

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



# کانون

ماهنامه خبری و تحلیلی در زمینه علوم انسانی  
نشریه علمی - تخصصی حقوق  
سال شصت و دوم، دوره دوم، شماره ۱۹۴  
نخستین و تنها ماهنامه تخصصی حقوق سردفتری  
(زمان انتشار: پاییز ۱۴۰۲)

## صاحب امتیاز:

کانون سردفتران و دفتریاران

## مدیر مسئول:

دکتر کامیار شیبیتزاده

## همکاران این شماره:

دکتر سیامک بهارلویی، فرزاد رهنما اشناری، دکتر کامیار شیبیتزاده، محمد عظیمیان،  
لیلا فرجزاده، محمدکرم فروتن، دکتر رضا کریمی منفرد، آیدین لطفاله زادگان،  
محمود محمدزاده، حسین مکاری، دکتر ناصر نایی.

## ویراستاران حقوقی و ادبی: زینب رجیبی، دکتر کامیار شیبیتزاده

## حروفچینی و صفحه‌آرایی: مهدی صالحی طاهری

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

تلفن و دورنگار: ۸۸۷۳۷۸۸۱ - ۰۲۱

کد پستی: ۱۵۸۶۷۱۷۳۱۱

سندوق پستی: ۴۱۹ - ۱۴۳۳۵

www.notary.ir

Kanoon.notary@gmail.com

پایگاه اینترنتی کانون سردفتران و دفتریاران:

نشانی الکترونیکی ماهنامه:

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

تلفن چاپخانه: ۷۷۵۰۲۲۹۷

ISSN: 2008-2851

بها: ۶۰۰.۰۰۰ ریال

## داوران این شماره:

دکتر علی توسلی، دکتر کامیار شیبیتزاده، علی قاسم‌زاده، محمود محمدزاده، احسان معدولیت، دکتر ناصر نایی، صولت یآوری.

## نشانه‌های اختصاری

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

کانون ← کانون سردفتران و دفتریاران	دفاتر ← دفاتر اسناد رسمی
مجلس ← مجلس شورای اسلامی	وزارت کار ← وزارت کار و امور اجتماعی
ناجا ← نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران	سازمان ثبت ← سازمان ثبت اسناد و املاک کشور
بنیاد مسکن ← بنیاد مسکن انقلاب اسلامی	اتوبوسرانی ← شرکت واحد اتوبوسرانی تهران و حومه
وزارت ارشاد ← وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی	وزارت مسکن ← وزارت مسکن و شهرسازی
کمیته امداد ← کمیته امداد امام خمینی (ره)	

اداره کل امور اسناد ← اداره کل امور اسناد و سردفتران سازمان ثبت اسناد و املاک کشور

## فهرست

\* سخن روز / ستمی نامشروع از جنس ستم‌های مشروع گذشته ..... ۷

ناصر ناییبی

\* دیدگاه / سیامک بهارلویی ..... ۱۱

## مقالات

● جایگاه عدالت در نظارت، بازرسی و کنترل عملکرد دفاتر اسناد رسمی (قسمت اول) ..... ۱۷

فرزاد رهنما اششاری

● **پژواک:** تفویض وکالت با تصریح شرط عدم عزل وکیل دوم در آینه آرا دادگاه‌های انتظامی سردفتران و دفتریاران ..... ۴۱

محمد عظیمیان

● امکان سنجی درج خیار شرط در عقود وثیقه‌ای ..... ۴۷

آیدین لطف اله زادگان و رضا کریمی منفرد

● **دریچه:** یادداشتی در خصوص ارائه مشاوره در دفاتر اسناد رسمی ..... ۷۱

لیلا فرج‌زاده

● تحلیل اجتهادی احراز اهلیت و صلاحیت در مقام وضع (قسمت اول) ..... ۸۵

محمد کرم فروتن

● ترجمه: آیا فناوری بلاکچین می تواند باعث انقلابی شگرف در تجارت بین المللی شود؟ ..... ۱۰۳

ترجمه: حسین مکاری

● یادنامه / محمود محمدزاده ..... ۱۲۹

### اخبار، قوانین، مقررات، آرا و گزارش ها

● نظریه های مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضاییه (۳۰) ..... ۱۳۵

دکتر کامیار شبیت زاده (گردآورنده)

● نظریه های مشورتی کمیسیون حقوقی کانون سردفتران و دفتریاران (۱۸) ..... ۱۴۱

● معرفی کتاب ..... ۱۴۵

### ترجمه خلاصه مطالب ماهنامه

عربی ..... ۱۵۳

فرانسه ..... ۱۵۷

انگلیسی ..... ۱۵۹

## ستمی نامشروع از جنس ستم‌های مشروع گذشته

ناصر نایبی<sup>۱</sup>

در حقوق مدنی خودمان، در حیازت مباحات، زمین، مالی مباح بود و (مَن أحياناً أرضاً میتة، فهی له) هرکس، زمین مواتی را احیا می‌کرد، مالکیت آن را به دست می‌آورد. این تملک با آیین و شرایطی چون تحجیر و... حاصل می‌شد. الغرض با توسعه حقوق عمومی، قدرت حاکمیت و حقوق ثبت و حقوق اراضی و... آن قاعده دیگر به تاریخ و ادبیات حقوق ملحق شد و اختیار یک طرفه اشخاص در تملک اراضی، عملاً متروک و ملغی گردید.

در حقوق بین‌الملل نیز ما نهاد مشابهی تحت عنوان Acquisition داشتیم که گروه‌های تحت‌الحمایه یک کشور می‌توانستند در سرزمین‌های تحت سلطه مستقر شوند و اراضی را تصاحب و تحت مالکیت خود و تحت حاکمیت کشور متبوع و حامی خود قرار دهند. خواه اتباع تملک می‌کردند و تحت پوشش حاکمیت متبوع قرار می‌گرفتند و خواه بالعکس!!!

تصاحب سرزمین‌های دیگران به شکل فوق، تا قبل از شکل‌گیری حقوق بین‌الملل مدرن و حتی تا قبل از جنگ جهانی دوم، مشروع بود. سرزمین‌هایی وسیع در قاره آمریکا و آفریقا و بخش‌های وسیعی از آسیا توسط قدرت‌های اروپایی و اتباع تحت حمایت آنها تصرف می‌شدند، بومیان قلع و قمع و یا به بردگی گرفته می‌شدند و با گسیل اتباع و شهروندان خود به مناطق تصرف شده، حاکمیت خود را بر آن مناطق تثبیت می‌کردند. تمامی اقدامات فوق به رغم ماهیت فوق‌العاده ستمگرانه آنها، از حیث حقوقی، مشروع بود و حاکمیت دولت‌ها بر آن سرزمین‌ها و مالکیت اتباع آنها و حتی تجارت بردگان از سرزمین‌های تحت استیلا، براساس حقوق بین‌الملل ماقبل جنگ جهانی دوم، مشروع و قانونی بودند.

اما شوک جنگ جهانی دوم، بشر را به برقراری یک نظام حقوقی جدید، برای تنظیم روابط بین‌المللی و برقراری بستری برای صلح و همکاری متقاعد کرد و از پس آن، انبوهی سازمان و نظام در روابط بین‌الملل پدیدار گردید و جهانی به کلی متفاوت آفرید.

جهان پس از جنگ، متکی بر اصولی حداقلی بود و ممنوعیت بردگی، مشروعیت مرزهای بین‌المللی و الغای روابط استعمار کهن از آن دسته اصول پایه‌ای جهان پس از جنگ بود.

روشن است که این جهان جدید و متفاوت به رغم این همه سازه‌های حقوقی، همچنان با سطحی وسیع از قانون‌گریزی قدرت‌ها مواجه بود. جهان بعد از جنگ به رغم توسعه بی‌سابقه حقوق بین‌الملل، هنوز با یک جهان متکی بر اصول فاصله زیاد داشته و آنچه که منجر به شکل‌گیری مناقشه فلسطین گردید از جمله آن قانون‌گریزی‌ها بود. اقدامات قدرت‌های اروپایی ظرف ۷۵ سال گذشته در گسیل جمعیت‌های خارجی به فلسطین تحت داعیه‌های افراطی مذهبی و آواره نمودن ۱۴ میلیون فلسطینی از سرزمین‌هایشان از آن دسته قانون‌گریزی‌های عریان قدرت‌های بزرگ و از قماش تصاحب سرزمین در عصر استعمار کهن بود. آنها طی جنگ‌های



متعدد، از یک سو فلسطینیان را از سرزمین شان راندند و از سوی دیگر مهاجرین یهود را جایگزین آنها کردند. آنها از این طریق شعبه‌ای از خود در قلب خاورمیانه کاشتند و برای حفظ و توسعه آن، از هیچ اقدامی عدول نکردند. هر گاه نیز که ضرورت یافت هر قاموسی از حقوق بشری را با نهایت خشونت نادیده گرفتند و دردی که در قلب این منطقه نگون بخت نهادند و هر روز هم با تشدید خشونت بر شدتش افزودند. آن دردها تن این منطقه را بیمار و رنجورتر و منقلب تر کرد و ندای صلح عادلانه هم در گوش افراطیون تل‌آویو، حامیان غربی آن و از این سوی افراط سربرآورده از کینه‌های دیرین و تاجران منطقه‌ای آن هیچ‌گاه شنیده نشد و هنوز هم گویی جز امحای آن ۱۴ میلیون آواره نیز هیچ صلحی پذیرفتنی نیست.

حالا هزاران نفر و از جمله هزاران کودک، بی هیچ گناه در کمال قساوت، قصابی شدند و چطور می‌توان انتظار داشت که این کینه‌های بزرگ از خاطره نسل‌های متمادی مردم این منطقه زوده شوند؟ افراط مهلک و خسارت بار موجود در منطقه، آفریده و مخلوق همان نیت پلید میراث استعمار کهن است. آنها ۷۵ سال است بی‌وقفه در تلاش برای امحای ملت فلسطین، در دشت‌های این منطقه بذر کینه کاشتند و همچنان نیز می‌کارند. آنها همچنان با تفکر کهن خود بر اسب خشونت می‌تازند و از طوفان‌های عظیم ناشی از توسعه بشر و توسعه مشرق زمین که در دورنمای جهان به روشنی دیده می‌شود، سخت غافل‌اند؛ مگر شوکی از واقعیت زمین و یا الهامی انسانی به یاری منطقه آید و بنایی پایدار از صلح بسازد، در غیر این صورت و تا هنگام چرخش نهایی موازنه عمومی، این درد بزرگ و رنج‌های منطقه‌ای آن دوام خواهد یافت.



## سخنی با حوزه‌های فخریه علمیه «آیدهم الله تعالی» در باب «سند رسمی»

### سیامک بهارلویی<sup>۱</sup>

عظمت علمی فقاقت شیعه در طول تاریخ همواره بیگانه و آشنا را به احترام و تحسین واداشته است. فقه شیعه خصوصاً در باب معاملات بالمعنی الاعم یکی از ارزشمندترین گنجینه‌های دانش را به بشریت اهدا نموده و جذابیت عمومی این گنجینه مرهون مبانی محکم استدلالی و اشکال و جواب در تمام جزئیات مسایل فقهی حقوقی است، چنانکه دانش حقوق مدنی در دنیای مدرن همواره خود را محتاج این گنجینه بزرگ دانسته و رد پای آن را در منابع مورد استناد آثار حقوق مدنی جدید به سادگی می‌توان دید؛ تا آنجا که قانون مدنی فرانسه در منابع خود تصریح به اقتباس از فقه شیعه نموده است.

آنچه علم فقه امامیه را در عداد دانش‌های مهم و کاربردی روز جهان قرار داده و در صحنه جاری جهان دانش نگه داشته، مبانی انعطاف پذیر داده‌های این دانش با نیازها و مقتضیات جامعه است و وجود مسایلی مانند ناسخ و منسوخ، مستقلات

۱. ریاست کانون سردفتران و دفتریاران استان اصفهان، سردفتر اسناد رسمی ۳۵۲ اصفهان، دکتری حقوق خصوصی، استادیار دانشگاه.

عقلیه، سیره عقلائییه و مانند آنها بهترین دلیل بر مدعای توجه اساسی علم فقه به عرف جامعه است؛ چنانکه توجه به لزوم رعایت تغییرات عرفی و اجتماعی در اندیشه و سیره اجتهادی مرحوم امام خمینی (ره) هویداست.

در دنیای امروز ایجاد نظم عمومی و حقوقی و تامین امنیت سرمایه‌گذاری خصوصا در خصوص املاک از ارکان حاکمیت مطلوب تلقی می‌شود و در سراسر جهان مهم‌ترین مسیر تضمین آن سند رسمی است. متاسفانه حوزه علمیه علی‌رغم ادعای داشتن برنامه برای تمام مسایل حیات این جهانی و آن جهانی بشری و پویایی، سو سابقه متمادی در جبهه‌گیری علیه سند رسمی دارد و در چهار دهه گذشته تقریبا تمامی مبانی اعتبار و ارتقا سند رسمی به وسیله مواضع برخی فقها نابود شده‌اند. شورای محترم نگهبان با اعمال نظر مکرر، اطلاق مواد ۴۸ و ۲۲ ق.ت را که ضمانت اجرای موارد الزام به تنظیم سند رسمی بوده، خلاف شرع اعلام نموده تا آنجا که اعمال نظر آن شورا سرانجام به فاجعه تدوین ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور و اعتبار بخشیدن به سند عادی در برابر سند رسمی منجر شد یا حذف ماده ۱۳۰۹ ق.م و اعتبار دادن مجدد شهادت شهود علیه سند رسمی که شگفتانه افزایش غیرقابل باور شهادت‌های دروغین را در پی داشت و قانون‌گذار را به چاره‌اندیشی واداشت.

بد نیست برای یک بار هم که شده، خسارات غیر قابل جبرانی که از موضع حوزه علمیه علیه سند رسمی به کشور وارد شده - اعم از زمین‌خواری‌های بی‌حساب و تسلط بیگانگان بر اراضی و ابطال میلیون‌ها سند رسمی با شهادت دو فرد ناشناخته یا یک نوشته عادی و آواره شدن میلیون‌ها شهروند بی‌گناه در راه پله‌های دادگستری و افزایش حجم ورودی پرونده‌ها، چنان که کشور ما را در جهان از سکوداران این پلکان شوم قرار داده است - را اعلان عمومی کنیم و پاسخ حوزه علمیه که متولی رسمی فقاقت شیعه است را بشنویم. به راستی ما که مدعی برنامه‌ای پویا و توانمند در حل و فصل نیازهای بشر من البدو الی الختم هستیم،

چگونه نمی‌توانیم راه حلی برای پذیرش سند رسمی که متکی به بنا عقلا و عرف جهانی است پیدا کنیم؟ آیا این شایسته حوزه علمیه است که پس از آنکه یک قرن از پذیرش عقلایی اعتبار سند رسمی و تقدم آن بر اسناد عادی گذشته، همچنان بر اعتبار بیع با ایجاب و قبول لفظی ولو در املاک چند هزار متری و چندین هزار میلیاردی تاکید ورزد و با احراز ظنی تحقق عقد، سند رسمی را ابطال و نظم اجتماعی و اقتصادی را نابود کند؟! چگونه کشورهای مسلمان دیگر مانند مصر و عراق سال‌ها قبل و به سادگی این موضوع را مدیریت کردند و ما هنوز اندر خم کوچه و پس کوچه اعتبار یا بی‌اعتباری شرعی سند رسمی مانده‌ایم؟ ماده ۵۰۴ قانون مدنی عراق که همسایه و هم‌کیش ماست به‌صراحت مقرر نموده است: «بیع العقار لا ینعقد الا بعد ما سجل فی دائره مختصه...»

تاکید مقام معظم رهبری مد ظله العالی در سخنرانی عمومی - و نه خصوصی یا اختصاصی - راجع به لزوم تقدم سند رسمی بر اسناد عادی و سلب اعتبار اسناد عادی در اموال غیرمنقول حکایتی است دردناک و دردناکتر از آن، مقاومت حوزه سنتی در برابر این ضرورت اجتناب‌ناپذیر است و تاخیر و تطویل غیر معمول و نامتعارف مجمع تشخیص مصلحت علی‌رغم تاکید رهبری بر مصلحت قطعیه سند رسمی و سخنان رییس محترم مجمع تشخیص مصلحت که با وجود تاکید رهبر معظم بر نظر قطعی ایشان، سرانجام آب پاکی به دستان قانون‌گذار ریخت و بر همان فجایع قبلی تاکید نمود، خود گویای عمق فاجعه است.

رییس محترم مجمع در سخنان اخیر چنان وانمود فرمودند که گویا رهبر معظم همان‌چه را تا کنون به معنای اعتبار عام عقود اعم از رسمی و غیررسمی وجود داشته تکرار فرمودند و اساسا سخن جدیدی مطرح نفرموده‌اند! ریاست محترم مجمع ای کاش توضیح می‌دادند که اساسا چرا چنین موضوعی باید از زبان رهبری در سخنرانی عمومی مطرح شود و دیگر چه مصلحتی در شرایط فعلی بالاتر از اعتبار سند رسمی برای این جامعه آشفته حال و بیمار وجود دارد؟ آنچه که از این وضع اسفناک در

طول این چهار دهه دستگیر هر داور منصفی می‌شود، آن است که حوزه علمیه از ارائه راه حلی برای پذیرش اعتبار سند رسمی در معاملات اموال غیرمنقول به عنوان یک مصلحت قطعی عاجز است و مبانی فکری و فقهی موجود توان برنامه‌ریزی برای برون رفت از این معضل بزرگ و چهل ساله جامعه ایران را ندارد. امید است با اندیشه روشن اندیشمندان و فقهای بزرگ و دلسوز، این گره پیش از آنکه امیدها از توان یافتن راه حل مسایل حیاتی جامعه ناامید گردد، گشوده شود.



# مقالات





# جایگاه عدالت در نظارت، بازرسی و کنترل عملکرد دفاتر اسناد رسمی

## قسمت اول\*

فرزاد رهنما شناری<sup>۱</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۵/۲۵

تاریخ ویرایش: ۱۴۰۲/۵/۱۵

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۸/۹

### چکیده

سازمان‌ها و ارگان‌های مختلف ممکن است بر اساس اهداف و مأموریت‌ها و... روش‌های خاص کنترل، نظارت و بازرسی را تعریف و اجرا نمایند؛ اما اینکه از بازرسی تعریفی ارائه نشده باشد ممکن است در مرحله اجرا، آن را دچار اشکالاتی کرده، شائبه نادرستی از خود، بنمایاند و همچنین جامعه هدف خود را دچار مشکلات، مسایل و خساراتی کند که جبران آن غیرممکن و یا بسیار سخت و حتی بی‌فایده باشد. وجود معیاری واحد، برای بازرسی از دفاتر، گمشده اصلی این مبحث می‌باشد؛ می‌بایست راه‌کارهایی برای جلوگیری از طرح شکایات واهی و یا متوهمانه وجود داشته باشد، این موارد مغفول مانده مهمی در نحوه بازرسی‌ها از دفاتر اسناد رسمی است.

\* توضیح ماهنامه کانون: به دلیل طول بودن این مقاله، قسمت دوم و سوم به ترتیب در شماره‌های بعد منتشر خواهد شد.

Farzad.rahnama1356@gmail.com

۱. سردفتر دفتر اسناد رسمی شماره ۲۸۰ کرج.

مهم‌ترین بخش بازرسی، رویکرد، رفتار، عملکرد و وظایف بازرسان و تفاوت اساسی و بنیادی آن با وظایف مدعی‌العموم است. قطعاً بازرسی‌ها نیازمند فرآیند بررسی، ارزیابی، نظارت، کنترل و در واقع شیوه‌هایی مدون، به‌روز و مدرن می‌باشند. در واقع با برنامه‌ریزی دقیق و عدالت‌محورانه می‌توان در جهت شناسایی و پاسخ به موقع و اثربخش به نیازهای جامعه و دفاتر اسناد رسمی، در برآوردن موجبات ایجاد و یا تثبیت هر چه بیشتر عدالت رانیز فراهم آورد. عملکرد بازرسان به دلایل شرعی و عقلی باید در راستای اجرای انصاف، عدالت و رسیدن به مرحله دادورزی مانع از انحراف و تخلف منفعت‌طلبان باشد.

واژگان کلیدی: نظارت، بازرسی، دفاتر اسناد رسمی، سازمان ثبت.

## مقدمه

به قطع و یقین می‌توان گفت که عمده دل‌مشغولی سردفتران به عنوان «کاتبین بالعدل» این بوده و هست که علی‌رغم آنچه حسب انجام وظیفه و یا وجدان ایجاد می‌کنند و یکی از عناصر مهم تشکیل دهنده عدالت اجتماعی است، خود در هجوم بی‌امان ناروایی‌ها و بی‌عدالتی‌ها قرار می‌گیرند و با وجود این، هیچ یک از متولیان امر و حتی مقنن حمایت آن‌چنانی (اگر نگوییم هیچ حمایتی) از این نهاد به عمل نمی‌آورند.

عدم تجهیز و بهره‌برداری از سیستم‌های نوین بازرسی، کنترل، نظارت و پایش در نظام اداری ایران، بالاخص بازرسی‌های دفاتر اسناد رسمی به وضوح به چشم می‌خورد که یکی از علل مهم آن گرایش به سیستم سنتی، قدیمی و ناکارآمد «تفتیشی» است؛ این عوامل و موازی‌کاری چند دستگاه نظارتی، موجبات عدم پیشرفت در روند کاری دفاتر اسناد رسمی را به دنبال داشته و خواهد داشت.

سوال اینجاست که کدامیک از سازمان‌ها، ارگان‌ها، بخش‌ها یا قسمت‌ها، اجزا و یا افراد و عناصر در نهادهای اجتماعی و اداری و ساختاری جامعه ما این همه مورد

مداقه و بازرسی و نظارت قرار می‌گیرد، در حالی که هیچ‌یک از آنها (مراجع بازرسی) نظام‌مند و بر اساس شرح وظایفی مشخص و دقیق این مهم را انجام نداده و مآلاً موجبات اجحافی را پدید آورده که کاتبین بالعدل را از ایجاد لوازم و مقدمات عدالت، دور ساخته و نتیجتاً اینکه از همین گام نخست، عنصر عدالت را زیر پا گذاشته و آن را نادیده می‌گیرند. آنچه خطرناک به نظر می‌رسد آن است که عدم تعادل و تناسب بازرسی‌های گوناگون مراجع مختلف، نه تنها، اثربخشی و کارایی بازرسی‌ها و حتی عملکرد دفاتر را کاهش داده یا از بین می‌برد، بلکه موجبات ایجاد نتایج معکوس برای اهداف اصلی بازرسی‌ها و یا عملکرد دفاتر را هم فراهم می‌نماید.

در این مقال (به طور اعم) و مقاله (به طور اخص) برآنیم، به بررسی رویکرد بازرسی، ملاک‌های ضوابط حاکم بر مراجع بازرسی، یا نظم و سیاق رویه حاکم بر آنها (ضمن شناخت شرح وظایف آنها) بپردازیم. در ادامه نیز نحوه اعمال بازرسی، واکاوی نقاط ضعف و قوت آن، ساز و کار اعمال آن، بازدهی این موضوع را در حد توان و شجاعت بررسی کنیم. در نهایت و انتها به این موضوع خواهیم پرداخت که چرا باید به جایی برسیم که نهادی که خود یکی از ارکان‌های کارآمد، درآمدزا، کم‌هزینه و قابل وثوق قوه قضاییه است (ضمن اینکه قدیمی‌ترین و پرسابقه‌ترین نهاد حاکمیتی است که برون‌سپاری شده) و در عین این که مولد و حافظ بهداشت نوین قضایی و به تبع آن عدالت اجتماعی و ارتقا دهنده سطح کمی و کیفی آن می‌باشد، می‌بایست، دادِ عدالت‌خواهی بردارد و ناراضی از وضع بیداد گرانه‌ای باشد که بر سر ایشان آورده شده است.

## ۱- تاریخچه و پیشینه

نهاد بازرسی، در گذشته توسط حاکمان و قدرت‌مداران و نیز در دوران جدید توسط مدیران، از ابزارهای کنترل زیرمجموعه‌های آنها بوده است و در هر دوره، گرچه وظایفی تقریباً مشابه داشته ولی اسامی متفاوت و متنوعی به خود گرفته است.

از زمان خلیفه دوم که نهاد بازرسی نام «حسبه» به خود گرفت تا کنون کم و بیش با همان روش و سیاق به روند خود ادامه می‌دهد، «حسبه» نهادی بود که نظارت کامل بر جامعه اسلامی داشت و حتی به شکایات مردم از ماموران را نیز رسیدگی می‌کرد که مسئول آن را «محتسب» می‌نامیدند که در دوران خلفای عباسی با تغییر نام مواجه شد و نام «دیوان مظالم» به خود گرفت، که ریاست آن را «قاضی القضاة» می‌نامیدند (رضایی‌زاده، ۱۳۸۴: ۱۵۵).

بازرسی در جوامع ایرانی از طاهریان تا حمله مغول به عهده «دیوان اشراف» که وظیفه آن بازرسی دقیق از کارکنان دولتی اعم از کشوری و لشکری بود (بیهقی، ۱۳۸۴: ۱۴۵). اعضای آن را «شرف» و ماموران و جاسوسان آن را «منهی» می‌نامیدند (همان، ص ۶۳۵). گرچه آشکار است این وضعیت تا قبل از مشروطه کم و بیش وجود داشته، ولیکن از دوران صفویه تا آن زمان عنوان خاصی به جز همان عنوان کلی که هر شهری محتسبی داشت و به این امور نیز می‌پرداخت بر بازرسان نهاد نشده بود.

پس از انقلاب مشروطه و آغاز تدوین قوانین مملکتی و ایجاد ادارات، سازمان‌ها، و وزارتخانه‌های گوناگون در سال ۱۳۰۸ «نظام‌نامه هیات تفتیشیه» به تصویب هیات وزیران وقت رسید. چند تن از اعضای این هیات نمایندگان «وزارتخانه ثبت اسناد» بودند، که عده‌ای از اعضای صحیح‌العمل و عالی‌رتبه آن به فرمان شاه در این هیات تعیین می‌شدند؛ رییس این هیات یک وزیر بود که از طرف هیات دولت منصوب می‌شد. این هیات برای رسیدگی به شکایات، کمیسیونی تشکیل می‌داد و براساس نظر آن کمیسیون تصمیمات خود را اعمال می‌کرد.

در سال ۱۳۴۷ با تصویب قانون «تشکیل سازمان بازرسی شاهنشاهی» اداره کل بازرسی وزارت دادگستری که قبلاً تحت عنوان «اداره بازرسی کل کشور» هم فعالیت می‌نمود پدیدار گشت و تا ۱۳۵۷/۱۲/۷ وجود داشت که در این تاریخ به

«سازمان بازرسی کل کشور» (به عنوان اولین سازمان پس از انقلاب) تغییر نام پیدا کرد. (زنجان‌ی و موسی‌زاده، ۱۳۸۹: ۲۵) (راسخ، ۱۳۸۸: ۳۰).

آنچه جالب به نظر می‌رسد حضور نمایندگان وزارتخانه ثبت اسناد در هیات تفیشیه بود که پس از سال ۱۳۱۳ و انحلال آن وزارتخانه و پیدایش «سازمان ثبت اسناد و املاک کشور» همچنان حضور بازرسان ویژه و مخصوص آن به عنوان افراد «صحیح‌العمل» و «عالی‌رتبه» در هیات بود، که دست کم موید این واقعیت و حقیقت است که بازرسی در ثبت اسناد امری کاملاً تخصصی، خاص و حساس است.

## ۲- مفهوم عدالت

مفهوم عدالت یک ایده کلی و مشترک در علوم انسانی مورد بحث و تفسیر بسیاری از نظریه پردازان قرار گرفته است، بنابراین مفاهیم متعددی از عدالت در حوزه‌های علوم انسانی وجود دارد و به سختی می‌توان معنا و مفهومی واحد و یا مشترک از عدالت، که یکی از مفاهیم کلیدی و اساسی در حوزه حقوق و به طور کلی علوم اجتماعی است، دست یافت. گرچه در ابتدا بسیاری، آن را برگرفته و نتیجه برخورداری فردی و اجتماعی می‌انگارند و آن را زمانی برقرار شده می‌دانند که حقوق و مسئولیت‌ها، منصفانه و برابر بین افراد و گروه‌های اجتماعی تقسیم شده باشد، برخی نیز آن را هماهنگی درون اجزا دانسته، که هر جز، طبیعت و حقی داشته که حقش باید داده شود و نتیجه آن را «آزادی» می‌دانند. افلاطون در کتاب جمهور به تفصیل از عدالت سخن گفته است. (افلاطون، ۱۳۴۲: ۳۸) به نظر وی، عدالت، آرمانی است که فقط تربیت یافتگان دامن فلسفه به آن دست می‌یابند و به یاری تجربه و حس نمی‌توان به آن رسید. عدالت اجتماعی در صورتی برقرار می‌شود که هر کس به کاری دست زند که شایستگی و استعداد آن را دارد و از مداخله در کار دیگران بپرهیزد.

## ۱-۲- عدالت از دیدگاه حضرت علی(ع)

می‌توان تعاریف و مصادیق بسیاری از عدالت ارائه نمود لیکن به جهت تسهیل در این گفتمان و جلوگیری از تشتت و تضارب، تعریفی مختصر، که ملهم از کلام خداست از امیرالمومنین آورده می‌شود، ایشان می‌فرمایند: «العدل يَضَعُ الامور مواضعها: عدل آن است که هر چیز را در جای خود قرار دهند.» (شریف الرضی، ۱۳۷۹، ۴۵۲) لیکن با استقرای از سخنان امام(ع) چندین تعریف از عدالت می‌توان یافت که ما به دو نمونه آن اکتفا می‌نماییم.

### ۱-۱-۲- عدالت به معنای انصاف

«و قال فی قوله تعالى: ان الله يأمر بالعدل و الاحسان؛ العدل الانصاف و الاحسان التفضل». ترجمه: «درباره فرموده خداوند: خدا به عدالت و احسان فرمان می‌دهد؛ فرمودند: عدل، انصاف، و احسان نیکی کردن است. (نهج البلاغه، کلمات قصار: ۱۳۱) انصاف به معنای عدالت، و عدالت به معنای انصاف نیز آمده است. فرهنگ عمید، انصاف را به عدل و داد معنا کرده است. لسان العرب می‌گوید: أَنْصَفَ الرَّجُلُ اِیْ عَدْلًا، یعنی وقتی گفته می‌شود: مردی انصاف داد، یعنی به عدالت رفتار کرد. پاره‌ای از حقوق‌دانان بین عدالت و انصاف هیچ تفاوتی نمی‌بینند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۲: ۲/۸۹۴) و نیز جان رالز، اندیشه‌پرداز معاصر، درباره عدالت معتقد است: «اندیشه اساسی در مفهوم عدالت، انصاف است». (جان رالز، ۷۶: ۸۴) باید گفت در معنای عام بین عدالت و انصاف تفاوتی نیست و انصاف به معنای عام، مرادف عدالت به معنای عام است. وقتی گفته می‌شود که خدا را انصاف بده، یعنی در رابطه خود و خدا آنچه را باید، به جای آور و وقتی می‌گویند، داد مظلوم را از ظالم بگیر، یعنی درباره این دو، حق را برجای خود بگذار. (جعفری لنگرودی، پیشین) به نظر می‌رسد امام(ع) با اراده معنای عام، عدالت را به مثابه انصاف دانسته و اما در معنای خاص، انصاف، احساسی از چهره لطیف‌تر عدالت در موارد خاص است و شامل ماسوای برابری

و تعادل می‌شود که به‌طور طبیعی کسی که عدالت را به این معنا به‌کار می‌برد، از مفهوم تساوی و برابری فاصله گرفته و حکمتی را مورد نظر و توجه قرار داده است. رجوع به انصاف، زمانی که اجرای قاعده‌ای عادلانه در فرضی خاص نتایج نامطلوب به‌بار آورد، مورد ایراد قرار می‌گیرد و وجدان اخلاقی، به اصلاح آن تمایل می‌یابد. البته انصاف در معنای خاص را چنین تعریف کرده‌اند: «مجموع قواعدی است که در کنار قواعد اصلی حقوق وجود دارد و به استناد متکی بودن بر اصول عالی و برتر اخلاقی، می‌تواند قواعد حقوقی را لغو کند یا تخصیص دهد».

#### ۲-۱-۲- عدالت به معنای خردورزی

امام (ع) در کلام دیگری عدالت را به گونه‌ای دیگر توصیف کرده، گرچه در مقام تعریف آن نبوده است. فردی از حضرت می‌پرسد که آیا عدالت و دادگری با فضیلت‌تر است یا جود و بخشندگی؟ (دو فضیلت اخلاقی و انسانی) و آن گونه که ما علی (ع) را می‌شناسیم در مکتب و در فلسفه اجتماعی او، عدالت از جود برتر است. در بیان دلیل برتری عدالت، تعریف و وصف آن آمده است: «العدل یضع الامور مواضعها و الجود یخرجها من جهتها العدل سائس عام و الجود عارض خاص فالعدل اشرفهما و افضلهما». (نهج البلاغه، کلمات قصار، ۴۳۷) (شریف الرضی، ۱۳۷۹، ۴۵۲) ترجمه: «عدالت، کارها را در جایی که باید باشد می‌نهد و بخشش آن را از جایش برون می‌کند. عدالت، تدبیرکننده‌ای به سود همگان و بخشش به سود خاصگان است؛ پس عدل، شریف‌تر و با فضیلت‌تر است.» حضرت در جای دیگر همین تعریف را برای عقل ذکر فرموده است: «گویی دادگری و عدالت بین خردورزی و عقل است. و قیل له (ع): «صف لنا العاقل. فقال: هو الذی یضع الشی مواضعه، فقیل فصف لنا الجاهل. فقال: قد فعلت.» ترجمه: «او را گفتند: خردمند را برای ما وصف کن. فرمود: خردمند آن است که هر چیزی را به جای خود

نهد. گفتند نادان را برای ما وصف کن. گفت: وصف کردم» یعنی نادان آن است که هر چیز را بدان جا که باید نهد.<sup>۱</sup>

## ۲-۲- عدالت از دیدگاه علامه طباطبایی

علامه طباطبایی عدالت را چنین تعریف کرده است: «و هی اعطا کل ذی حق من القوی حقه و وضعه فی موضعه الذی ینبغی له». (تفسیر المیزان، ج ۱، ص ۳۷۱) همچنین در جای دیگر در بیان حقیقت عدالت می‌گوید: «حقیقت عدالت بر پا داشتن مساوات است و برقراری موازنه بین امور به طوری که هر چیزی سهم مورد استحقاق خویش را داشته باشد و در همه امور مساوی شوند». (همان، ج ۱۲، ص ۳۵۳) همچنین استاد مطهری در این باره می‌نویسد: «عدالت، عبارت است از اعطای حق به ذی حق یا عدم تجاوز به حق ذی حق». (بررسی اجمالی مبانی اقتصاد اسلامی، ۱۴۰۳ ق، ۱۶) در همه این تعریف‌ها، عدالت، نهادن هر چیز در جایگاه واقعی خود است. بنابراین ما با اکتفا به این تعریف در ادامه بررسی خواهیم کرد که آیا بازرسی‌ها از دفاتر اسناد رسمی واقعا همان «یضع الامور» در جایگاه خود می‌باشد یا خیر؟

## ۲-۳- انواع عدالت

برای اینکه بتوانیم با دیدگاهی یکسان به پدیده عدالت بپردازیم، می‌توانیم عدالت را شامل دو جنبه بدانیم: ۱- عدالت توزیعی ۲- عدالت رویه‌ای.

۱-۳-۲- عدالت توزیعی: مربوط به توزیع منابع، فرصت‌ها و نتایج در جامعه است و هدف، آن است که منابع و فرصت‌ها به طور منصفانه و برابر توزیع شود. حال ممکن است این توزیع بر اساس نیاز یا بر اساس تلاش، توانمندی و یا حتی بر اساس ترتیبی باشد که به نفع ضعیف‌ترین اعضا باشد.

۱. شریف الرضی، محمدبن حسین، (۱۳۷۹)، ناشر: مشهور، قم.



۲-۳-۲- عدالت رویه‌ای: این جنبه از عدالت مربوط به روش و رویه‌هایی است که در جامعه برای تصمیم‌گیری و حل و فصل اختلافات استفاده می‌شود. عدالت رویه‌ای شامل قوانین، نظم و یا نظام قضایی و شبهه قضایی، رفتار اخلاقی و اصول اجرایی ابتدایی عدالت در جامعه است. در این جنبه به آرایه یک فرایند منصفانه و عادلانه برای تصمیم‌گیری و حل اختلاف اهمیت می‌دهد و با دقت نظر بیشتری به آن می‌پردازد، با این حال آنچه مهم به نظر می‌رسد سعی ما در درک منطق بازرسی و رسیدن و یا نزدیک شدن به عدالت است، که در نتیجه، از داشته‌ها و دانسته‌هایمان از عدالت موجود با هر تعریفی، در بازرسی‌ها بهره برده و به دنبال آن باشیم (بر اساس اصول کلی بازرسی‌ها و یا سایر ارزش‌یابی‌های ثبتي). به عنوان مثال چه مواردی را می‌توان به دانسته‌های خود از بازرسی‌ها افزود؟ زیرا هر چه دانسته‌های ما از بازرسی‌ها غنی‌تر باشد، بروز هنر سردفتران اسناد رسمی در تنظیم و ثبت اسناد و در نهایت ایجاد بهداشت قضایی موعود، نمود و نمایش مانا تر و زیباتری از خود به یادگار خواهد گذاشت.

### ۳- ضوابط حاکم بر مراجع بازرسی

قبل از بررسی ضوابط موجود در بازرسی بهتر است مفهوم پایش، نظارت، بازرسی و کنترل اجمالا بررسی گردد تا در نتیجه نهایی از سردرگمی جلوگیری نمایم. با تدقیق در مفاهیم مذکور و تعاریفی که در علم مدیریت، که خاص و منحصر به فرد می‌باشد، می‌توان به تفاوت‌های بنیادین این چهار مفهوم پی‌برد. ما در اینجا ابتدا به مفهوم‌شناسی این چهار عنوان (به اختصار) خواهیم پرداخت.

در تعریفی ساده می‌توان نظارت را مقایسه «هست» با «بایسته و شایسته» دانست. منظور از نظارت، اصلاح امور، اعم از تطبیق جریان عمل با مجموعه

اهداف، برنامه‌ها، روش‌ها، قواعد و یا اصلاح این مجموعه است.<sup>۱</sup> لیکن کنترل عبارت است از: «فعالیتی منظم که ضمن آن نتایج مورد انتظار در غالب استانداردهای انجام عملیات، معین می‌شود. سیستم دریافت اطلاعات طراحی می‌گردد، عملیات پیش‌بینی شده و انجام شده با هم مقایسه می‌گردند. اختلافات و انحرافات مشاهده شده ارزیابی و میزان اهمیت آنها مشخص می‌شوند و سرانجام اصلاحات لازم برای تحقق هدف‌ها و ماموریت‌های سازمان انجام می‌گیرد. با کمی مسامحه، نظارت و کنترل را می‌توان مترادف دانست ولیکن با اندک دقتی مشخص می‌شود که نظارت، بیشتر و غالباً جنبه شکلی داشته و کنترل، امری کیفی و محتوایی دارد». (استونر، ۱۳۷۵:۷۵) اما در پایش یا مونیتورینگ، معیارها، عینی و فرایندها کاملاً آشکار است، شاخص‌های استاندارد شده از قبل معین می‌شوند و نتیجتاً فرصت‌ها و همچنین ابزارهای سنجش و اندازه‌گیری نیز به دست عوامل پایش درسیستم آماده است، فرد مسئول پایش مانند ربات انجام وظیفه می‌کند و قدرت اجرایی و اختیار تصمیم‌گیری ندارد.

«نظارت در لغت به معنای مراقبت در انجام کاری و نیز داشتن نوعی تسلط بر کسی، چیزی و گروهی می‌باشد (دهخدا، ذیل کلمه نظارت). در ادبیات عرب، نظارت یعنی بازرسی و رسیدگی و در اصطلاح برای نظارت معانی مختلفی بیان شده است که دو تعبیر عام و خاص از آن استنتاج می‌گردد. در مفهوم عام، نظارت یعنی بررسی اجرای صحیح قانون در بستر مناسب آن که این قانون هم قوانین بشری و هم قوانین تکوینی و الهی می‌تواند باشد. مفهوم خاص نظارت، با توجه به آنچه که می‌بایست مورد نظارت قرار گیرد تعیین می‌شود عبارت است از مجموعه اقداماتی که مربوط می‌شود به نظارت در راستای تصویب

۱. بررسی نقش مراکز ارزیابی در ترویج فرهنگ نظارت و بازرسی، رویکردی نوین بر مکانیسم‌های نظارت و بازرسی، دکتر اصغر مشبکی و سیدمجتبی محمودزاده، سایت مدیرسرا [www.modirsara.com](http://www.modirsara.com)

قوانین مناسب و در جهت نیل به اهداف عالیه اجتماعی، اقتصادی، سیاسی و فرهنگی و غیره و نیز نظارت بر گزینش کارگزارانی مناسب در جهت پیش برد اهداف مورد تصویب و النهایه نظارت بر عملکرد کارگزاران و تطبیق عملکرد آنها با سیاست‌های تقنینی «مرتضایی، ۱۳۹۰: ۴۴». بر این اساس نظارت در مفهوم خاص خود و در جریان یک برنامه عملیاتی با مشاهده و بررسی چگونگی پیشرفت برنامه مزبور آغاز می‌گردد و سپس با تطبیق آن موضوع با یک وضعیت مناسب و قابل قبول و بایسته ادامه می‌یابد (رضائیان، ۱۳۸۰: ۲۴۰). النهایه بر مدار صحیح واقع شدن آن برنامه عملیاتی و ممانعت از انحراف و در صورت انحراف، اصلاح آن در جهت اهداف تعیین شده به نتیجه می‌رسد.

اما بازرسی، حاصل مصدر و از لغات مصوب فرهنگستان ایران است که اولین بار در سال ۱۳۱۵ در جریان اصلاح قانون تشکیلات عدلیه کشور به جای کلمه «مفتش» اختیار شده و در لغت به معنای واریسی نمودن، جستجو کردن، سرکشی نمودن، بررسی کردن، رسیدگی کردن، سرکشی، بازبینی، بازدید تفتیش نمودن است. در «تحفه العقول» از «ابن شعبه الحرانی، ۱۴۰۴ق: ۱۱» و «احکام السلطانیه» از «ماوردی، ۱۴۱۴ق» به آن «منهیات» می‌گویند. در تعاریفی متفاوت، بازرسی غالباً فعالیت‌هایی منظم و هدف‌دار براساس ماموریت‌های قانونی سازمان نسبت به دستگاه‌های مشمول بازرسی از طریق بررسی آنچه انجام گرفته است و آنچه می‌بایست انجام می‌گرفت، تجزیه و تحلیل عملکرد و تشخیص و تعیین موارد تخلف و انحراف و اعلام موارد تخلف به مراجع صالح را دربر می‌گیرد؛ حتی تعریفی از آن در علم مدیریت، آن را بررسی طراحی محصول، فرایند، خدمت یا تاسیسات یا طراحی آنها و تعیین انطباق آنها با الزامات عمومی بر مبنای قضاوت حرفه‌ای (اظهار نظر تخصصی) می‌داند. اما به نظر می‌رسد در موضوع این مقاله بازرسی فاقد قابلیت ارزشیابی و ارزش گذاری دفاتر است و شاید رویکرد تنبیهی و پسانظارتی بیشتر و آشکارتری بر موضوع دارد.

در اصطلاح حقوقی در کتاب ترمینولوژی حقوق دکتر جعفری لنگرودی، بازرسی را از منظر دادرسی کیفری، مورد تعریف قرار داده و تعریف اداری و یا عام‌الشمول برای آن متصور نشده است؛ اما در کتاب مبسوط در ترمینولوژی حقوق، بازرسی (مفتش) را کسی می‌داند که از طرف وزارتخانه یا موسسه‌ای مامور رسیدگی به عمل کارمندان و کارکنان مربوط به آنان است. اگر تفسیری موسع از این تعریف داشته باشیم کماکان معنای این اصطلاح که از نظر دکتر جعفری لنگرودی بیان شد نه جامع است نه مانع؛ که این ضعف تعریف در خصوص دفاتر اسناد رسمی کاملاً مشهود است. زیرا بر اساس اصول و قواعد حاکم بر حقوق اداری، قوانین استخدامی کشور و تعریفی که از مستخدم در آنها به عمل آمده، بدهاها سردفتر اسناد رسمی و حتی دفتریار، کارمند هیچ وزارتخانه و یا موسسه‌ای (دولتی) نیستند.

به نظر، تعریفی که در دستورالعمل اجرایی مواد ۹۱ و ۹۲ قانون خدمات کشوری آمده است نیز نمی‌تواند برای ایجاد نوعی وحدت ملاک، ایجاد وحدت رویه و مناط عمل برای هدف اصلی این مقاله به دست بدهد، که بتوان در ابتدای امر در امور بازرسی به عنوان ماخذ و فصل‌الخطاب جهت قرار گرفتن در مدار عدالت به آن استناد نمود. زیرا آنچه در مدار عدالت‌خواهی مورد توجه است این واقعیت است که در بازرسی از دفاتر اسناد رسمی، در تمامی مراجع ذی‌صلاح، از وجود نظام‌نامه و یا شیوه‌نامه‌ای واحد و کارآمد که اصول عدالت را رعایت کرده باشد، محروم هستیم.

قسمت «ز» ماده ۱ دستورالعمل مذکور، که به بازرسی پرداخته، بازرسی را تعریف نموده است: «مجموعه فعالیت‌هایی منظم و هدفمندی است که توسط بازرسان به منظور نظارت بر حسن جریان امور و درمقام کشف و شناسایی تخلفات موضوع ماده ۱ قانون صورت می‌گیرد».

در نگاه اول درمی‌یابیم که در اینجا نیز هیچ تعریف، ملاک و ضابطه‌ای

برای تعیین و تشخیص بازرسی در نظر گرفته نشده است، ولیکن در ماده ۲ شرایط احراز بازرسان و تعداد آنها قید شده که تا حدی نقیصه فوق راجبران می‌کند ولی هنوز هیچ تعریفی از بازرسی به ما ارائه نشده است. با بررسی موارد مصرحه در ماده ۲ به این واقعیت می‌رسیم که به کاربردن مفاهیم کلی، مبهم و گاه غیرشفاف در عناوین مطروحه، عرصه را برای اعمال سلائیق شخصی، غیرشفاف و غیر قابل دفاع باز گذاشته است و متأسفانه وجود همین اندک قواعد، قوانین و ضوابط ناقص نیز در سازمان بزرگی همچون سازمان ثبت اسناد و املاک کشور، بازرسی کل کشور، با آن همه حساسیت و اهمیت، خالی است و از این حداقل هم بی‌بهره مانده‌اند.

قابل تذکر است آیین‌نامه فوق منحصراً به موارد رشا و ارتشا اختصاص داشته و اصولاً از تسری آن به موارد دیگر و عناوین ماسوا ممنوع هستیم و نمی‌توان آن را به سایر موارد و عناوین مشابه تعمیم داد و از تفسیر موسع آن نیز می‌بایست خودداری کرد.

همان گونه که گذشت، آشکارتر شد آنچه که با شنیدن کلمه «بازرسی» به ذهن متبادر می‌شود اصطلاحی است که در حقوق جزایی و کیفری ساری و جاری است. آنچه این تبادر را قوت می‌بخشد، مواردی مانند اول: بند الف ماده ۳ قانون اصلاح تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب ناظر بر ماده ۱۵ قانون آیین دادرسی کیفری بوده؛ دوم: موضوعات مطروحه در ماده ۲۱ قانون آیین دادرسی کیفری با لحاظ ماده ۱۸ همین قانون و سوم: بند ۸ ماده ۴ قانون نیروی انتظامی مصوب ۱۳۶۹ است.

در موارد ذکر شده فوق مصادیقی بیان شده که به طور کلی می‌توان آنها را به بازرسی بدنی، بازرسی منازل و بازرسی اشیا تقسیم نمود که در ماده ۹۶ قانون آیین دادرسی کیفری مذکور شرایط قانونی و نکات لازم‌الرعایه آنها بیان شده که با مطالعه این موارد هیچ ملاک و یا مناط عمل برای استفاده از این

موارد و مواد در بازرسی‌های مربوط به دفاتر اسناد رسمی توسط بازرسان ثبت و... ملاحظه نمی‌گردد و تمامی موارد فوق از مورد بحث ما خروج موضوعی دارند.

آنچه باقی می‌ماند و از همه موارد فوق نیز مهم‌تر به نظر می‌رسد «دستورالعمل نحوه نظارت و بازرسی‌های دفاتر مدیریت بر عملکرد و بازرسی سازمان و ادارات بازرسی استان‌ها مصوب ۱۳۹۷» سازمان ثبت اسناد و املاک کشور است.

#### ۴- بررسی دستورالعمل نحوه نظارت و بازرسی مصوب سال ۱۳۹۷

شاید در نگاه اول و غیرکارشناسانه بتوان گفت که وجود دستورالعمل سال ۹۷ نیاز ما را به وجود یک قانون خاص بازرسی و یا آیین‌نامه‌ای به‌روز و پویا مستغنی می‌کند (که این خود بحثی مفصل و مجزا می‌طلبید). آنچه در کوتاه سخن می‌توان گفت و انتقادی گذرا به آن نمود این است که:

**الف-** از لحاظ شکلی و طبق مبانی، قواعد و اصول اولیه حقوق عمومی در تعریف اصطلاحات مربوط به مقررات، صدور دستورالعمل در خصوص ساز و کارهای کاری و سازمانی یک سازمان، اداره و یا ارگان، برای چارت‌بندی و تغییر در وظایف کارکنان و پرسنل می‌باشد و کارکردی درون سازمانی دارد، ولی کارکرد یک قانون حتی آیین‌نامه، نظام‌نامه و یا شیوه‌نامه با آن متفاوت است<sup>۱</sup>.

**ب-** آنچه که در دفاتر اسناد رسمی، ازدواج و طلاق می‌بایست مدنظر بازرسان قرار گیرد، لاجرم در متن این دستورالعمل به صراحت، لحاظ و تبیین نشده است و آنچه بیان شده، وظایف کارمندان زیر مجموعه سازمان ثبت اسناد و املاک را تبیین و روشن می‌نماید و در حیطه اختیارات و وظایف ذاتی دفترخانه

۱. نویسندگان بر آن است که در قسمت‌های بعدی این نوشتار در شماره‌های آتی به تبیین و توضیح این موضوعات پردازد.

مورد استفاده نمی‌باشد. اجمالا می‌توان بیان کرد که ماده ۱ این دستورالعمل به تعریف نه چندان دقیق بازرسی و نظارت پرداخت است و اقدامات ادارات کل ستادی، استانی، واحدهای ثبتی، دفاتر اسناد رسمی، ازدواج و طلاق جامعه هدف این دستورالعمل است و پس از آن، امور زیر را از بازرسان می‌خواهد و بازرسان مکلفانند موارد ذیل را به انجام برسانند:

- ۱- تجزیه و تحلیل اقدامات آنها،
- ۲- تطبیق عملکرد دفاتر با اهداف و تکالیف قانونی آنها،
- ۳- انعکاس نقاط ضعف و قدرت و قوت آنها،
- ۴- بررسی نحوه رفتار کارمندان و افراد زیر مجموعه استخدامی آنها،
- ۵- ارائه پیشنهادات اصلاحی برای آنها،
- ۶- اعلام گزارش جرایم و تخلفات آنها به مبادی ذیربط.

از نحوه نگارش این ماده بر می‌آید که دفاتر اسناد رسمی از بند ۴ فوق خروج موضوعی داشته و مدنظر مقام تصویب‌کننده آن نمی‌باشد. در عمل هم مشاهده کرده‌ایم که از جمیع موارد گفته شده در بند اول، عملکرد دفاتر به هیچ عنوان تا کنون تجزیه و تحلیل نشده و اگر هم شده تاکنون منتشر نشده است. دیگر آن که تبعا عملکرد دفاتر با اهداف، اختیارات و تکالیف آنها که در قوانین مختلف و متفاوت آمده است و آنچه در بند دوم ماده فوق به آن اشاره شده، صورت نپذیرفته است. همچنین است انعکاس نقاط ضعف و قدرت دفاتر که در بند سوم بیان شده؛ در نهایت و فقط بازرسین به مورد ششم پرداخته‌اند، آن هم نه به صورت جامع و مانع و از سال ۹۷ یعنی زمان تصویب این مصوبه، تجزیه و تحلیل‌ها یا تطبیق عملکردها در خصوص دفاتر اسناد رسمی انجام نشده و اگر هم شده باشد در حد نظر مسئولان و بدون اطلاع‌رسانی به دفاتر اسناد رسمی، کانون‌ها و یا جوامع سردفتران و دفترباران می‌باشد.

بند الف ماده ۲ که از نص و فہوای آن نیز مشخص و مبرهن است، با

وظایف و تکالیف دفاتر اسناد رسمی سنخیت و ارتباطی پیدا نمی‌کند؛ زیرا دفتر برنامه و بودجه سازمان ثبت و اسناد و املاک کشور ارتباطی مستقیم و یا حتی غیرمستقیم با دفاتر اسناد رسمی نداشته و ندارد، بنابراین بازرسی‌های مربوطه مشمول دفاتر اسناد رسمی نخواهد بود.<sup>۱</sup>

در خصوص «بازرسی‌های فوق‌العاده»، در بند دوم عبارت «قوه قضاییه» مطلق بوده و هیچ قرینه و یا اماره‌ای که مشخص‌کننده این باشد که کدام قسمت قوه قضاییه مشمول آن است را قید نکرده، ولی از آنجایی که در ملحقات بعدی و جملات بعدی عبارت «معاون قوه» را آورده، می‌توان این برداشت را داشت که عبارت «رییس» در قوه قضاییه به تقدیر گرفته شده است. به نظر می‌رسد مراجع یاد شده در این ماده آن قدر، قدرتمند، قوی و ذی نفوذ هستند که بتوانند بر تمام ادارات و ارگان‌ها و اشخاص و... به عنوان بازرسی، کنترل، نظارت و پایش، اشراف و ورود داشته باشند (ورای از معاون رییس قوه قضاییه و رییس سازمان ثبت اسناد و املاک) که نیازی به طرح این مطلب نبود.

در ماده ۳ از عبارت «مراجع صالح صادر کننده مجوزهای بازرسی» مشخص

۱. ماده ۲ دستورالعمل نحوه نظارت و بازرسی‌های دفتر مدیریت عملکرد و بازرسی سازمان و ادارات بازرسی استان‌ها: «نظارت و بازرسی و رسیدگی به شکایات به یکی از صور زیر انجام می‌شود: الف) نظارت و بازرسی‌های برنامه‌ای: بازرسی‌های برنامه‌ای قبل از پایان هر سال برای سال بعد با رعایت اولویت‌ها و براساس برنامه‌های مدون و منظم تهیه و از طریق دفتر برنامه و بودجه سازمان به تایید ریاست سازمان می‌رسند و بر مبنای طرح و چک لیست‌های تنظیمی اجرا می‌گردند.

ب) نظارت و بازرسی‌های فوق‌العاده: گزارشات و شکواییه‌های واصله از ناحیه دفتر مقام معظم رهبری و قوه قضاییه و کمیسیون اصل ۹۰ مجلس شورای اسلامی و دستورات معاون رییس قوه قضاییه و رییس سازمان؛ پس از ارجاع خارج از بازرسی‌های برنامه‌ای و به صورت فوق‌العاده مورد رسیدگی در دفتر مدیریت عملکرد و بازرسی سازمان و ادارات بازرسی استان‌ها قرار خواهد گرفت.

ج) رسیدگی به شکایات: عبارت است از بررسی قانونی اطلاعات شفاهی و کتبی اشخاص که از طریق پست، تلفن، پایگاه اطلاع‌رسانی، سامانه‌ها و یا از طریق دیگر به دفتر مدیریت واصل می‌گردد. در صورتی که شکایت شفاهی اظهار شود مراتب صورت جلسه و به امضا شاکی می‌رسد. بدیهی است رسیدگی بازرس پس از ارجاع مقام مافوق مقدور خواهد بود. اطلاعات مزبور باید مقرون به دلیل و حاکی از وقوع تخلف یا سو جریان در محدوده صلاحیت سازمان باشند.»



می‌گردد که این مراجع، صرفاً و منحصر عبارت از مدیرکل دفتر مدیریت عملکرد و مدیران کل ثبت استان‌ها می‌باشند و لاغیر.

در نتیجه و با این تصریح، روسای ادارات ثبت اسناد و املاک محل، مجاز به صدور ابلاغ بازرسی دفاتر اسناد رسمی، ازدواج و طلاق نمی‌باشند. این موضوع در ماده ۴ نیز مورد تأکید قرار گرفته و بیان نموده که دفاتر و حتی واحدهای ثبتی در صورت سو جریان از طرف دو مرجع مذکور فوق مورد بازرسی قرار خواهند گرفت<sup>۱</sup>.

در مواد ۵ و ۶ موضوعات بازرسی و حق خارج نمودن اسناد و یا تهیه رونوشت یا تصویر مدارک و اسناد بیان شده و در مواد بعدی تا ماده ۱۸ گرچه ناقص، الزامات، نحوه بازرسی و نیز وظایف بازرسین را مورد اشاره قرار داده است.

ماده ۱۸ هم مانند چند ماده پیش‌تر کاملاً تصریح نموده و اذعان می‌دارد این دستورالعمل و جامعه هدف این بازرسی‌ها غالباً دفاتر اسناد رسمی و یا ازدواج و طلاق نیست؛ لیکن ناگهان در ماده ۱۹ بدون اینکه از قبل شرح وظایف بازرسان را برای بازرسی دفاتر اسناد رسمی همان‌گونه که برای ادارات ثبت اسناد و املاک تشریح نموده باشد، نام دفاتر اسناد رسمی را به میان آورده و اعلام می‌دارد که گزارش و یا نتایج آن پس از تأیید مدیرکل دفتر و یا مدیرکل ثبت استان به دادسرای انتظامی و معاونت امور اسناد اعلام می‌گردد، البته ظاهراً سابق بر تصویب این آیین‌نامه نیز همین‌گونه بوده و در صورت حذف مواد ۱۹ و ۲۰ (که تکرار مکررات می‌باشد و گویی هدف آن بیش‌تر و بالاتر، ایجاد خوف و ترس در دل جامعه هدف است و چیز دیگری از آن به هیچ

۱. ماده ۴ دستورالعمل نحوه نظارت و بازرسی‌های دفتر مدیریت عملکرد و بازرسی سازمان و ادارات بازرسی استان‌ها: «پس از وصول شکایات و اعلامیه‌های مردمی و مراجع قضایی و اداری مبنی بر سو جریان یا تخلف در دفاتر اسناد رسمی یا دفاتر رسمی ازدواج و طلاق و واحدهای ثبتی، حسب مورد مدیرکل دفتر مدیریت عملکرد و بازرسی سازمان و مدیرکل ثبت اسناد و املاک استان موضوع را جهت رسیدگی و عندالاقضا انجام بازرسی‌های لازم به گروه‌های مربوطه در دفتر مدیریت عملکرد و بازرسی و یا اداره بازرسی و رسیدگی به شکایات ثبت اسناد و املاک استان ارجاع می‌نماید.»

ذهنی متبادر نیست) چیزی از دست نداده باشیم. مواد ۲۱، ۲۲، ۲۳ و ۲۴ نیز بیان کلی شرح وظایف بازرسان در قبال واحدهای ثبتی است. اما آنچه می‌توان به آن اشاره نمود این است که در تصویب این دستورالعمل، ویژگی خاص و اصلی تقنین و حتی تنقیح که همانا «حکمت» است فراموش شده و مغفول می‌باشد. پس تا کنون به خواسته خود که رسیدن به پاسخ این سوال است که با توجه به قوانین و حتی قواعد حقوقی موجود «بازرسان چه کسانی هستند و چه وظایفی (بر اساس قوانین)، چه اختیارات و چه تعهداتی در پرتو قوانین داخلی و حتی بین‌المللی (مقاوله‌نامه‌ها و حتی توصیه‌نامه‌های ثبتی در صورت وجود) و قوانین ثبتی و یا قانون دفاتر اسناد رسمی دارند» نرسیده‌ایم. حتی می‌توان پا را فراتر نهاد و به بررسی این موضوع که قوانین و مقررات ثبت اسناد و املاک و آن‌چه مربوط به دفاتر اسناد رسمی ایران است، تا چه حدی در این خصوص منطبق با معیارهای بین‌المللی هستند و نیز در صورت مواجهه با خلا قانونی و یا چالش‌هایی که در آینده، دفاتر اسناد رسمی با آن‌ها روبه‌رو خواهند شد، چه راه‌کارهایی خواهند داشت، پرداخت. همچنین آیا نهاد بازرسی دفاتر اسناد رسمی قابلیت و توانایی ارائه اطلاعات فنی و توصیه‌های لازم جهت تنظیم اسناد (به جز معاونت امور اسناد) را دارا می‌باشد یا خیر؟

ج - با تصویب آیین‌نامه ق.د.ا.ر در سال ۱۴۰۰ این دستورالعمل در مواردی که مخاطب آن دفاتر اسناد رسمی می‌باشد، کاربرد و یا کارکرد خود را از دست داده است. زیرا مقام و مرجع تصویب این دستورالعمل ریاست وقت سازمان ثبت اسناد و املاک بوده و لیکن آیین‌نامه ق.د.ا.ر مصوب سال ۱۴۰۰ و اصلاحیه‌های بعدی آن، توسط رییس قوه قضائیه تصویب و امضا شده است و پر واضح است در صورت تعارض، مغایرت یا تضاد دستورات دو مقام که یکی مافوق دیگری باشد، دستورات مقام مافوق قابلیت اجرا دارد.

## ۵- مواد ۶۵ تا ۶۸ آیین‌نامه قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران مصوب سال ۱۴۰۰

با تصویب و ابلاغ آیین‌نامه فوق به نظر می‌رسید بسیاری از کاستی‌ها و ضعف‌ها و یا رفع نقاط تاریک و غیرقابل اجرا موجود در قوانین دیگر ترمیم یافته باشد، ولیکن حداقل در این مواد (درموضوع این مقاله) گویی سیاق ماده ۷۳ قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۵۴ و آیین‌نامه آن به خصوص در مواد ۲۰ تا ۲۲ و همچنین کد ۸۱۷ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی<sup>۱</sup> را تکرار نموده و توسل به بندهای ۱۳۱ و ۱۳۲ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی در مواردی که هنوز قابلیت اجرایی دارد را ملاک عمل و اعمال بازرسی در دفاتر می‌داند، به نحوی که چنانچه فرضاً این مواد را کلاً نادیده بگیریم کماکان تغییری در مساله ایجاد نخواهد شد و صرفاً تکالیفی که وفق سایر قوانین به دفاتر اسناد رسمی مربوط و موجود بوده است، مورد تأیید مجدد قرار گرفته است. البته قسمت‌هایی از بندهای ۱۳۱ و ۱۳۲ مذکور نیز که با اجرایی شدن سیستم ثبت آنی منسوخ و یا غیر قابل اجرا می‌باشد نیز در این مواد دیده نشده و نسبت به اصلاح آنها نیز اقدامی صورت نپذیرفته است و فقط در پاره‌ای موارد اقدام به تشدید تنبیهات نموده است. بنابراین به نظر می‌رسد که در تدوین این مواد و یا حتی در زمان اصلاح آیین‌نامه، این امر از چشم تیزبین بررسی‌کنندگان و مقنن نمی‌بایست دور می‌ماند و با نظر به سایر قوانین و براساس استانداردهای نوین

۱. کد ۸۱۷ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی: «تذکره به بازرسان دفاتر اسناد رسمی و ازدواج و طلاق به اظهارنظر و ذکر مستند قانونی تخلف یا عدم تخلف سردفتر

نظر به اینکه اغلب بازرسان اعزامی به دفاتر اسناد رسمی و ازدواج و طلاق، مستند تخلف یا عدم تخلف سردفتر مربوطه را در صورت مجلس بازرسی و اظهارنظرهای خود اعلام نمی‌دارند و همچنین این امر علاوه بر مکاتبات بعدی، بعضاً موجب اعتراض سران دفاتر می‌گردد لذا دستور فرمایید مراتب را به تمامی ادارات حوزه تابعه ابلاغ تا به کلیه بازرسان تذکر داده شود در صورت مجلس‌های تنظیمی، مستند قانونی تخلف یا عدم تخلف سردفتر را بدون ابهام و با اظهارنظر صریح قید نمایند.

بخشنامه شماره ۱/۳۴/۲۸۵۴۱ مورخ ۱۳۸۰/۸/۲۳ سازمان ثبت»

بازرسی و با مطالعه تطبیقی و امعان نظر به واقعیت‌های موجود در دفاتر، تمامی نقاط ضعف و آنچه فراخور ثبت آنی و سیستم جدید ثبت و تنظیم اسناد هست مدنظر قرار می‌گرفت و یا آنچه که مانع سرگردانی و فترتی که گریبان‌گیر بازرسان و سران دفاتر است را به طور کلی ریشه کن می‌کردند و نیز با بهره‌گیری از مقوله نوینی به نام «آیین‌بازرسی‌ها» که شبیه آیین دادرسی بوده و دقیق، کارآمد، حافظ حقوق و تکالیف سردفتران و بازرسان و بدون خدشه به آزادی‌های آنان بوده و با بیان کلیات و جزئیات به نحو دقیق و کاربردی، این امر خطیر و حساس را به سرانجام می‌رساندند.

بنابراین می‌بایست هدف از تصویب این آیین‌نامه‌ها و یا قوانین، پذیرفتن واقعیت‌های اجتماعی و عرفی و تعیین تکلیف برای انبوهی از مشکلات، مسایل و بحران‌ها و یا راه‌های برون‌رفت از آنها باشد که روزانه گریبان‌گیر بازرسان و دفاتر اسناد رسمی است، نه در پیش گرفتن راهی که از واقعیت‌های ملموس و تعیین‌کننده دور مانده است. زیرا با وجود این‌گونه بی‌توجهی به مشکلات، دفاتر اسناد رسمی و بازرسان قطعاً نخواهند توانست از تمام مزایا و یا قابلیت‌های بالقوه خود استفاده نمایند، چه این‌که قوانین گذشته قابلیت‌هایی را که شایسته آنها بود را پیش‌بینی و ملاحظه ننموده است؛ به طور مثال می‌توانست با تدوین آیین‌بازرسی‌ها از ورود دعاوی و شکایات واهی، بلاوجه، فاقد اثر و یا متوهمانه، که وقت و هزینه‌های بسیاری از بازرسان و دفاتر را به خود صرف نموده است جلوگیری نماید.

#### ۶- ماده ۲۶۸ قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۹۴

وفق این ماده چنانچه تکالیفی به موجب قوانین و مقررات مالیاتی به سبب معاملات در دفترخانه انجام می‌شود رعایت نگردد، دادستان انتظامی مالیاتی صلاحیت پیگیری آن را داشته و نظر به صراحت این ماده و اشاره صریح ماده ۶۸

آیین نامه ق.د.ا.ر مصوب سال ۱۴۰۰ در صورت احراز عدم رعایت موارد، گزارش این تخلف مستندا (ادعانامه) به مرجع صلاحیت دار یعنی دادسرای انتظامی سردفتران، تقدیم خواهد شد. حال ممکن است به همین گزارش بسنده شود و یا با درخواست دادستان انتظامی و همچنین به تشخیص مرجع مذکور با ادای توضیحات لازم، به آن رسیدگی شود. در واقع در این فقره نیز ملاحظه می گردد دادستان انتظامی مالیاتی همچون سایر بازرسان و یا مراجع بازرسی در صورت احراز تخلف، گزارش و ادعانامه خود را به دادسرای انتظامی سردفتران ارائه نموده تا پیگیری و به اصطلاح تعقیب از طریق دادسرای انتظامی صورت پذیرد و دادستان انتظامی مالیاتی، صالح برای صدور کیفرخواستی که به دادگاه انتظامی سردفتران و دفترباران تقدیم می گردد، نیست.

## ۷- سازمان بازرسی کل کشور

این سازمان از نهادهای مولود انقلاب است که وابسته به دستگاه قضایی می باشد. نظارت و بازرسی با هدف پیشگیری و بازدارندگی و به منظور کشف تخلفات و انحرافات احتمالی، امری است که در تامین سلامت جریان امور کشور و حسن پیشبرد امور ضروری است. سابقه چنین تشکیلاتی قبل از انقلاب به اداره کل بازرسی وزارت دادگستری (زرنگ، ج ۲، ۱۲۷) و دفتر بازرسی شاهنشاهی (همان، ۲۰۴ و ۲۰۵ و ۲۰۶) برمی گردد.

سازمان بازرسی کل کشور از آن جهت که جزو بدنه قوه قضاییه و از استقلال و اقتدار نسبتا فراوانی برخوردار است، تفاوت های اساسی و ذاتی با نهادهای بازرسی سابق دارد. از این جهت، چنین سازمانی را باید نهادی برآمده از اهداف و آرمان های انقلاب و ضامن صحت جریان امور کشور دانست. سازمان بازرسی کل کشور، نخستین نهادی بود که بعد از انقلاب راجع به آن قانون گذاری شد. لایحه قانونی تشکیل سازمان بازرسی کل کشور، تحت ریاست وزیر دادگستری

در مورخه ۷ اسفند ۱۳۵۷ به تصویب شورای انقلاب رسید و به موجب ماده ۹ این قانون، اداره کل بازرسی وزارت دادگستری و سازمان بازرسی شاهنشاهی منحل و به وزارت دادگستری ملحق گردیدند. به این ترتیب سازمان بازرسی کل کشور قبل از تصویب قانون اساسی و تشکیل دیگر نهادهای حکومت به موجب لایحه مزبور تشکیل شد.

با تصویب قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، اصل ۱۵۶ نظارت بر حسن اجرای قوانین را در ردیف سایر وظایف قوه قضاییه قرار داد و اصل ۱۷۴ چنین مقرر نمود: «بر اساس حق نظارت قوه قضاییه نسبت به حسن جریان امور و اجرای صحیح قوانین در دستگاه‌های اداری، سازمانی به نام سازمان بازرسی کل کشور زیر نظر رییس قوه قضاییه تشکیل می‌گردد. حدود اختیارات و وظایف این سازمان را قانون تعیین می‌کند».

قانون تشکیل سازمان بازرسی کل کشور در مورخه ۱۹ مهر ۱۳۶۰ و آیین‌نامه اجرایی در مورخه ۹ آذر همان سال به تصویب رسید و در اجرای اصل مذکور، وظایف و اختیارات سازمان بازرسی را در ماده ۲ خود به شرح زیر مقرر نمود: طبق ماده ۶ این قانون هرگاه در جریان بازرسی، تعقیب جزایی ضرورت پیدا کند، مراتب به پیشنهاد بازرسی یا رییس هیات بازرسی از طریق سازمان به واحدهای قضایی محلی اعلام و تا حصول نتیجه پیگیری خواهد شد و در صورتی که خود دادستان یا حاکم شرع مورد تعقیب قرار گیرند، مراتب سریعا به رییس قوه قضاییه گزارش تا دستور لازم صادر شود. البته آخرین آیین‌نامه اجرایی آن در مورخه ۱۳۹۸/۳/۲۵ تصویب شده است.

در نظام حقوقی ایران، وظیفه سازمان بازرسی کل کشور نظارت بر حسن جریان امور و اجرای صحیح قوانین در دستگاه‌های اداری تعریف شده است.<sup>۱</sup> بر خلاف این تصریح قانونی، ابهام در مفهوم حسن جریان امور موجب شده تا

۱. ماده ۲ قانون تشکیل سازمان بازرسی کل کشور.

حدود قلمرو وظایف نظارتی این سازمان همواره محل مناقشه باشد. نظارت بر اجرای شاخص‌های الگوی حکمرانی خوب به عنوان ساز و کار موثر و کارآمد مبارزه با فساد و ارتقای سلامت اداری معرفی می‌شود و می‌توان سازمان بازرسی را نهاد ناظر بر اجرای شاخص‌های الگوی حکمرانی خوب در دستگاه‌های اداری کشور معرفی کرد. دو وظیفه بنیادین نظارت بر حسن جریان امور و اجرای صحیح قوانین، که بر اساس اصل ۱۷۴ قانون اساسی به عهده سازمان بازرسی کل کشور گذاشته شده، دربرگیرنده اجرای شاخص‌های حکمرانی خوب می‌باشد. سازمان بازرسی کل کشور، در چهارچوب صلاحیت و وظایف خویش، هرگاه بازرسی از واحد اداری یا نهادی را لازم بداند بازرس یا هیاتی از بازرسان و کارشناسان را اعزام تا گزارشی از مسایل مورد بازرسی تهیه نمایند. علاوه بر این، سازمان بازرسی ممکن است خود راسا اقدام به بازرسی از ادارات یا نهادهایی که تشخیص می‌دهد، بنماید؛ که دفاتر اسناد رسمی مستثنا از این بازرسی‌ها نیستند ولیکن با توجه به صلاحیت عام بازرسی کل کشور و آنچه که در سایر قوانین آمده، بازرسان این سازمان به انحای مقتضی به این امر مشغول خواهند بود و در صورت ملاحظه و احراز تخلف، گزارش آن را به اداره یا سازمان ثبت اسناد و املاک ارائه نموده و خواستار رسیدگی و تعقیب انتظامی متخلف، از داسرا انتظامی و مزی امور خواهند داشت.

«پایان قسمت اول، ادامه در شماره‌های ۱۹۵ و ۱۹۶»





## تفویض وکالت با تصریح شرط عدم عزل وکیل دوم در آینه آرا دادگاه‌های انتظامی سردفتران و دفترباران

محمد عظیمیان<sup>۱</sup>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱/۷

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱/۱۴

مطابق ماده ۶۵۶ قانون مدنی: «وکالت عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین، طرف دیگر را برای انجام امری نایب خود می‌نماید»<sup>۲</sup> و بر اساس ماده ۶۶۷ قانون مدنی، حدود اختیارات وکیل چنین توصیف گردیده است: «وکیل باید

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

۲. اصل عدم ولایت اشخاص بر یکدیگر است و از اصل عدم ولایت و نیابت سه نتیجه قطعی استنباط می‌گردد: الف- وکالت مطلق فقط مربوط به اداره کردن اموال موکل خواهد بود (ماده ۶۶۱ قانون مدنی). ب- هر چند در ماده ۶۷۲ ق.م.مقرر گردیده که وکالت در هر امر مستلزم وکالت در لوازم و مقدمات آن نیز هست ولی در تعیین لوازم و مقدمات وکالت باید به قدر مقیقن اکتفا کرد. ج- طبق ماده ۳۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور مدنی) تصریح به اختیارات وکیل در هر یک از چهارده بند ذیل ماده مرقوم الزامی است.

\* توضیح ماهنامه کانون: مناسفانه این آخرین همکاری با عنوان پژواک از مرحوم محمد عظیمیان با این ماهنامه می‌باشد، از خداوند بزرگ طلب مغفرت و علو درجات را برای آن استاد فرزانه خواستاریم.

در تصرفات و اقدامات خود، مصلحت موکل را مراعات نماید و از آنچه که موکل بالصراحه به او اختیار داده یا بر حسب قرائن و عرف و عادت داخل اختیار اوست، تجاوز نکند.» ضمناً وفق ماده ۶۷۹ قانون مدنی: «موکل می‌تواند هر وقت بخواهد وکیل را عزل کند، مگر اینکه وکالت وکیل یا عدم عزل در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد.»

با این وصف، منطوق مواد قانونی مرقوم دارای سه حکم کلی است. اول اینکه، اصل بر جواز اعطای وکالت است مگر مواردی که استثنا شده باشد. دوم، اختیارات وکیل محدود به موارد مصرح در وکالت‌نامه یا مواردی است که بر حسب قرائن و عرف و عادت داخل اختیار وکیل است. سوم، حق عزل وکیل برای موکل، اصل است و استثنای آن شرط وکالت وکیل یا عدم عزل ضمن عقد لازم می‌باشد.

با توجه به سهل الوصول بودن سند وکالت از یک طرف و سخت‌گیری‌های بعضاً بی‌مورد در فرایند تنظیم اسناد معاملات از طرف دیگر، رغبت به سمت تنظیم اسناد وکالت در سال‌های اخیر تشدید شده و براساس آمارهای رسمی، معمولاً اسناد وکالتی در رتبه اول قرار می‌گیرند و لذا با جایگزینی وکالت، طرفین عقد با فروگذارن احکام وکالت در قالب‌های بایع و مشتری، مصالح و متصالح، واهب و متهب، موجر و مستاجر و... تعهداتی از یکدیگر اخذ و تکالیفی بر همدیگر تحمیل که با تفسیر آن‌ها مشخص می‌شود که از وکالت صرفاً ظاهری حفظ، ولی باطن آن می‌تواند عمل حقوقی دیگری باشد.

«حق توکیل غیر» نیز بیشتر در قالب «تفویض وکالت» اعمال می‌گردد، حدود اختیارات وکیل تفویض کننده با تفسیرهای متفاوتی مواجه است. گروهی تفویض را معادل توکیل تلقی و با تفویض وکالت، عمل حقوقی وکیل را انتخاب وکیل برای موکل قلمداد و کمافی‌السابق وکیل تفویض کننده را وکیل موکل می‌دانند و عده‌ای با تفکیک بین «تفویض» و «توکیل» مستفاد از ماده ۸۳ قانون مدنی، تفویض وکالت را معادل «انتقال موقعیت قراردادی» و برای تفویض کننده سمتی در چرخه

وکالت قائل نیستند و در نتیجه وکیل اول با تفویض وکالت، تمام اختیارات خود را به وکیل بعدی منتقل و در نهایت وکیل اخیر تنها وکیل موکل به حساب می‌آید و با این فرض، وکیل اول به دلیل نداشتن سمت، نمی‌تواند حق عزل وکیل دوم را از خود سلب و ساقط نماید.

اینکه در صورت تصریح به حق توکیل غیر براساس ماده ۶۷۲ قانون مدنی، وکیل حق انتخاب وکیل برای موکل دارد یا اختیار تعیین وکیل برای خود را نیز دارد، اینکه توکیل با تفویض یکسان یا متفاوت است و اینکه وکیل وکالت قابل عزل می‌تواند وکالت را به صورت بلاعزل به دیگری تفویض نماید، اساس تشکیل پرونده انتظامی است که با ذکر مقدمه و درج دادنامه صادره به بررسی آن می‌پردازیم.

در این پرونده وکالت خرید و فروش یک دانگ و یک پنجم دانگ پلاک ثبتی خاص از طرف موکل به وکیل اعطا می‌گردد که دارای دو خصیصه ممتاز است:

۱- وکیل حق توکیل غیر دارد.

۲- موکل حق عزل وکیل را دارد.

وکیل با استفاده از اختیار مصرح در وکالت‌نامه، طی دو فقره تفویض وکالت، اختیارات خود در خصوص دو سهم از شش سهم یک دانگ و یک پنجم دانگ پلاک ثبتی را در نوبت اول و چهار سهم از شش سهم یک دانگ و یک پنجم دانگ پلاک ثبتی را در نوبت دوم به دیگری تفویض نموده و ضمناً «حق عزل وکیل را ضمن عقد خارج لازم از خود سلب و ساقط نموده است». موضوع سلب حق عزل وکیل، مورد شکایت واقع شده و پس از جری تشریفات قانونی و اعلام تخلف سردفتر، مبادرت به صدور کیفرخواست و تعیین تخلف تنظیم سند برخلاف قوانین و مقررات شده که در نهایت دادگاه انتظامی سردفتران و دفتریاران با تشکیل جلسه نسبت به صدور حکم محکومیت سردفتر اقدام نموده است.

متن دادنامه

در خصوص تخلف انتسابی به... سردفتر اسناد رسمی شماره... به شرح مندرج در

کیفرخواست شماره ۹۸/۱۲/۱۰ - ۱۳۹۸۲۵۱۰۱۱۳۱۰۰۰۴۲۶ صادره از دادسرای انتظامی سردفتران و دفتریاران مشعر بر: ۱- سند وکالت شماره ۱۲۳۴۴۶ مورخ ۹۸/۴/۶ فی مابین... با وکالت خانم... طبق سند وکالت به شماره شناسه... مورخ ۹۳/۱۰/۱۷ (در مقام موکل) و آقای... (در مقام وکیل) مبنی بر وکالت خرید و فروش در خصوص دو سهم از شش سهم از یک دانگ و یک پنجم دانگ پلاک ثبتی... تنظیم و ثبت شده است. ۲- سند وکالت شماره ۹۸/۲/۸-۱۲۲۶۲۴ فی مابین... با وکالت خانم... طبق سند وکالت به شماره شناسه... ۹۲/۱۰/۱۷ (در مقام موکل) و آقای... (در مقام وکیل) مبنی بر وکالت خرید و فروش در خصوص چهار سهم از شش سهم از یک دانگ و یک پنجم دانگ پلاک ثبتی... تنظیم و ثبت شده است. اسناد فوق‌الذکر هر دو بلاعزل بوده در حالی که سند اولیه به شماره ۹۲/۱۰/۱۷-۶۶۳۰ که مستند تنظیم اسناد مرقوم می‌باشد با حق عزل وکیل می‌باشد. لذا موکل ماذون در اسقاط حق عزل وکیل نبوده است. با نگرش در مجموع اوراق و محتویات پرونده توجهها به اینکه وکالت اولیه تحت شماره ۶۶۳۰ با حق عزل وکیل توسط موکل تنظیم شده و بر اساس قواعد حاکم بر وکالت وکالت‌نامه‌های بعدی می‌بایست از وکالت‌نامه اولیه تبعیت نموده و وکیل نمی‌تواند خارج از اختیارات وکالت مرقوم اقدام نماید یا اختیاری بر آن اضافه نماید که در ما نحن فیه با بلاعزل قرار دادن وکالت‌نامه‌های بعدی، وکیل خارج از اختیارات قانونی خود اقدام نموده، ثابا وکلای وکالت‌نامه‌های بعدی همگی به نوعی وکیل موکل اول محسوب می‌شوند و می‌بایست در چهارچوب وکالت‌نامه اولیه اقدام نمایند، مستند به مواد ۶۷۹ و ۶۶۳ قانون مدنی عمل وکیل خارج از اختیارات تفویضی، محمل قانونی نداشته و به استناد مقررات و مواد فوق‌الذکر عمل سردفتر در توکیل وکالت‌نامه به غیر به صورت بلاعزل در حالی که طبق وکالت‌نامه اولیه موکل حق عزل و به تبع آن حق عزل وکلای بعدی (مع‌الواسطه) وجود داشته برخلاف مقررات قانون مدنی در باب وکالت می‌باشد. ضمن اینکه دادگاه عمومی رسیدگی کننده به دعوی خلاف

ادعای سردفتر در لایحه دفاعیه این ایراد قانونی را در خصوص وکالت‌نامه‌های تفویضی وارد دانسته که با این وصف دادگاه وقوع تخلف از ناحیه سردفتر را محرز و مسلم دانسته و با تطبیق تخلف ارتكابی با فراز ۸ بند چ ماده ۲۹ آیین‌نامه اصلاحی قانون دفاتر اسناد رسمی وی را به چهار ماه انفصال موقت از شغل سردفتری اسناد رسمی محکوم می‌نماید. رای صادره ظرف مدت مقرر قابل تجدیدنظر در محکمه تجدیدنظر انتظامی سردفتران و دفترباران است.\*

---

\* توضیح ماهنامه کانون: با توجه به اینکه در اخذ این مطلب تحت عنوان پژوهاک، مرحوم عظیمیان قید نموده بودند «بخش اول» و متأسفانه دست اجل برای ارائه «بخش دوم» امان نداد تا در بخش دوم نقد یا توضیحاتی شاید به قرار ذیل مطرح نمایند؛ به نظر می‌رسد که در وکالت‌نامه‌های «تفویضی» این رای کاملاً صحیح باشد که اکثر وکالت‌نامه‌های تنظیمی دفاتر اسناد رسمی را در بر می‌گیرد، اما چنانچه محرز گردد که وکالت‌نامه «توکیلی» بوده و موکل اول به وکیل اول، وکالت‌نامه با حق عزل اعطا کرده، ولی وکیل اول به وکیل دوم وکالت بدون حق عزل خود را اعطا کرده باشد، منتهی به حالتی نگارش شود که فقط وکیل اول نمی‌تواند وکیل دوم را عزل نماید اما خود موکل اول به حق عزل وکیل اول یا دوم یا آخر را دارد، در قانون مدنی حکم صریحی نداشته و نظر مخالف هم می‌تواند داشته باشد. منتهی مجدداً تأکید می‌گردد که این امر در وکالت‌نامه‌های «تفویضی» که وکیل اول تمامی اختیارات خود را به وکیل دوم اعطا نموده و قید می‌گردد که وکیل اول دیگر هیچ‌گونه سمتی یا حقی در این وکالت‌نامه ندارد، متصور نمی‌باشد و با این دیدگاه، رای به درستی صادر شده است.



## امکان سنجی درج خیار شرط در عقود وثیقه‌ای

رضا کریمی منفرد<sup>۱</sup>

آیدین لطف اله زادگان<sup>۲</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۸/۲۴

تاریخ ویرایش: ۱۴۰۲/۷/۲۳

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۶/۲۶

### چکیده

آنچه در این وجیزه مورد بررسی قرار می‌گیرد، صحت یا عدم صحت اشتراط خیار در عقود وثیقه‌ای است. عقود وثیقه‌ای عبارتند از عقد کفالت، عقد ضمان، عقد حواله و عقد رهن که فقط عقد رهن نسبت به مرتهن و عقد کفالت نسبت به مکفول له از عقود جایز می‌باشند و هر چند طبق اصول حاکم بر عقود لازم اشتراط خیار در این عقود مجاز است ولی قانون‌گذار به غیر از عقد حواله نسبت به امکان درج شرط خیار در سایر عقود وثیقه‌ای سکوت کرده و این ابهام همچنان باقی است که حکم شرط خیار در عقد کفالت، ضمان و رهن چیست؟

۱. مدرس دانشگاه و دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات، تهران (نویسنده مسئول)  
Karimi999@yahoo.com

۲. کارشناس حقوق قضایی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران جنوب.

Lawyer.lotfollahzadegan@gmail.com

نظریه‌های متعددی بیان شده و ضروری است از طریق بررسی تطبیقی نظریه‌های مطرح شده، نظریه معتبر و به تبع آن وضعیت قانونی عقود مذکور تعیین شود. تحقیق حاضر در تلاش است تکلیف صحت یا بطلان شرط خیار در عقود وثیقه‌ای را با استنباط از منابع فقهی تعیین کند و به عنوان مهم‌ترین یافته تحقیق می‌توان گفت که اشتراط خیار در عقود وثیقه‌ای صحیح است، بنابراین پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار به جواز و صحت اشتراط خیار در عقود وثیقه‌ای طی ماده‌ای تصریح کند و به اختلافات موجود پایان دهد.

واژگان کلیدی: خیار شرط، وثیقه، ضمان، رهن، کفالت

## مقدمه

عقود وثیقه‌ای عقودی‌اند که تابع دین بوده و برای وثیقه و انتقال دین موجود به کار می‌روند، ضمان و حواله و کفالت و رهن از این گروه هستند؛ با این تفاوت که رهن وثیقه عینی است در حالی که ضمان و حواله و کفالت برای این است که ذمه‌ای وثیقه دین موجود قرار گیرد و طلبکار بتواند از آن ذمه برای گرفتن طلب خود استفاده کند و به همین جهت آنها را وثائق شخصی هم گفته‌اند. به این ترتیب تبعی بودن عقد از دین موجود و ایجاد وثیقه برای دین، دو وصف کم و بیش مشترک است که این عقود را به هم پیوند می‌دهد و سبب می‌شود تا احکام مشترک در آنها فراوان باشد. (کاتوزیان، ۱۴۰۰، ج ۴، ۱۰۴) قانون‌گذار در میان عقود وثیقه‌ای تنها در ماده ۷۳۲ قانون مدنی امکان درج شرط خیار در عقد حواله را صریحاً پذیرفته است، اما در مورد جواز و بطلان اشتراط خیار در سایر عقود وثیقه‌ای یعنی ضمان، کفالت و رهن سکوت کرده است و موجب این ابهام اساسی گردیده که حکم شرط خیار در عقود کفالت، ضمان و رهن چیست؟ متأسفانه در این زمینه خلا علمی وجود دارد و نظریه‌های متفاوت و متعددی در این خصوص ارائه شده است و تحقیق حاضر این مساله مهم را با روش توصیفی و استنباطی از منابع معتبر فقهی و با



ابزار استنادی، کتابخانه‌ای انجام داده و در نهایت به زعم خود نظریه منطبق با حقوق امروزی جامعه را برگزیده است.

## ۱- مفهوم و ماهیت خیار شرط

### ۱-۱- مفهوم خیار شرط و تفاوت آن با مفاهیم مشابه

هرگاه در معامله شرط شود که یکی از متعاملین یا هر دو یا شخص ثالثی حق فسخ معامله را در مدت معین داشته باشد، این معامله خیاری و حق فسخی که در آن پیش‌بینی شده است خیار شرط نامیده می‌شود. ماده ۳۹۹ قانون مدنی درباره خیار شرط در بیع مقرر می‌دارد: «در عقد بیع ممکن است شرط شود که در مدت معین برای بایع یا مشتری یا هر دو یا شخص خارجی اختیار فسخ معامله باشد» (صفایی، ۱۴۰۰، ۲۹۸) البته خیار شرط را نباید با خیار تخلف از شرط اشتباه کرد، زیرا خیار شرط به صرف توافق طرفین ایجاد می‌شود و طرفین برای استفاده از آن نیاز به دلیل ندارند؛ اما خیار تخلف از شرط در نتیجه تخلف از شرط صفت یا فعل یا نتیجه ضمن قرارداد و یا عدم امکان انجام آن حاصل می‌گردد. بنابراین اگر در عقد شرط شود که چنانچه فروشنده در دفترخانه حاضر نشود، خریدار حق فسخ دارد این خیار شرط نیست، بلکه خیار تخلف از شرط فعل است. همچنین خیار شرط با شرط فاسخ نیز کاملاً متفاوت است. از جمله مهم‌ترین تفاوت‌ها، این است که اعمال و اجرای خیار یک ایقاع است (فسخ) به نحوی که برای اعمال آن نیاز به قصد می‌بوده در حالی که شرط فاسخ عبارت از شرطی است که اگر محقق شود به طور قهری نتیجه آن انحلال خود به خودی عقد است و عملکرد آن به قصد طرفین ارتباطی ندارد، اگرچه قرار دادن آن ارادی می‌باشد.

### ۱-۲- ماهیت خیار شرط

خیار شرط از مصادیق شروط صحیح ضمن عقد و نوعی شرط نتیجه است و تنها خیار قراردادی است، به همین علت به محض اشتراط این شرط، حق فسخ

از زمان انعقاد عقد تا مدت معین شده به وجود می‌آید و اعمال حق ناشی از این شرط، فسخ قرارداد را رقم خواهد زد. بنابراین در تفسیر و تحلیل عبارت ماده ۳۹۹ قانون مدنی می‌توان گفت که خیار شرط از طریق یک عمل حقوقی که همان تراضی اراده طرفین است تحقق پیدا می‌کند و در عقد قرار داده می‌شود و به عنوان یک شرط نتیجه، به محض اشتراط، همراه خود یک حق ایجاد می‌کند، اما اجرای این حق یک عمل حقوقی دیگر است که با اراده یک طرفه دارنده حق که ممکن است یکی از متعاملین یا هر دو و یا شخص ثالثی باشد تحقق پیدا کند و تفاوت عملی و آثاری تفکیک این دو معنا در این است که خیار شرط به عنوان یک شرط نتیجه قابل اسقاط نیست اما اعمال حق حاصل از این شرط قابل اسقاط است. بدیهی است اعمال حق ناشی از شرط خیار باید با اعلام و ابراز اراده ایقاعی ذی‌حق انجام شود که حتما مستلزم قصد انشا است؛ البته ممکن است به این دیدگاه ایراد وارد شود که اگر ما شرط خیار را شرط نتیجه محسوب کنیم با دو ایراد اساسی روبرو خواهیم بود و آن این است که شرط نتیجه شرطی است که به محض اشتراط تحقق پیدا می‌کند، بنابراین اگر در عقدی خیار شرط قرار داده شود باید معامله را در همان لحظه فسخ شده بدانیم که اساسا چنین وضعیتی منطقی و عقلانی نیست که بگوییم عقد منعقد می‌شود و طرفین فی‌المجلس آن را با خیار شرط فسخ شده تلقی می‌کنند. همچنین یکی از آثار شرط نتیجه این است که قابل اسقاط نیست، بنابراین اختیار به هم زدن معامله یا همان خیار شرط نباید قابل اسقاط باشد؛ در حالی که هر یک از دو طرف قرارداد که چنین شرطی به نفع او پیش‌بینی شده می‌تواند از اعمال آن خودداری کند، اما در مقام دفاع از مبانی استدلالی شرط نتیجه بودن خیار شرط، باید گفت که بین اعمال حق ناشی از شرط و نفس شرط باید تفاوت قائل شد. نفس شرط خیار به عنوان یک شرط نتیجه به نفس اشتراط خیار شرط را حاصل می‌کند چنان که فروشنده و خریدار دارای حق خیار از تصرفات منافی با حق خیار در مورد

معامله‌خیزی منع می‌شوند مثلاً در عقد بیعی که در آن خیار شرط قرار داده شده است، طرف مقابل نمی‌تواند در بیع تصرفاتی کند که منافای خیار باشد، چون در مدت خیار امکان اجرای حق خیار فسخ از ناحیه ذی‌حق وجود دارد و همین مانعیت از تصرف به معنای حصول آثار شرط به نفس اشتراط است که مالک را از تصرفات منافای با شرط خیار منع می‌کند اما اعمال و اجرای این حق قابل اسقاط می‌باشد یعنی اراده ایقاعی مشروط له می‌تواند این حق را عملی نموده و یا از اعمال و اجرای آن خودداری کند.

## ۲- قلمرو خیار شرط

ظاهر ماده ۳۹۹ قانون مدنی خیار شرط را ویژه عقد بیع می‌کند ولی با توجه به حکم عام ماده ۴۵۶ قانون مدنی که می‌گوید «تمام انواع خیار در جمیع معاملات لازمه ممکن است موجود باشد مگر خیار مجلس و حیوان و تاخیر ثمن که مخصوص بیع است» باید از این ظهور گذشت، به ویژه که در فقه نیز به اتفاق خیار شرط را در هر معاوضه لازم (اجاره و صلح و مزارعه و مساقات) قابل تحقق می‌دانند و بسیاری از بزرگان در تمام عقود جز آنچه استثنا شده است، حکم اباحه را جاری کرده‌اند. قانون مدنی از نظر اخیر پیروی کرده و خیار شرط را در زمره خیارهای مشترک آورده است با این حال، این قید در همه خیارهای مشترک نیز وجود دارد که باید با طبیعت عقد سازگار باشد و مقتضای ذات آن را بر هم نزند. به طور معمول لزوم قرارداد از اوصاف ذاتی آن نیست و دو طرف می‌توانند در آن شرط خیار کنند ولی بعضی از قراردادها را باید از این قاعده استثنا کرد و پایبندی دو طرف را جزو سرنوشت عقد آورد (کاتوزیان، ۱۴۰۰، ج ۵، ۱۴۱) مانند عقد نکاح که ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی درباره امکان شرط خیار در عقد نکاح به صراحت اعلام می‌کند: «شرط خیار فسخ نسبت به عقد نکاح باطل است...» و یا در وقف چون دائمی بودن در آن شرط

است لذا خیار شرط با آن تناسبی نداشته و مخالف مقتضای ذات آن است و باطل است، اما در مورد مبطل بودن میان حقوق دانان اختلاف است. گذشته از این موارد، همچنین می‌توان به عقد اجاره تابع قانون روابط موجر و مستاجر مصوب سال ۵۶ اشاره نمود که اگر خیار شرط برای موجر یا ثالث گذاشته شود، باطل غیرمبطل است و یا در عقود جایز خیار شرط یا هر نوع خیار دیگری برای طرفین وجود ندارد، چون خود طرفین می‌توانند هر زمانی که اراده نمودند عقد را به هم بزنند ولی استثنا در عقود جایز برای شخص ثالث می‌توان خیار شرط قرار داد یا در جایی که حق فسخ عقد جایز سلب شده باشد، امکان جعل خیار شرط برقرار است.

### ۳- شرایط صحت خیار شرط

خیار شرط نیز مانند دیگر شروط ضمن عقد باید شرایط صحت شروط را داشته باشد، به علاوه مدت خیار شرط باید تعیین شود و الا اگر برای خیار شرط مدتی معین نشده باشد، هم خیار شرط و هم عقد باطل است. چنان که ماده ۴۰۱ قانون مدنی می‌گوید: «اگر برای خیار شرط مدت تعیین نشده باشد هم شرط خیار و هم بیع باطل است.» مانند اینکه در عقد بیع شرط شود که مشتری بتواند هر وقت که خواست یا برای همیشه معامله را فسخ کند یا ابتدا و یا انتهای مدت حق فسخ را امری قرار دهند که تاریخ وقوع آن مجهول باشد و علت آن نیز کاملاً واضح است چون خیار شرط بدون مدت، شرط مجهولی است که جهل به آن در عقود مغایه‌ای معامله را غرری می‌کند و موجب جهل به عوضین می‌شود، البته در این زمینه باید به چند نکته مهم توجه نمود: اولاً - مدت مجهولی که احتمال کم و زیاد شدن در آن وجود داشته باشد در حکم نبودن مدت است؛ بنابراین خیار فسخ به مدت عمر فروشنده صحیح نیست. ثانیاً - معین نکردن آغاز مهلت خیار شرط آن را مجهول نمی‌کند و مدت از تاریخ انعقاد عقد شروع می‌شود، چنان که

ماده ۴۰۰ قانون مدنی بیان می‌کند: «اگر ابتدا مدت خیار ذکر نشده باشد ابتدا آن از تاریخ عقد محسوب است و الا تابع قرارداد متعاملین است.» حقوق دانان به خیار شرطی که ابتدای آن تاریخ انعقاد عقد است، خیار شرط متصل می‌گویند و در مقابل اگر تاریخ شروع خیار بعد از انعقاد عقد باشد آن را خیار شرط منفصل می‌نامند. ثالثاً - مدت خیار ممکن است به طور ضمنی و از طریق اوضاع و احوال معین شود؛ مثلاً در عقود زمان دار مانند مزارعه، اجاره، مساقات اگر مدت خیار شرط معلوم نباشد عقد صحیح است، چون خود عقد مدت معینی دارد و مدت خیار را پایان قرارداد محاسبه می‌کنیم یا در فروش املاک با مبیعه نامه عادی چنانچه برای تنظیم سند رسمی و حضور در دفتر اسناد رسمی زمانی تعیین شده باشد ولی برای خیار شرط مدت معین نشده باشد پایان مهلت خیار نیز تا همان زمان حضور در دفتر خانه محسوب می‌شود. رابعاً- در عقود مجانی یا مسامحه‌ای خیار شرط می‌تواند بودن مدت باشد، مثلاً من گوشی همراه خویش را به شما صلح بلاعوض کرده و شرط می‌کنم تا زمانی که زنده هستم، گوشی همراه را نباید بفروشید و من هر زمانی که اراده کردم می‌توانم فسخ کنم و از شما آن را پس بگیرم؛ البته برخی اساتید حقوق مدنی معتقدند تعیین مدت برای خیار شرط در عقود مسامحه‌ای نیز به دلیل سست نشدن پایه التزام به عقد ضروری است.

(کاتوزیان، ۱۴۰۰، ج ۵، ۱۴۷)

#### ۴- امکان درج خیار شرط در عقود وثیقه‌ای

##### ۴-۱- جریان خیار شرط در عقد ضمان

قبل از ورود به بحث لازم به ذکر است که عقد ضمان از نظر اثر به دو دسته تقسیم می‌شود؛ ضمان نقل ذمه به ذمه و ضمان ضم ذمه به ذمه<sup>۱</sup>. ماده ۶۹۸ قانون مدنی در خصوص اثر عقد ضمان می‌گوید: «بعد از اینکه ضمان به طور

۱. در این مقاله به علت کثرت استعمال عبارت‌های «ضمان نقل ذمه به ذمه» و «ضمان ضم ذمه به ذمه» به اختصار از عبارت‌های «ضمان نقل» و «ضمان ضم» استفاده شده است.

صحیح واقع شد، ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به مضمون له مشغول می‌شود.» بنابراین از نظر قانون مدنی اثر عقد ضمان نقل ذمه است یعنی بعد از انعقاد عقد ضمان، ذمه مدیون اصلی از دینی که به طلبکار داشته بری می‌شود و ضامن در برابر طلبکار، مدیون می‌شود تا آن دین را به وی بپردازد اما در مقابل ضمان نقل ذمه، نوع دومی از ضمان وجود دارد به نام ضمان ضم ذمه که با انعقاد آن ذمه مدیون اصلی بری نمی‌شود. بلکه ذمه ضامن به ذمه مدیون ضمیمه می‌گردد و طلبکار می‌تواند به هر دو در عرض یا طول هم مراجعه کند که این نوع از ضمان در قانون مدنی ذکر نشده و در فقه امامیه هم اثر ضمان مطلق را ضم ذمه نمی‌دانند اما در قانون تجارت آثار و احکام آن به صورت مختصر در مواد ۴۰۲ تا ۴۱۱ ذکر شده است. بنابراین در نظام حقوقی ما هر دو نوع از ضمان مورد پذیرش است، در مورد امکان درج خیار شرط در ضمان تضامنی میان حقوق دانان هیچ اختلافی وجود ندارد و همه بالاتفاق معتقدند که در ضمانت تضامنی درج خیار شرط صحیح و معتبر است، خواه شرط خیار به سود طرفین عقد یا مضمون عنه و یا اشخاص ثالث باشد ولی در مورد امکان درج خیار شرط در ضمان نقلی میان حقوق دانان و فقیهان، اختلاف نظر شدید و بعضاً عمیق وجود دارد. برخی شرط مذکور را صحیح ندانسته، حتی عده‌ای از آنان شرط مزبور را موجب بطلان عقد ضمان هم برشمرده‌اند؛ اما در مقابل، پاره‌ای از فقها و حقوق دانان، شرط خیار در عقد ضمان را به دلیل اصل صحت و انتفای مانع، صحیح شمرده‌اند که ما در ذیل، ادله هر کدام از موافقان و مخالفان را نقل و نقد می‌نماییم.

#### ۱-۱-۴- دلایل مخالفین جریان خیار شرط در عقد ضمان نقل

برخی از فقیهان امامیه مانند محقق نائینی، آیت الله خویی، ابن ابی طی حلبی و فقهای شافعی، حنبلی و حنفی معتقدند که امکان درج شرط خیار در ضمن عقد ضمان نقل وجود ندارد و درج چنین شرطی باطل است اما در مورد

مبطل بودن آن تردید کرده‌اند و عمده دلایل آنان به این شرح است:

دلیل اول- منافات داشتن خیار شرط با مقتضای ذات عقد ضمان: ضامن وقتی اقدام به انعقاد عقد ضمان می‌نماید، دنبال سود اقتصادی نیست و از همان ابتدا متضرر شدن خود را تایید کرده و می‌داند که هیچ سودی از قرارداد نصیب او نمی‌شود؛ زیرا بعد از اینکه ضامن در قرارداد، ضامن مدیون شد، یا اصلاً از وی مبلغی را که به طلبکار پرداخت مطالبه نمی‌کند (در اینجا ضرر نموده) یا اگر مبلغی را از مدیون اصلی مطالبه کند، مساوی با همان مبلغی است که به طلبکار پرداخت کرده (هیچ منفعتی نصیب او نمی‌شود) و از طرف دیگر قرار دادن خیار در قرارداد برای دفع ضرر احتمالی است و چون در عقد ضمان، ضامن از همان ابتدا به متضرر شدن خود رضایت داده دیگر دلیلی برای درج شرط خیار در عقد ضمان باقی نمی‌ماند.

دلیل دوم- منافات داشتن عقد ضمان با مقتضای خیار شرط: مبنا و فلسفه وجود خیار شرط در قراردادهای این است که مشروط له بتواند از مزیتی در قرارداد بهره‌مند شود، به عبارت دیگر شخصی که اقدام به انعقاد قرارداد می‌کند به دلیل جلب منفعت و سودی که برای خود در قرارداد تصور می‌کند وارد قرارداد می‌شود و چون از طرفی این خطر وجود دارد که محاسبات وی اشتباه باشد و سودی که وی از قرارداد انتظار داشته به دست نیاید، به همین دلیل برای مدتی به نفع خویش خیار قرار می‌دهد تا از ضرر احتمالی رها شود که این مساله در قراردادهای مبتنی بر مغاینه قابل تصور است اما در قراردادی که طرفین به دنبال جلب سود و منفعت نیستند دیگر نیازی به درج شرط خیار نیست؛ مثلاً در همین عقد ضمان، ضامن از همان ابتدا دنبال سود و منفعت نیست بلکه می‌خواهد با ضامن شدن، مدیونی را نجات دهد و خودش بار سنگین مسئولیت پرداخت بدهی را به دوش بکشد.

دلیل سوم- ضمان متضمن ابرا است و خیار شرط در ابرا راه ندارد: لازمه

نقل ذمه به ذمه همان ابرا است و اگر کسی آن را فسخ کند معنایش این است که کسی که ذمه‌اش ابرا شده دوباره ذمه اش مشغول شود و این امکان ندارد، خلاصه اینکه در ضمان نقل ذمه، دین به ذمه کسی که ضامن شده است منتقل می‌شود و فرد ضامن شده به جای بدهکار باید مبلغ و هزینه را پرداخت کند، لازمه چنین ضمانی ابرا مضمون عنه است و ابرا هم قابل فسخ نیست.

دلیل چهارم- اثر خیار شرط در ضمان به حقوق شخص ثالث لطمه وارد می‌کند: عقد ضمان با سایر عقود تفاوت دارد و آن این است که اثر عقد ضمان به شخص ثالث (مضمون عنه) نیز می‌رسد و او از دین بری می‌گردد و اگر برای ضامن خیار قرار داده شود و او خیار خود را اعمال نماید، ذمه مضمون عنه دوباره مشغول می‌شود، در نتیجه امکان درج خیار برای ضامن در عقد ضمان وجود ندارد.

دکتر کاتوزیان از این دیدگاه پیروی کرده و بیان نموده‌اند که «در فقه امامیه نسبت به امکان شرط خیار در ضمان اختلاف است، بعضی ضمان خیاری را به دلیل متزلزل شدن وثیقه و انتقال دین درست نمی‌دانند و گروه بزرگی آن را مجاز می‌شمارند، به این ترتیب با این که از نظر عقلی و تاریخی امکان شرط خیار در ضمان قوی تر است و نویسندگان قانون مدنی نیز در حواله (که از اقسام ضمان است) آن را مجاز می‌شمارند، عبارت ماده ۷۰۱ چنان تنظیم یافته است که به دشواری می‌توان قبول نمود که به استناد خیار شرط می‌توان عقد ضمان را فسخ کرد. ولی آنچه به نظر می‌رسد این است که وجود شرط خیار به درستی عقد صدمه نمی‌زند، زیرا بطلان چنین ضمانی نیاز به تصریح قانون‌گذار دارد و از ماده ۷۰۱ نیز چنین حکمی بر نمی‌آید» (کاتوزیان، ۱۴۰۰، ج ۴، ۲۲۹).

#### ۲-۱-۴- دلایل موافقین جریان خیار شرط در عقد ضمان نقل

برخی از فقیهان معتقدند که امکان درج شرط خیار در ضمن عقد ضمان نقل وجود دارد و صحیح و نافذ است؛ از جمله ابن ادریس می‌نویسد: «و کذلک الضمان



لا یدخله خیار المجلس و لا یمتنع من دخوله خیار الشرط»<sup>۱</sup> (ابن ادريس حلی، ۱۴۱۰، ۲۴۵) همچنین شهید اول گفته است: «و لو شرط الخیار لأحدهما أو فی إحدى العینین بهما بطل و یصحّ فی جمیع العقود إلاّ النکاح و لا یصحّ فی الإبراء و الوقف و العتق علی خلاف فیهما و لا فی الطلاق و قطع الشیخ و ابن إدريس بمنعه فی الصرف ناقلین الإجماع و منع الفاضل الإجماع و اختلف قولاه فی الضمان و لم نعلم وجه المنع، مع صحیحة ابن سنان المسلمون عند شروطهم»<sup>۲</sup> (شهید اول، ۱۴۱۷، ۲۶۸) همچنین می‌توان از محقق صیمری در غایه المرام، محقق کرکی در جامع المقاصد، صاحب مفتاح الکرامه، صاحب جواهر و صاحب عروه یاد نمود؛ این عده برای تایید دیدگاه خود چهار دلیل ذکر کرده‌اند:

دلیل اول - اجماع: مقدس اردبیلی در کتاب مجمع الفائده و البرهان به این موضوع اذعان نموده و می‌نویسد: «الأقرب عندی دخول خیار الشرط فی کل عقد معاوضهً خلافاً للجهمهور و یدل علی عدم الخلاف عندنا ما تقدم من عموم أدلة العقود و الإیفاء بها و بالشرط دلیل واضح علی الكل حتی یوجد المانع من إجماع و نحوه»<sup>۳</sup> (اردبیلی، ۱۴۰۳، ۴۱۱).

دلیل دوم - وجود مقتضی: برخی از فقیهان نیز به اوفو بالعقود و المومنون عند شروطهم استناد نموده و می‌گویند و وفای به عهد و شرط لازم است،

۱. ترجمه: «و همین‌طور است عقد ضمان که در خیار مجلس وجود ندارد و در خیار شرط منع نشده است.»  
 ۲. ترجمه: «اگر شرط خیار برای یکی از متعاملین یا در یکی از عوضین برای یکی از آن دو متعامل شود، باطل است و در همه عقود به جز نکاح، شرط خیار صحیح است ولی در ابراء و وقف و عتق صحیح نیست اگرچه در خصوص وقف و عتق اختلاف است و شرط خیار در طلاق نیز صحیح نیست و شیخ طوسی و ابن ادريس به طور قاطع ممنوعیت شرط خیار را در عقد صرف ابراز کرده‌اند و این دو فقیه ادعای اجماع در مساله نموده‌اند ولی مرحوم فاضل اجتماع را رد کرده است و دو نظر مرحوم فاضل در عقد ضمان با هم اختلاف دارند و دلیلی برای ممنوعیت فاضل نیاقتیم در حالی که صحیحه ابن سنان تصریح کرده است که المومنون عند شروطهم.»

۳. ترجمه: «بنا بر نظر نزدیک‌تر به صواب در نزد من خیار شرط در کلیه عقود معاوضی راه دارد برخلاف مشهور فقها و دلیل بر عدم خلاف نزد ما عمومات ادله‌ای بود که سابقاً به آنها اشاره شد که دلالت واضح بر لزوم ایفاء به عقد و به شرط می‌نمود پس اجماع فقها و مانند آن نمی‌تواند مانع عمومات ادله باشد.»

بنابراین اگر در عقد ضمان، شرط خیار شود به مقتضای این ادله وفای به این شرط هم واجب است. علامه حلی به همین مطلب اشاره نموده و می‌گوید: «یصح دخول الخیار فيه، فإن شرط الخیار فیها مدة معينة، صح؛ لقوله (عليه السلام): المؤمنون عند شروطهم وقوله تعالى: (أوفوا بالعقود) أمر بالوفاء بالعقد، وإنما وقع العقد على هذا الشرط، وليس منافيا لمقتضاه، كما لا ينافي غيره من العقود» (علامه حلی، ۱۴۱۴، ۳۹۰).

دلیل سوم - عدم مانع: دلیل دیگری که برای اثبات صحت شرط خیار در عقد ضمان ارائه شده، این است که ادله شروط عام است و شامل هر شرطی می‌شود و از سوی دیگر دلیلی نداریم که در خصوص شرط خیار در عقد ضمان، مانع و مشکلی وجود داشته باشد. بنابراین عمومیت ادله شروط شامل شرط خیار در عقد ضمان نیز می‌گردد. بنابراین شرط خیار در عقد ضمان جایز و صحیح است. شیخ طوسی در کتاب المبسوط به این دلیل متمسک شده و می‌گوید: «إنه لا یمتنع دخول خيار الشرط فيه، لأنه لا مانع منه، فعلى هذا العقد و الشرط صحیحان» (طوسی، ۱۳۸۷، ۳۵).

دلیل چهارم - حق بودن خیار نه حکم: چون لزوم عقد ضمان حق محسوب می‌شود و نه حکم، بنابراین ذی‌حق می‌تواند از حق خویش صرف نظر کرده و آن را اسقاط کند یا آن را در معرض اسقاط قرار دهد یا بقای آن را به دست شخص دیگری بسپارد. بنابراین می‌توان در عقد ضمان شرط خیار کرد و از لزوم عقد دست برداشت و اگر به عرف نیز مراجعه کنیم می‌فهمیم که عرف نیز لزوم عقد ضمان را حق می‌داند نه حکم، به همین دلیل است که حتی کسانی که قائل به لزوم عقد برای ضامن هستند گفته‌اند که

۱. ترجمه: «وارد شدن خیار در ضمان صحیح است پس اگر خیار با مدت معین شرط شد صحیح است به خاطر فرمایش امام معصوم که فرمودند المؤمنون عند شروطهم و به دلیل آیه شریفه قرآن که خداوند عزوجل فرمودند أوفوا بالعقود و دستور داد به وفا کردن به عقود پس عقد واقع می‌شود مبتنی بر این شرط و این هیچ مخالفتی با مقتضای عقد ندارد کما اینکه در سایر عقود نیز منافاتی نیست.»

از طرف مضمون له لازم نیست و حق فسخ قرارداد را دارد و اگر لزوم در عقد ضمان حکم بود، مضمون له حق فسخ قرارداد را نداشت. البته اگر در موردی دلیل خاص داشتیم که از آن حکم بودن لزوم استفاده می‌شد باید به آن ملتزم باشیم که این موضوع در مورد عقد ضمان وجود ندارد، در نتیجه در مورد عقد ضمان شرط خیار جایز و مشروع است (حکیم، ۱۴۱۶، ۲۸۱). برخی از حقوق دانان نیز از همین دیدگاه پیروی کرده‌اند مانند:

الف - دکتر سید حسن امامی: «در عقد ضمان می‌توان مانند کلیه معاملات دیگر بنا بر مستفاد از ماده ۳۹۹ و ماده ۴۵۶ قانون مدنی شرط نمود که در مدت معینی برای ضامن یا مضمون له یا شخص خارجی اختیار فسخ باشد، در این صورت کسی که حق فسخ ضمان را دارد می‌تواند آن را فسخ نماید» (امامی، ۱۴۰۰، ج ۲، ۳۸۳).

ب - دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی: «کسانی که خیاری نبودن عقد ضمان را از عناصر عقد ضمان دانسته‌اند، دلیل مقنع ندارند و نظر کسانی که خیاری نبودن عقد ضمان را از عناصر عقد ضمان نمی‌دانند، صحیح است...؛ آوردن شرط خیار در عقد ضمان اشکال ندارد، بنابراین ذکر شروط دیگر که احتمال موجب پیدایش خیار گردد، چه اشکال دارد» (جعفری لنگرودی، ۱۴۰۰، ۱۸۵).

ج - دکتر سید حسین صفایی ضمن پذیرفتن این دیدگاه دلایلی را برای خود ابراز نموده‌اند که به طور خلاصه به ذکر آن‌ها می‌پردازیم: اول - با توجه به اینکه خیار تخلف شرط به صراحت ماده ۷۰۱ قانون مدنی در عقد ضمان جاری است، به طریق اولی درج خیار شرط در این عقد امکان پذیر است. دوم - ماده ۷۳۲ قانون مدنی درج شرط خیار در عقد حواله را صحیح دانسته است و از آنجایی که حواله هم مانند عقد ضمان، سبب انتقال دین و برائت مدیون می‌شود؛ این حکم به وحدت ملاک در مورد عقد ضمان نیز جاری خواهد بود. سوم - وقتی طرفین در هنگام انعقاد ضمان، خیار شرط

قرار می‌دهند، مشخص می‌شود که برائت مضمون عنه را به صورت مطلق و قطعی اراده نکرده‌اند بلکه برائت او را منوط به عدم فسخ صاحب خیار نموده‌اند بنابراین با انعقاد ضمان مضمون عنه به صورت قطعی برائت پیدا نکرده و برائت او مشروط یا متزلزل بوده و در صورتی که صاحب خیار، عقد ضمان را فسخ کند، شرط برائت مضمون عنه تحقق پیدا نکرده و دین بر ذمه او باقی مانده است. البته شرط مزبور، شرط تعلیقی نیست که سبب بطلان ضمان باشد بلکه از مصادیق شرط تقییدی است (صفایی و جواهر الکلام، ۱۴۰۰، ج ۱، ۴۵۷).

د- دکتر سید مصطفی محقق داماد: «با لحاظ جمیع مطالب مورد اشاره، با توجه به اینکه دلیلی تمام که اثبات نماید در عقد ضمان درج شرط خیار صحیح نیست، ارائه نشده است؛ با تمسک به عمومات باب شروط باید پذیرفت که درج شرط خیار در عقد ضمان نظیر بیشتر عقود دیگر با مانعی روبرو نیست» (محقق داماد، ۱۳۹۹، ج ۲، ۲۹۸).

ه- دکتر مهدی شهیدی: «خیار شرط در همه عقود به استثنا وقف و نکاح ممکن است شرط شود و در مورد وقف و نکاح جنبه‌های معنوی و اجتماعی مانع از تزلزل این عقود و یا درج شرط حق فسخ می‌باشد؛ زیرا قانون‌گذار سعی کرده است که این دو عقد حتی المقدور از ثبات برخوردار بوده و کمتر دستخوش تزلزل و زوال باشد» (شهیدی، ۱۳۹۰، ۵۵). از این جمله به نظر می‌رسد که ایشان به طور ضمنی قائل به صحت درج خیار شرط در عقد ضمان نقل هستند.

#### ۲-۴- جریان خیار شرط در عقد رهن

به حکم ماده ۷۸۷ قانون مدنی و اجماع فقهای امامیه، عقد رهن از سوی راهن لازم و از سوی مرتهن جایز است. بنابراین مرتهن می‌تواند هر زمانی که اراده کند عقد رهن را فسخ کند یا از حق وثیقه خویش انصراف دهد که می‌توان آن را فسخ ضمنی رهن به شمار آورد و متعاقب آن مال مرهون نیز

از قید وثیقه آزاد می‌گردد اما در مقابل، راهن حق فسخ عقد و استرداد عین مرهونه را تا زمان ادای دین نخواهد داشت، زیرا رهن از سوی او لازم است، اما در مورد اینکه آیا می‌توان ضمن عقد رهن به نفع راهن شرط خیار پیش‌بینی کرد بین فقیهان و حقوق‌دانان اختلاف نظر وجود دارد (صفایی و جواهر الکلام، ۱۴۰۰، ۲۱۲). چنان‌که برخی بر عدم دخول خیار شرط در رهن تصریح نموده‌اند و خیار شرط برای راهن را منافی استیثاق می‌دانند که هدف اساسی از عقد رهن است و برخی نیز بر جواز دخول خیار شرط در رهن تصریح کرده‌اند. فقیهان مخالف با امکان درج خیار در عقد رهن به نفع راهن، معتقدند چون عقد رهن از سوی راهن عقدی لازم است و رهن، وثیقه دین است؛ لذا شرط خیار با وثوق، ماهیت و لزوم عقد رهن منافات دارد. بنابراین اگر شرط خیار در عقد رهن درج گردد شرط و عقد باطل است. چنان‌که سید عبدالاعلی سبزواری می‌نویسد: «و عن جمع منهم صاحب الجواهر أنه لا يجوز اشتراط الخيار للراهن لكونه خلاف الاستيثاق و الحبس»<sup>۱</sup> (سبزواری، ۱۴۱۳، ۹۴) و یا شیخ محمد حسین غروی اصفهانی بیان می‌کند: «و لذا كان شرط الخيار للراهن منافيا لمقتضى الرهن عند المحققين»<sup>۲</sup> (غروی اصفهانی، ۱۴۱۹، ۱۸۸) از میان حقوق‌دانان نیز برخی از اساتید معتقدند که شرط خیار فسخ برای راهن درست نیست، زیرا لزوم رهن از سوی راهن لزوم حکمی است یعنی از قواعد آمره است و شرط خیار به نفع راهن بر خلاف قواعد آمره و باطل است (جعفری لنگرودی، ۱۴۰۰، ۸۸) اما فقهای موافق امکان درج خیار شرط برای راهن در عقد رهن معتقدند که اولا استیثاق و وثیقه دین بودن، ماهیت رهن و مقتضای ذات آن نیست بلکه حقیقت رهن، حبس عین و توکیل مرتهن در فروش عین و استیفا دین از آن در صورت عدم وفای

۱. ترجمه: «و از برخی فقها همانند صاحب جواهر نقل شده است که شرط خیار در ضمن رهن را جایز ندانسته‌اند زیرا این امر خلاف استیثاق و حبس است.»

۲. ترجمه: «و به همین دلیل است که نزد محققین شرط خیار برای راهن منافی مقتضای رهن است.»

راهن است و استیثاق به شکل غایت و داعی در رهن ملحوظ است؛ بنابراین شرط خیار در رهن صحیح است، زیرا منافی مقتضای ذات عقد نیست بلکه تنها منافی غایت نوعیه ملحوظ در آن است. بنابراین استیثاق، حقیقت رهن را تشکیل نمی‌دهد. بلکه استیثاق حکمتی است که در اغلب موارد رهن جاری است و ادعای منافات خیار شرط با ماهیت، ذات و طبیعت رهن شرعا و عرفا پذیرفته نیست. چنان که برخی فقها بیان نموده‌اند: «و أما الرهن: فتارة: يلتزم بان الاستیثاق و كونه وثيقة للدين دخيل في حقيقته و مقوم لمفهومه و أخرى: يلتزم بان حقيقته ليست ذلك، بل هو تحييس للعین مع توكيل في البيع و استيفاء الدين منه على تقدير عدم الوفاء. و أما الاستیثاق فهو ملحوظ بنحو الغاية و الداعی فعلى الأول: لا يصح شرط الخيار للراهن لأنه بنفسه ينافي الاستیثاق فيكون من الشرط المنافی لمقتضى العقد و هو باطل و على الثاني: كما هو الأقرب لا مانع من شرط الخيار لأنه لا ينافي مقتضى العقد نعم ينافي الغاية النوعية الملحوظة فيه»<sup>۱</sup> (روحانی، ۱۴۲۰، ۲۷۸). ثانيا رهن با اشتراط خیار مانند دین بدون وثیقه است، چنان که محقق نائینی می‌نویسد: «و أما الرهن فلا مانع من دخوله فيه غاية الأمر يصير الدين بعد الفسخ كالديون التي لم يجعل وثيقة لها»<sup>۲</sup> (نائینی، ۱۳۷۳، ۵۷). یعنی در رهن مانعی از دخول خیار شرط نیست، نهایت اینکه دین بعد از فسخ مانند دیونی می‌شود که

۱. ترجمه: «و اما رهن: به دو صورت قابل تصور است. صورت اول اینکه ملتزم شویم که رهن عبارت است از وثیقه گرفتن و وثیقه بودن برای دین دخیل در حقیقت آن و مقوم مفهوم آن است. صورت دوم اینکه ملتزم شویم حقیقت رهن وثیقه گرفتن نیست بلکه عبارت است از حبس عین در ضمن وکالت دادن در فروش و استیفای از آن در صورت عدم پرداخت دین و اما وثیقه گرفتن ملحوظ است به صورت غایت و داعی بنا بر صورت اول، درج خیار شرط برای راهن صحیح نیست. زیرا این امر منافی وثیقه گرفتن است پس شرط منافی مقتضای عقد محسوب می‌شود و آن باطل است. اما بنا بر صورت دوم که این احتمال اقرب و صحیح‌تر است هیچ مانعی از شرط خیار وجود ندارد زیرا شرط خیار منافاتی با مقتضای عقد ندارد بلکه، منافات با غایت نوعیه ملحوظ در آن دارد که لطمه‌ای به عقد نمی‌زند.»

۲. ترجمه: «و اما رهن هیچ مانعی از دخول خیار شرط در آن نیست، در نهایت دین بعد از فسخ رهن می‌شود مانند دیونی که در آنها وثیقه‌ای وجود نداشته است.»

برای آن وثیقه قرار داده نشده است. ثالثا اگر قائل به عدم جریان خیار شرط در عقد رهن به علت منافات داشتن شرط با ماهیت و لزوم باشیم، قطعا باید به عنوان یک قاعده کلی عدم جریان خیار شرط در عقود را بپذیریم. بنابراین به نظر می‌رسد وثوق هم می‌تواند مشروط باشد، به عبارت دیگر لزوم رهن از ناحیه راهن، حقی برای مرتهن بوده و وثوق آن نیز حق مرتهن است که مرتهن می‌تواند این حق را به صورت مشروط قبول کند و لذا چون طرفین با توافق هم اقدام به درج خیار شرط در عقد رهن می‌کنند بنا بر عموم ادله صحت شروط و فقدان دلیل خاص جهت عدم جریان خیار شرط در رهن باید حکم به جواز آن داد، چنان‌که برخی اساتید حقوق نیز همین دیدگاه را تایید کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۴۰۰، ج ۴، ۴۷۴).

#### ۳-۴- جریان خیار شرط در عقد حواله

به موجب نص ماده ۷۳۲ قانون مدنی که بیان می‌دارد: «حواله عقدی است لازم و هیچ یک از محیل و محتال و محال علیه نمی‌تواند آن را فسخ کند مگر در مورد ماده ۷۲۹ و یا در صورتی که خیار فسخ شرط شده باشد». ممکن است که در عقد حواله خیار فسخ شرط شود. شرط خیار تابع قواعد عمومی است و می‌تواند به سود محیل یا محتال یا محال علیه یا شخص خارجی ایجاد شود (کاتوزیان، ۱۴۰۰، ج ۴، ۳۹۳). مثلا بگویند محتال تا ۱۰ روز بعد از حواله حق دارد عقد حواله را فسخ کند، بعضی از فقهای اهل سنت، خیار را در عقد حواله به دلیل اینکه از عقود ارفاق است، درست نمی‌دانند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰، ۱۲۷).

#### ۴-۴- جریان خیار شرط در عقد کفالت

مخالفین امکان درج خیار شرط در عقد کفالت عمدتا به چند دلیل استناد کرده‌اند که مهم‌ترین آنها دو دلیل است: الف - برخی گفته‌اند که درج خیار شرط در عقد کفالت هیچ فایده و نفعی برای صاحب خیار نخواهد داشت، چون

صاحب خیار از قرار دادن خیار بهره می‌برد و آن را به منظور جلب منفعت و یا دفع ضرر قرار می‌دهد؛ در حالی که کفیل در عقد کفالت به دنبال سود و ضرر نیست و حتی می‌داند که ممکن است این کفالت برای او غرر و خطر اقتصادی هم داشته باشد. بنابراین وقتی کفیل با وجود غرر و خطر اقتصادی عقد کفالت را می‌پذیرد، فلسفه اشتراط خیار در عقد کفالت برای کفیل منتفی خواهد بود. در پاسخ به این دلیل گفته شده است که اولاً اشتراط خیار در عقد کفالت دارای فایده است مثلاً اگر کفیل بعد از عقد کفالت پشیمان شود و تحت تاثیر عواطف انسانی و خانوادگی در تصمیم گرفتن شتاب کرده باشد اشتراط خیار وضعیت او را به حالت سابق بر می‌گرداند و وی می‌تواند غرر و خطر مالی یا آبرویی مضاعف‌تر از غرر و خطر اقتصادی حاصل از عقد کفالت را از خود دور کند، بنابراین ادعای عدم فایده مطلق اشتراط خیار، در عقد کفالت به هیچ عنوان صحیح نیست. ثانیاً تمام مطلب، ضرر و خسارت مالی و اقتصادی نیست گاهی ضرر معنوی غیرقابل پیش‌بینی رخ می‌دهد و اشتراط خیار در عقد کفالت می‌تواند آن را از کفیل دور کند. ب - عده‌ای دیگر گفته‌اند که اشتراط خیار با مقتضای ذات عقد کفالت منافات دارد و اشتراط خیار مذکور مثل این است که شرط شود کفیل، مکفول<sup>۱</sup> به را احضار نکند، به این بیان که کفالت به معنای لزوم احضار مکفول<sup>۲</sup> به برای کفیل است و اشتراط خیار در آن با لزوم کفالت مذکور منافات دارد (جعفری لنگرودی، ۱۴۰۰، ۸۱). در پاسخ به این دلیل هم گفته شده که اولاً تمام حقوق‌دانان و فقیه‌هان تصریح کرده‌اند که حالت لزوم عقود با حالت خیاری بودن آن منافات ندارد. ثانیاً اشتراط خیار به معنای اعمال خیار نیست تا ایراد مذکور پیش بیاید. ثالثاً ماهیت عقد کفالت بعد از تحقق با تمام شرایط ضمن عقد متولد می‌شود نه قبل از آن. بنابراین اگر کفیل در ضمن عقد کفالت، اشتراط خیار کند عقد کفالت با این ماهیت یعنی ماهیت متزلزل متولد خواهد شد. بنابراین اشتراط



خیار در عقد کفالت با مقتضای عقد کفالت منافی نخواهد شد. بنابراین اشتراط خیار در عقد کفالت صحیح است و عمومات آیه وفای به عهد، حدیث شرط و اجماع فقیهان امامیه در اشتراط خیار در هر عقدی و از جمله در عقد کفالت دلالت دارد به ویژه اینکه اشتراط خیار در عقد کفالت منافات با مقتضای عقد کفالت یا لزوم آن ندارد و ادعای عدم فایده شرط خیار در عقد کفالت توجیه حقوقی نداشته لذا اشتراط خیار در عقد کفالت صحیح بوده و علاوه بر شرط، عقد هم صحیح است. حقوق دانان نیز به این مطلب اذعان نموده‌اند، از جمله دکتر کاتوزیان در بخشی از کتاب خویش می‌نویسند: «ممکن است در عقد کفالت برای کفیل یا شخص ثالث شرط خیار کرد تا بتواند ظرف مدت معینی عقد را فسخ کند، مکفول له نیز برای فسخ، نیازی به شرط خیار ندارد. عقد نسبت به او جایز است و هر زمان بخواهد می‌تواند عقد را بر هم زند و از تعهد کفیل بگذرد مگر اینکه شرطی به سود کفیل در عقد شده باشد و الزام ناشی از آن او را نیز پایبند کند» (کاتوزیان، ۱۴۰۰، ج ۴، ۴۳۹).

### نتیجه‌گیری

از مقاله حاضر نتایج ذیل حاصل می‌گردد:

۱- در مورد عقد ضمان، شرط خیار کاملاً صحیح و نافذ است و وقتی طرفین در هنگام انعقاد ضمان خیار شرطی را پیش‌بینی می‌کنند، معلوم می‌شود که برائت مضمون عنه را به صورت مطلق و قطعی اراده نکردند، بلکه برائت او را منوط به عدم فسخ صاحب خیار کرده‌اند؛ یعنی از همان آغاز برائت مضمون عنه مشروط یا متزلزل بوده و در صورتی که صاحب خیار، عقد ضمان را فسخ کند معلوم می‌شود که شرط برائت مضمون عنه تحقق نیافته است. بنابراین اگر در ضمن عقد ضمان، اشتراط خیار شود عقد ضمان با ماهیت متزلزل متولد خواهد شد. بنابراین دیدگاهی که امکان درج خیار شرط در عقد ضمان را باطل می‌داند، افراطی و بسیار سخت‌گیرانه بوده و با منطق

حقوقی نیز سازگاری ندارد. درست است که به موجب ماده ۲۳۱ قانون مدنی قرارداد به زیان اشخاص ثالث اثری ندارد ولی دو طرف می‌توانند هر شرطی را که اراده کنند در قرارداد خود بگنجانند، بدون اینکه شخص ثالثی را متعهد یا مدیون کنند. در عقد ضمان هم وقتی دو طرف خیار شرط را پیش‌بینی می‌کنند، عقد اصلی را در معرض فسخ قرار می‌دهند؛ ولی این امر به معنای ایجاد دین برای مضمون عنه (شخص ثالث) نیست، زیرا که وجود شرط در عقد ضمان نشان می‌دهد که ابتدا هم مضمون عنه به صورت مطلق و برای همیشه بری نشده است بلکه برائت وی مشروط و مقید بوده و این توافق دو طرف نیز در برابر مضمون عنه قابل استناد است. بنابراین مدیون شدن مضمون عنه بعد از اعمال خیار فسخ مستند به همان قراردادی است که به صورت مشروط موجب برائت ذمه او شده است.

۲- در مورد عقد رهن باید گفت لزوم رهن از ناحیه رهن حقی برای مرتهن بوده و وثوق آن نیز حق مرتهن است که مرتهن می‌تواند این حق را به صورت مشروط قبول کند و لذا چون طرفین با توافق هم اقدام به درج خیار شرط در عقد رهن می‌کنند بنا بر عموم ادله صحت شروط و فقدان دلیل خاص جهت عدم جریان خیار شرط در رهن، باید حکم به جواز خیار شرط در رهن نمود.

۳- در مورد عقد کفالت نیز با توجه به عمومات آیه وفای به عهد، حدیث شرط و اجماع فقیهان امامیه، اشتراط خیار در عقد کفالت منافات با مقتضای عقد کفالت یا لزوم آن ندارد و ادعای عدم فایده شرط خیار در عقد کفالت توجیه حقوقی نداشته لذا اشتراط خیار در عقد کفالت صحیح بوده و علاوه بر شرط، عقد هم صحیح است.

۴- در مورد عقد حواله نیز به موجب نص ماده ۷۳۲ قانون مدنی، ممکن است که در عقد حواله، خیار فسخ شرط شود و می‌تواند به سود محیل یا محتل یا محال علیه یا شخص خارجی ایجاد شود.

## Feasibility of including the termination option in collateral contracts

Reza Karimi Monfared<sup>1</sup>  
Aydin Lotfollah Zadegan<sup>2</sup>

### Abstract

What is examined in this provision is the correctness or incorrectness of the termination option in collateral contracts. Collateral contracts include guaranty contract, guarantee contract, remittance contract and mortgage contract. Only mortgage contract for the mortgagor and guaranty contract for the payee are permissible contracts, although according to the principles governing the necessary contracts, the option clause is allowed in these contracts. but apart from the remittance contract, the legislator is silent about the possibility of including the termination option in other collateral

---

1. University lecturer and PhD student of Private Law, Islamic Azad University, Science and Research Unit, Tehran (Responsible Author). email: Karimi999@yahoo.com

2. Bachelor of Judicial Law, Islamic Azad University, South Tehran Branch.

email: Lawyer.lotfollahzadegan@gmail.com

contracts, and this ambiguity still remains as to what is the ruling of the termination option in the contract of surety, guarantee and mortgage? Several theories have been expressed and it is necessary to determine the valid theory and, accordingly, the legal status of the mentioned contracts through the comparative examination of the proposed theories. The present research is trying to determine the correctness or invalidity of the termination option in collateral contracts by inferring from jurisprudential sources, and as the most important finding of the research, it can be said that the termination option in collateral contracts is correct, so it is suggested that the legislator examine the validity and validity of the termination option In collateral contracts, specify an article and end existing disputes.

**Keywords:** termination option, guarantee, guarantee, mortgage. surety.

## منابع:

- ۱- ابن ادریس حلی، محمد بن منصور (۱۴۱۰ ه.ق.)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، جلد ۲، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، قم.
- ۲- اردبیلی، احمد بن محمد، (۱۴۰۳ ه.ق.)، مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان، جلد ۸، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، قم.
- ۳- امامی، سید حسن، (۱۴۰۰)، حقوق مدنی، جلد ۲، انتشارات اسلامی، چاپ بیست و نهم، تهران.
- ۴- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۴۰۰)، رهن و صلح، گنج دانش، چاپ ششم، تهران.
- ۵- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۹۹)، عقد حواله، گنج دانش، چاپ چهارم، تهران.
- ۶- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۴۰۰)، ضمان عقدی در حقوق مدنی، گنج دانش، چاپ پنجم، تهران.
- ۷- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۴۰۰)، عقد کفالت، گنج دانش، چاپ پنجم، تهران.
- ۸- حکیم، سید محسن، (۱۴۱۶)، مستمسک عروه الوثقی، جلد ۱۳، موسسه دار التفسیر، چاپ اول، قم.
- ۹- حلی، حسن بن یوسف، (۱۴۱۴ ه.ق.)، تذکرة الفقهاء، جلد ۱۴، موسسه آل البيت (ع)، چاپ اول، قم.
- ۱۰- روحانی، سید محمد، (۱۴۲۰ ه.ق.)، المرتقی إلى الفقه الأرقی، جلد ۱، دار الجلی، چاپ اول، تهران.
- ۱۱- سبزواری، سید عبد الاعلی، (۱۴۱۳ ه.ق.)، مهذب الاحکام فی بیان حلال و الحرام، جلد ۲۱، دار التفسیر، چاپ چهارم، قم.
- ۱۲- شهیدی، مهدی، (۱۳۹۰)، حقوق مدنی ۶، مجد، چاپ سیزدهم، تهران.

- ۱۳- صفای، سید حسین و جواهر کلام، محمد هادی (۱۴۰۰)، **حقوق مدنی پیشرفته جلد نخست تضمین های دین**، شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم، تهران.
- ۱۴- صفای، سید حسین (۱۴۰۰)، **قواعد عمومی قراردادها**، میزان، چاپ سی و ششم، تهران.
- ۱۵- طوسی، محمد بن حسن، (۱۳۸۷ ق)، **المبسوط فی فقه الامامیه**، جلد ۳، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، چاپ سوم، تهران.
- ۱۶- عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی (۱۴۱۷ ق)، **الدروس الشرعية فی فقه الإمامية**، جلد ۳، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، قم.
- ۱۷- غروی اصفهانی، شیخ محمد حسین، (۱۴۱۹ ق)، **حاشیه کتاب المکاسب**، جلد ۱، المطبعة علمية، چاپ اول، قم.
- ۱۸- کاتوزیان، ناصر، (۱۴۰۰)، **قواعد عمومی قراردادها**، جلد ۵، گنج دانش، چاپ پنجم، تهران.
- ۱۹- کاتوزیان، ناصر، (۱۴۰۰)، **عقود معین**، جلد ۴، گنج دانش، چاپ دوازدهم، تهران.
- ۲۰- محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۹۹)، **نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی**، جلد ۲، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوم، تهران.
- ۲۱- نائینی، میرزا محمد حسین، (۱۳۷۳ ق)، **منیة الطالب فی حاشیة المکاسب**، جلد ۲، مکتبه المحمديه، چاپ اول، تهران.

## یادداشتی در خصوص ارائه مشاوره در دفاتر اسناد رسمی

لیلا فرج زاده<sup>۱</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۲/۲۳

تاریخ ویرایش: ۱۴۰۱/۱۲/۱۴

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۹/۳۰

### چکیده

ارائه مشاوره‌های بسیاری در دفاتر اسناد رسمی توسط سردفتران به مراجعین صورت می‌پذیرد. قوانین و مقررات به تکلیف سردفتر برای ارائه مشاوره به مراجعین به طور صریح هیچ اشاره‌ای ننموده است و صرفاً به تکلیف سردفتر اسناد رسمی به تنظیم سند در صورت عدم مخالفت با قوانین و مقررات موضوعه، نظم عمومی و اخلاق حسنه اشاره نموده است اما با عنایت به این‌که در مواردی که شخص برای تنظیم سند به دفترخانه مراجعه می‌کند و سند مستلزم کسب مشاوره است و بدون آن امکان تنظیم سند وجود ندارد می‌توان گفت به نحو ضمنی چنین تکلیفی برای سران دفاتر اسناد رسمی وجود دارد. با این‌که به نظر می‌رسد سردفتر اسناد رسمی از لحاظ شرعی، مستحق دریافت حق مشاوره است؛ اما قانون‌گذار چنین حقی را برای سران دفاتر پیش‌بینی نکرده است که به اعتقاد نگارنده مطابق اصول و ادله شرعی، سردفتر اسناد رسمی مستحق دریافت اجرت (حق مشاوره) می‌باشد. روش تحقیق در این پژوهش، روش کتابخانه‌ای و تحلیلی-توصیفی است.

کلمات کلیدی: حق مشاوره، سردفتر، مال.

## مقدمه

مسائل حقوقی جزو موارد مبتلابه اشخاص بوده و از آنجایی که همه اشخاص در امور حقوقی متخصص نیستند، از باب قاعده عقلایی رجوع به کارشناس و متخصص در هر امری، در مورد مسائل حقوقی به متخصصین آن مراجعه می‌نمایند. دفاتر اسناد رسمی به عنوان یک نهاد مدنی که عهده دار یک وظیفه حاکمیتی خطیر است با قدمتی نزدیک یک قرن، به مراجعین خود همواره مشاوره حقوقی به ویژه در حوزه مسائل ثبتی و قرارداد نویسی ارائه داده‌اند. اما یکی از مسائل بحث برانگیز این است اشخاص گاه برای تنظیم سند خود در دفترخانه نیازمند کسب مشاوره حقوقی می‌باشند و گاه اشخاص قصد تنظیم سند ندارند، اما در خصوص یک مساله حقوقی نیازمند کسب مشاوره از سردفتران اسناد رسمی می‌باشند. باید دید که آیا سردفتران تکلیف قانونی برای ارائه مشاوره به مراجعین خود دارند یا می‌توانند از ارائه مشاوره حقوقی امتناع کنند؟ در صورت تکلیف یا عدم تکلیف به ارائه مشاوره حقوقی، آیا سردفتران می‌توانند مبلغی به عنوان حق مشاوره از مراجعین خود دریافت نمایند؟

نگارنده در این نوشتار درصدد پاسخ‌گویی به سوالات فوق با توجه به قوانین و مقررات موضوعه و اصول حقوقی و شرعی می‌باشد و در این راستا ابتدا به بررسی تکلیف یا عدم تکلیف قانونی سردفتر در ارائه مشاوره حقوقی پرداخته شده و سپس مشروعیت یا عدم مشروعیت دریافت حق مشاوره توسط سردفتر اسناد رسمی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### مبحث اول: تکلیف یا عدم تکلیف قانونی سردفتر در ارائه مشاوره حقوقی

قانون‌گذار برخی تکالیف را صراحتاً بر عهده سردفتر قرار داده است. برای شناخت این تکالیف باید مواد ۴۹ تا ۶۹ قانون ثبت اسناد و املاک مصوب سال ۱۳۱۰ را مرور کرد. منتهی این پرسش نیز مطرح می‌شود که آیا سردفتر



مكلف به ارائه مشاوره حقوقی به مراجعین نیز هست؟ حقوق موضوعه پاسخی در این زمینه ندارد. مقررات و آیین‌نامه‌ها هیچ دستمزدی را برای این امر اختصاص نداده‌اند. در این شرایط، به باور برخی مشکل بتوان بر سردفتر چنین وظیفه‌ای را تحمیل نمود. ایشان از «احسان مشاوره در دفتر اسناد رسمی» سخن می‌گویند.<sup>۱</sup>

باید دانست که وضعیت حقوق ایران در این زمینه مانند حقوق فرانسه در اوایل قرن بیستم است. در واقع، سردفتر فرانسوی در آغاز قرن بیستم، نمی‌توانست به بهانه این که وی فقط تکلیف رسمی کردن اسناد را بر عهده دارد، از مشاوره حقوقی مراجعه‌کننده شانه خالی نماید. دیوان عالی کشور فرانسه در رای مورخ ۲۱ ژوئیه ۱۹۲۱ به این تردیدها پایان داد و چنین تکلیفی را پذیرفت و اعلام نمود: «سردفتران برای رسمی نمودن قراردادهای طرفین سند، منصوب شده‌اند. آگاهی مراجعه‌کننده از نتایج تعهدات پذیرفته توسط وی، وظیفه دیگر سردفتر است. مسئولیت سردفتر مندرج در ماده ۱۳۸۲ قانون مدنی مانع از آن می‌شود که سردفتر با تاکید بر تکلیف رسمی نمودن از مسئولیت بگریزد». درواقع، رویه قضایی، تفکیکی میان این تکلیف با تکلیف رسمی کردن اسناد ایجاد نموده است و نمی‌توان گفت رویه قضایی این تکلیف را بر سردفتر تحمیل نموده است؛ منتهی همان‌طور که ژان لوک روبرت خاطر نشان می‌کند این وظیفه در ذات ثبت سند وجود داشت و قضات فقط آن را تفکیک نمودند. برابر فرمول ژن دو پولپیکه ثبت سند مستلزم مشاوره است. پس این وظیفه نیز ریشه در قانون دارد. اطمینان سند رسمی، تضمین امنیت حقوقی جامعه، قدرت اثباتی و اجرایی سند رسمی، خروجی انجام صحیح این تکالیف است. به باور ژان لوک روبرت: «قضات فرانسوی فقط تکلیف مشاوره حقوقی به عنوان

۱. البته این بحث با موضوع تفهیم مفاد اسناد تنظیمی توسط سردفتر حین امضاء مندرج در بند (ب) ماده ۳۴ آیین‌نامه ق.د.ا.ر. مصوب ۱۴۰۰ متفاوت است، که در ادامه به آن خواهیم پرداخت.

رکن جدا نشدنی تکالیف قانونی سردفتر را متمایز نموده‌اند... در واقع، تکلیف مشاوره، فرعی است بر تکلیف رسمی کردن اسناد توسط سردفتر<sup>۱</sup>.

در سیستم حقوقی ایران، قانون، تکلیف رسمی کردن اسناد را به صراحت بر سردفتر تحمیل می‌کند. این تکلیف یک وظیفه فاقد هرگونه ویژگی و امتیاز دیگر نیست و سردفتر باید با ثبت سند معتبر و مطمئن، امنیت حقوقی را برای جامعه به ارمغان بیاورد. امتیازات استثنایی سند رسمی به ویژه قدرت اثباتی و اجرایی، آن را از سایر اسناد متمایز می‌سازد. در این شرایط، این ادعا محکوم به بطلان است که سردفتران منشیانی هستند که موظفند قراردادهایی را به نگارش درآورند. چگونه می‌توان امنیت حقوقی را بدون دخالت موثر سردفتر تضمین کرد؟ قدرت اثباتی سند، در صورتی که سند تنظیمی منطبق با اراده دقیق اطراف آن نباشد، به چه کار می‌آید؟ اگر سردفتر تمام مسایل مشکل‌ساز برای اجرای صحیح سند را در نظر نگرفته باشد، قدرت اجرایی سند چه کاربردی خواهد داشت؟

سردفتر مکلف است تا پیش از هر چیز، نیازهای دقیق مراجعه‌کننده را بشناسد تا بتواند سندی تنظیم نماید که تمام خواسته‌ها و نیازهای مراجعه‌کننده در آن متجلی باشد. برای این که اهداف مراجعه‌کنندگان پاسخ‌گوی نیازها و سند تنظیمی بی نقص باشد، یعنی عاری از تمام عیوبی باشد که اعتبارش را تحت الشعاع قرار می‌دهد، درخواست مراجعه‌کننده بی‌نیاز از اصلاح توسط سردفتر نیست؛ بنابراین چگونه ممکن است، تبادل افکار بدون مشاوره حقوقی مراجعه‌کننده توسط سردفتر به جریان افتد؟ در واقع، مشاوره حقوقی برای ثبت سندی مطابق با اراده و نتایج مورد نظر طرفین و نیز پیشگیری از مسایل پیش روی آن ضرورت دارد و نقش پررنگی در تحقق وظیفه غایی دفتر اسناد رسمی، یعنی امنیت حقوقی بازی می‌کند؛ به عنوان مثال به راحتی می‌توان

۱. اوبرت، ژان لوک (۲۰۰۸)، مسئولیت مدنی سردفتران، چاپ پنجم، پاریس دوفرنوا، انتشارات لکس تانسو، ش ۶۱.

غافل‌گیری خریدار سهمی از مال غیرمنقول مشاع را تصور نمود که وجود حق شفعه (ماده ۸۰۸ ق.م) و امکان اعمال آن را برای اولین بار مطلع می‌گردد. بدین ترتیب، تکلیف مشاوره حقوقی به صورت ضمنی بر سردفتر تحمیل می‌شود. منتهی دایره شمول این تکلیف موارد دیگری را نیز در برمی‌گیرد؛ مثلاً در عقد بیع سردفتر موظف است مشتری را از نبود برخی مجوزات اداری الزامی برای تنظیم سند آگاه سازد. اخذ مجوز از سازمان تامین اجتماعی برای نقل و انتقال عین املاک نمونه‌ای از این مجوزهاست. باید پذیرفت که در این موارد خاص، مقررات، تکلیف مشاوره را صریحاً به سردفتر تحمیل می‌نمایند. با وجود مقررات صریح در این زمینه، چگونه می‌توان ادعا کرد که تکلیف مشاوره به سردفتر پیش‌بینی نشده است؟

مضاف بر این که سردفتر در مواردی مکلف به ارائه مشاوره است که درخواست مراجعه‌کننده به دلیل مخالفت آن با مقررات موضوعه، نظم عمومی و اخلاق حسنه قابل اجرا نباشد. در واقع ماده ۳۰ قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفترباران مقرر می‌دارد: «سردفتران و دفترباران موظفند نسبت به تنظیم و ثبت اسناد مراجعین اقدام نمایند، مگر آن که مفاد و مدلول سند مخالف با قوانین و مقررات موضوعه و نظم عمومی یا اخلاق حسنه باشد که در این صورت باید علت امتناع را کتبا به تقاضاکننده اعلام نمایند». این مدرک کتبی، که به عنوان دلیل استتکاف از تنظیم سند توسط سردفتر یا دفتربار به مراجعین داده می‌شود، آیا مشاوره حقوقی مکتوب مراجعه‌کنندگان نیست که به ایشان راهکار دیگری پیشنهاد می‌کند؟

نتیجه این که، تکلیف مشاوره حتی پیش از تنظیم سند بر سردفتر تحمیل می‌شود و حتی استتکاف از ثبت سند نیز موجب معافیت سردفتر از مشاوره نیست؛ در غیر این صورت، سند ثبت شده، بی‌نقص نخواهد بود. در تمام این فروض، ما همیشه با تکلیفی برخاسته از تکلیف رسمی کردن اسناد مواجه

هستیم که تکلیف نخست، دومی را تکمیل می‌کند. در واقع، فقدان وظیفه مشاوره، تکلیف ثبت سند را از ذات و ماهیت خود، تهی می‌کند. به این ترتیب، وظیفه مشاوره، تکلیف رسمی کردن اعمال حقوقی را، تکمیل خواهد کرد. با این وجود، باید در نظر داشت که در حقوق ایران هنگامی که مراجعه‌کننده صرفاً برای مشاوره، به دفاتر اسناد رسمی می‌آید، سردفتر ملزم به راهنمایی ایشان نیست. دلیل این ادعا مشخص است و هیچ یک از مقررات قانونی، سردفتر را به چنین وظیفه‌ای ملزم نمی‌کند. برعکس، در مواردی که مراجعه‌کننده برای ثبت سند به دفترخانه مراجعه می‌کند، وی باید مشاوره لازم را بدهد و به عنوان مؤید می‌توان به بند ب ماده ۳۴ آیین‌نامه اجرایی قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب سال ۱۴۰۰ نیز استناد کرد که در آن تفهیم سند و قوانین مرتبط با آن از وظایف سردفتر اسناد رسمی قلمداد شده است.

بی‌تردید، قوانین و مقررات قبل منطبق با کارکرد و رویه جاری دفاتر نبود و قوانین و آیین‌نامه‌ها و مقرره‌های آتی و حتی رویه قضایی در آینده‌ای نزدیک، تکلیف مستقیم و یا ضمنی مشاوره را برای سردفتر به رسمیت خواهد شناخت. سردفتر به دلیل موقعیت شکننده خود، شاید لازم باشد که پس از هر مشاوره از طرفین، سند کتبی بگیرد. در نهایت، باید پذیرفت که مقررات، تکلیف مشاوره را بر سردفتر تحمیل می‌کند بدون آن که دستمزدی برای آن تعیین کند. وضعیتی که در مشکلات موجود دفاتر اسناد رسمی بی‌تاثیر نیست. سرنوشت تکلیف مشاوره و مسئولیت ناشی از آن چاره‌جویی فوری می‌طلبد.

## **مبحث دوم: مشروعیت یا عدم مشروعیت دریافت حق مشاوره توسط سردفتر اسناد رسمی**

با عنایت به مطالب پیش گفته مشخص شد که سردفتر در مواردی که مراجعه‌کننده صرفاً برای اخذ مشاوره حقوقی به دفترخانه مراجعه می‌کند

تکلیفی به ارائه مشاوره ندارد و در مواردی که مراجعه‌کننده برای ثبت سند به دفترخانه مراجعه می‌کند، وی باید مشاوره لازم جهت تنظیم سند را بدهد اما این بدان معنا نیست که عمل قانون‌گذار در تبرعی و رایگان محسوب نمودن این مشاوره از لحاظ شرعی هم مورد تایید باشد و باید دیدگاه شریعت اسلام مورد بررسی قرار گیرد. لازم به توضیح است در بخشنامه تعرفه حق‌التحریر دفاتر اسناد رسمی مصوب ریاست محترم قوه قضاییه به تناسب بین میزان وقت گیری یا عدم آن و لزوم یا عدم لزوم ارائه مشاوره در یک سند با سند دیگر اصلاً توجهی نشده است. آیا از لحاظ شرعی و اخلاقی تعرفه سندی که برای تنظیم آن ۱۰ ساعت سردفتر اسناد رسمی به مراجعه‌کننده مشاوره می‌دهد با سندی که متن و شرایط آن متداول است و نیازی به صرف وقت ندارد، باید یکی باشد؟ بی‌شک پاسخ این سوال منفی است و نه تنها عرف و بنای عقلا آن را نمی‌پذیرد بلکه با ادله و روایات شرعی هم منافات دارد. باید گفت در شریعت مقدس اسلام مطابق احادیث: «حرمة ماله كحرمة دمه» و «لا يحل مال امرئ الا بطيب نفسه» فعل و مال انسان دارای حرمت و احترام است و در صورتی که قصد تبرع نکرده باشد به آن اجرت تعلق می‌گیرد و بعضی از فقیهان مانند سید یزدی در مورد احترام عمل مسلمان قاعده مستقلى تحت عنوان «عمل المسلم محترم ما لم يقصد التبرع» تنظیم کرده‌اند. همچنین توجه ویژه شارع به مال اشخاص را می‌توان در قاعده «من أئلف مال الغير فهو له ضامن» نیز توجه داشت که اتلاف مال اشخاص را موجب ضمان مسبب اتلاف قرار داده است.

سردفتر اسناد رسمی با ارائه مشاوره به مراجعین خود، مخصوصاً در قراردادهای خاص به رسالت خود عمل می‌نماید و علم و تجربه و دانش خود را در اختیار مراجعین قرار می‌دهد، اما این مطلب به این معنی نیست که اجرت تنظیم این سند او، با سندی که مستلزم مشاوره نباشد یکی دانسته شود. باید دانست استفاده

از قاعده «احترام مال انسان» و «من أترف...» مستلزم این است که عمل مشاوره حقوقی توسط سردفتر مال محسوب گردد و به عبارت دیگر عناصر مالیت در آن موجود باشد. به اعتقاد نگارنده ارائه مشاوره حقوقی توسط سردفتر اسناد رسمی جزو اموال محسوب می‌شود و عنوان مال بر آن صدق می‌کند و در عرف در ازای ارائه دانش حقوقی پول پرداخت می‌شود؛ به بیان دیگر تعریف مال بر ارائه مشاوره حقوقی توسط کارشناس امر (سردفتر اسناد رسمی) صادق است؛ چرا که مال و مالیت امر اعتباری نسبی است و هر آنچه که در نظر عرف، پرداخت بها در ازای آن، امری معقول است و دارای غرض عقلایی است و معامله را از حالت سفهی بودن خارج می‌کند، مال است و دارای مالیت می‌باشد و در موضوع بحث نیز (کسب مشاوره حقوقی از متخصص امر) ضوابط مالیت موجود است؛ بنابراین مشمول قاعده «احترام مال انسان» و «من أترف...» می‌گردد.

ممکن است به این بیان که ارائه مشاوره حقوقی مال است و سردفتر از لحاظ شرعی، مستحق دریافت حق مشاوره است ایراد وارد شود؛ به این صورت که این نظر با ادله حرمت کتمان علم و حرمت اخذ اجرت در واجبات منافات دارد.

باید گفت در زمینه حرمت کتمان علم، آیات و روایات فراوانی موجود است.

آیات در این زمینه به قرار ذیل است:

الف- یقیناً کسانی که آنچه را ما از دلایل آشکار و [وسیله] هدایت نازل کردیم، پس از آنکه همه آن را در کتاب [تورات و انجیل] برای مردم روشن ساختیم، پنهان می‌کنند [تا مردم به قرآن و پیامبر ایمان نیاورند] خدا لعنتشان می‌کند، و لعنت کنندگان هم لعنتشان می‌کند. مگر کسانی که توبه کردند، و [مفاسد خود را] اصلاح نمودند و [آنچه را پنهان کرده بودند] برای مردم روشن ساختند، پس توبه آنان را می‌پذیریم؛ زیرا من بسیار توبه‌پذیر و مهربانم.<sup>۱</sup>

ب- قطعاً کسانی که آنچه را خدا از کتاب [تورات و انجیل] به عنوان حلال و حرام نازل

۱. سوره بقره، آیه ۱۵۹.

کرده [به سود خود، از بی‌سوادان یهود و نصاری] پنهان می‌کنند و در برابر این پنهان‌کاری، بهای اندکی به دست می‌آورند، جز آتش به شکم‌های خود نمی‌ریزند، و خدا روز قیامت با آنان سخن نمی‌گوید و [از گناهان و زشتی‌ها] پاکشان نمی‌کند و برای آنان عذابی دردناک است.<sup>۱</sup> پ- و [یاد کنید] هنگامی که خدا از کسانی که به آنان کتاب آسمانی داده شد، پیمان گرفت که حتماً باید [احکام و حقایق] آن را برای مردم بیان کنید و پنهانش ننمایید. پس آن [عهد و کتاب] را ترک کردند و به آن اعتنایی ننمودند و در برابر ترک آن، اندک بهایی به دست آوردند، و بد چیزی است آنچه به دست می‌آورند.<sup>۲</sup>

و اما روایات راجع به حرمت کتمان علم عبارتند از:

الف- رسول خدا (صلی الله علیه و آله) می‌فرماید: «هرگاه بدعت‌ها در امت من آشکار گردد، عالم باید علمش را اظهار کند. پس هر کس این کار را انجام ندهد، لعنت خدا بر او باد.»<sup>۳</sup> و همچنین فرمودند: «هر کس علم سودمندی را کتمان کند، خداوند او را با آتش لجام، داغ خواهد کرد.»<sup>۴</sup>

ب- «خداوند عهدی مبنی بر طلب علم از جاهلان نگرفته است، اما از عالمان این عهد را گرفته که علمشان را بذل کنند.»<sup>۵</sup>

پ- «زکات علم، آموختن آن به بندگان خداست.»<sup>۶</sup>

ت- «علمای این امت دو دسته هستند: دسته اول کسانی هستند که خداوند به آن‌ها علم داده است، پس با آن، سوی خدا، دنیا و آخرت را طلب می‌کنند و آن را به مردم بذل می‌کنند و بر آن طمع نمی‌ورزند و آن را به بهای اندکی نمی‌فروشند. برای چنین فردی همه موجودات، طلب‌آمزش می‌کنند و نزد پروردگار به عنوان فرد والامقامی می‌رود. دسته دوم کسانی هستند که خداوند

۱. سوره بقره، آیه ۱۷۴.

۲. سوره آل عمران، آیه ۱۸۷.

۳. کلینی، ۱۴۰۷ هـ.ق، ص ۵۴.

۴. همان.

۵. حکمت ۴۷۸ نهج البلاغه و مجلسی، ۱۴۱۰ هـ.ق، ص ۶۷.

۶. حویزی، ۱۳۸۳ هـ.ق، ص ۵۷.

به آن‌ها علم عطا کرده، ولی بر آموختن آن بر بندگان خدا بخل می‌ورزند و بر آن طمع می‌کنند و آن را به بهای اندکی می‌فروشند. چنین افرادی را در روز قیامت با آتش فروزان داغ می‌کنند.»<sup>۱</sup>

استدلال به آیات و روایات پیش گفته، دارای دو اشکال به این قرار است:

اولاً: این ادله صرفاً در خصوص حرمت کتمان علم هستند و در مقام بیان کسب درآمد از طریق فعالیت‌های علمی نمی‌باشند؛ همان‌طور که نهی از احتکار به معنی عرضه رایگان متاع احتکار شده نیست. بنابراین تخصصاً از محل بحث خارجند.

ثانیاً: در زمان حاضر، ارائه علم و دانش، مال محسوب می‌شود و عدم رعایت این حقوق، مصداق اکل مال به باطل خواهد بود.

ایراد دیگری هم ممکن است به دریافت حق مشاوره توسط سردفتر به این نحو بیان گردد که در تعلیم و تعلم علوم و صناعات ضروری و حمایتی و نیز علوم دینی که واجب کفایی است، دریافت اجرت حرام می‌باشد. روی همین حساب، بزرگانی چون آیت‌الله خویی، مشروعیت حق تالیف را منافی با قاعده ارشاد یا وجوب بیان مسایل دینی بر عالم می‌دانند و بر اساس قاعده ارشاد و نیز حرمت دریافت اجرت در واجبات می‌توان گفت، سردفتر نمی‌تواند حق مشاوره دریافت نماید؛ چرا که تعلیم مسایل حقوقی و ارائه مشاوره توسط سردفتر به مراجعین دفترخانه در مواردی که برای تنظیم سند به دفترخانه مراجعه می‌گردد، تکلیف قانونی می‌باشد و به تعبیری دیگر واجب بوده و دریافت اجرت در ازای آن با قواعد فوق منافات دارد.

این نظریه هم محل ایراد است. باید گفت اول، در این خصوص اختلاف نظر وجود دارد و برخی اخذ اجرت در مطلق واجبات توصلی را تجویز کرده‌اند. دوم، این که در بسیاری از کتب فقیهان امامیه، اخذ اجرت در برابر تعلیم قرآن، جایز یا حداقل مکروه دانسته شده است و این امر به این علت است که عمل



انسان محترم است و در هر جایی که قاعده احترام مال انسان، صدق کند دریافت اجرت حتی در صورت وجوب فعل، حرام نیست؛ بنابراین با توجه به اینکه عمل ارائه مشاوره توسط سردفتر مشمول قاعده احترام مال انسان است، اخذ حق مشاوره در ازای آن جایز است.

همچنین تعیین تعرفه یکسان برای اسنادی که مستلزم ارائه مشاوره است با اسنادی که نیازی به مشاوره ندارد، مخالف قاعده لاضرر است؛ به این صورت که تعیین تعرفه یکسان در اسناد فوق موجب ضرر به سردفتران اسناد رسمی است. سردفتر اسناد رسمی در اسناد مستلزم مشاوره، از دانش حقوقی و وقت خود استفاده می‌کند و چه بسا تنظیم یک سند به علت پیچیدگی‌های آن، نیازمند چندین روز مطالعه و بررسی جوانب امر و ارائه آن به ارباب رجوع باشد و شریعت مقدس اسلام به اجماع فقیهان شیعه و روایت متواتر «لاضرر و لاضرار فی الاسلام» حکم ضرری را نفی کرده است.

با عنایت به مطالب فوق در کل باید گفت عمل ارائه مشاوره و دانش حقوقی توسط سردفتر اسناد رسمی جزو اموال محسوب شده و سردفتر مستحق دریافت اجرت (حق مشاوره) مطابق شریعت و عرف است و بنای عقلا هم بر دریافت اجرت در هنگام ارائه مشاوره استوار است و بنا بر قاعده «ادل الدلیل علی امکان شی وقوعه» دریافت اجرت در ازای ارائه دانش و علم را در جامعه و عرف هنگام مراجعه به مشاغل مختلف مانند روان‌پزشک، مشاور خانواده، وکیل دادگستری و... می‌توان مشاهده کرد.

## نتیجه‌گیری و ارائه پیشنهاد

با بررسی‌های صورت گرفته در این نوشتار نتایج به شرح زیر حاصل شد:

۱- سردفتر اسناد رسمی به عنوان نهادی با قدمت یک قرن همواره در خدمت اشخاص بوده و بسیاری از اشخاص، مسایل حقوقی خود را از دفاتر اسناد

رسمی به عنوان نهادی مردم نهاد مورد پرسش قرار می‌دهند و سردفتران اسناد رسمی با توجه به دانش حقوقی و تجارب خود، اقدام به ارائه مشاوره حقوقی می‌نمایند. با اینکه مقرره‌ای که صراحتاً سردفتر را مکلف به ارائه مشاوره به اشخاص نماید، وجود ندارد؛ اما با عنایت به ماده ۳۰ قانون دفاتر اسناد رسمی و نیز با عنایت به این که در مواردی که شخص برای تنظیم سند به دفترخانه مراجعه می‌کند و سند مستلزم کسب مشاوره است و بدون آن امکان تنظیم سند وجود ندارد، می‌توان گفت در قوانین و مقررات به نحو ضمنی چنین تکلیفی برای سردفتران اسناد رسمی وجود دارد؛ به این صورت که سردفتر در مواردی که مراجعه‌کننده صرفاً برای اخذ مشاوره حقوقی به دفترخانه مراجعه می‌کند تکلیفی به ارائه مشاوره ندارد و در مواردی که مراجعه‌کننده برای ثبت سند به دفترخانه مراجعه می‌کند، وی باید مشاوره لازم جهت تنظیم سند را بدهد.

۲- چه در حالت وجود تکلیف و چه در حالت عدم تکلیف به ارائه مشاوره، سردفتران اسناد رسمی مستحق دریافت حق مشاوره (اجرت) می‌باشند. هرچند که این امر در قوانین و مقررات پیش‌بینی نشده است، اما با توجه به این که عمل مشاوره حقوقی، مال محسوب می‌گردد و عناصر مالیت در آن موجود است، مطابق ادله نقلی در شریعت مقدس اسلام (قاعده احترام مال انسان، من أئلف...، لا ضرر و...) و ادله عقلی (بنای عقلا)، ارائه مشاوره توسط سردفتران مورد حمایت شارع قرار گرفته و سردفتران اسناد رسمی مستحق دریافت حق مشاوره از اشخاص می‌باشند.

در نهایت پیشنهاد می‌گردد که اعمال سیاست تعرفه یکسان، برای فعالیت‌های مختلف در دفاتر اسناد رسمی بایستی توسط ریاست محترم قوه قضاییه که اختیار تعیین تعرفه دفاتر اسناد رسمی را دارا می‌باشند، تغییر یافته و مطابق اصول شرعی و حقوقی برای ارائه مشاوره در دفاتر اسناد رسمی، حق مشاوره در نظر گرفته شود.

**منابع:**

- (۱) قرآن کریم.
- (۲) قانون ثبت اسناد و املاک.
- (۳) آیین نامه قانون ثبت اسناد و املاک.
- (۴) قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران.
- (۵) آیین نامه قانون دفاتر اسناد رسمی کانون سردفتران و دفتریاران.
- (۶) اوبرت، ژان لوک، (۲۰۰۸)، **مسئولیت مدنی سردفتران، چاپ پنجم، پاریس دوفرنوا، انتشارات لکس تانسو، ش ۶۱.**
- (۷) حویزی، عبد علی بن جمعه، (۱۳۸۳ هـ ق)، **تفسیر نورالثقلین، انتشارات موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، قم، جلد ۳.**
- (۸) کلینی، محمد بن یعقوب، (۱۴۰۷ هـ ق)، **اصول الکافی (ط - الإسلامية)، تهران، انتشارات دارالکتاب الإسلامية، چاپ چهارم، جلد ۱.**
- (۹) مجلسی، محمدباقر، (۱۴۱۰، هـ ق) **بحار الأنوار الجامعة لدرر أخبار الأئمة، بیروت، موسسه الطبع والنشر، چاپ اول، جلد ۲.**



# تحلیل اجتهادی اهلیت و صلاحیت در مقام وضع

قسمت اول \*

محمدکرم فروتن<sup>۲</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۷/۴

تاریخ ویرایش: ۱۴۰۲/۵/۲۵

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۵/۱۰

## چکیده

افرادی که با علم حقوق خواسته یا ناخواسته ارتباط داشته‌اند بعد از یک مدت بالنسبه طولانی، اگر اهل تحقیق و تامل در موضوعات این علم باشند، کم و بیش و بدون شک، تاثیر فقه اللغه یا به اصطلاح امروزی تاثیر «فیلولوژی»<sup>۳</sup> را در شیوه استنباط معانی و مفاهیم که از نصوص قانونی و دستیابی به کُنه این مفاهیم نهفته و مکتوم در بطن واژگان و تبعاً در نوع و نحوه هیات ترکیبیه الفاظ به صورت مفردات به طور کامل و در جملات و متون از حیث تقدم و تاخر، حذف و ذکر، معرفه بودن یا نکره بودن و

\* توضیح ماهنامه کانون: به دلیل مطول بودن این مقاله، قسمت دوم در شماره بعد منتشر خواهد شد.

foroutan.1353@gmail.com

۲. سردفتر اسناد رسمی ۱۳۵۳ تهران.

۳. زبان شناسی

غیره را به طریقی اعجاب انگیز و شگفت درک نموده و اذعان داشته‌اند که چه بسا تسلط و اشرافیت و حدوث ملکه اجتهاد برای عالم به علم حقوق نسبت به جمیع علوم عقلی و نقلی خاصه علم فقه و حقوق و فهم عمیق به ماهوی فهم، مرهون به آگاهی و شناخت همین علم فقه اللغه «زبان شناسی» می‌باشد.

لذا رسم مولف در طول سال‌های متمادی در تعامل با متون و نصوص، از قوانین موضوعه اعم از حقوقی و فقهی و اصولی و غیره به خصوص متون ادبی حول یک قاعده کلی دوران یافته و همیشه مد نظر وی قرار داشته و چه بسا منجر به درک عمیق‌تری در برخورد با این متون به وی داده است و آن قاعده: «اعمال الکلام اولی من اهماله»<sup>۱</sup> می‌باشد. مفاد این قاعده بیانگر این امر است که قانون‌گذار قطعاً باید فرزانه و حکیم باشد و در بیان خطابات و دستورات خود نیز مرتکب لغوگویی نگردد. به نحوی که اگر واژه‌ای را در یک نص قانونی مورد استعمال قرار داد، از بکار بردن واژگان مترادف، مجمل، مبهم، متشابه و غیره با آن امتناع ورزد. قطعاً باید فعل مقنن براساس وجود یک غرض و مقصود خاصی بوده باشد وگرنه با وصف حکمت و حکیم بودن وی تنافی حاصل می‌شود، زیرا هیچ‌گاه شخص حکیم خود را مشمول قاعده «ترجیح بلا مرجح» و مهمل‌گویی که قبیح است قرار نمی‌دهد و مرتکب آن نمی‌گردد.

واژگان کلیدی: اهلیت، صلاحیت، فقه اللغه، زبان شناسی.

## مقدمه

در مباحث علم اصول فقه اگر به کتب اصولی نظیر (کفایة الاصول مرحوم آخوند خراسانی)<sup>۱</sup>، (نهایة الداریه مرحوم نائینی)<sup>۲</sup>، (انوار الهدایة امام خمینی<sup>(ره)</sup>)<sup>۳</sup>، (فوائد الاصول محمد حسین نائینی)<sup>۴</sup> و غیره مراجعه شود، خواهیم دید که مبحث «حجیت قول لغوی» که از جمله مباحثی است که در فصل «حجیت ادله» تحریر و مورد بررسی علمی قرار گرفته است، به نحوی که از دیرباز بین اصولیون این مهم محل بحث و تشتت آرا قرار داشته است و لکن به آن میزان که مفید در مقصود و مرتبط به موضوع این مقاله می‌باشد به طریق موجز عملکرد و رویه لغویون و فرهنگ نویسان به طور مطلق (یعنی در قالب معاجم لغت اعم از فارسی، عربی، انگلیسی، فرانسه و جمیع زبان‌های عالم) بر این پایه استوار گردیده است که شخص لغوی منحصرأ اقدام به ذکر و احصا معانی متعدده واژگان می‌نماید، ولی تصریح نمی‌نماید که کدامیک از این معانی برای این لفظ حقیقت است و کدام یک مجاز می‌باشد. اکثریت صاحبان این معاجم و فرهنگ نامه‌ها بر همین منهج نوشته و تحریر گردیده‌اند و از باب قاعده «ما من عام الا و قدخص»<sup>۵</sup>، که هیچ عامی نیست که تخصیص نخورده باشد، در این راستا فقط تعداد اندکی از معاجم عربی نظیر (معجم المقاییس، اثر محمد بن فارس بن ذکریا) و (اساس البلاغه، اثر محمود بن عمر زمخشری خوارزمی) است که در تعیین و تشخیص معنای اصلی و موضوع له یک واژه و تفکیک آن از معانی مجازی‌اش تلاش و اجتهاد نموده‌اند و همچنین در مراجعه به دیکشنری‌های انگلیسی و دیکسیونرهای فرانسه نیز همین ضعف و ایراد به چشم می‌خورد، به عنوان مثال اگر به واژه (block) در فرهنگ

۱. خراسانی، محمد کاظم، کفایة الاصول، ص ۵۴ / ۵۵.

۲. نهایة الداریه، محمد حسین غروی نائینی اصفهانی، ج ۲ ص ۱۳۲.

۳. موسوی خمینی، روح اله، انوارالهدایه، ج ۱، ص ۲۴.

۴. فوائد الاصول، محمد حسین نائینی، ج ۱، ص ۳۵.

نامه‌های انگلیسی مراجعه نماییم با معانی: «کُنده درخت، قالب، قرقره‌ای که طناب خود است، سد و مانع، یک رشته عمارت و...»<sup>۱</sup> روبه‌رو می‌گردیم و معلوم نیست کدامیک از این معانی برای این کلمه، حقیقت و کدامیک مجاز می‌باشد. پس با در نظر گرفتن این مهم دیده می‌شود در تعریف واژگانی مانند اهلیت و صلاحیت، حقوق‌دانان همانند لغویون، این دو واژه را با الفاظی مانند شایستگی، لیاقت، اختیار و غیره تعریف نموده‌اند، به نحوی که عملکرد ایشان در واقع (شرح الاسم) می‌باشد ولی ماهیت و حقیقت و میزان فراگیری و شمول آنها و محدوده معانی هریک نسبت به دیگری را معین و مورد تحلیل دقیق علمی قرار نداده‌اند و به صرف تعریف اصطلاحی که غالباً متوقف بر دور است، از آن گذشته‌اند، کما اینکه (دکتر ناصر کاتوزیان) بدون آنکه تعریف دقیقی از واژه (اهلیت) ارائه دهد، آن را با واژه (صلاحیت) تعریف نموده است و فرموده‌اند: «اهلیت عبارت است از صلاحیت انجام عمل حقوقی» و پس از آن اقدام به تقسیم‌بندی آن به اهلیت تمتع و اهلیت ادا و شرح آنها نموده است<sup>۲</sup> و (دکتر حسن امامی) نیز قبل از ذکر تعریف اهلیت راساً اقدام به تقسیم آن نموده است<sup>۳</sup> و (مرحوم سید علی حائری شاهباغ) در جلد دوم از شرح قانون مدنی (مواد ۹۵۶ تا ۱۰۱۰ قانون مدنی) اهلیت را حذف نموده و متعرض آن نگردیده است و عملاً هیچ مطلبی راجع به واژه اهلیت بیان نموده‌اند.<sup>۴</sup> لذا در طی سال‌های متمادی برای مولف مورد سوال بوده است، که وجه تمایز و افتراق بین دو واژه (اهلیت) و (صلاحیت) چه چیز است؟ و آیا قانون‌گذار در مقام (وضع) نه در مقام (استعمال) قصد و غرض خاصی را مد نظر داشته است که

1. Dictionary oxford advanced\* page.152

۲. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ص ۱، شماره ۲۸۴.

۳. امامی، حسن، شرح قانون مدنی ج ۴، ص ۱۵۸ و ۱۵۹.

۴. حائری شاهباغ، علی، شرح قانون مدنی، ج ۲، صص ۸۴۷، ۸۴۸.



لفظ (صلاحیت) را غالباً برای نظام‌ها و سیستم‌های اداری، قضایی و به طور کلی در دستگاه‌های حکومتی و دولتی ابتدا وضع و ثنیا استعمال نموده است یا خیر؟ نمونه‌های بارز آن عبارت است از:

الف) قانون آئین دادرسی مدنی:

واژگان مبتنی بر صلاحیت، مواد: ۹- ۱۰- ۱۹- ۲۰- ۲۴- ۲۵- ۲۶- ۲۷- ۲۸- ۲۹- ۳۰- ۳۰- ۴۰- ۶۵- ۸۴- ۸۹- ۱۱۱- ۱۶۴- ۲۳۳- ۲۵۸- ۲۶۲- ۲۹۰- ۳۱۱- ۳۱۲- ۳۱۵- ۳۲۶- ۳۲۹- ۳۳۱- ۳۳۲- ۳۳۳- ۳۴۸- ۳۵۲- ۳۷۱- ۴۰۱- ۴۶۲- ۴۶۳- ۴۷۸- ۴۸۵- ۸- ۴۹۰- و واژگان مبتنی بر اهلیت، مواد: ۸۴- ۸۶- ۳۳۲- ۳۶۷- ۳۶۸- ۴۵۴- ۴۶۶.

ب) قانون ثبت اسناد و املاک:

واژگان مبتنی بر صلاحیت، مواد: ۵- ۶- ۱۲- ۱۸- ۱۹- ۲۰- ۲۵- ۴۴- ۸۳ و واژگان

مبتنی بر اهلیت: ۱۰۲

ج) قانون امور حسبی:

واژگان مبتنی بر صلاحیت، مواد: ۹- ۱۱- ۲۸- ۴۷- ۵۱- ۵۲- ۶۱- ۶۲- ۱۰۹- ۱۱۰- ۱۲۵- ۱۳۸- ۱۴۰- ۱۶۴- ۱۶۹- ۲۷۲- ۲۷۳- ۳۵۲- ۳۵۵- ۳۵۶ و واژگان مبتنی بر اهلیت: ۷- ۷۲- ۲۸۸- ۲۸۹ می‌باشد.

با این وجود شناخت منشا و خاستگاه این سوال خیلی مهم و ارزشمند است. زیرا هنگامی که ما به منابع حقوقی و دکترین و یا معاجم لغت و فرهنگ نامه‌ها، اعم از فرهنگ نامه‌های داخلی یا خارجی به طور کلی، به قصد فهم عمیق و درک کامل این دو کلمه (اهلیت) و (صلاحیت) مراجعه می‌نماییم<sup>۱</sup>، علاوه بر اینکه این فرهنگ نامه‌ها معنای هر واژه را به کمک واژه دیگر تعریف نموده‌اند، به نحوی که صلاحیت را با واژه اهلیت و واژه

۱. اگر چه مولف در صدد تعیین حدود و جوه افتراق بین این دو واژه می‌باشد، فحول علما و دکترین حقوق نیز به این امر اعتراف و اذعان نموده‌اند که حتی تعیین افتراق و تمایز بین اهلیت تمتع و اهلیت استیفا به غایت سخت و دشوار می‌باشد (اندیشه و ارتقا، محمد جعفر جعفری لنگرودی، ص ۵۵۶، شماره ۷۷۸، گنج‌دانش، چاپ اول، ۱۳۸۷).

اهلیت را با کلمه صلاحیت تعریف کرده‌اند، مضاف بر آن با واژگان دیگری از قبیل: شایستگی، شانیت، قدرت و توانمندی و غیره نیز برخورد می‌کنیم که در راستای تعریف این دو لفظ مورد استفاده قرار گرفته‌اند و این فرایند تعریف، برای کسی که خواهان فهم عمیق این واژگان و یافتن میزان دلالت آنها بر معانی مقصوده است تا کنه معانی آنها را به معنای دقیق کلمه ادراک نماید، نخواهد بود. بنابراین مولف با این دیدگاه جهت تبیین موضوع بعد از مراجعه به منابع فقهی و حقوقی و پس از فحص و یاس به ظن وی این خلا علمی و بدیع را احساس نموده که اصل وضع این دو واژه بر معانی معروف و متعارف در نزد اهل فن از منظرگاه علم «فیلولوژی» چگونه است و بر اساس چه ملاک و مناطی وضع گردیده است؟ پس با امعان نظر به آیه شریفه «لا یكلف الله نفسا الا وسعها»<sup>۱</sup> به قصد جواب دادن به این پرسش قیام نموده و عمده مطالب در مسیر این مهم عبارت است از:

- ۱- بیان معانی لغوی و اصطلاحی و وجه تسمیه هریک از این الفاظ.
- ۲- مقایسه علمی بین دو واژه (اهلیت) و (صلاحیت) و (واژگان مترادف آنها).
- ۳- تعیین و تعریف منطقی این دو واژه بر پایه علم اصول و حد و رسم آنها در علم منطق.
- ۴- تبیین اصل وضع آنها با نگاه تاریخی و ریشه شناسی واژگان.<sup>۲</sup>
- ۵- بیان نوع رابطه این دو واژه و تعلیل تقدم یا تاخر آنها نسبت به یکدیگر.
- ۶- کاربرد هریک در قوانین و مقررات.

۱. سوره مبارکه بقره، آیه ۲۸۶ (قرآن کریم).

۲. مولف: موکدا اعلام می‌دارد که موضوع این مقاله، حول محور وضع الفاظ و در مقام وضع است، نه در مقام استعمال، ولو اینکه از باب قاعده «لازم للاحتمال، لازم» که در صفحه ۱۰۶ نسخه خطی حاشیه ملا عبدالله به خط عبدالرحیم آمده است، جهت روشن شدن مطلب و اثبات مدعا، استشهاد به نوع (استعمالات) قانون‌گذار در خطابه‌های قانونی اجتناب‌ناپذیر می‌باشد که تبعاً مقام استعمال نیز مد نظر قرار گرفته است.

## فصل اول - تحلیل واژگان اهلیت و صلاحیت و مترادفات آنها

نظر به اینکه بخش عمده‌ای از مواد قانونی ناظر بر الفاظ اهلیت و صلاحیت می‌باشند، مانند مواد ۹۵۶، ۹۵۷، ۹۶۷ قانون مدنی و مواد مربوطه در قانون آیین دادرسی مدنی و قانون تجارت و سایر قوانین که ناظر بر صلاحیت محاکم دادگستری هستند و به صورت ذوالوجهین تقنین یافته‌اند، به طوری که خاستگاه آنها هم منبعث از قوانین و قواعد شرع و متون فقهی و ملاک‌های مندرج در اخبار و روایات و هم از قوانین بیگانه می‌باشند؛ لذا برای رسیدن به مقصود از تصنیف این مقاله با تمسک به قاعده اصولیه «الجمع مهمما امکن اولی من الطرح» از یک طرف غور و غوص در بطن این واژگان نیازمند شناخت آنها در منابع مذکور می‌باشد که تبیین این موضوع در بخش‌های بعدی خواهد آمد و از طرف دیگر معادل معنای اهلیت، واژه (capacity) و معادل معنای صلاحیت، واژه (competence) در زبان انگلیسی وضع و استعمال گردیده است که این دو واژه غالباً ظهور در همین معانی پیدا نموده‌اند، مضاف بر اینکه واژگان مترادف دیگری نیز در این راستا هستند که دلالت بر همین معانی دارند، برخی از آنها که عبارتند از<sup>۱</sup>:

(۱) jurisdiction, attribution, prerogative: به معنای صلاحیت. (۲) ability: قابلیت و توانایی. (۳) merit, worthiness: شایستگی و لیاقت. (۴) credibility: اعتباریت. (۵) dignity: شانیت. همچنین واژگانی نظیر این واژگان که همین بار معنایی خاص را داشته ولی به سبب عدم تطویل در کلام، از ذکر آنان خودداری می‌گردد و لکن در راستای موضوع این مقاله برخی از آنها مورد تحلیل علمی و لغوی قرار خواهند گرفت و علت این تحلیل نیز آن است که بتوانیم بعد از شناخت معنای اصلی آنها و تمیز از معانی فرعی، حدود و میزان دلالت آنها را نیز شناخته و در مسیر درک کامل تری از دو مفهومی که موضوع این مقاله می‌باشد با کاستن و الغا

۱. آقایی، بهمن، فرهنگ حقوقی بهمن (صفحات ۷۳۴، ۱۱۶، ۹۱۷، ۳۵۱، ۴۱۹) انتشارات گنج دانش، چاپ دوم (۱۳۸۲).

خصوصیت‌های زائد، به اصل وضع آنها به طریق اجتهاد علمی پی برده و اصل مقصود و مطلوب حاصل گردد.

### بخش اول - معنای لغوی اهلیت (capacity)

مبحث اول - در لغت عرب:

این کلمه از ریشه (أهل) مشتق گردیده و به صورت (مصدر صناعی) ساخته شده است که در نزد ادبا دارای اسامی دیگری به نام‌های (مصدر جعلی) یا (مصدر منحوت) نیز می‌باشد و روش ساختن این مصدر با اضافه نمودن (تاء مدوره) با (یاء مشدده) در انتهای هر اسمی صورت می‌پذیرد و در معاجم لغت دارای معانی از جمله: صلاحیت، شایستگی، لیاقت و غیره می‌باشد. در خصوص شناخت (مصدر صناعی) ذکر دو نکته، مهم و ضروری است:

نکته اول: در این نوع مصدر، یک نوع بار معنایی خاصی نهفته است<sup>۱</sup> که مصادر دیگر فاقد چنین خصوصیتی می‌باشند بدین نحو که «مصدر صناعی» علاوه بر اینکه معنای اولیه مبدا اشتقاق خودش را حفظ می‌نماید، یک بار معنایی دیگری را نیز به آن ضمیمه کرده و این معنای جدید و ترکیبی عبارت است از مجموعه تمام صفات و خصوصیات مربوط به آن لفظ؛ به عنوان مثال، لفظ انسان، به معنای حیوان ناطق است ولی به مجرد اینکه تبدیل به مصدر صناعی گردید و به صورت «انسانیه» درآمد، بیانگر جمیع صفات و ویژگی‌های مختلفی است که انسان دارد از جمله: شفقت، ایثار، فداکاری، رحمت، انجام اعمال خیر و غیره را نیز در بر می‌گیرد.<sup>۲</sup>

علاوه بر محتوای معنایی خاصی که متذکر آن شدیم، گفته شده است که «مصدر صناعی» بیانگر ثبوت و لزوم صفت (مبدا اشتقاق) برای آن اسم

۱. مولف: اگر در دو واژه (تسویه) و (تصفیه) مذاقه گردد، واژه (تسویه) با (سین) در نصوص قانونی مورد استعمال قانون گذار قرار نگرفته است و در واقع دارای (حقیقت قانونیه و شرعیه) نمی‌باشد، بلکه فقط دارای (حقیقت عرفیه) است و بالعکس واژه (تصفیه) با (صاد) دارای (حقیقت قانونیه) می‌باشد.

۲. الساعدی، صباح عباس حسن، النحو الوافی، ج ۳، ص ۱۸.

می‌باشد که از آن مشتق گردیده است، پس مراد از «جاهلیة» یعنی، صفتی که لازمه شخص جاهل است و باید وی داشته باشد و مراد از «رجولية» یعنی صفتی که باید رجال داشته باشند؛<sup>۱</sup> و این معنا نیز قریب به همان معنایی است که ابتدا بیان کردیم.

نکته دوم: بر حسب معنای خاصی که در نکته اول بیان شد به نظر می‌رسد که معنای مصدر جعلی (اهلیت) دلالت می‌کند بر جمیع امور (وجودیه ایجابیه) و شاهد بر این مدعا ماده (۲۱۱) قانون مدنی می‌باشد که قانون‌گذار به (وجود عقل، وجود بلوغ، وجود رشد و وجود قدرت علی قول)<sup>۲</sup> تصریح فرموده است و اموری که مبین جهات (عدمیه سلبيه) می‌باشند مشمول عنوان (اهلیت) قرار نمی‌گیرند، کما اینکه مفاد ماده (۲۱۲) قانون مدنی نیز موید همین امر است، به طوری که (عدم البلوغ) یعنی صغر، (عدم العقل) یعنی جنون، (عدم الرشد) یعنی سفه و (عدم القدرة) یعنی عجز، سبب خروج از (اهلیت) می‌گردد.<sup>۳</sup>

#### مبحث دوم - در لغت انگلیسی

واژه (capacity) از دو بخش تشکیل گرده است: ۱-cap، ۲-city.

واژه (cap)، در انگلستان باستان به معنای (عبا- شل- ردا) بوده است که با اضافه شدن به کلمه (city) به صورت (capacity) درآمده و به معنای (ظرفیت و گنجایش) می‌باشد؛ اصل بُن و ستاک فعلی آن کلمه لاتین (capax)<sup>۴</sup> می‌باشد که در واقع (capacity) صفتی است که از آن مشتق شده است و معادل صفت

۱. حسینی طهرانی، هاشم، علوم العربیه، ص ۲.

۲. شهید ثانی در شرح لمعه ج ۱ صفحه ۳۱۴ کتاب متاجر می‌فرماید: «و یشرط فی المتعاقدين الکمال برفع الحجر المانع الجامع للبلوغ و العقد و الرشد و الاختیار الا ان یرضی المکره...».

۳. کاظمی خراسانی، محمد علی، فوائد الاصول، صفحه ۳۰۴، جلد ۱، تقریرات درس خارج اصول مرحوم محمدحسین نائینی: «فیكون حکم الضدين الذين لا ثلاث لهما حکم النقيضين».

4. Cassells latin dictionary by D.P.Simpson, M.A.

لاتینی آن (capabilis) است که به معنای (توانایی گرفتن و حفظ اشیا) می‌باشد.<sup>۱</sup> لذا آنچه که مستنبط از ریشه شناسی تاریخی این واژه به ذهن متبادر می‌گردد، ظهور در دو عنوان می‌باشد:

۱) با مذاقه در معانی دو کلمه (cap) و (city) و در مقام بیان معنای تحت اللفظی آن، دلالت بر معنای (چادر یا پوششی است که روی شهر کشیده گردد) داشته که متضمن معنای (شمول و فراگیری) است؛<sup>۲</sup> مثل این که ارتباط آن با معنای اصطلاحی و حقوقی (اهلیت) این است که اگر «جمیع شرایط و اوصاف» به صورت عام مجموعی اجتماع نمایند، اهلیت حادث می‌گردد و بی‌تردید و با ازاله حتی یک جزء از آن، وصف اهلیت نیز از بین می‌رود و قاعده منطقی «اذا فات الجز فأت الكل» اعمال می‌گردد.<sup>۳</sup> و همان‌طور که یکی از اوصاف مندرج در ماده ۲۱۱ قانون مدنی (مثلا عقل) اگر ازاله گردد، با دو وصف دیگر (بلوغ و رشد) قطعاً اهلیت ایجاد نمی‌گردد و اجتماع هر سه وصف باید به صورت (بشرط شی) لحاظ گردند. حال با این استدلال چه بسا می‌توان قول آن گروهی که عنوان (اهلیت ناقص) را بیان نموده و به آن معتقد هستند را مورد مناقشه قرار داد.

۲) همان‌گونه که دانسته شد کلمه لاتینی اهلیت (capabilis) مرکب از دو معنا می‌باشد: ۱- توانایی و قابلیت گرفتن، ۲- حفظ کردن اشیا؛ لذا می‌توان وصف (اهلیت تمتع) در مواد (۹۵۶) و (۹۵۷) قانون مدنی را معادل بخش اول این کلمه و وصف (اهلیت استیفا) در مواد (۹۵۸) و (۹۵۹) قانون مذکور را معادل بخش دوم این کلمه لحاظ نمود.

۱. آیتو، جان، فرهنگ ریشه شناسی لغات انگلیسی، ترجمه حمید کاشانیان، ص ۴۷.

۲. همان.

۳. یزدی، عبدالله، الحاشیه، منطق تفتازانی، صفحه ۶۶، چاپ سنگی.

## بخش دوم - معنای لغوی واژه صلاحیت (competence)

## مبحث اول - در لغت عرب

سابقا در معنای لغوی (اهلیة) بیان گردید که این کلمه نیز مصدر صناعی از ریشه (صُلح) می‌باشد و بیانگر ثبوت و لزوم صفت برای آن اسم است همانند: جاهلیة، رجولیة، انسانیة و غیره، همچنین متضمن یک بار معنایی جدیدی است که نسبت به اصل کلمه‌ای که از آن اشتقاق یافته است نیز می‌باشد و برحسب شرحی که گذشت، مبین جمیع امور (ایجابیه وجودیه) است.

لذا وجه تسمیه‌ای که مستنبط می‌گردد، دلالت بر این امر دارد که جمیع سازمان‌ها، وزارتخانه‌ها و مراجع عمومی (خاصه محاکم قضایی دادگستری) منحصر بر انجام اموری شایستگی و لیاقت دارند که دارای جنبه (ثبوتیه مثبتیه) باشند، یعنی اگر امور محوله را بر طریق صحیح و طبق مقررات جاری انجام دهند، اعمال و تصمیمات آنها نافذ و صحیح می‌باشد. (مواد ۱۲۹۱ و ۱۲۹۳ ق.م. و مواد ۲، ۱۸، ۱۹، ۲۰ ق.ث) و نسبت به اموری که خارج از صلاحیت و شایستگی آنهاست که جنبه (سلبیه) دارد (وجه سلبیه، به معنای اموری است که متصف به فاسد، غیرصحیح و نامشروع می‌گردند) تصمیمات و رسیدگی‌های این مراجع فاسد و باطل تلقی می‌گردد.

## مبحث دوم - در لغت انگلیسی

۱) واژه (competence) از دو بخش به صورت (com+pete) تشکیل گردیده است به طوری که پیشوند (com) همانند پیشوند (com) دلالت بر اشتراک، اجتماع و با هم بودن را دارد و به معنای (together) می‌باشد<sup>۱</sup> و گویا شبیه به باب‌های (مفاعله و تفاعل) در زبان عربی می‌باشد، مانند:

Companion: هم‌نشین بودن

Company: هم‌سفر بودن

۱. جان سینکلر، ساخت واژه‌های انگلیسی، ترجمه جلیل شاهی لنگرودی و محمدرضا مجدی، ص ۴۵.

Comrade: هم قطار بودن

Community: اجتماع

بخش دیگر واژه (petere) می‌باشد که به معنای (seak) یعنی جستجو کردن، جویا شدن، به دنبال چیزی گشتن، است. بنابراین حالت ترکیبی این دو بخش که به صورت (compete) درمی‌آید در ابتدا وضع و استعمال آن به مفهوم (با هم بودن، موافق با یکدیگر بودن یا موافقت با همدیگر داشتن) بوده است ولی در اثر مرور زمان، گویا تغییر معنا داده و به معنای (نزاع، کشمکش و مشاجره با یکدیگر) به کار رفته است.<sup>۱</sup>

این تغییر معنایی به صورت اضداد ناخود آگاه انسان را به یاد صنعت تضاد در علم بدیع می‌اندازد<sup>۲</sup> و از همین وادی چه بسا از باب علاقه‌ها و مناسب‌های احصا شده در علم بیان، مشمول علاقه (حال و محل) قرار گرفته<sup>۳</sup> و به دلالت التزامی و فحوایی در صلاحیت محاکم قضایی استعمال گردیده است.<sup>۴</sup>

(۲) گفته شده واژه (competence) دارای ۳ معنای لغوی مهم است:<sup>۵</sup>

الف - مهارت داشتن، در این معنا غالباً در مواردی به کار می‌رود که فراگیری شخص و یادگیری او در یک مدت اندکی حاصل گردیده است و نیازمند تخصص لازم و فرا گرفتن نزد استاد نیست، برخلاف واژه «skill».

مثال: او در رانندگی کردن مهارت دارد. (He drives with competence)

۱. جان آیتو، ریشه شناسی واژگان انگلیسی، ترجمه حمید کاشانیان، ص ۲۷۸.

۲. تفتازانی، سعدالدین، مطول، باب بدیع، ص ۳۳۰، نسخه خطی.

۳. همان.

۴. مولف: مراد از علاقه (حالیّت) بدین معنا می‌باشد که ذکر حلول کننده در شی‌ی گردد ولی اراده محل و مکان آن شود، مانند آیه ۱۰۷ از سوره مبارکه آل عمران: «وَأَمَّا الَّذِينَ أَبْصَتْ وُجُوهُهُمْ فَمَنْ رَحِمَهُ اللَّهُ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ» که بیانگر این موضوع است که «رحمت خداوند برای این افرادی که رو سفید شده‌اند، همیشگی و جاودان است» به صورت حال ذکر شده و لکن اراده محل این رحمت الهی شد که اشاره به (مکان بهشت) می‌کند. (مطول، ص ۲۸۵، نسخ خطی به خط عبدالرحیم).



ب - قدرتمند بودن و قدرت لازم را داشتن، که در اصطلاح حقوقی به معنای صلاحیت است.

مثال: This case is beyond the competence of this court.

ترجمه: این پرونده (موضوع این پرونده) خارج از صلاحیت این دادگاه است.

ج - به نظرمی رسد معنای سوم کلمه (competence)، باز ریشه در معنای دوم آن یعنی قدرت لازم و کافی داشتن دارد و به آن معنا عود می‌کند و همچنین استنباط می‌گردد که اگر لفظ (compete) قائم به شخص (اعم از حقیقی یا حقوقی) باشد بیانگر توانایی، مهارت یا شایستگی فرد در انجام امور است و اگر قائم بر یک نظام و سیستم حکومتی یا دولتی (مراجع قضایی، هیات حل اختلاف کار و...) باشد و در ارتباط با آنها به کار رود، بیانگر مفهوم (صلاحیت) آن نظام و سیستم می‌باشد.

بخش سوم - نگاهی اجمالی به واژگان مترادف synonym بر اساس فقه اللغه:

مبحث اول - کلمه ability: به معنای قادر بودن، توانایی داشتن و قدرت داشتن می‌باشد.

این لفظ غالباً در امور ذهنی، فکری و معنوی استعمال می‌گردد و کمتر در امور فیزیکی و مادی به کار می‌رود و همچنین می‌تواند موکد میزان شدت و ضعف توانایی یک شخص یا یک موجود در فعل و عملی که انجام می‌دهد باشد.

مثال ۱ - او یک شخصی است با قدرت و توانایی ذهنی و فکری خیلی زیاد.

که ترجمه انگلیسی آن عبارت است از: «He is a person of great ability».

مثال ۲ - گربه قادر است در تاریکی ببیند. که ترجمه انگلیسی آن عبارت

است از: «A cat is able to see in the dark»

در این مثال، مراد متکلم بیانگر قدرت و شدت قوه باصره در گربه است، نه اینکه بخواهد فقط صرف دیدن گربه را بیان کند کما اینکه انسان دارای

قوه باصره است ولی قادر به دیدن در تاریکی نیست.

**مبحث دوم کلمه skill:** به معنای مهارت و توانایی می‌باشد و در مواردی به کار می‌رود که شخص طی تعلیم و آموزش یک مدت نسبتاً طولانی و زیر نظر استاد قرار داشته و با تمرین زیاد این توانایی را کسب کرده است؛ مانند پزشکان، جراحان متخصص مغز و قلب، مهندسين در امر سدسازی و غیره.

مثال ۱ - او مکانیک خبره و ماهری است. که ترجمه انگلیسی آن عبارت است از: «He is a skilled mechanic».

مثال ۲ - او در نقاشی کشیدن یک توانایی و استعداد ذاتی دارد. که ترجمه انگلیسی آن عبارت است از: «He have great aptitude in painting».

**مبحث سوم - کلمه jurisdiction:** بیانگر تحدید و محدوده صلاحیت است، نه اینکه صلاحیت به صورت مطلق وجود داشته باشد و اصل وضع آن، برای محاکم قضایی است؛ به خصوص زمانی که همراه با واژگانی مانند: within-outside، به کار رود.

مثال: That of facial has no jurisdiction outside the city:

آن مقام رسمی دارای صلاحیت قضایی در بیرون از این شهر نیست.<sup>۱</sup>

## فصل دوم - معنای اصطلاحی اهلیت و صلاحیت در حقوق موضوعه

### بخش اول - معنای اصطلاحی اهلیت

۱- گروهی ظاهراً با استناد به قاعده منطقی (الضدین لا ثلاث لهما) و قاعده ادبی (تُعرفُ الاشياءُ باضدادها) و با منویت (سالبه بودن قضیه) این واژه را چنین تعریف نموده‌اند که: «اهلیت، صفت شخصی است که دارای جنون، سفه، صغر، ورشکستگی و سایر موانع محرومیت از حقوق (کل یا بعضاً) نباشد.<sup>۲</sup> (مفاد مواد ۲۱۲ و ۱۲۰۷ قانون مدنی).

۲- تعریف دیگری در قالب و با نیت (قضیه موجهه) بیان گردیده و اهلیت

1. Longman Lexicon dicationary.

۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، ص ۹۷، شماره ۷۵۷.

را این‌گونه تعریف نموده است: «اهلیت عبارت است از صلاحیت شخص برای دارا شدن حق و تحمل تکلیف و به کار بردن حقوقی که به موجب قانون دارا شده است.»<sup>۱</sup> بنابراین با عنایت به تعاریف فوق و لحاظ فرمول ذیل:

سبب + شرط ← مقتضی

مقتضی + عدم مانع ← علت تامه

قانون و حقوقدان‌ها و فقها، اهلیت را به دو بخش تقسیم نموده‌اند:

۱) اهلیت وجوب: که معادل با اهلیت تمتع و یا دارا شدن حق می‌باشد؛ اختصاص به نوع انسان با قید حیات و زنده بودن وی داشته است و شامل حیوانات نمی‌گردد.  
 ۲) اهلیت ادا: که آن را معادل اهلیت استیفا یا استحقاق اعمال حق می‌دانند.  
 حال با کمک فرمول مذکور می‌توان یک نگاه دقیق‌تری به اقسام اهلیت نمود به طوری که:

سبب (نوع انسان) + شرط (مقید به زنده بودن) ← مقتضی (اهلیت وجوب یا تمتع که همانا دارا بودن حق است).

مقتضی + عدم المانع «۱- عدم مانع قانونی ۲- عدم حجر (صغر، ورشکستگی، جنون و...)» ← علت تامه (اهلیت ادا یا استیفا)

مثال: شخصی حقیقی استحقاق (اهلیت) نکاح را دارد ولی شخص حقوقی این استحقاق را ندارد؛ در این مثال عنصر «سبب» در فرمول بالا مخدوش است. اتباع خارجه در ایران استحقاق (اهلیت تمتع) نشر روزنامه، حق رای دادن در انتخابات و داشتن اموال غیرمنقول را ندارند ولی با رعایت شرایط قانونی حق اقامت در ایران را دارند. در این مثال، عنصر عدم المانع، مخدوش است و وجود مانع قانونی، از عملکرد مقتضی جلوگیری می‌کند.

**بخش دوم - معنای اصطلاحی صلاحیت (competence)**

در تعریف آن گفته شده است که صلاحیت عبارت است از: «اختیار و

۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط، ج ۱، ص ۷۳۹، شماره ۲۸۰۹.

استحقاق اقدام در امکنه و اموری که قانون معین کرده است برای مامور قضایی (قضات) یا اداری (در مورد محاکم اداری) یا وابستگان به دولت مانند دفاتر اسناد رسمی و ازدواج و طلاق. آنچه که از حیث مکان اقدام آنان در نظر گرفته می‌شود صلاحیت محلی است و آنچه که مورد اقدام آنان است صلاحیت ذاتی است. قلمرو صلاحیت محلی را در اسلام «عمل» نامیده‌اند. امروزه در امور قضایی، حوزه قضایی می‌گویند.<sup>۱</sup>

به عنوان مصداق، انتخاب سردفتران و دفترباران و صلاحیت آنها از جنبه صلاحیت ذاتی و شخصی و نیز احراز صلاحیت آنها در مواد ۶ به بعد ق.د.ا.ر تعیین شده است. صلاحیت ذاتی و عام دفاتر نیز به موجب ماده ۱۲۸۷ ق.م می‌باشد و نیز به اعتبار دیگر «صلاحیت» را به دو بخش دیگر تقسیم نموده‌اند: الف - به معنی اعم: که عبارت است از حق و شایستگی شخص (اعم از حقیقی یا حقوقی) در پرداختن به امری که مشخص و معین است، به طوری که برحسب این مفهوم واژه صلاحیت به واژگانی مانند اهلیت، حق داشتن، لیاقت، شایستگی و غیره، قرابت معنایی پیدا می‌نماید.

ب - به معنی اخص: حق و تکلیفی است که قانون در حوزه خاصی به محاکم و دادگاه‌ها، برای رسیدگی به یک رخداد مستلزم رسیدگی قضایی داده است. با عنایت به این مفاهیم به مثال‌های زیر باید توجه شود:

مثال (۱) فردی هم اهلیت تمتع دارد و هم اهلیت استیفا و با داشتن مبلغ صد میلیون تومان وارد به بازار بورس می‌گردد و به واسطه عدم آگاهی از قواعد و مقررات بازار بورس، دارایی خود را از دست می‌دهد؛ ظاهراً این فرد اگرچه اهلیت‌های ثنائی (تمتع و استیفا) را دارا بوده است ولیکن فاقد صلاحیت تلقی می‌گردد.

۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط، ج ۳، ص ۲۳۵۵، شماره ۷۸۹۶؛ تاریخ حقوق ایران، ص ۱۶۵، شماره ۳۲۵؛ دائرةالمعارف علوم اسلامی قضایی، ج ۲، ص ۸۶۱.

مثال ۲) به موجب ماده ۴۶۶ قانون آیین دادرسی مدنی: «اشخاص زیر را هر چند با تراضی، نمی‌توان به عنوان داور انتخاب نمود:

۱- اشخاصی که فاقد اهلیت قانونی هستند. ۲- اشخاصی که به موجب حکم قطعی دادگاه و یا در اثر آن از داوری محروم شده‌اند.»

در نتیجه کلام قانون‌گذار در بند ۱ این ماده متوقف بر یک دلالت مطابقه‌ای و یک دلالت التزامی و در بند ۲ آن متوقف بر دو دلالت التزامیه می‌باشد بدین نحو: الف) قانون‌گذار در بند ۱ با مطابقت واژه اهلیت را به کار برده است و به دلالت التزامی معنای صلاحیت این طایفه، در کلام مقدر گردیده است که این گروه نه دارای اهلیت می‌باشند و نه دارای صلاحیت در امر داوری.

ب) قانون‌گذار در تقنین بند ۲ این ماده اعلام می‌دارد که این گروه به دلالت التزامی اگر چه دارای اهلیت می‌باشند، ولی در عین حال فاقد وصف صلاحیت در امر داوری گردیده‌اند.

مثال ۳) ماده ۱۲ قانون دفاتر اسناد رسمی مقرر می‌دارد: «اشخاص زیر را نمی‌توان به سمت سردفتری یا دفتریاری انتخاب یا ابقا کرد:

۱- اتباع بیگانه. ۲- کسانی که تحت قیمیت یا ولایت هستند. ۳- ...»

قانون‌گذار در بند ۱ و ۲ این ماده، اشخاصی را در نظر گرفته است که نه واجد اهلیت می‌باشند و نه واجد صلاحیت و همچنین در بندهای ۳، ۴ و ۵ این ماده اشخاصی را در نظر گرفته است که علی‌رغم داشتن اهلیت، فاقد صلاحیت قانونی می‌باشند.

«پایان قسمت اول، ادامه در شماره ۱۹۵»



## آیا فناوری بلاک چین می تواند باعث انقلابی شگرف در تجارت بین المللی شود؟

ترجمه: حسین مکاری<sup>۱</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۷/۲۶

تاریخ ویرایش: ۱۴۰۲/۶/۸

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۳/۷

«این متن ترجمه‌ای است از بخشی از کتاب:

CAN BLOCKCHAIN REVOLUTIONIZE INTERNATIONAL TRADE?

از EMMANUELLE GANNE (اثر امانوئل گان) که در سال ۲۰۱۸ توسط سازمان تجارت جهانی در ژنو منتشر شده است.»

بلاک چین چگونه کار می کند؟

بلاک چین تنها یکی از انواع فناوری دفتر کل توزیع شده (DLT) است. این فناوری به سرعت در حال پیشرفت است و مدل‌های جدیدی از جریان تراکنش‌ها برای افزایش سرعت و امنیت و کاهش مصرف انرژی، در حال توسعه هستند که از مفهوم «بلوک» و حتی از هر دو مفهوم «بلوک» و «زنجیره» دور

۱. سردفتر اسناد رسمی شماره ۷۲۸ تهران و دانشجوی دکتری رشته حقوق خصوصی دانشگاه دامغان.

می‌شوند. «تازه واردین که در بلوک نیستند» شامل IOTA، ریپل و هشگراف است. اگرچه این مدل‌های جدید به خودی خود زنجیره‌های بلوکی نیستند، اما اصطلاح «بلاک‌چین» معمولاً برای اشاره به فناوری دفتر کل توزیع‌شده و پدیده‌های پیرامون آن استفاده می‌شود؛ در حالی که این بخش بین Block-chain و سایر فناوری‌های دفتر کل توزیع‌شده تمایز قائل می‌شود تا مراحل مختلف مربوط به آن را توضیح دهد و مفاهیم را روشن کند، بقیه این نشریه از اصطلاح «blockchain» برای اشاره به DLT استفاده می‌کند.

### الف) مسایل حقوقی

استقرار گسترده بلاک‌چین به چیزی بیش از فناوری نیاز دارد. به چهارچوب‌هایی نیاز دارد که نه تنها قابلیت همکاری شبکه‌ها را تضمین کند، بلکه وضعیت حقوقی تراکنش‌های بلاک‌چین را نیز روشن کند و مسئولیت‌ها و نحوه دسترسی و استفاده از داده‌ها را تنظیم کند. بدون این لایه نظارتی، فناوری بلاک‌چین می‌تواند به پروژه‌های آزمایشی محدود شود. مسایل حقوقی که با استفاده از بلاک‌چین مطرح می‌شود دو نوع است: ۱- مسایل کلی مانند وضعیت حقوقی تراکنش‌های بلاک‌چین و مسایل مربوط به صلاحیت. ۲- مسایل خاص مرتبط با استفاده از بلاک‌چین برای موارد خاص. برای برخی از امور گمرکی، برای مثال، مجوزی که توسط یک نهاد خاص ارائه می‌شود، ممکن است برای خودکارسازی فرآیندهای خاص از طریق قراردادهای هوشمند مورد نیاز باشد. این مسایل خاص به ماهیت برنامه بلاک‌چین در حال توسعه بستگی دارد و در این بخش به آنها پرداخته نمی‌شود، اما مقامات و شرکت‌هایی که به دنبال کاربردهای بلاک‌چین هستند باید آنها را در نظر داشته باشند.



## ۱- اعتبار قانونی تراکنش‌های بلاک‌چین

وضعیت حقوقی تراکنش‌های بلاک‌چین و قراردادهای هوشمند همچنان نامشخص باقی می‌ماند، به غیر از ابزارهای مالی صادر شده در بلاک‌چین. معاملات بلاک‌چین مسایل طبقه‌بندی را باز می‌کند. فعالیت‌هایی که مشروع هستند، اما بر اساس الزامات قانونی دنیای غیر بلاک‌چین ساختاری ندارند، چگونه باید طبقه بندی شوند؟ آیا اطلاعات ذخیره شده در یک بلاک‌چین نشان دهنده مالکیت یا وجود یک دارایی، مالکیت واقعی یا وجود واقعی آن دارایی را اثبات می‌کند؟ دادگاه تا چه اندازه بلاک‌چین را به عنوان منبع حقیقت غیرقابل تغییر و غیرقابل دستکاری تشخیص می‌دهد؟ آیا قراردادهای هوشمند قراردادهای قانونی هستند؟ آیا اوراق قرضه و مشتقات صادر شده در بلاک‌چین از نظر قانونی معتبر هستند؟ برخی ابتکارات در سطح بین‌المللی برای روشن شدن وضعیت حقوقی چنین معاملات و فرآیندهایی انجام شده است. در ۱۳ ژوئیه ۲۰۱۷، آنسیترال قانون نمونه مورد انتظار در مورد سوابق قابل انتقال الکترونیکی را تصویب کرد (سرویس اطلاعات سازمان ملل متحد، ۲۰۱۷). قانون نمونه استفاده از سوابق قابل انتقال الکترونیکی را امکان‌پذیر می‌سازد و شرایطی را تعیین می‌کند که اگر قرار است ثبت الکترونیکی به عنوان سند قابل انتقال تلقی شود، یعنی سندی که به دارنده آن حق ادعای انجام تعهد مندرج در سند را می‌دهد، باید رعایت شوند. مانند بارنامه، برات، سفته و قبض انبار. اصل بی طرفی مندرج در قانون مدل اجازه می‌دهد تا استفاده از همه روش‌ها و فناوری‌ها، از جمله دفتر کل توزیع شده، در نظر گرفته شود.

تصویب قانون نمونه آنسیترال در مورد سوابق قابل انتقال الکترونیکی پیشرفت مهمی است که در صورت انتقال به قوانین ملی، می‌تواند راه را برای استفاده قانونی از فناوری بلاک‌چین برای معاملات تجاری بین‌المللی باز کند. قانون نمونه به طور مفیدی مکمل اصول آنسیترال است که تجارت الکترونیک را هدایت می‌کند.

بر اساس اصل بی طرفی فناوری مندرج در قانون نمونه تجارت الکترونیک (۱۹۹۶، بازنگری شده در ۱۹۹۸)، قانون نمونه امضای الکترونیکی (۲۰۰۱) و کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی (۲۰۰۵)، یک داده پیام ذخیره شده در یک بلاک‌چین، الزامات کاغذی نوشتن و امضا را برآورده می‌کند، مشروط بر اینکه شرایط مربوطه را برآورده کند. با این حال، قانون مدل، ارزشهای دیجیتال را پوشش نمی‌دهد. برای تعیین شرایطی که تحت آن توکن‌های مبتنی بر بلاک‌چین که نشان دهنده اوراق بهادار (ارزش‌های رمزنگاری) هستند، به عنوان اوراق بهادار تلقی شوند، قوانین جداگانه‌ای لازم است.

نمونه‌های آنسیترال، اگرچه از نظر راهنمایی قانونی مهم هستند، ولیکن هیچ گونه ارتباط قانونی ندارند. آنها فقط طرح‌هایی هستند که کشورها می‌توانند از آنها به عنوان مبنایی برای توسعه قوانین خود استفاده کنند. دولت‌های مختلف اکنون در حال کار بر روی قوانینی هستند تا اعتبار قانونی امضاهای بلاک‌چین، قراردادهای هوشمند و ابزارهای مالی صادر شده در بلاک‌چین را به رسمیت بشناسند.

در سال ۲۰۱۷، حداقل هشت ایالت ایالات متحده روی صورت‌حساب‌هایی کار کردند که استفاده از بیت‌کوین و فناوری بلاک‌چین را می‌پذیرفتند یا آنها را ترویج می‌کردند، و تعداد کمی از آنها قبلاً این قانون را تصویب کرده‌اند. پیش‌نویس مقررات قانونی امضای بلاک‌چین و قراردادهای هوشمند در اوایل سال ۲۰۱۸ در فلوریدا معرفی شد. نمونه‌های دیگر عبارتند از: مالت که در ژوئیه ۲۰۱۸ لوایحی را برای تنظیم فناوری‌های دفتر کل توزیع شده و دارایی‌های مالی مجازی، با هدف تبلیغ مالت به‌عنوان «جزیره بلاک‌چین» به قانون تصویب کرد و فرانسه که ابتکارات مختلفی را در این زمینه انجام داده است. در سال ۲۰۱۶، فرانسه تغییرات قانونی را برای به رسمیت شناختن

برخی از اوراق قرضه کوچک منتشر شده در بلاک‌چین اعمال کرد و در دسامبر ۲۰۱۷، دستور جدیدی را تصویب کرد تا امکان ثبت و انتقال اوراق بهادار مالی از طریق فناوری دفتر کل توزیع شده را فراهم کند. تحول جالب دیگر، حکم دادگاه عالی چین در سپتامبر ۲۰۱۸ است، مبنی بر اینکه مدارک تایید شده با بلاک‌چین در اختلافات حقوقی الزام آور است.

دفتر کل توزیع شده، یک دفتر کل دیجیتال است. یک لیست، صفحه گسترده یا پایگاه داده که بین گره‌های یک شبکه توزیع شده به اشتراک گذاشته می‌شود. این اصطلاح اغلب به جای «بلاک‌چین» استفاده می‌شود. با این حال، بلاک‌چین تنها یکی از انواع دفتر کل توزیع شده است.

پیشنهاد‌های مختلفی که ارتباط مستقیم با بلاک‌چین دارند نیز در چهارچوب بیانیه مشترک WTO در مورد تجارت الکترونیک به WTO ارائه شده است. آنها به موضوعاتی مانند احراز هویت الکترونیکی، به رسمیت شناختن اسناد الکترونیکی و امضای الکترونیکی، ایجاد چهارچوبی برای قراردادهای الکترونیکی، رمزگذاری، امنیت سایبری، پرداخت‌های الکترونیکی و حفاظت از اطلاعات شخصی مربوط می‌شوند.

همانطور که قبلاً ذکر شد، در حالی که بلاک‌چین می‌تواند به دیجیتالی کردن تجارت کمک کند، حرکت به سمت تجارت بدون کاغذ نیازمند یک چهارچوب نظارتی مناسب است که اعتبار امضای الکترونیکی، اسناد الکترونیکی و تراکنش‌های الکترونیکی را به رسمیت می‌شناسد و پارامترهای قانونی را برای تبادل الکترونیکی تعیین می‌کند. داده‌های بین ذینفعان مربوطه، به ویژه مقامات دولتی.

با این حال، برخی ناظران خاطرنشان می‌کنند که از آنجایی که این فناوری هنوز در حال بلوغ است، ممکن است برای تنظیم آن خیلی زود باشد. آنها این خطر را می‌بینند که مقررات اولیه می‌تواند توسعه بیشتر و پتانسیل آن را محدود

کند و نمی‌تواند به‌اندازه کافی استفاده از آن را تنظیم کند. این ممکن است در مرحله آزمایشی درست باشد. با این وجود، هنگامی که این فناوری برای پیاده سازی واقعی آماده شد، شفاف سازی وضعیت حقوقی تراکنش‌های بلاک‌چین ضروری خواهد بود و تدوین مقررات به زمان نیاز دارد. علاوه بر این، زمان بندی تنها یک جنبه از مشکل است. مسایل مربوط به هماهنگی و محتوا مهم‌تر است. از آنجایی که برنامه‌های بلاک‌چین غیرمتمرکز و توزیع شده‌اند، اغلب حوزه‌های قضایی مختلفی را در بر می‌گیرند. فقدان هماهنگی و درک مشترک در مورد بهترین نحوه تنظیم فناوری بلاک‌چین در سطح بین‌المللی می‌تواند منجر به مجموعه‌ای از مقررات شود که در نهایت می‌تواند مضرتر از فقدان مقررات باشد. ماهیت غیرمتمرکز و بالقوه جهانی بلاک‌چین نیازمند یک رویکرد جهانی به مقررات و در نتیجه چهارچوب‌های حاکمیتی مناسب است.

## ۲- قانون و چهارچوب مسئولیت قابل اجرا

هر دو بلاک‌چین بدون مجوز و مجاز، مسایل مربوط به صلاحیت قضایی قابل اجرا را مطرح می‌کنند، اگرچه در شرایط کمی متفاوت هستند. بلاک‌چین‌ها، چه بدون مجوز و چه مجاز، می‌توانند حوزه‌های قضایی متعددی را در بر گیرند، که این سوال را مطرح می‌کند که در صورت بروز اختلاف یا تقلب، کدام قانون ملی اعمال می‌شود. به طور بالقوه، می‌توان استدلال کرد که هر تراکنش می‌تواند تحت صلاحیت مکان هر یک از شرکت کنندگان در شبکه قرار گیرد. با این حال، در مورد بلاک‌چین‌های عمومی، گره‌ها را می‌توان در هر نقطه از جهان قرار داد و ماهیت ناشناس این پلتفرم، شناسایی نهاد پردازش‌کننده و مشخص کردن مکانی که تراکنش مشاخره‌آمیز در آن انجام می‌شود، بسیار دشوار، حتی تقریباً غیرممکن است. مشکل در مورد بلاک‌چین‌های مجاز، کمتر حاد است، زیرا شرکت کنندگان شناخته شده‌اند،

اما موضوع حوزه قضایی قابل اجرا در صورت عبور زنجیره‌های بلوکی از چندین مرز قضایی کلیدی باقی می‌ماند.

رمزنگاری فرآیند برقراری ارتباط ایمن در یک محیط ناامن است. این علمی است که پروتکل‌های مورد استفاده برای پیاده‌سازی امنیت اطلاعات مانند حفظ حریم خصوصی و یکپارچگی داده‌ها و احراز هویت را می‌سازد و تجزیه و تحلیل می‌کند. این ویژگی‌ها در ارتباطات مدرن اهمیت فزاینده‌ای پیدا کرده‌اند و جنبه‌های کلیدی بحث‌هایی هستند که در مجامع نظارتی تجارت جهانی (از جمله WTO) در رابطه با تجارت الکترونیک و غیر مادی‌سازی رویه‌های تجارت فرامرزی انجام می‌شود. کلمه «رمزنگاری» اغلب به جای واژه «رمزگذاری» استفاده می‌شود. با این حال، رمزگذاری تنها یکی از انواع تکنیک‌های رمزنگاری، همراه با هاش و امضای دیجیتال است.

به همین ترتیب، استفاده از بلاک‌چین مسایل مربوط به چهارچوب مسئولیت قابل اعمال برای تراکنش‌های بلاک‌چین در صورت بروز مشکل و مکانیسم حل و فصل در صورت تضاد، مشکلات فنی یا اقدام غیرعمدی را ایجاد می‌کند. در غیاب نهاد مرکزی که پلتفرم را مدیریت می‌کند، چه کسی مسئول عملکرد دفترهای توزیع شده و اطلاعات موجود در آن در صورت بروز اختلاف یا اقدام غیرعمدی با پیامدهای نامطلوب است؟ و اگر قرارداد هوشمند مطابق انتظار عمل نکند، کدام طرف مسئول است؟

آیا این موانع نظارتی خطر استقرار فناوری در مقیاس بزرگ را دارند؟ در زمینه بلاک‌چین‌های مجاز، بسیاری از مسایل مربوط به صلاحیت قضایی و مسئولیت، امکان یک راه حل فنی را فراهم می‌کند. بسته به مورد واقعی و موقعیت ذینفع، یک راه حل می‌تواند داشتن یک قرارداد «واقعی» متعارف باشد که بر روابط طرفین حاکم باشد و هر دو مورد را پوشش دهد که بلاک‌چین قرار است انجام دهد (مثلاً اجازه مطالبه خسارت در مورد کد اشتباه در یک

قرارداد هوشمند) و همچنین جنبه‌های قانونی رسمی مانند صلاحیت قضایی یا قانون قابل اجرا. این قرارداد، که از نظر قانونی الزام آور است، در بلاک چین ذخیره می‌شود، در نتیجه اطمینان حاصل می‌شود که آخرین نسخه در دسترس و غیرقابل تغییر خواهد بود، مگر اینکه تغییرات توسط ذینفعان توافق شود (با استفاده از تابع زمان بندی بلاک چین برای بررسی آخرین نسخه). با این حال، توسعه قوانین خاص صنعت که تعیین می‌کند چه کسی در هر مرحله از یک فرآیند خاص مسئولیت دارد، ممکن است در موارد خاصی مورد نیاز باشد، مثلاً در مورد اعتبار اسنادی. در مورد بلاک چین‌های بدون مجوز، مسایل مربوط به صلاحیت و مسئولیت همچنان باز است.

فراتر از عدم قطعیت نظارتی در مورد استفاده از دفتر کل توزیع شده، استقرار بلاک چین در مقیاس بزرگ می‌تواند توسط استانداردها و الزامات مختلف تکمیل شده توسط مقامات نظارتی ملی، از جمله الزامات محلی سازی داده‌ها و موانع برای جریان داده‌های فرامرزی، تلقی شود.

### ۳- محلی سازی داده‌ها و مسایل مربوط به حریم خصوصی داده‌ها

در چند سال گذشته شاهد بحث‌های شدیدی در مورد مسایل مربوط به محلی‌سازی داده‌ها، محدودیت‌های انتقال داده‌های فرامرزی و حریم خصوصی داده‌ها بوده‌ایم، تعداد فزاینده‌ای از کشورها اقداماتی را اتخاذ می‌کنند که الزامات یا محدودیت‌هایی را بر جریان داده‌ها اعمال می‌کنند. طبق گزارش بنیاد فناوری اطلاعات و نوآوری (ITIF)، تا ماه مه ۲۰۱۷، ۳۴ کشور الزامات بومی سازی داده‌ها را تصویب کرده یا پیشنهاد داده‌اند. الزامات محلی سازی داده‌ها می‌تواند اشکال مختلفی داشته باشد. بومی سازی داده‌ها می‌تواند به صراحت توسط قانون مورد نیاز باشد یا می‌تواند نتیجه یک سری محدودیت‌هایی باشد که عملاً انتقال داده‌ها را غیرممکن می‌کند،

مانند الزامات ذخیره‌سازی محلی، پردازش محلی داده‌ها یا تایید دولت برای انتقال داده‌ها. برخی از کشورها همه انتقال داده‌ها را ممنوع می‌کنند، در حالی که برخی دیگر، بخش‌ها یا خدمات خاصی را هدف قرار می‌دهند. در مورد موانع جریبان داده‌های فرامرزی، معمولا شامل محدودیت‌هایی در انتقال داده‌های شخصی به حوزه‌هایی است که به نظر می‌رسد سطح پایین‌تری از حفاظت از داده‌ها را فراهم می‌کنند و همچنین محدودیت‌هایی در اطلاعاتی که دولت‌ها آن را «حساس» می‌دانند.

انگیزه‌های دولت‌ها برای اعمال چنین سیاست‌هایی، که به طور فزاینده‌ای نگرانی‌ها را در میان جامعه تجاری که نگران پیامدهای آن برای فعالیت‌های تجاری هستند، ایجاد می‌کند، متنوع هستند. اهداف دنبال شده معمولا شامل رسیدگی به تهدیدات بالقوه امنیت سایبری، ارتقای اقتصاد محلی، تضمین دسترسی به داده‌ها برای اهداف اجرای قانون و حفاظت از حریم خصوصی شهروندان است.

تراکنش‌های بلاک‌چین تا چه اندازه تحت تاثیر چنین سیاست‌هایی قرار می‌گیرند؟

به عنوان دفتر کل توزیع شده، پلتفرم‌های بلاک‌چین عملا نسبت به سیاست‌های محلی سازی داده‌ها مصون هستند. در واقع، نیازمندی‌های ذخیره‌سازی محلی و پردازش محلی داده‌ها، که ستون فقرات اکثر سیاست‌های بومی‌سازی داده‌ها را تشکیل می‌دهند، به‌طور خودکار برآورده می‌شوند. یکی از اصول کلیدی فناوری بلاک‌چین این است که همه شرکت‌کنندگان در شبکه، یک نسخه محلی از تراکنش‌ها را داشته باشند.

در مورد مسایل مربوط به حریم خصوصی داده‌ها، بلاک‌چین اغلب به عنوان یک فرصت یا کاتالیزور برای حفاظت بیشتر از داده‌های شخصی و اشکال جدید مدیریت هویت ارائه می‌شود. استفاده از ابزارهای رمزنگاری مختلف به کاربران

امکان کنترل داده‌های شخصی‌شان را می‌دهد و به آنها اجازه می‌دهد تا داده‌های شخصی خود را فقط با اشخاص مورد اعتماد مدیریت کرده و به اشتراک بگذارند. در اینجا باید بین بلاک‌چین عمومی و کنسرسیوم (خصوصی) تمایز قائل شد. ویژگی خاص بلاک‌چین‌های عمومی، مانند بیت کوین، که اغلب بر آن تاکید می‌شود، این واقعیت است که آنها اجازه تراکنش بین طرفین را می‌دهند، بدون اینکه هیچ طرفی هویت خود را برای هر طرف دیگر یا برای عموم فاش کند. در حالی که امروزه، ما عمدتاً کنترل نمی‌کنیم که چه کسی و چگونه داده‌های شخصی ما را پردازش می‌کند، بلاک‌چین‌های عمومی این امکان را برای موضوع داده‌ها فراهم می‌کند که ناشناس بماند یا از نام مستعار استفاده کند و نحوه استفاده از داده‌هایش را کنترل کند. با این حال، در حالی که درست است که هیچ اطلاعات شخصی، مانند نام، آدرس یا شماره تلفن، در ورودی‌های داده تراکنش مربوط به بلاک‌چین ذخیره نمی‌شود، یک مطالعه نشان داد که با این وجود می‌توان آدرس IP را ردیابی کرد و در نتیجه آن را حذف کرد. ناشناس کردن مشتریان، البته مشکل ذاتی فناوری نیست و می‌توان با اصلاح طراحی فنی بلاک‌چین آن را برطرف کرد.

آنچه واضح است این است که نهادهایی که از یک پلتفرم مبتنی بر بلاک‌چین استفاده می‌کنند باید اطمینان حاصل کنند که طراحی فنی پلتفرم با الزامات چهارچوب(های) نظارتی مربوطه، از جمله قوانین حفاظت از داده‌ها، مطابقت دارد. با این حال، استقرار این فناوری می‌تواند با حقوقی که به افراد تحت مقررات ملی حفاظت از داده‌ها اعطا می‌شود، محدود شود. به عنوان مثال، در مورد ناسازگاری احتمالی بین مقررات حفاظت از داده‌های عمومی اروپا (GDPR) که در ۲۵ مه ۲۰۱۸ لازم الاجرا شد و بلاک‌چین، باعث شد برخی به این فکر کنند که آیا GDPR ممکن است در نهایت «بلاک‌چین» نباشد.

در واقع، دو ماده کلیدی GDPR با بلاک‌چین ناسازگار به نظر می‌رسد، یعنی «حق اصلاح» و «حق فراموش شدن» حق اصلاح یا پاک کردن داده‌های



شخصی (مواد ۱۶ و ۱۷ قانون اساسی GDPR). ماهیت تغییرناپذیر بلاک‌چین‌ها، به روز رسانی، پاک کردن، تغییر یا تصحیح داده‌ها را بسیار دشوار می‌کند. برخی در جامعه استدلال می‌کنند که راه‌حل ممکن این است که داده‌های شخصی را خارج از زنجیره نگه دارید، تنها شواهد آن (هش رمزنگاری) در معرض زنجیره قرار گیرد، در نتیجه یکپارچگی تراکنش حفظ شود و در عین حال پاک کردن خود تراکنش ممکن شود. حذف داده‌های ذخیره شده خارجی به این معنی است که هش ذخیره شده در بلاک‌چین به مکانی که حذف شده است، اشاره می‌کند. با این حال، دیگران خاطر نشان می‌کنند که داده‌های هش شده تحت قوانین اتحادیه اروپا به عنوان داده‌های شخصی واجد شرایط هستند. همچنین استدلال شده است که در حالی که بلاک‌چین و GDPR در سطح مفهومی ناسازگار به نظر می‌رسند، هر دو هدف یکسانی را دنبال می‌کنند که به افراد کنترل بیشتری بر داده‌های شخصی خود می‌دهند، اما از طریق مکانیسم‌های متفاوت. می‌توان به این موضوع توجه کرد که آیا اهداف اساسی GDPR را می‌توان از طریق ابزارهایی غیر از آنچه در ابتدا پیش‌بینی شده بود، به دست آورد. جالب اینجاست که توابع ردیابی و قابلیت حسابرسی داخلی بلاک‌چین می‌تواند به سازمان‌ها کمک کند تا به راحتی از یک ماده دیگر GDPR، در مورد الزامات ثبت سوابق داخلی پیروی کنند. در حالی که GDPR به طور پیشینی هیچ ارتباط مستقیمی با تجارت بین‌الملل ندارد، زیرا بیشتر اطلاعات موجود در اسناد تجاری به شرکت‌ها مربوط می‌شود، نه افراد، که می‌تواند بر تجارت در شرایط خاص تاثیر بگذارد.

#### ۴- از بین بردن شکاف بین دنیای قانون و دنیای کد

اگرچه رابطه بین دنیای قانون و دنیای کد به طور قابل توجهی پس از ظهور فناوری‌های دیجیتال تکامل یافته است، با دیجیتالی شدن قانون و ظهور مفهوم

«کد قانون است» که توسط لارنس لسیگ رایج شد، با این تصور که کد شرایطی را تعیین می‌کند که رفتار کاربران اینترنت توسط آن تنظیم می‌شود، خوانش قانون برای ماشین‌ها دشوار است، اما درک آن برای انسان‌ها آسان است. برعکس، کدهایی که برای برنامه‌ریزی ماشین‌ها و قراردادهای هوشمند استفاده می‌شوند، برای انسان‌ها بسیار مبهم و پیچیده هستند.

هش کردن یک تکنیک رمزنگاری است که از یک تابع ریاضی (الگوریتم هش) برای تبدیل داده‌هایی با اندازه دلخواه به یک رشته دیجیتال جدید با طول از پیش تعریف‌شده و ثابت یک هش استفاده می‌کند.

بستن شکاف بین این دو، اگرچه پیش‌شرطی برای استقرار بلاک‌چین نیست، می‌تواند عامل قدرتمندی برای استفاده از قراردادهای هوشمند باشد. قوانین و قراردادهای اغلب برای دنیای مبتنی بر کاغذ نوشته می‌شوند، به گونه‌ای که استفاده از آنها را در قراردادهای دیجیتال دشوار می‌کند. رویکرد جدیدی به مقررات در حال ظهور است که از «تدوین قانون» حمایت می‌کند. سازمان‌ها و استارت‌آپ‌های مختلف در حال بررسی این موضوع هستند که چگونه قانون می‌تواند برای تسهیل انتقال تعهدات قراردادی به کد قرارداد دیجیتال، کدنویسی و قابل خوانش ماشینی شود.

نیوزلند اخیراً پروژه‌ای را برای بررسی چگونگی بازنویسی و تنظیم قوانین به‌صورت برنامه‌ریزی به‌گونه‌ای انجام داد که بتوان آن‌ها را توسط یک ماشین تجزیه و تحلیل کرد و چندین استارت‌آپ، مانند Monax8 و Contrax-Suite، «مهندسی حقوقی» را ارائه می‌کنند. خدماتی برای کمک به کدنویسی تعهدات قراردادی و قابل خواندن آنها توسط ماشین، به منظور تسهیل نوشتن قراردادهای هوشمند.

در حالی که حرکت از «کد قانون است» به «قانون یک کد است» (یعنی قانون به عنوان یک کد تعریف می‌شود) می‌تواند دستاوردهای قابل توجهی

در کارایی و شفافیت داشته باشد و استفاده از قراردادهای هوشمند را تسهیل کند، مشکل در انتقال انعطاف‌پذیری قوانین حقوقی به یک زبان رسمی که می‌تواند توسط ماشین‌ها تفسیر و استفاده شود نیز ممکن است منجر به سختی بیشتر در اجرای قوانین شود. یافتن تعادل مناسب بین کارایی بیشتر از طریق خوانایی ماشینی و انعطاف‌پذیری ضروری است.

### ۵- شناسایی قانونی شرکتها

هنگامی که معامله‌ای رخ می‌دهد، شناسایی مناسب طرف مقابل ضروری است. شناسایی حقوقی در دنیایی که بسیاری از مبادلات تجاری و مالی بین‌المللی هستند و تعدادی از حوزه‌های قضایی را در برمی‌گیرد که ممکن است استانداردهای یکسانی را اعمال نکنند، اهمیت بیشتری می‌یابد، اما همچنین چالش‌برانگیزتر می‌شود، به‌ویژه زمانی که تراکنش‌ها می‌توانند در نانو ثانیه‌ها انجام شوند، مانند امور مالی.

نیاز به یک رویکرد منسجم با بحران مالی سال ۲۰۰۸ که مشکلات اساسی را در سیستم‌های موجود برای شناسایی نهادها آشکار کرد برجسته شد و باعث شد G20 برای ایجاد یک شناسه نهاد حقوقی جهانی (LEI) ارایه درخواست کند. یک چهارچوب جهانی برای شناسایی حقوقی بازیگران اقتصادی درگیر در معاملات مالی.

در حالی که پیش‌نیازی برای اجرای برنامه‌های بلاک‌چین نیست، وجود یک LEI جهانی تا حد زیادی پردازش تراکنش‌های مبتنی بر بلاک‌چین را تسهیل می‌کند و اجازه می‌دهد تا این فناوری به روشی کارآمدتر مورد استفاده قرار گیرد. تلاش‌های کنونی برای طراحی یک سیستم جهانی مورد استقبال قرار می‌گیرد، اما ممکن است برای جلوگیری از توسعه سیستم‌های متفاوت، هماهنگی بین‌المللی بیشتری لازم باشد. در واقع، LEI جهانی اشخاص

حقوقی درگیر در معاملات مالی را پوشش می‌دهد. به موازات آن، بحث‌هایی در WCO در حال انجام است تا یک شماره شناسایی جهانی برای معامله‌گران ایجاد شود. اطمینان از سازگاری بین این دو رویکرد، یا پیوستن به تلاش‌ها برای توسعه یک سیستم مشترک، مزایای روشنی را برای نهادهای درگیر در معاملات تجاری بین‌المللی به ارمغان می‌آورد و از استقرار فناوری‌هایی مانند بلاک‌چین که پتانسیل بهبود قابل توجه فرآیندهای تجاری را دارند، حمایت می‌کند. در مقابل، استفاده از بلاک‌چین می‌تواند در حمایت از تلاش‌ها برای توسعه سیستم‌های شناسایی موجودیت جهانی مورد علاقه باشد.

### ب) مسایل حاکمیتی

در حالی که بلاک‌چین یک فناوری امیدوارکننده است، استقرار در مقیاس بزرگ آن تنها در صورتی محقق می‌شود که مسایل فنی، قابلیت همکاری و حقوقی به شیوه‌ای هماهنگ در سطوح فنی و سیاسی مناسب مورد بررسی قرار گیرند. با این حال، در حال حاضر، دنیای بلاک‌چین و ارزش‌های دیجیتال «غرب وحشی» است. یک سیستم حاکمیتی با دقت اندیشیده شده که استانداردسازی و مسایل حقوقی و سیاستی را مورد توجه قرار می‌دهد، در حالی که فراهم کردن انعطاف‌پذیری برای رشد فناوری مورد نیاز است.

برای بسیاری، رویکرد چند ذی‌نفعی که بر اینترنت حاکم است، مدل جالبی از حکمرانی ارائه می‌کند. حاکمیت اینترنت بر مجموعه‌ای از «شبکه‌های حاکمیت جهانی» متکی است که شرکت‌ها، سازمان‌های جامعه مدنی، توسعه دهندگان نرم افزار، دانشگاهیان و دولت‌ها را گرد هم می‌آورد. این شبکه‌ها که با اجماع عمل می‌کنند، هفت نوع هستند.

۱ - شبکه‌های استاندارد، که سازمان‌های غیردولتی و غیرانتفاعی مسئول توسعه مشخصات فنی و استانداردها هستند، مانند کارگروه مهندسی اینترنت

(IETF)، یک سازمان استانداردهای باز که استانداردهای اینترنتی داوطلبانه را توسعه و ترویج می‌کند.

۲ - شبکه‌های دانشی که تحقیقات انجام می‌دهند و ایده‌های جدیدی را برای کمک به حل مشکلات جهانی پیشنهاد می‌کنند، مانند کارگروه تحقیقات اینترنتی (IRTF).

۳ - شبکه‌های تحویل، مانند شرکت بین‌المللی برای نام‌ها و شماره‌های اختصاص داده شده (ICANN)، که یک مشارکت عمومی - خصوصی است که نام‌های دامنه اینترنتی را ارائه می‌دهد و به حفظ ثبات عملیاتی اینترنت اختصاص دارد.

۴ - شبکه‌های خط مشی که در بحث سیاست، اطلاع‌رسانی می‌کنند و از توسعه سیاست حمایت می‌کنند، مانند شبکه سیاست اینترنتی و صلاحیت قضایی، که همکاری فراملی را در زمینه امنیت سایبری، حقوق بشر و سایر سیاست‌های حقوقی و اقتصادی تسهیل می‌کنند.

۵ - شبکه‌های حمایتی که به دنبال تاثیرگذاری بر دستور کار یا سیاست‌های دولت‌ها، شرکت‌ها و سایر نهادها هستند، مانند کنسرسیوم اینترنت صنعتی، که گروهی از محققان، شرکت‌ها و سازمان‌های عمومی است که از پذیرش برنامه‌های کاربردی اینترنتی در صنایع مختلف برای تسریع حمایت می‌کنند.

۶ - شبکه‌های نگهبان.

۷ - موسسات شبکه‌ای، مانند جامعه اینترنت، که خود را به عنوان یک سازمان «جهانی علت محور» که برای اطمینان از اینکه اینترنت «باز، متصل و ایمن در سطح جهانی» باقی می‌ماند، خود را تعریف می‌کند. انجمن اینترنت توسط هیات امنایی اداره می‌شود که شامل نمایندگانی از تجارت، دانشگاه و بخش غیرانتفاعی است. مجمع حاکمیت اینترنت (IGF) یکی دیگر از موسسات شبکه‌ای است که تاسیس آن به طور رسمی توسط دبیر کل سازمان ملل

متحد در جولای ۲۰۰۶ اعلام شد، که بر مبنای پایداری، استحکام، امنیت، ثبات و توسعه می‌باشد.

برخی از گروه‌ها و شبکه‌های متمرکز بر بلاک‌چین شروع به ظهور کرده‌اند، مانند موسسه تحقیقاتی بلاک‌چین و ائتلاف قابلیت تعامل بلاک‌چین، یک گروه حمایتی که هدف آن توسعه استانداردهای پذیرفته‌شده در سطح جهانی است که باعث ارتقای اتصال و قابلیت همکاری بیشتر بین شبکه‌های بلاک‌چین متفاوت می‌شود. سازمان‌های بین‌المللی مختلف نیز کمیته‌ها و گروه‌های کاری را برای بررسی این فناوری تشکیل می‌دهند، از جمله ICC، WCO، ISO، ITU، UN/ CEFAC در مارس ۲۰۱۷، صندوق بین‌المللی پول یک گروه مشاوره سطح بالا در زمینه فین‌تک، متشکل از مدیران ارشد بانک‌ها، شرکت‌های بلاک‌چین، تنظیم‌کننده‌ها و دانشگاهیان راه‌اندازی کرد تا پیامدهای اقتصادی و نظارتی فناوری بلاک‌چین را مطالعه کند و یک کمیته ISO در سال ۲۰۱۶ برای توسعه استانداردهایی برای «تحریک قابلیت همکاری بیشتر، پذیرش سریعتر و نوآوری پیشرفته در استفاده و کاربرد» فناوری بلاک‌چین ایجاد شد. اخیراً، در فوریه ۲۰۱۸، کمیسیون اروپا راه‌اندازی رصدخانه و انجمن بلاک‌چین اتحادیه اروپا را اعلام کرد. رصدخانه و فروم بلاک‌چین اتحادیه اروپا، یک انجمن آزاد برای فن‌آوران، مبتکران، شهروندان، سهامداران صنعت، مقامات دولتی، تنظیم‌کننده‌ها و ناظران برای بحث و توسعه ایده‌ها و جهت‌های جدید خواهد بود.

این کمیسیون اطلاعات جمع‌آوری می‌کند، روندها را رصد و تجزیه و تحلیل می‌کند، پتانسیل اجتماعی، اقتصادی بلاک‌چین‌ها و بهترین روش مقابله با چالش‌ها را بررسی می‌کند (کمیسیون اروپا، ۲۰۱۸). با این حال، یک اکوسیستم جامع که شرکت‌ها، سازمان‌های جامعه مدنی، توسعه‌دهندگان نرم‌افزار، دانشگاهیان، دولت‌ها و سازمان‌های بین‌دولتی را در محیط‌های

مختلف گرد هم آورد تا استانداردهای و مسایل حقوقی و سیاستی را بررسی کنند، هنوز وجود ندارد. عدم هماهنگی در سطح فوق‌العاده بین ذینفعان مختلف می‌تواند استقرار فناوری را خفه کند. شایان توجه است که آیا شروع بحث در مورد پیامدهای عملی و حقوقی بلاک‌چین در سازمان‌های بین‌المللی مرتبط مانند WTO برای کمک به روشن کردن مزایای بالقوه این فناوری و همچنین محدودیت‌های آن ارزش دارد یا خیر؟ چالش‌هایی که ممکن است در صورت گسترش بیشتر به وجود بیاید. همان‌طور که نمونه‌های مختلف ارائه شده در این نشریه نشان می‌دهد، بخش خصوصی با سرعت تمام در حال پیشرفت است. با توجه به تاثیر بالقوه قابل توجهی که این فناوری می‌تواند بر مبادلات تجاری بین‌المللی داشته باشد، مهم است که تنظیم‌کننده‌ها به فکر راه‌هایی برای حمایت از استقرار فناوری باشند.

همان‌طور که این فصل نشان داد، مزایای بالقوه بلاک‌چین برای تجارت بین‌الملل چند وجهی است. از آنجایی که ردیابی محصولات در طول زنجیره تامین را آسان‌تر می‌کند، بلاک‌چین می‌تواند به افزایش اعتماد و شفافیت در زنجیره‌های ارزش کمک کند. این امر می‌تواند به طور قابل توجهی تعدادی از هزینه‌های تجاری را کاهش دهد و فرصت‌های جدیدی را برای شرکت‌های کوچک و متوسط، به ویژه تولیدکنندگان کوچک از کشورهای در حال توسعه، برای پیوستن به بازارهای جهانی باز کند. با این حال، قبل از اینکه این فناوری به طور گسترده به کار گرفته شود و تاثیری دگرگون‌کننده از جمله مقیاس پذیری، قابلیت همکاری و مسایل نظارتی داشته باشد، باید به چالش‌های مختلفی پرداخت. چالش‌هایی که باید بر آن‌ها غلبه کرد به فرصت‌هایی بستگی دارد که فناوری باز می‌کند. در حال حاضر ارزیابی اینکه فناوری در نهایت ما را به کجا خواهد رساند دشوار است.

همان‌طور که گارتنر (۲۰۱۸) خاطر نشان می‌کند، ما در مرحله «شور و

نشاط غیرمنطقی، تعداد کمی از موفقیت‌های برجسته» هستیم. احتمالاً قبل از ظهور مدل‌های موفق، و پیش از ارزیابی کامل پتانسیل واقعی فناوری و تاثیر ملموس آن بر تجارت بین‌الملل و اثبات مفاهیم و پروژه‌های آزمایشی بیشتر چند سال دیگر لازم خواهد بود. اما با توجه به تاثیر تحول‌آفرینی که این فناوری می‌تواند بر تجارت جهانی داشته باشد، درک مفاهیم عملی و قانونی بلاک‌چین بر تجارت بین‌الملل و تلاش برای توسعه راه‌حل‌های جمعی برای چالش‌های فعلی کلیدی است.

### ج) نتیجه‌گیری

دنیایی که ما می‌شناسیم با نوآوری‌های فناوری شکل گرفته است. یک فناوری جدید، بلاک‌چین (یک فناوری دفتر کل توزیع شده) به عنوان تغییر دهنده بزرگ بعدی بازی با اشتیاق و هیجان، مورد استقبال بسیاری از افراد قرار گرفته است. بلاک‌چین، که اجازه می‌دهد سوابق و اطلاعات دیجیتالی به شیوه‌ای امن، شفاف و تغییرناپذیر بدون تکیه بر یک شخص ثالث قابل اعتماد به اشتراک گذاشته شود، وعده‌های جالبی را ارائه می‌دهد. این امر می‌تواند افراد و شرکت‌ها را در سرتاسر جهان توانمند کند تا معاملات را به صورت موثرتر، اقتصادی و سریع‌تر انجام دهند و در عین حال سطح بالایی از امنیت را حفظ کنند. این امر می‌تواند تاثیر قابل توجهی بر نحوه انجام عملیات تجاری، از مبادلات تجاری بین‌مرزی مالی تا فیزیکی، کاهش هزینه‌های پردازش، راستی‌آزمایی، ردیابی، هماهنگی و حمل‌ونقل از طریق ساده‌سازی و دیجیتالی کردن فرآیندهایی که چندین ذینفع را درگیر می‌کند، داشته باشد. مساله‌ای که قبلاً به شدت به کاغذ وابسته بود. این می‌تواند ثقل را کاهش دهد، مدیریت حقوق مالکیت IP را بهبود بخشد، قابلیت ردیابی و اعتماد به زنجیره‌های ارزش را افزایش دهد و فرصت‌های جدیدی را برای شرکت‌های کوچک باز کند.



نوآوری‌های تکنولوژیکی قبلی (از بخار گرفته تا برق و اخیراً اینترنت) تأثیرات عمیقی بر سازمان تولید و ارتباطات داشته است. بلاک‌چین پتانسیل تأثیرگذاری بر تراکنش‌ها را دارد و می‌تواند برای تراکنش‌ها همان چیزی باشد که اینترنت برای ارتباطات بود. بلاک‌چین که گاهی اوقات «اینترنت ارزش» نامیده می‌شود، بیش از همه «اینترنت تراکنش‌ها» است.

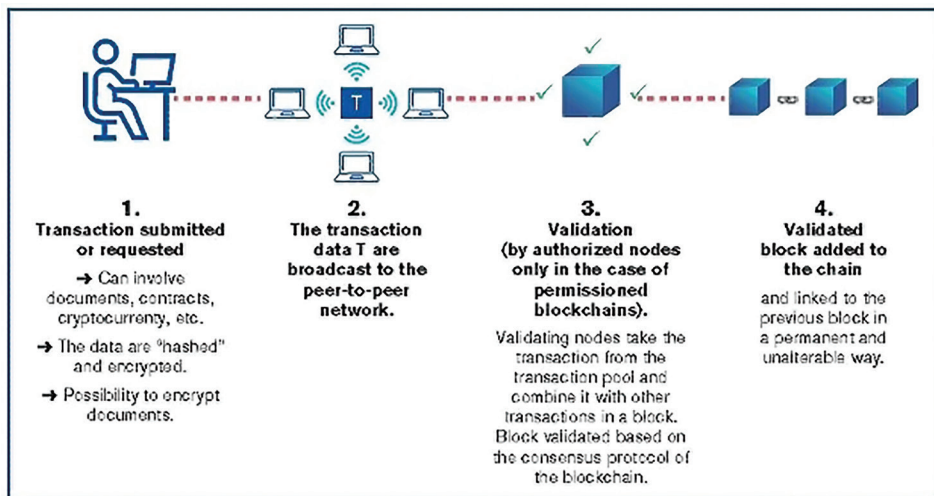
با شکستن سیلوهای مختلفی که در حال حاضر بین بسیاری از طرف‌های درگیر در معاملات تجاری فرامرزی وجود دارد، بلاک‌چین می‌تواند جهانی شدن تجارت را به سطح دیگری برساند. با این حال، بلاک‌چین برای همه موقعیت‌ها مناسب نیست، و نوشدارویی برای همه مشکلات نیست. این فناوری در شرایطی که چندین طرف درگیر معاملاتی هستند که نیاز به اعتماد و شفافیت دارند، بهترین عملکرد را دارد. در حالی که در بسیاری از موقعیت‌ها مناسب است، استفاده از بلاک‌چین ممکن است چنانچه برای تراکنش‌هایی استفاده شود که به سطوح بالایی از قابلیت اطمینان نیاز ندارند، موانعی ایجاد کند. علاوه بر این، راه‌اندازی یک بلاک‌چین به سرمایه‌گذاری و تلاش‌های هماهنگ قابل توجه و همچنین تغییرات اساسی در سیستم‌ها و فرهنگ موجود نیاز دارد. بسیار مهم است که مبادلات را به دقت سنجید. مهم‌تر از آن، این فناوری هنوز در حال بلوغ است و بسیاری از چالش‌ها، از جمله مسایل فنی، قابلیت همکاری و حقوقی، باید قبل از استفاده کامل از فناوری مورد توجه قرار گیرند. به طور خاص، راه‌حل‌های فنی برای رسیدگی به «مشکل جزیره دیجیتال» و اطمینان از اینکه بلاک‌چین‌ها می‌توانند با یکدیگر صحبت کنند، باید توسعه داده شوند و قوانینی باید برای شفاف‌سازی قوانین قابل اجرا و تنظیم مسئولیت‌ها تدوین شوند.

بدون این لایه نظارتی، بلاک‌چین به احتمال زیاد به اثبات مفهوم و پروژه‌های آزمایشی محدود می‌شود. پیش‌بینی اینکه ماجراجویی بلاک‌چین

در نهایت ما را به کجا می‌برد، دشوار است. آیا به دلیل دفاتر توزیع شده در کوتاه مدت تا میان مدت، احتمالاً شاهد یک بازنگری کامل در اقتصاد خود خواهیم بود؟ احتمالاً نه. یک رویکرد ترکیبی، که در آن دفتر کل توزیع شده مکمل سیستم‌های موجود است، محتمل تر است. خود این فناوری هنوز در حال تکامل است و ممکن است در چند سال آینده تا حدودی متفاوت به نظر برسد. فناوری‌های جدید دفتر کل توزیع شده «برتر» در حال ظهور هستند که سریع‌تر، ایمن‌تر و انرژی‌برتر از بلاک‌چین اصلی هستند. این که آیا آینده فناوری دفتر کل توزیع شده، بلاک‌چین است که در ابتدا توسعه یافته است، یا فناوری دفتر کل توزیع شده با عملکرد بالاتر، یک چیز واضح است: این فناوری ارزش بررسی دارد و اگر قرار است به این فناوری فرصت داده شود تا پتانسیل کامل خود را شناسایی کند، راه‌حل‌های جمعی وجود دارند که چالش‌های کلیدی موجود را برطرف می‌کنند، در عین حالی که انعطاف‌پذیری لازم برای پیشرفت فناوری را هم فراهم می‌کنند.

با توجه به پتانسیل بلاک‌چین، شرکت‌ها، سازمان‌های جامعه مدنی، توسعه دهندگان نرم افزار، دانشگاهیان، دولت‌ها و سازمان‌های بین‌دولتی باید دست به دست هم دهند تا پیامدهای عملی و قانونی این فناوری را ارزیابی کنند و راه جمعی برای چالش‌های موجود را توسعه دهند. این به ویژه در مورد تجارت بین‌المللی صادق است. بلاک‌چین می‌تواند تجارت بین‌المللی را هوشمندتر کند، اما تجارت هوشمند نیاز به استانداردهای هوشمند دارد و استانداردهای هوشمند تنها از طریق همکاری امکان پذیر است. اگر ما موفق به ایجاد یک اکوسیستم مساعد برای توسعه گسترده بلاک‌چین شویم، تجارت بین‌الملل می‌تواند طی ۱۰ تا ۱۵ سال آتی کاملاً متفاوت به نظر برسد.

### شکل مراحل معمول درگیر در یک تراکنش زنجیره بلوکی



### د) واژه نامه

#### ۱) الگوریتم های کلید نامتقارن

یکی از دو نوع الگوریتم مورد استفاده در رمز گذاری. این نوع رمز گذاری شامل دو کلید است که به صورت جفتی کار می کنند: یک کلید عمومی که برای اشخاص ثالث قابل دسترسی است و یک کلید خصوصی که توسط مولد جفت مخفی نگه داشته می شود. استفاده از کلیدهای مختلف، اجرای این نوع رمزنگاری را راحت تر از رمزنگاری با کلید خصوصی می کند، اما خطر حملات مخرب را افزایش می دهد. برای کاهش این خطر، یک لایه امنیتی اضافی با معرفی گواهی های امنیتی ارائه می شود. اینها گواهی های دیجیتالی هستند که کلید عمومی را به یک نهاد یا فرد خاص مرتبط می کنند و توسط مقامات گواهی معتبر ارائه می شوند.

#### ۲) بلاک چین

بلاک چین یک رکورد دیجیتالی دارای مهر زمانی و توزیع شده از تراکنش ها (یا دفتر کل) است که با استفاده از تکنیک های مختلف رمزنگاری، ایمن

می‌شود. این یک لیست پیوسته در حال رشد از رکوردها به نام «بلوک» است که با استفاده از ابزارهای رمزنگاری به یکدیگر «زنجیره شده» می‌گردند. بلاک‌چین فناوری زیربنایی بیت کوین است. این اصطلاح اغلب به جای فناوری دفتر کل توزیع شده استفاده می‌شود. با این حال، به بیان درست، فناوری بلاک‌چین یکی از انواع فناوری دفتر کل توزیع شده است.

### ۳) پروتکل اجماع

پروتکلی که از طریق آن تراکنش‌ها اعتبارسنجی می‌شوند و بلاک‌ها وارد بلاک‌چین می‌شوند. پروتکل اجماع مورد استفاده به نوع دفتر کل توزیع شده و سطح اعتماد و کنترل مورد نیاز برنامه بستگی دارد. پروتکل‌های اجماع، ترتیب مشترک و بدون ابهام تراکنش‌ها و بلوک‌ها را تضمین می‌کنند و یکپارچگی و ثبات زنجیره بلاک را در سراسر گره‌های توزیع شده جغرافیایی تضمین می‌کنند.

### ۴) امضای دیجیتال

امضای دیجیتال، اثر انگشت دیجیتال یک رکورد الکترونیکی است. هنگامی که داده‌ها بین فرستنده و گیرنده منتقل می‌شود، استفاده از امضای دیجیتال تضمین می‌کند که پیام توسط فرستنده ادعا شده ایجاد و ارسال شده است (احراز هویت) و اینکه پیام در حین انتقال تغییر نکرده است (یکپارچگی داده). فرستنده نمی‌تواند منکر ارسال پیام (عدم انکار) شود.

### ۵) رمز گذاری

رمز گذاری یک تکنیک رمزنگاری است که از یک تابع ریاضی (اغلب به عنوان الگوریتم نامیده می‌شود) برای مخفی کردن اطلاعات استفاده می‌کند. این فرآیند، اطلاعات قابل خواندن (متن ساده) را به یک توالی تصادفی ناخوانا از کاراکترها (متن رمزی) تبدیل می‌کند. رمز گذاری یک فرآیند دو طرفه است. داده‌های رمز گذاری شده را می‌توان با استفاده از یک کد یا کلید رمزگشایی

کرد. رمزگذاری به حفظ حریم خصوصی داده‌ها (محرمانه بودن) کمک می‌کند، زیرا از طریق استفاده از کلیدها به عنوان ابزاری برای احراز هویت کاربران، از داده‌های در حال انتقال و در حالت استراحت از دسترسی کاربران غیرمجاز محافظت می‌کند. با این حال، برگشت‌پذیری ذاتی فرآیند رمزگذاری، آن را به خودی خود به عنوان تضمین امنیت اطلاعات، ناکافی می‌کند. به همین دلیل است که پروتکل‌های امن تر مانند بلاکچین از رمزگذاری در ترکیب با سایر تکنیک‌های رمزنگاری مانند هش استفاده می‌کنند. رمزگذاری از دو نوع الگوریتم تشکیل شده است: الگوریتم‌های کلید متقارن و الگوریتم‌های کلید نامتقارن.

#### ۶- اتریوم

اتریوم بعد از بیت کوین دومین بلاکچین عمومی است. جهش کوانتومی اتریوم در مفهوم قراردادهای هوشمند نهفته است، یعنی برنامه‌های رایانه‌ای که در صورت تحقق شرایط خاص، شرایط یک قرارداد را خود به خود اجرا می‌کنند.

#### ۷- نمونه‌ای از هش کردن<sup>۱</sup>

ورودی	HASH
Hi	639EFCDD08ABB273B1619E82E78C29A7DF02C1051B1820E99FC395DCAA3326B8
Welcome	53A53FC9E2A03F9B6E66D84BA701574CD9CF5F01FB498C41731881BCDC68A7C8

هش کردن چندین ویژگی دارد که آن را به ابزاری جالب برای اطمینان از یکپارچگی داده‌ها و جلوگیری از جعل تبدیل می‌کند.

مجموعه‌ای از داده‌ها (ورودی) همیشه همان هش (خروجی) را می‌دهد. این در هنگام تایید صحت داده‌ها مهم است. اگر یک قطعه اطلاعات، هش‌های مختلفی برای فرستنده و گیرنده ایجاد کند، به این معنی است که در حین

1. <https://blockgeeks.com/guides/what-is-hashing/>

انتقال دستکاری شده است.

هش کردن اغلب به عنوان «رمزگذاری یک طرفه» نامیده می‌شود، زیرا تعیین ورودی اصلی از مقدار هش آن بسیار دشوار است. احتمال «حدس زدن» آن به مقدار زیادی قدرت محاسباتی نیاز دارد.

توابع هش بسیار کارآمد هستند، محاسبه خروجی از ورودی بسیار سریع است.

توابع هش «پازل پسند» هستند، اگر یک خروجی با ترکیب دو مجموعه ورودی (به هم پیوسته) به دست آید، تقریباً غیرممکن است که مقدار یکی از آنها را شناسایی کنیم، اگر دومی قبلاً شناخته شده باشد.

توابع هش «مقاوم در برابر برخورد» هستند، احتمال اینکه دو ورودی مختلف به طور تصادفی خروجی‌های مشابهی را ارائه دهند بسیار محدود است. Hyperledger Fabric Hyperledger یک تلاش مشترک منبع باز است که برای عمل به عنوان یک بنیاد شرکت‌های خصوصی ایجاد شده است. این یک همکاری جهانی است که توسط بنیاد لینوکس میزبانی می‌شود، از جمله رهبران در امور مالی، بانکداری، اینترنت اشیا، زنجیره تامین، تولید و فناوری.

#### ۸) کد QR

QR یک کد قابل خواندن توسط ماشین متشکل از آرایه‌ای از مربع‌های سیاه و سفید است که معمولاً برای ذخیره URL یا اطلاعات دیگر استفاده می‌شود و می‌تواند توسط دوربین گوشی هوشمند خوانده شود.

#### ۹) قرارداد هوشمند

قراردادهای هوشمند برنامه‌های رایانه‌ای هستند که زمانی که پورت X مشخصی اجرا می‌شوند، وجوه انتقال می‌یابد. آنها تعهدات هر یک از طرفین «قرارداد» و همچنین مزایا و جریمه‌هایی را که ممکن است در شرایط مختلف متوجه هر یک از طرفین باشد، بیان می‌کنند.

### ۱۰) الگوریتم‌های کلید متقارن

یکی از دو نوع الگوریتم مورد استفاده در رمزگذاری است. الگوریتم‌های کلید متقارن از یک کلید برای رمزگذاری و رمزگشایی متن استفاده می‌کنند. آنها تحت چیزی قرار می‌گیرند که رمزنگاری با کلید خصوصی نامیده می‌شود.

### ۱۱) مهر زمانی

مهر زمانی، عملیات استفاده از مهرهای زمانی دیجیتال (داده‌های نشان‌دهنده تاریخ و زمان) برای اطمینان از ثبت توالی زمانی رویدادهای الکترونیکی (مانند ایجاد یا اصلاح یک فایل داده، ارسال یا دریافت تراکنش و غیره) است. هر بلوک در یک بلاک‌چین دارای یک مهر زمانی منحصر به فرد است. مهر زمانی برای اهداف متعددی مانند امنیت رایانه، مدیریت شبکه و پایگاه داده و به عنوان اثبات انجام به موقع تعهدات بین طرفین قانونی (قراردادی) در یک معامله خاص استفاده می‌شود. چندین پروتکل زمان بندی وجود دارد. اجرای آنها به نتیجه مورد نظر بستگی دارد.





## یادنامه محمود محمدزاده<sup>۱</sup>

در شب چله سال ۱۳۳۴ در ارومیه متولد شدم، در سال ۱۳۶۴ پس از استعفا از دادگستری و سازمان زمین شهری در آزمون سردفتری شهرستان ارومیه قبول شدم، در سال ۱۳۷۴ مجدد در امتحانات سردفتری شرکت و برای سردفتری شهر تهران قبول و انتخاب شدم و پس از حدود سی سال در کسوت سردفتری در سال ۱۳۹۴ به درجه بازنشستگی نایل شدم. در سال ۹۷ در رشته حقوق خصوصی ادامه تحصیل دادم و هم زمان به دعوت زنده یاد عباس سعیدی که عضو هیات مدیره و مدیرمسئول ماهنامه کانون بودند، عضو هیات تحریریه ماهنامه شدم. برای یکسان سازی برخی از اسناد تنظیمی دفاتر اسناد رسمی و کمک به سران دفاتری که جدیداً به منصب سردفتری منصوب می شدند به هیات تحریریه پیشنهاد نگارش نمونه اسناد را دادم که مورد قبول واقع شد و در شماره‌های مختلف نمونه اسناد قطعی غیرمنقول و انواع صلح را بنده و نمونه سایر اسناد را اساتیدی چون زنده یاد سعیدی و جناب حسنعلی تربتی و... در شماره‌گان دیگر ماهنامه منتشر کردند. حدود بیست مقاله در زمینه‌های مختلف حقوقی در ماهنامه از مقالاتم چاپ شده، به طور نمونه به اهلیت در حقوق مدنی و حقوق بین الملل خصوصی، اجرای احکام قراردادهای بیع

۱. به پاس تقدیر ماهنامه کانون برای بیش از ۲۶ سال همکاری ایشان با ماهنامه، به قلم جناب آقای محمود محمدزاده، سردفتر بازنشسته اسناد رسمی شماره ۴۹۵ تهران منتشر می شود.

در حقوق بین‌الملل و... می‌توان اشاره کرد. بیشترین زمان را صرف نوشتن مقاله (تاریخچه ماهنامه به مناسبت یکصدمین شماره انتشار آن) نمودم. نیاز بود بتوانم به اولین شماره‌های ماهنامه دسترسی پیدا کرده و اسامی محررین و مدیران و صاحب امتیاز و سال‌های انتشار را به درستی در مقاله قید نمایم که بخش مهمی از شماره گان ماهنامه را از ساختمان قدیمی در خیابان امام خمینی جستجو کرده تا توانستم مختصری از سیر تحولات و اساتیدی که واقعا زحمت کشیده و توانسته بودند سال‌ها ماهنامه را منتشر کنند و در برخی از سال‌ها حسب دستور مقامات آن زمان از انتشار ماهنامه جلوگیری شده بود، مطالبی بنویسم. ماه‌ها قبل از انقلاب ۵۷ انتشار ماهنامه تعطیل شده بود که بعد از انقلاب توسط زنده یاد عباس سعیدی حسب دستور ریاست محترم وقت سازمان ثبت اسناد و املاک کشور با عده‌ای از سردفتران اسناد رسمی مطلع و قلم به دست، مجدد ماهنامه انتشار یافت. اکنون آخرین شماره آن ۱۹۳ چاپ شده است.

با عنایت و لطف هیات مدیره‌های محترم کانون به بنده و علاقه به خدمت به همکاران در دهه ۸۰ به عضویت کمیسیون وحدت رویه و حقوقی منصوب و به اندازه بضاعت علمی همراه سایر اساتید پاسخ‌گوی سوالات و رفع مشکلات در رابطه با تنظیم اسناد همکاران شاغل بودم و هستم.

در همان زمان مسئولیت کمیسیون پژوهش کانون را عهده دار شدم و برای ارتقای سطح علمی همکاران با مسئولان دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی برای تحصیل در دوره کارشناسی ارشد رشته حقوق خصوصی قرارداد منعقد و تعدادی از همکاران علاقه‌مند در این رشته تحصیل و فارغ‌التحصیل شدند. در همان برهه از زمان برای پاسخ‌گویی به سوالات همکاران جلسات روزهای یکشنبه‌ها را با حضور پیش‌کسوتانی چون جناب علومی و جناب جمال مجیدی اداره می‌کردیم که آن جلسات روزهای یکشنبه با حضور دیگر اساتید همچنان برقرار است.

از سال ۸۶ به پیشنهاد دوستان در انتخابات هیات مدیره تعاونی مسکن سردفتران و دفتریاران شرکت نمودم و تا یک دوره قبل در خدمت اعضای تعاونی در سمت‌های

مدیرعاملی، ریاست هیات مدیره، نایب رئیس بوده و به همراه سایر اعضای هیات مدیره توانستیم بیش از صد واحد آپارتمان در شهر جدید هشتگرد احداث و تحویل اعضا نماییم. قبل از شروع بیماری کرونا به مدت سه سال و اندی در واحد بازرسی کانون همراه بازرسان اداره ثبت در بازرسی دفاتر همکاری داشته و به همکاران دفاتر اسناد رسمی و به ویژه دفاتر جدیدالتاسیس که عمدا مرتکب تنظیم اسناد خلاف نشده بودند تا حد توان علمی کمک می‌کردم تا ضمن مطالعه قوانین و مقررات و بخشنامه‌ها، چنانچه در تنظیم اسناد مشکل دارند از واحد حقوقی کانون و پیش‌کسوتان و همکاران کمک بگیرند که هم مرتکب تنظیم اسناد خلاف نشوند و هم ضرری به مردم و مراجعان ایجاد نمایند. بعد از بازنشستگی رابطه دوستانه و نزدیک با همکاران شاغل و بازنشسته را حفظ کرده و به صورت تلفنی و یا حضوری در کانون و یا در گروه‌های مجازی در حد توان در مسائل حقوقی یاری می‌کنم.

اکنون با توجه به لطف و عنایت هیات مدیره و دوستان عزیز و اساتید صنف به موجب ابلاغ‌های صادره در سال جاری به عنوان عضو کمیسیون حقوقی و عضو تحریریه ماهنامه منصوب شدم.

امیدوارم در کنار سایر اساتید موثر و تاثیرگذار، رافع جزیی از مشکلات و پاسخ‌گوی سوالات همکاران گرامی باشم.

محمود محمدزاده، سردفتر بازنشسته ۴۹۵ تهران





# اخبار، قوانین، مقررات، آرا و گزارش‌ها



## نظریه‌های مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه<sup>۱</sup> (بخش سی ام)

۱۲۷- سوال

شماره پرونده: ۱۴۰۱-۱۶۸-۱۶۱ ک

۱. اگر سردفتر سندی که برابر با اصل نیست را برابر اصل کند، با توجه به ماده ۱۰۳ قانون ثبت اسناد و املاک کشور مصوب ۱۳۱۰ با اصلاحات و الحاقات بعدی، آیا باید به اتهام جعل در اسناد رسمی تحت تعقیب قرار گیرد و یا به اتهام تصدیق‌نامه خلاف واقع موضوع ماده ۵۴۰ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) مصوب ۱۳۷۵؟ ۲. در صورتی که سندی که مورد جعل قرار گرفته است مربوط به سازمان بین‌المللی باشد، آیا جعل در سند رسمی محسوب می‌شود یا جعل در سند عادی؟ آیا عضویت یا عدم عضویت دولت ایران در این معاهده بین‌المللی، در حکم قضیه موثر است؟

### نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه

شماره نظریه: ۱۴۰۱/۱۶۱-۷/۱۴۰۱-۱۲/۰۲

۱. یا عنایت به ماده ۱۰۳ قانون ثبت اسناد و املاک کشور مصوب ۱۳۱۰ «هر یک از مستخدمین و اجزای ثبت اسناد و املاک عامداً تصدیقاتی دهد که مخالف

واقع باشد در حکم جعل اسناد رسمی خواهد بود» در فرض سوال رفتار سردفتر دایر به تصدیق اصالت سند با علم به مجعول بودن آن، مشمول این ماده است و سردفتر تحت عنوان ارایه تصدیق خلاف واقع به نحو عمد که در حکم جعل اسناد رسمی محسوب می‌شود قابل تعقیب و مجازات است.

۲. با توجه به این که مطابق ماده ۱۲۸۷ قانون مدنی، اسناد رسمی اسنادی هستند که در اداره ثبت اسناد و املاک و یا دفاتر اسناد رسمی یا نزد سایر ماموران رسمی در حدود صلاحیت آنها و بر طبق مقررات قانونی تنظیم شده باشند و منظور از ماموران رسمی، ماموران منتسب به حاکمیت ملی است نه حاکمیت خارجی و نظر به این که ضرورت تفسیر مضیق قوانین کیفری ایجاب می‌کند که از تسری مواد قانونی کیفری به موارد مشکوک خودداری شده و به قدر متیقن از دلالت آنها اکتفا شود؛ بنابراین جعل اسناد تنظیم شده از سوی سازمان‌های بین‌المللی مشمول مقررات کیفری حاکم بر جعل اسناد عادی است.

### ۱۲۸- سوال

شماره پرونده: ۱۴۰۲-۶۱-۱ ک

س- الف - نظر به این که پرونده‌ای با عنوان اتهامی ارتشا متوجه احدی از سردفتران اسناد رسمی در این شعبه مطرح است که در قبال امری مرتبط با دفترخانه مبادرت به دریافت وجه از متقاضی ثبت نموده است، خواهشمند است با توجه به قوانین موضوعه و رویه حاکم قضایی بیان فرمایید آیا سردفتران اسناد رسمی از اشخاص موضوع ماده ۳ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا و اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷ مجمع تشخیص مصلحت نظام تلقی می‌شوند؟

نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضاییه

شماره نظریه: ۱/۱۴۰۲/۷-۲۹/۰۱/۱۴۰۲

ج- الف - با عنایت به ماده ۳ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا، اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷ مجمع تشخیص مصلحت نظام، مقررات این ماده صرفاً شامل



افراد مذکور در آن است و با لحاظ ماده ۱، ۲ و ۳ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶، چون سردفتر و کارمند دفاتر اسناد رسمی در زمره کارکنان دولت و ماموران به خدمات عمومی محسوب نمی‌شوند، از احکام مقرر در قانون صدرالذکر خروج موضوعی دارند.

مطابق بند ثانیاً ماده ۱۰۰ قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰ با اصلاحات و الحاقات بعدی چنانچه سندی بدون حضور اشخاصی که مطابق قانون باید حضور داشته باشند ثبت شود، جعل در اسناد رسمی محسوب می‌شود و به موجب ماده ۱۰۱ قانون مذکور هرگاه اعضا ثبت اسناد و املاک سندی را که مفاد آن با قوانین موضوعه مملکتی مخالفت صریح داشته باشد ثبت کند، به یک تا سه سال انفصال خدمات دولتی محکوم خواهد شد. همچنین وفق ماده ۱۰۲ قانون یادشده هر یک از اعضا ثبت اسناد و املاک که پیش از احراز هویت و یا اهلیت اصحاب معامله و یا قابلیت موضوع معامله سندی را عمداً ثبت کنند، به مجازات اداری فوق محکوم خواهند شد.

س - ب - با توجه به مراتب یادشده، چنانچه سردفتر اسناد رسمی بدون احراز هویت فرد مبادرت به تنظیم سند مبنی بر تفویض وکالت یا انتقال مال و امثال آن بنماید و شاکی مدعی شود در دفترخانه مذکور حضور نداشته و فرد دیگر با حضور در دفترخانه اقدام به امضا سند کرده است، رفتار ارتكابی سردفتر مشمول مواد ۵۰، ۸۶ و ۱۰۲ قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰ با اصلاحات و الحاقات بعدی و مجازات اداری است یا مشمول بند ثانیاً ماده ۱۰۰ این قانون و دارای مجازات قضایی است؟ به عبارت دیگر، آیا مجازات مندرج در ماده ۱۰۲ قانون ثبت اسناد و املاک، صرفاً اداری و مربوط به تخلف اداری فرد است یا دادگاه کیفری نیز می‌تواند بر اساس آن متهم را به عنوان مجازات قضایی محکوم کند؟

ج - ب - بند ثانیاً ماده ۱۰۰ قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰ با اصلاحات و الحاقات بعدی، ناظر بر این است که سند بدون حضور اشخاص ثبت شود و

اشخاص دیگری حضور داشته‌اند و سردفتر عالما عامدا سند را با سو نیت تنظیم و ثبت نماید؛ اما در ماده ۱۰۲ قانون مذکور، سردفتر پیش از احراز هویت اشخاص، سند را ثبت کرده است؛ اما (علم به موضوع) سو نیت نداشته است و در فرض اخیر موضوع، تخلف انتظامی تلقی و قابل رسیدگی در مرجع انتظامی است.

### ۱۳۹- سوال

شماره پرونده: ۱۴۰۱-۱۲۷-۷۱۲ ح

۱- آیا احراز تخلفات سردفتر اسناد رسمی در مراجع ذیصلاح مبنی بر عدم رعایت مقررات ماده ۶۴، ۶۶ و ۶۷ قانون ثبت اسناد و املاک کشور مصوب ۱۳۱۰ با اصلاحات و الحاقات بعدی هنگام تنظیم سند رسمی، از موارد ابطال سند رسمی مذکور در دادگاه عمومی حقوقی است؟ ۲- آیا دادگاه عمومی حقوقی بدون ارائه رأیی مبنی بر احراز تخلفات مذکور در مراجع ذیصلاح، می‌تواند ابتدائاً در راستای ابطال سند رسمی به ماهیت دعوا ورود کند؟

### نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه

شماره نظریه: ۱۴۰۱/۷۱۲-۷/۱۴۰۱-۲۶-۱۰/۱۴۰۱

۱- صرفاً عدم رعایت ترتیبات و الزامات قانونی راجع به ثبت اسناد راجع به فرد نابینا، ناشنوا و گنگ و بی‌سواد موضوع مواد ۶۴، ۶۶ و ۶۷ قانون ثبت اسناد و املاک کشور مصوب ۱۳۱۰ با اصلاحات و الحاقات بعدی، هر چند تخلف محسوب و مستوجب محکومیت انتظامی است (بند ۲ از شق «پ» ماده ۶۵ آیین‌نامه قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران مصوب ۱۳۹۹/۱۲/۲۸ ریاست محترم قوه قضائیه)، موجبی قانونی برای ابطال سند رسمی تنظیمی نیست؛ هر چند در فرضی که ادعای بطلان سند به دلایلی مانند جعل مفادی مطرح شود، عدم رعایت این تشریفات می‌تواند به عنوان قرینه‌ای قوی در کنار دیگر قرائین مورد ارزیابی قرار گیرد. ۲- وفق اصل یکصد و پنجاه و نهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، دادگستری مرجع رسمی تظلمات است و به موجب ماده ۳ قانون آیین دادرسی

دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ قضات دادگاه‌ها مکلف به رسیدگی به دعاوی مطابق قانون و فصل خصومت هستند و براساس عمومات آیین دادرسی مدنی، اصل بر قابلیت استماع دعاوی است؛ لذا در فرض سوال رسیدگی به دعاوی صرف‌نظر از نتیجه آن، منوط به احراز تخلفات سردفتر در محکمه انتظامی سردفتران و محکومیت انتظامی نیست.



## نظریه‌های مشورتی کمیسیون حقوقی کانون سردفتران و دفتریاران\* (بخش هجدهم)

۱۱۰: دفترخانه اسناد رسمی به عنوان واحد وابسته به قوه قضائیه و در راس آن سردفتر که اداره امور دفترخانه برعهده او می‌باشد، دارای چه نوع عنوان سازمانی و تحت چه سمت اداری شناخته می‌شود؟

جواب: به موجب ماده یک قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران، دفترخانه اسناد رسمی واحد وابسته به قوه قضائیه است و برای تنظیم و ثبت اسناد رسمی طبق قوانین و مقررات مربوطه تشکیل می‌شود و از این تعریف چنین بر نمی‌آید که دفاتر اسناد رسمی واحد اداری باشند، ضمناً به موجب ماده ۲۰ قانون فوق، سردفتر شخصی است که با رعایت مقررات

---

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

زیرنظر: دکتر شیبیت‌زاده، کامیار، مدیرمسئول ماهنامه «کانون».

قانونی اداره امور دفترخانه اسناد رسمی برعهده او می‌باشد و اطلاق عنوان مدیر ارشد یا مدیر میانی یا مدیر پایه و یا مدیر عملیاتی به استناد مصوبه شماره ۵۷۹۰۹۵ مورخ ۱۳۹۵/۴/۱ شورای عالی اداری بر سردفتران اسناد رسمی، فاقد مبنا و محمل قانونی است.

۱۱۱: در خصوص ابلاغ آیین‌نامه قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران (بخشنامه ۱۰۰/۵۸۳/۱۰۰۰ مورخ ۱۴۰۰/۱/۱۰ رییس قوه قضائیه) تکلیف بخشنامه‌های سابق و خصوصاً ردیف ۳۴ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی به چه صورت است؟

جواب: چنانچه مفاد آیین‌نامه مورخ ۱۴۰۰/۱/۱۰ مصوب ریاست محترم قوه قضائیه مغایر یا ناسخ رای وحدت رویه شماره ۱۰/۳۷۰۹ مورخ ۷۹/۱۱/۲۵ کانون سردفتران و دفتریاران که تحت ردیف ۳۴ در مجموعه بخشنامه‌های ثبتی تدوین گردیده و مقرر داشته است: «تنظیم اسناد برای اتباع بیگانه، تنها با ارائه کارت اقامت، بدون گذرنامه و وجهه قانونی ندارد» باشد و سردفتر یا دفتریار به موجب مقررات سابق مراجع قضایی تحت تعقیب قرار گرفته باشد و مقررات لاحق از جهاتی مساعدتر به حال مرتکب وضع شود، مقررات جدید قابل اعمال است.

۱۱۲: چنانچه اشخاص حقیقی بخواهند مال خود اعم از منقول و غیر منقول را به یکی از ادارات دولتی و بانک‌ها و شهرداری‌ها بفروشند، چنین سند جزو اسناد دولتی مشمول طرح تقسیم اسناد دولتی می‌باشد یا نه؟

جواب: با عنایت به تصویب نامه شماره ۱/۲۷۷۳۷ مورخ ۱۳۵۶/۱۱/۱۹ هیات وزیران، که مطابق آن، برای تقسیم و تنظیم ثبت اسناد راجع به وزارت خانه‌ها و موسسات و شرکت‌ها و بانک‌های دولتی و شهرداری‌ها بین دفاتر اسناد

رسمی، کمیسیون موسوم به تقسیم اسناد تشکیل می‌گردد. اطلاق عبارت «تقسیم و تنظیم وثبت اسناد راجع به ...» شامل کلیه اسناد است اعم از اینکه اشخاص مذکور معامل یا متعامل باشند و اشخاص حقیقی که در مقام فروشنده می‌باشند در تصویب نامه مذکور استثنا نگردیده است.

**۱۱۳:** در خصوص مرجع صالح به رسیدگی در خصوص اختلافات بین سردفتر و کارمند (دفتریار دوم) در مورد ۱۵٪ سهم کارکنان از حق التحریر اعلام نظر فرمایند.  
جواب: مطابق ماده ۶ آیین‌نامه موضوع تبصره ماده ۳ قانون اصلاح پاره‌ای از مواد قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران مصوب ۱۳۷۱ در صورت بروز اختلاف بین سردفتر و کارکنان دفترخانه، نسبت به میزان نحوه پاداش، هیاتی مرکب از رئیس واحد ثبتی یا قائم مقام او و یک سردفتر و یکی از کارکنان دفاتر اسناد رسمی همان حوزه ثبتی، مرجع صالح برای رسیدگی است که تصمیم اکثریت هیات، ملاک اعتبار است و تصمیمات هیات مذکور قطعی و لازم الاجراست.

**۱۱۴: الف:** آیا رزمندگانی که با يك سال داوطلبی در جبهه جنگ حضور داشته‌اند و نیز سابقه پرداخت حق بیمه و بازنشستگی در سایر صندوق‌های بازنشستگی را دارند، می‌توانند تقاضای بازنشستگی نمایند یا خیر؟

**ب:** آیا رزمندگان با يك سال داوطلبی می‌توانند حق بیمه و بازنشستگی پرداختی به صندوق‌های دیگر را به صندوق کانون انتقال دهند یا خیر؟

جواب: در خصوص سوال اول به موجب تبصره ۲ ماده ۸۵ آیین‌نامه قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۴۰۰/۱/۱۰ ریاست محترم قوه قضاییه، کلیه سردفتران و دفتریاران مشمول استفاده از مزایای مقرر در قانون جامع خدمات‌رسانی به ایثارگران می‌باشند.

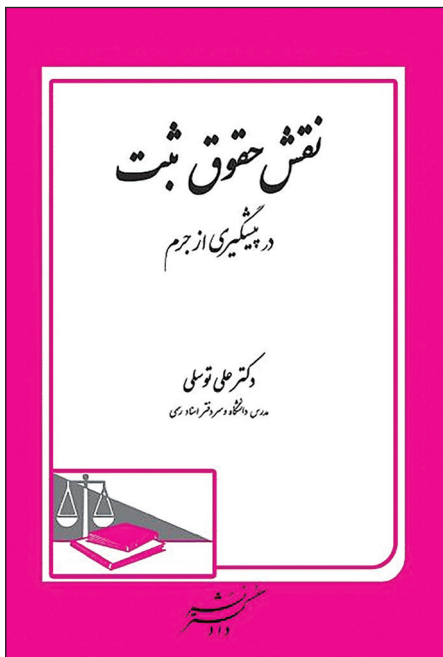
در خصوص سوال دوم برابر تبصره ۱ ماده ۸۵ فوق‌الذکر، حق بیمه و بازنشستگی پرداختی به صندوق یا صندوق‌های بازنشستگی دیگر، قابل انتقال به صندوق کانون نیست.

۱۱۵: نظربه اینکه دریافت گواهی صحت مزاج و عقل و دماغ و تایید سلامت احد از مراجعین این دفترخانه از سازمان پزشکی قانونی مستلزم درخواست استعلام از سوی کانون سردفتران و دفتریاران می‌باشد؛ لذا خواهشمند است در این خصوص اقدامات لازم را مبذول فرمایند.

جواب: در قوانین و مقررات موجود، تکلیفی دال بر دریافت گواهی صحت مزاج و عقل و دماغ متقاضیان تنظیم سند برای دفاتر اسناد رسمی و یا کانون سردفتران و دفتریاران وضع نگردیده است.



## نقش حقوق ثبت در پیشگیری از جرم



کتاب (نقش حقوق ثبت در پیشگیری از جرم) که در مهر ماه یکهزار و چهارصد و دو، توسط نشر حقوقی دادگستر به چاپ رسیده است، آخرین اثر حقوقی - ثبتی، جناب آقای علی توسلی سردفتر دفتر اسناد رسمی ۴۸ ایذه است که در این اثر، پیوند حقوق ثبت با حقوق کیفری از منظر پیشگیری از جرم، با نگاه تطبیقی به نظام حقوقی دو کشور ایران و امارات متحده، به تصویر کشیده می‌شود.

محور پژوهش در این اثر، پیشگیری در حوزه املاک، اموال و اسناد است. نویسنده عقیده دارد: حقوق ثبت دانشی است که، در راستای تضمین حقوق مالکانه، با هدف نیل به نظم حقوقی

اموال و املاک، تنظیم روابط اقتصادی مردم، اعتبار بخشی به عقود و قراردادها و در نهایت ایجاد امنیت نسبت به اموال و دارایی‌های افراد طی طریق می‌کند،

تا بتواند با ثبت املاک، اسناد و حقوق معنوی اشخاص، از جرایم علیه مالکیت، پیشگیری کند.

در این کتاب، انواع پیشگیری کنشی و واکنشی اجتماع مدار و فرد مدار، با رویکرد ملی و جهانی با ابزار اسناد بین‌المللی در محیط حقوق ثبت مشاهده می‌شود. نویسنده، به استفاده از تکنولوژی‌های نوین ثبتی، برای مبارزه و پیشگیری از جرم، از جمله فناوری‌های نوین، ثبت نوین و حقوق کاداستر در کنار ثبت سنتی، توجه بیشتر داشته است. وی با ذکر مستندات قانونی، رُخ‌نمایی جلوه‌های پیشگیرانه حقوق کاداستر را بیان نموده است. با باوری که به نقش بازدارندگی تکنولوژی در فضای حقوق ثبت دارد، بیان می‌کند که:

الف - کاداستر، مهندسی هوشمند زمین در جهان است. نقشه‌های کاداستر موقعیت ملک را در زمین نشان می‌دهد، در نتیجه کاداستر، زمین را از گمنامی ملکی خارج می‌کند و از جرایم ناشی از گمنامی زمین پیشگیری وضعی می‌نماید.

ب - ثبت الکترونیک، که دفتر الکترونیک املاک را، جایگزین دفتر دست نویس املاک نموده، موجب حذف جرایم نوشته بستر گردیده است، در نتیجه ثبت نوین با ابزار گواهی امضا الکترونیک، احراز هویت بیومتریک، دفاتر ثبت الکترونیک، آرشیوهای الکترونیکی، کارت هوشمند ملی در حوزه حقوق ثبت موجب پیشگیری از جرم شده است.

نویسنده عقیده دارد، تا کنون برای پیشگیری از وقوع جرایم از پاسخ‌های کیفری استفاده می‌شود. دستگاه عدالت کیفری، نقش و ظرفیت پیشگیرانه حقوق ثبت را لحاظ نمی‌کرد در حالی که، حقوق ثبت ظرفیت و پتانسیلی دارد که می‌تواند از طریق قضازدایی، جرم‌زدایی و کیفر زدایی در دعاوی، از فریبگی زرادخانه کیفری بکاهد و نیمی از دادگستری را تعطیل کند. نگارنده تاکید می‌کند که، دستگاه عدالت می‌داند که کیفر به تنهایی پاسخ جرم را نداده و گاهی اثر معکوس داشته است، لذا برای کاهش آمار جرم، نیاز به تصویب قوانین مدرن فنی هست، تا باب جرم بر مجرم بسته، اراده

ثبت عقود و معاملات با هدف آرمانی احیا حق عمومی مالکیت، دلیل کارکرد قضایی ثبت با رویکرد احیا حقوق عامه است. نظارت بازرسان ثبتی، وجود دادگاه‌های انتظامی در مجازات تخلف از قوانین و بخشنامه‌ها، اماره بر کارکرد قضایی حقوق ثبت با رویکرد وظیفه نظارت بر حسن اجرای قوانین دارد. پیشگیری از طریق ثبت اجباری، احراز هویت الکترونیک با اسکنر انگشت نگار، امضا الکترونیک و غیره کارکرد قضایی ثبت یا رویکرد پیشگیرانه از جرم را به نمایش می‌گذارند. یافته‌های پژوهش صاحب اثر، ترسیم می‌کند که، نظام حقوق ثبت ایران و امارات در کنار کارکرد پیشگیرانه ملی، کارکرد پیشگیرانه فرا ملی هم دارد. کارکرد پیشگیرانه بین‌المللی نظام ثبت از طریق اسناد بین‌المللی سازمان ملل، شورای امنیت و کنوانسیون‌های بین‌المللی مانند پالرمو خود را نشان می‌دهد. اسناد بین‌المللی موجب پیشگیری از جرایم بین‌المللی خصوصاً جرایم اقتصادی سازمان یافته در گستره ملی و فراملی مانند جرایم پولشویی می‌گردد.

مجرمانه اش خسته و از اندیشه مجرمانه منصرف گردد. او دستگاه عدالت کیفری را مخاطب قرار می‌دهد و می‌گوید: به مدد اتصال شبکه سازمان ثبت اسناد و املاک و دفاتر اسناد رسمی به سامانه ثبت احوال، حیات و ممات اشخاص، به صورت بر خط، هنگام تنظیم سند احراز می‌شود در نتیجه، حجم زیادی از پرونده‌های محاکم دادگستری مرتبط با حیات و ممات مالکین، هنگام تنظیم سند، کاهش می‌یابد.

در این اثر، تحلیل می‌شود که: نهاد ثبت علاوه بر کارکرد پیشگیرانه همانند قوه قضائیه یک نوع کارکرد قضایی هم دارد که می‌تواند موجب مهار جرم و مجرم گردد.

به عنوان مثال، رسیدگی به دعاوی اعتراضات ثبتی، کارکرد دادگاه‌های انتظامی سردفتران و دفترباران، کارکرد هیات نظارت و شورای عالی ثبت، کارکرد دایره اجرا اداره ثبت در دعاوی دیون و مطالبات، دلالت بر کارکرد قضایی ثبت از حیث حل و فصل دعاوی دارد.

اعلان ثبت عمومی و اجباری بودن

به جهت فوق الذکر، خوانش پیشگیرانه، شورای عالی پیشگیری قوه کتاب به همه محققین حوزه حقوق قضاییه و دانشجویان رشته حقوق پیشنهاد ثبت، پژوهشگران حوزه جرم شناسی می شود.

### برگ درخواست اشتراک ماهنامه «کانون»

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

--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

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

۱. هزینه اشتراک با احتساب هزینه پستی، هر جلد ۶۰۰/۰۰۰ ریال است و هزینه اشتراک برای سردفتران و دفترباران با تخفیف ویژه پنجاه درصدی اعمال می‌شود.  
 ۲. لطفاً هزینه اشتراک را به شماره حساب سیبا ۰۱۰۵۶۶۳۹۵۳۰۰۵ بانک ملی شعبه خیابان میرزای شیرازی کد ۱۶۹ به نام کانون سردفتران و دفترباران واریز فرمایید.  
**(لطفاً عنایت فرمایید؛**

#### فیش واریزی در همان روز به دفتر ماهنامه ارسال شود.

#### در فیش بانکی، نام پرداخت‌کننده، همان نام و عنوان متقاضی اشتراک باشد.)

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

نشانی رایانامه جهت ارسال مقاله: [kanoon.notary@gmail.com](mailto:kanoon.notary@gmail.com)

#### همیشه با «کانون» همراه باشید.

تلفن و نمابر: ۰۰۹۸۲۱۸۸۷۲۷۸۸۱

تلفن گویا: ۰۰۹۸۲۱۸۸۷۰۵۱۹۰، داخلی ۱۲۶۲

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

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

کدپستی: ۱۵۸۶۷۱۷۳۱۱

## قابل توجه نویسندگان محترم مقالات

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

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

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

### شیوه‌نامه تدوین مقالات

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

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

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

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

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

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

۵- ترجیحاً مقاله‌های تایپ شده در نسخه word با فونت mitra (یک نسخه از مقاله به

علاوه CD یا فلش) اولویت دارند.

۶- مقاله ارسالی نباید قبلاً چاپ شده باشد و هم‌چنین نویسنده نباید بدون اجازه کتبی دفتر

ماهنامه «کانون»، جهت چاپ در دیگر مطبوعات اعم از مجازی، اقدام نماید.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

تلفن و دورنگار: ۰۲۱۸۸۷۲۷۸۸۱ کدپستی: ۱۵۸۶۷۱۷۳۱۱

صندوق پستی: ۴۱۹۱۴۳۳۵

پایگاه اینترنتی کانون سردفتران و دفترباران: [www.notary.ir](http://www.notary.ir)

نشانی الکترونیکی ماهنامه: [kanoon.notary@gmail.com](mailto:kanoon.notary@gmail.com)

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

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

.....

ماهنامه از پس فرستادن مقالات دریافتی معذور است.

ماهنامه در تلخیص و ویرایش مطالب آزاد است.

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

نقل مطالب ماهنامه با ذکر دقیق ماخذ آزاد است.



## قائمة محتويات العدد ١٩٤ من مجلة «كانون» الشهرية

١. حديث اليوم: المظلمة غيرالشرعية المتشابهه بالمظالم الماضيه. بقلم:  
الاستاذ؛ ناصر نايبى.
٢. الرأى: حديث فى ارضة «الوثائق الرسمية» مع ذوى النظر فى الحوزات  
العلميه، ايدهم الله تعالى. بقلم: الاستاذ سيامك بهارلوئى.
٣. مقال: مكانة العدالة فى المشاركة و الفحص فى افعال لدور اقلام الوثائق  
الرسيمة. (القسم الاول) بقلم: الاستاذ؛ فرزاد رهنا اشنازى.
٤. الصدى؛ توكيل الوكيل مع تذكير اشتراط منعه عن عزل الوكيل الثانى؛  
فى مرآة احكام المحاكم الانضباطيه. بقلم: الاستاذ الفقيه؛ محمد عظيميان.
٥. تقويم اشتراط الخيار فى العقود الرهنيه و ماشابتهها. بقلم: الاستاذة؛  
آيدين لطف الله اردكان و رضا كريمى منفرد.
٦. النافذه: مذكرة فى ارضة عرض التشاور فى اقلام الوثائق الرسمية. بقلم

الاستاذ؛ ليلا فرج زاده.

٧. مقال؛ استجهاد في مكانة الوضع في الاهلية و الصلاحية. بقلم: الاستاذ؛ محمد فروتن.

٨. امكانية ابداع التقنية الجديدة ب «بلاك شين» في التجاره بين الدولية؟ تعريب بقلم الاستاذ: حسين مكارى.

٩. الذكرى: بقلم: الاستاذ؛ محمود محمدزاده.

١٠. الاراء الاستشاريه لدائرة العامه الحقوقيه في القوة القضائيه (قسم ٣٠). بقلم: الاستاذ؛ كاميار شيبت زاده.

١١. الآراء الاستشاريه للجنة الحقوقيه في «كانون سردفتران و دفتراران» (قسم ١٨).

١٢. تعريف الكتب الجديدة.

١٣. الورقه لطلب المجلة «كانون».

١٤. اساليب كتابة المقالات للطبع في المجلة «كانون».

١٥. المبادئ العامة لمجلة الشهرية «كانون».

١٦. معرض النشرات من «كانون سردفتران و دفتراران».

١٧. تعريب العناوين المنشورات؛ ملخص لماورد في المجله الشهرية «كانون».

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

16-Traduction des titres et des extraits des articles

Bulletin d'abonnement

Méthodologie de l'élaboration des articles

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

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

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

5- Article: Faisabilité d'étude sur la possibilité d'inclure la faculté de résiliation dans des contrats de cautionnement » » par M. Aydin LOTFOLLAH ZADEGAN et M. Reza KARIMI MONFARED.

6- Fenêtre «A propos de la fourniture de conseil dans les Études notariales», par Mme Leila FARAJZADEH

7- Article: «Analyse sur le fait d'authentifier la capacité et la compétence en matière de législation» par Mohammadkaram FOROUTAN.

8- La technologie Blockchain peut-elle donner lieu à une révolution considérable dans le commerce international», traduit par Hossein MOKARI.

9- Mélanges ou études offertes: Mahmoud MOHAMMADZADEH

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

11-Présentation du livre

12- Formulaire d'abonnements

13-Méthodes de rédaction des articles

14- Manifeste de Mensuel de Kanoon

# **Table des matières**

## **Mensuel de Kanoon n° 194**

1- Propos du jour : « Une désaffection illégale », par Naser NAYE-BI.

2- Le point de vue: «Un mot sur l'acte authentique à l'intention des écoles théologiques», par Siyamak BAHARLOUEI.

3- Article: «Justice et la place qu'elle occupe en matière de surveillance, d'inspection et de contrôle des Études notariales», par M. Farzad RAHNEMA ASHNARI.

4- L'écho: «Délégation de mandat ou la stipulation de la condition de la non-destination du deuxième mandataire dans le miroir des jugements rendus par des tribunaux disciplinaires des notaires et clercs de notre», par le défunt Mohammad AZIMIAN.

“Feasibility of including the termination option in collateral contracts” By. Mr. Reza Karimi monfared & Mr. Aidin Lotfollah zadedegan.

An article with the title of “Valve” by Mrs. Leila Farajzadeh about “A note about providing advice in notary offices”.

“Inferential analysis of eligibility and competence in the position of establishment”. “part one”, By Mr. Mohammad Karam Foroutan.

In the translation section by Mr. Hosein Mokari “Can Blockchain revolutionize international trade?”

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

## **Summary of Issue No 194 Kanoon Monthly Magazine**

In the part of “word of the day” by Mr. Dr. Naser Nayebi, About “Anillegitimate oppression similar to the kind of legitimate oppressions existed in the past”.

The “Point of view” by Mr. Dr. Siamak Baharlouei, About “A word with the Respected Islamic Fields about the official document”.

In the part of “Article”, the article “The place of justice in supervision, inspection and control of the performance of notary public offices” By Mr. Farzad Rahnama Ashnari “part one”.

In the part of the “Echo” the late professor Mr. Mohammad Azimian, Subtitled “Delegation of power of attorney with the condition of not dismissing the second lawyer/ person in the mirror of the votes of the disciplinary courts of notaries public”.



**Notari's Public & Assistant's Association**  
**News and analysis on humanities**  
**62 th year, second Vol. No 194**  
**(correct at time of publication: Fall 2023)**

**Proprietor:**

Notary Public And Assistant's Association

**Manning Editor:**

Dr. Kamyar Shaibatzaeh

**Co-authors:**

Dr siamak Baharlouei, Farzad Rahnama Ashnari,  
Dr Kamyar Shaibatzaeh, Mohammad Azimian,  
Leila Farajzadeh, Mohammad Karam Foroutan,  
Dr Reza Karimi Monfared, Aydin Lotfollahzade-  
gan, Mahmoud Mohammadzade, Hossein Mokari,  
Dr Naser Nayebi.

.....  
**Legal and literary Editors:** Zeynab Rajabi & Dr. kamyar Shaibatzaeh  
.....

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

**Tel Fax:** +9821-88727881

**P. O. Box:** 14335-419

**Postcode:** 1586717311

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

**E. mail:** [Kanoon. notary@Gmail. com](mailto:Kanoon.notary@Gmail.com)

.....  
**Printers:** Mo'alla

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

**Tel:** +9821-77502297  
.....

**ISSN:** 2008-2851

**Price:** 600/000 Rls