

ضرورت مطالعات افتراقی در حقوق ثبت

سلیمان فدوی^۱

چکیده:

هر يك از شاخه‌های علوم، واژه‌های مختص به خود را دارند که دارای معنای خاص بوده و محدوده تعریف معینی دارند که تا تعریف دقیق و واحدی از آن‌ها صورت نگیرد، بررسی و تحقیق در آن رشته امکان پذیر نخواهد شد یا این که به سختی صورت می‌گیرد. به این واژه‌ها که هر علمی وام‌دار آن‌ها است، اصطلاحات آن رشته اطلاق می‌شود. شناخت مجموعه اصطلاحات هر رشته، درس مجزایی را در دانشکده‌های کشور طلب می‌نماید. نام آن درس، «اصطلاح‌شناسی یا ترمینولوژی اختصاصی» است که اگر به درستی تدوین شود، می‌تواند پایه اساسی درسی به نام «مطالعه و تشخیص افتراقی اصطلاحات» گردد.

شناخت نقاط اشتراك واژه‌ها نیز تا حد زیادی می‌تواند انطباق یا عدم انطباق مفهوم واژه‌ها را با منطوق آنها تبیین نماید لیکن ممکن است متفکر علوم را دچار اشتباه و پریشان‌خاطری نماید. بنابراین می‌توان به جرأت اذعان داشت که یکی از اساسی‌ترین نوع مطالعات در هر رشته‌ای از علوم (اعم از علوم دقیقه و یا علوم انسانی)، انجام مطالعات افتراقی است و مقصود از انجام مطالعات افتراقی، بررسی محدوده تعاریف و موضوعات هر يك از رشته‌ها است؛ به نحوی که با تعریف منطقی يك واژه، دقیقاً دامنه تعریف یک اصطلاح از اصطلاح دیگر تمییز داده شود. با چنین روش مطالعه‌ای، بی‌تردید مطالعه‌کننده به سلاهی مسلح خواهد شد که در برخورد با اصطلاحات مذکور، ضمن حل مشکلات خود، می‌تواند بر تعیین محدوده مسأله مستحدث و جدید فائق آمده و با درک درست از

۱. عضو هیئت علمی دانشکده حقوق.

موضوع متنازع‌فیه، آن را به دقت حل نماید و همچنین می‌تواند به راحتی، راه‌گشای دیگران نیز باشد. تنظیم و ثبت سند از واژه‌های مصطلح حقوق ثبت اسناد و الفاظی همچون تعارض، تراحم، تداخل و تجاوز، تبادل، تقسیم، تفکیک و افراز، ثبت اختیاری (عادی) و ثبت اجباری نیز از جمله موارد قابل تأمل افتراقی در حقوق ثبت املاک است.

اصطلاحاتی همچون ملك و حق؛ مالکیت عین و منفعت؛ اموال منقول و غیرمنقول؛ بیع و معاوضه، از جمله واژگانی هستند که در کلیه دروس حقوقی به‌طور عام و در درس حقوق ثبت اسناد و املاک به‌طور اختصاصی، مورد بحث و بررسی افتراقی قرار می‌گیرند.

تحلیل افتراقی اصطلاحاتی نظیر اجاره و حق سکنی (به عنوان یکی از مظاهر برقراری حق انتفاع)؛ اقاله و فسخ؛ طلاق و بذل مدت؛ کفالت، ضمان و حواله از يك طرف و تبدیل تعهدات به اعتبار داین و یا مدیون از طرف دیگر، از جمله مواردی است که در درس حقوق مدنی قابل بحث و بررسی بوده و واژگان رهن و وثیقه و معاملات با حق استرداد؛ حق الثبت و حق التحریر؛ تنظیم و ثبت سند؛ فك و فسخ از جمله اصطلاحاتی است که بی‌چون و چرا دسترسی به محدوده تعاریف آن‌ها، در هنگام حضور در دفاتر اسناد رسمی اهمیت فراوان دارد.

شاید اولین حقوق‌دان ایرانی که قدم در راه سخت بررسی افتراقی اصطلاحات حقوقی گذارد و نام خود را بر تارک این نگرش جدید حقوقی جاودانه نمود، دکتر جعفری لنگرودی باشد. این استاد کبیر و نویسنده توانا و برجسته، با نگارش کتاب‌های ارزشمندی چون ترمینولوژی حقوقی، الفارق، مبسوط، عناصرشناسی و سیستم‌شناسی حقوقی و همچنین تدوین و تألیف کتاب بی‌بدیل «ارتقا و اندیشه» توانسته جامعه ایرانی را تا ابد مدیون خود سازد.

ضمن تجلیل از این نویسنده شهیر و همچنین قدردانی از جناب آقای مهندس داود حاجی قربانی (کارشناس محترم رسمی دادگستری) که شاگردی ایشان در کارنامه زندگی‌ام، جزو افتخارات ارزشمند حیات ناچیزم بوده و بی‌تردید جرقه ذهنی نوشتن این مقاله را مدیون معظم‌له بوده و از خرمن علمی و تجربیات گرانسنگ ایشان بهره‌های وافری برده‌ام، در این مختصر سعی شده تا حد بضاعت ناچیز راقم این سطور، به‌طور کاملاً خلاصه، اطلاعاتی در خصوص تعاریف پاره‌ای از اصطلاحات حقوق مدنی، ضرورت مطالعه افتراقی و بازشناسی محدوده تعاریف و موضوعات حقوقی به‌ویژه حقوق ثبت اسناد و املاک در اختیار خوانندگان محترم قرار گیرد.

این نوشته در دو فصل (اصطلاح‌شناسی افتراقی حقوق ثبت و اصطلاح‌شناسی حقوق مدنی) نگارش یافته و در نهایت تلاش شده تا با ارائه يك نتیجه‌گیری، ضرورت مذکور تبیین گردد.

واژگان کلیدی: ترمینولوژی حقوقی، مطالعه افتراقی، گوهر افتراق، محدوده و موضوع

افتراق، نتایج حاصل از افتراق اصطلاحات.

فصل اول - اصطلاح‌شناسی افتراقی حقوق ثبت

حقوق ثبت از چندین قسمت تشکیل یافته است که دو زیرمجموعه شاخص آن، حقوق ثبت املاک و حقوق ثبت اسناد است که در هنگام بررسی تشخیص افتراقی اصطلاحات با آن سر و کار زیادی خواهیم داشت. از واژگان اختصاصی که در سایر اجزاء حقوق ثبت (از جمله اجرای اسناد، ثبت شرکت‌ها، ثبت اختراعات و علائم تجاری و صنعتی) کاربرد ویژه‌ای دارد، در این مقاله بحث و گفتگو نشده است. زیرا بحث مالکیت‌های صنعتی (که یکی از شعبه‌های مالکیت فکری است) به حدی واجد واژگان اختصاصی است که خود نیاز به ارائه مقاله جداگانه‌ای دارد.

گفتار اول - اصطلاح‌شناسی افتراقی در ثبت املاک

درس حقوق ثبت از جمله دروس حقوقی است که متأسفانه در دانشکده‌های حقوق ایران، به عنوان درس اختیاری تدریس می‌گردد. ثبت املاک نیز به عنوان اصلی‌ترین بخش این واحد درسی می‌باشد که دارای واژه‌های کاربردی است که کمتر استادی از محدوده تعاریف آن اطلاع دارد. به عبارت دیگر، تا استاد مربوطه وارد صحنه عملی حقوق ثبت املاک نگردیده، نمی‌توان از وی انتظار تبیین و تمییز محدوده چنین اصطلاحاتی را داشت. دکتر جعفری لنگرودی را به جرأت می‌توان به عنوان اولین استاد دانشگاهی معرفی کرد که پا به صحنه عملی حقوق ثبت املاک گذاشته باشد. به همین جهت، این استاد برجسته به درستی نیاز به مطالعه تطبیقی و تشخیص افتراقی اصطلاحات حقوقی را در مبحث حقوق ثبت املاک تشخیص داده است.

اصطلاحاتی نظیر جابجایی و خلأ ثبتی، تجمیع حدود و اصلاح وضع، تعارض و تزامم در تصرف، تداخل و تجاوز از جمله واژگانی است که حتی امروزه، در تعیین مصادیق تعریف ایجاد سردرگمی می‌نماید. به همین دلیل، ضرورت مطالعه افتراقی در حقوق ثبت املاک صدچندان می‌گردد.

در این گفتار، اصطلاحات تعارض و تزامم ثبتی و تجاوز و تداخل و جابجایی ثبتی را

تعریف و محدوده هر یک از آنها را بیان نموده و در نهایت، سایر واژگان متداول در حقوق ثبت املاک را بررسی خواهیم نمود.

بند ۱ - تفاوت چهار واژه تعارض، تزامم، تجاوز و تداخل

در حقوق ثبت املاک، پاره‌ای از اصطلاحات وجود دارند که از لحاظ مفهومی بسیار نزدیک به هم بوده، به نحوی که بدون مطالعه دقیق و تعیین محدوده هر یک از آنها، نمی‌توان این واژه‌ها را از یکدیگر بازشناسی و تفکیک نمود. به‌عنوان مثال در هنگام مطالعه ماده ۲۵ قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰، با اصطلاحاتی نظیر تعارض در تصرف و تزامم در تصرف برخورد می‌نماییم که هر دو اصطلاح از واژه‌های قابل طرح در مراحل ثبت مقدماتی بوده و به‌هیچ‌وجه نمی‌توان آنها را به مراحل پس از ثبت املاک تسری داد و هرگاه بخواهیم قائل به چنین ارتقایی معنایی باشیم لاجرم می‌بایست واژگان دیگری به استخدام درآورد.

ممکن است در بادی امر این واژه‌ها مترادف و مشابه به نظر برسند لیکن با کمی دقت در مفاهیم این دو اصطلاح (تعارض در تصرف و تزامم در تصرف) از لحاظ دامنه تعریف و مصادیق آن، متوجه می‌شویم که این دو اصطلاح با یکدیگر تفاوت ظریفی دارند. ضمناً از طرف دیگر، اصطلاحات مذکور ممکن است از لحاظ دامنه تعریف و محدوده تأثیر، با واژگان مشابهی همانند تداخل و تجاوز که از واژگان پس از ثبت ملک یا حداقل پس از تثبیت وضعیت املاک می‌باشند، خلط گردد.

با مراجعه به ترمینولوژی حقوقی متوجه می‌گردیم که تعارض در تصرف به حالتی گفته می‌شود که هر یک از دو مالک در آن واحد و در مرحله مقدماتی ثبت (در جریان ثبت) با در دست داشتن اسناد عادی، ملک معینی را متعلق به خود دانسته و بر آن ادعای تصرف دارند. حال آنکه اصطلاح تزامم در تصرف، وضعیتی است که مطابق آن، هر یک از دو مالک براساس اسناد و مدارک موجود، در همان مراحل خود را مالک ملکی می‌دانند که فقط در هنگام تطبیق وضعیت در خارج (در عالم واقع) در جریان مقدماتی ثبت، ممکن است در تمام یا قسمتی از دو ملک ادعایی نامبردگان، تداخل به وجود آید.

با توجه به مطالب فوق در می‌یابیم که گوهر اصلی تفاوت و نقطه عطف اختلاف میان واژه تعارض و اصطلاح تزامم در تصرف، تطبیق و عدم تطبیق مدلول اسناد در خارج (در عالم واقع) است. به عبارت دیگر، اگر مسأله تطبیق مدلول سند و مدرک بر خارج (در عالم واقع) وجود نداشته باشد، به این حالت «تعارض در تصرف» گفته می‌شود. ولی اگر بحث تطبیق مدلول سند و مدرک در عالم خارج مطرح باشد، حالت مذکور در حقوق ثبت املاک، از تعارض در تصرف خارج شده و به «تزامم در تصرف» تبدیل می‌گردد.

برای درک بهتر مسأله، ناگزیر از ذکر مثالی خواهیم بود. فرض کنید دو نفر دارای اسناد و مدارکی هستند که مطابق آن، هر یک از آنان دارای یک قطعه زمین نامشخص به مساحت یکصد مترمربع می‌باشند. اگر در هنگام تطبیق اسناد با واقعیت موجود (در هنگامی که با ایجاد کادربندی بر روی زمین) متوجه شویم که این دو قطعه بر هم منطبق است، حالت مذکور اصطلاحاً تزامم در تصرف نامیده می‌شود.

البته باید توجه داشت که تزامم، ممکن است به صورت جزئی یا کلی بروز نماید. لیکن هرگاه همین اشخاص، اسناد و مدارکی را ارائه نمایند که مبین مالکیت آنان بر ملکی به مساحت یکصد مترمربع می‌باشد و هر دو نفر در آن واحد، یک قطعه زمین معین و مشترکی را به عنوان ملک خود تعرفه نمایند، به این حالت در اصطلاح حقوق ثبتی، تعارض در تصرف گفته می‌شود. چون در این حالت، هر دو مالک، یک قطعه زمین یکصد متری مشترکی را به عنوان ملک خود تعرفه می‌نمایند (وحدت در تعرفه ملک و تصرف و وجود اسناد و مدارک مبین چنین وضعیتی). بنابراین، در حالت یادشده اصولاً مسأله‌ای به نام تطبیق مدلول اسناد و مدارک با خارج، مطرح نیست. همان‌گونه که می‌دانیم در هنگام جری تشریفات ثبت اجباری، وضعیت یک ملک از چند حالت عقلی زیر خارج نخواهد بود.

الف - آثار تصرف مالکانه فعلی کسی نسبت به آن موجود نباشد

در این حالت، مستند به تبصره اصلاحی ماده ۱۱ ق.ث.، درخواست ثبت از کسی

پذیرفته خواهد شد که بر مالکیت یا بر تصرف سابق خود به عنوان تلقی از مالک یا قائم مقام قانونی وی، مدارکی داشته باشد و اگر ملک مذکور جزو املاک موقوفه، احباس و اثلاث باقیه بوده یا این که مربوط به املاک دولت باشد، در صورتی تقاضای ثبت پذیرفته می شود که متقاضی مدارکی دال بر عناوین مذکور یا بر تصرف سابق خود به آن عنوان یا بر تصرف کسی که متقاضی قائم مقام قانونی او محسوب می شود، داشته باشد.

ب - آثار تصرف مالکانه فعلی شخص یا اشخاص معینی نسبت به آن موجود

باشد

این حالت خود می تواند به چندین قسمت تقسیم گردد. یکی از این موارد، ادعای تصرف همزمان دو نفر با داشتن ادله و اسناد متفاوت می باشد که اصطلاحاً به این حالت تعارض در تصرف می گویند. در این صورت، بنا به تشخیص هیئت نظارت مستقر در اداره کل ثبت استان، شخصی که اسناد قوی تری داشته باشد، به عنوان متقاضی ثبت محسوب و دیگری به عنوان معترض ثبتی تلقی خواهد شد.

از موارد دیگر این حالت، می توان به صورتی اشاره داشت که متصرف شخص معینی است و فرد دیگری ادعای مالکیت بر پلاک دیگری دارد لیکن در طی تشریفات ثبتی مشخص می شود که ادعای هر دو نفر یک پلاک است. به حالت یادشده، تزامم در تصرف می گویند.

به همین دلیل، قانون گذار در هنگام بیان شرح وظایف هیئت نظارت ثبتی در استان ها، به نحو مندرج در بند یک ماده ۲۵ اصلاحی قانون ثبت اسناد و املاک، چنین بیان می دارد که «هرگاه در اجرای مقررات ماده ۱۱، از جهت پذیرفتن تقاضای ثبت، اختلافی بین اشخاص و اداره ثبت واقع شود و یا اشتباهی تولید گردد و یا در تصرف اشخاص تزامم و تعارض باشد، رفع اختلاف و تعیین تکلیف و یا ابطال و یا اصلاح درخواست ثبت، با هیئت نظارت است.» و همین موضوع را عیناً در بند یک ماده ۳ آیین نامه اجرایی رسیدگی به اسناد مالکیت معارض و هیئت نظارت و شورای عالی ثبت و مواد متفرقه مصوب ۱۳۵۲/۲/۱۶ تکرار نموده و اصولاً مستند به این قوانین و مقررات است که نماینده

واحد ثبتی در جریان مقدماتی ثبت، مبادرت به تهیه صورت مجلس معاینه محل و احراز تصرف مالکانه می‌نماید و تعارض در تصرف در همین لحظه اتفاق می‌افتد و در هنگام تطبیق وضعیت املاک (قبل از ورود املاک به دفتر) نیز امکان بروز تراحم در تصرف محقق می‌گردد.

بنابراین نباید این‌گونه انگاشت که استفاده از دو کلمه (تراحم و تعارض) توسط قانون‌گذار در هنگام نگارش ماده قانونی یادشده، به دلیل استفاده از صنایع ادبی توسط وی بوده و این دو اصطلاح هیچ‌گونه فرقی با یکدیگر ندارند بلکه تمامی قانون‌گذاران از یک اصل غیرقابل تخطی در هنگام وضع قانون استفاده می‌نمایند و آن عبارت از این است که قانون‌گذار در هنگام وضع قوانین بایستی از کمترین کلمات برای بیشترین مقصود استفاده نماید و شاید به همین جهت باشد که قانون‌گذاران را به‌عنوان عقلای قوم خود دانسته‌اند. همان‌گونه که ذکر شد، باید توجه داشت که تعارض و تراحم در تصرف املاک، معمولاً در هنگام عملیات مقدماتی ثبت املاک (به‌ویژه در ثبت اجباری آن) رخ می‌دهد، هر چند پاره‌ای از افراد بخواهند آن را به تطبیق وضعیت پس از صدور سند مالکیت نیز تسری بدهند.

هرگاه در هنگام انجام مراحل مقدماتی ثبت اجباری، مسأله تعارض و تراحم در تصرف پیش آید، مدیر ثبت در صورت عدم حل موضوع و با رعایت سلسله مراتب، بایستی تقاضای طرح موضوع را در هیئت نظارت استان، تقدیم مدیرکل ثبت استان مربوطه نماید. با طرح موضوع تعارض و تراحم در تصرف، در هیئت نظارت استان، هیئت مزبور وفق بند یک ماده ۲۵ اصلاحی قانون ثبت، مبادرت به اتخاذ تصمیم می‌نماید و یکی را متصرف اعلام و طرف دیگر را معترض ثبتی تشخیص می‌دهد.

رای مزبور مطابق تبصره ۴ ماده ۲۵ قانون اصلاحی مرقوم، قابل اعتراض بوده و در صورت اعتراض، موضوع یادشده توسط شورای عالی ثبت مرتفع خواهد شد. بنابراین پس از اینکه هیئت نظارت یا شورای عالی ثبت (حسب مورد) در این خصوص رأی قطعی صادر

نمود، جریان ثبتی ادامه یافته و بر همین اساس، برای ملك مذکور، سند مالکیت صادر خواهد شد. به مجرد صدور سند مالکیت برای ملكی، دیگر بحث تعارض و تراحم بین متقاضیان ثبت، پایان یافته تلقی می‌شود.

البته مجدداً بر این نکته تأکید می‌گردد که هرگاه بنا به تشخیص هیئت نظارت، دلایل متقاضی ثبت قوی‌تر از دیگری باشد، موضوع تعارض در تصرف منتفی شده و طرف مقابل می‌تواند صرفاً به‌عنوان معترض ثبتی (به‌ویژه نسبت به اصل مالکیت) برای احقاق حق خود در موعد معین اقدام نماید و بالعکس، اگر ادله طرف دیگر، قوی‌تر باشد، شخص مذکور به‌عنوان متقاضی ثبت تلقی و جریان ثبتی به نفع وی ادامه می‌یابد و متقاضی ثبت به عنوان معترض ثبتی تلقی و می‌تواند از طریق اداره ثبت، در دادگاه صالحه مبادرت به طرح دعوی نماید. بنابراین تجلی عینی این دو اصطلاح، بیشتر در قالب تعارضات و تراحمات مربوط به مالکیت قابل تصور است لیکن این امر مانع از وجود تعارضات و تراحمات مربوط به حدود و حقوق ارتفاقی نخواهد بود.

برخلاف حالات تعارض و تراحم که مختص به مراحل مقدماتی ثبت عمومی است، در پاره‌ای از موارد بروز اختلافات، ممکن است در هنگام صدور سند مالکیت یا پس از آن رخ دهد. حالاتی نظیر صدور سند مالکیت معارض یا معاملات معارض از این دسته از تعارضات است که در عرف ثبتی به آن تعارض در تصرف نمی‌گویند، به‌ویژه پس از صدور سند مالکیت و در هنگام انطباق سند مالکیت با واقع یا در لحظه تثبیت وضعیت، این اختلافات بیشتر در قالب تجاوز، تداخل و جابجایی ثبتی تجلی خواهند نمود که نمی‌توان به آن‌ها عنوان «تعارض یا تراحم در تصرف» داد. *انسانی و مطالعات فرسنگی*

زیرا در نظام سابق و حتی امروزه نیز تا قبل از انجام کاداستر در کشور، تعیین حدود اربعه نه براساس تعیین مختصات دقیقی همچون تعیین طول ابعاد ملك براساس طول و عرض جغرافیایی و عنداللزوم در نظر گرفتن زوایای معین تعیین می‌شد بلکه حدود اربعه هر ملكی بر طبق تعیین حدود توصیفی صورت می‌گرفته و می‌گیرد و شاید علت اصلی به‌وجود

آمدن مسایلی نظیر تجاوز و تداخل (حسب مورد) نیز دقیقاً همین موضوع باشد. بنابراین شناخت مفاهیمی چون تجاوز، تداخل و جابجایی ثبتي و نظایر آن در حقوق ثبت املاک، از اهمیت فراوانی برخوردار است.

بر این پایه، تجاوز حالتی است که در آن قسمتی از ملک مجاورى در محدوده یک ملک تثبیت شده‌ای واقع گردد که این وقوع، معمولاً در حدی از حدود اربعه ملك تثبیت شده صورت می‌گیرد. به همین جهت، شرط اولیه و قطعی بروز تجاوز نسبت به املاک، تثبیت وضعیت ملك مورد تجاوز است و قرارگیری ملك مجاور در محدوده آن برای تحقق تجاوز کفایت می‌نماید. باید توجه داشت که صرف وجود اضافه‌مساحت در ملك مجاور نمی‌تواند دلیل تجاوز آن ملک به ملك تثبیت شده، محسوب گردد. چه بسا ممکن است حتی ملك مجاورى فاقد اضافه‌مساحت باشد لیکن از لحاظ ثبتي در یکی از حدود اربعه در محدوده ملك تثبیت شده‌ای قرار گرفته و به آن تجاوز کرده باشد.

به همین جهت برای حصول اطمینان از تجاوز ملكی به پلاک دیگر، الزاماً بایستی کروکی دو پلاک را در بین دو گذر تثبیت شده، ترسیم نمود. آنگاه با پیاده کردن کروکی بر روی نقشه ثبتي (با مقیاس يك دوهزارم) می‌توان وجود یا عدم وجود تجاوز را ضمن تعیین متجاوز و میزان و متراژ دقیق مساحت تجاوز شده، تعیین کرد.

توجه به این نکته مجدداً حائز اهمیت است که صرف وجود اضافه‌مساحت در يك پلاک، دلیل تجاوز محسوب نخواهد شد و فقط با کادربندی و تثبیت وضعیت پلاک‌ها، تشخیص تجاوز و تعیین متجاوز و میزان تجاوز وی امکان‌پذیر خواهد شد. هم‌چنین باید دقت نمود که تجاوز در املاک، با توافق مالکین مشروط بر اینکه حدود ملك با سند مالکیت منطبق باشد، بدون دخالت اداره ثبت، قابل رفع است. بنابراین، صرف انطباق محدوده ملك با سند مالکیت و رضایت رسمی مالکین دو پلاک مورد تنازع، از موجبات رفع تجاوز محسوب می‌گردد.

بنا به آنچه که در بالا به آن اشاره شد، تا زمانی که هیچ‌يك از پلاک‌ها تثبیت وضعیت نشده باشند، عقلاً نمی‌توان برای آن‌ها مسأله تجاوز را مطرح نمود بلکه در این مرحله نام

فرو رفتگی پلاک‌های مجاور در یکدیگر، تداخل نامیده می‌شود. به همین جهت، معمولاً مقدار تداخل فقط در محدوده سند مالکیت یکی از طرفین بوده و معمولاً نسبت به میزان تداخل، متصرف فاقد سند مالکیت است.

تداخل ممکن است جزئی بوده، هم‌چنین امکان وجود تداخل کلی نیز متصور است. بنابراین هرگاه دو پلاک ثبتی فقط از يك حد با یکدیگر درهم ادغام شده باشند، تداخل یادشده را تداخل جزئی می‌نامند. ولی هرگاه يك ملك در ملك دیگری به‌طوری فرو رود که بین آن‌ها رابطه عموم و خصوص مطلق برقرار گردد، تداخل و فرو رفتگی مذکور، تداخل کلی خواهد بود. بنابراین تداخل، نوعی از اشتباهات ثبتی است که در هنگام تعرفه ملك و پیاده کردن و میخ‌کوبی آن رخ می‌دهد.

توجه به این نکته نیز حائز اهمیت است که اصطلاح دیگری نیز در همین زمینه وجود دارد که ممکن است با تداخل و تجاوز خلط مبحث گردد. اصطلاح مذکور جابجایی ثبتی نام دارد. به حالتی جابجایی ثبتی گفته می‌شود که قسمتی از يك پلاک (مثلاً پلاک الف) در تصرف و محدوده پلاک بعدی (مثلاً پلاک ب) قرار گرفته و هم‌چنین قسمتی از پلاک بعدی (یعنی پلاک ب) در محدوده پلاک آخر (مثلاً پلاک ج) قرار داشته باشد، مشروط بر این که هیچ‌یک از پلاک‌های (ب) و (ج) اضافه‌مساحت نداشته باشند.

بند ۲ - تفاوت سایر واژه‌ها

مطالعه افتراقی بین واژه‌ها به‌طور کلی در هنگام بررسی مفاهیم و مصادیق سایر موضوعات حقوق ثبت املاک نیز قابلیت طرح دارد. واژه‌هایی از قبیل ثبت اختیاری، ثبت اجباری املاک؛ املاک جاری (یا املاک در جریان ثبت) و املاک ثبت‌شده و هم‌چنین اصطلاحاتی نظیر تحدید حدود، تفکیک و افراز؛ نقشه ثبتی و کروکی؛ املاک مجهول‌المالك و خلأ ثبتی؛ تجمیع حدود و اصلاح وضع؛ پلاک مکرر، سند مالکیت معارض و معامله معارض؛ صدور سند مالکیت المثنی و صدور متمم اسناد مالکیت از جمله مواردی است که دانستن محدوده تعاریف هر يك از این اصطلاحات، می‌تواند فرد را از مشکلات پیش‌رو نجات دهد.

۲-۱ - ثبت عادی (اختیاری) و ثبت اجباری

شناخت این دو اصطلاح، بستگی تام به آگاهی از تاریخچه اجمالی حقوق ثبت املاک در ایران دارد و تا این شناخت ابتدایی وجود نداشته باشد، امکان تفکیک این دو واژه ثبتی از یکدیگر امکان پذیر نخواهد بود. همان گونه که می دانیم اولین قانون ثبت اسناد به سال ۱۲۹۰ شمسی وضع گردیده است و تا ۱۲ سال، در این کشور فقط اداره ثبت اسناد وجود داشته که با وضع قانون ثبت اسناد و املاک (به سال ۱۳۰۲)، ادارات ثبت اسناد، دارای شعبات ثبت املاک شده و این شعبات مبادرت به ثبت املاک به طور عادی یا اختیاری می نمایند.

در روش ثبت اختیاری (ثبت عادی) ابتدا متقاضی ثبت با حضور در شعبه املاک اداره ثبت، تقاضای ثبت ملك و تثبیت وضعیت مالکیت خود را می نماید. در این روش، آگهی های ثبتی معمولاً به طور اختصاصی منتشر شده و هیچ ملکی به عنوان مجهول المالك شناخته نخواهد شد.

حال آنکه در ثبت اجباری املاک، این مأمورین اداره ثبت هستند که در روز معینی که در آگهی ثبت عمومی قید شده، به محل مراجعه نموده و ضمن پلاک کوبی مبادرت به توزیع اظهارنامه می نمایند. دریافت کنندگان اظهارنامه نیز قانوناً موظفاند در مهلت ۶۰ روز، اظهارنامه دریافتی را تکمیل و عودت نمایند.

اگر اظهارنامه ملکی ظرف مدت مقرر عودت نگردد، از لحاظ حقوق ثبت، ملك یادشده، مجهول المالك شناخته خواهد شد. هرگاه ملکی مجهول المالك شناخته شد، در صورت مراجعه متقاضی ثبت، آگهی های نوبتی آن، مطابق ماده ۵۹ اصلاحی آیین نامه ثبت املاک، منتشر خواهد شد.

بنابراین در ثبت اجباری، مأمورین ثبت بایستی به سراغ مالکین و متصرفین بروند. حال آن که در ثبت اختیاری یا عادی، این مالکین و متصرفین هستند که با مراجعه به مأمورین اداره ثبت، تقاضای ثبت ملك خود را می نمایند. همین تفاوت بنیادین، گوهر افتراق بین این دو واژه ثبتی را پدیدار می سازد.

با عنایت به وضع قانون ثبت اسناد و املاک در تاریخ ۱۳۱۰/۱۲/۲۶، باید توجه داشت که ثبت املاک در این مملکت، به‌طور تدریجی و از تاریخ ۱۳۱۱/۱/۱ به بعد در زمان‌های متفاوت در هر ناحیه یا منطقه‌ای اجباری شده است. به دیگر سخن، در مناطقی که قبلاً اداره ثبت املاک وجود داشت و ثبت املاک به‌طور عادی یا اختیاری صورت می‌گرفت، در آن مناطق، ثبت املاک از همان تاریخ اجباری می‌گردد و در بقیه واحدهای ثبتی که پس از این تاریخ تأسیس می‌شدند، ثبت اجباری املاک از زمان تأسیس آن واحدها تحقق می‌یافت. با توجه به مطلب بالا، معنای تدریجی بودن ثبت اجباری املاک واضح و مبرهن می‌شود.

۲-۲ - تفاوت املاک جاری با املاک ثبت شده

در حقوق ثبت املاک، به ملکی که عملیات مقدماتی ثبت آن پایان نیافته، ملک جاری یا ملک در جریان ثبت گفته می‌شود و ملکی ثبت شده محسوب می‌گردد که جریان ثبتی آن پایان یافته و در دفتر املاک به ثبت رسیده باشد. سؤال عمده‌ای که در بیان تفاوت‌شناسی بین این دو اصطلاح مطرح می‌شود این است که جریان (عملیات) مقدماتی ثبت يك ملك چه زمانی پایان می‌پذیرد؟ بنابراین درك گوهر اصلی تفاوت‌شناسی این دو اصطلاح، به این موضوع بستگی دارد که مطالعه‌کننده خود را در چه لحظه‌ای از عملیات مقدماتی ثبت قرار دهد.

هرگاه تکیه پژوهشگر بر این امر قرار گرفته باشد که مبنای تفکیک این دو واژه لحظه ورود ملک در دفتر املاک باشد، بنابراین ملکی که وارد دفتر املاک شده باشد، ملک ثبت شده نامیده می‌شود، در غیر این صورت، به ملک مزبور در هر لحظه‌ای از عملیات مقدماتی ثبت که باشد، ملک جاری یا ملک در جریان ثبت می‌گویند.

پر واضح است که در این حالت که ضمناً نظریه غالب و رایج در ادارات ثبت می‌باشد، املاک به سه دسته (املاک عادی یا ثبت نشده - املاک جاری یا در جریان ثبت - املاک ثبت شده) تقسیم می‌گردند. البته هرگاه در جریان ثبت مقدماتی، در صورتی که

اظهارنامه ملکی عودت نگردد، به چنین ملکی در ادبیات حقوق ثبت املاک، ملک مجهول‌المالك گفته می‌شود که باعث خروج آن ملک از گردونه ثبت عمومی شده و در صورت اعاده اظهارنامه و پذیرش آن از جانب اداره ثبت، با سایر املاک مجهول‌المالك دیگر، جریان ثبتی آن به‌طور مجزا انجام می‌گیرد که در جای خود از آن بحث و گفتگو به عمل خواهیم آورد.

اما در صورتی که پژوهشگر، زمان پایان جریان ثبتی را لحظه تهیه و تنظیم صورت‌مجلس تحدید حدود بداند، در این صورت چهار نوع ملک قابل تصور خواهد بود (ملک عادی یا ثبت‌نشده - ملکی که جریان ثبتی آن پایان نیافته - ملکی که جریان ثبتی آن پایان یافته ولی در دفتر املاک ثبت نشده - ملکی که جریان ثبتی آن پایان یافته و در دفتر املاک نیز به ثبت رسیده باشد). بنابراین وضعیت بغرنج این دو اصطلاح، حالتی است که نقشه ثبتی تهیه و ترسیم شده و همزمان صورت‌مجلس تحدید حدود نیز تنظیم گردیده ولی پیش‌نویس سند مالکیت نوشته نشده و یا اگر پیش‌نویس سند مالکیت نوشته و پاک‌نویس گردیده، هنوز در دفتر املاک به ثبت نرسیده باشد. با توجه به این دیدگاه، ملکی که نقشه ثبتی آن تهیه و ضمناً صورت‌جلسه تحدید حدود آن نیز تنظیم گردیده، ملکی تلقی می‌شود که جریان ثبتی آن پایان یافته است.

۳-۲ - تفاوت اصطلاحات آگهی املاک جاری و آگهی املاک مجهول‌المالك

تبیین تفاوت املاک مجهول‌المالك با املاک جاری، علاوه بر تفاوت در تعریف، متضمن تفاوت عملکردی اداره ثبت در انتشار آگهی‌های مربوطه و ادامه عملیات ثبتی نیز می‌باشد. یکی از این آگهی‌ها، آگهی نوبتی مربوط به آن‌ها است. در املاک جاری هنگامی که اظهارنامه توزیع شده توسط متصرفین به‌عنوان مالك، تکمیل و در ظرف مدت ۶۰ روز از اولین انتشار آگهی موضوع ماده ۱۰ قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰، به اداره ثبت تحویل گردد، اداره ثبت مستنداً به ماده ۱۱ ق.ت.، موظف است ظرف مدت ۹۰ روز از تاریخ اولین آگهی مرقوم، اسامی کسانی را که اظهارنامه

خود را تحویل داده اند، انتشار دهد. در حقوق ثبت املاک، به این آگهی که در دو نوبت به فاصله ۳۰ روز از یکدیگر منتشر می‌گردد، آگهی نوبتی گفته می‌شود. (البته باید توجه داشت که مطابق ماده ۲۹ آیین‌نامه قانون ثبت املاک، تا وقتی که آگهی نوبتی منتشر نشده، می‌توان اظهارنامه را پذیرفت).

پس از این که آگهی نوبتی املاک منتشر شد و ملکی در موعد مقرر اظهارنامه‌اش عودت نگردید، وفق ماده ۵۱ آیین‌نامه مذکور، ملك مجهول‌المالك اعلام و فوراً در دفتر املاک مجهول‌المالك اخبار می‌گردد. به واسطه همین علت (عدم عودت اظهارنامه در موعد مقرر) نحوه انتشار آگهی این‌گونه املاک به شرح ماده ۱۱ ق.ت.ث. نخواهد بود بلکه انتشار آگهی نوبتی آن، به روش دیگری خواهد بود که سازوکار آن دقیقاً در ماده ۵۹ اصلاحی آیین‌نامه قانون ثبت املاک بیان شده است.

در این روش، در هر روز از فصلی که تقاضای ثبت ملك مجهول‌المالكی مورد پذیرش قرار گیرد، اولین آگهی نوبتی این ملك (برخلاف املاک جاری مندرج در ماده ۱۱ ق.ت.م.) در اول ماه دوم فصل بعد منتشر می‌گردد و نوبت دوم آگهی به فاصله ۳۰ روز از تاریخ انتشار آگهی اول خواهد بود.

مثلاً اگر تقاضای ثبت ملك مجهول‌المالكی در تاریخ ۸۹/۱/۱۴ پذیرفته شود، اولین آگهی نوبتی آن در تاریخ ۸۹/۵/۱ منتشر می‌گردد. با توجه به آموخته‌های قبلی، هرگاه پذیرش تقاضای ملك مجهول‌المالكی در تاریخ ۸۹/۱/۳۱ صورت گیرد، همانند ملك قبلی، اولین آگهی نوبتی این ملك نیز در تاریخ ۸۹/۵/۱ منتشر خواهد شد.

به همین جهت اگر ملك مجهول‌المالكی در هر روز از فصل تابستان مورد پذیرش واقع شود، اولین آگهی نوبتی آن در تاریخ ۸۹/۸/۱ منتشر شده و اگر تقاضای ثبت ملك مجهول‌المالكی در هر روز از فصل پاییز صورت گیرد، اولین آگهی چنین پلاک مجهول‌المالكی در تاریخ ۸۹/۱۱/۱ انتشار خواهد یافت و النهایه اگر تقاضای ثبت ملك مجهول‌المالكی در هر روز از فصل زمستان مورد پذیرش قرار گیرد، اولین آگهی نوبتی چنین ملکی در ۱۳۹۰/۲/۱ منتشر خواهد شد.

همان‌طور که ملاحظه می‌شود، شناخت تفاوت بنیادین بین دو واژه «املاک جاری» و «املاک مجهول‌المالك» به قدری حائز اهمیت است که اگر فردی در مفهوم ملك جاری و مجهول‌المالك دچار اشتباه گردد، بی‌تردید در صحنه عمل، به ویژه در زمان انتشار اولین آگهی نوبتی، دچار اشتباه خواهد شد.

۲-۴ - تفاوت تحدید حدود، تفکیک، افراز، تقسیم و تجمیع املاک

تحدید حدود یکی از عملیات مقدماتی ثبت املاک (اعم از ثبت اجباری و اختیاری) است که حداقل ۲۰ روز و حداکثر ۶۰ روز پس از انتشار آگهی تحدید حدود، وفق ماده ۱۴ قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰، صورت می‌گیرد. در ابتدا ملك توسط متقاضی ثبت تعرفه می‌شود. آنگاه نقشه‌بردار ثبتی، مبادرت به تهیه نقشه ثبتی می‌نماید. سپس نماینده ثبت، در حضور نقشه‌بردار ثبتی و متقاضی ثبت و عنداللزوم مجاورین، مبادرت به تنظیم صورت‌مجلس تحدید حدود می‌نماید و براساس آن، در صورت عدم وجود معترض ثبتی (نسبت به حدود و حقوق ارتفاقی)، پیش‌نویس سند مالکیت را تهیه نموده و پس از پاک‌نویس آن، بنا به دستور رئیس واحد ثبتی عیناً در دفتر املاک ثبت گردیده و مبنای صدور سند مالکیت می‌شود.

البته باید توجه داشت که واژه تحدید حدود به‌طور کلی به تعیین محدوده يك پلاک اعم از عرصه و اعیان اطلاق می‌گردد که ممکن است در حین جریان ثبت عمومی یا پس از آن صورت گیرد ولی عملیات تحدید حدود که منجر به تهیه صورت‌مجلس تحدید حدود گردد، صرفاً در مرحله مقدماتی ثبت املاک کاربرد دارد و سایر عملیاتی که منجر به تحدید حدود می‌گردند، هرکدام دارای عناوین اختصاصی (نظیر عملیات تفکیکی و صورت‌مجلس تفکیکی - عملیات افراز و صورت‌مجلس افرازی) دارند که همین موضوع گوهر افتراق بین واژگان ثبتی است.

بنابر گفته یادشده، تفکیک، يك عمل حقوقی-ثبتی است که طی آن، مالکین ملکی (اعم از مالك منفرد یا مشاعی) بدون اینکه قصد تغییری در وضعیت مالکیت خود داشته

باشند، قصد دارند صرفاً مبادرت به قطعه‌بندی عرصه (در زمین‌ها) یا جداسازی اعیانی (در مجموعه آپارتمانی) بنمایند.

معمولاً عمل تفکیک املاک با اخذ پایان کار از شهرداری توسط مالکین و تقاضای تفکیک آن از طریق همکاری و تعامل دفترخانه‌های اسناد رسمی و ادارات ثبت اسناد و املاک محل وقوع ملک صورت می‌گیرد. نتیجه عمل تفکیک کردن املاک (اعم از تفکیک عرصه یا تفکیک اعیانی) و خروجی چنین تعاملی، صدور صورت‌مجلسی به نام صورت‌مجلس تفکیکی است.

روش تفکیک عرصه به این شرح است که در ابتدا متقاضی تفکیک با مراجعه به شهرداری منطقه، تقاضای نقشه تفکیکی نموده و شهرداری نیز با رعایت ماده ۱۰۱ قانون شهرداری‌ها، نقشه مزبور را به متقاضی تسلیم و نسخه دیگر آن را به اداره ثبت محل ارسال می‌دارد. آنگاه متقاضی به دفترخانه اسناد رسمی مراجعه و تقاضای استعلام از اداره ثبت (برای تفکیک پلاک ثبتی خود) می‌نماید.

با دریافت استعلام و تحویل آن به اداره ثبت توسط متقاضی به انضمام تقاضای کتبی وی، رئیس واحد ثبتی بدو موضوع را به متصدی دفتر املاک ارجاع می‌دهد تا وی مالکیت متقاضی را گواهی نموده و در صورت ترهین معمولاً موافقت مرتین اخذ و ضمیمه می‌شود. آنگاه مسئول دفتر بازداشتی واحد ثبتی، گواهی عدم بازداشت ملک را گواهی کرده و سپس رئیس واحد ثبتی به نماینده ثبت و نقشه‌بردار ثبتی مأموریت می‌دهد تا از محل، بازدید به عمل آورند.

نقشه‌بردار ثبتی، در صورتی که مغایرتی بین نقشه شهرداری و سند مالکیت مشاهده ننماید، ضمن ترسیم نقشه ثبتی، گواهی عدم تجاوز ملک به مجاورین، شوارع و معابر را صادر می‌نماید. النهایه نماینده ثبت مبادرت به تنظیم صورت‌مجلس تفکیکی عرصه نموده، پس از امضای صورت‌جلسه توسط نماینده ثبت، نقشه‌بردار ثبت و حاضرین، رئیس اداره ثبت یا معاون وی، ضمن دستور اخذ هزینه تفکیکی مبادرت به امضای صورت‌جلسه تفکیکی نموده و نسخه‌ای از آن را به دفترخانه ذی‌ربط ارسال می‌دارد.

باید دقت داشت که سردفتران وفق بند ۳۴ م.ب.ث. حق ندارند با صورت‌مجلس تفکیکی ناقص که در آن رعایت ضوابط و مقررات نشده، سندی ثبت نمایند.

شرط تنظیم صورت‌مجلس تفکیکی عرصه، تطبیق مساحت عرصه پلاک قبل از تفکیک با مجموع مساحت قطعات تفکیکی به انضمام مساحت خیابان‌ها، کوچه‌ها و گذرها بعد از تفکیک است به نحوی که هیچ قسمت از پلاک مذکور فاقد مساحت و حدود نباشد.

همان‌گونه که در بالا نیز به آن اشاره گردید، عملیات تفکیکی ممکن است بر روی عرصه یا بر روی اعیانی صورت گیرد با این تفاوت که تفکیک عرصه نیاز به پایان کار صادره از شهرداری ندارد، حال آن که یکی از اسناد و مدارک مهم و مورد نیاز جهت تفکیک اعیانی، گواهی پایان کار صادره از جانب شهرداری محل وقوع ملک است.

مضافاً در تفکیک عرصه، معمولاً شاهد بروز قسمت‌های مشاع و مشترک نمی‌باشیم مگر این که دیوار مشترکی موجود بوده یا تفکیک عرصه منجر به گذر اشتراکی گردد. در صورتی که همیشه در تفکیک اعیانی، شاهد به‌وجود آمدن مشاعات و مشترکات می‌باشیم. البته باید توجه داشت که اصلی‌ترین موارد تفکیک و مظاهر آن در شهرها، تفکیک اعیانی یا تفکیک آپارتمان‌ها می‌باشد.

با توجه به آموخته‌های قبلی متوجه می‌شویم که صورت‌مجلس تفکیکی، نوشته رسمی است که بنا به تقاضای مالک یا مالکین از دفترخانه و با ارسال استعلام ثبت از طرف دفترخانه به اداره ثبت محل وقوع ملک، مطابق مقررات، توسط مأمورین ذی‌صلاح اداره یادشده تنظیم می‌شود. با این قید که این صورت‌مجلس بدون هرگونه تغییری در مالکیت متقاضی یا متقاضیان، صرفاً مبین تعیین محدوده جزء یا اجزای جداشده خواهد بود.

باید یادآوری کرد که هرگاه در هر لحظه‌ای از مراحل تفکیک، تا قبل از صدور صورت‌مجلس تفکیکی، رضایت یکی از شرکاء زایل گردد، تفکیک متوقف و به تقاضای یک یا چند شریک، عملیات تفکیکی تبدیل به عملیات افرازی خواهد شد.

افراز نیز یک عمل ثبتی-حقوقی است که به‌موجب آن یک یا چند نفر از مالکین مشاعی به قصد جداسازی حصة خود در ازای سهم مشاعی، از واحد ثبتی می‌خواهند تا مالکیت مشاعی آنان را تبدیل به حصة مفروزی نماید.

روش عمل در افراز این است که همزمان با تأیید شهرداری مبنی بر قابل افراز بودن ملك (اعلام افراز یا عدم افراز توسط شهرداری براساس وجود یا نبود حداقل مساحت لازمه برای اجزای افرازی است) رئیس واحد ثبتی به نماینده ثبت، دستور بررسی و اعلام نظر در خصوص عدم صدور یا نبود سند مالکیت معارض (نسبت به اصل مالکیت، حدود و حقوق ارتفاقی پلاك قابل افراز) صادر می‌نماید و نماینده نیز مراتب وجود یا نبود سند مالکیت معارض را به وی اعلام داشته و در صورتی که ملك در رهن باشد، موافقت مرتهن اخذ می‌شود.

در صورتی که ملك مشاعی فوق‌الذکر بنا به تشخیص رئیس واحد ثبتی قابل افراز اعلام گردد، در ابتدا به نقشه‌بردار ثبتی مأموریت می‌دهد تا وی مبادرت به تهیه نقشه افرازی نموده و سپس نماینده ثبت اقدام به تهیه و تنظیم صورت‌مجلس افرازی می‌نماید. صورت‌مجلس مرقوم به انضمام تصویر نقشه افرازی به کلیه مالکین مشاعی ابلاغ می‌گردد و هم‌چنین در صورت غیرقابل افراز بودن، رئیس اداره ثبت مراتب را به متقاضی اعلام می‌دارد تا در هر دو صورت، هرگاه اعتراضی از جانب هر یک از طرفین وجود داشته باشد، معترض به دادگاه محل وقوع ملك مراجعه نماید.

یادآوری این نکته ضرورت دارد که هرگاه امکان تنظیم صورت‌مجلس افرازی باشد، پس از تهیه نقشه ثبتی و صورت‌مجلس افرازی، مراتب به کلیه شرکا ابلاغ می‌گردد که در این خصوص معمولاً شریک غیرمتقاضی افراز، به نظر رئیس واحد ثبتی معترض بوده و در صورت اعلام عدم قابلیت افراز، معترض به نظریه رئیس واحد ثبتی، کسی جز شخص متقاضی نخواهد بود.

باید توجه داشت که مطابق ماده ۳۱۳ ق.ا.ج.، در صورتی که یکی از مالکین مشاعی، محجور، غایب مفقودالاثَر یا غیررشید باشد، واحد ثبتی صلاحیت افراز ملك مشاعی را نخواهد داشت. هر چند تمامی شرکایی که رشید هستند، موافق با افراز باشند.

همین وضعیت (عدم صدور دستور افراز) در موردی که مجهول‌المالك است، وجود دارد.

همچنین در صورتی که متقاضی افراز، تصرفی در ملک مشاعی نداشته باشد، ملک قابلیت افراز نخواهد داشت.

مضافاً باید توجه داشت که هرگاه واحد ثبتی بخواهد بدون رعایت مقررات و تشریفات ثبتی، تنها به استناد نامه شهرداری مبنی بر قلت مساحت اجزای باقیمانده ناشی از افراز، ملکی را غیرقابل افراز بداند، بی تردید اقدام یادشده قابل نقض در محکمه خواهد بود.

نقطه عطف افتراق بین تفکیک و افراز، تغییر و عدم تغییر مالکیت در قبل و بعد از عملیات مذکور است. هرگاه مالکیت متقاضیان، قبل و بعد از عمل حقوقی-ثبتي یادشده تغییری نکند، عمل حقوقی یادشده تفکیک نامیده می‌شود و شاید به همین جهت نام دیگر تفکیک، که به جداسازی ظاهری یا فیزیکی یک ملک موسوم است، نام با مسمایی باشد. در این حالت، الزاماً با مالکین متعدد روبه‌رو نخواهیم بود بلکه ممکن است شخص واحدی که با هیچ‌کس شراکتی ندارد، بخواهد تقاضای تفکیک ملک خود را بنماید.

به عبارت دیگر، در تفکیک ممکن است مالک یک یا چند نفر باشد (بدون توجه به تعداد مالکین یک پلاک ثبتی) پس از تفکیک ملک، همان افراد به همان نسبت مالکیت سابق خود، این بار بر قطعات تفکیکی مالکیت خواهند داشت.

با توجه به داده‌های فوق، هرگاه مالک ملکی قبل از تفکیک یک نفر باشد، پس از تفکیک نیز وی بر قطعات تفکیکی مالکیت شش‌دانگ خواهد داشت و زمانی که ملکی قبل از تفکیک چهار نفر مالک داشته باشد (سه‌م مالک اولی یک‌دانگ - دومی یک‌ونیم دانگ - سومی یک‌ونیم دانگ و آخری ۲ دانگ)، پس از صدور صورت‌مجلس تفکیکی نامبردگان به همین نسبت در قطعات تفکیکی مالکیت خواهند داشت. به دیگر سخن، تفکیک در ماهیت حقوقی مالکیت مالکین هیچ‌گونه تأثیری نخواهد داشت. لیکن هرگاه وضعیت مالکیت افراد در قبل و بعد از عملیات حقوقی تغییر نماید، به جداسازی یادشده افراز گفته می‌شود. در افراز، مالکیت سابقه الزاماً بایستی متعلق به چند نفر (آن هم به‌طور مشاعی) باشد و عمل افراز، در حقیقت از بین برنده حالت اشتراکی مالکیت و تبدیل وضعیت اشاعه به حالت

تعیین حصه اختصاصی (مفروزی) خواهد بود. به عبارت دیگر، امکان عقلی افراز ملکی که مالک آن دارای مالکیت شش‌دانگ است، متصور نخواهد بود.

باید توجه داشت که «تقسیم» نیز واژه دیگری است که امکان خلط مباحث یادشده را به دنبال دارد. هرچند اصطلاح تقسیم نیز همانند افراز، قاطع و از بین برنده حالت اشاعه بوده و باعث تبدیل آن به حصه اختصاصی می‌گردد لیکن عمل تقسیم دارای اختصاصاتی به شرح زیر است که باعث افتراق آن از افراز می‌گردد؛

اولاً: رضایت تمامی مالکین نسبت به تعیین سهم اختصاصی (حصه مفروزه) به ازای سهم مشاعی، شرط اصلی تقسیم می‌باشد. بنابراین در هر لحظه‌ای از مراحل تقسیم، هرگاه چنین اجماعی حاصل نگردید، امکان تقسیم متصور نخواهد بود و تقسیم فقط از طریق افراز از طریق واحد ثبتی یا فروش به حکم دادگاه، امکان‌پذیر خواهد بود.

ثانیاً: عمل تقسیم صرفاً ناظر بر اموال غیرمنقول نبوده و دامنه شمول آن قابل تسری به اموال منقول نیز می‌باشد که این موضوع، علاوه بر تخییری بودن جداسازی در تقسیم و اجباری بودن آن در افراز، یکی از نقاط اصلی افتراق بین این دو واژه است.

ثالثاً: برای انجام تقسیم اموال منقول ضرورتی به حضور در دفترخانه و اخذ استعلام از ثبت وجود ندارد و به برگه‌ای که شرکا برای تعیین حصه اختصاصی در ازای سهم مشاعی، تهیه و تنظیم می‌نمایند، تقسیم‌نامه عادی می‌گویند.

رابعاً: برای از بین بردن حالت اشاعه در اموال غیرمنقول و به‌ویژه برای تعیین حصه اختصاصی در قبال سهم مشاعی در املاک از طریق تقسیم، نیاز به حضور در دفاتر اسناد رسمی و اخذ استعلام از آن و ارائه استعلام به اداره ثبت و تقاضای تهیه و تنظیم صورت‌مجلس تفکیکی، جزو لاینفک مراحل عملی تقسیم بوده، دفترخانه یادشده پس از اخذ صورت‌مجلس تفکیکی (با استعلام مجدد و دریافت پاسخ آن)، با توجه به قصد و رضای تمامی شرکا (متقاسمین) و با استناد به صورت‌مجلس تفکیکی مذکور مبادرت به تنظیم سندی می‌نماید که به آن تقسیم‌نامه رسمی می‌گویند.

ذکر مجدد این نکته حائز اهمیت فراوان است که هرگاه در طی هر يك از مراحل تقسیم، رضایت يك یا چند تن از شرکا از بین برود، تعیین حصه اختصاصی در ازای سهم مشاعی راجع به مال غیرمنقول (ملك مورد تقسیم)، فقط از طریق افراز آن هم از طریق اداره ثبت یا فروش مال غیرمنقول از طریق دادگاه صالحه امکان پذیر و قابل پیگیری خواهد بود.

بنابراین گوهر افتراق این دو عمل (تقسیم و افراز)، وجود یا فقدان رضایت تمامی شرکاء و منقول و غیرمنقول بودن یا غیرمنقول بودن مال می باشد. بر این اساس، هرگاه رضایت تمامی شرکا برای تعیین حصه اختصاصی در قبال سهم مشاعی وجود داشته باشد، عمل حقوقی یادشده اعم از این که موضوع آن مال منقول یا غیرمنقول باشد، تقسیم نامیده خواهد شد (اعم از این که در این زمینه تقسیم عادی یا تقسیم نامه رسمی تنظیم شود)، ولی هرگاه يك یا چند شريك، نسبت به تعیین حصه اختصاصی در ازای سهم مشاعی خود، بنا به هر علتی رضایت نداشته باشد، تعیین سهم هر يك از شرکا، صرفاً از طریق افراز به عمل می آید و در صورت عدم قابلیت افراز، ملك مورد تقاضا بنا به درخواست کتبی يك یا چند شريك از طریق اداره ثبت و در غیر این صورت، با دستور دادگاه، از طریق مزایده به فروش می رسد.

به همین جهت می توان به طور قاطع اظهار داشت که گرچه تقسیم و افراز، از لحاظ مقررات ثبتی دو عمل متفاوت محسوب می گردند لیکن حاصل عمل و نتیجه کار آنها واحد است. بی تردید نتیجه کار هر دو عمل حقوقی مذکور، تعیین حصه اختصاصی در قبال سهم مشاعی می باشد. بنابراین همان گونه که مشاهده می شود، بازشناسی این چهار واژه (تحدید حدود، تفکیک، افراز و تقسیم) و تعیین محدوده تعریف و مصادیق آنها از درجه اهمیت فراوانی برخوردار است که استعمال يك واژه به جای دیگری می تواند بسیار زیان بار باشد. واژه دیگری به نام «تجمیع» وجود دارد که در آن تحدید حدود صورت می گیرد ولی

عکس سه اصطلاح (تفکیک - افراز - تقسیم) می‌باشد. تجمیع، حالتی است که در آن می‌توان دو پلاک ثبتی را با داشتن شرایط خاص (از جمله وحدت مالکیت و در صورت مشاعی بودن مالکیت، وحدت سهام شرکا ضروری است) و نیز نبود سند مالکیت معارض (اعم از این که نسبت به اصل مالکیت، حدود و حقوق ارتفاقی باشد) در هم ادغام نمود و آن دو را تبدیل به پلاک واحدی کرد که در جای خود از آن بحث و گفتگو به عمل خواهیم آورد.

۵ - ۲ - تفاوت واژه نقشه ثبتی و کروکی

هرگاه نقشه‌بردار ثبتی بخواهد آنچه را که در واقع مشاهده می‌نماید، روی برگه‌ای ترسیم نماید چون اندازه برگه یادشده بسیار کوچکتر از واقعیت بیرونی است، ترسیم وضعیت بیرونی در برگه مذکور، از دو حال زیر خارج نخواهد بود؛

ممکن است خطوط مندرج در برگه یادشده، به نسبت معینی از واقعیت موجود خارجی باشد که در این حالت، نام برگه مذکور "نقشه ثبتی" خواهد بود و در همین رابطه بایستی عنوان داشت که نسبت معین خط ترسیمی با واقعیات بیرونی، مقیاس نامیده می‌شود. حال آن که اگر برگه مذکور فاقد چنین نسبتی بوده یا طول ابعاد حدود ملک بدون توجه به نسبت معین فقط با اعداد درج شده باشد، به چنین نقشه‌ای در اصطلاح ثبتی، "کروکی" گفته می‌شود.

بنابراین نقطه افتراق بین نقشه ثبتی و کروکی، بود و نبود مقیاس در آن می‌باشد. به همین جهت به کلیه نقشه‌هایی که فاقد مقیاس بوده و یا این که مقیاس درج شده با واقعیت به‌طور فاحش اختلاف داشته یا این که روی خطوط ترسیمی اعدادی به‌عنوان مترآز درج شده باشد، کروکی اطلاق می‌گردد.

بنابراین مقیاس، نسبت معینی از خط ترسیم شده روی برگه با واقعیات موجود خارجی است که به‌صورت کسری از يك، نمایش داده می‌شود. به عنوان مثال نقشه‌هایی با مقیاس‌های متفاوت از قبیل يك به دو بیست (يك دویستم)، يك به پانصد (يك پانصدم)،

يك به هزار (يك هزارم)، يك به دوهزار (يك دوهزارم)، يك به ده هزار (يك ده هزارم)، يك به پنجاه هزار (يك پنجاه هزارم) و بالاتر وجود دارند.

مقیاس نقشه‌ها با توجه به نحوه و نوع استفاده از آنها، متغیر می‌باشد. در صورتی که نیاز به دانستن جزئیاتی در نقشه وجود داشته باشد، ضرورت استفاده از نقشه‌های با مقیاس پایین‌تر (با عدد کوچک در مخرج کسر مقیاس) هویدا می‌گردد. چنین نقشه‌هایی معمولاً در شهرداری‌ها و مراکزی کاربرد دارد که نیاز به اطلاعات جزئی دارند.

بالعکس، هرگاه نیاز به دانستن جزئیات ضروری نباشد، بایستی از نقشه‌های با مقیاس بالا (با عدد بزرگ در مخرج کسر مقیاس) استفاده شود. نقشه‌های جغرافیایی و هم‌چنین نقشه مربوط به تعیین ریل راه آهن و جاده‌ها (اعم از درون شهری و برون شهری) و سایر خطوط مواصلاتی، تلفن، انتقال نیرو و نیز مسیرهای لوله‌های آب، گاز و نفت از این نوع می‌باشند.

نقشه‌های ثبتي معمولاً با مقیاس‌های يك به پنج هزار و کمتر مورد استفاده قرار می‌گیرد. متداول‌ترین نقشه‌های ثبتي با مقیاس يك به دوهزار (يك دوهزارم) می‌باشند.

۶-۲ - افتراق بين ملك مجهول‌المالك و خلاً ثبتي

همان‌گونه که قبلاً دانستیم، مجهول‌المالك به ملكی اطلاق می‌گردد که متقاضی ثبت در هنگام عملیات مقدماتی ثبت و در جریان آن، اظهارنامه دریافتی را عودت ننموده باشد. این ملك در عالم خارج (در واقعیت) موجود بوده و اداره ثبت نیز از وقوع آن آگاه است و در صورت مراجعه بعدی متقاضی ثبت و در صورت پذیرش تقاضای ثبت وی، رئیس واحد ثبتي موظف است براساس ماده ۵۹ اصلاحی آیین‌نامه قانون ثبت املاک، آگهی نوبتي ملك را منتشر نماید.

یعنی همان‌طور که قبلاً بیان گردید، هرگاه تقاضای ثبت وی در یکی از روزهای فصل بهار مورد پذیرش واقع شود، اولین آگهی نوبتي ملك مجهول‌المالك در اولین روز دومین ماه فصل بعد (در اول مردادماه) و در صورت پذیرش تقاضای ثبت در یکی از روزهای فصل

تابستان، اولین آگهی نوبتی ملك مجهول‌المالك در اولین روز دومین ماه فصل بعد (در اول آبان‌ماه) و هرگاه تقاضای ثبت نامبرده در یکی از روزهای فصل پاییز صورت پذیرد، اولین آگهی نوبتی ملك مجهول‌المالك در اولین روز ماه وسطی فصل بعد (در اول بهمن‌ماه) و النهایه اگر تقاضای ثبت فرد مذکور در یکی از روزهای فصل زمستان صورت پذیرد، اولین آگهی نوبتی ملك مجهول‌المالك در اولین روز ماه وسطی فصل بهار سال بعد (یعنی در اول اردیبهشت سال بعد) انتشار می‌یابد.

حال آن‌که خلأ ثبتی، به زمینی اطلاق می‌گردد که در بین دو پلاک معین قرار گرفته و پس از تثبیت وضعیت دو پلاک مزبور، در اثر کاهش طول ابعاد یا عدم میخ‌کوبی مناسب، ایجاد شده و مالك مشخصی ندارد. شرط به‌وجود آمدن خلأ ثبتی این است که این قطعه زمین در محدوده و داخل در دو پلاک مجاور خود قرار نگرفته باشد مشروط بر این‌که دو پلاک مجاور، تثبیت وضعیت شده و در جای خودشان مستقر شده باشند.

باید دقت داشت که در مجموعه قوانین و مقررات ثبتی موجود، واژه‌ای به نام خلأ ثبتی وجود ندارد بلکه این واژه در عمل، تحقق عینی به خود گرفته و شاید علت عمده تحقق آن نیز ناشی از اشتباهات محاسباتی نماینده محدد باشد که بعداً در هنگام تثبیت وضعیت دو پلاک مجاور، به‌صورت خلأ ثبتی پدیدار گردیده باشد.

معمولاً در صورت بروز چنین حالتی (در صورت احراز وجود خلأ ثبتی)، مجاورین آن را تصرف نموده و در نهایت ممکن است از طریق ماده ۱۴۹ قانون ثبت، مبادرت به اصلاح سند مالکیت نمایند. در پاره‌ای از موارد نیز، با توجه به تصرف اشخاص (اعم از حقیقی یا حقوقی) و با رعایت قواعد و مقررات ثبتی، از آنان تقاضای ثبت پذیرفته شده و برخلاف ملك مجهول‌المالك، ضمن دریافت اظهارنامه و عودت آن در ظرف ۶۰ روز، آگهی نوبتی آن برابر ماده ۱۱ اصلاحی قانون ثبت اسناد و املاک، در ظرف ۹۰ روز از انتشار اولین آگهی ماده ۱۰ ق.ث. منتشر خواهد شد.

۷-۲- فرق بین تجمیع حدود و اصلاح وضع ملك

تجمیع حدود، وضعیتی است که طی آن دو یا چند پلاک در اثر ایجاد ساختمان یا

دیوارکشی به صورت واحدی درآمده یا به هم وصل شده باشند. در این صورت با وجود شرایط خاص، امکان تبدیل دو پلاک به یک پلاک تجمیعی توسط واحدهای ثبتی وجود دارد. از شروط مهمی که دو پلاک قابل تجمیع بایستی دارا باشند، می توان به موارد زیر اشاره داشت:

- ۱ - برابری سهام مالکین در دو پلاک قابل تجمیع،
 - ۲ - تطبیق مساحت دو پلاک با دفتر املاک و با واقع و اعمال گذر طرح عنداللزوم،
 - ۳ - وحدت کاربری پلاک‌های قابل تجمیع،
 - ۴ - در صورت رهن؛ بازداشت بودن تمامی پلاک‌های قابل تجمیع و موافقت مرتبه‌ن و بیع شرط یک یا هر دو پلاک،
 - ۵ - نبود معترض ثبتی (اعم از معترض به اصل ملک، حدود و حقوق ارتفاعی) در هر یک از پلاک‌های قابل تجمیع،
 - ۶ - محدود نشدن حدود پلاک‌ها به نهر، مسیل، آبریزگاه کوه و سایر حدود طبیعی یا مجاورت با اراضی ملی یا املاک دولتی و متعلق به شهرداری‌ها و همچنین قرارنگرفتن پلاک‌های مذکور در خارج از محدوده قانونی شهرها (به لحاظ خروج موضوعی این املاک از دستور مندرج در ۳۱۳ م.ب.ث.).
- پس از تقاضای کتبی متقاضی تجمیع و با قبول تجمیع حدود دو پلاک به وسیله اداره ثبت (با توجه به شروط یادشده) بدو توسط نقشه بردار ثبتی، نقشه تجمیعی ترسیم گردیده، آنگاه نماینده واحد ثبتی مبادرت به تهیه و تنظیم صورت مجلس تجمیعی می نماید. النهایه بر اثر تجمیع، اسناد مالکیت دو پلاک مرقوم از مالکین دریافت و به جای آن سند یا اسناد مالکیت تجمیعی به آنان داده می شود.
- یکی از مشکلاتی که در هنگام تجمیع دو پلاک ممکن است در عمل حادث شود، قرارگرفتن دو پلاک یادشده در حوزه عملکردی دو واحد ثبتی جداگانه است. در این صورت، به عنوان یک رویه عملی، تجمیع پلاک‌ها توسط آن واحد ثبتی صورت می گیرد که پلاک ثبتی با مساحت بیشتر در حوزه عملکردی آن قرار دارد.

باید دقت داشت که در پاره‌ای از موارد، مالکین بدون مراجعه به اداره ثبت، به‌طور عملی مبادرت به احداث يك مجموعه ساختمانی در محدوده دو پلاك ثبتی می‌نمایند. به چنین عملی که خیلی شبیه تجمیع است، ادغام یا تجمیع غیرثبتي گفته می‌شود که فاقد هرگونه اثر ثبتی بوده و با تجمیع ثبتی تفاوت آشکار دارد.

اصلاح وضع املاك، حالتی است که مالکین به‌منظور بهبود وضعیت املاك خود (در صورت تداخل یا تبادل) می‌توانند با تنظیم صورت‌مجلس توافق و پرداخت حقوق و عوارض مربوطه و کسب اجازه از اداره ثبت، در دفاتر اسناد رسمی حاضر شده و طی سند رسمی قسمت جزئی از املاك خود را اصلاح (کسر یا اضافه) کرده یا با یکدیگر مبادله نمایند.

بنابراین، اصلاح وضعی که به شرح فوق در جهت بهبود املاك صورت می‌گیرد، حسب مورد ممکن است عملی دوطرفه یا يك‌طرفه محسوب شود. مبادله، یک عمل حقوقی دوطرفه برای اصلاح و بهبود وضع املاك می‌باشد. در تبادل جزئی، واحد ثبتی پس از اخذ اقرارنامه رسمی از مالکین در یکی از دفاتر اسناد رسمی، مبنی بر توافق آنان با وضع موجود و اصلاح حدود و مساحت اسناد مالکیت، می‌تواند اسناد مالکیت آن‌ها را اصلاح نماید.

باید دقت داشت که گاهی از اوقات اتفاقاً ممکن است این عمل به‌صورت يك‌جانبه تجلی نماید و آن، در صورتی است که حدی از حدود اربعه پلاکی در طرح تعریض شهرداری قرار می‌گیرد که در این صورت، در ملك به اندازه عمق تعریض در مساحت ملك کسری ایجاد و ملك در آن قسمت عقب‌نشینی می‌نماید. واحد ثبتی به‌منظور اصلاح مساحت و حدود جدید، وفق ماده ۴۵ آیین‌نامه قانون ثبت املاك عمل خواهد نمود.

توجه به این نکته ضروری است که بین اصلاح وضع املاك با اصلاح سند املاك تفاوتی آشکار وجود دارد. چون گاهی از اوقات اتفاق می‌افتد که اصلاح سند مالکیت، به تبع وضع جدید املاك ناشی از اصلاح فیزیکی آن صورت گیرد (این موارد به‌طور مشروح در ماده ۴۵ آیین‌نامه قانون ثبت املاك بیان گردیده است).

لیکن در پاره‌ای از موارد، اصلاح سند، مستلزم وجود اصلاح در وضع ملك نمی‌باشد

(مصادیق این قسمت در ماده ۱۴۹ ق.ث. ذکر شده است). یکی از موارد مهم اصلاح سند ملك بدون اصلاح وضع موجود، اعلام و اخبار کاهش یا زیادت مساحت ناشی از اشتباه محاسباتی طول ابعاد ملك توسط مأمور ثبت در سند مالکیت است.

فرض کنید سند مالکیت يك پلاك ثبتی با طول ابعاد و مساحت معینی توسط اداره ثبتی صادر و تسلیم مالك آن شده و ملك بدون هر گونه تغییری، بر اثر اشتباه محاسباتی دارای کاهش یا اضافه مساحت گردیده است (عدم انطباق مساحت موجود در واقعیت با مساحت مندرج در سند).

همان گونه که ذکر شد، مورد مذکور از مصادیق ماده ۱۴۹ ق.ث. بوده و اصلاح مساحت بر طبق وضع موجود، (به ویژه در صورت اضافه مساحت) پس از گواهی عدم تجاوز به مجاورین، بلا اشکال خواهد بود.

۸ - ۲ - تفاوت بنیادین میان سند مالکیت معارض و معامله معارض و پلاك مکرر

هرگاه توسط اداره ثبت برای دو نفر نسبت به اصل مالکیت یک ملك، با شماره پلاك فرعی و اصلی واحد، دو جلد سند مالکیت مجزا صادر شود، به این دو جلد سند مالکیت در عرف حقوق ثبت املاك، اسناد مالکیت معارض گفته می شود. باید توجه داشت که صدور سند مالکیت معارض، مختص اصل مالکیت نمی باشد بلکه ممکن است موضوع اسناد مالکیت معارض، تعارض در حدود و حقوق ارتفاقی نیز باشد که در این صورت، يك حد از حدود اربعه یا حق ارتفاق دو نفر با داشتن دو سند مالکیت مجزا (با شماره پلاك متفاوت) با یکدیگر معارض گردد. این تعارض در هنگام صدور سند مالکیت رخ می دهد و ناشی از بی دقتی مأموران ثبتی است و با تعارض و تزامم در تصرف، تفاوت فاحش دارد.

با توجه به مطالب فوق الذکر، آشکار می شود که صدور سند مالکیت معارض (اعم از اینکه در اصل مالکیت معارض باشند یا در حدود و حقوق ارتفاقی) محصول عملکرد مقامات ثبتی است. بنابراین رؤسای ادارات ثبت محل، به مجرد اطلاع از صدور سند مالکیت معارض، دو وظیفه دارند؛

اولین وظیفه آنان که ضمناً نوعی اقدام پیشگیرانه است، اعلام مراتب به دفاتر اسناد رسمی مستقر در حوزه ثبتی خود بوده و دومین وظیفه رئیس واحد ثبتی مذکور، گزارش امر از طریق سلسله مراتب، جهت طرح موضوع در هیئت نظارت استان می‌باشد. اقدام هیئت نظارت نیز از دو حال خارج نیست؛

الف - هیئت نظارت ممکن است دو سند مالکیت صادره را معارض یکدیگر نداند.

ب - هیئت نظارت ممکن است دو سند مالکیت صادره را معارض یکدیگر تلقی نماید.

هر دو نظر هیئت نظارت، وفق تبصره ۴ ماده ۲۵ اصلاحی قانون ثبت، غیرقطعی محسوب و ظرف ۲۰ روز از تاریخ نصب در تابلوی اعلانات اداره ثبت، قابل تجدیدنظر در شعبه املاک شورای عالی ثبت خواهد بود.

در صورت اعلام قطعی هیئت نظارت یا شورای عالی ثبت مبنی بر منتفی بودن تعارض (عدم تعارض دو سند با یکدیگر در اصل مالکیت یا حدود و یا حقوق ارتفاقی) یا در صورت تغییر در میزان تعارض، رئیس واحد ثبتی موظف است طبق مقررات (پیرو بخشنامه قبلی)، مراتب را به دفاتر اسناد رسمی تابعه ابلاغ نماید.

هرگاه بنا به تشخیص هیئت نظارت یا شورای عالی ثبت (بدون توجه به این که جریان ثبتی کدام یک وفق مقررات به طور صحیح انجام شده) وقوع تعارض قطعی گردد، سندی که صرفاً تاریخ ثبت آن مقدم بر دیگری باشد، «سند مقدم‌الصدور» نامیده می‌شود و نام سند بعدی که با آن معارض است، «سند مؤخر‌الصدور» یا «سند مالکیت معارض» شناخته می‌شود.

هرگاه براساس تشخیص هیئت نظارت یا شورای عالی ثبت (در صورت اعتراض به نظریه هیئت نظارت توسط دارنده سند مالکیت معارض و طرح آن در شورای عالی ثبت) وقوع تعارض محرز گردد، ثبت محل علاوه بر وظایف قبلی خود، مکلف است مراتب را به دارنده سند مالکیت معارض اطلاع دهد تا نامبرده با حضور در دادگاه عمومی محل وقوع ملک، مبادرت به طرح دعوی نماید.

قاعده کلی قابل اعمال در باب معامله با سند مالکیت معارض این است که تا تعیین تکلیف قطعی توسط دادگاه، دارنده سند مالکیت معارض نمی‌تواند با سند مرقوم معامله ناقله یا منتج به نقل [و انتقال] نماید. دارنده سند مالکیت مقدم، حق انجام معامله ناقله و منتج به نقل را دارد ولی سردفتر تنظیم‌کننده سند رسمی، مکلف است وفق ماده ۴ لایحه قانونی راجع به اشتباهات ثبتی و اسناد مالکیت معارض مصوب ۱۳۳۳/۱۰/۵، جمله: «نسبت به مورد معامله، سند مالکیت معارض صادر شده و مادام که تکلیف نهایی آن طبق این قانون معلوم نشده، به خریدار سند مالکیت جدید داده نخواهد شد» را در سند تنظیمی درج نماید.

همان‌گونه که در بالا ذکر شد، باید توجه داشت که دارنده سند مالکیت مؤخرالصدور یا دارنده سند مالکیت معارض، تا تعیین تکلیف نهایی سند مزبور در محکمه، حق انجام هیچ‌گونه معامله‌ای اعم از معامله ناقله یا منتج به نقل نسبت به سند مالکیت خود نخواهد داشت و فقط می‌تواند حقوق متصوره ناشی از داشتن سند مالکیت خود را به دیگری صلح نماید.

محکمه به موضوع رسیدگی نموده و بدون توجه به تقدم و تأخر ثبت در دفتر املاک، اگر تشخیص دهد که هر يك از اسناد معارض که جریان ثبتی آن مطابق مقررات، صحیحاً صورت گرفته، آن را به عنوان سند اصیل تلقی نموده و در نتیجه حکم به ابطال سند دیگر خواهد داد. حکم صادره قابل تجدیدنظر در دادگاه تجدیدنظر استان خواهد بود.

سوآلی که ممکن است در این زمینه مطرح گردد این که اگر توسط اداره ثبت، دو سند با پلاک واحد (یکی به طور متعارف و دیگری براساس ماده ۱۴۷ ق.ث.) برای يك نفر صادر شود، آیا اسناد یادشده، معارض یکدیگر محسوب می‌گردند؟

با توجه به این که شرط صدور اسناد مالکیت معارض، صدور دو سند متفاوت برای پلاک واحد برای دو نفر با خصلت حقوقی متفاوت می‌باشد، به نظر می‌رسد که به لحاظ نبود یکی از ارکان اسناد مالکیت معارض (یعنی متفاوت نبودن دارندگان اسناد مالکیت) نمی‌توان این دو سند را معارض یکدیگر تلقی کرد بلکه صدور چنین سندی ناشی از عدم توجه مأمور ثبتی بوده و با تنظیم اقرارنامه توسط دارنده سند و بدون مراجعه به دادگاه، رئیس واحد ثبتی می‌تواند سند مؤخر را بایگانی نماید.

معامله معارض، عبارت از دو یا چند معامله‌ای است که نسبت به عین یا منفعت يك پلاك معين یا يك مال منقول صورت گیرد. مطابق ماده ۱۱۷ اصلاحی قانون ثبت اسناد و املاک، هرکس که به موجب سند رسمی یا عادی نسبت به عین یا منفعت مالی (اعم از منقول یا غیرمنقول) حقی به شخص یا اشخاصی داده و بعداً نسبت به همان عین یا منفعت، به موجب سند رسمی معامله یا تعهدی معارض با حق مزبور بنماید، عمل مزبور معامله معارض نام داشته و مرتکب به حبس با اعمال شاقه از ۳ تا ۱۰ سال، محکوم خواهد شد. با توجه به آموزه‌های فوق، [گاهی] متوجه می‌شویم که معامله معارض ممکن است ناشی از عملکرد دفاتر اسناد رسمی باشد.

با توجه به تبیین محدوده دو واژه «سند مالکیت معارض - معامله معارض» آشکار می‌شود که گوهر افتراق بین این دو اصطلاح، تقدم و تأخر معارض بودن در سند مالکیت و موضوع سند مالکیت و مرجع ایجادکننده تعارض می‌باشد. هرگاه تعارض تاریخی دو سند مالکیت مقدم بر موضوع آنان باشد، در این صورت، اصطلاح «سند مالکیت معارض» خودنمایی می‌کند لیکن هرگاه تعارض در نقل و انتقال موضوع سند، مقدم بر تعارض مربوط به سند مالکیت باشد، نام تعارض یادشده، معامله معارض خواهد بود.

در حقوق ثبت اسناد و املاک، سند مالکیت معارض فقط در مورد املاک قابل ثبت رخ می‌دهد و تعارض مذکور به وسیله اداره ثبت اسناد و املاک به وجود می‌آید. در صورتی که موضوع معامله معارض کلیه اموال قابل نقل و انتقال (اعم از منقول و غیرمنقول) می‌باشد که معمولاً توسط دفاتر اسناد رسمی به وقوع می‌پیوندد.

برخلاف دو اصطلاح یادشده، مقصود از پلاك مكرر این است که هرگاه در هنگام اختصاص پلاك در جریان مقدماتی ثبت املاک، به ملکی شماره‌ای اختصاص داده شود که قبلاً برای ملك دیگری منظور شده باشد، پلاك اخير را در عرف ثبتی، پلاك مكرر می‌گویند.

تکرار شماره پلاک ممکن است در شماره اصلی رخ دهد یا این که تکرار شماره پلاک مکرر در شماره فرعی و اصلی باشد. بنابراین گوهر افتراق بین سند مالکیت معارض و پلاک مکرر، تفاوت در وحدت و عدم وحدت شماره پلاک و واحد بودن یا نبودن املاک است. با این توضیح که اگر در اثر اشتباهات مأمورین ثبت املاک، برای دو ملک جداگانه، یک شماره (پلاک ثبتی) اختصاص یافته باشد، اشتباه یادشده، تولید پلاک ثبتی مکرر خواهد نمود. حال آن که در اثر اشتباهات مأمورین اداره ثبت در هنگام ایجاد سند مالکیت معارض نسبت به اصل ملک، دو جلد سند مالکیت مجزا (با دو شماره یا پلاک متفاوت) برای یک پلاک صادر می شود.

۹-۲- اختلاف واژه های سند مالکیت المثنی و اسناد متمم مالکیت

سند مالکیت المثنی، سندی است که با از بین رفتن، مفقود شدن یا از کارافتادن اصل سند مالکیت، بنا به درخواست کتبی مالک یا وکیل یا قائم مقام قانونی وی، طی تشریفات خاص و مطابق ماده ۱۲۰ آیین نامه قانون ثبت املاک و تبصره های مربوطه، توسط اداره ثبت اسناد و املاک محل وقوع ملک، صادر و در اختیار وی قرار می گیرد. به منظور رعایت غایت احتیاط و جلوگیری از انجام معاملات معارض، تشریفات مربوط به صدور سند مالکیت المثنی طولانی است. به همین جهت متقاضی صدور سند مالکیت المثنی در ابتدا بایستی به ضمیمه درخواست کتبی خود، دو برگ استشهادیه پیوست نماید که در آن، ضمن درج مختصات عمومی خود و ملکی که قصد دریافت سند مالکیت المثنی آن را دارد، علت تقاضای صدور سند مالکیت المثنی را تشریح نماید. پس از تسلیم مدارک و پیوست آن به پرونده ثبتی، نماینده ثبت پیش نویس آگهی فقدان سند مالکیت اصلی را تهیه نموده و مسئول واحد ثبتی آن را جهت درج در روزنامه کثیرالانتشار ارسال می دارد. پس از درج آگهی در روزنامه مذکور و وصول آن و انقضای مدت مندرج در روزنامه و در صورت نبود معترض، توسط نماینده ثبت پیش نویس سند مالکیت المثنی تهیه و پس از دستور پاک نویس توسط رئیس واحد ثبتی، دفتر املاک نسبت به صدور و تحویل سند مالکیت المثنی به متقاضی یا نماینده قراردادی یا قانونی وی اقدام می نماید.

در صورتی که سند متمم مالکیت، سندی است که پس از پرشدن ستون نقل و انتقالات سند مالکیت اصلی بر اثر کثرت معاملات انجام یافته و عدم ضرورت به ابطال و صدور سند مالکیت جدید، بنا به درخواست مالک و دستور رئیس واحد ثبتی مربوطه، دفترچه متمم مالکیت بر طبق نمونه و مطابق با بند ۳۱۰ م.ب.ث.، به سند مالکیت اصلی ضمیمه و پس از پلمپ شدن، با اخذ بها به متقاضی تحویل خواهد شد.

در کنار این دو اصطلاح، واژه مشابهی نیز وجود دارد که کاربری آن، با این دو واژه متفاوت است. در حقوق ثبت، هنگامی که به اصطلاح «ابطال سند مالکیت اصلی و صدور سند مالکیت جدید» برمی‌خوریم، این اصطلاح به حالتی اشاره دارد که طی آن و به موجب الزامات قانونی یا براساس بخشنامه‌های اداری، دفاتر اسناد رسمی موظف‌اند سند مالکیت را جهت ابطال و صدور سند مالکیت جدید به اداره ثبت محل وقوع ملک ارسال نمایند.

مواردی از قبیل انجام معامله جزئی یا کلی به وسیله سند مالکیت مورث توسط تمام یا بعض ورثه، انتقال آخرین جزء یا قطعه باقی مانده از صورت مجلس تفکیکی و نیز انتقال باقی مانده جزء مشاعی از کل که در اصطلاح حقوق ثبت به (مفروز و باقی مانده) مشهور است، از جمله مواردی است که دفاتر اسناد رسمی بایستی ضمن ارسال سند مالکیت قبلی به اداره ثبت، رئیس واحد ثبتی ضمن ابطال سند اصلی، برای آن، سند مالکیت جدید صادر نماید.

گفتار دوم - مطالعه افتراقی در خصوص اصطلاحات ثبت اسناد

در حقوق ثبت اسناد نیز واژه‌ها و اصطلاحاتی وجود دارند که ضرورت تبیین محدوده تعریف و موضوعاتی که در قلمروی آن قرار می‌گیرد، از درجه اهمیت فراوانی برخوردار هستند. بازشناسی مفهوم این اصطلاح‌ها به گونه‌ای ضروری است که اگر چنین کاری صورت نگیرد، امکان برداشت نادرست از آن‌ها محتمل خواهد بود. واژه‌های تنظیم و ثبت سند از جمله اصطلاحاتی است که یک پژوهشگر به‌طور روزمره با آن سروکار خواهد داشت.

بند ۱ - تفاوت مفهوم تنظیم و ثبت سند

شاید در بادی امر، واژه تنظیم سند با واژه ثبت سند، مشابه، معادل و مترادف به نظر برسد. حال آن‌که این دو واژه با یکدیگر تفاوت آشکار و بنیادین دارند.

مطابق ماده ۱۸ ق.د.ا.ر.ک.، هرگاه سردفتر، دفتریار یا سایر کارمندان دفترخانه بنا به دستور نامبرده، متن دلخواه متعاملین یا متعهدین را پس از مطابقت با قوانین موجود و اطمینان از عدم مغایرت آن با نظم عمومی و اخلاق حسنه، در اوراق مخصوصی که از اداره ثبت دریافت نموده‌اند، درج نمایند، به چنین عملی در عرف دفاتر اسناد رسمی، تنظیم کردن سند گفته می‌شود.

لیکن ثبت سند، به عملی اطلاق می‌گردد که سردفتر، دفتریار یا سایر کارمندان دفترخانه، متن سند تنظیمی را عیناً و بدون کم‌وکاست در دفتری که از جانب اداره ثبت در اختیار دفترخانه قرار گرفته، وارد نمایند.

با توجه به مطالب فوق‌الذکر متوجه خواهیم شد که گوهر اصلی افتراق بین ثبت سند و تنظیم آن، درج متن دلخواه متعاملین در اوراق مخصوص و درج همان متن در دفتر جاری (دفتر سردفتر) می‌باشد. ثمره این بحث در زمان استرداد حق‌الثبت و حق‌التحریر نمود عینی می‌یابد.

زیرا مطابق ماده ۵۶ آیین‌نامه قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۱۷، حق‌الثبت باید قبل از تنظیم سند تأدیه و قبض رسمی صادر گردد و هرگاه قبل از تنظیم سند معامله و ثبت آن در دفاتر مربوطه، طرفین از انجام معامله صرف‌نظر نمایند، باید در ظهر قبض، رد وجه یا تصدیق سردفتر قید و به امضای گیرنده آن برسد و در صورتی که معامله در دفتر ثبت شده باشد، حق‌الثبت مأخوذه مسترد نخواهد شد.

بنابراین متوجه می‌شویم که آگاهی از لحظه دریافت و هم‌چنین شناخت زمان و چگونگی استرداد یا حتی عدم استرداد حق‌الثبت در دفاتر اسناد رسمی، متوقف به تعیین محدوده تعاریف و واژه‌های تنظیم و ثبت سند خواهد بود.

۲- بررسی افتراقی سایر واژه‌های حقوق دفاتر اسناد رسمی

علاوه بر مفاهیم گوناگون اصطلاحات تنظیم و ثبت سند، اصطلاحات دیگری نیز وجود دارند که درک نادرست آن‌ها می‌تواند هر پژوهشگر حقوق دفاتر اسناد رسمی را دچار

سردرگمی نماید. واژه‌هایی نظیر حق‌التحریر و حق‌الثبت - معاملات قطعی و معاملات شرطی، رهنی و معاملات با حق‌استرداد - فك رهن و فسخ سند رهنی - امضای ثبت سند و امضای ثبت و سند - رسمیت و عدم رسمیت سند ثبت‌شده، از جمله اصطلاحاتی است که ناگفته می‌توان فهمید که ضرورت تبیین دامنه تعریف آن‌ها آشکار است.

۱ - ۲ - تفکیک معنای حق‌التحریر و حق‌الثبت

با یک نگاه ساده به ترمینولوژی رایج در حقوق دفاتر اسناد رسمی، متوجه می‌شویم که حق‌التحریر، وجهی است که سردفتر دفترخانه یا قائم‌مقام وی در ازای خدماتی که ارائه می‌کند (نظیر تنظیم و ثبت سند، ارائه گواهی امضا، دادن رونوشت از اسناد، صدور اجرائیه) از متقاضی دریافت می‌دارند.

بر طبق ماده ۵۴ ق.د.ا.ر.ک، مبلغ حق‌التحریر مطابق تعرفه تعیین شده به‌وسیله رئیس قوه قضائیه خواهد بود و هر ۴ سال یک‌بار بایستی توسط ایشان مورد بررسی مجدد قرار گرفته و در صورت اقتضا، در آن، تجدیدنظر شود.

در صورتی که حق‌الثبت، وجهی است که دولت (سازمان ثبت اسناد و املاک کشور) بابت ثبت یک سند به‌وسیله دفترخانه از متعاملین دریافت می‌دارد. مبلغ حق‌الثبت براساس قانون تعیین می‌گردد.

مطابق ماده ۱۲۳ اصلاحی قانون ثبت اسناد و املاک، تعرفه حق ثبت کلیه اسناد (مالی) تنظیمی در دفاتر اسناد رسمی به میزان نیم‌درصد مبلغ مندرج در سند و در موارد اسنادی که موضوع آن‌ها انتقال منافع باشد، هرگاه منافع به‌طور عمومی انتقال داده شود، حق‌الثبت از منافع ۱۰ ساله اخذ خواهد شد. ضمناً مطابق ماده ۱۲۴ اصلاحی همان قانون، حق‌الثبت اسنادی که تعیین قیمت موضوع آن‌ها ممکن نباشد (سند غیرمالی) و انجام گواهی هر امضا و صدور رونوشت برای هر برگ و فسخ و اقاله معاملات و هر نوع گواهی که از ادارات ثبت گرفته می‌شود به پنج‌هزار ریال افزایش می‌یابد.

گوهر افتراق بین واژه‌های حق‌الثبت و حق‌التحریر، تفاوت منتفعین از این حقوق و حسابی است که حق‌الثبت و حق‌التحریر به آن واریز می‌گردد. با توجه به این گوهر، تمامی حق‌الثبت متعلق به دولت بوده و به حساب خزانه (حساب عمومی که به سردفتر معرفی می‌گردد) واریز خواهد شد. حال آن‌که حق‌التحریر کلاً متعلق به دفترخانه بوده و به حساب شخص سردفتر واریز خواهد شد که سردفتر از محل آن، هزینه‌های جاری دفترخانه، حقوق دفتریار اول، کارکنان دفترخانه، بیمه و بازنشستگی خود و دفتریار را تأمین می‌نماید. یادآور می‌شود که ده درصد از حق‌التحریر ماهیانه، بابت بیمه و بازنشستگی سردفتر و دفتریار به حساب کانون سردفتران و دفتریاران واریز می‌شود. پانزده درصد از حق‌التحریر ماهیانه بابت سهم دفتریار اول دفترخانه در ازای اخذ رسید، به وی پرداخت می‌گردد و پانزده درصد حق‌التحریر ماهیانه به تناسب شغل کارکنان و در نظر گرفتن ضرایب خاص، به عنوان کمک اعاشه کارکنان، علاوه بر حقوق کارمندان دفترخانه به نامبردگان پرداخت می‌گردد. شصت درصد باقی‌مانده از حق‌التحریر در هر ماه، سهم سردفتر خواهد بود که از محل آن، حقوق کارکنان دفترخانه، کرایه محل و سایر هزینه‌های جاری دفترخانه پرداخت خواهد شد.

البته باید توجه داشت که مطابق ماده ۵۳ ق.د.ا.ر.ک، سردفتر و دفتریار از درآمد ناشی از پرداخت حق‌الثبت نیز سهم می‌برند ولی این سهم با توجه به تعیین سقف برای آن، به حدی ناچیز است که معمولاً نامبردگان برای دریافت آن به اداره ثبت مراجعه نمی‌نمایند.

۲-۲- معاملات قطعی، شرطی، رهنی و معاملات با حق استرداد

هرچند در ترمینولوژی حقوقی بحثی از معاملات قطعی به میان نیامده است لیکن به کلیه معاملاتی که در لحظه تنظیم و ثبت سند، باعث نقل قطعی مالکیت، اعم از عین یا منافع، از ناقل (انتقال دهنده) به منتقل‌الیه گردد، معامله قطعی گفته می‌شود. به همین جهت اعمال حقوقی از قبیل بیع، صلح، معاوضه، هبه معوض و وقف از جمله معاملات قطعی مربوط به عین و اجاره، از زمره معامله قطعی مربوط به منفعت محسوب می‌گردند.

در قبال واژه یادشده، اصطلاحات معاملات غیرقطعی یا معاملات منتج به نقل استعمال می‌گردد که مفهوم آن‌ها، عدم نقل مالکیت عین یا منافع در لحظه تنظیم و ثبت سند است. معاملات شرطی، رهنی و به‌طور کلی معاملات با حق استرداد، صورتهایی از معاملات غیرناقله یا معاملات منتج به نقل اعیان و برقراری حق انتفاع، از معاملات غیرناقله مربوط به منافع محسوب می‌گردند.

کاربرد این دو واژه (معاملات شرطی و معاملات رهنی) در حقوق ثبت اسناد و حقوق مدنی، یکسان نیست. در حقوق مدنی، معامله شرطی (بیع شرط) مطابق ماده ۴۵۸ ق.م.، از جمله معاملات ناقله‌ای است که در آن متعاملین می‌توانند شرط نمایند که هرگاه بایع در مدت معین، تمام مثل ثمن را به مشتری رد نماید، خيار فسخ معامله نسبت به تمام مبیع را داشته باشد. هم‌چنین می‌توانند شرط کنند که هرگاه بعض مثل ثمن را رد کرد، خيار فسخ معامله را نسبت به تمام یا بعض مبیع داشته باشد.

باید توجه داشت که این معاملات (معاملات شرطی) در حقوق مدنی ایجاد مالکیت نموده و جزو عقود ناقله طبقه‌بندی می‌گردند. حال آن‌که چنین وضعیتی را در حقوق ثبت شاهد نمی‌باشیم و کلیه معاملات شرطی، هرچند در شکل و قالب معاملات قطعی پیکربندی شده باشند (نظیر معاملات قطعی با شرط نذر خارج و معاملات قطعی با شرط وکالت خارج) نوعاً معامله ناقله محسوب نمی‌گردند و احکام معاملات با حق استرداد و معاملات رهنی بر آن‌ها بار خواهد شد.

رهن در حقوق مدنی به‌عنوان يك عقد تبعی محسوب شده و فی حد ذاته نمی‌تواند در لحظه انعقاد، باعث نقل ملکیت گردد بلکه ممکن است به‌واسطه عدم پرداخت دین توسط راهن در سررسید معین، با رعایت جمیع شرایط اجرایی، توسط حاکم منتج به نقل گردد لیکن در حقوق ثبت اسناد، کلیه صورتهای معاملات با حق استرداد (نظیر رهنی و شرطی) حکم واحد داشته و هیچ‌کدام باعث نقل ملکیت نخواهند شد.

معاملات باحق استرداد عنوان کلی معاملاتی می‌باشند که در هنگام انعقاد آن قصد انشا و هدف غایی پدیدآورندگان آن، نقل مالکیت (اعم از عین و منافع) نبوده و هدف آنان

انجام معاملات استقراضی در قالب معاملات ناقله بوده است. ماده ۳۴ ق.ت. به پاره‌ای از آن‌ها (معاملات قطعی با شرط نذر خارج و معاملات قطعی با شرط وکالت خارج) اشاره نموده است.

از توجه به مطالب صدرالاشعار، متوجه خواهیم شد که نیاز به بازشناسی تشخیص افتراقی واژگان مذکور، امری انکارناپذیر می‌باشد.

۳-۲- تفاوت واژه‌های فك و فسخ

یکی از بحث برانگیزترین اصطلاحات موجود در حقوق دفاتر اسناد رسمی که ضمناً شائبه‌های فراوانی نیز ایجاد کرده، دو واژه «فك رهن» و «فسخ سند رهنی» است. در ترمینولوژی حقوقی (انگرویدی، ترمینولوژی حقوقی، ص. ۳۴۰) به‌ویژه در بحث حقوق مدنی، واژه فك رهن این‌گونه تعریف شده است: «فك به معنای خلاص کردن عین مرهونه از قید رهن است، خواه از طریق دادن دین و خواه از طریق ابراء دائن. ولی اگر مال مورد رهن از طریق مزایده و اجرای ماده ۳۴ قانون ثبت فروخته شود، این امر مصداق فك رهن نیست.» و بر طبق ترمینولوژی موجود، معنای واژه فسخ نوعی ایقاع است که دارای خصوصیات ذیل باشد:

- ۱- عدم اختصاص لفظ یادشده به عقود و توسعه دامنه آن به ایقاعات؛
- ۲- از بین بردن اثر عقد یا ایقاع معین و برگشت وضعیت به حالت زمان حدوث عقد یا ایقاع سابق؛
- ۳- عمل اعاده وضع به‌وسیله يك طرف صورت می‌پذیرد (عنصر تفکیکی بین فسخ و اقاله).

اگر بخواهیم محدوده این واژگان را در حقوق ثبت اسناد بررسی نماییم، چون عقد رهن، یکی از عقود تبعی است و به‌واسطه وجود دین سابق تجلی می‌یابد، با این نگرش، فك رهن عملی است که باعث از بین رفتن بقای خصلت رهن (باقی ماندن مال مرهونه در رهن) خواهد شد، بدون این‌که به قرارداد اصلی موجد دین مدیون (راهن)، خللی وارد سازد. به

عبارت دیگر، عمل فك رهن معمولاً زمانی صورت می‌گیرد که معامله غیر همزمان با حفظ حقوق مرتهن صورت گیرد. (مجله کانون سردفتران، ش. یک، ص. ۱۰)

به دیگر سخن، اثر فك رهن فقط ناظر بر مال مرهونه بوده و به عقد اصلی ارتباطی پیدا نمی‌کند و با فك رهن، دین مدیون به دائن، کماکان باقی است و دائن می‌تواند با عمل حقوقی يك طرفه فك رهن، از وثیقه‌دار بودن طلب خود اعراض نموده و از سندی که فك رهن شده، به‌عنوان سند ذمه‌ای، پیگیر مطالبات خود باشد. در این معنا، کلمه «فك رهن» بر اصطلاح «اعراض از عین مرهونه» منطبق است.

فسخ سند رهنی (در این معنا، با فك رهن تفاوت دارد)، ناظر بر موردی است که راهن به‌وسیله عمل يك‌جانبه خود ضمن پرداخت دین به دائن (مرتهن)، یا مرتهن به‌وسیله اقدام يك‌جانبه‌اش از طریق ابراء، قصد از بین بردن قرارداد اصلی را دارند. با انجام چنین اعمالی، چون قرارداد رهنی به‌عنوان يك عقد تبعی، به پیروی از قرارداد اصلی به وجود آمده است، با از بین رفتن اصل (به‌واسطه پرداخت دین توسط راهن یا ابراء ذمه مدیون توسط مرتهن) فرع نیز به تبع اصل، از بین خواهد رفت.

با توجه به آموخته‌های قبلی متوجه خواهیم شد که بین فك رهن و فسخ سند رهنی، نوعی رابطه وجود دارد. بدین شرح که با هر فسخ رهنی، الزاماً قرارداد اصلی (دین) از بین رفته و خواه ناخواه فك رهن هم صورت می‌گیرد، حال آنکه با فك رهن یا اعراض از رهن، دین سابق کماکان باقی است.

بنابراین متوجه می‌شویم که فك رهن اثر الزامی فسخ رهن است ولی الزاماً اثر فك رهن، فسخ قرارداد اصلی نمی‌باشد.

۴ - ۲ - امضای ثبت سند و امضای ثبت و سند

یکی از موارد بسیار مهم و ارزشمند در بحث ثبت اسناد و املاک، این نکته است که سردفتر، دفتریار و متعاملین قانوناً چه مواردی را بایستی در دفترخانه امضا نمایند؟ آیا نامبردگان فقط باید دفتر موجود در دفترخانه را امضا نمایند یا این‌که علاوه بر ثبت دفتر، آنان موظف‌اند اوراق مخصوصی را که اسناد در آن تنظیم شده نیز امضا نمایند؟

ماده ۱۸ ق.د.ا.ر.ک. در همین زمینه مقرر می‌دارد که: «کلیه اسناد در دفترخانه‌های اسناد رسمی و در اوراق مخصوصی که از طرف سازمان ثبت اسناد و املاک کشور، در اختیار دفترخانه قرار داده می‌شود، تنظیم و فقط در يك دفتر که به نام دفتر سردفتر نامیده می‌شود، ثبت می‌گردد. ثبت سند به امضای اصحاب معامله و سردفتر و دفتریار خواهد رسید مگر آنکه دفترخانه فاقد دفتریار باشد».

دقت در ماده مذکور آشکار می‌سازد که فقط ثبت سند بایستی به امضای افراد فوق‌الذکر برسد. حال باید دید که مقصود قانون‌گذار از ثبت سند چیست؟ آیا هدف قانون‌گذار از امضای ثبت سند، امضای دفتر دفترخانه به همراه اوراق مخصوص (سند) است یا این که غرض مقنن از درج اصطلاح ثبت سند، فقط امضای دفتر موجود در دفترخانه بوده و سند تنظیمی (بنچاق) در حقیقت رونوشتی (پیش‌نوشتی) از ثبت دفتر است؟

منطوق عبارت مندرج در ماده ۱۸ قانون مرقوم، ثبت سند است که با توجه به اصالة‌الظهور، صرفاً حکایت از امضای ثبت سند (دفتر دفترخانه یا دفتر سردفتر) توسط متعاملین، سردفتر و دفتریار دارد. حال این سؤال پیش می‌آید که با توجه به چنین ظهوری، به چه علت هم سند تنظیمی و هم دفتر سردفتر به امضای افراد یادشده می‌رسد؟

همان‌گونه که می‌دانیم تا قبل از وضع قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۵۴، قانون حاکم بر دفترخانه‌ها، قانون مصوب سال ۱۳۱۶ و آیین‌نامه (نظام‌نامه) مربوط به آن مصوب ۱۳۱۷ بود. ماده ۱۸ آیین‌نامه (نظام‌نامه) یادشده در زمینه ثبت اسناد و نحوه امضای آن بیان می‌داشت: «سردفتر و نماینده هیچ سندی را نباید امضا نمایند مگر آن که وارد دفتر شده و به امضای اصحاب معامله رسیده باشد».

هم‌چنین در خصوص چگونگی امضای ثبت و سند توسط متعاملین، در ماده ۱۹ آیین‌نامه مذکور این‌گونه ذکر شده بود که «سند معامله باید پس از تنظیم و ثبت در دفتر سردفتر و نماینده (چنانچه دارای نماینده باشد) و انجام سایر تشریفات، به تصدیق و امضای اصحاب معامله برسد و متعاملین باید در يك جلسه اسناد و دفاتر مربوطه را امضا نمایند و در صورتی که قبوض اقساطی هم ضمیمه سند باشد، قبوض مربوط را هم بایستی در همان جلسه که اسناد و دفاتر امضا می‌شود، امضا کنند».

با تدقیق در دو ماده یادشده از آیین‌نامه (نظام‌نامه) قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۱۷، متوجه می‌شویم که با توجه به ماده ۱۸ آیین‌نامه، اسناد تنظیمی الزاماً بایستی

توسط سردفتر و نماینده و با استناد به ماده ۱۹ همان آیین‌نامه، توسط اصحاب معامله (متعاملین) امضا شود و ثبت سند (یا دفاتر مربوطه و موجود در دفترخانه) نیز به مؤدای ماده ۱۹ آیین‌نامه فوق‌الذکر، بایستی به امضای متعاملین برسد. بنابراین امضای ثبت سند (یا امضای دفاتر موجود در دفترخانه) توسط سردفتر و نماینده در هاله‌ای از ابهام بود. هرچند سردفتران اسناد رسمی و نمایندگان ثبت، با استناد به ماده ۶۳ ق.ث. مصوب ۱۳۱۰، عملاً ثبت سند (دفاتر مربوطه) را نیز امضا می‌نمودند.

قانون‌گذار در سال ۱۳۵۴ در جهت حل مشکل عملی یادشده، مبادرت به وضع ماده ۱۸ قانون دفاتر اسناد رسمی می‌نماید. در صورتی که بخواهیم تنها به آن استناد نموده و سایر مقررات را با توجه به ماده ۷۶ ق.د.ا.ر.ک.، که اشعار می‌دارد: «آن قسمت از قوانین و مقررات که مغایر با مقررات این قانون باشد، نسخ می‌شود.» جزو قواعد منسوخه بدانیم، بی‌تردید باید حکم نماییم که قانون‌گذار با وضع قانون جدید، از مقررات سابق خود (یعنی امضای ثبت و سند توسط متعاملین، سردفتر و دفتریار) عدول نموده و فقط به «امضای ثبت سند» توسط آنان بسنده کرده است.

هرگاه برخلاف استدلال فوق، قائل به عدم نسخ ماده ۱۹ آیین‌نامه (نظام‌نامه) قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۱۷، باشیم، در این صورت بایستی رأی به امضای ثبت و سند (توأمان) توسط متعاملین، سردفتر و دفتریار دهیم. پر واضح است که در هر صورت، استدلال هر یک از این گروه، در گروی تبیین گوهر افتراق میان واژه «امضای ثبت سند» و اصطلاح «امضای ثبت و سند» خواهد بود.

به نظر می‌رسد که قانون‌گذار با وضع قانون جدید (به‌ویژه با وضع مادتين ۱۸ و ۷۶ ق.د.ا.ر.ک.) به سال ۱۳۵۴، از سایر قواعد و مقررات قبلی خود عدول نموده و امروزه نیازی به امضای اوراق (بنچاق یا اوراق نیم‌برگی یا یک‌برگی) از جانب متعاملین، حسب مورد، نباشد. به همین جهت، کافی است که متعاملین، سردفتر و دفتریار، ثبت دفتر (دفتر دفترخانه یا دفتر سردفتر) را امضا نمایند و سپس فقط سردفتر، اوراق مخصوص (بنچاق یا اوراق یک‌برگی یا نیم‌برگی) را امضا نماید. این اوراق در حقیقت امروزه نقش رونوشت از سند ثبت‌شده یا پیش‌نویس آن را دارا است.

شاید ایراد نمایند که همین قانون‌گذار، به‌موجب قسمت اخیر ماده ۲۹ ق.د.ا.ر.ک.، مواد ۴۹ تا ۶۹ ق.ث. در مورد وظایف مسئولین دفاتر، عیناً به‌عنوان شرح وظایف سردفتران و دفترباران به آنان منتقل نموده است.

در پاسخ اظهار می‌دارد که چون؛ اولاً: مسئولین دفاتر (بخش دولتی ثبت اسناد در سنوات ۱۳۱۰ تا ۱۳۱۶) اصولاً وظیفه‌ای برای تنظیم اسناد نداشتند و فقط ضمن ثبت سند، فقط از سند ثبت‌شده سواد مصدق در اختیار ارباب رجوع قرار می‌دادند لذا انتقال وظیفه آنان به سردفتران و دفترباران، باعث امضای اوراق (بنچاق) توسط متعاملین نخواهد بود. ثانیاً: اگر بنچاق را جلوه‌ای از رونوشت (سواد مصدق دفتر) یا پیش‌نوشت (سندی که مبنای ثبت سند قرار گرفته) بدانیم، در هیچ‌یک از مواد ۴۹ تا ۶۹ ق.ث. مصوب ۱۳۱۰، اوراقی به امضای متعاملین نمی‌رسید و فقط ثبت سند به امضای متعاملین یا وکلا و نمایندگان قانونی آنها می‌رسید که در این‌جا (ما نحن فیه) نیز چنین کاری به‌موجب ماده ۱۸ ق.د.ا.ر.ک. مصوب ۱۳۵۴، انجام می‌گیرد.

بنابراین مشاهده می‌گردد که قانون‌گذار تعمداً با وضع مادتين ۱۸ و ۷۶ ق.د.ا.ر.ک. مصوب ۱۳۵۴، نخواست است که متعاملین مبادرت به امضای ذیل سند تنظیمی نمایند و اراده قانون‌گذار فقط ناظر بر امضای ثبت سند (دفتر سردفتر یا دفتر دفترخانه) توسط آنان می‌باشد.

۵-۲- رسمیت و عدم رسمیت سند ثبت‌شده

یکی از مسایل بسیار بغرنج در حقوق ثبت اسناد، مسأله زمان رسمیت یافتن يك سند است. به عبارت دیگر، در این قسمت قصد تبیین محدوده و خاستگاه این سؤال را داریم که سند چه زمان رسمیت می‌یابد؟ آیا رسمیت یافتن سند به‌مجرد ثبت يك سند در دفتر جاری دفترخانه (دفتر سردفتر) است یا این که رسمیت یافتن سند، پس از امضای متعاملین، سردفتر و دفتربار متجلی می‌گردد؟ و در صورت دوم، آیا به‌مجرد امضای هر يك از آنان رسمیت سند محقق شده یا تا زمانی که امضای تمام افرادی را که قانون‌گذار معین کرده، در ذیل ثبت دفتر مشاهده نماییم، نمی‌توان سند مذکور را رسمی دانست؟

ثمره عملی بحث در این نهفته است که هرگاه رسمیت سند را بعد از امضای متعاملین،

سردفتر و دفتریار بدانیم، در صورتی که سندی ثبت دفتر جاری دفترخانه گردید ولی متعاملین یا سردفتر یا دفتریار (یا هر يك از آنان بنا به هر دلیلی) ثبت سند را امضا نمودند و دفتر از جهت برابری ثبت با سند، توسط یکی از آنان ناقص ماند، آیا دفتر مرقوم از جهت استنادی، نوعی سند رسمی ناقص است یا این که تا هنگامی که تمامی امضاها در دفتر صورت نگرفته باشد، اصولاً ثبت یادشده به عنوان سند رسمی تلقی نخواهد شد؟

گوهر افتراق این دو اصطلاح به طور عینی در زمانی قابل مشاهده است که؛

الف - اسنادی که اصولاً هم اوراق و هم دفتر به امضای سردفتر و دفتریار نرسیده است:

در این صورت ممکن است؛

۱ - ورقه يك برگي یا نیم‌برگی (سند یا اوراق مخصوص) از جانب احدی از متعاملین امضا شده (ولی توسط دیگری امضانشده) با این قید که در هر حال، ثبت دفتر به امضای هیچ‌يك از متعاملین نرسیده باشد.

۲ - ورقه يك برگي یا نیم‌برگی (سند یا اوراق مخصوص) از جانب متعاملین امضا شده ولی ثبت دفتر به امضای هیچ‌يك از متعاملین نرسیده باشد.

۳ - ورقه يك برگي یا نیم‌برگی (سند یا اوراق مخصوص) از جانب متعاملین امضا شده ولی ثبت دفتر فقط به امضای یکی از متعاملین رسیده باشد.

۴ - ورقه يك برگي یا نیم‌برگی (سند یا اوراق مخصوص) از جانب متعاملین امضا شده و ثبت دفتر نیز به امضای متعاملین رسیده است.

ب - اسنادی که سردفتر بدون امضای دفتر، فقط اوراقش را امضا نموده است:

در این صورت ممکن است؛

۱ - ورقه يك برگي یا نیم‌برگی (سند یا اوراق مخصوص) از جانب احدی از متعاملین امضا شده (ولی توسط دیگری امضانشده) با این قید که در هر حال، ثبت دفتر به امضای هیچ‌يك از متعاملین و دفتریار نرسیده باشد.

۲ - ورقه يك برگي یا نیم‌برگی (سند یا اوراق مخصوص) از جانب متعاملین امضا شده ولی ثبت دفتر به امضای هیچ‌يك از متعاملین نرسیده باشد.

۳ - ورقه يك برگي یا نیم‌برگی (سند یا اوراق مخصوص) از جانب متعاملین امضا شده

ولی ثبت دفتر فقط به امضای یکی از متعاملین رسیده باشد.

۴ - ورقه يك برگي یا نیم‌برگی (سند یا اوراق مخصوص) از جانب متعاملین امضاشده و ثبت دفتر به امضای متعاملین رسیده است.

۵ - ورقه يك برگي یا نیم‌برگی (سند یا اوراق مخصوص) از جانب متعاملین امضاشده و ثبت دفتر به امضای متعاملین و دفتریار رسیده است.

ج - اسنادی که دفتریار بدون امضای دفتر جاری، فقط اوراقش را امضا نموده است: در این صورت ممکن است؛

۱ - ورقه يك برگي یا نیم‌برگی (سند یا اوراق مخصوص) از جانب احدی از متعاملین امضاشده (ولی توسط دیگری امضانشده) با این قید که در هر حال، ثبت دفتر به امضای هیچ‌يك از متعاملین نرسیده باشد.

۲ - ورقه يك برگي یا نیم‌برگی (سند یا اوراق مخصوص) از جانب متعاملین امضاشده ولی ثبت دفتر به امضای هیچ‌يك از متعاملین نرسیده باشد.

۳ - ورقه يك برگي یا نیم‌برگی (سند یا اوراق مخصوص) از جانب متعاملین امضاشده ولی ثبت دفتر فقط به امضای یکی از متعاملین رسیده باشد.

۴ - ورقه يك برگي یا نیم‌برگی (سند یا اوراق مخصوص) از جانب متعاملین امضاشده و ثبت دفتر به امضای متعاملین رسیده است.

۵ - ورقه يك برگي یا نیم‌برگی (سند یا اوراق مخصوص) از جانب متعاملین امضاشده و ثبت دفتر به امضای متعاملین و سردفتر رسیده است.

د - اسنادی که سردفتر و دفتریار بدون امضای دفتر جاری، فقط اوراقش را امضا نموده است:

در این صورت ممکن است؛

۱ - ورقه يك برگي یا نیم‌برگی (سند یا اوراق مخصوص) از جانب احدی از متعاملین امضاشده (ولی توسط دیگری امضا نشده) با این قید که در هر حال ثبت دفتر به امضای هیچ‌يك از متعاملین نرسیده باشد.

۲ - ورقه يك برگي یا نیم‌برگی (سند یا اوراق مخصوص) از جانب متعاملین امضاشده

ولی ثبت دفتر به امضای هیچ‌یک از متعاملین نرسیده باشد.

۳ - ورقه يك‌برگی یا نیم‌برگی (سند یا اوراق مخصوص) از جانب متعاملین امضا شده

ولی ثبت دفتر فقط به امضای یکی از متعاملین رسیده باشد.

۴ - ورقه يك‌برگی یا نیم‌برگی (سند یا اوراق مخصوص) از جانب متعاملین امضا شده و

ثبت دفتر نیز به امضای متعاملین رسیده است.

۵ - اسنادی که علاوه بر اوراقش، دفتر نیز دارای امضای سردفتر است:

در این حالت ممکن است؛

۱ - ورقه يك‌برگی یا نیم‌برگی (سند یا اوراق مخصوص) و ثبت دفتر از جانب هیچ‌یک از

متعاملین امضا نشده باشد. (حالت سفید امضای کلی سند و سفید امضای کلی ثبت توسط

سردفتر)

۲ - ورقه يك‌برگی یا نیم‌برگی (سند یا اوراق مخصوص) از جانب احدی از متعاملین

امضا شده ولی توسط دیگری امضا نشده است لیکن ثبت دفتر دارای امضای هیچ‌یک از

متعاملین نمی‌باشد. (سفید امضای جزئی سند و سفید امضای کلی ثبت توسط سردفتر)

۳ - ورقه يك‌برگی یا نیم‌برگی (سند یا اوراق مخصوص) از جانب متعاملین امضا شده

ولی ثبت دفتر به امضای هیچ‌یک از متعاملین نرسیده باشد. (سفید امضای جزئی ثبت

توسط سردفتر)

۴ - ورقه يك‌برگی یا نیم‌برگی (سند یا اوراق مخصوص) از جانب متعاملین امضا شده

ولی ثبت دفتر به امضای یکی از متعاملین نرسیده است. (سفید امضای جزئی ثبت توسط

سردفتر)

و - اسنادی که علاوه بر اوراقش، دفتر نیز دارای امضای سردفتر و دفتریار است:

در این صورت ممکن است؛

۱ - ورقه يك‌برگی یا نیم‌برگی (سند یا اوراق مخصوص) و ثبت سند از جانب هیچ‌یک از

متعاملین امضا نشده است. (سفید امضای کلی سند و سفید امضای کلی ثبت توسط سردفتر

و دفتریار)

۲ - ورقه يك‌برگی یا نیم‌برگی (سند یا اوراق مخصوص) فقط از جانب احدی از

متعاملین امضاشده ولی ثبت دفتر به امضای هیچ‌یک از متعاملین نمی‌باشد. (سفید امضای جزیی سند و سفید امضای کلی ثبت توسط سردفتر و دفتربار)

۳ - ورقه یک‌برگی یا نیم‌برگی (سند یا اوراق مخصوص) از جانب متعاملین امضاشده ولی ثبت دفتر به امضای هیچ‌یک از متعاملین نمی‌باشد. (سفید امضای کلی ثبت توسط سردفتر و دفتربار)

۴ - ورقه یک‌برگی یا نیم‌برگی (سند یا اوراق مخصوص) از جانب متعاملین امضاشده ولی ثبت دفتر به امضای یکی از متعاملین نرسیده است. (سفید امضای جزیی ثبت توسط سردفتر و دفتربار)

۵ - ورقه یک‌برگی یا نیم‌برگی (سند یا اوراق مخصوص) از جانب متعاملین امضاشده و ثبت دفتر نیز به امضای متعاملین رسیده است. (ثبت و سند کامل از دید حقوق دفاتر اسناد رسمی)

به نظر می‌رسد از حالات فوق، فقط وضعیت آخر (حالت و - ۵) سندی محسوب می‌گردد که از دید قانون‌گذار دارای رسمیت کامل است. مابقی صورتهای یادشده در حقوق دفاتر اسناد رسمی و عرف سردفتری، نوعی سند ناقص تلقی گردیده و این اسناد زمانی قابل حل خواهند بود که گوهر افتراق این دو واژه را دریابیم. فقط با درک درست از چنین گوهری است که می‌توان مسایل مذکور را حل نمود.

گوهر رسمیت‌داشتن یا عدم رسمیت یک نوشته، چیزی جز دخالت یا عدم دخالت مأمور رسمی و انجام وظیفه و عدم انجام وظیفه بر طبق قانون و مقررات نمی‌باشد.

بنابراین باید توجه داشت که مطابق ماده ۱۲۸۷ ق.م.، علت رسمیت یک نوشته چیزی جز دخالت و حضور مأموری که برای آن امر صلاحیت‌دار شناخته شده و انجام وظیفه وی بر طبق قانون و در حدود صلاحیت تعریف‌شده، نیست (در این جا مقصود، سردفتر و دفتربار هستند که هر یک دارای مأموریت خاص می‌باشند). به همین جهت در کلیه مواردی که اسناد یا دفاتر فاقد امضای ایشان باشد، (به‌خصوص امضای سردفتر در ذیل ثبت دفتر به‌عنوان مسؤل دفترخانه)، بی‌تردید رسمیت نوشته محل تردید خواهد بود.

هرگاه در یکی از صورتهای فوق‌الاشعار، یکی از مأمورین، به‌ویژه سردفتر، محجور شده یا بازنشسته و فوت گردد، در صورتی که سند مذکور وارد دفتر شده است لیکن به امضای مأمور نرسیده، هرچند متعاملین آن را امضا نموده باشند، گرچه در عرف سردفتری و همچنین ماده ۱۹ آیین‌نامه قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۵۴، از چنین سندی به‌عنوان سند ناقص نام برده شده است لیکن نمی‌توان چنین سندی را به‌عنوان يك سند رسمی تلقی نمود.

مطابق آموخته‌های قبلی، پاره‌ای از اسناد یادشده (آن دسته از اسنادی که به امضای متعاملین رسیده) سند عادی تلقی و از حیث رسمیت سند، ناقص می‌باشند و سند مذکور زمانی رسمیت می‌یابد که دفتر جاری دفترخانه (دفتر سردفتر) به‌وسیله فرد دیگری که توسط اداره ثبت تعیین می‌گردد و عنوان مأمور را داراست، تکمیل گردد.

فصل دوم - تشخیص افتراقی اصطلاحات حقوق مدنی

در حقوق مدنی نیز همانند سایر علوم، واژه‌ها برای بیان مقاصد و اهداف خاصی به کار می‌روند که شناخت محدوده هر یک از این اصطلاحات حائز اهمیت فراوان است. بدیهی است که عدم دقت در محدوده و موضوعات این واژه‌ها باعث خلط مباحث مختلف و مهم حقوق مدنی خواهد شد.

این اصطلاحات در پاره‌ای از مواقع، در کلیه شعبه‌ها و رشته‌های حقوق مدنی کاربرد داشته و هر از چند گاهی نیز با واژه‌هایی برخورد می‌نماییم که اختصاصاً در عقود و ایقاعات (حقوق مدنی) کاربرد اختصاصی دارند. بنابراین فصل حاضر را به دو گفتار (تشخیص افتراقی اصطلاحات عام حقوق مدنی - مطالعه افتراقی واژه‌های مخصوص عقود و ایقاعات) تقسیم نموده و به بررسی اختصاری هر يك از آن‌ها می‌پردازیم.

گفتار اول - تشخیص افتراقی اصطلاحات عام حقوق مدنی

در این قسمت به مطالعات واژگانی می‌پردازیم که به‌طور عمومی در اکثر موضوعات

حقوق مدنی کاربرد داشته و پژوهشگر حقوقی با اطلاع از دامنه تعریف هر يك و نیز با پی بردن به گوهر افتراق، می تواند نه تنها بر مشکلات خود فائق گردد بلکه بی تردید رافع معضلات فراروی سایرین نیز خواهد بود. این اصطلاحات به حدی زیادند که برای بررسی هریک از آنها می توان مقاله ای مبسوط درخصوص هر کدام منتشر نمود.

به همین جهت در این مختصر، تفاوت بنیادین واژگانی نظیر اذن، اجازه، قصد و رضا؛ ابراء و اعراض؛ لزوم و جواز؛ اتلاف، تلف، تسبیب و مباشرت؛ قبض، اقباض، تسلیم، تسلیم، تملیک و تملك؛ عزل، انعزال، فسخ، انفساخ، رجوع و اقاله؛ عیب، نقص، قلب، غش و ارش؛ انشاء، اقرار، اخبار و شهادت؛ بذل، هبه، عطایا؛ مبیع، مثن، معوض، قیمت و ثمن؛ خسارت، زیان، غرامت، ضرر و غرر؛ اضطرار، اکراه، سهو و اشتباه؛ شرط، خیار، تعهد؛ مقتضای ذات و مقتضای اطلاق عقد را به طور کاملاً اختصاری مورد بررسی قرار می دهیم.

مطالعه بیشتر آن ها و نیز مطالعه اصطلاحاتی از قبیل حجب و حجر؛ حرز و حریم؛ حضانت و نگهداری؛ حق و حکم؛ ضاله و لقطه؛ خیار و اختیار؛ داورى و دادرسی؛ دین و قرض؛ رقبه و رقبی؛ سفه و جنون؛ سلف و سلم؛ الزام و التزام؛ اماره و دلیل؛ اهلیت و وضعیت؛ عقد، ایقاع و طرح عقد؛ باطل و غیرنافذ؛ اسقاط و سقوط؛ رشد و بلوغ؛ اعسار و افلاس؛ شرکت قهری و شرکت قراردادی؛ فرض و حصه؛ ضامن و مسئول؛ ظن و قطع؛ عامل و جاعل؛ عصبه و عاقله؛ عمل حقوقی و واقع حقوقی؛ غبطه و مصلحت؛ قابل و موجب؛ قاعده و اصل؛ قانون و مقررات؛ قرار و حکم؛ قرارداد و موافقت نامه؛ قرض و دین؛ ماترك و تركه و متروكه؛ مایملك و دارایی؛ متصرف و غاصب؛ مسئولیت و ضمان؛ معامله و معاهده و معاوضه ملکیت و مالکیت؛ منطوق و مفهوم؛ نظارت اطلاعی و نظارت استصوابی؛ نحله و صدقه و مهریه؛ نسخ ضمنی و نسخ صریح؛ نمائات منفصله و نمائات متصله؛ نمایندگی قهری و قانونی و قراردادی به پژوهشگران توصیه می شود.

بی تردید نوع نگاه حاضر که از آن به دید و تشخیص افتراقی به موضوعات و پدیده های حقوقی داخلی تعبیر نموده ایم، ما را در هنگام برخورد با موضوعات سایر نظام های حقوقی،

توانمند می‌سازد و اگر در تمامی موارد چنین دیدگاهی وجود داشته باشد، احساس فتور، خودباختگی و سستی در مقابله با تفکرات بیگانه از ما بروز نخواهد کرد.

۱-۱ - بحث افتراقی بین اجازه و تنفیذ و امضا و اباحه و اذن و رضا

مطابق ترمینولوژی موجود (نگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص. ۷)، اجازه عبارت است از اظهار رضایت شخصی که قانون رضای او را شرط تأثیر عقد یا ایقاعی دانسته که از دیگری صادرشده، مشروط بر این که رضایت مزبور بعد از صدور عقد یا ایقاع مذکور صادر گردد. به همین خاطر اجازه به دو قسم (اجازه کاشف و اجازه ناقل) تقسیم می‌گردد.

مطابق عموماًت قانون مدنی، در هر مورد که عقد تملیکی غیرنافذی واقع شود (نظیر عقد فضولی یا عقد مکره) برای نافذشدن آن عقد، نیاز به اجازه از طرفی خواهد بود که عقد نسبت به وی غیرنافذ منعقد شده است. بنابراین اگر اثر اجازه مذکور، حکایت از نقل عین یا منافع از حین وقوع عقد داشته باشد، این اجازه را که بعد از عقد غیرنافذ محقق شده، اجازه کاشف می‌گویند.

برخلاف اجازه کاشف، هرگاه اثر اجازه، نقل عین و منافع از زمان اجازه باشد، اجازه مذکور، اجازه ناقل نام خواهد داشت. با دقت در مطالب فوق در می‌یابیم که گوهر افتراق اجازه کاشف و ناقل، زمان اثرگذاری اجازه است که دانستن آن برای تمییز و تفکیک این دو قسم از اجازه، امری حیاتی می‌باشد.

تنفیذ از لحاظ اصطلاح‌شناسی حقوقی (نگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص. ۱۷۹)، تأیید عمل حقوقی غیرنافذ است. در این معنا بین اجازه و تنفیذ هیچ فرقی نیست و عمل اجازه عقد غیرنافذ، نظیر عقد مکره و عقد سفیه را تنفیذ می‌گویند.

البته باید توجه داشت که ماهیت عمل اجازه (تنفیذ) در موارد مختلف (نظیر عقد فضولی و مکره - معامله سفیه و غیررشد) با یکدیگر فرق داشته و آثار حقوقی هر یک از آنها نیز متفاوت است.

در مورد عقد فضولی و عقد مکره، اثر تنفیذ، تضمین قصد انشا است و از لحاظ ماهوی، ماهیت قبول را دارد لیکن در مورد معامله سفیه، آثار آن صرفاً اعلام رضا است.

امضا عبارت است از درج نام یا نام خانوادگی یا هر دو یا رسم علامت خاص که نشانه هویت صاحب آن است که در ذیل اوراق و اسناد (اعم از عادی یا رسمی) که متضمن وقوع معامله یا تعهد یا اقرار یا شهادت و مانند آن‌ها باشد یا بعداً بایستی روی آن اوراق، تعهد یا معامله‌ای ثبت شود که به آخری سفیدمهر یا سفیدامضا گفته می‌شود. (انگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص. ۸۱) معنای دیگری از امضا توسط قانون‌گذار ایران در ماده ۲۰۹ ق.م. اتخاذ گردیده است که مطابق آن، امضا به معنای اجازه یا تنفیذ عمل حقوقی غیرنافذ نظیر عقد مکره در نظر گرفته شده است.

صاحب ترمینولوژی حقوقی (انگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص. یک) واژه اباحه را به معنای اجازه تملك یا ارتكاب فعل یا مصرف و اخذ چیزی تعبیر نموده است. نامبرده مصادیق اباحه را، اباحه تملك و اباحه منافع به عوض می‌دانند.

اباحه تملك اعیان را اجازه تملك دانسته که ممکن است مقنن چنین اجازه‌ای را مستقیماً اعطا کند، نظیر اجازه تملك مباحات که اصطلاحاً به آن «حیازت مباحات» نیز گفته می‌شود. با توجه به نقطه نظر ایشان، اذن در نهادن سر تیر بر روی دیوار مشترك، از مصادیق اباحه تملك منافع تلقی شده است.

با نگرش بر سه اصطلاح فوق‌الذکر (تنفیذ، امضا و اباحه) و انطباق مفاهیم آن‌ها با واژه اجازه، متوجه می‌شویم که برخلاف نقطه نظر رایج در ترمینولوژی حقوقی، اصطلاح اجازه دارای معنا و مفهوم وسیع‌تری از آنچه که ایشان در ترمینولوژی بیان داشته‌اند، خواهد بود. براین اساس اجازه، يك عمل حقوقی يك طرفه است که قبل از هر اقدام حقوقی یا همزمان و پس از عقود غیرنافذ، مکره و عقود سفیه و غیررشد تحقق می‌یابد.

اذن عبارت از اعلام رضای مالک یا نماینده وی، یا اعلام رضای کسی است که قانون برای رضای او اثری قائل شده و رضای یادشده به‌منظور انجام عمل حقوقی (خواه از عقود یا ایقاعات بوده یا از تصرفات انتفاعی یا استعمالی باشد) صورت گیرد.

در این معنا، اذن که همپایه رضا در نظر گرفته شده، از قصد انشا متمایز گردیده است. زیرا صرف اذن، چیزی را در عالم اعتبارات حقوقی به وجود نمی‌آورد تا بخواهیم آن را با قصد انشا که به‌وجودآوردن چیزی در عالم اعتباری حقوق است، مترادف بدانیم.

باید دقت فراوان نمود که کارکرد اذن در عالم حقوق، رفع موانع احتمالی برای انجام اعمال حقوقی و تصرفات است. توجه به این نکته نیز حائز اهمیت فراوان است که چون خصلت اذن، قصد انشا نیست. بنابراین اذن در طبقه‌بندی حقوقی، جزو دسته عقود یا ایقاعات قرار نمی‌گیرد بلکه اذن همانند اقرار و شهادت، يك عمل حقوقی مستقل تلقی می‌شود. البته باید دقت داشت که اذن در تصرفات موجد مالکیت مأذون نخواهد بود بلکه اثر حقوقی اذن، رفع ضمان و مسئولیت مأذون خواهد بود.

”رضا“ را میل قلبی شخص به يك عمل حقوقی دانسته‌اند که در سابق انجام شده یا الآن انجام می‌شود یا بعداً واقع خواهد شد. در حالی که قصد انشا، مرحله‌ای بعد از رضای باطنی است برای ترتیب اثردادن به عقد یا ایقاعی از تاریخ اعلام قصد که اصطلاحاً به آن اعلام رضایت به قصد به‌وجودآوردن عقد و ایقاع گفته می‌شود. از این نقطه نظر، رضا را می‌توان تمایل بالقوه و قصد انشا را تمایل بالفعل ایجاد موجود اعتباری دانست. همین عامل گوهر افتراق بین این دو اصطلاح (رضا و قصد انشا) می‌باشد.

با توجه به موارد فوق و همان‌گونه که مشاهده می‌شود، شناخت افتراقی اصطلاحات و واژه‌های مذکور به حدی با ارزش می‌باشند که مطالعه‌کننده به‌راحتی می‌تواند با شناخت درست از دامنه و محدوده تعریف، آثار هر يك از آنها را پی‌جویی نماید.

۲ - ۱ - تفاوت‌شناسی اصطلاحات ابراء و اعراض

اسقاط ذمه غیر (اعم از این که ذمه به‌وسیله دین ایجاد شده یا حقی از حقوق باشد مانند حق قصاص) را در ادبیات حقوقی، ابراء می‌نامند. بنابراین ابراء نوعی عمل ارادی يك‌جانبه است که در عالم حقوق به آن ایقاع می‌گویند. با توجه به این تعریف، ابراء چشم‌پوشی و اغماض طلب‌کار از طلب خود می‌باشد که از جمله ایقاعات لازم می‌باشد.

از طرف دیگر، اعراض، يك عمل حقوقی است که به‌موجب آن مالک از مال خود چشم‌پوشی می‌نماید. با عنایت به تعریف فوق، متوجه می‌شویم که اعراض یکی از اسباب زوال مالکیت است. اعراض از این منظر، نقطه مقابل تصرف است و آن يك عمل مادی است که باعث تبدیل مال به شیء شده و دیگری می‌تواند آن را تملك یا حيازت نماید.

تا قبل از تملك و حيازت شخص ديگر، اعراض مذکور جايز مي‌باشد و اعراض‌کننده هر زمان مي‌توان به مال مذکور رجوع نموده و مجدداً آن را تملك نمايد. البته بايد دقت داشت که در مبحث املاك ثبت‌شده، صرف اعراض مادي نمي‌تواند باعث زوال مالکيت گردد. بنابر اين تنها روش زوال مالکيت در املاك ثبت‌شده، انتقال پلاك ثبتي مورد نظر به ثالث خواهد بود. زيرا وفق مفهوم ماده ۲۲ ق.ت.، همين که ملکی در دفتر املاك به ثبت رسيد، دولت کسی را مالك خواهد شناخت که نامش به‌عنوان مالك در دفتر املاك درج شده باشد. از توجه به مطالب فوق آشکار مي‌شود که تفريق موضوعات اين دو اصطلاح (ابراء و اعراض) که در اولی موضوع ابراء حقوق و در دومی، موضوع اعراض مال مادي است و با عنايت به مفهوم جواز و لزوم در هر يك از آنها، گوهر اصلي افتراق آنها مشخص خواهد شد و تا زمانی که پژوهشگر آشنا به شناخت اين گوهر افتراق نباشد، امکان خطای راهبردی در به‌کارگيري به موقع اين اصطلاحات برای نامبرده، متصور و محتمل خواهد بود.

۳- ۱- تفكيك محدوده تعاريف واژه‌های لزوم و جواز

لزوم، صفت يك عمل حقوقی است (نظير عقد يا ايقاع) که اقدام‌کننده آن عمل نتواند با قصد و اراده يك‌جانبه خود، آن را فسخ نمايد. به چنين عملی، عقد يا ايقاع لازم گفته مي‌شود. از عقود لازم مي‌توان به بيع و از ايقاعات لازم، مي‌توان به ابراء اشاره داشت. جواز نيز صفت مشترك عقود و ايقاعاتی است که به صرف وجود قصد يك‌طرف قابل تحقق و قابل فسخ باشد. اعمال حقوقی يادشده، به عقود يا ايقاعات جايز يا قابل رجوع شهرت يافته‌اند. وکالت، وديعه و وصيت تمليکی قبل از فوت موصی از جمله عقود جايزه [جايز] است. اکثر ايقاعات نيز جايز مي‌باشند.

بايد توجه داشت که در عقود، اصل لزوم (اصالة اللزوم) جاری است و جايز بودن عقود، استثنا بر اين اصل تلقي مي‌گردد. بنابر اين در هنگام ترديد در لزوم يا جواز يك عقد، از «جواز» تفسير مضيق (به قدر متيقن استثنا) به عمل مي‌آوريم. به عبارت ديگر، هر عقدي که منعقد شود، اصل بر اين است که اثر آن نسبت به متعاقدين و قائم‌مقام آنان لازم‌الاتباع

باشد و فقط در زمانی قابل فسخ و انحلال باشند که طرفین آن را در قرارداد پیش‌بینی نموده باشند یا این‌که بنا به اراده طرفین یا به خواست قانون‌گذار، برای احدی از طرفین حق فسخ وجود داشته باشد.

برعکس عقود، در ایقاعات اصل بر جواز است و از لزوم ایقاعات تفسیر مضیق به عمل می‌آید. بنابراین اکثریت ایقاعات جایز می‌باشند و فقط آن دسته از ایقاعات لازم خواهند بود که قانون‌گذار تصریح به لزوم آن نموده باشد.

همان‌گونه که مشاهده می‌شود، شناخت گوهر افتراق در بحث لزوم و جواز به حدی ارزشمند است که هرگاه مطالعه‌کننده نتواند این گوهر را تشخیص دهد، بی‌تردید دچار مشکلات فزاینده و غیرقابل جبرانی خواهد شد.

۴-۱ - تفاوت بنیادین اتلاف، تلف، تسبیب و مباشرت

در دائرةالمعارف حقوقی (لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص. ۵)، اتلاف به از بین بردن مال دیگری (کلاً یا بعضاً) اطلاق می‌گردد که فاعل با ارتکاب فعلی یا با هدایت به هدف معین، باعث از بین رفتن آن گردد.

درحالی‌که اصطلاح تلف، به از بین رفتن مال بدون دخالت مستقیم یا غیرمستقیم مالک یا غیر، اطلاق می‌شود. با توجه به دقت در دامنه تعریف دو اصطلاح «اتلاف» و «تلف» آشکار می‌شود که نقطه اشتراک دو واژه مذکور، از بین رفتن مال است لیکن گوهر افتراق دو اصطلاح یادشده، دخالت و عدم دخالت فاعل معین در عمل از بین رفتن مال است.

تسبیب، عاملی است که به‌طور غیرمستقیم باعث ورود ضرر به مال غیر گردد به‌نحوی که فعل منشأ ضرر، به‌وسیله شخص فاعل به هدف اصابت ننماید بلکه بر اثر غفلت، بی‌مبالاتی، عدم احتیاط و یا تقصیر وی، ضرری متوجه غیر گردد.

در صورتی که مباشرت، اقدام فاعل به عملی است که مستقیماً باعث تأثیر اثر گردد. در این معنا، اتلاف جزئی از مباشرت خواهد بود. با نیم‌نگاهی به این اصطلاحات، به‌راحتی می‌توان گوهر افتراق را تشخیص داد.

۵ - ۱ - تعیین دامنه تعریف واژگان قبض، اقباض، تسلیم، تسلیم، تمليك و تملك

یکی از موارد بسیار مهم در بحث عقود ناقله عین و منافع، تبیین دامنه محدوده اصطلاحات شش‌گانه قبض، اقباض، تسلیم، تسلیم، تمليك و تملك می‌باشد. چون در تعدادی از عقود، قبض، شرط صحت آن بوده و در پاره‌ای از موارد صرف اعلام ایجاب و قبول، مملك خواهد بود.

با توجه به مقدمه حاضر و با عنایت به ترمینولوژی موجود، قبض، عبارت است از قراردادن مال مورد معامله یا تحت اختیار قرار دادن مال در نزد طرف دیگر (در بیع، قبض مبیع توسط مشتری و یا قبض ثمن توسط بایع صورت می‌گیرد) به نحوی که طرف مذکور به قرارگرفتن یا تحت اختیار بودن آگاه باشد، حتی اگر این کار به فعل معامل نباشد. درحالی که اقباض رفع ید از موضوع معامله از طرف ناقل به نفع و به سمت منتقل‌الیه است، به طوری که نامبرده بتواند هر نوع تصرفی که می‌خواهد در آن بنماید.

با توجه به این دو تعریف، متوجه می‌شویم که ماهیت انتساب فعل به ناقل یا منتقل‌الیه، گوهر اصلی افتراق محسوب می‌گردد. به نحوی که قبض، فعل منتقل‌الیه (معامل) یا آگاهی وی از تحت اختیار بودن مال در نزد وی است. حال آن که اقباض، فعل ناقل (معامل) می‌باشد. (انگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص. ۶۹)

تسلیم، عبارت است از تمکین طرف از تصرف یا قرار دادن مورد معامله در اختیار وی (انگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص. ۱۵۳). در این معنا، بین تسلیم و اقباض مشابهت فراوانی وجود دارد. حال آن که تسلیم، اقدام عملی و فیزیکی قبض محسوب می‌گردد. به همین جهت، تسلیم را به قبض دادن عملی مال نیز تعبیر می‌نمایند.

با توجه به این معنا، متوجه خواهیم شد که تسلیم، همانند اقباض، فعل ناقل (معامل) می‌باشد. لازم به یادآوری است که در تسلیم، شرط نیست که طرف (منتقل‌الیه)، متمکن از انحاء تصرفات باشد بلکه همین که منتقل‌الیه از تصرفات متناسب با خصوصیات عقد مذکور متمکن گردد، تسلیم تحقق یافته است.

هرچند واژه تسلیم در دائرةالمعارف حقوقی تعریف نشده است لیکن با توجه به محدوده تعاریف سه واژه فوق (قبض، اقباض و تسلیم) متوجه خواهیم شد که تسلیم، فعل منتقل‌الیه (متعامل) است به نحوی که منتقل‌الیه بر مورد معامله به‌طور عملی تسلط یابد. با عنایت به این محدوده تعریف، آشکار می‌گردد که همان رابطه‌ای که بین اقباض و تسلیم وجود دارد، عیناً بین قبض و تسلیم موجود است.

برخلاف چهار اصطلاح مذکور (قبض، اقباض، تسلیم و تسلیم) که افعال ناقل یا منتقل‌الیه با دامنه تعریف متفاوت می‌باشند، تملیک قصد انشا ناقل (معامل یا ایجاب‌کننده در عقود ناقله) است که با اعمال آن، مالی اعتباراً از وی منتزع و به طرف دیگر (منتقل‌الیه یا متعامل یا قبول‌کننده در عقود ناقله) منتقل می‌شود.

حال آن که تملك به‌عنوان قصدی که نقطه مقابل تمليك است، قصد انشا در قبول ملکیت است. در عقودی که قبض و اقباض و تسلیم و تسلیم در آنها شرط نمی‌باشد. بنابراین در چنین عقودی، به صرف انشا چنین قصدی (ایجاب و قبول در عقود تملیکی) تمليك و تملك صورت می‌گیرد.

با توجه به مطالب فوق مبرهن می‌گردد که قبض، اقباض، تسلیم و تسلیم، صورت‌هایی از افعال ناقل و منتقل‌الیه می‌باشند. درحالی‌که جنس تمليك و تملك، قصد انشا است و با اعلام اراده (اعلام بیرونی و ابراز چنین قصدی) در پاره‌ای از عقود تملیکی یا ناقله، نقل ملکیت صورت می‌گیرد.

۶-۱ - واژه‌شناسی عزل، انعزال، فسخ، انفساخ، رجوع و اقاله

اصطلاح عزل به‌عنوان واژه عمومی در حقوق مدنی کاربرد فراوان دارد. عزل، سلب سمت فردی است که از طرف کسی یا نهادی، برای انجام کاری مأموریت داشته، از طرف اعطاکننده اختیارات یا این که از طرف قانون‌گذار اعمال گردد. (مانند عزل وزیر متخلف) از جهت اعمال اراده برای زوال رابطه نمایندگی، استعفا نقطه مقابل عزل است. (نسرودی، *ترمینولوژی حقوق*، ص. ۴۵۰) در صورتی که زوال خودبه‌خودی سمت نمایندگی (در حقوق عمومی یا حقوق خصوصی) انعزال نامیده می‌شود و اثر قهقرایی خواهد داشت.

گوهر افتراق بین عزل و انعزال، ارادی بودن یا غیرارادی بودن زوال رابطه نمایندگی است. هرگاه رابطه نمایندگی به طور ارادی و از جانب اعطاکننده سمت صورت گیرد، به چنین عملی در ادبیات حقوقی، عزل گفته می‌شود.

هرگاه سوی این عمل ارادی تغییر کرده و دارنده سمت نمایندگی، قصد زوال رابطه نمایندگی را داشته باشد، در این صورت، قصد وی در قالب استعفا تحقق خواهد یافت و هرگاه بدون دخالت دارنده سمت یا اعطاکننده سمت، رابطه نمایندگی به هر علتی (از قبیل فقد صفت و غیره) از بین برود، به چنین زوالی، انعزال گفته می‌شود.

درحالی که فسخ، يك عمل حقوقی (ایقاع) يك طرفه است که باعث می‌شود اثر عقد یا ایقاع معینی از بین رفته و وضعیت را به حالت سابق برمی‌گرداند.

در عقود جایز برای هر يك از طرفین، مطلقاً حق فسخ قرارداد وجود دارد. به عنوان مثال، در عقد وکالت، حق فسخ وکیل در قالب استعفا و حق فسخ موکل، در قالب عزل محقق خواهد شد. بنابراین، وکیل با استعفای خود و موکل با عزل وکیل می‌توانند وضعیت را به حالت قبل از انعقاد عقد وکالت تغییر دهند.

ممکن است در عقود لازم، برای یکی از طرفین حق فسخ (حق ازبین بردن قرارداد) وجود داشته باشد که به موجب قانون یا به خواست متعاقدين ایجاد شده باشد. در صورتی که حق فسخ مزبور توسط قانون گذار به وجود آید، به چنین حقی در ادبیات حقوقی، خیار گفته می‌شود. در غیر این صورت، به آن، شرط فسخ قراردادی اطلاق می‌گردد.

انحلال عقد (اعم از لازم و جایز) بنا به حکم قانون گذار یا انحلال قهری به ویژه در عقود جائزه را انفساخ می‌نامند که برخلاف فسخ، اثر قهقرایی دارد. مانند فوت و جنون هر یک از موکل و وکیل در عقد جایز وکالت، مانند تلف مبیع قبل از قبض در عقد لازم بیع.

رجوع نیز در ادبیات حقوقی، عمل يك طرفه‌ای (ایقاعی) است که تداعی کننده حالت بازگشت به قبل از عقود و ایقاع معین می‌باشد. این ایقاع معمولاً لازم و لزوم آن عرفی است. از جهت عملکرد (حالت يك طرفه‌ای که اعاده کننده به وضع سابق است) فسخ و رجوع نظیر هم عمل می‌نمایند. در صورتی که کاربرد آن‌ها با یکدیگر متفاوت می‌باشد که

همین موضوع، گوهر افتراق این دو اصطلاح می‌باشد. کاربرد فسخ عام و کاربرد رجوع اختصاصی و مختص به طلاق (به‌عنوان يك ایقاع) یا اختصاص به عقد معینی (نظیر هبه) دارد.

اقاله یا تفاسخ یا تقایل، اصطلاح عامی است که برای از بین بردن توافقی يك عقد لازم به کار برده می‌شود و مطابق ماده ۲۶۴ ق.م.، اقاله وسیله‌ای برای سقوط تعهدات محسوب می‌گردد.

همان‌گونه که مشاهده می‌شود، کاربرد دقیق يك اصطلاح در يك متن حقوقی بستگی کامل به شناخت گوهر افتراق دارد و تا چنین گوهری شناخته نشود، امکان استفاده از واژه‌های مذکور به جای یکدیگر محتمل خواهد بود که در این صورت، خسارت جبران‌ناپذیری به متن وارد می‌گردد.

۷-۱- تعیین گوهر افتراق در واژگان عیب، نقص، قلب، غش و ارش

بر طبق اصطلاح‌شناسی فقهی (کَلِمَا زَادَ أَوْ نَقَصَ عَنِ خَلْقَتِهِ الْأَصْلِيَّةِ فَهُوَ عَيْبٌ) به همین جهت، به هر گونه زیادت یا نقیصه‌ای که در مالی وجود داشته باشد به نحوی که سایر اشباه آن مال، نوعاً فاقد چنین زیادت یا نقصانی باشند، عیب گفته می‌شود. با توجه به تعریف یادشده، می‌توان فهمید که عیب انواع مختلفی از قبیل عیب حادث، عیب سابق، عیب ظاهری و عیب مخفی دارد. عیب حادثی که پس از بیع و قبل از قبض رخ دهد در حکم عیب سابق بوده و منشأ حق خیار برای مشتری است. حال آن‌که عیب پس از قبض و انقضای موعد خیار، سبب سقوط خیار است.

عیبی که مشتری به وجود آن آگاه باشد (اعم از مستوره و غیرمستوره) عیب ظاهر و در صورت عدم وقوف مشتری به وجود آن (اعم از پنهان بودن ظاهری عیب یا عدم رؤیت عیب توسط مشتری) عیب مخفی نامیده می‌شود.

واژه نقص بر از بین بردن قسمتی از صفت کمال يك مال دلالت دارد. صاحب ترمینولوژی حقوقی (انگرویدی، ترمینولوژی حقوق، ص. ۷۲۰) نقص را در این معنا، نقطه مقابل

اتلاف (از بین بردن تمامیت مال یا زوال صفت کمال يك مال) دانسته و عنوان می‌دارد که نقص، مترادف با اتلاف به معنای اخص کلمه است. در این حالت، نقص و اتلاف به معنای اخص کلمه با عیب (به معنای نقصان در مال) بسیار مشابهت دارند.

قلب در معنای لغوی آن، وارونه کردن حقیقت است. معنای حقوقی قلب نیز از معنای لغوی آن دور نمی‌باشد. هر چیزی که خارج از مقیاس و معیار واقعی باشد، قلب نامیده می‌شود. مثلاً اگر سکه‌ای در ظاهر (تا قبل از انجام محك) با سکه‌های رایج دیگر کاملاً مشابه و برابر باشد به نحوی که پس از محك زدن، متوجه شویم که معیار اصلی و رایج سکه در آن مراعات نشده، به این سکه در اصطلاح حقوقی، سکه قلب گفته می‌شود و عمل مزبور، تقلب نامیده خواهد شد.

غش در ادبیات حقوقی، به عملی اطلاق می‌گردد که فاعل با تمسك به این عمل، ضمن افزایش یا کاهش چیزی یا مخلوط کردن غیرهمجنس، بخواهد حقیقت رایجی را قلب نموده و با اقدام متقلبانه فوق، مالی را به ناحق تحصیل کند. به عنوان مثال، فردی با افزودن مس اضافی به طلا یا کاهش طلای يك سکه، بخواهد آن را از استاندارد و معیارهای اصلی خارج نموده و از این طریق مالی را متقلبانه تحصیل نماید. فقها معنای غش را فراتر از این دانسته و حتی آن را به اخفای عیب در يك مال یا اعلام صفت کمالی معین که وجود خارجی ندارد، تسری می‌دهند.

ارش عبارت از حاصل ضرب قیمت ثمن روز وقوع عقد در تفاوت قیمت مال سالم و مال معیوب در زمان معامله، تقسیم بر قیمت مال سالم در روز تقویم است که اصطلاحاً به آن "ارش عیب" نیز می‌گویند.

از توجه به مطالب فوق، می‌توان به اهمیت دانستن گوهر افتراق کاملاً پی برد. به نحوی که کوچک‌ترین اشتباه در دامنه تعریف هر يك از اصطلاحات مزبور می‌تواند آثار بسیار زیان‌بار و جبران‌ناپذیری را به دنبال داشته باشد.

۸-۱ - تعیین محدوده عملکردی اصطلاحات انشا، اخبار، اقرار و شهادت

در ادبیات حقوقی، به وجود آوردن موجود اعتباری در عالم حقوق را انشا گویند. با توجه به این تعریف فردی که قرار است موجودی اعتباری را به وجود آورد، بایستی قاصد باشد. به قصد و نیت عملی برای به وجود آوردن چنین موجودی، در لسان حقوقی قصد انشا گفته می‌شود. به عنوان مثال، در عقد بیع، بایع از طریق فعلی به نام ایجاب اعلام می‌نماید که رضایت دارد تا مشتری از حین عقد، نسبت به مبیع جانشین وی گردد و همان‌طور با اعلام قبول مشتری، بایع نسبت به ثمن، جانشین وی می‌گردد. در نتیجه آن‌چه که در حین عقد با ایجاب و قبول در ضمیر متعاقدين نقش بسته، به وجود آوردن موجود اعتباری به نام مالکیت انتقال آن در عقد بیع بوده است و تا زمانی که قصد انشا از ضمیر متعاقدين به فعلیت در نیامده باشد، نام آن انشای باطنی خواهد بود.

انشا، انواع و اقسام مختلفی دارد که شامل انشای صریح، انشای ضمنی، انشای عدمی و انشای وجودی می‌شود که دامنه تعریف هر یک از آن‌ها، متفاوت می‌باشد. اخبار در معنای لغوی آن، اعلام و آگهی‌دادن از وضعی است که در گذشته اتفاق افتاده، یا در زمان حال، در حال اتفاق افتادن است یا اینکه ممکن است در آینده اتفاق بیفتد. واژه اخبار در ادبیات حقوقی، از معنای لغوی آن دور نیفتاده است. در حالی که مطابق ماده ۱۲۵۹ ق.م. اقرار، عبارت است از اخبار به حقی به نفع غیر و به زیان خود.

بنابراین ماهیت اقرار، همان اخبار است لیکن اقرارکننده (مقر) با اخبار مذکور، قصد انشا و به وجود آوردن موجود اعتباری در عالم حقوق را ندارد. مضافاً اخبار مزبور بایستی دارای ویژگی‌های خاصی از قبیل وجود نفع دیگری و اثر اخبار به زیان اقرارکننده، باشد. فقدان هر یک از این اختصاصات، باعث می‌شود که نام آن اخبار، اقرار تلقی نگردد. مثلاً هرگاه در اخبار یادشده، نفع شخص دیگری وجود نداشته یا در اخبار مذکور، نفع اقرارکننده وجود داشته باشد یا این که ماهیت متن اخبار به ضرر اقرارکننده نباشد، اصولاً به چنین اخباری، اقرار گفته نمی‌شود.

اقرار بنا به علل و انگیزه‌های مختلف، به اجزایی تقسیم می‌گردد. از انواع اقرار، می‌توان به اقرار به دین و اقرار به وصول طلب؛ اقرار به وجود حق و اقرار به عین؛ اقرار به وجود و نبود نسب؛ اقرار شفاهی و کتبی؛ اقرار صریح و اقرار ضمنی اشاره داشت. شهادت، عبارت از اخبار به امری محسوس و واقع شده در قبل است به یکی از حواس پنج‌گانه؛ و در غیر از موارد اخبار به حقی بر ضرر اخبارکننده و به نفع غیر کاربرد دارد. بر مبنای همین گوهر افتراق است که می‌توان دایره شمول اخبار با عنوان شهادت و اخبار با عنوان اقرار را از یکدیگر بازشناخت. براین اساس، واژه اخبار اصطلاحی عام بوده که اقرار و شهادت از مصادیق آن می‌باشند.

۹ - ۱ - تعیین نقطه افتراق و اصطلاح‌شناسی واژه‌های بذل، هبه، عطایا

بذل در لغت به معنای بخشیدن است ولی در حقوق با ترکیب پاره‌ای از کلمات به دو معنا به کار می‌رود. هرگاه واژه بذل با مال ترکیب گردد (بذل مال)، در این صورت واژه ترکیبی فوق به معنای دادن مالی از طرف زوجه به زوج می‌باشد که در عوض آن، زوج او را به هر نوع طلاق (اعم از خلع یا مبارات) مطلقه نماید.

لیکن هرگاه واژه بذل با کلمه مدت ترکیب شود (بذل مدت)، در این حالت معنای واژه ترکیبی یادشده، صرف نظر کردن زوج از بهره‌مندی جنسی (تمتع و تلذذ جنسی) از زوجه در مدت باقی‌مانده نکاح منقطع خواهد بود.

اصطلاح هبه نیز در لغت به معنای بخشیدن است لیکن در ادبیات حقوقی، هبه، عنوان عقد معینی را دارد که به طور منجز، تملیک عینی بدون عوض به غیر صورت گیرد. هرگاه هبه جوابگوی هبه دیگری باشد، نام آن هبه معوض خواهد بود. هبه‌کننده را واهب و کسی که به نفع وی هبه شده را متهب و مالی را که موضوع هبه قرار می‌گیرد، عین موهوبه می‌نامند. علاوه بر هبه معوض و غیرمعوض، اقسام گوناگون دیگری نیز از هبه وجود دارد. هبه جلی و هبه خفی؛ هبه حاضر و هبه معدوم؛ هبه عین معین و هبه اعیان مافی‌الذمه از اقسام شایع آن می‌باشد.

عطیه، مفهوم عامی از بخشش و هدیه است که دربرگیرنده صدقه، هبه، نحله و واگذاری حق انتفاع به‌طور رایگان (اعم از رقبی، سکنی، عمری و حبس) بوده و حتی شامل وقف نیز می‌گردد و مقصود از عطیه، بخشش بدون چشم‌داشت می‌باشد.

۱۰- ۱ - تفاوت بنیادین اصطلاحات مبیع، بدل، عوض، معوض، قیمت، ثمن و مثن

مبیع در ادبیات حقوقی (انگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص. ۶۰۹) به عین موجود در خارج (یا عین کلی مافی‌الذمه) گفته می‌شود که در عقد بیع، بایع آن را با انتظار دریافت عوض معلوم، به خریدار تملیک می‌نماید. مبیع در بیع شرط، مبیع شرطی نامیده می‌شود.

درحالی‌که بدل، يك اصطلاح حقوقی است که معنای آن اعم از مبیع بوده و کاربرد آن در دو مورد از همه بیشتر است. هر يك از عوضین در عقود معاوضی را "بدل" می‌نامند. مثلاً در عقد بیع، مبیع، بدل ثمن و ثمن نیز بدل مبیع خواهد بود. علاوه بر این، مالی که زیان‌زننده برای جبران خسارت به آسیب‌دیده می‌دهد، بدل نامیده می‌شود. دو ترکیب شایع (بدل تالف و بدل حیلولة) از زمره واژگانی است که در حقوق مدنی عام، کاربرد فراوانی دارد. عوض مالی است اعم از عین یا غیر آن که از طرف قبول‌کننده (یا قابل) در کلیه عقود معاوضی به‌طور عام و در عقد معاوضه به‌طور خاص، به طرف دیگر داده می‌شود. همچنین در پاره‌ای از اوقات به مالی که زیان‌زننده به آسیب‌دیده برای جبران خسارت می‌دهد، عوض نیز گفته می‌شود که در این اصطلاح، عوض با بدل، رابطه معنایی نزدیکی دارد. برعکس، معوض به مالی گفته می‌شود که از طرف ایجاب‌کننده (یا موجب) به طرف دیگر داده می‌شود. در اصطلاح حقوقی به ارزش هر مالی، قیمت گفته می‌شود که انواع و اقسام آن عبارتند از: قیمت اسمی، قیمت حقیقی یا واقعی؛ قیمت عادلانه، قیمت منطقه‌بندی؛ قیمت یوم‌التلف و قیمت یوم‌الرد. حال آن‌که در ادبیات حقوقی به مالی که عوض مبیع در عقد بیع باشد، ثمن گفته می‌شود و لازم نیست که ثمن حتماً پول (یا وجه نقد) باشد ولی هرگاه هر يك از عوضین پول بود، عنوان ثمن را خواهد داشت.

با توجه به دو اصطلاح فوق (قیمت و ثمن) آشکار می‌گردد که اگر واژه قیمت در عقد بیع به کار برده شود، مقصود گوینده همان ثمن معامله است. در حالی که ثمن به‌عنوان

عوض، اختصاصی عقد بیع است. در صورتی که قیمت مفهوم عام‌تری از ثمن دارد. با اندک دقت در ترمینولوژی حقوقی (انگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص. ۶۱۵)، متوجه خواهیم شد که مثنی به نقطه مقابل ثمن (یا مبیع) اطلاق می‌گردد که در ازای ثمن، به خریدار تملیک می‌گردد. چون در آموخته‌های قبلی دانستیم که ماهیت ثمن، عوض می‌باشد و مثنی نقطه مقابل ثمن می‌باشد. بنابراین ماهیت مثنی نیز معوض خواهد بود. ناگفته پر واضح است که شناخت دقیق هر یک از این اصطلاحات حقوقی، معطوف به شناخت گوهر افتراق خواهد بود و مطالعه‌کننده متون حقوقی، خود نیز اذعان خواهد داشت که بدون شناخت چنین گوهری، راه به جایی نخواهد برد.

۱۱ - ۱ - مطالعه افتراقی واژگان خسارت، زیان، غرامت، ضرر و غرر

در ادبیات حقوقی (انگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص. ۲۶۰)، خسارت آسیبی است که شخص در اثر اقدام مستقیم یا غیرمستقیم خود، به دیگری وارد نموده و معمولاً مابه ازای آن به‌عنوان مالی تلقی شده است که بایستی از طرف کسی که باعث ورود ضرر مالی به دیگری شده، به متضرر داده شود.

برای صدق مفهوم خسارت، باید تجاوز به مال دیگری (مستقیم یا غیرمستقیم) صورت گیرد که فقط در این حالت است که قصد تخلف از مقررات قراردادی یا مقررات جاری کشور، شرط تحقق خسارت خواهد بود.

خسارت، انواع و اقسام گوناگونی از قبیل خسارت حقیقی، خسارت حکمی؛ خسارت عدم انجام تعهد، خسارت تأخیر انجام تعهد، خسارت تأخیر تأدیه؛ خسارت مادی و خسارت معنوی دارد.

زیان، واژه‌ای فارسی است که در معنای ضرر به‌کار برده می‌شود که در این صورت، معنای بسیار وسیعی برای آن می‌توان در نظر گرفت که در هنگام تحلیل حقوقی اصطلاح ضرر به آن اشاره خواهیم کرد و در پاره‌ای از موارد، زیان به معنای خسارت به‌کار می‌رود.

غرامت، وجه نقدی است که بابت جبران خسارت در حقوق جزا و حقوق مدنی به زیان‌دیده داده می‌شود. غرامت ناشی از رسیدگی، غرامت جنگی، غرامت کیفری، غرامت

مدنی و غرامت مالی از زمره اقسام شایع غرامت می‌باشند.

در ادبیات حقوقی (انگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص. ۴۱۵) ضرر به خسارتی اطلاق می‌گردد که در اثر صدمه جانی یا مالی به خود و دیگری حاصل شود یا به واسطه تجاوز به مال و نوامیس دیگران یا اتلاف و نقصان در مال دیگری حادث شود و در پاره‌ای از موارد به عدم‌المنفع نیز اطلاق می‌گردد که در مورد اخیر، حقوق‌دانان اتفاق نظر ندارند.

در بحث تقسیم‌بندی ضرر، می‌توان به اقسام ضرر از قبیل ضرر موجود و فعلی، ضرر آتی؛ ضرر مستقیم، ضرر غیرمستقیم؛ ضرر مسلم، ضرر محتمل؛ ضرر معنوی و ضرر مادی اشاره داشت.

غرر در ادبیات حقوقی (انگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص. ۴۱۹) به جهل به یکی از جهات معامله تعبیر شده که به واسطه چنین جهلی به جاهل زیان وارد گردد. بنابراین عقدی که مبتنی بر جهل یکی از طرفین بوده و از همین جهل احتمال ورود ضرر بر وی متصور باشد، عقد غرری نامیده می‌شود. به همین جهت اکثر حقوق‌دانان، عناصر تشکیل‌دهنده غرر را جهل و احتمال ورود ضرر دانسته‌اند.

با دقت در پنج واژه یادشده (خسارت، زیان، غرامت، ضرر و غرر) متوجه خواهیم شد که شناخت گوهر افتراق واژگان مزبور تا چه حد می‌تواند راه‌گشای مشکلات فراروی پژوهشگر حقوقی بوده و او را در راه پر پیچ و خم عملکرد حقوقی، مساعدت نماید.

۱۲ - ۱ - بررسی تطبیقی اصطلاحات اضطرار، اکراه، اجبار، سهو و اشتباه

اکراه، حالتی در شخص حقیقی است که به واسطه تهدید از جانب شخص دیگر (خواه طرف عقد باشد، خواه ثالث) که باعث تحقق عمل حقوقی (اعم از فعل یا ترك فعل) در شخص گردد.

عمده‌ترین عناصر تشکیل‌دهنده اکراه عبارتند از: الف - عمل آمیخته با تهدید از جانب متعامل یا ثالث به منظور تحقق يك عمل حقوقی (اعم از انعقاد عقد یا ایقاع یا اقرار و شهادت). ب - تهدید نوعاً و عرفاً برای فعل یا ترك فعل مؤثر باشد. ج - میزان تهدید سالب قصد انشا در عقود و ایقاعات و سالب قصد در اقرار و شهادت نباشد. د - عدم علم تهدیدشونده به ناتوانی تهدیدکننده.

درحالی که اضطرار، حالت يك شخص حقیقی است که در آن به لحاظ وجود اوضاع و احوال خاص (بدون وجود هرگونه تهدیدی) شخص به رغم عدم رضایت و میل باطنی، به واسطه همان اوضاع و احوال مبادرت به اعمال حقوقی می نماید.

همان گونه که مشاهده می شود، گوهر افتراق بین این دو اصطلاح، بود و نبود تهدید است که باعث بروز آثار متفاوت حقوقی خواهد بود. ماده ۱۹۹ ق.م.، رضای حاصل از اکراه را موجب نفوذ معامله ندانسته و ماده ۲۰۳ ق.م.، صراحتاً اکراه را موجب عدم نفوذ معامله می داند حتی اگر از جانب شخص خارجی (غیر از متعاملین) واقع شده باشد.

حال آن که معامله مضطر، برخلاف معامله مکره، نافذ و معتبر است. بنابراین کوچکترین اشتباه در تشخیص گوهر افتراق، باعث تغییر مسیر تفسیر معامله، از صحت به عدم نفوذ خواهد شد.

اجبار، حالتی است که به واسطه تهدید (به نحوی که در اکراه گفته شد) پدیدار گردیده و باعث زوال قصد انشا در عقود و ایقاعات و مطلق قصد در اقرار و شهادت گردد.

با توجه به تعریف یادشده و تطبیق آن با اکراه، متوجه خواهیم شد که گوهر افتراق این دو واژه، زوال و عدم زوال قصد (یا قصد انشا) می باشد که دارای آثار متفاوت حقوقی خواهد بود. یکی باعث عدم نفوذ (اکراه) و دیگری (اجبار) به موجب مادتين ۱۹۱ و ۱۹۰ ق.م.، به لحاظ فقدان قصد انشا، باعث بطلان معامله خواهد بود.

نویسندگان حقوقی (انگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص. ۳۷۱) سهو را غفلت دماغی از چیزی دانسته اند که به مجرد تنبه، فرد از آن آگاهی یابد. حال آن که اشتباه، تصور خلاف واقع از امر مادی یا معنوی است. به همین دلیل، هر سهوی را می توان اشتباه دانست لیکن هر اشتباهی، سهو تلقی نمی گردد.

اشتباه در حقوق مدنی، در صورتی موجب عدم نفوذ معامله خواهد بود که مربوط به خود موضوع معامله باشد. بنابراین اشتباه در شخص طرف معامله، معمولاً به صحت معامله لطمه ای وارد نمی سازد مگر این که شخصیت طرف معامله، علت عمده انعقاد عقد باشد.

۱۳ - ۱ - اصطلاح‌شناسی واژه‌های شرط، تعهد و خیار

شرط در ادبیات حقوقی ایران (انگرویدی، ترمینولوژی حقوق، ص. ۲۸۰)، امر یا وصفی است که به منظور تکمیل یا تغییر آثار حقوقی در يك عمل حقوقی به ویژه در عقود گنجانده می‌شود و در پاره‌ای از موارد، شرط امری حادث و محتمل‌الوقوع است که حدوث حقی به تحقق آن منوط می‌گردد.

از اقسام شروط می‌توان به شرط ضمن عقد، شرط ابتدایی؛ شرط موجد حق، شرط انتفاء عقد؛ شرط صفت، شرط فعل، شرط نتیجه؛ شرط خلاف مقتضای ذات عقد، شرط خلاف مقتضای اطلاق عقد؛ شرط باطل، شرط مبطل؛ شرط نذر خارج و شرط وکالت خارج اشاره داشت.

این در حالی است که تعهد، يك رابطه حقوقی است که به موجب آن شخص یا اشخاص معین ابتدائاً یا با توجه به اقتضای عقد یا جرم یا به حکم قانون ملزم به پرداخت وجه یا تحویل مال یا مکلف به انجام فعل یا ترك عمل معینی به نفع شخص یا اشخاص معینی گردند.

اگر چنین عملی (بر ذمه گرفتن حقی به نفع غیر) در ضمن عقود صورت پذیرد، در اصطلاح حقوقی به آن «شرط ضمن عقد» گفته می‌شود و در صورتی که در ضمن عقود صورت نگیرد، به آن تعهد یا شرط بنایی یا شرط ابتدایی می‌گویند. تعهد نیز اقسام گوناگونی دارد که به طور خلاصه می‌توان به تعدادی از آن‌ها از قبیل تعهد ابتدایی، تعهد عقدی؛ تعهد اصلی، تعهد تبعی؛ تعهد لازم، تعهد جایز؛ تعهد منجز، تعهد معلق؛ تعهد به نفع ثالث و تعهد به ضرر ثالث اشاره داشت.

با توجه به مطالب فوق درمی‌یابیم که شناخت گوهر افتراق در این دو مورد (شرط و تعهد) تا چه درجه‌ای از اهمیت برخوردار است. اگر کوچکترین اشتباهی در محدوده تعاریف یادشده صورت پذیرد، بی‌تردید لطمات جبران‌ناپذیری وارد خواهد شد.

خیار، (انگرویدی، ترمینولوژی حقوق، ص. ۲۶۶) عبارت از اختیار و سلطه يك طرفه‌ای است که برای از بین بردن ارادی اثر حاصل از عقود ممکن است به کار برده شود. این اختیار می‌تواند به خواست و اراده متعاملین به احدی از متعاملین یا هر دو اعطا شده باشد یا این که اختیار

از بین بردن اثر معامله به موجب قانون به هر دو یا یکی از آنان داده شود. در صورتی که هر دو طرف بتوانند با استفاده قانونی، اختیار از بین بردن آثار معامله را داشته باشند، به چنین اختیاری، خیار مشترك گفته می شود و در صورتی که یکی از طرفین بتوانند با استفاده قانونی، اختیار از بین بردن آثار معامله را داشته باشند، به آن، خیار مختص گفته می شود. ضمناً پاره‌ای از اختیارات ممکن است ویژه يك عمل حقوقی (نظیر بیع) و تعدادی از اختیارات نیز می تواند برای تمامی عقود مورد استفاده قرار گیرد. از اختیارات مختص بیع می توان به خیار مجلس، خیار حیوان و خیار تأخیر ثمن اشاره داشت و همچنین می توان خیار شرط، خیار تخلف از شرط صفت، خیار غبن، خیار تبعض صفقه، خیار رؤیت، خیار عیب و خیار تدلیس را به عنوان نمونه‌ای از اختیاراتی دانست که در تمامی عقود کاربرد مشترکی دارند.

هرگاه به طور مطلق در عقد بیع شرط شود که برای احدی از متعاملین (بایع یا مشتری) یا هر دو یا شخص ثالث اختیار فسخ معامله وجود داشته باشد، به چنین بیعی، بیع خیاری گفته می شود که با بیع شرط، هم از جهت تعریف و هم از جهت آثار، متفاوت است.

با توجه به آموخته‌های فوق، متوجه می گردیم که شناخت محدوده عملکردی سه واژه فوق (شرط، تعهد و خیار)، تا حد بسیار زیادی می تواند برای يك پژوهشگر تعیین کننده باشد.

۱۴ - ۱ - تفاوت اصطلاحات مقتضای ذات عقد و مقتضای اطلاق عقد و شرط خلاف آنها

لغت‌شناسان (انگرویدی، ترمینولوژی حقوق، ص. ۶۷۷) در تعریف واژه «مقتضی» آورده‌اند که هر عاملی را مقتضی می دانند که در صورت نبود مانع بتواند منشأ اثر شود. در پاره‌ای از موارد به مقتضی، موجب هم گفته می شود. نظیر موجبات (مقتضیات) اثر که به سبب و نسب تقسیم می گردد.

با توجه به این تعریف مقدماتی، مقتضای ذات عقد (یا مقتضای عقد) عاملی است که باعث منشأ هدف اصلی و غایت نهایی عقدی باشد. مثلاً اقتضای عقد بیع، نقل و انتقال مبیع و ثمن، اقتضای نکاح، مقاربت و نزدیکی و اقتضای وکالت، نیابت دادن امری است.

درک مقتضای ذات عقود در مثال‌های فوق شاید تا حدودی سهل باشد ولی شناخت مقتضای هر عمل حقوقی به حدی مهم است که در پاره‌ای از موارد، ممکن است

بزرگ‌ترین اندیشمندان حقوقی در رهیافت و نیل به آن، دچار تردید شوند. پس هر عقدی را بایستی به‌طور مجزا بررسی نموده و گوهر وجودی آن عقد را بازشناخت.

مقتضی اطلاق عقد (مطلق‌شناختن آن در صورت عدم تقیید به‌وسیله متعاقدين)، به هدف غایی و نهایی عقد بر نمی‌گردد بلکه اثری از آثار عقدی را پی‌جویی می‌نماید که هرگاه در حین عقد، ذکر از آن به میان نیامده باشد، اطلاق عقد موجب حصول آن اثر باشد. به‌عنوان مثال، در صورت عدم تعیین محل تسلیم مبیع توسط متعاملین، مقتضای اطلاق عقد بیع ایجاب می‌نماید که محل وقوع عقد، محل تسلیم مبیع باشد. به همین جهت دانستن مقیدات و اطلاقات هر عقدی از عقود، حائز اهمیت وافر خواهد بود.

هر شرطی که در متن عقود به‌عنوان شرط ضمن عقد از جانب متعاقدين درج می‌گردد، از چند وجه خارج نمی‌باشد. در تعدادی از آنها، هم شرط صحیح است و هم عقد. در پاره‌ای دیگر، شرط باطل است ولی خللی به عقد وارد نمی‌سازد و النهایه در تعدادی دیگر (که در ماده ۲۳۳ ق.م. به آن‌ها اشاره شده) هم شرط باطل است و هم بطلان شرط به خود عقد هم سرایت نموده و باعث بطلان عقد نیز می‌گردد.

بنابراین شناخت شروط خلاف مقتضای ذات عقد و شروط خلاف اطلاق عقود و بازشناسی و تفریق آن‌ها از یکدیگر، به‌گونه‌ای ضروری است که معمولاً نظر هر اندیشمندی را به خود معطوف می‌سازد.

همان‌گونه که می‌دانیم، شروط خلاف ذات عقد که در ضمن هر عقدی امکان درج آن‌ها از جانب متعاقدين وجود دارد، به‌موجب حکم مندرج در بند اول ماده ۲۳۳ ق.م.، هم خود باطل‌اند و هم باعث بطلان عقد می‌گردند (شروط باطل و مبطل عقد) حال آن‌که چنین وضعیتی را در شروط خلاف مقتضای اطلاق عقود شاهد نمی‌باشیم. به همین جهت، بازشناسی گوهر تفریق‌واژه‌های شروط خلاف مقتضای ذات و مقتضای اطلاق عقود، غیرقابل کتمان خواهد بود.

گفتار دوم - تشخیص افتراقی اصطلاحات خاص حقوق مدنی

تمییز واژگانی از اعمال حقوقی نظیر معاملات، عقود، ایقاعات از وقایع حقوقی؛ اتلاف،

تسبیب، مباشرت؛ مسئولیت قهری، مسئولیت قراردادی، ضمان؛ بیع، اجاره و معاوضه از یکدیگر، شاید برای تحصیل کرده یکی از رشته‌های حقوق کاری بس ساده و آسان باشد. لیکن همین پژوهشگر، هنگامی که با اصطلاحاتی نظیر حبس، وقف، ثلث باقی؛ رهن، وثیقه؛ اجاره، سکنی، رقبی و حبس مواجه می‌شود، همانند صورت‌های قبلی نمی‌تواند به راحتی گوهر افتراق را دریابد.

به همین دلیل، بازشناسی چنین گوهری به وی کمک شایانی در درک مسایل حقوقی خواهد نمود. ما نیز از باب تمثیل به سه دسته از این اصطلاحات بسنده نموده و گوهر افتراق هر یک را آشکار می‌سازیم.

۱ - ۲ - مطالعه افتراقی واژگان حبس، وقف و ثلث باقی

حبس، نوعی از عقود احسان است که در آن صاحب مال با حفظ مالکیت خود، منافع را برای مدت معین یا نامعین برای فرد خاصی برقرار می‌نماید. حبس‌کننده را حابس می‌نامند و شخصی که حبس به نفع وی برقرار شده، محبوس علیه نام دارد. حبس دارای انواع متعددی است که حبس مؤبد (یا حبس مخلد و دائم)، حبس مطلق و حبس مقید از زمره آن‌ها می‌باشد. (انگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص. ۲۰۸) بنابراین گوهر تفکیک و افتراق واژگان ترکیبی حبس (حبس مؤبد، حبس مطلق، حبس موقت)، زمان است که باعث تقسیم‌بندی آن‌ها می‌شود.

وقف، در حقوق مدنی از جمله عقود است که برای تحقق آن نیاز به قبض است و آن عقدی است که مالک، مالی را جهت تسبیل منفعت، حبس نماید. حبس در این حالت، به معنای مصون نگاه‌داشتن از نقل و انتقال، حتی توسط مالک می‌باشد. هرچند عده‌ای اعتقاد دارند که با انجام و تحقق وقف، مال از ملکیت مالک (واقف) خارج و در ملکیت تأسیس حقوقی جدیدی به نام موقوفه قرار خواهد گرفت.

به مالک، واقف گفته می‌شود و کسی که وقف به نفع وی صورت می‌گیرد، موقوف علیه و به مالی که موضوع وقف قرار می‌گیرد، مال موقوفه می‌گویند و شخصی که اداره امور موقوفه را عهده‌دار است، متولی نام دارد. ممکن است واقف برای عملکرد متولی، ناظری تعیین نماید که با توجه به حدود اختیارات وی، ممکن است نظارت فرد مذکور، اطلاعی یا استصوابی باشد.

وقف عام و وقف خاص، دو نمونه شایع از این عقد می‌باشد. در وقف عام، حصری برای موقوف‌علیهم موجود نیست، حال آن‌که در وقف خاص موقوف‌علیه یا موقوف‌علیهم محصور می‌باشند.

اگر نیم‌نگاهی به اصطلاحات یادشده (به‌خصوص به حبس و وقف) ببینیم، متوجه خواهیم شد که این واژه‌ها از لحاظ مفهومی، تا چه حد به یکدیگر نزدیک می‌باشند. به عبارت دیگر، اگر کوچکترین اشتباهی درخصوص شناخت گوهر افتراق این دو واژه رخ دهد، ضرر جبران‌ناپذیری به متن حقوقی و استنباط از آن وارد می‌گردد.

گوهر افتراق این دو اصطلاح (حبس و وقف)، خروج و عدم خروج مال از ملکیت اقدام‌کننده در هنگام تسبیل منافع است. بنابراین اگر در عمل حقوقی مزبور مال از ملکیت مالک خارج نگردد، نام آن اقدام، حبس خواهد بود و اقدام‌کننده حابس نامیده می‌شود ولی هرگاه مال از ملکیت مالک خارج شود یا مالک نیز نتواند آن را انتقال دهد، در این صورت نام اقدام‌کننده، واقف می‌باشد.

علاوه بر خروج و عدم خروج مال از ملکیت اقدام‌کننده، تفاوت‌های اختصاری زیر؛ الف - تعیین مدت در حبس و عدم تعیین آن در وقف. ب - اعاده مالکیت به حابس، در صورت زوال مال و عدم اعاده آن به واقف در چنین وضعیتی. ج - اعاده مالکیت به ورثه حابس در صورت فوت حابس و عدم اعاده آن به ورثه واقف در صورت فوت وی، از جمله آثار گوهر افتراق بین حبس و وقف می‌باشد که شناخت آن برای پژوهشگر حقوقی حائز اهمیت فراوان است.

ثلث باقی یا دائم یا ثلث مخلد، از اصطلاح‌های حقوق ثبت است و آن عبارت از تمامت شش‌دانگ مال غیرمنقول موصی (وصیت‌کننده) است که وی آن را به‌عنوان ثلث اموال خود تعیین نموده تا برای بعد از مرگ خود، وصی (مأمور انجام وصیت) منافع آن را علی‌الدوام (بدون تعیین مدت) صرف امور خیرات و مبرات نماید.

چون ممکن است موصی بر اثر فعالیت اقتصادی خود تا زمان مرگش، تغییر و تحولاتی

در اموالش (زیادت اموال، نقصان اموال) رخ دهد، تمامت شش دانگ پلاک ثبتی فوق (به عنوان ثلث باقی) فقط در مورد آخر است که از ثلث بودن (ثلاثیت) خارج خواهد شد. همان گونه که ملاحظه می شود، هر چند ممکن است بین اثلاث باقیه (دائم و مخلد) و احباس و وقف قرابت زیادی وجود داشته باشد و شاید از پاره‌ای جهات مربوط به اعمال مقررات، احکام ثلث باقی با وقف مشابه باشد لیکن این مشابهت، مانع از بازشناسی گوهر افتراق این سه واژه نخواهد بود.

قبلاً به تبیین گوهر افتراق بین احباس و اوقاف اشاره نمودیم. اینک به طور اختصار به بررسی نقاط عطف افتراقی بین دو اصطلاح "اثلاث باقیه و اوقاف" می پردازیم.

اولاً: ثلث باقی از لحاظ تبیین ماهیت حقوقی، در مبحث وصیت توصیف می گردد. حال آن که وقف، موضوع و عنوان مستقل حقوقی و فقهی است.

ثانیاً: چون ثلث باقی یکی از اجزای وصیت است، بنابراین تا هر زمان قبل از مرگ موصی، قابل عدول از جانب وی می باشد ولی وقف، فاقد چنین ماهیتی است و به مجرد انعقاد آن (ایجاب و قبول و قبض و اقباض)، مالکیتی برای واقف متصور نخواهد بود یا این که وی و ورثه اش حق نقل و انتقال آن را ندارند.

ثالثاً: هرگاه تا قبل از فوت موصی (بدون عدول وی از وصیت) با توجه به فعالیت های اقتصادی اش، ممکن است شش دانگ مال غیرمنقول یادشده از ثلث بودن خارج و ماهیت ثلث باقی از بین رفته و قسمتی از آن مال، متعلق حق ورثه گردد (به این حالت، ثلث غیرباقی گفته می شود) که در این حالت، فقط زمانی می توان ثلث غیرباقی را تصرف و منافع آن را در جهت خواست و اغراض موصی تسبیل کرد که رضایت بقیه ورثه حاصل گردد.

حبس دائم (یا حبس مخلد) از لحاظ ماهیت و بر طبق قانون مدنی ایران، در حقیقت برقراری نوعی حق انتفاع است که مالکیت عین آن علی الدوام متعلق به حابس بوده و در صورت فوت وی، ملک از حبس بودن خارج و متعلق حق ورثه قرار خواهد گرفت. حال آن که در ثلث باقی چنین وضعیتی را شاهد نمی باشیم.

مضافاً به مجرد انعقاد عقد حبس دائم به طور مستقل (یا ضمن عقد لازم دیگر)، حق

انتفاع برقرار می‌شود ولی تسبیل منافع ثلث باقی، پس از فوت موصی است و منوط به باقی‌بودن مال در ثلثیت (شرط عدم نقصان اموال موصی از لحظه انعقاد وصیت تا لحظه فوت) است. در این صورت، به دلیل تسبیل منافع در جهت خیرات و میرات، می‌توان این‌گونه پنداشت که موصی‌له نامعین یا عام بوده و اثلاث باقیه از این منظر، بسیار نزدیک به وقف عام می‌باشند و تفاوت آن‌ها (اثلاث باقیه و وقف عام) در این است که در وقف عام متولی اداره وقف را عهده‌دار است. حال آن‌که در اثلاث باقیه، این وصی است که عهده‌دار چنین نقشی می‌باشد.

شاید به جرأت بتوان گفت که با توجه به تحقیقاتی که راقم این سطور انجام داده، تاکنون هیچ‌یک از حقوق‌دانان ایرانی درخصوص تفکیک مفهوم و تبیین گوهر افتراق بین دو اصطلاح احباس و اثلاث باقیه، بررسی هر چند مختصری به عمل نیاورده است. به همین دلیل شناخت چنین گوهری از درجه اهمیت خاصی برخوردار است.

۲-۲ - تفاوت ماهیتی بین عقود رهن و وثیقه

رهن، واژه‌ای است که قرابت بسیار نزدیکی با وثیقه دارد به گونه‌ای که بیشتر پژوهشگران حقوقی این دو اصطلاح را به‌طور مترادف و مشابه مورد استفاده قرار می‌دهند. حال آن‌که بین این دو اصطلاح تفاوت بنیادین وجود دارد.

ماده ۷۷۱ ق.م.، به پیروی از شریعت، رهن را عقدی دانسته که طی آن، مدیون، مالی را برای وثیقه به دائن می‌دهد. در این عقد، رهن‌دهنده را رهن و طرف دیگر را مرتهن نامیده است و به مالی که مدیون جهت توثیق بدهی‌اش در اختیار مرتهن قرار می‌دهد، عین مرهونه گفته می‌شود.

با توجه به تعریف فوق، مبرهن می‌گردد که عقد رهن، نوعاً عقد تبعی است و عقد اصلی محسوب نمی‌گردد. زیرا بستر تحقق عقد رهن، وجود دین سابق است که وجود آن می‌تواند ناشی از عقد قرض یا سایر عقود باشد یا این‌که دین مذکور ممکن است به واسطه الزامات قهری ایجاد گردد.

باید دقت داشت که مطابق نظر مشهور فقهای امامیه، قبض شرط صحت عقد رهن

است (وسائل الشیعه، ج. ۱۳، باب ۳ از احکام رهن؛ شرح لمعه، ج. ۴، ص. ۵۹) و خصلت تبعی عقد رهن باعث شده تا این عقد نسبت به رهن لازم و نسبت به مرتهن جائز باشد و مرتهن هر زمان که بخواهد می‌تواند از رهن اعراض نموده و مال مرهونه را از قید رهانت آزاد سازد. در این معنا، هرگاه رهن از مورد رهن اعراض نماید، به واسطه تبعی بودن عقد رهن (که به تبع دین ایجاد شده)، عین مرهونه از قید رهانت آزاد می‌گردد ولی رهن، کماکان به عنوان بدهکار مرتهن شناخته خواهد شد.

رهن براساس مبانی متفاوت به اقسام گوناگونی تقسیم می‌گردد. رهن تصرف، رهن غیرتصرف؛ رهن قضایی، رهن قراردادی؛ رهن مستعار، رهن غیرمستعار؛ رهن واحد و رهن مکرر از انواع شایع و متداول عقد رهن می‌باشد که بازشناسی هر یک از این واژه‌های ترکیبی، مستلزم شناخت مبانی تقسیم آن‌ها است.

هرگاه مبنای تقسیم رهن، تصرف مال مورد رهن (عین مرهونه) توسط مرتهن باشد، بنابراین در صورتی که پس از قبض مرتهن، مال در تصرف وی باقی بماند، عقد مزبور را رهن تصرف می‌نامند ولی هرگاه مرتهن پس از قبض مال مرهونه، آن را جهت استفاده شخصی رهن به تصرف وی دهد، به چنین عقدی، رهن غیرتصرف می‌گویند.

رهن قضایی نیز قراردادی است که در هنگام صدور قرار تأمین توسط بازپرس با مالک منعقد می‌گردد تا در صورتی که متهم در موعد مقرر در محضر وی حاضر نگردد، مال مرهونه به نفع دولت ضبط گردد لیکن رهن قراردادی (برخلاف رهن قضایی)، عقدی است که متعاملین با قصد انشای آن، قصد تضمین بازپس‌دهی بدهی را دارند.

گوهر تفکیک و افتراق رهن به رهن مستعار و رهن غیرمستعار، مالکیت و عدم مالکیت رهن نسبت به عین مرهونه است. بنابراین هرگاه رهن مال خود را در رهن قرار دهد، به چنین عملی رهن غیرمستعار می‌گویند ولی در صورتی که مال مرهونه متعلق به غیر باشد و رهن با انعقاد عقد عاریه، مالک مال مرهونه گردیده و آنگاه شخصاً آن را در رهن قرار دهد، به چنین اقدامی در اصطلاح حقوقی، رهن مستعار گفته می‌شود. (کاتوزیان، عقود معین ۴)

رهن از جهت تکرار نیز قابل تقسیم است. رهن واحد، قراردادی است که رهن (بدهکار) شش‌دانگ يك ملك را برای يك‌بار، در رهن مرتهن (طلب‌کار) قرار می‌دهد. حال آن‌که در رهن مکرر، رهن شش‌دانگ ملك را چندین نوبت برای دیون گوناگون با منشأ واحد یا متعدد، در رهن مرتهن قبلی یا سایرین قرار می‌دهد. در سند اول، تمامت شش‌دانگ به رهن گذارده می‌شود و در اسناد بعدی، مازاد ارزش رهنی در رهن مرتهن قبلی یا سایرین قرار می‌گیرد. با توجه به داده‌های فوق، آشکار می‌شود که مرتهن در رهن مکرر ممکن است واحد یا متعدد باشد.

از نقطه نظر قانون‌گذار ایران، وثیقه چیزی جز مالی که مدیون آن را در نزد رهن به‌منظور استظهار و پشت‌گرمی برای استرداد دین می‌گذارد، نیست. بنابراین از منظر قانون‌گذار ایران، رهن عقد است لیکن وثیقه مالی است که به رهن داده می‌شود.

حال آن‌که امروزه مفهوم وثیقه، تنها به مال بودن محدود نمی‌گردد بلکه دامنه آن از مال بودن به معنوی شدن به یکی از عقود نامعین نیز کشیده شده است. در عملیات بانکی و غیربانکی، شاهد انعقاد قراردادهای وثیقه می‌باشیم که از لحاظ تئوری با قرارداد رهن متفاوت می‌باشد. وجود این قراردادهای، مفهوم مال بودن وثیقه را به نوعی از عقود، ارتقا داده است.

سؤال قابل طرح در این خصوص، این است که آیا عقد وثیقه از این منظر، با عقد رهن مشابه و برابر است یا این دو اصطلاح با یکدیگر تفاوت‌هایی دارند؟

بی‌تردید اگر پاسخ مثبت باشد، در این صورت عقل از پذیرش آن عاجز خواهد بود. زیرا اولاً: با وجود عقد رهن، دیگر حاجت و نیازی به وجود عقد وثیقه نبوده است. ثانیاً: از قانون‌گذار عاقل، بعید است برای یک موضوع، دو قالب ایجاد ارتباط فراهم نماید.

اگر پاسخ منفی باشد و بالنتیجه قائل به تفاوتی میان عقد رهن و وثیقه باشیم، در این صورت چاره‌ای جز بازشناسی گوهر افتراق میان این دو اصطلاح وجود نخواهد داشت.

چون مطابق ماده ۷۷۱ ق.م.، وجود دین سابق از ارکان اصلی عقد رهن است. بنابراین گاهی از اوقات ضرورت پیدا می‌کند که بدون وجود دین سابق، مالی برای انجام تعهدات فعلی یا آتی به‌گرو گرفته شود. بی‌تردید، قالب حقوقی رهن، ناتوان از پوشش دادن به چنین

رابطه حقوقی است. به همین جهت، ضرورت وجودی عقد غیرمعینی به نام عقد وثیقه مبرهن می‌گردد.

به‌عنوان مثال، برای انعقاد قراردادهای تضمین حسن انجام کار یا برای اجرای حسن خدمات، متعهد، موظف است مالی را به نفع متعهدله گرو گذارد. چون دین سابق وجود ندارد و فقط تعهد محتمل الوقوعی در آینده موضوع چنین گروگذاری مال است، بنابراین عقد رهن نمی‌تواند مؤثر در این مقام باشد. و حاجت به عقد دیگری خواهد بود. عقد مزبور وثیقه و مشروعیت انعقاد آن نیز ماده ۱۰ ق.م. و ماده ۳۳ ق.ت. است.

علاوه بر وجود و نبود دین سابق به‌عنوان گوهر افتراق میان رهن و وثیقه، می‌توان نقطه دیگری را به‌عنوان نقطه عطف افتراق بین این دو واژه برشمرد.

همان‌گونه که می‌دانیم، طرفین عقد رهن، بیش از دو شخص (راهن و مرتهن) نمی‌باشند. به عبارت دیگر، فرض قانون‌گذار در عقد رهن، وحدت راهن و بدهکار است و این راهن است که بایستی مالی (اعم از مال خود یا دیگری) را گرو بگذارد و دخالت شخص ثالث را در عقد رهن نپذیرفته است. حتی اگر شخصی غیر از راهن، مال متعلق به خود را در ازای بدهی شخص بدهکار گرو بگذارد، این را عقد رهن نمی‌داند.

حال آن‌که در عقد وثیقه، طرفین عقد ممکن است بیش از دو نفر باشند، در این صورت تمامی افراد در این عقد غیرمعین شرکت می‌نمایند. فرض کنید شخصی قرار است برای ادامه تحصیل با بورس دولتی و غیردولتی به خارج اعزام گردد تا پس از فراغت از تحصیل برای مؤسسه اعزام‌کننده به مدت معینی خدمت نماید. متعهد ممکن است خود دارای وثیقه ملکی باشد یا این‌که از دیگری بخواهد ملکش را برای حسن انجام تعهدات او، در وثیقه متعهدله (مؤسسه اعزام‌کننده) قرار دهد. در صورت اخیر سندی که تنظیم و ثبت می‌شود، به امضای سه نفر (متعهد - مالک - متعهدله) خواهد رسید.

۳-۲ - تفاوت‌شناسی میان واژه‌های اجاره، سکنی و رقبی

در ادبیات حقوقی (لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص. ۷)، اجاره اشیا یا اموال به عقدی اطلاق می‌گردد که در آن، منفعت آن اموال در قبال اخذ اجرت به دیگری تملیک می‌گردد. به

همین جهت ماده ۴۶۶ ق.م.، عقد اجاره را چنین تعریف می‌نماید: عقدی است که به موجب آن مستأجر (اجاره‌کننده) مالك منفعت عين مستاجر (مالی که به اجاره داده می‌شود) می‌شود. در عوض مالکیت منفعتی که موجر (اجاره‌دهنده) برای مدت معین به مستأجر تمليك می‌نماید، مستأجر مبلغ معینی را (مال الاجاره یا اجرت) به موجر پرداخت می‌نماید. در نتیجه، عقد اجاره از زمره عقود معاوضی محسوب می‌گردد و الفاضلی که موجر و مستأجر در هنگام انعقاد قرارداد اجاره ردوبدل می‌نمایند، الفاظ انشایی است که متعاقبین با استعمال آن، قصد خودشان را دایر بر تمليك منفعت برای مدت معین، در ازای اجرت معین به منصفه ظهور می‌رسانند.

از توجه به تعریف فوق، درمی‌یابیم که ماهیت اجاره، تمليك منفعت در قبال عوض معلوم (اجرت) می‌باشد. البته باید توجه داشت که در این معنا، اجاره با سایر عناوین حقوقی جدید و مستحدث نظیر سرقتی و حق پیشه و تجارت متفاوت می‌باشد.

سکنی، شکلی از انواع برقراری حق انتفاع است که منتفع معین (دارنده حق سکنی) در مسکنی که متعلق به غیر می‌باشد، به‌طور رایگان سکونت می‌نماید. به همین جهت، فقها در این خصوص عنوان داشته‌اند که: هی عقد فائدتها التسلیط علی استیفاء المنفعة مع بقاء الملك علی مالک (جوهر الکلام، ج. ۲۸، ص. ۱۳۴) با توجه به تعریف فوق می‌توان این‌گونه اظهار داشت که برقراری حق سکنی (به‌عنوان یکی از مظاهر حق انتفاع) در املاک، آن هم با هدف سکونت متصور است.

حال آن که رقبی، حق انتفاعی است که از جانب مالك ملك به نفع دیگری برای مدت معین برقرار می‌شود اعم از این که در اموال منقول یا غیرمنقول برقرار گردد و اگر در املاک برقرار شود، برای هدفی غیر از سکونت منتفع باشد.

گوهر افتراق بین اجاره از يك طرف و سکنی و رقبی از طرف دیگر، در مالکیت و عدم مالکیت منتفع نسبت به منفعت، نهفته است. در اجاره، مستأجر مالك منفعت برای مدت معین است و می‌تواند آن را در مدت به دیگری تمليك نماید مگر این که به‌نحو ملزومی از

این کار منع شده باشد. حال آن که مالکیتی برای منتفع در سکنی و رقبی قابل تصور نمی‌باشد تا بخواهد آن را به دیگری منتقل نموده یا قهراً به ورثه‌اش به ارث برسد.

ضمناً تعیین مدت در اجاره، از ارکان اصلی عقد اجاره محسوب می‌گردد که بدون تعیین آن، اجاره باطل خواهد بود لیکن در برقراری سکنی یا رقبی، اگر تعیین مدت نشده باشد، با استناد به حکم مندرج در ماده ۴۴ ق.م.، حبس یادشده را مطلق تلقی نموده و حق مزبور تا فوت مالک برقرار خواهد ماند مگر این که مالک، قبل از فوت خود، رجوع نماید.

سکنی و رقبی نیز به‌رغم این که هر دو از دسته بزرگ حق انتفاع محسوب می‌گردند، در ذات خود دارای تفاوت بنیادین با یکدیگر می‌باشند. رقبی، مفهوم عام‌تری نسبت به سکنی دارد.

زیرا همان‌گونه که در بالا به آن اشاره شد، موضوع حق سکنی، برقراری حق انتفاع به‌منظور سکونت است که فقط دربرگیرنده املاک است. در صورتی که موضوع مالی که قرار است در رقبی از آن منتفع گردند، مطلق اموال اعم از مال منقول و غیرمنقول است. در صورتی که برقراری حق انتفاع در مال غیرمنقولی به‌منظوری غیر از سکونت باشد، حق انتفاع مزبور را رقبی و مال موضوع حق انتفاع را رقبه گویند.

انتفاع رایگان از مال موضوع برقراری حق انتفاع، نقطه مشترک سکنی و رقبی می‌باشد که همین موضوع، نقطه افتراق بین این دو اصطلاح از یک طرف و واژه اجاره از طرف دیگر است. زیرا اجاره از عقود تملیکی و معوض است و اجرت، عوض تملیک منافع محسوب می‌گردد.

از موارد دیگری که می‌توان از آن به گوهر افتراق بین این دو اصطلاح (سکنی و رقبی) از یک طرف و اجاره از طرف دیگر تعبیر نمود، شخصی بودن بهره‌مندی از انتفاع در سکنی و رقبی و نوعی بودن بهره‌مندی در عقد اجاره می‌باشد. بدین معنا که استفاده‌کننده از رقبات و سکنی، شخص منتفع است و وی حق ندارد آن را به دیگری واگذار نماید و با فوت وی یا مالک، حق انتفاع مذکور مرتفع خواهد شد ولی در اجاره، با فوت یکی از طرفین (موجر یا مستأجر)، عقد مزبور مرتفع نمی‌گردد و قائم‌مقام هر یک از طرفین، جانشین آنان شده و عقد اجاره تا انقضای مدت آن، دوام خواهد داشت.

بنابراین، توجه به گوهر افتراق و بازشناسی آن در سه اصطلاح فوق‌الذکر (اجاره، سکنی و رقبی)، به‌گونه‌ای غیرقابل بحث، می‌تواند برای یک پژوهشگر حقوقی مفید فایده باشد و بدون دست‌یابی به چنین گوهری مطالعه دقیق و تطبیقی عقود مزبور عملاً امکان‌پذیر نخواهد بود.

نتیجه:

چون واژه‌ها برای بیان مقاصد و اهداف واضح کلمات اختیار می‌گردند، پس شناخت نقاط اشتراك و افتراق این واژه‌ها (به‌خصوص واژه‌هایی که از لحاظ مصادیق و دامنه تعریف بسیار به یکدیگر نزدیک می‌باشند) امری است که هر پژوهشگری ناگزیر از درک آن خواهد بود. به‌ویژه فایده عقلانی و گاهی مادی موجود در بازشناسی نقاط اشتراك و افتراق اصطلاحات مذکور، انگیزه‌های لازم را برای مطالعه پژوهشگر فراهم می‌سازد.

در پاره‌ای از علوم به‌خصوص علم پزشکی، مطالعه افتراقی بیماری‌ها چنان با اهمیت است که بعضاً به طور مستقیم یا غیرمستقیم، با جان بیمار سروکار ارتباط دارد. هر یک از بیماری‌ها ممکن است دارای علائم و نشانه مشترکی با سایر بیماری‌ها باشد و در پاره‌ای موارد نیز ممکن است نشانه بیماری، کاملاً اختصاصی باشد که همین عامل باعث تفکیک و بازشناسی این بیماری از سایر بیماری‌ها می‌گردد.

فرض کنید شخصی دچار تب گردیده و درجه حرارت بدن وی بالای ۳۷ درجه است. چون تب کردن نشانه بیماری‌های متفاوتی از جمله بیماری‌های عفونی است نمی‌توان تنها با اتکا به این شاخصه، مریض را درمان کرد. به همین جهت، یک پزشک حاذق و مجرب، به دنبال سایر نشانه‌های افتراقی می‌گردد و با یافتن علائم یادشده در بیمار، مبادرت به تشخیص افتراقی یک بیماری از سایر بیماری‌ها نموده و مآلاً با شناخت درست از آثار دارویی، داروی مناسب آن بیماری را یافته و به بیمارش تجویز می‌نماید.

حال، اگر در همین رابطه با پزشک غیرمتبحری روبه‌رو شویم، نامبرده با تکیه بر نقطه مشترك بیماری‌های معین (بیماری‌هایی که تب کردن نشانه وقوع آن است)، دچار نوعی سردرگمی در یافتن نوع بیماری مریضش خواهد شد و اگر پزشک مزبور به نشانه‌های دیگری توجه ننموده و بخواهد بیمارش را به‌طور اتفاقی درمان نماید، بی‌تردید نتیجه و

حاصل چنین درمانی کاملاً از پیش معین می‌باشد. بنابراین در جامعه‌ای که مطالعات افتراقی پزشکی رشد نیافته، نباید انتظار داشت که علم پزشکی نیز در آن جا رونق داشته باشد. همین وضعیت را با کمی اغماض، می‌توان به جامعه حقوقی هر کشوری تسری و تعمیم داد. اگر يك پژوهشگر حقوقی نتواند روابط حقوقی بین مردم و قواعد حاکم بر آنان و استفاده از قالب‌های حقوقی برای برقراری چنین روابطی را درك نماید، بی‌تردید، با انبوهی از روابط مشابه روبه‌رو خواهد شد که به‌واسطه نبود قدرت تمییز، گوهر افتراق هر يك از آنها، قادر به حل مشکلات مبتلابه نخواهد بود. بنابراین متوجه خواهیم شد که حل معضلات حقوقی مستحدث، در گرو بازشناسی گوهرهای اشتراك به‌طور عام و به‌خصوص شناخت گوهر افتراق واژگان حقوقی می‌باشد. امید آنکه تمامی حقوق‌دانان ایران با شناخت درست و دقیق از واژگان حقوقی و تبیین منطقی دامنه تعاریف و موضوعات آنها، بتوانند منشأ اثر خدمات گوناگون در جامعه حقوقی ایران و جهان باشند.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی