

بحث در ویدیک تصانیف



پروہشگاہ علوم انسانی و مطالعات فرہنگی
پرتال جامع علوم انسانی



پښتونستان ښار علمي او مطالعاتي مرکز
پښتونستان ښار علمي مرکز

دکتر ناصر کاتوزیان



شعبه‌شناسی علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

توجیه و نقد رویه قضایی



پروہشگاہ علوم انسانی و مطالعات فرہنگی
پرتال جامع علوم انسانی

ماهیت و آثار قولنامه



● مقدمه

توصیف اسناد عادی که اشخاص برای خرید و فروش املاک خود می‌نویسند یکی از دشواریهای زمان ما شده است؛ پیش از این نیز رویه قضایی درباره ماهیت و آثار قولنامه‌ها چندان روشن نبود. زیرا قانون مدنی «وعدۀ بیع» را پیش‌بینی نکرده بود و ناچار رویه قضایی بایستی همه دشواریها را حل می‌کرد و چنین مجالی را نمی‌یافت. نابسامانیهای اقتصادی، از جمله زمین‌بازی و ایجاد بورسهای دروغین و تمرکز سرمایه‌ها در معامله زمین و ساختمان نیز انواع نیرنگها را در این زمینه به ارمغان آورده بود و همین امر مشکل «قولنامه» را پیچیده‌تر می‌کرد. ولی، پس از پیروزی انقلاب و تشکیل جمهوری اسلامی، عامل تازه‌ای نیز براسباب دیرباز افزوده شد و آشفتگی پیشین را دوچندان کرد.

این عامل، برخورد دادرسان نوپا و در عین حال قدرتمندی بود که پا به میدان قضا می‌نهادند و می‌خواستند قولنامه را بر پایه آنچه در فقه آموخته بودند تجزیه و تحلیل کنند. سرزمینی ناشناخته با سنگلاخها و فراز و

نشیبهای سخت پیش رو داشتند و بی اعتنا به تجربه‌های مسافران گذشته به جلو می‌رانند و می‌کوشیدند دیگران را نیز با خود همداستان کنند. بازار صدور بخشنامه‌ها و فتاوا و دادن نظریه‌های مشورتی رونق گرفت. رویه قضایی که برحسب طبیعت عرفی خود باید منبعی خودجوش و الهام گرفته از نیازهای اجتماعی و عدالت باشد، می‌رفت که در چهره ماشینی هدایت شده ظاهر شود.

دوران غلبه و شیفتگی نیز دیری نپایید. جرقه‌های مقاومت روشن‌تر شد. بحثهای علمی کم‌وبیش درگرفت و نشانه‌هایی از تفاهم ظاهر گشت. رویه قضایی دوباره آرامش نسبی یافت و در بستر طبیعی خود روان شد، ولی هنوز از آن آشفتگی و برخورد رنج می‌برد.

واکنش قید و فشار نخستین آزادی لجام گسیخته است: اگر در آغاز کار پاره‌ای از مقامهای عالی قضایی به قوانین اعتنایی چندان نداشتند، امروز این بیماری به قشرهای پایین‌تر نیز سرایت کرده است و تصمیم‌های خودسرانه و گستاخیهای نابجا از آنان فراوان دیده می‌شود. با این پدیده که می‌توان آن را «استبداد قضایی» نامید، باید مبارزه کرد.

نگرانی اصلی از این است که سلیقه‌های شخصی جای انضباط قضایی و حرمت قوانین را بگیرد. دادگستری به قاضی مبتکر و مجتهد نیاز فراوان دارد، ولی از خودسری و اعمال قدرت شخصی زیان می‌بیند. تکلیف دادرسان در مجموعه‌های قوانین معین است و هر ابداع و اجتهادی که صورت می‌گیرد باید در حدود همان مجموعه‌ها باشد.

این عبرت را باید از تاریخ گرفت که برای دست یافتن به هدفهای سیاسی و اقتصادی و حتی آرمانهای اخلاقی، «قانون» قربانی مناسبی نیست. این قربانی شایسته‌خوان طغیانگران است و حاکمی که چنین کند بر سر شاخ بن می‌برد. انسان آزاده و اجتماعی برای تحقق آرمان عدالت از مبارزه باز نمی‌ایستد، از نقد قوانین نمی‌هراسد و برای اصلاح آن می‌کوشد، ولی در مسند قدرت این ادعا را در سر ندارد که باید سلیقه و اراده او جانشین اراده عمومی شود.

بررسی گوشه‌ای از تاریخ تحول رویه قضایی در زمینه اعتبار و اثر قولنامه بدین امید است که نفسی گرم بر آهنی سرد نشیند و آن عبرت بزرگ از این پرده کوچک گرفته شود:

□

رویه قضایی در برابر این سؤال که آیا قولنامه التزام به خرید و فروش است یا سند بیع، هیچگاه پاسخ قطعی نداشته است. بخشی از این اشکال مربوط به گونه گونی قولنامه هاست. بیشتر این اسناد را واسطه‌هایی می‌نویسند که آگاهی اندکی از قوانین دارند. انضباط و قاعده‌ای در کار نیست و گاه نیز آمیخته با نیرنگ و ریا است: یکی می‌خواهد وانمود کند که زمین بایری را که می‌فروشد دارای ساختمان است؛ دیگری از مالیات می‌گریزد؛ سومی سودای تصنع دارد و می‌خواهد امکان فسخ قرارداد صوری را داشته باشد. طبیعی است که تصمیم دادگاه در برابر این پراکنده گوییها یکنواخت و همگون نیست و در هر مورد متکی به اوضاع و احوال و شیوه خاص تنظیم سند است، ولی بخش مهمتر ناشی از بیگانگی بودن این سنخ وعده‌ها در نظام عقود سنتی ماست؛ وعده‌ای است الزام‌آور و دارای آثار حقوقی و تنها فقیهی می‌تواند آن را بپذیرد که به نفوذ «شرط ابتدایی» اعتقاد داشته باشد.

با وجود این، موضع رویه قضایی را، بر مبنای نظر غالب و شایع، به سه دوران می‌توان تقسیم کرد:

الف. قولنامه، پیش قرارداد حاوی تعهد به بیع

پیش از تشکیل شورای عالی قضایی و در زمانی که تنها حقوقدانان به تصدی کار قضا می‌پرداختند، دیوان کشور پذیرفته بود که قولنامه سند خرید و فروش نیست؛ پیمانی است مقدماتی که در آن دو طرف ملتزم به بیع با شرایط معین می‌شوند. بویژه در مورد املاک، که انتقال آنها باید با

سند رسمی انجام پذیرد و سند عادی در دادگاه پذیرفته نیست، نظر عمومی دادرسان بر این بود که قولنامه پیش قراردادی است که به منظور تهیه مقدمات بیع تنظیم می‌شود و تعهد به بیع است. به همین جهت نیز سند عادی را برای اثبات این تعهد می‌پذیرفتند. نمونه‌های زیر می‌تواند تمایل قاطع رویه قضایی را در این دوران نشان دهد:

۱. هیأت عمومی دیوان عالی کشور در رأی شماره ۳۵۷۰-۲۶/۲/۴۲ درباره قولنامه خرید و فروش ماشین اظهار نظر کرد:

«... مستند دعوی تعهدنامه‌ای بیش نیست که به موجب آن فرجامخواننده متعهد گردیده پس از تحصیل اسناد، مالکیت و نصف مشاع اتومبیل موصوف در آن را در یکی از دفاتر رسمی به فرجامخواه منتقل نماید و قبل از انجام تعهد اتومبیل مزبور (به شرح اوراق مضبوط در پرونده) به سبب تصادف معامله انجام نگردیده. بنابراین آنچه که در حکم فرجامخواسته قید گردیده و ورقه مستند دعوی را حاکی از بیع قطعی کرده موافق مستند دعوی نمی‌باشد...»^۱

پیش از آن نیز در رأی شماره ۴۷۹-۴/۵/۱۳۳۱ اعلام کرده بود که چون قولنامه فروش املاک تعهد به بیع است، سند عادی برای اثبات تعهد پذیرفته است.

۲. شعبه ۲۷ دادگاه شهرستان تهران نیز در پرونده شماره ۳۵۳/۳۸، نسبت به ادعای دلالتی که پس از تنظیم قولنامه و بی آنکه وقوع معامله را در دفتر اسناد رسمی اثبات کند مطالبه حق دلالتی کرده است، چنین رأی داد:

رأی دادگاه

«قطع نظر از اینکه قولنامه مورخه ۳۷/۱۲/۲۰ به راهنمایی و وساطت شخص خواهان تنظیم شده یا دیگری در فراهم آوردن وسایل امضای آن مؤثر بوده است، نظر به اینکه به موجب ماده ۳۴۸ قانون تجارت «دلالت نمی‌تواند حق دلالتی را مطالبه کند، مگر در صورتی که معامله به

۱. آرشیو حقوقی کیهان، مجموعه رویه قضایی، ۱۳۴۳، ص ۱۸۷ و ۱۸۸.

راهنمایی یا وساطت او تمام شده باشد».

نظر به اینکه گرچه طرفین ضمن قولنامه تنظیمی، طرح انجام معامله را مورد قبول قرار داده و نسبت به شرایط آن تراضی نموده‌اند، ولی با توجه به مواد ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت اسناد و مخصوصاً تأکید ماده ۲۲ در مورد اموال غیرمنقول ثبت شده بر اینکه «دولت فقط کسی را که ملک به اسم او ثبت شده و یا کسی را که ملک به او منتقل شده و این انتقال هم در دفتر املاک به ثبت رسیده... مالک خواهد شناخت»، قبل از تنظیم سند رسمی و ثبت ملک در دفتر املاک نمی‌توان معامله را انجام شده دانست، و به طور خلاصه قولنامه مورد استناد وکیل خواهان فقط به منزله تعهد طرفین برانجام معامله است.

نظر به اینکه خواهان هیچ گونه دلیلی که تنظیم سند رسمی و وقوع قطعی معامله به همان شرایط مندرج در قولنامه را اثبات کند به دادگاه تقدیم نکرده است و قبول تقاضای وکیل نامبرده دایر بر اعطای گواهینامه برای تقدیم دلایل جدید نیز بنابه دستور ماده ۱۲۹ قانون آیین دادرسی مدنی امکان ندارد، لذا خواهان محکوم به بیحقی می‌شود و...»

به حکایت پرونده شماره ۴۴۹/۳۸ شعبه ۲۷ دادگاه شهرستان تهران، مدعی به عنوان تخلیه‌ید از عین مستأجره به دادگاه بخش رجوع کرده است. دادگاه حکم بر خلع ید خواننده صادر می‌کند و او، در مقام پژوهشخواهی، ضمن ایراد به صلاحیت دادگاه بخش، به این استناد که دعوی مشمول آییننامه تعدیل سابق است، ادعا می‌کند که به موجب قولنامه عادی و گواهی گواهان و پرونده کیفری ۱۵۰/۳۸ ملک را از مدعی خریده است و صدور حکم بر خلع ید مالک از ملک خویش مجوزی ندارد. دادگاه شهرستان در مقام پژوهشخواهی، پس از رد ایراد به صلاحیت دادگاه بخش، در باب انتقال ملک به وسیله قولنامه بدین شرح اظهار نظر می‌کند:

رای دادگاه

«... و در خصوص ادعای تنظیم قولنامه نسبت به پلاک ۴۴۱۵/۲۷۱:

نظر به اینکه به موجب ماده ۲۲ قانون ثبت، پس از صدور سند مالکیت فقط انتقالی معتبر است که در دفتر املاک به ثبت رسیده باشد و بنابراین، فرضاً که ادعای پژوهشخواه در تنظیم قولنامه و پرداخت مبلغی پول به پژوهشخوانده صحیح باشد، این قضیه نمی‌تواند خللی به مالکیت پژوهشخوانده وارد سازد، و اساساً با توجه به مفاد ادعای پژوهشخواه نیز در خصوص انتقال عین مذکور، سند قابل استنادی تنظیم نشده است، و بنابراین، گواهی گواهان و پرونده کیفری ۱۵۰/۳۸ نیز اصولاً تأثیری در دعوی نخواهد داشت».

از این گونه احکام در مجموعه‌های رویه قضایی و پرونده‌های موجود در دادگستری فراوان به چشم می‌خورد و از مجموع آنها دو قاعده منطقی استنباط می‌شود:

اول. وعده بیع الزام آور و مفاد آن تابع قصد مشترک دو طرف است. پس، اگر ضمن قولنامه تعهد به خرید و فروش شده باشد، اجرای آن را می‌توان از دادگاه مطالبه کرد.

دوم. اگر دو طرف مایل باشند که بیع را با سند عادی واقع سازند، این اراده به دلیل برخورد با قوانین امری مربوط به انتقال املاک، نفوذ حقوقی ندارد. پس اگر شخصی ملک ثبت شده را با سند عادی بفروشد، نه تنها با امضای آن انتقال واقع نمی‌شود، سند عادی نیز به منظور اثبات انتقال در دادگاه پذیرفته نمی‌شود.

در دورانهای بعد خواهیم دید که چگونه این هر دو قاعده مورد تردید واقع شده است، رویه قضایی چرا از آن منحرف شده است و موضع تازه آن چیست؟

ب. حذف قولنامه به عنوان سند الزام آور

چندی این نظر قوت گرفت که، چون قولنامه به صورت شرط ضمن عقد لازم درنیامده است، اعتبار ندارد. منشأ این نظر، بخشنامه شورای عالی قضایی و نظر کمیسیون استفتاءات آن شورا بود. در پاسخی که کمیسیون به

پرسش یکی از دادرسان داده است می‌خوانیم:

«به نحوی که در بخشنامه شماره ۱/۶۰۵۹-۱/۶-۱۳۶۲/۲ تصریح شده، آنچه صرفاً قولنامه است و ترتیب مقرر در آن ضمن عقد لازم انجام نگرفته و تعهد نشده، اعتبار قانونی و شرعی ندارد و دادگاه‌ها نمی‌توانند طرفین را الزام به وفا نمایند. بنابراین اگر راجع به زمین قولنامه تنظیم و وعده معامله داده شده و ضمن عقد لازم شرط نشده باشد، لازم الوفاء نیست.»^۲

پس از خواندن این نظر، نخستین پرسشی که به ذهن هر حقوقدان می‌رسد این است که چگونه می‌توان به دادگاه‌های کشور بخشنامه صادر کرد و تفسیر قانون یا راه‌حلی را به آنان دستور داد؟ آیا بخشنامه مفهوم خود را از دست داده است یا دادگاه‌ها به شکل نهادی اداری و تابع دستور درآمده است؟

از این پرسش تأسف آورده که در مقدمه نیز به آن اشاره شد. می‌گذریم و به ریشه‌های اقتصادی و حقوقی این نظر می‌پردازیم: می‌دانیم که دولت، برای نظارت بر خرید و فروش زمین و انصراف سرمایه‌ها از این بورس خطرناک، تنها به کسانی مجوز خرید زمین می‌داد که مسکن مناسب نداشتند و می‌خواستند به خانه‌سازی بپردازند. این نظارت، در صورتی امکان داشت که انتقال ملک تنها از طریق دفاتر اسناد رسمی صورت پذیرد و قولنامه‌های عادی وسیله فرار از قانون نشود. پس، طبیعی بود که دولت وسیله‌ای اندیشد تا قولنامه از اعتبار بیفتد و راه‌گریز از قانون مسدود گردد. بخشنامه شورا ابزار مصلحت‌گرایی بود که در سرپوش استدلال فقهی به میدان می‌آمد تا کارگزار شود.

ولی، بازتاب این تمهید شیاع نیرنگی دیگر شد: قولنامه‌ها تبدیل به «مبايعه‌نامه» شد^۳ تا همان‌گونه که مقام‌های قضایی می‌خواستند، مفاد سند

۲. دادگستری جمهوری اسلامی، پاسخ و سؤالات از کمیسیون استفتاءات و مشاورین حقوقی شورای عالی قضایی، ج ۲، ۱۳۶۳.

۳. ارشاد اشخاص به تنظیم «مبايعه‌نامه» به جای «قولنامه» نیز از همان کمیسیون است. به این

انجام دادن یکی از عقود معین (بیع) باشد و خواهیم دید که همین امر مقدمه تحول دیگری در رویه قضایی شد.

آنچه در این میان شگفت آور می نمود، بی اعتنایی به متن قانون بود. هیچ کس توجه نداشت که بیش از نیم قرن است که آزادی قراردادی در قانون مدنی اعلام شده است و ماده ۱۰ آن با صراحت هر عقد را که با قانون مخالف نباشد نافذ می داند و دیگر نیازی نیست که تعهد به خرید و فروش ضمن عقد لازم شرط شود و از آن کسب لزوم کند.

شگفت آورتر اینکه شورای عالی قضایی و مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان، در پیرایشی که در سال ۶۱ از قانون مدنی شد، ماده ۱۰ را حفظ کرده و بدین وسیله بر آن مهر تأیید زده بود و دیگر هیچ بهانه ای برای بی اعتنایی به مفاد آن وجود نداشت. وانگهی، از نظر فقهی نیز تحولی که در فتاوا و استنباط بزرگان فقه پیدا شده بود چشمگیر می نمود: دیگر نظری که امر وفای به عقد (اوفوا بالعقود) را محدود به قالبهای مرسوم در عهد رسول (ص) می کرد اعتبار گذشته را نداشت و گرایش فقیهان به الزام آور شناختن همه قراردادهایی که با شرع مخالفت ندارد، آشکار بود. نگاه اجمالی به نوشته فقیهان متأخر و معاصر نشان می دهد که تا چه اندازه نظر پیشینیان درباره محدود بودن عناوین عقود و الزام آور نبودن عهدی که ضمن عقد معین نیامده است مهجور مانده و چگونه گرایش عمومی به سوی آزادی قراردادی است.^۴

جمله که در پاسخ سؤالی نسبت به لازم الوفاء بودن «وجه التزام» در ۶۲/۷/۲۶ نگاشته شده است توجه کنید: «... علیهذا اخذ وجه التزام تخلف مندرج در سند قولنامه ای که به صورت میبایعه نامه است یا اخذ مابه ازاء آن حسب مورد بلا اشکال است و ماده ۲۳۰ قانون مدنی هم مشعر بر همین معنی است.» (همان نشریه، ج ۱، ش ۱۷).

۴. درباره ریشه نظر مربوط به حاکمیت اراده و لزوم همه قراردادهای در میان مفسران و متقدمان و شیاع آن نزد متأخران، رک. شیخ طبرسی: مجمع البیان، ج ۳/ ص ۱۵۱؛ فاضل مقداد: کنز العرفان، ج ۲/ ص ۷۱؛ مسبیدی: کشف الاسرار، ج ۳/ ص ۵؛ مقدس اردبیلی، آیات الاحکام، ص ۴۶۲ به بعد؛ مجمع الفائدة والبرهان، ج ۱، کتاب متاجر؛ محقق قمی:

پس، معلوم نیست که اصرار شورای عالی قضایی براینکه تعهد در صورتی الزام آور است که به صورت شرط ضمن عقد لازم درآید^۵، تفسیر قانون است یا وضع قانون و عمل به رأی. به اضافه، آیا پیروان این نظر توجه دارند که محدود ساختن نفوذ قراردادها به عقود معین مستلزم الزام آور نبودن قراردادهای بیمه و دلالی و حق العمل کاری و حسابجاری و ده ها قرارداد مورد نیاز مردم است؟

در هر حال، برخورد شدید این نظر با قوانین موجب شد که دیری نیاید و بزودی رو به سستی و انزوا نهد: جمعی از واسطه ها در قولنامه ها آوردند که تعهد ضمن عقد خارج لازم شرط می شود، ولی بیشتر دادرسان در برابر این گفته به پا خاستند و لزوم اشتراط ضمن عقد را، به گونه ای که

جامع الشتات، ص ۵۳۰؛ سید محمد کاظم طباطبایی یزدی: عروة الوثقی، ج ۲/ ص ۲۸۸ و ۳۱۳ و ۳۱۵ که از جمله درباره مفارسه می نویسد: «ولا نسلم انحصارها (ای العمومات) فی المعهودات ولا حاجة الی الدلیل الخاص لمشروعيتها بل هو کل معاملة عقلانية صحيحة الا ما خرج بالدلیل الخاص كما هو مقتضى العمومات»؛ حاشیه بر مکاسب، ج ۲/ ص ۱۱۷ و ۱۱۸ (چاپ سنگی)، که در ص ۱۱۷ و در مقام پاسخ دادن به این سؤال که آیا شرط ابتدایی واجب العمل است، می نویسد: «مقتضى القاعدة وجوب الوفاء به وذلك لصدق الشرط عليه، فانه لغة بمعنى الالتزام والالتزام بل مطلق الجعل»؛ حاج سید ابوالقاسم خویی: مصباح الفقاهة فی المعاملات، ج ۲/ ص ۱۴۲؛ حاج سید احمد خونساری: جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، ج ۳/ ۲۰۱ و ۲۰۲؛ همچنین، ص ۱۴۷، که درباره حدیث «المسلمون عند شروطهم» می خوانیم: «ویمکن ان یقال: هذه الصحيحة ظاهرة فی لزوم العمل بالشروط الابتدائية مع ان المعروف انه كالموعد لا یجب الوفاء به مادام لم یشرط فی ضمن عقد، بل ادعى علیه الاجماع والحمل على صورة الاشتراط فی ضمن العقد بعيد جداً...»؛ ملا احمد نراقی، عوائد الایام، ص ۴۶ که صریح تر از همه می نویسد: «وبالجمله مقتضى العمومات وجوب الوفاء بكل ما یلتزمه انسان لغيره وبعده ولم یظهر اجماع على خلافه و یجب اتباعه وان كان لما وقع فی ضمن العقد» و چند سطر پیش از آن: «اقول ان مقتضى العمومات المتقدمة وجوب الوفاء بالشرط مطلقاً سواء كان قبل العقد او بعده بل لو لم یکن عقد ایضاً...»؛ میرفتاح: عناوین، ص ۱۷۵ و ۲۴۹؛ شیخ محمد حسین کاشف الغطاء: تحریر المجله، ج ۱/ ص ۶۸ و ۶۹؛ سید محمد حجت کوه کمره ای: البیع، ص ۷۰۷.

۵. در پاسخ سؤال دیگری راجع به تعهد موجر نسبت به نوسازی محل مورد اجاره و تحویل به مستأجر، شورای عالی قضایی در ۱۳۶۲/۸/۶ می نویسد: «چنانچه تعهد مذکور در ضمن عقد لازم بوده لازم الوفاء می باشد، و الا شرط ابتدایی است و الزام آور نیست».

شایع و تلقین شده بود، انکار کردند. با وجود این، موضع شورای عالی قضایی را نمی‌توان در عمل بی‌اثر شناخت، زیرا واسطه‌ها و خریداران و فروشندگان هدایت شدند که قولنامه‌ها را «مبايعه نامه» بخوانند و حتی در موردی که وقوع قاطع بیع را موکول به حضور در دفتر رسمی و تنظیم سند رسمی می‌کنند، وانمود سازند که بیع با تراضی در قولنامه واقع شده است. این تمهید موجب شد که رویه قضایی با مسأله تازه‌ای روبرو شود و در مسیر این تحول دوران سوم آغاز شود.

ج. مبايعه نامه به جای قولنامه

در دوران سوم، پس از آن افراط ناهنجار، این تفریط عنوان شد که قولنامه خود سند بیع است و عقد با ایجاب و قبولی که در آن می‌آید واقع می‌شود؛ تعهد به تنظیم سند رسمی برای کمال عقد و نفوذ آن در برابر دیگران است و چهره فرعی دارد. به بیان دیگر، عقد بیع با امضای سند قولنامه واقع می‌شود و مالکیت انتقال می‌یابد. منتها تعهد به تنظیم سند، مانند التزام به تسلیم، بر عهده دوطرف باقی می‌ماند که می‌توان اجرای آن را از دادگاه خواست.

برای نمونه، به رأی شماره ۱۰۶ و ۱۰۵ مورخ ۱۳۶۳/۲/۲۴ شعبه ۲ دادگاه عمومی تهران (حقوقی یک) توجه کنید که چگونه از وقوع بیع با قولنامه عادی سخن می‌گویند؛ گویی که قانونی به نام «ثبت اسناد و املاک» وجود ندارد یا او پای بند به هیچ قانونی نیست:

«... در خصوص دعوی اصلی، با توجه به قولنامه مستند دعوی که مصون از انکار و تکذیب باقی مانده و حاکی از خرید و فروش رقبه فوق‌الذکر و پرداخت مبلغ نه میلیون ریال از ثمن معامله در تاریخهای... یعنی ۱۳ روز قبل از موقع انتقال رسمی مندرج در قرارداد می‌باشد و با التفات به اینکه پرداخت و دریافت‌های مزبور در تاریخهای فوق‌الاشعار قصد خوانده اصلی را به التزام به بیع محرز می‌داند...».

ویژگی رأی در این است که دو طرف نیز سند خود را قولنامه نامیده‌اند و دادگاه نیز پذیرفته است که انتقال رسمی باید در محضر انجام پذیرد، و با وجود این، در رأی می‌بینیم که «قولنامه مستند دعوی... حاکی از خرید و فروش رقبه فوق‌الذکر... می‌باشد». نکته جالب دیگر این است که دادگاه قصد خوانده اصلی را به «التزام به بیع» احراز کرده و از آن نتیجه گرفته است که بیع واقع شده، در حالی که تمام سخن در تفاوت التزام به بیع و خود بیع است. زیرا نتیجه التزام ایجاد حق دینی طلبکار بر مالک و ثمره بیع مالکیت بر عین مبیع (حق عینی) است. به بیان دیگر، نتیجه عقد نخستین انجام دادن انتقال است و ثمره بیع تملیک.

ولی نمونه جالب‌تر و اسف‌انگیزتر موردی است که دادگاه در برابر استناد خوانده به قواعد ثبت و تحلیل تراضی دو طرف بی‌اعتنایی نشان می‌دهد و نظری را که از پیش به او القا شده است بخشنامه وار اعلام می‌کند و گوشه چشمی هم به قوانین ندارد:

موضوع دعوی قولنامه‌ای است که بین مالک آپارتمان و دیگری در باب فروش آن تنظیم و امضاء شده است. خواهان درخواست الزام مالک را به فروش آپارتمان می‌کند و خوانده در مقام دفاع می‌گوید که از حق فسخ مندرج در ماده ۶ قولنامه استفاده کرده است و الزامی به انتقال ندارد.^۶ در این فرض، دادگاه می‌بایست درباره درستی فسخ قرارداد و تحقق شرایط مندرج در ماده ۶ قولنامه اظهار نظر می‌کرد و از آن نتیجه می‌گرفت که مالک هنوز متعهد به فروش است یا از آن التزام رسته و می‌تواند خلع ید متصرف را بخواهد. ولی در رأی شماره ۸۰-۸۱-۶۳/۲/۱۳۸۴ شعبه ۳۴ دادگاه عمومی

۶. در بند ۶ از قرارداد، در شمار تعهدهای خریدار آمده است: «... چنانچه ظرف مدت پانزده روز بعد از دریافت مجوز از بنیاد مسکن انقلاب اسلامی ایران در دفترخانه‌ای که تعیین می‌شود حاضر نشود... مبلغ پنج میلیون ریال (پانصد هزار تومان) از محل پیش‌پرداخت به فروشنده بپردازد.» و در زمره تعهدهای مالک آمده است: «اگر ظرف مدت هجده ماه از تاریخ تنظیم قرارداد، مورد معامله را برای انتقال قطعی آماده ننمود و برای انجام معامله شخصاً در دفترخانه حضور نیافت» که نشانه بارزی از عدم وقوع معامله با امضای قولنامه است.

تهران می‌خوانیم:

«... در ما نحن فيه، اصحاب دعوی با اهلیت قانونی مبادرت به انشاء قرارداد نموده‌اند، نه فقط در این مورد اشتباه و اکراهی ملحوظ نیست بلکه انشاء قراردادهای متعدد را محمول بر قصد و رضای آنان برای انجام معامله تلقی می‌نماید.»

در این رأی، دادگاه قولنامه‌ای را که دو طرف در آن تعهد به انتقال رسمی و قطعی در دفتر اسناد رسمی کرده‌اند و در آن آمده است: «کلیه هزینه‌های لازم جهت آماده نمودن مورد معامله برای انتقال قطعی و رسمی تا روز انتقال به عهده فروشنده است»، از پیش خود مبایعه‌نامه شمرده و به صراحت اعلام کرده است که: «از همان تاریخ آپارتمان مورد نزاع در ملکیت بانو... (خریدار قولنامه) مستقر شده.»

دیوان کشور نیز در رأیی انتقاد آمیز از ورود در بحث گریخته و به شیوه حاکمان، نه دانشمندان و مرشدان، تنها اعلام کرده است که: «چون حکم فرجام‌خواسته از لحاظ رعایت قانون و قواعد دادرسی بلاشکال است... ابرام می‌شود» اصل رأی، که حاوی جریان اجمالی پرونده است، بدین شرح است:

خلاصه جریان پرونده: بدو آقای... به وکالت آقای... دادخواستی به خواسته خلع ید و تخلیه یک دستگاه آپارتمان طبقه دوم از مورد ثبت سند مالکیت شماره ملک ۳۷/۳۶۹ شماره ثبت ۱۵۴۶۴۵ دفتر ۴۳۱ صفحه ۵۴۵ (سند مالکیت مزبور بعد از تاریخ تنظیم قرارداد ۱۳۶۰/۱۱/۱۱ در تاریخ ۱۳۶۰/۱۲/۱۳ صادر شده) و آپارتمان مزبور در تصرف و محل سکونت خوانده می‌باشد. مقوم به مبلغ ۲۱۰۰۰۰ ریال به طرفیت خانم... تقدیم دادگاه‌های عمومی تهران نموده که به شعبه ۳۴ دادگاه عمومی تهران ارجاع گردید و به شرح دادخواست توضیح دادند: به موجب ماده ۱۰ قانون مدنی قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است و در مورد ما نحن فيه به موجب ماده ۶ قرارداد مورخه ۶۰/۱۱/۱۱ فیما بین خوانده و موکل مقرر گردیده:

«... در صورتی که فروشنده ظرف مدت هیجده ماه از تاریخ تنظیم قرارداد مورد معامله را برای انتقال قطعی آماده ننمود و برای انجام معامله شخصاً در دفترخانه حضور نیافت علاوه بر رد ده میلیون ریال دریافتی مبلغ پنج میلیون ریال به عنوان جبران خسارات وارده بدون هیچ گونه عذر و بهانه‌ای به خریدار پردازد... و چنانچه خریدار ده میلیون ریال پیش پرداخت و پنج میلیون ریال خسارات خود را دریافت کرد ظرف یک هفته آپارتمان را باید تخلیه نماید». و مرکل آماده است به استرداد مبلغ ده میلیون ریال و خسارات و با توجه به شرح قراردادهای مورخه ۵۹/۴/۱۵ و ۶۰/۱۱/۱۱ از جمله ماده ۴ قرارداد که بنابر نحوه تفکیک مبیع و ثمن و شرایط متغیر می‌گردد و ماده ۹ قرارداد که در آن احتمال عدم انجام معامله داده شده و براین پایه آقای... چکی به مبلغ ده میلیون ریال مقارن با امضای قرارداد تسلیم خواننده نموده است و همچنین ماده ۶ قرارداد که مشروحاً و مستدلاً بیان شده محرز و مسلم است که اصولاً عقد بیعی وجهاً من الوجوه واقع نشده و صیغه شرعی جاری نگردیده است و مبیع با مختصاتی که در ماده ۳۵۰ قانون مدنی ذکر شده انطباق نداشته و ماده ۱۸۸ همان قانون که مقرر داشته: «عقد خیاری آن است که برای طرفین و یا یکی از آنها و یا برای ثالث اختیار فسخ باشد» و ماده ۳۹۹ قانون مدنی: «در عقد بیع ممکن است شرط شود که در مدت معینی برای بایع و مشتری یا هر دو یا شخص خارجی اختیار فسخ معامله باشد» و بنابر مفاد مزبور موکل فسخ معامله را اعلام می‌نماید و چون خواننده از اجرای قسمت اخیر ماده ۶ قرارداد مورخه ۱۳۶۰/۱۱/۱۱ استنکاف نموده است و به استناد فتوکپی سند مالکیت و فتوکپی مصدق وکالتنامه و فتوکپی مصدق قراردادهای مورخه ۵۹/۴/۱۵ و ۶۰/۱۱/۱۱ و فتوکپی دو فقره اظهارنامه مورخ ۶۱/۱۱/۵ و ۶۲/۴/۱۳ صدور حکم بر الزام خواننده به اجرای مفاد قسمت اخیر ماده ۶ قرارداد و خلع ید و تخلیه از آپارتمان مورد مالکیت موکل و خسارات من جمیع الجهات را خواستار گردید. همچنین آقای... به وکالت بانو... دادخواست دعوی تقابل به خواسته دعوی متقابل در پرونده ۳۹۹/۶۲ شعبه ۳۴ دادگاه عمومی تهران (شمیران) به خواسته الزام خواننده به تنظیم سند رسمی انتقال به شرح متن

دادخواست و خسارات قانونی به طرفیت آقای... تقدیم داشته و به شرح دادخواست توضیح داده است. ریاست محترم شعبه ۳۴ دادگاه عمومی تهران (شمیران) برطبق قرارداد مورخ ۵۸/۹/۷ آپارتمان طبقه دوم جزء پلاک ۳۷/۳۶۹۸ واقع در دروس مشتمل بر سه اتاق خواب و هال و سالن پذیرایی با فیش تلفن و سایر لوازم و متعلقات آن از طرف آقای... وکیل رسمی آقای... به آقای... همسر موکل فروخته و مورد معامله نیز با پرداخت سه میلیون ریال بابت قسمتی از ثمن معامله به خریدار تسلیم و تحویل گردید. به موجب این قرارداد فروشنده متعهد شده ظرف مدت شش ماه مدارک لازم برای انجام معامله رسمی از قبیل گواهی پایان کار و برگ تفکیک و غیره را آماده و با اعلام مراتب به خریدار در دفترخانه ۱۷۸ تهران حضور یافته و تشریفات مربوط به تنظیم سند رسمی انتقال را انجام دهد و بقیه ثمن مورد معامله را بپذیرد که انجام نداد و با توافق طرفین موعده انجام آن تا تاریخ ۱۳۶۰/۵/۱ تمدید شد. ولی پیش از فرا رسیدن تاریخ مذکور مقررات جدیدی در خصوص واحدهای مسکونی به تصویب رسیده و معاملات مسکن مدتی در تهران متوقف شد در این احوال قرارداد جدیدی بین آقای... وکیل رسمی آقای... و بانو... همسر آقای... به امضا رسید که ضمن آن با موافقت آقای... کلیه حقوق و تعهدات مشارالیه در قرارداد سابق به بانو... انتقال یافت و آپارتمان مورد معامله نیز به تصرف خریدار جدید داده شد. سپس به منظور استفاده از اولویت مذکور در ماده ۶ لایحه قانونی آییننامه اجرایی دفتر معاملات مسکن مصوب تیرماه ۵۹ طرفین متفقاً به دفتر معاملات مسکن مراجعه و قرارداد فیما بین خود را در تاریخ ۵۹/۵/۲ به مهر دفتر معاملات مسکن رسانیدند. خلاصه در پایان سال ۱۳۶۰ آقای... پس از دو سال اقامت در خارج از کشور به ایران مراجعت و بنا به پیشنهاد و اصرار مشارالیه که خواهان افزایش بهای آپارتمان مورد معامله بود قرارداد جدیدی به تاریخ ۱۳۶۰/۱۱/۱۱ بین طرفین منعقد گردید و برطبق قرارداد جدید بهای آپارتمان مزبور از یازده میلیون ریال به هفده میلیون و پانصد هزار ریال افزایش یافت و علاوه بر سه میلیون ریال پرداختی قبلی هفت میلیون ریال دیگر از ثمن معامله طی چک شماره ۶۰۷۴۳۸-۱۳۶۰/۱۱/۱۱ از طرف موکل به فروشنده

پرداخت گردید و بقیه قرار شد بعد از تنظیم سند رسمی پرداخت گردد و فروشنده مدارک مذکور در قرارداد را تهیه و تحویل خریدار داد ولی حاضر به تنظیم سند رسمی نگردید و حتی در زمستان سال ۱۳۶۱ آقای... که مجدداً به خارج از کشور رفته بود به ایران مراجعت نمود و لدی الورد طبقه اول همین ساختمان را به موجب سند رسمی ۳۱۰۵۸- مورخ ۱۳۶۱/۱۰/۲۷ به آقای... و خانم... به بیع قطعی واگذار کرد و از اینجا معلوم شد که برای انتقال رسمی آپارتمان به موکل هیچ مانع قانونی وجود نداشته و ندارد، معهذا خواننده در مورد انتقال رسمی آپارتمان به موکل به انگیزه تحصیل منافع بیشتر و بالا بردن بهای آپارتمان به دفع الوقت گذراند و تدریجاً آشکار گردید که از انجام آن امتناع دارد و با ارسال اظهارنامه نه تنها حاضر به انتقال آن نگردید بلکه دادخواستی نیز به خواسته خلع ید و تخلیه آپارتمان و فسخ قرارداد تقدیم دادگاه نمود که به شعبه ۳۴ دادگاه عمومی تهران ارجاع شده که به هیچ وجه منطبق با موازین قانونی نیست و به عنوان دادخواست متقابل در برابر دعوای نامبرده مطرح نمودم و ضمن دفاع از دعوی مطروحه به موجب مندرجات دادخواست متقابل و استناد منضم به آن و اینکه موکل با فروش خانه خود و با وجوه حاصله از فروش آن آپارتمان مورد معامله را که در حال حاضر یگانه سرمایه زندگی اوست خریداری نموده است که خانواده چهار نفری در آن زندگی نمایند رسیدگی و صدور حکم بر رد و بطلان دعوی آقای... و محکومیت او را به تنظیم سند رسمی انتقال آپارتمان به نام موکل با کلیه مشاعات و مشترکات و متعلقات مورد معامله و خسارت قانونی به سود موکل را خواستار گردیدم و در جریان رسیدگی آقای... از وکالت آقای... استعفا نمود و آقای... به وکالت مشارالیه تعیین شد و شعبه ۳۴ دادگاه عمومی تهران در تاریخ ۶۲/۸/۳ با اعلام وحدت رسیدگی نسبت به دعوای اصلی و تقابل به علت داشتن ارتباط کامل اصحاب دعوی را برای رسیدگی دعوت نمود و بالاخره دادگاه مرجوع الیه پس از رسیدگی و استماع و انعکاس اظهارات وکلای اصحاب دعوی و استعلام از وضعیت ثبتی محل و وصول پاسخ به موجب دادنامه فرجامخواسته بدین خلاصه «با ملاحظه محتویات پرونده و خصوصاً قراردادهای تنظیمی مدافعات

وکیل خواهان دعوی اصلی را موجه نمی‌داند زیرا به موجب مبایعه‌نامه مورخ ۵۹/۴/۱۵ آقای ... به وکالت از آقای ... با اجازه حاصل از وکالت‌نامه رسمی ۳۰۰۷۰ مورخ ۵۸/۸/۲۲ تنظیمی در دفترخانه اسناد رسمی شماره ۱۷۴ تهران و متعاقب آن به تاریخ ۶۰/۱۱/۱۱ آقای ... یک باب آپارتمان متعلق به خود را با مشاعات مربوط واقع در زمین شماره ۳۶۹۸ فرعی از ۳۷ اصلی از بخش ۱۱ تهران را با توجه به صورت‌مجلس تفکیکی ۲۳۴۲۳ مورخ ۶۰/۱۲/۱۸ با سایر مشخصات منعکس در قرارداد به مبلغ ۱۷,۵۰۰,۰۰۰ ریال به خانم ... منتقل و قسمت اعظم ثمن معامله را دریافت و آپارتمان به تصرف خریدار داده عقد بیع با کلیه شرایط اساسی آن محقق و از همان تاریخ آپارتمان مورد نزاع در ملکیت بانو... مستقر شده زیرا مستفاد از مفهوم و منطوق ماده ۱۹۰ قانون مدنی این است که برای صحت هر معامله قصد و رضای طرفین و اهلیت آنان و موضوع معینی که مورد معامله قرار می‌گیرد و مشروعیت جهت آن شرط اساسی است که در مانحن‌فیه اصحاب دعوی با اهلیت قانونی مبادرت به انشاء قرارداد نموده‌اند نه فقط در این مورد اشتباه و اکراهی ملحوظ نیست بلکه انشاء قراردادهای متعدد را محمول بر قصد و رضای آنان برای انجام معامله تلقی می‌نماید. با توجه به مراتب مرقوم دادگاه عقد بیع را با اوصاف اعلام شده پس از تصرف دادن مبیع خاتمه یافته می‌داند و اگر برای انجام معامله وجه التزامی در نظر گرفته شده نه فقط وجه التزام مقرر در ارکان اساسی عقد خلل وارد نمی‌سازد بلکه آن را از موجبات استحکام عقد بیع دانسته و مؤید قصد و رضای کامل طرفین برای انجام معامله می‌داند. بنابراین با عنایت به نامه جوابیه ثبت شمیران که مالکیت آقای ... را در ملک مورد انتقال گواهی کرده و با توجه به گواهی شماره ۲۳۰۰۲ سازمان مسکن که به بانو... در سطح تهران اجازه فرم مسکن داده شده با قبول ادعای آقای ... ضمن صدور حکم به رد دعوی مطروحه از طرف وکلای آقای ...، نامبرده را ملزم می‌سازد با حضور در دفتر اسناد رسمی آپارتمان احداث شده در زمین شماره ۳۶۹۸ فرعی از ۳۸ اصلی در بخش ۱۱ تهران را با توجه به صورت‌مجلس تفکیکی ارائه شده با مشاعات مربوطه و عنایت به مبایعه‌نامه‌های مورد اشاره به مبلغ

۱۷,۵۰۰,۰۰۰ ریال به خانم انتقال رسمی دهد بدیهی است
 ده میلیون ریال از ثمن معامله پرداخت گردیده» با رد دعوی خواهان
 اصلی حکم به الزام آقای... به حضور در دفتر اسناد رسمی و انتقال
 رسمی آپارتمان فوق الذکر صادر نمود و به موجب رأی تصحیحی شماره
 ۱۶۴ دادنامه های شماره ۸۱ و ۸۰ مورخ ۶۳/۲/۲۳ را از لحاظ شماره
 اصلی از ۳۸ به ۳۷ اصلاح نمودند بر اثر فرجامخواهی وکیل آقای...
 پرونده به دیوان عالی کشور ارسال و به این شعبه ارجاع گردید و وکیل
 فرجامخواه ضمن لایحه فرجامی اعلام داشته عقد بیعی واقع نشده و
 وصف حقوقی آنچه انجام پذیرفته قولنامه است نه مبایعه نامه و بعلاوه
 ثمن در قولنامه معین نیست و ماده ۲۲ قانون ثبت مانع از این است که
 بیع (تملیک عین) با سند عادی واقع شود. برطبق متن قرارداد تراضی
 شده است که فرجامخواه پس از گرفتن وجه التزام آپارتمان را تخلیه
 نماید و انتقال قطعی و رسمی واقع نشده و اجازه سکونت فرجامخواه در
 آپارتمان مورد گفتگوبه هیچ وجه حکایت از قطعی بودن بیع و وقوع
 انتقال در نظر طرفین ندارد و وقوع قراردادهای متعدد نیز خود گواه بر
 جازم نبودن طرفین و عدم وقوع انتقال است و بعلاوه میبایع و ثمن مبهم
 بوده است و بی گمان بیع باطل است و بعلاوه وجه التزام بهای معامله
 بوده است و خلاصه قراردادهای بین طرفین از جمله قرارداد مورخ
 ۶۰/۱۱/۱۱ نه مبایعه نامه است و نه سبب تملیک و انتقال بلکه قرارداد
 خصوصی است و تخلف از قولنامه نیز وجه التزام دارد و حکم
 فرجامخواسته به دلیل مخالفت با اصل ۱۶۸ قانون اساسی و ماده ۲۲
 قانون ثبت و مفاد سند حاکم بین طرفین و دادن معنای دیگر بدان
 برطبق مواد ۵۵۶ و ۵۵۹ و ۵۶۳ قانون آیین دادرسی مدنی بایستی نقض
 شود و تقاضای نقض حکم رانمودند. وکیل فرجامخوانده نیز لایحه
 تقدیم داشته و ضمن شرح مطالبی و استناد به آراء دیوان عالی کشور و
 با عنایت به مندرجات دادخواست متقابل صدور رأی بر ابرام دادنامه
 فرجامخواسته را تقاضا نمود که لوایح هنگام شور قرائت می شود.
 هیأت شعبه در تاریخ بالا تشکیل گردید پس از قرائت گزارش آقای...
 عضو ممیز و اوراق پرونده مشاوره نموده چنین رأی می دهند:

بسمه تعالی

اعتراضات وکیل فرجامخواه ماهوی و خدشه به تشخیص و نظر قضایی دادرسان دادگاه است که در دیوان عالی کشور مورد توجه واقع نمی‌شود و چون حکم فرجامخواسته از لحاظ رعایت قانون و قواعد دادرسی بلااشکال است به استناد ماده ۵۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی ابرام می‌شود.

از ایرادهای ماهوی دعوی می‌گذریم، چرا که ما را از مبحث اصلی دور می‌کند. تنها براین دو نکته پا می‌فشاریم که:

۱. چگونگی دادگاه می‌تواند سندی را که دو طرف قولنامه نامیده‌اند، «مبایعه‌نامه» شمارد و برخلاف همه اماره‌های قضایی موجود در سند، ادعا کند که مقصود بیع قطعی و انتقال بوده است؟

۲. بر فرض که پذیرفته شود قصد دو طرف نیز «بیع» بوده است، چگونه این قصد را که برخلاف قانون است می‌توان نافذ شمرد و ملک ثبت شده را پیش از تنظیم سند رسمی و ثبت در دفتر املاک منتقل شده دانست؟ به طور معمول، قولنامه در صورتی تنظیم می‌شود که دو طرف آمادگی انتقال قطعی و معامله را ندارند و می‌خواهند با گرفتن تعهد از یکدیگر، وقوع عقد را در آینده تضمین کنند، و در واقع، باید آن را «پیش قرارداد بیع» نامید: پیش‌بینی «وجه التزام» برای طرفی که از وفای به عهد سرپیچی کند و امکان رها شدن طرف دیگر، همه از نشانه‌های ناتمامی عقد در دید دو طرف است و نباید فریفته عنوان خریدار و فروشنده، که به اعتبار هدف نهایی قرارداد به آنان گفته می‌شود، شد و قولنامه را سند بیع نامید.

در بیشتر قولنامه‌ها نشانه‌های آشکاری بر مقدماتی بودن سند دیده می‌شود: مانند اینکه طرفین متعهدند ظرف یک ماه برای انتقال قطعی به

محضر بروند. تسلیم مبیع نیز که خود اماره قطع علاقه فروشنده از آن است، بویژه در مورد املاک، موکول به تنظیم سند رسمی و پرداختن ثمن می‌شود و به خوبی می‌رساند که انشاء تملیک در سند رسمی انجام می‌گردد. به همین جهت نیز دادگاه‌ها در مواردی که ثمن به طور کامل پرداخته شده و مبیع تسلیم خریدار گشته است، به وقوع بیع پافشاری می‌کنند (چنانکه در رأی شماره ۸۰ شعبه ۳۴ دادگاه عمومی چنین بوده است).

ولی مهمتر از این مسأله ماهوی که وابسته به مفاد سند و اوضاع و احوال است، باید دانست که، بر فرض قصد دو طرف بر وقوع بیع احراز شود، اجرای این خواسته، بویژه در مورد املاک ثبت شده، با قانون مخالف است:

ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک به صراحت اعلام می‌کند: «همین که ملکی مطابق قانون در دفتر املاک به ثبت رسید، دولت فقط کسی را که ملک به اسم او ثبت شده و یا کسی که ملک مزبور به او منتقل گردیده و این انتقال نیز در دفتر املاک به ثبت رسیده یا اینکه ملک مزبور از مالک رسمی ارثاً به او رسیده مالک خواهد شناخت...». مفاد این ماده که از ماده ۲۱۶ قانون تعهدات سویس گرفته شده و مربوط به نظم عمومی است، دلیل بی اعتباری سند عادی و اعلام این حکم است که ملک ثبت شده، جز از راه تنظیم سند رسمی، انتقال نمی‌یابد.^۷ در تأیید این نظر، با همه روشنی، می‌توان افزود:

7. "Les ventes d'immobles ne sont valables que si elles sont faites par acte authentique..." Art. 216. Co. Suisse.

در همین زمینه، دادگاه فدرال سویس اعلام می‌کند: «در مورد معاملات غیرمنقول، سند رسمی به منظور اثبات و تأمین امنیت حقوقی مقرر شده است» (رک. پیرآنژل: رساله تعهدات در حقوق سویس، ش ۵۶، ص ۱۸۳) و نیز می‌گوید: «اگر قانون شکل رسمی را برای بیع غیرمنقول مقرر می‌دارد، تنها برای این نیست که فروشنده را ملزم به انتقال مالکیت به خریدار کند، برای طرف تملک کننده نیز هست؛ برای قرارداد انتقال ملکیت در مجموع است.» (همان کتاب).

۱. واژه «دولت» در این ماده به معنی عام خود به کار رفته است و همه مقامهای رسمی کشور از جمله دادگاه و اداره ثبت را دربر می‌گیرد. پس باید پذیرفت که عقد بیع در مورد املاک ثبت شده در زمره عقود تشریفاتی است (مانند طلاق در ایقاعات). تنظیم سند رسمی و حضور در دفترخانه رسمی مقدمه ضروری ثبت انتقال در دفتر املاک است؛ در نتیجه، تملیک و بیع تنها در آن دفتر صورت می‌پذیرد و نباید آن را شرط متأخر یا از آثار عقدی پنداشت که با امضای سند عادی واقع شده است. این پندار در صورتی منطقی می‌نمود که ثبت مفاد سند عادی نیز در دفتر املاک امکان‌پذیر بود؛ ولی در وضع کنونی که لازم است ایجاب و قبول با معرفی شاهدان و معرفان در حضور مأمور رسمی (سردفتر) انجام شود، ملازمه با لغو بودن همه این تشریفات و اعلامها و امضاهای مکرر اسناد رسمی دارد.

۲. اعتقاد به وقوع بیع با ایجاب و قبول عادی این عیب مهم را دارد که پذیرش قولنامه عادی را برای اثبات آن دشوار می‌کند؛ چرا که ماده ۴۸ قانون ثبت مانع از پذیرفتن سند عادی برای اثبات انتقال عین یا منافع املاک است: بدین ترتیب، دادگاه با استناد به قولنامه عادی و اعلام انتقال، به دو متن مهم از قواعد امری (ماده ۴۸ و ماده ۲۲ ق.ث.) تجاوز می‌کند.

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

باید پذیرفت که سند بیع همان است که در دفتر تنظیم می‌شود و سبب انتقال قرار می‌گیرد، بویژه که سردفتر نیز طبق ماده ۴۸ قانون ثبت از پذیرفتن سند عادی انتقال ممنوع است.

۴. حکمت اجباری شدن ثبت املاک و تشریفات مربوط به خرید و فروش آنها، جلوگیری از وقوع معاملات معارض، اعمال نظارت بر انتقال سرزمین ملی، اجرای قوانین مالیاتی و توزیع عادلانه زمین است و از این لحاظ با نظم عمومی ارتباط نزدیک دارد: اگر سند عادی برای اثبات فروش ملک پذیرفته شود و ایجاب و قبول برای وقوع بیع کافی باشد، مالک دغلكار می‌تواند در یک زمان ملک خود را به چند تن بفروشد و از همه آنها بیعانه بگیرد، یا پنهانی آن را به سرمایه‌داران بیگانه بفروشد، یا زمین موات و بایر مورد نیاز دولت را منتقل کند، و سرانجام از دادن مالیات به آسانی بگریزد. پس، برای حفظ حقوق اشخاصی که با مالک طرف معامله می‌شوند و جلوگیری از نزاعهای بیهوده و تمام‌ناشدنی درباره اثبات مالکیت و احراز تاریخ وقوع و چگونگی آن و اهلیت و سمت و هویت دوطرف، مقرر شده است که معامله نزد شاهد متخصص و امینی به نام «سردفتر» واقع شود و از این راه به دفتر املاک برسد.

اعتقاد به اینکه بیع و انتقال با سند عادی واقع می‌شود و ثبت در دفتر رسمی تشریفات متمم آن است، همه تمهیدها را بیهوده می‌کند. پس باید از دادرسانی که در این گرداب اسیرند صادقانه پرسید که آیا رعایت قوانین و مصالح گوناگون اجتماعی و اقتصادی وابسته به آن واجب‌تر است یا رعایت بخشنامه‌های اداری و نظر کمیسیون استفتاء؟ حرمت قاضی به استواری منش و پایداری و اتکای به قوانین است نه اطاعت و دنباله‌روی. اجتهاد تنها در نتیجه برخورد اندیشه‌ها و نگرانی و تحیر و تفکر ممکن است و در عمق آن نوعی اتکای به نفس و سرکشی دیده می‌شود و از همین رو است که ارج و منزلت چنان ولایی دارد، وگرنه اطاعت و اجرای دستور را کارمندان شهرداری و ثبت و نظامیان بهتر و دقیق‌تر می‌دانند.

۵. اعتقاد به وقوع بیع پیش از تنظیم سند رسمی نتایجی به بار می‌آورد که هیچ دادرسی حاضر به قبول آن نیست و ناچار ذهن را به تناقض گویی می‌کشاند. برای توضیح مطلب، به مبانی این اعتقاد باز می‌گردیم: اگر بیع با ایجاب و قبول واقع شود و چنانکه ادعا شده است انتقال صورت پذیرد، تنظیم سند رسمی امری است خارج از عقد، و التزام به انجام دادن آن ناشی از شروط «مبایعه‌نامه» است. دو طرف معامله به غریزه یا هوشیاری دریافته‌اند که پیروی از نظر دادگاه در عمل ممکن نیست و با دشواریهای گوناگون روبرو می‌شوند و به همین دلیل نیز در سند عادی شرط می‌کنند که دو طرف متعهد به تنظیم سند رسمی هستند و برای تضمین آن وجه التزام پیش‌بینی می‌کنند. ولی، فرض کنیم چنین شرطی در «مبایعه‌نامه» نیاید، آیا درست است که خریدار بتواند از ثبت انتقال در دفتر املاک خودداری کند و آن را ناقص بگذارد و در عین حال بتواند در ملک خود تصرف کند و آن را انتقال دهد؟ اگر شما به این سؤال پاسخ مثبت دهید، مقامهای اداری از آن نمی‌گذرند و پاسخشان منفی است. بدون سند رسمی و مالکیت به او جواز ساختمان نمی‌دهند، جواز کسب نمی‌تواند بگیرد، بانک به او اعتبار نمی‌دهد و ملکش را به عنوان وثیقه نمی‌پذیرد... و مانند اینها. زیرا دولت تنها کسی را مالک می‌شناسد که ملک در دفتر املاک به نام او ثبت شده است. پس چه باید کرد؟ دفتر املاک را باید بی اعتبار کرد یا حکم دادگاه را؟^۸

۸. مصریان نیز پس از یک تجربه طولانی و برخورد دشواریهای مربوط به قبول بیع بین فروشنده و خریدار پیش از ثبت (رک. دکتر احمد السنهوری: الوسيط، ج ۴، البيع والمقايضة، ش ۲۴۹ به بعد)، به این نتیجه رسیده‌اند که انتقال مبیع را پیش از ثبت نمی‌توان پذیرفت: در ماده ۹ قانون تنظیم اراضی مصر آمده است: «جميع التصرفات التي من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الاصلية او نقله... يجب شهرها بطريق التسجيل... و يترتب على عدم التسجيل ان الحقوق المشار اليها لا تنشأ ولا تنتقل... لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة الى غيرهم» (همان کتاب، ش ۲۸۱). منتها رویه قضایی هنوز نتوانسته است خود را از گذشته تقلید شده از قانون مدنی فرانسه نجات دهد.