

تحلیل و نقدی بر یک رأی وحدت رویه

علی پورقربان^۱

در خصوص فراز یک از آراء وحدت رویه منتشره در مرقومه شماره ۴۱/۱۲۵۴۹ - و - ر مورخه ۱۳۸۵/۲/۲۰^۲ که راجع به چگونگی و نحوه فک رهن و فسخ قرارداد مشارکت مدنی به هنگام واگذاری سهم‌الشرکه بانک از اعیانی مستحدثه و تنظیم قرارداد فروش اقساطی ارائه طریق گردیده و به موجب نامه‌های شماره ۳۴/۲۲۲۲۱ مورخه ۸۴/۱۲/۱۳ و ۳۴/۲۲۲۲۳ مورخه ۸۴/۱۲/۱۴ اداره کل امور اسناد و سردفتران سازمان ثبت مورد تأیید سازمان محترم ثبت اسناد و املاک قرار گرفته است، نکاتی را به شرح ذیل به استحضار می‌رساند:

مطابق مفاد و مندرجات قرارداد مشارکت مدنی هر یک از شریک و بانک میباید به سرمایه‌گذاری مشترک برای احداث ساختمان نموده و شریک مکلف است برابر پروانه ساختمان نسبت به احداث و تکمیل بنا با سرمایه مشترک اقدام کند و براساس میزان سرمایه‌گذاری آنان در حساب مشترک که بدین منظور افتتاح می‌نمایند در بنای مستحدثه

۱. سردفتر اسناد رسمی ۱۲۳ بابل.

۲. متن رأی مذکور در انتهای این مقاله درج شده است.

مالکیت مشاعی پیدا می‌کنند که با تکمیل ساختمان و اخذ پایان کار، ساختمان تفکیک و بانک سهم‌الشرکه خود را در ساختمان طبق ضوابطی که پیش‌تر به اطلاع شریک رسیده تعیین قیمت نموده و حسب مورد با توجه به نوع تسهیلات اعطائی به شریک یا اشخاص ثالثی که متقاضی خرید مسکن می‌باشند فروش نقدی یا اقساطی می‌نماید که ذیلاً به تشریح هر یک از آنها از حیث چگونگی تنظیم و فسخ با عنایت به رویه موجود در دفاتر اسناد رسمی و اشکالات حقوقی وارده بر آنها می‌پردازیم:

۱ - **فروش نقدی سهم‌الشرکه بانک در ساختمان مورد مشارکت به شریک:** بدین صورت است که پس از تعیین قیمت سهم‌الشرکه بانک و تأدیه نقدی آن توسط شریک بانک سند قرارداد مشارکت مدنی را به پیوست نامه‌ای به دفترخانه ارسال می‌دارد و نماینده‌ای را جهت فسخ قرارداد مشارکت و فک رهن معرفی می‌نماید. بعضی از دفاتر اسناد رسمی با قید مراتب فسخ قرارداد مشارکت در ستون ملاحظات ثبت دفتر مربوطه و درج آن در هامش سند و تنظیم اطلاع‌نامه فسخ و اخذ امضاء از نماینده بانک و ارسال آن به اداره ثبت اقدام می‌کنند و برخی از دفاتر با حضور نماینده بانک و شریک مبادرت به تنظیم اقرارنامه فسخ می‌نمایند. و اما ایراد حقوقی که بر روش‌های موجود وارد به نظر می‌رسد آن است که مطابق ماهیت توافق انجام شده در قرارداد مشارکت با ایجاد ساختمان در هر مرحله از عملیات ساختمانی و تصریح به اینکه تدریجاً برای شریک و بانک مالکیت مشاعی در اعیانی مستحدثه به درصد ایجاد خواهد شد، لازم می‌آید پس از تکمیل ساختمان و انجام تفکیک، هر یک از شریک و بانک نسبت به اخذ اسناد مالکیت مشاعی به میزان سهم‌الشرکه تعیین شده در قرارداد اقدام و سپس بانک مالکیت مشاعی خود را به بیع قطعی به شریک انتقال دهد. در فرض مطروحه تنظیم فسخ نامه اساساً وجاهت قانونی پیدا نمی‌کند. همان‌گونه که خواننده محترم نیز استحضار دارد فسخ در اصطلاح علم حقوق اختیار برهم زدن یک جانبه عقد است که این حق یا ناشی از حکم قانون است همانند اختیارات مصرحه در قانون مدنی از قبیل خیار غبن و عیب که توسط احد از متعاملین اعمال

می‌گردد و ناشی از حکم قانون برای جلوگیری از ضرر و زیان وارده به متضرر از عقد داده می‌شود که با اثبات موضوع در دادگاه عقد را فسخ نماید و یا به صورت شرط ضمن العقد برای متعاقبین یا یکی از آنها یا برای شخص ثالث برای مدت معین در نظر گرفته می‌شود که بتواند به طور یک‌جانبه بدون دخالت مراجع قضایی مبادرت به فسخ نماید. حال با تعریف ارائه شده این سؤال مطرح می‌گردد که با توجه به ماهیت و اوصاف و شرایط قرارداد مشارکت مدنی بانک‌ها آیا باید حکم به جایز یا لازم بودن چنین قراردادی داد؟

قرارداد مشارکت مدنی بانک‌ها یک تأسیس حقوقی جدید است که در نظام بانکی ایجاد شده و در این خصوص که عقدی لازم یا جایز است در مقررات چیزی پیش‌بینی نشده، لیکن با مطالعه مفاد و مندرجات قراردادهای مذکور ملاحظه می‌گردد در پاره‌ای از قراردادهای حق فسخ یا رجوع شریک را ضمن عقد خارج لازم از او ساقط می‌نمایند و بانک نیز در مقابل صرفاً در مواردی که شریک نسبت به تعهدات و الزامات ناشی از قرارداد پای‌بند نبوده و تخلف می‌ورزد اختیار برهم زدن عقد را خواهد داشت (خیار تخلف از شرط فعل) که این خود ظهور در جایز بودن قرارداد مشارکت مدنی دارد و الاً اگر عقد مزبور لازم می‌بود دیگر چه دلیلی داشت ضمن عقد خارج لازم نسبت به اسقاط حق رجوع یا فسخ شریک اقدام شود؟ به نظر می‌رسد اگر قرارداد مشارکت مدنی را بدون تصریح شرط سقوط حق فسخ ضمن عقد خارج لازم در قراردادهای بانکی به نحوی که به صورت مطلق برگزار شود مورد بررسی قرار دهیم می‌توان از تنقیح مناسبات مواد حاکم بر شرکت عقدی در قانون مدنی استفاده نمود، هرچند قرارداد مشارکت مدنی بانک با شرکت عقدی تفاوت‌هایی از حیث شرایط شکل‌گیری دارد، با این توضیح که واضعین قانون مدنی در باب شرکت از نظر مشهور فقهاء تأسی نموده و عقدی را که بر مبنای آن مالکین مشاعی بتوانند بخشی مشاعی از اموال خود را به یکدیگر منتقل نموده و با آن مبادرت به فعالیت اقتصادی و انجام معامله نمایند و در سود حاصله به نسبتی شریک گردند قبول ندارند، لیکن در مواردی که اشاعه اموال به همان ترتیبی که در قانون مدنی آمده (شرکت قهری یا اختیاری) حاصل

شده باشد به شرکاء این اختیار را داده تا با تراضی یکدیگر نسبت به تعیین مدیر و استفاده از اموال مشترک جهت تحصیل سود اقدام نمایند. در این بخش قرارداد مشارکت بانک‌ها با شرکت عقدی تقریباً وضعیت مشابهی پیدا می‌کند و شرکت عقدی مطابق قانون مدنی جنبه لزوم نداشته و هر یک از شرکاء هر زمان که بخواهد می‌تواند رجوع نماید مگر آنکه برای شرکت مدتی را ضمن عقد خارج لازم معین نمایند (ماده ۵۸۶ قانون مدنی) از این رو می‌توان حکم این ماده را به قرارداد مشارکت مدنی بانک‌ها تسری داد و قائل بدان شد اگر قرارداد مشارکت به صورت مطلق و بدون اسقاط شرط فسخ از مشارکت‌کنندگان منعقد شود هر یک از آنها اختیار برهم‌زدن قرارداد را خواهند داشت، لکن همان‌گونه که پیشتر اشاره شد در قراردادهای بانکی شرط فسخ ضمن عقد خارج لازم ساقط می‌شود بنابراین حق فسخ موضوعاً منتفی است.

اما در خصوص نحوه عمل آن دسته از دفاتر اسناد رسمی که با تنظیم فسخ‌نامه و اخذ امضاء از نماینده بانک و شریک اقدام می‌کنند با عنایت به مراتب معنونه در خصوص فسخ باید قائل بدان شد که هیچ‌گونه انطباقی با قواعد حاکم بر فسخ ندارد و بالمآل می‌بایست آن را حمل بر تفاسخ (اقاله) نمائیم قانون مدنی در تعریف اقاله در مادتين ۲۸۳ و ۲۸۴ اشعار می‌دارد بعد از معامله طرفین می‌توانند به تراضی آن را اقاله و تفاسخ کنند و اقاله به هر لفظ یا فعلی واقع می‌شود که دلالت بر به هم زدن معامله کند و تدقیق در مواد ۲۸۶ و ۲۸۷ قانون مدنی به نظر می‌رسد که اقاله در قرارداد مشارکت راه ندارد مگر آنکه اثر آن را به طور مشخص محدود از زمان وقوع تفاسخ به بعد و صرفاً به منظور جلوگیری از استمرار آثار قرارداد در نظر بگیریم و نباید اثر قهقرایی برای آن قائل شد و به گذشته تسری داد با این استدلال که با واقع شدن اقاله و برهم خوردن معامله در معاملات معوض هر یک از عوضین به مالک پیش از عقد مسترد می‌شود که این خصیصه با در نظر گرفتن ماهیت و اوصاف و آثار قرارداد مشارکت مدنی قابل اعمال نیست چون با تحقق عقد مشارکت مالی ابتدائاً به هیچ یک از طرفین منتقل نمی‌شود بلکه بنا به توافق متعاقدين مالکیت تدریجی

آن هم به صورت مشاع در هر مرحله از عملیات ساختمانی در ساختمان برای آنها ایجاد خواهد شد بنابراین قایل شدن به اینکه تفاسخ مشارکت موجب بازگشت سرمایه و اعاده مالکیت‌ها خواهد شد موضوعی است که محقق نخواهد شد. در قرارداد مشارکت طرفین براساس توافقی که می‌نمایند هر یک به نسبتی سرمایه به میان گذاشته و آن را به مصرف ساختمان می‌رسانند و به ازاء آن در ساختمان مستحدثه به طور درصدی مالکیت مشاعی پیدا می‌کنند. بنابراین ملاحظه می‌گردد قرارداد مزبور برخلاف سایر عقود معاوضی که به مجرد انشاء عقد تملیک عوضین صورت می‌پذیرد متضمن این معنا نیست و متعاقدین با انشاء عقد اراده به تملیک مشاعی سرمایه به یکدیگر نمی‌کنند و ممزوج شدن سرمایه در حساب مشترک مشارکت را نباید حمل بر تملیک مشاعی کنیم تا معتقد به آن شویم با اقاله، طرفین به بازگرداندن آنچه که به واسطه عقد مالک شده‌اند به یکدیگر می‌باشند بلکه تمام سرمایه را مصروف احداث ساختمان نموده و تدریجاً مالکیت مشاعی در بنا برای آنان ایجاد می‌شود، ولی اگر اثر تفاسخ را محدود به جلوگیری از ادامه آثار قرارداد نه برهم زدن معامله و انحلال آن از زمان وقوع عقد به شرح فوق پنداریم به نظر با اشکال حقوقی مواجه نخواهیم شد. تا زمان تفاسخ هر مرحله از عملیات ساختمانی که انجام شده باشد مالکیت مشاعی برای طرفین ایجاد خواهد شد و مسئله تابعه احکام شرکت در قانون مدنی خواهد بود.

۲ - فروش اقساطی سهم‌الشرکه بانک به شریک قرارداد مشارکت مدنی: همان‌طور که در سطور قبل اشاره شد در فرض مطروحه بانک با تعیین قیمت سهم‌الشرکه خود از اعیانی به تقاضای شریک آن را به وی به صورت اقساطی می‌فروشد. در این خصوص رویه دفاتر اسناد رسمی با عنایت به رأی صادره بدین صورت می‌باشد که با تنظیم قرارداد فروش اقساطی و قید مراتب فسخ قرارداد مشارکت در آن و در ستون ملاحظات ثبت دفتر مربوطه و تنظیم اطلاع‌نامه فسخ به حیات حقوقی قرارداد مشارکت پایان می‌دهند. ایراد حقوقی مترتبه بر این نحوه عمل این است که در هر موردی که پیرو قرارداد اولیه و براساس مفاد و

مندرجات آن لازم آید تا قرارداد دیگری تنظیم شود آیا لزوماً حکم به فسخ قرارداد اولیه وجاهت قانونی دارد؟ فسخ پایان دادن به حیات حقوقی عقد است آن هم با وجود شرایطی که پیش‌تر بدان پرداختیم در ما نحن فیه متعاقبین در سند مشارکت تصریح نمودند پس از تکمیل بنا و تعیین قیمت حصه مشاعی بانک براساس تقاضای شریک بانک سهم الشریکه خود را به شریک واگذار نماید. بنابراین با عمل به مفاد عقد (احداث بنا) موضوع عقد پایان می‌پذیرد و مالکیت مشاعی بانک و شریک در ساختمان ایجاد می‌گردد و سپس بانک اقدام به فروش نقدی یا اقساطی می‌کند. به نظر می‌رسد در گذر از مرحله مشارکت مدنی و ورود در مرحله فروش نقدی یا اقساطی این نظر قوت گرفته که می‌بایست ابتدائاً قرارداد مشارکت مدنی را منحل نموده و الاً با حیات یک عقد نمی‌توان قرارداد دیگری را متعاقب آن منعقد ساخت، از این رو بدون در نظر گرفتن مفاد و مندرجات قرارداد و به استناد آنکه عقد شرکت مدنی به اقتضاء ماهیت و طبیعت خود چون در زمره عقود جایزه است، مبادرت به فسخ آن می‌نمایند.

۳- فروش اقساطی سهم‌الشرکه بانک از آپارتمان مورد مشارکت به خریدار ثالث:

در این خصوص نحوه عمل دفاتر اسناد رسمی به اشکال مختلف می‌باشد، برخی از دفاتر ابتدائاً مورد معامله را که جزئی از کل مورد وثیقه قرارداد مشارکت مدنی است، فک رهن نموده و سپس شش‌دانگ آپارتمان توسط شریک به بیع قطعی به خریدار ثالث منتقل می‌گردد و متعاقب آن منتقل الیه با بانک قرارداد فروش اقساطی تنظیم می‌نماید. بعضی از دفاتر نیز با تنظیم سند صلح قطعی مشتمل به رهن با حفظ حقوق بانک نسبت به قرارداد مشارکت مدنی شش‌دانگ آپارتمان را از شریک به خریدار ثالث منتقل می‌کنند و سپس با تنظیم قرارداد فروش اقساطی بین منتقل الیه و بانک از قرارداد مشارکت مدنی فک رهن و سپس بابت قرارداد فروش اقساطی به رهن بانک می‌گذارند و گروهی دیگر از دفاتر اسناد رسمی با تنظیم سند صلح قطعی مشتمل به رهن با حفظ حقوق بانک نسبت به قرارداد مشارکت مدنی شش‌دانگ آپارتمان را از شریک به خریدار ثالث منتقل نموده و سپس با

تنظیم قرارداد فروش اقساطی بین خریدار و بانک مازاد بر ارزش شش‌دانگ آپارتمان مورد وثیقه قرارداد مشارکت مدنی را بابت بدهی خریدار ناشی از قرارداد فروش اقساطی به رهن بانک می‌دهند و پس از امضاء اسناد مارالذکر از شش‌دانگ آپارتمان مورد وثیقه قرارداد مشارکت فک رهن به عمل می‌آورند. همان‌گونه که پیش‌تر مذکور افتاد این سؤال متبادر به ذهن می‌گردد چگونه ممکن است شریک و بانک که به موجب قرارداد مشارکت مدنی مالک سهم مشاعی از آپارتمان‌ها می‌شوند شریک بتواند به تنهایی شش‌دانگ آپارتمان مورد مشارکت را که فقط مالک سهم مشاعی از آن می‌باشد را مورد معامله قرار دهد؟ در پایان از همکاران ارجمند استدعا دارم نظرات و راه‌کارهای مناسب را پیرامون موارد معروضه اعلام فرمایند.





توره قضائیه

کانون سردفتران و دفتر یاران

بسمه تعالی

تاریخ: ۱۳۸۵/۲۲

شماره: ۱۲۵۴۹/۴۱-۹-۱

پیوست:

دفتر اسناد رسمی ...

در اجرای شق ۲ ماده ۶۶ قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتر یاران، اینک موضوعاتی که در کمیسیون وحدت رویه مطرح و منجر به اظهار نظر گردیده و بموجب نامه های شماره ۳۴/۲۲۲۲۱ - ۸۴/۱۲/۱۳ و ۲۴/۲۲۲۲۳ و ۸۴/۱۲/۱۴ اداره کل امور اسناد و سردفتران سازمان ثبت مورد تأیید سازمان محترم ثبت اسناد و املاک کشور قرار گرفته و با منصرف از نظر کمیسیون منجر به اظهار نظر گردیده است جهت اطلاع و رعایت مفاد آن ذیلاً ابلاغ می شود:

۱- در مورد سؤال دفترخانه ۲ ملایر بدین شرح (در مواردی که بانکها سهم السره که خود نائسی از قرارداد مشارکت مدنی را که املاکی را نیز در رهن دارند بصورت فروش اقساطی واگذار می نمایند آیا به هنگام تنظیم سند فروش اقساطی تنظیم سند اقرار نامه فسخی جداگانه و ارسال اطلاع نامه فسخی به اداره ثبت لازم است، یا قید مراتب فسخ مشارکت در ذیل سند فروش اقساطی کفایت می کند و در صورت لزوم تنظیم سند اقرار فسخی و ارسال اطلاع نامه فسخی به عهده دفترخانه تنظیم کننده سند مشارکت مدنی می باشد یا دفترخانه تنظیم کننده سند فروش اقساطی؟) بشرح ذیل اظهار نظر گردید: با تنظیم سند فروش اقساطی و قید مراتب فسخ مشارکت مدنی و فک رهن از مورد رهن سند مذکور نیازی به تنظیم اقرارنامه فسخی جداگانه نمی باشد و ارسال اطلاع نامه فسخی به عهده دفترخانه تنظیم کننده سند فروش اقساطی میباشد.

۲- در مورد سؤال دیگر دفترخانه ۲ ملایر مبنی بر اینکه (در مواردی که فقط از مورد رهن قرارداد تنظیمی فک رهن به عمل می آید و سایر بواقی، داد به قوت خود باقی می ماند آیا ارسال اطلاع نامه فسخی به اداره ثبت لازم است یا اعلام موضوع طبق نامه اداری کافی می باشد؟) بدین شرح اظهار نظر گردید: در مواردی که فقط از مورد رهن قرارداد فک رهن بعمل می آید و قرارداد تنظیمی به قوت و اعتبار خود باقی است ارسال اطلاع نامه فک رهن به اداره ثبت مربوطه ضروری میباشد.

۳- در مورد سؤال دفترخانه ۱۲۱ تبریز بدین شرح (در مورد املاکی که تفکیک گردیده اند آیا با یک استعلام ثبتی نسبت به کل پلاک می توان برای قطعات یا طبقات تفکیکی سند تنظیم نمود « در موقع تنظیم اسناد استعلام ثبتی دارای اعتبار می باشد » یا برای تک تک قطعات یا طبقات بایستی استعلامیه های ثبتی جداگانه اخذ نمود؟) بشرح ذیل اظهار نظر گردید: با استفاده از قسمت اخیر بند ۳۰ مجموعه بخشنامه های ثبتی تا مهر ماه ۱۳۶۵، بر هر پلاک باید یک استعلام تنظیم گردد لذا در صورت تعیین شماره پلاک مستقل و ثبت صفحه جداگانه دفتر املاک باز به استعلام دارد و الا با استعلام پلاک اولیه تنظیم سند بلامانع است. /

هادی عمرالدینی

رئیس هیأت مدیره کانون سردفتران و دفتر یاران

سزایی