور سند، دارنده آن تغییر در نوع ساختمان داده باشد و یا اینکه از ابتدا سند مالکیت به عنوان زمین صادر شده و بعداً از طرف مالک در آن احداث بنا شده باشد و مالک تقاضای قید بنا یا تغییر بنا در سند مالکیت نماید با معاینه محل و تنظیم صورت مجلس مراتب در ستون ملاحظات ثبت ملک و سند مالکیت توضیح داده می‌شود.^۱ دولت نیز چنانچه پس از صدور سند مالکیت تغییری در نوع املاک متعلق به خود دهد یا در زمین دارای سند مالکیت بنائی احداث نماید ادارات ثبت باید نسبت به انجام تقاضای دولت اقدام

۱. بند ۳۳۰ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی.

نمایند.

گاهی نیز ممکن است املاک دولت به خاطر تغییر وضع پلاک و املاک مجاور و تبدیل حد به کوچه و یا احداث خیابان جدید نیاز به اصلاح حدود در اسناد مالکیت داشته باشد و یا در اثر اشتباهات قلمی که هنگام تحریر اسناد مالکیت رخ داده است نیاز به اصلاح اسناد باشد.

ب- اصلاح مساحت در سند مالکیت: گاهی عدم دقت در نقشه برداری یا مساحی املاک باعث عدم تطبیق مندرجات سند مالکیت از لحاظ ابعاد و مساحت با واقعیت می‌شود که باید سند مربوطه اصلاح گردد. اختلاف در میزان مساحت و ابعاد ملک در سند مالکیت و وضع موجود در محل ملک بدین نحو اصلاح می‌گردد که در صورت اختلاف در ابعاد ملک که منجر به این شده که در سند مالکیت مساحت اضافه‌تر از میزان واقعی درج شود، کسر مساحت و اصلاح اسناد مالکیت به عهده رؤسای واحدهای ثبتی است.^۱ اما چنانچه مساحت ملک مورد ثبت اضافه بر میزان مندرج در سند مالکیت باشد باید مساحت در سند مالکیت اضافه و اصلاح گردد. در این مورد برای اصلاح سند مالکیت چنانچه به اعتبار سند مالکیت انتقالی صورت گرفته باشد و مساحت اضافه در محدوده سند مالکیت باشد و بین مالک و خریدار نسبت به اضافه مذکور قراردادی نشده باشد از مصادیق ماده ۱۴۹ قانون ثبت بوده که برابر بند ۳۹۱ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی به رییس ثبت محل اجازه داده شده با بررسی دقیق موضوع نسبت به اصلاح سند مالکیت اقدام کند.

اما در صورتی که اضافه مساحت مشمول مقررات ماده ۱۴۹ قانون ثبت نباشد اتخاذ تصمیم با هیأت نظارت^۲ اداره کل استان خواهد بود.

ج - اصلاح عنوان مالک در سند مالکیت به نام دولت: به منظور ایجاد وحدت رویه

۱. فراز ۲ بند (ز) امور متفرقه لایحه اختیارات تفویضی موضوع بند ۳۸۷ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی.
۲. مطابق ماده ۶ اصلاحی قانون ثبت هیأت نظارت مرکب از رئیس ثبت استان یا قائم مقام او و دو نفر از قضات دادگاه استان به انتخاب وزیر دادگستری است که در مقر دادگاه استان تشکیل می‌شود و به کلیه اختلافات و اشتباهات مربوط به امور ثبت اسناد و املاک رسیدگی می‌کنند.

واجبای دقیق ماده ۲۶ آیین نامه اموال دولتی که وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی را ملزم به اقدام لازم جهت دریافت سند رسمی مالکیت به نام دولت جمهوری اسلامی و قید نام وزارتخانه یا مؤسسه دولتی مربوط در آن سند نموده و ادارات ثبت موظفند نسبت به آن دسته از اسناد مالکیت که سابقاً به نام وزارتخانه‌ها و مؤسسات و یا به نام دولت شاهنشاهی سابق سند صادر شده نسبت به اصلاح آنها در صفحه ملاحظات سند اقدام نمایند و در خصوص ثبت اسناد در دفاتر اسناد رسمی در صورتیکه انتقال گیرنده دولت باشد نام مالک یعنی دولت باید در ستون متعامل درج گردد، به عبارت دیگر در اسناد مالکیت یا در اسناد موجود در دفاتر اسناد رسمی باید نام مالک به دولت جمهوری اسلامی ایران به نمایندگی وزارتخانه یا مؤسسه دولتی مربوطه اصلاح گردد.^۱

۳- تغییر وضعیت املاک ثبت شده

گاهی دولت نیاز به تغییر وضعیت املاک خود پیدا می کند که سه مورد مهم آن عبارتند از:

الف - تجمیع: به معنی جمع کردن است یعنی درموردی که دو یا چند پلاک در اثر ساختمان یا دیوارکشی به صورت ملک واحدی درآمده‌اند یا قطعاتی به هم وصل شده اند و دولت تقاضای تجمیع و یکی کردن آنها را دارد، با ترسیم نقشه و معاینه محل و رعایت عدم تجاوز به مجاورین و کوچه‌ها و معابر صورت مجلس تجمیع تنظیم و براساس آن پیش نویس سند مالکیت تهیه و سپس سند مالکیت صادر می گردد.

ب- تفکیک: درحقوق ثبت املاک تفکیک به معنی تبدیل یک ملک به چند قطعه با مشخصات معین است. البته تفکیک تنها در مورد عرصه صورت نمی گیرد بلکه در مورد اعیانی نیز ایجاد می شود. درخواست تفکیک به تقاضای مالک از طریق دفاتر اسناد رسمی به ادارات ثبت ارسال می شود. سپس با بررسی پرونده و معاینه محل از طرف نماینده و

۱ . بخشنامه شماره ۱/۴۳۲۶۵۷ مورخ ۱۳۷۱/۱۲/۲۲ ریاست سازمان ثبت اسناد و املاک کشور (برگرفته از مجموعه بخشنامه‌های ثبتی کد ۵۵۱)

نقشه‌بردار ثبت صورت مجلس تفکیکی تهیه و به دفترخانه ارسال کننده تقاضا فرستاده می‌شود تا نسبت به انتقال قطعات تفکیکی و ثبت اسناد مربوطه در آن اقدام شود و پس از آن از طرف اداره ثبت نسبت به صدور سند مالکیت قطعات تفکیکی اقدام می‌شود.

ج - افراز: چنانچه دو یا چند شخص نسبت به ملکی به طور مشاع مالکیت داشته باشند هر یک از آنها می‌توانند نسبت به افراز سهمی خود از سایر مالکین اقدام نمایند که در اصطلاح حقوق ثبت به این عمل افراز گویند. در عمل افراز حتماً باید تعداد مالکین دو نفر یا بیشتر باشد که دولت نیز می‌تواند ذی‌نفع در عمل افراز باشد. در مورد افراز در صورتی که مالکین بر تقسیم ملک تراضی نکنند، حاکم اجبار به تقسیم می‌نماید؛ مشروط بر اینکه تقسیم محتمل بر ضرر نباشد.^۱ در این راستا قانون افراز و فروش املاک مشاع در آذر سال ۱۳۵۷ به تصویب رسید. به موجب آن اداره ثبت مرجع نخستین رسیدگی در دعاوی افراز املاک می‌باشد. برای رسیدگی به تقاضای افراز نیازی به این نیست که ملک مورد تقاضا به ثبت رسیده باشد، بلکه ارائه استشهادیه یا تصرفات مالکانه برای رسیدگی به درخواست افراز نیز کافی است.^۲ ادارات ثبت با بررسی پرونده و وضعیت ثبتی ملک مطابق مقررات مربوط به آیین نامه قانون افراز^۳ نقشه ملک را ترسیم می‌نمایند. سپس رییس واحد ثبتی با بررسی کلیه سوابق و نقشه افرازی، تصمیم به رد یا قبول در خواست افراز^۴ می‌گیرد. در صورتی که تصمیم رییس واحد ثبتی مبنی بر قبول درخواست افراز باشد با ارائه گواهی عدم اعتراض از سوی متقاضیان افراز که از طرف مراجع قضایی صالح صادر شده باشد تقاضای صدور سند مالکیت می‌شود و پس از انجام مراحل ثبتی مراتب در دفتر املاک ثبت و سند

۱. مطابق ماده ۵۹۳ قانون مدنی ضرری که مانع از تقسیم می‌شود عبارت است از نقصان فاحش نسبت به مقداری که عادتاً قابل مسامحه نباشد.

۲. میرزایی، علیرضا، **حقوق ثبت کاربردی**، انتشارات بهنامی، چاپ دوم، ۱۳۸۵، ص ۸۷.

۳. ماده ۲ آیین‌نامه مذکور.

۴. از جمله موارد منع افراز، عدم تقسیم موقوفه مطابق ماده ۵۹۷ قانون مدنی و یا نیاز به اصلاح مشخصات ملک را می‌توان نام برد.

مالکیت به تعداد قطعات مفروزی صادر می‌گردد. اما چنانچه تصمیم رییس واحد ثبتی مبنی بر رد درخواست افراز باشد نسبت به فروش ملک وفق مقررات قانون اجرای احکام مدنی مربوط به فروش اموال غیر منقول از طرف دادگاه محل اقدام می‌شود.^۱

تفکیک و افراز اراضی مورد تصرف سازمان‌های عمران اراضی استان‌های

کشور در ادارات ثبت: مطابق تبصره یک ماده ۱۱ قانون زمین شهری تطبیق نقشه‌های تفکیکی و شهرسازی اراضی دولتی با طرح‌های جامع تفصیلی و هادی و تصویب آن، موضوع ماده ۱۰۱ قانون شهرداری‌ها، به عهده وزارت مسکن و شهرسازی است. همچنین بر اساس ماده واحده لایحه قانونی راجع به تفکیک و افراز اراضی مورد تصرف سازمان عمران اراضی شهری استان‌های کشور مصوب ۵۸/۱۰/۲۲ نسبت به آن اراضی که به موجب قانون لغو مالکیت اراضی موات و کیفیت عمران آن مصوب ۵۸/۴/۵ و اصلاحیه قانون مذکور همه یا قسمتی از آن در تصرف دولت قرار می‌گیرد، جهت افراز و تفکیک لزومی به جلب رضایت مالکین قبلی ندارد و ادارات ثبت اسناد و املاک و شهرداری‌ها مکلف به انجام درخواست سازمان عمران می‌باشند.

چگونگی افراز اراضی متعلق به سازمان مسکن: مطابق بند ۳۷۹ بخشنامه‌های

ثبتی نظر به اینکه در ماده ۲ قانون افراز و ثبت اراضی سازمان مسکن^۲ تصریح شده که صورت مجلس تحدید حدود تنظیم شود و براساس مقررات قانون ثبت تنظیم این صورت

۱. ماده ۹ آیین‌نامه مذکور.

۲. مطابق ماده ۲ قانون افراز و ثبت اراضی مربوط به سازمان مسکن، نسبت به اراضی موات یا بایر بلامالک که از طرف سازمان مسکن تقاضای ثبت آن شده و یا در اجرای ماده ۱۷ قانون تقسیم و فروش املاک مورد اجاره به زارعین مستأجر مصوب سال ۴۷ تقاضای ثبت آن شود اداره ثبت پس از تنظیم صورت مجلس تحدید حدود در صورتی که زمین در محدوده سند مالکیت یا محدوده تحدید شده ملک غیر نباشد بلافاصله سند مالکیت آن را به نام سازمان مسکن صادر خواهد کرد. چنانچه اشخاص نسبت به این نوع اراضی اعتراض داشته باشند باید ظرف مدت مقرر ۹۰ روز پس از انتشار آگهی نوبتی اعتراض خود را به مراجع صالح تسلیم دارند و در صورتی که دعوی وارد تشخیص شود در صورت وجود تمام یا قسمتی از زمین حکم به رد عین و اصلاح سند صادر می‌شود و هرگاه در زمین از طرف سازمان مسکن اعیانی احداث شده یا به غیر منتقل شده باشد حکم به پرداخت بهای آن داده می‌شود.

مجلس پس از آگهی تحدید حدود امکانپذیر است لذا انتشار آگهی لازم به نظر می‌رسد و ادارات ثبت پس از قبول تقاضای سازمان مسکن ابتدا آگهی تحدیدی منتشر و پس از انجام تحدید حدود و رعایت موازین قانونی اقدام به صدور سند مالکیت نموده و سپس نسبت به انتشار آگهی نوبتی اقدام می‌کنند البته صدور سند مالکیت مانع از تقدیم اعتراض معترضین نمی باشد.

۴ - ابطال اسناد مالکیت به نام غیر و صدور اسناد مالکیت جدید به نام دولت

با همه اعتباری که برای ثبت ملک و سند مالکیت گفته شد و به واقع نیز این اعتبار باید برای اسناد مالکیت وجود داشته باشد، اما در عمل گاهی ثبت ملک بدون رعایت مقررات قانونی انجام و نسبت به یک ملک سند مالکیت معارض صادر می‌شود و نیز گاهی اشخاص با سوء استفاده از قوانین، اراضی موات و اموال عمومی و انفال و موقوفات را به نام خود به ثبت می‌رسانند و مواقعی نیز به حکم قانون بعضی از اسناد مالکیت ابطال می‌گردند در حقیقت اسناد مالکیت صادره از طرف ادارات ثبت همیشه معتبر هستند و فقط با حکم قطعی مراجع قضایی صالح یا قانون مصوب مجلس شورای اسلامی که به تأیید شورای نگهبان هم رسیده باشد و یا در صورت انتقال ملک از طریق اجراء قابل ابطال می‌باشند. در مورد ابطال اسناد مالکیت باید گفت در پاره‌ای موارد که مقتضیات اجتماعی مانند اصلاحات ارضی و تقسیم اراضی بین زارعین و یا مصالح عمومی همچون حفظ منابع طبیعی و جنگل‌ها یا موارد دیگر اقتضاء می‌نماید؛ ممکن است با وضع قوانین لازم، دستور ابطال ثبت و اسناد مالکیتی که به نام اشخاص صادر شده، داده شود و از این طریق مالکیت دولت نسبت به آن اموال تثبیت گردد.

الف - ابطال اسناد مالکیت اراضی ملی در اجرای قانون جنگل‌ها مصوب ۱۳۴۱:

مطابق ماده یک این قانون از تاریخ تصویب قانون عرصه اعیانی جنگل‌ها و مراتع جزء اموال عمومی محسوب و متعلق به دولت است و مالکیت خصوصی افراد نسبت به آنها سلب می‌گردد ولو اینکه افراد پیش از این تاریخ، آنها را متصرف شده و سند مالکیت گرفته

باشند. در اجرای این قانون به اسناد مالکیت قبلی ترتیب اثر داده نمی‌شود و در نتیجه ابطال می‌گردند. در حقیقت ادارات ثبت اسناد و املاک با ابطال اسناد مالکیت اشخاص نسبت به اراضی ملی جنگل‌ها و مراتع اقدام به تنظیم سند به نام دولت جمهوری اسلامی ایران به نمایندگی سازمان جنگل‌ها و مراتع نموده و بدین طریق با تثبیت مالکیت دولت مانع تجاوز دیگران به اموال عمومی و دولتی می‌شوند.

ب - ابطال اسناد مالکیت اراضی موات در اجرای قانون مرجع تشخیص اراضی

موات و ابطال اسناد آن و قانون زمین شهری: کلیه اسناد و مدارک مربوط به غیر دولت و اراضی موات یا سند مربوط به قسمتی از اراضی که موات بوده و در خارج از محدوده استحفاظی شهرها واقع شده باشند به استثناء اراضی که توسط مراجع ذیصلاح دولت جمهوری اسلامی ایران واگذار شده است، براساس ماده واحده قانون مرجع تشخیص اراضی موات و ابطال اسناد آن مصوب ۱۳۶۵ باطل می‌باشد و این قبیل اراضی در اختیار دولت جمهوری اسلامی ایران است. براساس همین قانون، ادارات ثبت برحسب اعلام هیأت‌های واگذاری زمین باید نسبت به ابطال سند آنها و صدور سند جدید به نام دولت جمهوری اسلامی ایران اقدام نمایند. البته چنانچه متصرف زمین که دارای سند مالکیت می‌باشد، منکر موات بودن آن باشد؛ می‌تواند از طریق دادگاه صالح اقدام کند. در صورتی که دادگاه رأی به موات بودن زمین بدهد، سند ابطال می‌گردد.^۱ همچنین مطابق قانون زمین شهری کلیه زمین‌های موات شهری در اختیار دولت جمهوری اسلامی است و ادارات ثبت اسناد و املاک به درخواست وزارت مسکن و شهرسازی اسناد قبلی به نام غیردولت را باطل و سند جدید را به نام دولت صادر می‌نمایند مگر اینکه از تاریخ ۵۷/۱۱/۲۲ توسط دولت واگذار شده باشد.^۲

ج - ابطال اسناد مالکیت اراضی ساحلی در اجرای قانون اراضی مستحدث

۱. تبصره ۱ ماده واحده قانون مذکور.

۲. ماده ۶ قانون زمین شهری.

ساحلی: مطابق ماده ۳ قانون اراضی مستحدث ساحلی مصوب ۱۳۵۴ کلیه اراضی مستحدث ساحلی کشور متعلق به دولت است و چنانچه از طرف اشخاص نسبت به آن درخواست ثبت شده، آن سند اعتبار ندارد و از طرف ادارات ثبت ابطال می‌گردد؛ مگر در مورد اراضی مستحدث ساحلی دریای خزر به شرط آنکه تا تاریخ ۴۲/۷/۱۳ به نام اشخاص در دفتر املاک ثبت شده باشد یا حکم قطعی به سود اشخاص تا آن تاریخ صادر گردیده باشد.

نتیجه گیری

با توجه به آنچه گفته شد ثبت اموال غیر منقول دولت از ضروریات می باشد. گرچه ساز و کارهای حقوقی ذکر شده، همچون ثبت و صدور اسناد مالکیت، اصلاح و ابطال اسناد مالکیت و نیز تغییر وضعیت املاک ثبت شده، مالکیت دولت را استحکام بخشیده و آن را تثبیت می‌نماید، به نظر می‌رسد با توجه به اهمیت اموال غیر منقول دولت و تجاوز روزافزون سودجویان به این اموال، قانون‌گذار باید سازوکارهای حقوقی جدیدی ایجاد نماید تا ضمن کوتاه شدن روند ثبت این اموال، سرعت بیشتری نیز در تثبیت مالکیت یا تغییر شکل دولت اعمال گردد.

نقد و بررسی اصلاح ماده ۳ آیین‌نامه اصلاحی ۱۳۶۰ قانون دفاتر اسناد رسمی

مصوب ریاست محترم قوه قضاییه مندرج در شماره ۱۸۱۴۶ روزنامه رسمی تحت

شماره ۱/۱۰۵۲۱ مورخ ۸۶/۳/۲۱

صورت‌یابی^۱

مقدمه

قبل از ورود به موضوع باید اذعان داشت که قوانین و مقررات ثبتي به طور اعم و قوانین و مقررات مربوط به دفاتر اسناد رسمی به طور اخص به دلیل قدمت زیاد و عدم تطابق کامل با شرایط فعلی و به منظور تحقق ثبت نوین، نیازمند بازنگری، بازخوانی و تجدیدنظر است. لذا اصلاح تمام یا قسمتی از آیین‌نامه‌ها بدون توجه به اصلاح قانون، کافی نیست. مضافاً اینکه خلاءهای قانونی را نمی‌توان با وضع آیین‌نامه و یا صدور بخشنامه مرتفع نمود زیرا آیین‌نامه و بخشنامه تبیین شیوه اجراء است و از نظر جایگاه در مراتب پایین‌تر از قانون است.^۲ با این وصف متأسفانه در طول سالیان دراز به دلیل نواقص و کاستی‌های مقررات مربوط به دفاتر اسناد رسمی، سازمان ثبت و وزارت دادگستری و اخیراً نیز قوه قضاییه بدون پرداختن به اصل موضوع، و اصلاح و تطبیق مقررات با شرایط فعلی، و به دلیل خلاءهای

۱. سردفتر اسناد رسمی ۱۱۶ اصفهان.

۲. طباطبایی مومنی، دکتر منوچهر، *حقوق اداری*، ص ۳۰۹ و ۳۱۰، انتشارات سمت، سال ۱۳۷۳.

قانونی، هربار با اصلاح برخی مواد آیین‌نامه‌ها و یا با صدور بخشنامه‌های مکرر که بعضاً ریشه در قوانین یا آیین‌نامه‌ها نیز نداشته و ندارند، مدام بر حجم آنها می‌افزایند که رجوع و استفاده و استناد به آنها صبر و طاقتی فراتر از معمول می‌طلبد. مضافاً اینکه شیوه نگارش قانون دفاتر اسناد رسمی و ارجاع برخی از مواد به تدوین آیین‌نامه اجرایی صحیح نمی‌باشد، زیرا آیین‌نامه بایستی مربوط به کلیت قانون باشد نه صرفاً مربوط به موادی خاص، و این شیوه‌ای است که در مورد سایر قوانین نیز رعایت می‌شود مگر آنکه قانون به گونه‌ای به تفصیل و فاقد ابهام نوشته شود که بجز یک یا دو ماده نیاز به تدوین آیین‌نامه اجرایی نباشد.

نتیجه نامطلوب به کارگیری این شیوه در قانون دفاتر اسناد رسمی آن است که در حال حاضر با آیین‌نامه‌های اجرایی متعدد و پراکنده و بعضاً ناسخ و منسوخ مواجهیم که امید است روزی پس از اصلاح قانون، آیین‌نامه واحد و یکپارچه‌ای متضمن کلیه فواید و مسائل اجرایی مندرج در آیین‌نامه‌های فعلی، تهیه و تصویب شود تا با مراجعه به آن بتوان تمام مسائل مربوط به دفاتر و کانون‌ها و نیز کارکنان دفاتر، بیمه و بازنشستگی، جرائم و مجازات‌ها، صندوق تعاون و... را در سرفصل‌های جداگانه ملاحظه و مورد استفاده و استناد قرارداد. لذا با توجه به مراتب در همین جا لازم می‌دانم از همکاران محترم و به ویژه حقوق‌دانان گرامی تقاضا کنم همت و اولویت اصلی خود را در نقد و بررسی قوانین، آیین‌نامه‌ها، بخشنامه‌ها و شیوه‌های اجرایی و مشکلات شغلی و مسائل تخصصی و کاربردی مفید حقوقی و ثبتی مربوط به ثبت اسناد و املاک و دفاتر اسناد رسمی قرار داده و با طرح دیدگاه‌ها و نظرات خود در مجله کانون به ارائه طریق و تبادل نظر با دیگر همکاران بپردازند. و طرح موضوعاتی که صرفاً از حیث نظری و یا تاریخی واجد ارزشند باید در اولویت‌های بعدی قرار گیرند. کما اینکه سیاست کلی و اعلامی مجله کانون نیز در چاپ مطالب ارسالی همواره به همین نحو می‌باشد. زیرا مجله کانون مجله‌ای تخصصی و مربوط به سران دفاتر است و نتیجتاً نقد و بررسی مقررات و رفع مشکلات شغلی و صنفی آنها از

اهمیت اساسی و اولیه برخوردار است.

پس از ذکر این مقدمه مطالب خود را در سه بخش ارائه می‌نماییم. ابتدا تاریخچه موضوع، سپس نقد و بررسی اصلاحیه اخیر و در انتها متن پیشنهادی جهت اصلاح ماده مرقوم و دلایل توجیهی آن خواهد آمد.

بخش اول - نحوه انتخاب سران دفاتر اسناد رسمی

گفتار اول - ماده ۳ آیین‌نامه اجرایی دفاتر مصوب ۱۳۵۴

پس از تصویب قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفترباران در تاریخ ۱۳۵۴/۴/۲۵ و متعاقب آن تصویب آیین‌نامه اجرایی تعدادی از مواد قانون در ۱۳۵۴/۱۰/۱۷، نحوه انتخاب سران دفاتر اسناد رسمی در ماده سه آیین‌نامه موصوف به شرح زیر بیان شد:

«ماده ۳ - برای انتخاب سردفتر از بین واجدین شرایط، هر سال سازمان ثبت در شهریورماه طی آگهی در یکی از روزنامه‌های کثیرالتنشار مرکز مراتب را به اطلاع متقاضیان خواهد رسانید. متقاضیان مکلفند تا آخر مهرماه تقاضای خود را به سازمان ثبت یا اداره ثبت محل تسلیم دارند. در آبان ماه هر سال هیأتی مرکب از معاون سازمان ثبت در قسمت اسناد و مدیر کل امور اسناد و یک نفر از اعضاء کانون سردفتران با متقاضیان مصاحبه به عمل آورده و تعداد لازم را از بین دارندگان دانشنامه دکترا و لیسانس حقوق و سایر داوطلبان انتخاب خواهد کرد.»

ماده مرقوم دارای اشکالات شکلی و ماهوی بود از جمله این که با توجه به ذکر شرایط ایجابی و سلبی جهت انتخاب سران دفاتر در مواد ۶ و ۱۲ و ۱۵ قانون دفاتر اسناد رسمی، نیازی به ذکر عبارت «... دارندگان دانشنامه دکترا و لیسانس حقوق و سایر داوطلبان...» که نوعی تکرار و تأکید غیرضرور و از نظر فن قانون‌نویسی امری مذموم است، نبود و جز طولانی شدن متن ماده خاصیت دیگری نداشت. و به همین لحاظ عبارت مذکور، در اصلاحیه ۱۳۶۰/۱۱/۲۷ از متن ماده ۳ آیین‌نامه حذف و به جای آن عبارت «... از بین

داوطلبان مذکور...» درج شد. زیرا شرایط انتخاب سران دفاتر را قانون معین کرده و نیازی به تکرار مجدد آن در آیین‌نامه نمی‌باشد. زیرا آیین‌نامه صرفاً باید امور اجرایی و تشریفاتی را در حدود قانون معین نماید و از ورود به موضوعاتی که در حیطه اختیارات قانون است خودداری کند.^۱

اشکال دیگر در خصوص نحوه برگزاری امتحان بود که صرفاً منحصر به انجام «مصاحبه» بود، زیرا پس از افزایش فارغ‌التحصیلان حقوق و نتیجتاً متقاضیان سردفتری، امکان انجام مصاحبه و معرفی قبول‌شدگان آن هم در یک مهلت کوتاه یک ماهه (آبان ماه) مقدور و میسر نبود. علاوه بر اینها، با توجه به شفاهی و حضوری بودن مصاحبه و فقدان سابقه مکتوب از سؤالات و پاسخ‌ها، امکان دخالت اغراض و نظرات شخصی مصاحبه‌کنندگان (صرف‌نظر از اینکه ان‌شاءالله همه اشخاص مورد وثوق و اعتماد هستند) منتفی نبود. مضافاً اینکه مسائل روانی و استرس ناشی از مصاحبه حضوری بر روی اشخاص، آثار متفاوتی دارد و دقیق بودن نتایج حاصل از مصاحبه همواره قطعی نیست. و بدین لحاظ در اغلب گزینش‌ها، مصاحبه جنبه تکمیلی پس از قبولی در آزمون کتبی را دارد.

گفتار دوم - ماده ۳ آیین‌نامه دفاتر، اصلاحی ۱۳۶۰/۱۱/۲۷

بنا به دلایل فوق و مشکلات اجرایی و یا دلایل مشابه دیگری که وجود داشت ماده ۳ آیین‌نامه سال ۱۳۵۴ در تاریخ ۱۳۶۰/۱۱/۲۷ اصلاح و به شرح زیر مورد تصویب قرار گرفت: «ماده ۳ - (اصلاحی ۱۳۶۰/۱۱/۲۷) سازمان ثبت اسناد و املاک کشور برای انتخاب سردفتر اسناد رسمی در شهریور ماه هر سال طی آگهی در یکی از روزنامه‌های کثیرالانتشار مرکز، مراتب را به اطلاع متقاضیان خواهد رسانید. متقاضیان واجد شرایط مکلفند تا آخر مهرماه تقاضای خود را به سازمان ثبت یا اداره ثبت محل تسلیم دارند و حداکثر تا پایان آذرماه هر سال از کلیه داوطلبان واجد شرایط به وسیله هیأت منتخب به پیشنهاد سازمان ثبت و تصویب شورای عالی قضایی به نحو مقتضی اختبار به عمل خواهد آمد و سپس

تعداد لازم را از بین داوطلبان مذکور انتخاب خواهد نمود».

ماده ۳ اصلاحی از حیث عبارات با اندکی تغییر عیناً شبیه ماده قبلی بود با این تفاوت که هیأت برگزارکننده امتحان که در ماده قبلی «... معاون سازمان ثبت در قسمت اسناد و مدیرکل امور اسناد و یک نفر از کانون سردفتران...» بود، به «هیأت منتخب به پیشنهاد سازمان ثبت و تصویب شورای عالی قضایی»، تغییر داده شد، زیرا عملاً معاون سازمان ثبت، امکان حضور در جلسات مصاحبه از متقاضیان را نداشت. بدین لحاظ تعداد اعضاء هیأت برگزارکننده مصاحبه گاه تا هفت و یا هشت نفر نیز می‌رسید. مهلت برگزاری اختیار نیز یک ماه اضافه شد و از آبان به «... تا پایان آذرماه...» تغییر کرد. ولی در عمل به دلیل ضیق وقت و یا مشکلات اجرایی و یا تقارن با ایام و اعیاد و ماه‌های خاص از جمله ماه مبارک رمضان، امکان برگزاری آزمون کتبی و اختبار در مهلت مقرر یعنی تا پایان آذر فراهم نبود و اغلب آزمون‌ها در بهمن و یا اسفندماه برگزار می‌شد. نحوه انتخاب نیز از «مصاحبه» به «... اختبار به نحو مقتضی...» تغییر یافت. و سازمان ثبت نیز اختبار را شامل آزمون کتبی و مصاحبه حضوری تعیین نمود. و اوایل نیز سؤالات آزمون کتبی به صورت تشریحی بود ولی پس از افزایش متقاضیان و به منظور اصلاح شیوه‌های اجرایی و جلوگیری از دخالت نظرات شخصی تصحیح کنندگان، سؤالات آزمون‌های کتبی به صورت تستی تهیه و نتایج نیز خیلی سریع اعلام می‌شد و پس از اعلام اسامی قبول شدگان، با دعوت‌نامه کتبی آنها را جهت انجام مصاحبه دعوت می‌نمودند و نتیجه مصاحبه نیز معمولاً در پایان همان روز به متقاضیان اعلام می‌شد.

بخش دوم - نقد و بررسی اصلاح ماده ۳ آیین‌نامه اصلاحی ۱۳۶۰ مصوب

(۸۶/۳/۲۱)

علی‌رغم آنکه در مدت ۲۵ سال گذشته یعنی از ۱۳۶۰/۱۱/۲۷ تا قبل از اصلاحیه اخیر، انتخاب سران دفاتر از طریق آزمون کتبی و مصاحبه صورت می‌گرفته، بنا به دلایلی که به درستی و دقیقاً تشریح نشده، ماده مرقوم مجدداً در تاریخ ۱۳۸۶/۳/۲۱ مورد اصلاح واقع

شد.

متن اصلاحی ماده ۳ آیین‌نامه اصلاحی ۱۳۶۰ قانون دفاتر اسناد رسمی و دلایل توجیهی اصلاح آن به شرح زیر می‌باشد:

اصلاح ماده ۳ آیین‌نامه اصلاحی ۱۳۶۰ قانون دفاتر اسناد رسمی

بسمه‌تعالی

محضر مبارک حضرت آیت‌الله هاشمی شاهرودی (دامت برکاته)

ریاست معظم قوه قضاییه

در اجرای منویات حضرت مستطاب عالی موضوع نحوه انتخاب سردفتران اسناد رسمی در مناطق مختلف کشور به استحضار می‌رساند:

مطابق ماده ۳ آیین‌نامه اصلاحی ۱۳۶۰ قانون دفاتر اسناد رسمی مقرر گردیده که سازمان ثبت برای انتخاب سردفتر اسناد رسمی مراتب را در شهریورماه هر سال به اطلاع متقاضیان برساند و تا پایان مهرماه ثبت‌نام و پایان آذرماه همان سال از افراد اختیار به عمل آورد.

با توجه به مشکلات اجرایی و کثرت متقاضیان اقدام به نحو مذکور غیرمقدور می‌باشد لذا به منظور حسن انجام وظیفه سازمان در انتخاب سردفتران اسناد رسمی پیشنهاد می‌گردد که ماده ۳ آیین‌نامه مذکور به شرح ذیل اصلاح گردد تا در صورت موافقت و تصویب مراتب را امر به ابلاغ فرمایند:

«ماده ۳ آیین‌نامه قانون دفاتر اسناد رسمی: در مناطقی که به موجب مقتضیات محلی، اقتصادی و جمعیتی نیاز به تأسیس دفتر اسناد رسمی باشد، سازمان ثبت اسناد و املاک کشور جهت رفع نیاز و برای انتخاب سردفتر اسناد رسمی مراتب را به نحو مقتضی به اطلاع عموم خواهد رسانید. متقاضیان واجد شرایط مکلفند در مهلت تعیین شده تقاضای خود را تسلیم نمایند. سازمان ثبت اسناد و املاک کشور در فرصت مناسب از کلیه داوطلبان واجد

شرایط مذکور توسط هیأت منتخب رئیس قوه قضاییه مصاحبه به عمل خواهد آورد.

تبصره ۱ - چنانچه تعداد متقاضیان سردفتری اسناد رسمی به حدی باشد که به تشخیص رئیس سازمان ثبت اسناد و املاک کشور انتخاب سردفتری از طریق مصاحبه با صعوبت مواجه و یا مستلزم صرف زمان غیرمتعارف گردد، سازمان ثبت اسناد و املاک کشور می‌تواند برای انتخاب سردفتر اسناد رسمی از داوطلبان مذکور، آزمون کتبی به عمل آورده و پس از اعلام نتیجه آزمون مذکور، هیأت منتخب رئیس قوه قضاییه از افرادی که حداقل نصاب نمره و یا بالاترین نمره را حسب مورد احراز نموده‌اند مصاحبه به عمل خواهد آورد.

تبصره ۲ - حداقل نصاب نمره را برای مناطق مختلف، سازمان ثبت اسناد و املاک کشور تعیین می‌نماید».

معاون رئیس قوه قضاییه

رئیس سازمان ثبت اسناد و املاک کشور - حسینعلی امیری

علی‌رغم اینکه انتظار می‌رفت ماده سه اصلاحی در راستای رفع مشکلات اجرایی و نواقص قبلی و بهبود وضعیت موجود باشد، لیکن در عمل چنین اتفاقی نیفتاد و ماده مرقوم نیز دارای اشکالات شکلی و ماهوی بسیاری می‌باشد.

گفتار اول - اشکالات شکلی و ماهوی ماده ۳ اصلاحی ۸۶/۳/۲۱

۱ - متن ماده نه تنها اشکالات قبلی را رفع ننموده بلکه با عبارت پردازی‌های مبهم، وضعیت تثبیت شده و معین قبلی را نیز به کلی از بین برده است. به عنوان مثال شیوه مشخص ابلاغ موضوع انتخاب سردفتران در موعد معین شهریور ماه هر سال آن هم از طریق درج آگهی در یکی از روزنامه‌های کثیرالانتشار مرکز راه، به زمانی نامعلوم و روش ابلاغ نیز به «نحو مقتضی» تغییر داده شده است.

۲ - مهلت معین و تثبیت شده قبلی (تا آخر مهرماه) جهت ارسال تقاضای سردفتری، در ماده سه اصلاحی حذف شده و این مهلت با نظر سازمان تعیین می‌شود و به همین لحاظ

در فراز دوم ماده عبارت «... مهلت تعیین شده...» ذکر شده، زیرا مهلت معینی جهت ارسال تقاضا در متن ماده پیش‌بینی نشده و پس از مشخص شدن دو مجهول اول یعنی زمان اعلام پذیرش تقاضا و نحوه اطلاع اشخاص از موضوع، مهلت ارسال تقاضا نیز مشخص خواهد شد.

۳ - زمان معین قبلی جهت برگزاری آزمون و اعتبار از متقاضیان سردفتری در ماده قبلی (... تا پایان آذرماه هر سال...) به زمانی نامشخص و دلخواه طبق نظر سازمان ثبت تحت عنوان «... فرصت مناسب...» تغییر داده شده است. که این شیوه خلاف اصول حقوقی و ایجاد قاعده حقوقی است، زیرا شفاف‌سازی و صراحت، لازمه قانون و ایجاد قاعده حقوقی است.

۴ - در ماده سه قبلی، متقاضیان می‌توانستند تقاضاهای خود را به سازمان ثبت یا اداره ثبت محل تسلیم دارند ولی در ماده اصلاحی بدون تعیین مرجع ارسال تقاضا، صرفاً به تسلیم تقاضا اکتفا شده است. با این وصف به کمک سایر عبارات و قراین موجود می‌توان به این نتیجه رسید که تقاضاها باید منحصراً به سازمان ثبت ارسال شوند.

۵ - کلمه «... مذکور...» بعد از کلیه داوطلبان زائد و غیرضرور است.

۶ - زمان اعلام نتایج به متقاضیان سردفتری در شیوه انتخاب از طریق مصاحبه، به شرح صدر ماده و نیز انتخاب در شیوه آزمون کتبی و مصاحبه به شرح تبصره یک معین نشده و معلوم نیست بعد از اتمام مصاحبه چه اتفاقی خواهد افتاد و اشخاص ذی‌نفع تا چه زمانی باید منتظر اعلام نتایج باشند.

۷ - یکی از دلایل توجیهی که ریاست محترم سازمان ثبت اسناد و املاک کشور در نامه ارسالی به ریاست محترم قوه قضاییه در خصوص لزوم اصلاح ماده ۳ آیین‌نامه مرقوم فرموده، و بر آن اذعان داشته‌اند، «... کثرت متقاضیان...» و در نتیجه غیرمقدور بودن روش برگزاری آزمون به شیوه قبلی است. ولی وضع و ایجاد تبصره یک ماده ۳ اصلاحی دقیقاً مغایر با این توجیه، و نوعی تحصیل حاصل است که شایسته قانون‌گذار و به ویژه قوه

معظم قضاییه نمی‌باشد، زیرا آنچه در تبصره یک ماده ۳ اصلاحی آمده به نحو دقیق‌تر در ماده سه قبل از اصلاح وجود داشت. مضافاً اینکه اگر روش قبلی انتخاب سردفتران اشکال داشت چه ضرورتی ذکر مجدد آن را در تبصره ماده سه اصلاحی توجیه می‌نماید. و اگر روش قبلی صحیح بوده، نتیجتاً پیشنهاد اصلاح، فاقد توجیه اصولی و قانونی است.

۸ - با توجه به مراتب مندرج در بند ۷، فی‌الواقع ماده سه اصلاحی علی‌رغم اذعان و اطلاع پیشنهاد دهنده معظم به کثرت متقاضیان و لزوم برگزاری آزمون در چنین حالتی به شیوه کتبی و مصاحبه، (به دلیل تبصره ۱ ماده ۳ اصلاحی و نامه ریاست محترم سازمان عنوان ریاست معظم قوه قضاییه) اصل را در شیوه برگزاری آزمون انتخاب سران دفاتر اسناد رسمی منحصراً از طریق مصاحبه قرار داده مگر آنکه تعداد متقاضیان به حدی باشد که امکان انجام مصاحبه با صعوبت مواجه و یا مستلزم صرف زمان غیرمعارف گردد و در صورت افزایش تعداد متقاضیان، آزمون کتبی و مصاحبه انجام خواهد شد. نتیجه عملی این شیوه از آیین‌نامه‌نویسی با توجه به مراتبی که شرح آن رفت نوعی تخصیص اکثر است که از نظر فن قانون‌نویسی امری مذموم و قبیح است و شایسته قانون‌گذار در معنای اعم نیست. زیرا با توجه به شاخص رشد جمعیت و ازدیاد دانشکده‌های حقوق و نتیجتاً فارغ‌التحصیلان آنها که همگی متقاضی کار می‌باشند، افزایش متقاضیان، امری بدیهی و حتمی و همواره رو به تزاید است و بایستی اصل شیوه انتخاب را از طریق برگزاری آزمون کتبی و مصاحبه قرار می‌دادند و استثناء را تحت عنوان تبصره آن هم در مواردی که تعداد متقاضیان از حد مشخصی کمتر می‌شد، از طریق انجام مصاحبه لحاظ می‌نمودند.

۹ - در هر دو ماده ۳ قبلی آیین‌نامه اجرایی دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۵۴/۱۰/۱۷ و ۱۳۶۰/۱۱/۲۷ به هیچ وجه متعرض تغییر و یا تفسیر ملاک مقرر در ماده ۵ قانون دفاتر اسناد رسمی نشده بودند و صرفاً به تشریح نحوه انتخاب سران دفاتر و نحوه ابلاغ موضوع برگزاری آزمون و یا اختبار پرداخته‌اند. به موجب ماده ۵ قانون دفاتر اسناد رسمی و قانون سردفتران و دفتریاران مصوب ۱۳۵۴ ضابطه تأسیس دفترخانه به گونه‌ای است که در

شهرها به ازای هر ۱۵ هزار نفر جمعیت و حداکثر هر ۲۰ هزار نفر یک دفترخانه بایستی تأسیس شود و چنانچه با توجه به میزان معاملات و درآمد دفاتر اسناد رسمی موجود و مقتضیات محلی، افزایش تعداد دفاتر، زائد بر حد نصاب مذکور، ضروری تشخیص شود حداکثر می‌توان تا دو دفترخانه به دفاتر موجود در هر حوزه ثبتی با رعایت مقررات این ماده اضافه نمود. بنابراین رعایت این نصاب و ملاک قانونی در تعیین تعداد دفاتر، در هر حوزه ثبتی همواره الزامی است و آیین‌نامه اجرایی قانون به دلیل جایگاه خود که منحصرأً شیوه اجرای قانون است، هرگز نمی‌تواند و نباید این ملاک را تغییر، اصلاح و یا تفسیر نماید.

۱۰ - با وصف مراتب فوق، با کمال تأسف در اصلاح اخیر ماده ۳ آیین‌نامه (۱۳۶۰/۱۱/۲۷) قانون دفاتر اسناد رسمی که ظاهراً حسب دستور و منویات ریاست محترم قوه قضاییه صورت گرفته، به کلی مفاد ماده ۵ قانون دفاتر اسناد رسمی نادیده گرفته شده و برخلاف صریح قانون، موجبات جدیدی جهت افزایش بی‌رویه و بدون ضابطه دفاتر اسناد رسمی ایجاد نموده که علاوه بر مخالفت با اصل ۱۸۵ قانون اساسی، ناقض صریح قانون دفاتر اسناد رسمی و خارج از صلاحیت و جایگاه آیین‌نامه به عنوان شیوه اجرای قانون، نیز هست. مضافاً اینکه عمل و اجرای مفاد ماده سه اصلاحی موجب تضییع حقوق مسلم و قانونی سران دفاتر اسناد رسمی در سطح کشور نیز شده است. زیرا افزایش بی‌ضابطه و غیراصولی دفاتر موجب کاهش چشمگیر درآمد دفاتر موجود و جدید نیز خواهد شد.

گفتار دوم - ملاحظات دیگر

صرف‌نظر از اشکالات شکلی و ماهوی موجود در اصلاحیه انجام شده در ماده ۳ آیین‌نامه، به دلیل مراتب و ملاحظات چند که ذیلأً خواهد آمد لزوم تسریع در اصلاح ماده مرقوم ضروری به نظر می‌رسد:

۱ - هدف از اصلاح و یا وضع قوانین همواره حفظ نظم اجتماعی و اصلاح وضع موجود می‌باشد. برای نیل به هدف دوم مقنن تمامی عوامل مختلف را لحاظ نموده و شیوه اصلاح و بهبود وضع موجود را پیش‌بینی و در قوانین و مقررات موجود تغییری اعمال می‌کند. در

حالی که با توجه به این ملاک، به نظر می‌رسد در ماده ۳ اصلاحی نه تنها بهبودی در وضعیت موجود حاصل نشده بلکه وضعیت تثبیت شده قبلی نیز به هم ریخته و اشخاص ذی‌نفع هرگز قادر به تشخیص دقیق حقوق خود نمی‌باشند.

۲ - تجربه و تاریخ نشان داده که تصمیمات شتاب زده و بدون کارشناسی، تبعات ناخوشایند سیاسی و اجتماعی جبران ناپذیری به دنبال خواهد داشت. نمونه بارز این نوع تصمیمات، تجربه ناموفق تشکیل دادگاه‌های عام بود که تبعات جبران ناپذیر اجتماعی و سیاسی به دنبال داشت که سرانجام با تدبیر و درایت ریاست معظم فعلی قوه قضاییه و سایر بزرگواران و با احیاء مجدد دادسرا، کار به وضعیت سابق اعاده شد. لذا انتظار می‌رود این درایت در مورد این مصوبه عجولانه نیز به کار گرفته شده و کار به مجرای قانونی هدایت شود.

۳ - یکی از دلایل نانوشته‌ای که ظاهراً از موجبات اصلاح ماده ۳ آیین‌نامه اجرایی دفاتر اسناد رسمی می‌باشد، برخی گزارش‌های غیرواقعی از درآمدهای اغراق‌آمیز و گاه افسانه‌ای برخی سران دفاتر اسناد رسمی شهر تهران است که ظاهراً اصلاح آیین‌نامه در راستای افزایش بی‌ضابطه دفاتر و به منظور کاستن از درآمد این قبیل سران دفاتر صورت گرفته، که صرف‌نظر از غیرقابل استناد بودن این قبیل شایعات، صرفاً متذکر می‌گردد درآمد یک دفترخانه در یک نقطه خاص از تهران و تعمیم آن به کل کشور برخلاف معیارهای منطقی و اصولی است و این شیوه استقرار ناقص و تعمیم ناروا را اهل حقوق و منطق هر دو ناروا می‌شمارند. بنابراین درآمد کلیه دفاتر باید از تهران تا دور افتاده‌ترین شهرها و بخش‌های کشور به صورت آماری و مستند و دقیق بررسی شوند. آمارهای ماهیانه و ارسالی دفاتر به سازمان ثبت و کانون نیز در این زمینه راهگشا و مفید خواهند بود.

۴ - بررسی درآمد دفاتر باید در کنار خدمات بسیار متنوع آنها به آحاد ملت و وصولی بی‌جیره و مواجب حقوق مختلف دولتی از جمله مالیات و حق‌الثبت و عوارض مختلف که به حساب‌های مربوط واریز می‌شود، با هم دیده شود.

۵- مشکل بیکاری را نمی‌توان و نباید هرگز از طریق افزایش بی‌رویه دفاتر اسناد رسمی برطرف نمود، زیرا رفع این مشکل متولیان خاص خود را دارد.

۶- آیین‌نامه به دلیل جایگاه خود قادر به نقض قانون و یا ایجاد حق و تکلیفی فراتر از آن نمی‌باشد.^۱ در حالی که در صدر ماده ۳ اصلاحی بدون توجه به نصاب‌های مقرر در ماده ۵ قانون دفاتر اسناد رسمی و تبصره آن، ملاک نیاز به تأسیس دفاتر جدید را به «...مقتضیات محلی، اقتصادی و جمعیتی...» تغییر داده‌اند که از این حیث آیین‌نامه موصوف خلاف صریح و بین ماده ۵ مارالذکر و خلاف ملاک مقرر در اصل ۱۸۵ قانون اساسی مبنی بر لزوم عدم مخالفت آیین‌نامه با قانون اساسی و قوانین عادی است.

۷- در راستای نیل به عدالت قضایی و جلوگیری از تضییع حقوق اشخاص، یکی از جهات تجدیدنظرخواهی که در قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب، پیش‌بینی شده، مخالفت بین آراء صادره از مراجع قضایی با قانون و یا شرع می‌باشد. که حسب مورد به وسیله شعبه تشخیص در دیوان عالی کشور و پس از آن به دستور مستقیم ریاست محترم قوه قضاییه صورت می‌گیرد.

لذا با عنایت به مخالفت بین ماده ۳ اصلاحی آیین‌نامه دفاتر مصوب ۸۶/۳/۲۱ با ماده ۵ قانون دفاتر اسناد رسمی، انتظار می‌رود ریاست معظم قوه قضاییه با همان حساسیتی که در راستای تحقق عدالت قضایی داشته و دارند، و با استفاده از ملاک مذکور و استناداً به بند سه اصل ۱۵۶ قانون اساسی دایر بر نظارت قوه قضاییه بر حسن اجرای قوانین، و در راستای عمل به قانون، نسبت به اصلاح مجدد ماده سه مرقوم دستور مقتضی صادر فرمایند.

۸- سرانجام انتظاراتها به سرآمد و نتیجه و محصول اصلاح ماده ۳ آیین‌نامه اجرایی دفاتر به صورت انتشار آگهی انتخاب سردفتر اسناد رسمی سال ۱۳۸۶ در شماره ۲۴۰۳۸ مورخ ۸۶/۸/۱ روزنامه اطلاعات، به بارنشست و شگفتی‌ها تکمیل‌تر شد. زیرا سازمان محترم ثبت حتی فراتر از ماده سه اصلاحی و قانون دفاتر و آیین‌نامه اجرایی، مبادرت به ایجاد قانون نیز نموده و رأساً اشخاص جدیدی را واجد شرایط قلمداد نموده و یا از انجام آزمون معاف و یا

دارای اولویت نموده است در حالی که هیچ یک از این اقدامات مستند به قانون و یا آیین‌نامه اجرایی نمی‌باشد. به عنوان مثال معافیت افراد مجتهد و یا افراد دارای دکترا و کارشناسی ارشد از انجام آزمون، براساس کدام مجوز قانونی صورت گرفته و می‌گیرد. علاوه بر اینها ایجاد پنج مورد افراد دارای اولویت که صرف‌نظر از ایثارگران که اولویت آنها به موجب قوانین کلی و خاص قبلی است و جای بحث ندارد، و نیز اولویت کارشناسان علوم ثبتي که مستند به تبصره ۳ ماده ۶ قانون دفاتر اسناد رسمی است، سایر اولویت‌ها مستند به هیچ نوع مجوز قانونی نمی‌باشد و محل تأمل است. عدم ذکر مستند قانونی اولویت افراد مندرج در بندهای ۳ و ۴ و ۵ آگهی فوق‌الذکر نیز قرینه‌ای بر صحت این ادعاست.

اشکال دیگر آگهی، عدم ذکر تعداد دقیق افراد مورد نیاز در هر حوزه ثبتي و یا شهر و بخش مربوطه است که سنت شکنی واضحی از سال ۱۳۵۴ تا زمان حاضر می‌باشد زیرا متقاضیان بدون اطلاع از تعداد دفاتر مورد نیاز و امکان محاسبه شانس موفقیت خود در آزمون، بایستی با تعداد مجهولی رقابت نمایند. که این امر خلاف بین ماده ۵ قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۵۴ دایر بر لزوم تعیین تعداد دفاتر موجود و حداکثر تعداد مجاز جهت دفاتر جدید می‌باشد.

بخش سوم - متن پیشنهادی جهت اصلاح ماده ۳ آیین‌نامه دفاتر اسناد رسمی و

دلایل توجیهی آن

با توجه به اشکالات و نواقصی که در مواد ۳ قبلی آیین‌نامه و نیز اصلاحیه انجام شده اخیر وجود داشت و با عنایت به آنکه نقد و بررسی قوانین و مقررات بدون ارائه طریق و پیشنهاد اصلاحی کافی و کامل نخواهد بود، لذا متن زیر جهت اصلاح ماده سه آیین‌نامه پیشنهاد می‌شود و امید است ریاست معظم سازمان ثبت اسناد و املاک کشور و نیز قوه معظم قضاییه عنایت لازم را مبذول فرمایند:

ماده ۳ - سازمان ثبت اسناد و املاک کشور ضمن رعایت نصاب‌های مقرر در ماده ۵ قانون دفاتر اسناد رسمی برای انتخاب سردفتر اسناد رسمی در شهریور ماه هر سال از طریق نشر آگهی در یکی از روزنامه‌های کثیرالانتشار و یا اعلان از طریق سایر وسایل

ارتباطی مراتب را به اطلاع عموم خواهد رسانید. متقاضیان واجد شرایط مکلفند تا ۱۵ مهرماه تقاضای خود را به سازمان ثبت تسلیم دارند و حداکثر تا پایان همان سال از کلیه داوطلبان به وسیله هیأت منتخب قوه قضاییه و بسته به تعداد متقاضیان، از طریق آزمون کتبی و مصاحبه و یا صرفاً مصاحبه، اختبار به عمل خواهد آمد و سپس تعداد لازم از بین داوطلبانی که نصاب لازم را اخذ کرده‌اند، انتخاب و حداکثر ظرف مدت شش ماه بعد از تاریخ آزمون، معرفی خواهند شد. حداقل نصاب نمره را برای مناطق مختلف، سازمان ثبت اسناد و املاک کشور تعیین می‌نماید.

تبصره ۱ - انتخاب سردفتران برای کلان شهرها و مراکز استان‌ها منحصراً از طریق برگزاری آزمون کتبی و مصاحبه و برای سایر شهرها و بخش‌ها از هر دو طریق و یا تلفیقی از آنها امکان‌پذیر خواهد بود.

تبصره ۲ - سازمان ثبت مجاز است بدون رعایت تشریفات و مواعد فوق و در طول سال برای شهرها و بخش‌های دور افتاده و یا محروم و یا مناطقی که متقاضیان محدودی دارند، به هر نحو که مقتضی بداند مراتب را اعلام و صرفاً از طریق مصاحبه مبادرت به انتخاب سردفتر اسناد رسمی بنماید.

تبصره ۳ - انتخاب افراد معرفی شده توسط سردفتر بازنشسته و یا ورثه سردفتر متوفی موضوع ماده ۶۹ قانون دفاتر اسناد رسمی نیز خارج از مواعد و تشریفات فوق و به تشخیص سازمان ثبت انجام خواهد شد.

توجیحات متن پیشنهادی

۱ - علت انتخاب شهریورماه برای زمان اعلان موضوع آن است که معمولاً فارغ التحصیلان دانشگاه‌ها تا پایان مرداد ماه موفق به اخذ گواهی موقت پایان تحصیلات خود خواهند شد و بدین لحاظ قادر به ثبت‌نام در آزمون سردفتری خواهند بود. علت انتخاب این ماه در سال ۱۳۵۴ و نیز ۱۳۶۰ شاید همین موضوع بوده است.

۲ - علت کاهش مهلت پذیرش تقاضا از یک ماه به ۱۵ روز نیز گسترش و تنوع شیوه‌های ابلاغ و ثبت‌نام از متقاضیان می‌باشد.

۳ - با توجه به تنوع اسناد در سطح کلان شهرها و مراکز استان‌ها و پیچیدگی کارها، بایستی در انتخاب سران دفاتر برای این قبیل شهرها دقت و وسواس بیشتری لحاظ شود. لذا تبصره یک در این راستا اضافه شده است.

۴ - تسریع در امکان انتخاب سران دفاتر برای مناطق محروم و دور افتاده و یا فاقد متقاضی کافی، بدون رعایت تشریفات دست و پاگیر نیز علت ایجاد تبصره دو بوده است.

۵ - علت اضافه کردن تبصره سه و تعیین نحوه آزمون افراد موضوع ماده ۶۹ قانون نیز عدم پیش‌بینی دقیق موضوع در قوانین و یا آیین‌نامه‌های موجود می‌باشد، که لازم بود به طور دقیق مشخص شود.

شهادت از راه دور^۱

نویسنده: ریچارد دی فرید من^۲

مترجم: علیرضا قرجه‌لو^۳

مقدمه

به طور معمول، دیوان عالی خود را به عنوان مجرای ارائه پیشنهاد برای اصلاح قوانین فدرال می‌بیند. اخیراً لایحه‌ای برای کنگره ارائه شد تا تغییرات وسیعی در قوانین فدرال که در خصوص شیوه ارائه شهادت در محاکمات کیفری می‌باشد، صورت پذیرد. این اصلاح و پیشنهادها، مجاز می‌دارد که در محاکمه و در شرایط محدودی، شهادت شاهد به طور همزمان از یک مکان دور، در عین اینکه تصویرش از طریق یک ارتباط ویدیویی پخش

1. Remote Testimony.

۲. دکترای حقوق از دانشگاه هاروارد.

۳. دانشجوی دکترای حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه شهید بهشتی. (a_gharacheloo@sbu.ac.ir)
مقاله فوق ترجمه و تلخیصی از متن اصلی می‌باشد.

منبع مقاله:

Friedman, Richard D, Remote Testimony, Michigan Journal Law Reform, 2001, pp.695-717.

می‌شود، ارائه گردد. به نظر می‌آید که تعداد زیادی از دادگاه‌ها از اینکه این اصلاح و پیشنهاد ممکن است حق مواجهه متهم با شهود را نقض کند، در هراسند. در این مقاله در صدد هستیم تا خطرات شهادت از راه دور را در پرونده‌های کیفری - با ارجاع به اصلاحات پیشنهادی - بیان کنیم. من اعتقاد دارم که دادگاه‌ها در خصوص تردید نسبت به رعایت حق اساسی «مواجهه» که با شهادت از راه دور مورد خدشه قرار می‌گیرد، محق می‌باشند. هرچند «شهادت از راه دور» در شرایطی به طور بالقوه، اجرای عدالت را بهبود می‌بخشد، با این وجود، دادگاه‌های عالی نباید با انتقادات خود باعث از بین رفتن صورت مسئله شوند. در مقابل، مقنن باید نسبت به این مسئله تجدید نظر کند و احتیاطات بیشتری در وضع اصلاحات به کار برد.

۱. حق مواجهه^۱ و قوانین آئین دادرسی کیفری

در یک نظر آمده است که: «این روش حقوق رومی - ژرمنی نیست که کسی را به کام مرگ بسپارد، قبل از اینکه وی (متهم) با شاکی چهره به چهره شود و نسبت به اتهام وارده پاسخ دهد». در سیستم حقوقی ما، «شهادت شاهد دادستانی»، باید تحت شرایط خاصی ارائه شود. شهادت او باید با قسم همراه باشد و در حالی که متهم حضور دارد، از شاهد «سوالات متقابل»^۲ پرسیده شود. اصطلاح «مواجهه چهره به چهره»، در قوانین زیادی از حقوق انگلیس، در قرن ۱۶ تکرار شده است. البته حقوق کامن لا تصدیق می‌کند که شرط مواجهه در برخی اوضاع و احوال، نمی‌تواند به طور معقولی در پرونده‌ها اجرا شود. برای مثال شاهد ممکن است قبل از محاکمه بمیرد یا مریض شود. بنابراین قانون اجازه می‌دهد که شهادت شاهد در زمانی که وی قادر به حضور در دادگاه نیست، از طریق «ورقه

1. Confrontation Clause.

2. Cross-Examination.

استشهادیه^۱ صورت گیرد.

قانون آئین دادرسی فدرال، امکان جمع این دو را ممکن ساخته است. یعنی هم در شرایطی ممکن است شاهد از طریق «ورقه استشهادیه» شهادت دهد و هم اینکه شاهد از جانب متهم، تحت سؤالات متقابل قرار گیرد. البته این امر فقط در شرایط استثنایی ممکن است. در ماده ۲۶ قانون آئین دادرسی کیفری فدرال، راجع به آن آمده: «در همه محاکمات، شهادت شاهد باید به طور شفاهی در دادگاه علنی صورت گیرد، مگر در شرایطی که به موجب قوانین کنگره یا قوانین ادله فدرال یا دیگر قوانین دیوان عالی، شهادت حضوری مستثنی شده باشد».

II. طرح شورای قضایی

در صورتی که واقعاً شاهد نتواند در دادگاه حاضر شود و قانون نیز شهادت غیرحضوری او را مجاز کند، شهادت او از طریق پخش ویدئویی صورت می‌پذیرد. پس فناوری این امر را مقدور ساخته که شاهد بدون حضور فیزیکی در دادگاه شهادت بدهد و متعاقباً در مورد او سؤالات متقابل صورت پذیرد. همچنان که در شهادت کتبی سنتی نیز که شاهد در دادگاه حضور پیدا نمی‌کرد، این امر صورت می‌گرفت.

منافع روشنی برای سیستمی که چنین شهادتی را اجازه می‌دهد، وجود دارد. در واقع «شهادت ویدئویی از راه دور»، دارای فوایدی است که «شهادت کتبی از راه دور»، ندارد. شهادت ویدئویی از راه دور، به طور واضح بر روش‌های سنتی شهادت کتبی از راه دور، برتری‌هایی دارد که این برتری صرفاً سرعت بالای ثبت اظهارات در روش ویدئویی، نیست. شهادت کتبی نیز می‌تواند توسط ابزارهای سمعی و بصری ثبت و ارائه شود و به عنوان یک دلیل علیه متهم به کار رود. با این وجود، دو فایده وجود دارد که شهادت ویدئویی از راه

۱. در مواقعی به جهت بیماری یا مانند آن، شاهد قادر به حضور در دادگاه نیست. در چنین حالتی متهم به بیمارستان می‌رود و به طور کتبی شهادت شاهد را اخذ می‌کند که به آن «ورقه استشهادیه» (Deposition) می‌گویند.

دور را، بر شهادت کتبی برتری می‌دهد. اول اینکه شهادت ویدئویی از راه دور، دارای این کارائی است که وکیل یا متهم، می‌توانند شاهد را ببینند و شاهد نیز می‌تواند آنها را ببیند و همین‌طور صدای یکدیگر را بشنوند. دوم اینکه شهادت ویدئویی از راه دور، دارای یک فایده زمانی است. به این نحو که شهادت می‌تواند در طول محاکمه اخذ شود و ضرورتی ندارد که قبل از محاکمه ضبط یا نوشته شود. هر چند شهادت کتبی از راه دور نیز، به طور تئوریک می‌تواند در طول محاکمه اخذ شود؛ ولی به دلیل ایجاد وقفه، معمولاً قبل از محاکمه گرفته می‌شود.

با توجه به این فواید، کمیته مشورتی پیش‌نویس را تهیه کرد - که توسط «کمیته قواعد رویه‌ای و دادرسی» و «شورای قضایی ایالات متحده» تأیید شد - تا ماده ۲۶ فعلی را به نحو ذیل تغییر دهد:

قاعده ۲۶. اخذ شهادت

(a) به طور کل، در هر محاکمه، شهادت شهود باید در دادگاه علنی اخذ شود؛ مگر اینکه به نحو دیگری توسط قوانین یا قواعد، مقرر شده باشد.

(b) پخش شهادت از یک مکان متفاوت

به منظور حفظ منافع عدالت، دادگاه ممکن است مجاز کند که «ارائه ویدئویی دو منظوره»^۱ در دادگاه علنی، نسبت به شهادی که در مکان دیگری از دادگاه می‌باشد، صورت گیرد اگر:

(۱) طرفی که درخواست چنین شهادتی را کرده، بتواند شرایط استثنایی این امر را ثابت کند.

(۲) برای چنین نوع ارائه و سلامت آن در پخش، تضمین‌های مناسب وجود داشته باشد.

۱ . منظور از این روش (Two-Way Video) این است که همزمان شاهد و افراد حاضر در دادگاه بتوانند یکدیگر را ببینند.

(۳) شاهد در معنایی که قانون ادله فدرال ((۵) - (۴) (a) ۸۰۴) عنوان می‌دارد، در دسترس برای حضور در دادگاه نباشد.

دادگاه عالی، نحوه بیان بخش a را که منتهی به شفاف نمودن قوانین فعلی می‌شد، تأیید نمود، اما از تأیید بخش b که برای شهادت از راه دور، شرط نهاده بود، خودداری کرد. به جهت چند نگرانی که دیوان عالی داشت، این طرح (بخش a و b) از موضوع اصلی خود منحرف شد. بخش سوم این مقاله به این موضوع اختصاص دارد و در بخش سوم، این نتیجه بدست می‌آید که دادگاه عالی در بیان عدم توجه قانون به شرط مواجهه، راه درستی را پیموده است. در واقع، متهم باید وقتی که شاهد از راه دور شهادت می‌دهد، حق حضور فیزیکی را داشته باشد.

بخش IV این مقاله نیز راجع به معیار «در دسترس نبودن» شاهد بحث می‌کند و اینکه چه تعریفی برای این معیار به کار می‌رود. بخش V به مسائل فنی بیشتری اشاره دارد و این نتیجه حاصل می‌شود که «پخش دو منظوره»، یک روش صحیحی است و شرایط آن باید معین گردد. بخش VI نیز به طور خلاصه، تفاوت اساسی زمانی که شهادت از راه دور توسط متهم و نه دادستان درخواست می‌شود را، بررسی می‌کند.

به نظر، کنگره نباید بند b ماده ۲۶ قانون پیشنهادی را، به صورتی که توسط شورای قضایی پیشنهاد شده تصویب کند. کمیته مشورتی باید با بررسی مجدد موضوع، یک طرح تجدید نظر شده را ارائه کند که این دادرسی در شرایط مناسبی مورد استفاده قرار گیرد.

III. مواجهه شاهد و متهم، چهره به چهره

دو موضوع مفروض است. اول اینکه شاهد برای شهادت در دادگاه، در دسترس نیست. دوم اینکه، پخش شهادت از طریق یک ویدئوی دو منظوره که شهود و افراد دادگاه همدیگر را می‌بینند، صورت می‌گیرد. با وجود این دو فرض، هنوز هم می‌توان مدعی عدم مواجهه شد؟

در اینجا مشکل اصلی، کاهش امکان دیدن رفتار شاهد (اینکه در حالت التهاب یا با اعتماد به نفس به ارائه شهادت می‌پردازد) توسط مجریان عدالت نیست. همچنان که در شهادت کتبی نیز این امکان وجود نداشت.

بنا به برتری‌هایی که روش شهادت ویدئویی راه دور، بر شهادت کتبی از راه دور دارد؛ کمیته مشورتی در مورد پخش الکترونیکی شهادت می‌گوید: «این روش در اغلب موارد، مافوق دیگر شهادت‌هایی است که حتی در دادگاه صورت می‌گیرد». اما به هر ترتیب، شهادت از راه دور همچنان فاقد عنصر یکپارچگی شهادت زنده و حتی شهادت کتبی است. یعنی در «شهادت یکپارچه زنده» (شهادت با حضور فیزیکی)، حضور متهم و وکیل در همان اتاقی که شاهد حضور دارد، احساس می‌شود.

در روش پخش ویدئویی دو منظوره، همچنان دو ایراد قابل بحث است؛ اول اینکه حتی در این روش نیز، احساس مواجهه کاهش می‌یابد. دوم اینکه ممکن است این مسأله مطرح شود که وکیل متهم در انجام سؤالات متقابل، نسبت به شهادی که حضور فیزیکی ندارد و چه بسا تصویر و صدایش نیز با وقفه پخش می‌شود، نمی‌تواند به شکل درستی عمل کند. البته باید توجه داشت هر کدام از این ایرادات، قابل توجیه می‌باشند. یعنی در یک جهت، هرچند پخش الکترونیکی به همان میزان حضور فیزیکی در دادگاه، دارای اثر نیست؛ ولی می‌تواند یک دریافت بصری و سمعی را از شاهد و متهم، نسبت به یکدیگر به دست دهد. در ضمن، حتی با فرض اینکه شاهد نمی‌تواند به دادگاه برده شود، جایگزین دیگری قابل دسترسی می‌باشد و آن بردن متهم و وکیل او به نزد شاهد است.

برای مثال، با فرض اینکه شاهد به لحاظ فیزیکی در وضعیتی نیست که به دادگاه بیاید، شاهد می‌تواند از بیمارستان شهر مربوطه (در صورتی که در بیمارستان بستری باشد) شهادت دهد. متهم نیز می‌تواند از او بخواهد که چهره به چهره شهادت دهد و این درخواست متهم بنا بر رویه، باید مورد احترام قرار گیرد (یعنی متهم به بیمارستان مربوطه

برود و حضوری با شاهد روبرو شود). همچنین وکیل می‌تواند، شخصاً شاهد را مورد سؤالات متقابل قرار دهد. با این عقیده که سؤالات متقابل حضوری، دارای آنچنان اثر متفاوتی است که ارزش مسافرت را برای وکیل دارد.

اگر متهم و وکیل وی، بخواهند در نزد شاهد حاضر شوند، باید به آنها چنین اجازه‌ای داده شود، همچنان که آنها به اخذ شهادت کتبی از راه دور، مجاز هستند، در صورتی که بخواهیم برای چنین درخواستی از جانب متهم و وکیل، استثنا بگذاریم، باید صرفاً برای پرونده‌های خاصی که امکان حضور متهم و وکیل در اتاق شاهد نیست، باشد. نظیر چنین پرونده‌هایی، مواردی هست که متهم و شاهد، هر دو مریض‌اند و نمی‌توانند مسافرت کنند یا شاهد در یک کشور خارجی است و متهم نیز بازداشت می‌باشد و صرفاً برای جلسه دادگاه از بازداشتگاه بیرون آمده و نمی‌تواند نزد شاهد برود و شاهد نیز تمایلی به مسافرت به آمریکا را ندارد. به نظر می‌رسد، در حالت‌هایی مانند حالت اخیر که پخش الکترونیکی شهادت، تنها راه شهادت دادن می‌باشد و این شکل از شهادت نیز ما را اقناع نمی‌کند، مشکل هنوز باقی مانده است. از طرف دیگر، بر فرض اینکه قرن‌ها در سیستم ما، شهادت به شکل واقعی و چهره به چهره صورت می‌گرفته، در عدول از این نوع شهادت و گرایش به شهادت از راه دور، کم میلی وجود دارد. در پرونده کریگ،^۱ دادگاه نظر داد که با توجه به آسیب‌دیدگی طفل، او می‌تواند بوسیله یک تلویزیون مدار بسته،^۲ از اتاق دیگری شهادت بدهد. دادگاه قبول کرد که قاضی و متهم به طور الکترونیکی با وکیل، ارتباط پیدا کنند و اجازه داد که همه افراد حاضر در دادگاه، شاهد را ببینند. اما اجازه دیدن افراد داخل دادگاه را به شاهد نداد. در واقع این یک استثنا است که به جهت آسیب‌پذیری طفل از دیدن صحنه دادگاه، مجاز گردید و نباید به سایر موارد تسری یابد. مسأله دیگر این است که هم حق و

1. Craig.

2. Closed-Circuit Television.

هم وظیفه متهم می‌باشد که در هنگام دادرسی در جلسه دادگاه، حضور فیزیکی داشته باشند. حال در صورتی که وی را مجاز کنیم که برای مواجهه حضوری نزد شاهد برود، این حق و وظیفه (حق حضور در دادگاه) چگونه حاصل خواهد شد؟

اگر متهم و وکیل، خارج از دادگاه در نزد شاهد حضور دارند و متعاقباً شهادت از طریق نوار ویدئویی صورت می‌گیرد (یعنی به جای پخش مستقیم، سخنان شاهد ضبط شود)، در اینجا ما یک شهادت کتبی معمولی داریم. این امر، یعنی ضبط سخنان شاهد اگر پیش از محاکمه صورت گیرد، هیچ خللی به حق حضور فیزیکی متهم در جلسه دادرسی وارد نمی‌آورد؛ زیرا متهم و وکیل او می‌توانند بعد از اخذ شهادت به دادگاه بروند. متهم و وکیل نمی‌توانند در زمان جلسه دادگاه، در نزد شاهد از وی درخواست شهادت الکترونیکی کنند؛ زیرا در آن زمان متهم باید در دادگاه حاضر باشد. اما در صورتی که متهم پافشاری کند که وی و وکیلش باید در محل شهادت حضور یابند، دادگاه می‌تواند به متهم بگوید:

«اگر شما و وکیلتان می‌خواهید که در اتاق شاهد و خارج از دادگاه باشید، می‌توانید این کار را انجام دهید؛ اما این کار (اخذ شهادت شاهد) باید قبل از محاکمه صورت گیرد. اگر شما مانند دادستان مایل باشید شهادت در طی محاکمه اخذ شود، لزوماً این کار باید از طریق پخش الکترونیکی صورت گیرد و باید در آن زمان در دادگاه حاضر باشید». به هر ترتیب، متهم باید در دادگاه حاضر شود و اگر می‌خواهد هم در دادگاه حاضر باشد و هم شهادت را حضوری اخذ کند، اخذ شهادت باید قبل از تشکیل جلسه دادگاه باشد.

IV. در دسترس نبودن شاهد^۱

سؤال این است که در چه شرایطی، شاهد دادستانی مجاز به شهادت از راه دور می‌باشد؟ این امر واضح است که اگر شاهد دادستانی می‌تواند به طور زنده در دادگاه و به روش سنتی شهادت دهد، باید به این نحو عمل کند. شماره ۱ از بند b قانون اصلاحی

1. Unavailability.

شورای قضایی «اوضاع و احوال استثنایی» را برای شهادت از راه دور مقرر می‌کند و شماره ۳ بند b مقرر می‌دارد که شاهد بایستی در زمان ارائه شهادت در دسترس نباشد. به طور خاص، نظر به مبهم بودن عبارت «شرایط استثنایی» من حدس می‌زنم که این قانون با مسائل و مشکلاتی روبرو شود.

به موجب قاعده (۴) (a) ۸۰۴، در صورتی که فردی دچار مرگ یا بیماری روانی یا جسمی یا ناتوانی باشد و نتواند حضور یابد یا نتواند شهادت دهد، وی از نظر قانون در دسترس نیست تا به ارائه شهادت بپردازد. البته گنجاندن این قاعده به مقرر مرتباً با شهادت از راه دور، سه مسأله را مطرح می‌کند:

اول اینکه ارجاع به مرگ، درست نیست. این قاعده، مرتبط با پذیرش اظهاراتی است که قبل از محاکمه ارائه شده و اگر فرد در زمان محاکمه مرده باشد، واضح است که او غیرقابل دسترس فرض می‌شود. ماده ۲۶ نیز اشاره به شهادت همزمان دارد. مطمئناً منظور کمیته مشورتی این نبوده که جسد می‌تواند شهادت دهد.

دوم اینکه عبارت «نمی‌تواند حضور یابد یا نمی‌تواند شهادت دهد» نادرست تنظیم شده است. زیرا اگر شاهد قادر به شهادت دادن نیست، به این جهت است که وی نمی‌تواند در دادگاه حاضر شود. پس قانون به درستی تدوین نگشته است.

البته این عبارت به نحو دیگری نیز قابل تفسیر است. به این نحو که وقتی شاهدی قادر به ارائه شهادت در زمان محاکمه است و می‌تواند در دادگاه حضور یابد، آیا این امکان وجود دارد که در مورد او فرض نمود که قادر به ارائه شهادت در دادگاه نیست؟ فرض کنید یک شاهد بزرگسال، مدعی عارضه روانی است که هر چند او را ناتوان از سفر به شهر مربوطه و حضور در دادگاه نکرده، اما برای او آزار دهنده است که در دادگاه حاضر شده و شهادت بدهد و برای او مناسب‌تر است که از راه دور شهادت بدهد. دادستان می‌تواند به شکل دیگری به ارائه موضوع و اعتراض به حضور فیزیکی شاهد بپردازد. به این شکل که

هر چند شاهد، قادر به حضور در محاکمه و شهادت می‌باشد، اما او «قادر به شهادت در محل محاکمه» نیست.

سوم اینکه دقت زیادی باید در استناد به «ناتوانی روانی» صورت گیرد. ممکن است ناتوانی روانی در زمان محاکمه به طور مؤثری مانع ارائه شهادت به طور حضوری شود و آنقدر مهم باشد که شهادت قبل از دادگاه او، پذیرفته شود. به طور خاص، برخی مشکلات از جمله ترس از پرواز، ممکن است مانع ارائه شهادت حضوری شود. همچنین یک شاهد ممکن است به شهادت حضوری اعتراض کند. زیرا در عین اینکه می‌تواند به دادگاه مسافرت کند، او قادر به شهادت در آنجا نیست؛ زیرا توانایی مواجهه با متهم را، به دلیل «بیماری ترس از اماکن باز و عمومی»^۱ (از جمله دادگاه) ندارد.

به طور خلاصه، طرح‌های پیشنهادی شورای قضایی یک رویکرد تأسف باری را با گنجانیدن بخشهایی از قواعد ادله فدرال اتخاذ کرده است. اتخاذ یک تفسیر درست نسبت به قاعده ۸۰۴، امری مناسب است. در عین حال، یک قانون دادرسی کیفری که شهادت از راه دور را مجاز می‌کند، نیازمند معیار عدم دسترسی است. اینکه دادستان توانایی تدارک شهادت زنده را در دادگاه ندارد، یکی از معیارهای عدم دسترسی می‌باشد. در ضمن، بیماری یا ناتوانی شاهد ممکن است منجر به شهادت از راه دور شود. اما باید توجه داشت که در مجاز نمودن شهادت از راه دور به جهت بیماری روانی، باید دقت به کار برد.

۷. پخش دو منظوره^۲ و دیگر استانداردهای کیفیت

با فرض اینکه شاهد برای شهادت در دادگاه در دسترس نیست، یا دادستان مایل به پخش شهادت از راه دور است و همچنین در حالتی که متهم و وکیل از کسب شهادت کتبی از طریق مسافرت به محل شاهد، خودداری می‌کنند؛ در چنین حالت‌هایی مصادیق مناسبی برای ارائه شهادت از راه دور مطرح می‌گردد. اما این پخش از راه دور، باید به یک

1. Agoraphobia.

2. Two-Way Transmission.

روش اقناع کننده‌ای صورت گیرد.

در طرح اصلاحی، کمیته مشورتی از تعیین استانداردهای فنی برای پخش شهادت از راه دور خودداری کرد. اما من استدلال می‌کنم که قاعده حاکم بر شهادت از راه دور، باید در سه ردیف بر شمرده شود. طرح اصلاحی تنها یک جنبه را بیان می‌کند و باقی شرایط را به یک شرط مبهم که همان «تضمین‌هایی برای پخش» می‌باشد، وامی‌گذارد.

- پخش دو منظوره

یکی از معیارهای پذیرش شهادت از راه دور این است که پخش ویدئویی باید دو منظوره باشد. این شیوه به طور کامل مناسب است: در یک پخش ویدئویی یک طرفه، شاهد، توسط حاضران در دادگاه دیده می‌شود، اما او نمی‌تواند آنها را ببیند. فرض بر این است که این روش ناکافی است. در پرونده ماری‌لند علیه کریگ،^۱ دیوان عالی روش پخش یک طرفه را برای شاهد طفل، پذیرفت. اما به همان دلایلی که فوقاً گفته شد، این پرونده در اندازه محدود خودش مفید می‌باشد و نه بیشتر.

شرطی که قاعده مواجهه بر آن مبتنی است، محق بودن متهم برای روبرو شدن با شاهد، به شکل چهره به چهره می‌باشد. بر خلاف پخش یک طرفه، در پخش دو منظوره، مواجهه حاصل می‌شود.

- شفافیت و وضوح پخش

به منظور حصول اقناع، پخش باید واضح باشد. شرکت کنندگان در دعوا، باید قادر باشند تا شاهد را به وضوح ببینند و صدای او را بشنوند. شاهد نیز باید بتواند به وضوح قاضی، هیأت منصفه، وکیل و متهم را ببیند و صدای آنها را بشنود. کمیته مشورتی برخی از این شرایط را، در اخطار خود متذکر شده است، اما متن اصلاحیه بیانگر شرط «وضوح» نبوده است.

1. Maryland v. Craig.

در پیش‌نویس اصلاح شده، این شرط باید مقرر شود. در ضمن در «وضوح» نباید به سطح پایینی از فناوری اکتفا نمود.

- هدایت و راهنمایی

با فرض اینکه حتی در پخش دو منظوره نیز، صرفاً چهره شاهد دیده می‌شود و کل اتاق او قابل رؤیت نیست؛ ممکن است شاهد برای بیان مطالبش توسط فرد دیگری راهنمایی شود (که امری خلاف قانون است). هرچند هدایت شاهد در برخی موارد مناسب می‌باشد. برای مثال اگر شاهد یک طفل یا فرد دیگری است که نیاز به فهم عبارات دادگاه دارد و یا به دلیل عدم آشنایی با زبان آنها نیاز به کمک دارد، در این حالت، راهنمایی فرد ثالث ضروری است. بنابراین، در این قاعده باید مقرر کرد که هر هدایتی باید برای دادگاه عرضه شود؛ به نحوی که دادگاه بتواند تصمیم بگیرد که آیا این راهنمایی ضروری است یا نه و همچنین لازم است هیأت منصفه نیز به طور کامل از آن آگاهی یابد.

VI. شهود متهم

تا به این قسمت، تمرکز اصلی بر روی استفاده از پخش ویدئویی برای «شاهد دادستانی» بود. اما پخش ویدئویی ممکن است برای شاهد متهم، مورد استفاده قرار گیرد. این دو وضعیت، قرینه یکدیگر نیستند. در واقع، سیستم عدالت جزائی، مملو از نامتقارنات است. در اینجا به طور واضح، تنها متهم دارای حق مواجهه است. بعلاوه جز در صورتی که دادستان، جرم متهم را فراتر از شک معقول ثابت می‌کند، در حالت دیگر، متهم باید تیرئه شود. ضمناً، به طور معمول دادستان امکانات و منابع بیشتری نسبت به متهم برای ارائه شهادت از راه دور دارد. بنابراین، مناسب نیست که فرض کنیم، همان استانداردها باید برای شاهد متهم نیز رعایت شود.

در دو جهت، قاعده‌ای که شهادت از راه دور را مقرر می‌کند، باید برای چنین شهادتی (شهادت شاهد متهم از راه دور) نسبت به حالتی که شاهد توسط دادستان دعوت می‌شود،

پذیراتر باشد.^۱ اول اینکه، هر چند بهتر است که شهادت شاهد متهم نیز از طریق پخش دومنظوره ارائه شود، ولی این امری ضروری نیست.

دوم اینکه نیازی نیست تا برای پذیرش شهادت از راه دور توسط شاهد متهم، حتماً استاندارد عدم دسترسی وجود داشته باشد. شاید تنها در صورتی که امکان شهادت در دادگاه برای شاهد متهم، فراهم باشد (و او می‌خواهد از راه دور شهادت دهد)، احتمال پیش‌داوری برای قاضی و هیأت منصفه بیشتر می‌شود. مگر اینکه متهم بتواند دادگاه را قانع کند که پخش ویدئویی، بهتر می‌تواند در تبرئه و اقناع هیأت منصفه عمل کند.

۱ . منظور این است که رعایت دو شرط دسترسی نبودن و پخش دو منظوره که در مورد شاهد دادستانی باید رعایت می‌شد، در مورد شاهد متهم که می‌خواهد از راه دور شهادت بدهد، ضروری نیست.

منشور انجمن‌های حرفه‌ای اروپایی برای مبارزه با جرایم سازمان یافته (مصوب ۲۷ ژوئیه ۱۹۹۹ بروکسل)

ابراهیم یوسفی محله^۱

مقدمه

امروزه شبکه‌های قدرتمند سازمان‌های جنایی با گستره فعالیت‌های هماهنگ خود در همه جای دنیا با تاثیرات بسیار زیاد در عرصه‌های مختلف یکی از مهم‌ترین نگرانی‌ها در جوامع ملی و بین‌المللی محسوب می‌شوند به گونه‌ای که امنیت سیاسی، اجتماعی و اقتصادی را در معرض خطر قرار داده‌اند.

مشکل شناخت ویژگی‌ها و ابعاد این سازمان‌ها موجب شده تعریف قانونی از آنها سخت و دشوار گردیده و در نتیجه مبارزه با آنها دشوار شود. هر چند در تعریف و ذکر مصادیق جرم سازمان یافته تفاهمی حاصل نگردیده، اما در مجموع می‌توان جرایم سازمان یافته را رفتار ساختارهای مجرمانه‌ای دانست که بر مبنای اصول و شیوه‌های مورد قبول این شبکه‌ها و به منظور دستیابی به اهداف و منافع خاص مرتکب می‌شوند که عمده هدف آنها کسب سودهای سرشار است.

مشکل دیگر در این زمینه گستردگی (فعالیت) و ابعاد فراملی آن است، به گونه‌ای که

۱. وکیل دادگستری

تلاش‌های به عمل آمده در داخل کشورها را با شکست رو به رو می‌سازد. به همین جهت، ضرورت برخورد بین‌المللی بیشتر احساس می‌شود. مهم‌ترین اقدام بین‌المللی در این خصوص تصویب کنوانسیون پالرمو در سال ۲۰۰۰ میلادی است. در این کنوانسیون، به بحث پیشگیری در جهت افزایش هوشیاری و آموزش افراد مرتبط و در نتیجه کاهش فرصت گروه‌های سازمان یافته بزهکار، توجه خاصی شده است. در این خصوص، می‌توان یکی از علل توفیق نسبتاً کم در زمینه مبارزه با این جرایم را تصویری دانست که مبارزه با آنها را وظیفه صرفاً دولتی می‌داند در حالی که رویکرد توسل به جامعه مدنی در این مورد از اهمیت خاصی برخوردار است.

بند ۲ ماده ۳۱ کنوانسیون پالرمو از اعضا می‌خواهد که در جهت اعتلای استانداردها و رویه‌های طراحی شده برای حراست از سلامت نهادهای عمومی و خصوصی و نیز آیین‌نامه‌های رفتار حرفه‌ای مشاغل مرتبط به ویژه وکلا، کارکنان دفاتر ثبت دولتی، مشاوران مالیاتی و حسابداران، اقدام‌های لازم را به عمل آورند و در مقابل، نسبت به جرم‌انگاری هرگونه رفتار در جهت مساعدت، ترغیب، تشکیل یا مشاوره در ارتکاب این جرایم اقدام کنند.

منشور ذیل براساس توافق چندین انجمن حرفه‌ای بین‌المللی حقوقی در اروپا، از جمله، کنفرانس دفاتر ثبت اسناد اتحادیه اروپایی، شورای کانون‌های وکلای اتحادیه اروپایی، فدراسیون حسابداران و کارشناسان حسابداری و مشاوران مالیاتی، در تاریخ ۲۷ ژوئن سال ۱۹۹۹ میلادی در بروکسل و در جهت مبارزه با جرایم سازمان یافته توسط نهادهای مدنی، کاهش فرصت این گروه‌ها و مهم‌تر از همه حمایت از اعضای اصناف و حرفه‌های حقوقی مربوطه در قبال سوء استفاده‌ها و حفظ شئون و سلامت حرفه‌ای و اعتماد عمومی به تصویب رسیده است.

شایسته است مسئولان نهادهای مدنی - حقوقی در کشورمان که مهم‌ترین آنها کانون وکلای دادگستری و نیز کانون سردفتران و دفترباران است با الهام از منشور حاضر پیش از آنکه موج جهانی جرایم سازمان یافته، فرصت زمانی برخورد و اقدام را از آنان سلب کند؛ در

این خصوص تصمیم بگیرند و راهکارهای اجرایی مطمئن و کارشناسی شده را در تنظیم قوانین و تصویب مقررات و بخشنامه های حقوقی و دستورالعمل های اداری ارائه کنند تا در جهت سیاست های دستگاه قضایی مبتنی بر قضاوتدایی و پیشگیرانه، اقدام هایی مؤثر و به موقع انجام شود.

متن منشور :

۱- انجمن های حرفه ای اروپایی امضا کننده این منشور، با اعلام حمایت خود از موضوعات مطروحه در چارچوب اقدامات اتحادیه اروپایی در خصوص جرایم سازمان یافته (مخصوصاً توصیه نامه شماره ۱۲ آن اتحادیه) متعهد می شوند که در مورد مقررات و رویه‌های ناظر بر حرفه های مربوطه، انجمن های عضو خود را به موارد ذیل تشویق کنند :
- تصویب هنجارها (norms = نُرم‌ها)، خط مشی‌ها در چارچوب قوانین اخلاق حرفه‌ای حاضر یا آینده، به گونه‌ای که بتواند از مشارکت اعضای صنفی و حرفه‌ای در تقابل با موضوع های تقلب، فساد، فحشا و پولشویی و سوء استفاده از آنها در این جرایم سازمان یافته حمایت و از آنها مراقبت کند.

- اصلاح و در صورت نیاز جایگزینی و یا تصویب مقرراتی که بتواند اجرای صحیح این ضوابط و هنجارها توسط اعضای صنف^۱ را مورد مراقبت قرار دهد.
این مقررات مشتمل بر مجازات های متناسب برای ناقضان (نقض کنندگان) هنجارهای مذکور خواهد بود.

- انجمن‌های حرفه‌ای امضا کننده این منشور متعهد می شوند در چارچوب (موقعیت جغرافیایی) جوامع اروپایی و در صورتی که مناسب تر باشد در چارچوب بین‌المللی، هنجارها یا خط مشی‌های مشترک را برای هر حرفه تعریف کنند.

۲- انجمن‌های حرفه‌ای اروپایی امضا کننده این منشور از اعضای صنف می‌خواهند که

۱ . منظور از اعضای صنف همان اعضای حرفه و مشاغل است . یعنی شاغلین حرفه خاص و افراد هر صنف، حرفه و شغل که معمولاً عضو انجمن‌ها و کانون‌های صنفی و حرفه‌ای هم هستند مانند اعضای حرفه سردفتری یا مثلاً افراد صنف وکلا یا اعضای جامعه مهندسان و ...

نقش مهمی را در حمایت از منافع عمومی ایفا کنند. بدین خاطر انجمن های حرفه ای ملی در تضمین احترام و رعایت همه جانبه اعضای شاغل شان در کشورهای عضو اتحادیه اروپا در خصوص قوانین مورد اجرا نسبت به همه شهروندان در ارتباط با مبارزه با تقلب، فساد، فحشا و پولشویی و به خصوص مقررات خاص مربوط به هر حرفه تعهد ویژه ای دارند.

در این زمینه بر اهمیت بسیار زیاد این امر تأکید می شود که :

- اعضای صنف و حرفه، نباید به طور عمدی در یکی از فعالیت های مجرمانه مذکور مشارکت کنند.

- فرد صنفی مشاوره ای نخواهد داد که موجبات پنهان کاری (سرپوش گذاشتن)، کتمان یا مخفی نگه داشته شدن فعالیت مذکور در گذشته، حال و یا آینده فراهم شود و یا انجام آنها را تسهیل کند.

- زمانی که اعضای صنف در حال انجام فعالیت (شغلی و حرفه ای) و مسئولیت های خود می باشند، نباید اعمال و رفتاری را انجام دهند که موجبات آسیب رساندن به سلامت حرفه ای آنان را فراهم نماید.

۳- انجمن های حرفه ای اروپایی امضا کننده این منشور می پذیرند که اصول زیر به عنوان عناصر بنیادین هنجارها یا خط مشی های آنان در نظر گرفته شوند:

الف) اعضای حرفه ای (و افراد صنف) نباید هیچ گونه حق حساب (اضافه دریافتی) یا دیگر هدایای غیرقانونی به حساب خود یا مشتری شان با هدف انجام فعل یا ترك فعل در جهت نقض (وظایف و) کارکردهایشان دریافت کنند.

ب) اعضای صنفی نباید از اطلاعات حرفه ای مجرمانه شان در جهت منافع شخصی یا اهداف غیرقانونی استفاده کنند.

ج) زمانی که مسئولیت پول مشتری برعهده عضو صنفی قرار می گیرد به رغم اینکه مقررات حقوقی او را ملزم به بررسی هویت در شرایط خاصی می کند لیکن عضو حرفه ای و صنفی باید این وظیفه را به طور منظم و مستمر ضمن اقدامات معقول برای کسب اطلاعات مفید اجرا کند.

د) زمانی که يك عضو صنفی غیرمتخصص در حرفه متوجه می‌شود که اجرای دستورهای مشتری‌اش احتمال مشارکت در یکی از فعالیت‌های مجرمانه مذکور را دربردارد، باید از موضوع کناره‌گیری کند.

۴- انجمن‌های حرفه‌ای اروپایی امضاکننده همچنین می‌پذیرند که اقدامات تکمیلی یا اصلاحی ذیل را با همکاری کامل اعضای انجمن خود به انجام برسانند:

- ایجاد یا اصلاح نظام کنترلی یا شیوه‌های درون‌افشایی حرفه‌ای یا هر دو ابزار مذکور، نظام متناسب مجازات‌کننده در خصوص فعالیت‌های مرتبط با جرایم سازمان‌یافته و ابطال مجوزهای صنفی (حرفه‌ای) اعضا.

- ایجاد يك نظام مشورتی مجرمانه در سطح انجمن حرفه‌ای ملی جهت کمک به اعضای که در تفسیر مقررات و قوانین اخلاق حرفه‌ای کامل اشکالاتی دارند.

- ایجاد یا اصلاح تحقیقاتی که نهادهای حرفه‌ای به درخواست مشتریان انجام می‌دهند.

- ارتقای اقدامات ابتکاری انجمن‌ها یا نهادهای حرفه‌ای در جهت پیشگیری از مشارکت اعضایشان در فعالیت‌های موضوع جرایم سازمان‌یافته (اطلاع‌رسانی، مبادله بهترین تجربیات، مشاوره‌های تخصصی و آموزشی).

- ارائه اطلاعات در خصوص قوانین اخلاق حرفه‌ای مشاغل و تضمین ارائه مستمر آنها نزد طرفین، از جمله؛ انجمن‌های حرفه‌ای کشورهای متقاضی.

نامه سر دفتر اسناد رسمی ۲۴ تهران به ریاست معظم قوه قضاییه

بسمه تعالی

فقیه مجاهد حضرت آیت‌الله هاشمی شاهرودی دامت برکاته

ریاست معزز قوه قضاییه

با عرض سلام و تحیت و آرزوی تندرستی و سلامتی برای حضرتعالی و عزت و اقتدار نظام مقدس جمهوری اسلامی ایران به عنوان کسی که ۲۳ سال سردفتر اسناد رسمی بوده و حدود ۱۵ سال به عنوان دفتریار چندین دفترخانه تهران فعالیت داشته و هم چنین به عنوان فردی که پدر بزرگوارش نیز حدود ۳۵ سال سردفتر اسناد رسمی در ۳ استان مهم کشور یعنی مازندران، یزد و تهران بوده و با فرهنگ‌های مختلف آشنا شده و با کسب تجربه از ایشان، شاید ظرافت کار دفاتر اسناد رسمی را بداند، لذا به عنوان سردفتر اسناد رسمی شماره ۲۴ تهران، نه به عنوان رئیس هیأت مدیره کانون سردفتران و دفتریاران که دو دوره مسئولیت آن را عهده‌دار بوده و هستم قلم برداشته چند سطر مصدع خاطر حضرت مستطاب عالی می‌شوم.

آنچه که اینجانب را بر آن داشت که راقم این سطور باشم، شهدالله فقط و فقط برای رعایت قوانین و استحکام نظام مقدس جمهوری اسلامی و قسط اسلامی است که خدای

ناخواسته عملی خلاف قانون و شاید هم شرع مقدس اسلام انجام نشود که در آینده باعث افزایش تخلفات در دفاتر اسناد رسمی و جعل اسناد به دلایل متعدد باشیم.

اعلام افزایش حدود ۴۰۰۰ دفتر اسناد رسمی در شرایط فعلی که خود نیز در حال حاضر بیشتر از حد قانونی آن است (حدود ۴۰۰۰ دفتر) موجب نگرانی‌هایی شده که از دید کارشناسی جای تأمل بیشتری داشته و دارد.

همانگونه که مستحضرید دفاتر اسناد رسمی در اکثر کشورها دارای جایگاه خاص و ویژه می‌باشد. دفاتر اسناد رسمی اولین مجموعه بخش خصوصی کشور است که امور حاکمیتی را انجام می‌دهند. فلسفه تفویض وظایف و مسئولیت‌های حاکمیتی، از دو منظر قابل بررسی است؛ اول انتقال بار سنگین مالی تأسیس دفاتر از دولت به بخش خصوصی، دوم انتقال مسئولیت سنگین جبران تمامی خسارات ناشی از تخلف، قصور، سهل‌انگاری و حتی سهو، از دولت به سردفتر. در حقیقت اگر هر یک از دلایل فوق نبود، هیچ دلیلی بر خصوصی‌شدن دفاتر اسناد رسمی نبود. خسارات گاهی آن چنان سنگین است که نمی‌توان آن را با هیچ شغلی مقایسه کرد، حتی مقایسه آن با قضاوت، مقایسه‌ای مع‌الفارق است. در قضاوت جبران خسارات برعهده دولت است و حتی قاضی می‌تواند پس از اطلاع از اشتباه، رأی خود را اصلاح نماید، در صورتی که برای سردفتر چنین امتیازی در نظر گرفته نشده است.

با آگاهی از فرق بین اسناد عادی و رسمی و اعتباری که مقنن برای سند رسمی قائل شده است، به همان میزان سردفتر در موقعیتی قرار دارد که سند تنظیمی او را نمی‌توان با انکار و تردید مخدوش کرد و حتی در ادعای جعل اقامه دلیل برعهده مدعی است. با توجه به لزوم ثبت معاملات راجع به عین یا منافع اموال غیرمنقول، در حقیقت امنیت اقتصادی کشور خصوصاً در بخش اموال غیرمنقول در دست دفاتر اسناد رسمی است. به عبارتی، مسئولیت و اعتبار سند رسمی، سردفتران را در موقعیتی خاص قرار داده است. وظیفه حاکمیت در قبال تفویض چنین اعتباری، اول دقت در گزینش سردفتران هم از نظر علمی

و هم از نظر سلامت اخلاقی است. دوم، تأمین مالی او و سوم نظارت مستمر و دقیق بر عملکرد آنها است. به یقین هرگاه در هر یک از امور فوق خللی وارد شود، همه خسارت خواهند دید و مردم به واسطه اعتماد ناشی از اعتبار حاکمیتی بر دفاتر، اولین زیان دیدگان خواهند بود. به همین جهت است که سردفتری حرفه‌ای خاص و منحصر به فرد است، تأثیر سردفتری بر حقوق مدنی عمیق، ناپیدا، متحول کننده و پیچیده است. کار سردفتران محدود به نگارش اسناد نیست بلکه نگارش سند نزد سردفتران، موجب رسمی شدن اسناد می‌شود. ایشان آنها را نگهداری و بایگانی می‌نمایند، به مراجعان مشاوره حقوقی می‌دهند و در تمام این زمینه‌ها قانوناً مسئولیت حقوقی و جزائی و مدنی دارند. به همین خاطر است که جایگاه سردفتر را این گونه توصیف و معرفی کرده‌اند: «شاهد معتبر و امینی صادق و ضامن برقراری امنیت در زمینه‌های اجتماعی و اقتصادی و سیاسی و قراردادهای و ناظر بر آنها.»

نقش سردفتری در حوزه‌های اقتصادی نیز بسیار مهم است، زیرا سردفتر نمی‌تواند به قراردادی رسمیت بخشد که شائبه سوءاستفاده از مزایا یا قدرت بر آن نشسته باشد، اعتبار، شأن و جایگاهی است که حکومت به اسناد رسمی می‌بخشد و به همین خاطر است که اسنادی که توسط سردفتر به عنوان فرد مسئول از سوی حکومت امضاء و مهر می‌نماید دارای ۳ امتیاز اساسی است: ۱ - قطعیت سند ۲ - قدرت اجرایی سند ۳ - ضمانت سند

به طور خلاصه سردفتران با داشتن سه خصوصیت ممتاز توانسته است در توسعه حقوقی، قضایی، اقتصادی، اجتماعی و حتی سیاسی کشور نقش به سزایی ایفا نمایند: اول ثبات، دوم شبکه گسترده‌ای که تمام کشور را پوشش می‌دهد و سوم جلب اعتماد قدرت‌های سیاسی و اقتصادی و سایر نقش‌آفرینان عرصه حقوق و قانون، به این ترتیب ملاحظه می‌فرمائید که سردفتر صرفاً یک شاهد ممتاز در امر تنظیم سند نیست بلکه یک مشاور عالی و ممتاز است که هم قدرت حاکمه و هم سایر طرف‌های ذی‌نفع در مسائل مختلف می‌توانند از مشاوره‌های او استفاده کنند و به همین علت است که سردفتران

توانسته‌اند در طول تاریخ حیات خود نقش قابل توجهی را در توسعه و تحول کشور ایفا نمایند. لذا سردفتران توانسته‌اند اعتماد دو گانه را برانگیزند. اعتماد دولت جهت وصول مطالبات و اعتماد مردم در جهت تنظیم و ثبت معاملات آنها، علاوه بر وظایف و مسئولیت‌های فوق کنترل ممنوع‌المعامله‌ها، احراز هویت، تطبیق قوانین و مقررات با خواست مردم و حفظ حقوق اصحاب معامله و دقت در اصالت اسناد، تنها بخش کوچکی از مسئولیت‌های سردفتران است. وجود اسناد و شناسنامه‌های جعلی و روش‌های فریبنده متعدد دیگر، نیاز به سردفترانی مجرب و کارآزموده و دوره دیده را ضروری می‌نماید. بنابراین دفترخانه فضایی را می‌طلبد تا سردفتران در آرامشی تمام به انجام وظایف خود بپردازند. به همین دلیل است که در اکثر کشورهایی که جزو نظام حقوق نوشته می‌باشند مانند فرانسه و بلژیک و... سردفتران از بین افرادی انتخاب می‌شوند که دوره سردفتری دیده باشند و حداقل در دفتر اسناد رسمی ۲ سال کارآموزی کرده باشند.

بررسی عملکرد هشتاد ساله دفاتر اسناد رسمی کشور در مقایسه با دیگر بخش‌ها، آنان را در جایگاه ممتازی قرار داده است. نقض قانون و تخلفات گسترده چند سال اخیر، ناشی از عدم تعادل در افزایش دفاتر است. بیشترین آمار تخلفات موجود در کانون، مربوط به دفاتر جدیدالتأسیس است.

حضرت آیت‌... هاشمی، آنچه که مقدمتاً به عرض رسید و شایسته است به آن توجه شود تصمیم و اقدام به افزایش حدود چهار هزار دفتر اسناد رسمی دیگر است که تبعات چنین تصمیمی از جهات مختلف موجب نگرانی‌هایی شده که اهم مشکلات ناشی از افزایش دفاتر را به عرض می‌رساند، استدعا دارد دستور فرمایید کار کارشناسی دقیق‌تری در آن صورت گیرد.

اهم مشکلات ناشی از افزایش دفاتر:

۱ - هزینه‌های درمانی، حقوق بازنشستگی و مستمری سردفتران و دفترباران و افراد تحت تکفل آنها از ده درصد واریزی حق‌التحریر ماهانه دفاتر اسناد رسمی تأمین می‌شود.

هم‌اکنون درآمد کانون از ده درصدهای وصولی ۲۴ میلیارد تومان در سال است. در حالی که هم‌اکنون بیش از ۲۴ هزار نفر تحت پوشش کانون می‌باشند، فقط بابت حقوق بازنشستگی و مستمری حدود ۱۶ میلیارد تومان بودجه برای سال جاری پیش‌بینی گردیده است و با حداقل‌های در نظر گرفته شده، حدود ۴ میلیارد تومان برای درمان آنها تأمین گردیده است. از آنجا که کانون نمی‌تواند برای کسب درآمد اقدام به سرمایه‌گذاری اقتصادی نماید و با در نظر گرفتن افزایش نرخ تورم و هزینه‌ها و تغییر هر چهار سال یک بار حق‌التحریر دفاتر، از هم‌اکنون ما با مشکلات عدیده‌ای روبرو هستیم. این در حالی است که اگر چهار هزار سردفتر جدید اضافه گردد، به تبع آن چهار هزار نفر دفتریار، با میانگین حداقل ۲ نفر تحت تکفل آنها، حدود ۲۴ هزار نفر در مدت کوتاهی علاوه بر تعداد فعلی تحت پوشش کانون قرار خواهند گرفت. چنین افزایشی فوق‌تصور و توان کانون است.

آنچه قابل پیش‌بینی است، ظرف مدت چند ماه کانون سردفتران ورشکسته خواهد شد. نقض حقوق کسانی که با پرداخت ۱۰ درصد درآمد ناخالص خود (حتی قبل از کسورات و هزینه‌های جاری) امید به آینده نه چندان مطمئن دوخته‌اند، خلاف شرع و عقل سلیم است. چگونه عدالت اجازه می‌دهد ۲۴ هزار نفر تحت پوشش پس‌اندازی قرار گیرند که خود هیچ‌گونه نقشی در جمع‌آوری آن نداشته‌اند. پاسخگویی به تبعات چنین تصمیمی برعهده کیست؟

حضرت آیت‌اله شاهرودی، به یقین هم‌اکنون افرادی تحت پوشش کانون می‌باشند که چشم امید به حقوق بازنشستگی و یا مستمری آخر ماه دوخته‌اند، که در صورت ورشکستگی کانون، ادامه زندگی شرافتمندانه آنها با مشکل مواجه خواهد شد.

۲ - افزایش دفاتر اسناد رسمی برخلاف صریح ماده ۵ قانون دفاتر اسناد رسمی است. ماده ۵ قانون مصوب سال ۱۳۵۴ پس از چند سال کار کارشناسی و با توجه به مسئولیت‌ها و وظایف سردفتران، به خصوص به منظور سلامت آنها تدوین یافته است. ماده ۵ ضابطه تأسیس دفاتر اسناد رسمی را به طور دقیق و غیرقابل تفسیر تعیین نموده است. برابر ماده

فوق : «... در شهرها برای حداقل هر ۱۵ هزار نفر و حداکثر هر بیست هزار نفر... یک دفترخانه... و شهر و بخش‌هایی که جمعیت آنها کمتر از پانزده هزار نفر باشد یک دفترخانه...» در نظر گرفته شده است به نظر می‌رسد پذیرش سردفتران جدید نقض آشکار قانون و ماده فوق باشد.

۳ - هزینه‌های ثابت تأسیس دفترخانه (شامل حداقل اجاره محل، حقوق و حق بیمه کارکنان و هزینه‌های جاری شامل آب، برق، گاز، تلفن و ملزومات) با توجه به درآمد محدود ناشی از معاملات، موجب خواهد شد سردفتران جدید نتوانند حداقل نیازهای خود را تأمین نمایند و در نتیجه آنچه قابل پیش‌بینی است بعضی از آنها مجبور به استعفا و برخی با قانون فروشی و رقابت ناسالم باعث افزایش پرونده‌های جعل و کلاهبرداری و حجم انبوه پرونده‌ها در شعبات دادگاه‌ها و زیرپا گذاشتن حقوق مردم اقدام به کسب درآمد غیرمشروع خواهند نمود. در بهترین وضعیت و به منظور حیات آنها باید حق‌التحریر افزایش یابد که خود ظلمی است بر مردم.

همچنین باید در نظر داشت تعداد زیادی از افرادی که به سمت سردفتری انتخاب خواهند شد هم‌اکنون شاغل و به منظور درآمد بیشتر، شغل فعلی خود را از دست خواهند داد. عدم کسب درآمد قابل انتظار و از دست دادن شغل فعلی و عدم پوشش مناسب خدمات درمانی، فشارهایی را بر قوه قضاییه وارد خواهد کرد که پاسخگویی هر یک قابل تأمل است.

۴ - لازمه هر دفترخانه وجود دفتریار است، برابر مقررات موجود، دفتریاران از بین کسانی پذیرفته می‌شوند که حداقل یک سال سابقه کارآموزی در دفترخانه داشته باشند. در حال حاضر و با حدود ۴۰۰۰ دفترخانه، تعداد ۴۰۰۰ نفر کارآموز وجود ندارد. بنابراین در صورت تأسیس دفترخانه جدید قانوناً آنها فاقد شرایط قانونی فعالیت خواهند بود.

۵ - همان طور که گفته شد، یکی از وظایف حاکمیت، نظارت مستمر بر دفاتر اسناد رسمی است. برابر ماده ۷۳ قانون دفاتر اسناد رسمی باید حداقل هر شش ماه یک بار دفاتر

مورد بازرسی قرار گیرند. به استحضار حضرتعالی می‌رساند اکثر دفاتر موجود به علت کمبود بازرس، سال‌ها است بازرسی نشده‌اند. افزایش دفاتر بدون استخدام کارکنان جدید، رها شدن تمامی دفاتر و حداقل نظارت را در پی خواهد داشت و در صورت استخدام آنها، موجب نقض ماده ۱۴۵ قانون برنامه چهارم توسعه خواهد بود.

۶- هر دفترخانه جدید نیازمند حداقل دو یا سه کارمند متخصص و مجرب و باسابقه کار در دفترخانه می‌باشد که در حال حاضر چنین حجمی از کارمندان متخصص وجود نداشته و ندارد و این خود موجب افزایش تخلفات ناخواسته کارکنان دفترخانه و سردفتران خواهد شد.

۷- علی‌رغم افزایش حق‌التحریر دفاتر اسناد رسمی بعد از ۵ سال و لایتغیر بودن آن برای ۴ سال آینده (وفق ماده ۵۴ قانون دفاتر اسناد رسمی) متوسط درآمد هر دفترخانه در شهر تهران حدوداً پنجاه میلیون ریال (پنج میلیون تومان) می‌باشد. این در حالی است که وفق ماده واحده قانون توزیع حق‌التحریر دفاتر اسناد رسمی مصوب ۷۳/۳/۲۸ مجلس شورای اسلامی سردفتر مکلف است همه ماهه ۱۰ درصد از حق‌التحریر دریافتی را جهت بیمه و بازنشستگی سردفتر و دفتریار و عائله تحت تکفل آنها به حساب کانون سردفتران و ۱۵ درصد دیگر را به دفتریار اول و ۱۵ درصد دیگر را به عنوان پاداش به کارمندان دفترخانه و حدود ۵ الی ۱۰ درصد از حق‌التحریر خود را به عنوان مالیات شغلی به وزارت دارایی پرداخت می‌نماید و ۲۲ الی ۲۵ درصد آن به حقوق کارکنان دفترخانه (و بالطبع به حق بیمه و مالیات) و یا سایر هزینه‌های جاری مانند اجاره بها، آب، برق، گاز، تلفن و ملزومات منظور می‌شود. بنابراین ملاحظه می‌فرمائید که خالص دریافتی هر سردفتر در شهر تهران با احتساب کسورات ذکر شده معادل ۵۰۰ الی ۸۰۰ هزار تومان می‌باشد که با توجه به افزایش حق‌التحریر هر چهار سال یک بار و نرخ تورم، دفاتر همیشه با مشکلات مواجه می‌باشند لذا با توجه به مراتب فوق افزایش دفاتر جای بررسی بیشتری دارد.

۸- در نگاه ابتدایی شاید ازدیاد دفاتر با توجیه ایجاد اشتغال مدلل گردد، لیکن باید

خاطر نشان نمود که این امر از یک سو به جهت کاهش درآمد دفترخانه موجب تعدیل نیروهای کار دفاتر شده و مآلاً موجبات بیکاری ایشان را فراهم آورده و از سوی دیگر موجب افزایش تخلفات در دفاتر می‌شود، زیرا تعداد اسناد موجود در سطح کشور محدود بوده که با ازدیاد دفاتر همین تعداد اسناد باید بین دفاتر بیشتری تقسیم گردد که احتمال توسل به حیل مختلف جهت جذب ارباب رجوع و تمسک به حیل قانونی برای تنظیم اسناد خلاف قانون امری دور از ذهن نخواهد بود.

حضرت آیت‌ا... هاشمی، ازدیاد دفاتر اسناد رسمی و کاهش کار و درآمد دفاتر و احتمالاً افزایش تخلف در آنها عواقب بس خطیر و بعضاً غیرقابل جبرانی برای آحاد افراد و دولت به همراه خواهد داشت. کوتاه سخن آنکه با ارتکاب تخلف و خصوصاً جرم و جعل در اسناد رسمی، نقش اثباتی سند رسمی متزلزل می‌گردد و فزونی طرح شکایت و دعاوی جعل اسناد رسمی علاوه بر افزایش بار کاری محاکم، که می‌بایست از سند رسمی به عنوان دلیل استفاده نمایند به اصالت آن رسیدگی کنند، در این صورت افزایش تخلفات موجب سلب اعتماد مردم به دفاتر اسناد رسمی و مآلاً قوه قضاییه و در سطح کلان دولت به مفهوم وسیع کلمه خواهد بود.

با عنایت به مراتب معروضه نظر به اینکه این اقدام آقار غیرقابل جبران را به همراه خواهد داشت. رسیدگی به موضوع و تجدیدنظر در پذیرش دفاتر جدید از محضر عالی مورد استدعا می‌باشد، تا آن گونه شود که سردفتران و دفترباران شاغل و بازنشسته و یا حتی سردفتران و دفترباران آینده نیز دعاگو بوده و دعای خیر آنها بدرقه راهتان باشد.

با احترامات فائقه

هادی معزالدینی

سردفتر اسناد رسمی شماره ۲۴ تهران

۸۶/۹/۲۴

اطلاعیه

همکاران محترم سردفتر و دفتریار

به موجب تصمیم مورخ ۱۳/۹/۸۶ هیأت مدیره محترم کانون، تا اطلاع ثانوی قرارداد همکاری با دندانپزشکان طرف قرارداد کانون لغو گردید. همکاران گرامی می‌توانند به دندانپزشک دلخواه خود مراجعه و گواهی مربوطه را به مدیریت درمان کانون ارائه تا نسبت به پرداخت آن پس از رسیدگی برابر تعرفه و در سقف سالانه مصوبه کانون اقدام گردد.

هادی معزالدینی

رئیس هیأت مدیره کانون سردفتران و دفتریاران

تصحیح و توضیح

در صفحات ۱۳۳ تا ۱۴۰ مجله شماره ۷۰ (خرداد و تیرماه ۸۶) در سطور مختلف و جداگانه سمت رسمی جناب آقای مرتضی یوسفزاده، «مستشار محترم دیوان عالی کشور» به اشتباه «رئیس شعبه ۲۴ دیوان عالی کشور» درج شده بود که ضمن پوزش از مشارالیه و خوانندگان محترم بدین وسیله تصحیح می‌نماید.

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، دفترباران، همکاران ثبتی، پژوهشگران، حقوق‌دانان، صاحب‌نظران و اهل قلم به همکاری، رعایت نکات زیر را در مقالات ارسالی توصیه می‌کند:

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

«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.