

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

کانون

مجله خبری و تحلیلی در زمینه علوم انسانی
سال چهل و نهم ، دوره دوم ، شماره ۷۸
اسفند ماه ۱۳۸۶

صاحب امتیاز و مدیرمسئول:

کانون سردفتران و دفتریاران

سر دبیر:

ناصر ناییب

مدیر اجرایی:

نورعلی مظاهری

ویراستار ادبی:

وحید امینی

حروفچین و صفحه‌آرا:

فهیمه اسماعیلی

همکاران این شماره:

حمید صالحی، محمد علومی، دکتر سید

مرتضی قاسم زاده، مرتضی

محمدحسینی طرقي، مرتضی مشهدی، مهدی

ممی زاده، ناصر ناییب.

پایگاه اینترنتی کانون سردفتران و دفتریاران:

www.notary.ir

نشانی الکترونیکی:

MAGAZINE@NOTARY.ir

نشانی دفتر مجله:

تهران، خیابان استاد مطهری، مقابل

خیابان سنایی، پلاک ۲۸۳

صندوق پستی: ۱۴۳۳۵/۱۱۵۱

کد پستی: ۱۵۸۶۷۱۷۳۱۱

تلفن و دورنگار: ۸۸۷۲۸۷۵۵

چاپ: صفیه

نشانی چاپخانه:

تهران، خیابان شریعتی، چهارراه حقوقی، کوچه

گوهری، چاپ صفیه

تلفن چاپخانه: ۷۷۵۰۲۲۹۷

شمارگان: ۴۸۰۰ نسخه

بها: ۱۰۰۰۰ ریال

(دفاتر اسناد رسمی یک جلد رایگان)

فهرست مندرجات

- ۷..... سخن امروز ما ؛ سردفتران و مجلس قانون گذاری
ناصر نایبی
- ۱۰..... نوروزتان پیروز باد!
محمد علومی
- ۱۵..... وکالت بلاعزل
دکتر سید مرتضی قاسم زاده
- ۴۸..... شیوه‌ای برای ایجاد ضمانت تضامنی در حقوق مدنی (بخش پنجم و پایانی)
مرتضی محمدحسینی طرّقی
- ۷۱..... بخشنامه‌های ثبتی و مقتضیات زمان (بخش دوم و پایانی)
مرتضی مشهدی

ماهیت، شرایط و آثار قراردادهای پیش فروش ساختمان با نقد لایحه جدید پیش

فروش ساختمان ۹۲

مهدی ممی زاده

نقدی کوتاه بر مقاله «ساز و کارهای حقوقی سازمان ثبت اسناد و املاک جهت

تثبیت و تغییر شکل مالکیت دولت» ۱۳۸

حمید صالحی

هدف حقوق و تمام ریزویم آن مصون‌سازی جامعه از
ظلم و بی‌عدالتی و خدمت‌گذاری به آزادی و حقوق
انسان‌هاست، قانون که مهمترین منبع حقوق است
می‌بایستی در آن راستا تصویب شود.
دکتر امیرناصر کاتوزیان

سخن امروز ما...

سردفتران و مجلس قانون‌گذاری

انقلاب مشروطیت با تلاش و مجاهدت علما، روشنفکران، بازاریان و زحمتکشان شهر
و روستا، با هدف محدود کردن قدرت مطلقه پادشاه، با تدوین اولین قانون اساسی
جدید با اقتباس از مشروطه سلطنتی به ثمر نشست.

مجلس شورای ملی که منتخبانی از صنوف مختلف جامعه را در خود جای داده
بود با وضع قانون در تمامی حوزه‌ها؛ مردم را برای اولین بار با زندگی تحت لوای قانون
به معنای مدرن آن آشنا ساخت و آنان توانستند ترجمان عملی عدالت و آزادی را در
زندگی روزمره خود تجربه کرده و با تفویض اختیار به آنان در امر قانون‌گذاری در
سرنوشت خود مشارکت نمودند.

از همان مجلس اول کرسی‌های پارلمان افتخار جلوس اجلاس «کاتبان عدل» در
موقعیت‌های مختلف علمای دارای محاضر شرع، صاحبان دفاتر اسناد رسمی و
سردفتران امثال مرحوم مدرس، دکتر سیدحسن امامی، مدرس تبریزی، بهنیا، مهدوی،
ذاکر، برزنجی و دهها نماینده مورد وثوق، اعتماد، امین و کارگزار از میان سردفتران را

داشته و دارند.

مع الوصف، امروزه به دلیل پیچیده شدن روابط اجتماعی و تحولات بی سابقه در جامعه حضور تعدادی از آنان (سردفتران) به منظور ارائه راه حل های علمی، منطقی، عادلانه، دوراندیشانه و همه جانبه نگرانه نسبت به مسائلی از قبیل تغییر و اصلاح قانون دفاتر اسناد رسمی (به ویژه در مباحث مربوط به نحوه انتخاب سردفتر، تأسیس دفترخانه، افزایش تعداد دفاتر اسناد رسمی، اختیارات کانون سردفتران و دفتریاران، تکالیف و مسئولیت های دفتریار و کارمندان دفترخانه و تغییر موارد شکلی تنظیم و ثبت اسناد)، عضویت ایران در اتحادیه بین المللی سردفتران، تجارت الکترونیک، گواهی امضای الکترونیک و چگونگی واگذاری بخشی از وظایف و صلاحیت دادگاه های دادگستری در امور غیرترافیعی و حسبی به دفاتر اسناد رسمی تحت عنوان قضازدایی و دهها موضوع و مسأله ای که به طور مستقیم و غیرمستقیم با مصالح و منافع ملی و امنیت اجتماعی و توسعه اقتصادی ارتباط تنگاتنگ پیدا کرده به یک ضرورت انکارناپذیر تبدیل شده است.

بنابراین در موضوع حقوق ثبت اسناد به طور خاص و حقوق مدنی به طور عام و با در نظر گرفتن این واقعیت که توسعه شهرنشینی و پیچیده شدن روابط حقوقی بین افراد و در راستای تأمین امنیت و ثبات در حوزه اقتصاد خرد، وجود کارگزاران متخصص و مورد اعتماد مردم برای نظم دهی امور مدنی و تقویت عنصر ثبات و استمرار آن در امور مالی و... دستگاه متولی امور ثبتی و مدنی می بایستی شاداب، فعال و به روز باشد.

برای تحقق این مهم همکاران سردفتر و دفتریار و کارمندان دفترخانه و سایر فعالان مربوط به امور دفاتر اسناد رسمی باید از طریق مجاری قانونی، نقش شایسته ای در تعریف و تدوین و اجرای قوانین جدیدی که با نیازهای جامعه همخوانی داشته و موجب تسریع، دقت و صحت تنظیم و ثبت اسناد و کاهش هزینه های مربوط به دیوان

سالاری اداری می‌گردد، ایفا نمایند و از فرصت‌ها و ظرفیت‌های موجود جامعه حداکثر استفاده را ببرند. یکی از فرصت‌های مغتنم، انتخابات مجلس شورای اسلامی است که متولی طراحی و تدوین سیاست‌های کلان جامعه می‌باشد، حضور فعال همکاران محترم می‌تواند در شکل‌گیری مجلسی کارآمد و پرتوان و بانشاط سهم خود را ادا کنند.

به همین منظور اهل فن و صاحبان تجربه از هم‌اکنون به طرح و ترویج دیدگاه‌های علمی و تجارب و دستاوردهای جوامع توسعه یافته و خلاءهای قانونی و ضرورت پرکردن این خلاءها به شیوه کارشناسانه اقدام نمایند و نمایندگان مجلس هشتم را از هم‌اکنون با نظرات و دیدگاه‌های خود آشنا نموده و با آن دسته از داوطلبان نمایندگی مجلس هشتم که به این مباحث علاقه‌مندی نشان می‌دهند به گفت‌وگو و تبادل نظر پرداخته و آنها را به انعکاس نیازهای خود و برنامه‌های آتی تشویق و ترغیب نمایند و در کنار این فعالیت‌ها مطالعات کارشناسانه خود را در اختیار داوطلبان علاقه‌مند قرار داده و از طریق نشست‌های علمی و تخصصی افکار عمومی و داوطلبان نمایندگی را با اهمیت موضوعات مرتبط با امور دفاتر اسناد رسمی آشنا نمایند و در صورت امکان از داوطلبان آشنا و علاقه‌مند به امور دفاتر اسناد رسمی حمایت معنوی نموده و با به کارگیری ابتکار و خلاقیت‌های حرفه‌ای خود ورود این دسته از نمایندگان به مجلس هشتم را تسهیل کنند.

ناصر نایبی

سردبیر

نوروزتان پیروز باد!

محمد علومی^۱

مجله کانون بیانگر آراء و نظریات نویسندگان علوم حقوقی و قضایی و ناشر عقاید علمای علم حقوق و قوانین حقوقی است و در راه پیشبرد اهداف جامعه سردفتران و نقد علمی و تخصصی در مسائل و رفع مشکلات حرفه‌ای سردفتران و دفترياران گام برمی‌دارد. اما براساس سنت دیرینه خود گاه به گاه بنا به مناسبت زمان و بمقتضای روز قدم فراتر گذاشته و در دیگر مسائل بحثی را مطرح می‌نماید.

از دیرزمانی که این نشریه کار خود را آغاز نموده آنچه را که هیأت تحریریه وقت در ارتباط با تاریخ جشن‌های ملی و باستانی ایران چاپ و انتشار آن را در مجله لازم دانسته، انجام آن به این حقیر محول شده است.

این بار تاریخ نوروز را با بیتی از مولانا جلال‌الدین بلخی آغاز می‌کنیم که می‌گوید:

این بهار تو ز بعد از برگ ریز هست برهان وجود رستخیز
اصولاً پدیده جشن نوروز و آداب و سنن وابسته به آن یک امر ایستا و متوقف
نیست بلکه یک موضوع پویا و متحرک است و در ضمن دادن شادی و رونق زندگی

۱. سردفتر دفتر اسناد رسمی شماره ۳۰۰ تهران.

و آرمان خواهی و عدالت خواهی را در آن به وجود می آورد.

برای جشن نوروزی به پا شد به هر باغی چراغان شکوفه

آنچه در ارتباط با تاریخ جشن ملی و باستانی ما ایرانیان درباره تاریخ نوروز آمده، مؤید اعتبار و ارزش وجودی و انسجام و استواری فرهنگ حاکم ماست.

در طول هزاران سالی که گذشته این سنت ملی پایدار و سرافراز و استوار ایستاده است و آنچه که او را چنین سربلند نگاهداشته فرهنگ مستقل و متکی به او است.

اگر در پیشینه فرهنگ ایران بنگریم درمی یابیم که قبل از اسلام و بعد از آن هم در معرض استیلای اقوام مختلفی چون یونانیان و اعراب و مغول قرار گرفته اما پس از این همه استیلا استقلال خود را تا به امروز حفظ نموده.

در ادبیات فارسی جشن نوروز را مانند بسیاری دیگر از آیینها و فرهنگها و تمدنها به نخستین پادشاهان نسبت می دهند. شاعران و نویسندگان قرن چهارم و پنجم هجری چون: فردوسی، منوچهری، مسعودی، عنصری و بیرونی را عقیده بر آن است که تاریخ جشن نوروزی پیش از اسلام بوده و برگزاری این جشن را از زمان پادشاهی جمشید می دانند، فردوسی می گوید:

جهان انجمن شد بر تخت او از آن برشده فرّه تخت او

به جمشید گوهر بیفشاندند مرا آن روز را روز نو خواندند

برخی از دانشمندان ایرانی می گویند: چون جمشید به پادشاهی رسید دین را بازنگری کرد و آن روز را که روز تازه ای بود عید گرفت. گرچه پیش از او هم نوروز بزرگ و پرشکوه برگزار می شد. و برخی دیگر از ایرانیان می گویند جمشید برای خود گردونه ساخته و در این روز بر آن گردونه سوار شد و از کوه دماوند به بابل آمد. مردم از دیدن او در شگفت شدند، لذا این روز را جشن گرفته و گروهی دیگر از ایرانیان بر این باورند که جمشید بیشتر در شهرها گردش می کرد و هنگامی که

خواست وارد آذربایجان شود مردم تخت او را می بردند و چون پرتو خورشید بر آن تخت تابید، آن روز را عید گرفتند.

به هر حال نخستین روز فروردین ماه را «نوروز» نامند که اولین روز سال نو است و با نام پارسی آن بیان شده و گفته اند در این روز خداوند آفتاب را برای آنکه اجزای سال - ماه - روز شناخته شود آفرید و بازمی گویند که کیومرث در این روز به پادشاهی رسید این روز جشن او بود که به معنای عید است.

عبدالصمد بن علی از جد خود روایتی نقل می کند بدین شرح که در نوروز، جامی سیمین که پر از حلوا (شیرینی) بود برای پیغمبر هدیه آوردند و آن حضرت پرسید که آن چیست؟ گفتند امروز روز نوروز است پرسید که نوروز چیست؟ گفتند عید بزرگ ایرانیان است، حضرت فرمود آری، در این روز بود که خداوند عکره را زنده کرد از پیغمبر پرسش شد عکره چیست؟ فرمود عکره هزاران مردمی بودند که از ترس مرگ ترک دیار کرده و سر به بیابان نهادند خداوند به آنان گفت بمیرید و مردند. سپس آنان را زنده کرد و ابرها را امر فرمود که به آنان ببارد و از این روست که پاشیدن آب در این روز رسم شد و پس از آن حلوا تناول کرد و جام را میان یاران قسمت کرده و گفت کاش هر روزی برای ما نوروز بود.

و نیز حدیثی است از مغلی خنیس که گفت:

روز نوروز به حضرت جعفر بن محمد صادق (ع) در آمدم گفت آیا این روز را می شناسی؟ گفتم فدای تو گردم، این روزی است که ایرانیان آن را بزرگ می دانند و به یکدیگر هدیه و ارمغان می دهند پس حضرت صادق (ع) گفت سوگند به خداوند که این بزرگداشت نوروز امری کهن است که برایت بازگو می کنم تا آن را دریابی پس گفت ای مغلی - روز نوروز روزی است که خداوند از بندگان خدا پیمان گرفت

که او را بپرستند و برای او قائل به شریک نگردند و به پیامبران و رهنمایان او بگروند و به پیشوایان دین ایمان بیاورند و نوروز همان روزی است که آفتاب در آن طلوع کرد و زمین در آن شکوفا و درخشان شد همان روزی است که کشتی نوح در کوه آرام گرفت و همان روزی است که پیغمبر خدا امیرالمؤمنین علی (ع) را بر دوش خود گرفت تا بت‌های قریش را از کعبه به زیر افکند چنانکه ابراهیم نیز این کار را کرد، همان روزی است که پیامبر به یاران خود فرمود با علی به عنوان امیرالمؤمنین بیعت کنید (عید غدیر خم) همان روزی است که قائم آل محمد (ص) و اولیای امر در آن ظهور کند و هیچ روز نوروزی نیست که ما در آن متوقع گشایش و فرجی نباشیم، زیرا نوروز از روزهای شیعیان ماست.

حکیم عمرخیام در کتاب «نوروزنامه» چنین گوید:

سبب برپایی نوروز آن بوده چون ندانستند که آفتاب را دو دور بود یکی آنکه هر ۳۶۵ روز و ربعی از شبانه‌روز به اول دقیقه حمل باز آید به همان وقت و روز که رفته بود بدین دقیقه نتوان آمدن چه به هر سال از مدت عمر کم شود و چون جمشید آن روز در ملوک عجم بر تخت شاهی نشست خواست که ایام سال و ماه را نام نهد و تاریخ سازند تا مردمان بدانند، تاریخ نویسان بر آن عقیده‌اند که ایرانیان در تغییر فصول و برگزاری جشن‌ها و نهاد شادی و سرور آداب و رسومی وضع کرده که مراسم نوروز در راستای نهادن آداب و رسوم نیکو و خواست عیدی برای ملت خود قرار داده‌اند. اندیشمندان معتقد بر آن‌اند که کهن‌ترین جشن تاریخ بشری جشن نوروزی ایرانیان است. به همین مناسبت «عنصری» می‌گوید:

نوروز بزرگ آمد آرامش عالم میراث ملوک عجم از جم

لذا ایران دوستان که به ملیت و آب و خاک خود معتقدند باید به باورها پای‌بند

بوده و از سنت‌ها و جشن‌های خود پایداری نموده و به تمدن گرانقدر و ارزشمند خود به دیده تحسین بنگرند.

آنچه بیان شد قطره کوچکی است از اقیانوس بزرگ سنت‌ها و عادات دیرینه ایرانیان باستان که تا امروز در جهان گسترده شده و مورد توجه جهانیان قرار گرفته است.

امید است سال نو برای ملت ما سال شادی و پیروزی و موفقیت و شادکامی باشد.

وکالت بلاعزل^۱

دکتر سید مرتضی قاسم زاده^۲

مقدمه

۱ - مفهوم وکالت

وکالت عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین (موکل) طرف دیگر (وکیل) را برای انجام امری نایب خود می‌نماید (ماده ۶۵۶ قانون مدنی) این قرارداد، از جمله قراردادهای جایز است و هر یک از موکل و وکیل هر زمان که بخواهد می‌تواند آن را بر هم زند (مستفاد از ماده ۶۷۸ قانون مدنی) چه، وکالت عقد مبتنی بر اعطای نیابت و تفویض اذن است. بنابراین هم اذن دهنده (موکل) می‌تواند از اذن خود رجوع نماید و هم نایب (وکیل و ماذون) حق استعفا دارد و این عقد مانند سایر قراردادهای جایز به موت و جنون و سفه - در مواردی که رشد معتبر است منفسخ می‌شود ماده ۹۵۴ و ۶۸۲ قانون مدنی.

۱. ویرایش این مقاله توسط جناب آقای محمد حنیفه اقبالی درخشان، کارشناس و بازرس دفتر بازرسی و پاسخگویی به شکایات سازمان ثبت اسناد و املاک کشور و عضو محترم هیأت تحریریه مجله کانون صورت پذیرفته است.

۲. نقل از سایت دادگستری (مقالات حقوقی) www.dadgostary-tehran.ir

علاوه بر این هرگاه متعلق وکالت از بین برود یا موکل عملی را که مورد وکالت است خود انجام دهد یا به طور کلی عملی که منافی با وکالت وکیل باشد به جا آورد مثل اینکه مالی را که برای فروش آن وکالت داده بود خود بفروشد وکالت منفسخ می شود (ماده ۶۸۳ قانون مدنی) بدیهی است که با انجام شدن مورد وکالت و همچنین با انقضای مدت نمایندگی در مواردی که برای آن مدت تعیین می شود وکالت نیز منقضی می گردد.

۲- فایده‌های وکالت و انگیزه‌های توسل به آن

هر شخص در روابط اجتماعی خویش از طریق وکالت می تواند به پاره‌ای از هدف‌های خود نایل آید، هدف و انگیزه موکل یا وکیل حسب مورد متفاوت است. موکل با انتخاب وکیل می تواند از دانش، تجربه و تخصص او و همچنین از فرصت‌های خود به بهترین وجه استفاده کند. وکیل نیز به نمایندگی از موکل اعمال حقوقی مورد نظر را انجام می دهد و اجرت دریافت می کند. امروزه وکالت دادگستری به صورت یک حرفه درآمدی و تخصصی با ارزشی محسوب می شود باید توجه داشت که وکالت منحصر به وکالت دادگستری نیست بلکه در هر امری که موکل بتواند آن را به جا آورد، می تواند به دیگری وکالت دهد (مستفاد از ماده ۶۶۲ قانون مدنی). به طور کلی ممکن است طرفین (قرارداد) یا یکی از آنها به وکالت از غیر اقدام نمایند. و نیز ممکن است یک نفر به وکالت از طرف متعاملین این اقدام را به عمل آورد (ماده ۱۹۸ قانون مدنی). علاوه بر قراردادها در ایقاعات نیز می توان از وکالت استفاده کرد در پاره‌ای از موارد عقد جایز وکالت و طبع اولیه آن نظر طرف‌های قرارداد را تامین نمی کند؛ زیرا هر یک از موکل و وکیل می تواند آن را بر هم بزند بدین منظور و به انگیزه ایجاد یک رابطه پایدار و غیر قابل فسخ برخی به وکالت بلاعزل یا به وکالت بدون استعفا روی می آورند. برای مثال؛ در حقوق ایران که اختیار طلاق دست زوج

است (ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی) زوجه می‌تواند با اشتراط وکالت در ضمن عقد ازدواج وکیل زوج شود ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی مقرر می‌دارد: (طرفین عقد ازدواج می‌توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند. مثل اینکه شرط شود، هرگاه شوهر زن دیگر بگیرد یا در مدت معینی غایب شود یا ترک انفاق نماید که زندگانی آنها غیر قابل تحمل شود زن وکیل و وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم نهایی خود را مطلقه سازد) در این گونه موارد وکیل با استفاده از وکالت می‌تواند به پاره‌ای از هدف‌های خویش نایل آید و این چنین عقد وکالت برای وی مفید واقع می‌شود.

۳- توافق دو طرف در اسقاط حق یا تحدید اختیار

چنانکه دیدیم، اشخاص در پاره‌ای از موارد به گونه‌ای که امروز نیز رایج است قصد ایجاد یک رابطه پایدار (وکالت) و غیر قابل فسخ حتی گاهی غیر قابل انفساخ دارند بدین منظور روی به وکالت بلاعزل می‌آورند و از آن استقبال می‌کنند، به ظاهر وکالت بلاعزل وکالتی است که موکل حق عزل نداشته و همچنین وکالت بدون استعفا وکالتی است که وکیل فاقد حق استعفا است اما اصطلاح نخست در میان مردم و عرف دفاتر اسناد رسمی هنگامی به کار می‌رود که موکل علاوه بر نداشتن حق عزل حق انجام مورد وکالت را نیز از دست می‌دهد. واقعیت این است که باید قصد طرفین و تراضی آنها را جستجو نمود و نیز باید دید که آنان چگونه توافق کرده‌اند.

ماده ۶۷۹ قانون مدنی مقرر می‌دارد: « موکل می‌تواند هر وقت بخواهد وکیل را عزل کند مگر اینکه وکالت وکیل یا عدم عزل در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد» با اینکه ظاهر این ماده و عنوان وکالت بلاعزل که در میان مردم رایج است به اسقاط و از بین رفتن حق عزل موکل انصراف دارد اما نباید به این ظاهر اعتماد کرد بلکه مفاد این ماده اختصاص به موکل ندارد و درباره استعفای وکیل نیز اجرا می‌شود.

۴- انگیزه‌های توسل به وکالت بلاعزل و وکالت بدون استعفا

علت اصلی توسل به وکالت بلاعزل ایجاد یک رابطه پایدار و غیر قابل فسخ از جانب موکل و وکیل است مثلاً شخصی ملکی می‌خرد ولی به دلایلی که به برخی از آنها اشاره خواهیم کرد، نمی‌تواند سند رسمی تنظیم بکند و ناگزیر وکیل بلاعزل فروشنده می‌شود تا پس از رفع موانع و فراهم شدن مقدمات ثبت، به وکالت از فروشنده نسبت به انتقال قطعی و رسمی ملک به نام خود اقدام نماید یا چنانکه دیدیم، زنی با استفاده از شرط ضمن عقد ازدواج، وکیل زوج می‌شود تا در صورت لزوم به وکالت از زوج خود را مطلقه نماید. در این موارد به ظاهر آنچه که طرفین قرارداد در مورد آن توافق می‌کنند چیزی جز اعطای نمایندگی غیر قابل عزل (یا غیر قابل استعفا) نیست. اما انگیزه‌های دیگری آنان را وادار به برقراری چنین رابطه‌ای می‌نماید. این اغراض و اهداف متعدد و متنوعند و محرک‌های اشخاص مختلف نسبت به قراردادهای مختلف در هر شرایط زمانی و مکانی متفاوت است. برای رعایت اختصار این انگیزه‌ها را به چند دسته کلی تقسیم می‌کنیم:

۱- انجام مورد وکالت (انجام تعهد یا انجام تشریفات آن یا انتقال مال به صورت رسمی) در آینده بدون حضور موکل و به وکالت از جانب وی.

۲- فرار از برخی تنگناهای موجود و ایجاد فرصت مناسب برای فراهم کردن مقدمات و رفع موانع.

۳- فرار از برخی مقررات امری و شکلی و تقلب نسبت به قانون.

۵- سوء استفاده از این شیوه و نقد برخی از استادان.

با اینکه وکالت بلاعزل در بیشتر موارد گره‌های حقوقی پاره‌ای از اشخاص را می‌گشاید و استفاده‌های به جا و مناسب از آن، به پیروی از قانون مدنی (ماده ۶۷۹) به صورت شرط ضمن عقد خارج لازم معمول و متداول است اما در برخی از موارد

بعضی از فرصت طلب‌ها سوء استفاده‌هایی از آن کرده‌اند. گرفتاری‌ها اغلب ناشی از عدم توجه کافی به مفاد قانون و برداشت‌ها و تفسیرهای شخصی است لیکن گاهی با علم و آگاهی از آن به عنوان سرپوشی برای سایر معاملات استفاده می‌شود. در عمل ممکن است موکل یا وکیل پشیمان شده یا یکی از آنان پیش از انجام مورد وکالت بمیرد یا موکل بدون در نظر گرفتن وکالت و برخلاف انتظار وکیل اقدام به انتقال یا فروش مورد وکالت بکند.

۶- تقسیم موضوع

ابتدا از نظر حقوقی این سؤال مطرح می‌شود که آیا تراضی طرفین نسبت به اسقاط یا تحدید حق بر هم زدن عقد جایز وکالت معتبر است یا نه؟ قانون مدنی این شیوه را تجویز کرده است (ماده ۶۷۹) مرسوم این است که توافق موکل و وکیل در مورد اسقاط حق عزل (یا استعفا) به صورت شرط ضمن عقد (خارج لازم) در آید؛ اما ممکن است آن را قرارداد مستقلی تلقی کنیم، در بخش اول مبانی فقهی و حقوقی مساله را مورد مطالعه قرار می‌دهیم و در بخش دوم به تبیین صورت‌های مختلف توافق موکل و وکیل و در پایان به نتیجه گیری و پیشنهاد می‌پردازیم.

بخش اول - مبانی

مطالب این بخش را در دو گفتار به ترتیب اعتبار تحدید یا اسقاط حق عزل و حق استعفا در فقه و حقوق ایران (گفتار اول) و حقوق خارجی (گفتار دوم) بررسی و مطالعه می‌کنیم.

گفتار اول - اعتبار تحدید یا اسقاط حق عزل و حق استعفا

در فقه و حقوق ایران

بند اول - فقه اسلامی

۷ - فقه امامیه

در فقه امامیه عقد وکالت جایز است و هر یک از دو طرف حق فسخ آن را دارند

اما طرفین عقد وکالت می‌توانند آن را ضمن عقد لازمی شرط کنند و حق فسخ خویش را حسب مورد محدود یا سلب نمایند. مشهور فقهای امامیه شرط وکالت در عقد ازدواج یا در هر عقد لازم دیگر را پذیرفته‌اند و در تحلیل و توجیه سلب حق عزل چنین گفته‌اند چون عقد جایز از عقد لازم کسب لزوم می‌کند و به صورت تعهد فردی در می‌آید مادام که عقد اصلی به قوت خود باقی است، تعهد فرعی نیز معتبر است و شخصی که چنین تعهدی کرده است فاقد حق عزل می‌باشد اما اگر شرط (وکالت) در ضمن عقد جایزی باشد، اعتباری بیش از عقد جایز کسب نمی‌کند در نتیجه می‌توان با فسخ عقد اصلی عقد جایز را که به صورت شرط در آمده است فسخ نمود.

۱- فقه عامه

وکالت در مکتب‌های چهارگانه عامه همانند فقه امامیه عقد جایز است. حنفی‌ها وکالت را در سه مورد لازم می‌دانند: ۱- وکالت در فروش عین مرهونه ۲- وکالت (در دعوی) از طرف موکل غایب ۳- وکالت در تسلیم عین به شخصی در غیبت موکل. به عقیده آنان علت لازم شدن وکالت در این موارد تعلق دیگری به آن است. برخی از فقهای حنفی مطلع شدن وکیل را (از خبر عزل خویش) شرط صحت عزل دانسته‌اند. مالکی‌ها گفته‌اند، وکالت از عقود جایز است و هر یک از وکیل و موکل هر زمان که بخواهد، می‌تواند آن را فسخ کند. مگر:

۱- در صورتی که وکالت در دعوی باشد و وکیل سه جلسه در دعوی شرکت نماید. ۲- در صورتی که وکالت در مقابل عوض و مانند اجاره شود؛ یعنی در مقابل عمل معین یا مدت معین و اجرت معینی باشد ۳- هرگاه وکالت در مقابل عوض، مانند جعاله، منعقد گردد.

شافعی‌ها گفته‌اند: وکالت عقد لازم نیست اگرچه با جعل (وبه صیغه جعاله) منعقد

گردد؛ مگر در دو حالت: ۱- هرگاه خارج شدن وکیل از وکالت (و استعفایش) موجب از بین رفتن مال موکل (و در نتیجه زیان مالی او) بشود؛ در این صورت وکالت لازم می‌گردد و استعفای وکیل پذیرفته نمی‌شود.

۲- اگر وکالت بالفعل (صیغه) اجاره واقع شود و شرایط آن کامل گردد لازم می‌شود. در سایر موارد وکالت از طرف هر یک از وکیل و موکل قابل فسخ است. در صورت عزل موکل، تا ابلاغ خبر عزل به وکیل و آگاهی او اعمال وی نافذ و معتبر است.

حنبلی‌ها وکالت را از عقود جایز می‌دانند و گفته‌اند هر یک از دو طرف قرارداد هر وقت بخواهد، می‌تواند آن را فسخ کند. در مورد علم وکیل از خبر عزل خویش دو قول هست بنابر یک قول، وکیل پیش از علم به خبر عزل خویش عزل نمی‌شود و تصرفاتش پیش از علم به خبر عزل نافذ و معتبر است.

بند دوم - حقوق موضوعه ایران

۹- مقتضای ذات عقد وکالت

در اینکه «آیا جایز بودن وکالت جزو مقتضای ذات آن است که به استناد ماده ۲۳۳ قانون مدنی. شرط خلاف آن باطل و موجب بطلان عقد می‌باشد. یا جواز مقتضای اطلاق عقد است که بتوان شروطی را در ضمن آن یا در عقد لازم دیگر گنجانند؟» عده‌ای می‌گویند جایز بودن جزو مقتضای ذات عقد وکالت است و نمی‌توان با قرارداد عقد وکالت در ضمن یک عقد لازم ماهیت آن را تغییر داد و جواز را به لزوم تبدیل نمود برخی از نویسندگان گفته‌اند: عقد جایز وکالت را با شرط ضمن عقد لازم می‌توان به عقد لازم مبدل کرد یعنی جواز عقد وکالت جواز مقتضای اطلاق عقد است نه مقتضای ذات عقد بنابراین می‌توان وکالت وکیل یا عدم عزل او را در ضمن عقد لازمی شرط نمود (ماده ۶۷۹ قانون مدنی).

نکته‌ای که حائز اهمیت است و جایز بودن مقتضای ذات عقد وکالت را تقویت

می‌کند انفساخ آن با موت و جنون موکل یا وکیل است (مستفاد از ماده ۹۵۴ قانون مدنی) به گفته برخی از استادان گذشته: «اثر شرط وکالت و همچنین شرط عدم عزل ضمن عقد لازم آن است که وکالت یا عدم عزل نسبت به مشروط علیه لازم الوفا می‌گردد و او به اعتبار وجوب وفای به شرط نمی‌تواند وکالت را فسخ نماید، و الا در احکام دیگر عقد جایز، مانند انحلال آن به فوت یا جنون احد طرفین تأثیری نخواهد داشت؛ زیرا وکالت ضمن عقد لازم و یا سلب حق از موکل طبیعت عقد جایز را به لازم مبدل نمی‌نماید. بنابراین طبق ماده ۹۵۴ قانون مدنی به فوت و یا جنون احد طرفین عقد وکالت مزبور منفسخ می‌شود) در تأیید این استدلال می‌توان گفت چون خواست و تراضی دو طرف عقد بستن عقد وکالت (در معنای فقهی و حقوقی) با شرط سلب حق عزل است، به عبارت دیگر چون آنان وکالتی می‌خواهند که خودشان (یا یکی از آن دو) حق عزل نداشته باشند، نه وکالتی که پس از فوت و جنون نیز باقی بماند، پس در صورت عارض شدن فوت یا جنون دیگر وکالت (در معنای اصلاحی خود) صدق نمی‌کند بلکه در صورت اول (فوت) می‌توان از وصایت و در مورد دوم (جنون) از مزایای ولایت اولیای قانونی بهره مند شد. به عبارت دیگر اعطای نمایندگی پس از فوت وصایت است نه وکالت و مجنون نیز نمی‌تواند موکل یا وکیل باشد.

۱۰- نفوذ و اعتبار شرط بقای وکالت پس از فوت یا جنون (اثر تراضی)

سؤالی که بدنبال مطالب گذشته مطرح می‌گردد این است که آیا موکل و وکیل می‌توانند با تراضی هم در ضمن عقد تصریح نمایند وکالت حتی پس از فوت یا جنون احد طرفین باقی بماند؟ و آیا چنین شرطی نافذ و معتبر است؟ گروهی از فقها چنین شرطی را در باب رهن و صلح پذیرفته‌اند عده‌ای به منظور برطرف کردن اشکال گفته‌اند: در این صورت وکالت به طور مستقل و مستقیم برای ورثه ایجاد شده یا اینکه مرتهن حق فروش عین مرهونه را پیدا کرده است که به محض فوت او و به طور قهری

به ورثه وی منتقل می‌گردد).

ماده ۷۷۷ قانون تجارت به پیروی از نظر گروه اول مقرر داشته است: «در ضمن عقد رهن یا به موجب عقد علی حده ممکن است راهن، مرتهن را وکیل کند که اگر در موعد مقرر راهن قرض خود را ادا ننموده مرتهن از عین مرهونه یا قیمت آن طلب خود را استیفا کند و نیز ممکن است قرار دهد وکالت مزبور بعد از فوت مرتهن با ورثه او باشد و بالاخره ممکن است که وکالت به شخص ثالث داده شود» برخی از فقها پا را از این هم فراتر گذاشته و گفته‌اند: «در مواردی که موضوع عقد وکالت متعلق حق وکیل باشد و وکالت در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد، مثل وکالت در فروش عین مرهونه چنین وکالتی با فوت وکیل از بین نمی‌رود حتی اگر شرط هم نشده باشد» آنچه که مسلم است وکالت موصوف در قسمت اخیر ماده ۷۷۷ قانون مدنی وکالت اصطلاحی نیست زیرا نیابت و نمایندگی از جانب منوب عنه تا زمانی ادامه می‌یابد که منوب عنه در قید حیات باشد و نیابت فرع بر وجود وی است بنابراین با فوت موکل و همچنین فوت وکیل نمایندگی به هم می‌خورد. در مورد جنون موکل یا وکیل نیز وضع بدین منوال است اگر وکیل مجنون شود نمی‌تواند وظیفه نمایندگی را انجام دهد اگر موکل دیوانه گردد، اهلیت استیفا را از دست می‌دهد و دیگری نمی‌تواند به نمایندگی از کسی که فاقد اهلیت استیفاست، اعمال و اجرای حق کند. قواعد عمومی حاکم بر عقود جایز در مورد وکالت نیز جاری است و دلیلی مبنی بر اینکه قانونگذار از این قواعد در خصوص وکالت عدول کرده است در دست نیست. و چنانکه کلیه عقود جایزه به موت و جنون احد طرفین منفسخ می‌شود... (ماده ۹۵۴ قانون مدنی) عقد وکالت نیز با این اسباب زایل می‌گردد. (مواد ۶۷۸ و ۶۸۲ قانون مدنی). از مطالعه احکام مندرج در این مواد این فکر تقویت می‌شود که جایز بودن جزو ماهیت این قراردادهای ویژه عقد وکالت است و گرنه با قراردادن وکالت یا درج عدم عزل وکیل

در ضمن عقد لازم تمام آثار و احکام عقد لازم به وکالت سرایت می‌کند و طبیعت آن را دگرگون می‌ساخت و جواز آن را مبدل به لزوم می‌کرد در صورتی که به حکم صریح مواد مذکور: عقد وکالتی که ضمن عقدی از عقود لازم شرط شده یا عدم عزل وکیل در یک عقد لازم قرارداد شده باشد به موت یا جنون و همچنین به سفته در مواردی که رشد معتبر است منفسخ می‌شود.

برخی از فقها گفته‌اند وکالت پس از فوت نیز در همان مفهوم مصطلح باقی می‌ماند و محدودیت وصیت را (که فقط تا ثلث ترکه نافذ است) ندارد. و در این گونه موارد که وکالت ضمن عقد لازم شرط می‌شود و موضوع آن متعلق حق وکیل قرار می‌گیرد؛ (مثل فروش عین مرهونه) با فوت وکیل، وکالت منفسخ نمی‌شود اگرچه شرط نشده باشد.

نیابت و نمایندگی اصطلاحی مفهوم خاص و معینی دارد و به این گونه قراردادها نمی‌توان با دید نمایندگی مصطلح نگاه کرد بلکه گاهی توافقی بر انتقال حق و توکیل تا زمان حیات و ایضا پس از آن صورت گرفته است.

۱۱- دایره شمول وکالت بلاعزل و وکالت بدون استعفا

در عمل غالباً وکالت بلاعزل در مواردی که مورد وکالت جزئی است داده می‌شود و کمتر کسی حاضر می‌شود که دیگری به طور مطلق یا در تمام امور وکیل بلاعزل او باشد. زیرا اگر چه با اعطای نمایندگی حق انجام مورد وکالت از خود موکل سلب نمی‌شود اما تفویض نیابت بلاعزل برای موکل نگران کننده و مسئولیت آفرین است. چه، به طور غیر مستقیم یا به طور ضمنی موجب سلب حق اجرای بعضی از حقوق مدنی است و مخالف با قاعده‌ای است که در ماده ۹۵۹ قانون مدنی. پیش بینی شده است. برخی از استادان شرط عدم عزل در وکالت مطلق را به طور ضمنی مخالف قاعده مندرج در ماده ۹۵۹ قانون مدنی. دانسته‌اند و بعضی از آنان نیز به بیان دیگر

اظهار داشته‌اند: « ماده ۶۷۹ در قسمتی که با ماده ۹۵۹ مابینت دارد به وسیله ماده اخیر نسخ می‌شود» پاره‌ای از استادان این ادعا را از نظر رویه قضائی و عرف حقوق دانان به طور قاطع مردود شناخته‌اند و عام جدید (ماده ۹۵۹) را بدون یاری قرائن ناسخ خاص قدیم (ماده ۶۷۹) ندانسته‌اند. و بند ۴ ماده ۵۵۲ قانون آیین دادرسی مدنی را که یک قانون جدید است قرینه بارزی بر عدم نسخ معرفی کرده‌اند. به نظر می‌رسد منظور این نویسندگان اسقاط و سلب حق عزل است نه سلب انجام مورد وکالت در غیراین صورت، این استدلال فقط ناظر به مواردی خواهد بود که موکل، به همراه تفویض نمایندگی بلاعزل، حق اجرای مورد وکالت را از خود سلب می‌کند، اما اعطای نمایندگی غیر از سلب و اسقاط حق انجام مورد وکالت است چرا که نایب به نمایندگی از منوب عنه اعمال حق می‌کند و این حق برای منوب عنه نیز محفوظ است. در واقع صاحب حق منوب عنه است، نه نایب اما در سلب و انتقال حق دیگر انتقال دهنده حق ندارد؛ زیرا آن را از خود سلب و به دیگری منتقل می‌کند. (هیچ کس نمی‌تواند به طور کلی حق تمتع یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند) (ماده ۹۵۹ قانون مدنی) وانگهی سلب حق جزئی اشکال ندارد و از جمله آزادیها و حقوق شخص به شمار می‌رود.

ولی در مواردی که فقط اعطای نمایندگی در تمامی امور یا نمایندگی مطلق بلاعزل است، ممکن است ماده ۹۵۹ قانون مدنی. با این سلب حق (فسخ) مغایر باشد؛ زیرا اگر چه موکل از خود سلب حق (حق انجام مورد وکالت) نمی‌کند بلکه اختیاراتی را که خود دارد به دیگری تفویض می‌کند، اما با ملازمه سلب حق (عزل یا استعفا) به طور کلی محسوب می‌شود و مشمول منع (حکم تکلیفی) و بطلان (حکم وضعی) مقرر در ماده مذکور می‌گردد.

در مورد وکالت بدون استعفا برای همیشه یا برای تمام امور نیز اگر چه معمول

نیست، وضع بدین منوال است که هرگاه وکیل بدون استعفا، حق فسخ قرارداد وکالت (استعفا) را برای همیشه یا در تمامی امور از خود ساقط بکند علاوه بر اینکه سلب حق کلی کرده است آزادی‌های خود را نیز محدود کرده است (ماده ۹۶۰ قانون مدنی) و این امر با نظم عمومی هم مغایر است و از مصادیق بارز تغییر حلال شرعی به شمار می‌رود.

۱۲ - اثر تعیین مدت در وکالت

ممکن است وکالت با تعیین مدت یا بدون تعیین مدت و برای انجام عملی معین باشد. هرگاه وکالت مدت دار باشد آیا تعیین مدت آن را نسبت به دو طرف لازم الوفا می‌کند و موجب سلب حق عزل یا حق استعفا می‌گردد؟ به عبارت دیگر آیا اثر تعیین مدت در وکالت مدت دار این است که هیچ یک از دو طرف در مدت تعیین شده حق فسخ ندارد؟ قانون مدنی در باب وکالت نص صریحی ندارد، اما ماده ۵۵۲ قانون مدنی مقرر می‌دارد: (هرگاه در مضاربه برای تجارت مدت معین شده باشد تعیین مدت موجب لزوم عقد نمی‌شود لیکن پس از انقضای مدت مضارب نمی‌تواند معامله بکند مگر با اجازه جدید مالک) با تنقیح مناط و القای خصوصیت از مضاربه می‌توان گفت که: تعیین مدت عقد جایز را لازم نمی‌کند بلکه فایده و ثمره آن این است که در مدت تعیین شده عقد به طور جایز باقی می‌ماند و هر زمان هر یک از دو طرف اراده نماید، می‌تواند آن را فسخ کند و با پایان یافتن مدت تعیین شده وکالت نیز منقضی می‌شود.

سؤالی که در اینجا مطرح می‌گردد این است که: هرگاه عقد وکالت به طور مطلق منعقد گردد و به طور صریح مقید به زمان معین نباشد چه نوع وکالتی است؟ وکالت مستمر است یا مدت دارد؟ قانون مدنی در این باره نیز حکم خاصی ندارد با استفاده از اصل حاکمیت اراده و تمسک به توافق ضمنی دو طرف می‌توان وکالت مطلق را

وکالت مستمر دانست چه ظاهر این است که وکالت مقید به زمان خاصی نیست و دو طرف چنین توافق نکرده‌اند. وگرنه در متن عقد مدت دار بودن را ذکر می‌کردند. بنابراین؛ ظاهر، مستمر بودن وکالت است و کسی که برخلاف این ظهور ادعا دارد، باید آن را ثابت کند. دادگاه استیناف مصر هم این نظر را اتخاذ کرده است.

۱۳- قرارداد وجه التزام

دو طرف قرارداد می‌توانند برای تحکیم روابط خویش و به عنوان ضمانت اجرای شروط ضمن عقد وجه التزامی را پیش بینی و نسبت به آن توافق نمایند. برای مثال؛ وکیل به منظور منع موکل از انجام مورد وجه التزام مناسبی را به سود خویش در قرارداد وکالت یا در ضمن عقد لازم دیگر قرار بدهد و مورد قبول موکل واقع شود؛ بدیهی است در صورت تخلف مشروط علیه و انجام مورد وکالت، مشروط له می‌تواند به استناد ماده ۲۳۰ قانون مدنی. وجه التزام تعیین شده را از متخلف مطالبه کند. اما تعیین وجه التزام قرینه محکمی بر بلاعزل بودن وکالت نمی‌باشد، مگر اینکه قرائن و امارات دیگر موید آن باشند و از مجموعه آنها قاضی به توافق طرفین و اسقاط حق عزل پی ببرد به هر حال اصل، عدم اسقاط حق عزل و بقاء آن است مگر اینکه خلاف آن ثابت شود.

۱۴- کفایت اقرار بر وقوع وکالت بلاعزل

با عقد وکالت برای هر یک از دو طرف حق فسخ ایجاد و اثبات می‌شود. صاحب حق می‌تواند با رعایت محدودیت‌های مقرر آن را سلب و اسقاط نماید (ر. ک ش: ۱۱) چنانکه گفتیم در صورت تردید، اصل عدم سلب و اسقاط حق عزل و استعفا و بقای حق فسخ برای هر یک از دو طرف می‌باشد. اما چون اقرار صاحب حق می‌تواند سلب و اسقاط حق را به نفع دیگری اثبات نماید همین که ذی نفع به طور آزاد و از روی اختیار چنین اقراری را بکند، بدون نیاز به هرگونه دلیل دیگر این اقرار از وی

پذیرفته می‌شود (ر. ک. ش. ۲۷).

گفتار دوم - حقوق خارجی

بند اول - قانون مدنی کشور عثمانی - سابق و حقوق پاره‌ای از کشورهای

اسلامی

۱۵ - المجله

به موجب ماده ۱۵۲۱ مجله الاحکام العدلیه: « موکل می‌تواند وکیل خود را از وکالت عزل کند اما هرگاه حق دیگری به آن تعلق گرفته باشد نمی‌تواند او را عزل کند. مانند اینکه بدهکاری مال خود را رهن دهد و هنگام عقد رهن یا پس از آن، دیگری را وکیل فروش عین مرهونه در سر رسید (انقضای مدت دین) بکند. موکل (راهن) حق عزل وکیل را بدون رضایت مرتهن ندارد... همچنین است اگر حق خود وکیل به آن تعلق گرفته باشد وکیل نیز حق عزل خودش (استعفا) را دارد ولی اگر حق دیگری به آن تعلق گرفته باشد ملزم به انجام وکالت است. (ماده ۱۵۲۲ همان قانون) برای مثال، اگر کسی دیگری را وکیل کند که مورد ودیعه را به (شخصی) بدهد؛ آنگاه موکل غیبت کند در این صورت وکیل را به رد ودیعه مجبور می‌کند.

۱۶ - کشورهای عربی

ماده ۷۱۵ قانون مدنی مصر به موکل حق داده است که هر وقت بخواهد وکیل را از وکالت عزل کند ولی اگر وکالت با تعیین مزد باشد موکل باید با عذر موجه و در زمان مناسب وکیل را عزل کند. اگر بدون دلیل قانع کننده و در فرصت نامناسبی عزل کند؛ عزل وی صحیح است اما زیان‌های وارد به وکیل را باید جبران نماید. (بند ۱ ماده ۷۱۵) اگر وکالت به نفع وکیل یا شخص ثالثی باشد، در این صورت نمی‌تواند وکیل را از وکالت باز دارد یا اختیارات او را محدود کند، مگر به رضایت کسی که وکالت به نفع او داده شده است. (بند ۲ همان ماده) پاره‌ای از نویسندگان مصری جواز حق عزل را یک قاعده مرتبط با نظم عمومی دانسته‌اند و تراضی برخلاف آن را درست نمی‌دانند

و به همین دلیل گفته‌اند: شرط بقای وکالت تا زمانی که وکیل مورد وکالت را به پایان برساند درست نیست و موکل علی‌رغم وجود چنین شرطی می‌تواند پیش از اتمام عمل او را عزل کند... زیرا تراضی برخلاف آن با آزادی موکل منافات دارد. با وجود این، ماده ۷۱۵ محدودیت‌هایی را ایجاد کرده است. به ویژه در بند ۲ این ماده حق عزل موکل نادیده گرفته شده است. چه، اگر وکالت به نفع وکیل یا ثالثی باشد موکل نمی‌تواند او را عزل بکند و در صورت عزل نیز وکالت معتبر باقی می‌ماند در صورتی که اگر وکالت با اجرت بود (موضوع بند ۱ ماده ۷۱۵) موکل می‌توانست وکیل را در وقت مناسب و با عذر موجه عزل کند؛ در غیر این صورت خسارت او را جبران می‌نمود.

بند ۳ این ماده همانند بند اول ماده ۷۱۵ قانون مدنی مصر است. به طور کلی مقررات دو کشور در مورد اعتبار تراضی وکیل و موکل هماهنگ و سازگار می‌باشد. مواد ۶۸۱ قانون مدنی سوریه و ۷۱۵ قانون مدنی لیبی نیز مطابق قانون مصر است و قانون مدنی لبنان (مواد ۸۱۰-۸۲۲) صرف نظر از شکل خاصی که برای انعقاد وکالت در نظر گرفته است از حیث ماهیت با مقررات مصر هماهنگ است. برخی شارحان قانون مدنی امارات و اردن گفته‌اند: «موکل هر زمان که بخواهد می‌تواند وکیل خود را عزل کند مگر اینکه حق دیگری به آن تعلق گرفته باشد یا وکالت به نفع وکیل داده شده باشد و وکیل نیز هر وقت بخواهد می‌تواند استعفا کند مگر اینکه حق دیگری بر وکالت تعلق گرفته باشد در این صورت بر وکیل واجب است که وکالت را به پایان برساند».

بند دوم - حقوق برخی از کشورهای غربی

۱۷ - برخی از کشورهایی که حقوق نوشته دارند

مطابق بند اول ماده ۳۴ قانون تعهدات سوئیس: «موکل می‌تواند در هر شرایطی

وکیل را عزل کند و اختیاراتی را که به او داده است، پس بگیرد و فسخ موکل به محض اعلام و به طور یک جانبه رابطه نمایندگی را قطع می کند» حتی در بند دوم این ماده تصریح شده است که صرف نظر کردن موکل از حق عزل (ولو به صورت شرط لازم) باطل است زیرا حق عزل در حقوق این کشور از قواعد مربوط به نظم عمومی است و با تراضی ساقط نمی شود اما اگر موکل برخلاف تعهد خویش وکیل را عزل بکند زیان های ناشی از عزل را باید جبران نماید.

ماده ۱۶۸ قانون مدنی آلمان اعطای وکالت بلاعزل را در موارد خاصی تجویز کرده است بنابراین در صورت شرط وکالت در قرارداد لازم عزل بعدی موکل بی اثر خواهد بود.

در حقوق فرانسه شرط سلب حق عزل را در یک عمل حقوقی معین به صورت شرط ضمن عقد، بی تأثیر تلقی کرده اند و الزام موکل را به اعمال حقوقی که وکیل عزل شده در محدوده قرارداد برای او انجام داده، مناسب ترین وسیله جبران خسارت ناشی از عزل دانسته اند. اما گروه دیگر، عزل موکل را همواره نافذ و معتبر شناخته اند چه نایب نمی تواند برخلاف منوب عنه تصمیم بگیرد.

در صورت تخلف موکل و عزل وکیل برخلاف تعهدی که کرده است (شرط ضمن عقد) باید خسارات ناشی از این پیمان شکنی را جبران نماید.

۱۸ - انگلیس و آمریکا

در پاره ای از کشورهای دارای نظام حقوق کامن لا، وکالت در دو مورد غیر قابل فسخ است: ۱ - در صورتی که اختیار تفویض شده به وکیل توأم با انتقال منافع بوده و در مقابل عوضی که دارای ارزش مالی است باشد. این قاعده فقط جایی اجرا می گردد که برای حفظ منافع تفویض شده باشد. بنابراین هرگاه منافع پس از تفویض اختیار ایجاد شود اعمال نمی گردد ۲ - هرگاه به غیر قابل فسخ بودن وکالت تصریح

شود.

بخش دوم - صورتهای مختلف توافق موکل و وکیل

۱۹ - تقسیم شرط

ماده ۶۷۹ قانون مدنی توافق موکل و وکیل را در دو فرض جداگانه پیش بینی و مقرر می‌دارد: « موکل می‌تواند هر وقت بخواهد وکیل را عزل مگر اینکه وکالت یا عدم عزل در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد) از ظاهر این ماده بر می‌آید که موکل حق عزل وکیل خود را دارد مگر در دو صورت ۱- در صورتی که وکالت ضمن عقد لازمی شرط شده باشد ۲- در صورتی که عدم عزل وکیل ضمن عقد لازمی شرط شده باشد شرط عدم استعفا در این ماده تصریح نشده ولی بحث آن نیز لازم و ضروری است توافق طرفین عقد وکالت را نباید به این موارد منحصر کرد چه ممکن است وکالت وکیل یا عدم عزل او و همچنین عدم استعفای وکیل ضمن عقد جایزی یا ضمن خود عقد وکالت گنجانده شود هر یک از این شرایط ممکن است به صورت شرط فعل یا شرط نتیجه باشد و نیز ممکن است شرط به نفع وکیل یا موکل یا هر دو یا ثالثی قرار داده شود بالاخره طرفین عقد می‌توانند توافق‌های نامبرده را به همراه اسقاط مالکیت موکل یا انتقال مورد وکالت به وکیل یا ثالث، انجام دهند یا در این خصوص سکوت اختیار نمایند. بنابراین، فروض متعدد و مختلفی برای طرفین وجود دارد و آنان می‌توانند حسب مورد و به دلخواه خویش در قالب یکی از آنها پیمان ببندند. اما بدون تردید این پیمان‌ها از اعتبار و استحکام واحدی برخوردار نیستند و همه آنها را نمی‌توان از مصادیق وکالت بلاعزل دانست بلکه باید توافق طرفین و قصد آنان را مورد تجزیه و تحلیل قرار داده و آثار حقوقی مترتب را معین نمود. بدین منظور و برای سهولت مطالعه و تمیز مسائل مختلف از همدیگر، مباحث این بخش را در دو گفتار جداگانه به ترتیب: توافق ضمن عقد لازم (گفتار اول) و توافق ضمن عقد جایزی و توافق مستقل (گفتار دوم) مطالعه و بررسی می‌کنیم:

گفتار اول - توافق ضمن عقد لازم

بند اول - شرط وکالت

۲۰ - شرط فعل

غرض از توکیل ضمن عقد لازم به صورت شرط فعل این است که موکل ضمن عقد لازمی تعهد کند مشروطه له را وکیل خود نماید. اگر چنین توافقی صورت پذیرد و شخص خود را بدین نحو متعهد کند آیا می تواند از انجام تعهد خودداری بکند؟ ضمانت اجرای چنین تعهدی چیست و مشروط له چه اقدامی می تواند بکند. پاسخ این سؤال را می توان از قواعد و مقررات حاکم بر شروط ضمن عقد بدست آورد صریح ماده ۲۳۷ قانون مدنی مقرر می دارد: (هرگاه شرط در ضمن عقد شرط فعل باشد اثباتاً یا نفیاً کسی که ملتزم به انجام شرط شده است باید آن را به جا بیاورد و در صورت تخلف طرف معامله می تواند به حاکم رجوع نموده تقاضای اجبار به وفای شرط بنماید.

سؤال دیگر این است که آیا وکیل منصوب یک وکیل بلاعزل است یا خیر، به عبارت دیگر آیا وکالتی که داده می شود مشروط در عقد لازم است و از استحکام آن بهره مند می گردد. یا اینکه وکالتی است مستقل و جدا از عقد لازم و ارتباط تنگاتنگی با عقد لازم ندارد. برخی از فقها معتقدند مشروط علیه موظف به اجرای مفاد شرط و انتخاب وکیل است نه نگهداری آن. مفاد شرط انتصاب وکیل بوده است نه پایبندی به آن. بنابراین، براساس این نظر، همین که مشروط علیه وکیل را نصب و انتخاب نمود به مفاد شرط و تعهد خویش عمل کرده است و لحظه ای پس از آن می تواند او را عزل کند؛ زیرا تعهد مشروط علیه نصب مشروط له به عنوان وکیل خویش بوده است نه ابقا و نگهداری آن. بعضی از استادان سابق گفته اند (وکالتی که ضمن عقد لازم انعقاد آن شرط می شود در حقیقت وکالت بلاعزل است اگر چه به این امر تصریح نشود و مانند وکالتی است که به صورت شرط نتیجه حاصل شده باشد).

نظر اول با مبانی و قواعد وکالت سازگارتر است زیرا محدود کردن آزادی طرفین و سلب حق عزل، بدون تصریح یا بدون وجود قراین و امارات معتبر خلاف قاعده است و نمی‌توان صرف شرط وکالت در ضمن عقد لازم را وکالت بلاعزل تلقی کرد. اگرچه مشروط علیه موظف است مشروط له را به عنوان وکیل خود انتخاب نماید و در صورت امتناع اجبار می‌شود و حاکم او را به این امر ملزم می‌کند، اما موظف به حفظ و نگهداری آن نیست، مگر اینکه مفاد شرط حاکی از انتصاب و ابقای وکالت و التزام به آن باشد. به عبارت دیگر باید به گونه‌ای (صریح یا ضمنی) بلاعزل بودن وکالت را استظهار نمود. زیرا عقد لازم طرفین (متعهد و مشروط علیه) را به انجام آنچه که قصد شده یا مورد توافق قرار گرفته ملزم می‌کند (العقود تابعة للقصود) نه انجام چیزی که مورد قصد و تعهد نبوده است. طبیعت وکالت به ویژه در صورت اطلاق جایز بودن است و موکل می‌تواند مطابق این طبیعت پس از نصب و انجام تعهد وکیل خویش را عزل نماید. در صورت تردید، اصل بقای حق عزل و عدم توکیل به صورت وکیل بلاعزل است و باید خلاف آن ثابت شود البته وکیل هم می‌تواند با استفاده از قرائن و امارات معتبر بلاعزل بودن وکالت را اثبات کند. بدیهی است بار اثبات دعوی و اقامه دلایل به عهده وکیل است که می‌خواهد بلاعزل بودن را اثبات نماید و از آن به نفع خود بهره برداری کند مگر اینکه خلاف آن در ضمن عقد تصریح شود یا به طور ضمنی بر سقوط آن توافق شده باشد. چه وکالت دادن. نیابت و ماذون ساختن است نه انتقال حق یا اسقاط آن. حتی بلاعزل بودن نماینده نیز حق اعمال و اجرای مورد وکالت را از موکل سلب نخواهد کرد اما دادن وکالت به صورت شرط فعل به همراه اسقاط حق (یا انتقال آن به وکیل یا ثالث) می‌تواند قرینه اعطای وکالت بلاعزل باشد و این قاضی است که باید از ظهور کلام موکل و سایر قرائن و امارات بلاعزل بودن وکالت و اسقاط حق موکل را استنباط نماید.

۲۱ - شرط نتیجه

موکل و وکیل اساس عقد وکالت هستند و خواسته‌هایشان را پس از هماهنگی و توافق اراده می‌توانند به صورت وکالت بلاعزل در آورند. شرط وکالت ضمن عقد لازم به صورت شرط نتیجه از مصادیق بارز وکالت بلاعزل به شمار می‌رود؛ در این صورت مشروط علیه ملزم به رعایت مفاد شرط است و مشروط له می‌تواند از امتیازی که بدین وسیله ضمن عقد لازمی بدست می‌آورد استفاده کند. خصیصه شرط نتیجه این است که به محض اشتراط ضمن عقد لازم نتیجه مورد نظر ایجاد می‌شود. ماده ۲۳۶ قانون مدنی می‌گوید: (شرط نتیجه در صورتی که حصول آن نتیجه موقوف به سبب خاصی نباشد آن نتیجه به نفس اشتراط حاصل می‌شود) وکالت نیز از جمله عقود به شمار می‌رود که تحقق آن غیر از قصد طرفین و درج ضمن عقد لازم به سبب خاصی موقوف به شمار می‌رود که تحقق آن غیر از قصد طرفین و درج ضمن عقد لازم به سبب خاصی موقوف نیست و به نفس اشتراط ضمن عقدی از عقود لازم و به تبع آن حاصل می‌شود و از آن کسب استحکام می‌کند. وصف لزوم تبعی در چنین وکالتی بستگی تام به اراده دو طرف دارد و به نفع مشروط له ایجاد می‌شود. با توجه به اوضاع و احوال قضیه و مصالح موکل و وکیل و تراضی آنها، ممکن است احد از طرفین یا هر دو یا ثالثی مشروط له باشد. بنابراین حسب مورد مشروط علیه حق عزل یا استعفای خویش را از دست می‌دهد و عقد نسبت به او الزام آور می‌شود نه مشروط له، حتی اگر شرط به نفع یکی از آنها باشد، عقد نسبت به او بلاعزل یا بدون استعفا نخواهد بود. اگر مشروط له موکل است می‌تواند وکیل را عزل کند و اگر وکیل است می‌تواند استعفا دهد.

بدیهی است از آنچه مفاد (شرط وکالت ضمن عقد لازم به صورت شرط نتیجه) بر می‌آید این است که: نتیجه یعنی وکالت به نفس اشتراط ضمن عقد (انشای عقد لازم)

حاصل می‌گردد و مادام که (عقد لازم) به اعتبار خود باقی است شرط ضمن آن (عقد تبعی وکالت) حاصل می‌گردد و مادام که (عقد لازم) به اعتبار خود باقی است شرط ضمن آن (عقد تبعی وکالت) لزوماً معتبر باقی می‌ماند و مشروط علیه ملزم به رعایت آن است و اختیار بر هم زدن آن را به هیچ وجه نخواهد داشت.

حال آنکه اگر مشروط علیه موکل باشد آیا علاوه بر سلب حق عزل حق انجام مورد وکالت را نیز از دست می‌دهد یا اینکه فقط حق عزل وی ساقط می‌شود نه حق انجام مورد وکالت؛ بنابراین می‌تواند قبل از اقدام وکیل خود، مورد وکالت را انجام دهد؟

این سؤال هنگامی مطرح می‌شود که طرفین نسبت به آن ضمن عقد لازم سکوت اختیار کرده باشند و گرنه در صورت تصریح و تعیین تکلیف مشروط علیه مکلف به انجام تعهد مصرح خویش است. پس اگر موکل ضمن عقد لازم حق انجام مورد وکالت را نیز به صورت شرط نتیجه از خود سلب کرده باشد، حق عزل و حق انجام مورد وکالت را نخواهد داشت اما در صورت سکوت نسبت به اسقاط یا انتقال حق انجام مورد وکالت، مقتضای اصول و قواعد این است که موکل فقط حق عزل را از دست می‌دهد نه حق انجام مورد وکالت را. (مستنبط از ماده ۶۸۳ قانون مدنی) در صورت تردید، اصل عدم انتقال و اسقاط حق و در نتیجه اصل بقا آن است لیکن این سؤال پیش می‌آید که این چه وکالت بلاعزلی است که مطابق شرط مذکور موکل می‌تواند عملی را که مورد وکالت است خود انجام دهد یا به طور کلی عملی که منافی با وکالت وکیل باشد به جا آورد. مثل اینکه مالی را که برای فروش آن وکالت داده بود خود بفروشد، وکالت منفسخ می‌شود. آیا او بدین وسیله عقد وکالت را بر هم نمی‌زند؟ به ظاهر چنین می‌نماید که موکل به طور مستقیم وکیل را عزل نکرده است و از این جهت برخلاف شرط عمل ننموده است. گذشته از این، او اعطای نمایندگی

کرده نه انتقال حق و صاحب حق می‌تواند پیش از اقدام نماینده خود، حق خویش را به موقع اجرا بگذارد اما چنین اقدامی را باید یک نوع سو استفاده از حق تلقی کرد؛ زیرا کسی که به دیگری وکالت بلاعزل می‌دهد او را به پاره‌ای امور، امیدوار می‌کند و انتظارات متعارفی برای او ایجاد می‌کند. پس، اقدام مغایر، بر خلاف این تعهد برای وکیل مسئولیت آفرین است. قاعده لاضرر و ملاک ماده ۱۳۲ قانون مدنی. و اصل ۴۰ قانون اساسی نیز موید این نظر است به طور کلی می‌توان گفت: موکل حق انجام مورد وکالت را از دست نمی‌دهد مگر اینکه آن را از خود سلب یا به دیگری انتقال داده باشد ولی در هر صورت اگر از عمل موکل ضرری به وکیل (به ظاهر بلاعزل) وی برسد او می‌تواند بر مبنای سوء استفاده از حق، ضررهای ناهنجار و غیر متعارفی را که به خود وارد شده با اثبات اینکه این ضررها از عزل ایجاد شده است، مطالبه کند.

بند دوم - شرط عدم عزل یا عدم استعفا

۲۲ - شرط فعل

منظور از درج چنین شرطی در عقد لازم این است که موکل ضمن عقد لازمی مثلاً ازدواج، بیع یا اجاره تعهد کند که از حق عزلی که (به موجب عقد وکالت) سابقاً پیدا کرده است؛ استفاده نکند و وکیل خود را عزل ننماید یا وکیل تعهد کند که استعفا ندهد. چنین توافقی طبیعتاً جایز بودن عقد وکالت را دگرگون نمی‌کند و سرنوشت آن را با سرنوشت عقد پیوند نمی‌زند و آنرا تابع عقد لازم نمی‌گرداند. در چنین شرایطی موکل برخلاف تعهد خویش می‌تواند وکیل را عزل کند و شرط عدم عزل ضمن عقد لازم نمی‌تواند مانع اختیار قانونی موکل در اعمال حق عزل خویش و همچنین مانع استعفای وکیل در صورتی که او مشروط علیه است باشد. آری متخلف باید بتواند پیمان شکنی را بر عهده بگیرد و خسارات طرف دیگر را بپردازد. برخی در صورت تخلف موکل به وکیل حق فسخ قرارداد اصلی را داده‌اند، اما این شیوه مورد انتقاد قرار

گرفته است ایشان می‌فرمایند مشروط علیه باید مفاد شرط را انجام دهد. در صورت تخلف حاکم او را اجبار می‌کند. به ظاهر قانون مدنی هم از این عقیده پیروی کرده است. (ماده ۲۳۷)

۲۳- شرط نتیجه

هرگاه ابتدا عقد وکالت منعقد شود آنگاه عدم عزل وکیل یا عدم استعفای او در ضمن عقد لازمی به صورت شرط نتیجه قراردادده شود یا بدو اضمن عقد لازمی، وکالت وکیل سپس عدم عزل یا عدم استعفای وی به صورت شرط نتیجه گنجانده شود، وکالت بلاعزل تحقق پیدا می‌کند؛ زیرا نتیجه به نفس اشتراط ضمن عقد لازم ایجاد می‌شود. (ماده ۲۳۶ قانون مدنی) و مشروط علیه اختیار فسخ و برهم زدن وکالت را نخواهد داشت. مستفاد از ظاهر ماده ۶۷۹ قانون مدنی این است که وکالت (و شرط عدم عزل) به نفع وکیل است و در صورت تعهد موکل ملزم است که وکیل را عزل نکند. ولی نباید فریب این ظاهر را خورد و شرط عدم عزل به صورت شرط نتیجه را مخصوص موکل دانست بلکه شرط ممکن است به نفع موکل باشد و او از ادامه و استمرار عقد وکالت بهره مند گردد. به عبارت دیگر ممکن است شرط عدم استعفای وکیل به صورت شرط نتیجه ضمن عقد لازمی گنجانده می‌شود. در این صورت وکالت بدون استعفا وکیل به صورت شرط نتیجه ضمن عقد لازمی گنجانده می‌شود. در این صورت وکالت بدون استعفا به نفع موکل ایجاد خواهد شد. مقتضای لزوم وفای به عهد و شرط (المؤمنون عند شروطهم) و اصل حاکمیت اراده (ماده ۱۰ قانون مدنی) فقط مشروط علیه را ملزم به وفا به شرط می‌کند و حسب مورد عزل یا استعفا را بی تأثیر می‌گرداند. شرط عدم عزل یا عدم استعفا به صورت شرط نتیجه ممکن است تامدت معین نشود، مادام که موضوع وکالت باقی است یا عقد اصلی به سببی از اسباب منحل نشده است طرفین حق فسخ نخواهند داشت. بدیهی است که چنین

توافقی غرری نبوده و موجب فساد شرط یا خود عقد لازم نمی‌گردد؛ مشروط بر اینکه ضوابط کلی شروط ضمن عقد به ویژه قواعد و مقررات حاکم بر وکالت بلاعزل و وکالت بدون استعفا از جمله جزئی بودن تعهد (موضوع ماده ۹۵۹ و ۹۶۰ قانون مدنی) رعایت شده باشد (ر. ک. ش: ۱۱).

گفتار دوم - توافق ضمن عقد جایز و توافق مستقل

بند اول - شرط ضمن عقد جایز

۲۴ - استحکام شرط ضمن عقد جایز

استحکام عقد مشروط از حیث جواز، لزوم مبنای اعتبار و استحکام شرط ضمن آن است. به عبارت دیگر اعتبار و استحکام شرط ارتباط نزدیک و تنگاتنگی با لزوم و جواز عقد دارد. اگر عقد مشروط عقد لازمی باشد شرط ضمن آن به تبع عقد و تا زمانی که عقد معتبر است و با اقاله یا خیار بر هم نخورد، باقی می‌ماند و برای مشروط علیه ایجاد الزام می‌کند، اما اگر عقد اصلی عقد جایزی باشد شرط ضمن آن نمی‌تواند بیش از آن دوام بیاورد؛ زیرا هر یک از طرفین هر وقت که بخواهد می‌تواند عقد جایز را فسخ کند. (ماده ۱۸۶ قانون مدنی) حال اگر وکالت که یک عقد جایز است، ضمن عقد جایزی قرار داده شود و به صورت شرط ضمن عقد درآید تا هنگامی که عقد جایز مشروط فسخ نشده است وکالت نیز باقی می‌ماند و قابل فسخ نمی‌باشد، اما چون عقد جایز را به راحتی می‌توان فسخ نمود، از این طریق یعنی فسخ عقد مشروط عقد وکالت نیز به حالت اولیه خویش بر می‌گردد و قابل فسخ می‌شود. ناگفته نماند که عقود جایز نیز از اصل لزوم قراردادها برخوردارند و برای متعهد ایجاد الزام می‌کنند و متعهد عقد جایز نمی‌تواند پیش از فسخ عقد جایز، وکالت را فسخ بکند بلکه ناگزیر است ابتدا عقد مشروط را فسخ و آنگاه به فسخ عقد وکالت مبادرت کند و نمی‌تواند عقد جایز را نگاه دارد و شرط را فسخ کند.

۲۵ - اقسام شرط ضمن عقد جایز

عقد وکالت را نیز می‌توان به صورت شرط وکالت، شرط عدم عزل و شرط عدم استعفا ضمن عقد جایزی شرط کرد. هر یک از این شروط ممکن است به صورت شرط فعل یا شرط نتیجه باشد و نیز ممکن است شرط به نفع احد طرفین یا هر دو یا ثالثی قرار داده شود و چنانکه در تقسیم شرط ضمن عقد لازم گفتیم ممکن است درباره اسقاط یا انتقال حق انجام مورد وکالت توافقی انجام شود یا طرفین در این زمینه سکوت اختیار کنند. به هر حال احکام این فروض همان است که در گفتار اول (ر. ک. ش: ۱۹ به بعد) ذکر کردیم با این تفاوت که عقد مشروط جایز را به راحتی می‌توان فسخ کرد. بنابراین صرف نظر از شکل شرط و نحوه تراضی دو طرف ضمن عقد جایز که فقط از لحاظ نظری قابل بحث است، از حیث ماهوی و عملی نتیجه وکالت بلاعزل را نخواهد داشت و متخلف می‌تواند با فسخ عقد جایز به مقصود خود نایل آید.

۲۶ - تکلیف حق اسقاط شده پس از فسخ عقد جایز

چنانکه گفتیم عقد جایز مشروط به شرط (عقد وکالت) را می‌توان فسخ کرد. سؤالی که در این فرض پیش می‌آید این است که آیا وکالت پس از فسخ عقد جایز به طبیعت اولیه خود بر می‌گردد و مشروط علیه حسب مورد حق عزل یا حق استعفای خویش را بدست می‌آورد یا نه؟ پاسخ این سؤال مثبت است زیرا عقد جایز وکالت به اعتبار عقد جایز مشروط اعتبار نسبی کسب کرده بود و تا هنگام فسخ از وصف اصاله اللزوم بهره مند می‌شد. چه عقد جایز مادام که فسخ نشده بود مانعی برای استفاده از حق فسخ ایجاد می‌کرد، حال که عقد مشروط فسخ شده و مانع برطرف گردیده است، ممنوع آزاد می‌شود برخی از استادان نیز لزوم شرط را منوط به لزوم عقد دانسته‌اند.

سؤال دیگر این است که:

هرگاه ضمن عقد جایی حق فسخ وکالت ساقط شود آنگاه عقد جایز فسخ شود. آیا حق ساقط شده مجدداً بر می‌گردد؟ ممکن است گفته شود این فرض مشابه فرض قبلی است و با برداشته شدن مانع ممنوع بر می‌گردد اما در این فرض حق اسقاط شده و شیء ساقط شده همانند معدوم است و باز نمی‌گردد و در صورتی که در فرض پیشین، حق ساقط نشده بود، بلکه عقد جایز مانعی برای اجرای حق به وجود آورده بود. البته باید به این نکته اصلی توجه داشت که توافق طرفین چه بوده است؟ آیا آنها توافق به عدم استفاده از حق کرده‌اند و عقد جایز را مانع آن قرار داده‌اند یا به اسقاط حق تراضی داشته‌اند و حق انجام مورد وکالت را نیز ساقط کرده یا منتقل کرده‌اند. اصل حاکمیت اراده تراضی دارد که آنان به دلخواه به یکی از این صورت‌ها توافق نمایند و خواسته‌هایشان را به طور صریح در قرارداد جایز بگنجانند. در صورت تردید، اصل عدم اسقاط حق است و تراضی دو طرف را باید بر وجه نخستین حمل نمود. با وجود این، چنانکه گفتیم نمایندگی ایجاب می‌کند که هر یک از دو طرف هر زمان که بخواهد، بتواند این رابطه را بگسند و به نمایندگی خاتمه دهد عقد جایز مشروط مانع اجرای حق یا سبب سلب می‌شود ولی طبیعت وکالت را دگرگون نمی‌کند و به صورت یک عقد لازم در نمی‌آورد. بنابراین با فسخ آن عقد جایز وکالت به حالت اولیه خویش بر می‌گردد و هر یک از وکیل و موکل حق فسخ خویش را مجدد بدست می‌آورد.

بند دوم - (شرط ضمن عقد وکالت)

۲۷ - ماهیت وکالت مشروط

شک نیست که به موجب ماده ۱۰ قانون مدنی (قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آنرا منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشند، نافذ

است) بنابراین اشخاص به راحتی می‌توانند توافق‌های خود را در قالب‌های غیر از عقود معین بریزند و در این وادی هیچ محدودیتی غیر از مخالف صریح قانون ندارند به عبارت دیگر عقود لازم حصری نیستند و لازم نیست که عنوان شناخته شده‌ای داشته باشند بلکه بستگی به خواست و اراده و انتخاب دو طرف قرارداد دارد (مفاد ماده ۱۰ و ۷۵۴ قانون مدنی) به گفته برخی از استادان (آنچه اشخاص را در پیمان‌های خصوصی پای بند می‌کند توافق آنان است نه شکل پیمان) پس در موردی که سقوط حق عزل یا استعفا در ضمن وکالت اعلام می‌شود... لزوم احترام به خواسته آنان و وفا به شرط ایجاب می‌کند که از مفاد آن پیروی شود و وکالت به صورت عقد لازم درآید) یعنی جواز وکالت، جواز حکمی نیست بلکه جواز حقی است و از قواعد آمره محسوب نمی‌شود. بنابراین می‌توان با توافق طرفین اختیار فسخ را سلب یا محدود نمود اما چنانکه گفتیم سلب و اسقاط حق با محدودیت‌های مقرر در مواد ۹۵۹ و ۶۹۰ قانون مدنی. امکان پذیر است (ر. ک. ش ۱۱).

بدیهی است که همواره بلاعزل بودن و سلب و اسقاط حق عزل باید ثابت شود؛ زیرا اصل، عدم اسقاط حق عزل و بقای آن است مگر اینکه خلاف آن ثابت شود. در صورت سکوت طرفین حق عزل ساقط نمی‌شود و شرط عدم عزل، ضمن عقد جایز هم به تبع فسخ عقد جایز منتفی می‌شود.

با در نظر گرفتن موارد مذکور متعاقدان می‌توانند علاوه بر شرط عدم عزل، حق عزل یا حق استعفا را از خود سلب و اسقاط نمایند؛ زیرا جواز وکالت، جواز حقی است و صاحب حق می‌تواند آن را اسقاط نماید علت تفکیک بین شرط عدم عزل در ضمن عقد جایز و اسقاط آن در این است که در صورت اول آزادی طرفین محدود به حیات حقوقی عقد جایز می‌شود و در صورت دوم صاحب حق آن را اسقاط می‌کند. در مورد شرط عدم استعفا نیز باید گفت همان‌طور که استعفای نابجا برای وکیل

ضمان آور است و نوعی سوءاستفاده از حق تلقی می‌گردد؛ تعهدات نامحدود و نامعین نیز با شخصیت و آزادی وکیل مغایرت دارد علاوه بر این، اگر مفاد شرط متضمن تغییر و تبدیل حلال به حرام و برعکس یعنی در بردارنده جهات نامشروع باشد، باطل است و مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه به شمار می‌رود (ماده ۹۷۵ قانون مدنی) بنابراین توافق وکیل و موکل در زمینه سلب و اسقاط حق فسخ معتبر است؛ مشروط بر اینکه محدودیت‌های قانونی (مفاد مواد ۹۵۹ و ۹۶۰ و ۹۷۵ قانون مدنی) رعایت شود (ر. ک. ش. ۱۱)

۲۸ - تصریح بر انعقاد وکالت بلاعزل و بدون استعفا

گاهی در متن قرارداد از واژه وکالت بلاعزل یا وکالت بدون استعفا استفاده می‌شود و این سؤال را پدید می‌آورد که آیا چنین قراردادی معتبر است یا نه؟ با کمی توجه می‌توان به صحت و اعتبار این گونه قراردادها پی برد اصل حاکمیت اراده (ماده ۱۰ قانون مدنی) چنین اقتضا دارد که تردیدی در صحت این قراردادها نکنیم و حتی اقرار متعاقدان بر وقوع و انعقاد وکالت بلاعزل یا وکالت بدون استعفا را مشروط بر اینکه محدودیت‌های مقرر (ر. ک. ش: ۱۱) مراعات شده باشد بپذیریم؛ زیرا هنگامی که صاحب حق با آزادی اراده و اختیار تعلق اراده خویش را بر وقوع امری که قانون از آن منع نکرده و خلاف مقتضای ذات عقد نیست و هیچگونه مغایرتی با نظم عمومی و اخلاق حسنه هم ندارد، بپذیرد و اقرار بر انجام چنین عملی نماید؛ کافی است و به دلیل دیگر نیازی ندارد. اداره حقوقی دادگستری در یک نظر مشورتی چنین اظهار عقیده کرده است (... همین قدر که طرفین در وکالت نامه رسمی قید می‌نمایند و اقرار و اعتراف دارند که ضمن عقد خارج لازمی بین آنان شرط بلاعزل بودن وکیل از طرف موکل شده است، برای بلاعزل بودن وکیل کافی است و دلالت دارد که شرط مذکور ضمن عقد لازمی به وقوع پیوسته است...)

به نظر می‌رسد که نیاز به تصریح طرفین بر اینکه شرط را ضمن عقد خارج لازم قرار داده و بر وقوع وکالت بلاعزل یا وکالت بدون استعفا توافق کرده نیست بلکه صرف اقرار آنان بر وقوع وکالت بلاعزل یا وکالت بدون استعفا کافی است.

۲۹- صورتهای مختلف شرط ضمن وکالت

ممکن است موکل با شرط عدم عزل به دیگری وکالت بدهد این شرط غالباً به نفع وکیل است ولی ممکن است به نفع موکل باشد، چنانکه گفتیم شرط عدم عزل در ضمن عقد جایز از استحکام زیادی برخوردار نیست و می‌توان با فسخ عقد جایز آن را متزلزل و منتفی کرد. اگر چه عقد مبنای خود عقد وکالت باشد؛ زیرا شرط عدم عزل از اقسام شرط فعل (منفی) است و مشروط علیه ملزم به انجام شرط و (رعایت تعهد خویش و عدم عزل یا عدم استعفا) می‌شود و مانند شرط نتیجه به نفس اشتراط حاصل نمی‌گردد. بنابراین ممکن است متعهد شرط (مشروط علیه) از مفاد آن تخلف نماید. البته در این صورت مشروط له نیز می‌تواند از ضمانت اجراهای مقرر استفاده کند. پس چنین وکالتی، وکالت بلاعزل به شمار نمی‌رود و حق عزل یا حق استعفا را از بین نمی‌برد. به عبارت دیگر مادام که حق عزل موکل یا حق استعفای وکیل به صورت شرط نتیجه اسقاط نشده باشد، نمی‌توان مورد را از مصادیق وکالت بلاعزل به شمار آورد، اگر چه موکل به صورت شرط فعل تعهد کرده باشد که عزل نکند یا وکیل به همان نحو تعهد کرده باشد که استعفا ندهد و اگر چه به همراه این تعهد موکل حق انجام مورد وکالت را از خود ساقط کرده باشد یا حقی را به وکیل انتقال داده باشد و همچنین است هرگاه وکیل به همراه تعهد مبنی بر عدم استعفا حقی را به موکل انتقال دهد البته دادگاه متعهد (مشروط علیه) را ملزم به انجام تعهد می‌کند و از این طریق مشروط له به مقصود خویش نایل می‌آید اما به این گونه وکالت، وکالت بلاعزل نمی‌گویند چنانکه گفتیم حق عزل موکل در صورت عدم اسقاط باقی می‌ماند و اگر

برخلاف تعهد خویش عمل نماید و وکیل را عزل کند وکیل می تواند به عنوان متعهد له یا مالک به محکمه مراجعه کند و حسب مورد تقاضای اقدام مقتضی را تقدیم بدارد در پاره‌ای از کشورها و برخی مکاتب هرگاه حق دیگری با حق وکیل به وکالت تعلق گرفته باشد از موارد وکالت بلاعزل شمرده می شود. در فقه امامیه نیز از جمله مواردی که حقی برای دیگری ایجاد می شود (وکالت مرتهن در عین مرهونه) راهن حق عزل را از دست می دهد اگر چه به این امر تصریح نشده باشد اما این موارد همان طور که در مثالها دیده می شود یا وکالت ضمن عقد لازم است یا وکالت به معنای اصطلاحی نیست بلکه طبق قرارداد حقی برای دیگری ایجاد می شود و به موجب آن متعهد له را به انجام تعهد ملزم نماید.

به نظر می رسد که با یک تحلیل می توان این موارد را از مصادیق وکالت بلاعزل شمرد بدین معنی که: مطابق اصل حاکمیت اراده طرفین عقد لازمی که موضوع آن انتقال حقی است، (ماده ۱۰ قانون مدنی) منعقد می کنند و وکالت را به صورت شرط ضمن آن قرار می دهند و حق عزل موکل یا حق استعفای وکیل را به صورت شرط نتیجه اسقاط می کنند.

۳۰- نتیجه و پیشنهاد

۱- مقتضای وکالت تفویض اذن و اعطای نیابت است بنابراین موکل حق عزل وکیل و حق استعفا دارد، مگر اینکه صاحب حق آن را به طور صریح از خود سلب کرده باشد. در صورت تردید، اصل عدم سلب و اسقاط حق فسخ و بقای آن است. در صورت شک یا سکوت طرفین، حق عزل و حق استعفا باقی است؛ مگر اینکه مدعی، خلاف آن را ثابت نماید.

۲- وفق قواعد و اصول، تعیین عنوان عقد و انتخاب آن در اختیار دو طرف قرارداد است. آنان می توانند وکالت را ضمن عقد لازم با نام یا بی نامی قرار دهند. بنابراین اصل

حاکمیت اراده ایجاب می کند که قرارداد مستقل دو طرف الزام آور باشد و اقرار آنان بر وقوع وکالت بلاعزل کفایت می کند. برای مثال: اگر وکالت بلاعزلی داده شده باشد اصل صحت آن است و باید گفت که حق عزل در ضمن عقد لازمی به صورت شرط نتیجه اسقاط شده است.

۳- ماده ۶۷۹ قانون مدنی با اعمال محدودیت های مقرر در مواد ۹۵۹ و ۹۶۰ و ۹۷۵ قانون مدنی قابل اجراست.

۴- شرط وکالت و شرط عدم عزل اگر به صورت شرط فعل واقع شوند وکالت بلاعزل محسوب نمی شوند، بلکه شرط عدم عزل و اسقاط حق عزل به صورت شرط نتیجه از مصداق های بارز وکالت بلاعزل به شمار می روند. بنابراین برخی از صورت های پیش بینی شده در ماده ۶۷۹ قانون مدنی. از مصادیق وکالت بلاعزل یا وکالت بدون استعفا و پاره ای از مصادیق آن نیز در این ماده دیده نمی شود.

۵- جواز عقد وکالت جواز حقی است و صاحب حق می تواند آن را ضمن عقد لازم یا ضمن عقد جایز و حتی خود عقد وکالت به صورت مستقل سلب نماید ولی طبیعت عقد وکالت تغییر پیدا نمی کند و به عقد لازم مبدل نمی شود. بنابراین با موت و جنون هریک از دو طرف، منفسخ می شود. از نظر اصول، توافق بر ابقاء وکالت پس از موت مانعی ندارد (مفاد ماده ۷۷۷ قانون مدنی) ولی وکالت به معنای اصطلاحی نمی باشد. (ر. ک. ش ۱۰)

۶- هرگاه عقد وکالت به صورت شرط ضمن عقد لازم درآید یا عدم فسخ آن ضمن عقد لازمی شرط شود این شرط فقط می تواند مانع اجرای حق مشروط علیه باشد؛ بنابراین مشروط له می تواند از مفاد شرطی که به نفع او ایجاد شده است، صرف نظر نماید و در صورت اختلاف قاضی باید با استفاده از قرائن و امارات این دو را از همدیگر تمیز دهد. ممکن است احد طرفین در مقابل دیگری یا هر دو در مقابل

همدیگر به اعتباری مشروط له و مشروط علیه باشند.

۷- اصولاً در وکالت بلاعزل موکل حق اجرای مورد وکالت را از دست نمی‌دهد، بلکه فقط حق عزل را از خود ساقط می‌کند؛ مگر اینکه به طور صریح یا ضمنی آن را نیز از خود سلب کرده باشد.

۸- شرط ضمن عقد جایز نوعی استحکام نسبی از عقد جایز کسب می‌کند و مادام که عقد جایز به قوت خود باقی است شرط ضمن آن نیز قابل فسخ نیست و نمی‌توان بدون فسخ عقد جایز شرط ضمن آن را بر هم زد این گونه شرط‌ها حتی اگر به صورت شرط نتیجه هم باشند با فسخ عقد جایز منتهی می‌شوند.

۹- تعیین مدت برای وکالت و قراردادان وجه التزام آن را به صورت وکالت بلاعزل در نمی‌آورد.

۱۰- به طور معمول وکالت بدون فسخ هنگامی منعقد می‌گردد که انتقال مالی یا حقی صورت گرفته باشد و منتقل الیه به منظور پیش‌گیری از نقض عهد احتمالی انتقال دهنده و ایجاد ضمانت اجرای مناسب، به وکالت بدون فسخ روی می‌آورد و با قراردادان وکالت یا عدم عزل ضمن عقد لازم آن را الزام آور می‌کند.

۱۱- در برخی از مکاتب و حقوق پاره‌ای از کشورها در صورتی که تفویض اذن و اعطای نمایندگی توأم با انتقال حق باشد و وکالت متعلق حق دیگری قرار بگیرد، الزام آور می‌شود و عزل بعد از آن بی‌تأثیر است. در پاره‌ای از کشورها نیز تراضی دو طرف نافذ است و در صورت تخلف و فسخ قرارداد متخلف باید زیان‌های ناشی از فسخ را جبران نماید.

۲۱- به منظور جلوگیری از سوءاستفاده‌های احتمالی پیشنهاد می‌گردد: محاکم در موارد اختلافی با توجه به اصل عدم اعطای نمایندگی بلاعزل همواره دلیل قانع‌کننده را بر وقوع وکالت بلاعزل یا وکالت بدون استعفا مطالبه نمایند؛ در این صورت باید

محدودیت‌های قانونی (مفاد مواد ۹۵۹ و ۹۶۰ و ۹۷۵ قانون مدنی) رعایت شده باشد. به طور معمول وکالت بلاعزل هنگامی داده می‌شود که مال یا حقی به مشروط له منتقل شده باشد در غیر این صورت اصولاً حق عزل موکل باقی می‌ماند؛ چه در نمایندگی مأذون و نایب می‌تواند برخلاف اراده منوب عنه عمل نماید مگر اینکه برای نایب یا شخص ثالثی حقی ایجاد شده باشد. وکالت‌های بدون استعفا نیز ناظر به موارد خاص و انجام عمل معین است به طوری که آزادی و حریت نایب محفوظ باقی بماند. به طور کلی باید به اراده آزاد و توافق‌های دو طرف قرارداد احترام گذاشت و قرارداد آنها را با حفظ مفاد قواعد آمره محترم شمرد. با وجود این چون احتمال صدور آرای مغایر می‌رود تفسیر قانونی این ماده ضروری به نظر می‌رسد.

شیوه‌ای برای ایجاد ضمانت تضامنی در حقوق مدنی (بخش پنجم و پایانی)

مرتضی محمدحسینی طرّقی^۱

آثار ضمان و زوال آن

بحث نخست - اثر ضمان بین ضامن و مضمون له

درست است که در قانون مدنی کشورمان، اثر ضمان مطلق، نقل ذمه است. اما، در طول سه فصل گذشته، ما علاوه بر این قسم از ضمان، ضمانت تضامنی طولی و عرضی را هم به طور مشروح بررسی نمودیم. بنابراین، با وجود اینکه در آثار ضمان از تقسیم‌بندی قانون مدنی پیروی می‌کنیم، یعنی ابتدا به اثر ضمان بین ضامن و مضمون له (مواد ۶۹۸ لغایت ۷۰۸) می‌پردازیم، سپس اثر ضمان بین ضامن و مضمون عنه (مواد ۷۰۹ لغایت ۷۲۰) را مورد بررسی قرار می‌دهیم و در نهایت از اثر ضمان بین ضامنین بحث خواهیم کرد. (مواد ۷۲۱ لغایت ۷۲۳)، در کنار آثار ضمان نقل ذمه به ذمه، از بیان آثار ضمان در ضمانت تضامنی هم غافل نخواهیم بود و در عین حال، تلاش می‌شود از تکرار مطالبی که در بحث‌های گذشته مطرح گردید، پرهیز شود. تردیدی وجود ندارد که هدف اصلی از بستن عقد ضمان، مانند سایر عقود و

۱. کارشناس ارشد حقوق خصوصی.

قراردادها، بهره‌مند شدن طرفین، از آثار آن است. بنابراین، با وقوع عقد ضمان، آن گونه که ماده ۶۹۸ قانون مدنی مقرر می‌کند: بعد از اینکه ضمان به طور صحیح واقع شد، ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به مضمون له مشغول می‌شود. یعنی، نخستین و مهم‌ترین اثر ضمان در حقوق ما که در ماده مزبور به چشم می‌خورد، انتقال دین از ذمه مضمون عنه به عهده ضامن است. راجع به این اثر ضمان عقدی، در طول مباحث گذشته به قدر کافی سخن گفته شد. لذا، با اشاره مختصری به آن، به سایر آثار ضمان می‌پردازیم:

۱- از ماده ۶۹۸ قانون مدنی استفاده می‌شود که: اولاً، مضمون عنه یا بدهکار اصلی، در قبال بستانکار بری الذمه می‌شود. ثانیاً حقی که بر عهده بدهکار اصلی بود، با ضمان صحیح، به عهده ضامن منتقل می‌گردد. ثالثاً، بستانکار، دیگر حق مراجعه به بدهکار اصلی را ندارد. رابعاً، رابطه حقوقی که بین بستانکار و بدهکار اصلی وجود داشت، از میان می‌رود و رابطه حقوقی دیگری بین مضمون له و ضامن برقرار می‌شود.

۲- در مورد آثار دیگر ضمان می‌توان گفت: یکی از آثار براءت ذمه بدهکار اصلی در ضمان نقل ذمه به ذمه، که در ماده ۷۰۷ قانون مدنی به آن اشاره شده و در نوشته برخی از فقهای ما هم دیده می‌شود،^۱ این است که: اگر مضمون له ذمه مضمون عنه را بری کند. ضامن بری نمی‌شود، مگر اینکه مقصود ابراء از اصل دین باشد. (ماده ۷۰۷ قانون مدنی) قسمت نخست این ماده، هرچند به نحوی تأکید و تکرار حکم ماده ۶۹۸ قانون یاد شده است، با نظریه نقل ذمه به ذمه چندان مخالف نیست و حتی آن گونه که برخی از فقها گفته‌اند: اگر (مضمون له) ذمه مضمون عنه را ابراء نماید، این ابراء لغو و بیهوده است.^۲ اما، مفاد این ماده ضمانت تضامنی را هم به ذهن متبادر

۱. ر.ک: المحقق الحلّی، *شرائع الاسلام*، همان، ص ۳۵۶.

۲. امام خمینی (ره)، *ترجمه تحریر الوسیله*، همان، ص ۴۵.

می‌کند، چرا که به گونه‌ای مبتنی بر فرض اشتغال ذمه مضمون عنه در مقابل مضمون له حتی بعد از بسته شدن عقد ضمان است.

زیرا، در چنین ضمانی، ذمه مضمون عنه قبلاً بری شده و دیگر برعهده او چیزی باقی نمانده است تا ابراء شود یا دین او از میان برود. ولی قسمت دوم ماده مزبور را اگر به این نحو توجیه نماییم که، طلبکار در خطاب به مضمون عنه، ضامن یا هر دو، چنانچه مقصودش ابراء از اصل دین باشد، کلاً دین ساقط می‌گردد و ضامن هم بری می‌شود. راجع به توجیه انشای این ماده، برخی از حقوقدانان نوشته‌اند: ملاحظه پیشینه تاریخی ماده ۷۰۷ قانون مدنی این ایراد را رفع می‌کند. زیرا، اگر توجه داشته باشیم که فقهای عامه ابراء مضمون عنه را از سوی طلبکار موجب براءة ذمه ضامن می‌دانند، و فقیهان امامیه، بر مبنای نقل ذمه، این عمل را بی‌اثر می‌شمارند، معنی ماده ۷۰۷ و مقصود قانونگذار از انشای آن به خوبی روشن می‌شود. در واقع، نویسندگان ماده ۷۰۷ خواسته‌اند که نتیجه نظریه ضم ذمه را در این باب مردود شمارند و از نظر پیروان نقل ذمه پیروی کنند.^۱ و این توجیه مناسبی است. زیرا، آن گونه که برخی از علمای شیعه گفته‌اند: اگر بعد از ضمانت، مضمون له، مضمون عنه را بری‌الذمه کند، ضامن (بنا بر قول مشهور در میان ما امامیه) بری‌الذمه نمی‌شود.^۲ و بعضی از اهل سنت نوشته‌اند: براءة ذمه مدیون اصلی مستلزم براءة ضامن است...^۳

۳- از آثار دیگر ضمان که در اینجا می‌توان از آن اسم برد، رها شدن یا باقی ماندن تضمینات دین پس از انعقاد ضمان است. زیرا، ممکن است هنگام بسته شدن ضمان، دین، رهن یا تضمیناتی داشته باشد. مثل اینکه بدهکار اصلی، اموال خود یا دیگری را به رهن طلبکار داده یا شخص ثالثی پرداخت بدهی مدیون را ضمانت کرده

۱. دکتر کاتوزیان، ناصر، همان، ص ۳۲۵.

۲. المحقق الحلّی، همان.

۳. شیخ الاسلام، سیدمحمد، راهنمای مذهب شافعی، همان، ص ۱۴۹.

باشد. از این رو این پرسش مطرح می‌شود که اگر ضامنی پرداخت دین همراه با وثیقه یا ضامن را برعهده بگیرد، و بستانکار هم، چنین ضمانتی را بپذیرد، آیا بر اثر ضمانت عقدی (نقل ذمه)، وثیقه دین و ضامن قبلی رها می‌شوند، یا اینکه تضمین‌های پیشین با دین انتقال پیدا می‌کند؟ در پاسخ می‌توان گفت، هرگاه طرفین عقد ضمانت راجع به بقاء تضمینات دین یا آزاد شدن آنها تراضی کنند، براساس اراده آزاد طرفین، به هر نحوی که توافق نمایند، معتبر است. اما، اگر ضامن به طور مطلق واقع شده باشد، در ضمانت عقدی قانون مدنی، حکم خاصی دیده نمی‌شود. از جنبه فقهی گفته شده: اکثریت قاطع بلکه همه (فقهای امامیه) که در این باره فتوا داده‌اند، وثیقه دین را بعد از ضمانت آزاد می‌دانند.^۱ با این حال، اگر برای دریافت پاسخ به قانون مدنی مراجعه کنیم و ضمانت را هم نوعی تبدیل تعهد بدانیم، ماده ۲۹۱ قانون مدنی مقرر می‌کند: تبدیل تعهد در موارد ذیل حاصل می‌شود: ۱-... ۲- وقتی که شخص ثالثی با رضایت متعهدله قبول کند که دین متعهد را اداء نماید. ۳-... و در ادامه ماده ۲۹۳ این قانون اعلام می‌کند که: در تبدیل تعهد تضمینات تعهد سابق به تعهد لاحق تعلق نخواهد گرفت، مگر اینکه طرفین معامله آن را صراحتاً شرط کرده باشند. بدین ترتیب، می‌توانیم معتقد شویم که اگر ضامن به طور مطلق واقع شود و بقاء یا زوال رهن و تضمین شرط نشده باشد، با عنایت به بند ۲ ماده ۲۹۱ و ماده ۲۹۳ قانون مدنی، اثر انتقال آن است که دین بدون تضمینات به عهده ضامن قرار می‌گیرد. زیرا، اگر اموال بدهکار اصلی پس از عقد ضمانت، کما فی السابق در وثیقه داین باشد، چگونه می‌توان حکم ماده ۶۹۸ قانون مدنی را جاری کرد که بعد از واقع شدن ضمانت، ذمه مضمون عنه بری می‌شود. به علاوه، در موردی هم که دیگری مال خود را وثیقه دین بدهکار اصلی قرار می‌دهد، معمولاً او این وثیقه را به لحاظ شخصیت خاص مدیون اصلی در گرو می‌گذارد و با

۱. ر.ک: کاتوزیان، دکتر ناصر، همان، ص ۳۳۱.

انتقال ضمان، بدهکار اصلی مدیون نخواهد بود تا بقاء تضمینات در مورد او، ضرورت داشته باشد. با این حال، در مورد ضمان تضامنی این مشکل مطرح نمی‌شود. چون در آنجا، انتقال دین صورت نمی‌گیرد و ذمه مضمون عنه کماکان تا هنگام پرداخت دین به حالت خود باقی می‌ماند و مضمون عنه و ضامن هر دو در طول یا عرض همدیگر مسئول پرداخت دین تلقی می‌شوند. لذا، باید اعتقاد داشت که تضمینات دین هم پس از عقد ضمان، همچنان باقی خواهد ماند، به طوری که برخی از استادان در این خصوص نوشته‌اند: در صورتی که ضمان سبب انتقال دین نشود، در بقای تضمینات دین نیز تردید نباید کرد. زیرا، ضمیمه شدن تعهد ضامن به دین دلیل بر انحلال رهن و سایر وثایق نمی‌شود و، برعکس، طلبکار وثیقه اضافی به دست می‌آورد. از نظر قضایی نیز هیچ یک از بندهای ماده ۲۹۲ قانون مدنی ناظر به چنین ضمانتی نیست تا بتوان ادعا کرد که ماده ۲۹۳ حکم به انحلال تضمین‌های دین داده است؛^۱

۴- اثر دیگر ضمان عقدی، بین ضامن و مضمون له، راجع به عدم امکان یا ممکن بودن اقاله عقد ضمان به وسیله طرفین یعنی، ضامن و مضمون له، آن هم بدون رضای بدهکار اصلی است. براساس نظریه نقل ذمه، چون ضمان باعث برائت ذمه مضمون عنه می‌شود، اقاله ضمان به وسیله طرفین و بدون رضایت مضمون عنه، موجب خواهد شد تا ذمه بدهکار اصلی (شخص ثالث)، علی‌رغم میل او، دوباره مشغول گردد. بنابراین، نمی‌توان اقاله ضمان را بدون رضایت او مطرح کرد. برای روشن شدن بیشتر مسأله مناسب است موضوع را از دو منظر ضمان نقل و ضم نگاه کنیم: نخست اینکه، طبق ماده ۲۸۳ قانون مدنی: بعد از معامله طرفین می‌توانند به تراضی آن را اقاله و تفاسخ کنند. و چون ضمان نیز یکی از عقود است، طرفین آن قاعداً باید بتوانند آن را اقاله نمایند. اما، تفاوتی که بین عقد ضمان و سایر عقود وجود دارد، این است که در

۱. کاتوزیان، دکتر ناصر، همان، صص ۳۴۱، ۳۴۲.

ضمان، ما با یک تعبیر با سه طرف مواجه هستیم: ضامن، مضمون له، به علاوه مضمون عنه. بدین ترتیب، این پرسش مطرح می‌شود که برای اقاله عقد ضمان، تراضی و توافق چه کسانی ضروری است. اگر ضمان را نقل ذمه تلقی کنیم و اقاله این قسم از آن را در نظر داشته باشیم. ناگزیر باید رضایت شخص ثالث (بدهکار اصلی) را لازم بدانیم (اگرچه وی طبق ماده ۶۹۸ قانون مدنی، بری شده است). چرا که تراضی طرفین عقد باعث می‌شود، مضمون عنه ابتدا بری شود و سپس بدون رضایتش و با اقاله عقد، مجدداً مدیون گردد. یعنی، بدون رضایت بدهکار اصلی، دیگران با اقاله عقد، ذمه او را مشغول نمایند. بنابراین و براساس اصل نسبی بودن قراردادها، باید اعتقاد داشت که اقاله ضمان نقل ذمه، بدون رضای بدهکار اصلی، ممکن نیست. زیرا، با عدم رضایت شخص، مدیون نمودن او فاقد وجاهت است، به طوری که برخی از استادان حقوق هم نوشته‌اند که: اگر تراضی دو نفر بتواند دین دیگری را از بین ببرد، این امکان دلیل بر این نمی‌شود که تراضی همان دو بتواند برای ثالث ایجاد دین کند.^۱

منظر دوم، اقاله ضمان در ضمانت تضامنی است. در ضمان اعم از طولی یا عرضی (تضامنی)، اقاله عقد امکان‌پذیر است. چون طبق این تئوری، ذمه بدهکار اصلی با اقاله ضمان باز هم مشغول خواهد ماند و از این رو اقاله ضمان تضامنی، مغایرت چندانی با حقوق شخص ثالث نخواهد داشت. یعنی، در اینجا اقاله عقد نه تنها برخلاف اصل نسبی بودن قراردادها نمی‌باشد. بلکه، این عمل فقط تضمین‌های بستانکار را کاهش می‌دهد. بدین ترتیب، ضامن و مضمون له می‌توانند به تراضی عقد ضمان را اقاله کنند. به بیان اخیری، بر مبنای نظریه ضم ذمه، اقاله به عقد ضمان پایان می‌دهد و پس از آن بستانکار دیگر حق مطالبه از ضامن را نخواهد داشت و فقط می‌تواند برای وصول طلب خود به مدیون اصلی مراجعه نماید. به علاوه، پس از تأدیه

۱. کاتوزیان، دکتر ناصر، همان، ص ۳۴۰.

دین از سوی ضامن، دیگر تصور اقاله ضمان ممکن نیست. زیرا، پس از ایفای دین ذمه ضامن بری و در نتیجه عقد ضمان منتفی شده است؛

۵- از جمله اثر ضمان بین طرفین عقد ضمان آن است که طبق ماده ۷۰۲ قانون مدنی: هرگاه ضمان مدت داشته باشد، مضمون له نمی تواند قبل از انقضاء مدت مطالبه طلب خود را از ضامن کند، اگرچه دین حال باشد. یعنی، بستانکار حق ندارد پیش از اتمام موعد مقرر در عقد ضمان، برای دریافت طلب خویش به ضامن مراجعه نماید. همان طور که ضامن هم بایستی با سررسید زمان تعیین شده، طلب بستانکار را به او بپردازد. راجع به ضمان حال از دین موجب هم ماده ۷۰۳ همین قانون مقرر می کند: در ضمان حال، مضمون له حق مطالبه طلب خود را دارد، اگرچه دین موجب باشد؛

۶- یکی دیگر از آثار ضمان بین ضامن و بستانکار، مورد ماده ۷۰۵ قانون مدنی است. این ماده می گوید: ضمان مؤجل به فوت ضامن حال می شود. این امر شبیه حکم مندرج در ماده ۲۳۱ قانون امورحسی است که مقرر می کند: دیون مؤجل متوفی بعد از فوت حال می شود. و این منطقی است. زیرا، با فوت ضامن، ذمه او به ترکه اش تعلق می گیرد و قبل از مهلت مقرر، دین از ماترک او پرداخت می شود؛

۷- از آثار عقد بین طرفین ضمان این است که در فقه و حقوق ما، تعلیق در ضمان موجب بطلان عقد خواهد شد. این موضوع در بند نخست ماده ۶۹۹ قانون مدنی بیان گردیده است. ماده مذکور اعلام می نماید: تعلیق در ضمان، مثل اینکه ضامن قید کند که اگر مدیون نداد من ضامنم، باطل است؛ ولی التزام به تأدیه ممکن است معلق باشد. در سؤال و جوابی که از یکی از فقهای معاصر راجع به تعلیق در ضمان شده است نیز صراحتاً درست نبودن چنین ضمانی ذکر گردیده است که عیناً بیان می شود: «س ۱۲۰۴- اگر ضامن شرط کند که من ضامن می شوم بدین گونه که اگر مضمون عنه نپرداخت من بپردازم. حال یا به طور واجب مشروط یا معلق، آیا این گونه ضمانت

صحیح است یا نه؟ ج - صحیح نیست.^۱

طبق ماده مزبور هم، ضامن نمی‌تواند انتقال دین به ذمه خود را، معلق به پرداختن دین از طرف بدهکار اصلی کند. ولی وی می‌تواند شرط نماید که متعهدله، نخست به مدیون اصلی رجوع کند و اگر او دین را پرداخت نکرد، آن‌گاه به ضامن مراجعه نماید. به بیان دیگر، ضامن از همان ابتدا ضمانت را می‌پذیرد. ولی، شرط می‌کند که بستانکار برای وصول طلب خویش اول باید به متعهد اصلی مراجعه نماید، اگر او پرداخت و طلبکار مثلاً از وصول طلب خود از بدهکار اصلی ناامید گردید، آن موقع می‌تواند به ضامن مراجعه و طلبش را دریافت کند. پس، اگر ضامن شرط نمود که در صورت مراجعه طلبکار به مدیون و عدم پرداخت بدهی از سوی او، آن موقع ضامن است، این امر تعلیق در ضمان تلقی می‌شود و باطل است.

نحوه نگارش قسمت دوم این ماده به گونه‌ای است که مفهوم ضمان طولی را به ذهن می‌رساند. زیرا در ماده ۴۰۲ قانون تجارت هم می‌خوانیم: ضامن وقتی حق دارد از مضمون له تقاضا نماید که بدو به مدیون اصلی رجوع کرده و در صورت عدم وصول طلب به او رجوع نماید که بین طرفین (خواه ضمن قرارداد مخصوص خواه در خود ضمانت‌نامه) این ترتیب مقرر شده باشد. اما، با توجه به نظریه مطرح شده در فقه و حقوق ما که مفهوم آن انتقال دین می‌باشد، مشکل است بتوانیم بگوییم که این ماده خواسته است به نحوی ضمان تضامنی طولی را در حقوق ما تجویز نماید. زیرا، در اینجا هم باید معتقد بود که با تحقق ضمان، دین از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن منتقل می‌شود. هرچند ممکن است قانونگذار مدنی با این ماده تمایل خود را نسبت به ضمان طولی اظهار نموده باشد.

۱. حضرت آیت‌الله العظمی آقای حاج شیخ محمد فاضل لنکرانی (ره)، *جامع المسائل*، همان، صص ۳۳۰، ۳۳۱.

بنابراین، مضمون عنه بری شده، از این لحاظ مسئولیتی برای پرداخت دین سابق خویش ندارد، تا بستانکار حق مطالبه از وی را هم داشته باشد. بدین ترتیب و به بیان روشن‌تر، به نظر می‌رسد، مفهوم ماده ۶۹۹ قانون مدنی آن است که اگر ضامن از ابتدا ضمانت نماید و قبول کند که ضامن پرداخت دین شخص ثالث است، منتها بستانکار برای دریافت طلب خود به مدیون اصلی مراجعه نماید و اگر او بدهی را نپرداخت ضامن می‌پردازد، ضامن صحیح است.

اما، اگر ضامن از طلبکار درخواست نماید و به او بگوید: به متعهد اصلی مراجعه کن و پرداخت مطالبات خود را از وی بخواه، اگر بدهکار اصلی دین را پرداخت نکرد، آن موقع من ضامن هستم، این امر تعلیق در ضمان و باطل است.

بخش دوم - اثر ضمان بین ضامن و مضمون عنه

در ضمان نقل ذمه به ذمه، هدف از ضمانت، عمدتاً مساعدت و احسان به بدهکار اصلی است. خصوصاً اگر رابطه خویشاوندی و رفاقت و همکاری بین ضامن و مضمون عنه موجود، دین کم و ضامن از ملاتت کافی برخوردار باشد. در مقابل، یعنی هرگاه ضامن به قصد رجوع و با اذن مضمون عنه دین را بپردازد، برای دریافت آن می‌تواند به بدهکار اصلی مراجعه کند. بدین ترتیب، چنانچه ضامن به قصد تبرع و کمک به مدیون ضمانت می‌نماید و از او اذن هم نمی‌گیرد. یعنی، به حکم ماده ۷۲۰ قانون مدنی: ضامنی که به قصد تبرع ضمانت کرده باشد حق رجوع به مضمون عنه ندارد. و دلیل آن معلوم است. زیرا، وی به نیت گشایش مشکل مدیون و بدون آنکه قصد دریافت خسارتی که با ضمان به او وارد می‌شود، را از مدیون داشته باشد، از وی ضمانت کرده است. پس نمی‌تواند از این احسان و ایثار عدول نموده و از مضمون عنه، آنچه را به بستانکار داده است، مطالبه نماید. به بیان دیگر، با جمع مواد ۷۲۰ قانون مدنی و ماده ۲۶۷ آن، (که مقرر می‌کند: ایفاء دین از جانب غیرمدیون هم جایز است

اگرچه از طرف مدیون اجازه نداشته باشد؛ ولیکن کسی که دین دیگری را ادا می‌کند، اگر با اذن باشد، حق مراجعه به او دارد والا حق رجوع ندارد). نتیجه این می‌شود که، علاوه بر قصد عدم تبرع از طرف ضامن، بدهکار اصلی نیز باید به وی اذن داده باشد تا ضامن بعد از پرداخت دین، بتواند به مضمون عنه رجوع نماید.^۱

از آثار ضمان بین ضامن و مضمون عنه، مراجعه ضامن به بدهکار اصلی (شخص ثالث) برای دریافت آن چیزی است که پرداخت نموده است. برای این امر، در قانون مدنی شرایطی پیش‌بینی گردیده که اهم آنها، عبارت است از: ۱ - ضامن پس از اداء دین، می‌تواند به مدیون رجوع کند، در این باره ماده ۷۰۹ قانون مدنی مقرر می‌نماید: ضامن حق رجوع به مضمون عنه ندارد مگر بعد از اداء دین، ولی می‌تواند، در صورتی که مضمون عنه ملتزم شده باشد که در مدت معینی براثت او را تحصیل نماید و مدت مزبور هم منقضی شده باشد، رجوع کند. یعنی با انجام دادن تعهد و تأدیه دین است که ضامن حق رجوع به مضمون عنه پیدا می‌نماید. به طوری که برخی از فقها نیز در این خصوص نوشته‌اند: اگر ضمانت به اذن مضمون عنه باشد در صورتی (ضامن) به او مراجعه می‌کند که دین را ادا کرده باشد، این در موردی است که مدت دین که بر مضمون عنه بود سررسیده باشد. وگرنه حق رجوع به او را ندارد، مگر بعد از رسیدن وقت آن، پس اگر دین مدت دار را به طور حال یا مدت دار، به کمتر از مدت آن، ضمانت کند، سپس آن را ادا کند حق رجوع به او را ندارد مگر بعد از رسیدن وقت آن...؛^۲

۲ - راجع به مبلغی که ضامن می‌تواند از مضمون عنه دریافت کند، قاعدتاً معادل مبلغی است که به بستانکار پرداخته است (مواد ۷۱۳ و ۷۱۴ قانون مدنی) یعنی، به هر

۱. و نیز ر.ک: امام خمینی (ره)، همان، ص ۴۵، الشیخ محمدحسن النجفی، همان، ص ۱۳۳.

۲. امام خمینی (ره)، همان، ص ۴۷.

میزانی که ضامن به مضمون له پرداخت نموده است، حق رجوع به مضمون عنه دارد. مگر آنکه ضامن به اذن مضمون عنه، مبلغ بیشتری به داین داده باشد. پس یکی دیگر از آثار عقد ضمان میان ضامن و مضمون عنه آن است که اگر ضامن به بستانکار مبلغ کمتری از دین پرداخت کرده باشد، زیاده بر آنچه داده است را نمی‌تواند از مدیون مطالبه نماید. اگرچه به قول ماده ۷۱۳ قانون مدنی، دین را صلح به کمتر کرده باشد.^۱ این امر روشن است. زیرا، عقد ضمان تا آنجایی که به ضامن مربوط است، بیشتر به منظور کمک به مضمون عنه بسته می‌شود. فلذا، در حالی که ضامن بیشتر از مبلغ دین را پرداخته، یا با پرداخت کمتر از دین، برائت حاصل نموده باشد؛ در حالت پرداخت افزون، حق مطالبه اضافه و در حالت پرداخت کمتر، استحقاق مطالبه مابه‌التفاوت را از بدهکار اصلی ندارد.

در این باره حضرت امام خمینی (ره) می‌فرماید: (ضامن) فقط به مقداری که پرداخته به او رجوع می‌کند، پس اگر مضمون له با ضامن دین را به قسمتی از آن مصالحه کنند یا او را از بعض آن تبرئه نماید به مقداری که به وسیله مصالحه و ابراء از ذمه اش ساقط شده، رجوع نمی‌کند.^۲ به علاوه: هرگاه مضمون له ضامن را ابراء کند یا دیگری مجاناً دین را بدهد، ضامن حق مراجعه به مضمون عنه ندارد. (ماده ۷۱۹ قانون مدنی) چرا که در غیر این صورت، دارا شدن بلاجهت و استیفاء ناروا پیش می‌آید که امری قبیح است و با هدف پیمان ضمان که سودجویی نیست، مغایر خواهد بود. در مورد ضمان تضامنی هم، هرگاه مضمون له ذمه ضامن را ابراء کند، ذمه مضمون عنه بری نمی‌شود و همچنان در مقابل مضمون له مشغول خواهد بود. بنابراین، او کماکان حق مراجعه به مضمون عنه خواهد داشت. بدین ترتیب، بر مبنای هر دو تئوری اگر

۱. همچنین در این مورد، ر.ک: امام خمینی (ره)، همان ص ۴۵.

۲. همان.

بیگانه‌ای به طور رایگان دین را پرداخت کند، مضمون له حق مراجعه به هیچ یک از ضامن و مضمون عنه نخواهد داشت. زیرا وی نمی‌تواند زیاده‌طلبی کند و یک طلب را دوباره وصول نماید و اگر چنین کند، این امر استیفاء ناروا تلقی، و همان‌طور که اشاره گردید، دارا شدن غیرعادلانه مطرح خواهد شد که کاری ناپسند و غیرقانونی است.

از آنجا که ما باب ضمانت در قانون تجارت، به خصوص مواد ۴۰۲ لغایت ۴۰۴ این قانون را برای ایجاد ضمانت تضامنی در قراردادهای خصوصی مدنی، مرجح دانستیم، مناسب است رابطه ضامن و مضمون عنه را از منظر این قانون هم بنگریم. در قانون تجارت، در این زمینه مقررات روشنی دیده نمی‌شود و در قانون مدنی هم در مورد ضمانت تضامنی حکم صریحی نیست. اما، با عنایت به اصول کلی حقوقی و مقررات مدنی و قانون تجارت راجع به ضامن، رابطه ضامن و مضمون عنه را می‌توان به این نحو بیان نمود: اولاً، از مفاد ماده ۴۱۱ قانون تجارت که مقرر می‌کند: پس از آن که ضامن دین اصلی را پرداخت، مضمون له باید تمام اسناد و مدارکی را که برای رجوع ضامن به مضمون عنه لازم و مفید است به او داده و اگر دین اصلی با وثیقه باشد آن را به ضامن تسلیم نماید، اگر دین اصلی وثیقه غیرمنقول داشته مضمون عنه مکلف به انجام تشریفات است که برای انتقال وثیقه به ضامن لازم است و همچنین از نص صریح ماده ۷۰۹ قانون مدنی، مستفاد می‌شود که ضامن تنها بعد از پرداخت دین به مضمون له، حق مراجعه به بدهکار اصلی (شخص ثالث) را دارد. ثانیاً، تأدیه دین به وسیله ضامن، بایستی به طور واقعی باشد. مانند پرداخت وجه یا تهاتر و غیره. به بیان دیگر، ضامن باید در مقابل دین، چیزی پرداخت نموده باشد. یعنی، همان‌گونه که ماده ۷۱۹ قانون مدنی پیش‌بینی نموده، هرگاه مضمون له ضامن را ابراء یا دیگری مجاناً دین را بدهد، ضامن حق رجوع به مضمون عنه ندارد. ثالثاً، با توجه به مفهوم مواد ۲۶۷

و ۷۲۰ قانون مدنی، هرگاه ضامن بدون اذن یا تبرعی انجام شده باشد. ضامن حق مراجعه به مضمون عنه ندارد. رابعاً، بدیهی است چون دین در واقع برعهده مدیون اصلی بوده است، از این رو در صورت پرداخت آن توسط وی، مضمون عنه حق رجوع به ضامن را ندارد.

بخش سوم - اثر ضمان بین ضامنین

مبحث نخست - ضمان به نحو تسهیم

در ضمان ممکن است به جای یک نفر، چند نفر از مضمون عنه ضمانت نمایند که حسب مورد ضامن می‌تواند از نوع تضامنی و یا تسهیم باشد. در مورد ضمان تضامنی، با اینکه در قانون مدنی به روشنی چنین ضمانتی پیش‌بینی نشده بود، طی فصول گذشته به طور گسترده مورد بررسی و تجزیه و تحلیل قرار گرفت. لذا، در اینجا از تکرار و یادآوری آن پرهیز می‌شود. اما، ضمانت به قید تسهیم که ماده ۷۲۱ قانون مدنی به آن پرداخته و اولین اثر تعدد ضامن است را، اینک مورد بررسی قرار می‌دهیم و برای شروع بحث، نخست، نص این ماده را ذکر می‌کنیم: هرگاه اشخاص متعدد از یک شخص برای یک قرض به نحو تسهیم ضمانت کرده باشند، مضمون له به هر یک از آنها فقط به قدر سهم او حق رجوع دارد؛ و اگر یکی از ضامنین تمام قرض را تأدیه نماید، به هر یک از ضامنین دیگر که اذن تأدیه داده باشد می‌تواند به قدر سهم او رجوع کند.

در خصوص تعدد ضامنین به نحو تقارن، فقهای امامیه سه قول ابراز داشته‌اند: عده‌ای معتقدند که اگر مضمون له یک باره به ضمانت همه آنها رضایت دهد، عقد ضمان باطل است، برخی بر تقسیط و تسهیم نظر دارند و عده دیگر معتقدند که همه ضامنین مانند تعاقب ایادی، مسئولیت تضامنی دارند.^۱ مع‌ذلک، حضرت امام خمینی

۱. ر.ک: آیت‌الله سیدمحمد موسوی بجنوردی، همان، ص ۱۸۹ تا ۱۹۲.

(ره) در این خصوص می‌نویسند: در جواز ضمانت دو نفر از یکی به طور مشترک، اشکالی نیست، به اینکه بر هر یک از آنها قسمتی از دین باشد؛ پس ذمه هر کدام از آنها به مقداری که تعیین نموده‌اند ولو اینکه با هم متفاوت باشند، مشغول می‌شود و اگر مطلق گذاشته شود به طور مساوی بین آنها تقسیم می‌شود. پس اگر دو نفر باشند به نصف و اگر سه نفر باشند به ثلث تقسیم می‌شود و هکذا...^۱

بنابراین، در قانون مدنی هم مانند دیدگاه بعضی از فقهای ما، هنگامی که چند نفر به طور مطلق (بدون شرط مسئولیت تضامنی)، ضامن پرداخت بدهی مدیون اصلی می‌شوند، اصل نسبی بودن تعهدات جمعی موجب می‌گردد که هر یک از آنها تنها ضامن پرداخت بخشی از دین و به قدر سهم خویش باشد. لذا، مسئولیتی نسبت به سهم سایر افرادی که ضامن گردیده‌اند، نخواهد داشت. در این راستا، اگر حصه هر یک از ضامنین مشخص نشده است. مانند ملاک ماده ۱۵۳ قانون مدنی،^۲ ظاهراً سهم ضامنان تساوی خواهد بود. (در مورد ملاک ماده ۱۵۳ قانون مدنی برخی از استادان نوشته‌اند: هر گاه دو یا چند تن مالک یا متعهد بر انجام امری باشند، در صورتی که میزان مالکیت یا تعهد هر یک معین نباشد، حکم به تساوی داده می‌شود).^۳ در ضمان به نحو تسهیم، هر یک از این اشخاص، اصولاً پس از تأدیه دین، حق مراجعه به مدیون اصلی را به همان میزانی که پرداخت نموده است، به دست می‌آورد. به علاوه، همان‌گونه که قسمت پایانی ماده ۷۲۱ قانون مزبور مقرر نموده است:... اگر یکی از ضامنین تمام قرض را تأدیه نماید، به هر یک از ضامنین دیگر که اذن تأدیه داده باشد

۱. امام خمینی (ره)، همان، ص ۴۹.

۲. ماده ۱۵۳ قانون مدنی: هرگاه نهی مشترک مابین جماعتی باشد و در مقدار نصیب هر یک از آنها اختلاف شود، حکم به تساوی آنها می‌شود، مگر اینکه دلیلی بر زیادتی نصیب بعضی از آنها موجود باشد.

۳. دکتر کاتوزیان، ناصر، *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، همان، ص ۱۳۹.

می تواند به قدر سهم او رجوع کند.

در مورد اینکه اگر چند نفر بدون تصریح به تضامن یا تسهیم، از دینی ضمانت نمایند و بعد از آن، تردید به وجود آید که مسئولیت آنان تضامنی است یا نسبی و چگونه می توان این تردید و اختلاف را رفع نمود؟ به نظر می رسد بایستی ابتدائاً به اراده و قصد مشترک طرفین مراجعه کرد و با این شیوه شک و مسأله را مرتفع نمود و اگر با این طریق نتیجه ای حاصل نگردید، با توجه به اصل نسبی بودن تعهدات جمعی، بایستی گفته شود که، هر یک از ضامنان تنها ضامن پرداخت قسمتی از دین به اندازه سهم خود می باشد و مسئولیتی نسبت به سهم بقیه افرادی که ضمانت نموده اند، ندارد.

مبحث دوم - ضمان به نحو تراسی (تسلسل)

«تراسی» یا «تسلسل» در ضمان به موردی گفته می شود که شخصی از ضامن ضمانت کند و دیگری از ضامن دوم... و به همین گونه ضمانت ها ادامه یابد.^۱ یعنی در حقوق ما، ابتدا ضامن نسبت به دین معین، عقد ضمان منعقد می کند و دین به ذمه او منتقل می شود. آنگاه دیگری از دین ضامن مذکور نزد بستانکار، ضامن می شود و همین طور به صورت تسلسل این ضمان ادامه پیدا می کند و همان گونه که از مواد ۶۸۸ و ۷۲۲ قانون مدنی استنباط می گردد، چنین ضمانتی که از نوع نقل ذمه است، صحیح می باشد. این دو ماده مقرر می نمایند؛ ماده ۶۸۸: ممکن است از ضامن ضمانت کرد. ماده ۷۲۲: ضامن ضامن حق رجوع به مدیون اصلی ندارد و باید به مضمون عنه خود رجوع کند و به همین طریق هر ضامنی به مضمون عنه خود رجوع می کند تا به مدیون اصلی برسد. به بیان دیگر، هر ضامنی که دین را پردازد به مضمون عنه خود مراجعه می کند و حق مراجعه به دیگری را ندارد و اگر مضمون عنه اصلی بدهی را پرداخت نماید، طبق مفاد ماده ۷۱۷ قانون مدنی، جملگی براءت حاصل می نمایند. (ماده ۷۱۷

۱. کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق مدنی عقود اذنی، وثیقه های دین، همان، ص ۳۸۴.

قانون مدنی: هرگاه مضمون عنه دین را اداء کند ضامن بری می‌شود، هرچند ضامن به مضمون عنه اذن در اداء نداده باشد).

از نظر فقهای امامیه هم ترامی در ضمان درست است، به طوری که حضرت امام خمینی (ره) می‌فرماید: ترامی در ضمان جایز است، به اینکه مثلاً زید از عمرو و سپس بکر از زید و پس از آن خالد از بکر ضمانت نماید و هکذا و ذمه همه بری می‌شود و دین بر ضامن آخری مستقر می‌شود، پس اگر همه ضمانت‌ها بدون اذن مضمون عنه باشند هیچ کدام از آنان به قبلش - در صورتی که ضامن آخری، دین را ادا کرده باشد - حق رجوع ندارد... و خلاصه هر ضامنی که ضمانش به اذن مضمون عنه باشد به او رجوع می‌کند به آنچه که پرداخته است.^۱

بدین ترتیب، می‌بینیم که در حقوق ما (با مطلق بودن ضمان) و تبعیت از مقررات ضمانت نقل ذمه، با ضمانت ضامن، مضمون عنه بری می‌شود و با ضمانت‌های متعدد، سرانجام دین برعهده آخرین ضامن مستقر می‌گردد و هنگام رجوع، هر ضامنی به مضمون عنه خود مراجعه خواهد کرد تا به مدیون اصلی برسد. اما اگر ضمان تضامنی باشد، همه ضامنین حسب مورد در طول یا عرض مدیون اصلی، در برابر بستانکار، مسئولیت تضامنی خواهند داشت و با ابراء مضمون عنه توسط طلبکار، ضامن‌ها نیز بری می‌شوند و همچنین به نحوی که گفته شده: هرگاه نخستین ضامن ابراء شود، دیگران نیز برائت می‌یابند ولی مضمون عنه همچنان مدیون باقی می‌ماند، چرا که زوال وثیقه و فرع باعث زوال دین و اصل نمی‌گردد.^۲

مبحث سوم - ضمان دور

هرچند در اصطلاح فلسفی، دور را باطل می‌دانند. اما ضمان دو مدیون از یکدیگر

۱. امام خمینی (ره)، همان، و نیز ر.ک: الشیخ محمد حسن النجفی، همان، ص ۱۴۱.

۲. دکتر کاتوزیان، ناصر، همان، ص ۳۸۵.

یا دور، موجب بطلان عقد ضمان نمی‌شود. در قانون مدنی این نوع ضمان مشاهده نمی‌گردد.

هرچند برخی از استادان حقوق کشورمان نوشته‌اند:... عموم و اطلاق مواد ۶۸۸ و ۷۲۲ (قانون مدنی) شامل این مورد نیز می‌گردد، زیرا ضامن ممکن است شخص ثالث، یا خود مضمون عنه باشد.^۱ در فقه امامیه هم برخی از فقیهان این قسم از ضمان را درست دانسته و گفته‌اند:... و لا اشکال فی جواز الدور ایضاً.^۲ ولی، فقهای عامه چون پس از ضمان، باز هم مضمون عنه را مدیون می‌دانند، ضمان او را از همان دین معقول نمی‌بینند. زیرا مدیون را دوباره نمی‌توان الزام به همان دین کرد.^۳

می‌توان گفت ضمان دور به این نحو می‌تواند باشد که ضامن و بستانکار (به طور نقل ذمه به ذمه) با یکدیگر عقد ضمان منعقد می‌کنند و بر اثر آن، مضمون عنه بری می‌شود. یعنی، فقط ضامن در مقابل مضمون له متعهد باقی می‌ماند. در این زمان مدیون اصلی که بری شده بود، از ضامن، یعنی مدیون اخیر (مانند دیگران)، در برابر بستانکار ضمانت می‌نماید، در نتیجه دین مجدداً به محل قبلی خود که ذمه مدیون اصلی است برمی‌گردد، هرچند امکان دارد از جهت حال و موجد بودن و یا اختلاف مدت با یکدیگر تفاوت‌هایی داشته باشند. البته نباید بستن این پیمان را بی‌فایده پنداشت؛ به طوری که برخی راجع به سود این نوع ضمان نوشته‌اند: فرضاً اگر ضامن دومی (مدیون اصلی) در حین ضمان معسر باشد، مضمون له می‌تواند پس از اطلاع، بر طبق ماده ۶۹۰ قانون مدنی، ضمان را فسخ و به ضامن اولی رجوع کند، در حالی که قبل از این دو ضمان، اگر مدیون اصلی معسر می‌شد مضمون له وسیله‌ای برای رسیدن

۱. دکتر کاتوزیان، ناصر، همان، ص ۳۸۵.

۲. الشیخ محمدحسن النجفی، همان.

۳. ر.ک: دکتر کاتوزیان، ناصر، همان، ص ۳۸۶، به نقل از ابن قدامه، المغنی، ج ۴، ص ۴۱۰.

به طلب خود نداشت.^۱

بخش چهارم - زوال ضمان (و سقوط تعهدات)

می‌دانیم که برابر ماده ۲۶۴ قانون مدنی، تعهدات به یکی از طرق ذیل ساقط می‌شود: ۱ - به وسیله وفای به عهد؛ ۲ - به وسیله اقاله؛ ۳ - به وسیله ابراء؛ ۴ - به وسیله تبدیل تعهد؛ ۵ - به وسیله تهاتر؛ ۶ - به وسیله مالکیت ما فی الذمه. بنابراین، چون ضمان نیز عقدی عهدی به شمار می‌رود، با توجه به موارد احصاء شده در این ماده، زوال عقد و سقوط تعهدات مسئولین این پیمان را بررسی می‌کنیم:

الف - وفای به عهد

ایفای تعهد یا وفاء به تعهد، ساده‌ترین و شایع‌ترین شیوه سقوط تعهدات به شمار می‌رود. انجام تعهد ممکن است با پرداخت دین و یا انجام و یا خودداری از انجام امری باشد. راجع به اینکه چه کسی باید تعهد را انجام دهد، حسب مورد ممکن است، متعهد اصلی، ضامن یا ضامنین و یا اختیاراتاً توسط شخص ثالث باشد. مع ذلک، اصل این است که در نقل ذمه، ضامن دین مضمون عنه را که به عهده گرفته است، بایستی پرداخت نماید. با این حال طبق ماده ۷۱۷ قانون مدنی: هرگاه مضمون عنه دین را اداء کند ضامن بری می‌شود، هر چند ضامن به مضمون عنه اذن در اداء نداده باشد. بنابراین، ممکن است دین توسط خود مدیون اصلی پرداخت گردد. به علاوه، پرداخت دین به وسیله شخص ثالث هم امکان‌پذیر خواهد بود و با تأدیه دین به وسیله او (به مضمون له)، ضامن بری می‌شود و ضمان زائل می‌گردد. راجع به ضمان تضامنی، چون ضامن و مضمون عنه، هر دو متضامناً در برابر بستانکار مسئول می‌باشند، با پرداخت دین توسط ثالث، دین هر دو (به متعهدله) و پیمان ضمان، به پایان می‌رسد. مضافاً اینکه، ایفای تعهد به وسیله یکی از ضامنین، موجب می‌گردد، بقیه ضامن‌ها، براءت

۱. دکتر کاتوزیان، ناصر، همان، ص ۳۸۹.

حاصل نمایند. البته قطع نظر از اینکه در اینجا بحث مراجعه مسئولین به یکدیگر مطرح نیست. اما، با توجه به قسمت اخیر ماده ۴۰۳ قانون تجارت و ۷۱۷ قانون مدنی، پس از دریافت طلب از یک یا چند نفر از مسئولین، بستانکار به میزان مبالغ دریافتی، حق رجوع به سایرین را از دست می‌دهد. به هر حال، پرداخت دین باید به شخص بستانکار یا قائم‌مقام قانونی او صورت گیرد (مواد ۲۷۱ لغایت ۲۷۳ قانون مدنی).

ب - اقاله

در مورد اقاله عقد ضمان قبلاً بحث کافی انجام گردید. بنابراین، از تکرار آن اجتناب می‌شود. با این حال، در اینجا اشاره می‌کنیم که قانون مدنی دومین راه سقوط تعهدات را (در ماده ۲۶۴ قانون مدنی)، اقاله می‌داند و تفاسخ ضمان در واقع یکی از آثار ضمان عقدی بین ضامن و مضمون له به شمار می‌رود. بنابراین، بر مبنای ضمان نقل ذمه، اقاله پیمان ضمان توسط طرفین عقد (ضامن و مضمون له) باعث می‌شود، ذمه شخص ثالث (بدهکار اصلی)، دوباره مشغول گردد. بدین ترتیب، باید اعتقاد داشت که بدون رضایت او طرفین نمی‌توانند ضمان را اقاله نمایند. یعنی، هرچند برابر ماده ۲۸۳ قانون مدنی: بعد از معامله طرفین می‌توانند به تراضی آن را اقاله و تفاسخ کنند. اما صحت چنین عملی در اینجا محل تأمل است. چون اقاله عقد موجب می‌شود، مضمون عنه مجدداً مدیون گردد و بدون توافق وی این امر با اصل نسبی بودن قراردادهای همخوانی ندارد. پس طرفین نبایستی بدون رضایت بدهکار اصلی، ضمان را اقاله نمایند. ولی در ضمان تضامنی این مشکل کمتر قابل طرح است. چون طبق نظریه ضم ذمه، حتی با تفاسخ ضمان، ذمه مضمون عنه باز هم مشغول است و این عمل حقوقی صرفاً باعث می‌شود، از تضمین‌های مضمون له کاسته شود. فلذا، در این تئوری، اقاله ضمان توسط دو طرف باعث زوال ضمان خواهد گردید. ولی، در ضمان نقل ذمه، توافق سه طرف این اثر را خواهد داشت.

مع‌ذکک، ایرادی که در مورد اقاله ضمان ضم ذمه وارد می‌شود این است که هرچند اقاله بر مبنای نظریه ضمانت تضامنی، به عقد ضمان پایان می‌دهد و پس از آن بستانکار حق مطالبه دین را از ضامن از دست می‌دهد و برای این امر فقط می‌تواند به مضمون عنه مراجعه کند. اما تفاسخ ضمان برخلاف عقودی مانند بیع که پس از دادن عوضین، باز هم اقاله در آن قابل تصور است، در عقد ضمان چنین تصویری مشکل خواهد بود. یعنی، پس از تأدیه دین از سوی ضامن، دیگر امکان تفاسخ ضمان سخت است. زیرا، پس از پرداخت دین، ذمه ضامن از میان می‌رود و در نتیجه عقد ضمان منتفی می‌گردد و پس از آن محل تأمل است که عقد تمام شده را قابل اقاله بدانیم. در هر حال، به دلایل پیش گفته، نظریه امکان اقاله ضمان از توجیه بیشتری برخوردار است.

پ - ابراء

سومین شیوه‌ای که برای سقوط ذمه ضامن و مضمون عنه می‌توان مطرح نمود، ابراء آنها است. همان‌گونه که قبلاً اشاره کردیم، با یک بیان در عقد ضمان سه طرف مطرح می‌شوند، (ضامن، مضمون له و مضمون عنه) که دو طرف آن، یعنی ضامن و مضمون عنه به نحوی مدیون می‌باشند. بنابراین، باید ابراء را نسبت به این دو مورد بررسی نمود. راجع به ذمه بدهکار اصلی در ضمان نقل، می‌دانیم که او پس از بستن عقد ضمان، براءت حاصل می‌کند. پس ابراء ذمه وی فاقد وجاهت لازم است. هرچند ماده ۷۰۷ قانون مدنی مقرر می‌کند: اگر مضمون له ذمه مضمون عنه را بری کند ضامن بری نمی‌شود، مگر اینکه مقصود ابراء از اصل دین باشد.

اما اگر مبنای ضم ذمه به ذمه پذیرفته شود یا در عقد، ضمانت تضامنی شرط گردد، چنانچه مضمون له ذمه بدهکار اصلی را ابراء نماید، متعاقب آن ذمه ضامن هم بری می‌شود. چون، با زایل شدن دین بدهکار اصلی، ذمه ضامن یعنی فرع نیز به تبع

آن از بین می‌رود. ولی، چنانچه بستانکار، ضامن را در این نوع ضمان ابراء کند، ذمه مضمون عنه ساقط نمی‌شود. زیرا، ضامن به منزله وثیقه است که آزاد کردن آن، موجب سقوط اصل نخواهد شد.

در ضمان نقل و در خصوص ابراء ذمه ضامن، اگر مضمون له ذمه او را بری نماید. یعنی از مطالبات خود صرف نظر کند، ذمه وی ساقط می‌شود. به علاوه، ضامن هم نمی‌تواند به مضمون عنه مراجعه و مبلغی را از او درخواست کند. زیرا، هرچند با ایجاب ضامن، ضمان بسته شده است. ولی چون هدف ضمان (بالاخص ضمان نقل ذمه) سودجویی نبوده و مهم‌تر اینکه ضامن بری شده، چیزی به بستانکار نپرداخته است تا حق مراجعه او به بدهکار اصلی قابل توجیه باشد؛ ماده ۷۱۸ قانون مدنی در چنین موردی مصداق خواهد داشت که: هرگاه مضمون له ضامن را از دین ابراء کند، ضامن و مضمون عنه هر دو بری می‌شوند. (در مورد تبدیل تعهد قبلاً بحث کرده‌ایم. پس، از آن صرف نظر می‌کنیم).

ت - تهاتر

هنگامی که دو نفر در برابر یکدیگر مدیون باشند (با توجه به ماده ۲۹۴ قانون مدنی و مواد بعدی آن)، بین دیون آنها در مواردی تهاتر به وجود می‌آید. تهاتر نیز یکی از اسباب سقوط تعهدات است که بسته به نوع ضمان، امکان تحقق آن وجود دارد. یعنی، اگر ضمان نقل ذمه باشد و ضامن و مضمون له در مقابل همدیگر مدیون گردند، با شرایطی تهاتر برقرار می‌شود. زیرا، با انتقال ضمان، ضامن در مقابل طلبکار متعهد می‌گردد و از طرف دیگر، اگر ضامن هم در برابر او بستانکار شود. بنابراین، بین دیون آنان تهاتر به وجود خواهد آمد. ولی، در مورد مضمون له و مضمون عنه، این امر ممکن نیست. چون پس از عقد ضمان، بدهکار اصلی بری می‌شود و اگر بین آنها معامله‌ای انجام شود که براساس آن مضمون له به مضمون عنه بدهکار گردد.

چنین عملی، تأثیر بر ذمه ضامن نخواهد داشت و کماکان ذمه او نسبت به مضمون له مشغول خواهد بود به طوری که ماده ۲۹۷ قانون مدنی مقرر می‌کند: اگر بعد از ضمان، مضمون له به مضمون عنه مدیون شود موجب فراغ ذمه ضامن نخواهد شد. اما، در ضمان تضامنی، اگر بستانکار به مضمون عنه بدهکار شود، در صورت وجود شرایط لازم، بین دو دین آنان تهاتر حاصل می‌شود و در نتیجه مدیون اصلی و ضامن بری و ضمان زایل می‌گردد.

ث - مالکیت ما فی الذمه

آخرین راهی که قانون مدنی در ماده ۲۶۴ برای سقوط تعهدات بیان نموده، مالکیت ما فی الذمه است که ماده ۳۰۰ آن مقرر می‌کند: اگر مدیون مالک ما فی الذمه خود گردد ذمه او بری می‌شود: مثل اینکه اگر کسی به مورث خود مدیون باشد، پس از فوت مورث دین او نسبت به سهم الارث ساقط می‌شود. مثلاً، اگر مضمون له فوت نماید و ضامن، وارث منحصر به فرد او باشد (در ضمان نقل ذمه به ذمه)، در این صورت، ضامنی که بدهکار است از خودش طلبکار و ذمه‌اش برطرف می‌شود و در این حالت می‌تواند به مضمون عنه رجوع نماید و دین را از وی مطالبه کند. این است که ماده ۷۱۲ قانون یاد شده می‌گوید: هرگاه مضمون له فوت شود و ضامن وارث او باشد، حق رجوع به مضمون عنه دارد.

مالکیت ما فی الذمه، در ضمان تضامنی هم ممکن است پیش آید. یعنی، اگر مضمون له فوت نماید و بدهکار اصلی تنها وارث او باشد، به موجب مالکیت ما فی الذمه، ذمه او از میان می‌رود و عقد ضمان زائل می‌گردد.

زوال عقد ضمان منحصر به موارد یاد شده نیست. بلکه، احتمال دارد از طریق بطلان یا فسخ این پیمان هم ضمان از بین برود. مانند اینکه طرفین عقد، فاقد شرایط اساسی برای صحت معامله باشند (ماده ۱۹۰ قانون مدنی) یا طبق ماده ۶۹۱ همین

قانون: ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است، باطل است. به علاوه، با جستجو در قانون مدنی با موارد دیگری، مانند مفاد مواد ۶۹۰، ۶۹۹، ۷۰۱، ۷۰۸ و ۷۱۹ مواجه می‌شویم که به نحوی از زوال ضمان بحث می‌کنند. با وجود این، چون در حین مباحث گذشته راجع به مفهوم و اهداف این مواد سخن گفته شد، از تکرار آن پرهیز نموده، در همین جا این نوشتار را به پایان می‌بریم.

«... و آخر دعواهم ان الحمد لله رب العالمین»^۱

۱. قسمت آخر آیه ۱۰، سوره شریفه یونس (سوره ۱۰ آیه ۱۰).

بخشنامه‌های ثبتی و مقتضیات زمان (بخش دوم و پایانی)

مرتضی مشهدی^۱

بخشنامه‌های ثبتی

بخشنامه‌های ثبتی در ایران عمری به درازای ایجاد تشکیلات ثبتی دارند و به دلیل اجمال و ابهام در قوانین و گستردگی موضوع نقش مهمی را در راهنمایی و تعلیم دست‌اندرکاران امور ثبتی و رتق و فتق امور ارباب رجوع ایفا نموده‌اند و مثل آن مثل «زبان» است که: جِزْمَةُ صَغِيرٍ و جِزْمَةُ كَبِيرٍ! اگرچه در سلسله مراتب مقررات در رده آخر می‌باشد ولی بعضاً چنان جایگاهی در امور ثبتی پیدا کرده و چنان دوامی یافته که کمتر قانونی بدان استحکام رسیده است.^۲ بخشنامه‌های ثبتی دوبار در طول تاریخ خود مورد پالایش قرار گرفته‌اند (سال‌های ۴۹ و ۶۵) ولی برخی بخشنامه‌ها از هر دو پالایش جان سالم به در برده و هم‌اکنون هم مجری و معمول هستند. متأسفانه موضوع بخشنامه‌ها و از جمله بخشنامه‌های ثبتی با آن همه اهمیت چون در پایین‌ترین رده مقررات قرار گرفته و کم‌اهمیت‌ترین مقررات محسوب می‌گردند، کمترین ارزش علمی را به خود اختصاص داده و کمترین میزان بحث و فحص علمای حقوق را به خود اختصاص داده‌اند و بدین جهت ابعاد و اهمیت آنها مورد مذاقه و موشکافی واقع

۱. سردفتر اسناد رسمی شماره ۴۶ تبریز و نایب رئیس جامعه سردفتران و دفتریاران آذربایجان شرقی

۲. مثال این قبیل بخشنامه‌ها زیاد است برای نمونه به «بخشنامه ده هزار» اشاره می‌شود که بیش از

پنجاه سال است که در تنظیم اسناد بدان استناد می‌شود.

نگریده است، ما نیز در حد وسع خود از نظر محدودیت زمان و بهره علمی به بررسی آنها می پردازیم، امید است مورد قبول مشتاقان و دست اندرکاران امور ثبتی واقع شود.

فصل اول - تقسیم بندی های بخشنامه های ثبتی

الف - بخشنامه های ثبتی از حیث مقام صادرکننده

۱ - بخشنامه های صادره از جانب رئیس سازمان ثبت اسناد و املاک کشور

چون سازمان ثبت اسناد و املاک کشور امروزه سازمانی مستقل و وابسته به قوه قضاییه می باشد و در رأس آن رئیس این سازمان قرار دارد و نقش وزیر را (مطابق اصل ۱۳۸ قانون اساسی) ایفاء می کند از اختیار صدور بخشنامه در چهارچوب مقررات برخوردار می باشد. بدین جهت در سازمان ثبت بخشنامه ها می بایست توسط رئیس آن صادر گردند، همچنانکه این کار عملاً صورت می گیرد. قبل از پیروزی انقلاب اسلامی تشکیلات ثبت اسناد و املاک وابسته به وزارت دادگستری بود.

۲ - بخشنامه های صادره از سوی سایر مسئولین سازمان ثبت

به جز رئیس سازمان ثبت اسناد و املاک کشور، سایر مسئولین این سازمان از حق صدور بخشنامه برخوردار نمی باشند، مگر آنکه اختیار آن توسط رئیس سازمان به مسئولین دیگر سازمان تفویض شده باشد، یا آنکه آنها بخشنامه را از طرف رئیس سازمان امضاء نمایند. در غیر این صورت بخشنامه صادره از اعتبار و جایگاه قانونی برخوردار نخواهد بود و هر فردی می تواند تقاضای ابطال آن را از رئیس سازمان یا دیوان عدالت اداری خواستار شود، و چنانچه چنین بخشنامه ای عامل ورود ضرر و زیان به اشخاص ثالث شود هم صادره کننده و هم عامل غیرقانونی مسئول خواهند بود.

۳ - بخشنامه های صادره از سوی مدیران کل ثبت استان ها

اگر مقامات سازمان ثبت (به جز رئیس سازمان) از اختیار صدور بخشنامه برخوردار نیستند، به طریق اولی مدیران کل ثبت استان ها نیز چنین اختیاری ندارند، ولی متأسفانه چنین امری اتفاق می افتد و مدیران کل استان ها بخشنامه موردی را جهت زیردستان خود و دفاتر اسناد رسمی و ازدواج و طلاق ارسال کرده و باعث

اعمال سلیقه‌هایی به جز آنچه که از سازمان صادر شده می‌گردند و چه بسا باعث ورود زیان‌ها و کندی‌هایی در امور ثبتی و انجام امور مردم می‌گردند و هزینه‌هایی را به دفاتر اسناد رسمی تحمیل می‌کنند که جا دارد چاره‌ای در این خصوص اندیشیده شود.

۴ - صدور بخشنامه از طرف رؤسای واحدهای ثبتی شهرستان‌ها

بعضاً نوشته‌هایی از طرف رؤسای واحدهای ثبتی خطاب به کارمندان و به ویژه دفاتر اسناد رسمی صادر شده و از عنوان بخشنامه هم استفاده می‌گردد و تکالیفی را از کارمندان و یا سردفتران و دفترباران اسناد رسمی و ازدواج و طلاق تقاضا می‌کنند و در همان بخشنامه مجریان را تهدید به برخورد انتظامی در صورت عدم اجرا می‌کنند که غیرقانونی بودن چنین بخشنامه‌هایی کاملاً بدیهی است. روش دیگر، توسعه دادن بخشنامه‌های صادره از سازمان و یا برداشت‌های شخصی از آنهاست که توسط رؤسای واحدهای ثبتی صورت می‌گیرد، چنین مواردی در شهرستان‌های دور افتاده کم نیست که با نظارت دقیق‌تر سازمان این مشکل قابل حل خواهد بود. شایان ذکر است که رؤسای واحدهای ثبتی فقط حق صدور بخشنامه‌های غیردستوری یا اطلاعی را دارند که شرح آن خواهد آمد.

۵ - آراء کمیسیون وحدت رویه کانون سردفتران و دفترباران

در سال ۱۳۷۸ در اجرای شق ۲ ماده ۶۶ قانون دفاتر اسناد رسمی ابتکار جدیدی در موضوع بخشنامه، در سازمان ثبت به وجود آمد و آن، ایجاد کمیسیون وحدت رویه متشکل از نماینده گان کانون و سازمان ثبت بود. این کمیسیون که اولین رأی خود را در تاریخ ۷۸/۹/۳۰ صادر کرد،^۱ نقطه امید برای دفاتر اسناد رسمی کشور شد و از آن تاریخ سیل سؤال‌های بی‌پاسخ مانده دفاتر اسناد رسمی به سوی کمیسیون سرازیر شد و بسیاری از مشکلات با پاسخ آن مرتفع شد ولی در این خصوص لازم

۱. اولین آراء کمیسیون در تاریخ ۷۸/۱۲/۷ به تأیید سازمان ثبت اسناد و املاک کشور رسیده و برابر شماره ۳۷۱۲۰ مورخ ۷۸/۱۲/۲۳ به دفاتر اسناد رسمی ابلاغ شده است.

است مواردی ذکر شود:

۱- ۵- از آنجا که نظارت و آراء کمیسیون، مستقیماً و بدون تأیید سازمان ثبت، ملاک عمل نیست و بایستی پس از تأیید سازمان به صورت بخشنامه به ادارات ثبت و دفاتر اسناد رسمی ابلاغ شود و چون فرایند تأیید در سازمان زمان زیادی می‌برد، لذا در عمل جریان سؤال و ارائه پاسخ کمیسیون و ابلاغ با کندی صورت گرفته و بعضاً به نوسدارویی بعد از مرگ سهراب تبدیل می‌گردد و لازم است این مشکل با عنایت مسئولین محترم کانون و سازمان حل شود.

۲- ۵- به دلیل تغییرات سریعی که امروزه در مقررات اتفاق می‌افتد، بسیاری از آراء کمیسیون که به دفاتر ابلاغ شده است با تصویب مقررات جدید ابطال و بلااثر گردیده‌اند در حالی که در طول حدود ۸ سال، آراء کمیسیون مورد پالایش قرار نگرفته و مشکل دیرینه کهنگی که گریبان‌گیر تمامی بخشنامه‌هاست، دامنگیر آراء کمیسیون هم شده است. لازم است خود کمیسیون تدبیری اندیشیده و سالیانه آراء خودش را مورد بازنگری قرار داده و آراء باطل شده را اعلام نماید.

۳- ۵- کمیسیون وحدت رویه در مواردی آراء برخلاف قانون صادر کرده^۱ و تکالیف جدیدی را برای سازمان ثبت و دفاتر اسناد رسمی ایجاد کرده است که در شأن این کمیسیون نمی‌باشد و به جای آنکه مشکل را حل نماید ایجاد مشکل کرده است که در ذیل به نمونه‌هایی از این آراء پرداخته می‌شود:

الف - کمیسیون در بند ۲ بخشنامه شماره ۲۹/۴۶۹۴۳ و - ر اعلام داشته است: با توجه به ماده ۵۹ قانون ثبت، در اسناد وکالت وکیل نمی‌تواند معتمد موکل بی‌سواد قرار گیرد.

در خصوص رأی فوق باید گفت هیچ‌گونه محدودیتی در مقررات برای معتمد

۱. آراء کمیسیون مزبور در موارد متعددی مورد انتقاد همکاران قرار گرفته که به عنوان مثال به مقاله «نقدی بر چند رأی وحدت رویه» مندرج در مجله کانون شماره ۳۰ اشاره می‌شود.

وجود ندارد و تنها محدودیت آن این است که بتواند مورد اعتماد شخص بی سواد قرار گیرد. ماده ۵۹ استنادی هم هیچ ربطی به موضوع ندارد، بلکه فقط مربوط به شرایط شهود است. با این حساب در مورد شرایط معتمد کمیسیون دست به تقنین زده است که چنین اختیاری را ندارد.

ب - در بند ۳ همان بخشنامه دفتر ۱۴۴ تهران سؤال می‌کند: در مواردی که تعدادی از موکلین سند وکالت و ثبت دفتر را امضاء می‌کنند و تعدادی دیگر بر اثر اختلاف حاصله از امضای سند وکالت و ثبت دفتر امتناع می‌ورزند تکلیف سردفتر چیست؟ کمیسیون در پاسخ اظهار نظر می‌کند: چنانچه همان زمان امضاء مراتب امتناع در ذیل سند قید گردد، نسبت به اشخاصی که ثبت و سند را امضاء نموده‌اند صحیح و نافذ می‌باشد و سردفتر با قید مراتب عدم امضاء سایر موکلین که از امضاء سند خودداری نموده‌اند در ذیل ثبت و سند مربوطه مبادرت به تکمیل سند می‌نماید. بدیهی است سردفتر حق تنظیم سند وکالت بدون حضور موکلین را ندارد.

در مورد این رأی کمیسیون هم باید گفت: اولاً - موضوع امضای سند در یک جلسه، در ماده ۱۹ آیین‌نامه دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۱۷ تعیین تکلیف شده هرچند خود ماده ۱۹ شدیداً مورد انتقاد بوده و مغایر مقررات شرعی و قانون مدنی و اصول حقوقی است، ولی با این حال همان ماده هم امضای در یک جلسه را مختص اسناد معاملات ساخته است و تسری به همه اسناد نداده. ثانیاً: معلوم نیست کمیسیون با چه حسابی با قاطعیت اعلام داشته: بدیهی است سردفتر حق تنظیم سند وکالت بدون حضور متعاملین را ندارد، زیرا وکالت معامله نیست تا در آن متعاملین وجود داشته باشد، همچنین سند معمولاً بدون حضور متقاضیان آن تنظیم می‌شود و متقاضیان در وقت مقرر جهت امضاء در دفترخانه حاضر می‌شوند، و هیچ تکلیفی هم در صورت امتناع برخی از امضای سند برای سردفتر در قوانین و آیین‌نامه‌ها مقرر نشده است تنها در صورت درخواست امضاء کنندگان سند سردفتر می‌تواند عدم امضای سایرین را قید

کرده و ثبت و سند را تکمیل نماید. ثالثاً: چنانچه سردفتر سرخود سند را تکمیل نماید زیان وارده به افرادی که امضاء نکرده‌اند و باید هزینه مجدد جهت تنظیم سند پردازند به عهده کیست؟ آیا کمیسیون مسئولیت آن را می‌پذیرد؟

ب - تقسیم‌بندی بخشنامه‌های ثبتی از دیدگاه متن و مندرجات آنها

۱ - بخشنامه‌های دستوری ۲ - بخشنامه‌های غیر دستوری و اطلاعی

۱ - بخشنامه‌های دستوری:

قبلاً گفته شد که رؤسای دستگاه‌ها (وزیر و رؤسای سازمان و...) جهت آموزش افراد تحت امر خود در ایفاء صحیح وظایف و اجرای درست قانون و مقررات و برحذر داشتن آنها از خطاها، بخشنامه‌هایی را صادر و ابلاغ می‌کنند. در مورد بخشنامه‌های ثبتی هم گروهی از بخشنامه‌هایی که صادر می‌شود از این گونه‌اند که موارد آن زیاد است و در مجموعه‌های مختلف از جمله مجموعه بخشنامه‌های تا اول مهرماه ۶۵ گرد آمده‌اند ما نام این گونه از بخشنامه‌ها را بخشنامه‌های دستوری می‌گذاریم.

۲ - بخشنامه‌های غیر دستوری و اطلاعی:

سازمان ثبت اسناد و املاک کشور روزانه براساس قوانین و مقررات آمار و اطلاعاتی را از سایر دستگاه‌ها و به ویژه قوه قضاییه دریافت می‌کند که این آمار و اطلاعات از جمله مربوط به افراد محجور و ممنوع‌المعامله، املاک بازداشت شده، اسناد جعلی، اتومبیل‌های توقیف شده و غیره است و برخی آمار و اطلاعاتی هم که در خود سازمان و واحدهای ثبتی تولید می‌شود از قبیل: املاک بازداشت شده توسط اجرای ثبت و اسناد و اوراق مفقودی و جعلی و اسناد مالکیت المثنی و غیره، برای اینکه دفاتر اسناد رسمی در تنظیم اسناد خودشان این موارد را ملحوظ دارند اطلاعات و آمار مذکور به صورت بخشنامه به اطلاع دفاتر اسناد رسمی رسانده می‌شود که، ما نام این گونه بخشنامه‌های ثبتی را بخشنامه‌های غیر دستوری و اطلاعی می‌نامیم و حجم عظیمی از بخشنامه‌های ثبتی مربوط به این گونه است و اینها عامل بسیاری از

مشکلات و اسراف کاری‌ها و وقت‌گیری‌ها است و روزانه هر یک از دفاتر اسناد رسمی با انبوهی از اوراق ارسالی از ادارات ثبت حامل این‌گونه اطلاعات روبرو است. متأسفانه نظام تهیه و تنظیم و ارسال این بخشنامه‌ها برای دفترخانه‌ها، کهنه و قدیمی و رنج آور است و این موضوع باعث دردسرهای فراوان برای ادارات ثبت و دفاتر اسناد رسمی و سرگردانی مراجعین بوده و هست و اگر این کار با روش‌های آسان و مطمئن نوین انجام گیرد، مشکلات زیادی را حل خواهد کرد.

ج - بخشنامه‌های ثبتی از حیث مرجع صدور:

۱ - بخشنامه‌های صادره از خود سازمان ثبت ۲ - بخشنامه‌های دستگاه‌های دیگر

۱ - بخشنامه‌های صادره از خود سازمان ثبت:

بخشنامه‌هایی است که توسط رئیس سازمان ثبت اسناد و املاک کشور صادر و به تمامی رده‌های سازمان ابلاغ می‌گردد و برای آنها الزام آور است که در خصوص آنها بحث به عمل آمده و نیاز به توضیح بیشتر نمی‌باشد و اگر این بخشنامه‌ها به صورت صحیح و رعایت تمام جوانب صادر شوند قابل عمل و معتبر می‌باشند.

۲ - بخشنامه‌های ارسالی سایر دستگاه‌ها به سازمان ثبت:

گروه دیگری از بخشنامه‌ها که به رده‌های مختلف سازمان ثبت از جمله دفاتر اسناد رسمی ابلاغ می‌گردد، تقاضاها و درخواست‌ها و بعضاً دستورهای سایر دستگاه‌های اداری کشور است. در خصوص این‌گونه بخشنامه‌ها این سؤال مطرح است که آیا برای کارمندان سازمان و سردفتران و دفتریاران الزام آورند یا نه؟ بخشنامه‌های مورد بحث از چند نظر قابل ایراداند:

الف - قبلاً گفتیم که مقام صلاحیتدار برای صدور بخشنامه، وزیر یا بالاترین مسئول هر سازمان می‌باشد و مقامات مذکور هم فقط حق صدور بخشنامه به زیر مجموعه‌های خودش را دارند و حق صدور آن به سایر دستگاه‌های اداری را ندارند. چون این‌گونه بخشنامه‌ها بدون هرگونه تغییری عیناً به رده‌های مختلف سازمان ثبت و دفاتر اسناد رسمی جهت اجرا ابلاغ می‌گردند، در واقع مقام صادر کننده چنین

بخشنامه‌هایی به سازمان ثبت، عملاً مسئولین و مقامات سایر سازمان‌ها هستند که اولاً - چنین عملی موجب وهن سازمان ثبت می‌باشد. ثانیاً - مقامات دستگاه‌های دیگر از حدود اختیارات خود خارج شده و به کارکنان سازمان ثبت دستور صادر کرده و در امور آنها دخالت کنند که این عملی خلاف قانون می‌باشد.

ب - اگر مقامات دستگاه‌های دیگر با چنین بخشنامه‌ها و درخواست‌هایی عملی قانونی را از سازمان ثبت و دفاتر اسناد رسمی درخواست کنند این عمل غیرضروری و بیهوده است زیرا قانون یا آیین‌نامه و یا مصوبه‌ای که در این خصوص وجود دارد کافی است و لازم نیست بخشنامه‌ای هم برای آن صادر شود و اگر با این عمل خواسته غیرقانونی و ایجاد تکلیفی مافوق و زاید بر قانون و جدیدی را دارند باز هم چنین عملی غلط می‌باشد زیرا بخشنامه نمی‌تواند تکالیف جدیدی غیر از آنچه در مقررات وجود دارد ایجاد نماید. ابلاغ درخواست‌ها و بخشنامه‌های سایر دستگاه‌های دولتی و حتی غیردولتی (شهرداری، مجامع امور صنفی و غیره) ^۱ در سازمان ثبت متأسفانه امری معمول و عادی است و این کار نه تنها از طریق سازمان ثبت بلکه مستقیماً و مستقلاً توسط ادارات کل ثبت استان‌ها هم بدون طی سلسله مراتب اداری انجام می‌گیرد و هر یک از این بخشنامه‌ها چوبی است لای چرخ سازمان ثبت و عاملی برای نارضایتی مردم از این سازمان و دردناکتر از آن اینکه کیفرخواست‌های فراوانی در طول سالیان متمادی و مجازات‌های متعددی از قبل عدم رعایت این بخشنامه‌ها به سردفتران اسناد رسمی تحمیل گردیده است. حق این است که این بخشنامه‌ها یکجا دور ریخته شوند و سازمان ثبت خود را از شر آنها برهانند.

فصل دوم - بحث‌های ویژه در مورد بخشنامه‌های ثبتی

۱ - وضعیت بخشنامه‌هایی که حق و تکلیف جدید ایجاد می‌کنند:

با مرور در میان بخشنامه‌های ثبتی به بخشنامه‌هایی برمی‌خوریم که ایجاد حق و

۱. نمونه بارز آن بند ۴۸ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی تا اول مهرماه ۶۵ می‌باشد که بحمدالله با تصویب قانون تسهیل تنظیم اسناد به عمر آن خاتمه داده شد.

تکلیف جدیدی می‌کنند که این حق یا تکلیف در قوانین، آیین‌نامه‌ها و تصویب‌نامه‌ها پیش‌بینی نشده است. قبلاً در بحث اوصاف بخشنامه و اینکه چه خصوصیتی باید داشته باشد بیان شد که بخشنامه نمی‌تواند حق و تکلیف جدید ایجاد کند. قطعاً چنین بخشنامه‌هایی قابل خدشه و ایراد می‌باشند و حدود و ثغور بخشنامه در آن رعایت نگردیده است و با اصل ۱۳۸ قانون اساسی مغایرت دارند ولی به دلیل عدم اعتراض و شکایت از سوی اشخاص چه بسا سال‌ها پابرجا مانده و مورد عمل مجموعه سازمان ثبت واقع شده است.

۲- بخشنامه‌هایی که به دلیل خلاء قانونی صادر می‌شوند:

مقامات دستگاه‌های حکومتی و کارکنان آنها در موارد بسیاری با خلأ قانونی روبرو می‌شوند و چون تصویب قانون در این موارد با مشکلات و سختی‌های فراوانی روبروست و پیشنهاد و تصویب قانون تشریفات و زمان زیادی را می‌طلبد که در بیشتر موارد هم به نتیجه مطلوب منجر نمی‌شود، بدین جهت مقامات ذی‌صلاح در مواردی چاره را در حل مشکل با بخشنامه می‌بینند و عملاً دست به تقنین می‌زنند در حالی که تقنین از صلاحیت‌های ذاتی قوه مقننه می‌باشد و احدی حق تجاوز به حریم این قوه را ندارد مگر در مواردی که قانون پیش‌بینی کرده باشد. در حالی که قانون در هیچ موردی پیش‌بینی نکرده است که خلاء قانونی با بخشنامه پر شود بلکه تنها راه حل در این خصوص در مواردی که اصل ۱۳۸ قانون اساسی اجازه می‌دهد وضع آیین‌نامه و تصویب‌نامه است. این گونه آیین‌نامه‌ها و مصوبات هم ضمن ابلاغ برای اجرا بایستی به اطلاع رئیس مجلس شورای اسلامی برسد تا در صورتی که آنها را برخلاف قوانین بیابد با ذکر دلیل برای تجدیدنظر به هیأت وزیران (یا مرجع وضع کننده آن) بفرستد.

در مواردی که سازمان ثبت با خلاء قانون مواجه می‌شود در حدودی که اصل ۱۳۸ اجازه داده می‌تواند اقدام به تهیه آیین‌نامه و تصویب‌نامه، مطابق روال و تشریفات قانونی آنها بنماید و صدور بخشنامه صحیح نمی‌باشد.

۳ - بخشنامه‌های ثبتی و دیوان عدالت اداری:

دیوان عدالت اداری به ابتکار قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران جهت تظلم اشخاص حقیقی و حقوقی خصوصی از ایادی حکومتی و آیین‌نامه‌ها و مصوبات و بخشنامه‌های حکومتی و احقاق حقوق آنها ایجاد شده است. در متن اصل ۱۷۳ قانون اساسی عبارت (رسیدگی به شکایات و تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مأمورین یا واحدها یا آیین‌نامه‌های دولتی) به کار گرفته شده است. از آنجا که مفهوم دولت در مواردی با مفهوم قوه مجریه مترادف است این سؤال پیش می‌آید که آیا تنها از قوه مجریه می‌توان به دیوان شکایت کرد یا از واحدها و آیین‌نامه‌ها و سایر نظامات مربوط به هر سه قوه نیز می‌توان شکایت برد؟

قانون سابق دیوان عدالت اداری در بند الف ماده ۱۱ خود در خصوص صلاحیت دیوان اعلام داشته بود: رسیدگی به شکایات و تظلمات و اعتراضات اشخاص حقیقی یا حقوقی از:

الف - تصمیمات و اقدامات واحدهای دولتی اعم از وزارتخانه‌ها و سازمان‌ها و مؤسسات و شرکت‌های دولتی و شهرداری‌ها و تشکیلات و نهادهای انقلاب اسلامی و مؤسسات وابسته به آنها.

ب - ..

پ - آیین‌نامه‌ها و سایر نظامات و مقررات دولتی و شهرداری‌ها از حیث مخالفت مدلول آنها با قانون و احقاق حقوق اشخاص در مواردی که تصمیمات یا اقدامات یا مقررات یا خودداری از انجام وظایفی که موجب تضییع حقوق اشخاص می‌شود... .
با توجه به دو بند مذکور ملاحظه می‌شود، به جز واحدهای دولتی، رسیدگی به شکایت از شهرداری و نهادهای انقلاب اسلامی و مؤسسات وابسته به آنها نیز در صلاحیت دیوان قرار گرفته است که شهرداری و برخی از نهادهای انقلاب اسلامی جزء

نهادهای و مؤسسات عمومی غیردولتی هستند.^۱

در سال ۱۳۸۳ تفسیر اصل ۱۷۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران از شورای نگهبان قانون اساسی خواسته شده است. شورای نگهبان در مقام تفسیر اصل مذکور طی نظریه شماره ۸۳/۳۰/۹۳۸۷ مورخ ۸۳/۱۰/۲۱ اعلام نموده است:

«صلاحیت هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در رسیدگی به اعتراض نسبت به آیین‌نامه‌ها و تصویب‌نامه‌ها و سایر نظامات دولتی به قرینه عبارت قوه مجریه مندرج در اصل مذکور اختصاص دارد و تعمیم صلاحیت دیوان در رسیدگی به اعتراض نسبت به مصوبات قوه قضاییه و سازمان‌ها و مؤسسات وابسته به آن فاقد محمل قانون است.»

از تاریخ صدور نظریه شورای نگهبان، دیوان عدالت اداری خود را فاقد صلاحیت جهت رسیدگی به تظلم اشخاص علیه مصوبات قوه قضاییه و سازمان‌های وابسته از جمله سازمان ثبت دانسته است و دادخواست‌های مربوط به آنها را رد نموده است.

برای نگارنده معلوم نیست شورای نگهبان از سویی با وجود تصریح اصل ۱۷۳ قانون اساسی بر عبارت (دولتی) چگونه قانونی را که در آن تصمیمات و اقدامات و نظامات مؤسسات عمومی غیردولتی قابل شکایت در دیوان قلمداد شده، مطابق قانون اساسی دانسته، و از سویی دیگر با توجه به اینکه در اکثر مواقع دولت به جای حکومت استعمال می‌شود، آن را با قوه مجریه مترادف دانسته است؟ وانگهی اگر

۱. قانون فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی: «ماده واحده - واحدهای سازمانی مشروحه زیر و مؤسسات وابسته به آنها، مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی موضوع تبصره ماده ۵ قانون محاسبات عمومی کشور مصوب ۱۳۶۶ می‌باشند:

۱ - شهرداری‌ها و شرکت‌های تابعه آنان مادام که بیش از ۵۰ درصد سهام و سرمایه آنان متعلق به شهرداری‌ها باشند. ۲ - بنیاد مستضعفان و جانبازان انقلاب اسلامی ۳ - هلال احمر ۴ - کمیته امداد امام خمینی ۵ - بنیاد شهید انقلاب اسلامی ۶ - بنیاد مسکن انقلاب اسلامی ۷ - کمیته ملی المپیک ایران ۸ - بنیاد ۱۵ خرداد ۹ - سازمان تبلیغات اسلامی ۱۰ - سازمان تأمین اجتماعی. تبصره:....»
البته بعداً برابر قوانین دیگر سازمان‌های دیگری هم به فهرست فوق اضافه شده است.

منظور مقنن قانون اساسی، فقط قوه مجریه بود در چنین موضوع حساسی یقیناً تصریح می‌کرد.

با تصویب قانون جدید دیوان عدالت اداری مصوب ۸۵/۳/۹ که در تاریخ ۸۵/۹/۲۵ به تأیید مجمع تشخیص مصلحت نظام رسیده است در ماده ۱۳ آن صلاحیت و حدود اختیارات دیوان بیان شده^۱ و در تبصره همان ماده مواردی که قابل شکایت در دیوان نیست مشخص شده است و در ماده ۱۹ این قانون حدود صلاحیت هیأت عمومی دیوان احصاء گردیده و در تبصره آن، (برخلاف قانون سابق در قانون جدید صلاحیت‌ها تفکیک شده است) موارد عدم صلاحیت هیأت عمومی مشخص شده است ماده ۱۹ قانون مذکور به شرح زیر می‌باشد:

۱. ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری - ماده ۱۳ - صلاحیت و حدود اختیارات دیوان به قرار زیر است:

- ۱- رسیدگی به شکایات و تظلمات و اعتراضات اشخاص حقیقی یا حقوقی از:
 - الف: تصمیمات و اقدامات واحدهای دولتی اعم از وزارتخانه‌ها و سازمان‌ها و مؤسسات و شرکت‌های دولتی و شهرداری‌ها و تشکیلات و نهادهای انقلاب و مؤسسات وابسته به آنها.
 - ب- تصمیمات و اقدامات مأموران واحدهای مذکور در بند (الف) در امور راجع به وظایف آنها.
 - ۲- رسیدگی به اعتراضات و شکایات از آراء و تصمیمات قطعی دادگاه‌های اداری، هیأت‌های بازرسی و کمیسیون‌هایی مانند کمیسیون‌های مالیاتی، رای کارگاه، هیأت حل اختلاف کارگر و کارفرما، کمیسیون موضوع ماده (۱۰۰) قانون شهرداری‌ها، کمیسیون موضوع ماده (۵۶) قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و منابع طبیعی و اصلاحات بعدی آن منحصرأ از حیث نقض قوانین و مقررات یا مخالفت با آنها.
 - ۳- رسیدگی به شکایات قضات و مشمولین قانون استخدام کشوری و سایر مستخدمان واحدها و مؤسسات مذکور در بند (۱) و مستخدمان مؤسساتی که شمول این قانون، نسبت به آنها محتاج ذکر نام است اعم از لشکری و کشوری از حیث تضييع حقوق استخدامی.
- تبصره ۱ - تعیین میزان خسارات وارده از ناحیه مؤسسات و اشخاص مذکور در بندهای (۱) و (۲) این ماده پس از تصدیق دیوان به عهده دادگاه عمومی است.
- تبصره ۲ - تصمیمات و آراء دادگاه‌ها و سایر مراجع قضایی دادگستری و نظامی و دادگاه‌های انتظامی قضات دادگستری و نیروهای مسلح قابل شکایت در دیوان عدالت اداری نمی‌باشد.

«حدود صلاحیت و اختیارات هیأت عمومی دیوان به شرح زیر است:

۱- رسیدگی به شکایات و تظلمات و اعتراضات اشخاص حقیقی یا حقوقی از: آیین‌نامه‌ها و سایر نظامات و مقررات دولتی و شهرداری‌ها از حیث مخالفت مدلول آنها با قانون و احقاق حقوق اشخاص در مواردی که تصمیمات یا اقدامات یا مقررات مذکور به علت برخلاف قانون بودن آن یا عدم صلاحیت مرجع مربوط یا تجاوز یا سوءاستفاده از اختیارات یا تخلف در اجرای قوانین و مقررات یا خودداری از انجام وظایفی که موجب تضييع حقوق اشخاص می‌شود.

۲- صدور رأی وحدت رویه در مورد آراء متناقض صادره از شعب دیوان.

۳- صدور رأی وحدت رویه در صورتی که نسبت به موضوع واحد آراء مشابه متعددی صادر شده باشد.

تبصره: رسیدگی به تصمیمات قضایی قوه قضاییه و مصوبات و تصمیمات شورای نگهبان قانون اساسی، مجمع تشخیص مصلحت نظام، مجلس خبرگان، شورای عالی امنیت ملی و شورای عالی انقلاب فرهنگی، از شمول این ماده خارج است.»

در مواد ۱۳ و ۱۹ قانون جدید دیوان عدالت اداری که به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده بود صلاحیت دیوان نسبت به قانون سابق گسترش یافته بود و دقیقاً همان دو ماده هم، مورد ایراد قانون اساسی شورای نگهبان قرار گرفت و پس از انجام مراحل قانونی، و اصرار مجلس بر نظر خود به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارجاع گردید، مواد فوق به شکلی که تصویب گردیده، مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام می‌باشد. مجمع تشخیص مصلحت نظام تقریباً متن ماده ۱۱ قانون سابق را قبول کرده و صلاحیت دیوان را در حد قانون قبلی با اصلاحات جزئی به مصلحت نظام دانسته است. اکنون سؤال این است که با تصویب قانون جدید وضعیت چگونه است؟ آیا اقدامات و تصمیمات و نظامات سازمان ثبت قابل رسیدگی در دیوان عدالت اداری هست؟

با توجه به مطالب بالا، در صلاحیت دیوان نسبت به بخشی از تصمیمات گرفته شده در داخل قوه قضاییه و سازمان‌های وابسته از جمله سازمان ثبت، هیچ‌گونه شک و شبهه‌ای نیست و آن آراء صادره از دادگاه‌های اداری مستقر در قوه قضاییه و سازمان‌های وابسته از جمله دادگاه انتظامی سردفتران و دفتریاران است. (موضوع بند ۲ ماده ۱۳)

در خصوص سایر تصمیمات و نظامات سازمان ثبت اسناد و املاک کشور هم باید گفت:

۱- قبل از تصویب قانون فعلی دیوان عدالت اداری، به دلیل صدور نظریه تفسیری شورای نگهبان از اصل ۱۷۳ قانون اساسی، رسیدگی به آنها مقدور نبود ولی در قانون جدید مقنن (اعم از مجلس شورای اسلامی و مجمع تشخیص مصلحت نظام) با علم به نظریه تفسیری مذکور اقدام به تنظیم متن قانون نموده است و در تبصره ماده ۱۹ که راجع به موارد عدم صلاحیت هیأت عمومی دیوان است صراحتاً مواردی را از دایره شمول صلاحیت دیوان خارج کرده که عبارتند از: تصمیمات قضایی قوه قضاییه، مصوبات و تصمیمات شورای نگهبان قانون اساسی، مجمع تشخیص مصلحت نظام، مجلس خبرگان، شورای عالی امنیت ملی و شورای عالی انقلاب فرهنگی، ملاحظه می‌شود که در مورد قوه قضاییه فقط تصمیمات قضایی استثنا شده است و معنی و مفهوم آن این است که سایر تصمیمات و نظامات این قوه و سازمان‌ها و مؤسسات وابسته به آن از جمله سازمان ثبت قابل رسیدگی در دیوان می‌باشد.

۲- دلیل دیگر اینکه چگونه ممکن است علی‌رغم عدم صراحت در متن قانون اساسی می‌شود شهرداری و نهادهای انقلاب اسلامی را که تعدادی از آنها (همان‌گونه که قبلاً توضیح داده شد) جزء نهادهای عمومی غیردولتی هستند، تحت صلاحیت دیوان قرار داد، ولی نمی‌توان قوه قضاییه را که در دولتی (حاکمیتی) بودن آن شکی نیست از دایره صلاحیت آن خارج ساخت؟

۳- سبب تنظیم و تدوین اصل ۱۷۳ قانون اساسی این است که از زورگویی‌ها و نظامات غلط دستگاه‌های دولتی به اشخاص جلوگیری شود و برای موارد مستثنی شده از صلاحیت دیوان هم دلایل خاص وجود دارد، بخشی از آنها در حکم قانون هستند و ذاتاً از صلاحیت دیوان خارجند و آراء قضایی دادگاه‌های قوه قضاییه هم چون مطابق قوانین به حد کافی قابل تجدیدنظر و فرجام‌خواهی هستند، امکان طرح آنها در دیوان بیهوده بوده و به طولانی‌تر شدن بیش از حد دادرسی منجر خواهد شد.

با توجه به دلایل مطروحه نه تنها دیوان عدالت اداری صالح برای رسیدگی به شکایات و اعتراضات علیه سازمان ثبت و سایر سازمان‌های قوه قضاییه است، بلکه برای رسیدگی به شکایات علیه نظامات خود قوه قضاییه هم دارای صلاحیت می‌باشد.

۴- جنبه کیفری بخشنامه‌های ثبتی:

اگرچه قضاوت و رسیدگی به جرائم و تخلفات و ادعاهای اشخاص در صلاحیت قوه قضاییه می‌باشد ولی قانونگذار به دلیل برخی مصالح، بخشی از وظایف قوه قضاییه را به مراجع دیگر محول نموده است. یکی از مهمترین این موارد تشکیل دادگاه‌های اداری در داخل دستگاه‌های اداری می‌باشد. وظیفه دادگاه‌های اداری رسیدگی به خطاهای اداری است.

خطای اداری عملی است که ممکن است مستخدم به آن علت مسئول واقع شود و از جهت انضباطی در دادگاه اداری تعقیب و محاکمه شود. خطای اداری با جرم در حقوق جزا قابل مقایسه است و با آن همسویی‌هایی دارد، با این تفاوت پایه‌ای و اساسی که کارها و رفتارها و جرم‌های مجازات‌شدنی، از نظر قانون جزا باید به دقت از سوی قانونگذار پیش‌بینی شده باشد در حالی که برای خطای اداری در قوانین ما تعریف دقیقی نیست.^۱

یکی از خطاهای اداری که برای سردفتران و دفتریاران در بند ۸ شق ج ماده ۲۹

۱. دکتر عبدالحمید ابوالحمد، حقوق اداری ایران، چاپ چهارم، ص ۲۹۲.

اصلاحی آیین‌نامه‌های بند ۴ ماده ۶ و تبصره ۲ ماده ۶ و مواد ۱۴ - ۱۷ - ۱۹ - ۲۰ - ۲۴ - ۲۸ - ۳۷ و ۵۳ قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران (اصلاحی سال ۶۱) تعریف شده است، تنظیم سند برخلاف مقررات و بخشنامه‌ها و دستورالعمل‌ها می‌باشد. اگرچه این موضوع قابل نقد و بررسی است ولی با توجه به اینکه فعلاً حاکم است و بایستی مورد عمل قرار گیرد، در نتیجه هر بخشنامه‌ای که به صورت صحیح یا معیوب صادر می‌شود عنوانی به عناوین تخلف و عددی بر تعداد تخلفات قابل ارتکاب سردفتران و دفتریاران اضافه می‌نماید، مورد مشابه در این مورد بند ۹ ماده ۹ قانون رسیدگی به تخلفات اداری است که عنوان کلی، **تمرد از اجرای دستورات مقامات مافوق در صدور وظایف اداری**،^۱ را یکی از تخلفات اداری برشمرده است و در خصوص دفاتر اسناد رسمی موضوع تخلف از بخشنامه به صراحت در آیین‌نامه آمده ظاهراً طرح موضوع به این شکل خاص دفاتر اسناد رسمی می‌باشد. لذا عقل سلیم ایجاب می‌نماید که در صدور بخشنامه‌های ثبتي مرتبط با دفاتر اسناد رسمی احتیاط بیشتری صورت گیرد و بدون دلیل و بدون ضرورت واقعی سردفتران و دفتریاران در برابر حجم عظیم عناوین تخلف محصور نشوند.

۵ - بخشنامه‌های تقسیم اسناد:

علاوه بر اقدامات قبلی که قبل از پیروزی انقلاب اسلامی انجام شده بود، از سال ۱۳۸۱ بخشنامه‌های متعددی از سوی ریاست سازمان ثبت اسناد و املاک کشور در خصوص تقسیم اسناد دولتی و بانکی ما بین دفاتر اسناد رسمی صادر و ابلاغ گردید. این بخشنامه‌ها به خاطر ذات موضوع که با منافع مالی دفاتر اسناد رسمی ارتباط پیدا می‌کند و بخشی از درآمد دفاتر پردرآمد کاسته و به درآمد دفاتر کم درآمد می‌افزاید، از پرمناقشه‌ترین بخشنامه‌های ثبتي می‌باشند. من جمله از سوی افراد زیان‌بین، بخشنامه‌های تقسیم اسناد غیرقانونی تلقی شده و با توجیحات گوناگون از

۱. همان مأخذ، ص ۳۰۷.

اجرای آنها سر باز می‌زنند. مهم‌ترین توجیهی که در این خصوص می‌شود این است که، سردفتر مطابق ماده ۳۰ قانون دفاتر اسناد رسمی مکلف به تنظیم اسناد مراجعین می‌باشد و عدم تنظیم اسناد به هر دلیل استنکاف محسوب شده و قابل پیگرد می‌باشد و چون بخشنامه‌های مربوط به تقسیم اسناد غیرقانونی است لذا در مقابل ماده قانونی فوق‌الذکر قرار گرفته و در صورت تعارض بخشنامه با قانون آنچه معتبر و مجری است، قانون است نه بخشنامه. پس *عمما این است که آیا بخشنامه‌های صادره سازمان ثبت در خصوص تقسیم اسناد در چهارچوب قانون صادر شده‌اند یا معارض قانون می‌باشند؟*

آنچه مسلم است این که هیچ قانونی در مورد موضوع تقسیم اسناد وجود ندارد. از سوی دیگر حکومت و دولت بایستی کشور را اداره کند و به بهانه خلاء قانونی نمی‌توان امور کشور را معطل رها کرد. در مواردی که دولت به مفهوم اعم آن با خلاء قانون مواجه می‌گردد، دو راه پیش رو دارد، اول: تهیه لایحه قانونی و تقدیم آن به مجلس جهت انجام تشریفات قانونی که نهایتاً تصویب آن می‌باشد. دوم: در مواردی که دولت اجازه دارد بدون مراجعه به مجلس اقدام به وضع آیین‌نامه یا مصوبه نسبت به موضوع نماید.

همان‌گونه که پیشتر گفته شد برابر اصل ۱۳۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران هیأت وزیران حق دارد برای انجام وظایف اداری و تأمین اجرای قوانین و تنظیم سازمان‌های اداری به وضع تصویب‌نامه و آیین‌نامه پردازد. در این مورد هم هیأت وزیران برای تنظیم توزیع حق‌التحریر بین دفاتر اسناد رسمی تصویب‌نامه شماره ۱/۲۷۷۳۷ مورخ ۱۳۵۶/۱۲/۱ را وضع کرده است و بخشنامه‌های تقسیم اسناد نیز چون مبتنی بر آن و جهت اجرای صحیح تصویب‌نامه هیأت وزیران صادر گردیده‌اند لذا هیچ‌گونه تعارضی با قوانین ندارند و استنکاف سردفتران از تنظیم اسناد مراجعی که توسط کمیسیون تقسیم اسناد منع گردیده‌اند، استنکافی در چهارچوب مقررات می‌باشد، بلکه تنظیم چنین اسنادی قابل تعقیب است، به علاوه سردفتران و دفتریاران

اسناد رسمی در مواد مختلف قانونی به رعایت مقررات ملزم شده‌اند که یکی از آنها هم ماده ۲۹ قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران مصوب ۵۴ می‌باشد. مطابق این ماده سردفتران و دفتریاران مکلفند علاوه بر رعایت قانون از نظاماتی که وزارت دادگستری برای آنها مقرر می‌دارد، متابعت نمایند. تصویب‌نامه هیأت وزیران علاوه بر اینکه پیشنهاد وزارت دادگستری وقت می‌باشد چون در مرجع بالاتری (هیأت وزیران) تصویب شده، از قدرت الزام‌آور بیشتری برخوردار است پس با توجه به مطالب فوق‌الذکر نقصی بر بخشنامه‌های تقسیم اسناد دولتی و بانکی وارد نبود و تمامی آنها برای واحدهای ثبتی و دفاتر اسناد رسمی الزام‌آور است و چون تمامی ادارات دولتی و بانک‌ها و حتی دستگاه‌های وابسته به قوای مقننه و قضاییه هم ملزم به اجرای تصویب‌نامه‌های دولتی می‌باشند لذا ادارات دولتی و بانک‌ها هم نمی‌توانند از اجرای آنها شانه خالی کنند.

بحث پایانی (انطباق بخشنامه‌های ثبتی با مقتضیات زمان)

بخشنامه‌های ثبتی در سطور گذشته مورد بررسی قرار گرفت و در لابه لای مطالب ایرادات و محاسن و خصوصیات موضوع بیان شد ولی سؤال و مطلب اساسی این است که آیا وضعیت بخشنامه‌های ثبتی در وضع موجود در حد مطلوب و مطابق با اقتضاهای زمان است یا خیر؟ برای پاسخ به این سؤال لازم است اول زمان و خصوصیات آن را بشناسیم بعداً ببینیم که آیا بخشنامه‌های ثبتی در مراحل مختلف صدور، ابلاغ، اجرا و تعقیب تخلفات ناشی از عدم اجرا، مطابق و مانوس با زمان هست یا خیر؟

زمانی که ما در آن زندگی می‌کنیم، زمان مسابقه دولت‌ها و ملت‌ها برای پیشرفت و بردن گوی سبقت از دیگران و تصاحب ثروت‌های دنیاست و این مهم به دست نمی‌آید مگر اینکه در شئون مختلف اداره کشورشان و نیز در نحوه مدیریت خود مواردی را سرلوحه کار خود قرار دهند که برخی از آنها عبارتند از: سرعت، دقت،

روان‌سازی انجام امور، حذف سیکل‌های اداری زاید، حذف مقررات زاید، ایجاد بهداشت اداری و اجتماعی و حذف موارد اضطراب‌زا، کاستن از رفت و آمدهای غیرضروری مردم در شهرها و جاده‌ها، جرم‌زدایی و تخلف‌زدایی از مقررات، استفاده بهینه از ابزارهای مدیریتی و اصلاح مدیریت اداری، سیاسی و اجتماعی جامعه، پالایش مقررات و نجات مردم و کارکنان دستگاه‌ها از سردرگمی، شفاف‌سازی حقوق و وظایف و تعهدات مردم و مسئولین و کارکنان، پرهیز از اسراف منابع مالی و انسانی، پرهیز از اعمال و رفتارهای غیرقانونی، و پایبندی حاکمان به قانون و حقوق مردم، از بین بردن استبدادهای فکری و سیاسی، مشورت با متخصصان و تشکل‌های غیرحکومتی در تدوین مقررات برای خود آنها و سایر مواردی که ذکر آنها در این نوشته ضروری به نظر نمی‌رسد از لوازم پیشرفت جوامع امروز است و این موارد از جمله زیرساخت‌های نرم‌افزاری رشد و بالندگی جوامع می‌باشد و هر کشوری که زودتر و بهتر به این زیرساخت‌ها دست پیدا می‌کند از رشد سریع‌تر برخوردار می‌گردد و کشورهای جهان سوم که از ایجاد آنها محرومند از پیشرفت و ترقی و ثروتمندی محروم می‌شوند.

سازمان ثبت اسناد و املاک کشور هم برای هماهنگ‌سازی ساختن خود با مقتضیات زمان، به منظور پیشرفت و ترقی، به عنوان بخشی از دستگاه اداری کشور باید زیرساخت‌های گفته شده را برای زیرمجموعه‌های خود از جمله دفاتر اسناد رسمی فراهم آورد تا مجموعه سازمان از رشد و بالندگی برخوردار شده و خدمت‌شایسته‌ای به کشور و مردم انجام داده و در رشد و ترقی و تعالی کشور و انقلاب اسلامی، نقشی در خور ایفا نماید. برای این منظور یکی از دهها کاری که لازم است صورت گیرد اصلاح موضوع بخشنامه‌ها در مراحل تهیه، صدور، ابلاغ، اجرا و پیگیری عدم اجرای آنها می‌باشد. بخشنامه‌های ثبتی چون ابزار مدیریتی رئیس سازمان ثبت اسناد و املاک کشور می‌باشند، شایسته است:

- ۱- حداکثر هر پنج سال یکبار مورد پالایش قرار گرفته و بخشنامه‌های زاید و باطل از صحیح و معتبر و سره از ناسره جدا شود.
- ۲- بخشنامه‌های ارسالی سایر دستگاه‌ها به سازمان ثبت به دلیل آنچه قبلاً توضیح داده شد به کلی دور ریخته شده و باطل اعلام شود.
- ۳- بخشنامه ابزاری موقتی است نه دائمی، و بخشنامه‌هایی که عمر جاودانه یافته‌اند لازم است به قانون و یا حداقل آیین‌نامه تبدیل شوند تا در مجموعه‌های قوانین چاپ شده و در دسترس عموم باشد.
- ۴- بخشنامه‌هایی که به وضع قانون و ایجاد تکلیف جدید مبادرت کرده با شجاعت و شهامت توسط سازمان ثبت لغو شده و در صورت نیاز به جای آنها قانون یا آیین‌نامه وضع گردد.
- ۵- مصلحت جامعه ایجاب می‌کند بدون مشورت و نظر کانون و نظرخواهی از سردفتران و دفتریاران هیچ بخشنامه و آیین‌نامه و به طور کلی مقرراتی برای آنها تهیه و تصویب نشود.
- ۶- برای ابلاغ بخشنامه‌های ثبتی به ویژه بخشنامه‌های بازداشتی و امثال آن از روش‌های مکانیزه و اینترنت و شبکه استفاده شده و این سیستم به سرعت عملی و سیستم ابلاغ فعلی برچیده شود.
- ۷- از صدور بخشنامه توسط افرادی که صلاحیت قانونی آن را ندارند به کلی جلوگیری گردد.
- ۸- آراء وحدت رویه صادره توسط کمیسیون وحدت رویه به طور سالانه بررسی شده و آراء معتبر سالانه اعلام شده و نیز آراء صادره از کمیسیون سریعاً (حداکثر ظرف ۱۵ روز) بررسی و ابلاغ شود.
- ۹- در صدور بخشنامه وسواس بیشتری به خرج داده و چون یک روی بخشنامه‌های صادره ایجاد زمینه تخلف برای دفاتر اسناد رسمی است از صدور

بخشنامه‌های غیرضروری امتناع گردد تا بدین طریق از دفاتر اسناد رسمی تخلف زدایی شده و تنظیم اسناد روانتر شود.

چنانچه موارد مذکور مورد عمل قرار گیرد، به نظر می‌رسد بخشنامه‌های لازم برای اداره امور دفاتر اسناد رسمی به کمتر از سیصد بند کاهش یابد و اگر چنین اتفاقی بیفتد، بسیاری از مشکلات بخشنامه‌های ثبتی حل خواهد شد. به امید آن روز و به امید روزی که تمامی سازمان‌های اداری کشور بتوانند با بهره‌گیری از شیوه‌های نوین خدمت‌رسانی از تارهای زاید تنیده به دور خودشان نجات یافته و زندگی سالم و آرامی را برای جامعه فراهم آورند.

یار آمد و گفت خسته می‌دار دلت دائم به امید بسته می‌دار دلت^۱

ماهیت، شرایط و آثار قراردادهای پیش فروش ساختمان

(همراه با نقد مختصر لایحه جدید پیش فروش ساختمان)

مهدی ممی زاده^۱

اشاره

امروزه روند رو به رشد جمعیت و کمبود فضا در شهرهای بزرگ، ضرورت وجود آپارتمان‌ها را توجیه نموده است. ساخت و ساز آپارتمان‌ها نیز حرفه مستقل عده‌ای از اشخاص حقیقی و حقوقی شده است که به مرور و به تبع آن قراردادهای پیش فروش آپارتمان تأسیس و جامعه حقوقی را بر آن داشت که نسبت به ظرایف این قراردادها بیندیشد.

عدم تعهد پیش فروشندگان، افزایش هزینه ساخت و ساز ناشی از شرایط اقتصادی و سیاسی، انتقال ساختمان نیمه تمام به اشخاص ثالث و چندین و چند مساله حقوقی دیگر از اهم دعاوی راجع به این قراردادها است که قانونگذار را بر آن داشت که خود وارد مساله شده و قانونی حمایتی در پشتیبانی از توده مردم تدوین شود. در دی ماه ۱۳۵۸ لایحه قانون حمایت از پیش خریداران واحدهای مسکونی به تصویب رسید ولی برای این قانون، تا دی ماه ۱۳۷۴، آئین نامه اجرایی تهیه نشد؛ این آئین نامه نیز نقاط ضعف فراوانی داشت تا آنکه در مرداد ۱۳۸۵ قانونی با عنوان پیش فروش ساختمان تنظیم شد که این لایحه در آذرماه همان سال و در هیات دولت به

۱. کارشناس ارشد معارف اسلامی و حقوق خصوصی از دانشگاه امام صادق (ع)

تصویب رسید ولی تا کنون به تصویب مجلس شورای اسلامی نرسیده است. در این مقاله سعی بر آن است تا ماهیت حقوقی این قراردادها، شرایط انعقاد آن و آثاری که به دنبال دارد، به همراه نقد کوتاه لایحه مزبور مورد بررسی قرار گیرد؛ در همین راستا زوایای حقوقی این موضوع، در دو فصل مهم تحت عناوین «سیر تاریخی و ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش ساختمان» و «شرایط و آثار انعقاد قراردادهای پیش فروش ساختمان» مورد بررسی قرار گرفته و در بخش جمع بندی و نتیجه گیری، به ارائه برخی راهکارها و پیشنهادها پرداخته شده است.

واژگان کلیدی:

قرارداد، تعهدات قراردادی، پیش خرید، پیش فروش، انتقال به غیر، قانون حمایتی.

مقدمه

ساختمان و سازه‌های انسانی، همیشه یکی از دغدغه‌های اصلی بشر بوده و هست. از بشر نخستین گرفته که به دنبال سرپناه، راه‌های متعدد را آزمایش کرده تا بشر هزاره سوم که برای آرامش و رفاه خویش، به دنبال ساختمان‌های متناسب با نیازهای خویش است، همیشه بنای ساختمان، یکی از اشتغالات ذهنی انسان بوده است. امروزه نیز که با پیشرفت فناوری، گام در عصر جدید سازه‌ها نهاده‌ایم، همچنان نیاز بشر به ساختمان، یک نیاز اساسی و اصلی است هر چند ممکن است مصارف این ساختمان، متفاوت باشد. همچنین ساختن ساختمان‌های عظیم، محتاج سرمایه‌های هنگفت است و دیگر نمی‌توان به راحتی و به تنهایی، دست به ساخت سازه‌های بزرگ زد بدون آنکه از پیش، تأمین مالی صورت گرفته باشد. از این رو، هم پیش سازندگان می‌توانند از سرمایه‌های پیش خریداران جهت ساختن ساختمان استفاده کنند و هم پیش خریداران می‌توانند با پرداخت مبلغی، از آینده خود مطمئن تر شوند.

در اینجا، هر چند بحث اصلی در مورد پیش فروش ساختمان‌هاست اما مورد غالب این ساختمان‌ها، همان آپارتمان است که بحث روز جوامع و شهرهای بزرگ

دنیاست. چه اینکه در قرون اخیر سطح زندگی انسان به طور قابل توجهی بهبود یافته و میزان رشد جمعیت به نحو بی سابقه‌ای فزونی گرفته است و برآورده کردن نیازهای آنها امر بسیار مشکلی برای دولت‌ها و نیز خود آنها شده است.

از میان نیازهای اولیه و ضروری بشر، داشتن مسکن مناسب، جایگاه ویژه‌ای دارد و چون هزینه تأمین و تهیه آن نسبت به دیگر نیازهای اولیه به مراتب بیشتر است، لذا از اهمیت بسزایی برخوردار است. تقریباً در دنیا (اکثر کشورهای جهان) تولید مسکن به لحاظ هزینه هنگامتش معضلی است که گریبان اکثر مردم و دولت‌های جهان را گرفته است. ضرورت داشتن مسکن با مالکیت شخصی در جامعه ما نیز یک تفکر رایج است. زیرا در کشورهایی نظیر کشور ما، گرانی اجاره مسکن و عدم ثبات قیمت‌ها مردم را بر آن می‌دارد که با تهیه مسکن شخصی از پرداخت اجاره بهایی که هر روز افزونتر می‌گردد رها شوند. به همین دلیل تقاضا برای مسکن ارزان افزایش یافته و ساخت مسکن ارزان شیوه‌ای برای کسب درآمد عده‌ای گردیده است.

از طرف دیگر محدودیت امکانات شهری از جمله زمین، باعث گسترش شهرها از حالت افقی به صورت عمودی گردیده و به جای احداث خانه‌ها یا ویلاهای یک یا دو طبقه، آپارتمان‌های چند طبقه بلکه برج‌های عظیم ساخته شده است. اینک آپارتمان نشینی به عنوان تنها چاره مشکل کمبود مسکن و زمین پذیرفته شده و بسیاری از مردم در شهرهای بزرگ از آپارتمان‌ها به عنوان محل سکونت یا کار خود استفاده می‌کنند. با این وصف می‌توان آپارتمان نشینی را از مظاهر و محصول تمدن جدید دانست.

در کشور ما آپارتمان نشینی از قدمت زیادی برخوردار نیست. از بین تمام شهرهای ایران، خصوصاً در شهر تهران به دلیل مهاجرت‌های چند دهه اخیر که جمعیت آن به نسبت جمعیت دیگر شهرها به طرز غیر مترقبه‌ای افزایش یافته،

آپارتمان نشینی دامن بسیاری از مردم تهران را گرفته است. همین پدیده سبب شد که قانونگذار در سال ۱۳۴۳ به وضع قانون تملک آپارتمانها مبادرت ورزد و امروزه خرید و فروش آپارتمان یکی از شایع ترین اقسام بیع املاک است. این مشکل در شهرهای بزرگ منجر به تشکیل شرکت هایی گردید که کار ساخت و ساز واحدهای مسکونی و آپارتمانی را بر عهده گرفته اند.

علی رغم اینکه امروزه ساخت و ساز انبوه آپارتمان به صورت حرفه ای رواج زیادی یافته لکن هنوز افزایش تولید آن با نرخ رشد جمعیت هماهنگ نشده و کمبود محل زندگی و کار مورد نیاز مردم و عدم تناسب عرضه و تقاضا موجب شده است تا تولید کنندگان به منظور حل این ناهماهنگی و عدم تناسب بین عرضه و تقاضا از شیوه های نوینی استفاده کنند. یکی از روش های حل این ناهماهنگی، فروش پیشاپیش کالا توسط تولید کنندگان است، زیرا به هنگام پیش فروش کالاها، میزان تقاضا پایین می آید و به میزان عرضه نزدیکتر می گردد و به علاوه فروش به صورت نقدی ممکن است بی عدالتی هایی را در توزیع عادلانه ثروت، سبب گردد. از طرف دیگر منافع حاصله برای سازندگان، جاذبه ای برای قرارداد پیش فروش آپارتمان ایجاد نموده است.

به طور کلی خرید و فروش آپارتمان ممکن است به دو صورت انجام شود که هر کدام ویژگی ها و مباحث خاص خود را در پی دارد:

۱- فروش آپارتمان ساخته شده، که ممکن است از سوی مالک تمام ساختمان یا مالک آپارتمان انجام شود و خریدار آن مستأجر آپارتمان یا بیگانه ای باشد که می خواهد در آن سکونت کند یا به تجارت پردازد یا کار دیگری پیشه کند.

۲- فروش آپارتمانی که هنوز ساخته نشده و باید در آینده ساخته شود. در این روش، به طور معمول، موقعیت و ابعاد و مشخصه های آپارتمان در نقشه ساختمان

معین می‌شود و فروشنده هم متعهد می‌شود که آپارتمان را ظرف مدت معین بسازد و تحویل خریدار دهد. در این فرض مورد معامله موجود نیست و فروشنده متعهد به ساخت و تکمیل آن می‌شود و معمولاً خریدار به طور اقساط ثمن مورد معامله را با احداث تدریجی ساختمان به فروشنده می‌پردازد.

موضوع بحث ما در نوشته حاضر، بحث پیرامون قسم دوم می‌باشد؛ یعنی آپارتمان‌هایی که در زمان انعقاد قرارداد موجود نیستند و در آینده ساخته خواهند شد. لذا مهمترین مسئله در این مورد، توصیف حقوقی این نوع قراردادهاست که آیا با توجه به اینکه در هنگام قرارداد هنوز آپارتمان موجود نیست و یا ساخته نشده است، قرارداد مزبور چگونه قراردادی است و ماهیت حقوقی آن چیست؟ و چه آثاری بر این نوع توافقاتها بار می‌شود؟

در خصوص ماهیت حقوقی چنین قراردادهایی به اندازه کافی بحث نشده است و ممکن است تفاسیر مختلفی از آن بشود. از جمله اینکه چنین قراردادی که عنوان «پیش فروش» را بر خود دارد همان بیع سلف یا سلم در فقه می‌باشد یا اینکه این نوع قراردادها در قالب عقد بیع بوده و لذا فروشنده نمی‌تواند آپارتمانی را که در آینده خواهد ساخت به دیگری واگذار نماید. ممکن است این نوع توافقاتها را قرارداد خصوصی تلقی کرده و در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی تبیین و تفسیر نمود.

بی شک توصیف دقیق این نوع قراردادها و تبیین حقوقی ماهیت آن، بسیاری از ابهامات مربوط به این نوع قراردادها را برطرف نموده، آثار حقوقی آن را روشن می‌کند.

همچنان که گفتیم مسأله پیش فروش آپارتمان مسأله جدیدی است لذا مباحث حقوقی راجع به آن نیز از مباحث جدید و مستحدثه می‌باشد و گام نهادن در آن گامی در جهت همگام شدن با تحولات اجتماعی است چه اینکه مرکز توسعه قضایی

قوه قضائیه نیز در مرداد ماه سال جاری لایحه‌ای را تقدیم دولت نمود که این لایحه ۲۸ ماده‌ای، فصلی جدید در قراردادهای پیش فروش ساختمان به همراه آورد. هر چند این لایحه هنوز به تصویب مجلس شورای اسلامی نرسیده است، لکن نقد منصفانه این لایحه نیز در کنار داشته‌های کنونی حقوق موضوعه در مورد قراردادهای پیش فروش ساختمان، امری ضروری می‌نماید.

سیر تاریخی و ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش ساختمان

مبحث اول: سیر تاریخی قرارداد پیش فروش ساختمان

قبل از اینکه قراردادهای راجع به پیش فروش آپارتمان به صورت امروزی در روابط حقوقی و معاملات بین افراد مرسوم گردیده، رواج یابد، قول و قرار از دیر باز در معاملات بین بازرگانان و مردم عادی معمول بوده، بدون اینکه مستند به نوشته‌ای باشد. به همان اندازه که وفای به عهد نیکو و پسندیده بود، نقض عهد ناپسند و مذموم شمرده می‌شد، لذا طرفین نسبت به قول یا تعهدی که به یکدیگر می‌دادند خود را پایبند می‌دانستند.

همان طوری که در مقدمه بحث اشاره شد، قرارداد راجع به آپارتمان در حال ساخت یا آپارتمانی که در آینده ساخته خواهد شد، ظرف چندین سال اخیر به دلیل گسترش و توسعه شهرنشینی و افزایش سرسام‌آور جمعیت و نیاز شدید افراد به تأمین مسکن مناسب، در روابط حقوقی و معاملات مردم جایی برای خود باز نموده است. خریداران این طریق را به علت اینکه فروش به صورت نقدی نیست به نفع خود می‌بینند. از طرف دیگر سازندگان و شرکت‌های ساختمانی نیز با دریافت مبالغی به صورت پیش پرداخت و تأمین بخشی از سرمایه از این طریق، مبادرت به ساخت واحدهای مسکونی و آپارتمان می‌کنند.

حال بایستی ببینیم که آیا قرارداد پیش فروش آپارتمان و به طور کلی پیش فروش

کالا سابقه‌ای در فقه و حقوق موضوعه ایران دارد یا نه؟

گفتار اول - تاریخچه فروش کالا در فقه

فقها به هنگام بحث از شرایط مبیع در عقد بیع، اوصافی را برای مبیع بر شمرده‌اند و این شرایط و اوصاف در سایر عقود و معاملات به عنوان شرایط عمومی مورد معامله اجرا می‌شود. بنابراین برای صحت هر معامله‌ای، لازم است مورد معامله دارای شرایط و اوصاف ذیل باشد و ضمانت اجرای فقدان این شرایط، بطلان عقد و از بین رفتن آثار آن است. این اوصاف عبارتند از:

- ۱ - مالیت داشته باشد.
- ۲ - منفعت عقلایی داشته باشد.
- ۳ - قدرت بر تسلیم آن وجود داشته باشد.
- ۴ - معلوم و معین باشد.
- ۵ - قابل نقل و انتقال باشد.
- ۶ - هنگام عقد موجود باشد.
- ۷ - مملوک بودن مورد معامله.
- ۸ - مشروع بودن مورد معامله.

این شرط که «مورد معامله باید به هنگام عقد موجود باشد» مربوط به موردی است که مبیع عین معین است نه کلی فی الذمه؛ زیرا کلی مفهومی است که در عالم خارج وجود دارد ولی مصادیق آن متعدد است. اما معامله آن صحیح است، هر چند که مصادیق آن در زمان انعقاد عقد موجود نباشد و در آینده به وجود آید، مانند فروش یک تن گندم، که پس از موجود شدن، فروشنده موظف به تسلیم آن کلی به خریدار خواهد بود. حتی از بین رفتن تمام گندم‌های موجود در انبار نیز عقد را باطل نمی‌کند زیرا در این فرض، فروشنده به مقدار یک تن گندم به خریدار بدهکار است و می‌تواند موضوع دین را تهیه و تسلیم کند.

در موردی که مبیع معین یا در حکم آنست، باید هنگام عقد موجود باشد. لذا خرید و فروش مال معین که وجود خارجی ندارد باطل است. فقها معتقدند که در این مورد عقد تملیکی است و مبیع باید موجود باشد تا بتواند مورد انتقال قرار گیرد. حال سئوالی که پیش می‌آید این است که آیا آپارتمان نیز به عنوان عین معین باید در زمان

عقد موجود باشد یا خیر، در اینجا مباحث زیادی وجود دارد که در ادامه بحث به آن خواهیم پرداخت. موجود نبودن مورد معامله عین معین در دو صورت قابل تصور است، یکی اینکه پیش از عقد موجود بوده ولی در زمان عقد، وجود نداشته و از بین رفته باشد مانند خانه‌ای که پیش از بیع خراب شده باشد. دیگر اینکه در زمان عقد، هنوز به وجود نیامده باشد و فروشنده مالی را که در آینده به وجود خواهد آمد بفروشد.

بیعی که مبیع آن در حین انعقاد عقد، وجود خارجی ندارد، در فقه زیر عنوان «بیع معدوم» از آن یاد شده است. فقها از مسأله بیع معدوم، یک فرض را استثناء کرده‌اند و نام آن را «بیع معدوم به تبع موجود» نهاده‌اند چنانکه باغبانی چای موجود بر بوته‌های چای یک باغ را به ضمیمه پنج چین دیگر چای آن باغ، یکجا می‌فروشد. در این مورد، چین‌هایی که هنوز بدست نیامده و معدوم است و بعداً بدست آمده یا ایجاد خواهد شد به ضمیمه چای موجود بر بوته‌های موجود در باغ معین یکجا فروخته می‌شود.

مصادیقی که فقها به عنوان مورد سفارش ساخت از آن بحث می‌کنند، عمدتاً مربوط به کالاهایی می‌شود که کلی هستند نه عین معین. مثل سفارش ساخت چکمه، کفش و ظرف‌هایی که از چوب و سرب و آهن ساخته می‌شود و لذا در خصوص سفارش ساخت مسکن یا آپارتمان به شکل امروزی بحثی به عمل نیامده است.

بنابراین با توجه به اینکه قرارداد پیش فروش ساختمان از جمله قراردادهای جدید بوده و ظرف چند سال اخیر به لحاظ شرایط اقتصادی و اجتماعی جامعه و افزایش جمعیت و مشکلات مردم در امر تهیه مسکن به عنوان یک نیاز، و عدم قدرت خرید به صورت نقدی از سوی اقشار کم درآمد جامعه، به شکل امروزی درآمد و در واقع زاده عرف و معاملات مردم می‌باشد، رونق گرفته است و لذا در گذشته به دلیل عدم

وجود شهرنشینی و شرایط اقتصادی و اجتماعی جامعه آن زمان مورد بحث واقع نشده، با مراجعه به آراء فقها و کتب فقهی، در مورد پیش فروش آپارتمان نمی توان مطلبی یافت.

گفتار دوم - تاریخچه پیش فروش ساختمان در حقوق موضوعه

نیاز اقشار مختلف جامعه به داشتن مسکن مناسب و توجه دولت به رفع این نیاز مهم و اساسی منجر به این شد که دولت در سال ۱۳۱۷ مستقیماً در بخش مسکن حضور یابد. در این سال، وزارت دارایی با سرمایه‌ای معادل ۲۰۰ میلیون ریال و با مشارکت بانک ملی ایران، به تأسیس بانک رهنی اقدام کرد. این بانک ضمن اعطای وام به متقاضیان مسکن، از همان ابتدا هدف خود را تهیه و اجرای طرح‌های خانه سازی برای طبقات متوسط و کم درآمد قرارداد. همچنین، تأسیس یک یا چند شرکت با سرمایه عمومی یا خصوصی که در امر ساخت مسکن مشارکت کند، از دیگر اختیارات این بانک بود. در سال ۱۳۲۳، بانک رهنی با خرید ۱۲ هکتار از اراضی شرق تهران در فرح آباد، ساخت ۴۰۰ دستگاه واحد مسکونی را در مجموعه‌ای به همین نام آغاز کرد، که اعتباری قریب به ۵۰ میلیون ریال را به آن اختصاص داد. در سال ۱۳۳۱، دولت با تأسیس بانک ساختمان اقدامات دیگری را در این زمینه سازمان داد. وظیفه این بانک عبارت بود از نقشه برداری و تقسیم زمین، مطابق با اصول شهرسازی و فروش آن. بعدها در یکی از اراضی متعلق به این بانک، مجموعه ۴ بلوک آپارتمانی نازی آباد با همکاری بانک رهنی ساخته شد. مجموعه سازی کوی نارمک، در سال ۱۳۳۴، کوی کالاد سال ۱۳۳۶ تا ۱۳۳۹، کوی کن ۱۳۳۹ تا ۱۳۴۳، کوی ارتشی فرح آباد سابق و کوی لویزان در سال ۱۳۴۲ همگی پروژه‌های انبوه سازی بودند که توسط بانک ساختمان اجرا شد.

بعد از انقلاب نیز در برنامه اول ۱۳۷۲ - ۱۳۶۸ (مصوب) دولت در نخستین تصمیم

با کاهش سهم خود به حدود ۶ درصد از کل سرمایه‌گذاری‌های بخش مسکن در واقع میزان مداخلات خود را در این زمینه تعیین کرد. در برنامه عمرانی دوم (۷۸-۷۴) باز هم دولت سهم خود را از تشکیل بخش مسکن تقلیل داد و به ۵ درصد رساند. در این برنامه دولت عملاً بر مواردی تأکید ورزید که به تقویت تولید انبوه مسکن می‌انجامید، مانند استفاده از معافیت‌های مالیاتی، تخفیف در میزان عوارض مختلف پرداختی برای ساخت و ساز، دریافت زمین به قیمت دولتی، استفاده از تسهیلات بانکی، از مواردی بودند که در حمایت از انبوه‌سازی در این برنامه تدوین شد و همین امر منجر به تأسیس و راه‌اندازی شرکت‌های خصوصی و سرمایه‌گذاری اشخاص حقیقی در ساخت و ساز واحدهای آپارتمانی و نتیجتاً رونق بازار ساخت و ساز در کشور شد و همین شرکت‌ها به منظور تأمین بخشی از منابع مالی خویش اقدام به پیش‌فروش واحدهای آپارتمانی قبل از ساخت نمودند و قراردادهای متنوعی به سلیقه خویش که بیشتر حافظ منافع تولیدکنندگان بود تا مصرف‌کنندگان، شیوع پیدا کرد. دولت در برنامه سوم عمرانی (۸۳-۱۳۷۹)، در تعیین اهداف خود به موضوع حمایت از انبوه‌سازی اشاره‌ای صریح دارد. نخستین اقدام این برنامه کاهش حداقل تعداد واحد مسکونی در یک مجتمع به عنوان معیار تلقی از انبوه‌سازی در یک پروژه است که ۳ واحد در روستاها و ۵ واحد در شهرهای کوچک و ۱۰ واحد در شهرهای بزرگ را به عنوان حداقل تعداد واحد مسکونی در یک مجتمع تعیین کرد. این امر عملاً گستره فعالیت‌های انبوه‌سازی را وسعت می‌دهد و حوزه مداخلات قانونگذار را یادآور می‌شود تا قوانین مربوطه متناسب با چنین گستره‌ای تدوین شود.

در اکثر کشورهای پیشرفته از سیستم پیش‌فروش واحد مسکونی به عنوان یکی از منابع عمده تأمین مالی مسکن استفاده می‌شود. حتی در تعدادی از کشورها بانک‌ها تا زمانی که حداقل ۶۰ درصد پروژه‌های مسکونی تکمیل نگردند، اساساً در آن پروژه‌ها

مشارکت نمی‌نمایند. در کشور ما از سیستم سنتی پیش فروش بدلیل اشکالات فراوان آن از قبیل عدم امنیت کافی، نگرانی خریدار از عدم اجرای به موقع تعهدات از طرف خریدار و... استفاده نمی‌شد تا اینکه لایحه‌ای به منظور حمایت از پیش خریداران و انبوه سازان مسکن در تاریخ ۱۳۵۸/۱۰/۱۷ توسط شورای انقلاب به صورت ماده واحده‌ای تصویب شد.

در سال‌های اخیر به دلیل رواج بیشتر قراردادهای پیش فروش آپارتمان در معاملات مردم و اختلافاتی که در تفسیر این نوع قراردادها و ابهاماتی که در تبیین ماهیت قرارداد به وجود آمد، در تعهدات طرفین و آثار قرارداد تأثیر گذاشت، و این امر منجر به طرح دعاوی بی‌شمار در محاکم قضایی گردید و دامنه اختلاف در ماهیت و تفسیر این نوع قراردادها بالا گرفت و منجر به صدور آراء مختلف و گاه متهافت گردید و حتی در موردی منجر به صدور رأی اصراری هیأت عمومی دیوان عالی کشور گردید.

با این وصف متأسفانه استادان و نویسندگان حقوقی نیز پیرامون قراردادهای فوق‌الذکر به بحث و بررسی نپرداخته‌اند و کسانی هم که در این زمینه اظهار نظر کرده‌اند، مسأله را به اجمال و در حاشیه مباحث بررسی و تبیین نموده‌اند. در حالی که با توجه به گسترش و رونق این نوع قراردادها در روابط معاملاتی مردم و بروز اختلاف در تفسیر این قراردادها در رویه قضایی، از دکتترین حقوقی که در حقیقت اساس و مبنای تدوین قوانین پیشرفته حقوقی را تشکیل می‌دهند، انتظار می‌رفت این موضوع را به نحو بنیادین و مؤثرتری بحث و بررسی نمایند.

در خصوص نحوه تملک آپارتمان‌ها و روابط مالکین طبقات مختلف آپارتمان و نیز شرایط و چگونگی اداره و مدیریت آنها، در اسفند ماه سال ۱۳۴۳ قانونی تحت عنوان «قانون تملک آپارتمان‌ها» به تصویب رسید و آئین نامه اجرایی آن نیز به تاریخ

۱۳۴۷ به تصویب هیأت وزیران رسید. اما در این قانون و آئین نامه آن اشاره‌ای به آپارتمان‌های پیش فروش و وضعیت حقوقی آنها نشده است. تا اینکه قوه قضائیه در مرداد ماه سال ۱۳۸۵ برای رفع مشکلات مردم در رابطه با پیش فروش آپارتمان، لایحه پیش فروش ساختمان را در ۲۸ ماده تهیه کرده و برای تصویب به دولت فرستاد.

مبحث دوم: ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش ساختمان

عبارت «پیش فروش» که ترکیبی از دو کلمه «پیش» به معنای قبل، سابق، گذشته و «فروش» که اسم مصدر از فعل فروختن می‌باشد «فروختن مال یا غله قبل از مهیا شدن، یا بها ستدن پیش از تحویل مال می‌باشد. به عبارت دیگر فروختن کالائی که هنوز موجود نیست و فروشنده پولی می‌گیرد که بعداً آن را تحویل بدهد.» «پیش فروش کردن» یعنی فروختن پیش از مهیا شدن و حاضر آمدن مال. «پیش خرید» یعنی خرید کالایی با پیش پرداخت تا بعداً به عمل آید یا تهیه و تحویل داده شود.

مورد معامله در قرارداد پیش فروش ساختمان عبارت است از ساختمان، آپارتمان یا واحد آپارتمانی که در تعریف آن می‌گویند: «قسمتی از عمارت مرکب از چند اتاق و ضمایم آنها، به عبارت دیگر، عمارت یا عمارتی که مربوط به یک عمارت بزرگ اما از آن جدا و دارای چند اتاق باشد.»

با بیان اوصاف مورد معامله و تعهدات اصلی طرفین، تعریف حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان اجمالاً عبارت است از:

«قرارداد پیش فروش آپارتمانی قراردادی است که به موجب آن فروشنده (سازنده) در ازاء دریافت مبلغ قراردادی تعهد می‌کند آپارتمانی را مطابق نقشه ساختمانی و اوصاف قراردادی، ساخته و پس از تکمیل آن در موعد مقرر به خریدار (متقاضی)

تحویل نماید.» با تمام این اوصاف، مواد ۱ و ۲ لایحه پیش فروش ساختمان ظاهراً بیانگر چیز دیگری است. با توجه به ماده ۱ لایحه پیش فروش ساختمان که هر قراردادی از قبیل بیع، صلح، اجاره به شرط تملیک را که در نتیجه آن، یکی از طرفین متعهد به ساخت یا تکمیل بنا در زمین معینی باشد که حداقل مالک قسمتی از آن باشد و یا در ازای انجام تعهد، مالک قسمتی از ساختمان شود، قرارداد پیش فروش ساختمان محسوب می‌کند و همچنین با بررسی نظرات و دیدگاه‌های مختلف پیرامون ماهیت قرارداد پیش فروش آپارتمان و تشریح ماهیات حقوقی و عناوین متعددی که به ماهیت این نوع قراردادها شباهت زیادی دارند، همچنین با مذاقه در آراء قضایی صادره پیرامون دعاوی و اختلافات حاصله راجع به این نوع قراردادها و نیز با بررسی و امعان نظر نسبت به دیدگاه دکترین حقوقی، به نظر می‌رسد در خصوص ماهیت حقوقی قراردادهای پیش فروش آپارتمان دو دیدگاه عمده و اساسی وجود دارد:

۱ - تحلیل ماهیت حقوقی قراردادهای پیش فروش آپارتمان بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی، یعنی قرارداد پیش فروش آپارتمان یک قرارداد خصوصی است که واجد آثار و شرایط یک قرارداد خصوصی بوده و مقررات مربوط به شرایط اساسی صحت معاملات و قواعد عمومی معاملات بر آن حاکم است و طرفین نسبت به تعهدات قراردادی خویش در مقابل یکدیگر مسئول می‌باشند. این نظر بیشتر در آراء قضایی تبلور یافته با این اختلاف که برخی، این نوع قراردادها را عهدی می‌دانند و بعضی نظر بر تملیکی بودن این گونه قراردادها دارند و به نظر می‌رسد در صورتی که در قرارداد پیش فروش آپارتمان، واحد و طبقه و کیفیت و مشخصات جغرافیایی معین نشود و تعیین واحد در اختیار فروشنده به هنگام تحویل و تکمیل آپارتمان قرار گیرد، در اینجا می‌توان گفت که قرارداد خصوصی بوده و بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی می‌باشد.

۲- دیدگاه دوم آن است که قرارداد راجع به پیش فروش آپارتمان یا به عبارتی قرارداد نسبت به آپارتمانی که وجود فعلی و خارجی ندارد، بلکه بر طبق توافق طرفین و اوصاف قراردادی و نیز نقشه‌های ساختمانی در آینده ساخته خواهد شد، بیع بوده و آثار این عقد بر آن توافق بار خواهد شد. اما در اینجا بایستی متذکر این نکته مهم شد که در این نوع بیع، انتقال مالکیت میباید همزمان با ایجاب و قبول نیست بلکه با تشخیص میباید صورت می‌گیرد و تشخیص میباید همیشه بر یک منوال نمی‌باشد بلکه تملیک با وجود پیدا کردن میباید صورت می‌گیرد. به دیگر سخن، بیع آپارتمان‌های مزبور از نوع بیع معلق است و به محض تحقق معلق علیه یعنی زمانی که آپارتمان ساخته و آماده تحویل گردید، اثر اصلی عقد بیع که همان انتقال مالکیت است تحقق می‌یابد و در صحت عقد بیع معلق نیز با توجه به مقررات قانون مدنی تردید وجود ندارد. البته نکته اساسی در این تحلیل این نوع قراردادها به بیع آن است که آپارتمان مورد نظر در متن قرارداد و براساس نقشه‌های ساختمان، معین و واحد و طبقه آن در قرارداد مشخص و معلوم می‌گردد تا تفسیر آن به بیع صحیح باشد.

حال با توجه به دو دیدگاه فوق، به نظر می‌رسد که قرارداد پیش فروش آپارتمان از لحاظ ماهیتی بیع باشد. دلایلی که این نوع قرارداد را به عقد بیع نزدیک می‌نماید به شرح ذیل می‌باشد:

اول: همان طوری که در مباحث قبلی نیز اشاره شد، وجود میباید به هنگام عقد ضروری نیست، به عبارتی، وجود فعلی میباید با توجه به تفسیری که از ماده ۳۶۱ قانون مدنی ارائه شد لازم نیست بلکه علم و آگاهی طرفین نسبت به اینکه میباید (آپارتمان) بر طبق شرایط و اوصاف قراردادی و نقشه ساختمانی و بر طبق روند طبیعی امور، در آینده ساخته خواهد شد و لذا عرف و عقلاً آن را محقق الوجود می‌دانند، انتقال آن صحیح بوده، منتهی اثر اصلی عقد بیع که همان تملیک می‌باشد به هنگام وجود پیدا

کردن مبیع و ساخته شدن آن، تحقق می‌یابد و بنای عقلا و عرف معاملات نیز آن را پذیرفته است همچنانکه نمونه‌هایی از آن را در حقوق خودمان داریم از قبیل، اجاره، وصیت و امثال آن. علاوه اینکه انتقال مبیع در زمان عقد (ایجاب و قبول) از مقتضیات اطلاق عقد است نه از مقتضیات ذات عقد و لذا طرفین می‌توانند سببی بر پا سازند که تأثیر آن معلق به وجود مبیع در آینده باشد. زیرا که تملیک امری اعتباری بوده و در امور اعتباری، چگونگی و زمان و شرایط تأثیر سبب در اختیار سازنده آن است. لذا با توجه به مقتضیات فعلی جامعه و همگامی قانون با تحولات روز می‌توان ماده ۳۶۱ قانون مدنی را این‌گونه تفسیر نمود که برای اعتبار و صحت بیع، وجود تقدیری و اعتباری مبیع کافی است، به تعبیر دیگر منظور از وجود لزوماً وجود مادی و خارجی نیست بلکه آنچه که قطعاً در آینده به وجود می‌آید و عرف و بنای عقلا نیز وجود آن را در آینده محقق می‌دانند نوعی وجود به شمار می‌آید هر چند که مورد معامله (آپارتمان) پایگاه مادی و خارجی بالفعل نداشته باشد که در قراردادهای مورد بحث نیز چنین است.

دوم: در تفسیر هر قراردادی بایستی به مفاد قرارداد و قصد مشترک طرفین توجه نمود. در این‌گونه قراردادها، با انعقاد قرارداد و پرداخت بخشی از ثمن معامله از سوی خریدار به فروشنده، قصد و خواست اصلی طرفین بر این واقع می‌شود که خریدار مالک آپارتمانی با مشخصات مندرج در قرارداد شده است، منتهی بعد از اینکه فروشنده کار ساخت و ساز و عملیات ساختمانی را به پایان رساند، یعنی به تعهدات قراردادی خویش عمل نمود و آپارتمان آماده تحویل و انتفاع گردید، مالکیت آن خود به خود به خریدار منتقل می‌شود. در واقع خواست اصلی طرفین (خریدار و فروشنده) تملیک و تملک است و هدف از پرداخت پیش پرداخت و اقساط ثمن از سوی خریدار و در نتیجه ساخت آپارتمان چیزی جز این امر نیست. لذا فروشنده حق

ندارد بعد از عقد، آپارتمان مورد معامله را به دیگری انتقال دهد.

سوم: در قراردادهای پیش‌فروش آپارتمان، ثمن معامله یا به عبارتی بهای آپارتمان معلوم و مشخص است و خریدار به موجب قرارداد ملزم می‌شود بخش معلومی از ثمن را به هنگام انعقاد عقد به فروشنده پرداخت نماید و بقیه ثمن را به صورت اقساط در طی دوره‌های مختلف عملیات ساخت از قبیل مرحله اسکلت بندی ساختمان، سفت کاری، نازک کاری و سایر مراحل ساخت به فروشنده پرداخت نماید. خریداران یا متقاضیان واحدهای آپارتمان چون اغلب از قدرت خرید کمتری برخوردارند و نمی‌توانند بهای آپارتمان را نقداً پرداخت کنند، لذا بخشی از ثمن به صورت وام در اختیار خریدار قرار می‌گیرد و خریدار متعهد می‌شود بعد از تحویل آپارتمان، اقساط وام را به مرور زمان پرداخت نماید. معمول در این نوع قراردادها آن است که طرفین در قرارداد شرط می‌کنند که به منظور تضمین پرداخت اقساط ثمن از سوی خریدار به فروشنده یا بانک، آپارتمان موصوف تا زمان تصفیه بدهی کامل، از سوی خریدار در رهن بانک یا در رهن فروشنده باشد. لذا گنجاندن چنین شرطی در این‌گونه قراردادها نمایانگر آن است که خریدار نوعی حق عینی و حق تقدم و مالکیت نسبت به آپارتمان خریداری شده دارد که می‌تواند آن را در نزد بانک یا فروشنده به رهن گذارد.

چهارم: در قراردادهای پیش‌فروش آپارتمان به طور معمول شرطی به این صورت ذکر می‌شود که: «خریدار تا قبل از تنظیم سند رسمی انتقال حق هر گونه معامله و نقل و انتقال را نسبت به آپارتمان‌های مورد معامله از خود سلب نموده و تخلف از این شرط حق فسخ برای فروشنده ایجاد می‌نماید.» آنچه از این شرط و گنجاندن آن در قرارداد بر می‌آید آن است که خریدار اساساً دارای حق انتقال آپارتمان به دیگری را داشته و این حق از آثار مالکیت می‌باشد، ولی نمی‌تواند از این حق خویش تا مدت

محدودی استفاده کند؛ به عبارت دیگر در اینجا یک نوع سلب حق استیفاء به طور جزئی صورت گرفته که مطابق ماده ۹۵۹ قانون مدنی صحیح می‌باشد.

پنجم: در اکثر قراردادهای پیش فروش آپارتمان، شرطی قید می‌شود که «اگر خریدار به تعهدات قراردادی خویش عمل نکند و اقساط ثمن را به موقع پرداخت نکند، فروشنده مجاز خواهد بود قرارداد را فسخ و آپارتمان را به دیگری واگذار نماید.» مفهوم این شرط آن است که فروشنده نمی‌تواند بدون مجوز قانونی آپارتمان را به دیگری انتقال دهد زیرا که در صورت انتقال به دیگری با حقوق خریدار منافات پیدا می‌کند و در واقع انتقال مال غیر محسوب می‌شود.

ششم: در برخی از قراردادهای فوق الذکر، شرط می‌کنند که خریدار می‌تواند با رعایت شرایط مندرج در قرارداد، موضوع قرارداد را به دیگری واگذار کند. در اینجا زمانی بحث انتقال قرارداد مطرح می‌باشد که در آن خریدار، خریدار دوم را جانشین خود قرار می‌دهد و لذا خریدار اول از قرارداد خارج می‌شود و فروشنده و خریدار دوم در مقابل یکدیگر متعهد می‌شوند. زمانی هم بحث انتقال موضوع قرارداد مطرح می‌باشد که در اینجا خریدار موضوع قرارداد یعنی آپارتمان را به دیگری (خریدار دوم) انتقال می‌دهد و لذا خریدار اول در مقابل خریدار دوم متعهد می‌باشد و فروشنده در این رابطه حقوقی دخالت و نفعی ندارد. به هر صورت گنجاندن چنین شرطی در قراردادهای پیش فروش آپارتمان مبین آن است که خریدار دارای نوعی حق مالکیت و به تبع آن حق انتقال آپارتمان به غیر است و این با اصول حقوقی سازگار است.

هفتم: پس از اتمام ساخت آپارتمان و تکمیل کلیه بخش‌های آن، فروشنده بایستی گواهی پایان کار و اسناد تفکیکی و مفصاحساب مالیاتی و سایر مدارک و اسناد لازم برای تنظیم سند رسمی را اخذ نماید و چون انجام این امور مدتی به طول خواهد انجامید، آپارتمان مورد نظر را طی یک صورت مجلس تحویل، به خریدار

تحويل می‌دهد و مقرر می‌شود که فروشنده پس از انجام تشریفات قانونی، مقدمات تنظیم سند رسمی را فراهم نماید و در یک موعده مقرر در دفتر خانه حاضر شده و سند را رسماً به نام خریدار نماید. لذاست که می‌بینیم نه در مرحله تحويل آپارتمان نه در مرحله تنظیم سند رسمی، بحثی از مفاد قرارداد یا عمل حقوقی دیگری و یا سخن از قصد انشاء و انعقاد قرارداد به پیش نمی‌آید.

هشتم: در صورت امتناع فروشنده از تنظیم سند رسمی به نام خریدار، خریداران دادخواستی به خواسته الزام فروشنده به تنظیم سند رسمی علیه ایشان تقدیم می‌نمایند که دادگاه دادخواست را قبول و بر طبق مفاد قرارداد و توافق طرفین، فروشنندگان را ملزم به حضور در دفتر خانه و تنظیم سند رسمی می‌کنند.

تمامی استدلال‌ها و موارد مذکور در فوق بیانگر آن است که قرارداد راجع به آپارتمانی که در آینده ساخته خواهد شد، عقد بیع با شرایط جدید است که ناشی از تحولات و پیشرفت‌های جامعه و نیاز اساسی افراد به تأمین مسکن خصوصاً در کشورهای در حال توسعه است که رشد فزاینده جمعیت و شهرنشینی، فروش پیشاپیش آپارتمان و امر ساخت و ساز را توجیه می‌کند.

شرایط و آثار انعقاد قراردادهای پیش فروش ساختمان

مبحث اول: شرایط عمومی و اختصاصی صحت انعقاد قرارداد پیش فروش

ساختمان

با توجه به رواج روزافزون قراردادهای پیش فروش ساختمان در روابط معاملاتی افراد در سطح جامعه و تأسیس و تشکیل مؤسسات و شرکت‌های بزرگ ساختمانی، نحوه انعقاد این گونه قراردادهای و شرایط شکلی آن نیز متفاوت گردیده است و در نتیجه سازندگان و فروشنندگان واحدهای ساختمانی و آپارتمانی به سلیقه خویش و به نحوی که منافع خود را تأمین نمایند، قراردادهایی را از قبل با شکل یکسان تدوین نموده و شرایطی را در آنها گنجانده‌اند؛ به نحوی که خریداران بایستی با پذیرش

شرایط مندرج در قرارداد اقدام به انعقاد قرارداد نمایند و لذا نمی‌توانند مفاد قرارداد یا شرایط مذکور در قرارداد را تغییر دهند و این چیزی جز تحمیل اراده فروشندگان بر خریداران نیست.

در این مبحث شرایط عمومی و اختصاصی انعقاد قرارداد پیش فروش آپارتمان مورد بحث واقع می‌گردد و چگونگی توافق فروشنده و خریدار و نحوه اعلام ایجاب و قبول مورد بحث واقع شده و مهمتر آنکه مورد معامله چگونه در نزد طرفین معلوم و معین می‌شود؟

گفتار اول - شرایط عمومی صحت قرارداد پیش فروش آپارتمان

در تعریف قرارداد پیش فروش ساختمان گفتیم که قراردادی است که به موجب آن فروشنده تعهد می‌کند ساختمانی را مطابق نقشه ساختمانی و اوصاف قراردادی، ساخته و پس از تکمیل آن در موعد مقرر و در ازاء دریافت مبلغ قراردادی به خریدار تحویل نماید. این توافق و تراضی طرفین همان طوری که ذکر شد قرارداد تلقی و از لحاظ ماهیت حقوقی خرید و فروش (بیع) بر آن صدق می‌نماید، لذا با توجه به اصول کلی دارای شرایط اساسی صحت معامله می‌باشد.

شرایط عمومی باید در هر عقد و قراردادی صرف نظر از نوع آن موجود باشد و الاً عقد و قرارداد معتبر نخواهد بود.

قرارداد پیش فروش آپارتمان نیز بایستی حاوی شرایط اساسی صحت معاملات براساس ماده ۱۹۰ قانون مدنی باشد:

الف - قصد و رضای طرفین

ب - اهلیت طرفین

ج - مورد معامله در قرارداد پیش فروش آپارتمان

د - جهت معامله در قرارداد پیش فروش آپارتمان

گفتار دوم - شرایط اختصاصی صحت قراردادهای پیش فروش ساختمان

طبق ماده ۴ لایحه پیش فروش ساختمان، انعقاد این قراردادها، منوط به رعایت

شرایط ذیل است:

الف - اخذ پروانه ساخت

«حاصل تمام مطالعات اقتصادی، اجتماعی و کالبدی (فیزیکی) که نسبت به یک شهر یا یک منطقه شهری و مناطق اطراف آن به منظور تهیه طرح جامع بعمل می آید، از لحاظ نتیجه گیری و تأمین موجبات اجرای مفاد طرح جامع، به طور عمده در سه موضوع متبلور می گردد:

اول - ضوابط تفکیک اراضی

دوم - آئین نامه منطقه بندی و ضوابط مربوط به نحوه استفاده از اراضی و

ساختمانها

سوم - شبکه گذربندی های اصلی

اجرای آئین نامه منطقه بندی و ضوابط مربوط به نحوه استفاده از اراضی منوط به اقدام و عملی است که در حوزه هر شهر یا منطقه در مورد صدور پروانه ساختمانها و اعمال نظارت بر فعالیتها و عملیات ساختمانی و شهرسازی انجام می شود به عبارت دیگر صدور پروانه و نظارت ساختمانی در شهرها، مهمترین و عمده ترین وسیله اجرای ضوابط منطقه بندی و تعیین نحوه استفاده از اراضی و ساختمانها می باشد».

قابل ذکر است که بعد از خاتمه جنگ بین ایران و عراق تعداد ساخت و سازها

افزایش یافته است.

برابر اعلام سخنگوی مرکز آمار ایران در سال ۱۳۷۰ در کل کشور وسیله

شهرداریها در مجموع، ۱۳۹ / ۳۴۶ مورد پروانه ساختمانی صادر شده است که

مساحت کل زیربنای تعیین شده در آن بالغ بر ۳۴ میلیون متر مربع بوده که نسبت به

سال ۱۳۶۹ به میزان ۶/۹ درصد افزایش داشته است. از این مقدار، استان تهران بالاترین

مقدار و استان کهگیلویه و بویراحمد کمترین مقدار را داشته‌اند.

حاصل تمام مطالعات شهرسازی و تهیه طرح‌های جامع و تفصیلی و در شهرهایی که فاقد طرح‌های جامع می‌باشند طرح‌های هادی، از لحاظ نتیجه گیری و اجراء آن نتایج، در سه موضوع تفکیک اراضی و منطقه‌بندی و گذر بندی اصلی و فرعی معابر متجلی می‌گردد. هر پروانه ساختمانی در محتوای خود از لحاظ مطالب مندرج در آن، حاوی خلاصه موارد مهم سه‌گانه مربوط به زمینی را که قرار است ساختمان بر روی آن احداث شود، می‌باشد. چنانچه در طی احداث بنا، نظارت و کنترل صحیح برای اجراء شدن چکیده و نتیجه طرح‌های مصوب راجع به زمین و ساختمان ذیربط صورت گیرد و این امر از جامعیت و کلیت اقدام برخوردار باشد، نهایتاً اهداف پیش بینی شده از طرح‌های مصوب بدست خواهد آمد.

ب - اخذ بیمه مسئولیت (موضوع ماده ۱۲ این قانون)

به موجب ماده ۱۲ لایحه پیش فروش ساختمان، پیش فروشندگان و پیمانکاران در قبال خسارات ناشی از عیب بنا و تجهیزات آن و نیز خسارات ناشی از عدم رعایت ضوابط قانونی، در برابر پیش خریدار و اشخاص ثالث، مسئولیت مطلق و تضامنی دارند و مکلفند مسئولیت خود را از این جهت بیمه نمایند.

باید توجه داشت که مسئولیت تضامنی در حقوق ایران جنبه استثنایی داشته و اصل بر مسئولیت نسبی است فلذا هر جا که مسئولیت به صورت تضامنی باشد نیاز به تصریح قانونگذار دارد.

ج - تأییدیه وزارت مسکن و شهرسازی مبنی بر حداقل ۱۰٪ پیشرفت عملیات ساختمان.

چنین به نظر می‌رسد که قانونگذار در این لایحه که نوعی قانون حمایتی است، با منظور داشتن تأییدیه وزارت مسکن و شهرسازی مبنی بر حداقل ۱۰٪ پیشرفت عملیات ساختمانی در صدد آن است که از بروز هر گونه سوء استفاده جلوگیری

کند. به همین منظور اجازه انعقاد قرارداد پیش‌فروش ساختمان را تنها به کسانی می‌دهد که به عنوان پیش‌فروش‌اند و سابقاً شروع به ساخت کرده و لااقل ۱۰ درصد از مجموعه عملیات ساختمانی آنها اتمام یافته باشد.

در موارد متعددی مشاهده شده است که پیش‌فروشنده پس از اخذ مبالغ هنگفت از پیش‌خریداران، متواری شده و هیچ دستاویزی برای استرداد اموال مال‌باختگان وجود ندارد.

این شرط به طور ضمنی بیانگر آن است که پیش‌فروشنده نمی‌تواند ابتداءً شروع به اخذ هزینه‌های ساخت و ساز از پیش‌خریداران نموده و سپس اقدام به شروع ساختمان‌سازی کند.

فی‌الواقع گواهی پیشرفت ۱۰ درصدی عملیات ساختمان، دال بر تصمیم جدی پیش‌فروشنده برای ساخت بوده و پیش‌خریدار نیز با اطمینان بیشتری اقدام به انعقاد قرارداد می‌نماید.

چه اینکه ساختمانی که لااقل ده درصد آن ساخته شده باشد، حتماً مالک این ساختمان در بسیاری از مراکز قانونی کشور مورد شناسایی حقیقی قرار گرفته است و از این لحاظ، از پیش‌خریداران حمایت جدی صورت گرفته تا آنها در مضیقه‌های متفاوت زندگی روزمره، مجبور به انعقاد قراردادی نشوند که هنوز اثری از ساخت و ساز در اعمال پیش‌فروشنده مشهود نیست.

مبحث دوم: آثار قراردادهای پیش‌فروش ساختمان

در این مجال محور بحث آن است که تعهدات مشترک هر یک از پیش‌خریدار و پیش‌فروشنده چیست و تعهدات ویژه هر کدام چه خواهد بود.

معمولاً تعهدات مشترک که لایحه جدید پیش‌فروش ساختمان، رعایت آن را برای طرفین الزامی دانسته است، اساس این قراردادهاست که بعضاً ممکن است هر

یک از طرفین یا هر دو، تمایلی به درج آن در قرارداد نداشته باشند و یا آن را ضروری ندانند ولی قانونگذار از این طریق خواسته است راه را برای هر گونه سوء استفاده و یا سوء تعبیر بعدی ببندد.

در تعهدات ویژه نیز، تعهدات پیش فروشنده چندین برابر تعهدات پیش خریدار است که در واقع با توجه به نوع و نگاه لایحه پیش فروش ساختمان - که قانونی حمایتی است و در حمایت از پیش خریداران وضع شده است - این امر طبیعی است. در هر گفتار نیز در ادامه ذکر تعهدات، ضمانت اجراهای در نظر گرفته شده برای عدم رعایت و ایفاء این تعهدات، ارائه می شود، چه اینکه تا قبل از لایحه مزبور، مستند قانونی مستحکمی برای ضمانت اجرای تعهدات طرفین وجود نداشت.

گفتار اول - تعهدات مشترک

یکی از تعهدات مشترک طرفین که در واقع چارچوب قرارداد را نیز شکل می دهد تعهد طرفین است به آنکه در قرارداد پیش فروش، بایستی مشخصات فنی و معماری ساختمانی که فروخته می شود از قبیل موقعیت و مساحت کل عرصه و زیربنا، تعداد طبقات، نما، نوع، مصالح و اسکلت، سیستم گرمایش و سرمایش، قسمت های مشترک و مشخصات مورد نظر که در پروانه ساخت معین شده و همچنین سایر اوصافی که عرفاً در قیمت مؤثرند، مشخص گردد.

واحدی که پیش فروش می شود نیز باید معلوم و معین باشد و اوصاف و امکانات آن از قبیل مساحت کل واحد، شماره طبقه و شماره واحد، تعداد اتاقها و مساحت هر یک از آنها، نوع مصالح داخل واحد، کاشی ها، کف و سقف واحد، پارکینگ، انباری و سایر مواردی که در پروانه ساخت قید شده و یا عرفاً در قیمت مؤثر است، مشخص گردد.

نکته قابل توجه آن است علاوه بر شرایط و نکات تصریح شده، یکسری شرایط

نیز با توجه به عرف محل انعقاد قرارداد، می تواند ضمناً در قرارداد قید شود. مثلاً در مناطق ساحلی، دوری و یا نزدیکی یک واحد ساختمانی از ساحل دریا می تواند بر قیمت آن مؤثر باشد که طبعاً می تواند در قرارداد گنجانده شود.

تعهد دیگر طرفین آن است که پیش فروش و هر گونه نقل و انتقالات بعدی بایستی با تنظیم سند رسمی در دفاتر اسناد رسمی صورت گیرد؛ چه اینکه لایحه پیش فروش ساختمان، جهت تسهیل در امر قراردادهای مزبور، تنظیم قرارداد پیش فروش نزد دفاتر اسناد رسمی را بدون پرداخت حق الثبت و بدون ارائه گواهی مالیاتی و عوارض شهرداری و صرفاً در قبال دریافت حق التحریر سند غیر مالی، قابل انجام می داند.

فی الواقع با تسهیل این امر، دیگر بهانه ای برای سرباز زدن از امر تنظیم قرارداد در دفاتر اسناد رسمی باقی نمی ماند و از این باب است که قانونگذار در همان لایحه، برای اشخاصی که بدون تنظیم سند رسمی اقدام به پیش فروش ساختمان نمایند، علاوه بر رد مال و اسناد و وجوه به صاحبش و جبران خسارات وارده، حبس از شش ماه تا سه سال را نیز در نظر گرفته است.

هر چند این ضمانت اجراء بیشتر ناظر به پیش فروشندگان است ولی حقیقت مطلب آن است که با این اجبار، طرفین ملزم به حضور در دفاتر اسناد رسمی و تنظیم سند رسمی هستند و اعتبار اسناد رسمی، چه در دادگاهها و چه نزد متعاملین، به وضوح آشکار است.

گفتار دوم - تعهدات پیش خریدار

الف - پرداخت ثمن معامله براساس قرارداد

با توجه به فلسفه پیدایش قراردادهای پیش فروش ساختمان و عدم قدرت خرید نقدی توسط متقاضیان و اینکه سازنده در مراحل مختلف ساخت نیاز به تأمین سرمایه جهت صرف هزینه ها دارد، لذا انجام تعهد اصلی خریدار یعنی پرداخت بهای

قراردادی، به صورت اقساط می‌باشد. البته میزان کل ثمن مورد معامله در قرارداد ذکر می‌شود و خریدار متعهد است در مواعد مقرر و به تناسب پیشرفت عملیات ساخت، مبالغ مورد توافق را پرداخت نماید.

آنچه که در این نوع قراردادها معمول می‌باشد، آن است که خریدار به هنگام انعقاد قرارداد بایستی بخشی از ثمن مورد معامله را به عنوان پیش پرداخت اولیه به فروشنده پرداخت نماید. سپس، بقیه ثمن مورد معامله به تدریج و به تناسب پیشرفت عملیات ساختمانی به اقساط از خریدار دریافت می‌گردد. به این ترتیب که خریدار متعهد است در مراحل مختلف ساخت از قبیل فوندانسیون، اجرای اسکلت، سفت کاری، نازک کاری، نماکاری، در مرحله دریافت پایان کار و نیز در مرحله تحویل و براساس تقویم مالی اعلام شده از طرف فروشنده، مبالغی را در مواعد تعیین شده پرداخت نماید. ممکن است بخشی از ثمن معامله به صورت وام به خریدار داده شده باشد که خریدار موظف است اقساط وام را در مواعد مقرر پرداخت نماید.

طبق لایحه پیش فروش ساختمان، نحوه پرداخت اقساط ثمن براساس توافق طرفین خواهد بود ولی حداقل ۱۵ درصد از ثمن همزمان با تنظیم سند قطعی قابل وصول خواهد بود و طرفین نمی‌توانند بر خلاف آن توافق کنند.

پرداخت هر یک از اقساط ثمن منوط به تأیید پیشرفت کار مطابق شرایط قرارداد توسط مهندس ناظر است مگر آنکه طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند.

فی الواقع آنچه که اهمیت دارد توافق طرفین است که مبنای کار قرار می‌گیرد. در مواردی نیز ممکن است قرارداد متضمن شرط حق فسخ برای پیش فروشنده در صورت عدم پرداخت ثمن باشد که در این صورت پس از رسیدن موعد پرداخت و امتناع پیش خریدار، پیش فروشنده باید مراتب را کتباً به دفترخانه تنظیم کننده سند اعلام کند و دفترخانه نیز مکلف است ظرف مهلت دو روز، به پیش خریدار اخطار

نماید تا ظرف مهلت پنج روز نسبت به پرداخت دین اقدام کند که در صورت عدم پرداخت دین مهلت مذکور، پیش فروشنده حق فسخ قرارداد را داراست.

ب - عدم انتقال ساختمان:

با توجه به تحلیل ماهیتی قراردادهای پیش فروش ساختمان، مطابق این قراردادها، در واقع خریدار با پرداخت بخشی از ثمن معامله به هنگام انعقاد قرارداد و انجام سایر تعهدات به هنگام اجرای قرارداد، نوعی حق عینی نسبت به ساختمان پیش فروش شده پیدا می کند و مطابق عرف معاملات در نظر مردم، خریدار، مالک ساختمان می شود، بنابراین به موجب این قرارداد و حقوق ناشی از آن، خریدار می تواند از متجاوزین به حقوق خویش جلوگیری کند.

همان طور که می دانیم یکی از اوصاف مال، اصل انتقال پذیری آن است. فایده مال در صورتی کامل می شود که موضوع داد و ستد باشد و از نظر اقتصادی در گردش قرار گیرد. مالک نیز حق همه گونه تصرف در مال خود را دارد و می تواند آن را به دیگران انتقال دهد. (ماده ۳۰ قانون مدنی.)

بنابراین خریدار نیز می تواند از حق خویش استفاده نموده و نسبت به انتقال ساختمان خود اقدام نماید که این خود یکی از نتایج اصل آزادی قراردادهاست. ولی نکته قابل توجه آن است که در این نوع معاملات، در واقع با انتقال ساختمان، خریدار انتقال گیرنده را جانشین خود نموده و فروشنده را با شخص ناشناخته و ناخواسته ای روبرو کرده و بلکه تحمیل کرده است؛ چرا که با انتقال قرارداد و موضوع آن، انتقال گیرنده جانشین و قائم مقام انتقال دهنده می شود و از حقوق و تعهدات ناشی از قرارداد بهره مند می گردد و ممکن است به هنگام اجرای قرارداد، انتقال گیرنده معسر باشد و نتواند از عهده انجام تعهدات خویش از جمله پرداخت به موقع اقساط ثمن برآید و در نتیجه فروشنده را با مشکل مواجه نماید.

پیش از این، این مانع سبب شده بود تا فروشندگان در قرارداد پیش فروش شرط نمایند که خریدار قبل از تنظیم سند کلی انتقال، حق واگذاری یا انتقال ساختمان موضوع قرارداد را به هیچ شکل و عنوان، اعم از صلح حقوق، بیع، انتقال منافع، رهن، وکالت و به غیره به دیگری ندارد. اما در لایحه پیش فروش ساختمان آمده است که پیش خریدار نمی تواند بدون رضایت پیش فروشنده حقوق خود نسبت به ساختمان پیش خریداری شده را جزئاً یا کلاً به دیگری منتقل نماید. در غیر این صورت پیش خریدار و منتقل الیه به طور تضامنی عهده دار پرداخت ثمن خواهند بود. در واقع نهایتاً این لایحه، این انتقال را نافذ می داند ولی به دستاویزی استثنایی یعنی مسئولیت تضامنی متمسک می شود.

در حقوق ما، مسئولیت تضامنی جنبه استثنائی دارد و اصل بر مسئولیت نسبی است ولی قانونگذار در لایحه جدید برای آنکه اولاً از انتقال ممانعت کند و ثانیاً در صورت انتقال حق پیش فروشنده پایمال نشود از این نوع مسئولیت استفاده نموده است.

گفتار سوم - تعهدات پیش فروشنده

الف - اخذ پروانه ساخت و بیمه مسئولیت و تأیید وزارت مسکن مبنی بر حداقل ده درصد پیشرفت عملیات ساختمانی

این شرایط، در واقع همان شرایط اختصاصی صحت قراردادهای پیش فروش ساختمان هستند که شرح آنها گذشت.

نکته مهم آن است که قانونگذار در ماده ۲۳ لایحه پیش فروش ساختمان برای عدم رعایت موارد اخذ پروانه ساخت و انعقاد قرارداد پیش از حداقل ۱۰ درصد پیشرفت عملیات ساختمانی ضمانت اجرا در نظر گرفته است که این ضمانت اجراء، هم مدنی است و هم کیفری و یک ضمانت اجرای ترکیبی به حساب می آید.

در قسمت ضمانت اجرای مدنی، صحبت از استرداد مال و اسناد و وجوه به ذی حق و جبران خسارات وارده است و در قسمت ضمانت اجرای کیفری، ۶ ماه تا ۳ سال

حبس در نظر گرفته شده است.

ب - انجام تعهد (تکمیل بنا) ظرف مدت مقرر

مسلماً مهمترین تعهد پیش‌فروشنده، تکمیل ساختمان مورد نظر و تحویل آن به پیش‌خریدار است. حال به هر دلیلی ممکن است در ایفای تعهد، خللی عارض شود. این خلل ممکن است به دو صورت باشد؛ یعنی ممکن پیش‌فروشنده به طور کلی از ایفای تعهد سرباز زند و یا آنکه تعهد خود را ناقص انجام دهد.

در این فرض، پیش‌فروشنده یا شرکت سازنده از اجرای تعهدات خویش امتناع ورزیده و یا به رغبت آن را اجرا نمی‌کند.

به نظر می‌رسد در این گونه موارد، خریدار پس از گذشت زمان مشخص شده در قرارداد و مواعد مقرر، می‌تواند قرارداد را فسخ نموده و خسارات ناشی از عدم انجام تعهد را حسب مقررات مندرج در قواعد عمومی از جمله مواد ۲۲۱ و ۲۲۶ قانون مدنی از فروشنده بخواهد؛ چرا که بر طبق قواعد عمومی، قدرت اجبار کننده و الزام کننده قرارداد، طرفین را ملزم و متعهد به اجرای تعهدات ناشی از قرارداد می‌کند و لذا هر یک از طرفین قرارداد بایستی نسبت به تعهدات خویش پایبند بوده و در اجرای آن اهتمام ورزند.

ماده ۲۱۹ قانون مدنی نیز مبین همین قاعده است که اشعار می‌دارد: «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع است مگر آنکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود».

لایحه جدید پیش‌فروش نیز بیان می‌دارد که چنانچه پیش‌فروشنده ظرف مهلت مندرج در قرارداد، تعهدات خود را به انجام نرساند، مسئول خسارات وارده به پیش‌خریدار خواهد بود. تمدید مهلت انجام تعهد فقط با تراضی طرفین ممکن است، ولی مانع از دریافت خسارت تأخیر در انجام تعهد نیست.

ج - تهیه گواهی انطباق بنا با قرارداد

پیش فروشنده پس از اتمام ساخت باید نسبت به تهیه گواهی انطباق بنا با قرارداد که حسب مورد توسط مهندس ناظر یا کارشناس مذکور در آیین نامه اجرایی این قانون صادر می شود اقدام نماید مگر اینکه پیش خریدار رسماً این انطباق را تصدیق نماید.

در واقع نمی توان ساختمان ایجاد شده را به پیش خریدار تحمیل کرد. معمولاً پیش خریدار که به دنبال سرپناهی برای خویش است پس از اتمام ساختمان مجبور است که آنرا بپذیرد و حتی اگر ایرادی نسبت به عدم انطباق ساختمان موجود با ساختمان مد نظر طرفین داشته باشد، معمولاً از آن صرف نظر می کند مگر آنکه ایراد بزرگی باشد.

در لایحه حمایتی پیش فروش ساختمان، این وظیفه بر عهده پیش فروشنده قرار گرفته است تا وی شخصاً اقدام به اخذ گواهی انطباق بنا با قرارداد نماید و از این لحاظ، خاطر خریدار، راحت باشد.

د - الزام به رفع نقص

قبل از ورود به بحث ذکر توضیحی لازم به نظر می رسد و آن اینکه لایحه پیش فروش ساختمان، تحویل موضوع قرارداد - یعنی ساختمان - را در دو مقطع زمانی بررسی می کند. یکی قبل از دوره تحویل موقت و دیگری بعد از آن.

هر چند در لایحه مزبور بحثی در مورد چگونگی تعیین دوره تحویل موقت نشده ولی چنین به نظر می رسد که این دوره یک دوره عرفی است و در واقع دوره ای است که پیش خریدار به صورت امتحانی و اختیاری از ساختمان مزبور استفاده می کند. این امتحان بدان معنا نیست که اگر پیش خریدار ساختمان را نپسندید بتواند آن را پس دهد و وجوه خویش را مسترد دارد بلکه بدان معناست که در این دوره به پیش خریدار مهلت داده می شود که نسبت به عیوب مخفی و آشکار مجموعه تحویل شده

اظهار اعتراض نماید.

در این دوره، پیش‌خریدار با بهره‌برداری از ساختمان موضوع قرارداد، می‌تواند به عیوب ظاهری و باطنی ساختمان تا حدودی پی‌ببرد. پس از اتمام این دوره قانونگذار در صورت عدم اعتراض پیش‌خریدار به عیوب ظاهری و آشکار؛ این سکوت وی را رضایت او نسبت به عیوب آشکار احتمالی می‌داند و پس از اتمام این دوره دیگر دعوی در مورد عیوب آشکار، مسموع نخواهد بود.

ملاک تشخیص عیوب ظاهری و باطنی (آشکار و مخفی) علی‌الظاهر خود قاضی است که قاعدتاً از کارشناس فن استفاده می‌کند و به نظر می‌رسد که این دوره و مدت آن را عرف معین می‌کند.

در همین راستا، لایحه مزبور اشعار می‌دارد که چنانچه در دوره تحویل موقت، معلوم شود که ضوابط قانونی در احداث بنا رعایت نگردیده یا ساختمان با اوصاف قراردادی منطبق نبوده و یا دارای هر گونه عیبی اعم از مخفی و آشکار است، پیش‌خریدار می‌تواند الزام پیش‌فروشنده را به رفع نقص و انطباق آن با اوصاف قانونی یا قراردادی درخواست نماید یا قرارداد را فسخ یا مطالبه خسارت کند.

در این لایحه سه ضمانت اجراء در نظر گرفته شده است. یعنی یا بایستی رفع نقص شود یا قرارداد فسخ شود و یا مطالبه خسارت شود.

اما پس از اتمام دوره تحویل موقت، باز هم پیش‌فروشنده ضامن است ولی فقط نسبت به عیوب مخفی موجود در بنا که در صورت وجود این عیب، پیش‌خریدار می‌تواند پیش‌فروشنده را ملزم به رفع عیب نماید یا عقد را فسخ یا ارش اختیار کند.

این ضمانت اجراء شبیه به ماده ۴۲۲ قانون مدنی در مورد خیار عیب است که بیان می‌دارد: «اگر بعد از معامله ظاهر شود که مبیع معیوب بوده، مشتری مختار است در قبول مبیع معیوب یا اخذ ارش یا فسخ معامله». که این لایحه علاوه بر اخذ ارش یا فسخ

معامله، ضمانت اجرای دیگری با عنوان الزام پیش فروشنده به رفع نقص را نیز پیش بینی کرده است.

۵- استرداد مبلغ مازاد، اگر مساحت کمتر شود

ماده ۳۸۴ قانون مدنی در بحث تسلیم مبیع عنوان می‌دارد که هر گاه در حال معامله مبیع از حیث مقدار معین بوده و در وقت تسلیم کمتر از آن مقدار درآید، مشتری حق دارد بیع را فسخ کند یا قیمت موجود را با تأدیه حصه‌ای از ثمن به نسبت موجود قبول نماید و اگر مبیع زیاده از مقدار مبیع باشد، زیاده مال بایع است. لایحه پیش فروش ساختمان نیز بیان می‌دارد در صورتی که مساحت بنا براساس صورت مجلس تفکیکی، کمتر از مقدار مشخص شده در قرارداد باشد پیش خریدار می‌تواند مبلغ پرداختی مازاد را مسترد یا قرارداد را فسخ نماید.

اما چنانچه مساحت بنا بیش از مقدار مشخص شده در قرارداد باشد پیش خریدار می‌تواند اضافه مساحت را با پرداخت ما به التفاوت به نسبت ثمن معامله تملک کند یا قرارداد را فسخ نماید. در حالت اخیر پیش فروشنده حق فسخ قرارداد را ندارد. در واقع چنانچه مساحت ساختمان بیشتر شود، این اشتباه ناشی از اقدام خود پیش فروشنده بوده و نمی‌تواند پس از احراز مقدار دقیق مساحت، معامله را فسخ نماید.

و- رعایت نرخ تورم در جبران خسارت

بعضاً دعاوی مربوط به ساختمان‌ها و پیش فروش آنها، بیش از ده سال به طول می‌انجامد. در جامعه کنونی نیز نرخ تورم رقم قابل توجهی را به خود اختصاص داده است.

نمی‌توان انتظار داشت که پیش فروشنده‌ای که در اثر اهمال خود، در سال‌های پیش، خسارات متعددی را برای پیش خریدار به بار آورده و بعضاً رقم‌های چند صد میلیونی را بلوکه کرده، حال همان مبلغ را براساس ارزش همان سالیان گذشته به پیش خریدار مسترد دارد.

همین اتفاق در مسأله پرداخت مهریه در عقد نکاح نیز افتاده است. ازدواج‌هایی که شاید پنجاه سال پیش رخ داده، مهریه کنونی آنها اگر بدون رعایت نرخ تورم محاسبه شود، شاید کفاف پول روزانه یک کودک امروزی را ندهد!

در همین راستا، لایحه پیش‌فروش ساختمان چنین اشعار می‌دارد که در تمام مواردی که پیش‌خریدار قرارداد را فسخ می‌نماید - که این فسخ معمولاً ناظر به اهمال یا تقصیر پیش‌فروشنده است - پیش‌فروشنده باید تمام مبالغ دریافتی را براساس تغییر شاخص قیمت‌های اعلامی توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی در هنگام پرداخت به علاوه سایر خسارات قانونی به پیش‌خریدار مسترد دارد.

ز- تکلیف به بیمه نمودن مسئولیت تضامنی

همان‌طور که سابقاً مطرح شد مسئولیت تضامنی در حقوق ایران، یک مسئولیت استثنایی است، بدین معنا که اصل بر مسئولیت نسبی بوده و مسئولیت تضامنی بر خلاف اصل است فلذا محتاج نص می‌باشد.

لایحه پیش‌فروش ساختمان نیز علاوه بر پیش‌فروشنندگان، پیمانکاران را نیز مسئول شناخته است؛ چه اینکه معمولاً این پیمانکاران هستند که با پیش‌فروشنندگان قرارداد ساخت منعقد می‌کنند و در مواردی علی‌رغم میل و تلاش پیش‌فروشنندگان برای اتمام سازه، پیمانکاران پیمان شکنی کرده و موضوع تعهد را به اتمام نمی‌رسانند. در این‌گونه موارد فقط پیش‌فروشنندگان در مقابل پیش‌خریداران مسئول و مقصر شناخته می‌شدند. ولی لایحه مزبور پیش‌بینی نموده که هم پیش‌فروشنندگان و هم پیمانکاران در قبال خسارات ناشی از عیب بنا و تجهیزات آن و نیز خسارات ناشی از عدم رعایت ضوابط قانونی، در برابر پیش‌خریدار و اشخاص ثالث، مسئولیت مطلق و تضامنی دارند و علاوه بر این، مکلف هستند تا این مسئولیت تضامنی خود را، از این جهت، بیمه نیز بنمایند تا این بیمه، باز هم بتواند محمل آسایش خاطر پیش‌خریدار را در

انعقاد قرارداد فراهم کند.

ح - افتتاح حساب بانکی

همیشه پیش خریداران به دنبال آن هستند که به نحوی از آینده قرارداد خود و همچنین از کیفیت رد و بدل اموال و وجوه خویش مطمئن شوند و معمولاً این اطمینان با دخالت شخص ثالث معتبری به وجود می‌آید. لزوم ثبت اولیه قرارداد پیش فروش ساختمان نزد دفاتر اسناد رسمی نیز، یکی از اسباب این اطمینان خاطر است.

لایحه پیش فروش جهت بسترسازی برای این اطمینان و اعتبار پیش بینی نموده است که پیش فروشندگان می‌بایست نزد یکی از بانک‌های داخلی، حسابی افتتاح نموده و کلیه وجوه پیش خریداران نیز بایستی به همان حساب واریز شود.

بانک مزبور نیز موظف است برای دریافت اقساط از پیش خریداران، دفترچه اقساطی صادر نماید.

به این طریق قانونگذار حق وصول مستقیم هر گونه وجه نقد از پیش خریدار را توسط پیش فروشنده سلب نموده است. برای رعایت این قانون، این لایحه ضمانت اجرای مدنی و کیفری نیز در نظر گرفته است که شرح آن سابقاً بیان شد.

حتی چنانچه دعوایی نیز در رابطه با قرارداد مزبور و حساب‌های مالی مرتبط با آن در دادگاه اقامه شود، اسناد بانکی به راحتی در دادگاه قابل استناد هستند و این خود از بررسی‌های بیشتر و اطاله دادرسی، جلوگیری می‌کند.

ط - اخذ مجوز انتشار آگهی قبل از تبلیغات

در دنیای امروزه که به تعبیری دنیای جنگ تبلیغاتی است، خواسته و یا ناخواسته، درست و یا نادرست؛ باید تمهیدی برای تبلیغات در نظر گرفت. تبلیغات که امروزه عامل بسیار مهمی در جلب نظر دیگران و دعوت به معامله به شمار می‌رود، چنان تأثیری بر روند قراردادها و حتی معاملات کوچک روزمره گذاشته که حتی در بسیاری از موارد، تبلیغات به خودی خود، در یک معامله مشخص عامل تدلیس و

فریب طرف مقابل به شمار می آید.

اغلب مردم نیز از ظرایف و دقایق فنی و امور ساختمانی بی اطلاع بوده که گاه با تبلیغات دهان پر کن و گسترده می توان مالی را بسیار بیش از آنچه بها دارد، ارزشمند جلوه داد و ساختمانی معیوب را سازه ای مرغوب معرفی کرد.

در همین راستا لایحه پیش فروش ساختمان مقرر می دارد که پیش فروشنده قبل از هر گونه اقدام جهت تبلیغ و آگهی پیش فروش در مطبوعات و رسانه های گروهی و وسایل ارتباط جمعی و سایت های اینترنتی، مجوز انتشار آگهی را از مراجع ذیصلاح که در آیین نامه اجرایی این قانون مشخص می شود، اخذ و ضمیمه درخواست آگهی به مطبوعات و رسانه های یاد شده ارائه نماید. شماره و تاریخ این گواهی باید در آگهی درج و به اطلاع عموم رسانده شود.

مطبوعات و رسانه های مذکور نیز قبل از دریافت مجوز یاد شده حق درج و انتشار آگهی پیش فروش را ندارند.

در ضمن برای رعایت این مقرره، لایحه مزبور باز هم ضمانت اجرای کیفری و مدنی در نظر گرفته است که به نظر می رسد کار صحیحی باشد؛ چه اینکه امروزه صرف تبلیغ یک کالا از ناحیه رسانه های عمومی، موجب اطمینان برای مردم است که اگر عده ای درصدد سوء استفاده از این اعتماد ملی باشند، در واقع موجبات بدبینی مردم را به کل جامعه و دولت فراهم آورده اند.

ی - ممنوعیت انتقال عین یا منفعت آن به دیگری

در واقع کسانی که ماهیت قراردادهای پیش فروش ساختمان را صرفاً تعهد می دانند و تعهد اصلی فروشنده را تعهد به بیع در آینده می دانند، در مورد انتقال ساختمان توسط فروشنده به دیگری، آن را صحیح دانسته و چنین استدلال می کنند که چون فروشنده ساختمان را به خریدار نفروخته و صرفاً تعهد نموده است که آن را

با مشخصات قراردادی ساخته و سپس به خریدار بفروشد، لذا خریدار مالکیتی نسبت به ساختمان موضوع قرارداد نداشته و چون فروشنده را مالک ساختمان می‌دانند، لذا انتقال ساختمان توسط فروشنده را صحیح دانسته و از فرض انتقال مال غیر جدا می‌دانند. اما در مقابل کسانی که معتقدند قرارداد پیش فروش ساختمان بیع بوده و آثار بیع را دارد، خریدار را مالک ساختمان دانسته و انتقال آن را توسط فروشنده، انتقال مال غیر محسوب نموده و در واقع عدم اجرای عمدی تعهدات در مقابل خریدار می‌دانند و فروشنده با این اقدام خود، نسبت به موضوعی که حق خریدار است و خریدار نسبت به آن حق مالکیت دارد، سوء استفاده می‌کند و لذا انتقال آپارتمان به غیر بدون رضای خریدار صحیح نمی‌باشد.

به طور معمول دلیل اقدام فروشنده به انتقال ساختمان زمانی است که قیمت ساختمان فروخته شده در اثر افزایش قیمت مصالح و تورم، نسبت به میزان ثمن قراردادی، چند برابر شده باشد و این طمع ورزی منجر به تخلف از قرارداد گردیده و فروشنده با زیر پا نهادن تعهدات قراردادی خویش، موجبات عدم اجرای قرارداد را فراهم می‌کند و اقدام به انعقاد معامله معارض و سوء استفاده از حق نموده و این نقض آشکار قرارداد و تخلف از انجام تعهدات قراردادی است.

رویه محاکم قضایی در برخورد با چنین مواردی آن است که در صورت استحقاق خریدار و ملاحظه قرارداد پیش فروش، رأی بر ابطال قرارداد فروش به غیر داده و فروشنده را ملزم به تحویل ساختمان به خریدار خواهان می‌نمایند. در این خصوص رأیی از شعبه ۲۲ دیوان عالی کشور به تاریخ ۱۳۶۹/۶/۱۲ صادر گردیده است.

در همین راستا لایحه پیش فروش ساختمان نیز عنوان می‌دارد که فروشنده تا قبل از انتقال رسمی به پیش خریدار نمی‌تواند بدون رضایت او و یا قائم مقام وی، موقعیت

قراردادی یا تمام و یا بخشی از حقوق خود را عیناً یا منفعتاً به شخص ثالث واگذار نماید. چنین انتقالی غیر نافذ است.

س - انجام کلیه اقدامات جهت انتقال قطعی به پیش‌خریدار

یکی دیگر از تعهدات اصلی فروشنده آن است که ساختمان پیش‌فروش شده را به طور رسمی با تنظیم سند در دفترخانه به نام خریدار انتقال دهد. معمول در این نوع قراردادها آن است که تنظیم سند رسمی پس از تحویل ساختمان به خریدار صورت می‌گیرد و با توجه به اینکه ساختمان نوساز بوده لذا تنظیم سند رسمی نسبت به این نوع ساختمان‌ها منوط به رعایت یک سری تشریفات و تهیه مقدمات از سوی فروشنده می‌باشد از جمله اخذ گواهی پایان کار، مفاصاحساب مالیاتی و عوارض نوسازی و... که در ذیل به این موارد اشاره می‌کنیم:

۱ - اخذ گواهی پایان کار از شهرداری محل

۲ - اخذ مفاصاحساب نوسازی

۳ - اخذ مفاصاحساب مالیاتی (اخذ گواهی موضوع ماده ۱۸۷ قانون مالیات‌های

مستقیم)

۴ - اعطای تسهیلات و وام بانکی

جمع بندی، نتیجه گیری و پیشنهادها

در این نوشته سعی بر آن بود تا در حد بضاعت ماهیت حقوقی این قراردادها و شرایط انعقاد آن و آثاری که به دنبال دارد، با نقد لایحه مزبور مورد مطالعه قرار گیرد. همان طور که ملاحظه شد بدین نتیجه دست یافتیم که ماهیت این گونه قراردادها بیع بوده و همان آثار بیع را به دنبال دارد. هرچند در قانون مدنی، این نوع عقد بیع دقیقاً مورد بحث قرار نگرفته است، سال‌های متمادی است که عرف به این معاملات پرداخته و آثار بیع را بر آن حمل می‌کند و از طرفی این عرف با شرع و قانون مخالفتی ندارد تا بتوان مدعی بطلان این نظر عرفی شد.

نیز اگرچه مبیع در قرارداد پیش فروش ساختمان نه عین معین است و نه کلی در معین با تعاریف حقوقی حاضر به نظر می‌رسد باید این نوع معامله را نوع جدیدی از بیع دانست که شرح آن در متن آمده است.

نهایتاً عرف این قراردادها - که با تصویب قانون حمایتی پیش فروش ساختمان به صورت اجباری درخواهد آمد - علاوه بر شرایط عمومی صحت قراردادها، شرایط اختصاصی دیگری را نیز برای طرفین در نظر می‌گیرد که هر یک از آنها نیز در جای خود مورد بحث قرار گرفت.

امید است که با تهیه دستورالعمل اجرایی دقیق این لایحه، گامی در جهت نظام صحیح قضایی برداشته و از حجم پرونده‌های فراوان موجود در رابطه با قراردادهای پیش فروش آپارتمان در مراجع قضایی کاسته شود.

در پایان نیز می‌توان با مقایسه پیش نویس لایحه پیش فروش ساختمان و لایحه حاضر مصوب در هیأت دولت، پیشنهادها و ظرائفی را استخراج نمود که به شرح زیر است:

پس از دسترسی به متن اولیه و پیش نویس قانون پیش فروش آپارتمان و مطالعه آن و مقایسه مفاد آن با لایحه حاضر، ذکر نکاتی چند - که بعضاً به صورت پیشنهاد عرض می‌شود - مناسب است:

در پیش نویس مزبور، قرارداد پیش فروش به دو صورت در نظر گرفته شده است: یکی به شکل بیع به وعده و دیگری بیع با انتقال تدریجی مالکیت که برای هر یک مقررات ویژه‌ای در نظر گرفته شده است.

در واقع، در صورت اول، قرارداد پیش فروش عقد بیعی است که به موجب آن فروشنده قدر السهم از زمین و اعیانی موجود در زمان بیع را به خریدار منتقل می‌کند و متعهد می‌گردد ساختمان را ظرف مدت معینی احداث و به خریدار تسلیم کند. در

این نوع بیع، ساختمان به محض صدور گواهینامه تکمیل بنا در مقابل بخش حال شده ثمن، به خریدار منتقل می‌شود که فروشنده حق انتقال آن را قبل از صدور گواهی ندارد.

اما در حالت دوم، قرارداد پیش‌فروش عقد بیعی است که به موجب آن، فروشنده قدر السهم از زمین و اعیانی موجود در زمان بیع را به خریدار منتقل می‌کند و متعهد می‌گردد ساختمان را ظرف مدت معینی احداث و به خریدار تسلیم کند. مالکیت قسمت‌هایی که احداث می‌شوند، به تدریج به خریدار انتقال یافته و خریدار نیز متعهد می‌شود ثمن معامله را مطابق شرایط و ترتیب مقرر در این قانون پرداخت نماید.

اما در لایحه مصوب ۵۸/۹/۹ هیأت دولت، به صراحت عنوان نشده که کدام یک از حالات فوق را برگزیده است ولی به نظر می‌رسد که برای تمام قراردادهای، قالب واحدی ارائه کرده باشد.

از منظری که این لایحه سعی نموده قالب واحدی ارائه کند و متعاملین را دچار تشتت ننماید و رسیدگی به پرونده‌ها را مشکل‌تر نسازد، ظاهراً اقدام مناسبی صورت گرفته است اما از آن دیدگاه که صراحتاً نوع و آثار قرارداد را بیان نکرده، دچار ضعف است.

همچنین در پیش‌نویس، فروشنده را متعهد تکمیل بنا می‌داند و وی را مسئول جبران خسارات وارده در اثر اهمال در انجام وظیفه‌اش می‌شناسد مگر اینکه ثابت کند قوه قاهره مانع انجام تعهدات او شده است اما در لایحه حاضر، بحثی از قوه قاهره نیست. نکته قابل توجه آن است که اصلاً افزایش هزینه‌ها مصداق قوه قاهره نیست.

نیز در لایحه پیش‌فروش ساختمان، برای تحویل ساختمان دو دوره مورد نظر قرار گرفته است. یکی دوره تحویل موقت و دیگری دوره پس از تحویل موقت که در

دوره تحویل موقت، پیش فروشنده ملزم به رفع نواقص مخفی و آشکار بنا می‌باشد ولی پس از این دوره فقط مسئول رفع نواقص مخفی خواهد بود.

این تقسیم بندی در پیش نویس لایحه وجود نداشته ولی جای این سؤال باقی است که ملاک زمانی برای تشخیص اتمام دوره موقت چیست؟ اگر این ملاک، عرف در نظر گرفته شده و یا حتی نظر کارشناس، باید چنین اظهار داشت که به هر حال این احاله به آینده، موجب اطاله دادرسی خواهد بود و حتی ممکن است در نوع خود، موجب اختلاف متعاملین نیز شود.

دیگر آنکه در پیش نویس عنوان شده است که چنانچه مساحت بنا، براساس صورت مجلس تفکیکی کمتر از مقدار مشخص شده در قرارداد باشد، خریدار می‌تواند بخش مربوط از ثمن را به علاوه ده درصد مسترد یا تمام بیع را فسخ نماید و در صورت فسخ بیع نیز، پیش فروشنده بایستی تمام ثمن را به علاوه ۵۱٪ به خریدار پرداخت نماید.

در لایحه حاضر، پیش خریدار صرفاً می‌تواند مبلغ پرداختی مازاد را مسترد یا قرارداد را فسخ نماید. اما در صورت فسخ، پیش فروشنده باید تمام مبالغ پرداختی را براساس تغییر شاخص قیمت‌های اعلامی توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی در هنگام پرداخت به علاوه سایر خسارات قانونی به پیش خریدار مسترد نماید.

همچنین به نظر می‌رسد که شیوه پیشنهادی توسط لایحه حاضر، درست تر باشد. چه اینکه ممکن است دعوایی بیش از ده سال به طول بینجامد و پرداخت ۱۰ درصد کفاف ضررهای پیش خریدار را ندهد. به هر حال، ضریب اعلامی توسط بانک مرکزی، به عدالت نزدیک تر است.

در پیش نویس لایحه، مباحثی همچون تمهیدات لازم جهت تبلیغات در رسانه‌ها،

قابلیت یا عدم قابلیت توقیف و تأمین عرصه و اعیان و مبالغ واریزی از سوی پیش خریدان قبل از انتقال رسمی ساختمان توسط پیش فروشندگان، نیز مغفول واقع شده است.

نیز در لایحه پیش فروش برای اشخاصی که بدون اخذ پروانه ساخت یا بدون تنظیم سند رسمی یا بدون افتتاح حساب بانکی یا پیش از حداقل ۱۰ درصد پیشرفت عملیات ساختمانی، اقدام به پیش فروش ساختمان نمایند و یا بدون اخذ مجوزهای لازم، اقدام به درج آگهی نمایند، هم ضمانت اجرای مدنی در نظر گرفته است و هم ضمانت اجرای کیفری در حالی که در پیش نویس، بحثی از ضمانت اجرای کیفری نیست.

به نظر می رسد اگر با دید قضازدایی و جرم زدایی به قوانین بنگریم، بهتر است حتی الامکان از مجازات حبس استفاده نشود. علی الخصوص در دعاوی مدنی که معمولاً مجازات حبس، مشکلی از مشکلات متضرر را حل نخواهد کرد.

نکته آخر آنکه، آنچه مهمتر از هر چیزی به نظر می رسد، نحوه و کیفیت تنظیم آیین نامه اجرایی قانون پیش فروش ساختمان است که طبق ماده ۷۲ این لایحه، مقرر است که ظرف مدت سه ماه از تاریخ تصویب، توسط وزارت دادگستری با همکاری وزارت مسکن و شهرسازی و سازمان ثبت اسناد و املاک تهیه شده و به تصویب رئیس قوه قضائیه برسد.

دستورالعمل اجرایی در واقع همان کیفیت تعامل قانون با بدنه اجتماع است که می بایست بسیار ظریف و دقیق و منعطف، تهیه شود تا با رفع مشکلات حاضر، از ایجاد چالش های ناشناخته نیز، حتی المقدور جلوگیری کند که این مستلزم دقت نظر دست اندرکاران محترم آن خواهد بود. متن لایحه پیش فروش ساختمان در ذیل درج می گردد:

لایحه پیش‌فروش ساختمان
(مصوب ۱۳۸۵/۹/۹ هیأت دولت)

فصل اول - قرارداد پیش‌فروش

ماده ۱- هر قراردادی از قبیل بیع، صلح، اجاره به شرط تملیک که در نتیجه آن یکی از طرفین متعهد به ساخت یا تکمیل بنا در زمین معینی باشد که حداقل، مالک قسمتی از آن است و یا در ازای انجام تعهد، مالک قسمتی از ساختمان می‌شود قرارداد پیش‌فروش ساختمان محسوب و مشمول مقررات این قانون است.

ماده ۲- در قرارداد پیش‌فروش باید مشخصات فنی و معماری ساختمانی که فروخته می‌شود از قبیل موقعیت و مساحت کل عرصه و زیربنا، تعداد طبقات، نما، نوع مصالح و اسکلت، سیستم گرمایش و سرمایش، قسمت‌های مشترک، مشخصات دیگری که در پروانه ساخت معین شده و سایر اوصافی که عرفاً در قیمت مؤثرند مشخص گردد.

واحدی که پیش‌فروش می‌شود نیز باید معلوم و معین گردد و اوصاف و امکانات آن از قبیل مساحت کل واحد، شماره طبقه و شماره واحد، تعداد اتاق‌ها و مساحت هر یک از آنها، نوع مصالح داخل واحد، کاشی‌ها، کف و سقف واحد، پارکینگ، انباری و سایر مواردی که در پروانه ساخت قید شده و یا عرفاً در قیمت مؤثر است، مشخص گردد.

ماده ۳- پیش‌فروش و انتقالات بعدی ساختمان باید با تنظیم سند رسمی نزد دفاتر اسناد رسمی صورت گیرد.

ماده ۴- انعقاد قرارداد پیش‌فروش منوط به رعایت شرایط ذیل است:

الف) اخذ پروانه ساخت

ب) اخذ بیمه مسئولیت (موضوع ماده ۱۲ این قانون)

ج) تأییدیه وزارت مسکن و شهرسازی مبنی بر حداقل ۱۰ درصد پیشرفت

عملیات ساختمانی.

تبصره ۱- قرارداد پیش‌فروش باید مطابق با نمونه قرارداد پیش‌بینی شده در آیین نامه اجرایی این قانون باشد.

تبصره ۲- در قراردادهای مشارکت در ساخت رعایت شرط مذکور در بند (ج) ضروری نیست.

ماده ۵- تنظیم قرارداد پیش‌فروش نزد دفاتر اسناد رسمی بدون پرداخت حق الثبت و بدون ارائه گواهی مالیاتی و عوارض شهرداری صرفاً در قبال دریافت حق التحریر سند غیرمالی صورت می‌گیرد.

فصل دوم - تعهدات طرفین

ماده ۶- چنانچه پیش‌فروشنده ظرف مهلت مندرج در قرارداد تعهدات خود را به انجام نرساند مسئول خسارات وارده به پیش‌خریدار خواهد بود.

تمدید مهلت انجام تعهد فقط با تراضی طرفین ممکن است؛ ولی مانع از دریافت خسارت تأخیر در انجام تعهد نیست.

ماده ۷- پیش‌فروشنده پس از اتمام ساخت باید نسبت به تهیه گواهی انطباق بنا با قرارداد که حسب مورد توسط مهندس ناظر یا کارشناس مذکور در آیین نامه اجرایی این قانون صادر می‌شود اقدام نماید، مگر این که پیش‌خریدار رسماً این انطباق را تصدیق نماید.

ماده ۸- چنانچه در دوره تحویل موقت معلوم شود ضوابط قانونی در احداث بنا رعایت نگردیده یا ساختمان با اوصاف قراردادی منطبق نبوده و یا دارای هرگونه عیبی اعم از مخفی و یا آشکار است، پیش‌خریدار می‌تواند الزام پیش‌فروشنده را به رفع نواقص و انطباق آن با اوصاف قانونی یا قراردادی درخواست نماید یا قرارداد را فسخ یا مطالبه خسارت کند.

ماده ۹- در صورتی که مساحت بنا براساس صورت مجلس تفکیکی کمتر از مقدار مشخص شده در قرارداد باشد پیش خریدار می تواند مبلغ پرداختی مازاد را مسترد یا قرارداد را فسخ نماید.

اما چنانچه مساحت بنا بیش از مقدار مشخص شده در قرارداد باشد پیش خریدار می تواند اضافه مساحت را با پرداخت مابه التفاوت به نسبت ثمن معامله تملک نماید یا قرارداد را فسخ کند. در حالت اخیر پیش فروشنده حق فسخ قرارداد را ندارد.

ماده ۱۰- پس از اتمام دوره تحویل موقت، پیش فروشنده ضامن عیوب مخفی موجود در بناست. در صورت وجود عیب پیش خریدار می تواند پیش فروشنده را ملزم به رفع عیب نماید یا عقد را فسخ یا ارش اختیار نماید.

ماده ۱۱- در تمامی مواردی که پیش خریدار قرارداد را فسخ می نماید پیش فروشنده باید تمام مبالغ پرداختی را براساس تغییر شاخص قیمت های اعلامی توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی در هنگام پرداخت به علاوه سایر خسارات قانونی به پیش خریدار مسترد نماید.

ماده ۱۲- پیش فروشندگان و پیمانکاران در قبال خسارات ناشی از عیب بنا و تجهیزات آن و نیز خسارات ناشی از عدم رعایت ضوابط قانونی، در برابر پیش خریدار و اشخاص ثالث، مسئولیت مطلق و تضامنی دارند و مکلفند مسئولیت خود را از این جهت بیمه نمایند.

ماده ۱۳- پیش فروشنده مکلف است نزد یکی از بانک های داخلی حساب بانکی افتتاح نماید. کلیه وجوه پیش خریداران باید به آن حساب واریز گردد. بانک مزبور موظف است برای دریافت اقساط از پیش خریداران دفترچه اقساطی صادر نماید. پیش فروشنده حق وصول مستقیم وجه از پیش خریدار را ندارد.

ماده ۱۴- بانک ها مجازند به پیش خریداران، تسهیلات خرید بدهند، در این

صورت وجه تسهیلات از طرف پیش خریدار توسط بانک به حساب پیش فروشنده یاد شده واریز و سند مالکیت عرصه و اعیانی احداثی یا ضمانت نامه های صادره از سوی بانک یا موسسات بیمه حسب مورد رهن و وثیقه گرفته می شود.

دستورالعمل اجرایی این ماده توسط بانک مرکزی و با همکاری وزارت مسکن و شهرسازی تهیه و ابلاغ خواهد شد.

ماده ۱۵- عرصه و اعیان و مبالغ واریز شده به حساب بانکی تا میزان ارزش طلب پیش خریداران قبل از انتقال رسمی ساختمان به پیش خریداران به نفع پیش فروشنده و یا طلبکاران او قابل توقیف و تامین نیست.

ماده ۱۶- در پیش فروش ساختمان نحوه پرداخت اقساط ثمن براساس توافق طرفین خواهد بود ولی حداقل ۱۵ درصد از ثمن همزمان با تنظیم سند قطعی قابل وصول خواهد بود و طرفین نمی توانند بر خلاف آن توافق کنند.

ماده ۱۷- پرداخت هر یک از اقساط ثمن منوط به تأیید پیشرفت کار مطابق شرایط قرارداد توسط مهندس ناظر است مگر آن که طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند.

ماده ۱۸- هرگاه پیش خریدار تعهدات خود را انجام دهد ولی پیش فروشنده پس از پایان ساختمان از تنظیم سند رسمی به هر دلیل امتناع نماید، پیش خریدار می تواند با مراجعه به دفتر اسناد رسمی و ارائه تأییدیه بانک مبنی بر پرداخت تمامی ثمن به قائم مقامی از طرف پیش فروشنده سند انتقال را تنظیم و امضا نماید. دفاتر اسناد رسمی مکلفند هنگام تنظیم سند پیش فروش یا انتقالات بعدی این موضوع را در سند تصریح نمایند.

ماده ۱۹- اگر قرارداد متضمن شرط حق فسخ برای پیش فروشنده، در صورت عدم پرداخت ثمن باشد، پس از رسیدن موعد پرداخت و امتناع پیش خریدار، پیش فروشنده باید مراتب را کتباً به دفترخانه تنظیم کننده سند اعلام کند، دفترخانه مکلف

است ظرف مهلت ۲ روز به پیش خریدار اخطار نماید تا ظرف مهلت ۵ روز نسبت به پرداخت دین اقدام کند. در صورت عدم پرداخت دین در مهلت مذکور پیش فروشنده حق فسخ قرارداد را دارد.

ماده ۲۰- پیش فروشنده تا قبل از انتقال رسمی به پیش خریدار نمی تواند بدون رضایت او و یا قائم مقام او موقعیت قراردادی یا تمام و یا بخشی از حقوق خود را عیناً یا منفعتاً به شخص ثالث واگذار نماید. چنین انتقالی غیر نافذ است.

ماده ۲۱- پیش خریدار نمی تواند بدون رضایت پیش فروشنده حقوق خود نسبت به ساختمان پیش خریداری شده را جزئاً یا کلاً به دیگری منتقل نماید در غیر این صورت پیش خریدار و منتقل الیه به طور تضامنی عهده دار پرداخت ثمن خواهند بود.

ماده ۲۲- پیش فروشنده باید قبل از هر گونه اقدام جهت تبلیغ و آگهی پیش فروش در مطبوعات و رسانه های گروهی و وسایل ارتباط جمعی و سایت های اینترنتی مجوز انتشار آگهی را از مراجع ذی صلاح که در آیین نامه اجرایی این قانون مشخص می شود، اخذ و ضمیمه در خواست آگهی به مطبوعات و رسانه های یاد شده ارائه نماید. شماره و تاریخ این گواهی باید در آگهی درج و به اطلاع عموم رسانده شود.

مطبوعات و رسانه های مذکور قبل از دریافت مجوز یاد شده حق درج و انتشار آگهی پیش فروش را ندارند.

فصل سوم - سایر مقررات

ماده ۲۳- اشخاصی که بدون اخذ پروانه ساخت یا بدون تنظیم سند رسمی یا بدون افتتاح حساب بانکی یا پیش از حداقل ۱۰ درصد پیشرفت عملیات ساختمانی اقدام به پیش فروش ساختمان نمایند و یا بدون اخذ مجوز های لازم اقدام به درج آگهی

نمایند، علاوه بر رد مال و اسناد و وجوه به صاحبش و جبران خسارات وارده به حبس از ۶ ماه تا ۳ سال محکوم می گردند. تعقیب متهم منوط به شکایت شاکی خصوصی و یا شکایت وزارت مسکن و شهرسازی است که در مورد شاکی خصوصی با گذشت وی تعقیب یا اجرای حکم موقوف می گردد.

ماده ۲۴- پروانه کسب مشاورین املاکی که به تنظیم قراردادهای پیش فروش مسکن مبادرت می نمایند برای بار اول تا یک سال، برای بار دوم تا ۳ سال معلق و بار سوم برای همیشه لغو می گردد.

ماده ۲۵- پیش فروشنده مکلف است پس از پایان ساختمان کلیه اقدامات لازم برای انتقال قطعی ساختمان به پیش خریدار را از قبیل اخذ پایان کار و تفکیک سند به انجام رساند و گرنه به جزای نقدی معادل مبلغ دریافتی در حق دولت محکوم می گردد.

ماده ۲۶- شهرداری ها مکلفند هنگام صدور پروانه ساختمان برای هر واحد نیز شناسنامه ای مستقل و با ذکر مشخصات کامل و مشاعات و سایر حقوق با شماره مسلسل صادر و به متقاضی تسلیم نمایند.

ماده ۲۷- آیین نامه اجرایی این قانون ظرف مدت ۳ ماه از تاریخ تصویب توسط وزارت دادگستری با همکاری وزارت مسکن و شهرسازی و سازمان ثبت اسناد و املاک تهیه و به تصویب رئیس قوه قضائیه خواهد رسید.

نقدی کوتاه بر مقاله «ساز و کارهای حقوقی سازمان ثبت اسناد و املاک جهت تثبیت و تغییر شکل مالکیت دولت»

حمید صالحی^۱

جناب آقای ناصر نایی؛ سردبیر محترم مجله کانون سردفتران و دفتریاران با سلام و تحیت و تعذر از تضييع وقت جناب عالی، همانطور که می‌دانید اینجانب یکی از خوانندگان مجله کانون هستم و از نظرات و نوشته‌های نویسندگان دانشمند آن بهره‌مند می‌شوم و بارها به حضرت عالی عرض کرده‌ام و امیدوارم که این شیوه نگارش مجله تحت نظر آن جناب تداوم داشته و به اطلاعات خوانندگان افزوده گردد و به همین جهت استحضار می‌دهد که:

در صفحه ۸۷ شماره ۷۶ آن مجله وزین مقاله‌ای را تحت عنوان «سازوکارهای حقوقی سازمان ثبت اسناد و املاک جهت تثبیت و تغییر شکل مالکیت دولت» جناب آقای دکتر محمد امامی و خانم فیروزه احمدی مرقوم داشته‌اند که مسلماً با تحقیق و زحمت تهیه شده و قابل استفاده می‌باشد.

در بند (ب) و (ج) از شق ۳ تشریح و توضیح نویسندگان محترم در مورد تفکیک

۱. سردفتر اسناد رسمی شماره ۶ تهران.

و افراز ملک مورد توجه قرار گرفت:

۱- در بند (ب) تفکیک را به معنی تبدیل یک ملک به چند قطعه با مشخصات معین تعریف نموده‌اند.

به نظر اینجانب، تفکیک: جدا کردن یک قسمت از کل ملک است. به طور مثال کسی ملکی به مساحت ده هزار مترمربع دارد و می‌خواهد یک قطعه دویست متری از آن را به غیر منتقل کند در این صورت باید قطعه دویست متری از کل ملک جدا شود و برای آن حدود و مساحت مستقل تعیین شود و باقی مانده نیز مشخص گردد، پس تفکیک جدا کردن یک یا چند قسمت از ملک است نه تبدیل یک ملک به چند قطعه و چنانچه همین مالک کل ده هزار مترمربع را نیز بخواهد به قطعات دویست متری تقسیم کند، مشمول همین تعریف است. در مثال اول قطعه دویست متری قطعه تفکیکی است و قطعه ۹۸۰۰ متری «باقی مانده» نامیده می‌شود که هزینه تفکیک نیز به آن تعلق نمی‌گیرد و در مثال دوم همه قطعات را قطعات تفکیکی می‌نامند و برای تمام قطعات هزینه تفکیک بر طبق ماده ۱۵۰ قانون ثبت اخذ می‌گردد.

۲- در بند (ج) در مورد افراز املاک مشاع مرقوم داشته‌اند: «برای رسیدگی به تقاضای افراز نیازی به این نیست که ملک مورد تقاضا به ثبت رسیده باشد بلکه ارائه استشهادیه یا تصرفات مالکانه برای رسیدگی به درخواست افراز کافی است» در صورتی که مستنداً به ماده اول قانون افراز و فروش املاک مشاع مصوب ۲۲ آبان ۱۳۵۷ توضیح داده شده است: «درخواست افراز وقتی در اداره ثبت پذیرفته می‌شود که جریان ثبتی ملک خاتمه یافته باشد». منظور از خاتمه یافتن جریان ثبتی: ثبت ملک در دفتر املاک و یا انجام عمل تحدید حدود و انقضای مهلت اعتراض به آن است،

پس درخواست افراز ملکی که تحدید حدود نشده و یا تحدید حدود شده و مدت اعتراض به آن منقضی نشده است، در اداره ثبت پذیرفته نخواهد شد و همچنین نسبت به ملک مشاع که برای آن سند مالکیت معارض صادر شده تا زمانی که رفع تعارض نشده اقدام به افراز نخواهد شد».

اطلاعیه

همکار محترم، سردفتر / دفتريار اسناد رسمي

در اجرای دستور معاون محترم رئيس قوه قضاييه و رياست عاليه سازمان ثبت اسناد و املاک کشور مندرج در نامه شماره ۳/۳۴/۱۸۱۳۴ مورخ ۸۶/۵/۳ مبني بر مکلف بودن کليه سردفتران و دفترياران شاغل در سراسر کشور به گذراندن دوره ICDL و نيز رديف ۲۰ صورتهجلسه مورخه ۸۶/۷/۱۷ هيأت مديره کانون سردفتران و دفترياران در خصوص وظيفه دفتر آموزش و پژوهش کانون در پي گيري، اجرا و اطلاع رسانی مراتب به همکاران در سراسر کشور، اين دفتر برگزاري دوره مذکور را برای کليه همکاران گرامی در دستور کار خود قرار داده و در اين راستا مقدمات شروع دوره یاد شده را از نيمه دوم فروردين ۱۳۸۷ در تهران فراهم خواهد نمود.

امکانات دوره‌های آموزش مهارت‌های هفتگانه ICDL شامل موارد زیر می‌باشد:

- ✓ شناسایی مبانی فناوری اطلاعات (Basic Concepts of IT)
- ✓ به کارگیری رایانه و مدیریت پرونده‌ها (Using the Computer and Managing Files)
- ✓ واژه پردازها (Word Processing)
- ✓ ارایه مطالب (Presentation)
- ✓ بانک‌های اطلاعاتی (Data Bases)
- ✓ کار با اطلاعات و ارتباطات (Information and Communication)

زمان برگزاری کلاس‌ها:

کليه روزهای هفته، «صبح و عصر» با احتساب ایام تعطيل (اولويت انتخاب براساس زمان ثبت‌نام می‌باشد)

مدت دوره آموزشی:

مدت دوره فراگیری دانش و توانایی‌های هفت‌گانه ۱۵۰ ساعت می‌باشد، بنابراین زمان لازم برای یک دوره کامل با احتساب سه روز در هفته و هر روز سه ساعت آموزش، حدود ۱۷ هفته برآورد می‌گردد.

گواهینامه‌های شرکت در دوره آموزشی:

- ✓ برای شرکت کنندگان در دوره آموزشی گواهینامه معتبر وزارت کار و امور اجتماعی با کد شغلی صادر خواهد شد.
- ✓ امکان صدور گواهینامه توسط مؤسسات معتبر بین‌المللی نیز متناسب با ضوابط (آزمون و هزينه) پیش‌بینی شده است.

از همکاران محترم تقاضا دارد جهت ثبت‌نام مبلغ ۳/۶۰۰/۰۰۰ ریال را به حساب سیبا ۰۱۰۴۲۸۲۸۰۸۰۰۵ نزد بانک ملی واریز و فیش مبلغ واریزی را از طریق نمابر به شماره ۸۸۷۲۸۷۵۵ - ۰۲۱ فاکس فرمایند.

به منظور تدارک لازم برای برگزاری هرچه مطلوب‌تر دوره، تسريع در اعلام آمادگی و پرداخت وجه، موجب امتنان خواهد بود.

در صورت نیاز به اطلاعات بیشتر با دفتر آموزش یا با شماره تلفن ۸۸۷۲۸۷۵۵ - ۰۲۱ تماس حاصل فرمایید.

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

- بالا بردن سطح دانش و آگاهی‌های سردفتران و دفترباران
 - فراهم کردن زمینه اجرای بند یک ماده ۶۶ قانون دفاتر اسناد رسمی
 - ایجاد روبه واحد در طرز اعمال قوانین از طریق درج نظریه‌های حقوقی و قضایی
 - نقد علمی و تحقیقی در مسائل حقوقی و قضایی
 - بحث در قوانین خارجی و شرح و تطبیق آنها
 - درج عقاید علمای حقوق و روبه قضایی کشورها
 - نشر برخی از قوانین و مقررات رسمی و آراء دادگاه‌ها
 - انتشار سخنرانی‌ها و مصاحبه‌های علمی و حقوقی
 - رفع مشکلات شغلی و حرفه‌ای سردفتران و دفترباران
-
- مجله از پس فرستادن مقالات ارسالی معذور است.
 - مجله در تلخیص و ویرایش مطالب ارسالی آزاد است.
 - مقالات مجله صرفاً بیان‌کننده آراء و نظریه‌های نویسندگان است.
 - نقل مندرجات مجله با ذکر مأخذ آزاد است.

دعوت به همکاری

مجله کانون ضمن فراخوان سردفتران، دفترباران، همکاران ثبتی، پژوهشگران، حقوق دانان، صاحب نظران و اهل قلم به همکاری، رعایت نکات زیر را در مقالات ارسالی توصیه می کند:

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

«برگه درخواست اشتراک ماهنامه کانون»

خواهشمند است تعداد..... شماره مجله کانون را برای
اینجانب..... به نشانی:.....
.....
.....
تلفن تماس:..... کد پستی..... ارسال
فرمایید. هزینه اشتراک طی فیش شماره.....
به مبلغ..... که اصل آن پیوست می‌باشد، واریز شده است.



- ۱ - هزینه اشتراک ۶ شماره ۶۰۰۰۰ ریال و ۱۲ شماره ۱۲۰۰۰۰ ریال است.
- ۲ - هزینه اشتراک را به حساب ۳۴۳۴ بانک ملی شعبه خیابان میرزای شیرازی کد ۱۶۹ به نام مجله کانون واریز فرمایید.
- ۳ - فرم اشتراک تکمیل شده را همراه با اصل فیش واریزی به صندوق پستی ۱۱۵۱ - ۱۴۳۳۵ ارسال فرمایید.
- ۴ - کپی فیش واریزی را تا پایان دوره اشتراک نزد خود نگه دارید.
- ۵ - در صورت تغییر نشانی در اسرع وقت مجله را مطلع فرمایید.