

## آسیب شناسی حقوقی

### قراردادهای تنظیمی توسط بنگاههای مشاور املاک

عباس میرشکاری<sup>۱</sup>

اشاره:

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؛ امری که نمی‌توان آن را به مصلحت جامعه دانست. اما نکته مهم در این است که چرا قراردادهای تنظیمی توسط بنگاههای فوق به یکی از مسایل دعواییز جامعه تبدیل شده است. به نظر نگارنده، جواب این سؤال را از جمله باید در بررسی شکل و محتوای قراردادهای یاد شده جست‌وجو کرد. در این یادداشت، به تحلیل این مسأله خواهیم پرداخت.

**واژگان کلیدی:** قرارداد، اسناد رسمی، اثبات، ثبوت، دفترخانه، بنگاه مشاور املاک

در بررسی شکل و محتوای قراردادهای تنظیمی توسط بنگاههای مشاور املاک، نکات زیر خودنمایی می‌کند. نکاتی که می‌تواند در پاسخ‌گویی به سؤال این نوشته یاری‌رسان باشد؛

**نکته اول - سند تنظیمی در بنگاه املاک، سند عادی محسوب می‌شود:**

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

۱. دانشجوی رشته حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.

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.

#### نکته دوم - آیا با سند تنظیمی در بنگاه املاک، مالکیت منتقل می‌شود یا خیر؟

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.ت. در این خصوص مقرر می‌دارد که اگر ملکی در 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 به‌عنوان طریقه‌ای اثباتی توجه می‌شود. حال، آیا با توجه به این ماده باز هم باید سند رسمی را طریقه‌ای اثباتی دانست یا ثبوتی. یعنی آیا عقد با ایجاب و قبول، واقع می‌شود و ثبت تنها ناظر به مرحله اثبات این عقد است<sup>۱</sup> و یا آنکه حکم به وجود ثبت سند از قواعد ماهوی و مربوط به مرحله ثبوت

۱. «چنانچه از مفهوم و منطوق سند، رضای طرفین و ایجاب و قبول آن‌ها بر وقوع معامله مستفاد گردد فرضاً فروشنده و خریدار و مورد معامله معلوم و مشخص بوده و تمامی ثمن معامله پرداخت و مبیع تحویل و به تصرف خریدار داده شده باشد حسب مواد ۱۰، ۱۹۰ و ۲۱۹ ق.م. و مطابق شرع انور سند مرقوم مبیعه‌نامه و مملک و نافذ است ولو عادی باشد و این امر منافاتی با مواد ۴۷ و ۴۸ ق.ت. ندارد. زیرا مواد مذکور مشعر بر این است که اسناد عادی در محاکم به‌عنوان سند مالکیت پذیرفته نمی‌شود. در صورتی که در مانحن‌فیه دارنده سند یادشده آن را به‌عنوان سند مالکیت ابراز نمی‌نماید بلکه به‌عنوان دلیلی بر وقوع معامله ابراز می‌کند.» (نظریه اکثریت قضات ۱۳۶۵/۷/۱۷، به نقل از: نوبخت، یوسف، اندیشه‌های قضایی، ص ۲۷۷)؛ شعبه ۶ دادگاه عمومی تهران، ۷۵/۹/۲۵؛ شماره ۱۰۹۹: «تنظیم سند رسمی در مورد»

است<sup>۱</sup> و به این ترتیب، خرید و فروش املاک ثبت شده را از مصادیق عقود تشریفاتی قرار داد.<sup>۲</sup> 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 بنگاه‌های مشاور املاک، نبودیم، نظام حقوقی کشور این چنین درگیر این گونه مسایل می‌شد؟!

### نکته سوم - تأثیر عقد وکالت در اسناد تنظیمی در بنگاه‌های املاک:

با توجه به تلقی اسناد تنظیمی در بنگاه‌های 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 وکالت‌نامه‌ای تنظیم می‌گردد؛ این وکالت‌نامه به ویژه از دو جهت زیر می‌تواند برای طرفین خود در دست‌آفرین شود:

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

۱ - به عزل موکل

۲ - به استعفاى وکیل

۳ - به موت یا جنون وکیل یا موکل.»

از مقایسه این ماده با ماده ۱۸۶ و ۹۵۴ همان قانون این نتیجه حاصل می‌شود که وکالت، عقد جایز است.<sup>۳</sup> در نتیجه، همواره بقای حقوقی و اعتبار وکالت‌نامه تنظیمی با ایجاد اسباب انحلال در معرض تردید قرار دارد.

جهت دوم - با توجه به اینکه معمولاً امکان تنظیم سند رسمی به فوریت صورت

۱- معاملات راجع به غیرمنقول در واقع تشریفاتی است برای تسجیل عقد بیع و نه در ماهیت امر و تحقق عقد بیع؛ و نیز نظریه ۷/۵۳۹۷ - ۶۰/۱۲/۵ اداره حقوقی: «مفاد ماده ۴۸ ق.ث. تنها ناظر به آن است که سند ثبت شده قابل استناد در ادارات و محاکم نیست و به عبارتی دیگر به عنوان دلیل قابل ارائه در مرجع رسمی نمی‌باشد ولی ماده مذکور محاکم و ادارات را از پذیرفتن سایر ادله و مدارک برای اثبات انجام معامله منع نکرده است.» (نیسی، سعید، مجموعه نظریات مشورتی اداره حقوقی، بهنامی، ۱۳۸۵، چ. اول، ص. ۴۱۹)؛ به تعبیر برخی از حقوق دانان آنچه پذیرش آن در این ماده نفی شده است، سند است نه مفاد سند (شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادهای و تعهدات، مجد، چ. ۴، ۱۳۸۴، ص. ۱۱۸).

۱. کاتوزیان، ناصر، اثبات و دلیل اثبات، ج. اول، ص. ۱۵.

۲. کاتوزیان، ناصر، اعمال حقوقی، ص. ۳۷ و همچنین عقود معین، ج. اول، ص. ۲۵۶.

۳. میرشکاری، عباس، ماهنامه کانون، کانون سردفتران و دفتریاران، عزل وکیل، ش. ۹۳، خرداد ماه ۱۳۸۸.

نمی‌پذیرد، غالباً خریدار خود اقدام به فروش ملک به دیگری می‌نماید و کلیه اختیارات و تکالیفی را که به موجب وکالت‌نامه از موکل خود گرفته است، به‌طور یک‌جا به شخص دیگری تفویض کرده و برای خود هیچ‌گونه حق و اختیاری قائل نمی‌شود. این‌گونه سند -که یکی از نمونه اسناد متداول در دفاتر اسناد رسمی بوده و با عنوان سند تفویض وکالت شناسایی می‌شود- خود در معرض تفاسیر گوناگون قرار می‌گیرد؛ تفاسیری که سبب اختلافات می‌شود: تسلسل پدیدآمده در روابط وکلا با یکدیگر به‌ویژه آن زمان پیچیده می‌شود که یکی از اسباب انحلال وکالت رخ داده و اعتبار کلیه وکالت‌نامه‌ها را در معرض تردید قرار می‌دهد.<sup>۱</sup>

#### نکته چهارم - تعهد به حضور در دفترخانه اسناد رسمی<sup>۲</sup>

معمولاً، در معاملات، طرفین پس از توافقی اولیه در سندی عادی (با عنوان قول‌نامه و یا بیع‌نامه) تعهد می‌نمایند 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 می‌شود. توضیح بیشتر آنکه گاه در تفسیر این نوع تعهد اختلاف می‌شود 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 به‌ویژه از این جهت مهم می‌باشد که در تعهد به وسیله، اثبات تلاش در تحقق نتیجه و در تعهد به 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. 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.»

۱. نایبی، ناصر؛ میرشکاری، عباس، ماهنامه کانون، کانون سردفتران و دفتریاران، تفویض وکالت، ش. ۱۰۰، دی ماه ۱۳۸۸.

۲. میرشکاری، عباس، ماهنامه کانون، کانون سردفتران و دفتریاران، تعهد به حضور در دفترخانه، ش. ۸۴، شهریورماه ۱۳۸۸.

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 تخییری است.<sup>۱</sup> 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؛<sup>۲</sup> پس باید در پیروی از قصد مشترک طرفین، شرط مورد بحث را به نحوی تفسیر کرد که نیروی الزام‌آور عقد را افزایش دهد.<sup>۳</sup> 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 تا زمانی که امکان انجام این تعهد می‌رود، متعهد نمی‌تواند با پرداخت وجه التزام، خود را از قید تعهد اصلی خود برهاند.» 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 به عنوان وسیله‌ای برای ثبت عدم حضور یکی از طرفین تلقی

۱. محمد خضری بیک، *اصول فقه*، ص. ۵۶؛ «الواجب المعین ما طلبه الشارع عیناً و المخیر ما طلبه الشارع مبهماً فی واحد من امور معینه».

۲. شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر تهران، ۷۵/۸/۱۵، به شماره ۸۲۹: «قید وجه التزام در آن...حاکمی از تأکید بر وفای به عهد و تحکیم و تسجیل آن نه به منظور تزلزل و سست نمودن قرارداد است.»

۳. کاتوزیان، ناصر، *عقود معین*، ج. اول، ص. ۵۵، و نیز: ایزانلو، محسن، *تسروط محدودکننده و ساقط‌کننده مسؤولیت در قراردادها*، ج. ۲، ۱۳۸۶، شرکت سهامی انتشار، ص. ۶۸.

می‌شود که از آن می‌توان به‌عنوان دلیل از پیش فراهم‌شده نام برد.<sup>۱</sup> 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 شاهدانی برای عدم حضور طرف دیگر می‌تواند ارائه دهد؛ آیا می‌تواند با دلیل شاهد، عدم حضور طرف دیگر را اثبات نماید؟ به‌هر روی، این مسأله نیز سبب پیچیدگی دعاوی می‌گردد.

### نکته پنجم - 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 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 یابند 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 بلامرجح است.

۱. کاتوزیان، اثبات و دلیل اثبات، همان، ص. ۳۱.

### نتیجه:

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 ننهاد 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 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 راه‌بلد و راهنمای مسافرانی شود که خود از آغاز و انجام راه بی‌خبرند و به پشتوانه اعتماد و اطمینان، دست در دست این راهنما گذاشته‌اند.

آنچه در این یادداشت گفته شد، گوشه‌ای از نگرانی‌هایی است که در خصوص آسیب‌شناسی قراردادهای تنظیمی در بنگاه‌های مشاور املاک به ذهن نگارنده رسیده 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 در خصوص قراردادهای مورد بحث نبود، شاید می‌توانست مجالی برای تکامل و ترقی در خصوص 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 می‌نماید.

### منابع:

- ۱ - ایزانلو، محسن، *تسروط محدود کننده و ساقط کننده مسؤولیت در قراردادها*، انتشار، چ. ۲، ۱۳۸۶.
- ۲ - شهیدی، مهدی، *تشکیل قراردادها و تعهدات*، مجد، چ. ۴، ۱۳۸۴.
- ۳ - کاتوزیان، ناصر، *عقود معین*، ج. اول، بهنشر، چ. ۷، ۱۳۷۸.
- ۴ - \_\_\_\_\_، *اعمال حقوقی*، انتشار، چ. ۱۰، ۱۳۸۴.
- ۵ - میرشکاری، عباس، *عزل وکیل*، ماهنامه کانون، کانون سردفتران و دفترباران، ش. ۹۳، خرداد ماه ۱۳۸۸.
- ۶ - \_\_\_\_\_، *تعهد به حضور در دفترخانه*، ماهنامه کانون، کانون سردفتران و دفترباران، ش. ۸۴، شهریورماه ۱۳۸۷.