

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

کانون

مجله خبری و تحلیلی در زمینه علوم انسانی

سال پنجاهم ، دوره دوم ، شماره ۸۶

آبان ماه ۱۳۸۷

صاحب امتیاز و مدیر مسئول:

کانون سردفتران و دفتریاران

سردبیر: ناصر نایبی

مدیر اجرایی: نورعلی مظاهری

حروفچین و صفحه‌آرا: فهیمه اسماعیلی

همکاران این شماره:

سیدحسین حسینی نیک، عطاءالله روشن

قنبری، جواد شافعی، قادر فرامرزیور، حسین

قربانیان، عباس کاظمی نجف‌آبادی، دکتر

رسول مظاهری، علیرضا ناظم، صابر ناظمی،

دکتر ناصر نایبی.

پایگاه اینترنتی کانون سردفتران و دفتریاران:

www.notary.ir

نشانی الکترونیکی:

MAGAZINE@NOTARY.ir

نشانی دفتر مجله:

تهران، خیابان استاد مطهری، مقابل

خیابان سنایی، پلاک ۲۸۳

صندوق پستی: ۱۴۳۳۵/۱۱۵۱

کد پستی: ۱۵۸۶۷۱۷۳۱۱

تلفن و دورنگار: ۸۸۲۸۷۵۵

ویراستار ادبی و حقوقی: وحید امینی

تلفن همراه: ۰۹۱۲۸۱۵۵۱۷۹

چاپ: صفیه

نشانی چاپخانه:

تهران، خیابان شریعتی، چهارراه حقوقی،

کوچه گوهری، چاپ صفیه

تلفن چاپخانه: ۷۷۵۰۲۲۹۷

بهاء: ۳۲۰۰۰ ریال

فهرست مندرجات

صفحه	عنوان
۷	سخن روز ناصر نایی
۱۰	ساماندهی یا بی سامانی معاملات عطاءالله روشن قنبری
۱۸	بحثی پیرامون لایحه ساماندهی عقود و معاملات غیررسمی راجع به اموال غیرمنقول قادر فرامر زپور
۳۲	تغییر اقامتگاه متعاملین در اسناد رسمی صابر ناظمی

-
- قانون تسهیل تنظیم اسناد در کمای اجرا ۳۸
جواد شافعی
- احراز هویت و ابراز رضایت در تنظیم اسناد رسمی ۴۸
سیدحسین حسینی نیک
- آثار عدم مشروعیت در حقوق قراردادهای انگلستان ۷۵
ترجمه عباس کاظمی نجف آبادی
- ماهیت و آثار امضای الکترونیکی در حقوق ایران، مقررات آنسیترال ۸۹
دکتر رسول مظاهری - علیرضا ناظم
- تصرفات ناقله وراثت قبل از ادای دیون متوفی ۱۱۸
حسین قربانپان

تسهیل یا تضییق در تنظیم اسناد رسمی

سخن روز...

هرچند تأمین اغراض و اهداف سیاسی، اجتماعی و اقتصادی قانونگذار از تصویب مقررات مربوط به ثبت اجباری اسناد و رعایت برخی تشریفات در آن به ویژه عقود و معاملات؛ از وظایف اصلی دفاتر اسناد رسمی است، لکن به دلیل ایجاد تکالیفی به دفاتر مذکور برخلاف قانون دفاتر اسناد رسمی در آیین نامه‌ها، تصویب نامه، نظام نامه‌ها و بخشنامه‌ها، و از طرف دیگر لزوم تسریع توأم با دقت در انجام وظایف قانونی علی‌الخصوص امر مربوط به نقل و انتقال املاک از یک طرف، کار دفاتر اسناد رسمی را با یک چالش جدی روبرو نموده و از طرف دیگر مانع سرعت معاملات و روان سازی روابط حقوقی اشخاص شده است. بدین جهت فعالان کانون سردفتران با هدایت و مدیریت اعضای هیأت مدیره آن مساعی و مجاهدت‌های خود را بسیج کرده و با جلب همکاری، همیاری و همفکری و تعامل صاحب‌منصبان بصیر ثبتي پیش‌نویس مقرراتی را به مراجع ذی‌ربط ارائه نمود که در شهریورماه سال ۱۳۸۵ منتهی به تصویب قانون تسهیل در تنظیم اسناد در ۸ ماده و یک تبصره گردید. هرچند قانون تسهیل در تنظیم اسناد رسمی بعضاً اهداف تهیه کنندگان

پیش‌نویس لایحه آن را برآورده نداشت، لکن موجب رضایت شهروندان و صاحبان حرف و مشاغل حقوقی گردید و علاوه بر اینکه آهنگ نقل و انتقال املاک و عقود و معاملات نسبت به آن سرعت بیشتری یافت، سران‌دفا تر اسناد رسمی در انجام وظایف قانونی به اهداف مقدس قانونگذار نزدیک و نزدیکتر شدند، در هر حال و در کلیت خود تسهیل تنظیم اسناد را تا اندازه زیادی عملی نمود.

مع‌الاسف چند صباحی از تصویب قانون مزبور نگذشته بود که مقرراتی متناقض با آن در سطوح مختلف از قانون، آیین‌نامه، تصویب‌نامه، نظام‌نامه و بخشنامه^۱ یکی پس از دیگری تصویب و ابلاغ گردید. و اجرای قانون تسهیل در تنظیم اسناد عملاً عقیم و به محاق فراموشی سپرده می‌شود تا دور باطل برآیند و خیزش همچنان به عنوان یکی از دغدغه‌های حرفه‌ای سران‌دفا تر دلسوز و صاحب‌منصبان ترقی‌خواه ثب‌تی باقی بماند، در حالی که اجرای این قانون و تمکین به آن می‌توانست موجبات و مقدمات پیشرفت و توسعه اقتصادی را به سهم خود فراهم نماید.

با این حال و با وجود اینکه حدیث دیگران در باب کسب و کار و نقل و انتقال املاک در ایران چندان هم خوش و خوش‌تر نبوده و نیست، حدیث آنها حکایت از وجود گره‌های ناگشودنی بی‌شماری در این حوزه دارد که بیشتر آنها عمدتاً به خاطر وجود مضایق و معضلات در امر تنظیم اسناد معاملاتی و ثبت روابط حقوقی و مالی اشخاص است و جالب توجه اینکه ضرورت بازگشایی این گره و رفع مضایق و حل معضلات از دغدغه‌های مراجع و مقامات ذی‌ربط کشور است ولی ظاهراً صرف دغدغه، حلال مشکلات نبوده بلکه حل

۱. به طور مثال نگاه کنید به: ۱- قانون اخیرالتصویب اصلاح قانون اجباری نمودن مسئولیت مدنی دارندگان وسایط نقلیه موتوری زمینی در قبال اشخاص ثالث ۲- قانون اخیرالتصویب نحوه واگذاری مالکیت و اداره امور شهرک‌های صنعتی. ۳- مواد ۴ و ۹ آیین‌نامه قانون تسهیل تنظیم اسناد ۴- آیین‌نامه وصول مطالبات سررسید گذشته، معوق و مشکوک‌الوصول مؤسسات اعتباری. ۵- بخشنامه ریاست محترم سازمان محترم ثبت اسناد و املاک در خصوص تخصیص عوارض سالیانه نسبت به معاملات بلاعوض آن هم به نفع دولت و شهرداری‌ها ۶- تلاش‌های اخیر مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی جهت احیای تبصره ماده ۷۴ قانون شهرداری‌ها.

مشکلات نیازمند اراده مصمم و عزم جزم می‌باشد و همان طوری که بیان گردید اقدام در تصویب قانون تسهیل تنظیم اسناد در جهت رفع این دغدغه و در جهت تسهیل و روان نمودن روابط حقوقی و معاملاتی افراد بوده است به کیفیتی که همه اطلاع دارند، این قانون جهت اجرا به مراجع ذی‌ربط ابلاغ گردید ولی فقدان درک مناسب از ضروریات جهانی و بی‌توجهی به مراد مقنن در تصویب این قانون موجب گردید که نظر بلند و وسعت دید مقنن گرفتار تنگ نظری مراجع تدوین‌گر آیین‌نامه‌ها و بخشنامه‌های اجرایی شود و نتیجه آن شد که علاوه بر اینکه گرهی از کار فروبسته مردم باز نشد هم مردم و هم مراجع اجرایی و بنگاه‌های اقتصادی و مراجع قضایی گرفتار دور باطل دیگری گردند که نمود آن در گزارش موسسه LFC^۱ بانک تجارت جهانی ظاهر شد و رتبه نازل برای جمهوری اسلامی ایران در بین کشورهای جهان منظور شود و این رتبه به لحاظ همدوشی با کشورهای فقیر و عقب‌مانده در شأن و منزلت جمهوری اسلامی ایران نبود و به هیچ دلیل، برهان و توجیهی قابل دفاع نمی‌باشد و ای کاش به جای تصمیمات من‌عندی و بدون پشتوانه کارشناسی تدابیری از سر حکمت و مصلحت اتخاذ می‌گردید که ضمن گره‌گشایی از کار مردم صیانت از حیثیت و کارآیی نظام نیز می‌نمود.

سردبیر

ناصر نایبی

۱. روزنامه همشهری، منتشره در مورخ ۸۷/۹/۲۱، خبر از کسب رتبه ۱۴۳ جمهوری اسلامی ایران در بین ۱۸۰ کشور جهان داد.

ساماندهی یا بی‌سامانی معاملات

عطاءالله روشن قنبری^۱

مقدمه

اخيراً لایحه‌ای به صورت ماده واحده تحت عنوان «لایحه ساماندهی عقود و معاملات غیررسمی راجع به اموال غیرمنقول» در هیأت محترم وزیران به تصویب رسید. گفته‌ها و شنیده‌ها از ناحیه طرفداران این لایحه در رسانه‌ها زوایای تاریک آن را چندان آشکار نمی‌سازد اما نتایج این لایحه در صورت تصویب نهایی قابل پیش‌بینی می‌باشد. هنگامی که سخن روز مسئولین محترم قوه قضائیه بهداشت حقوقی و قضایی می‌باشد، جای بسی شگفتی و پرسش است که لایحه مذکور چگونه می‌تواند ضمن تضمین بهداشت حقوقی و قضایی باری از دوش قوه قضائیه بردارد؟ یا اینکه برعکس مثل سایر مصوبات بدون کارشناسی موجب بیشتر شدن ورودی پرونده‌ها در دستگاه قضایی شده و گره‌ای دیگر بر کلاف سردرگم دادرسی‌ها خواهد افزود؟ ظواهر امر حکایت از آن دارد که باز هم طرف‌های اصلی قضایا یعنی سازمان محترم ثبت اسناد و املاک کشور و دفاتر اسناد رسمی یعنی

۱. سردفتر اسناد رسمی ۸۸۵ تهران.

متولیان نظم و نسق اسناد و معاملات مردم در حاشیه قرار گرفته‌اند و یا به پیشنهاد‌های آنان کمترین توجهی نشده است. در این نوشتار به اختصار ابهامات و معایب طرح بررسی می‌گردد.

پیشینه چند ده ساله قانون ثبت و قدمت سازمان ثبت اسناد و املاک کشور و دفاتر اسناد رسمی در ایران نیازی به بازگویی و تکرار مکررات ندارد اما حق مطلب آن است که به فراموشی سپردن اهداف و کارکردهای نهادهای مذکور در واقع چیزی جز تضعیف پیکره قانون ثبت نمی‌باشد و این امر موجب بازگشت به زمانی است که در کشور ما نه قانون ثبتي وجود داشت و نه سازمان ثبت. مواد ۲۲ و ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت چهارچوب کلی و اساسی معاملات اموال غیر منقول را بدون هیچ‌گونه شک و شبهه‌ای مشخص می‌نمایند. ضمانت اجرای تخلف و نادیده گرفتن این مواد در مواد دیگر قانون ثبت مشخص گردیده و ضمانت اجرای اجراهای مدنی، انتظامی و کیفری اهداف قانونگذار حکیم را در وضع قانون ثبت اعلام می‌دارد. به جرأت می‌توان گفت تا آخرین سال‌های پیش از انقلاب اسلامی نیز محاکم دادگستری قوانین ثبتی را نصب‌العین قرار داده و چهارچوب‌های کلی آن را مراعات می‌کردند اما رفته رفته با تصویب لوائح و قوانین عادی و خصوصاً برداشتی که از قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در بین دادرسان محترم شیوع یافت، باعث شد محاکم در مقام رفع و قلع ماده نزاع بین متخاصمین به استناد منابع فقهی متمایل به تفسیری سنتی از عقود و معاملات راجع به اموال غیرمنقول گردند. تصویب و وضع قوانین راجع به املاک و اراضی که اکثراً به طور اضطراری و با توجه به وضعیت اقتصادی کشور به تصویب می‌رسید، شک محاکم را بدل به یقین نمود به طوری که استثناً مبدل به قاعده گردید و قانون ثبت در انتهای رسیدگی‌ها و تنها به عنوان آخرین حربه و راه علاج مورد استناد قرار گرفت. به عبارت دیگر حاشیه بر متن مستولی گردید؛ قوانینی که واگذاری املاک و اراضی به مردم از سوی دولت را به صرف اسناد عادی رسمیت و اعتبار بخشید و به استناد آن انتقال گیرنده می‌تواند از تسهیلات بانکی نیز استفاده نماید (همچون لایحه

قانونی راجع به واگذاری اراضی تملک شده به مستضعفین مصوب ۵۸/۹/۴ شورای انقلاب جمهوری اسلامی و نیز قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۶۲/۶/۸، بدون اینکه تکلیف سند رسمی در این بخش روشن گردد. در مواردی دیگر قانونگذار پا را از این نیز فراتر نهاده و در روابط متعاملین بدون لحاظ قانون ثبت دخالت و با نسخ ضمنی آن خصوصاً مواد ۴۶ و ۴۷ و ۴۸ افراد را تشویق به تنظیم اسناد عادی نمود که نمونه بارز آن قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۷۶ می‌باشد. لایحه مورد بحث نیز از همین دست است و اولین و آخرین آن هم نخواهد بود اما انتقادات اصلی وارد بر لایحه به شرح زیر می‌باشد.

گسترش بی‌مورد صلاحیت بنگاه‌های املاک و موازی کاری: معلوم نیست به کدامین مصلحت یا ضروریات در این لایحه صرفاً به دلیل کدگذاری (بخوانیم کد رهگیری) کلیه معاملات غیررسمی اعیان و منافع و حقوق اموال غیرمنقول که برابر قانون ثبت، بایستی رسمی و در دفاتر اسناد رسمی تنظیم گردد واجد وجاهت قانونی گردیده و محاکم بایستی برخلاف قانون ثبت به آن توجه نموده، و مورد رسیدگی قضایی قرار دهند معاملات مذکور اعم از املاکی است که ثبت شده یا در جریان ثبت باشد و املاکی که اصولاً فاقد سابقه ثبتی می‌باشد. از این جنبه به طور غیرمستقیم استنباط می‌گردد که تنظیم سند رسمی در دفاتر اسناد رسمی و ثبت آن در دفتر املاک کاری زاید و تشریفاتی می‌باشد و بدین طریق بسیاری از مواد قانون ثبت مفهوماً و منطوقاً نسخ می‌گردد زیرا خود لایحه دو نوع سند غیررسمی را تحت عنوان معاملات و عقود و تعهد به انجام معاملات بیان می‌کند که در صورت انجام آنها با کد رهگیری از حمایت قضایی برخوردار می‌گردد، حال که تنظیم اسناد به طور رسمی در دفاتر اسناد رسمی به دلیل همان حمایت قانونی مراجع قضایی از آنها می‌باشد و به طوری که ماده ۴۸ قانون ثبت مقرر می‌دارد؛ سندی که مطابق مواد فوق باید به ثبت برسد و به ثبت نرسیده در هیچ یک از ادارات و محاکم پذیرفته نخواهد شد، لایحه مورد بحث مقرر داشته اگر کد رهگیری نداشته باشد قابل طرح در

دادگاه‌ها نمی‌باشد، البته این نکته قابل ذکر است که منظور ماده ۴۸ قانون ثبت آن است که از حیث ادله اثبات دعوی سندیت ندارد و از لحاظ سایر ادله با توجه به اینکه دادگستری مرجع رسمی تظلمات می‌باشد اشکالی به نظر نمی‌رسد و دادگاه فارغ از سند (از حیث سندیت آن) به سایر ادله توجه می‌نماید، ولی در لایحه ساماندهی طرح دعوی پذیرفته شده، یعنی به صرف اینکه سند عادی دارای کد مخصوص باشد خودش موضوعاً و فی‌النفسه سندیت دارد فلذا این موجود جدید حقوقی در حیطة حقوق شکلی و ادله اثبات دعوی بایستی طبقه بندی گردد. پرسشی که در همین جا به ذهن می‌رسد این که چگونه دفاتر اسناد رسمی حق تسجیل اسناد عادی را ندارند و تنظیم چنین سندی و تسجیل آن توسط دفاتر اسناد رسمی چون خارج از حدود مسئولیت‌ها و قوانین است قابل امان نظر در محاکم نمی‌باشد اما همین سند عادی اگر در بنگاه‌های معاملات ملکی مزین به کد رهگیری گردد جزو ادله اثبات دعوی محسوب می‌شود و لابد مطابق ماده ۱۲۹۱ قانون مدنی پس از احراز اینکه فی‌الواقع از سوی طرفین امضاء یا مهر شده (فرض لایحه و ظاهر آن چنین حکم می‌کند) اعتبار سند رسمی را می‌یابد پس آن قسمت از ماده ۴۸ قانون ثبت از نظر عدم پذیرش سند عادی در محاکم پس از تصویب لایحه را باید نسخ شده محسوب کرد و این در حالی است که فلسفه تأسیس ماده مرقوم سوق دادن مردم به تنظیم اسناد رسمی است، کد رهگیری هرچه بیشتر مشوق تنظیم اسناد عادی می‌باشد و متعالمین پس از تنظیم این گونه اسناد به صرف اینکه در سامانه ملی معامله آنها به ثبت رسیده بی‌نیاز از هرگونه اقدام دیگر با خاطری آسوده هر یک به سراغ کار خویش می‌رود و حقوق دولتی و دیوانی تا مدت‌ها حتی سال‌ها معطل مانده و لاوصول باقی می‌ماند همان حقوقی که دفاتر اسناد رسمی بدون دریافت دیناری دستمزد از بابت وصول آن اگر عمداً یا سهواً آن را دریافت نکنند مستوجب شدیدترین مجازات‌های انتظامی قرار می‌گیرند.

تحمیل بار هزینه‌ای بر بودجه عمومی: نکته دیگری که باید مورد توجه قرار گیرد این است که چه مرجع و مرکزی چه طور و چگونه این سامانه اطلاعات را جمع‌آوری و به

روز می‌نمایند زیرا کاداستر هنوز در کشور ما با اهداف خویش فاصله زیادی دارد. دفاتر املاک ثبت اسناد نیز با کمبود پرسنل خصوصاً پرسنل مجرب روبرو هستند اگر این لایحه درصدد است که از ادارات ثبت و پرسنل آن نیز (که در بعضی ادارات ثبت انصافاً فوق طاقیت خود به انجام امور محوله مشغولند) کمک بگیرد با وضعیت فعلی امری محال است. پرسش دیگر آنکه هزینه این طرح از کجا تأمین می‌شود؟ چون طرح مذکور خود به خود و همان طور که گفتیم باعث شیوع و تشویق مردم به تنظیم اسناد عادی می‌گردد و با رکود اقتصادی در وضع فعلی و معطل ماندن وصول حقوق دولتی افزایش هزینه عمومی و تقلیل درآمد عمومی را به دنبال خواهد داشت و به نظر با اصل هفتاد و پنجم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز در تضاد می‌باشد که البته تصمیم نهایی پس از جری تشریفات قانونگذاری به عهده اعضای محترم شورای نگهبان قانون اساسی می‌باشد، از طرفی سرمایه‌گذاری دولت در این بخش خلاف سیاست‌های اصل ۴۴ قانون اساسی و برنامه توسعه است و اگر بگوئیم که ناچار در ازای این خدمت یعنی کد رهگیری هزینه‌ای از متعاملین اخذ می‌شود و از این طریق جبران هزینه‌های طرح می‌شود (علی‌رغم اینکه همکاران گرامی وضعیت فعلی ماده ۵۸ اصلاح شده آیین‌نامه دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۱۷ و تفسیر منتج بر این اصلاحیه را استحضار دارند) چگونه است که در این افزایش احتمالی هزینه که در عرف کنونی مشاورین املاک چندین برابر دستمزد دفاتر اسناد رسمی است، باری بر دوش اصحاب سند متصور نیست و به قشرهای آسیب‌پذیر آسیبی وارد نمی‌شود اما چند وقت پیش حقوق حقه و مسلم سران محترم دفاتر اسناد رسمی بار توری به دنبال داشته و آسیب به قشر کم درآمد تلقی می‌شد؟!

افزایش ورودی پرونده‌ها و تراکم کار دستگاه قضایی: هم‌اکنون طبق مصاحبه‌های رسانه‌ای مسئولین محترم قوه قضائیه سالیانه ۸ الی ۹ میلیون پرونده جدید وارد سیستم قضایی می‌شود. با اجرای این لایحه علی‌رغم توجیه خلاف این امر بایستی انتظار انباشت و افزایش ورودی پرونده‌ها به طرز سرسام‌آور به دادگستری را داشته باشیم. تضعیف

قانون ثبت رواج اسناد عادی را به دنبال خواهد داشت از طرفی موارد مندرج در لایحه از نوعی بی‌دقتی در مراحل تدوین آن حکایت دارد مثلاً در جایی عنوان شده: «تعهد به انجام این گونه معاملات باید در سامانه ملی معاملات غیرمنقول با کد مخصوص ثبت گردد» برای نمونه تعهد به بیع که خود اصولاً عنوان خاصی در قوانین ندارد و شاید مقصود همان قولنامه باشد که در صورت وجود ضمانت اجرای تخلف از مفاد آن ممکن است در نهایت به شکل پرداخت وجه التزام یا جبران خسارات متجلی گردد اما خود تعهد به بیع ماهیتاً حکایتی از ایجاب و قبول ندارد چون در غیر این صورت عنوان بیع‌نامه صحیح است نه قولنامه. در لایحه مورد بحث طرز تلقی چنان است که تعهد به بیع در صورت تخلف متعهد در نهایت منجر به صدور حکم به الزام به تنظیم سند رسمی می‌گردد در حالی که تعهد به بیع هرگز منجر به چنین امری نمی‌شود و شروط ابتدایی لازم‌الوفای نمی‌باشند. از جمیع مواد قانونی مدنی استنباط می‌گردد که منشاء تعهدات در حقوق ایران عقود است نه ایقاعات (بگذریم از ایقاع طلاق که امری استثنایی محسوب می‌شود) و اگر بگوئیم که تعهد به بیع در ضمن عقد غیرمعین طبق ماده ۱۰ قانون مدنی منعقد می‌شود نیز مسأله قابل توجیه نیست چون اگر دادگاه طرفین را ملزم به ایجاب و قبول نماید و در نهایت حکم به الزام تنظیم سند رسمی صادر گردد در واقع تعهدات را در زمره عقود شمرده است. هدف لایحه نیز آن است که دادگاه تعهد به بیع را جزء معاملات به حساب آورد یعنی همان عقد معین بیع، منتها اشکال اینجاست که اگر نتیجه عقدی مورد قبول باشد خود عقد نیز بایستی در اراده متعاملین منعکس گردد و اثر از مؤثر قابل تفکیک نیست و کسی نمی‌تواند نتیجه بیع را بخواهد اما خود آن را طالب نباشد. این تناقض ماهیتی در لایحه وجود دارد، اما فی‌الواقع تعهد به بیع هرگز بیع محسوب نمی‌شود و منجر به آن نیز نمی‌گردد مگر طرفین بعداً ایجاب و قبول را واقع سازند یا قایل باشیم دادگاه آنها را مجبور به چنین اقدامی می‌نماید که در واقع عنوان همان بیع می‌شود نه تعهد به آن. طراحان لایحه علی‌رغم این ابهام و ایهام و تناقض، تعهد به بیع را با کد مخصوص قابل ثبت در سامانه ملی می‌دانند و متعهد

حق انجام معامله نسبت به متعهد به را با غیر ندارد و لاجرم بنا به شنیده‌ها از این تعهد مالیاتی نیز اخذ می‌گردد، یعنی از معامله‌ای محتمل‌الوقوع.

تکالیف دفاتر اسناد رسمی:

تبصره یک ماده واحده مذکور مقرر می‌دارد؛ دفاتر اسناد رسمی قبل از اقدام ملزم به استعلام از سامانه ملی معاملات غیرمنقول می‌باشند؛ منظور از واژه «اقدام» مشخص نیست؟ آیا قبل از اخذ استعلامات یا بعد از آن یا پس از تکمیل سند و قبل از امضاء و یا پس از وارد کردن سند در دفتر؟ اگر کلیه استعلامات انجام و سند در دفتر ثبت گردید، اما ارتباط با سامانه ملی در روزی که متعاملین می‌خواهند سند را امضاء نمایند مقدور نباشد و یا پس از برقراری ارتباط پاسخ مرجع، مذکور مبهم و یا دارای اشکال باشد تکلیف چیست؟ تفهیم این موارد به اصحاب سند کاری شاق است و تمامی این اشکالات را در نهایت از ناحیه دفاتر اسناد رسمی خواهند دید در حالی که دفاتر اسناد رسمی در تنظیم این لایحه کوچک‌ترین نقشی نداشته‌اند! حال اگر معاملات مذکور که قبلاً در سامانه ملی درج گردیده فسخ یا اقاله شود چه انعکاسی در سامانه مذکور خواهد داشت؟ خود لایحه چنین مواردی را به سکوت برگزار کرده و شاید این ضعف‌ها بعداً در آیین‌نامه اجرایی جبران شود که این امر نیز فراتر از خود لایحه و خلاف شیوه قانونگذاری می‌باشد. از سوی دیگر ماده یک قانون تسهیل تنظیم اسناد در دفاتر اسناد رسمی از تطبیق سند با دفتر املاک و در نتیجه اطمینان از نام آخرین مالک سخن می‌گوید که البته فعلاً ادارات ثبت در پاسخ استعلام دفترخانه به این تکلیف عمل نمی‌کنند حال اگر در پاسخ استعلام دفترخانه مالکیت دارنده، سند مالکیت احراز گردد اما در سامانه ملی خلاف آن باشد تکلیف چیست؟ کدام یک از دو قانون ارجحیت دارد و یا اینکه این قسمت از ماده یک قانون تسهیل را بایستی نسخ شده بدانیم؟

نتیجه

پرسش‌های بی‌شماری بدون پاسخ مانده اما اینکه طرفداران لایحه جلوگیری از

معاملات معارض را یکی از اهداف لایحه عنوان می‌کنند؛ می‌گوییم چنانچه اسناد عادی فاقد سابقه ثبتی مورد معامله قرار گیرد و سپس اشخاص دیگری همان ملک را مورد معامله قرار دهند، چگونه از معامله معارض جلوگیری می‌شود؟ ملک فاقد پلاک ثبتی و سابقه ثبتی چگونه کنترل و شناسایی می‌شود؟ اینکه گفته شده هدف، جلوگیری از سوداگری در معاملات املاک است باید پرسید مگر تصدی و تسهیل معاملات ملکی و دلالتی مطابق شق ۳ ماده ۲ قانون تجارت عمل تجاری و سوداگری محسوب نمی‌شود؟ و شاید سوداگری معنای دیگری در فرهنگ فارسی پیدا کرده؟ اینکه گفته شده لایحه موجب شفاف‌سازی در اخذ مالیات می‌شود، مگر از معاملات فعلی براساس قیمت منطقه‌ای مالیات اخذ نمی‌شود؟

کد رهگیری چه تغییری در طرز تلقی مسئولان مالیاتی کشور ایجاد می‌نماید؟

واقعیت آن است که لایحه مذکور را بایستی در حد قانون - وسیله تلقی کرد و نه قانون - هدف لایحه فعلی بسترسازی برای اهداف بعدی محسوب می‌گردد که چه میزان معاملات صورت می‌گیرد و حجم نقدینگی و گردش پول در معاملات ملکی چه میزان است؟ اگر این لایحه دارای مزایای مورد ادعا می‌باشد چرا در خصوص اموال منقول (اتومبیل) کارایی ندارد؟ مگر در این مورد معامله معارض یا جرائم کلاهبرداری صورت نمی‌گیرد که این چنین مغفول مانده و چرا دفاتر اسناد رسمی صلاحیت تنظیم اسناد عادی در خصوص املاک ثبت نشده را ندارند اما بنگاه‌های معاملات ملکی دارای صلاحیت می‌باشند و چراهای دیگر....

بحثی پیرامون لایحه ساماندهی عقود و معاملات غیررسمی راجع به اموال

غیرمنقول

قادر فرامرزیپور^۱

مقدمه

اخیراً لایحه‌ای با عنوان فوق‌الذکر در هیأت محترم دولت تهیه و با قید یک فوریت به مجلس محترم شورای اسلامی ارسال شده است، اگرچه با توجه به ابهامات اساسی که در شکل و ماهیت لایحه مذکور وجود دارد احتمال تصویب آن حداقل به شکل موجود در مجلس محترم ضعیف به نظر می‌رسد. مع‌هذا به دلیل نگرانی‌هایی که در محافل اجتماعی و اقتصادی و قضایی و همچنین بین مردم به وجود آمده و به همین دلیل موجب بحث‌های زیادی شده نوشتار حاضر تلاش دیگری در جهت تبیین ابهامات و مشکلات تصویب و اجرای لایحه مبحث عنه می‌باشد.

کلید واژگان: ساماندهی - سامانه - عقود و معاملات غیررسمی - قوانین ثبتی - قانون مدنی - بیع - صلح - اجاره - تعهد به انجام بیع - طرح دعوی در مراجع قضایی.

۱. عضو هیأت تحریریه مجله کانون سردفتران و دفتریاران.

الف - بررسی شکلی

لایحه ساماندهی عقود و معاملات غیررسمی راجع به اموال غیرمنقول در یک ماده و دو تبصره تنظیم شده است، چون در طول مقاله مراجعات متعددی به لایحه خواهد شد عین آن ذیلاً درج می‌شود:

ماده واحده - از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون کلیه معاملات غیررسمی اعیان و منافع اموال غیرمنقول از قبیل بیع، صلح، اجاره و تعهد به انجام این گونه معاملات باید در «سامانه ملی» معاملات غیرمنقول با کد مخصوص ثبت گردد.

همچنین نقل و انتقال حقوق ناشی از معاملات مذکور باید با رعایت کدگذاری به ترتیب فوق ثبت گردد.

تبصره ۱ - صدور سند مالکیت در سازمان ثبت اسناد و املاک کشور مستلزم رعایت ترتیبات فوق می‌باشد. دفاتر اسناد رسمی قبل از اقدامات ملزم به استعلام از سامانه ملی معاملات غیرمنقول می‌باشند.

تبصره ۲ - طرح دعوی مربوط به این گونه معاملات مشروط به رعایت مقررات این قانون و ارائه گواهی اعلام وضعیت از مرکز سامانه مذکور خواهد بود.

ملاحظه می‌شود که متن و مفاد لایحه حاوی ابهامات شکلی متعددی است از جمله:

۱ - متولی امر مشخص نیست، به این معنی که مشخص نگردیده «سامانه ملی» زیرمجموعه کدام تشکیلات است و اگر مستقل است جایگاه آن در قانون اساسی و قوانین بعدی در کجاست، ساختار، تشکیلات و وظایف آن چیست؟

۲ - در متن ماده واحده قید شده «... کلیه معاملات غیررسمی اعیان و منافع اموال غیرمنقول از قبیل...» از این متن چنین استفاده می‌شود که لایحه صرفاً مربوط به معاملات اعیان و منافع بوده و مفاهیم بعدی مانند بیع و صلح و... هم صرفاً و منحصرأً مربوط به اعیان و منافع می‌باشد و عرصه مشمول این لایحه نیست.

۳ - تحمیل تکالیف جدید به ادارات ثبت اسناد و املاک و دفاتر اسناد رسمی و تحدید

اختیارات آحاد جامعه نسبت به اموال و حقوق خود که قسمت اول نیاز به قوانین مصوب و اصلاح قوانین موجود دارد و قسمت دوم برخلاف اصل تسلیط (الناس مسلطون علی اموالهم) می‌باشد.

۴ - فراهم شدن زمینه ایجاد و توسعه سازمان‌ها و تشکیلات موازی و افزایش بوروکراسی اداری در حالی که سیاست کلی دولت‌های پیشین و حاضر هر دو مخالف موارد فوق بوده است.

ب - تناقض با قوانین جاری

ادارات ثبت اسناد و املاک و دفاتر اسناد رسمی و ازدواج و طلاق متولیان تثبیت و محافظت از اموال و حقوق مردم وظایف خود را به استناد قوانین مصوب موجود انجام می‌دهند.

ماده ۱ قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب تیرماه سال ۱۳۵۴ دفترخانه اسناد رسمی را واحد وابسته به وزارت دادگستری معرفی می‌کند که برای تنظیم اسناد رسمی طبق قوانین و مقررات مربوطه تشکیل می‌شود.

در ماده ۹ قانون ثبت اسناد و املاک مصوب اسفند ماه سال ۱۳۱۰ چنین آمده «در نقاطی که اداره ثبت موجود است از تاریخ اجرای این قانون و در سایر نقاط پس از تشکیل اداره یا دایره ثبت وزارت عدلیه حوزه هر اداره یا دایره ثبت را به چند ناحیه تقسیم کرده و به ثبت کلیه اموال غیرمنقول واقعه در هر ناحیه اقدام می‌کند».

مواد قانونی مذکور و سایر قوانین موجود وظیفه ثبت اموال غیرمنقول (و حقوق در مراحل بعدی) و ثبت معاملات آن را صرفاً به عهده ادارات ثبت و دفاتر اسناد رسمی گذاشته و اگر در قوانین کنکاش کنیم در هیچ جای دیگر این وظیفه و مسئولیت به هیچ ارگان و نهاد دیگری محول نشده است.

ماده ۲۲ قانون ثبت اعلام می‌دارد، هم‌اینکه ملکی مطابق قانون در دفتر املاک به ثبت رسید دولت فقط کسی را که ملک به اسم او ثبت شده و یا کسی که ملک مزبور به او

منتقل گردیده و این انتقال نیز در دفتر املاک به ثبت رسیده یا اینکه ملک مزبور از مالک رسمی به او رسیده باشد مالک خواهد شناخت.

لذا به استناد مواد قانونی مذکور املاک فقط به وسیله ادارات ثبت اسناد و املاک به ثبت می‌رسند و انتقالات آنها نیز فقط در دفاتر اسناد رسمی ثبت می‌شود و تعریف واحد دیگری مانند بنگاه‌های معاملات املاک و تنظیم قرارداد به عناوین مختلف مانند بیع‌نامه، قولنامه، جایگاهی در قوانین ندارد.

قانونگذار در راستای تأکید بر اهمیت تثبیت املاک و حقوق مردم در موارد دیگری به این موضوع پرداخته: ماده ۴۶ قانون ثبت چنین بیان داشته: ثبت اسناد اختیاری است مگر در موارد ذیل: ۱ - کلیه عقود و معاملات راجع به عین یا منافع املاکی که قبلاً در دفتر املاک ثبت شده است. ۲ - کلیه معاملات راجع به حقوقی که قبلاً در دفتر املاک ثبت شده است.

حتی در خصوص املاک و اموالی که به ثبت نرسیده نیز از جهت تثبیت حقوق مردم و آرامش و اطمینان آنان ماده ۴۷ قانون چنین اعلام داشته: در نقاطی که اداره ثبت اسناد و املاک و دفاتر اسناد رسمی موجود بوده و وزارت عدلیه مقتضی بداند ثبت اسناد ذیل اجباری است.

۱ - کلیه عقود و معاملات راجع به عین یا منافع اموال غیرمنقوله که در دفتر املاک ثبت نشده.

۲ - صلح‌نامه و هبه‌نامه و شرکت‌نامه.

و ماده ۴۸ قانون ثبت تأکیدی بر اهمیت اجرای مواد قانونی فوق می‌باشد: «سندی که مطابق مواد فوق باید به ثبت برسد و به ثبت نرسیده در هیچ یک از ادارات و محاکم پذیرفته نخواهد شد»

علاوه بر تکالیف قانونی مذکور، جایگاه اسناد رسمی (اسنادی که در ادارات ثبت و دفاتر اسناد رسمی و نزد سایر مأمورین رسمی در حدود صلاحیت آنها بر طبق قوانین و مقررات

تنظیم گردیده) بر کسی پوشیده نیست و اسناد رسمی این منزلت و جایگاه را اولاً به جهت استحکام علمی و فنی این اسناد ثانیاً به جهت حمایت‌های قانون به دست آورده‌اند که به بعضی از آنها اشاره می‌شود:

۱ - ماده ۷۰ قانون ثبت، سندی که مطابق قوانین به ثبت رسیده رسمی است و تمام محتویات و امضاءهای مندرجه در آن معتبر خواهد بود مگر اینکه مجموعیت آن سند ثابت شود.

۲ - اعتبار اسناد رسمی حتی علیه اشخاص ثالث موضوع ماده ۱۳۰۵ قانون مدنی

۳ - عدم استماع تردید و افکار در مورد اسناد رسمی موضوع ماده ۱۲۹۲ قانون مدنی

۴ - قابلیت اجراء اسناد رسمی بدون نیاز به حکم مراجع قضایی موضوع مواد ۹۲ و ۹۳

قانون ثبت

۵ - تکلیف دادگاه به قبول درخواست تأمین خواسته بدون رعایت خسارت احتمالی

موضوع ماده ۱۰۸ قانون آیین دادرسی مدنی

۶ - رفع توقیف اموال منقول یا غیرمنقول توقیف شده بر مبنای حقی که مستند به سند

رسمی باشد موضوع ماده ۱۴۶ قانون اجرای احکام مدنی

با وجود این همه قوانین که دلالت بر اعتبار و برتری اسناد رسمی بر سایر نوشتجات دارد، جای تعجب است که قراردادهای تنظیمی در بنگاه‌های معاملات املاک را که صرفاً وظیفه دلالتی را به عهده دارند به عنوان اسناد معامله تلقی نموده و حتی دفاتر اسناد رسمی و ادارات ثبت اسناد و املاک را که ارگان‌های رسمی و تنها متولی امر ثبت معاملات و املاک هستند ملزم نمایند قبل از هر اقدامی از «سامانه ملی» استعلام نمایند.

ج - انعکاس خبری و رسانه‌ای

همان طور که در مقدمه اشاره شد با توجه به اینکه در متن لایحه ارائه شده توضیحی در خصوص متولی اجراء «سامانه ملی» و نیز وظایف و تشکیلات آن داده نشده بود پس از انتشار اخبار مربوطه که اغلب تیترو روزنامه‌ها بود اصحاب رسانه و متولیان حقوق کنجکاو

شدند تا ببینند ماهیت این پدیده جدید چیست که پس از مصاحبه‌ها و گزارش‌هایی که بعضی مسئولین از جمله معاون محترم وزارت بازرگانی و مسئولین صنف بنگاه‌های معاملات ملکی انتشار دادند، تا حدودی مشخص گردید آژانس‌های املاک منتفع از این لایحه بوده و ظاهراً با پیشنهاد آنان و همکاری وزارت محترم بازرگانی، این لایحه تهیه شده و با توضیحاتی که در بخش‌های خبری دادند قرار است در هنگام تنظیم اسناد عادی (قولنامه یا بیع‌نامه و...) در بنگاه‌های معاملات املاک کد رهگیری برای این قراردادها منظور شود و در فواید آن اعلام شده که منظور جمع‌آوری اطلاعات املاک معامله شده و نیز جلوگیری از معاملات معارض و مکرر نسبت به یک ملک و... می‌باشد. اما نگاه کارشناسانه به این پیشنهاد اشکالات متعددی را مشخص خواهد کرد که به نظر نگارنده در نهایت به سرگردانی مردم و تحمیل هزینه‌های غیرلازم و افزایش قیمت اراضی و املاک منتهی خواهد شد. در ذیل به مواردی به عنوان نمونه اشاره می‌شود:

۱ - تحمیل هزینه‌های اضافه به مردم و افزایش قیمت ملک، اگر منظور از تصویب این لایحه این باشد که مردم الزاماً قراردادها یا همان قولنامه و بیع‌نامه‌های خود را در بنگاه‌های املاک تنظیم نمایند و حداقل کمیسیون که همان نیم درصد بهاء ملک از هر طرف باشد بپردازند در مورد یک آپارتمان یک میلیارد تومانی ده میلیون تومانی به بنگاه پرداخت خواهند کرد و اگر به همین میزان هم سایر هزینه‌ها از جمله مالیات، عوارض، حق‌الثبت، حق‌التحریر... تعلق بگیرد مبلغ بیست میلیون تومان در هر معامله به قیمت ملک اضافه خواهد شد که طبعاً خریدار امروز و فروشنده فردا این مبلغ را به بهاء ملک اضافه خواهد نمود و همین موضوع یکی از علل افزایش بهاء مسکن خواهد شد در حالی که دولت محترم تلاش در کاهش قیمت مسکن می‌کند.

۲ - روشن نیست که با تصویب این لایحه آیا افراد نمی‌توانند بدون تنظیم بیع‌نامه یا قولنامه یا تعهد به بیع مستقیماً به دفاتر اسناد رسمی جهت ثبت معاملات خود مراجعه کنند؟ و اگر معامله بین افراد فامیل و به هر حال مورد اعتماد باشد کدام دستور قانونی و

شرعی آنان را ملزم به مراجعه به آژانس‌های املاک و پرداخت کمیسیون می‌نماید و آیا این موضوع مخالف اصل تسلیط نیست؟

۳ - همگان می‌دانند که بسیاری از این قولنامه‌ها و بیع‌نامه‌ها به سرانجام نمی‌رسد و با توافق طرفین یا مخالفت یک طرف بی‌اعتبار می‌شود در حالی که در سامانه ملی به عنوان یک معامله ثبت شده که این موارد از اعتبار و دقت اطلاعات جمع‌آوری شده می‌کاهد.

۴ - طبق آماری که مسئولین صنف آژانس املاک ارائه می‌کردند چندین برابر بنگاه‌هایی که دارای مجوز کسب معتبر هستند بنگاه‌های فاقد جواز معتبر وجود دارند که صرفاً نقش واسطه را داشته و طرفین معامله را به همدیگر معرفی می‌کنند و این آژانس‌ها اغلب در روستاها و حاشیه شهرها هستند. آیا یک روستایی برای تنظیم قرارداد خود با همسایه‌اش الزاماً بایستی متحمل صرف وقت و هزینه شده و به یکی از آژانس‌های دارای کد رهگیری مراجعه نماید.

۵ - چگونه برخلاف مقررات موجود که همگی دلالت بر اهمیت سند رسمی و متولیان این اسناد (ادارات ثبت و دفاتر اسناد رسمی) دارند یک مرتبه این ارگان‌ها با توجه به سوابق ۸۰ ساله جهت انجام وظیفه قانونی خود از مرجع جدید التأسیس استعلام و امور مردم و مراجعین را معطل بگذارد تا پاسخ استعلام مرجع فوق‌الذکر برسد و ثبت ملک موکول به تجویز آن مرجع باشد، اصولاً اگر ملکی سابقه تنظیم قرارداد عادی نداشته باشد و مالک و متصرف جهت ثبت ملک به نام خود به اداره ثبت مراجعه کند تکلیف او و تکلیف اداره ثبت چیست؟

ان شاء... این موارد و دهها ابهام دیگر قبل از اجرایی شدن لایحه مورد بحث مورد نظر قرار خواهد گرفت.

د - تعامل یا تقابل؟

پس از به اصطلاح رسانه‌ای شدن خبر، اظهارنظرهای متعدد و گاه متناقض در رسانه‌ها منتشر شد. علاوه بر نظر حقوقدانان و اقتصاددانان و مردم که هر کدام بر مبنای استنباط

خود از اطلاعات ناقصی که وجود داشت اعلام شده بود عمده نظرات از یک طرف مربوط به مسئولین دولت مخصوصاً وزارت بازرگانی و وزارت دادگستری و مسئولین مشاورین املاک و از طرف دیگر مربوط به مسئولین قوه قضائیه مخصوصاً سازمان ثبت اسناد و املاک و مسئولین کانون سردفتران و دفتریاران بود و در حالی که هر یک از این مسئولین همواره بر ضرورت تعامل اشاره می‌کردند ولی اظهارنظرها بیشتر رنگ و بوی تقابل داشت، از جمله نظریات به موارد ذیل اشاره می‌شود:

موافقین اجرای فوری طرح عمدتاً هیأت مدیره اتحادیه مشاوران املاک و مشخصاً رئیس این اتحادیه و نیز معاون محترم وزارت بازرگانی و عضو کار گروه ویژه مسکن دولت و همچنین سخنگوی محترم دولت بودند که هر کدام به مناسبت‌های مختلف و در مصاحبه‌ها و گزارش‌های متعدد که از صدا و سیما پخش شده یا در جراید به چاپ رسیدند، ضمن دفاع از کلیت طرح خواستار اجرای آن از اول آذر ماه سال جاری بودند از طرف دیگر مسئولین محترم قوه قضائیه از جمله سخنگوی این قوه و نیز ریاست محترم سازمان ثبت اسناد و املاک کشور و سایر مسئولین این سازمان همچنین مسئولین محترم کانون سردفتران و دفتریاران خواستار بررسی کارشناسانه و نیز پرهیز از شتاب زدگی بوده و موکداً اظهار نمودند اجرای این طرح به این صورت نیاز به اصلاح قوانین جاری یا تصویب قوانین جدید دارد.

از جمله روزنامه وطن امروز شماره ۲۸ آبان ماه ۸۷ چنین نوشته: عضو کارگروه ویژه مسکن دولت از تصویب مصوبه‌ای در این کار گروه خبر داد که براساس آن از اول آذرماه تمام افرادی که نقل و انتقالات مسکن را خارج از سامانه مسکن انجام دهند متخلف شناخته شده و برای صدور حکم به سازمان تعزیرات حکومتی معرفی می‌شوند.

به گزارش «وطن امروز» محمدرضا اعرابی گفت: مصوبه معرفی تمام افرادی که نقل و انتقالات مسکن را خارج از سامانه مسکن انجام دهند به سازمان تعزیرات حکومتی در آخرین جلسه کار گروه مسکن در ماه جاری به تصویب رسید و از اول آذرماه سال جاری

اجرائی می‌شود.

همچنین رئیس اتحادیه مشاوران املاک هم با بیان اینکه هر قانونی برابر خواسته و نیاز مردم می‌تواند تغییر کند گفت مجلس نیز به اجرای طرح ساماندهی مشاوران املاک و راه‌اندازی بانک اطلاعات معاملات املاک از اول آذر توجه ویژه داشته و برای ساماندهی مسکن کوشش خواهد کرد. مصطفی قلی خسروی اضافه کرد: در حال حاضر نیازمند آن هستیم که نسبت به ساماندهی معاملات مسکن این تغییرات انجام شود، بنابراین سخنگوی دولت با ارسال نامه‌ای به مجلس نشان داد که آنها نیز به آن توجه دارند...

در خصوص موضوع بحث در سایت تابناک مورخه ۸۷/۸/۲۷ چنین آمده است:

آقای حسینعلی امیری در پاسخ به این سؤال که با توجه به اینکه سخنگوی دولت اعلام کردند طرح ساماندهی املاک از اول آذرماه انجام می‌شود آیا ابلاغ این طرح از سوی رئیس قوه قضائیه به سازمان ثبت اسناد و املاک صورت گرفته است، گفت: از طریق تلویزیون شنیدم که سخنگوی دولت اعلام کرده که رئیس قوه قضائیه به سازمان ثبت اسناد و املاک دستور داده که از یک دفتر اسناد رسمی ملزم هستند فقط اسنادی را ثبت رسمی کنند که در سامانه نظارت بازرگانی به ثبت رسیده باشد در حالی که تاکنون چنین تکلیفی را آیت‌اله هاشمی شاهرودی به سازمان ثبت ابلاغ نکرده است.

رئیس سازمان ثبت اسناد و املاک کشور در گفت‌وگو با ایلنا گفت: وزیر دادگستری شرحی را به رئیس قوه قضائیه مرقوم کرده‌اند که در آن چهار مطلب را مطرح کرده‌اند مطلب اول این است که کانون سردفتران و دفتریاران موظف شوند که دفاتر را به وسایل نرم‌افزاری و سخت‌افزاری تجهیز کنند، مطلب دوم نیز این است که سازمان ثبت پورتال شناسه اشخاص حقوقی را تهیه و تولید کند.

مباحث سوم و چهارم این است که دفاتر اسناد رسمی ملزم شوند فقط معاملات را ثبت رسمی کنند که دارای کد رهگیری از وزارت بازرگانی باشند.

معاون قوه قضائیه در خصوص الزام دفاتر به منع ثبت اسنادی که دارای کد رهگیری

نیستند گفت: این خلاف قانون است و در جلسات کارشناسی کارگروه مسکن که خود در آن حضور داشتیم مفصل به این موضوع پرداخته شد و با ارائه توضیحات هم آقایان متقاعد شدند که این کار نیاز به قانون دارد در همین راستا پیش‌نویس قانونی هم تهیه کرده و آورده‌اند که در حال حاضر از سرنوشت آن خبر ندارم. وی با بیان اینکه تا زمانی که این امر قانونی نشده باشد چنین الزامی، الزام مازاد بر تکالیف قانونی برای دفاتر اسناد رسمی است گفت: قانون تنظیم اسناد رسمی مصوب سال ۸۵ فرآیند تنظیم اسناد رسمی را هم کوتاه و هم مشخص کرده است.

آقای امیری گفت: رئیس قوه قضاییه در نامه‌ای که وزیر دادگستری به ایشان ارسال کرده امری را به ما تکلیف نکرده است بلکه فرموده‌اند پیشنهاد مناسبی است. کانون محترم سردفتران و دفتریاران در خصوص مصاحبه سخنگوی دولت مبنی بر الزام دفاتر اسناد رسمی به اخذ کد رهگیری هنگام انجام معاملات املاک اطلاعیه‌ای صادر کرد به گزارش ایسنا (۸۷/۸/۲۶) در این اطلاعیه آمده است:

با توجه به مصاحبه مورخ ۸۷/۷/۲۷ سخنگوی محترم دولت مبنی بر صدور دستور از طرف ریاست محترم قوه قضاییه به سازمان ثبت اسناد و املاک کشور و الزام دفاتر اسناد رسمی به اخذ کد رهگیری از تاریخ ۸۷/۹/۱ (قبل از انتقالات املاک) اشعار می‌دارد:

۱ - هیچ‌گونه دستورالعمل یا بخشنامه‌ای از طرف ریاست محترم قوه قضاییه و یا ریاست محترم سازمان ثبت اسناد و املاک کشور مبنی بر عدم انجام معامله قبل از اخذ کد رهگیری یا الزام دفاتر اسناد رسمی به استعلام از وزارت بازرگانی تا این تاریخ به کانون سردفتران یا دفاتر اسناد رسمی ابلاغ نشده است.

۲ - وفق ماده ۴۹ قانون ثبت اسناد و املاک کشور و نیز ماده ۳۰ قانون دفاتر اسناد رسمی سردفتر مکلف به تنظیم سند طبق قانون است لذا بدون تصویب مجلس محترم شورای اسلامی، نمی‌توان در انجام معاملات محدودیتی ایجاد یا تکلیفی به دفاتر اسناد رسمی تحمیل کرد.

و موارد دیگری که برای جلوگیری از اطاله مطلب نظر خوانندگان محترم را به اصل اطلاعیه جلب می‌نماید.

در پی اطلاعیه کانون سردفتران و دفترباران، پایگاه اطلاع‌رسانی دولت در تاریخ ۸۷/۸/۲۶ ساعت ۲۰:۵۰ اطلاعیه دفتر سخنگوی دولت را به شرح زیر منتشر نمود:

در پی اطلاعیه کانون سردفتران و دفترباران مبنی بر اینکه دستورالعمل یا بخشنامه‌ای از طرف ریاست محترم قوه قضائیه برای استفاده از کد رهگیری در نقل و انتقالات مسکن صادر نشده است دفتر سخنگوی دولت تأکید کرد حضرت آیت‌الله شاهرودی ریاست محترم قوه قضائیه در این خصوص دستور لازم را صادر کرده‌اند.

ریاست محترم سازمان ثبت اسناد و املاک کشور در پاسخ اظهارات سخنگوی دولت اعلام نمودند تاکنون چنین تکلیفی را آیت‌الله هاشمی شاهرودی به سازمان ثبت ابلاغ نکرده‌اند.

همچنین سخنگوی قوه قضائیه در زمان بازدید از غرفه خبرگزاری ایلنا در تاریخ ۸۷/۸/۲۹ در محل نمایشگاه مطبوعات در پاسخ به این سؤال که گفته می‌شود بین اظهارات شما و ریاست سازمان ثبت اسناد و املاک کشور تعارض دیده می‌شود گفت: بین سخنان بنده و آقای امیری تعارضی وجود ندارد، من عرض کرده‌ام که ریاست قوه قضائیه موضوع کد رهگیری مسکن را مثبت ارزیابی می‌کنند اما چارچوب قانونی این طرح باید در سازمان ثبت اسناد و املاک کشور بررسی شود.

در این رابطه اظهار نظر مسئولین کانون سردفتران و دفترباران نیز به طور خلاصه بیان می‌شود:

نایب رئیس کانون سردفتران و دفترباران در گفت‌وگو با خبرنگار فارس اعلام نمودند: «پیش‌نویس لایحه‌ای تحت عنوان لایحه ساماندهی معاملات غیررسمی املاک در هیأت دولت تصویب شده ولی هنوز به مجلس تقدیم نشده و لذا به صورت قانون در نیامده در عین حال اشاره شده است که دفاتر اسناد رسمی قبل از تنظیم سند از این سامانه استعلام

کنند و این در حالی است که در متن لایحه نوشته شده است این سامانه موظف به ثبت معاملات غیررسمی یعنی معاملاتی که در بنگاه‌های معاملاتی انجام می‌شود است» و نهایتاً اعلام داشتند، کانون سردفتران، سازمان ثبت اسناد و قوه قضائیه مخالف اصل ساماندهی نیستند ولی با این توضیحات این طرح از اول آذر مطلقاً امکان اجرایی شدن ندارد ولی با این حال کانون آماده هرگونه همکاری با دولت است و امیدواریم که روزی این طرح اجرایی شود.

رئیس بازرسی کانون سردفتران نیز در مطلبی که خبرگزاری ایلنا در تاریخ ۸/۸/۸۷ منتشر کرد اعلام نمود «طرح ساماندهی املاک در حال حاضر غیرقانونی است بنابراین به هیچ وجه عملی نخواهد شد».

و ریاست کانون سردفتران و دفتریاران در غرفه خبرگزاری موج در نمایشگاه مطبوعات اعلام نمودند دفاتر اسناد رسمی از فردا هیچ الزامی به رعایت کد رهگیری ندارند. این گونه اظهارنظرها در بحبوحه اعلام خبر به وفور در رسانه‌ها دیده و شنیده می‌شد و عمدتاً در دو جبهه موافق و مخالف مطرح می‌گردید. هیأت مدیره اتحادیه مشاورین املاک و معاون وزارت بازرگانی و سخنگوی دولت اصرار بر اجرایی شدن طرح از اول آذرماه داشتند و از طرف دیگر سخنگوی قوه قضائیه، مسئولین سازمان ثبت اسناد و املاک و مسئولین کانون سردفتران و دفتریاران بر عدم امکان اجرایی شدن طرح حداقل به صورت اعلام شده پافشاری نموده و تأکید می‌کردند اولاً تحمیل هرگونه تکلیف جدید به دفاتر اسناد رسمی و واحدهای ثبتی نیاز به قانون دارد ثانیاً شتابزدگی در اجرای طرح موجب بروز مسائل جدید خواهد شد.

نهایتاً پس از بحث‌های فوق‌الذکر جراید (از جمله روزنامه همشهری) در تیتراژ شماره سوم آذرماه از آغاز اجرای ناقص طرح ساماندهی املاک خبر داد ضمن اینکه اعلام نمود دفاتر اسناد رسمی به علت خلاء قانونی فعلاً الزامی به رعایت ثبت نقل و انتقالات مسکن از طریق سامانه جامع ندارند.

و چند روز بعد هم بعضی جراید از توقف اجرای طرح فوق‌الذکر خبر دادند.

نتیجه‌گیری

نفس ساماندهی هر چیزی و هر پدیده اجتماعی به تنهایی مطلوب بوده و هیچ‌کس با ساماندهی که همانا نظم و انضباط است مخالفتی ندارد، اما در مانحن فیه که به عنوان طرح ساماندهی معاملات املاک مطرح و انتشار پیدا کرده و بحث‌انگیز شده بهتر است حدود و مرزها مشخص شوند، زیرساخت‌ها و بستر اجرایی فراهم و صلاحیت‌ها و حدود مسئولیت‌ها دیده شود. طرح مذکور به صورتی که در رسانه‌ها انتشار یافت از جانب افراد و ارگان‌هایی ارائه گردید که اصولاً متولی امر نقل و انتقال و اسناد نیستند و جالب است که متولیان اصلی (قوه قضائیه، سازمان ثبت و دفاتر اسناد رسمی) در سایه قرار گرفته و مکلف شده‌اند برای انجام وظایف قانونی خود از این پدیده نوظهور استعلام نمایند.

اگر این طرح صرفاً برای ساماندهی قراردادها و به اصطلاح قولنامه‌ها و مبیعه‌نامه‌های تنظیمی در بنگاه‌های مشاورین املاک ارائه و تصویب می‌شد حقیقتاً خیر دنیا و آخرت بانیان آن تأمین می‌گردد. همگان می‌دانند فلسفه و علتی که برای این طرح از قول بانیان آن تعریف شده از جمله جلوگیری از معاملات معارض... مربوط به همین قراردادهای عادی تنظیمی است و به ندرت دیده شده در دفاتر اسناد رسمی چنین اسنادی تنظیم شود چون قبل از تنظیم سند رسمی از مراجع رسمی از جمله واحدهای ثبتی استعلام اخذ می‌شود و چنانچه استعلام معارضی گرفته شود قبل از تنظیم سند مشخص می‌گردد، بنابراین ساماندهی بنگاه‌های مشاورین املاک و الزام آنان به استعلام از سامانه اطلاعات املاک امری مفید و ضروری است. اما الزام دفاتر اسناد رسمی یا ادارات ثبت برای انجام وظایف خود از این سامانه نه تنها به قوانین الزام‌آور جدید و در نتیجه تعریف تکالیف جدید به این نهادها نیاز دارد با قوانین فعلی در تناقض می‌باشد. مطابق مقررات جاری دفاتر اسناد رسمی از تسجیل اسناد و نوشته‌های عادی منع شده‌اند و مواد ۴۶ الی ۴۸ قانون ثبت نیز در این رابطه به صراحت تعیین تکلیف نموده است. از طرف دیگر همان‌طور که در ابتدای مبحث

بیان شد، به موجب کدام قانون مردم را از مراجعه مستقیم به دفاتر اسناد رسمی و تنظیم اسناد و قراردادهای خود منع می‌کنند و چگونه برخلاف سیاست کلی دولت و سایر قوا هزینه‌های مادی و معنوی به مردم تحمیل می‌کنند و اگر مراد از اجرای این طرح الزام مردم به مراجعه به بنگاه‌های مشاورین املاک و تنظیم بیع‌نامه یا قولنامه در این بنگاه‌ها باشد به نظر در تناقض با سیاست کلی دولت محترم می‌باشد این تکلیف علاوه بر تحمیل هزینه اضافه به مردم در نهایت موجب گرانی بهاء املاک خواهد شد. ضمن اینکه مخالف اراده افراد و نیز مخالف ماده ده قانون مدنی می‌باشد.

مگر اینکه در خصوص ماهیت طرح و نحوه اجرای آن شفاف‌سازی شود مثلاً مرجعی تأسیس و ایجاد شود تا بدون تحمیل هزینه اضافه به مردم در این خصوص پاسخگو باشد. مطلب مهم‌تر اینکه هرگونه طرح یا لایحه یا قانون در خصوص نقل و انتقال املاک بایستی به دست متولیان اصلی آن تهیه و اجراء آن هم به آنان سپرده شود و از تداخل مسئولیت‌ها و صلاحیت‌ها و حدود وظایف پرهیز شود و نهایتاً اینکه پس از سال‌ها تلاش در جهت تسهیل تشریفات تنظیم اسناد مجدداً تکالیف جدیدی که در تعارض با سیاست‌های قبلی مسئولین محترم کشور باشد طرح و اعمال نگردد و در خصوص موضوع بحث هم نهادهای مرتبط با موضوع با هم‌اندیشی و همه‌جانبه‌نگری رویه‌ای را انتخاب و اعمال نمایند تا از هر نظر به صلاح آحاد جامعه باشد. ان شاء الله.

تغییر اقامتگاه متعاملین در اسناد رسمی

صابر ناظمی^۱

تبصره ۳ ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۵۱ مقرر می‌داشت: «در کلیه اسناد رسمی بایستی اقامتگاه متعاملین به طور وضوح در سند قید شود.

اقامتگاه متعاملین همان است که در سند قید شده و مادام که تغییر اقامتگاه خود را قبل از صدور اجراییه به دفترخانه و قبل از ابلاغ به اجرا، با نشانی صحیح و ذکر شماره پلاک محل اقامت اعم از خانه و مهمانخانه و غیره که بتوان اجراییه را به آنجا ابلاغ کرد، اطلاع ندهند کلیه برگ‌ها و اخطاریه‌های اجرایی به محلی که در سند قید شده ابلاغ می‌شود و متعهد نمی‌تواند به عذر عدم اطلاع متعذر گردد.

دفاتر اسناد رسمی مکلفند پس از صدور اجراییه مراتب را به آخرین نشانی متعهد از طریق پست سفارشی به او اطلاع دهند و برگ اجراییه را به ضمیمه قبض پست سفارشی جهت ابلاغ اجراییه و عملیات اجرایی به ثبت محل ارسال دارند...»

ماده مذکور در تاریخ ۱۳۸۶/۱۱/۲۹ با سه تبصره به شرح ذیل اصلاح و ماده ۳۴ مکرر

۱. سردفتر دفتر اسناد رسمی شماره ۷۸۶ تهران و عضو هیأت تحریریه مجله کانون سردفتران و دفتریاران.

نیز حذف گردید.

قانون اصلاح ماده (۳۴) اصلاحی قانون ثبت مصوب ۱۳۵۱ و حذف ماده (۳۴) مکرر آن: ماده واحده: «ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت مصوب ۱۳۵۱ به شرح ذیل اصلاح و ماده ۳۴ مکرر آن حذف می‌شود:

ماده ۳۴ - «در مورد کلیه معاملات رهنی و شرطی و دیگر معاملات مذکور در ماده ۳۳ قانون ثبت، راجع به اموال منقول و غیرمنقول در صورتی که بدهکار ظرف مهلت مقرر در سند، بدهی خود را نپردازد، طلبکار می‌تواند از طریق صدور اجراییه وصول طلب خود را توسط دفترخانه تنظیم کننده سند درخواست کند، چنانچه بدهکار ظرف ده روز از تاریخ ابلاغ اجراییه نسبت به پرداخت بدهی خود اقدام ننماید بنا به تقاضای بستانکار، اداره ثبت پس از ارزیابی تمامی مورد معامله و قطعیت آن، حداکثر ظرف مدت دو ماه از تاریخ قطعیت ارزیابی با برگزاری مزایده نسبت به وصول مطالبات مرتبه به میزان طلب قانونی وی اقدام و مازاد را به رهن مسترد می‌نماید»

تبصره ۱ - «در مواردی هم که مال یا ملکی، وثیقه دین یا انجام تعهد یا ضمانتی قرار داده می‌شود مطابق مقررات این قانون عمل خواهد شد».

تبصره ۲ - نحوه ابلاغ اجرائیه، بازداشت مازاد مورد رهن و چگونگی ختم عملیات اجرایی و برگزاری مزایده و اعراض از رهن و سایر موارد به موجب آیین‌نامه‌ای است که ظرف مدت سه ماه از طرف سازمان ثبت اسناد و املاک کشور تهیه و به تصویب رئیس قوه قضاییه خواهد رسید.

تبصره ۳ - این قانون نسبت به اسناد تنظیمی و اجرائیه‌های صادره که قبل از تصویب این قانون مختومه نگردیده است نیز جاری است.

متعاقباً با تصویب آیین‌نامه جدید اجرای اسناد رسمی لازم‌الاجرا و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی توسط ریاست محترم قوه قضاییه در تاریخ ۸۷/۶/۱۱، آیین‌نامه‌های قبلی به ویژه آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی مصوب ۱۳۵۵ وزارت محترم دادگستری وقت ملغی اعلام گردید.

با اصلاحات به عمل آمده به شرح مذکور بی‌تردید تغییرات و تفاوت‌های محسوسی بالاخص در نحوه اجرای اسناد رسمی لازم‌الاجرا و تشریفات آن پدیدار شد که یکی از این تفاوت‌ها در چگونگی تغییر اقامتگاه متعاملین در اسناد رسمی است که به دلیل اهمیت موضوع ابتدا تعاریفی اجمالی از اقامتگاه و آنگاه به تکالیف دفاتر اسناد رسمی در مواجهه با این موضوع پرداخته می‌شود.

الف - اقامتگاه قانونی (حقیقی)

ماده ۱۰۰۲ قانون مدنی: «اقامتگاه هر شخصی عبارت از محلی است که شخص در آنجا سکونت داشته و مرکز مهم امور او نیز در آنجا باشد. اگر محل سکونت شخصی غیر از مرکز مهم امور او باشد مرکز امور او اقامتگاه محسوب است، اقامتگاه اشخاص حقوقی مرکز عملیات آنها خواهد بود.»

که با تصویب ماده ۵۹۰ قانون تجارت مبنی بر اینکه «اقامتگاه شخص حقوقی محلی است که اداره شخص حقوقی در آنجا است» مناقشه بر سر اقامتگاه اشخاص حقوقی با توجه به تعارض شق دوم ماده ۱۰۰۲ قانون مدنی و ماده ۵۹۰ قانون تجارت نضج گرفته و مورد اختلاف واقع شد که تشریح اختلافات و مبانی هر یک از نظریات موجود از حوصله این بحث خارج است.

ب - اقامتگاه قراردادی (انتخابی):

هر یک از اشخاص حقیقی و یا حقوقی می‌توانند علاوه بر اقامتگاه قانونی، یک یا چند اقامتگاه قراردادی نیز داشته باشند. بر همین اساسی ماده ۱۰۱۰ قانون مدنی می‌گوید: «اگر ضمن معامله یا قراردادی طرفین معامله یا یکی از آنها برای اجرای تعهدات حاصله از آن معامله محلی غیر از اقامتگاه حقیقی خود انتخاب کرده باشد، نسبت به دعاوی راجعه به آن معامله همان محلی که انتخاب شده است اقامتگاه او محسوب خواهد شد...»

لذا اقامتگاهی که در تبصره ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۵۱ و ماده ۱۶ آیین‌نامه اجرای اسناد رسمی لازم‌الاجرای جدید مصوب ۱۳۸۷ به آن

اشاره شده است، ممکن است اقامتگاه حقیقی و یا انتخابی باشد.

تعارض بین تبصره ۳ ماده ۳۴ اصلاحی ۱۳۵۱ و آیین‌نامه اجرای اسناد رسمی لازم‌الاجرا و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی مصوب ۱۳۵۵ وزارت محترم دادگستری:

در ابتدای امر چنین به نظر می‌رسد که بین قانون و آیین‌نامه فوق‌التوصیف در نحوه تغییر اقامتگاه متعاملین در اسناد رسمی تعارض وجود دارد؛ بدین معنی که در تبصره ۳ ماده ۳۴ اصلاحی ولو اینکه خواسته متقاضی تغییر اقامتگاه متکی به دلیل کتبی هم نباشد باید به آن ترتیب اثر داد لیکن در ماده ۱۶ آیین‌نامه مذکور بالصراحه آمده است: «متعهد مکلف است دلیل اقامت خود را در محلی که به عنوان اقامتگاه جدید خود معرفی می‌نماید به دفترخانه یا اجراء تسلیم و رسید دریافت دارد. به اظهاراتی که متکی به دلیل کتبی از قبیل سند رسمی که دلالت بر تغییر اقامتگاه داشته باشد یا گواهی شهربانی یا ژاندارمری یا کدخدای محل در داخل کشور و کنسولگری یا مأمورین سیاسی ایران در خارج از کشور نباشد ترتیب اثر داده نخواهد شد» آیا این تعارض واقعی است؟

به نظر اینجانب باید توهم این تعارض را از ذهن زدود زیرا اقامتگاه انتخابی منبعت از قراردادی است که طرفین معامله یا یکی از آنها برای اجرای تعهدات حاصل از آن معامله انتخاب کرده‌اند پس بی‌گمان جزئی از مفاد قرارداد خصوصی است که طرفین به آن پایبند هستند و تغییر یکطرفه و یک‌جانبه آن بدون تحصیل رضایت طرف مقابل (متعهدله) ممکن است موجب عسر و حرج او و مآلاً تأخیر در نیل به حقوق قانونی و یا حتی عدم تحصیل آن شود. بنابراین باید بر آن بود که تبصره ۳ ماده ۳۴ اصلاحی ناظر به تغییر اقامتگاه مندرج در اسناد رسمی به تراضی طرفین و آیین‌نامه اجرایی اسناد رسمی لازم‌الاجرا و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی مصوب ۱۳۵۵ ناظر به تغییر اقامتگاه یکی از اصحاب معامله و قرارداد است که حتماً باید متکی به دلیل کتبی اقامت مانند سند رسمی یا گواهی شهربانی و... باشد و الاً قابل ترتیب اثر نیست. باری اگرچه با تصویب اصلاحیه

جدید ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت، پرداختن به تعارض مذکور بی‌فایده به نظر می‌رسد اما برای تشحید خاطر خوانندگان محترم لازم می‌نمود.

تکالیف دفاتر اسناد رسمی در تغییر اقامتگاه:

هرچند تبصره ۳ ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت مصوب ۵۱ با وضع قانون اصلاح ماده ۳۴ در سال ۱۳۸۶ حذف گردید لیکن حکم مندرج در تبصره محذوف با تغییراتی اندک در مواد ۱۶ و ۱۸ آیین‌نامه جدید اجرای اسناد رسمی لازم‌الاجرا و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی مصوب ۱۳۸۷ ریاست محترم قوه قضاییه تجدید شده است و در ماده ۱۷ آن نیز آمده است:

«متعهد مکلف است دلیل اقامت خود را در محلی که به عنوان اقامتگاه جدید خود معرفی می‌نماید به دفترخانه یا اجراء تسلیم و رسید دریافت کند. به اظهاراتی که متکی به دلیل کتبی از قبیل سند رسمی که دلالت بر تغییر اقامتگاه داشته باشد یا گواهی نیروی انتظامی محل در داخل کشور و کنسولگری یا مأمورین سیاسی ایران در خارج از کشور نباشد ترتیب اثر داده نخواهد شد.»

بالتیجه اگر تا پیش از تصویب آیین‌نامه فوق دفاتر اسناد رسمی یا اجرای ثبت با استناد به تبصره ۳ ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۵۱ به صرف درخواست متقاضی مشعر به تغییر اقامتگاه ترتیب اثر داده و برگ‌ها و اخطاریه‌های قانونی و اجرایی را به اقامتگاه جدید اعلامی ارسال می‌کردند از این پس از اجابت خواسته یکی از طرفین معامله بدون ارائه دلایل کتبی یاد شده در ماده ۱۷ آیین‌نامه اخیرالتصویب معذور خواهند بود.

در ادامه با طرح دو سؤال و پاسخ به آنها این نوشته را به پایان می‌برم.

۱ - آیا دلایل کتبی عنوان شده در ماده ۱۷ آیین‌نامه حصری است یا تمثیلی؟

با عنایت به عبارت «...از قبیل سند رسمی که دلالت بر تغییر اقامتگاه داشته باشد...» چنین به نظر می‌رسد که دلایل مندرج در ماده مورد نزاع تمثیلی است نه حصری اما از آن

جهت که تغییر اقامتگاه توسط یکی از اصحاب سند همان گونه که پیشتر گفته شد باعث اخلال در امر ابلاغ و تطویل فرآیند اجرا و نهایتاً ممکن است موجب تضییع حقوق متعهدله شود حتی المقدور باید به دلایل کتبی مصرحه در آن ماده مانند سند رسمی خرید یا اجاره و گواهی نیروی انتظامی در داخل کشور و کنسولگری یا مأمورین سیاسی در خارج از کشور بسنده کرد تا اهداف تنظیم سند رسمی که بی شک مهم‌ترین آن اجرای مفاد اسناد رسمی بدون نیاز به مراجعه به مراجع قضایی و طی تشریفات آیین دادرسی است به منصفه ظهور برسد.

۲ - آیا تغییر اقامتگاه به تقاضای طرفین معامله نیازمند ارائه دلیل کتبی است؟ همان گونه که در بحث تعارض تبصره ۳ ماده ۳۴ اصلاحی مصوب ۱۳۵۱ و آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی مصوب ۱۳۵۵ اشاره شد و توجهاً به این نکته که در ماده ۱۷ آیین‌نامه جدیدالتصویب هم آمده است: «متعهد مکلف است...» ارائه دلیل کتبی ناظر به مواردی است که یکی از اصحاب سند بدون تحصیل رضایت طرف دیگر قصد تغییر اقامتگاه اعلام شده در سند رسمی را داشته باشد. و الاً عدم توجه به تراضی طرفین معامله (متعهد و متعهدله) در تغییر اقامتگاه مندرج در سند رسمی مغایر اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها است (ماده ۱۰ قانون مدنی)

قانون تسهیل تنظیم اسناد در کمای اجرا

جواد شافعی^۱

هنوز طعم شیرین گزارش‌ها و اخبار نمایندگان محترم مجلس شورای اسلامی که از پشت تریبون‌ها بیان می‌شد، در کام‌ها باقی مانده، هنوز آواز دلنشین مسئولان محترم کشور از بلندگوهای رسانه‌های ملی در گوش‌ها زمزمه می‌کند. هنوز از مهر رضایت مردم خسته که حتی برای تنظیم یک سند وام ده میلیون ریالی جعاله یا تنظیم سند اجاره از پله‌های پریچ و خم ادارات و نهادها از این خیابان به آن خیابان در گرما و سرما می‌رفتند، اندک زمانی نگذشته، هنوز از سکوت آرامشی که بعد از سالیان متمادی بر چهره دفاتر اسناد رسمی سایه افکنده بود چند صبحی نگذشته است و هنوز سخنرانی‌های قبل از دستور نمایندگان محترم مجلس شورای اسلامی کلمه به کلمه و حرف به حرف در اذهان حقوقدانان و دلسوزان این مرز و بوم نجوا می‌کند بر اینکه: خدا را شکر که بعد از قریب به نیم قرن صبر و تحمل و بعد از سالیان متمادی رنج کشیدن و دلسوزی‌ها تذکرات دست‌اندرکاران و متصدیان مربوط به امر تنظیم و تنسيق اعمال و روابط حقوقی و معاملات مردم خصوصاً اعمال حقوقی

۱. سردفتر اسناد رسمی شماره ۵۹ تبریز.

مربوط به معاملات املاک (عین منافع) آحاد ملت، بالاخره به شکوفه نشست و پیکر تنومند و شکست‌ناپذیر غول سهمگین و هولناک عبور از هفت خوان که نه، بلکه هزاران خوان اخذ مجوزها و پاسخ استعلامات رنگارنگ که در سر راه انجام معاملات و تنظیم اسناد مردم همچون کوه سر به فلک کشیده و یا باتلاق‌هایی کشنده در کمین مردم نشسته بود ضربه خورد. شکست، ویران شد و مردم و مسئولان دفاتر اسناد رسمی نفسی سرشار از آرامش و رضایت کشیدند و شربتی شیرین‌تر از عسل نوشیدند.

هنوز به یاد داریم که هرچند روز یک‌بار در مصاحبه‌های تلویزیونی و رادیویی و یا در مطبوعات می‌شنیدیم یا می‌خواندیم که: بعد از این، معاملات مردم حداقل راجع به اموال غیرمنقول چنین آسان می‌شود و یا چنان سهل می‌گردد.

فراموش نکرده‌ایم که گفته می‌شد معاملات راجع به منافع اموال غیرمنقول (اجاره، انتقال سرقفلی) و یا ترهین اموال غیرمنقول دیگر نیازی به هیچ استعلام نخواهد داشت.

از یادمان نرفته که نوید می‌دادند مردم برای دریافت یک تسهیلات جعاله ده میلیون ریالی دیگر از این اداره به آن اداره روانه نخواهند شد. تمامی مذاکرات مجلس را لحظه به لحظه تعقیب می‌کردیم گوش‌جان می‌دادیم، دلایل موافقین را که می‌شنیدیم، احسنت می‌گفتیم، دلایل مخالفین را که می‌شنیدیم آه تلخی می‌کشیدیم و عرق سردی بر پیشانی‌مان می‌نشست ولی باز به خدا توکل داشتیم و می‌گفتیم از این ستون به آن ستون فرج است و این زحمات و تلاش‌ها عاقبت نتیجه خواهد داد چرا که هدف خیر بود و برای خیرخواهی، نیت پاک بود و صادقانه و آن فقط در یک جمله خلاصه می‌شد، (آرامش مردم و انجام صحیح وظایف و تکالیف ادارات) همان‌طور که در قوانین مربوط به هر یک از ادارات و نهادها مشخص شده است.

اگر وظیفه داریبی اخذ مالیات است، خود اقدام نماید. اگر وظیفه سازمان تأمین اجتماعی اخذ حق بیمه است خود اقدام نماید. اگر وظیفه شهرداری جلوگیری از تخلفات ساختمانی و اخذ عوارض است خود قدم جلو بگذارد و هزاران اگرهای دیگر که به ادارات و سازمان‌ها و

نهادهای مربوط است و صد البته با ضمانت اجراها و قوه‌قهریه‌های خودشان که در قوانین پیش‌بینی شده است مانند کمیسیون ماده صد قانون شهرداری‌ها، اجرائیات دارایی و... نه اینکه قوه قهریه آنها مأموری به نام سردفتر باشد که در گردهای به نام دفتر اسناد رسمی بنشیند و تک و تنها بدون هرگونه پشتوانه‌ای و با هزاران تکلیف و تحکم مأمور وصول و ایصال مطالبات و خواسته‌های ادارات بشود (البته باز هم وضع به همان منوال است).

متون قوانین را مثل پرده سینما از جلوی چشمان کم سویی خودمان می‌گذرانیم ماده ۱۸۷ قانون مالیات‌های مستقیم: دفاتر اسناد رسمی «مکلف‌اند»... ماده ۳۷ قانون تأمین اجتماعی: دفاتر اسناد رسمی مکلف‌اند ... ماده ۷۴ قانون شهرداری‌ها: دفاتر اسناد رسمی مکلف است... ماده ۱۲ اصلاحی قانون تملک آپارتمان‌ها؛ دفاتر اسناد رسمی مکلف‌اند... ماده ۱۰۰ قانون شهرداری‌ها: دفاتر اسناد رسمی مکلف‌اند... و هزاران «مکلف‌اند» دیگر در قوانین بی‌شمار دیگر. مثل قانون (نحوه توزیع عادلانه آب، قانون بیمه مرکزی، قانون زمین شهری، قانون اصلاح قانون حفظ کاربری اراضی کشاورزی و باغات، قانون منع فروش اراضی فاقد کاربری مسکونی)، آیا لازم است باز هم نوشته شود. تازه اینها فقط قوانین بودند، اگر از آیین‌نامه‌ها و بخشنامه‌ها و دستورهای دیگر نیز سخن رانده شود بایستی از اقیانوس‌ها مرکب و از درختان جنگل‌ها قلم ساخت و هزاران جلد کتاب فقط از عناوین قوانین و آیین‌نامه‌ها و بخشنامه‌ها نوشت.

هر مسئولی که قلم از نیام می‌کشید فوراً با بخشنامه‌ای تکلیفی به دفاتر اسناد رسمی قدرت‌نمایی می‌کرد و دفاتر اسناد رسمی را با انواع مجازات‌های انتظامی و مدنی و گاهی حتی کیفری مجبور می‌ساخت که در فلان معامله راجع به فلان مال از نهاد مزبور استعلام نموده و مجوز اخذ نمایند و ادارات ثبت نیز بدون رعایت موازین قانونی مبنی بر اینکه ایجاد تکلیف و قوانین آمره فقط در صلاحیت مجلس شورای اسلامی است آنها را به دفاتر اسناد رسمی ارسال می‌کردند. به عنوان مثال هنوز بخشنامه کمیته آرد و نان تبریز جلوی چشمانمان مثل ستاره‌ای درخشان می‌درخشد که دفاتر اسناد رسمی را مجبور نموده بود در

موقع تنظیم سند قطعی، اجاره، سرقفلی راجع به مغازه‌های نانوائی مراتب را بایستی از آن کمیته استعلام نمایند و جالب اینکه پاسخ آنها راجع به مغازه نبود بلکه می‌نوشتند تغییر نام حواله آرد به نام انتقال گیرنده بلامانع است و در این میان سردفتر می‌ماند و کشمکش با ارباب رجوع و یا بخشنامه سازمان ثبت اسناد و املاک (بند ۴۸ مجموعه‌های ثبتی) که در موقع تنظیم سند اجاره به مغازه‌ها بایستی مراتب از اتحادیه‌های صنفی استعلام می‌شد. تا آنجا که آموخته‌ایم و به یاد داریم و از قانون دفاتر اسناد رسمی استنباط کرده‌ایم، سردفتر مسئول رتق و فتق امور معاملاتی و تنظیم اسناد مردم است اما این وظیفه فقط در لابلای کتاب‌ها و قانون دفاتر اسناد رسمی است و بس.

هیچ‌کس در دفترخانه مسئول هیچ امری نیست. هیچ احدالناس شاغل در دفترخانه به غیر از سردفتر مسئولیت ندارد. سردفتر باید بازداشتی املاک و اموال را بررسی کند. سردفتر باید اشخاص ممنوع‌المعامله را بررسی کند. سردفتر باید پاسخ استعلام ثبتی، دارایی، شهرداری، تأمین اجتماعی، گواهی مفصاحساب هیأت مدیره آپارتمان‌ها، سازمان مسکن و شهرسازی، مبلغ حق‌الثبت، آمارهای جوراجور ماهیانه، کارت پایان خدمت متعاملین، صحت و سقم هزاران مجوز و استعلام را بررسی کند. سردفتر پاسخگوی مطلق تمامی مراجع و ادارات بوده و مجری امر و نهی‌های مراجع است و در نهایت باید درآمد حاصله‌اش را مثل گوشت قربانی بین این و آن تقسیم کند. چه صبر و قدرتی برای تحمل این همه تکلیف و امر و نهی‌ها به سردفتر اعطا شده است. عجباً و واسفا!

هنوز سخنان و دلایل مخالفین قانون تسهیل تنظیم اسناد با این جملات مشترک و مشابه (اگر استعلامات دفاتر اسناد رسمی حذف شود مالیات، عوارض، حق بیمه، مفصاحساب قسمت‌های اشتراکی آپارتمان‌ها و... چگونه و به چه نحوی اخذ خواهد شد؟!!!!) در گوشمان زمزمه می‌کند ولی کسی نبود و نیست بگوید که: آیا مگر دارایی مترصد است که کسی در دفترخانه ملکش را بفروشد یا رهن بگذارد یا اجاره دهد آن وقت پای او از طریق دفاتر اسناد رسمی به دارایی یا شهرداری یا سازمان تأمین اجتماعی کشانده شود و

آن وقت مالیات‌ها و عوارض‌ها و حق بیمه و هزاران طب‌ها وصول شود. شاید کسی صد سال دیگر هم نخواهد ملکش را بفروشد و یا رهن گزارد در این صورت آیا مطالبات دولت و بیت‌المال همان‌طور بلاوصول خواهد ماند، باشد، قبول کردیم که مأمور وصول حقوق و مطالبات ادارات باشیم اما دیگر چرا مأمور وصول مطالبات جماعت باشیم کسی آپارتمانی می‌فروشد و سودش را به جیب می‌زند و کسی آپارتمانی را می‌خرد خیرش را می‌بیند حالا این وسط چرا سردفتر مأمور تسویه حساب و حل و فصل اختلافات آنها و یا مالکین دیگر مجتمع در هزینه قسمت‌های اشتراکی و مشاعی آپارتمان باشد (ماده ۱۲ قانون اصلاح قانون تملک آپارتمان‌ها).

به هر حال و با هر استدلال و منطقی که بود قانونی به نام (قانون تسهیل تنظیم اسناد در دفاتر اسناد رسمی در مرداد ماه ۱۳۸۵) از تصویب مجلس شورای اسلامی گذشت هرچند که باز هم وضع اسفناک قبلی تکرار شده بود و اخذ مفاصاحساب مالیاتی، تأمین اجتماعی، گواهی پایان ساختمانی، مجوز جهاد کشاورزی کماکان به قوت خود باقی مانده بود.

به هر صورت خدا را شاکر شدیم که از هیچ بهتر است و از وضع سابق آسان‌تر. متعاقب آن کمیسیون وحدت رویه کانون سردفتران و دفتریاران آرایه‌ی نیز صادر کرد که جاده تازه احداث شده را صاف‌تر و سهل‌الوصول‌تر می‌کرد حداقل در رابطه با اجاره، رهن، تقسیم‌نامه، فسخ یا اقاله معاملات و...

اما چه خیال خامی و چه خوش‌باوری، چرا که این رویای شیرین سهولت انجام معاملات چند صباحی طول نکشید و تبدیل به زهری تلخ شد و به کام مردم و سران دفاتر اسناد رسمی ریخته شد که هان! زهی آسوده خیالی و خوش‌باوری، و همان غول سهمگین و هولناک نهیب زد که ای مردم وای سردفتران خوش‌خیال و خوش‌باور:

خیزید و خود آئید که هنگام خزان است

تکلیف و تحکم ز هر سوی وزان است!

آری قامت رعناى جوانى به نام قانون تسهیل تنظیم اسناد را شکستند و از اوج عزت به حضيض ذلت کشاندند دگر بار طوفان سهمگین تکلیف با غریوی کمرشکن بر ساحت دفاتر اسناد رسمی وزید و کاخ آرزوهای مردم را از بن برکند و وظیفه اصلی دفاتر اسناد رسمی را که طبق قانون فقط تنظیم و ثبت اسناد مردم مطابق قانون و مقررات است در زیر تلی از مقررات و قوانین دست و پاگیر مدفون نمودند. هر روز تصویب قانون، آیین نامه و بخشنامه‌ای را شاهد هستیم و خواهیم بود که قامت رعناى قانون تسهیل را می‌شکند و بهتر است صریح و واضح بگوییم کام‌ها را ناکام می‌کند و شربت تلخ مرگ را می‌نوشاند و این سؤال تلخ بلافاصله در ذهن و یاد مردم و دفاتر اسناد رسمی نقش می‌بندد: چرا؟! و چگونه؟!

به این سؤال که چرا این طور شد پاسخ داده نمی‌شود اما چگونه‌اش به ترتیب بخشنامه، آیین نامه، قانون بیان می‌گردد:

۱ - بخشنامه شماره ۱۲۱۳ مورخه ۸۵/۷/۲۶ بانک پارسیان: (سردفتر محترم دفتر اسناد رسمی شماره... با سلام و احترام؛ حفظ مصالح و منافع بانک و سپرده‌گذاران و سهامداران اقتضا دارد گواهی‌ها و مفصاحساب و استعلام‌های مشروح ذیل برای تنظیم اسناد رهنی بانک اخذ گردد که این امر مورد موافقت تسهیلات گیرندگان و راهنین آنان نیز می‌باشد لذا مستدعی است قبل از تنظیم اسناد رهنی علاوه بر اخذ استعلام ثبتی، نسبت به موارد زیر نیز اقدام مقتضی معمول فرمائید:

۱ - گواهی پایان کار

الف - در خصوص گواهی‌های با مدت نامحدود، صرف اخذ گواهی کافی است.

ب - در خصوص گواهی‌های مدت‌دار، اخذ گواهی پایان کار مربوط به سال اعطای

تسهیلات ضروری می‌باشد.

۲ - گواهی ماده ۱۸۷ قانون مالیات‌های مستقیم

۳ - مفصاحساب قطعی موضوع ماده ۳۷ قانون تأمین اجتماعی در مورد املاک تجاری

و غیرمسکونی.

۴ - گواهی عدم قرار گرفتن ملک در طرح‌های فضای سبز، تعریض گذر، تفصیلی و غیره از شهرداری.

۵ - گواهی عدم قرار گرفتن ملک در طرح مترو (در شهرهایی که مشمول طرح مترو می‌باشند).

۶ - عوارض نوسازی و مشاغل

۷ - گواهی آب و فاضلاب.

معلوم نیست که بانک محترم پارسیان مستنداً به چه قانونی و با چه استدلالی علی‌رغم تصویب قانون تسهیل تنظیم اسناد، دفاتر اسناد رسمی را مکلف کرده است که باز هم در اسناد رهنی از دارایی یا تأمین اجتماعی استعلام کنند و پا را چنان فراتر نهاده که حتی با اینکه برای تنظیم اسناد رهنی هیچ مستندی برای استعلام از شهرداری یا ارائه پایان کار یا گواهی آب و فاضلاب یا عوارض نوسازی و مشاغل وجود ندارد دفاتر را مجبور به این امر نموده و عجیب‌تر اینکه استعلام مترو را نیز برای دفاتر اجباری نموده است و در این میان نیز متأسفانه آن عده از دفاتر اسناد رسمی که اسناد بانک مزبور را تنظیم می‌کنند سر اطاعت را فرو آورده و قبول زحمت نموده‌اند که باید گفت دست مریزاد آقای سردفتر محترم!

بانک پارسیان برای اینکه عمل خود را وجیه جلوه دهد با این عبارت که: (... این امر مورد موافقت تسهیلات گیرندگان و راهنین آنان نیز می‌باشد...) بخشنامه مزبور را ارسال نموده و همه می‌دانند و به همگان آشکار است که وام گیرنده‌ای که در تب و تاب اخذ وام جهت رفع مشکلات خانوادگی، شغلی، اقتصادی و... خود است آیا واقعاً راضی و موافق به این همه استعلامات است، باید گفت بر حسود لعنت!

۲ - بخشنامه شماره ۲۱۲/۷/۱۱۳۱۲ مورخه ۸۵/۱۰/۲۷ بانک مسکن استان آذربایجان

شرقی: بانک مزبور به بهانه اینکه شاید در موقع صدور اجرائیه، بانک از نظر اخذ مطالبات

خود مواجه با اشکال شود آن تعداد از دفاتر اسناد رسمی را که با بانک مسکن همکاری می‌نمایند ملزم و مجبور کرده در تنظیم اسناد رهنی به استعلام از ادارات دارایی و شهرداری مبادرت کنند و رونوشت آن را به جامعه سردفتران و دفتریاران آذربایجان شرقی نیز ارسال نموده‌اند که البته با استعلام و پرسشی که از مسئولین محترم جامعه سردفتران و دفتریاران آذربایجان شرقی به عمل آمد اظهار داشتند که بخشنامه مزبور به جامعه سردفتران و دفتریاران ارسال نگردیده است. ولی حداقل با اطلاعات و آگاهی‌هایی که از عملکرد آن دسته از دفاتر اسناد رسمی که اسناد بانک مسکن را تنظیم می‌نمودند داشتند، انتظار می‌رفت با به دست آوردن بخشنامه مزبور از دفترخانه‌های موردنظر جواب قاطع و قانونی به بانک مسکن بدهند. ولی در عوض، آفرین و صد هزاران بار تشکر و سپاس بی‌پایان از جامعه سردفتران و دفتریاران استان قزوین که در پاسخ به بخشنامه مشابهی که در این راستا طی شماره ۲۵۶۸۷/۱۴۰۹ مورخه ۸۶/۳/۷ از سوی بانک مسکن استان قزوین به دفاتر اسناد رسمی آن استان ارسال شده بود قاطعانه و قانونی جواب لازم را به آن بانک داده‌اند.

۳ - هنوز هم که هنوز است ادارات ذی‌ربط از صدور گواهی موضوع تبصره ماده یک قانون تسهیل تنظیم اسناد و ماده ۷ آیین‌نامه قانون تسهیل خودداری می‌نمایند.

۴ - تصویب آیین‌نامه اجرایی قانون اصلاح قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها. (ماده ۹ - ادارات ثبت اسناد و املاک، دفاتر اسناد رسمی و سایر هیأت‌ها و مراجع مربوط موظفند در هنگام تفکیک، افراز و تقسیم اراضی زراعی و باغ‌های واقع در خارج از محدوده شهرها و شهرک‌ها و طرح هادی روستایی، نظر سازمان جهاد کشاورزی (مدیریت جهاد کشاورزی) را استعلام و تفکیک، افراز و تقسیم این گونه اراضی پس از تأیید مدیریت جهاد کشاورزی قابل اجرا خواهد بود. تبصره - ضوابط و حد نصاب‌های تفکیک، افراز و تقسیم اراضی ظرف دو ماه پس از صدور این آیین‌نامه توسط وزارت جهاد کشاورزی به سازمان ثبت اسناد و املاک کشور تهیه و پس از تصویب کمیسیون امور زیربنایی، صنعت و محیط

زیست و سازمان‌های کشاورزی اعلام خواهد شد).

۵ - تصویب قانون نحوه واگذاری اراضی شرکت‌های صنعتی: (ماده ۱۰ - دفاتر اسناد رسمی موظفند در هنگام تنظیم هر نوع سند اعم انتقال، اجاره، رهن، صلح، هبه علاوه بر تأیید شرکت شهرک‌های صنعتی استان گواهی مربوط به تسویه حساب هزینه‌های مشترک را که به تأیید شرکت خدماتی مربوطه رسیده باشد از مالک یا قائم‌مقام قانونی او مطالبه نمایند).

۶ - تصویب تبصره یک ماده ۴ آیین‌نامه اجرایی قانون تسهیل تنظیم اسناد: (دفاتر اسناد رسمی موظفند به منظور تعیین موقعیت پلاک ثبتی مورد انتقال از جهت داخل یا خارج از محدوده و حریم شهری قرار داشتن آن از سازمان مسکن و شهرسازی استعلام نمایند).

موارد فوق‌الذکر فقط تعدادی از قوانین و آیین‌نامه‌های مصوب و بخشنامه‌های ابلاغی و یا عملکردهای غیرقانونی ادارات مختلف است که علی‌رغم تصویب قانون تسهیل تنظیم اسناد در عرض یک سال و اندی به عرصه ظهور پیوسته‌اند و شاید قوانین و یا تکالیف دیگری نیز وجود دارد که این حقیر از تصویب و یا ابلاغ آنها بی‌خبر هستم و یا فراموش کرده‌ام در این مختصر نوشته از آنها یاد کنم.

در هر حال هدف از نوشتن این سطور این بود که:

۱ - مسئولین محترم، امیدوار به تغییرات حاصله از تصویب قانون تسهیل تنظیم اسناد در دفاتر اسناد رسمی نباشند چرا که کماکان مردم در دیوان‌سالاری‌های ادارات و سازمان‌ها در اخذ پاسخ استعلام‌ها گرفتار شده‌اند.

۲ - دفاتر اسناد رسمی بار دیگر خود را برای تحمل انواع تکلیف و تحکیم‌ها آماده نمایند و از رویای شیرین حذف استعلام‌های زاید بیدار شوند.

۳ - دفاتر اسناد رسمی خود را برای مقابله با انواع اعتراضات و کشمکش‌های مردم و ارباب رجوع که خسته و نالان از کوره راه‌های بر پیچ و خم ادارات به دفترخانه برمی‌گردند

آماده کنند.

- ۴ - مسئولان و دست‌اندرکاران ادارات و سازمان‌ها من بعد نگران عدم وصول مطالبات خود ناشی از عدم استعلامات دفاتر اسناد رسمی نباشند چرا که بار دیگر الحمدالله وضعیت به همان منوال سابق اعاده گردیده است.
- ۵ - مردم و دفاتر اسناد رسمی بدانند قانون تسهیل تنظیم اسناد به دلیل بیماری تورم بخشنامه، از دیدگاه اجرا، تا اطلاع ثانوی در کما به سر می‌برد.

احراز هویت و ابراز رضایت در تنظیم اسناد رسمی

سیدحسین حسینی نیک^۱

مقدمه

باب سوم از قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰ مقررات ویژه‌ای را جهت تنظیم اسناد رسمی پیش‌بینی نموده و برای این امر وظایفی را برعهده متصدیان و مسئولین دفاتر گذارده که بعضاً مقررات شکلی و برخی مرتبط با ماهیت اسناد است.

از آنجایی که در حال حاضر اسناد در ادارات ثبت تنظیم نمی‌گردد و منحصرأً توسط دفاتر اسناد رسمی قابل تنظیم است علی‌هذا وظایف مزبور علاوه بر تکالیفی که در باب چهارم همین قانون با عنوان دفاتر اسناد رسمی بیان شده، مقرراتی است که مخاطب آن فی‌الواقع سردفتر یا مسئول دفتر می‌باشد.

در این تحقیق تلاش می‌گردد از میان تمام الزاماتی که در قانون مزبور برای مسئول دفتر مقرر گردیده به دو مورد از آنها با عنوان احراز هویت و ابراز رضایت متعاملین یا متعهدین (اصحاب سند) که از جمله تکالیف اساسی سردفتر اسناد رسمی است پردازیم.

۱. سردفتر اسناد رسمی ۴۱ یزد.

مسئول دفتر برای ثبت هر سندی موظف است هویت امضاء کنندگان سند را احراز نماید و هرگاه مسئول دفتر در هویت متعاملین یا طرفی که تعهد می‌کند تردید داشته باشد باید دو نفر از اشخاص معروف و معتمد، حضوراً هویت آنان را تصدیق نموده و مسئول دفتر مراتب را در دفتر، ثبت و به امضاء شهود رسانیده و این نکته را در خود اسناد قید نماید.

همچنین مسئول دفتر موظف است نسبت به اخذ امضاء متعاملین طبق مقررات قانونی آتی‌الذکر به نحوی که کاشف از ابراز رضایت و قصد آنان از انجام معامله باشد اقدام نماید. به عبارت دیگر می‌بایست قصد و رضای صاحب سند نسبت به موضوعی که توسط دفتر اسناد رسمی در سند درج شده ابراز و تحصیل گردد. بدیهی است چنانچه شخص، بی‌سواد باشد یا به دلیل فقدان یکی از حواس باصره و سامعه یا قدرت ناطقه توانایی ادراک و تحصیل علم به موضوع را نداشته باشد لازم است یک نفر را به عنوان معتمد خود به مسئول دفتر معرفی نماید تا ثبت و مندرجات سند را برای او قرائت و تفهیم نماید و چنانچه صاحب سند بی‌سواد باشد می‌بایست اثر انگشت خود را زیر ثبت سند بگذارد.

روشن است که هر یک از این تکالیف با شرایط ویژه‌ای که دارا است و شقوق متعدد و جهات مختلف آن قابل تحلیل است علی‌هذا در مبحث اول به احراز هویت متعاملین یا متعهدین و در مبحث دوم به ابراز رضایت اصحاب سند که ناشی از علم و قصد آنهاست خواهیم پرداخت.

مبحث اول: احراز هویت متعاملین یا متعهد (اصحاب سند)

احراز در لغت به معنی دریافتن و رسیدن به چیزی است و هویت به معنای حقیقت شی یا شخص بوده که مشتمل بر صفات جوهری او باشد و با کلمه شخص و شخصیت نیز معادل است.

در اصطلاح حقوقی، شخص موجودی است که دارای حق و تکلیف بوده و دارای زندگی حقوقی است و می‌تواند در این زمینه با اعمال حقوقی و انجام دادن تکالیف خود نقشی ایفا

کند.^۱

با این توصیف احراز هویت در اشخاص حقیقی همانا تشخیص و حصول اطمینان از اصالت شخص است و به عبارت دیگر سردفتر می‌بایست یقین حاصل نماید، شخصی که برای یک اقدام حقوقی و تنظیم سند به نام خود در محضر حاضر گردیده فی الواقع همان کسی است که مدارک هویت خود را ارائه نموده است.

به موجب ماده ۸۶ قانون ثبت اسناد و املاک در صورتی که تقاضای ثبت سندی بشود تحصیل اطمینان از هویت متعاملین یا طرفی که تعهد کرده برعهده صاحب دفتر است و اگر مشارالیه شخصاً آنها را شناسد باید بر طبق مواد این قانون رفتار نماید و در صورت تخلف مشمول ماده ۱۰۲ این قانون خواهد بود.

بدیهی است مطمئن‌ترین راه برای احراز هویت اشخاص، شناخت قبلی و شخصی سردفتر نسبت به اصحاب سند است که در این صورت نیازی به ارائه و مطابقت اوراق هویت و عکس شخص با چهره و مشخصات ظاهری مراجعه کننده نیست. در غیر این صورت متصدی دفتر اسناد رسمی موظف است مدارک دال بر هویت واقعی اشخاص را مطالبه و مطابقت نماید که در فرض مزبور دو صورت قابل تصور است. اول آنکه هویت شخص پس از ارائه مدارک شناسایی، مشخص و برای سردفتر محرز گردد. دوم در صورتی که شخص فاقد مدارک لازم بوده یا اوراق شناسایی ارائه شده ناقص و مخدوش یا به هر ترتیب یقین لازم برای سردفتر در احراز هویت شخص حاصل نگردد.

گفتار اول: احراز هویت با ارائه اوراق هویت

از آنجایی که اشخاص از دیدگاه حقوقی علاوه بر اشخاص حقیقی شامل شخصیت‌های حقوقی اعم از حقوق عمومی مشتمل بر دولت و سایر نهادها و بنیادهای حکومتی و ارگان‌های وابسته به دولت و نیز شرکت‌های تجاری که اکثریت سهام آنان متعلق به دولت است و نیز اشخاص حقوق خصوصی شامل شرکت‌های تجاری و موسسات غیرتجاری اعم

۱. صفایی، سیدحسین، حقوق مدنی اشخاص و محجورین، صفحه ۶

از انتفاعی و غیرانتفاعی و همچنین شخصیت ویژه وقف در حقوق ایران که برگرفته از شریعت اسلام می‌باشد و ضرورت وجود آنها و فعالیت‌های حقوقی، اجتماعی، اقتصادی و غیره که امروزه توسط این اشخاص انجام می‌گیرد احراز هویت کسانی که به نیابت از آنها اراده واقعی اشخاص منوب عنه خود را اعلام و امضاء می‌کنند ضروری می‌نماید.

بند اول) احراز هویت اشخاص حقیقی:

ابزار شناسایی هویت اشخاص حقیقی اوراقی است که به صورت رسمی توسط سازمان ثبت احوال کشور برای آحاد افراد جامعه ایرانی صادر و تسلیم می‌گردد. قدیمی‌ترین و معتبرترین این اوراق، شناسنامه اشخاص است که تمامی مشخصات سجلی آنها به انضمام وقایع چهارگانه در آن ثبت می‌گردد.

به موجب تبصره اصلاحی ماده ۱۳ قانون ثبت احوال پس از ثبت ولادت، اگر طفل ایرانی باشد شناسنامه صادر و تسلیم می‌گردد. به موجب تبصره یک ماده ۱۵ شناسنامه افرادی که به سن ۱۵ سال تمام می‌رسند باید ملصق به عکس همان سال گردد و طبق تبصره ۲ همان ماده، شناسنامه اولیه باید در سی‌سالگی تمام با عکس همان سال صاحب آن تجدید شود. به موجب بند ۶۷۳ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی، دفاتر اسناد رسمی باید در انجام معاملات، اصل شناسنامه متعاملین را ملاک هویت قرار دهند و در صورت وجود هرگونه ابهام یا برخورد با شناسنامه‌های مخدوش و ناخوانا و... مراتب را با ارسال عین شناسنامه ارائه شده به اداره ثبت احوال محل، منعکس تا اقدام لازم صورت پذیرد.

در حال حاضر و پس از تصویب قانون الزام اختصاص شماره ملی و کدپستی برای کلیه اتباع ایرانی مصوب ۱۳۷۶ کارت ملی جایگزین شناسنامه بلکه الزامی برای احراز هویت است.

به موجب آیین‌نامه کاربردی شدن کارت شناسایی ملی، کلیه دستگاه‌های موضوع ماده ۲ قانون الزام اختصاص شماره ملی و کدپستی برای کلیه اتباع ایرانی مکلفند از تاریخ ۱۳۸۷/۴/۱ کارت شناسایی ملی را مبنای احراز هویت، شناسایی و ارائه خدمات به افراد

بالای شانزده سال قرار دهند.

ماده ۲ آیین‌نامه مرقوم می‌دارد دستگاه‌های مذکور در ماده یک این آیین‌نامه موظفند از تاریخ ۱۳۸۷/۴/۱ ارائه خدمات به متقاضیان را در مواردی که احراز هویت لازم است موکول به ارائه شماره ملی مندرج در کارت شناسایی ملی نموده و در کلیه مواردی که شناسنامه ملاک احراز هویت و تابعیت تقاضاکننده خدمات می‌باشد، کارت شناسایی ملی را به عنوان جایگزین مبنای عمل قرار دهند.

بند دوم) احراز هویت اشخاص حقوقی

هرچند نظریات مختلفی در خصوص ماهیت شخص حقوقی در نظام‌های مختلف ارائه گردیده و برخی بر وجود فرضی و بعضی به وجود واقعی آن اعتقاد دارند در حقوق ایران نظریه وجود واقعی شخص حقوقی البته از نوع واقعیت اعتباری بیشتر قابل قبول است. تردیدی نمی‌توان داشت که شخص حقوقی همانند موجودات خارجی و عینی نیست یعنی در عالم خارج از ذهن وجود ندارد و قابل رؤیت و لمس و حس نمی‌باشد، بلکه واقعیتی اعتباری است.^۱

اشخاص حقوقی حقوق عمومی به موجب ماده ۵۸۷ قانون تجارت شامل مؤسسات و تشکیلات دولتی و بلدی است و به محض ایجاد و بدون احتیاج به ثبت، دارای شخصیت حقوقی می‌شوند و می‌توانند در حدود صلاحیت خود اعمال حقوقی انجام دهند.

بنابراین برای تنظیم اسناد مربوط به سازمان‌ها و مؤسسات دولتی و وابسته به دولت پس از تشخیص ماهیت شخصیت عمومی، احراز هویت شخص نماینده سازمان مربوطه برای امضاء اسناد به طریقی که قبلاً در اشخاص حقیقی بیان شد کفایت می‌کند.

در همین خصوص کمیسیون وحدت رویه کانون سردفتران در پاسخ به این سؤال که اگر شرکت مالی و اعتباری بنیاد، شرکت ملی نفت، شرکت سهامی بیمه ایران، شرکت آب و فاضلاب، شرکت برق و گاز و سایر شرکت‌های دولتی که قصد تنظیم سند در دفترخانه را

۱. صفایی، سیدحسین، حقوق مدنی اشخاص و محجورین، صفحه ۱۵۲.

دارند، نماینده‌ای را به دفترخانه معرفی کنند آیا صرف معرفی نماینده برای امضاء سند کافی است و یا دارندگان حق امضاء شرکت‌های مذکور باید سند را امضاء نمایند، اعلام داشته با توجه به اینکه موارد مطروحه در سؤال از مصادیق ماده ۵۸۷ قانون تجارت بوده و دارای شخصیت حقوقی حقوق عمومی هستند، چنانچه شرکت، مطابق قانون تأسیس شده باشد مقام صلاحیت‌دار در محدوده اختیارات مصرح در اساسنامه می‌تواند اقدام به معرفی نماینده نسبت به تنظیم و ثبت سند در دفاتر اسناد رسمی نماید.^۱

اشخاص حقوقی حقوق خصوصی شامل شرکت‌های تجاری و مؤسسات غیرتجاری می‌توانند دارای کلیه حقوق و تکالیفی شوند که قانون برای افراد قائل است مگر حقوق و وظایفی که بالطبع فقط انسان ممکن است دارای آن باشد.

از آنجایی که به موجب ماده ۵۸۹ قانون تجارت، تصمیمات شخص حقوقی به وسیله مقاماتی که به موجب قانون یا اساسنامه، صلاحیت اتخاذ تصمیم دارند گرفته می‌شود علی‌هذا پس از تشخیص وجود شرکت، احراز هویت مدیران و دارندگان حق امضاء برای تنظیم اسناد رسمی و تعهدآور شرکت ضروری است.

کمیسیون وحدت رویه کانون سردفتران در پاسخ به این سؤال که آیا هنگام تنظیم سند تعهد برای شرکت‌های سهامی و غیره نیازی به استعلام از اداره ثبت شرکت‌ها می‌باشد یا خیر اعلام داشته نیازی به استعلام از اداره ثبت شرکت‌ها نمی‌باشد لیکن احراز هویت دارنده حق امضاء در شرکت با شخص سردفتر است.^۲

همچنین کمیسیون مرقوم در پاسخ به سؤال دیگری مبنی بر اینکه آیا احراز شخصیت حقوقی اشخاص به عنوان شرکت یا نماینده شرکت در تنظیم و ثبت معاملات آنها موضوع ماده ۶۱ آیین‌نامه قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۱۷ با روزنامه رسمی و اساسنامه کافی است یا مورد فوق نیز مشمول بند ۱۴۲ بخشنامه‌های ثبتی می‌گردد، اعلام داشته: با توجه به ماده ۶۱ آیین‌نامه قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۱۷ احراز شخصیت حقوقی

۱. مجموعه کامل قوانین و مقررات ثبتی، تهیه و تنظیم از سیدحسین حسینی نیک، صفحه ۶۶۷.

۲. همان مرجع، صفحه ۶۶۳.

شرکت‌ها به طریق مقتضی با سردفتر است مع‌الوصف صرفاً انجام معاملات مربوط به سهم‌الشرکه شرکت‌های نسبی و تضامنی و با مسئولیت محدود و مختلط سهامی و غیرسهامی وفق بند ۱۴۲ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی منوط به استعلام وضعیت حقوقی شرکت از اداره ثبت شرکت‌ها می‌باشد.^۱

بند سوم) احراز هویت در موقوفات

از آنجایی که به موجب عقد وقف، مالک به منظور رسیدن به هدف معنوی و اخلاقی، مال یا بخشی معین از دارایی خود را حبس می‌کند تا از انتقال، مصون بماند و منافع آن اختصاص به مصرف در راه رسیدن به هدف معین گردد علی‌هذا امروزه وقف، نهاد یا سازمانی تلقی می‌گردد که دارای مدیر، ناظر و اموال است و نوعی شخص حقوقی تلقی می‌گردد. مفهومی که حقوق از ارتباط جمعی از اشخاص و اموال اختصاص یافته به خدمت و هدف معین انتزاع می‌کند و نیز شخصیتی که دارای نام و اقامتگاه و دارایی خاص است و می‌تواند دارای حق و تکلیف شود و طرف قرارداد و تعهد قرار گیرد.^۲

به موجب ماده ۳ قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه هر موقوفه دارای شخصیت حقوقی است و متولی یا سازمان حسب مورد نماینده آن می‌باشد. بنابراین احراز هویت، زمانی که مسئولیت اداره موقوفه با متولی است طبق مقررات اشخاص حقیقی یا اشخاص حقوقی حقوق خصوصی و در صورتی که مدیریت موقوفه با سازمان اوقاف باشد به دلیل شخصیت حقوق عمومی دولت با معرفی نماینده به دفتر اسناد رسمی به عمل خواهد آمد.

گفتار دوم: احراز هویت به وسیله معرف

معرف در لغت به معنای شناساننده و آشنا کننده است^۳ و در منطق به مفهوم یا مفاهیمی گفته می‌شود که وسیله شناسایی مفهوم مجهولی شوند مثلاً ماده ۱۲ قانون مدنی

۱. مجموعه کامل قوانین و مقررات ثبتی، تهیه و تنظیم از سیدحسین حسینی نیک، صفحه ۶۷۰.

۲. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی عقود معین، جلد سوم، صفحه ۱۱۷.

۳. عمید، حسن، فرهنگ عمید.

می‌گوید: مال غیرمنقول آن است که از محلی به محل دیگر نتوان نقل نمود. عبارت «آن است که از محلی به محل دیگر نتوان نقل نمود» عنوان معرف را دارد یعنی وسیله شناسایی مفهوم مال غیرمنقول است. شرط است که معرف اجلی و اوضح از معرف (به فتح راء) باشد. مفهوم مجهول را معرف (به فتح راء) نامند.^۱

معرف در اصطلاح حقوق ثبت چنانکه در برخی از مواد قانون نیز تصریح شده به معنی شاهد و گواهانی است که هویت اشخاص را هنگام تنظیم سند برای صاحب دفتر تصدیق می‌کنند.

چنانکه ماده ۸۶ قانون ثبت مقرر می‌دارد: در صورتی که تقاضای ثبت سندی بشود تحصیل اطمینان از هویت متعاملین یا طرفی که تعهد کرده به عهده صاحب دفتر است و اگر مشارالیه شخصاً آنها را شناسد باید بر طبق مواد این قانون رفتار نماید.

مستفاد از ماده ۵۰ قانون ثبت در صورتی که تقاضای ثبت سندی شود، تحصیل اطمینان از هویت متعاملین یا طرفی که تعهد کرده به عهده صاحب دفتر است و اگر او شخصاً آنها را شناسد یا تردید داشته باشد باید دو نفر از معروفین و معتمدین، حضوراً هویت آنان را تصدیق کنند و مسئول دفتر مراتب را در دفتر، ثبت و به امضا شهود برساند و این نکته را در خود اسناد قید کند.

چنانکه ملاحظه می‌گردد ماده مرقوم شرایط و تکالیفی را مقرر داشته که تحلیل جزء به جزء مفاد آن مستلزم تبیین مراتبی است که ذیلاً به آن خواهیم پرداخت.

بند اول: تردید در هویت اصحاب سند

ابتدائاً لازم است مفهوم تردید و مصادیق آن که صاحب دفتر می‌تواند به استناد آنها متقاضی امضاء سند را ملزم به معرفی شهود برای خود نماید روشن گردد.

تردید در لغت به معنی رد کردن، بازگردانیدن، دو دل بودن، مردد بودن آمده است.^۲ تردید به معنی دو دل بودن معادل شک است و شک در اصطلاح منطق و اصول،

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمیم‌ولوژی حقوق*، ذیل لغت معرف.

۲. عمید، حسن، *فرهنگ عمید*، ذیل لغت تردید.

وقتی است که مسأله‌ای مطرح باشد و ذهن در مقابل آن بین دو یا چند احتمال قرار گیرد و گرایش به طرف یکی از احتمالات پیدا نکند.^۱ شک در این معنا بالاتر از «وهم» و پایین‌تر از «ظن» قرار دارد.

هرچند حصول یقین در ماهیت اشخاص در شهرهای کوچک و کم جمعیت با توجه به بومی بودن افراد و شناخت قبلی که فی‌مابین مراجعه‌کنندگان با سردفتر و ابواب جمعی دفترخانه وجود دارد، چندان دشوار نبوده و اصولاً در محیط‌های مزبور امکان و انگیزه برای تقلب و جعل در ماهیت کمتر است. لیکن امروزه در جوامع و شهرهای بزرگ ابزاری به غیر از اوراق سجلی اشخاص برای برطرف شدن شک و رسیدن به علم وجود ندارد و این در حالی است که مجرمان حرفه‌ای از جدیدترین تکنولوژی‌ها برای جعل اسناد هویتی بهره برده و در شرایطی که هر روزه تعداد زیادی شناسنامه سفید از محل ادارات ثبت احوال کشور سرقت می‌شود، اعتماد و اتکا به این‌گونه ابزارها بسیار ضعیف می‌نماید.

با این توصیف و در زمانی که ماهیت شخص برای سردفتر مورد تردید قرار گیرد راه کار قانونی غیر از معرفی دو نفر شاهد به عنوان گواهی دهنده بر اصالت شخص وجود ندارد. هرچند الزام اشخاص به معرفی دو نفر شاهد در شرایطی که سردفتر نتوانسته علی‌رغم ارائه مدارک مثبت هویت، یقین حاصل کند اولاً خیلی منطقی نیست ثانیاً چندان اطمینان بخش نخواهد بود چرا که زمینه را برای سوءاستفاده افرادی که به صورت حرفه‌ای مبادرت به اداء شهادت می‌کنند فراهم خواهد نمود. مزید بر علت اینکه اصولاً الزام به معرفی شاهد نوعی توهین به افراد تلقی شده و موجب اصطکاک و مشاجره فی‌مابین متصدی دفتر و مراجعه‌کننده خواهد شد.

التهایه در حالتی که فردی به دفترخانه مراجعه و با ارائه شناسنامه و توسل به یک سلسله تدابیر و روش‌های متقلبانه (غیرقابل تشخیص توسط سردفتر) و با در دست داشتن اسناد مالکیت و ارائه آن، هویت خود را به دروغ مطرح و در ذهن سردفتر تثبیت می‌کند، به

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمینولوژی حقوق*، ذیل لغت شک.

نحوی که برای سردفتر علم و یقین حاصل می‌گردد که هویت واقعی همان است که ابراز می‌گردد، نوعی علم برای سردفتر حاصل می‌شود که از قبیل همان علمی است که ذاتاً حجیت دارد. حتی بر فرض اینکه سردفتری در حالت شک اقدام به اخذ شاهد و معرف نکند و در این حالت از طرفین، امضاء اخذ کند، فقط می‌توان وی را مقصر اداری از حیث عدم اجرای قانون دانست و اطلاق و حمل مواد ۱۰۰ و سایر مواد مربوط به جعل در قانون ثبت، نیازمند احراز سوءنیت و تعمد و قصد ارتکاب بزه مندرج در مواد قانونی و علم و آگاهی کامل سردفتر از اولاً هویت واقعی امضاء کننده و ثانیاً سایر شرایط لازم برای عنوان مجرمانه ماده مذکور است که بدیهی است امری فراتر از صرفاً بی‌احتیاطی و عمل به شک و تخلف اداری است.^۱

برای تحلیل واضح‌تر از این مطلب و جمع مقررات مندرج در موارد ۸۶ و ۱۰۰ و ۱۰۲ قانون ثبت، موضوع را با تفکیک مباحث در چهار مدخل بررسی می‌کنیم.

۱ - چنانچه سردفتر عالماً و عامداً نسبت به ثبت سندی که هویت شخص جعلی است اقدام کند یا به عبارت دیگر شخصی که باید سند را امضاء کند حضور نداشته بلکه سند توسط شخص دیگری امضاء شود، بدیهی است مورد از مصادیق بند دوم ماده ۱۰۰ قانون بوده که مقرر می‌دارد سندی که بدون حضور اشخاصی که مطابق قانون باید حضور داشته باشند ثبت گردد جعل محسوب می‌شود.

به نظر می‌رسد که منظور قانونگذار از اشخاصی که باید حضور داشته باشند صرفاً متعاملین یا متعهدین در سند بوده و عدم حضور معتمد و معرف مشمول بند مرقوم نبوده و مورد از مصادیق ماده ۸۶ و ۱۰۲ قانون خواهد بود.

۲ - سردفتر قبل از احراز هویت یا به عبارت دیگر بدون اقدام به احراز هویت مبادرت به ثبت سند کند اعم از آنکه هویت شخص مطابق با واقع بوده باشد یا نباشد، مورد از مصادیق ماده ۱۰۲ قانون ثبت بوده که مقرر می‌دارد هر یک از اعضای ثبت اسناد و

۱. بیاتی، سعید، مقاله *احراز هویت*، مجله کانون، سال ۱۳۷۶، دوره دوم، شماره ۳، صفحه ۸۱.

املاک قبل از احراز هویت اشخاص و یا اهلیت اصحاب معامله و یا قابلیت موضوع معامله، سندی را عمداً ثبت نماید به مجازات اداری فوق (مذکور در ماده ۱۰۱) محکوم خواهد گردید.

لازم به توضیح است که شرط شمول ماده ۱۰۲ به موارد مطروحه، عمدی بودن ثبت سند قبل از احراز هویت می‌باشد.

۳ - سردفتر بعد از اقدام به احراز هویت، با وجود تردید در هویت واقعی شخص، معالوصف مبادرت به انجام تکلیف قانونی مبنی بر اخذ دو نفر معرف نکند و سند را ثبت نماید. مورد از مصادیق ماده ۸۶ قانون بوده که مقرر می‌دارد در صورتی که تقاضای ثبت سندی بشود تحصیل اطمینان از هویت متعاملین یا طرفی که تعهد کرده بر عهده صاحب دفتر است و اگر مشارالیه شخصاً آنها را شناسد باید بر طبق مواد این قانون رفتار نماید و در صورت تخلف مشمول ماده ۱۰۲ این قانون خواهد بود.

۴ - سردفتر با اخذ مدارک هویت متعاملین یا متعهدین و اعمال دقت لازم برای احراز اصالت اوراق مرقوم آنچه عرفاً معمول است، در هویت واقعی شخص علم و یقین حاصل کند و یا در صورت تردید مبادرت به اخذ دو نفر معرف کند هرچند بعداً از جعلی بودن هویت شخص یا مدارک ابراز شده یا کذب شهادت شهود کاشف به عمل آید سردفتر مسئول نخواهد بود.

بدیهی است مورد مزبور منصرف از مصادیقی است که با سوءنیت یا عمد و قصد مجرمانه همراه باشد.

بند دوم: شرایط معرفین

هرچند در مقررات ثبتی معرف با شاهد مترادف یکدیگر تلقی شده لیکن می‌توان گفت حوزه شمول معرف محدودتر از شاهد است و آنچه از دیدگاه حقوق ثبت برای معرف در ذهن تداعی می‌شود همانا معرفی یا شناساندن شخص دیگری است که هویت وی حداقل برای سردفتر اسناد رسمی مجهول است ولیکن شهادت با توجه به تعریف عامی که دارد

شامل اخبار یک یا چند نفر بر وقوع یا وجود امر محسوسی است در گذشته یا حال و این اعم است از شهادت به تعریف یک شخص یا شهادت به هر امر یا حالت یا وقوع اتفاقی که در عالم خارج واقع شده است. مع الوصف شروط قانونی برای معرف تا حدودی منحصر به مفهوم خاص آن بوده و منصرف از شرایط اختصاصی شهادت برای شاهد به معنای عام کلمه است.

با این توصیف شرایط ویژه‌ای که در قانون ثبت اسناد و املاک برای معرف برشمرده شده بیان می‌داریم.

۱ - به موجب صدر ماده ۵۸ قانون ثبت شهود باید موثق باشند.

به نظر می‌رسد توثیق در اینجا منصرف از معنای عدالت برای شاهد در مبنای عمومی حقوقی و شریعت است چرا که شرایط موجوده عدالت، متعدد بوده و قانونگذار حداقل در جایگاه تدوین قانون ثبت، به تزکیه و تعدیل شهود نظر نداشته و آنچه می‌توان از کلمه موثق برداشت نمود همان معنای لغوی آن است یعنی کسی که مورد وثوق و اعتماد می‌باشد.

۲ - به موجب ذیل ماده ۵۸ قانون ثبت، شهود باید ورقه هویت (سجل احوال) خود را ارائه دهند. چنانکه از صراحت ماده مرقوم استنباط می‌شود تکلیفی برای دفاتر اسناد رسمی مبنی بر اخذ رونوشت از اوراق سجلی معرفین مقرر نشده و صرفاً ارائه و مشاهده آن مورد توجه بوده است.

۳ - مستفاد از ماده ۵۹ قانون ثبت، شهادت اشخاص غیررشید و محجور پذیرفته نیست. با این توصیف شهادت کلیه افراد نابالغ (پسران کمتر از ۱۵ سال و دختران کمتر از ۹ سال تمام قمری) به طور کلی و افراد بالغ که کمتر از ۱۸ سال دارند (پسران بین ۱۵ الی ۱۸ و دختران بین ۹ الی ۱۸) در صورتی که رشد آنها توسط دادگاه گواهی نشده باشد قابل قبول نیست.

۴ - شهادت افراد کور یا گنگ پذیرفته نیست (ماده ۵۹ قانون ثبت)

۵ - اشخاص ذی‌نفع در معامله نمی‌توانند معرف یکی از طرفین معامله باشند. هرچند بهره‌مندی اشخاص ثالث و نفع آنها در یک معامله مفاهیمی اعتباری است و معلوم نیست چه نوع نفعی از مادی و معنوی و تا چه میزان از نفع، مانع برای معرف بودن یک شخص تلقی می‌شود مثلاً این سؤال مطرح است که آیا همسایه مجاور یک خانه که مورد معامله واقع شده یا فرزندان متعاملین که ممکن است بعداً در اثر ارث ذی‌نفع تلقی شوند می‌توانند معرف باشند؟ علی‌هذا به نظر می‌رسد مراد از ذی‌نفع، اشخاص امضاء کننده در سند یا به عبارت دیگر طرفین معامله که فی‌الواقع مستقیماً از انجام معامله بهره می‌برند، می‌باشد.

۶ - شهادت خدمه مسئول دفتر و خدمه اصحاب معامله پذیرفته نیست. (ماده ۵۹ - قانون ثبت) هرچند در قانون مدنی تعریفی از خدمه نشده لیکن به موجب ماده ۵۱۳ قانون مزبور اجاره خدمه و کارگران از هر قبیل، از جمله اقسام عمده اجاره اشخاص برشمرده شده و حسب ماده ۵۱۴ خادم یا کارگر نمی‌تواند اجیر شود مگر برای مدت معینی یا برای انجام امر معین.

در سایر قوانین موضوعه نیز ماده ۲ قانون کار مقرر می‌دارد:

کارگر از لحاظ این قانون کسی است که به هر عنوان در مقابل دریافت حق‌السعی اعم از مزد، حقوق، سهم خود و سایر مزایا به درخواست کارفرما کار می‌کند.

۷ - چنانچه شاهد تسلط به زبان فارسی نداشته باشد و مسئول دفتر نیز زبان وی را نداند می‌بایست اظهارات وی به وسیله مترجم رسمی ترجمه شود. (ماده ۶۱ قانون ثبت). نحوه تعیین مترجم و سایر مقررات ذی‌ربط به موجب قانون راجع به ترجمه اظهارات و اسناد در محاکم و دفاتر اسناد رسمی و آیین‌نامه مربوطه و اصلاحات بعدی آن خواهد بود.

۸ - به موجب ماده ۵۱ قانون ثبت شاهی که یک طرف از اصحاب معامله را معرفی می‌نماید نمی‌تواند معرف طرف دیگر باشد.

۹ - معرفین باید دو نفر باشند. هرچند در صدق شهادت، وجود چند نفر شرط نیست لیکن برای نافذ بودن آن تعداد شهود در قوانین موضوعه مختلف، متفاوت است چنانکه

برای اثبات برخی جرائم در حقوق جزا شهادت ۴ نفر ضروری است. مستنبط از عبارت «دو نفر» در ماده ۵۰ قانون به نظر می‌رسد تفاوتی بین مرد یا زن بودن معرفین وجود نداشته و دو نفر زن نیز با داشتن سایر شرایط فوق‌الذکر می‌توانند بر هویت یک شخص گواهی دهند. همچنین اختلاف مذهب مؤثر در امر شهادت نیست.^۱

۱۰ - تصدیق هویت توسط معرفین می‌بایست به صورت حضوری بوده و گواهی گواهان به صورت کتبی یا شفاهی غیرحضوری همانند معرفی به وسیله تلفن پذیرفته نیست.

بند سوم: تکالیف سردفتر هنگام اخذ گواهی معرفین

علاوه بر شرایط فوق‌الذکر برای معرف که احراز آنها با متصدی دفترخانه خواهد بود، سردفتر می‌بایست مراتب احراز هویت توسط معرفین را در سند و ثبت دفتر قید و صرفاً ثبت دفتر را به امضاء معرفین برساند.

اولاً درج موضوع احراز هویت توسط معرفین در ثبت دفتر و نیز اوراق سند الزامی است علی‌هذا سردفتر موظف است پس از حضور معرف و استماع مراتب تصدیق هویت شخص، موضوع را در ادامه ثبت دفتر و قبل از امضاء متعاملین به ترتیبی که ذیلاً پیشنهاد می‌گردد ثبت نموده و در حاشیه اوراق سند در قسمتی که عبارت «با احراز هویت متعاملین... تمام مراتب مسطوره در این سند نزد اینجانب واقع شد» در قسمت مفروض عبارت «توسط معرفین» یا «به وسیله شهود» را نوشته و سند را تکمیل نماید.

عبارت ذیل برای ثبت مراتب احراز هویت وقتی توسط معرفین صورت می‌پذیرد پیشنهاد می‌گردد:

اینجانبان..... و..... (با آدرس کامل و ترجیحاً تلفن تماس) آقا/خانم..... را می‌شناسم و هویت وی را گواهی داریم. امضاء معرفین - ثبت با سند برابر است - امضاء صاحب سند ثانیاً هرچند تکلیف امضاء معرفین صرفاً در ثبت دفتر بوده و نیازی به امضاء آنها در

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *دانشنامه حقوقی*، جلد پنجم، صفحه ۱۹۴.

اوراق اسناد نیست لیکن این شبهه مبنی بر اینکه الزاماً معرفی می‌بایست اشخاص باسواد نیز باشند غیرموجه است زیرا ذیل شروط لازمه برای معرفی، شرط داشتن سواد مقرر نشده و همچنین از عبارت امضاء مفهوم عام و مطلق آن منظور بوده و امضاء در مقام تنفیذ و تأیید اراده حقوقی، اعم از نوشتن نام و نام خانوادگی یا رسم علامت خاص و یا اثر انگشت می‌باشد. چنانکه وقتی ماده یک آیین‌نامه قانون ثبت املاک در زمره دفاتر موجود در اداره ثبت اسناد و املاک دفتر گواهی امضاء را نام می‌برد، منظور دفتری است که در آن امضاء یا اثر انگشت اشخاص تصدیق می‌گردد.

گفتار سوم: عدم احراز هویت حتی با وجود شهود

ماده ۵۲ قانون ثبت مقرر می‌دارد وقتی که مسئول دفتر نتواند به وسیله شهود معروف و معتمد، هویت اشخاص را معین کند باید از ثبت نمودن سند امتناع نماید. مستفاد از مفهوم این ماده به نظر می‌رسد سردفتر با وجود معرفی معروف و معتمد برای معرفی شخص، می‌تواند عدم اطمینان خود را از ماهیت حقیقی شخص مراجعه کننده اعلام داشته و تکلیفی برای پذیرش معرفی ندارد و نمی‌توان احراز هویت را به وی تحمیل نمود، چرا که تحصیل یقین، امری درونی و شخصی است و اصولاً قابل تبیین و اندازه‌گیری خارجی نیست.

علی‌هذا اگر به هر دلیلی و حتی با وجود معرفی، متصدی دفترخانه نتوانست هویت شخص متقاضی امضا سند در دفترخانه را احراز کند می‌تواند از تنظیم سند خودداری نموده و النهایه حسب تکلیف ماده ۳۰ قانون دفاتر اسناد رسمی خودداری از تنظیم سند را به دلیل عدم احراز هویت به متقاضی به صورت کتبی اعلام نماید.

مبحث دوم: ابراز رضایت متعاملین یا متعهدین

از آنجایی که دفاتر اسناد رسمی اصولاً ثبت عقود یا اراده قبلی متعهدین در موضوعات مختلف را محقق می‌سازند و در واقع ایجاد و انعقاد عقد یا تعهد نمی‌کنند علی‌هذا مفاهیم قصد و رضا و به طور کلی شرایط اساسی برای صحت معاملات موضوع ماده ۱۹۰ قانون

مدنی از جمله وظایف دفاتر اسناد رسمی نیست لیکن ابراز و احراز رضایت متعاملین یا متعهدین هنگام تنظیم و امضاء سند ضروری است، چرا که حسب ماده ۶۵ قانون ثبت، امضای ثبت سند پس از قرائت آن توسط طرفین معامله یا وکلای آنها دلیل رضایت آنها خواهد بود.

در تبیین واژه رضایت، تعاریف متعددی از سوی حقوقدانان ارایه گردیده از جمله اینکه انجام دادن هر عمل حقوقی، معلول رشته‌ای از فعالیت‌های دماغی و درونی است که هر شخص، با مراجعه به وجدان خویش می‌تواند آن را دریابد. انسان در هر کار ارادی از تصور و ادراک آغاز می‌کند، پس از آن به سنجش میزان نفع و ضرر آن و ملاحظه نیازمندی‌های مادی و معنوی خود می‌اندیشد، لزوم و فایده آن کار را تصدیق می‌کند و سپس در باطن مایل و مشتاق به انجام دادن آن می‌شود. این اشتیاق را در حقوق ما «رضا» می‌نامند.^۱

بدین ترتیب هرگونه اجبار و اکراه که باعث خدشه به اراده آزاد و آگاه اشخاص باشد موضوع رضایت را منتفی نموده و تنظیم و امضاء هرگونه سند در این شرایط باعث تضییع حقوق اشخاص خواهد شد. علی‌هذا احراز اینکه شخص امضاء کننده آگاهی و علم کافی نسبت به موضوع سند داشته و با اراده خود بدون هرگونه اجبار و اکراهی مبادرت به امضاء می‌نماید، از جمله وظایف سردفتر است.

علاوه بر این تکلیف عام که می‌بایست امضاء کنندگان اسناد دارای رضایت کامل باشند، قانونگذار وظیفه علی‌حده‌ای از جهت معرفی یک نفر معتمد در مواردی که اشخاص دارای ویژگی‌های خاصی بوده از جمله بی‌سواد، کور، کر یا گنگ باشند، مقرر داشته چنانکه ماده ۶۴ قانون ثبت بیان می‌کند در صورتی که طرفین معامله یا یکی از آنها کور یا کر و گنگ بی‌سواد باشند علاوه بر معرفی، هر یک از اشخاص مزبوره باید به معیت خود یک نفر از معتمدین خود را حاضر نماید که در موقع قرائت ثبت و امضاء آن حضور به هم رسانند.

۱. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی، قرارداد، ایقاع*، صفحه ۵۳.

گفتار اول: اشخاصی که باید معتمد معرفی کنند

ابتدائاً لازم است توضیحی در مورد تلفظ لغت معتمد داده شود چرا که به صورت غلط مشهور در محاوره، معتمد (به کسر میم دوم) بر وزن مستبد ادا می‌شود در حالی که معتمد (به فتح میم دوم) بر وزن معتبر به معنی کسی که به وی اعتماد شده صحیح است. اشخاصی که همزمان با تنظیم سند نیازمند معرفی یک نفر باسواد به عنوان معتمد خود می‌باشند عبارتند از:

- ۱ - اشخاص کور و نابینا اعم از آنکه باسواد یا بی‌سواد باشند.
- ۲ - اشخاص کر و گنگ در صورتی که بی‌سواد باشند. شرط بی‌سواد بودن این اشخاص مستفاد از منطوق ماده ۶۴ قانون ثبت بوده، چرا که ماده مرقوم با عبارت «کور یا کر و گنگ بی‌سواد» تنظیم شده که در واقع لغت بی‌سواد در این ماده صفتی برای کر و گنگ می‌باشد زیرا اولاً کور را با حرف «یا» از کر و گنگ جدا نموده ثانیاً در مورد اشخاص بی‌سواد بعداً در ماده ۶۶ به صراحت تعیین حکم شده است.
- همچنین حسب تکلیف ذیل ماده ۶۴ قانون ثبت، معتمد در مورد اشخاص کر و گنگ باید از جمله اشخاصی باشد که بتواند به آنها به اشاره مطلب را بفهماند.
- ۳ - افراد بی‌سواد یا کسانی که توانایی خواندن و نوشتن را نداشته باشند.
- ماده ۶۶ قانون ثبت مقرر می‌دارد: در موقعی که معامله راجع به اشخاص بی‌سواد است علاوه بر معرفین، حضور یک نفر مطلع باسواد نیز که طرف اعتماد شخص بی‌سواد باشد لازم است مگر در صورتی که بین خود معرفین، شخص باسوادی باشد که طرف اعتماد شخص بی‌سواد است.

در تبیین این ماده توضیح دو نکته ضروری است.

اولاً عبارت «علاوه بر معرفین» که در صدر ماده آمده در بادی امر به نظر می‌رسد اشخاص بی‌سواد به طور کلی باید دو نفر شاهد و همچنین یک نفر معتمد برای تنظیم

اسناد خود معرفی کنند در حالی که منظور قانونگذار این نبوده بلکه چنانچه اشخاص بی‌سواد مورد احراز هویت توسط سردفتر واقع نشوند می‌بایست علاوه بر معرفی، یک نفر مطلع باسواد را به عنوان معتمد معرفی کنند.

ثانیاً چنانچه شخص بی‌سواد برای هویت خود ملزم به معرفی دو نفر شاهد گردد یکی از شهود می‌تواند علاوه بر معرف بودن به عنوان معتمد نیز مراتب سند تنظیمی را برای شخص بی‌سواد قرائت نماید.

برای مورد مزبور پیشنهاد می‌گردد مراتب به نحو ذیل ثبت دفتر گردد:

اینجانبان..... و..... (با آدرس دقیق و ترجیحاً تلفن تماس) آقا/ خانم..... را می‌شناسیم ضمن تصدیق هویت نامبرده، مفاد این سند را برای وی قرائت نموده، رضایت و برابری ثبت با سند مرقوم را گواهی داریم - امضاء معرفی - اثر انگشت صاحب سند

گفتار دوم: قید مراتب اخذ معتمد در سند و ثبت دفتر

اگر در مصادیق موضوع حکم بین مواد ۶۴ و ۶۶ قانون ثبت، تفکیک قائل شویم و ماده ۶۴ را مربوط به تعیین تکلیف اسناد مربوط به افراد کور و اشخاص کر و لال بی‌سواد دانسته و ماده ۶۶ را منحصرأً مشعر به اشخاص بی‌سواد بدانیم، تلفیق و تحلیل مفاد دو ماده مرقوم از جهاتی قابل ملاحظه است.

اولاً اگرچه در ماده ۶۴ در خصوص امضاء معتمد و اثر انگشت اشخاص کور یا کر و لال بی‌سواد در ذیل ثبت دفتر، اشاره نشده لیکن از وحدت ملاک در حکم ماده ۶۷ مبنی بر اینکه ثبت سند باید برای اشخاص بی‌سواد قرائت شده و این قرائت و همچنین رضایت مشارالیه در دفتر ثبت قید و از طرف معتمد امضاء گردد، می‌توان استنباط نمود این حکم در فرض ماده ۶۴ نیز ساری و لازم‌الاجرا است.

ثانیاً به استناد ذیل ماده ۶۴ که مقرر می‌دارد: در مورد این ماده مراتب در سندی که ثبت می‌شود و در ستون ملاحظات دفتر باید قید گردد به نظر می‌رسد هنگامی که معرف جهت اشخاص کور یا کر و لال بی‌سواد اخذ می‌شود می‌بایست مراتب علاوه بر ثبت دفتر

در اوراق سند نیز منعکس گردد. در حالی که به موجب صراحت ماده ۶۷ درج مراتب قرائت و رضایت شخص بی سواد، صرفاً در دفتر الزامی است.

با توجه به شقوق مختلفی که از تفکیک مصادیق موضوع مواد فوق الذکر به دست می آید عبارتی که برای قید مراتب حضور معتمد در ثبت دفاتر مناسبتر به نظر می رسد به شرح زیر پیشنهاد می گردد:

اینجانب..... (با آدرس کامل و ترجیحاً تلفن تماس) معتمداً مفاد این سند را برای آقا/خانم..... قرائت نموده، رضایت و برابری ثبت با سند مرقوم را گواهی دارم. امضاء معتمد
- اثر انگشت صاحب سند

گفتار سوم: امضاء و اثر انگشت

هرچند در بسیاری از مواد قانونی کلمه امضاء به معنی عام آن بیان شده و در واقع به معنی تنفیذ اراده حقوقی اشخاص به کار رفته، مع الوصف تفکیک نحوه ارائه و تبیین این اراده حقوقی به صورت امضاء یا اثر انگشت ضروری است.

بند اول: تعریف امضاء

هرچند قانونگذار در حقوق ایران تعریفی از امضاء و عناصر متشکله آن به عمل نیاورده ولی حقوقدانان فارغ از آن نبوده و از جهات متعددی به آن پرداخته اند.

در یک تعریف جامع، امضاء عبارت است از نوشتن اسم یا اسم خانوادگی یا هر دو یا رسم علامت خاص که نشانه هویت صاحب علامت است در ذیل اوراق و اسناد (عادی یا رسمی) که متضمن وقوع معامله یا تعهد یا اقرار یا شهادت و مانند آنهاست.^۱

عناصر تشکیل دهنده امضاء عبارتند از:

اول - نوشته یا علامت و فرق نوشته با علامت این است که نوشته مرکب از دو یا چند حرف از حروف هجا است ولی علامت چنین نیست.

دوم - نوشته یا علامت باید در عادت نویسنده یا ترسیم کننده علامت، حاکی از هویت

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمیمولوژی حقوق*، ذیل لغت امضاء.

او باشد یعنی به او منتسب باشد نه به دیگری.

سوم - صاحب نوشته یا علامت مذکور باید آن را به قصد حکایت از هویت خود رقم زده باشد.

چهارم - نوشته یا علامت مذکور ذیل سندی درج شده باشد. فرق نمی‌کند که محتوی سند چه باشد و فرق نمی‌کند که سند را خود او نوشته باشد یا نه. قانونگذار ما فرق نمی‌گذارد که محل امضاء در ذیل سند باشد یا در هامش آن یا در سند دیگر یا در ظهر سند (مواد ۱۳۰۱ الی ۱۳۰۴ قانون مدنی)^۱

بند دوم: تعریف اثر انگشت

اثر انگشت نقشی است که از پشت انگشت هر شخص شکل گرفته و برای اهداف و مقاصد تعیین هویت مفید می‌باشد. چرا که اثر انگشت هیچ فردی دقیقاً با دیگری یکسان و مشابه نیست.

آسوریان و چینی‌های باستان، اولین اثر انگشت ثبت شده به همراه امضای اسناد قانونی را به منظور تعیین هویت مورد استفاده قرار داده‌اند. در دوران پیشرفته، مجموعه‌ای از اثر انگشت‌ها از طریق قرار گرفتن سرانگشت در جوهر یا ماده شیمیایی مخصوص و گردش انگشت بر روی یک سطح یا اخیراً قرار گرفتن سرانگشت بر روی صفحه مخصوص و پرینت گرفتن و اسکن دیجیتالی از رایانه به دست می‌آیند.^۲

بند سوم: جایگاه امضاء و اثر انگشت در حقوق ثبت

هرچند امروزه اثر انگشت ذیل اسناد از جهت مسلم‌الصدور بودن آن از ناحیه اشخاص با وجود مساعدتی که تکنولوژی‌های جدید در تبیین و تجزیه و تحلیل نمودن خطوط اثرانگشت نموده‌اند قابلیت استناد بسیار زیادی از جهت حصول یقین در تعلق آن اثر به شخص خاص دارد لیکن قانونگذار ایران اولویت و ارجحیت را به امضاء ذیل اسناد داده و

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *دانشنامه حقوقی*، جلد اول، صفحه ۷۳۲.

۲. وینست جی نوفو، مجله کانون، *مقاله لزوم اثر انگشت در معاملات ثبتی حربه‌ای در مقابل تقلب اسناد*، ترجمه علی رضایی، شماره ۶۴، سال ۸۵.

برای اشخاص با سواد، امضا و در مورد اشخاص بی‌سواد، اثر انگشت را پیش‌بینی نموده است.

از جمله تکالیف سردفتر هنگام تنظیم سند به استناد ماده ۱۸ قانون دفاتر اسناد رسمی، اخذ امضاء اصحاب معامله ذیل اوراق مخصوص اسناد و ثبت دفتر است. علاوه بر اصحاب سند اشخاص دیگری نیز که می‌بایست سند و ثبت دفتر را امضاء نمایند معرفی و معتمد حسب مورد هستند.

ثبت این علامت که مبین اراده اشخاص در ایجاد یک رابطه یا واقعه حقوقی می‌باشد اعم از آنکه به صورت امضاء یا اثر انگشت باشد از جهاتی قابل تحلیل و بررسی است؛

نکته اول - حسب صراحت ذیل ماده ۶۷ قانون ثبت، معامله کننده بی‌سواد باید علامت انگشت خود را ذیل ثبت سند بگذارد. علی‌هذا چنانچه اشخاص بی‌سواد، صاحب علامتی به عنوان امضاء یا مهر باشند نمی‌توانند آن را در اسناد و ثبت دفتر استفاده کنند بلکه به صورت تکلیفی می‌بایست اثر انگشت آنها گرفته شود.

نکته دوم - در مواردی که شخص امضاء کننده به عنوان صاحب سند دارای سواد کافی بوده لیکن نخواهد یا نتواند امضاء کند، به نظر می‌رسد اخذ اثر انگشت منع قانونی نداشته باشد زیرا اولاً آنچه ماده ۶۳ قانون ثبت تکلیف نموده این است که طرفین معامله یا وکلای آنها باید ثبت سند را ملاحظه و مطابقت آن ثبت با اصل سند به توسط مشارالیه‌م و مسئول دفتر ثبت، تصدیق گردد و چنانکه ملاحظه می‌شود تصدیق ثبت و سند اعم است از امضاء و اثر انگشت. ثانیاً کلمه امضاء در بسیاری از مواد این قانون به مفهوم عام آن به کار رفته و در مصداق شامل اثر انگشت نیز می‌باشد چنانکه وقتی ماده ۶۵ قانون ثبت مقرر می‌دارد امضای ثبت سند پس از قرائت آن به توسط طرفین یا وکلای آنها، دلیل رضایت آنها خواهد بود، بدیهی است که منظور از امضاء، تصدیق مندرجات سند می‌باشد. ثالثاً با توجه به اینکه امروزه اثر انگشت به مراتب قابل اطمینان و معتبرتر از امضاء اشخاص تلقی می‌شود و تشخیص اصالت اثر انگشت به کمک فن‌آوری‌های روز، بسیار ساده‌تر است

علی‌هذا تفسیر و تأویل مفاد قانون به سمت مجاز بودن اخذ اثر انگشت از اشخاص باسواد منطقی است رابعاً ممکن است اشخاصی دارای سواد کامل باشند و از مفاد سند کاملاً آگاهی دارند لیکن به علت بیماری مانند لرزش دست نتوانند امضاء کنند بدیهی است در این موارد اخذ معتمد، محمل قانونی نداشته و ناچاراً می‌بایست اثر انگشت گرفته شود.

نکته سوم - بعضاً اشخاصی بی سواد اعلام می‌دارند دارای مهر اسم یا مهر امضاء بوده و تقاضای استفاده از آن را ذیل اسناد دارند.

هرچند از لحاظ تاریخی در ایران از ابتدای دوره اسلام تا طلوع مشروطیت، مهر نقشی مهمی در روابط فردی و اجتماعی و اداری داشته و فرمان‌ها و اسناد و نامه‌های رسمی و غیررسمی و غیره با اثر مهر، رسمیت پیدا می‌نموده است که معمولاً در پیشانی فرمان‌ها و نامه‌ها قرار می‌گرفت^۱ لیکن امروزه در تمام مقررات ثبیتی، استفاده از مهر به استثناء یک مورد که در بند ۶ ذیل آن اشاره خواهد شد، در هیچ جای دیگر پیش‌بینی نشده است لذا به کار بردن مهر نه تنها جایگزین امضاء و اثر انگشت نخواهد بود بلکه اخذ اثر مهر در کنار امضاء و اثر انگشت نیز محمل قانونی نخواهد داشت.

همچنین بحث خیانت در امانت از طریق سوءاستفاده از سفید مهر و یا سفید امضاء مقرر در ماده ۶۷۳ قانون مجازات اسلامی نیز موضوعاً و مصداقاً در تنظیم اسناد رسمی در دفاتر متنفذی است چرا که حسب تکلیف ماده ۲۵ آیین‌نامه قانون دفاتر اسناد رسمی هیچ یک از اوراق نباید قبل از تنظیم آن، توسط اصحاب معامله امضاء گردد.

نکته چهارم - در عداد شرایط لازم برای شهود یا معرفین، داشتن سواد شرط نشده لذا اشخاص بی‌سواد نیز می‌توانند به عنوان گواه حضور یافته و ذیل مراتب معرفی شخص در ثبت دفتر را با اثر انگشت خود گواهی نمایند.

بعضاً مشاهده می‌شود متصدیان دفاتر از معرفین می‌خواهند تا مراتب شناخت و تصدیق

۱. علومی، محمد، مجله کانون، شماره ۷۷، سال ۱۳۸۶، مقاله تاریخچه پیدایش امضاء و مهر و آثار آن.

هویت متعاملین یا متعهدین را شخصاً و با خط خود بنویسند و ذیل آن را امضاء کنند، در صورتی که هیچ‌گونه تکلیفی در این خصوص در قانون مقرر نشده و مستفاد از عبارت حضوراً در ماده ۵۰ صرفاً حضور معرفین در محل دفترخانه بوده تا از معرفی به طرق دیگر مانند دادن نوشته یا معارفه با استفاده از تلفن و غیره جلوگیری شود.

نکته پنجم - چنانکه قبلاً بیان شد به نظر می‌رسد مقررات ماده ۶۴ مربوط به حاضر

نمودن معتمد برای اشخاص ذیل است:

۱ - اشخاص کور (اعم از باسواد و بی‌سواد)

۲ - اشخاص کر و لال بی‌سواد

با این توضیح که کلمه «بی‌سواد» در ماده مرقوم صفت برای کر و لال تلقی می‌شود

چرا که حکم اشخاص بی‌سواد را بعداً در مواد ۶۶ و ۶۷ بیان داشته است.

مستفاد از ذیل ماده ۶۴ که مقرر می‌دارد: در مورد این ماده، مراتب در سندی که ثبت

می‌شود و در ستون ملاحظات دفتر باید قید گردد، به نظر می‌رسد در موارد سه‌گانه فوق

یعنی وقتی معتمد برای کور یا کر و لال بی‌سواد معرفی می‌گردد، الزاماً می‌بایست علاوه بر

ثبت دفتر مراتب در اوراق سند نیز ذکر گردد.

اما هنگام اخذ معتمد برای اشخاص بی‌سواد تکلیفی برای قید موضوع در سند نیست

هرچند سردفتر موظف به درج مراتب و اخذ امضاء از معتمد در ثبت دفتر می‌باشد.

نکته ششم - در خصوص نحوه گرفتن اثر انگشت از افراد بی‌سواد، بند ۸۷ مجموعه

بخشنامه‌های ثبتی راهکارهای مناسب و استاندارد برای اخذ اثر انگشت را پیش‌بینی نموده

است لیکن در مجموعه قوانین سال ۱۳۱۲ در بخشنامه شماره ۹۰۰ مورخ ۱۳۱۲/۲/۱۷

علاوه بر موارد مذکور در بند ۸۷ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی به راهکار مناسبی در صورت

فقدان انگشت سبابه اشاره داشته که برای اخذ تصمیم توسط سردفتر در موارد خاص مفید

خواهد بود.

بند ب بخشنامه مرقوم مقرر می‌دارد در صورت فقدان انگشت سبابه اثر یکی از

انگشت‌های دیگر دست راست قبول و فقدان انگشت سبابه دست راست در ذیل حکم و غیره باید تصریح و تصدیق شود و اگر امضاء کننده دست راست نداشته باشد اثر یکی از انگشت‌های دست چپ با قید به اینکه اثر کدامیک از انگشت دست چپ است.

بند ۶۹۵ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی نیز مقرر می‌دارد: تنظیم سند برای شخص فاقد هر دو دست و هر دو پا با استفاده از مهر مشارالیه با حضور و امضاء دو نفر معتمد که گواه امر باشند اشکالی ندارد.

نکته هفتم - در خصوص تعدد امضاء اصولاً دو سؤال اساسی مطرح است. اول اینکه آیا اشخاص می‌توانند در یک زمان دارای دو نمونه امضاء باشند؟

به عنوان مثال شخصی برای امضاء سند رهنی به دفترخانه مراجعه و امضای همیشگی خود را ذیل اسناد و ثبت دفتر مربوطه مرقوم می‌دارد. در همان زمان تقاضای تصدیق امضا جهت ارائه به بانک نموده و ذیل اوراق مربوط و دفتر گواهی امضاء را امضاء دیگری که مدعی است امضاء بانکی وی می‌باشد معمول می‌دارد. بدیهی است اقدام فوق علاوه بر آنکه موجب تهافت اسناد رسمی و مخدوش شدن اعتبار و جایگاه آنها خواهد شد (به ویژه وقتی که شخص، مدعی بیش از دو امضاء برای اقدامات حقوقی خود باشد) همچنین با ماهیت وجودی امضاء که علامتی برای معرفی و ابراز اراده یک شخص تلقی می‌شود در تعارض قرار می‌گیرد زیرا شرط اساسی امضاء که دوام و یک نواختی آن اثر در زمان‌ها و مکان‌های مختلف است از بین خواهد رفت.

بی‌تردید اگر استفاده از امضاهای متعدد با سوءنیت و جهت تضییع حقوق دیگران و بردن مال غیرصورت گیرد از مصادیق جرم کلاهبرداری بوده و قابل تعقیب و پیگرد کیفری خواهد بود.

سؤال دوم اینکه آیا اشخاص می‌توانند در طول زمان نمونه امضاء خود را تغییر دهند؟ پاسخ این سؤال با توجه به استدلال‌های فوق به نظر می‌رسد می‌تواند مثبت باشد مشروط بر آنکه اولاً اصل دوام و یکنواختی اثر امضاء عرفاً رعایت شود ثانیاً بدون هرگونه

سوءنیتی که منجر به تضییع حقوق دیگران شود، اقدام گردد.

چنانکه ملاحظه می‌گردد هیچ یک از شائبه‌های فوق در خصوص اثر انگشت به دلیل ثابت بودن و ماندگاری آن در طی زمان پیش نخواهد آمد و به همین دلیل و دلایل دیگری که قبلاً به آنها اشاره شد جایگاه اثر انگشت در ابراز اراده حقوقی اشخاص در نظام حقوقی ایران مغفول مانده است و جا دارد در احیا و به کارگیری آن با دید اولویت نسبت به امضاء، اقدامات لازم معمول گردد.

مبحث سوم: معرف و معتمد در گواهی امضاء

به موجب ماده ۲۰ قانون دفاتر اسناد رسمی، دفتر گواهی امضاء دفتری است که منحصراً مخصوص تصدیق امضاء ذیل نوشته‌های عادی است و نوشته تصدیق امضاء شده با توجه به ماده ۳۷۵ آیین دادرسی مدنی مسلم‌الصدور شناخته می‌شود. به طور کلی گواهی سردفتر در دفتر گواهی امضاء به دو صورت شکلی واقع می‌گردد: اول به صورت تصدیق امضاء و دوم تصدیق اثر انگشت.

بر همین اساس مجموعه بخشنامه‌های ثبتی ذیل بند ۸۸ مقرر می‌دارد گواهی اثر انگشت افراد بی‌سواد به منزله گواهی امضاءست.

در همین خصوص این سؤال مطرح است که آیا تصدیق اثر انگشت افراد باسواد نیز ممکن است؟ به نظر می‌رسد منظور از امضاء در ماده ۲۰ فوق‌الذکر همانند بسیاری از موارد دیگر، عموم و اطلاق لفظ امضاء مراد است و امضاء در این ماده همانا تصدیق و ابراز اراده حقوقی شخص ذیل اسناد بوده که اعم از علامت امضاء و اثر انگشت است. بنابراین چنانچه اشخاص با سوادی درخواست تصدیق اثر انگشت خود را در دفتر گواهی امضاء داشته باشند، سردفتر مجاز بلکه مکلف به انجام آن است چرا که منعی به صراحت در این خصوص در مقررات مشاهده نمی‌گردد.

تکلیف اساسی برای دفاتر اسناد رسمی حسب بند ۳ ماده ۱۲ آیین‌نامه اصلاحی قانون دفاتر اسناد رسمی، رعایت مواد ۶۴ و ۶۶ و ۶۷ قانون ثبت در مورد تصدیق صحت

امضاست هرچند در بند مرقوم صراحتاً به تکلیف اخذ معرف موضوع ماده ۵۰ قانون ثبت اشاره نشده لیکن چون در مواد ۶۴ و ۶۶ مقرر داشته علاوه بر معرفین، یک نفر معتمد نیز حاضر گردد تمام مقرراتی که قبلاً در خصوص معرف و معتمد برای تنظیم اسناد بیان شد در تصدیق امضاء نیز لازم‌الاتباع است.

از آنجایی که متون مورد اعمال برای اخذ معتمد و معرف در تصدیق امضاء قبلاً پیشنهاد گردیده علی‌هذا از تکرار آن در اینجا خودداری می‌گردد مع‌الوصف تذکر این نکته به نظر ضروری می‌رسد که بعضاً در دفاتر اسناد رسمی عبارات نادرستی به کار گرفته می‌شود مبنی بر اینکه معتمد ضمن تصدیق رضایت شخص بی‌سواد، اثر انگشت وی را نیز گواهی می‌کند در حالی که تصدیق و گواهی امضاء یا اثر انگشت اشخاص از جمله وظایف سردفتر و جزء ماهیت ذاتی تصدیق امضاست.

متونی که برای درج مراتب احراز هویت توسط معرفین یا حضور معتمد در ثبت دفتر اسناد و دفتر گواهی امضاء پیشنهاد می‌گردد:

الف) احراز هویت توسط معرفین:

اینجانبان..... و..... (با آدرس کامل و ترجیحاً تلفن تماس) آقا/ خانم..... را می‌شناسیم و هویت وی را گواهی داریم. امضاء معرفین - ثبت با سند برابر است - امضاء صاحب سند

ب) معتمد برای افراد بی سواد، نابینا و کرولال

اینجانب..... (با آدرس کامل و ترجیحاً تلفن تماس) معتمداً مفاد این سند را برای آقا/ خانم..... قرائت نموده، رضایت و برابری ثبت با سند مرقوم را گواهی دارم. امضاء معتمد اثر انگشت صاحب سند

ج) احراز هویت توسط معرفین که یکی از آنها معتمد هم باشد.

اینجانبان..... و..... (با آدرس دقیق و ترجیحاً تلفن تماس) آقا/ خانم..... را می‌شناسیم ضمن تصدیق هویت نامبرده، مفاد این سند را برای وی قرائت نموده، رضایت و برابری ثبت با سند مرقوم را گواهی داریم. امضاء معرفین - اثر انگشت صاحب سند -

د) معتمد برای افرادی که زبان فارسی نمی‌دانند

اینجانب..... مترجم رسمی دارای پروانه شماره..... مفاد این سند را برای آقا/خانم..... از فارسی به زبان..... ترجمه نمودم رضایت وی و برابری ثبت با سند مرقوم را گواهی دارم.
امضاء مترجم - امضاء صاحب سند

ه) معتمد برای گواهی امضاء

اینجانب..... (با آدرس کامل) معتمداً مراتب را برای آقا/خانم..... قرائت نمودم رضایت وی را گواهی دارم. امضاء معتمد

منابع و مأخذ:

- ۱ - جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *دانشنامه حقوقی*، ۵ جلد.
- ۲ - جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمیم‌ولوژی حقوق*.
- ۳ - شهری، غلامرضا، *حقوق ثبت اسناد و املاک*.
- ۴ - کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی، قرارداد و ایقاع*.
- ۵ - کاتوزیان، ناصر، *قانون مدنی در نظم حقوق کنونی*.
- ۶ - حسینی، سیدمحمد رضا، *قانون مدنی در رویه قضایی*.
- ۷ - امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، جلد اول.
- ۸ - بازگیر، یداله، *حقوق ثبت (آراء دیوان عالی کشور)*.
- ۹ - صفایی، سیدحسین، قاسم‌زاده، سیدمرتضی، *حقوق مدنی اشخاص و محجورین*.
- ۱۰ - گلدوزیان، ایرج، *حقوق جزای اختصاصی*.
- ۱۱ - *مجله کانون*، شماره ۳، آذر و دی ۱۳۷۶.
- ۱۲ - *مجله کانون*، ضمیمه شماره ۵۱، تیر و مرداد ۱۳۸۳.
- ۱۳ - *مجله کانون*، شماره ۶۴ مهر و آبان ۱۳۸۵.
- ۱۴ - *مجله کانون*، شماره ۷۰، خرداد و تیر ۱۳۸۶.
- ۱۵ - *مجله کانون*، شماره ۷۷، بهمن ۱۳۸۶.
- ۱۶ - *مجله کانون*، شماره ۸۰، اردیبهشت ۱۳۸۷.
- ۱۷ - حسینی نیک، سیدحسین، *مجموعه کامل قوانین و مقررات ثبتی*.

آثار عدم مشروعیت^۱ در حقوق قراردادهای انگلستان

ترجمه عباس کاظمی نجف آبادی^۲

منبع:

Evan McKendrick
Contract Law
palgrave macmillan
15 edition, 2003
chapter 15, p. 344 – 352.

مقدمه مترجم

آشنایی با قواعد و مقررات حقوقی، برای کسانی که با حقوق انسی دارند، از هر نوع که باشد، مطلوب و لذت بخش است. در این میان، مطالعات تطبیقی، که به علت آشنایی خواننده با حقوق داخلی، مجال مقایسه و جولان ذهن را ایجاد می کند. نقاط ضعف و قوت افکار حقوقی را برای خواننده تبیین می نماید و زمینه را برای ابتکار و اظهارنظر فراهم می آورد، از جایگاه ویژه ای برخوردار است. حقوق قراردادهای انگلستان، که به دلیل تکیه بر

1. The Effects of Illigality.

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی.

رویه قضایی، از انعطاف‌پذیری خاصی برخوردار است و همواره استدلالات و مبانی احکام را به اندازه خود آنها اهمیت داده و مطرح می‌کند، می‌تواند بستر مناسبی برای این دست از مطالعات باشد. در متن حاضر، نویسنده، پس از عنوان این مطلب که قاعد کلی در برخورد با قراردادهای نامشروع، به رسمیت نشناختن آنها در دادگاه‌ها است، به مشکلاتی که این قاعده در زمینه از بین رفتن حقوق افراد و دارا شدن بلاجهت به وجود می‌آورد، اشاره می‌کند و سپس به تحلیل رویه قضایی در ارائه راه حل برای این مشکلات بر اساس تئوری‌های جدیدی همانند نظم عمومی و مصلحت می‌پردازد و در نهایت نتیجه می‌گیرد که عدم مشروعیت قراردادی نباید باعث شود که دادگاه به طور مطلق روابط به وجود آمده از آن قرارداد را نادیده بگیرد بلکه باید در موارد مختلف، تفاوت قائل شد و براساس منشأ عدم مشروعیت و میزان اهمیت آن، میان اجزاء و آثار مختلف قرارداد، قائل به تفکیک گردید.

آثار عدم مشروعیت در حقوق قراردادهای انگلستان

می‌دانیم قاعده کلی این است که دادگاه، قراردادهای غیر مشروع را اجرا نمی‌کند. هر چند دادگاه‌ها به چنین قراردادهایی ترتیب اثر نمی‌دهند، ولی ممکن است بخواهند بر اساس برخی مبانی جایگزین در جهت جبران خسارت طرف بی‌گناه گام بردارند. در دعوی شرکت استرونسمن علیه سینککل،^۱ خواننده باید مجوزهای لازم را به دست آورد تا خواهان، که براساس قرارداد باید خانه‌اش را تعمیر می‌کرد، به طور قانونی می‌توانست این کار را انجام دهد. خواننده در به دست آوردن این مجوزها ناکام ماند و با این استدلال که بدین دلیل که مجوزهای لازم کسب نگردیده، لذا اجرای قرارداد غیر قانونی بوده است، از پرداخت دستمزد خواهان، سر باز زد.

خواهان قادر نبود خواننده را از جهت قرارداد و به علت عدم تهیه مجوزهای لازم تحت تعقیب قرار دهد اما دادگاه حکم کرد که آنها می‌توانند معادل کاری را که انجام داده بودند، مطالبه کنند؛ چرا که خواننده تعهد قراردادی خود را، مبنی بر این که مجوزهای لازم را به

.1 Stronsman (1945)Ltd v.Sincocl [1955] QB 525.

دست آورد، نقض کرده بود. در دعوای شلی علیه پوداک^۱ نیز تأیید گردید که طرف یک قرارداد غیر قانونی، می‌تواند خسارات ناشی از توصیف غیر واقع همراه با سوء نیت [طرف مقابل] را مطالبه کند. هرگاه بعداً مشخص شود قرارداد، غیر قانونی بوده است، دادگاه می‌تواند در جهت حمایت از طرف بی‌گناهی که متحمل خسارت شده، اقدام نماید.

سؤال بعدی که باید پرسیده شود این است که آیا دادگاه‌ها، به طرف قراردادی که غیر قانونی بوده، اجازه می‌دهند که مبلغ معادل خدماتی را که به طرف مقابلش ارائه کرده، مطالبه نماید؟ قاعده دلفین^۲ دادگاه‌ها اجازه ندارند جبران منافی را که تحت یک قرارداد غیر قانونی منتقل شده است، مورد حکم قرار دهند.^۳ بار دیگر دادگاه‌ها در تلاش برای سازش میان دو قاعده بر آمدند، یکی با نام جلوگیری از دارا شدن ناعادلانه و دیگر ضرورت اجتناب از هر گونه ورود به قراردادهای غیر قانونی و به رسمیت شناختن آنها. رویه کلی، اجرای قاعده دوم را نشان می‌دهد.^۴ اما استثنائاتی بر این قاعده وارد شده است که این استثنائات بر اساس قاعده اول توجیه می‌شود.^۵

قبل از این که به تجزیه و تحلیل این قاعده کلی و استثنائات وارد بر آن بپردازیم، سؤال دیگری باید پاسخ داده شود. سؤال این است که در چه شرایطی طرفی که بر اساس قرارداد منفعتی را به دیگری ارائه کرده، می‌تواند جبران آن را مطالبه کند؟ نامشروع بودن، به خودی خود نمی‌تواند علت اقامه دعوا قرار بگیرد. برعکس، در بسیاری موارد، عدم

1. Shelley v. Poddock [1980] QB 348.

2. Holman v. Johnson (1775) 1 Cowp 341.

۳. برای آشنایی با یک نمونه خاص که در آن بر این قاعده تصریح شده است مراجعه کنید به حکم صادره

توسط سر استفن برو (Sir Stephen Brown) در دعوای Taylor v. Bhal [1996 CLC 377,380].
 ۴. مثلاً نگاه کنید به دعوای Mohamed v. Alaga & Co (Afirm) [2000] 1 WIR 1815 که در آن دادگاه استیناف مقرر داشت خواهان مستحق اقامه دعوی دریافت خسارت است و در صورت انجام آن، بر این نکته تأکید کرد که خواهان کمتر از خواننده مقصر بوده و ادعای دریافت غرامت، اساساً، این قاعده را که قرارداد غیرقابل اجرا است، نقض نمی‌کند؛ چرا که دعوای دریافت خسارت خواهان، براساس لزوم اجرای قرارداد مطرح نشده است (بلکه بر این مبنا است که ادعای مطالبه خسارت برای ارزش معقول خدماتی است که ارائه شده و نه قیمت قرارداد)

مشروعیت، به عنوان یک دفاع، در دعوی که برای مطالبه جبران خسارت مطرح شده، مورد استفاده قرار گرفته است.

ممکن است استدلال شود قاعده کلی که جبران خسارت را منع می‌کند، بر اساس نظریه نظم عمومی بنا نهاده شده، لذا در زمانی که طرفین متساوی التقصیر^۱ نیستند، سیاست نفی جبران خسارت به سادگی کنار می‌رود.

راه حل بهتری پیشنهاد شده که در سه مورد زیر، شرایطی که تحت آنها جبران خسارت مورد مطالبه قرار می‌گیرد، همان شرایط عادی برای جبران خسارت باشد؛ مانند اشتباه یا اکراه، و در عین حال، غیر قانونی بودن را بتوان به عنوان دفاع در دعوی خسارت، مورد استفاده قرار داد.^۲ هر چند مبانی دقیق این تفکیک مشخص نیست، سه مورد استثنایی وجود دارد که در آن، طرف قرارداد غیر قانونی، می‌تواند جبران منافی را که ارائه کرده، مطالبه کند. اولین استثنا در جایی است که طرفین متساوی التقصیر نباشند. دو دسته از دعاوی تحت این استثنا قرار می‌گیرند. اول جایی است که خواهان دچار یک اشتباه موضوعی شده که او را از نامشروع بودن ماهیت قرارداد، ناآگاه ساخته است.^۳ دومین مورد در جایی است که خواهان به واسطه توصیف متقلبانه خواننده که با عمل خود باعث مخفی کردن ماهیت نامشروع معامله از خواهان شده، به انعقاد قرارداد تشویق شده باشد^۴ یا جایی که خواهان به واسطه اکراهی که در حد سلب اختیار وی بوده، قرارداد را پذیرفته باشد.^۵ وجه دیگری از قاعده متساوی التقصیر بودن که عدم آن، مطالبه جبران خسارت را اجازه می‌دهد، جایی است که معامله بر اساس قانونی نامشروع دانسته شده که به عنوان تلاش در جهت حمایت از موقعیت خواهان به تصویب رسیده باشد.^۶

1. *Pari Delicto*.

۲ نگاه کنید به Birks, 1985.

3. *Oom V. Bruce* (1810)12 East 225.

4. *Hughes v. Liverpool Victoria Legal Friendly Society* [1916] KB 482.

5. *Smith v. Guff* (1817) 6 m & S 160.

6. *Kasumu v. Baba - Egbe* [19560 AC 539, *Kiriri Cotton v. Dewani* [1960] AC 192.

دومین استثناء در موردی که استحقاق خواهان برای جبران منافی که تحت یک قرارداد غیر قانونی ارائه کرده آن است که او به موقع، بی اعتباری قرارداد غیر قانونی را بپذیرد. پرداخت کننده، فرصتی برای اظهار ندامت و پشیمانی دارد و ممکن است در آن محدوده زمانی و مکانی، از قرارداد غیر قانونی عقب نشینی کند و جبران آنچه پرداخته است را مطالبه نماید.^۱ توجه این استثناء این است که باید به طرفین یک قرارداد غیر قانونی، انگیزه‌ای در جهت خودداری از اجرای قرارداد نامشروع داده شود. با این حال، حدود این استثناء در مواردی نامشخص است: مثلاً مشخص نیست که آیا لازم است خواهان حقیقتاً از انجام قرارداد پشیمان شده باشد یا خیر؛^۲ همچنین تعیین زمان دقیقی که پس از آن پشیمانی خواهان نمی‌تواند منشأ اثر واقع شود، مشکل است.^۳

سومین استثناء جایی است که خواهان بتواند، بدون این که به ماهیت غیر قانونی قرارداد استناد کند، حق خود را بر آن پول یا مال به اثبات برساند. منشأ این استثناء در پرونده پیچیده شرکت بومیکرز علیه شرکت ابزار بارنت^۴ بود.^۵ در دعوای بومیکرز، خواهان‌ها لوازم یدکی را خریداری کرده و بدین طریق مقررات دفاع^۶ را نقض کرده و آنها را تحت سه قرارداد غیر قانونی اجاره به شرط تملیک، به خواننده تحویل داده بودند. خواندگان، بر خلاف توافق قراردادی، مقداری از لوازم را تحویل دادند و از اجرای مابقی تعهدات خود، سر باز زدند. خواهان‌ها، بر اساس مسئولیت مدنی ناشی از غصب، دعوای جبران خسارت مطرح

۱. نگاه کنید به Taylor v. Bowers (1876) 1 QB 291, Kearley v. Thomson (1890) 24 QB 742.

۲. این مطلب توسط، Beatson 1975 به زیبایی مورد بحث قرار گرفته است.

۳. احتمالاً خیر، نگاه کنید به اظهارات قاضی (Millett) در دعوای Tribe v. Tribe [1996] CH 107, 135.

۴. اجرای کامل قرارداد مانعی جهت مطالعه خسارت است اما به نظر می‌رسد که اجرای جزئی این گونه نباشد؛ این که چگونه ممکن است با اجرای ناقص همچنان فرصت بازگشت برای طرفین قرارداد باقی بماند مسئله‌ای قابل بحث است.

۵. Bowmakers Ltd v. Barnet Instruments Ltd [1945] KB 65.

۶. همچنین نگاه کنید به Belvoir Finance v. Stapleton [1971] 1 QB 210 مباحث مربوط که توسط (Higgins (19620, Hamson (1949) مطرح شده است.

6. The Defence Regulations.

نموده و پیروز شدند. حق خوانندگان در تملک کالاها، با نقض قراردادهای اجاره به شرط تملیک، پایان یافته بود و بنابراین، خواهان‌ها می‌توانستند حق مالکیت خود بر لوازم را بدون این که بخواهند به انتقال غیر قانونی آن استناد کنند، اثبات نمایند.

پرونده بومیگز، پرونده‌ای بود که در آن خواهان‌ها، قادر به اثبات مالکیت قانونی خود بر کالاها بودند؛ اما این روش در مورد طرفی هم که بتواند وجود رابط منصفانه‌ای را بر کالاها اثبات کند، قابل اعمال است. در واقع این نتیجه‌ای است که از رأی مجلس اعیان در دعوی تینسلی علیه میلیگان^۱ ناشی می‌شود. خواهان و خوانده دوستان هم بودند. آنها مشترکاً خانه‌ای را خریداری کردند که تنها به نام خواهان به ثبت رسید تا بدین طریق خوانده بتواند، با اطلاع خواهان، از مزایای وزارت رفاه اجتماعی^۲ در مورد افراد فاقد خانه استفاده نماید. خوانده پس از مدتی از تقلبی که صورت گرفته بود، پشیمان شد و وزارت را از آنچه که انجام داده بود، مطلع ساخت. به دنبال آن، میان دو طرف مشاجره در گرفت و خواهان خانه را تخلیه کرد و سپس دعوایی را برای تصرف خانه مطرح ساخت و ادعا کرد که او تنها مالک آن خانه است. خوانده نمی‌توانست استدلال کند که حق مالکانه‌ای از طرف قانون برای او نسبت به خانه متصور است (چرا که خانه به نام خواهان بود)؛ اما او این گونه دفاع کرد که منفعت منصفانه‌ای در آن خانه به جهت مشارکت در تهیه ثمن آن دارد. خواهان استدلال کرد که خوانده، به واسطه شرکت در تقلبی که صورت گرفته، توانایی اثبات هیچ گونه منفعت منصفانه‌ای را ندارد؛ او نمی‌تواند به کمک و مساعدت دادگاه انصاف استناد کند؛ زیرا او «با دستانی پاک» به این دادگاه نیامده است. هر چند این استدلال توسط لرد گف^۳ و لرد کیث^۴ پذیرفته شد، ولی اکثریت قضات، از قبول آن امتناع کردند. اکثریت نپذیرفتند که میان قاعده حقوقی و قاعده مبتنی بر انصاف، تفاوت وجود دارد. لرد

1. Tinsley v. Milligan [1994] 1 Ac 340.

2. Department of Social Security.

3. Goff.

4. Keith.

برون - ویلکینسون^۱ ابراز داشت: «اگر حقوق این گونه مقرر دارد که یک طرف می‌تواند حق مالکانه‌ای را که تحت یک معامله غیر قانونی کسب کرده است، به اجرا بگذارد، از نظر قضایی من، باید قاعده‌ای مشابه نسبت به هر حق مالکانه‌ای که بدین طریق کسب می‌شود، اعمال گردد. تفاوتی نمی‌کند که این حق قانونی یا بر اساس انصاف باشد.»

اکثریت با پذیرش این پیشنهاد و اعمال آن در دعوی فوق، مقرر کردند که خواننده می‌تواند حق خود را مورد مطالبه کند، چرا که او به منظور اثبات حق منصفانه خود، به غیر قانونی بودن قرارداد استناد نکرده است. حق منصفانه او، به صورت معمولی، از طریق قواعد مربوط به حقوق تراستها قابل مطالبه است. این مطلب بدین دلیل است که حقوق انگلستان فرض می‌کند هنگامی که دو نفر هزینه خرید کالایی را که خرید آن تنها به نام یکی از آن دو ثبت می‌شود، فراهم می‌کنند، بدیهی است نفر دوم می‌تواند بر اساس تراستی که در این مورد حاصل می‌شود، همراه با نفر دوم و هر یک به اندازه سهمی که در تهیه ثمن داشته‌اند، در کالا شریک شود (که با عنوان «اماره تراست ایجاد شده» شناخته می‌شود). بنابراین، خواهان قادر است منفعت مبتنی بر انصاف خود را، به علت قصد مشترک طرفین و مشارکتی که در تهیه ثمن داشته است، ثابت کند. او نیازی ندارد به غیر قانونی بودن [قرارداد] استناد کند. بر عکس این خواهان است که برای انکار تراست مفروض، باید به غیر قانونی بودن توافق استناد کند که در این دعوا، خواهان این کار را انجام نداد و لذا، ادعای متقابل خواننده به نتیجه رسید.

هر دو دعوی بومیگز و تینسلی، به طرق مختلف، نشان دهنده ناتوانی رژیم جبران خسارت فعلی، در خصوص قراردادهای غیر قانونی هستند. هر چند ممکن است در مورد دعوی تینسلی گفته شود دادگاه، درجه‌ای از انسجام و پیوستگی را با امتناع از تفکیک میان حقوق و انصاف ایجاد کرد، از طرف دیگر باز هم تصمیم متخذه، بر اساس اصول و قواعد نبوده، بلکه کاملاً اتفاقی و دلخواهی بوده است. یک مثال ساده می‌تواند این مسئله را به

1. Browne- Wilkinson.

خوبی نشان دهد. تصور کنید دو طرف دعوی تینسلی، زن و شوهر بودند. اگر شوهر در موقعیت خوانده دعوا قرار می‌گرفت، دفاع او با شکست مواجه می‌شد؛ مگر این که، قبل از تحقق هدف غیر مشروعشان، از معامله عقب نشینی می‌کرد.^۱ دادگاه ادعای او را نمی‌پذیرفت، چرا که حقوق انگلستان فرض می‌کند وقتی مردی به همسرش پولی می‌دهد، آن را به عنوان هدیه به او داده است (که با عنوان «اماره اراهه» شناخته می‌شود). در حالی که خلاف این فرض قابل اثبات است و شوهر می‌تواند این پول را بر مبنای قراردادی که غیر قانونی بوده به همسر خود داده باشد، ولی دادگاه‌ها اعتقاد دارند این عمل امکان‌پذیر نیست، (البته ممکن است استدلال شود که در این فرض می‌توان از طریق مقتضی نشان داد که دادن هدیه مد نظر نبوده که در این صورت، دیگر نیازی به مطرح کردن و افشای معام ۱ نمی‌تواند وجود ندارد).

لذا این سؤال مطرح است که چه تفاوتی می‌کند طرفین دعوا زن و شوهر یا دو دوست باشند؟ مطمئناً باید جواب مسئله در هر دو مورد یکی باشد. حقوق به تازگی، بر روی آنچه که به عنوان دفاع ابراز می‌شود، تمرکز و توجه می‌کند و به اقتضائات خود دعوا توجه کمی داشته یا اصلاً توجهی ندارد. چنین رهیافتی کمتر مورد حمایت قرار گرفته است. اخیراً در دعوی نلسون علیه نلسون،^۲ دیوان عالی کشور استرالیا با اتخاذ یک رویه منعطف‌تر، با اعمال تصمیمی که توسط اکثریت در دعوی تینسلی پذیرفته شده بود، مخالفت کرد. قاضی امچاگ،^۳ به عنوان سخنگوی تصمیم اکثریت، بیان می‌کند: «نتایجی که از این دکتترین حاصل می‌شود، کاملاً اتفاقی است و همان طوری که این دکتترین، ثمرات مثبتی را به همراه دارد، دارای مضرات و خسارات نیز هست».

از طرف دیگر ممکن است استدلال شود که ریشه این مشکلات به نهاد تراست‌ها بر می‌گردد. چرا که «اماره اراهه» و فرضی که از آن تراست ناشی می‌شود، هر دو از اماره‌هایی

.1 Tribe v. Tribe [1996] ch 107.

.2 Nelson v. Nelson (1995) 184 CLR 538.

.3 Mchugh.

قدیمی و کهنه هستند که پاسخگوی نیازهای زندگی مدرن نمی‌باشند.^۱ هر چند این استدلال تا اندازه‌ای صحیح است، اما باید به این نکته نیز توجه نمود که این نظر، نافی این حقیقت نیست که حقوق، در حال حاضر، در وضعیت رضایت بخشی قرار ندارد.^۲ تصمیم دادگاه در دعوی برومیکرز نیز بدون اشکال نیست و صدور حکم به پرداخت خسارت، که بر اساس قیمت لوازم یدکی ارزیابی و تعیین شد، عملاً همان اجرای قرارداد بود. از طرف دیگر، استنکاف از صدور حکم به پرداخت خسارت، به معنای هدیه کردن مال مورد اختلاف به خواندگان بود. همان طور که کوت^۳ به این مطلب اشاره می‌کند (۱۹۷۲) «مشکل اصلی در اتفاقی بودن نتیجه این رهیافت نهفته است، در کامن لو، قاعده همه یا هیچ، بر قراردادهای غیر قانونی حکومت می‌کند».

در حقیقت، کامن لو، ابزار ضعیفی برای قاعده‌مند ساختن قراردادهای نامشروع است؛ چرا که انعطاف‌پذیری لازم را در بحث خسارات ندارد. برای مدتی به نظر می‌رسید که حقوق انگلستان، به واسطه آرایه که دادگاه استیناف در تعدادی از موارد اتخاذ کردند، به طرف انعطاف‌پذیری و مصلحت‌سنجی بیشتری در قالب اصطلاحی «وجدان عمومی» حرکت می‌کند.^۴ بر اساس این معیار، دادگاه باید در تصمیم خود، وجدان عمومی را مدنظر قرار دهد؛ چه این مطلب به دادن خسارت به خواهان منجر شود یا نشود. همچنین دادگاه نباید در جایی که تنها «به وجدان عمومی اهانت شود...» حکم به جبران خسارت بدهد، چون در غیر این صورت «... دادگاه در ظاهر از خواهان در قرارداد غیر قانونی‌اش حمایت کرده یا او را تشویق نموده و لذا دیگران را به چنین اعمالی تشویق نموده است».

۱. برای مثال نگاه کنید به دعوی Silverwood v. silverwood (1997) 74p&CR 453, 458 و همچنین Lowson v. Coombes [1999] ch 373,385 که دادگاه استیناف ابراز داشت که این دو اماره در شرایط اجتماعی و اقتصادی نوین، غیرقابل استفاده‌اند در دعوی Lawson مقرر گردید که اماره فوق میان مرد متأهل و معشوقه‌اش اجرا نمی‌شود هرچند که این اماره بین همان مرد و همسرش اجرا شده بود.

۲. نگاه کنید به Collier v. Collier [2000] EWCA Cir 1095

۳. Coote.

۴. برای مثال نگاه کنید به Euro - Diam Ltd v. Bathurst [1996] 1 QB 1

در دعوای تینسلی، لرد گف،^۱ از پذیرش چنین معیاری سر باز زد و اظهار داشت که این کار «اگر نگوئیم کاملاً، ولی تا اندازه‌ای مشکل‌تر است از این که بگوئیم دادگاه باید مصلحت را در نظر بگیرد، چه نتیجه آن، دادن حکم به خسارت باشد یا نباشد». او در حکم خود آورد که چنین معیاری نمی‌تواند مورد پذیرش قرار گیرد چرا که با اصل قدیمی‌ای که در دعوای هلمن علیه جونسون^۲ در ۱۷۷۵ بیان شده، در تعارض است که تصریح می‌کند: دادگاه‌ها نباید قدرت خود را در اختیار کسانی قرار دهند که مبنای کار خود را بر اساس اعمال خلاف قانون گذاشته‌اند.

باز هم بر این نکته تأکید می‌کنیم که لرد گف، اصلاح قواعد مربوط به خسارت را به طور کامل رد نمی‌کند. در حقیقت، او از این حقیقت آگاه است که قواعد موجود، در نتایجی که از اعمال آنها حاصل می‌شود، یکسان عمل نمی‌کنند و لذا ممکن است منجر به بی‌عدالتی گردند. اما او نتیجه می‌گیرد که به رسمیت شناختن اصلاحاتی که توسط اکثریت پیشنهاد شده است، در قلمرو اختیارات مجلس قرار دارد و نه در اختیار دادگاه‌ها. البته برای این اصلاح سابقه‌ای وجود دارد. نیوزیلند قانون قراردادهای نامشروع را در سال ۱۹۷۰ به تصویب رسانده که در آن به دادگاه‌ها، در جایی که دادگاه «در استنباط خود آن را عادلانه بیابد»، قدرت مستقل فراوانی در صدور حکم به چنین جبران خسارتی می‌دهد.^۳ لرد گف، در صحبت‌های خود در پرونده تینسلی به این قانون اشاره کرد و ادامه می‌دهد:

«در هیچ یک از ارزیابی‌ها، اشکالاتی که حقوق در مرحله اجرا با آنها روبروست، مشخص نمی‌شود... در حقیقت، تمام موارد، نشان دهند این مطلب است که اگر لازم باشد با هدف جایگزین نمودن سیستم مبتنی بر مصلحت سنجی، با قصد کمک به قوانین جاری، اصلاحاتی صورت گیرد، این اصلاح فقط چیزی خواهد بود که از طریق تصویب قانون به مرحله اجرا می‌رسد. چرا که بدین ترتیب، موضوع به طور کامل در کمیسیون

.1 Goff.

.2 Holman v. Johnson.

.۳. نگاه کنید به Furmston, 1972.

حقوقی بررسی خواهد شد که در آن، نه تنها نکات مثبت و منفی قوانین حاضر مشخص می‌شود، بلکه احتمالاً فواید و مضرات سیستم مبتنی بر مصلحت سنجی نیز نشان داده می‌شود و شکی نیست که در این راستا به طور خاص از تجربه اجرای قانون نیوزیلند استفاده می‌شود.»

به نظر می‌رسد «تجربه نیوزیلند»، پیچیده از این باشد. پروفیسور کوت در این باره نوشته است که (۱۹۹۲): «گزینه جبران خسارت و معیاری که برای اعمال آن در نظر گرفته شده، در عمل با آنچه که به نظر می‌آید مد نظر اصلاحات بوده، کاملاً متفاوت است.» دادگاه‌ها علاقمندند که «غالباً، مصلحت‌هایی را مد نظر داشته و غالباً هم آنها را اجرا کنند.» او این گونه نتیجه می‌گیرد که قانونی همانند قانون ۱۹۷۰ نیوزیلند، که چنین اختیارات گسترده‌ای را پیش‌بینی می‌کند، «به سرعت حیات مستقلی پیدا خواهد کرد و موانع ضمنی‌ای که به راحتی قابل مشاهده‌اند، به سرعت مورد غفلت یا فراموشی واقع خواهند شد.» این حرف تأکیدی بر این مطلب است که اگر قرار باشد دادگاه‌ها از ابزاری به نام مصلحت سنجی استفاده کنند، باید اصول مختلفی که در این مسیر دادگاه باید از آنها استفاده کند، کاملاً تبیین گردد.

کمیسیون حقوقی به تازگی پیشنهاد لرد گف را قبول نموده و پروسه‌ای را برای اصلاح قوانین مربوط به تأثیر عدم مشروعیت بر قراردادها و تراست‌ها آغاز نموده است. قانون پیشنهادی آنها در بر دارنده اسناد مشورتی (۱۹۹۹) است که می‌گوید: باید به دادگاه‌ها، قدرت اعمال مصلحت بینی داده شود؛ اما چنین مصلحت بینی‌ای باید در این چارچوب و محدوده باشد که دادگاه‌ها چنین اختیاری نداشته باشد که خسارات وارد بر دو طرف یک قرارداد غیر قانونی را مورد حکم قرار دهد. در یک نگاه کلی، کمیسیون پیشنهاد می‌کند که دادگاه‌ها، باید در تصمیم خود، در موارد ذیل، مصالح را مدنظر قرار دهند، چه به عدم مشروعیت به عنوان یک دفاع استناد بشود و چه خیر:

(الف) به عنوان دفاع در برابر خواسته اجرای قرارداد، زمانی که تشکیل، هدف یا اجرای

قرارداد متضمن ارتکاب عملی غیر قانونی باشد.

ب) به عنوان دفاع در برابر خواسته استرداد مال به واسطه دارا شدن ناعادلانه، در مورد اموالی که تحت قراردادی که به علت غیر قانونی بودن غیر قابل اجرا از طریق دادگاه است، تحویل گردیده.

ج) به عنوان دفاع در برابر تأیید انتقال قراردادی یا ایجاد حقوق مالکانه تحت قراردادی که تشکیل، هدف یا اجرای آن متضمن ارتکاب عمل غیر قانونی (به غیر از نقض قرارداد موضوع دعوا) یا مخالف با نظم عمومی باشد. اما چنین عدم مشروعیتی نباید منجر به بی اعتباری وضعیت حقوقی مال نسبت به خریدار ثالثی که از غیر قانونی بودن قرارداد قبلی بی اطلاع بوده، گردد.

به هر حال کمیسیون حقوقی موقتاً دستور داد که چنین مصلحت بینی باید در چارچوبی خاص شکل بگیرد؛ یعنی در هر پرونده‌ای که اعمال می‌گردد، دادگاه باید به موارد ذیل توجه داشته باشد:

۱ - منشأ غیر قانونی بودن موضوع و اهمیت آن.

۲ - آگاهی و قصد خواهان.

۳ - این که استنکاف از صدور حکم به خسارت، آیا به عنوان یک مانع عمل خواهد کرد یا نه؟

۴ - این که استنکاف از صدور حکم به خسارت، آیا به تقویت اهداف قانونی که بر اساس آنها قرارداد نامشروع است، کمک خواهد کرد یا نه؟

۵ - این که استنکاف از صدور حکم به خسارت، با عدم مشروعیت مورد آن تناسب دارد یا خیر؟

همچنین باید به این مسئله نیز توجه داشت که مصلحت بینی دادگاه، محدود به این پرسش است که گذشته از این که قرارداد قابل اجرا باشد یا نباشد، آیا منافع ناشی از دارا شدن ناعادلانه، مسترد خواهد شد یا حقوق مالکانه مورد تأیید قرار خواهد گرفت یا خیر؟

این قاعده، صریحاً چنین اجازه‌ای به دادگاه‌ها نمی‌دهد که خسارات وارد بر دو طرف قرارداد غیر قانونی را مورد حکم قرار دهند یا قرارداد را تعدیل سازند (و بدین معنی، در جهتی که قانون نیوزیلند تعیین کرده است، حرکت نمی‌کنند).

کمیسیون حقوقی، با در نظر گرفتن «زمانی برای پشیمانی»، دستور داد که دادگاه باید در راستای اجازه دادن به طرفی که از قرارداد غیر قانونی عقب نشسته و استرداد منافی را که تحت قرارداد در اختیار طرف مقابل قرار داده مطالبه می‌کند، به مصلحت اندیشی پرداخته و در صورت لزوم به آن حکم دهد. البته این کار در صورتی صحیح است که اجازه مطالبه استرداد این منافع توسط طرفی از قرارداد که عقب نشسته است، احتمال تکمیل انجام عمل غیر قانونی یا انجام گرفتن قصد نامشروع را کاهش دهد. موفقیت ادعای عقب‌نشینی از قرارداد توسط خواهان، بستگی دارد به این که وی بتواند ابتدائاً دادگاه را قانع نماید که قرارداد، نمی‌تواند علیه او به اجرا در آید.

علاوه بر این، آنها مقرر کردند که دادگاه، در تصمیم‌گیری در تشخیص این مسئله که آیا یک طرف قرارداد می‌تواند از انجام آن کناره‌گیری کرده و خسارت را مطالبه کند یا خیر، باید توجه داشته باشد که آیا خواهان حقیقتاً از انجام عمل غیر قانونی پشیمان شده است یا نه (البته این شرط را نباید به عنوان یک شرط ضروری برای مصلحت بینی و استنباط دادگاه تلقی کرد). و همچنین میزان عدم مشروعیت عمل مذکور چقدر است.

این پیشنهادها در راستای تلاش برای ارائه اصول ثابت حقوقی است، ضمن اینکه قابلیت انعطاف بیشتری را به دادگاه‌ها، به منظور اتخاذ تصمیم، با توجه به شرایط هر دعوای خاص، نیز می‌دهد.

در مورد این پیشنهادات دو نکته قابل تأمل است. اول این که تلاش به منظور اعطا قدرت مصلحت‌سنجی به دادگاه‌ها ممکن است با شکست مواجه شود؛ چرا که معیارهای مربوط به آن بسیار کلی‌اند. دوم این که، ممکن است استدلال شود این پیشنهادات، از ایده اصلی این کار که جمع‌آوری تعداد زیادی از قراردادهای، تحت یک نظام مصلحت‌سنجی

واحد بوده، بسیار فاصله گرفته‌اند و مخصوصاً، با توجه به این مسأله که این پیشنهادات، نه تنها در مورد قراردادهایی که شکل‌گیری آنها خلاف قانون است اعمال می‌شود، بلکه شامل قراردادهایی که اجرای آنها نیز نامشروع است، می‌گردد. اجرای این پیشنهادات، با این گستردگی، می‌تواند با این انتقاد مواجه شود که با قرار گرفتن در مقابل اصل آزادی قراردادها، دخالت بیش از اندازه و ناروای دادگاه‌ها را در روابط قراردادی تجویز می‌نمایند. (که ممکن است به نقض حقوق بشر بیانجامد). شاید یک راه حل برای این مشکل این باشد که مقرر گردد، دادگاه‌ها باید با این اماره که قرارداد قابل اجرا است، رسیدگی خود را شروع کنند و این اماره فقط زمانی از بین می‌رود که دلایل نقض کننده آن، به روشنی، وجود داشته باشد.

نتیجه

نهایتاً این که شاید بتواند قسمت عدم مشروعیت قرارداد و قسمت اجرای آن را از یکدیگر جدا کرد. اگر قسمت عدم مشروعیت قرارداد بتواند از بقیه قرارداد جدا شود، بدون این که باعث شود باقیمانده قرارداد از اصل و بنیان با عین قراردادی که طرفین آن را منعقد نموده‌اند، متفاوت گردد، دادگاه باید جدا کردن قسمت نامشروع قرارداد از سایر قسمت‌ها را اولویت بدهد؛ بدین شرط که این تجزیه، در تضاد با نظم عمومی‌ای که منجر به غیر قانونی قلمداد شدن قرارداد شده است، نباشد.^۱

۱. برای توضیح بیشتر مراجعه کنید به Treitel, 1999, pp. 465-71.

ماهیت و آثار امضای الکترونیکی در حقوق ایران، مقررات آنسیترال

دکتر رسول مظاهری^۱

علیرضا ناظم^۲

چکیده

امضای الکترونیکی عبارت از داده‌ای الکترونیکی است که به یک داده پیام ضمیمه می‌گردد و موجبات شناسایی شخص و اعلام رضایت وی به مفاد داده پیام را فراهم می‌آورد.

در یک دسته‌بندی، امضای الکترونیکی به لحاظ ارزش اثباتی آن به دو نوع امضای الکترونیکی ساده و امضای الکترونیکی مطمئن منقسم می‌شود.

امضای الکترونیکی ساده مطابق بند «ی» ماده ۲ قانون تجارت الکترونیکی ایران «هر نوع علامت منضم شده و یا به نحو منطقی متصل شده به داده پیام است که برای شناسایی امضا کننده مورد استفاده قرار می‌گیرد». اما امضای الکترونیکی مطمئن بر اساس ماده ۱۰ همان قانون امضایی است که «الف - نسبت به امضا کننده منحصر به فرد باشد، ب - هویت امضا کننده داده پیام را معلوم کند، ج - به وسیله

۱. عضو هیأت علمی گروه حقوق دانشگاه اصفهان.

۲. کارشناس ارشد حقوق خصوصی و سردفتر اسناد رسمی.

امضا کننده و یا تحت اراده انحصاری او صادر شده باشد، د - به نحوی به یک داده پیام متصل شود که هر گونه تغییری در آن داده پیام، قابل تشخیص باشد».

مساله دیگری که در خصوص امضای الکترونیکی مطرح است بررسی ارزش اثباتی امضای الکترونیکی ساده و مطمئن است. امضای الکترونیکی ساده همانند امضای مندرج در اسناد عادی قابل انکار و تردید است، اما امضای الکترونیکی مطمئن به لحاظ ارزش اثباتی مانند امضای مندرج در اسناد رسمی است و صرفاً می توان در مورد آن ادعای جعل مطرح کرد که اثبات آن بر عهده مدعی است.

اصول کلی حقوقی حاکم بر جنبه اثباتی امضای الکترونیکی عبارتند از: اصل پذیرش امضای الکترونیکی، اصل عدم تبعیض بین امضای الکترونیکی ساده و مطمئن، اصل برابری آثار امضای دستی و امضای الکترونیکی، اصل در حکم نوشته بودن داده پیام، اصل اصیل بودن داده پیام.

در حال حاضر تنها امضایی که از آن با نام امضای الکترونیکی مطمئن یاد می شود، امضای رقمی است زیرا این امضا منحصر به فرد بوده امکان شناسایی امضاکننده را فراهم می کند، تحت اراده انحصاری او قرار دارد و هر گونه تغییرات بعدی در داده پیام و امضا از طریق آن قابل کشف است. این موارد دقیقاً ویژگی های امضای الکترونیکی مطمئن در قانون تجارت الکترونیکی و قانون نمونه امضای الکترونیکی آنسیترال (۲۰۰۱) است.

قاعده کلی در مورد امضای الکترونیکی این است که این امضا به لحاظ آثار همانند امضای دستی است و آثار آن عبارتند از: دلالت داشتن بر قصد انشاء، شناسایی فرد، تأیید محتویات سند و دلالت بر انتساب سند به امضاکننده. در این مقاله با بررسی ابعاد حقوقی امضای الکترونیکی چگونگی ایجاد و بهره برداری از آن را مورد بررسی قرار داده آثار حقوقی و تغییرات احتمالی مورد نیاز در مقررات را تحلیل حقوقی کرده ایم.

کلید واژگان: امضای الکترونیکی، امضای رقمی (دیجیتالی)، امضای الکترونیکی مطمئن،

ارزش اثباتی امضای الکترونیکی.

۱- تعریف امضای الکترونیکی^۱

در تعریف امضای الکترونیکی قانونگذاران و حقوقدانان تعبیر متفاوتی دارند. هر کدام بر جنبه‌ی خاصی از آن توجه کرده‌اند؛ بعضی به مسائل فنی و برخی دیگر به جنبه‌های حقوقی آن توجه داشته‌اند. در این جا ابتدا به تعاریفی که از امضای الکترونیکی شده است می‌پردازیم و سپس با بررسی هر یک از آنها تعریف برگزیده خود را ارائه خواهیم کرد.

در بند ۲ ماده ۱۳ پیش نویس قانون تجارت الکترونیکی آمده بود: «امضای الکترونیکی عبارت از هر نوع علامت یا روشی است که به یک داده، منضم شده و برای شناسایی امضاکننده داده مورد استفاده قرار می‌گیرد.» سپس قانونگذار ایران در سال ۱۳۸۲ با کمی تغییر، در «ماده ۲» قانون تجارت الکترونیکی در تعریف امضای الکترونیکی اظهار داشت: «امضای الکترونیکی عبارت از هر نوع علامت منضم شده یا به نحو منطقی متصل شده به «داده پیام»^۲ است که برای شناسایی امضا کننده «داده پیام» مورد استفاده قرار می‌گیرد.»

در این تعریف امضای الکترونیکی نوعی «علامت» تعبیر شده است حال آنکه به نظر می‌رسد عبارت مناسب‌تر با فضای مجازی رایانه «داده» است و بهتر بود قانونگذار به جای عبارت «علامت» از «داده» استفاده می‌کرد. البته شاید علت این امر آن باشد که قانونگذار ایران با عنایت به تعریف کهن امضا که هر نوع «علامت یا نوشته» در کتب حقوقدانان تعبیر شده است و این که هنوز عبارت جدید «داده»^۳ وارد ادبیات حقوقی کشور نگردیده، چنین لفظی را استعمال کرده است، اما به هر حال ضروری است اصطلاحات جدید وارد ادبیات حقوقی رایانه‌ای ایران گردد. دومین نکته این است که، قانونگذار تفاوت بین «انضمام امضا و اتصال آن به نحو منطقی» به یک داده پیام را روشن نکرده است. علت این امر می‌تواند تبعیت صرف و ترجمه لفظ به لفظ از منابع خارجی باشد. در متون خارجی

1. Electronic Signature.

2. Data Message.

۳. «داده» به کوچکترین واحد اطلاعات در رایانه میگویند.

و از جمله راهنمای تصویب ضمیمه شده به قانون نمونه آنسیترال نیز این تعابیر تعریف نشده‌اند و با توجه به این که مفاهیم این عبارات هنوز آشنای ذهن حقوقدانان نیست، لازم است از طریق تفسیر و آوردن آنها در کتب و مقالات حقوقی کاملاً واضح گردد. ظاهراً منضم شدن اشاره به مواردی دارد که شکل اسکن شده امضای دستی ضمیمه سند و ارسال می‌گردد و اتصال به نحو منطقی، اشاره به سامانه امضا با کلید اختصاصی و محرمانه است که پس از رمزنگاری تنها با کلید عمومی همین تاجر یا با کلید محرمانه مشترک قابل رمزگشایی است که در ظاهر چیزی دیده نمی‌شود ولی منطقیاً مرتبط است.

نکته دیگر آن که این تعریف صرفاً به يك جنبه از آثار امضا یعنی «شناسایی امضا کننده» عنایت دارد حال آنکه به نظر می‌رسد با توجه به این که امضا در قرارداد، وسیله ابراز اراده و رضایت طرفین است، اثر اصلی و مهم آن، اعلام رضایت و التزام به مفاد سند است که در این ماده مورد غفلت قرار گرفته است.

در ماده ۲ قانون نمونه آنسیترال (۲۰۰۱) امضای الکترونیکی چنین تعریف شده است: «امضای الکترونیکی عبارت از داده الکترونیکی، منضم شده و یا به صورت منطقی متصل شده به یک داده پیام است و برای تشخیص هویت امضا کننده داده پیام و تأیید وی نسبت به اطلاعات موجود در داده پیام، مورد استفاده قرار می‌گیرد»^۱.
با نگاهی به این تعریف و مقایسه آن با تعریف قانون تجارت الکترونیکی ایران در می‌یابیم که:

۱- قانون آنسیترال امضای الکترونیکی را، «داده» معرفی کرده است بنابراین از تعریف قانون ایران پیشرفته تر است. ۲- قانون آنسیترال به دو کارکرد امضا یعنی؛ شناسایی امضا کننده و رضایت وی به مفاد سند توجه کرده است اما در قانون ایران تنها به شناسایی امضاکننده اشاره شده است. بهتر بود قصد التزام به مفاد سند نیز برای تکمیل تعریف ذکر

1. Art.2“ Electronic signature” means data in electronic form in, affixed to or logically associated with, a data message, which may be used to identify the signatory in relation to the data message and to indicate the signatory’s approval of the information contained in the data message.

می‌گردید زیرا عنصر معنوی امضا در يك قرارداد، قصد التزام طرفین به مفاد سند است و در غیر این صورت امضا از هیچ ارزش حقوقی برخوردار نخواهد بود.

بند «ه» ماده ۲-۱۶۳۳ قانون مدنی ایالت کالیفرنیا چنین مقرر کرده است: «امضای الکترونیکی به معنی صدا، نماد یا فرآیند الکترونیکی است که شخصی آن را می‌پذیرد و ضمیمه مدارك الکترونیکی خود می‌کند». (California Government Code 2001, & 16.5d)

با نگاهی اجمالی به این تعریف و با عنایت به مطالب پیش گفته در می‌یابیم که قانونگذار هیچ گونه عنایتی به جنبه‌های حقوقی امضای الکترونیکی نداشته و صرفاً يك تعریف فنی از امضای الکترونیکی نموده است.

در بند ۷ ماده ۱۴ قانون نمونه دفاتر اسناد رسمی ایالات متحده، امضای الکترونیکی به معنی «هرگونه صدا، علامت یا فرآیند الکترونیکی است که به مدرك الکترونیکی با لحاظ شرایط علمی ضمیمه یا با آن همسان شده و این امضا از سوی شخصی که قصد پذیرش مدارك را دارد، زده شده یا به دستور و برای او طراحی شده است» (Model Notary Act 2002, & 14.7)

همان طور که ملاحظه می‌گردد، تعبیر فوق از امضای الکترونیکی، صرفاً يك تعبیر با رویکرد فنی از آن است. تنها عبارت «قصد پذیرش» تا حدودی دلالت بر جنبه حقوقی امضا دارد.

ماده (۸) قانون ایالت یوتا مقرر می‌دارد: «امضای الکترونیکی عبارت از يك صدا، یا علامت یا فرآیند الکترونیکی است که به يك سند الکترونیکی متصل یا به طور منطقی منضم گردیده است و این کار توسط فردی به قصد امضای يك سند الکترونیکی انجام می‌شود» (UtahCode 1995 & 2.8)

همین تعریف در بند ۸ قسمت دوم قانون متحد الشكل معاملات الکترونیکی تکرار شده است (Uniform Electronic Transaction Act 1999, & 2.8) و همچنین در بند ۵ بخش ۱۰۶ قانون امضای الکترونیکی در قانون تجارت ملی و فرا ملی ایالات متحده نیز ذکر

شده است (ESIGN Act 2000, § 106.5)

در این تعریف نیز قانونگذار می‌توانست به جای عبارت «صدا و علامت» عبارت «داده» را به کار گیرد زیرا «داده» می‌تواند غیر از موارد فوق، موارد دیگری را نیز در برگیرد. نکته مهم آن است که در این تعریف به «قصد امضا» نمودن سند توجه شده است که این تعبیر دیگری از همان مفهوم «قصد التزام» به مفاد سند است.

در جای دیگری آمده است: «امضای الکترونیکی يك داده‌ای به شکل الکترونیکی است که به داده الکترونیکی دیگری متصل یا به نحو منطقی منضم شده و به منظور اثبات اصالت آن به کار می‌رود» (Anonymous 2001, p3).

این تعریف تنها به جنبه اثبات اصالت سند در صورت طرح ادعای جعل در مراجع حقوقی توجه کرده است و به سایر آثار مهم امضا که به آنها اشاره شد، توجهی نکرده است. همچنین در فرهنگ اصطلاحات «دفتر ارتباطات فدرال امریکا»^۱ آمده است: «امضای الکترونیکی يك شیوه فنی است که تضمین اصالت سند یا نامه الکترونیکی و هویت فرستنده پیام را ممکن می‌سازد» (Anonymous 2006).

در «دایره المعارف ویکیپدیا» آمده است: «اصطلاح امضای الکترونیکی عبارت است از يك روش امضای پیام که:

الف) فرد خاصی را به عنوان فرستنده پیام شناسایی و تأیید می‌کند.

ب) رضایت او را نسبت به اطلاعات موجود در پیام نشان می‌دهد.» (Wikipedia 2008).

فرهنگ لغات حقوقی آکسفورد امضای الکترونیکی را چنین تعریف کرده است: «امضای الکترونیکی قسمتی از يك داده است که ملحق یا منضم به سند یا قراردادی است که به طور الکترونیکی و به منظور اثبات اصالت يك ارتباط ارسال شده است» (Oxford 2001, p169). این تعریف نیز همچون تعاریف سابق جامع نیست و به همه کارکردهای امضا

1. Federal Office Of Communications.

توجهی نکرده است.

ماده ۱۳۱۶-۴ اصلاح قانون مدنی فرانسه مقرر می‌دارد: «امضای الکترونیکی در عمل عبارت از رویه قابل اعتمادی است برای شناسایی که رابطه امضا را با سندی که با آن مرتبط است تضمین می‌کند.» (زرکلام ۱۳۸۴، ص ۱۵۰). این تعریف علی‌رغم آنکه دو کارکرد مهم امضا را مورد توجه قرار می‌دهد، اما «امضای الکترونیکی» را «رویه» می‌نامد حال آنکه امضای الکترونیکی «داده»‌ای است که به يك سند الکترونیکی ملحق می‌گردد. ماده ۱-۲ دستورالعمل اتحادیه اروپا در زمینه امضای الکترونیکی بیان داشته است: «امضای الکترونیکی داده‌ای است به شکل الکترونیکی، که به سایر داده‌های الکترونیکی ضمیمه و یا منطقاً متصل است و به عنوان روشی برای اثبات هویت به کار می‌رود» (Directive 1999, & 1.2).

از برآیند همه تعاریف ذکر شده می‌توان نکات ذیل را استنباط نمود و در تعریف امضای الکترونیکی مورد توجه قرار داد:

۱- امضای الکترونیکی يك داده الکترونیکی است که به يك داده الکترونیکی دیگر (سند یا قرارداد) متصل می‌شود.

۲- امضای ذیل سند که توسط خود شخص و یا به دستور او انجام می‌گیرد، برای شناسایی شخص امضا کننده به کار می‌رود.

۳- تصدیق محتوای سند و اعطای اثر حقوقی به آن یکی دیگر از کارکردهای امضای الکترونیکی است که باید مورد توجه قرار گیرد.

۴- آخرین و مهم‌ترین نکته این که، امضا به طور مطلق (الکترونیکی یا دستی) باید واجد يك عنصر معنوی به نام «قصد التزام به مفاد سند» باشد. این همان چیزی است که در واقع به يك امضا اثر حقوقی می‌بخشد. در نتیجه، در صورتی که فردی در طول يك فرآیند اقدام به کلیک کردن عبارت «من قبول دارم»^۱ کند بدون این که قصد التزام به مفاد

1. "I agree".

سند داشته باشد، امضا در معنای حقوقی شکل نگرفته است. به عنوان مثال، وقتی يك نفر از طریق پایگاه الکترونیکی يك فروشنده، کالا یا خدماتی را سفارش می‌دهد، آن فرد موظف است اطلاعاتی را که در قسمت‌های مختلف يك فرآیند، که در نهایت منجر به دریافت کالا یا خدمات می‌شود، ارایه دهد. وقتی آن شخص به مرحله آخر می‌رسد و عبارت «من قبول دارم» را کلیک می‌کند. آن فرآیند را با قصد ملحق شدن به سند انجام داده است. یعنی با پذیرفتن این فرآیند، انجام يك «عمل حقوقی» را قصد می‌کند و امضا نشانه آن است.

باتوجه به مطالب بیان شده به نظر می‌رسد می‌توان امضای الکترونیکی را چنین تعریف کرد: امضای الکترونیکی عبارت از داده‌ای است که به قصد التزام به مفاد يك داده پیام به آن ملحق یا منطقیاً به آن منضم شده است و موجبات شناسایی شخص و رضایت وی به مفاد داده پیام را فراهم می‌آورد و بنابراین از اعتبار حقوقی برخوردار است.

۲- انواع امضاهاى الکترونیکی

در یک تقسیم بندی دیگر بر اساس ارزش اثباتی و سطح ایمنی فراهم شده، امضای الکترونیکی را به دو دسته ساده و مطمئن تقسیم می‌کنند. این تقسیم بندی در قوانین مختلف از جمله قانون نمونه آنسیترال (۲۰۰۱) و قانون تجارت الکترونیکی ایران بیان شده است.

۲-۱- امضای الکترونیکی ساده

در بند «ی» ماده ۲ قانون تجارت الکترونیکی ایران امضای الکترونیکی بدین گونه تعریف شده است: «امضای الکترونیکی عبارت است از هر نوع علامت منضم شده یا به نحو منطقی متصل شده به داده پیام است که برای شناسایی امضا کننده داده پیام مورد استفاده قرار می‌گیرد.» همچنین بند «الف» ماده ۲ قانون نمونه آنسیترال (۲۰۰۱) نیز در تعریف این امضا آورده است: «امضای الکترونیکی به معنای داده الکترونیکی است که به یک داده پیام منضم، یا به نحو منطقی متصل شده است و برای شناسایی امضا کننده و

تأیید وی در خصوص اطلاعات موجود در داده پیام به کار می‌رود.^۱ شایان ذکر است که عبارت امضای الکترونیکی ساده به صراحت در مقررات فوق‌الذکر نیامده است اما با توجه به نوع مطمئن آن، عنوان امضای الکترونیکی ساده انتخاب شده است.

به نظر می‌رسد، اگر در تعریف قانون ایران همانند قانون نمونه آنسیترال، تأیید امضا کننده نیز از جمله آثار آن ذکر می‌شد، تعریف کامل و دقیق‌تری بود.

۲-۲- امضای الکترونیکی مطمئن^۲

ماده ۱۰ قانون تجارت الکترونیکی ایران که ناظر به بند «ک» ماده ۲ همان قانون است، در تعریف این نوع امضا می‌گوید: «امضای الکترونیکی مطمئن باید دارای شرایط زیر باشد:

- الف - نسبت به امضا کننده منحصر به فرد باشد.
- ب - هویت امضا کننده داده پیام را معلوم کند.
- ج - به وسیله امضا کننده و یا تحت اراده انحصاری وی صادر شده باشد.
- د - به نحوی به یک داده پیام متصل شود که هر تغییری در آن داده پیام، قابل تشخیص و کشف باشد.^۳

همچنین در بند ۳ ماده ۶ قانون نمونه آنسیترال (۲۰۰۱) آمده است: «امضای الکترونیکی

1. Art2(a) "Electronic signature" means data in electronic form in, affixed to or logically associated with, a data message, which may be used to identify the signatory in relation to the data message and to indicate the signatory's approval of the information contained in the data message".

2. Secure Electronic Signature.

3. Art6.3. "An electronic signature is considered to be reliable for the purpose of satisfying the requirement referred to in paragraph 1 if: (a) The signature creation data are, within the context in which they are used, linked to the signatory and to no other person; (b) The signature creation data were, at the time of signing, under the control of the signatory and of no other person; (c) Any alteration to the electronic signature, made after the time of signing, is detectable; and (d) Where a purpose of the legal requirement for a signature is to provide assurance as to the integrity of the information to which it relates, any alteration made to that information after the time of signing is detectable".

قابل اعتماد باید دارای شرایط زیر باشد:

الف - داده ایجاد امضا به همراه مطالبی که در آن امضا مورد استفاده قرار می‌گیرد، مرتبط با شخص امضا کننده باشد و نه فرد دیگری.

ب - داده ایجاد امضا در زمان امضا، تحت کنترل امضا کننده باشد و نه فرد دیگری.

ج - هر گونه تغییری در امضا، بعد از زمان امضا، قابل کشف باشد.

د - در جایی که هدف از امضا حصول اطمینان در خصوص اصالت اطلاعات مرتبط با

امضا است، هر گونه تغییری در اطلاعات بعد از امضا، قابل کشف باشد.»

با مقایسه بندهای این دو ماده با یکدیگر دو نکته به دست می‌آید: اول اینکه بند «ب» ماده ۱۰ قانون تجارت الکترونیکی ایران در قانون نمونه آنسیترال معادلی ندارد. شاید علت این موضوع این است که وجود شرط مندرج در بند «الف» قانون ایران مبنی بر لزوم منحصر به فرد بودن امضا نسبت به امضاکننده، موجبات تعیین هویت او را نیز فراهم می‌کند و دیگر نیازی به ذکر بند «ب» نیست و به همین دلیل قانون نمونه تعیین هویت امضاکننده را از جمله شرایط امضای الکترونیکی بیان نکرده است.

نکته دوم آنکه بند «ج» قانون نمونه آنسیترال نیز در قانون تجارت الکترونیکی ایران معادلی ندارد و به نظر می‌رسد لازم بود این شرط نیز، که در خصوص اطمینان از عدم تغییرات بعدی در امضا است، مورد اشاره قرار می‌گرفت. اما قانونگذار ایران صرفاً اطمینان در خصوص عدم تغییرات بعدی در داده پیام را مورد اشاره قرار داده است.

شایان ذکر است که مقررات ایالات متحده آمریکا هیچ تفاوتی بین امضای الکترونیکی ساده و مطمئن قائل نشده است (E-sign Act 2000) این در حالی است که در دستورالعمل امضای الکترونیکی اتحادیه اروپا نوع دیگری از امضای الکترونیکی به نام «امضای الکترونیکی واجد شرایط»^۱ ذکر شده است و که این امضا در واقع همان امضای الکترونیکی مطمئن است که مبتنی بر گواهی یک مرجع رسمی دولتی باشد. (Directive. 1999, Art.2)

.1 Qualified Electronic Signature.

این در حالی است که اگرچه در قانون تجارت الکترونیکی ایران نیز این رویکرد مورد لحاظ قرار گرفته است اما در آیین نامه اجرایی ماده ۳۲ این قانون امضای رقمی به عنوان امضای الکترونیکی قابل استفاده در نظر گرفته شده است.

اکنون سوالی که در ذهن مطرح می‌گردد این است که علت تقسیم امضا به انواع ساده و مطمئن در قانون تجارت الکترونیکی ایران و قانون نمونه‌ی آنسیترال (۲۰۰۱) چیست. پاسخ این سوال در بخش بعدی تحت عنوان «اعتبار حقوقی امضای الکترونیکی» ارایه می‌گردد.

۳- اعتبار حقوقی امضای الکترونیکی

یکی از موضوعات اساسی در ارتباط با موضوع حقوقی ارزش اثباتی^۱ آن است. به عبارت دیگر، قابلیت استناد در محاکم در صورت طرح دعوی در دادگاه، علت اصلی پرداختن به جنبه‌های حقوقی مسائل مبتلا به است. اطلاعات ذخیره شده در قالب‌های الکترونیکی ممکن است بنا به دلایل مختلف نگهداری و بازیابی گردند. یکی از این دلایل اقامه دعوی در محاکم است. اگر تاجری که معامله‌ای را در قالب تجارت الکترونیکی انجام داده مجبور به حضور در دعوی به عنوان خواهان یا خواننده شود، مطمئناً اسناد الکترونیکی، نقش بسیار مهمی به عنوان دلیل بر عهده خواهند داشت (Winn, "et, al" 2002, p20.2) پذیرش و ارزش اثباتی این اسناد الکترونیکی بستگی به اعتبار حقوقی امضای مندرج در آن دارد. همچنین اطمینان خاطر در خصوص اعتبار حقوقی امضای الکترونیکی یکی از عوامل اساسی در ارتباط با توسعه تجارت الکترونیکی است چرا که فقدان يك نظام حقوقی منسجم در ارتباط با امضای الکترونیکی امکان انجام معامله به روش الکترونیکی را برای بازرگانان مشکل می‌کند، زیرا قراردادهای تجاری الکترونیکی تحقق نمی‌یابد مگر اینکه امضای الکترونیکی، معتبر و لازم الاجرا باشد (parry and Moor and James 2008, p5) به عبارت دیگر سرعت و اطمینان که از لوازم

.1 Evidentiary value.

توسعه تجارت است ایجاب می‌کند که بازرگانان این اطمینان را داشته باشند که در صورت طرح دعوا در دادگاه یا نزد داور، بتوانند به امضای الکترونیکی ذیل قراردادها یا نامه‌های الکترونیکی استناد کنند و قضات و داوران آن را بپذیرند.

در این بخش به بررسی این موضوع خواهیم پرداخت که آیا به لحاظ قانونی، امضای الکترونیکی در محاکم یا مراجع اداری قابل استناد است. در صورت قابل استناد بودن، از چه میزان ارزش اثباتی برخوردار است؟ آیا بین انواع مختلف امضای الکترونیکی که در قانون به آنها اشاره شده (ساده، مطمئن) به لحاظ ارزش اثباتی وجود دارد؟ آیا امضای دستی و امضای الکترونیکی به لحاظ اثباتی از ارزش حقوقی یکسانی برخوردارند. این فصل از مقاله در صدد پاسخ‌گویی به این سوالات است. برای ورود به این مبحث ابتدا لازم است اصول حقوقی حاکم بر جنبه اثباتی امضای الکترونیکی مورد بررسی قرار گرفته، سپس به جزئیات مطالب پردازیم.

۳-۱- اصول حقوقی حاکم بر جنبه اثباتی امضای الکترونیکی

۳-۱-۱- اصل پذیرش امضای الکترونیکی^۱

ماده ۱۲ قانون تجارت الکترونیکی مقرر می‌دارد: «اسناد و ادله اثبات دعوی ممکن است به صورت داده پیام بوده و در هیچ محکمه یا اداره دولتی نمی‌توان بر اساس قواعد ادله موجود، ارزش اثباتی داده پیام را صرفاً به دلیل شکل و قالب آن رد کرد». این اصل در خصوص الزام پذیرش امضای الکترونیکی در محاکم است. به این معنی که قاضی باید امضای الکترونیکی را به عنوان دلیل پذیرفته آن را مورد بررسی قرار دهد، هر چند ممکن است پس از بررسی پرونده، صاحب امضای الکترونیکی قادر به اثبات موضوع دعوا نباشد. اما به هر حال نباید امضا را صرفاً به علت قالب الکترونیکی آن رد کند. این قاعده در ماده ۹ و ۵ قانون نمونه ۱۹۹۶ بیان شده است. بر اساس ماده ۹ «در هر اقدام حقوقی هیچ یک از قواعد اثبات دعوا نباید به گونه‌ای اعمال گردد که منجر به عدم پذیرش داده پیام به

1. Principle of Admissibility.

عنوان دلیل شود: الف - صرفاً به این دلیل که در قالب یک داده پیام است...^۱ و همچنین در ماده ۵ همان قانون آمده است: «اثر حقوقی، اعتبار و قابلیت اجرای اطلاعات نباید صرفاً به علت این که در قالب داده پیام است، مورد انکار قرار گیرد».^۲ همچنین در اکثریت قریب به اتفاق قوانین تجارت الکترونیکی سایر کشورها و دستورالعمل اتحادیه اروپا به عنوان يك اصل کلی مورد پذیرش قرار گرفته است (Alberts and van der hof 1999,p5)

۳-۱-۲- اصل برابری آثار^۳ (امضای دستی و امضای الکترونیکی)

همان طور که در مبحث کارکردهای امضای الکترونیکی مطرح شد، مطابق ماده ۷ قانون تجارت الکترونیکی ایران «هرگاه قانون، وجود امضا را لازم بداند امضای الکترونیکی مکفی است». این اصل در بند يك ماده ۶ قانون نمونه امضای الکترونیکی (۲۰۰۱) و بند يك ماده ۷ قانون نمونه تجارت الکترونیکی (۱۹۹۶) بیان شده است. مطابق این اصل، بین امضای دستی در اسناد کاغذی و امضای الکترونیکی به لحاظ آثار هیچ تفاوتی وجود ندارد.

۳-۱-۳- اصل عدم تبعیض^۴ (بین امضای الکترونیکی ساده و مطمئن)

اصل دیگری که در ارتباط با امضای الکترونیکی در حقوق تجارت الکترونیکی مطرح است قاعده عدم تبعیض بین امضای الکترونیکی ساده و امضای الکترونیکی مطمئن به لحاظ دارا بودن ارزش اثباتی و قابل پذیرش بودن در محاکم است. البته واضح است که ارزش اثباتی این دو نوع امضا با یکدیگر متفاوت است. به عبارت دیگر، همان طور که توضیح داده خواهد شد، ارزش اثباتی امضای الکترونیکی ساده کمتر از امضا مطمئن است اما این به آن معنا نیست که این نوع امضا فاقد ارزش است (Todd 2005,p116). اگرچه

1. Art. 9. Admissibility and evidential weight of data messages In any legal proceedings, nothing in the application of the rules of evidence shall apply so as to deny the admissibility of a data message in evidence:(a) on the sole ground that it is a data message; or, (b) if it is the best evidence that the person adducing it could reasonably be expected to obtain, on the grounds that it is not in its original form.

2. Art 5 «Information shall not be denied legal effect, validity or enforceability solely on the grounds that it is in the form of a data message».

3. Principle of Functional Equivalents.

4. Principle of Non-Discrimination.

این اصل به صراحت در قانون تجارت الکترونیکی و قانون نمونه‌ی امضای الکترونیکی ذکر نشده است، اما از اطلاق ماده ۷ ق.ت.ا. و بند یک ماده ۶ قانون نمونه (۲۰۰۱) و بند یک ماده ۷ قانون نمونه تجارت الکترونیکی (۱۹۹۶) که عبارت «امضای الکترونیکی» را بدون هیچ‌گونه قیدی آورده است، قابل استنباط است. همچنین این قاعده از بند دوم ماده ۵ دستورالعمل اتحادیه اروپا نیز قابل استنباط است (Dumortier, n.d., p33).

۳-۱-۴- اصل در حکم نوشته بودن داده پیام

قبل از توضیح این اصل باید «داده پیام» را تعریف نمود. بند الف ماده ۲ ق.ت.ا. در تعریف داده پیام می‌گوید: «داده پیام هر نمادی از واقعه، اطلاعات یا مفهوم است که با وسایل الکترونیکی نوری و یا فناوری‌های جدید اطلاعات، تولید، دریافت، ذخیره یا پردازش می‌شود». همچنین بند ج ماده ۲ قانون نمونه آنسیترال (۲۰۰۱) در تعریف داده پیام آورده است «داده پیام عبارت از اطلاعات ایجاد، ارسال، دریافت یا ذخیره شده از طریق وسایل نوری یا وسایل مشابه از جمله مبادله الکترونیکی داده‌ها، پست الکترونیکی، تلگراف، تلکس یا تله کیپی است که توسط خود فرد شخصاً یا فردی از جانب او تولید می‌شود.»^۱

در توضیح این اصل ماده ۶ ق.ت.ا. می‌گوید: «هرگاه وجود يك نوشته از نظر قانون لازم باشد، پیام در حکم نوشته است...». همچنین ماده ۶ قانون نمونه آنسیترال (۱۹۹۶) نیز با همین تعبیر اصل فوق را بیان کرده^۲ با این قید که «اطلاعات محتوی داده پیام برای ارجاعات بعدی قابل دسترسی باشد.»

علت وضع این قاعده این است که قانونگذار قصد دارد با این مقرر همان بار اثباتی را برای داده پیام قائل شود که سند مکتوب در قوانین فعلی دارا است (اکبری ۱۳۸۴، ص ۸۲).

1. Art.2(c) "Data message" means information generated, sent, received or stored by electronic, optical or similar means including, but not limited to, electronic data interchange (EDI), electronic mail, telegram, telex or telecopy? and acts either on its own behalf or on behalf of the person it represents "

2. Art.6(1) Where the law requires information to be in writing, that requirement is met by a data message if the information contained therein is accessible so as to be usable for subsequent reference.

به عبارت دیگر، مطابق این اصل در صورتی که در قوانین جاری یا رویه قضایی، اطلاعاتی باید به صورت نوشته ارائه شود - یعنی در قالب اسناد کاغذی مکتوب - داده پیام که یک سند الکترونیکی است نیز، قابلیت استناد دارد (Guide to MLEC 1996, p35). در رویه قضایی نیز آرایبی در خصوص این اصل به شرح ذیل دیده می‌شود:

۱- در پرونده «کارلس سامپر پاسادا علیه جین تاپیاس»^۱ قاضی رای داد که در هر جایی که مقررات الزام می‌کند که اطلاعاتی به صورت نوشته باشد یک نامه‌ی الکترونیکی کافی است، مشروط به این که برای طرفین، امکان دسترسی به آن نامه در زمان بعد از ارسال وجود داشته باشد (Mason 2006).

۲- در پرونده‌ی «رادر علیه شرکت مایکروسافت»^۲ دادگاه اظهار داشت: به قراردادهای الکترونیکی منعقد شده از طریق کلیک کردن، همان اعتباری داده می‌شود که به قراردادهای نوشته (مکتوب) (Mason 2007).

شایان ذکر است مطابق قاعده «ما منی عام الا و قد خُصَّ»، اصل کلی در حکم نوشته بودن داده پیام نیز مطابق ادامه ماده ۶ ق.ت.ا. با استثنائاتی مواجه است. و موارد استثناء عبارتند از: «الف - اسناد مالکیت اموال غیر منقول ب - فروش مواد دارویی به مصرف‌کنندگان نهایی ج - اعلام، اخطار، هشدار و یا عبارات مشابهی که دستور خاصی برای استفاده کالا صادر می‌کند و یا از به کارگیری روش‌های خاصی به صورت فعل یا ترك فعل منع می‌کند.»

بند ۳ ماده ۶ قانون نمونه تجارت الکترونیکی (۱۹۹۶) استثنائات این اصل را به قوانین داخلی کشورها واگذار کرده است، «با این قید که قوانین ملی کشورها حق ندارند استثنائات نامحدود بر این قاعده وضع کنند چرا که در غیر این صورت، امکان اعمال مقررات قانون نمونه فراهم نخواهد شد» (Guide to MLEC 1996, P37).

1. Carlos Samper Pasada v. Jaine Tapias.

2. Rudder v. Microsoft.

۳-۱-۵- اصل اصیل بودن داده پیام

سوالی که در این قسمت مطرح می شود این است که، در صورتی که خواهان یا خواننده به يك سند الکترونیکی به عنوان دلیل استناد کند و این سند مورد انکار یا تردید طرف مقابل (خواننده یا خواهان) واقع شود، آیا طبق قانون آیین دادرسی مدنی در صورت عدم ارایه اصل سند، دادخواست ابطال یا از عداد دلایل خارج خواهد شد؟ به عبارت دیگر در چنین محیطی آیا مفهومی به نام داده پیام اصل و فرع وجود دارد یا خیر؟^۱

ماده ۸ ق.ت.ا. می گوید «هرگاه قانون لازم بداند که اطلاعات به صورت اصل ارایه یا نگهداری شود، این امر با نگهداری و ارائه اطلاعات به صورت داده پیام نیز در صورت وجود شرایط زیر امکان پذیر می باشد:

الف - اطلاعات مورد نظر قابل دسترسی بوده و امکان استفاده در صورت رجوع بعدی فراهم باشد.

ب - داده پیام به همان قالبی (فرمتی) که تولید، ارسال و یا دریافت شده و یا به قالبی که دقیقاً نمایشگر اطلاعاتی باشد که تولید، ارسال و یا دریافت شده نگهداری شود.

ج - اطلاعاتی که مشخص کننده مبدأ، مقصد، زمان ارسال و زمان دریافت داده پیام می باشند نیز در صورت وجود، نگهداری شوند.

د - شرایط دیگری که هر نهاد، سازمان، دستگاه دولتی و یا وزارتخانه در خصوص نگهداری داده پیام مرتبط با حوزه مسئولیت خود مقرر نموده فراهم شده باشد.»

همچنین ماده ۸ قانون نمونه تجارت الکترونیکی (۱۹۹۶) در این زمینه مقرر می دارد: «۱- هرگاه قانون مقرر کرده باشد که اطلاعاتی در شکل اصلی خود ارائه یا نگهداری شوند داده پیام، اصل محسوب می شود مشروط بر اینکه:

۱. ماده ۹۶ ق.آ.د.م: «خواهان باید اصل اسنادی که رونوشت آنها را ضمیمه دادخواست کرده است در جلسه دادرسی حاضر نماید. خواننده نیز باید اصل و رونوشت اسنادی را که می خواهد به آنها استناد کند در جلسه دادرسی حاضر نماید... والا در صورتی که آن سند عادی باشد و مورد انکار و تردید واقع شود، اگر خواننده باشد از عداد دلایل او خارج می شود و اگر خواهان باشد و دادخواست وی مستند به ادله دیگری نباشد در آن خصوص ابطال می گردد.»

الف - اطمینان کامل از تمامیت اطلاعات هنگامی که داده پیام برای اولین بار به صورت نهایی تولید شده است وجود داشته باشد.

ب - هرگاه ضرورت ارائه اطلاعات وجود داشته باشد، امکان نشان دادن اطلاعات به کسی که باید به او ارائه شود وجود داشته باشد.

۲- پاراگراف اول اعمال می شود خواه اینکه شرط مقرر در قالب يك تعهد قراردادی باشد یا صرفاً قانون، آثاری را برای اطلاعاتی که به صورت اصل ارائه یا نگهداری نشده بار می کند.

۳- برای اهداف بند فرعی (الف) از بند (۱):

الف - معیار ارزیابی تمامیت داده، حفظ کمال و عدم تغییر در آن خواهد بود. صرف نظر از اضافه کردن هر ظهنویسی (وتأیید) یا تغییری که در جریان معمول ارتباط، ذخیره یا نمایش اطلاعات روی می دهد.^۱

ب - استاندارد قابلیت اعتماد^۲ با توجه به هدفی که از تولید اطلاعات مورد نظر است و سایر اوضاع و احوال، تعیین می شود.»

بنابراین از موارد فوق می توان نتیجه گرفت که داده پیام، اصل و فرع ندارد و همه نسخه ها و کپی ها یکسان هستند و داده پیامی که مستند دعوی قرار گرفته اصل تلقی می شود. از این رو، قانون تجارت الکترونیکی ایران و قانون نمونه تجارت الکترونیکی در صدد این هستند که موانعی را به بهانه اصل نبودن ممکن است در جریان استناد به اسناد الکترونیکی در دعوا مطرح شود بردارند (Guide to MIEC, p37, 1996).

۳-۲- ارزش اثباتی داده پیام و امضای الکترونیکی

همان طوری که در مبحث قبل گفته شد یکی از تقسیم بندی های امضای الکترونیکی

۱. مطابق بند ۵ ماده ۲ ق.ت.ا «... اعمال ناشی از تصدی سیستم از قبیل ارسال، ذخیره یا نمایش اطلاعات که به طور معمول انجام می شود، خدشه ای به تمامیت داده پیام وارد نمی کند».

۲. منظور از استاندارد، سطحی از ایمنی است که با توجه به موضوع داده پیام باید رعایت شود. (شرح ماده به ماده لایحه قانونی تجارت الکترونیکی، ۱۳۸۲، ص ۱۹)

که در قوانین نیز به آن اشاره شده، تقسیم بندی امضای الکترونیکی به ساده و مطمئن است. علت این نوع تقسیم در قانون تجارت الکترونیکی ایران و قانون نمونه امضای الکترونیکی (۲۰۰۱) توان اثباتی امضای الکترونیکی است. به عبارت دیگر، قانون بر این اساس که امضای مندرج در یک سند الکترونیکی با کدام يك از این دو نوع امضا مطابقت داشته باشد برای آن ارزش اثباتی قائل است. منظور از ارزش اثباتی، تأثیر قانونی امضای انجام شده در سند در ایجاد اطمینان برای قاضی مبنی بر درستی ادعای شخصی است که به آن استناد می کند (شمس. عبدالله ۱۳۸۴، ص ۱۴۸).

توان اثباتی هر يك از امضاهای الکترونیکی ساده و مطمئن را باید در اسناد الکترونیکی مربوطه به طور مجزا بررسی کرد. در کتب حقوق تجارت الکترونیکی، اسناد الکترونیکی را با توجه به نوع امضای مندرج در آن به داده پیام ساده و مطمئن (معتبر) تقسیم می کنند. (اکبری، ۱۳۸۴) ما نیز بررسی ارزش اثباتی امضای الکترونیکی را با توجه به همین الگو انجام خواهیم داد.

۳-۲-۱- داده پیام و امضای الکترونیکی مطمئن^۱

طبق مفاد ماده ۱۱ ق.ت.ا، داده پیام مطمئن، داده پیامی است که با امضای مطمئن و با رعایت شرایط يك «سامانه اطلاعاتی مطمئن»^۲ ذخیره شده و به هنگام لزوم در دسترس باشد. امضای الکترونیکی مطمئن همان طوری که قبلاً اشاره شد،^۳ مطابق ماده ۱۰ ق.ت.ا. به امضای الکترونیکی اطلاق می شود که «الف - نسبت به امضا کننده منحصر به فرد باشد ب - هویت امضا کننده داده پیام را معلوم نماید ج - به وسیله امضا کننده و یا تحت اراده انحصاری وی صادر شده باشد. د - به نحوی به يك داده پیام متصل شود که هر تغییری در آن داده پیام قابل تشخیص و کشف باشد».

اما در تعریف سامانه اطلاعاتی مطمئن در بند ح ماده ۲ ق.ت.ا. آمده است: سامانه

1. Secure Data message.

2. Secure Information system.

۳. ر.ک. به مبحث ۲ - ۲.

اطلاعاتی مطمئن، سامانه‌ای است که: «۱- به نحوی معقول در برابر سوء استفاده و نفوذ، محفوظ باشد. ۲- سطح معقولی از قابلیت دسترسی و تصدی صحیح را دارا باشد. ۳- به نحوی معقول متناسب با اهمیت کاری که انجام می دهد پیکربندی و سازماندهی شده باشد ۴- موافق با رویه^۱ ایمن باشد».

رویه ایمن وفق بند «ط» همان ماده «رویه ای است برای تطبیق صحت ثبت داده پیام، منشأ و مقصد آن، با تعیین تاریخ و برای یافتن هرگونه خطا یا تغییر در مبادله محتوا و یا ذخیره سازی داده پیام از يك زمان خاصی. یک رویه ایمن ممکن است با استفاده از الگوریتم‌ها یا کدها، کلمات یا ارقام شناسایی، رمزنگاری، روش‌های تصدیق یا پاسخ برگشت و یا طرق ایمنی مشابه انجام شود.» به طور خلاصه در تعریف داده پیام مطمئن می‌توان گفت: داده پیام مطمئن داده پیامی است که با امضای الکترونیکی مطمئن، امضا شده باشد. در شرایط فعلی امضای رقمی^۲، امضای الکترونیکی مطمئن تلقی می‌گردد.

و اما در رابطه با ارزش اثباتی داده پیام مطمئن می‌توان گفت قاعده کلی مطابق ماده ۱۳ ق.ت.ا. این است که «ارزش اثباتی داده پیام‌ها با توجه به عوامل مطمئنانه از جمله تناسب روش‌های ایمنی به کار گرفته شده با موضوع و منظور مبادله داده پیام تعیین می‌شود.»

از عبارات ماده ۱۳ چنین استنباط می‌شود که، قانونگذار بررسی ارزش اثباتی داده پیام مطمئن را به قاضی محول کرده اما بلافاصله در ماده ۱۴ و ۱۵ ارزش اثباتی این نوع داده پیام را صراحتاً معین می‌کند. در نگاه اول به نظر می‌رسد که نوعی تعارض میان این مواد مشاهده می‌شود. زیرا ماده ۱۴ ق.ت.ا. می‌گوید «کلیه داده پیام‌هایی که به طریق مطمئن ایجاد و نگهداری شده‌اند از حیث محتویات و امضای مندرج در آن، تعهدات طرفین یا طرفی که تعهد کرده و کلیه اشخاصی که قائم مقام قانونی آنان محسوب می‌شوند، اجرای مفاد آن و سایر آثار، در حکم اسناد معتبر و قابل استناد در مراجع قضایی و حقوقی است.»

1. Secure Method.

2. Digital Signature.

و در ماده ۱۵ ق.ت.ا. آمده است «نسبت به داده پیام مطمئن، سوابق الکترونیکی مطمئن و امضای الکترونیکی مطمئن انکار و تردید مسموع نیست و تنها می‌توان ادعای جعلیت به داده پیام مزبور وارد و یا ثابت نمود که داده پیام مزبور به جهتی از جهات قانونی از اعتبار افتاده است.» از مقایسه این مواد با ماده ۱۲۹۲ ق.م. که می‌گوید «در مقابل اسناد رسمی یا اسنادی که اعتبار اسناد رسمی را دارد، انکار و تردید مسموع نیست و طرف می‌تواند ادعای جعلیت نسبت به اسناد مزبور کند یا ثابت نماید که اسناد مزبور به جهتی از جهات قانونی از اعتبار افتاده است»، چنین استنباط می‌شود که قانونگذار درصدد است داده پیام و سند الکترونیکی مطمئن را به لحاظ ارزش اثباتی (و نه اجرایی) معادل اسناد رسمی قرار دهد هر چند صراحتاً به این مسأله اشاره نکرده و صرفاً عبارت «در حکم اسناد معتبر و قابل استناد» را برای این دسته از اسناد الکترونیکی استعمال کرده است که البته استعمال این عبارت با توجه به مبهم بودن آن مورد ایراد است.

ظاهراً قانونگذار نمی‌خواسته اسناد الکترونیکی مطمئن را به لحاظ همه آثار در حکم اسناد رسمی به حساب آورد؛ از این رو، متن پیش‌نویس قانون را که در آن تصریح به «در حکم اسناد رسمی» شده بود تغییر داده است. گویا قانونگذار تنها قصد داشته ارزش استناد به این اسناد الکترونیکی را در محاکم بپذیرد بنابراین تصریح کرده که قابل انکار و تردید نیست.

بنابراین با عنایت به تعارض بدوی ماده ۱۳ با مواد ۱۴ و ۱۵ قانون تجارت الکترونیکی از يك سو، و با مقایسه مواد ۱۴ و ۱۵ قانون مذکور و ماده ۱۲۹۲ قانون مدنی از سوی دیگر، دو سؤال در ذهن مطرح می‌گردد، نخست آنکه اگر قانونگذار در ماده ۱۳ ارزش اثباتی داده پیام را به طور کلی به «عوامل مطمئنه» و قابلیت اطمینان روش‌های ایمنی مورد استفاده واگذار نموده و به عبارت دیگر، تعیین ارزش اثباتی داده پیام الکترونیکی را به عنوان دلیل، به قاضی محول می‌کند، چرا بلافاصله در مواد ۱۴ و ۱۵ ارزش اثباتی داده پیام مطمئن را دقیقاً مشخص کرده است؟ دوم آنکه قانونگذار چگونه و با چه پشتوانه قانونی ارزش اثباتی اسناد رسمی را برای داده پیام مطمئن در نظر گرفته است به عبارت دیگر، چگونه قانونگذار

بدون عنایت به شرایط ماده ۱۲۸۷ قانون مدنی^۱ در رابطه با سند رسمی، این دو نوع سند را از حیث اعتبار استناد معادل یکدیگر دانسته است؟ در پاسخ می‌گوئیم هیچ یک از دو اشکال فوق وارد نیست.

زیرا با مقایسه ماده ۱۳ ق.ت.ا. با مواد ۱۴ و ۱۵ ق.ت.ا. می‌توان گفت: ماده ۱۳ ق.ت.ا. از بند ۲ ماده ۹ قانون نمونه تجارت الکترونیکی (۱۹۹۶) اقتباس شده که در خصوص ارزش و توان اثباتی داده پیام می‌گوید: «...۲- اطلاعات موجود در داده پیام از ارزش اثباتی برخوردار است. در ارزیابی ارزش اثباتی یک داده پیام، باید به قابلیت اطمینان روشی که از طریق آن داده پیام تولید، ذخیره یا ارسال شده توجه کرد، همچنین به قابلیت اطمینان روشی که طی آن تمامیت اطلاعات حفظ شده، و به روشی که از طریق آن هویت ارسال کننده معین می‌شود و به سایر عوامل مرتبط عنایت کرد.»^۲ مطابق این ماده، قانون نمونه تجارت الکترونیکی تعیین ارزش اثباتی داده پیام و امضای الکترونیکی را دقیقاً معین نکرده و این موضوع را با توجه به اوضاع و احوال قضیه بر عهده قاضی پرونده قرار داده است. بنابراین به نظر می‌رسد برای رفع اشکال بدوی می‌توان گفت: با توجه به اینکه ارزش اثباتی داده پیام مطمئن در مواد ۱۴ و ۱۵ ق.ت.ا. معین شده ولی هیچ ماده قانونی به ارزش اثباتی داده پیام عادی (ساده) اشاره نکرده است، ماده ۱۳ ق.ت.ا. منصرف از داده پیام مطمئن بوده، به ارزش اثباتی داده پیام ساده و امضای الکترونیکی ساده اشاره دارد. در واقع به لحاظ اصولی حکم خاص مقرر در مواد ۱۴ و ۱۵ ق.ت.ا. حکم عام ماده ۱۳ ق.ت.ا. را تخصیص می‌زند. بدین معنا که در صورت احراز شرایط ماده ۱۰ قانون تجارت الکترونیکی مبنی بر مطمئن بودن امضای الکترونیکی، قاضی موظف است مطابق مواد ۱۴ و ۱۵ قانون اقدام به

۱. ماده ۱۲۸۷ ق.م. «اسنادی که در اداره ثبت اسناد و املاک یا دفاتر اسناد رسمی و یا در نزد سایر

مأمورین رسمی در حدود صلاحیت آنها و بر طبق مقررات قانونی تنظیم شده باشند رسمی است.»

2. Art.9 (2) Information in the form of a data message shall be given due evidential weight. In assessing the evidential weight of a data message, regard shall be had to the reliability of the manner in which the data message was generated, stored or communicated, to the reliability of the manner in which the integrity of the information was maintained, to the manner in which its originator was identified, and to any other relevant factor.

صدور رأی کند.

اما در باره متفاوت یا یکسان بودن داده پیام مطمئن و سند رسمی به لحاظ ارزش اثباتی اگر چه ممکن است اعطای چنین اثری به امضای الکترونیکی مطمئن و داده پیام مطمئن اغراق آمیز به نظر برسد، ولی دقت در ویژگی‌های امضای الکترونیکی مطمئن که ماده ۱۰ قانون تجارت الکترونیکی به آن اشاره دارد، شناسایی چنین اثری را برای این نوع امضا کاملاً توجیه می‌کند (زرکلام ۱۳۸۳، ص ۴۹). چرا که امضای الکترونیکی مطمئن، منحصر به فرد است و منحصر به فرد بودن نسبت به امضا کننده به این معنا است اولاً هیچ فرد دیگری نمی‌تواند چنین امضایی را ایجاد کند و ثانیاً امضا کننده قادر به انکار انتساب امضا به خود نمی‌باشد (شکوری مقدم، ۱۳۸۴، ص ۷۶).

بنابراین با توجه به این نکات، مواد ۱۴ و ۱۵ ق.ت.ا. از این جهت که داده‌های امضای الکترونیکی مطمئن و داده‌های منضم به آن را از حیث برخی آثار در حکم سند رسمی دانسته با منطق حقوقی سازگار است. به علاوه، اگر دلایل الکترونیکی مطمئن را صرفاً از نظر قابلیت استناد و نه از جهت قابلیت اجرا توسط دفاتر اسناد رسمی و اداره ثبت، در حکم سند رسمی بدانیم، این تدبیر مانع از آن خواهد شد که چنین دلایلی به راحتی مورد انکار و تردید قرار گیرد و در نتیجه استنادکننده به دلایل الکترونیکی، هر بار مجبور باشد صحت و اعتبار آن را اثبات کند. امری که نه تنها موجب کاهش دامنه مبادلات و تجارت الکترونیکی می‌شود بلکه موجب اطاله دادرسی و صرف وقت و هزینه خواهد شد (زرکلام ۱۳۸۲، ص ۲۹۹).

برخی در خصوص اعطای اثر اسناد رسمی به داده پیام مطمئن و امضای الکترونیکی مطمئن گفته‌اند: «ماده ۱۵ ق.ت.ا. اثر حقوقی خاصی را برای امضای الکترونیکی مطمئن قائل شده است که با موازین و اصول حقوقی حاکم بر ادله اثبات دعوی مطابقت دارد. زیرا شرایطی که برای امضای الکترونیکی مطمئن در ماده ۱۰ ق.ت.ا. در نظر گرفته شده است، تنها در معتبر شناخته شدن آن امضا موثر است، نه اینکه ارزشی هم سنگ امضایی که نزد

مأمور رسمی دولت انجام شده داشته باشد» (السان، ۱۳۸۵، ص ۱۲۷).

به عبارت دیگر، مقصود از داده پیام و امضای الکترونیکی مطمئن، مدرکی است که قابل انکار و تردید نباشد. در همین راستا برخی حقوقدانان خارجی معتقدند امضای الکترونیکی مطمئن صرفاً اماره‌ای است مبنی بر هویت، تمامیت و رضایت، و تا زمانی معتبر است که خلاف آن اثبات نشده باشد (Todd 2005, p116). همچنین قانون تجارت الکترونیکی سنگاپور، امضای الکترونیکی مطمئن را صرفاً اماره‌ای قانونی تلقی کرده است (Todd 2005, p119).

در راستای بیان ارزش اثباتی امضای الکترونیکی مطمئن و بررسی مواد ۱۴ و ۱۵ ق.ت.ا. در مقایسه با ماده ۱۲۹۲ ق.م. و رایه نظریه‌ای بینابین می‌توان گفت: اگر چه نحوه ایجاد امضای الکترونیکی مطمئن، که در حال حاضر يك امضای رقمی و مبتنی بر رمزنگاری کلید عمومی است، چنان اعتباری به امضای الکترونیکی مطمئن و داده‌های منضم به آن اعطا می‌کند که نه تنها کلیه آثار مادی امضای دستی از قبیل دوام، اصالت، منحصر به فرد بودن، و تعیین هویت امضا کننده را در آن می‌توان یافت و حتی چنین امضایی با توجه به مسائل فنی، کمتر از امضای دستی بر روی اسناد کاغذی در معرض جعل و تغییرات است، اما مسأله اساسی در ارتباط با اسناد رسمی و برخورداری آن از چنان ارزش اثباتی به علت آن است که قانونگذار «برای پشتیبانی این بخش از قانون ادله اثبات مدنی، به نحوی که بتواند فحواى ماده ۱۲۹۰ ق.م. را در عمل با درجه‌ای معقول و مقبول از اطمینان به ظهور برساند، مجموعه‌ای وسیع از قوانین پشتیبان را وضع کرده است که به طور روشمند برای مستند ساختن اطلاعات در اسناد رسمی عمل می‌کند. مواد مربوط به اسناد رسمی در قانون مدنی، توسط قوانین مفصلی همچون قانون ثبت اسناد و املاک و قوانین مربوط به دفاتر اسناد رسمی و بخشی از آیین دادرسی مدنی پشتیبانی می‌شود و بدون وجود این قوانین پشتیبان، هرگز از چنین قدرت اثباتی در مبادلات اداری، قضایی و حقوقی برخوردار نمی‌شد»

و به منظور تلاش در راستای هماهنگ سازی اسناد کاغذی و الکترونیکی، با توجه به اصول حاکم بر ارزش اثباتی امضای الکترونیکی می‌توان گفت: با توجه به اصل در حکم نوشته بودن داده پیام و اصل برابری آثار امضای دستی و امضای الکترونیکی و با عنایت به ماده ۴ ق.ت.ا. که می‌گوید: «در مواقع سکوت و یا ابهام باب اول این قانون، محاکم قضایی باید بر اساس سایر قوانین و رعایت چهار چوب فصول و مواد مندرج در این قانون قضاوت نمایند»، امضا در واقع از ماهیتی یکسان برخوردار است و الکترونیکی یا کاغذی بودن آن تأثیری در مقررات حاکم بر آن ندارد. همچنین سند نیز چه الکترونیکی و چه کاغذی هر دو یکسان بوده به لحاظ ارزش اثباتی همانند یکدیگرند و می‌توان گفت همان‌طوری که اسناد کاغذی به عادی و رسمی تقسیم می‌شوند، اسناد الکترونیکی نیز قابل تقسیم به عادی و رسمی هستند و مقررات یکسانی بر آنها حاکم است و امضای الکترونیکی مطمئن نیز می‌تواند امضای رسمی تلقی شود مشروط به این که مقررات مربوط به ماده ۱۲۸۷ ق.م. در مورد آن رعایت شده باشد. به عبارت دیگر باید تمام تشریفات مربوط به تنظیم اسناد رسمی شامل تنظیم در نزد مأمور دولتی و با رعایت مقررات و در حیطه اختیارات، نیز در مورد این نوع از اسناد و امضای الکترونیکی رعایت گردد. البته واضح است که قالب و شکل متفاوت اسناد الکترونیکی مستلزم رعایت اصول فنی مربوط به خود است. به عبارت دیگر، همان‌طوری که اسناد رسمی در دفاتر اسناد رسمی و به شیوه رایج به ثبت می‌رسند، اسناد الکترونیکی رسمی نیز باید در دفاتر اسناد رسمی الکترونیکی مخصوص به خود و با رعایت مقررات فنی و تخصصی خود به ثبت برسند.

۳-۲-۲- داده پیام و امضای الکترونیکی ساده

همچنان که قبلاً اشاره شد، نوع دیگری از امضای الکترونیکی، امضای الکترونیکی ساده است. در واقع امضای الکترونیکی ساده، آن امضایی است که شرایط امضای الکترونیکی مطمئن را دارا نباشد ولی از مصادیق مفهوم امضای الکترونیکی مقرر در

بند «ی» ماده ۲ ق.ت.ا. و بند «الف» ماده ۲ قانون نمونه امضای الکترونیکی آنسیترال ۲۰۰۱ محسوب می‌شود. در خصوص قابل پذیرش بودن امضای الکترونیکی ساده به عنوان امضا در مبادلات الکترونیکی می‌توان از اطلاق ماده ۷ ق.ت.ا. که می‌گوید: «هرگاه قانون، وجود امضا را لازم بداند امضای الکترونیکی مکفی است» استفاده نمود.^۱

همچنین ماده ۹ قانون نمونه تجارت الکترونیکی آنسیترال ۱۹۹۶ از يك سو مقرر می‌دارد که امضای الکترونیکی اعم از ساده یا مطمئن به این دلیل که به صورت داده پیام است نباید مردود اعلام شود و از سوی دیگر برای امضای الکترونیکی ساده و مطمئن قائل به قدرت اثباتی است که بر اساس قابلیت اطمینان روش ایجاد امضا، نگهداری و ارسال پیام، حفظ تمامیت اطلاعات، هویت ارسال کننده و سایر موارد، ارزیابی می‌شود (MLEC art 9, 1996). دستورالعمل مورخ ۱۲ دسامبر ۱۹۹۹ اتحادیه اروپا نیز در ماده ۵ خود تحت عنوان «آثار حقوقی امضای الکترونیکی» در بند ۲ کشورهای عضو را موظف می‌سازد که برای امضای الکترونیکی ساده نیز ارزش اثباتی قائل شوند و آنها را از این که چنین امضایی را به دلیل مطمئن نبودن مردود اعلام کنند، منع می‌کند (Directive 1999, art 5). بنابراین هر چند بعضی معتقدند ماده ۷ ق.ت.ا. نمی‌تواند منصرف به امضای الکترونیکی ساده باشد و با توجه به ماده ۱۰ ق.ت.ا.، ماده ۷ صرفاً امضای الکترونیکی مطمئن را مدنظر داشته است (رضایی، ۱۳۸۶، ص ۱۲۶)، اما دلیلی برای توجیه این تبعیض وجود ندارد زیرا می‌توان امضای الکترونیکی ساده را مانند امضای دستی در اسناد عادی مورد استفاده قرار داد. به عبارت دیگر نیازی نیست که در يك ارتباط الکترونیکی حتماً امضای الکترونیکی مطمئن استفاده شود بلکه، امضای الکترونیکی ساده مانند نام شخص در ذیل يك نامه الکترونیکی یا يك امضای اسکن شده در يك سند الکترونیکی نیز، از ارزش اثباتی برخوردار است. البته واضح است که ارزش اثباتی این نوع امضا کمتر از امضای الکترونیکی مطمئن است اما این به آن معنا نیست که ابداً ارزش اثباتی نداشته باشد. این موضوع را تحت

۱. ر. ک. به مبحث ۳ - ۱ - ۱.

عنوان اصل «عدم تبعیض» در جای خود مورد بررسی قرار دادیم.

در خصوص میزان ارزش اثباتی این نوع امضا، بر خلاف امضای الکترونیکی مطمئن ماده‌ای که صراحتاً اختصاص به این موضوع داشته باشد در قانون تجارت الکترونیکی ایران وجود ندارد. ولی همان‌طوری که در قسمت قبل گفته شد، از اطلاق ماده ۱۳ ق.ت.ا. می‌توان استنباط کرد که ارزش اثباتی این نوع امضا بستگی به میزان اطمینان روش‌های ایمنی به کار رفته با توجه به اهمیت موضوع و منظور مبادله داده پیام دارد. به عبارت دیگر، برای تعیین ارزش اثباتی امضای الکترونیکی ساده نوعاً دخالت قاضی تعیین کننده است که به اوضاع و احوال هر قضیه توجه کند. البته با توجه به اصل برابری آثار امضای دستی و امضای الکترونیکی و اصل در حکم نوشته بودن داده پیام می‌توان استنباط کرد که داده پیام عادی نیز مانند سند عادی است یعنی همان‌طوری که امضای دستی عادی در اسناد عادی قابل انکار و تردید است و پس از اثبات اصالت آن در دادگاه، اعتبار سند رسمی را دارا می‌شود (ماده ۱۲۹۱ ق.م.)، امضای ساده در داده پیام عادی نیز قابل انکار و تردید است و در صورتی که اصالت آن در دادگاه اثبات گردد اعتبار امضای الکترونیکی مطمئن را می‌یابد. مفهوم مخالف مواد ۱۴ و ۱۵ ق.ت.ا. نیز مؤید همین امر است. به علاوه، مطابق ماده ۴ ق.ت.ا. در هر موردی که ابهام و سکوت در قانون وجود داشته باشد باید به قوانین موضوعه مراجعه کرد و مقایسه امضای دستی عادی و امضای الکترونیکی ساده در آثار و احکام ما را به این نتیجه رهنمون می‌کند.

بنابراین از مطالب فوق چنین استنباط می‌شود که، از نظر ارزش اثباتی داده پیام به دو گروه تقسیم می‌شود؛ یکی داده پیام عادی که به طریق غیر مطمئن و با امضای الکترونیکی ساده ایجاد شده است؛ نسبت به این گونه داده پیام انکار و تردید مسموع است و ارزش اثباتی آن مانند اسناد عادی است. دوم داده پیامی که به طریق مطمئن و با امضای الکترونیکی مطمئن ایجاد شده و از لحاظ محتویات و امضا دارای اعتبار کامل است. یعنی انکار و تردید در مورد آن مسموع نیست و تنها می‌توان ادعای جعل را مطرح

کرد که آن هم نیاز به اثبات دارد.

نتیجه گیری

از مجموع مطالب فوق به دست می آید که، از نظر ارزش اثباتی، داده پیام به دو نوع تقسیم می شود یکی داده پیام عادی که به طریق غیر مطمئن و با امضای الکترونیکی ساده ایجاد شده است: نسبت به این گونه داده پیام انکار و تردید مسموع است و ارزش اثباتی آن مانند اسناد عادی است. دوم داده پیام مطمئن که با امضای الکترونیکی مطمئن ایجاد می شود و از لحاظ ارزش اثباتی (و نه قابلیت اجرا) در حکم سند رسمی است یعنی انکار و تردید در مورد آن مسموع نیست و مدعی تنها می تواند ادعای جعلیت امضا را مطرح کند که آن هم نیاز به اثبات دارد البته سند الکترونیکی مطمئن می تواند به طور کامل (هم از لحاظ ارزش استناد و هم از لحاظ قابلیت اجرا) در حکم اسناد رسمی باشد ولی این مشروط است بر اینکه مقررات مربوط به ماده ۱۲۸۷ ق.م. که لزوم تنظیم این سند و امضای آن را نزد مأمور رسمی و طبق مقررات و در حدود اختیارات وی، را مقرر داشته رعایت شود.

نتیجه دیگری که این مقاله بدان دست یافت این است که قانونگذار ایران در مواد ۱۴ و ۱۵ ق.ت.ا. به دنبال ایجاد يك راهکار جدید قانونی در کنار دفاتر اسناد رسمی برای تولید سند رسمی نبوده است بلکه با هدف توسعه تجارت الکترونیکی، صرفاً يك اماره قانونی را به رسمیت شناخته است. به عبارت دیگر، قانون می گوید سند الکترونیکی حاوی امضای الکترونیکی مطمئن دلالت بر هویت، تمامیت و رضایت امضاکننده به مفاد سند دارد مگر اینکه خلاف آن ثابت شود. مطمئن بودن امضا هم به وسیله کارشناسان رایانه قابل احراز است و در صورت بروز اختلاف و طرح دعوا، قاضی دادگاه چنانچه خود اطلاعات فنی نداشته باشد می تواند از کارشناسان رسمی استعلام کند.

منابع

- اکبری، محسن، (۱۳۸۴)، *بررسی موانع حقوقی توسعه خرید و فروش الکترونیکی در ایران*، تهران، نشر موسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی.
- شکوری مقدم، محسن، (۱۳۸۴). *حقوق تجارت الکترونیکی*. تهران، نشر ذره.
- شمس، عبدالله، (۱۳۸۴)، *آیین دادرسی مدنی (جلد سوم)*، تهران، نشر دراک.
- قاجار، سیامک و ذریانی، حسن و صالح خو، رامین، (۱۳۸۳)، *بررسی کلی نیازهای سیستماتیک نظام قضایی ایران برای تحقق تجارت الکترونیکی*، تهران، مرکز ملی شماره‌گذاری کالا و خدمات ایران.
- السان، مصطفی، (۱۳۸۴)، *ابعاد حقوقی بانکداری الکترونیکی*، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۷، ص ۱۸۵-۲۰۹.
- السان، مصطفی، (۱۳۸۵)، *ثبت اسناد و فناوری اطلاعات، تلاقی سنت و نوآوری*، ماهنامه حقوقی کانون سردفتران و دفتریاران، شماره ۶۴، ص ۱۲۱-۱۴۲.
- زرکلام، ستار، (۱۳۸۲)، *امضای الکترونیکی و جایگاه آن در نظام ادله اثبات دعوا*، مجله مدرس، شماره ۱، ص ۳۳-۵۵.
- زرکلام، ستار، (۱۳۸۳)، *قانون تجارت الکترونیکی و الفبای الکترونیکی* "در مجموعه مقالات همایش بررسی جنبه‌های حقوقی فناوری اطلاعات، معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضاییه، ص ۲۸۵-۳۰۳، تهران.
- زرکلام، ستار، (۱۳۸۴)، *مقررات حقوق فرانسه راجع به فضای سایبر*، در "سید محمد رضا، صدری و محمد تقی، کروی، ابعاد حقوقی محیط سایبر در پرتو توسعه ملی، ص ۱۵۶-۱۳۱، تهران.
- رضایی، علی، (۱۳۸۶)، *بررسی حقوقی عهدنامه سازمان ملل متحد درباره استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی*، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی
- قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی.*
- قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲/۱۰/۱۷*
- قانون مدنی*

Alberts, Babette and Van Der Hof, Simone. (1999). Digital Signature Blindness, analysis of legislative approaches toward electronic authentication, Retrieved 2007 From <http://www.cwis.kub.nl/frw/people/hof/ds.html>

Bahasin, Madan lal. (2006). Electronic Signature: An Analysis of

European and International Legal Regulation. Retrieved 2008, From www.bath.ac.uk/managment/rasearch/papers.html. P.1481-1489

DIRECTIVE 1999/93/EC of 13 December 1999 on a Community framework For Electronic Signatures. Retrieved 2008, From <http://www.eiropa.eu/geninfo/query/resultaction.jsppage>

Dumortier, Jos. (n.d.). The European Directive 1999/93/EC on Community Framework For Electronic Signatures. Kluwer Law International. vol14. p.33-65.

Mason, Stephen. (2007). Electronic Signatures In Law. London: tottel publishing.

Mason, Stephen. (2006). Electronic Signature In Practice. Retrived 2008/4/20 From <http://www.law.suffolk.edu/highlights/stuorgs/jht/publications/v6n2/mason.pdf>

Parry, G.C. and Moore, M. James and Graves, A.P. and Altinoh, O. (2008). Legal Aspects of Electronic Signatures. Retrieved 2008, From <http://www.bath.ac.uk/managment/research/papers.html>

Todd, Paol. (2005). E-Commerce Law. London. Cavendish publishing limited

Winn, k. Jane and Writht, Benjamin. (2002). The Law of Electronic Commerce. New york: Aspen Law & Business.

UNCITRAL Model Law On Electronic Commerce with Guide to Enactment. (1996). Retrieved 2007, From <http://www.uncitral.org/english/texts/elecom/ml.html>.

UNCITRAL Model Law On Electronic Signature with Guide to Enactment. (2001). Retrieved 2008, From <http://www.uncitral.org/english/texts/eletsig/ml-esign.html>

تصرفات ناقله وراث قبل از ادای دیون متوفی

حسین قربانیان^۱

چکیده:

به ترکه به جا مانده از متوفی، اصولاً حقوق و دیونی تعلق می گیرد، که با پرداخت این حقوق و دیون، می توان مالکیت ورثه را نسبت به ترکه، به رسمیت شناخت و تا قبل از آن ترکه دارای شخصیت حقوقی است. بدیهی است این حقوق و دیون به وارثین میت تعلق نمی گیرد بلکه به ترکه تعلق دارد و ورثه ملزم نیستند غیر از ترکه چیزی به بستانکاران بدهند. پرداخت این حق و حقوق نیز می بایست با رعایت سلسله مراتب پرداختی باشد که قانون گذار مشخص نموده و سپس از ترکه چنانچه چیزی باقی ماند، ورثه می توانند آن را بین خود تقسیم کنند. در این میان احتمال دارد وراث نسبت به تمام یا بخشی از ترکه اقدام به معاملاتی نمایند و در مقابل طلبکاران دست به اقداماتی از قبیل طرح دعوی ابطال معامله می نمایند که در چنین مواردی مخیرند، دیون متوفی را، یا از محل ترکه پرداخت نمایند یا از اموال شخصی خود، که در صورت اخیر جلوی ابطال معامله را گرفته و یا اینکه در صورت عدم پرداخت،

۱. مدرس دانشگاه آزاد اسلامی واحد شاهرود و مسئول واحد ارشاد و معاضدت قضایی دادگاه عمومی بخش بسطام.

سرنوشت عقد را به دست طلبکاران بسپارند.

کلید واژگان: تقسیم ترکه - کشف دین - ادای دیون - تصرفات ناقله - رد و تنفیذ

معامله

مقدمه

ترکه به جامانده از متوفی، همواره به عنوان يك شخصیت حقوقی نام گرفته و مالکیت قطعی ورثه به نسبت سهم الارث‌شان، پس از پرداخت حقوق و دیونی است که به ترکه تعلق گرفته است. اصولاً وراثت مخیرند، دیون متوفی را از محل ترکه یا از مال شخصی خود ادا نمایند، آنچه در این میان حائز اهمیت است وضعیت حقوقی تصرفات ناقله وراثت نسبت به ترکه و متقابلاً واکنش و نفع طلبکاران در به هم زدن معاملات مذکوره قبل از ادای دیون متوفی و بعد از تقسیم است در بحث حاضر، سعی بر آن داریم به بررسی وجود دین در ترکه قبل و بعد از تقسیم پرداخته و در نهایت به بررسی وضعیت حقوقی معاملات ورثه نسبت به ترکه قبل از ادای دیون متوفی بپردازیم.

مبحث اول (وجود دین در ترکه قبل و بعد از تقسیم

قرآن مجید دیون متوفی را مقدم بر حق ورثه کرده و می‌فرماید: «من بعد وصیه یوصی بها او دین»^۱ با این حال گاه ممکن است ورثه میت قبل از ادای دیون و حقوقی که بر ذمه مورث‌شان بوده است اقدام به مثله کردن ترکه بنمایند و هر يك از وراثت، به نسبت سهم خود، جرئی از ترکه را تصاحب نماید. سوالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که آیا اصولاً وراثت حق تقسیم ترکه را قبل از پرداخت دیون متوفی دارند یا خیر و یا منعی برای تقسیم ترکه نخواهد بود. ابتدائاً ماده ۶۰۶ قانون مدنی جهت تبیین بهتر موضوع، بیان می‌گردد: «هر گاه ترکه میت قبل از ادای دیون، تقسیم شود و یا بعد از تقسیم معلوم شود که بر میت دینی بوده است، طلبکار باید به هر يك از وراثت نسبت به سهم او رجوع کند. و اگر يك یا چند نفر از وراثت معسر شده باشند، طلبکار می‌تواند برای سهم معسر یا معسرین

۱. سوره مبارکه نساء آیه شریفه ۱۱.

نیز به وراثت دیگر رجوع کند.»

ماده مرقوم از چند بخش تشکیل شده است. یعنی باید تکلیف چند مسئله را به درستی روشن نمود:

- اول (ترکه میت، قبل از ادای دیون تقسیم شود
- دوم) بعد از تقسیم معلوم شود که بر میت دینی بوده است
- سوم) نحوه مراجعه طلبکار به وراثت
- چهارم) در فرضی که یک یا چند از وراثت معسر شده باشند

الف) وضعیت ترکه میت قبل از ادای دیون

قبل از شروع بحث و بررسی مسئله اول لازم است ماهیت حقوقی تقسیم تبیین شود. اصولاً عمل تقسیم مال مشاع یا تقسیم ترکه بین وراثت، بیع یا معاوضه نیست، یعنی این طور نخواهد بود که برای تبدیل مال مشاع به مال مفروز، هر یک از شرکاء از سهم مشاعی که در حصه متعلق به شریک او قرار دارد صرف نظر کند تا بتواند مالک حصه اختصاصی خود گردد، هر چند که این نظریه طرفدارانی در فقه دارد.^۱ در تبیین ماهیت حقوقی تقسیم باید گفت، عمل تقسیم صرفاً «تمیز حق» است و بر اثر تقسیم حصه هر یک از شرکاء از یکدیگر متمایز می‌گردد و هیچ گونه مبادله و یا معاوضه‌ای بین طرفین صورت نمی‌گیرد.

در حقیقت تقسیم زوال حالت اشاعه است و صرفاً سلطه مالکانه شرکاء از حالت مشاع به حالت مفروز، تغییر می‌یابد و طبعاً این امر تمیز حق است.

بنابراین با دانستن اینکه تقسیم تمیز حق است و قبل از ادای دیون میت، وثیقه طلبکاران است که این حق تبعی مانعیتی برای تقسیم به وجود نمی‌آورد و این وثیقه تا وصول تمام دین می‌ماند. می‌توان حکم به صحت تقسیم قبل از ادای دیون متوفی دارد.

ب) کشف دین، پس از تقسیم ترکه

۱. کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق مدنی، عقود معین، ج ۴، ص ۲۵۱.

در مورد مسئله دوم و اینکه چنانچه بعد از تقسیم معلوم شود که بر میت دینی بوده است نیز باید قائل به صحت چنین تقسیمی شد، به دلائلی که قبلاً بیان گردید و با ذکر این نکته که پس از مرگ مدیون، دیون نیز مانند دارائی مثبت شخص، بین وراثت به نسبت سهمشان، تقسیم خواهد شد و هر کدام، به نسبت سهمی که از ترکه می برد، مسئول ادای دین خواهد بود. این است که ماده ۲۲۶ قانون امور حسبی بیان می‌دارد: «ورثه ملزم نیستند غیر از ترکه چیزی به بستانکاران بدهند و اگر ترکه برای اداء تمام دیون کافی نباشد ترکه ما بین تمام بستانکاران به نسبت طلب آنها تقسیم می‌شود...». به طور مثال چنانچه وارثین متوفی منحصر به ۳ پسر و ۲ دختر باشد، هر پسر مسئول پرداخت ۱/۴ و هر دختر مسئول پرداخت ۱/۸ از دیون متوفی خواهد بود. البته ورثه مطابق ماده ۲۲۸ قانون امور حسبی می‌توانند دیون را از ترکه یا از مال خود اداء نمایند این ماده، در تأیید نظری است که شخصیت حقوقی ترکه را وثیقه عمومی طلبکاران می‌داند و به لحاظ وجود حق عینی تبعی موجود، وراثت می‌توانند دین مورث خود را از مال خود ادا نمایند و ترکه را نزد خویش نگه دارند.

ج) نحوه مراجعه طلبکار به وراثت

در مورد مسئله سوم و نحوه مراجعه طلبکار به وراثت، باید به میزان مسئولیت هر يك از وراثت توجه داشت. در همین زمینه ماده ۲۴۸ قانون امور حسبی بیان داشته است: «در صورتی که ورثه ترکه را قبول نمایند، هر يك مسئول اداء تمام دیون به نسبت سهم خود خواهند بود مگر اینکه ثابت کنند که پس از فوت متوفی، ترکه بدون تقصیر آنها تلف شده و باقیمانده ترکه برای پرداخت دیون کافی نیست که در این صورت نسبت به زاید از ترکه مسئول خواهند بود». و ماده ۲۲۶ قانون مذکور بیان داشته است: «ورثه ملزم نیستند غیر از ترکه چیزی به بستانکاران بدهند و اگر ترکه برای ادای تمام دیون کافی نباشد ترکه ما بین تمام بستانکاران به نسبت طلب آنها تقسیم می‌شود...». پس از ذکر این مواد می‌توان گفت: مسئولیت شخصی هر يك از ورثه در برابر طلبکار در صورتی است که ترکه را قبول

کرده باشند با ذکر این نکته که اقدام به تقسیم ترکه خود قرینه بر قبول آن است و ماده ۶۰۶ قانون مدنی ناظر به موردی است که وراثت ترکه را قبول کرده باشند.^۱ ممکن است ورثه، ترکه را مطابق صورت تحریر ترکه قبول نمایند، در این صورت مطابق ماده ۲۲۲ قانون امور حسبی رفتار می‌گردد. این ماده مقرر می‌دارد: «در صورتی که ورثه فقط مطابق صورت تحریر، ترکه و دیون را قبول کنند باید در ظرف مدت یک ماه از تاریخ فوت مورث، این مطلب را به دادگاه بخش اطلاع دهند در این صورت ورثه ملزمند که دیون متوفی را در حدود صورت ترکه بپردازند هر چند بعد از تنظیم صورت تحریر که ادعای طلب کرده باشد». با تأکید بر این نکته که وراثت بیش از مقدار ترکه به طلبکاران چیزی پرداخت

۱. از واحد مشاوره تلفنی سوال شده است: «خواهان جهت مطالبه وجه يك فقره چك عليه عده ای از صادر کنندگان چك دادخواست تقدیم و خواهان اظهار کرده به علت ندانستن آدرس، تعداد و اسامی سایر وراثت را نمی‌داند فلذا نتوانسته است همه طرفین دعوی را اعلام نماید با عنایت به مراتب فوق آیا وراثتی که علیه آنان طرح دعوا شده است نسبت به کل خواسته بدهکار هستند یا نسبت به سهم خود از ترکه؟ مضافاً اینکه اسامی وراثت حسب اعلام اداره ثبت احوال مشخص گردیده و ترکه نیز ظاهراً تقسیم نشده است و هیچ کدام از وراثت در دادگاه حاضر نشده و دفاعی به عمل نیاورده اند؟ پاسخ: با توجه به مفاد مواد ۲۲۶ و ۲۳۲ و ۲۳۳ و ۲۴۰ و ۲۴۶ و ۲۵۵ قانون امورحسبی چنانچه هیچ يك از ورثه ترکه را رد نکرده باشند اولاً دعوی می‌بایستی به طرفیت تمام ورثه اقامه گردد ثانیاً ورثه تکلیفی بر پرداخت دین زائد از ما ترك در حق طلبکار ندارند ثالثاً هر يك به نسبت سهم خود از، ترك مسئولیت پرداخت دیون را از، ترك خواهند داشت و بالاخره با مشخص بودن ورثه فقد نشانی تعدادی از آنها موجب آن نخواهد شد که آنها طرف دعوی قرار نگیرند نهایتاً نسبت به کسانی که نشانی مشخصی ندارند دعوت جهت رسیدگی از طریق نشر آگهی به عمل خواهد آمد و چنانچه به سند مدرکیه خواهان تردید یا ادعای جعلی به عمل نیایند و یا اینکه در پرداخت دین و برائت ذمه دلیلی از جانب خواندگان ارائه نکرده دادگاه می‌بایستی براساس سند مدرکیه و توجه ماده ۲۸۷ قانون آیین دادرسی مدنی رای مقتضی صادر نماید. (اداره کل آموزش کارمندان، مشاوره قضایی تلفنی ۳، ص ۳۰۸) در باب تقسیم ترکه و ادعای مدون بودن مورث نیز سوالی مطرح گردیده است که: «چنانچه در پرونده ای خواسته مشخصاً تقسیم ترکه باشد و در جریان رسیدگی از ناحیه اصحاب دعوی ادعا شود که مورث و افراد حقیقی و حقوقی از قبیل بانک‌ها بدهکار می‌باشند تکلیف دادگاه چیست؟ آیا باید به این ادعا رسیدگی و پس از احراز و کسر دیون از ما ترك نسبت به تقسیم ترکه اقدام نماید یا رسیدگی به این موضوع مستلزم تقدیم دادخواست جداگانه می‌باشد؟ دادگاه در خصوص این خواسته چه تصمیمی اتخاذ نماید؟ اگر وجود دین برای دادگاه احراز شود چه تکلیفی دارد؟ پاسخ: با توجه به متن صریح ماده ۸۶۸ قانون مدنی دادگاه با احراز دیون و ادای آن نسبت به تقسیم مابقی ترکه اقدام می‌نماید» (اداره کل آموزش کارمندان، مشاوره قضایی تلفنی ۳، ص ۲۸۷)

نخواهند نمود.^۱

د) اعسار یا امتناع يك یا چند تن از وراثت هنگام مراجعه طلبکار

در مورد مسئله چهارم و اینکه چنانچه هنگام مراجعه طلبکار و وارثین جهت دریافت طلب خویش، با اعسار يك یا چند از وراثت مواجه شود. در چنین فرضی، بستانکار می‌تواند برای سهم چنین وارثی به سایر وراثت مراجعه نماید چرا که عین ترکه نزد هر کس که باشد (یا بدل آن) وثیقه قانونی برای حفظ حقوق بستانکاران میت است. بنابراین، این ضرورت استفاده از وثیقه است که هنگام مراجعه طلبکار به وراثت با اعسار وارثین مواجهه می‌شود و حتی می‌توان قائل به این شد که چنانچه وارثی از پرداخت دین متوفی به اندازه سهم خود امتناع نماید، نصیب او فروخته می‌شود و بهای آن متعلق به طلبکار است.

در فرض اعسار يك یا چند از وراثت یا امتناع آنان از ادای دیون متوفی به اندازه نصیب خودشان سؤالی مطرح گردیده است که آیا در این حالت تقسیم به هم بخورد و طلب از تمام ترکه برداشته می‌شود و یا اینکه تقسیم به اعتبار خود باقی است و سهم معسر به نسبت بین دیگران تقسیم می‌شود؟

در پاسخ گفته شده است: برای اثبات بطلان تقسیم باید قائل به این بود هر گاه طلبکار تمام یا بخش نامتناسبی از بدهی مورث را، از حصه یکی از وراثت استیفا نماید، در این فرض، تعدیل به هم خورده و باید تقسیم را باطل دانست، چرا که هر جزء ترکه، وثیقه تمام دین است و نمی‌توان طلبکار را مجبور کرد که بخش متناسب را با تعهد هر وراثت را از سهم او برداشت، در نتیجه آنکه تقسیم باید به هم بخورد و دین از ترکه برداشته باشد. برای اثبات اعتبار تقسیم باید گفت، مجاز بودن تقسیم ترکه پیش از پرداخت دیون مورث این است که طلبکاران نیز ملزم به مفاد آن می‌شوند، بدین معنی که در برابر آنان نیز وثیقه تقسیم گردد و هر وراثت مسئول حصه خود باشد، پس اگر وارثی از پرداخت دین امتناع ورزد، تنها سهم او از ترکه فروخته می‌شود و در صورت از بین رفتن عین ترکه، سایر اجزای

۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، عقود معین ۲، ش ۵۵.

دارائی او مورد استفاده قرار می‌گیرد، النهایه با اینکه با تقسیم ترکه، طلب نیز تجزیه می‌شود و دین هر وراث به دارائی او تحمیل می‌شود و هیچ گاه موجب تقسیم بطلان تقسیم نخواهد شد.^۱

به نظر می‌رسد قانون مدنی در ماده ۶۰۶ قانون مدنی از نظریه اخیر پیروی کرده است و باید قائل به این بود که اعسار يك یا چند از وراث یا امتناع آنان از پرداخت دین متوفی، بطلان تقسیم را در پی نخواهد داشت، به ویژه که بیان گردید، ترکه دارای شخصیت حقوقی بوده و این شخصیت حقوقی وثیقه عمومی طلبکاران است و هر گاه طلبکار با استفاده از حق دینی خود نتوانست به طلب خویش برسد ناچار باید از حق عینی خود استفاده نماید، چرا که پس از فوت مورث، در صورت وجود ترکه، وارث مدیون خواهد بود. چنانکه برخی از فقها هم، قائل به درستی تقسیم هستند، محقق قمی در «جامع الشتات» آورده است: «... در این صورت هر گاه وراث به قدرالحصه دین میت را ادا کردند، قسمت بر مال خود باقی می‌ماند و هر گاه هیچ کدام قیام به ادای دین نکنند، حصه او فروخته می‌شود، یعنی به قدر دین از اصل مال فروخته می‌شود و اگر چیزی بر جا بماند، ثانیاً باید قسمت کرد. و هر گاه بعضی از آنها بقدرالحصه، ادای دین میت نکنند، قسمت در حق آنکه ادا کرده صحیح است و حصه او از برای او باقی است و حصه او که امتناع می‌کند می‌فروشند و به او می‌دهند».^۲

۱. محقق قمی، *جامع الشتات*، ج ۲، ص ۲۵۸.

۲. در قسمتی از حکم شماره ۱۸۸۲ مورخه ۱۳۲۱ / ۶ / ۳۱ شعبه هفتم دیوان عالی کشور چنین آمده است: «وراث ملزم نیستند دین مورث را از محل معینی ادا کند و در صورتی که حاضر باشد دین را از بهای ملک فروخته شده یا از جای دیگر ادا نماید ابطال معامله ضرورت نخواهد داشت.» (متین، احمد، *مجموعه رویه قضایی* قسمت حقوقی، صفحه ۱۳۱) همچنین شعبه چهارم دیوان عالی کشور در حکم شماره ۲۴۰۵ مورخ ۱۳۱۸/۹/۲۹ بیان داشته است: «هر چند دیون متوفی باید از ترکه او اداء شود و تا وقتی که ترکه از متوفی بدست ورثه نرسیده ملزم به اداء دین نخواهد بود ولکن در عین حال نمی‌بایست به مجرد عدم ثبوت وجود ترکه و یا به صرف عدم احراز وصول آن به وراث مبادرت به اصدار حکم به بی‌حقی مدعی دین نمود (منبع پیشین، ص ۱۲۸) و شعبه يك دیوان عالی کشور در حکم شماره ۱۴۳۴ مورخ ۱۳۳۴/۷/۱۸ بیان نموده: «با احراز ترکه برای ورثه متوفی، ورثه ملزم به ادای دین متوفی از عین مال خود نخواهد بود» (منبع پیشین، ص ۷۸) در رای شماره ۳۹۴ مورخ ۱۳۲۹/۲/۳۰ شعبه سوم دیوان عالی کشور نیز آمده است»

مبحث دوم (وضعیت حقوقی معاملات ورثه نسبت به ترکه قبل از ادای دیون

متوفی

قانونگذار در باب حفظ حقوق طلبکاران و حقوقی که به اعیان ترکه تعلق می‌گیرد حکمی را بیان داشته، که در صورت انجام معامله از ناحیه وارثین نسبت به اعیان ترکه، طلبکاران می‌توانند آن معامله را ابطال نمایند. حکم قانونگذار در ماده ۸۷۱ قانون مدنی این چنین است: « هر گاه ورثه نسبت به اعیان ترکه معاملاتی نمایند مادام که دیون متوفی تادیه نشده است، معاملات مزبور نافذ نبوده و دیان می‌توانند آن را به هم بزنند». در ماده ۲۲۹ قانون مدنی نیز همین حکم تکرار شده است. مطابق این ماده: « تصرفات ورثه در ترکه از قبیل فروش و صلح و هبه و غیره... نافذ نیست مگر بعد از اجازه بستانکاران و یا اداء دیون». بنابراین مطابق ماده فوق، حکم عدم نفوذ را می‌توان ناظر به کلیه تصرفات ناقل وارثین از قبیل فروش، صلح و هبه و... دانست چرا که این امر از وثیقه عمومی طلبکاران خواهد کاست اما سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که آیا صرف انتقال تمام یا بخشی از ترکه به دیگری، طلبکاران می‌توانند تقاضای ابطال معامله مذکور را بنمایند؟ به نظر می‌رسد طلبکاران به صرف انتقال تمام یا بخش معینی از اعمال ترکه نتوانند آن را ابطال بنمایند، آن هم به دلایل زیر:

۱- عبارت «... مادام که دیون متوفی تادیه نشده است...» در ماده ۸۷۱ قانون مدنی

است: «ورثه قائم مقام متوفی هستند و مطابق ماده ۲۳۲ قانون امور حسبی دعوی بر میت باید به طرفیت ورثه اقامه شود هر چند ترکه در ید وارث نباشد لکن مادام که ترکه به دست ورثه نرسیده است مسئول ادای دین نخواهد بود و بنابراین حکم به بطلان و دعوی طلبکار به عنوان عدم وصول مال از مورث به خوانندگان صحیح نبوده است» (منبع پیشین، ص ۳۰۱) شعبه یک دیوان عالی کشور نیز در حکم شماره ۱۷۶۵ مورخ ۱۰/۳۰/۱۳۲۱ خود آمده است: « در صورتی که مورث خوانده در حین فوت چیزی نداشته و مشارالیه از ترکه او استفاده نکرده باشد الزام او به تادیه دین متوفی صحیح نخواهد بود (منبع پیشین، ص ۱۳۰) شعبه هفتم دیوان عالی کشور در حکم شماره ۱۸۸۲ مورخ ۱۳۲۱/۶/۳۱ نیز آورده است «وراث ملزم نیستند دین مورث را از محل معینی اداء کنند و در صورتی که حاضر باشند دین را از بهای ملك فروخته شده یا از جای دیگر اداء نمایند ابطال معامله ضرورت نخواهد داشت» (منبع پیشین، ص ۱۳۱)

دلالت بر این دارد، چنانچه دیون متوفی ادا گردد حتی بعد از معاملات ناقله، طلبکار نفعی در به هم زدن معامله نداشته باشند.

۲- در قسمت اخیر ماده ۲۲۹ قانون امور حسبی نیز چنین آمده است «... مگر بعد از اجازه بستانکاران و یا اداء دیون» که به نظر می‌رسد سرنوشت انتقال تصرفات ورثه از قبیل فروش و غیره به دو شکل بروز می‌نماید، یا اینکه طلبکاران نسبت به معامله مذکور رضایت دهند و آن را تنفیذ بنمایند یا اینکه وراثت دین طلبکاران را بپردازند که در صورت اخیر با پرداخت دین متوفی، بازهم طلبکاران نفعی در به هم زدن معامله نخواهند داشت.

۳- در ماده ۲۲۸ قانون امور حسبی بیان شده است: «ورثه می‌توانند دیون را از ترکه یا از مال خود اداء نمایند». که در این صورت هم بر فرض پرداخت دین از بخش دیگری از ترکه یا از مال خود وارث، دین طلبکاران پرداخت شده و نوبت به ابطال معامله نمی‌رسد. نتیجه آنکه وراثت مخیرند بعد تصرفات ناقله در اعیان ترکه یا نسبت به ادای دیون متوفی از مال شخصی خود یا از ترکه اقدام نمایند و با این کار جلوی ابطال معامله با ثالث را بگیرند یا اینکه در صورت عدم پرداخت سرنوشت عقد را در مورد رد یا تنفیذ معامله، به دست طلبکاران بسپارند. ممکن است با وضع ماده ۸۶۹ و بکار بردن اصطلاح «اعیان ترکه مثل عینی که متعلق رهن است...» قائل به این نظر بود که، منظور قانونگذار از عبارت «اعیان ترکه»، صرفاً ناظر به وثیقه عینی است که در نزد طلبکاران میت می‌باشد و آنان حق عینی تبعی بر آن دارند و چنانچه ورثه نخواهند یا نتوانند دین مورث خود را به طلبکاران پرداخت نمایند، آنان بتوانند از محل این وثیقه نسبت به استیفای طلب خود اقدام نمایند. به همین جهت است که قانونگذار معاملات مزبور را نافذ دانسته و آن را از ناحیه طلبکاران قابل ابطال دانسته است. نظیر این حکم در ماده ۷۹۳ در باب رهن مقرر گردیده است: «رهن نمی‌تواند در رهن تصرفی کند که منافی حق مرتهن باشد مگر به اذن مرتهن». و حتی در ماده ۶۰۶ قانون مدنی و ماده ۲۲۸ قانون امور حسبی نیز قانونگذار عقیده به این موضوع داشته که در صورت تصرفات ناقله وارث نسبت به ترکه، هر يك از

طلبکاران می‌توانند نسبت به سهم هر وارث به او مراجعه نمایند. در ماده ۶۰۶ قانون مدنی می‌خوانیم: «هر گاه ترکه میت قبل از ادای دیون، تقسیم شود و یا بعد از تقسیم معلوم شود که بر میت دینی بوده است، طلبکار باید به هر يك از وراث نسبت به سهم او رجوع کند و اگر يك یا چند نفر از وراث معسر شده باشد طلبکار می‌تواند برای سهم معسر یا معسرین نیز به وراث دیگر رجوع کند».

در پاسخ به این دیدگاه باید گفت: هر چند قانونگذار در ماده ۸۷۱ صرفاً بیان نموده «هر گاه ورثه نسبت به اعیان ترکه معاملاتی نمایند مادام که دیون متوفی تادیه نشده است معاملات مزبور نافذ نبوده و دیان می‌توانند آن را بر هم زنند»، اما در ماده ۲۲۹ قانون امور حسبی به صراحت تصرفات ورثه در ترکه از قبیل فروش و صلح و هبه و غیره نافذ دانسته مگر بعد از اجازه بستانکاران و یا اداء دیون.

«برگه درخواست اشتراک ماهنامه کانون»

خواهشمند است تعداد..... شماره مجله کانون را برای
 اینجانب..... به نشانی:.....

 تلفن تماس:..... کد پستی..... ارسال
 فرمایید. هزینه اشتراک طی فیش شماره.....
 به مبلغ..... که اصل آن پیوست می‌باشد، واریز شده است.



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

۲ - هزینه اشتراک را به مساب ۳۴۳۴ بانک ملی شعبه خیابان میرزای

شیرازی کد ۱۶۹ به نام مجله کانون واریز فرمایید.

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

۱۱۵۱ - ۱۴۳۳۵ ارسال فرمایید.

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

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