



University of Tehran

The Owner's Duty to Protect the Real Estate's Property Right in Iranian Law

Arezo Akbari^{1*}  | Jalil Ghanavati² 

1. Corresponding Author, Private law Department, College of Farabi, University of Tehran, Qom, Iran. Email: ArezoAkbari1991@gmail.com
2. Private law Department, Faculty of law, College of Farabi, University of Tehran, Qom, Iran. Email: ghanavaty@ut.ac.ir

ARTICLE INFO

Article type:
Research Article

Article History:
Received 26 August 2022
Revised 23 February 2023
Accepted 6 March 2023
Published Online 17 March 2023

Keywords:
Duty of the Owner,
Absolute Protection of the Owner,
Negligence,
Protection of Property Right,
Trade Order

ABSTRACT

Iran's legal system provides absolute protection to owners in such a way that negligence of the owner has no effect on his right. This issue is discussed both in non-registered and registered documents. The result of this is the increase in negligence of the owners as, sometimes the cause of victory in a lawsuit is citing the negligence, and sometimes due to the lack of development of registration facilities, owners cannot be informed of the occurrence of the crime timely and take preventive measures. Negligence of the owners makes committing the crime of transfer of other's property easy and so, trading order and social welfare will decrease. Due to the difficulty of committing crime, obligation to protect his right imposes a lower enforcement costs on the society and will reduce crime and lawsuits. This duty contains the necessity of announcing transactions and taking care of the properties and preventing encroachments of others. According to Sharia's texts, imposing this duty is not against the Sharia. The penalty for violation of this duty could be, as the case may be, inadmissibility of non-registered documents as an evidence of current ownership lonely and sometimes confiscation of property from the owner. However, imposing such a duty requires the provision of facilities that, unlike registration formalities, have the characteristics of ease and speed.

Cite this article: Akbari, A.; Qanavati, J. (2023). The Owner's Duty to Protect Real Estates' Property Right in Iranian Law, *Islamic Jurisprudential Researches*. 19 (1), 45-57. DOI: 10.22059/JORR.2023.347733.1009180



Author: Arezo Akbari & Jalil Qanavati

Publisher: University of Tehran Press.

DOI: <http://doi.org/10.22059/JORR.2023.347733.1009180>



دانشگاه تهران

پژوهش‌های فقهی

سایت نشریه: <https://jorr.ut.ac.ir>

شاپا الکترونیکی: ۶۱۹۵-۲۴۲۳

تکلیف مالک به صیانت از حق مالکیت املاک در حقوق ایران

آرزو اکبری^{۱*} | جلیل قنواتی^۲

۱. نویسنده مسؤل، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، پردیس فارابی، دانشگاه تهران، قم، ایران. رایانامه: ArezoAkbari1991@gmail.com

۲. گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، پردیس فارابی دانشگاه تهران، قم، ایران. رایانامه: ghanavaty@ut.ac.ir

چکیده

اطلاعات مقاله

نوع مقاله:

پژوهشی

تاریخ‌های مقاله:

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۶/۰۴

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۱۲/۴

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۲/۱۵

تاریخ انتشار: ۱۴۰۱/۱۲/۲۶

کلیدواژه:

تکلیف مالک،

حمایت مطلق از مالک،

سهل‌انگاری،

صیانت از حق مالکیت،

نظم معاملاتی.

نظام حقوقی ایران حمایت مطلق از مالک را فراهم می‌کند، به‌گونه‌ای که سهل‌انگاری مالک تأثیری در حق او ندارد. این موضوع هم در سند عادی مطرح است و هم سند رسمی. نتیجه این امر افزایش سهل‌انگاری مالکان است، به‌گونه‌ای که گاهی عامل پیروزی در دعوا استناد به سهل‌انگاری بوده و گاهی به‌سبب عدم توسعه امکانات ثبتی، مالکان نمی‌توانند به‌موقع از وقوع جرم مطلع شوند و اقدامات پیشگیرانه را انجام دهند. سهل‌انگاری مالکان سبب می‌شود که ارتکاب جرم انتقال مال غیر آسان شود و در نتیجه نظم معاملاتی و رفاه اجتماعی کاهش یابد. تکلیف مالک به صیانت از حق به‌علت دشوار شدن ارتکاب جرم، هزینه اجرایی کمتری بر جامعه تحمیل می‌کند و موجب کاهش جرم و دعاوی خواهد شد. این تکلیف مبین لزوم اعلام معامله و سرپرستی از مال و جلوگیری از تعدیات دیگران است. با توجه به متون شرعی، تحمیل تکلیف صیانت از حق به مالک مخالفتی با شرع ندارد. ضمانت اجرای نقض این تکلیف می‌تواند حسب مورد غیرقابل استناد بودن اسناد عادی غیرمقرون به ادله شرعی دال بر مالکیت فعلی و ضبط مال از مالک باشد. با این حال، تحمیل چنین تکلیفی نیازمند فراهم کردن امکاناتی است که برخلاف تشریفات ثبتی، از خصیصه سهولت و سرعت برخوردار باشد.

استناد: اکبری، آرزو؛ و قنواتی، جلیل (۱۴۰۲). تکلیف مالک به صیانت از حق مالکیت املاک در حقوق ایران. پژوهش‌های فقهی ۱۹ (۱)، ۴۵-۵۷.

DOI: <http://doi.org/10.22059/JORR.2023.347733.1009180>

ناشر: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران.

© نویسنده: آرزو اکبری و جلیل قنواتی

DOI: <http://doi.org/10.22059/JORR.2023.347733.1009180>



۱. مقدمه

هنگامی که شخصی مالی را با رعایت مقررات قانونی خریداری می‌کند، انتظار دارد که قانون از او حمایت کند و بتواند از صحت و اعتبار معامله خود اطمینان یابد. با تصویب قانون ثبت املاک و نیز ثبت اموالی چون خودرو و وجود ضمانت اجرای کیفری برای انتقال مال غیر انتظار می‌رفت که چنین اطمینانی فراهم شود. ثبت الکترونیک اسناد و برقراری سامانه استعلام اصالت اسناد مالکیت نیز این امکان را فراهم کرده است که اشخاص قبل از معامله بتوانند مالک رسمی را شناسایی کنند و از جعل در امان باشند. با این حال، در مراجع قضایی مشاهده می‌شود که نه تنها وقوع جرائم و تقلبات کاهش نیافته، بلکه پیچیده‌تر شده و ضریب اطمینان به معاملات کاهش یافته است، به نحوی که حتی به اسناد رسمی نیز نمی‌توان اطمینان کرد. حقوقدانان تلاش می‌کنند با اقتباس از رویه و دستاوردهای نظام‌های حقوقی دیگر، با تأکید بر فواید ثبت معاملات و اعتباربخشی مطلق به اسناد رسمی (پیلوار و صفرپور، ۱۴۰۰: ۳۰) و ضروری دانستن حمایت از خریدار با حسن نیت این مشکل را حل کنند، لیکن نظام قانونگذاری ایران با توجه به قواعد معاملات فضولی و غصب و ادله شرعی، عملاً چنین تحولاتی را قابل پذیرش نمی‌داند و اعتبار مطلق اسناد رسمی نیز با عرف معاملاتی جامعه ما تطابق ندارد؛ نتیجه این امر سهل‌انگاری و انفعال مالکان است. با حمایت مطلق قانون از مالک، او تکلیفی در صیانت از حق مالکیت خود ندارد و حتی اگر سهل‌انگاری کرده باشد، با ضمانت اجرایی روبه‌رو نخواهد بود و آثار تقلبات صرفاً بر اشخاصی تحمیل می‌شود که چه‌بسا کاملاً به تکالیف قانونی عمل کرده‌اند. صرف اعتبار مطلق به اسناد رسمی مشکلی را حل نمی‌کند و احتمال جعل و تقلبات در اسناد رسمی زیاد است و کسی نمی‌تواند به صرف داشتن اسناد رسمی از حقوق خود صیانت کند. در این مقاله تلاش می‌شود با بررسی و نقد تحولات حقوقی و تحلیل رفتار مجرمان در پرونده‌های قضایی، با استفاده از تحلیل‌های اقتصادی و مذاقه در نظریات حقوقدانان و فقها راهکاری ارائه شود که ضمن عدم مخالفت با مقررات شرعی، امنیت معاملاتی را تضمین کند. روش تحقیق در این مقاله کتابخانه‌ای همراه با بررسی پرونده‌های قضایی و نوع آن توصیفی تحلیلی خواهد بود. خاطر نشان می‌شود که موضوع مقاله مربوط به تمامی اموال منقول و غیرمنقول ثبتی و غیرثبتی است، ولی به‌منظور حفظ انسجام مباحث، مطالب بیشتر بر اموال ثبتی متمرکز می‌شود، لیکن نتایج این مقاله در تمامی حوزه‌ها قابل استفاده خواهد بود.

۲. تحولات قانونی

هدف هر نظام حقوقی، تثبیت مالکیت مشروع اشخاص، تنظیم روابط اقتصادی، حقوقی و اجتماعی آنان، اعتبار بخشیدن به معاملات، تعهدات، قرارها و اقرارها به‌منظور پیشگیری از اختلافات و طرح دعاوی است (تفکریان، ۱۳۹۱: ۲۰-۲۱). ماده ۲۲ قانون ثبت، دولت را مکلف می‌کند صرفاً اشخاصی را به‌عنوان مالک محسوب کند که مالکیت یا انتقال ملک به آنها به ثبت رسیده باشد. با تصویب این قانون انتظار می‌رفت اشخاص هنگام نقل و انتقال از دخالت‌های نامشروع اشخاص فاقد مالکیت و کلاهبرداری و جرم انتقال مال غیرمصرف باشند و بتوانند بر این اساس روابط اقتصادی آینده خود را تنظیم کنند. به موجب قانون مذکور اشخاص مکلف شدند مالکیت و یا انتقال مالکیت به خود را ثبت و حقوق خود را به دیگران اعلام کنند. اجرای مطلق مواد ۲۲، ۴۶، ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت همواره از حیث شرعی بودن محل مناقشه بوده و عملاً نیز این مواد هیچ‌گاه به‌صورت مطلق در حقوق ایران قابلیت اجرایی پیدا نکرده است (میرزائزاد جویباری، ۱۳۹۷: ۳۹). شورای نگهبان در نظریه مشورتی ۱۳۹۵/۱۲/۰۸ بیان می‌کند: «مفاد مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت اسناد و املاک صرفاً اختیاری دانستن ثبت سند در برخی موارد و الزامی دانستن آن در سایر موارد است که این مطلب خودبه‌خود ایرادی ندارد. اما مفاد ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک و نیز ماده ۴۸ آن که دلالت بر بی‌اعتبار دانستن اسناد عادی غیررسمی دارد اطلاق آن در مورد سند عادی که قرائن و 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 فوق‌مانند سندی که بینه و شهادت شهود معتبر بر صحت آن باشد این اسناد معتبر است و دو ماده مزبور در چنین مواردی تخصیص خورده است و مواد ۱۲۸۵ و ۱۲۹۱ قانون مدنی اشاره به این‌گونه اسناد عادی دارد». در تحلیل نظریه شورای نگهبان بیان شده است که به‌سبب وجود مصالحی چون ایجاد نظم و ثبات معاملاتی، کاهش دعاوی و نزاع و جلوگیری از معاملات معارض، عدم قابلیت استناد سند عادی

بر رسمی پذیرفته شود، زیرا این امر ملازمه‌ای با عدم مالکیت دارنده سند عادی نداشته و دارنده سند عادی می‌تواند از فروشنده خسارت بگیرد (میرزاانژاد جویباری، ۱۳۹۷: ۶۷). در تحلیل این نظر باید پرسید آیا حمایت مطلق از سند مالکیت همیشه منطبق بر مصلحت است، حتی در جایی که خریدار با سند عادی متصرف ملک باشد و خریدار با سند رسمی بدون توجه به این واقعیت معامله کرده است، همچنان که در کشورهای دیگر نیز با وجود تأکید بر سند رسمی موارد جعل اسناد رسمی بالاست (Griggs & Low, 2011: 285). به صرف تأکید بر سند رسمی، عملاً احتمال تقلب کاهش نمی‌یابد. نظر شورای نگهبان در ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور به این نحو تأمین شده است: «کلیه معاملات راجع به اموال غیرمنقول ثبت شده مانند بیع، صلح، اجاره، رهن و نیز وعده یا تعهد به انجام این گونه معاملات باید به‌طور رسمی در دفاتر اسناد رسمی تنظیم شود. اسناد عادی که در خصوص معاملات راجع به اموال غیرمنقول تنظیم شوند مگر اسنادی که بر اساس تشخیص دادگاه دارای اعتبار شرعی است در برابر اشخاص ثالث غیرقابل استناد بوده و قابلیت معارضه با اسناد رسمی را ندارند». برخی حقوقدانان ضمن تأکید بر لزوم بطلان‌انگاری اسناد عادی در خصوص اموال غیرمنقول، با توجه به اصل آزادی قراردادهای و عرف معاملاتی و تشریفات سنگین ثبت معاملات، این ماده را واقع‌بینانه توصیف می‌کنند (اسلامی و همکاران، ۱۳۹۷: ۵۳) برخی ضمن نقد نحوه قانونگذاری، معتقدند که غیرقابل استناد بودن، ضمانت اجرای عمل حقوقی است و نه سند مالکیت و اسناد عادی در مقابل دارنده سند رسمی نمی‌تواند منشأ انتقال مالکیت شود و فقط در رابطه طرفین معامله منشأ تعهد است (سادات اخوی و طباطبایی، ۱۳۹۸: ۱۳۳). با توجه به مطالب مذکور، ذکر چند نکته ضروری است:

الف) شورای نگهبان اصل تکلیف مالک برای ثبت معامله و یا رعایت تشریفات قانونی دیگر را خلاف شرع نمی‌داند، همچنان که به مصوبه الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول نیز از حیث الزامی بودن ثبت معامله ایرادی وارد نکرده است و صرفاً به ضمانت اجرای بطلان معاملات ثبت‌نشده و محدود شدن ادله اثبات به سند رسمی ایراد شده است (نظرات استدلالی شورای نگهبان در خصوص طرح الزام به ثبت معاملات اموال غیرمنقول)، زیرا این امر تعارضی با مالکیت ندارد، لیکن ضمانت اجرای عدم انجام تکلیف ثبت معامله نمی‌تواند نادیده گرفتن سند عادی دارای اعتبار شرعی و یا بطلان معامله با سند عادی باشد. ب) در نظریه شورای نگهبان دو استثنا بر مواد ۲۲ و ۴۸ قانون ثبت ذکر شده است: سند عادی که ادله و قرائن شرعی و قانونی بر صحت مفاد آن دلالت کند و سند عادی که صحت آن با ادله و قرائن مذکور ثابت شود. طبق قانون احکام دائمی، سند عادی دارای اعتبار شرعی قابل استناد در برابر سند رسمی است. تفسیر برخی حقوقدانان و قضات از عبارت سند عادی دارای اعتبار شرعی به بحث احراز صحت سند و وقوع معامله محدود شده و بیان می‌کنند در صورتی که شخصی بتواند تقدم معامله عادی را اثبات کند و متعاقباً مالک با سند رسمی ملک را به غیر انتقال داده باشد، معامله دوم که با سند رسمی صورت می‌گیرد یک معامله فضولی و غیرنافذ است و شخص مقدم می‌تواند ابطال آن را تقاضا کند. همچنان که در دادنامه ۴۳۸۰۰۴۳۸۰۲۲۸۲۰۰۹۹۷۰۹۹۰ صادره از شعبه ۲۰ دادگاه عمومی حقوقی تهران با این استدلال سند رهنی مؤخر بر سند عادی ابطال شده است (کارچانی و مددی، ۱۳۹۸: ۱۶۸-۱۷۲). این مطلب از حیث قواعد معاملات فضولی توجیه‌پذیر است، زیرا کسی که معامله‌اش مقدم است، مالک است و معامله دوم فضولی است. با این حال به نظر می‌رسد که در دعوی بین دارنده سند رسمی و دارنده سند عادی موضوع دعوا مالکیت فعلی است و نه انتقال مال از او به خریدار با سند رسمی. اساساً اختلاف این است که آیا خریدار با سند عادی ولو تاریخ سندش مقدم باشد الآن مالک است یا خیر. بدو باید این نکته را در نظر داشت که از نظر فقهی، سند رسمی مالکیت صادره از اداره ثبت اماره ید تلقی می‌شود (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۱: ۲۸) سند عادی صرفاً مثبت اثبات معامله در زمان گذشته است و نمی‌تواند اماره مالکیت تلقی شود همچنان که طبق قوانین موجود، صرفاً تصرف به‌عنوان مالکیت و سند رسمی مالکیت امارات قانونی مالکیت تلقی شده‌اند. در هیچ قانونی سند عادی اماره مالکیت محسوب نشده و در فقه نیز همین گونه است. در رویه مردم نیز سند عادی اماره تصرف (مالکیت) محسوب نمی‌شود و خریدمندان به صرف مبیعه‌نامه عادی کسی را مالک نمی‌شناسند. اگر ادعا شود که چون مالکیت به او منتقل شده، همچنان مالک است باید گفت که این امر بر مبنای اصل استصحاب است. به نظر می‌رسد که تفسیر فوق با نظر میرزای نایینی و طرفدارانش در خصوص تعارض اصل استصحاب و اماره ید همسوست (نایینی، ۱۳۷۶، ج ۴: ۶۰۴-۶۰۵). با این حال این نظر از سوی فقهای دیگر مورد انتقاد واقع شده و در تعارض

اماره ید و اصل استصحاب، اماره ید مقدم دانسته شده است (جفی، ۱۳۶۲، ج ۴۰: ۴۵۵؛ محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۱: ۳۸-۳۹؛ مکارم شیرازی، ۱۳۷۰: ۲۹۳؛ مصطفوی، ۱۴۲۱ق، ج ۱: ۳۲۰).

(ج) طبق رویه قضایی فرانسه، در مواردی که شخص به طریقی غیر از ثبت از مالکیت دیگری مطلع باشد، باید به آن احترام بگذارد و در برابر این شخص معامله ثبت نشده قابل استناد است (امینی، ۱۳۸۸: ۲۲۷). این امر نشان می‌دهد که سند رسمی اماره مطلق مالکیت نیست. بنابراین نظریه غیرقابل استناد بودن سند عادی در برابر سند رسمی به نحو اطلاق قابل پذیرش نیست، بلکه باید استثنائاتی برای آن قائل شد که در مباحث بعدی به آن اشاره خواهد شد.

۳. تحلیل چند پرونده قضایی

با توجه به تفسیر غالب حقوقدانان و قضات از مقررات فعلی (کارچانی و مددی، ۱۳۹۶، ۱۶۵-۱۸۶؛ اسلامی و همکاران، ۱۳۹۷: ۵۲)، مالک می‌تواند با سندی عادی مقدم یا ادله شرعی، تقدم حق مالکیت خود را اثبات و مال را از هر کسی مسترد کند، بنابراین لزومی ندارد مالک از حق خود صیانت کند. توجه صرف به سند مالکیت نیز به این وضعیت دامن می‌زند و مالک خود را بی‌نیاز از ایجاد اماره تصرف یا صیانت از حق خود می‌داند. نتیجه این امر تشویق مجرمین به جعل اسناد رسمی و کلاهبرداری (انتقال مال غیر) است. تحولات سیستم ثبتی صرفاً چهره ارتکاب جرم را تغییر داده، ولی احتمال ارتکاب جرم در اسناد رسمی نیز زیاد است. در این قسمت، برای روشن شدن نتایج سهل‌انگاری و انفعال مالکان، چند مثال از پرونده‌های قضایی صرف‌نظر از نتیجه آنها برای آشنایی و تحلیل رفتار مجرمان و ریشه‌یابی علل وقوع جرم و معامله فضولی ارائه می‌شود.

الف) در پرونده ۹۶۰۶۴۶ شعبه نهم بازپرسی دادسرای ناحیه ۲ تهران، خانه‌ای مدتی از سوی مالک خالی مانده و شخصی در آن ساکن نبوده است. اشخاصی با استفاده از غفلت مالک، با معرفی شخصی ناشناس به‌عنوان مالک در دفتر اسناد رسمی موفق به تنظیم سند انتقال می‌شوند و با تصرف ملک و اقدام به تعمیر و سکونت در آن، پس از بازدید ملک توسط خریداران، ملک را در دفتر اسناد رسمی به آنها انتقال می‌دهند. پس از تحویل ملک به خریداران، مالک اقدام به طرح شکایت جعل و انتقال مال غیر می‌کند. نکته شایان توجه در این پرونده آن است که جعل در دفتر اسناد رسمی انجام گرفته است. این پرونده گواه آن است که صرف داشتن سند رسمی برای جلوگیری از دخالت غیرمجاز دیگران کافی نیست، حتی وجود سامانه استعلام مالکیت قبل از قولنامه نیز فایده‌ای ندارد، زیرا ملک در اداره ثبت به نام کلاه‌بردار است. در پرونده ۹۵۰۵۱۶ شعبه ششم بازپرسی دادسرای ناحیه ۲ تهران، شاکی مدعی بود خودروهایی را از متهمان با مبیعه‌نامه خریداری کرده و چون متهمان متصدی نمایشگاه خودرو بوده‌اند، خودرو را نزد آنان گذاشته تا برایش مشتری پیدا کنند که متهمان بدون حضور وی اقدام به فروش خودرو و تعویض پلاک خودروها کرده و خودروها را تحویل خریداران داده‌اند. نکته حائز اهمیت این است که شاکی صرفاً مبیعه‌نامه‌ای در اختیار داشته و هیچ‌گونه اسنادی از خودرو در تصرف وی نبوده و تعویض پلاک نیز نکرده و یقیناً با تعویض پلاک امکان وقوع جرم فراهم نبوده است. نکته مهم در پرونده‌های مذکور، قصور مالک و صاحب حق در صیانت از حق خود است. در حقیقت اگر مالکان دقت لازم را در صیانت از حق خود انجام می‌دادند، به یقین زمینه‌ای برای وقوع جرم فراهم نبود. در پرونده نخست اگر مالک در تصرف شخصی بود، مجرمان نمی‌توانستند ملک را متصرف شوند و امکان بازدید دهند و در نتیجه زمینه‌ای برای جعل وجود نداشت. خریداران ملک را زمانی خریدند که ملک در تصرف مجرمان بوده است. در پرونده دوم، اگر شاکی صرفاً به یک مبیعه‌نامه عادی اکتفا نکرده و انتقال خودرو را ثبت می‌کرد، انتقال خودرو به‌آسانی فراهم نبوده است. نکته حائز اهمیت اینکه در اغلب پرونده‌های انتقال مال غیر، مالک ضرر چندانی نمی‌بیند، زیرا طبق قواعد معاملات فضولی، مال متعلق به اوست و باید به او مسترد شود و خریدار باید از فروشنده مال غیر عوض پرداختی‌اش را مسترد کند که امری بسیار مشکل است. به عبارت دیگر عامل وقوع جرم انفعال مالک بوده است.

ب) پرونده ۹۷۰۶۵۴ شعبه نهم بازپرسی دادسرای ناحیه ۲ تهران: در این پرونده شخصی اقدام به اجاره آپارتمان‌هایی می‌کند و سپس با جعل سند رسمی ملک و تنظیم وکالت‌نامه رسمی در دفتر اسناد رسمی، اقدام به تنظیم سند رسمی و فروش املاک می‌کند. پس از مدتی مالک برای تخلیه ملک مراجعه می‌کند و با شخصی که سند رسمی مالکیت در اختیار دارد. همان‌گونه که

پیداست، در این پرونده قصور مالک ناشی از ساختار نظام ثبتی است. در حقیقت مالک هیچ گونه قصوری نکرده و طبق روال عادی و عرف معاملاتی ملکش را اجاره داده است. در این موارد مالک از اسنادی که به نام او تنظیم می شود به موقع مطلع نشد، زیرا سامانه ای جامع برای رصد و اطلاع رسانی به اشخاص برای اسناد در حال تنظیم به نام آنها وجود ندارد. اگر کسی بخواهد از وضعیت املاک و حقوق خود مطلع شود، باید مدام در ادارات ثبت پیگیر باشد که مبادا سندی به نام ایشان در حال تنظیم باشد.

۴. تحلیل اقتصادی

با توجه به مطالب مذکور، وقوع جرائم مربوط به انتقال مال غیر که مصداق بارز و شایع معاملات فضولی است، اغلب یا ناشی از غفلت مالک است یا انفعال وی به دلیل نقص سیستم های ثبتی در اطلاع رسانی. ریشه عمده این مسائل فقدان تکلیف مالکان به صیانت از حق خود است. در گذشته در باور عامیانه این ضرب المثل وجود داشت که مالت را محکم بچسب و همسایهات را دزد نکن. لیکن حمایت بی چون و چرا از مالک (اعم از رسمی و عادی) در نظام حقوقی ایران این گونه تداعی می کند که نیازی نیست کسی از حقتش صیانت کند؛ اگر جرمی واقع شود، هزینه اش برای دیگران است. روشن است که طبق مقررات فعلی، مالک تکلیفی جهت صیانت از حق خود ندارد، بلکه با احراز مالکیت مقدم او، باید از او حمایت کرد و سهل انگاری و قصور وی ضمانت اجرایی ندارد. باید متذکر شد مطالب زیر در مقام نفی فواید حمایت از سند رسمی نبوده، لیکن باید پذیرفت که صرف حمایت مطلق از سند رسمی کافی نیست و در مواردی حمایت از اسناد عادی و ادله شرعی در برقراری نظم عمومی مؤثرترند. علاوه بر این، مطالب زیر در برخی ابعاد، لزوم حمایت از سند رسمی را توجیه می کنند.

از نظر اقتصادی، فقدان تکلیف مورد بحث از چند نظر قابل بررسی است. از یک حیث، در فقدان تکلیف مالک به صیانت از حق خود، مالک سهل انگار می شود و از انجام اقدامات لازم برای حفاظت از حق خود و جلوگیری از تعدیات دیگران قصور خواهد کرد. مثال های قضایی نشان می دهد صرف سند مالکیت نمی تواند مانع ارتکاب جرم و انعقاد معاملات فضولی شود و لازم است مالک در ملک خود امارات تصرف را حفظ کند. در فقدان اماره تصرف، دیگران بر مال مستولی شده و به جعل سند مالکیت و انتقال آن ترغیب می شوند. علاوه بر این، گاهی ابزار موفقیت مالک، استناد به سهل انگاری اش است. نمونه این مورد را می توان در پرونده خیانت در امانت در خصوص خودرو مشاهده کرد که با استناد به اینکه تمام اسناد و نیز خودرو در اختیار نمایشگاه بوده است، خود را از وقوع معامله بی اطلاع معرفی می کند و به صرف سند عادی موفق به دریافت حکم می شود. چنین امری آشکارا سهل انگاری را ترغیب می کند، زیرا نه تنها با ضمانت اجرایی روبه رو نیست، بلکه مهم ترین عامل موفقیت در دعوا خواهد بود. در چنین وضعیتی، سیستم حقوقی نیز از تکلیف گرایی فاصله گرفته و صرفاً بر ادله اثبات متمرکز می شود همچنان که سامانه استعلام اصالت سند صرفاً بر ادله اثبات تأکید داشته، ولی عملاً تأثیری در پیشگیری از جرم ندارد. با پذیرش تکلیف مالک، نظام حقوقی در جهت ایجاد ابزارهای انجام تکلیف تلاش خواهد کرد و در نتیجه موارد انفعال مالک نیز کاهش خواهد یافت. سهل انگاری مالک در صیانت از حق خود موجب کاهش رفاه عمومی می شود، زیرا اشخاص نیاز دارند که به اسناد رسمی اعتماد کرده و به اعتبار آن آسوده خاطر باشند، ولی در شرایط فعلی، اسناد رسمی سطح اطمینان چندانی فراهم نمی کنند. ممکن است شخصی مالی را خریداری کند و مدتی بعد شخصی به استناد سند عادی یا وکالتنامه رسمی مدعی سبق مالکیت و خواهان استرداد آن باشند یا مشخص شود که سند مالکیت فروشنده از طریق جعل تحصیل شده است. در چنین وضعیتی، خریدار باید هزینه های سهل انگاری مالک را تحمل کند و به دنبال استرداد وجوهات پرداختی از شخصی باشد که متواری شده است یا با اعلام اعسار از پرداخت طفره می رود. در صورت تکلیف مالک به صیانت از حق، وقوع جرم کاهش خواهد یافت (Schwartz & Scott, 2011: 30) زیرا با ترک سهل انگاری از سوی مالک و صرف هزینه برای صیانت از حق خود، وقوع جرم پرهزینه تر خواهد بود (Ben shahar, 2007: 29) و مجرم به راحتی نخواهد توانست اسناد را جعل کند و یا با تصرف مال، خود را مالک جلوه و خریدار را فریب دهد. ارتکاب جرم و دعاوی متعدد، هزینه ای است که بر جامعه تحمیل می شود. سهل انگاری مالک و حمایت مطلق از او امکان ارتکاب جرم را تسهیل می کند، زیرا مالک دلیلی نمی بیند که برای صیانت از حق خود هزینه ای کند (Salomons, 2009: 14). اعمال تکلیف بر مالک در مقایسه با فقدان تکلیف، هزینه های کمتری بر جامعه تحمیل می کند. قاعدتاً هر خریداری هنگام معامله باید مالکیت فروشنده را بررسی کند، لیکن سؤال این است که برای بررسی تا چه اندازه هزینه و دقت منطقی است؟ وجود اسناد

رسمی مالکیت در خصوص املاک و خودرو امری است که بررسی خریدار را تسهیل می‌کند. همچنین اخیراً سامانه‌هایی در اداره ثبت فراهم شده است که اشخاص بتواند اصالت سند مالکیت فروشنده را پیش از تنظیم قولنامه بررسی کنند. هنگامی که خریدار با اخذ استعلام‌های لازم از مراجع رسمی، مالکیت فروشنده را احراز می‌کند، آیا این امر برای حمایت از او کافی است یا اینکه خریدار باید اقدامات بیشتری مانند بررسی متصرف فعلی و ادعاهایش، بررسی وجود اسناد عادی انتقال، وکالت‌های رسمی اقدام نشده و حتی صحت معاملات رسمی و فقدان جعل معمول کند؟ بی‌گمان منطقی نیست شخصی ملک یا خودرویی را بدون بازدید از آن معامله کند. در بسیاری مواقع خریدار با سند عادی، متصرف ملک است و با مراجعه به محل ملک، قاعدتاً متصرف مدعی مالکیت خواهد بود و در چنین مواردی خرید ملک منطقی نیست. بنابراین، چنین هزینه‌ای منطقی است لیکن بررسی اسناد عادی اشخاص غیرمتصرف غیرممکن است. صرف استعلام اصالت سند مالکیت برای قولنامه و انتقال رسمی کافی نیست، زیرا در بسیاری از موارد جاعلان اسنادی در اختیار دارند که اداره ثبت صادر کرده است. این در حالی است که اگر مالک مکلف به صیانت از حق خود باشد، هزینه‌ها کمتر و مؤثرتر خواهد بود (salomons, 2009: 14).

۵. تحلیل شرعی تکلیف مالک به صیانت از حق

در متون فقهی و حقوقی، مبنای صریحی در خصوص تکلیف مالک به صیانت از حق مشاهده نمی‌شود. نظام حقوقی اصولاً بر تعیین و تحدید حقوق مالکان بنا شده است و تکلیف اغلب برای اشخاص دیگر مطرح می‌شود. تحمیل تکلیف بر مالک به سبب داشتن حق، امری نامأنوس است.

نظریه شورای نگهبان در خصوص مواد قانون ثبت نشان می‌دهد که از نظر شورای نگهبان تکلیف مالک به ثبت معامله مخالفتی با شرع ندارد، بلکه مشکل زمانی است که اصل رضایی بودن عقود نقض شود و یا ادله اثبات مالکیت به سند رسمی محدود شود (اسلامی و همکاران، ۱۳۹۷: ۵۳). شیوه نگارش ماده ۶۲ قانون احکام دائمی و ایراد شورای نگهبان به مصوبه الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول (نظرات استدلالی شورای نگهبان در خصوص طرح الزام به ثبت معاملات اموال غیرمنقول) نیز مؤید این امر است. لزوم انتظام امور و جلوگیری از اختلال در نظام مستنبط از استدلال (لو لم یجز هذا لم یقم للمسلمین سوق) در حدیث حفص بن غیاث از امام صادق (ع) مورد توجه فقهایی چون شیخ انصاری قرار گرفته و آیت‌اله مکارم شیرازی در بحث قاعده ید به عنوان دلیل عقلی مطرح کرده و در توجیه اصل صحت نیز آن را تعمیم داده است (مکارم شیرازی، ۱۳۷۰: ۱۲۱ و ۲۸۵). این مسئله نشان می‌دهد که حکومت اسلامی می‌تواند جهت انتظام بخشی به نظام، تکلیفی را بر اشخاص بار کند. همچنان که قانون اخذ مالیات از خانه‌های خالی از حیث تکلیف مالکان به ثبت وضعیت ملک از سوی شورای نگهبان تأیید شده است.

برخلاف مخالفت شرعی نظریاتی که ثبت معامله را از ارکان تشکیل عقد در نظر می‌گیرند (ابهری، ۱۳۸۷: ۱۹۹-۲۰۱؛ عابدیان، ۱۳۸۸)، با اصل رضایی بودن عقد، اگر تکلیف به ثبت معامله را از مصادیق تکلیف به اعلام معامله در نظر گرفته شود، تصویب قانون تکلیف مسئولان به افشای اموال به روشنی گواه عدم مخالفت آن با شرع است. نظریه ارائه شده در این مقاله تعارضی با اصل رضایی بودن عقود نیز ندارد، بلکه در حمایت از آن است. در این نظریه، عقد به هر شکلی واقع می‌شود و خریدار با سند عادی و حتی بدون سند عادی، مالک است، لیکن معامله باید اعلام شود. قاعده لاضرر نیز تحمیل چنین تکلیفی را جایز می‌کند. یکی از تفسیرهای ارائه شده در خصوص قاعده لاضرر، نهی از حکم ضرری است (انصاری، ۱۴۱۹ق: ۴۶۰؛ نایینی، بی‌تا، ج ۴: ۲۶۲). هنگامی که آزادی بلاقید منتهی به سهل‌انگاری، موجب ضرر دیگران می‌شود، این حکم ضرری است و قانونگذار باید مقررات را به گونه‌ای تنظیم کند که ضمن عدم مخالفت شرعی، از ضرر نیز جلوگیری کند. در رویه عملی فقها نیز دیده می‌شود که در مواردی که فقدان حکمی ضرری باشد، قاعده لاضرر می‌تواند وضع حکم کند (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۱: ۱۶۰؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۶ق: ۲۹۵). علاوه بر این، بر مبنای نظریه ضرر غیرمتدارک (نراقی، ۱۴۰۸ق: ۱۹ به بعد)، در صورت ایجاد تکلیف به صیانت از حق، کسی که با نقض چنین تکلیفی موجب ضرر دیگری شود، باید ضرر را جبران کند. بر این اساس، تکلیف مالکان به صیانت از حق منافاتی با شرع ندارد و در نظام حقوقی ایران قابل تصویب است. باید به این نکته توجه داشت که اجتماع حقی بر گردن انسان دارد (مطهری، ۱۳۸۲، ج ۱: ۴۱۲) و مشمول لعنت خداست آن کسی که سنگینی خودش را روی دوش دیگران

ببندازد (مطهری، ۱۳۹۶، ج ۱: ۱۲۲). دین برای مسئول سازی انسان است و فلسفه بعثت پیغمبران این است که بشر را متوجه مسئولیت هایش بکنند و دین نیامده که به بشر تأمین بدهد و از او رفع مسئولیت کند، بلکه برعکس آمده است که مقام مسئول او را به خودش ارائه دهد. دین منهای مسئولیت، دین منهای دین است. مسئولیت فرع بر چند چیز است: آگاهی، آزادی و توانایی. ناآگاه (به شرط آنکه ناآگاهی اش تقصیر نباشد) مسئولیت ندارد. همچنین دو نوع ناتوانی وجود دارد: ناتوانی به قصور و ناتوانی به تقصیر. ناتوانی به تقصیر سلب مسئولیت نمی کند (مطهری، ۱۳۸۹: ۱۳۲). مالک باید در برابر اجتماع مسئولیت پذیر باشد و در شرایطی که اقدامات مجرمان در انتقال مال موجب ضرر دیگران می شود، اقدامات لازم برای جلوگیری از زیان دیگران انجام دهد. در مواردی که ناتوانی مالک از اقدام ناشی از بی اطلاعی باشد، این تکلیف حکومت است که این امکانات را فراهم کند. قانون باید اشخاص را مسئولیت پذیر کند نه اینکه صرفاً قاعده ای برای حل تنازع مقرر کند.

۶. ابعاد تکلیف به صیانت از حقوق مالکانه

با توجه مطالب مذکور، می توان تکلیف را از چند بعد مدنظر قرارداد:

الف) اعلام و شفافیت مالکیت و پرهیز از پنهان کاری: مالکیت همواره به عنوان حق خصوصی شناخته می شود، لیکن این امر بدان معنا نیست که نباید علنی باشد. از حیث دسته بندی حریم عمومی و خصوصی، مالکیت مربوط به حریم عمومی است، زیرا مالکیت حقی است در برابر اجتماع و مالک می خواهد در برابر دیگران به این حق استناد کند. عینی بودن حق مالکیت این تکلیف را بر دیگران تحمیل می کند که باید حقوق مالک را رعایت کنند و سؤال این است که با پنهان کاری مالک، اشخاص چگونه مطلع باشند که او مالک است (Micheal, 2018: 16) و انتظار عدم تجاوز به حق او تکلیفی مالا یطاق و مخالف آیه لا یکلف الله نفسا الا بما اتیها است. این مورد را باید از قاعده احترام خارج دانست، زیرا نمی توان از اشخاص انتظار احترام به حقی را داشت که پنهان شده است. به همین دلیل، قانونگذاران اشخاص را مکلف به ثبت معاملات می کنند. نتیجه تکلیف به اعلام مالکیت، حق دیگران به آگاهی از مالکیت شخص مذکور است (طباطبایی حصارى و کاظمی، ۱۳۹۲: ۱۴۷).

ب) تکلیف به سرپرستی: این تکلیف از دو جنبه شایان توجه است؛ از یک جنبه مالک نباید مال را رها کند و بی تصرف بگذارد. همچنین مالک باید اسناد مالکیت خود را حفظ و در صورت لزوم برای ثبت معاملات اقدام کند. از جنبه دیگر، مالک باید از تجاوز دیگران جلوگیری کند و اقدامات پیشگیرانه را برای جلوگیری از انتقال مالکیت انجام دهد و به محض اطلاع از اقدامات مجرمانه در حال انجام، از طرق قانونی اقدام کند. کسی نباید حقش را رها کند و از دیگران انتظار داشته باشد که از حقش صیانت کنند.

توجه صرف به اصولی چون رضایی بودن بیع و عینی بودن حق مالکیت و برخورد با غاصبان زمینه ساز سوءاستفاده و تقلباتی می شود (اسلامی و همکاران، ۱۳۹۷: ۳۹) که خود موجب ظلم بر ذی حقان واقعی است. طرفداران دیدگاه های نوین نیز با تأکید بیش از حد بر حمایت مطلق از اسناد رسمی، از واقعیت های جامعه غافل شده اند و چیزی را انتظار دارند که امکاناتش فراهم نیست (اسلامی و همکاران، ۱۳۹۷: ۴۶-۴۷). اساس عدالت باید بر زمینه نظم باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۸۴). در جامعه منظم، عدالت در ساختاری کارآمد به نحو خودکار حاصل می شود و بی عدالتی و تضییع حقوق کاهش خواهد یافت. صرف تکلیف در فقدان امکانات اجرای تکلیف، امری ناپسند است. دولت باید تمهیداتی را فراهم کند که افراد بتوانند مالکیت خود را افشا و از آن سرپرستی کنند. این امکانات باید به گونه ای باشد که اولاً از خصیصه سادگی و سهولت برخوردار باشد و ثانیاً اهداف کلان را برآورده کند. اشخاص باید بتوانند مالکیت خود را به سادگی اعلام کرده و از وضعیت مال خود لحظه به لحظه آگاه باشند و بتوانند از انتقال بدون اذن جلوگیری کنند. ثبت ملک و اعلام معامله نمونه اعلامی اعلام مالکیت است، لیکن تشریفات ثبتی زمان بر است. در ماده ۳ طرح الزام به ثبت معاملات اموال غیرمنقول، قانونگذار تلاش کرده با الزامی کردن ثبت پیش نویس معاملات در سامانه ای الکترونیکی، به نوعی راهکاری را جهت حل این مشکل ارائه دهد، لیکن مبنای این تکلیف مشخص نیست. ایراد اصلی این ماده این است که تکلیف را بر مشاوران املاک تحمیل کرده است و به همین دلیل ماهیت و آثار آن مبهم است که مورد ایراد شورای نگهبان نیز قرار گرفته است (نظرات استدلالی شورای نگهبان در خصوص طرح الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول مورخ ۱۴۰۰/۰۵/۰۴)، در حالی که این تکلیف می بایست همانند تکلیف ماده ۱۰ طرح مذکور (از حیث ثبت ادعاهای مالکانه مربوط به

قراردادهای قبل از اجرایی شدن قانون موردنظر مجلس)، بر خریدار به‌عنوان منتقل‌البهی که مالک شده است، بار شود و عدم ثبت معامله با ضمانت اجرایی همراه شود. در غیر این صورت، اگر معامله اساساً بدون رجوع به مشاور املاک منعقد شود، ثبت پیش‌نویس آن موضوعیت نخواهد داشت. ایده اصلی مصوبه، برقراری نظم در معاملات با اسناد عادی بوده است (مشروح مذاکرات مجلس، ۱۴۰۰: ۱۸). اگر مبنای این الزام، تکلیف مالک به صیانت از حق و ثبت معامله‌اش بود، این امکان فراهم بود که با عدم ثبت معامله با ضمانت اجرایی روبه‌رو شود. چنین امری موجب می‌شود که اشخاص اقدامات لازم برای صیانت از حق خود را انجام دهند، در غیر این صورت ممکن است حق آنان در معرض خطر قرار گیرد. ثبت پیش‌نویس معامله باید زیر نظر اداره ثبت باشد و آثاری در جهت ایجاد محدودیت انتقال یا ترهین رسمی ملک و نیز معامله عادی در بنگاه‌های املاک داشته باشد، زیرا ثبت پیش‌نویس نمی‌تواند به‌منزله انتقال رسمی باشد و امکان انتقال مجدد ملک از سوی مالک رسمی به اشخاص دیگر و در نتیجه وقوع اختلاف وجود دارد. باید تدبیری اندیشیده شود که با ثبت پیش‌نویس معامله عادی انتقال ملک از سوی فروشنده در دفاتر اسناد رسمی و بنگاه‌های املاک غیرممکن شود، مگر به موجب حکم دادگاه و یا صلح‌نامه یا اقاله‌نامه رسمی که البته لزوم سرعت رسیدگی دادگاه نیز باید مورد توجه قرار گیرد. به این ترتیب با ثبت پیش‌نویس معامله عملاً انتقالات مجدد با اسناد رسمی غیرممکن خواهد شد. طبق ماده ۱۰ طرح الزام به ثبت معاملات اموال غیرمنقول، در خصوص معاملاتی که قبل از تصویب قانون منعقد شده‌اند، اشخاص در مهلتی قانونی مکلف به ثبت ادعای خود در سامانه‌ای خاص و طرح دعوا الزام به تنظیم سند رسمی شده‌اند تا به این ترتیب تکلیف معاملات قبلی مشخص گردد. صرف‌نظر از ایراداتی که به ماده وارد است اصل تکلیف قابل دفاع است، لیکن ضمانت اجرای آن می‌بایست به‌گونه‌ای تنظیم شود که ضمن عدم مخالفت با شرع اهداف ماده را تأمین کند.

به‌منظور اطلاع‌رسانی به مالک رسمی برای ایجاد تکلیف به سرپرستی، می‌توان تدبیری اندیشید که تنظیم سند مؤخر بر ثبت‌نام مالک در سامانه اطلاع‌رسانی مانند سامانه ثنا و همراه با کد تأییدی مانند رمز موقت باشد، تا مالک رسمی کد تأیید را به دفترخانه ندهد، امکان تنظیم سند فراهم نخواهد بود. به این ترتیب مالک از اقدامات در حال انجام مطلع می‌شود و امکان اقدامات پیشگیرانه مانند ثبت درخواست منع تنظیم سند و توقف اقدامات غیرمجاز را دارد. با استفاده از امکانات الکترونیکی و پیامکی، تخلف مالک مستندسازی شود، به‌گونه‌ای که مالک نتواند به صرف ادعای عدم اطلاع از مسئولیت خود شانه خالی کند. با ثبت‌نام در سامانه اطلاع‌رسانی قبل از تنظیم سند، هر زمان اقدامی از مراجع قانونی نسبت به ملک انجام گیرد، مالک پیامکی دریافت می‌کند و از عملیات در حال انجام مطلع می‌شود و باید به‌مانند موارد مقفودی کارت بانکی یا فیشینگ اقدامات پیشگیرانه را در جهت توقف عملیات انجام دهد، در غیر این صورت مالک مسئول خواهد بود.

۷. ضمانت اجرای نقض تکلیف به صیانت از حق

با توجه به مطالب قبلی، در راستای صیانت از حق دو تکلیف مطرح شده است: ۱. اعلام معامله و ۲. سرپرستی از حق و جلوگیری از دخالت‌های غیرمجاز. در راستای انجام تکلیف اول شخص باید انتقالش را به ثبت برساند و یا پیش‌نویس معامله عادی را در سامانه‌ای ثبت کند که پیشنهاد شده است اثر ثبت پیش‌نویس، عدم امکان انتقال مجدد از جانب فروشنده در دفاتر اسناد رسمی یا بنگاه‌های املاک باشد. با ثبت پیش‌نویس معامله با سند عادی در صورت ایجاد محدودیت مذکور، عملاً امکان انتقال رسمی یا انتقال عادی نزد بنگاه‌های املاک وجود نخواهد داشت که این امر خود بخشی از دعاوی را کاهش خواهد داد. از این طریق با انجام تکلیفی اشخاص از دخالت غیرمجاز دیگران پیشگیری خواهند کرد. علاوه بر این مالک باید پس از اطلاع از اقدامات غیرمجاز در حال انجام، اقدامات قانونی را جهت متوقف ساختن اعمال غیرمجاز انجام دهد. بر این اساس ضمانت اجرای نقض تکلیف به شرح زیر قابل تعیین است:

الف) در ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مقرر شده است که در صورت علم خریدار از قصد فرار از دین فروشنده، به‌علت شراکت در جرم مال از او به‌عنوان جریمه و تعزیر ضبط و برای وصول مطالبات طلبکار به فروش می‌رسد. نکته مهم در ماده مذکور، تأیید مالکیت انتقال گیرنده است. در مواردی که علی‌رغم امکانات اجرایی برای پیشگیری از انتقال، به‌علت قصور مالک از انجام تکلیف قانونی، شخصی با جعل امضای مالک، سند رسمی اخذ کرده و آن را با سند رسمی به دیگری منتقل می‌کند، به‌نظر می‌رسد که چنین ضمانت اجرایی قابل اعمال باشد. دادگاه می‌تواند علی‌رغم مالک شناختن مدعی، به‌دلیل نقض تکلیف به صیانت از

حق، حکم به ضبط مال به عنوان جریمه و انتقال آن به خریدار دهد. در این نظریه، امکان بررسی قصور طرفینی را نیز فراهم است. در جایی که هم مالک قصور کرده است و هم خریدار، حمایت از مالک کارآمدتر است زیرا چنین قاعده‌ای باعث می‌شود که خریدار در معامله دقت بیشتری کند و در نتیجه سطح معیار حسن نیت مورد انتظار ارتقا می‌یابد (Rose, 2005: 25). در صورت قصور طرفینی، قصور مالک در زیان خریدار نقشی ندارد و باید از مالک حمایت شود. این در حالی است که نظریه عدم قابلیت استناد صرف نظر از دقت و رعایت حسن نیت از سوی خریدار مؤخر صرفاً از دارنده سند رسمی حمایت می‌کند.

(ب) در تعارض بین سند عادی که پیش‌نویس آن به ثبت نرسیده است و سند رسمی، دو فرض قابل تصور است:

۱. دارنده سند عادی متصرف نیست: طبق مقررات فعلی و قواعد شرعی، سند رسمی اماره ید محسوب می‌شود و بر مالکیت فعلی دلالت دارد ولی مبیعه‌نامه بر فرض احراز صحت وقوع بیع صرفاً دلالت بر مالکیت قبلی دارد و نمی‌تواند مثبت مالکیت فعلی باشد. طبق قواعد فقهی، در تعارض بین اماره ید و دلیلی که دال بر مالکیت سابق است، اماره ید مقدم است. در شهادت به وقوع بیع در گذشته و اماره ید نیز ید مقدم است (شیخ طوسی، بی تا، ج ۶: ۳۴۳؛ محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۱: ۳۵). برخی فقها عقیده دارند که اگر برای قاضی به هر طریق و با هر ادله‌ای ثابت شود که دو نفر مالی را از شخص واحدی خریداری کرده‌اند، مالک کسی تلقی می‌شود که متصرف است (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۱: ۳۹). در موضوع حاضر هم خریدار با سند عادی و هم خریدار با سند رسمی مدعی انتقال مال از شخص واحدی هستند، لیکن برخلاف مبیعه‌نامه عادی، سند رسمی مالکیت بر مالکیت فعلی دلالت دارد. در تعارض بین سند عادی که پیش‌نویس آن به ثبت رسیده و معامله عادی که پیش‌نویس آن به ثبت نرسیده، سند عادی اخیر قابل استناد نیست و تشریفات ثبتی به نفع کسی که پیش‌نویس خود را به ثبت رسانده است، ادامه می‌یابد.

۲. دارنده سند عادی ثبت نشده متصرف است: در صورتی که سند عادی مقرون به اماره تصرف باشد، تصرف وی به عنوان مالکیت است و کسی که می‌خواهد چنین مالی را خریداری کند، باید این موضوع را مورد توجه قرار دهد. در ماده (۲) ۹۳۲ قانون مدنی آلمان کسی که آگاه باشد و یا در اثر غفلت فاحش آگاه نباشد که فروشنده مالک نیست خریدار با حسن نیت تلقی نمی‌شود (مارکسینس، ۲۰۰۶: ۹۵۶) و حمایت از کسی که حسن نیت ندارد، توجیه‌پذیر نیست (امینی و خداداد، ۱۳۸۸: ۲۲۶). می‌توان گفت شخصی که مالی را با سند رسمی می‌خرد، در حالی که دیگری متصرف آن است و با توجه به سند عادی تصرف مالکانه است را نمی‌توان با حسن نیت تلقی کرد، زیرا انتظار می‌رود که اشخاص در هنگام معامله بررسی‌های معقول را انجام دهند و آنچه را که عیان است، نادیده نگیرند، در غیر این صورت ناآگاهی چنین شخصی ناشی از غفلت فاحش است و حمایت از او توجیه‌پذیر نیست. باید توجه داشت که اصل بر حسن نیت خریدار با سند رسمی است، زیرا به تکلیف قانونی اش عمل کرده است، بنابراین دارنده سند عادی باید اثبات کند که در زمان معامله خریدار رسمی او متصرف بوده است و به جهت اثبات منشا عدوانی، ید وی اماریت ندارد (مصطفوی، ۱۴۲۱ق، ج ۱: ۳۲۱). در غیر این صورت با توجه به اصل تأخر حادث (دایره المعارف فقه اسلامی، ۱۳۸۲: ۵۴۸)، تصرف خریدار با سند عادی مؤخر و عدوانی محسوب می‌شود و اماریت ندارد.

در تعارض بین سند عادی و کسی که پیش‌معامله‌اش را به ثبت رسانده است، می‌توان قاعده را این‌گونه مقرر کرد با توجه به ممنوعیت انتقال پس از ثبت پیش‌نویس و عدم قابلیت استناد تاریخ سند عادی، دارنده سند عادی باید ثابت کند که در زمان ثبت پیش‌نویس متصرف بوده و اقدامات آن شخص عدوانی است، در غیر این صورت حق توقف عملیات ثبتی را نخواهد داشت.

نتیجه

نظام حقوقی ایران به‌گونه‌ای تنظیم شده است که حمایت مطلق از مالک را فراهم می‌کند، به‌گونه‌ای که سهل‌انگاری مالک تأثیری در حق او ندارد. این موضوع هم در مورد سند عادی مطرح است و هم سند رسمی. با امکان پذیرش سند عادی، بسیاری از خریداران خود را از اخذ سند رسمی و اعلام معامله خود به عموم و دارندگان سند رسمی به اتکای این سند خود را از ایجاد و تداوم اماره تصرف بی‌نیاز می‌دانند. سیستم ثبتی به دلیل فقدان قاعده عمومی تکلیف به صیانت از حق، صرفاً در جهت ارتقای ادله اثبات عمل می‌کند و امکان توسعه ابزارهای صیانت از حق با ممنوعیت قانونی روبه‌روست. از نظر تحلیل‌های اقتصادی سهل‌انگاری و انفعال مالکان سبب می‌شود که ارتکاب جرم انتقال مال غیر آسان شده و در نتیجه نظم معاملاتی و رفاه اجتماعی کاهش یابد. نظام حقوقی باید به‌گونه‌ای سازماندهی شود که مالکان در برابر اجتماع احساس مسئولیت کنند. در راستای

مسئولیت‌پذیری اجتماعی مالک، باید تکلیفی بر او تحمیل شود که اولاً معاملات و ادعای مالکیت خود را نزد مراجع رسمی اعلام کند و از طرفی در صورت اطلاع از دخالت‌های اشخاص فاقد سمت، از اقدامات غیرمجاز آنان جلوگیری کند. با این حال باید دقت داشت که اجرای تکلیف نیازمند فراهم شدن امکاناتی است که دولت باید به‌منظور فراهم کردن آن اقدام کند. در چنین شرایطی اگر شخصی به این تکلیف عمل نکند نمی‌تواند به صرف اثبات مقدم بودن معامله خود در برابر سند رسمی، به سند عادی معامله خود به‌عنوان دلیل مالکیت استناد کند، مگر اینکه سند عادی معامله‌اش مقرون به دلیل شرعی دال بر مالکیت فعلی باشد که در این حالت حمایت از خریدار با سند رسمی به جهت مخدوش بودن حسن نیت توجیه‌پذیر نخواهد بود. علاوه بر این می‌توان تکلیف را به‌گونه‌ای تنظیم کرد که با ثبت پیش‌نویس معامله اساساً امکان انتقال رسمی محدود شود که نتیجه آن عدم وقوع اختلاف خواهد بود. در مواردی که علی‌رغم اطلاع مالک رسمی، ملک از طریق جعل و اقدامات غیرمجاز به اشخاص ثالث منتقل می‌شود، یا عدم ثبت پیش‌نویس معامله، ضمانت اجرای آن می‌تواند ضبط مال از مالک به‌عنوان تعزیر و انتقال آن به خریدار دوم به‌عنوان جبران خسارت باشد.

نکته حائز اهمیت در راه حل پیشنهادی امکان تعیین ضمانت اجرایی است که نه تنها دغدغه حقوقدانان در خصوص حمایت از اشخاص ثالث با حسن نیت را تأمین می‌کند، بلکه با مخالفت شرعی نیز روبه‌رو نخواهد بود.



منابع

۱. ابهری، حمید (۱۳۸۷). نقش سند رسمی در بیع املاک. پژوهش‌های حقوقی، ۷(۱۴)، ۱۸۵-۲۱۰.
۲. اسلامی، سید محمدهادی؛ قنواتی، جلیل و حیدری، عباسعلی (۱۳۹۷). تفسیر ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور مصوب ۱۳۹۵/۱۱/۱۰، فقه و مبانی حقوق اسلامی، ۱۱(۱)، ۳۷-۵۸.
۳. امینی، منصور (۱۳۸۸). نقش ثبت سند در بیع مال غیرمنقول در حقوق فرانسه و بررسی قابلیت پذیرش آن در حقوق ایران، تحقیقات حقوقی، ۱۲(۴۹)، ۲۱۱-۲۳۸.
۴. امینی، منصور و خداداد، جنت (۱۴۰۰). ارزیابی طرح الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول. پژوهشگاه قوه قضاییه، ۱(۱)، ۱-۲۱۳.
۵. انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۱۹ق). فرائد/اصول. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۶. پیلوار، رحیم و صفریپور، حاتم (۱۴۰۰). اهمیت اعطای اعتبار مطلق به اسناد رسمی معاملات اراضی و املاک جهت تثبیت مالکیت خصوصی، پژوهش حقوق ثبت، ۱(۱)، ۱۵-۳۰.
۷. تفکریان، محمود (۱۳۹۱). حقوق ثبت املاک. تهران: نگاه بینه.
۸. سادات اخوی، سید محسن و طباطبایی، سید مرتضی (۱۳۹۸). تحلیل اعتبار مطلق اسناد رسمی در پرتو قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه. مجله حقوقی دادگستری، ۸۳(۱۰۸)، ۱۴۱-۱۵۹.
۹. طباطبایی حصار، نسرین و کاظمی، محمود (۱۳۹۲). جایگاه حمایت از اشخاص ثالث در نظام‌های ثبت املاک. مطالعات حقوق تطبیقی، ۴(۱)، ۱۳۷-۱۵۴.
۱۰. شیخ طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن (بی تا). خلاف. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۱۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۶). اخلاق و حقوق. فصلنامه اخلاق در علوم و فناوری، ۲(۱ و ۲)، ۸۵-۸۸.
۱۲. کارچانی، مهدی و مددی، هدی (۱۳۹۸). گزارش نشست نقد رای (دادگاه تجدیدنظر استان). فصلنامه رای: مطالعات آرای قضایی، ۲۶(۸)، ۱۶۵-۱۸۶.
۱۳. محقق داماد، سید مصطفی (۱۴۰۶ق). قواعد فقه. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۱۴. مصطفوی، سید محمد کاظم (۱۴۲۱ق). القواعد الفقہیہ. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۱۵. مطهری، مرتضی (۱۳۸۲). تعلیم و تربیت در اسلام. تهران: صدرا.
۱۶. مطهری، مرتضی (۱۳۹۶). خاتمیت. تهران: صدرا.
۱۷. مطهری، مرتضی (۱۳۸۹). یادداشت‌های استاد. تهران: صدرا.
۱۸. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۶ق). انوارالاصول. قم: نسل جوان.
۱۹. مؤسسه دایره‌المعارف فقه اسلامی (۱۳۸۲). فرهنگ فقه فارسی. قم: دایره‌المعارف فقه اسلامی.
۲۰. میرزائزاد جویباری، اکبر (۱۳۹۷). درنگی پیرامون مواد ۲۲، ۴۶، ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت به بهانه نظریه جدید شورای نگهبان، فصلنامه آئی (مطالعات آرای قضایی)، ۵(۱۴)، ۷۳-۳۵.
۲۱. نایینی، محمدحسن (بی تا). فوائد/اصول، قم: مؤسسه نشرالاسلامی.
۲۲. نجفی، محمدحسن (۱۳۶۲). جواهرالکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
۲۳. نراقی، ملا احمد (۱۴۰۸ق). عوائد/ایام. قم: مکتبه بصیرتی.

References

1. Abhari, H. (2008). The Role of Official Document in the Sale of Real Estates. *Legal Research*, 7(14), 185-210. (in Persian)
2. Amini, M. (2008). the role of registered document in the sale of immovable property in French law and its admissibility in Iranian law. *Legal Research*, 12(49), 211-238. (in Persian).
3. Amini M., & Khodadad, J. (2021). Evaluation of the Project to oblige the official registration of real estate transactions with a comparative approach. *Journal of Registration Law*, 1(1), 181-214.
4. Ansari, S. M. (1998). *Faraed al-Asul*. Qom: Majma-al-Fikr al-Islami.(in Arabic)
5. Ben-Shahar, O.(1997 May). property rights in stolen goods:an economic analysis. University of Michigan.
6. Eslami, S. M. H., Qanawati, J., & Heydari, A. A.(2017). Comments on Article 62 of the Act on Permanent Decrees on Development Program s of the Country approved on 11/10/2015. *Fiqh and Fundamentals of Islamic Law*, 11(1), 37-58. (in Persian).

7. Griggs, L., & Low, R. (2011). Identity fraud and land registration systems: An Australian perspective. *The Conveyancer and Property Lawyer*, 75(4), 285-308.
8. Islamic Jurisprudence Encyclopaedia Institute (2012). *Farsi Fiqh Culture*. Qom: Islamic Jurisprudence Encyclopaedia Institute.
9. Katouzian, N. (2008). Ethics and Laws. *Ethics Quarterly in Science and Technology*, 2(1 and 2), 85-88(in Persian).
10. Makarem Shirazi, N. (1995). *Anwar- al-Usoul*. Qom: Nasle Javan Publications. (in Arabic)
11. Markesinis, S. B., Unberath, H., & Johnston, A. (2006). *The german Law of Contract*. London, Hart publishing.
12. Arthur, M. W. (2018). *Publicity and privacy in land registration in Scotland* (Doctoral dissertation, University of Glasgow, Glasgow).
13. Mirzanzad Joybari, A. (2017). Controversy around Articles 22, 46, 47 and 48 of the Registration Law under the pretext of the new Declaration of the Shoraye Negahban. *Case Review Quarterly Journal*, 5(14).73-35. (in Persian)
14. Mohagheq Damad, S.M. (1985). *Rules of Jurisprudence*. Tehran: Islamic Sciences Publishing Center. (in Persian)
15. Mostafawi, S. M. K. (2000). *Rules of Jurisprudence*. Qom: Islamic Publication Institution (in Arabic)
16. Motahari, M. (2008). *Education and Upbringing in Islam*. Qom: Sadra Publishing Institute. (in Persian)
17. Motahari, M. (2017). *Khatamiat*. Qom: Sadra Publishing Institute. (in Persian)
18. Motahari, M. (2010). *Teacher's Notes*. Qom: Sadra Publishing Institute. (in Persian)
19. Najafi, M. H. (1963). *Jawaher -al-Kalam in Explaining the Laws of Islam*. Beirut: Dar-Al-Ahia of Arabian Heritage. (in Arabic)
20. Naraghi, M. A. (1987). *Awaed-al-ayyam*. Qom: Basirati School. (in Arabic)
21. Nayini, S. M. H. (Bita). *Fawaed al-Asul*. Qom: Nashr -Al-Eslami. (in Arabic)
22. Karchani, M., & Madadi, H. (2019). Report of Meeting about Analyzing the Judgments (appeal court); The Possibility of Annulment of an Official Deed as Mortgage on the basis of non registered Deed of sale with advance date. *Ray Journal*, 8(26), 165-186 (in Persian)
23. Pilvar, R., & Safarpour, H. (2021). The importance of granting absolute credit to official deeds of land and property transactions to stabilize private ownership. *Judiciary Research Institute*, 1(1), 15-30. (in Persian)
24. Sadat Akhavi, S. M., & Tabatabaei, S. M. (2018). The analysis of the absolute authenticity of official documents in the light of the rules of the permanent regulations of development plans. *Judicial Law Journal*, 83(108), 141-159. (in Persian)
25. Salomons, A.F. (2009). Good Faith acquisition of movables. Towards a European Civil Code, 4th fully Revised and Expanded Edition, AS Hartkamp, MW Hesselink, EH Hondius, CE du Perron and C. Mak, eds., Kluwer Law International, Forthcoming, 1-18.
26. Schwartz, A., & Scott, R. E. (2011). Rethinking the laws of good faith purchase. *Colum. L. Rev.*, 111, 1332-1384.
27. Tusi, A. J. M. B. H. (No date). *Khalaf*. Qom: Islamic Publishing Corporation (in Arabic).
28. Tabatabai Hessari, N., & Kazemi, M. (2012). Situation of Third Party in Land Registration Systems. *Comparative Law Studies Journal*, 4(1), 154-137 (in Persian).
29. Tafakkorian, M. (2011). *Real Estate Registration Rights*. Tehran: Negah Bayyeneh Publications. (in Persian)