

An Analysis of the Guardian Council Jurists' View on Articles ۲۲ and ۴۸ of Registration of Deeds and Properties Act adopted in ۱۳۹۱ from the Perspective of Islamic Jurisprudence^۱

Ali Arefi Maskoni

Assistant Professor, Law Department, Faculty of Law, Shahid Bahonar University, Kerman, Iran.
aliarefi۹۹۴۵@gmail.com

Abstract

The purpose of the present study is to indicate that abrogating Article ۲۳ of the Law on Registration of Deeds and Properties has been partially implied with paragraph ۲ Article ۱۶ of the Law on the Supervision of Judges' Conduct, adopted in ۲۰۱۱, and Articles ۲۲ and ۴۸ of the aforementioned law have also been partially implicit as a consequence thereof. Descriptive-analytical method was adopted in the study and the results show that there is no need to invalidate Articles ۲۲ and ۴۸ of the aforementioned law. Therefore, the view of the jurists of the Guardian Council will be nothing but make the judiciary face a large number of closed files for retrial and violation of the rights of the official documents' holders. Moreover, the jurists' view has been raised with some objections since it is regarded as an ordinary law rather than a canonical supervision; therefore, it should not be adduced in any court. According to section (Article) ۲۳ of the Constitution Act, jurists are not authorized to interpret the ordinary laws.

Keywords: Official documents, Ordinary Documents, Registration Laws, Partial Implicit Abrogation, Guardian Council, Registration of Deeds and Properties Law.

تحلیل و بررسی نظر فقهای شورای نگهبان در خصوص مواد ۲۲ و ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰ از منظر علم اصول فقه^۲

علی عارفی مسکونی

استادیار، گروه حقوق، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید باهنر، کرمان، ایران.

aliarefi9945@gmail.com

چکیده

هدف پژوهش حاضر این است تا نشان دهد که ماده ۷۳ قانون ثبت اسناد و املاک توسط بند دو ماده ۱۶ قانون نظارت بر رفتار قضات مصوب ۱۳۹۰ نسخ ضمنی جزئی شده است و به تبع آن مواد ۲۲ و ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک نیز نسخ ضمنی جزئی می‌شوند. روش پژوهش توصیفی-تحلیلی بوده و نتایج نشان داد که نیازی به باطل اعلام کردن مواد ۲۲ و ۴۸ قانون ثبت که خود با بند ۲ ماده ۱۶ قانون نظارت بر رفتار قضات نسخ ضمنی جزئی شده است، نمی‌باشد و نظر فقهای شورای نگهبان جز با مواجه کردن دستگاه قضا با حجم وسیعی از پرونده‌های مختومه برای اعاده دادرسی و تضییع حقوق صاحبان اسناد رسمی، اثری برایش متصور نیست و همچنین با ایراداتی که بر نظر فقهای شورای نگهبان مترتب است، به دلیل اینکه این نظر تفسیر قانون عادی محسوب می‌گردد، تا نظارت شرعی؛ بنابراین، این نظر نباید در دادگاه‌ها مورد استناد قرار گیرد، زیرا این اقدام فقهای شورای نگهبان طبق قانون اساسی ذاتاً از صلاحیت آن خارج بوده و شرح و تفسیر قوانین عادی طبق اصل ۷۳ قانون اساسی از صلاحیت فقهای مذکور خارج است.

کلیدواژه‌ها: اسناد رسمی، اسناد عادی، قوانین ثبتی، نسخ ضمنی جزئی، شورای نگهبان، قانون ثبت اسناد و املاک.

^۲ تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۵/۱۱؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۶/۳۱

۱- مقدمه

بعضی متدینین و محترمین بازار در ضمن نامه و پیوست‌هایی به مسئول شورای نگهبان اعلام داشته‌اند که معاملات زیادی در بازار به صورت شرعی و صحیح انجام گرفته است و وقتی برای تنفیذ آن‌ها به مراجع قضایی مراجعه می‌کنیم، اعلام می‌دارند چون این معاملات به ثبت رسمی نرسیده‌اند و بالخصوص مواد ۲۲، ۴۶، ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰ این معاملات را بی‌ارزش می‌داند، نمی‌توان آن‌ها را تأیید و تنفیذ کرد. بدین ترتیب شورای نگهبان با بررسی این مواد و تطبیق مسائل شرعی و نیازهای روز، این مواد را باطل و غیر شرعی اعلام نمود. پژوهش حاضر بر آن است تا نشان دهد که ماده ۷۳ قانون ثبت اسناد و املاک توسط بند دو ماده ۱۶ قانون نظارت بر رفتار قضات مصوب ۱۳۹۰ نسخ ضمنی جزئی شده است و به تبع آن مواد ۲۲ و ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک نیز نسخ ضمنی جزئی می‌شوند. در نتیجه قاضی قبل از اعلام بطلان این مواد، یعنی از زمان تصویب قانون نظارت بر رفتار قضات در سال ۱۳۹۰ نیز می‌توانست با یک دلیل موجه قانونی که این دلیل موجه اسناد موضوع ماده ۱۲۹۱ قانون مدنی است، به اسناد عادی، اعتبار اسناد رسمی را بدهد. در حقیقت این ماده نوعی حکومت توسیعی می‌باشد. قانون‌گذار از جهاتی خاص این اسناد را داخل در موضوع اسناد رسمی قرار داده است. در نتیجه حکم اسناد رسمی بر این‌گونه اسناد عادی مترتب می‌گردد. از طرفی این باطل اعلام نمودن قانون منسوخ توسط شورای نگهبان، توالی فاسد زیادی دارد. از جمله به دلیل اینکه این بطلان اثر قهقرایی دارد، بنابراین، به گذشته سرایت می‌کند و موجب بطلان مستند قانونی آرای مختومه می‌گردد. در نتیجه همه‌ی احکام مختوم قبلی از موارد اعاده‌ی دادرسی خلاف شرع بین ماده ۴۷۷ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات ۱۳۹۴ محسوب می‌گردد که این امر می‌تواند قوه قضائیه را با حجم وسیعی از پرونده‌های اعاده‌ی دادرسی مواجه کند. از سوی دیگر باز شدن پرونده‌هایی از این دست با نظم عمومی در تضاد است، زیرا اعتبار امر مختوم را در خصوص ادله اثبات دعوا املاک ثبت شده دچار خدشه می‌سازد، و به حقوق مکتسبه اشخاصی که براساس مواد ۲۲ و ۴۸ قانون ثبت از مراجع قضایی حکم گرفته‌اند، تجاوز کرده و امنیت معاملات و قراردادهای املاکی که در گذشته صورت گرفته است را نادیده می‌گیرد، زیرا اگر اشخاص با صرف هزینه‌های هنگفت برای استفاده از سند رسمی برای انجام معاملات و قراردادهای املاک می‌پرداختند، به خاطر امنیت معامله خویش بود، اما هم اکنون با این نظر فقهای شورای نگهبان این امنیت از بین می‌رود.

۲- نظر شورای نگهبان و ایرادات وارد بر آن

طبق نظر فقهای شورای نگهبان مفاد مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت اسناد و املاک، صرفاً اختیاری دانستن ثبت در برخی موارد و الزامی دانستن آن در سایر موارد است که این مطلب به خودی خود ایرادی ندارد. اما مفاد ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک و نیز ماده ۴۸ آن که دلالت بر بی‌اعتبار دانستن اسناد عادی غیررسمی دارد، اطلاق آن در مورد سند عادی که قرائن و ادله‌ی قانونی یا شرعی معتبر بر صحت مفاد آن‌ها باشد، خلاف شرع و باطل است. اما در مورد 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 و مواد ۱۲۸۵ و ۱۲۹۱ قانون مدنی اشاره به این‌گونه اسناد عادی دارد.^۳

^۳ نظر شماره ۲۶۶۴/۱۰۲/۹۵، مورخ ۱۳۹۵/۸/۴، شورای نگهبان.

بر این نظر فقهای شورای نگهبان دو ایراد اساسی وارد است. اولاً ماده ۱۲۸۵ قانون مدنی شهادت‌نامه می‌باشد و طبق ماده مذکور شهادت‌نامه سند محسوب نمی‌شود، در حالی که فقهای شورای نگهبان شهادت‌نامه را که فقط اعتبار شهادت را دارد، سند محسوب کرده‌اند که این امر مغایر با متن صریح ماده ۱۲۸۵ قانون مدنی می‌باشد که بیان می‌دارد: «شهادت‌نامه سند محسوب نمی‌شود و فقط اعتبار شهادت را خواهد داشت». به عبارت دیگر، ماده ۱۲۸۵ قانون مدنی سند عادی که ادله قانونی و یا شرعی معتبر بر اصلتش دلالت داشته باشد، نیست، زیرا ماده ۱۲۸۵ قانون مدنی اصلاً سند محسوب نمی‌شود. ثانیاً طبق اصل ۷۳ قانون اساسی شرح و تفسیر قوانین عادی در صلاحیت مجلس شورای اسلامی است و اینکه شورای نگهبان اعلام می‌کند مواد ۱۲۹۱ و ۱۲۸۵ مخصص مواد ۲۲ و ۴۸ است، به نوعی تفسیر قانون عادی بوده که طبق اصل ۷۳ قانون اساسی از صلاحیت ذاتی شورای نگهبان و به طریق اولی ذاتاً از صلاحیت فقهای شورای نگهبان تخصصاً خارج است.

اینکه فقهای شورای نگهبان مواد ۴۶ و ۴۷ را خلاف شرع اعلام نمی‌کنند، دلالت بر این دارند که سایر ادله اثبات دعوی تخصصاً خارج هستند.

پژوهش حاضر با بیان ماده ۱۲۹۱ قانون مدنی که با شرایطی خاص اسناد عادی را در دو مورد در حکم سند رسمی قرار داده است و نیز با بیان قوانینی که مواد ۲۲ و ۴۸ قانون ثبت را نسخ ضمنی جزئی کرده است به بیان این مطلب می‌پردازد که نیازی به باطل اعلام کردن مواد ۲۲ و ۴۸ قانون ثبت که خود با بند ۲ ماده ۱۶ قانون نظارت بر رفتار قضات نسخ ضمنی جزئی شده است، نمی‌باشد و نظر فقهای شورای نگهبان جز با مواجه کردن دستگاه قضا با حجم وسیعی از پرونده‌های مختومه برای اعاده دادرسی و تضییع حقوق صاحبان اسناد رسمی، اثری برایش متصور نیست و همچنین با ایراداتی که بر نظر فقهای شورای نگهبان مترتب است، به دلیل اینکه این نظر تفسیر قانون عادی محسوب می‌گردد، تا نظارت شرعی، بنابراین، این نظر نباید در دادگاه‌ها مورد استناد قرار گیرد، زیرا این اقدام فقهای شورای نگهبان طبق قانون اساسی ذاتاً از صلاحیت آن خارج بوده و شرح و تفسیر قوانین عادی طبق اصل ۷۳ قانون اساسی از صلاحیت فقهای مذکور خارج است. بنابراین وظیفه قضات است تا با کنار گذاشتن نظر فقهای شورای نگهبان از رویه قضایی، زمینه‌ی احترام به اصل حاکمیت قانون را فراهم سازند و جلوی نظر فقهای شورای نگهبان را بگیرند و با اجرای صحیح و دقیق قوانین، استقلال محاکم قضایی را در مقابل سایر ارگان‌ها و ارکان نظام به نمایش بگذارند.

۳- استثنائات ماده ۴۸ قانون ثبت

کسی که دعوای حقی بر دیگری در دادگاه می‌نماید، هرگاه به وسیله‌ی یکی از ادله اثبات نشود، آن حق ارزش خود را از دست می‌دهد، زیرا نمی‌توان حمایت آن را از هیئت حاکمه خواست. از این رو می‌توان دلیل را تکمیل‌کننده‌ی حق نامید (امامی، ۱۳۸۵، ص ۴). از ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی چنین برمی‌آید که برحسب اصل، توافق دو اراده هم رکن لازم برای انعقاد قرارداد است و هم کافی، و به پیرایه و تشریفات نیاز ندارد. پس می‌توان گفت که در حقوق ما، اصل بر رضائی بودن معامله است. این نکته را نیز باید افزود که موانع اثبات قرارداد مانند مواردی که تنظیم سند رسمی ضرورت دارد مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت با اصل رضایی بودن عقد منافات ندارد، با اینکه دشواری اثبات عقد نیز از قلمرو نفوذ و اعتبار اراده می‌کاهد، هیچ‌گاه سبب بطلان عقد یا مانع وقوع آن نمی‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص ۴۹). در ادامه بحث به این موضوع پرداخته می‌شود که چه ادله‌ای علاوه بر سند رسمی برای انتقال و یا انجام کلیه‌ی عقود و معاملات املاک ثبت شده جانشین سند رسمی می‌گردد.

«زمانی که قانون ثبت اسناد و املاک در تاریخ ۱۳۱۰/۱۲/۲۶ وضع گردید، جلد سوم قانون مدنی در ادله‌ی اثبات دعوی وضع نگردیده بود و جلد سوم از ماده ۱۲۵۷ تا ۱۲۸۳ مبحث مربوط به کلیات ادله اثبات دعوی و مبحث اقرار در ۱۳۱۴/۷/۱۳ و از ماده‌ی ۱۲۸۴ تا ۱۳۳۵ (تا پایان قانون مدنی) در ۱۳۱۴/۸/۸ از تصویب مجلس شورای ملی گذشت. بنابراین، ماده‌ی ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت، در مرحله‌ای از نظام حقوقی ایران تدوین شده که مبحث مربوط به ادله اثبات دعوی را نداشتیم» (کریمدادی، ۱۳۹۶، ص ۷۱). «به طور کلی حقوق ثبت به شیوه‌ی فعلی در کشور ما رشته‌ای جدید از علم حقوق است که همگام با فرهنگ اروپائی وارد سرزمین ما شده است» (تفکریان، ۱۳۹۳، ص ۱۸) و منطبق بر نظام قانون مدنی که برگرفته از فقه امامیه است، نمی‌باشد. بنابراین، بعید نیست که قانون‌گذار در مبحث مربوط به سند، «در ماده‌ی ۱۲۹۱ قانون مدنی، در حکمی که به ظاهر عام و در واقع مقید به شرایطی خاص است، به اسناد عادی اعتبار اسناد رسمی داده که شامل قانون ثبت نیز گردد» (کریمدادی، ۱۳۹۶، ص ۷۱).

«در ایران نظام ثبتی بر پایه‌ی دفتر املاک استوار شده است و با اعلانات دفتر ثبت و با تشریفات مشخص، اشخاص درخواست ثبت می‌کنند و ملک مورد نظر در دفتر املاک به نام آن‌ها به ثبت می‌رسد. اساس این سیستم که در حقوق به نام «سیستم دفتر املاک» معروف است، از آلمان گرفته شده، ولی در فرانسه به جز پاره‌ای استان‌های آن که مجاور آلمان هستند، چنین سیستمی رایج نیست. ماده ۸۷۳ قانون مدنی آلمان می‌گوید: «مالکیت منتقل می‌شود از طریق توافق طرفین و ثبت آن در دفتر املاک. پس برای احراز مالکیت دو رکن وجود دارد: یک رکن تراضی و توافق و دیگری ثبت در دفتر املاک» (کاشانی، ۱۳۸۶، ص ۲۱). نظر بر این است بدین دلیل که قانون‌گذار ما، قانون ثبت را از سیستم حقوقی آلمان گرفته و این قانون با شرایط و اوضاع احوال جامعه ما هماهنگ نبود، قانون‌گذار کمی از نظر اولیه و خشک خود دست کشیده و تحت شرایطی خاص سند عادی را جانشین سند رسمی قرار داد. چراکه طبق ماده‌ی ۴۶ قانون ثبت که مقرر می‌دارد: «ثبت اسناد اختیاری است مگر در موارد ذیل:

- کلیه عقود یا معاملات راجع به عین یا منافع املاکی که قبلاً در دفتر املاک ثبت شده باشد،
- کلیه معاملات راجع به حقوقی که قبلاً در دفتر املاک ثبت شده است.»

ثبت اسناد اختیاری است و اختیاری بودن ثبت به عنوان یک اصل در این ماده بیان گردیده و استثناء این اصل در بند یک و دو ماده فوق‌الذکر و ماده ۴۷ بیان شده است. این ماده عبارت است از: «در نقاطی که اداره ثبت اسناد و املاک و دفاتر اسناد رسمی موجود بوده و وزارت عدلیه مقتضی بداند، ثبت اسناد ذیل اجباری است:

- کلیه عقود و معاملات راجع به عین معین یا منافع اموال غیرمنقول که در دفتر املاک ثبت نشده،
- صلح‌نامه و هبه‌نامه و شرکت‌نامه.»

از سوی دیگر ماده ۱۲۹۱ بیان می‌کند: «اسناد عادی در دو مورد اعتبار اسناد رسمی را داشته، درباره‌ی طرفین و وراثت و قائم‌مقام قانونی آنان معتبر است:

- اگر طرفی که سند بر علیه او اقامه شده است، صدور آن را از منتسب الیه تصدیق نماید.
- هرگاه در محکمه ثابت شود که سند مزبور را طرفی که آن را تکذیب یا تردید کرده، فی‌الواقع امضاء یا مهر کرده است.»

بنابراین، این شبهه به ذهن متبادر می‌گردد که با توجه به اصل اختیاری بودن ثبت اسناد، اگر بگوییم که ماده‌ی ۱۲۹۱ قانون مدنی شامل قانون ثبت نمی‌گردد، پس هدف از وضع این ماده چه بوده است؟ زیرا هیئت عمومی دیوان عالی کشور در یک رأی وحدت رویه اعلان داشته: «عام لاحق خاص سابق را از بین نمی‌برد» (محمدی، ۱۳۹۱، ص ۱۱۷) و طبق ماده ۴۷۳ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات ۱۳۹۴ رأی وحدت رویه به موجب قانون یا رأی

وحدت رویه مؤخر الصدور نسخ می‌شود. بنابراین، این انتقاد بر این نظریه وجود دارد که عام، خاص را از بین نمی‌برد. بدین ترتیب برخی می‌گویند ماده‌ی ۱۲۹۱ هیچ رابطه‌ای با قانون ثبت ندارد. در ادامه پاسخ این انتقاد با یک تئوری اصولی و منطقی داده خواهد شد و در این مهم از تفسیری که منطبق بر اوضاع و شرایط جامعه باشد، استفاده می‌شود. چراکه قانون‌گذار به هنگام وضع قانون دو هدف دارد: حفظ نظم اجتماعی، بهبود وضع موجود. بنابراین اکتفاء نمودن بر تفاسیر خشک بدون در نظر گرفتن احتیاجات جامعه، و دیگری تفسیر قوانین بدون رعایت اصول و قواعد حقوقی هر یک آثار منفی فراوانی خواهد داشت (امامی، ۱۳۸۵، ص ۴).

۴- مواد ۷۳ قانون ثبت اسناد و املاک و ۱۲۹۱ قانون مدنی

طبق ماده‌ی ۷۳ قانون ثبت اسناد و املاک: «قضات و مأمورین دیگر دولتی که از اعتبار دادن به اسناد ثبت شده استنکاف نمایند، در محکمه انتظامی یا اداری تعقیب می‌شوند و در صورتی که این تقصیر قضات یا مأمورین بدون جهت قانونی باشد و به همین جهت، ضرر مسلم نسبت به صاحبان اسناد رسمی متوجه شود، محکمه‌ی انتظامی یا اداری علاوه بر مجازات اداری، آن‌ها را به جبران خسارت وارده نیز محکوم خواهد نمود». از این عبارات قانون‌گذار چنین برمی‌آید که قاضی یا دیگر مأمورین رسمی در صورتی که برخلاف سند رسمی عمل نمایند، در هر صورت مرتکب تخلف شده‌اند، خواه بدون جهت قانونی باشد و یا نباشد، و در مفهوم مخالف انتهای ماده اشاره شده که اگر با جهت قانونی باشد، فقط محکوم به پرداخت خسارت صاحبان اسناد رسمی نخواهند شد. اما در هر صورت مرتکب تخلف شده‌اند، این ماده و بند یک و دو ماده‌ی ۴۶ و ماده‌ی ۲۲ این نظر نگارنده را تکمیل خواهد کرد که بیع و یا معاملات املاک ثبت شده کاملاً تشریفاتی هستند، ولی از سوی دیگر مواد دیگری نیز وجود دارند که نشان می‌دهد که قانون‌گذار به خاطر این که قانون ثبت با واقعیت جامعه همسان و هماهنگ نبود، از نظر اولیه‌ی خود عدول کرده است. بدین ترتیب ماده ۷۳ قانون ثبت را نسخ کرده، با موادی از جمله بند دو از ماده‌ی ۱۶ قانون نظارت بر رفتار قضات که خودداری از اعتبار دادن به مفاد اسناد ثبتی بدون جهت قانونی را تخلف اعلام کرده است. بر طبق مقررات اصولی و منطبق حقوقی، چون قانون ثبت در سال ۱۳۱۰ وضع شده و قانون نظارت بر رفتار قضات مصوب ۱۳۹۰/۷/۱۷ می‌باشد، بنابراین، ماده ۷۳ قانون ثبت توسط بند دو از ماده‌ی ۱۶ قانون نظارت بر رفتار قضات نسخ ضمنی جزئی شده است. پس در وضعیت حقوقی کنونی امکان این که اگر یک سند رسمی در خصوص ملکی بود، قاضی این اختیار را داشته باشد که با رسیدگی به یک دلیل موجه از اجرای سند رسمی خودداری کند، وجود دارد. قبلاً نیز اشاره گردید که با وجود باطل اعلام نکردن مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت اسناد و املاک توسط فقهای شورای نگهبان، سایر ادله اثبات دعوی در خصوص املاک ثبت شده تخصیصاً خارج‌اند. اما در خصوص اینکه این دلیل موجه چه می‌تواند باشد، سؤال است. ماده‌ی ۱۲۹۱ قانون مدنی در دو مورد به سند عادی اعتبار سندی رسمی داده است. در خصوص اینکه این اعتبار چه معنی می‌دهد، باید به سایر مواد قانونی برای کشف اراده قانون‌گذار رجوع کرد.

در ماده ۱۲۹۱ قانون مدنی آمده است:

- «اگر طرفی که سند علیه او اقامه شده است، صدور آن را از منتسب الیه تصدیق نماید،
- هرگاه در محکمه ثابت شود که سند مزبور را طرفی که آن را تکذیب یا تردید کرده، فی‌الواقع امضاء یا مهر کرده است.»

بند یک ماده مذکور، اقرار به صدور سند است و در بند دو که گفته شده: «هرگاه در محکمه ثابت شود...»، در واقع این اثبات می‌تواند از طریق شهود و یا علم قاضی بر مبنای امارات و یا اسناد به استناد مواد ۱۳۳۵ قانون مدنی و ۲۲۵ قانون آیین دادرسی مدنی صورت گیرد.

در خصوص تفسیر مواد قانونی اشاره‌ای به نظر دکتر کاتوزیان داریم: «با اندک دقتی می‌توان دریافت که سرانجام دادرس ناچار است که به روح قانون و عرف نیز رجوع کند، زیرا یکی از منابع معتبر اسلامی عقل است. استلزام‌های عقلی در واقع همان ورای قانون، یا معانی و هدف‌هایی است که در پس پرده‌ی الفاظ قانون وجود دارد و از طریق عقل کشف می‌شود و عرف، عقل را به سوی عدالت زمانه رهبری می‌کند، چهره‌ی دیگری از روح قانون است (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۲۰۹). بند یک ماده‌ی فوق به اقرار به صدور سند اشاره دارد. طبق ماده‌ی ۱۲۷۷ قانون مدنی انکار بعد از اقرار مسموع نیست و بند دو ماده‌ی مذکور که «هرگاه در محکمه ثابت شود...» در خصوص بند دوم تصریحی ندارد که چگونه ثابت گردد و بر طبق ماده‌ی ۱۳۳۵ قانون مدنی، «توسل به قسم وقتی ممکن است که دعوی مدنی نزد حاکم به موجب اقرار یا شهادت یا علم قاضی بر مبنای اسناد یا امارات ثابت نشده باشد...». این ماده تصریح دارد به اینکه علم قاضی می‌تواند از طریق اسناد یا امارات به دست آید. چنان‌که پیداست ماده‌ی ۱۲۹۱ «بند اول ماده ۱۲۹۱ سند عادی به اضافه اقرار را پذیرفته و بند دوم آن سند عادی به اضافه شهادت یا علم قاضی را پذیرفته و به آن اعتبار سند رسمی می‌دهد. گویا مقصود قانون‌گذار این بوده که اسناد عادی در دو مورد در حکم سند رسمی هستند» (کریم‌دادی، ۱۳۹۶، ص ۷۲)، چنان‌که نظر دکتر کاتوزیان نیز همین است، ایشان در حاشیه‌ی کتاب خود، یعنی قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، عبارت اسناد عادی که در حکم سند رسمی هستند را به‌کاربرده است (کاتوزیان، الف ۱۳۹۱، ص ۷۷۵). بنابراین، بحث حکومت و ورود که از مباحث تعارض ادله است، مطرح می‌گردد. گویا قانون‌گذار خواسته بگوید من در دو مورد اسناد عادی را همانند سند رسمی می‌دانم و جانشین آن قرار می‌دهد. دکتر شهیدی نیز می‌گوید: «اطلاق ماده‌ی ۱۲۹۱ قانون مدنی نیز دلالت دارد که سند عادی مربوط به معامله‌ی غیرمنقول در صورتی که طرفی سند علیه او اقامه شده، صدور آن را از منتسب الیه تصدیق کند یا اعتبار سند مزبور در دادگاه ثابت گردد... شناختن اعتبار برای سند عادی در دو مورد بالا به معنی معتبر شناختن مندرجات آن و ازجمله معامله دارای شرایط قانونی مندرج در آن است» (شهیدی، ۱۳۸۸، ص ۷۶).

حکومت عبارت است از خارج کردن برخی از افراد عام از حکم یا داخل کردنش در آن، لکن همراه با تصرفی که غالباً در ناحیه‌ی موضوع صورت می‌گیرد (حیدری، ۱۳۸۹، ص ۳۸۵). در حکومت توسیعی دلیل دوم تعدادی از افراد خارج از موضوع دلیل اول را به طور اعتباری و تعبدی، داخل در موضوع دلیل اول می‌کند تا مشمول حکم دلیل اول قرار گیرند. به این قسم از حکومت، ادخال موضوعی نیز می‌گویند (شهبازی، ۱۳۹۴، ص ۲۲۳).

این‌که بخواهیم اعتبار مذکور را فقط به این محدود کنیم که اسناد عادی همانند اسناد رسمی قابل انکار و تردید نیستند، تفسیری نادرست است، زیرا بند اول آن اقرار است که طبق قواعد حقوق مدنی انکار بعد از اقرار مسموع نیست و بند دوم آن نیز مبین این امر است که ابتدا به‌موجب یک سند عادی اقامه‌ی دعوا گردد، سپس خواننده آن را انکار یا تردید و به اصالت آن تعرض کند و به هر نحو در محکمه ثابت گردد که آن را امضاء یا مهر کرده، چون بدیهی است وقتی که خواننده به اصالت سند تعرض کرد و اصالت آن سند محرز شد، دیگر امکان این‌که خواننده بتواند به اصالت آن تعرض کند، نیست و دادگاه وارد ماهیت دعوا می‌گردد. پس محدود کردن این اعتبار به این‌که مقنن می‌خواسته بگوید که این اسناد فقط قابل انکار و تردید نیستند، درست نیست، زیرا تحصیل حاصل می‌شود که تحصیل حاصل از سوی شارع حکیم منتفی است.

بنابراین، همان‌طور که دکتر کاتوزیان برای این اسناد عبارت «اسناد در حکم سند رسمی» را به‌کار برده و دکتر شهیدی می‌گوید: «این ماده اطلاق دارد و مقید نشده و شناختن اعتبار برای اسناد عادی در این دو مورد بالا به معنی معتبر شناختن مندرجات آن و از جمله معامله دارای شرایط قانونی مندرج در آن است»، صحیح می‌باشد و نظر این بزرگواران نیز مؤید این نظر است که این ماده نوعی حکومت توسیعی است، ولی قانون‌گذار حکیم به دلیل آن‌که از این ماده سوء استفاده نگردد، چون این اسناد اعتبار اسناد رسمی را دارند، توان اثباتی آن را محدود به طرفین سند کرده و وراثت و قائم مقام آن‌ها. مقنن حکیم توجه داشته است اگر این ماده را حکومت توسیعی به طور کامل در همی ابعاد قرار دهد نقض غرض حاصل می‌گردد، زیرا نمی‌خواسته کلیه امتیازات اسناد رسمی را به این سند بدهد. طبق قاعده‌ی اصولی اذن در شیء اذن در لوازم آن است، می‌توان گفت که اگر طبق ماده‌ی ۱۲۹۱ قانون مدنی اسناد عادی در دو مورد اعتبار اسناد رسمی را دارند، بنابراین، از الزامات عقلی آن این است که این سند در ادارات و محاکم پذیرفته شود و طبق قاعده‌ی اصولی مقدمه‌ی واجب نیز می‌توان گفت اگر واجب است که اسناد عادی در این دو مورد اعتبار اسناد رسمی را داشته باشند، مقدمه‌ی آن این است که محاکم دادگستری آن اسناد را به عنوان دلیل بپذیرند. تردیدی نیست که اگر شارع معنای خاصی را از یک لفظ اراده کرده و آن را بیان نموده باشد، باید همان معنای شرعی را مورد توجه قرار داد. در این صورت معنای شرعی واژه بر معنای عرفی و لغوی آن مقدم خواهد بود، در غیر این صورت به عقیده‌ی همه‌ی صاحب‌نظران برای فهم معنای واژه‌ها باید به عرف مراجعه کرد (شریعتی، قافی، ۱۳۹۲، ج ۲، ص ۱۹۹-۲۰۰). این است که مواد ۳۵۶ و ۲۲۵ قانون مدنی عرف را به‌عنوان یکی از منابع حقوق پذیرفته‌اند و در صورت نبودن حقیقت قانونی و یا حقیقت شرعی اصل ۱۶۷ قانون اساسی نوبت به حقیقت عرفیه خواهد رسید. علاوه بر این، مواردی در قوانین وجود دارد که قانون‌گذار برای اینکه یک چیز را در حکم چیز دیگر قرار دهد، از واژه در حکم استفاده نکرده است. در ماده ۱۲۸۱ قانون مدنی «قید دین در دفتر تجار، به منزله اقرار کتبی است» (شریعتی، قافی، ۱۳۹۳، ج ۳، ص ۱۵۸). عرف نیز از واژه‌ی اعتبار همان معنای در حکم را استنباط می‌کند.

۵- نگاهی به سایر قوانین و مقررات ناسخ قانون ثبت

ماده‌ی دو قانون روابط موجر و مستأجر درباره‌ی تشریفات تنظیم اجاره‌نامه‌ی عادی مقرر می‌دارد: «قراردادهای عادی اجاره باید با قید مدت اجاره در دو نسخه تنظیم شود و به امضاء موجر و مستأجر برسد و به وسیله‌ی دو نفر افراد مورد اعتماد طرفین به عنوان شهود گواهی گردد». «تشریفات تنظیم سند به خاطر این است که دادگاه بر پایه‌ی مفاد آن و پس از رسیدگی مقدماتی دستور تخلیه می‌دهد و ناچار بایستی تضمینی برای حفظ اصالت آن پیش‌بینی گردد، هرچند ضمانت اجرای تخلف از شرایط تنظیم اجاره در قانون پیش‌بینی نشده است، نباید حکم را لغو شمرد. وظیفه‌ی قانون‌گذار نیز به ارشاد و راهنمایی محدود نمی‌شود و قانون باید حاوی امر و نهی باشد. به خصوص از آنجا که دو قانون ۱۳۵۶ و ۱۳۶۲ تصرف به عنوان اجاره را اماره بر وجود رابطه‌ی استیجاری می‌داند و اجاره‌ی شفاهی را کافی می‌بیند. قید اجاره‌نامه رسمی و عادی در قانون ۱۳۷۶ نشان می‌دهد که حداقل اجرای قانون جدید تنها درباره‌ی مستأجرانی اجرا می‌گردد که سند اجاره در دست دارند» (کاتوزیان، ج ۱۳۹۱، ج ۱، ص ۲۴۱).

چنانکه از متن قانون و گفته‌های دکتر کاتوزیان برمی‌آید این ماده امره محسوب می‌گردد و با دقت در آن می‌توان آن را یک شکل از بند دو ماده ۱۲۹۱ قانون مدنی دانست، زیرا در آن ماده در قسمت بند دو سند عادی را جانشین سند رسمی می‌داند که اعتبار آن نزد محکمه ثابت گردد و ماده‌ی دو قانون روابط موجر و مستأجر می‌گوید: اجاره عادی که به امضاء موجر و مستأجر برسد و به وسیله‌ی دو نفر از افراد مورد اعتماد طرفین گواهی گردد، این قرارداد عادی

اجاره با این شرایط در واقع یک شکل از بند دو ماده‌ی ۱۲۹۱ قانون مدنی است، زیرا در آنجا گفته شده که اگر اصالت سند برای دادگاه محرز گردد، و این احراز ممکن است از طرق گوناگونی برای دادگاه ثابت شود که یکی از آن طرق شهود هستند که امضاء طرفین و وقوع اجاره را گواهی می‌کنند. البته توجه به این نکته مهم ضروری است که قانون روابط موجر و مستأجر در خصوص توان اثباتی اجاره‌نامه عادی سکوت کرده که در این خصوص باید به قانون مادر یعنی قانون مدنی رجوع کرد. طبق مواد قانون مدنی سند عادی فقط در روابط بین طرفین قابل استناد است. حتی سند ماده ۱۲۹۱ قانون مدنی که اعتبار رسد رسمی را دارد، در روابط فیما بین طرفین قابل استناد است، زیرا طبق بند یک ماده ۴۶ قانون ثبت کلیه عقود و معاملات راجع به عین یا منافع املاکی که قبلاً در دفتر املاک ثبت شده، باید به ثبت برسند. بدین ترتیب یکی از استثنائات این ماده، ماده دو قانون خاص روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶ می‌باشد که آن را نسخ ضمنی جزئی کرده است. البته این که برخی از اساتید به جای نسخ جزئی از عنوان تخصیص استفاده می‌کنند، صحیح نیست. «در برخی موارد قانون‌گذار حکم عام را بیان می‌کند و پس از مدتی حکم دیگری مقرر می‌شود که نسبت به حکم قبلی خاص است و بخشی از حکم عام قبلی را نسخ می‌کند. این قسم از نسخ شباهت زیادی به تخصیص دارد، ولی این شباهت نباید باعث خلط این دو شود و نباید آن‌ها را یکسان پنداشت» (شریعتی، قافی، ۱۳۹۲، ج ۱، ص ۲۳۸-۲۳۹).

البته تبصره‌ی دو و سه ماده‌ی ۱۴۷ قانون ثبت اسناد و املاک (که هم‌اکنون منسوخ شده است) سند عادی را پذیرفته است و بر مبنای آن اقدام به صدور سند مالکیت می‌نماید که این نیز خود می‌تواند مؤیدی باشد که ماده‌ی ۴۸ قانون ثبت به وسیله‌ی ماده ۱۴۷ این قانون نسخ ضمنی جزئی شده است. چراکه طبق ماده ۱۴۷ سند عادی، حتی در اداره ثبت اسناد و املاک مبنای صدور سند مالکیت قرار می‌گیرد.

تبصره‌ی دو ماده ۶ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب سال ۱۳۷۶ از این حد هم فراتر رفته است و می‌گوید: «در صورتی که موجر به طریق صحیح شرعی سرقفلی را به مستأجر منتقل نماید، هنگام تخلیه مستأجر حق مطالبه سرقفلی به قیمت عادلانه روز را دارد». این ماده نیز به نحوی نسخ ضمنی جزئی قوانین ثبتی محسوب می‌گردد.

همچنین مطابق تبصره ماده‌ی ۶ قانون اراضی شهری مصوب ۱۳۶۰/۱۲/۲۷ تبصره ماده‌ی ۷ قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۶/۶/۲۲ مجلس شورای اسلامی به اشخاصی که پیش از لغو مالکیت اراضی موات شهری و کیفیت عمران آن مصوب ۱۳۵۸/۴/۵ سند عادی مالکیت زمین داشته‌اند، در صورتی که تاریخ تنظیم سند عادی و صحت معامله از طرف مراجع قضائی تأیید گردد، اجازه عمران در نصاب مقرر داده خواهد شد (شهیدی، ۱۳۸۸، ص ۷۶).

۶- ابطال ماده‌ی ۱۳۰۹ قانون مدنی و انتقادات وارده بر آن

ماده‌ی ۱۳۰۹ قانون مدنی مصوب ۱۳۱۴ مقرر می‌داشت: «در مقابل سند رسمی یا سندی که اعتبار آن در نزد محکمه محرز شده، دعوایی که مخالف با مفاد یا مندرجات آن باشد، به شهادت اثبات نمی‌گردد». این نظریه‌ی شورای نگهبان که نتیجه‌ی آن تشویق مردم به اهمال در تنظیم سند است، قابل انتقاد بوده و افزون بر آن پیامدهای بدی که در تنظیم روابط حقوقی مردم دارد، موجب افزایش دعاوی شده، حقوق صاحبان حق را در معرض خطر دعاوی بی‌اساس مستند به گواهان کاذب قرار می‌دهد. شاید از جمله به همان علل بوده که حتی در زمانی که شمار اشخاصی که توانائی خواندن و نوشتن داشته‌اند، بسیار اندک بوده، به تنظیم سند در روابط حقوقی تأکید شده است. براساس آیه‌ی ۲۸۲ سوره مبارکه بقره «یا ایها الذین آمنوا اذا تدایتمت بدین الی اجل مسمی فاکتوبوه» می‌توان گفت: در مواردی که در زمان

ایجاد رابطه‌ی حقوقی و تنظیم آن ثبت سند شدنی بود، دلیلی مانند گواهی، برای اثبات، شرعاً نمی‌بایست پذیرفته شود (شمس، ۱۳۸۴، ص ۱۵۳-۱۵۶).

بنابراین، پذیرفتن گواهی در مقابل سند رسمی مقرر در قوانین خاص از جمله ماده‌ی ۲۲، ۴۶، ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت اسناد، اجتهاد در مقابل نص محسوب می‌گردد و این امر یک تخلف برای قاضی به شمار می‌آید، زیرا طبق ماده ۴۷۳ قانون جدید آیین دادرسی کیفری آراء وحدت رویه هیئت عمومی دیوان عالی کشور فقط به موجب قانون یا رأی وحدت رویه مؤخری که مطابق ماده ۴۷۱ این قانون صادر می‌شود، قابل تغییر است. بنابراین، اگر رأی دادگاهی برخلاف آن باشد، می‌تواند طبق ماده ۴۷۷ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات ۱۳۹۴ از موارد اعاده‌ی دادرسی محسوب گردد.

۷- نتیجه‌گیری

چنانچه که از قوانین ثبتی و نظرات اساتید حقوقی که در مباحث قبلی به آن اشاره شد برمی‌آید، معاملات و عقود املاک ثبت شده ماده‌ی ۴۶ و ثبت نشده ماده‌ی ۴۷ با شرایط خاص خود، نیاز به تنظیم سند رسمی دارد. ولی هیچ جای قانون ثبت بیان نشده که در صورتی که معامله بدون تنظیم سند رسمی منعقد گردد، معامله باطل و کأن لم یکن تلقی می‌گردد. ولی شخص زمانی دارای حق است که بتواند حق خود را ثابت کند و قانون تنها سند رسمی را پذیرفته است و سایر ادله‌ی اثبات دعوا تخصیصاً از مواد ۴۶ و ۴۷ و قانون ثبت خارج هستند. اما چون این قانون برگرفته از سیستم دفتر املاک آلمان با اوضاع احوال جامعه‌ی ما هماهنگ نبوده، قانون‌گذار کمی از نظر اولیه‌ی خود عدول کرد و با تقنین ماده‌ی ۱۲۹۱ در سال‌های بعد از تصویب، قانون ثبت یک سند عادی را با وجود شرایط خاص، در حکم سند رسمی قرار داد، ولی چون قانون‌گذار حکیم ما هدفش از وضع این قانون نقض غرض نبود و این‌که وضع این ماده موجب توالی فاسد در جامعه نگردد، این سند را فقط بین طرفین معامله و قائم‌مقام ایشان معتبر دانست و نوعی حکومت توسیعی مضیق و نه عام به وجود آورده است، ولی این سند مزایای سند رسمی را ندارد. در حقیقت با نسخ ماده ۷۳ قانون ثبت اسناد و املاک از لحاظ اصولی می‌توان گفت که ماده ۲۲ و ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک نسخ ضمنی جزئی شده است. علاوه بر این قوانین خاصی که قوانین ثبتی را نسخ جزئی کرده‌اند از جمله قانون روابط موجر و مستأجر و غیره، همه در واقع شکلی از ماده ۱۲۹۱ قانون مدنی یعنی قانون مادر هستند. چنان‌که از بند یک ماده ۱۲۹۱ برمی‌آید، اگر طرفی که سند علیه او اقامه شده، صدور آن را از منتسب الیه تصدیق نماید و بند دو آن، هرگاه در محکمه ثابت شود و... این سند در صورتی در حکم سند رسمی است که صاحب سند یا خواهان در دادگاه طرح دعوا کند و سپس یا با اقرار خواننده بند یک و یا با شهادت یا علم قاضی بند دو که از طریق امارات قضایی حاصل می‌گردد، ماده‌ی ۲۲۵ آیین دادرسی مصوب ۱۳۷۹، اعتبار و اصالت سند در نزد قاضی محرز گردد. به عبارت دیگر، قاضی که خود مأمور دولت است، به موجب ماده ۱۲۹۱ قانون مدنی در حدود صلاحیت که از مباحث مربوط به آئین دادرسی مدنی می‌باشد، اعلام مالکیت می‌کند و این اعلام مالکیت سندی رسمی محسوب می‌گردد و فقط در روابط بین طرفین معتبر است. چون بر طبق ماده ۱۲۹۰ قانون مدنی، اعتبار سند رسمی نسبت به اشخاص ثالث در صورتی است که قانون تصریح کرده باشد و طبق یک قاعده عقلی و اصولی استثناء را باید در حدود نصوص تفسیر نمود. چنین تصریحی را در خصوص آراء دادگاه‌ها نداریم، اما در خصوص اسناد املاک ثبت شده در ماده ۷۲ قانون ثبت اسناد و املاک چنین تصریحی داریم. البته عرف نیز از واژه‌ی اعتبار همان معنای در حکم، به منزله، به مثابه، جانشین و... را می‌فهمد. بنابراین، برای اعتبار دادن به این گونه اسناد نیازی به باطل اعلام کردن مواد ۲۲ و ۴۸ قانون ثبت توسط فقهای شورای نگهبان نیست.

منابع

۱. امامی، سیدحسن (۱۳۸۵). حقوق مدنی (در ادله اثبات دعوا، اقرار، اسناد، شهادت، امارات، قسم، اصول عملیه). تهران: اسلامیه.
۲. تفکریان، محمود (۱۳۹۳). حقوق ثبت املاک. تهران: موسسه فرهنگی انتشاراتی نگاه بینه.
۳. حیدری، علی‌نقی (۱۳۸۹). ترجمه اصول استنباط. ترجمه محسن غروی‌ان، علی شیروانی. قم: دارالفکر.
۴. شریعتی، سعید؛ قافی، حسین (۱۳۹۲). اصول فقه کاربردی. تهران: سازمان مطالعه و تدوین علوم انسانی (سمت)، ج ۱-۲.
۵. شریعتی، سعید؛ قافی، حسین (۱۳۹۳). اصول فقه کاربردی اصول عملیه و تعارض. تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی (سمت)، ج ۳.
۶. شمس، عبدالله (۱۳۸۴). ادله اثبات دعوا و حقوق ماهوی و شکلی. تهران: دراک.
۷. شهبازی، محمدحسین (۱۳۹۴). درس‌هایی از اصول فقه. تهران: بنیاد حقوقی میزان.
۸. شهیدی، مهدی (۱۳۸۸). فروش مال غیرمنقول بدون تنظیم سند رسمی. کانون، شماره ۹۱، ص ۶۴-۸۸.
۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹). مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران. تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ ۷۴.
۱۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱ الف). قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی. تهران: نشر میزان، چاپ سی و سوم.
۱۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱ ب). دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، قرارداد و ایقاع. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱ ج). عقود معین. تهران: گنج دانش، ج ۱.
۱۳. کاشانی، محمود (۱۳۸۶). قولنامه معارض، حالات مختلفه آن و راه‌حل‌های ارائه شده. قضاوت، شماره ۴۶، ص ۲۱-۲۲.
۱۴. کریمدادی، بهاره (۱۳۹۶). دایره شمول ماده ۱۰ قانون مدنی و مقایسه آن با عقد صلح. پایان‌نامه کارشناسی ارشد. دانشگاه شهید باهنر، کرمان.
۱۵. محمدی، ابوالحسن (۱۳۹۱). مبانی استنباط حقوق اسلامی. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۱۶. نظر شماره‌ی ۲۶۶۴/۱۰۲/۹۵، مورخ ۱۳۹۵/۸/۴ شورای نگهبان.