

آسیب شناسی حقوقی قراردادهای تنظیمی توسط بنگاههای مشاور املاک در مقایسه با دفاتر اسناد رسمی

اعظم اکبری^۱، دکترمهران جعفری^۲^۱: دانشجوی کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی واحد یاسوج^۲: عضو هیئت علمی و استادیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد یاسوج

چکیده

دفتر اسناد رسمی، نماد تاریخ عقلانیت مدنی یک ملت است. جلوه‌ی دانایی قومی است که همیشه کوشیده به روابط اقتصادی و اجتماعی‌اش سامان دهد. در محضرش، ادب و انصاف می‌پروراند، پیش از آن که قاضی و غازی به ضرب عدالت را احیا کنند. دیرگاهی است برخی در حوزه املاک و خودرو، در بیع و شراء انواع کالاها، در صادرات و واردات، در اخذ وام و انواع تسهیلات بانکی و در هیچ پیچ و آستانه و گلوگاهی که تقاضایی هست و عرضه‌ای، فعال‌اند و طرفه، آن که تصور جایگاهی ویژه را دارند. ملالت این که در مقابل کاتبان بالعدل، دلالتان فرم‌هایی تهیه کنند و بدون صلاحیت قانونی مشخص، قراردادی در آن فرم‌ها، تنظیم و هزینه‌ای چندین برابر دفاتر اسناد رسمی، -این مراجع رسمی و قانونی- از متعاملین اخذ نمایند. انعقاد قرارداد توسط بنگاه‌های مشاور املاک، هرچند به امری مرسوم و متداول تبدیل شده است لیکن حقیقت آن است که این اقدام از جهات حقوقی، نه تنها نمی‌تواند به‌عنوان اقدامی در راستای منافع و مصالح طرفین قرارداد تفسیر شود؛ بلکه خود به‌صورت یکی از معضلات حقوقی جامعه تبدیل شده و سبب افزایش دعاوی می‌شود و قراردادهای تنظیمی توسط بنگاه‌های فوق به یکی از مسایل دعوایی جامعه تبدیل شده است. به نظر می‌رسد، بررسی شکل و محتوای قراردادهای یاد شده دلیل این امر می‌باشد. در این پژوهش، به تحلیل این مسأله خواهیم پرداخت. واژگان کلیدی: قرارداد، اسناد رسمی، اثبات، ثبوت، دفترخانه، بنگاه مشاور املاک.

که بر آنچه می‌نویسد، چه آثاری بار می‌شود؟ آیا می‌داند، قرارداد را باید آن‌گونه بنویسد که چگونگی طی مسیر را ساده اما دقیق به طرفین نشان دهد؟ آیا می‌داند، آنچه می‌نویسد، با آنچه طرفین قرارداد می‌خواهند، تطابق دارد یا خیر؟ نگرانی‌ها از همین‌جا آغاز می‌شود؛ جایی که بیگانه‌ای با مسیر و دنیای حقوق، قرار است راه‌بند و راهنمای مسافرانی شود که خود از آغاز و انجام راه بی‌خبرند و به پشتوانه اعتماد و اطمینان، دست در دست این راهنما گذاشته‌اند. قراردادهایی که در تحقق خواسته‌های طرفین ناتوان‌اند؛ گاه و بی‌گاه در معرض تردید در اعتبار و دچار تزلزل در بقا هستند؛ مملو از تعارض و اجمال‌اند؛ سرآغاز اختلاف‌اند؛ نه تنها برای طرفین، که نظام حقوقی را نیز در معرض اختلاف و اشتقاق قرار می‌دهند (ایزنلو، ۱۳۸۶، ۲).

۱. مقدمه

قرارداد، نقطه آغاز تفاهم و توافق است؛ سفری است که دو بیگانه را در یک مسیر همراه و هم‌قدم قرار می‌دهد تا هر دو به نتیجه‌ای مشترک و مقصد و مقصودی دلخواه دست یابند. اما این دغدغه، دغدغه گران‌قدری است که بدانیم چه کسی راهنمای این سفر است؟ آیا خود از مسیر سفر مطلع است یا آنکه دل به شنیده‌ها سپرده و خود در این مسیر، قدمی ننهاده و راهی را ندیده است؟ به‌راستی، چه کسی بر تنظیم و انعقاد قرارداد دست داشته است؟ آیا از ماهیت قرارداد و اوصاف حقوقی آن مطلع است و می‌داند

۱۳۸۸، ۹۳). با توجه به نبودن مشاور حقوقی در اتحادیه املاک، نبود بازرسی منظم از سوی اتحادیه، نبود آموزش حقوقی و به روز رسانی آن، نداشتن سواد کافی در حالی که برخی بنگاه داران مفاهیم حقوقی اولیه را خود به درستی استعمال نمی کنند، نبود اطلاعات جامع در کد رهگیری به عنوان نمونه اطلاعات ملک رهنی را در اختیار قرار نمی دهد، صدور پروانه برای افراد بی تجربه، اجاره دادن پروانه های بنگاه به افراد، وجود بنگاههای املاک بدون رعایت فاصله فیزیکی، نبود مهندسی صحیح ارتباط بین بنگاهها با دفاتر اسناد رسمی، ثبت اسناد و املاک و شهرداری ها به دلیل نبود جایگاه قانونی برای متصدیان املاک، دخالت بنگاهداران به عنوان طرف قرارداد بدون اطلاع دادن طرف مقابل به صورت پنهانی، دادن حق کارشناسی به تمام بنگاهداران از سوی اتحادیه، نبود اتاق داوری فعال در اتحادیه املاک، میزان تعرفه الزامی و ذکر نکردن تعرفه قانونی در قولنامه ها، عدم اخذ کد رهگیری در قولنامه ها، نبود ساز و کار تضمین شده اسناد و اوراق امانتی در بنگاهها و از همه مهمتر تبیین نکردن شرایط دقیق قرارداد به هنگام تنظیم آن و آثار تخلف از شروط و ناکافی بودن مشاوره به طرفین و دخالت بی حد و حصر در معاملات اموال غیر منقول بر خلاف مقررات ثبتی از چالش های موجود در بنگاههای املاک بوده که خود از عوامل بروز دعاوی حقوقی در سیستم قضایی شده است و همه این آسیب ها باعث می شود که گاهی افراد مراجعه کننده به این بنگاه متضرر گردند. با مذاقه در موارد فوق و اینکه قراردادهای مورد بحث نه تنها از تأمین منافع طرفین و مصالح جامعه عاجزند بلکه نظام حقوقی و اجتماع را نیز در معرض اختلاف ها و تعارض ها قرار می دهند، نکته ای که تجدیدنظر در رویه فعلی را اجتناب ناپذیر می نماید. آنچه که در این تحقیق بررسی خواهد شد، شامل نگرانی هایی است که در خصوص آسیب شناسی قراردادهای تنظیمی در بنگاههای مشاور املاک و مقایسه آن در دفتر اسناد رسمی می باشد. که برای تبیین موضوع ابعاد و آسیب های مختلف انعقاد قراردادها در دفاتر املاک بررسی و مقایسه آن در دفاتر اسناد رسمی از لحاظ حقوقی و اعتبار انجام خواهد شد.

دفاتر اسناد رسمی به عنوان یکی از نهادهای غیردولتی و در عین حال وابسته به حاکمیت و مجری و مقوم نظام حقوقی جامعه در بخش تثبیت حقوق دولت و مردم از مصادیق بارز اصل ۴۴ قانون اساسی که همواره مورد تأکید رهبر معظم انقلاب و دلسوزان نظام بوده و هست بنحوی که نه تنها هیچگونه بار مالی به دوش دولت ندارد بلکه با کمال فروتنی و قانونمندی مأمور وصول بخش زیادی از مطالبات دولت از قبیل مالیات، عوارض، حق الثبت و ... می باشد و در عین حال زیر نظر مستقیم دستگاه قضایی نقش رابط را میان مردم و حاکمیت داشته و در حل و فصل مسائل و مشکلات جامعه از ظرفیت ها و توانمندی بالقوه و بالفعل بالایی برخوردار است. تحکیم روابط حقوقی، استحکام معاملات اشخاص حقیقی و حقوقی و تضمین و تثبیت حقوق و مالکیت مردم و دولت که همانا قوام بخشیدن به نظم عمومی جامعه است و حفظ و نگهداری و صیانت از اسناد رسمی که تماماً بر اساس اصل اعتماد و تعامل میان سردفتر و حاکمیت می باشد، نقش و جایگاه دفاتر اسناد رسمی را بیش از پیش تبیین می نماید (نایی، ۱۳۷۶، ۱۰۱). ماده ۱۲۸۶ ق.م. سند را به دو نوع رسمی و عادی تقسیم کرده است. ماده ۱۲۸۷ همان قانون نیز در تعریف اسناد رسمی می گوید: «اسنادی که در اداره ثبت اسناد و املاک و یا دفاتر اسناد رسمی یا در نزد سایر مأمورین رسمی در حدود صلاحیت آن ها و بر طبق مقررات قانونی تنظیم شده باشند، رسمی است.» از مذاقه در مفاد ماده فوق می توان به سه عنصر اصلی در تعریف سند رسمی دست یافت. این سه عنصر عبارتند از:

- ۱ - تنظیم توسط مأمورین رسمی؛
- ۲ - در حدود صلاحیت مأمور؛
- ۳ - بر طبق مقررات قانونی.

با توجه به موارد مهم فوق و نظر به اینکه اساساً تنظیم قرارداد جزو صلاحیت های اعطایی به بنگاههای مشاور املاک نمی باشد (چه همان طور که از نام این بنگاهها نیز برمی آید، وظیفه ویژه آن ها، دلالی و مشاوره است، نه انعقاد قرارداد)، اسناد تنظیمی توسط بنگاههای فوق، سند رسمی محسوب نشده، بلکه سند عادی به حساب می آید؛ برای همین، همواره اعتبار آن ها در معرض خدشه و تردید می باشد. این خدشه که طرح آن در قالب ادعای جعل و انکار و تردید، مشهور و متداول است. سبب می شود که نتوان به این گونه اسناد، تکیه و اعتماد نمود (میرشکاری

۲-تعریف واژه‌ها و اصطلاحات

۱-۲-تعریف عقد یا قرارداد

عقد را ماده ۱۸۳ قانون مدنی چنین تعریف کرده است: «عقد عبارت است از این که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد و همچنین ماده ۱۰ قانون مدنی می گوید: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است. بنابراین تعهد «حسن» به این که چیزی را برای «حسین» بسازد یا چیزی را برای او از جایی حمل کند یا چیزی را در مقابل اخذ ثمن یا عوض به او تحویل دهد، در صورت قبول «حسین» مصداق قرارداد است. برای دوری گزیدن از اشکالات و ایرادات وارد بر عقد، حقوق دانان تعاریف دیگری نیز برای آن پیشنهاد کرده اند. منجمله: «عقد توافق دو یا چند اراده است که بمنظور ایجاد آثار حقوقی انجام می شود.» (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۷). عقد یا قرارداد یا معامله عبارت است از این که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد به امری کنند که مورد توافق آنها باشد. یکی از شایع ترین عقود معمول در جامعه عقد بیع است. بعد از توافق فروشنده و خریدار در ثمن (قیمت) و مبیع (مالی که قصد فروش آن را دارند)، به محض اینکه فروشنده بگوید فروختم و خریدار بگوید خریدم، عقد ایجاد می شود و آثار خود را که انتقال مالکیت است، ایجاد می کند. بنابراین اگر بعد از عقد قیمت مال کم یا زیاد شود، این تغییر قیمت در مال انتقال گیرنده (خریدار) ایجاد می شود. لیکن نظر به اینکه نقل و انتقال اموال غیر منقول از نظر قوانین ثبتی تابع تشریفات خاصی است، شخصی مالک شناخته می شود که سند رسمی به نام او صادر شده است (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۱۵).

۲-۲-تعریف عقد بیع

بر طبق ماده ۳۳۸ قانون مدنی عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم. با دقت بر تعریف قانونی متوجه می شویم که شخص مالک می شود آنچه که در عالم خارج موجود است و بعضاً به چشم می آید در مقابل مبلغی که به عنوان ثمن پرداخت می کند. (امامی، ۱۳۵۵، ج ۵). نکته: ثمن در حقوق ایران می تواند وجه رایج باشد و یا هر جنس دیگری که دارای ارزش اقتصادی باشد. کلمه بیع لغتی است عربی به مفهوم فروش ولی با اینکه مفهوم بیع و فروش یکی می باشد اصولاً حقوق دانان از

کلماتی مانند فروش نامه استفاده نمی کنند و علت آن این است که در قانون مدنی و حقوق ایران بیع تعریف شده است و چند ماده ی قانونی هم به این عقد اختصاص یافته است.

۲-۳-قولنامه

ترکیبی است از دو لغت مذکور به معنی گفتار، نوشته یا پیمان نوشته شده و یا نامه ای که حاوی یک تعهد و قول است ولی اصطلاحاً یعنی «ورقه‌ای که خریدار و فروشنده به یکدیگر دهند پیش از معامله قطعی تا در فاصله بین قول و معامله قطعی فروشنده مورد معامله را به دیگری نفروشد و خریدار سر موعد آن را بخرد» (فرهنگ فارسی معین، ۱۳۶۴: ۲۷۴۹).

۲-۴-مفهوم سند

درمجموعه مقررات موضوعه مملکتی منحصر در ماده ۱۲۸۴ قانون مدنی سند تعریف شده است (سند عبارتست از هر نوشته که در مقام دعوی یا دفاع قابل استناد باشد) و بلا فاصله قانون گذار در ماده ۱۲۸۵ قانون مذکور برای جلوگیری از ایجاد اشتباه در مفهوم حقوقی سند، شهادت نامه را از عداد اسناد خارج کرده و اعتبار آن را به شهادت محدود کرده است.

۲-۴-۱-مفهوم لغوی

سند در لغت به معنای آنچه بدان اعتماد کنند آمده است. و به این مفهوم، میتواند به صورت نوشته یا گفته یا حتی پیکره ای سنگی، شیئی سفالی، سکه ای فلزی و لباس یا ... باشد (مانند کوزه ای سفالی قدیمی که به عنوان سندی تاریخی به شمار میرود تا به قدمت تمدن اعتماد شود (شمس، ۱۳۹۰: ۸۰). بنابراین از این دیدگاه سند یک مفهوم عام می باشد که عبارت از هر تکیه گاه و راهنمای مورد اعتماد است که بتواند اعتماد دیگران را به درستی یک ادعا جلب نماید. مانند نوشته یا گفته یا اقرار چنان که گفته می شود فلان خبر یا حدیث دارای سند معتبر است و مقصود این است که شخصیت های معتبر و مورد اعتمادی آن را نقل کرده اند (کاتوزیان، ۱۳۸۴).

در فراز ۲۹ دعای جوشن کبیر آمده: «یا سند من لا سند له». در این دعا، سند به خداوند اطلاق شده که تکیه گاه همه است. اما در اصطلاح علم حقوق، منظور "سند کتبی" است. وفق ماده (۱۲۸۴) ق.م. سند به معنای هر نوشته ای است که در مقام دعوا یا دفاع، قابل استناد باشد. با این

ارزش بالاتری نسبت به اسناد دارد. سند به دلیل در معرض جعل، تزویر و تردید بودن، از اهمیت والایی برخوردار نیست و جزء ادله اثبات دعوی در حقوق اسلام به شمار نیامده است. به همین دلیل، بعد از انقلاب تعارضاتی در سیستم ادله اثبات دعوی که منطبق بر مقتضیات یک جامعه سنتی، مذهبی و اخلاقی بود با زندگی مدرن امروزی بروز کرد (امامی، ۱۳۵۵).

۲-۴-۲- مفهوم اصطلاحی

اما در اصطلاح حقوقی، سند عبارت از "نوشته‌ای است که مطابق ماده ۱۲۸۳ قانون مدنی در مقام دعوا یا دفاع قابل استناد باشد". از این دیدگاه، سند به معنای خاص آن عبارت از "دلیل" می‌باشد و بند ۲ ماده ۱۲۵۸ ق.م. که اسناد کتبی را در زمره دلایل اثبات دعوا ذکر نموده است، اشاره به همین مفهوم خاص دارد. در این معنا، سند چهره خاصی از آن مفهوم عام است که به صورت نوشته درآمده است و قید کتبی موجب شده است که مفهوم عام سند تخصیص یافته و به نوع خاصی از آن منحصر شود. در غیر این صورت، سند در معنای عام آن عبارت از دلیل و حجت بر اثبات دعوی می‌باشد و محدود به نوشته نخواهد بود.

۲-۴-۳- انواع سند

مدرک یا سند عبارت است از اطلاعات ثبت شده اعم از نوشتاری، دیداری، شنیداری که به وسیله اشخاص حقیقی یا حقوقی ایجاد شده است و دارای ارزش نگهداری باشد. در رابطه با نوع سند می‌توان آنها را از منظر قانونی، مرجع تنظیم، از لحاظ شکلی، ماهوی و مادی به شرح ذیل تقسیم نمود.

۲-۴-۴- تقسیم قانونی

به موجب ماده ۱۲۸۶ ق.م.: سند به دو دسته تقسیم می‌شود: الف - سند عادی ب - سند رسمی
به موجب ماده ۱۲۸۷ ق.م.: "سند رسمی سندی است که در اداره ثبت یا دفاتر اسناد رسمی یا نزد سایر مأمورین رسمی در حدود صلاحیت آنها و بر طبق مقررات قانونی تنظیم شده باشد. در غیر این صورت، سند مزبور سند عادی خواهد بود".

۲-۴-۴-۱- اسناد رسمی^۲ و اسناد عادی^۳

حساب، به نظر می‌رسد "کتبی بودن سند" جزء لاینفک، در تعریف سند باشد. در این تعریف، آنچه سندیت سند را محرز می‌نماید، دو امر است. اول "قابلیت استناد" است که در این تعریف نیز آمده است و دومین امر که در تعریف سند لحاظ شده "حاصل فعل و تراوش اندیشه انسان" بودن سند است. از این رو، در این تعریف لفظ "نوشته" خصوصیتی ندارد و به اطلاق خود شامل هرگونه نوشته فارغ از محل نوشتن و یا شکل نوشتن و یا حتی وسیله نوشتن است. نوشته فارغ از "محل نوشتن" مورد لحاظ واقع شده است. بنابراین، ممکن است نوشته بر روی یک قطعه سنگ، کلوخ، قطعه فلز، آجر، تخته، یخ و یا حتی بر روی نرم افزارهای کامپیوتری باشد. نوشته فارغ از زبان نوشتن است؛ لذا به اسنادی که به زبان‌های دیگر، اعم از اینکه در ایران و یا در خارج از کشور تنظیم شده باشد، سند اطلاق می‌شود. اما برای اینکه در محاکم ما قابل استناد باشند بایستی وفق ماده ۵۸ ق.آ.د.م، توسط مترجم رسمی دادگستری، ترجمه یا مطابقت آن‌ها با اصل، توسط مأمورین کنسولی گواهی شده و پیوست متن اصلی بشوند. همچنین "شکل نوشتن" نیز خصوصیتی ندارد. نوشته ممکن است به صورت خط با حروف الفبایی، نقاشی یا خطوط مبهم باشد همچنان که می‌تواند به شکل برجسته یا تو رفته باشد. بنابراین، ممکن است رسم یک جمجمه و دو استخوان متقاطع، سندی دال بر تهدید تلقی شود. با الغاء خصوصیت از "وسیله نوشتن" نیز، می‌توان نوشتن با قلم، انگشت، یک قطعه چوب و یا از طریق تایپ را مشمول سند دانست همچنان که اگر کسی قادر به استفاده از دست برای نوشتن نباشد، ممکن است با سر و یا پا مبادرت به نوشتن نماید و بر نوشته‌ی محصول فکر و عمل او، اطلاق سند ممکن باشد. به هر تقدیر، سند باید دو ویژگی اساسی داشته باشد تا اطلاق سند بر آن ممکن باشد: اولاً سند باید "قابلیت استناد" داشته است و ثانیاً "محصول کار و اندیشه بشری" باشد. بنابراین، بر جای پا و اثر انگشت که به طور غیرارادی بر جایی نقش می‌بندد، هر چند قابلیت استناد داشته و بتواند امری را به اثبات رساند، نمی‌توان اطلاق سند کرد.

قانون مدنی ما در مواد ۱۲۸۴ به بعد، دومین دلیل از دلایل اثبات دعوی را اسناد کتبی برشمرده است. لزوم توجه به اسناد رسمی و دلیل قراردادن آن‌ها، با توسعه روزافزون علوم و فنون مربوط به تنظیم اسناد و همچنین سست شدن پایه‌های اعتقادات مذهبی و اخلاقی مردم، اهمیت به سزایی پیدا کرده است. این در حالی است که در فقه، شهادت شهود،

2. Acte authentique.

3. Acte sous seing privé.

۳. آسیب شناسی حقوقی قراردادهای تنظیمی توسط بنگاه‌های مشاور املاک

۳-۱- سند تنظیمی در بنگاه املاک

همان‌طور که می‌دانیم ماده ۱۲۸۶ ق.م. سند را به دو نوع رسمی و عادی تقسیم کرده است. ماده ۱۲۸۷ همان قانون نیز در تعریف اسناد رسمی می‌گوید: «اسنادی که در اداره ثبت اسناد و املاک و یا دفاتر اسناد رسمی یا در نزد سایر مأمورین رسمی در حدود صلاحیت آن‌ها و بر طبق مقررات قانونی تنظیم شده باشند، رسمی است.» از مذاقه در مفاد ماده فوق می‌توان به سه عنصر اصلی در تعریف سند رسمی دست یافت. این سه عنصر عبارت‌اند از:

۱ - تنظیم توسط مأمورین رسمی؛

۲ - در حدود صلاحیت مأمور؛

۳ - بر طبق مقررات قانونی.

با توجه به موارد مهم فوق و نظر به اینکه اساساً تنظیم قرارداد جزو صلاحیت‌های اعطایی به بنگاه‌های مشاور املاک نمی‌باشد (چه همان‌طور که از نام این بنگاه‌ها نیز برمی‌آید، وظیفه ویژه آن‌ها، دلالتی و مشاوره است، نه انعقاد قرارداد)، اسناد تنظیمی توسط بنگاه‌های فوق، سند رسمی محسوب نشده، بلکه سند عادی به حساب می‌آید؛ برای همین، همواره اعتبار آن‌ها در معرض خدشه و تردید می‌باشد. این خدشه که طرح آن در قالب ادعای جعل و انکار و تردید، مشهور و متداول است. سبب می‌شود که نتوان به این‌گونه اسناد، تکیه و اعتماد نمود.

۳-۲- مالکیت سند تنظیمی در بنگاه املاک،

با توجه به اینکه قراردادهای تنظیمی در بنگاه‌های مشاور املاک را از اسناد عادی دانستیم، حال این سؤال مطرح می‌شود که آیا با اسناد فوق، مالکیت منتقل می‌شود یا خیر؟ ماده ۲۲ ق.ث. در این خصوص مقرر می‌دارد که اگر ملکی در

ماده (۱۲۸۷) ق.م، سند را بر دو نوع رسمی و عادی تقسیم کرده است. و در مقام تعریف سند رسمی مقرر می‌دارد: اسنادی که در اداره ثبت اسناد و املاک و یا دفاتر اسناد رسمی یا در نزد مأمورین رسمی، در حدود صلاحیت آن‌ها بر طبق مقررات قانونی تنظیم شده است، رسمی است. مواد ۲۰۶ الی ۲۲۹ قانون آیین دادرسی مدنی سند یکی از ادله اثبات دعوی است و می‌توان گفت سند و علی‌الخصوص سند رسمی معتبرترین وسیله اثبات حق و ادعا یا مهم‌ترین دلایل اثبات دعوی می‌باشد. زیرا در یک سند رسمی اجتماع دلایل موجود می‌باشد و اثبات وجود آن و حفظ و حراست و نگهداری و استناد به آن بسیار ساده‌تر از سایر ادله بوده و به سهولت قابل انکار و تردید و نابودی نیست. در ماده ۱۲۸۷ ق.م سه شرط برای رسمیت داشتن سند رسمی مورد نظر قرار گرفته که عبارتند از:

✓ شرط اول برای رسمیت داشتن سند، این است که سند در "اداره ثبت اسناد و املاک" یا در "دفاتر اسناد رسمی"، یا در "نزد مأمورین رسمی" تنظیم شده باشد.

✓ دومین شرط از شرایط سند رسمی، این است که مقررات ماهوی - شکلی مربوط به تنظیم سند رعایت شده باشد.

✓ شرط سوم این است که مأمور تنظیم کننده سند، در حدود صلاحیت خود عمل کرده باشد. این شرط که به منظور رعایت حال متعاملین و تسهیل انجام و ثبت معاملات در نظر گرفته شده، هم ناظر به صلاحیت محلی مأمور است و هم به صلاحیت ذاتی وی. (شهری، ۱۳۸۱: ۱۵).

✓ به موجب ماده ۱۲۹۳ ق.م (هرگاه سند بوسیله یکی از مأمورین رسمی تنظیم اسناد تهیه شده لیکن مأمور صلاحیت تنظیم آن سند را نداشته باشد و یا رعایت ترتیبات مقرره‌ی قانونی را در تنظیم سند نکرده باشد، سند مزبور در صورتی که دارای امضاء یا مهر طرف باشد عادی است) از سوی دیگر ماده ۱۲۸۹ ق.م می‌گوید (غیر از اسناد مذکور در ماده ۱۲۸۷ سایر اسناد عادی است). در نتیجه حتی سندی که یکی از ارکان سند رسمی را نداشته باشد اما علی‌القاعده دارای امضاء یا مهر یا اثر انگشت طرف باشد عادی است (شمس، ۱۳۹۰: ۱۴۷).

که قبلاً در دفتر املاک ثبت شده نیز توسط مشاوران املاک، عملی غیر قانونی است.

۳ - به موت یا جنون و کیل یا موکل. از مقایسه این ماده با ماده ۱۸۶ و ۹۵۴ همان قانون این نتیجه حاصل می شود که وکالت، عقد جایز است. (میرشکاری، ۱۳۸۸، ۹۰). در نتیجه، همواره بقای حقوقی و اعتبار وکالت نامه تنظیمی با ایجاد اسباب انحلال در معرض تردید قرار دارد.

جهت دوم - با توجه به اینکه معمولاً امکان تنظیم سند رسمی به فوریت صورت نمی پذیرد، غالباً خریدار خود اقدام به فروش ملک به دیگری می نماید و کلیه اختیارات و تکالیفی را که به موجب وکالت نامه از موکل خود گرفته است، به طور یکجا به شخص دیگری تفویض کرده و برای خود هیچ گونه حق و اختیاری قائل نمی شود. این گونه سند - که یکی از نمونه اسناد متداول در دفاتر اسناد رسمی بوده و با عنوان سند تفویض وکالت شناسایی می شود - خود در معرض تفاسیر گوناگون قرار می گیرد؛ تفاسیری که سبب اختلافات می شود؛ تسلسل پدید آمده در روابط وکلا با یکدیگر به ویژه آن زمان پیچیده می شود که یکی از اسباب انحلال وکالت رخ داده و اعتبار کلیه وکالت نامه ها را در معرض تردید قرار می دهد. (نایی، ۱۳۸۸، ۱۰۰).

۳-۴- تعهد به حضور در دفترخانه اسناد رسمی

معمولاً، در معاملات، طرفین پس از توافقی اولیه در سندی عادی (با عنوان قول نامه و یا بیع نامه) تعهد می نمایند در موعدی مشخص در دفترخانه اسناد رسمی حاضر شده و نسبت به تنظیم سند رسمی در مورد انتقال ملک مورد معامله اقدام نمایند. ماهیت حقوقی تعهد به حضور در دفترخانه و تنظیم سند رسمی و ضمانت اجرای عدم وفای به عهد همواره، از جهت حکمی و ثبوتی مورد تفاسیر مختلف قرار گرفته و از جهت موضوعی و اثباتی سبب اختلافات گوناگون می شود. توضیح بیشتر آنکه گاه در تفسیر این نوع تعهد اختلاف می شود که آیا تعهد به حضور، تعهد به وسیله است یا تعهد به نتیجه یا تعهد به تضمین نتیجه؟ تفاوت عملی این انواع تعهد با یکدیگر به ویژه از این جهت مهم می باشد که در تعهد به وسیله، اثبات تلاش در تحقق نتیجه و در تعهد به

دفتر املاک به ثبت رسید دولت فقط کسی را که ملک به اسم او ثبت شده، مالک خواهد شناخت. نتیجه ثبت در دفتر املاک، داشتن سند رسمی است و به سند رسمی غالباً به عنوان طریقه ای اثباتی توجه می شود. حال، آیا با توجه به این ماده باز هم باید سند رسمی را طریقه ای اثباتی دانست یا ثبوتی. یعنی آیا عقد با ایجاد و قبول، واقع می شود و ثبت تنها ناظر به مرحله اثبات این عقد است (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ۴). و یا آنکه حکم به وجود ثبت سند از قواعد ماهوی و مربوط به مرحله ثبوت است (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ۷). و به این ترتیب، خرید و فروش املاک ثبت شده را از مصادیق عقود تشریفاتی قرار داد (شهیدی، ۱۳۸۴؛ ۴). طریقه اول، جانبدار اصل رضایی بودن عقود و دومی حامی نظم معاملات (جلوگیری از وقوع معاملات معارض) است.

به هر روی، اختلاف نظر در مورد انتقال مالکیت با سند عادی از دیرباز مطرح بوده و همواره به عنوان یکی از مسایل مناقشه برانگیز تلقی گشته است. به راستی، آیا در صورتی که شاهد تنظیم اسناد عادی خرید و فروش در بنگاه های مشاور املاک، نبودیم، نظام حقوقی کشور این چنین درگیر این گونه مسایل می شد؟!

۳-۳- تأثیر عقد وکالت در اسناد تنظیمی در بنگاه های املاک

با توجه به تلقی اسناد تنظیمی در بنگاه های مشاور املاک، به عنوان اسناد عادی و نظر به اینکه معمولاً (گاهی) میان تنظیم سند در بنگاه املاک تا تنظیم سند رسمی در دفتر اسناد رسمی، فاصله زمانی وجود دارد، معمولاً سند وکالت نامه ای تنظیم می گردد؛ این وکالت نامه به ویژه از دو جهت زیر می تواند برای طرفین خود در دسر آفرین شود:

جهت اول - اینکه براساس ماده ۶۷۸ ق.م. « وکالت به طریق ذیل مرتفع می شود:

۱ - به عزل موکل

۲ - به استعفای وکیل

اما حقیقت این است که این مسأله از موارد مهم و مورد اختلاف بوده است.

از جهت موضوعی نیز، همواره اختلاف در خصوص حضور و یا عدم حضور پدید می‌آید. هرچند که اثبات پای‌بندی یا عدم پای‌بندی به تعهد به حضور در دفترخانه، محل اجرای قواعد عمومی اثبات است و هرچند حضور، امری وجودی است و بنابراین با توجه به اصل عدم، بار اثبات حضور به عهده مدعی آن یعنی متعهد است اما در خصوص طرق اثبات حضور، رویه قضایی با تفاسیر مختلفی روبرو است؛ توضیح آنکه معمولاً در قراردادهای مورد بحث، گواهی سردفتر به‌عنوان وسیله‌ای برای ثبت عدم حضور یکی از طرفین تلقی می‌شود که از آن می‌توان به‌عنوان دلیل از پیش فراهم‌شده نام برد (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ۶۰). حال، این سؤال مطرح می‌شود آیا گواهی سردفتر به معنای تنها دلیل برای اثبات عدم حضور یکی از طرفین است، به این معنی که دلیل دیگری برای اثبات عدم حضور به کار نمی‌آید. برای مثال، اگر خریدار در موعد معین در دفترخانه حاضر شده اما به‌رغم عدم حضور طرف دیگر از سردفتر گواهی عدم حضور نمی‌خواهد اما شهادتی برای عدم حضور طرف دیگر می‌تواند ارائه دهد؛ آیا می‌تواند با دلیل شاهد، عدم حضور طرف دیگر را اثبات نماید؟ به هر روی، این مسأله نیز سبب پیچیدگی دعاوی می‌گردد.

۳-۵- تأثیر فرم‌های از پیش تهیه‌شده در بنگاه‌های

املاک

قراردادهای تنظیمی توسط بنگاه‌های مشاور املاک، به‌صورت فرم بوده و از پیش، قسمت اعظم مفاد آن نگارش یافته است و تنها موارد خاصی (مثل مبلغ قرارداد و نحوه پرداخت و تحویل و اسامی طرفین و...) توسط طرفین تکمیل می‌گردد. هرچند این ویژگی سبب راهنمایی افراد به چگونگی انشای مفاد قرارداد و درج تعهداتی که گاه در هنگام انعقاد قرارداد از توجه به آن غافل هستند، می‌شود و از این جهت، مفید و البته قابل دفاع است؛ اما حقیقت این است که این ویژگی اسناد تنظیمی نیز خالی از خلل نیست؛ چه جدا از

نتیجه، وجود قوه قاهره رافع مسؤولیت متعهد است. در حالی که در تعهد به تضمین نتیجه حتی قوه قاهره نیز رافع تعهد متعهد نمی‌باشد. اختلاف حکمی دیگر، ضمانت اجرای عدم حضور متعهد در دفترخانه است (میرشکاری، عباس، ۱۳۸۸). برای مثال فرض کنید در قراردادی چنین آمده باشد. «فروشنده و خریدار موظف به حضور در دفترخانه شماره... در تاریخ... می‌باشند. در صورت عدم حضور، کسی که حاضر نگشته، موظف است مبلغ... تومان به طرف دیگر بپردازد.»

از این شیوه نگارش که مرسوم نیز هست می‌توان دو برداشت ارائه کرد؛ برداشت اول، این که فرد متعهد مختار است که یا در موعد مقرر در دفترخانه حاضر شود و یا آنکه حاضر نشود و به طرف دیگر خسارت بپردازد. به تعبیر اصولی، وجوب حضور در دفترخانه، وجوب تخیری است (خضری بیگ، ۱۳۷۵، ۵۹). در نتیجه، اگر حاضر نگردد، نمی‌توان الزام او را به حضور در دفترخانه خواست؛ بلکه تنها می‌توان خسارت مقطوع را مطالبه کرد. اما در برداشتی دیگر، می‌توان بر این اعتقاد بود که تعهد اصلی فرد حضور در دفترخانه است؛ اما در صورتی که حاضر نشود، متعهدله می‌تواند الزام وی را به حضور در دفترخانه، از دادگاه درخواست نماید. تا زمانی هم که امکان انجام تعهد اصلی می‌رود، متعهد نمی‌تواند مدعی انجام تعهد فرعی (پرداخت وجه التزام) شود. در مقام داوری، در این اختلاف می‌توان گفت که «در دید عرف قید وجه التزام به هدف تضمین اجرای تعهد صورت می‌گیرد و به تعبیری تأکید بر لزوم اجرای عقد است نه خیار شرط» (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ۸۶). پس باید در پیروی از قصد مشترک طرفین، شرط مورد بحث را به نحوی تفسیر کرد که نیروی الزام‌آور عقد را افزایش دهد (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ۵۹). نه آنکه متعهد را در حالتی دلبخواهانه برای اجرا یا عدم اجرای تعهد خود قرار دهد. به این لحاظ، به نظر می‌رسد تعهد متعهد به حضور در دفترخانه، تعهد اصلی متعهد است و تازمانی که امکان انجام این تعهد می‌رود، متعهد نمی‌تواند با پرداخت وجه‌التزام، خود را از قید تعهد اصلی خود برهاند.»

تفاوتی ندارد، خالی از صورت و وجاهت قانونی است. همچنین اگر تعمقی در ماده ۴۷ قانون یادشده داشته باشیم که به نظر می‌رسد در تقسیم بندی قوانین جزء قوانین و قواعد امره است و اراده افراد و اشخاص اعم از حقیقی - حقوقی در صورتی که مخالف آن باشد - فاقد هر گونه اثر است، مانند قوانینی که راجع به نظم عمومی است، اشاره بر این مطلب دارد که:

در نقاطی که اداره ثبت اسناد و املاک و دفاتر اسناد رسمی موجود بوده و وزارت عدلیه (سازمان ثبت اسناد کنونی) مقتضی بداند، ثبت اسناد ذیل اجباری است: ۱ - کلیه عقود و معاملات راجع به عین یا منافع اموال غیر منقوله که در دفتر املاک ثبت نشده است. ۲ - صلح‌نامه و هبه‌نامه و شرکت‌نامه» ملاحظه می‌کنیم علی‌رغم اینکه قوانین دیگری در نسخ صریح یا ضمنی قوانین مزبور وضع و منتشر نگردیده است، این مهم توسط بعضی مراجع، آن هم نوعاً خصوص که نظارت دقیق‌تر در انتخاب آنها - از جمله نظارتی که در انتخاب سران دفاتر اسناد رسمی صورت می‌گیرد - اعمال نشده، معمول می‌گردد. حال آنکه قانونگذار ثبت کلیه عقود و معاملات راجع به عین یا منافع اموال غیرمنقول و همچنین ثبت صلح‌نامه، هبه نامه و شرکت نامه را در صلاحیت انحصاری دفاتر اسناد رسمی قرار داده است. و این موضوع بنا به دلایل ذیل از نظر علمی و قانونی قابل تفویض اختیار یا جایگزینی مراجع دیگر نمی‌باشد.

۳-۶-۱- احراز هویت

موادی که قانونگذار در مواد ۵۰ الی ۵۳ قانون ثبت - که ذیلاً درج می‌گردد - بیان داشته است، مشعر بر نحوه احراز هویت طرفین اسناد تنظیمی و ناظر به پیچیدگی و واجد حساسیت بودن این امر است که صرفاً و انحصاراً بر دوش مسؤول دفتر اسناد رسمی گذاشته شده است. ماده ۵۰: هرگاه مسؤول دفتر در هویت متعاملین یا طرفی که تعهد می‌کند تردید داشته باشد باید دو نفر از اشخاص معروف و

آنکه گاه به علت عدم آگاهی صاحب بنگاه از امور حقوقی، طرفین قرارداد از مفاد تعهدات خود آگاه نشده یا دچار کج‌فهمی می‌شوند؛ گاه نیز طرفین غافل از آنچه به‌طور چاپی در قرارداد، آمده است، تعهداتی را برعهده می‌گیرند و به‌صورت دست‌نویس در سند می‌نویسند که با تعهداتی که به‌صورت چاپ‌شده از قبل در قرارداد، درج شده‌اند، تعارض داشته و امکان اجرای جمع تعهدات (تعهدات چاپی و تعهدات دست‌نویس) را دشوار می‌سازد و این خود سرآغاز اختلافات می‌شود؛ یک طرف به این استناد می‌کند که شروط دست‌نویس از آنجا که به‌طور مستقیم انشا می‌شوند به قصد واقعی طرفین نزدیک‌ترند لذا بر شروط چاپی که طرفین نیز در زمان قرارداد از آن آگاهی نداشته‌اند، باید غلبه یابد و طرف دیگر، میان دو دسته از مفاد قرارداد، تفاوتی نمی‌بیند و بر این اعتقاد است که هر دو دسته از تعهدات در یک زمان مورد انشای طرفین واقع شده و ترجیح یکی بر دیگری، ترجیح بلامرغ است.

۳-۶-۲- صلاحیت انحصاری دفاتر اسناد رسمی در تنظیم اسناد رسمی متضمن معامله یا انتقال مالکیت

دفاتر اسناد رسمی مراجعی قانونی هستند که در چهارچوب قوانین، مسؤولیت تنظیم اسناد رسمی را دارند و قانونگذار این وظیفه خطیر و پرمسؤولیت را در قوانین متعدد بردوش سران دفاتر اسناد رسمی نهاده است. از جمله در ماده ۴۹ قانون ثبت مصوب ۲۶ اسفند ۱۳۱۰ شمسی، ثبت کردن اسناد مطابق مقررات قانون را در حیطه وظایف مسؤولین دفاتر اسناد رسمی احصاء نموده است و همچنین در مواد ۴۷ و ۴۸ و ۸۱ همین قانون، تنظیم اسناد رسمی را جزء وظایف دفاتر اسناد رسمی بر شمرده و اساساً هدف از تاسیس دفاتر مزبور را تنظیم این گونه اسناد عنوان نموده است. بدین دلیل مستثنی نمودن تنظیم بعضی اسناد که بعضاً کم اهمیت‌تر از سایر اسنادی که در دفاتر اسناد رسمی تنظیم می‌گردد، نیست، و نیز از حیث احراز شرایط مندرج در قانون که از مصادیق بارز آن احراز مالکیت، اهلیت و هویت می‌باشد با اسناد دیگری که در دفاتر اسناد رسمی تنظیم می‌گردد

می‌نماید. چه احراز این قضیه امری موضوعی است و اثبات وجود یا عدم آن نیازمند بررسی و تدقیق کارشناسانه سردفتر می‌باشد. از طرفی ملاحظه می‌شود که معاملات کسانی که فاقد رشد اقتصادی و عقلی می‌باشند به دستور ماده ۲۱۲ قانون مدنی محکوم به بطلان است و رأی حجر اشخاص محجور در محاکم دادگستری اصدار می‌یابد و این مهم در اجرای ماده ۷۲ قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب ۲۵ تیر ماه ۱۳۵۴ به سازمان ثبت اسناد و املاک کشور اعلام می‌گردد. در نتیجه هیچ تکلیفی دائر بر اعلام اسامی محجورین به سایر مراجع موجود ندارد. ملاحظه می‌شود که با تفویض اختیار تنظیم اسناد رسمی متضمن معامله که در سایر مراجع بجز دفاتر اسناد رسمی صورت می‌گیرد و بدون وجود نصوص قانونی به شرح فوق، این معضل نمایان می‌گردد؛ و اساساً باید گفت که سایر مراجع در تشخیص محجوریت برای انجام معاملات محدودیت دارند، و در صورت اطلاع داشتن نیز نظر به اینکه قانون، محاکم دادگستری را ملزم به اطلاع رسانی به سازمان ثبت اسناد و املاک نموده است، هیچ گونه مسؤولیتی را نخواهند پذیرفت.

در کتاب دهم قانون مدنی مصوب سال ۱۳۱۴ شمسی نیز که ناظر به مباحث حجر و قیمومت می‌باشد الزامات و مقررات کاملاً فنی و پیچیده‌ای در خصوص نحوه تعیین تکلیف اموال محجورین از جمله صغار، اشخاص غیر رشید و مجانین بیان شده است و اجرای دقیق و اعمال صحیح مقررات مزبور نیاز به داشتن دانش حقوقی، تخصص و تبحر فراوانی است که این الزامات و مقررات باید در تنظیم اسناد ملحوظ نظر مراجع رسمی باشد.

ج: مواردی که تنظیم اسناد معاملات مراجعین توسط سایر مراجع بجز دفاتر اسناد رسمی قانوناً میسر نمی‌باشد.

به عنوان مثال:

۱- اسنادی که به موجب دستور محاکم دادگستری به صورت سند انتقال قطعی تنظیم می‌گردد. بر فرض مثال در رابطه با اجرای دادنامه محکومیت طرف به انتقال قطعی حقوق

معمد حضوراً هویت آنها را تصدیق نموده و مسؤول دفتر مراتب را در دفتر ثبت و به امضای شهود رسانیده و این نکته را در خود اسناد قید نماید. ماده ۵۱: در مورد ماده فوق شاهدهی که یک طرف از اصحاب معامله را معرفی می‌نماید نمی‌تواند معرف طرف دیگر باشد.

ماده ۵۲: وقتی که مسؤول دفتر نتواند به وسیله شهود معروف و معتمد هویت اشخاص را معین کند باید از ثبت اسناد امتناع نماید»، و موارد مشروحه دیگر در باب احراز هویت که به دلیل رعایت اختصار از بیان آنها احتراز می‌گردد.

با این توصیف ملاحظه می‌کنیم که برای احراز هویت متعاملین قانونگذار اقداماتی را پیش بینی نموده است که این گونه امور با دقت و توجه هر چه بیشتر انجام گردد تا از توالی فاسد و آثار سوء ناشی از آن جلوگیری گردد. همچنین می‌بینیم که قانونگذار مسؤول دفتر اسناد را در صورتی که نتواند به وسیله شهود معروف و معتمد هویت اشخاص را معین کند از ثبت نمودن اسناد منع نموده است. تاکید قانونگذار به این حد بر مسئله احراز هویت، صرفاً برای جلوگیری از سوء استفاده‌های احتمالی و توالی فاسدی است که در صورت عدم رعایت، مجازاتهای انتظامی خاصی را برای سران دفاتر اسناد رسمی پیش‌بینی نموده است. از جمله تویخ کتبی با درج در پرونده، جریمه نقدی، انفصال موقت و دائم از اشتغال به شغل سردفتری و مضافاً اینکه مسؤولیتهای جزائی و مدنی نیز در صورت اشتباه در احراز هویت متصور است.

۳-۶-۲- احراز اهلیت

این نکته در احراز اهلیت نیز فوق العاده حائز اهمیت است. به استناد بند دوم ماده ۱۹۰ قانون مدنی، اهلیت طرفین، از شرایط اساسی صحت معاملات می‌باشد و برای احراز اهلیت علاوه بر احراز بلوغ که به سادگی و بر اساس سن متعاملین و ملاحظه اسناد سجلی قابل بررسی است، احراز اهلیت و بررسی عقل و رشد متعاملین کمی دشوار

امکانات در اختیار دفاتر می‌باشد. مضافاً اینکه کانون سردفتران و دفترياران اسناد رسمی نیز اسامی این افراد و حتی افرادی را که از آنها رفع ممنوعیت به عمل آمده است به صورت چند جلد کتاب مجلد در اختیار دفاتر اسناد قرار داده است. ملاحظه می‌شود که در این خصوص نیز دفاتر اسناد رسمی به جهت داشتن آخرین اطلاعات اشراف و تسلط بیشتری نسبت به سایر مراجع در اجرای بهتر بخشنامه‌ها و همچنین مقررات جاریه دارند. و چگونه است مراجعی بدون اطلاع یا کم اطلاع از اسامی افراد ممنوع معامله و املاک و اموال بازداشتی نسبت به تنظیم و ثبت اسناد اموال اقدام می‌نمایند. در حالی که این اطلاعات قبلاً در اختیار دفاتر اسناد رسمی قرار گرفته است.

از جمله افرادی که ممنوع معامله هستند بجز افرادی که دارای محجوریت موضوع ماده ۱۲۰۷ قانون مدنی می‌باشند، کسانی هستند که ممنوع بالاختیار می‌باشند. ممنوع بالاختیار اصطلاحاً یعنی کاری که شخص معینی نمی‌تواند آن را انجام دهد ولی این عدم توانایی را خود آن شخص باعث شده باشد مثلاً تاجری که حکم ورشکستگی او صادر شده باشد نمی‌تواند فعالیت بازرگانی بکند. ولی این عدم توانایی را خود او سبب شده است که تعادل بازرگانی خود را از دست داده و در نتیجه دیون او بیشتر از دارایی او شده است. بنابراین تاجر مزبور پس از صدور حکم حجر مستنکف از پرداخت دیون بوده و حسب القاعده خسارت تأخیر زمان جریان عملیات تصفیه به او تحمیل می‌شود.

احکام مربوط به ورشکستگی تجار نیز مستنداً به ماده ۴۱۵ قانون تجارت به دفاتر اسناد رسمی اعلام می‌گردد که در حال حاضر حسب رویه معمول از طریق معاونت قضایی اداره کل تصفیه امور ورشکستگی به سازمان ثبت اسناد و املاک کشور و متعاقب آن به دفاتر اسناد رسمی ابلاغ می‌گردد که از انجام معاملات این گونه افراد ممانعت به عمل آورند. زیرا این گونه افراد برابر نص صریح قانون در ماده ۴۱۸ قانون تجارت از تاریخ صدور حکم از مداخله در تمام اموال خود حتی آنچه که ممکن است در مدت ورشکستگی

ناشی از تلفن که با استناد قانون اجرای احکام مدنی مصوب اول آبان ماه ۱۳۵۶ شمسی صورت می‌گیرد و انجام این مهم مستمسک به ماده ۱۴۵ قانون اجرای احکام مدنی جز از طریق دفاتر اسناد رسمی امکان‌پذیر نمی‌باشد.

۲- در خصوص ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۷۱/۱۰/۱۸ تنظیم سند انتقال اجرائی نسبت به هر مالی که در ذمه باشد و در رهن قرار گرفته است جز از طریق دفاتر اسناد رسمی صورت نمی‌گیرد.

۳-۶-۳- افراد ممنوع معامله

دفاتر اسناد رسمی از ثبت اسنادی که مربوط به افراد ممنوع معامله می‌باشد به شدت محذورند. این گونه افراد از تصرف در اموال خود ممنوع گردیده‌اند و این موضوع در بندهای ۱۴ و ۱۷ بخشنامه‌های ثبتی در خصوص نگهداری دفاتر ممنوع معامله که اسامی این گونه افراد در آن ثبت شده، تأکید شده است. بند ۱۴ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی می‌گوید: «برای رفع هر گونه اشتباه و جلوگیری از انجام معامله اشخاص ممنوع معامله لازم است ادارات ثبت دفتری بنام دفتر اشخاص ممنوع معامله تنظیم و نام اشخاص ممنوع معامله را که تاکنون اعلام شده و می‌شود در دفتر مزبور ثبت نمایند.

بند ۱۷ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی نیز بیان می‌دارد: «دفاتر اسناد رسمی باید دفاتری جهت ثبت اسامی اشخاص ممنوع معامله و املاک بازداشت شده و اراضی مشمول بند ۳ ماده واحده لایحه قانونی اراضی دولت و شهرداریهای نظایر آنها داشته باشند و کلیه بخشنامه‌های مربوطه را در آن ثبت نموده و قبل از رفع بازداشت و ممنوعیت از طرف مرجع ذی صلاحیت از ثبت هرگونه سند در موارد فوق‌الذکر خودداری نمایند». شایان ذکر است که دفاتر اسناد رسمی علاوه بر داشتن اطلاعات قبلی مربوط به افراد ممنوع معامله به صورت مستمر بخشنامه‌های جاری افراد ممنوع معامله را دریافت و در دفاتر خود ثبت می‌نمایند. علاوه بر این با مکانیزه شدن امور دفاتر، جدیداً به صورت مکانیزه این

مجری قوانین و مقررات ذی ربط نمی‌توانند نسبت به نقص و ابهام و اجمال در قوانین مصوبه بی‌اعتنا باشند. بنابراین جهت نیل به اهداف و برنامه‌های ملی در هنگام طرح و تصویب قوانینی که به نحوی در اجرا موجب برقراری تکلیف برای دفاتر اسناد رسمی می‌شوند یا با دفاتر اسناد رسمی سروکار پیدا می‌کنند، استعلام و جلب نظر مشورتی کانون سردفتران و دفترياران ضرورتی انکار ناشدنی است و از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است.

۱- قوانینی که مبین شرایط ایجاد و زوال و انتقال حق است به تناسب موضوع خود ماهوی یا موجد حق نامیده می‌شود و به قواعدی که ناظر به صورت خارجی اعمال حقوقی در تشریفات اسناد و دادرسی و اثبات دعوی است و قوانین شکلی می‌گویند. به طور مثال تعیین سهام ورثه و یا مقدار قابل تصرف در وصیت از قوانین ماهوی و قوانین مربوط به طور تنظیم وصیت‌نامه و تشریفات اسناد رسمی و نظایر آن را قواعد شکلی می‌نامند. حسب مستفاد از تعاریف مزبور قوانین مرتبط با دفاتر اسناد رسمی به سبب ارتباط آن با نظم عمومی نوعاً امری محسوب می‌شوند. اما صرف امره بودن قانون علی‌رغم اینکه ضمانت اجرا و الزامات خاصی را به همراه دارد و این مقررات نیز به اعتبار تغییر شرایط و علل موجهه آن و یا وجود نقص و اجمال و ابهام در آن به اصلاح نیاز دارد و مستثنی از این حکم نمی‌باشند.

۲- تردید قوانین بشری نسخه‌ای دائمی برای مشکلات دائم التزاید و روز افزون جوامع نیست و به همین جهت نیز بنا به طبع متغیر ضرورت‌ها و مصالح اجتماعی تغییر می‌یابد و متناسب با اوضاع و احوال زمان وضع قانون به سازگاری و هماهنگی با آن نیاز پاسخ می‌دهد و در غیر این صورت به سبب عدم ترتب آثار منظور عملاً متروک می‌گردد که فرض اخیر به معنای زوال ضرورت وجودی قانون یا عدم تناسب با تحولات اجتماع است و اصلاح قوانین نیز با درک چنین شرایطی محقق می‌گردد بنابراین دوام و بقا و ثبات قانون نیازمند جامع‌نگری و پیش‌بینی احتیاجات حال و آینده اجتماع است تا استمرار و اعتبار آن را تضمین نماید.

عایدشان گردد ممنوع هستند و از طرفی باز هم به استناد همین قانون در ماده ۴۲۳ هرگاه تاجر بعد از توقیف، معاملات ذیل را بنماید، باطل و بلا اثر خواهد بود: ۱- هر صلح محاباتی یا هبه و به طور کلی هر نقل و انتقال بلاعوض اعم از اینکه راجع به منقول یا غیر منقول باشد. ۲- تأدیه هر قرض اعم از حال یا مؤجل به هر وسیله که به عمل آمده باشد. ۳- هر معامله که مالی از اموال منقول یا غیر منقول تاجر را مقید نماید و به ضرر طلبکاران تمام شود و به طریق اولویت هر معامله‌ای که متضمن فروش یا انتقال اموال تاجر ورشکسته گردد، مشمول حکم بطلان موضوع ماده ۴۲۳ قانون مزبور می‌باشد. از طرفی ماده ۲۱۸ قانون مدنی نیز که اشعار داشته است هر گاه معلوم شود معامله با قصد فرار از دین به طور صوری انجام شده، آن معامله باطل است، مؤید این مطلب است که تنظیم اسناد نمی‌تواند بدون التفات و توجه به مطالب مارالذکر باشد. تعمق و اندیشه در سایر الزامات و مقرراتی که به نوعی به اعمال سران دفاتر اسناد رسمی حاکمیت دارد، همگی مثبت این ادعاست که باید به صلاحیت انحصاری دفاتر اسناد رسمی در تنظیم اسناد متضمن معامله، اعم از بیع، صلح، هبه و... توجه و دقت فراوان داشت. چه، عدم مرعی نظر بودن این گونه موارد به مرور مضراتی را به جامعه وارد خواهد آورد که به هیچ وجه و تحت هیچ عنوان قابل جبران نخواهد بود.

۴. نتیجه گیری

دنایای کنونی، در مجموع مسیر پیشرفت، را با آهنگ فزاینده‌ای طی می‌کند. در این میان جوامعی که عوامل دقت، سرعت (که زائیده صراحت و شفافیت در قانون است) و هماهنگی، عدم تداخل وظایف، حذف تشکیلات موازی و انطباق قانون با عدالت را مد نظر و عمل قرار داده‌اند آهنگ رشد بیشتری را نشان می‌دهند.

دفاتر اسناد رسمی به مثابه جزیی از سازمان اجتماعی کار و عضوی از سازمان قضایی کشور در روند توسعه و امنیت اقتصادی نقش مهمی را ایفا می‌کنند و سردفتران به عنوان

و از تغییرات پی‌درپی و زود هنگامی آن جلوگیری می‌نماید و به علاوه قانون بایستی از ایجاد تکالیف شاق احتراز نماید تا مجریان قانون با اعتقاد وجدانی به آن نمایند و مهمتر آنکه هیچ‌کس و هیچ مقامی خود را فراتر از قانون نداد و احکام قانون را نادیده نگیرد و با هیچ عذر و بهانه‌ای اقتدار قانون را مخدوش نسازد و اصل تساوی افراد را در برابر قانون نقض ننماید تا قانون بماهو قانون حاکم بر روابط افراد در نظارت اجتماعی باشد و ظلّ قانون بر تمامی آحاد جامعه یکسان گسترده شود و آثار مفید آن نصیب عموم گردد.

۶- نظر به مطالب این پژوهش، اصولاً عملکرد فعلی بنگاه‌های املاک و ورود ایشان به معاملات، نتیجه‌ای جز به خطر انداختن سلامت حقوقی جامعه در بر ندارد و این علاوه بر آثار ناگوار تورم‌زای این بخش از فعالیت ایشان بر بازار مسکن و خودرو است. فراوانی پرونده‌های مطروحه در مراجع قضایی و انتظامی که ناشی از این عملکرد ناصواب است و آثار این حجم گسترده دعاوی بر اطالهی دادرسی، گواهی بر این مدعا است. بنابراین، ضروری است بنگاه‌های معاملات املاک و خودرو به وظیفه‌ی قانونی خود یعنی دلالتی بپردازند تا دست‌کم پرونده‌های مطروحه در محاکم دادگستری، بیش از این، افزایش نیابد.

۷- به دلیل سخت‌گیری و قوانین دست و پاگیر و نبود سیستمی یکسان و اخذ پاسخ استعلامات متعدد از مراجع گوناگون، برخی به این امر مجبور شدند که راه‌حل ساده‌ای را بیابند و اصولاً حرکت، زودتر از قانون‌گذار آغاز شد. به گونه‌ای که آحاد مردم نسبت به انجام معاملات غیررسمی اقبال نشان دادند و راحت‌ترین راهی که در پیش‌رو بود، بنگاه معاملات مسکن بود. بدین‌گونه برای فرار از قوانین و مقررات دست و پاگیر و بطئی، تشویق بنگاه‌داران و سایر عوامل دیگر، این جریان آغاز گردیده است و هم‌چنان، اشخاص، خواسته یا ناخواسته این حرکت را تشویق و حمایت می‌نمایند. البته این جریان، به دلایل مسلم، خلاف‌نظر قانون‌گذار و عرف مسلم است. خلاصه این‌که؛ از آنجا که معاملات آحاد جامعه اگر در یک چارچوب قانونی و هدفمند صورت گیرد، موجب ثبات

۳- قوانین و مقررات ناظر به دفاتر اسنادرسمی نیز از شمول این قاعده کلی خارج نیست، لذا حسب مراتبی که بیان شد در بازنگری مقررات بایستی اولاً با تجمیع مقررات پراکنده در متون مختلف، با تقلیل تعداد مصوبات و کاهش حجم مواد قانون از سردرگمی و تعارض احتمالی در مقررات جلوگیری نمود. ثانیاً در تدوین مقررات با پیشنهاد قواعد جامع الاطراف و صریح و کامل نیاز به تفسیر بعدی مدلول قانون را کاهش داد تا ضرورت صدور بخشنامه و دستور العمل‌های بعدی را منتفی نماید. ثالثاً تدوین قانون صرفاً از منظر اهداف سازمانی تعقیب نشود تا اراده قانونگذار منحصر در خدمت وضع مقررات تکلیفی و آمره قرار گیرد و در میدان عمل و اجرا حصول نتایج دلخواه را ممتنع و دشوار سازد. بنابراین لازم است در اصلاح مقررات به انسجام و وحدت کلی نظام حقوقی مربوط به ثبت اسناد و دفاتر توجه شود تا در آینده غبطه‌ی وضع سابق را ایجاب ننماید.

۴- تغییر و اصلاح قوانین فی نفسه امری جایز و متعارف است لیکن در تدوین قانون بایستی ضوابط مشروعیت آن که به اخلاق درونی قانون شهرت دارد از یاد برده نشود و رعایت این ضوابط است که نظام حقوقی را مشروع و بدان انسجام و منطق خاصی می‌بخشد. قانون جامع و کامل بایستی از یک روال منظم تبعیت نموده و نظر به موارد انتزاعی نداشته باشد بلکه کلیت را منظور داشته و موارد مربوط را با چارچوب هدف تطبیق نماید، و متن قانون به لحاظ نحوه نگارش و استعمال الفاظ و لغات و هم‌چنین معنا و مفهوم صریح، روشن و قابل فهم باشد تا زمینه اختلاف نظر در استنباط‌های مختلف را برای مجریان موجب نگردد و احکام قانون از یک نوع هماهنگی و پیوستگی منطقی برخوردار باشد و حقوق مکتسبه اشخاص، که در حکومت قانون سابق ایجاد گردیده تزییع نشود تا احترام و ثبات قانون حفظ شود. بدیهی است اگر قوانین جدید حقوق مکتسبه و ثابت‌ه اشخاص را مورد تعرض قرار دهد اعتماد افراد از قانون سلب می‌شود. جامعیت و کمال قانون باعث ثبات نسبی آن گشته

اقتصادی و رونق خواهد بود. و از طرفی دیگر، قانون تسهیل تنظیم اسناد در دفاتر اسناد رسمی (در سال ۱۳۸۵) راهی را فرا روی جامعه جهت تنظیم اسناد رسمی فراهم نمود که معاملات را به صورت روشن و شفاف و قانونمند می‌سازد و از معاملات معارض و چندگانه جلوگیری می‌نماید. لازمه رسیدن به این مهم و هدف آشکار قانون‌گذار این است که بنگاه‌داران فقط به وظایف اصلی خود یعنی دلالتی مبادرت ورزند و تنظیم سند را برعهده اهل فن یعنی دفاتر اسناد رسمی قرار دهند و در این میان، صد البته، ترویج فرهنگ تنظیم سند به صورت رسمی که قانون‌گذار سازوکار انجام این مهم را در دفاتر اسناد رسمی فراهم نموده، برعهده مسؤولان امر خواهد بود که مورد انتظار جامعه نیز همین است.

آنچه در این پژوهش گفته شد، گوشه‌ای از نگرانی‌هایی است که در خصوص آسیب‌شناسی قراردادهای تنظیمی در بنگاه‌های مشاور املاک جستجو شده است. قراردادهایی که در تحقق خواسته‌های طرفین ناتوان‌اند؛ گاه و بی‌گاه در معرض تردید در اعتبار و دچار تزلزل در بقا هستند؛ مملو از تعارض و اجمال‌اند؛ سرآغاز اختلاف‌اند؛ نه تنها برای طرفین، که نظام حقوقی را نیز در معرض اختلاف و اشتقاق قرار می‌دهند؛ نظامی که اگر اختلافات حاصله درخصوص قراردادهای مورد بحث نبود، شاید می‌توانست مجالی برای تکامل و ترقی درخصوص سایر حوزه‌های حقوقی بیابد. به این ترتیب، به نظر نگارنده، با توجه به آنچه در متن نوشته حاضر گفته شد، قراردادهای مورد بحث نه تنها از تأمین منافع طرفین و مصالح جامعه عاجزند بلکه نظام حقوقی و اجتماع را نیز در معرض اختلاف‌ها و تعارض‌ها قرار می‌دهند، نکته‌ای که تجدیدنظر در رویه فعلی را اجتناب‌ناپذیر می‌نمایند.

۶. منابع

آیین‌نامه دلالت معاملات ملکی، مصوب ۱۳۱۹ با اصلاحات بعد.

امامی، سید حسن (۱۳۷۱) حقوق مدنی، تهران، انتشارات اسلامی، چ ۷.

ایزنلو، محسن، میرشکاری، عباس (۱۳۸۷) تعیین و تغییر نام کوچک، نشریه قانون سردفتران و دفتر یاران، اردیبهشت، ۱۳۸۷، ش ۸۰.

امامی، حسن (۱۳۵۲) حقوق مدنی، ج چهارم، ص ۲۶۶، (۱۳۵۵) حقوق مدنی، ج دوم، چ پنجم

آنچه در این پژوهش گفته شد، گوشه‌ای از نگرانی‌هایی است که در خصوص آسیب‌شناسی قراردادهای تنظیمی در بنگاه‌های مشاور املاک جستجو شده است. قراردادهایی که در تحقق خواسته‌های طرفین ناتوان‌اند؛ گاه و بی‌گاه در معرض تردید در اعتبار و دچار تزلزل در بقا هستند؛ مملو از تعارض و اجمال‌اند؛ سرآغاز اختلاف‌اند؛ نه تنها برای طرفین، که نظام حقوقی را نیز در معرض اختلاف و اشتقاق قرار می‌دهند؛ نظامی که اگر اختلافات حاصله درخصوص قراردادهای مورد بحث نبود، شاید می‌توانست مجالی برای تکامل و ترقی درخصوص سایر حوزه‌های حقوقی بیابد. به این ترتیب، به نظر نگارنده، با توجه به آنچه در متن نوشته حاضر گفته شد، قراردادهای مورد بحث نه تنها از تأمین منافع طرفین و مصالح جامعه عاجزند بلکه نظام حقوقی و اجتماع را نیز در معرض اختلاف‌ها و تعارض‌ها قرار می‌دهند، نکته‌ای که تجدیدنظر در رویه فعلی را اجتناب‌ناپذیر می‌نمایند.

۵. پیشنهادات

با توجه به شرایطی که از نظر حاکمیت احکام شرعی بر مبادلات، در کشور ما حاکم است، لازم است، با استفاده از قدرت حاکمیت و صدور احکام حکومتی، ضمن صحیح دانستن قراردادهای عادی نقل و انتقال املاک و آثار حقوقی آن از نظر شرعی، از حیث ایجاد نظم عمومی و از باب

- الانصاری القرطبی، م. (۱۹۶۶م). الجامع الاحکام القرآن، جلد اول. بیروت دار احیاء التراث.
- آقایی نیا، ح. (۱۳۸۶). حقوق ورزش. انتشارات میزان.
- بازگیر، یداله. (۱۳۸۶). شرح آیین دادرسی مدنی. انتشارات میزان. چاپ چهارم. قانون مدنی در آراء دیوان عالی کشور، خیارات و احکام راجع به آن-انتشارات فردوسی، چاپ اول، ۱۳۷۹، چاپ دریا.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۰) ترمینولوژی حقوق، تهران، انتشارات گنج دانش، چ. ۵، ۱۳۷۰.
- جهانگرد محبوب (۱۳۸۹) امیر، مجله کانون، مهر ۱۳۸۹ - شماره ۱۰۹.
- حیدرنیافتح آبادی، غلامعلی (۱۳۸۵) مجله کانون، سال چهل و هشتم، دوره دوم، تیر ۱۳۸۵
- شمس، عبدالله (۱۳۸۶) آیین دادرسی مدنی، تهران، انتشارات دراک، چاپ شانزدهم، ۱۳۸۶، جلد اول.
- شهری، غلامرضا، (۱۳۷۳) حقوق ثبت اسناد و املاک، چ ۴.
- شهید اول، زین الدین علی (۱۳۷۷) لمعه دمشقیه، ج اول، چ هشتم، انتشارات دارالفکر.
- روشن، حسن، ۱۳۸۶، مجله کانون، خرداد و تیر ۱۳۸۶ - شماره ۷۰.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۲) تشکیل قراردادها و تعهدات، مجد، چ. ۴.
- عسکری اسلامپور کریمی (۱۳۹۰). قاعده «درء» از نگاه فریقین، طلوع، شماره ۸ و ۹.
- فیض کاشانی، م. (بی تا). تفسیر صافی، انتشارات، کتاب فروشی محمودی.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۹) قواعد عمومی قراردادها، تهران، انتشارات به نشر، مجله های یک، ۲ و ۴، ۱۳۴۶ تا ۱۳۶۹.
- عقود معین، ج. اول، بهنشر، چ. ۷، ۱۳۷۸. اثبات و دلیل اثبات، ج. اول، ص. ۱۵. ۱۳۷۶، اعمال حقوقی، ص ۳۷.
- متین دفتری، احمد؛ آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، تهران، مجمع علمی و فراهنگی مجد، چاپ اول، ۱۳۷۸، جلد اول.
- مرادی، ا. (۱۳۹۱). کمک حافظه اصول فقه (مبانی استنباط حقوق اسلامی). دور اندیشان، چاپ هشتم.
- مردانی، نادر و بهشتی، محمد جواد (۱۳۸۰) آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، تهران، نشر دادگستر، چاپ اول، ۱۳۸۰، جلد اول.
- میرشکاری، عباس (۱۳۸۸) عزل و کیل، ماهنامه کانون، کانون سردفتران و دفترباران، ش. ۹۳، خرداد ماه ۱۳۸۸.
- نایی، ناصر؛ میرشکاری، عباس (۱۳۸۸) ماهنامه کانون، کانون سردفتران و دفترباران، تفویض و کالت، ش. ۱۰۰.
- سرخیل، مصطفی (۱۳۸۱) حیت انحصاری دفاتر اسناد رسمی مجله کانون « سال چهل و پنجم، دوره دوم، دی و بهمن ۱۳۸۱ - شماره ۳۹.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی