

Research Article

***The authenticity of formalism in real estate transactions with a look at its
jurisprudential foundations***

Sadegh Amjadian^۱, Ebrahim Taghizadeh^۲, Ali Chahkandinejad^۳

Received: ۲۰۲۲/۱۱/۰۳

Accepted: ۲۰۲۳/۰۲/۱۹

Abstract

One of the principles governing contracts is the principle of consent. According to this principle, basically, for the conclusion of any contract, mere offer and acceptance is sufficient and no special formalities and form are required. The Iranian Civil Code also considers the meeting of two wills to be sufficient for the formation of a contract, according to Article ۱۹۰. However, by going through the legal articles and considering the appearance of some other regulations, we find contracts that require special elements, forms and formalities in the conclusion stage, in addition to offer and acceptance; including in transactions regarding immovable property, considering the existing laws that express a kind of formal obligation under the title of drawing up an official document, the question arises as to whether these transactions are consent or formal and formal?

Therefore, in this article, which is presented in a library style and its contents are analytically-descriptive, the role and nature of preparing an official document in such transactions are examined to determine whether the aforementioned transactions are consensual or formal, and if the formality and formality of the aforementioned transactions are preferable and provide support goals and various political, economic and tax purposes. Our legal system should, by implementing more effective mechanisms, drive people towards the necessity of preparing an official document and registering transactions in notary offices.

Keywords: *The principle of the consent of contracts, consent contracts, ceremonial contracts, official document, real estate transaction.*

^۱ - PhD student, Department of Private Law, Birjand Branch, Islamic Azad University, Birjand, Iran.

^۲ - Professor, Department of Private Law, Birjand Branch, Islamic Azad University, Birjand, Iran. (corresponding author) taghizaadeh@gmail.com

^۳ - Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Birjand Branch, Islamic Azad University, Birjand, Iran.



مقاله پژوهشی

اصالت شکل‌گرایی در معاملات غیرمنقول با نگاهی به مبانی فقهی آن
صادق امجدیان^۱، ابراهیم تقی‌زاده^۲، علی چهکندی نژاد^۳

چکیده

یکی از اصول حاکم بر قراردادها، اصل رضایی بودن عقود است. به موجب این اصل، اساساً برای انعقاد هر عقد، صرف ایجاب و قبول کافی است و تشریفات و شکل خاصی لازم نیست و قانون مدنی ایران نیز حسب ماده ۱۹۰، تلاقی دو اراده را برای تشکیل عقد کافی می‌داند اما با سیر در مواد قانونی و ملاحظه ظاهر برخی از مقررات دیگر، عقود را می‌یابیم که در مرحله انعقاد علاوه بر ایجاب و قبول نیاز به عناصر و شکل و تشریفات خاصی دارند؛ از جمله در معاملات راجع به اموال غیر منقول با توجه به قوانین موجود که بیانگر نوعی الزام شکلی تحت عنوان تنظیم سند رسمی هستند این سؤال مطرح می‌گردد که آیا این معاملات رضایی هستند یا شکلی و تشریفاتی؟ لذا در این مقاله که به شیوه کتابخانه‌ای و مطالب آن بصورت تحلیلی - توصیفی ارائه می‌گردد نقش و ماهیت تنظیم سند رسمی در این قبیل معاملات مورد بررسی قرار می‌گیرد تا معلوم گردد که آیا معاملات مزبور رضایی هستند یا شکلی و اگر شکلی و تشریفاتی بودن معاملات یاد شده ترجیح دارد و تامین کننده اهداف حمایتی و مقاصد گوناگون سیاسی، اقتصادی و مالیاتی است. نظام حقوقی ما باید با اعمال ساز و کارهای مؤثرتری مردم را به سوی لزوم تنظیم سند رسمی و ثبت معاملات در دفاتر اسناد رسمی سوق دهد.

واژگان کلیدی: اصل رضایی بودن عقود، عقود رضایی، عقود تشریفاتی، سند رسمی، معامله غیر منقول.

^۱- دانشجوی دکتری، گروه حقوق خصوصی، واحد بیرجند، دانشگاه آزاد اسلامی، بیرجند، ایران.

^۲- استاد، گروه حقوق خصوصی، واحد بیرجند، دانشگاه آزاد اسلامی، بیرجند، ایران. (نویسنده مسئول) taghizaadeh@gmail.com

^۳- استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد بیرجند، دانشگاه آزاد اسلامی، بیرجند، ایران.

از نظر تاریخ حقوق، در حقوق رم قدیم اعمال حقوقی مجرّد بودند و از اراده واقعی اشخاص، انفکاک مطلق و استقلال تام داشتند و شکل و فرم و تشریفات، حاکم علی الاطلاق بود و ایجاد عمل حقوقی و حتی انحلال رابطه حقوقی ناشی از آن نیز مجرّد و شکلی بود و نیاز به تشریفات خاص داشت. (رفیعی مقدم ۱۳۸۸: ۴۳؛ قاسمی، ۱۳۸۸: ۶۸)

در ایران، ایرانیان عصر ساسانی، در اعمال حقوقی مهم شکل گرا بودند و آن را در قالب سند کتبی و اتیان سوگند انجام می دادند. (امین، ۱۳۸۲: ۸۳) در اروپا، در دوره رنسانس تحولات فکری اندیشمندان موجب تعدیل تشریفات گرای افراطی گردید و عرف و رویه قضایی گرایش شدیدی به سوی اصالت رضا پیدا کرد و سرانجام از قرن ۱۸ به بعد اصالت رضا در قانون مدنی فرانسه و دیگر کشورهای اروپایی انعکاس یافت (پین، ۱۳۸۲: ۳۰۹-۳۰۸). ولی از ابتدای قرن بیستم علیرغم غلبه رضاگرایی، دوباره فرمها و شکل های حقوقی جدیدی با مبانی، اهداف و آثار نو و متفاوت پدید آمد بطوری که در زمان حاضر اصل حاکمیت اراده بیشتر جنبه نظری دارد و استثنائات زیادی بر اصل آزادی قرار دادی وارد شده است. (قاسمی، ۱۳۸۸: ۲۰۹؛ رفیعی مقدم: ۳۴)

در ایران تا زمان مشروطیت و تا قبل از تصویب قانون مدنی در دوره مشروطیت آموزه های فقه شیعه حاکم بود. (شایگان بی تا: ۳۲-۳۱) اما با تصویب قانون مدنی مصوب سال ۱۳۰۷ شمسی، مقنن در مواد ۱۹۰ تا ۱۹۴ به وضوح بر اصالت رضا و آزادی شکل قرارداده صحنه گذارده است. اما علی رغم پذیرش اصله الرضا و آزادی شکل قرارداده قانونگذار در همان قانون مدنی در برخی از اعمال حقوقی تمایل به شکل گرای پیدا کرده و برای تشکیل عمل حقوقی یک سری الزامات شکلی را لحاظ نموده است (نظیر قبض در بیع صرف، عقد رهن و عقد هبه، لفظ و قبض در عقد وقف و لفظ در عقد نکاح و وجود شاهد به هنگام اجرای صیغه طلاق) و غیر از قانون مدنی موارد متعدد دیگری از الزامات شکلی با تصویب قوانین متعدد همچون لزوم تنظیم سند رسمی یا عادی و یا ثبت در دفتر خاص به تدریج وارد حقوق مدنی ایران شده است و به طور مداوم بر وسعت و دامنه الزامات شکلی و یا به عبارت دیگر استثنات اصل رضایی بودن قرارداده افزوده می شود و اخیراً برخلاف دیدگاه سنتی شورای نگهبان که همواره قائل بر رضایی بودن معاملات غیرمنقول بوده است با تصویب قانون الزام به ثبت رسمی معاملات غیرمنقول مصوب ۱۴۰۳/۰۲/۲۶ مجمع تشخیص مصلحت نظام، روند شکل گرای ادامه پیدا کرده است و مجمع تشخیص شکل گرای را به مصلحت جامعه تشخیص داده است.

مسئله اساسی و مهم در این قبیل الزامات شکلی، نقش آنها در تشکیل و تأثیر گذاری و قابلیت اثبات عمل حقوقی و آثار و ضمانت اجرای آنها در مورد عمل حقوقی است.

در این مقاله امکان بررسی نقش همه الزامات شکلی میسر نیست و صرفاً در صدد آن است تا نقش تنظیم سند رسمی به عنوان یک الزام شکلی مهم که در مورد معاملات راجع به اموال غیر منقول لازم و ضروری دانسته شده است (موضوع مواد ۴۶ تا ۴۸ قانون ثبت) را بررسی نماید تا روشن گردد که معاملات غیر منقول رضایی هستند یا شکلی؟

لذا مطالب این تحقیق در سه قسمت مورد بررسی قرار می گیرد:

در قسمت اول، مباحثی شامل مفهوم عقد رضایی و عقد شکلی (تشریفات)، پیشینه شکل گرای در فقه و تحلیل مبانی فقهی در راستای شکل گرای قانونی ارائه می شود و در قسمت دوم، نقش و ماهیت تنظیم سند رسمی در معاملات

غیرمنقول در سیستم‌های حقوقی خارجی و در حقوق ایران مورد بررسی قرار خواهد گرفت و در قسمت سوم، تحول در اندیشه‌های فقهی به عنوان زمینه‌سازی برای حاکمیت شکل‌گرایی قانونی مورد بحث قرار خواهد گرفت.

۲- مفاهیم و سوابق

۲-۱- مفهوم عقد رضایی و عقد شکلی

عقد رضایی قراردادی است که به صرف توافق اراده طرفین، به شرط اینکه به نحوی از انحاء بیان و ابراز شده باشد واقع می‌شود و تحقق آن به تشریفات و شکل خاصی مانند به کار بردن الفاظ معین یا تنظیم سند نیاز ندارد.

عقد تشریفاتی یا شکلی قراردادی است که با تشریفات خاصی (از قبیل لفظ خاص یا تنظیم سند) واقع می‌شود و صرف توافق طرفین برای وقوع آن کافی نیست. برای تحقق عقد شکلی اراده باید به شکل خاصی بیان شده باشد.

لازم به ذکر است که در اغلب موارد منظور از عقد تشریفاتی یا شکلی عقدی است که در آن شکل یا تشریفات خاصی شرط صحت عقد یا قرار داد می‌باشد ولی گاهی عقد تشریفاتی را به معنای عام بکار می‌برند. یعنی قرار دادی که همراه با تشریفات است و شکل خاصی در آن باید رعایت شود، اعم از اینکه شکل و تشریفات مزبور شرط صحت باشد یا نه. (صفایی، جلد ۲، ۱۳۹۴: ۴۰)

گرایش به شکل‌های حقوقی یا بطور خلاصه شکل‌گرایی در فقه اسلامی دارای سابقه است که به شرح ذیل مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۲-۲- سابقه شکل‌گرایی در فقه

گرایش به شکل و شکل‌گرایی به معنای فوق در فقه اسلامی دارای سابقه است و از بررسی آثار متقدمین از فقهای امامیه استفاده می‌شود که آنها بکار بردن صیغ لفظی را در مقام انشاء عقود و ایقاعات مخصوصاً در عقود لازم، ضروری و شرط صحت می‌دانسته‌اند؛ و حتی عده‌ای از فقها وجود صیغه خاص هر عقد به زبان عربی، ماضویت صیغه و تقدّم ایجاب بر قبول را از شرایط قطعی شکل عقد می‌دانسته‌اند (طباطبایی، جلد ۸، ۱۴۱۸ق: ۲۲۰؛ حسینی عاملی، جلد ۱۲، ۱۴۱۹: ۴۸۳؛ نجفی، جلد ۲۲، ۱۴۰۴ق: ۲۱۰-۲۰۹)

تا جایی که عده‌ای از فقها در تعریف عقد نیز عقد بیع را به فرد اجلای شکل، یعنی الفاظ عقود تعریف کرده‌اند و گفته‌اند (العقد هو اللفظ الدال علی نقل الملك من مالک الی آخر بعوض معلوم). یعنی عقد بیع عبارت است از لفظی که بر انتقال ملک از مالک آن به دیگری در مقابل عوض معلوم دلالت دارد. (حلی (محقق)، جلد ۲، ۱۴۰۸ق: ۷؛ حلی (علامه)، جلد ۱۰، ۱۴۱۴ق: ۷-۹؛ عاملی (شهید اول)، جلد ۳، ۱۴۱۷ق: ۱۱۹؛ عاملی (شهید اول)، ۱۴۱۰ق: ۱۰۴)

این عده از فقها معاطات را به عنوان مظهر اراده پذیرفته‌اند و اعلام کرده‌اند که حداکثر اثر معاطات اباحه است و برای کسی که بر اثر معاطات، مالی را دریافت می‌کند مباح است در آن تصرف نماید و برای هر کدام از طرفین جایز است با بقاء عین آن را مسترد نماید. آنها معتقدند که الفاظ عقود و ایقاعات توقیفی هستند چون در لسان شارع فقط الفاظ (بعث و اشتريت و ملکت) استعمال شده است و اساساً بر مظهرات غیر لفظی عقد و ایقاع صدق نمی‌کند. (حلی (فخرالمحققین)، ج ۳، ۱۳۷۸ق: ۱۲)

صاحب جامع المقاصد (کرکی، جلد ۷، ۱۴۱۴ق: ۸۳) و صاحب مسالک نیز معتقد به همین نظر می‌باشند. (عاملی (شهید ثانی)، جلد ۳، ۱۴۱۰ق: ۲۲۲)

(مولی احمد نراقی) از فقهای متأخرین با شکل‌گرایی مشهور در نزد فقهای متقدم به مخالفت برخاسته و برای حل مسأله لفظ‌گرایی یک قاعده کلی بیان کرده است و می‌گوید اگر نصّ یا اجماع بر لزوم صیغه خاصّ در عقدی دلالت کند (مانند نکاح) تبعیت از آن لازم است و در این صورت بکارگیری این مظهر خاص، شرط صحت آن معامله خواهد بود اما اگر نصّ یا اجماعی وجود نداشت - همچنانکه اغلب چنین است - هر مظهری اعم از لفظی یا غیر لفظی برای تحقق عقد، کافی است. (نراقی، ۱۴۱۷ق: ۱۳۴)

«میر عبد الفتاح مراغی» نیز معتقد است؛ اصل در عقود و ایقاعات، کشف قصد و رضای طرفین است که با مظهری اعم از فعل یا لفظ قابل کشف است و در عین حال در مورد برخی از اعمال حقوقی شامل عقد نکاح و ایقاعات معروفی از قبیل طلاق،ظهار، لعان، ایلاء، عتق، اقرار فعل صریح الدلاله کافی برای تحقق عقد یا ایقاع مورد نظر، نمی‌باشد و در اینگونه امور فقط لفظ صریح و در برخی از این موارد صیغه مخصوص معتبر است. اما در ایقاعات شبه عقد همانند وقف بر جهات عامه، وصیت عهدی، اذن موجب اباحه در تصرف، اسقاط ضمان (ابراء)، اخذ به شفعه (بنابر اینکه ایقاع محسوب شود) و عقود مجانی مانند هبه، حبس، کفالت، ضمان، وقف خاص، ودیعه و عاریه و نیز عقود معاوضی نظیر بیع و اجاره، فعل صریح الدلاله و معاطات را معتبر می‌داند. البته ایشان همانند مشهور فقها، معاطات را مفید مالکیت غیر لازم می‌داند که قابل فسخ است. (مراغی، جلد ۲، ۱۴۱۷ق: ۹۴)

شیخ مرتضی انصاری در کتاب مکاسب، در مورد گرایش به شکل و تشریفات، مواضع متناقضی را اختیار کرده است. او از یک سو همانند مشهور قدما، در مقام انشاء عقود، استعمال صیغ لفظی را شرط صحت عقد می‌داند و در نظر او، شخص تنها در صورتی که قدرت بر تکلم نداشته باشد، از استعمال صیغ لفظی معاف است که البته در صورت ناتوانی از تکلم نیز اشاره را بر کتابت مقدم می‌دارد و کتابت را در صورت عجز از اشاره معتبر تلقی می‌کند. از سوی دیگر بر خلاف مشهور قدما، معاطات را به عنوان وسیله ابراز اراده پذیرفته است و معتقد است در بیع معاطاتی، معاطات حقیقتاً بیع است و افاده مالکیت لازم می‌کند. (انصاری، جلد ۷، بی تا: ۸-۷)

با توسعه علوم جدید و پیچیدگی عرف تجاری و گسترش مناسبات اقتصادی، فقهای معاصر به سمت شکل‌زدایی پیش رفتند؛ بطوری که مشهور فقهای معاصر لفظ‌گرایی فقهای متقدم را مردود می‌دانند و به وضوح تمایل به اصل آزادی شکل اظهار اراده در مقام انشاء عقود و ایقاعات را نشان داده‌اند.

برخی از شاگردان شیخ انصاری قائل هستند صیغه لفظی شرط صحت یا الزام آور بودن عقود نیست و این معنا مقتضای اطلاعات ادله بیع و سایر عقود است و هیچگونه دلیلی بر مفید بودن ادله بیع و سایر عقود وجود ندارد. و بر این اساس هر نوع مظهری از قبیل اشاره، کتابت و معاطات بدون اینکه رعایت ترتیب ضرورت داشته باشد همانند صیغ لفظی اعمال حقوقی را محقق می‌سازند و بدین ترتیب صیغ لفظی را در غیر نکاح نه شرط صحت عقود می‌داند و نه شرط لزوم. (شهیدی تبریزی، جلد ۲، ۱۳۷۵ق: ۱۸۹)

همچنین مرحوم سیدابوالقاسم خوئی معتقد است برای انعقاد عقود و ایقاعات بجز در مورد عقد نکاح و طلاق هیچگونه دلیلی بر اشتراط یک مبرز و مظهر خاص وجود ندارد و قاعده کلی این است که هر گونه ابزار و وسیله‌ای که صلاحیت

و قابلیت ابراز اعتبار نفسانی و انشاء را داشته باشد، اعم از اینکه آن وسیله فعل باشد یا لفظ، می‌تواند برای تحقق اعمال حقوقی مورد استفاده قرار گیرد. (خوبی، جلد ۳، بی تا: ۷)

در نتیجه فقهای معاصر معتقدند عقد حقیقت شرعیه نیست و شارع مقدس برای آن قالب و اصطلاح خاصی جعل نکرده است و صرفاً معاملات متداول میان افراد جامعه را امضا نموده است. از این رو، از لحاظ مفهوم و ماهیت، تفاوتی میان عقد شرعی و عقد عرفی نیست. (مغنیه، جلد ۳، ۱۴۲۱ق: ۱۲-۱۱؛ مراغی، همان: ۱۷)

۲-۳- تحلیل مبانی فقهی در راستای شکل گزایی قانونی

با مراجعه به مبانی فقهی، به نظر می‌رسد نه تنها در پیشینه فقهی عمدتاً مخالفتی با شکل گزایی در اعمال حقوقی وجود نداشته بلکه در تعداد قابل توجهی از عقود و اعمال حقوقی توجه فقها به نحوه تشکیل عمل حقوقی معطوف می‌باشد؛ مانند قبض در عقد رهن و وقف و یا لزوم استعمال لفظ در عقود نکاح و وقف و طلاق. وقتی که فقهای معاصر به وضوح بیان کرده اند که معاملات و طرق انشاء آنها اموری عرفی هستند و حقیقت شرعیه در مورد آنها وجود ندارد به طریق اولی ایجاد محدودیت از حیث شکل و نحوه انعقاد قرار داد با مانعی مواجه نخواهد بود. (اسماعیلی، ۱۳۹۹: ۷۴)

بر این اساس اگر قانونگذار بخاطر تأمین اهداف حمایتی و ارشادی، امنیت قضایی و برای جلوگیری از وقوع معاملات معارض و تضییع حقوق اشخاص خصوصی به واسطه این نوع معاملات، و نظارت بر نقل و انتقال سرزمین ملی در راستای تأمین مقاصد گوناگون سیاسی و اقتصادی و انتشار و اطلاع رسانی به اشخاص ثالث، شکل و قالب خاصی را برای انجام معاملات راجع به اموال غیر منقول تعیین نماید (به عنوان مثال تنظیم سند رسمی و ثبت در دفتر املاک) علی القاعده این اقدام بر خلاف موازین فقهی نخواهد بود.

به عبارت دیگر در فقه اسلامی ظرفیت هایی وجود دارد که شکل گزایی در نقل و انتقال اموال غیر منقول در قالب تنظیم سند رسمی را توجیه می‌کند. چنانکه در برخی از آراء و فتاوی فقهی، برخی از فقهای عظام معاصر نه تنها سند رسمی را بعنوان یکی از ادله اثبات دعوا پذیرفته اند بلکه در صورت تعارض بین سند رسمی و سایر ادله اثبات دعوا و از جمله شهادت شهود، سند رسمی را مقدم بر سایر ادله اثبات دعوا می‌دانند. (مکارم شیرازی، جلد ۱، ۱۴۲۷ق: ۱۴۱ و ۳۶۶)

از این رو، خلاف شرع دانستن اطلاق ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک و نیز ماده ۴۸ آن که دلالت بر بی اعتبار دانستن اسناد عادی دارد، از سوی شورای نگهبان در نظریه مورخ ۱۲ آبان سال ۱۳۹۵ قابل بررسی مجدد است که قانون الزام به ثبت معاملات غیر منقول مصوب ۱۴۰۳ گامی در جهت این بازنگری است.

امروزه در کشورهای زیادی شکل گزایی از نوع تنظیم سند رسمی یعنی ایجاد محدودیت برای تشکیل برخی اعمال حقوقی و انجام آن در قالب تنظیم سند رسمی بخاطر مصالح و فواید آن امری رایج است. در حقوق ایران نیز، تنظیم سند رسمی در انجام برخی معاملات، لازم دانسته شده است، از جمله در کلیه عقود و 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، کلیه عقود و معاملات راجع به عین یا منافع اموال غیر منقولی که در دفتر املاک ثبت نشده و صلح نامه، هبه نامه و شرکت نامه در نقاطی که اداره ثبت اسناد و املاک و دفاتر اسناد رسمی، موجود بوده و وزارت دادگستری مقتضی بداند. (مواد ۴۶ تا ۴۸ قانون ثبت مصوب ۱۳۱۰) و قانون الزام ثبت معاملات اموال غیر منقول گام بلندی در این راه است.

۳- نقش و ماهیت تنظیم سند رسمی در معاملات غیر منقول

۳-۱- حقوق تطبیقی

نقش تنظیم سند رسمی در حقوق کشورهای مختلف متفاوت است:

- در بعضی از سیستم‌های حقوقی، تنظیم سند رسمی و ثبت معامله اموال غیر منقول، رکنی از ارکان عمل حقوقی است به طوری که بدون آن عقدی واقع نمی‌شود و معامله‌ای صورت نمی‌گیرد. مثلاً در حقوق اردن، طبق مواد (۱۱۴۸) ق م و ۲/۱۶ و ۳/۱۶ قانون تسویه الاراضی و المیاه) ثبت معاملات مربوط به اموال غیر منقول ثبت شده الزامی است و رکنی از ارکان عقد به شمار می‌رود. دیوان کشور اردن در یکی از آرای خود این نظر را تایید کرده است:

(عقد بیع زمینی که عملیات ثبت آن به اتمام رسیده است، باطل است و هیچ اثری ندارد، زیرا ثبت معامله در دایره ثبت، رکنی از ارکان انعقاد است و بدون آن ارکان بیع تمام نیست). (سوار، جلد ۲، ۱۹۹۶م: ۱۴۶)

- در برخی دیگر از سیستم‌های حقوقی، ثبت معامله غیر منقول در دفاتر رسمی مربوطه، شرط اتمام آن است یعنی شرط انتقال مالکیت است. به عبارت دیگر بدون ثبت هم معامله واقع می‌شود و تمام آثار خود غیر از انتقال مالکیت را خواهد داشت.

اما انتقال مالکیت که مثلاً مقتضای ذات عقد بیع است، منوط به ثبت معامله است.

به عنوان مثال، در حقوق مصر، قضات و حقوقدانان اعتقاد دارند که مقنن در قانون ثبت و قانون انتشار معاملات غیر منقول، ثبت بیع و تنظیم سند رسمی را شرط تحقق انتقال مالکیت بین متعاملین و نسبت به اشخاص ثالث دانسته است. لکن عقد بیع به صرف تراضی واقع می‌شود. (سنهوری، جلد ۴، بی تا: ۴۷۴)

در حقوق امارات نیز حقوقدانان از ماده (۱۲۷۷ قانون معاملات مدنی) چنین استنباط کرده‌اند که شرط انتقال مالکیت، تنظیم سند رسمی است زیرا مقنن در این ماده انتقال مالکیت غیر منقول و دیگر حقوق عینی مترتب بر آن را چه بین متعاملین و چه نسبت به اشخاص ثالث منوط به ثبت معامله دانسته است. (الزحیلی، ۱۹۸۷م: ۵۳-۵۲)

- در برخی سیستم‌های حقوقی مثل فرانسه، انتشار معاملات مربوط به اموال غیر منقول که به واسطه ثبت آن و تنظیم سند رسمی صورت می‌گیرد، شرط قابلیت استناد معامله در برابر اشخاص ثالث است.

عقد بیع و سایر معاملات انتقال دهنده مالکیت بدون ثبت و تنظیم سند نیز واقع می‌شود و تمام آثار آن از جمله انتقال مالکیت بین متعاملین ظاهر می‌شود، اما این انتقال به شرطی در مقابل اشخاص ثالث معتبر است و قابلیت استناد دارد که معامله به واسطه ثبت معامله و تنظیم سند رسمی، انتشار یافته باشد. (قاسمی، ۱۳۸۲: ۱۳۱)

- ممکن است در برخی دیگر از سیستم‌های حقوقی، تنظیم سند رسمی و ثبت معامله تنها ماهیت اثباتی داشته باشد و هیچ نقشی در مرحله ایجاد حق و یا انتقال آن نداشته باشد.

از نظر برخی از حقوقدانان، در حقوق ایران تنظیم سند رسمی برای اثبات معامله در نزد مقامات صالحه است نه آنکه بدون ثبت معامله صحیح شناخته نشود. (امامی، جلد ۱، ۱۳۷۷: ۱۸۳؛ صفایی، پیشین: ۴۹-۵۰)

البته در مورد نقش تنظیم سند در حقوق ایران در مبحث آتی به تفصیل به آن خواهیم پرداخت.

اما در فقه امامیه، سند چنین جایگاهی ندارد و با آنکه خداوند متعال در آیه ۲۸۲ سوره مبارکه بقره مؤمنان را به کتابت و تنظیم سند در داد و ستد امر فرموده اما چنانکه از همین آیه ظاهر است این اسناد ارزش اثباتی مستقل ندارند و تنها در صورتی قابل استناد هستند که دو شاهد شهادت دهند که مدیون در حضور آنها سند را نوشته است. (قاسمی: ۱۲۹)

۴۹۰

۳-۲- در حقوق ایران

از نظر تاریخی شکل گزایی در انجام معاملات غیرمنقول یا به عبارت دیگر ضرورت اعتبار بخشی به اسناد رسمی قبل از انقلاب اسلامی مدنظر قانون گذار قرار گرفته است. در مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت، تنظیم سند رسمی (ثبت اسناد) را در موارد زیر لازم دانسته است:

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

- کلیه عقود و معاملات راجع به عین یا منافع اموال غیر منقول که در دفتر املاک ثبت نشده و صلح نامه و هبه نامه و شرکت نامه در نقاطی که اداره ثبت اسناد و املاک و دفاتر اسناد رسمی موجود بوده و وزارت دادگستری مقتضی بداند.

ضمانت اجرای مقررات مزبور در مواد ۲۲ و ۴۸ قانون ثبت بیان شده است.

ماده ۲۲ مقرر می‌دارد: (همین که ملکی مطابق قانون در دفتر املاک به ثبت رسیده، دولت فقط کسی را که ملک به اسم او ثبت شده و یا کسی که ملک مزبور به او منتقل گردیده و این انتقال نیز در دفتر املاک به ثبت رسیده یا این که ملک مزبور از مالک رسمی ارثاً به او رسیده باشد مالک خواهد شناخت).

ماده ۴۸ مقرر می‌دارد: (سندی که مطابق مواد فوق باید به ثبت برسد و به ثبت نرسیده در هیچ یک از ادارات و محاکم پذیرفته نخواهد شد).

نیز براساس ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی: «در مقابل سند رسمی یا سندی که اعتبار آن در محکمه محرز شده، دعوا که مخالف با مفاد یا مندرجات آن باشد، به شهادت اثبات نمی‌گردد.»

پس از انقلاب اسلامی، تعارض مالکیت شرعی با مالکیت مبتنی بر اسناد رسمی به دغدغه اصلی تبدیل شد و شورای نگهبان در نظریه شماره ۲۶۵۵ مورخ ۱۳۶۷/۰۸/۰۸ اعلام کرد: «ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی از این نظر که شهادت بینة شرعی را در برابر اسناد معتبر، فاقد ارزش دانسته، خلاف موازین شرعی و بدینوسیله ابطال می‌گردد.»

متعاقباً شورای نگهبان در اظهار نظر شماره ۹۲/۳۰/۵۱۸۸۶ به تاریخ ۱۳۹۲/۰۷/۱۰ اعلام می‌دارد: «براساس اصل ۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی، ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی مصوبه سال ۱۳۱۴، در جلسه مورخ ۱۳۹۲/۰۷/۰۳ فقهای معظم شورای نگهبان مورد بحث و بررسی قرار گرفت و نظر فقها به شرح ذیل اعلام می‌گردد: آنچه در اصلاحیه مورخ ۱۳۷۰/۰۸/۱۴ قانون مدنی به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده و توسط شورای نگهبان تأیید شده است، متعرض ماده ۱۳۰۹ نیست تا بتوان چنین پنداشت که این ماده مجدداً به تأیید فقهای محترم شورای نگهبان رسیده است و در نتیجه نظریه فقهای

محترم مبنی برابطال این ماده، کماکان به قوت خود باقی است و نظریه اداره حقوقی قوه قضائیه مبنی براینکه "باتوجه به اینکه در اصلاحات سال ۱۳۷۰ تعرضی به متن ماده ۱۳۰۹ نشده و حذف نگردیده است و ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی موضوعاً دارای قدرت اجرایی است" موجه نمی‌باشد.

همچنین شورای نگهبان در سال ۱۳۹۵ نظریه دیگری در باب اطلاق مواد ۲۲ و ۴۸ قانون ثبت نظریه دیگری اعلام نموده است که در پایان این بخش مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

در نهایت به تاریخ سوم شهریور ۱۳۹۸ در ماده ۵ لایحه حقوق تجارت به شرح ذیل در مجلس به تصویب می‌رسد: « انعقاد قرارداد، ابراز اراده یا هر عمل دیگر مرتبط با قرارداد و اثبات آنها نیازمند هیچ تشریفات خاصی نیست و این امور به هر وسیله از جمله شهادت شهود قابل اثبات است».

هرچند مقرر مذکور مراحل قانونی خود را برای لازم الاجرا بودن طی نکرده است ولی همه این امور به نوعی بیانگر اصل بی‌اعتنایی به اسناد رسمی است.

با این همه مواد ۴۶ و ۴۷ و ۴۸ و ۲۲ قانون ثبت دارای اعتبار قانونی بوده و بیانگر ضرورت الزام شکلی تنظیم سند در معاملات غیر منقول هستند که لازم است که نقش و ضمانت اجرای این الزام شکلی مورد بررسی قرار گیرد.

در مورد نقش و ضمانت اجرای این الزام شکلی و ماهیت و اثر حقوقی آن، اتفاق نظر وجود ندارد و حقوق دانان و دادگاه ها اختلاف کرده و نظرات متفاوتی ارائه نموده اند که در این مقام به ذکر آنها و نقد و بررسی دلایل هریک می‌پردازیم.

۳-۲-۱- نظریه شرط صحت

برخی از حقوقدانان (کاتوزیان، جلد ۱، ۱۳۹۵: ۲۵۸-۲۵۶؛ قائم مقامی، جلد ۲: ۶۱ و ۹۰) ثبت و تنظیم سند رسمی را شرط صحت و جزء ارکان و مقومات معاملات اموال غیر منقول موضوع مواد ۲۲ و ۴۶ و ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت می‌دانند به طوری که بدون آن معامله صحیح نیست و یا واقع نمی‌شود و بنابراین معاملات اموال غیر منقول مذکور شکلی و تشریفاتی است این عده برای اثبات این نظریه دلایل متعددی به شرح ذیل بیان کرده اند:

اولاً: در ماده ۲۲ قانون ثبت آمده است: (همین که ملکی مطابق قانون در دفتر املاک به ثبت رسید، دولت فقط کسی را که ملک به اسم او ثبت شده و یا کسی که ملک مزبور به او منتقل شده و یا کسی که ملک مزبور به او منتقل شده و این انتقال نیز در دفتر املاک به ثبت رسیده یا اینکه ملک مزبور از مالک رسمی ارثاً به او رسیده مالک خواهد شناخت...). حکم ماده عام تر از مساله انتقال و ناظر به مالکیت اینگونه املاک است ولی، بخشی از آن که مربوط به انتقال ملک است به خوبی دلالت دارد که انتقال باید در دفاتر اسناد رسمی واقع شود زیرا، تنها از این راه است که می‌توان به ثبت بیع در دفتر املاک دست یافت. به بیان دیگر، ثبت در دفتر رسمی مقدمه امر واجبی است (ثبت در دفتر املاک) که به تبعیت از آن واجب است. لذا باید پذیرفت که معامله غیر منقول ثبت شده، تشریفاتی است.

ثانیاً: لحن ماده ۲۲ و مواد ۴۶ به بعد قانون ثبت اسناد و املاک نشان می‌دهد که وظیفه سردفتر به ثبت معامله واقع شده، محدود نمی‌شود. سندی ثبت می‌شود که در حضور سردفتر و بر پایه اعلام ایجاب و قبول دو طرف قرار داد تنظیم شده باشد. به همین جهت، خریدار و فروشنده باید هنگام ثبت (وقوع انتقال) اهلیت داشته باشند (ماده ۵۷ قانون ثبت) و تمام مندرجات اسناد رسمی (ارکان وقوع معامله)، به دلیل تحقق آنها نزد مأمور رسمی برای دو طرف و دیگران انکار ناپذیر

برمی‌گیرد.

است. پس، باید پذیرفت که سند معامله همان است که در دفتر تنظیم می‌شود و سبب انتقال قرار می‌گیرد، به ویژه که سردفتر نیز طبق ماده ۴۸ قانون ثبت از پذیرفتن سند عادی انتقال ممنوع است زیرا واژه دولت در ماده ۲۲ به معنای عام خود به کار رفته و همه مقامات رسمی کشور از جمله دادگاه، اداره ثبت و سایر مأمورین رسمی (مثل سردفتران) را در برمی‌گیرد.

۴۹۲

ثالثاً " حکمت اجباری شدن ثبت املاک و تشریفات مربوط به خرید و فروش، اعمال نظارت بر انتقال سرزمین ملی و جلوگیری از وقوع معامله معارض است. اگر سند عادی برای فروش ملک پذیرفته شود. مالک دغل کار می‌تواند در یک زمان ملک خود را به چند تن بفروشد و از همه آنها بیعانه بگیرد، یا پنهانی آن را به سرمایه داران بیگانه بفروشد یا زمین موات و بایر مورد نیاز دولت را منتقل کند. پس برای حفظ حقوق اشخاصی که با مالک طرف معامله می‌شوند و جلوگیری از نزاع‌های بیهوده و تمام ناشدنی درباره اثبات مالکیت و احراز اهلیت و وقوع معامله و چگونگی آن، مقرر شده است که معامله نزد شاهد متخصص و امینی واقع شود و از این راه به دفتر املاک برسد. اعتقاد به اینکه بیع و انتقال با سند عادی واقع می‌شود و ثبت در دفتر رسمی تشریفات متمم آن است، همه این تمهیدها را بیهوده می‌کند.

در مورد املاک ثبت نشده (موضوع بند ۱ ماده ۴۷ قانون ثبت) نیز، با اینکه قانونگذار معامله را به معنی خاص خود تشریفات نکرده است، پذیرفته نشدن سند عادی در ادارات و محاکم اثبات معامله را چندان دشوار می‌کند که باید گفت حکم قانونگذار با اندک تفاوتی در عمل معادل بطلان است.

رابعاً " پذیرش سند عادی (قولنامه) از سوی دادگاهها برای اثبات معامله غیر منقول ثبت شده، بر خلاف قواعد آمره مندرج در مواد ۲۲ و ۴۸ قانون ثبت است و بدین جهت معامله با ایجاب و قبول صرف و سند عادی، انتقال با مانع اثباتی روبرو است.

خامساً " لزوم تنظیم سند رسمی برای فروش املاک ثبت شده از قواعد مربوط به نظم عمومی است. پس، دادگاه باید قطع نظر از ایراد طرفی که سند عادی به زیان او مورد استناد قرار می‌گیرد، وقوع انتقال را با سند عادی نپذیرد. از این هم باید فراتر رفت اقرار خوانده به انتقالی که به زیان او است، برای مدعی سودی ندارد و دادگاه نمی‌تواند به استناد این اقرار، حکم به مالکیت انتقال گیرنده، دهد. زیرا اقرار اخبار از واقع است و به عملی که در نظر قانونگذار بی اثر است اعتبار نمی‌بخشد.

سادساً " مفاد ماده ۲۲ قانون ثبت از بند ۲ ماده ۲۱۶ قانون تعهدات سوئیس اقتباس شده است. در این ماده تصریح شده که بیع اموال غیر منقول تنها در صورتی صحیح است که به موجب سند رسمی واقع شده باشد. این امر می‌تواند قرینه‌ای باشد بر اینکه قانونگذار در ماده ۲۲ قانون ثبت انتقال ملک ثبت شده را منوط به تنظیم سند رسمی کرده است.

در رویه قضایی این نظر جایگاه چندانی در میان آراء دادگاهها ندارد اما برخی از شعب دیوان عالی کشور و از جمله شعبه ۲۵ آن و بعضی از شعب دادگاههای تجدید نظر استان و دادگاههای عمومی آن را پذیرفته اند و رأی اصراری شماره ۱۱-۳/۳/۱۳۵۲ ردیف ۲۶ هیأت عمومی دیوان عالی کشور نیز مؤید این نظر است. (میرشفیعیان، ۱۳۷۷: ۹۰-۸۹)

۲-۳-۲- نظریه شرط ترتب اثر و انتقال مالکیت

مبانی فقهی حقوق اسلامی

برخی قضات بر این عقیده‌اند که اولاً تنظیم سند رسمی شرط صحت معامله اموال غیر منقول نیست و بدون آن نیز معامله واقع می‌شود. ثانیاً مقررات قانون ثبت (مواد ۴۶ تا ۴۸) نه در خصوص اصل و اساس معامله بلکه ناظر به آثار معامله اموال غیر منقول ثبت شده است. به عبارت دیگر اثبات وقوع معامله مثل بیع با سند عادی یا ادله دیگری نظیر شهادت و اقرار امکان پذیر است اما آثار آن و از جمله انتقال مالکیت را تنها بواسطه ارائه سند رسمی می‌توان اثبات نمود، لذا خواهان می‌تواند با سند عادی یا ادله دیگر، وقوع عقد بیع را اثبات نماید و سپس الزام خواننده به تنظیم سند رسمی را از دادگاه بخواهد تا بتواند از آثار بیع بهره مند گردد و مالک مبیع یا ثمن به شمار آید.

طرفداران این نظریه به دلایل زیر استناد کرده‌اند:

اولاً طبق مواد ۱۰، ۱۹۰، ۲۱۹، ۳۲۸، ۳۲۹ قانون مدنی و آرای فقهای امامیه، عقد بیع مانند اکثر عقود رضایی است و به صرف ایجاب و قبول واقع می‌شود و احتیاج به امر دیگری ندارد.

ثانیاً مواد ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت تنها دلالت بر این دارد که سند عادی نمی‌تواند دلیل مالکیت باشد، اما عدم قابلیت استناد به آن جهت اثبات وقوع نفس معامله از این مواد قابل استنباط نیست. (نوبخت، ۱۳۷۲: ۳۱)

این نظر رویه محاکم حقوقی در گذشته و حال است و در این مقام عین عبارت قسمتی از رأی شماره ۳۱۷-۳۱۶-۳۱۵ مورخه ۱۳۷۳/۵/۱ شعبه اول دادگاه حقوقی یک تهران ذکر می‌شود:

«...برخلاف ادعای وکلای خوانندگان دعوای اصلی و واردین ثالث به اینکه ثبت عقد بیع جزء ذات آن است و به دلالت مواد ۴۶-۴۷-۴۸ قانون ثبت عقد بیع محقق نمی‌شود الاً به ثبت آن، دادگاه معتقد است که در تعریف عقد بیع و شناسایی ارکان تحقق آن (غیر از شرایط کلی صحت هر عقدی) باید به قانون مدنی رجوع نمود.

ماده ۳۲۸ قانون مدنی می‌گوید بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم و بلافاصله ماده ۳۲۹ همان قانون مقرر می‌دارد که پس از توافق بایع و مشتری در مبیع و قیمت آن عقد بیع به ایجاب و قبول واقع می‌شود. با این ترتیب شرط دیگری (مثل ثبت آن) جزء ذات و ارکان آن ذکر نشده است.

مواد ۴۶-۴۷-۴۸ قانون ثبت نیز که در مقام تایید ادعای وکلای مزبور مورد استناد قرار گرفته است، منصرف از مورد است.

به موجب ماده ۴۶ قانون ثبت، کلیه عقود و معاملات راجع به عین یا منافع املاکی که قبلاً در دفتر املاک ثبت شده باشد، لزوماً باید ثبت شوند و الاً مشمول ماده ۴۸ قانون ثبت محسوب و مطابق ضمانت اجرای مقرر در آن در هیچ یک از ادارات دولتی و محاکم پذیرفته نخواهند شد.

به نظر دادگاه پذیرفته نشدن سندی که مطابق قانون ثبت نشده در ادارات و محاکم لزوماً به معنی عدم تحقق عقد و بی اعتباری آن سند نیست. به عبارت دیگر قانونگذار در ماده ۴۸ قانون ثبت اساساً در مقام تعرض به وقوع یا صحت عقود و معاملات منعقد در اسناد عادی نبوده، بلکه بنا بر مصالحی که در نظر داشته، فقط ادارات دولتی و محاکم را از پذیرش چنین اسنادی به عنوان دلیل مالکیت (عین یا منفعت و غیره) منع کرده است. به نظر دادگاه مقررات قانونی ثبت نه در خصوص اصل و اساس عقد بیع، بلکه در مورد آثار بیع امکان اجرا می‌یابند. به موجب ماده ۳۶۲ قانون مدنی، آثار بیعی که صحیح واقع شده به شرحی است که در بندهای اول تا چهارم این ماده درج شده از جمله اینکه به مجرد وقوع بیع،

مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن می‌شود. با این ترتیب و در محدوده مقررات قانون مدنی، مالکیت با تنظیم یک سند عادی (یا هر دلیل دیگر) متضمن عقد بیع، به مشتری منتقل می‌شود، حال آنکه علاوه بر منع صریح ماده ۴۸ قانون ثبت از پذیرفته شدن دلیل مذکور به عنوان دلیل مالکیت از سوی ادارات و محاکم، به موجب تکلیف مقرر در ماده ۲۲ قانون اخیرالذکر در مورد املاک ثبت شده در دفتر املاک، دولت فقط کسی را که ملک به نام او ثبت شده یا کسی که ملک مزبور به او منتقل شده و این انتقال هم در دفتر املاک به ثبت رسیده و یا اینکه از مالک رسمی به او ارث رسیده باشد مالک خواهد شناخت. لذا در خصوص انتقال ملک به مشتری وضعیت جدید (با توجه به مقررات قانون ثبت) شکل می‌گیرد (شبیه مقررات ماده ۳۴ قانون ثبت که مقررات جدیدی را در ارتباط با بیع شرط حاکم کرده) در اینجا قانونگذار بار نمودن آثار عقد بیعی را که مطابق قانون مدنی به شکل صحیح تحقق یافته موکول به ثبت آن می‌کند. به عبارت دیگر به پیکری که ایجاب و قبول طرفین به وجود آورده جان می‌بخشد و به کسی که نام وی در دفتر املاک ثبت شده این امتیاز را می‌دهد که از آثار بیع صحیح در ادارات و محاکم منتفع شده و در مواقع لزوم از حمایت قانون بهره‌مند شود. عدم پذیرش اسناد عادی در محاکم در دعاوی نظیر خلع ید و همچنین مطالبه اجرت المثل (در فاصله زمانی بین تنظیم اسناد عادی و رسمی) در مواردی که حکم به الزام به تنظیم سند رسمی داده شده باشد می‌تواند مؤید این نظر تلقی شود. خلاصه‌ی سخن آنکه بر خلاف ادعای به عمل آمده، ثبت سند جزء ذات عقد بیع و از ارکان تحقق آن نیست». (جمعی از قضات، جلد ۱، بی تا: ۱۰۲)

۳-۲-۳- نظریه شرط اثبات

طبق نظر سوم که مورد پذیرش گروهی از حقوقدانان قرار گرفته، تنظیم سند رسمی شرط صحت و رکن عقد بیع نیست و هیچ نقشی در مرحله ایجاد حق و یا انتقال آن ندارد و تنها کارکرد اثباتی دارد، اما همانطور که از مفاد ماده ۴۸ قانون ثبت بر می‌آید، صرفاً سند عادی را از شمار دلایل قابل قبول برای اثبات عقد بیع اموال غیر منقول ثبت شده و آثار آن خارج کرده است اما دلایل دیگری نظیر شهادت و اقرار برای اثبات وقوع این عقد و آثار آن قابل پذیرش است. (امامی، پیشین: ۱۷۵-۱۷۴؛ صفایی، پیشین: ۵۰-۴۹؛ شهیدی، ۱۳۷۸: ۵۳؛ جعفری لنگرودی، جلد ۲، ۱۴۰۰: ۶۴۷-۶۴۵؛ کاشانی، ۱۳۵۲: ۱۹۸؛ محقق داماد، ۱۳۸۴: ۲۱۵)

این عده برای اثبات این نظریه دلایل متعددی را به شرح ذیل بیان کرده‌اند:

اولاً: اصل صحت (ماده ۲۲۳ قانون مدنی): مطابق این اصل هر معامله که به وسیله طرفین انجام می‌شود، باید صحیح تلقی شود مگر اینکه خلاف آن اثبات شود. از اصل مزبور، که پشتوانه آن اصل مبنایی حاکمیت اراده انسان در اعمال حقوقی و نیز مصلحت ساده کردن معاملات و رواج و ثبات بخشیدن به آن می‌باشد، هرگز نمی‌توان چشم پوشید مگر اینکه دلیل قانونی در تضاد با آن قرار گیرد. اثبات خلاف این اصل یعنی اثبات بی اعتباری معامله‌ای، با دو جهت ارتباط پیدا می‌کند؛ جهت موضوعی و جهت حکمی.

در جهت موضوعی باید وضعیت عینی معامله انشا شده، اثبات شود و در جهت حکمی لازم است، نص قانونی بی اعتباری نوع معامله دارای وضعیت مذکور را اعلام کرده باشد. مثلاً هر گاه اثبات بطلان قرارداد اجاره مزرعه‌ای مورد نظر باشد، ابتدا باید اثبات گردد که این عقد در زمان انشا با وضعیت خاصی همراه بوده است. مثلاً مستأجر در زمان تشکیل عقد، تصریح کرده است که قصد دارد در این مزرعه خشخاش بکارد و سپس لازم است وجود نص قانونی بر بطلان چنین

قراردادی «مانند ماده ۲۱۷ ق.م که معامله همراه با تصریح جهت نامشروع را باطل اعلام کرده است» احراز گردد. در صورت عدم اثبات هر یک از دو جهت مذکور، از اصل صحت، درستی قرارداد نتیجه می‌شود.

ثانیا "در هیچ یک از مقررات مربوطه بطلان و بی اعتباری فروش مال غیر منقول بدون تنظیم سند رسمی اعلام نشده است ماده ۴۸ ق.ث هرگز دلالت بر بطلان بیع مال غیر منقول ندارد و منحصرأ سند ثبت نشده‌ای را که باید به ثبت برسد، غیر قابل پذیرش در ادارات و محاکم اعلام کرده است. بنابر این نسبت به موضوع بحث آنچه در این ماده مورد توجه قانونگذار قرار گرفته است، سند معامله است نه خود معامله و نسبت به وضعیت مُسند خود معامله، حکمی مقرر نگردیده است و بسنده کردن قانونگذار به اعلام غیر قابل قبول بودن سند در ادارات و محاکم و اعراض از به کار بردن اصطلاح حقوقی بطلان معامله، با این که در مقام بیان آثار ثبت نشدن سند مزبور بوده، اساساً قرینه‌ای قوی بر صحت قرارداد مربوط به عین مال غیر منقول است. چنانکه در برخی از سیستم‌های حقوقی کشورهای اروپایی، بر خلاف حقوق ایران، صریحاً معامله مال غیر منقول بدون تنظیم سند رسمی، غیر معتبر اعلام شده است. مثلاً ماده ۲۱۶ قانون مدنی سوئیس، فروش مال غیر منقول بدون تنظیم سند رسمی را بی اعتبار معرفی کرده است. همچنین در حقوق کشورهای غیر آلمان و لهستان معامله مال غیر منقول ثبت نشده، باطل اعلام شده است.

اما در پاره‌ای از سیستم‌های حقوقی اروپایی مانند حقوق فرانسه بیع مال غیر منقول یک عقد غیر تشریفاتی است. یعنی بدون تنظیم سند رسمی نیز قرارداد معتبر است ولی قابل استناد در برابر اشخاص ثالث نیست. به این ترتیب بین دو سیستم حقوقی ایران و فرانسه در پیروی از اصل اعتبار بیع مال غیر منقول، بدون تنظیم سند رسمی، قرابت وجود دارد و به نظر می‌رسد که مقررات مشابه در حقوق فرانسه مورد توجه نویسندگان قانون ثبت ایران بوده است. بنابراین هر چند عبارت در هیچ یک از ادارات و محاکم پذیرفته نخواهد شد. (مذکور در ماده ۴۸ ق.ث) بدواً مطلق به نظر می‌رسد، اما، با لحاظ تکنیک تفسیر مقررات قانون مدنی، باید گفت منظور از این که سند ثبت نشده معامله مربوط به مال غیر منقول در ادارات و محاکم پذیرفته نخواهد شد، به قرینه مجاورت عنوان محاکم با عنوان ادارات در ماده ۴۸ مذکور، این است که بر خلاف سند رسمی، تحقق مفاد آن مشکوک و مورد تردید است و به صرف ارائه آن نزد ادارات و محاکم و بدون رسیدگی قضایی، نمی‌توان به وقوع مندرجات آن پی برد، نه اینکه در دعوی مطروحه علیه امضا کننده، به خواسته اعلام وقوع معامله یا محکومیت طرف به تسلیم مبیع یا ثمن، در مرجع قضایی صالح قابل استناد نباشد و دادگاه نتواند با تکیه بر آن و احراز انشای معامله به وسیله طرفین و اجتماع شرایط قانونی اعتبار عقد، وقوع آن را اعلام کند. از غیر قابل پذیرش اعلام کردن سند ثبت نشده در ادارات نتیجه می‌شود که نمی‌توان برای اعمال تصرفات رسمی مالکانه، نظیر وثیقه قرار دادن ملک موضوع سند ثبت نشده، نزد بانک برای اخذ وام و گرفتن ثمن آن در صورت تملک آن به وسیله سازمان دولتی و تحصیل پروانه ساختمان، آن (سند ثبت نشده) را مورد استناد قرار داد و منظور از غیر قابل پذیرش بودن سند ثبت نشده در محاکم و مراجع قضایی این است که نمی‌توان به صرف ارائه سند مذکور در نزد این مراجع، انتقال مالکیت مال غیر منقول را به خریدار و مالکیت فعلی او را نسبت به آن، اثبات کرد. مثلاً نمی‌توان ملک مزبور را به عنوان وثیقه موضوع قرار بازپرس یا دادیار، معرفی کرد و در دعوی تخلیه یا خلع ید علیه مستأجر یا غاصب برای اثبات ذی حق بودن نمی‌توان در دادگاه به آن استناد نمود. اما این وضعیت سبب نمی‌شود که دارنده سند ثبت نشده نتواند با استناد به آن، از دادگاه، درخواست رسیدگی به وقوع مفاد آن سند و اعلام اعتبار مندرجات آن را بنماید. پس مقصود این بوده است که محاکم و مراجع قضایی مانند ادارات، در دعوی که موضوع و خواسته آن رسیدگی به اعتبار مفاد و مندرجات سند ثبت نشده

نمی‌باشد و محاکم در مقام رسیدگی به آن نیستند، نمی‌توانند سند ثبت نشده را بپذیرند و مفاد آن را صحیح و معتبر تلقی کنند.

ثالثاً " ماده ۲۲ قانون ثبت که مقرر می‌دارد: «دولت فقط کسی را که ملک به اسم او ثبت شده و یا کسی که ملک مزبور به او منتقل گردیده و انتقال آن در دفتر املاک به ثبت رسیده مالک خواهد شناخت» نیز دلالت بر بطلان معامله‌ای که در دفتر املاک ثبت نشده است، ندارد. زیرا همانطور که در مورد ماده ۴۸ بیان شد، منظور این است که صرف ارائه یک سند عادی بر وقوع معامله مثلاً نمی‌تواند در ادارات دولتی مثبت مالکیت خریدار مذکور در سند عادی باشد و مادام که این معامله و انتقال در دفتر املاک ثبت نشده است، منحصرأً شخصی که ملک به نام او در دفتر املاک ثبت است، مالک شناخته می‌شود. اما این امر دلالت بر این ندارد که با احراز وقوع معامله از نظر قضایی نتوان در دفتر املاک ملک مورد معامله را از نام فروشنده به نام خریدار، انتقال داد. افزون بر این عبارت «کسی که ملک مزبور به او منتقل گردیده و این انتقال نیز در دفتر املاک به ثبت رسیده».

که ثبت انتقال ملک را پس از انتقال ملک ترسیم کرده است، مشعر بر این امر است که امکان وقوع انتقال قانونی قبل از ثبت آن در دفتر املاک وجود دارد.

رابعاً " نحوه تنظیم عبارات مواد ۷۲ و ۹۳ قانون ثبت تلویحاً حکایت از اعتبار محدود سند عادی حاکی از وقوع معامله نسبت به اموال غیر منقول دارد. ماده ۷۲ در مورد اعتبار معاملات ثبت شده اموال غیر منقول اعلام می‌کند:

«کلیه معاملات راجعه به اموال غیر منقوله که بر طبق مقررات راجعه به ثبت املاک ثبت شده است نسبت به طرفین معامله و قائم مقام قانونی آنها و اشخاص ثالث دارای اعتبار کامل و رسمیت خواهد بود...» که در آن قید کامل برای اعتبار معاملات ثبت شده اموال غیر منقول ذکر گردیده است و اعتبار معامله نسبت به اشخاص ثالث هم مورد توجه قرار گرفته است، نوعی مفهوم مخالف وصف را دائر بر این که معامله ثبت نشده مال غیر منقول دارای اعتبار غیر کامل است، القا می‌کند زیرا در غیر این صورت، قید کامل زاید خواهد بود، در حالی که هرگز نمی‌توان زیاده‌گویی را به قانونگذار نسبت داد. همچنین در ماده ۹۳ قانون ثبت: «کلیه اسناد رسمی راجع به معاملات املاک ثبت شده مستقلاً و بدون مراجعه به محاکم لازم الاجرا است».

کلمه «مستقلاً» و عبارت «بدون مراجعه به محاکم لازم الاجرا است» مفهوم مخالفی را مبنی بر این که اسناد عادی مربوط به معاملات املاک ثبت نشده به طور غیر مستقل و به کمک رای قضایی، می‌تواند لازم الاجرا شود، به ذهن آشنا می‌سازد.

خامساً " اطلاق ماده ۱۲۹۱ قانون مدنی نیز دلالت دارد بر اینکه سند عادی مربوط به معامله اموال غیر منقول در صورتی که طرفی که سند علیه وی ابراز شده است، صدور آن را از جانب منتسب الیه تصدیق کند یا اعتبار سند عادی مزبور نزد دادگاه ثابت گردد، از اعتبار سند رسمی برخوردار می‌شود. شناختن اعتبار برای سند عادی در دو مورد بالا، به معنی معتبر شناختن مندرجات آن و از جمله معامله دارای شرایط قانونی مندرج در آن است.

سادساً " در مقررات و قوانین متعددی مانند قانون اراضی شهری، قانون زمین شهری و آیین نامه مربوط به آن، ماده ۱۴۷ اصلاحی قانون ثبت مصوب سال ۱۳۶۵، سپس اصلاحی ۱۳۷۰/۶/۲۱ و قانون تعیین تکلیف وضعیت ثبتی اراضی

و ساختمانهای فاقد سند رسمی مصوب سال ۱۳۹۰ به موارد زیادی برخورد می‌شود که در آن، اعتبار انتقال زمین بدون تنظیم سند رسمی و یا تنظیم سند عادی مورد تایید قرار گرفته است. مطابق تبصره ماده ۶ قانون اراضی شهری مصوب ۱۳۶۰/۱۲/۲۷ و تبصره ماده ۷ قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۶/۶/۲۲ مجلس شورای اسلامی به اشخاصی که پیش از قانون لغو مالکیت اراضی موات شهری و کیفیت عمران آن مصوب ۵۸/۴/۵ سند عادی مالکیت زمین داشته‌اند، در صورتی که تاریخ تنظیم سند عادی و صحت معامله از طرف مراجع قضایی تایید گردد، اجازه عمران در نصاب مقرر داده خواهد شد. ماده ۱۴ قانون اراضی شهری و ماده ۱۳ قانون زمین شهری انتقال اراضی متعلق یا منتقل شده به دولت و شهرداری‌ها را به موجب اسناد عادی جرم شناخته است. جرم بودن انتقال مزبور زمانی قابل تصور است که اثر حقوقی بر انتقال زمین با سند عادی مترتب باشد و در صورت فقدان اثر، کان لم یکن بودن و باطل بودن انتقال با سند عادی، جرم تلقی شدن صرف تنظیم سند عادی غیر قابل توجیه به نظر می‌رسد.

در بند ب ماده ۴ آیین نامه اجرایی قانون زمین شهری با عبارت «عمران و احیاء در زمین، بدون اخذ پروانه به وسیله مالک یا انتقال گیرنده از او با سند عادی» معامله ناقل عین زمین، طبق سند عادی نیز معتبر شناخته شده است. همین رویکرد در ماده ۱۱ آیین نامه اجرایی مزبور و تبصره ۱ همین ماده، با عبارات متفاوت منعکس است.

مطابق ماده ۱۴۷ قانون ثبت اصلاحی مصوب ۱۳۷۰/۶/۲۱ (بندهای ۲ به بعد) پذیرش سند عادی توسط هیأت حل اختلاف به عنوان سند انتقال مورد تصریح قانونگذار قرار گرفته است و همین شیوه در قانون تعیین تکلیف وضعیت ثبتی اراضی و ساختمان‌های فاقد سند رسمی مصوب سال ۱۳۹۰ منعکس گردیده است.

سابقاً "عدم پذیرش سند عادی دلالت بر لزوم تنظیم سند رسمی در صحت بیع و یا موضوعیت آن در اثبات عقد و عدم جواز و پذیرش دیگر ادله اثبات دعوی در این مقام ندارد..

لذا دلایلی نظیر اقرار و شهادت برای اثبات بیع اموال غیر منقول موضوع مواد (۴۶ و ۴۷ قانون ثبت) قابل استناد است. ماده ۱۳۰۹ ق.م. از سوی شورای نگهبان مغایر با شرع اعلام شده و رویه قضایی، شهادت برخلاف مندرجات اسناد رسمی را هم می‌پذیرد.

ثامناً "دلایل فوق اگر قانع کننده نباشد، قطعاً موجب شک است و در این مقام، اصل رضایی بودن عقود و اصل مشروط نبودن تنظیم سند رسمی در صحت بیع، جاری است.

آرای فقهای امامیه و مواد ۳۳۸، ۳۳۹ و ۱۹۰ به بعد قانون مدنی مؤید این مطلب است.

همانطور که ذکر شد، رویه قضایی بیشتر بر نظر دوم استقرار یافته است. با این همه بعضی از آرای دیوان عالی کشور در گذشته مؤید نظر سوم است. از جمله آرای شماره ۵۹۴-۱۳۲۷/۴/۱۹ و ۱۲۵۲-۱۳۵۶/۱۲/۲۸ و ۲۱/۱۲۹۳-۱۳۶۸/۱۱/۱۸ در رأی اخیر که توسط شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور صادر شده آمده است:

^۱ نظریه شماره ۱۶۵۵-۱۳۶۷/۸/۸ شورای نگهبان، مندرج در روزنامه رسمی شماره ۱۲۷۳۴-۱۳۶۷/۸/۲۴ درباره ماده ۱۳۰۹ ق.م. «ماده ۱۳۰۹

قانونی مدنی از این نظر که شهادت بیّنه شرعی را در برابر اسناد معتبر فاقد ارزش دانسته خلاف موازین شرعی و بدینوسیله ابطال می‌گردد».

«خواهان به موجب قرارداد عادی، الزام خواننده به انتقال قطعی یک دستگاه آپارتمان را درخواست می‌نماید. شعبه ۲۷ دادگاه حقوقی یک، خواهان را به بی‌حقی محکوم می‌کند، زیرا موضوع تعهد حق دیگری واقع شده و واگذاری انجام شده غیر قابل خدشه است. (به دلیل تنظیم سند رسمی)»

رای مزبور مورد اعتراض قرار می‌گیرد و شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور آن را نقض می‌کند و می‌آورد:

«آقای... در زمان تنظیم سند رسمی انتقال حقاً و در واقع مالکیتی نسبت به مبیع نداشته تا مجاز در انتقال باشد... مقررات ماده ۴۸ قانون ثبت منافی با حق مراجعه خریدار به مراجع قضایی و اثبات معامله و صحت آن نداشته و بر این اساس استدلال دادگاه دایر بر اینکه حق خریدار مقدم حق دینی بوده که با انتقال رسمی ملک، موضوع تعهد فروشنده منتفی گردیده است با مقتضای عقد بیع معین و تملیکی بودن در تعارض است...» و در رأی ۱۲۵۲-۱۳۲۶/۷/۱۸ شعبه ۴ دیوان عالی کشور می‌خوانیم:

«در صورتی که خواننده در دادگاه به صدور سند عادی از ناحیه خود اقرار کند استناد دادگاه به مواد ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت علیه خواهان... مجوزی ندارد». (قاسمی: ۱۴۲-۱۴۱)

حال باید دید کدامیک از این سه نظر قابل پذیرش است؟

از میان سه نظر مذکور، نظر دوم که بر اساس آن سند عادی برای اثبات خود معامله قابل پذیرش است، اما از اثبات آثار آن و از جمله انتقال مالکیت ناتوان است و ظاهراً همین نظر در رأی وحدت رویه هیات عمومی دیوان عالی کشور به شماره ۶۷۲ مورخ ۸۳/۱۰/۱ مورد قبول واقع شده است قابل پذیرش نیست و مورد انتقاد است زیرا پذیرش این نظر مستلزم تفکیک غیر منطقی بین لازم و ملزوم است. منطقی نیست که سند عادی برای اثبات وقوع معامله پذیرفته شود، اما برای اثبات مالکیت که لازمه وقوع معامله تملیکی است، قابل قبول نباشد.

به علاوه این نظر با اطلاق ماده ۴۸ قانون ثبت اسناد سازگار نیست؛ زیرا این ماده عدم پذیرش سند عادی را به طور مطلق مقرر داشته و فرقی بین اثبات وقوع معامله و اثبات مالکیت نگذاشته است. (صفایی، پیشین: ۵۰؛ رفیعی مقدم، پیشین، ۲۰۳؛ قاسمی: ۳۹۲) بنابراین سند عادی هم از اثبات خود بیع ناتوان است و هم از اثبات اثر آن یعنی انتقال مالکیت.

اما در مقام ارزیابی دو نظر اول و سوم، منطقی شکل‌گرایی جدید که مبتنی بر تأمین اهداف حمایتی و ارشادی سیستم های حقوقی در عصر حاضر است، (رفیعی مقدم، همان: ۲۰۴) ما را به سوی پذیرش نظر اول یعنی شرط بودن تنظیم سند رسمی در صحت بیع اموال غیر منقول سوق می‌دهد، زیرا جلوگیری از وقوع معاملات معارض، امنیت قضایی، جلوگیری و تضييع حقوق اشخاص خصوصی به واسطه این نوع معاملات، اعمال نظارت بر نقل و انتقال سرزمین ملی در راستای تامین مقاصد گوناگون سیاسی و اقتصادی، اجرای قوانین مالیاتی و وصول هر چه کامل تر و دقیق تر درآمدهای دولتی ناشی از این قوانین، لزوم اطلاع رسانی دقیق و کامل به طرفین معامله در خصوص جوانب گوناگون بیع اموال غیر منقول که از مهمترین و پر مخاطره ترین معاملات به شمار می‌آید، احراز شرایط اساسی صحت معاملات و معلوم کردن وضعیت مال غیر منقول مورد نظر از جهت مالکیت، توقیف و رهن، قرار داشتن در طرح‌های شهرسازی و مانند آن، همگی مستلزم این است که با شرط نمودن تنظیم سند رسمی در صحت اینگونه معاملات، اشخاص و ادار شوند از همان مراحل ابتدایی

قصد انجام معامله به دفاتر رسمی مراجعه کنند و بدین ترتیب با مصون ماندن از خطرات و عواقب نامطلوب مالی و معنوی ناشی از معاملات و کالتی و قولنامه‌ای و پرهیز از دعاوی ناشی از اینگونه معاملات، نقش حمایتی و ارشادی سردفتران به کامل ترین وجه ایفا گردد، حال آنکه وقوع بیع به صورت رضایی و در قالب‌های گوناگون قولنامه‌ای یا وکالتی، بسیاری از این مقاصد را ناکام می‌گذارد گرچه در نهایت طرفین بتوانند یکدیگر را به تنظیم سند رسمی وادار کنند و الزام یکدیگر را به این امر از دادگاه بخواهند، زیرا تنظیم سند رسمی در چنین حالتی در واقع پس از وقوع بیع و از دست رفتن فرصتهایی است که می‌توانست برای آگاهی رسانی و جلوگیری از مخاطرات، زیان‌ها و نزاع‌های بعدی و از جمله خود دعاوی ناظر به الزام طرف مقابل به تنظیم سند رسمی - که موجب صرف هزینه‌های مالی و زمانی قابل توجهی می‌شود و بخش مهمی از ظرفیت دادگاهها را به خود اختصاص می‌دهد- مورد استفاده قرار گیرد. (قاسمی، همان: ۳۹۳)

با این همه در سالهای اخیر بر اثر برخی اظهار نظرهای فقهای شورای نگهبان و برخی اقدامات تقنینی، وضعیتی به وجود آمده است که پذیرش نظر اول (یعنی شرط بودن تنظیم سند رسمی در صحت بیع اموال غیر منقول) را تا قبل از تصویب «قانون الزام به ثبت رسمی معاملات غیر منقول» در تاریخ ۱۴۰۳/۲/۲۶ توسط مجمع تشخیص مصلحت نظام علیرغم برخوردار بودن از مزایا و منطوق شکل‌گرای هدفمند دشوار می‌سازد. توضیح مطلب اینکه؛ مرحوم آیت الله مؤمن یکی از اعضای فقهای شورای نگهبان در آبان ماه سال ۱۳۹۵ در نامه‌ای خطاب به آیت الله جنتی دبیر شورای نگهبان نوشته است:

«حضرت آیت الله جنتی دامت برکاته دبیر محترم شورای نگهبان سلام علیکم در سال ۱۳۹۲ که اعضای شورا خدمت مقام معظم رهبری مدظله العالی مشرف شدند، معظم له تأکید بر پالایش نمودن فقهای شورا نسبت به قوانین و سایر مصوبات باقی مانده از زمان طاغوت را نمودند تا موارد خلاف شرع روشن و ابطال شود و شورای محترم نیز در جلسه‌ای متعاقب آن این امر را به مجمع مشورتی فقهی واگذار کرد و این مجمع نیز این وظیفه را انجام داده و می‌دهد. اکنون بعضی متدینین و محترمین بازار در ضمن نامه و پیوسته‌هایی به مسئول این مجمع 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 این معاملات را بی ارزش می‌داند و نمی‌توان آنها را تأیید و تنفیذ کرد».

در پی این درخواست موضوع موافق یا مخالف بودن مواد چهارگانه با موازین شرعی، در جلسات فقهای شورای نگهبان مورد بحث و بررسی قرار گرفت و نظر ایشان به شرح ذیل اعلام شد:

«مفاد مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت اسناد و املاک صرفاً اختیاری دانستن ثبت سند در برخی موارد و الزامی داشتن آن در سایر موارد است که این مطلب خود به خود ایرادی ندارد اما مفاد ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک و نیز ماده ۴۸ آن که دلالت بر بی اعتبار دانستن اسناد عادی غیر رسمی دارد اطلاق آن در مورد سند عادی که قرائن و ادله قانونی یا شرعی معتبر بر صحت مفاد آنها باشد خلاف شرع و باطل است و اما در مورد سند عادی همراه با قرائن و ادله فوق مانند سندی که بیینه 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 اینگونه اسناد عادی دارد».

همانطور که ملاحظه می‌گردد فقهای شورای نگهبان اطلاق ماه ۴۸ قانون ثبت را در مورد سند عادی که قرائن و ادله قانونی یا شرعی معتبر بر صحت مفاد آن باشد خلاف شرع و باطل اعلام کرده است.

نتیجه این نظر این است که سند عادی همراه با قرائن و ادله شرعی مانند بیّنه و شهادت شهود، معتبر است و دادگاه‌ها مکلف به پذیرش آن هستند.

۵۰۰

مبانی فقهی حقوق اسلامی

علاوه بر نظریه فقهای شورای نگهبان، ماده ۱۲ قانون احکام دائمی توسعه کشور مصوب ۱۳۹۵/۱۱/۱۰ مجلس شورای اسلامی مقرر کرده است: «کلیه معاملات راجع به اموال غیر منقول ثبت شده مانند بیع، صلح، اجاره، رهن و نیز وعده یا تعهد به انجام اینگونه معاملات باید به طور رسمی در دفاتر اسناد رسمی تنظیم شود. اسناد عادی که در خصوص معاملات راجع به اموال غیر منقول تنظیم شوند مگر اسنادی که بر اساس تشخیص دادگاه دارای اعتبار شرعی است در برابر اشخاص ثالث غیر قابل استناد بوده و قابلیت معارضه با اسناد رسمی را ندارند».

مفهوم مخالف این ماده این است که اگر سند عادی بر اساس تشخیص دادگاه دارای اعتبار شرعی باشد، در برابر اشخاص ثالث قابل استناد بوده و قابلیت معارضه با اسناد رسمی را دارد.

۴- تحول در اندیشه های فقهی و حاکمیت شکل گرایی قانونی

۴-۱- تحول در اندیشه های فقهی

در مقام بررسی و نقد نظریات شورای نگهبان که نتیجه آن اعتبار بخشیدن به اسناد عادی است، این سؤال مطرح است که آیا در فقه غیر از ایجاب و قبول و تراضی طرفین، امکان افزودن شرط دیگری مثلا تنظیم سند رسمی بر شروط صحت و اعتبار معاملات وجود دارد یا خیر؟

پاسخ ابتدایی ممکن است این باشد که افزودن شرط تنظیم سند رسمی نوعی بدعت و تشریح محرم است زیرا در طول تاریخ فقه کسی نگفته که اسناد رسمی بدون اینکه مفید اطمینان یا یقین باشد، حجت هستند (مدرسی، ۱۳۹۹: ۱۰۰) به علاوه بر اساس قواعدی نظیر لزوم وفای به عهد و یا تجارت با تراضی طرفین و سایر عموماً، معامله بدون تنظیم سند رسمی، معامله صحیح می‌باشد و آثار معامله صحیح بر آن مترتب می‌گردد و لذا فقیه به حکم اولیه، نمی‌تواند تنظیم سند رسمی را شرط صحت معامله و یا حتی شرط اثبات معامله قرار دهد و در مقابل معامله موضوع اسناد عادی را باطل به شمار آورد.

اما در مقابل، برخی از صاحب نظران فقه امامیه با بررسی و تفحص در اصول و قواعد فقهی معتقد هستند که در فقه ظرفیت هایی وجود دارد که با شناخت و بهره گیری از آنها، انجام معاملات با اسناد عادی به حکم اولی باطل و بی اعتبار به شمار آورد (صالحی: ۴۲) به عنوان مثال اگر مبنای حجیت ادله اثبات دعوا تعبد نباشد چنانکه مشهور از فقها به آن قائل هستند بلکه مبنای حجیت ادله طبق نظر غیر مشهور (موسوی سبزواری، جلد ۲، ۱۴۱۳: ۵۰؛ موسوی اردبیلی، جلد ۱، ۱۴۲۷: ۲۵۱) سیره عقلا باشد، در این صورت می‌توان امروزه از اعتبار کامل سند رسمی در مقابل سند عادی سخن گفت و معاملات غیر رسمی را باطل و بی اعتبار بدانیم یعنی می‌توان گفت ادله اثبات دعوا با توجه به سیره عقلا در زمان های گوناگون وسعت و محدودیت می‌یابد و میزان اعتبار آنها تغییر می‌کند (قاضی زاده: ۴۳) امروزه در سیره عقلای عالم سند

رسمی با سند عادی از حیث اعتبار تفاوت آشکار دارد تا جایی که در کشور های زیادی شکل گرایبی از نوع تنظیم سند رسمی یعنی ایجاد محدودیت برای تشکیل برخی اعمال حقوقی و انجام آن در قالب تنظیم سند رسمی به خاطر مصالح و فواید آن امری رایج و مورد اقبال سیستم های حقوقی مختلف قرار گرفته است حتی برخی از فقهای عظام و معاصر نه تنها سند رسمی را جزء ادله اثبات دعوا به شمار آورده اند (مکارم شیرازی، همان؛ هاشمی شاهرودی، همان: ۶۹) بلکه در مقام تعارض بین ادله، اسناد رسمی را بر سایر ادله اثبات دعوا حتی بینه مقدم دانسته اند. (مکارم شیرازی، جلد ۳، ۱۴۲۷ق: ۱۴۱)

به علاوه بعضی از صاحب نظران در فقه، جهت توجیه ضرورت تنظیم سند رسمی در معاملات غیر منقول قائل به «تبدل موضوع در بینه» هستند و در بیان این مطلب گفته اند «امروزه روابط اجتماعی بسیار پیچیده شده است و دولت مدرن اقتضائاتی دارد که نمی‌توان با معیارهای جوامع بسیط با آن روبرو شد. این پیچیدگی در باره امکان یافتن بینه و اقامه آن به گونه اطمینان آور تردید ایجاد می‌کند به گونه‌ای که امروزه با توجه به پیچیدگی هایی که در نقل و انتقال اموال غیر منقول وجود دارد، موجبات کاهش اعتماد به بینه در مقابل سند رسمی فراهم گردیده است و موضوع به گونه‌ای متحول شده که قابلیت تحمل شهادت در آن وجود ندارد به عبارت دیگر حجیت بینه مربوط به زمانی است که زندگی و نقل و انتقال ساده بوده و مالک به سادگی شناخته می‌شد ولی در زمان حاضر احراز شرایط صحت معاملات و معلوم کردن وضعیت مال غیر منقول مورد نظر از جهت مالکیت، توقیف و رهن، قراردادن در طرح های شهرسازی و مانند آن، وضعیتی را فراهم کرده است که دستیابی به علم و اطمینان حداکثری را غیر ممکن می‌سازد و لذا به ناچار باید ظن و گمان ناشی از تنظیم سند رسمی را در اداره جامعه حجت بدانیم چرا که ظن و گمانی که از تنظیم سند رسمی بدست می‌آید در مقابل بینه و ادله دیگر اثبات دعوا اطمینان بخش تر است». (صالحی و قاضی زاده، همان، ۴۴ - ۱۱۳)

غیر از موارد فوق از طریق بهره گیری از حکم حکومتی نیز می‌توان تنظیم سند رسمی را به عنوان شرط صحت معامله قرارداد چرا که هدف از اجازه صدور حکم حکومتی به ولی امر مسلمین (اعم از امام معصوم (ع) یا فقیه جامع الشرایط) این است که مصالح مسلمانان تأمین شود و این مصلحت در پاره‌ای از موارد فقط با جعل حکم وضعی امکان پذیر است و بدون دخالت در حکم وضعی این هدف تأمین نمی‌شود یعنی اعمال ولایت از باب مصلحت است نه از باب حکم ثانوی که مبنای آن حرج و ضرورت است و اگر فقیهی مانند امام خمینی ولایت فقیه را با گستردگی اختیارات پذیرفت تفاوتی بین احکام وضعی و تکلیفی قائل نیست و لذا در صورتی که نقل و انتقال اموال غیر منقول در قالب تنظیم سند رسمی به مصلحت جامعه و اسناد عادی به ضرر جامعه باشد با حکم حکومتی و در قالب تصویب قانون می‌توان معاملات به سند عادی را باطل اعلام نمود یعنی به رغم آنکه اغلب فقها از اختصاص احکام حکومتی به احکام تکلیفی سخن گفته اند، گاهی نظم و امنیت جامعه اقتضاء می‌کند که حاکم در حکم وضعی دخالت کند، نمونه آن تصرف زمین های فلسطین توسط یهودیان است که چون نهی از فروش تنها به حرمت تکلیفی و حرام بودن فروش زمین می‌انجامد و این مقدار نمی‌تواند اهداف شارع در منع از سطله بیگانه را تأمین کند، چنانکه برخی تصریح کرده اند در این موارد که صرف اعلام حرمت کافی نیست دخالت در حکم وضعی و سلب مالکیت منعی ندارد. (ارسطا: ۱۳۹ - ۱۳۲)

دلایل این جواز غیر از «مصلحت» اطلاق ادله ولایت فقیه می‌باشد مانند اطلاق مقبوله عمر بن حنظله (حر عاملی، جلد ۲۷، ۱۴۰۹ق: ۱۴۰) و اطلاق توقیع مروی از ناحیه امام زمان (عج). (کلینی، جلد ۱، ۱۴۲۹ق: ۱۶۹)

در فقه موارد دیگری وجود دارد که به حاکم اجازه داده شده است برخی از شرایط معاملات را کم یا زیاد کند به عنوان مثال آیت الله سبزواری در کتاب مهذب الاحکام در بحث راجع به سن ازدواج دختران - پس از آن که مانند سایر فقها سن بلوغ را برای ازدواج مطرح می‌کند - می‌گوید اگر ازدواج در سن بلوغ برای دختران مضر باشد و در سن بلوغ نتواند زندگی مناسبی تشکیل دهند و این امر موجب فساد در جامعه شود حاکم اسلامی می‌تواند سن بالاتری را برای ازدواج تعیین نماید (موسوی سبزواری، پیشین، جلد ۱۱: ۲۴۵ و جلد ۲۷: ۱۹) بنابراین ظرفیت های قابل توجهی در فقه وجود دارد که ضروت شرط بودن تنظیم سند رسمی در نقل و انتقال اموال غیر منقول را توجیه می‌کند.

۲-۴- حاکمیت شکل گرایي قانونی

تحول در اندیشه های فقهی که شمه‌ای از آن بیان گردید و نظرات جزمی شورای نگهبان را مورد تردید قرار داد، زمینه تصویب « قانون الزام به ثبت رسمی معاملات غیر منقول » که در تاریخ ۰۶/۰۹/۱۴۰۱ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده بود و بعد از چند مرتبه رفت و برگشت بین مجلس و شورای نگهبان و بالاخره در تاریخ ۲۶/۰۲/۱۴۰۳ با اصلاحاتی توسط مجمع تشخیص مصلحت نظام، موافق با مصلحت نظام تشخیص داده شده را فراهم نمود.

بر اساس ماده یک مصوبه مذکور، یک سال پس از راه اندازی رسمی « سامانه ساماندهی اسناد غیر رسمی » موضوع ماده (۱۰) این قانون، هر عمل حقوقی اعم از عقد و ایقاع که موضوع یا نتیجه آن انتقال مالکیت عین یا انتقال حق انتفاع (اعم از عمری یا رقبی برای مدت بیش از دو سال) یا انتقال حق ارتفاق اموال غیر منقول باشد و وقف و نیز انعقاد عقد رهن در خصوص آنها و انعقاد عقد مفید انتقال منافع اموال مذکور برای مدت بیش از دو سال و اجاره به شرط تملیک و هر نوع پیش فروش ساختمان اعم از اینکه به صورت سهمی از کل عرصه و یا اعیان باشد و تعهد به انجام کلیه اعمال حقوقی مذکور باید در سامانه ثبت الکترونیک اسناد به ثبت برسد. مصوبه یاد شده مشتمل بر ۱۵ ماده و ۲۸ تبصره است که مهمترین مواد این قانون مواد ۱ و ۱۰ هستند. ماده یک در مورد نقل و انتقالات پس از تصویب و لازم الاجرا شدن این قانون و ماده ۱۰ در مورد نقل و انتقالات قبل از تصویب قانون را تعیین تکلیف نموده است.

در ماده یک همانطور که اشاره شد، یکسال پس از ایجاد راه اندازی سامانه ساماندهی اسناد غیر رسمی هرگونه عمل حقوقی مرتبط با اموال غیر منقول باید به صورت رسمی انجام شود و اگر به صورت رسمی در سامانه ثبت الکترونیک اسناد ثبت نگردد دعاوی راجع به آنها در محاکم قضایی مسموع نخواهد بود و در ادارات و دستگاه های اجرایی نیز مورد پذیرش قرار نمی‌گیرند.

در ماده ۱۰، قانونگذار، سازمان ثبت اسناد و املاک کشور را مکلف نموده تا ظرف یکسال از تاریخ ابلاغ این قانون، سامانه‌ای را با عنوان «سامانه اسناد غیررسمی» جهت ثبت ادعاهای راجع به مالکیت عین، مالکیت منافع بیش از دو سال و حق انتفاع و حق ارتفاق اموال غیر منقول و مستندات مربوط به آن که قبل از راه اندازی سامانه مذکور ایجاد شده و فاقد سند رسمی هستند، ایجاد نماید. دارندگان اسناد عادی که مدعی مالکیت هستند دو سال از تاریخ راه اندازی سامانه فرصت دارند تا ادعاهای مالکیت خود را در این سامانه ثبت کنند و ظرف دو سال از تاریخ درج در سامانه، باید حسب مورد نسبت به تنظیم سند رسمی یا طرح دعاوی الزام به تنظیم سند رسمی اقدام نمایند.

در تبصره ۴ ماده یک مقرر گردیده است « مفاد این ماده - ثبت رسمی معامله - در خصوص اموال غیر منقول که پس از لازم الاجرا شدن این قانون سند مالکیت حد نگار برای آنها صادر می‌شود، در تاریخ صدور سند مالکیت مذکور، مجری است، هر چند سامانه موضوع ماده (۱۰) این قانون راه اندازی نشده باشد.

سؤالی که مطرح است این است که آیا در مورد اموال غیر منقولی که در حال حاضر دارای سند مالکیت حد نگار هستند مفاد ماده یک یعنی ثبت رسمی معامله پیش از راه اندازی سامانه موضوع ماده ۱۰، مجری است یا خیر؟

در پاسخ با توجه به مفاد تبصره ۴ ماده یک، باید گفت مفاد ماده یک به طریق اولی در مورد املاک موضوع سؤال مجری است چرا که در مورد چنین املاکی اجرای قانون امکان پذیر است و عدم راه اندازی سامانه مانع اجرای ماده یک قانون نمی‌گردد..

در مواد دیگر قانون، تلاش شده است که برخی صعوبت‌ها و موانع انجام معامله رسمی در لحظه توافق برطرف گردد. به عنوان مثال در تبصره ۲ ماده ۳ سازمان ثبت اسناد و املاک کشور مکلف گردید است که با ایجاد دسترسی به سامانه ثبت رسمی، امکان تنظیم قرار دادهای استاندارد و نمونه را برای عموم مردم و مشاورین املاک در لحظه توافق فراهم نماید. همچنین این قانون مراجع پاسخ دهنده به استعلامات لازم برای انتقال اسناد رسمی را مکلف نموده است که ظرف مدت یکسال، پاسخ به استعلامات به صورت آنی و بدون فوت وقت صورت گیرد.

همانطور که ملاحظه می‌گردد پس از فراز و نشیب‌های فراوان در حال حاضر شکل‌گیری قانونی از نوع تنظیم سند رسمی در مورد معاملات غیر منقول حاکم و استقرار پیدا کرده است. اکنون سؤال این است که ضمانت اجرای این شکل‌گیری قانونی چیست؟

نمایندگان مجلس شورای اسلامی ابتدا در ماده یک قانون الزام به تنظیم سند رسمی در مورد معاملات غیر منقول قصد داشتند از اسناد رسمی عادی معاملات غیر منقول اعتبار زدایی کنند ولی این اقدام نمایندگان مورد مخالفت فقهای شورای نگهبان قرار گرفت و معتقد بودند که « مبایعه نامه ملکی طبق قوانین شرع، نمی‌تواند ابطال شود» و لذا به خاطر این ایراد شورای نگهبان، موضوع در مجمع تشخیص مصلحت نظام مطرح گردید و مجمع تشخیص ضمانت اجرای ماده یک را به این صورت بیان کرد:

« در غیر این صورت دعاوی راجع به اعمال حقوقی مذکور که ثبت نشده باشد و ادله راجع به آنها، در بخشی که مفید موارد مذکور است، نزد مراجع قضایی، شبه قضایی و داوری قابل استماع نبوده و فاقد اعتبار است و جز دعاوی استرداد عوضین، هیچ شکایت کیفری یا دعاوی حقوقی یا تقاضایی در خصوص آن عمل حقوقی و اسناد مربوط به آن از قبیل شکایت انتقال مال غیر، دعاوی اثبات یا تنفیذ معامله، ابطال سند رسمی مالکیت، الزام به تنظیم سند رسمی، خلع ید، تخلیه ید و الزام به اجرای تعهدات مندرج در آن در مراجع مذکور مسموع نیست».

به نظر می‌رسد از متن قانونی فوق استفاده می‌شود که ضمانت اجرای عدم ثبت رسمی معامله، بطلان و بی اعتباری معامله است زیرا عبارت قانون صراحت دارد که ادله راجع به دعاوی مربوط به معاملات غیر رسمی فاقد اعتبار است و فقدان اعتبار مساوی با «بطلان» است. علاوه بر آن قانونگذار هیچ دعاوی دیگری غیر از دعاوی استرداد عوضین را مسموع ندانسته است. امکان دعاوی استرداد عوضین نتیجه بطلان معامله است یعنی چون معامله باطل است، طرفین

می‌توانند دعوای استرداد عوضین را مطرح کنند. بنابراین قانونگذار بخاطر مصالح نظام تنظیم سند رسمی را شرط صحت و جزء ارکان معاملات غیر منقول دانسته است به طوری که بدون تنظیم سند رسمی معامله صحیح نیست و یا واقع نمی‌شود.

۵- نتیجه گیری

۵۰۴

براساس نظریه‌پیشین شورای نگهبان و ماده ۶۲ قانون احکام دائمی توسعه کشور مصوب ۱۳۹۵/۱۱/۱۰ که در جهت تأمین نظر شورای نگهبان تصویب شده بود، معاملات راجع به اموال غیر منقول رضایی بودند و سند عادی بیع اگر همراه با قرائن و ادله شرعی بود هم دلالت بر وقوع معامله می‌نمود و هم دلالت بر مالکیت و انتقال آن به خریدار داشت. این نظر در حقیقت با نظرات سه گانه حقوقدانان با استنباط از مواد ۴۶، ۴۷، ۴۸، ۲۲ قانون ثبت در باب الزام شکلی تنظیم سند در معاملات غیر منقول متفاوت و متمایز بود و عملاً مواد قانونی مذکور را بی‌خاصیت نموده بود و جامعه را در معرض بی‌نظمی و خطر وقوع معاملات معارض و تضییع حقوق اشخاص ثالث قرار داده بود و مختل کننده نقش نظارتی، سیاسی و اقتصادی دولت بود.

اما تحول در اندیشه های فقهی و اعتبار دادن به اسناد رسمی توسط برخی از فقهای معاصر و فعلی زمینه حاکمیت شکل گرایبی قانونی از طریق تصویت «قانون الزام به ثبت رسمی معاملات غیر منقول» مصوب ۱۴۰۳/۰۲/۲۶ مجمع تشخیص مصلحت نظام را فراهم نمود. اکنون به موجب این قانون تمامی معاملات غیر منقول شکلی و تشریفاتی هستند و باید بطور رسمی ثبت گردند و ضمانت اجرای عدم ثبت رسمی معامله، بطلان و بی اعتباری معامله است و هرگونه دعوای راجع به معاملات غیر منقول ثبت نشده نزد مراجع قضایی، شبه قضایی و داوری جز استرداد عوضین غیر قابل استماع می‌باشد.

فهرست منابع

منابع فارسی

کتاب

۱. امامی، سید حسن (۱۳۷۷)، حقوق مدنی، جلد اول، چاپ نوزدهم، تهران، انتشارات کتابفروشی اسلامیة.
۲. امیری قائم مقامی، عبدالمجید (۱۳۷۸)، حقوق تعهدات، ج دوم، چاپ اول، تهران، نشر میزان.
۳. امین، سید حسین (۱۳۸۲)، تاریخ حقوق ایران، چاپ اول، تهران، انتشارات دایره المعارف ایران شناسی.
۴. آقابابایی، بنی اسماعیل (۱۳۹۹)، انحصاری کردن نقل و انتقال اموال غیر منقول در سند رسمی، چاپ اول، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۵. پین، مایکل (۱۳۸۲)، فرهنگ اندیشه انتقادی از روشنگری تا پسا مدرنیته (ترجمه پیام یزدانجو)، چاپ اول، تهران، نشر مرکز.
۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۴۰۰)، دانشنامه حقوقی، جلد دوم، چاپ سوم، تهران، گنج دانش.
۷. جمعی از قضات (بی تا)، گزیده آراء دادگاههای حقوقی، جلد اول، چاپ اول، نشر میزان.
۸. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق)، وسایل الشیعه، جلد ۲۷، چاپ اول، قم، موسسه آل البیت.
۹. حسینی عاملی، سید محمد جواد (۱۴۱۹ق)، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، جلد ۱۲، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۱۰. شایگان، سید علی (بی تا)، حقوقی مدنی، چاپ اول، قزوین، انتشارات طاها.

۱۱. شهیدی تبریزی، میرزا فتاح (۱۳۷۵ق)، هدایة الطالب الی اسرار المكاسب، ج ۲، چاپ اول، تبریز، چاپخانه اطلاعات.
۱۲. شهیدی، مهدی (۱۳۷۸)، مجموعه مقالات حقوقی، چاپ دوم، تهران، انتشارات حقوقدان.
۱۳. صفایی، سید حسین (۱۳۹۴)، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۲، چاپ بیست و یکم، تهران، نشر میزان.
۱۴. قاسمی، محسن (۱۳۸۲)، انتقال مالکیت در عقد بیع، چاپ اول، تهران، انتشارات دانشگاه امام صادق (ع).
۱۵. قاسمی، محسن (۱۳۸۸)، شکل گرایی در حقوق مدنی، چاپ اول، تهران، نشر میزان.
۱۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵)، دوره حقوق مدنی (عقود معین)، جلد اول، چاپ چهاردهم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۱۷. کاشانی، سید محمود (۱۳۵۲)، نظریه تقلب نسبت به قانون (حیل)، چاپ اول، تهران، انتشارات دانشگاه ملی ایران.
۱۸. مغنیه، محمد جواد (۱۴۲۱ق)، فقه الامام جعفر الصادق، ج ۳، چاپ دوم، قم، مؤسسه انصاریان.
۱۹. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۷ق)، استفتائات جدید، ج ۱، چاپ دوم، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابیطالب (ع).
۲۰. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۷ق)، استفتائات جدید، ج ۳، چاپ دوم، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابیطالب (ع).
۲۱. میرشفیعیان، سید مهدی (۱۳۷۷)، راهنمای معاملات و طرح دعاوی اموال غیرمنقول، چاپ دوم، تهران، نشر حقوقدانان.
۲۲. نوبخت، یوسف (۱۳۷۲)، اندیشه‌های قضایی، چاپ چهارم، تهران، سازمان انتشارات کیهان.

مقالات

۲۳. اسماعیلی، حمید رضا، «محدودیت‌های آزادی قراردادی از حیث نحوه تشکیل قراردادها»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، شماره ۲۲، بهار و تابستان ۹۹، ۱۳۹۹.
۲۴. رفیعی مقدم، علی (۱۳۸۸)، اصل رضایی بودن اعمال حقوقی، رساله دوره دکتری، تهران، دانشکده حقوق دانشگاه امام صادق (ع).

منابع عربی

۲۵. انصاری، (شیخ) مرتضی (بی تا)، کتاب المكاسب، ج ۷، چاپ اول، نجف اشرف، مطبعة الآداب.
۲۶. حلی (عالمه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۴ق)، تذکره الفقهاء، جلد ۱۰، چاپ اول، قم، مؤسسه آل‌البیت (ع).
۲۷. حلی (فخرالمحققین)، محمد بن حسن بن یوسف (۱۳۸۷ق)، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
۲۸. حلی (محقق)، نجم الدین جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق)، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، جلد ۲، چاپ دوم، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
۲۹. خوبی، سید ابوالقاسم (بی تا)، مصباح الفقاهه، ج ۳، چاپ سوم، بیروت، دارالهادی.
۳۰. الزحیلی، وهبه (۱۹۸۷)، العقود المسماه فی قانون المعاملات المدنیة الاماراتی والقانون المدنی الاردنی، چاپ اول، دمشق، دارالفکر.
۳۱. سنهوری، عبدالرزاق (بی تا)، الوسیط فی شرح القانون مدنی، ج ۴، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
۳۲. سوار، محمد وحیدالدین (۱۹۹۶)، الحقوق العینیة الاصلیه (شرح قانون مدنی اردن)، ج ۲، چاپ دوم، عمان، مکتبه دارالثقافة للنشر والتوزیع.
۳۳. طباطبایی، سید علی (۱۴۱۸ق)، ریاض المسائل، جلد ۸، چاپ اول، قم، مؤسسه آل‌البیت.
۳۴. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی (۱۴۱۰ق)، اللّمعنة الدمشقیة فی فقه الامامیه، بیروت: دارالتراث، الدار الاسلامیه.
۳۵. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی (۱۴۱۷ق)، الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه، جلد ۳، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی.

۳۶. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۰ق)، الروضة البهیه فی شرح اللمعة دمشقیه، ج ۳، چاپ اول، قم، کتابفروشی داوری.
۳۷. کرکی (محقق ثانی) علی بن حسین (۱۴۱۴ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۷، قم، مؤسسه آل البيت.
۳۸. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۲۹ق)، الکافی، ج ۱، چاپ اول، دارالحدیث للطباعه والنشر.
۳۹. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۴)، اخذ به شفعه، چاپ اول، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.
۴۰. مراغی، سید میر عبدالفتاح (۱۴۱۷ق)، العناوین الفقهیه، ج ۲، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۴۱. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم (۱۴۲۷ق)، فقه الحدود و التعزیرات، ج ۱، چاپ دوم، قم، مؤسسه النشر لجامعه المفید.
۴۲. موسوی سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳ق)، مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، ج ۲، چاپ چهارم، قم، مؤسسه المنار.
۴۳. موسوی سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳ق)، مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، ج ۱۱، چاپ چهارم، قم، مؤسسه المنار.
۴۴. موسوی سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳ق)، مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، ج ۲۷، چاپ چهارم، قم، مؤسسه المنار.
۴۵. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام (۱۴۱۴ق)، جلد ۲۲، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
۴۶. نراقی، ملا احمد (۱۴۱۷ق)، عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام، چاپ اول، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.