

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



صاحب امتیاز: پژوهشگاه قوه قضاییه
مدیر مسئول: حجت الاسلام والمسلمین علیرضا امینی
سر دبیر: دکتر نجات‌اله ابراهیمیان
جانشین سر دبیر: دکتر محمد جلالی
مدیر داخلی: سعید نجات‌زادگان
ناشر: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه

هیئت تحریریه: حجت الاسلام والمسلمین علیرضا امینی، دکتر منصور امینی، دکتر نجات‌اله ابراهیمیان، دکتر احمد بیگی حبیب‌آبادی، دکتر عبدالعلی توجهی، دکتر ستار زرکلام، دکتر سیدحسین صفایی، دکتر محمدتقی عابدی، دکتر میرحسین عابدیان، دکتر عباس قاسمی‌حامد، دکتر حسین مهرپور، دکتر حسین میرمحمدصادقی، دکتر رضا وصالی‌محمود، دکتر محمدحسین هاشمی

نشانی: تهران، بزرگراه چمران، بزرگراه یادگار امام، بعد از خروجی اوین درکه، پژوهشگاه قوه قضاییه، دفتر فصلنامه «رأی»

مندرجات فصلنامه، لزوماً بیان‌کننده دیدگاه پژوهشگاه قوه قضاییه نیست.

نشانی اینترنتی: www.raayjournal.ir

کد پستی: ۱۹۸۳۸۴۶۵۱۴

رایانامه: majaleh_ray@jpri.ir

شمارگان: ۸۵۰۰

«شیوه نامه نگارش محتوا در فصلنامه علمی-تخصصی رأی»

مقدمه

همان گونه که در شماره های سابق «فصلنامه رأی» نیز مشاهده شده است، حوزه ی موضوعی این مجله در چارچوب های متفاوت و متنوعی متبلور می شود؛ محقق می تواند تمام یا بخشی از یک رأی را مبنای مطالعه و پژوهش خود قرار داده و به نگارش «نقد رأی محور» بپردازد. همچنان که مقاله تحلیلی می تواند بر مبنای سنتز دو یا چند رأی مرتبط به هم شکل گیرد و عنوانی مانند علم قاضی، انتقال قرارداد یا امارات قضایی و امثال آن، از منظر آراء و رویه قضایی موضوع بررسی واقع شود و بصورت «نقد موضوع محور» نگارش یابد. از سویی دیگر، «یادداشت های نقد رأی» همواره در شماره های گذشته بخش معتناهی را به خود اختصاص داده و صرفاً نکات اصلی و بارز هر رأی را در معرض نقد قرار می دهد. به هر حال آنچه تمام بخش های مجله را (جز بخش بایسته های نگارش و نقد رأی) از مطالعات آزاد حقوقی متمایز می کند نقطه آغاز و محور اصلی مطالعه است که در رأی و یا رویه عملی مراجع قضایی خلاصه می شود به منظور آشنایی با سبک های نگارش، تحلیل و نقد رأی، بخشی از فصلنامه به «بایسته های نگارش و نقد رأی» اختصاص یافته است که به روش شناسی تولید این ادبیات و مطالعاتی که موضوع آن مشخصاً آراء قضایی است می پردازد. بخش «نقد و تحلیل آراء خارجی و ترجمه» نیز به عنوان بخش پایانی فصلنامه در همین راستا پیش بینی شده است. علاوه بر آن، از شماره ۵ این فصلنامه بخش گزارشات نیز به مجله اضافه شده است. گزارش های مزبور در دو دسته ی «گزارش رویه ی قضایی» که صرفاً به توصیف رویه ی قضایی موجود در یک زمینه ی خاص می پردازد و دسته ی «گزارش جلسات نقد رأی» که صورت جلسات نشست های نقد رأی را ارائه می دهد پیش بینی شده است.

بر این اساس برای به سامان کردن نگارش نقدها در قالب های گوناگون و متنوع فوق شیوه نامه نگارش محتوا برای هر قسمت بصورت مجزا و متفاوت تهیه گردیده که ذیلاً ارائه می گردد:

الف) کلیات شیوه نامه

۱. موضوع فصلنامه، نقد، تحلیل و معرفی آراء و رویه قضایی و ارائه ی مطالب پژوهشی و آموزشی در حوزه ی مزبور بوده و تمامی مقالات با محوریت این موضوع ارائه می گردد. مسئولیت صحت مطالب و منابع مندرج در مقاله به عهده نویسنده یا نویسندگان آن است.
۲. مقالات ارسالی می بایست در قالب برنامه ی Word 2007 یا جدیدتر نگارش شده باشد.
۳. در هیچکدام از انواع مقالات نیازی به درج چکیده و کلیدواژه نخواهد بود.
۴. در صورت لزوم ارجاع دهی به دیگر منابع، روش ارجاع به منابع بصورت پاورقی و به سبک شیکاگو، به شرح آتی خواهد بود:

● کتب

نام و نام خانوادگی نویسنده، عنوان کتاب بصورت توپر (محل انتشار: نام ناشر و سال انتشار)، شماره صفحه.
مثال: ناصر کاتوزیان، مقدمه علم حقوق (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷)، ص ۷۷.

● مقالات مندرج در نشریات

نام و نام خانوادگی نویسنده، "عنوان مقاله"، نام نشریه بصورت توپر، دوره یا سال انتشار، شماره (تاریخ): شماره صفحه.
مثال: مهدی شهیدی، "قرارداد تشکیل بیع"، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، سال هفتم، شماره ۱۰ (۱۳۷۱): ص ۱۷.

● منبع الکترونیک

نام و نام خانوادگی نویسنده، "عنوان مقاله"، نام سایت بصورت توپر، آدرس سایت (تاریخ مراجعه به سایت).

Sample: Jon Lang, "The Protection of Commercial Trade Secrets," Jon Lang Mediation, available at: <http://www.jonlang.com/pdf/EIPR%20Vol%2025%20Issue%2010.pdf> (last visited on 10/10/ 2015).

۵. در صورت لزوم درج فهرست منابع، سبک شیکاگو به شرح ذیل مورد تایید خواهد بود. درخصوص ترتیب درج مآخذ، لازم به ذکر است که کلیه ی منابع ابتدائاً براساس نوع و سپس براساس نام خانوادگی نویسندگان فهرست خواهند شد:

• کتب

نام خانوادگی نویسنده، نام، عنوان کتاب بصورت توپر (محل انتشار: نام ناشر و سال انتشار.

مثال: کاتوزیان، ناصر ، مقدمه علم حقوق (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷).

• مقالات مندرج در نشریات

نام خانوادگی نویسنده، نام، "عنوان مقاله"، نام نشریه بصورت توپر، دوره یا سال انتشار، شماره (تاریخ).

مثال: شهیدی، مهدی ، "قرارداد تشکیل بیع"، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، سال هفتم، شماره ۱۰ (۱۳۷۱).

• منبع الکترونیک

نام خانوادگی نویسنده، نام ، "عنوان مقاله"، نام سایت بصورت توپر، آدرس سایت (تاریخ مراجعه به سایت).

Sample: Lang, Jon, "The Protection of Commercial Trade Secrets," Jon Lang Mediation, available at: <http://www.jonlang.com/pdf/EIPR%20Vol%2025%20Issue%2010.pdf> (last visited on 10/10/ 2015).

۶. معادل اسامی، اصطلاحات و علائم اختصاری خارجی به زبان اصلی در پاورقی عیناً درج گردد.

۷. از درج القاب اشخاص از قبیل دکتر، مهندس، پروفیسور، استاد و غیره در کلیه ی بخش‌های مقاله از قبیل نام نویسندگان، متن مقاله، ارجاعات و یا فهرست منابع پرهیز گردد. لازم به ذکر است که درج سمت نویسندگان در پاورقی صفحه اول از این فائده مستثنا خواهد بود.

ب) ترتیب نگارش بخش‌های مجله

این مجله آمادگی دارد تا مقالات و نوشته‌های ارسالی صاحب‌نظران را در چارچوب های زیر دریافت و پس از طی فرآیند داوری منتشر نماید:

یک – بایسته‌های نگارش و نقد رأی

۱. حجم مقالات تألیفی ترجیحاً کمتر از ۸۰۰۰ کلمه باشد.

۲. هدف این دسته از مقالات، تبیین و آموزش شیوه و سبک نگارش آراء قضایی می‌باشد.

۳. این نوع از مقالات اصولاً مشتمل بر مشخصات مقاله و نویسندگان، بدنه مقاله، نتیجه گیری و منابع و مآخذ می‌باشد.

۴. در این دسته از نوشته‌ها ابتدائاً عنوان مقاله درج گردیده و سپس در خط زیرین، نام نویسنده(گان) ذکر می‌گردد. همچنین سمت و درجه علمی نویسنده(گان)، آدرس ایمیل و شماره تلفن همراه نویسنده‌ی مسئول در پاورقی نوشته خواهد شد.

دو – نقد موضوع محور

۱. هدف این دسته از مقالات بررسی موضوع واحد در آئینه ی آراء مختلف است؛ لذا لاقلاً استناد به سه رأی مشابه در بیان موضوع الزامی خواهد بود.

۲. حجم مقاله حداقل ۳۰۰۰ و حداکثر ۷۰۰۰ کلمه خواهد بود.

۳. مقالات ارسالی در این حوزه اصولاً مشتمل بر مشخصات مقاله و نویسندگان، بدنه مقاله، نتیجه گیری و منابع و مآخذ می‌باشد.

۴. در این دسته از نوشته‌ها ابتدائاً عنوان مقاله درج گردیده و سپس در خط زیرین، نام نویسنده(گان) ذکر می‌گردد. همچنین سمت و درجه علمی نویسنده(گان)، آدرس ایمیل و شماره تلفن همراه نویسنده‌ی مسئول در پاورقی نوشته خواهد شد.

۵. در استناد به آراء، در صورتیکه دادنامه‌ی مورد اشاره، در مجموعه آراء قضایی به چاپ رسیده باشد درج مشخصات رأی به همراه ارجاع به مجموعه‌ی رأی کافیست؛ در غیر اینصورت اصل متن دادنامه بعنوان پیوست مقاله ارسال گردد.

۶. نکته: درخصوص آراء حقوقی و کیفری، تمامی مشخصات اشخاص حقیقی و حقوقی و نیز نام قضات رسیدگی‌کننده حذف گردد. درخصوص آراء صادره از دیوان عدالت اداری، صرفاً حذف نام اشخاص حقیقی و اشخاص حقوقی حقوق

خصوصی و قضات رسیدگی کننده ضروری بوده و نام اشخاص حقوقی حقوق عمومی باقی خواهد ماند.

۷. در بدنه ی مقاله، نویسنده به بررسی یک موضوع حقوقی خاص در رویه ی قضایی و آراء صادره ی محاکم پرداخته و به فراخور مطلب به آراء محاکم استناد خواهد نمود.

سه – نقد رأی محور

۱. هدف این دسته از مقالات بررسی تفصیلی یک یا چند رأی بوده و محوریت در شیوه ی نگارش، نقد متن آراء خواهد بود.
۲. حجم مقاله حداقل ۱۵۰۰ و حداکثر ۴۰۰۰ کلمه خواهد بود.
۳. مقالات ارسالی در این حوزه اصولاً مشتمل بر سه بخش زیر می باشد:

اول) مشخصات مقاله:

در این بخش ابتدائاً عنوان مقاله (موضوع اصلی رأی مورد نقد) درج گردیده و سپس در خط زیرین، نام نویسنده یا نویسندگان ذکر می شود. همچنین سمت و درجه علمی نویسنده(گان)، آدرس ایمیل و شماره تلفن همراه نویسنده ی مسئول در پاورقی نوشته خواهد شد.

دوم) وقایع پرونده:

در این بخش ابتدائاً مختصری از گردش کار و جریان رسیدگی بیان می گردد و سپس مشخصات دادنامه ی مورد نقد (کلاس پرونده یا شماره پرونده یا شماره دادنامه، تاریخ رسیدگی، خواسته یا اتهام، شخص حقوق عمومی طرف دعوا در آراء دادگاه های اداری، مرجع رسیدگی) ذکر می گردد. در ادامه، در استناد به آراء، در صورتیکه دادنامه ی مورد اشاره، در مجموعه آراء قضایی به چاپ رسیده باشد درج مشخصات رأی به همراه ارجاع به مجموعه ی رأی کافیست؛ در غیر این صورت اصل متن دادنامه بعنوان پیوست مقاله ارسال گردد.

نکته: درخصوص آراء حقوقی و کیفری، تمامی مشخصات اشخاص حقیقی و حقوقی و نیز نام قضات رسیدگی کننده حذف گردد. درخصوص آراء صادره از دیوان عدالت اداری، صرفاً حذف نام اشخاص حقیقی و اشخاص حقوقی حقوق خصوصی و

قضات رسیدگی کننده ضروری بوده و نام اشخاص حقوقی حقوق عمومی باقی خواهد ماند.

سوم) نقد و بررسی:

در این بخش از مقاله، نویسنده به نقد مبانی صدور رأی و جهات موضوعی و حکمی دادنامه ی صادره پرداخته و نظرات خود را در تایید یا رد استنادات و استدلال های قضات بیان می کند.

چهار – یادداشت رأی

۱. در این دسته از نوشته ها به بررسی اجمالی نکات بارز مبانی صدور رأی و جهات موضوعی و حکمی دادنامه ی صادره و استنادات و استدلال های قضات پرداخته می شود
۲. حجم یادداشت های نقد رأی حداکثر ۸۰۰ کلمه بوده و حجم خود رأی در تعداد کلمات محاسبه نمی شود
۳. مقالات ارسالی در این حوزه اصولاً مشتمل بر سه بخش زیر می باشد:

اول) مشخصات:

در این بخش ابتدائاً عنوان رأی (موضوع اصلی رأی مورد نقد) درج گردیده و سپس در خط زیرین، نام نویسنده(گان) ذکر می گردد. همچنین سمت و درجه علمی نویسنده(گان)، آدرس ایمیل و شماره تلفن همراه نویسنده ی مسئول در پاورقی نوشته خواهد شد.

دوم) وقایع پرونده:

در این بخش ابتدائاً مختصری از گردش کار و جریان رسیدگی بیان می گردد و سپس مشخصات دادنامه ی مورد نقد (کلاس پرونده یا شماره پرونده یا شماره دادنامه، تاریخ رسیدگی، خواسته یا اتهام، شخص حقوق عمومی طرف دعوا در آراء دادگاه های اداری، مرجع رسیدگی) ذکر و در ادامه، اصل متن رأی درج می گردد. لازم به ذکر است در این بخش الزاماً بایستی اصل متن رأی درج شود و صرف ارجاع به آن در مجموعه آراء قضایی کافی نخواهد بود.

نکته: درخصوص آراء حقوقی و کیفری، تمامی مشخصات اشخاص حقیقی و حقوقی و نیز نام قضات رسیدگی کننده حذف گردد. درخصوص آراء صادره از دیوان عدالت اداری، صرفاً حذف نام اشخاص حقیقی و اشخاص حقوقی حقوقی خصوصی و قضات رسیدگی کننده ضروری بوده و نام اشخاص حقوقی حقوق عمومی باقی خواهد ماند.

سوم) نقد و بررسی:

در این بخش، نویسنده به ارائه‌ی یادداشتی در بیان نکات بارز مبانی صدور رأی و جهات موضوعی و حکمی دادنامه‌ی صادره پرداخته و نظرات خود را در تایید یا رد استنادات و استدلال‌های قضات مختصراً بیان می‌کند.

پنج - گزارش رویه قضایی

۱. گزارشات رویه قضایی ممکن است مربوط به رویه‌ی واحد و مستقر یا رویه متعارض (تهافت) دادگاه‌ها در رسیدگی به یک نوع پرونده باشد. در بیان رویه‌ی واحد دادگاه‌ها لااقل ۳ رأی مشابه مستند قرار گیرد و در بیان رویه‌ی متعارض، آراء مختلف به تعداد نظرات متضاد ذکر شود.
۲. در ارائه‌ی چنین گزارشی هدف صرفاً توصیف و معرفی رویه‌ی قضایی محاکم بوده و نقد آن‌ها به هیچ وجه مد نظر نیست. لازم به ذکر است که اینگونه نقدها در چارچوب سایر بخش‌های مجله صورت خواهد پذیرفت.
۳. حجم گزارشات حداکثر ۵۰۰ کلمه می‌باشد.
۴. در این دسته از نوشته‌ها، ابتدائاً نوع (رویه یا تهافت) و سپس موضوع (موضوع اصلی رویه یا تهافت) درج گردیده و سپس در خط زیرین، نام نویسنده (گان) ذکر می‌گردد. همچنین سمت و درجه علمی نویسنده (گان)، آدرس ایمیل و شماره تلفن همراه نویسنده‌ی مسئول در پاورقی نوشته خواهد شد.
۵. در استناد به آراء، در صورتیکه دادنامه‌ی مورد اشاره، در مجموعه آراء قضایی به چاپ رسیده باشد درج مشخصات رأی به همراه ارجاع به

مجموعه‌ی رأی کافیست؛ در غیر اینصورت اصل متن دادنامه بعنوان پیوست مقاله ارسال گردد.

نکته: درخصوص آراء حقوقی و کیفری، تمامی مشخصات اشخاص حقیقی و حقوقی و نیز نام قضات رسیدگی کننده حذف گردد. درخصوص آراء صادره از دیوان عدالت اداری، صرفاً حذف نام اشخاص حقیقی و اشخاص حقوقی خصوصی و قضات رسیدگی کننده ضروری بوده و نام اشخاص حقوقی حقوق عمومی باقی خواهد ماند.

شش - ترجمه

۱. این مجله آمادگی دارد ترجمه‌ی آراء برگزیده‌ی مراجع قضایی بین‌المللی و نیز داخلی سایر کشورها، ترجمه‌ی نقد آراء و رویه‌ی قضایی کشورهای خارجی و نیز ترجمه‌ی مقالات حول محور شیوه‌ی نگارش آراء را به چاپ برساند.
۲. حجم مقالات ترجمه شده ترجیحاً کمتر از ۸۰۰۰ کلمه می‌باشد.
۳. در این دسته از نوشته‌ها ابتدائاً ترجمه‌ی عنوان مقاله درج گردیده و سپس در خط زیرین، نام نویسنده (گان) و همچنین نام مترجم (ان) ذکر می‌گردد. افزون بر آن، در پاورقی همان صفحه عنوان و مشخصات لاتین مقاله و سمت و درجه علمی نویسنده (گان) و مترجم (ان)، آدرس ایمیل و شماره تلفن همراه مترجم مسئول نوشته خواهد شد.
۴. خواهمندست متن زبان اصلی مقاله به پیوست ترجمه‌ی آن ارسال گردد.
۵. درج پاورقی‌های متن اصلی و عندالاقضاء ترجمه آن الزامیست. هرگونه دریافت و پیگیری مقالات از طریق سامانه نشر مجله رأی به آدرس www.raayjournal.ir امکان‌پذیر می‌باشد. همچنین مخاطبین محترم مجله می‌توانند جهت مشاهده‌ی فایل مقالات شماره‌های پیشین مجله از طریق سامانه‌ی مزبور اقدام نمایند.

از آموزه‌های مسلم حقوق این است که شناخت حقوق یک کشور صرفاً به اتکای قانون امری دشوار بوده و اگر شناختی از نظام حقوقی یک کشور از راه ترجمه متون قانونی به‌دست آید به احتمال زیاد تصویری ناقص و نامطمئن از واقعیت خواهد بود، از همین روست که در کشورهای عضو خانواده حقوق نوشته بر اهمیت منابع دیگر حقوق تأکید می‌شود و رویه قضایی هم در این عرصه، از جمله مهم‌ترین این منابع است. دو عنصر تکرار و قدرت نفوذ یک رأی نزد دادرسان جوان از جمله مهم‌ترین عناصر قوام‌بخش رویه قضایی است. تکرار و نفوذ معنوی یک نظر نزد دادرسان به عوامل مختلفی بستگی دارد؛ از یک‌سوی سازمان قضایی و طراحی درجات مختلف رسیدگی و طرق عادی و فوق‌العاده شکایت و کسب تأیید یک راه حل نزد قضات دادگاه‌های عالی تأثیر بسزایی در ریشه دواندن یک فکر دارد و از دیگر سوی، انتشار سازمان یافته‌ی آرا قضایی امکان رصد تکرار یک راه حل را میسر می‌سازد. واقعیت این است که بحث از رویه قضایی در کنار قانون در صورتی معنا می‌یابد که به جای تصمیمات پراکنده دادگاه‌های تالی که استنتاج راه‌حل‌های روشن و باثبات از آن‌ها دشوار است، آرای نهادی عالی و با قدرت نفوذ بالا همچون دیوان عالی کشور در رأس تشکیلات دادگاه‌ها به وحدت رویه قضایی کمک کند تا به نام نظارت بر اجرای قانون، راه‌حل‌های نو و بدیع وجود مستقل و مستمری پیدا کنند. این همان چیزی است که به علت عدم سامان‌دهی کارآمد نقش دیوان عالی کشور در رسیدگی‌های قضایی - خصوصاً در رسیدگی‌های مدنی - حلقه مفقوده دستگاه عدالت ما است.

به‌علاوه، علی‌رغم تلاش‌هایی که از سوی پژوهشگاه قوه قضاییه درمورد انتشار آراء به‌عمل آمده است اجرا نشدن بند ۴ بخش د ماده ۲۱۱ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران امکان ارزیابی تکرار راه‌حل را با دشواری مواجه ساخته است و قضات و وکلا جز از طریق تجربه شخصی، راه مطمئنی برای پی بردن به تکرارپذیری یک راه‌حل و غلبه آماری بر راه‌حل‌های رقیب در دست ندارند.

مجموعه‌های آرای قضایی که از عوامل تثبیت رویه قضایی به عنوان یک منبع حقوق در کشورهای حقوق نوشته هستند در کشور ما هنوز رواج نیافته است.

در چنین وضعیتی دکترین به عنوان دیگر منبع حقوق نقش برجسته‌ای در تشخیص و تثبیت راه‌حل مسایل دشوار قضایی ایفاء می‌کند. صاحبان قلم و اندیشه با برجسته کردن برخی تصمیمات قضایی یا تنقیص برخی دیگر به شکل‌گیری رویه‌های پایدار کمک می‌کنند و سنگینی بار نبود برخی عوامل رویه‌ساز را نیز بر دوش می‌کشند. اکنون که در آستانه شماره‌ی دیگری از فصلنامه رأی هستیم احساس می‌شود که در پیوند دادن دکترین و رویه‌ی قضایی محاکم قدمی موثر برداشته شده‌است. داد و ستد مدارس حقوق و محاکم به نحوی که هریک به محصول کار و فکر دیگری توجه نماید به شکل‌گیری رویه‌های مستند و مستدل و اتقان آراء کمک خواهد کرد. سنت نقدنویسی و شرح آرای قضایی در قالب مجله، در کشور ما سابقه زیادی ندارد اما همکاران علمی مجله که بدون هیچ چشم‌داشتی برای پیشرفت عدالت و دادگستری در میهن عزیز ما قلم زده‌اند در این راه مصمم بوده و از جامعه علمی توقع یاری دارند. چند مقاله راهنما و برخی نقدهای ساختارمند منتشر شده در شماره‌های پیشین، الگوهای مناسبی هستند که می‌توانند ذائقه‌ی مؤلفانی که عادت به نگارش مقالات موضوع‌محور کلاسیک دارند را تغییر داده و به سوی نقدنویسی و تحلیل آراء رهنمون سازد. تصور می‌کنیم که این عرصه، مجال بیشتری را برای خادمان حق و عدالت فراهم می‌سازد. مجله، مرهون همت‌های عالی شما است.

و ماتوفیقی الآ بالله

سردبیر فصلنامه رأی

نجات‌اله ابراهیمیان

فهرست مطالب

اقامه دعوا علیه شهرداری مناطق و پاسخگویی به دعاوی از سوی	
شهرداری مناطق.....	۱۷
مهدی فتاحی	
درنگی پیرامون مواد ۲۲، ۴۶، ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت به بهانه نظریه	
جدید شورای نگهبان.....	۳۵
اکبر میرزانژاد جویباری	
تحلیل مسئولیت بر اصل واقعی و رای حجاب شخصیت حقوقی شرکت	
تجاری در یک رأی قضایی.....	۷۵
مجید میرزایی امغانی	
بررسی امکان اعمال حق حبس در اقاله.....	۹۳
محمدعبدالصالح شاهنوش فروشانی	
حضانة فرزند بالغ.....	۱۰۳
علی رضائی	
صدور حکم برائت در صورت عدم احراز بزه توسط دادگاه.....	۱۱۳
نجمه غفاری الهی کاشانی	
وحدت و تهافت رویه قضایی نزد دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران در	
حقوق تجارت (پاییز و زمستان ۱۳۹۱).....	۱۱۷
مهدی شریفی	
گزارش نشست نقد رأی: ابطال سند رسمی مالکیت به استناد سند	
عادی بیع با تاریخ مقدم (نقد رأی دادگاه تجدیدنظر استان تهران).....	۱۲۵
تنظیم: پژوهشکده استخراج و مطالعات رویه قضایی (پژوهشگاه قوه قضاییه)	

خصوصی و عمومی می‌انجامد. با توجه به ماده ۳ قانون شهرداری‌ها که بیان داشته است: «شهرداری، دارای شخصیت حقوقی است» و نیز با عنایت به تصریح ماده ۵۵ قانون مزبور که بر «اقامه دعوی بر اشخاص و دفاع از دعاوی اشخاص علیه شهرداری» به عنوان یکی از وظایف شهرداری و شهردار تأکید و تکیه می‌نماید، روشن است که طرح دعوا علیه شهرداری یا اقامه دعوا از سوی این نهاد علیه اشخاص با توجه به شخصیت حقوقی مستقل شهرداری‌ها با مشکلی مواجه نیست. در صورت تشکیل شرکت یا مؤسسه‌ای بر طبق قانون در راستای انجام پاره‌ای از تکالیف قانونی شهرداری‌ها، با توجه به دارا بودن شخصیت حقوقی و داشتن اهلیت تمتع و استیفای حقوق که یکی از آنها طرح دعوا و پاسخ‌گویی به دعاوی اقامه شده است، در توانایی چنین شرکت‌ها و مؤسساتی در مشارکت در دعاوی، اختلاف‌نظری به‌چشم نمی‌خورد.^۱ ماده ۵۸۸ قانون تجارت در این‌باره

اقامه دعوا علیه شهرداری مناطق و پاسخ‌گویی به دعاوی از سوی شهرداری مناطق

مهدی فتاحی*

مقدمه

شهرداری، سازمانی است محلی که بر طبق اصل عدم تمرکز اداری، به‌منظور اداره امور محلی از قبیل عمران و آبادانی، بهداشت شهر و رفاه اهالی و ساکنین آن شهر تأسیس می‌شود. از آنجا که حسن اداره این امور برای ساکنین همان محل، حائز اهمیت است و در تأمین آن، نفع مشترکی دارند قانون از آن حمایت کرده، برای آن شخصیت حقوقی و استقلال مالی و اداری و حقوق متمایز از دولت قائل شده است.^۱

گستره مسئولیت‌های شهرداری‌ها - که طیف وسیعی از ایجاد خیابان‌ها، کوچه‌ها، میادین، باغ‌های عمومی، مجاری آب، نظیف و نگاهداری و تسطیح معابر و انهار عمومی و مراقبت در امور بهداشت ساکنین شهر و حفظ و اداره کردن دارایی منقول و غیرمنقول متعلق به شهر و اقامه دعوی بر اشخاص و دفاع از دعاوی اشخاص علیه شهرداری را شامل می‌شود^۲ - طبیعتاً نیازمند تقسیم وظایف و تفکیک مسئولیت‌ها به‌منظور اجرای مناسب و مطلوب آنها و حسن اداره شهر است. این حجم عظیمی از کارکردها طبعاً به اختلافات و دعاوی بسیاری میان شهرداری و شرکت‌ها و مؤسسات وابسته به آنها با مردم و سایر اشخاص حقوق

* دکترای حقوق خصوصی دانشگاه تهران و پژوهشگر پژوهشگاه قوه قضاییه

Mfatahil@gmail.com

۱. منوچهر طباطبائی‌مؤتمنی، حقوق اداری (تهران: انتشارات سمت، چاپ پانزدهم، ۱۳۸۷)، ص ۱۳۹.

۲. برای آگاهی از برخی وظائف و مسئولیت‌ها به قانون شهرداری‌ها خصوصاً ماده ۵۵ آن مراجعه شود.

۱. برای نمونه، شعبه ۱۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در رأی ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۸۰۰۴۵۱ مورخ ۱۳۹۲/۴/۹ با توجه به شخصیت حقوقی مستقل شرکت کالا و خدمات شهر که از شرکت‌های زیرمجموعه شهرداری محسوب می‌شود، این‌گونه رأی صادر کرده است: «آن بخش از دادنامه تجدیدنظرخواسته به شماره ۹۱۰۹۹۷۲۱۶۲۱۰۰۹۳۵ مورخ ۹۱/۱۲/۲ صادره از شعبه ۸۹ دادگاه عمومی حقوقی تهران که بر محکومیت شهرداری تهران به حضور در دفترخانه اسناد رسمی و تنظیم سند انتقال قطعی یک باب واحد تجاری موضوع قطعه شماره بیست و سوم از پلاک ثبتی ۳۱۰۴/۹۹۷ واقع در بخش یازده تهران و پرداخت هزینه دادرسی و حق‌الوکاله وکیل طبق تعرفه قانونی در حق خواهان اشعار دارد و مورد تجدیدنظرخواهی شهرداری قرار گرفته مخالف قانون و مقررات موضوعه و محتویات پرونده بوده و مستوجب نقض است، زیرا: اولاً - مستند ادعای خواهان سند عادی شماره ۰۶۱۱ مورخه ۷۵/۱۱/۱ و خواسته وی ایفای تعهدات قراردادی است و این در حالی است که دعوی به طرفیت متعهد که همانا شرکت کالا و خدمات شهر است و از حیث حقوقی از شهرداری استقلال دارد طرح نگردیده است؛ ثانیاً - هرچند به حکایت جوابیه اداره ثبت به‌نحوی مالکیت قانونی شهرداری نسبت به پلاک مرقوم گواهی شده است لیکن در احراز صحت وقوع عقد و انتقالات انجام‌شده از شهرداری به شرکت کالا و خدمات شهر می‌بایست شرکت کالا و خدمات شهر در کنارش. در دادرسی نیز مداخلت داشته باشد لیکن این اقدام معمول نگردیده و به کیفیت مرقوم دعوی مطروحه قابلیت استماع را ندارد. بنابراین، دادگاه مستنداً به صدر ماده ۳۵۸ از قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی این بخش از دادنامه معترض‌عنه را نقض و قرار عدم استماع دعوی خواهان را صادر و اعلام می‌دارد».

همین شعبه در رأی دیگری، دادنامه: ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۸۰۰۴۰۴ مورخ ۱۳۹۲/۴/۵ شعبه ۱۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، در باب طرح دعوا علیه شرکت راه‌آهن شهری تهران و حومه (مترو) می‌گوید:



می‌گوید: «شخص حقوقی می‌تواند دارای کلیه حقوق و تکالیفی شود که قانون برای افراد قائل است مگر حقوق و وظائفی که بالطبع فقط انسان ممکن است دارای آن باشد مانند حقوق و وظائف ابوت - نبوت و امثال ذالک».

با این حال درخصوص این مسئله که آیا شهرداری‌های مناطق در کلان‌شهرها و شهرهای بزرگ - که با هدف تسهیل امور و افزایش بهره‌وری و ارائه خدمات به شهروندان، تشکیل و به صورت موضعی عهده‌دار اجرای مسئولیت‌های شهرداری در قسمتی از شهر می‌شوند - می‌توانند اقامه دعوا کنند یا طرف دعوا قرار گیرند، اختلاف‌نظر وجود دارد. دسته‌ای از محاکم که اکثریت را دربرمی‌گیرند معتقدند شهرداری‌های مناطق، شخصیت حقوقی مستقلی ندارند بلکه به عنوان اجزای شهرداری در قسمت‌های معینی از کلان‌شهرها به ایفای وظایف اشتغال دارند. بنابراین، طرح دعوا از سوی آنها و طرف دعوا قراردادنشان وجاهت قانونی ندارد.

درمقابل، برخی از دادگاه‌ها بر این باورند که شهرداری‌های مناطق می‌توانند نسبت به اقامه دعوا و پاسخ‌گویی به دعاوی اقدام نمایند.

بررسی این موضوع که آیا شهرداری‌های مناطق، دارای شخصیت حقوقی مستقلی هستند یا خیر و یا می‌توانند اقامه دعوا کنند یا طرف دعوا قرار گیرند، با توجه به اختلاف‌نظر مراجع قضایی در این باره و اهمیت آن از حیث سایر مسائل حقوقی از قبیل انعقاد قرارداد و غیره، در مقاله حاضر، با امعان‌نظر به آراء دادگاه‌ها و سایر مراجع قضاوتی و واکاوی ادله دو سوی اختلاف، مطمح نظر است.

بخش اول: وقایع دعوا

با توجه به تهافت آراء مراجع قضاوتی درخصوص موضوع یادشده، در بخش اول، آرائی که بر عدم استقلال شخصیت حقوقی مناطق شهرداری تکیه دارند طرح و بررسی می‌شوند. در این دسته از آراء، اقامه دعوا از سوی شهرداری‌های مناطق و طرح دعوا علیه آنها غیرقابل استماع تشخیص داده شده است. در بخش دوم، آراء ناظر، بر شخصیت حقوقی مناطق شهرداری طرح می‌گردد.

«... هرچند شرکت راه‌آهن شهری و حومه (مترو) از شرکت‌های زیرمجموعه شهرداری محسوب است لیکن از لحاظ شخصیت حقوقی مستقل از شهرداری بوده و با توجه به تملک معموله از سوی شرکت مترو مسئولیت پرداخت بهای ملک بر عهده شرکت می‌باشد...».

در بخش سوم، آرائی مطرح و بررسی می‌شوند که خواهان و خواننده واقع شدن شهرداری مناطق را از طریقی غیر از شخصیت حقوقی، تحلیل و توجیه می‌کنند.

۱. عدم استقلال شخصیت حقوقی مناطق شهرداری

در دادنامه‌های پیش‌رو، صراحتاً بر عدم شخصیت حقوقی مناطق شهرداری و عدم وجاهت قانونی طرح دعوا علیه آنها و اقامه دعوا از طرف آنها تأکید شده است.

۱.۱. دادنامه شماره ۹۵۶ مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۱۹ صادره از شعبه ۱۵۳ دادگاه

عمومی حقوقی تهران دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۷۰۰۱۰۶

مورخ ۱۳۹۲/۲/۲۱ شعبه ۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۱

شعبه ۱۵۳ دادگاه عمومی حقوقی تهران در رأی صادره، درخصوص دعوای اقامه‌شده علیه شهرداری منطقه ۱۴ تهران بیان داشته است: «نظر به اینکه خواهان به جای طرح دعوی به طرفیت شهرداری تهران، شهرداری منطقه ۱۴ را طرف دعوی قرار داده درحالی که هر شهری فقط یک شهرداری دارد و نمایندگان شهرداری در مناطق مختلف دارای شخصیت حقوقی مستقل از شهرداری تهران نمی‌باشند ... لذا دعوی خواهان به کیفیت مطروحه قابلیت استماع» ندارد.

شعبه ۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، در پی تجدیدنظرخواهی از دادنامه یادشده، این گونه اتخاذ تصمیم نموده است: «نظر به اینکه شهرداری مناطق در شهرهای بزرگ و کلان شهرها وفق ماده ۳ قانون شهرداری‌ها مصوب ۱۳۳۴، دارای شخصیت حقوقی مستقل نمی‌باشند بلکه جزیی از شهرداری می‌باشند که صرفاً جهت تسهیل امور و تقسیم کار به صورت داخلی در محدوده جغرافیای خاص به نمایندگی از شهرداری مرکز انجام‌وظیفه می‌نمایند و مؤید این موضوع انتخاب مدیران این مناطق شهرداری توسط شهردار شهر می‌باشد و نه براساس ماده ۵۰

۱. پژوهشگاه قوه قضاییه (اداره انتشار رویه قضایی کشور)؛ مجموعه آراء قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران (حقوقی) ۹۲ (تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، چاپ اول، ۱۳۹۳)، صص ۱۰۵ - ۱۰۶.

قانون اخیر الذکر^۱ و بند ۱ ماده ۷۱ قانون تشکیلات و وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخابات شهرداران.^۲ مضافاً اینکه تصویب‌نامه شماره ۱۶۳۹۴/ت/۲۱۴۶۵ مورخه ۷۵/۲/۳ هیأت دولت^۳ با عنایت به مقررات مذکور و نداشتن شخصیت حقوقی مستقل این مناطق به جای شهردار، عنوان مدیران این مناطق را تعیین و اعلام داشته» دادنامه بدوی را تأیید کرده است.^۴

۱.۲. دادنامه شماره ۱۵۳ مورخه ۱۳۹۲/۲/۲۲ صادره از شعبه ۴ دادگاه عمومی تهران - دادنامه شماره ۹۲۹۹۷۰۲۲۳۱۱۰۰۵۲۸ مورخ ۱۳۹۲/۴/۲۹ شعبه ۳۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۵

شعبه ۴ دادگاه عمومی تهران در رأی پیش‌گفته مقرر می‌دارد: «نظر به اینکه شهرداری منطقه ۱۱، دارای شخصیت حقوقی مستقل از شهرداری تهران نبوده

۱. ماده ۵۰ قانون شهرداری‌ها: «انجمن شهر مکلف است پس از رسمیت یافتن بلافاصله و قبل از شروع به هر کار، یک نفر را از بین اعضاء خود یا از خارج از انجمن با رأی مخفی و اکثریت تام و در صورتی که دفعه اول اکثریت تام حاصل نشود دفعه دوم با اکثریت نسبی برای ریاست شهرداری به مدت دو سال، انتخاب و به‌وسیله فرماندار به وزارت کشور معرفی کند. شهردار پس از معرفی به وزارت کشور بلافاصله شروع به کار خواهد نمود».

۲. «وظایف شورای اسلامی شهر به شرح زیر است: ۱- انتخاب شهردار برای مدت چهار سال ...».

۳. هیأت وزیران در جلسه مورخ ۱۳۷۵/۱/۲۹ بنا به پیشنهاد شماره ۴۲۰۸/۱/۳/۳۴ مورخ ۱۳۷۵/۳/۲۸ تصویب نمود که:

آیین‌نامه اجرایی بند «ل» تبصره (۱۳) قانون بودجه سال ۱۳۷۵ کل کشور (موضوع تصویب‌نامه شماره ۲۱۴۶۵/ت ۱۶۳۹۴ مورخ ۱۳۷۵/۲/۳) به شرح زیر اصلاح می‌شود:

در سطر چهارم قسمت دوم ماده (۴) عبارت «مدیران مناطق شهرداری شهرهای بزرگ» جایگزین عبارت «شهرداران مناطق شهرهای بزرگ» می‌شود.

حسن حبیبی - معاون اول رئیس‌جمهور

۴. شعبه ۱۲۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران در رأی شماره ۸۸۰۹۹۷۰۲۴۲۲۰۰۵۵۴ مورخ ۸۸/۸/۲، با استدلال مشابهی، دعوا علیه شهرداری منطقه را با قرار رد دعوا مردود اعلام نموده است. نظر به وحدت استدلالات و حتی عبارات، از ذکر رأی یادشده در شمار دادنامه‌های این بخش خودداری شد. (قابل ذکر است که قاضی شعبه ۱۲۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران، در زمان صدور دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۷۰۰۱۰۶ از شعبه ۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، جزء قضات صادرکننده رأی بوده‌اند).

۵. پژوهشگاه قوه قضاییه (اداره انتشار رویه قضایی کشور)، پیشین، ص ۲۷۳.

بلکه صرفاً به عنوان نماینده در ناحیه مذکور انجام‌وظیفه می‌نماید لذا طرح دعوی به طرفیت شهرداری منطقه ۱۱ فاقد وجاهت قانونی» است.

شعبه ۳۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران دادنامه یادشده را تأیید نموده است.

۱.۳. دادنامه شماره ۹۰۰۹۹۷۲۱۶۳۹۰۱۰۳۸ مورخ ۱۳۹۰/۱۱/۲۹ صادره از شعبه ۲۱۴ دادگاه عمومی حقوقی تهران - دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۸۰۰۹۹۹ مورخ ۱۳۹۲/۷/۲۲ شعبه ۱۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۱

دادگاه بدوی در دعوی مطالبه اجرت‌المثل ایام تصرف ملک علیه شهرداری منطقه می‌گوید: «صرف‌نظر از ماهیت قضیه، با توجه به اینکه منطقه شهرداری، فاقد شخصیت حقوقی مستقل بوده ملاً اهلیت طرف دعوی واقع شدن را ندارد، دعوی به نحو مطروحه به‌طرفیت خوانده مذکور قابلیت استماع را ندارد».

دادگاه تجدیدنظر با ذکر این استدلال که «شهرداری، دارای شخصیت حقوقی واحد بوده و انشقاق و تقسیم آن به مناطق چندگانه در راستای خدمت‌دهی به شهروندان، موجد شخصیت حقوقی جداگانه برای منطقه ایجادشده نمی‌باشد و از سوی دیگر با طرف دعوی قرار دادن شهرداری، دیگر لزومی به‌طرف دعوی قرار دادن منطقه ... شهرداری که جزئی از آن شهرداری می‌باشد، نبوده است و مناطق شهرداری، عنوان شخصیت حقوقی مستقل نداشته و کلیه مناطق در حکم واحد، آن هم در قالب شهرداری می‌باشند»، دادنامه معترض‌عنه را تأیید می‌نماید.

۲. استقلال شخصیت حقوقی مناطق شهرداری

در این دسته از آراء، هرچند بر شخصیت حقوقی شهرداری مناطق تصریح نشده است اما با توجه به عبارات مندرج در آراء و آثار حقوقی مترتب بر آنها و با عنایت به اینکه طرح دعوا و طرف دعوا قرار گرفتن اشخاص حقوقی، فرع بر داشتن شخصیت حقوقی است می‌توان به این موضوع قائل شد که در این آراء، شخصیت حقوقی مناطق شهرداری، تلویحاً و ضمناً به‌رسمیت شناخته شده است.

۲.۱. رأی شماره ۹۳۰۹۹۸۰۲۲۸۴۰۰۷۰۶ مورخ ۹۵/۶/۲۹ صادره از شعبه

۵۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

در این پرونده، خواهان دعوایی، به خواسته مطالبه بهای عادلانه یک قطعه زمین، به طرفیت شهرداری تهران و شهرداری منطقه ۶ شهرداری تهران طرح می‌نماید. شعبه ۲۴ دادگاه عمومی حقوقی تهران، به موجب دادنامه شماره ۱۲۱۷ مورخ ۱۳۹۴/۱۰/۳۰، حکم بر محکومیت شهرداری تهران به پرداخت قیمت عادلانه صادر می‌کند. پس از تجدیدنظرخواهی محکوم علیه، شعبه ۵۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، طی دادنامه پیش گفته، با این استدلال که خواهان بدوی شهرداری منطقه ۳ که ملک موضوع دعوا را در حوزه آن قرار داشته است طرف دعوا قرار نداده و «از آنجا که مباشر در امر دفاع و ورود دعوا در موضوع مطروحه شهرداری منطقه می‌باشد... به سبب عدم طرح درست دعوا و توجه آن به شهرداری منطقه ۳ تهران»، با نقض حکم تجدیدنظرخواسته، قرار رد دعوی بدوی را صادر می‌نماید.

۲.۲. دادنامه شماره ۶۰۸ - ۹۱/۶/۲۸ شعبه ۱۸ دادگاه عمومی حقوقی

تهران - دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۸۰۱۲۲۶ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۳۰

شعبه ۲۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۱

دادگاه بدوی در دعوایی به خواسته صدور حکم دائر بر ابطال مبیعه‌نامه، به طرفیت شهرداری منطقه ۱۲ تهران و اداره کل حقوقی شهرداری تهران و غیره، اعلام نموده: «نظر به اینکه شهرداری منطقه و نیز اداره کل حقوقی شهرداری خود دارای شخصیت مستقل نبوده و دعوا باید به طرفیت شهرداری تهران مطرح گردد» دعوا قابلیت استماع ندارد.

با این حال، دادگاه تجدیدنظر با اظهار اینکه «شهرداری، دارای شخصیت حقوقی مستقل است و می‌تواند طرف دعوی قرار بگیرد»^۲ دادنامه بدوی را، نقض و جهت رسیدگی ماهوی اعاده نموده است.

۱. پژوهشگاه قوه قضاییه (اداره انتشار رویه قضایی کشور)، مجموعه آراء قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان

تهران (حقوقی) دی ۹۱ (تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، چاپ اول، ۱۳۹۲)، ص ۱۸.

۲. متن رأ دادگاه تجدیدنظر عیناً ذکر شده است. به نظر می‌رسد با توجه به رأی بدوی، مقصود از شهرداری در رأی دادگاه تجدیدنظر، «شهرداری منطقه» می‌باشد.

۳. شهرداری مناطق و تفویض اختیار

آراء مذکور در این بخش، اعتقادی به شخصیت حقوقی مستقل شهرداری مناطق شهرداری ندارد اما طرح دعوا از طرف مناطق شهرداری و دفاع در قبال دعاوی اقامه شده علیه آنها را قابل استماع می‌داند. توجیه آنها متمرکز بر تفویض اختیار به مناطق شهرداری از سوی شهردار است. به عبارت دیگر، در این طیف از آراء، بر شخصیت حقوقی شهرداری منطقه تکیه نشده و یا حتی خلاف آن تصریح شده است اما صلاحیت طرح دعوا از طریق نهاد حقوقی نمایندگی و تفویض اختیار، تبیین و توجیه شده است.

۳.۱. دادنامه شماره ۱۰۲۵ مورخ ۱۳۹۲/۱۱/۱۳ صادره از شعبه ۲۱۴

دادگاه عمومی تهران - دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۷۰۰۲۶۶

مورخ ۱۳۹۳/۳/۴ شعبه ۱۷ دادگاه تجدید نظر استان تهران

در رأی بدوی، دعوای شهرداری منطقه به خواسته مطالبه وجوه چهار فقره چک «به لحاظ اینکه منطقه شهرداری فاقد شخصیت حقوقی مستقل بوده، ملاً اهلیت طرف دعوی واقع شدن را ندارد، دعوا به نحو مطروحه را قابل استماع ندانسته، با استناد به ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی، قرار عدم استماع دعوی صادر می‌نماید».

در پی تجدیدنظرخواهی شهرداری منطقه، شعبه ۱۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، با این استدلال که «چون هر کدام از شهرداری‌های مناطق تهران با تفویض اختیار شهردار تهران، مسئولیت امور مربوطه به حوزه خود را دارند و به نمایندگی از شهرداری تهران در منطقه مذکور انجام وظیفه می‌نمایند. بنابراین، اختیار طرف دعوی قرار گرفتن و طرح دعوا را دارا بوده»، دادنامه صادره را نقض و جهت رسیدگی ماهوی به شعبه بدوی اعاده می‌نماید.

۳.۲. دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۸۵۰۰۱۲۴ مورخه ۱۳۹۳/۲/۲۴

صادر از شعبه ۲۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران - دادنامه شماره

۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۸۰۰۸۲۵ مورخ ۱۳۹۳/۶/۲۹ شعبه ۱۸ دادگاه

تجدیدنظر استان تهران

در این دعوا دادگاه بدوی، دعوای اقامه شده علیه «شهرداری منطقه ... و کمیسیون ماده ۷۷ قانون شهرداری‌ها به خواسته ابطال رأی کمیسیون» را با این

توجیه که «خواندگان، فاقد شخصیت حقوقی می‌باشند لذا طرح دعوای مطروحه در کیفیت فوق صحیح نبوده»، با قرار رد دعوا مردود اعلام کرده است.

شعبه ۱۸ تجدیدنظر استان تهران، دادنامه را «مستوجب نقض» می‌داند «زیرا که هرچند شهرداری تهران، حکم واحد داشته و تقسیم‌بندی آن به مناطق چندگانه در جهت ارائه خدمات به شهروندان به لحاظ گستردگی شهر بوده است لیکن طرف دعوی قرار دادن یکی از مناطق شهرداری که مسؤولیت پاسخ‌گویی به دعوایی مطروحه به‌طرفیت وی از زمره وظایف اداره حقوقی شهرداری می‌باشد، مانع از پذیرش دعوی نمی‌باشد و دعوی به کیفیت مطروحه نیز قابلیت پذیرش را دارد».

بخش دوم: نقد و بررسی آراء

با توجه به اینکه شخصیت حقوقی شهرداری مناطق یا عدم آن، در سرنوشت موضوع این مقاله تأثیر قطعی دارد، ارائه تعریفی از شخصیت حقوقی و خصوصاً پرداختن به این مطلب که شخصیت حقوقی بر چه اساسی تشکیل می‌یابد لازم و ضروری به نظر می‌رسد.

۱. مفهوم شخصیت حقوقی

برخی حقوقدانان مفهوم شخصیت حقوقی را همسان اهلیت انسان‌ها یا اشخاص طبیعی می‌دانند. بنابراین همان‌گونه که «اهلیت» به معنای توانایی دارا شدن حقوق و تکالیف، شایستگی تمتع و توانایی اجرای آنها (اهلیت استیفاء) می‌باشد شخصیت حقوقی نیز دارای مفهوم مشابهی است.^۱ با این تفاوت که اصطلاح «شخصیت حقوقی» به اجتماع و تشکل اشخاص طبیعی (افراد) که برای هدف معینی همکاری می‌کنند یا به تخصیص اموال برای هدف خاصی اطلاق می‌گردد اما «اهلیت» اصطلاحی است که درمورد انسان‌ها (اشخاص طبیعی) به کار می‌رود.^۲

بنابراین می‌توان گفت «شخص حقوقی» عبارت است از دسته‌ای از افراد که دارای منافع و فعالیت مشترک هستند یا پاره‌ای از اموال که به هدف خاصی

۱. منوچهر طباطبائی مؤتمنی، پیشین، ص ۲۸۵.

۲. همان، ص ۲۸۶.

اختصاص داده شده، و قانون، آنها را طرف حق می‌شناسد و برای آنها شخصیت مستقلی قائل است مانند دولت، شهر،^۱ دانشگاه تهران، شرکت‌های تجاری، انجمن‌ها و موقوفات.^۲

اشخاص حقوقی به دو دسته ذیل تقسیم می‌شوند:

الف) اشخاص حقوقی حقوق خصوصی: که از امتیازات قدرت عمومی بی‌بهره‌اند تابع مقررات حقوق خصوصی می‌باشند.^۳ برخی از این اشخاص، دارای هدف انتفاعی هستند مانند شرکت‌های تجاری و بعضی همچون مؤسسات غیرتجاری، انجمن‌ها و سندیکاها هدف انتفاعی ندارند.^۴

ب) اشخاص حقوقی حقوق عمومی: که دولت و شهرداری‌ها از مصادیق بارز آنها هستند از امتیازات قدرت عمومی برخوردارند.^۵ علی‌رغم وجود اختلاف نظر درباره خصوصی یا عمومی بودن برخی نهادها و سازمان‌ها، در اینکه شهرداری‌ها از اشخاص حقوقی حقوق عمومی محسوب می‌شوند تردیدی نیست.

تفاوت دیگر میان اشخاص حقوق عمومی و حقوق خصوصی آن است که اشخاص حقوق عمومی، «به محض ایجاد و بدون احتیاج به ثبت دارای شخصیت حقوقی می‌شوند» (ماده ۵۸۷ قانون تجارت)، برخلاف اشخاص حقوقی حقوق خصوصی، که مطابق ماده ۵۸۴ قانون تجارت، «از تاریخ ثبت در دفتر ثبت مخصوصی که وزارت عدلیه معین خواهد کرد شخصیت حقوقی پیدا می‌کنند».

علی‌رغم تفاوت‌های اساسی میان اشخاص حقوق عمومی (شهرداری‌ها) و اشخاص حقوق خصوصی (شرکت‌ها) از حیث ماهیت و سرشت حقوقی، مقررات حاکم بر نحوه تشکیل و فعالیت و اهداف و مقاصد آنها، در این نکته مشترک و

۱. به نظر می‌رسد مقصود از «شهر» در عبارت پیش گفته، «شهرداری یا شورای شهر» باشد زیرا شهر فاقد شخصیت حقوقی است.

۲. حسین صفائی، اشخاص و اموال (تهران: انتشارات میزان، چاپ نهم، پاییز ۱۳۸۸)، ص ۷۲.

۳. منوچهر طباطبائی مؤتمنی، پیشین، ص ۲۹۵ - ۲۹۶.

۴. حسین صفائی، پیشین، ص ۷۳.

۵. منوچهر طباطبائی مؤتمنی، پیشین، ص ۲۹۸.

متفق‌اند که ایجاد شخصیت حقوقی، چه در حوزه حقوق عمومی و چه در زمینه حقوق خصوصی، نیازمند تصریح قانونگذار است. به عبارت دیگر، برخلاف اشخاص طبیعی که به محض تولد، از اهلیت تمتع برخوردار می‌شوند (ماده ۹۵۶ قانون مدنی)، شکل‌گیری شخصیت حقوقی برای دارا شدن حقوق و تکالیف منوط به تصریح مقنن است.

ناگفته نماند که شیوه تصریح مقنن توأم با تفاوت‌هاست؛ چنانکه اغلب در قوانین مصوب، به شخصیت حقوق سازمان موردنظر تصریح می‌گردد. مانند ماده ۳ قانون شهرداری‌ها که مقرر می‌دارد: «شهرداری، دارای شخصیت حقوقی است». گاهی نیز قانونگذار اراده خود را مبنی بر اعطاء شخصیت حقوقی در اساسنامه آن سازمان متبلور می‌سازد.

۲. اقامه دعوا علیه شهرداری مناطق

آیا شهرداری مناطق می‌تواند اقامه دعوا کند یا از سوی اشخاص ثالث، طرف دعوا قرار گیرد؟ پاسخ مثبت به سؤال یادشده، مبنی بر دو فرض است: حالت اول به موردی اختصاص دارد که شهرداری‌های مناطق، واجد شخصیت حقوقی شناخته شوند. در این فرض، طرح دعوا به‌طرفیت شهرداری مناطق، از وجاهت قانونی برخوردار است زیرا بی‌شک یکی از حقوقی که اشخاص حقوقی از آن بهره می‌برند همانا اقامه دعوا در راستای احقاق حق از خویش و پاسخ‌گویی به دعاوی اقامه‌شده علیه آنهاست.

حالت دوم ناظر به صورتی است که شهردار به عنوان بالاترین مقام اجرایی شهرداری، چنین اختیاری را به شهرداران مناطق یا مدیران حقوقی آنها اعطاء کرده باشد.

۲.۱. شخصیت حقوقی شهرداری مناطق

آیا شهرداری مناطق دارای شخصیت حقوقی است؟ آیا در دعاوی مربوط به مطالبه بهای قیمت عادلانه املاک تصرف‌شده از سوی شهرداری که به‌منظور اجرای طرح‌های عمومی و عمرانی و مطابق با تشریفات قانونی تصرف شده‌اند و در محدوده جغرافیایی شهرداری‌های مناطق واقع‌اند، علاوه بر طرح دعوا علیه

شهرداری، باید شهرداری‌های مناطق نیز طرف دعوا قرار گیرند؟ آیا شهرداری مناطق می‌تواند به علت تصرف غیرقانونی اموال شهرداری از سوی اشخاص، دعاوی خلع ید طرح نماید؟ و آیا شهرداری مناطق، حق طرح شکایت کیفری به علت تخریب اموال شهرداری را دارد؟

به نظر می‌رسد پاسخ به این پرسش‌ها منفی است زیرا شهرداری مناطق، واجد شخصیت حقوقی نیست، چه مبنای حقوقی شخصیت حقوقی را نظریه «وجود فرضی» تلقی کنیم که اعتقاد دارد «شخص حقوقی، فرض و ساخته قانونگذار است و بدون دخالت و تصمیم دولت ایجاد نمی‌شود. قانونگذار تا حدی که مصلحت می‌داند شخص حقوقی را صاحب حق می‌شناسد»^۱ و یا نظریه «اعتباری بودن شخصیت حقوقی» را بپذیریم که می‌گوید «شخصیت حقوقی، مفهوم انتزاعی و تأسیس حقوقی است که از ابداعات تمدن امروز است»^۲. باید تصدیق کرد که «هر گروه یا جمعیتی دارای شخصیت حقوقی نیست مگر آنکه این حق رسماً از طرف قانونگذار برای او شناخته شده باشد تا او بتواند از مزایا و تسهیلات ناشی از آن استفاده نماید»^۳.

به عبارت دیگر، اگرچه ممکن است منشأ اعتبار و ایجاد شخصیت حقوقی، اراده اشخاص باشد اما قطعاً در تحلیل نهایی، اراده اشخاص در صورتی می‌تواند موجودی اعتباری را خلق نماید که قانونگذار، چنین صلاحیتی را به اشخاص اعطاء کرده باشد. در غیر این صورت، صرف اراده اشخاص بر تشکیل شخصیت حقوقی تا هنگامی که در راستای قالب‌های مدنظر قانونگذار نباشد نمی‌تواند منشأ اثر حقوقی باشد.

۱. حسین صفائی و مرتضی قاسم‌زاده، اشخاص و مجبورین (تهران: انتشارات سمت، چاپ سیزدهم، ۱۳۸۶)، ص ۱۴۸.

۲. منوچهر طباطبائی مؤتمنی، پیشین، ص ۲۹۲.

۳. همان، ص ۲۹۵؛ عده‌ای ماهیت حقوقی شخصیت حقوقی را مبتنی بر نظریه وجود واقعی می‌پندارند که طبق این نظریه، «اشخاص حقوقی، موجودات اجتماعی هستند» و برای آنها واقعیتی خارج از اراده قانونگذار قائل است. البته این نظریه مورد پذیرش واقع نشد. برای مطالعه این نظریه و دیگر نظریات حقوقی در ارتباط با شخصیت حقوقی نک: همان، صص ۲۸۹ - ۲۹۰؛ حسین صفائی و مرتضی قاسم‌زاده، پیشین، صص ۱۴۹ - ۱۵۰.

اهمیت مسئله در خصوص اشخاص حقوقی حقوق عمومی بیشتر است زیرا این اشخاص از مؤلفه قدرت عمومی برخوردارند و برای نمونه می‌توانند مالکیت اشخاص را طی تشریفات خاصی محدود یا سلب کنند. (لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت).

بنا بر مراتب پیش‌گفته به نظر می‌رسد شهرداری‌های مناطق، واجد شخصیت حقوقی نبوده، طبعاً نمی‌توانند در دعاوی به عنوان خواهان یا خواننده دخالت نمایند چراکه از یک‌سو، مقرر قانونی که چنین شخصیتی را به شهرداری‌های مناطق واگذار نماید وجود ندارد. به سخن دیگر، هرچند به موجب ماده ۵۸۷ قانون تجارت، مؤسسات و تشکیلات بلدی به محض ایجاد دارای شخصیت حقوقی می‌شوند اما بی‌شک منظور از ایجاد در این ماده، شکل‌گیری شخصیت حقوقی در فرایند قانونی و از سوی اشخاص صلاحیت‌دار است که در خصوص شهرداری مناطق چنین موضوعی وجود ندارد.

از سوی دیگر، یکی از ملاک‌های اساسی قضاوت درباره دارا بودن یا نبودن شخصیت حقوقی، استقلال مالی و بودجه‌ای است. بر این اساس، اگر سازمانی دارای بودجه مستقل و ساختار مالی اختصاصی باشد می‌توان برای آن (سازمان)، شخصیت حقوقی قائل شد.^۱ با توجه به اینکه شهرداری‌های مناطق، استقلال مالی و بودجه‌ای ندارند و دخل و خرج آنها مستقل از شهرداری کل نیست^۲ لذا می‌توان گفت فاقد شخصیت حقوقی هستند.

۱. قابل ذکر است که استقلال مالی از اثرات شناسایی شخصیت حقوقی است اما در برخی موارد می‌توان وجود مؤثر را از وجود اثر دریافت.

۲. در راستای تأیید و تقویت این استدلال می‌توان اظهارات رئیس کمیسیون برنامه و بودجه شورای شهر تهران در جریان ارائه گزارش حسابرس شورا از صورت‌های مالی شهرداری‌های مناطق ۷ و ۱۲ در سال ۱۳۹۲ اشاره کرد که می‌گویند: «شهرداری‌های مناطق به عنوان واحدهای مستقل حقوقی محسوب نمی‌شوند و ما در قانون چیزی به عنوان شهرداری مناطق نداریم. بنابراین باید هزینه‌کردهای بودجه در اختیارشان را به واحد اصلی که شهرداری مرکز است ارائه دهند و گزارش‌های حسابرسی نیز در اختیار شهرداری تهران قرار می‌گیرد تا در گزارش‌های تلفیق به آنها رسیدگی شود و درنهایت، در این گزارش تلفیق است که اظهارنظر حسابرس لحاظ خواهد شد.» برای اطلاع بیشتر نک:

همچنین براساس ماده ۵۸۹ قانون تجارت «تصمیمات شخص حقوقی به‌وسیله مقاماتی که به موجب قانون یا اساسنامه صلاحیت اتخاذ تصمیم دارند گرفته می‌شود» درحالی که قانون یا اساسنامه‌ای وجود ندارد که اشخاص واجد صلاحیت تصمیم‌گیری در شهرداری مناطق را تعیین نماید. شهرداری‌های مناطق، منتخب شهردار بوده و حدود اختیارات و مسئولیت‌های آنان بسته به تفویض اختیار انجام‌یافته از سوی شهردار است.

می‌توان پاسخ نقضی نیز به پرسش پیش‌گفته داد. می‌دانیم که در کلان‌شهرها علاوه بر شهرداری‌های مناطق، واحد دیگری به نام «شهرداری نواحی» وجود دارد که در قسمت‌های مشخص و تعریف‌شده‌ای از محدوده منطقه فعالیت نموده، اجرای برخی از مسئولیت‌های شهرداری را برعهده دارد. در اینجا پرسشی که مطرح می‌شود آن است که: آیا شهرداری نواحی نیز دارای شخصیت حقوقی بوده و می‌تواند طرف دعوا قرار گیرد؟ اگر کسی به این نظر قائل شود که شهرداری مناطق دارای شخصیت حقوقی است، از مبنای او می‌توان برای اثبات شخصیت حقوقی نواحی نیز بهره برد؛ نتیجه‌ای که به نظر نمی‌رسد طرفداران شخصیت حقوقی شهرداری‌های مناطق به آن پایبند باشند. فلذا به همان علتی که شهرداری‌های نواحی، واجد شخصیت حقوقی نیستند شهرداری‌های مناطق نیز از این تأسیس حقوقی بی‌بهره‌اند.

بنابراین، منطوق آن دسته از آرائی قابل تأیید است که بر عدم شخصیت حقوقی شهرداری‌های مناطق قائل‌اند و طرح دعوا از سوی آنها و نیز علیه آنها را فاقد وجهت قانونی می‌دانند. به موازات این نگرش، دادگاه‌هایی که صریحاً یا تلویحاً معتقدند شهرداری‌های مناطق، واجد شخصیت حقوقی‌اند و در عین حال قابل انتقاد؛ چراکه در برخی موارد حتی با وجود طرح دعوا علیه آنها (شهرداری‌ها)، رسیدگی به دعوا نیازمند طرف دعوا قرار گرفتن شهرداری مناطق است.

۲.۲. تفویض اختیار به شهردار منطقه

به موجب قانون و طبق عرف اداری، وزراء و رؤسای مؤسسات عمومی می‌توانند حق امضاء و اختیارات خود را به معاونان یا کارمندان مادون خود تفویض

نمایند.^۱ تفویض اختیارات از سوی شهردار، با توجه به وسعت مسئولیت‌ها و تکالیف قانونی و تراکم جمعیت در شهرها، خصوصاً شهرهای بزرگ و کلان‌شهرها، و گسترش محدوده جغرافیایی شهرها و تنوع خدمات، به یک ضرورت تبدیل شده است. بر این اساس، شهردار می‌تواند اختیارات خود در زمینه اقامه دعوا یا دفاع در قبال دعوی را به معاونان یا کارمندان شهرداری از جمله شهردار منتخب مناطق، تفویض نماید.

درخصوص موضوع یادشده، ذکر چند نکته خالی از فایده نیست:

نخست آنکه، هرچند تفویض اختیار شامل طرح دعوا و دفاع در مقابل دعاوی است اما بدیهی است که شهردار منطقه یا مدیر حقوقی منطقه، در حدود سند تفویض اختیار می‌تواند اقدام نماید و هرجا در تفویض یا عدم تفویض اختیار تردیدی ایجاد شود اصل، عدم تفویض اختیار و عدم صلاحیت است.

دو دیگر، تفویض اختیار نمی‌تواند به شهرداری منطقه صورت پذیرد زیرا شهرداری منطقه، واجد شخصیت حقوقی نیست بلکه ضرورتاً تفویض اختیار باید به شخص حقیقی از جمله شهردار منطقه و یا مدیر حقوقی یا کارمندان دیگر تفویض گردد.

سوم، با وجود تفویض اختیار، شهردار منطقه می‌تواند نسبت به طرح دعوی و شکایات اقدام نماید اما روشن است که این اقدام را به نیابت و نمایندگی از سوی شهردار انجام می‌دهد و لذا نمی‌تواند در قسمت ستون خواهان، شهرداری منطقه را درج نماید و خود را به عنوان نماینده قانونی شهرداری معرفی کند.

چهارم، اشخاص حقیقی و حقوقی حتی با وجود تفویض اختیار به شهردار منطقه یا اشخاص دیگر نمی‌توانند دعاوی خود را به طرفیت شهرداری منطقه طرح نمایند بلکه باید دعوا را علیه شهرداری اقامه کنند زیرا شهرداری منطقه، واجد شخصیت حقوقی نبوده، قابلیت خوانده واقع شدن را ندارد. البته شهردار منطقه می‌تواند در دعاوی‌ای که علیه شهرداری اقامه شده، در حدود تفویض اختیار دخالت نموده، به عنوان نماینده حقوقی شهرداری در دعوا شرکت نماید.

نکته‌ای که به‌طور جنبی قابل اشاره است محل اقامه دعوا و صلاحیت محلی دادگاه در دعاوی مربوط به شهرداری‌هاست. حسب مفاد ماده ۲۳ قانون آیین دادرسی مدنی: «دعاوی ناشی از تعهدات شرکت در مقابل اشخاص خارج از شرکت، در محلی که تعهد در آنجا واقع شده یا محلی که کالا باید در آنجا تسلیم گردد یا جایی که پول باید پرداخت شود اقامه می‌شود. اگر شرکت دارای شعب متعدد در جاهای مختلف باشد دعاوی ناشی از تعهدات هر شعبه یا اشخاص خارج باید در دادگاه محلی که شعبه طرف معامله در آن واقع است اقامه شود، مگر آنکه شعبه یادشده برچیده شده باشد که در این صورت نیز دعاوی در مرکز اصلی شرکت اقامه خواهد شد». بنابراین، اگر شهرداری منطقه در حدود صلاحیت تفویضی، اقدام به انعقاد قرارداد با شخصی نماید با توجه به ماده مذکور، دعوا می‌تواند در محل شهرداری منطقه و البته به طرفیت شهرداری طرح گردد. ذکر این توضیح نیز ضروری است که «تقسیم‌بندی حوزه قضایی به واحدهایی از قبیل مجتمع یا ناحیه، تغییری در صلاحیت عام دادگاه مستقر در آن نمی‌دهد» (ماده ۱۱ قانون آیین دادرسی مدنی). برای مثال، با وجود اینکه تمام محاکم دادگستری شهر تهران می‌توانند به دعاوی مربوط به شهرداری تهران رسیدگی کنند اما به هر ترتیب و در حال حاضر تقسیم‌بندی صلاحیت محاکم براساس محدوده جغرافیایی مناطق شهر تهران صورت گرفته است، لذا نکته یادشده قابل تأمل می‌باشد.

بنابراین، وجاهت طرح دعوا در محل شعبه (شهرداری مناطق) به معنای ایجاد صلاحیت برای مناطق شهرداری نیست بلکه این موضوع صرفاً از حیث صلاحیت محلی دادگاه مؤثر است و دعوا باید علیه شهرداری طرح شود.

۱. منوچهر طباطبائی مؤتمنی، پیشین، ص ۳۰۲.

نتیجه‌گیری

با توجه به تحلیل‌های پیشین، نتایج زیر قابل استنباط است:

۱. شهرداری‌های مناطق، فاقد شخصیت حقوقی‌اند و نمی‌توانند به عنوان خواهان یا خوانده در دعوا مشارکت نمایند زیرا طرح دعوا و پاسخ‌گویی به دعاوی، مستلزم داشتن شخصیت حقوقی است. بنابراین، آرائی که در آنها صریحاً یا ضمناً متضمن شناسایی شخصیت حقوقی برای شهرداری مناطق هستند قابل نقد و انتقادند.
۲. مشارکت مدیران شهرداری مناطق در دعاوی مربوط به شهرداری تنها در صورتی مجاز است که چنین صلاحیتی از سوی شهردار به آنان تفویض شده باشد. با این حال، روشن است که در این فرض نیز پاسخ‌گویی به دعاوی یا اقامه دعوا به نام و حساب شهرداری صورت می‌گیرد و شهردار مناطق به عنوان نماینده حقوقی در این دعاوی دخالت می‌کند. البته در صورت داشتن اختیار تفویض، شهرداران مناطق می‌توانند صلاحیت یادشده را به مدیر حقوقی یا اشخاص دیگر واگذار نمایند.

فهرست منابع:

۱. پژوهشگاه قوه قضاییه (اداره انتشار رویه قضایی کشور)، **مجموعه آراء قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران (حقوقی) دی ۹۱** (تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، چاپ اول، ۱۳۹۲).
۲. پژوهشگاه قوه قضاییه (اداره انتشار رویه قضایی کشور)، **مجموعه آراء قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران (حقوقی) ۹۲** (تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، چاپ اول، ۱۳۹۳).
۳. صفائی، حسین، **اشخاص و اموال** (تهران: انتشارات میزان، چاپ نهم، پاییز ۱۳۸۸).
۴. صفائی، حسین و مرتضی قاسم‌زاده، **اشخاص و محجورین** (تهران: انتشارات سمت، چاپ سیزدهم، ۱۳۸۶).
۵. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، **حقوق اداری** (تهران: انتشارات سمت، چاپ پانزدهم، ۱۳۸۷).

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 بلاتکلیفی، 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 ثبت‌شده 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 به‌موجب نظریه مورخ ۹۵/۸/۴، باز و درباره مواد ۲۲، ۴۶، ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت چنین اظهارنظر 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 درمورد سند عادی که قرائن و ادله قانونی یا شرعی معتبر بر صحت مفاد آنها باشد باطل و خلاف شرع است و اما درمورد سند عادی همراه با قرائن و ادله فوق مانند سندی که بینه 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 اظهارنظر 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 اظهارنظر درباره این مواد به نحو تلویحی حاکی از آن است که دست‌کم مواد مورد بحث از قانون ثبت مغایرت آشکار با شرع نداشته‌اند و الا سکوت طولانی این شورا درخصوص 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.

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 ازجمله 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 درمورد 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



حقوقی و قضایی نظریه شورا، جامعه حقوقی را آگاه و زمینه را برای ورود علمی تر و منطقی تر 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 ثبت شده پیش از اعلام نظریه شورای نگهبان می پردازیم، 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 می کند؟ و سرانجام، ضمن نقد نظریه شورا، به مطالعه این موضوع خواهیم پرداخت که: در نظام حقوقی ایران درمورد نقل و انتقال املاک ثبت شده چه راهکاری را می توان 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 سال های آغازین اجرای این قانون، اختلاف نظرات حقوقی جدی ای درمورد مفهوم و قلمرو مواد مذکور و وضعیت حقوقی قرارداد عادی متضمن انتقال املاک ثبت شده نزد حقوقدانان و نیز دادگاه ها، پدید آورد. هرچند پیشینه و فلسفه وضع مواد مذکور، همچنین ظاهر برخی مواد (۲۲ و ۴۸) تا حدی حاکی از بی اعتباری 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 ثبت شده، بود ولیکن به دلیل فقدان بستر سازی لازم در این حوزه و عدم آمادگی جامعه از یک سو و عدم سابقه شرعی موضوع همچنین تعلیمات فقهی و شرعی اکثر قضات به علاوه،

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 به‌ویژه از نظر شرعی را ندارد، زیرا وی فقیه نیست و خود را شایسته محاجه علمی با فقه های 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)، ص ۹۰؛ حسن امامی، **حقوق مدنی** (انتشارات اسلامی، چاپ ششم، ۱۳۶۶)، ج ۱، ص ۱۷۵؛ اکبر میرزائزاد جویباری، «بررسی انتقادی - تحلیلی نقش سند رسمی در ماهیت حقوقی بیع املاک ثبت شده، بر مبنای عدل»، **مجموعه مقالات تقدیمی به دکتر کاتوزیان** (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۸)، صص ۳۵۴ - 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)، ص ۲۶۶، حاشیه ماده ۳۳۹ ق.م.؛ احمدعلی حمیدی واقف، **حقوق ثبت** (تهران: نشر حقوقدان، چاپ دوم، ۱۳۸۸)، ص 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.

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 نسرين 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 به موجب سند رسمی، اقدام به تملک مال غیرمنقول ثبت شده 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 ثبت شده بر نظریه «صحت»، تاخته و حتی از ماده ۷۲ قانون ثبت برای دفاع از نظریه «بطلان» استفاده کرده ولی چند سال بعد در مقاله دیگر با عنوان «ضمانت اجرای 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 میرزائزاد جویباری، *ضمانت اجرای 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 به موجب بند اول ماده ۴۷ اجباری باشد سند عادی راجع به معامله آن اموال مطابق ماده ۴۸ همان قانون در هیچ یک 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 مکرم، *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 ۳۹ مورخ ۸۶/۱/۲۵ شعبه ۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران و دادنامه شعبه ۱۶۱۵ مورخ ۸۷/۱/۱۴ و شعبه ۴۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران. علی مکرم، 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 neuvre*, 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 سند 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؛ علی‌آبادی، 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 باقی‌گذارن آن، بیانگر اصالت دادن به عمل خلاف قانون اشخاص و

تشریفاتی 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 ابتدایه‌ساکن اسناد عادی راجع به املاک ثبت‌شده 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 ثبت‌شده 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 ثبت‌شده 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 ثبت‌شده 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 قائم‌مقام 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 ۸۲/۱۰/۲۸ 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 منعی در قابلیت استناد آن در برابر اشخاص ثالث نیست. علی‌مکرم، 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 درمورد 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 درمورد 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 درمورد 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 بی‌ینه 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 به موجب 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 به موجب 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 این گونه 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 ملتهب 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 می‌توان 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 به‌شمار نمی‌رود، زیرا به‌موجب نظریه شورا باید صحت سند عادی به‌موجب 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 می‌شود مگر اینکه صحت سند عادی معارض آن به‌موجب 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 فوق‌الذکر (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 به‌شمار می‌رود این است که ماده ۲۴ قانون ثبت را که مقرر می‌دارد «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. درمورد 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 به‌موجب نظریه شورا هر شخص هر زمان که بخواهد می‌تواند 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 اصال 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 ثبت‌شده 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 ثبت‌شده 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».

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 منطقیاً 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 منطق 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

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 مبیعانه 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...»

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 منطقاً تلازمی 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 منطقاً محدود 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 درمورد 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 درمورد 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 ثبتی، 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 راجع به 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 غیرمتعارف 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 شرعی 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 اخلال 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 دعاوی 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 نگهداری از قانون اساسی و شرع در فرایند قانونگذاری مجلس است و براین اساس هم شورای مذکور این نظریه را اعلام کرده است. نهادهای 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. چه‌بسا 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 شرع‌بین 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 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».

وضعیت درمورد 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، غیرقابل 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 به‌موجب 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 درحالی‌که 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 به‌سختی 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 غیرمنقول که بر طبق مقررات راجعه به ثبت املاک ثبت‌شده، 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 وراث 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 راجعه سند اعم از عادی یا رسمی نیست و تنها بدین مضمون اکتفا شده که شهادت‌نامه، سند به‌شمار نمی‌آید 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 آسیب‌های متعدد اجتماعی، اقتصادی و سیاسی ناشی از بلا تکلیفی 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 رویه‌ای که سایر کشورها اتخاذ کرده‌اند محدود کنیم. بی‌تردید 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 می‌رسد باید موضوع را از منظر ضرورت‌های اجتماعی و اقتصادی و حتی سیاسی و امنیتی مورد بررسی و ملاحظه قرارداد و مبتنی بر اینکه کدام‌یک از دو نظریه در نگاه کلان، منافع و مصالح بیشتری را تأمین می‌کند، دست به انتخاب زد. واقعیت این است که نه می‌توان فقط به اتکاء نظر مشهور یا اجماع موجود در فقه که عقد بیع را با ایجاب و قبول محقق می‌داند به سراغ مسئله لزوم ثبت رسمی و ضمانت‌اجرای آن با این درجه از اهمیت و پیچیدگی رفت و نه ضرورتی وجود دارد که صرفاً به تقلید از سایر نظام‌های حقوقی بپردازیم و براین‌اساس 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 صرف‌نظر 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 راجعه 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 بی‌نظمی اجتماعی و اقتصادی جلوگیری می‌کند.

پیش از ورود به تبیین مبانی کلی راه‌حل 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 پیش‌بینی 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 الزام‌آور 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 می‌شود».

۲. پرسش شورای عالی قضایی راجع به وضعیت قوانین و مقررات خلاف شرع پیش از انقلاب از شورای نگهبان به شماره ۱/۱۱۴۳ مورخ ۱۳۶۰/۱/۲۵ و نظریه تفسیری این شورا به شماره ۱۹۸۳ مورخ ۱۳۶۰/۲/۲۸ از این قرار است:

متن پرسش: «اجرای قوانین و تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های گذشته که برخلاف موازین اسلامی است و صدور حکم بر طبق آن‌ها در محاکم، به‌خصوص 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 تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های خلاف اسلام، منسوخ، و محاکم موظفند طبق اصل یکصد و شصت و هفتم بر طبق موازین اسلام رأی دهند و این موازین به‌وسیله شورای عالی قضایی طبق فتوای امام، استخراج و به دادسراها و دادگاه‌های انقلاب و دادسراها و دادگاه‌های 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 به‌طور اطلاق کلیه قوانین و مقررات در تمام زمینه‌ها باید مطابق موازین اسلامی باشد و تشخیص این امر به‌عهده فقهای شورای نگهبان است. بنابراین، قوانین و مقرراتی را که در مراجع قضایی اجراء می‌گردد و شورای عالی قضایی آن‌ها را مخالف موازین اسلامی می‌داند، جهت بررسی و تشخیص مطابقت یا مخالفت با موازین اسلامی برای فقهاء شورای نگهبان ارسال دارید». معاونت حقوقی ریاست‌جمهوری، **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 اظهارنظر 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 این‌رو 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 اموال 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 به‌چشم نمی‌خورد.^۲ هرچند ممکن است گفته شود مسئله این نیست که ثبت اموال 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 اظهارنظر 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 منطقاً 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 اقتضائات 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 إِلَى 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، منطقاً 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. درواقع، در گذشته اسناد رسمی در معنای امروزی خود وجود نداشته‌اند و اگر هم مطلبی 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، «تگرشی 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 هرکس 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 پیش‌فروش 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 «أحلّ الله البيع» و یا «ألا أن تكون تجارة عن تراض» است اما همان‌طور که در بخش مربوط به نقد نظریه شورای نگهبان گفته شد درمورد امکان پیش‌بینی مجازات‌های کیفری 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 به وسیله عرف کارشناس، با رد احکام اولیه فرقی 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 اظهارنظر 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 درمورد املاک ثبت‌شده، 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 درمورد 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 تضییق 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 درمورد 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 ۱۳۷۲/۳/۳ 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 - همان‌گونه که 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 درمورد املاک ثبت‌شده و اعتباربخشی به آن در تعارض با سند عادی به جهات مختلف ازجمله 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 درمورد 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 نهادهای مصوب ۷۰/۲/۱۵ مجمع تشخیص مصلحت نظام مقرر گردیده که سازمان ثبت اسناد و املاک مکلف است درخصوص 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 نبایست 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 به‌منظور 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 تضییع 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 به‌کار گیرد.

فهرست منابع:

۱- فارسی

الف - کتب و مقالات

- ۱- امامی، حسن، **حقوق مدنی**، ج ۱ (انتشارات اسلامیه، چاپ ششم، تهران، ۱۳۶۶).
- ۲- بازگیر، یدالله، **قانون مدنی در آینه 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- حمیدی 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 نسرين 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، نسرين، «بررسی تطبیقی نظام‌های ثبت املاک (با تأکید بر نظام ثبت املاک در ایران)»، **فصلنامه حقوق**، مقاله ۱۳، دوره ۴۰، ش ۲ (تابستان ۱۳۸۹).
- ۱۱- علی آبادی، 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- منتهای، 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- میرزائاد 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).

تحلیل مسئولیت بر اصل واقعی ورای حجاب شخصیت حقوقی شرکت تجاری در یک رأی قضایی

مجید میرزایی امغانی *

مشخصات رأی

دادنامه شماره: ۱۳۷۱۷/۱۰۲۲۰۹۹۷۰۹۲۰

خواسته: مطالبه وجه

مرجع رسیدگی بدوی: شعبه ۳۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران

مرجع رسیدگی تجدیدنظر: شعبه ۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

۱. وقایع پرونده:

براساس دعوای مطروحه که بدو توسط شعبه ۳۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران رسیدگی شده، خواهان که از محل معاملات خود با شرکت (ت) (خواننده ردیف دوم) مبالغی بستانکار گردیده، با طرح دعوای مطالبه وجه به طرفیت شرکت مذکور و یک شخص حقیقی (آقای ح.ت.)، خواستار محکومیت تضامنی آنها به پرداخت مطالبات مذکور می‌گردد. هرچند به‌درستی مشخص نیست که خواننده ردیف دوم (شخص حقیقی)، سمت مدیریت شرکت را در اختیار داشته یا خیر، مسلماً نامبرده منتفع اصلی فعالیت‌های شرکت بوده است. دادرسی به طرفیت شرکت غیاباً و به طرفیت شخص حقیقی (ح.ت.) به صورت حضوری برگزار گردیده و دادگاه با رد مدافعات خواننده اخیر مبنی بر اینکه مطالبات خواهان ناشی از روابط قراردادی با شرکت بوده و به‌سبب شخصیت حقوقی

* کارشناس ارشد حقوق تجاری اقتصادی بین‌الملل، دانشگاه تهران

Mjd.mirzaee@gmail.com

۱. رأی بدوی و تجدیدنظر پیوست مقاله می‌باشد.

مستقل شرکت دعوا توجهی به وی ندارد حکم به محکومیت تضامنی خوانندگان به پرداخت مبلغ خواسته صادر می‌کند. دادگاه در استدلال خود تأکید نموده: «هرگاه شرکت یک سلسله امور و اقدامات حقوقی را تحت کنترل شخص دیگر یا به وکالت دیگری انجام دهد به‌گونه‌ای که در مرحله ایجاد رابطه حقوقی اراده متعهد تحت سلطه و کنترل مؤثر آن شخص خارجی (ثالث) باشد تعهد ایجادشده را می‌توان منتسب به اصل واقعی (شخص ثالث) دانست. به عبارتی هرگاه اقدامات و اعمال حقوقی که شخص حقوقی (شرکت) زیر نظر دیگری انجام می‌دهد ناشی از اراده کنترل‌کننده است، نتیجه گرفته می‌شود که درواقع طرف قرارداد یا اصل واقعی کنترل‌کننده است و می‌بایست قاعده استقلال شخصیت حقوقی شرکت را نادیده گرفت و مسئولیت را بر اصل واقعی تحمیل کرد». رأی مذکور مورد اعتراض یکی از محکوم‌علیهما (ح.ت.) واقع گردیده لکن شعبه ۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران با این استدلال که ایراد و منقصت قانونی خاصی به دادنامه وارد نیست، آن را عیناً تأیید نموده است.

۲. نقد و بررسی:

الف) اهمیت رأی:

رأی مورد اشاره از جهاتی جالب توجه و کم‌نظیر است چراکه در ظاهر، سه اصل از اصول پذیرفته‌شده در حقوق مدنی و حقوق تجارت را نقض کرده است: نخست، اصل استقلال شخصیت حقوقی مستقل شرکت: طبق ماده ۵۸۳ قانون تجارت، کلیه شرکت‌های تجاری مذکور در آن قانون دارای شخصیت حقوقی مستقل از شرکاء و مؤسسين هستند. «دارا بودن شخصیت حقوقی به این معنا است که شرکت، صلاحیت داشتن حقوق و تکالیف و صلاحیت اجرای آن‌ها را دارد»^۱. این شخصیت حقوقی مستقل به شرکت اجازه می‌دهد تا مستقل از سهامداران، مؤسسين، شرکاء و یا مدیران خود در مقابل اشخاص ثالث دارای

۱. ربیعا اسکینی، حقوق شرکت‌های تجاری (تهران: انتشارات سمت، ۱۳۸۶)، ج ۱ ص ۴۰.



حقوق و تکالیف گردد. دامنه این حقوق و تکالیف بسیار گسترده است و جز آنچه بالطبع مختص اشخاص طبیعی است را دربرمی گیرد. پس جایی که شرکت به واسطه این شخصیت وارد رابطه حقوقی با اشخاص ثالث می گردد شخصاً و با اتکاء به دارایی خود باید پاسخگوی تعهدات حاصله باشد. مسئول تلقی نمودن هر شخص دیگری غیر از شرکت، در جایی که هنوز شخصیت حقوقی شرکت پابرجاست - دست کم در ظاهر - خلاف این اصل است.

دوم، اصل مسئولیت محدود: یکی از نتایج شخصیت حقوقی مستقل^۱ که حداقل در برخی شرکت های تجاری^۲ اعمال می شود اصل «مسئولیت محدود» است؛ به این معنا که مسئولیت سهامداران (یا شرکاء) در این دسته از شرکت ها محدود به میزان آورده آنان در شرکت است و چنانچه روزی، شرکت، منحل یا ورشکسته شود آنها زائد بر آورده خود مسئولیتی در قبال دیون احتمالی شرکت ندارند. بستانکاران نیز بعد از تصفیه شرکت و تقسیم دارایی آن، برای وصول مطالبات بلاوصول خود اصولاً حق رجوع به سهامداران را ندارند.^۳ اینکه دادگاه صادرکننده رأی مورد بحث، فارغ از مسئولیت محدود سهامدار یا شریک وی را زائد بر آورده خود در مقابل تعهدات شرکت مسئول دانسته و حکم به مسئولیت نامحدود سهامدار یا شریک مورد اشاره داده است نکته جالب توجه دیگر رأی مورد بحث می باشد.

سوم، اصل نسبی بودن قراردادها: ماده ۲۳۱ قانون مدنی مقرر داشته است: «معاملات و عقود فقط درباره متعاملین و قائم مقام قانونی آنها مؤثر است مگر در مورد ماده ۱۹۶».^۱ به عبارت ساده تر، قرارداد نمی تواند شخصی غیر از طرفین عقد یا قائم مقام قانونی آنان را بدهکار یا بستانکار کند یا آنها را ملزم به انجام کار یا انتقال مالی نماید.^۲ حال که برای شرکت، شخصیت حقوقی مستقل قائل شده ایم در قراردادهایی که شرکت یکی از طرفین آن است حقوق و تعهدات ناشی از قرارداد متوجه وی می گردد. علی هذا متعهد دانستن شخصی غیر از شرکت علی الظاهر ناقض اصل نسبی بودن قراردادهاست.

ب) تحلیل رأی:

هرچند اصل استقلال شخصیت حقوقی شرکت متضمن فواید بسیاری در روابط تجاری و مالی است^۳ لکن این اصل و مهم ترین نتیجه آن (مسئولیت محدود)، در کنار کارایی در روابط اقتصادی و تجاری هدف انتقاداتی نیز قرار گرفته، پیامدهای منفی آن از نظر پنهان نمانده است.^۴ مهم ترین عیب و انتقاد وارده بر اصل استقلال شخصیت حقوقی و مسئولیت محدود، تحمیل خطرات ناشی از ورشکستگی شرکت تجاری بر بستانکاران خصوصاً بستانکاران بدون وثیقه می باشد.^۵

این معضل در نظام فعلی قانونگذاری کشور ما بیشتر به چشم می خورد؛ چراکه مقنن اجازه تأسیس شرکت تجاری با حداقل سرمایه را به مؤسسين

۱. مرتضی شهبازی نیا و دیگران، «عبور از شخصیت حقوقی شرکت در فرض تقلب شریک در حقوق ایران و انگلیس»، **مجله حقوقی دادگستری**، ش ۷۴ (تابستان ۱۳۹۰): ص ۱۰.

۲. مقصود، شرکت های سهامی عام و خاص و شرکت های با مسئولیت محدود است؛ از دیرباز به این دسته از شرکت ها «شرکت های سرمایه» می گویند. نک: حسن حسینی، **حقوق تجارت** (تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۹)، ج ۲، ص ۳۴۲؛ برخی نویسندگان با انتقاد از این تقسیم بندی آن را غیردقیق ارزیابی کرده اند: ربیعا اسکینی، پیشین، ص ۱۰؛ ثمره انتقاد را در شرکت های با مسئولیت محدود دانسته اند که آن را آمیزه ای از هر دو دسته شرکت های شخص و سرمایه به شمار آورده اند. همان، ص ۲۳۴.

۳. نک: ماده ۱ لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت (مصوب ۱۳۴۷) در مورد شرکت های سهامی عام و خاص و ماده ۹۴ قانون تجارت در مورد شرکت های با مسئولیت محدود.

۱. به نظر می رسد منظور، قسمت اخیر ماده ۱۹۶ قانون مدنی باشد که پیرامون شرط ضمن عقد به نفع شخص ثالث است.

۲. امیرناصر کاتوزیان، **حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها** (تهران: انتشارات بهنشر، ۱۳۶۸)، ج ۳، ص ۲۷۶.

۳. برای مشاهده مختصر تجزیه و تحلیل فواید شخصیت حقوقی نک: منصور صقری، «شخصیت حقوقی شرکت های تجاری» **نامه اتاق بازرگانی**، ش ۱۴۷ (مهر و آبان ۱۳۴۴): صص ۱۴-۱۵.

۴. برای ملاحظه مشروح بحث نک: اسماعیل فرجی، **نفوذ در پوشش شخصیت حقوقی شرکت های تجاری**، رساله برای دریافت درجه دکتری حقوق خصوصی (تهران: دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۹۰).

صص ۱۰-۲۸.

۵. مرتضی شهبازی نیا و دیگران، پیشین.

مسائل فوق، این امکان را برای افراد فراهم می‌آورد تا از شرکت‌های تجاری و به‌طور خاص قاعده مسئولیت محدود استفاده متقلبانه نموده، با مخفی شدن در پشت حجاب شخصیت حقوقی مستقل شرکت از این قالب سوءاستفاده نمایند. مسئله سوءاستفاده از قالب شرکت‌های تجاری پیش از نظام حقوقی ما در نظام‌های حقوقی غربی، مطرح و دادگاه‌ها و حقوقدانان در پی راهی برای مقابله با آن برآمده‌اند. قاعده «خرق حجاب شخصیت حقوقی شرکت»^۱ محصول تلاش دادگاه‌ها و حقوقدانان نظام حقوقی کامن‌لا در این راستا بوده است. قاعده مزبور ظاهراً نخستین بار در محاکم ایالات متحده آمریکا و تحت تأثیر اقتضائات و الزامات تجاری و اقتصادی مطرح گردیده، به قوانین و رویه قضایی سایر کشورها و مراجع داوری و حتی دیوان بین‌المللی دادگستری راه یافته است.^۲ «خرق حجاب شخصیت حقوقی شرکت حاکی از ایجاد وضعیتی است که طلبکاران شرکت بتوانند در صورت کافی نبودن سرمایه شرکت مسئولیت محدود شرکاء را نادیده گرفته و برای استیفای طلب خود به دارایی شخصی آن‌ها مراجعه کنند».^۳ نکته قابل توجه درخصوص اعمال قاعده فوق آن است که بستانکاران برای رجوع به شرکاء نیازی به طی مراحل ورشکستگی و تصفیه شرکت ندارند؛ یعنی در صورت وجود اسباب خرق، شرکاء می‌توانند شخصیت حقوقی شرکت و مسئولیت محدود شرکاء را نادیده گرفته، مستقیماً به دارایی شخصی شرکاء یا منتفعان اصلی شرکت^۴ رجوع نمایند.^۵

۱. این قاعده در ادبیات حقوقی کشور ما علاوه بر عنوان رایج خرق حجاب شخصیت حقوقی، موسوم به عناوین دیگری چون «عبور از شخصیت حقوقی شرکت» و «نفوذ در پوشش شخصیت حقوقی شرکت» است. نک: لعیا جنیدی و ملیحه زارع، «اعمال قاعده خرق حجاب شخصیت حقوقی بر مدیران؛ تحلیل مسئولیت مدیران شرکت‌های سرمایه در قبال دیون پرداخت نشده شرکت»، **مجله مطالعات حقوق تطبیقی**، ش ۱ (بهار و تابستان ۹۴): ص ۸۸. تمامی تعابیر فوق ترجمه عبارت انگلیسی Piercing/Lifting The Corporate Veil می‌باشد.

۲. محسن محبی و یاسر ضیائی، «صلاحیت فراسرزمینی در حقوق بین‌الملل در پرتو خرق حجاب شخصیت حقوقی» **مجله حقوقی بین‌المللی**، ش ۴۷ (پاییز و زمستان ۱۳۹۱): ص ۸.

۳. لعیا جنیدی و ملیحه زارع، پیشین، ص ۸۷.

۴. مرتضی شهبازی‌نیا و دیگران، پیشین، ص ۱۲.

۵. لعیا جنیدی و ملیحه زارع، پیشین، ص ۹۷.

می‌دهد. با توجه به اینکه دارایی هر شخص وثیقه عمومی دیون و تعهدات وی است، از این رو ما با اشخاصی با دارایی بسیار ناچیز مواجهیم که عملاً می‌توانند قراردادهایی کلان منعقد کنند. حتی در صورت محکومیت به‌موجب آراء قطعی دادگاه، اجرای حکم علیه آنها به همین سبب ناممکن است. از طرفی اجرای ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی که اهرم مؤثری برای وصول محکوم‌به مالی است نیز درخصوص اشخاص حقوقی قابل اجرا نیست.^۱ در این موارد سهامداران و شرکاء می‌توانند به‌راحتی متوسل به نهاد ورشکستگی شوند که احتمالاً به بلاوصول ماندن دیون اشخاص ثالث از شرکت منجر شده یا اینکه وصول مطالبات را با مشقت بسیار مواجه می‌سازد.

از طرفی، اصل آزادی کامل بر تأسیس شرکت حاکم است و هیچ مجوزی برای تأسیس شرکت نیازی نیست^۲ که این موضوع نیز راه را برای تأسیس شرکت‌های فاقد دارایی^۳ باز می‌کند. مجموع این اوصاف باعث شده تا به تعبیر برخی، «در حقوق ایران همانند سایر کشورها حوزه حقوق شرکت‌ها یکی از زمینه‌هایی است که در آن شیوه‌های مختلف تقلب رواج دارد»؛^۴ چراکه مجموعه

۱. اگر استیفای محکوم‌به از طرق مذکور در این قانون ممکن نگردد محکوم‌علیه به تقاضای محکوم‌له تا زمان اجرای حکم یا پذیرفته شدن ادعای اعسار او یا جلب رضایت محکوم‌له حبس می‌شود.

۲. البته این گفته بر شرکت‌های سهامی عام صادق نیست؛ ماده ۲۵ قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران (مصوب ۱۳۸۴/۹/۱) مقرر داشته: «از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون، برای ثبت شرکت‌های سهامی عام یا افزایش سرمایه آنها، اجازه انتشار اعلامیه پذیرهنویسی توسط مرجع ثبت شرکت‌ها پس از موافقت سازمان صادر می‌شود». علی‌هذا انتشار اعلامیه پذیرهنویسی شرکت‌های سهامی عام با موافقت سازمان بورس و اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران مقدر خواهد بود. ماده ۲۳ قانون مزبور نیز در توضیح «سازمان بعد از بررسی تقاضای ثبت اوراق بهادار و ضامین آن و اطمینان از انطباق آن‌ها با مقررات، نسبت به تأیید اعلامیه‌ی پذیرهنویسی اقدام می‌کند». در دستورالعمل «ضوابط نظارت سازمان بر فرآیند تأسیس و افزایش سرمایه شرکت‌های سهامی عام (مصوب ۱۳۸۶/۴/۲۷ هیأت‌مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار)» اشاره‌ای به ضوابط و شرایط احتمالی تأسیس شرکت‌های سهامی عام نشده لذا به نظر می‌رسد صرف انطباق درخواست بر قوانین برای صدور مجوز انتشار اعلامیه پذیرهنویسی کافی است.

۳. در عرف به این قبیل شرکت‌ها «شرکت‌های کاغذی» نیز گفته می‌شود.

۴. همان، ص ۲۴.

شایان ذکر است که قاعده خرق حجاب شخصیت حقوقی شرکت، قاعده‌ای استثنائی و اعمال آن منوط به اثبات شرایطی است که مهم‌ترین آن همانا اثبات تقلب شریک یا شرکاء و سوءاستفاده آنان از شرکت تجاری است.^۱

قاعده دیگری که آن نیز مولود تلاش دادگاه‌های کامن‌لا برای اجرای انصاف در روابط قراردادی فی‌مابین شرکت‌های تجاری و اشخاص ثالث است قاعده «اصیل واقعی»^۲ می‌باشد. به‌موجب این قاعده، «هرگاه ثابت شود که در مرحله ایجاد رابطه حقوقی، اراده متعهد تحت سلطه و کنترل شخص خارجی باشد تعهد ایجادشده را می‌توان منتسب به اصیل واقعی مذکور دانست».^۳ به عبارت دیگر، به‌موجب قاعده مذکور، زمانی که طرف قرارداد اثبات نماید شخصی، امور مربوط به خود را توسط دیگری و به نام او انجام داده، به نحوی که در زمان ایجاد تعهد اراده اصیل ظاهری کاملاً تحت تسلط آن شخص غایب بوده، می‌توان شخص اخیر را اصیل واقعی تلقی نمود و وی را مسئول تعهدات ناشی از روابط قراردادی (و یا حتی غیرقراردادی) فی‌مابین اصیل ظاهری و شخص ثالث تلقی نمود هرچند که اصیل ظاهری کلیه امور انجام‌شده را منتسب به خود جلوه داده باشد.

همان‌طور که گفته شد عامل اساسی در قاعده اصیل واقعی، اثبات سلطه یا کنترل مؤثر اصیل واقعی بر اقدامات اصیل ظاهری است به‌نحوی که بتوان اصیل ظاهری را تا حد یک وکیل یا یک وسیله تنزل داده، اقدامات موصوف را

۱. درخصوص شرایط اعمال قاعده مزبور رویه واحدی بین محاکم در نظام کامن‌لا وجود ندارد و محاکم شرایط را درخصوص هر پرونده جداگانه (Case By Case) بررسی می‌کنند. حقوقدانان سعی نموده‌اند از بررسی آراء مختلف این شرایط را استخراج نمایند. جهت ملاحظه مشروح بحث در این خصوص همچنین برخی از مهم‌ترین آراء صادره در این‌باره در دادگاه‌های انگلستان و نیز مداخلات قانونگذار در این زمینه نک: مرتضی شهبازی‌نیا و دیگران، پیشین، صص ۱۲-۲۴؛ و نیز نک: لعیا جنیدی و ملیحه زارع، پیشین، صص ۸۹-۹۰.

۲. ترکیب واژگانی «اصیل واقعی» ترجمه اصطلاحی واژه لاتین Alter Ego به معنای تحت‌اللفظی «خود دیگر» است که با توجه به معنای اصطلاحی آن به اصیل واقعی ترجمه شده است. مرتضی نصیری، «ظریه اصیل واقعی و alter ego»، مجله حقوقی بین‌المللی، ش ۲ (بهار ۱۳۶۴): صص ۲۱۱-۲۴۴.

۳. همان، ص ۲۲۴.

منتسب به اصیل واقعی دانست. هرچند محمل اجرای این قاعده، هم اشخاص حقیقی را دربرمی‌گیرد و هم اشخاص حقوقی را ولکن عملاً و به‌طور معمول این اشخاص حقوقی هستند که ابزار اجرای منویات اشخاص حقیقی و یا اشخاص حقوقی بزرگ‌تر - در قالب شرکت‌های فرعی - واقع می‌شوند.

هریک از جهات ذیل را می‌توان به عنوان اماره‌ای برای اثبات سلطه یا کنترل و انتساب اعمال اصیل ظاهری به اصیل واقعی تلقی نمود:

۱- هرگاه شرکت برای انجام مقصود تشکیل آن آشکارا فاقد سرمایه لازم باشد.

۲- بین حساب‌های شخصی سهامداران و شرکت تفکیک منطقی وجود نداشته باشد.

۳- سهامداران شرکت را به عنوان نام و وسیله‌ای برای انجام امور شخصی خود قرار داده یا به کمک امکانات شخصی خویش اعتبارات ظاهری برای شرکت به‌وجود آورده باشند به‌طوری که اشخاص ثالث را فریفته باشد.^۱

البته باید توجه داشت که شخصیت شرکت، امری است فرضی و اعمال حیاتی و تصمیمات آن توسط ارکان آن - که متشکل از اشخاص حقیقی است - صورت می‌گیرد لکن این درجه از وابستگی برای کنار نهادن شخصیت حقوقی شرکت کافی نبوده بلکه لازم است شرکاء مراعات اصل استقلال شخصیت حقوقی را نمایند و حساب‌های شرکت از حساب‌های شرکاء جدا نبوده، و شخص حقوقی به اموری شاغل باشد که منحصرأً مربوط به شرکای آن است.^۲

۱. همان، صص ۲۲۸-۲۲۹.

۲. در کامن‌لا به چنین شرکتی «شرکت اسیر» اطلاق می‌گردد. شایان ذکر است اجرای قاعده «اصیل واقعی» در رویه قضایی محاکم کامن‌لا شرایط دیگری نیز دارد لکن هدف نوشتار حاضر تنها آشنایی کلی با این قاعده است. برای ملاحظه بحث تفصیلی در این مورد نک: همان، صص ۲۱۱-۲۴۴.

شرکت تجاری که عنصر قرارداد از عناصر سازنده آن است، در صورتی که انگیزه متقلبانه مؤسسين در عمل حقوقی تشکیل شرکت احراز شود، با تمسک به حکم کلی استخراجی از مواد قانونی مذکور می‌توان مانع از نفوذ حقوقی اقدامات متقلبانه شرکای شرکت تجاری شد.^۱

علی‌رغم تلاش‌های فوق، محاکم هنوز در این خصوص مردد هستند و اندک شواهدی از استقبال دادگاه‌ها از این نظریات در دست است. رأی موضوع نقد در این نوشتار یکی از این موارد است.

در این دادنامه، دادگاه صادرکننده ضمن عبور از شخصیت حقوقی شرکت، مسئولیت ناشی از اقدامات حقوقی با مباشرت شرکت انجام‌یافته را بر ثالثی که وی را مدیر و اداره‌کننده اصلی شرکت دانسته، تحمیل نموده است (خوانده ردیف اول)؛ با این استدلال که چون شرکت موصوف، تحت کنترل مؤثر شخص خارجی بوده تا حدی که آن (شرکت) را از یک شخص حقوقی به یک وسیله صرف برای تجارت و کسب و کار شخص خارجی مذکور تبدیل نموده است لذا باید با عبور از شخصیت حقوقی مفروض، منتفع اصلی را بیابد و تعهدات ناشی از روابط حقوقی شخص حقوقی را به وی تحمیل نماید. هرچند استنتاج فوق به عنوان یک جهت حکمی قابل تأیید است لکن دادگاه اشاره واضحی به جهات موضوعی قضیه ننموده درحالی که بهتر می‌بود اندکی بیشتر به آن (جهت موضوعی) می‌پرداخت و به تبیین اوضاع و احوالی که عدم استقلال شخصیت شرکت و تنزل آن به یک ابزار محض جهت کسب و کار اصیل واقعی را اثبات می‌کند توجه بیشتری می‌نمود.

۱. همان، ص ۳۰. برای تفصیل بیشتر نک: اسماعیل فرجی، پیشین، ص ۱۰۹ - ۱۴۴. هرچند این نظریه به عنوان گام نخست، ستودنی و قابل توجه است لکن دربرگیرنده ابهاماتی است؛ چنانکه برای مثال، اگر قصد متقلبانه شرکاء در عمل حقوقی تشکیل شرکت احراز نشود لکن انگیزه متقلبانه آنها در تداوم حیات شرکت محرز گردد تکلیف چیست؟ و یا منظور از جمله «مانع از نفوذ حقوقی اقدامات متقلبانه شرکای شرکت تجاری شد» دقیقاً چیست؟ آیا فرض خرق حجاب شخصیت حقوقی تنها محدود به فرضی است که شرکاء مرتکب تقلبی شوند؟

فوقاً به پاره‌ای از تلاش دادگاه‌ها^۱ و حقوقدانان نظام کامن‌لا برای ایجاد تعادل^۲ میان فواید و پیامدهای منفی اصل استقلال شخصیت حقوقی شرکت و اصل مسئولیت محدود اشاره شد. البته این کوشش‌ها که به محدوده عمل قانونگذار نیز وارد شده^۳ است و بر این حوزه تأثیر گذاشته، با پیشتازی و ابتکار عمل دادگاه‌های این نظام حقوقی بوده است.

طبعاً اشکالات و مسائل حادث‌شده پیرامون مسئله شخصیت حقوقی مستقل و مسئولیت محدود شرکاء در نظام حقوقی کشورمان نیز مطرح و دادگاه‌ها و حقوقدانان را بر آن داشته تا با توجه به اصول کلی حقوقی دائر بر منع اضرار و جلوگیری از بروز تقلب نسبت به قانون و نیز لزوم برقراری عدالت به فکر چاره‌ای برای پوشش این نقطه‌ضعف بپردازند.

برخی حقوقدانان، متأثر از نظریه خرق حجاب شخصیت حقوقی در نظام کامن‌لا در تلاش برای تمهید نظریه‌ای جامع، از مفاهیم سنتی نظام حقوقی کشورمان نظیر منع سوءاستفاده از حق، منع تقلب نسبت به قانون و قاعده فقهی لاضرر بهره جسته و سعی نموده‌اند با تنقیح مناط از برخی مقررات پراکنده قانونی خصوصاً اصل چهلم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران^۴ مانع نفوذ حقوقی استفاده متقلبانه از شرکت‌های تجاری شوند. «بر این اساس و با توجه به تعریف

۱. در نظام حقوقی کامن‌لا از میان شاخص‌ترین آراء در این حوزه می‌توان به آراء ذیل اشاره نمود:

الف) پرونده Tan v Lim.

ب) پرونده Gencor v Dalby.

ج) پرونده Motor Co Ltd v Horne.

د) پرونده Chandler v Cape pic.

ه) پرونده Adams v Cape Industries.

و) پرونده Creasy v Breach Wood Morors Ltd.

۲. اسماعیل فرجی، پیشین، ص ۳۰.

۳. برای ملاحظه تأثیرپذیری قانونگذار در انگلستان از نظریه «خرق حجاب شخصیت حقوقی» نک: مرتضی

شه‌بازی‌نیا و دیگران، پیشین، ص ۱۹.

۴. هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد.

ظاهراً دادگاه، صرف کنترل مؤثر بر اعمال اصیل شرکت را برای انتساب مسئولیت به اصیل واقعی کافی ندانسته، آن را منوط به احراز قصد تقلب دانسته است؛ چراکه در ادامه به قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون و منع سوءاستفاده از حق استناد کرده^۱ اگرچه بر حسب ظاهر، انگیزه متقلبانه را با مراجعه به اوضاع و احوال قضیه احراز نموده، لکن به مانند بند پیشین اشاره‌ای به اوضاع و احوال موصوف به عمل نیاورده است.

جدّ و جهد دادگاه در جهت یافتن محملی برای جلوگیری از تقلب و منع اضرار قابل توجه است و می‌تواند در موارد مشابه راهنمای عمل محاکم قرار گیرد. استدلال دادگاه بسیار شبیه به نظریه اصیل واقعی (Alter Ego) در نظام کامن‌لاست. فی‌الواقع دادگاه منتفع اصلی را اصیل واقعی قرارداد تلقی نموده است و این‌گونه تشخیص داده که قصد منعقدکننده قرارداد، انعقاد قراردادی برای خود بوده نه برای شرکت؛ اوضاع و احوال حاکم بر قضیه هم دادگاه را در این مسیر یاری کرده است. از همین جا می‌توان محمل نظری مناسب برای صدور حکم در موارد مشابه را یافت. درحقیقت، آنجا که سود و زیان ناشی از یک قرارداد به شخص حقوقی به عنوان یک شخص مستقل بازنمی‌گردد بلکه بالعکس مستقیماً متوجه شریک یا سهامدار یا شخص مدیر است می‌توان شخص اخیر را «اصیل واقعی» قلمداد کرد و تعهدات ناشی از قرارداد را نیز بر وی تحمیل نمود. ناگفته نماند که از این منظر می‌توان به تفسیر ماده ۱۹۶ قانون مدنی^۲ نیز پرداخت؛ مقنن در ماده مذکور، حقوق و تعهدات ناشی از قرارداد را متوجه کسی دانسته است که قرارداد را منعقد کرده مگر اینکه موقع عقد آن (قرارداد) و یا بعداً خلاف آن تصریح و یا ثابت گردد. قانونگذار در ظاهر امر، متعرض فرضی نشده است که

۱. طبق نظر صحیح‌تر، برای اعمال و اجرای قاعده «جلوگیری از تقلب نسبت به قانون»، احراز قصد تقلب، ضروری است. نک: محمدصادق طباطبائی و رسول قاسمی، «قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون در حقوق داخلی» مجله حقوق اسلامی، ش ۳۱ (زمستان ۱۳۹۰): ص ۱۳۰.

۲. کسی که معامله می‌کند آن معامله برای خود فرد محسوب می‌شود مگر اینکه هنگام عقد یا پس از آن، خلاف آن تصریح و یا ثابت گردد...

شخصی نیابت خود را هنگام انعقاد قرارداد اعلام کند لکن در صورت اثبات اینکه قرارداد را برای خود منعقد نموده به نظر نمی‌رسد مانعی برای رجوع به اصیل واقعی - که همانا منعقدکننده قرارداد است - در این فرض باشد. در مانحن‌فیه نیز چنین اتفاقی افتاده است؛ هرچند منعقدکننده قرارداد، خود را مدیر شرکت معرفی کرده ولی با توجه به اوضاع و احوال محرز شده فی‌الواقع قرارداد برای خود او بوده، و شرکت صرفاً پوششی بوده است برای فرار از تعهدات احتمالی.

لازم به یادآوری است هرچند جهات موضوعی و حکمی رأی، قابل دفاع و تأیید می‌باشد ولیکن منطوق رأی از این حیث که شرکت و اصیل واقعی را متضامناً مسئول پرداخت دین دانسته، قابل انتقاد است. به‌واقع باید در نظر داشت که در نظام حقوقی ایران تضامن، خلاف اصل تلقی می‌شود و مسئول دانستن دو یا چند تن در قبال دین واحد نیازمند تصریح قانونی است حال آنکه در دادنامه به مستند قانونی تضامن اشاره‌ای نشده مضافاً در قضیه حاضر از آن جا که نهایتاً تعهد متوجه یکی از طرفین (اصیل واقعی) است و دیگری (اصیل ظاهری) - شخص حقوقی) تنها در حد یک «وسيله» نزول داده شده علی‌القاعده آن که تعهد متوجه اوست.

نتیجه‌گیری

کارایی روابط تجاری و اقتصادی مستلزم پذیرش برخی اصول خاص است؛ اصل استقلال شخصیت حقوقی شرکت‌های تجاری یکی از این اصول می‌باشد ولیکن اصل مذکور ممکن است در برخی موارد کارکردی برخلاف عدالت و انصاف داشته باشد و راه تقلب و سوءاستفاده را باز کند. حقوقدانان و محاکم در نظام‌های حقوقی غربی، خصوصاً نظام کامن‌لا سعی نموده‌اند با طرح نظریه خرق حجاب شخصیت حقوقی شرکت علاوه بر کمک به عادلانه‌تر کردن مقررات حقوق شرکت‌ها بین منافع و مضرات اصل استقلال شخصیت حقوقی شرکت تعادل برقرار نمایند. این تلاش‌ها با محوریت دادگاه‌ها به حوزه عمل قانونگذاران و حتی دیوان‌های داورى بین‌المللی نیز راه یافته است.

تلاش‌های مشابهی برای بستن باب تقلب و سوءاستفاده و نیل به عدالت در نظام حقوقی ما نیز صورت گرفته است؛ هرچند محاکم کشورمان با احتیاط با این نظریات مواجه شده لکن شواهدی از استقبال و پذیرش نظریاتی مشابه خرق حجاب شخصیت حقوقی شرکت از سوی محاکم، در دست است. رأی موضوع نقد در این نوشتار از آن جمله می‌باشد. در رأی یادشده، دادگاه با استعانت از اصول منع سوءاستفاده از حق و منع تقلب نسبت به قانون و با استفاده از مفهوم کلیدی «کنترل مؤثر» قاعده‌ای مشابه قاعده اصل واقعی^۱ در نظام کامن‌لا وضع نموده است و منتفع اصلی فعالیت شرکت را در قبال تعهدات آن مسئول دانسته، حکم به محکومیت وی داده است. این رأی از آن جهت قابل توجه می‌باشد که می‌توان آن را نقطه عطفی در مفهوم شخصیت حقوقی مستقل شرکت و تلاشی برای نظریه‌پردازی در عرصه حقوق شرکت‌ها جهت نیل به عدالت و منع تقلب نسبت به قانون دانست.

1. Alter ego

فهرست منابع:

کتاب:

- ۱- اسکینی، ربیعا، **حقوق شرکت‌های تجاری**، ج ۱ (تهران: انتشارات سمت، ۱۳۸۶).
- ۲- حسنی، حسن، **حقوق تجارت**، ج ۲ (تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۹).
- ۳- فرجی، اسماعیل، **نفوذ در پوشش شخصیت حقوقی شرکت‌های تجاری**، رساله برای دریافت درجه دکتری حقوق خصوصی (تهران: دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۹۰).
- ۴- کاتوزیان، امیرناصر، **حقوق مدنی؛ قواعد عمومی قراردادها**، ج ۳ (تهران: انتشارات بهنشر، ۱۳۶۸).
- ۵- کاویانی، کوروش، **حقوق شرکت‌های تجاری** (تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۳).

مقالات:

- ۱- جنیدی، لعیلا و ملیحه زارع، «اعمال قاعده خرق حجاب شخصیت حقوقی بر مدیران؛ تحلیل مسئولیت مدیران شرکت‌های سرمایه در قبال دیون پرداخت‌نشده شرکت» **مجله مطالعات حقوق تطبیقی**، ش ۱ (بهار و تابستان ۱۳۹۴).
- ۲- شهبازی‌نیا، مرتضی، محمد عیسائی‌تفرشی، کوروش کاویانی و اسماعیل فرجی، «عبور از شخصیت حقوقی شرکت در فرض تقلب شریک در حقوق ایران و انگلیس»، **مجله حقوقی دادگستری** ش ۷۴ (تابستان ۱۳۹۰).
- ۳- صقری، منصور، «شخصیت حقوقی شرکت‌های تجاری» **نامه اتاق بازرگانی**، ش ۱۴۷ (مهر و آبان ۱۳۴۴).

پیوست:

مشخصات رأی اول

شماره دادنامه: ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۱۰۱۷۱۷

مرجع رسیدگی: شعبه ۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

رأی دادگاه

درخصوص تجدیدنظرخواهی آقای م.د. به وکالت از آقای ح.ت. نسبت به دادنامه شماره ۹۲۰۰۹۶۵ مورخ ۹۲/۸/۱۸ صادره از شعبه ۳۵ دادگاه عمومی تهران [که] مشتمل بر صدور حکم بر محکومیت تضامنی خواندگان (تجدیدنظرخواه) به پرداخت مبلغ ۲/۳۷۶/۶۷۶/۲۳۲ ریال بابت خرید کارتن به عنوان اصل خواسته و مبلغ ۴۷/۵۳۳/۵۲۴ ریال بابت هزینه دادرسی و پرداخت حق الوکاله وکیل طبق تعرفه و خسارت تأخیر تأدیه (نسبت به مبلغ چک از تاریخ سررسید و نسبت به مابقی خواسته از تاریخ تقدیم دادخواست) در حق تجدیدنظرخواه می باشد در مجموع وارد و موجه نیست و رأی صادره، صحیح و خالی از ایراد و منقصد قانونی بوده و دادنامه موصوف با عنایت به محتویات پرونده و مستندات ابرازی طرفین و با رعایت اصول و مقررات و قواعد دادرسی اصدار گردیده و بر استدلال و استنباط دادگاه بدوی مبنی بر احراز مدیونیت و مسئولیت تضامنی تجدیدنظرخواه خدشه ای وارد نمی باشد. بنابراین تجدیدنظرخواهی را غیرموجه، تشخیص و با ردّ اعتراض، دادنامه معترض عنه را با استناد به ماده ۳۵۸ از قانون آیین دادرسی در امور مدنی تأیید می نماید. این رأی، قطعی است.

مشخصات رأی دوم

شماره رأی بدوی: ۹۲۰۰۹۶۵

مرجع رسیدگی: شعبه ۳۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران

رأی دادگاه

درخصوص دعوی شرکت صنایع بسته بندی الف. با وکالت آقایان: ق.ق. و ع.ط. به طرفیت ۱- آقای ح.ت. با وکالت بعدی آقای م.د. ۲- شرکت ت. به خواسته مطالبه مبلغ ۲/۳۷۶/۶۷۶/۲۳۲ ریال با احتساب خسارات دادرسی به اعتقاد دادگاه، اگرچه شخصیت حقوقی شرکت از شخصیت حقیقی اعضاء و مدیران آن مستقل است و به لحاظ همین استقلال شخصیت حقوقی، شرکت می تواند دارای حق و تکلیف شود و

۴- طباطبائی، محمدصادق و رسول قاسمی، «قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون در حقوق داخلی» مجله حقوق اسلامی، ش ۳۱ (زمستان ۱۳۹۰).

۵- محبی، محسن و یاسر ضیائی، «صلاحیت فراسرزمینی در حقوق بین الملل در پرتو خرق حجاب شخصیت حقوقی» مجله حقوقی بین المللی، ش ۴۷ (پاییز و زمستان ۱۳۹۱).

۶- نصیری، مرتضی، «نظریه اصیل واقعی و alter ego» مجله حقوقی بین المللی، ش ۲ (بهار ۱۳۶۴).

جز در خصوص شرکت‌هایی که شرکاء شخصاً ضامن تعهدات شرکت هستند در سایر شرکت‌ها، طلبکاران حق مراجعه به شرکاء را ندارند و شرکت شخصاً پاسخ‌گو و مسئول در رابطه با بدهی‌های ناشی از معاملات آن با اشخاص طرف قرارداد می‌باشد لکن هرگاه شرکت، یک سلسله امور و اقدامات حقوقی را تحت کنترل شخص دیگر یا به وکالت دیگری انجام دهد به گونه‌ای که در مرحله ایجاد رابطه حقوقی اراده متعهد تحت سلطه و کنترل مؤثر آن شخص خارجی (ثالث) باشد تعهد ایجادشده را می‌توان منتسب به اصل واقعی (شخص ثالث) دانست. به عبارتی، هرگاه اقدامات و اعمال حقوقی که شخص حقوقی (شرکت) زیر نظر دیگری انجام می‌دهد ناشی از اراده کنترل‌کننده است، نتیجه گرفته می‌شود که درواقع طرف قرارداد یا اصل واقعی کنترل‌کننده است و می‌بایست قاعده استقلال شخصیت حقوقی شرکت را نادیده گرفت و مسئولیت را بر اصل واقعی تحمیل کرد و این نظریه علاوه بر جایگاه غیرقابل انکار آن در حقوق بین‌الملل و حقوق تطبیقی در حقوق داخلی و مبانی فقهی ما نیز براساس قاعده تقلب نسبت به قانون و جلوگیری از سوءاستفاده از حق قابل استنباط و اجرا است در مانحن‌فیه حسب گزارش کارشناسی مضبوط در پرونده و مستندات ابرازی خواهان بیش از ۱۷ سال با خوانده ردیف اول (آقای ت.) و بیش از ۱۴ سال با خوانده ردیف دوم ارتباط تجاری داشته است و کلیه معاملات انجام‌گرفته و قراردادهای منعقد فی‌مابین دو شرکت از طریق نمایندگی شخص آقای ت. (خوانده ردیف اول) و با امضاء ایشان صورت گرفته است و درواقع ورود شرکت خوانده به پای معاملات تجاری با خواهان از طریق مشارالیه و به واسطه رابطه تجاری قبلی وی صورت پذیرفته است درنتیجه خوانده ردیف اول نقش مدیریت و اداره‌کننده اصلی را به عهده داشته است و این شرکت وسیله‌ای بوده که خوانده ردیف اول تجارت خود را به وسیله آن انجام می‌داده و حتی در قبال معاملات آن چک تضمینی صادر نموده است. بنابراین مشارالیه به عنوان اصل واقعی مسئول پرداخت دیون شرکت می‌باشد و استناد به اصل استقلال شخصیت حقوقی شرکت نمی‌تواند مستمسکی برای براءت ذمه و رفع مسئولیت از خوانده ردیف اول باشد. بنا به مراتب فوق، دادگاه ضمن رد دفاعیات شکلی و ماهوی وکیل خوانده، دعوی مطروحه را وارد و ثابت دانسته و مستنداً به اصل ۴۰ قانون اساسی و مواد ۳۱۰، ۳۱۳ و ۳۱۴ قانون تجارت و مواد ۱۹۸، ۵۱۹ و ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی، حکم بر محکومیت تضامنی خواندگان به پرداخت مبلغ ۲/۳۷۶/۶۷۶/۲۳۲ ریال بابت اصل خواسته و مبلغ ۴۷/۵۳۳/۵۲۴ ریال بابت هزینه دادرسی و پرداخت حق الوکاله وکیل بر طبق تعرفه و خسارت تأخیر تأدیه (نسبت به مبلغ چک از تاریخ سررسید و نسبت به مابقی خواسته از تاریخ تقدیم دادخواست) در حق خواهان صادر و اعلام می‌کند. رأی صادره نسبت به خوانده ردیف دوم (شرکت)، غیابی و ظرف ۲۰ روز پس از ابلاغ، قابل واخواهی در همین شعبه و نسبت به خوانده ردیف اول، حضوری و ظرف ۲۰ روز پس از ابلاغ، قابل تجدیدنظرخواهی در دادگاه تجدیدنظر استان تهران است.

بررسی امکان اعمال حق حبس در اقاله

محمد عبدالصالح شاهنوش فروشانی *

مشخصات رأی بدوی و تجدیدنظر

شماره رأی بدوی: ۹۳۰۰۹۶۱

تاریخ صدور رأی بدوی: ۱۳۹۳/۸/۱۴

تاریخ رأی نهایی: ۱۳۹۳/۱۰/۱۰

شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۰۱۰۱۳۲۸

مرجع رسیدگی بدوی: شعبه ۳ دادگاه عمومی حقوقی اسلامشهر

مرجع رسیدگی تجدیدنظر: شعبه اول دادگاه تجدیدنظر استان تهران

۱. وقایع پرونده:

الف - متن آراء صادره:

رأی بدوی

در خصوص دعوی خانم‌ها ن.د. و ن.خ. با وکالت آقای الف.ب. و خانم م.ک. به خواسته صدور حکم بر تأیید فسخ قرارداد ۰۵۵۱ مورخ ۱۳۸۷/۳/۱۶ و خلع ید خوانده از پلاک ثبتی ... به انضمام خسارات دادرسی خلاصه اظهارات وکیل خواهان‌ها بدین شرح است: موکل حسب سند رسمی ۰۰۶۷۴۴۲ مالکیت رسمی شش دانگ پلاک ثبتی ... [آرا دارا] می‌باشد و طبق قرارداد شماره ۰۵۵۱ مورخ ۱۳۸۷/۳/۱۶ پلاک موصوف به خوانده واگذار شده است. پس از طرح دعاوی متعدد علیه یکدیگر در دادگاه‌های اسلامشهر و رباط کریم طبق توافق مورخ ۱۳۹۳/۲/۱۱ اقدام به فسخ قرارداد مورخ ۸۷/۳/۱۶ نموده و مقرر شده است که ثمن دریافتی طبق جدول زمانی اقدام شود.

* پژوهشگر پژوهشگاه قوه قضاییه

shahnoosh1388@gmail.com



در نهایت، تقاضای تنفیذ اقاله و صدور حکم خلع ید خوانده را کرده است. خوانده ضمن حضور در جلسه و قبول اقاله دفاع کرده است که چون طرف اقدام به استرداد مبلغ ثمن نکرده است لذا تخلیه نمی‌کند. نظر به اینکه برابر سند مورخ ۱۳۹۳/۴/۱۱ وکیل خواهان‌ها که مادرشان می‌باشد غیر از وکیل دعوی و با حضور وکیل دادگستری خواهان‌ها توافق کردند که مبیعه‌نامه شماره ۰۵۵۱ مورخ ۱۳۸۷/۳/۱۶ اقاله شود و بر طبق آن ترتیب پرداخت ثمن دریافتی از خوانده تعیین شده است لذا دادگاه، دعوی خواهان‌ها را در قسمت تنفیذ اقاله هرچند که وکیل خواهان‌ها در دادخواست، تنفیذ فسخ را خواسته است محمول بر صحت تشخیص داده، مستنداً به مواد ۱۹۸، ۱۵۱، ۵۱۹ و ۵۳۰ قانون آیین دادرسی مدنی و مواد ۲۸۴، ۲۸۳، ۱۰ و ۲۸۵ قانون حکم به تنفیذ اقاله بیع مورخ ۸۷/۲/۱۶ از تاریخ ۱۳۹۳/۴/۱۱ به عنوان اصل خواسته و مبلغ ۱/۵۳۰/۰۰۰ ریال هزینه دادرسی و حق الوکاله وکیل طبق تعرفه قانونی خوانده را در حق خواهان‌ها محکوم می‌نماید. رأی صادره، حضوری، ظرف بیست روز پس از ابلاغ، قابل تجدیدنظر در محاکم تجدیدنظر استان تهران می‌باشد. در خصوص دعوی خلع ید از پلاک ثبتی مورد دعوی نظر به اینکه نحوه نگارش مفاد اقاله طوری تغییر یافته است که صدور خلع ید منوط به پرداخت ثمن دریافتی توسط خواهان‌ها می‌باشد. هرچند که وکیل خواهان‌ها اقاله را طوری تنظیم کرده است که به نفع موکلین باشد، نظر به اینکه فلسفه وجودی ماده ۳۷۷ قانون مدنی - که به مشتری و بایع حق داده است که در صورت عدم ایفای تعهد از طرف مقابل از تسلیم مبیع و ثمن حسب مورد خودداری کند - در اینجا نیز موجود است و عقد بیع خصوصیتی ندارد و خوانده می‌تواند در واقع تا زمانی که مبلغ ثمن پرداخت [شده] - که ۱۵۰/۰۰۰/۰۰۰ تومان می‌باشد - [را] دریافت نکند از نوعی حق حبس استفاده کند تا طرف مقابل [نسبت به] انجام تعهد خود [در] استرداد ثمن دریافتی اقدام کند؛ به خصوص که در شرایط فعلی و قوانین جاری، حکم تخلیه خلع ید در صورت صدور [او] قطعی شدن به راحتی اجرا می‌شود؛ در حالی که اگر خوانده، ملک را بدون دریافت ثمن پرداختی تخلیه کند برای وصول آن سال‌ها طول می‌کشد و امکان روبرو شدن با اعسار مدیون خواهد بود. در نتیجه، قسمت دوم دعوی یعنی خلع خوانده محکوم به رد می‌شود. رأی صادره، حضوری، ظرف بیست روز پس از ابلاغ، قابل تجدیدنظر در محاکم تجدیدنظر استان تهران می‌باشد. در خصوص واخواهی خانم‌ها ن.د. و ن.خ. با وکالت آقای الف.ب. و خانم م.ک. به طرفیت آقای د.الف. نسبت به دادنامه ۹۳۰۹۹۰۰۵۱۴ مورخ ۱۳۹۳/۵/۶ در پرونده کلاسه ۳۳/۹۳۰۰۳۳ [صادر از شعبه] سوم [عمومی] حقوقی [اسلامشهر] که به موجب آن، واخواهان محکوم به تنظیم سند رسمی در دفتر اسناد رسمی شده‌اند که به این پرونده به دلیل ارتباط کامل دو پرونده توأمان رسیدگی شده است نظر به اینکه مستند دعوی واخواسته در الزام واخواهان

به تنظیم سند رسمی به موجب سند عادی مورخ ۱۳۹۳/۴/۱۱ که به شرح صدر دادنامه تنفیذ شده اقاله شده است و آقای وخوانده بدون ارائه آن به دادگاه و بی آنکه اظهار کند مستند ایشان اقاله شده است، از دادگاه تقاضای الزام خواندگان و خواهان را به تنظیم سند رسمی کرده بود؛ نظر به اینکه در این مرحله از رسیدگی، وکیل و خواهان ضمن و خواهی از دادنامه فوق، مدارکی ارائه کرده است که دلالت بر اقاله مستند دعوی خواهان دارد که مورد پذیرش و خوانده دادگاه قرار گرفته است لذا دادگاه، دعوی و خواهی را وارد دانسته مستنداً به مواد ۳۰۵-۳۰۶ قانون آیین دادرسی مدنی ضمن نقض دادنامه و خواهسته، حکم به بی حقی خواهان دعوی بدوی صادر و اعلام می دارد. رأی صادره، حضوری و ظرف بیست روز پس از ابلاغ، قابل تجدیدنظر در محاکم تجدیدنظر استان تهران می باشد.

رأی دادگاه تجدیدنظر

تجدیدنظر خواهی آقای الف.ب. به وکالت از خانم ها ن.د. و الف.خ. نسبت به قسمتی از دادنامه شماره ۹۳۰۰۹۶۱ مورخ ۱۳۹۳/۸/۱۴ صادره از شعبه سوم دادگاه عمومی شهرستان اسلامشهر که به موجب آن، حکم به رد دعوی تجدیدنظر خواهان ها به خواسته خلع ید تجدیدنظر خوانده از پلاک ثبتی ۱۷۹۶۸/۴۲ به انضمام خسارات دادرسی مربوطه صادر گردیده وارد موجه نیست و اساس رأی، خالی از ایراد و منقصت قانونی بوده و با رعایت اصول و مقررات و قواعد دادرسی اصدار گردیده و با التفات بر اینکه تصرفات تجدیدنظر خوانده در رقبه ما به الاختلاف ناشی از روابط حقوقی (بیع) بوده و غاصبانه محسوب نمی گردد و از شمول ماده ۳۰۸ قانون مدنی خارج است، لذا تقاضای مطروحه را منطبق با قیود مقیده در ماده ۳۴۸ از قانون آیین دادرسی در امور مدنی ندانسته و با رد اعتراض دادنامه معترض عنه را با استناد به ماده ۳۵۸ از قانون موقوف تأیید می نماید. این رأی قطعی است.

ب - شرح مواقع:

خواسته خواهان ها در این پرونده دو چیز بوده است: تأیید فسخ قرارداد و خلع ید خواندگان از ملک موضوع قرارداد. از متن رأی شعبه ۳ دادگاه عمومی حقوقی اسلامشهر (شعبه دادگاه صادر کننده رأی بدوی) چنین مستفاد می شود که خواهان ها به موجب عقد بیع، ملکی را به خواندگان فروخته اند اما بعد از مدتی به دلیل اختلافات پیش آمده درباره نحوه اجرای قرارداد، اقدام به اقاله آن نموده اند. دادگاه نیز با احراز وقوع اقاله و با صرف نظر از اشتباه وکیل خواهان ها در نحوه طرح

خواسته^۱، آن را تنفیذ نموده، ولیکن خواسته دوم (خلع ید خواندگان) را رد کرده است. استدلال دادگاه برای رد دعوای خلع ید بر پایه دو مقدمه استوار می باشد:

مقدمه اول: نخستین مقدمه استدلال دادگاه، فلسفه وجودی ماده ۳۷۷ قانون مدنی است که به ادعای دادرسی در مورد نزاع در این پرونده نیز محقق است. دادگاه در این باره می نویسد: «... هرچند که وکیل خواهان ها اقاله را طوری تنظیم کرده است که به نفع موکلین باشد، [اما] نظر به اینکه فلسفه وجودی ماده ۳۷۷ قانون مدنی - که به مشتری و بایع حق داده است که در صورت عدم ایفای تعهد از طرف مقابل از تسلیم مبیع و ثمن حسب مورد خودداری کند - در اینجا نیز موجود است، و [چون] عقد بیع خصوصیتی ندارد، [خوانده می تواند در واقع تا زمانی که مبلغ ثمن پرداخت شده] - که ۱۵۰/۰۰۰/۰۰۰ تومان می باشد - [را] دریافت [نکرده]، از نوعی حق حبس استفاده کند ...».

مقدمه دوم: در خصوص اجرای آسان حکم خلع ید در شرایط فعلی و قوانین جاری کشور و عدم اجرای آسان حکم به رد ثمن می باشد. دادگاه در رأی خود چنین مقرر می دارد: «... به خصوص که در شرایط فعلی و قوانین جاری، حکم تخلیه خلع ید در صورت صدور [و] قطعی شدن به راحتی اجرا می شود؛ در حالی که اگر خوانده، ملک را بدون دریافت ثمن پرداختی تخلیه کند برای وصول آن سال ها طول می کشد و امکان روبرو شدن با اعسار مدیون خواهد بود...».

این رأی عیناً در شعبه ۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران تأیید شده است.

۲. تحلیل و بررسی:

استدلال رأی شعبه ۳ دادگاه عمومی حقوقی اسلامشهر را نمی توان تأیید کرد زیرا:

اولاً اینکه در اقاله قرارداد مزبور، نحوه خاصی برای رد ثمن تعیین شده است یا خیر، از مفاد رأی روشن نمی شود. هرچند در بخشی از مفاد رأی برمی آید

۱. وکیل خواهان ها خواسته را تأیید فسخ قرار داده است.

که نحوه رد ثمن در قالب جدول زمانی در فسخ قرارداد تعیین شده است، اما مشخص نیست که آیا منظور از این فسخ، همان اقاله‌ای است که در رأی تنفیذ شده است یا خیر. در صدر رأی و نیز در شرح خواسته خواهان‌ها آمده: «... پس از طرح دعاوی متعدد علیه یکدیگر در دادگاه‌های اسلامشهر و رباط کریم طبق توافق مورخ ۱۳۹۳/۲/۱۱ اقدام به فسخ قرارداد مورخ ۸۷/۳/۱۶ نموده و مقرر شده است که ثمن دریافتی، طبق جدول زمانی اقدام شود. درنهایت، تقاضای تنفیذ اقاله و صدور حکم خلع ید خوانده را کرده است».

اما سرانجام از سیاق باقی عبارات رأی می‌توان حدس زد که این جدول زمانی در اقاله‌ای آمده است که فی‌الواقع توافق طرفین برای انحلال عقد می‌باشد. در این صورت، اقاله، مقید به جدول زمانی برای رد ثمن است ولی همچنان مطالبی درباره مفاد اقاله، در هاله‌ای از ابهام است که لازم بود در رأی می‌آمد تا بتوان درباره صحت و سقم حکم دادگاه، قضاوت دقیقی داشت: آیا این جدول زمانی برای رد ثمن، مستلزم شیوه خاصی برای رد مبیع نیز بوده است؟ به تعبیر دیگر آیا این جدول زمانی صرفاً برای بیان نحوه رد ثمن بوده و به این واسطه مشتری از حق خود در مطالبه کل ثمن در آن واحد صرف‌نظر کرده بی‌آنکه متعرض حق بایع در نحوه مطالبه مبیع باشد یا اینکه تقسیط در رد ثمن، مستلزم تأخیر در حق مطالبه مبیع از مشتری بوده است؟ آیا تعیین زمان‌بندی برای رد ثمن به معنای صرف‌نظر کردن از حق مطالبه یک‌جای ثمن از بایع بوده است؟ آیا درباره حق مطالبه مبیع از مشتری نیز طرفین توافقی داشته‌اند و آن را منوط به نحوه اجرای رد ثمن نموده‌اند یا خیر؟

ثانیاً، دادگاه به فلسفه وجودی ماده ۳۷۷ قانون مدنی اشاره می‌کند بی‌آنکه توضیح دهد این فلسفه وجودی چیست و چگونه بر نزاع مورد بحث تطبیق می‌شود. البته از عبارت «... تا طرف مقابل [نسبت به] انجام تعهد خود [به] استرداد ثمن دریافتی اقدام کند» در متن رأی می‌توان استفاده کرد که دادگاه بدوی فلسفه وجودی ماده مذکور (۳۷۷) را نوعی حق گروکشی برای استیفای حق طرف قرارداد تلقی کرده است. مؤید این تفسیر از مفاد رأی، مقدمه دوم

استدلال دادگاه می‌باشد که به آسان بودن اجرای حکم خلع ید و دشواری اجرای حکم به رد ثمن توجه داده. بنابراین از نظر دادگاه، حق حبس در بیع یا هر عقدی مانند بیع بدین منظور است که طرفین به اجرای تعهدات طرف مقابل اطمینان یابند. این تفسیر و تلقی از مبنای ماده فوق، ناصحیح و غیرقابل دفاع می‌باشد زیرا:

الف) نمی‌توان عدم اجرای تعهد از جانب یکی از طرفین قرارداد را دلیل و مستند جواز عدم انجام تعهد طرف دیگر قرارداد دانست. طرفین قرارداد به حکم قانون، ملزم به اجرای تعهدات خود هستند و این الزام قانونی مقید به اجرای تعهد از جانب طرف مقابل نشده است. ماده ۲۱۹ قانون مدنی به‌صراحت مقرر می‌دارد: «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم‌مقام آنها لازم‌الاتباع است مگر این که به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود». بنابراین هریک از طرفین عقد، ملزم به اجرای تعهدات خود هستند و این الزام، مقید به اجرای تعهد طرف دیگر نیست. ماده ۳۷۷ قانون مدنی، تخصیصی بر این ماده وارد نکرده است، زیرا: اولاً سیاق ماده ۲۱۹ قانون مزبور که حصر است با چنین تخصیصی منافات دارد؛ ثانیاً، در صورتی می‌توان ماده ۳۷۷ قانون یادشده را مخصّص ماده ۲۱۹ تلقی کرد که حکم دو ماده، در تنافی کامل باشند حال آنکه می‌توان ماده ۳۷۷ را با توجه به تحلیل فقهی از حق حبس و همچنین نظریات حقوقی طرح‌شده درباره این حق به‌گونه‌ای تفسیر کرد که در تنافی با الزام ماده ۲۱۹ قانون مذکور به اجرای مفاد قرارداد نباشد. در ادامه مباحث درباره این تحلیل سخن خواهیم گفت.

ب) مفاد ماده ۳۷۷ قانون مدنی چیزی جز توجه به تعهدات ضمنی طرفین قرارداد که به‌طور ارتكازی بر آن توافق نموده‌اند نیست. حق حبس، نتیجه توافق ضمنی طرفین بر اجرای هم‌زمان تعهدات ناشی از عقد است. برخی عقود برای طرفین خود تعهداتی ایجاد می‌کنند که این تعهدات در برابر هم و وابسته به یکدیگر هستند. برای مثال، عقد نکاح برای طرفین خود تعهداتی ایجاد می‌کند: مرد، متعهد به پرداخت مهریه و نفقه می‌شود و زن، متعهد به تمکین. پس در برابر هم بودن این تعهدات به معنای تعهد مرد به پرداخت مهریه و نفقه در برابر تعهد زن به تمکین است. قصد زوج از پرداخت مهریه و نفقه، کمک مالی به یک

زوجه و حل مشکل مالی وی نیست، بلکه تعهدی است که در قبال تعهد او (زوجه) دارد. طرفین ضمن این تعهدات متقابل و وابسته، یک تعهد ضمنی دیگر نیز دارند و آن اجرای هم‌زمان دو تعهد است زیرا در یک عقد، هیچ‌یک از طرفین در اجرای تعهد، بر دیگری اولویت ندارند مگر به حکم قانون یا توافق طرفین. وقتی چنین اولییتی منتفی است مرتکز ذهن طرفین این است که باید آنها را با هم اجرا کنند. بنابراین، هیچ‌یک از طرفین نمی‌توانند اجرای تعهد طرف دیگر را مطالبه نمایند مگر خود نیز در مقام اجرای تعهد باشند.^۱ در نتیجه، هریک از طرفین در صورت استنکاف طرف دیگر از اجرای تعهدات خود، حق خودداری از انجام تعهد خواهند داشت زیرا تعهد هر کدام، مقید به اجرای هم‌زمان با اجرای تعهد طرف مقابل است.^۲ فلذا حق حبس در هر عقدی که برای طرفین خود تعهداتی متقابل ایجاد کند قابل اعمال می‌باشد.^۳ در عقد بیع یا در هر عقد

۱. مرتضی انصاری (شیخ)، کتاب المکاسب (قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۳ هـ.ق.)، ج ۶، ص ۲۶۳.

۲. «ان في المعاوضة لكل من المتعاضين الامتناع من تسلیم ما في جانبه من العوض حتى یسلم إليه الآخر، سواء كان مؤسراً أم معسراً. لنحصل فائدة التعويض». زین‌الدین بن علی بن احمد عاملی (شهید ثانی)، مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، (قم: مؤسسة المعارف الإسلامية، ۱۴۱۳ هـ. ق.)، ج ۸، ص ۱.

۳. در حقوق آلمان نیز حق حبس - مفاد ماده ۳۲۰ قانون مدنی آلمان - ناشی از دو تعهدی بودن قرارداد است و نه حکم قانونگذار. با وجود این، در توجیه ماده قانونی مزبور در حقوق آلمان - همچنین ماده ۲۸ قانون بیع کالای انگلیس - گفته شده است لزوم اجرای هم‌زمان تعهدات قرارداد برای حمایت از طرفی که اجرای تعهدش مطالبه شده ولی او اطمینان به اجرای متقابل قرارداد ندارد، وضع شده است. ممکن است اندیشیده شود که لازمه این تحلیل تنها مطالبه اجرای هم‌زمان قرارداد می‌باشد، اما بند اول ماده ۳۲۰ قانون مدنی آلمان تنها از حق امتناع خواننده از اجرای قرارداد تا زمانی که خواهان نیز تعهدش را اجرا کند، سخن گفته است. در حقوق انگلیس، جز در موارد مصرح در قانون، آنچه مناط و ملاک می‌باشد، ساختار عقد و طبیعت تعهدی است که هر طرف برای دیگری به وجود آورده. در صورتی که اراده مشترک طرفین صریحاً یا ضمناً دلالت بر تعهد به اجرای هم‌زمان یا تقدم اجرای یکی بر دیگری داشته باشد، مطابق همان مفاد مرضی‌الطرفین عمل می‌شود، اما اگر از مفاد قرارداد چنین برآید که هریک از طرفین، اجرای تعهد خود را مستقل از دیگری تعهد کرده (و به تعبیری اجرای متقابل شرط نشده باشد) حق حبس وجود نخواهد داشت.

Markesinis & others, *The German Law of Contract*, (Hart Publishing), (2006). p.351.

معاوضی تملیکی دیگر نیز میان تعهد به تسلیم هریک از عوضین که خود یکی از تعهدات ارتکازی نهفته در مفاد عقد است و تعهد به تسلیم عوض دیگر چنین رابطه‌ای وجود دارد. حق حبس چیزی جز لازمه ملزم بودن طرفین به اجرای هم‌زمان دو تعهد متقابل نیست به‌طوری که هیچ‌یک از آنها نمی‌توانند طرف دیگر را مقدم بر خود ملزم به اجرای تعهد بدانند. تنها مسئله‌ای که این تعهد ضمنی را مرتفع می‌سازد توافق ضمنی یا صریح طرفین به عدم اجرای هم‌زمان تعهدات یا عدم امکان اجرای هم‌زمان تعهدات است. بنابراین، حق حبس چیزی جز اجرای مفاد تعهدات ضمنی و ارتکازی طرفین نیست و همان‌طور که گفته شد، با مفاد ماده ۲۱۹ قانون مدنی هیچ‌گونه منافاتی ندارد.

این در حالی است که به نظر می‌رسد در مفاد اقاله مورد نزاع در این پرونده، جدول زمانی برای اجرای تعهد بایع به رد ثمن وجود دارد و با صرف‌نظر از ابهام پیش گفته در ابتدای این بحث، با مفروض گرفتن استقلال این نحوه اجرای تعهد بایع از نحوه اجرای تعهد مشتری، دیگر نمی‌توان قائل به حق حبس برای مشتری بود.

← در حقوق فرانسه نیز این حق به اراده مفروض طرفین مستند شده است.

Mazeaud, Henri et Léon et Jean, *Leçons De Droit civil*, tome deuxième, (quatrième édition), 1969, p.984.

همچنین این حق نتیجه وابستگی دوسویه دو تعهد متقابل در قراردادهای دو تعهدی دانسته شده است. مبنا و مناط این حق، تضمین حق طلبکاری که در عین حال (به بدهکار خود) مدیون است گفته شده است.

(Marty, Gabriel & Raynaud, Pierre, *Droit civil (les obligations)*, Siery, (1988), p.331.

نتیجه‌گیری

اگر بنا بر این فرض باشد که اقاله را نوعی توافق یا عقد تلقی کنیم که تعهدات متقابل ایجاد می‌کند، با توجه به اینکه در اقاله موضوع این رأی، طرفین بر جدول زمانی برای رد ثمن توافق کرده‌اند نمی‌توان قائل به حق حبس برای مشتری در عدم رد مبیع بود.

فهرست منابع:

۱. زین‌الدین بن علی بن احمد عاملی (شهید ثانی)، **مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام** (قم: مؤسسة المعارف الإسلامية، ۱۴۱۳ هـ.ق.).
۲. مرتضی انصاری (شیخ)، **كتاب المكاسب**، ج ۶ (قم: مجمع الفکر الإسلامي، ۱۴۲۳ هـ.ق.).
3. Markesinis & others, *The German Law of Contract*, (Hart Publishing, 2006.)
4. Marty, Gabriel & Raynaud, Pierre, *Droit civil (les obligations)*, Siery, (1988).
5. Mazeaud, Henri et Léon et Jean, *Leçons De Droit civil*, tome deuxième, quatrième édition, (1969).

حضانة فرزند بالغ

نویسنده: علی رضائی *

مشخصات رأی

شماره دادنامه: ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۲۴۰۰۵۳۸^۱

خواسته: حضانة فرزند بالغ

مرجع رسیدگی کننده بدوی: شعبه ۲۸۴ دادگاه خانواده تهران

مرجع رسیدگی کننده تجدیدنظر: شعبه ۲۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

۱. وقایع پرونده

انسان به هنگام تولد ناتوان از اداره امور خویش است و تا رسیدن به سن کبر شخص دیگری باید اداره امور او را برعهده گرفته، به تربیت و نگهداری وی همت گمارد. پیش‌بینی نهادهای حقوقی ولایت، وصایت، قیمومت و حضانة به‌منظور پرورش و نگهداری از کودک توسط والدین یا اشخاص دیگر، نمونه‌ای از حمایت‌های قانونگذار و ارج نهادن بر فرایند رشد و بالندگی کودک است.

تا زمانی که پدر و مادر با یکدیگر زندگی می‌کنند مشکلی درخصوص حضانة طفل عموماً مطرح نمی‌گردد، مادامی که والدین جدا از یکدیگر زندگی کنند و در عین حال خواهان نگهداری و تربیت کودک باشند بحث حضانة با جدیت بیشتری مطرح می‌گردد. قانون مدنی با اصلاحیه‌ای در سال ۱۳۸۲، تنها مدت‌زمان حضانة مادر بر طفل (دختر یا پسر) را تا هفت سالگی گسترش داد بی‌آنکه راجع به زمان خروج طفل از حضانة وی (مادر) تعیین تکلیف نماید.

* عضو هیأت علمی دانشگاه شیراز

shahnoosh1388@gmail.com

۱. پژوهشگاه قوه قضاییه، مجموعه آراء قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران (حقوقی) (تیسر، مرداد و شهریور ۱۳۹۲) (اداره انتشار رویه قضایی کشور، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۴)، ص ۳۷۸.

حضانة طفل بعد از هفت سالگی برعهده پدر است اما تا چه زمانی این حضانة تداوم دارد؟ بی‌تردید به دلیل ترتب آثار حقوقی متعدد بر موضوع حضانة، تعیین نقطه پایان این نهاد حقوقی حائز اهمیت فراوانی است.

آنچه محل تأمل است اینکه: ملاک خروج طفل از حضانة چیست؟ آیا معیار خروج طفل از حضانة پدر و مادر، رسیدن به سن بلوغ است یا رشد وی باید مبنای عمل قرار گیرد؟ پیش از پرداختن بدین پرسش، شرح و بسط موضوع حضانة به‌اختصار لازم به‌نظر می‌رسد.

واژه «حضانة» از نظر لغوی، مصدری است از فعل ثلاثی مجرد (حضن یحضن) به معنای دایگی، پرستاری، تربیت کردن، پرورش دادن، به دامن گرفتن کودک و سرپرستی صغیر است.^۱ واژه «الحضن» نیز به «آغوش (مابین کتف تا پهلوی)، در کنار قرار دادن، زیر بال و پر گرفتن» معنا شده است.^۲ در نظر فقهاء حضانة، ولایت بر کودک و دیوانه است تا به این وسیله تربیت شوند^۳ ولیکن حقوقدانان برای واژه مزبور تعریف واحدی ندارند؛ برخی حضانة را بیشتر ناظر بر حمایت و مراقبت جسمی محجور، می‌دانند و آن را به نگاهداشتن طفل، مواظبت و مراقبت از او و تنظیم روابط وی با خارج تعریف کرده‌اند^۴ اما عده‌ای آن را به معنای اقتداری که قانون به‌منظور نگاهداری و تربیت اطفال، به پدر و مادر آنان اعطاء کرده است دانسته‌اند. در این اقتدار، حق و تکلیف به هم درآمیخته‌اند. حقوق والدین وسیله اجرای تکالیف آنان است و می‌توان آن را به دو عنصر

۱. محمد بندرریگی، فرهنگ جدید عربی به فارسی (منجدالطلاب) (تهران: انتشارات حیدری، چاپ نهم، ۱۳۷۲)، ص ۱۰۲؛ سیدمصطفی حسینی‌دشتی، معارف و معاریف (تهران: مؤسسه آرایه، چاپ سوم، ۱۳۷۹)، ج ۴، ص ۵۷۴.

۲. فخرالدین طریحی، مجمع البحرین، به تحقیق: سیداحمد حسینی، (قم: نشر فرهنگ اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ه.ق.)، ص ۵۳۲.

۳. زین‌الدین جبعی عاملی (شهید ثانی)، روضه البهیة، به تحقیق: سیدمحمد کلانتر (قم: نشر امیر، ۱۴۱۰ ه.ق.)، ج ۲، ص ۱۴۰.

۴. سیدحسین صفایی و سیدمرتضی قاسم‌زاده، حقوق مدنی، اشخاص و محجورین (تهران: انتشارات سمت، چاپ ششم، زمستان ۱۳۸۰)، ص ۲۶۱.



«نگاهداری» و «تربیت طفل» تجزیه کرد. آنچه به‌طور مستقیم ناظر به پذیرفتن کودک و پرستاری و تأمین نیازهای مادی (خوراک، پوشاک، مسکن و پرستار...) و معنوی اوست در زمره کارهای مربوط به نگاهداری است، ولی هدایت او در شناسایی محیط و آموختن تجربه زندگی و عادات و رسوم آن و تأمین امکانات تحصیل و مواردی از این دست در شمار تکالیف مربوط به تربیت کودک می‌باشد.^۱

قانون مدنی نیز بی‌آنکه تعریفی از حضانت ارائه دهد در مواد مختلفی بدان اشاره کرده است. به‌موجب ماده ۱۱۶۸: «نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابوبین است». ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی (اصلاحی ۱۳۸۲/۹/۸) مقرر می‌دارد: «برای حضانت و نگهداری طفلی که ابوبین او جدا از یکدیگر زندگی می‌کنند مادر تا سن هفت سالگی اولویت دارد و پس از آن با پدر است. تبصره: بعد از هفت سالگی در صورت حدوث اختلاف، حضانت طفل با رعایت مصلحت کودک به تشخیص دادگاه می‌باشد». از آنجا که قانون مدنی معیاری برای خروج طفل از حضانت ارائه نداده است، همین امر باعث گردیده تا در نظر و عمل درخصوص این مسئله اتفاق نظر وجود نداشته باشد. ازجمله آراء صادره در این باره، رأی شعبه ۲۸۴ دادگاه عمومی حقوق تهران و شعبه ۲۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران است که در ذیل آمده:

رأی دادگاه بدوی: «درخصوص دادخواست خانم ف.الف. به طرفیت آقای م.م. با وکالت خانم ر.م. به خواسته حضانت فرزند مشترک به نام م.م.، دادگاه از توجه به اینکه فرزند مشترک بیشتر از ۹ سال قمری سن دارد و در سنی است که حق انتخاب با خودش بوده و با توجه به اینکه فرزند مشترک با حضور در دادگاه اعلان نموده تمایل دارد نزد مادرش بماند لذا دادگاه خواسته خواهان را موجه دانسته و به استناد ماده ۴۱ قانون حمایت خانواده مصوب ۹۱/۱۲/۱ حکم به حضانت فرزند مشترک به نام م.م. به مادرش صادر و اعلان می‌گردد. رأی صادره، حضوری و ظرف بیست روز پس از ابلاغ قابل تجدیدنظرخواهی در محاکم تجدیدنظر استان تهران است».

۱. ناصر کاتوزیان، حقوق خانواده (دوره مقدماتی)، (تهران: نشر میزان، چاپ چهارم، ۱۳۸۴)، ص ۳۷۹.

رأی دادگاه تجدیدنظر: «درخصوص تجدیدنظرخواهی آقای م.م. با وکالت ر.م. به طرفیت ف.الف. نسبت به دادنامه شماره ۰۲۷۴ مورخ ۱۳۹۲/۲/۳۱ شعبه محترم ۲۸۴ دادگاه عمومی در پرونده کلاسه ۱۲۰ مبنی بر صدور حکم واگذاری حضانت فرزند مشترک به مادر وارد است، زیرا با توجه به محتویات پرونده و ملاحظه لوایح طرفین رأی صادره دادگاه بدوی مقررات مربوطه صادر نگردیده است زیرا فرزند مشترک ده ساله بوده و با توجه به اینکه دختر می‌باشد از سن حضانت پدر و مادر خارج است و به استناد ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی خود در این گونه امور می‌تواند تصمیم بگیرد که نزد مادر زندگی کند یا نزد پدر، دادگاه با وصف مذکور نمی‌تواند نسبت به موضوع حضانت اتخاذ تصمیم کند لذا این دادگاه با عنایت به مراتب مذکور به استناد ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی رأی صادره دادگاه بدوی را نقض کرده و به استناد ماده ۱۲۱۰ ناظر به ماده ۱۲۵۷ قانون مدنی حکم به رد دعوی خواهان، واگذاری حضانت فرزند مشترک صادر می‌گردد. رأی صادره، قطعی است».

۲. بررسی و نقد رأی

آراء فوق‌الذکر از دو منظر «شکلی» و «ماهوی» قابل بررسی هستند که در زیر به تفکیک بدان پرداخته شده است.

مسائل شکلی:

از مهم‌ترین ایرادات شکلی که در هر دو رأی دادگاه بدوی و تجدیدنظر وجود دارد می‌توان به موارد ذیل اشاره نمود. دادگاه بدوی و تجدیدنظر، اگرچه با یک مبنا مبادرت به صدور رأی نموده‌اند، اما نتیجه‌ای متفاوت حاصل شده است.

دادگاه بدوی با این استدلال که «فرزند مشترک بیشتر از ۹ سال قمری سن دارد و در سنی است که حق انتخاب با خودش بوده و با توجه به اینکه فرزند مشترک با حضور در دادگاه اعلان نموده تمایل دارد نزد مادرش بماند»، خواسته خواهان را وارد دانسته، حکم به حضانت مادر صادر می‌نماید.

دادگاه تجدیدنظر نیز دقیقاً با استفاده از همین مبنا به این نتیجه رسیده است که چون فرزند مشترک (دختر)، ده ساله بوده از سن حضانت پدر و مادر خارج است، لذا دادگاه نمی‌تواند نسبت به موضوع حضانت تصمیم‌گیری نماید. مستنبط از مطالب مزبور، هر دو دادگاه رسیدن به سن بلوغ را معیار خروج از حضانت در نظر گرفته‌اند اما یکی، دعوای خواهان را وارد دانسته، دیگری حکم بر بی‌حقی وی صادر نموده است. صرف‌نظر از معیار پذیرفته‌شده، تصمیم دادگاه تجدیدنظر با اصول و قواعد حقوقی سازگارتر است، زیرا با خروج طفل از حضانت، اساساً موضوع حضانت و در نتیجه، دعوای خواهان موضوعاً منتفی است.

ایراد دیگر، استناد دادگاه بدوی به ماده ۴۱ قانون حمایت خانواده جدید است. طبق این ماده، «هرگاه دادگاه تشخیص دهد توافقات راجع به ملاقات، حضانت، نگهداری و سایر امور مربوط به طفل برخلاف مصلحت او است یا در صورتی که مسؤول حضانت، از انجام تکالیف مقرر خودداری کند و یا مانع ملاقات طفل تحت حضانت با اشخاص ذی‌حق شود، می‌تواند در خصوص اموری از قبیل واگذاری امر حضانت به دیگری یا تعیین شخص ناظر با پیش بینی حدود نظارت وی با رعایت مصلحت طفل تصمیم مقتضی اتخاذ کند». موضوع ماده ۴۱ قانون مزبور ناظر به حالتی است که دادگاه حضانت یکی از والدین را به مصلحت طفل تشخیص نداده و آن (حضانت) را به دیگری واگذار می‌کند؛ حال آنکه در قضیه مطروحه اساساً طفل با رسیدن به سن بلوغ از حضانت خارج شده است و موردی برای استناد به این ماده وجود نداشته است.

دادگاه تجدیدنظر نیز جهت توجیه منطوق رأی خویش به ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی استناد کرده است در حالی که ماده یادشده (۱۲۱۰) در خصوص سن بلوغ و رشد می‌باشد و به‌طور مستقیم ارتباطی به بحث حضانت ندارد و از آنجا که قانون مدنی مقرره‌ای صریح راجع به سن خروج از حضانت نداشت در نتیجه، دادگاه می‌بایست با استناد به منابع یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را

صادر می‌نمود. (اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی).^۱ ماده ۱۲۵۷ قانون مدنی^۲ نیز یک قاعده کلی مطرح کرده است که در حقوق اسلامی از آن به عنوان «البینه علی المدعی و الیمین علی من انکر» یاد می‌شود ضمن آنکه ماده ۱۲۱۰ قانون مذکور ناظر به آن نمی‌باشد.

در مجموع، نحوه استدلال و استفاده از مبانی و قواعد حقوقی‌ای که هر دو دادگاه بدوی و تجدیدنظر در توجیه رأی خویش بدان استناد جسته‌اند وافی به مقصود نیست. شایسته آنکه به‌ویژه در مسائل و موضوعاتی که قوانین و مقررات فاقد شفافیت و صراحت لازم هستند، محاکم با رجوع به منابع یا فتاوی معتبر و با تفصیل بیشتری حکم قضیه را استخراج نمایند تا بدین وسیله خلأ فقد یا ابهام قوانین و مقررات موضوعه را پر کنند.

مسائل ماهوی:

در سال‌های اخیر مسئله حضانت به‌ویژه درباره نگهداری و سرپرستی کودکان طلاق به معضلی اجتماعی تبدیل شده و مورد توجه بیشتری قرار گرفته است. علی‌رغم بحث‌های فراوانی که راجع به عوامل تعلیق‌کننده یا ساقط‌کننده حضانت مانند جنون، ازدواج مجدد، کفر، انحطاط اخلاقی و ناتوانی در نگهداری طفل مطرح شده، اما در خصوص نقطه پایان حضانت کمتر سخن به میان آمده است. بررسی و تحقیق بیانگر آن است که هم حقوقدانان و هم فقهاء به دو معیار

۱. «قضات دادگاه‌ها موظفند موافق قوانین به دعوای رسیدگی کرده، حکم مقتضی صادر و یا فصل خصومت نمایند. در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، حکم قضیه را صادر نمایند و نمی‌توانند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین، از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزند و الاً مستنکف از احقاق حق شناخته شده و به مجازات آن محکوم خواهند شد».

۲. «هرکس مدعی حقی باشد باید آن را اثبات کند و مدعی علیه هرگاه در مقام دفاع، مدعی امری شود که محتاج به دلیل باشد اثبات امر بر عهده او است».

واقعیت آن است که پذیرش معیار بلوغ با واقعیت‌های اجتماعی امروز سازگاری ندارد. آیا می‌توان پذیرفت دختر بچه ۹ ساله را به حال خویش رها ساخت تا خود به رشد و کمال رسد؟ این امر حتی در مورد پسر بچه کمتر از ۱۵ سال هم دشوار می‌نماید. به‌ویژه در شرایط فعلی که کودکان به مراتب بیش از پیش از حیث عاطفی و روانی و حتی مالی و مادی تعلق خاطر بیشتری به پدر و مادر خود دارند، باید در جستجوی ارائه و معرفی معیاری بود که این ضرورت را به نحو کمال محقق نماید. بدیهی است معیار رشد، بر معیار بلوغ اولویت دارد. حکم قانون باید متناسب با واقعیت‌های اجتماعی و مقتضیات زمان باشد.

حتی با پذیرش معیار بلوغ نیز می‌توان از مقررات قانونی فعلی در جهت تداوم زمانی استفاده از چتر حمایتی ناشی از حضانت ابویین بر طفل بهره جست. قانونگذار در تبصره ۱ ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی، سن بلوغ را در دختر ۹ سال تمام قمری و در پسر ۱۵ سال تمام قمری در نظر گرفته است، اما این سن به‌ویژه برای دختر سن مناسبی نیست و با شرایط طبیعی، اقلیمی و اجتماعی ایران ناسازگار است. بلوغ، به عنوان یک امر طبیعی و فیزیولوژیکی، توأم با نشانه‌هایی می‌باشد که برخی از آنها طبیعی است مانند احتلام و روییدن موی خشن بر پشت آلت تناسلی، و بعضی هم جعلی و قانونی همانند سن معین. هرچند قانون مدنی از نشانه‌های بلوغ به سن معین اشاره کرده است اما رسیدن به سن معینی، اماره بلوغ است و در صورت بروز اختلاف می‌توان طبق نظر کارشناس به شناسایی و اثبات بلوغ اقدام کرد. در قضیه حاضر نیز ضرورت حمایت از کودک اقتضاء می‌نمود دادگاه تجدیدنظر علی‌رغم اعتقاد بر اینکه طفل با رسیدن به سن بلوغ از تحت حضانت خارج می‌گردد صرفاً رسیدن به سن خاصی را موجب خروج از حضانت در نظر نمی‌گرفت و نیاز طفل به حمایت و سرپرستی ابویین را مورد توجه جدی و مبنای صدور رأی خویش قرار می‌داد.

با دقت در بعضی قوانین و مقررات حمایتی می‌توان به نگاه مقنن مبنی بر غلبه معیار رشد بر بلوغ پی برد. قوانین و مقرراتی که دربردارنده قواعد ناظر به برقراری حقوق و مزایا برای فرزندان هستند، حتی پا را از معیار رشد فراتر نهاده‌اند و فرزندان را سال‌ها پس از آن نیز مستحق برخورداری از حقوق وظیفه یا

«بلوغ» و «رشد» اشاره کرده‌اند. پذیرش هریک از این دو معیار، نقشی تعیین‌کننده در مسیر رشد و تعالی کودک دارد. اینکه پدر یا مادر در فرض جدایی، در حساس‌ترین مراحل تکوین و تکامل کودک، تا چه مدت باید همراه و مراقب وی باشند پرسشی است که تنها با ارائه معیاری درخصوص پایان یافتن حضانت بدان پاسخ داده می‌شود. ممکن است چنین استدلال گردد که فاصله میان بلوغ تا رشد فاصله طولانی‌ای نیست، لذا پذیرفتن هریک از این دو معیار، تأثیر چندانی بر فرایند تربیت و رشد کودک ندارد، اما به‌واقع این‌گونه نیست و همراهی با کودک حتی در این مدت کوتاه ولی حساس، تأثیر فوق‌العاده‌ای در شکل‌گیری بهتر و مطلوب‌تر شخصیت طفل دارد. شایان ذکر است مسئله حضانت فرزند بالغ تنها محدود به کودکان طلاق نمی‌باشد و با توجه به آنکه موضوع حضانت به صراحت قانون، هم حق و هم تکلیف ابویین است، شناسایی معیاری که باعث سقوط این تکالیف می‌شود ضروری است.

گروهی از فقهاء بر این اعتقادند که حضانت با رسیدن طفل به سن بلوغ و رشد پایان می‌یابد. صاحب‌جوهر می‌گوید: «اختلافی نیست در اینکه هرگاه طفل به سن بلوغ و رشد برسد ولایت ابویین بر او ساقط می‌شود». بنا بر این نظر که حتی ادعای اجماع نیز بر آن شده است، حضانت به صرف رسیدن شخص به سن بلوغ پایان نمی‌پذیرد بلکه برای سقوط حضانت، تحقق رشد هم لازم است و تا رشد شخص احراز نشده باشد حضانت پدر یا مادر یا شخص دیگر ادامه پیدا می‌کند، اما عده‌ای با این استدلال که رشد در فقه و قانون مدنی مربوط به امور مالی است و نگهداری طفل یک امر غیرمالی می‌باشد، نظر اخیر را مورد انتقاد قرار داده و در تأیید نظر خویش به اظهارنظر بعضی از فقهای معاصر استناد کرده‌اند که مدت حضانت با رسیدن طفل به سن بلوغ خاتمه می‌یابد. پس از آن، فرزند می‌تواند با هریک از ابویین که بخواهد زندگی کند. این قول را به فقهای امامیه نسبت داده‌اند.^۱

۱. سیدحسین صفایی و اسدالله امامی، مختصر حقوق خانواده (تهران: بنیاد حقوقی میزان، چاپ چهل و چهارم، تابستان ۱۳۹۵)، ص ۳۹۶.

فهرست منابع

۱. بندرریگی، محمد، فرهنگ جدید عربی به فارسی (منجدالطلاب)، ج ۴ (تهران: انتشارات حیدری، چاپ نهم، ۱۳۷۲).
۲. پژوهشگاه قوه قضاییه، مجموعه آراء قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران (حقوقی) (تیر، مرداد و شهریور ۱۳۹۲) (تهران: اداره انتشار رویه قضایی کشور، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۴).
۳. جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین، روضه البهیة، ج ۲، به تحقیق: سیدمحمد کلانتر (قم: نشر امیر، ۱۴۱۰ هـ.ق).
۴. حسینی‌دشتی، سیدمصطفی، معارف و معاریف (تهران: مؤسسه آرایه، چاپ سوم، ۱۳۷۹).
۵. صفایی، سیدحسین و اسدالله امامی، مختصر حقوق خانواده (تهران: بنیاد حقوقی میزان، چاپ چهل و چهارم، تابستان ۱۳۹۵).
۶. صفایی، سیدحسین و سیدمرتضی قاسم‌زاده، حقوق مدنی، اشخاص و محجورین (تهران: انتشارات سمت، چاپ ششم، زمستان ۱۳۸۰).
۷. طریحی، فخرالدین، مجمع‌البحرین، به تحقیق: سیداحمد حسینی (قم: نشر فرهنگ اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۰۸ هـ.ق).
۸. کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده (دوره مقدماتی) (تهران: نشر میزان، چاپ چهارم، ۱۳۸۴).

مستمری والدین دانسته‌اند. قانون حمایت خانواده جدید (مصوب ۱۳۹۱)، نمونه‌ای از این دست قوانین است. به موجب بند ۳ ماده ۴۸ این قانون، «فرزندان اناث در صورت نداشتن شغل یا شوهر و فرزندان ذکور تا سن بیست سالگی و بعد از آن منحصرأ در صورتی که معلول از کارافتاده نیازمند باشند یا اشتغال به تحصیلات دانشگاهی داشته باشند حسب مورد از کمک‌هزینه اولاد، بیمه و مستمری بازماندگان یا حقوق وظیفه والدین خود برخوردار می‌گردند».

به هر روی، رویه کنونی محاکم در خصوص ادامه یا سقوط حضانت فرزندان بالغ اگر نگوییم متشتت ولی حداقل با مقتضیات اجتماعی و اوضاع و احوال خاص این قبیل افراد سازگاری ندارد و انتظار می‌رود قضات در مواردی که قوانین و مقررات، ناقص و یا مبهم و مجمل می‌باشند با تفسیر قضایی منطقی و توجه به اوضاع و احوال اجتماعی که آن اختلاف در بطن آن به وجود آمده است تا حد امکان، نقص قواعد و مقررات را مرتفع سازند و در جهت حمایت از کودکان همت گمارند. قانونگذار نیز مکلف است با ارائه معیاری جامع، هم‌سو با منافع کودکان که بی تردید به نظم اجتماعی منجر خواهد شد گام برداشته، این خلأ را در حقوق داخلی پر نماید.

صدور حکم برائت در صورت عدم احراز بزه توسط دادگاه

نجمه غفاری الهی کاشانی *

مشخصات رأی

شماره دادنامه: ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۳۳۰۰۶۲۸

مرجع بدوی رسیدگی کننده: شعبه ۱۰۴۶ دادگاه عمومی جزایی تهران

مرجع تجدیدنظر رسیدگی کننده: شعبه ۲۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

۱. وقایع پرونده

در این پرونده درخصوص اتهام شخصی دایر بر صدور چک بلامحل، کیفرخواست صادر شده است و پرونده به دادگاه ارسال می‌شود، لکن دادگاه بدوی با توجه به عدم احراز بزه صدور چک بلامحل، قرار منع تعقیب صادر می‌نماید. وکیل متهم به استناد اینکه صدور قرار منع تعقیب از سوی دادگاه درخصوص این پرونده منطبق با قانون نبوده و می‌بایست رأی بر برائت صادر می‌شده، تقاضای تجدیدنظر و اصلاح رأی می‌کند. دادگاه تجدیدنظر نیز اعتراض تجدیدنظرخواه را وارد دانسته، رأی دادگاه بدوی را اصلاح می‌نماید.

رأی دادگاه بدوی

درخصوص اتهام آقای ع.ر. فرزند الف. دایر بر صدور یک فقره چک بلامحل به شماره ... مورخ ... به مبلغ هشتاد میلیارد و دویست و هشتاد و نه میلیون ریال؛ دادگاه با توجه به شکایت شاکی ... با مدیریتعاملی ... و رئیس هیأت‌مدیره ... با وکالت ... با عنایت به دفاعیات موثر وکیل متهم آقای ... به اینکه چک موصوف سفید امضا و برای تضمین بدهی‌های شرکت‌های تحت‌الامر موکلش بوده و بر اثبات این ادعا به گواهی گواهان استناد جسته که گواهی آنان حکایت از صدق اعدای مطروحه داشته. بنابراین به نظر

* دانشجوی دکتری رشته حقوق کیفری دانشگاه تهران

n8.ghaffari@yahoo.com



رأی دادگاه تجدیدنظر

درخصوص تجدیدنظرخواهی خانم ش.ق. به وکالت از آقای ع.ر. نسبت به قسمتی از دادنامه شماره ۱۰۰۲۰۹-۹۲ مورخ ۹۲/۳/۵ در پرونده کلاسه ۹۱-۶۰۱۱۹۴-۹۱ صادره از شعبه ۱۰۴۶ دادگاه عمومی جزایی تهران که به موجب آن درخصوص اتهام آقای ع.ر. دایر بر صدور یک فقره چک بلامحل به شماره ... مورخ ... به مبلغ هشتاد میلیارد و دویست و هشتاد و نه میلیون ریال و به لحاظ عدم وقوع بزه قرار منع تعقیب صادر شده است و تجدیدنظرخواه به لحاظ رسیدگی ماهوی دادگاه و اینکه صدور قرار منع تعقیب از طرف دادگاه موقعیت قانونی ندارد به دادنامه صادره، اعتراض، و درخواست اصلاح آن را نموده است. نظر به اینکه با احیاء دادرسی صدور قرار منع تعقیب که قرار ماهوی بوده در شأن و موقعیت دادرسی است زیرا که دادستان، وظیفه تعقیب و یا منع تعقیب را برعهده دارد و در صورت صدور قرار مجرمیت و تقاضای تعقیب از سوی مرجع تعقیب، دادگاه وظیفه دارد در ماهیت امر و در صورت عدم احراز بزه، مبادرت به صدور حکم برائت نماید نه صدور قرار منع تعقیب، لهذا با پذیرش تجدیدنظرخواهی تجدیدنظرخواه در این قسمت، ذکر قرار منع تعقیب در دادنامه تجدیدنظرخواسته، مبتنی بر اشتباه است و با اصلاح آن به حکم برائت، دادنامه تجدیدنظرخواسته را به استناد ماده ۲۵۰ قانون آیین دادرسی کیفری و با اصلاح موصوف تأیید می‌نماید. رأی صادره، قطعی است.

۲. نقد و بررسی

نکات زیر در پرونده فوق دارای اهمیت می‌باشد:

۱- مطابق ماده ۲۶۵ قانون آیین دادرسی کیفری (مصوب ۱۳۹۲) و بند (ک) ماده ۳ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب (اصلاحی ۱۳۸۱)، قرار منع تعقیب در مواردی صادر می‌شود که از دیدگاه بازپرس، عمل ارتكابی جرم نبوده یا اصولاً جرمی واقع نشده و یا ادله کافی برای انتساب جرم به متهم وجود نداشته باشد.

۲- طبق قانون زمان صدور رأی، قرار منع تعقیب، تنها زمانی در دادگاه صادر می‌شود که دادگاه در مقام تحقیق اقدام می‌کند به این معنا که

تحقیقات مقدماتی در دادسرا صورت نگرفته بلکه انجام این تحقیقات برعهده دادرس دادگاه می‌باشد، اما براساس ماده ۳۴۱ قانون آیین دادرسی کیفری (مصوب ۱۳۹۲) حتی در فرضی که پرونده با کیفرخواست از دادسرا به دادگاه ارجاع شده، امکان صدور قرار منع تعقیب وجود دارد.

۳- مطابق قانون زمان صدور رأی، دادرس دادگاه زمانی رأی برائت صادر می‌نماید که تحقیقات مقدماتی توسط دادسرا، انجام و پرونده به دادگاه ارسال شده است و معتقد به عدم وقوع جرم یا عدم ارتکاب آن توسط متهم یا فقدان ادله کافی برای انتساب جرم به متهم می‌باشد.

۴- تحقیقات مقدماتی جرایم مشمول حد زنا و لواط، جرایمی با مجازات قانونی سه ماه حبس و یا جزای نقدی تا یک میلیون ریال، و همچنین جرایم اطفال براساس تبصره ۳ ماده ۳ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب (اصلاحی ۱۳۸۱) که قانون لازم‌الاجرای زمان صدور این رأی می‌باشد، برعهده دادگاه است. و همچنین طبق ماده ۳۴۰ قانون آیین دادرسی کیفری، عهده‌دار تحقیقات مقدماتی جرایم تعزیری درجه ۷ و ۸. ۵- جرم انتسابی در پرونده، صدور چک بلامحل به مبلغ هشتاد میلیارد و دویست و هشتاد و نه میلیون ریال (جرم تعزیری درجه ۶ براساس ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی) بوده بی‌آنکه مشمول تبصره ۳ ماده ۳ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب باشد.

با توجه به نکات بالا به نظر می‌رسد رأی دادگاه تجدیدنظر منطبق بر قانون زمان صدور می‌باشد، زیرا اتهام وارده صدور چک بلامحل به مبلغ هشتاد میلیارد و دویست و هشتاد و نه میلیون ریال بوده، چه براساس قانون زمان صدور حکم و قانون آیین دادرسی کیفری، تحقیقات مقدماتی آن برعهده دادسراست کمااینکه در پرونده مذکور نیز تحقیقات مقدماتی در دادسرا صورت گرفته، سپس پرونده به دادگاه ارسال شده است. نکته قابل توجه اینکه دادرس دادگاه بدوی در صورت عدم اعتقاد به وقوع جرم، می‌بایست رأی برائت صادر می‌کرده است. قرار منع تعقیب تنها در موارد احصائی تبصره ۳ ماده ۳ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و

انقلاب توسط دادرس دادگاه قابل صدور بوده است. نکته شایان ذکر در این رأی، پذیرش تجدیدنظرخواهی متهم نسبت به قرار منع تعقیب می‌باشد، زیرا اصولاً قرار منع تعقیب از سوی شاکی قابل اعتراض است و نه متهم، لکن در این رأی، متهم به قرار منع تعقیب اعتراض نموده. به احتمال زیاد دادگاه تجدیدنظر با عنایت به اینکه دادگاه بدوی به اشتباه به جای «برائت»، قرار منع تعقیب صادر کرده، تقاضای تجدیدنظرخواهی را پذیرفته حالی که این امر برخلاف قانون به نظر می‌رسد. البته بند (ن) ماده ۳ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب که مطابق بند یک آن قرار منع تعقیب توسط شاکی قابل اعتراض دانسته شده، به قرارهای قابل اعتراضی که توسط بازپرس صادر گشته، اشاره کرده؛ حال آنکه در این پرونده، دادرس دادگاه قرار منع تعقیب صادر نموده است.

• وحدت رویه قضایی در مورد «اصل عدم قابلیت استناد به ایرادات در اسناد تجاری و استثنائات آن»

اگرچه در قانون تجارت صراحتاً از اصل عدم قابلیت استناد به ایرادات در اسناد تجاری سخنی به میان نیامده است اما رویه قضایی به درستی این اصل را اعمال می‌کند و ایرادات راجع به معامله پایه را در قبال دارنده سند تجاری مسموع نمی‌داند.^۱ البته این اصل، محدود به دارنده با حسن نیت می‌شود و هر شخص ثالثی که از رابطه بین صادرکننده و دارنده، بی‌اطلاع است شخص با حسن نیت به حساب می‌آید. برای مثال، ادعای امانی بودن چک - حتی در صورت اثبات - در مقابل شخص ثالثی که از این موضوع مطلع نیست قابلیت استناد ندارد.^۲ در برابر، اگر ثابت شود که دارنده، فاقد حسن نیت است ایرادات رابطه مبنایی در مقابل وی قابل استناد است. گذشت مدت زمان طولانی از تاریخ صدور چک تا تاریخ گواهی عدم پرداخت، همچنین گذشت مدت زمان بسیار از تاریخ گواهی عدم پرداخت تا تاریخ اقامه دعوا، با توجه به عرف حاکم بر اسناد تجاری از جمله قرائنی است که دلالت بر عدم وجود حسن نیت دارنده می‌کند.^۳

• تهافت آراء قضایی در مورد «مطالبه چک بابت تضمین»

در مورد مطالبه چکی که بابت تضمین انجام تعهدات قراردادی صادر شده است در رویه قضایی اختلاف نظر وجود دارد: برخی از شعب معتقدند به دلیل اینکه در زمان صدور چک، دینی برای صادرکننده وجود نداشته و صرفاً برای تضمین خسارت ناشی از تخلف احتمالی از انجام تعهدات صادر شده است، پس موضوع

وحدت و تهافت رویه قضایی نزد دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران در حقوق تجارت (پاییز و زمستان ۱۳۹۱)

مهدی شریفی*

اسناد تجاری

• وحدت رویه قضایی در مورد اثر خط زدن عبارت «حواله کرد» از روی چک

دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران در خصوص اثر خط خوردن عبارت «حواله کرد» از روی چک توسط صادرکننده معتقدند اگر عبارت مزبور (حواله کرد) از روی چک خط بخورد به منزله توافق طرفین (صادرکننده و دارنده اولیه) به عدم انتقال چک به دیگری یا به نوعی سلب حق انتقال به غیر است و انتقال گیرنده نمی‌تواند وجه مربوط به آن را وصول کند^۱ چراکه توافق میان طرفین، یک قرارداد خصوصی مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی به شمار می‌آید و مادامی که مخالفتی با قوانین آمره نداشته باشد نافذ است و در این مورد هیچ گونه مخالفتی با قوانین آمره مشاهده نمی‌شود. بنابراین، توافق طرفین مبنی بر عدم انتقال چک به ثالث، نافذ و معتبر می‌باشد.^۲ همچنین دارنده ثانویه در این فرض، دارنده با حسن نیت تلقی نمی‌شود که بتواند وجه چک را مطالبه نماید زیرا با مشاهده ظاهر چک، غیرقابل انتقال بودن آن را دریافته است.^۳

* دکتری حقوق خصوصی و پژوهشگر پژوهشگاه قوه قضاییه

sharifimehdi@hotmail.com

۱. شعبه ۲۸ دادگاه تجدیدنظر استان، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۲۸۰۰۹۰۳ مورخ ۱۳۹۱/۷/۳۰، مجموعه آراء قضایی دادگاه تجدیدنظر استان تهران، شهریور ۱۳۹۱، ص ۲۹۸.
۲. شعبه ۴ دادگاه تجدیدنظر استان، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۰۴۰۱۸۲۲ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۱۲، همان، ص ۷۹۹.
۳. شعبه ۴۳ دادگاه تجدیدنظر استان، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۴۳۰۱۰۵۲ مورخ ۱۳۹۱/۹/۲۸، همان، ص ۴۸۰.

۱. شعبه ۵۰ دادگاه تجدیدنظر استان، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۰۱۰۰۱۲۵۶ مورخ ۹۱۰۹۹۷۰۰۱۰۰۱۲۵۶، همان، ص ۵۹۰.
۲. شعبه ۵۹ دادگاه تجدیدنظر استان، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۶۰۰۶۴۳ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۳۰، همان.
۳. شعبه ۱۶ دادگاه تجدیدنظر استان، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۶۰۰۶۴۳ مورخ ۱۳۹۱/۶/۲۶، همان، ص ۱۴۶.



مشمول عنوان ضمان «ما لم یجب» بوده و با توجه به بطلان چنین ضمانی، چک مذکور از اساس باطل بوده، قابلیت مطالبه ندارد.^۱ بعضی از شعب نیز چک مزبور را قابل مطالبه نمی‌دانند و بدون اینکه آن را از اساس باطل بدانند معتقدند چنین چکی فاقد اوصاف یک چک تجاری بوده بنابراین، ضمانت‌اجراها و امتیازات چک تجاری از جمله مطالبه از طریق اجرای ثبت درمورد آن وجود ندارد.^۲ درمقابل، دیگر شعب، مطالبه وجه چنین چکی را مشروط به تحقق شروط قراردادی و اثبات تخلف صادرکننده از انجام تعهد می‌پذیرند. بر این اساس، چکی که بابت تضمین انجام تعهدات قراردادی صادر شده است پس از تحقق شروط قراردادی، قابلیت مطالبه می‌یابد.^۳ پس تا زمانی که تخلف صادرکننده از تعهدات قراردادی و محقق شدن ضمان وی اثبات نشده دعوای مطالبه چک مزبور قابلیت استماع ندارد. تخلف قراردادی طرف مقابل نیز صرفاً از طریق تقدیم دادخواست جداگانه و مستقل قابل اثبات است.^۴

• وحدت رویه قضایی درمورد «ماهیت ظهرنویسی اسناد تجاری»

در صورتی که پشت سند تجاری بدون هیچ گونه نوشته‌ای که نشان‌دهنده قصد امضاءکننده باشد، امضاء شده باشد ممکن است درباره ماهیت این امضاء اختلاف ایجاد گردد؛ منشأ اختلاف در این است که امضای مذکور می‌تواند انتقال، ضمانت یا وکالت تلقی شود. دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران در دو مورد متفاوت، امضای مزبور را ظهرنویسی به قصد انتقال تلقی کرده‌اند. مورد اول جایی

۱. شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۰۰۱۰۸۵ مورخ ۱۳۹۱/۸/۱۰، همان، ص ۳۹۷.
۲. شعبه ۳ دادگاه تجدیدنظر استان، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۰۳۰۱۳۷۰ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۲۴، همان، ص ۵۹۴.
۳. شعبه ۲۸ دادگاه تجدیدنظر استان، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۸۰۰۶۹۳ مورخ ۱۳۹۱/۶/۱۹، همان، ص ۱۵۰.
۴. شعبه ۳۵ دادگاه تجدیدنظر استان، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۳۵۰۱۳۹۷ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۹، همان، ص ۸۰۱.

است که دادگاه در تردید بین ظهرنویسی به قصد انتقال و ظهرنویسی به قصد ضمانت، چنین امضایی را حاکی از انتقال سند تجاری دانسته است نه ضمانت.^۱ در مورد دوم در حالت تردید بین ظهرنویسی به قصد انتقال و ظهرنویسی به قصد وکالت در وصول، دادگاه معتقد است که ظهرنویسی سند تجاری، ظهور در انتقال سند تجاری دارد مگر اینکه صراحتاً ظهرنویسی به عنوان وکالت در وصول قید شده باشد.^۲

• وحدت رویه قضایی درمورد «امکان وصول خسارت تأخیر تأدیه وجه بیش از شاخص تورم توسط بانک‌ها»

بانک‌ها مطابق قانون عملیات بانکی بدون ربا می‌توانند به نرخ خسارت تأخیر تأدیه متفاوت از آنچه در قانون آیین دادرسی مدنی مقرر شده با طرف‌های قراردادی خود توافق نمایند چراکه در برابر قانون الحاق دو تبصره به ماده ۱۵ اصلاحی قانون عملیات بانکی بدون ربا (مصوب ۱۳۷۶)، خسارت مورد نظر باید به ترتیبی که در قرارداد تنظیمی طرفین مقرر شده پرداخت گردد.^۳

• وحدت رویه قضایی درمورد «عدم تعلق خسارت تأخیر تأدیه به چک در صورت تأخیر در مطالبه به مدت طولانی»

تأخیر قابل توجه نسبت به مطالبه وجه چک، موجب عدم استحقاق وی نسبت خسارت تأخیر تأدیه نسبت به این دوره است. بنابراین پس از اخذ گواهینامه عدم پرداخت، چنانچه دارنده در مدت معقولی نسبت به مطالبه وجه

۱. شعبه ۵۶ دادگاه تجدیدنظر استان، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۷۰۱۰۰۶۵۸ مورخ ۱۳۹۱/۶/۴، همان، ص ۱۵۰.
۲. شعبه ۴ دادگاه تجدیدنظر استان، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۰۴۰۱۸۲۳ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۱۲، همان، ص ۸۰۱.
۳. شعبه ۵۱ دادگاه تجدیدنظر استان، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۶۹۴۰۰۲۸۹ مورخ ۱۳۹۱/۹/۱۳، همان، ص ۵۶۸؛ شعبه ۷ دادگاه تجدیدنظر استان، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۰۷۰۱۱۴۳ مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۸، همان، ص ۷۰۳.

چک اقدام ننماید برای این مدت، خسارت تأخیر تأدیه محاسبه نمی‌شود. البته دادگاه‌ها برای رسیدن به این نتیجه از دو گونه استدلال بهره گرفته‌اند: الف) یکی از دادگاه‌ها چنین تأخیری را دال بر انصراف دارنده از مطالبه خسارت تأخیر تأدیه می‌داند^۱ که می‌توان گفت تأخیر قابل توجه در مطالبه خسارت، قرینه‌ای بر انصراف از مطالبه است؛ ب) برخی از دادگاه‌ها به قاعده «اقدام» استناد کرده، خسارت تأخیر تأدیه در مدت مذکور را مستند به اقدام دارنده می‌دانند نه تقصیر صادرکننده، با این توضیح که تأخیر در مطالبه و اقامه دعوی به مدت طولانی رفتاری غیرممتعارف است و چنانچه از رفتار نامتعارف خواهان خسارتی به وی وارد گردد برحسب قاعده یادشده، مأخوذ به رفتار خود خواهد بود.^۲

مالکیت معنوی

• وحدت رویه قضایی در مورد «حمایت از علامت تجاری در ایران»

صرف ثبت علامت تجاری در یکی از کشورهای عضو کنوانسیون پاریس، مالک علامت را از حمایت قانونی در سایر کشورهای عضو بهره مند نخواهد ساخت.^۳ بنابراین تا زمانی که مالک علامت تجاری، علامت موصوف را در ایران ثبت نکرده است نمی‌تواند از حمایت‌های قانونی مندرج در کنوانسیون پاریس برخوردار شود.^۴ متقاضی نام تجاری با تسلیم اظهارنامه در یکی از کشورهای عضو کنوانسیون پاریس، تنها شش ماه مورد حمایت کشورهای عضو کنوانسیون پاریس می‌گردد و ظرف این شش ماه برای ثبت علامت تجاری خود دارای حق تقدم است لذا اگر وی بعد از این مهلت، اقدام به ثبت علامت در ایران نموده و قبل از آن، فرد دیگری علامت را در ایران ثبت

کرده باشد موجبی برای ابطال علامت تجاری مقدم‌الثبت وجود ندارد مگر اینکه علامت تجاری مذکور از علائم مشهوره باشد.^۱

• وحدت رویه قضایی در مورد «شرایط ابطال ثبت علامت تجاری به دلیل شباهت»

برای ابطال علامت تجاری به دلیل مشابهت با علامت تجاری مؤخرالثبت باید علامت مقدم از علائم تجاری مشهوره باشد یا اینکه طبقه‌بندی کالاها هر دو علامت یکسان باشند. بنابراین اگر علامت تجاری مؤخرالثبت برای کالای متفاوتی به کار رفته باشد و مصرف کننده را در انتخاب دچار اشتباه نکند موجبی برای ابطال آن وجود ندارد.^۲ همچنین نوع مصرف کنندگان کالا نیز اهمیت دارند چراکه ملاک در ابطال علامت، ایجاد اشتباه در مصرف کنندگان است. پس در صورتی که مصرف کنندگان کالا از مصرف کنندگان عادی نباشند که در مورد منشأ کالا دچار اشتباه شوند بلکه مصرف کنندگان حرفه‌ای باشند که چنین شباهتی آنها را دچار اشتباه سازد، صرف شباهت ظاهری علامت تجاری کالا با علامت تجاری مقدم، موجب صدور رأی ابطال ثبت علامت تجاری کالای موصوف نخواهد شد.^۳

ورشکستگی

• وحدت رویه قضایی در مورد «بطلان معاملات تاجر پس از تاریخ توقف»

هر معامله‌ای توسط تاجر پس از تاریخ توقف، با توجه به عدم اهلیت تاجر و خلل در ارکان صحت معامله فاسد بوده، محکوم به بطلان است. اگرچه تاریخ

۱. شعبه ۱۷ دادگاه تجدیدنظر استان، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۷۰۰۹۳۵ مورخ ۱۳۹۱/۷/۸، همان، ص ۳۰۱.

۲. شعبه ۲۷ دادگاه تجدیدنظر استان، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۲۷۰۱۶۳۴ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۲۱، همان، ص ۷۸۷.

۳. شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۲۰۱۶۰۲ مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۲۵، همان، ص ۷۰۷.

۴. شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۲۰۱۷۴۷ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۲۶، همان، ص ۸۰۹.

۱. شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۲۰۱۱۳۲ مورخ ۱۳۹۱/۸/۲۸، همان، ص ۴۰۴.

۲. شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۲۰۰۹۰۷ مورخ ۱۳۹۱/۷/۱۵، همان، ص ۳۰۵؛ شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۲۰۱۵۶۰ مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۱۶، همان، ص ۷۰۶.

۳. شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۲۰۱۶۷۲ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۸، همان، ص ۸۰۸.

توقف سال‌ها بعد طی حکمی اعلام شود و تاجر را در زمان معامله ورشکسته اعلام کند و هرچند در این معامله غبطه شرکت و طلبکاران لحاظ شده باشد زیرا اگر تعیین تاریخ توقف تاجر تأثیری در معاملات وی نداشت لزومی به تصریح آن از سوی قانونگذار نبود.^۱

• **وحدت رویه قضایی در مورد «خوانده دعوای ورشکستگی شرکت منحل شده»**

دعوای ورشکستگی شرکتی که منحل شده است باید به طرفیت مدیر تصفیه آن طرح شود چراکه در چنین وضعیتی تا خاتمه امر تصفیه، شخصیت حقوقی شرکت برای تصفیه باقی خواهد ماند و مدیران تصفیه، نماینده شرکت در حال تصفیه هستند. بنابراین اگر دعوا به طرفیت خود شرکت طرح گردد دادگاه قرار عدم استماع دعوا را صادر خواهد کرد.^۲

۱. شعبه ۴۹ دادگاه تجدیدنظر استان، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۵۰۰۸۷۴ مورخ ۱۳۹۱/۶/۲۱، همان، ص ۱۵۸؛ شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۱۴۴۰ مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۱۵، همان، ص ۷۰۹.

۲. شعبه ۳۷ دادگاه تجدیدنظر استان، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۳۷۰۰۷۶۴ مورخ ۱۳۹۱/۶/۲۹، همان، شعبه ۲۷ دادگاه تجدیدنظر استان، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۲۷۰۰۸۴۳ مورخ ۱۳۹۱/۷/۹، همان، ص ۳۰۸.

گزارش نشست نقد رأی: ابطال سند رسمی مالکیت به استناد سند عادی بیع با تاریخ مقدم (نقد رأی دادگاه تجدیدنظر استان تهران)

تنظیم: پژوهشکده استخراج و مطالعات رویه قضایی
(پژوهشگاه قوه قضاییه)

چهل و هشتمین جلسه نقد رأی دادگاه تجدیدنظر استان تهران با موضوع «ابطال سند رسمی مالکیت به استناد سند عادی»^۱ در روز سه‌شنبه ۴ آبان ماه ۱۳۹۵ در سالن ولایت این دادگاه با حضور آقایان: دکتر منصور امینی (عضو هیأت علمی دانشگاه شهید بهشتی)، دکتر ناصری (معاون منابع انسانی)، دکتر طاهری (رئیس شعبه ۲۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران)، آقای کریمی (مستشار دادگاه تجدیدنظر استان تهران) و دکتر جمشیدی (رئیس شعبه ۳۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران) برگزار گردید. مشروح مطالب طرح‌شده در جلسه تقدیم می‌گردد.

آقای احوارکی (معاون قضایی رئیس کل دادگستری استان تهران)

موضوع بحث «ابطال سند رسمی مالکیت مال غیرمنقول به استناد سند عادی مقدم» است. در آراء دادگاه مشاهده شد که برخی از شعب، به استناد یک مبایعه‌نامه عادی، سند رسمی را که بعد از آن منتقل شده باطل کرده‌اند با این استدلال که پیش از تنظیم سند رسمی، مالک، مال را با یک سند عادی به شخص خواهان فروخته است. چنین بحثی نیز در اجرای احکام درخصوص اعتراض ثالث اجرایی مالی که توقیف شده، مطرح می‌گردد؛ بدین ترتیب که ثالث اجرایی با استناد به مبایعه‌نامه

۱. آراء مورد بررسی در این جلسه در قسمت پایانی گزارش نشست پیوست شده است.

عادی، مدعی و معترض می‌شود که مال در مالکیت محکوم‌علیه نیست. بعضی از همکاران حقوقی، در آراء خود اسناد رسمی را ابطال نموده‌اند و عده‌ای نیز با این اعتقاد که از سند رسمی باید حمایت کرد و سند عادی با سند رسمی قابل معارضه نیست، این دعوا را قابل استناد ندانسته‌اند. آرائی که در این جلسه مورد نقد و بررسی قرار خواهد گرفت رأی بدوی صادره از شعبه ۱ دادگاه عمومی حقوقی دماوند، و رأی تجدیدنظر صادره از شعبه ۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران است. در رأی نهایی این پرونده، شعبه ۱ دادگاه تجدیدنظر، سند عادی را ابطال کرده بود. درمقابل، رأی شعبه ۲۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران که نهایتاً در شعبه ۵۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران بررسی شده، قرار داشت که این دعوا را مردود اعلام کرده است.

دکتر امینی

موضوع مورد بحث، از موضوعات بسیار مهمی به‌شمار می‌آید به‌طوری‌که با گذشت بیش از هشتاد سال، جامعه حقوقی ما همواره درگیر این مهم است. طبق ماده ۳۳۹ قانون مدنی، به محض توافق طرفین درمورد مبیع و ثمن، عقد بیع با ایجاب و قبول واقع می‌شود. بدین ترتیب، قانون مدنی، اصل رضائی بودن عقد بیع را - که به صرف توافق شکل می‌گیرد بی‌آنکه نیاز به عنصر دیگری داشته باشد - به عنوان قاعده حقوقی بیان کرد، اما سه سال بعد (سال ۱۳۱۰) مواد ۲۲، ۴۶ و ۴۸ قانون ثبت به تصویب رسید و در حوزه اموال غیرمنقول، قاعده دیگری را ذکر نمود. طبق حکم صریح این قانون، در بیع اموال غیرمنقول باید سند تنظیم شود. در این باره (ضرورت تنظیم سند)، هیچ‌گونه اختلاف‌نظری وجود ندارد ولی درخصوص تبعات عدم تنظیم سند و اتفاقات مابعد آن، اختلاف نظر هست. کشور ما بیش از هشتاد سال است که درگیر اجتماع یا جمع میان این مواد است بی‌آنکه منجر به پایان یافتن این اختلافات گردد. در طی این سال‌ها دو دیدگاه «اکثریت» و «اقلیت» ایجاد گشته که گاه به اقتضای هر دوره جای آن دو (اکثریت و اقلیت) تغییر یافته است. به‌طور مثال، در این دادگاه تجدیدنظر، چند سال پیش دیدگاه اکثریت مبتنی بر یک مسئله بود و دیدگاه اقلیت بر مبنای مسئله‌ای دیگر، ولی بنا به استنباطم از گزارش نشست پیشین، ظاهراً و نیز مجدداً جابجایی در دو دیدگاه اکثریت و اقلیت رخ داده است. بی‌شک این جریان ادامه خواهد یافت چراکه زمانی دیوان عالی کشور درخصوص موضوعی، رأی وحدت‌رویه صادر نمود؛ عده‌ای که طرفدار این دیدگاه بودند ارائه رأی وحدت‌رویه دیوان مزبور را حمل بر تأیید



دیدگاه خود کردند ولیکن بعدها علی‌رغم رأی وحدت‌رویه دیوان عالی در زمینه خلع ید، اختلافات باقی ماند و حتی در همان دیوان، آرائی صادر شد که متضمن تفاوت آشکاری است. در حال حاضر، تنها اتفاقی که رخ نموده اعلام و انتشار نظریه‌ای^۱ است از سوی شورای نگهبان که با اظهار این نظر، قضاتی که دیدگاهشان بر این اساس (ابطال سند رسمی) بوده، قاعداً به این جمع‌بندی خواهند رسید که شورای نگهبان نظر آنان را تأیید کرده است. و از ظاهر نظریه شورا می‌توان به همین نتیجه رسید ولی گمان نمی‌کنم اینچنین مباحثی با این نظریه شورای نگهبان خاتمه یابد چون در بطن خود سؤالات فراوانی نهفته است که نظریه مزبور شورا پاسخ روشنی به آنها نمی‌دهد لذا محل اختلاف‌نظرات دیگری خواهد گشت. کمالینکه وقتی رأی وحدت‌رویه دیوان عالی کشور در مورد «ضمان درک» صادر شد بسیار کسان بر این باور بودند که با اتمام بحث ضمان درک، دیوان عالی تکلیف را معین کرده است در صورتی که در دادگاه تجدیدنظر بعد از رأی وحدت‌رویه دیوان مزبور، منجر به تفاسیر متفاوت و اختلاف‌نظرات فراوانی شد. و اما در نظریه شورای نگهبان آمده است: مفاد مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت اسناد و املاک صرفاً اختیاری پنداشتن ثبت سند در برخی موارد و الزامی دانستن آن در سایر موارد است که این مطلب خود به خود بلاشکال و بی‌ایراد می‌باشد ولیکن مفاد ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک و نیز ماده ۴۸ همان قانون که دلالت بر بی‌اعتباری اسناد عادی دارد اطلاق آن (بی‌اعتباری) در مورد سند عادی که ادله قانونی یا شرعی معتبر بر صحت مفاد آنها باشد، باطل و خلاف شرع است. بنابراین، نشست حاضر شاید به‌نوعی سالبه به انتفاع موضوع باشد با این باور بعضی همکاران که با وجود نظریه شورای نگهبان، محلی برای طرح نظرات دیگر باقی نمی‌ماند ولی در واقعیت امر این‌گونه نیست، زیرا علی‌رغم نظریه شورا همواره سؤالات زیادی باقی می‌ماند که بنا به چیستی مبنای نظریه شما پاسخ آن متفاوت خواهد بود و این در جای خود مقوله‌ای است درخور توجه. و اما مسئله دیگر، توقع رسیدن به نظر واحد است که این نیز در مقام خود امری است دشوار چنانکه برای چنین چالشی هشتاد سال زمان صرف شده. در نظام حقوقی ایران شش دیدگاه در تفسیر مواد قانونی مدنی و ثبت وجود دارد و احتمالاً با مطرح شدن نظریه شورای نگهبان بعضی از حقوق‌دانان برای دور زدن این نظر، دیدگاه‌های دیگری را هم مطرح

۱. شورای نگهبان نظریه مزبور را در ۴ آبان ماه ۱۳۹۵ اعلام کرده است.

می‌کنند که قابل جمع با نظر شورای نگهبان باشد: تاکنون شش تفسیر وجود داشته که زین پس شاید به تفسیر هفت یا هشتگانه نیز برسد. مشکل این است که قانونگذار نظام حقوقی کشورمان به‌گونه‌ای متن را نوشته است که جای تفسیر را باز گذاشته. هیأت عمومی دیوان عالی کشور موظف است در صورت وجود اختلاف نظر در موضوع واحد و صدور آراء متعارض، قضیه را با رأی وحدت‌رویه سامان بخشد حال آنکه در طی هشتاد و اندی سال و علی‌رغم آگاهی همه به این تعارض در رویه، رأی وحدت‌رویه صادر نکرده است. گاهی در برخی موارد، شقاق و خلاف بر سر این است که: آیا اختلاف محقق است یا خیر؟ ولی در حال حاضر اگر چنین دعوی در دادگستری مطرح شود، هیچ‌کس قادر نیست نتیجه دعوا را پیش‌بینی کند. در یک مجتمع واحد، مبنی بر اینکه به کدام شعبه برود، نتیجه پرونده متفاوت خواهد بود. به محض انتشار آراء، کانون توجه و تمرکز، مجتمع و شعبه واحد است. اینجاست که در زمان‌های مختلف نسبت به مسئله، موضع‌گیری‌های متفاوت و گوناگونی خواهد داشت و این امر حاکی از نابسامانی فراوان است. با توجه به اینکه متخصصین در تمام گزارشاتی که در مورد وضعیت اقتصادی ایران منتشر کرده‌اند یکی از نکاتی که تأکید دارند نابسامانی قضایی ایران درخصوص تعیین تکلیف نسبت به معامله با سند رسمی است مبنی بر اینکه سند رسمی فاقد اعتبار می‌باشد و با سند عادی می‌توان آن را باطل نمود. در گزارشی ارائه‌شده از سوی برخی قضات، آنان همواره بر این مسئله متمرکز شده‌اند که حجم انبوهی از پرونده‌ها مربوط به نابسامانی و عدم شفافیت و روشن نبودن موضع حقوقی - قضایی در نظام حقوقی ایران نسبت به این اموال است که بیانگر نوعی بلا تکلیفی است. به‌فرض، اگر فردی از جامعه حقوقی، قصد خرید ملکی را داشته باشد با تمام آگاهی و علم وی از اختلاف‌نظرات باز هم دچار تشویش خاطر می‌گردد چه رسد به عوام که به‌سبب ناآگاهی‌ای بسا دامنه اختلاف‌نظرات گسترده است؛ چنانکه دغدغه و نگرانی با چنین پرسش‌هایی نمود می‌یابد: برای خرید ملک چه اقداماتی می‌توان انجام داد؟ آیا برای محرز شدن عدم توقیف ملک مورد نظر، صرف استعلام ثبتی کافی است؟ آیا ملک فروشنده واقعاً در ید مالکیت اوست؟ و سرانجام به‌ناگاه فرد دیگری با داشتن مبایعه‌نامه عادی، آن اسناد را ابطال می‌سازد و این یعنی عدم اطمینان. البته مقصود من این نیست که باید دیدگاه خاصی را پذیرفت، زیرا از نظر من هیچ‌کس نمی‌تواند مدعی شود دیدگاهی که از آن طرفداری می‌کند صددرصد مفید و مناسب و در عین حال کارساز است چراکه در واقعیت امر، همه دیدگاه‌ها محاسن و معایب خاص خود را دارند. باید دید از میان

دیدگاه‌ها کدام‌یک از عیب کمتری برخوردار است و کدام‌یک برای ارزیابی، مناسب‌تر. مهم‌ترین ملاک ارزیابی، هدفی است که این مواد دنبال می‌کند. آنچه لازم به ذکر است اینکه امروزه همه نظام‌های حقوقی دنیا ضرورت تنظیم سند رسمی در بیع اموال غیرمنقول را پذیرفته‌اند و اگر این مسئله در سال ۱۳۱۰ در قانون ثبت نوشته شده در اقتباس از تجربه‌ای بوده که تمام دنیا داشته است. حال سؤال اینجاست که: چرا در دیگر نظام‌های حقوقی واقعاً مشکل معامله معارض به چشم نمی‌خورد؟ و چه راهکاری برای حل آن اعمال کرده‌اند در صورتی که بیش از هشتاد سال است که این امر در کشورمان همواره به صورت مسئله یا مشکل باقی مانده؟ حتی عالی‌ترین رده قضات کشورمان کنار هم نمی‌توانند به نظر واحدی برسند. در دنیا دو مدل وجود دارد که کشورها از یکی از آن دو تبعیت کرده‌اند ولی با وجود تفاوت در آن مدل‌ها نتیجه آن در سراسر دنیا مشترک است. قصد دارم سؤالاتی طرح کنم که باید بدانها پاسخ داده شود حال به هر نتیجه‌ای که در این نشست برسیم. نظریه‌ای که از آن دفاع می‌کنید:

(۱) آیا مانع از معامله معارض می‌گردد یا خیر؟

(۲) آیا نظم عمومی اقتصادی معاملاتی را در جامعه تأمین می‌کند؟

از اینکه تمام دنیا معتقدند سند رسمی باید تنظیم شود چهار هدف دارند:

الف) ارزش فراتر دادن به مال غیرمنقول: دولت بخشی از درآمد خود را از مالیات و عوارضی که بابت نقل و انتقال مال غیرمنقول می‌گیرد تأمین می‌کند. بنابراین با پذیرفتن هر دیدگاهی، این هدف هم تأمین است و مشکل چندان نیست.

ب) ملک را بخشی از سرزمین پنداشتن: دولت‌ها از طریق تنظیم سند رسمی بر نقل و انتقال املاک کشور خود نظارت می‌کنند زیرا بر این باورند که ملک، بخشی از سرزمین هر کشوری است. پس با هر دیدگاهی و بی‌هیچ مشکلی، این هدف نیز تأمین است چراکه همه به ضرورت تنظیم سند آگاه هستند.

دو هدف عمده دیگر که در هر جای دنیا و نزد هر قاضی و نظام حقوقی، جزء مسلمات و مشترکات همه نظام‌های حقوقی‌اند که جملگی بر آنها تأکید دارند:

ج) ممانعت از معامله معارض: گفتنی است باید از چنین معامله‌ای جلوگیری به عمل آورد تا کسی نتواند ملک خویش را در آن واحد به چند تن دیگر بفروشد. و لذا ضرورت تنظیم سند این هدف را تجلی می‌سازد. اینکه از کدام دیدگاه تبعیت کنیم می‌تواند بر این مسئله و هدف، مؤثر باشد.

د) تأمین نظم عمومی معاملات: مطلبی که در هر جای دنیا بی‌هیچ اختلافی بر آن تأکید ورزیده‌اند این است که آنان معتقدند تأمین نظم عمومی معاملاتی باید از طریق حمایت از اشخاص ثالث با حسن نیت که از عیوبی که قبلاً در معاملات وجود داشته بی‌اطلاع بودند، باشد.

حال باید دید ملاک ارزیابی دیدگاه‌ها چیست؟ آنچه مسلم است اینکه در تمام دنیا دو مدل وجود دارد:

الف) مدل فرانسوی‌ها

ب) مدل آلمانی‌ها: افق دید آلمانی‌ها تا کجاست که به‌هیچ‌وجه با مشکل معامله معارض روبرو نمی‌شوند؟ به نقل از هیأتی ایرانی - که به فرانسه سفر کرده بودند - فرانسویان در قبال این سخن که تعارض بین سند عادی و رسمی وجود ندارد، اظهار شگفتی نموده بودند. درمقابل، این سؤال (چگونه ممکن است دنیا با چنین مسئله‌ای مواجه نباشد) برای ما ایرانیان نیز عادی است؛ حال آنکه حجم عمده دعاوی در کشورمان مربوط به این مسئله می‌باشد. مقصود اینکه جدای از تفسیر لفظی مواد بایستی به نتیجه‌ای رسید که این نظریه:

(۱) بهتر می‌تواند مانع معاملات معارض شود.

(۲) از دارندگان سند با حسن نیت حمایت می‌کند.

بدیهی است که این اختلافات، پایان‌ناپذیر است ولو نشست‌ها و جلسات مکرر برگزار گردد. مراد اینکه اگر در پایان جلسات، رأی‌گیری نمایید باز هم با دیدگاه‌های متفاوت مواجه خواهید شد مگر اینکه قانونگذار قانون را تصحیح نماید و یا رأی وحدت‌رویه صادر شود. نزاع زمانی درمی‌گیرد که دعوا محدود به طرفین مبیعه‌نامه است؛ فردی مال خود را به دیگری می‌فروشد و وی نیز آن را با یک مبیعه‌نامه عادی می‌خرد. همه دیدگاه‌ها اتفاق نظر دارند که خریدار دارای سند عادی می‌تواند الزام فروشنده را به تنظیم سند رسمی بخواهد ولیکن اختلاف در جزئیات دیدگاه‌هاست نه در این فرض که بیان شد. پس نقطه آغازین و منشأ اختلاف آنجاست که اگر فروشنده با مبیعه‌نامه عادی دارای تاریخ مقدم، مال غیرمنقولی را به آقای X بفروشد سپس با سند رسمی با تاریخ مؤخر، همان مال را به آقای Y بفروشد آیا دارنده سند عادی می‌تواند سند رسمی را ابطال کند یا خیر؟ یعنی تعارض و تنازع میان دارنده سند عادی دارای تاریخ مقدم و دارنده سند رسمی با تاریخ مؤخر است. اینکه در سراسر دنیا یک

نظام حقوقی، قاضی و حقوقدان معتقد باشند دارنده سند عادی دارای تاریخ مقدم می‌تواند سند رسمی دارای تاریخ مؤخر را باطل کند، غیرممکن است. نظام‌ها در این مورد که ضمانت‌اجراها را چه قرار دهند اختلاف‌نظر دارند. ممکن است این سؤال به ذهن متبادر گردد: تکلیف کسی که با سند عادی دارای تاریخ مقدم خرید کرده است چه می‌شود و چه موضعی را باید اتخاذ نماید؟ اینچنین حکمی ظلم به اوست. همه نظام‌های حقوقی باز هم به این نتیجه مشترک می‌رسند که دارنده سند عادی با تاریخ مقدم می‌تواند به فروشنده مراجعه کرده، خواستار جبران خسارت گردد اما باید دقت نمود که مقصود از خسارتی که ماده ۳۸۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد این نیست که آقای X (دارنده سند عادی دارای تاریخ مقدم) مبلغ پرداختی خود را از فروشنده و نیز بنگاه معاملاتی دریافت کند، زیرا اگر مراد از خسارت این باشد که هر فروشنده، بعد از انجام معامله نخست، با یافتن و رجوع به مشتری دیگر و بهتر، می‌تواند سند رسمی تنظیم کند و پول معامله اول را با افزودن ارزش ریالی مبلغ به آن بازپس دهد، با چنین سودی نتیجه معلوم است. خریدار دارای سند عادی با مبلغ دریافتی می‌تواند آپارتمانی مانند آنچه از دست داده، به قیمت روز بخرد. نتیجه اینکه دارنده سند رسمی، به عین آپارتمان خواهد رسید و دارنده سند عادی به ارزش ریالی آپارتمان. در اینجا کسی که متضرر می‌شود فروشنده ناقض تعهد است چون یقین دارد اگر با سند عادی، معامله معارض کند نه تنها چیزی عاید وی نمی‌شود بلکه باید خسارت را به دارنده سند رسمی بدهد، لذا انگیزه اقتصادی برای معامله معارض ندارد. حال ممکن است چنین راهکاری را که همه دنیا از آن تبعیت کرده‌اند ناصحیح بدانیم و علی‌رغم اینکه دنیا به این نتیجه رسیده باشد ما باز هم راه‌حل بومی ویژه خود را برگزینیم و نابسامانی کماکان ادامه خواهد داشت. پس به‌ناگزیر باید به نظر دوستان و همکاران که بر این باورند دارنده سند عادی حق ابطال دارد - فارغ از درست یا غلط -، بیندیشیم تا به اشتراک فکری راه یابیم. در ظاهر امر، نظریه شورای نگهبان دیدگاه کسانی را که ابطال را مجاز می‌دانند تأیید می‌کند. بنابراین چنین چارچوبی، اینچنین حرکت و مسیری را می‌طلبد و آن اینکه اگر قائل بدین امر باشیم که خریدار با سند عادی می‌تواند سند رسمی مؤخر را ابطال کند، لاقلاً باید این مسئله را نیز پذیرفت که خریدار با سند رسمی مقدم هم می‌تواند به عنوان خسارت، قیمت روز را بگیرد، سپس با متوسل شدن به رأی وحدت رویه در خصوص ضمان درک، آن تفسیری را بپذیریم که نه براساس شاخص بانک مرکزی بلکه برپایه قیمت روز باید ثمن رد شود. البته این در صورتی است که بتوان از

آن رأی وحدت‌رویه چنین تفسیری ارائه کرد و گرنه باید ملاک را شاخص بانک مرکزی قرار داد. در نتیجه، با فروشنده ناقض عهدی مواجه هستیم که خسارت را گردن او انداخته‌ایم. خریدار اول (X) از نظر طرفداران این نظریه به عین آپارتمان می‌رسد و خریدار دوم (Y) به معادل آپارتمان که همان قیمت روز است. در فرجام کار، این فروشنده است که متضرر می‌گردد لذا با علم به این ضرر، انگیزه‌ای برای معامله معارض ندارد. اگر این دیدگاه را بپذیریم قابل پذیرش‌تر است از اینکه بگوییم خریدار اول (X) می‌تواند سند رسمی مؤخر را ابطال کند و خریدار دوم (Y) هم فقط پولی را که به بنگاه و دفترخانه داده بگیرد. حال، توجیه این مطلب که چرا در دنیا عکس این دیدگاه (خریدار اول حق ابطال ندارد که از نظر من، دیدگاه صحیح‌تر و مبتنی بر مبانی درست‌تری است)، را پذیرفته‌اند خارج از حوصله زمانی نشست حاضر است و شاید بهتر باشد انعکاس چنین مباحثی در جامعه، همان اختلاف‌نظر قضات دادگاه تجدیدنظر درمورد این باشد که خریدار دارای سند عادی، در ابطال سند رسمی ذی‌حق است ولی درمقابل، اتفاق نظر دارند که دیگری می‌تواند قیمت روز آپارتمان را به عنوان خسارت اخذ نماید. با رسیدن به چنین نتیجه مشترکی می‌توان از معامله معارض جلوگیری نمود و اشتراک‌نظر در این نکته به‌مراتب بهتر است تا اختلاف‌نظر درخصوص تفاسیر.

دکتر طاهری

من بنا به دلایلی که اذعان خواهم کرد طرفدار رأی شعبه ۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران هستم و در این باره به نکاتی اشاره خواهم نمود.

نخست، نکته پایانی را در آغاز سختم اشاره کنم: از اینکه دنیا راهی را درپیش گرفته است و ما مسیری دیگر، نباید خوف و هراس داشت؛ چنانکه می‌دانیم دنیا درخصوص مواردی چون حدود، قصاص، دیات و تعزیرات، ما را مورد تمسخر قرار داده اما از آنجا که به درستی مبانی خود ایمان داریم در مسیر فکری و عملی خویش حرکت می‌کنیم. (چه‌بسا مبانی کشورهای دیگر در این مسائل درست نباشد)، زیرا نخستین مبنای ما *أحلَّ الله بيع و خرم الزبایست*؛ چنانکه شارع مقدس فرمودند: بیع، حلال است. بی‌هیچ حرف و سخنی، همه متفق‌القولند که بیع، با ایجاب و قبول واقع می‌شود. وقتی با بیع مقدم طی سند عادی بیع واقع شد جایی برای بیع دوم باقی نمی‌ماند. ایجاب و قبول

دوم، محلی از اعراب ندارد ولو با سند رسمی. باید به اصول و آموزه‌های دینی توجه بیشتری داشته باشیم.

دوم، شورای نگهبان دو بار در دو مقطع زمانی مختلف (سال ۹۲ و ۹۵) اجازه می‌دهد که به اسناد عادی ترتیب اثر دهیم و آن را بپذیریم. حتی با شهادت دو شاهد عادل می‌توان بر سند عادی در مقابل سند رسمی ترتیب اثر داد. گرچه این نظریه متروک قضایی است و کمتر مورد توجه قضات واقع شده، اما نظریه‌ای است قابل توجه.

سوم، عقد بیع پس از توافق طرفین واقع می‌شود. کدام توافق مهم و ارزشمند است؟ قطعاً با پذیرفتن و صورت گرفتن توافق نخست، دیگر جایی برای توافق دوم وجود نخواهد داشت.

چهارم، هیچ دلیلی بر تفوق و حکومت قانون ثبت بر قانون مدنی نداریم که حاکی از قانون‌تر بودن قانون ثبت از قانون مدنی باشد. مقصود اینکه در این خصوص قانون مدنی به مراتب از قانون ثبت منعطف‌تر، مردمی‌تر، عاطفی‌تر و اقتصادی‌تر است؛ چنانکه مرحوم شهیدی هم معتقد بودند «قانون مدنی همانند قانون ثبت، قانون است و هیچ دلیلی بر این نیست که قانون ثبت قانون‌تر از قانون مدنی باشد».

پنجم، با انعقاد عقد بیع نخست، مالکیت مالک قبلی زایل می‌شود. در این صورت چگونه می‌تواند با سند رسمی مؤخر اقدام به انتقال مبیع به شخصی بنماید؟ بنابراین به علت فقدان مالکیت در بیع دوم، بیع دوم «بیع فضولی» و غیرنافذ است ولو اینکه با سند رسمی باشد و ما سند رسمی را به هیچ وجه در این خصوص نمی‌پذیریم؛ به علاوه، در اینجا جرم واقع می‌شود. انتقال مال غیر کجا تحقق می‌یابد؟ با سند عادی مقدم، به شخصی فروخته است و با سند رسمی مؤخر، به فردی دیگر. پس قطعاً از مصادیق انتقال مال غیر می‌تواند محسوب شود. در اینجا می‌خواهم مقایسه‌ای داشته باشم بین صدور حکم در الزام به تنظیم سند با دعوی مانحن‌فیه. به طور حتم همکاران حاضر در جلسه، به استناد قرارداد عادی، هزاران رأی صادر کردند و مالک را به انتقال سند رسمی و حتی به فک رهن و به الزامات دیگر جهت تهیه مقدمات، محکوم. حال، تفاوت در کجاست که در آنجا سند عادی ترتیب اثر داده می‌شود و محترم، اما در اینجا در مقابل معارضه با سند رسمی به یکباره مورد هجوم قرار می‌دهیم. بنابراین از این وحدت ملاک هم می‌شود استفاده کرد که سند عادی مقدم قابل قبول است.

ششم، نکته لازم به ذکر اینکه سند عادی باید با دقت و حوصله و موشکافانه و سخت‌گیرانه مورد ممیزی واقع شود تا محلی برای اعمال نفوذ و قدرت و تبانی وجود نداشته باشد. همان‌طور که ملاحظه شد در رأی شعبه ۱ به کارشناسی، ارجاع و بحث سفیدامضاء و دیگر مباحث مطرح گردید. اگر سند عادی در نهایت دقت، صبر و سختگیری احراز شد در این زمان است که موجبات بحث میان حکم قضایی و حکم قانونی فراهم می‌گردد.

هفتم، بی‌تردید حکم قضایی بر حکم قانونی تفوق دارد. حکم قانونی در قانون ثبت و قانون مدنی بیان شده است، اما در اینجا با یک فرایند قضایی، سند عادی را مورد احراز و ممیزی قرار می‌دهیم. بنابراین به نظر می‌رسد با حکم عادی، سند عادی دارای ارزش و اعتبار ویژه و خاصی خواهد شد.

هشتم، اصالت صحت و اصالت موضوع به ما اجازه می‌دهد سند عادی مقدم را مورد پذیرش قرار دهیم.

نهم، ماده ۱۱۷ قانون ثبت بحث معامله معارض را مطرح می‌کند که با این نکته هم‌عقیده هستیم، ولی باید دید در این ماده، اثبات شیء، نفی ماعدا می‌کند؟ مسلماً ماده مزبور سند مقدم عادی را انکار نکرده است فقط دست‌کم باید بپذیریم که آن (ماده) در جای خود مورد استفاده قرار گیرد. به دلیل ضیق وقت نمی‌توان رأی شعبه ۱ را تحلیل نمود هرچند شعبه مزبور به ترتیبی پیش رفت که منجر به پذیرش سند عادی شد.

دهم، در اینجا باید تذکار شوم با نظر همکارانی که معتقدند وقتی ابطال سند رسمی خواسته می‌شود حتماً باید دعوای الزام به اصالت قرارداد عادی هم مطرح گردد، موافق و همداستان نیستیم، زیرا وقتی از دادگاه به استناد سند عادی، ابطال سند خواسته می‌شود این خواسته در جوف و بطن چنین دعوایی نهفته است که دادگاه به دنبال ممیزی و ارزیابی و بررسی و دقت‌نظر در مورد این قرارداد می‌باشد. و به‌رغم دغدغه برخی همکاران این موضوع نه قابل بررسی است و نه قابل استفاده.

یازدهم، بحث دیگری که مطرح شد راجع به تلف حکمی بود که بدون شک موضوع مورد بحث، از مصادیق تلف حکمی به‌شمار نمی‌آید. امام (ره) یک مصداق بسیار عادی برای تلف حکمی بیان کردند: فرض کنید در زمینی فونداسیون ریخته می‌شود و

چهار طبقه زیر زمین و ده طبقه روی زمین ساختمانی بنا می‌گردد. در اینجا می‌توان گفت زمین، تلف حکمی شده، اما آپارتمان و ملکی که وجود خارجی دارد و هیچ تغییری نیافته (حتی رنگ‌آمیزی و نقاشی هم نشده) چگونه می‌توان ادعا نمود که تلف حکمی شده است. پس در این حوزه از بحث، طرفدار تلف حکمی نیستیم. بنا به تصور همکاران در اسناد عادی تاریخ فقط نسبت به متعاملین قابل قبول است، اما اگر در دادگاه تاریخ سند عادی احراز شود بی‌شک تاریخ سند عادی در اینجا برای همه حتی اشخاص ثالث، قابل استناد است و ماده ۱۳۰۵ قانون مدنی هم ما را به همین موضوع دلالت می‌نماید. فلذا از این نظر نبایست غدغه خاطر داشت که تاریخ در سند عادی ممکن است غیرقابل پذیرش باشد و اگر احراز گردد تاریخ، صحیح و درست است این موضوع قابل استفاده خواهد بود.

دوازدهم، نکته‌ای که بیان آن لازم و ضروری به نظر می‌رسد تاریخ تصویب قانون مدنی است. قانون مدنی در دو سال متفاوت تصویب شده: کتاب اول در سال ۱۳۰۷ هجری و قانون ثبت در سال ۱۳۱۰ به تصویب رسیده است. بنابراین، مقنن در بخش اسناد قانون مدنی به طور حتم قانون ثبت را مشاهده نموده که با داشتن ملاحظات خود، مقررات راجع به اسناد را در اینجا وضع و مقرر کرده است، اما نکته لازم به ذکر اینکه با پذیرش این نظریه که به آن اعتقاد نداریم چه اجحافی صورت خواهد گرفت: فروشنده دو ثمن و دو وجه گرفته است: یکبار از خریدار مقدم با سند عادی و دیگر بار از خریدار با سند رسمی. آیا چنین روندی ناعادلانه دارا شدن، تلقی نمی‌گردد؟ بدین نحو که فروشنده، هم در بیع اول، پول را دریافت نموده و هم در بیع دوم؛ مسلماً به دور از عدالت است که خریدار نخست، فقط در ثمن به وی (فروشنده) رجوع کند. سر آخر، فروشنده دادخواست اعسار و تقسیط دهد. و شعبه نیز مدت زمان ۵۰ سال برای وی مراهمه و قسط ببندد تا پول را پرداخت نماید. و اینچنین تقسیط طولی‌المدت صورت بگیرد. پس باید در پی راهکار مفید و ثمربخشی بود.

سیزدهم، در پایان می‌خواهم به وحدت رویه اشاره کنم. رأی وحدت رویه ۷۳۳ تکلیف را مشخص کرد. بدون تردید دارنده سند رسمی پس از ابطال سند می‌تواند تمام خسارات و غرامات خود را نسبت به موضوع از خریدار فاعل فعل

زیانبار مطالبه کند. طبق این رأی، ضمن احترام به حقوق نفر اول، گویی اجازه می‌دهیم که با جدیت حقوق او استیفاء شود.

آقای کریمی

قبل از هر سخنی با دادن اعتبار به سند رسمی، موافقت خود را درخصوص رأی شعبه ۵۵ تجدیدنظر استان تهران و رأی شعبه ۲۵ دادگاه حقوقی عمومی تهران اعلام می‌دارم. گرچه نقدهایی بر رأی شعبه ۲۵ دادگاه مزبور وارد است که مجال بیان آنها فراهم نیست. مستند من ماده ۷۲ قانون ثبت است. علاوه بر مواد ۲۲، ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت، ماده ۷۲ قانون مذکور مقرر می‌دارد کلیه معاملات راجع به اموال غیرمنقول که طبق مقررات راجع به ثبت املاک ثبت شده است نسبت به طرف معامله و قائم مقام قانونی آنها و اشخاص ثالث دارای اعتبار کامل و رسمیت خواهد بود. مقصود از این سخن آن نیست که قولنامه تنظیم شده فاقد اعتبار یا باطل است؛ چنانکه طبق گفته قانون ثبت، برای خرید و فروش اموال غیرمنقول باید مقررات خاصی در نظر گرفته باشند. و هیچ‌گاه گفته نشده قانون ثبت بر قانون مدنی برتری دارد. هر دو قانون عادی هستند و دارای یک اعتبار؛ درحقیقت، نمی‌توان یک قانون را بر قانون دیگر ارجحیت داد ضمن آنکه تبعیض در قوانین هم صحیح نیست به گونه‌ای که قانون مدنی را حاکم بدانیم و قانون ثبت را به هیچ وجه اجرا نکنیم، اما مواردی که دال بر باور من است اینکه سند رسمی را نمی‌توان ابطال کرد:

نخست، بحث مقررات ثبتی است که براساس مواد فوق‌الذکر نوع معامله و امنیت و نظم اقتصادی ایجاب می‌کند که معاملات راجع به اموال غیرمنقول به طور رسمی انجام شود. هدف قانونگذار ثبت این بوده است که افراد را به تنظیم سند رسمی برای اموال غیرمنقول تشویق کند.

دوم، مبحث عدالت است که بدان استناد می‌کنیم بدین نحو که اگر سند عادی را باطل کنیم خلاف عدالت است. عدالت امری است نسبی و در طرف مقابل هم همین قاعده حاکم می‌باشد. از بدیهیات و مسلمات است که شخصی ضمن رعایت مقررات و پرداختن عوارض ملک، و نیز تنظیم سند رسمی، نه تنها مسیر درست و صحیح (تنظیم سند رسمی) را پیموده بلکه برپایه عدالت گام برداشته است. مسلماً عملکرد چنین فردی مورد تأیید می‌باشد.

سوم، بحث پیرامون اصل حسن نیت می‌باشد. در تنظیم سند رسمی، خریدار، با حسن نیت تلقی می‌گردد چراکه طبق اصل ظاهر، سند رسمی را ملاحظه کرده، استعلامات لازم را انجام داده که حاضر به معامله شده است. و مطابق قانون که دارنده سند رسمی، مالک است به معامله دست یازیده. بنابراین، گذشته از صحت و سلامت معامله، اصل حسن نیت، در قوانین ما پذیرفته شده است به‌طوری که رد پای اصل مزبور، در حقوق تجارت و نیز در حقوق مدنی ما محسوس و مقبول می‌باشد.

چهارم، در عقد فضولی وقتی عقد رد شد، اگر خریدار، جاهل به فضولی بودن معامله باشد می‌تواند خسارت مطالبه کند یا وکیلی که خبر عزلش نرسیده می‌تواند در حدود وکالت اقدام کند.

پس مبنای اصلی تمام موارد یادشده، اصل حسن نیت است. به نظر من از طریق سند عادی نمی‌توان سند رسمی را که به صورت قانونی منتقل شده، ابطال نمود. بنابراین، رأی شعبه ۵۵ را از حیث نتیجه، صحیح می‌دانم.

دکتر جمشیدی

درخصوص بحث مورد نظر اهمّ مطالب دوستان مطرح گردید. و باید این مورد را یادآور شوم که کشور ما یک کشور خاص است از این جهت که مسائل سیاسی و اقتصادی همه دنیا یک‌طرف و ما نیز طرف دیگر؛ حجم بالای پرونده‌هایمان در مسائل قضایی و نیز اقتصادی برابر کل دنیا است و مبنای دستگاه قضایی ما همچون کشورهای دیگر، تنها قانون نیست بلکه مبنای شرعی نیز مدنظر است. درباره بحث قیمت روز، صرف‌نظر از نکات خوب و بجایی که دکتر طاهری مطرح فرمودند، یک چالش ظریف حقوقی وجود دارد و آن اینکه اگر رأی وحدت‌رویه‌ای را بپذیریم که مبنای آن به مستحق‌الغیر بودن و ضمان درک مبیع برمی‌گردد، حقی به عنوان حق مالکیت بر عین برای خریدار قائل نیستیم که بگوییم خریدار، مالک این عین است. بنابراین، مالکیت حقوقی خریدار مبتنی بر ثمن می‌باشد. مادامی که حقی برای خریدار درمورد عین به اعتبار ضمان درک مبیع قائل نباشیم مطالبه قیمت مبیع به‌هیچ‌روی صحیح نیست، ولیکن درخصوص ماده ۱۱۷ قانون ثبت که ماده کلیدی است متأسفانه مورد بی‌مهری فراوانی واقع شد و علت آن همانا تصویب یک رأی وحدت‌رویه در سال ۱۳۵۱ به

شماره ۴۳ بود. و شاید اگر قضات کنونی دیوان‌عالی کشورمان این رأی را صادر نمی‌کردند ماده مذکور (۱۱۷) می‌توانست بسیاری از این مشکلات را حل و فصل نماید. با این حال، رأی وحدت‌رویه، عنوان معامله معارض را محدود به دو سند رسمی می‌کند، ولی این رأی به‌گونه‌ای صریح است که ماده ۱۱۷ دیگر مورد بی‌مهری و بی‌اعتنایی واقع شده به‌طوری که برخی فکر می‌کنند موضوع این ماده، منتفی است؛ درحالی که ماده مزبور در بطن خود سخنانِ نگفته نهفته بسیار دارد و آنچه ماده یادشده دربردارد اینکه اگر بین سند عادی و رسمی مطالبی مطرح است و واجد عناوین دیگر کیفری، کلاهبرداری، خیانت در امانت، و یا تحصیل مال نامشروع باشد می‌توان ورود نمود. اگر این فروض محقق شود سند رسمی در برابر سند عادی خصوصیتی نخواهد داشت. حال اگر سوءنیتی احراز نکنیم و متهم را از این قضیه تبرئه نماییم خودِ ماده ۱۱۷ اذعان می‌کند که: «هرکس به‌موجب سند رسمی یا عادی نسبت به عین یا منفعت مالی اعم از منقول یا غیرمنقول حقی به شخص یا اشخاصی داده ...». پس می‌توان نتیجه گرفت قانونگذار ثبت، انتقال این حق را پذیرفته است. همکاران به این نتیجه رسیدند که:

اولاً، سند عادی سند معتبری است.

ثانیاً، بین این انتقال بیع قانون ثبت و قانون مدنی معارضه‌ای نمی‌تواند باشد؛ یعنی می‌توان دو ماده را با هم جمع کرد. همان‌طور که پیش‌تر بیان شد نظر شورای نگهبان، چالش‌های خاص خود را دارد. و به اعتقاد من درخصوص این قضیه، سه معارضه قابل تصور است:

(۱) معارضه در اصل انتقال حق مالکیت

(۲) معارضه در آثار مالکیت

(۳) معارضه در تاریخ: که به‌نوعی این موضوع منتفی است، زیرا اگر معامله مقدمی با سند رسمی مؤخر واقع شد وضعیتی دارد به معنا و مفهوم سالبه به انتفاع موضوع.

ماده ۴۸ قانون ثبت می‌گوید: «عقودی که واقع شود» و ماده ۱۱۷ مقرر می‌دارد: «حقی منتقل شود». پس بنا به اصل «انتقال حق مالکیت»، هم قانون مدنی به اعتبار ماده ۳۳۹ و هم قانون ثبت مورد پذیرش واقع شدند. با اینکه اصل انتقال صورت گرفته است ایراد قضیه و یا معارضه کجاست؟ باید اذعان نمود که معارضه در آثار مالکیت است بدان معنا که قانونگذار ثبت می‌گوید: اگر فرد با

سند عادی معامله ای انجام داده باشد و بخواهد به معامله وی اعتبار بخشم یا با آن وام دریافت نماید یا وثیقه بگذارد و یا ثالثی، ملک وی را متصرف کرد و برای اینکه او بتواند حکم خلع ید و رفع تصرف بگیرد، باید آن را از طریق سند رسمی مطرح کند. پس معارضه‌ای در این بین نیست. مقصود قانون ثبت این نیست که از طریق سند عادی حقی منتقل نشده یا از طریق سند رسمی حق منتقل می‌شود. قانون ثبت تنها درباره آثار مالکیتی سخن می‌گوید که حامل دو فرض است:

الف) بر آن وضعیت انتقال مالکیت مطابقت دارد.

ب) بر آن وضعیت انتقال مالکیت مطابقت ندارد. که قانون ثبت، آن را صحیح تلقی می‌کند با این استدلال که این سند رسمی ارائه شده است و از آنجا که اصل انتقال را مفروض دانسته مع‌الوصف آثار انتقال را بر آن بار می‌کند، اما اگر در این فرض انتقال مالکیت تردید شد راه رسیدگی به آن، بررسی قضایی است. بدین نحو که دادگاه تحلیل و تفحص می‌کند که آیا قبلاً این حق به کس دیگر منتقل شده و دیگر حقی وجود ندارد که به شخص دیگری منتقل شود. درواقع این امر، امری است قضایی.

دکتر امینی

همان‌طور که اشاره کردم اختلاف‌نظرات در تفسیر، پایان ناپذیرند. هریک از دیدگاه‌ها معایب و محاسنی دارند و مقصودم این نیست که ضرورتاً باید دنباله‌رو راه‌حل منتخب دنیا باشیم. می‌توان یک راه‌حل بومی را اتخاذ نمود ولی باید به آن نتیجه معقولی که دنیا در پی آن است و نیز تجربه مشترک، برسیم.

بدیهی است که دیر یا زود ناگزیر به انتخاب مسیری خواهیم بود که از آن گزیری نیست و آن اینکه دارنده سند عادی دارای تاریخ مقدم ولو اینکه بیعش واقعی و محرز باشد، به دلایلی حق ابطال سند رسمی مؤخر را ندارد. با وجود اینکه مرحوم شهیدی هم طی مقاله‌ای که در این خصوص نوشتند طرفدار این نظریه بودند و من نیز، اما واقعیت این است که نظریه مزبور متضمن ناکارآمدی‌های جدی‌ای است لذا ثبت ضروری شده. و هم و غم دوستان بر جمع یا اجتماع مقررات ثبّتی با قانون مدنی است به‌گونه‌ای که معتقد به سقوط حق ابطال هستند. به نظر من یا باید مانند شورای نگهبان صادقانه اذعان نمود که مواد ۲۲ و ۴۸ خلاف موازین شرع است. در این صورت باید قانون ثبت را

فرو گذاشت. و یا آن را پذیرفت و هدفی را که در پی آن بوده تأمین کرد. قانون ثبت، هم مؤخر است و هم مبتنی بر اغراضی، ولیکن بر این باورم که در این باره ذی‌حق نیست. و اگر مجال سخن بود به بررسی تک‌تک این دلایل می‌پرداختم. ای کاش بنا به مصلحت‌های اجتماعی و اقتصادی، نتیجه نشست به‌گونه‌ای باشد که پس از رأی‌گیری، کسانی که معتقد به حق ابطال هستند دست‌کم این مطلب را نیز بر عقیده خود ضمیمه کنند که همکارانی قائل هستند به اینکه دارنده سند عادی، حق ابطال سند رسمی مؤخر را دارد در عین حال بر این تصورند که دارنده سند رسمی که سندش ابطال می‌شود محق است به فروشنده مراجعه نماید و مطالبه خسارت کند با این اذعان که خسارت براساس قیمت روز آپارتمان است. در هر صورت این یک نتیجه منطقی است ولو اینکه به دلایلی با آن موافق نباشم ولی به‌مراتب بهتر از دیدگاهی است که سند رسمی را به استناد سند عادی مقدم، قابل ابطال می‌داند اما خسارت قابل مطالبه را هم صرفاً در حد ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی می‌انگارد.

آقای اهواری

البته که مهم‌ترین بخش جلسه حاضر، قسمت رأی‌گیری است زیرا هدف و شأن و منزلت نشست در استماع نظرات مختلف همکاران حقوقی می‌باشد و درنهایت، به مصداق آیه شریفه «فیتعنوا احسنه»، از آن نظری که قوی‌تر و غنی‌تر است پیروی نماییم؛ نظراتی که نظام حقوقی و جامعه، توأمان بهره‌مند و مستفید گردند. قطع به یقین ضمانت‌اجرای هر دو نظر (چه این نظر که سند عادی قادر به بطلان سند رسمی نیست و دارنده سند عادی است که باید با رجوع به فروشنده، ثمن یا مبیع را قیمت روز بگیرد و چه این دیدگاه که سند عادی قادر به ابطال سند رسمی باشد) یکی است. آن دغدغه‌ای که دکتر امینی داشتند به نظر من، مفروض قضیه است که در هر حال آنکه حقش ضایع شده باید به فروشنده مراجعه کند؛ باید قیمت روز آن را بگیرد. تنها تفاوت در اینجاست که اگر قائل به ابطال سند رسمی با سند عادی باشیم خریدار دوم است که ملزم به طی این مسیر خواهد بود درحالی‌که خطایی نکرده، و یا بالعکس، اگر بگوییم سند رسمی به قوت خود باقی است دارنده سند عادی که ابتدا معامله کرده در هر حال خسارت و قیمت روز مبیع را دریافت خواهد کرد.

سرانجام پس از مرحله رأی‌گیری، حاضران در نشست، اکثریت - البته نه اکثریت قاطع -، به رأی شعبه ۱ دادگاه عمومی حقوقی دماوند رأی دادند که معتقد

به ابطال سند رسمی با سند عادی بودند. و این نشانگر آن است که موضوع، باز هم محل اختلاف می‌باشد.

آراء مورد بررسی در این جلسه:

مشخصات رأی اول

شماره دادنامه بدوی: ۹۱۰۱۵۰۹

تاریخ صدور رأی بدوی: ۹۱/۱۲/۲۷

مرجع رسیدگی بدوی: شعبه ۲۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران

شماره دادنامه تجدیدنظر: ۹۲۰۹۹۷۰۲۳۸۰۰۷۳۹

تاریخ صدور رأی تجدیدنظر: ۹۲/۶/۲

مرجع رسیدگی تجدیدنظر: شعبه ۵۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

رأی بدوی

درخصوص دعوی آقایان ع.ظ. با وکالت آقای ب.ص. بهطرفیت آقایان: ۱ - ح.ح.م. و ۲ - ع.ک. با وکالت آقای س.الف.ش. بهخواسته: ۱ - ابطال سه‌دانگ رسمی شماره ۴۷۰۲ مورخ ۹۱/۱۲/۱۷ دفتر ۱۳۰ کرج ۲ - الزام خواننده ردیف ۱ - به تنظیم سند رسمی انتقال سه‌دانگ مقوم به ۵۱/۰۰۰/۰۰۰ ریال بهانضمام کلیه خسارات دادرسی (هزینه ابطال تمبر و حق‌الوکاله) اولاً، حسب جواب استعلام از اداره ثبت اسناد و املاک سند مالکیت به‌نام خواننده ردیف اول نبوده و بدون انعکاس نام مشارالیه در دفتر املاک استماع دعوی ردیف دوم خواهان وجاهت نداشته؛ ثانیاً، درخصوص دعوی ردیف سوم تحویل مبیع مستند به رأی وحدت‌رویه شماره ۶۷۳ هیأت عمومی دیوان عالی کشور فرع بر اثبات مالکیت خواننده ردیف اول بوده که در مانحن‌فیه این مهم ملاحظه نمی‌گردد. بنا بر مراتب دادگاه مستنداً به ماده ۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی قرار رد دعاوی فوق صادر و اعلام می‌دارد؛ ثالثاً، درخصوص دعوی ردیف اول دادگاه توجه دارد که قانون مدنی مصوب سال ۱۳۰۷ و قانون ثبت مصوب ۱۳۱۰ می‌باشد به‌عبارتی همان قانونگذاری که قانون مدنی را تصویب و وضع نموده است حدوداً پس از ۳ سال با لحاظ و نگرش قانونی دست به تصویب قانون ثبت نهاده است و در ماده ۱۸۳ و ۳۳۹ قانون مدنی، عقد بیع عبارت از ایجاب و قبول می‌باشد و این ناظر به اموال منقول و غیرمنقول تلقی می‌گردد. حال آنکه در قانون ثبت نسبت به بیع اموال غیرمنقول علاوه بر ایجاب و قبول رکن دیگر و نهاد دیگر دایر مدار بر ثبت اجباری در موارد معینه را بنا نهاده است که وارد بر قانون مدنی می‌باشد. بعید است که قانونگذار پس از تصویب قانون مدنی، بدون در نظر داشتن شرایط در قانون ارکان دیگر در معاملات اموال غیرمنقول را تأسیس نموده باشد. پس از پذیرش و اذعان به موضوع فوق که وفق ماده ۲۲ قانون ثبت شناسایی مالک رسمی منوط به ورود آنان در دفتر املاک می‌باشد سند مالکیتی

که براساس شرایط مادتین ۲۴ و ۲۲ قانون ثبت صادرشده است اعتبار قانونی خود را دارد و دعوی مخالف آن مسموع نیست. باید پذیرفت کسی که با قولنامه عادی اقدام به خرید مال غیرمنقول می‌نماید و نسبت به تنظیم سند رسمی اقدام نمی‌نماید قطعاً باید تاوان عدم اقدام خود را و آثار ناشی از آن را بپذیرد و برعکس کسی که با رعایت تمام شرایط قانونی اقدام به خرید و بیع مال غیرمنقول نموده و در زمان متعارف نسبت به سند رسمی هم اقدام می‌نماید نباید تاوان اشتباهات دیگران را تحمل نماید. شایان ذکر اینکه اعتبار دادن به اسناد عادی در مقابل اسناد رسمی ضمن اینکه منافات با قوانین موضوعه دارد مضافاً به اینکه موجب اخلال در نظم عمومی جامعه و آناشسیسم معاملاتی و اسنادی می‌گردد. بنا به مراتب مرقوم به‌لحاظ فقد دلیل قانونی و اقناعی، دادگاه مستنداً به مواد فوق‌الذکر و مواد ۱۹۴ و ۱۹۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، حکم بر بطلان دعوی خواهان صادر و اعلام می‌دارد. رأی صادره ظرف بیست روز پس از ابلاغ، قابل تجدیدنظر در دادگاه تجدیدنظر استان تهران می‌باشد.

رئیس شعبه ۲۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران - فضلی

رأی دادگاه تجدیدنظر

درخصوص تجدیدنظرخواهی آقای ع.ظ. با وکالت آقای ب.ص. بهطرفیت آقای ح.ح.م. و ع.ک. آنچه نسبت به دادنامه شماره ۹۱۰۱۵۰۹ مورخ ۹۱/۱۲/۲۷ صادره از شعبه ۲۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران از جهت صدور حکم بر بطلان دعوی خواهان مرحله نخستین دادگاه با توجه به مفاد لایحه تجدیدنظرخواهی و منضمات آن و مجموع اوراق و مندرجات پرونده پیوست و با عنایت به اینکه تجدیدنظرخواهی مطروحه با هیچ‌یک از شقوق ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی مطابقت نداشته و از حیث رعایت اصول دادرسی و مبانی استدلال و استنباط از مقررات نیز دادنامه تجدیدنظرخواسته فاقد اشکال است، از این‌رو با استناد به ماده ۳۵۸ قانون فوق‌الذکر ضمن رد تجدیدنظرخواهی مطروحه دادنامه مورد اعتراض را تأیید می‌نماید. این رأی قطعی است.

رئیس شعبه ۵۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران - مستشار دادگاه

اصلاحی پور - نجم‌آبادی

مشخصات رأی دوم

شماره دادنامه بدوی: ۹۳-۱۶۱

تاریخ صدور رأی بدوی: ۹۳/۲/۱۴

مرجع رسیدگی بدوی: شعبه اول دادگاه عمومی حقوقی دماوند

شماره دادنامه تجدیدنظر: ۹۴۰۹۹۷۰۲۲۰۱۰۰۸۸۸

تاریخ صدور رأی تجدیدنظر: ۹۴/۷/۲۸

مرجع رسیدگی تجدیدنظر: شعبه ۵۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

رأی بدوی

درخصوص دادخواست تقدیمی آقای م.ر. با وکالت آقای ج.چ. به طرفیت آقایان و خانمها: ۱-م.ص. ۲-ب.ج. ۳-ع.م. ۴-آقای م.ب. ۵-ر.ج. ۶-م.ح. ۷-م.ت. ۸-م.ق. ۹-ن.خ. به خواسته تقاضای صدور حکم دایر بر ابطال سند رسمی به شماره‌های (۱) ۳۱۹۷۶-۸۸/۱۱/۱۴ (۲) ۱۶۸۲۲۹-۸۹/۷/۱۰ (۳) ۱۶۹۰۳۸-۸۹/۹/۱۸ (۴) ۱۷۰۸۴۲-۹۱/۵/۲ (۵) ۱۱۳۶۱۵-۹۰/۳/۲۴ (۶) ۱۷۳۵۳۱-۹۰/۱۱/۱۰ (۷) ۴۷۳۹۲-۹۱/۵/۲ (۸) ۴۷۲۲۳-۹۱/۴/۱ و خسارات دادرسی و حق‌الوکاله وکیل؛ با این توضیح که وکیل خواهان اظهار داشته‌اند موکل ایشان به‌موجب مبایعه‌نامه عادی به شماره ۴۷۳۵۲۷۰-۸۸/۹/۲۶ شش‌دانگ دو واحد آپارتمان مسکونی از پلاک ثبتی شماره ۱۹۲۸ فرعی از ۷۱ اصلی بخش جیلارد دماوند به‌انضمام دو واحد پارکینگ، دو واحد انباری به متراژ تقریبی ۲۲۰ متر مربع، طبقه همکف به سمت جنوبی و جنوب شرقی از خوانده ردیف اول خریداری نموده‌اند که فروشنده مبادرت به انتقال سند رسمی شش‌دانگ پلاک ثبتی طی سند رسمی شماره ۳۱۹۷۶-۸۸/۱۱/۱۴ به آقای ح. نموده و طی معاملات و اسناد انتقال به شماره‌های (۱) ۱۶۸۲۲۹-۸۹/۷/۱۰ یک‌دانگ از شش‌دانگ به آقای ع.م. (۲) ۱۶۹۰۳۸-۸۹/۹/۱۸ یک‌دانگ از شش‌دانگ به آقای م.ب. (۳) ۱۷۰۸۴۲-۹۰/۳/۱۸ دو دانگ از شش‌دانگ به آقای ر.ج. (۴) نیم‌دانگ از شش‌دانگ به‌موجب سند رسمی شماره ۱۷۳۵۳۱-۹۰/۱۱/۱۰ به خانم م.ت. (۵) ۴۷۳۹۲-۹۱/۵/۲ نیم‌دانگ از شش‌دانگ به آقای م.ق. (۶) ۴۷۳۲۲۳-۹۱/۴/۱ نیم‌دانگ از شش‌دانگ به آقای ن.خ. انتقال و آقای ر.ج. به‌موجب سند رسمی شماره ۱۱۳۶۱۵-۹۰/۳/۲۴ به آقای م.ح. منتقل نموده‌اند. فلذا خواسته به شرح صدرالبیان را مطرح نموده‌اند. نظر به اینکه عقد واقع می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد نماید و بیع تملیک عین است به عوض معلوم و به‌مجرد وقوع عقد مالکیت، مبیع به خریدار منتقل می‌شود و اینکه مجموع دفاعیات خواندگان تقدیم و تأخر امضاء ذیل مبایعه‌نامه ارائه‌شده با مندرجات متن مبایعه‌نامه بوده و آقای م.ص. ضمن اقرار به امضاء ذیل مبایعه‌نامه به آن تعرض نموده‌اند و درخواست کارشناسی نموده‌اند و دادگاه پس از تحقیق از محرر مبایعه‌نامه به‌منظور کشف حقیقت، اصول مبایعه‌نامه مستند خواهان و خوانده ردیف دوم را جهت بررسی درخصوص تقدیم و تأخر مندرجات مبایعه‌نامه با امضاء ذیل مبایعه‌نامه منتسب به مشارالیه به اداره تشخیص هویت ارسال نموده و اداره تشخیص هویت به شرح گزارش شماره ۲۳-۹۳۱-۹۳/۱/۱۷ صراحتاً اعلام نموده‌اند هیچ‌گونه دلیل مبنی بر تقدیم امضاء و اثر انگشت فروشنده آقای م.ص. نسبت به نوشتجات دستنویس مبایعه‌نامه مورد ادعا بدست نیامده است و اعتراض مؤثری نسبت به نظریه مزبور به‌عمل نیامده و نظریه ارائه‌شده با اوضاع و احوال محقق قضیه مطابقت داشته و قابل استناد و اجابت است. فلذا دادگاه نظریه مستند ارائه‌شده از طرف خواهان، مؤید و نسبت وقوع عقد بیع فیما بین متبیین می‌باشد و مبایعه‌نامه ارائه‌شده از طرف خواهان با توجه به تصدیق آقای ص. بر امضاء ذیل مبایعه‌نامه اعتبار سند رسمی داشته و درباره طرفین و وراث و قائم‌مقام آنان معتبر است و با احراز اصالت

و صحت وقوع بیع فیما بین آقایان ر. و ص. و اینکه معامله به مال غیر جزء به عنوان ولایت یا وصایت یا وکالت نافذ نیست و با رد معامله تنفیذی از طرف مالک معاملات غیرنافذ باطل می‌گردد و هیچ‌یک از خواندگان دلیلی بر اذن و اجازه خواهان ابراز ننموده‌اند و نظریه مالکیت مشاعی متداعیین و اینکه در مال مشاعی کلیه شرکاء در جزء مال سهیم و شریک می‌باشند و با باطل بودن معاملات صورت‌گرفته فیما بین طرفین اسناد رسمی انتقال تنظیمی مشاعی می‌باشد دعوی خواهان، ثابت و وارد، تشخیص و مستنداً به مواد ۱۹۸ و ۵۱۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی و مواد ۱۹۸، ۲۱۹، ۲۲۰، ۲۲۳، ۲۴۷، ۲۵۱، ۲۵۴، ۲۵۵ و ۲۵۷ قانون مدنی، حکم به ابطال اسناد رسمی به شماره‌های (۱) ۳۱۹۷۶-۸۸/۱۱/۱۴ (۲) ۱۶۸۲۲۹-۸۹/۷/۱۰ (۳) ۱۶۹۰۳۸-۸۹/۹/۱۸ (۴) ۱۷۰۸۴۲-۹۰/۳/۱۸ (۵) ۱۱۳۶۱۵-۹۰/۳/۲۴ (۶) ۱۷۳۵۳۱-۹۰/۱۱/۱۰ (۷) ۴۷۳۹۲-۹۱/۵/۲ (۸) ۴۷۲۲۳-۹۱/۴/۱ و محکومیت بالسویه خواندگان به پرداخت ۵.۱۵۰.۰۰۰ ریال خسارات ۱۲.۲۱۶.۰۰۰ ریال حق‌الوکاله وکیل در حق خواهان صادر و اعلام می‌نماید. رأی صادره، حضوری و ظرف بیست روز قابل تجدیدنظرخواهی در دادگاه محترم تجدیدنظر استان تهران می‌باشد.

دادرش شعبه ۱ دادگاه عمومی حقوقی دماوند - سیدابوالفضل سیادت

رأی دادگاه تجدیدنظر

درخصوص تجدیدنظرخواهی آقایان: ۱-ن.خ. ۲-م.ح. ۳-ر.ج. به طرفیت آقای م.ر. با وکالت آقای ج.چ. از دادنامه شماره ۹۳-۰۱۶۱ مورخ ۹۳/۲/۱۴ صادره از شعبه اول دادگاه عمومی حقوقی دماوند که به‌موجب آن حکم به ابطال اسناد رسمی به شماره‌های ۳۱۹۷۶-۸۸/۱۱/۱۴ (۲) ۱۶۸۲۲۹-۸۹/۷/۱۰ (۳) ۱۶۹۰۳۸-۸۹/۹/۱۸ (۴) ۱۷۰۸۴۲-۹۰/۳/۱۸ (۵) ۱۱۳۶۱۵-۹۰/۳/۲۴ (۶) ۱۷۳۵۳۱-۹۰/۱۱/۱۰ (۷) ۴۷۳۹۲-۹۱/۵/۲ و ۴۷۲۲۳-۹۱/۴/۱ و محکومیت بالسویه خواندگان بدوی به پرداخت ۵.۱۵۰.۰۰۰ ریال ۱۲.۲۱۶.۰۰۰ ریال حق‌الوکاله وکیل در حق تجدیدنظرخوانده (خواهان بدوی) صادر شده؛ نظر به اینکه تجدیدنظرخواهان مدعی بودند مبایعه‌نامه عادی مستند دعوا به‌صورت سفیدامضاء و قبل از درج متن امضاء شده است و علی‌رغم اینکه در مرحله بدوی به کارشناسی، ارجاع و نظریه کارشناسی برخلاف ادعای آنان اظهارنظر نموده بود این دادگاه ضمن تشکیل جلسه رسیدگی و به لحاظ رعایت حق احتمالی تجدیدنظرخواهان موضوع را مجدداً به هیات سه نفره کارشناسی خط ارجاع نمود که نظر هیات نیز در راستا و تأیید نظریه کارشناس اولیه و حاکی از عدم تقدم و تأخر امضات بر متن مندرج در مبایعه‌نامه می‌باشد و با توجه به اظهارات طرفین در جلسه رسیدگی و عدم ارائه دلیل مقتضی که موجب خدشه در نظریه هیات کارشناسی باشد لذا دادگاه رأی صادره را صحیح و خالی از منقصت قانونی تشخیص داده و تجدیدنظرخواهی معترضین را بلاوجه اعلام می‌دارد. بنابراین ضمن رد تجدیدنظرخواهی مستنداً به ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی دادنامه معترض‌عنه را عیناً تأیید و اعلام می‌دارد. این رأی قطعی است.

مستشاران شعبه ۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

داود صادقی - فاضل حسینی