

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

کانون

مجله خبری و تحلیلی در زمینه علوم انسانی
سال پنجاهم ، دوره دوم ، شماره ۸۲ و ۸۱
خرداد و تیر ماه ۱۳۸۷

صاحب امتیاز و مدیرمسئول:

کانون سردفتران و دفتریاران

سردبیر:

ناصر نایی

مدیر اجرایی :

نورعلی مظاهری

ویراستار ادبی:

وحید امینی

حروفچین و صفحه‌آرا:

فهیمه اسماعیلی

همکاران این شماره:

دکتر مصطفی السان، دکتر سید محسن

بهشتیان، محمد حنیفه اقبالی درخشان، خسرو

عباسی داکانی، محمد علومی، رحمان عمروانی،

دکتر سلیمان فدوی، محمدباقر قربان‌وند،

عباس کاظمی نجف‌آبادی، صابر ناظمی،

دکتر ناصر نایی

پایگاه اینترنتی کانون سردفتران و دفتریاران:

www.notary.ir

(دفاتر اسناد رسمی یک جلد رایگان)

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

فهرست مندرجات

صفحه	عنوان
۷	اول دفتر دکتر ناصر نایبی
۹	تقدی بر وضعیت کنونی گواهی الکترونیکی در ایران دکتر مصطفی السان
۲۵	تحلیل موقعیت وجه التزام در قراردادها محمدباقر قربان وند
۵۱	بررسی تعارض سند رسمی با سند عادی رحمان عمروانی
۶۶	مفهوم و اعتبار شروط ابتدایی سید محسن بهشتیان
۸۷	تئوری عمومی حق مالکیت خسروعباسی داکانی

-
- ۱۱۵ بیع زمانی یا تایم شر چیست؟
عباس کاظمی نجف‌آبادی
- ۱۳۱ ترجمه قانون اجاره به شرط تملیک کشور ترکیه
مترجم: دکتر سلیمان فدوی
- ۱۴۰ قراردادها/ ماهیت، طبقه‌بندی و تشکیل (بخش سوم)
مترجم: محمد حنیفه اقبالی درخشان
- ۱۶۰ استرداد حق الثبت
صابر ناظمی
- ۱۶۷ نگاهی به مبحث تصرف
محمد علومی
- ۱۷۱ گزیده قوانین، اخبار، نامه‌ها و ...

«ای عدالت، مرا در زمره عاشقان خود بپذیر و فیضی بخش تا
سیمای تو را در پرده هر بندار و ریا از ستم باز شناسم. من نیز
در برابر، سراسر منطق را به پای تو می‌ریزم و همه قوانین را به
سوی تو می‌کشم؛ باشد که این معامله به هدایت اندیشه من و
چیرگی تو بر لشکر ظلم انجامد...»
دکتر ناصر کاتوزیان «گامی به سوی عدالت»

به مناسبت هفته قوه قضاییه

اول دفتر

دوران امور در جهان هستی و کلیت کائنات بر حول محور تعادل در کنش و واکنش در
اجزای عالم است.

راز و رمز این تعادل و هماهنگی همان اکسیر نایاب عدل می‌باشد، مفهوم عدل هم جز
وضع و استقرار هر چیزی به جای خود از سر حکمت است که همین مفاهیم، وصفی از
اوصاف خداوندی و جوهره مأموریت مبلغان رسالات الهی و هدف عالمان دین و متصدیان
امور عباد و مدیران بلاد می‌باشد.

امروزه در تمدن بشری فرشته عدل با دو بال، زینت‌بخش کاخ رفیع دادگستری در هر
جامعه است.

وجود دو بال در فرشته عدل مصداق تقارن و تعادل در رفتار است، بالی از فرشته، مظهر

حافظان حریم عدل یعنی قضات و بال دیگر نشان از حامیان حق یعنی وکلاء دارد. همان طوری که فقدان یک بال تعادل را بر هم زده و عروج را غیرممکن می‌سازد، فقد قضات ذی صلاح یا وکلای واجد شرایط قانونی نیز نیل به دادرسی عادلانه را غیرممکن می‌نماید.

در امور اجرایی هم تعادل در رفتار و تعامل بین اجزا هم از مستقالات عقلی است، بدون تعادل و تعامل، امور اجرایی معطل، اهداف مجهول، مسئولیت‌ها لوٹ و امور مختل خواهد بود.

در حوزه امور دفاتر اسناد رسمی و دفاتر ازدواج و طلاق نیز در ارتباط با سازمان ثبت اسناد و املاک کشور همین اصل لازم‌الوجود و لازم‌الرعايه است. زیرا فلسفه وجودی سازمان در این ارتباط نظارت بر نحوه انجام وظیفه دفاتر در حدود مقررات می‌باشد. ظهور نظارت مطلوب، در ایجاد زمینه متعادل در امور کاربینی، بازبینی، ارزیابی اصلاح روش، به کارگیری ابزار تشویق و تنبیه می‌باشد که ان شاء... چنین خواهد بود.

ساقی به جام عدل بده باده تا گدا غیرت نیاورد که جهان پر بلا کند

حافظ

ناصر نایبی

سردبیر مجله کانون

نقدی بر وضعیت کنونی گواهی الکترونیکی در ایران

دکتر مصطفی السان^۱

چکیده

گواهی الکترونیکی در مفهوم عام آن عبارت از تصدیق رسمی يك متن، امضا یا هر مدرک الکترونیکی دیگر از سوی نهادی است که به موجب «قانون» و با داشتن «تخصص» و «تسلط بر موازین حقوقی» بدین منظور تعیین می‌گردد. در سال‌های اخیر، تصویب پاره‌ای از مقررات منجر به شکل‌گیری تصور متفاوتی از گواهی الکترونیکی در کشورمان شده است. این مقاله، قصد دارد که به بررسی انتقادی آیین‌نامه اجرایی ماده ۳۲ قانون تجارت الکترونیکی و دستورالعمل اجرایی مرکز میانی صدور گواهی الکترونیکی بازرگانی پرداخته و با پیش‌بینی چالش‌های آتی ناشی از مقررات مذکور، به ارایه راهکار بپردازد.

واژگان کلیدی: گواهی الکترونیکی، قانون تجارت الکترونیکی، مرکز میانی، دفاتر ثبت‌نام،

آیین‌نامه و دستورالعمل گواهی الکترونیکی

مقدمه و طرح بحث

تعامل در دنیای بشری، نقطه شروع و لازمه اصلی زندگی اجتماعی است. این تعامل، در گذشته اگر شرط زنده ماندن و گریزناپذیر بوده، امروزه با قیدهایی همراه است که شرط استمرار آن به شمار می‌آیند. اعتماد به یکدیگر شرط شروع تعامل و استمرار آن است. به ویژه در مواردی که ارتباط ارادی متقابل، دارای آثار حقوقی باشد، طرفین ممکن است

۱. استادیار دانشگاه تربیت معلم آذربایجان.

شرایطی را برای اعتماد به همدیگر تعریف نمایند. گرفتن تضمین، وثیقه یا شاهد بر وقوع رابطه حقوقی از جمله راهکارهای معمول برای تضمین ارتباط است.

در عین حال، از گذشته راهکارهایی برای جلوگیری از اختلافات بعدی و سهولت اثبات و استناد، معمول بوده، که از جمله کتابت دین، گروگان گرفتن بر آن^۱ و گرفتن شاهد بر عمل حقوقی می‌باشد. بدین معنا که کاتبی، معامله یا رابطه حقوقی طرفین را می‌نوشت یا بر آن گروگان می‌گرفتند و یا اینکه طرفین دو یا چند نفر را به عنوان شاهد بر قرارداد خود تعیین کرده و بدین وسیله، در صورت بروز اختلاف، از همان شهود برای تشخیص صاحب حق استفاده می‌کردند. این روش و شیوه نوشتن رابطه حقوقی، اکنون نیز معمول و مورد استفاده است.

نوشته دلالت کننده بر يك عمل حقوقی، ممکن است به امضای شهود نیز برسد و این شاهد امکان دارد مقام رسمی باشد که به حکم قانون، به او اختیار داده شده که با تشخیص هویت، سلامت عقل و طیب خاطر مراجعه کنندگان، اعمال حقوقی ایشان را به ثبت رسانیده یا امضای آنها را گواهی نماید.

تغییر فضای تعامل، از حالت ملموس و سنتی به شیوه الکترونیکی و مجازی، قواعد متفاوتی را برای روش‌های سنتی فوق در پی نداشته است. در واقع، تعامل الکترونیکی که اصولاً مبتنی بر اعتماد و فرض صحت است، امکان دارد که در هیچ جا ضبط نشود و در عین حال، ممکن است برای آن شاهد گرفته شده یا به صورت الکترونیکی ضبط شده و امضا شود.

وقتی که ثبت رابطه یا امضای الکترونیکی، در مرجعی که به موجب قانون اختیار آن را

۱. ترجمه فارسی آیه شریفه ۲۸۳ سوره مبارکه بقره: «اگر در سفر بودید، و نویسنده‌ای نیافتید، گروگان بگیرید! [گروگانی که در اختیار طلبکار قرار گیرد.] و اگر به یکدیگر اطمینان [کامل] داشته باشید، [گروگان لازم نیست، و] باید کسی که امین شمرده شده [و بدون گروگان، چیزی از دیگری گرفته]، امانت [و بدهی خود را بموقع] بپردازد؛ و از خدایی که پروردگار اوست. بپرهیزد! و شهادت را کتمان نکنید! و هر کس آن را کتمان کند، قلبش گناهکار است. و خداوند، به آنچه انجام می‌دهید، داناست»؛ ترجمه به نقل از پایگاه اینترنتی مرکز جهانی اطلاع‌رسانی آل بیت.

یافته انجام گیرد، می‌توان گفت که چنین رابطه یا امضایی، به طور رسمی «گواهی» شده است.

تعریف فنی گواهی الکترونیکی

در کشورمان، رسیدن به این مرحله که گواهی الکترونیکی تعریف شده و ساز و کاری برای صدور و مدیریت آن وجود داشته باشد، مدت نسبتاً زیادی به طول انجامیده است. در حقیقت، پس از قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲ که اصطلاحاتی همچون امضای الکترونیکی، امضای الکترونیکی مطمئن و داده‌پیام را توضیح می‌دهد، مدتی طول کشید که آیین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های مرتبط با مواد مختلف قانون مذکور تدوین یافته و به تصویب برسد. یکی از این آیین‌نامه‌ها، آیین‌نامه اجرایی ماده ۳۲ قانون تجارت الکترونیکی است که در تاریخ ۱۳۸۶/۶/۱۱ به تصویب هیأت وزیران رسیده است.

چنانکه از مقدمه آیین‌نامه مذکور برمی‌آید، این آیین‌نامه، به طور مشترک از سوی وزارت بازرگانی، وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات، وزارت امور اقتصادی و دارایی، وزارت دادگستری و معاونت برنامه‌ریزی و نظارت راهبردی رییس جمهور پیشنهاد شده است. هرچند که کار تدوین و تهیه دستورالعمل‌های مرتبط با آن در وزارت بازرگانی انجام گرفته و پس از تکمیل کار، به تأیید مراجع مذکور رسیده است.

آیین‌نامه اجرایی ماده ۳۲ همانند خود قانون تجارت الکترونیکی (قانون تجارت الکترونیک)، با پاره‌ای از تعاریف شروع می‌شود. بند (ج) ماده ۱ در تعریف گواهی الکترونیکی مقرر می‌دارد: «داده الکترونیکی حاوی اطلاعاتی در مورد مرکز صادرکننده گواهی، مالک گواهی، تاریخ صدور و انقضا، کلید عمومی مالک و یک شماره سریال که توسط مرکز میانی تولیدشده به گونه‌ای که هر شخصی می‌تواند به صحت ارتباط بین کلید عمومی و مالک آن اعتماد کند». در بند (چ) ماده مذکور، «داده ایجاد امضای الکترونیکی» به «داده‌ای انحصاری نظیر رمز یا کلید خصوصی که امضاکننده برای ایجاد امضای الکترونیکی از آن استفاده می‌کند»؛ تعریف شده است.

ممکن است در بادی امر چنین به نظر آید که چون در بند (ی) ماده ۲ قانون تجارت الکترونیک، امضای الکترونیکی تعریف شده، به همین دلیل، آیین‌نامه اجرایی این اصطلاح را تعریف نکرده و تنها داده ایجاد آن را تشریح کرده است. در حالی که در دستورالعمل اجرایی مرکز میانی صدور گواهی الکترونیکی بازرگانی که از سوی وزارت بازرگانی تهیه و در تاریخ ۱۳۸۶/۷/۳۰ منتشر شده، امضای الکترونیکی به «مقداری که توسط الگوریتم رمزنگاری محاسبه شده و به یک شیء اطلاعاتی افزوده می‌شود، به گونه‌ای که هر گیرنده اطلاعات بتواند منبع و تمامیت اطلاعات را تشخیص دهد»، تعریف شده است.

مفهوم حقوقی گواهی الکترونیکی

تعریف گواهی الکترونیکی به شرحی که در آیین‌نامه اجرایی ماده ۳۲ و تکرار همان تعریف در دستورالعمل اجرایی مرکز میانی صدور گواهی الکترونیکی بازرگانی، آمده، نشان می‌دهد که کمتر حقوقدانی در تنظیم دو سند مذکور نقش (مؤثر) داشته است. به طور قطع، اگر یک نهاد حقوقی همچون معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضاییه که قوانین و مقررات بسیاری را تدوین کرده یا سازمان ثبت اسناد و املاک کشور، به عنوان متصدی انحصاری ثبت و گواهی رسمی، آیین‌نامه مذکور را تدوین می‌کرد، تعریف کاملاً متفاوتی از گواهی الکترونیکی ارائه می‌شد. در واقع، در آیین‌نامه اجرایی، نحوه تولید یک گواهی الکترونیکی که کاملاً جنبه فنی دارد، به عنوان مفهوم عملی آن در نظر گرفته شده و علی‌رغم اینکه تعریف مذکور متضمن هیچ‌گونه صبغه حقوقی نمی‌باشد، در پایان تعریف، اثر حقوقی برای داده الکترونیکی موصوف در نظر گرفته شده و مقرر گردیده که، «هر شخصی می‌تواند به صحت ارتباط بین کلید عمومی و مالک آن (گواهی الکترونیکی) اعتماد کند».

ناگفته پیداست که فناوری، از آن جهت که عده‌ای با هویت نامعلوم، جعلی و یا اساساً بدون هویت وارد دنیای ارتباطات شده و فعالیت آنها ممکن است دارای اثر حقوقی باشد،

اهمیت تقویت ثبت و گواهی در فضای مجازی را دوچندان کرده است.^۱ اما اینکه چه نهادی اقدام به انجام این امر می‌نماید دارای اهمیت فراوانی است.

گواهی الکترونیکی را از منظر حقوق ثبت می‌توان این‌گونه تعریف کرد:

«يك گواهی که پس از احراز هویت، اهلیت، سمت و رضایت متقاضی، از سوی مرجع مجاز برای استفاده يك باره صادر می‌شود و تجدید اعتبار آن مستلزم تقاضای وی در زمانی است که به آن گواهی نیاز دارد، مشروط به اینکه مجدداً هویت، اهلیت، سمت و رضایت وی احراز شده و اطلاعات محرمانه مربوط به آن افشا نشده باشد». بدیهی است که این نیاز، زمانی احساس می‌شود که شخص دارنده گواهی در صدد انجام عمل حقوقی با دیگران - برای مثال، بستن قرارداد رسمی - باشد، وگرنه در سایر موارد نیازی به گواهی الکترونیکی (به مفهوم رسمی و دارای آثار آن) نخواهد بود.

آیین‌نامه ماده ۳۲ قانون تجارت الکترونیک و دستورالعمل اجرایی مرکز، بدون اینکه به چنین تشریفات اعتقاد داشته باشند - یا حداقل بدان‌ها تصریح نمایند - در پاره‌ای از موارد راهبردهای متفاوتی را معرفی کرده‌اند. برای نمونه، مطابق با بند (۲)(ث) ماده ۸ آیین‌نامه، باید از این امر اطمینان حاصل شود که، «در هنگام صدور گواهی الکترونیکی، امضاکننده مشخص شده در گواهی، داده‌های ایجاد و واریسی امضای الکترونیکی را دریافت نموده و داده ایجاد امضای الکترونیکی تحت کنترل انحصاری وی باشد». نیز مطابق با بند (۳)(ث) همان ماده، باید مطمئن شد که، «کلیه اطلاعات مرتبط با گواهی الکترونیکی را تا مدت زمان تعیین شده در دستورالعمل گواهی به صورت الکترونیکی حفظ نماید».

کارکرد گواهی الکترونیکی

چنانکه بند (چ) ماده ۱ آیین‌نامه ماده ۳۲ قانون تجارت الکترونیک نیز دلالت دارد، هدف از تولید گواهی الکترونیکی آن است که «هر شخصی ... به صحت ارتباط بین کلید عمومی و مالک آن اعتماد کند»؛ این «اعتماد»، لازمه فعالیت در فضای مجازی است و

1. Glen-Peter Ahlers, The Impact of Technology on the Notary Process, *John Marshall Law Review*, Spring 98, p. 912.

زمینه آن را فراهم می‌سازد که طرف مقابل از وجود و هویت دارنده گواهی الکترونیکی اطمینان حاصل نماید.

در دستورالعمل اجرایی مرکز گواهی میانی بازرگانی،^۱ در بیان کاربرد گواهی الکترونیکی تصریح شده که می‌توان از این نوع گواهی در سیستم الکترونیکی ثبت سفارش واردات، پست الکترونیکی امن^۲ و گواهی SSL^۳ و موارد مشابه آن استفاده کرد.

متأسفانه، متن و دستورالعمل اجرایی که حجم نسبتاً بالایی نیز دارد،^۴ بسیار پیچیده و به صورت ترجمه‌ای تدوین یافته است به گونه‌ای که برای مثال، به جای اینکه کارکرد جامع برای گواهی الکترونیکی، به عنوان دلیل و مستندی برای اثبات هویت و جلب اعتماد ذکر شود، تنها مصادیقی از کاربرد آن ذکر شده که علاوه بر ایراد نگارشی با ایراد عمده دیگری روبرو است که می‌توان برخی از موارد آن را زیر عنوان «تلقی تجاری از گواهی الکترونیکی» بررسی کرد.

تلقی تجاری از گواهی الکترونیکی

به لحاظ تاریخی، وجود مراکز ثبت و گواهی، با هدف تضمین اصالت و سلامت اسناد و امضاهای شهروندان است.^۵ مردم با این طرز تلقی متقاضی ثبت می‌شوند که اثبات بعدی رابطه حقوقی ایشان در مقابل ادعاهایی همچون انکار اصل یا اوصاف رابطه حقوقی یا نقص و عیب آن، به طور قطعی و مسلم امکان‌پذیر باشد.^۶

وقتی که فضای تعامل عوض می‌شود، یعنی آنجا که رایانه و شبکه‌های رایانه‌ای به عنوان وسیله‌ای برای ارتباط به کار می‌روند، مردم بازم به دنبال امنیت معاملات خود و

۱. دستورالعمل اجرایی مرکز میانی صدور گواهی الکترونیکی بازرگانی، وزارت بازرگانی جمهوری اسلامی ایران، تاریخ انتشار: ۱۳۸۶/۷/۳۰. قابل دستیابی در پایگاه اینترنتی: <http://www.rca.gov.ir/default.aspx>

2. Secure E-Mail

3. Secure Sockets Layer (SSL)

۴. دستورالعمل اجرایی مرکز میانی صدور گواهی الکترونیکی بازرگانی در ۱۰۳ صفحه تنظیم گردیده است.

5. Hessenthaler v. Farzin, 564 A.2d 990, 993 (Pa. Super. Ct. 1989).

۶. برای بررسی تفصیلی در این مورد، نك به مقالات مرتبط در شماره‌های مختلف ماهنامه حقوقی کانون سردفتران و دفتریاران.

مستند ساختن آن هستند و لذا حق دارند که با وجود حذف رو در رویی فیزیکی، شیوه‌ای را برای رسمیت بخشیدن به روابط حقوقی خود در اختیار داشته باشند که از يك سو منطقی و از سوی دیگر، مقبول محاکم دادگستری و ادارات باشد.

در نظام مرکز صدور گواهی الکترونیکی میانی مدنظر آیین‌نامه اجرایی ماده ۳۲ قانون تجارت الکترونیک و دستورالعمل اجرایی مرکز میانی بازرگانی، هدف از وجود مرکز میانی و دفاتر ثبت نام، صدور گواهی الکترونیکی همانند کار تغییر نام در سند تلفن همراه می‌باشد که هر مؤسسه‌ای می‌تواند فقط با داشتن مجوز آن را انجام دهد و در قبال آن پول دریافت کند. مطابق با ماده ۷ آیین‌نامه اجرایی: «مراکز میانی حسب مورد توسط دستگاه‌های دولتی یا بخش غیردولتی ایجاد می‌شوند و شرایط و ضوابط تأسیس مراکز میانی به شرح زیر تعیین می‌شود:

الف - ارایه اساسنامه یا مجوز ثبت از مراجع ذی ربط.

ب - ارایه تقاضا از طرف متقاضی.

پ - معرفی پنج نفر دارای مدرک تحصیلی مرتبط مورد تأیید وزارتخانه‌های علوم،

تحقیقات و فناوری و بهداشت، درمان و آموزش پزشکی با شرایط زیر:

۱- سه نفر کارشناس دارای مدرک تحصیلی دانشگاهی و ترجیحاً دارای تجربه فعالیت

مرتبط.

۲- دو نفر با مدرک کاردانی در رشته‌های مرتبط با فناوری اطلاعات و ارتباطات یا

حداقل سه سال تجربه در حوزه‌های مرتبط با فناوری اطلاعات و ارتباطات همراه با مجوز

طی دوره آموزشی از مراکز فنی و حرفه‌ای.

ت - تأمین مکان فیزیکی مناسب همراه با تجهیزات سخت‌افزاری و نرم‌افزاری لازم

اعلام شده از سوی مرکز ریشه به نحوی که امنیت فنی و رمزنگاری را تضمین نماید و

مورد تأیید بازرسان مرکز ریشه قرار گرفته باشد.

ث - ارایه تضمین معتبر متناسب با مبلغ تعیین شده توسط مرکز ریشه.

ج - تدوین سیاست‌ها و دستورالعمل گواهی مرکز».

به علاوه، مطابق با تبصره ۲ ماده ۷ آیین‌نامه مذکور، «مراکز میانی ایجاد شده توسط سازمان‌های دولتی به صورت غیرانتفاعی فعالیت خواهند نمود». این بدان معناست که فعالیت آنها که ممکن است بسیار سودآور باشد، از حیث مالیات مشمول مقررات حاکم بر مؤسسات غیرانتفاعی خواهد بود و از طرف دیگر متضمن این نکته است که مراکز میانی غیردولتی، غیرانتفاعی محسوب نمی‌شوند.

حال پرسش آن است که آیا می‌توان مراکز میانی غیردولتی را «تاجر» محسوب کرد؟ این پرسش از آن جهت در مورد مراکز میانی دولتی قابل طرح نیست که بند مذکور آنها را غیرانتفاعی محسوب داشته است.

مطابق با ماده ۱۲ آیین‌نامه اجرایی ماده ۳۲ قانون تجارت الکترونیک، «دفاتر ثبت نام می‌توانند بنا به مورد توسط اشخاص حقیقی یا حقوقی اعم از دولتی یا غیردولتی ایجاد شوند».

راهبرد وزارت بازرگانی در پیش‌بینی نکردن محلی برای تأمین بودجه مراکز میانی و دفاتر ثبت نام و نیز نحوه تنظیم دستورالعمل اجرایی مرکز میانی بازرگانی،^۱ نشان می‌دهد که مراکز ثبت نامی را که زیرنظر مراکز میانی اقدام به فعالیت می‌نمایند، باید «تاجر» محسوب داشت.^۲ چرا که می‌توان تأسیس و به راه‌انداختن هر قسم مؤسسه را که هدف از آن تحصیل سود باشد، در زمره اعمال تجاری به شمار آورد.^۳

باید توجه داشت که عنوان دستورالعمل اجرایی مرکز میانی بازرگانی نشان می‌دهد که

۱. به لحاظ سازمانی، «مرکز صدور گواهی دیجیتال» به عنوان یکی از «مراکز مستقل» وزارت بازرگانی جمهوری اسلامی ایران دسته‌بندی شده است (نک: www.moc.gov.ir/Sites/Cat4.htm).

۲. در دومین همایش و نمایشگاه تخصصی امضای دیجیتالی و تحقق دولت الکترونیک که در تاریخ ۳۱ اردیبهشت ۸۷ در تهران برگزار گردید، در پاسخ به این سؤال نگارنده که آیا محلی برای تأمین بودجه تأسیس مراکز پیش‌بینی شده در آیین‌نامه لحاظ شده یا خیر؛ اعتقاد موافقین آیین‌نامه بر این بود که چنین مراکزی خود تحصیل درآمد و سود خواهند کرد و نیازی به بودجه دولتی ندارند.

۳. البته، اشکال عمده بر تجاری محسوب داشتن صدور و مدیریت گواهی الکترونیکی آن است که این طرز تلقی با هیچ یک از بندهای ماده ۲ قانون تجارت انطباق کامل ندارد.

می‌توان دسته دیگری از مراکز صدور گواهی الکترونیکی میانی را تصور کرد که «بازرگانی» نیستند، یعنی برای فعالان حوزه‌های دیگری غیر از بازرگانی و تجارت اقدام به تولید گواهی الکترونیکی می‌نمایند. بنابراین باید راهبرد دقیق‌تری از حیث تاجر بودن یا نبودن مراکز میانی و دفاتر ثبت نام گواهی الکترونیکی تعیین شود.

ضمن قیاس به دفاتر ثبت اسناد و املاک فعلی، باید اظهار داشت که نگاه سود انگارانه به امر ثبت و گواهی تأسف‌بار است. در واقع امکان دارد این ایده در مورد رمزنگاری یا یک نرم‌افزار برای جلوگیری از نفوذ هکرها به محتوای آن منطقی به نظر برسد و سهمی از سود حاصل از فروش نرم‌افزار به مهندسانی که آن را در مقابل روبرداری امن کرده‌اند، اختصاص یابد. اما کارکرد گواهی الکترونیکی در تصدیق محتوا، تشخیص هویت، قابل استناد بودن سند در مقابل همگان و احراز طیب خاطر متقاضی گواهی، هیچ‌کدام دلالت بر جنبه بازرگانی و سودآوری آن ندارد؛ بلکه بیشتر نشان می‌دهد که چگونه رعایت برخی از معیارهای حقوقی باعث افزایش ارزش اثباتی و قابلیت استناد به یک مدرک می‌شود.

نهادهای فراقانونی و تعدد مراکز تصمیم‌گیری

آیین‌نامه اجرایی، اقدام به ایجاد نهادهایی کرده که سابقه‌ای برای آنها در نظام حقوقی و ثبتی ایران وجود ندارد. نخستین مسأله از منظر حقوق اداری این است که آیا یک آیین‌نامه می‌تواند اقدام به ایجاد نهاد، مرکز، سازمان یا مشابه آن نماید؟ در پاسخ باید اذعان داشت که اصولاً، تشکیل سازمانی دولتی، به ویژه در مواردی که اداره آن نیازمند بودجه دولتی باشد، نیازمند قانون است. این امر که می‌توان آن را «اصل قانونی بودن نهادها و مؤسسات» نامید، از رویه معمول در نظام‌های مختلف حقوقی (از جمله کشورمان) و نیز ملاک اصل ۷۵ قانون اساسی^۱ قابل استنباط است.

۱. اصل ۷۵ قانون اساسی: «طرح‌های قانونی و پیشنهادهای و اصلاحاتی که نمایندگان در خصوص لوایح قانونی عنوان می‌کنند و به تقلیل درآمد عمومی یا افزایش هزینه‌های عمومی می‌انجامد، در صورتی قابل طرح در مجلس است که در آن طریق جبران کاهش درآمد یا تامین هزینه جدید نیز معلوم شده باشد». شورای سیاستگذاری گواهی الکترونیکی مذکور در ماده ۲ آیین‌نامه اجرایی و مرکز دولتی صدور گواهی الکترونیکی ریشه، مذکور در بند الف ماده ۴ همان آیین‌نامه، به طور قطع از نهادهای دولتی بوده و نیازمند تعریف بودجه یا تعیین محلی برای تأمین بودجه در بودجه وزارت بازرگانی می‌باشند.

دومین موضوع، آن است که آیین‌نامه اجرایی، با ایجاد نهادهایی همچون شورای سیاستگذاری گواهی الکترونیکی و مرکز صدور گواهی الکترونیکی ریشه که ترکیب اعضا نشان از دولتی بودن آنها دارد و همچنین عدم تصریح به اینکه گواهی الکترونیکی یا داده واریسی امضای الکترونیکی^۱ با چیزی غیر از امضای الکترونیکی مطمئن^۲ ارتباط دارد یا وسیله‌ای برای تحقق شرایط امضای مذکور است، از حدود قانون تجارت الکترونیک فراتر رفته^۳ و خود به وضع مقررات ماهوی پرداخته است. لذا همان‌گونه که رویه دیوان عدالت اداری در موارد مشابه نشان می‌دهد،^۴ قسمت‌های عمده‌ای از آیین‌نامه مذکور از آن جهت که وارد حوزه صلاحیتی قوه‌ای دیگر - قوه مقننه - شده، قابل ابطال است.

صرف‌نظر از دو مسأله فوق، ماده ۴ آیین‌نامه اجرایی با پذیرش استقلال مرکز ریشه نظام بانکی،^۵ ابهامات عمده‌ای را باعث شده است که می‌توان به برخی از آنها اشاره کرد:

۱. بند (ح) ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی ماده ۳۲ قانون تجارت الکترونیک: «داده واریسی امضای الکترونیکی: داده‌ای نظیر رمز یا کلید عمومی که برای بررسی و صحت امضای الکترونیکی مورد استفاده قرار می‌گیرد».

۲. ماده ۱۰ قانون تجارت الکترونیکی: «امضای الکترونیکی مطمئن باید دارای شرایط زیر باشد: الف. نسبت به امضاءکننده منحصر به فرد باشد.

ب. هویت امضاءکننده (داده پیام) را معلوم نماید.

ج. به وسیله امضاءکننده و یا تحت اراده انحصاری وی صادر شده باشد.

د. به نحوی به یک (داده پیام) متصل شود که هر تغییری در آن (داده پیام) قابل تشخیص و کشف باشد».

۳. پیش‌بینی «دفاتر صدور گواهی الکترونیکی» در ماده ۳۱ قانون تجارت الکترونیک و واگذاری وظایف خاصی به وزارت بازرگانی در ماده ۸۰ قانون مذکور نشان می‌دهد که وزارت بازرگانی، تنها مجاز به ایجاد واحدهای مذکور بوده و در مورد سایر مراکز و نهادهای مقرر در آیین‌نامه اجرایی ماده ۳۲ قانون تجارت الکترونیک از نص این قانون تخلف شده است.

۴. در تأیید استدلال، نك: طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، *حقوق اداری*، چاپ سیزدهم، انتشارات سمت، تهران ۱۳۸۶؛ برای نمونه رأی، نك: رای شماره ۴۴۰ هیات عمومی دیوان عدالت اداری درخصوص ابطال دستورالعمل شماره ۳۸۴۲۷/۶۸۶ مورخ ۱۳۸۳/۱۰/۷ معاون وزیر مسکن و شهرسازی و مدیرعامل سازمان ملی زمین و مسکن، با این استدلال که «دستورالعمل مذکور خلاف قانون و خارج از حدود اختیارات قانونی در وضع مقررات دولتی تشخیص داده شده و لذا به استناد قسمت دوم اصل ۱۷۰ قانون اساسی و بند یک ماده ۱۹ و ماده ۴۲ قانون دیوان عدالت اداری ابطال گردیده است».

۵. تبصره ۲ ماده ۴ آیین‌نامه اجرایی ماده ۳۲ قانون تجارت الکترونیک: «سیستم بانکی می‌تواند با اخذ مجوز شورا در حوزه نظام بانکی مرکز ریشه مستقل ایجاد نماید که در این صورت مرکز یادشده وابسته به مرکز توسعه تجارت الکترونیکی موضوع این ماده نخواهد بود».

- چرا نظام بانکی می‌تواند با اخذ مجوز از شورای سیاستگذاری گواهی الکترونیکی، مرکز ریشه مستقل ایجاد نماید؛ کدام خصیصه باعث شده که نظام بانکی از سایر بخش‌ها جدا شده است و اگر این خصیصه، ارایه «خدمات مالی» از سوی بانک‌ها باشد، چرا چنین امکانی برای «صنعت بیمه» کشور پیش‌بینی نشده است؟

- آیا گواهی‌های الکترونیکی صادره از مراکز میانی تحت نظر مرکز ریشه نظام بانکی، مشمول آیین‌نامه اجرایی می‌باشند و اگر چنین نیست، چه تضمینی برای واجد شرایط بودن آنها و اعتماد به این نوع از گواهی‌ها وجود دارد.^۱ برفرض که مشمول آیین‌نامه اجرایی باشند، با توجه به تصریح تبصره ۲ ماده ۴، مبنی بر اینکه مرکز ریشه نظام بانکی وابسته به مرکز توسعه تجارت الکترونیکی نمی‌باشد، نحوه مدیریت و نظارت بر مرکز ریشه نظام بانکی چگونه خواهد بود؟

در سطح مراکز میانی، آیین‌نامه اجرایی موجب نوعی تعدد در نهادهای تصمیم‌گیرنده یا اقدام‌کننده شده است. مطابق با ماده ۷: «مراکز میانی حسب مورد توسط دستگاه‌های دولتی یا بخش غیردولتی ایجاد می‌شوند» و بنابر ماده ۱۲: «دفاتر ثبت نام می‌توانند بنا به مورد توسط اشخاص حقیقی یا حقوقی اعم از دولتی یا غیردولتی ایجاد شوند».

عجیب‌تر از همه، حکم ماده ۱۱ آیین‌نامه است که تصریح می‌دارد: «کلیه مؤسسات اعم از دولتی یا غیردولتی می‌توانند در حوزه فعالیت داخلی خود بدون اخذ مجوز از مرکز ریشه مبادرت به ثبت و صدور گواهی نمایند. گواهی‌هایی که به این صورت صادر می‌شود خارج از شمول مقررات این آیین‌نامه بوده و امضاهایی که به وسیله این گواهی‌ها تأیید می‌شوند خارج از موضوع ماده (۱۰) قانون و صرفاً قابل استفاده در همان مؤسسات خواهد بود».

به موجب این ماده، ثبت و گواهی‌های صادره از سوی مؤسساتی که بدون اخذ مجوز از مرکز ریشه مبادرت به ثبت و صدور گواهی می‌نمایند، امضای الکترونیکی مطمئن

۱. هرچند با توجه به ظاهر تبصره ۲ ماده ۴ آیین‌نامه این تفسیر بعید به نظر می‌رسد.

محسوب نمی‌شوند و لذا صرفاً قابل استفاده در همان مؤسسات خواهند بود. این ماده پرسش‌ها و ابهامات عمده‌ای را از لحاظ حقوقی موجب می‌شود که می‌توان به برخی از آنها اشاره کرد:

- آیا تنها امضای صادره از سوی مؤسسات به شرح فوق، «امضای الکترونیکی مطمئن» محسوب نمی‌شود یا اینکه سوابق ذخیره (ثبت) شده از سوی آنها نیز «سابقه الکترونیکی مطمئن»^۱ نخواهد بود؟ قسمت نخست ماده ۱۱، به مؤسسات اجازه می‌دهد که بدون اخذ مجوز از مرکز ریشه اقدام به ثبت و صدور گواهی نمایند؛ اما قسمت دوم تنها حکم بخشی از آنها را از حیث میزان اعتبار مشخص می‌سازد و به سابقه مطمئن هیچ اشاره‌ای ندارد.

- بر فرض که مؤسسات (اعم از دولتی یا غیردولتی) از مرکز ریشه مجوز دریافت نکنند، آیا نمی‌توانند با داشتن شرایط چهارگانه مذکور در ماده ۱۰ قانون تجارت الکترونیک، مطمئن بودن امضای خود را اثبات نمایند؟ به نظر نمی‌رسد که ماده ۱۰ قانون تجارت الکترونیک، با در نظر گرفتن معیارهای مقرر در ماده ۳ قانون نمونه امضاهای الکترونیکی آنسیترال^۲، قصد داشته باشد که اعتبار سابقه و امضای الکترونیکی را به «درون‌سازمانی» و «برون‌سازمانی» تقسیم نماید.

- چنانکه بررسی شد، ماده ۱۱ آیین‌نامه اجرایی، به صراحت با اطلاق ماده ۱۰ قانون تجارت الکترونیک تعارض دارد. تقييد ماده قانونی فقط به موجب قانون امکان‌پذیر است و آیین‌نامه نمی‌تواند قانون را به نحوی تفسیر یا مقید نماید که با ظاهر مفاد آن و نیز مبانی جهانی آن تعارض داشته باشد. قانون نمونه آنسیترال، به جای ارایه الگوی خاصی برای امضای الکترونیکی مطمئن، تنها شرایط تحقق چنین امضایی را مقرر داشته و فناوری

۱. ماده ۱۱ قانون تجارت الکترونیک: «سابقه الکترونیکی مطمئن عبارت از «داده پیام»ی است که با رعایت شرایط یک سیستم اطلاعاتی مطمئن ذخیره شده و به هنگام لزوم در دسترس و قابل درک است».

۲. ماده ۳ قانون نمونه امضاهای الکترونیکی آنسیترال: «به جز در صورت تحقق شرایط ماده ۵ این قانون (توافق مغایر) نمی‌توان اثر حقوقی هرنوع شیوه‌ای که برای ایجاد امضای الکترونیکی واجد شرایط .. به کار رفته کلاً یا جزئاً محدود کرد».

خاصی را در این مورد معیار قرار نداده است.^۱ چراکه پیشرفت‌های آینده ممکن است شیوه‌هایی را برای رمزگذاری معرفی نماید که در حال حاضر قابل تصور نمی‌باشند.

- هرچند آیین‌نامه مشخص نمی‌کند که گواهی الکترونیکی واجد شرایط چه ارزشی دارد، اما بر فرض که با توجه به ظاهر ماده ۱۵ قانون تجارت الکترونیک، این گواهی معادل سند و گواهی رسمی محسوب گردد، ماده ۱۱ آیین‌نامه با ماده ۱۲۸۷ قانون مدنی در تعارض کامل است. مطابق با ماده اخیر: «اسنادی که در اداره ثبت اسناد و املاک و یا دفاتر اسناد رسمی یا در نزد سایر مامورین رسمی در حدود صلاحیت آنها و برطبق مقررات قانونی تنظیم شده باشند، رسمی است». بنابراین، سند رسمی به سند تنظیم شده در دفاتر اسناد رسمی محدود نمی‌ماند و برای مثال اسنادی را که کارمندان ادارات و سازمان‌ها، در حدود صلاحیت خود و طبق مقررات قانونی تنظیم می‌نمایند، «رسمی» محسوب می‌شود. بنابراین، حداقل در مورد گواهی‌های الکترونیکی صادره از ادارات و نهادهای دولتی، بهتر این بود که رعایت شرایط ماده ۱۲۸۷ قانون مدنی و ماده ۱۰ قانون تجارت الکترونیک شرایط اعتبار گواهی الکترونیکی محسوب می‌گردید و قید دیگری بدان اضافه نمی‌شد.

- قسمت آخر ماده ۱۱ آیین‌نامه اجرایی مقرر می‌دارد که گواهی‌هایی که بدون دریافت مجوز از مرکز ریشه صادر شده‌اند، «صرفاً قابل استفاده در همان مؤسسات (صادرکننده) خواهند بود». حال اگر مؤسسه‌ای، برای مثال مرکز تحقیقات مخابرات ایران، اقدام به صدور گواهی الکترونیکی در حوزه فعالیت خود نماید، آیا این گواهی در مقابل اشخاص خارج از مرکز قابل استناد است یا خیر؟ بر فرض که این دو اصطلاح (استفاده و استناد)، دارای آثار حقوقی متفاوت محسوب شوند، در آن صورت باید اعلام کرد که اگر مؤسسه‌ای در حدود اختیارات خود اقدام به صدور گواهی الکترونیکی نماید، آن گواهی تنها در آن مؤسسه قابل استفاده خواهد بود، اما منطقی‌تر در مقابل اشخاص خارج از آن مؤسسه قابل استناد است. عدم پذیرش دیدگاه اخیر، مشکلات عمده‌ای را در عمل ایجاد خواهد کرد که حداقل تأثیر آن فقد ارزش اثباتی برای بسیاری از گواهی‌هایی است که نهادهای مختلف، با صرف هزینه و

1. See: UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures With Guide to Enactment 2001, United Nations, New York, 2002, p. 48.

طراحی سامانه امن به صدور آن اقدام نموده‌اند. به علاوه، از این حیث نیز ماده ۱۱ آیین‌نامه، بدون توجیه قانونی اقدام به تقیید ماده ۱۰ قانون تجارت الکترونیک نموده و لذا قابل ابطال می‌باشد.

بی‌اعتنایی به تجربه دیگر کشورها

مطالعه در کشورهای دیگر نشان می‌دهد که ثبت و گواهی در مفهومی جامع، انواع مختلف ثبت را شامل می‌شود و معرفی شیوه‌های جدید برای برقراری ارتباط، باعث تغییر مقام مسؤول در امر ثبت و گواهی نشده است. به عنوان نمونه، کانون وکلای آمریکا^۱ در راهنمایی که برای امضای دیجیتالی منتشر کرده، از اصطلاح «ثبت مجازی»^۲ استفاده نموده و در مجموع این دیدگاه مطرح شده که با تحول در فناوری فرصت‌های جدیدی برای حقوقدانان و مراجع ثبتی فراهم شده که البته با چالش‌های عمده‌ای نیز همراه است.^۳ در ایالات متحده، یوتا اولین ایالتی بود که مراکز ثبت نام و نشانی‌های الکترونیکی ایجاد کرد.^۴ همچنین فلوریدا در بین‌المللی کردن حوزه فعالیت دفاتر اسناد رسمی پیشگام بوده است.^۵ در این ایالت مقرر شده تنها حقوقدانانی که ۵ سال به طور عملی کار حقوقی کرده و دوره کارآموزی تخصصی را گذرانیده باشند می‌توانند با دریافت مجوز، اقدام به تأسیس دفاتر اسناد رسمی بین‌المللی نمایند. این دفاتر می‌توانند خارج از ایالات متحده و نیز از طریق اینترنت یا سایر شبکه‌ها اقدام به ثبت و گواهی حتی برای خارجیان نمایند.

در ایالات متحده، اعتقاد بر این است که برای جلب اعتماد مردم به اسناد و گواهی‌های الکترونیکی، بهترین راه حل آن است که دفاتر موجود، با بهره‌گیری از

1. American Bar Association; At: www.abanet.org.

2. Cybernotary.

3. Michael L. Closten & R. Jason Richards, Notary Publics--Lost in Cyberspace, or Key Business Professionals of the Future? *John Marshall Journal of Computer and Information Law*, Vol. 15, 1997.

4. Utah Code Ann. §§ 46-3-103 (4), 46-3-201 to 204 (1997).

5. Fla. Stat. Ann. § 118.10 (West Supp. 1997).

فناوری‌های جدید، مسئولیت در حوزه این نوع از گواهی‌ها را نیز بر عهده گیرند. این امر از جمله بدان علت است که از سال‌ها پیش مردم با اسناد رسمی و مراجع صدور آن خوگرفته‌اند و معرفی هر مرکز دیگری ممکن است به لحاظ فرهنگی تردیدهایی را ایجاد نماید.

در کشورهای آمریکای لاتین و اروپا نیز، هنوز هم سردفتران را حقوقدانان یا اشخاصی که قبلاً قاضی بوده‌اند و یا اشخاصی که به طور تخصصی مدرک سردفتری دارند، تشکیل می‌دهند. در مالزی، قانون امضاهای دیجیتالی این کشور مقرر می‌دارد که گواهی الکترونیکی باید توسط مراجعی که مطابق مقررات، صلاحیت این امر را دارند، صادر شود. باب چهارم قانون مذکور، شرایط گواهی و تصدیق در فضای مجازی را به طور جزئی و دقیق تشریح نموده است.^۱

راه آینده

گواهی‌های الکترونیکی که بر مبنای آیین‌نامه اجرایی ماده ۳۲ قانون تجارت الکترونیک، در جرگه‌ای جدید و توسط نهادی نوین صادر می‌شوند (و خواهند شد)، به نظام حقوقی تعلق ندارند و لذا هر مشکلی که از آنها ناشی شود، بیش از اینکه اشکال بر نظام حقوقی کشورمان باشد، اشکال بر قانون و آیین‌نامه‌ای است که حقوقدانان - علی‌رغم حوزه تخصصی خود - کمتر در تدوین آن نقش داشته‌اند. نظام حقوقی با افتخار می‌تواند از سند رسمی و گواهی امضای سنتی سخن بگوید که بدون ایجاد اشکال خاص، یکی از عوامل مهم کاهش دعاوی در محاکم و تسهیل اثبات آنها در صورت بروز اختلاف است. مدارک دانشگاهی که برای متقاضیان تأسیس مراکز میانی در ماده ۷ آیین‌نامه اجرایی در نظر گرفته شده،^۲ نشان می‌دهد که آنها هیچ ربطی به دانش حقوق ندارند و حتی ممکن است

1. Malaysian Digital Signature Bill 1997, Part IV: Duties of Licensed Certification Authorities and Subscribers.

۲. ماده ۷: «مراکز میانی حسب مورد توسط دستگاههای دولتی یا بخش غیردولتی ایجاد می‌شوند و شرایط و ضوابط تأسیس مراکز میانی به شرح زیر تعیین می‌شود:

... بند (پ): معرفی پنج نفر دارای مدرک تحصیلی مرتبط مورد تأیید وزارتخانه‌های علوم، تحقیقات و

فارغ‌التحصیل رشته‌های پزشکی و پیراپزشکی باشند.

هر روز که از عمر تدوین غیرتخصصی و غیرحقوقی مقررات مرتبط با تجارت الکترونیکی می‌گذرد، ابداعاتی بر شگفتی‌های قانون تجارت الکترونیکی افزوده می‌شود که معلوم نیست آثار منفی آن را در آینده چه نهادی بر دوش خواهد کشید. ماده ۱۱ آیین‌نامه اجرایی از جمله این موارد است که با اطلاق ماده ۱۰ قانون تجارت الکترونیک و استانداردهای بین‌المللی تعارض داشته و در کنار ماده ۱۵ قانون تجارت الکترونیک از ابداعاتی است که سابقه‌ای برای آن در هیچ نظام حقوقی نمی‌توان یافت.

در این وضعیت که بنگاه‌هایی برای ثبت و گواهی الکترونیکی تأسیس خواهد شد، می‌توان مشکلات و معضلات حقوقی بسیاری را از حیث طرح انواع دعاوی، تشتت آرا و... مشاهده کرد. فقدان رویه قضایی و علاقه‌مند نبودن نظام قضایی به شناسایی گواهی الکترونیکی فاقد حداقل شرایط سند رسمی نیز از مسایلی است که باید برای آینده گواهی‌های فقط مدرن - و نه قاعده‌مند - انتظار داشت.

تنها نقطه امید آن است که در روند تأسیس مراکز میانی و دفاتر ثبت نام، راهکارهایی برای صیانت از اصول و قواعد حقوقی اندیشیده شود. برای رسیدن به این هدف، سپردن تصدی مراکز مذکور به نهاد متخصص آن (سازمان ثبت اسناد و املاک و کانون سردفتران و دفتریاران) کم‌هزینه‌ترین اقدامی خواهد بود که به نوبه خود می‌تواند مشکلات آینده را در باب گواهی الکترونیکی به حداقل برساند.

☞ و فناوری و بهداشت، درمان و آموزش پزشکی با شرایط زیر:

۱- سه نفر کارشناس دارای مدرک تحصیلی دانشگاهی و ترجیحاً دارای تجربه فعالیت مرتبط.
۲- دو نفر با مدرک کاردانی در رشته‌های مرتبط با فناوری اطلاعات و ارتباطات یا حداقل سه سال تجربه در حوزه‌های مرتبط با فناوری اطلاعات و ارتباطات همراه با مجوز طی دوره آموزشی از مراکز فنی و حرفه‌ای.

تحلیل موقعیت وجه التزام در قراردادها^۱

محمدباقر قربان وند^۲

به نام آنکه هستی از عدم کرد زلال علم جاری از قلم کرد

به نور خود چراغ دانش افروخت به انسان شیوه دانایی آموخت

آنچه که در این مقاله مورد بحث و بررسی قرار گرفته مربوط به وجه التزام در قراردادهاست. اگر در قراردادی اعم از این که قراردادهای موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی یا عقود معینی همچون عقد بیع باشد در خصوص تضمین اجرای آن وجه التزامی قرار دهند، اولاً ماهیت این وجه التزام چیست؟ ثانیاً آیا این وجه التزام در صورت تخلف قراردادی از ناحیه متعهد به طور مطلق قابل مطالبه است یا خیر؟ و آیا تفاوتی بین این که وجه التزام مربوط به تخلف از انجام تعهد باشد یا مربوط به خسارت تأخیر در انجام تعهد، از جهت قابل مطالبه بودن وجود دارد یا خیر؟ در این زمینه هم از نظر فقهی و هم از نظر حقوقی و بالاخره از دیدگاه رویه قضایی بحث شده و نهایتاً نتیجه گیری شده و آنچه به نظر صحیح رسیده، به عنوان نتیجه بحث بیان شده است.

۱. نقل از مجله کانون وکلا، بهار و تابستان ۱۳۸۴، شماره ۱۸۸ و ۱۸۹.

۲. قاضی دادگستری.

چکیده

از سوی حقوقدانان دو نظر عمده در خصوص قابل مطالبه بودن وجه التزام بیان شده است. بعضی معتقدند چنانچه وجه التزام مربوط به انجام تعهد باشد (در اینجا وجه التزام به عنوان بدل از تعهد اصلی است) با منتفی شدن امکان مطالبه اصل تعهد فقط وجه التزام قابل مطالبه است و اینها با هم قابل جمع نیستند. چنانچه وجه التزام مربوط به خسارت تأخیر در انجام تعهد باشد هم اصل تعهد و هم وجه التزام در صورت تخلف متعهد قابل مطالبه است. عده‌ای دیگر از حقوقدانان وجه التزام را در هر دو صورت فوق قابل مطالبه دانسته‌اند و از نظر رویه قضایی نیز نظر واحدی ارایه نشده است و هر دو نظریه فوق در رویه قضایی وجود دارد. اما به نظر نویسنده در حال حاضر با توجه به ماده ۲۳۰ قانون مدنی و ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ و تبصره یک آن که قراردادهای فی مابین طرفین را از نظر خسارت مورد پذیرش قرار داده است و این که ماهیت وجه التزام به اعتقاد حقوقدانان چیزی جز خسارت نیست، لذا چنانچه طرفین در قرارداد وجه التزام را - چه در صورتی که برای انجام تعهد چه در صورتی که برای تأخیر در انجام تعهد باشد - قید کنند، با توجه به مواد مذکور و حاکمیت اراده طرفین در قراردادها در هر دو مورد در صورت تخلف متعهد وجه التزام قابل مطالبه است. تفکیک بین دو صورت مذکور ترجیح بالامر جح خواهد بود که هیچ ادله اثباتی در این زمینه وجود ندارد.

وجه التزام به عنوان بدل از تعهد اصلی نیست بلکه ضمانت اجرای تخلف از مفاد قراردادی است و لذا در صورت تخلف متعهد در هر دو صورت فوق وجه التزام قابل مطالبه است.

۱- تعریف و ماهیت وجه التزام

الف) تعریف

التزام که جمع آن التزامات است در لغت به معنای همراه بودن، ملازمه شدن، به گردن

گرفتن، ملزم شدن به امری، آماده کردن درآمدهای مالیاتی و همراهی (دلالت) می‌باشد.^۱ در اصطلاح نیز التزام (وجه التزام) از آن جهت که معمولاً طرفین در ضمن عقد معین می‌کنند، و به همراه عقد می‌باشد نزدیک به معنی لغوی آن می‌باشد. وجه التزام (= شرط جزا، شرط جزایی، تعویض اتفاقی به اصطلاح حقوقدانان عرب) مبلغی است که متعاقبین در حین انعقاد عقد به موجب توافق (خواه ضمن همان قرارداد اصلی باشد، خواه به موجب موافقت مستقل، که در این صورت باید پیش از بروز تخلف متعهد از تعهد باشد) به عنوان میزان خسارت (مادی یا معنوی) محتمل الوقوع ناشی از عدم اجرای تعهد و یا ناشی از تأخیر در اجرای تعهد، پیش بینی کرده و بر آن توافق کنند (ماده ۲۳۰ قانون مدنی ایران و ۱۸۸۹ قانون مدنی ایتالیایی و ماده ۱۲۲۶ قانون مدنی فرانسه).^۲ چنین توافقی هرگاه به صورت شرط ضمن عقد باشد، شرط جزا یا شرط کیفری نامیده شده است.^۳

ب) ماهیت وجه التزام

در این که آیا وجه التزام کیفر تخلف از انجام تعهد و نوعی مجازات مدنی است که برای متخلف در نظر گرفته شده، یا این مبلغ (وجه التزام)، برای جبران خساراتی است که از نقض تعهد به متعهد له وارد می‌شود، جای بحث و تامل است. در برخی از کشورهای اروپایی، از جمله فرانسه چنین شرطی را (شرط کیفری) یا (clause penale) می‌نامند که از آثار و بقایای حقوق رومی است. در رم قدیم، این شرط واقعاً جنبه کیفری داشته است و برای مجازات متخلف در نظر گرفته می‌شد و هیچ ضرورتی نداشت که تناسب و تعادل بین خسارت وارد شده و مبلغ تعیین شده رعایت گردد. رومی‌ها به بدهکاری که بدهی خود را نمی‌پرداخت، به دید مجرم می‌نگریستند و برای او مجازات‌های شدید کیفری در نظر

۱. معین، محمد، فرهنگ معین، تهران، امیرکبیر، ۱۳۷۱، چاپ ششم، جلد اول، ص ۲۳۵.

۲. ر.ک، جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۸، چاپ اول، جلد ۵، ص ۳۷۴۸، همان نویسنده، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۶۷، چاپ اول، ش ۵۹۳۴، همان نویسنده، دانشنامه حقوقی، تهران، امیرکبیر، ۱۳۷۲، چاپ دوم، جلد ۵، ص ۵۶۹.

۳. Caluse penale (فرانسه) - Penal Clause (انگلیس)، به نقل از صفایی، سیدحسین، حقوق مدنی، تهران، میزان، ۸۲، چاپ اول، ص ۲۰۹.

می‌گرفتند.

در قانون مدنی فرانسه شرط کیفری از ماده ۱۲۲۶ تا ماده ۱۲۳۳ با عنوان (تعهدات با شرط کیفری) پیش بینی گردیده و نحوه تحقق و اعتبار و آثار آن در این مواد بیان شده است. ماده ۱۱۵۲ این قانون در ذیل فصل مربوط به (خسارات ناشی از عدم انجام تعهد) آمده و اعلام کرده: هر گاه در قرارداد، مقرر شده باشد که هر یک از طرفین که به تعهد خود عمل نکند، مبلغی به عنوان خسارت بپردازد، متعهد له حق ندارد بیشتر از آنچه مقرر شده مطالبه کند. متعهد هم نمی‌تواند کمتر از آن پرداخت کند.

تفاوتی که در ظاهر، بین مواد ۱۱۵۲ و ۱۲۲۶ وجود دارد، این است که در ماده ۱۱۵۲ موضوع شرط، مبلغ معینی وجه نقد است، در حالی که موضوع شرط ماده ۱۲۲۶ هر چیزی اعم از مال یا انجام عمل می‌تواند باشد.

رویه قضایی فرانسه، همه این شروط را (شرط ماده ۱۱۵۲ و ۱۲۲۶ به بعد) شرط کیفری دانسته است، اما بعضی از نویسندگان حقوقی بین شرط کیفری مندرج در ماده ۱۲۲۶ به بعد قانون مدنی و شرط موضوع ماده ۱۱۵۲ این قانون قائل به تفکیک شده‌اند.^۱

در حال حاضر، در حقوق ایران علمای حقوق ماهیت وجه التزام را خسارت می‌دانند، خسارتی که به توافق طرفین قبلاً معین شده است، و آن را نوعی خسارت عدم انجام تعهد می‌دانند که دو طرف درباره میزان آن توافق کرده‌اند. ماده ۲۳۰ قانون مدنی ایران مؤید این معناست.^۲ نکته‌ای که قابل ذکر است این که در حقوق فرانسه در نهم ژوئیه ۱۹۷۵ قانونی به تصویب رسید که به موجب آن، به قاضی اجازه داده شده شرط کیفری (وجه التزام) را در صورتی که نامتناسب تشخیص دهد، تعدیل کند. بدین معنی که اگر مبلغی که در قرارداد

۱. حسین آبادی، امیر، *بررسی وجه التزام مندرج در قرارداد*، مجله تخصصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی، جلد ۶، سال دوم، شماره چهارم، زمستان ۱۳۸۱، ص ۵۲ و ۵۳.

۲. ر.ک، جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین، همان صفحات (صفایی، سیدحسین، *حقوق مدنی*، ص ۲۰۹، کاتوزیان، امیرناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران، بهنشر، ۶۸ ج اول، ج ۴، ص ۲۳۵ به بعد/ امامی، سیدحسین، *حقوق مدنی*، تهران، کتابفروشی اسلامی، ۱۳۷۰، ج هشتم، ج اول، ص ۲۴۶ و ۲۴۷، کاتوزیان، امیرناصر، *توجیه و نقد رویه قضایی*، تهران، نشر دادگستر، ۷۷، ج اول، ص ۱۱۷.

به عنوان شرط کیفری تعیین شده نسبت به اصل قرارداد، گزاف و سنگین باشد، آن را به نفع متعهد، تخفیف دهد و اگر ناچیز و کم ارزش باشد به نفع متعهد له، افزایش دهد.^۱

درحالی که در حقوق ایران از ماده ۲۳۰ قانون مدنی چنین امری استنباط نمی‌شود و به هر میزانی که مقرر شده باشد با توجه به اصل حاکمیت اراده طرفین و با توجه به تبصره ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی فی مابین طرفین نافذ خواهد بود. هر چند در ماده ۷۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی قبلی (مصوب ۱۳۱۸) توافق طرفین در خصوص وجه التزام بیش از دوازده در صد در سال را تحت هر عنوان فاقد ضمانت اجرا می‌دانست.

۲ - خسارات حاصله از عدم اجرای تعهدات

اساساً مسئولیت قراردادی اشخاص در قراردادهای که معمولاً در اجرای ماده ۱۰ قانون مدنی فی مابین طرفین مقرر می‌شود، با توجه به اصل حاکمیت اراده طرفین فی مابین اصحاب قرارداد نافذ است. در خصوص خسارت حاصله از عدم اجرای تعهدات در مواد ۲۲۶ به بعد قانون مدنی و قوانین دیگر همچون آیین دادرسی مدنی پیش بینی شده و در بعضی مواقع هم قانونگذار خسارت ناشی از تأخیر در انجام تعهد را بدون حاکمیت اراده طرفین رأساً انتخاب می‌کند. بدین منظور این بخش را در سه قسمت مطرح می‌کنیم:

الف) تعیین خسارت به وسیله قانون

علاوه بر مواردی که در صدر مطلب از قانون مدنی که براساس حاکمیت اراده طرفین مسئولیت قراردادی را معین می‌کند موارد دیگری نیز وجود دارد که به وسیله قانون خسارت ناشی از عدم اجرای تعهد یا تأخیر در انجام تعهد تعیین می‌شود. ماده ۷۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸^۲ نسبت به میزان خسارت تأخیر تأدیه و وجه التزام حداکثر

۱. Marty (G) Raynaud (P), Droit civil. Les obligations, 2^m edition, tom1, les sources.

به نقل از: حسین‌آبادی، امیر، پیشین، ص ۵۳ No, 622, P. 777.

۲. ماده ۷۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ «در دعاوی که موضوع آن وجه نقد است اعم از اینکه راجع به معاملات با حق استرداد یا سایر معاملات استقراضی یا غیرمعاملات استقراضی باشد خسارت تأخیر تأدیه معادل صدی دوازده (۱۲٪) محکوم به، در سال است و اگر علاوه بر این مبلغ قراردادی به عنوان وجه التزام یا مال‌الصلح یا مال‌الاجاره و هر عنوان دیگری شده باشد در هیچ مورد بیش از صدی دوازده در سال نسبت به مدت تأخیر حکم داده نخواهد شد لیکن اگر مقدار خسارت کمتر از صدی دوازده معین شده باشد به همان مبلغ که قرارداد شده است حکم داده می‌شود».

خسارت تأخیر تأدیه و وجه التزام را ۱۲٪ در سال اعلام کرده بود که طرفین اگر زائد بر آن توافق می‌کردند در واقع خلاف قسمت اخیر ماده ۱۰ قانون مدنی محسوب می‌شده و نافذ نبوده است. اختیار حاکمیت اراده در اینجا محدود شده است که شاید این امر از جهت نظم عمومی اقتصادی بوده است. در حال حاضر ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ در خصوص خسارت تأخیر تأدیه و در صورت نبود قرارداد فی‌مابین طرفین در اجرای تبصره ماده ۵۱۵ همان قانون فقط شاخص بانک مرکزی را معتبر می‌داند.

ب) تعیین خسارت توسط دادگاه

میزان خسارت، با رسیدگی قضایی توسط دادگاه تعیین می‌شود. در این گونه موارد، متعهد له باید ثابت کند که از عدم انجام تعهد یا تأخیر در اجرای آن، به او خسارت وارد شده است. مقدار و میزان این خسارت را با دلایل اثباتی، از جمله جلب نظر کارشناس معین کند. در این که آیا متعهد له برای مطالبه خسارت، باید تقصیر متعهد و تخلف او از قرارداد را هم ثابت کند یا این که متعهد باید اجرای آن را اثبات کند تا از پرداخت خسارت معاف شود، باید به نوع تعهد توجه کرد. اگر تعهد از نوع تعهدات به نتیجه باشد، هم این که نتیجه کار حاصل شد متعهد مسئول پرداخت خسارت است، مگر این که ثابت کند حادثه خارجی که نمی‌توان به او مربوط کرد، مانع اجرای تعهد شده است (مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ قانون مدنی).^۱ ولی اگر تعهد از تعهدات به وسیله باشد، اثبات تقصیر متعهد به عهده زیان دیده است.^۲

ج) تعیین خسارت توسط طرفین

این توافق چنانچه بعد از وقوع خسارت باشد به عنوان صلح در اجرای ماده ۷۵۲ قانون مدنی که اعلام می‌دارد: «صلح ممکن است یا در مورد رفع تنازع موجود و یا جلوگیری از

۱. ماده ۲۲۷ قانون مدنی «متخلف از انجام تعهد وقتی محکوم به تأدیه خسارت می‌شود که نتواند ثابت نماید که عدم انجام به واسطه علت خارجی بوده است که نمی‌توان مربوط به او نمود».

ماده ۲۲۹ قانون مدنی «اگر متعهد به واسطه حادثه که دفع آن خارج از حیطه اقتدار اوست نتواند از عهده تعهد خود برآید محکوم به تأدیه خسارت نخواهد بود».

۲. حسین‌آبادی، امیر، ص ۵۱.

تنازع احتمالی یا در مورد معامله و غیر آن واقع شود». محسوب خواهد شد. اما چنانچه قبل از وقوع خسارت و در اجرای ماده ۱۰ همان قانون باشد همان طوری که در تعریف وجه التزام بیان شد به عنوان وجه التزام محسوب خواهد شد. که نظرات مطروحه در خصوص آن به شرح زیر بیان می‌شود:

۳- نظرات مربوط به وجه التزام

الف) نظرات موجود در فقه:

در فقه گفته‌اند که وجه التزام از سنخ ضمانات است، و مسایل ضمانات حکم است (قانون امری است) نه حق، لذا اراده افراد درباره وجه التزام بی اثر است. به نظر استاد جعفری لنگرودی صغری و کبری در این استدلال محل منع است. صاحب جواهر گفته‌اند که اخذ وجه التزام اکل مال به باطل است.^۱ اما روایاتی وجود دارد که دلالت بر صحت وجه التزام دارد:^۲

یک: دو روایت صحیح از معاویه بن وهب در باب مکاتبه که اگر عبد تأخیر در پرداخت اقساط بدهی کند به رق باز می‌گردد و اقساطی که داده است به عنوان وجه التزام از آن مالک او می‌گردد. (جواهر جلد ۵)

دو: حدیث محمد الحلبی: قال كنت قاعد اعند قاض من القضاة و عنده ابو جعفر (ع) جالسه، فأتاه، رجلاً، فقال احد هما: انى تكاريت ابل هذا الرجل ليحمل لى متاعاً الى بعض المعادن، فاشترطت عليه أن يدخلنى المعدن يوم كذا و كذا لانها سوق اتخوف ان تفوتنى، فان احتسبت عن ذلك حططت من الكرى لكل يوم احتسبته كذا و كذا، و انه حبسنى عن ذلك الوقت كذا و كذا يوماً. فقال القاضى: هذا شرط فاسد، وفه كراه. فلما قام الرجل، اقبل الى ابو جعفر (ع) فقال هذا شرط جائز مالم يحط بجميع كراه. (جواهر جلد ۴)^۳

۱. به نقل از جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ص ۳۷۴۹.

۲. روایات مطروحه به نقل از پیشین، ص ۳۷۴۹ می‌باشد.

۳. در نزد قاضی قضاة (قاضی عامه) نشسته بودم و در نزد او امام باقر (ع) هم نشسته بود، دو نفر آمدند و یکی از اینها گفت من شتر این مرد را کرایه کردم برای اینکه بر من کالایی را بر بعضی معادن حمل کند. پس شرط کردم بر او که شتر مرد ضعیف نباشد و مرا در فلان روز (مثلاً پنجشنبه) به معدن داخل کند. ﴿۳﴾

روایت مذکور که راوی آن از راویان معتبر است نشان می‌دهد که امام (ع) وجه التزام را تا زمانی که میزان وجه التزام به میزان کل کرایه نباشد یا بیشتر از آن نباشد فیما بین طرفین نافذ می‌دانند. یعنی مثلاً اگر در مبیعه نامه‌ای قید شود که چنانچه فروشنده در مهلت معین شده در دفتر خانه معینه جهت تنظیم سند رسمی حاضر نشود فلان مبلغ باید به عنوان وجه التزام پرداخت. این مبلغ نباید به میزان ثمن معامله یا بیشتر از آن باشد چرا که در آن صورت خریدار در واقع بدون پرداخت ثمنی مالک مبیع می‌شود از این جهت است که میزان وجه التزام را محدود می‌کنند.

سه: خبر محمد بن مسلم عن احد هما (ع) فی الرجل و یقول لعیده اعتقک علی ان ازوجک ابنتی؛ فان تزوجت او تسریت علیها فعلیک مأه دینار؛ فاعتقه علی ذالک و تسری او تزوج. قال (ع) علیه شرطه. (جواهر، جلد ۵)^۱

با صراحت این مستندات در جواز وجه التزام از نظر فقهی نایستی تردید کرد.^۲

ب) نظرات علمای حقوق:

علمای حقوق وجه التزام در عقود و قراردادهای مورد پذیرش قرار داده‌اند. النهایه آنچه که مورد مناقشه است این که آیا وجه التزام مقرر شده در هر حال قابل مطالبه است یا فقط در بعضی مواقع قابل مطالبه است به عبارت دیگر آیا فقط خسارت تأخیر تأدیه قابل مطالبه است یا خسارت ناشی از عدم انجام تعهد نیز قابل مطالبه می‌باشد.

☞ به خاطر اینکه آن روز بازاری است که می‌ترسم از دستم برود؛ اگر حبس کنی از آن روز من از کرایه برای هر روزی که حبس کردی فلان مقدار (X ریال) کم می‌کنم. او مرا از آن روز حبس کرد (شترش دو روز دیر رسیده یا شتر مشکلات حرکتی داشته در نتیجه دیر رسیده یعنی به معدن دیر رسیده). پس قاضی گفت این شرط باطل است و تمام کرایه را ادا کن. پس زمانی که آن مرد برخاست امام (ع) به من گفت این شرط جایز است مگر اینکه این وجه التزام از کل کرایه بیشتر باشد یا هماهنگ با او باشد.

۱. روایت یا از امام صادق (ع) یا امام باقر (ع) می‌باشد که در مورد مردی سؤال می‌کنند که به بنده‌اش می‌گوید تو را آزاد می‌کنم ولی باید با دخترم ازدواج کنی (شرط ازدواج) اگر تزویج کردی باید صد دینار هم بدهی (وجه التزام) پس بنده‌اش را آزاد کرد و بنده با دختر وی ازدواج کرد قال (ع): برگردن و ذمه آن عبد است که شرط مولایش را به جا آورد و صد دینار را به وی بدهد.

۲. جهت اطلاع از منابع دیگر، ر.ک، جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ص ۳۷۵۰.

استاد کاتوزیان در این زمینه فرموده‌اند: در موارد ۷۲۷ و ۷۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ (که در حال حاضر ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ در این زمینه وجود دارد) خسارت ناشی از عدم انجام تعهد در برابر خسارت ناشی از تأخیر در انجام تعهد نهاده شده است. منبع این دو خسارت یکی است: هر دو ناشی از عهدشکنی است با این تفاوت که در یکی انجام تعهد به طور قاطع منتفی شده و در دیگری به هنگام انجام نشده و بخشی از مطلوب از دست رفته است. هر دو خسارت نیز قابل مطالبه است و امتیازی بر یکدیگر ندارد. با وجود این تقسیم بی فایده نیست و هر کدام احکام و شرایط ویژه برای مطالبه دارد:

۱ - مطالبه خسارت عدم انجام تعهد هیچ گاه با درخواست اجرای آن جمع نمی‌شود، یعنی طلبکار نمی‌تواند هم اجبار مدیون به وفای عهد را بخواهد و هم خسارت عدم انجام تعهد را، حق بر مطالبه خسارت زمانی آغاز می‌شود که فرصت انجام تعهد پایان یافته است. منشأ حق، از دست رفتن عوض قراردادی است و مسئولیت مدیون نیز از همین حرمان مایه می‌گیرد، پس طبیعی است که طلبکار نتواند هم اصل دین را بخواهد هم بدل آن را. خسارتی که گاه از عدم اجرای تعهدهای فرعی ناشی می‌شود و با تعهد اصل آن مورد مطالبه قرار می‌گیرد، اصل (جمع نشدن خسارت و انجام تعهد) را نقض نمی‌کند. زیرا، در یک قرار داد مدیون چند تعهد دارد؛ برای تعهدی که از دست رفته خسارت می‌پردازد و تعهدی را که باقی است اجراء می‌کند؛ و در نتیجه، اجرای هیچ تعهدی با خسارت عدم انجام همان تعهد جمع نمی‌شود. برای مثال فروشنده اتومبیل متعهد است که آن را به خریدار تسلیم کند. ولی در کنار این تعهد اصلی، ضمان عیب حادث در آن را نیز به عهده دارد. پس، اگر یکی از لاستیک‌های آن بترکد، خریدار می‌تواند الزام به تسلیم بیع و (ارش) را با هم از فروشنده بخواهد (ماده ۴۲۵ قانون مدنی) این خواسته، به ظاهر جمع خسارت و اجرای اصل تعهد است، لیکن در تحلیل نهایی دو تعهد جداگانه است که هر کدام حکم ویژه خود را دارد.

درخواست خسارت تأخیر تأدیه با درخواست اجرای اصل تعهد منافات ندارد، زیرا مبنای آن از دست رفتن مطلوب دیگری است که با اجرای تعهد نیز به دست نمی‌آید و با اشکال جمع اصل و بدل روبه رو نمی‌شود. مالک، تخلیه مورد اجاره و اجرت المثل منافع تفویض شده را مطالبه می‌کند. هم چنین در مواردی که اجرای تعهد، پس از مدت‌ها تأخیر و ورود ضرر از این بابت، سر انجام بدون اجرا می‌ماند، خسارت تأخیر و عدم انجام تعهد با هم جمع می‌شود، چرا که هر کدام سبب ویژه خود را دارد.

بدین ترتیب اگر مالکی تعهد فروش زمین خود را بکند و در قول نامه شرط شود که، در صورت عدم انجام تعهد، مبلغی به عنوان وجه التزام بپردازد، طرف قرارداد نمی‌تواند الزام او به انتقال زمین و تأدیه وجه التزام را با هم بخواهد، مگر این که جزای شرط برای تخلف از موعد مقرر باشد نه انجام اصل تعهد، ولی اگر در همین قول نامه درج شود که فروشنده برای هر روز تأخیر مبلغ ده هزار ریال بدهد، مطالبه این خسارت منافاتی با درخواست الزام او بر انتقال زمین ندارد.

۲ - خسارت عدم انجام تعهد را در صورتی می‌توان مطالبه کرد که اصل تعهد به دلیلی قابل اجرا نباشد. طلبکار نمی‌تواند، در حالی که اصل تعهد را می‌توان اجرا کرد، از بدهکار خسارت بگیرد. از نظر اصول در مرحله نخست باید اجرای تعهد قراردادی را مقدم داشت و آن گاه که این اقدام منتج به نتیجه نگردد به خسارت روی آورد. برای مثال اگر فروشنده‌ای که ملتزم به تسلیم ده تن سیمان است آن را انجام ندهد، خریدار نمی‌تواند، پیش از مطالبه اصل تعهد یا اثبات عدم امکان آن، بهای سیمان را از او بخواهد.

اختیاری که در پاره‌ای از قولنامه‌ها به طور ضمنی به خریدار داده می‌شود که یا الزام مالک به انتقال ملک را از دادگاه بخواهد، یا با استرداد بیعانه از او وجه التزام بگیرد، قاعده عمومی اجرای قرارداد نیست در واقع به خریدار حق داده می‌شود که قرارداد را فسخ کند و خسارت بگیرد یا اجرای آن را بخواهد، یعنی تا تعهد به انتقال باقی است خواستن خسارت عدم انجام آن امکان ندارد و طلبکار اختیار فسخ یا بقای قرار داد را پیدا می‌کند.

خسارت تأخیر را در جایی می‌توان مطالبه کرد که اصل تعهد باقی و قابل اجراء باشد، برای مثال اگر ثابت شود که مال مورد امانت در نتیجه تفریط امین تلف شده است، از لحظه تلف، مالک حق پیدا می‌کند که مثل یا قیمت آن را بگیرد و نمی‌تواند در دادخواست خود تا تاریخ صدور حکم و اجرای آن خسارت تأخیر در انجام تعهد را بخواهد. تعهد با تلف موضوع آن از بین می‌رود و از جهت تأخیر در اجرای آن نمی‌توان خسارت گرفت.^۱

استاد جعفری لنگرودی فرموده‌اند: وجه التزام گاه به صورت شرط تهدید کننده است که به موجب آن مشروط له طرف خود را ملزم می‌کند که در صورت عدم اجرای تعهد اصلی باید مبلغی بدهد. اگر وجه التزام برای تأخیر اجرای تعهد باشد متعهدله حق دارد هم وجه التزام را بخواهد و هم اجرای تعهد اصلی را؛ در این فرض حالت تعدد مطلوب هست، اما اگر وجه التزام برای تخلف از اجرای تعهد باشد فقط می‌تواند وجه التزام را بخواهد و نمی‌تواند تعهد اصلی را هم بخواهد یعنی اگر بخواهد می‌تواند از وجه التزام چشم‌پوشد و فقط تعهد اصلی را بخواهد، و یا می‌تواند وجه التزام را بخواهد و بس. در این فرض، حالت وحدت مطلوب است و در حقوق فرانسه نیز چنین است، نکته‌ای که باید افزود این است که معنی تعیین وجه التزام این نیست که متعهد مخیر بین اجرای تعهد اصلی یا دادن وجه التزام باشد، مطلقاً تخیری بر او نیست.^۲

حقوقدانان مابین این که خسارت یا وجه التزام مربوط به تأخیر در اجرای تعهد باشد و یا مربوط به اجرای تعهد اصلی، از جهت قابل مطالبه بودن قایل به تفکیک شده‌اند که در اولی هم وجه التزام و هم تعهد اصلی را قابل مطالبه و قابل جمع دانسته ولی در دومی فقط یکی از آنها را قابل مطالبه دانسته‌اند. با امکان اجرای تعهد اصلی امکان مطالبه وجه التزام را منتفی می‌دانند.

عده‌ای دیگر از حقوقدانان مطلب را به طور مطلق بیان فرموده‌اند و تفکیک مزبور را

۱. کاتوزیان، امیرناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران، به‌نشر، ۱۳۶۸، چاپ اول، ج ۴، ص ۲۳۵ الی ۲۳۸.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، ج ۵، ص ۳۷۴۸ و ۳۷۴۹.

قابل نشده‌اند و وجه التزام را قابل مطالبه می‌دانند. استاد سیدحسین امامی در این زمینه فرموده‌اند: در صورتی که جبران خسارت در عقد تصریح شده باشد، تصریح به مسئولیت متعهد جبران خسارت در صورت تأخیر یا عدم انجام تعهد در عقد، آن را جزء تعهد قرار می‌دهد و طبق ماده ۲۱۹ قانون مدنی عقود که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم‌الاتباع است.

ممکن است طرفین در عقد مقرر دارند که در صورت تخلف یا تأخیر، خسارت را متخلف بپردازد و یا کسی را مانند داور معین کنند که خسارت را تقویم کند و ممکن است خسارت به صورت وجه التزام در ضمن عقد معین گردد، چنانکه گفته شود که هر گاه متعهد در موعد مقرر تعهد خود را ایفا نکرد مبلغ یک صد هزار ریال به متعهد له بپردازد. این تعهد الزام آور می‌باشد اگر چه وجه التزام مقرر چندین برابر خسارت واقعی و یا چندین برابر اصل مورد تعهد باشد. این است که ماده ۲۳۰ قانون مدنی می‌گوید: اگر ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف، متخلف مبلغی به عنوان خسارت تأدیه نماید حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر (در صورتی که خسارت واقعی بیشتر باشد) یا کمتر از آن چه که ملزم شده است، (در صورتی که خسارت واقعی کمتر باشد) محکوم کنند». هم چنان که طرفین می‌توانند در عقد، خسارت را به صورت وجه التزام پیش بینی کنند، می‌توانند رفع مسئولیت از خسارت وارده را نیز در صورت تخلف از متعهد درج کنند، زیرا خسارت حقی است مالی و صاحب حق می‌تواند از آن صرف نظر کند.^۱

استاد سید حسین صفایی در این زمینه فرموده‌اند: هر گاه طرفین عقد توافق کرده باشند که متعهد، در صورت عدم اجرای تعهد یا تأخیر، مبلغ معینی بپردازد. اثبات ضرر در این صورت لازم نخواهد بود و متعهد له در صورت تخلف متعهد می‌تواند تأدیه مبلغ مزبور را که وجه التزام نامیده می‌شود از او بخواهد، اگر چه هیچ ضرری به وی نرسیده باشد (ماده ۲۳۰ قانون مدنی) اصل حاکمیت اراده اقتضا می‌کند که توافق طرفین در تعیین مبلغ خسارت

۱. امامی، سیدحسین، حقوق مدنی، ج اول، ص ۲۴۶ و ۲۴۷.

معتبر و الزام آور باشد. تعیین وجه التزام نه فقط برای عدم اجرای تعهد، بلکه برای تأخیر در انجام تعهد نیز صحیح و معتبر است.

ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ نیز در تأیید قاعده فوق می‌باشد.^۱ ملاحظه می‌شود که حقوقدانان اخیرالذکر مابین این که وجه التزام مربوط به عدم اجرای تعهد باشد یا برای تأخیر در انجام تعهد باشد از جهت قابل مطالبه بودن وجه التزام و اصل تعهد در صورت قراردادی تفکیکی قایل نیستند. حق با این گروه از حقوقدانان می‌باشد، زیرا اولاً اصل حاکمیت اراده مخدوش می‌شود و ثانیاً این ترجیح، ترجیح بلا مرجح خواهد بود و این که طرفین از به کار بردن الفاظ در عقود مدلول آن را قصد می‌کنند و به عنوان یک عبارت صرف به کار نمی‌برند. از لحاظ قوانین نیز هرچند بر تقویت نظر گروه اول می‌توان به ماده ۳۹ آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجراء و طرز شکایت از عملیات اجرایی مصوب ۱۳۵۵ اشاره کرد که می‌گوید: «هر گاه در سند برای تأخیر انجام تعهد، وجه التزام معین شده باشد مطالبه وجه التزام مانع مطالبه اجرای تعهد نمی‌باشد، ولی اگر وجه التزام برای عدم انجام تعهد مقرر شده باشد متعهدله فقط می‌تواند یکی از آن دو را مطالبه کند».

ولی اولاً همان طوری که ملاحظه می‌شود مورد فوق آیین نامه می‌باشد نه قانون، ثانیاً با تصویب ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی و تبصره یک آن مصوب ۱۳۷۹ که مؤخرالتصویب بر آیین نامه فوق می‌باشد و با توجه به ماده ۵۲۹ همان قانون که قوانین مغایر با قانون آیین دادرسی مدنی را ملغی الاثر اعلام کرده است در نتیجه آیین نامه مذکور نسخ گردیده است. لذا باید گفت وقتی متعهد تخلف کرد اعم از این که وجه التزام مربوط به اجرای تعهد باشد یا مربوط به تأخیر در اجرای تعهد در هر دو صورت علاوه بر اصل تعهد وجه التزام نیز قابل مطالبه است.

۱. صفایی، سیدحسین، حقوق مدنی، ص ۲۰۹.

۴- وجه التزام در رویه قضایی

رویه قضایی در برخورد با قابل مطالبه بودن وجه التزام همراه با اصل تعهد بی تأثیر از نظریات ابراز شده توسط حقوقدانان نبوده است. اساساً قضات از محاکم بدوی تا عالی چندان راغب به صدور حکم بر وجه التزام همراه با اصل تعهد نمی‌باشند. بعضی از قضات محترم علی‌رغم وجود ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی و نظر حقوقدانان حتی نسبت به صدور حکم خسارت تأخیر تأدیه اکراه دارند که به عنوان ضمیمه‌ای بر این نوشته آورده شده است. قاضی محترم در صدور اجرائیه علی‌رغم وجود حکم در خصوص خسارت تأخیر تأدیه نسبت به آن قسمت از حکم که مربوط به خسارت تأخیر تأدیه است، آن را قابل اجراء نمی‌داند؛ به طریق اولی در خصوص وجه التزام آن را قابل صدور حکم نمی‌داند، اما با این حال نظرات اقلی وجود دارد؛ که وجه التزام را قابل مطالبه دانسته و خسارت تأخیر تأدیه را نیز قابل مطالبه می‌دانند. قصد داشتم آراء متعددی را در اینجا بیاورم، اما به لحاظ جلوگیری از اطاله کلام تنها به چند نمونه از آراء و هم‌چنین به دو مورد از آراء اصراری اشاره خواهد شد. در رویه قضایی دو نظریه عمده وجود دارد؛ نظر اکثریت (غالب) این است که وجه التزام فقط برای تحکیم قراردادی از جهت قابل اجراء بودن اصل تعهد می‌باشد و لذا در صورتی که امکان اجرای اصل تعهد باشد نوبت به مورد مطالبه تضمین آن یعنی وجه التزام نمی‌رسد ولی در صورت تعذر اجرای اصل تعهد می‌توان نسبت به مطالبه وجه التزام اقدام کرد. نظر اقلیت نیز این است که توجه به اصل حاکمیت اراده طرفین و این که چنانچه متعهد مرتکب تخلف شود بر متعهد له این حق ایجاد شده است که بتواند مستحق مطالبه وجه التزام علاوه بر تعهد اصلی شود. در حال حاضر با توجه به تبصره ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی، هم وجه التزام و هم اصل تعهد قابل اجراء است. در خصوص خسارت تأخیر تأدیه نیز اکثریت قضات با توجه به قانون مرقوم قابل مطالبه می‌دانند.^۱

۱. البته بحث در این زمینه که خسارت تأخیر تأدیه شرعی است یا خیر و این که قابل مطالبه است یا خیر بحث مفصلی است که از حوصله این مقال خارج است.

آراء صادره از شعب دیوان عالی کشور در خصوص موضوع^۱:

۱- رأی شماره ۲۵۴۴ مورخ ۱۳۳۱/۸/۱۲ شعبه ۷ دیوان عالی کشور

اگر طرفین تعهد مقرر دارند که در مدت معین در دفتر رسمی برای تنظیم سند و ثبت در دفترخانه حاضر شوند که در صورت تخلف هر یک از آنها مبلغی به طرف دیگر بدهد، تعیین این وجه التزام مانع الزام به اجرای قرارداد و تنظیم سند معامله نخواهد بود.

۲- رأی شماره ۲۹۰۷ مورخ ۱۳۳۱/۹/۲۵ شعبه ۶ دیوان عالی کشور

اگر کسی طبق ورقه‌ای به طور تعهد ابتدایی متعهد شود که تا فلان روز در دفتر رسمی برای تنظیم اجاره نامه به نحو مقرر در ورقه مزبور حاضر گردد و در صورت تخلف از این مراتب مبلغی به طرف بدهد، نظر به این که در ضمن تعهد خسارت متصوره از عدم انجام پیش بینی شده دیگر حقی برای متعهدله جز وجه التزام مقرر موجود نخواهد بود.

۳- رأی شماره ۸۵۲ مورخ ۱۳۲۹/۵/۵ شعبه ۳ دیوان عالی کشور

اگر در سند مدرک دعوی تصریح شده باشد که (فروشنندگان قبل از فسخ این معامله حق هیچ گونه معامله و نقل و انتقال اعم از صلح حقوق یا به عنوان مالکیت و افراز ندارند) و وجه التزام برای تخلف امر مذکور قرار داده شده باشد، مجرد وکالت دادن برای انجام معامله بعد از فسخ معامله شرطی تخلف محسوب نمی‌شود تا موجب تأدیه وجه التزام شود.

۴- رأی شماره ۴۰۸ مورخ ۷۱/۷/۴ شعبه ۳ دیوان عالی کشور

نظریه دادگاه با اشکال مواجه است، زیرا در ذیل قرارداد عادی مورخ ۶۸/۴/۱۰ مستند دعوی طرفین تصریح نموده‌اند (چنانچه هر یک از طرفین در موعد مقرر حاضر به انجام معامله نگردید، ملزم به پرداخت مبلغ نوزده میلیون ریال به طرف مقابل می‌باشد) بنابراین و با لحاظ مستفاد از ماده ۲۳۰ قانون مدنی طرفین ضمن قرارداد جزای تخلف از اجرای قرارداد و ایفاء تعهد را معین کرده‌اند و با وصف چنین صراحتی الزام یکی از متعاملین به اجرای تعهد خلاف قصد و نیت آنان و خلاف مصرحات قرارداد است کسی که حاضر

۱. حسینی، سیدمحمدرضا، *قانون مدنی در رویه قضایی*، زیر نظر قهرمانی، یونس، تهران، مجد، چاپ اول، ۱۳۷۹، ص ۸۰ و ۸۱.

به انجام تعهد نشده باید مبلغ مذکور را بپردازد و بیش از این تعهدی ندارد.

۵- رأی شماره ۶۹۸ مورخ ۲۸/۱۰/۷۱ شعبه ۳ دیوان عالی کشور

به شرح شرایط مذکور در سند مورخ ۶۸/۱۱/۳ مستند دعوی تصریح گردیده (در این جا فروشنده متعهد می‌شود چنانچه در روز موعود معین حاضر به انجام معامله نگردد تعهد می‌نماید که علاوه بر استرداد بیعانه دریافتی به عنوان خسارت بدون هیچ گونه عذر و بهانه به خریدار پرداخت و حق کمیسیون بنگاه را برابر معامله انجام شده بپردازد. متقابلاً خریدار نیز تعهد می‌نماید چنانچه در موعود معین حاضر به انجام معامله نگردد حقی به مطالبه بیعانه پرداختی نخواهد داشت) بنابراین با وصف جعل چنین شرطی برای طرفین معامله و با وصف ماده ۲۳۰ قانون مدنی الزام خواننده به تنظیم سند رسمی انتقال بر مبنای معامله و تعهد مشروط و جاهت قانونی ندارد و با قصد و رضای طرفین و کیفیت مراضات و توافق آنها تطبیق نمی‌کند.

۶- دادنامه شماره ۳۰۳ مورخ ۳۱/۶/۱۳۷۱ شعبه ۹ دیوان عالی کشور^۱

که اعلام نموده‌اند وجه التزام موضوع دعوی از شروط ابتدایی بوده و لازم الوفاء نیست. حکم دادگاه مغایر با موازین شرعی است و رأی شعبه مذکور چنین است: (به دادنامه مورد تجدید نظر نسبت به محکومیت خواننده به تأدیه سی میلیون ریال وجه التزام اشکال وارد است، زیرا وجه التزام مزبور از شروط ابتدایی بوده و لازم الوفاء نیست.^۲ لذا در این مورد به علت مغایر بودن با احکام شرعی رأی دادگاه نقض و در سایر موارد اجرا می‌شود و پرونده نسبت به قسمت منقوض جهت رسیدگی به شعبه دیگر دادگاه حقوقی یک... ارجاع می‌شود (ملاحظه می‌شود که در خصوص آراء صادره فوق به جزء مورد اول بقیه آراء هر کدام با استدلال‌هایی سعی دارند که اعلام دارند فقط یا وجه التزام و یا اصل تعهد قابل مطالبه است به عبارتی این دو قابل جمع نیستند).

۱. بازگیر، یداله، رأی دیوان عالی کشور در امور حقوقی - ۱، تهران، ققنوس، چ اول، ۱۳۷۷، ص ۱۵۱ الی ۱۵۵.

۲. البته به نظر شیخ مرتضی انصاری شروط ابتدایی نیز لازم الوفاء است. که بحثی است خارج از حوصله این مقال.

در اینجا به حکم شماره ۲۸۵۱ و شماره ۲۸۵۲ - ۱۰ آبان ۱۳۱۸ اشاره می‌شود که از محکمه عالی انتظامی قضات صادر شده است: قسمت اخیر آن نشان دهنده اعتقاد محکمه مذکور به قابل مطالبه بودن وجه التزام می‌باشد «در دعوایی که بین طرفین به اصلاح خاتمه یافته و ختم امر را به دادگاه اعلام و تقاضای عدم تعقیب نمودند و حاکم دادگاه هم از نظر این که طرفین تقاضای صدور گزارش ختم عمل نموده‌اند دستور بایگانی پرونده را داده و سپس مدعی به عنوان عمل نشدن به مفاد قرارداد اصلاحی از محکمه تقاضای وجه التزام را کرده و با تقاضای مکرر دادگاه شاکی را بلا تکلیف گذارده و حکمی در این باب نداده، تخلف نیست، زیرا دعوی طرح شده منتهی به قرارداد اصلاحی و خاتمه یافته و شکایت مدعی بدوی از عدم اجرای قرارداد و تقاضای وصول وجه التزام که دعوی جدید بوده بدون تقدیم عرض حال و انجام تشریفات قانونی مجوزی در رسیدگی و صدور حکم به تأدیه آن نداشته است».^۱

حال به دو نمونه از آراء اصراری هیأت عمومی دیوان عالی کشور می‌شود. در یک رأی از هیأت عمومی دیوان عالی کشور که مشروح آن در کتاب توجیه و نقد رویه قضایی آمده است.^۲ که بالاخره در این رأی هیأت عمومی اعتقاد دارند که علاوه بر وجه التزام اصل تعهد نیز قابل مطالبه می‌باشد که رای مذکور بیان می‌دارد: (نظر به این که طبق قول نامه مستند دعوی فرجام خوانده صریحا تعهد به حضور در دفتر و تنظیم سند رسمی انتقال نسبت به مساحت یک صد هزار متر مشروحه در قرارداد نموده و تفکیک زمین مزبور بر طبق درخواست فروشنده با حضور نماینده و مهندس ثبت اسناد انجام قطعه مزبور به تصرف خریدار داده شده و در صورت مجلس تفکیکی که فتوکی آن ضمیمه است به درخواست دفتر... تهران از طرف اداره ثبت کرج طبق نامه شماره ۷۳۷۷ مورخ ۴۳/۵/۲۵ به دفتر مزبور فرستاده شده، مسلم است که منظور طرفین از وجه التزام تحکیم قرارداد و تأکید در اجرای آن و تعهد فروشنده به حضور در دفتر اسناد رسمی و تنظیم سند انتقال بوده

۱. شهیدی، موسی، *موازین قضایی*، تهران، انتشارات نامعلوم، ۱۳۴۰، ص ۲۵۶.

۲. ر.ک، کاتوزیان، امیرناصر، *توجیه و نقد رویه قضایی*، ص ۱۱۷ الی ۱۲۷.

است. بنابراین نظر دادگاه به این که ضمانت اجرایی تعهد مزبور صرفاً پرداخت وجه التزام است و موردی برای الزام وی به انجام انتقال رسمی نمی‌باشد برخلاف قصد و نیت طرفین قرارداد و مندرجات پرونده بوده و مخدوش است، لذا دادنامه فرجام خواسته مستند به ماده ۵۵۹ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ فقط نسبت به محکومیت فرجام خواه (خریدار) در مورد الزام فروشنده به تنظیم سند رسمی انتقال به اکثریت آراء نقض و رسیدگی مجدد در این قسمت به شعبه دیگری از دادگاه استان مرکز محول می‌گردد. «

استاد کاتوزیان به پیروی از نظریه خود که قبلاً به آن اشاره کردیم در نقد رأی هیأت عمومی مذکور بیان می‌دارند: بنابراین، سرانجام دیوان عالی، می‌پذیرد که در این باره اراده طرفین حاکم است. و قرار دادن وجه التزام مانع از خواستن تعهد اصلی نیست. ولی آنچه نادرست و تعجب آور به نظر می‌رسد این است که دیوان عالی طبیعت وجه التزام و رابطه آن را با تعهد اصلی نادیده گرفته است، زیرا وجه التزام در واقع خسارت ناشی از عدم انجام تعهد است که طرفین درباره میزان آن توافق کرده‌اند. به بیان دیگر، این التزام بدون اصل تعهد است که هرگاه متعهد له نخواهد یا نتواند تعهد اصلی را بخواهد، از راه مطالبه وجه التزام بتواند « بدل انجام تعهد را» مطالبه کند. بنابراین چگونه ممکن است تصور حالتی را کرد که متعهدله بتواند هم اصل تعهد را بگیرد و هم بدل آن را؟

دیوان عالی این ناممکن را ممکن ساخته است، زیرا بار اول با تأیید رأی دادگاه استان به خریدار اجازه داده است که مبلغ دو بیست هزار ریال وجه التزام را از فروشنده بگیرد، سپس هیأت عمومی دستور داده است که دادگاه استان رأی بر محکومیت فروشنده به انتقال اصل زمین بدهد. این خطای بزرگ را نمی‌توان حمل بر نظر قضایی کرد و چون خوشبختانه رأی اصراری است، امید می‌رود که سایر دادگاه‌ها این اشتباه را دنبال نکنند.^۱

ملاحظه می‌شود که استاد محترم به شرح فوق از صدور چنین رأیی از هیأت عمومی دیوان عالی کشور اظهار تعجب کرده‌اند. در حالی که هر چند این رأی اصراری از معدود

۱. کاتوزیان، امیرناصر، پیشین، ص ۱۲۶ و ۱۲۷.

آرائی است که رویه قضایی اعتقاد به دریافت وجه التزام و اصل تعهد را دارد. چرا که ملاحظه شد که در رویه قضایی کمتر این نظر است و رأی اصراری که متعاقباً بیان می‌کنیم اعتقاد خلاف این رأی بیان شده را وارد و اعتقاد دارد که این دو قابل جمع نیست. اما آنچه که می‌توان بیان کرد این که صرف نظر از نحوه استدلال در خصوص رأی هیأت عمومی مذکور به نظر نمی‌رسد که رأی مذکور تعجب آور باشد چرا که به استدلالاتی که قبلاً بیان شد و با توجه به اصل حاکمیت اراده طرفین و بالاخره نص صریح تبصره و ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی و این که اصل بر حجیت ظواهر الفاظ است و وجه التزام به عنوان بدل از تعهد اصلی نیست بلکه ضمانت اجرای تخلف از مفاد قراردادی است همچون خسارت تأخیر تأدیه و ترجیح بلامرجح بین آنها منتفی است و لذا برخلاف نظر استاد هر دو قابل مطالبه است و رأی هیأت عمومی بالنتیجه صحیح به نظر می‌رسد.

رأی اصراری ۹ مورخ ۱۳۷۷ هیأت عمومی دیوان عالی کشور^۱

رأی اصراری مذکور با استدلالات متعددی که از ناحیه قضات محترم دیوان عالی کشور صادر شده است، نهایتاً اعتقاد به عدم قابل مطالبه بودن وجه التزام در موضوع معنونه با ۴۲ رأی از ۴۵ رأی غالب شده است. موضوع چنین بنین بوده که دادخواست‌های متعددی مطرح می‌شود که یکی از دادخواست‌ها حاکی است در تاریخ ۷۴/۹/۸ آقایان باقر، کاظم و صادق بهرامی دادخواست دیگری به طرفیت آقای علی صفری به خواسته وجه التزام تعیین شده در قرارداد مورخ ۷۳/۱۱/۲۳ و قرارداد تکمیلی ۷۴/۲/۱۱ و خسارت دادرسی تقدیم نموده‌اند. خواهان‌ها در ادامه توضیحات خود در متن دادخواست اشعار داشته‌اند طبق قرارداد مورخ ۷۳/۱۱/۲۳ و قرار داد تکمیلی مورخ ۷۴/۲/۱۱ خوانده موظف بوده مورد معامله را در تاریخ ۷۴/۳/۲۶ تخلیه و تحویل خریداران نماید و مطابق بند ۷ قرارداد متقبل گردیده در ازاء هر روز تأخیر در تخلیه مبلغ پنجاه هزار ریال به خریداران پرداخت نماید نظر به این که با مراجعات مکرر تاکنون از تخلیه و تحویل مورد معامله علی‌رغم دریافت ثمن امتناع نموده

۱. دیوان عالی کشور، *مذاکرات و آراء هیأت عمومی دیوان عالی کشور*، تهران، اداره وحدت رویه و نشر مذاکرات هیأت عمومی دیوان عالی کشور، ۱۳۸۲، ج دوم، ج ۴، ص ۲۲۵ الی ۲۷۰.

است تقاضای صدور حکم بر محکومیت خوانده به پرداخت وجه التزام مورد نظر از تاریخ ۷۴/۳/۲۶ تا زمان صدور اجرای حکم و تخلیه مبیع مستنداً به مواد ۲۲۰ و ۲۲۱ و ۲۳۰ قانون مدنی و نیز تقاضای صدور تأمین خواسته داریم. پس از استدلالات هیأت عمومی چنین رأی داد: «اعتراض تجدید نظرخواه وارد است، زیرا علاوه بر این که تنظیم قرارداد ثانوی بین متعاملین موجب سقوط شرط مندرج در قرارداد اولیه در مورد وجه التزام خواهد بود اصولاً تخلیه خانه متنازع فیه مستلزم پرداخت مبلغ هشتصد هزار تومان به مستأجر بوده که با توجه به محتویات پرونده و متن رأی صادره چنین وجهی از طرف خریدار به مستأجر پرداخت نشده تا موجبات تخلیه براساس قرارداد فراهم گردد. بنابراین رأی شماره ۳۶۰ مورخ ۷۶/۸/۲۴ شعبه هشتم دادگاه عمومی کرج مخدوش است و به استناد بند «ج» ماده ۲۴ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب تیر ماه ۷۳ آن را نقض و رسیدگی مجدد به این پرونده را به شعبه دیگر دادگاه عمومی کرج ارجاع می‌نماید». هرچند نظر دادستان محترم بر قابل مطالبه بودن وجه التزام بود ولی نهایتاً رأی فوق صادر گردید.

نتیجه

هرچند دیدگاه‌های مختلفی در خصوص وجه التزام به شرح مقاله وجود دارد، اما آنچه که می‌توان گفت این که اولاً، به استناد اصل حاکمیت اراده طرفین در اجرای ماده ۱۰ قانون مدنی در قراردادهای و به استناد اصل حجیت ظواهر الفاظ ثانیاً، با توجه به نظریه حقوقدانان که قانونگذار در وضع قوانین عمل لغوی انجام نمی‌دهد و با وضع هر عبارتی مقصود از آن را بیان می‌کند و مدلول آن نظر وی می‌باشد در قراردادهای نیز طرفین با قید هر عبارتی مدلول آن را قصد می‌کنند و با قید وجه التزام در واقع دیگری را غیر از اصل تعهد نیز قصد می‌نمایند که در صورت تخلف متعهد بر ذمه وی بار خواهد شد. عقلائی به نظر نمی‌رسد که طرفین وجه التزام صرفاً به عنوان بدل از تعهد اصلی قید نمایند. ثالثاً، تعیین وجه التزام به عنوان بدل از تعهد اصلی نیست تا در صورتی که متعهد اصل تعهد را اجراء نکند متعهد فقط می‌تواند وجه التزام را بخواهد بلکه وجه التزام تضمین اجرای قرارداد است و به عنوان تضمین قرار داده است و به محض این که متعهد مرتکب تخلف شد

ضمانت اجرای قرارداد بر عهده وی می‌آید که این امر ارتباطی به اجرای اصل قرار داد نخواهد داشت و حتی به نظر می‌رسد نیازی به اثبات تقصیر متعهد نیست بلکه به صرف عدم انجام تعهد هم وجه التزام و هم موضوع قرارداد بر عهده متعهد خواهد بود و در صورت ادعای خواننده بر عدم آن بار اثبات بر عهده متعهد است و لذا متعهد با تخلف از انجام تعهد موجبات مطالبه وجه التزام را فراهم کرده است که ارتباطی به موضوع قرارداد ندارد. رابعاً: تفکیک بین این که وجه التزام مربوط به خسارت ناشی از تأخیر در انجام تعهد باشد یا موردی که وجه التزام بر انجام تعهد باشد ترجیح بلامرجح است و هیچ گونه ادله توجیهی بر این امر وجود ندارد. خامساً: امروزه به نظر می‌رسد با توجه به ماده ۵۱۵ و تبصره آن از قانون آیین دادرسی مدنی نص صریح داریم که در صورتی که وجه التزامی تعیین شده باشد با توجه به این که قراردادهای مذکور به رسمیت شناخته شده و به نص صریح ماده و تبصره مذکور وجه التزام فوق قابل مطالبه است و دیگر با وجود نص هرگونه اجتهادی در مقابل آن اجتهاد در مقابل نص خواهد بود که محکوم به بطلان است. ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی در خصوص خسارت تأخیر تأدیه می‌باشد که ملاحظه می‌شود قانونگذار در مطالبه وجه التزام مابین وجه التزام انجام تعهد و یا خسارت تأخیر در انجام تعهد فرقی قابل نشده است هر دو را قابل مطالبه می‌داند.

امروزه طرفین قرارداد برای رهایی از هرگونه تفسیری در قراردادهای در خصوص قابل مطالبه یا قابل مطالبه نبودن وجه التزام و در جهت قابل مطالبه بودن آن علاوه بر موضوع قرارداد عباراتی از قبیل: ۱- علاوه بر وجه التزام موضوع قرارداد نیز قابل مطالبه باشد. ۲- مطالبه وجه التزام مانع از مطالبه اصل تعهد نیست. ۳- وجه التزام بدل از تعهد اصلی نیست و هر دو قابل مطالبه است به کار می‌برند که حتی این عبارات در مبایعه نامه‌های جدید بنگاه‌ها نیز قید شده است. علی‌ای حال با توجه به مراتب در صورت تخلف متعهد، وجه التزام علاوه بر موضوع قرارداد اصلی نیز قابل مطالبه می‌باشد.

ضمائم

مواد [قانونی] به کار رفته در مقاله

الف: قانون مدنی

ماده ۱۰: قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است.

ماده ۲۱۹: عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع است مگر این که به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود.

ماده ۲۳۰: عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می‌نماید بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود ملزم می‌باشند.

ماده ۲۳۱: اگر کسی تعهد اقدام به امری را بکند یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری کند در صورت تخلف مسئول خسارت طرف مقابل است مشروط بر این که جبران خسارت تصریح شده و یا تعهد عرفاً به منزله تصریح باشد و یا برحسب قانون موجب ضمان باشد.

ماده ۲۳۶: در مورد عدم ایفاء تعهدات از طرف یکی از متعاملین طرف دیگر نمی‌تواند ادعای خسارت نماید مگر این که برای ایفاء تعهد مدت معینی مقرر شده و مدت مزبور مقتضی شده باشد و اگر برای ایفاء تعهد مدتی مقرر نبوده طرف وقتی می‌تواند ادعای خسارت نماید که اختیار موقع انجام با او بوده و ثابت نماید که انجام تعهد را مطالبه کرده است.

ماده ۲۳۷: متخلف از انجام تعهد وقتی محکوم به تأدیه خسارت می‌شود که نتواند ثابت نماید که عدم انجام به واسطه علت خارجی بوده است که نمی‌توان مربوط به او نمود.

ماده ۲۳۸: در صورتی که موضوع تعهد تأدیه وجه نقدی باشد حاکم می‌تواند با رعایت ماده ۲۲۱ مدیون را به جبران خسارت حاصله از تأخیر در تأدیه دین محکوم کند.

ماده ۲۲۹: اگر متعهد به واسطه حادثه‌ای که دفع آن خارج از حیطه اقتدار اوست نتواند از عهده تعهد خود برآید محکوم به تأدیه خسارت نخواهد بود.

ماده ۲۳۰: اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف متخلف مبلغی به عنوان خسارت تأدیه نماید حاکم نمی‌تواند او را بیشتر یا کمتر از آنچه که ملزم شده است محکوم کند.

ماده ۴۲۵: عیبی که بعد از بیع و قبل از قبض در مبیع حادث شود در حکم عیب سابق است.

ب - قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸

ماده ۵۵۹: اصلاحی ۱۳۴۹: در موارد زیر حکم یا قرار نقض می‌شود:

۱- اگر دادگاه که حکم یا قرار را داده است خارج از صلاحیت ذاتی خود به دعوایی رسیدگی کرده.

۲- هرگاه رسیدگی موافق صلاحیت ذاتی دادگاه بوده ولی حکم یا قرار برخلاف قانون صادر شده باشد.

۳- اگر دعوی برخلاف اصول محاکمات رسیدگی شده و عدم رعایت اصول مذکوره به درجه‌ای اهمیت دارد که حکم یا قرار را از اعتبار قانونی می‌اندازد.

۴- اگر احکام یا قراردادهایی مباین با یکدیگر در یک موضوع و بین همان اصحاب دعوی یا قائم مقام آنها صادر شده باشد.

ماده ۷۱۹: در دعوای که موضوع آن وجه نقد است اعم از این که راجع به معاملات با حق استرداد یا سایر معاملات استقراضی یا غیر معاملات استقراضی باشد خسارت تأخیر تأدیه معادل صدی دوازده (۱۲٪) محکوم به، در سال است و اگر علاوه بر این مبلغ قراردادی به عنوان وجه التزام یا مال الصلح یا مال الاجاره و هر عنوان دیگری شده باشد، در هیچ مورد بیش از صدی دوازده در سال نسبت به مدت تأخیر حکم داده نخواهد شد. لیکن اگر مقدار خسارت کمتر از صدی دوازده معین شده باشد به همان مبلغ که قرار داده

شده است حکم داده می‌شود.

ماده ۷۲۷: در دعاوی که موضوع آن وجه نقد نیست و مدعی ضمن دعوی مطالبه اجرت المثل و خسارت از جهت عدم تسلیم خواسته می‌نماید و هم چنین در صورتی که موضوع دعوی مستقلاً اجرت المثل یا خسارت ناشی از عدم انجام تعهد و یا تأخیر آن می‌باشد دادگاه میزان خسارت را پس از رسیدگی معین کرده حکم خواهد داد.

ماده ۷۲۸: در مورد ماده فوق در صورتی دادگاه حکم خسارت می‌دهد که مدعی خسارت ثابت کند که ضرر به او وارد شده و این ضرر بلاواسطه ناشی از عدم انجام تعهد یا تأخیر آن یا عدم تسلیم محکوم به بوده است. ضرر ممکن است به واسطه از بین رفتن مالی باشد یا به واسطه فوت شدن منفعتی که از انجام تعهد حاصل می‌شده است.

ج - قانون آئین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹

ماده ۵۱۵: خواهان حق دارد ضمن تقدیم دادخواست یا در اثنای دادرسی و یا به طور مستقل جبران خسارت ناشی از دادرسی یا تأخیر انجام تعهد یا عدم انجام آن را که به علت تقصیر خوانده نسبت به اداء حق یا امتناع از آن به وی وارد شده یا خواهد شد، هم چنین اجرت المثل را به لحاظ عدم تسلیم خواسته یا تأخیر تسلیم آن از باب اتلاف و تسبیب از خوانده مطالبه نماید. خوانده نیز می‌تواند خسارتی را که عمداً از طرف خواهان با علم به غیر محق بودن در دادرسی به او وارد شده از خواهان مطالبه نماید.

دادگاه در موارد یاد شده میزان خسارت را پس از رسیدگی معین کرده و ضمن حکم راجع به اصل دعوا یا به موجب حکم جداگانه محکوم علیه را به تأدیه خسارت ملزم خواهد نمود. در صورتی که قرارداد خاص راجع به خسارت بین طرفین منعقد شده باشد برابر قرارداد رفتار خواهد شد.

تبصره ۱ ماده ۵۱۵: در غیر مواردی که دعاوی مطالبه خسارت مستقلاً یا بعد از ختم دادرسی مطرح شود مطالبه خسارت‌های موضوع این ماده مستلزم تقدیم دادخواست نیست.

ماده ۵۲۲: در دعاوی که موضوع آن دین و از نوع وجه رایج بوده و با مطالبه داین و

تمکن مدیون امتناع از پرداخت نموده در صورت تغییر فاحش شاخص قیمت سالانه از زمان سررسید تا هنگام پرداخت و پس از مطالبه طلبکار، دادگاه با رعایت تناسب تغییر شاخص سالانه که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تعیین می‌گردد محاسبه و مورد حکم قرار خواهد داد مگر این که طرفین به نحوه دیگری مصالحه نمایند.

ماده ۵۲۳: در کلیه مواردی که رأی دادگاه برای وصول دین به موقع اجرا گذارده می‌شود اجرای رأی از مستثنیات دین اموال محکوم علیه ممنوع می‌باشد.

ماده ۵۲۹: از تاریخ لازم الاجرا شدن این قانون، قانون آیین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۱۸ و الحاقات و اصلاحات آن و مواد (۱۸)، (۱۹)، (۲۱)، (۲۳) و (۳۱) قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۷۳ و سایر قوانین و مقررات در موارد مغایر ملغی می‌گردد.

قانون فوق مشتمل بر پانصد و بیست و نه ماده و هفتاد و دو تبصره در جلسه علنی روز یکشنبه مورخ بیست و یک فروردین ماه یک هزار و سیصد و هفتاد و نه مجلس شورای اسلامی تصویب و در تاریخ ۱۳۷۹/۱/۲۸ به تأیید شورای نگهبان رسیده است.

د: قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳

ماده ۲۴: مرجع رسیدگی پس از نقض در دیوان عالی کشور به شرح ذیل اقدام می‌نماید:
الف - در صورت نقض قرار در دیوان عالی کشور، باید از نظر دیوان متابعت نماید و وارد رسیدگی ماهوی شود.

ب - در صورت نقض حکم به علت نقص تحقیقات باید تحقیقات مورد نظر دیوان را انجام دهد سپس مبادرت به انشاء حکم نماید.

ج - در صورت نقض حکم در غیر موارد مذکور دادگاه می‌تواند رأی اصراری صادر نماید اگر یکی از کسانی که حق درخواست تجدیدنظر دارد تقاضای تجدیدنظر نماید پرونده مجدداً در دیوان عالی کشور مورد بررسی قرار می‌گیرد هرگاه شعبه دیوان عالی کشور استدلال دادگاه را بپذیرد حکم را ابرام می‌کند و در غیر این صورت پرونده در هیأت عمومی

شعب حقوقی یا کیفری دیوان عالی کشور حسب مورد مطرح و چنانچه نظر شعبه دیوان عالی کشور مورد تأیید قرار گرفت حکم نقض و پرونده به شعبه دیگر دادگاه ارجاع خواهد شد. دادگاه، مرجوع الیه با توجه به استدلال هیأت عمومی دیوان عالی کشور حکم مقتضی صادر و این حکم قطعی است.

ماده ۳۹ آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجراء و طرز شکایت از

عملیات اجرایی مصوب ۱۳۵۵:

هرگاه در سند برای تأخیر انجام تعهد، وجه التزام معین شده باشد مطالبه وجه التزام مانع مطالبه اجرای تعهد نمی باشد ولی اگر وجه التزام برای عدم انجام تعهد مقرر شده باشد متعهد له فقط می تواند یکی از آن دو را مطالبه کند.

بررسی تعارض سند رسمی با سند عادی

رحمان عمروانی^۱

چکیده:

یکی از مهمترین مسائلی که در این مقاله قصد داریم به بررسی تعارض میان اسناد رسمی با اسناد عادی پرداخته و راه حل مناسبی در آن خصوص را بیابیم، لذا به منظور پاسخ به مسأله مذکور، ابتدا به بررسی شرایط تحقق تعارض بین ادله اثبات دعوا پرداخته و در نهایت با توجه به شرایط مذکور و همچنین به استناد مواد قانونی موجود، بیان خواهیم داشت که تحقق تعارض واقعی (مستمر) بین سند رسمی و عادی ممکن نبوده و بلکه با دقت در هر مورد خاص، تکلیف امر مشخص شده و معلوم می‌گردد که یکی از شرایط تحقق تعارض مستمر (واقعی) وجود نداشته و لذا بین سند رسمی و عادی تعارض محقق نمی‌شود.

گفتار اول: کلیات تعارض ادله اثبات دعوا

بند اول - تعریف تعارض

«تعارض در لغت به معنای خلاف یکدیگر آمدن خبر و جز آن و معارضه کردن یکی با

۱. کارشناس ارشد حقوق خصوصی از دانشگاه شهید بهشتی.

دیگری آمده است.^۱ در علم منطق، تعارض^۲ مترادف تناقض بوده و آن عبارت است از اختلاف بین دو قضیه، به نحوی که از صدق یکی لذاته کذب دیگری لازم آید.^۳ در اصول فقه نیز تعارض را چنین تعریف نموده‌اند: «التعارض هو تنافی مدلولی الدلیلین علی وجه التناقض او تضاد». ^۴ البته در علم اصول، غالباً در خصوص تعارض احکام بحث شده است و در خصوص تعارض ادله اثبات دعوا کمتر بررسی و تحقیق به عمل آمده است.

در اصطلاح حقوق نیز تعارض در ترکیبات متفاوتی از قبیل تعارض قوانین، تعارض دو حکم، تعارض ادله، تعارض اسناد مالکیت (اسناد مالکیت معارض)، تعارض دعاوی، تعارض عام و خاص و... به کار رفته است که در اکثر موارد مذکور، تعارض به «دلالت» مربوط می‌باشد. البته در تعارض قوانین موضوع حقوق بین‌الملل خصوصی، دلالت نقشی ندارد، «زیرا تعارض در حقوق بین‌الملل خصوصی از جهت اجرای دو قانون داخلی یا خارجی در خصوص مورد است، نه از جهت تمایز و ناسازگاری مدلول دو قانون».^۵

حال سؤال آن است که «تعارض ادله اثبات دعوا» به چه معنا می‌باشد؟ در پاسخ باید بیان داشت که تعارض ادله اثبات دعوا عبارت است از تقابل و تضاد دلایل استنادی دو طرف دعوا، به نحوی که عمل به هر دو دلیل و جمع آنها ممکن نباشد. برای مثال شخص الف علیه ب اقامه دعوا نموده و ادعا می‌کند دو چرخه‌ای که در تصرف خوانده (ب) قرار دارد، متعلق به وی می‌باشد. در این خصوص الف تنها يك شاهد مرد داشته و قصد ضمیمه نمودن سوگند بر شهادت را دارد. حال در تعارض اماره قانونی و شهادت به علاوه

۱. دهخدا، علی اکبر، دوره چهارده جلدی لغت نامه دهخدا، موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، چاپ اول از دوره جدید، پاییز ۱۳۷۲، ج چهارم، ص ۵۹۴۸

2. Contradiction; Conflict

۳. خوانساری، دکتر محمد، دوره مختصر منطق صوری، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ یازدهم، تهران، ۱۳۷۳، ص ۱۲۵

۴. انصاری، شیخ مرتضی، فوائده الاصول، موسسه الاعلمی للمطبوعات، بیروت، ۱۹۹۱ (۱۴۱۱ قمری)، ص ۴۲۹

۵. جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، فرهنگ عناصر شناسی، انتشارات گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۲، ص ۱۹۵

6. Contradiction (conflict) of evidence.

سوگند کدام يك مقدم می‌باشد؟ در همان مثال مذکور تصور کنید که دلیل شخص الف تحقیق محلی باشد؛ در این صورت دلیل شخص الف (تحقیق محلی) مقدم است یا دلیل شخص ب (شهادت به علاوه سوگند)؟

مثال دیگر آنکه شخص الف مدعی است که صندوق مقفولی که در تصرف شخص ب قرار دارد، متعلق به وی (الف) می‌باشد، لیکن دلیلی بر ادعای خود ندارد. قاضی از طرفین راجع به محتویات صندوق مقفول سؤال می‌پرسد و شخص متصرف اظهار بی اطلاعی می‌کند. شخص غیرمتصرف (الف) محتویات صندوق را احصاء می‌کند. پس از باز نمودن صندوق توسط کلیدساز، مشخص می‌شود که محتویات ادعایی شخص غیرمتصرف صحیح است. با توجه به آنکه صندوق در تصرف ب می‌باشد، قاضی چگونه رأی خواهد داد؟

بند دوم - شرایط تحقیق تعارض

برای آنکه بین ادله اثبات دعوا تعارض حاصل شود، وجود شرایطی لازم می‌نماید که می‌توان آنها را در چهار عنوان ذیل خلاصه نمود.

الف: وجود حداقل دو دلیل، ب: تنافی و تکذیب یکدیگر، ج: وحدت موضوع د: حجیت فی‌الذات هر يك از ادله در موضوع دعوا، که در ذیل به توضیح آنها خواهیم پرداخت.

۱ - وجود حداقل دو دلیل

تعارض مصدر باب «تفاعل» است که اقتضای دو فاعل دارد و به صورت دو جانبه واقع می‌شود. لذا اولین شرط تحقق تعارض، وجود دو دلیل و یا دو دسته از ادله که مقدمات و شرایط حجیت و دلالت آنها کامل می‌باشد، است. ذکر دو دلیل، بیانگر حداقل ادله لازم برای تحقق تعارض ادله می‌باشد و لذا ممکن است چند دلیل با یکدیگر در تعارض باشند و یا دو گروه از ادله در مقابل هم و متعارض با یکدیگر باشند (تعارض مرکب). این شرط در خصوص تعارض ادله اثبات احکام نیز صادق است.^۱ اهمیت این شرط مخصوصاً در جایی مشخص می‌شود که گاهی ممکن است در ظاهر امر دو دلیل وجود داشته باشد، لیکن به

۱. محمدی، دکتر ابوالحسن، *مبانی استنباط حقوق اسلامی*، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ بیست و هفتم، ۱۳۸۵، ص ۳۴۵ و محقق داماد، دکتر سید مصطفی، *مباحثی از اصول فقه*، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، چاپ سوم، زمستان ۱۳۸۳، جلد سوم، ص ۱۲۵

واسطه نبود یکی از شرایط، در واقع تنها يك دليل جامع الشرايط و قابل استناد وجود داشته و لذا تعارضی متصور نمی‌باشد.

۲ - تنافی و تکذیب یکدیگر

برای تحقق تعارض لازم است که هر دلیل، جزئاً یا کلاً دليل دیگر را تکذیب نماید، به طوری که اجتماع آنها با یکدیگر ممکن نباشد. چنانچه این تکذیب و عدم امکان جمع، به صورت جزئی باشد، دو دليل تنها در همان قسمت با یکدیگر تعارض خواهند داشت و چنانچه تکذیب کلی باشد، ادله مذکور به طور کامل در تعارض با یکدیگر قرار دارند. واضح است که هرگاه چند دليل منافی یکدیگر نباشند، تعارضی نیز بین آنها متصور نمی‌باشد.^۱

۳ - وحدت موضوع

مهم‌ترین شرط تحقق تعارض بین ادله اثبات دعوا، «وحدت موضوع»^۲ می‌باشد. در علم منطق مرسوم است که برای تحقق تعارض و تناقض، هشت وحدت (وحدت‌های هشتگانه) را شرط می‌دانند.^۳

در تعارض هشت وحدت شرط دان **وحدت موضوع و محمول و مکان**
وحدت شرط و اضافه، «جزء و کل» «قوه و فعل» است در آخر، زمان
 امام فخر رازی، شش وحدت اخیر را به وحدت موضوع و محمول بازگردانیده است؛ زیرا بعضی وحدت‌ها مانند شرط و وحدت کل و جزء به وحدت موضوع و برخی دیگر مانند وحدت قوه و فعل و یا وحدت زمان و مکان به وحدت محمول بازمی‌گردد. مع‌هذا به نظر می‌رسد حتی تفکیک بین موضوع و محمول در حقوق و مخصوصاً در ادله اثبات دعوا، چندان کارایی نداشته و بیشتر در علم منطق است که چنین تفکیکی حائز اهمیت می‌باشد. بنابراین در علم حقوق می‌توان وحدت‌های هشتگانه مذکور در دویستی فوق و حتی سایر

۱. «یتحقق التعارض فی الشهاده مع تحقق التضاد، مثل ان يشهد شاهدان بحق لزيد و يشهد آخران ان ذلك الحق بعينه لعمر». محقق حلی، *شرايع الاسلام*، انتشارات استقلال، تهران، چاپ سوم، ۱۳۷۰ شمسی (۱۴۱۲ قمری)، مجلد ثانی، فی اختلاف فی الدعوی از کتاب قضاء، ص ۸۹۷

2. Unity of probative matter

۳. ر.ک. خوانساری، دکتر محمد، *دوره مختصر منطق صوری*، منبع پیشین، ص ۱۲۸ و ۱۲۷

وحدت‌ها از قبیل وحدت مفعول، وحدت آلت، وحدت عدد و وحدت معدود را تحت عنوان «وحدت موضوع» بررسی نمود.

با ذکر چند مثال حقوقی می‌توان مساله را به روشنی شرح داد. مثال اول آنکه شخص الف به استناد سند عادی، ادعای طلبکار بودن از شخص ب را دارد. شخص ب صدور سند از طرف خود را قبول کرده، لیکن به استناد شهودی که ارائه می‌دهد مدعی پرداخت وجه آن می‌باشد. در این مثال بین دو دلیل مذکور (سند عادی و شهادت شهود) تعارض واقعی (مستقر) وجود ندارد؛ زیرا موضوع هر يك از ادله فوق متفاوت بوده و هر کدام برای اثبات امری جداگانه اقامه شده‌اند. سند دلالت بر طلبکار بودن خواهان داشته و شهادت شهود دلالت بر پرداخت دین دارد و به وضوح مشخص است که ادعای طلبکاری، موضوعی متفاوت با ادعای پرداخت است. لذا در مثال مذکور هیچ تعارض مستقری بین ادله ارائه شده توسط اصحاب دعوا، وجود ندارد. در این مثال نمی‌توانیم به استناد ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی شهادت را فاقد ارزش اثباتی بدانیم؛ زیرا شهادت مذکور در مقام تکذیب و تعارض با سند مذکور قرار ندارد. حذف ماده ۱۳۰۸ قانون مدنی در سال ۱۳۶۱، مؤید این ادعا می‌باشد.

در همان مثال چنانچه خواننده، امضای ذیل سند را انکار نموده و پس از ارجاع امر به کارشناس، نظر کارشناس به نفع خواننده باشد، باز هم تعارضی بین سند عادی و نظر کارشناسی وجود نخواهد داشت. زیرا موضوع سند، ادعای طلب بوده و موضوع نظر کارشناسی انتساب یا عدم انتساب امضای ذیل سند به خواننده می‌باشد.

بنابراین سومین شرط تحقق تعارض ادله آن است که موضوع هر دو دلیل واحد و مشترك باشد، به عبارتی دیگر هر دو دلیل مستقیماً برای اثبات امری واحد ارائه شده باشد. مثلاً اگر شخص الف به استناد سند عادی، ادعای مالکیت ملکی را نموده و شخص ب نیز به استناد شهادت شهود و اماره قانونی تصرف، ادعای مالکیت همان ملك را در زمان واحد داشته باشد، از آنجا که مدلول هر دو طرف از ادله، مالکیت ملك واحد در زمان و شرایط واحد (فی‌المجموع موضوع واحد) می‌باشد، لذا بین ادله مذکور تعارض وجود دارد.

۴ - حجیت ادله (قابلیت استناد)

شرط چهارم از شرایط تحقق تعارض بین ادله اثبات دعوا آن است که هر يك از دو دلیل یا دو گروه دلیل متقابل، فی‌النفسه دارای حجیت^۱ و قابل استناد در موضوع دعوا باشند؛ بدین معنا که هر يك از آن دو، به فرض نبود دلیل معارض، حجت بوده و قابل استناد در رأی قاضی برای صدور حکم باشد؛ گرچه ممکن است یکی از آنها در اثر تعارض و به واسطه ارزش اثباتی کمتر، از حجیت و قابلیت استناد بالفعل ساقط شود. خلاصه آنکه هرگز بین حجت و غیر حجت (دلیل و غیر دلیل) تعارض واقع نمی‌شود.

برای مثال چنانچه خواهان به استناد يك شاهد زن اقامه دعوی نماید و تحقیق محلی به نفع خوانده باشد، در این صورت بین تك شاهد زن (شهادت شهود) و تحقیقات محلی تعارض وجود نخواهد داشت؛ زیرا شهادت يك زن به تنهایی شهادت محسوب نمی‌شود.

مثال دیگر آنکه چنانچه خوانده در دفاع از خود مدعی پرداخت طلب خواهان باشد و رسید پرداخت آن را ارائه دهد و خواهان به ناچار بخواهد خوانده را سوگند دهد، در اینجا نیز امکان استناد به سوگند و در نتیجه تعارض سوگند با رسید استنادی خوانده وجود نخواهد داشت؛ زیرا در ادعای واحد، با وجود سند و یا سایر دلایل و مدارك معتبر، امکان استناد به سوگند وجود ندارد (ماده ۲۷۱ قانون آیین دادرسی مدنی).

همچنین در مواردی که به موجب مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت، تنظیم سند رسمی ضروری می‌باشد، سایر ادله فاقد حجیت و غیرقابل استناد بوده و لذا امکان تعارض سایر ادله با سند رسمی در موارد مذکور وجود ندارد.

بند سوم - تعارض مستقر و غیر مستقر

با توجه به تعریفی که از تعارض ارائه گردید و همچنین با توجه به شرایط چهارگانه تحقق تعارض، هرگاه واقعاً میان مدلول دو دلیل تنافی و تقابل وجود داشته باشد، آن را «تعارض مستقر» گویند. بالعکس هرگاه صرفاً در نگاه اول میان ادله تعارض به نظر رسد، اما پس از اندکی تأمل معلوم شود که به دلیل فقدان بعضی شرایط چهارگانه مذکور،

.1 Probative validity

هیچ‌گونه تعارضی وجود ندارد، این موارد را «تعارض غیرمستقر» (تعارض ظاهری) نامند.^۱ برای مثال چنانچه خواهان به استناد قرارداد عادی، مدعی مالکیت ملك موضوع دعوا بوده و خوانده در مقام دفاع از خود امضای ذیل قرارداد را انکار نماید و قرار کارشناسی صادر و در نهایت نظر کارشناس به نفع خوانده بوده و امضا را متعلق به خوانده نداند، در اینجا شاید در نگاه اول بین سند عادی خواهان و نظر کارشناس که به نفع خوانده است، تعارض به نظر رسد؛ اما واقعیت امر آن است که تعارض مذکور ظاهری و غیر مستقر بوده و در واقع هیچ تعارضی وجود ندارد. زیرا موضوع دو دلیل واحد نبوده و شرط وحدت موضوع وجود ندارد؛ موضوع و مدلول سند خواهان، انعقاد قرارداد و نتیجتاً مالکیت ملك می‌باشد، در حالی که موضوع کارشناسی، انتساب یا عدم انتساب امضا به خوانده می‌باشد. این صحیح است که اگر امضا متعلق به خوانده باشد، انعقاد قرارداد بین طرفین دعوا ثابت و خواهان مالک ملك شناخته می‌شود و بالعکس اگر امضا متعلق به خوانده نباشد، خواهان هم مالک نخواهد بود؛ اما این امر نباید متوهم تعارض بین ادله سببی و مسببی مذکور باشد. زیرا با اعمال دلیل سببی (کارشناسی)، جایی برای اعمال دلیل مسببی (سند یا قرارداد عادی) باقی نخواهد ماند.^۲

مناسب است تا در همین جا توضیحی مختصر در خصوص دلیل سببی و مسببی ارائه شود. فقها و حقوقدانان صرفاً در خصوص «استصحاب»، به بحث و بررسی در خصوص دلیل سببی و مسببی پرداخته‌اند و استصحاب سببی را بر استصحاب مسببی مقدم می‌دانند.^۳ برای روشن شدن مطلب دو مثال که از فقه برگرفته شده را می‌آوریم. مثال اول

۱. محقق داماد، دکتر سید مصطفی، منبع پیشین، ج سوم، ص ۱۲۷

۲. شایان ذکر است که در این مقاله هرگاه از «تعارض» به طور مطلق نام برده شود، منظور تعارض مستقر می‌باشد.

۳. انصاری، شیخ مرتضی، *فوائد الاصول*، ص ۶۶۷؛ میرزای نائینی و محمد علی کاظمی، *فوائد الاصول*، جزء ۴، ص ۲۵۵؛ محقق قمی، *قوانین الاصول*، ص ۷۶ و ۷۷ و حاج ملا محمد کاظم خراسانی، *کفایه الاصول*، ج ۲، ص ۱۰۶ نقل از کاتوزیان، دکتر امیرناصر، *اثبات و دلیل اثبات*، نشر میزان، تهران، چاپ چهارم، بهار ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۲۶۵، ش ۴۲۹. همچنین ر.ک. محقق داماد، دکتر سید مصطفی، منبع پیشین، ج ۳، ص ۱۸۴؛ محمدی، دکتر ابوالحسن، منبع پیشین، ص ۳۳۶، ش ۲۹۷ و جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، *دایره المعارف علوم اسلامی قضایی*، انتشارات گنج دانش، تهران، چاپ سوم، ۱۳۸۱، ج ۱، ص ۹۳، شماره ۵۰ از واژه استصحاب

آنکه چنانچه حوض آبی داشته باشیم که قطعاً بدانیم آب آن به اندازه آب کر است. سپس چند سطل آب از آن را برداریم و با آب باقی مانده لباس نجس را بشوییم. سپس شك کنیم که آن آب کر است یا قلیل؛ اگر کر باشد لباس پاک شده و اگر قلیل باشد لباس همچنان نجس است و خود آب هم نجس می‌شود. در اینجا با استصحاب بقای کر بودن آب مشخص می‌شود که لباس پاک شده است و دیگر جایی برای استصحاب نجاست لباس باقی نمی‌ماند. مثال دوم آنکه شخصی ادعا می‌کند که وکیل او با علم به عزل خود، مال او را فروخته است و بر همین اساس درخواست ابطال معامله را از دادگاه دارد. لذا در این مثال، استصحاب بقای مالکیت موکل نسبت به مال فروخته شده با استصحاب بقای وکالت تا زمان وقوع بیع در تعارض می‌باشد. استصحاب بقای وکالت نسبت به استصحاب بقای مالکیت، استصحاب سببی است؛ زیرا شك در مالکیت موکل ناشی از شك در بقای وکالت می‌باشد و لذا با اعمال استصحاب سببی (بقای وکالت)، موضوع استصحاب مسببی (بقای مالکیت) منتفی خواهد شد. «این تعارض هم از نوع تعارض غیر مستقر است، چون با استصحاب سببی، موضوع استصحاب مسببی منتفی می‌شود».^۱ لیکن به نظر می‌رسد که تقدم دلیل سببی بر مسببی، منحصر به استصحاب نباشد و در خصوص تعارض غیرمستقر بین سایر ادله نیز مصداق دارد. برای مثال خواهان به استناد سندی عادی مدعی مالکیت بر ملك می‌شود و خوانده امضای ذیل آن را انکار می‌کند. تشخیص اصالت یا عدم اصالت امضاء به کارشناس ارجاع می‌شود. اگر کارشناس امضاء را منتسب یا متعلق به خوانده بداند، انعقاد قرارداد بین طرفین دعوا ثابت و خواهان مالك مالك شناخته می‌شود، اما اگر امضاء را منتسب به خوانده نداند، خواهان مالك نخواهد بود؛ زیرا با اعمال دلیل سببی (کارشناسی)، جایی برای اعمال دلیل مسببی (سند یا قرارداد عادی) باقی نخواهد ماند.

گفتار دوم - بررسی تعارض سند رسمی با سند عادی

در خصوص تعارض اسناد با یکدیگر و یا حتی تعارض سایر ادله لازم است به نکات

۱. محقق داماد، دکتر سید مصطفی، منبع پیشین، ج ۳، ص ۱۸۵

ذیل توجه شود:

اول آنکه زمانی دو یا چند سند قابل تعارض با هم می‌باشند که به اصالت آنها تعرض نشده باشد و یا در صورت تعرض، اصالت آنها اثبات گردد. زیرا در غیر این صورت اسناد مذکور فاقد حجیت و غیر قابل استناد بوده (فقدان شرط چهارم از شرایط تحقق تعارض ادله) و بنابراین قابل تعارض با اسناد دیگر یا سایر ادله نخواهند بود؛ چرا که گویی اصلاً وجود ندارند. این امر در خصوص سایر ادله نیز صادق است و ادله دیگر مانند اقرار، شهادت، سوگند و غیره تا زمانی قابل استناد و واجد ارزش اثباتی می‌باشند که شرایط صحت آنها وجود داشته باشند. مثلاً چنانچه شرایط صحت اقرار جمع نباشند، اقرار صحیح وجود ندارد، تا چه رسد به آنکه قابل تعارض با سایر ادله باشد. لذا هرگاه گفته می‌شود که فلان دلیل با دلیل دیگر در تعارض قرار دارند، معلوم می‌شود که شرایط صحت هر دو دلیل کامل است. نکته دوم آنکه علاوه بر شرایط صحت خود دلیل، عمل حقوقی‌ای که اسناد و یا سایر ادله دلالت بر آن دارند، نباید به جهتی از جهات قانونی، عدم اعتبار یا بطلان آنها ثابت شده باشد. مثلاً چنانچه بطلان بیع در اثر عدم مالیت مبیع، عدم قدرت بر تسلیم مبیع، عدم مشروعیت جهت معامله و سایر موارد اثبات گردد، در این صورت سند بیع مذکور، اعم از رسمی یا عادی، قابلیت اثبات بیع صحیح را نخواهد داشت. این امر در خصوص سایر ادله مصداق دارد.

همچنین شایان ذکر است که در خصوص اسناد عادی، تاریخ مذکور در آنها نسبت به اشخاص ثالث فاقد اثر بوده (ماده ۱۳۰۵ قانون مدنی) و در مواردی که حق شخص ثالث در میان باشد، سند رسمی و حتی سایر ادله، مقدم بر سند عادی می‌باشند، مگر آنکه صحت تاریخ مندرج در سند عادی با سایر ادله غیر از اقرار و سند عادی اثبات گردد که در این صورت تاریخ آن نسبت به اشخاص ثالث نیز موثر می‌باشد.

پس از بیان نکات فوق باید گفت که «تقابل» بین اسناد در سه حالت قابل تصور می‌باشد که عبارتند از تقابل سند عادی با عادی، تقابل سند رسمی با رسمی و حالت سوم

نیز تقابل سند رسمی با سند عادی می‌باشد که در ضمن سه بند جداگانه به بررسی آنها می‌پردازیم.

بند اول: تعارض سند عادی با سند عادی

با توجه به نکات مذکور در قبل و همچنین با مطمح نظر قرار دادن شرایط تحقق تعارض، باید بیان داشت که ممکن است در مواردی بین دو سند عادی تعارض محقق شود. برای مثال ممکن است شخص الف به استناد سند عادی، مدعی خرید ملکی معین که فاقد سابقه ثبتی است، از شخصی خاص بوده و در نتیجه مدعی مالکیت آن باشد و در مقابل شخص ب نیز با سند عادی دیگر، مدعی خرید ملک مزبور از شخصی دیگر و در نتیجه مدعی مالکیت بر همان ملک باشد. در این موارد به لحاظ ارزش اثباتی برابر هر دو دلیل و اعتبار قانونی یکسان آنها، باید قائل به تساقط هر دو سند بوده و رسیدگی را با استناد به سایر ادله و در فرض نبود سایر ادله باید مطابق اصول علمیه ادامه داد. بنابراین در مثال مذکور شرایط چهارگانه تحقق تعارض (وجود حداقل دو دلیل، تنافی و تکذیب یکدیگر، وحدت موضوع و حجیت فی‌المنفسه هر یک از ادله در موضوع دعوا) وجود داشته و لذا اسناد عادی مذکور در تعارض با یکدیگر قرار دارند. بنابراین فرض تحقق تعارض بین دو سند عادی محال نمی‌باشد و در این موارد به واسطه عدم امکان ترجیح بلامرجح، هر دو سند عادی ساقط و مطابق سایر ادله به دعوا رسیدگی خواهد شد.

بند دوم: بررسی تعارض سند رسمی با سند رسمی

برخلاف امکان تحقق تعارض بین دو سند عادی، فرض تحقق تعارض بین دو سند رسمی متصور نمی‌باشد و در موارد تقابل دو سند رسمی، باید همواره مطابق قواعد مسلم حقوقی، عدم اعتبار یکی از آنها را تشخیص و مطابق سند دیگر عمل نمود. چرا که تاریخ مندرج در اسناد رسمی همواره و حتی در مقابل اشخاص ثالث قابل استناد بوده و به همین جهت النهایه، حتی با عدم امکان اعمال سایر مقررات، می‌توان حسب مورد سند مقدم یا موخر را معتبر دانست. عدم اعتبار یکی از دو سند رسمی استنادی، ممکن است از دو طریق

اثبات گردد. یکی از طریق اثبات جعلی بودن سند مزبور و دیگر از طریق اثبات بطلان یا عدم اعتبار معامله مندرج در یکی از آنها به جهتی از جهات قانونی (مانند بطلان بیع در اثر عدم مالیت مبیع، عدم مالکیت مبیع و عدم تنفیذ مالک، عدم قدرت بر تسلیم مبیع، عدم مشروعیت جهت معامله و سایر موارد)، که در صورت اثبات یکی از این امور، دلیل مذکور غیرقابل استناد بوده و قابلیت تعارض با سند دیگر را نخواهد داشت. بنابراین دو سند رسمی هیچگاه در تعارض مستقر و جامع‌الشرایط با یکدیگر قرار نمی‌گیرند، زیرا همواره قواعدی وجود دارد که پیشاپیش عدم اعتبار یکی از دو سند یا تعهدات مندرج در آن را اثبات و در نتیجه سند مذکور را غیر قابل استناد می‌سازد. برای مثال چنانچه علیه مالک ملکی که در خارج از کشور زندگی می‌کند، به استناد مبیعه‌نامه‌ای عادی و مجعول، غیاباً حکم الزام به تنظیم سند رسمی گرفته شود و سند نیز تنظیم شود، پس از مراجعت مالک اصلی که ایشان نیز سند رسمی ملک را در دست دارد (علی‌رغم آنکه در دفتر املاک اداره ثبت، دیگر نام وی به عنوان مالک قید نشده است)، می‌تواند با اثبات جعلی بودن مبیعه‌نامه مستند دعوا، ابطال سند رسمی دوم را خواستار باشد.

از طرفی دیگر در خصوص املاک ثبت شده و سایر مواردی که تنظیم سند رسمی ضروری می‌باشد، با توجه به استعلاماتی که قبل از تنظیم سند رسمی معاملات آنها صورت می‌گیرد، امکان تعارض دو سند رسمی در چنین مواردی بعید است و در موارد تقابل نیز با اعمال سایر قواعد حقوقی، می‌توان ابطال سندی که بر خلاف قوانین تنظیم شده را درخواست نمود.

همچنین در مواردی که تنظیم سند رسمی قانوناً اجباری نبوده، لیکن طرفین مبادرت به تنظیم سند رسمی می‌نمایند، در صورت تعارض در مفاد دو سند رسمی اختیاری، با اعمال سایر مقررات حقوقی و علی‌الخصوص ملاک قرار دادن تقدم و تأخر آنها، حسب مورد می‌توان سند مقدم‌الصدور یا موخر‌الصدور را غیر معتبر و در نتیجه غیر قابل تعارض با سند

دیگر تشخیص داد.

بند سوم: بررسی تعارض سند رسمی با سند عادی

در مواردی که اسناد یکی از طرفین رسمی و سند دیگر عادی باشد، در مواقع تعارض کدام يك مقدم می‌باشد؟ آیا در تعارض سند رسمی و عادی نیز باید قائل به تساقط گردید؟ پیش از پاسخ به این سؤالات باید به سؤال دیگری پاسخ داده شود و آن اینکه آیا امکان تحقق تعارض واقعی بین سند رسمی و سند عادی وجود دارد یا خیر؟ در پاسخ که در واقع هدف اصلی از نگارش این مقاله نیز می‌باشد باید بیان داشت در مواردی که اسناد یکی از طرفین رسمی و سند طرف مقابل عادی باشد، اصولاً تعارض مستقر در موضوع واحد قابل تصور نمی‌باشد؛ زیرا از يك طرف به استناد مواد ۴۶ و ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت، کلیه معاملات راجع به عین، منافع و حقوق ثبت شده باید به ثبت برسد و اسناد عادی توانایی اثبات آن موضوعات را نخواهد داشت. به عبارتی دیگر، حقی که قبلاً با تنظیم سند رسمی ثبت شده است، انتقال و هرگونه معامله نسبت به آن باید با سند رسمی صورت گیرد، و الاً سندی که ثبت نشود مطابق ماده ۴۸ و ۲۲ قانون ثبت، در محاکم پذیرفته نخواهد شد. بنابراین در این موارد، سند عادی مستقیماً فاقد قدرت اثباتی و حجیت بوده و لذا قابل تعارض با سند رسمی نمی‌باشد. به عبارتی دیگر در این موارد سند عادی فاقد شرط چهارم از شرایط تحقق تعارض بوده و لذا قابل تعارض با سند رسمی نمی‌باشد. نکته آنکه علی‌رغم عدم الزام‌آور بودن اسباب موجهه آراء وحدت رویه، عدم امکان تحقق تعارض مستقر بین سند رسمی و سند عادی، در اسباب موجهه رأی وحدت رویه شماره ۴۳ مورخ ۱۳۵۱/۸/۱۰ نیز مورد اشاره قرار گرفته است. رأی مذکور بیان می‌دارد: «نظر بر اینکه شرط تحقق بزه مشمول ماده ۱۱۷ قانون ثبت اسناد و املاک قابلیت تعارض دو معامله یا دو تعهد نسبت به يك مال می‌باشد و در نقاطی که ثبت رسمی اسناد مربوط به عقود و معاملات اموال غیر منقول به موجب بند اول ماده ۴۷ قانون مذکور اجباری باشد، سند عادی راجع به معامله آن اموال طبق ماده ۴۸ همان قانون در هیچ يك از ادارات و محاکم پذیرفته نشده و قابلیت

تعارض با سند رسمی نخواهد داشت...»^۱

البته این بدان معنا نیست که در چنین شرایطی همواره باید دارنده سند عادی را مغلوب نهایی دعوا بدانیم، بلکه دارنده سند عادی می‌تواند با استفاده از طرق مختلف، مثلاً با اثبات عدم اعتبار معامله مندرج در سند رسمی که نزد ثالث موجود است و یا اثبات تعهد مالک به انجام تشریفات تنظیم سند رسمی، به استناد سند عادی تقاضای الزام مالک به تنظیم سند رسمی را بخواهد. به وضوح روشن است که اثبات مالکیت، موضوعی متفاوت از اثبات بطلان معامله و یا اثبات تعهد به تنظیم سند رسمی می‌باشد و لذا در این موارد نیز به واسطه عدم وحدت موضوع، تعارض بین سند رسمی و عادی متصور نمی‌باشد.

مثال دیگر آنکه چنانچه به استناد سند رسمی، خواهان مدعی دو میلیون تومان طلب بابت ثمن معامله از خوانده باشد و خوانده به استناد سند عادی مدعی پرداخت آن شود، در این مثال نیز به دلیل عدم وحدت موضوع، تعارض بین سند عادی و رسمی طرفین وجود ندارد؛ زیرا موضوع سند رسمی مزبور اثبات طلب، و موضوع سند عادی پرداخت دین می‌باشد و هرکدام موضوع خود را اثبات خواهند نمود و در نهایت حکم به بی‌حقی خواهان صادر خواهد شد. شایان ذکر است که اثبات انجام تعهدات مذکور در سند رسمی با هر دلیلی، حتی اماره قضایی ممکن می‌باشد. زیرا در این موارد موضوع سند در قسمت مربوطه اثبات وجود تعهد و موضوع دلیل دیگر اثبات انجام تعهد می‌باشد و بدیهی است که اثبات وجود تعهد موضوعی متفاوت از اثبات انجام تعهد می‌باشد. حذف ماده ۱۳۰۸ قانون مدنی که اثبات انجام تعهد مذکور در اسناد، ولو آنکه موضوع سند کمتر از پانصد ریال باشد را با شهادت شهود غیر ممکن می‌دانست، صحت ادعای ما را تأیید می‌نماید. ماده ۱۳۰۸ قانون مدنی که در تاریخ ۶۱/۱۰/۸ حذف گردیده است بیان می‌داشت: «دعوی سقوط حق از قبیل پرداخت دین، اقاله، فسخ، ابراء و امثال آنها در مقابل سند رسمی یا سندی که اعتبار آن در محکمه محرز شده، ولو آنکه موضوع سند کمتر از پانصد ریال باشد، به شهادت قابل

۱. قربانی، فرج‌الله، مجموعه آراء وحدت رویه دیوان عالی کشور (جزایی)، انتشارات فردوسی، تهران، چاپ پنجم، ۱۳۸۶، ص ۲۲۸-۲۲۲

اثبات نیست».

بنابراین بین سند رسمی و عادی، تعارض به معنای دقیق کلمه متصور نمی‌باشد و چنانچه در مواردی شبهه تعارض بین آنها برود، با بررسی دقیق شرایط تحقق تعارض مشخص می‌شود که یکی از شرایط مزبور، مخصوصاً وحدت موضوع و یا حجیت فی‌الذات وجود نداشته و لذا تعارض مستقر بین ادله مزبور محقق نخواهد شد.

ممکن است ادعا شود چنانچه ثمن معامله‌ای واحد در سند رسمی يك مبلغ و در سند عادی مبلغی دیگر باشد، در این صورت بین دو سند مذکور تعارض وجود دارد فلذا ادعای عدم تحقق تعارض جامع‌الشرایط (مستقر) بین اسناد رسمی و عادی، فاقد وجهت می‌باشد. برای مثال در بیعی که بین علی و حسن منعقد شده است، ثمن معامله در سند عادی ۱۰ میلیون تومان و در سند رسمی ۱۱ میلیون تومان تعیین شده و لذا در خصوص میزان ثمن، بین سند عادی و رسمی مزبور تعارض وجود دارد. لیکن باید توجه داشت که در این مثال نیز بین اسناد مذکور تعارضی وجود ندارد و بلکه راه‌حل مسأله را باید با مراجعه به سایر مقررات و قواعد حقوقی جستجو نمود؛ برای مثال سندی را که موخر بر دیگری تنظیم شده را می‌توان بیانگر قصد طرفین مبنی بر تغییر ثمن مذکور در سند پیشین دانسته و در نهایت ثمن مذکور در سند موخر را (اعم از رسمی و یا سند عادی که اصالت آن احراز شده است) قصد نهایی طرفین دانست. البته این در صورتی است که اصالت هر دو سند احراز شده باشد، و الاً چنانچه مجعولیت یکی از دو سند اثبات گردد، در این صورت سند مجعول فاقد ارزش اثباتی بوده و گویا اصلاً وجود ندارد، چه رسد به آنکه قابل تعارض با سند دیگر باشد. همچنین اگر در همان مثال ادعای اشتباه نسبت به ثمن تعیین شده در یکی از اسناد شود، ادعای مذکور دارای موضوعی متفاوت با ادعای ده یا یازده میلیون تومان بودن ثمن می‌باشد، و در این خصوص نیز بین ادله مثبت اشتباه با سند مثبت مبلغ ثمن، تعارض وجود نخواهد داشت؛ زیرا اثبات اشتباه (سبب) يك موضوع و اثبات ثمن (مسبب) موضوعی دیگر می‌باشد و به واسطه عدم وحدت موضوع بین آنها تعارض وجود ندارد، بلکه در نهایت با

اعمال نتیجه دلیل سببی، وضعیت مسبب (میزان ثمن) خود به خود مشخص می‌گردد.

نتیجه گیری - توجه به شرایط چهارگانه تحقق تعارض بین ادله اثبات دعوا، یعنی وجود حداقل دو دلیل، تنافی و تکذیب یکدیگر، وحدت موضوع و حجیت فی‌النفسه هر يك از ادله در موضوع دعوا، مشخص می‌شود که تعارض بین اسناد، تنها در خصوص تعارض بین دو سند عادی متصور می‌باشد، اما بین دو سند رسمی و یا بین اسناد رسمی و اسناد عادی نمی‌توان تحقق تعارض را متصور بود؛ چرا که در هر مورد با بررسی و دقت معلوم می‌گردد که یکی از شرایط چهارگانه مزبور از جمله وحدت موضوع و یا حجیت فی‌النفسه وجود ندارد. بلکه حسب مورد با اعمال سایر مقررات، مانند کنار گذاشتن سند عادی به واسطه عدم قدرت اثباتی مثلاً در موارد مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت، و یا عمل بر اساس سند عادی در جهت اثبات تعهد مندرج در سند رسمی، تکلیف دعوا مشخص می‌گردد. لیکن در این موارد، عمل بر اساس سند رسمی یا عادی نه به واسطه ترجیح آن بر دیگری در مقام تعارض، بلکه به واسطه رعایت و اعمال سایر مقررات قانونی می‌باشد. بنابراین آنچه در لسان حقوقدانان مرسوم شده و معروف است که گفته می‌شود سند رسمی بر سند عادی مقدم است، مطابق با اصول حاکم بر تعارض ادله اثبات دعوا نمی‌باشد. بلکه همان‌طور که بیان گردید، در هر مورد خاص و بر حسب مورد با اعمال سایر مقررات، ممکن است در نهایت براساس سند عادی یا رسمی عمل شود.

مفهوم و اعتبار «شروط ابتدایی»

دکتر سید محسن بهشتیان^۱

مقدمه

مشهور است که تنها اراده آدمی است که او را در گردونه روابط اجتماعی، در برابر همنوع خویش ملزم و متعهد به امری می‌سازد و آزادی و اختیار، او را در چهارچوب قواعدی که لازمه زیستنی اجتماعی است تحدید می‌نماید.

مع‌هذا نقش اراده در برخی از این الزامات ظهور و بروز بیشتری دارد و به همین لحاظ به الزامات قراردادی تعبیر گشته و در نقطه مقابل ضمانات قهری و قانونی واقع می‌شوند. طبع و سیرت الزاماتی که پیوندشان با اراده ظهور و بلوغ بیشتری دارد و به تعبیری، بهره وجودی خویش را مستقیم و بلافصل از اراده می‌گیرند به گونه و سیاقی است که در نگاهی اجمالی اما تحلیلی، برخلاف ظاهر و هیأت آنها، می‌توان وحدت و یک‌گونگی آنها را فهم نمود. آنچه اراده انشاء می‌نماید و اندرون ظرف و قالب قرارداد می‌ریزد هرچند که به الفاظ گوناگون و بیان‌های مختلف باشد و هرچند که به نام عرفیات و در قالب اراده ضمنی به درون این قالب راه یابد، بی‌آنکه قرابت خویش با اراده را از کف نهد اثرساز می‌گردد. عقد بیع به عنوان بدیهی‌ترین مثال، گویای ادعای ماست. انتقال ملکیت که به قدرت اراده و تحت الحمایه قانون صورت عمل به خود می‌گیرد بارزترین اثر اراده در این عقد معین و

۱. عضو هیأت علمی دانشگاه و وکیل پایه یک دادگستری.

سنتی است. مع‌هذا انتقال ملکیت همیشه و همه حال مطلوب واحد طرفین نمی‌باشد. گاه اصحاب قرارداد ایجاد الزاماتی را ملحوظ نظر خویش دارند که همراه و همگام با انتقال ملکیت، مطلوب و مقصود آنها می‌باشد و به همین لحاظ، طرفین قرارداد، حین‌العقد متعرض آنها گردیده، آنها را انشاء می‌نمایند. خریداری که به فروشنده وکالت در اخذ ثمن می‌دهد نمونه‌ای از این خواسته‌های همراه و همگام است.

همه‌ی این آثار نمادی از اراده‌ی انشایی‌اند و آنچه که آنها را تجلی می‌بخشد اراده‌ی انسانی است. لیکن به لحاظ اینکه این آثار بعضاً تکرار پذیرند و در مقابل، بعضی هر از چند گاهی مطلوب و مقصود واقع می‌شوند عرف به تمایزی مانند اصل و فرع، دست می‌زند و اصل را کارساز، قدرتمند و نیروبخش دانسته فرع را ضعیف، انفعالی و طفیلی قلمداد می‌نماید.

در گستره‌ی حقوق مذهبی این تمایز و این تلقی حدت و شدت بیشتری دارد و از این رو مباحث بیشتری را به دنبال داشته است. چه اینکه مذهبی و پیرو مذهب و معتقد به دنیای اخروی، صاحب این بینش است که اعمال و افعال تنها در چهارچوب رضای خداوند توجیه‌پذیر است و از آنجا که در کلام وحی تنها به قالب‌ها و ظروف خاصی از اراده، توجه و التفات گردیده، این بینش حاصل شده است که هرچه اندرون این قالب‌ها واقع گردد موجه و خداپسند بوده و خارج از آن چیزی جز بدعت و مستوجب عذاب اخروی نمی‌باشد.

در پهنه‌ی حقوق اسلامی نیز، متشرعین از این نظر به دور نیستند. عرق مذهبی موجب گردیده تا علمای اسلامی، تنها اراده‌هایی را معتبر و کارساز بدانند که در چهارچوب قالب‌هایی امضایی و خداپسند قرار گیرد یا به گونه‌ای رنگ تعلق و وابستگی به آنها پذیرد. مآلاً اینکه چون با نیازهای مستحدثه روبرو شوند چاره‌ای جز حلّ و هضم مسائل در درون این قواعد مذهبی نبینند و با اجتناب از بدعت به انطباق ظاهری روی آورند.

اعتقاد به بطلان تعهدی که بیرون از قالب‌های مرسوم ایجاد می‌گردد و رنگ تعلق به سنت‌ها به خود ندارد ثمره‌ی همین بینش است. آنچه مایه شگفتی است اعتقاد به صحت همین تعهد است آنگاه که در پناه و در ظل قالبی امضایی و تأییدی قرار می‌گیرد. همین

شگفتی، انگیزه‌ای می‌شود که موضوع را با دقت و وسواس بیشتری بررسی نموده جایگاه چنین اعتقادی را در حقوق امروزی مشخص و مبرهن گردانیم.

مبحث نخست: مفهوم شروط ابتدایی

اصطلاح «شروط ابتدایی» از مصطلحات پیشینه مسلم منبع اساسی حقوق موضوعه ما، یعنی فقه اسلامی است. این اصطلاح نه تنها مورد شناسایی فقهای امامیه می‌باشد بلکه عالمان دیگر مذاهب اسلامی نیز با آن آشنا هستند. مع‌هذا به لحاظ آنکه اکثر علمای حقوق اسلامی به ویژه علمای مذهب امامیه شروط ابتدایی را لازم‌الوفاء نمی‌شمارند بحث و گفت‌وگو در خصوص آن نیز چندان فراوان نیست. در میان کتب فقهی کمتر کتابی می‌توان یافت که بیش از چند خط به این مطلب پرداخته باشد. با این حال در این مبحث سعی نموده‌ایم از میان همین نوشته‌های اندک و کتب محدودی که در دسترس بوده است برای تنویر ذهنی هرچند مختصر از این اصطلاح ایجاد نماییم. به همین منظور و با توجه به اینکه هدف اصلی در این مبحث آشنایی با اصطلاح «شروط ابتدایی» است ارائه تعریفی از شرط ابتدایی را در قالب عبارت یا عباراتی صحیح ندانسته، بلکه شناخت لازم و اشراف نسبتاً کامل را متوقف بر ارائه مقدماتی دانسته‌ایم.

بدین ترتیب در این مبحث ابتداء با ارائه تعاریف به عمل آمده از شرط، البته به نحو اجمالی، جایگاه شرط را در علم حقوق شناسایی نموده و در ادامه آنچه معروف به شروط ابتدایی گردیده را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

گفتار اول: معنا و مفهوم شرط

برای شرط تعاریف مختلفی ذکر کرده‌اند. نگاهی اجمالی به کتاب‌های لغت، کثرت و تعدد این تعاریف را آشکار می‌سازد^۱ مع‌هذا تعاریف ارائه شده در کتب لغت، تعاریفی عرفی و کلی هستند که از دیدگاه علوم مربوطه محلی از اعراب و توجه ندارند و ذکر آنها در اینجا نیز فایده و سودی ندارد؛ همچنین از تعریف شرط در علوم مختلفه از جمله علم نحو،

۱. برای کسب اطلاع از این تعاریف رجوع کنید به: دهخدا، علی‌اکبر، لغت‌نامه.

فلسفه و کلام فارغ هستیم.^۱

از میان تعاریف ارائه شده از شرط در علوم مختلف، آنچه به بحث ما مربوط می‌گردد تعاریفی است که از شرط در علم اصول فقه و علم فقه و حقوق به عمل آمده است.

الف: شرط در علم اصول:

در اصطلاحات اصول فقه شرط امری است که وجود آن برای تحقق امر دیگری لازم باشد و در تعریف آن گفته شده است «الشرط ما يلزم من عدمه، العدم، ولا يلزم من وجوده، الوجود» یعنی شرط عبارت است از چیزی که اگر نباشد مشروط به وجود نمی‌آید ولی اگر شرط به وجود آید به تنهایی برای ایجاد مشروط کافی نیست.^۲ به تعبیر دیگر شرط عبارت است از وصفی که مشروط خود را به کمالی که اقتضاء دارد می‌رساند. در این معنا شرط یکی از عناصر متشکله علت تامه است که در کنار سبب یا مقتضی و در صورت نبود مانع اثرساز می‌گردد. بدین ترتیب چنانچه عقد بیع را سبب و مقتضی انتقال ملکیت بدانیم بایستی مالیت مبیع و مقدورالتسلیم بودن آن را از جمله شرایط به معنای اصولی آن بشناسیم، بدیهی است در صورت نبود شرایط لازم، عقد بیع، اثر مطلوب را به جا نخواهد گذاشت.

ب: معنای شرط در فقه و حقوق:

در اصطلاح فقه و حقوق، شرط یکی از این دو مفهوم را بیان می‌کند:

۱ - امری که وقوع یا تأثیر عمل یا واقعه حقوقی خاص به آن بستگی دارد برای مثال ماده ۱۹۰ قانون مدنی ایران که شرایط اساسی صحت معامله را بیان می‌کند مؤید همین

۱. برای کسب اطلاع از این تعاریف رجوع کنید به:

انصاری، شیخ مرتضی، *مکاسب*، ج ۲، انتشارات دهاقانی، صص ۳۸۹ و ۳۹۰، سیدمحمدتقی خوئی، *الشروط و الالتزامات التبعية فی العقود*، ج ۲، چاپ سوم، صص ۱۵ الی ۲۲، استاد محمود شهبابی، *قواعد فقه*، چاپ سوم، ص ۴۱.

۲. مظفر، شیخ محمدرضا، *اصول الفقه*، چاپ سوم، مرکز انتشارات حوزه علمیه قم، صص ۱۱۴ و ۱۱۵، استاد محمود شهبابی، *قواعد فقه*، چاپ سوم، ۱۳۳۳، ص ۴۱، *ترمیمولوژی حقوق*، محمدجعفر جعفری لنگرودی، چاپ پنجم، ص ۱۶۶.

معنا است. پس وجود قصد و رضا و اهلیت و موضوع و جهت مشروع هر کدام شرط صحت معامله است بدون اینکه هیچ کدام با درستی و نفوذ عقد ملازمه داشته باشد.

۲ - توافقی است که برحسب طبیعت موضوع آن، خود التزامی مستقل نیست و ناچار باید در زمره توابع عقد دیگر باشد، مانند شرطی که مربوط به اوصاف مورد معامله اصلی باشد (شرط صفت) یا اینکه برحسب تراضی طرفین در شمار توابع عقد دیگری درآمده است اگرچه می‌تواند به عنوان قرارداد مستقل مورد توافق باشد مانند وکالتی که ضمن عقد نکاح شرط می‌شود.^۱

معنای اول از شرط در حقوق که به اجمال از آن سخن رفت معنایی است عام که شرط به معنای اصولی را نیز دربرمی‌گیرد. چنانکه بیان شد شرط در اصول صرفاً نقشی مکمل دارد، حال آنکه شرط در معنای مورد بحث در حقوق علاوه بر اینکه گاه نقش مکمل و متمم دارد گاه نقش اصلی را نیز برعهده دارد. براین اساس شرط در این معنا، گاه مترادف است با سبب یا مقتضی که از اصطلاحات آشنای اصولیین می‌باشد و گاه نیز مترادف است با عدم مانع.

در واقع در شرط در دو معنای مذکور، لزوم و ربط و علاقه وجود دارد با این تفاوت که گاهی لزوم چیزی از ناحیه قانونگذار معلوم شده و گاهی از ناحیه معامله‌کننده و گاهی از ناحیه هیچ‌کس مقرر نشده است، بلکه علاقه ذاتی که میان دو چیز است افاده لزوم می‌کند.^۲ علی‌ای حال بایستی گفت که در فقه و حقوق مراد اصلی از شرط، مطلق تعهد است و تقسیم شرط به شرط ضمن عقد و شرط خارج از عقد با التفات به همین معنا از شرط است.

۱. کاتوزیان، امیر ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد سوم، چاپ دوم، شرکت سهامی انتشار، ص ۱۲۲.
 ۲. در عناوین میرفتاح (ص ۲۴۹) می‌خوانیم: «ان الشرط فی العقد انما هو بمعنی الربط و احداث العلاقه بین العقد و ما شرط و هو المعنی اللغوی للشرط...» در قواعد فقه بجنوردی (ج ۳، ص ۲۴۴) نیز آمده است: «فالشرط بالمعنی المصدری عبارة عن جعل شیء مرتب بامر آخر (نقل از کاتوزیان، امیر ناصر، همان مرجع، ص ۱۲۹) همچنین رجوع کنید به سیدمحمدتقی خوئی، مرجع پیشین، ص ۳۶.

گفتار دوم: شروط ضمن عقد و شروط خارج از عقد یا «ابتدایی»

چنانکه در گفتار پیشین اشاره شد مراد از شرط در فقه و حقوق، بیشتر به معنای تعهد و آن هم تعهد تبعی و فرعی است. مع هذا بایستی گفت این شروط بعضاً توانایی آن را دارند که به طور مستقل و خارج از یک عقد معین و سنتی، مورد توافق و تراضی قرار گیرند. با این حال اختلاف شده است که کدامیک از شروط، دارای چنین قابلیت است و آیا اساساً با فرض وجود چنین قابلیت، توافق و تراضی بر آن خارج از عقدی معین سائغ و جایز است یا خیر؟ بدین ترتیب، در این گفتار ابتدا شروط ضمن عقد را مورد بررسی اجمالی قرار داده و سپس به آشکار ساختن معنای شروط ابتدایی می‌پردازیم.

الف: شروط ضمن عقد

شروط یا به عبارت روشن‌تر تعهداتی که به شکل فرعی در دایره تراضی طرفین قرار می‌گیرند از جهات و زوایای مختلف مورد بررسی واقع گردیده‌اند. تقسیم این شروط به «شروط صحیح و فاسد»؛ «شروط صفت، فعل و نتیجه»، «صریح و ضمنی»، «تعلیقی یا تقییدی»، نمونه‌ای از این تلاش‌هاست.^۱ آنچه از میان این تقسیم‌بندی‌ها مرتبط با بحث از شروط ابتدایی است، تقسیم شروط ضمن عقد، به شروط پیش از عقد، حین‌العقد و بعد از عقد است که نقطه اشتراک همه این شروط، این است که جملگی در محدوده تراضی و توافق طرفین معامله و در قالب عقدی معین قرار می‌گیرند اگرچه هر یک از آنها در مرحله خاصی از مراحل انعقاد و تکوین عقد، به درون قالب و ظرف عقد وارد می‌شوند.

۱ - شروط پیش از عقد یا شروط تبانی یا بنایی:

آن گاه که طرفین عقد و معامله، در خصوص محتوای عقد به گفت‌وگوهای مقدماتی می‌نشینند در ضمن این گفت‌وگوها و مذاکرات بنای اولیه عقد را شکل می‌بخشند و این بنا

۱. برای آگاهی از این تقسیم بندی‌ها رجوع کنید به: کاتوزیان، امیرناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۲، ص ۱۲۰ به بعد، همچنین امامی، سیدحسن، *دوره حقوق مدنی*، ج ۱، چاپ دوازدهم، ص ۲۷۲ به بعد، استاد محمود شهبازی، *قواعد فقه*، همان منبع، ص ۴۱ به بعد و سیدمحمدتقی خویی، *الشروط او الالتزامات التبعية فی العقود*، ج ۲، ص ۶۹ به بعد.

را مقدمه شروطنی اساسی تر در مراحل بعدی قرار می‌دهند. از این رو اینگونه تعهدات مورد توافق را به شروط بنایی یا تبانی تعبیر و تفسیر کرده‌اند. در فقه امامیه برحسب اعتقاد به واقع شدن یا نشدن این شروط در دایره عقد و ورود آن در قصد مشترک طرفین، در لزوم وفاء به آن یا عدم لزوم تبعیت از آن تشکیک‌های فراوان شده است.^۱

۲ - شروط حین العقد: مظهر اعلی و اجلای شروط ضمن عقد، شروطنی هستند که در زمان انشای عقد و به هنگام ایجاب و قبول، به درون قالب عقد راه یافته و جزئی از محتوی را تشکیل می‌دهند. اگر اعتبار شروط تبانی به لحاظ تشکیک و تردید در خصوص ارتباط و پیوند این شروط با عقد و جهل به وقوع یا عدم وقوع آنها در متن عقد، متزلزل گردیده است بالعکس، نظر به قطعی و جزمی بودن پیوند شروط حین العقد با تعهد اصلی، اینگونه شروط از اعتبار ویژه و خاصی برخوردار هستند که در فقه اسلامی، فقها بالاتفاق قائل به اعتبار آن و لزوم رعایت آن می‌باشند.

۳ - شروط بعد از عقد یا الحاقی: شرط الحاقی، شرطی است که پس از بسته شدن عقد ضمیمه آن می‌شود. در این صورت هرگاه موضوع شرط، امری مستقل باشد که در مفاد و چگونگی اجرای تعهدهای ناشی از عقد منعقد تأثیری نداشته باشد، شرط مزبور به لحاظ علقه و ارتباط صوری و تصنعی آن با توافق پیشین، از حیث اعتبار یا عدم اعتبار تابع شروط ابتدایی بوده که به زودی مورد بحث قرار خواهد گرفت. اما آن گاه که شرط لاحق، در مفاد و چگونگی تعهدهای ناشی از عقد تأثیر می‌گذارد می‌توان آن را از شروط توافق پیشین دانست، زیرا بدین وسیله طرفین قرارداد را اصلاح کرده و همین اندازه ارتباط کافی است که نام «شرط» بر آن نهاده شود.^۲

۱. شیخ انصاری، در مکاسب، ج ۳، انتشارات دهقانی، ص ۲۵ می‌گویند: «فلوتواطنا علیه قبله لم یکف فی التزام المشروط به علی المشهور» و در جایی دیگر آورده: «الظاهر من کلمات الاکثر عدم لزوم الشرط الغیر المذکور فی متن العقد و ان وقع العقد مبنياً علیه» ولی سید محمد کاظم طباطبایی در حاشیه *المکاسب*، ص ۱۱۸ قولی دیگر اختیار نموده و با ناظر دانستن عموم اوفوا بالعقود، این شروط را معتبر انگاشته است.

۲. کاتوزیان، امیرناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، ص ۱۲۹.

ب: شروط خارج از عقد یا «شروط ابتدایی»

تعهداتی که در خارج از یک عقد معین مورد توافق و تراضی افراد واقع می‌شوند ماهیتاً تفاوتی با آن دسته از تعهدات فرعی مندرج در عقد ندارند. تنها از حیث صورت و ظاهر است که این قبیل از تعهدات در دسته و مقوله‌ای خاص قرار گرفته‌اند. به تعبیر دیگر تبعی نبودن و استقلال این تعهدات است که به رغم ماهیت آشنای آن، مهمجوریت و انزوای آنها را رقم زده است. در میان کتب فقهی، کمتر کتابی می‌توان یافت که بیش از چند خط به این مطلب پرداخته باشد و در غالب آنها، تنها به اجمال سخن از اعتبار یا عدم اعتبار آنها رفته است. از سوی دیگر اگرچه فقهای اسلامی به اتفاق، اصطلاح شروط ابتدایی را ناظر بر توافق خارج از چهارچوب عقدی معین و سنتی می‌دانند، لیکن در شناخت مصادیق آن به اختلاف افتاده‌اند. بر همین اساس ابتداء نظریات وارده در خصوص معنا و مفهوم شروط ابتدایی را مورد بررسی قرار داده و سپس قول منتخب را بیان می‌نماییم.

۱ - برخی از فقها شرط ابتدایی را مرادف تعهد یک‌طرفی دانسته و گفته‌اند تعهدی است که شخص به قصد یک‌طرفی خود علیه خود ایجاد می‌کند.^۱ به عبارت دیگر برخی از فقها معتقدند که قصد یک طرف منشاء تعهد می‌شود و هر «تعهد یک‌طرفی» مجانی است و تعهد مجانی به ملاک نصوصی که دلالت بر جواز عقود مجانی (مانند هبه و عاریه) دارند جایز است.^۲ لذا دلیل عدم لزوم شرط ابتدایی صرف ابتدایی بودن آن نیست بلکه مجانی بودن آن، سبب عدم لزوم آن است. مثلاً شخصی که تعهد به انجام کاری به طور یک

۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *ترمیم‌ولوژی حقوق*، چاپ پنجم، ۱۳۷۰، انتشارات گنج دانش، ش ۱۶۹ و ۳۸۰ و نائینی، *منیة الطالب*، ج ۲، ص ۲۳ (به نقل از جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *تأثیر اراده در حقوق مدنی*، ص ۱۳۴).

محمصانی، صبحی، *النظریه العامه للموجبات والعقود*، ترجمه جمال‌الدین جمالی، ج ۲، ص ۳۱.
 ۲. شیخ موسی نجفی خوانساری در *منیة الطالب*، چاپ سنگی، ص ۱۰۶ می‌نویسد:
 «یخرج عن كونه مجاناً إذا المستأنس من حکم الشارع بجواز العقود المجانیه مثل الهبه و العاریه، ان المطلق التعهدات المجانیه لایجب الوفاء بها و لعله المستكشف من الاجماع المحقق ظاهراً علی عدم لزوم الشروط الابتدائیه، فالوجه لعدم لزومها معانیته‌ها لا مجرد كونها ابتدائیه و لذا لوال التزام بشیء من الاعیان او المنافع بعوض و قلنا لعدم توقف ملكيتها علی لفظ خاص لا یبعد القول بلزومه».

طرفه در برابر دیگری می‌کند می‌تواند پیش از انجام تعهد خود، از انجام آن سرباز زند. بدین ترتیب می‌توان این گونه نتیجه‌گیری نمود که در نظر این دسته از فقیهان، شروط ابتدایی شروطی هستند که اولاً خارج از چهارچوب یک عقد معین قرار گرفته، و ثانیاً به قصد یک‌طرفی شخص ایجاد شده و ثالثاً تبرعی و مجانی است.

۲ - مشهور فقها امامیه شرط ابتدایی را شرطی دانسته‌اند که مندرج در متن عقد نبوده خود الزام و التزام مستقلی می‌باشد.^۱ به تعبیر دیگر تعهد ابتدایی تعهدی است که خارج از قلمرو عقود و ایقاعات معین ایجاد می‌گردد و چون این تعهد ابتدائاً و مستقلاً خارج از قالب‌های معین و سنتی ایجاد می‌شود و به قالبی ملحق و ملصق نمی‌گردد آن را شرط ابتدایی نامیده‌اند. در این معنا لفظ شرط به معنای مطلق تعهد است خواه آنکه تعهد متقبله یک‌جانبه و یک‌طرفه باشد و خواه با قصد دو شخص ایجاد شود. آنچه ملاک و معیار است استقلال این تعهد و خارج بودن آن از دایره عقود معین و امضایی است.

از توجه به نظریات ارائه شده آنچه سازگاری و موافقت بیشتری با اصطلاح شروط ابتدایی دارد معنا و تعبیر اخیر است. آن دسته از فقهایی که دایره شروط ابتدایی را به تعهدات یک طرفی محدود می‌سازند برای نظر خویش دلیلی ندارند و از این لحاظ این عقیده و قول در فقه اسلامی متروک مانده است.

اما تعبیر دوم از شروط ابتدایی سازگاری و همسویی بیشتری با روح حاکم بر حقوق اسلامی به عنوان یک حقوق مذهبی دارد. همان‌گونه که در مقدمه به آن اشاره کردیم پیروی از حقوق مذهبی، مقتضی عدم صحت اعمال و کرداری است که خارج از نصوص

۱. شیخ انصاری، *مکاسب*، چاپ سنگی، ۱۳۷۵، مؤسسه نشر اسلامی، ص ۲۸۲، سید محمدکاظم طباطبایی، *حاشیة المكاسب*، ج ۲، ص ۱۱۷، ملا احمد نراقی، *مستند الشیعه*، المكتبة المرتضوية لاحیاء آثار الجعفریه، چاپ سنگی، ص ۳۸۹، شیخ موسی نجفی خوانساری، *منیه الطالب*، ج ۲، چاپ سنگی، ص ۱۰۶، سیدمحمد بجنوردی، *قواعد فقهیه*، چاپ ۱۳۷۲، ص ۱۲۲ و ۱۲۳ و در میان نویسندگان حقوقی رجوع کنید به: شهابی، محمود، *قواعد فقه*، چاپ سوم، ۱۳۳۳، دانشگاه تهران، ص ۶۵، کاتوزیان، امیرناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۳، صص ۱۲۸ و ۱۲۹، امامی، سیدحسن، *دوره حقوق مدنی*، ج ۱، چاپ دوازدهم، ص ۲۶۷.

وارد واقع گردد. آنکه سعی در انطباق عمل خویش با قواعد مذهبی دارد رفتاری خارج از چهارچوب‌های امضایی و تأییدی را ناصحیح و ناصواب می‌داند.

بنابراین به پیروی از قول مشهور فقهای اسلامی، شروط ابتدایی را باید به معنای تعهداتی دانست که از تأیید و تکریم شارع برخوردار نیستند و در تعریف آن گفت:

«شروط یا تعهد ابتدایی عبارت است از تعهدی که در متن هیچ یک از عقود معین گنجانیده نشده است خواه اینکه این تعهد به اراده یک‌طرفی و تبرعاً ایجاد گردد و خواه به اراده دو طرف»

مبحث دوم: اعتبار شروط ابتدایی

تجارت و معاملات بین مردم آن زمان، به نحوی که امروز در میان افراد جامعه مرسوم و متداول است، در قدیم رایج نبوده است. در قدیم، نه تنها دایره معاملات به وسعت امروز نبوده، بلکه عقود و معاملات تابع اشکال و صور معین بوده است. یعنی اینکه تمامیت و لزوم عقد دارای اشکال، صور و الفاظ مخصوص بوده به نحوی که با فقدان آن صور و اشکال عقد باطل بوده است.

پیش از ظهور اسلام، در میان اعراب زمان جاهلیت معاملات و مراوداتی رواج داشته که این معاملات غالباً دارای تشریفات خاصی از جمله ادای الفاظ و صیغ خاصی، بوده است. هنگامی که اسلام ظهور کرد معاملات سابقه را نفی نکرد بلکه غالب آنها را امضاء نمود و از این جهت است که احکام اسلامی در بخش معاملات برخلاف بخش عبادات عموماً امضایی است و نه تأسیسی. شریعت اسلام رضایت را اساس معاملات قرارداد. اصل بنای معاملات بر رضایت مورد قبول جمیع مذاهب و فرق اسلامی است.

با این وجود و به موازات دگرگونی‌های مختلف در جامعه بعد از ظهور اسلام، در میان فقهای اسلامی این اختلاف پیش آمد که آیا تنظیم و تنسيق روابط در بخش معاملات براساس الگوهایی غیرامضایی جایز و سائغ است یا اینکه مذهب و پیروی از مذهب اقتضاء می‌نماید که تمامی روابط در چهارچوب قالب‌هایی چند، محصور و محدود ماند.

گفتار اول: اعتبار شروط ابتدایی در فقه امامیه

در گفتار دوم از مبحث اول اشاره نمودیم به اینکه عده‌ای از فقها امامیه شروط ابتدایی را ناظر بر تعهداتی می‌دانند که با قصد یک‌طرفی شخص ایجاد شده است. در نظر این دسته از فقها به ملاک نصوصی که دلالت بر جواز عقود مجانی دارند، شروط ابتدایی لازم‌الوفاء نمی‌باشند. اگرچه چنین ملاکی چندان مورد اعتناء و اعتماد نمی‌باشد، اما به لحاظ آنکه در نظر این دسته از فقها، دائره شروط ابتدایی به تعهداتی محدود می‌گردد که به قصد یک‌طرفی شخص ایجاد می‌گردد چندان اشکالی پیش نمی‌آید. مشکل آنجاست که شروط ابتدایی اطلاق در همه تعهدات خارج از عقد دارد و بر همین اساس اختلاف شده است که آیا این شروط لازم‌الوفاء می‌باشند یا اینکه به واسطه فقدان دلیلی بر وجوب تبعیت از آن، وفا به آن لازم نبوده و جایز است. بدین ترتیب در این گفتار ابتداء از دلایل معتقدین به عدم لزوم شروط ابتدایی و سپس از دلایل معتقدین به لزوم آن سخن می‌گوییم.

الف: دلایل معتقدین به عدم لزوم شروط ابتدایی:

شیخ انصاری می‌گوید: «مشهور فقهای امامیه اعتقاد بر این دارند که شروط ابتدایی لازم‌الوفاء نمی‌باشد و بلکه قول خلافی در این خصوص وجود ندارد مگر آنچه که از کتاب خلاف شیخ طوسی و مختلف الشیعه علامه حلی مستنبط می‌گردد».^۱ مع‌هذا بایستی دانست که موافقین لزوم شروط ابتدایی بعد از زمان شیخ انصاری افزایش یافته‌اند. علی‌ای حال مخالفین لزوم شرط ابتدایی جماعت اکثر را تشکیل داده و برای عقیده خویش دلایلی دارند که ذیلاً بدان می‌پردازیم:

۱ - برخی استدلال کرده‌اند که حرف «لام» در آیه شریفه «وفوا بالعقود» در سوره مائده به عنوان آخرین سوره نازل بر پیامبر اکرم (ص) صرفاً به معاملات سابق بر نزول این آیه عمومیت دارد و براین اساس آنها را لازم‌التبایع می‌گرداند.^۲ بنابراین آیه شریفه «وفوا

۱. شیخ انصاری، مکاسب، چاپ سنگی، مؤسسه نشر اسلامی، ص ۲۸۲.

۲. امام خمینی (ره)، کتاب بیع، مؤسسه طبع و نشر بیع، چاپ اول، ۱۴۰۷ هـ ق ص ۶۲.

بالعقود» منصرف از عقود بعد از عهد رسول (ص) است.

۲ - استدلال شده است که روایت نبوی «المؤمنون عند شروطهم الا شرطاً حرم حلالاً او احلاً حراماً» منصرف از شروط ابتدایی است. چه اینکه شرط در لغت به معنی ربط بین دو چیز است و به معنای التزامی است که در بیع و سایر عقود معین می‌آید خواه عقد معین مربوطه عقدی لازم باشد و خواه جایز. مآلاً اینکه شرط ابتدایی؛ شرط به معنای حقیقی نیست چه اینکه ربط و علاقه که عنصر اساسی است را فاقد است.^۱ بدین ترتیب؛ یعنی با فرض اینکه شرط به معنای تعهد تبعی باشد نه تنها نمی‌توان به عموم و اطلاق «المؤمنون عندشروطهم» احتجاج نمود بلکه روایات وارده در این خصوص نیز منصرف از شروط ابتدایی است.^۲

برخی نیز اگر چه معتقدند شرط به معنای مطلق الزام و التزام است، لیکن به لحاظ ثبوت اجماع بر عدم لزوم وفاء به شروط ابتدایی و تخصیص عموم «المؤمنون عندشروطهم»، قائل به عدم لزوم وفاء به شروط ابتدایی گشته‌اند.^۳

ب: دلایل معتقدین به لزوم شروط ابتدایی:

اگرچه قول مشهور در فقه امامیه ناظر بر عدم لزوم وفاء به شروط ابتدایی است، لیکن

۱. آیت‌الله خویی(ره)، *مصباح الفقاهه*، ج ۲، ص ۱۴۲ (به نقل از سیدمحمدتقی خوئی، کتاب *شروط*، همان منبع، صص ۳۹ و ۴۰).

سیدمحمد بجنوردی در کتاب *قواعد الفقهیه*، صص ۱۲۲ و ۱۲۳ می‌نویسد:

«آیا مقصود از شرط، مطلق الزام و التزام است و یا الزام و التزام که در ضمن عقد باشد؟ علی‌الظاهر و به حسب متفاهم عرفی، شرط عبارت است از الزام و التزام در ضمن عقد زیرا شرط به معنای مصدری، قراردادن چیزی است مرتبطاً به امر آخر، لهذا مبدأ برای مشتقات خود می‌شود مثل شارط و مشروط و غیرذلک و به معنای اسم مصدری هم عبارت از مرتبط بودن شیء است به امر آخر، مضافاً اینکه در جای خود ثابت شده است که اگر شرط مطلق الزام و التزام باشد و مرتبط به چیز دیگری نباشد قهراً شامل شروط ابتداییه می‌شود و تخصیص اکثر که مستهجن است بر قاعده المؤمنون عند شروطهم می‌آید».

۲. از جمله این روایات: صحیح‌ه عبدا... سنان عن ابی عبدا... (ع) قال: «المسلمون عند شروطهم الا کل شرط خالف کتاب الله عزوجل فلا يجوز...» و مؤثقه اسحاق بن عمار عن جعفر عن ابیه (ع): قال «ان علی بن ابی طالب (ع) کان یقول: من شرط لامرأته شرطاً فلیف لها به فان المسلمین عند شروطهم الا شرطاً حرم حلالاً او احلاً حراماً» (نقل از سیدمحمدتقی خوئی، *شروط*، همان منبع، ج ۲، ص ۱۳).

۳. شیخ موسی نجفی خوانساری، *منیة الطالب*، ج ۲، چاپ سنگی، ص ۱۲۳.

بایستی گفت که گرایش فقهای متأخر به سمت و سوی شناسایی اعتبار و لزوم شروط ابتدایی بوده است.^۱

فقهای که اعتقاد به لزوم شروط ابتدایی دارند در مقام احتجاج و استدلال به لزوم این قبیل شروط، به آیات و روایاتی اشاره نموده‌اند که به اجمال از آن سخن می‌گوییم.

۱ - عموم اوفوا بالعقود ناظر بر شروط ابتدایی هم می‌باشد. به تعبیر دیگر دستور شارع تنها منصرف به عقود و معاملات عهد رسول (ص) نمی‌باشد.^۲ علاوه بر آن از اطلاق و عموم آیات دیگری نیز می‌توان استفاده کرد که شروط ابتدایی معتبر می‌باشند، از جمله آیه ۲۷۵ از سوره مبارکه بقره «احل الله البیع و حرم الربوا» و آیه ۱۸۸ از این سوره «لاتاکلوا اموالکم بینکم بالباطل» و نیز در آیه ۲۹ سوره مبارکه نساء «الا ان تکون تجارة عن تراض منکم».

۲ - از جمله عموماتی که دلالت بر لزوم شروط ابتدایی می‌کند روایت معروف «المؤمنون عند شروطهم» می‌باشد که جمع کثیری از فقها برای اثبات لزوم عقد به این روایت تمسک جسته‌اند. استدلال مزبور بر این امر مبتنی است که شرط به معنای مطلق الزام و التزام می‌باشد و عرف، شرط را به معنای التزامات ابتدایی نیز می‌داند.^۳ از سوی

۱. شیخ طبرسی، مجمع البیان، ج ۳، ص ۱۵۱، فاضل مقداد، کنز العرفان، ج ۲، ص ۱۷۱، رشیدالدین میبیدی، کشف الاسرار، ج ۳، ص ۵، محقق قمی، متاجر جامع الشتات، ص ۵۳۰، سیدمحمدکاظم طباطبایی، عروة الوثقی، ج ۲، صص ۲۸۸ و ۳۱۳ و ۳۱۵ (به نقل از کاتوزیان، امیرناصر، مجله کانون وکلاء، شماره ۱۵۰ - ۱۵۱، بهار و تابستان ۱۳۶۹ - مقاله قولنامه).

۲. امام خمینی (ره) در کتاب بیع ص ۵۲ می‌نویسد: «فلاشبهه فی انه لیس للشارع فی باب المعاملات اصطلاح خاص و وضع مخصوص مقابل عقلاء فما هو المسمى لدى العقلاء هو المسمى لدى الشارع و ان تصرف فی بعضها او کلها بزیده قید او شرط علی المسمى».

۳. سیدمحمدتقی خوئی، شروط، ج ۱، (به نقل از محقق رشتی) سیدمحمدکاظم یزدی، حاشیه المکاسب، ج ۲، ص ۱۱۷ در جواب این سؤال که: هل شرط الابتدایی واجب العمل اولاً... آورده است: «ان مقتضى القاعدة وجوب الوفاء به و ذلك لصدق الشرط عليه فانه لفه بمعنى الزام و التزام بل مطلق للجعل حساباً سابقاً من ظهور كلام بعض اللغويين فيه كالصراح...» و در ادامه می‌نویسد: «... قد عرفت أنه لاوجه الدعوى القطع به مع ان مقتضى العموم وجوب و لاجماع على خلافه».

دیگر روایت مزبور تنها شروطی را نامعتبر دانسته است که امر حلالی را حرام و حرامی را حلال گرداند و از آنجا که اصل بر عدم مخالفت شرط با شرع قرار گرفته است مادامی که تنافی شروط ابتدایی با شرع انور ثابت و مسلم نگردد بنا به حکم عام روایت مزبور، تبعیت از شروط ابتدایی واجب است.

علاوه بر روایت مذکور، روایات دیگری نیز هستند که بر اعتبار و لزوم شروط ابتدایی دلالت قطعی و مسلم دارند.^۱

۳- از روایاتی چند که در این زمینه وارد شده قاعده‌ای به این مضمون «هر شرطی که با مشروع (کتاب و سنت) مخالف باشد فاسد است» اصطیاد می‌گردد.

ایراد شده است که اگر چه صحت این قاعده مورد اتفاق همه فقیهان است، لیکن در تحقیق مصادیق و تطبیق آن، نظر قاطعی وجود ندارد چه مواردی هست که تشخیص مخالفت و عدم مخالفت آنها با شرع مشکل می‌باشد.^۲

شیخ انصاری(ره) با اشاره به اینکه شرط میان مسلمین مادامی که منعی نباشد جایز است می‌نویسد اصل بر عدم مخالفت شرط با شرع است و لذا چنانچه مخالفت با اصل ثابت نشد اصل و عموم، جاری و ساری خواهد بود.^۳ اگرچه میرزای نائینی درباره اصلی که در این گونه موارد باید به آن رجوع شود با عقیده شیخ مخالفت کرده و حتی این قول شیخ را با آنچه که در تنبیهاستصحاب از کتاب فرائد الاصول خود قائل شده مخالف دانسته

۱. از جمله این روایات این است که: ان بريرة جاءت عائشه تستعينها في كتابتها و لم تكن قضت من كتابتها شيئاً، فقالت لها عائشة ارجعي ال اهلك، فان احبوا ان قضى عنك كتابتك و يكون ولاوك لي فعلت فذكرت ذلك بريرة لاهلها فابوا و قالوا: ان شاءت ان تحتسب عليك فلتفعل و ليكن لنا ولاوك، فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم... ابتاعى فاعتقى فانما الولاء لمن اعتق، قالت، ثم قام رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: ما باس اناس يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله عزوجل، ممن اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له وان شرط مائة، مره شرطاً... عزوجل احق و اوثق «مسند احمد بن حنبل، ج ۶، ص ۸۱، المكتب الاسلامي، بيروت، (به نقل از سيدمحمدتقي خوئي، شروط، ج ۱، صص ۳۹ و ۴۰).

۲. شهایی، محمود، قواعد فقه، همان منبع، ص ۵۴ و ۵۵.

۳. شیخ انصاری، مکاسب، انتشارات دهقانی، ج ۳، ص ۱۳ که می‌گوید: «... ان البناء علی اصاله عدم المخالفه یکفی فی احراز عدمها واقعاً، كما سائر مجاری الاصول...»

است، چه اینکه در آنجا این اصل را قابل اجراء ندانسته است. و در ادامه عنوان داشته است که در این مسأله که شرطی مخالف با کتاب است یا نه، اصلی که قابل استناد باشد موجود نیست، لیکن چون شک در مخالفت و عدم مخالفت سبب است، برای شک در نفوذ شرط، اصالت عدم نفوذ شرط و عدم لزوم مشروط علیه که اصلی است مسببی، لازم الاجراء و محکم است، لیکن به نظر می‌رسد که عقیده شیخ قوی‌تر است چه اینکه منظور این نیست که در وجود شرط مخالف یا عدم وجود آن شک و تردید حاصل شود چه اینکه شرط یا مخالف زاده می‌شود یا موافق، بلکه شک و تردید در این است که آیا شرطی وجود یافته یا خیر.^۱

۴- برخی از فقها برای اثبات لزوم شروط ابتدایی به بناء عقلاء استناد جسته‌اند. امام خمینی (ره) می‌نویسد: محقق است که نفوذ معامله بر دو امر متوقف است همان طور که از عرف و بنای عقلاء در معاملات آشکار می‌شود. اول اینکه متعاملین تصرفشان مجاز باشد و ثانیاً معامله طبق مقررات عقلاء و شرع انجام شود.^۲

گفتار دوم: اعتبار شروط ابتدایی در حقوق ایران

چنانکه در گفتار پیشین بدان اشاره شد شروط خارج از عقد، در نظر غالب فقهای اسلامی اعتباری نداشته، لازم‌الوفاء نمی‌باشد و اشاره شد به اینکه، متشرعین بر این نظر خویش استدلال می‌نمایند که چون شروط ابتدایی تحت شمول هیچ یک از عموماً شرعی واقع نمی‌شوند، لهذا حکم بر الزامی بودن آنها هم از سوی شارع وجود نیافته است و به تعبیر دیگر، مقنن اسلامی هیچ حکمی در خصوص تکلیف به اتباع و اطاعت از این شروط وضع ننموده است.

حقوق موضوعه ایران که مقتبس از حقوق اسلامی و در عین حال حقوق رومی ژرمن، به عنوان حقوقی متأثر از تئوری «قرارداد اجتماعی» است متضمن راهکار دیگری است. اگر در حقوق اسلامی، ملاک و معیار در نفوذ قراردادهای خصوصی، مشمولیت این قراردادها

۱. شهبایی، محمود، *قواعد فقه*، همان منبع، صص ۶۲ و ۶۳.

۲. امام خمینی (ره)، *کتاب بیع*، مؤسسه طبع و نشر بیع، چاپ اول، ۱۴۰۷، ص ۲۹.

تحت عنوانی از عناوین و احکام شرعی است در حقوق متأثر از اصل حاکمیت اراده، ملاک و مناط «عدم مخالفت با نظم عمومی» است.

قراردادهای خصوصی به منزله قانونی که افراد میان خویش وضع می‌نمایند از حمایت و پشتیبانی دولت برخوردار می‌شوند مشروط بر اینکه این قوانین خصوصی و این رشته‌های پیوند، رشته‌های اجتماعی بودن و عصاره‌های مقوم نظام اجتماعی را نگسسته، متزلزل نسازد. بدین ترتیب اصل جاری و ساری در حقوق موضوعه ایران را می‌توان در این عبارت خلاصه نمود که «قراردادها اعم از اینکه تحت عنوان عقدی معین منعقد شوند یا اینکه تحت قالبی بی‌نام، تا آن هنگام که به نظم عمومی لطمه و صدمه نزنند نافذ، معتبر و مورد حمایت می‌باشند»^۱ اصل آزادی قراردادها در حقوق موضوعه ما، عمری نزدیک به یک قرن دارد. ماده ۱۰ قانون مدنی اعلام می‌کند: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که خلاف صریح قانون نباشد نافذ است».

اصل مذکور که مبین حمایت قانونگذار و قوه حاکمه از قراردادهای واقعه میان افراد است هرچند که در قالب عقدی معین نگنجد، رافع هرگونه شک و تردید و بحث و اختلاف در خصوص اعتبار یا عدم اعتبار نهاد شروط ابتدایی در حقوق حاکم بر جامعه ایران است. با این وجود، اولاً ناآگاهی و ثانیاً انس و الفت با حقوق اسلامی موجب گردیده تردیدهایی در خصوص اعتبار این قبیل شروط و تعهدات حاصل شود. بر همین اساس عده‌ای، از جمله دفاتر اسناد رسمی، به ناچار و با ترس از اینکه مبدا این تردیدها حقوق حقه افراد را مورد تضییع و تفریط قرار دهد جانب حزم و احتیاط پیموده و با وجود صراحت اصل مذکور در ماده ۱۰ قانون مدنی، سعی بر انطباق معاملات با موازین مضبوط در فقه اسلامی نموده‌اند از جمله اینکه مرسوم گردیده دفاتر اسناد رسمی در زمان تنظیم سند قراردادی که با هیچ یک از عقود معینه مطابقت ندارد می‌نویسند: «در ضمن عقد خارج لازم شرط نمود که...» حال آنکه در واقع در غالب موارد، چنین عقد خارج لازمی،

۱. اغلب فقها اصل آزادی قراردادی را در چهارچوب و محدوده شروط ضمن عقد و عقد صلح تبیین و توجیه می‌نمودند.

موجودیت خارجی ندارد.

قولنامه و عقد بیمه از جمله قراردادهایی هستند که وفق ماده ۱۰ قانون مدنی در اعتبار و لزوم آن هیچ شک و شبهه‌ای نیست. با این وجود، بنا به دلایلی که ذکر شد عده‌ای از این جهت که این قراردادها تحت شمول هیچ یک از عقود معینه واقع نمی‌شوند و در کتاب و سنت حکمی بر لزوم آنها وجود ندارد، آنها را مشمول عنوان شروط ابتدایی دانسته، در اعتبار و لزوم آنها تشکیک و تردید نموده‌اند.

۱ - قولنامه: چنانکه از نام آن پیداست سندی است که طرفین به موجب آن وعده و تعهدی می‌نمایند که می‌تواند به نوبه خود یک‌طرفه یا دوطرفه باشد. اما آنچه از واژه قولنامه به ذهن متبادر است، سند متضمن تعهد دو طرفی و متقابل است. قولنامه‌های تنظیمی در معاملات مربوط به املاک و خودرو از رایج‌ترین موارد آن هستند. در قولنامه، طرفین نظر بر این دارند که با گرفتن تعهد از یکدیگر وقوع عقد در آینده را تضمین نمایند.^۱ (نظر مخالف هم وجود دارد).

علی‌ای حال و صرف‌نظر از اختلافات راجع به نوع تأثیرگذاری قولنامه، قولنامه، توافق‌نامه و قراردادی است متضمن تعهد به انجام کار، که از این حیث در قالب هیچ یک از عقود معین نمی‌گنجد. همین امر باعث گردیده به رغم تصریح ماده ۱۰ قانون مدنی بر نفوذ و اعتبار قراردادهای خصوصی، در لزوم یا عدم لزوم پیروی از تعهدات متقلبه به موجب قولنامه، تردیدهایی حاصل شود.^۲

چندی این نظر قوت گرفت که چون قولنامه به صورت شرط ضمن عقد لازم درنیامده است اعتبار ندارد، چنانکه شورای عالی قضایی در بخشنامه‌ای اعلام نمود: «آنچه صرفاً

۱. کاتوزیان، امیرناصر، *عقود معین*، ج ۱، چاپ ششم، ص ۶۰.

۲. از فقهای متأخر، آیت‌... گلپایگانی (ره) می‌گویند: قولنامه وعده‌ای بیش نیست و شرعاً اعتبار ندارد. آیت‌... خمینی (ره) در کتاب *موازین قضایی از دیدگاه امام خمینی*، ترجمه و تدوین از حسین کریمی، جلد اول، انتشارات مشکوری قم، در جواب این سؤال که قراردادی که بین ارباب حاجت و دلالتها به نام قولنامه معمول است، آیا اینگونه قراردادها لازم‌الوفاء است یا خیر؟ فرموده‌اند: لازم‌الوفاء نیست. (به نقل از لطفیان، حسین، قولنامه، انتشارات روزنامه رسمی، ص ۳۸).

قولنامه است و ترتیب مقرر در آن در ضمن عقد لازم انجام نگرفته و تعهد نشده اعتبار قانونی؟! و شرعی ندارد و دادگاه نمی‌تواند طرفین را الزام به وفاء نماید». شگفت‌آور اینکه مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان در پیرایشی که در سال‌های ۶۱ و ۷۰ از قانون مدنی شد ماده ۱۰ قانون مدنی را حفظ کرده و بدین‌وسیله بر آن مهر تأیید زده بودند.^۱

با این حال، به تدریج بعضاً دادگاه‌ها تحت تأثیر نوشته‌های حقوقی، و با تکیه به ماده ۱۰ قانون مدنی و با رعایت احتیاطات کامل پذیرفته‌اند که قولنامه نیز تعهدآور بوده، طرفین را به آنچه خواسته و اراده نموده‌اند ملزم می‌سازد.

این گرایش هرچند ضعیف به سوی پذیرش اعتبار قراردادهایی که وفق ماده ۱۰ قانون مدنی تنظیم و تنسیق یافته‌اند، هرچند قابل تقدیس و تحسین است، کافی و وافی به مقصود نیست. آنجا که ماده ۱۰ قانون مدنی حاکم است تردید جایز نیست.

۲- عقد بیمه: ^۲ عقد بیمه از جمله آن دسته از قراردادهایی است که در زمره عقود عهد رسول(ص) نمی‌گنجد و در کتاب و سنت اثری از آن نمی‌توان یافت. درست است که پس از ظهور اسلام، قراردادهایی مانند «ضمان جریره» و «نظام عاقله» مورد تأیید و امضاء شارع قرار گرفته است ولی تأسیس‌های مذکور را نمی‌توان بیمه به مفهوم امروزی دانست. بر همین اساس طبق یک نظر، از آنجا که بیمه از عقود مستحدثه و نوظهور می‌باشد که داخل در هیچ یک از عقود شناخته شده فقه اسلامی نمی‌باشد لذا عقد مزبور از حمایت شرع برخوردار نبوده لازم‌الاتباع نمی‌باشد.^۳ اما نظر مخالف بر این تعلق گرفته است که مقایسه و مطابقت قرارداد بیمه با یکی از عقود معین لازم نیست، زیرا شرع انور اسلام مردم را محصور و محدود به عقود مدون و معین ننموده است و براساس ادله‌ای همچون

۱. کاتوزیان، امیرناصر، مجله کانون وکلاء، شماره ۱۵۱ - ۱۵۰، بهار و تابستان ۱۳۶۹.

۲. امام خمینی (ره) در تعریف بیمه می‌گویند: «التأمین عقد واقع بین المومن والمستامن بان يلتزم المؤمن جبر خساره كذاثیه اذا وردت علی المستامن فما مقابل ان يدفع المؤمن له مبلغاً او يتعهد برفع مبلغ علیه الطرفان»، *تحریر الوسیله*، ج ۲، ص ۶۰۸.

۳. آیت ... محمدی گیلانی، مقاله بیمه، مجله قضایی و حقوقی دادگستری، سال ششم، شماره ۱۹ و ۲۰، بهار و تابستان ۱۳۷۶. عرفانی، توفیق، *قرارداد بیمه در حقوق اسلام و ایران*، انتشارات کیهان، ص ۱۲۷.

اوفو بالعقود می‌توان قائل به نفوذ و اعتبار عقد بیمه شد.

مطابق با نظر اول عقد بیمه بیشتر از آن جهت نامعتبر و بی‌اثر است که عقد مزبور شرطی ابتدایی است که شرط ابتدایی هم به لحاظ فقدان حکم بر لزوم، لازم‌الاتباع نمی‌باشد.

اما این بحث‌ها در حقوق موضوعه ایران هیچ‌گونه محلی از اعراب و توجه ندارد چه اینکه اولاً قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶، عقد بیمه را به رسمیت شناخته و بر لزوم آن تصریح نموده است، ثانیاً مقنن ایرانی، با اندراج ماده ۱۰ در قانون مدنی، با اعتبار بخشیدن به قراردادهای بی‌نام و ناموجود در قانون مدنی، هرگونه شبهه‌ای را در خصوص اعتبار یا عدم اعتبار عقد بیمه زائل ساخته است.

نتیجه

آنچه انکارناپذیر است پیوند دیرینه و علقه مستحکم حقوق موضوعه ما، با حقوق اسلامی است. واقعیت دیگر، تأثر این حقوق از مفاهیم و ساختارهای حقوق مغرب زمین به ویژه نظام حقوقی رومی ژرمن است. اقتباسی این چنین، فارغ از دلایل آن و صرفنظر از نقاط مثبت و منفی آن، حقیقتی دیگر را رقم زده است. دوگانگی ساختار حقوقی و اختلاف مفاهیم و سازمان‌های حقوقی، حقیقت چنین امتزاج و ترکیبی است. شاید در هیچ کشوری به اندازه کشور ما، فراگرفتن علم حقوق و آشنایی با مبانی قوانین موضوعه، این چنین سهل و ممتنع نباشد. تشتت آراء قضایی در مسأله‌ای واحد و سردرگمی بعضاً نویسندگان حقوقی، معمولاً نتیجه دوگانگی این مفاهیم و ساختارهاست.

آنان که در حوزه‌های علوم دینی مشغول تحصیل و فراگرفتن قوانین اسلامی هستند از این دغدغه بدورند، چه اینکه ذهنیت آنها نسبت به مسائل، ذهنیتی است یکدست و یکنواخت. حال آنکه تحصیل حقوق در دانشگاه‌ها به لحاظ بافت دوگانه آن در زمره علوم مشکله درآمده است.

بدین ترتیب تنها راه و چاره را بایستی در این دانست که هر مفهومی در موضع خویش و

با عنایت به زادگاه آن مورد تحلیل و بررسی واقع گردیده نهایتاً سعی در ایجاد ارتباط و آشتی میان آنها نمود. بی‌شک سلوکی دیگر، پیامدی جز سردرگمی و اعوجاج نخواهد داشت.

بررسی جایگاه قرارداد و حاکمیت اراده در حقوق اسلامی و مطابقت آن با مفاهیم امروزی حاکم بر حقوق موضوعه کشورمان، بایستی براساس همین دیدگاه صورت پذیرد. ساده‌اندیشی است که نفوذ مفاهیم حقوق مغرب زمین را نادیده انگاشته و براساس تأسیسات حقوق اسلامی به ارائه نظر پردازیم.

شروط ابتدایی یا اراده‌های خارج از قالب‌های معین و امضایی در فقه اسلامی با عنایت به کل ساختار حقوق اسلامی و لحاظ جمیع عناصر موجود، امری است که بنا به نظر مشهور، نفوذ و اعتبار لازم را ندارد. اما همین اراده‌های آزاد‌انگه که در پرتو قوانین موضوعه مورد بررسی و تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرند طبیعتی دیگر می‌یابند. حقوق موضوعه ایران اصل را بر آزادی قراردادی نهاده است و تنها مانع نفوذ آن را برخورد با نظم عمومی به معنای وسیع کلمه قرار داده است.

بدین‌سان به جرأت می‌توان گفت، در حال حاضر، توافقی‌های خارج از عقود معین، مشروط به نبود موانع، دارای اعتبار و نفوذ کامل بوده و آنکه در اعتبار آن تردید می‌کند هنوز با اصول اولیه حقوق موضوعه ما آشنا نشده است.

فهرست منابع

- ۱ - امامی، سیدحسن، *دوره حقوق مدنی*، ج ۱، چاپ دوازدهم.
- ۲ - انصاری، شیخ مرتضی، *مکاسب*، دوره ۳ جلدی، انتشارات دهقان.
- ۳ - بجنوردی، سیدمحمد، *قواعد فقهیه*، چاپ ۱۳۷۲.
- ۴ - خمینی، روح‌ا... (ره)، *بیع*، مؤسسه طبع و نشر بیع، چاپ اول، ۱۴۰۷ هـ. ق.
- ۵ - خوانساری، شیخ موسی، *منیة الطالب*، ج ۲، چاپ سنگی.

- ۶ - خوئی، سیدمحمدتقی، *الشروط، دوره ۲ جلدی*، چاپ سوم.
- ۷ - دهخدا، علی اکبر، *لغتنامه*.
- ۸ - شهابی، محمود، *قواعد فقه*، چاپ سوم، ۱۳۳۳.
- ۹ - شهید ثانی، *مسالك الافهام*، ج ۱، چاپ مکتبه بصیرتی، قم.
- ۱۰ - طباطبایی، سیدمحمد کاظم، *حاشیه المکاسب*، ج ۲.
- ۱۱ - عرفانی، توفیق، *قرارداد بیمه در حقوق اسلام و ایران*، انتشارات کیهان.
- ۱۲ - کاتوزیان، امیر ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۱ و ۳، چاپ دوم، شرکت سهامی انتشار.
- ۱۳ - کاتوزیان، امیر ناصر، *عقود معین*، ج ۱، چاپ ششم.
- ۱۴ - لطفیان، حسین، *قولنامه*، انتشارات روزنامه رسمی، چاپ ۱۳۷۵.
- ۱۵ - مجله کانون وکلاء، شماره ۱۵۱ - ۱۵۰، بهار و تابستان ۱۳۶۹، مقاله قولنامه.
- ۱۶ - مجله قضایی و حقوقی دادگستری، سال ششم، شماره ۲۰ - ۱۹، بهار و تابستان ۱۳۷۶.
- ۱۷ - محمصانی، صبحی، *النظریه العامه للموجبات والعقود*، ترجمه جمال الدین جمالی، ج ۲.
- ۱۸ - مظفر، شیخ محمدرضا، *اصول الفقه*، چاپ سوم، مرکز انتشارات حوزه علمیه قم.
- ۱۹ - نراقی، ملااحمد، *مستند الشیعه*، المکتبه المرتضویه لاحیاء و آثار الجعفریه، چاپ سنگی.
- ۲۰ - لنگرودی، جعفر، *ترمیمولوژی حقوق*، چاپ پنجم.

تئوری عمومی حق مالکیت (بخش نخست)

خسروعباسی داکانی^۱

مقدمه

دستیابی به حق مالکیت بر اموال که در میان حقوق متصوره نسبت به اموال کامل‌ترین آنها به شمار می‌رود انگیزه اصلی اعظم تلاش‌های بشر در طول تاریخ به شمار می‌رود به نحوی که موجب گردیده تا در عرصه‌های مختلف تلاش‌های گسترده‌ای برای حمایت از آن به عمل آید. از جمله مهمترین این عرصه‌ها، عرصه حقوق می‌باشد که تلاش‌های بسیاری در جهت ایجاد تأسیسات حقوقی مهم و کارآمد در راستای تعریف، تثبیت و تعیین حدود و شرایط، تضمین اجرا و اعمال آن و اسباب و وسایل برقراری و انتقال آن صورت گرفته است. در میان منابع حقوق عرف نقش به‌سزایی در شکل‌گیری و تحقق نظام حقوقی مالکیت ایفاء نموده است به نحوی که اکثر تأسیسات حقوقی مربوطه به صورت عرفی و به تدریج ایجاد شده‌اند.

در میان مباحثی که در رابطه با حق مالکیت بین حقوقدان‌ها همواره مطرح بوده است، بحث پیرامون اسباب نقل و انتقال حق مالکیت و به خصوص عقد بیع که یکی از مهمترین وسایل انتقال حق مالکیت می‌باشد بیشترین مباحث را به خود اختصاص داده است. خرید و

۱. سردفتر اسناد رسمی ۱۰۶ تهران، عضو کمیسیون حقوقی و کمیسیون وحدت رویه کانون سردفتران و دفتریاران.

فروش یا بیع قدمتی به در ازای تشکیل اجتماعات بشری دارد و در طول تاریخ با تلاش حقوق دانان قواعد و مقررات کاملی درباره آن گردآوری شده و بروز دعاوی و اختلافات و حل آنها توسط قضات به کمک وکلا به تکمیل نظام حقوقی بیع کمک شایانی نموده است. لیکن بروز اختلاف در تعبیر و تفسیر احکام و شرایط و موضوعات و راه حل ها اجتناب ناپذیر بوده است.

در گذشته به لحاظ بسته بودن جوامع و عدم توسعه علوم و فنون اموال از گستره محدودی برخوردار بودند و لذا شناسایی متعلق حق و آنچه که مورد معامله و خرید و فروش واقع می شد چندان دشوار نبود. اما با پیشرفت و توسعه جوامع و ثروتمند شدن برخی از جوامع و ابداع علوم و فنون جدید، حقوق و موضوعات جدیدی به وجود آمده و تعیین نظام حقوقی مربوط به حق مالکیت آنها، اختلافات جدیدی را دامن زده است. از جمله با پیدایش مفاهیمی همچون حق تألیف، حق اختراع، حق سرقتی و کسب و پیشه، حقوق مربوط به پروانه ها و امتیازات و انشعابات و سهام که با مفهوم سنتی مال (عین مادی محسوس) منطبق نیستند این سؤال مطرح شده است که آیا این گونه از حقوق اساساً جزء اموال محسوب می شوند یا خیر؟ و آیا قابل نقل و انتقال هستند؟ و در صورت مثبت بودن پاسخ آیا به وسیله عقود سنتی مانند بیع قابل نقل و انتقال هستند یا اینکه نیاز به تأسیس طرق و اسباب جدیدی برای انتقال حقوق جدید وجود دارد؟ و بالاخره اینکه آیا این قبیل از حقوق به عنوان يك دسته از اموال تحت عنوان اموال غیرمادی طبقه بندی می شوند یا اینکه چنین مفهوم و تقسیمی صحیح نمی باشد؟

پاسخگویی به این سؤالات انگیزه این مطالعه و بررسی بوده است البته با توجه به قلت دانش و اطلاعات نویسنده ممکن است اشتباهاتی در استنباط و ارائه مطالب صورت گرفته باشد که دور از انتظار نمی باشد لیکن امیدوارم این تحقیق مورد توجه و مطالعه دوستان قرار گیرد و اینجانب را از راهنمایی های خردمندانه خویش محروم ننمایند.

مبحث اول - تعریف مال و اقسام آن

گفتار اول - تعریف مال

گفتار خویش را با تعریف مال از دیدگاه لغوی و حقوقی آغاز می‌کنیم.

الف - تعریف مال از نظر لغوی: مال کلمه‌ای عربی است که در زبان فارسی به معنای «خواستۀ» می‌باشد.^۱ یعنی چیزی که (اعم از اشیاء، اعمال، اشخاص) مورد تقاضا و تمایل اشخاص و خواست آنها قرار گرفته است. میل و علاقه‌ای که موجب می‌شود شخص درصدد تصاحب و تملک یا استفاده و بهره‌مندی از آن برآید. بنابراین هر آنچه که موضوع اراده و خواست اشخاص قرار می‌گیرد مال نام دارد خواه در اختیار ایشان قرار گرفته و مورد استفاده ایشان واقع شده و به تملک ایشان درآمده باشد مانند حیات، غذا، ازدواج، حیوانات و اشیاء و یا آنکه قابل تملک و تصرف و استفاده نباشد خواه ذاتاً فاقد این قابلیت بوده مانند ستارگان، سفر به کهکشان‌های دوردست و مردگان و یا آنکه به موجب قانون یا عرف قابلیت مزبور را از دست داده باشد مانند بردگان، مشروبات الکلی و جرایم. با این تعریف دایره شمول عنوان «مال» بسیار گسترده خواهد بود و تمام حوزه‌ها (اشیاء مادی و منافع متصوره آنها و اعمال و اشخاص و حیوانات و امور اعتباری و معنوی) را در بر می‌گیرد، زیرا میل و اراده بشر حد و مرزی نمی‌شناسد و تمام امور محسوس و غیرمحسوس و مادی و معنوی را در حیطه شمول خود قرار می‌دهد. تنها قانون و عرف که خود ناشی از ضرورت‌های زندگی اجتماعی هستند می‌توانند دایره آنها را محدود نمایند. در نتیجه تنها در رابطه بین انسان‌هاست که مال قابل تعبیر و تعریف بوده و حیات می‌یابد و بدون وجود انسان‌ها و بدون اعتبار و شناسایی چنین امری از سوی ایشان این واژه‌ها معنایی نخواهد داشت.

ب - تعریف مال از نظر حقوقی: اما از نظر حقوقی عنوان «مال» شامل تمام مصادیق آن

۱. در لغت‌نامه دهخدا مال به چیزی که مورد رغبت انسان و مطلوب او می‌باشد و نیز به معنای چیزی که به تملک انسان درمی‌آید تعریف شده است. علی اکبر دهخدا، *لغت‌نامه*، چاپ اول از دوره جدید، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۲.

نمی‌شود و تنها بخش‌هایی از آن را شامل می‌شود که منفعت عقلایی داشته و قابل تصرف و تملک و مبادله و تقویم مالی و از نظر تجاری و اقتصادی دارای ارزش داد و ستد بوده و امکان اینکه متعلق حق اشخاص قرار گیرند را داشته باشند.^۱ در نتیجه اشخاص از تعریف اموال خارج می‌شوند زیرا عصر بردگی و خرید و فروش انسان‌ها ظاهراً دیگر سرآمده و سپری شده است.

بنابراین خواسته‌های معنوی و مادی که فاقد شرایط مذکور باشند در تعریف حقوقی مال جای نمی‌گیرند. اما قانون مدنی ایران مال را تعریف نموده و تنها به بیان تقسیمات اموال اکتفاء نموده و تنها مصادیق حقوقی مال را مورد شناسایی قرار داده است.

گفتار دوم - تقسیم اموال

الف - تقسیم اموال از دیدگاه عرف: از آنجا که مال دارای مفهوم و جنبه اجتماعی نیز می‌باشد از لحاظ عرفی تقسیم اموال تحولات زیادی را پشت سر نهاده است، اما در اینجا به سه تقسیم عمده اشاره می‌شود:

۱ - اموال مادی و غیرمادی

در دوران‌های گذشته این عنوان تنها به اشیاء مادی که با حواس ظاهری ادراک می‌شوند اختصاص داشته است مانند زمین و اموال منقول ذاتی و لیکن با ظهور پیشرفت‌های علمی و صنعتی و توسعه و گسترش جوامع و ابداع و اختراع وسایل و ابزار نوین و پیدایش ایده‌ها و افکار جدید دایره شمول عنوان مذکور بسیار گسترده شده و به امور غیرمادی که با حواس ظاهری قابل درک نیستند نیز توسعه یافته است مانند مطالبات و حقوق مالی، حق تألیف و حق اختراع و حق سرقفلی بنابراین از لحاظ عرفی اموال به دو

۱. بعضی از حقوقدانان فرانسوی بر آن بوده‌اند که اشیاء به خودی خود اگرچه قابلیت داد و ستد را داشته باشند اموال نامیده نمی‌شوند بلکه باید موضوع حق قرار گیرند تا عنوان مال بر آنها صدق کند، خواه مستقیم مانند حقوق عینی و خواه غیرمستقیم مانند حقوق دینی که موجب به دست آوردن حقوق عینی می‌شود. امامی، سیدحسن، **دوره حقوق مدنی**، ج ۱، ص ۲۰ انتشارات اسلامی، ۱۳۶۳ و چاپ نهم ۱۳۷۱، ص ۴۱۶، همچنین صفایی، سیدحسین، **اشخاص و اموال**، ص ۱۲۳، انتشارات میزان، ۱۳۸۵ و نیز شهیدی، مهدی، **تشکیل قراردادها و تعهدات**، انتشارات حقوقدانان، چاپ اول ۱۳۷۷، ص ۳۰۲، کاتوزیان، ناصر، **دوره مقدماتی حقوق مدنی**، اموال و مالکیت، نشر دادگستر، چاپ دوم، ۱۳۷۸، ص ۹.

دسته کلی اموال مادی و اموال غیرمادی تقسیم می‌شوند.^۱

۲ - اموال منقول و اموال غیرمنقول

این تقسیم در قوانین بعضی از ملل قدیم دیده می‌شود ولی چون اثر مهم عملی نداشته مورد توجه قوانین قدیم دیگر قرار نگرفته است. در حقوق روم تقسیم دیگری مانند تقسیم بالا موجود بوده است. فرق مزبور در حقوق روم از زمان الواح دوازده‌گانه رومی بوده است.^۲ تفاوت آثار و احکام حقوقی راجع به اموال منقول و غیرمنقول در حقوق اسلام وجود ندارد و به همین جهت تقسیم مذکور در آن دیده نمی‌شود ولی در موارد مختلفی مانند قبض مبیع فقها بین اموال منقول و غیرمنقول فرق قایل شده‌اند.^۳ چنانکه علامه در تذکره در باب قبض گفته است. «هرگاه مبیع غیرمنقول باشد مانند اراضی و خانه قبض آن به تخلیه و تصرف دادن به مشتری است. قانون مدنی ایران به تبعیت از قانون مدنی فرانسه این تقسیم را پذیرفته است.

۳ - اموال عمومی (غیرقابل تملک) و اموال خصوصی و اموال مجهول المالک

همان‌طور که گفته شد مالیت اشیاء بستگی به ارزش اقتصادی و قابلیت تملک و تبادل و منفعت عقلایی آنها دارد ولو آنکه به صورت فعلی مالک خاصی نداشته باشند. نداشتن مالک در اموال مادی امکان‌پذیر است، مانند مباحات (از قبیل کوه‌ها و دریاها و رودها و

۱. می‌توان ادعا کرد که همیشه مال تعبیر عرفی از وجود یک حق مالی است و مفهوم جدای از آن ندارد، زیرا شیء مادی، به این اعتبار که ملک اشخاص قرار می‌گیرد، مال محسوب می‌شود... با اندک تأملی به خوبی پیداست که آنچه مورد تملک قرار می‌گیرد و به اشخاص اختصاص می‌یابد و از نظر حقوقی در آن تصرف می‌شود حق یا رابطه اعتباری است که انسان با اشیاء دارد و به خاطر همین رابطه است که به آنها مال گفته می‌شود... ولی برخلاف آنچه که در ابتدا به نظر می‌آید لازم نیست که مال دارای مالک خاص باشد، چنانکه قانون مدنی نیز فصل سوم از باب اول را اختصاص به بیان اقسام و احکام اموالی داده است که مالک خاص ندارد. این همان تفاوتی است که بین مال و ملک وجود دارد. به عبارت دیگر مال دارای ارزش مادی عقلایی است ولی ممکن است مالک نداشته باشد، اما ملک ممکن است ارزش مادی عقلایی قابل مبادله‌ای نداشته باشد ولیکن حتماً باید مالک خاصی داشته باشد و دارد. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدمه‌های حقوق مدنی، جلد اول، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۵۴، و صفایی، سیدحسین، منبع سابق، صص ۱۲۳ و ۱۲۷.

۲. امامی، منبع سابق، ص ۳.

۳. منبع سابق، ص ۲۳.

جنگل‌ها) ولیکن در رابطه با حقوق مالی غیرمادی چون تصور حق بدون صاحب آن ممکن نیست بنابراین نداشتن مالک در خصوص آنها قابل تصور نیست و در غیر این صورت مال محسوب نمی‌شوند اموال نوع اول یا جزء مشترکات عمومی محسوب می‌شوند که به موجب قوانین متعلق به عموم بوده و توسط افراد قابل تملک نیستند و استفاده از آنها مطابق مقررات برای عموم آزاد است مشروط بر آنکه منجر به استفاده انحصاری نشود مانند خیابان‌ها، پل‌ها، مساجد، رودها و کوه‌ها. و یا آنکه جزء مباحات تلقی می‌شوند که متعلق به اشخاص نیستند و لیکن افراد می‌توانند مطابق مقررات آنها را تملک نموده و یا از آنها استفاده کنند مثل اراضی موات و اراضی بایر که تملک آنها با رعایت مقررات مربوطه فاقد اشکال است. دسته دیگر اموالی است که اکنون مالک آنها معلوم نیست یعنی قبلاً مالک خاص داشته ولی اکنون به جهتی (مثل جنگ یا مفقود شدن مال) صاحب آن شناخته نمی‌شود. این گونه اموال تابع احکام خاصی هستند و اصطلاحاً به آنها اموال مجهول‌المالک گفته می‌شود.

ب - تقسیم اموال در فقه امامیه

در فقه امامیه اموال به اقسام زیر منقسم می‌شود.

- ۱ - عین (عبارت از شیئی مادی قابل لمس مثل میز، زمین)
- ۲ - منفعت (عبارت از چیزی تدریجی الحصول که از شیئی مادی حاصل می‌شود خواه پیدایش هر ذره با معدوم شدن ذره قبلی همراه باشد مثل سکونت در خانه یا ایجاد هر ذره همراه با افزوده شدن به ذره قبلی و تبدیل آنها به عین خارجی صورت گیرد مثل میوه).
- ۳ - دین (عبارت از چیزی که در عهده کسی است که ملتزم به ایفاء می‌باشد مثل طلب)

۴ - حق (عبارت از سلطه و اقتداری که شخص در انجام یا عدم انجام امری دارد) که ممکن است ارزش مالی داشته باشد که آن را حق مالی می‌نامند مثل حقوق عینی و ممکن است مستقیماً ارزش مالی نداشته باشد مثل حق ابوت و زوجیت که آن را حق غیرمالی

می‌نامند)

۵ - عمل (عبارت از انجام فعل است مانند نوشتن کتاب که دارای ارزش مالی است و ارزش آن به وسیله اجرت تعیین می‌شود)^۱

ج - تقسیم اموال در قانون مدنی ایران

اما در قانون مدنی ایران در باب اول از کتاب اول که به معرفی اموال اختصاص دارد به پیروی از حقوق اروپایی تقسیمات دیگری پذیرفته شده است:

الف - به موجب ماده ۱۱ اموال به دو دسته کلی منقول و غیرمنقول تقسیم می‌شوند. همچنین در ذیل این تقسیم کلی هر یک از اموال مزبور به دو دسته تقسیم شده‌اند. ۱- اموالی که ذاتاً منقول یا غیرمنقول هستند. ۲- اموالی که در حکم اموال منقول یا غیرمنقول تلقی و یا تابع آنها محسوب می‌شوند. در ماده ۱۸ حق انتفاع و دعاوی راجع به اموال غیرمنقول تابع اموال غیرمنقول و در ماده ۲۰ کلیه دیون در حکم منقول شناخته شده‌اند.

ب - در تقسیم دیگری اموال به اموال مثلی و قیمی تقسیم شده‌اند (مواد ۳۵۴ و ۲۷۹)
ج - سومین تقسیم، تقسیم اموال به عین و منفعت می‌باشد. منظور از عین، مال مادی است که وجود خارجی دارد و محسوس است مثل خانه و زمین و منظور از منفعت چیزی است که به تدریج از عین حاصل می‌شود و مستقیماً وجود خارجی و قابل لمس ندارد هر چند ممکن است در مواردی به صورت عین درآید مانند نمائات و ثمره و نتایج حیوانات (مواد ۳۳۸ و ۴۶۶)

د - تقسیم بعدی تقسیم به اموالی است که در اثر انتفاع از آن عین مال باقی می‌ماند و اموالی که با انتفاع از آن عین مال از بین می‌رود. دسته اول مانند خانه و طلا و دسته دوم مانند خوراکی‌ها و نوشیدنی‌ها هستند (ماده ۵۸)

ه - تقسیم دیگر تقسیم به اموالی است که مالک خاص دارد و اموالی که مالک خاص

ندارد (ماده ۲۳) برای تحقق عنوان مال بر چیزی حتماً لازم نیست که متعلق به کسی باشد بلکه سودمند بودن و قابل مبادله بودن و قابل تملک بودن کافی است.^۱

و - تقسیم آخر تقسیم اموال به خود اموال و حریم اموال می‌باشد. مطابق ماده ۱۳۶ قانون مدنی حریم مقداری از اراضی اطراف ملک است که برای کمال انتفاع از آن ضرورت دارد. در ماده ۱۳۹ قانون مدنی مقرر شده است که حریم در حکم ملک صاحب حریم است و تصرف منافی با مقصود آن بدون اخذ اجازه از مالک صحیح نیست.

مبحث دوم - تعریف حق و اقسام آن

از آنجا که تنها در رابطه با اشخاص است که اشیاء و غیر آن به عنوان مال شناخته می‌شوند و به اعتبار سلطه و اقتداری که اموال برای اشخاص ایجاد می‌کنند عناوین و القابی مانند مالک و صاحب حق برای ایشان به همراه می‌آورند بنابراین لازم است که بررسی شود نسبت اشخاص با اموال چه عنوانی دارد و ویژگی‌ها و شرایط و انواع آن کدام است؟ در این مبحث این موضوع را بررسی خواهیم نمود.

گفتار اول - تعریف حق

در تعریف لغوی و عام حق عبارت از سلطه و اقتدار و توانایی و شایستگی و صلاحیتی است که برای شخص نسبت به اشخاص دیگر و اموال و افعال قابل تصور می‌باشد. از نظر حقوقی منابع ایجاد حق شرع، عرف و قانون هستند ولی حقوق می‌توانند مبانی مختلفی داشته باشند. از نظر حقوقی، حق سلطه و اقتدار اعتباری و فرضی و نسبی است که شرع یا عرف یا قانون برای اشخاص نسبت به اموال و اشخاص دیگر قراردادده و برای آن ارزش و اعتبار شناخته و آثار و نتایجی قرار داده است. حقوق ماهیت معنوی و غیرمادی و اعتباری دارند و لذا در عالم واقع موجودیت ندارند بلکه مفاهیمی اضافی هستند که در روابط بین اشخاص معنا پیدا می‌کنند.

گفتار دوم - اقسام حقوق

الف - انواع حقوق

۱. کاتوزیان، ناصر، منبع سابق، صص ۹۰-۹۲.

حق ممکن است به انواع متعددی تقسیم شود ولیکن در یک تقسیم کلی به سه نوع زیر تقسیم می‌شود:

۱ - حق فعلی یا حق نسبت به اعمال

و آن عبارت از حقی است که برای شخص در انجام یا ترک افعال متصور می‌باشد به طوری که می‌تواند عملی را انجام یا از ارتکاب آن خودداری کند مانند انجام امور جایز و ترک محرمات در فقه و حقوق

۲ - حق شخصی یا حق نسبت به اشخاص

و آن عبارت از حقی است که برای شخص نسبت به اشخاص دیگر ایجاد می‌شود. حقی که به شخص اجازه می‌دهد دیگری را به انجام یا عدم انجام کاری یا امری ملزم نماید.

۳ - حق مالی یا حق نسبت به اموال

و آن عبارت از حقی است که برای شخص نسبت به اشیاء و اموال قابل تصور بوده و به موجب آن شخص صلاحیت و شایستگی لازم را برای دارا شدن اموال و تصرف در آنها به طور کامل یا ناقص می‌یابد مانند حق مالکیت و حق انتفاع، لازم به تذکر است هرچند حقوق فعلی یا شخصی مستقیماً جنبه مالی ندارند و لیکن به طور غیرمستقیم دارای آثار مالی و اقتصادی هستند و به حقوق مالی تبدیل می‌شوند مثل حق نکاح یا حق ولایت که نهایتاً موجب ایجاد حق مالی، نفقه زوجه یا مولی علیه می‌شوند. اما در این تحقیق ما فقط حقوق مالی را مورد بررسی قرار خواهیم داد.

ب - انواع حقوق مالی

همان‌طور که گفته شد حق ممکن است مربوط به اموال بوده و سلطه و امتیازی را برای شخص نسبت به مال معینی برقرار سازد که مستقیماً دارای ارزش اقتصادی و مادی بوده و حقوق و تکالیفی را برای صاحب حق و دیگران ایجاد و روابط آنها را در خصوص نحوه استفاده از آن مال تنظیم نماید. این حق مستقیماً قابل داد و ستد و مبادله می‌باشد

مثل حق مالکیت که کامل‌ترین حقوق نسبت به اموال می‌باشد.

حق مالی به دو نوع تقسیم می‌شود. ۱ - حق عینی ۲ - حق دینی

الف - حق عینی: عبارت از حقی است که شخص نسبت به خود مال پیدا می‌کند مانند

حق مالکیت که نسبت به اصل مال برای شخص ایجاد می‌شود.

ب - حق دینی: عبارت از حقی است شخصی، که به موجب آن برای صاحب حق نسبت

به دیگری اقتداری ایجاد می‌شود که می‌تواند اموال وی را برای استیفای حق خود مطالبه و

تصاحب نماید. حقی که به صاحب آن اجازه می‌دهد مدیون را ملزم به ادای دین خود نموده

و در صورت امتناع یا عدم دسترسی به وی از طریق تأمین و توقیف اموال وی نسبت به

تأدیه دین او اقدام و طلب خود را وصول کند.

لازم به تذکر است که حق عینی نیز خود به دو نوع قابل تقسیم است ۱ - حق عینی

اصلی ۲ - حق عینی تبعی

۱ - حق عینی اصلی: حقی است که به صاحب آن اجازه می‌دهد که مال معینی را

تصاحب و در آن تصرف نموده و آن را مورد استعمال یا استفاده قرار داده و از منافع و عواید

و امتیازات آن بهره‌مند شود خواه به طور کامل که حق مالکیت بر عین و منافع نامیده

می‌شود و یا به طور ناقص که حق انتفاع یا ارتفاق نامیده می‌شود.

۲ - حق عینی تبعی: حقی است که به واسطه و به تبع یک حق دینی برای شخص

نسبت به عین و منافع مالی ایجاد می‌شود به عبارت دیگر به سبب تعیین وثیقه برای

تضمین بازپرداخت یک طلب، حق طلبکار از یک حق دینی ساده به یک حق عینی تبعی

تبدیل می‌شود و صاحب حق مزبور در استیفای طلب خود از محل وثیقه مزبور بر سایر

طلبکاران حق تقدم می‌یابد. او نسبت به خود مال و منافع آن حق اصلی و بالفعل نمی‌یابد،

بلکه در صورت عدم پرداخت دین از سوی مدیون، داین می‌تواند طلب خود را از محل

فروش وثیقه یا گروگان استیفاء کند اما در صورت پرداخت دین از طرف مدیون حق مزبور

نسبت به وثیقه دین از بین می‌رود و هیچ حقی برای داین نسبت به آن مال باقی نمی‌ماند.

مبحث سوم - رابطه اشخاص با اموال در قانون مدنی ایران

در قانون مدنی ایران از حقوقی که اشخاص ممکن است نسبت به اموال داشته باشند تحت عنوان «علاقه» یاد شده است. در ماده ۲۹ مقرر شده است که اشخاص نسبت به اموال می‌توانند علاقه‌های زیر را داشته باشند:

۱ - مالکیت (اعم از عین یا منفعت) ۲ - حق انتفاع ۳ - حق ارتفاق به ملک غیر

به عبارت دیگر حق، عبارت از علاقه یا رابطه‌ای است که به موجب قانون بین شخص و مال برقرار می‌شود و شخص می‌تواند در مال تصرف کند اما همان‌طور که در ماده ۲۹ مقرر شده است سه نوع حق برای اشخاص نسبت به اموال متصور می‌باشد که به طور خلاصه ذکر می‌شود.

گفتار اول - حق مالکیت

مالکیت عبارت از حقی است که شخص نسبت به ملک خود دارد و می‌تواند هرگونه تصرفی در آن نموده و هر نوع انتفاعی را از آن ببرد مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد. بنابر ماده ۳۰ قانون مدنی هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه‌گونه تصرف و انتفاع دارد مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد. این قاعده که در فقه و حقوق ایران «قاعده تسلیط» نامیده می‌شود بدین معناست که در بین علقه‌ها و روابطی که اشخاص ممکن است نسبت به اموال داشته باشند فرد اجلای آن مالکیت است که شامل تمام ذرات، اجزاء، عناصر، نمائات، متعلقات، نتایج، ثمرات، محصولات، امتیازات، اعیان، منافع، توابع و لواحق مال می‌شود و تنها ممکن است دچار محدودیت‌های قانونی یا قراردادی شود. در نتیجه می‌توان گفت مالکیت حقی عام، مطلق، انحصاری و مستمر است که شخص نسبت به اموال می‌تواند داشته باشد و به صاحب آن اجازه می‌دهد از تمامی اجزاء و ذرات و عناصر و منافع و امتیازات مال استفاده نموده و مانع از تصرفات و دخالت‌های دیگران در آن شود. بنابراین حق مالکیت کامل‌ترین حقی است که شخص ممکن است نسبت به مال داشته باشد این حق ممکن است نسبت به کل مال برقرار شود و یا نسبت به

بخشی از مال که در صورت اول تنها يك مالك برای مال متصور می‌باشد اما در صورت دوم بیش از يك مالك قابل تصور خواهد بود.

گفتار دوم - حق انتفاع

به موجب ماده ۴۰ قانون مدنی حق انتفاع حقی است که به موجب آن شخص می‌تواند از مالی که عین آن ملک دیگری است یا مالک خاصی ندارد استفاده کند. بنابراین تعریف، حق انتفاع «حق استفاده از اموال» است که با حق مالکیت تفاوت دارد. این حق ممکن است به موجب قانون یا قرارداد به اشخاص داده شود. در مورد اول ماده ۲۳ قانون مدنی استفاده از اموالی که مالک خاص ندارد را مطابق مقررات مربوطه بلامانع می‌داند. این قبیل اموال مطابق ماده ۲۴ شامل اموال عمومی نیز می‌شود که توسط اشخاص خصوصی قابل تملک نیستند و به عموم مردم تعلق دارند. این قبیل اموال هرچند ممکن است از سوی اشخاص خصوصی قابل تملک نباشند ولیکن بدون آنکه منتفع ادعای مالکیت نسبت به آنها داشته باشد می‌تواند از آنها استفاده کند و یا با وجود آنکه اشخاص می‌توانند نسبت به آنها ادعای مالکیت نمایند. (مانند مباحثات) ولیکن منتفع بدون ادعای مالکیت تنها از منافع آنها استفاده می‌نماید و این حق را قانون به او می‌دهد. ولیکن هرگاه شخص بخواهد از منافع مالی که متعلق به دیگری است استفاده کند، بدون آنکه موضوع انتقال مالکیت مال (عین یا منفعت) مطرح باشد تنها در صورت اجازه مالک (صریح یا ضمنی) امکان پذیر خواهد بود. به عبارت دیگر مشروعیت این نوع از حق استفاده یا انتفاع مبنای ارادی دارد برخلاف مورد اول که مبنای مشروعیت آن مبنای قانونی است اما در هیچیک از این دو مورد برقراری حق انتفاع موجب انتقال مالکیت عین یا منفعت مال به شخص منتفع نمی‌شود بلکه تنها حق استفاده بلاعوض را برای منتفع ایجاد می‌کند.

گفتار سوم - حق ارتفاق به ملک غیر

مطابق ماده ۹۳ قانون مدنی «ارتفاق حقی است که برای اشخاص در ملک دیگران قابل تصور است».

به نظر می‌رسد آنچه از ظاهر مواد ۹۵ تا ۱۰۴ قانون مدنی استفاده می‌شود برخلاف نظر

استادان حقوق است که تأکید نموده‌اند «حق ارتفاق حق عینی قائم به ملک غیرمنقول بوده و اختصاص به زمین داشته و تنها در مورد املاک غیرمنقول مجاور قابل تصور می‌باشد». و یا این که «حق ارتفاق حقی تبعی است که به سبب مالکیت شخص بر ملکی (غیرمنقول) برای او ایجاد می‌شود» و یا اینکه تنها «جنبه نوعی داشته و جنبه شخصی ندارد»^۱.

هرچند ممکن است در غالب موارد همان طور که از مثال‌های قانون مدنی در مواد مرقوم نیز برمی‌آید حق ارتفاق در مورد املاک غیرمنقول شایع بوده و رواج داشته باشد اما این امر مانع از آن نیست که این حق را در مورد اموال منقول نیز برقرار نمود، زیرا در مقررات قانون مدنی در باب حق ارتفاق این امر ممنوع نشده است و یا آنکه صراحتاً این حق به اموال غیرمنقول اختصاص داده نشده است به علاوه همان طور که در ماده ۱۰۸ قانون مدنی نیز مقرر شده است، در واقع حق ارتفاق نیز نوعی حق انتفاع می‌باشد که تابع احکام عمومی حق انتفاع مندرج در مواد مربوط به حق انتفاع در قانون مدنی می‌باشد و همان طور که در ماده ۴۶ قانون مدنی مقرر شده است حق انتفاع را در مورد اموال منقول و غیرمنقول قابل بقاء می‌توان برقرار نمود بنابراین حکم ماده ۴۶ ناظر بر حق ارتفاق نیز می‌باشد و در نتیجه برقراری حق ارتفاق نسبت به اموال منقول نیز جایز است.

به علاوه همان طور که در ماده ۹۴ قانون مدنی نیز مقرر شده است حکم عمومی درباره حق ارتفاق آن است که صاحبان املاک، یعنی اموالی که در مالکیت اشخاص می‌باشد، می‌توانند در ملک خود هر حقی را که بخواهند در حدود مقررات نسبت به دیگری برقرار نمایند و در این صورت کیفیت استحقاق تابع قرارداد منعقد فیما بین طرفین و شرایط مقرر در آن خواهد بود. همان طور که ملاحظه می‌شود حکم مزبور اختصاص به اموال غیرمنقول نداشته و شامل اموال منقول نیز می‌شود و حق ارتفاق را می‌توان در اموال اخیر نیز برقرار نمود و استفاده از عبارات صاحبان املاک و یا ملک در ماده مرقوم را نمی‌توان به معنای

۱. کاتوزیان، ناصر، *قانون مدنی در نظم حقوق کنونی*، نشر میزان، ۱۳۸۱، ص ۷۶.

اموال غیرمنقول مصادره و یا تعبیر نمود، مضافاً به اینکه این امر با تحولات حقوق مدنی در روزگار اخیر و پیدایش اموال جدید و توسعه ناگزیر حقوق مدنی و انطباق آن با تحولات جدید و ایجاد حوزه‌های جدید که نیازمند قانونگذاری مدرن هستند و یا تفسیر قوانین موجود در جهت شمول به حوزه‌های مزبور نیز منافات دارد.

همچنین در برخی موارد ممکن است حق انتفاع جنبه شخصی داشته و منوط به مالکیت صاحب حق بر ملک دیگری نباشد تا تنها به مناسبت مالکیت آن ملک این حق برای او متصور باشد به عنوان مثال ممکن است خالق تابلوهای نقاشی نفیس و با ارزش که منحصر به فرد هستند و یا مالک آنها بدین شرط تابلوهای مذکور را به خریدار به فروش رساند که همه ساله در مدت معینی در گالری خاصی تابلوهای مذکور را در معرض دید همگان قرار دهد تا علاقه‌مندان بتوانند از آثار هنری وی بازدید نمایند و حتی ممکن است عواید حاصله را نیز برای خود قرار دهد، و یا حداقل سهمی از آن را برای خود منظور نماید در نتیجه ملاحظه می‌شود که برقراری حق ارتفاق در اموال منقول نیز امکان‌پذیر می‌باشد و مقررات قانون مدنی مانع از برقراری آن در خصوص مورد نمی‌باشد و اتفاقاً در مورد مثال یاد شده برقراری حق ارتفاق دقیقاً جنبه شخصی داشته و لازمه برقراری آن مالکیت شخص صاحب حق بر ملک دیگری که مجاور اموال یاد شده باشد نیز نمی‌باشد. بنابراین تصور می‌رود زمان بازنگری در آراء و عقاید مربوط به انحصار برقراری حق ارتفاق در اموال غیرمنقول فرا رسیده است و حقوقدانان باید دایره شمول این تأسیس حقوقی سودمند را به اموال دیگری به جز اموال غیرمنقول نیز توسعه دهند تا از تحولات حقوق خصوصی و مدنی در دوره کنونی عقب نمانند و دیدگاه سنتی را در این خصوص به کناری نهند تا موانع نظری توسعه حقوق مدنی از میان برود.

نکته دیگری که در این راستا باید مورد توجه قرار گیرد حکمی است که در ماده ۱۰۳ قانون مدنی بیان شده است. در ماده مرقوم مقرر شده است «هرگاه شرکاء ملکی دارای حقوق و منافی باشند و آن ملک مابین شرکاء تقسیم شود هر کدام از آنها به قدر حصه

مالک آن حقوق و منافع خواهد بود...» از این حکم در مورد اموال منقول نیز می‌توان استفاده نمود. حکم مزبور منحصر به اموال غیرمنقول نیست، زیرا همان‌طور که در مورد اموال غیرمنقول مشاع چنین امری قابل تصور می‌باشد حکم مزبور به اموال منقول مشاع نیز قابل تسری می‌باشد. حتی در مورد اموالی که در حکم منقول هستند نیز می‌توان در موارد بسیاری این حکم را جاری نمود. به عنوان مثال هرگاه تعدادی از نویسندگان مجتمعاً کتابی را تألیف و تدوین و منتشر نموده باشند حقوق و منافع اثر یاد شده به طور مشترک متعلق به تمام آنها خواهد بود و هرگاه ایشان بخواهند شرکت مدنی خود را در خصوص مورد برهم زنند حقوق و منافع حاصله از اثر مذکور از قبیل حق مؤلف به نسبت حصه به هر کدام از آنها تعلق خواهد داشت و یا در مورد تقسیم سهم شرکت در شرکت‌های تجاری نیز همین استدلال و حکم جاری خواهد بود.

بنابراین رابطه یا علاقه‌ای که برای اشخاص مطابق قانون نسبت به اموال ایجاد می‌شود همان حق مالی است که در مبحث گذشته مورد بررسی قرارگرفت و بر دو قسم می‌باشد حقوق عینی و دینی. همان‌طور که در این مبحث ملاحظه شد در قانون مدنی حقوق مالی به سه دسته تقسیم شده است حق مالکیت و حق انتفاع و حق ارتفاق. به نظر می‌رسد اشخاص نسبت به اشیاء و غیر آن در گذشته از این حقوق برخوردار شده‌اند و به اعتبار حقوق اشخاص نسبت به اشیاء بر آنها عنوان مال یا ملك اطلاق شده است و بسته به نوع حقوق اشخاص نسبت به اموال رابطه مزبور به حق مالکیت، حق انتفاع، حق ارتفاق، طلب و بدهی تعریف و تعبیر شده است که هر يك معنا و مفهوم جداگانه‌ای دارند. بنابراین باید بررسی نماییم که رابطه بین اشخاص و اموال به چه طریق و به چه وسیله برقرار می‌شود به عبارت دیگر باید دانست که اسباب ایجاد حق کدام است؟

مبحث چهارم - اسباب ایجاد حق یا رابطه بین اشخاص و اموال

همان‌طور که قبلاً بیان شد علاقه یا رابطه‌ای که اشخاص نسبت به اموال پیدا می‌کنند در قانون حق یا علاقه نامیده شده است. بنابراین حق عبارت از سلطه و توانایی است که

قانون یا عرف برای اشخاص نسبت به اموال ایجاد می‌کند و آن را معتبر دانسته و آثاری را برای آن می‌شناسد. البته برای ایجاد رابطه بین اشخاص و اموال راه‌ها و روش‌های زیادی وجود دارد در واقع منابع ایجاد حق عبارتند از قانون، عقد، شبه عقد، جرم و شبه جرم به عبارت دیگر در اثر هر یک از این عوامل و اسباب ممکن است حقی ایجاد شود.

گفتار اول - عناصر حق

با بررسی دقیق ملاحظه می‌شود که برای تصور یک حق وجود چهار عنصر ضروری می‌باشد:

- ۱ - صاحب حق که عبارت از اشخاص می‌باشد. (شخص)
 - ۲ - موضوع یا متعلق حق یا چیزی که شخص نسبت به آن دارای حق و اختیار می‌شود (مال)
 - ۳ - وسیله برقراری حق یا رابطه بین شخص و متعلق حق که ممکن است قانون، عقد، ایقاع، جرم، شبه جرم و یا شبه عقد باشد. (سبب)
 - ۴ - رابطه حقوقی که بین شخص و متعلق حق ایجاد می‌شود و قانون یا عرف رعایت آن را به عموم مخاطبین و مرتبطين تکلیف نموده و برای عدم رعایت آن ضمانت اجرا قرار می‌دهد. (حق)
- بدون تصور هر یک از عناصر مزبور وجود حق و یا تصور ایجاد حق منتفی می‌باشد. هر یک از عناصر مزبور از ویژگی‌ها و شرایط و احکام خاصی برخوردار بوده و تبعیت می‌کنند. تاکنون برخی از عناصر مزبور به طور مختصر مورد بررسی قرار گرفت، اکنون اسباب برقراری حق بررسی خواهد شد. اما از آنجا که اسباب مذکور متنوع هستند و مستقیماً به موضوع این تحقیق مربوط نمی‌شوند بنابراین تنها بخشی از آنها که عبارت از «عقد» می‌باشد به طور اختصاصی مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

گفتار دوم - تعریف عقد

عقد کلمه‌ای عربی است که در زبان فارسی به معنای گره زدن و بستن می‌باشد.^۱ و

۱. صفایی، سیدحسین، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۲، ص ۱۱، انتشارات میزان، چاپ سوم، ۱۳۸۴.

منظور از آن سبب یا وسیله‌ای است که با توافق طرفین در حدود مقررات به کار گرفته می‌شود تا هدف و مقصود خاصی را برآورده سازد و طرفین را به یکدیگر پیوند دهد. در قرآن کریم عقد و شرط و عهد هر سه در معنای مترادفی به کار گرفته شده‌اند.^۱ همان‌طور که در ماده ۱۸۳ قانون مدنی مقرر شده است «عقد عبارت است از این که يك يا چند نفر در مقابل يك يا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد.»

عقد را می‌توان به چند صورت تعریف کرد، از يك طرف می‌توان گفت:

- ۱- عقد يك عمل حقوقی دو یا چند جانبه است که موجب توافق می‌شود.
 - ۲- عقد سبب یا وسیله‌ای است که برای ایجاد آثار حقوقی توسط متعاقدين به کار گرفته می‌شود.
 - ۳- عقد وسیله ایجاد توافق بین دو یا چند نفر است.
 - ۴- عقد وسیله ایجاد تعهد است.
- از این دیدگاه عقد وسیله یا عملی است که اثر حقوقی آن ایجاد توافق و تعهد بین طرفین عقد در خصوص امری خاص می‌باشد.

از سوی دیگر می‌توان گفت:

- ۱- توافق اراده دو یا چند نفر با یکدیگر عقد نامیده می‌شود.
- ۲- عقد يك عمل حقوقی است که در اثر توافق دو یا چند نفر انجام می‌شود.
- ۳- عقد اثر حقوقی توافق دو یا چند نفر می‌باشد.
- ۴- تعهد دو یا چند نفر در مقابل یکدیگر موجب ایجاد عقد می‌شود یا عقد نامیده می‌شود.

پس از این دیدگاه عقد هدف و اثر حقوقی مورد نظر و توافق دو یا چند نفر در خصوص امر خاصی می‌باشد. در نتیجه عقد هم می‌تواند يك نتیجه و اثر حقوقی باشد و هم يك

۱. «يا ايهاالذین آمنوا اوفوا بالعقود» و «يا ايهاالذین آمنوا اوفوا بالعهود» و «المؤمنون عند شروطهم»

وسيله حقوقی تلقی شود. به تعبیر دیگر عقد موجب ایجاد توافق و تعهد است و توافق و تعهد نیز موجب ایجاد عقد است به همین دلیل است که عقد و عهد در بسیاری از موارد به جای یکدیگر به کار می‌روند و یک معنا از هر دو اراده می‌شود.

گفتار سوم - عناصر عقد

اما باید دانست که عقد نیز عناصری دارد که عبارتند از:

- ۱ - طرفین عقد ۲ - موضوع عقد ۳ - هدف عقد ۴ - اثر عقد ۵ - توافق طرفین ۶ - شرایط و احکام عقد ۷ - لوازم عقد ۸ - نوع عقد ۹ - خود عقد
- ۱ - طرفین عقد - تحقق عقد بستگی به وجود دو یا چند نفر یا طرف دارد بنابراین در رابطه با یک فرد عقد مصداق پیدا نمی‌کند.
- ۲ - موضوع عقد - عقد متعلق دارد و موضوع یا متعلق آن شیء یا فعل (یا ترک فعل) است.
- ۳ - هدف عقد - ایجاد رابطه خاصی بین اشخاص نسبت به موضوع عقد می‌باشد که در عقود مختلف بسیار متفاوت است.
- ۴ - اثر عقد - ایجاد حقوق و تعهداتی برای اشخاص در خصوص امر خاص یا نسبت به موضوع قرارداد است.
- ۵ - توافق طرفین - سبب ایجاد عقد و آثار و اهداف آن در بین اشخاص توافق طرفین می‌باشد.
- ۶ - شرایط و احکام عقد - که با توجه به موضوع و هدف و اثر و اطراف عقد و نوع آن به موجب شرع یا عرف یا قانون تعیین می‌شود و از عقدی به عقد دیگر از تفاوت زیادی برخوردار است.
- ۷ - لوازم عقد - هر عقدی لوازمی دارد که اطراف عقد را علاوه بر خود عقد و اثر مستقیم آن، به آنها نیز ملزم می‌نماید.
- ۸ - نوع و عنوان عقد - یکی دیگر از عناصر عقد شکل و عنوان آن می‌باشد که در

شرع یا عرف یا قانون برای انجام امور مختلف پیش‌بینی و مقرر شده است و از تنوع زیادی برخوردار است.

گفتار چهارم - انواع عقد

از نظر فقهی و حقوقی در کشور ما عقود به دو دسته کلی تقسیم می‌شوند:

۱ - عقود معین - و آن عبارت از عقودی است که در شرع و قانون دارای عنوان و احکام و شرایط و آثار خاصی هستند مانند بیع و اجاره.

۲ - عقود نامعین - که دارای عنوان خاصی در فقه و قانون نبوده و خارج از تعریف و احکام عقود معین قرار می‌گیرند و آثار و اهداف متفاوتی را در پی دارند. این قبیل عقود تابع عنوان کلی مندرج در ماده ۱۰ قانون مدنی بوده و «قرارداد خصوصی» نامیده می‌شوند و تا زمانی که مخالفت صریح با قانون نداشته باشند نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند نافذ و معتبر خواهند بود.

با توجه به سابقه تاریخی، نامعین بودن این دسته از عقود به عدم موضوعیت یا تحقق نیافتن متعلق عقد یا حقوق و تعهدات موضوع آنها در اعصار اولیه پیدایش دین اسلام و تشریح قوانین و مقررات اسلامی در آن زمان مربوط می‌شود در غیر این صورت ممکن بود در خصوص این گونه حقوق و موضوعات نیز عقود خاصی تشریح یا امضاء می‌شد در نتیجه عقود نامعین کنونی نیز جزء عقود معین ممکن بود دسته بندی شده و قرار گیرند. به طور مثال حق سرقتی یا حق اشتراک تلفن و گاز و برق یا حق اختراع و ثبت علائم تجاری در آن روزگار اصولاً شناخته نشده بودند و موضوعیت نداشتند و به همین دلیل عقود معینی نیز برای وضع و برقراری و انتقال آنها در نظر گرفته نشده‌اند.

با این توضیح روشن می‌شود که هر یک از عقود معین برای وضع و برقراری یا انتقال حقوق و تعهدات معینی به کار گرفته شده‌اند. از آنجا که حقوق مختلف موضوعات متفاوتی را در بر می‌گیرند و سامان بخشیدن و انتظام دادن به امور متفاوتی را عهده‌دار می‌شوند، بنابراین طبیعی است که از ویژگی‌ها و شرایط و آثار و روش‌های مختلفی نیز برخوردار بوده

و تبعیت نمایند و احکام و مقررات متفاوتی بر آنها حاکم باشد و طرق و اسباب مختلفی نیز برای برقراری و انتقال آنها مورد استفاده قرار گیرد. به عنوان مثال برای ایجاد و انتقال حق مالکیت بر اموال از عقد بیع استفاده می‌شود و برای برقراری رابطه زوجیت، عقد نکاح مورد استفاده قرار می‌گیرد و قس علی‌هذا، در نتیجه نمی‌توان از عقد اجاره به جای عقد نکاح استفاده کرد و یا از عقد نکاح به جای عقد بیع بهره گرفت.

مبحث پنجم - تئوری عمومی حق مالکیت

گفتار اول - طرح مبحث

همان‌طور که قبلاً در شماره‌های پیشین مجله حاضر، هنگام بررسی ماده ۲۹ قانون مدنی بحث شد^۱، متأسفانه و به هر دلیل موضوع پرداختن به مباحث نظری و تئوریک نمودن تأسیسات حقوقی به صورت یکپارچه در فقه و به تبع آن حقوق ایران به طور جدی و درخور، مورد توجه عموم حقوقدانان قرار نگرفته و تنها برخی آثار معدود در این خصوص به رشته تألیف درآمده است و لذا این نقص حقوقی در بسیاری از مباحث حقوقی آثار خود را بر جای گذارده و موجب بروز اشکالات زیادی در تعبیر و تفسیر تأسیسات حقوقی می‌شود. از جمله مواردی که این اشکال به چشم می‌خورد در خصوص حق مالکیت می‌باشد. به جای آنکه از گذشته‌های دور تاکنون بحث در باب حق مالکیت به صورت یک تئوری حقوقی کامل مورد بررسی قرار گیرد و معنی و مفهوم، انواع، طرق برقراری، طرق انتقال و آثار حقوقی، شرایط و ویژگی‌های هر یک از انواع آن و تفاوت آن با سایر تأسیسات حقوقی مشابه مورد توجه قرار گیرد، به طور پراکنده و غیرمتمرکز بدان توجه شده است و ناگزیر اشکالات متعددی به علت عدم تمرکز و انسجام مباحث مربوطه حادث شده است که تا امروز ادامه یافته است. از جمله آنکه به جای پرداختن به حق مالکیت به عنوان یک موضوع اصلی و محوری و کلیدی به عقد بیع که تنها یکی از اسباب و ابزارهای حقوقی مخصوص انتقال حق مالکیت است بیشتر از خود حق مالکیت توجه شده است تا حدی که

۱. مجله کانون، شماره‌های ۶۱ و ۶۲ خرداد و تیرماه ۱۳۸۵ مقاله بررسی ماده ۲۹ قانون مدنی، اثر نگارنده.

عقد بیع به محور اساسی مباحث حقوقی در باب مالکیت و انتقال آن بدل شده است و جای حق مالکیت را گرفته است.

این موضوع تا بدانجا توسعه یافته است که تعریف بیع و شکل و تشکیل و آثار و احکام و شرایط آن به پیچیده‌ترین و دشوارترین و مورد اختلاف‌ترین مباحث حقوقی تبدیل شده است. این موضوع در سطح بین‌المللی هم به چشم می‌خورد. البته ذکر این مطالب بدین معنا نیست که اهمیت عقد بیع انکار شود بلکه بدین معناست که بیان شود حق مالکیت در بررسی و مقایسه تأسیسات حقوقی اهمیت بیشتری از عقد بیع دارد و مباحث حقوقی بیشتر باید پیرامون آن متمرکز شود و در ذیل آن عقد بیع نیز به عنوان یکی از مباحث مربوط به حق مالکیت مورد بررسی قرارگیرد. پس از ذکر این مقدمه متذکر می‌شود که به موجب ماده ۲۹ قانون مدنی ایران، هم چنانکه ملاحظه شد اشخاص می‌توانند نسبت به اموال سه نوع حق داشته باشند که کامل‌ترین و جامع‌ترین و مانع‌ترین آن حقوق، حق مالکیت بر اموال می‌باشد، تعریف حق مالکیت هم قبلاً با ذکر اوصاف و خصوصیات آن بیان شد.

همچنین همان‌طور که ملاحظه شد اسباب تملک یا تحصیل حق مالکیت به موجب ماده ۱۴۰ احصاء شده است که از جمله آنها عقود و تعهدات هستند.^۱ اما تمامی عقود و تعهدات برای تحصیل حق مالکیت اموال و انتقال آن تأسیس نشده‌اند بلکه هر یک از عقود و تعهدات با توجه به نیازهای مختلف انسان‌ها برای رفع نیازی خاص وضع و ترتیب داده شده‌اند. مثلاً عقد نکاح برای ایجاد رابطه زوجیت بین زن‌ها و مردها و عقد وکالت برای برقراری رابطه نیابت بین اشخاص تأسیس شده‌اند و نمی‌توان از عقود مزبور برای انتقال حق مالکیت اموال استفاده نمود و از عقود مزبور چنین نتیجه‌ای حاصل نمی‌شود.

از آنجا که در بین عقود و تعهدات مختلف تنها برخی از آنها به انتقال حق مالکیت اموال اختصاص دارند به همین دلیل و براساس این ویژگی می‌توان عقود و تعهداتی را که به انتقال حق مزبور اختصاص دارند صرف‌نظر از ویژگی‌های هر یک و اختلافات آنها در

۱. ماده ۱۴۰ قانون مدنی: تملک حاصل می‌شود: ۱- به احیاء اراضی موات و حیازت اشیاء مباح ۲- به وسیله عقود و تعهدات ۳- به وسیله اخذ به شفعه ۴- به ارث

احکام و شرایط در یک دسته خاص تحت عنوان «عقود و تعهدات تملیکی» طبقه بندی نمود، مقتضای این عقود یا موضوع اصلی و جوهر و ماهیت آنچه مورد توافق طرفین قرار می‌گیرد انتقال حق مالکیت بر اموال است.

با این رویکرد و از این نقطه نظر با بررسی و مقایسه عقود و تعهدات معین در فقه و قانون مدنی ملاحظه می‌شود که از بین عقود و تعهدات معین عقود بیع، معاوضه، صلح، هبه، وصیت و اجاره در این دسته ارتباطی قرار می‌گیرند. در بین عقود تملیکی عقد بیع به عنوان سیدالعقود مباحث بسیاری را به خود اختصاص داده و با وجود آنکه جزء عقود عرفی می‌باشد که در شرع اسلام تنفیذ گردیده لیکن آنچنان وجهه‌ای یافته که نزد مردم به یک حقیقت متشرعه تبدیل شده است.^۱

۲- گفتار دوم - عقد بیع

الف - تعریف عقد بیع

یکی از عقود که در فقه اسلام و قانون مدنی ایران به عنوان وسیله یا سبب تملک یا انتقال مالکیت اموال شناخته شده و به کار گرفته شده است «عقد بیع» می‌باشد. بیع در زبان فارسی معادل خرید و فروش می‌باشد. در فقه امامیه و ماده ۳۳۸ قانون مدنی ایران عقد بیع به «تملیک عین به عوض معلوم» تعریف شده است. به عبارت دیگر بیع به انتقال معوض حق مالکیت اموال و یا تغییر مالکیت مالی در قبال تسلیم عوض معلوم و معینی به مالک آن تعریف شده است. در واقع عقد بیع هنگامی مورد استفاده قرار می‌گیرد که کسی بخواهد حق مالکیت کامل بر مالی را که متعلق به دیگری است به دست آورد، در این صورت باید در مقابل آن بهاء یا عوض یا جایگزین معینی را به مالک آن بدهد تا رضایت او را نسبت به واگذاری آن مال به خود جلب نماید.

۱. این وجهه از آیات قرآن کریم مانند آیه ۲۷۵ سوره بقره «احل الله البیع و حرم الربا» و توجه فراوان فقها به عقد بیع در تصانیفشان ناشی می‌شود به طوری که برای اجتناب از حرام و خلاف شرع در باب احکام و شرایط بیع بسیار بحث نموده‌اند.

ب - مقتضای عقد بیع

همان‌طور که قبلاً گفته شد حق مالکیت فرد اجلای حقوقی است که انسان می‌تواند نسبت به اموال داشته باشد، حقی که تمام ذرات و اجزاء و عناصر و توابع و لواحق عینی و فرضی و اعتباری مال را در برمی‌گیرد. بنابراین هرگاه قصد داشته باشیم چنین حقی را بر اموال به طور معوض به دیگران واگذار نمائیم ناگزیر از استفاده از عقد بیع خواهیم بود، زیرا در میان عقود معوض تنها عقدی که به طور کامل موجب انتقال حق مالکیت بر اموال در قبال پرداخت بهای آن می‌گردد عقد بیع می‌باشد و سایر عقود از این ویژگی برخوردار نیستند. به عبارت دیگر انتقال حق مالکیت بر مبیع در برابر تسلیم عوض مقتضای اصلی ذات عقد بیع می‌باشد همان‌طور که توازن و تعادل نسبی بین ثمن و مثن نیز مقتضای اصلی اطلاق عقد بیع می‌باشد. بنابراین هرگاه در عقد بیع شرط شود که عقد مزبور کلاً یا بعضاً فاقد اثر تملیک باشد، معامله مذکور دیگر بیع تلقی نخواهد شد و اساساً این چنین عقدی به دلیل مخالفت با مقتضای ذات عقد بیع که همانا انتقال حق مالکیت می‌باشد، بیع نبوده و باطل است. مگر آنکه صرف‌نظر از عنوان عقد، با توجه به قصد مشترک طرفین، قرارداد مزبور منطبق با عقد معین دیگری باشد و یا یک قرارداد خصوصی تلقی شود که مخالفت صریح نیز با قانون نداشته باشد در این صورت تابع احکام و شرایط خاص عقود مزبور خواهد بود.

لیکن همان‌طور که گفته شد آن عقد، بیع تلقی نمی‌شود ولو آنکه عنوان آن بیع نهاده شده باشد، زیرا قصد مشترک طرفین انجام بیع نبوده است و از آنجا که مطابقت قصد طرفین در انجام بیع و انتقال مالکیت مبیع نیز یکی دیگر از مقتضیات ذات عقد بیع می‌باشد بنابراین به دلیل عدم احراز قصد مشترك طرفین بر انجام بیع آن معامله اصولاً به عنوان بیع محسوب نمی‌شود و باطل می‌باشد مگر آن که قصد طرفین معامله دیگری بوده و یا با قرارداد دیگری منطبق باشد.

به عنوان مثال هرگاه شخصی بابت تضمین بازپرداخت بدهی خود یا تضمین حسن

انجام تعهدات خود در مقابل دیگری ملک خود را در گروهی طرف مقابل قرار دهد ولیکن به جای انعقاد عقد نقه و ترهین و توثیق گروگان به انعقاد عقد بیع مبادرت نمایند مشروط بر اینکه در صورت بازپرداخت بدهی یا انجام تعهدات مورد توافق طرفین در مدت معین، فروشنده (در واقع بدهکار یا متعهد) حق فسخ معامله را داشته باشد، معامله اخیر را نمی‌توان بیع تلقی نمود، زیرا قصد مشترک طرفین انتقال مالکیت مبیع نمی‌باشد و به همین دلیل است که قانونگذار در ماده ۳۳ قانون ثبت و تبصره آن اثر تملیک را از معاملات بیع شرط و معاملات خیار سلب نموده است، زیرا قصد مشترک طرفین در واقع بیع نمی‌باشد و حداکثر این گونه از معاملات را با توجه به قصد مشترک طرفین در حکم معاملات با حق استرداد می‌داند،^۱ برخلاف گذشته‌ها که قبل از تصویب ماده ۳۳ و تبصره آن بر معاملات خیار و بیع شرط که وسیله رباخواری شده بودند ظاهراً به حکم قانون مدنی اثر تملیک بار می‌شد و رباخواران به ثمن بخش اموال مردم را از چنگ ایشان خارج می‌نمودند.

اما در همان زمان هم به سبب آنکه برابری و توازن مبیع و ثمن در چنین عقودی رعایت نمی‌شد و ثمن معامله ارزش ناچیزی در مقابل مبیع داشت، چنین معامله‌ای به لحاظ عدم تعادل عوضین برخلاف مقتضای اطلاق عقد بیع تلقی می‌شد، زیرا وجهی که خریدار (رباخوار) بابت خرید ظاهری مبیع می‌پرداخت بسیار کمتر از ارزش واقعی مبیع بود، در واقع اصلاً او وجهی بابت خرید ملک نپرداخته بود بلکه مبلغی را به عنوان ربا به فروشنده داده بود و در مقابل آن بهره‌ای را قرار داده دریافت کند، در نتیجه به دلیل مخالفت و مغایرت چنین بیعی با مقتضای اطلاق عقد بیع، یعنی توازن و تعادل بین ثمن و مثن، قانونگذار به فروشنده اجازه می‌دهد برای جلوگیری از غبن و ضرر فاحشی که در اثر انعقاد چنین قراردادی به او وارد می‌شود معامله را به طور یک‌جانبه فسخ نماید در نتیجه چنین عقدی باز هم مملک نبوده و زایل می‌شود. با این تفاوت که در مورد اول بطلان عقد

۱. اخیراً در مجلس شورای اسلامی مجدداً طرحی درباره ماده ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت ارائه و مورد بررسی قرار گرفته و در دست اصلاح می‌باشد و به صراحت اثر تملیک از قراردادهای بیع شرط و خیار و با حق استرداد سلب شده است (روزنامه جام جم ص ۵ - ۱۳۸۶/۱۱/۹)

بیع از نوع بطلان مطلق یا کامل است و لیکن در مورد دوم بطلان عقد از نوع بطلان نسبی یا ناقص (عدم نفوذ) می‌باشد. پس در مورد هر عقدی از جمله عقد بیع تحقق و وقوع آن بستگی به قصد مشترک طرفین دارد و تا زمانی که چنین قصدی احراز نشود عقد بیع نیز تحقق نخواهد یافت.

در نتیجه هرگاه مالکیت مالی به موجب عقد بیع مطلق و صحیح به کسی منتقل شود این بدان معنی خواهد بود که کلیه حقوقی که در رابطه با مال مورد معامله متصور می‌باشد به طور کامل به خریدار منتقل شده است و هیچ حقی برای فروشنده (مالک قبلی) در آن باقی نمانده است و خریدار جانشین فروشنده در مورد معامله می‌باشد به عنوان مثال هرگاه مالکیت‌خانه‌ای به موجب عقد بیع به خریدار منتقل شود تمام حقوقی که به فروشنده در رابطه با آن خانه تعلق داشته کلاً و بدون استثناء به خریدار منتقل می‌شود و هیچ حقی برای فروشنده باقی نمی‌ماند مگر آنکه طرفین در مورد برخی از حقوق توافق‌هایی با هم نموده باشند که در این صورت توافق‌های مزبور محترم خواهد بود. البته توافق‌هایی که برخلاف «مقتضای اطلاق عقد بیع» باشند نه برخلاف «مقتضای ذات عقد بیع»، چنین توافق‌هایی به صورت نسبی و جزئی معتبر و لازم‌الوفاء هستند، زیرا مقتضای اطلاق عقد بیع آن است که به «مجرد وقوع و انعقاد عقد بیع مالکیت کامل مورد معامله به خریدار منتقل شود و نیاز به تحقق هیچ شرط یا امر یا قول و فعل دیگری نباشد»

با توجه به اینکه مطابق تعریف ماده ۱۸۳ قانون مدنی از عقد اشخاص می‌توانند در مقابل یکدیگر تعهداتی کنند که در صورت توافق موجب تشکیل عقد می‌شود بنابراین طرفین می‌توانند در خصوص نحوه و چگونگی و زمان و مکان اجرای تعهدات هر یک از طرفین و تحقق و پیدایش آثار عقد توافق‌هایی با یکدیگر نموده و شرایطی را قرار دهند. در نتیجه می‌توانند بین زمان انعقاد قرارداد و انتقال مالکیت و تحقق و اجرای آثار عقد تفکیک قایل شوند و یا آن را به بخش‌های گوناگون تجزیه نمایند. به همین دلیل است که امکان تحقق عقود از قبیل عقود خیاری، مشروط و معلق فراهم می‌شود، زیرا شارع چنین

تفکیکی را پذیرفته و معتبر دانسته است. در نتیجه هرگاه معامله در قالب عقد بیع به صورت مطلق انجام شود به مجرد انعقاد عقد عمل تملیک تحقق پذیرفته و آثار مالکیت هویدا می‌شود و خریدار می‌تواند هر نوع تصرفی را در مورد معامله بنماید و لیکن هرگاه معامله به صورت مشروط انجام شود هرچند حق مالکیت به مجرد انعقاد عقد به خریدار، برحسب انشاء، منتقل می‌شود ولیکن ممکن است براساس توافق طرفین این حق به طور ناقص اجرا شود و یا اجرای حقوق ناشی از مالکیت به تأخیر بیفتد ولیکن آثار حقوقی عقد از زمان انعقاد عقد محسوب و احتساب خواهد شد هرگاه مشروط علیه محقق شود.

گفتار سوم - مقایسه مواد ۳۳۸ و ۱۸۳ قانون مدنی

ظاهراً به نظر می‌رسد تعریف عقد بیع در ماده ۳۳۸ قانون مدنی با تعریف عقد در ماده ۱۸۳ همان قانون منافات دارد، زیرا در ماده ۱۸۳ در تعریف عقد بیان شده است که «عقد عبارت است از اینکه برخی در مقابل برخی دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد» در حالی که در عقد بیع فروشنده در مقابل خریدار تعهدی نمی‌نماید، بلکه مالی را به عوض معلوم به طرف مقابل تملیک می‌کند. برخی از استادان حقوق ماده ۳۳۸ را تنها ناظر بر بیع عین مادی معین می‌دانند و معتقدند این تعریف تمام اقسام عقد بیع را در برنمی‌گیرد.^۱ برخی دیگر از استادان نیز تصریح نموده‌اند که تعریف ماده ۱۸۳ قانون مدنی از عقد تنها عقود عهدی را در برمی‌گیرد و شامل عقود تملیکی نمی‌شود و عقود اخیر خروج موضوعی از تعریف مذکور دارند.^۲

در پاسخ باید گفت تعریف قانون مدنی از عقد بیع در ماده ۳۳۸ به جای آن که تعریف صوری یا شکلی از آن باشد، تعریف به اثر و نتیجه عقد است. در نتیجه طبیعی است که تعریف بیع ظاهراً با تعریف عقد در ماده ۱۸۳ قانون مدنی منافات یا مغایرت داشته باشد، زیرا تعریف ماده ۱۸۳ از عقد تعریف به صورت است و در مقام بیان طرز تشکیل و ترتیب

۱. صفایی، سیدحسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، تعهدات و قراردادها، ج ۲، مؤسسه عالی حسابداری، چاپ اول، ۱۳۵۱، ص ۷۹ و کاتوزیان، ناصر، منبع سابق، ص ۳۰۵، سال ۱۳۷۸.

۲. کاتوزیان، ناصر، دوره حقوق مدنی، معاملات معوض، عقود تملیکی، انتشارات بهنشر، چاپ سوم، ۱۳۶۳، ص ۲۶ - ۲۷.

ظاهری انعقاد یک عقد می‌باشد. این روش تعریف موجب می‌شود تا تعریف مذکور پوشش لازم را برای تحت شمول قرار دادن کلیه عقود فراهم نماید فارغ از اثر ماهوی که هر عقد ممکن است در پی داشته باشد. یعنی از نظر قانون مدنی هرگاه برخی از اشخاص در مقابل برخی دیگر تعهد بر امری نمایند که مورد قبول آنها باشد در آن زمان عقدی محقق شده است. بدون توجه به اینکه اثر عقد نیز محقق شده است یا خیر؟ به عبارت دیگر تنها تحقق ظاهری یک عقد برای اینکه تحت شمول تعریف ماده ۱۸۳ قرار گیرد کافی است صرف نظر از این که اثر عقد نیز محقق شده یا اینکه برای تحقق آثار آن شرایط و ترتیباتی در نظر گرفته شده و توافق‌هایی شده باشد.

در خصوص عقد بیع نیز از لحاظ صوری و ظاهری بین خریدار و فروشنده تعهداتی واقع می‌شود که مورد قبول طرفین قرار می‌گیرد. در هنگام مذاکره برای انعقاد عقد بیع فروشنده تعهد می‌نماید مالکیت خود بر مورد معامله را به خریدار انتقال دهد مشروط بر آنکه خریدار بهای آن را بپردازد یعنی پیشنهاد فروش مال را با شرایط معینی می‌کند و مال خود را عرضه می‌نماید. چنانچه خریدار نیز متعهد شود که بهای موردنظر فروشنده را بپردازد و شرایط او را بپذیرد، در این لحظه عقد بیع منعقد می‌شود ولو آنکه تحقق اثر بیع که مالکیت عملی خریدار بر مبیع و مالکیت عملی فروشنده بر ثمن معامله می‌باشد به مدتی دیگر موکول شود. همان‌طور که در مورد بیع «کلی در معین» متصور می‌باشد، زیرا تملیک هر چند قانوناً به موجب عقد صورت می‌گیرد و انشاء می‌شود ولیکن تحقق عملی مالکیت خریدار بر مبیع تا زمانی به طول می‌انجامد که فروشنده مصداق روشن و ثابتی از آن کلی را به عنوان مبیع عرضه و معرفی نماید در این زمان است که عمل تملیک تکمیل می‌شود و مالکیت خریدار بر مبیع و حقوق ناشی از آن امکان بروز و ظهور می‌یابد و خریدار می‌تواند در مبیع تصرفات مالکانه نماید.

بنابراین از مطالب یاد شده استفاده می‌شود که عقد بیع نیز در تعریف عمومی عقد موضوع ماده ۱۸۳ قانون واقع می‌شود النهایه در عقد بیع مطلق که عین مادی خارجی مورد

معامله واقع می‌شود به دلیل هم زمانی تاریخ انعقاد عقد و انجام تعهدات طرفین و به دلیل سرعت وقایع و توالی آن انسان نمی‌تواند تصور کند که در عقد بیع نیز طرفین در مقابل یکدیگر تعهداتی را عهده‌دار شده و به انجام می‌رسانند و یا به دلیل آنکه بلافاصله اثر عقد بیع، که همانا تملیک است، در فرض مذکور محقق می‌شود این امکان را به انسان نمی‌دهد که بین تعهد به انتقال مالکیت و خود انتقال مالکیت تمیز دهد. اما باید دانست که این امر در عقود تملیکی، به لحاظ اقتضای ذات عقد، طبیعی است و از آنجا که عالم حقوق عالم اعتبار است تفکیک این دو مرحله و تمیز آنها از یکدیگر فاقد اشکال می‌باشد در نتیجه می‌توان گفت که در عقد بیع نیز دو تعهد در مقابل یکدیگر قرار می‌گیرد تعهد فروشنده به انتقال مبیع به خریدار و تعهد خریدار به پرداخت یا تسلیم ثمن معامله و چنین تعبیری موجب می‌شود که عقد بیع نیز تحت شمول تعریف عمومی عقد در ماده ۱۸۳ قانون مدنی واقع شود.

ادامه دارد

بیع زمانی یا تایم شر چیست؟^۱

عباس کاظمی نجف‌آبادی^۲

چکیده:

بیع زمانی یا تایم شر، که اولین بار در استفاده از رایانه‌ها مطرح شد، بعدها به روشی برای استفاده از اموال، مخصوصاً اموال غیرمنقول، تبدیل شد. تایم شر، امکان استفاده افراد متعدد را از مال واحد، در دوره‌های زمانی مشخص، فراهم می‌آورد و زمینه استفاده حداکثری از اموالی را که به طور مستمر مورد نیاز مصرف‌کننده واحد نیستند، ایجاد می‌کند. تایم شر یک نهاد حقوقی جدید نیست، بلکه یک روش استفاده است که ممکن است در قالب بیع، اجاره یا هر عقد دیگری، متناسب با نهادهای پذیرفته شده در حقوق داخلی، مورد استفاده قرار گیرد.

کلید واژگان: تایم شر، زمان، استفاده.

مقدمه

در این مقاله می‌خواهیم بدانیم تایم شر یا آنچه که اصطلاحاً در ایران با عنوان بیع زمانی مطرح شده است، چیست. مهم‌ترین مسئله‌ای که حقوقدانان داخلی با آن روبه‌رو هستند، نبود تصویری صحیح از این نهاد تازه تأسیس حقوقی و بلکه وجود تصویری نادرست از تایم شر است. نبود تصویری صحیح از تایم شر، با توجه به جدید بودن این بحث در کشور ما، تعجب‌انگیز نیست، چرا که خود کشورهای صاحب تایم شر نیز در ابتدا با

1. Time - Share.

۲. دانشجوی دوره دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی.

چنین مشکلی مواجه بوده‌اند.^۱ برای نمونه می‌توان گفت تصویر عمومی‌ای که در میان حقوقدانان ایران از تایم شر وجود دارد، این است که تایم شر نوعی عقد است؛ در حالیکه این ذهنیت کاملاً خطاست. تایم شر نه یک عقد بلکه نهادی است که در آن عقود مختلف وجود دارد.

برای این که بتوانیم با مفهوم تایم شر ارتباط صحیح برقرار کنیم، پیش از هر چیز، لازم است چگونگی پیدایش آن را مورد مطالعه قرار دهیم. پس از آن، با تعاریف ارائه شده آشنا شویم و در صورت لزوم، آنها را اصلاح نمائیم. در نهایت نیز بتوانیم آنچه را بیان گردیده، تحلیل کرده و مفهوم آن را بیابیم. پس از آن با انواع تایم شر آشنا شویم، شکل‌گیری آن را در عمل ببینیم و محصولات آن را بشناسیم. لذا بحث را در پنج بخش مورد مطالعه قرار خواهیم داد.

بخش اول : تاریخچه تایم شر

۱. تایم شر در صنعت رایانه

اصطلاح تایم شر، قبل از هر جای دیگری، در صنعت رایانه به کار برده شد. این واژه بدین معنا بود که تعداد زیادی از افراد می‌توانند به بانک اطلاعاتی یک شرکت رایانه‌ای در قبال پرداخت هزینه مختصری دسترسی داشته باشند.^۲ تایم شر در رایانه، روشی در اخذ اطلاعات از رایانه بود که در آن، رایانه‌ای که به منظور دادن اطلاعات و سرویس عمومی در نظر گرفته می‌شد، امکان سرویس‌دهی به چندین کاربر را می‌یافت. این مفهوم در اوایل سال ۱۹۵۷ توسط بوب بومر^۳ در مقاله‌ای در مجله کنترل اتوماتیک^۴ مطرح شد.

1. Podgers, James, Two Groups Propose Time – Share Legislation, Lawscope (American Bar Association Journal), vol. 66 (May, 1980), p. 543.

2. Investor Alert: Vacation TimeSharing, p. 1 of 3 (available at: <http://newyork.bbb.org/WWW/Root/SitePage.aspx>).

3 . Bob Bemer.

4 . Automatic Control Magazine

اولین پردازنده‌های مرکزی^۱ بسیار گران بودند، ولی این امکان وجود نداشت که به بیش از یک کاربر، اجازه داده شود تا بتواند به منظور دریافت اطلاعات، دسترسی اختصاصی به این رایانه داشته باشد. اما بدین علت که عمده وقت کاربران در استفاده از رایانه، به وارد کردن داده‌ها می‌گذشت، این پیشنهاد مطرح شد که کاربران متعدد بتوانند در استفاده از یک دستگاه رایانه مرکزی، با بهره جستن از فواصل زمانی (time) که در آن کاربر وقت خود را صرف ورود داده‌ها می‌کرد، در اخذ اطلاعات از رایانه شریک شده (share)، کاربران متعدد امکان استفاده از رایانه را بیابند.^۲

۲. تایم شر در عالم حقوق

اما اصطلاح تایم شر چگونه از دنیای رایانه به عالم حقوق راه پیدا کرد؟ امروزه هرگاه از تایم شر به طور مطلق یاد می‌شود بیش از هر چیز دیگر، ذهن متوجه استفاده از املاک و مستغلات، مخصوصاً در مناطق تفریحی می‌شود. شاید اهمیت محل‌های مسکونی واقع در مناطق تفریحی سبب شده که اگر چه تایم شر در مصادیق مختلف مانند قایق‌ها، بالگردها، کشتی‌های اقیانوس‌پیما، اتوبوس‌های مسافرتی و جریان دارد، ولی بیش از همه، تایم شر در املاک به ذهن متبادر شود. ولی نباید از خاطر برد که استفاده از املاک برای وارد کردن مفهوم تایم شر به عالم حقوق نیز تأثیر زیادی در این مسئله داشته است.

کوه‌های آلپ در فرانسه همیشه میزبان تعداد زیادی از طرفداران ورزش اسکی بود که برای گذراندن تعطیلات خود به آنجا می‌آمدند. در اوایل دهه شصت، کم کم جمعیت کسانی که می‌خواستند از آن مناطق استفاده کنند رو به فزونی گذاشت و محدودیت خانه‌های ویلایی باعث شد که بسیاری از کسانی که برای گردش و گذران تعطیلات به آن مناطق می‌آمدند، از استفاده از مکانی مناسب در محل دلخواه خود محروم مانده و

1 .Mainframe computers

2 . McCarthy, John, Reminiscences on the History of Time Sharing, Stanford University, 1983, Winter or Spring (available at: www-formal.stanford.edu/jmc/history/timesharing/timesharing.html).

تعطیلات خود را در اتاقهای نه چندان مناسب هتل‌های محلی سپری کنند. کم کم این مطلب به ذهن مالکان ویلاهایی که خانه‌های خود را در آن مناطق در اختیار گردشگران قرار می‌دادند، متبادر شد که ویلاهای خود را برای کسانی که می‌خواستند همه ساله در آن ناحیه به اسکی بپردازند، به صورت تضمینی رزرو کنند. برای مثال، اگر هر خانواده برای یک هفته قصد داشت تعطیلات خود را در آنجا بگذراند، مالک ویلا و خانه می‌توانست خانه خود را به ۵۲ خانواده اجاره دهد و تضمین هم بکند که آنها هر سال بتوانند از آن خانه استفاده کنند. بدین ترتیب مالک خانه لازم نبود هر سال، یک مشتری جدید برای خانه خود پیدا کند و کسانی که قبلاً خانه را برای یک سال کامل به اجاره می‌گرفتند نیز مجبور نبودند برای خانه‌ای که فقط یک یا چند هفته از آن استفاده می‌کردند، اجاره بهای یک سال را بپردازند، و بقیه گردشگران نیز می‌توانستند با خیالی آسوده نسبت به مکانی که از قبل رزرو کرده و هزینه آن را، که به مراتب کمتر از خرید یا اجاره بلندمدت خانه بود، پرداخته بودند، به مسافرت بروند.^۱

این‌گونه بود که به علت شباهتی که این روش با تایم شر در رایانه داشت، برای اولین بار، مفهوم تایم شر به عالم املاک و به دنبال آن عالم حقوق راه پیدا کرد. و پل دومیر^۲ با تأسیس شرکت Société des Grands Travaux de Marseille اولین شرکت تایم شر برای فعالیت در مناطق تفریحی اسکی در کوه‌های آلپ فرانسه را بنیان نهاد. او در تبلیغات خود از این شعار استفاده می‌کرد که «اتاق اجاره نکنید، به جای آن هتل بخرید که ارزان‌تر است»^۳. در تاریخ دقیق این رویداد اختلاف وجود دارد.^۴

1 . Time Share Resales Information, p.2 of 5 (available at:

<http://www.vacationregister.com/ Timeshare Information/Buy_time_share_faqs>.asp).

2. Paul Doumier

3 . Don't rent the room – buy the hotel, It's cheaper.

4. George Leposky, Timeshare Basics from Timesharing Today, p.1 (available at: <http://www.tstoday.com/members/timesharebasics.pdf>).

بخش دوم : تعریف تایم شر

برای تایم شر تعاریف زیادی ارائه شده که همه آنها بیان کننده یک مطلب هستند و تفاوت زیادی با هم ندارند:

تایم شر دربردارنده مالکیتی است که از خرید دوره مشخصی از زمان یا درصد مشخصی از استفاده (یک محل اقامتی) در یک خانه یا منطقه تفریحی حاصل می‌شود.^۱ تایم شر واژه‌ای است که برای بیان یک حق و مالکیت مشترک در یک مال، در منطقه تفریحی (مثلاً یک مجتمع) که متعلق به دیگران نیز هست، استفاده می‌شود. هر مالک^۲ مقدار مشخصی از زمان را مالک است و یک واحد از آن مجتمع را، براساس مقررات، برای تعداد مشخصی سال، استفاده می‌کند.^۳

تایم شر یک حق است، به صورت مشاعی با دیگران، برای سکونت در یک واحد از یک مجتمع، برای یک دوره زمانی (که معمولاً یک هفته است)، براساس یک برنامه مدون و برای تعداد سال‌های مشخص. تایم شر می‌تواند در یک ساختمان، آپارتمان یا قایق باشد.^۴

به طور کلی باید گفت در تایم شر حقی برای خریدار تایم شر در استفاده از مال موضوع تایم شر - که معمولاً (و در تعاریف فوق خصوصاً) یک ملک است - ایجاد می‌گردد، اما این حق موقت است. یعنی در محدوده زمانی مشخص، قابل اعمال است که در نتیجه، از یک مال، تعداد افراد زیادی می‌توانند استفاده کنند. حال این حق می‌تواند حق مالکیت باشد، مثلاً ۵۲ نفر صاحب خانه‌ای باشند و توافق کنند که هر یک بتواند برای یک هفته مشخص از آن خانه استفاده کند یا این حق ناشی از مالکیت منافع یا اجاره باشد،

- 1 . Read Before You Buy Timeshare, p. 1 of 3 (available at: http://www.vacationregister.com/ Timeshare Information/Buy_time_share_faqs.asp).
2. Owner
- 3 . Clossary of Terms, p.2 of 2 (available at: <http://www.arda.org//AM/Template.cfm?Section=Home>).
4. A Glossary of Timeshare Terms and Acronyms, p. 6 of 7 (available at: <http://www.timesharemall .com/glossary.shtml>).

یعنی این مال برای یک هفته در سال به ۵۲ نفر اجاره داده شده باشد یا اینکه تنها حق استفاده برای شخص ایجاد شده باشد، یعنی فرد تنها حق انتفاع از خانه را داشته باشد، ولی هیچ حق مالکیتی ایجاد نشده باشد. به هر حال، هرگاه مالی مورد حق افراد مختلف قرار بگیرد و این افراد بتوانند بر اساس برنامه و مقررات معینی، برای تعداد مشخصی از ایام سال و به تعداد سالهای مشخصی یا برای همیشه، از آن مال استفاده کنند، این نوعی تایم شر است.

بخش سوم: انواع تایم شر

در مورد انواع تایم شر، تقسیم‌های مختلفی صورت گرفته که می‌توان مبنای همگی آنها را، حق ایجاد شده برای خریدار در استفاده از مال موضوع تایم شر دانست.

۱. برخی تایم شر را به دو دسته عمده تقسیم کرده‌اند:

الف: تایم شر سنددار:^۱ این نوع از تایم شر، متضمن ایجاد حق مالکیت بر قسمتی از ملک یا مجتمع، برای فرد خریدار است. از آن جهت که برای مالکیت در آمریکا حتماً باید سند صادر شود، تایم شری که متضمن حق مالکیت باشد را، تایم شر سنددار می‌گویند.

ب: تایم شر بدون سند:^۲ در این نوع از تایم شر، شما ملکی را اجاره می‌کنید یا مجوز استفاده از آن را به دست می‌آورید یا عضو باشگاهی می‌شوید که به شما اجازه می‌دهد برای مدت مشخصی از سال، از اموال آن استفاده کنید. در این تقسیم‌بندی هر تایم شری که متضمن مالکیت نباشد قرار می‌گیرد.^۳

۲. برخی دیگر تایم شر را به سه دسته تقسیم کرده‌اند:

الف: تایم شر سنددار:^۴ همان‌طور که گفته شد تایم شری است که متضمن حق

مالکیت بر عین مال باشد.

1. deeded plan.

2. non-deeded plan

3 . Free Advice: What are time-shares? (legal problems); p.1 of 2 (available at: <http://www.icye.org/>).

4 . deeded.

ب: *تایم شر اجاره‌ای*^۱ نوعی از تایم شر است که حق استفاده از موضوع تایم شر برای استفاده کننده، از طریق اجاره به دست می‌آید. برای مثال خریدار تایم شر، یک خانه را برای یک هفته در سال، برای پنج سال متناوب، اجاره می‌کند. بدین ترتیب برای پنج سال، در آن هفته مشخص، او می‌تواند از خانه استفاده کند، زیرا خانه در اجاره اوست.

ج: *تایم شر اعتباری*^۲ تایم شر اعتباری کمی با دو تایم شر فوق متفاوت است. در این تایم شر شما در واقع عضو یک کلوپ یا باشگاه تایم شر می‌شوید. اگر شرایط عضویت شما مساعد باشد، شما حق استفاده از کلوپ و امکانات آن را پیدا می‌کنید. این سیستم در اصل براساس سامانه «تراست» در حقوق کامن لو طرح ریزی شده است.^۳

۳. برخی نیز تایم شر را به چهار نوع تقسیم کرده‌اند:

الف: *تایم شر سنددار برای واحد معین در زمان معین*^۴ که در آن سندی به خریدار داده می‌شود که بر اساس آن، او مالک یک واحد یا خانه معین، برای یک زمان معین، در چند سال مشخص می‌شود.

ب: *قرارداد تایم شر تسنور*^۵ این نوع تایم شر از قابلیت انعطاف بیشتری برخوردار است. شما برای یک هفته در سال می‌توانید از واحد مسکونی استفاده کنید ولی این یک هفته از قبل مشخص نیست و شما باید آن را رزرو کنید. لذا رزرواسیون در این نوع تایم شر، اصل اول محسوب می‌شود. البته همه مالکان از حق رزرو برخوردارند و در واقع با هم در انتخاب هفته مناسب مسابقه می‌دهند.

ج: *طرح تایم شر ایجادکننده حق استفاده*^۶ در واقع این قرارداد، یک قرارداد اجاره است

1 . leased

2 . licensed

3. Time share resales information, (The Timeshare Solution), p.2 of 5(available at: [http://www.vacationregister.com/Timeshare Information/Buy_time_share_faqs.asp](http://www.vacationregister.com/Timeshare%20Information/Buy_time_share_faqs.asp)).

4. fixed unit, fixed week, deeded agreement

5. floating time agreement

6 . right-to-use plan

و با پایان آن دیگر شما هیچ حقی نسبت به ملک نخواهید داشت.

د: *باشگاه تعطیلات، طرح‌های مبتنی بر سیستم/اماکن*:^۱ در این نوع تایم شر، مالک از میان نقاط مختلف تفریحی، محل مناسب برای اقامت خود را انتخاب می‌کند. در واقع در این سیستم، اماکن تفریحی مختلف با عضویت در یک شبکهٔ عضویت به هم مرتبط هستند و مالک می‌تواند حق استفادهٔ خود را در هر فصل که می‌خواهد و در هر منطقه که مناسب باشد، براساس سیستم رزرواسیون انتخاب کند.^۲

هر چند که این تقسیم‌بندی‌ها تا حدی جنبه بازرگانی و تجاری دارد، اما به نوعی می‌توان گفت هر یک از آنها بازگوکنندهٔ انواع مختلف حقی است که برای خریدار تایم شر به وجود می‌آید. لذا به نظر می‌رسد بهترین تقسیم‌بندی انواع تایم شر بر اساس نوع حق ایجاد شده برای فرد عبارت باشند از:

الف: تایم شر مالکیتی:^۳ در این نوع از تایم شر، فرد، مالک یک هفته‌ای (یا دورهٔ زمانی مشخص دیگری از) یک واحد مسکونی است. در واقع در این نوع از تایم شر، فرد یکی از مالکین متعدد واحد مسکونی است که این مالکیت، با توجه به سهم هر مالک، بر اساس زمان بین آنها تقسیم شده است.^۴ لذا مالک، تا آخر عمر، حق استفاده از واحد مسکونی را دارد و پس از مرگ او، این واحد به ورثه خواهد رسید. همچنین او می‌تواند به هر طریق که می‌خواهد از ملک خود استفاده کند یا آن را به دیگران انتقال دهد. البته اختیارات مالک در تایم شر هیچ‌گاه کامل نیست و در واقع او مانند خریدار آپارتمان، با برخی محدودیت‌های قانونی و قراردادی، در استفاده از واحد خود، برخوردار است. در آمریکا حتماً باید برای این نوع تایم شر سند صادر شود.

1. vacation clubs, AKA points – based programs

2 . How to Buy Timeshare?, (The Timeshare Solution), p. 1 and 2 of 3.(available at: http://www.vacationregister.com/TimeshareInformation/Buy_time_share_faqs.asp).

3 . interval ownership

۴ . این نوع تقسیم‌بندی را در فقه «مهایات» می‌گویند.

ب: *تایم شر اجاره‌ای*:^۱ در این نوع تایم شر، همانند تایم شر اول، شما حق استفاده از یک واحد مسکونی را به دست می‌آورید؛ ولی این حق به تعداد معدودی سال که می‌تواند شش، دوازده، چهل یا نود و نه باشد، محدود می‌شود. در واقع، محدود بودن حق استفاده ایجاب می‌کند که این حق از طریق حق اجاره ایجاد شود و پس از پایان مدت، مشتری هیچ حقی نسبت به موضوع قرارداد نخواهد داشت.

اگر هفته‌های تایم شر در طول سال ثابت باشند،^۲ باید آن را تحت عقداجره بیاورید اما اگر هفته‌ها متغیر باشند^۳ شاید بهتر باشد آن را تحت حق انتفاع قرار دهیم.

در جایی که اجاره برای مدت طولانی صورت می‌گیرد و از ۶۰ تا ۹۹ سال به طول می‌انجامد، معمولاً برای تایم شر سند صادر می‌شود^۴ لذا این قسم از تایم شر اجاره‌ای نیز سنددار^۵ محسوب می‌شود.

ج: *تایم شر بر اساس حق انتفاع*:^۶ در این نوع تایم شر، برای خریدار تایم شر هیچ حق مالکیتی نسبت به مکان خاصی ایجاد نمی‌شود، همچنین او مالک منافع هم نیست و لذا عقد اجاره هم موضوعیت ندارد. این نوع تایم شر همانند اجاره است و شاید اجاره را نیز بتوان نوعی حق استفاده دانست، ولی قواعد خاص اجاره بر آن بار نمی‌شود، بلکه بیشتر تابع توافق طرفین است. لذا می‌تواند زمان آن با استفاده از روش رزرو تعیین شود،^۷ اختصاص به یک واحد مسکونی خاص نداشته باشد و مواردی مانند آن.

د: *تایم شر بر اساس عضویت در باشگاه*^۸ یا *طرح‌های مبتنی بر سیستم اماکن*:^۹ در این نوع تایم شر، یک باشگاه تایم شر وجود دارد؛ یعنی یک مجموعه تفریحی که افراد مختلف

-
1. vacation lease
 2. fixed-week
 3. floating-week
 4. deed on lesschold
 5. deeded
 6. right-to-use
 7. reservation
 8. club membership
 9. points-based programs

می‌توانند عضو آن شوند یعنی حق استفاده از تسهیلات آن مجموعه را پیدا کنند. بنابراین هیچ حقی مانند مالکیت عین یا مالکیت منفعت یا حق استفاده از یک واحد خاص برای فرد ایجاد نمی‌شود، بلکه او به عضویت باشگاهی در می‌آید که بر اساس پرداخت حق عضویت و سایر مواردی که معمولاً به صورت قراردادی تعیین می‌شود، حق استفاده از امکانات و تسهیلات آن باشگاه را، معمولاً بر اساس سیستم رزرو، پیدا می‌کند.

در این نوع تایم شر معمولاً باشگاه‌های مختلف به یکدیگر ملحق می‌شوند و این امکان برای اعضای هر باشگاه ایجاد می‌شود که بتواند با پرداخت حق عضویت خود، از تسهیلات فراهم آمده در باشگاه‌های دیگر نیز استفاده کند.^۱

این نوع از تایم شر جدیدترین نوع تایم شر و حاصل تلاش صاحبان صنعت تایم شر برای بیشتر انعطاف‌پذیر کردن تایم شر است. در این سیستم، فرد به جای اینکه مجبور باشد، به یکباره، خود را برای یک زمان ثابت، در طی چندین سال، پایبند به یک مکان خاص نماید، می‌تواند هر سال، متناسب با برنامه‌های خود، در هر زمان و به هر نقطه که بخواهد، سفر کند.

همان‌گونه که ملاحظه شد، تایم شر یک عقد واحد یا یک عقد جدید نیست بلکه عبارت است از مجموعه‌ای از عقود مختلف که از آنها در برآورده شدن یک نیاز خاص که آن هم عبارت است از فراهم آمدن تسهیلات لازم جهت تهیه ارزان و بی‌دغدغه محلی برای گذراندن اوقات تعطیلات، استفاده می‌شود. لذا پذیرفتن تایم شر، مستلزم تغییر در اصول حقوقی یا ورود سامانه حقوقی جدیدی نیست بلکه کافی است این هدف بر اساس نهادهای حقوقی داخلی تنظیم گردیده و پاسخ داده شود.

1. General Information, (available at:

<http://www.vacationregister.com/TimeshareInformation/>); Timeshare Information – types of vacation ownership, (available at: <http://www.vacationownership.com/>); free Advice: What are Time – shares?, (available at: <http://www.icye.org/>); A Glossary of Timeshare Terms and Acronyms, (available at: <http://www.timesharemall.com/glossary.shtml>); Glossary of terms (ARDA), (available at: <http://www.arda.org/>).

بخش چهارم : تایم شر در عمل

امروزه تایم شر از حالت ساده و سنتی خود درآمده و در دست شرکت‌های بسیار بزرگی که هر روز با محصولات جدید خود، انواع پیچیده‌تری از تایم شر را به دنیا معرفی می‌کنند، قرار گرفته است. در این بخش قصد نداریم به طور مفصل چگونگی شکل‌گیری و اجرای یک قرارداد تایم شر متعارف و معمولی را به طور جزئی بررسی کنیم، ولی داشتن تصویری کلی از آنچه در عالم خارج اتفاق می‌افتد، می‌تواند به ما در درک هر چه بهتر این صنعت جدید کمک کند.

معمولاً مجموعه‌های تایم شر قدیمی از هتل‌ها، متل‌ها، مجموعه‌های آپارتمانی اجاره‌ای یا مناطق مسکونی شخصی تشکیل می‌شدند اما امروزه این روند کاملاً تغییر کرده است. مجموعه‌های تایم شر، ساختمان‌هایی هستند که کاملاً متناسب با هدف آنها، یعنی مکانی برای گذران تعطیلات، طراحی و ساخته شده‌اند. لذا اولین مزیت تایم شر بر سایر اقامتگاه‌ها این است که در تایم شر، تمامی تسهیلات و امکانات لازم و فضای مناسب برای کسی که قصد استفاده از تعطیلات خود را دارد، فراهم آمده است.

از دیگر مزایای تایم شر این است که قیمت تمام شده آن برای خریدار، کمتر از سایر اقامتگاه‌هاست؛ چرا که خریدار، حق استفاده از محل اقامت برای چندین سال را به یکباره به دست می‌آورد. این مطلب می‌تواند برای خریدار تایم شر سود اقتصادی نیز در پی داشته باشد، چرا که او ممکن است بتواند حق اقامت خود را در سال‌های بعد به چند برابر قیمت خرید بفروشد. همچنین در تایم شر، همیشه محل اقامت آماده و به آخرین امکانات ممکن، مجهز است.

اما باید اذعان داشت که تایم شر معایبی نیز دارد که در روش‌های جدید سعی شده این معایب برطرف گردد. برای مثال اگر شما تایم شر خریداری کنید، چه از حق خود استفاده کنید و چه از حق خود استفاده نکنید، باید هزینه‌ای را به عنوان هزینه‌های جاری به طور سالیانه بپردازید. همچنین شما با خرید تایم شر، خود را پایبند یک منطقه خاص

کرده‌اید و باید به اجبار تعطیلات را در آنجا به سر ببرید.

اما در روش‌های جدید این مشکلات برطرف شده است. مثلاً امروزه با تشکیل بانک تایم شر، شما می‌تواند هفته‌تایم شر خود را در بانک ذخیره کنید و در هر زمان که تمایل داشتید از آن استفاده نمایید یا آن را بفروشید. همچنین با استفاده از سیستم اماکن، شما می‌توانید هر سال، محلی متفاوت با محل سال قبل را برای گذران تعطیلات انتخاب کنید. امروزه معمولاً برای به وجود آمدن تایم شر، شرکت‌های سازنده که می‌توان آنها را با شرکت‌های انبوه ساز ساختمانی مقایسه کرد، با اخذ مجوزهای لازم از نهادهای مربوطه، اقدام به سرمایه‌گذاری در یک منطقه نموده و ساختمان‌های مناسب برای اقامت گردشگران را طراحی کرده و می‌سازند. سپس با اعلام طرح تایم شر، هرگونه که خود متمایل باشند، حق استفاده از این مناطق را به خریداران منتقل می‌کنند. پس از آنکه حداقل درصد مشخصی از حق استفاده از مجموعه به خریداران منتقل شد، فروشنده تایم شر اقدام به تشکیل مجمعی متشکل از صاحبان تایم شر در آن مجموعه می‌نماید. در این مجمع که همه صاحبان تایم شر دارای حق شرکت و حق رأی هستند، اعضای هیأت مدیره مجموعه مشخص می‌شوند که وظیفه اداره مجموعه را بر عهده دارند. این هیأت مدیره، با تعیین شخصی به عنوان سرپرست یا مدیریت مجموعه که معمولاً شخصیتی حقوقی است، اداره مجموعه را به آن واگذار می‌کند. وظیفه مدیریت مجموعه عبارت است از دریافت هزینه‌های جاری، تنظیم هفته‌های مورد استفاده صاحبان تایم شر در مجموعه، رسیدگی به وضعیت مجموعه و انجام تعمیرات یا ارائه خدمات یا هر تسهیلات مورد نیاز دیگر و مانند آن.

صاحب تایم شر مانند کسی است که در یک مجتمع مسکونی آپارتمانی را خریداری کرده است؛ ضمن اینکه چنین فردی مالک آپارتمان است، در استفاده از آپارتمان محدودیت‌هایی نیز دارد. در اینجا نیز بدین گونه است. همچنین مالک تایم شر موظف

است همه ساله مبلغی را برای هزینه‌های جاری^۱ مجموعه بپردازد. این مبلغ، هزینه‌های مجموعه برای سرویس‌دهی و ارائه خدمات و همچنین سایر هزینه‌های لازم مانند تعمیرات و ... را شامل می‌شود و توسط مجمع مالکان تعیین می‌شود ولی اختیار مجمع در تغییر آن محدود است.

در این میان شرکت‌هایی به نام شرکت‌های مبادله^۲ وجود دارند که وظیفه آنها ایجاد ارتباط میان مجموعه‌های تفریحی است. اعضای این شرکت‌ها در مقابل پرداخت مبلغی، این فرصت را می‌یابند که حق تایم شر خود را با سایر تایم شرهایی که طرف قرارداد با این شرکت‌ها هستند، مبادله کنند. این شرکت‌ها تنوع انتخاب در استفاده از حق تایم شر را افزایش می‌دهند.^۳

بخش پنجم: محصولات تایم شر

امروزه در صنعت تایم شر، محصولات متنوعی عرضه می‌شود. گرایش براین است که قدرت انتخاب خریدار بیشتر شود:

الف: هفته‌های ثابت:^۴ منظور این است که دارنده بیع زمانی حق دارد در هر سال تقویمی، در هفته معینی، از واحد مشخصی از مجموعه اقامتی استفاده کند. ویژگی این نوع را می‌توان به صورت زیر بیان کرد:

واحد اقامتی شخصی، هفته شخصی، مالکیت مستند (دارای سند) به شرح پیش گفته به شکلی که دارنده حق مالکانه می‌تواند همه حقوق مالکانه اعم از استیفای منافع، فروش، اجاره و معاوضه را اعمال نماید. این حق به ارث می‌رسد.

چنانچه استفاده به شکل «حق استفاده» باشد، دارنده حق در واقع حق استفاده از مجموعه اقامتی را برای سال‌های معینی (معمولاً ۱۰ تا ۵۰ سال) رزرو می‌کند.

1. maintenance fee.

2. exchange company

3. Leposky, George, Timeshare Basic from Timesharing Today, p.4 and 7; Timeshares (California Department of Real Estate), (available at: <http://secure.dre.ca.gov/PublicASP/CurrentExams.asp>).

4. fixed weeks

ب: هفته های شناور^۱ در این نوع از تایم شر، دارنده بیع زمانی، بسته به نوع فصل مذکور در قرارداد خرید، حق دارد که با توسل به سیستم رزرواسیون واحدها، هفته مورد نظر خود را برای استفاده از واحدهای مجموعه اقامتی انتخاب کند.

در واقع سه فصل برای مجموعه اقامتی در نظر گرفته می شود: فصل شلوغ، فصل معمولی و فصل خلوت، مالک تایم شر فصل شلوغ، حق انتخاب هفته مورد نظر از سه فصل را دارد، مالک فصل معمولی، حق انتخاب در فصل معمولی و خلوت را دارد و بالاخره مالک تایم شر فصل خلوت، تنها حق انتخاب فصل خلوت را دارد. در این مورد نیز بسته به مورد ممکن است صاحب حق بیع زمانی، دارای سند مالکیت باشد.

بر اساس تحقیقات ملی اخیر در آمریکا، نزدیک به ۷۰٪ مجموعه های اقامتی آمریکا، به این شکل به فروش می رسد.

ج: نظام مبتنی بر امتیاز یا اعتبار (کلوپ های تفریحی عضویت در کلوپ):

در این نوع از تایم شر، به مالک تخصیصی از امتیازات یا اعتبارات اعطا می شود که به موجب آن او حق می یابد روزهای مورد نظر برای استفاده، فصول سال، و اندازه واحد را انتخاب کند. همین عوامل ارزش امتیاز را تعیین می کند. ویژگی این برنامه این است که به مالک اختیار شکستن هفت روز را به بخش های هفته^۲ با اندازه های متفاوت می دهد. در این نظام، اعضای کلوپ امتیازات را برای استفاده از امکانات مجموعه های رفاهی در محل های مختلف و برای نقل و انتقال، استفاده می کنند. اندازه واحدها، فصل استفاده و محل مجموعه اقامتی، تعداد امتیازات لازم برای به دست آوردن واحد اقامتی مورد نظر را تعیین می کند. امکان دارد که کلوپ تفریحی، قباله یا سندی به دارندگان چنین امتیازات یا اعتباراتی اعطا کند.

د: سایر موارد رایج

۱. مالکیت جزئی: مالکانی که تمایل دارند سهم بزرگتری از مالکیت مجموعه اقامتی

1. floating weeks
2. split weeks
3. fraetional ownership

را صاحب شوند، به طور مثال از ۵ هفته تا ۲۶ هفته، این نوع از مالکیت را می‌خرند. این نوع از مالکیت در مجموعه‌های اقامتی، در مناطق اسکی و کنار دریا معمول است.

۲. **واحدهای تجزیه شده:**^۱ در مواردی که واحد محل اقامت دارای سه اتاق خواب جداگانه است، گاهی مالک یک قسمت را برای خود نگاه می‌دارد و بقیه را در برنامه‌های معاوضه می‌گذارد یا به غیر اجاره می‌دهد.

۳. **هفته‌های دوباره:**^۲ نوعی استفاده است که در آن مشتری ترجیح می‌دهد در دو زمان (دو نیم هفته) از مجموعه استفاده کند. در این مورد رزرو واحد از قبل، اهمیت زیادی دارد و منطق اولویت در رزرو، حاکم است.

۴. **مالکیت هر دو سال یک بار:**^۳ در این نوع تایم شر، مالک اجازه دارد هر دو سال یک بار، از محصول بیع زمانی بهره‌مند شود، و هزینه آن، کمتر از مالکیت سالانه است ولی به نصف نمی‌رسد.^۴

1 . lock out or lock off units

2. split weeks

3 . bimodal ownership

4 . General Information: How to buy Timeshare(available at: <<http://www.vacationregister.com/Time shareInformation/>>); Today's product (ARDA), (available at: <http://www.arda.org/>); free Advice: What are Time – shares?, (available at: <http://www.icye.org/>); A Glossary of Timesahre Terms and Acronyms, (available at: <http://www.timesharemall.com/glossary.shtml>); Leposky, George, Timeshare Basics from Timesharing Today.

منابع :

مقالات

1. Leposky, George, Timeshare Basics from Timesharing Today, (available at: <http://www.tstoday.com/members/timesharebasics.pdf>).
2. McCarthy, John, [Reminiscences on the History of Time Sharing, Stanford University, 1983, Winter or Spring](http://www.formal.stanford.edu/jmc/history/timesharing/timesharing.html) (available at: www-formal.stanford.edu/jmc/history/timesharing/timesharing.html).
3. Podgers, James, Two Groups Propose Time – Share Legislation, Lawscope (American Bar Association Journal), vol. 66 (May, 1980), pp. 543 - 548.

منابع اینترنتی

1. A Glossary of Timeshare Terms and Acronyms, (available at: <http://www.timesharemall.com/glossary.shtml>).
2. Glossary of Terms(ARDA), (available at: <http://www.arda.org/AM/Template.cfm?Section=Home>).
3. Free Advice: What are time–shares? (legal problems), (available at: <http://www.icye.org/>).
4. General Information: How to buy Timeshare(available at: [http://www.vacationregister.com/Time shareInformation/](http://www.vacationregister.com/Time%20shareInformation/)).
5. How to Buy Timeshare? (The Timeshare Solution), (available at: http://www.vacationregister.com/TimeshareInformation/Buy_time_share_faqs.asp).
6. Investor Alert: Vacation TimeSharing, (available at: [http://newyork.bbb.org/WWW Root /SitePage.aspx](http://newyork.bbb.org/WWW%20Root/SitePage.aspx)).
7. Read Before You Buy Timeshare, (available at: http://www.vacationregister.com/TimeshareInformation/Buy_time_share_faqs.asp).
8. Timeshare Information – types of vacation ownership, (available at: <http://www.vacationownership.com/>).
9. Time share resales information (The Timeshare Solution), (available at: http://www.vacationregister.com/TimeshareInformation/Buy_time_share_faqs.asp).
10. Timeshares (California Department of Real Estate),(available at: <http://secure.dre.ca.gov/PublicASP/CurrentExams.asp>).
11. Today's product (ARDA), (available at: <http://www.arda.org/>).

قانون اجاره به شرط تملیک کشور ترکیه

مترجم: سلیمان فدوی^۱

قانون لیزینگ (اجاره به شرط تملیک)

به شماره ۳۲۲۶ مصوب ۱۰ ژوئن ۱۹۸۵ مندرج در روزنامه رسمی شماره ۱۸۷۹۵ مورخه

۲۸ ژوئن ۱۹۸۵

۱ - قانون لیزینگ مالی

۱ - ۱ - شرایط (مقررات) عمومی

هدف:

ماده ۱ - هدف از وضع این قانون، تنظیم و ساماندهی به وضعیت لیزینگ است.

قلمرو:

ماده ۲ - این مقررات، دربرگیرنده قراردادهای لیزینگ و حقوق و وظایف طرفین

قراردادهای مذکور می باشد.

۱. عضو هیأت علمی دانشکده حقوق و وکیل پایه یک دادگستری.

تعاریف:

ماده ۳ - به منظور نیل به اهداف این قانون:

قرارداد: عبارت است از قرارداد لیزینگ

اجاره دهنده (موجر): یک شرکت مجاز اجاره دهنده می باشد.

اجاره گیرنده (مستأجر): طرف قبول قرارداد اجاره کالا می باشد.

کالا: کالای موضوع قرارداد لیزینگ می باشد.

بدل اجاره (مال الاجاره): مبلغ مالی قرارداد اجاره است.

قرارداد

ماده ۴ - به موجب قرارداد لیزینگ، کالایی که توسط مستأجر تعیین یا درخواست

می شود، به وسیله موجر از شخص ثالث خریداری یا به هر نحو قانونی به وسیله موجر

تحصیل خواهد شد. این قرارداد با توجه به برگشت کامل سود (برای یک دوره غیرقابل

تمدید) به مستأجر در قبال پرداخت مال الاجاره، حق تصرف کالا را اعطا می کند.

موضوع قرارداد

ماده ۵ - موضوع قرارداد ممکن است اموال منقول یا غیرمنقول باشد. حقوق ناشی از

فکر و حقوق صنعتی (نظیر ثبت اختراعات و علائم تجاری) نمی تواند موضوع قرارداد

لیزینگ باشد.

بدل اجاره (مال الاجاره)

ماده ۶ - مال الاجاره قابل پرداخت و همچنین جدول پرداخت، به وسیله طرفین قرارداد

تعیین خواهد شد. مال الاجاره ممکن است ثابت یا متغیر باشد. مال الاجاره ممکن است به

لیره ترکیه یا هر ارز خارجی که توسط بانک مرکزی مورد خرید و فروش قرار می گیرد، معین

شود. در مورد قراردادهایی که در خارج از ترکیه منعقد شده باشد، مال الاجاره سالیانه

نمی تواند مبلغی کمتر از ۲۵ هزار دلار (آمریکا) یا معادل آن به لیره ترکیه باشد. سازمان

بازرسی و نظام بانکی مجاز است مبلغ یاد شده را از سطح اصلی کاهش یا افزایش دهد.

دوره غیرقابل برگشت قرارداد

ماده ۷ - حداقل مدت قرارداد ۴ سال می‌باشد (در این مدت قرارداد قابل الغا نمی‌باشد). در هر یک از حالات قرارداد لیزینگ، کاهش مدت دوره مذکور، به موجب نظامنامه سازمان بازرسی و نظام بانکی تعیین خواهد شد.

شکل و نحوه تأیید قرارداد

ماده ۸ - ترتیب تنظیم قرارداد لیزینگ از طریق سردفتران اسناد رسمی صورت می‌گیرد. در خصوص قراردادهای لیزینگ مربوط به اموال منقول، سردفتران محل اقامت مستأجر مبادرت به تسجیل موضوع در دفتر مخصوص خواهند نمود. در مورد قراردادهای لیزینگ مربوط به اموال غیرمنقول، مراتب در صفحه توضیحات سند مالکیت ملک قید خواهد شد و هرگاه قرارداد لیزینگ در ارتباط با کشتی‌ها باشد، مراتب در سند مالکیت کشتی تسجیل می‌گردد. بعد از شرح مراتب و تسجیل به شرح فوق، ادعای اجاره توسط شخص ثالث در مال موضوع قرارداد لیزینگ، نسبت به حقی که برای موجر به وجود آمده، در قبال وی فاقد اثر خواهد بود.

شرکت خارجی اجاره دهنده‌ای که محل اقامتش در خارج از کشور بوده و فاقد شعبه‌ای در ترکیه است، ترتیب انعقاد قرارداد لیزینگ آنها به وسیله دایره نظام بانکی و سازمان بازرسی تسجیل خواهد شد.

خرید کالای موضوع لیزینگ

ماده ۹ - مالکیت کالاهای موضوع لیزینگ، برای شرکت موجر باقی خواهد ماند. مع‌ذالک طرفین ممکن است در متن قرارداد موافقت نمایند که مستأجر حق اعمال شرط خرید مال را در پایان مدت قرارداد داشته باشد.

وضعیت حقوقی موجر

ماده ۱۰ - تأسیس شرکت‌های اجاره دهنده فقط به صورت شرکت سهامی امکان‌پذیر می‌باشد. تأسیس و افتتاح شعبات داخلی شرکت‌های (ترکیه‌ای) لیزینگ و شعب شرکت‌های

خارجی (در ترکیه) با رعایت مقررات تصویبی سازمان بازرسی و نظام بانکی میسور خواهد بود. مقررات قانون شماره ۶۲۲۴ در خصوص تضمین سرمایه‌گذاری خارجی تماماً به قوت و اعتبار خود باقی است.

شرکت‌های اجاره‌دهنده داخلی و شعبات شرکت‌های اجاره‌دهنده خارجی (در ترکیه) تحت نظارت و کنترل سازمان بازرسی و نظام بانکی می‌باشند. شکل و شرایط قبلی تصویب و کنترل شرکت‌های یاد شده، به وسیله نهاد مرقوم، می‌بایست طی دستورالعمل اداری صورت پذیرد.

به منظور حسن اجرای این قانون، کسانی که بدون اجازه قبلی به لیزینگ فعالیت می‌نمایند، به جریمه نقدی از ۵۰۰ هزار لیره تا ۵ میلیون لیره و حبس از ۳ ماه تا یک سال محکوم می‌گردند. در صورتی که این فعالیت‌ها توسط اشخاص حقوقی غیر از افراد مسئول (که برای تصمیم‌گیری و اجرا مسئولیت دارند) صورت گیرد، جریمه نقدی و حبس فوق اعمال می‌شود.

کارمندان شرکت‌های لیزینگی که با مقررات مندرج در این قانون هماهنگ نباشند، به ۲۰۰ هزار لیره ترک تا یک میلیون لیره (برحسب درجه مسئولیتشان) محکوم خواهند شد.

حداقل سرمایه:

ماده ۱۱ - سرمایه پرداختی شرکت اجاره‌دهنده نباید کمتر از یک میلیارد لیره ترک باشد. شعبه اجرایی شرکت‌های خارجی (در ترکیه) نباید سرمایه پرداخت شده‌ای کمتر از ۲ میلیون دلار (یا معادل آن براساس لیره ترکیه) داشته باشند. سازمان بازرسی و نظام بانکی مجاز است محدوده یاد شده را تا ۵ برابر افزایش دهد.

محدوده (مرزهای) معاملات مالی:

ماده ۱۲ - سازمان بازرسی و نظام بانکی مجاز است محدوده معاملات لیزینگ و همچنین شرایط و مبلغ چنین معاملاتی را برای سهامداران و سایر شرکت‌های گروهی تعیین نماید.

۲ - ۱ - آثار و نتایج قراردادهای لیزینگ

حقوق و تعهدات مستأجر:

ماده ۱۳ - مستأجر در خلال مدت لیزینگ، استفاده کننده (متصرف) کالا تلقی می‌شود و براساس اهداف قراردادی، از تمامی منافع متعلق به مستأجر بهره‌مند خواهد شد. مستأجر موظف به نگهداری از کالا وفق شرایط و مقررات مندرج در قرارداد بوده و مسئول حفظ و نگهداری سلامت کالا محسوب می‌گردد و می‌بایست هزینه آن را پرداخت نماید مگر اینکه در قرارداد به نحو دیگری مقرر شده باشد.

خسارت و از بین رفتن کالا:

ماده ۱۴ - مستأجر در طول دوره لیزینگ مسئول از بین رفتن و خسارت وارده بر کالا خواهد بود. این مسئولیت محدود به مبلغ مندرج در بیمه پرداختی خواهد بود. مع‌ذالک مستأجر می‌بایست مابه‌التفاوت (به انضمام اجرت‌المثل) را پرداخت نماید.

ممنوعیت انتقال:

ماده ۱۵ - مستأجر حق ندارد حقوق تصرفی خود را به اشخاص ثالث انتقال دهد.

عدم تسلیم کالا به مستأجر:

ماده ۱۶ - در صورتی که موجر نتواند در موعد مقرر، قراردادی با تولیدکننده یا فروشنده کالا تنظیم نماید یا نتواند به موقع وجه آن را پرداخت کند یا به هر دلیل دیگر نتواند به تعهدات خود عمل نماید، مقررات ماده ۱۰۶ حقوق تعهدات، در موردی که کالا در سر وقت به مستأجر تحویل نشود، به موقع اجرا گذارده خواهد شد.

حقوق و تعهدات موجر

ماده ۱۷ - مالکیت کالای موضوع لیزینگ برای موجر باقی خواهد ماند. شرکت اجاره دهنده متعهد است کالا را برای طول دوره قرارداد بیمه نماید. مستأجر موظف است هزینه بیمه را پرداخت نماید.

انتقال مالکیت به شخص ثالث

ماده ۱۸ - موجر نمی‌تواند مالکیت کالا را به شخص ثالث انتقال دهد مگر اینکه قرارداد طور دیگری اقتضا نماید. در صورتی که قرارداد اجازه انتقال به شخص ثالث را بدهد، مالکیت کالا فقط به موجر دیگری منتقل می‌شود. مالک جدید می‌بایست خود را با شرایط موجود قراردادی منطبق نماید. برای اینکه انتقال نسبت به مستأجر نیز معتبر تلقی شود، می‌بایست مراتب انتقال به وی اطلاع داده شود.

ورشکستگی و تعقیب قضایی مستأجر

ماده ۱۹ - در صورت ورشکستگی مستأجر، مقام مسئول (مأمور اجرا) نسبت به تفریق کالای موضوع لیزینگ (قبل از تشکیل اداره ورشکستگی) بر طبق پاراگراف ۱ ماده ۲۲۱ قانون ورشکستگی اتخاذ تصمیم می‌نماید. از این تصمیم می‌توان ظرف ۷ روز پژوهش‌خواهی نمود. در این صورت مستأجر مورد تعقیب حقوقی قرار گرفته و مأمور اجرا نسبت به اخراج کالای موضوع لیزینگ از سایر اموال مستأجر تصمیم‌گیری می‌نماید. این تصمیم ظرف ۷ روز قابل اعتراض خواهد بود. لوایح اعتراضی به وسیله مقامات ذی ربط حداکثر ظرف یک ماه مورد بررسی قرار گرفته و حل و فصل خواهد شد.

ورشکستگی و تعقیب قضایی موجر

ماده ۲۰ - در صورت ورشکستگی موجر، قرارداد، تا پایان مدت تصفیه، توسط اداره ورشکستگی معتبر خواهد بود. در صورت تعقیب قضایی علیه موجر، کالای موضوع لیزینگ در طول مدت قرارداد ضبط نخواهد شد.

۳ - ۱ - فسخ قرارداد لیزینگ

اختتام قرارداد لیزینگ در پایان دوره قرارداد

ماده ۲۱ - قرارداد در پایان مدت دوره توافق شده، ملغی می‌گردد. مع‌ذالک هر یک از طرفین می‌توانند سه ماه قبل از انقضای مدت درخواست نمایند که قرارداد موجود استمرار یافته یا قراردادی با مدت و شرایط جدید منعقد گردد.

اختتام قرارداد به دلایل دیگر

ماده ۲۲ - در صورت انحلال شرکت، از بین رفتن ماهیت حقوقی، ورشکستگی یا تعقیب قضایی مستأجر، فوت یا فقدان اهلیت جسمی و توقف عملکردی (اعسار) مستأجر، قرارداد لیزینگ فسخ خواهد شد مگر اینکه در قرارداد مذکور، مقررات مغایری وضع شده باشد.

نقض قرارداد

ماده ۲۳ - هرگاه مستأجر مال اجاره را در خلال ۳۰ روز از تاریخ سررسید، پرداخت ننماید، موجر می‌تواند قرارداد را فسخ نماید. هرگاه قرارداد دربرگیرنده شرط خرید در پایان دوره قرارداد باشد، موجر نمی‌تواند قرارداد را برای دوره‌ای کمتر از ۶۰ روز فسخ نماید. هرگاه یکی از طرفین قرارداد را نقض نماید و طرف دیگر ادامه قرارداد را امکان‌پذیر نداند، قرارداد فسخ خواهد شد.

نتایج فسخ قرارداد

ماده ۲۴ - هم‌زمان با فسخ قرارداد، مستأجری که دارای شرط خرید نیست یا نمی‌خواهد شرط خرید را اعمال نماید، متعهد است فوراً کالا را به اجاره دهنده بازگرداند.

نتایج فسخ قرارداد به وسیله موجر

ماده ۲۵ - چنانچه قرارداد به وسیله موجر ملغی گردد، مستأجر نه تنها متعهد است فوراً کالا را به موجر تحویل دهد، بلکه ملزم است مال الاجاره باقی‌مانده قرارداد و خسارات وارده بر موجر را (حتی بیش از مبلغ قرارداد) به موجر پرداخت نماید. هرگاه فسخ قرارداد از جانب مستأجر باشد، نامبرده می‌بایست کالا را مسترد نماید، اما می‌تواند تقاضای جبران خسارت نماید.

۴ - ۱ - سایر قوانین حاکم بر قرارداد لیزینگ

قوانین متناسب

ماده ۲۶ - در صورت فقدان مقررات خاص وفق این قانون، بر قرارداد لیزینگ مقررات

عمومی (در صورت تناسب) و مقررات خصوصی (تا حد قابل اعمال) قانون تعهدات حاکم خواهد بود.

مقررات غیر قابل اعمال

ماده ۲۷ - مواد ۶۸۸، ۶۸۹، ۶۹۰ از قانون مدنی و مواد ۲۲۲، ۲۲۳، ۲۲۴ و ۲۵۴ قانون تعهدات و مقررات قانون شماره ۶۵۷۰ حاکم بر معاملات املاک اجاره‌ای، بر قرارداد لیزینگ قابل اعمال نمی‌باشد.

۵ - ۱ - مقررات حاکم بر مالیات‌ها و تشویق‌ها

تشویقات

ماده ۲۸ - موجر می‌تواند از شرایط تشویقی سرمایه‌گذاری مندرج در طرح‌های دولتی سرمایه‌گذاری تشویقی، با توجه به قرارداد لیزینگ با شرایط مشابه در سرمایه‌گذاری، به طور مستقیم و واقعی بهره‌مند گردد.

مقررات ناظر بر حقوق گمرکی

ماده ۲۹ - کالاهایی که به موجب قرارداد منعقد شده بین موجر خارجی و مستأجر محلی (ترکیه‌ای) به کشور وارد می‌شود، با رعایت موارد زیر مشمول مقررات مربوط به حقوق گمرکی می‌گردند:

الف - هرگاه در واردات کالا به ترکیه، براساس قرارداد معلوم نباشد که قرارداد متضمن شرط خرید است یا نیست، لیکن کالای یاد شده معاف از حقوق گمرکی نباشد، به استثنای مدت زمانی که به موجب قوانین گمرک محدودیت ایجاد شده باشد، مقررات نظام معافیت (گواهی‌های تشویقی) بر شرایط قرارداد قابل اعمال خواهد بود. با توجه به ماده ۲۹، به منظور پوشش مالیات‌های قابل پرداخت در آینده، برای کالاهای وارده به کشور تضمین مالی کافی اخذ خواهد شد. هرگاه کالا موضوع قرارداد لیزینگ در پایان مدت قرارداد، به موجر مسترد و از کشور خارج شود، تضمین مذکور به موجر مسترد خواهد شد. نحوه و شرایط تضمین به موجب دستورالعمل اداری تعیین خواهد شد.

ب - حقوق گمرکی بر کالای وارده، در پایان مدت قرارداد اخذ خواهد شد. حقوق گمرکی مذکور با اعمال نرخ تغییرات در زمانی که مسئولیت مالیاتی ایجاد شده، به نرخ عادلانه محاسبه خواهد شد.

معافیت‌ها و تعیین نرخ مالیات

ماده ۳۰ - قرارداد لیزینگ از انواع حقوق مالیاتی، حقوق گمرکی و هزینه‌ها مستثنی می‌باشد. شورای وزیران مجاز است نرخ مالیات مأخوذه اعمال شده بر روی درآمدها و دستمزدهای شرکت‌های خارجی را که شعبه‌ای در ترکیه ندارند، به صفر یا به نرخ مالیات شرکت‌ها تقلیل دهد.

شکل دعاوی

ماده ۳۱ - تمامی دعاوی مشتق از قراردادهای لیزینگ، به عنوان دعاوی تجاری تلقی می‌گردند.

دستورهای اداری

ماده ۳۲ - دستورالعمل اداری که در این قانون به آن ارجاع شده، به شرح زیر صادر خواهند شد:

الف - ماده ۷ به وسیله شورای وزیران

ب - ماده ۱۰ به وسیله سازمان بازرسی و نظام بانکی

ج - ماده ۳۰ به وسیله وزیر امور مالی و گمرک در ظرف ۳ ماه از تاریخ انتشار این

قانون

اعتبار

ماده ۳۳ - این قانون از زمان انتشار معتبر خواهد بود.

اجرا

ماده ۳۴ - شورای وزیران مسئول اجرای این قانون می‌باشند.

قراردادها

ماهیت، طبقه‌بندی و تشکیل (بخش سوم)

برگرفته از کتاب: حقوق تجارت

نوشته: روبرت دبلیو امرسون و جان دبلیو هاردویک

چاپ سوم ۱۹۹۷ انتشارات بارون ایالات متحده آمریکا

مترجم: محمد حنیفه اقبالی درخشان^۱

مقدمه مترجم

به ضرورت، جهت تشحید ذهن خواننده گرامی اعلام می‌دارد که بخشی از ترجمه حاضر در شماره‌های ۷۱ و ۷۳ ماهنامه وزین کانون منتشر شد و پس از آن امکان ادامه چاپ قسمت‌های بعدی تا زمان حاضر فراهم نگردید. اگرچه از تأخیر پیش آمده به جهت فنی گریز و گزیری نبوده، ضمن پوزش از نقصان پیش آمده اینک قسمت سوم ترجمه تقدیم و با تأکید بر این نکته که متن حاضر خالی از اشکال نیست، پیشاپیش از کلیه دوستانی که نظرات اصلاحی خود را اعلام می‌نمایند؛ سپاسگزاری می‌نمایم.

۱. فارغ‌التحصیل کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل و کارشناس و بازرس دفتر بازرسی و پاسخگویی به شکایات سازمان ثبت اسناد و املاک کشور.

مدت دوام ایجاب چقدر است؟

چنانچه در یک ایجاب مدت زمانی که برای گرفتن پاسخ می‌توان در نظر گرفت مشخص نشده باشد، مهلت قبول پس از گذشت یک دوره زمانی معقول سپری خواهد شد. آنچه که یک زمان معقول و منطقی را تعیین می‌کند، بستگی به قصد تلویحی ایجاب کننده دارد که از طریق ایجاب اموال یا کالاها، عرف تجاری و شغلی و مسائلی از این قبیل نشان داده می‌شود. یک پیشنهاد (ایجاب) برای فروش یا خرید کالاهای فسادپذیر از قبیل میوه تازه یا سبزی‌ها، یا کالاهایی که دارای بازار بی‌ثبات و پرنوسان هستند؛ مثل، بازار سهام و اوراق بهادار، نمی‌تواند مثل ایجاب برای فروش یا خرید اموال غیرمنقول که از ثبات و دوام بیشتری برخوردار است، مهلت زیادی داشته باشد.

زمانی که مهلت پاسخ به یک ایجاب مشخص شده است، موعد تعیین شده به عنوان تاریخ انقضاء مهلت قبول تلقی می‌شود. با این وجود، مهلت ایجاب می‌تواند زودتر از موعد و به علت استنکاف ایجاب کننده، ایجاب متقابل، مرگ یا احراز عدم صلاحیت هر یک از طرفین ایجاب یا قبول کننده منقضی گردد.

چه موقع می‌توان یک ایجاب را فسخ کرد

اصول اساسی از حقوق قراردادها

از یک ایجاب در هر زمان قبل از اعلام قبولی می‌توان انصراف داد.

ایجاب مثل دست دراز شده، است؛ تا زمانی که دست طرف قبول برای گرفتن آن به حرکت درنیامده و آن را نگرفته است، می‌توان آن را پس کشید. حتی از یک ایجاب محکم، یعنی ایجابی که به صراحت مهلت مشخصی برای آن تعیین شده است، می‌توان انصراف داد. بنابراین، وقتی که شخصی ایجاب محکمی برای فروش کلاهش به ۲۰ دلار با یک مهلت یک هفته‌ای می‌دهد، می‌تواند بلافاصله یا هر زمان دیگری از این مدت و قبل از اعلام قبولی از سوی کسی، ایجاب خود را پس بگیرد. اگر در مدت یک هفته، کسی اعلام قبولی نکند، مهلت ایجاب نیز منقضی می‌شود.

در اینجا چهار استثناء برای حق اعلام انصراف آسان وجود دارد.

قراردادهای خیاری: (که از آن به عنوان حق خیاری یاد می‌شود) ایجاب کننده را به عدم انصراف و حفظ ایجاب در مقابل یک قیمت مشخص شده، متعهد می‌سازد. به عبارت دیگر، ایجاب کننده قراردادی منعقد می‌کند تا بدان وسیله ایجاب خود را به خاطر یک قیمت مشخص باز نگه دارد، و عوضی در ارتباط با این توافق دریافت کند. (این توافق از قرارداد اصلی جداست)

مثال: در مورد یک قرارداد حق خیاری

ایجاب کننده فروش مزرعه‌ای به قیمت صد هزار دلار، موافقت می‌کند که در مقابل دریافت صد دلار این پیشنهاد خود را تا یک هفته معتبر نگه دارد.

در این نمونه، اگر ایجاب کننده در طول یک هفته مورد توافق، از ایجاب خود انصراف حاصل و مزرعه را به کس دیگری واگذار کند، قرارداد خود را نقض کرده است. طرف قبول (که دارند حق خیاری نامیده می‌شود) تعهدی به خرید ندارد؛ او صد دلار پرداخت کرده است تا حق قبول ایجاب در طول یک هفته را داشته باشد. اگر او خرید نکند، صد دلار او قابل استرداد نخواهد بود؛ اگر خرید نماید، صد دلار مزبور جزو بهاء خرید مزبور منظور نخواهد شد مگر اینکه در متن قرارداد حق انتخاب به طور صریح مورد تأیید قرار گرفته باشد.

حق خیاری یک ابزار عالی قانونی است برای فراهم ساختن فرصت اندیشه به یک پیشنهاد، بررسی لازم برای یک معامله یا جمع‌آوری پول برای سروسامان دادن آن.

قرارداد یک جانبه:

از آنجایی که قرارداد یک جانبه به اقدام از سوی طرف قبول بستگی دارد، برخی از محاکم بر این عقیده هستند که ایجاب می‌تواند فسخ گردد مگر اینکه در این بین (از سوی طرف قبول) اقدامی اساسی صورت گرفته باشد. براساس این نظریه، در مثال پیش گفته صاحب خانه می‌تواند حتی با اینکه کارگر جوان نیمی از چمن‌ها را کوتاه کرده است، قرارداد خود با وی را فسخ نماید. با این وجود، محاکم دیگر، بر این نظر هستند که ایجاب زمانی که طرف قبول به طور وضوح شروع به ایفای تعهد کرده است، نمی‌تواند فسخ شود. شروع

به اجرا از سوی این محاکم به عنوان عوض تلقی شده است.

استثناء بر حقوق متحدالشکل تجاری:

بند ۲ - از ماده ۲۰۵ حقوق متحدالشکل تجاری مقرر می‌دارد که ایجاب مکتوب شرکت بازرگانی برای خرید یا فروش کالا نمی‌تواند در طول مهلتی که برای آن در نظر گرفته شده است و یا حتی اگر مهلتی برای آن تعیین نشده باشد، در یک دوره معقول فسخ و نقض گردد (اما در هر حال دوره عدم قابلیت فسخ نمی‌تواند طولانی‌تر از سه ماه گردد).

ایجاب الزام‌آور:

بنابر مطلبی که در صفحه ۸۰ توضیح داده شده است، اگر طرف قبول به شکلی قابل قبول و مدلل بر باز بودن ایجاب استناد نماید، و از فسخ آن دچار ضرر و زیان گردد، در نتیجه ایجاب غیرقابل فسخ تلقی می‌شود.

شما باید به خاطر داشته باشید که

ایجاب باید سه خصوصیت داشته باشد: باید به طرف مقابل اعلام شده باشد، باید حاکی از یک قصد آشکار برای انعقاد قرارداد باشد، و باید مشخص باشد. با این حال، بسیاری از شروط، بیان نشده باقی گذاشته می‌شود یا می‌تواند تلویحی بیان یا از سوی طرفین قرارداد فهمیده شود.

یک آگهی تبلیغاتی ایجاب نیست مگر اینکه به طور مشخص فرد یا گروه خاصی از افراد را طرف خطاب خود قرار دهد.

یک ایجاب تا انقضاء مهلت اعلام شده معتبر است یا اگر زمانی برای آن اعلام نشده، برای یک مدت معقول دوام خواهد یافت. مهلت و مدت ایجاب همچنین می‌تواند به دلیل استتکاف، ایجاب متقابل، یا فوت یا عدم صلاحیت یکی از طرفین پایان پیدا کند.

به طور اعم، یک ایجاب، قبل از قبولی می‌تواند فسخ گردد. در این خصوص سه استثناء قابل فرض است: قراردادهای با حق خیار، استثناء مندرج در بند دو ماده ۲۰۵ حقوق متحدالشکل تجاری و بنابر رویه برخی از محاکم، قراردادهای یک جانبه‌ای که در ارتباط با

آنها شروع آشکاری بر اقدام مشاهده می‌شود.

اقدام به قبول

اقدام به قبول ایجاب، قرارداد را قطعی می‌سازد. با این حال، عمل قبول بایستی واجد استناداردهای مشخصی باشد.

نخست، قبول بایستی واضح و آشکار و غیرمشروط باشد. قبولی که ایجاب را تغییر می‌دهد و اصلاح می‌کند و یا سعی بر دستیابی به معامله‌ای بهتر را دارد در حوزه حقوق به عنوان ایجاب متقابل شناخته می‌شود؛ به این معنی که، این اقدام ایجاب اصلی را کنار گذاشته و ایجاب جدیدی را مطرح می‌سازد. بنابراین، اگر یک ایجاب کننده پیشنهاد به فروش کلاه خود به ۲۰ دلار را عنوان می‌کند و طرف مقابل (طرف قبول) به او می‌گوید: «من نمی‌توانم ۲۰ دلار بدهم، اما ۱۲ دلار به تو خواهم داد». در اینجا طرف قبول، خود به یک ایجاب کننده برای ۱۲ دلار تبدیل می‌شود. اگر ایجاب کننده اصلی ۱۲ دلار را نپذیرد، پیشنهاد و ایجاب اولیه نابود شده و دیگر نمی‌تواند توسط طرف قبول اصلی احیاء گردد.

سپس، طرف قبول بایست قبولی خود را به روش مشخص شده در ایجاب اعلام نماید. اگر ایجاب کننده بیان می‌دارد که، «من باید پاسخ شما را تا ساعت یک عصر اول دسامبر دریافت نمایم»، عدم توفیق در دریافت این پاسخ تا آن ساعت تعیین شده موجب انتفاء قرارداد می‌گردد.

اعلامیه قبولی چگونه باید به طرف مقابل منتقل شود؟

قبل از وضع کد حقوق متحدالشکل تجاری، حقوق کامن‌لا شرایط خاصی برای اعلام قبولی قائل بود که عبارت بود از لزوم استفاده از همان روشی که برای انتقال ایجاب به کار می‌رفت. بنابراین، اگر ایجاب از طریق پست ارسال می‌شد، ایده‌آل و معتبر این بود که قبولی نیز از طریق دفتر پستی ارسال می‌گردید - مؤثر و در واقع روشن و سریع‌تر اینکه قبولی از طریق مخابره انجام گیرد که با وصول قبولی الزاماً قرارداد منعقد می‌شود. با این وجود، مطابق قسمت a از شق یک از بند دو ماده ۲۰۶ کد حقوق متحدالشکل تجاری

اعلام قبولی به هر طریق و هر وسیله‌ای، همان قدر که منطقی و معقول باشد و الزامات ایجاب را (اگر وجود داشته باشد) برآورده سازد به اندازه روش‌های دیگر مؤثر و معتبر شناخته شده است.

چه چیزی قبولی را در یک ایجاب یک طرفه پایه‌گذاری می‌کند؟

ما قرارداد یک جانبه را به عنوان قبول یک تعهد در مقابل یک عمل تعریف می‌کنیم. بنابراین، سفارش ارسال صد هزار گیره فولادی با کشتی در مقابل صد هزار دلار یک قرارداد یک طرفه است. با تحویل گیره‌های فولادی قرارداد کامل شده، خواهد بود. مطابق قسمت ب شق یک از بند دو ماده ۲۰۶ کد حقوق متحدالشکل تجاری ایجاب خرید کالا برای ارسال با کشتی می‌تواند با قبول انجام کار (ارسال کالا) یا با تعهد به انجام، مورد قبول واقع شود. شق دوم به طور مؤثر ایجاب یک جانبه را تبدیل به یک قرارداد دوجانبه می‌کند؛ چیزی که در حقوق کاملاً تجویز نشده است.

از وقتی که دادگاه‌ها و همین‌طور شق دو از بند دو ماده ۲۰۶ کد حقوق متحدالشکل تجاری پذیرفته‌اند که عدم توفیق طرف قبول در باخبر ساختن ایجاب کننده از قبولی سفارش یا وقتی که ایجاب متضمن حق ایجاب کننده به فسخ آن است، رویه تجاری مطلوب ایجاب می‌کند که قبول کننده یک ایجاب یک جانبه، قبولی خود را قبل از آغاز عمل (به سفارش) به ایجاب کننده منتقل کند؛ به ویژه وقتی که انجام قرارداد مستلزم صرف هزینه زیاد و کار طاقت‌فرسا است. اصول انصاف در اجرای عدالت ممکن است در بسیاری از دادگاه‌ها به نفع طرف بی‌گناه قدم بردارد؛ طرفی که از روی حسن نیت با تکیه بر ایجاب یک جانبه عمل کرده است و به وضوح انجام مورد خواسته را قبل از اینکه ایجاب فسخ شود، آغاز کرده است. البته، انجام بخش قابل توجه یا تکمیل مورد خواسته، قبولی را در همه دادگاه‌ها رقم می‌زند.

آیا سکوت باعث تشکیل قبولی است؟

در کل، سکوت قبولی نیست، و ایجاب نیز نمی‌تواند تعهدی به صحبت کردن برای

طرف قبول ایجاد کند.

«اگر جوابی از سوی شما به من نرسد فرض خواهیم کرد که شما پیشنهاد (ایجاب) مرا قبول کرده‌اید.» این عبارت در راستای تحمیل هیچ وظیفه‌ای بر طرف قبولی تأثیرگذار نیست؛ در واقع اگر چنین اظهاری به صورت نوشته یا شکل دیگر، همراه با ارسال کالاهایی باشد که سفارش داده نشده است، وظیفه‌ای به پرداخت در قبال آن به وجود نمی‌آید؛ حتی اگر کالا برگشت داده نشود و مورد مصرف قرار نگیرد. در این خصوص قرارداد ضمنی وجود ندارد؛ زیرا که شواهد دلالتی بر کشف توافق ندارد. در این مورد شبهه عقد نیز وجود ندارد و دارا شدن بلاجهت به چشم نمی‌خورد. با این وجود، تحت شرایط معینی سکوت علامت رضایت محسوب می‌گردد:

۱- اگر ایجاب کننده دریابد که طرف قبول در پاسخ ایجاب وی در حال انجام و عمل می‌باشد و کلامی نیز منعقد نکرده است، وجود قرارداد را استنباط می‌کند.
 ۲- طرفین ممکن است به طور دوجانبه موافقت کنند که سکوت بعد از دریافت کالایی که با کشتی ارسال گردیده، موجب تحقق قبولی محسوب شود (دفاتر ثبت از این روش بهره می‌گیرند).

۳- اگر طرفین قرارداد در معاملات قبلی سکوت را به عنوان علامت رضا پذیرفته باشند، در این معامله طرف ساکت در صورتی که بخواهد رویه قبلی را تغییر دهد، می‌بایست ایجاب را رد نماید. تجارت مطلوب (اگر قانون مناسبی وجود نداشته باشد) بیانگر آن است که زمانی که سکوت می‌تواند به طور مدلل و منطقی مبهم فرض شود و یا نتیجه متزلزلی به بار آورد، رد مکتوب ایجاب می‌بایست به ایجاب کننده منتقل و ارسال شود.

شما باید به خاطر داشته باشید که

قبول یک ایجاب بایستی واضح و غیرمشروط باشد. قبولی مشروط به عنوان ایجابی متقابل و جدید تلقی و از این رو، رد ایجاب محسوب می‌گردد.

برخی محاکم براین عقیده‌اند که ایجاب یکجانبه از طریق شروع آشکار اقدام و

عمل به خواسته ایجاب‌کننده مورد قبول واقع می‌شود. چون با این وجود، ایجاب‌کننده ممکن است ایجاب (یا تعهد و قول خود) را فسخ و انکار نماید، طرف قبول باید اعلام قبولی خود را مستحکم کرده و از این طریق قرارداد را به عنوان یک قرارداد دوجانبه منعقد کند.

فقدان رضایت دوجانبه

رضایت دوجانبه ممکن است به دلایل عدیده‌ای چون اشتباه، اظهارات غلط، اکراه، اعمال نفوذ ناروا، حاصل نشده باشد. این موضوع بعداً (در فصل پنجم) به طور مفصل مورد بحث قرار خواهد گرفت.

عوض

عوض چیز با ارزشی است که در مقابل یک قول و تعهد داده می‌شود. این مفهوم مبتنی بر ایده جایگزین (چیزی برای چیزی) است. تقریباً در تمام قراردادهای، عوض برای ایجاد قابلیت اجرا لازم است.

لازم نیست که تعهد مثبت باشد؛ بلکه ممکن است ترک فعل یا تعهد به ترک فعل باشد. قولی به پرداخت هزار دلار به یک دوست در مقابل ترک سیگار از سوی او (یک قرارداد منفی یک‌جانبه) دوجانبه و تعهدآور است.

قرارداد به صرف وجود یک طرف ایجاد نمی‌شود؛ قرارداد فقط در صورتی به وجود می‌آید که در این میان یک تعهد یا یک فعل (یا ترک فعل) در هر طرف وجود داشته باشد.

عوض مناسب چیست؟

معمولاً محکمه تناسب و تکافوی عوض را ارزیابی نمی‌کند. به عبارت دیگر، اگر دو طرف معامله‌ای را انجام دهند، این معامله به علت اینکه براساس استنباط دادگاه، عوض ناکافی و نامتساوی است به هم زده و باطل نمی‌شود. در واقع، اگر کسی قراردادی برای خرید یک مداد یا قطعه‌ای کاغذ معمولی در مقابل پانصد دلار منعقد کند، توافق قابل

اجراست. البته به شرطی که در این میان قصد به انشاء قرارداد وجود داشته باشد، طرفین صالح باشند و کلاهبرداری یا نقض دیگر اصول قراردادها مشاهده نگردد.

با این حال، توافق به پرداخت یک مبلغ اندک پول در مقابل دریافت یک مبلغ متناهی قابلیت اجرایی ندارد؛ این امر فقط توافق به دادن یک هدیه به ارزش مبلغ مابه‌التفاوت است. بنابراین اگر قرار باشد شخصی دریافت ده دلار را در مقابل صد دلار بدهی، فوری بپذیرد، توافق صرفاً بر دادن نود دلار هدیه انجام شده است. تعهد به دادن یک هدیه عوض محسوب نمی‌شود.

فرض کنید، هرچند که یک مالک توافق می‌کند که صدوپنجاه هزار دلار در مقابل ساخت یک خانه با مشخصات معلوم به یک پیمانکار پرداخت کند. به علاوه، فرض کنید که در مورد قیمت بعد از حصول توافق بر سر اینکه تغییرات مشخصی باید در قرارداد اعمال شود، اختلافی بروز کند. مالک صد و چهل و پنج هزار دلار به عنوان پرداختی کامل می‌پردازد، مبلغی که مورد قبول پیمانکار قرار می‌گیرد. اگر اختلافی بروز نکرده بود پیمانکار می‌توانست پنج هزار دلار باقیمانده را احیا کند. او عوضی در مقابل این هبه به‌دست نیاورده است، اما در اینجا چون مالک به خاطر پنج هزار دلار موصوف از دعوی خود صرف‌نظر کرده است، قرارداد واقعی و منافع دوجانبه تلقی می‌شود.

۱- رسیدگی به تناسب عوض قابل طرح در دادگاه نیست مگر اینکه

الف - اساساً عوضی در میان نباشد،

ب - در قضایای مربوط به انصاف، عدم تناسب فاحش عوض معلوم باشد.

۲- تناسب عوض همیشه می‌تواند قسمتی از بینه‌ای مبنی بر اصیل و حقیقی نبودن رضایت باشد. (برای مثال، نسبت به یک طرف قرارداد کلاهبرداری صورت گیرد، تحت الزام و اجبار واقع شود و غیره.)

۳- موضوعات مربوط به اداره مالیات بر درآمد داخلی: زمانی که تناسب عوض در کل در تعیین اعتبار قرارداد مؤثر نیست، عامل‌هایی از قبیل ادارات دارایی وقتی که قرارداد در

دست اقدام مشمول مالیات است، ارزش اسمی معامله صورت گرفته را مد نظر قرار می‌دهند. برای مثال، حتی اگر یک قرارداد از نظر حقوق قراردادها صحیح به نظر برسد، به آن معنا نیست که اداره دارایی آن را به دلیل درخواست شخص برای بهره‌مندی از تخفیف مالیاتی به دلیل ضرر شغلی یا دیگر کسورات یا افت اعتبارات خواهد پذیرفت. ادارات مالیاتی احتمالاً ارزش واقعی و عینی معامله را در نظر می‌گیرند.

چه موقع عوض موجود است؟

وجود عوض مستلزم وجود یک معامله مستحق جایگزین است: یک «زیان قانونی» (یا منفعت)، نه لزوماً یک زیان اقتصادی یا مادی یا منفعت بلکه هرگونه جایگزین قانونی مسئولیت‌ها (برای مثال، صرفنظر کردن از حق طرح دعوی) می‌تواند عوض محسوب گردد. دلایل متعددی برای فقدان عوض وجود دارد.

تعهدات صوری

تعهدات دوجانبه بایستی واقعی باشند. تعهد صوری، تعهدی واقعی نیست؛ در این موارد کسی که قول می‌دهد، انجام کار را منوط به میل و نیاز خود می‌کند.

مثال: تعهدات صوری

در یک توافق استخدامی که طی آن مستخدم با یک سال کار در مقابل دریافت ۲۵۰۰۰ دلار مشروط به نیاز کارفرما به خدمات او موافقت می‌کند؛ این توافق نمی‌تواند یک قرارداد واقعی باشد، زیرا که کارفرما هیچ تعهد واقعی نسبت به آن ندارد. توافقات حاصله برای خرید همه ملزومات یک شخص، یا فروش همه محصولات وی، اگر هیچ ملزومات یا محصولی مشخص نشده و مورد تأیید قرار نگرفته باشد، می‌تواند صوری تلقی شود. بنابراین اگر مالک یک خانه، ساختمان خود را با انرژی گازی گرم می‌کند و در فکر این است که آن را تبدیل به سوخت مایع کند، توافق به خرید همه ملزومات سوخت مایع از یک تهیه‌کننده مشخص می‌تواند صوری باشد؛ زیرا که اقلام و نوع ملزومات سوخت مایع مشخص نشده است.

انجام فعلی که شخص متعهد به انجام آن است

توافق بر سر انجام دادن یک تکلیف عوض تلقی نمی‌گردد. اگر شخصی قبلاً قراردادی منعقد کرده است، (اینک) انعقاد توافقی دیگر برای انجام همان قرارداد فاقد عوض است. خلبان خطوط هوایی که به یک مسافر ترسیده، در مقابل پیشنهاد ۱۰۰۰ دلار قول فرود سالم و ایمن را می‌دهد، پس از فرود نمی‌تواند جایزه را مدعی گردد؛ زیرا که وی از قبل به موجب قرارداد (شغلی) متعهد به فرود ایمن هواپیما گردیده است. به همین دلیل، یک پلیس به طور معمول در مقابل دستگیری یک جنایتکار مستحق جایزه نیست - او صرفاً وظیفه خود را انجام داده است که برای انجام آن وظیفه حقوق دریافت می‌نماید.

استثنائات وارد بر مقررات حاکم بر تکلیف از قبل موجود

۱- تغییر و اصلاح تعهدات هر دو طرف قرارداد؛ و

۲- فسخ و ابطال قرارداد قدیمی و انعقاد قرارداد جدید.

شق یک از بند دو ماده ۲۰۹ کد حقوقی متحدالشکل تجاری بیان می‌دارد: «توافق بر اصلاح یک قرارداد در چهارچوب این ماده در بردارنده تعهد بر عوض نیست» با این وجود مطابق بند یک ماده ۲۰۳ کد حقوقی منکور، هر قراردادی در بردارنده تعهد بر حسن نیت (طرفین) است. بنابراین، اصلاح و تغییرات نیز بایستی مبتنی بر حسن نیت باشد. این به معنی آن است که ورود به قرارداد به منظور اعمال تغییرات بعدی در آن مجاز نیست. (برای مثال: اصرار بر قیمت بالاتر نسبت به مورد توافق).

تعهدات اخلاقی

تعهد اخلاقی (چیزی که شخص ملزم به انجام آن است) ماهیت حقوقی ندارد؛ قابل سنجش نیست و جنبه تجاری نیز ندارد. توافق بر انجام تعهدات دیگران و توافق برای تأمین نیاز وابستگان تحت این عنوان قرار دارند. به‌علاوه، عشق و احساسات و موضوعاتی از این قبیل تأثیری بر قرارداد ندارند، اگرچه واجد ماهیت اخلاقی بالایی هستند.

در این قضایا عوضی ملاحظه نمی‌شود.

عوض موعده گذشته

عوض موعده گذشته چیزی است که بدون توقع دریافت عوض از طرف مقابل، انجام گرفته است. اگر طرف دوم بعد از انجام تعهد طرف اول خود را متعهد به جبران منافع حاصل اعلام کند، این تعهد معتبر نخواهد بود؛ زیرا که در قرارداد انجام یافته چنین منظوری وجود نداشته است.

مثال: عوض موعده گذشته

«سوزانای» شناگر «لاری لندلور» را که در حال غرق شدن است نجات می‌دهد و او در مقابل قول می‌دهد که به «سوزانا» ۵۰۰ دلار به خاطر عمل شجاعانه‌اش بپردازد. قول «لاری» یک تعهد قراردادی محسوب نمی‌شود؛ اگر چه عملی که به خاطر آن این قول داده شده است - نجات «لاری» توسط «سوزانا» - انجام گرفته و کامل شده است.

شمول مرور زمان

گاهی یک قرارداد مشمول مرور زمان قرار می‌گیرد (دیگر قابلیت طرح دعوی را ندارد). مدت مرور زمان از یک دولت به دولت دیگر متفاوت است؛ اما عموماً بین سه تا شش سال در نوسان است، به استثنای قراردادهای فروش که در چارچوب کد حقوقی - متحدالشکل قرار دارند (چهار سال). با این وجود توافق سال‌ها بعد، پس از اینکه تعهد اولیه برای پرداخت، الزامی بودن خود را از دست می‌دهد، برای پرداخت در یک قرارداد معتبر، مؤثر خواهد بود. عوض جدیدی لازم نیست؛ عوض قدیمی با تعهد جدید به پرداخت احیا می‌شود. بنابراین، قانون تعهداً استثنایی را بر اصل صوری بودن به وجود آورده است تا مفهوم انجام عادلانه یا انصاف، شمول مرور زمان را حمایت نماید.

قراردادهای مربوط به ملزومات و محصولات

عوض در قراردادهایی که از ابهام بیشتری متأثر هستند و برای خرید ملزومات و یا برای فروش محصولات تولید شده مورد استفاده قرار می‌گیرند، از سوی دادگاه مشخص می‌شود.

یک سازنده به طور مکرر توافق می‌کند تا ملزومات مورد نیاز خود را از منبع مشخصی خریداری کند یا همه تولید محصولات مشخصی را به یک مشتری معین بفروشد؛ حتی اگر کمیت مورد خرید یا فروش معین نباشد، این قراردادها در چهارچوب رویه قضایی مدرن، و به همان ترتیب کد حقوقی متحدالشکل تجاری مطلوب تلقی می‌شوند؛ مگر اینکه یک طرف قضیه با سوءنیت عمل کند یا تلاش کند که منافع دیگری را با حساب‌سازی یا کتمان حقایق در مورد ملزومات یا محصولات به نفع خود رقم بزند.

قراردادهای ملزومات و محصولات می‌بایست با یک تخمین کمیت مورد معامله همراه باشد. در اغلب موارد، معاملات (خرید و فروش) سریع بایستی دارای ثبت نیازمندی‌ها یا موجودی (تولید) باشند، به طوری که قصد انشاء قرارداد در فرآیند یک اختلاف را بتوان احراز کرد. اگر چنین ثبت اقلامی وجود نداشته باشد، بنا بر احتمال قرارداد صوری است که مفهوم آن عدم امکان تصریح بر تعهد خرید یا فروش است.

ایجاب الزام‌آور

عوض همچنین ممکن است در جایی که اعتماد کامل به وعده و قول طرف مقابل وجود دارد، احراز شود. این اعتماد موجب بروز اصل عدم استماع انکار پس از اقرار می‌گردد؛ که یک تمديد تعهد ناشی از دخالت اصول انصاف است و در حقوق مدرن در زمینه‌های مختلف ظاهر می‌گردد. کلمه «عموماً» شرایطی را توضیح می‌دهد که در متن آن شخص، به دلیل اقدامات خود، نمی‌تواند دفاع مشخصی را که در تضاد با اعمالش می‌باشد، ارائه کند.

ایجاب الزام‌آور زمانی اتفاق می‌افتد که یک تعهد بلاعوض ایجاد گردد، اما طرف مقابل ایجاب، با اعتماد به ایجاب غیرمعوض، قدم‌های معینی را بردارد، یا موفق به اقدام نگردد، به طوری که ضرر وی را در برداشته باشد. این کافی نیست که تعهد بلاعوض با مسامحه یا بی‌خیالی ایجاد گردد؛ قول‌دهنده (متعهد) باید بداند و به طور منطقی انتظار داشته باشد که طرف مقابل ایجاب بنابر اعتماد اقدام خواهد کرد. اعتماد غیرقابل توجیه به یک قول باعث

بروز ایجاب الزام‌آور نمی‌گردد.

مثال: ایجاب الزام‌آور

قول مساعد به دادن اعانه به یک کلیسا که به دنبال آن هزینه و فعل صورت گرفته از سوی کلیسا بنا بر اعتماد به قول متعهد تحقق می‌یابد؛ ممکن است یک قرارداد الزام‌آور را به وجود آورده باشد. اعتماد بایستی پیش‌بینی شود و به طور مطمئن منطقی باشد، حتی اگر این قول ساده به دادن اعانه به علت فقدان عوض قابلیت اجرایی نداشته باشد.

شما باید به خاطر داشته باشید:

عوض یعنی «چیزی در مقابل چیزی» - یک طرف قرارداد قول و تعهد می‌دهد که کاری را انجام دهد یا از انجام کاری خودداری کند؛ و طرف مقابل نیز متعهد می‌شود که در مقابل آن فعل یا ترک فعل چیزی با ارزش (مشخص) به او بدهد.

تعهدات دوجانبه بایستی واقعی باشد و نه صوری.

تعهد متعهد به انجام کاری که از قبل به انجام آن متعهد است (تکلیف از پیش موجود شخص) یا انجام یک تعهد اخلاقی عوض تلقی نمی‌شود.

معمولاً اصل بر این است که محکمه به موضوع بررسی تناسب عوض وارد نمی‌شود و

استثنا بر آن، زمانی است که پول کمی در مقابل مبلغ بیشتری عوض قرار می‌گیرد.

عوض موعد گذشته چیزی است که قبلاً و بدون انتظار پاداش انجام گرفته است. یک

قول بعدی برای جبران منافع به دست آمده در گذشته، تعهدآور نیست.

ایجاب الزام‌آور، تمدید تعهد مبتنی بر قانون انصاف، مستلزم این است که شخصی که

یک تعهد بلاعوض را به عهده گرفته است؛ وقتی که طرف قبول او به علت اعتماد قابل

توجیه به قول او، دچار خسران شده است؛ به تعهد خود ملزم بماند.

قانونی بودن موضوع (قرارداد)

قراردادهایی که مغایر قوانین عرفی و موضوعه و یا مخالف سیاست‌های کلی جامعه

باشند به طور اعم غیرقانونی هستند. این موضوع در فصل شش مورد بحث قرار گرفته

است.

مهر

در چهارچوب قوانین عرفی انگلیس عوض لازمه قرارداد نبود. برای متعهد شدن، لازم بود که قرارداد به صورت مکتوب و مهر کرده باشد. مهر به وسیله موم گرم شده در محل امضاء (قرارداد) یا در محل (درج متن مربوط به) اجرا بر قرارداد زده می شد. بعدها، که استفاده از موم متروک گردید، کلمه «مهر»، Locus Sigilli (محل مهر)، یا علامت اختصاری آن L.S. جایگزین گردید. چنین قراردادهای مهر شده‌ای مستلزم (تعیین) عوض نبودند و قوانین کشورها شمول مرور زمان بر این توافقات را تعمیم دادند. رویه‌های محاکم جدید و همین‌طور مقررات کد حقوق متحدالشکل تجاری، استفاده از مهر به عنوان (نشانه وجود) عوض را منتفی کرده‌اند، اما بسیاری از دولت‌ها هنوز استفاده از مهر برای تعمیم شمول مرور زمان را مجاز می‌دانند. با این وجود، مهر سردفتری، مهر شرکت، مهر شخصی (شامل مهر و علامت اختصاری به جای آن) هنوز برای برخی اسناد رسمی لازم هستند (برای مثال، اسناد مالکیت غیرمنقول).

آگاهی بر مفاهیم

آیا اصول پایه را می‌شناسید؟

- ۱- در چه شرایطی رجوع به یک سند نوشته به عنوان یک قرارداد ناصحیح است.
- ۲- شما چگونه
 - الف - یک قرارداد آشکار،
 - ب - یک قرارداد در واقع ضمنی،
 - ج - یک شبه قرارداد، را اثبات می‌کنید؟
- ۳- چرا یک دادخواهی مبتنی بر قرارداد ضمنی برای تحصیل خسارات بیشتر و رأی قوی‌تر محتمل‌تر از دادخواهی مبتنی بر یک شبه قرارداد است؟
- ۴- چگونه طرف قبول یک ایجاب یک‌جانبه می‌تواند آن را به یک قرارداد دوجانبه

تبدیل کند؟ چه موقع می‌بایست چنین اقدامی را صورت دهد؟

۵- چه موقع یک تبلیغات (آگهی تبلیغاتی) یک ایجاب محسوب می‌شود.

۶- سه استثناء وارد بر مقررات مربوط به اینکه یک ایجاب می‌تواند در هر موقع قبل

از اعلام قبولی (طرف قبول) فسخ گردد، کدامند؟

۷- تأثیر قبولی مشروط چیست؟

۸- معنای عبارت «تناسب عوض» چیست؟

۹- ارکان ضروری «عوض» کدامها هستند؟

۱۰- عوض برای ایجاب در یک قرارداد یک‌جانبه چیست؟

موضوع‌های مناسب برای مطالعه بیشتر

قبولی (اعلام قبولی)،	عقد خیار
توافق‌نامه،	عوض موعده گذشته
قرارداد دوجانبه،	ایجاب الزام‌آور
عوض،	شبه قرارداد
قرارداد،	مهر
ایجاب متقابل،	مرور زمان
قرارداد اجرا شده،	قرارداد غیرقابل اجرا
قرارداد در حال اجرا،	قرارداد یک‌جانبه
قرارداد صریح (آشکار)	قرارداد معتبر
قرارداد در واقع ضمنی	قرارداد باطل
مذاکره	قرارداد قابل ابطال
ایجاب	

نمونه عملی

۱- شما وارد یک رستوران گران‌قیمت می‌شوید و میهماندار شما را بر سر میزی

راهنمایی می‌کند. یک خدمت‌کار برای شما بشقاب، چاقو و چنگال و دستمال سینه و دیگر ملزومات میز شام را می‌چیند که در میان آنها نان و کره هم وجود دارد و شما کمی از آن را میل می‌کنید. وقتی که لیست غذاها را می‌بینید، متوجه می‌شوید که قیمت‌ها از آنچه شما تصور می‌کردید بسیار بیشتر است. پس اعلام می‌کنید که نمی‌خواهید غذا سفارش دهید. در این صورت، چه نوع قراردادی (تعهدی) بین شما وجود خواهد داشت؟

۲- در مسئله اول، شما لیست غذاها را مطالعه و سپس سفارش می‌دهید، هیچ چیزی در مورد موافقت به پرداخت از سوی شما بیان نمی‌شود، آیا قراردادی در این شرایط به وجود آمده است؟

۳- در مسئله اول، جمله پایانی در انتهای لیست غذا وجود دارد: «۱۵ درصد تخفیف برای ۲۵ دلار پرداختی وجود دارد.» تأثیر این جمله چیست، با در نظر گرفتن این نکته که شما بدون دیدن این عبارت غذا را سفارش داده‌اید؟

۴- شما نامه‌ای از شرکت جنرال موس دریافت می‌کنید که طی آن پیشنهادی به شما داده شده است و آورده است که: «... ما به شما در ازای خدمات‌تان ۵ هزار دلار برای اولین سال کاری پرداخت خواهیم کرد.» شما پاسخ می‌دهید که، «پیشنهاد شما را می‌پسندم و آن را در مقابل ۵۵۰۰ دلار می‌پذیرم.» در مقابل پاسخی دریافت نمی‌کنید، بنابراین پس از گذشت ۱۰ روز شما مکاتبه کرده و اعلام می‌کنید: «من پیشنهاد ۵۰۰۰ دلار شما را می‌پذیرم.» آیا قراردادی وجود دارد؟ فرض کنید که هیچ پاسخی برای نامه دوم‌تان دریافت نکنید؛ نتیجه چیست؟

۵- اگر یک کشاورز به صورت مکتوب با پرداخت ۱۰۰ دلار در ماه به همسرش برای نگهداری حساب‌ها و انجام امور روزمره مزرعه و با ذکر این نکته «همان‌طور که همیشه انجام داده‌ای» موافقت کند، آیا یک قرارداد قابل اجرا در این میان به وجود آمده است؟

پاسخ‌ها

آگاهی بر مفاهیم

- ۱- قرارداد یک شرایط و وضعیت ذهنی است که در یک سند نوشته بیان می‌شود. سند نوشته صرفاً بینه‌ای است از وضعیت ذهنی.
- ۲- الف - یک قرارداد صریح باید به سهولت قابل اثبات باشد، زیرا که در قالب کلمات و به طور اعم به زبان (متبوع) قرارداد بیان می‌گردد.
ب - قرارداد در واقع ضمنی در لابه‌لای واقعیت‌های قضیه مطرح، نهفته است. این واقعیت‌ها دلیل ناشی از اوضاع و احوال را در بر دارند، (مثل اعمال طرفین قرارداد و کلمات رد و بدل شده بین آنها، اگر وجود داشته باشد. همه اینها با هم یک فرد منطقی را به باور اینکه در این میان قرارداد و توافقی وجود دارد، راهنمایی می‌کند.
- ج - یک شبه قرارداد یا قرارداد ناشی از قانون متضمن دلایل حاکی از دارا شدن بلاوجه است. که این یعنی، دلیل کسب منفعت برای یک شخص تحت شرایط مستلزم پرداخت در مقابل منفعت مزبور. یک شبه قرارداد به طور اعم دربردارنده منافع تحمیل شده به یک فرد است - که ممکن است خواهان آن باشد یا نباشد.
- ۳- قرارداد ضمنی مربوط است به بهاء نرخ خدمات انجام گرفته، در جایی که شبه‌قرارداد مربوط است به بهاء جاری چنین خدماتی در بازار. در فرضی که نرخ‌های معمول بالاتر از بهاء خدمات در بازار است، قرارداد ضمنی قابل ترجیح است.
- ۴- اگر ایجاب، پیشنهاد خرید کالاهایی است که باید با کشتی ارسال شود، طرف قبول ایجاب یک‌جانبه می‌تواند بگوید، «من ایجاب شما را می‌پذیرم و بنابراین با انجام خدمات مورد تقاضا موافقم.» این کار باید قبل از اینکه پولی پرداخت شود و اقدامی انجام گیرد، صورت پذیرد.
- ۵- آگاهی تبلیغاتی فقط زمانی که مشخص و خطاب به جمعیت قابل شناسایی از اشخاص یا گروه‌ها باشد، ایجاب محسوب می‌گردد.

- ۶- قرارداد یا عقد خیار، قرارداد یک‌جانبه‌ای است که اعمال قابل ملاحظه‌ای در ارتباط با آن انجام گرفته و استثناء مندرج در کد حقوق متحدالشکل تجاری با موافقت مستحکم یک بازرگان به باز نگه داشتن ایجاب برای دوره معین شده در آن یا اگر دوره‌ای معین نشده، برای یک مدت معقول (که در هر حال بیش از سه ماه نیست) مرتبط است.
- ۷- یک قبولی مشروط خود یک ایجاب متقابل است و رد ایجاب اولیه تلقی می‌شود.
- ۸- در «تناسب عوض» زمانی که با «عوض» پیشنهادی طرف مقابل مقایسه می‌شود، این ارزش یا اعتبار آن است که محک زده می‌شود و موضوعیت پیدا می‌کند. به طور معمول، محاکم ارزش یا اعتبار عوض را مورد بررسی و رسیدگی قرار نمی‌دهند.
- ۹- همه قراردادهای مستلزم «چیزی در مقابل چیزی دیگر» هستند و این بدان معنی است که قرارداد نمی‌تواند مثل یک خیابان یک طرفه باشد. لذا در هر دو طرف باید عوض وجود داشته باشد.
- ۱۰- در یک قرارداد یک‌جانبه، عوض موجود در مقابل ایجاب، اقدام به عملی است که مورد تقاضا بوده است.

کاربرد عملی

- ۱- برای غذایی که شما میل کرده‌اید یک شبهه قرارداد وجود دارد؛ ارزش غذا باید موضوع بحث باشد. همچنین می‌تواند طرح شود، از زمانی که شما وارد رستوران می‌شوید و از نوع سازماندهی که نشان می‌دهد باید باشد، مطلع می‌شوید، یک قرارداد ضمنی یک‌جانبه برای بهاء غذا به وجود می‌آید. با این وجود، یک ایجاب یک طرفه می‌تواند قبل از اعلام قبولی در صورتی که اقدام قابل ملاحظه‌ای (از سوی طرف قبول) صورت نگرفته باشد، فسخ گردد. علی‌ایحال، برخی محاکم بر این عقیده‌اند که شروع آشکار به عمل در حکم اعلام قبولی است.
- ۲- بلی، سفارش غذا از داخل لیست، یک قرارداد «در واقع ضمنی» را به وجود می‌آورد که مستلزم پرداخت قیمت مندرج در آن است.

۳- در مورد اختلاف بین موارد پنهان از دید و زبان قرارداد صریح که موارد پنهان از دید را نقض می‌کند، این موارد را می‌توان کنار گذاشت. در این قضایا موارد پنهان از دید انکار نمی‌شود بلکه به جزئی از قرارداد تبدیل می‌گردد. اگر موارد پنهان از دید در شرایطی ناخوانا و دور از دید چشم است، می‌توان استناد کرد که جزئی از توافق نیست و در نتیجه جزئی از تعهد قراردادی نیست. این واقعیت که شما موارد مذکور را ندیده‌اید اگر توسط افراد معقول دیده شود، عذر موجهی برای مبری ساختن شما از تعهد نیست.

۴- پاسخ شما ممکن است به عنوان یک ایجاب متقابل و رد ایجاب اولیه تلقی شود. بنابراین تلاش مکتوب بعدی شما برای قبول ایجاب رد شده، موجد قرارداد برای شغلی با پیشنهاد ۵۰۰۰۰ دلار در سال نخواهد بود. با این وجود، شکست ایجاب اولیه به پاسخ ممکن است یک شخص منطقی را به این اعتقاد که شرکت جنرال موس پاسخ دوم را پذیرفته است، دلالت کند.

به طور معمول، سکوت قبولی محسوب نمی‌شود، اما در اینجا استثنائاتی به این روال وجود دارد، که یکی از آنها اوضاع و احوال به وجود آورنده تکلیف به صحبت است. چنین تکلیفی ممکن است وقتی به وجود آید که طرف اول باب معامله را با پیشنهاد اولیه باز کند و شرکت جنرال موس نیز باید اینک نوعی از پاسخ را فراهم نماید. این سؤال بحث را در جبهه موافق و مخالف برمی‌انگیزد.

۵- اگر شخصی بپذیرد، آنچه را که قبلاً وظیفه بر انجامش داشته، انجام دهد؛ عوضی برای آن متصور نیست. اینکه آیا همسر مزبور وظیفه‌ای به نگهداری حساب‌ها و انجام امور روزمره دارد سؤال اصلی در این قضیه است. این عامل که او همیشه کارها را بدون دستمزد و یا به عنوان قسمتی از وظایف و مسئولیت‌های همسری‌اش انجام داده است، ما را به این نتیجه می‌رساند که چنین وظیفه‌ای وجود دارد و قرارداد جدید قابل اجرا نیست.

استرداد حق الثبت

صابر ناظمی^۱

ماده ۵۶ آیین نامه دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۱۷ می گوید:

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

مبنای اخذ و استرداد حق الثبت در دفاتر اسناد رسمی ماده استنادی فوق بود تا اینکه ماده ۱۵۱ اصلاحی قانون ثبت مصوب ۱۳۵۱/۱۰/۱۸ تصویب شد. وفق ماده اخیر «حق الثبت املاک و حقوق اجرایی و هزینه تفکیک و حق الثبت اسناد رسمی و سایر درآمدهای ثبتی به حساب بانکی که از طرف ثبت کل اسناد و املاک تعیین می شود پرداخت می گردد و رویه الصاق تمبر در این موارد ملغی است». متعاقب آن طبق ماده ۴ آیین نامه راجع به الغای رویه الصاق و ابطال تمبر مصوب ۵۲/۲/۱۶ وزارت محترم

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

دادگستری مقرر گردید: «در مورد درآمدهای ثبتی که به وسیله دفاتر اسناد رسمی و واحدهای ثبتی وصول می‌گردد سازمان ثبت می‌تواند در نقاطی که لازم بداند ترتیبی اتخاذ کند که وجوه مذکور مستقیماً به وسیله اشخاص ذی‌نفع به بانک ملی تحویل و با تسلیم فیش آن نسبت به انجام معامله یا امور ثبتی متقاضی اقدام گردد».

سازمان محترم ثبت اسناد و املاک کشور نیز در راستای مستندات فوق‌الذکر و نیز به منظور اجرایی شدن ماده ۵۲ قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۵۴ ترتیب وصول و ایصال حق‌الثبت اسناد موضوع ماده ۱۲۳ اصلاحی قانون ثبت و تبصره ۹۰ قانون بودجه ۱۳۶۲ و تبصره ۳۳ قانون بودجه سال ۱۳۶۸ کل کشور را از تاریخ ۱۳۶۹/۵/۱ طی بخشنامه و دستورالعملی به شرح مواد ذیل به ادارات کل ثبت ابلاغ نمود:

بخش‌نامه شماره ۱۰/۳۴۷۲ مورخ ۶۹/۳/۲۸

بسمه تعالی

...

۱ - هنگام مراجعه اصحاب معامله به دفاتر اسناد رسمی برای تنظیم سند پس از ملاحظه و کنترل مدارک و ضمایم و مستندات و حصول اطمینان از عدم اشکال قانونی برای ثبت سند نسبت به محاسبه دقیق میزان حق‌الثبت متعلقه وفق ماده ۱۲۳ اصلاحی قانون ثبت و اصلاحات بعدی آن و مفاد تبصره ۳۳ قانون بودجه سال ۱۳۶۸ کل کشور اقدام و مبلغ (حقوق دولتی) قانونی را تعیین و همراه با مشخصات لازم و شماره حساب مربوطه در فیش بانکی که به همین منظور تهیه و در اختیار دفاتر اسناد رسمی قرار خواهد گرفت به طور واضح و خوانا قید نموده و پس از مهر و امضاء مسئول دفترخانه به متقاضی تسلیم دارند و تأکید گردد پس از پرداخت وجه فوراً فیش پرداختی را به دفترخانه تحویل نمایند.

۲ - دفاتر اسناد رسمی پس از اخذ رسید بانکی و کنترل مبلغ و شماره حساب آن با رعایت کامل سایر مقررات نسبت به تنظیم و ثبت سند مربوطه اقدام و شماره فیش بانکی

و مبلغ حق‌الثبت را در متن سند و ثبت قید نمایند.

۳ - لازم است در پایان هر ماه فهرست کلیه فیش‌های بانکی مربوط به وجوه حق‌الثبت دولتی پرداخت شده همان ماه مطابق فرم صورت‌حساب درآمد که متعاقباً همراه فیش بانکی ارسال می‌شود توسط دفترخانه در دو نسخه تنظیم و در تهران به اداره کل امور مالی و ذی‌حسابی سازمان ثبت و در شهرستان‌ها همراه با اصل فیش‌های مزبور به ادارات ثبت محل تسلیم خواهد شد تا پس از رسیدگی و تطبیق و تأیید نسخه دوم صورت‌حساب درآمد را گواهی و جهت ضبط به دفترخانه مربوطه مسترد دارند.

۴ - دفاتر اسناد رسمی موظفند عواید وصولی تا پایان تیرماه را تماماً برابر رویه گذشته به حساب‌های مربوطه واریز و تسویه حساب نمایند و از اول مرداد ماه به بعد حسب این بخشنامه اقدام و ترتیبی اتخاذ نمایند که اقلام مندرج در صورت‌حساب درآمد ماهیانه دفترخانه نشانگر عواید وصولی همان ماه باشد و با فیش‌های بانکی همان ماه مطابقت نماید.

۵ - هرگاه قبل از تنظیم سند و ثبت آن طرفین معامله از انجام معامله منصرف شوند سردفتر یا قائم‌مقام قانونی وی باید تقاضای استرداد و نسخه مخصوص پرداخت کننده فیش بانکی و گواهی لازم مبنی بر عدم انجام معامله و ثبت سند را به اداره ثبت محل و یا اداره کل امور مالی در تهران ارسال دارند تا با توجه به مقررات مربوطه نسبت به استرداد وجوه پرداختی به ذی‌نفع اقدام گردد.

۶ - هرگاه اشتباهی در محاسبه و تعیین میزان حق‌الثبت اسناد از لحاظ کسر و یا افزایش مبلغ قانونی آن رخ دهد مسئولیت آن به عهده سردفتر یا قائم‌مقام قانونی وی خواهد بود و بایستی برابر مقررات جبران نماید.

۷ - به منظور تسهیل و تسریع در امور مراجعین اجازه داده می‌شود فعلاً وصول حق‌الثبت اسناد مربوطه به اقرار نامه، فسخ‌نامه، اقاله، تقسیم‌نامه، گواهی امضاء و اسنادی که تعیین قیمت موضوع آنها ممکن نباشد کما فی‌السابق طبق رویه جاری عمل نمایند.

۸- از تاریخ اجرای این بخش‌نامه به جز موارد ذکر شده در بند ۷ جهت تنظیم و ثبت اسناد به جز حق‌التحریر و بهای اوراق وجه دیگری از اصحاب معامله نقداً دریافت نخواهد شد و دفاتر موظفند رسید حق‌التحریر دریافتی را به مهر و امضاء مسئول دفترخانه رسیده و ممهور شده باشد کما فی‌السابق به ذی‌نفع تسلیم و شماره و تاریخ قبض حق‌التحریر و مبلغ دریافتی را در سند و ثبت قید نمایند...

همان گونه که ملاحظه می‌شود در مسیر تنظیم قوانین و مقررات راجع به وصول حق‌الثبت و ایصال آن که فوقاً به اجمال به آنها اشاره شد دو مستند به چشم می‌خورد که شائبه عدم امکان استرداد حق‌الثبت را پس از تنظیم سند و ثبت آن در دفتر تقویت می‌کند:

۱- ماده ۵۶ آیین‌نامه دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۱۷ که بالصراحه اعلام داشته است در صورتی که معامله در دفتر ثبت شده باشد حق‌الثبت مأخوذه مسترد نخواهد شد و باید معادل حق‌الثبت تمبر به سند الصاق و باطل شود.

۲- بخشنامه و یا دستورالعمل شماره ۱۰/۳۴۷۲ - ۶۹/۳/۲۸ سازمان محترم ثبت اسناد و املاک کشور که گرچه صراحتاً بر عدم امکان استرداد حق‌الثبت پس از تنظیم و ثبت سند در دفتر دلالتی ندارد لیکن از فحوا و مفهوم بند ۵ بخشنامه یاد شده به خوبی مستفاد است که واضعین آن بر ماده ۵۶ آیین‌نامه مورد بحث تأکید دارند، زیرا در بند مذکور آمده است:

هرگاه قبل از تنظیم سند و ثبت آن طرفین معامله از انجام معامله منصرف شوند سردفتر باید الف - تقاضای استرداد ب - نسخه مخصوص پرداخت کننده فیش بانکی و ج - گواهی مبنی بر عدم انجام معامله و ثبت سند را به اداره ثبت ارسال نمایند. به عبارت دیگر یکی از شرایط استرداد حق‌الثبت به ذی‌نفع گواهی دفترخانه مشعر بر عدم انجام معامله و ثبت سند در دفتر خواهد بود.

اکنون سؤال اساسی که نگارنده در پی یافتن پاسخ آن است، این است که چرا حق‌الثبت پس از ثبت سند در دفتر و علی‌رغم انصراف متعاملین از امضای آن قابل استرداد نیست؟

استناد به ماده ۵۶ آیین‌نامه مورد نزاع به تنهایی برای پاسخ دادن به سؤال عنوان شده به دلایل ذیل کافی به نظر می‌رسد:

۱ - وفق ماده ۱۵۱ اصلاحی قانون ثبت رویه الصاق تمبر در خصوص حق‌الثبت ملغی گردیده و حق‌الثبت باید به حساب بانکی که از طرف ثبت کل تعیین می‌شود واریز شود و ماده ۵۲ قانون دفاتر اسناد رسمی نیز در راستای ماده ۱۵۱ مذکور مقرر نموده که حقوق عمومی باید در برگ مخصوصی که از طرف سازمان ثبت تهیه و در اختیار دفاتر قرار خواهد گرفت به حساب یا حساب‌های معینی واریز و پرداخت شود. بنابراین از آنجایی که قبل از تصویب قوانین مورد استناد و برابر ماده ۵۶ آیین‌نامه دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۱۷ سردفتر مکلف بود پس از تنظیم سند و ثبت آن در دفتر معادل حق‌الثبت تمبر به سند الصاق و باطل نماید در صورت انصراف متعاملین به دلیل ابطال تمبر قانونی بابت حق‌الثبت، استرداد حق‌الثبت عملاً متعذر و غیرممکن بود، اما با تصویب مواد ۱۵۱ الحاقی قانون ثبت و ۵۲ قانون دفاتر اسناد رسمی نه تنها ماده ۵۶ آیین‌نامه موصوف منسوخ و غیرقابل استناد به نظر می‌رسد بلکه تمسک به آن برای توجیه غیرقابل استرداد بودن حق‌الثبت پس از تنظیم سند و ثبت آن در دفتر عقلاً و منطقاً غیرقابل دفاع بوده و از جایگاه حقوقی و قانونی لازم برخوردار نخواهد بود.

۲ - هدف مقنن از برقراری حق‌الثبت در تنظیم و ثبت اسناد در دفاتر اسناد رسمی به دلیل جایگاه اسناد رسمی و حمایتی است که از این گونه اسناد می‌نماید از جمله آنکه وفق ماده ۷۰ قانون ثبت «سندی که مطابق قوانین به ثبت رسیده و رسمی است تمام محتویات و امضاهای مندرجه در آن معتبر خواهد بود مگر اینکه مجعولیت آن ثابت شود انکار مندرجات اسناد رسمی راجع به اخذ تمام یا قسمتی از وجه یا مال و یا تعهد به تأدیه وجه یا تسلیم مال مسموع نیست...» و یا طبق ماده ۷۳ همان قانون «قضات یا مأمورین دولتی که از اعتبار دادن به اسناد ثبت شده استنکاف نمایند در محکمه انتظامی یا اداری تعقیب می‌شوند...» همچنین برابر ماده ۱۲۹۲ قانون مدنی «در مقابل اسناد رسمی یا اسنادی که

اعتبار اسناد رسمی را دارد انکار و تردید مسموع نیست و طرف می‌تواند ادعای جعلیت به اسناد مزبور کند یا ثابت کند که اسناد مزبور به جمعیتی از جهات قانونی از اعتبار افتاده است.» و مهمتر از همه، برابر ماده ۹۲ و ۹۳ قانون ثبت مدلول کلیه اسناد رسمی راجع به دیون و سایر اموال منقول و کلیه اسناد رسمی راجع به معاملات املاک ثبت شده مستقلاً و بدون مراجعه به محاکم لازم الاجرا است.

اما نسبت به اسنادی که صرفاً در دفتر اسناد رسمی ثبت شده و به امضاء متعاملین نرسیده نه تنها قانون هیچ حمایتی نمی‌کند بلکه اطلاق سند به اینگونه نوشته‌های فاقد امضاء متعاملین و سردفتر نیز محل تأمل است، چه آنکه سند نوشته‌ای است که در مقام دعوی یا دفاع از آن قابل استناد باشد (ماده ۱۲۸۴ قانون مدنی) آیا نوشته بدون امضاء قابلیت استناد دارد؟ پس چگونه می‌توان عدم استرداد حق الثبت را نسبت به نوشته‌ای که نه قابلیت استناد دارد و نه از کوچک‌ترین حمایت قانونی و ضمانت اجرایی برخوردار است و در بعضی از موارد بالغ بر میلیون‌ها ریال می‌شود، توجیه نمود؟

مقارن تکمیل مراحل چاپ این مقاله در مجله کانون، بخشنامه شماره ۱/۳۴/۷۰۹۶ مورخ ۸۷/۲/۲۲ سازمان محترم ثبت اسناد و املاک کشور واصل گردید که ذیلاً ضمن درج عین بخشنامه توضیحی اجمالی نسبت به آن اضافه می‌گردد:

«نظر به ماده ۷۰ قانون ثبت که مقرر می‌دارد «سندی که مطابق قوانین و مقررات به ثبت رسیده رسمی است» ثبت سند مفید معنی ورود سند در دفتر سردفتر و امضاء آن از ناحیه متعاملین، سردفتر و دفتریار می‌باشد. براین اساس ثبت سند معامله در دفتر سردفتر موضوع قسمت اخیر ماده ۵۶ آیین‌نامه قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۱۷ فقط ناظر به موردی است که سند در دفتر ثبت و به امضاء متعاملین رسیده باشد، لذا استرداد حق الثبت بعد از ورود سند در دفتر سردفتر و قبل از امضاء توسط متعاملین از شمول ممنوعیت قسمت اخیر ماده ۵۶ فوق‌الذکر خارج است.»

اگرچه بخشنامه مزبور در نتیجه پاسخ مثبتی است به سؤال و هدف اصلی این نوشتار،

لیکن به عقیده نگارنده، در مقدمه و استدلال از استحکام لازم برخوردار نیست چرا که عدم امکان استرداد حق‌الثبت بعد از ورود سند در دفتر سردفتر و پس از امضای متعاملین محتاج به بیان نبوده است تا بر این عقیده باشیم که ماده ۵۶ آیین‌نامه در مقام بیان آن برآمده است، به عبارت آخری، وفق ماده استنادی استرداد حق‌الثبت زمانی قابل طرح و اقامه است که متعاملین قصد انصراف از معامله را داشته باشند و این انصراف ممکن است یا قبل از ورود سند در دفتر و یا پس از ورود و قبل از امضاء متعاملین اعلام شود در نتیجه پس از ورود سند در دفتر و امضاء آن توسط متعاملین امکان انصراف از انجام معامله و به تبع آن استرداد حق‌الثبت مأخوذه بدهتاً وجود نخواهد داشت.

نگاهی به مبحث تصرف

محمد علمی^۱

ماده ۳۵ قانون مدنی تصرف را دلیل مالکیت دانسته مگر اینکه خلاف آن ثابت شود و ماده ۳۶ همان قانون، تصرفی را که ثابت شود ناشی از سبب مملک نبوده معتبر نمی‌داند. سابقه اماره مذکور را باید در حقوق اسلام جستجو کرد. مواد فوق‌الذکر از فقه اسلام گرفته شده است. فقها در کتب خود از اماره تصرف به عنوان (قاعده ید) یاد کرده و اکثر آنها این قاعده را از مهمترین قواعد فقهی می‌دانند و در مورد اموال منقول تصرف در حکم سند دانسته شده است. از امیرالمؤمنین علی (ع) در مورد تقسیم اثار خانه هنگامی که زن پیش از مرد زندگی را بدرود گوید و یا اینکه مرد قبل از آن وفات یابد پرسش می‌شود، ایشان پاسخ می‌دهند آنچه که ویژه زنان است از آن زن می‌باشد و متاعی که به کار مرد و زن هر دو آید میان آنها مشترک است و اضافه می‌نماید کسی که بر مال متولی باشد آن مال به او تعلق دارد.

در قانون مدنی ایران تعریفی از تصرف به دست نمی‌آید ولی از آنجا که قانون مدنی ایران از فقه شیعه الهام گرفته، اکثر فقها ید تصرف را سلطه عرفی و استیلا بر شیء می‌دانند که برحسب موارد به طرزى که بتوان گفت آن را تحت اختیار و تصرف دارد به صور گوناگون به خود می‌گیرد مانند پولی که در کیسه و یا جیب و لباسی که بر تن و یا

فرشی که زیرپا و کلاهی که بر سر دارد.^۱ به طوری که ملاحظه می‌شود عامل عرف در تعریف فوق نقش بسزایی برعهده دارد.

با توجه به این سابقه به خوبی درمی‌یابیم که چرا می‌توان گفت که قانون مدنی تصرف را به طور روشن تعریف نکرده و تشخیص آن را بر عهده عرف گذارده است. اساتید حقوق مدنی ما با توجه به مواردی که در قوانین مدنی و آیین‌نامه‌های مربوطه درباره تصرف وجود دارد با نظر گرفتن آثار حقوقی آن درصدد تعریف تصرف برآمده‌اند. استاد کاتوزیان چنین می‌نویسد:

«تصرف عبارت است از تسلط و اقتداری عرفی که انسان در مقام اعمال حق خود بر مالی دارد این اقتدار برحسب موارد جلوه‌های خارجی گوناگون دارد ولی در هر حال باید طوری باشد که عرف متصرف را به عنوان صاحب حق و مالک بر مال متولی بداند».^۲

و شادروان استاد دکتر احمد متین دفتری تصرف را چنین بیان می‌کند:

«تصرف عبارت است از سلطه (استیلا) معنوی و مادی که انسان بالمباشره یا به واسطه سلطه در مقام اعمال حق مالکیت یا سایر حقوق عینی در یک شیء مادی دارد».^۳

همان طور که گفته شد قانون مدنی ما اوصاف تصرف را به طور روشن و صریح و کامل بیان ننموده زیرا در قانون مدنی تنها ماده ۳۶ است که می‌گوید تصرفی که ثابت شود ناشی از سبب مملک یا ناقل قانونی نبوده معتبر نخواهد بود و عدم صراحت در این امر موجب آن گردیده که گاهی به هنگام بیان شرایط اعتبار تصرف میان عناصر تشکیل دهنده و اوصاف آن باید تفاوتی گذاشته شود. به هر حال به موجب ماده ۳۵ قانون مدنی (تصرف به عنوان مالکیت دلیل مالکیت است) و از آنجا که این اماره درباره آنچه که می‌تواند مورد تصرف قرار گیرد صدق می‌کند و رابطه نزدیکی میان قلمرو و دامنه تصرف با حدود اعمال قاعده ید موجود است، شاید منطقی‌تر آن باشد که ابتدا قلمرو و دامنه تصرف را تعیین و روشن سازیم و آنگاه در جای خود بگوییم که از اماره تصرف می‌توان در مورد

۱. نراقی، فاضل و طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم.

۲. نراقی، فاضل.

۳. کاتوزیان، امیرناصر، حقوق مدنی، جلد اول.

آنچه که داخل این قلمرو قرار گرفته استفاده کرد مع‌هذا ترجیح می‌دهیم که برای جلوگیری از یکی از مطالب هر دو آنها را به هنگام صحبت از اعمال قاعده ید یکجا مورد بحث قرار دهیم. اساتید حقوق مدنی این روش را در پیش گرفته‌اند و بدین ترتیب پیروی از آنها رویه گردیده است.

به هر حال تصرف برای متصرف امتیازاتی را دربردارد.

هرگاه متصرفی مدعی مالکیت باشد در عرف و قانون مالک شناخته می‌شود مگر آنکه خلاف آن ثابت شود و عموماً کسی که مالی را به عنوان مالکیت در تصرف دارد هرگونه که بخواهد در آن عمل می‌کند.

در جامعه منظم کسی نمی‌تواند به عنوان مالکیت مال دیگری را علناً متصرف شود و ادعای مالکیت نماید و مالک هم سکوت اختیار کرده و به مقامات قضایی مراجعه ننماید و این فرض حقوقی از نظر حفظ نظم جامعه است و هرکس ادعایی نسبت به مال مورد تصرف دیگری دارد می‌تواند به دادگاه مراجعه نموده و بر علیه متصرف اقامه دعوی نماید^۱ در بعضی موارد باید به طور قطعی تصرف بر مالکیت ترجیح داده شود زیرا به سبب طول زمان تصرف و با فعل و انفعالاتی که بر روی مال متصرف انجام گرفته از لحاظ صلح و آرامش عمومی برقرار شده قبول یک عمل انجام شده است در اینجا باید گفت که در این مورد علاوه بر حفظ نظم عمومی ملاحظات مبتنی بر منافع اقتصادی و لزوم امنیت در دادوستدها نیز اثر دارد.

اکثر فقهاء در کتب حقوقی آثار تصرف را در مورد مقام دعوی و دیگر اثر تصرف حمایتی و در مرحله آخر تصرف در مورد احیاء اراضی که در مقام دعوی تصرف اثر اثباتی دارد بدین معنی که مطابق ماده ۳۵ یاد شده اماره بر دارا بودن حق مالکیت و یا سایر حقوق عینی است^۲ و اثر دیگر تصرف حمایتی است که مقنن از آن در برابر تعدی و تجاوز و مزاحمت اشخاص ثالث به عمل می‌آورد، در این موارد در قوانین به عنوان تصرف عدوانی و رفع مزاحمت و ممانعت از حق طرح گردیده و در مورد احیاء اراضی موات و حیازت مباحات را

۱. همان.

۲. متین دفتری، احمد، *آیین دادرسی مدنی*.

منشأ آثار مالکیت دانسته و تحت شرایط معینی برای متصرف موجب حق مالکیت دانسته است. به هر حال همان طور که بیان شد ماده ۳۵ قانون مدنی می‌گوید تصرف به عنوان مالکیت دلیل مالکیت است مگر اینکه خلاف آن ثابت شود در ماده ۱۳۲۳ همین قانون آمده است: «امارات قانونی در کلیه دعاوی (اگرچه از دعاوی باشد که به شهادت شهود قابل اثبات نیست) معتبر است مگر اینکه دلیل برخلاف آن موجود باشد» بدین ترتیب اماره مندرج در ماده ۳۵ غیرقابل رد نبوده و به ثبوت رسانیدن خلاف آن جایز است. در تأیید همین ماده است که ماده ۳۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد:

«تصرفی که ثابت شود ناشی از سبب مملک است یا ناقل قانونی نبوده، معتبر نخواهد

بود».

مرحوم دکتر سیدحسن امامی می‌گوید: اگر کسی بخواهد با استفاده از این مجوزات قانونی خلاف اماره تصرف را ثابت کند بدیهی است که بار اقامه دلیل برای اثبات ادعای خویش را باید بر دوش بکشد و اصولاً کسی که متصرف مالی باشد تصرف او به عنوان مالکیت شناخته می‌شود و دیگری که مدعی است تصرفات متصرف به عنوان غارس و زارعانه بوده بایستی مراتب را ثابت نماید.

هنگامی که مدعی می‌خواهد ثابت نماید که مال متعلق به وی را متصرف غصب نموده مال از طرف او مثلاً به عنوان وکالت و دیعه، عاریه و اجاره به دست متصرف کنونی داده شده با اثبات ادعای خود می‌تواند براساس ماده ۱۲۸۵ قانون مدنی تمسک نماید.^۱ و با اقرار و با اسناد کتبی و شهادت - امارات و قسم ادعای خود را به اثبات برساند. بنابراین باید توجه داشت صرف تصرف و مالکیت سابقه را نمی‌توان دلیل حقانیت دانست و تصرف متصرف دلیل مالکیت است مگر آنکه مطابق ماده ۳۶ قانون مدنی ثابت شود که ناشی از یک مملک و یا ناقل قانونی نمی‌باشد.

۱. امامی، حسن، حقوق مدنی.

گزیده قوانین، اخبار، نامه‌ها و ...

قانون مبارزه با پولشویی

ماده ۱- اصل بر صحت و اصالت معاملات تجاری موضوع ماده (۲) قانون تجارت است، مگر آن که براساس مفاد این قانون خلاف آن به اثبات برسد. استیلائی اشخاص بر اموال و دارایی اگر توأم با ادعای مالکیت شود، دال بر ملکیت است.

ماده ۲- جرم پولشویی عبارت است از:

الف - تحصیل، تملک، نگهداری یا استفاده از عواید حاصل از فعالیت‌های غیرقانونی با علم به این که به طور مستقیم یا غیرمستقیم در نتیجه ارتکاب جرم به دست آمده باشد.

ب - تبدیل، مبادله یا انتقال عوایدی به منظور پنهان کردن منشأ غیرقانونی آن با علم به این که به طور مستقیم یا غیرمستقیم ناشی از ارتکاب جرم بوده یا کمک به مرتکب به نحوی که وی مشمول آثار و تبعات قانونی ارتکاب آن جرم نگردد.

ج - اخفاء یا پنهان یا کتمان کردن ماهیت واقعی، منشأ، منبع، محل، نقل و انتقال، جابه‌جایی یا مالکیت عوایدی که به طور مستقیم یا غیرمستقیم در نتیجه جرم تحصیل شده باشد.

ماده ۳- عواید حاصل از جرم به معنای هر نوع مالی است که به طور مستقیم یا غیرمستقیم از فعالیت‌های مجرمانه به دست آمده باشد.

ماده ۴- به منظور هماهنگ کردن دستگاه‌های ذی‌ربط در امر جمع‌آوری، پردازش و

تحلیل اخبار، اسناد و مدارک، اطلاعات و گزارش‌های واصله، تهیه سیستم‌های اطلاعاتی هوشمند، شناسایی معاملات مشکوک و به منظور مقابله با جرم پولشویی شورای عالی مبارزه با پولشویی به ریاست و مسئولیت وزیر امور اقتصادی و دارایی و با عضویت وزراء بازرگانی، اطلاعات، کشور و رئیس بانک مرکزی با وظایف ذیل تشکیل می‌گردد:

- ۱- جمع‌آوری و کسب اخبار و اطلاعات مرتبط و تجزیه و تحلیل و طبقه‌بندی فنی و تخصصی آنها در مواردی که قرینه‌ای بر تخلف وجود دارد طبق مقررات.
- ۲- تهیه و پیشنهاد آئین‌نامه‌های لازم در خصوص اجراء قانون به هیأت‌وزیران.
- ۳- هماهنگ کردن دستگاه‌های ذی‌ربط و پیگیری اجراء کامل قانون در کشور.
- ۴- ارزیابی گزارش‌های دریافتی و ارسال به قوه قضائیه در مواردی که به احتمال قوی صحت دارد و یا محتمل آن از اهمیت برخوردار است.
- ۵- تبادل تجارب و اطلاعات با سازمان‌های مشابه در سایر کشورها در چهارچوب مفاد ماده (۱۱).

تبصره ۱- دبیرخانه شورای عالی در وزارت امور اقتصادی و دارایی خواهد بود.
تبصره ۲- ساختار و تشکیلات اجرائی شورا متناسب با وظایف قانونی آن با پیشنهاد شورا به تصویب هیأت‌وزیران خواهد رسید.

تبصره ۳- کلیه آئین‌نامه‌های اجرائی شورای فوق‌الذکر پس از تصویب هیأت‌وزیران برای تمامی اشخاص حقیقی و حقوقی ذی‌ربط لازم‌الاجراء خواهد بود. متخلف از این امر به تشخیص مراجع اداری و قضائی حسب مورد به دو تا پنج سال انفسال از خدمت مربوط محکوم خواهد شد.

ماده ۵- کلیه اشخاص حقوقی از جمله بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، بانک‌ها، مؤسسات مالی و اعتباری، بیمه‌ها، بیمه مرکزی، صندوق‌های قرض‌الحسنه، بنیادها و مؤسسات خیریه و شهرداری‌ها مکلفند آئین‌نامه‌های مصوب هیأت‌وزیران در اجراء این قانون را به مورد اجراء گذارند.

ماده ۶- دفاتر اسناد رسمی، وکلای دادگستری، حسابرسان، حسابداران، کارشناسان رسمی دادگستری و بازرسان قانونی مکلفند اطلاعات مورد نیاز در اجراء این قانون را که هیأت‌وزیران مصوب می‌کند، حسب درخواست شورای عالی مبارزه با پولشویی، ارائه نمایند.

ماده ۷- اشخاص، نهادهای و دستگاه‌های مشمول این قانون (موضوع مواد ۵ و ۶) برحسب نوع فعالیت و ساختار سازمانی خود مکلف به رعایت موارد زیر هستند:

الف - احراز هویت ارباب رجوع و در صورت اقدام توسط نماینده یا وکیل، احراز سمت و هویت نماینده و وکیل و اصیل در مواردی که قرینه‌ای بر تخلف وجود دارد.

تبصره - تصویب این قانون ناقض مواردی که در سایر قوانین و مقررات احراز هویت الزامی شده است، نمی‌باشد.

ب - ارائه اطلاعات، گزارش‌ها، اسناد و مدارک مربوط به موضوع این قانون به شورای عالی مبارزه با پولشویی در چهارچوب آئین‌نامه مصوب هیأت‌وزیران.

ج - گزارش معاملات و عملیات مشکوک به مرجع ذی‌صلاحی که شورای عالی مبارزه با پولشویی تعیین می‌کند.

د - نگهداری سوابق مربوط به شناسایی ارباب رجوع، سوابق حسابها، عملیات و معاملات به مدتی که در آئین‌نامه اجرائی تعیین می‌شود.

ه - تدوین معیارهای کنترل داخلی و آموزش مدیران و کارکنان به منظور رعایت مفاد این قانون و آئین‌نامه‌های اجرائی آن.

ماده ۸ - اطلاعات و اسناد گردآوری شده در اجراء این قانون، صرفاً در جهت اهداف تعیین شده در قانون مبارزه با پولشویی و جرائم منشأ آن مورد استفاده قرار خواهد گرفت، افشاء اطلاعات یا استفاده از آن به نفع خود یا دیگری به طور مستقیم یا غیرمستقیم توسط مأموران دولتی یا سایر اشخاص مقرر در این قانون ممنوع بوده و متخلف به مجازات مندرج در قانون مجازات انتشار و افشاء اسناد محرمانه و سری دولتی مصوب ۱۳۵۳/۱۱/۲۹، محکوم خواهد شد.

ماده ۹- مرتکبین جرم پولشویی علاوه بر استرداد درآمد و عواید حاصل از ارتکاب جرم

مشمتمل بر اصل و منافع حاصل (و اگر موجود نباشد، مثل یا قیمت آن) به جزای نقدی به میزان یک چهارم عواید حاصل از جرم محکوم می‌شوند که باید به حساب درآمد عمومی نزد بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران واریز گردد.

تبصره ۱- چنانچه عواید حاصل به اموال دیگری تبدیل یا تغییر یافته باشد، همان اموال ضبط خواهد شد.

تبصره ۲- صدور و اجراء حکم ضبط دارایی و منافع حاصل از آن در صورتی است که متهم به لحاظ جرم منشأ، مشمول این حکم قرار نگرفته باشد.

تبصره ۳- مرتکبین جرم منشأ، در صورت ارتکاب جرم پولشویی، علاوه بر مجازات‌های مقرر مربوط به جرم ارتكابی، به مجازات‌های پیش‌بینی شده در این قانون نیز محکوم خواهند شد.

ماده ۱۰- کلیه اموری که در اجراء این قانون نیاز به اقدام یا مجوز قضائی دارد باید طبق مقررات انجام پذیرد. قوه قضائیه موظف است طبق مقررات همکاری نماید.

ماده ۱۱- شعبی از دادگاه‌های عمومی در تهران و در صورت نیاز در مراکز استان‌ها به امر رسیدگی به جرم پولشویی و جرائم مرتبط اختصاص می‌یابد. اختصاصی بودن شعبه مانع رسیدگی به سایر جرائم نمی‌باشد.

ماده ۱۲- در مواردی که بین دولت جمهوری اسلامی ایران و سایر کشورها قانون معاضدت قضایی و اطلاعاتی در امر مبارزه با پولشویی تصویب شده باشد، همکاری طبق شرایط مندرج در توافقنامه صورت خواهد گرفت.

قانون فوق مشتمل بر دوازده ماده و هفت تبصره در جلسه علنی روز سه‌شنبه مورخ دوم بهمن ماه یکهزار و سیصد و هشتاد و شش مجلس شورای اسلامی تصویب و در تاریخ ۱۳۸۶/۱۱/۱۷ به تأیید شورای نگهبان رسید.

رئیس مجلس شورای اسلامی - غلامعلی حداد عادل

قانون مالیات بر ارزش افزوده

فصل اول - کلیات و تعاریف

ماده ۱- عرضه کالاها و ارائه خدمات در ایران و همچنین واردات و صادرات آنها مشمول مقررات این قانون می‌باشد.

ماده ۲- منظور از مالیات در این قانون به استثناء موارد مندرج در فصول هشتم و نهم، مالیات بر ارزش افزوده می‌باشد.

ماده ۳- ارزش افزوده در این قانون، تفاوت بین ارزش کالاها و خدمات عرضه شده با ارزش کالاها و خدمات خریداری یا تحصیل شده در یک دوره معین می‌باشد.

ماده ۴- عرضه کالا در این قانون، انتقال کالا از طریق هر نوع معامله است.

تبصره - کالاهای موضوع این قانون که توسط مؤدی خریداری، تحصیل یا تولید می‌شود در صورتی که برای استفاده شغلی به عنوان دارایی در دفاتر ثبت گردد یا برای مصارف شخصی برداشته شود، عرضه کالا به خود محسوب و مشمول مالیات خواهد شد.

ماده ۵- ارائه خدمات در این قانون، به استثناء موارد مندرج در فصل نهم، انجام خدمات برای غیر در قبال مابه‌ازاء می‌باشد.

ماده ۶- واردات در این قانون، ورود کالا یا خدمت از خارج از کشور یا از مناطق آزاد تجاری - صنعتی و مناطق ویژه اقتصادی به قلمرو گمرکی کشور می‌باشد.

ماده ۷- صادرات در این قانون، صدور کالا یا خدمت به خارج از کشور یا به مناطق آزاد تجاری - صنعتی و مناطق ویژه اقتصادی می‌باشد.

ماده ۸- اشخاصی که به عرضه کالا و ارائه خدمت و واردات و صادرات آنها مبادرت می‌نمایند، به عنوان مؤدی شناخته شده و مشمول مقررات این قانون خواهند بود.

ماده ۹- معاوضه کالاها و خدمات در این قانون، عرضه کالا یا خدمت از طرف هر یک از متعاملین تلقی و به طور جداگانه مشمول مالیات می‌باشد.

ماده ۱۰- هر سال شمسی به چهار دوره مالیاتی سه ماهه، تقسیم می‌شود. در صورتی که شروع یا خاتمه فعالیت مؤدی در خلال یک دوره مالیاتی باشد، زمان فعالیت مؤدی طی دوره مربوط یک دوره مالیاتی تلقی می‌شود.

وزیر امور اقتصادی و دارایی مجاز است با پیشنهاد سازمان امور مالیاتی کشور مدت دوره مالیاتی را برای هر گروه از مؤدیان دو یا یک ماهه تعیین نماید.

ماده ۱۱- تاریخ تعلق مالیات به شرح زیر است:

الف - در مورد عرضه کالا:

۱- تاریخ صورتحساب، تاریخ تحویل کالا یا تاریخ تحقق معامله کالا، هرکدام که مقدم

باشد، حسب مورد؛

۲- در موارد مذکور در تبصره ماده (۴) این قانون، تاریخ ثبت دارایی در دفاتر یا تاریخ

شروع استفاده، هرکدام که مقدم باشد یا تاریخ برداشت، حسب مورد؛

۳- در مورد معاملات موضوع ماده (۹) این قانون، تاریخ معاوضه.

ب - در مورد ارائه خدمات:

۱- تاریخ صورتحساب یا تاریخ ارائه خدمت، هرکدام که مقدم باشد حسب مورد؛

۲- در مورد معاملات موضوع ماده (۹) این قانون، تاریخ معاوضه.

ج - در مورد صادرات و واردات:

در مورد صادرات، هنگام صدور (از حیث استرداد) و در مورد واردات تاریخ ترخیص کالا

از گمرک و در خصوص خدمت، تاریخ پرداخت مابه ازاء.

تبصره - در صورت استفاده از ماشین‌های صندوق، تاریخ تعلق مالیات، تاریخ ثبت معامله در ماشین می‌باشد.

فصل دوم - معافیت‌ها

ماده ۱۲ - عرضه کالاها و ارائه خدمات زیر و همچنین واردات آنها حسب مورد از پرداخت مالیات معاف می‌باشد:

- ۱- محصولات کشاورزی فرآوری نشده؛
- ۲- دام و طیور زنده، آبزیان، زنبورعسل و نوغان؛
- ۳- انواع کود، سم، بذر و نهال؛
- ۴- آرد خبازی، نان، گوشت، قند، شکر، برنج، حبوبات و سویا، شیر، پنیر، روغن نباتی و شیرخشک مخصوص تغذیه کودکان؛
- ۵- کتاب، مطبوعات، دفاتر تحریر و انواع کاغذ چاپ، تحریر و مطبوعات؛
- ۶- کالاهای اهدایی به صورت بلاعوض به وزارتخانه‌ها، مؤسسات دولتی و نهادهای عمومی غیردولتی با تأیید هیأت وزیران و حوزه‌های علمیه با تأیید حوزه گیرنده هدایا؛
- ۷- کالاهایی که همراه مسافر و برای استفاده شخصی تا میزان معافیت مقرر طبق مقررات صادرات و واردات، وارد کشور می‌شود. مازاد بر آن طبق مقررات این قانون مشمول مالیات خواهد بود؛
- ۸- اموال غیر منقول؛
- ۹- انواع دارو، لوازم مصرفی درمانی، خدمات درمانی (انسانی، حیوانی و گیاهی) و خدمات توانبخشی و حمایتی؛
- ۱۰- خدمات مشمول مالیات بر درآمد حقوق، موضوع قانون مالیات‌های مستقیم؛
- ۱۱- خدمات بانکی و اعتباری بانک‌ها، مؤسسات و تعاونی‌های اعتباری و صندوق‌های

قرض الحسنه مجاز و صندوق تعاون؛

۱۲- خدمات حمل و نقل عمومی و مسافری درون و برون شهری جاده‌های، ریلی،

هوایی و دریایی؛

۱۳- فرش دستباف؛

۱۴- انواع خدمات پژوهشی و آموزشی که طبق آئین‌نامه‌ای که با پیشنهاد مشترک

وزارتخانه‌های علوم تحقیقات و فناوری، امور اقتصادی و دارایی، بهداشت، درمان و آموزش

پزشکی، آموزش و پرورش و کار و امور اجتماعی ظرف مدت شش ماه از تاریخ تصویب

این قانون به تصویب هیأت وزیران می‌رسد؛

۱۵- خوراک دام و طیور؛

۱۶- رادار و تجهیزات کمک ناوبری هوانوردی ویژه فرودگاه‌ها براساس فهرستی که به

پیشنهاد مشترک وزارت راه و ترابری و وزارت امور اقتصادی و دارایی تهیه و ظرف مدت

شش ماه از تاریخ تصویب این قانون به تصویب هیأت وزیران می‌رسد؛

۱۷- اقلام با مصارف صرفاً دفاعی (نظامی و انتظامی) و امنیتی براساس فهرستی که به

پیشنهاد مشترک وزارت دفاع و پشتیبانی نیروهای مسلح و وزارت امور اقتصادی و دارایی

تهیه و به تصویب هیأت وزیران می‌رسد. فهرست مذکور از اولین دوره مالیاتی پس از

تصویب هیأت وزیران قابل اجراء خواهدبود.

ماده ۱۳- صادرات کالا و خدمت به خارج از کشور از طریق مبادی خروجی رسمی،

مشمول مالیات موضوع این قانون نمی‌باشد و مالیات‌های پرداخت شده بابت آنها با ارائه

برگه خروجی صادره توسط گمرک (در مورد کالا) و اسناد و مدارک مثبت، مسترد می‌گردد.

تبصره - مالیات‌های پرداختی بابت کالاهای همراه مسافران تبعه کشورهای خارجی که

از تاریخ خرید آنها تا تاریخ خروج از کشور بیش از دو ماه نگذشته باشد، از محل

وصولی‌های جاری درآمد مربوط هنگام خروج از کشور در مقابل ارائه اسناد و مدارک مثبت

مشمول استرداد خواهدبود.

ضوابط اجرائی این ماده توسط سازمان امور مالیاتی کشور تهیه و به تصویب وزیر امور اقتصادی و دارایی می‌رسد.

فصل سوم - مأخذ، نرخ و نحوه محاسبه مالیات

ماده ۱۴- مأخذ محاسبه مالیات، بهای کالا یا خدمت مندرج در صورت حساب خواهد بود. در مواردی که صورت حساب موجود نباشد و یا از ارائه آن خودداری شود و یا به موجب اسناد و مدارک مثبت احراز شود که ارزش مندرج در آنها واقعی نیست، مأخذ محاسبه مالیات بهای روز کالا یا خدمت به تاریخ روز تعلق مالیات می‌باشد.

تبصره - موارد زیر جزء مأخذ محاسبه مالیات نمی‌باشد:

الف - تخفیفات اعطائی؛

ب - مالیات موضوع این قانون که قبلاً توسط عرضه کننده کالا یا خدمت پرداخت شده است؛

ج - سایر مالیات‌های غیرمستقیم و عوارضی که هنگام عرضه کالا یا خدمت به آن تعلق گرفته است.

ماده ۱۵- مأخذ محاسبه مالیات واردات کالا، عبارت است از ارزش گمرکی کالا (قیمت خرید، هزینه حمل و نقل و حق بیمه) به علاوه حقوق ورودی (حقوق گمرکی و سود بازرگانی) مندرج در اوراق گمرکی.

تبصره - مأخذ محاسبه مالیات واردات خدمات، عبارت است از معادل ارزش ریالی مربوطه به مابه‌ازاء واردات خدمت مزبور.

ماده ۱۶- نرخ مالیات بر ارزش افزوده، یک و نیم درصد (۱/۵٪) می‌باشد.

تبصره - نرخ مالیات بر ارزش افزوده کالاهای خاص به شرح زیر تعیین می‌گردد:

۱- انواع سیگار و محصولات دخانی، دوازده درصد (۱۲٪)؛

۲- انواع بنزین و سوخت هواپیما، بیست درصد (۲۰٪)؛

ماده ۱۷- مالیات‌هایی که مؤدیان در موقع خرید کالا یا خدمت برای فعالیت‌های

اقتصادی خود به استناد صورتحساب‌های صادره موضوع این قانون پرداخت نموده‌اند، حسب مورد از مالیات‌های وصول شده توسط آنها کسر و یا به آنها مسترد می‌گردد. ماشین‌آلات و تجهیزات خطوط تولید نیز از جمله کالای مورد استفاده برای فعالیت‌های اقتصادی مؤدی محسوب می‌گردد.

تبصره ۱- در صورتی که مؤدیان مشمول حکم این ماده در هر دوره مالیاتی اضافه پرداختی داشته باشند، مالیات اضافه پرداخت شده به حساب مالیات دوره‌های بعد مؤدیان منظور خواهد شد و در صورت تقاضای مؤدیان، اضافه مالیات پرداخت شده از محل وصولی‌های جاری درآمد مربوط، مسترد خواهد شد.

تبصره ۲- در صورتی که مؤدیان به عرضه کالا یا خدمت معاف از مالیات موضوع این قانون اشتغال داشته باشند و یا طبق مقررات این قانون مشمول مالیات نباشند، مالیات‌های پرداخت شده بابت خرید کالا یا خدمت تا این مرحله قابل استرداد نمی‌باشد.

تبصره ۳- در صورتی که مؤدیان به عرضه توأم کالاها یا خدمات مشمول مالیات و معاف از مالیات اشتغال داشته باشند، صرفاً مالیات‌های پرداخت شده مربوط به کالاها یا خدمات مشمول مالیات در حساب مالیاتی مؤدی منظور خواهد شد.

تبصره ۴- مالیات برارزش افزوده و عوارض پرداختی مؤدیان بابت کالاهای خاص موضوع تبصره ماده (۱۶) و بندهای (ب)، (ج) و (د) ماده (۳۸) این قانون، صرفاً در مراحل واردات، تولید و توزیع مجدد آن کالاها توسط واردکنندگان، تولیدکنندگان و توزیع‌کنندگان آن، قابل کسر از مالیات‌های وصول شده و یا قابل استرداد به آنها خواهد بود.

تبصره ۵- آن قسمت از مالیات‌های ارزش افزوده پرداختی مؤدیان که طبق مقررات این قانون قابل کسر از مالیات‌های وصول شده یا قابل استرداد نیست، جز هزینه‌های قابل قبول موضوع قانون مالیات‌های مستقیم محسوب می‌شود.

تبصره ۶- مبالغ اضافه دریافتی از مؤدیان بابت مالیات موضوع این قانون، در صورتی که ظرف سه ماه از تاریخ درخواست مؤدی مسترد نشود، مشمول خسارتی به میزان دو

درصد (۲٪) در ماه نسبت به مبلغ مورد استرداد و مدت تأخیر خواهد بود.

تبصره ۷- مالیات‌هایی که در موقع خرید کالاها و خدمات توسط شهرداری‌ها و دهیاری‌ها برای انجام وظایف و خدمات قانونی پرداخت می‌گردد، طبق مقررات این قانون، قابل تهاتر و یا استرداد خواهد بود.

فصل چهارم - وظایف و تکالیف مؤدیان

ماده ۱۸- مؤدیان مکلفند به ترتیبی که سازمان امور مالیاتی کشور تعیین و اعلام می‌نماید نسبت به ارائه اطلاعات درخواستی سازمان مذکور و تکمیل فرم‌های مربوطه اقدام و ثبت نام نمایند.

ماده ۱۹- مؤدیان مکلفند در قبال عرضه کالا یا خدمات موضوع این قانون، صورت‌حسابی با رعایت قانون نظام صنفی و حاوی مشخصات متعاملین و مورد معامله به ترتیبی که توسط سازمان امور مالیاتی کشور تعیین و اعلام می‌شود، صادر و مالیات متعلق را در ستون مخصوص درج و وصول نمایند. در مواردی که از ماشین‌های فروش استفاده می‌شود، نوار ماشین جایگزین صورت‌حساب خواهد شد.

تبصره - کالاهای مشمول مالیات که بدون رعایت مقررات و ضوابط این قانون عرضه گردد، علاوه بر جرائم متعلق و سایر مقررات مربوط موضوع این قانون، کالای قاچاق محسوب و مشمول قوانین و مقررات مربوط می‌شود.

ماده ۲۰- مؤدیان مکلفند، مالیات موضوع این قانون را در تاریخ تعلق مالیات، محاسبه و از طرف دیگر معامله وصول نمایند.

تبصره ۱- گمرک جمهوری اسلامی ایران مکلف است مالیات موضوع این قانون را قبل از ترخیص از واردکنندگان کالا وصول و در پروانه‌های گمرکی و یا فرم‌های مربوط حسب مورد درج نماید و اطلاعات مربوط به اشخاص حقیقی و حقوقی مشمول مقررات این قانون را حداکثر به صورت ماهانه به سازمان امور مالیاتی کشور ارائه نموده و امکان دسترسی هم‌زمان سازمان امور مالیاتی کشور به پایگاه‌های اطلاعاتی ذی‌ربط را فراهم آورد.

گمرک جمهوری اسلامی ایران مکلف است مالیات وصولی هر ماه را تا پانزدهم ماه بعد به حساب مخصوصی نزد خزانه‌داری کل کشور که به این منظور توسط سازمان امور مالیاتی کشور اعلام می‌گردد، واریز نماید.

تبصره ۲- واردکنندگان خدمات مکلفند مالیات متعلق به خدمات خریداری شده از خارج از کشور را محاسبه و پرداخت نمایند.

ماده ۲۱- مؤدیان مالیاتی مکلفند، اظهارنامه هر دوره مالیاتی را طبق نمونه و دستورالعملی که توسط سازمان امور مالیاتی کشور تعیین و اعلام می‌شود، حداکثر ظرف پانزده روز از تاریخ انقضاء هر دوره، به ترتیب مقرر تسلیم و مالیات متعلق به دوره را پس از کسر مالیات‌هایی که طبق مقررات این قانون پرداخت کرده‌اند و قابل کسر می‌باشد، در مهلت مقرر مذکور به حسابی که توسط وزارت امور اقتصادی و دارایی (خزانه‌داری کل کشور) تعیین و توسط سازمان امور مالیاتی کشور اعلام می‌گردد، واریز نمایند.

تبصره ۱- چنانچه مدت فعالیت شغلی مؤدی کمتر از مدت یک دوره مالیاتی باشد، تکلیف مقرر در این ماده نسبت به مدت یاد شده نیز جاری می‌باشد.

تبصره ۲- اشخاص حقیقی و حقوقی که بیش از یک محل شغل یا فعالیت دارند، تسلیم اظهارنامه و پرداخت مالیات برای هر محل شغل یا فعالیت به طور جداگانه الزامی است.

تبصره ۳- در مورد کارگاه‌ها و واحدهای تولیدی، خدماتی و بازرگانی که نوع فعالیت آنها ایجاد دفتر، فروشگاه یا شعبه در یک یا چند محل دیگر را اقتضاء نماید، تسلیم اظهارنامه واحد مطابق دستورالعملی است که توسط سازمان امور مالیاتی کشور اعلام می‌گردد.

تبصره ۴- مؤدیانی که محل ثابت برای شغل خود ندارند، محل سکونت آنان از لحاظ تسلیم اظهارنامه و سایر امور مالیاتی مناط اعتبار خواهد بود.

ماده ۲۲- مؤدیان مالیاتی در صورت انجام ندادن تکالیف مقرر در این قانون و یا در صورت تخلف از مقررات این قانون، علاوه بر پرداخت مالیات متعلق و جریمه تأخیر، مشمول جریمه‌ای به شرح زیر خواهند بود:

- ۱- عدم ثبت نام مؤدیان در مهلت مقرر معادل هفتاد و پنج درصد (۷۵٪) مالیات متعلق تا تاریخ ثبت نام یا شناسایی حسب مورد؛
- ۲- عدم صدور صورتجلسات معادل یک برابر مالیات متعلق؛
- ۳- عدم درج صحیح قیمت در صورتحساب معادل یک برابر مابه‌التفاوت مالیات متعلق؛
- ۴- عدم درج و تکمیل اطلاعات صورتحساب طبق نمونه اعلام شده معادل بیست و پنج درصد (۲۵٪) مالیات متعلق؛
- ۵- عدم تسلیم اظهارنامه از تاریخ ثبت نام یا شناسایی به بعد حسب مورد، معادل پنجاه درصد (۵۰٪) مالیات متعلق؛
- ۶- عدم ارائه دفاتر یا اسناد و مدارک حسب مورد معادل بیست و پنج درصد (۲۵٪) مالیات متعلق.

ماده ۲۳- تأخیر در پرداخت مالیات‌های موضوع این قانون در مواعد مقرر، موجب تعلق جریمه‌ای به میزان دو درصد (۲٪) در ماه، نسبت به مالیات پرداخت نشده و مدت تأخیر خواهد بود.

فصل پنجم - سازمان مالیات بر ارزش افزوده و وظایف و اختیارات آن

ماده ۲۴- سازمان امور مالیاتی کشور موظف است ظرف مدت سه ماه از تاریخ تصویب این قانون، ساختار و تشکیلات موردنیاز خود را از طریق وزیر امور اقتصادی و دارایی به رئیس جمهور پیشنهاد نماید. سازمان امور مالیاتی کشور می‌تواند در ایجاد تشکیلات استانی بدون رعایت سطح تقسیمات کشوری و متناسب با توان اقتصادی هر استان (منطقه) اقدام نماید. این تشکیلات پیشنهادی پس از تأیید رئیس جمهور قابل اجراء خواهد بود.

تبصره - به سازمان امور مالیاتی کشور اجازه داده می‌شود نیروی انسانی متخصص مورد نیاز برای اجراء این قانون را در چهارچوب تشکیلات سازمانی مصوب از محل نیروهای موجود و کمبود آن را از طریق برگزاری آزمون استخدامی اختصاصی، انتخاب و استخدام

نماید. سازمان امور مالیاتی کشور می‌تواند تا ده درصد (۱۰٪) از مجوز استخدام مذکور را، از بین دارندگان مدرک تحصیلی دانشگاهی، بدون انتشار آگهی و برگزاری آزمون به استخدام در آورد.

ماده ۲۵- شناسایی، نحوه رسیدگی و تشخیص، مطالبه و وصول مالیات‌ها به سازمان امور مالیاتی کشور محول می‌شود. عناوین شغلی، شرایط احراز مشاغل از نظر تحصیلات و تجربه، وظایف و نحوه انجام دادن تکالیف و تعیین اختیارات و برخورداری از صلاحیت‌های هریک از کارکنان سازمان مزبور در کشور و همچنین ترتیبات اجرائی احکام مقرر در این قانون به استثناء موادی که برای آن دستورالعملی یا آئین‌نامه پیش‌بینی شده است، به موجب ترتیبات ماده (۲۱۹) قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۸۰/۱۱/۲۷ خواهد بود.

ماده ۲۶- در مواردی که مأموران ذی‌ربط سازمان امور مالیاتی کشور جهت رسیدگی به اظهارنامه یا بررسی میزان معاملات به مؤدیان مراجعه و دفاتر و اسناد مدارک آنان را درخواست نمایند، مؤدیان و خریداران مکلف به ارائه دفاتر و اسناد و مدارک درخواستی حسب مورد می‌باشند و در صورت عدم ارائه دفاتر و اسناد و مدارک موردنیاز، متخلف مشمول جریمه مقرر در ماده (۲۲) این قانون محسوب گردیده و مالیات متعلق به موجب دستورالعملی که سازمان امور مالیاتی کشور تعیین می‌کند، به صورت علی‌الرأس تشخیص داده و مطالبه و وصول خواهد شد.

ماده ۲۷- مؤدیان موضوع این قانون می‌توانند تنظیم گزارش‌های حسابرسی مالیات بر ارزش افزوده خود را به سازمان حسابرسی جمهوری اسلامی ایران یا مؤسسات حسابرسی عضو جامعه حسابداران رسمی ارجاع نمایند. اشخاص مذکور در صورت قبول درخواست مؤدی، مکلفند گزارش حسابرسی مالیات بر ارزش افزوده را با رعایت شرایط زیر و طبق نمونه و دستورالعملی که سازمان امور مالیاتی کشور تعیین می‌کند، تنظیم نموده و جهت تسلیم به اداره امور مالیاتی مربوط، در اختیار مؤدی قرار دهند.

الف - اظهارنظر نسبت به کفایت اسناد و مدارک حسابداری برای امر حسابرسی مالیات

بر ارزش افزوده طبق مفاد قوانین و مقررات و استانداردهای حسابداری؛

ب - تعیین مأخذ مشمول مالیات و مالیات متعلق هر دوره مالیاتی براساس مفاد این قانون و مقررات مربوط.

تبصره ۱- اداره امور مالیاتی گزارش حسابرسی مالیاتی را که با رعایت شرایط اخیرالذکر این ماده تنظیم شود، بدون رسیدگی قبول و مطابق مقررات مربوط برگه مطالبه صادر می‌کند. قبول گزارش حسابرسی مالیاتی هر دوره مالیاتی موکول به آن است که مؤدی گزارش مزبور را به همراه اظهارنامه مالیاتی دوره مزبور و یا حداکثر ظرف مدت یک ماه از تاریخ انقضاء مهلت تسلیم اظهارنامه، تسلیم اداره امور مالیاتی مربوط نموده باشد.

تبصره ۲- سازمان امور مالیاتی کشور می‌تواند حسابرسی مالیات بر ارزش افزوده اشخاص حقیقی و حقوقی را به سازمان حسابرسی جمهوری اسلامی ایران یا حسابداران رسمی و مؤسسات حسابرسی عضو جامعه حسابداران رسمی واگذار نماید. در این صورت، پرداخت حق الزحمه، طبق مقررات مربوط به عهده سازمان امور مالیاتی کشور می‌باشد.

ماده ۲۸- به منظور ارتقاء فرهنگ مالیاتی پرداخت کنندگان مالیات و ارائه خدمات مشاوره‌ای صحیح در امور مالیاتی به مؤدیان مالیاتی بر مبنای قوانین و مقررات مالیاتی کشور و همچنین ارائه خدمات نمایندگی مورد نیاز آنان برای مراجعه به ادارات و مراجع مالیاتی، نهادی به نام «جامعه مشاوران رسمی مالیاتی ایران» تأسیس می‌شود تا با پذیرش اعضا ذی‌صلاح در اینباره فعالیت نماید.

کلیه مراجع ذی‌ربط دولتی مکلفند پس از ارائه برگه نمایندگی معتبر از سوی مشاوران مالیاتی عضو جامعه، در حوزه وظایف قانونی خود و در حدود مقررات مالیاتی با آنان همکاری نمایند.

اساسنامه جام عه ظرف شش ماه از تاریخ تصویب این قانون توسط سازمان امور مالیاتی کشور تهیه و با پیشنهاد وزارت امور اقتصادی و دارایی به تصویب هیأت وزیران خواهد رسید.

ماده ۲۹- در مواردی که اوراق مطالبه مالیات یا برگه استرداد مالیات اضافه پرداختی به مؤدی ابلاغ می‌شود، در صورتی که مؤدی معترض باشد، می‌تواند ظرف بیست روز پس از ابلاغ اوراق یاد شده اعتراض کتبی خود را به اداره امور مالیاتی مربوط برای رفع اختلاف تسلیم نماید و در صورت رفع اختلافات با مسئولان ذی‌ربط، پرونده مختومه می‌گردد. چنانچه مؤدی در مهلت مذکور کتباً اعتراض ننماید، مبالغ مندرج در اوراق مطالبه مالیات و یا برگه استرداد مالیات اضافه پرداختی به استثناء مواردی که اوراق موضوع این ماده ابلاغ قانونی شده باشد، حسب مورد قطعی محسوب می‌گردد.

در صورتی که مؤدی ظرف مهلت مقرر در این ماده اعتراض خود را کتباً به اداره امور مالیاتی مربوط تسلیم نماید، ولی رفع اختلاف نشده باشد و همچنین در مواردی که اوراق مذکور ابلاغ قانونی شده باشد، پرونده امر ظرف بیست روز از تاریخ دریافت اعتراض یا تاریخ انقضاء مهلت اعتراض در موارد ابلاغ قانونی جهت رسیدگی به هیأت حل اختلاف مالیاتی موضوع قانون مالیات‌های مستقیم احاله می‌شود.

ماده ۳۰- کلیه بانک‌ها، مؤسسات و تعاونی‌های اعتباری، صندوق‌های قرض‌الحسنه و صندوق تعاون مکلفند صرفاً اطلاعات و اسناد لازم مربوط به درآمد مؤدیان را که در امر تشخیص و وصول مالیات مورد استفاده می‌باشد، حسب درخواست رئیس کل سازمان امور مالیاتی کشور به سازمان مزبور اعلام نمایند. اشخاص مزبور در صورت عدم ارائه اطلاعات و اسناد مذکور مسؤول جبران زیان وارده به دولت خواهند بود.

ماده ۳۱- شهرداری‌ها مکلفند اطلاعات موجود در پایگاه‌های اطلاعاتی خود مربوط به املاک، مشاغل و سایر موارد که در امر شناسایی یا تشخیص عملکرد مالی مؤدیان مورد نیاز سازمان امور مالیاتی کشور می‌باشد، را حسب درخواست رئیس کل سازمان مذکور در اختیار این سازمان قرار داده و امکان دسترسی هم‌زمان سازمان امور مالیاتی کشور به این اطلاعات را در پایگاه‌های اطلاعاتی ذی‌ربط فراهم آورند.

ماده ۳۲- رسیدگی به تخلفات مأموران مالیاتی، تابع احکام مربوط به قانون مالیات‌های

مستقیم مصوب ۱۳۸۰/۱۱/۲۷ خواهد بود. اجراء این ماده مانع از اعمال اختیارات رئیس کل سازمان امور مالیاتی کشور ناشی از سایر قوانین نخواهد بود.

ماده ۳۳- احکام مربوط به فصول هشتم و نهم باب چهارم و فصل سوم باب پنجم و مواد (۱۶۷)، (۱۹۱)، (۲۰۲) و (۲۳۰) تا (۲۳۳) قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۸۰/۱۱/۲۷ در مورد مالیات‌های مستقیم و مالیات‌های این قانون جاری است. حکم ماده (۲۵۱) قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۸۰/۱۱/۲۷ در مورد این قانون جاری نخواهد بود.

فصل ششم - سایر مقررات

ماده ۳۴- مؤدیان مشمول مالیات موضوع این قانون مکلفند از دفاتر، صورت حساب‌ها و سایر فرم‌های مربوط، ماشین‌های صندوق و یا سایر وسایل و روش‌های نگهداری حساب که سازمان امور مالیاتی کشور تعیین می‌کند، استفاده نمایند. مدارک مذکور باید به مدت ده سال بعد از سال مالی مربوط توسط مؤدیان نگهداری و در صورت مراجعه مأموران مالیاتی به آنان ارائه شود.

ماده ۳۵- سازمان امور مالیاتی کشور موظف است طرح لازم برای توسعه، تجهیز، آموزش و تربیت کارکنان مالیاتی، آموزش و ترویج فرهنگ مالیاتی از طریق رسانه‌ها و ساز و کارهای مناسب در سطح کشور در طول یک دوره زمانی حداکثر پنج‌ساله را تهیه و تنظیم نماید. همچنین سازمان مذکور مجاز است، برای اجراء این قانون نسبت به تملک انواع دارایی‌های سرمایه‌ای (از جمله فضای اداری و تجهیزات مورد نیاز) اقدام نماید. دولت مکلف است اعتبار و مجوزهای مورد نیاز برای اجراء این ماده را در لوایح بودجه سالانه کل کشور منظور نماید.

ماده ۳۶- بودجه سازمان امور مالیاتی کشور و واحدهای استانی ذی‌ربط هر سال به صورت متمرکز در ردیف جداگانه‌ای در قوانین بودجه منظور و به طور صددرصد (۱۰۰٪) تخصیص یافته تلقی می‌شود و جهت انجام هزینه‌های جاری و تملک دارایی‌های

سرمایه‌ای ستاد سازمان و واحدهای استانی در اختیار سازمان مزبور قرار داده می‌شود.

ماده ۳۷- یک در هزار از وجوهی که بابت مالیات، عوارض و جرائم متعلق موضوع این قانون وصول می‌گردد، در حساب مخصوصی در خزانه به نام سازمان امور مالیاتی کشور واریز می‌گردد و معادل آن از محل اعتباری که در قوانین بودجه سنواتی منظور می‌گردد، در اختیار سازمان مزبور قرار خواهد گرفت تا برای آموزش، تشویق و جایزه به مصرف‌کنندگان و مؤدیان هزینه نماید. وجوه پرداختی به استناد این بند از شمول مالیات و کلیه مقررات مغایر مستثنی است.

یک نفر از اعضاء کمیسیون اقتصادی مجلس شورای اسلامی با تصویب مجلس شورای اسلامی به عنوان ناظر بر اقدامات سازمان امور مالیاتی کشور در این مورد تعیین می‌گردد.

وزارت امور اقتصادی و دارایی موظف است سالانه گزارشی از میزان و نحوه توزیع وجوه موضوع این ماده بین مصرف‌کنندگان و مؤدیان را به کمیسیون اقتصادی مجلس شورای اسلامی تقدیم نماید.

فصل هفتم - عوارض کالاها و خدمات

ماده ۳۸- نرخ عوارض شهرداری‌ها و دهیارها در رابطه با کالا و خدمات مشمول این قانون، علاوه بر نرخ مالیات موضوع ماده (۱۶) این قانون، بشرح زیر تعیین می‌گردد:

الف - کلیه کالاها و خدمات مشمول نرخ ماده (۱۶) این قانون، یک و نیم درصد (۱/۵٪)؛

ب - انواع سیگار و محصولات دخانی، سه درصد (۳٪)؛

ج - انواع بنزین و سوخت هواپیما، ده درصد (۱۰٪)؛

د - نفت سفید و نفت گاز، ده درصد (۱۰٪) و نفت کوره پنج درصد (۵٪)؛

تبصره ۱- واحدهای تولیدی آلاینده محیط زیست که استانداردها و ضوابط حفاظت از محیط زیست را رعایت نمی‌نمایند، طبق تشخیص و اعلام سازمان حفاظت محیط زیست

تا پانزدهم اسفند ماه هر سال برای اجراء در سال بعد)، همچنین پالایشگاه‌های نفت و واحدهای پتروشیمی، علاوه بر مالیات و عوارض متعلق موضوع این قانون، مشمول پرداخت یک درصد (۱٪) از قیمت فروش به عنوان عوارض آلاینده می‌باشند. حکم ماده (۱۷) این قانون و تبصره‌های آن به عوارض آلاینده موضوع این ماده قابل تسری نمی‌باشد.

واحدهایی که در طی سال نسبت به رفع آلاینده اقدام نمایند، با درخواست واحد مزبور و تأیید سازمان حفاظت محیط زیست از فهرست واحدهای آلاینده خارج می‌گردند. در این صورت، واحدهای یادشده از اول دوره مالیاتی بعد از تاریخ اعلام توسط سازمان مزبور به سازمان امور مالیاتی کشور، مشمول پرداخت عوارض آلاینده نخواهند شد.

واحدهایی که در طی سال بنا به تشخیص و اعلام سازمان حفاظت محیط زیست به فهرست واحدهای آلاینده محیط زیست اضافه گردند، از اول دوره مالیاتی بعد از تاریخ اعلام توسط سازمان محیط زیست مشمول پرداخت عوارض آلاینده خواهند بود.

عوارض موضوع این تبصره در داخل حریم شهرها به حساب شهرداری محل استقرار واحد تولیدی و در خارج از حریم شهرها به حساب تمرکز وجوه موضوع تبصره (۲) ماده (۳۹) واریز می‌شود، تا بین دهیاری‌های همان شهرستان توزیع گردد.

تبصره ۲- در صورتی که واحدهای تولیدی به منظور ارتقاء مهارت و سلامت کارکنان خود مراکز آموزشی و ورزشی ایجاد کرده و یا در این خصوص هزینه نمایند، با اعلام وزارت کار و امور اجتماعی می‌توانند ده درصد (۱۰٪) عوارض موضوع بند (الف) این ماده را تا سقف هزینه صورت گرفته درخواست استرداد نمایند، در صورت تأیید هزینه‌های مزبور توسط سازمان امور مالیاتی کشور، وجوه مربوط قابل تهاتر یا استرداد حسب مقررات این قانون خواهد بود.

تبصره ۳- به منظور تأسیس و توسعه واحدهای آموزشی مورد نیاز در مناطق کمتر توسعه یافته، معادل نیم درصد (۵٪) از عوارض وصولی بند (الف) این ماده در حساب مخصوص در خزانه به نام وزارت آموزش و پرورش واریز می‌گردد و معادل آن از محل اعتباری که در

قوانین بودجه سنواتی منظور می‌گردد در اختیار وزارت یاد شده قرار خواهد گرفت تا توسط وزارت مزبور در امر توسعه و احداث مراکز آموزشی مورد نیاز در مناطق مزبور هزینه گردد. آیین‌نامه اجرائی این تبصره به پیشنهاد مشترک وزارتخانه‌های آموزش و پرورش، کشور و امور اقتصادی و دارایی به تصویب هیأت وزیران می‌رسد.

ماده ۳۹- مؤدیان مکلفند عوارض و جرائم متعلق موضوع ماده (۳۸) این قانون را به حساب‌های رابطی که بنا به درخواست سازمان امور مالیاتی کشور و توسط خزانه‌داری کل کشور افتتاح می‌گردد و از طریق سازمان امور مالیاتی کشور اعلام می‌گردد، واریز نمایند. سازمان امور مالیاتی کشور موظف است عوارض وصولی هر ماه را تا پانزدهم ماه بعد به ترتیب زیر به حساب شهرداری محل و یا تمرکز وجوه حسب مورد واریز نماید:

الف) عوارض وصولی بند (الف) ماده (۳۸) در مورد مؤدیان داخل حریم شهرها به حساب شهرداری محل و در مورد مؤدیان خارج از حریم شهرها به حساب تمرکز وجوه وزارت کشور به منظور توزیع بین دهیاری‌های همان شهرستان براساس شاخص جمعیت و میزان کمتر توسعه یافتگی؛

ب) عوارض وصولی بندهای (ب)، (ج) و (د) ماده (۳۸) به حساب تمرکز وجوه به نام وزارت کشور.

تبصره ۱- سه درصد (۳٪) از وجوه واریزی که به حساب‌های موضوع این ماده واریز می‌گردد، در حساب مخصوصی نزد خزانه به نام سازمان امور مالیاتی کشور واریز می‌شود و معادل آن از محل اعتبار اختصاصی که در قوانین بودجه سنواتی منظور می‌گردد در اختیار سازمان مزبور که وظیفه شناسایی، رسیدگی، مطالبه و وصول این عوارض را عهده‌دار می‌باشد، قرار خواهد گرفت تا برای خرید تجهیزات، آموزش و تشویق کارکنان و حسابرسی هزینه نماید. وجوه پرداختی به استناد این بند به عنوان پاداش وصولی از شمول مالیات و کلیه مقررات مغایر مستثنی است.

تبصره ۲- حساب تمرکز وجوه قیدشده در این ماده توسط خزانه‌داری کل کشور به نام

وزارت کشور افتتاح می‌شود. وجوه واریزی به حساب مزبور (به استثناء نحوه توزیع مذکور در قسمت‌های اخیر بند (الف) این ماده و تبصره (۱) ماده (۳۸) این قانون) به نسبت بیست درصد (۲۰٪) کلان شهرها (شهرهای بالای یک میلیون نفر جمعیت) براساس شاخص جمعیت، شصت درصد (۶۰٪) سایر شهرها براساس شاخص کمتر توسعه یافتگی و جمعیت و بیست درصد (۲۰٪) دهیاری‌ها براساس شاخص جمعیت تحت نظر کارگروهی متشکل از نمایندگان معاونت برنامه‌ریزی و نظارت راهبردی رئیس جمهور و وزارت امور اقتصادی و دارایی و وزارت کشور و یک نفر ناظر به انتخاب کمیسیون اقتصادی مجلس شورای اسلامی مطابق آیین‌نامه اجرائی که به پیشنهاد مشترک وزارت امور اقتصادی و دارایی، وزارت کشور و شورای عالی استان‌ها به تصویب هیأت وزیران می‌رسد توزیع و توسط شهرداری‌ها و دهیاری‌ها هزینه می‌شود. هرگونه برداشت از حساب تمرکز وجوه به جز پرداخت به شهرداری‌ها و دهیاری‌ها و وجوه موضوع ماده (۳۷)، تبصره‌های (۲) و (۳) ماده (۳۸) این قانون و تبصره (۱) این ماده ممنوع می‌باشد. وزارت کشور موظف است، گزارش عملکرد وجوه دریافتی را هر سه ماه یکبار به شورای عالی استان‌ها و کمیسیون اقتصادی مجلس شورای اسلامی ارائه نماید.

ماده ۴۰- احکام سایر فصول این قانون، به استثناء احکام فصل نهم در رابطه با عوارض موضوع این فصل نیز جاری است. لیکن احکام سایر فصول، مربوط به نرخ و ترتیبات واریز و توزیع عوارض که این فصل برای آن دارای حکم خاص است، جاری نخواهد بود.

فصل هشتم - حقوق ورودی

ماده ۴۱- حقوق گمرکی معادل چهاردرصد (۴٪) ارزش گمرکی کالاها تعیین می‌شود. به مجموع این دریافتی و سود بازرگانی که طبق قوانین مربوطه توسط هیأت وزیران تعیین می‌شود حقوق ورودی اطلاق می‌گردد.

تبصره ۱- نرخ حقوقی ورودی علاوه بر رعایت سایر قوانین و مقررات باید به نحوی

تعیین گردد که:

الف - در راستای حمایت مؤثر از اشتغال و کالای تولید یا ساخت داخل در برابر کالای وارداتی باشد؛

ب - در برگیرنده نرخ ترجیحی و تبعیض آمیز بین واردکنندگان دولتی با بخش‌های خصوصی، تعاونی و غیردولتی نباشد؛

ج - نرخ حقوق ورودی قطعات، لوازم و موادی که برای مصرف در فرآوری یا ساخت یا مونتاژ یا بسته بندی اشیاء یا مواد یا دستگاه‌ها وارد می‌گردد از نرخ حقوق ورودی محصول فرآوری شده یا شیء یا ماده یا دستگاه آماده پائین تر باشد.

تبصره ۲- کلیه قوانین و مقررات خاص و عام مربوط به معافیت‌های حقوق ورودی به استثناء معافیت‌های موضوع ماده (۶) و بندهای (۱)، (۲)، (۴) تا (۹) و (۱۲) تا (۱۹) ماده (۳۷) قانون امور گمرکی مصوب ۱۳۵۰/۳/۱۷ و ماده (۸) قانون ساماندهی مبادلات مرزی مصوب ۱۳۸۴/۷/۸ و قانون چگونگی اداره مناطق آزاد و اصلاحات آن و قانون تشکیل و اداره مناطق ویژه اقتصادی مصوب ۱۳۸۴ و معافیت لایحه قانونی راجع به ماشین‌آلات تولیدی که توسط واحدهای تولیدی، صنعتی و معدنی مجاز وارد می‌شود از پرداخت حقوق ورودی مصوب ۱۳۵۹/۲/۲۴ شورای انقلاب اسلامی ایران و معافیت گمرکی لوازم امداد و نجات اهدائی به جمعیت هلال احمر جمهوری اسلامی ایران و وزارت کشور و اقلام عمده صرفاً دفاعی کشور لغو می‌گردد. اقلام عمده دفاعی به پیشنهاد مشترک وزارت دفاع و پشتیبانی نیروهای مسلح و معاونت برنامه‌ریزی و نظارت راهبردی رئیس جمهور و با تصویب هیأت وزیران تعیین می‌گردد.

تبصره ۳- معادل دوازده در هزار ارزش گمرکی کالاهای وارداتی که حقوق ورودی آنها وصول می‌شود از محل اعتباراتی که همه ساله در قوانین بودجه سنواتی کل کشور منظور می‌شود در اختیار وزارت کشور قرار می‌گیرد تا براساس مقررات تبصره (۲) ماده (۳۹) این قانون به شهرداری‌ها و دهیاری‌های سراسر کشور به عنوان کمک پرداخت و به هزینه قطعی منظور شود.

فصل نهم - سایر مالیات‌ها و عوارض خاص

ماده ۴۲- مالیات نقل و انتقال انواع خودرو به استثناء ماشین‌های راه‌سازی، کارگاهی، معدنی، کشاورزی، شناورها، موتورسیکلت و سه‌چرخه موتوری اعم از تولید داخل یا وارداتی، حسب مورد معادل یک درصد (۱٪) قیمت فروش کارخانه (داخلی) و یا یک درصد (۱٪) مجموع ارزش گمرکی و حقوق ورودی آنها تعیین می‌شود. مبنای محاسبه این مالیات، به ازاء سپری شدن هر سال از سال مدل خودرو و حداکثر تا شش سال به میزان سالانه ده درصد (۱۰٪) و حداکثر تا شصت درصد (۶۰٪) تقلیل می‌یابد.

تبصره ۱- دفاتر اسناد رسمی مکلفند قبل از تنظیم هر نوع سند بیع قطعی، صلح، هبه و وکالت برای فروش انواع خودرو مشمول مالیات، رسید و یا گواهی پرداخت عوارض تا پایان سال قبل از تنظیم سند، موضوع بند (ب) ماده (۴۳) این قانون و همچنین رسید پرداخت مالیات نقل و انتقال، موضوع این ماده را طبق جداول تنظیمی که توسط سازمان امور مالیاتی کشور اعلام می‌شود، از معامل یا موکل اخذ و در اسناد تنظیمی موارد زیر را درج نمایند:

الف - شماره فیش بانکی، تاریخ پرداخت، مبلغ و نام بانک دریافت کننده مالیات؛

ب - شماره فیش بانکی، تاریخ پرداخت مبلغ و نام بانک دریافت کننده عوارض یا شماره و تاریخ گواهی پرداخت عوارض؛

ج - مشخصات خودرو شامل نوع، سیستم، تیپ، شماره شاسی، شماره موتور و مدل؛

د - نام متعاملین، کدپستی و شماره ملی و یا شماره اقتصادی متعاملین؛

دفاتر اسناد رسمی همچنین مکلفند که فهرست کامل نقل و انتقالات انجام شده در هر ماه را حداکثر تا پانزدهم ماه بعد طبق فرم یا روشی که توسط سازمان امور مالیاتی کشور پیش‌بینی خواهد شد به اداره امور مالیاتی ذی‌ربط ارسال نمایند.

تبصره ۲- دفاتر اسناد رسمی مکلفند در تنظیم و وکالتنامه‌های کلی در مورد انتقال

اموال، فروش خودرو را تصریح نمایند.

تبصره ۳- دفاتر اسناد رسمی در صورت تخلف از مقررات تبصره‌های (۱) و (۲) این ماده مشمول جریمه به شرح زیر خواهند بود:

الف - در صورتی که مالیات و عوارض متعلق پرداخت نگردیده و یا کمتر از میزان مقرر پرداخت شده باشد، علاوه بر پرداخت وجه معادل مالیات و عوارض و یا مابه‌التفاوت موارد مذکور، مشمول جریمه‌ای به میزان دو درصد (۲٪) در ماه، نسبت به مالیات و عوارض پرداخت نشده و مدت تأخیر می‌باشد. جریمه مذکور غیر قابل بخشودگی است.

ب - تخلف از درج هر یک از مشخصات و موارد مذکور در بندهای (الف)، (ب)، (ج) و (د) تبصره (۱)، در سند تنظیمی و ارسال فهرست طبق فرم یا روش موضوع تبصره (۱) در موعد مقرر قانونی، تخلف انتظامی محسوب می‌شود و مطابق قوانین و مقررات ذی‌ربط با آنان عمل خواهد گردید.

تبصره ۴- فسخ و اقاله اسناد خودرو تا شش ماه بعد از معامله مشمول مالیات نقل و انتقال مجدد نخواهد بود. در صورتی که پس از پرداخت مالیات نقل و انتقال، معامله انجام نشود مالیات وصول شده با گواهی دفتر اسناد رسمی مربوط طبق ضوابطی که از طرف سازمان امور مالیاتی کشور اعلام می‌شود، قابل استرداد به معامل یا موکل خواهد بود.

تبصره ۵- اولین انتقال خودرو از کارخانجات سازنده و یا مونتاژکننده داخلی و یا واردکنندگان (نماینده‌های رسمی شرکت‌های خارجی) به خریداران و همچنین هرگونه انتقال به صورت صلح و هبه به نفع دولت، نهادهای عمومی غیردولتی، دانشگاه‌ها و حوزه‌های علمیه مشمول پرداخت مالیات نقل و انتقال موضوع این ماده نخواهد بود.

تبصره ۶- قیمت فروش کارخانه (داخلی) و یا مجموع ارزش گمرکی و حقوق ورودی انواع خودروهای وارداتی که مبنای محاسبه مالیات و عوارض بندهای (ب) و (ج) ماده (۴۳) و مالیات نقل و انتقال قرار می‌گیرند، همه ساله براساس آخرین مدل توسط سازمان امور مالیاتی کشور تا پانزدهم دی ماه هر سال برای اجراء در سال بعد اعلام خواهد شد. مأخذ مذکور در مورد خودروهای وارداتی از تاریخ ابلاغ قابل اجراء می‌باشد. این مهلت زمانی برای

انواع جدید خودروهایی که بعد از تاریخ مزبور تولید آنها شروع یا به کشور وارد می‌شود لازم‌الرعايه نمی‌باشد. همچنین قیمت فروش یا مجموع ارزش گمرکی و حقوق ورودی خودروهایی که تولید آنها متوقف می‌شود توسط سازمان یادشده و متناسب با آخرین مدل ساخته شده تعیین می‌گردد.

تبصره ۲- نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران (ادارات راهنمایی و رانندگی) مکلف است هنگام نقل و انتقال خودروهای دولتی به اشخاص حقیقی و حقوقی غیردولتی، نسخه پرداخت شده قبض مالیات نقل و انتقال مربوط را اخذ و سپس نسبت به ثبت انتقال در سوابق اقدام نماید.

ماده ۴۳- مالیات و عوارض خدمات خاص به شرح زیر تعیین می‌گردد:

الف - حمل و نقل برون شهری مسافر در داخل کشور با وسایل زمینی (به استثناء ریلی)، دریایی و هوایی پنج درصد (۵٪) بهاء بلیط (به عنوان عوارض).
ب - عوارض سالیانه انواع خودروهای سواری و وانت دوکابین اعم از تولید داخلی یا وارداتی حسب مورد معادل یک در هزار قیمت فروش کارخانه (داخلی) و یا یک در هزار مجموع ارزش گمرکی و حقوق ورودی آنها.

تبصره - عوارض موضوع بند (ب) این ماده در مورد خودروهای با عمر بیش از ده سال (به استثناء خودروهای گازسوز) به ازاء سپری شدن هر سال (تا مدت ده سال) به میزان سالانه ده درصد (۱۰٪) و حداکثر تا صددرصد (۱۰۰٪) عوارض موضوع بند مزبور این ماده افزایش می‌یابد.

ج - شماره‌گذاری انواع خودروهای سواری و وانت دوکابین اعم از تولید داخل و یا وارداتی به استثناء خودروهای سواری عمومی درون شهری یا برون شهری حسب مورد سه‌درصد (۳٪) قیمت فروش کارخانه و یا مجموع ارزش گمرکی و حقوق ورودی آنها (دو درصد (۲٪) مالیات و یک درصد (۱٪) عوارض).

حکم ماده (۱۷) این قانون و تبصره‌های آن به مالیات و عوارض این ماده قابل تسری

نمی‌باشد.

ماده ۴۴ - به پیشنهاد کارگروهی متشکل از وزیر امور اقتصادی و دارایی (رئیس)، وزیر بازرگانی، وزیر ذی‌ربط و معاون برنامه‌ریزی و نظارت راهبردی ریاست جمهوری و تصویب هیأت وزیران، وجوهی بابت صدور، تمدید و یا اصلاح انواع کارت‌ها و مجوزهای مربوط به فعالیت موضوع مواد (۲۴)، (۲۶) و (۴۷) قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت مصوب ۱۳۸۰/۱۱/۲۷ و ماده (۸۰) قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین مصوب ۱۳۷۳/۱۲/۲۸ از متقاضیان دریافت و به حساب درآمد عمومی (نزد خزانه‌داری کل کشور) واریز می‌گردد.

ماده ۴۵ - به دولت اجازه داده می‌شود بابت خروج هر مسافر از مرزهای هوایی دویست و پنجاه هزار (۲۵۰،۰۰۰) ریال و از مرزهای دریایی و زمینی مبلغ پنجاههزار (۵۰،۰۰۰) ریال از مسافران دریافت و به حساب درآمد عمومی (نزد خزانه‌داری کل کشور) واریز نماید. تغییرات این مبالغ هر سه سال یک بار با توجه به نرخ تورم با تصویب هیأت‌وزیران تعیین می‌گردد.

تبصره - دارندگان گذرنامه‌های سیاسی و خدمت، خدمه وسایل نقلیه عمومی زمینی و دریایی و خطوط پروازی، دانشجویان شاغل به تحصیل در خارج از کشور (دارندگان اجازه خروج دانشجویی) بیمارانی که با مجوز شورای پزشکی جهت درمان به خارج از کشور اعزام می‌گردند، دارندگان پروانه گذر مرزی و جانبازان انقلاب اسلامی که برای معالجه به کشورهای دیگر اعزام می‌شوند، همچنین ایرانیان مقیم خارج از کشور دارای کارنامه شغلی از وزارت کار و امور اجتماعی، درخصوص پرداخت وجوه موضوع این ماده، مستثنی می‌باشند.

ماده ۴۶ -

الف - مالیات‌های موضوع مواد (۴۲) و (۴۳) و وجوه موضوع ماده (۴۵) این قانون به حساب یا حسابهای درآمد عمومی مربوط که توسط وزارت امور اقتصادی و دارایی

(خزانه‌داری کل کشور) تعیین و از طریق سازمان امور مالیاتی کشور اعلام می‌شود، واریز می‌گردد.

ب - وصول عوارض موضوع بندهای (الف) و (ب) ماده (۴۳) این قانون به شهرداری محل محول می‌شود و عوارض مزبور نیز به حساب شهرداری محل فعالیت واریز می‌گردد.

ج - عوارض موضوع بند (ج) ماده (۴۳) به حساب تمرکز وجوه، موضوع تبصره (۲) ماده (۳۹) واریز می‌شود تا حسب ترتیبات تبصره مزبور توزیع و هزینه گردد.

د - مالیات و وجوه دریافتی موضوع مواد (۴۲)، (۴۳) و (۴۵) این قانون که توسط سازمان امور مالیاتی کشور وصول می‌گردد مشمول احکام فصل نهم باب چهارم قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۸۰/۱۱/۲۷ و اصلاحات بعدی آن است.

ه - اختلاف و استنکاف از پرداخت وجوه دریافتی موضوع بندهای (الف) و (ب) ماده (۴۳) این قانون که توسط شهرداری‌ها وصول می‌گردد، مشمول احکام ماده (۷۷) قانون اداره شهرداری‌ها خواهد بود.

و - پرداخت مالیات و عوارض موضوع ماده (۴۳) این قانون پس از موعد مقرر موجب تعلق جریمه‌ای معادل دو درصد (۲٪) به ازاء هر ماه نسبت به مدت تأخیر خواهد بود.

ماده ۴۲ -

الف - اشخاصی که مبادرت به حمل و نقل برون شهری مسافر در داخل کشور با وسایل نقلیه زمینی، دریایی و هوایی می‌نمایند، مکلفند پنج درصد (۵٪) بهاء بلیط موضوع بند (الف) ماده (۴۳) این قانون را با درج در بلیط و یا قرارداد حسب مورد، به عنوان عوارض از مسافران اخذ و عوارض مذکور مربوط به هر ماه را حداکثر تا پانزدهم ماه بعد به حساب شهرداری محل فروش بلیط واریز نمایند.

ب - مالکان خودروهای سواری و وانت دوکابین اعم از تولید داخل یا وارداتی مکلفند عوارض سالیانه خودروهای متعلق به خود، موضوع بند (ب) ماده (۴۳) این قانون را به نرخ یکدرهزار قیمت فروش کارخانه (داخلی) و یا مجموع ارزش گمرکی و حقوق ورودی

(وارداتی) براساس قیمت‌های مندرج در جداولی که توسط سازمان امور مالیاتی کشور اعلام میگردد، محاسبه و به حساب شهرداری محل واریز نمایند.

ج - تولیدکنندگان انواع خودروهای سواری و وانت دوکابین تولید داخل (به استثناء خودروهای سواری که به عنوان خودروهای عمومی شماره‌گذاری می‌شود) مکلفند مالیات و عوارض موضوع بند (ج) ماده (۴۳) این قانون را در تاریخ فروش با درج در اسناد فروش از خریداران اخذ و مالیات و عوارض مذکور را حسب مقررات موضوع ماده (۲۱) به ترتیب به حساب سازمان امور مالیاتی کشور و حساب تمرکز وجوه به نام وزارت کشور که توسط سازمان امور مالیاتی کشور اعلام میشود، واریز نمایند.

تبصره ۱- واردکنندگان یا مالکان خودروهای سواری وانت دو کابین وارداتی (به استثناء خودروهای سواری که عنوان خودرو عمومی شماره‌گذاری می‌شوند) حسب مورد مکلفند قبل از شماره‌گذاری با مراجعه به ادارات امور مالیاتی شهر محل شماره‌گذاری نسبت به پرداخت مالیات و عوارض موضوع این ماده اقدام نمایند.

تبصره ۲- نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران (معاونت راهنمایی و رانندگی) مکلف است قبل از شماره‌گذاری انواع خودروهای سواری و وانت دوکابین وارداتی به استثناء خودروهای سواری و عمومی درون شهری یا برون شهری، گواهی پرداخت مالیات و عوارض را از واردکنندگان یا مالکان حسب مورد اخذ و ضمیمه اسناد مربوط نموده و از شماره‌گذاری خودروهای مزبور که مالیات و عوارض آن پرداخت نشده است، خودداری نماید. گواهی مزبور توسط اداره امور مالیاتی پس از وصول وجوه متعلق صادر خواهد شد.

ماده ۴۸- به منظور تأمین هزینه اجراء برنامه‌های نگهداری، بهسازی و امنیت پرواز و توسعه زیربناها در فرودگاه‌ها و نیز استفاده از تجهیزات و سیستم‌های جدید فرودگاهی و هوانوردی و امنیتی، به شرکت فرودگاه‌های کشور اجازه داده می‌شود با تصویب شورای عالی هواپیمایی کشوری دودرصد (۲٪) قیمت فروش بلیط مسافران پروازهای داخلی را دریافت کند.

ماده ۴۹ - آیین نامه اجرائی احکام مقرر در این فصل حداکثر ظرف شش ماه از تاریخ تصویب این قانون به پیشنهاد مشترک وزارتخانه های امور اقتصادی و دارایی و کشور تهیه و به تصویب هیأت وزیران میرسد.

فصل دهم - تکلیف سایر قوانین مرتبط و تاریخ اجراء

ماده ۵۰ - برقراری هرگونه عوارض و سایر وجوه برای انواع کالاهای وارداتی و تولیدی و همچنین ارائه خدمات که در این قانون، تکلیف مالیات و عوارض آنها معین شده است، همچنین برقراری عوارض به درآمدهای مأخذ محاسبه مالیات، سود سهام شرکت ها، سود اوراق مشارکت، سود سپرده گذاری و سایر عملیات مالی اشخاص نزد بانک ها و مؤسسات اعتباری غیربانکی مجاز، توسط شوراها ی اسلامی و سایر مراجع ممنوع می باشد.

تبصره ۱ - شوراها ی اسلامی شهر و بخش جهت وضع هر یک از عوارض محلی جدید، که تکلیف آنها در این قانون مشخص نشده باشد، موظفند موارد را حداکثر تا پانزدهم بهمن ماه هر سال برای اجراء در سال بعد، تصویب و اعلام عمومی نمایند.

تبصره ۲ - عبارت «پنج در هزار» مندرج در ماده (۲) قانون نوسازی و عمران شهری مصوب ۱۳۴۷/۹/۷ به عبارت «یک درصد (۱٪)» اصلاح می شود.

تبصره ۳ - قوانین و مقررات مربوط به اعطاء تخفیف یا معافیت از پرداخت عوارض یا وجوه به شهرداری ها و دهیاری ها ملغی می گردد.

تبصره ۴ - وزارت کشور موظف است بر حسن اجراء این ماده در سراسر کشور نظارت نماید.

ماده ۵۱ - از اول ماه پس از تاریخ تصویب این قانون، مالیات موضوع بند (ه) ماده (۳) قانون اصلاح موادی از قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و چگونگی برقراری و وصول عوارض و سایر وجوه از تولیدکنندگان کالا، ارائه دهندگان خدمات و کالاهای وارداتی مصوب ۱۳۸۱ و اصلاحیه بعدی آن، حذف و عوارض موضوع این بند قانون مذکور به یک و نیم درصد (۱/۵٪) اصلاح می گردد.

حکم تبصره (۱) ماده (۳۹) این قانون در مورد عوارض موضوع بند (هـ) ماده (۳) قانون صدرالاشاره نیز جاری خواهد بود.

ماده ۵۲- از تاریخ لازم‌الاجراءشدن این قانون، قانون اصلاح موادی از قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و چگونگی برقراری و وصول عوارض و سایر وجوه از تولیدکنندگان کالا، ارائه دهندگان خدمات و کالاهای وارداتی مصوب ۱۳۸۱ و اصلاحیه بعدی آن و سایر قوانین و مقررات خاص و عام مغایر مربوط به دریافت هرگونه مالیات غیرمستقیم و عوارض بر واردات و تولید کالاها و ارائه خدمات لغو گردیده و برقراری و دریافت هرگونه مالیات غیرمستقیم و عوارض دیگر از تولیدکنندگان و واردکنندگان کالاها و ارائه‌دهندگان خدمات ممنوع می‌باشد. حکم این ماده شامل قوانین و مقررات مغایری که شمول قوانین و مقررات عمومی بر آنها مستلزم ذکر نام یا تصریح نام است، نیز می‌باشد.

موارد زیر از شمول حکم این قانون مستثنی می‌باشد:

- ۱- قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران؛
- ۲- قانون مالیاتهای مستقیم مصوب اسفند ۱۳۶۶ و اصلاحیه‌های بعدی آن؛
- ۳- قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۷۲/۶/۷؛
- ۴- قانون تشکیل و اداره مناطق ویژه اقتصادی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۴/۹/۵؛
- ۵- قانون مقررات تردد وسایل نقلیه خارجی مصوب ۱۳۷۳/۴/۱۲؛
- ۶- عوارض آزادراه‌ها، عوارض موضوع ماده (۱۲) قانون حمل و نقل و عبور کالاهای خارجی از قلمرو جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۷۴/۱۲/۲۶؛
- ۷- قانون نحوه تأمین هزینه اتاق بازرگانی و صنایع و معادن و اتاق تعاون مصوب ۱۳۷۲/۸/۱۱ و اصلاحات بعدی آن؛

۸ - مواد (۶۳) و (۸۷) قانون وصول برخی از درآمدهای دولت مصوب ۱۳۷۳/۱۲/۲۸. تبصره - هزینه، کارمزد و سایر وجوهی که از درخواست‌کننده در ازاء ارائه مستقیم خدمات خاص و یا فروش کالا که طبق قوانین و مقررات مربوطه دریافت می‌شود و همچنین خسارات و جرائمی که به موجب قوانین و یا اختیارات قانونی لغو نشده دریافت می‌گردد، از شمول این ماده مستثنی می‌باشد.

مصادیق خدمات خاص، نحوه قیمت‌گذاری و میزان بهای تعیین شده برای خدمات موضوع این تبصره به پیشنهاد دستگاه اجرائی مربوط و تصویب هیأت‌وزیران تعیین می‌گردد.

ماده ۵۳ - تاریخ اجراء این قانون در رابطه با مواد (۱۸)، (۲۴)، (۲۵)، (۲۸)، (۳۱)، (۳۵)، (۳۶)، (۴۲) و (۴۸) از تاریخ تصویب و در مورد ماده (۵۱) از اول ماه پس از تصویب این قانون خواهد بود و سایر مواد آن از اول مهر ماه سال ۱۳۸۷ است. سازمان امور مالیاتی کشور موظف است ظرف مهلت‌های مقرر در مواد مربوطه پس از تصویب قانون، آئین‌نامه‌ها، دستورالعمل‌ها و ضوابط اجرائی مربوط را تهیه و به تصویب مراجع ذی‌ربط برساند.

قانون فوق مشتمل بر پنجاه‌وسه ماده و چهل و هفت تبصره در جلسه ۱۳۸۷/۲/۱۷ کمیسیون اقتصادی مجلس شورای اسلامی طبق اصل هشتاد و پنجم (۸۵) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران تصویب گردید و پس از موافقت مجلس با اجراء آزمایشی آن به مدت پنج سال در تاریخ ۱۳۸۷/۳/۲ به تأیید شورای نگهبان رسید.

آیین‌نامه کاربردی شدن کارت شناسایی ملی

ماده ۱- کلیه دستگاه‌های موضوع ماده (۲) قانون الزام اختصاص شماره ملی و کدپستی برای کلیه اتباع ایرانی مکلفند از تاریخ ۱۳۸۷/۴/۱ کارت شناسایی ملی را مبنای احراز هویت، شناسایی و ارزیابی خدمات به افراد بالای شانزده سال قرار دهند.

ماده ۲- دستگاه‌های مذکور در ماده (۱) این آیین‌نامه موظفند از تاریخ ۱۳۸۷/۴/۱ ارائه خدمات به متقاضیان را در مواردی که احراز هویت لازم است موقوف به ارائه شماره ملی مندرج در کارت شناسایی ملی نموده و در کلیه مواردی که شناسنامه ملاک احراز هویت و تابعیت تقاضاکننده خدمات می‌باشد، کارت شناسایی ملی را به عنوان جایگزین شناسنامه مبنای عمل قرار دهند.

تبصره - با توجه به کارکرد الکترونیک بارکدهای چاپ شده در کارت‌ها، دستگاه‌های یاد شده می‌توانند برای افزایش دقت و سرعت از بارکدخوان استفاده نمایند.

ماده ۳- وزارتخانه‌های آموزش و پرورش، علوم، تحقیقات و فناوری، بهداشت، درمان و آموزش پزشکی و کار و امور اجتماعی موظفند از تاریخ ۱۳۸۷/۴/۱ ثبت‌نامه دانش‌آموزان، دانشجویان و کارآموزان مراکز آموزش فنی و حرفه‌ای بالای شانزده سال را با ارائه کارت شناسایی ملی به انجام رسانند.

ماده ۴- دستگاه‌های مذکور در ماده (۱) این آیین‌نامه موظفند از تاریخ ۱۳۸۷/۴/۱

سامانه‌های اطلاعاتی خود را به نحوی تشکیل و سامان دهند که هر فرد با شماره ملی قابل شناسایی بوده و گردش اطلاعات کارت شناسایی ملی اشخاص (شامل مشخصات فردی، شماره ملی و کدپستی) بین دستگاه‌های ذی‌صلاح بر مبنای شماره ملی انجام شود. **تبصره** - گردش اطلاعات مذکور بین دستگاه‌های یاد شده مطابق دستورالعملی خواهد بود که حسب مورد به امضای بالاترین مقام دستگاه‌های مربوط می‌رسد.

ماده ۵ - سازمان ثبت احوال کشور موظف است اطلاعات لازم در خصوص ویژگی‌های کارت شناسایی ملی و نحوه تشخیص اصالت آن را جهت آشنایی کارکنان دستگاه‌های ذی‌ربط با رعایت طبقه‌بندی لازم در اختیار آنان قرار دهد.

ماده ۶ - سازمان صدا و سیما جمهوری اسلامی ایران و کلیه وزارتخانه‌ها و سازمان‌های ذی‌ربط مکلفند با سازمان ثبت احوال کشور در خصوص اطلاع‌رسانی و آگاهی بخشی به کلیه هموطنان در داخل و خارج از کشور جهت کاربردی نمودن کارت شناسایی ملی همکاری لازم را معمول دارند.

ماده ۷ - کلیه دستگاه‌های اجرایی موضوع ماده (۱۶۰) قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران در استان‌ها و شهرستان‌ها مکلفند امکان دسترسی برخط به آمار و اطلاعات فعالیت‌های خود را به ترتیب برای استاندار و فرماندار فراهم نمایند.

تبصره - دستورالعمل اجرایی این ماده توسط وزیر کشور تهیه و به تأیید رییس‌جمهور می‌رسد.

ماده ۸ - وزارت کشور موظف است اعتبار مورد نیاز اجرای این آیین‌نامه را در بودجه سنواتی سازمان ثبت احوال کشور پیش‌بینی و به معاونت برنامه‌ریزی و نظارت راهبردی رییس‌جمهور ارائه نماید.

ماده ۹ - اعتبار اولین کارت‌های شناسایی ملی صادره طی سال ۱۳۸۰ تا پایان سال ۱۳۸۹ و کارت‌های صادره طی سال ۱۳۸۱ تا پایان سال ۱۳۹۰ تمدید می‌گردد.

ماده ۱۰ - ارائه اطلاعات تحصیل شده به موجب این آیین‌نامه به غیر از مراکز و اشخاصی که قانون تعیین کرده است مشمول مجازات مقرر در ماده (۶۴۸) قانون مجازات اسلامی - مصوب ۱۳۷۵ - خواهد بود.

معاون اول رئیس‌جمهور - پرویز داودی

بخشنامه ریاست سازمان ثبت در خصوص استرداد حق‌الثبت

بسمه‌تعالی

شماره: ۱/۳۴/۷۰۹۶

تاریخ: ۱۳۸۷/۲/۲۲

کانون محترم سردفتران و دفتریاران

نظر به مفاد ماده ۷۰ قانون ثبت که مقرر می‌دارد: «سندی که مطابق قوانین و مقررات به ثبت رسیده رسمی است» ثبت سند مفید معنی ورود سند در دفتر سردفتر و امضاء آن از ناحیه متعاملین، سردفتر و دفتریار می‌باشد. براین اساس، ثبت سند معامله در دفتر سردفتر موضوع قسمت اخیر ماده ۵۶ آیین‌نامه قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۱۷ فقط ناظر به موردی است که سند در دفتر ثبت و به امضاء متعاملین رسیده باشد. لذا استرداد حق‌الثبت بعد از ورود سند در دفتر سردفتر و قبل از امضاء توسط متعاملین از شمول ممنوعیت قسمت اخیر ماده ۵۶ فوق‌الذکر خارج است.

مراتب جهت اطلاع و ابلاغ به کلیه واحدهای ثبتی و دفاتر اسناد رسمی حوزه تابعه اعلام می‌گردد.

حسینعلی امیری

معاون قوه قضاییه و

رئیس سازمان ثبت اسناد و املاک کشور

بخشنامه سازمان در خصوص صدور ابلاغ مرخصی

خروج از کشور

بسمه تعالی

تاریخ: ۸۷/۳/۷

شماره: ۱/۳/۱۰۲۰۷

...

کانون سردفتران و دفترياران

به منظور تمرکززدایی و کاهش مراجعات به سازمان، بدین وسیله اختیارات مندرج در مواد ۱۵ و ۱۶ آیین‌نامه قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۵۴ موضوع صدور ابلاغ مرخصی استعلاجی و مرخصی برای خروج از کشور سردفتران و دفترياران به شما تفویض می‌گردد. همچنین اختیارات مندرج در بندهای ۲ و ۳ ماده ۱۴ آیین‌نامه مذکور، موضوع صدور ابلاغ مرخصی سردفتران و دفترياران که قبلاً به استان‌های سراسر کشور تفویض گردیده است، به اداره کل استان تهران نیز تفویض می‌گردد.

ضرورت دارد نکات زیر رعایت شود:

- ۱- در ابلاغ مرخصی موضوع ماده ۱۵ فوق‌الذکر، اخذ گواهی سازمان پزشکی قانونی به عنوان هیأت پزشکی منتخب سازمان ضروری است.
- ۲- در ابلاغ مرخصی به منظور خروج از کشور، در موارد ضروری که امکان بازرسی دفترخانه و ارائه گواهی تصفیه حساب مقدور نمی‌باشد، لازم است نسبت به اخذ تعهدنامه رسمی از ضامن (سردفتر یا دفتريار) اقدام گردد.

حسینعلی امیری

معاون رئیس قوه قضاییه و

رئیس سازمان ثبت اسناد و املاک کشور

پاسخ معاون هماهنگی و ارتباطات وزارت دادگستری به نامه کانون

شماره: ۴۱۲۱۸

تاریخ: ۱۳۸۷/۳/۲۶

جناب آقای دشتی اربکانی

رئیس محترم هیأت مدیره کانون سردفتران و دفتریاران

سلام علیکم

پیرو نامه شماره ۱۱۰۲۰ مورخ ۱۳۸۷/۲/۱۵ در خصوص «درخواست اصلاح بند (ح) و تبصره‌های ۱ و ۲ ماده ۴ قانون تجمیع عوارض و نیز لزوم کسب نظر از کانون هنگام تدوین مقرراتی که دفاتر اسناد رسمی مجری آن می‌باشند» به پیوست تصویر پاسخ شماره ۳۳۲/۰۱/۴۳۱ مورخ ۱۳۸۷/۳/۱۱ معاون محترم هماهنگی و ارتباطات وزارت دادگستری و ضمیمه آن برای آگاهی ارسال می‌گردد.

ابراهیم جباری مقدم

سرپرست دفتر هماهنگی‌های ویژه

□□□

شماره: ۳۴۳/۰۱/۴۳۱

تاریخ: ۱۳۸۷/۳/۱۱

جناب آقای جباری مقدم

سرپرست محترم دفتر هماهنگی و پیگیری‌های دفتر رئیس‌جمهور

با سلام و احترام

پیرو نامه شماره ۳۳۳/۰۱/۳۰ مورخ ۸۷/۱/۲۴ موضوع «اصلاح بند ح و تبصره‌های (۱) و (۲) و ماده (۴) قانون تجمیع عوارض».

به پیوست ملاحظات معاون محترم حقوقی و توسعه قضایی در ارتباط با پیشنهاد اصلاح ماده (۴) قانون تجمیع عوارض، برای ملاحظه و هرگونه بهره‌برداری لازم ایفاد می‌گردد».

ساداتی

معاون وزیر

بسمه تعالی

رئیس محترم هیأت مدیره کانون سردفتران و دفتریاران، طی مکاتبه‌ای با ریاست محترم جمهوری اسلامی ایران، همراه با ارائه برخی ادله توجیهی، اصلاح بند ح و تبصره‌های ۱ و ۲ ماده ۴ «قانون اصلاح موادی از قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و چگونگی برقراری و وصول عوارض و سایر وجوه از تولیدکنندگان کالا، ارائه‌دهندگان خدمات و کالاهای وارداتی» موسوم به قانون تجمیع عوارض را خواستار شده‌اند.

درخصوص ادله توجیهی ارائه شده از سوی کانون مزبور نکات زیر شایان توجه است:

۱- با ملاحظه بند ح و تبصره‌های ۱ و ۲ ماده ۴ یاد شده این نتیجه حاصل می‌شود که بند ح مزبور، مبنایی را برای نحوه محاسبه مالیات نقل و انتقال انواع خودرو اعم از تولید داخلی یا وارداتی ارائه و تعیین نموده است (مجموع ارزش گمرکی و حقوق ورودی) صرف‌نظر از ایرادی که در ادله توجیهی این کانون به عنوان تأثیرات منفی اقتصادی این نحوه محاسبه بیان شده است، توجه به این واقعیت ضروری است که به قطع و یقین فرمول و نحوه محاسبه مالیات انتقال خودروهای مزبور، از جمله سیاست‌گذاری‌های اقتصادی دولت است که براساس نظرات کارشناسان حوزه مربوطه تهیه و تدوین شده است؛ پرداختن به ایرادات احتمالی این فرمول از حیثه تخصص و نیز وظایف و اظهارنظر دستگاه قضایی خارج است؛ ضمن آنکه آثار و تبعات حقوقی خاصی نیز برای آن متصور نمی‌باشد.

۲- در خصوص بند ۱ از موارد مطروحه به عنوان مشکلات عبارتی و ابهامات موجود در بند ح و تبصره‌های ۱ و ۲ ماده ۴ قانون مزبور، باید گفت از لحاظ اصول قانون‌نویسی، محل استقرار تبصره باید در ذیل ماده قرار گیرد؛ هرچند که صرفاً تبصره ناظر به یکی از بندهای ماده باشد؛ نهایت آنکه می‌توان در تبصره به شماره بند متناظر آن اشاره نمود و این امری است که در تبصره‌های یاد شده به خوبی مدنظر قرار گرفته است و بنابراین از این حیث ایرادی بر نحوه نگارش ماده و تبصره‌های آن وارد نیست.

۳ - در خصوص ایراد مربوط به عدم تعیین مرجعی که نقل و انتقال خودرو در آنجا صورت می‌گیرد، باید گفت هرچند این بند از ماده، اشاره‌ای به انتقال خودرو در دفاتر اسناد رسمی ندارد، اما به لحاظ بداهت این امر بیان نشده است؛ ضمن آنکه آنچه در این بند مورد تأکید قرار گرفته است، نحوه محاسبه مالیات نقل و انتقال خودرو می‌باشد و نه مرجع تنظیم اسناد نقل و انتقال؛ مضافاً آنکه تبصره ۲ ماده یاد شده که در مقام بیان مرجع تنظیم اسناد است، به صراحت با نام بردن از دفاتر اسناد رسمی به عنوان تنظیم کننده اسناد انتقال، تکالیف آنها را در این خصوص برشمرده است.

۴ - انتقادهای مطرح شده در بند ۳ ادله توجیهی قابل تأمل و شایسته توجه است؛ چه آنکه در تبصره ۱ یاد شده باید به درستی و به وضوح شیوه اعلام، مرجع مستقیم اعلام کننده میزان قیمت فروش کارخانه یا مجموع ارزش گمرکی و حقوق ورودی انواع خودرو تعیین شود؛ تلاش در راستای رفع این ابهام از این امر ناشی می‌شود که اعلام وزارت امور اقتصادی و دارایی به عنوان زیرمجموعه دولت، برای سازمان ثبت اسناد و املاک کشور و یا دفاتر اسناد رسمی به عنوان زیرمجموعه قوه قضاییه، به لحاظ عدم الزام آور بودن آن نمی‌تواند در قالب بخشنامه صورت گیرد؛ بنابراین باید شیوه‌ای صحیح برای این اعلام و یا به عبارت بهتر ابلاغ، پیش‌بینی شود؛ این شیوه می‌تواند درج در روزنامه رسمی کشور و یا ابلاغ از سوی وزارت دادگستری باشد.

همچنین باید ضمانت اجرای تأخیر در اعلام از سوی وزارت امور اقتصادی و دارایی و تکلیف دفاتر اسناد رسمی در این صورت به روشنی بیان شود.

دیگر آنکه، همان گونه که در بند یاد شده نیز آمده است، وزارت امور اقتصاد و دارایی باید نحوه محاسبه میزان مالیات تغییر مدل خودروهای وارداتی را از ابتدای سال میلادی - سه ماه آخر سال شمسی - به روشنی در دستورالعمل مقرر تعیین نموده تا مبنای اقدام قرار گیرد.

۵ - در خصوص ایراد شمول قانون صرفاً بر تنظیم اسناد بیع قطعی و عدم شمول آن بر

دیگر عقود ناظر به انتقال خودرو و تفسیر مضیقی که از لفظ «فروشنده» در تبصره ۱ به عمل آمده است، باید توجه داشت که بند ح این قانون به نحو اطلاق از نقل و انتقال انواع خودرو سخن به میان آورده است؛ اطلاق این بند به قطع و یقین هر نوع عقدی را که منتهی به انتقال مالکیت خودرو می‌شود، دربرمی‌گیرد؛ مؤید این تفسیر آن است که در تبصره ۲ ماده ۴ مزبور، تنظیم سند وثیقه، وکالت خرید و خروج موقت برای خودرو که به طبع هیچ یک از این شیوه‌ها منجر به انتقال مالکیت نمی‌شود - از شمول مالیات نقل و انتقال موضوع بند ح یاد شده استثناء شده است؛ بنابراین از لفظ فروشنده که به کارگیری آن در این تبصره، در واقع نوعی مسامحه در تعبیر است، نمی‌توان تفسیر مغایر با اطلاق بند و نیز روح حاکم بر ماده داشت؛ با این وجود شایسته است در مقام اصلاح و رفع این شبهه برآمده و به نحوه اطلاق از عبارت «انتقال دهنده» بهره جست.

نکته پایانی اینکه، همان گونه که در متن ادله توجیهی نیز بدان پرداخته شده است، ممیزی و محاسبه میزان مالیات برعهده دفاتر اسناد رسمی است که براساس ردیف‌های اعلامی از سوی وزارت امور اقتصادی و دارایی صورت می‌گیرد؛ با توجه به اینکه در ردیف‌های یاد شده، نوع هر خودرو و قیمت فروش کارخانه و یا مجموع ارزش گمرکی و حقوق ورودی خودرو به صراحت تعیین می‌شود، دفترخانه صرفاً با تطبیق نوع خودروی موضوع انتقال با ردیف‌های اعلامی، محاسبه ساده‌ای را در خصوص میزان مالیات متعلقه صورت می‌دهد؛ بنابراین پیش‌بینی حق الزحمه‌ای مستقل برای هر دفترخانه برای این ممیزی بلاوجه است، مگر آنکه گفته شود تکلیف اخذ مالیات و ارائه گزارش اقدامات صورت گرفته هر پانزده روز یک بار به ادارات مالیاتی ذی‌ربط، تکلیفی دشوار است و از این حیث برای اقدامات صورت گرفته مطالبه حق الزحمه شود؛ اظهارنظر در این خصوص نیز مستلزم تعامل با کارشناسان وزارت امور اقتصادی و دارایی و بررسی جامع ابعاد موضوع است.

صدور بخشنامه ریاست محترم سازمان

به دنبال پیشنهاد کانون سردفتران

متن نامه پیشنهادی کانون:

شماره: ۲۴۳۹۷

تاریخ: ۱۳۸۶/۴/۹

بسمه تعالی

جناب آقای سیدعلیرضا میرشریفی

معاونت محترم امور اسناد سازمان ثبت اسناد و املاک کشور

با سلام و تحیات

همان طور که قبلاً نیز در ملاقات‌های حضوری و نیز با تقدیم نامه‌هایی مشکلات اجرایی ماده ۲۰ آیین‌نامه راهنمایی و رانندگی را به محضر آن بزرگوار معروض داشته‌ایم، بار دیگر و در جهت کاهش مشکلات دفاتر در مورد خاص اجرای ماده مرقوم پیشنهاد زیر جهت تصویب تقدیم می‌گردد.

پیشنهاد:

ضمن صدور دستورالعملی از ناحیه آن مقام در تنظیم وکالتنامه فروش خودرو وکیل دارای اختیار مراجعه به ادارات راهنمایی و رانندگی و سایر ادارات مربوطه جهت انجام تشریفات قانونی تعویض پلاک باشد و مفاد آن متضمن اختیار انتقال مالکیت خودروی مذکور از طرف موکل صرفاً به شخص وکیل باشد، این وکالتنامه مقید به مباشرت شخص وکیل در انجام امور فوق است و از حیث زمانی نیز مقید بوده و حداکثر - بنا به درخواست موکل - می‌تواند یک ماه باشد. همچنین این وکالتنامه غیر مالی خواهد بود.

مزایای مترتب بر این پیشنهاد:

- ۱ - تأکید بر صلاحیت عام دفاتر اسناد رسمی در تنظیم اسناد
- ۲ - تقسیم و توزیع عادلانه اسناد خودرو در تمامی دفاتر اسناد رسمی
- ۳ - جلوگیری از وقوع تخلفات نظیر اخذ سفید امضاء در دفاتر - جعل - توسل به

تقلبات گوناگون

۴ - وصول کلیه حقوق دولتی

۵ - ایجاد امنیت روانی و اقتصادی و اجتماعی در جامعه در رابطه با مسائل مربوط به

خودرو

۶ - حذف تعداد زیادی از دعاوی احتمالی در دادگستری

۷ - رعایت ترتب تعویض پلاک خودرو بر نقل و انتقال خودرو

امید است که با مساعدت ریاست محترم سازمان ثبت اسناد و املاک کشور و شخص

حضرتعالی این خدمت دوسویه به دفاتر اسناد رسمی و آحاد ملت به ثمر نشیند.

با تجدید احترام

هادی معزالدینی

رئیس هیئت مدیره کانون سردفتران و دفتریاران

□□□

متن بخشنامه سازمان:

شماره: ۱/۳۴/۵۷۲۹۱

تاریخ: ۱۳۸۶/۱۲/۲۱

اداره کل ثبت اسناد و املاک....

با توجه به تبصره ۲ ماده ۱۲۳ قانون ثبت اصلاحی مورخ ۸۴/۸/۱۵ چون مفاد تبصره مذکور نظر به شخص بایع دارد که طی آن با اعطای وکالت فروش خودرو، انتقال صورت می‌گیرد، لذا در مواردی که وکیل خودروی مورد وکالت را به خود منتقل می‌نماید چون حق‌الثبت نقل و انتقال یکبار و در زمان تنظیم وکالت وصول گردیده لذا اخذ مجدد حق‌الثبت نقل و انتقال از وکیل منتفی خواهد بود.

مقرر فرمائید مراتب به کلیه واحدهای ثبتی و دفاتر اسناد رسمی حوزه تابعه ابلاغ گردد.

حسینعلی امیری

معاون قوه قضاییه و

رئیس سازمان ثبت اسناد و املاک کشور

اطلاعیه صندوق تعاون کانون خطاب به همکاران در سراسر کشور

بسمه تعالی

بدین وسیله به اطلاع همکاران محترم سردفتر و دفتریار که از صندوق تعاون وام دریافت نموده‌اند و تاکنون به هر دلیل در پرداخت اقساط وام تأخیر داشته‌اند می‌رساند که حداکثر تا پایان مرداد ماه ۱۳۸۷ فرصت دارند که نسبت به پرداخت اقساط سررسید شده وام خود اقدام نمایند، در غیر این صورت صندوق تعاون کانون طبق مفاد قرارداد تنظیمی کلیه وثائق و ضمانات وام گیرندگان و ضامنین آنان را به مرحله اجرا و وصول خواهد گذاشت این اطلاعیه به منزله آخرین اخطار می‌باشد و اطلاع‌رسانی دیگر به عمل نخواهد آمد.

بدیهی است همراهی همکاران عزیز در پرداخت به موقع اقساط موجب بهره‌مند شدن سایر همکاران از تسهیلات پیش‌بینی شده بوده و در ارائه خدمات صندوق تعاون به همکاران گرامی مؤثر خواهد بود.

عبدالایمان محقق

مدیرعامل صندوق تعاون کانون سردفتران و دفتریاران

معرفی کتاب

کتاب «حقوق ثبت اسناد» (شرح قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران مصوب ۱۳۵۴) به قلم همکار پرتلاش و محقق گرانمایه جناب آقای خسرو عباسی داکانی سردفتر اسناد رسمی ۱۰۶ تهران توسط نشر میزان چاپ و منتشر شده است.

کتاب حاضر که در بهار امسال به زیور طبع آراسته شد با تکیه بر مطالعات عمیق، دقت نظر و کنجاوی‌های خاص نویسنده در هفت فصل تنظیم شده است.

نویسنده در مقدمه کتاب خود آورده است که در این نوشته قصد دارد با تجزیه و تحلیل و بررسی مواد قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران مصوب سال ۱۳۵۴ و شرح مقررات آن از ابتدا تا انتها و مقایسه آن با مقررات پیشین کار نقد و بررسی را نیز در کنار شرح مواد سرلوحه کار خویش قرار دهد و در حد استطاعت خویش پیشنهادهایی نیز در خصوص اصلاح مواد و مقررات قانون مزبور ارائه دهد.

مجله کانون ضمن آرزوی توفیق برای این همکار ارجمند، مطالعه این اثر را به علاقه‌مندان توصیه می‌نماید.

تشکر و اعتذار

بدین وسیله ضمن ابراز خرسندی از استقبال فراوان همکاران از انتشار ضمیمه مجله شماره ۸۰ با موضوع آراء وحدت رویه، اعتذار خود را نسبت به سهوالقلم و عدم ذکر سهم سترگ جامعه سردفتران و دفتریاران استان یزد در اعتلای علمی و فرهنگی صنف معزز کاتبان بالعدل میهن اسلامی خصوصاً تلاش‌های جناب آقای سید علیرضا طباطبایی بافقی سردفتر محترم و دانشمند دفتر اسناد رسمی ۳ یزد در تلاش‌های علمی مشابه اعلام می‌دارد. امید است این پوزش دیر هنگام را پذیرا باشند.

محمدرضا دشتی اربکانی

رئیس کانون سردفتران و دفتریاران

تسلیت

با نهایت تأثر و تأسف اطلاع یافتیم والد مکرم جناب آقای دکتر عباس منتهایی عضو محترم هیأت تحریریه مجله کانون و سردفتر اسناد رسمی ۵۹۰ تهران به دیار باقی شتافته‌اند، ضمن عرض تسلیت به این همکار ارجمند، مراتب ابراز همدردی عمیق خود را نسبت به این ضایعه جانگداز اعلام و رحمت واسعه الهی را برای آن مرحوم از درگاه حضرت حق مسئلت می‌نماییم.

□□□

همچنین مصیبت وارده درگذشت والده مکرمه جناب آقای پرویز فاضلی مقدس، عضو محترم هیأت مدیره کانون سردفتران و دفتریاران و دفتریار اسناد رسمی ۲۸۵ تهران را به ایشان و خانواده معزّی تسلیت عرض نموده، بدینوسیله مراتب ابراز همدردی خود را اعلام می‌داریم.

□□□

همچنین با کمال تأسف و تأثر اطلاع حاصل شد که همکار ارجمندمان جناب آقای محمود محمدزاده، عضو محترم هیأت تحریریه مجله کانون و سردفتر اسناد رسمی ۴۹۵ تهران و سرکار خانم رقیه میرزایی دفتریار دفترخانه مزبور به سوگ دو تن از عزیزانشان نشست‌اند، ضمن عرض تسلیت به این دو همکار گرامی شادی روح آن مرحومان را از درگاه ایزد منان خواهانیم.

مجله کانون

«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 مساب 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.