

درنگی پیرامون مواد ۲۲، ۴۶، ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت به بهانه نظریه جدید شورای نگهبان

اکبر میرزائزاد جویباری *

۱. مقدمه

به‌رغم گذشت بیش از هشتاد سال از وضع قانون ثبت اسناد و املاک (مصوب ۱۳۱۰) که درصدد برقراری نوعی نظم اجتماعی نوین در حوزه املاک بود و برای تأمین مصالح متعدد اجتماعی از جمله کاهش دعاوی مربوط به املاک، جلوگیری از انجام معاملات معارض، تأمین و استیفای حقوق دولتی در جریان نقل و انتقال املاک، مراقبت از حاکمیت ملی و سرزمینی از طریق ممانعت از استملاک بیگانگان و فراهم‌سازی بستر برنامه‌ریزی عمومی با اطلاع از آخرین وضعیت املاک و مالکین آنها تلاش کرد قواعد جدیدی درباره لزوم ثبت رسمی اموال غیرمنقول و متعاقب آن نقل و انتقال این اموال ارائه دهد، همچنان چگونگی تفسیر و اجرای مواد ۲۲، ۴۶، ۴۷ و ۴۸ این قانون و ارتباط آن با قانون مدنی به‌ویژه ماده ۳۳۹ و وضعیت حقوقی قراردادهای متضمن انتقال عین یا منافع املاک ثبت‌شده با سند عادی اعم از بیع، هبه، صلح، اجاره و امثالهم یکی از مهم‌ترین مسائل نظام حقوقی و قضایی ایران به‌شمار می‌رود. به‌گونه‌ای که هم حقوقدانان و هم دادگاه‌ها درباره قلمرو و آثار مواد فوق، تفاسیر متفاوت و اختلاف‌نظرات جدی داشته و تاکنون در مورد ابعاد و اجزاء این مسئله که به زخمی کهنه در نظام حقوقی ایران بدل شده است به اجماع روشن و صریحی دست نیافته‌اند.

* عضو هیأت علمی مؤسسه عالی آموزش و پژوهش مدیریت و برنامه‌ریزی

Amjouybari@yahoo.com



درحالی که انتظار می‌رفت اهمیت قابل ملاحظه این مسئله و حجم پرونده‌های دادگستری راجع به املاک و سطح تشتت آراء قضایی موجود در این باره که منجر به نوعی بلا تکلیفی، بی‌ثباتی و بی‌نظمی اجتماعی شده و وضعیت نگران‌کننده‌ای را پدید آورده است، قانونگذار را ناگزیر سازد که با هدف ایجاد نظم، ثبات و عدالت اجتماعی ورود کرده و به نحو منطقی و متناسب با مصالح و اقتضائات جدید جامعه، مجدداً و با صراحت و شفافیت بیشتر بر اعتبار و اهمیت سند رسمی در نقل و انتقال املاک ثبت شده تأکید نماید و ضمن حفظ و تأمین حقوق دارندگان اسناد عادی به نحو مقتضی، وضعیت نابسامان موجود را سامان دهد، متأسفانه نه تنها چنین اقدامی صورت نگرفت، اخیراً شورای نگهبان در راستای پالایش قوانین باقیمانده از زمان پیش از انقلاب^۱ از جهت انطباق با شرع (اصل ۴ قانون اساسی)، سر این زخم کهنه را به موجب نظریه مورخ ۹۵/۸/۴، باز و درباره مواد ۲۲، ۴۶، ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت چنین اظهار نظر کرده است: مفاد مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت اسناد و املاک صرفاً اختیاری دانستن ثبت سند در برخی موارد و الزامی دانستن آن در سایر موارد است که این مطلب به خودی خود ایرادی ندارد، اما ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک و نیز ماده ۴۸ آن، که دلالت بر بی‌اعتبار انگاشتن اسناد عادی غیررسمی دارد اطلاق آن در مورد سند عادی که قرائن و ادله قانونی یا شرعی معتبر بر صحت مفاد آنها باشد باطل و خلاف شرع است و اما در مورد سند عادی همراه با قرائن و ادله فوق مانند سندی که بی‌بینه و شهادت شهود معتبر بر صحت آن باشد این اسناد معتبر است و دو ماده مزبور در چنین مواردی، تخصیص خورده است و مواد ۱۲۸۵ و ۱۲۹۱ قانون مدنی اشاره به این گونه اسناد عادی دارد.

۱. تأخیر ۳۸ ساله شورای نگهبان در بررسی موضوع و اظهار نظر راجع به آن هم در نوع خود جالب است، زیرا پالایش قوانین قبل از انقلاب علی‌الاصول باید در سال‌های نخستین انقلاب صورت گیرد نه بعد از ۳۸ سال. به نظر می‌رسد تأخیر شورای نگهبان در اظهار نظر درباره این مواد به نحو تلویحی حاکی از آن است که دست کم مواد مورد بحث از قانون ثبت مغایرت آشکار با شرع نداشته‌اند و الا سکوت طولانی این شورا در خصوص موضوعی با این میزان از اهمیت و شیوع، همچنین ابتلاء جدی دستگاه قضایی به ابعاد مختلف آن طی ۳۷ ساله گذشته، چندان قابل هضم نیست.

پیش از ورود به بحث، ذکر این نکته ضروری است که نگارنده در این نوشتار، بنای بررسی تمام ادله موافقان و مخالفان لزوم تنظیم سند رسمی در انتقال املاک ثبت شده و ضمانت اجرای آن به ویژه از نظر شرعی را ندارد، زیرا وی فقیه نیست و خود را شایسته محاجه علمی با فقهای شورای نگهبان نمی داند. وانگهی در این باره، کتب و مقالات متعددی نوشته شده^۱ لذا تکرار آن، بی وجه است.

با این حال از آنجا که بی گمان، این نظریه بر ابهامات موجود در خصوص مواد ۲۲، ۴۶، ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت، افزوده و وضعیت را پیچیده تر ساخته است به علاوه، پرسش هایی ایجاد کرده که می تواند بعضاً بر جهت گیری آتی نظام حقوقی و قضایی ایران اثر شگرفی داشته باشد نگارنده بر آن شد که: اولاً، نظریه شورای نگهبان را به نحو دقیق تبیین و تحلیل کرده، حدود و ثغور آن را مشخص نماید تا از توسعه و تضییق ناروای آن اجتناب شود؛ ثانیاً، از برخی آثار و عواقب

۱. ناصر کاتوزیان، عقود معین؛ معاملات معوض - عقود تملیکی (تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم، ۱۳۷۰)، ج ۱، ش ۱۷۴، صص ۲۵۶ - ۲۵۷؛ ناصر کاتوزیان، «ماهیت و آثار حقوقی قولنامه»، **مجله کانون وکلاء**، ش ۱۵۰ و ۱۵۱ (۱۳۶۹)؛ صص ۲۲۵ - ۲۵۵؛ مهدی شهیدی، «فروش مال غیرمنقول بدون تنظیم سند رسمی»، **مجله تحقیقات حقوقی**، دانشکده حقوق شهید بهشتی، ش ۱۱ و ۱۲ (پاییز و زمستان ۱۳۷۱ و بهار و تابستان ۱۳۷۲)؛ صص ۷-۴۷؛ مهدی شهیدی، «قرارداد تشکیل بیع»، **مجله تحقیقات حقوقی**، دانشکده حقوق شهید بهشتی، ش ۱۰ (بهار - تابستان ۱۳۷۱)؛ صص ۵۷ - ۹۰؛ حسین لطفیان، **قولنامه؛ ماهیت حقوقی و آثار آن** (تهران: نشر روزنامه رسمی، چاپ اول، ۱۳۷۰)، صص ۹۰؛ حسن امامی، **حقوق مدنی** (انتشارات اسلامیه، چاپ ششم، ۱۳۶۶)، ج ۱، صص ۱۷۵؛ اکبر میرزائزاد جویباری، «بررسی انتقادی - تحلیلی نقش سند رسمی در ماهیت حقوقی بیع املاک ثبت شده، بر منہج عدل»، **مجموعه مقالات تقدیمی به دکتر کاتوزیان** (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۸)، صص ۲۵۴-۳۸۲؛ علی علی آبادی، **ایجاد و سقوط تعهدات ناشی از عقد در حقوق اسلامی** (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول، ۱۳۸۱)، صص ۲۹-۳۰؛ محمدجعفر جعفری لنگرودی، **مجموعه محشی قانون مدنی** (تهران: انتشارات گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۸۲)، صص ۲۶۶، حاشیه ماده ۳۳۹ ق.م.ق؛ احمدعلی حمیتی واقف، **حقوق ثبت** (تهران: نشر حقوقدان، چاپ دوم، ۱۳۸۸)، صص ۸۴؛ عباس منتهاهی و حسین فروتنی راد، «بررسی تأثیر سند رسمی بر توسعه حقوق عمومی»، **فصلنامه تحقیقات حقوقی آزاد**، مقاله ۵، دوره ۶، ش ۲۲ (زمستان ۱۳۹۲)؛ صص ۱۱۰-۱۳۱؛ نسرين طباطبائی حصارى، «بررسی تطبیقی نظام های ثبت املاک (با تأکید بر نظام ثبت املاک در ایران)»، **فصلنامه حقوق**، مقاله ۱۳، دوره ۴۰، ش ۲ (تابستان ۱۳۸۹)؛ صص ۲۱۹-۲۳۷.

حقوقی و قضایی نظریه شورا، جامعه حقوقی را آگاه و زمینه را برای ورود علمی‌تر و منطقی‌تر قانونگذار و دستگاه قضایی هموارتر سازد. و نهایتاً، ضمن نقد نظریه به‌ویژه از جهت آثار و توالی فاسد آن، ضرورت توقف یا اصلاح و تعدیل این باب جدید را که با نظریه شورا باز شده، از طریق مجلس یا مجمع تشخیص مصلحت نظام، مورد تأکید قرار دهد.

براین اساس، در این مقاله ابتدا به بیان پیشینه بحث و تبیین وضعیت موجود راجع به نقل و انتقال املاک ثبت‌شده پیش از اعلام نظریه شورای نگهبان می‌پردازیم، سپس درصدد روشن ساختن این امر خواهیم بود که نظریه شورای نگهبان دقیقاً بر چه محور و مبنایی استوار است و نسبت به وضعیت موجود چه موضعی را در پیش گرفته است. در پی آن این نکته را بررسی خواهیم کرد که: نظریه شورا چه آثار مشخصی در نظام حقوقی و قضایی ایران ایجاد می‌کند؟ و سرانجام، ضمن نقد نظریه شورا، به مطالعه این موضوع خواهیم پرداخت که: در نظام حقوقی ایران درمورد نقل و انتقال املاک ثبت‌شده چه راهکاری را می‌توان اتخاذ نمود و با تکیه بر چه ضوابط و قواعدی باید راهکار منتخب را توجیه و تبیین کرد؟

بند نخست: پیشینه بحث و واکاوی اجمالی وضع موجود

تصویب و اجرای مواد ۲۲، ۴۶، ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت از همان سال‌های آغازین اجرای این قانون، اختلاف نظرات حقوقی جدی‌ای درمورد مفهوم و قلمرو مواد مذکور و وضعیت حقوقی قرارداد عادی متضمن انتقال املاک ثبت‌شده نزد حقوقدانان و نیز دادگاه‌ها، پدید آورد. هر چند پیشینه و فلسفه وضع مواد مذکور، همچنین ظاهر برخی مواد (۲۲ و ۴۸) تا حدی حاکی از بی‌اعتباری قراردادهای با سند عادی و تأکید بر اعتبار سند رسمی مالکیت و یا سند نقل و انتقال به عنوان منبع و مبنای منحصر نظم اجتماعی و معاملاتی تازه در حوزه املاک ثبت‌شده، بود ولیکن به دلیل فقدان بسترسازی لازم در این حوزه و عدم آمادگی جامعه از یک‌سو و عدم سابقه شرعی موضوع همچنین تعلیمات فقهی و شرعی اکثر قضات به‌علاوه،

ابهام ناشی از نوع تنظیم و نگارش مواد مذکور از سوی دیگر، همواره پذیرش این نظریه را - که قرارداد عادی راجع به نقل و انتقال املاک ثبت شده، مطلقاً اعتبار نداشته و علاوه بر ایجاب و قبول، باید عنصر سومی نظیر تنظیم سند رسمی را هم در تحقق قرارداد مذکور دخالت داد - با مقاومت‌هایی روبرو کرده است.

پس از انقلاب اسلامی به جهت تغییرات اساسی که در ترکیب قضات رخ داد و نیز به دلیل محتوای اسلامی نظام جدید که در قالب اصل ۴ قانون اساسی مبنی بر لزوم مطابقت همه قوانین و مقررات بر شرع بروز یافت، این دغدغه و نگرش بسیار جدی‌تر شد و چنین به نظر رسید که قبول نظریه بی‌اعتباری مطلق معامله راجع به املاک ثبت شده با سند عادی تقریباً غیرممکن است به گونه‌ای که اغلب دادگاه‌ها و حقوقدانان در این باره به سمت نقطه مقابل یعنی قبول نظریه صحت کامل قرارداد نقل و انتقال املاک ثبت شده با سند عادی، گرویدند.

نظریه بطلان و بی‌اعتباری قرارداد عادی نقل و انتقال املاک ثبت شده که از سوی برخی حقوقدانان^۱ مورد تأکید و تصریح قرار گرفته است گاه با ادعای مخالفت با موازین شرعی و گاه به دلیل اینکه می‌توانست برای بسیاری از مردمی که هنوز به دلایل مختلف اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی به استفاده از سند رسمی خو نگرفته بودند، مشکلات متعددی ایجاد کند به ندرت مورد استقبال جامعه حقوقی و قضایی قرار گرفت. نظریه رایج و غالب بیشتر نظری بود که بر عدم انحصار اثبات مالکیت از طریق سند رسمی و امکان احراز صحت معامله با سند عادی و امثال آن تأکید می‌کرد و چنین قراردادی را بر قرارداد رسمی مؤخر که مطابق قوانین و مقررات تنظیم شده بود حاکم دانسته و به دارنده سند عادی حق می‌داد ابطال سند رسمی مذکور را از دادگاه درخواست کند.^۲

۱. ناصر کاتوزیان، پیشین (۱۳۶۹): احمدعلی حمیتی‌واقف، پیشین؛ محمدحسن صادقی‌مقدم و نسرین طباطبائی‌حصاری، «آثار ثبت املاک بر اعتبار اعمال حقوقی؛ با تأکید بر اوصاف و کارکردهای نظام ثبتی»، «مطالعات حقوق تطبیقی»، دوره ۶، ش ۲ (پاییز و زمستان ۱۳۹۴): صص ۶۳۶ - ۶۶۶.
۲. برای مطالعه بیشتر راجع به این دو نظریه و دلایل موافقان و مخالفان نک: اکبر میرزائزاد جویباری، پیشین (۱۳۸۸): مهدی شهیدی، پیشین (پاییز و زمستان ۱۳۷۱ و بهار و تابستان ۱۳۷۲)

با این حال، بروز پاره‌ای مشکلات، بی‌نظمی‌ها و احتمالاً سوءاستفاده‌هایی که بعضاً از این مسئله شد معدودی از حقوقدانان^۱ و دادگاه‌ها^۲ را بر آن داشت در فرضی که شخصی به‌موجب سند رسمی، اقدام به تملک مال غیرمنقول ثبت‌شده مطابق مقررات می‌نماید، این سند را برابر اشخاص ثالث به‌طور کلی معتبر و قابل استناد بدانند و به اصطلاح، از نظریه سوم و میانه‌ای با عنوان نظریه «عدم قابلیت استناد اسناد عادی در برابر سند رسمی» دفاع کنند؛ چنانکه در برخی نظام‌های حقوقی نظیر سوئیس^۳ و فرانسه^۴ نیز مورد تأکید قرار گرفته است.

۱. نگارنده، خود در زمره کسانی است که در مقاله بررسی انتقادی - تحلیلی نقش سند رسمی در ماهیت حقوقی بیع املاک ثبت‌شده بر نظریه «صحت»، ناخته و حتی از ماده ۷۲ قانون ثبت برای دفاع از نظریه «بطلان» استفاده کرده ولی چند سال بعد در مقاله دیگر با عنوان «ضمانت‌اجرای بیع با سند عادی (بی‌اعتنایی به قانون ثبت: غفلت یا تغافل)» به جهت مزایای بیشتر و توالی فاسد کمتر و تأمین بخش اعظم اهداف مقنن، با استناد به ماده مذکور و ماده ۱۳۰۵ قانون مدنی، نظریه عدم قابلیت استناد را بر نظریه بطلان ترجیح داده است. البته نظریه «عدم قابلیت استناد» برای دارنده سند رسمی که مورد حمایت قرار می‌گیرد عملاً نتیجه مشابه نظریه بطلان در پی دارد، زیرا سند عادی تنظیمی میان دو نفر راجع به ملک مشخص حتی اگر مقدم بر سند رسمی باشد در برابر او قابل استناد نیست. برای اطلاع بیشتر نک: اکبر میرزازاد جویباری، **ضمانت‌اجرای بیع با سند عادی (بی‌اعتنایی به قانون ثبت: غفلت یا تغافل)**، نقد رویه قضایی (تهران: انتشارات جنگل، چاپ اول، ۱۳۹۱)، صص ۲۹۵-۳۰۷.

۲. معدودی از دادگاه‌ها برای اثبات نظریه عدم قابلیت استناد و عدم امکان معارضه سند عادی با سند رسمی، به مواد ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت استناد و تصریح کرده‌اند که در نقاطی که ثبت رسمی اسناد مربوط به عقود و معاملات اموال غیرمنقول به‌موجب بند اول ماده ۴۷ اجباری باشد سند عادی راجع به معامله آن اموال مطابق ماده ۴۸ همان قانون در هیچ‌یک از محاکم و ادارات پذیرفته نخواهد شد و قابل معارضه با سند رسمی نخواهد بود ... رأی شماره ۱۰۵۸ مورخ ۷۴/۹/۱۱ شعبه ۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران. علی مکرّم، **بانک اطلاعات آراء دادگاه‌ها و نظریات مشورتی (سی دی)**، نگارش ۷/۳/۱۳۸۹، لیکن اغلب دادگاه‌ها عمدتاً به ماده ۱۳۰۵ قانون مدنی که تاریخ اسناد عادی را در برابر اشخاص ثالث قابل استناد نمی‌داند، متوسل شده‌اند. دادنامه شماره ۲۴/۹۰۴ مورخ ۶۸/۳/۱۵ شعبه ۲۴ دیوان عالی کشور و دادنامه شماره ۲۱/۲۸۰ مورخ ۶۶/۵/۳ شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور، یدالله بازگیر، **قانون مدنی در آیین آراء دیوان عالی کشور؛ ادله اثبات دعوی** (تهران: انتشارات فردوسی، چاپ اول، ۱۳۸۰). دادنامه شماره ۳۸ و ۲۹ مورخ ۸۶/۱/۲۵ شعبه ۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران و دادنامه شعبه ۱۶۱۵ مورخ ۸۷/۱۱/۱۴ و شعبه ۴۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران. علی مکرّم، پیشین.

۳. جواد واحدی، **ترجمه قانون تعهدات سوئیس** (تهران: نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۷۸)، ص ۷۲.

4. Guy Lambert, **Cours de Droit Civil, Les Principaux, Le Credit Maison neuve**, Paris: 1974, p.227 et seq.

دقت و تأمل در آثار حقوقدانان و آراء دادگاه‌ها نشان می‌دهد که در یک نگاه کلی می‌توان نظریات و راه‌حل‌های ارائه‌شده درخصوص چگونگی تحلیل اسناد عادی نقل و انتقال املاک ثبت‌شده را ذیل سه راه‌حل و نظریه دسته‌بندی کرد:

الف - نظریه بطلان مطلق

ب - نظریه صحت مطلق

ج - نظریه عدم قابلیت استناد

گرچه هریک از این نظریات، در کتب و مقالات متعدد مورد بحث و تحلیل قرار گرفته، تکرار آن منجر به اطاله کلام می‌گردد لیکن نگارنده ناگزیر است به تبیین و تحلیل ارتباط نظریه شورای نگهبان با این نظریات گریز زند لذا توضیح اجمالی درمورد سه نظریه مزبور را اجتناب‌ناپذیر می‌داند.

نظریه «بطلان مطلق» - که مرحوم کاتوزیان^۱ بر آن تأکید داشت - به این معناست که باید قرارداد بیع املاک ثبت‌شده را سه عنصری به‌شمار آورد و تنظیم سند رسمی را به عنوان عنصر سوم به دو عنصر اساسی هر قرارداد بیع (ایجاب و قبول)، افزود. وی معتقد بود قرارداد بیع پیش از تنظیم سند رسمی محقق نشده و سند عادی متضمن بیع مال غیرمنقول ثبت‌شده، باطل و بی‌اثر است.

نقطه مقابل این نظر که قریب به اتفاق حقوقدانان^۲ و دادگاه‌ها^۳ به آن پایبندند نظریه «صحت مطلق» است مبنی بر اینکه تنظیم رسمی اساساً امری

۱. ناصر کاتوزیان، پیشین (۱۳۷۰)، ص ۲۵۶.

۲. مهدی شهیدی، پیشین (پاییز و زمستان ۱۳۷۱ و بهار و تابستان ۱۳۷۲)؛ حسین لطفیان، پیشین، حسن امامی، پیشین؛ علی‌علی‌آبادی، پیشین؛ محمدجعفر جعفری‌لنگرودی، پیشین؛ سیدحسین صفایی، دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ قواعد عمومی قراردادها (تهران: نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۸۲)، ج ۲، ص ۴۲ به بعد.

۳. برای نمونه می‌توان به دادنامه شماره ۲۵۸ الی ۲۶۲ مورخ ۸۳/۳/۷ شعبه ۲۱۸ دادگاه عمومی حقوقی تهران اشاره کرد که معتقد است با احراز منشأ نامشروع و غیرقانونی تنظیم سند رسمی به دلیل وقوع معامله مقدم با سند عادی، پذیرش اعتبار سند رسمی و باقی‌گذاردن آن، بیانگر اصالت دادن به عمل خلاف قانون اشخاص و

تشریفات بوده و در تحقق ماهیت قرارداد هیچ دخالتی ندارد. البته صحت سند عادی متضمن معامله باید برابر ادله قانونی و شرعی احراز شود و هیچ دادگاهی به استناد ماده ۴۸ قانون ثبت حق ندارد ابتدابه ساکن اسناد عادی راجع به املاک ثبت شده را به عنوان دلیل وقوع معامله و انتقال مالکیت بپذیرد.

نظریه «عدم قابلیت استناد» نظریه‌ای میانه است که هم با ظاهر مواد مورد بحث مغایرتی ندارد و هم با حفظ حقوق اشخاص ثالث و تأمین نظم و ثبات اجتماعی و معاملاتی که یکی از مهم‌ترین اهداف و دغدغه‌های قانونگذار در وضع این مواد بوده، سازگار است. طبق این نظریه، قرارداد عادی نقل و انتقال املاک ثبت شده نه به‌طور مطلق، باطل است و نه صحیح؛ به این معنا که چنانچه مفاد سند عادی با مفاد سند رسمی شخص ثالث مغایرت داشته باشد مثل اینکه شخصی ابتدا ملک ثبت شده خویش را با سند عادی به دیگری بفروشد و سپس آن را با سند رسمی به کس دیگر منتقل کند در این گونه موارد به لحاظ اهمیت و اعتبار سند رسمی و نقشی که این نوع سند در تأمین نظم عمومی دارد باید از شخص ثالث با حسن نیت دارنده سند رسمی، دفاع و سند عادی مقدم را در برابر سند رسمی شخص ثالث غیرقابل استناد اعلام کرد. البته قرارداد میان فروشنده و خریدار، نخست معتبر بوده و بین طرفین تحت شرایطی قابل استناد است، لیکن اگر شخص ثالث (دارنده سند رسمی)، در میان نباشد قرارداد عادی نقل و انتقال املاک ثبت شده در صورت احراز صحت آن با تکیه بر ادله قانونی و شرعی نظیر اقرار، شهادت و سند عادی، معتبر و صحیح، و طبعاً بین طرفین و قائم مقام آنان معتبر و لازم‌الاجراء خواهد بود.

اگرچه می‌توان گفت نظر مشهور و غالب، هم در نزد حقوقدانان و هم در دادگاه‌ها همچنان نظریه صحت مطلق است لیکن - همان‌طور که گفته شد - دقت در

← یا توسل آنها به طرق غیرقانونی در جهت تقلب نسبت به قانون خواهد بود یا دادنامه شماره ۱۵۵۷ مورخ ۸۳/۱۰/۲۸ شعبه ۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران که عدم اعتبار تاریخ مندرج در اسناد عادی نسبت به اشخاص ثالث را فقط ناظر به حالتی می‌داند که اعتبار آن در دادگاه ثابت نشده باشد. به تعبیر دیگر، هرگونه سند در دادگاه، قابلیت احراز صحت و اصالت را داشته، در این صورت معنی در قابلیت استناد آن در برابر اشخاص ثالث نیست. علی مکرّم، پیشین.

نوشته‌های پاره‌ای از حقوقدانان و برخی از آراء صادره از دادگاه‌ها حکایت از آن دارد که نظریه عدم قابلیت استناد نیز به نحو بسیار محدود هوادارانی یافته است.

در پایان این بخش لازم به ذکر است که اجرای مواد ۲۲، ۴۶، ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت در طی مدت‌زمانی بیش از هشتاد سال، ابهامات و پرسش‌های متعددی را موجب شده است که از جمله مهم‌ترین آن عبارتند از اینکه: آیا سند و مفاد دفتر املاک فقط دلیل اثبات و احراز مالکیت اموال غیرمنقول ثبت‌شده، است یا دادگاه‌ها حق دارند با توسل به سایر ادله قانونی و شرعی مانند اماره تصرف، اقرار، شهادت یا سند عادی نیز رأی به مالکیت اشخاص دهند؟ آیا معاملات اموال غیرمنقول ثبت‌شده، بدون تنظیم سند رسمی به ترتیبی که در مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت آمده، مستلزم بطلان این‌گونه قراردادهاست یا صرفاً باید این مواد را ناظر به عدم پذیرش ابتدایی اسناد عادی یا سایر ادله پیش از رسیدگی قضایی و احراز صحت آن با تکیه بر ادله قانونی و شرعی دانست؟ آیا دعوی خلع ید از ملکی که شخص مدعی مالکیت آن به استناد سند عادی است، مسموع است؟ و از همه مهم‌تر اینکه: آیا با استناد به سند عادی و یا سایر ادله مقدم می‌توان رأی به بطلان سند رسمی انتقال ملکی داد که مؤخر بر آن مطابق قوانین و مقررات تنظیم شده است یا باید مطابق ماده ۱۳۰۵ قانون مدنی و ماده ۷۲ قانون ثبت، سند رسمی انتقال مالکیت را در برابر شخص ثالثی که سند عادی نقل و انتقال مقدم در اختیار دارد، معتبر و قابل استناد دانست؟

هرچند تقریباً در مورد همه این پرسش‌ها میان حقوقدانان و دادگاه‌ها اختلاف‌نظر اساسی وجود داشته، پاسخ‌ها همچنان متشتت و متعارض است ولی شاید به دلیل حجم و اهمیت اختلاف یا بنا به ملاحظات و مصالح دیگر، فقط درباره یکی از این پرسش‌ها (امکان یا عدم امکان پذیرش دعوی خلع ید به استناد سند عادی)، هیأت عمومی دیوان عالی کشور ورود کرده و به‌موجب رأی وحدت‌رویه شماره ۶۷۲ مورخ ۱۳۸۳/۱۰/۱ دعوای مذکور را غیرقابل استماع اعلام نموده^۱ و ترجیح داده در مورد سایر پرسش‌ها از ورود به بحث و موضع‌گیری صریح اجتناب نماید.

۱. «خلع ید از اموال غیرمنقول، فرع بر مالکیت است. بنابراین، طرح دعوای خلع ید از زمین قبل از احراز مالکیت، قابل استماع نیست. بنا به مراتب و با توجه به مواد (۴۶)، (۴۷)، و (۴۸) قانون ثبت اسناد و

بند دوم: تبیین نظریه شورای نگهبان و آثار آن در نظام حقوقی و قضایی

در این بخش ابتدا به تبیین نظریه شورای نگهبان اعم از منطوق و مفهوم آن می‌پردازیم، سپس آثار آن در نظام حقوقی و قضایی را مورد مطالعه و بررسی قرار خواهیم داد.

الف - تبیین نظریه شورای نگهبان

در نظریه مورخ ۹۵/۸/۴ شورای نگهبان درخصوص مواد ۲۲، ۴۶، ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت چنین آمده است: مفاد مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت اسناد و املاک صرفاً اختیاری دانستن ثبت سند در برخی موارد و الزامی دانستن آن در سایر موارد است که این مطلب به خودی خود ایرادی ندارد، اما ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک و نیز ماده ۴۸ آن، که دلالت بر بی‌اعتبار دانستن اسناد عادی غیررسمی دارد اطلاق آن در مورد سند عادی که قرائن و ادله قانونی یا شرعی معتبر بر صحت مفاد آنها باشد باطل و خلاف شرع است ولیکن درخصوص سند عادی همراه با قرائن و ادله فوق مانند سندی که بی‌تنبه و شهادت شهود معتبر بر صحت آن باشد این اسناد دارای اعتبار است و دو ماده مزبور در چنین مواردی تخصیص یافته می‌شود و مواد ۱۲۸۵ و ۱۲۹۱ قانون مدنی اشاره به این‌گونه اسناد عادی دارد.

پیش از ورود به بحث، شایان ذکر است که در این بخش، نگارنده جستار حاضر قصد نقد ابعاد و اجزاء نظریه را ندارد بلکه هم و غم وی علاوه بر فهم و تبیین آن، مبتنی بر مشخص ساختن این امر است که: از عبارات یادشده شورا دقیقاً چه احکامی را می‌توان استخراج کرد؟ و اگر گاهاً توضیحی ارائه می‌شود بیشتر برای درک حدود و ثغور نظریه مزبور است.

← املاک، رأی پنجم دادگاه تجدیدنظر استان به نظر اکثریت اعضای هیأت عمومی دیوان عالی کشور که با این نظر انطباق دارد، صحیح و قانونی تشخیص می‌شود. این رأی بر طبق ماده (۲۷۰) قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه‌ها لازم‌الاتباع است.»

- با دقت و تأمل در مفاد نظریه شورای نگهبان به نکات زیر می‌توان اشاره نمود:
- ۱- از دو سطر نخست نظریه شورای نگهبان تلویحاً چنین استنباط می‌گردد که این شورا الزامی ساختن ثبت اسناد مربوط به املاک ثبت‌شده را به خودی خود مخالف شرع ندانسته و قانونگذار را مجاز می‌داند که برای تنظیم امور اجتماعی و مدیریت صحیح روابط حقوقی مردم در مواردی، ثبت رسمی پاره‌ای از معاملات را الزامی کند.
 - ۲- شورای نگهبان، اطلاق ماده ۲۲ قانون ثبت را خلاف شرع دانسته است. از نظر این شورا دولت نباید فقط کسی را که پس از طی تشریفات قانونی ابتدائاً اقدام به اخذ سند مالکیت کرده و یا این ملک در اثر معامله یا ارث به وی منتقل و نام او نیز در دفتر املاک به عنوان مالک ثبت شده، مالک بشناسد. چنانچه صحت سند عادی به‌موجب قرائن و ادله قانونی و شرعی از جمله شهادت شهود و بینه، احراز و اثبات شود دارنده چنین سندی نیز مالک تلقی می‌شود و از این حیث سند رسمی مالکیت هیچ ترجیحی بر سند عادی ندارد.
 - ۳- براساس نظر شورای نگهبان که اطلاق ماده ۴۸ قانون ثبت را نیز خلاف شرع، تشخیص و ابطال نموده، هیچ دادگاهی حق ندارد سند عادی راجع به املاک ثبت‌شده را باطل و بی‌اعتبار تلقی کند بلکه باید به صحت و اصالت آن رسیدگی کرده، در صورت احراز سند مذکور، چنین سندی را مبنای صدور حکم قرار داده و حتی بر سند رسمی ترجیح دهد.
 - ۴- شورای نگهبان در دو سطر پایانی نظریه خود اعلام داشته، مواد ۲۲ و ۴۸ قانون ثبت در مواردی که صحت سند عادی به‌موجب ادله قانونی و شرعی از جمله شهادت و بینه، احراز می‌شود تخصیص خورده و چنین سندی بر سند رسمی حاکم و وارد است. نتیجه اعتقاد به تخصیص از نظر حقوقی و اصولی آن است که حکم مواد فوق‌الذکر در این‌گونه موارد اجرا نمی‌شود و مواد مزبور را فقط باید در فرضی قابل اجرا دانست که

ادله معارض با مفاد سند رسمی وجود نداشته باشد. به تعبیر دیگر، سند رسمی مالکیت همانند سایر ادله، یک اماره به‌شمار آمده، فاقد اعتبار و قدرت ویژه است و حتی در مقام تعارض باید سایر ادله را معتبر و حاکم دانست.

۵- آخرین سطر نظریه شورا حاکی از آن است که اسناد عادی که اعتبار سند رسمی را پیدا می‌کند در نظام حقوقی ایران مسبوق به سابقه می‌باشد و برای اثبات آن می‌توان به مواد ۱۲۸۵ و ۱۲۹۱ قانون مدنی استناد کرد. آنچه از این قسمت از نظر شورا منتج می‌گردد این است که وقتی سند عادی، اعتبار سند رسمی را می‌یابد علی‌القاعده نباید بین چنین سندی با سند رسمی مالکیت، از حیث اعتبار و سندیت تفاوتی قائل شد.

ب - آثار نظریه شورای نگهبان در نظام حقوقی و قضایی

پیش از هر سخنی باید توجه داشت که در تأثیر نظریه شورا بر نظام حقوقی و قضایی ایران نباید غلو و بزرگ‌نمایی کرد و با یک نوع تفسیر موسع و تصور اینکه نظریه مربوط، مواد ۲۲ و ۴۸ قانون ثبت را کاملاً لغو و بی‌اثر نموده، مردم را بیش از حد واقعی نگران ساخت. البته احتمال وقوع این خطا و بزرگ‌نمایی در دستگاه قضایی جدی است، زیرا ممکن است در گیرودار تراکم و ازدحام وحشتناک پرونده‌های قضایی، بسیاری از دادگاه‌ها با نوعی شتابزدگی و بی‌حوصلگی با متن نظریه روبرو شده‌اند و از آن برداشت حداکثری کرده‌اند و فضای حقوقی کشور در حوزه نقل و انتقال املاک ثبت‌شده را بیش از پیش ملتهد سازند. با این حال به نظر می‌رسد نظریه شورای نگهبان در نظام حقوقی و قضایی ایران آثار مهمی دارد یا دست‌کم موجب بروز ابهامات و پرسش‌های متعددی می‌شود که باید مورد تأمل و تدقیق قرار گیرد. در این راستا می‌توان به موارد ذیل اشاره کرد:

۱- با توجه به ابطال اطلاق ماده ۲۲ قانون ثبت به دلیل مخالفت با شرع

- همان‌طور که گفته شد - دولت نباید فقط کسی را که پس از طی تشریفات قانونی ابتدائاً اقدام به اخذ سند مالکیت کرده و یا این ملک در اثر معامله یا ارث، به وی منتقل و نام او نیز در دفتر املاک به عنوان مالک

ثبت شده، مالک بشناسد. چنانچه مالکیت شخص براساس سند عادی که صحت آن به موجب قرائن و ادله قانونی و شرعی از جمله شهادت شهود و بیّنه، احراز شده، اثبات گردد می توان دارنده چنین سندی را مالک تلقی کرد و از این حیث، سند رسمی مالکیت (مفاد دفتر املاک) یا سایر اسناد رسمی حاکی از انتقال، هیچ ترجیحی بر سند عادی ندارد. البته نباید تصور نمود که معنای این قسمت از نظریه شورا آن است که سند مالکیت موضوع ماده ۲۲، دیگر اماره مالکیت نیز به شمار نمی رود، زیرا به موجب نظریه شورا باید صحت سند عادی به موجب قرائن و ادله قانونی و شرعی از جمله شهادت شهود و بیّنه، احراز و اثبات گردد و منتج بر این امر است که همچنان اصل، بر صحت و اعتبار سند رسمی مالکیت بوده، سند رسمی مالکیت «اماره مالکیت» تلقی می شود مگر اینکه صحت سند عادی معارض آن به موجب قرائن و ادله قانونی و شرعی از جمله شهادت شهود و بیّنه احراز شود. به تعبیری، تا پیش از نظریه شورای نگهبان سند مالکیت موضوع ماده فوق الذکر (۲۲)، اماره مطلق حاکی از مالکیت بود لیکن با نظریه شورا اعتبار مطلق این نظریه، خلاف شرع، تشخیص داده شد و اماره مذکور به اماره نسبی بدل گشت.

۲- مطلب دیگری که از نتایج نظریه شورا به شمار می رود این است که ماده ۲۴ قانون ثبت را که مقرر می دارد «پس از انقضای مدت اعتراض، دعوای اینکه در ضمن جریان ثبت تضییع حقی از کسی شده پذیرفته نخواهد شد، نه به عنوان قیمت نه به هیچ عنوان دیگر، خواه حقوقی باشد خواه جزایی. در مورد مذکور در ماده ۴۴ مطابق ماده ۴۵ و در موارد مذکور در مواد ۱۰۵، ۱۰۶، ۱۰۷، ۱۰۹، ۱۱۶ و ۱۱۷ مطابق مقررات جزایی مذکور در باب ششم این قانون رفتار خواهد شد»، باید لغو و عبث دانست، چون به موجب نظریه شورا هر شخص هر زمان که بخواهد می تواند به استناد اسناد عادی ادعای مالکیت کرده، خواهان ابطال محتویات دفتر املاک و سند مالکیت رسمی صادره مبتنی بر آن باشد.

۳- با عنایت به اینکه مطابق نظریه شورای نگهبان، سند عادی پس از احراز صحت و اصالت آن، از اعتبار سند رسمی برخوردار شده و سند رسمی هیچ ترجیحی بر آن ندارد، باید گفت چنانچه شخصی با سند رسمی، مبادرت به خرید ملک ثبت شده نماید و بعداً شخصی با ارائه سند عادی، مدعی خرید آن پیش از تاریخ سند رسمی گردد مفاد آن بر سند رسمی تنظیمی مذکور حاکم بوده و به استناد ماده ۱۳۰۵ قانون مدنی و یا ماده ۷۲ قانون ثبت نمی‌توان از غیرقابل استناد بودن سند عادی یا تاریخ آن در برابر سند رسمی - به شرحی که برخی دادگاه‌ها بدان متوسل شده و در بحث پیشین گفته شد - دفاع کرد. بنابراین می‌توان گفت نظریه شورا تا حدی مواد مذکور را نیز تحت‌الشعاع قرار می‌دهد.

۴- نظریه شورا نسبت به آنچه به استناد ماده ۴۸ قانون ثبت در دادگاه‌ها جریان دارد و رویه غالب را تشکیل می‌دهد، تغییر محسوسی ایجاد نکرده است جز اینکه از قضات طرفدار نظریه بطلان مطلق قرارداد و یا نظریه عدم قابلیت استناد، امکان تفسیر مستقل به استناد اصل ۷۳ قانون اساسی^۱ و انتخاب نظریه مقابل را سلب کرده و گویی به‌مثابه رأی وحدت‌رویه، یکی از رویه‌های موجود مبتنی بر نظریه صحت مطلق را برگزیده و برای دادگاه‌ها الزام‌آور ساخته است. به تعبیر دیگر، نظریه شورا تأیید و تنفیذ همان نظریه غالبی است که در رویه قضایی و حتی میان حقوقدانان درمورد اسناد عادی نقل و انتقال املاک ثبت شده جریان دارد و بر آن است که قرارداد با سند عادی را می‌توان با استناد به هریک از ادله قانونی و شرعی در محکمه احراز و اثبات کرد و در این صورت در حکم سند رسمی بوده و تاب معارضه با سند رسمی مالکیت را دارد.

۱. اصل ۷۳ قانون اساسی: «شرح و تفسیر قوانین عادی، در صلاحیت مجلس شورای اسلامی است. مفاد این اصل مانع از تفسیری که دادرسان در مقام تمیز حق از قوانین می‌کنند نیست.»

۵- با توجه به اینکه بسیاری از دادگاه‌ها در گذشته، مطابق تفسیر و نظر قضایی خود، از مواد ۲۲، ۴۸ و ۷۲ قانون ثبت و ماده ۱۳۰۵ قانون مدنی نظریه بطلان مطلق و یا نظریه عدم قابلیت استناد را برداشت کرده و براساس آن، رأی قطعی به رد یا پذیرش دعوی داده‌اند ممکن است در پاره‌ای موارد نظریه شورا مبنی بر غیرشرعی بودن اطلاق مواد ۲۲ و ۴۸ قانون ثبت، مستمسکی برای تقاضای نقض رأی از رئیس قوه قضاییه با استناد به ماده ۴۷۷ قانون آیین دادرسی کیفری^۱ از جهت مخالفت آراء قطعی گذشته صادره با شرع قرار گیرد.

۶- نظریه شورا با مفاد رأی وحدت‌رویه شماره ۶۷۲ مورخ ۱۳۸۳/۱۰/۱ مبنی بر اینکه دعوی خلع ید، مستلزم احراز مالکیت خواهان است مغایرتی ندارد زیرا مفاد رأی وحدت‌رویه حاکی از آن است که به استناد اسناد عادی از قبیل مباحثه‌نامه عادی نمی‌توان دعوی خلع ید اقامه کرد که مقصود از اسناد عادی در این فرض، اسنادی است که صحت و اعتبار آن توسط مرجع قضایی، رسیدگی و احراز نشده باشد و نظریه شورای نگهبان نیز بر اعتبار اسناد عادی به عنوان دلیل مالکیت پس از رسیدگی قضایی و احراز صحت آن با تکیه بر ادله قانونی و شرعی دلالت دارد. بنابراین، در مقام جمع نظر شورای نگهبان و رأی وحدت‌رویه می‌توان اذعان نمود که پذیرش دعوی خلع ید، مستلزم اثبات مالکیت به‌موجب سند رسمی و یا سند عادی است که صحت و اعتبار آن به‌موجب ادله قانونی و شرعی در محکمه احراز شده باشد. بدیهی است که در این صورت طبق ماده ۱۲۹۱ قانون مدنی که در نظریه شورا هم مورد استناد قرار گرفته، سند عادی مورد بحث، اعتبار سند رسمی را خواهد داشت و می‌تواند مستند دعوی خلع ید قرار گیرد.

۱. ماده ۴۷۷: «در صورتی که رئیس قوه قضاییه رأی قطعی صادره از هریک از مراجع قضایی را خلاف شرع بین تشخیص دهد با تجویز اعاده دادرسی، پرونده را به دیوان عالی کشور ارسال تا در شعبی خاص که توسط رئیس قوه قضاییه برای این امر تخصیص می‌یابد رسیدگی و رأی قطعی صادر نماید. شعب خاص مذکور مبنیاً برخلاف شرع بین اعلام شده، رأی قطعی قبلی را نقض و رسیدگی مجدد اعم از شکلی و ماهوی به‌عمل می‌آورند و رأی مقتضی صادر می‌نمایند...».

بند سوم: نقد نظریه شورای نگهبان و پیشنهاد نگارنده

نگارنده در این بخش ابتدا به نقد نظریه شورا می‌پردازد سپس نظریه پیشنهادی خود را عرضه می‌کند. البته پیش از ورود به بحث ذکر این نکته ضروری است که وی - همان‌طور که پیش‌تر گفته آمد - فقیه نیست لذا قصد احتجاج با فقهای شورای نگهبان را ندارد لیکن می‌کوشد مبتنی بر موازین حقوقی و علمی و با تکیه بر اظهار نظرات این شورا در موارد مشابه و تجربه قانونگذاری حدود چهل سال اخیر در نظام جمهوری اسلامی ایران، به نقد و بررسی نظریه صادره بپردازد.

الف - نقد نظریه شورای نگهبان

در مقام نقد نظریه شورا نکات و مطالب زیر قابل ذکر و تأمل است:

۱- با عنایت به مطالب پیش‌گفته، از دو سطر نخست نظریه شورای نگهبان تلویحاً چنین استنباط می‌شود که این شورا الزامی ساختن ثبت اسناد مربوط به املاک ثبت‌شده را به خودی خود مخالف شرع ندانسته و قانونگذار را مجاز می‌داند که برای تنظیم امور اجتماعی و مدیریت صحیح روابط حقوقی مردم در مواردی که به مصلحت می‌داند، ثبت رسمی پاره‌ای از معاملات را الزامی نماید اما نکته قابل تأمل در نظریه شورا آن است که چگونه می‌توان اصل حکم (الزامی دانستن ثبت معاملات املاک ثبت‌شده) را مجاز، مشروع و منطقی دانست ولی ضمانت‌اجرای عدم رعایت آن را خلاف شرع تلقی کرد؟ زیرا قانونگذار در مقام پند و اندرز اخلاقی نیست و هرجا الزامی را مقرر دارد خود را منطقی موظف می‌داند ضمانت‌اجرای مؤثری برای آن پیش‌بینی نماید. الزامی اعلام کردن ثبت رسمی پاره‌ای معاملات بدون پذیرش ضمانت‌اجرای عدم رعایت آن، که بخش عمده آن در ماده ۴۸ قانون ثبت آمده، چندان با منطقی و ذوق سلیم حقوقی سازگار نیست. بنابراین اگرچه دقیقاً معلوم نیست که آیا اساساً فقهای شورای نگهبان به آثار و تبعات دو سطر نخست نظریه خویش توجه داشته‌اند یا خیر ولی منطقیاً هر شخصی که امکان الزامی ساختن ثبت رسمی برخی از معاملات را

می‌پذیرد باید به مهم‌ترین لوازم و نتایج آن، که عمدتاً همان بی‌اعتباری سند عادی یا دست‌کم عدم قابلیت معارضه سند عادی با سند رسمی است، پایبند باشد.

البته ممکن است گفته شود که منطقی‌تلازمی میان الزام به ثبت و بطلان قرارداد ثبت نشده و یا حتی عدم قابلیت استناد آن در مقابل سند رسمی وجود ندارد، زیرا قانونگذار می‌تواند ضمانت‌اجرای آن را به صورت کیفری پیش‌بینی کند^۱ و ضمانت‌اجرای کیفری هم این مواد را از لغویت خارج می‌کند؛ درحالی‌که اولاً، جرم‌انگاری و یا به تعبیر دیگر، جرم‌زایی با بند ۱۴ سیاست‌های کلی نظام در امور قضایی^۲ مبنی بر کاهش عناوین مجرمانه، مغایر است؛ حال آنکه تلاش می‌شود ضمانت‌اجرای بسیاری از اعمال در جامعه ترجیحاً از وصف کیفری خارج شده و در قالب مباحث حقوقی حل و فصل شود، دعوت به پیش‌بینی وصف کیفری برای عدم اقدام به ثبت رسمی قرارداد مربوط به املاک، چندان منطقی و مطلوب نیست؛ ثانیاً، جرم‌انگاری باید به نحو کاملاً استثنائی و مبتنی بر ضرورت‌های جدی اجتماعی صورت گیرد و منطقی‌محدود به مواردی گردد که امکان تأمین اهداف و دغدغه‌های قانونگذار از طریق حقوقی وجود نداشته باشد؛ ثالثاً، مجرمانه اعلام کردن پاره‌ای از اعمال و اقدامات که شرعاً برای آن تعزیری مقرر نشده، ممکن است از لحاظ شرعی خالی از اشکال نباشد. به سخن دیگر، چرا باید تصور شود پیش‌بینی ضمانت‌اجرای مدنی نظیر بطلان یا عدم قابلیت استناد در مورد قراردادهای ثبت‌نشده از لحاظ شرعی اشکال دارد ولی وضع ضمانت‌اجرای

۱. مانند ماده ۴۹ قانون حمایت خانواده (مصوب ۱۳۹۱) که بدون اعلام بطلان نکاح یا طلاق یا فسخ ثبت‌نشده مقرر می‌دارد: «چنانچه مردی بدون ثبت در دفاتر رسمی به ازدواج دائم، طلاق یا فسخ نکاح اقدام یا پس از رجوع تا یک ماه از ثبت آن خودداری یا در مواردی که ثبت نکاح موقت الزامی است از ثبت آن امتناع کند، ضمن الزام به ثبت واقعه به پرداخت جزای نقدی درجه پنج و یا حبس تعزیری درجه هفت محکوم می‌شود. این مجازات در مورد مردی که از ثبت انفساخ نکاح و اعلام بطلان نکاح یا طلاق استنکاف کند نیز مقرر است».

۲. «بازنگری در قوانین در جهت کاهش عناوین جرایم و کاهش استفاده از مجازات زندان»

کیفری مانند زندان درمورد آن شرعاً بی‌ایراد است؛ درحالی‌که اصل موضوع و هر دو ضمانت‌اجرای مربوط به آن، فاقد سابقه فقهی و شرعی است؛ رابعاً، هدف اصلی از وضع قوانین مثبتی، ایجاد نظم و ثبات معاملاتی و جلوگیری از انجام معاملات معارض، حمایت از اشخاص ثالث با حسن نیت و نظایر آن است. آیا با اعمال کیفر، برای مثال، نسبت به شخص فروشنده‌ای که ملک خود را به صورت عادی به شخصی و به‌طور رسمی به دیگری فروخته است می‌توان این اهداف و دغدغه‌ها را تأمین و رفع کرد؟ درست است که می‌توان به جای پیش‌بینی ضمانت‌اجرای مدنی، کیفر مقرر نمود ولی وضع هرگونه کیفر درمورد نقض قانون باید منطقی و متناسب با اهداف قانونگذار از وضع آن باشد. نگارنده بر این باور است که ضمانت‌اجرای کیفری درخصوص مواد ۲۲، ۴۶، ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت تأمین‌کننده این اهداف نیست. در هر حال به نظر می‌رسد پناه بردن به ضمانت‌اجرای کیفری تنها از باب اضطرار و با تصور مخالفت ضمانت‌اجرای مدنی با شرع، بدون احراز ضرورت، فایده و آثار ضمانت‌اجرای کیفری از نظر اجتماعی و اجرایی و توجه به آسیب‌های احتمالی آن چندان معقول و قابل دفاع نیست.

۲- از میان سه نظریه مطروحه در بخش پیشین، نظریه شورای نگهبان به‌ویژه در قسمتی که متضمن نوعی تفسیر و استنباط از مواد ۲۲ و ۴۸ قانون ثبت است، بیشتر موافق نظریه بطلان مطلق بوده و در واقعیت امر، تفسیر و برداشت حقوقدانان و دادگاه‌هایی را تأیید می‌کند که بر آنند مستفاد از مواد ۲۲ و ۴۸ قانون مزبور باید سند رسمی را دلیل منحصر مالکیت در اموال غیرمنقول ثبت‌شده و نقل و انتقال آن به‌شمار آورد و قرارداد عادی راجع‌به این املاک را باطل و غیرمعتبر دانست زیرا طبق نظر شورا اطلاق مواد ۲۲ و ۴۸ قانون ثبت - که دلالت بر بی‌اعتبار دانستن اسناد عادی دارد - باطل و خلاف شرع است. نتیجه مستنبط این بخش از نظریه شورا آن است که چنانچه اطلاق مواد مورد بحث، خلاف شرع تشخیص داده نمی‌شد دادگاه‌ها علی‌القاعده می‌باید براساس این مواد فقط سند رسمی مالکیت و سند رسمی انتقال را دلیل و منبع منحصر اثبات مالکیت و قرارداد بدانند و اسناد عادی مربوط به آن را بی‌اعتبار و باطل تلقی کنند.

ممکن است گفته شود دو مواد اخیرالذکر اساساً دلالت بر بی‌اعتباری و بطلان اسناد عادی مالکیت و اسناد عادی معاملات مربوط به نقل و انتقال املاک ثبت‌شده ندارد تا برای رفع آن به اعلام اینکه اطلاق مواد مذکور، خلاف شرع است لازم گردد، لیکن به نظر نگارنده، از این حیث ایرادی بر نظر شورا نیست، زیرا حتی اگر فرض شود که استنباط مزبور با ظاهر مواد فوق، چندان انطباق ندارد چون تعداد معدودی از حقوقدانان و دادگاه‌ها به استناد این مواد، رأی به بی‌اعتباری سند عادی می‌دادند اعلام نظر شورای نگهبان از این حیث که امکان چنین استنباطی را از تاریخ ابلاغ نظریه به بعد منع می‌کند منطقی و قابل دفاع است لذا نباید تصور کرد که شورای نگهبان یک استنباط کاملاً غلط و غیرمعارف از مواد مذکور را ارائه و سپس برای رد چنین برداشتی، رأی به غیرشرعی بودن آن داده است.

۳- بنا به مطالب پیش گفته، با ابطال اطلاق ماده ۲۲ قانون ثبت به دلیل مخالفت با شرع، دادگاه چنانچه صحت سند عادی را به موجب قرائن و ادله قانونی و شرعی از جمله شهادت شهود و بینه، احراز و اثبات نماید باید دارنده چنین سندی را مالک تلقی کرده، مفاد آن را بر سند رسمی مالکیت که مبتنی بر محتویات دفتر املاک تنظیم شده، ترجیح دهد، اما نکته قابل تأملی که اساساً در نظریه شورا مورد توجه قرار نگرفته این است که سند مالکیت موضوع ماده ۲۲ علاوه بر تعارض با سند عادی، ممکن است با سایر ادله اثبات مالکیت از جمله اماره ید (ماده ۳۵ قانون مدنی)، شهادت و اقرار نیز معارض باشد. آیا باید در مقام تعارض مفاد سند رسمی مالکیت و محتویات دفتر املاک با ادله مزبور همانند فرض بالا، رأی به ترجیح این ادله بر سند رسمی مالکیت داد یا نظریه شورا را صرفاً محدود به تعارض سند عادی و سند رسمی مالکیت کرد و از تسری این نظریه به سایر ادله نظیر اماره و شهادت شهود اجتناب ورزید؟ اظهار نظر شورای نگهبان^۱ در مورد

۱. نظریه شماره ۲۶۵۵ مورخ ۱۳۶۷/۸/۸ شورای نگهبان «ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی از این نظر که شهادت بینه شرعیه را در برابر اسناد معتبر فاقد ارزش دانسته، خلاف موازین شرع و بدین وسیله ابطال

ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی^۱ و تجویز امکان استماع شهادت شهود خلاف محتویات و مفاد اسناد رسمی همچنین متن سؤال نخست مطروحه از شورا^۲ که در پاسخ به آن نظریه مورد بحث صادر شده، نیز مؤید آن است که در این بخش هم باید قائل به ترجیح مؤدای شهادت شهود و سایر ادله (در صورت احراز) بر سند رسمی بود؛ نتیجه‌ای که بسیار خطرناک بوده و باعث اختلال جدی در نظم اجتماعی و حقوقی می‌شود. آیا اساساً به این موضوع اندیشیده شده است که اعلام بطلان اطلاق ماده ۲۲ قانون ثبت به دلیل مخالفت با شرع ممکن است چه دعاوی‌ای را ایجاد کند؟ مطابق این نظریه تمام دعاوی مطروحه له یا علیه اشخاص که به استناد ماده ۲۲ و نظم مبتنی بر آن پذیرفته یا رد شده می‌تواند به نحوی مجدداً قابلیت طرح بیابد و هر شخصی حق دارد با استناد به سند عادی اثبات سازد که مفاد دفتر املاک و سند مالکیت صادره مبتنی بر آن اعتبار نداشته و دادگاه باید وی را به عنوان مالک بشناسد.

البته ممکن است گفته شود که وظیفه شورای نگهبان قانون اساسی صرفاً نگهبانی از قانون اساسی و شرع در فرایند قانونگذاری مجلس است و براین اساس هم شورای مذکور این نظریه را اعلام کرده است. نهادی که باید نگران نتایج نبود یک قانون باشد، مجلس است که می‌تواند با وضع قانون مناسب برای حل این معضل اقدام کرده، روند قانونگذاری را ولو با اصرار بر نظر خود و ارجاع قانون به

← می‌گردد». معاونت حقوقی ریاست جمهوری، **مجموعه قانون مدنی** (انتشارات معاونت پژوهش، تدوین و تنقیح قوانین و مقررات، چاپ اول، ۱۳۸۸)، ص ۳۲۴.

۱. «در مقابل سند رسمی یا سندی که اعتبار آن در محکمه محرز شده دعوی که مخالف با مفاد یا مندرجات آن باشد به شهادت شهود اثبات نمی‌گردد».

۲. «آیا خود سندی که به موجب آن، اداره ثبت شخصی را مالک ملکی دانسته است از نظر قواعد شرعی اماره معتبره بر مالکیت او است و باید او را شرعاً نیز مالک دانست و یا آن که مالکیت اشخاص به موجب ید و تصرف مالکانه و یا شهادت بینه شرعی و مانند آن ثابت می‌شود و مفاد مواد مزبور - در مالک دانستن شخص فوق به مجرد ثبت در سند فوق - خلاف شرع است؟»

مجمع طی کند. در نتیجه، شورای نگهبان را از جهت عدم توجه به نتایج نظریه‌اش نباید سرزنش نمود. چه بسا باید گفت که شورای نگهبان نباید این نتایج را لحاظ کند و الاً امکان نگهبانی از شرع و قانون اساسی را از دست می‌دهد و عملاً خود را جای مجلس و مجمع قرار خواهد داد که البته نتایج نامطلوب چنین رویه‌ای به مراتب بیشتر از نادیده گرفتن نتایج یک قانون خاص است. اگرچه این نظر از قوت و اتقان حقوقی و منطقی لازم برخوردار است ولی نکته‌ای که نباید فراموش گردد این است که در اظهار نظر شرعی راجع به احکام اجتماعی نظیر مواد ۲۲ و ۴۸ قانون ثبت که واجد آثار و بازتاب‌های اقتصادی و بعضاً سیاسی و امنیتی گسترده می‌باشد و در مخالفت آن با مسلمات شرع بین نیز تردید و تأمل جدی وجود دارد به‌ویژه با توجه به گذشت بیش از هشتاد سال از وضع آن - که چهل سال آن در زمان استقرار جمهوری اسلامی بوده - باید احتیاط بیشتری کرد.

۴- نقد دیگری که شاید بتوان بر نظریه شورا وارد دانست، عدم توجه به جایگاه و وضعیت حقوقی بسیاری از مواد قانون ثبت و قانون مدنی است که کاملاً مرتبط با مواد ۲۲، ۴۶، ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت بوده و علی‌القاعده با ابطال اطلاق مواد ۲۲ و ۴۸ این قانون، آنها نیز به نحوی تحت تأثیر قرار می‌گیرند. این امر ممکن است موجب ایجاد نوعی ابهام و اغتشاش و بی‌نظمی حقوقی شده و با عنایت به عدم صراحت نظریه در این بخش، دادگاه‌ها و مردم را دچار بلاتکلیفی سازد. برای مثال - چنانکه گذشت - با این تفسیر شورا ماده ۲۴ قانون ثبت^۱ را باید لغو و بیهوده به‌شمار آورد، چون به‌موجب نظریه شورا هر شخص در هر زمان بنا به اراده خود می‌تواند به استناد اسناد عادی ادعای مالکیت کرده، خواستار ابطال سند مالکیت رسمی صادره گردد. این

۱. «پس از انقضای مدت اعتراض، دعوی این که در ضمن جریان ثبت تزییع حقی از کسی شده پذیرفته نخواهد شد، نه به عنوان قیمت نه به هیچ عنوان دیگر، خواه حقوقی باشد خواه جزایی. در مورد مذکور در ماده ۴۴ مطابق ماده ۴۵ و در موارد مذکور در مواد ۱۰۵، ۱۰۶، ۱۰۷، ۱۰۹، ۱۱۶ و ۱۱۷ مطابق مقررات جزایی مذکور در باب ششم این قانون رفتار خواهد شد.»

وضعیت در مورد ماده ۷۲ قانون ثبت^۱ نیز مشاهده می‌شود، زیرا با توجه به نظریه شورا مفاد این ماده را که حاکی از قابلیت استناد کامل سند رسمی در برابر اشخاص ثالث و در نتیجه، غیر قابل استناد بودن سند عادی اشخاص ثالث در برابر اوست از نظر شرعی نمی‌توان خالی از اشکال دانست. وانگهی ماده ۱۳۰۵ قانون مدنی^۲ را نیز باید متأثر از این نظریه دانست چراکه به موجب نظریه شورای نگهبان تمام محتویات و مندرجات سند عادی حتی تاریخ آن پس از احراز و صحت سند، معتبر و دارای اعتبار سند رسمی بوده و در برابر شخص ثالث قابلیت استناد را خواهد داشت در حالی که بنا به تفسیر برخی از دادگاه‌ها از ماده مذکور، تاریخ اسناد عادی مطلقاً در برابر اشخاص ثالث قابل استناد نیست. لازم به ذکر است گرچه در نظریه جدید شورا به این مواد اشاره‌ای نشده ولیکن با پذیرش نظریه و طبعاً التزام به لوازم و آثار آن به سختی می‌توان بر اجرای مواد یادشده همچون گذشته اصرار ورزید.

۵- شورای نگهبان در آخرین سطر نظریه خود اعلام کرده است که اسناد عادی که اعتبار سند رسمی را پیدا می‌کند در نظام حقوقی ایران مسبوق به سابقه بوده و برای اثبات آن به مواد ۱۲۸۵ و ۱۲۹۱^۳ استناد نموده است. این قسمت از نظر شورا منتج بدین امر می‌شود که وقتی سند عادی، اعتبار سند رسمی می‌یابد علی‌القاعده نباید بین چنین سندی با سند رسمی مالکیت، تفاوتی از حیث اعتبار و سندیت قائل شد؛ حال آنکه ماده ۱۲۸۵ قانون

۱. «کلیه‌ی معاملات راجعه به اموال غیرمنقوله که بر طبق مقررات راجعه به ثبت املاک ثبت شده، است نسبت به طرفین معامله و قائم‌مقام قانونی آن‌ها و اشخاص ثالث دارای اعتبار کامل و رسمیت خواهد بود».
۲. «در اسناد رسمی، تاریخ تنظیم معتبر است حتی بر علیه اشخاص ثالث ولی در اسناد عادی، تاریخ فقط درباره اشخاصی که شرکت در تنظیم آن‌ها داشته و ورثه آنان و کسی که بنفع او وصیت شده معتبر است».
۳. ماده ۱۲۸۵: «شهادتنامه، سند محسوب نمی‌شود و فقط اعتبار شهادت را خواهد داشت». ماده ۱۲۹۱: «اسناد عادی در دو مورد اعتبار اسناد رسمی را داشته درباره طرفین و وراثت و قائم‌مقام آنان معتبر است: ۱- اگر طرفی که سند بر علیه او اقاله شده است صدور آن را از منتسب‌الیه تصدیق نماید. ۲- هرگاه در محکمه ثابت شود که سند مزبور را طرفی که آن را تکذیب یا تردید کرده فی‌الواقع امضاء یا مهر کرده است».

مدنی اساساً راجع به سند اعم از عادی یا رسمی نیست و تنها بدین مضمون اکتفا شده که شهادت نامه، سند به شمار نمی آید و منحصرأً اعتبار شهادت را داراست. بنابراین، دلیل استناد شورای نگهبان در این بخش به ماده مزبور (۱۲۸۵ ق.م.) از لحاظ حقوقی چندان معلوم نیست.

ب - پیشنهاد نگارنده

به عقیده نگارنده جستار حاضر، پس از تقریباً هشتاد و پنج سال کشمکش و آسیب های متعدد اجتماعی، اقتصادی و سیاسی ناشی از بلاتکلیفی حاصل از چگونگی اجرای مواد ۲۲، ۴۶، ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت و ارتباط آن با قانون مدنی و تشتت آراء درباره وضعیت حقوقی قراردادهای انتقال ملک با سند عادی باید راهکاری اساسی تر و جدی تر اندیشید. حقیقتاً دغدغه فراتر از این است که بحث را صرفاً به تعریف و سابقه موضوع در فقه یا منحصرأً به تجربه و رویه ای که سایر کشورها اتخاذ کرده اند محدود کنیم. بی تردید تبعیت محض از هریک از این نظریات و سازوکارها بدون تأمل و اندیشه کافی در آثار و تبعات اجتماعی و اقتصادی آن، نامطلوب و غیرقابل دفاع است. به نظر می رسد باید موضوع را از منظر ضرورت های اجتماعی و اقتصادی و حتی سیاسی و امنیتی مورد بررسی و ملاحظه قرارداد و مبتنی بر اینکه کدام یک از دو نظریه در نگاه کلان، منافع و مصالح بیشتری را تأمین می کند، دست به انتخاب زد. واقعیت این است که نه می توان فقط به اتکاء نظر مشهور یا اجماع موجود در فقه که عقد بیع را با ایجاب و قبول محقق می داند به سراغ مسئله لزوم ثبت رسمی و ضمانت اجرای آن با این درجه از اهمیت و پیچیدگی رفت و نه ضرورتی وجود دارد که صرفاً به تقلید از سایر نظام های حقوقی بپردازیم و براین اساس قرارداد با سند عادی را باطل یا در برابر اشخاص ثالث غیرقابل استناد اعلام کنیم، اما موضوع غیرقابل تردیدی که اغلب حقوقدانان، اقتصاددانان و مدیران بر آن اتفاق نظر دارند این است که صرف نظر کردن از منافع متعدد اجتماعی، اقتصادی و سیاسی ناشی از ضرورت ثبت رسمی املاک از جمله کاهش دعاوی مربوط به املاک، جلوگیری از انجام معاملات معارض، تأمین و استیفای حقوق دولتی در جریان نقل و انتقال املاک،

مراقبت از حاکمیت ملی و سرزمینی از طریق ممانعت از استملاک بیگانگان و فراهم‌سازی بستر برنامه‌ریزی عمومی با اطلاع از آخرین وضعیت املاک و مالکین آنها اساساً ممکن نیست. بدین ترتیب پرسش آن است که: چگونه و به چه طریقی می‌توان به این اهداف دست یافت؟ آیا با اصرار بر نظریه صحت مطلق به ترتیبی که در نظریه شورای نگهبان آمده، می‌توان اهداف و دغدغه‌های مزبور را تأمین کرد یا باید به نظریه بطلان مطلق یا نظریه عدم قابلیت استناد و احیاناً نظر چهارمی متوسل شد؟ بحث و بررسی راجع به موضوعات و مسائل، بدون توجه به ابعاد و آثار مهم اجتماعی و اقتصادی آن، نظام حقوقی را به بیراهه می‌برد و امکان اداره اجتماع را سخت دشوار می‌سازد. به نظر می‌رسد موافقان نظریه صحت مطلق از جمله خود شورای نگهبان نیز مخالفتی با ضرورت تأمین اهداف و دغدغه‌های فوق ندارند و شاید تصور می‌کنند که باید این اهداف و مصالح را به طریقی دیگر تأمین کرد. و اما بررسی‌ها و مطالعات گسترده و تجربیات قریب‌به‌اتفاق کشورهای مختلف نشان می‌دهد که تأمین این اهداف جز از طریق اعمال نظریه بطلان مطلق یا نظریه منعطف‌تر موجود در این زمینه یعنی عدم قابلیت استناد قابل تحقق نیست. اصرار بر پاره‌ای نظریه‌ها با ادعای بومی‌سازی و عدم توجه به راه‌حل‌ها و تجربیات سایر کشورها بدون ارائه راهکارهای مشخص برای جلوگیری از بروز توالی فاسد و مشکلات اجتماعی و اقتصادی ناشی از آن با مبانی و موازین اسلامی و عقلی هم سازگار نیست ضمن اینکه در مخالفت حکم لزوم ثبت سند رسمی مالکیت و ترجیح آن بر اسناد عادی با شرع هم تردید جدی وجود دارد.

در هر حال نگارنده از میان سه نظریه اساسی موجود، با نظریه «عدم قابلیت استناد» هم‌سوئی بیشتری داشته، بر این باور است که نظریه مذکور توالی فاسد نظریه بطلان مطلق از جمله شبهه مخالفت با شرع و مغایرت با اطلاق ادله موجود در باب بیع (تحقق عقد با ایجاب و قبول) را ندارد و از معایب و اشکالات نظریه صحت مطلق نیز که عملاً فلسفه و غرض اصلی از وضع قانون ثبت را مخدوش می‌سازد، مبرا است. این نظریه ضمن اعتقاد به صحت قرارداد بین طرفین و ترتب برخی آثار حقوقی آن - که همواره یکی از دغدغه‌های اصلی طرفداران نظریه

صحت مطلق بوده و احتمالاً شورای نگهبان هم با تکیه بر همین تشویش خاطر اقدام به صدور نظریه جدید کرده - از تعرض به حقوق اشخاص ثالث با حسن نیت و ایجاد بی نظمی اجتماعی و اقتصادی جلوگیری می کند.

پیش از ورود به تبیین مبانی کلی راه حل منتخب (نظریه عدم قابلیت استناد)، شایان ذکر است که با توجه به اختیار حاصل از اصل ۹۸ قانون اساسی مبنی بر تعیین شورای نگهبان به عنوان مرجع تفسیر قانون اساسی^۱ و تفسیر این شورا از اصل ۴ قانون مذکور^۲ و پیش بینی حق ابطال قوانین قبل از انقلاب برای شورای نگهبان به دلیل مخالفت با شرع، نظریه شورای نگهبان مبنی بر خلاف شرع بودن اطلاق مواد ۲۲ و ۴۸ قانون ثبت را باید برای دادگاهها الزام آور دانست. بنابراین، نظری که معتقد است این شورا حق اعلام نظر در مورد قوانین قبل از

۱. «تفسیر قانون اساسی به عهده شورای نگهبان است که با تصویب سه چهارم آنان انجام می شود».

۲. پرسش شورای عالی قضایی راجع به وضعیت قوانین و مقررات خلاف شرع پیش از انقلاب از شورای نگهبان به شماره ۱/۱۱۴۳ مورخ ۱۳۶۰/۱۱/۲۵ و نظریه تفسیری این شورا به شماره ۱۹۸۳ مورخ ۱۳۶۰/۲/۸ از این قرار است:

متن پرسش: «اجرای قوانین و تصویب نامه ها و آیین نامه های گذشته که برخلاف موازین اسلامی است و صدور حکم بر طبق آن ها در محاکم، به خصوص با توجه به اصل چهارم و اصل یکصد و هفتادم قانون اساسی به هیچ عنوان موجه نیست. این نظر به شورای عالی قضایی پیشنهاد شده که با توجه به این دو اصل، همه قوانین و تصویب نامه ها و آیین نامه های خلاف اسلام، منسوخ، و محاکم موظفند طبق اصل یکصد و شصت و هفتم بر طبق موازین اسلام رأی دهند و این موازین به وسیله شورای عالی قضایی طبق فتوای امام، استخراج و به دادسراها و دادگاه های انقلاب و دادسراها و دادگاه های دیگر ابلاغ گردد و به این ترتیب تا تصویب لوائح قانونی در مجلس شورای اسلامی جلوی اجرای احکام خلاف اسلام گرفته شود. خواهشمند است نظر آن شورا را کتباً اعلام فرمایید».

متن نظریه تفسیری شورای نگهبان: «مستفاد از اصل چهارم قانون اساسی این است که به طور اطلاق کلیه قوانین و مقررات در تمام زمینه ها باید مطابق موازین اسلامی باشد و تشخیص این امر به عهده فقهای شورای نگهبان است. بنابراین، قوانین و مقرراتی را که در مراجع قضایی اجراء می گردد و شورای عالی قضایی آنها را مخالف موازین اسلامی می داند، جهت بررسی و تشخیص مطابقت یا مخالفت با موازین اسلامی برای فقهاء شورای نگهبان ارسال دارید». معاونت حقوقی ریاست جمهوری، **مجموعه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران**، چاپ ششم (انتشارات معاونت پژوهش، تدوین و تنقیح قوانین و مقررات، زمستان ۱۳۸۶)، ص ۷۷.

انقلاب را نداشته و یا در صورت اظهار نظر امکان ابطال این نوع قوانین را ندارد،^۱ گرچه از لحاظ نظری و با تکیه بر ظاهر قانون اساسی تا حد زیادی صحیح و قابل دفاع است لیکن پذیرش آن در نظام حقوقی و قضایی فعلی با عنایت به تفسیر شورای نگهبان از اصل ۴ قانون اساسی بسیار دشوار می‌باشد. به عقیده نگارنده به دو صورت می‌توان از مبانی نظریه منتخب یعنی نظریه عدم قابلیت استناد اسناد عادی در برابر اسناد رسمی مالکیت در نظام حقوقی و تقنینی ایران دفاع کرد:

صورت نخست: تحلیل مسئله در چارچوب انطباق با موازین شرع

اگرچه مطابق اصل ۴ قانون اساسی، مرجع رسمی تشخیص مطابقت قوانین با شرع، شورای نگهبان است و این شورا نیز با تکیه بر همین نگرش، اطلاق مواد ۲۲ و ۴۸ قانون ثبت را مغایر با موازین شرع دانسته است لیکن به نظر می‌رسد مخالفت اطلاق مواد مذکور با شرع بنا به دلایل و مستندات متعدد زیر، در محل تردید جدی است، از این رو انتظار می‌رود شورای نگهبان با اشراف کامل‌تر به ابعاد و آثار اجتماعی، اقتصادی و حقوقی نظریه خویش نسبت به اصلاح و جبران آن برآید:

۱- مسئله ثبت املاک و متعاقب آن، موضوع لزوم تنظیم سند رسمی در نقل و انتقال آن اساساً فاقد سابقه فقهی و شرعی بوده، طبعاً در منابع شرعی اثباتاً یا نفیاً درمورد آن، حکم روشن و قاطعی به چشم نمی‌خورد.^۲ هر چند ممکن است گفته شود مسئله این نیست که ثبت املاک شرعی است یا خیر، بلکه بحث بر سر آن است که اطلاق ادله فقهی (کتاب و سنت) بر این امر دلالت دارد که ایجاب و قبول در عقد بیع برای انتقال مالکیت اعم از منقول و غیرمنقول کافی است و شرط هرگونه امر دیگری غیر از این دو (ایجاب و قبول) مانند ثبت، خلاف

۱. ناصر کاتوزیان، *فلسفه حقوق* (تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم، ۱۳۸۱)، ج ۲، صص ۳۳۰ - ۳۳۵.

۲. تأخیر ۴۰ ساله شورای نگهبان در اظهار نظر راجع به این مواد نیز مؤید فقدان حکم صریح و قاطع شرعی است.

اطلاق مذکور است، لیکن آیا اطلاق ادله نسبت به موضوعاتی که اساساً فاقد سابقه اجتماعی و شرعی بوده و منطقیاً نمی‌توانسته مد نظر شارع باشد حجت است؟ به نظر می‌رسد با توجه به اینکه یکی از شرایط تمسک به اطلاق ادله این است که دلیل، منصرف به افراد و مصادیق شایع در زمان حکم نباشد و ادله موجود در ارتباط با ایجاب و قبول در بیع منصرف به افراد متعارف در آن زمان بوده یا دست‌کم هیچ‌گونه اشعاری نسبت به بیع با سند رسمی به معنای امروزی آن ندارد شاید از نظر شرعی هم استناد به اطلاق ادله در مورد شرط لزوم ثبت در انتقال املاک به‌طور جدی محل تردید باشد.

۲- وجود اجماع بر تحقق قرارداد بیع با ایجاب و قبول و عدم ذکر دخالت عنصر سوم یعنی لزوم ثبت رسمی در وقوع آن، بیشتر به دلیل فقدان سابقه مسئله مورد بحث در زمان فقهاء و عدم ضرورت بکارگیری آن به لحاظ اقتضانات زندگی اجتماعی آن زمان بوده است. چه‌بسا اگر پیچیدگی‌های موجود در روابط اجتماعی و اقتصادی جامعه کنونی که انتظام امور مربوط به املاک غیرمنقول ثبت‌شده را تقریباً در تمام نظام‌های حقوقی دنیا ضروری ساخته است در زمان فقهای گذشته هم بود، شاید چنین اجماعی حاصل نمی‌شد. نباید تصور کرد که چون به‌موجب آیه ۲۸۲ سوره بقره^۱ کتابت (ثبت) به نحوی در آن زمان وجود داشته و شارع نیز با وجود آگاهی از این ابزار و رواج آن فقط به ایجاب و قبول اشاره کرده، لزوم کتابت (ثبت) را شرط تحقق بیع یا انتقال مالکیت ندانسته است، لذا باید گفت آنچه شارع امضاء کرده و اثر بر آن مترتب نموده، ایجاب و قبول است و افزودن شرط ثبت، تغییر حکم شرعی است زیرا ثبت رسمی به معنای مورد نظر در قانون ثبت و مبتنی

۱. «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ...» ای کسانی که ایمان آورده‌اید! هنگامی که بدهی مدت داری (به خاطر وام یا داد و ستد) به یکدیگر پیدا کنید، آن را بنویسید" مکارم شیرازی، ناصر، تفسیر نمونه، ج ۲

بر اهداف و مصالح متعددی که مطرح شد، منطقی در آن زمان موضوعیت نداشته، به‌دشواری می‌توان پذیرفت که ادله موجود به نحو یقینی نافی شرطیت لزوم ثبت رسمی به معنای امروزی آن در قرارداد انتقال املاک است. بنابراین، شاید نتوان به استناد اطلاق ادله موجود راجع به تحقق عقد بیع به صرف ایجاب و قبول، مشروعیت مواد ۲۲ و ۴۸ قانون ثبت و لزوم ثبت سند رسمی و ترجیح اسناد رسمی بر اسناد عادی را که اساساً در فقه به کیفیت فعلی مسبوق به سابقه نبوده است، به لحاظ تفاوت موضوع، به ضرس قاطع مورد مناقشه قرار داد.^۱

۳- شورا نگهبان در موردی کاملاً مشابه یعنی ثبت اختراعات و علائم صنعتی و قراردادهای مربوط به نقل و انتقال آن، این نظریه را - که در مواد ۴۸ و ۵۰ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۶/۱۱/۳^۲ آمده و در صدد تأمین نوعی نظم معاملاتی و ثبات قراردادی بوده و از اشخاص

۱. برخی حقوقدانان همین ایراد را در مورد نظریه شورای نگهبان راجع به ابطال ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی مطرح کرده، معتقدند: «بر فرض وجود آراء و نظریات فقهاء در خصوص ترجیح شهادت بر سند، باز هم با این مستندات نمی‌توان ماده مزبور را مورد مناقشه قرار داد. در واقع، در گذشته اسناد رسمی در معنای امروزی خود وجود نداشته‌اند و اگر هم مطالبی در خصوص تعارض سند و شهادت در کلام فقهای متقدم باشد نمی‌توان آن را بر اسناد رسمی و معتبر تسری داد. به‌علاوه، اطمینان نوعی عقلایی حاصل از سند رسمی و معتبر، قوی‌تر از اطمینان حاصل از شهادت می‌باشد و بدین ترتیب به نظر می‌رسد در تعارض این دو دلیل، باید سند را مقدم شمرد». سیدعلی خزائی، «نگرشی نو بر تعارض سند با شهادت در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی در فقه امامیه، حقوق مصر و انگلیس»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، مقاله ۵، دوره ۹، ش ۲۷ (تابستان و پاییز ۱۳۸۷): صص ۱۲۹-۱۵۴.

۲. ماده ۴۸: «هرگونه تغییر در مالکیت اختراع، ثبت طرح صنعتی یا ثبت علائم تجاری یا علامت جمعی یا حق مالکیت ناشی از تسلیم اظهارنامه مربوط، به درخواست کتبی هر ذی‌نفع از اداره مالکیت صنعتی انجام شده و به ثبت می‌رسد و جز در مورد تغییر مالکیت اظهارنامه، توسط اداره مذکور آگهی می‌شود. تأثیر این‌گونه تغییر نسبت به اشخاص ثالث منوط به تسلیم درخواست مذکور است...» ماده ۵۰: «هرگونه قرارداد اجازه بهره‌برداری از اختراع و طرح‌های صنعتی ثبت‌شده، یا علامت ثبت‌شده یا اظهارنامه مربوط به آنها به اداره مالکیت صنعتی تسلیم می‌شود. اداره مالکیت صنعتی، مفاد قرارداد را به صورت محرمانه، حفظ ولی اجازه بهره‌برداری را ثبت و آگهی می‌کند. تأثیر این‌گونه قراردادها نسبت به اشخاص ثالث، منوط به مراعات مراتب فوق است.»

ثالث با حسن نیت حمایت می‌کند - صراحتاً پذیرفته، آن را مخالف شرع تشخیص نداده است. مصالح و دغدغه‌هایی که موجب وضع این مواد شده به‌ویژه از جهت جلوگیری از معاملات معارض و حمایت از حقوق اشخاص ثالث با حسن نیت دقیقاً و به نحو شدیدتر همان است که در حوزه املاک وجود دارد. گرچه ممکن است ماهیت حق مالکیت فکری با مالکیت بر اموال مادی متفاوت باشد اما از منظر نقش ثبت در قراردادهای متضمن انتقال، تفاوت معناداری میان آنها نیست. بدین ترتیب و با وجود تشابه نسبتاً کامل مبانی و مصالح این دو حوزه، دشوار می‌توان از عدم مخالفت یکی از آنها و موافقت دیگری با شرع دفاع کرد.

۴- مصالح و ملاحظات مربوط به لزوم ثبت املاک به نحو دیگر نیز در ماده ۲۱ قانون پیش‌فروش ساختمان^۱ (مصوب سال ۱۳۸۹) به تأیید شورای نگهبان رسیده است، زیرا در این ماده مقرر شده هر کس به‌طور غیررسمی به تنظیم قرارداد پیش‌فروش اقدام نماید مجرم به‌شمار می‌آید. چگونه ممکن است مجرمانه دانستن یک عمل (تنظیم سند عادی قرارداد پیش‌فروش ساختمان) از نظر شرعی بلاشکال باشد لیکن عدم پذیرش سند عادی در دادگاه‌ها یا ترجیح سند رسمی بر سند عادی در سایر موارد مشابه (نقل و انتقال املاک ثبت‌شده) خلاف شرع تشخیص داده شود؛ درحالی‌که اهداف و مصالحی که منجر به وضع

۱. «پیش‌فروشنده باید قبل از هرگونه اقدام جهت تبلیغ و آگهی پیش‌فروش به هر طریق از جمله درج در مطبوعات و پایگاه‌های اطلاع‌رسانی و سایر رسانه‌های گروهی و نصب در اماکن و غیره، مجوز انتشار آگهی را از مراجع ذی‌صلاح که در آیین‌نامه اجرایی این قانون مشخص می‌شود، اخذ و ضمیمه درخواست آگهی به مطبوعات و رسانه‌های یادشده ارائه نماید. شماره و تاریخ این مجوز باید در آگهی، درج و به اطلاع عموم رسانده شود. مطبوعات و رسانه‌ها قبل از دریافت مجوز یادشده حق درج و انتشار آگهی پیش‌فروش را ندارند. در غیر این صورت به توقیف به مدت حداکثر دو ماه و جزای نقدی از ده میلیون (۱۰/۰۰۰/۰۰۰) ریال تا یکصد میلیون (۱۰۰/۰۰۰/۰۰۰) ریال و در صورت تکرار به حداکثر مجازات محکوم خواهند شد».

ماده ۲۱ قانون پیش فروش ساختمان شده نظیر جلوگیری از معاملات معارض، کاهش دعاوی و نهایتاً ایجاد نظم و ثبات اجتماعی و معاملاتی دقیقاً همان مصالح و اهدافی است که در وضع مواد ۲۲ و ۴۸ قانون ثبت مدنظر قانونگذار بوده است. اگر قانونگذار مجاز است برای تأمین مصالح و اهداف مشخص، عملی را منع و برای آن مجازات تعیین کند علی‌القاعده این حق را نیز دارد که ضمانت‌اجرای این ممنوعیت را عدم پذیرش سند عادی در دادگاه‌ها قرار دهد. گرچه ممکن است گفته شود مجازات از باب «تعزیر» می‌باشد و توجیه فقهی آن آسان‌تر از نادیده گرفتن اطلاق ادله‌ای نظیر «أحلَّ اللهُ البیع» و یا «ألا أن تكون تجارة عن تراض» است اما همان‌طور که در بخش مربوط به نقد نظریه شورای نگهبان گفته شد در مورد امکان پیش‌بینی مجازات‌های کیفی نسبت به اعمال و اقداماتی که از جهت شرعی مسبوق به سابقه نبوده و شرعاً تعزیری برای آن در نظر گرفته نشده است، دربرگیرنده تأملات جدی است و ظاهراً بیان این نکته که توجیه فقهی پیش‌بینی تعزیر آسان‌تر از صرف‌نظر کردن از اطلاق ادله مورد بحث در باب بیع است، از لحاظ شرعی و منطقی چندان قانع‌کننده نیست.

۵- با دقت در دو نمونه قانونگذاری اخیر (مواد ۴۸ و ۵۰ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری و ماده ۲۱ قانون پیش‌فروش ساختمان) که به تأیید شورای نگهبان رسیده شاید بتوان گفت چنانچه آثار و تبعات نامطلوب عدم ثبت از جهت اجتماعی، اقتصادی و حقوقی به‌نحو جامع تشریح شود به‌علاوه تبیین گردد که هدف عمدتاً اعلام عدم قابلیت استناد معامله با سند عادی و سایر ادله در برابر سند رسمی است نه بطلان معامله که مستلزم اعتقاد به شرطیت ثبت در وقوع عقد است؛ چنانکه به این امر در ماده ۵۰ قانون مزبور، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری تصریح شده و نگارنده نیز در این مقاله از همین موضع دفاع کرده است، شورای نگهبان در

اعلام مطابقت آن با شرع یا دست کم اعلام عدم مغایرت آن با شرع، تردید جدی نخواهد کرد.

صورت دوم: تحلیل مسئله در چارچوب مصلحت نظام

گرچه - همان طور که رهبر فقید انقلاب در نامه‌ای خطاب به شورای نگهبان اعلام کرده^۱ - ضرورت‌ها و مصالح اجتماعی که عمدتاً به عنوان مبانی احکام ثانویه مدنظر قرار می‌گیرند بخشی از شریعت بوده^۲ فقهای شورا علی‌القاعده باید با

۱. نکته لازم به ذکر اینکه: «رد احکام ثانویه پس از تشخیص موضوع به‌وسیله عرف کارشناس، با رد احکام اولیه فوقی ندارد، چون هر دو احکام الله می‌باشند. و نیز احکام ثانویه ربطی به اعمال ولایت فقیه ندارد و پس از رأی مجلس و انفاذ شورای نگهبان، هیچ مقامی حق رد آن را ندارد، و دولت در اجرای آن باید بدون هیچ ملاحظه‌ای اقدام کند. و با تشخیص دو سوم مجلس شورای اسلامی که مجتمعی از علمای اعلام و مجتهدان و متفکران و متعهدان به اسلام هستند، در موضوعات عرفیه که تشخیص آن با عرف است، با مشورت از کارشناسان، حجت شرعی است که مخالفت با آن بدون حجت قوی‌تر خلاف طریقه عقلاست ...». روح‌الله موسوی خمینی، **صحیفه امام**، مجموعه رهنمودهای امام خمینی، تهیه و جمع‌آوری مرکز مدارک فرهنگی انقلاب اسلامی (انتشارات وزارت ارشاد اسلامی، تهران، ۱۳۶۴)، ج ۱۷، ص ۳۲۱. البته لازم به ذکر است نامه مزبور مربوط به پیش از زمان تشکیل مجمع تشخیص مصلحت نظام بوده است. با بازنگری قانون اساسی در سال ۱۳۶۸ و پیش‌بینی مجمع تشخیص مصلحت در این قانون و سپرده شدن وظیفه تشخیص این‌گونه مصالح و ضرورت‌ها به عهده این مجمع، شاید دیگر مجالی برای ورود به این بحث نباشد اما از جهت توجه به مبانی و سلوک فقهی حضرت امام درخصوص موضوع، قابل توجه و تأمل است.

۲. شورای نگهبان نیز خود بر همین عقیده بوده، موازین شرع را اعم از احکام اولیه و ثانویه می‌داند و معتقد است احکام و قوانین مبتنی بر احکام ثانویه خلاف شرع نیست لیکن تشخیص مطابقت یا عدم مغایرت مصوبات با احکام اولیه را در صلاحیت خویش، و تشخیص مطابقت یا عدم مغایرت مصوبات با احکام ثانویه را در صلاحیت مجمع تشخیص مصلحت نظام اعلام کرده است. متن پرسش اصلی و استفساریه مجمع تشخیص از شورای نگهبان به شماره ۲۲۳۶/۱۶۴۶ مورخ ۱۳۷۲/۲/۱۸ و شماره ۲۴۰۹/۳۷۸۶ مورخ ۱۳۷۲/۴/۳ مجمع تشخیص مصلحت نظام از شورای نگهبان راجع به اصل ۱۱۲ قانون اساسی و نظریه تفسیری این شورا به شماره ۴۵۷۵ مورخ ۱۳۷۲/۳/۳ و شماره ۴۸۷۲ مورخ ۱۳۷۲/۴/۲۰ از قرار ذیل می‌باشد:

متن پرسش اصلی: «لطفاً با توجه به اصول قانون اساسی درمورد مجمع تشخیص مصلحت، نظر آن شورای محترم را درخصوص مسائل زیر بیان فرمایید: ۱- آیا مجمع می‌تواند پس از تصویب و ابلاغ

لحاظ آن نسبت به مصوبات اظهار نظر نمایند و حتی در این نامه آمده است در مواردی که دو سوم نمایندگان مجلس شورای اسلامی امری را ضروری و به مصلحت بدانند، حجت شرعی است و مخالفت با آن، خلاف طریقه عقلاست و افزون بر آن، ضرورت‌ها و مصالح مربوط به لزوم تنظیم سند رسمی در مورد املاک ثبت شده، امری موضوعی بوده و نه حکمی. و تشخیص آن به عهده نمایندگان مجلس شورای اسلامی است و از طرفی نمایندگان مجلس نیز تاکنون مصالح و

← مصوبات خود درباره آنها تجدیدنظر کند؟ ۲- اگر ابهامی در مفهوم مصوبات بود رفع ابهام آن و تفسیر مصوبه با خود مجمع است و یا مرجع تفسیر مجلس شورای اسلامی و یا تفسیرها احتیاج به ارجاع مجدد از سوی مقام رهبری است؟ ۳- اصولاً آیا مصوبات، مجمع قانون است و همه ویژگی‌های قوانین عادی باید در مورد آنها مراعات شود و من جمله تفسیر؟ ۴- اگر تعارضی بین مصوبات مجمع و قوانین عادی و اساسی و مقررات رسمی دیگر کشور به وجود آید تکلیف چیست؟ و حاکم کدامند؟ ۵- آیا مجلس شورای اسلامی و سایر مراکزی که به نحوی حق تعیین ضوابط و مقررات و قوانین را دارند می‌توانند مصوبات مجمع را رد و نقض و یا فسخ و ابطال کنند؟»

نظر تفسیری شورای نگهبان: «۱- مجمع تشخیص مصلحت نظام نمی‌تواند مستقلاً در مواد قانونی مصوبه خود تجدیدنظر کند. ۲- تفسیر مواد قانونی مصوب مجمع در محدوده تبیین مراد با مجمع است، اما اگر مجمع در مقام توسعه و تزیین مصوبه خود باشد مستقلاً نمی‌تواند اقدام نماید. ۳- مطابق اصل چهارم قانون اساسی، مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام نمی‌تواند خلاف موازین شرع باشد و در مقام تعارض نسبت به اصل قانون اساسی مورد نظر مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان (موضوع صدر اصل ۱۱۲) و همچنین نسبت به سایر قوانین و مقررات دیگر کشور مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام حاکم است. لازم به ذکر است که در مورد تعارض مصوبات مجمع با سایر اصول قانون اساسی شورای نگهبان به رأی نرسید.»

متن استفساریه مجمع از شورای نگهبان: «عطف به نظریه تفسیری شماره ۴۵۷۵ مورخ ۱۳۷۲/۳/۱۳ خواهشمند است اعلام فرمایید، منظور آن شورای محترم از عبارت «خلاف موازین شرع» در بند سوم تفسیری فوق‌الذکر چیست؟ با عنایت به اینکه براساس صدر اصل ۱۱۲ قانون اساسی، شأن مجمع تشخیص مصلحت نظام تعیین تکلیف در همین موارد است.»

متن نظریه دوم شورای نگهبان: «منظور از «خلاف موازین شرع» آنست که نه با احکام اولیه شرع سازگار باشد و نه با احکام عناوین ثانویه و در این رابطه صدر اصل ۱۱۲ به مجمع تشخیص مصلحت تنها اجازه تعیین تکلیف به لحاظ عناوین ثانویه را داده است.» معاونت حقوقی ریاست جمهوری، **مجموعه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران**، چاپ ششم (انتشارات معاونت پژوهش، تدوین و تنقیح قوانین و مقررات، زمستان ۱۳۸۶)، صص ۱۵۹-۱۶۱.

ضرورت‌هایی را که منجر به وضع مواد مورد بحث شده‌اند تغییر نداده‌اند لذا اعلام مخالفت آن با شرع بنا به سلوک فقهی حضرت امام چندان قابل دفاع به نظر نمی‌رسد، اما بر فرض که بپذیریم - همان‌گونه‌که شورای نگهبان اعلام کرده - اطلاق مواد ۲۲ و ۴۸ قانون ثبت مغایر با موازین شرعی (احکام اولیه) است و مبانی و دلایل یادشده، نمی‌تواند انطباق این احکام را با شرع (احکام اولیه) توجیه سازد، از آنجا که لزوم تنظیم سند رسمی در مورد املاک ثبت شده و اعتباربخشی به آن در تعارض با سند عادی به جهات مختلف از جمله جلوگیری از معاملات معارض، مراقبت از موضوع استملاک بیگانگان، کاهش دعاوی و نزاع میان اشخاص، تأمین و استیفای حقوق دولتی، ایجاد نظم و ثبات معاملاتی و امثال آن موافق مصالح و ضرورت‌های اجتماعی است و موجب ایجاد نظم و ثبات می‌گردد که هم از جهت شرعی و هم از حیث عقلی تأمین و رعایت آن ضروری است و این حکم قطعاً با احکام ثانویه شرعی منطبق می‌باشد. بنابراین باید با استفاده از ظرفیت مجلس شورای اسلامی و مجمع تشخیص مصلحت نظام نسبت به حفظ و بقاء مواد مذکور و حتی اصلاح و تکمیل آن در جهت اعتباربخشی بیشتر به اسناد رسمی در قیاس با اسناد عادی و رفع ابهامات متعدد موجود اقدام کرد؛ چنانکه در مورد یکی از حساس‌ترین موضوعات (احترام به مالکیت اشخاص)، در نظام حقوقی ایران از این ظرفیت به جهت رعایت پاره‌ای مصالح و ضرورت‌های مهم‌تر استفاده شده و در قانون تعیین تکلیف اراضی واگذاری دولت و نهادها مصوب ۷۰/۲/۱۵ مجمع تشخیص مصلحت نظام مقرر گردیده که سازمان ثبت اسناد و املاک مکلف است در خصوص زمین‌هایی که موات یا بایر، تشخیص و تملک گشته و به‌وسیله بنیاد مسکن انقلاب اسلامی یا نهادهای انقلاب اسلامی و عناوین مشابه و وزارت مسکن و شهرسازی به افراد واگذار شده باشد، مبادرت به صدور سند به نام واگذارشونده نماید حتی اگر اقدامات دستگاه‌های اجرایی توسط مرجع قضایی، ابطال، حکم به اعاده مالکیت ملک به مالکین اولیه صادر گردد. اگر به‌منظور حفظ مصلحت کشور و تأمین امنیت و نظم اجتماعی و سیاسی بتوان یکی از مهم‌ترین اصول اقتصادی اسلام (اصل مالکیت) را به نفع منافع اجتماعی محدود و یا زائل ساخت، به طریق اولی در موضوع مورد بحث که مقصود فقط

ترجیح سند رسمی بر سند عادی و عدم قابلیت استناد اسناد عادی در برابر اسناد رسمی است، می‌توان با استناد به وجود مصالح مزبور به اعتبار سند رسمی حکم داد، زیرا این امر هیچ ملازمه‌ای با زوال کامل حقوق مالکانه دارنده سند عادی، نداشته و در واقع امر، او حق دارد برای دریافت خسارت خود به فروشنده مراجعه نماید.^۱

۱. یکی از سازوکارهای لازم و منطقی برای تأمین حقوق دارنده سند عادی مقدم، حمایت از پرداخت خسارت کامل وارده به وی مطابق اصول «تسبیب» و «لاضرر» توسط فروشنده است که حتی می‌تواند معادل قیمت روز ملک مورد معامله باشد.

نتیجه‌گیری

لزوم صدور سند مالکیت رسمی در خصوص همه املاک کشور و ثبت رسمی نقل و انتقال این املاک که در مواد ۲۲، ۴۶، ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت، مورد تأکید قرار گرفته از ضرورت‌های اجتناب‌ناپذیر زندگی اجتماعی عصر ماست و به لحاظ تأمین مصالح متعدد از جمله کاهش دعاوی مربوط به املاک، جلوگیری از انجام معاملات معارض، تأمین و استیفای حقوق دولتی در جریان نقل و انتقال املاک، مراقبت از حاکمیت ملی و سرزمینی از طریق ممانعت از استملاک بیگانگان، ایجاد نظم و ثبات معاملاتی و فراهم‌سازی بستر برنامه‌ریزی عمومی با اطلاع از آخرین وضعیت املاک و مالکین آنها همچنین متکی بر مبانی، دلایل و تجربیات عقلانی بشر به هیچ‌روی نمی‌توان از آن صرف‌نظر نمود. اهمیت این موضوع به حدی است که می‌توان ادعا کرد غفلت از آن می‌تواند بقاء یک نظام اجتماعی، حقوقی و سیاسی را با خطر جدی مواجه سازد.

پشت پا زدن به تجربه عقلانی بشر در امور اجتماعی و اقتصادی و تأکید بر غیرشرعی بودن برخی امور با وجود عدم قطعیت در مخالفت آن با شرع بدون انجام پژوهش و مطالعه دقیق و لحاظ همه ابعاد، اجزاء و آثار آن چندان معقول و منطقی به نظر نمی‌رسد. اگر فقهای شورای نگهبان در جریان کامل ابعاد و آثار اجتماعی، اقتصادی و حقوقی نظریه خویش قرار می‌گرفتند و می‌دانستند که نظریه یادشده ممکن است موجب چه سوءاستفاده‌ها و بی‌نظمی‌های اجتماعی و اقتصادی، و نیز اختلال در انتظام امور اجتماعی گردد، بی‌تردید در صدور این نظریه تأمل بیشتری می‌کردند.

اگرچه در تأثیر نظریه شورای نگهبان بر نظام حقوقی و قضایی ایران نایبست مبالغه کرد و همچنین بی‌جهت فضای چنین نظامی را مشوش و ملتهب نمود ولیکن دور از حقیقت نیست که چنین نظریه‌ای در نظام حقوقی و قضایی کشورمان متضمن آثار مترتب و مهمی است و یا دست‌کم موجب بروز ابهامات و سؤالات متعددی می‌شود که باید بجدّ مورد توجه قرار گیرد.

به اعتقاد نگارنده، با توجه به ابهامات و پرسش‌های متعددِ قدیم موجود در حوزه ثبت املاک و نقل و انتقال آن از یک‌سو و ابهامات و سؤالات

ایجادشده از نظریه جدید شورای نگهبان از سوی دیگر، قانونگذار باید به منظور ساماندهی این وضعیت با یک نگاه جامع و کلان و با استفاده از تمام ظرفیت‌های حقوقی و شرعی موجود، هرچه سریع‌تر دخالت نماید و ضمن جلوگیری از پیچیده و وخیم‌تر شدن اوضاع در پی صدور نظریه جدید شورای نگهبان و پیش از شکل‌گیری رویه قضایی نوین و تضييع احتمالی حقوق مردم و اختلال در نظم اجتماعی، با ارائه طرحی مناسب، هم و غم خویش را بر پاسخ‌گویی صریح به بسیاری از سؤالات و ابهامات موجود در این باره به کار گیرد.

فهرست منابع:

۱- فارسی

الف - کتب و مقالات

- ۱- امامی، حسن، **حقوق مدنی**، ج ۱ (انتشارات اسلامیة، چاپ ششم، تهران، ۱۳۶۶).
- ۲- بازگیر، یدالله، **قانون مدنی در آئینه آراء دیوان عالی کشور؛ ادله اثبات دعوی** (تهران: انتشارات فردوسی، چاپ اول، ۱۳۸۰).
- ۳- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **مجموعه محشی قانون مدنی** (تهران: انتشارات گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۸۲).
- ۴- حمیتی واقف، احمدعلی، **حقوق ثبت** (تهران: نشر حقوقدان، چاپ دوم، ۱۳۸۸).
- ۵- خزائی، سیدعلی، «نگرشی نو بر تعارض سند با شهادت در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی در فقه امامیه، حقوق مصر و انگلیس»، **پژوهشنامه حقوق اسلامی**، مقاله ۵، دوره ۹، ش ۲۷ (تابستان و پاییز ۱۳۸۷).
- ۶- شهیدی، مهدی، «فروش مال غیرمنقول بدون تنظیم سند رسمی»، **مجله تحقیقات حقوقی**، دانشکده حقوق شهید بهشتی، ش ۱۱-۱۲ (پاییز و زمستان ۱۳۷۱ و بهار و تابستان ۱۳۷۲).
- ۷- _____، «قرارداد تشکیل بیع»، **مجله تحقیقات حقوقی**، دانشکده حقوق شهید بهشتی، ش ۱۰ (بهار - تابستان ۱۳۷۱).
- ۸- صادقی مقدم، محمدحسن و سرین طباطبائی حصارى، «آثار ثبت املاک بر اعتبار اعمال حقوقی؛ با تأکید بر اوصاف و کارکردهای نظام ثبتی»، **مطالعات حقوق تطبیقی**، دوره ۶، ش ۲ (پاییز و زمستان، ۱۳۹۴).
- ۹- صفایی، سیدحسین، **دوره مقدماتی حقوق مدنی**، ج دوم، **قواعد عمومی قراردادها** (تهران: نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۸۲).

- ۱۰- طباطبائی حصارى، نسرین، «بررسی تطبیقی نظام‌های ثبت املاک (با تأکید بر نظام ثبت املاک در ایران)»، فصلنامه حقوق، مقاله ۱۳، دوره ۴۰، ش ۲ (تابستان ۱۳۸۹)
- ۱۱- علی‌آبادی، علی، ایجاد و سقوط تعهدات ناشی از عقد در حقوق اسلامی (انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول، ۱۳۸۱).
- ۱۲- کاتوزیان، ناصر، عقود معین، ج اول، معاملات معوض - عقود تملیکی (تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم، ۱۳۷۰).
- ۱۳- _____، فلسفه حقوق، ج ۲ (تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم، ۱۳۸۱).
- ۱۴- _____، «ماهیت و آثار حقوقی قولنامه»، مجله کانون وکلاء، ش ۱۵۰ و ۱۵۱، ۱۳۶۹.
- ۱۵- لطفیان، حسین، قولنامه؛ ماهیت حقوقی و آثار آن (تهران: نشر روزنامه رسمی، چاپ اول، ۱۳۷۰).
- ۱۶- منتهایى، عباس و حسین فروتنی‌راد، «بررسی تأثیر سند رسمی بر توسعه حقوق عمومی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی آزاد، مقاله ۵، دوره ۶، ش ۲۲ (زمستان ۱۳۹۲).
- ۱۷- میرزائزاد جویباری، اکبر، «بررسی انتقادی - تحلیلی نقش سند رسمی در ماهیت حقوقی بیع املاک ثبت‌شده، بر منهج عدل»، مجموعه مقالات تقدیمی به دکتر کاتوزیان (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۸).
- ۱۸- _____، ضمانت اجرای بیع با سند عادی (بی‌اعتنایی به قانون ثبت: غفلت یا تغافل)، نقد رویه قضایی (تهران: انتشارات جنگل، چاپ اول، ۱۳۹۱).
- ۱۹- واحدی، جواد، ترجمه قانون تعهدات سوئیس (تهران: نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۷۸).

ب - سایر منابع

- ۱- معاونت حقوقی ریاست جمهوری، **مجموعه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران** (انتشارات معاونت پژوهش، تدوین و تنقیح قوانین و مقررات، چاپ ششم، زمستان ۱۳۸۶).
- ۲- معاونت حقوقی ریاست جمهوری، **مجموعه قانون مدنی** (انتشارات معاونت پژوهش، تدوین و تنقیح قوانین و مقررات، چاپ اول، ۱۳۸۸).
- ۳- مکرم، علی، **بانک اطلاعات آراء دادگاهها و نظریات مشورتی (سی دی)**، نگارش ۷/۳ (اول پاییز، ۱۳۸۹)
- ۴- موسوی خمینی، روح الله، **صحیفه امام**؛ مجموعه رهنمودهای امام خمینی، ج ۱۷ (تهیه و جمع آوری مرکز مدارک فرهنگی انقلاب اسلامی انتشارات وزارت ارشاد اسلامی، تهران، ۱۳۶۴).

۲- فرانسه

-Guy Lambert, Cours de Droit Civil, Les Principaux, Le Credit Maison neuve,(Paris;1974).