

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

کانون

مجله خبری و تحلیلی در زمینه علوم انسانی

سال پنجاهم ، دوره دوم ، شماره ۸۸

دی ماه ۱۳۸۷

صاحب امتیاز و مدیر مسئول:

کانون سردفتران و دفتریاران

سردبیر: ناصر نایی

مدیر اجرایی: نورعلی مظاهری

حروفچین و صفحه‌آرا: فهیمه اسماعیلی

همکاران این شماره:

داریوش بابایی، مهدی باقری نسامی،

علی بهاری راد، علی پورقربان، رضا تاجگر،

سعید شریعتی، مقصود عبادی‌بشیر،

محمد عظیمیان، محمد علمی.

پایگاه اینترنتی کانون سردفتران و دفتریاران:

www.notary.ir

نشانی الکترونیکی:

MAGAZINE@NOTARY.ir

نشانی دفتر مجله:

تهران، خیابان استاد مطهری، مقابل

خیابان سنایی، پلاک ۲۸۳

صندوق پستی: ۱۴۳۳۵/۱۱۵۱

کد پستی: ۱۵۸۶۷۱۷۳۱۱

تلفن و دورنگار: ۸۸۷۲۸۷۵۵

ویراستار ادبی و حقوقی: وحید امینی

تلفن همراه: ۰۹۱۲۸۱۵۵۱۷۹

چاپ: صفیه

نشانی چاپخانه:

تهران، خیابان شریعتی، چهارراه حقوقی،

کوچه گوهری، چاپ صفیه

تلفن چاپخانه: ۷۷۵۰۲۲۹۷

بهاء: ۳۲۰۰۰ ریال

فهرست مندرجات

صفحه	عنوان
۷	سخن روز رضا تاجگر
۱۱	رابطه ادارات ثبت اسناد و املاک با دفاتر اسناد رسمی تعامل نه تقابل محمد عظیمیان
۲۱	بیع زمانی یا انتقال مالکیت زمان بندی شده (بخش اول) سعید شریعتی؛ مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه (گروه تحقیقات حقوق خصوصی)
۶۱	بحثی پیرامون موضوع اقامتگاه و اهمیت آن در اسناد رسمی مهدی باقری نسامی
۷۰	اجاره مال مشاع مقصود عبادی بشیر
۹۳	تحلیل و نقدی بر یک رأی وحدت رویه علی پورقربان

-
- بازنگری در سهم الارث زوجه و درخواست حذف ماده ۹۴۶ قانون مدنی (یک طرح
پیشنهادی مشفقانه) (بخش سوم) ۱۰۱
علی بهاری راد
- نقدی کوتاه بر دانشگاه‌های بدوی و تجدیدنظر انتظامی سردفتران و دفتریان ۱۱۷
داریوش بابایی
- درآمدی بر «وصیت» (بخش دوم) ۱۲۱
محمد علومی
- قوانین و مقررات... ۱۲۶

سخن روز

مهریه عندالاستطاعه است

قطعاً فلسفه وجودی «مهریه» و اساس کارکرد آن، توجه شرع مقدس و قانون به نهاد خانواده و اهمیت ضرورت حفظ کیان و بقای خانواده است. چرا که مهریه، پشتوانه‌ای برای ایجاد حس اعتماد و اطمینان و پایداری حُسن روابط زن و شوهر به منظور تحکیم بنیان خانواده در ایجاد و تقویت عشق و عاطفه و در جهت تأمین و تضمین حقوق فعلی و آتی زن و خانواده است.

۱- اما تعیین، پرداخت و دریافت «مهریه» در جامعه امروز به یکی از پیچیده‌ترین مسائل اجتماعی تبدیل شده که استحکام بنیاد خانواده‌ها را تحت تأثیر قرار داده است. مهریه‌های سنگین، تقابل آن با شأن خانوادگی طرفین ازدواج، کم‌آگاهی یا بی‌توجهی زوجین نسبت به حقوق شرعی و قانونی خودشان به هنگام امضای عقد ازدواج، ناتوانی مالی مرد در پرداخت مهریه زن، افزایش جمعیت کیفری زندان‌ها را باعث شده و به تبع آن، موجب تشدید نگاه کیفری در خانواده‌ها نیز شده است. به طوری که برخی خانواده‌ها تصور می‌کنند با زندانی شدن مرد، مهریه زن پرداخت می‌شود. این جملگی، مسئولان و کارشناسان امر را واداشته تا در جهت حل این معضل اجتماعی، راهکار ارائه دهند. اخیراً از

سوی معاون محترم ریاست قوه قضائیه و رئیس سازمان ثبت اسناد و املاک کشور بخشنامه‌ای صادر شده مبنی بر گنجاندن دو شرط «مهریه به صورت عندالمطالبه است» و «مهریه به صورت عندالاستطاعه است» به شروط ۱۲ گانه دفترچه‌های سند ازدواج که درباره آن حرف و حدیث است اعم از موافق و مخالف.

۲- از آنجا که خانواده واحد بنیادی جامعه اسلامی است، همه قوانین و مقررات و برنامه‌ریزی‌های مربوط باید در جهت آسان کردن تشکیل خانواده، پاسداری از قداست آن و استواری روابط خانوادگی بر پایه حقوق و اخلاق اسلامی باشد (اصل دهم قانون اساسی).
قانونگذار، فصل هفتم از باب اول (در نکاح) از کتاب هفتم (در نکاح و طلاق) از جلد دوم (در اشخاص) قانون مدنی با عنوان «در مهر» ۲۴ ماده و یک تبصره را به موضوع مهم «مهریه» اختصاص داده که نشان از اهتمام و ضرورت توجه به این مهم دارد.

۳- برخی معتقدند مهریه، ابزار تأمین و تضمین حقوق حقه زن، سلاح او در برابر طلاق، اهرم فشار زن به هنگام ازدواج مجدد مرد، جبران کمبود سهم الارث و دیه زن و از طرفی یک هدیه از جانب مرد به زن است. مهریه باید در حد توانایی مالی مرد باشد، به موقع پرداخت شود و مشروط نباشد به شرطی که النهایه حق زن تضییع شود. مهریه عندالمطالبه، سنت پیامبر اکرم (ص) است و گنجاندن شرط عندالاستطاعه، دلیل شرعی می‌خواهد. عندالاستطاعه بودن مهریه، مغایر قانون و موجب ایجاد ابهام در پرداخت است و استیفای حقوق زن را تضعیف و حتی تشدید می‌کند. و در این میان، حقوقدانانی هم هستند که عقیده دارند هرچند اضافه کردن شرط مذکور خلاف قانون و شرع نیست اما موجب تضییع حقوق زنان می‌شود و شرایط اجتماعی به سمتی پیش می‌رود که مهریه به زن پرداخت نشود و در این صورت نیز، اصل وجودی مهریه لوٹ می‌شود و تبعات آن کمتر از وضع موجود جامعه و وضعیت فعلی خانواده‌ها نخواهد بود.

۴- در مقابل، برخی دیگر بر این باورند؛ هرچند که میزان مهریه براساس اراده طرفین

است، حق زن است و دین است برعهده مرد. ارقام نجومی مهریه اشکال ندارد اما آیا زندان، اولین راهکار است و یا آخرین راه حل یک تصمیم اشتباه؟ و با وجود ۲ هزار زندانی مهریه که یک درصد کل جمعیت زندانیان کشور را به خود اختصاص داده، آیا فلسفه وجودی مهریه - که همانا هدف متعالی استحکام کیان خانواده است - اکنون منحرف نشده است؟ و آیا امنیت و آرامش خانواده‌ها را تهدید نکرده است؟ و از طرفی دیگر، کثرت پرونده‌های قضایی در همین باره، هزینه‌های بسیاری را بر دوش دستگاه قضایی و اجرایی کشور تحمیل نموده است.

اکنون، مهریه‌های سنگین و بی‌اساس و عندالمطالبه بودن مهریه، باعث ایجاد مشکلات بسیار و سست شدن پایه‌های خانواده‌ها شده است. قاعده لاضرر، تسهیل در پرداخت مهریه که عقلایی است، پذیرش خانواده‌ها و اینکه عندالاستطاعه بودن مهریه ضامن تحکیم خانواده‌ها است از جمله دلایل موافقان درج عندالاستطاعه بودن در سند ازدواج است. ضمن اینکه شرطی را که خلاف مقتضای عقد نباشد می‌توان نوشت و شرط «عندالاستطاعه» نیز خلاف مقتضای عقد نیست و طرفین می‌توانند این شرط را به تراضی تغییر دهند.

۵ - اما در هر صورت، تحقق شرط «عندالاستطاعه» بدون رضایت زوجه امکان‌پذیر نیست و بدون رضای زن لازم‌الاجرا نیست و توافق طرفین را می‌خواهد. زیرا که این بخشنامه، یک دستورالعمل است که جنبه ارشادی دارد و البته اشکالات عملی و ایرادات قابل توجهی هم به آن وارد است که مستلزم اعمال نظر کارشناسی و بررسی حقوقی دقیق‌تر و بیشتر است تا مردم در آینده دچار بروز مشکل جدید نشوند و از آن جمله است؛

۱ - ملاک استطاعت و توان مالی مرد چیست؟

۲ - مرجع و نحوه احراز استطاعت مالی کدام است؟

۳ - ضمانت اجرای آن چیست؟

و در صورت اعسار مرد یا پنهان سازی و انتقال مخفیانه اموالش، راه استیفای مهریه زن چیست؟ اگر مرد به قصد فرار از دین معامله کرد تا زمان صدور رأی دادگاه (پس از اثبات عمل مجرمانه مرد)، حق و حقوق زن چگونه رعایت می‌شود؟ امید که این بخشنامه توفیق یابد به عنوان یک لایحه اصلاح موادی از قانون مدنی مانند ۱۰۸۰ یا ۱۰۸۳ و یا ... مطرح و مراحل تصویب را جهت اجرا بگذراند.

رضا تاجگر

عضو هیئت تحریریه

رابطه ادارات ثبت اسناد و املاک با دفاتر اسناد رسمی تعامل نه تقابل

محمد عظیمیان^۱

اهمیت ثبت اسناد و لزوم ثبت معاملات بر کسی پوشیده نیست. صرف نظر از امتیازات «لازم‌الاجرا بودن» و «غیرقابل تردید و انکار تلقی شدن» اسناد رسمی که مورد استفاده دارنده آن است، ثبات امنیت مالی و اقتصادی، کاهش هزینه‌های قضایی، جلوگیری از تداخل حقوق اشخاص، حفظ حقوق سرزمینی، و شاید تحصیل حقوق دولتی، می‌تواند از دلایل ضرورت ثبت اسناد از منظر حاکمیت باشد.

سابقه تشخیص ضرورت و تأکید بر آن را در دوره نوین قانونگذاری، می‌توان در قانون ثبت اسناد مصوب ۱۲ جمادی‌الاول ۱۳۲۹ هجری قمری مطابق ۲۱ اردیبهشت ۱۲۹۰ هجری شمسی مشاهده نمود.^۲ مطابق این قانون گروهی از مستخدمین دولت و کارمندان

۱. سردفتر اسناد رسمی ۶۴۸ تهران و عضو کمیسیون حقوقی و عضو هیئت تحریریه مجله کانون.
 ۲. قبل از آن در سال ۱۳۰۳ هجری قمری مصادف با ۱۲۶۴ هجری شمسی قانونی تحت عنوان «قانون ثبت و قانون دولتی» تصویب شده بود که به موجب آن اسناد در دفتر مخصوصی باید به ثبت می‌رسید و حق‌الثبت هم دریافت می‌شد و سند ثبت شده ملاک عمل و مناط اعتبار بوده است. ر.ک: عباسی داکانی، خسرو، *حقوق ثبت اسناد*، نشر میزان، چ اول، ۱۳۸۷، ص ۱۷.

اداره ثبت، وظیفه ثبت اسناد را عهده‌دار گردیدند که از آنها به عنوان «مباشترین ثبت» نام برده شده است.

تغییر عناوین کسانی که در تنظیم و ثبت اسناد دخالت داشته‌اند (مباشترین ثبت، مسئولین دفاتر، صاحبین دفاتر، سردفتران) و همچنین اصلاحات مکرر مقررات ثبتی، نشان‌دهنده اهمیت ثبت رسمی اسناد و عزم جدی قانونگذار در ترغیب اشخاص به این مهم می‌باشد تا جایی که ضمن اجباری نمودن ثبت برخی اسناد، در سال ۱۳۵۱ با تصویب «قانون تبدیل اداره کل ثبت اسناد و املاک به سازمان ثبت اسناد و املاک کشور»^۱ مبادرت به توسعه سازمانی متولی امر ثبت اسناد نمود تا متعاقب آن با تأسیس «معاونت اسناد» [که از معاونت‌های بسیار مهم سازمانی محسوب و به همراه معاونت املاک هدف غایی تأسیس سازمان را تشکیل می‌دهد] امر نظارت بر تنظیم و ثبت اسناد در دفاتر اسناد رسمی از طریق اداره کل امور اسناد و سردفتران و نظارت بر سایر بخش‌ها (طبق شرح وظایف مصوب) از طریق سایر مبادی عملی گردد.

از طرف دیگر مطابق ماده یک قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران مصوب ۱۳۵۴/۴/۲۵ «دفترخانه اسناد رسمی واحد وابسته به وزارت دادگستری است و برای تنظیم و ثبت اسناد رسمی طبق قوانین و مقررات مربوط تشکیل می‌شود. سازمان و وظایف دفترخانه تابع قوانین و نظامات راجع به آن است»، اختصاص صلاحیت تنظیم و ثبت اسناد رسمی به دفاتر اسناد رسمی و جایگزینی بخش خصوصی (دفاتر اسناد رسمی) به جای بخش دولتی (مباشترین ثبت) از اقدامات مهم و در خور توجه قانونگذار و حاکمیت بوده که ضمن ایجاد اشتغال برای متقاضیان سردفتری، بدون پرداخت هیچ‌گونه هزینه‌ای، به بهترین وجه، خصوصی‌سازی را در بخش ثبت اسناد محقق نموده است. البته دفاتر اسناد رسمی نیز ضمن پاسخ شایسته به اعتماد دولت، بدون تحمیل بار مالی، به عنوان یکی از

۱. این قانون در تاریخ دهم بهمن ۱۳۵۱ به تصویب مجلس شورا و در تاریخ سوم اردیبهشت ۱۳۵۲ به تأیید مجلس سنا رسیده است.

موفق‌ترین نهادهای بخش خصوصی امر خطیر تنظیم و ثبت اسناد را به صورتی مطلوب انجام داده‌اند که سابقه آن بر کسی پوشیده نیست.

با توجه به موارد مذکور، جایگاه هر یک از دو نهاد «سازمان ثبت اسناد و املاک کشور» و «دفاتر اسناد رسمی» در تنظیم و ثبت اسناد رسمی قابل تأمل و تأثیر هر یک در این خصوص غیرقابل انکار است، به عبارت دیگر تأمین امنیت اجتماعی، اقتصادی و... در سطح کلان که از عمده‌ترین دلایل تنظیم و ثبت اسناد به صورت رسمی است جز با تعامل و همکاری و همفکری این دو مرجع میسر نخواهد گردید. بدون تردید در سایه چنین تعاملی با واگذارن اغراض بعضاً شخصی و نصب‌العین قرار دادن هدف مشترک (رسمیت دادن به اسناد اشخاص) ضمن حفظ حقوق شهروندی از حقوق سازمان و دفاتر نیز صیانت خواهد گردید.

بدین ترتیب ادارات محترم ثبت اسناد و املاک با قبول غیر دولتی بودن دفاتر اسناد رسمی و دفاتر اسناد رسمی با پذیرش وابسته بودن به قوه قضاییه، علاوه بر رعایت حقوق و تکالیف ناشی از این امر، با فصل‌الخطاب قرار دادن قانون، از تحمیل هرگونه تکلیف زاید و غیرضرور و بی‌مهری نسبت به یکدیگر خودداری تا رسالت مشترک طرفین (ثبت رسمی اسناد) به نحو احسن در محیطی سرشار از تفاهم و تعامل محقق گردد. ان شاء...

در این مقاله مصادیقی از نقایص موجود که به نظر می‌آید با ملاحظه مسئولین محترم سازمان ثبت اسناد و املاک و مدیران دلسوز ادارات و نواحی مربوطه، قابل رفع می‌باشد، متذکر گردیده است. امیدواریم با تدبیر مناسب مسئولین امر و درایت جامعه سردفتری، بیش از پیش شاهد اعتبار روزافزون اسناد رسمی و نتیجتاً اعتلای جایگاه سازمان و شأن سردفتران باشیم.

۱ - حمایت معنوی سردفتران^۱

۱. قسمت عمده تذکرات موضوع این مقاله، بین سردفتران و دفترباران مشترک است و عدم قید دفترباران پس از کلمه سردفتر در جای جای این مقاله به دلیل کوتاه کردن سخن بوده و بی‌اعتنایی به همکاران دفترباران تلقی نگردد.

صرف نظر از اهمیت شایان موضوع ثبت اسناد رسمی که انجام آن در صلاحیت اختصاصی دفاتر اسناد رسمی می‌باشد، اصولاً به لحاظ هم خانواده بودن دفاتر و سازمان ثبت اسناد و املاک و تعلق هر دو نهاد به قوه قضائیه^۱ ثمره هرگونه ارج نهادن به کار بزرگ سردفتران متوجه سازمان دستگاه قضایی و نهایتاً حاکمیت خواهد گردید. به منظور نیل به این هدف، رعایت شئون سردفتری و احترام سردفتران در مکاتبات، خطابات، ابلاغیه‌ها و مصاحبه‌ها و ... توسط مدیران محترم ثبت ضروری است. متأسفانه در مکاتبات برخی از واحدهای ثبتی با دفاتر اسناد رسمی سردفتر به نحو آمرانه‌ای مورد عتاب و خطاب قرار می‌گیرد که این نوع برخورد می‌تواند دلیلی بر بی‌اعتمادی به سردفتر یا احیاناً کارمند تلقی کردن وی، به لحاظ وابستگی دفترخانه به وزارت دادگستری (قوه قضائیه)، سازمان ثبت اسناد و املاک) باشد که در هر دو صورت آزار دهنده است.

ممکن است در صنف سردفتران نیز مثل سایر صنوف، متخلفی با اقدامات خلاف قانون خویش، باعث وهن دفاتر گردد که در این صورت تعمیم آن به دفاتر سخت‌کوشی که با سابقه معتنا بهی و در عین نیاز مبرم مالی، کوچک‌ترین تخطی از ضوابط و مقررات را با تحصیل بالاترین ارقام ریالی معاوضه نمی‌کنند، ناعادلانه و بی‌انصافی است، مضافاً اینکه برخورد قاطع با متخلفین احتمالی خواسته مؤکد صنف و از وظایف سازمان محترم ثبت اسناد و املاک می‌باشد.

فراموش نکنیم که سردفتری از مناصب و اقدام سردفتر، عمل حکومتی است، ضمناً به دلیل انتصاب سردفتر توسط بالاترین مقام قضایی کشور (قبل از انقلاب وزیر دادگستری و پس از انقلاب ریاست محترم قوه قضائیه که البته در حال حاضر اختیارات خود را در این خصوص به ریاست محترم سازمان ثبت اسناد و املاک تفویض نموده‌اند) می‌باید در موارد

۱. با توجه به قانون تفویض مسئولیت‌های وزیر دادگستری مصوب ۵۹/۱/۱۹ و ماده واحده لایحه قانونی اختیارات مربوط به شورای عالی قضایی مصوب ۵۹/۴/۱۲ و ماده واحده قانون اختیارات و وظایف رئیس قوه قضائیه مصوب ۱۳۷۱/۱۲/۹.

مذکور محتاطتر عمل نمود.^۱

۲ - ضابطه مند نمودن درخواست رونوشت از اسناد تنظیم شده

مطابق بند ۳۵ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی «دادن فتوکپی به جای رونوشت از اسنادی که اداره ثبت و سایر دوایر دولتی با مجوز مطالبه می‌نمایند یا سردفتر مکلف به ارسال است، مشروط بر اینکه فتوکپی از هر جهت خوانا و روشن و بی‌عیب و نقص بوده و دفاتر به خارج از دفتر منتقل و حمل نشود و در تاریخ تهیه با متن ثبت دفتر و ملاحظات آن منطبق باشد و گواهی و امضاء و مهر شود بلا اشکال است» وفق این بند از مجموعه بخشنامه‌های ثبتی، اول اینکه ادارات ثبت و دوایر دولتی «بدون مجوز» حق مطالبه رونوشت یا فتوکپی مصدق اسناد را ندارند.

دوم اینکه در صورت وجود مجوز، عدم پذیرش فتوکپی مصدق اسناد و الزام دفاتر به تهیه و ارسال رونوشت آنها، با اختیار مندرج در ماده ۲۱ قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران و بند ۳۱ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی در تضاد می‌باشد.^۲ سوم اینکه درخواست رونوشت اسناد مستلزم پرداخت حق‌الثبت و حق‌التحریر و مطالبه فتوکپی تصدیق شده، مستلزم تأدیه حق‌التحریر متعلقه است.^۳ و^۴

۱. در مجموعه مقررات اثری از دستورالعمل تشویق سردفتران به چشم نمی‌خورد، جا دارد سازمان محترم ثبت اسناد و املاک با تدوین دستورالعملی، به نحو مقتضی از سردفترانی که به اعتماد دولت پاسخ مثبت داده و با رعایت قوانین و مقررات وظیفه سنگین تنظیم و ثبت سند را انجام می‌دهند، در مواردی تقدیر نمایند.

۲. ماده ۷۴ قانون ثبت «سوادی که مطابقت آن با ثبت دفتر تصدیق شده است به منزله اصل سند خواهد بود مگر در صورت اثبات عدم مطابقت سواد با ثبت دفتر.

۳. با عنایت به اصلاح مواد ۱۲۳ و ۱۲۴ قانون ثبت طی ماده ۱۰ قانون الحاق موادی به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت مصوب ۱۳۸۴/۸/۱۵ در حال حاضر فقط اسناد مربوط به دانشجویان بورسیه و اعضاء هیئت علمی که جهت تحصیلات عالی یا استفاده از فرصت‌های مطالعاتی به خارج از کشور اعزام می‌گردند از پرداخت حق‌الثبت معاف می‌باشند.

۴. مطابق اطلاق بند ۱۵ قسمت ب بخشنامه شماره ۱/۸۳/۱۰۱۵۵ - ۸۳/۷/۱۶ ریاست محترم سازمان ثبت اسناد و املاک و صراحت رأی وحدت رویه شماره ۳۴/۴۵۶۹۷ - و - ر مورخ ۸۳/۱۱/۲۶ کانون^۵

بنابراین به لحاظ محترم بودن عمل مؤمن و به منظور رعایت حقوق دفاتر، ادارات محترم ثبت، صرفاً در مواقع لزوم، با ارشاد مراجعین به دفاتر اسناد رسمی مربوطه جهت پرداخت هزینه‌های قانونی، به دلیل سهولت تهیه و ارسال تصویر مصدق اسناد، فتوکپی ارسالی را مورد قبول قرار دهند.

۳- قبول فتوکپی سند مالکیت برای اخذ پاسخ استعلام

مراقبت و حفاظت از اسنادی که برای ثبت، به دفاتر سپرده می‌شود، از مسئولیت‌های خطیر سردفتری است و سند مالکیت بدون اغراق، مهم‌ترین سندی است که در صورت سپرده شدن به دفاتر، نیازمند مراقبت مضاعف می‌باشد. از تاریخ تصویب بند ۳۱ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی (اصلاح بند ۱۴ بخشنامه‌های قبل از سال ۱۳۴۹) تا سال ۱۳۸۶ که در اجرای بخشنامه شماره ۱۰۱/۶۸۵۵۲ - ۸۴/۱۱/۱ تحویل استعلام ثبت و اخذ پاسخ آن به عهده مأمورین دفاتر اسناد رسمی محول گردید،^۱ به دلیل سنگین بودن تعهد نگهداری اسناد مالکیت اشخاص، دفاتر اسناد رسمی با احتراز از قبول این مسئولیت، وظیفه مراجعه به ادارات ثبت را به شخص مالک (که بدون شک دلسوزترین اشخاص در مراقبت از مدارک خود می‌باشد) محول نموده و ادارات محترم ثبت نیز ظاهراً با قبول این واقعیت، مبادرت به تهیه و تحویل پاسخ استعلامات به دفاتر می‌نمودند.

صرف نظر از محدود بودن دامنه مشمول بند ۳۱ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی [۱] - ارسال استعلامیه‌ها توسط مأمورین دفاتر اسناد رسمی و نه کارکنان دفاتر اسناد رسمی و اخذ پاسخ آن توسط هر کسی که از طرف دفترخانه معرفی‌نامه داشته باشد، ۲ - تکلیف ارائه

سردفتران و دفتریاران، به این‌گونه اسناد حق‌التحریر تعلق می‌گیرد. صرفاً وفق بند ۴۴۳ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی، اطلاعات درخواستی دادگاه‌ها و بازپرس‌ها از ثبت املاک، به لحاظ اقدام اداری تلقی شدن مشمول پرداخت هزینه‌ای نخواهد بود. علاوه بر آن به نظر می‌آید درخواست رونوشت اداری از اسنادی که خلاصه معامله آن به نحوی مفقود گردیده مشمول حکم اخیر باشد (بخشنامه شماره ۱۰۱/۸۷/۸۵۴۳۵ - ۸۷/۸/۱۹)

۱. مطابق بخشنامه شماره ۱۰۱/۸۸۹۷۹ - ۸۶/۱۱/۳۰ در حال حاضر صرفاً «کارمندان شاغل در دفترخانه» مصداق مأمورین بند ۳۱ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی می‌باشند.

معرفی نامه برای اخذ پاسخ استعلام اختصاص به تهران و مراکز استان دارد ۳ - به نظر می‌رسد این بخشنامه صرفاً ناظر به املاک واقع در حوزه ثبتی محل دفترخانه می‌باشد^۱ به منظور جلوگیری از هرگونه آسیب احتمالی به اسناد مالکیت اشخاص، کانون محترم سردفتران و دفتریاران با ارجاع موضوع به اداره کل محترم ثبت اسناد و املاک استان تهران، درخواست پذیرش فتوکپی مصدق سند مالکیت مراجعین توسط ادارات محترم ثبت را جهت ارائه پاسخ استعلام نمود که مدیر کل محترم ثبت ضمن اجابت خواسته کانون با صدور بخشنامه شماره ۱۰۱/۲۵۶۱۹ - ۸۵/۴/۲۰ پذیرش آن را بلا مانع اعلام نمودند. لکن متأسفانه برخی از نواحی و مناطق ثبتی کما فی السابق رؤیت اصل سند مالکیت را ضروری می‌دانند، بعضی از مناطق ثبتی از پذیرش فتوکپی مصدق سند مالکیت امتناع نموده و نهایتاً مناطقی تحویل پاسخ استعلام را منوط به ارائه اصل و فتوکپی مصدق سند مالکیت می‌نمایند.

این تشتت و اعمال سلائیق، ضمن اینکه باعث اعتراض مراجعین به دفاتر اسناد رسمی می‌گردد بخشنامه قانونی صادره را بی‌اثر می‌نماید، بنابراین جهت اجرای تصمیم مدیریت محترم ثبت کل استان تهران و حفظ حقوق اشخاص و همچنین جلوگیری از تحمیل عواقب ناشی از سرقت، مفقود شدن و آسیب دیدن احتمالی اسناد بر سردفتر، ادارات محترم ثبت اسناد و املاک به صورت یکپارچه فتوکپی مصدق اسناد مالکیت را ملاک اخذ و تحویل پاسخ استعلامات ثبتی قرار دهند.

۴ - تکلیف درج سلسله انتقالات در ظهر استعلام

قانون تسهیل تنظیم اسناد در دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۸۵/۶/۱ یکی از کارآمدترین

۱ . بند ۴۶۵ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی ناظر به ردیف هفتم از مجموع وظایف کانون سردفتران و دفتریاران موضوع ماده ۶۶ قانون دفاتر می‌باشد که با حذف آن طبق قانون اصلاح پاره‌ای از مواد قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران مصوب ۱۳۷۱/۳/۳ ملغی گردیده است و بنابراین با ملغی شدن تکلیف دفاتر به ارسال رونوشت احکام کارکنان به کانون، هر شخص مورد وثوق سردفتر می‌تواند مصداق مأمور مندرج در بند ۳۱ باشد که در این صورت همکاری واحدهای محترم ثبتی با نامبرده الزامی است.

قوانین در بخش تنظیم و ثبت اسناد است که با پیشنهاد و حمایت سازمان ثبت اسناد و املاک کشور به تصویب رسیده است. ماده اول قانون که می‌توان آن را رکن رکین مصوبه مجلس نامید، ناظر به هدف اصلی سازمان یعنی صیانت از مالکیت اشخاص و خدشه‌ناپذیری اعتبار اسناد رسمی بوده که بدین منظور قانونگذار دو تکلیف اساسی «تطبیق سند مالکیت با دفتر املاک» و «اعلام نام آخرین مالک» را به ادارات ثبت محول نموده است.

بدون تردید اجرای قانون مستلزم نظارت دقیق بر ارسال، وصول و ثبت خلاصه معاملات^۱ در دفتر املاک می‌باشد که در صورت انجام این مهم، پاسخ استعلامات ثبتی در کوتاه‌ترین زمان ممکن به دفاتر ارائه گردیده و جایی برای نگرانی باقی نخواهد ماند تا احتیاطاً با اقداماتی از قبیل احیاء بند ۵۱ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی برطرف گردد.

تکلیف دفاتر به قید سلسله انتقالات در ظهر استعلام ثبتی اخیراً در بعضی از ادارات محترم ثبت به صورت جدی پیگیری و از پذیرش استعلاماتی که بدون رعایت مراتب مذکور ارائه می‌گردد خودداری می‌نمایند. صرف نظر از متروکه بودن بخشنامه موضوع بند ۵۱، اصولاً قید سلسله انتقالات و مهر و امضای آن بدون تحقیق، به لحاظ تحمیل مسئولیت آن به سردفتر بسیار خطرناک و غیرمنصفانه است و از دیگر سو، تکلیف به تحقیق از صحت و سقم انتقالات، تکلیف مالایطاق است. چرا که ممکن است در ستون نقل و انتقالات سند مالکیتی بالغ بر دهها معامله و آن هم در شهرستان‌ها و حوزه‌های ثبتی مختلفی اخبار گردیده باشد. که در این صورت سردفتر می‌باید به هزینه شخصی خود، پس از اخذ پاسخ از دفاتر تنظیم کننده اسناد قبلی در اقصی نقاط کشور، نسبت به ارائه استعلام ثبتی اقدام نماید.

این‌گونه تکالیف علاوه بر اینکه باعث تحمیل هزینه‌های اضافی و مسئولیت نامحدود سردفتر می‌گردد، با روح قانون تسهیل تنظیم اسناد در دفاتر اسناد رسمی در تضاد می‌باشد

۱. مطابق ماده ۱۰۴ آیین‌نامه قانون ثبت «متصدیان مربوطه ثبت املاک مکلفند پس از وصول خلاصه معامله از دفترخانه در ظرف ۲۴ ساعت آن را در دفتر املاک ثبت نمایند...»

که امید است با رفع این تکلیف، از نگرانی و دغدغه‌های جامعه سردفتری کاسته شود.

۵- اعزام مراجعین به دفاتر اسناد رسمی جهت اخذ پاسخ مکاتبات

ارتباط قانونمند، منطقی و فراگیر دفاتر اسناد رسمی با واحدهای ثبتی، منشأ خدمات متعددی است که هر یک از طرفین و مراجعین به هر دو نهاد، از آن بهره‌مند می‌گردند، ضمناً هر دو طرف با اعتقاد به تأثیر متقابل اعتلای طرف دیگر در سازمان خویش، با آسیب‌شناسی کامل، از اقدامات عناصری (اعم از کارمند یا ارباب رجوع) که قصد تخریب این رابطه صمیمی را داشته جلوگیری و با حفظ اعتبار اسناد رسمی، دامنه خدمات به اشخاص را با رعایت دو اصل «سرعت» و «دقت» توسعه می‌بخشند.

دفاتر اسناد رسمی در اجرای بند ۲۷ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی موظفند حداکثر تا یک هفته پاسخ سؤالات مقامات رسمی و واحدهای ثبتی را ارسال دارند. مطابق این بخشنامه اول اینکه دفاتر اسناد رسمی در ارسال پاسخ سؤالات واحدهای ثبتی یک هفته مهلت دارند، دوم اینکه پاسخ سؤالات مقامات مذکور «ارسال» خواهد گردید. بنابراین درخواست اعلام مراتب قبل از انقضای یک هفته و به طریقی به جز ارسال پستی و یا در مواردی به تشخیص سردفتر، ارسال توسط مأمور دفترخانه، فاقد توجیه می‌باشد.

در این رهگذر، اقدام برخی از واحدهای ثبتی در اعزام مراجعین به دفاتر اسناد رسمی جهت اخذ پاسخ‌نامه‌ها و یا رونوشت و فتوکپی از اسناد و مدارک قابل انتقاد است، چرا که مرتکبین اعمال خلاف قانون و ناقضین حقوق اشخاص با بهره‌مندی از پیشرفته‌ترین فناوری‌ها می‌توانند به سادگی نسبت به قلب حقیقت و تدارک پاسخ مخدوش و تحویل آن به واحدهای ثبتی اقدام نمایند که در این صورت به دلیل بالا بودن قیمت املاک به ویژه در شهرهای بزرگ و تخصیص تسهیلات بانکی معتنابه در مواردی، حتی سوءاستفاده از یک پاسخ، موجب ضرر و زیانی خواهد شد که به نظر جبران آن ممکن نخواهد گردید. مضافاً حضور مراجعین در دفاتر اسناد رسمی جهت اخذ پاسخ مکاتبات و سایر موارد که معمولاً با تعجیل مشارالیه‌هم همراه است، از دقت و نظارت متصدی امور اداری کاسته و احتمال خطا را در جوابیه دفاتر بیشتر می‌نماید. بدین ترتیب استفاده از خدمات شرکت پست

در اخذ جوابیه، روش مطلوبی است که در عین قانونمندی به رفع نگرانی‌های موجود کمک شایانی خواهد نمود.

در پایان ضمن تذکر این نکته که ترمیم اعتماد متقابل و نتیجتاً اعتلای جایگاه سازمان محترم ثبت اسناد و املاک (ادارات ثبت) تنها با رفع مصادیق^۱ ذکر شده میسر نخواهد گردید، پیشنهاد می‌گردد با اختیار موضوع بند ب ماده ۱۳۱ قانون اصلاح موادی از قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی جمهوری اسلامی ایران... مصوب ۸۳/۶/۱۱^۲ نسبت به تعمیم سیستم مکانیزه در ادارات ثبت و تأکید بر رایانه‌ای شدن تنظیم و ثبت اسناد در دفاتر اسناد رسمی، امکان برقراری ارتباط آنلاین با سایت سازمان و ادارات ثبت فراهم گردیده تا دفاتر اسناد رسمی و ادارات ثبت نسبت به اجابت خواسته یکدیگر در موارد تجویز شده فقط از این طریق اقدام نمایند، نسبت به سایر موارد، با اصلاح قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران، اختیار تأسیس شرکت‌های خدماتی به کانون‌های استانی محول گردیده تا ضمن معرفی افراد مورد وثوق به دفاتر و ادارات ثبت، بدو تشویق خاطر مراجع مربوطه از مفقود شدن اسناد و مدارک اشخاص برطرف گردیده و مضافاً باعث جبران قسمتی از کسر درآمد کانون از محل ۱۰٪ حق‌التحریر و ارزیابی که به دلیل کاهش نقل و انتقالات و ازدیاد دفاتر ایجاد شده گردد.

۱. به عنوان مثال، وفق بند ۱۶ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی حضور منظم سردفتر و دفتریار در محل کار خویش الزامی است، در این خصوص ضمن احترام به دیدگاه واضعین بخشنامه، باید پذیرفت که سردفتر و دفتریار نیز مانند سایر اشخاص، برای اجابت خواسته‌های طبیعی خود و خانواده یا رفع و رجوع موارد تحمیل شده، ممکن است ساعاتی را از حضور در محل کار معذور باشند که این وضعیت با تعامل ناظرین سازمان قابل توجه و اتخاذ تصمیم مناسب و شایسته می‌باشد. بند ۳۲۲ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی (اعلام بازداشت یا عدم آن در پاسخ استعلام و اضافه نمودن موارد دیگر ذیل استعلام) نیز قابل تأمل است.

۲. بند «ب»: به سازمان ثبت اسناد و املاک کشور اجازه داده می‌شود اقدامات و ارائه خدمات را در قسمت‌های مختلف به صورت رایانه‌ای انجام دهد. اصل کتابت در تنظیم اظهارنامه، صورتمجلس تحدید حدود و دفتر املاک و اسناد رسمی باید رعایت گردد.

بیع زمانی یا انتقال مالکیت زمان بندی شده (بخش اول)

سعید شریعتی

مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه (گروه تحقیقات حقوق خصوصی)

اصطلاح بیع زمانی به نوعی خاص از انتقال مالکیت اطلاق می شود که طبق آن مالکان حق استفاده از ملک را به صورت زمان بندی شده پیدا می کنند. مقاله حاضر که در چند شماره ارائه می شود ابتدا به تعریف این واژه پرداخته و سپس اعتبار آن را از نظر شرع و قانون بررسی می کند.

مقدمه

۱ - فرایند تعامل میان سیستم های حقوقی، اگر به گونه ای صحیح، اصولی و حساب شده صورت گیرد می تواند به رشد و بالندگی حقوق کشور کمک شایانی بنماید. در عصر کنونی که عصر ارتباطات نام گرفته است، تأثیر و تأثر سیستم های حقوقی بر یکدیگر امری اجتناب ناپذیر است، زیرا پیشرفت صنعت، تکنولوژی و علم و دانش بشری روز به روز پدیده های نوینی را در عرصه های مختلف، از جمله در پدیده ها و مقررات حقوقی می آفریند و ارتباط فراوان دولت ها و ملت ها با یکدیگر موجب انتقال تجربه های جدید از جایی به جایی دیگر می شود.

دانش حقوق که رسالت قانونمند کردن فعالیت‌های فردی و گروهی را در جامعه به عهده دارد نباید در مقابل پدیده‌های نو پیدا حالت انفعالی و تأثیرپذیری یک طرفه داشته باشد. بنابراین، این انتظار و توقعی بی‌جاست که حقوق کشور همواره براساس مسایل مستحدثه و نو پیدا تغییر یابد بلکه باید هر مسئله جدید و بی‌سابقه را با مبانی مورد قبول و اصول پذیرفته شده فقهی و حقوقی سنجید و چنانچه مغایر آن شناخته شد از اجرا و رواج آن در کشور جلوگیری کرد و گرنه در مسیر قانونمند کردن آن کوشید. البته این سخن به معنای جمود و تعصب بر تأسیسات و پدیده‌های حقوقی کهن و عدم پذیرش مطلق نهادها و تأسیسات جدید نیست بلکه سخن ما آن است که مبانی مسلم فقهی و اصول پذیرفته شده حقوقی را نباید در راه توجیه یا تصحیح یک پدیده جدید قربانی نمود.

راه حل صحیح و منطقی در برخورد با یک پدیده جدید یا تأسیس حقوقی ناشناخته که از سیستم دیگری به کشور ما وارد شده این است که اولاً ماهیت آن در کشور مبدأ شناخته شود و آثار و نتایج آن مورد بررسی قرار گیرد ثانیاً با توجه به ماهیت و آثار و احکام آن، به بررسی و کاوش در حقوق کشور پرداخته شود تا صحت یا بطلان آن روشن گردد.

۲- رواج Timesharing در برخی از کشورهای اروپایی و نقشی که این شیوه در جذب سرمایه‌ها و جلوگیری از اتلاف منابع دارد برخی از شرکت‌های ایرانی را بر آن داشته تا این روش را الگوی فعالیت‌های خود قرار دهند اگرچه این شرکت‌ها - چنان که خواهیم گفت - برای تطبیق فعالیت‌های خود بر موازین حقوقی و قوانین جاری از قراردادهایی چون بیع مشاع و صلح منافع کمک گرفته‌اند اما با توجه به رواج این مسئله در سال‌های اخیر و به ویژه استفاده از عناوین «بیع زمانی» و «تایم شر» و نیز با توجه به بهره‌گیری این شرکت‌ها از تجارب شرکت‌های خارجی بیم آن می‌رود که مشکلاتی از این ناحیه ایجاد شود لذا لازم است در جهت قانونمند شدن آن اقدام شود.

هدف از این نوشتار که با توجه به نیاز فوق تنظیم شده است آن است که جایگاه چنین قراردادی را در فقه امامیه و حقوق ایران مشخص نماید و به بررسی اعتبار و نفوذ آن

بپردازد.

الف - توضیح موضوع

واژه Timesharing در لغت به معنای سهم زمانی یا مشارکت زمانی است و در اصطلاح به شیوه خاص استفاده و انتفاع از ملک اطلاق می‌شود که بر طبق آن، مالکین به صورت زمان‌بندی شده حق استفاده از ملک را دارند. مؤلف فرهنگ حقوقی Black درباره این واژه می‌نویسد: «Timesharing شکلی از مالکیت سهم بندی شده مال است که عموماً در املاک مشاعی که مخصوص گذران اوقات فراغت است و نیز در اماکن تفریحی رواج دارد و در آن، چند مالک استحقاق می‌یابند که برای مدت معین در هر سال، از آن مال استفاده کنند (مثلاً دو هفته در هر سال)»^۱

به گفته برخی از آگاهان، از پیدایش «timeshare» بیش از چند دهه نمی‌گذرد و به همین جهت - تا جایی که کاوش شده - نامی از آن در کتاب‌های حقوقی فارسی برده نشده است. محدودیت منابع مطالعاتی در این زمینه بر مشکل افزوده است و لذا به رغم مشورت با اساتید دانشگاه و مراجعه به منابع در دسترس - اعم از فارسی، عربی و انگلیسی - هنوز ماهیت و احکام تایم شر، تا حدود زیادی برای ما ناشناخته است اما آنچه مسلم است این است که ماهیت تایم شر از دو صورت زیر خارج نیست:

۱ - فرض اول این است که «تایم شر» در حقیقت، عبارت دیگری از مهاریات در فقه است یعنی چند مالک که به صورت مشاع در ملکی شراکت دارند به دلیل آنکه نمی‌توانند به طور همزمان از آن ملک استفاده کنند، منافع ملک را به صورت زمان‌بندی شده بین خود تقسیم می‌کنند. بنابراین در این صورت، مالکیت مالکین به صورت مشاع بوده تنها حق انتفاع از ملک، به صورت زمان‌بندی شده تقسیم شده است.

۲ - فرض دوم آن است که هر کدام از مالکین در مدت مشخصی از سال، مالک تمام

1. "Timesharing: form of shared property ownership. Commonly on vacation or recreation condominium property where in rights vest in sharerd owners to use propirty for specified priod each year (e. g two weeks each year)". Blacks Lawdictionary p.1483.

عین باشند که با اتمام آن مدت، مالکیت عین به دیگری منتقل می‌شود و این ترتیب، هر سال تکرار می‌شود. در این فرض، مالکیت افراد به صورت موقت و زمانی است یعنی مالکیت عین براساس زمان، تقسیم شده است نه حق انتفاع از آن.

مهایات از نظر فقه و حقوق، امری پذیرفته شده است و لذا اگر ماهیت «تایم شر»، همان مهایات و تقسیم منافع براساس زمان باشد، بحث قابل توجهی وجود ندارد و ما در فصل پایانی این نوشتار به این مسئله بیشتر خواهیم پرداخت.

اما با توجه به برخی منابع موجود و نیز راهنمایی اساتید و به ویژه با عنایت به نظریه مشورتی اداره حقوقی قوه قضائیه شماره ۷/۵۰۴۲ - ۷۵/۸/۱۰^۱ که در این رابطه ابراز شده است به نظر می‌رسد که «تایم شر»، نوع خاصی از مالکیت می‌باشد و ماهیت آن با بیع مشاع و مهایات، تفاوت اساسی دارد. به بیان دیگر «تایم شر» عبارت است از مالکیت زمان بندی شده مال به این صورت که مالکیت یک ملک مانند ویلا و پلاژ و در سطح وسیع تر مالکیت یک جزیره و مانند آن به صورت زمان بندی شده به چند نفر انتقال می‌یابد به گونه‌ای که هر کدام از آنها در مدت مشخصی از سال، مالک آن ملک می‌باشند و از آن استفاده می‌کنند و این ترتیب، هر ساله تکرار می‌شود.

برای روشن شدن موضوع لازم است به این نکته اشاره کنیم که واگذاری موقت منافع یک عین به صورت تملیک منافع و یا به صورت واگذاری حق انتفاع بدون تردید، صحیح و نافذ می‌باشد و در این صورت، نه تنها واگذاری منافع به صورت زمان بندی شده و موقت، امکان پذیر است بلکه موقت بودن در مورد تملیک منافع از شرایط عقد اجاره می‌باشد^۲ اما در فرض مورد بحث، عین مال به صورت زمان بندی شده به مالکیت چند نفر درمی‌آید گرچه منافع آن نیز به تبع عین، مورد تملیک قرار می‌گیرد.

مالکیت زمان بندی شده به معنای فوق سابقه‌ای در فقه ندارد. و به تازگی در ایران مطرح شده است لذا اعتبار و صحت آن در فقه و حقوق ایران مورد تردید قرار گرفته است.

۱. متن این نشریه در صفحات آینده خواهد آمد.

۲. امامی، دکتر سیدحسن، *حقوق مدنی*، ج ۱، ص ۵۹.

ب - چگونگی طرح موضوع و مراحل پیگیری آن در مرکز

۱ - مسئله «تایم شر» به طور مشخص از زمانی در ایران مطرح شد که شرکتی به نام «شرکت مجتمع‌های توریستی و رفاهی آبادگران ایران» اقدام به فروش هفتگی آپارتمان‌ها و ویلاهای توریستی واقع در ساحل جزیره کیش نمود. این شرکت در آگهی‌ها و برگه‌های تبلیغاتی خود از عنوان «تایم شر»، «مالکیت زمانی» و «بیع زمانی» استفاده نمود.

شروع فعالیت این شرکت به ویژه استفاده از اصطلاحات و عناوین بحث‌انگیز فوق، موجب مطرح شدن این موضوع در محافل حقوقی گردید چرا که عنوان بیع زمانی و مالکیت زمانی در حقوق ایران و خصوصاً در فقه، بی سابقه و ناشناخته بود. البته باید دانست که شرکت مزبور، صرفاً جهت جلب جهانگردان و رونق صنعت جهانگردی که لازمه آن، ارتباط با جهان خارج است واژه «تایم شر» را در تبلیغات خود در روزنامه‌ها و دیگر رسانه‌ها به کار برده و از آن به بیع زمانی تعبیر کرده است. نکته جالب توجه اینکه معادل سازی بیع زمانی با Time share نیز توسط متخصصین همین شرکت صورت گرفته و بنا به اظهار مسئولین شرکت «نزدیک‌ترین معنای فارسی در «تایم شر» شرکت در زمان و یا فروش زمانی است و به جهت بازاریابی و جلب توجه خریداران، کارشناسان اقتصادی شرکت، «مالکیت زمانی» را انتخاب نموده‌اند.^۱

به هر تقدیر، شرکت آبادگران ایران اگرچه در تبلیغات خود از عناوین بیع زمانی و مالکیت زمانی استفاده نموده اما به دلیل اینکه چنین عناوینی جایگاه قانونی در حقوق ایران ندارد، قراردادهای خود را به صورت «بیع مشاع مشروط» تنظیم نموده است و لذا خود شرکت نیز مباحثه‌نامه راجع به انتقال ویلاها را نوعی بیع زمانی نمی‌داند.^۲

۲ - تردید و ابهام در مشروعیت عناوین فوق و نیز احساس خلأ قانونی در این زمینه به ویژه با عنایت به مشکلاتی که در مورد ثبت این گونه املاک برای سازمان ثبت اسناد و املاک پدید آمد، قوه قضائیه را بر آن داشت تا در این مورد به تحقیق بپردازد بدین منظور

۱ و ۲. نامه شرکت آبادگران در پاسخ به سوالات مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه.

ریاست محترم قوه قضائیه در تاریخ ۱۳۷۵/۷/۱۵ خطاب به ریاست مرکز تحقیقات قوه قضائیه چنین مرقوم داشتند:

«مبايعه نامه مالکیت زمانی مربوط به شرکت آبادگران را ملاحظه می فرمایید. این نوع بیع بررسی شود آیا یک عقد مستقل عقلایی صحیح است گرچه هیچ عنوانی بر آن صدق نکند یا نوعی بیع است مشروط به شرایط و الغاء برخی حقوق مالکانه یا اختیارات و بالاخره از نظر شرعی و قانون مدنی در بخش عقود چه وضعیتی دارد؟»

۳ - پس از طرح موضوع در مرکز تحقیقات قوه قضائیه، سؤالی به شرح زیر تنظیم و برای مراجع و تعدادی از فضایی حوزه علمیه فرستاده شد:

متن سؤال: «در بخش عقود، فروش یک ملک به صورت زمانی به چند نفر چه حکمی دارد؟ مثلاً ملکی به چهار نفر فروخته شده، این ملک در هر فصل سال در اختیار مالک همان فصل است که خودش استفاده کند یا اجاره دهد و یا...»
مراجع و فضایی که مورد سؤال قرار گرفته بودند، عموماً چنین قرارداد بیعی را باطل دانستند.

۴ - محققین مرکز، همچنین سؤال فوق را از اداره حقوقی قوه قضائیه استعلام نمودند و اداره مزبور، در پاسخ استعلام چنین مرقوم داشته است:

«عقد بیع با فرض مندرج در استعلام، قابل تحقق نیست به عبارت دیگر بیع یک ملک برای مثلاً یک فصل سال با قوانین موجود مطابقت ندارد، زیرا وقتی شش دانگ ملکی را می فروشد، آن ملک از ملکیت او خارج و داخل در ملکیت مشتری می گردد و این امر محدودیت زمانی ندارد یعنی برای همیشه است، ولی در بعضی از کشورهای اروپایی، این قبیل معاملات تجویز شده است و اگر مصلحت باشد که در ایران هم آن روش اعمال شود نیاز به تصویب قانونی خاص دارد.»

۵ - یکی دیگر از اقدامات محققین در این زمینه، بررسی مبایعه نامه شرکت آبادگران ایران بود که پس از بررسی دقیق و همه جانبه بر روی مفاد این مبایعه نامه، جزوهای تحت

عنوان «بررسی فقهی و قانونی مبیعه‌نامه شرکت آبادگران؛ سهم زمانی، «Timeshare» تنظیم کرده، نظر خویش را درباره مبیعه‌نامه فوق اعلام داشتند. در بخشی از این جزوه آمده است:

«پس از بررسی و تجزیه و تحلیل مبیعه‌نامه و تماس با مشاور حقوقی شرکت و مطالعه منابع فقهی، روشن شد که عقد شرکت مزبور، بیع مشاع است و به مقتضای عموم «المؤمنون عند شروطهم» و «اوفوا بالعقود» شروطی از جمله شرط استفاده از بیع در زمان معین در آن گنجانیده شده است.

۶ - نتیجه بررسی فوق در تاریخ ۲۱/۱۰/۷۶ به حضور ریاست محترم قوه قضائیه ارسال گردید. ایشان پس از بررسی تحقیقات ارسال شده، مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه را مأمور بررسی و تحقیق در خصوص اصل مسئله فقهی بیع زمانی نمودند. بدین ترتیب، موضوع بیع زمانی مجدداً در دستور کار این مرکز قرار گرفت. با این تفاوت که در مرحله گذشته محدوده تحقیق مرکز، تنها بررسی مبیعه‌نامه شرکت آبادگران بود، ولی در مرحله اخیر، بررسی تأسیس حقوقی «تایم شر» یا بیع زمانی در حقوق و فقه، موضوع کار قرار گرفت.

نوشته حاضر نتیجه بررسی فقهی و حقوقی، تایم شر و بیع زمانی است که به طور کلی مسئله بیع زمانی و مالکیت‌های زمان‌بندی شده را مورد بررسی قرار می‌دهد.

ج - ترتیب مباحث تحقیق:

برای بررسی صحت و اعتبار قرارداد انتقال مالکیت زمان‌بندی شده (بیع زمانی) در حقوق ایران و فقه باید در سه قسمت به بررسی و تحقیق بپردازیم.

۱ - آیا چنین قراردادی را می‌توان در یکی از عقود معین که در فقه و قانون مدنی شناخته شده است، جای داد و بدین ترتیب با توجه به ضوابط و شرایط خاص این عقد، به بررسی صحت و اعتبار آن پرداخت؟

۲ - در صورتی که عنوان هیچ یک از عقود معین، بر این قرارداد صادق نباشد و از راه

عقود معین نتوان مستمسکی برای اعتبار و نفوذ آن یافت؛ آیا می توان راه دیگری برای اعتبار آن پیدا کرد؟

۳ - صرف نظر از اعتبار یا عدم اعتبار قرارداد «تایم شر»، آیا می توان شیوه های مشابهی را در فقه یافت که از نظر آثار و نتایج، شباهت کامل با قرارداد تایم شر داشته باشد و اعتبار و صحت آن هم مورد اشکال و تردید نباشد؟

با توجه به این مطالب، ما در نخستین فصل این نوشتار، ابتدا به بررسی جایگاه قرارداد انتقال مالکیت زمان بندی شده در میان عقود معین می پردازیم (مبحث اول)، سپس موضوع را از دیدگاه اصل آزادی قراردادها و عقود نامعین مورد بررسی قرار می دهیم (مبحث دوم). و در فصل دوم، به بررسی سایر شیوه های مشابه که می توان در ایران از آن بهره گرفت، خواهیم پرداخت.

تذکره: چنان که پیشتر اشاره کردیم، اصطلاح بیع زمانی، اصطلاحی خود ساخته است که بدون توجه به ماهیت قرارداد تایم شر و صرفاً به جهت بازاریابی و جذب خریداران انتخاب شده است و چنان که خواهیم دید اساساً اطلاق عنوان بیع بر چنین قراردادی نادرست می باشد. بنابراین ما در این نوشتار برای آنکه گرفتار تعبیر و الفاظ نادرست نشویم از به کار بردن عنوان بیع زمانی خودداری نموده، به جای آن از اصطلاح «تایم شر» یا «قرارداد مالکیت زمان بندی شده» استفاده خواهیم کرد. اصطلاح اخیر با توجه به ماهیت تایم شر انتخاب شده و محذورات یاد شده در اصطلاح بیع زمانی را ندارد.

فصل اول: بررسی صحت و اعتبار «تایم شر» در بخش قراردادها

مبحث اول: جایگاه «تایم شر» در عقود معین

عقود معین به قراردادهایی اطلاق می شود که در فقه و قانون، نام خاص و مشخص دارد و احکام و آثار ویژه آنها به تفصیل بیان شده است مانند اجاره، بیع، قرض و ... در این گونه قراردادها که به دلیل اهمیت اجتماعی و اقتصادی خود از دیرباز مورد توجه قانونگذاران بوده است قالب بیان اراده از پیش فراهم آمده و همه امور به حاکمیت اراده دو

طرف عقد واگذار نشده است. در مقابل؛ عقود نامعین در قانون، عنوان و صورت ویژه ندارند؛ شمار آنها نامحدود است و شرایط و آثار هر پیمان بر طبق قواعد عمومی قراردادها و اصل حاکمیت اراده معین می‌شود مانند قرارداد مربوط به طبع و نشر کتاب و انتقال سرقفلی و باز کردن حساب جاری.^۱

حقوقدانان، عقود و قراردادها را با توجه به نتیجه و اثر عقد به دو گروه تملیکی و عهدی تقسیم کرده‌اند. در عقود تملیکی، اثر مستقیم عقد، انتقال مالکیت یا سایر حقوق عینی است مانند بیع، اجاره، عمری، رقبی و ... ولی در عقود عهدی، نتیجه قرارداد عبارت است از ایجاد، انتقال یا سقوط تعهدات مانند حواله، ضمان، کفالت و...^۲

از سوی دیگر عقود و قراردادها را با توجه به موضوع و هدف اقتصادی آنها به دو دسته معوض و مجانی تقسیم کرده‌اند براساس این تقسیم، عقود معوض عقودی است که در آنها دو تعهد یا تملیک متقابل باشد یعنی هر یک از طرفین در برابر مالی که می‌دهد یا دینی که برعهده می‌گیرد، مال یا تعهد دیگری به دست می‌آورد مانند عقد بیع و اجاره و قرض و در مقابل، عقود مجانی تنها دربردارنده یک تعهد یا تملیک است مانند هبه و عاریه.^۳

عقود تملیکی معوض را نیز می‌توان به نوبه خود به دو گروه تقسیم کرد: اول، عقودی که در آنها مالکیت عین انتقال می‌یابد مانند بیع و قرض و دوم، عقودی که در آن منفعت یا حق انتفاع، مورد انتقال قرار می‌گیرد مانند عقد اجاره و عمری.

در قرارداد تایم شر با توجه به تحلیل و توضیحی که در مقدمه گذشت، مالکیت یک عین به صورت زمان‌بندی شده و در مقابل عوض، به چند نفر منتقل می‌شود بنابراین؛ این قرارداد از نظر ماهیت و آثار، به عقود تملیکی و معوض عین شباهت دارد و به همین جهت برای یافتن جایگاه قرارداد تایم شر در میان عقود معین، تنها باید عقود تملیکی و معوض عین را مورد بررسی قرار داد.

۱. کاتوزیان، دکتر ناصر، *عقود معین*، ج ۱، ص ۱.

۲. کاتوزیان، دکتر ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۱، ص ۷۵.

۳. همان، ص ۱۱۳.

از میان عقود معین، تنها سه عقد می‌توان یافت که در آنها، عین به صورت معوض به دیگری تملیک می‌شود این سه عقد عبارت است از: بیع، معاوضه و قرض، علاوه بر این سه عقد، عقد صلح نیز از آن جهت که قالبی گسترده‌تر از همه عقود دارد و به عبارت دیگر، همه عقود را می‌توان در قالب صلح منعقد کرد، می‌تواند قالبی برای تملیک معوض عین قرار گیرد. بنابراین برای یافتن جایگاه تایم‌شر در عقود معین باید این چهار عقد را مورد بررسی قرار داد.

تردیدی نیست که قرارداد تایم‌شر با توجه به ماهیت آن، در قالب عقد قرض نمی‌گنجد چرا که قرض عبارت است از تملیک مال در مقابل رد مثل یا رد قیمت در صورت تعذر رد مثل (ماده ۶۴۸ قانون مدنی) و حال آنکه در «تایم‌شر»، مالکیت عین در مقابل مال (ثمن) به چند نفر منتقل می‌شود و لذا نمی‌تواند مصداق قرض باشد و با توجه به همین نکته می‌توان فهمید که قرارداد «تایم‌شر» با عقد معاوضه تفاوت دارد چرا که طرفین معاوضه تنها هدفشان مبادله دو کالا است بدون توجه و ملاحظه اینکه یکی از عوضین، مبیع و دیگری ثمن باشد.

شباهت فراوان عقد بیع و قرارداد «تایم‌شر» این شبهه را در ذهن تقویت می‌کند که «تایم‌شر» نیز نوعی بیع و از مصادیق آن می‌باشد بنابراین ما در گفتار اول با بررسی ماهیت بیع خواهیم کوشید به این سؤال پاسخ دهیم که آیا می‌توان قرارداد تایم‌شر یا انتقال مالکیت زمان بندی شده را از مصادیق بیع دانست و بدین ترتیب راهی برای اثبات مشروعیت آن یافت؟ و در مبحث دوم با نگاهی به عقد صلح به بررسی این مسئله می‌پردازیم که آیا قرارداد تایم‌شر را می‌توان تحت عنوان عقد صلح منعقد کرد؟

گفتار اول - بیع

عقد بیع، رایج‌ترین و مهم‌ترین عقد تملیکی است و به دلیل همین اهمیت و رواج، بخش عمده مباحث فقهی و حقوقی را به خود اختصاص داده است. می‌توان ادعا کرد که مفهوم بیع از روشن‌ترین مفاهیم است و همه مردم به آسانی، تفاوت این عقد را با سایر

عقود درک می‌کنند و تردیدی در این زمینه ندارند اما اختلاف فقها در تعریف عقد بیع و نیز ویژگی‌ها و شرایط آن، تردیدهایی را در مورد برخی از مصادیق بیع ایجاد کرده است به عبارت دیگر فقها، در عین حال که در مورد ماهیت بیع اختلاف اساسی ندارند اما در مورد برخی از قراردادها اختلاف نظر دارند. به عنوان مثال می‌توان انتقال حقوق و منافع و انتقال سرقفلی را نام برد که به نظر بعضی از فقها، مصداق بیع و به نظر برخی دیگر خارج از بیع است.

یکی از موارد مورد تردید، قرارداد «تایم شر» می‌باشد که در این گفتار به بررسی و مقایسه آن با عقد بیع می‌پردازیم. مهم‌ترین نکته‌ای که به نظر ما باعث تمایز ماهوی این دو نوع قرارداد می‌شود موقت بودن تملیک در قرارداد تایم شر است، زیرا در این قرارداد چنان که گفتیم مالک، عین را برای مدت محدودی مثلاً یک فصل - به چند نفر منتقل می‌کند و این ترتیب، هر ساله تکرار می‌شود اما ماهیت عقد بیع با تملیک موقت سازگار نیست.

براین اساس، در این گفتار باید به بررسی این مسئله پرداخت: که آیا بیع موقت در فقه و حقوق جایز است یا خیر به عبارت دیگر آیا انتقال مالکیت تحت عنوان بیع جایز است یا نه؟

الف - تعریف بیع و ویژگی‌های آن:

فقها تعاریفات متفاوتی از بیع ارائه داده و هر کدام کوشیده‌اند تا با بهترین و کوتاه‌ترین عبارت، ماهیت این عقد را بیان نمایند. از بررسی کلمات فقها در تعریف بیع، روشن می‌شود که همه آنان به دنبال نشان دادن ویژگی‌های اساسی بیع بوده‌اند و اختلافات آنان تنها در تعریف لفظی بیع می‌باشد و در ماهیت آن به عنوان یکی از عقود معین، اختلافی ندارند. مرحوم صاحب جواهر در این باره می‌فرماید: «مراد فقها از تعریفاتى که برای عقد بیع ذکر کرده‌اند، تنها کشف فی‌الجمله از ماهیت آن است نه تعریف منطقی»^۱

۱. نجفی، شیخ محمد حسن، *جواهرالکلام*، ج ۲۲، ص ۲۰۵.

ویژگی‌های اساسی عقد بیع را می‌توان به شرح زیر برشمرد:

۱ - عقد بیع از عقود تملیکی و معوض است به این معنا که بایع، مبیع را در مقابل ثمن، به مشتری تملیک می‌کند. با در نظر گرفتن این ویژگی، عقد بیع از عقود عهدی مانند جعاله و حواله و عقود اذنی مانند عاریه و ودیعه و نیز عقودی که مبنی بر انتقال مالکیت رایگان می‌باشد مانند هبه، متمایز می‌گردد.

۲ - در عقد بیع، عین مال مورد معامله قرار می‌گیرد یعنی موضوع بیع، انتقال عین در مقابل عوض است. این ویژگی، عقد بیع را از اجاره و سایر عقودی که در مورد تملیک غیرعین می‌باشد جدا می‌کند.^۱

۳ - لزوم: ویژگی دیگر عقد بیع، لزوم آن است که باعث تمایز آن از عقود جایز می‌شود.

۴ - دوام بیع: یکی دیگر از ویژگی‌های بیع، دوام بیع می‌باشد، این ویژگی باید مورد بررسی قرار گیرد چرا که غالب فقها به آن تصریح نکرده‌اند. بنابراین باید به این مسئله پرداخت که آیا دوام و استمرار از شرایط اساسی بیع است یا خیر؟ به عبارت دیگر آیا بیع موقت از مصادیق بیع مصطلح در فقه می‌باشد یا خیر و بر فرض که عنوان بیع بر آن صادق باشد آیا چنین بیعی صحیح است یا باطل؟

کاوش در کلمات فقها نتیجه قابل قبولی به دست نمی‌دهد چرا که اکثر فقها هیچ اشاره‌ای به این مطلب نکرده‌اند و تنها برخی از فقیهان متأخر به آن اشاره کرده و همین عده نیز بحث مفصلی ارائه نکرده‌اند. بنابراین لازم است در این باره به بحث و بررسی بپردازیم.

۱ . غالب فقها، عین بودن مبیع را از شرایط اساسی بیع و موجب تمایز آن از اجاره می‌دانند مانند شیخ انصاری، *مکاسب*، ص ۷۹، نجفی، شیخ محمدحسن، همان مأخذ، ص ۲۰۹، آیت‌الله خویی در کتاب *مصباح الفقاهه*، ج ۲، ص ۱۰، اما برخی فقها این نظر را نپذیرفته و قائل به امکان تصور بیع در غیر اعیان مانند حقوق و منافع شده‌اند. ر.ک: امام خمینی (ره)، *البیع*، ص ۸.

ب - بررسی بیع موقت

برای روشن شدن محل بحث لازم است ابتدا صور مختلف بیع را در مقایسه با زمان مورد توجه قرار دهیم. به طور کلی از مقایسه بیع با زمان، سه صورت قابل تصور است:

۱ - بیع عین به صورت غیرموقت: در چنین بیعی، مالکیت استمراری عین به دیگری منتقل می‌شود بنابراین مشتری پس از بیع، مالک دائمی مبیع خواهد بود. البته منظور از مالکیت دائمی این نیست که دوام مالکیت، شرط بیع باشد به این معنا که مبیع برای همیشه در مالکیت مشتری باقی بماند، زیرا این معنا با جعل خیار و یا نقل و انتقالات بعدی که بر مبیع صورت می‌گیرد منافات دارد بلکه منظور از دوام در بیع، همان ارسال مالکیت است که در بعضی از کلمات فقها به چشم می‌خورد و به تعبیر منطقی؛ بیع در این فرض، نسبت به دوام و استمرار، لایشرط است نه بشرط شیئی ولی نسبت به توقیت مالکیت، به شرط لا می‌باشد. بنابراین در این صورت، مبیع با عقد بیع داخل در ملکیت مشتری می‌گردد. و مادام که یکی از اسباب ناقله ملکیت محقق نشده است در ملک او باقی می‌ماند.

۲ - بیع اعیانی که برای تعیین میزان و مشخص شدن مقدار آن باید از زمان استفاده کرد: مانند فروش شیر یک ماهه گوسفند یا میوه یک ساله درخت. در چنین مواردی، زمان، قید مملوک است نه قید مالکیت بنابراین، نفس تملیک، موقت نیست بلکه مملوک، مقید به زمان شده است.

۳ - بیع موقت، در این صورت که مورد بحث ماست تملیک به صورت موقت صورت می‌گیرد یعنی عین به صورت موقت به دیگری فروخته می‌شود مثلاً کتاب را برای مدت یک ماه به دیگری می‌فروشد.

از بین صور فوق، صورت اول مسلماً هیچ‌گونه اشکالی ندارد و به طور شایع در جامعه و میان مردم رواج دارد. صورت دوم نیز به نظر فقها اشکال ندارد چرا که در چنین صورتی، مالکیت و تملیک، مقید به زمان نشده و فقط مملوک، محدود به زمان شده است. مرحوم

سیدمحمد کاظم یزدی در این باره می‌فرماید: «اگر اجل، قید مملوک باشد چنین بیعی بلا اشکال است مثل اینکه بگوید: شیر این گوسفند در مدت یک ماه را به تو فروختم...»^۱

در فرض سوم، زمان، قید بیع و اصل تملیک است یعنی عین معینی، برای مدت مشخص تملیک می‌شود. مرحوم سیدمحمد کاظم یزدی بحث بیع موقت را به این صورت مطرح می‌سازد: «هل يعتبر فی حقیقة البیع کون التملیک فیہ مطلقاً اولاً بل هو اعم منه و من الموقت و بعبارة اخرى اذا قال بعتك هذا الی شهر هل هو بیع و ان کان فاسداً شرعاً اوانه لیس بیع؟ هذا اذا لم یکن الاجل للمملوک و الا فلا اشکال کما اذا قال بعتك لبن هذا الشاة الی شهر او ثمر هذا الشجر الی کذا و الا قوی هو الاول لاعدم معقولیة التملیک الموقت کما قد یتخیل کیف و هو واقع فی الوقف بناء علی کونه تملیکا کما هو الاشهر الاقوی بل لعدم الصدق عرفاً او الشک فیہ و هو کاف فی الحکم بالعدم کما لا یخفی»^۲

از بررسی کلمات فقهایی که در این رابطه اظهار نظر کرده‌اند برمی‌آید که ظاهراً آنان تردیدی در بطلان بیع موقت ندارند و همه آنان چنین بیعی را باطل و فاسد می‌دانند^۳ اما نکته‌ای که باید بدان پرداخته شود آن است که علت بطلان بیع موقت چیست؟

به طور کلی دو دلیل اساسی برای بطلان بیع موقت، ابراز شده است:

۱ - عدم معقولیت و مشروعیت مالکیت موقت: اولین دلیل بطلان بیع موقت آن است که بایع، مبیع را به صورت موقت به مشتری تملیک می‌کند. بنابراین اثر بیع موقت، تملیک موقت است و از آنجا که تملیک موقت، امری نامعقول و غیرقابل قبول است و بر فرض معقول بودن، در حقوق اسلام امری نامشروع می‌باشد؛ بیع موقت نیز باطل است.

در پاسخ به این استدلال باید گفت: اگرچه معنای رایج و شایع تملیک، تملیک مستمر و غیرمقید به زمان است اما این بدان معنا نیست که تملیک موقت در شریعت اسلامی


۱ و ۲. یزدی، سیدمحمدکاظم، *حاشیه مکاسب*، ص ۶۶

۳. تنها تعداد کمی از فقها به مسئله بیع موقت اشاره کرده‌اند. از آن جمله‌اند: یزدی، سیدمحمد کاظم، مأخذ پیشین، خوبی، آیت... سیدابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، ج ۶، ص ۲۷۶ و ۲۰۶ و نیز برای دیدن نظرات فقیهان معاصر ر.ک: جزوه استفتائات مرکز تحقیقات قوه قضاییه درباره بیع زمانی.

اعتبار نداشته، نامشروع باشد. بلکه به نظر می‌رسد تملیک موقت و مالکیت موقت کاملاً معقول و قابل قبول بلکه مشروع است و بهترین دلیل بر امکان آن این است که در فقه، مواردی از آن را می‌توان یافت. ما در آینده به تفصیل، مسئله مالکیت موقت را مورد بررسی قرار خواهیم داد. اما اجمالاً یادآور می‌شویم که با توجه به امکان و مشروعیت تملیک موقت، دلیل دیگری باید برای بطلان بیع موقت اقامه کرد.

۲ - دومین دلیل بر بطلان بیع موقت آن است که اساساً چنین بیعی از عنوان بیع مصطلح در فقه خارج می‌باشد، زیرا در صورتی می‌توان عنوان بیع را بر یک معامله اطلاق کرد و آن را از مصادیق بیع دانست که عرفاً چنین اطلاقی صحیح باشد. بنابراین اگر قراردادی در عرف مردم، خارج از عنوان بیع باشد نمی‌توان آن را مصداق بیع مصطلح در فقه دانست. توضیح آنکه اصطلاح بیع که در فقه و حقوق اسلام مورد بحث قرار گرفته است اشاره به عقد خاصی است که با داشتن مشخصات و ویژگی‌هایی از سایر عقود متمایز می‌گردد. عقد بیع از دیرباز در میان مردم در هر مکان و زمان با هر عقیده و آیینی رواج داشته و دارد. تاریخ پیدایش عقد بیع به اولین روزهای زندگی اجتماعی بشر در این کره خاکی باز می‌گردد بنابراین عقد بیع از عقود مخترعه شارع مقدس نبوده و شارع مقدس در مورد آن تنها نقش امضایی و ارشادی داشته است و لذا لفظ بیع به عقیده بسیاری از فقها فاقد حقیقت شرعی و متشرعیه است و به همان معنای عرفی خود باقی مانده است.^۱ به عبارت دیگر بیع و سایر عقود دارای مفهوم عرفی هستند و شارع مقدس درباره آنها تأسیسی ندارد و به همین جهت برای تعریف بیع باید به موارد صدق آن در عرف مراجعه کرد چرا که شارع مقدس نیز در این موارد بر طبق محاورات عرفی سخن گفته است و مرجع فهم معانی این اصطلاحات و موارد تطبیق آن، عرف می‌باشد.^۲

۱. انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، ص ۷۹.

۲. «انه بعد الفراغ عن ان المسبب امر عرفی و فی مقام الاصطلاح لا یختلف الشرع عن العرف فی ذلک بل انما تکلم علی نحو المحاورات العرفیه فلا بد من الرجوع الی العرف لتعین موارد حصوله و عدمه» قدیری، محمدحسن، *البیع* (تقریرات درس امام خمینی (ره))، ص ۱۸ در بخش دیگری از همین کتاب 

به عقیده برخی از فقها، عنوان بیع در عرف تنها بر بیع مطلق (غیر موقت) صادق است به عبارت دیگر بیع موقت اساساً مصداق بیع مصطلح نیست و از اصطلاح بیع عرفی خارج می‌باشد. مرحوم سیدمحمد کاظم یزدی در این باره می‌فرماید: علت بطلان بیع موقت آن است که عرفاً عنوان بیع، بر بیع موقت صادق نیست و اگر صدق عرفی عنوان بیع بر چنین معامله‌ای مشکوک باشد باز هم نمی‌توان آن را از مصادیق بیع دانست.^۱ و لذا با وجود تردید در بیع بودن چنین معامله‌ای، نمی‌توان برای اثبات صحت آن به عموماً تمسک کرد.

آیت... خویی در این باره معتقد است که معنا و مفهومی برای تملیک موقت قابل تصور نیست، زیرا معنای بیع خانه آن است که بایع، خانه خود را به صورت ابدی و غیر مقید به زمان به دیگری تملیک کند بنابراین بیع و تملیک موقت، صحیح نیست.^۲ و در جای دیگر بطلان بیع موقت را بدیهی دانسته، می‌نویسد: «تردید نیست که آنچه در عقد بیع، انشاء می‌شود، از حیث زمان مطلق است و بایع در عقد بیع ملکیتی مطلق و همیشگی را انشاء می‌کند».^۳

اظهار نظر برخی از فقها و محققین معاصر نیز در این رابطه قابل توجه است. به عنوان نمونه آیت... سیستانی در پاسخ به سؤالی در مورد بیع خانه به ۴ نفر برای چهار فصل

آمده است: «حيث ان المعاملة لا بد و ان تكون معتبرة شرعاً و انه ليس للشارع المقدس في الفاظها اصطلاح خاص و اختراع جديد و لم يؤسس في حقيقة المعاملات شيئاً غير ما هو المتعارف عند العقلاء و لو اعتبر شيئاً فيها اعتبره شرطاً لتاثيرها لا ان حقيقة المعاملة عنده مغايرة لحقيقتها عند العرف فلا بد من الرجوع الى العقلاء فيها»، همان، ص ۲۰۰.

۱. یزدی، آیت... سیدمحمد کاظم، مأخذ پیشین.

۲. توحیدی، محمدعلی، **مصباح الفقاهه** (تقریرات درس آیت... خویی)، ج ۶، ص ۲۷۴.

۳. آیت... خویی معتقد است که در مواردخيار شرط، دایرة ملکیت از ابتدا محدود و مقید به عدم فسخ است و لذا منشأ در بیع در چنین مواردی مقید به عدم فسخ می‌باشد. ایشان در همین رابطه می‌فرماید: «لا يقال ان الملكية المنشأة مطلقه حتى بعد الفسخ فإنه لا معنى للبيع الى وقت خاص كسنة او سنتين لكونه باطلا اجماعاً. فإنه يقال لا شبهة في أن المنشأ مطلق من حيث الزمان و ان البايع انشأ ملكية مطلقة للمشتري و ابدية و لكن كلامنا ليس في الاطلاق و التقييد من حيث الزمان بل من حيث الزمانيات ... و لا يقاس كون المنشأ ملكية محدودة بالفسخ، بالبيع الى سنة فان الثاني باطل بالضرورة بخلاف الاول» **مصباح الفقاهه**، ج ۶، ص ۲۰۶.

(قرارداد تایم شر) می‌فرماید: «فروش به زمان محدود نمی‌شود، ولی می‌توان آن را در هر فصل به یک نفر اجاره داد و اجاره موجب ملکیت همه منافع است» یکی دیگر از فقه‌های معاصر نیز در این رابطه می‌نویسد: «بیع باید قطعی بوده و زمان در آن دخالت نداشته باشد»^۱. محقق دیگری نیز معتقد است: «در بیع متعارف که شارع مقدس هم امضاء کرده و اصطلاح خاصی ندارد، تملیک مال با تمام شئون و اطوار و ازمان است»^۲.

با مراجعه به متون فقهی و نظری اجمالی به عرف مردم می‌توان به این مطلب جزم پیدا کرد که اصطلاح بیع در عرف مردم و نیز در اصطلاح فقیهان به قراردادی اطلاق می‌شود که در آن، عین مالی در مقابل عوض به دیگری منتقل می‌شود به گونه‌ای که رابطه مالک اول (بایع) با مال، به کلی و برای همیشه قطع می‌شود و رابطه مالکیت بین مالک جدید (مشتري) و عین برقرار می‌شود و به عبارت دیگر انتقال دائمی عین از ویژگی‌های لازم و اوصاف ممیزه عقد بیع است و به همین جهت انتقال موقت عین را اساساً نمی‌توان مصداق بیع دانست.

به هر تقدیر به نظر می‌رسد ارتکاز عرفی درباره مفهوم بیع آن است که بایع، ملکیت بیع را به صورت نامحدود و غیرمقید به زمان به مشتری می‌فروشد و لذا بیع موقت، برخلاف مفهوم عرفی بیع می‌باشد و از آنجا که احراز صدق عرفی عنوان بیع بر قرارداد، شرط اولیة حکم به صحت عقد بیع است لذا بیع موقت را نمی‌توان نوعی بیع دانست و حکم به صحت آن داد، از این رو در صورت شک نیز نمی‌توان بیع موقت را از مصادیق بیع دانست.

بنابراین، تحلیل قرارداد تایم شر تحت عنوان عقد بیع، نادرست و غیرقابل قبول است و لذا قرارداد تایم شر اساساً نوعی بیع مصطلح نیست بلکه نوعی توافق و قرارداد ویژه است که مفاد آن انتقال مالکیت زمان‌بندی شده می‌باشد و به همین دلیل، غالب فقها و

۱. مظاهری، آیت‌ا... حسین، جزوه استفتائات مرکز.

۲. آیت‌ا... موسوی تبریزی، جزوه استفتائات مرکز، و برای دیدن نظرات سایر علما در این رابطه نیز ر.ک: همان مأخذ.

محققینی که درباره «تایم شر» مورد سؤال قرار گرفته‌اند، آن را مصداق بیع مصطلح ندانسته‌اند.^۱

گفتار دوم: صلح

الف - تعریف عقد صلح، احکام و ویژگی‌های آن

یکی از عقود معین که در فقه مورد بحث قرار گرفته است عقد صلح می‌باشد. عقد صلح چنان که بسیاری از فقها گفته‌اند، عقدی است که برای قطع کشمکش و رفع نزاع تشریح شده است.^۲ اما این تعریف به اعتقاد بسیاری از فقیهان، تنها بیان کننده حکمت تشریح عقد صلح است نه علت آن^۳ و براین اساس، مشروعیت عقد صلح منحصر به مواردی نیست که نزاعی رخ داده یا اختلافی وجود داشته باشد بلکه عقد صلح به عنوان عقدی مستقل در کنار سایر عقود، مشروعیت و اعتبار دارد.

دیدگاه موسع فوق در مورد عقد صلح مورد اتفاق فقهای شیعه است و ظاهراً فقهای شیعه در این زمینه تردیدی ندارند.^۴ تنها اختلافی که بین فقهای امامیه وجود دارد آن است که آیا عقد صلح در جایی که نتیجه سایر عقود را دارد عقدی مستقل است یا فرع آن عقود محسوب می‌شود؟ شیخ طوسی در کتاب مبسوط بر این عقیده است که صلح، فرع عقود

۱. به عنوان نمونه آیت‌ا... معرفت می‌فرماید: چنین معامله‌ای بیشتر به اجاره شباهت دارد و در بیع بی‌سابقه است. آیت‌ا... علوی گرگانی می‌فرماید: این نحو خرید و فروش معلوم نیست مصداق بیع باشد، زیرا ظهور تملیک در مالکیت استمراری است. آیت‌ا... صافی می‌فرماید: فروش ملک به صورت مذکور شرعی نیست، ولی اجاره اشکال ندارد. ر.ک: جزوه استفتائات مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه.

۲. «هو عقد شرع لقطع التجاذب» شهید ثانی، *مسالك الافهام*، ج ۴، ص ۲۵۹؛ بحرانی، شیخ یوسف، *الحدایق الناظره*، ج ۲۱، ص ۸۳.

۳. بجنوردی، آیت‌ا... میرزا حسن، *القواعد الفقهیه*، ج ۵، ص ۱۰، بحرانی، شیخ یوسف، همان کتاب، ص ۸۵.

۴. مرحوم بحرانی در این باره می‌فرماید: «الظاهر انه لاخلاف بین اصحابنا - رضوانا... علیهم - فی انه لا یشرط فی صحة الصلح سبق نزاع بل لو وقع ابتداء علی عین بعض معلوم صح وافاد نقل کل من العوضین کما فی البیع لاطلاق الادله الداله علی جوازه من غیر تقييد بالخصومه» *الحدایق الناظره*، ج ۲۱، ص ۸۴.

پنجگانه بیع، اجاره، هبه، عاریه و ابراء می‌باشد.^۱ ولی فقهای پس از ایشان این سخن را نپذیرفته‌اند با این استدلال که عقد صلح اگرچه در مواردی، فایده و نتیجه عقود دیگر را دارد، ولی این مسئله موجب نمی‌شود که این عقد از افراد آن عقود محسوب شود علاوه بر اینکه ادله صلح، به وضوح بر استقلال این عقد در کنار سایر عقود دلالت می‌کند.^۲ قانون مدنی نیز به تبعیت از نظر مشهور فقهای امامیه، صلح را عقدی مستقل دانسته، در ماده ۷۵۲ تصریح می‌دارد: «صلح ممکن است یا در مورد رفع تنازع موجود و یا جلوگیری از تنازع احتمالی یا در مورد معامله و غیر آن واقع شود».

بنابراین عقد صلح، معامله‌ای مستقل است و می‌تواند به جای عقود دیگر واقع شود و نتیجه آن عقود را بدهد. و در این موارد، عقد صلح، فرع آن عقود نمی‌باشد و به همین دلیل، شرایط و احکام ویژه آن عقود را به دنبال ندارد چرا که «آثار و احکام ویژه هر معامله فقط بر همان عنوان مترتب می‌شود نه بر هر قراردادی که فایده آن معامله را داشته باشد و شکی نیست که عنوان صلح با عنوان بیع، اجاره و سایر قراردادها مختلف است و لذا احکام و شرایط یکی به دیگری سرایت نمی‌کند اگرچه نتیجه آنها یکی باشد».^۳ ماده ۷۵۸ قانون مدنی نیز با توجه به همین دیدگاه می‌گوید: «صلح در مقام معاملات هرچند نتیجه معامله‌ای را که به جای آن واقع شده است می‌دهد، لیکن شرایط و احکام خاصه آن معامله را ندارد. بنابراین اگر مورد صلح، عین باشد در مقابل عوض، نتیجه آن همان نتیجه بیع خواهد بود بدون اینکه شرایط و احکام خاصه بیع در آن مجری باشد».

نگرش استقلالی به عقد صلح موجب شده است که این عقد به عنوان وسیله‌ای برای گسترش انواع قراردادها و حاکمیت اراده به کار گرفته شود. زیرا با توجه به محدود نبودن موضوع صلح، هرگونه قراردادی را مادام که به احکام قانونگذار لطمه نزند می‌توان تحت

۱. طوسی، شیخ جعفر، *المبسوط*، ج ۲، ص ۲۸۸.

۲. بحرانی، شیخ یوسف، همان کتاب، ص ۸۶.

۳. بجنوردی، آیت... سیدحسین، همان کتاب، ص ۱۲، امام خمینی (ره) در این زمینه تصریح می‌دارد: «الصلح عقد مستقل بنفسه و عنوان برآسه فلم يلحقه احکام سایر العقود و لم تجر فيه شروطها و ان افاد فائدها فما افاد فایده البیع لاتلحقه احکامه و شروطه...» *تحریر الوسیله*، ج ۱، ص ۵۱۶.

عنوان عقد صلح منعقد کرد و بدین ترتیب، عقد صلح، تبدیل به قالبی وسیع تر از همه عقود معین شده است.^۱

با توجه به همین دیدگاه مشاهده می شود که فقها در مواجهه با قراردادهای ناشناخته که قابل تطبیق بر هیچ یک از عقود معین و شناخته شده نیستند انعقاد چنین قراردادهایی را از طریق عقد صلح جایز و ممکن شمرده اند که در اینجا به سه نمونه اشاره می شود:

۱ - برخی از فقها معتقدند که در عقد بیع، ثمن نمی تواند از حقوق باشد بنابراین نمی توان عینی را در مقابل حقی فروخت. اما همین عده، چنین مبادله ای را از طریق عموماً صحت عقود آن را معتبر و مشروع دانسته اند اما در عین حال، انعقاد آن را از طریق عقد صلح، ممکن و مشروع دانسته اند.^۲

۲ - در قرارداد بیمه که قراردادی نوپیدا و جدید است اگرچه فقهای معاصر از طریق عموماً صحت عقود آن را معتبر و مشروع دانسته اند اما در عین حال، انعقاد آن را از طریق عقد صلح بی اشکال و صحیح شمرده اند.^۳

۳ - در بعضی نصوص وارده در باب صلح به قراردادهایی برمی خوریم که قابل تطبیق بر هیچ یک از عقود معین نیست. اما انعقاد صلح در مورد آن اجازه داده شده است.^۴

ب - قرارداد تایم شر و صلح

با توجه به ماهیت و ویژگی های عقد صلح می توان گفت: انتقال مالکیت زمان بندی

۱ . کاتوزیان، دکتر ناصر، *حقوق مدنی*، مشارکتها - صلح، ص ۲۹۸.

۲ . آل بحر العلوم، سید محمد، *بلغة الفقیه*، ج ۱، ص ۶۳.

۳ . روحانی، آیتا... سید محمد صادق، *المسائل المستحدثة*، ص ۷۲.

۴ . «قد يوجد مورد للصلح حسب النصوص الواردة فی باب الصلح لا ینطبق لاعلی البیع و لاعلی الاجاره و لاعلی العاریه و لاعلی الهبه كما روی: «إذا كان رجلان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه و لادری کل واحد منهما کم له عند صاحبه فقال کل واحد منهما لصاحبه لک ما عندک ولی ما عندی فقال لابس بذلك اذا تراضیا و طابت انفسهما» فهذا لیس بیع لان العوضین مجهولان من حیث المقدار و لاهیه لانه لیس اعطاء مجان بل لكل واحد منهما عوض و لاعاریة و لیس باجارة لانه تملیک عین لامنفعة و لا ینطبق علی ای واحد من عناوین المعاملات فلا بد و ان یکون عقداً مستقلاً اذ لا یمکن ان یکون من فروع ای عقد آخر و معامله اخرى» بجنوردی، آیتا... سیدحسن، همان کتاب، ص ۱۱.

شده اگرچه در قالب عقد بیع امکان ندارد اما به نظر می‌رسد انعقاد چنین قراردادی تحت عنوان عقد صلح هیچ مشکل و ایرادی ندارد. بنابراین مالک عین می‌تواند در قالب یک عقد صلح معوض، مالکیت زمان‌بندی شده عین را به چند نفر منتقل نماید به گونه‌ای که مالکیت این افراد به صورت مقطعی و موقت بوده، هر یک از آنها در مدت مشخصی از هر سال مالک آن عین باشند.

قرارداد فوق اگرچه نتیجه عقد بیع یعنی انتقال مالکیت عین را دارد اما چون به صورت عقد صلح واقع شده است با توجه به ماده ۷۵۸ قانون مدنی شرایط و احکام خاص بیع را ندارد. بنابراین اگرچه عقد بیع، قابل تقیید به زمان نیست و دوام مالکیت از ویژگی‌های اساسی آن به شمار می‌رود، ولی عقد صلح فوق‌الذکر اگرچه نتیجه بیع را دارد قابل تقیید به زمان می‌باشد و مشروط به دوام مالکیت نیست.

تنها نکته‌ای که در اینجا قابل بحث می‌باشد این است که هرچند هرگونه قرارداد و توافقی را می‌توان تحت عنوان عقد صلح منعقد کرد اما محدوده اختیار افراد بدان اندازه نیست که بتوانند امور نامشروع را نیز تحت عنوان این عقد قرارداد، از این طریق به ارتکاب محرمات یا ترک واجبات دست یازند. این نکته‌ای است که همه فقیهان امامیه بر آن تأکید کرده و حدیث: «*والصلح جایز بین المسلمین الا صلحاً اهل حراماً*» را دلیل سخن خود دانسته‌اند.^۱ ماده ۷۵۴ قانون مدنی نیز در این باره تصریح می‌دارد: «هر صلح نافذ است جز صلح بر امری که غیرمشروع باشد».

اشکال مهمی که در مورد صلح مالکیت زمان‌بندی شده مطرح می‌شود آن است که موضوع چنین عقد صلحی عبارت است از انتقال مالکیت موقت به چند نفر و مالکیت موقت در حقوق اسلام مورد قبول واقع نشده و لذا مشروعیت ندارد. براین اساس، از آنجا که موضوع عقد صلح باید امری مشروع باشد نمی‌توان تحت عنوان عقد صلح، مبادرت به

۱. «يجوز ايقاعه على كل امر الا ما استثني كما يأتي بعضها و في كل مقام الا اذا كان محرماً لحلال او محلاً لحرام» امام خمینی (ره)، *تحریر الوسیله*، ج ۱، ص ۵۱۶.

انتقال مالکیت موقت و زمان‌بندی شده نمود. بی‌تردید اگر عدم مشروعیت مالکیت موقت در فقه اثبات شود، صحت عقد صلح به صورتی که ذکر شد با اشکال روبرو خواهد شد و بدین ترتیب راهی برای اثبات مشروعیت تایم شر نخواهیم داشت. چرا که در این قرارداد، مالکیت موقت عین به افراد منتقل می‌شود و در این صورت حتی از طریق اصل آزادی قراردادها و ماده ۱۰ قانون مدنی نیز نمی‌توان صحت آن را اثبات نمود.

بنابراین باید به بررسی «مالکیت موقت» در فقه بپردازیم و مشروعیت آن را مورد بررسی قرار دهیم.

ج - بررسی مشروعیت مالکیت موقت در فقه

یکی از اوصاف مالکیت که حقوقدانان درباره آن به بحث پرداخته‌اند، ویژگی دوام مالکیت می‌باشد. به عقیده برخی از حقوقدانان، این ویژگی در کنار دو ویژگی مطلق و انحصاری بودن می‌تواند تا حدود زیادی بیان‌کننده مفهوم مالکیت باشد.^۱ دو ویژگی اخیر امروز مفهوم پیشین خود را از دست داده و در موارد زیادی تخصیص خورده است. ویژگی دائمی بودن مالکیت نیز از سوی برخی از فقهاء و حقوقدانان مورد تردید قرار گرفته است. ما در اینجا به بررسی ادله منکرین و معتقدین مشروعیت مالکیت موقت می‌پردازیم.

اول: توضیح موضوع

سؤال اساسی در این مبحث این است که آیا مالکیت، حقی دائمی و همیشگی است یا می‌توان آن را مقید به زمان نمود به عبارت دیگر آیا مالکیت موقت در حقوق و فقه قابل قبول است یا خیر؟

شکی نیست که مالکیت افراد همواره در حال نقل و انتقال است و اموالی که در مالکیت افراد می‌باشد به سبب اسباب ناقله قهری یا اختیاری از شخصی به شخصی دیگر منتقل می‌شود بنابراین پر واضح است که منظور از دوام مالکیت در اینجا این نیست که مالکیت افراد، زایل شدنی نبوده و اموال اشخاص، همیشه در ملکشان باقی می‌ماند چرا که

۱. کاتوزیان، دکتر ناصر، *اموال و مالکیت*، ص ۹۹.

چنین معنایی با واقعیت خارجی همخوانی نداشته، هیچ کس آن را نمی پذیرد و به این معنا، همه مالکیت‌ها جز مالکیت خدای تعالی موقتی است.

منظور از دوام مالکیت آن است که وقتی مالی در ملکیت شخص داخل شد برای همیشه در ملک او باقی می ماند مگر آنکه به یکی از اسباب انتقال مالکیت به دیگری انتقال یابد. براین اساس انتقال مالکیت منافاتی با دوام آن ندارد. و منظور از مالکیت موقت آن است که مالکیت شخص، مقید و محدود به زمان مشخصی شود به گونه ای که با سپری شدن آن مدت، مالکیت شخص خود به خود و بدون هیچ سبب جدیدی زایل شود و مال به مالک اصلی برگردد.

تردید نیست که به جز حق مالکیت، سایر حقوق عینی قابل تحدید و تقیید به زمان می باشد مانند حق ارتفاق و حق انتفاع و... اما در مورد حق مالکیت تردید اساسی وجود دارد. برخی از فقها و حقوقدانان مالکیت را قابل تقیید به زمان ندانسته و مالکیت موقت را غیرمعقول و باطل دانسته اند و برخی دیگر این نظر را نپذیرفته و از آن انتقاد کرده اند. ما ابتدا به نقد و بررسی دلایل گروه اول می پردازیم.

دوم: ادله منکرین مالکیت موقت:

از بررسی مجموع کلمات فقها و حقوقدانان برمی آید که به طور کلی شش دلیل بر بطلان و عدم مشروعیت مالکیت موقت اقامه شده است. از این تعداد، دو دلیل بیشتر رنگ فلسفی دارد؛ دو دلیل به جنبه فقهی مالکیت اشاره و دو دلیل نیز از دیدگاه حقوقی مسئله را مورد بررسی قرار داده است که ما به ترتیب به ذکر آن مبادرت می نماییم.

۱ - اولین دلیل منکرین مالکیت موقت آن است که مالکیت به دلیل ماهیت ویژه خود اساساً قابل تحدید و تقیید به زمان نیست، زیرا مالکیت از اعراض قار^۱ است و از آنجا که

۱. عرض قار آن است که اجزاء مفروض با هم موجود باشند و غیرقار، اجزایش با هم موجود نمی شود. ر.ک: شیروانی، علی، *آموزش فلسفه*، ص ۲۸۹ مرحوم علامه طباطبایی در این باره می فرماید: «ینقسم الکم انقساماً اولیاً الی المتصل و المنفصل و المتصل هو الکم الذی یمن ان یفرض منه اجزاء تتلاقی علی حدود مشترکه کالخط ... و المتصل ینقسم الی قسمین قار و غیر قار و القار هو الثابت المجتمع الاجزاء بالفعل کالسطح و غیر القار هو الذی لایجتمع اجزائه المفروضة بالفعل کالزمان فان کل جزء منه بالفعل قوة للجزء التالی فلا یجتمعان بالفعل اذ فعلیة الشیء لاتجامع قوته ...» *نهایة الحکمه*، ص ۱۱۰.

عرض قار، محدود و مقید به زمان نمی‌شود؛ مالکیت نیز قابل تحدید به زمان نخواهد بود. به عبارت دیگر مالکیت هر شیء، امری واحد است و این امر واحد به دلیل آنکه از اعراض قار است قابل تکثیر و تبعیض و تقيید به زمان نیست.^۱

مرحوم محقق اصفهانی پس از نقل این دلیل می‌فرماید: عدم امکان تقيید مالکیت به زمان، توهمی بیش نیست، زیرا محدود شدن موجودات به زمان، گاهی بالذات است همانند اعراض غیرقار مثلاً حرکت که از اعراض غیرقار است از آنجا که تدریجی بوده و آن به آن از قوه به فعل می‌رسد لذا قابل تقدیر و تحدید به زمان می‌باشد اما گاهی، تقيید به زمان بالعرض است مانند امور قار. این امور اگر چه ذاتاً با زمان قابل اندازه‌گیری و تحدید نیستند اما از آنجا که در ظرف زمان قرار دارند و به بیان بهتر، زمان بر آنها می‌گذرد؛ می‌توان آنها را با توجه به زمان‌های مختلف، به بخش‌های زمانی تقسیم کرد. به عبارت دیگر می‌توان یک امر واحد را با قطعات مختلف زمان ملاحظه کرده آن را با توجه به قطعات زمانی، تقطیع و تقسیم نمود.^۲

به عنوان مثال در مورد وقف که واقف، عین را بر بطون مختلف وقف می‌کند، مالکیت واقف که به وسیله وقف به بطون بعدی منتقل شده است چیزی جز یک مالکیت واحد نیست، ولی همین امر واحد با توجه به قطعات زمان تقطیع می‌شود و برای هر طبقه از موقوف علیهم بخشی از مالکیت با توجه به زمان خاص آن اختصاص می‌یابد. بنابراین

۱. «ان ملكية الواقف المجعولة لجميع البطون ملكية واحدة مرسله و الواحد لا يتكرر و لا يتبعض و حيث أنها عرض غيرقار فلا تتحدد و لا تتقيد بالزمان فلا معنى لنقطيعها و تحديدها بالازمنة ليكون تمليكاً لجميع البطون لثلاث تكون لكل منهم ملكية مرسله» ر.ک: اصفهانی، شیخ محمد حسین، *بحوث فی الفقه، الاجاره*، ص ۲۶. در عبارت مرحوم اصفهانی که ذکر شد، مالکیت از اعراض غیر قاره دانسته شده است که مسلماً ناشی از اشتباه چاپی یا خطای سهوی است، زیرا ماهیت مالکیت با اعراض قار سازگار است نه غیر قار علاوه بر اینکه مرحوم اصفهانی در ادامه سخن خود تصریح به این مطلب دارند.

۲. «توهم امتناع تحدد و تقييدها بالزمان مدفوع بان التحدد بالزمان تازه بالذات كما في الاعراض غير القاره فان التدرجيه عين الحركة المساوقه للتقدر بالزمان و أخرى بالعرض كما في الامور القاره فانها و ان لم تتقدر بالزمان لكنه يمر عليها الزمان فيمكن لحاظها مع هذا الزمان و مع زمان آخر فهذا الوجه المستمر مع الازمنة يمكن تقطيعه بلحاظ الازمنة المارة عليه...» اصفهانی، شیخ محمد حسین، همان مأخذ.

مالکیت، امری بسیط و غیرقابل تبعیض و تقسیم به قطعات است و معنای بسیط بودن مالکیت و عدم امکان تقطیع و تقسیم آن این است که نصف و ثلث و ربع و... ندارد نه اینکه این امر بسیط را نتوان به اعتبار استمرارش در طول زمان تقسیم کرد.

علاوه بر پاسخ فوق می‌توان گفت: مالکیت - همان طور که در مباحث آینده خواهد آمد - اساساً از اعراض نیست بلکه صرفاً یک امر اعتباری است و لذا جعل و رفع و کیفیت اعتبار آن به دست منشأ اعتبار آن می‌باشد. بنابراین حتی اگر اشکال فوق را در مورد اعراض قار بپذیریم و اعراض قار را قابل تحدید و تقیید به زمان ندانیم تفاوت ماهوی مالکیت با اعراض، مانع از طرح اشکال در مورد آن می‌شود.

۲ - دومین دلیل فلسفی که بر بطلان مالکیت موقت اقامه شده است این است که: مالکیت موقت در مورد اعیان امکان‌پذیر نیست، زیرا فلاسفه بر این عقیده‌اند که جواهر، قابل تقیید به زمان نیستند و زمان نمی‌تواند برای تعیین و اندازه‌گیری جواهر به کار رود و از آنجا که عین هم از جمله جواهر است لذا قابل تقدیر و تحدید به زمان نیست مثلاً نمی‌توان گفت: کتاب امروز، کتاب فردا و... و نمی‌توان گفت این کتاب نسبت به زمان‌های مختلف فرق می‌کند و یکی غیر از دیگری است اما منافع از آنجا که از اعراض است می‌تواند به زمان محدود شود و بر همین اساس تملیک منفعت موقت و محدود به زمان امکان‌پذیر می‌باشد، ولی در اعیان ممکن نیست بنابراین تملیک موقت عین به دیگری قابل تصور نیست.^۱

در پاسخ این استدلال باید گفت: درست است که عین از جمله جواهر است و لذا قابل تقدیر و تعیین به وسیله زمان نیست اما تملیک موقت عین به معنای تقیید عین به زمان نیست. توضیح آنکه، هنگامی که شخصی فرضاً کتابی را برای مدت مشخصی به دیگری تملیک می‌کند، این شخص در حقیقت، مالکیت کتاب را مقید و محدود به زمان نموده است نه خود کتاب را و به بیان روشن‌تر تملیک موقت بدان معنا است که مالکیت عین در

۱. توحیدی، محمدعلی، *مصباح الفقاهه* (تقریرات درس آیت... خویی)، ج ۷، ص ۴۸۸.

قطعه مشخصی از زمان به دیگری منتقل می‌شود نه آنکه عین مقید به زمان، به دیگری تملیک گردد. و با توجه به سخنی که به نقل از محقق اصفهانی در پاسخ دلیل اول نقل کردیم، هیچ اشکال و مانعی وجود ندارد که مالکیت با توجه به قطعات زمانی به قطعات مختلف تقسیم شود و تقسیم مالکیت یک عین با توجه به قطعات زمانی، مستلزم تقیید خود عین به زمان نیست.

از این گذشته، اگر این استدلال را در مورد اعیان بپذیریم و تملیک موقت اعیان را بر این اساس مورد تردید قرار دهیم در بسیاری از موارد اجاره با مشکل مواجه خواهیم شد، زیرا اجاره به نظر بسیاری از فقها عبارت است از تملیک منفعت در مقابل عوض معلوم و در موارد زیادی، منفعت مورد اجاره از اعراض نیست بلکه از اعیان خارجی می‌باشد یعنی منفعت عین مورد اجاره، خود از اعیان است مثل اجاره درخت برای میوه آن، و اجاره زن برای شیردادن. پذیرش استدلال یاد شده در مورد عدم امکان تملیک موقت اعیان، مستلزم تردید در صحت چنین قراردادهایی است در حالی که غالب فقها چنین اجاره‌ای را جایز و صحیح دانسته‌اند.^۱

۳ - دلیل دیگر بر بطلان مالکیت موقت، استناد به قاعده تسلیط می‌باشد. برخی از محققین بر این عقیده‌اند که «در حقوق اسلام با استناد به قاعده تسلیط، مالکیت سه ویژگی دارد که عبارتند از مطلق بودن، انحصاری بودن و دائمی بودن. ویژگی اخیر به این معنا است که وقتی فردی مالک چیزی شد تا زمانی که مالک آن است بدون مقید بودن به زمان خاص، حق استفاده و بهره‌برداری از آن را داشته باشد. یکی از تفاوت‌های مستأجر و به طور کلی کلیه اشخاصی که از طرف مالک، حق استفاده و انتفاع از ملکی را پیدا می‌کنند همین است که استفاده و بهره‌برداری مالک، مقید به زمان و وقت خاص نیست،

۱. آیتا... خوبی در **مصباح الفقاهه** می‌فرماید: «قد تكون منفعة العين المستأجره ما يوجد من الاعیان و لكنها غیر موجودة حال الاجاره کاستیجار المناجیح و البقرات و الشیاه للبنها غیر المحلوب و استیجار الموضع لیرتضع الطفل من لبنها و استیجار الشجرة لثمرتها المعدومه» **مصباح الفقاهه**، ج ۲، ص ۳۰.

ولی حق انتفاع اشخاص دیگر فقط در محدوده زمانی مشخصی امکان پذیر است»^۱ بنابراین ویژگی دائمی بودن مالکیت را می توان از قاعده تسلیط استفاده کرد.

سخن فوق قابل قبول به نظر نمی رسد، زیرا مفاد قاعده تسلیط آن است که اشخاص بر اموال خود مسلطند و حق همه گونه تصرف و استفاده ای را در اموال خود دارند، ولی این مسئله که مالکیت، دائمی است یا موقت در قاعده فوق مورد اشاره قرار نگرفته است به عبارت دیگر مضمون این قاعده عبارت است از تسلط کامل مالکین بر اموال خود و این معنا در مورد مالکیت موقت هم قابل جریان است یعنی مالک در زمان مالکیت خود؛ چه مالکیت دائمی و چه موقت، مسلط بر مالش بوده، قادر به تصرف و استفاده از مالش می باشد. بنابراین نمی توان دوام مالکیت را مستقیماً از این قاعده استنباط کرد.

ممکن است گفته شود که مفاد قاعده تسلیط آن است که مالک، حق همه گونه تصرف و استفاده ای را در مالش دارد و از جمله می تواند آن را معیوب کند یا از بین ببرد؛ نتیجه منطقی چنین تسلط و حقی آن است که مالکیت باید دائمی باشد چرا که در مالکیت موقت، مالک حق چنین تصرفاتی را ندارد.

در پاسخ به این توهم باید گفت: این بیان در حقیقت به دلیل ششم منکرین مالکیت موقت برمی گردد که ما در جای خود، اصل دلیل و پاسخ آن را به تفصیل بیان خواهیم کرد. ۴ - مالکیت موقت سابقه ای در شرع ندارد و لذا نمی توان چنین امری را مشروع دانست. این سخن در کلمات برخی از فقهاء به چشم می خورد و برخی دیگر از فقهاء به پاسخگویی آن پرداخته اند. این دلیل نیز همچون دلایل پیش گفته قابل قبول نیست، زیرا اولاً سابقه نداشتن امری در شرع نمی تواند در همه موارد دلیل بر ممنوعیت و عدم مشروعیت آن باشد. شاید بتوان این عقیده را در مورد عبادات پذیرفت چرا که عبادات، اموری توقیفی هستند و لذا اگر امری سابقه ای در شرع نداشته باشد نمی توان آن را به عنوان عبادت پذیرفت اما در بخش معاملات که قسمت عمده آن به عرف واگذار شده است پذیرش این

۱ . محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، ج ۲، ص ۱۰۷.

عقیده به طور مطلق صحیح نیست به ویژه در مورد موضوعات و مفاهیمی که حقیقت شرعی و متشرعیه ندارد توضیح آن به عرف محول شده است ثانیاً مالکیت، امری اعتباری است که چگونگی آن تابع نحوه اعتبار آن می باشد و به همین دلیل، قابل توقیت و تأیید است^۱ ثانیاً ملکیت موقت سابقه روشن فقهی دارد و مواردی را در فقه می توان یافت که مالکیت موقت از سوی فقها پذیرفته شده است.^۲

۵ - یکی دیگر از دلایلی که بر بطلان مالکیت موقت اقامه شده است این است که: دوام مالکیت، نتیجه منطقی ویژگی انفکاک ناپذیری مالکیت از عین است. به عقیده حقوقدانان یکی از ویژگی های مالکیت آن است که همواره با مملوک همراه بوده، مادام که شیء مملوک باقی است مالکیت آن نیز باقی می باشد. و براین اساس، مالکیت نسبت به شیء مملوک، تنها در صورتی زایل می شود که آن شیء منعدم شود و مادام که شیء مملوک وجود دارد حق مالکیت مربوط به آن هم وجود دارد. تفکیک ناپذیری مالکیت از مملوک، به معنای عدم انتقال آن به افراد دیگر نیست، بنابراین ارث و انتقال مالکیت وارث، منافاتی با دوام مالکیت شیء - به معنای فوق - ندارد چرا که حق مالکیت در این موارد، قطع نشده تا مجدداً ایجاد شود و به عبارت دیگر مالکیت منتقل الیه و ورثه ادامه مالکیت سابق وارث و ناقل است.^۳

برخی از حقوقدانان در توجیه این ویژگی گفته اند: «ملکیت عبارت است از رابطه ای مستقیم بین مالک و شیء و حق مالکیت چنان با شیء مملوک آمیخته و مخلوط می شود و در آن تجسم می یابد که قابل جدایی از آن نیست و مادام که شیء موجود است آن حق هم دوام دارد»^۴

بعضی دیگر از حقوقدانان بر این عقیده اند که ویژگی دوام مالکیت به معنای فوق به

۱. در این باره در مباحث آینده توضیح بیشتری داده خواهد شد

۲. بجنوردی، *القواعد الفقهیه*، ج ۴، ص ۲۴۲.

۳. امامی، دکتر سیدحسن، *حقوق مدنی*، ج ۱، ص ۴۲.

۴. فرج، دکتر توفیق حسن، *الحقوق العینیة الاصلیه*، ص ۶۳.

این معنا نیست که مالکیت از وجود فیزیکی و خارجی مملوک جدا نمی‌شود چرا که انفکاک‌ناپذیری حق مالکیت از وجود فیزیکی، خلاف واقعیت مسلم حقوقی و فقهی است و لذا این دلیل قابل پذیرش نیست بلکه باید گفت منظور از جدا نشدن حق مالکیت از شیء مملوک این است که وجود حقوقی مملوک همواره ملازم با حق مالکیت است. بنابراین هر شیء مملوکی اگر بخواهد در عالم حقوق مطرح شده، موضوع حق و تکلیف قرار گیرد ناچار بایستی همراه با حق مالکیت باشد، زیرا حق مالکیت، اولین و فراگیرترین حق عینی بر اموال است و سایر حقوق عینی در حقیقت زائیده و فرع آن می‌باشد پس نمی‌توان در عالم حقوق، مالی را تصور کرد که همراه با حق مالکیت نباشد. و در موارد اعراض از مال، آنچه در واقع رخ داده این است که مال از عالم حقوق خارج شده و به تعبیر بهتر، وجود حقوقی مال منعدم شده است گرچه وجود خارجی و فیزیکی آن باقی باشد.^۱

ویژگی انفکاک‌ناپذیری مالکیت از مال، نتایج چندی را به دنبال دارد. به عقیده حقوقدانان، یکی از نتایج این ویژگی آن است که مالکیت نمی‌تواند مقید به زمان شود چرا که تقیید مالکیت به زمان با دوام مالکیت و انفکاک‌ناپذیری آن از مملوک منافات دارد.^۲ در پاسخ این دلیل باید گفت: انفکاک‌ناپذیری مالکیت از وجود خارجی و فیزیکی مال، امری نادرست و غیرقابل قبول است چرا که بی‌تردید، حق مالکیت در بسیاری از موارد از شیء مملوک زایل می‌شود مانند موارد اعراض مالک از مال؛ و جدا نشدن مالکیت از وجود اعتباری مال در عالم حقوق، اگرچه سخنی صحیح و قابل قبول به نظر می‌رسد اما این بدان معنا نیست که مالکیت قابل تقیید به زمان نمی‌باشد، زیرا انفکاک‌ناپذیری مالکیت به معنای آن است که حق مالکیت از شیء مملوک جدا نمی‌شود نه اینکه از شخص مالک قابل انفکاک نباشد. و تفاوتی بین انتقال مال به وسیله اسباب ناقله مالکیت و مالکیت موقت به نظر نمی‌رسد بنابراین همان‌گونه که انتقال مالکیت از یکی به دیگری، ضرری به

۱. السنهوری، دکتر عبدالرزاق، الوسیط، ج ۷، ص ۵۳۴.

۲. همان مأخذ، ص ۵۳۵.

دوام آن نمی‌زند در مالکیت موقت نیز چنین امری مضر نیست.

در مالکیت موقت که مال از مالک - مثلاً - به مدت یک سال به دیگری منتقل می‌شود، پس از سپری شدن یک سال، مالکیت عین زایل نمی‌شود بلکه به همان مالک اصلی باز می‌گردد. بنابراین هیچ گونه انفکاک بین مالکیت و مال صورت نمی‌گیرد برای این اساس هرچند ویژگی انفکاک ناپذیری مالکیت از شیء مملوک را بپذیریم اما این ادعا که نتیجه منطقی این ویژگی، بطلان مالکیت موقت است؛ غیرقابل قبول می‌باشد.

۶ - دلیل دیگری که توسط حقوقدانان مطرح شده این است که تقیید مالکیت به زمان با طبیعت مالکیت منافات دارد، زیرا مهم‌ترین ویژگی مالکیت آن است که مالک می‌تواند در ملک خود تصرف کند و دایرة اختیارات مالک تا حدی است که حتی می‌تواند مالش را از بین ببرد و نابود سازد. با توجه به این ویژگی می‌توان گفت مالکیت موقت با طبیعت مالکیت و عناصر تشکیل دهنده آن منافات دارد. پذیرش مالکیت موقت به آن معنا است که برای مالک موقت نیز همان اختیارات و حق تصرفی را بپذیریم که مالک دائمی دارا می‌باشد و این امر، نادرست و غیرقابل قبول است مثلاً فرض کنیم که مالکیت، محدود و مقید به یک سال شده است در این صورت اگر مالک موقت، در خلال یک سال که مالک آن است در آن مال تصرف کند یا آن را از بین ببرد چگونه می‌توان تصور کرد که مالکیت پس از انقضای یک سال به مالک اصلی برمی‌گردد؟ یا باید مالک موقت را از تصرف و از بین بردن مال در طول یک سال ممنوع سازیم تا مال به مالک اصلی برگردد که در این صورت مالکیت موقت چیزی جز یک حق انتفاع موقت نیست، زیرا چنین مالکیتی تفاوتی با حق انتفاع ندارد چون در حق انتفاع هم مالک می‌تواند از مال بهره‌مند شود، ولی حق از بین بردن و انعدام آن را ندارد و یا آنکه قایل به جواز تصرف و از بین بردن مال توسط مالک موقت شویم که در این صورت چنین ملکیتی دیگر مالکیت موقت نیست بلکه ملکیتی دائمی و همیشگی است.^۱

دلیل فوق در کلمات فقها دیده نمی‌شود. غالب فقیهانی که بر بطلان مالکیت موقت

۱. همان مأخذ، ص ۵۴۰.

پای فشرده‌اند آن را امری غیر معقول و غیرقابل تصور دانسته و بر همین اساس مشروعیت آن را مورد تردید قرار داده‌اند.^۱ اگرچه این گروه، توضیح بیشتری در مورد این دلیل ذکر نکرده‌اند اما بعید نیست که منظور آنان از این سخن، اشاره به دلیل فوق باشد.

به نظر می‌رسد مهم‌ترین و قوی‌ترین دلیلی که بر بطلان مالکیت موقت اقامه شده است همین دلیل می‌باشد بنابراین برای پاسخگویی به آن نیازمند دقت و توجه بیشتری هستیم. برای پاسخگویی به این دلیل، باید مفهوم و ماهیت مالکیت در اسلام را مورد بررسی قرار دهیم سپس با توجه به طبیعت و ماهیت آن در حقوق اسلام به قضاوت درباره مالکیت موقت بنشینیم.

برای شناخت حقیقت مالکیت توجه به امور زیر لازم و ضروری است هر یک از این امور در حقیقت بیان‌کننده یکی از ابعاد و زوایای مفهوم مالکیت در اسلام می‌باشد:

۱ - برخی از فقها تصریح کرده‌اند که لفظ مالکیت دارای حقیقت شرعی نیست بنابراین برای شناخت مفهوم مالکیت نیازی به مراجعه به متون شرعی نیست. مرحوم نراقی در این باره می‌فرماید: «معنای مالکیت و مالیت و ملک و مال، معنایی عرفی و لغوی است که شناخت آن منوط به بیان شرع و یا دلیل شرعی نیست بلکه در این زمینه همانند سایر الفاظی که فاقد حقیقت شرعی است باید به عرف و لغت مراجعه کرد».^۲ همین فقیه در کتاب دیگرش می‌نویسد: «والمراجع فی کون الشیء ملكا و مالا الی العرف حیث انه لا دلیل شرعی علی بیان»^۳ دقت در کلام سایر فقهای که به تعریف مالکیت پرداخته‌اند نشان می‌دهد که اگرچه آنان به این مطلب تصریح نکرده‌اند اما به طور ضمنی به آن اذعان و اعتراف داشته‌اند و به همین دلیل در تعریف مالکیت به جای استناد به ادله شرعی، به ارتکاز عرف و عقلا و نیز برداشت عمومی مردم از مفهوم آن بسنده کرده‌اند. بنابراین مالکیت، مفهومی عرفی است و شارع مقدس نیز با توجه به همان معنا و

۱. بحرانی، شیخ یوسف، *الحدایق الناظره*، ج ۲۲، ص ۱۲۸.

۲. نراقی، ملا احمد، *عواید الایام*، ص ۱۱۳.

۳. نراقی، ملا احمد، *مستند الشیعه*، ج ۲، ص ۳۷۱.

مفهوم عرفی، احکام و آثاری را بر آن مترتب کرده است و لذا برای شناخت ماهیت آن باید به عرف مراجعه کرد.

۲ - مالکیت در حقوق اسلام دارای مفهومی گسترده‌تر از مالکیت در حقوق رم است «مالکیت در حقوق اسلام نه تنها شامل مالکیت عین می‌گردد بلکه مالکیت منفعت و انتفاع و ملک‌الملک را نیز فرا می‌گیرد. حتی این کلمه گاهی در مورد حقوق غیرمالی نیز به کار می‌رود»^۱.

با توجه به همین دیدگاه موسع برخی از نویسندگان اطلاق مالکیت را بر حق مؤلفان و هنرمندان روا دانسته‌اند.^۲

۳ - مالکیت امری اعتباری است. به طور کلی مالکیت دارای چهار مرتبه مختلف است:^۳
الف - مالکیت حقیقی: عبارت است از سلطنت تامه بر موجودات به گونه‌ای که اختیار مملوک حدوداً و بقاءً به دست مالک باشد چنین مالکیتی مخصوص ذات باری تعالی می‌باشد.

ب - مالکیت انسان بر نفس و اعضاء و افعال و ذمه‌اش.

ج - مالکیت مقولی خارجی: عبارت است از هیئت حاصل از احاطه جسمی به جسم دیگر و این نوع مالکیت تحت عنوان مقوله «جده» در فلسفه مورد بحث قرار می‌گیرد. مانند هیئت حاصله از احاطه لباس به انسان. مالکیت به این معنا از اعراض خارجی است که قیام آن نیز به یک موجود خارجی می‌باشد.

د - مالکیت اعتباری عبارت است از اعتبار سلطنت و احاطه یک شخص (مالک) بر یک شیء (مملوک).

۱. صفایی، دکتر سیدحسین، *مقالاتی درباره حقوق مدنی و تطبیقی*، ص ۷۰، مالکیت منفعت مانند حق مستأجر، مالکیت انتفاع مانند حق منتفع در حق انتفاع، حبس و مانند آن. ملک الملک یعنی سلطه شخصی بر سبب تملک مانند حق حیازت مال مباح، مالکیت حق غیرمالی مانند مالکیت بضع.

۲. همان مأخذ.

۳. توحیدی، محمدعلی، *مصباح الفقاهه*، (تقریرات درس آیت‌الله خویی)، ج ۲، ص ۲۰.

سه قسم اول از مالکیت، اموری حقیقی و واقعی هستند، ولی مالکیت به معنای اخیر، امری اعتباری است که عقلاً یا شارع آن را برحسب نیاز جامعه اعتبار می‌کنند و حق مالکیت که در فقه و حقوق مورد بحث قرار می‌گیرد همین مرتبه از مالکیت است. بنابراین مالکیت در اصطلاح فقه و حقوق از مقولات واقعی و اعراض خارجی نیست^۱ و به تعبیر روشن‌تر «مالکیت امری اعتباری است یعنی حقیقت آن عین اعتبار عقلاً یا شارع می‌باشد»^۲

۴ - منشأ اعتبار مالکیت، عقلاً یا شارع می‌باشد. «مالکیت اعتباری توسط عقلاً به خاطر مصالحی برای اشخاص اعتبار می‌شود و چه بسا شارع به خاطر آن مصلحت، این اعتبار را امضاء می‌کند گرچه عقلاً چنین اعتباری نداشته باشند. مانند مالکیت غرق و مهدوم علیهم در ارث»^۳ بنابراین با توجه به منشأ اعتبار مالکیت، سه قسم زیر قابل تصور است:

الف - مواردی که عقلاً، مالکیت را اعتبار می‌کنند و شارع نیز امضا می‌کند؛ غالب موارد مالکیت از این قبیل است.

ب - مواردی که عقلاً مالکیت را اعتبار می‌کنند، ولی شارع آن را امضاء نکرده است مانند مالکیت مسکرات

ج - مواردی که شارع مقدس بدون اعتبار عقلاً، اقدام به اعتبار مالکیت نموده است مانند مالکیت مهدوم علیهم و غرق شدگان در ارث.

با توجه به نکات یاد شده می‌توان گفت: مالکیت، اصطلاحی است که برای اشاره به رابطه‌ای مخصوص بین شیء (مملوک) و شخص (مالک) به کار برده می‌شود. این رابطه اعتباری به مالک اجازه می‌دهد که از شیء مملوک استفاده کند و از آن منتفع گردد. به

۱. «ان الملكية الشرعية ليست من المقولات الواقعية حتى يتوقف العرض منها على موضوع محقق في الخارج بل من الاعتبارات بمعنى اعتبار مقولی...» اصفهانی، شیخ محمدحسین، همان کتاب، ص ۴.

۲. یزدی، سیدمحمدکاظم، همان کتاب، ص ۵۳.

۳. توحیدی، محمدعلی، همان کتاب، ج ۲، ص ۲. امام خمینی (ره) درباره اعتبار مالکیت می‌فرماید: «اعتبار الملكية عقلائیة و الشارع تبع لهم و ليس له اعتبار مستقل في قباهم...» کتاب البیع، ج ۱، ص ۴۵۴.

تعبیر دیگر، مالکیت عبارت است از رابطه اعتباری مخصوص بین مالک و مملوک که به مالک حق می‌دهد که انتفاعات ممکن را از آن ببرد، در آن مال تصرف کند و کسی نتواند از آن جلوگیری نماید^۱ از آنچه گفتیم روشن می‌شود که مالکیت و سلطنت دو مفهوم جدای از یکدیگر است و در حقیقت سلطنت انسان بر مال نتیجه و اثر مالکیت او می‌باشد نه آنکه عین مالکیت و مرادف آن باشد و به همین دلیل تعریف مالکیت به سلطنت انسان بر مال، نادرست می‌باشد. فقها برای بیان اختیارات مالک و آثار مالکیت به قاعده تسلیط استناد کرده‌اند این قاعده که مستفاد از حدیث نبوی «الناس مسلطون علی اموالهم» می‌باشد هرگونه سلطه و اختیاری را برای مالک اثبات می‌کند و همین روایت نیز دلیل روشنی است بر اینکه تسلط مالک بر مال، چیزی جدای از مالکیت است.^۲

با عنایت به تعریف مالکیت و تفاوت آن با سلطنت مالکانه، به پاسخگویی دلیل ششم منکرین مالکیت موقت می‌پردازیم.

گفتیم که حق مالکیت عبارت است از رابطه اعتباری بین مالک و مال و اشاره شد که قدرت و سلطه مالک بر استفاده و تصرف در آن مال یا انتقال و اخراج از مالکیت و اتلاف آن برخاسته از حق مالکیت و از آثار آن است. براین اساس نمی‌توان مالکیت موقت را صرفاً به این دلیل که مالک، قدرت بر انعدام مالش در مدت معین ندارد، منافی با طبیعت مالکیت

۱. امامی، دکتر سیدحسن، همان کتاب، ص ۴۲، مرحوم نراقی در تعریف مالکیت می‌فرماید: «معنی الملک و المالیه و مایراد فهما من اللفاظ معنی اضافی لایتحقق الا مع وجود مالک و متمول و هذا المعنی الاضافی بحکم العرف و التبادر عبارة عن اختصاص خاص و ربط مخصوص معهود بین المالك و المملوک و المتمول و المال موجب للاستبداد به و الاقتدار علی التصرف فیه منفرداً، ماله ذلك الاختصاص المعهود بالنسبة الی شخص هو الملك و المال» **عواید الایام**، ص ۱۱۳.

۲. «ان السلطنة لیست هی الملکیه بل هی من الاحکام العقلایه للملکیه... و قوله - ص: الناس مسلطون علی اموالهم ینادی بما ذکرناه فان اضافة الاموال الی الناس هی الاضافة المملوکیه فقوله - ص - الناس مسلطون علی اموالهم مساوق لقوله الناس مسلطون علی املاکهم فان الناس لا یسلطون علی الاموال بلا اضافة مالکیه بینها و بینهم فلو رجعت السلطنة الی الملکیه یكون قوله ذلك عبارة اخرى عن قوله الناس مالکون لاملاکهم و هو كما ترى من قبیل توضیح الواضح فلا شبهة فی ان السلطنة من احکام الملکیه لانفسها» امام خمینی (ره)، **کتاب البیع**، ج ۱، ص ۱۰.

دانست، زیرا قدرت مالک بر انعدام و اتلاف مال خود، گرچه برخاسته از طبیعت حق مالکیت است، ولی جزو آن نیست به عبارت دیگر، سلطه مالک بر اتلاف مال از آثار مالکیت است که به استناد قاعده تسلیط برای مالک ثابت شده است نه از اجزاء طبیعت یا لوازم ذاتی و لاینفک آن.

بنابراین می‌توان تصور کرد که رابطه مالکیت بین مالک و مال برقرار باشد، ولی مالک به دلایل مختلف حق از بین بردن مالش را نداشته باشد در این موارد - که نمونه‌های آن هم در فقه کم نیست - گرچه مالک، سلطه کامل بر مال ندارد، ولی اعتبار مالکیت توسط عقلا همچنان به قوت خود باقی است.

به طور کلی، نه می‌توان از فقدان آثار مالکیت در موردی، نفی طبیعت مالکیت را اثبات کرد و نه می‌توان از وجود آثار مالکیت در موردی، به وجود و عدم مالکیت پی برد، زیرا آثار مالکیت، لازمه ذات مالکیت نیستند تا وجود و عدم آنها همیشه ملازم با وجود و عدم مالکیت باشد. به بیان روشن‌تر «آثار مالکیت یعنی حق تصرف در مال و نقل و انتقال و اتلاف آن، اثر طبیعت هر ملک نیست بلکه اثر ملک مطلق است بنابراین نهایت چیزی که از فقدان آثار مالکیت در یک مورد می‌توان اثبات کرد آن است که در آن مورد خاص، مالکیت مطلق وجود ندارد نه اینکه مطلقاً مالکیت منتفی است»^۱ البته باید دانست که فقدان تمام آثار مالکیت می‌تواند دلیلی بر انتفاء اصل مالکیت باشد چرا که عقلاً، هیچگاه بدون دلیل و فایده، مالکیت را اعتبار نمی‌کنند به عبارت دیگر اعتبار مالکیت همواره متوقف است بر اینکه اعتبار، فی‌الجمله دارای اثری باشد، زیرا اعتباری که فاقد اثر و نتیجه است لغو بوده، از سوی عقلا صورت نمی‌گیرد، بنابراین «اگر همه آثار مالکیت از مالی سلب شود و مالک از همه تصرفات مالکانه ممنوع گردد، عقلا دیگر برای چنین مالکی حق مالکیت را اعتبار نمی‌کنند»^۲ اما سلب یک یا چند اثر از آثار مالکیت با طبیعت آن منافات ندارد چرا که

۱. «الآثر فیما نحن فیه - الی التصرفات فی العین و جواز ورود التقلبات - لیس اثرأ لطبیعة الملك مطلقاً سواء اکان طلقاً او غیر طلق بل اثر للملك المطلق» بجنوردی، آیت‌ا... سیدحسن، *القواعد الفقهیه*، ج ۴، ص ۲۸۲.

۲. امام خمینی (ره)، *کتاب البیع*، ج ۱، ص ۱۳۳.

سایر آثار و نتایج باقی بوده و همین برای صحت اعتبار مالکیت توسط عقلا کافی است.

سوم - دلایل امکان و مشروعیت مالکیت موقت:

چنان که دیدیم ادله منکرین مالکیت موقت در حدی نبود که بتواند عدم امکان مالکیت موقت یا عدم مشروعیت آن را در فقه و حقوق اثبات نماید. در اینجا به بیان دلایل امکان و مشروعیت مالکیت موقت می پردازیم.

۱ - همان طور که گفتیم مالکیت عبارت است از رابطه اعتباری بین مال و شخص که توسط عقلا اعتبار می شود.

حدوث و بقای مالکیت همانند هر امر اعتباری دیگر به دست منشأ اعتبار آن می باشد و کیفیت اعتبار مالکیت نیز به دست همان منشأ اعتبار است و نیز اشاره کردیم که شارع مقدس در مورد مفهوم مالکیت و مصادیق آن بیان خاصی ندارد و تشخیص این امور را به عرف و عقلا واگذار کرده است. و نیز با عنایت به اینکه موقت بودن مالکیت، هیچ منافاتی با طبیعت مالکیت ندارد می توان گفت: از نظر عقلی و حقوقی، هیچ مانعی در راه تصور و اعتبار مالکیت موقت نیست چرا که عقلا همان گونه که مالکیت مستمر را اعتبار کرده اند مالکیت موقت را نیز می توانند لحاظ کنند و خواهیم دید که در بسیاری از موارد، چنین اعتباری تحقق یافته است.

مرحوم بجنوردی در این باره می فرماید: اگر دلیلی بر مالکیت موقت وجود داشته باشد هیچ مانعی از آن نیست و چون مالکیت، امری اعتباری است که قابل توقیت و تأیید می باشد پس تابع اعتبار شارع یا عقلا خواهد بود.^۱

علامه حلی در مسئله «وقف بر من ینقرض غالباً» به این دلیل اشاره کرده، می فرماید: «إذا وقف علی من یصح انقراضه فی العادة مثل ان یقف علی ولده و ولد ولده فسکت فمّن اصحابنا من قال لا یصح الوقف و منهم من قال یصح و الوجه عندی الصحة. لانه نوع

۱ . «و اما الملك الموقت فلا مانع منه اذا دل الدلیل علیه لانه امر اعتباری قابل للنوقیت و للتأیید فتابع للدلیل و اعتبار الشارع او لاعتبار العقلاء»، بجنوردی، آیت... سیدحسن، همان کتاب، ص ۲۴۲.

تملیک و صدقه فیتبع اختیار المالك فى التخصيص و غيره كغير صورة النزاع»^۱.

۲ - مهم‌ترین دلیل مشروعیت مالکیت موقت، وقوع آن در فقه است. موارد متعددی در فقه می‌توان یافت که فقها قایل به مالکیت موقت شده‌اند، این موارد نشان می‌دهد که مفهوم مالکیت موقت در میان فقها امری ناشناخته و مبهم نبوده بلکه در پاره‌ای موارد به مشروعیت آن معتقد شده‌اند، به عنوان نمونه به چند مورد اشاره می‌شود:

الف - وقف: مبنای مشهور فقها در وقف - به ویژه وقف خاص - آن است که عین موقوفه به مالکیت موقوف علیه درمی‌آید و نتیجه وقف؛ تملیک عین موقوفه می‌باشد. از سوی دیگر، فقها در این مسئله اختلاف نظر دارند که آیا می‌توان مالی را در مدت مشخصی بر گروهی وقف کرد که پس از این مدت، بر عده دیگری وقف باشد؟ مثلاً شخصی خانه خود را به مدت ده سال بر زید و سپس بر فقرا وقف کند چنین وقفی مورد بحث و تردید قرار گرفته است. بسیاری از فقها چنین وقفی را صحیح و نافذ دانسته‌اند.^۲ با توجه به دو مبنای فوق، در مواردی که وقف، مقرون به زمان می‌باشد مانند مثال فوق، مالکیت موقوف علیه به صورت موقت می‌باشد.^۳ مثلاً اگر شخصی خانه خود را به مدت ده سال بر زید و سپس بر فقرا وقف کند در چنین وقفی، مالکیت زید در طول مدت ده سال ادامه دارد و پس از آن منقضی می‌شود بنابراین مالکیت زید یک مالکیت موقت و محدود به زمان می‌باشد.^۴

۱ . حلی، حسن بن یوسف (علامه حلی)، *مختلف الشیعه*، ج ۶، ص ۲۶۵.

۲ . «لو وقفه علی ولده سنة ثم علی الفقراء او مدة حياة الواقف علی ولده ثم الفقراء صح...» عاملی، شمس‌الدین محمد (شهید اول)، *الدروس الشرعیة*، ج ۲، ص ۲۶۶. صاحب جواهر در این باره می‌فرماید: «لو وقفه علی ولده سنة ثم علی الفقراء او مدة حياة الواقف علی ولده ثم الفقراء ففی الدروس صح و نقل فیه الفاضل الاجماع لانه وقف مؤید فی طرفیه و وسطه قلت لکن فیه انه مناف لاشتراط الدوام بالمعنی الذی ذکرناه سابقاً اللهم الا ان یحمل ذلك علی ارادة تقييد اصل الوقف بمدة لا تقييده بالنسبة الی خصوص موقوف علیه فتأمل جيداً» *جواهر الکلام*، ج ۲۸، ص ۶۱.

۳ . یزدی، سیدمحمدکاظم، همان کتاب، ص ۶۶.

۴ . «لو وقف علی زید عشر سنين ثم علی الفقراء فملکیة زید عشرة سنين تكون موقتاً» بجنوردی، آیت‌ا... سیدحسن، همان مأخذ.

مرحوم سیدمحمد کاظم یزدی در ملحقات عروه می فرماید: وقف بر من ینقرض غالباً صحیح است چون وقف عبارت است از ایقاف و نه تملیک؛ ایشان در ادامه می فرماید: «مع انا اذا قلنا بالتملیک فنقول انما خرج عن ملکه بالمقدار المذكور فی الصیغه و ما یقال من انه لا معنی للتملیک الی مدة و لازم الصحة وفقاً ذلک فیه انه لا مانع منه فان الظاهر عدم الاشکال فی الوقف علی زید الی سنة او ازید مثلاً ثم علی الفقراء فصار ملکة زید الی سنة»^۱.

ب - بدل حیلوله: مالکیت بدل حیلوله مورد اختلاف فقها است. برخی، بدل حیلوله را ملک مالک عین غصب شده می دانند و برخی دیگر تنها اباحه تصرف در آن را برای مالک عین ثابت دانسته اند.

به نظر بعضی از فقها بدل حیلوله، غرامت و خسارتی است که به مالک عین داده می شود و به مالکیت مالک عین درمی آید، ولی مالکیت او دائمی و مستمر نیست بلکه مالکیتی موقت است یعنی تا زمان تعذر ردّ یا استرداد عین مغضوبه باقی است. علت این نظر آن است که بدل حیلوله غرامت است و تدارک خسارت، فقط بر مقداری صدق می کند که خسارت وارد شده است و در موارد بدل حیلوله، عین موجود است و لذا در مورد اصل عین، خسارتی وارد نشده است و خسارت، محدود به زمان معینی است تدارک آن هم تا زمانی است که سلطنت مالک بر عین باز گردد.^۲ چنان که مشاهده می شود مالکیت موقت در بدل حیلوله تحقق یافته و برخی فقها بدان معتقد شده اند.^۳

ج - به عقیده برخی از حقوقدانان، در موارد خاصی از قراردادهای معین نیز می توان ردّ پایی از مالکیت موقت یافت «مثلاً هرگاه، انتقال مالکیت در بیع به بعد موکول شده باشد

۱. ملحقات عروه، ص ۱۹۵.

۲. بجنوردی، آیت... سیدحسن، همان کتاب، ص ۸۰.

۳. همان، ص ۲۴۲. اشکالی که در این زمینه به نظر می رسد آن است که مالکیت مالک عین در موارد بدل حیلوله، مقید به زمان نشده بلکه مقید به زمانیات شده است و تقیید به زمان با زمانی، تفاوت دارد و موضوع بحث ما در مالکیت موقت جایی است که مالکیت مقید به زمان شود والّا تقیید مالکیت به زمانیات مورد تردید نمی باشد و نمونه های آن را می توان در خیارات یافت.

مانند قراردادهای اجاره به شرط تملیک که فروشنده مالکیت آن را تا پرداخت کلیه اقساط برای خود حفظ می‌کند مالکیت فروشنده موقت خواهد بود و پس از مدتی که در قرارداد تعیین شده است، مبیع به مالکیت خریدار در خواهد آمد.^۱

د - حبس: برخی از فقها در پاسخ به منکرین مالکیت موقت گفته‌اند تملیک موقت امری معهود در شرع و مشروع است و از جمله در حبس محقق شده است مثلاً شهید ثانی پس از نقل قول کسانی که تملیک موقت را امری غیرمعقول دانسته‌اند می‌فرماید: «و فیه نظر لان التملیک الموقت متحقق فی الحبس و اخویه»^۲

البته این نظر را نمی‌توان پذیرفت چرا که در حبس، تملیک عین صورت نمی‌گیرد، بلکه عین در مالکیت حبس کننده باقی می‌ماند و تنها حق انتفاع به دیگری منتقل می‌شود بنابراین حبس را نمی‌توان از موارد مالکیت موقت دانست.^۳

ه - برخی از فقها اجاره را نوعی تملیک موقت دانسته‌اند. توضیح آنکه عده‌ای از فقها منفعت را قابل تملیک ندانسته و لذا تعریف مشهور اجاره را نادرست پنداشته‌اند. این عده، اجاره را تملیک عین دانسته‌اند به نظر اینان اجاره عبارت است از تملیک عین در جهت خاص و در مدت مخصوص در مقابل بیع که عبارت است از تملیک عین از همه جهات بدون تقیید به جهت خاص و مدت مخصوص. مرحوم اصفهانی این قول را به بعضی معاصرین خود نسبت داده و می‌فرماید «و تبعه فی ذلک بعض الاجله» سپس به پاسخگویی آن پرداخته‌اند.^۴ اگرچه تعریف فوق از عقد اجاره، تعریفی نادرست است چرا که منفعت نیز همچون عین، مستقیماً قابل تملیک می‌باشد اما همین مقدار می‌توان گفت که تملیک موقت عین در نظر این عده از فقها، امری ممکن و مشروع بوده است و لذا اجاره را نوعی تملیک موقت عین دانسته‌اند.

۱. صفایی، دکتر سیدحسین، همان کتاب، ص ۶۶.

۲. شهید ثانی، *مسائل الافهام*، ج ۵، ص ۳۵۵.

۳. نجفی، شیخ محمد حسن، همان مأخذ.

۴. اصفهانی، شیخ محمدحسین، همان کتاب، ص ۴.

از مجموع موارد فوق می‌تواند به این نتیجه رسید که مالکیت موقت، دست کم در نزد عدّه زیادی از فقها امری ممکن و قابل تصور بلکه امری مشروع بوده و لذا در مواردی به آن معتقد شده‌اند. و همین مقدار نشان می‌دهد که اجماع ادعا شده بر بطلان مالکیت موقت^۱، امری غیرقابل قبول است.

در شماره بعد جایگاه تایم شر در عقود نامعین را مورد بحث قرار می‌دهیم.

۱. صاحب جواهر توقیت در ملک و وقف را برخلاف اجماع محکی دانسته است. ر.ک: شیخ محمدحسن، نجفی، همان مأخذ.

بحثی پیرامون موضوع اقامتگاه و اهمیت آن در اسناد رسمی

مهدی باقری نسامی^۱

یکی از موضوعاتی که در حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل واجد اهمیت به سزایی می‌باشد موضوع اقامتگاه است. قطعاً پرداختن به مبحث اقامتگاه و توضیح و تفسیر آن می‌تواند ما را به اهمیت و تبیین هر چه بهتر جایگاه آن در اسناد رسمی نیز، واقف نماید؛ ضمن اینکه تأثیر اقامتگاه در مواردی از قبیل محل اقامه دعوی علیه خوانده، صلاحیت محاکم حقوقی، محل ابلاغ اخطارها و احکام قضایی نیز غیر قابل انکار است.

اقامتگاه به عنوان یک اصطلاح حقوقی به معنای محل سکونت شخص و مرکز مهم امور او می‌باشد. اصطلاحی که در زبان فرانسه برای اقامتگاه به کار می‌رود، domicile و واژه لاتین domicilium می‌باشد.

مواد ۱۰۰۲ تا ۱۰۱۰ قانون مدنی ایران از حقوق رومی - ژرمنی علی‌الخصوص قانون مدنی کشور فرانسه اقتباس شده است.

«... البته از نظر نویسندگان قانون مدنی فرانسه، ایده حقوقی اقامتگاه با محل سکونت

۱. سردفتر اسناد رسمی ۶۷۳ تهران و عضو هیئت تحریریه مجله کانون.

تفاوت دارد. اقامتگاه مرکز قانونی هر شخص است، مکانی که شخص از نظر قانونی در آنجا استقرار یافته است. لیکن مسکن مکانی است که شخص عادتاً در آنجا زندگی می‌کند و منزل در زبان جاری محلی است که فرد در آن جا موقتاً حضور دارد. در بسیاری از موارد مفهوم اقامتگاه و محل سکونت بر هم منطبق نمی‌باشند. «این در حالی است که حقوق‌دانان جدید فرانسوی تمایل وافر به نزدیک کردن این دو مفهوم در دنیای حقوقی دارند.»^۱

طبق ماده ۱۰۰۲ قانون مدنی، اقامتگاه هر شخص عبارت از محلی است که شخص در آن جا سکونت داشته و مرکز مهم امور او نیز در آن جا باشد. اگر محل سکونت شخصی غیر از مرکز مهم امور او باشد، مرکز امور او اقامتگاه محسوب است.

به عبارت دیگر «مسکن» مرکز زندگی مادی و سکناي هر شخص است در حالی که «اقامتگاه» ناظر به مرکز زندگی حقوقی هر فرد است. هیچ کس نمی‌تواند بیش از یک اقامتگاه داشته باشد. (ماده ۱۰۰۳ قانون مدنی) در حالی که می‌تواند دارای چند مسکن باشد.

نخستین بار اقامتگاه در «قانون موقت اصول محاکمات حقوقی» مصوب ۱۲۹۰ شمسی که بعداً منسوخ گردید به عنوان معیاری در تعیین صلاحیت‌های محلی دادگاه‌ها شناخته شد. پس از آن در ماده ۱ از «قانون راجع به ثبت شرکت‌ها» مصوب ۱۳۱۰/۳/۱۱ تصریح شد. «برای آنکه شرکتی تبعه ایران تلقی شود، باید مرکز اصلی آن در ایران باشد».

در قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ شمسی در ماده ۵۹۰ به تعریف اقامتگاه اشخاص حقوقی و در ماده ۵۹۱ به تعیین اقامتگاه به عنوان ملاک تعیین تابعیت آنها تصریح شد.^۲ نقطه عطف تحول این مفهوم در حقوق ایران تصویب کتاب چهارم از جلد دوم قانون

۱. غمامی، *مجله کانون*، شماره ۵۳.

۲. ماده ۵۹۰ قانون تجارت: اقامتگاه شخص حقوقی محلی است که اداره شخص حقوقی در آن جا است. و ماده ۵۹۱ قانون تجارت: اشخاص حقوقی تابعیت مملکتی را دارند که اقامتگاه آن‌ها در آن مملکت است.

مدنی در سال ۱۳۱۳ است که در آن قانون گذار ۹ ماده را به این موضوع اختصاص داد. ماده ۱۰۰۲ به تعریف اقامتگاه اشخاص حقیقی و حقوقی و ماده ۱۰۰۳ به بیان اصل وحدت اقامتگاه و ماده ۱۰۰۴ به مسئله تغییر اقامتگاه و اقامتگاه اختیاری اختصاص دارد و قانون گذار در مواد ۱۰۰۵ تا ۱۰۱۰ به بیان انواع دیگر اقامتگاه یعنی اجباری و قراردادی پرداخته است.

قانون گذار در تصویب ماده ۱۰۰۳ از قانون مدنی سوئیس و در تصویب ماده ۱۰۰۸ از قانون مدنی آلمان و در تصویب بقیه مواد قانون مدنی از قانون مدنی فرانسه استفاده کرده است.^۱

چند سال پس از قانون مدنی در قانون آئین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ شمسی، و قانون امور حسبی مصوب ۱۳۱۹ شمسی، به بیان نقش و آثار اقامتگاه در حقوق داخلی پرداخته شد که مهم‌ترین آنها نقش اقامتگاه در تعیین صلاحیت دادگاه‌ها، ابلاغ اوراق قضایی و مواعد قانونی در آئین دادرسی است.

در حقوق ایران سه نوع اقامتگاه پیش بینی شده است: اختیاری، اجباری و انتخابی. ۱- اقامتگاه اختیاری یا حقیقی: این اقامتگاه محلی است که فرد در آن سکونت دارد و مرکز مهم امور اوست. در صورتی که محل سکونای شخص غیر از مرکز مهم امور او باشد، این مرکز، اقامتگاه اختیاری یا حقیقی وی به شمار می‌آید.^۲

طبق اصل ۳۳ قانون اساسی هیچ‌کس را نمی‌توان از محل اقامت خود تبعید کرد یا از اقامت در محل مورد علاقه‌اش ممنوع یا به اقامت در محلی مجبور ساخت، مگر در مواردی که قانون مقرر می‌دارد.

اقامتگاه اجباری: این اقامتگاه به محلی گفته می‌شود که بر حسب قانون برای برخی از اشخاص با توجه به شغل و مقام ایشان، یا به لحاظ ارتباط آنان با اشخاص دیگر تعیین

۱. محقق داماد، سید مصطفی، *دانشنامه تخصصی حقوقی*.

۲. امامی، دکتر سید حسن، *حقوق مدنی*.

می‌شود؛ مانند اقامتگاه زن شوهردار در ماده ۱۰۰۵ قانون مدنی و اقامتگاه سفیه و صغیر و مجنون در ماده ۱۰۰۶ قانون مدنی و

اقامتگاه انتخابی یا قراردادی: طبق ماده ۱۰۱۰ قانون مدنی، این نوع اقامتگاه محلی است که طرفین معامله برای اجرای تعهدات یا دعاوی ناشی از قرارداد یا ابلاغ اوراق دادرسی مربوط به آن انتخاب می‌کنند.

در خصوص اقامتگاه شخص حقوقی نیز ماده ۵۹۰ قانون تجارت تصریح دارد که «اقامتگاه شخص حقوقی، محلی است که اداره شخص حقوقی در آن جا است.» در حالی که قسمت اخیر ماده ۱۰۰۲ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «... اقامتگاه اشخاص حقوقی مرکز عملیات آنها خواهد بود» ماده ۲۳ قانون آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی نیز دعاوی مربوط به اصل شرکت و دعاوی بین شرکت و شرکاء و اختلافات بین شرکاء و همچنین دعاوی اشخاص خارج بر شرکت را در دادگاهی قابل اقامه می‌داند که مرکز اصلی شرکت در حوزه آن واقع است، آنچه مسلم است قانون آئین دادرسی در مقام معرفی اقامتگاه شرکت‌ها نیست، بلکه صلاحیت محلی دادگاه‌ها را نسبت به بعضی از دعاوی راجع به شرکت بیان می‌کند و در تعیین این صلاحیت، گاه دادگاه صالح را دادگاه واقع در محل اداره شرکت معرفی می‌کند^۱ و گاه دادگاه واقع در محل وقوع تعهد و یا دادگاه واقع در محل اجرای تعهد شرکت یا اشخاص ثالث. لیکن در خصوص تناقض ماده ۵۹۰ قانون تجارت و ماده ۱۰۰۲ قانون مدنی باید دید که کدام يك از محل‌های مندرج در این دو ماده را اقامتگاه شخص حقوقی دانست. مرکز اصلی شخص حقوقی براساس ماده ۵۹۰ مرقوم یا مرکز عملیات مقرر در ماده ۱۰۰۲ قانون مدنی، زیرا که این دو اصطلاح مفهوم کاملاً متفاوت و متمایز از یکدیگر دارند. مرکز اصلی شخص حقوقی محلی است که در آن نهادهای تصمیم‌گیرنده و اداره‌کننده شرکت انجام وظیفه می‌کنند و مرکز عملیات محل بهره‌برداری است یعنی محلی که فعالیت شرکت (استخراج، تولید ...) در آنجا جریان دارد

۱. ماده ۲۲ ق. آ. د. م.

که ممکن است با محل وقوع اداره متفاوت باشد. در این باره نظرات متفاوتی توسط نویسندگان و صاحب‌نظران حقوقی مطرح شده است عده‌ای بر این باورند که: «چون قانون مدنی پس از قانون تجارت وضع شده است و با آن در خصوص اقامتگاه شخص حقوقی تفاوت دارد باید قانون مدنی را در این مورد ناسخ قانون تجارت بدانیم و بگوئیم در حقوق امروز اقامتگاه اشخاص حقوقی مرکز عملیات آنهاست»^۱ اما نظر اکثر حقوقدانان این است که اقامتگاه شرکت‌های تجاری به تبعیت از قانون تجارت بنا بر دلایل ذیل، محل اداره شرکت است.^۲

الف- اصل این است که قانون عام، قانون خاص را نسخ نمی‌کند، مگر آنکه قانون عام به صراحت به نسخ قانون خاص اشاره کرده باشد. در ماده ۱۰۰۲ قانون مدنی چنین تصریحی وجود ندارد بنابراین اقامتگاه شرکت‌های تجاری را باید همان دانست که در قانون تجارت آمده است.

ب- ماده اول قانون ثبت شرکت‌ها (مصوب ۱۳۱۰) مقرر می‌دارد: «هر شرکتی که در ایران تشکیل و مرکز اصلی آن در ایران باشد، شرکت ایرانی محسوب می‌شود» طبق این ماده برای تعیین تابعیت ایرانی یا خارجی شرکت، مرکز اصلی ملاک است، نه مرکز عملیات. وقتی این نکته را در نظر داشته باشیم که تابعیت شرکت‌ها با اقامتگاه آنها مرتبط است (ماده ۵۹۱ قانون تجارت) از قانون ثبت شرکت‌ها چنین استنباط می‌شود که قانون‌گذار مرکز اصلی و اقامتگاه را یکی دانسته و به عبارت دیگر، اقامتگاه شرکت و محل مرکز اصلی آن یکی است^۳ به هر حال بر این اصل که اقامتگاه شرکت تجاری محل اداره یا مرکز اصلی آن است يك استثناء وارد است و آن راجع به طرح دعاوی علیه شرکت است همان‌طور که می‌دانیم، مطابق اصلی کلی، هر دعوایی باید در دادگاه محل اقامت خواننده

۱. شایگان، علی، *حقوق مدنی*، ج ۳، ش ۳۴۹.

۲. ستوده تهران، حسن، *حقوق تجارت*، ج ۱، ص ۱۸۲ و نصیری، مرتضی، *حقوق چند ملیتی*، ۱۳۷۰، ص ۱۴۷.

۳. اسکینی، ربیعا، *حقوق تجارت*، ج اول، ص ۶۷.

مطرح شود اما ماده ۲۳ قانون آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی به نحو استثناء مقرر نموده که بعضی از دعاوی علیه شرکت را می‌توان در محل دیگری غیر از اقامتگاه شرکت طرح کرد و اگر شرکت دارای شعب متعدد باشد، دعاوی برخاسته از تعهدات هر شعبه با اشخاص خارج باید در محل دادگاهی که شعبه طرف معامله در آن واقع است اقامه شود. همان‌طور که ملاحظه می‌شود اصل بر این است که دعوی باید در اقامتگاه شرکت طرح شود، مگر آنکه دعوی علیه شعبه شرکت باشد که در این صورت تا شعبه وجود دارد، دعوی علیه شعبه مطرح می‌شود و اگر شعبه برچیده شده باشد دعوی را می‌توان علیه شرکت و در مرکز اصلی آن مطرح کرد.^۱

در حقوق داخلی علی‌الخصوص حقوق ثبت و آئین دادرسی مدنی، موضوع اقامتگاه دارای نقش برجسته ای می‌باشد.

در تبصره ۳ ماده ۳۴ قانون ثبت،^۲ ضمن ایجاد تکلیف از حیث ضرورت درج اقامتگاه متعاملین در سند، و ارسال اجرائیه به نشانی متعهد (اقامتگاه قراردادی) جهت ابلاغ اجرائیه و عملیات اجرایی، متعاملین را نیز مکلف نموده که در صورت تغییر اقامتگاه قبل از صدور اجرائیه، مراتب را به دفترخانه (و در صورت صدور اجرائیه) قبل از ابلاغ به اداره اجرا، اطلاع دهند. در غیر این صورت، نشانی مندرج در سند به عنوان اقامتگاه قراردادی محسوب شده و

۱. شایگان، سید علی، **حقوق مدنی**، ج ۱.

۲. تبصره ۳ ماده ۳۴ قانون ثبت: در کلیه اسناد رسمی بایستی اقامتگاه متعاملین به طور وضوح در سند قید شود. اقامتگاه متعاملین همان است که در سند قید شده و مادام که تغییر اقامتگاه خود را قبل از صدور اجرائیه به دفترخانه و قبل از ابلاغ به اجرا با نشانی صحیح و ذکر شماره پلاک محل اقامت اعم از خانه و مهمانخانه و غیره که بتوان اجرائیه را به آن جا ابلاغ کرد اطلاع ندهند، کلیه برگ‌ها و اخطاریه‌های اجرایی به محلی که در سند قید شده ابلاغ می‌شود و متعهد نمی‌تواند به عذر عدم اطلاع متعذر گردد. دفاتر اسناد رسمی مکلفند پس از صدور اجرائیه مراتب را به آخرین نشانی متعهد از طریق پست سفارشی جهت ابلاغ اجرائیه و عملیات اجرایی به ثبت محل ارسال دارند. هرگاه محل اقامت متعهد در سند قید نشده و یا به جهت دیگر احراز محل اقامت میسر نباشد ثبت محل موضوع اجرائیه را به طور اختصار یک نوبت در یکی از جراید کثیرالانتشار محل یا نزدیک‌تر به محل، آگهی خواهد نمود. طرز ابلاغ برگ اجرایی و همچنین ترتیب انتشار آگهی به موجب آئین‌نامه وزارت دادگستری خواهد بود.

کلیه اوراق اجرایی به محلی که در سند قید شده، ابلاغ می‌شوند.

ماده ۶ آئین نامه اجرایی مواد ۳۴ و ۳۴ مکرر سابق قانون اصلاح قانون ثبت مصوب ۱۶ اردیبهشت ۵۲ وزارت دادگستری اشعار می‌دارد: « متعهد که اقامتگاه خود را تغییر می‌دهد باید دلیل اقامت خود را در محلی که به عنوان اقامتگاه جدید خود معرفی می‌کند، حسب مورد به دفترخانه یا اجراء ثبت، تسلیم و رسید بگیرد. به اظهاراتی که متکی به دلیل کتبی از قبیل سند رسمی اجاره و مانند آنها یا گواهی شهربانی یا ژاندارمری یا کدخدای محل در داخل کشور و کنسولگری و یا مأمورین سیاسی ایران در خارج کشور نباشد، ترتیب اثر داده نخواهد شد.

البته مادتين ۱۶ و ۱۷ آئین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجرا و طرز رسیدگی به شکایات از عملیات اجرائی مصوب ۸۷/۶/۱۱، با پاره ای تغییرات جزئی همین موارد را بیان می‌نماید.

بی تردید ضرورت درج دقیق اقامتگاه در اسناد رسمی بر هیچ یک از همکاران ما پوشیده نمی‌باشد. چرا که در مواردی از قبیل ابلاغ اخطار در اسناد اجاره و یا در موارد عزل وکیل و یا ابلاغ اجرائیه‌ها به طور آشکاری اهمیت این موضوع احساس می‌گردد. لیکن آنچه که در این مبحث برای دفاتر اسناد رسمی حائز اهمیت است، موضوع چگونگی اعلام تغییر اقامتگاه از سوی احد از متعاملین (علی الخصوص از سوی متعهدین اسناد) می‌باشد. با مذاقه در ماده ۶ آئین نامه ی اجرایی مواد ۳۴ و ۳۴ مکرر سابق قانون اصلاح قانون ثبت ... مصوب ۱۶/اردیبهشت ۱۳۵۲ و ماده ۱۷ آئین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجرا ... مصوب ۸۷/۶/۱۱، در می‌یابیم که واضعین آنها در مقام بیان چگونگی و مکانیسم اعلام تغییر اقامتگاه به دفترخانه یا اجرا بوده اند.^۱

۱. ماده ۱۷ آئین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجرا مصوب ۸۷/۶/۱۱: متعهد مکلف است دلیل اقامت خود را در محلی که به عنوان اقامتگاه جدید خود معرفی می‌نماید به دفترخانه یا اجراء تسلیم و رسید دریافت کند. به اظهاراتی که متکی به دلیل کتبی از قبیل سند رسمی که دلالت بر تغییر اقامتگاه داشته باشد یا گواهی نیروی انتظامی محل در داخل کشور و کنسولگری یا مأمورین سیاسی ایران در خارج از کشور نباشد، ترتیب اثر داده نخواهد شد.

در ماده ۱۷ آئین نامه...مصوب ۸۷/۶/۱۱، بدواً به ضرورت ارائه دلیل اقامت اشاره می‌نماید و سپس به دلیل کتبی و متعاقباً از باب تمثیل از سند رسمی و یا گواهی نیروی انتظامی نام می‌برد.

با عنایت به اینکه ماده ۱۲۵۸ قانون مدنی از سند کتبی به عنوان یکی از دلایل در کنار سایر ادله اثبات دعوی نام برده و در ماده ۱۲۸۶ نیز سند را به سند عادی و رسمی تفکیک نموده، حال با توجه به ماده ۱۷ آئین نامه صدر الذکر، آیا منظور واضعین آئین نامه از ذکر دلیل کتبی، ارائه هرگونه سند اعم از عادی یا رسمی بوده است؟ به عبارت آخری چنانچه بدهکار سند رهنی با ارائه سند عادی اجاره به دفترخانه و اعلام نشانی مندرج در آن قصد تغییر اقامتگاه خود را نسبت به سند رسمی قبلی داشته باشد، آیا سردفتر مکلف به پذیرش درخواست وی بوده و حق ترتیب اثر دادن به تقاضای وی را دارد؟

به نظر می‌رسد که اراده و قصد واضعین ماده ۱۷ آئین نامه با توجه به ذکر تمثیلی سند رسمی یا گواهی نیروی انتظامی در داخل کشور و یا کنسولگری یا مأمورین سیاسی ایران در خارج از کشور از دلیل کتبی منحصرأ اسنادی در حد ارزش و اعتبار اسناد رسمی بوده است؛ چرا که در غیر این صورت امکان وجود هرگونه تالی فاسد و یا سوء استفاده از سوی متعهدین و یا بدهکاران اسناد محتمل است.

چه بسا افرادی که به قصد ایجاد اختلال و یا اطاله در پرونده اجرایی با مراجعه به دفترخانه و توسل به اسناد عادی اقدام به اعلام تغییر اقامتگاه خود نسبت به سند رسمی تنظیم شده می‌نمایند که بی شک در این صورت امکان ورود ضرر به متعهدله سند متصور می‌باشد.

مضافاً بر اینکه با توجه به درج اقامتگاه متعاملین در سند رسمی قطعاً تغییر و یا ارائه هرگونه دلیل و مدرک مخالف مندرجات آن نیز باید مستند به سند رسمی باشد و سند عادی یارای هم طرازی با سند رسمی را ندارد و لذا نباید از سوی دفاتر اسناد رسمی در مواردی از این دست مورد ترتیب اثر قرار گیرد.

با عنایت به موارد فوق و توجهاً به موضوع اهمیت درج کد پستی در اسناد (هم طراز با

کد ملی) که اخیراً حتی به صورت قانون امره تصویب گردیده و به نحوی بیانگر تأکید قانون گذار بر شفاف سازی موضوع اقامتگاه در کنار مشخصات هویتی افراد (از جمله کد ملی) می باشد، به ارزش و نقش موضوع اقامتگاه واقف می گردیم. کما اینکه در حقوق فرانسه نیز یکی از مهم ترین اطلاعات مربوط به هویت هر شخص تعیین اقامتگاه وی می باشد. جمله لاتینی معروفی بین تجار اروپایی وجود دارد که می گوید: «احساس امنیت خواهیم نمود هرگاه بدانیم که در هر زمان طرف قرارداد خود را کجا پیدا کنیم»^۱

چه بسا قراردادهایی که در کشور ما بین اشخاص، اعم از حقیقی یا حقوقی به طور رسمی یا عادی منعقد می گردد که به دلیل عدم تعیین و یا درج دقیق اقامتگاه طرفین و یا تغییر آنها و عدم اطلاع این موضوع به طرف دیگر در زمان بروز اختلاف از حیث اجرا و یا در دادرسی دچار اختلال و یا اطاله می گردد.

لذا ضروری است نه تنها این موضوع در اسناد رسمی، بلکه در اسناد عادی که از سوی حقوقدانان و وکلا و ادارات حقوقی سازمان ها و نهادها که مبادرت به تنظیم قرارداد بین اشخاص می نمایند، به خوبی مورد توجه قرار گیرند. ضمن اینکه موضوع تغییر اقامتگاه مندرج در ذیل اوراق نیم برگی و یک برگی نیز مورد تجدید نظر قرار گیرد.

فهرست منابع

- کاتوزیان، دکتر ناصر؛ *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، تهران، نشر میزان، زمستان ۸۱، چ هفتم، ص ۶۲۶.
- مجله کانون، شماره ۵۳

- <http://www.dadkhahi.net>

- <http://www.fa.wikipedia.org>

- <http://www.isu.ac.ir/publication/research-quarterly>

۱. غمامی، سید محمد مهدی، *بررسی مفهوم اقامتگاه در حقوق مدنی فرانسه*، مجله کانون شماره ۵۳.

اجاره مال مشاع

مقصود عبادی بشیر^۱

چکیده

تصرف حقوقی در مال مشاع بدون نیاز به اذن قبلی یا اجازه بعدی شرکا نافذ و صحیح است مگر اینکه منجر به ضرر شرکای دیگر باشد. اجاره دادن سهم مشاع از مال نیز به عنوان يك عمل حقوقی جایز است اعم از اینکه به یکی از شرکا اجاره داده شود یا به شخص ثالث، اما تصرف مادی و تسلیم عین مستأجره مستلزم اجازه شرکای دیگر است و تصرف و تسلیم بدون اذن موجب مسئولیت است. از طرف دیگر شریکی نیز که بدون دلیل موجه از اجاره تصرف یا تسلیم مال مشاع امتناع می‌ورزد به توسط حاکم مجبور به انجام آن خواهد شد.

واژگان کلیدی: اجاره، مال، مشاع، تصرف حقوقی، تصرف مادی

مقدمه

طبق اصل تسلیط مقرر در ماده ۳۰ قانون مدنی هر مالکی می‌تواند هر نوع تصرفی را که بخواهد در مال خود بنماید. در مال مشاع این اختیار برای کل شرکا با هم شناخته شده است. اما اختیار هر يك از شرکا به تنهایی محل بحث است و این سؤال مطرح است که

۱. دستیار علمی دانشگاه پیام نور.

حدود اختیارات هر يك از شرکا چیست؟ قطعاً هر شریکی نمی‌تواند کل اختیارات مالك را به تنهایی داشته باشد چون این امر منجر به بروز تعارض می‌شود؛ مثلاً ممکن است شريك اول کل شش دانگ ملك را به شخص دیگری بفروشد و شريك دوم آن را باز به شخص دیگری انتقال دهد. لذا محدودیت‌هایی بر شرکای ملك تحمیل خواهد شد. ممکن است یکی از شرکا بخواهد سهم خود از مال مشاع را به جای استفاده شخصی به دیگری اجاره دهد و لذا این سؤال را مطرح می‌شود که اساساً آیا چنین اجاره‌ای می‌تواند صحیح باشد؟ از طرف دیگر ترتیب تسلیم و بهره‌برداری از آن چگونه خواهد بود؟ جهت یافتن پاسخ این سؤالات، در این نوشتار، ضمن تحلیل صحت اجاره مال مشاع به بررسی آثار و احکام آن نیز خواهیم پرداخت.

۱- کلیات

۱-۱ - مفهوم مال مشاع :

اشاعه در لغت به معنای فاش کردن و پراکنده کردن است و در اصطلاح حقوقی، مشاع در برابر مال مفروز به کار می‌رود. مراد از مال مشاع نیز مالی است که به دو شخص یا بیشتر تعلق دارد. در مال مفروز، کل شش دانگ ملك متعلق به يك شخص می‌باشد و تمامی اجزای آن متعلق به آن شخص است. در حالت اشاعه نیز مالکیت شرکا در تمام اجزا و ارکان مال است به نحوی که هر جزئی از مال که در نظر گرفته شود کلیه شرکا در آن سهیم هستند و هیچ شریکی نمی‌تواند نسبت به جزئی از مال ادعای انحصاری داشته باشد. به تعبیر دیگر، در مال مشاع، حق شرکا منتشر در کل مال است و در بخش معینی متمرکز نشده است. برای مثال اگر خانه‌ای دارای دو اتاق مشترك میان دو نفر باشد، هیچ‌کدام از آنها نمی‌تواند یکی از اتاق‌ها را ملك اختصاصی و انحصاری خویش تلقی کند و دیگری را از تصرف و استفاده از آن منع کند.

اشاعه که اجتماع حقوق چند نفر بر مال معین است هم می‌تواند در خصوص حقوق عینی باشد مثل مالکیت بر زمین و ساختمان و هم در خصوص حقوق دینی؛ برای مثال دو

نفر با هم عملی را برای شخص ثالثی انجام می‌دهند و اجرت المسمی در ذمه آن شخص به نفع آن دو نفر قرار می‌گیرد. سبب ایجاد اشاعه نیز ممکن است اختیاری یا قهری باشد.

۲ - ۱ - محدودیت‌های ناشی از اشاعه :

تمرکز حق مالکیت چند نفر در يك مال، این مساله را مطرح می‌کند که آیا شرکا حق دارند به استناد اصل تسلیط هر تصرفی را که بخواهند در مال مشاع انجام دهند؟ مثلاً آیا شریک می‌تواند به استناد مالکیت خود ملك مشترك را تخریب نماید یا عین یا منافع آن را به دیگری انتقال دهد؟ جهت یافتن پاسخ صحیح باید بین دو دسته از تصرفات مادی و حقوقی قائل به تفاوت و تفکیک شد:

الف - تصرفات مادی :

تصرف مادی هر نوع مداخله در مال و استفاده از آن را شامل می‌شود. از آنجا که مداخله و استفاده از مال مشترك مستلزم تصرف در اجزایی است که آن اجزاء در عین حال که متعلق به شریک متصرف است به شریک دیگر نیز تعلق دارد، لذا این نوع تصرفات اکثراً به ضرر شریک غیر متصرف است. مقنن نیز با توجه به این جهت، اذن و اجازه همه شرکا را جهت انجام تصرفات مادی ضروری دانسته است. از همین رو، ماده ۵۸۲ قانون مدنی مقرر داشته است : «شریکی که بدون اذن یا در خارج از حدود اذن تصرف در اموال شرکت نماید ضامن است».

ب - تصرفات حقوقی :

به رغم اینکه از نظر مادی، سهم هر شریک با سهم شریک دیگر مخلوط و پیوسته است و نمی‌توان آن را تجزیه نمود و طوری تفکیک نمود که بتوان از نقطه نظر فیزیکی مورد اشاره قرار داد اما از نظر حقوقی و در عالم اعتبار سهم هر يك از شرکا جداست. مثلاً وقتی گفته می‌شود خانه‌ای به نسبت مساوی ملك مشاع شخص الف و ب می‌باشد، سهم اختصاصی هر يك از شرکا را در خود مال قبل از افراز آن نمی‌توان جدای از سهم شریک دیگر مورد اشاره قرار داد اما از نظر حقوقی سهم هر يك از شرکا جداست و پیوسته نیست و به تعبیری از استقلال برخوردار است. لذا بر عکس تصرف مادی که مستلزم دخالت و دست

اندازی در کل مال و حتی سهم شریک است و اجازه وی از دیگر شرکا در مال مشاع ضروری است، در خصوص تصرفات حقوقی که شریک، دقیقاً، به اندازه سهام خود نموده، نیازی به اذن و اجازه شریک دیگر نیست. مثلاً هر يك از شرکای باغ مشترك حق دارد سهم خود را به شخص ثالث واگذار کند اما استفاده و تصرف مادی نیازمند اجازه بقیه شرکا است. ماده ۵۸۳ قانون مدنی در همین خصوص مقرر داشته است: «هر يك از شرکا می‌تواند بدون رضایت شرکای دیگر سهم خود را جزئاً یا کلاً به شخص ثالثی منتقل کند».

۲ - آثار و احکام اجاره

۱ - ۲ - صحت اجاره مال مشاع :

اطلاق ادله اجاره، این نوع از اجاره را نیز شامل می‌شود. زیرا اگر حق مالکیت برای کسی شناخته شد، حق بهره‌برداری از آن را نیز خواهد داشت. بنابراین می‌تواند این حق را در قالب اجاره به دیگری واگذار کند. در حقیقت مستأجر را جانشین وضعیت خویش می‌کند. این نکته را شیخ طوسی با این عبارت آورده است: «اجاره المشاع جایزه و یقوم المستأجر مقام المالك يعمل ما یعمله سوا».

صحت این نوع اجاره اجماعی فقهای شیعه است. میرزا حبیب الله رشتی تصریح کرده است که «الاجاره المشاع جایزه کالمقوم بالاجماع المحکی عن التذکر و المسالك».^۱ نکته قابل توجه اینکه؛ در فقه امامیه فرقی بین اجاره به شریک و اجاره به اجنبی (ثالث و غیر شریک) قایل نشده و در هر دو فرض، حکم به صحت اجاره داده‌اند. سید محمد جواد عاملی می‌نویسد: «لافرق عندنا کما فی الروضه بین أن یأجره من شریکه او غیره و فی المسالك إنه موضع وفاق»^۲ یعنی در نظر ما فقهای شیعه فرقی نیست همان‌طور که در روضه آمده است بین اینکه [مال مشاع] به شریک اجاره داده شود یا به يك شخص بیگانه و در مسالك گفته شده این امر مورد توافق فقهای امامیه است.

۱. شیخ طوسی، *المبسوط*، ج ۳، ص ۲۴۸.

۲. رشتی، میرزا حبیب‌الله، *الاجاره*، ص ۴۵.

۳. عاملی، سیدمحمدجواد، *مفتاح الکرامه*، ج ۷، ص ۸۳.

قانون مدنی در ماده ۴۷۵ به صحت اجاره مال مشاع تصریح کرده است، ولی متذکر این مطلب نشده است که آیا اجاره به شخص بیگانه صحیح است یا نه؟ به عبارت دیگر آیا این حق محدود به اجاره دادن به شریک است یا نه؟ در پاسخ می‌گوئیم اجاره مال مشاع هم به شریک و هم به غیر شریک جایز است. به این دلایل که اولاً اطلاق ماده ۴۷۵ قانون مدنی هر دو قسم اجاره را شامل می‌شود. ثانیاً مبنای قانون مدنی ما فقه امامیه است و در موارد سکوت قانون با توجه به اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ باید به منابع معتبر فقهی مراجعه نمود و قول مشهور بین فقهای امامیه نیز صحت اجاره در هر دو فرض است.

اما در فقه عامه، برخی با اجاره مال مشاع به غیرشریک مخالفت کرده‌اند و آن را منحصر به فرض اول کرده‌اند که مال به شریک اجاره داده می‌شود. این قول منسوب به ابوحنیفه است^۱ و در توجیه آن گفته شده است که مال مشترک، مقدور التسلیم نیست ولی اگر به شریک اجاره داده شود چون او شریک است مشکلی از جهت تسلیم بروز نمی‌کند. روی این اصل اگر ملکی مشترک بین سه نفر باشد یکی از آنها نمی‌تواند سهم خود را به شریک دیگر اجاره بدهد ولی می‌تواند به دو شریک دیگر اجاره بدهد.

در این زمینه ماده ۴۲۹ المجله مقرر داشته بود: «فللمالك أن يوجر حصته الشائعة في الدار المشتركة شريكه ان كانت قابله للقسم أو لم تكن و ليس له أن يوجرها بغيره و لكن بعد المهائنة له أن يوجر نوبته للغير». در تفسیر این ماده گفته شده همان‌گونه که مالک می‌تواند تمام سهم مشاع خود را به شریک اجاره دهد می‌تواند جزئی از آن را نیز اجاره بدهد. اما در اجاره به غیر اختلاف است یعنی برخی فقهای عامه گفته‌اند اجاره به غیرشریک جایز است و عده‌ای گفته‌اند جایز نیست و ابوحنیفه نیز همین عقیده را داشته است و المجله که يك منبع معتبر فقه حنفی است همین قول را پذیرفته است. در حالی که خود آنها صحت بیع مال مشاع را قبول کرده‌اند. بدین ترتیب که شریک می‌تواند سهم خود را به غیر

۱. همان.

بفروشد. این فرق بین بیع و اجاره بدون دلیل است. در حالی که در فقه شیعه هر دو مورد پذیرفته شده است. پس نه تنها اجاره کل سهم مشاع توسط يك شريك به غیر جایز است، اجاره جزئی از آن نیز صحیح و معتبر است.

نکته دیگر در مورد ضرری بودن اجاره است. ممکن است در فرض اجاره دادن سهم مشاع، برای شريك دیگر ضرری بوجود آید، در این صورت تکلیف چیست؟^۱ برای حل مسئله دو فرض قابل طرح است؛ فرض اول آنکه ترك اجاره موجب ضرر مالك است. پس قاعده لاضرر هم برای مالك است و هم برای شريك دیگر. در علم اصول گفته می‌شود "إذا تعارضا تساقطا" اگر دو دلیل با هم تعارض داشتند هر دو ساقط می‌شوند. بنابراین قاعده لاضرر از بین می‌رود و باید مطابق اصل عمل کرد و آن اصل تسلیط است. پس مالك می‌تواند به رغم بروز ضرر برای شريك دیگر، جهت رفع ضرر از خود مبادرت به اجاره دادن ملك مشاع کند. از طرف دیگر قاعده لاضرر قاعده امتنانی است و امتنان در حق دیگران نباید مانع امتنان در حق خود باشد و هیچ کسی تکلیف ندارد برای رفع ضرر از دیگری، خود را به ضرر بیندازد.

اما فرض دوم این است که ترك اجاره موجب ضرر مالك (شريك اجاره دهنده) نیست در این جا باید چگونه عمل نمود؟ ممکن است گفته شود با توجه به قاعده لاضرر اذن شرعی برای فسخ این نوع اجاره به شريك داده شده است. ولی این نظر قابل پذیرش نیست. زیرا شريك دیگر طرف قرارداد نیست که حق فسخ داشته باشد. حق فسخ برای طرفین قرارداد است که در ایجاد آن شرکت داشته اند. قول دیگر آن است که گفته شود اجاره باطل است. زیرا شارع حکم ضرری وضع نمی‌کند.^۲ یعنی قاعده لاضرر بدین گونه تفسیر می‌شود که مراد از آن نفی ضرر نیست نفی علت ضرر است.

در حقوق موضوعه می‌توان از وحدت ملاك ماده ۱۳۲ قانون مدنی استفاده کرد و گفت

۱. حسینی شیرازی، سیدمحمد، *الفقه*، ج ۵۷، ص ۳۱۹.

۲. همان.

که اجاره در فرض اول صحیح است ولی در فرض دوم باطل است. همچنان که اجاره دادن مال مشاع جایز است، اجاره کردن ملکی توسط چند نفر به صورت مشاع نیز جایز است. پس آنها مالك مشاع منافع می‌شوند سپس می‌توانند با هم مثلاً از راه تقسیم مه‌ایات، توافق در انتفاع کنند. مثلاً به يك تقسیم زمانی دست یازند. بدین ترتیب که يك ماه يك شريك استفاده کند و يك ماه دیگر را شريك دیگر. یا تقسیم به اجزاء کنند یعنی قسمتی از ملك را يك شريك و قسمت دیگر را شريك دیگر تصرف کند و از منافع آن استفاده نماید.

مساله دیگر قابل طرح این است که وقتی مستأجر دو نفر هستند و یکی از آنها منافع را به دیگری انتقال بدهد آیا انتقال به غیر با فرض اینکه برای آنها ممنوع بوده است تحقق پیدا کرده یا نه؟

در این زمینه در دو مسیر متفاوت می‌توان حرکت کرد از آنجایی که شخصیت طرفین در انعقاد عقد لحاظ و مورد قبول قرار گرفته لذا انتقال به شريك دیگر، انتقال به غیر تلقی نمی‌شود. ولی از منظر دیگر اطلاق کلمه «غیر»، شريك را نیز در بر می‌گیرد و انتقال به غیر محقق است. پاسخ درست‌تر، تحلیل اراده طرفین است. اگر مراد مالك از شرط عدم انتقال، انتفاع شخصی مستأجرین باشد انتقال به غیر صورت نگرفته است ولی اگر مراد از آن دخالت شخصی هر دو مستأجرین باشد انتقال غیر محقق است.^۱

۲ - ۲ - معلوم بودن عین مستأجره :

از شرایط صحت اجاره این است که عین مستأجره معلوم و معین باشد. در مورد معین بودن مشکلی بروز نمی‌کند. زیرا مشاع خود از تقسیمات عین معین است (مفروز و مشاع). اما معلوم بودن عوضین با تعیین مقدار، جنس و وصف است. ممکن است ایراد شود به اینکه در اجاره مال مشاع مورد معامله یا عین مستأجره معلوم نیست. زیرا حالت اشاعه مانع از این است که مشخص شود چه چیزی به اجاره داده می‌شود؟^۲ وقتی مالی به صورت

۱. کاتوزیان، دکترناصر، عقود معین، ج ۱، ص ۳۷۸.

۲. حسینی شیرازی، سیدمحمد، همان، ص ۳۱۸.

شش دانگ به اجاره داده می‌شود طرفین می‌دانند چه مقدار منفعت را مورد معامله قرار داده‌اند اما وقتی ملکی به طور مشاع اجاره داده می‌شود مثلاً نصف مشاع آن، معلوم نشده است که نصف مشاع آن چقدر است؟

مستأجر برای انتفاع باید از شریک دیگر اذن بگیرد و به نوعی تقسیم مهیایات بر حسب زمان یا اجزا دست یازد که در حین عقد معلوم نیست چه زمانی مال اوست یا چه جزئی از عین مستأجره برای او خواهد بود. در هر حال، این نوع از جهل در عرف قابل اغماض است و بدین جهت خللی به صحت عقد وارد نمی‌کند و ادله معامله غرری منصرف از آن است. آیت ا... سید محمد حسینی شیرازی در کتاب الفقه خود مقرر داشته است که: «لا یرد اشکال فی ذلك بجهالة العين الموجهة لأنّ مثل هذا الجاهلة غیر ضاره لانصراف ادلة النهی عن الغرر»^۱ و صاحب جواهر می‌فرماید: و الاشاعة لاتنافی معلولیه المشاع بحسب حاله و لذا جاز وقوع البیع علیه و غیره من العقود»^۲

۳ - ۲ - تسلیم عین مستأجره

در اجاره هدف اصلی آن است که مورد اجاره به منظور بهره برداری از آن به مستأجر تسلیم گردد لذا مانند بیع، در اجاره نیز قدرت بر تسلیم، شرط صحت است. همان‌گونه که ماده ۴۷۰ قانون مدنی مقرر داشته است: «در صحت اجاره قدرت بر تسلیم عین مستأجره شرط است». علاوه بر قدرت تسلیم، عین مستأجره باید استعداد بهره‌برداری را نیز داشته باشد؛ چنانچه ماده ۴۷۷ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «مؤجر باید عین مستأجره را در حالتی تسلیم نماید که مستأجر بتواند استفاده مطلوبه را بکند». در اجاره مال مشاع نیز همین حکم جاری است و قدرت بر تسلیم شرط است منتها در این جا مال مالک با حق دیگری مخلوط شده است. تسلیم کل مال به مستأجر منجر به تصرف در حق دیگران می‌شود لذا برای تسلیم عین مستأجره اجازه شریک یا شرکای دیگری ضروری است. اگر شریک یا شرکا حاضر به اجازه دادن نشدند، مالک می‌تواند به دادگاه رجوع کند و خواستار الزام شریک

۱. همان.

۲. نجفی، شیخ محمدحسن، جواهرالکلام، ج ۲۷، ص ۲۱۴.

به اجازه بر تسلیم شود و دادگاه نیز شرکا را ملزم به این امر می‌کند. اگر اجبار میسر نبود و شرکا امتناع کردند حاکم، خود اجازه خواهد داد زیرا حاکم، ولی ممتنع است. (الحاکم ولی الممتنع)^۱

اگر شریک، محجور یا غایب باشد ولی قهری یا نماینده قانونی او می‌تواند به این امر رضایت بدهد و اگر امکان رجوع به حاکم یا نایب ایشان نباشد لزوم اذن شریک برداشته می‌شود و مالک می‌تواند بدون اذن شریک دیگر مال را تسلیم کند و علت این امر نیز قاعده لاضرر است اما اگر در عقد شرکت، مالک به شریک خود شرط اجاره و تسلیم را کرده باشد، دیگر در موقع اجاره و تسلیم گرفتن اجازه ضرورت نخواهد داشت.^۲

اگر شریک بدون اجازه گرفتن از شریک دیگر و بدون رجوع به حاکم، مال را تسلیم کند چه ضمانت اجرایی وجود دارد؟ در این زمینه آیت‌الله گلپایگانی در حاشیه بر عروۃ‌الوثقی نوشته است: «لکن اذا اعصى و سلم یترتب علیه آثاره».^۳ آیت الله محمدحسن قدیری در کتاب الاجاره خود که آن نیز حاشیه و شرحی است بر عروۃ‌الوثقی، نوشته است: «نعم لو عصى و سلم بلا اذن تترتب علیه آثار القبض فی ملک الغیر. تمّ المعامله و لو کان تسلیم عاصياً».^۴

آیت الله محمد حسینی شیرازی در کتاب الفقه در این زمینه می‌گوید: «إذا سلم بدون الاذن صحّ التسليم و إن کان عاصياً كما ذکر بعض المعلقين».^۵ قول این دسته از فقها حاکی از آن است که تسلیم بدون اذن، آثار تسلیم قانونی را دارد منتها چون مالک بدون اذن دیگری تصرف کرده، عاصی و ضامن است ولی ضامن منوط به ورود خسارت است.

۱. امامی، سیدحسین، *حقوق مدنی*، ج ۲، صص ۵۹ و ۵۸.

۲. حسینی شیرازی، آیت‌الله سیدمحمد، همان، ص ۳۲۰.

۳. *حاشیه بر عروۃ‌الوثقی*، تعلیقه حضرت امام خمینی، اراکی، گلپایگانی و خوئی، ص ۴۲۱.

۴. قدیری، آیت‌الله محمدحسن، *الاجاره*، ص ۳۵۶.

۵. حسینی شیرازی، آیت‌الله سیدمحمد، همان، ص ۳۱۹.

در حقوق موضوعه در ارتباط با این مساله می‌توان گفت اگر تسلیم بدون اذن صورت گرفته باشد شریک دیگر حق دارد تقاضای خلع ید از مستأجر را مطرح کند^۱ و دادگاه با استفاده از وحدت ملاک ماده ۴۳ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶ حکم به تخلیه خواهد داد. یعنی نسبت به کل ملک خلع ید خواهد شد و تصرف در آن تابع مقررات راجع به تصرف در مال مشاع است. رأی شماره ۵۴۸ مورخ ۱۳۲۹/۳/۲۴ دیوان کشور نیز همین امر را تأیید می‌کند: اگر مستأجری به اذن بعضی از شرکا متصرف باشد شرکای دیگر حق دارند خلع ید او را تقاضا کنند.^۲

۴-۲- خیارات

اشاعه سبب می‌شود که مستأجر نتواند استفاده مطلوب را از عین مستأجره ببرد و ناگاه خود را با دیگران شریک بیابد. لذا حسن نیت در معاملات ایجاب می‌کند که مالک وضعیت عین مستأجره را از لحاظ مشاع یا مفروز بودن به آگاهی مستأجر برساند تا وی با طیب خاطر و از روی اراده و آگاهی نسبت به انعقاد عقد اجاره اقدام کند. جاهل ماندن مستأجر نسبت به اشاعه او را در وضعیت ناخواسته و ضرری قرار می‌دهد. فلذا جهت رهایی از آن نیاز به حمایت مقنن دارد و حمایت مقنن از چنین فردی به صورت اعطای حق فسخ یا کاستن از میزان مال الاجاره بروز می‌کند که موارد آن را بررسی می‌کنیم:

الف) خیار عیب:^۳ ممکن است کسی با یک نفر شریک در خانه‌ای باشد که چهار اتاق دارد. حال یکی از شرکا به تصور اینکه در حالت اشاعه نیز دو تا از اتاق‌ها متعلق به اوست اقدام به اجاره دادن دو اتاق می‌کند و مستأجر نیز به قصد اینکه دو اتاق مفروز اجاره می‌کند قبول کرده است. سپس مشخص می‌شود که مالکیت بر دو اتاق به صورت مشاعی بوده است پس $\frac{1}{4}$ از منافع چهار اتاق به صورت مشاع منتقل شده است نه دو اتاق مفروز. در این حالت مستأجر به جهت شرکت ناخواسته‌ای که با آن روبرو شده است خیار پیدا

۱. کاتوزیان، دکتر ناصر، همان، ص ۳۸۰.

۲. متین دفتری، احمد، مجموعه رویه قضایی، ص ۲۶۰.

۳. کاتوزیان، دکتر ناصر، همان.

می‌کند. ولی چون در قانون مدنی اشاره به خیار شرکت نشده است ما در اینجا از خیار عیب استفاده می‌کنیم و برای اثبات آن به ماده ۴۷۹ قانون مدنی نیز استناد می‌کنیم که مبنای وجود خیار عیب را دشواری انتفاع قرار داده است. چرا که مسلم است که انتفاع از مال مشاع دشوارتر از مال مفروز است.

ب : خیار تبعض صفقه^۱

فرض دیگر قابل تصور این است که مستأجری خانه‌ای را به تصور اینکه کل ملك مثلاً خانه مال موجر است اجاره می‌کند. سپس معلوم می‌شود شريك يا شرکای دیگری وجود داشته است. لذا اجاره در سهم آنها باطل است. می‌بینیم که عقد اجاره به دو عقد منحل می‌شود. يك قسمت باطل است و قسمت دیگر صحیح است. در اینجا با توجه به ماده ۴۴۱ قانون مدنی برای مستأجر خیار تبعض صفقه ایجاد می‌شود. پس وی می‌تواند یا عقد را فسخ کند یا آن را نگه دارد و خواهان تعدیل مال الاجاره نسبت به بخش باقی مانده شود.

ج : اشتباه در شخصیت شريك^۲

فرض دیگر که قابل طرح است اینکه مستأجری قسمتی مشاع از ملکی را اجاره می‌کند به تصور اینکه کل ملك متعلق به موجر است و با موجر شريك در منافع خواهد شد ولی بعد معلوم می‌شود که موجر مالك مشاعی بوده است و شريك دیگر در کار بوده است و مستأجر ناخواسته خود را در انتفاع با شخص دیگری شريك می‌بیند. در اینجا، اینکه برای مستأجر خیار هست یا نه، اختلاف نظر است. گروهی گفته‌اند که اگر شرکت با دیگران نقص منفعت باشد موجب خیار است^۳ و برخی دیگر گفته‌اند مطلقاً خیار ندارد.^۴

۱. قدیری، آیت... محمدحسن، همان، صص ۳۵۷ و ۳۵۸.

۲. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، *عروة الوثقی*، ج ۲، ص ۵۹۹.

۳. قدیری، آیت‌الله محمدحسن، همان، ص ۳۵۷.

۴. قول اخیر منسوب به میرزای نائینی است.

در حقوق موضوعه برخی اساتید چنین اظهار نظر کرده‌اند که اگر این امر به صورت صریح یا ضمنی در عقد شرط شده باشد؛ برای مستأجر از باب تخلف از شرط، خیار وجود دارد و گرنه صرف تصور مستأجر به اینکه کل ملک برای موجر است و با او شریک می‌شود نمی‌تواند موجب خیاری برای او بشود. زیرا این يك تصور شخصی است و ربطی به تراضی طرفین ندارد.^۱

به نظر می‌رسد برای جمع این دو دسته از نظرات علمای حقوق بهتر است گفته شود که اگر شرکت موجر با مستأجر به طور ضمنی یا صریح شده باشد تخلف از آن برای مستأجر خیار تخلف از شرط به وجود می‌آورد اما اگر طرفین در این باره چیزی نگفته باشند و از قرائن نیز چیزی بر نیاید آن وقت باید دید که اگر این شرکت با شخص بیگانه موجب نقصان منفعت یا صعوبت انتفاع باشد یا به گونه‌ای دیگر به ضرر مستأجر باشد، می‌توان بر آن شد که با توجه به ماده ۴۷۹ قانون مدنی که معیار عیب در عین مستأجره را به دست داده است مستأجر از باب خیار عیب حق فسخ دارد. مثلاً اگر زن آبرومندی خانه‌ای را از مرد شریفی به صورت مشاع اجاره کند به تصور اینکه با موجر شریک خواهد شد، ولی بعد متوجه می‌شود بقیه ملک متعلق به يك مرد لاقید و نابابی است که سکونت در آن خانه موجب بدنامی و عدم امنیت است. لذا برای رفع ضرر می‌توان به او حق فسخ داد.

ذکر این مطلب نیز مفید است که اگر موجر متعدد باشند و مستأجر واحد، مستأجر می‌تواند اعمال خیار را نسبت به برخی انجام بدهد و نسبت به برخی دیگر انجام ندهد. زیرا این امر موجب زیان آنها نیست. اما اگر موجر واحد و مستأجر متعدد باشند، ایشان اگر بر اعمال خیار توافق کنند، حق فسخ خواهند داشت و گرنه این امکان برای آنها نیست که برخی اعمال خیار کنند و برخی اعمال نکنند. زیرا این امر موجب تبعیض در اجاره می‌شود که به ضرر موجر است.

۵ - ۲ - اقامه دعوی خلع بد توسط شریک:

۱. کاتوزیان، دکتر ناصر، همان، ص ۳۸۱.

یکی از مسائلی که در مورد مال مشاع مطرح می‌شود چگونگی طرح دعوی است. اینکه یکی از شرکا بدون دخالت دیگران می‌تواند اقامه دعوی کند یا نه، محل بحث و اختلاف است. در این زمینه نظر مشورتی اداره حقوقی در زیر آورده می‌شود.

سؤال بدین ترتیب مطرح شده است که هرگاه عین مستأجره ملك مشاع باشد آیا به درخواست یکی از شرکا، دادگاه می‌تواند حکم تخلیه را صادر کند یا خیر؟

درباره پرسش بالا اداره حقوقی در تاریخ ۱۳۵۰/۱۰/۱۵ طبق نظریه جلسه ۱۳۵۰/۹/۱۰ کمیسیون حقوق مدنی چنین پاسخ داده است: «مطابق ماده ۳۰ قانون مدنی هر مالکی نسبت به مایمک خود حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد. چون مواد قانونی درباره شرکت در تجویز تصرفات شریک مشاع تنظیم شده است و مواد ۵۸۱ و ۵۸۲ قانون مزبور نیز دلالت بر ممنوعیت تصرفات چنین شریکی ندارد بلکه فقط مسئولیت شریک متصرف در قبال شرکای دیگر می‌باشد دعوی تخلیه هم از حقوق مسلم هر مالک است بنابراین تخلیه عین مستأجره به درخواست یکی از شرکا بلا اشکال است»^۱.

این سؤال يك بار دیگر در اداره حقوقی قوه قضائیه در سال ۱۳۶۱ مطرح می‌شود. اداره حقوقی قوه قضائیه طی نظریه شماره ۷/۷۹۲ - ۱۳۶۱/۲/۱۳ به شرح زیر نظر مشورتی خود را ارائه کرده است: «در نقاطی که قانون روابط مؤجر و مستأجر اجرا می‌شود در موردی که مستأجر ملك مشاع راجع به پرداخت اجاره بهای یکی از مالکین مشاعی تخلف نموده باشد قطع نظر از مقررات قانون مدنی درباره املاک مشاعی و اجاره بهای ملك مشاعی موضوع ماده ۴۷۵ قانون مدنی، بر حسب مستفاد از صدر ماده ۱۴ قانون موجر و مستأجر، مالك و موجر سهم مشاعی می‌تواند نسبت به سهم مشاعی خود درخواست تخلیه از دادگاه بنماید و نحوه اجرای این حکم نیز در قسمت اخیر ماده ۱۴ مذکور به عبارت "و محل تخلیه می‌شود" ذکر شده و مستفاد از عبارت مذکور این است که در مقام اجرای حکم شش دانگ

۱. سلجوقی، محمود، مجموعه نظرات مشورتی اداره حقوقی.

مورد اجاره باید تخلیه شود در این صورت بر حسب مستنبط از ماده ۴۳ قانون اجرای احکام مدنی و مقررات قانون مدنی در باب شرکت، تصرف محکوم‌له و موجر مربوط به ملك مشاع تخلیه شده، تابع مقررات املاك مشاع خواهد بود. با توجه به مراتب بالا که تخلیه سهم مشاع موجر مستلزم تخلیه شش‌دانگ مورد اجاره می‌باشد و اشاعه نیز مفید همین معنا است. لذا مالك و موجر سهم مشاع، علاوه بر اینکه حق درخواست تخلیه سهم مشاع خود را دارد، می‌تواند درخواست تخلیه شش‌دانگ مورد اجاره را نیز بنماید.^۱ این نظریه اداره حقوقی از آن لحاظ که نحوه اجرای حکم را نیز نشان داده است نسبت به نظریه قبلی کامل‌تر است.^۱

مشابه همین مسئله نزد قضات دادگاه‌های حقوقی دو تهران مطرح شده است که چهار نظر توسط این قضات ابراز شده است ما نیز عین سؤال و جواب را در زیر می‌آوریم.^۲

سؤال: در صورتی که دعوی تخلیه عین مستأجره توسط مالك مشاعی اقامه شده باشد، رسیدگی دادگاه و اجرای حکم چگونه خواهد بود؟ در تاریخ ۶۴/۱۱/۱۰ راجع به موضوع فوق چهار نظریه ابراز شد:

نظر اول: دعوی تخلیه که توسط مالك اقامه نشده است مسموع نیست. زیرا، بر فرض صدور حکم چنین حکمی قابل اجرا نیست. بدین معنی که اگر رأی نسبت به شش‌دانگ پلاک مورد دعوی اجرا شود، در واقع اولاً، تصرف در مال غیر شده است و ثانیاً، دادگاه بیش از میزان مالکیت خواهان و زاید برخواسته عمل نموده است و این برخلاف قانون است و اگر اجرای حکم محدود به میزان مالکیت محکوم‌له گردد چون حق استدامه تصرف برای محکوم‌علیه در ذرات مشاعی که مورد حکم نبوده است باقی است؛ عملاً خلع ید از او و تحویل محکوم‌به مقدور نمی‌باشد. علی‌هذا به علت عدم امکان اجرای حکم، دعوی مذکور قابل استماع نیست.

۱. بازگیر، یدالله، *قانون مدنی در آئینه آراء دیوان عالی کشور (صلح و اجاره)*، ص ۲۱۲.

۲. نوبخت، حسین، *اندیشه‌های قضایی*، مسئله شماره ۶۸، ص ۸۳ به بعد.

نظر دوم: دعوی یاد شده قابل رسیدگی بوده النهایه قابل اجرا نمی‌باشد. بدین توضیح که اصل بر رسیدگی دادگاه است نسبت به دعاوی مطروحه مگر قانوناً تصریحی بر عدم رسیدگی باشد که در ما نحن فیه منعی در رسیدگی به نظر نمی‌رسد. بنابراین با توجه به مالکیت خواهان ولو به نحو اشاعه و به لحاظ ذی‌نفع بودن وی دادگاه قانوناً مکلف به رسیدگی است و الا مستتکف از احقاق حق خواهد بود البته اجرای حکم مشروط و موقوف است به اینکه مالک یا مالکین دیگر نیز درخواست تخلیه نمایند که در این صورت پس از صدور حکم راجع سهام سایر شرکا نسبت به کل شش‌دانگ ملک اجرائیه صادر خواهد شد.

نظر سوم: نه تنها دعوی تخلیه ملک مشاع قابل استماع است بلکه رأی صادره نسبت به شش‌دانگ ملک قابل اجراست. زیرا هر چند خواهان چنین دعوایی مالک شش‌دانگ نیست و دادگاه فقط نسبت به حصه او رسیدگی و مبادرت به صدور حکم می‌نماید، لیکن چون مالک مشاع می‌تواند مانع تصرفات غیر مجاز در ذرات مشاعی ملک خود شود و این امر ملازمه با تخلیه ید از کل ذرات و در نتیجه از تمام شش‌دانگ ملک دارد. بنابراین محکوم له ملک مشاع نیز می‌تواند خواهان اجرائیه دائر بر تخلیه کل ملک شود، مضافاً با اتخاذ ملاک از ماده ۴۳ قانون اجرای احکام مدنی می‌توان کل ملک را تخلیه نمود.^۱

نظر چهارم: که به اکثریت آراء اعلام شد: با توجه به اصل ۱۵۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و مواد ۲ و ۳ قانون آئین دادرسی مدنی و ماده ۴۷۵ قانون مدنی دعوی تخلیه از طرف مالک مشاع هم در خور رسیدگی و هم به صورت وضع ید قابل اجراست. مالک مشاع نسبت به سهم خود مالک و ذی‌نفع بوده و این مقدار برای دادخواهی کافی است و دادگاه مرجع تظلمات عمومی و اصل رسیدگی به آن است و مستند قانونی بر عدم رسیدگی در این مورد وجود ندارد و تصور عدم امکان اجرای حکم رافع تکلیف نمی‌باشد. بنابراین نظریه اول دائر بر مسموع نبودن دعوی به علت عدم امکان اجرا مخدوش به نظر

۱. در تأیید این نظر رجوع کنید به: صفایی، دکتر سیدحسین، *مقالاتی درباره حقوق مدنی تطبیقی*، ص

می‌رسد و نظریه دوم مبنی بر موقوف الاجراء مانند رأی صادره نیز بی‌توجه است. چه علاوه از اینکه رأی مذکور به صورت وضع ید قابل اجراست، اساساً صدور رأی غیرقابل اجرا برخلاف اصول قضایی است و اصل بر لزوم و اعتبار و قابلیت اجرای حکم است و عمل عبث و اتخاذ تصمیم غیرقابل اجرا مخالف مقتضای کار محاکم است و نظریه سوم مبنی بر اجرای حکم نسبت به شش‌دانگ نیز خالی از اشکال نیست.

زیرا خلع ید متصرف از کل ملك مستلزم دخالت در سهم مشاع مالك یا مالکینی است که موافقت با آن ندارند و این امر علاوه بر اینکه تصرف در ملك غیر است اصولاً تجاوز از میزان خواسته و مفاد و منطق حکم است و اتخاذ ملاک از ماده ۴۳ قانون اجرای احکام مدنی نیز صحیح نیست چه ماده مرقوم ناظر به تصرفات غاصبانه است که احد از مالکین می‌تواند نسبت به شش‌دانگ تقاضای اجرای خلع ید نماید در حالی که در قضیه مورد بحث متصرف مجاز یا مأذون و یا مستأجر می‌باشد. بنابراین در ما نحن فیه عدم اجرای حکم تخلیه ملك مشاع و نیز اجرای حکم نسبت به کل ملك صحیح و قانونی نخواهد بود. آنچه محمل قضایی و قانونی دارد اجرای رأی به صورت وضع ید می‌باشد یعنی بدون آنکه متصرف از کل مورد تصرف خلع ید شود با بقاء تصرف او ید محکوم‌له نیز در ذرات مشاعی تثبیت و مستقر می‌گردد تا او نیز بتواند نسبت به سهم خود به صورت مشاعی استیفای منفعت نماید. البته در این حالت با اجرای حکم بین متصرفین عملاً افزایش منافع (مهایات) صورت می‌گیرد».

در تأیید این نظریه می‌توان به حکم شماره ۲۴۴۱ مورخ ۱۳۲۵/۱۲/۲۸ شعبه شش دیوان عالی کشور اشاره کرد که می‌گوید: «برای هر يك از شرکا مانعی برای تخلیه و تسلیط ید لا اقل به سهم خود نیست»^۱.

از میان این نظرات نظریه چهارم قابل پذیرش به نظر می‌رسد. یعنی دادگاه مکلف است به تقاضای خلع ید یا تخلیه که توسط شريك ملك مشاع به طرفیت مستأجر کل ملك

۱. متین دفتری، احمد، مجموعه رویه قضایی، قسمت حقوقی، صص ۲۵۹ و ۲۶۰.

اقامه شده رسیدگی کند و اجرای حکم نیز به نحو وضع ید خواهد بود و در توجیه آن می‌توان گفت که ممکن است علی‌رغم تجاوز از حدود اذن از طرف مستأجر، شرکای دیگر راضی به ادامه تصرف مستأجر باشند و به این ترتیب هم حق شرکا و هم حق مستأجر رعایت خواهد شد.

۶-۲ - تقسیم مال الاجاره:

یکی از تصرفاتی که برای شریک منع شده است وصول طلب مشترك می‌باشد. زیرا این نوع از تصرف در مال مستلزم تصرف در حق دیگری نیز می‌باشد که با توجه به ضابطه موجود در مورد تصرف در مال مشاع جایز نبوده و موجب ضمان است و اخذ قسمتی از طلب توسط یکی از شرکا موجب آن نیست که شرکت از بین برود و حصه قبض شده ملك اختصاصی قابض بشود. زیرا این امر موجب تقسیم مال بدون اذن شریک دیگر است و شرکای دیگر به نسبت حصه شان در مال قبض شده شریک می‌باشند. از طرف دیگر مدیون چند طلبکار نمی‌تواند حق آنها را به یکی از آنها تسلیم کند. زیرا با این عمل حق غیر را به غیرداین داده است و ضمان به دنبال دارد.^۱

در بیع این بحث مطرح شده است که اگر مال مشاع فروخته شود آیا این شرکت به ثمن نیز منتقل می‌شود یا با فروش مال مشاع، شرکت موضوع خود را از دست داده است؟ در پاسخ به این سؤال باید عین معین را از کلی جدا کرد؛ به این ترتیب که اگر ثمن عین معین باشد قطعاً مشترك و مشاع است. زیرا هر جزء ثمن در برابر هر جزء مبیع قرار گرفته است و اگر ثمن کلی باشد که بر ذمه مدیون است، قابلیت تقسیم را ندارد این قول مشهور است. اما اقلیتی نیز گفته‌اند با فروش مال، شرکت موضوع خود را از دست داده است و همان‌گونه که سهم شرکا به تنهایی قابلیت ابراء و صلح را دارد، قابلیت تقسیم را نیز دارد، لذا مدیون به هر کدام دین جداگانه‌ای دارد.^۲

این سؤال در مورد اجاره مال مشاع نیز مطرح می‌شود که توسط همه مالکان به اجاره

۱. صفایی، دکتر سیدحسین، مقالاتی درباره حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، صص ۹۸ و ۹۹.

۲. کاتوزیان، دکتر ناصر، عقود معین، ج ۲، ص ۵۳.

داده شده است. در پاسخ می‌توان گفت که اگر مال الاجاره عین معین باشد مشترک بین مالکان خواهد بود اما اگر مال الاجاره کلی در ذمه باشد باز هم اختلاف بروز می‌کند ولی به نظر می‌رسد، برخلاف قول مشهور این دین در ذمه قابل تقسیم است. زیرا، همان‌گونه که امکان ابراء این دین توسط یکی از شرکا وجود دارد یا امکان ضمانت وجود دارد، می‌توان دینی را که به عنوان مال الاجاره در ذمه مستأجر است تقسیم کرد و مثلاً اجاره بهای شش ماه اول برای شریک اول و اجاره بهای شش ماه بعدی برای شریک دوم باشد. منتها این تقسیم باید با تراضی شرکا باشد و گرنه صرف دریافت قسمتی از مال الاجاره توسط یکی از آنها موجب تقسیم نیست. در توجیه این امر می‌توان گفت همان‌گونه که در تقسیم عین معین، یکی از شرکا نمی‌تواند قسمتی از آن را بدون موافقت شرکا دیگر به خود اختصاص دهد. در تقسیم کلی در ذمه نیز توافق شرکا در نحوه تقسیم شرط است. زیرا ممکن است پس از پرداخت جزئی از کلی فی الذمه به یکی از شرکا، مدیون، ورشکسته شده و قادر به پرداخت مابقی دین نباشد و لذا حق شریک دیگر از بین می‌رود.

آیا در مدت اجاره می‌توان عین مستأجره را تقسیم کرد؟ شرکا مال مشاع همان‌گونه که قبل از اجاره دادن می‌توانستند آن را تقسیم کنند، بعد از اجاره دادن نیز می‌توانند آن را تقسیم کنند و این تقسیم حق مستأجر را از بین نمی‌برد و مالکیت او بر منافع با تقسیم عین از بین نمی‌رود. پس اصطعکاک بین تقسیم عین مستأجره و حق مستأجر نیست. کمیسیون مشورتی آیین دادرسی مدنی اداره حقوقی در نظریه مورخ ۱۳۴۵/۱۲/۶ این نظر را تأیید کرده است^۱ ولی باید توجه داشت که اگر بخشی از مال مشاع به اجاره داده شده باشد و پس از تقسیم، آن بخش در سهم اختصاصی یکی از شرکا قرار گیرد، فقط او موجر خواهد بود و اجاره به او منتقل خواهد شد.

۳ - مطالعه تطبیقی

۱. سلجوقی، محمود، مجموعه نظرات مشورتی اداره حقوقی دادگستری در زمینه مسائل مدنی، ص ۱۳۲.

در این قسمت از بحث اجاره مال مشاع به طور مختصر به بررسی موضوع در حقوق چند کشور می‌پردازیم؛

۳- ۱- حقوق عراق:

در دو موضع از قانون مدنی عراق به جواز اجاره مال مشاع اشارت رفته است. اول: ماده ۷۳۱ قانون مدنی مقرر داشته است که شریک می‌تواند سهم خود را به شریک دیگر یا به غیر اجاره بدهد.

و همین حکم در ماده ۱۰۶۱ قانون مدنی تکرار شده است و مقرر داشته است که شریک مال مشاع فقط می‌تواند سهم خود را به شریک یا غیرشریک اجاره بدهد، بدون اینکه احتیاجی به اذن قبلی یا اجازه بعدی شرکای دیگر داشته باشد. زیرا او در حدود حق خویش قراردادی منعقد کرده است ولی شریک نمی‌تواند حصه مفروزی را قبل از تقسیم مال مشاع بدون اذن صریح یا ضمنی شرکا دیگر به اجاره دهد. زیرا این گونه تصرف به منزله تصرف در مال غیر و فضولی است و اگر شرکای دیگر اجازه ندهند باطل است.^۱

۳- ۲- حقوق سوریه:

اصولاً مالک می‌تواند مال خود را به هر کس که خواست اجاره بدهد ولی در مورد مال مشاع چنین نیست و مالک فقط می‌تواند سهم خود را به شریک خود اجاره بدهد نه به غیر و اگر به غیرشریک اجاره داده شود اجاره باطل است و مؤجر مستحق اجرت المثل است نه اجرت المسمی. زیرا اجاره، تملیک منفعت است و منفعت جز با تسلیم قابل درک نیست و تسلیم مال مشاع نیز متعذر است اما شریک دیگر قادر به تسلیم حصه شریک دیگر می‌باشد و با آن تسلیم نیز مالک تمام منافع عین می‌شود.

اجاره مال مشاع به غیرشریک در یک صورت صحیح است و آن زمانی است که عین مستأجره قابلیت تقسیم را داشته و موجر آن را تقسیم کند و قسمت مفروز را تسلیم مستأجر

۱. دکتر صلاح‌الدین الناهی، محاضرات عن القانون المدني العراقي (حق ملکیت فی ذاته)، ص ۲۲۳.

کند.^۱

۳-۳ - حقوق مصر:

در حقوق مصر این اجاره در چند فرض مختلف بررسی شده است:

۱ - اگر یکی از شرکا کل ملك را به اجاره داده باشد اگر چه اجاره بین موجر و مستأجر صحیح است ولی حتی در حصه خود شريك نیز قابل اجرا نیست. زیرا او در این حالت قدرت بر تسلیم جزء مفروز را ندارد تا زمانی که تقسیم صورت بگیرد، حتی اگر به صورت تقسیم مہایاتی باشد. پس شرکای دیگر می‌توانند تخلیه ید مستأجر را بخواهند و مستأجر حتی در جزئی از مال نیز نمی‌تواند ید خود را نگه دارد ولی از طرف دیگر شرکا نیز نمی‌توانند او را مجبور کنند که منتظر تقسیم مال بماند ولی اگر خود منتظر شد و مال تقسیم شد، اجاره فقط در سهم مفروز موجر نافذ است.

۲ - اما اگر شريك، جزء مفروز مال مشاع را به اجاره داده باشد که معادل سهم اوست تا زمانی که تقسیم صورت نگرفته است قدرت بر تسلیم این جزء مفروز را نخواهد داشت و اجاره به صورت معلق می‌ماند تا تقسیم صورت بگیرد و جزء مفروز در سهم موجر قرار بگیرد و اگر در سهم شخص دیگری قرار بگیرد اجاره به وی منتقل خواهد شد.

۳ - موجر فقط سهم مشاع خود را به اجاره داده است در اینجا اجاره صحیح است ولی تسلیم عین مستأجره متعذر است و تا زمانی که تقسیم مال صورت نگرفته است مستأجر حقی بیش از حق موجر نخواهد داشت. در این حالت اکثریت شرکا حق خواهند داشت کل مال را به اجاره بدهند این اجاره در برابر موجر و مستأجر نافذ است و مستأجر فقط می‌تواند به شريك موجر رجوع کند.^۲

نتیجه‌گیری:

اصولاً تصرف در مال مشاع شامل دو دسته از تصرفات می‌باشد؛ یکی تصرفات حقوقی

۱ . محمد سعید المحاسنی، *الموجز فی قانون مدنی سوری*، جزء اول، صص ۷۸ و ۷۷.

۲ . عبدالرزاق السنهوری، دکتر احمد، *الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید*، ج ۶ صص ۶۱ - ۶۵.

و دیگری تصرفات مادی و اداری است. در این میان تصرفات حقوقی شرکا در سهم خودشان مجاز می‌باشد و برای این امر احتیاجی به اذن قبلی یا اجازه بعدی شرکای دیگر ندارد. زیرا معمولاً این‌گونه تصرفات زیانی برای شرکای دیگر ندارد و مستلزم دخالت در حقوق آنان نیست و در واقع تصرف حقوقی در عالم اعتبار، که حقوق افراد از هم جداست، صورت می‌گیرد ولی با این حال اگر تصرف حقوقی يك شريك موجب ضرر شريك دیگر باشد دیگر جایز نخواهد بود مگر اینکه ترك تصرف موجب ضرر خود شريك باشد که این صورت جایز است. وحدت ملاك ماده ۱۳۲ قانون مدنی نیز همین امر را تأیید می‌کند.

ماده ۴۷۵ قانون مدنی نیز صحت اجاره مال مشاع را تأیید کرده و مقرر داشته که اجاره مال مشاع جایز است. این حکم مورد قبول اجماعی فقهای شیعه است و در این مورد فرقی بین اجاره به شريك و غیرشريك قائل نشده‌اند و در هر دو حال حکم به صحت داده‌اند. در حالی که گروهی از فقهای عامه از جمله ابوحنیفه، اجاره مال مشاع به شريك را قبول و اجاره آن به غیر شريك را فاسد دانسته است.

دسته دوم تصرفات در مال مشاع تصرف مادی و اداری است که چون ملازمه با تصرف و دخالت در حق دیگران دارد باید با اذن شرکای دیگر باشد. این است که ماده ۴۷۵ قانون مدنی به دنبال تجویز اجاره مال مشاع تسلیم آنرا منوط به اجازه و اذن شريك دیگر کرده است. پس اگر یکی از شرکا سهم خود را به اجاره داد باید از شرکای دیگر برای تسلیم عین مستأجره اذن بگیرد و اگر آنان از دادن اذن خودداری کنند وی می‌تواند به حاکم رجوع کند و حاکم آنها ملزم به تسلیم از راه تقسیم عین یا تقسیم مهاباتی خواهد کرد و اگر باز امتناع کردند حاکم از باب اینکه ولی ممتنع است خود اجازه خواهد داد. حال اگر شريك بدون اجازه گرفتن از شرکا یا بدون مراجعه به حاکم خود مال مشاع را تسلیم کند چه ضمانت اجرایی وجود دارد؟ فقها اکثراً از جمله شیخ محمد حسن نجفی، آیت الله قدیری و آیت‌... حسینی شیرازی گفته‌اند هر چند حکم تکلیفی حرمت تصرف در مال غیر (لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل) زیرپا گذاشته شده است ولی این حرمت سرایت به حکم وضعی نمی‌کند در

نتیجه تسلیم صحیح بوده و آثار تسلیم قانونی بر آن بار می‌شود جز اینکه اگر مستأجر در مال تصرف کند موجب ضمان است. ولی در حقوق موضوعه باید گفت علاوه بر اینکه این تسلیم موجب ضمان است، شرکای دیگر می‌تواند خلع ید چنین مستأجری را نیز از دادگاه تقاضا کنند.

از نظر حقوق تطبیقی نیز وضعیت حقوق عراق تا حدودی مشابه حقوق ماست ولی در حقوق سوریه تحت تأثیر فقه عامه اجاره سهم مشاع به غیرشريك اجازه داده نشده است و حقوق مصر در این زمینه تا حدودی متفاوت از حقوق ایران و عراق است زیرا اصولاً تصرف در حال مال مشاع از جمله اجاره به تصمیم اکثریت واگذار شده است حتی ممکن است به رغم اینکه شریکی سهم خود را به اجاره داده است اکثریت تصمیم به اجاره دادن مال به کس دیگری بگیرند که در نتیجه، اجاره سهم مشاع شريك قابلیت استناد در برابر دیگر شرکا را از دست خواهد داد.

منابع :

الف - فارسی

- ۱ - امامی، دکتر سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۲، نشر اسلامیه، چ چهارم، ۱۳۷۷.
- ۲ - بازگیر، یداله، صلح و اجاره و احکام راجع به آنها، انتشارات فردوسی، چ اول، تهران، ۱۳۷۹.
- ۳ - سلجوقی، محمود، مجموعه آرا مشورتی اداره حقوقی دادگستری، بی‌جا، بی‌تا.
- ۴ - صفایی، دکتر سیدحسین، مقالاتی درباره حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، نشر میزان، چ اول، تهران، ۱۳۷۵.
- ۵ - طاهری، حبیب‌الله، حقوق مدنی، ج ۴، انتشارات جامعه مدرسین قم، چ اول، ۱۳۷۵.
- ۶ - عدل، مصطفی، حقوق مدنی، نشر امیرکبیر، چ هفتم، تهران، ۱۳۴۲.
- ۷ - کاتوزیان، دکتر ناصر، اموال و مالکیت، نشر دادگستر، چ دوم، تهران، ۱۳۷۸.
- ۸ - _____، عقود معین، ج ۱، نشر انتشار، چ هفتم، تهران، ۱۳۷۸.

۹ - _____، عقود معین، ج ۲، ناشر گنج دانش، چ پنجم، تهران، ۱۳۷۹.

۱۰ - متین، احمد، مجموعه رویه قضایی، چ دوم، انتشارات کیهان، تهران، ۱۳۵۸.

۱۱ - نوبخت، یوسف، اندیشه‌های قضایی، انتشارات کیهان، چ دوم، تهران، ۱۳۶۸.

ب - عربی

۱ - انباهی، دکتر صلاح الدین، محاضرات عن قانون مدنی عراقی.

۲ - حسینی شیرازی، آیت الله سید محمد، الفقه، ج ۵۷، نشر مؤسسه دارالعلوم بیروت،

۱۴۰۹ هـ ق.

۳ - رشتی، میرزا حبیب الله، اجاره، چ سنگی، ۱۳۲۰ هـ - ق.

۴ - سعید المحاسنی، محمد، موجز فی قانون مدنی سوریه، ج اول، دمشق، ۱۹۳۷

میلا دی.

۵ - عاملی، سید محمد جواد، مفتاح الکرامه، ج ۷، نشر مؤسسه آل البيت، ۱۳۲۴ هـ ق. آ

۶ - شیخ طوسی (ابوجعفر محمد طوسی)، المبسوط فی فقه الامامیه، نشر مکتب

مرتضویه، ۱۳۸۸ هـ ق.

۷ - عبدالرزاق السنهوری، دکتر احمد، الوسیط فی الشرح قانون المدنی المصر، نشر

دارالاحیاء، بیروت، ۱۹۷۰ میلا دی.

۸ - طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، عروة الوثقی، ج دوم، تهران، ۱۳۷۷ هـ ق.

۹ - قدیری، آیت الله محمد حسن، الاجاره، انتشارات حوزه علمیه قم، چ اول، ۱۳۷۷.

۱۰ - محقق کرکی، جامع المقاصد، ج ۷، نشر مؤسسه آل البيت، بیروت، چ اول، ۴۱۱

هـ ق.

۱۱ - نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۲۷، نشر دارالکتب اسلامیه، چ دوم،

۱۴۰۹ هـ ق.

تحلیل و نقدی بر یک رأی وحدت رویه

علی پورقربان^۱

در خصوص فراز یک از آراء وحدت رویه منتشره در مرقومه شماره ۴۱/۱۲۵۴۹ - و - ر مورخه ۱۳۸۵/۲/۲۰^۲ که راجع به چگونگی و نحوه فک رهن و فسخ قرارداد مشارکت مدنی به هنگام واگذاری سهم‌الشرکه بانک از اعیانی مستحدثه و تنظیم قرارداد فروش اقساطی ارائه طریق گردیده و به موجب نامه‌های شماره ۳۴/۲۲۲۲۱ مورخه ۸۴/۱۲/۱۳ و ۳۴/۲۲۲۲۳ مورخه ۸۴/۱۲/۱۴ اداره کل امور اسناد و سردفتران سازمان ثبت مورد تأیید سازمان محترم ثبت اسناد و املاک قرار گرفته است، نکاتی را به شرح ذیل به استحضار می‌رساند:

مطابق مفاد و مندرجات قرارداد مشارکت مدنی هر یک از شریک و بانک مبادرت به سرمایه‌گذاری مشترک برای احداث ساختمان نموده و شریک مکلف است برابر پروانه ساختمان نسبت به احداث و تکمیل بنا با سرمایه مشترک اقدام کند و براساس میزان سرمایه‌گذاری آنان در حساب مشترک که بدین منظور افتتاح می‌نمایند در بنای مستحدثه

۱. سردفتر اسناد رسمی ۱۲۳ بابل.

۲. متن رأی مذکور در انتهای این مقاله درج شده است.

مالکیت مشاعی پیدا می‌کنند که با تکمیل ساختمان و اخذ پایان کار، ساختمان تفکیک و بانک سهم‌الشرکه خود را در ساختمان طبق ضوابطی که پیش‌تر به اطلاع شریک رسیده تعیین قیمت نموده و حسب مورد با توجه به نوع تسهیلات اعطائی به شریک یا اشخاص ثالثی که متقاضی خرید مسکن می‌باشند فروش نقدی یا اقساطی می‌نماید که ذیلاً به تشریح هر یک از آنها از حیث چگونگی تنظیم و فسخ با عنایت به رویه موجود در دفاتر اسناد رسمی و اشکالات حقوقی وارده بر آنها می‌پردازیم:

۱ - فروش نقدی سهم‌الشرکه بانک در ساختمان مورد مشارکت به شریک: بدین صورت است که پس از تعیین قیمت سهم‌الشرکه بانک و تأدیه نقدی آن توسط شریک بانک سند قرارداد مشارکت مدنی را به پیوست نامه‌ای به دفترخانه ارسال می‌دارد و نماینده‌ای را جهت فسخ قرارداد مشارکت و فک رهن معرفی می‌نماید. بعضی از دفاتر اسناد رسمی با قید مراتب فسخ قرارداد مشارکت در ستون ملاحظات ثبت دفتر مربوطه و درج آن در هامش سند و تنظیم اطلاع‌نامه فسخ و اخذ امضاء از نماینده بانک و ارسال آن به اداره ثبت اقدام می‌کنند و برخی از دفاتر با حضور نماینده بانک و شریک مبادرت به تنظیم اقرارنامه فسخ می‌نمایند. و اما ایراد حقوقی که بر روش‌های موجود وارد به نظر می‌رسد آن است که مطابق ماهیت توافق انجام شده در قرارداد مشارکت با ایجاد ساختمان در هر مرحله از عملیات ساختمانی و تصریح به اینکه تدریجاً برای شریک و بانک مالکیت مشاعی در اعیانی مستحدثه به درصد ایجاد خواهد شد، لازم می‌آید پس از تکمیل ساختمان و انجام تفکیک، هر یک از شریک و بانک نسبت به اخذ اسناد مالکیت مشاعی به میزان سهم‌الشرکه تعیین شده در قرارداد اقدام و سپس بانک مالکیت مشاعی خود را به بیع قطعی به شریک انتقال دهد. در فرض مطروحه تنظیم فسخ نامه اساساً وجاهت قانونی پیدا نمی‌کند. همان‌گونه که خواننده محترم نیز استحضار دارد فسخ در اصطلاح علم حقوق اختیار برهم زدن یک جانبه عقد است که این حق یا ناشی از حکم قانون است همانند اختیارات مصرحه در قانون مدنی از قبیل خیار غبن و عیب که توسط احد از متعاملین اعمال

می‌گردد و ناشی از حکم قانون برای جلوگیری از ضرر و زیان وارده به متضرر از عقد داده می‌شود که با اثبات موضوع در دادگاه عقد را فسخ نماید و یا به صورت ضمن العقد برای متعاقدين یا یکی از آنها یا برای شخص ثالث برای مدت معین در نظر گرفته می‌شود که بتواند به طور یک‌جانبه بدون دخالت مراجع قضایی مبادرت به فسخ نماید. حال با تعریف ارائه شده این سؤال مطرح می‌گردد که با توجه به ماهیت و اوصاف و شرایط قرارداد مشارکت مدنی بانک‌ها آیا باید حکم به جایز یا لازم بودن چنین قراردادی داد؟

قرارداد مشارکت مدنی بانک‌ها یک تأسیس حقوقی جدید است که در نظام بانکی ایجاد شده و در این خصوص که عقدی لازم یا جایز است در مقررات چیزی پیش‌بینی نشده، لیکن با مطالعه مفاد و مندرجات قراردادهای مذکور ملاحظه می‌گردد در پاره‌ای از قراردادها حق فسخ یا رجوع شریک را ضمن عقد خارج لازم از او ساقط می‌نمایند و بانک نیز در مقابل صرفاً در مواردی که شریک نسبت به تعهدات و الزامات ناشی از قرارداد پای‌بند نبوده و تخلف می‌ورزد اختیار برهم زدن عقد را خواهد داشت (خیار تخلف از شرط فعل) که این خود ظهور در جایز بودن قرارداد مشارکت مدنی دارد و الاً اگر عقد مزبور لازم می‌بود دیگر چه دلیلی داشت ضمن عقد خارج لازم نسبت به اسقاط حق رجوع یا فسخ شریک اقدام شود؟ به نظر می‌رسد اگر قرارداد مشارکت مدنی را بدون تصریح شرط سقوط حق فسخ ضمن عقد خارج لازم در قراردادهای بانکی به نحوی که به صورت مطلق برگزار شود مورد بررسی قرار دهیم می‌توان از تنقیح مناسبات مواد حاکم بر شرکت عقدی در قانون مدنی استفاده نمود، هرچند قرارداد مشارکت مدنی بانک با شرکت عقدی تفاوت‌هایی از حیث شرایط شکل‌گیری دارد، با این توضیح که واضعین قانون مدنی در باب شرکت از نظر مشهور فقهاء تاسی نموده و عقدی را که بر مبنای آن مالکین مشاعی بتوانند بخشی مشاعی از اموال خود را به یکدیگر منتقل نموده و با آن مبادرت به فعالیت اقتصادی و انجام معامله نمایند و در سود حاصله به نسبتی شریک گردند قبول ندارند، لیکن در مواردی که اشاعه اموال به همان ترتیبی که در قانون مدنی آمده (شرکت قهری یا اختیاری) حاصل

شده باشد به شرکاء این اختیار را داده تا با تراضی یکدیگر نسبت به تعیین مدیر و استفاده از اموال مشترک جهت تحصیل سود اقدام نمایند. در این بخش قرارداد مشارکت بانکها با شرکت عقدی تقریباً وضعیت مشابهی پیدا می‌کند و شرکت عقدی مطابق قانون مدنی جنبه لزوم نداشته و هر یک از شرکاء هر زمان که بخواهد می‌تواند رجوع نماید مگر آنکه برای شرکت مدتی را ضمن عقد خارج لازم معین نمایند (ماده ۵۸۶ قانون مدنی) از این رو می‌توان حکم این ماده را به قرارداد مشارکت مدنی بانکها تسری داد و قائل بدان شد اگر قرارداد مشارکت به صورت مطلق و بدون اسقاط شرط فسخ از مشارکت‌کنندگان منعقد شود هر یک از آنها اختیار برهم‌زدن قرارداد را خواهند داشت، لکن همان‌گونه که پیشتر اشاره شد در قراردادهای بانکی شرط فسخ ضمن عقد خارج لازم ساقط می‌شود بنابراین حق فسخ موضوعاً منتفی است.

اما در خصوص نحوه عمل آن دسته از دفاتر اسناد رسمی که با تنظیم فسخ‌نامه و اخذ امضاء از نماینده بانک و شریک اقدام می‌کنند با عنایت به مراتب معنونه در خصوص فسخ باید قائل بدان شد که هیچ‌گونه انطباقی با قواعد حاکم بر فسخ ندارد و بالمآل می‌بایست آن را حمل بر تفاسخ (اقاله) نمائیم قانون مدنی در تعریف اقاله در مادتين ۲۸۳ و ۲۸۴ اشعار می‌دارد بعد از معامله طرفین می‌توانند به تراضی آن را اقاله و تفاسخ کنند و اقاله به هر لفظ یا فعلی واقع می‌شود که دلالت بر به هم زدن معامله کند و تدقیق در مواد ۲۸۶ و ۲۸۷ قانون مدنی به نظر می‌رسد که اقاله در قرارداد مشارکت راه ندارد مگر آنکه اثر آن را به طور مشخص محدود از زمان وقوع تفاسخ به بعد و صرفاً به منظور جلوگیری از استمرار آثار قرارداد در نظر بگیریم و نباید اثر قهقرایی برای آن قائل شد و به گذشته تسری داد با این استدلال که با واقع شدن اقاله و برهم خوردن معامله در معاملات معوض هر یک از عوضین به مالک پیش از عقد مسترد می‌شود که این خصیصه با در نظر گرفتن ماهیت و اوصاف و آثار قرارداد مشارکت مدنی قابل اعمال نیست چون با تحقق عقد مشارکت مالی ابتدائاً به هیچ یک از طرفین منتقل نمی‌شود بلکه بنا به توافق متعاقدین مالکیت تدریجی

آن هم به صورت مشاع در هر مرحله از عملیات ساختمانی در ساختمان برای آنها ایجاد خواهد شد بنابراین قایل شدن به اینکه تفاسخ مشارکت موجب بازگشت سرمایه و اعاده مالکیت‌ها خواهد شد موضوعی است که محقق نخواهد شد. در قرارداد مشارکت طرفین براساس توافقی که می‌نمایند هر یک به نسبتی سرمایه به میان گذاشته و آن را به مصرف ساختمان می‌رسانند و به ازاء آن در ساختمان مستحده به طور درصدی مالکیت مشاعی پیدا می‌کنند. بنابراین ملاحظه می‌گردد قرارداد مزبور برخلاف سایر عقود معاوضی که به مجرد انشاء عقد تملیک عوضین صورت می‌پذیرد متضمن این معنا نیست و متعاقبین با انشاء عقد اراده به تملیک مشاعی سرمایه به یکدیگر نمی‌کنند و ممزوج شدن سرمایه در حساب مشترک مشارکت را نباید حمل بر تملیک مشاعی کنیم تا معتقد به آن شویم با اقاله، طرفین به بازگرداندن آنچه که به واسطه عقد مالک شده‌اند به یکدیگر می‌باشند بلکه تمام سرمایه را مصروف احداث ساختمان نموده و تدریجاً مالکیت مشاعی در بنا برای آنان ایجاد می‌شود، ولی اگر اثر تفاسخ را محدود به جلوگیری از ادامه آثار قرارداد نه برهم زدن معامله و انحلال آن از زمان وقوع عقد به شرح فوق پنداریم به نظر با اشکال حقوقی مواجه نخواهیم شد. تا زمان تفاسخ هر مرحله از عملیات ساختمانی که انجام شده باشد مالکیت مشاعی برای طرفین ایجاد خواهد شد و مسئله تابعه احکام شرکت در قانون مدنی خواهد بود.

۲- فروش اقساطی سهم‌الشرکه بانک به شریک قرارداد مشارکت مدنی: همان‌طور

که در سطور قبل اشاره شد در فرض مطروحه بانک با تعیین قیمت سهم‌الشرکه خود از اعیانی به تقاضای شریک آن را به وی به صورت اقساطی می‌فروشد. در این خصوص رویه دفتر اسناد رسمی با عنایت به رأی صادره بدین صورت می‌باشد که با تنظیم قرارداد فروش اقساطی و قید مراتب فسخ قرارداد مشارکت در آن و در ستون ملاحظات ثبت دفتر مربوطه و تنظیم اطلاع‌نامه فسخ به حیات حقوقی قرارداد مشارکت پایان می‌دهند. ایراد حقوقی مترتبه بر این نحوه عمل این است که در هر موردی که پیرو قرارداد اولیه و براساس مفاد و

مندرجات آن لازم آید تا قرارداد دیگری تنظیم شود آیا لزوماً حکم به فسخ قرارداد اولیه وجاهت قانونی دارد؟ فسخ پایان دادن به حیات حقوقی عقد است آن هم با وجود شرایطی که پیش‌تر بدان پرداختیم در ما نحن فیه متعاقبین در سند مشارکت تصریح نمودند پس از تکمیل بنا و تعیین قیمت حصه مشاعی بانک براساس تقاضای شریک بانک سهم‌الشرکه خود را به شریک واگذار نماید. بنابراین با عمل به مفاد عقد (احداث بنا) موضوع عقد پایان می‌پذیرد و مالکیت مشاعی بانک و شریک در ساختمان ایجاد می‌گردد و سپس بانک اقدام به فروش نقدی یا اقساطی می‌کند. به نظر می‌رسد در گذر از مرحله مشارکت مدنی و ورود در مرحله فروش نقدی یا اقساطی این نظر قوت گرفته که می‌بایست ابتدائاً قرارداد مشارکت مدنی را منحل نموده و الاً با حیات یک عقد نمی‌توان قرارداد دیگری را متعاقب آن منعقد ساخت، از این رو بدون در نظر گرفتن مفاد و مندرجات قرارداد و به استناد آنکه عقد شرکت مدنی به اقتضاء ماهیت و طبیعت خود چون در زمره عقود جایزه است، مبادرت به فسخ آن می‌نمایند.

۳- فروش اقساطی سهم‌الشرکه بانک از آپارتمان مورد مشارکت به خریدار ثالث:

در این خصوص نحوه عمل دفاتر اسناد رسمی به اشکال مختلف می‌باشد، برخی از دفاتر ابتدائاً مورد معامله را که جزئی از کل مورد وثیقه قرارداد مشارکت مدنی است، فک رهن نموده و سپس شش‌دانگ آپارتمان توسط شریک به بیع قطعی به خریدار ثالث منتقل می‌گردد و متعاقب آن منتقل‌الیه با بانک قرارداد فروش اقساطی تنظیم می‌نماید. بعضی از دفاتر نیز با تنظیم سند صلح قطعی مشتمل به رهن با حفظ حقوق بانک نسبت به قرارداد مشارکت مدنی شش‌دانگ آپارتمان را از شریک به خریدار ثالث منتقل می‌کنند و سپس با تنظیم قرارداد فروش اقساطی بین منتقل‌الیه و بانک از قرارداد مشارکت مدنی فک رهن و سپس بابت قرارداد فروش اقساطی به رهن بانک می‌گذارند و گروهی دیگر از دفاتر اسناد رسمی با تنظیم سند صلح قطعی مشتمل به رهن با حفظ حقوق بانک نسبت به قرارداد مشارکت مدنی شش‌دانگ آپارتمان را از شریک به خریدار ثالث منتقل نموده و سپس با

تنظیم قرارداد فروش اقساطی بین خریدار و بانک مازاد بر ارزش شش دانگ آپارتمان مورد وثیقه قرارداد مشارکت مدنی را بابت بدهی خریدار ناشی از قرارداد فروش اقساطی به رهن بانک می‌دهند و پس از امضاء اسناد مارالذکر از شش دانگ آپارتمان مورد وثیقه قرارداد مشارکت فک رهن به عمل می‌آورند. همان گونه که پیش تر مذکور افتاد این سؤال متبادر به ذهن می‌گردد چگونه ممکن است شریک و بانک که به موجب قرارداد مشارکت مدنی مالک سهم مشاعی از آپارتمان‌ها می‌شوند شریک بتواند به تنهایی شش دانگ آپارتمان مورد مشارکت را که فقط مالک سهم مشاعی از آن می‌باشد را مورد معامله قرار دهد؟ در پایان از همکاران ارجمند استدعا دارم نظرات و راه کارهای مناسب را پیرامون موارد معروضه اعلام فرمایند.

بازنگری در سهم الارث زوجه و درخواست حذف ماده ۹۴۶ قانون مدنی

(یک طرح پیشنهادی مشفقانه)

(بخش سوم)

علی بهاری راد^۱

در شماره‌های پیش، می‌بخت حاضر را از تأمل و تدبیر در آیات مربوط به «ارث» آغاز کردیم و به صورت اجمالی به موادی از قانون مدنی در این باره اشاره نمودیم؛ سپس نظرات علما و فقها را در خصوص موضوع در بعضی از تفاسیر قرآن و رساله‌های مراجع عظام فقهی و کتب احکام پی گرفتیم؛ اینک ادامه بحث:

* گزیده‌ای از «احکام قرآن» تألیف علامه برقی

مسئله ۲۵۴۲ - سوره نساء آیه ۱۲ و ترجمه آن

مسئله ۲۵۴۳ - زوج و زوجه از یکدیگر ارث می‌برند چه وارث ایشان از خویشان طبقه اول باشد و چه دوم و چه سوم پس اگر زنی بمیرد و اولاد نداشته باشد نصف مال او از شوهر او و باقی را ورثه دیگر می‌برند به دلیل جمله (ولکم نصف ما ترک ازواجکم) و اگر از آن شوهر

۱. سردفتر دفتر اسناد رسمی ۱۱ تبریز.

و شوهر دیگری فرزندی دارد ربع مال از شوهر و بقیه از ورثه دیگر به دلیل جمله (فلکم الربع مما ترکن).

مسئله ۲۵۴۳ - اگر مردی بمیرد و اولاد نداشته باشد ربع مال او را زنش می‌برد و باقی از ورثه دیگر به دلیل جمله (ولهن الربع) و اگر از آن زن و یا زن دیگر فرزندی دارد ثمن مال را زن و بقیه را ورثه دیگر می‌برند به دلیل جمله (فلهن الثمن ممّا ترکتم) توضیح اینکه در ذیل این مبحث هیچ‌گونه اشاره به کلمه اعیان و بهای ابنیه و اشجار و اموال منقول در سهم الارث زوجه نشده است و مسائل فوق کاملاً با آیه مذکوره منطبق شده است.

* گزیده‌ای از «تفسیر نمونه» زیرنظر آیت‌ا... ناصر مکارم شیرازی^۱

سهم ارث همسران از یکدیگر:

و لکم نصف ماترک ازواجکم ان لم یکن لهن ولد:

در آیه قبل به سهم فرزندان و مادران اشاره شد و در این آیه چگونگی ارث زن و شوهر از یکدیگر توضیح داده می‌شود. آیه می‌گوید: (مرد نیمی از اموال همسر خود را در صورتی که او فرزندی نداشته باشد به ارث می‌برد، ولی اگر فرزند و یا فرزندی داشته باشد (حتی اگر از شوهر دیگری باشد) شوهر تنها یک چهارم مال را به ارث می‌برد (فان کان لهن ولد فلکم الربع مما ترکن)).

البته این تقسیم نیز بعد از پرداخت بدهی‌های همسر و انجام وصیت‌های مالی اوست چنان که می‌فرماید (من بعد وصیة یوصین بها او دین)

اما ارث زنان از ثروت شوهران در صورتی که شوهر فرزندی نداشته باشد یک چهارم اصل مال است چنان که می‌فرماید، «ولهن الربع مما ترکتم ان لم یکن لکم ولد» ولی اگر شوهران فرزندی داشته باشند (اگرچه این فرزند از همسر دیگری باشد) سهم زنان به یک هشتم می‌رسد چنان که می‌گوید «فان کان لکم ولد فلهن الثمن مما ترکتم».

این تقسیم نیز همانند تقسیم سابق بعد از پرداخت بدهکاری‌های شوهر و انجام وصیت مالی اوست «من بعد وصیة توصون بها او دین»:

قابل توجه آنکه سهام شوهران و زنان در صورتی که شخص میت فرزند داشته باشد به نصف تقلیل می‌یابد، و آن برای رعایت حال فرزندان است. و علت اینکه سهم شوهران دو برابر سهم زنان قرار داده شده همان است که مشروحاً در بحث سابق درباره ارث پسر و دختر گفته شد.

توجه به این نکته نیز لازم است که سهمی که برای زنان تعیین شده (اعم از یک چهارم یا یک هشتم) اختصاص به یک همسر ندارد بلکه اگر مرد همسران متعدد داشته باشد سهم مذکور بین همه آنها به طور مساوی تقسیم خواهد شد و ظاهر آیه فوق نیز همین است.

توضیحاً اظهار می‌دارد: در این تفسیر هیچ‌گونه تفاوتی در سهم الارث زوج و زوجه مذکور نیفتاده است و مطابق آیه شریفه قرآن تأکید شده است که سهم الارث زوجه نیز همانند زوج از کل ماترک است.

* گزیده‌ای از تفسیر خواجه انصاری (ره)

در تفسیر کشف‌الاسرار خواجه عبدالله انصاری (ره) در ذیل آیه ۱۲ سوره نساء آمده است:

و لکم نصف ماترک ازواجکم... آیه ثبوت میراث یا از جهت نسب است یا از جهت سبب. نسب خویشی است و سبب زناشویی، پس چون کسی از خویشان نسبی یا سببی بمیرد داغی باشد بر دل وی و دردی باشد بر جان وی و خداوند آن درد را مرهم برنهد و از پس آن مصیبت مواساتی فرموده که چون درد از فوت او بود مرهم از مال او باشد! این است حکمت خداوند با بندگان که اگر بر دوستان او رنجی رسد، از پس آن به حکم او گنجی رسد! پیر طریقت شیخ انصاری گفت:

من چه دانستم که مادر شادی رنج است و در زیر ناکامی هزار گنج؟ من چه دانستم که

آرزو برید وصال است و در سایه ابر هستی نومیدی محال؟ من چه دانستم که خداوند چنان بنده نواز است و دوستان را بر او چنین ناز است؟ من چه دانستم که آنچه من می‌جویم میان روح است و عزّ وصال تو مرا فتوح؟

اندر همه عمر من شبی وقت صبح آمد بر من خیال آن راحت روح
پرسید زمن که چون شدی ای مجروح گفتم که زعشق تو همین بود فتوح
توضیحاً اشعار می‌دارد در این تفسیر عارفانه نیز فرقی بین سهم الارث زوج و زوجه نبوده
و هر دو از کل ماترک متوفی یا متوفیه می‌باشد.

* گزیده‌ای از رساله توضیح المسائل حضرت آیت‌الله العظمی آقا سید محسن

طباطبایی حکیم

مسئله (۲۷۷۹) اگر زنی بمیرد و اولاد نداشته باشد، نصف همه مال او را شوهر او و بقیه را ورثه دیگر می‌برند و اگر از آن شوهر یا از شوهر دیگر اولاد داشته باشد، چهار یک همه مال را شوهر و بقیه را ورثه دیگر می‌برند.

مسئله (۲۷۸۰) اگر مردی بمیرد و اولاد نداشته باشد، چهار یک مال او را زن و بقیه را ورثه دیگر می‌برند و اگر از آن زن یا از زن دیگر اولاد داشته باشد، هشت یک مال را زن و بقیه را ورثه دیگر می‌برند. (و زن از زمین، نه از خود آن و نه از قیمت آن ارث نمی‌برد چه آن زمین خالی باشد یا مشغول به بناء و درخت و زراعت و مانند اینها باشد اما از عین هوایی آن مانند بنا و درخت و چوب و آلات ارث می‌برد و اگر وارث قیمت اینها را بخواهد بدهد باید زن قبول کند.

مسئله (۲۷۸۱) اگر زن بخواهد در چیزهایی که از آنها ارث نمی‌برد، مانند زمین خانه مسکونی تصرف کند. باید از ورثه دیگر اجازه بگیرد و نیز احتیاط واجب آن است که ورثه تا سهم زن را نداده‌اند، در چیزهایی که زن از قیمت آنها ارث می‌برد، مانند بنا و درخت آن بدون اجازه او تصرف نکنند و چنانچه پیش از دادن سهم زن، اینها را بفروشند در صورتی که زن معامله را اجازه دهد، صحیح و گرنه باطل است.

توضیحاً اشعار می‌دارد معظم‌له در مسئله ۲۷۷۹ و بخش نخست مسئله ۲۷۸۰ سهم‌الارث زوج و زوجه را مطابق قرآن مجید بیان فرموده‌اند و بخش پایانی مسئله ۲۷۸۰ و مسئله ۲۷۸۱ و همین‌طور مسئله ۲۷۸۲ و ۲۷۸۳ همانند اظهار نظرات برخی از بزرگان و فقها که الحاقاً اضافه شده نظر فقهای امامیه است و در مقابل نص صریح قرآن قابل قبول نمی‌تواند باشد و الحاقات و اضافات فوق‌الذکر به مدلول آیه مذکور عملاً موجبات تزاحم صاحبان ارث بوده و به جهت عدم توانایی لازم در جلب اجازه و رضایت زن یا سایر وراث مرد متوفی مشکلات شرعی نیز در امر اخذ قیمت یا تصرف یا فروش اموال موروثی برای طرفین فراهم می‌نماید که این خود نیز مغایر با منطق قرآن است.

* گزیده‌ای از رساله حضرت آیت‌ا... العظمی آقای سیدابوالقاسم خویی

در رساله توضیح‌المسائل حضرت آیت‌ا... حاج سیدابوالقاسم خوئی در مسئله ۲۷۸۰ آمده است: اگر مردی بمیرد و اولاد نداشته باشد، چهار یک مال او را زن و بقیه را ورثه دیگر می‌برند و اگر از آن زن یا از زن دیگر اولاد داشته باشد، هشت یک مال را زن و بقیه را ورثه دیگر می‌برند.

و زن از زمین خانه و باغ و زراعت و زمین‌های دیگر نه از خود زمین و نه از قیمت آن ارث نمی‌برد و نیز از خود هوایی خانه مانند بناء درخت ارث نمی‌برد، ولی از قیمت آنها ارث می‌برند و همچنین است درخت و زراعت و ساختمانی که در زمین باغ و زراعت و زمین‌های دیگر است.

و مسئله ۲۷۸۱ و ۲۷۸۲ و ۲۷۸۳ نیز در این رابطه است که بخش نخست مسئله ۲۷۸۰ مطابق آیه شریفه ۱۲ سوره نساء ولی بخش پایانی آن مغایر است و علت معلوم نگردید.

* گزیده‌ای از مبحث طارث زن و شوهر از رساله توضیح‌المسائل حضرت امام

خمینی (ره)

مسئله ۲۸۸۹ - اگر زنی بمیرد و اولاد داشته باشد، نصف همه مال را شوهر او و بقیه را ورثه دیگر می‌برند و اگر از آن شوهر یا از شوهر دیگر اولاد داشته باشد، چهار یک همه

مال را شوهر و بقیه را ورثه دیگر می‌برد.

مسئله ۲۷۷۱ - اگر مردی بمیرد و اولاد نداشته باشد چهار یک مال او را زن و بقیه را ورثه دیگر می‌برند و اگر از آن زن یا از زن دیگر اولاد داشته باشد، هشت یک مال را زن و بقیه را ورثه دیگر می‌برند.

و زن از همه اموال منقول ارث می‌برد، ولی از زمین و قیمت آن ارث نمی‌برد و نیز از خود هوایی ارث نمی‌برد مثل بنا، درخت و فقط از قیمت هوایی ارث می‌برد.

*** از رساله حضرت آیت‌الله... حاج سیدابراهیم میلانی (مندرج در صفحه ۴۴۸)**

مسئله ۲۷۷۹ - اگر زنی بمیرد و اولاد نداشته باشد نصف همه مال و شوهر او و بقیه را ورثه دیگر می‌برند و اگر از آن شوهر یا از شوهر دیگر اولاد داشته باشد، چهار یک همه مال را شوهر و بقیه را ورثه دیگر می‌برند.

مسئله ۲۷۸۰ - اگر مردی بمیرد. و اولاد نداشته باشد، چهار یک مال او را زن و بقیه را ورثه دیگر می‌برند و اگر از آن زن یا زن دیگر اولاد داشته باشد هشت یک مال را زن و بقیه را ورثه دیگر می‌برند.

در ذیل مسئله ۲۷۸۰ آمده است: و زن از زمین خانه مسکونی نه از خود زمین و نه از قیمت آن ارث نمی‌برد و احتیاط واجب آن است که در زمین باغ و زراعت و زمین‌های دیگر هم با ورثه میت صلح کند و نیز از خود هوایی خانه مانند بنا و درخت ارث نمی‌برد، ولی از قیمت آنها ارث می‌برد و از درخت زراعت و ساختمانی که در زمین باغ و زراعت و زمین‌هایی دیگر است اگرچه ارث می‌برد، اما چون ارث بردن او از خود اینها یا از قیمت اینها محل اشکال است، احتیاط واجب آن است که در اینها هم با ورثه دیگر صلح نماید.

*** فرازهایی از کتاب «ارث» نکتہ محمدجعفر جعفری لنگرودی**

پیش از بیان ارث زوج و زوجه کلیات و قواعد ذیل را لازم است ذکر کنیم.

الف - هر یک از زوج و زوجه دو فرض دارند یکی کوچک و یکی بزرگ با وجود ولد (یا اولاد) فرض ادنی را می‌برند.

اگر زوج یا زوجه قبل از اینکه ارث ببرند اولاد داشته‌اند و مرده است مثل این است که اولاد نداشته‌اند و فرض اعلی را خواهند برد.

ب - وارث از طریق نکاح (یعنی زوج و زوجه) در عرض وارث به ولأء فرض خود را می‌برد باقی مربوط به سایر ورثه است.

ج - ارث به نکاح با ارث به نسب، منافات ندارد و زوج یا زوجه فقط فرض خود را می‌برد باقی از آن اقارب نسبی است.

د - ارث به قرابت وارث به ولأء با هم جمع نمی‌شوند، ارث زوجین، مقدم بر ارث هر صاحب فرض است.

* از شرایط ارث به نکاح (بند ۳۳۱ - چهارم):

ترکه زمین (اعم از عرصه و زمین بیاض) نباشد و گرنه ارث نخواهد بود.

تبصره: شرط پنجم هم در مورد ارث بردن زوجه هست و آن در مورد ابنیه و اشجار است اگر ترکه بعضاً یا تمام، اشجار و ابنیه باشد فقط از قیمت آنها ارث می‌برد نه، از عین آنها مگر آنکه ورثه دیگر از دادن حق زوجه امتناع کنند که زوجه حق دارد حصه خود را از عین ابنیه و اشجار استیفا کند.

(در مورد حرمان زوجه به شرح بالا در قرآن مجید نصی نیست، بلکه نص قرآنی اقتضاء تساوی زوج و زوجه را در ارث از جمیع ماترک به نسبت فروض آنان دارد) حتی احادیثی هم وفق این آیه بین امامیه وجود دارد، لکن احادیث بیشتر، مدرک حرمان زوجه از زمین و ابنیه و اشجار به شرح مذکور است و فرقی بین اینکه زوجه دارای فرزند باشد یا نه نیست.

بند ۳۳۲ - تبصره: چون احادیث حرمان زوجه به شرح مذکور مخصوص آیه ۱۲ سوره نساء است در صورت تردید در شمول مدلول احادیث، نسبت به پاره‌ای از مسائل باید به دلالت آیه مذکور متوسل شد.

از نظر قانون مدنی هم چون ماده ۹۴۶ جنبه استثنایی نسبت به اصل وراثت زوجین از یکدیگر دارد باید در موارد تردید از ماده ۹۴۶ قانون مدنی تفسیر مضیق کرد.

مثال: اگر وارث، منحصر به زوجه باشد آیا باز ماده ۹۴۶ قانون مدنی اعمال می‌شود و باقی به دستور ماده ۹۴۹ قانون مدنی مربوط به حاکم است؟

استناد به اطلاق ماده ۹۴۹ قانون مدنی یک استنباط لفظی است و استنباط لفظی آخرالدواء است ابتدا باید تعقل و مصالح را پایه محاسبات قرار دهیم.^۱ بند ۳۵۸ با لحاظ داشتن بند ۳۵۷ (در ماهیت خیار).

لازم نیست که اعمال کننده خیار از مال موضوع عقدی (که خیار راجع به آن است) استفاده کند استفاده معنوی هم کافی است بنابراین اگر دین متوفی مستوعب ترکه باشد و متوفی قبل از فوت، زمینی را فروخته بود با حق خیار به مدت دو ماه (در غیر بیع شرط) و پس از وفاتش مدت باقی است و ورثه صلاح می‌دانند که اعمال خیار کنند و زمین را استرداد نمایند چون می‌توانند آن را بیشتر فروخته و مقدار بیشتری از دیون میت را بدهند ولو آنکه چیزی برای خود وراث باقی نماند در اینجا هم حق خیار به ورثه به ارث می‌رسد (ملاک ماده ۲۳۴ قانون امور حسبی)

ماده ۲۳۴ قانون امور حسبی می‌گوید: (ورثه می‌توانند برای اثبات طلب یا حقی برای متوفی اقامه دعوی کنند هرچند بعد از ثبوت حق، چیزی عائد آنها نشود مثل اینکه دین متوفی مستغرق ترکه او باشد)

نتیجه: در این مورد زوجه هم از حق خیار، ارث می‌برد و ماده ۹۴۶ قانون مدنی منصرف از این نمونه است فرق نمی‌کند که به محض فوت مورث، ترکه را ملک ورثه بدانیم یا ندانیم. بند ۳۶۰ - نتیجه - زوجه مطلقاً از حق خیار ارث می‌برد همان طوری که از حق اخذ به شفعه ارث می‌برد. برای اینکه این موضوع شرح لازم را داشته باشد سه صورت ذیل را جداگانه مورد بررسی قرار می‌دهیم:

اول: ارث خیار با وجود دین مستوعب ترکه - سابقاً در بند ۵۳ اثبات کردیم که وجود دین مستوعب ترک، مانع نمی‌شود که ترکه بلافاصله در زمان فوت مورث به ورثه منتقل

۱. ص ۲۱۶ الی ۲۲۶ کتاب ارث.

شود نهایت اینکه مالکیت آنان بر ترکه متزلزل است (۸۶۸ قانون مدنی) تا دین میت را بدهند - در این گونه موارد اگر متوفی در زمان حیات خود زمین را فروخته باشد، با حق خیار در مدت یکسال و خود او در اثناء مدت فوت کرده ورثه (حتی زوجه) از حق خیار ارث می‌برند و با اعمال خیار مقداری مال از ترکه که همان ثمن است به مشتری می‌دهند و زمین را تملک می‌کنند در اینجا:

اولاً - همان‌طور که در بند ۳۵۹ گفته شد ملک مذکور از راه اعمال خیار مستقیماً وارد مالکیت ورثه می‌شود.

ثانیاً - تملک زمین در مورد زوجه (نسبت به سهم‌الارث او) ایجاد اشکال نمی‌کند، زیرا همان‌طور که در شماره ۳۵۸ گفته شد به ملاک ماده ۲۳۴ قانون امور حسبی وراث (از جمله زوجه) زیر عنوان ولایت ورثه بر ترکه این حق را دارند و از این راه می‌توانند در حداکثر ممکن، دیون متوفی را بدهند و تملک زمین از این طریق برای مصرف کردن آن در دیون متوفی ابداً منع قانونی برای زوجه و سایر وراث ندارد و مشمول ماده ۹۴۶ قانون مدنی نمی‌شود و در صورت تردید در مدلول آن از این حیث باید از آن، تفسیر مضیق کرد.

بند ۳۶۱ - دوم اگر دین مستوعب ترکه در بین نباشد و یا دینی اساساً نباشد و متوفی در زمان حیات خود زمین و ابنیه و اشجار خود را به یکی از وجوه ناقله به دیگری منتقل کرده باشد و برای خود، حق خیار قرار داده باشد و با فوت او حق خیار به ارث برسد، از این حق به زوجه او هم ارث خواهد رسید، زیرا اگر ثمن معامله مثلاً پول باشد و این پول عیناً در ماترک وجود داشته است زوجه از آن پول ارث می‌برد. حال اگر ورثه از جمله زوجه بخواهند این ثمن را به مشتری بدهند و مبيع را که زمین است استرداد کنند چون زمین مستقیماً به مالکیت ورثه درآمده است (آن هم از راه ایقاع که اخذ به خیار است) اشکالی به وجود نمی‌آورد، زیرا زوجه پول، ارث برده بود، پول را داد و زمین گرفت و زمین از راه انتقال قهری (ارث) به او نرسید تا مشمول ماده ۹۴۶ قانون مدنی باشد بلکه از راه ایقاع (که عمل ارادی است) به او رسیده است.

همین‌طور است اگر ثمن در زمان حیات بایع (متوفی) به مصرف رسیده یا تلف شده باشد که در این صورت ورثه به استناد ارث خیار، معادل ثمن را از مایملک خود می‌دهند و مبیع را تملک می‌کنند از راه ایقاع، نه از راه انتقال قهری مبیع به ورثه.

بند ۳۶۲ - تبصره - اگر ثمن، بنا یا درخت یا زمین باشد آیا زوجه از خیار در مثال مذکور (بند ۳۶۱) ارث می‌برد؟ (علت سؤال این است که در اینجا نه عین ثمن به زوجه ارث می‌رسد و نه زوجه می‌تواند از مایملک خود چیزی به مشتری جهت استرداد مبیع بدهد).
به نظر ما در اینجا هم زوجه از خیار، ارث می‌برد، زیرا مالکیت سایر ورثه در عین ثمن به علت وجود حق خیار، متزلزل است و زوجه از راه اعمال خیار (که یک ایقاع است) می‌تواند مبیع را به قدرالحصه تملک کند. این یک انتقال ارادی است و ماده ۹۴۶ قانون مدنی صریحاً از انتقال ارادی منع نکرده است.

* فرازهایی از کتاب ترجمه و توضیح (لمعه) جلد سوم، تألیف آقای سیدعلی

حسینی

فصل دوم - در پیرامون سهام و صاحبان آنها

سهام مفروضه در قرآن مجید شش قسم است که عبارتند از:

$$۱ - \text{نصف } \frac{۱}{۲} - ۲ - \text{ربع } \frac{۱}{۴} - ۳ - \text{ثمن } \frac{۱}{۸} - ۴ - \text{ثلثان } \frac{۲}{۳} - ۵ - \text{ثلث } \frac{۱}{۳} - ۶ - \text{سدس } \frac{۱}{۶}$$

قسم اول

قسم اول (نصف) برای چهار طایفه است:

- ۱ - شوهر، در صورت نبودن اولاد برای متوفاه اگرچه اولاد غیرصلبی باشد.
- ۲ - دختر اگر فرزند منحصر باشد.
- ۳ - خواهر پدر و مادر در صورتی که منحصر به فرد باشد.
- ۴ - خواهر پدری در صورتی که منحصر به فرد باشد.

قسم دوم

قسم دوم (ربع) برای دو طایفه است:

۱ - نصیب شوهر در صورت فوت زن با داشتن اولاد.

۲ - نصیب زن با نبودن فرزند.

قسم سوم

(ثمن) برای یک طایفه است و آن زوجه است اگرچه متعدد باشند در صورتی که زوج

دارای فرزند باشد.

اجتماع سهام

۳ - اجتماع نصف با ثمن: مثل آنکه مردی بمیرد و دارای زن و دختری باشد.

۲ - اجتماع نصف با ربع: مانند اجتماع زوجه با خواهری که پدری باشد و نیز مانند

اجتماع زوج و یک دختر.

۶ - اجتماع ربع با دو ثلث: مثلاً هرگاه میت دارای دو دختر و شوهر باشد که در این

صورت سهم شوهر ربع $\frac{1}{4}$ و سهم دو دختر دو ثلث $\frac{2}{3}$ است و نیز مانند آنکه از

میت، زوجه و دو خواهر پدری باقی مانده باشد که سهم زوجه ربع $\frac{1}{4}$ و نصیب دو خواهر دو ثلث $\frac{2}{3}$ است.

۷ - اجتماع ثمن با دو ثلث: مانند آنکه مردی فوت کند و دارای زن و دو دختر باشد.

۸ - اجتماع ربع با ثلث: هرگاه میت دارای زن و مادر باشد که سهم زوجه ربع $\frac{1}{4}$ و

سهم مادر ثلث $\frac{1}{3}$ است و همچنین هرگاه مردی فوت کند و زن کلالة مادری متعدد داشته باشد.

۹ - اجتماع ثمن با سدس: مثل آنکه شخصی بمیرد و دارای زن و پسر و پدر یا مادر

باشد که سهم زن ثمن $\frac{1}{8}$ و سهم پدر یا مادر سدس $\frac{1}{6}$ و باقیمانده از آن پسر است.

صاحبان فرض

سهمی که صریحاً در قرآن مجید معین شده فریضه نامیده می‌شود و سهام مفروضه در

قرآن کریم شش قسم است که عبارتند از همان ۶ موردی که در فصل دوم در پیرامون سهام و صاحبان آنها ذکر گردید با اشاره به آیات ۱۱ و ۱۲ و ۱۷۶ سوره نساء
در مورد سهم زوج: در صورتی که زوجه بمیرد و از خود اولادی نگذارده باشد، زوج نصف ترکه را می‌برد و صراحت ماده ۹۱۳ قانون مدنی در این رابطه است.

در مورد سهم زوجه:

فرض دو وارث، ربع ترکه است.

۱ - شوهر در صورت فوت زن با داشتن اولاد

۲ - زوجه یا زوجه‌ها در صورت فوت شوهر بدون اولاد

قسم سوم

سهم ثمن که در قرآن مجید در یک مورد عنوان شده است:

این قسمت، از آیه ۱۲ سوره نساء گرفته شده است.

ماده ۹۰۱ قانون مدنی می‌گوید: ثمن فریضه زوجه یا زوجه‌هاست در صورت فوت شوهر با داشتن اولاد.

بنابراین هرگاه زوج فوت کند و از خود اولاد بگذارد، اگرچه اولاد از زن دیگرش باشد زوجه او ثمن از ترکه را می‌برد.

هرگاه ورثه میت عبارت از یک دختر و زوجه باشد، سهم زوجه $\frac{1}{8}$ و سهم دختر $\frac{1}{2}$ می‌باشد که مجموع آن دو می‌شود $\frac{5}{8}$ و بقیه آنکه $\frac{3}{8}$ است به عنوان رد به دختر داده می‌شود و زوجه از زیاده محروم است.

هرگاه ورثه میت عبارت از چند دختر و زوجه باشد، در این صورت سهم چند دختر $\frac{2}{3}$ و سهم زوجه $\frac{1}{8}$ و مجموع به $\frac{19}{24}$ می‌رسد و بقیه ترکه $\frac{5}{24}$ به عنوان رد به دخترها داده می‌شود در نتیجه زوجه از زیاده محروم می‌شود.^۱

۱. گزیده‌ای از صص ۱۸۶ الی ۲۰۲.

سهم الارث زوج و زوجه

در مبحث سهم الارث هر یک از زوجین، سهام ارثی آنها همان است که در فصل دوم پیرامون سهام و صاحبان آنها مذکور افتاده است و در تمامی مقاطع همان طور که سهم الارث زوج را از ترکه ذکر کرده سهم الارث زوجه نیز از ترکه می باشد نه از بخشی از آن.

و همچنین در مبحث وضعیت زوجین با هر یک از طبقات سه گانه با اشاره به مواد ۹۱۳ و ۹۲۷ و ۹۳۸ قانون مدنی به شرح فوق از اصل ترکه می باشد و هیچ تفاوتی بین سهام زوج و زوجه مشاهده نمی شود.

در مبحث سهم الارث زوجات متعدد به استناد ماده (۹۴۲ قانون مدنی) می گوید: در صورت تعدد زوجات (ربع یا ثمن ترکه) که تعلق به زوجه دارد بین همه آنان، بالسویه تقسیم می شود.

همان طوری که ملاحظه می شود در این کتاب در مبحث سهم الارث زوج و زوجه عیناً مطابق آیه شریفه ۱۲ سوره نساء سهام هر دو آنان از کل ماترک ذکر شده است، ولی در صفحه ۲۴۸ این کتاب به بحث زیر برخورد می کنیم:

اموالی که زوجین از آن ارث می برند:

اموالی که هر یک از زوجین از آن ارث می برند ذیلاً عنوان می گردد:

- الف - اموالی که زوج از آن ارث می برد: در صورتی که زوجه بمیرد، زوج از تمامی اموال زوجه (اعم از منقول و غیرمنقول) به مقدار سهم الارث معینه (ربع یا نصف) از (ترکه) می برد.
- ب - اموالی که زوجه از آن ارث می برد: نظر مشهور فقهای امامیه بر آن است که زن از زمین ارث نمی برد و از قیمت ابنیه و اشجار و از عین بقیه ترکه ارث می برد.
- و اشاره به متن ماده ۹۴۶ قانون مدنی شده است.

ناگفته نماند در حقوق امامیه چند قول دیگر نیز راجع به ارث زن موجود است که ذیلاً

بیان می گردد:

- ۱ - ارث بردن زوجه از تمام ماترک زوج خود، قول مزبور نادر است.
- ۲ - فرق بین زوجه ذات ولد و غیرذات ولد، بدین نحو که اولی از تمامی ترکه زوج ارث می‌برد و دومی از غیر زمین که این قول را جناب شهید ثانی در شرح لمعه عنوان ساخته‌اند: (زن اگر از شوهر دارای فرزند باشد مانند سایر وراث، از جمیع ترکه ارث می‌برد، بنابر قول مشهور به خصوص میان فقهای متأخر)
- ۳ - زوجه فقط از خانه و مسکن ارث نمی‌برد، ولی در بقیه ترکه نصیب خود را خواهد برد.

۴ - جناب سیدمرتضی بر آن است که زوجه از عین زمین ارث نمی‌برد. بلکه زمین تقویم شده و از قیمت آن به زوجه داده می‌شود.

با توجه به صراحت آیه قرآنی اساساً آوردن این مبحث زاید به نظر می‌رسد، مع الوصف در بند ۱ - ارث بردن زوجه از تمام ماترک زوج خود در اقوال فقهای امامیه آمده است. و جناب شهید ثانی (سهم الارث زن از مال شوهر در صورت دارا بودن فرزند همانند سایر وراث (از جمیع ترکه) ذکر نموده، بنابر قول مشهور به خصوص میان فقهای متأخر) آوردن این مبحث (اموالی که زوجین از آن ارث می‌برند) لذا زاید است چرا که قرآن مجید هیچ‌گونه اشاره‌ای به این تفکیک از مال موروثی نکرده و قطعاً در صورت وجود چنین تفاوتی بین سهم الارث زوج و زوجه در ذیل آیه ۱۲ مذکور با الحاق یک جمله کوتاه به این امر مهم اشاره می‌نمود همچنان که در این آیه چند مرتبه به امر وصیت و دیون متوفی و اینکه هر دو (زوج و زوجه) از اصل ترکه (کل ماترک) سهم می‌برند تأکید دارد و در مقابل این نص صریح اقوال فقهاء آن هم نه با قاطعیت بلکه شاید با روایات بی‌مأخذ و سند غیرمسموع است و از ارزش و اعتباری برخوردار نیست.

* گزیده‌ای از رساله توضیح المسائل حضرت آیت‌ا... شیخ یوسف صانعی

درباره ارث زن و شوهر

مسئله ۲۷۷۲ - اگر زنی بمیرد و اولاد نداشته باشد، نصف همه مال را شوهر او و بقیه را

ورثه دیگر می‌برند و اگر از آن شوهر یا از شوهر دیگر اولاد داشته باشد، چهار یک همه مال را شوهر و بقیه را ورثه دیگر می‌برند.

مسئله ۲۷۷۳ - اگر مردی بمیرد و اولاد نداشته باشد، چهار یک مال او را زن و بقیه را ورثه دیگر می‌برند و اگر از آن زن یا از زن دیگر اولاد داشته باشد، هشت یک مال را زن و بقیه را ورثه دیگر می‌برند، و زن از همه اموال منقول ارث می‌برد، ولی از زمین و غیرمنقول‌های دیگر از عین آنها ارث نمی‌برد و از قیمت هوایی مانند ساختمان و درخت ارث می‌برد و اما ارث بردن زن از قیمت زمین مطلقاً مانند هوایی بعید نیست، بلکه خالی از وجه و قوت نمی‌باشد هرچند احتیاط به مصالحه در خصوص زمین مخصوصاً زمین خانه و بالاخص نسبت به زنی که صاحب فرزند از زوج مورث نباشد مطلوب و نوعی عمل به فتوای معروف بین فقهای شیعه می‌باشد.

مسئله ۲۷۷۴ - اگر زن بخواهد در چیزی که از عین آن ارث نمی‌برد تصرف کند، باید از ورثه دیگر اجازه بگیرد. و نیز ورثه تا سهم زن را نداده‌اند، بنا بر احتیاط واجب نباید در چیزهایی که زن از قیمت آنها ارث می‌برد بدون اجازه او تصرف کنند و چنانچه پیش از دادن سهم زن اینها را بفروشند در صورتی که زن معامله را اجازه دهد، صحیح و گرنه نسبت به سهم او باطل است.

مسئله ۲۷۷۵ - اگر بخواهند بر فتوای معروف که زن از زمین مطلقاً ارث نمی‌برد نه عیناً و نه قیمتاً بنا و درخت و مانند آن را قیمت نمایند باید حساب کنند که اگر آنها بدون اجازه در زمین بمانند تا از بین بروند چقدر ارزش دارند و سهم زن را از آن قیمت بدهند.

مسئله ۲۷۷۶ - مجرای آب قنات و مانند آن حکم زمین را دارد و اجر و چیزهایی که در آن به کار رفته، در حکم ساختمان است.

در تحلیل نظر معظم له: مسئله ۲۷۷۲ و بخش نخست مسئله ۲۷۷۳ مطابق مفاد صریح آیه ۱۲ سوره نساء و در بخش پایانی مسئله ۲۷۷۳: ارث بردن زن از خود زمین را به طور مطلق بعید ندانسته، بلکه آن را قویاً موجه تشخیص و مصالحه نمودن سهم الارث زن

در خصوص زمین مخصوصاً زمین خانه را احتیاطاً مطلوب و نوعی عمل به فتوای معروف بین فقهای شیعه اعلام فرموده اند.

و در مسئله ۲۷۷۴ می‌فرمایند: بنا بر احتیاط واجب کسب اجازه ورثه از زن برای تصرف ماترک یا فروش آن الزامی است و بدون اجازه زن، تصرف ورثه غیرصحیح و معامله نسبت به سهم او باطل است.

و در مسئله ۲۷۷۵ آمده است:

(اگر بخواهند بر فتوای معروف...) و در این مسئله نفرموده‌اند. باید براساس فتوای معروف به این شیوه عمل کنند و مشروط می‌باشد، لذا خواستن و نخواستن امت اسلامی برای اجرای حکم الهی (که عده‌ای بخواهند بر وفق فتوای معروف بین فقهای شیعه عمل کنند و عده‌ای مغایر آن را بخواهند) نمی‌تواند ملاک عمل قرار گیرد و در این مورد حکم صریح آیه مذکوره محلی برای تبعیت از این فتوا و یا آن فتوا باقی نمی‌گذارد و با شرح مراتب مسطور، چنانچه زن در مقام دادن اجازه و یا مصالحه، به کمتر از حکم صریح قرآن (۴ یا ۸ از کل ماترک) راضی نگردد ورثه جز تبعیت و اطاعت از آنچه خداوند امر فرموده، چه تصمیمی می‌توانند اتخاذ کنند؟ چرا که در صورت عدم رضایت زن و کسب اجازه از او، ورثه نباید در ماترک تصرف کنند و معامله انجام یافته نسبت به سهم او نیز باطل است. به عبارت آخری، نظر معظم‌له به طور غیرمستقیم اجرای حکم قرآن است و تحقق تخصیص سهم الارث زوجه از اموال منقول و ابنیه و اشجار را تقریباً غیرممکن تشخیص داده‌اند.

ادامه دارد

نقدی کوتاه بر دادگاه‌های بدوی و تجدیدنظر انتظامی سردفتران و دفتریاران

داریوش بابایی^۱

همان‌گونه که همکاران محترم استحضار دارند، به منظور محاکمه انتظامی سردفتران و دفتریاران اسناد رسمی و سردفتران ازدواج و طلاق هر استان یک دادگاه بدوی، در اداره ثبت استان و برای تجدیدنظر احکام غیرقطعی دادگاه‌های بدوی دادگاه تجدیدنظر در سازمان ثبت اسناد و املاک کشور تشکیل می‌شود.

دادگاه بدوی:

طبق ماده ۳۵ قانون ثبت دارای ۳ عضو اصلی و یک نفر عضو علی‌البدل می‌باشد که به شرح ذیل انتخاب می‌شوند:

- ۱ - یکی از رؤسای شعب مدنی دادگاه استان به انتخاب وزیر دادگستری
- ۲ - یکی از کارمندان مطلع ثبت استان به انتخاب رئیس سازمان ثبت اسناد و املاک کشور.

- ۳ - یکی از سردفتران مرکز استان به انتخاب کانون محل و در صورت عدم تشکیل

۱. کارشناس ارشد حقوق عمومی از دانشگاه آزاد اسلامی واحد بندرعباس و معاون اداره ثبت اسناد و املاک شهرستان بندرعباس.

کانون در محل به انتخاب رئیس سازمان ثبت و اسناد و املاک کشور.

دادگاه تجدیدنظر انتظامی:

حکم دادگاه بدوی انتظامی به متخلف و دادستان انتظامی ابلاغ می‌شود و در صورتی که حکم مورد اعتراض سردفتر یا دادستان باشد (در احکام محکومیت متخلف انتظامی که درجه ۳ و یا بالاتر از آن باشد) سردفتر می‌تواند ظرف مدت ده روز نسبت به آن به دادگاه تجدیدنظر اعتراض نماید. این اعتراض تقدیم دادگاه بدوی انتظامی می‌شود و دادگاه بدوی اعتراض سردفتر را به همراه پرونده مزبور به دادگاه تجدیدنظر انتظامی که مقر آن در مرکز (تهران) می‌باشد ارسال می‌نماید ضمناً مدت اعتراض دادستان به حکم صادره ده روز از تاریخ ابلاغ است. حال ممکن است سردفتر نتواند لایحه دفاعیه مدارک خود را به هر دلیلی ظرف مدت ده روز به دادگاه بدوی ارائه کند. البته این مهلت تا ده روز دیگر قابل تمدید است ولی اگر دادگاه با تمدید موافقت نکند آیا یک دادرسی عادلانه خواهیم داشت؟

همچنین می‌دانیم که دادگاه تجدیدنظر از اعضای ذیل تشکیل شده است:

- ۱ - یکی از رؤسای شعب یا مستشاران دیوان عالی کشور به انتخاب وزیر دادگستری
- ۲ - معاون سازمان ثبت اسناد و املاک کشور در قسمت امور اسناد
- ۳ - یکی از اعضای کانون سردفتران به انتخاب کانون

همچنین اعضای دادگاه‌های بدوی و تجدیدنظر باید حداقل ۱۵ سال سابقه قضایی یا اداری یا سردفتری داشته باشند و سردفتر نباید محکومیت انتظامی درجه ۴ به بالا داشته باشند.

حال در یک بررسی و نقد منصفانه بر این دادگاه‌ها می‌توان به مواردی چنین اشاره کرد:

- ۱ - قانون مصوب سال ۱۳۵۴ سردفتران و دفتریاران با وجود تمام محاسن آن، که حدود ۳۱ سال از تصویب آن می‌گذرد، هنوز بر سبک و سیاق قبلی بوده و بر نظام قضایی قبل از انقلاب استوار است. نمونه بارز آن استفاده از واژه‌هایی نظیر وزیر عدلیه است که در حال حاضر اختیارات وزیر دادگستری به رئیس قوه قضائیه تفویض شده است. نمونه دیگر

آنکه اکنون در سیستم قضایی ما دادگاه مدنی استان وجود ندارد و دادگاه تجدیدنظر جایگزین آن گردیده است، علی‌ای حال هنگام آن رسیده است که قانون ثبت و دفاتر اسناد رسمی به روز شود و اصطلاحاتی که در نظام حقوقی ما جایگاهی ندارند از قانون حذف گردند. البته همه اینها مشروط است بر اینکه قانونی جامع و کامل با استفاده از متخصصان فن وضع گردد و با هر تغییر و تحولاتی به سادگی دچار تزلزل و دگرگونی نگردد.

۲ - از میان اعضای دادگاه‌های بدوی یک عضو هم از میان کارمندان مطلع می‌باشد که توسط ریاست محترم سازمان ثبت انتخاب می‌شود. اگر در این مسئله دقت بکنیم درمی‌یابیم که این عضو دادگاه در تمامی استان‌ها شخص مدیرکل ثبت می‌باشد، حال، اگر به مسیر جریان آیین دادرسی انتظامی سردفتران دقت کنیم متوجه این امر می‌شویم که پس از بازرسی کلی یا رسیدگی به شکوائیه علیه سردفتران و دفتریاران توسط بازرسان ثبت محل یا استان نهایتاً این شخص مدیر کل ثبت می‌باشد که رسیدگی و اظهارنظر نهایی را برعهده دارد و پس از بلامانع بودن گزارش بازرسی برای کارشناسی و رسیدگی به امور اسناد سازمان ثبت ارسال می‌گردد. بنابراین، این سؤال پیش می‌آید که آیا شخصی که در پرونده یک بار اظهارنظر می‌کند برای بار دوم نیز می‌تواند به همان پرونده رسیدگی و نسبت به آن اظهارنظر نماید؟ این موضوع طبق ماده ۲۰۸ آیین دادرسی مدنی از موارد رد دادرسی می‌باشد.

۳ - ایراد دیگری که بر ماده ۳۶ قانون وارد است آن است که شرط سابقه شغلی لازم برای عضویت در دادگاه انتظامی ۱۵ سال قید شده است، در حالی که در ماده ۱۲ قانون دفاتر اسناد رسمی شرط عضویت در هیأت مدیره کانون حداقل ده سال سابقه شغل سردفتری می‌باشد و از آنجایی که یکی از شرایط عضویت در دادگاه تجدیدنظر انتظامی توسط سردفتران عضویت در هیأت مدیره می‌باشد ناگزیر در این خصوص مقررات دچار تعارض و دوگانگی گردیده است و ممکن است تمامی اعضاء هیأت مدیره و کانون کمتر از ۱۵ سال سابقه شغلی داشته باشند، لذا با توجه به مفاد ماده ۳۶ قانون شرط مدت سابقه

شغلی لازم برای عضویت در دادگاه خواهند بود و در نتیجه دادگاه تجدیدنظر انتظامی تشکیل نخواهد شد زیرا یکی از اعضای دادگاه هیأت مدیره کانون سردفتران می‌باشد و بنابراین یکی از مواردی که نیاز به اصلاح در آن احساس می‌شود همین مورد اخیر می‌باشد.

۴ - همان طور که قبلاً بحث شد دادگاه بدوی در مرکز استان‌ها و تجدیدنظر در تهران است و این مسئله باعث بروز مشکلاتی گردیده از جمله آنکه امکان حضور سردفتر در مقام دفاع از خود و یا پیگیری پرونده به سادگی میسر نمی‌باشد و سردفتر یا دفتریار متحمل هزینه زیاد و سرگردانی می‌گردند. نگارنده معتقد است بهتر آن بود که همانند محاکم دادگستری یا مالیاتی، مراجع تجدیدنظر نیز در استان‌ها تأسیس می‌گردید و با توجه به حجم پرونده‌ها در مرکز (مرجع تجدیدنظر) شورا یا مرجعی مانند شورای عالی مالیاتی تشکیل گردد و پرونده‌ای را که دادگاه تجدیدنظر استان‌ها اظهارنظر نموده و نیز احکام قطعی یافته این شورا یا مرجع مربوط به این آراء از باب شکلی که مطابق با قوانین و مقررات و رعایت آیین‌نامه می‌باشد، بررسی نماید و در صورت نقض رأی دادگاه تجدیدنظر پرونده جهت بررسی بیشتر به شعبه هم عرض - اگر در آن استان موجود باشد و اگر نباشد به نزدیک‌ترین استان همجوار - ارجاع گردد.

البته این دادگاه‌ها (بدوی و تجدیدنظر) در سال‌های اخیر از لحاظ موقعیت جایگاه مناسب‌تری یافته‌اند که همین مسأله صاحب‌نظران و مسئولین عالی‌رتبه و دانش پژوهان حقوق ثبت را بر آن داشته که از جهت اصلاح و بهبود این مراجع دست به اقدامات مؤثری بزنند.

منابع و مأخذ:

۱ - قانون ثبت

۲ - مجله کانون شماره‌های ۵۰ الی ۵۲ - نقدی بر آیین دادرسی و دادگاه‌های انتظامی

سردفتران و دفتریاران خسرو عباسی داکانی.

درآمدی بر «وصیت» (بخش دوم)

محمد علومی^۱

پیشتر بیان شد که وصیت عبارت است از اینکه شخصی یک یا چند نفر را برای انجام امر یا امور یا تصرفاتی نسبت به بعد از فوت خود مأمور کند، که وصیت کننده را موصی و شخص مأمور به انجام وصیت را وصی و کسی که برای او وصیت می شود، موصی له نامند و هرگاه موصی در وصیت به وصی اختیار بدهد که برای بعد از وفات خود نسبت به مورد وصیت خویش وصی دیگری معین کند وصایت گویند. وصایت بر دو قسم است؛ وصایت بر اشخاص و وصایت بر اموال، وصایت بر اشخاص یعنی موصی به وصی برای بعد از مرگ خود اختیار نگهداری مولی علیه خویش را بدهد و در مقابل وصایت بر اموال به کار رفته است و وصایت بر اموال یعنی موصی به وصی اختیار اجرای امور مالی خود را بدهد از قبیل پرداخت بدهی ها و وصول مطالبات و رد امانات موجود نزد موصی را به صاحبان آنها و اخراج ثلث و تقسیم ترکه و سایر امور شخصی و تصرف در اموال موصی پس از فوت او می باشد.

وصیت به نفع کسی که معدوم شده و یا هنوز به وجود نیامده است صحیح نیست و اگر موصی به نفع دیگری، که به گمان وصیت کننده زنده می باشد، وصیت کند و بعد معلوم

۱. سردفتر بازنشسته دفتر اسناد رسمی ۳۰۰ تهران.

شود که موصی له در هنگام وصیت فوت کرده است، این وصیت باطل می‌باشد، ولی نسبت به کسی که هنوز به وجود نیامده ممکن است این اشکال تولید شود که آیا برای صحت وصیت، موجود بودن موصی له در حین وصیت لازم است و یا وجود او در حین فوت موصی کافی است. منصور السلطنه عدل عقیده دارد ضرورت وجود موصی له در حین وصیت را می‌توان به طریق ذیل استدلال نمود که وصیت تملیکی، تملیک عین یا منفعت است و مالکیت از صفات وجودیه است که نمی‌تواند قائم به معدوم گردد و حتی قائم بودن آن به معدوم غیر قابل تصور است. بنابراین معدوم نه اهلیت دارد و نه قابلیت تملک.

در کتاب «شرح لمعه» آمده است مادامی که موصی حیات دارد می‌تواند در وصیتش رجوع و عدول نماید اعم از اینکه رجوعش «قولی» بوده مثل اینکه بگوید از وصیتی که نموده‌ام برگشتم و یا بگوید وصیتم را باطل نموده‌ام و یا لا تفعلوا کذا فلان یعنی عملی را که سفارش کرده‌ام به جا نیاورید و یا «فعلی» باشد مثل اینکه عینی را که مورد وصیت قرار داده بوده، فروخته و یا رهن گذارده و نیز موصی می‌تواند با الفاظی از قبیل؛ وصیت را فسخ و به هم زدم یا این مال از آن وراثت من باشد یا هذا میراثی (این مال، ارثیه و ترکه من باشد) یا هذا حرام علی الموصی له (این متاع بر موصی له حرام باشد) و یا وصیت را به هم زده و در آن رجوع کند. بنابراین به طور کلی رجوع از وصیت با اراده موصی محقق می‌شود و عدم موافقت موصی له یا وصی تأثیری در رجوع از وصیت، ندارد و اعلام رجوع از وصیت به وصی یا موصی له لازم نیست.

امام خمینی (ره) در کتاب تحریرالوسیله عقیده دارد چنانچه وصی در زمان حیاتش آنچه را که موصی وصیت کرده بود، به انجام نرساند، حق ندارد کسی را برای انجام آن بعد از مرگش وصی قرار دهد مگر اینکه از موصی در وصیت کردن مأذون باشد و لذا وصی حق ندارد بعد از مرگ موصی خود را عزل و یا امر وصیت را به دیگر تفویض نماید.

به هر حال در احکام اسلامی با توجه به جهات انسانی و اجتماعی داشتن وصیت تجویز و بر آن تأکید شده است. خداوند در قرآن کریم در سوره مائده آیه ۱۰۶ می‌فرماید:

ای کسانی که ایمان آورده‌اید چون مرگتان فرا رسد به هنگام وصیت دو عادل را از میان خودتان به شهادت گیرید و یا از غیر خودتان و هرگاه در سفر بودید و مرگتان فرا رسید اگر از آن دو در شک بودید نگاهشان دارید تا بعد از نماز آنگاه به خدا سوگند خوردند که این شهادت را به هیچ قیمتی دگرگون نکنند.

در بین فقها و علمای اسلامی کسی نیست که در اساس وصیت اشکالی کرده باشد و حتی برخی معتقدند اگر مدیونی برای پرداخت دیون خود وصیت نکند، گناهکار است. در این باب بنا به نوشته‌های فقها و محدثان، اخبار و احادیث زیادی وجود دارد که مسلمانان را ترغیب به وصیت می‌کند و گاه شدت تأکید به اندازه‌ای است که بعضی از فقها با استفاده از اخبار قائل بر وجوب وصیت شده‌اند.

شیخ بهاءالدین عاملی وصیت را به چهار قسمت تقسیم کرده؛ اول وصیت واجبه مانند وصیت کردن جهت پرداخت حقوق واجبه اعم از حق... و یا حق الناس. دوم وصیت مستحبه مثلاً وصیت کردن به مال کم. سوم وصیت حرام مثل وصیت کردن به شراب انگور و یا گوشت خوک و چهارم وصیت مکروه چون وصیت کردن به مال بسیار. در فقه اسلام هیچ‌گونه تشریفات خاصی در امر وصیت پیش‌بینی نشده است، ولی به امر قرآن که می‌فرماید وصیت باید توسط شهادت دو عادل ثابت گردد. به گفته مشهور، نوشته موصی زمانی مورد قبول است که دو شاهد وقوع وصیت را تأیید کنند یا موصی خود به صحت وصیت‌نامه اقرار کند. از این نظر در امر وصیت اعم از وصیت دست‌نویس و یا وصیت رسمی بیشتر دو شاهد معروف (شناخته شده) ذیل نوشته یا سند وصیت را تأیید می‌نمایند. مسلم است که مفاد وصیت‌نامه پس از فوت موصی باید اجرا گردد. پس اگر اصالت آن مورد اختلاف و تردید واقع شود اجرای وصیت دشوار می‌گردد به همین منظور قانون به این دشواری توجه داشته و برای جلوگیری از هرگونه اختلاف نظر و اجرای صحیح وصیت، وصیت‌نامه مقررات خاصی را در تنظیم وصیت‌نامه لازم و ضروری دانسته است. چنانچه در انجام وصیت تشریفات مقرر در قانون رعایت نگردد، موجب بطلان عقد وصیت نخواهد

بود. به موجب حکم شماره ۱۳۰۸/۷/۳۰/۱۶۴۱ دیوان عالی کشور صحت وصیت منوط به تعیین مصرف ثلث نیست و همچنین به موجب رأی شماره ۱۳۰۹/۱۲/۲۶/۶۸۳۰ - احراز اصالت وصیت‌نامه و ثبوت وصیت مستلزم تحقق امری است که وصیت به آن تعلق گرفته است. و به موجب رأی شماره ۵۴۰ مورخ ۵۱/۱۰/۱۳ هیئت عمومی دیوان عالی کشور وصیت‌نامه‌های عادی را در سهم و رأیی که آن را تصدیق کرده‌اند نافذ دانسته و نیز به موجب حکم شماره ۲۵۲۲ مورخ ۸۶/۱۱/۲۱ عدم ذکر فتح وصیت‌نامه‌های قبلی در وصیت‌نامه‌های بعدی که صحت صدور و اصالت آن محرز گردیده و مغایرتی با وصیت بعدی نداشته باشد معتبر است.

هر نوع وصیت اعم از عهدی یا تملیکی ممکن است سری و یا خودنویس و یا رسمی باشد. وصیت‌نامه خودنویس چنانچه دارای تاریخ روز و ماه و سال باشد و به خط و امضاء موصی نوشته شده باشد معتبر بوده اما در وصیت‌نامه سری ممکن است وصیت به خط موصی یا به خط دیگری باشد، ولی باید به امضاء موصی برسد و طبق مقررات قانون ثبت، در محل اقامت موصی در اداره ثبت اسناد به امانت گذاشته و موصی حق دارد هر موقع بخواهد وصیت‌نامه خود را که امانت گذاشته بازپس گیرد و در اینجا لازم به یادآوری است که رویه امانت گذاشتن وصیت‌نامه در ادارات ثبت اسناد تا به حال معمول نشده و کمتر دیده شده که به این رویه عمل شده باشد به موجب مواد ۲۸۴ و ۲۸۵ قانون امور حسبی، افراد و افسران نظامی و کسانی که در ارتش اشتغال به کاری دارند می‌توانند نزد یک نفر هم افسر یا ردیف او با حضور دو نفر شاهد به طور شفاهی وصیت نمایند و به موجب ماده ۲۸۷ همین قانون یکی از گواهان باید محل وقوع وصیت و تاریخ آن را نوشته و موصی و گواهان آن را امضا نمایند. به موجب ماده ۲۹۱ قانون امور حسبی چنانچه وصیتی برخلاف مقررات قید شده در قانون امور حسبی واقع شده باشد، در مراجع رسمی قابل قبول نمی‌باشد مگر اینکه افراد ذی‌نفع در ترکه آن را تأیید نمایند.

به هر حال طبق قانون، وصیت‌نامه وقتی معتبر است که تمام مفاد آن موجود باشد و ادعای فقدان قسمتی و یا تمام وصیت‌نامه در محاکم مسموع نخواهد بود و به موجب رأی

شماره ۵۸۵ مورخ ۱۳۲۶/۲/۲۴ هیئت عمومی دیوان عالی کشور اگر وصی بر طبق وصایای موصی رفتار نکند، ضامن و منعزل است. بنابراین انعزال وصی در صورت وجود جهات قانونی تجویز گردیده است و از مواد ۵ و ۳۶ آیین نامه قانون اوقاف مصوب ۱۳۱۴ تخصیص یا عموم اطلاق ماده ۸۵۹ مزبور استفاده نمی شود. از این رو، انعزال وصی در صورت وجود جهات و موجبات قانونی جایز می باشد.

امام خمینی (ره) احتیاط واجب می داند که پسر وصایت پدرش را رد نکند، ولی قبول وصایت بر غیر پسر واجب نیست و حق دارد وصایت را مادامی که موصی زنده باشد، رد نماید به شرطی که رد را به او برساند - اگر چه احتیاط بهتر آن است که در جایی که موصی از وصیت نمودن غیر تمکین نداشته باشد رد ننماید. پس اگر رد او بعد از مردن موصی یا قبل از آن باشد، ولیکن به او نرسد تا بمیرد وصیت بر وصی لازم می باشد و حق رد ندارد بلکه اگر به او نرسد که او را وصی خود قرار داده است مگر بعد از مرگ موصی، وصایت او لازم است و حق رد آن را ندارد.

در کتاب تحریرالوسیله آمده است اگر خیانت وصی آشکار شود باید حاکم او را عزل نماید و شخص دیگری را به جای او نصب کند یا شخصی امین را به او ضمیمه نماید برحسب آنچه را که مصلحت می داند و اگر ناتوانی وصی در مستقل بودن آشکار شود، باید کسی را جهت مساعدت او به وی ضمیمه نماید و اما اگر از تدبیر و عقل مطلقاً عاجز باشد به طوری که امید به زوال آن (بی تدبیری و ناتوانی) نباشد و بهبودی حاصل نشود مانند پیری که عقل او از کار افتاده، ظاهر آن است که منعزل می شود و باید دادگاه کسی را به جای او نصب کند. امام خمینی (ره) وصی را امین می داند. لذا آنچه را که در دست دارد ضامن نمی باشد مگر اینکه با تعدی یا تفریط باشد ولو اینکه مخالف وصیت باشد پس اگر تلف شود ضامن می باشد.

ادامه دارد

قوانین و مقررات...

تصویب نامه در خصوص تشکیل سامانه اطلاعات املاک و مستغلات^۱

۱ - با هدف ساماندهی بازار زمین و مسکن و جمع‌آوری و یکپارچه‌سازی اطلاعات مربوط به تمام املاک و مستغلات و صدور شناسنامه هوشمند، «سامانه اطلاعات املاک و مستغلات» تشکیل می‌شود.

۲ - کار گروهی متشکل از وزارتخانه‌های مسکن و شهرسازی، بازرگانی، دادگستری، کشور و امور اقتصادی و دارایی زیر نظر کارگروه مسکن حداکثر تا پایان بهمن ماه سال ۱۳۸۷، اقدامات لازم را برای راه‌اندازی و تشکیل سامانه یاد شده در بند (۱) و نیز تعیین ضوابط صدور شناسنامه هوشمند برای تمام املاک و مستغلات کشور انجام خواهد داد. دبیرخانه کارگروه در وزارت دادگستری تشکیل می‌شود.

تبصره ۱ - وزارت مسکن و شهرسازی موظف است، هزینه‌های اجرای سامانه مذکور را از محل اعتبارات یارانه‌ای موضوع ماده (۱۸) قانون ساماندهی و حمایت از تولید و عرضه مسکن - مصوب ۱۳۸۷ - تأمین نماید.

تبصره ۲ - سازمان ثبت اسناد و املاک کشور، شهرداری‌های سراسر کشور، شرکت پست، سازمان ثبت احوال کشور، نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران و همه نهادها و سازمان‌هایی که به نوعی در ارتباط با اراضی و املاک فعالیت دارند، موظف به همکاری

۱. نقل از روزنامه رسمی مورخه ۱۳۸۷/۱۰/۲۴.

برای راهاندازی و فعالیت مؤثر سامانه مذکور می‌باشند.

تبصره ۳- در شهرها و مناطقی که صدور شناسنامه هوشمند املاک و مستغلات آنها به اتمام برسد، ارایه هرگونه خدمات منوط به ارایه شناسنامه هوشمند ملک مورد نظر خواهد بود.

۳- وزارت بازرگانی مکلف است حداکثر تا پایان دی ماه ۱۳۸۷، سامانه ثبت معاملات املاک و مستغلات که جزئی از سامانه املاک و مستغلات مذکور در بند (۱) است را تشکیل و نسبت به اتصال تمامی دفاتر مشاورین املاک دارای پروانه کسب و دفاتر اسناد رسمی به بانک مذکور اقدام نماید به گونه‌ای که امکان اختصاص و پیگیری کد رهگیری معاملات املاک و مستغلات برای آنها فراهم شود.

۴- ثبت هرگونه معاملات راجع به عین یا منفعت املاک و مستغلات اعم از بیع، اجاره، وکالت، هبه، صلح و غیره بدون کد رهگیری در دفاتر اسناد رسمی ممنوع بوده و دفاتر مذکور موظفند در زمان ثبت معاملات ضمن احراز هویت اشخاص حقیقی و حقوقی که به وسیله سازمان ثبت احوال کشور (کدملی) و سازمان ثبت اسناد و املاک کشور (کد اشخاص حقوقی) در اختیار قرار می‌گیرد، کد رهگیری (شناسه) معاملات یاد شده را نیز ثبت نمایند.

تبصره ۱- کلیه دفاتر مشاورین املاک موظفند از تاریخ اتصال به سامانه ثبت معاملات املاک و مستغلات تمامی معاملات را در سامانه مذکور ثبت نموده و کد رهگیری به آنها تخصیص دهند.

تبصره ۲- دفاتر اسناد رسمی موظفند در صورتی که معاملات فوق در دفاتر مشاوران املاک کد رهگیری دریافت نکرده‌اند، هنگام ثبت معامله، آن را در سامانه مذکور وارد نموده و به آن کد رهگیری تخصیص دهند.

۵- وزارتخانه‌های کشور، نیرو، نفت، امور اقتصادی و دارایی و ارتباطات و فناوری اطلاعات مکلفند از ارایه هرگونه خدمات در خصوص آب، برق، گاز، تلفن، مفاصاحساب

مالیاتی و نظایر آن به مالکان، مستأجران یا وکلایی که تاریخ قرارداد آنها پس از پایان دی ماه ۱۳۸۷ بوده و فاقد کد رهگیری باشد، خودداری نمایند.

تبصره ۱- وزارت بازرگانی موظف است امکان استعلام کدهای رهگیری به صورت الکترونیکی و بر خط، توسط دستگاه‌های یاد شده را فراهم نماید.

۶- کلیه ادارات امور مالیاتی موظفند در فرآیند استعلام دفاتر اسناد رسمی برای نقل و انتقال رسمی ملک، کد رهگیری ثبت معامله مذکور در سامانه ثبت معاملات املاک و مستغلات کشور را مطالبه نمایند.

۷- وزارتخانه‌های بازرگانی و دادگستری مکلفند بر حسن اجرای این تصویب‌نامه نظارت و نسبت به گزارش عملکرد ماهانه به کار گروه مسکن اقدام نمایند.

این تصویب‌نامه در تاریخ ۱۳۸۷/۱۰/۲۱ به تأیید مقام محترم ریاست جمهوری رسیده است.

برق مصرفی دفتر اسناد رسمی تجاری نیست

دادنامه

تاریخ: ۸۶/۶/۲۶ کلاس پرونده: ۷۱۶/۸۴/۲ شماره دادنامه: ۸۳۵

مرجع رسیدگی: شعبه ۲ دیوان عدالت اداری (هیئت شعبه)

شاکای: آقای حیدر مهدی پور، فرزند امیرقلی، به آدرس: مسجد سلیمان، چاه نفتی،

دفترخانه اسناد رسمی شماره ۲۰

طرف شکایت: اداره برق شهرستان مسجد سلیمان

موضوع شکایت و خواسته: الزام خوانده به تبدیل برق مصرفی دفترخانه از تجاری با

کد ۵۵۴۰ به خانگی با کد ۱۱۰۰

گردش کار: شاکای دادخواستی به طرفیت خوانده و به خواسته فوق الذکر تقدیم دیوان

عدالت اداری نموده که پس از ثبت کل به شماره ۳۲۰۰۳ - ۸۴/۴/۲۷ به این شعبه ارجاع

گردیده علی هذا این شعبه در وقت فوق العاده به تصدی امضاء کنندگان زیر تشکیل و با

مطالعه محتویات پرونده ختم رسیدگی را اعلام و به شرح ذیل مبادرت به صدور رأی

می نماید:

رأی دیوان

شاکای طی دادخواست تقدیمی به دیوان عدالت اعلام داشته در پلاک ثبتی شماره

۱/۳۳۰۳ بخش یک قطعه یک مسجد سلیمان دفترخانه اسناد رسمی دایر نموده و خود وی

به عنوان سردفتر مشغول خدمت است و به لحاظ اینکه دفترخانه اسناد رسمی عملی غیرتجاری محسوب می‌شود لکن اداره برق شهرستان مسجد سلیمان تعرفه برق مصرفی را تجاری احتساب و اخذ می‌نماید و اینجانب طی نامه‌های مکرر متذکر شده‌ام لکن اجابت نمی‌نمایند و اداره طرف شکایت طی لایحه جوابیه شماره ۲۱۵۱/۱۰ مورخ ۱۳۸۵/۲/۳۱ به عنوان شعبه دوم دیوان عدالت اعلام داشته دفاتر اسناد رسمی برابر بند ۱۶ - ۴ آیین‌نامه تکمیلی تعرفه‌های برق دسته‌بندی مشترکین انشعاب‌های مختلف برق (تصویر پیوست) جزء تعرفه شماره ۵ (سایر مصارف) قرار دارد و از شمول تعرفه تجاری خارج است و تعرفه برق شاکی برابر قبض برق پیوست تعرفه سایر مصارف ثبت گردیده و براساس آن مصرف برق محل دفترخانه ایشان محاسبه می‌شود.

و لاغیر با بررسی مندرجات پرونده نظر به اینکه اداره طرف شکایت برخلاف اظهارات لایحه هیچ برگ پیوستی ضمیمه لایحه خود ننموده است و لکن شاکی با ارائه قبض برق مصرفی مورخ ۸۲/۱۱/۲۸ لغایت ۸۳/۱/۲۷ به شماره اشتراک ۰۱۰۳۲۵۰۱۲۴۴۱۹۷۴ عنوان تعرفه را تجاری محسوب نموده است و سازمان خوانده خود قبول دارد که برق مصرفی محل دفترخانه اسناد رسمی با تعرفه سایر مصارف محسوب می‌گردد، فلذا شکایت شاکی وارد تشخیص و الزام اداره برق شهرستان مسجد سلیمان به اصلاح تعرفه برق مصرفی محل دفترخانه شاکی وفق مقررات صادر و اعلام می‌گردد. این رأی به استناد ماده هفت قانون دیوان عدالت اداری قطعی است.

رئیس شعبه ۲ دیوان عدالت اداری مستشار شعبه ۲ دیوان عدالت اداری مستشار شعبه ۲ دیوان عدالت اداری
میرنقی قاضی پور علی اکبر گوهری امراله گیوی

اصلاح ماده (۹) آیین نامه اجرایی قانون تسهیل تنظیم اسناد در دفاتر

اسناد رسمی

شماره ۲۰۱۶۵۸/ت/۴۰۴۲۲ ک

۱۳۸۷/۱۱/۳

با تصویب وزیران عضو کمیسیون لوایح و به پیشنهاد وزارت امور اقتصادی و دارایی و به استناد ماده (۷) قانون تسهیل تنظیم اسناد در دفاتر اسناد رسمی (مصوب ۱۳۸۵) و با رعایت تصویب نامه شماره ۱۶۴۰۸۲/ت/۳۷۳ هـ به تاریخ ۱۰/۱۰/۱۳۸۶ ماده (۹) آیین نامه اجرایی قانون مذکور، اصلاح شد که عیناً به نقل از روزنامه رسمی کشور یادآور می شود:

وزارت دادگستری - وزارت جهاد کشاورزی - وزارت کشور - وزارت مسکن و شهرسازی، وزارت رفاه و تأمین اجتماعی - وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات - وزارت امور اقتصادی و دارایی - سازمان ثبت اسناد و املاک کشور، وزیران عضو کمیسیون لوایح در جلسه مورخ ۱۳۸۷/۹/۳ بنا به پیشنهاد شماره ۵۸۹۶۹ مورخ ۱۳۸۷/۴/۲۰ وزارت امور اقتصادی و دارایی و به استناد ماده (۷) قانون تسهیل تنظیم اسناد در دفاتر اسناد رسمی - مصوب ۱۳۸۵ - و با رعایت تصویب نامه شماره ۱۶۴۰۸۲/ت/۳۷۳ هـ مورخ ۱۳۸۶/۱۰/۱۰ تصویب نمودند:

ماده (۹) آیین نامه اجرایی قانون تسهیل تنظیم اسناد در دفاتر اسناد رسمی موضوع تصویب نامه شماره ۲۱۲۹۶۲/ت/۳۷۸۹۹ ک مورخ ۱۳۸۶/۱۲/۲۷ به شرح زیر اصلاح می گردد:

ماده ۹ - هرگونه انتقال بلاعوض به نفع دولت و شهرداری ها از پرداخت عوارض و اخذ هرگونه گواهی به استثنای پاسخ استعلام از اداره ثبت اسناد و املاک محل معاف می باشد. این تصویب نامه در تاریخ ۱۳۸۷/۱۱/۲ به تأیید مقام محترم ریاست جمهوری رسیده است.

معاون اول رئیس جمهور - پرویز داودی

تسلیمت

با اندوه فراوان اطلاع یافتیم همکاران ارجمندمان آقایان سیدعلی اصغر میروکیلی، (سردفتر اسناد رسمی ۲۵ یزد)، سیدرضا میروکیلی، (سردفتر اسناد رسمی ۶۶ یزد) و سیدحسین میروکیلی، (سردفتر اسناد رسمی ۵۲۵ تهران)، به سوگ برادر ارجمندشان شادروان مهندس سیدعلی اکبر میروکیلی، رئیس کانون کارشناسان رسمی دادگستری استان یزد نشسته‌اند، ضمن عرض تسلیمت به خانواده معزای میروکیلی به ویژه همکاران گرانمایه‌مان، علو درجات را برای آن مرحوم از درگاه ایزد متعال خواستار است.

مجله کانون

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

- بالا بردن سطح دانش و آگاهی‌های سردفتران و دفتریاران
- فراهم کردن زمینه اجرای بند یک ماده ۶۶ قانون دفاتر اسناد رسمی
- ایجاد رویه واحد در طرز اعمال قوانین از طریق درج نظریه‌های حقوقی و

قضایی

- نقد علمی و تحقیقی در مسائل حقوقی و قضایی
- بحث در قوانین خارجی و شرح و تطبیق آنها
- درج عقاید علمای حقوق و رویه قضایی کشورها
- نشر برخی از قوانین و مقررات رسمی و آراء دادگاه‌ها
- انتشار سخنرانی‌ها و مصاحبه‌های علمی و حقوقی
- رفع مشکلات شغلی و حرفه‌ای سردفتران و دفتریاران

□ مجله از پس فرستادن مقالات ارسالی معذور است.

□ مجله در تلخیص و ویرایش مطالب ارسالی آزاد است.

□ مقالات مجله صرفاً بیان‌کننده آراء و نظرهای نویسندگان است.

□ نقل مندرجات مجله با ذکر مأخذ آزاد است.

دعوت به همکاری

مجله کانون ضمن فراخوان سردفتران، دفتریاران، همکاران ثبتی، پژوهشگران، حقوق‌دانان، صاحب‌نظران و اهل قلم به همکاری، رعایت نکات زیر را در مقالات ارسالی توصیه می‌کند:

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

«برگ» درخواست اشتراک ماهنامه «کانون»

خواهشمند است تعداد..... نسخه مجله «کانون» را برای

اینجانب..... به نشانی:.....

.....

تلفن تماس:..... کد پستی

ارسال فرمایید. هزینه اشتراک طی فیش بانکی

شماره..... به مبلغ..... که اصل آن

پیوست می‌باشد، واریز شده است.



۱ - هزینه اشتراک ۶ شماره ۱۹۲۰۰۰ ریال و ۱۲ شماره ۳۸۴۰۰۰ ریال است.

۲ - هزینه اشتراک را به حساب ۳۴۳۴ بانک ملی شعبه فیابان میرزای

شیرازی کد ۱۶۹ به نام مجله کانون واریز فرمایید.

۳ - فرم اشتراک تکمیل شده را همراه با اصل فیش واریزی به صندوق پستی

۱۱۵۱ - ۱۴۳۳۵ ارسال فرمایید.

۴ - کپی فیش واریزی را تا پایان دوره اشتراک نزد خود نگه دارید.

۵ - در صورت تغییر نشانی در اسرع وقت مجله را مطلع فرمایید.