

پژوهش‌های حقوقی

شماره ۱۴

هزار و سیصد و هشتاد و هفت - نیمسال دوم

مقالات

- دیوان کیفری بین‌المللی و صدور قرار جلب «عمر البشیر»
- قتل و صدمه بدنی در منازعه
- تحقیق و توسعه فناوری نانو از نگاه حق بر سلامتی
- چالش‌های مفهوم رزمنده در حقوق بشر دوستانه بین‌المللی
- ادغام شرکت‌های تجاری از منظر قوانین ایران
- تحریم هوایی ایران با رویکردی به کنوانسیون شیکاگو
- موضوع ویژه: چالش‌های معاملات املاک در نظام حقوقی ایران
- نقش سند رسمی در بیع املاک
- جایگاه دفاتر اسناد رسمی در تنظیم معاملات املاک و خلأهای حقوقی آن
- چالش‌ها و نارسایی‌های موجود ناشی از درج قیمت منطقه‌ای به جای قیمت واقعی
- ماهیت حقوقی پیش‌فروش آپارتمان و راهکارهای ثبت رسمی آن
- تحلیل حقوقی دعوی اثبات مالکیت
- نقد: لایحه قانون تجارت
- نقد شیوه قانون‌نویسی در لایحه قانون تجارت
- تأملاتی در خصوص لایحه قانون تجارت مصوب تیرماه ۱۳۸۴ هیأت وزیران
- بررسی انتقادی ابواب یکم تا ششم لایحه قانون تجارت
- نقد مقررات ابواب پنجم و هفتم لایحه قانون تجارت
- نگاهی به مقررات لایحه قانون تجارت در باب ضمانت مستقل
- نقد و بررسی ادغام شرکت‌های تجاری در لایحه قانون تجارت





http://jlr.sdil.ac.ir/article_43735.html

مجله پژوهش‌های حقوقی (علمی - ترویجی)، شماره ۱۴، نیمسال دوم ۱۳۸۷
صفحات ۲۹۱ الی ۳۳۳، تاریخ وصول: ۱۳۸۷/۲/۴، تاریخ پذیرش: ۱۳۸۷/۱۱/۱۰

تحلیل حقوقی دعوای اثبات مالکیت

دکتر عبدالله خدابخشی*

چکیده: در بسیاری از مراجع قضائی دعوایی با عنوان «اثبات مالکیت» مطرح می‌شود و دادگاه‌ها در مورد قابلیت استماع آن اختلاف دارند. برخی با توجه به اصل قابلیت استماع دعوای، این دعوا و دعوای مرتبط با آن، مانند تنفیذ قولنامه را می‌پذیرند. در مقابل، نظم حاکم بر طرح دعوای، نفع در پذیرش دعوا و واجد اثر بودن آن، اصل تأسیسی بودن احکام و ضرورت ایجاد نظم حقوقی تازه در روابط اشخاص، از جمله دلایلی است که پذیرش دعوای اثبات مالکیت را دشوار و با جمع شدن دلایل دیگر، غیرممکن می‌کند. به نظر ما و با توجه به تعدد روابط حقوقی و پیچیدگی آنها، نفی یا پذیرش مطلق این دعوا، صحیح نیست. هرچند باید اصل را بر غیر قابل پذیرش بودن آن دانست اما از قابلیت طرح دعوای اثبات مالکیت، به صورت استثناء و در برخی از وضعیت‌های حقوقی خاص می‌توان دفاع نمود.

کلیدواژه‌ها: دعوای اثبات مالکیت، اثر اعلامی رأی دادگاه، اثر تأسیسی رأی دادگاه، ثبوت، اثبات، کامن‌لا

مقدمه

سهم رویه قضائی در کشف، توصیف و قلمرو قواعد دادرسی مدنی بر خلاف دادرسی کیفری، بسیار است؛^۱ قواعد عام و مجرد در تمام حوزه‌های حقوق اعم از ماهوی و

* دادیار دادرسی عمومی و انقلاب مشهد

۱. قواعد مربوط به دادرسی کیفری به دلیل اهمیت و حساسیت موضوعات تابع آن، ارتباط مستقیم با منابعی از حقوق دارند که در رأس «هرم حقوقی» واقع شده‌اند. در ایالات متحد، قانون اساسی و اعلامیه حقوق بسیاری از

شکلی، به وسیله قضات، حالت ملموس و قابل تطبیق با واقع را به دست می‌آورد و عدالت نوعی، تبدیل به عدالت نسبی می‌گردد. عدالتی که از آن، به انصاف نیز تعبیر می‌شود.^۲ رویه قضائی بر اساس کارکردهای عملی و برای حمایت از حقوق ماهوی، دست به گسترده‌ترین تفاسیر، حمایت‌ها و تضمین‌ها می‌یازد و در مواردی ظاهر مقررات را قربانی انصاف می‌نماید. اما این یک روی سکه طلائی رویه قضائی است؛ روی دیگر آن با خشت سرد و زمخت شناخته می‌شود و این چهره رویه قضائی به جای ایفاء نقش صحیح در عرصه روابط حقوقی، بر سردی قواعد قانونی صحنه بیشتری می‌گذارد.^۳ موارد بسیاری از این روی زمستانی و سرد رویه قضائی در عمل مشاهده می‌شود و در این نوشتار در صدد بیان یکی از آنها خواهیم بود؛ «دعوای اثبات مالکیت» دعوایی که بی‌گمان در تمام دادگاه‌های ایران امکان تحقق بالقوه و بالفعل را دارد و نقد

اصول و بنیادهای دادرسی کیفری و تضمینات اساسی را پیش‌بینی کرده و مانند قوانین عادی، در مواردی به جزئیات دادرسی نیز اشاره نموده است. به موجب رأی ۹ اکتبر ۱۹۸۰ دیوان کشور فرانسه، قواعد دادرسی کیفری تنها باید از مجرای قانون‌گذاری اعمال شوند و نقش تصویب‌نامه یا آیین‌نامه یا تفسیر قضائی در آن محدود خواهد بود. نک: گاستون استفانی، ژرژ لواسور، برنار بولوک، آیین دادرسی کیفری، جلد اول، موضوع و نهادهای دادرسی کیفری، ترجمه حسن دادبان، تهران، انتشارات دانشگاه علامه طباطبائی، چاپ اول، ۱۳۷۷، صص ۹۴-۹۳.

۲. یکی از خصایص کار دادرسان در هنگام قضاوت که استقلال رویه قضائی را نشان می‌دهد توجه به ویژگی‌های هر رابطه حقوقی در «موقعیت خاص» خود می‌باشد که ممکن است متفاوت از «موقعیت کلی» که قانون مقرر می‌کند، باشد. به عبارت دیگر قاضی در ملموس‌ترین و عینی‌ترین وضعیت طرفین قرار می‌گیرد و بهتر از احکام کلی قانون می‌تواند جنبه‌های غیرقابل پیش‌بینی رابطه حقوقی را کشف کند. جنبه‌هایی که به تعبیر ارسطو به انصاف تعبیر می‌شوند. به این معنا که «اگر پس از وضع یک قاعده عام، موردی پیش آید که به نحوی در چارچوب الگوی عام نگنجد، در این صورت چنانچه اجراء فرمان قانون‌گذار در این مورد موجب بروز خطا شود، درست این است که کاستی مزبور را طوری اصلاح کنیم که اگر قانون‌گذار حاضر بود و یا اگر به هنگام وضع قانون از این مورد آگاهی داشت همین گونه عمل می‌کرد». نقل از جان کلی، تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، ترجمه محمد راسخ، تهران، طرح نو، چاپ اول، ۱۳۸۲، ص ۷۰. سخن زیبایی نیز از ریپر به این امر اشاره دارد. آنجا که می‌گوید: «مقنن دوست ندارد که خود را به صورت معلم اخلاق درآورد. به علاوه انجام این کار برای او مشکل است زیرا «جنبه مجرد، کلی و دائمی قانون»، جز به سختی امکان نمی‌دهد که تکالیف متنوع اخلاقی مورد توجه او قرار گیرد. بر عکس، قاضی که میان منافع و تمایلات و گرایش‌های رقابت‌آمیز قرار گرفته و به صورت داور جلوه می‌کند، باید ارزش اخلاقی متداعیین را به حساب آورد و مورد توجه قرار دهد».

George Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 4th edition, 1949, p. 34.

۳. اشاره به سخن کاربونیو استاد فرانسوی با این بیان که «قانون‌گذار بر سنگی مرمرین و سرد دست‌خط خود را حکاکی کرده است ولی این دادرسان هستند که باید در صحنه نمایش آن را حرکت و حیات بخشند». نقل از ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، جلد سوم، منطق حقوق، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۷۷، ص ۳۹.

اساسی و بنیادین از آن به عمل نیامده است. همین واقعیت در مواردی سبب نتایج نامطلوب، خلاف قاعده و خلاف انصاف شده و ضرورت تساوی «مقابل قانون»، اعتماد به رویه قضائی و جلوگیری از سوء استفاده از حق اقتضاء دارد مانع تسری بیشتر چنین نتایجی شویم.

برای تحلیل بحث و اشاره به نقاط قوت و ضعف رویه قضائی در دعوای اثبات مالکیت، نگاهی تطبیقی برای استخراج بنیادهای مربوط به آن لازم است. این نگاه به ویژه متوجه نظام حقوقی کامن لا است؛ تا با «دادرسی ترین نظام حقوقی» در برخورد با طرح دعوا، به صورت اجمالی آشنا شویم. سپس رویکرد فعلی نظام حقوقی ایران به اثبات یا ثبوت مالکیت را بررسی می‌کنیم و در نهایت به بحث انتقادی - تأییدی رویه قضائی می‌پردازیم.

گفتار اول: مطالعه تطبیقی در نظام طرح دعاوی - کامن لا و ایران

مبحث اول: نظام حقوقی کامن لا

مطالعه تاریخی در این نظام حقوقی از جهات مختلف حائز اهمیت است. در بحث ویژه ما که به دادرسی مربوط می‌شود، می‌توان چند ویژگی را استخراج کرد؛ نظام کامن لا بر تجسم حق در قالب دعوا تأکید می‌کند، نظامی عمل‌گراست و دقایق نظری را برای کارکردهای عملی می‌خواهد، قواعد دادرسی را بر قواعد ماهوی مقدم می‌دارد و تنها نقش ویژه «انصاف» است که این خصوصیت‌ها را تعدیل نموده است.

۱- تجسم حق در قالب دعوا

«ثبوت» در مقابل «اثبات» یکی از مباحث نظری دقیق است که می‌توان با اندکی مسامحه آن را در قالب مفاهیم فلسفی نیز جای داد.^۴ مفاهیم ثبوت و اثبات به نحوی جلوه می‌کنند که بلافاصله ذهن را متوجه دادگاه، دادرسی و حل مسأله حقوقی می‌نمایند، اما

۴. منوچهر توسلی جهرمی، «ثبوت و اثبات»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۶۲، زمستان ۱۳۸۲، صص ۱۳۷ الی ۱۵۹؛ محمدجعفر جعفری لنگرودی، دانشنامه حقوقی، جلد دوم، تهران، امیر کبیر، چاپ پنجم، ۱۳۷۶، صص ۸۰۷ الی ۸۱۳.

این انصراف یا تبادر ذهنی، صحیح نیست و تنها گوش‌های از واقعیت را دارد؛ بخش بسیاری از آنچه که از ثبوت واقعه یا اثبات آن یاد می‌شود به روابط اجتماعی و در متن این روابط باز می‌گردد. اشخاص در روابط عادی خود نیز این مفاهیم را درک و برای هر یک قواعد ویژه‌ای احساس می‌کنند. این رویکرد را می‌توان به مفهوم سند و نقش اثبات‌گر آن نیز مرتبط ساخت. زیرا بر خلاف آنچه مرسوم و مشهور است سند، تنها برای اثبات دعوا یا دفاع از آن در دادگاه نیست و برای بسیاری از واقعیات خارج از دعوا، چه از منظر ثبوتی (شهادت عدلین برای تحقق طلاق) چه از طریق اثباتی (سند اتومبیل و گواهی‌نامه برای مأمور رانندگی) از آن استفاده می‌شود.

بر اساس همین نگاه، آثاری در حقوق مدنی و کیفری به دست می‌آید که جای بحث از آن در مباحث تفصیلی دیگر است.^۵ چنین نگاهی به مرحله ثبوت و اثبات، سبب تحقق اثر فرعی شده است که از آن به تجسم حق در قالب دعوا تعبیر می‌شود؛ مواردی از این اثر را می‌توان در نگاه به «سند تجاری» و ادغام ثبوت و اثبات در آن مشاهده کرد.^۶ تحلیل حق و دعوا و اثری که در مرور زمان، استماع دعوا یا نظایر آن دارد نیز از دیگر نتایج آن محسوب می‌شود.^۷ منطق ویژه حقوق و خصوصیت اعتباری آن باعث شده است که بین ثبوت و اثبات انطباق قطعی نباشد.^۸ اما غیر از این ویژگی که در تمام نظام‌های حقوقی وجود دارد، ویژگی خاص تری را در نظام کامن‌لا می‌توان

۵. یکی از این آثار تحقق جعل در فتوکپی سند است. رویه قضائی از اینکه چنین عملی جرم تلقی شود تردید دارد. این تردید قابل انتقاد است، زیرا بر خلاف آنچه مشهور شده است قدرت اثباتی فتوکپی سند را نمی‌توان انکار کرد و حتی در مراجع قضائی به دلایل مختلف از آن استفاده می‌شود یا برای تکمیل ادعای شخص به کار می‌رود. ولی مهمتر از آن نقش فتوکپی در جلب اعتماد شخص در روابط معاملاتی خارج از دادگاه است. بسیاری از افراد تنها بر اساس اعتماد به شخص و ملاحظه فتوکپی سند، اقدام به انجام عملی می‌نمایند. حال چگونه است که عده‌ای به عدم قابلیت اثبات و عدم دخالت در مرحله ثبوت فتوکپی نظر دادند. برای بحث بیشتر، نک: عبدالله خدابخشی، استقلال و پیوند حقوق مدنی و کیفری، تهران، فکرسازان، چاپ اول، ۱۳۸۴، صص ۲۲۵ الی ۲۲۸.

۶. ناصر کاتوزیان، نظریه عمومی تعهدات، تهران، نشر یلدا، چاپ اول، ۱۳۷۴، صص ۲۷۲.

۷. ناصر کاتوزیان، توجیه و نقد رویه قضائی، تهران، دادگستر، چاپ اول، ۱۳۷۷، صص ۱۴۱ الی ۱۴۹؛ ناصر

کاتوزیان، حقوق مدنی: مشارکت‌ها - صلح، تهران، گنج دانش، چاپ چهارم، ۱۳۷۶، صص ۹۰ الی ۹۶.

۸. شهید اول رابطه میان ثبوت و اثبات را عموم و خصوص من وجه می‌داند. یعنی در مواردی عمل، اثبات و در واقع ثبوت نیز دارد و در مواردی ثبوت تنها یا اثبات بدون ثبوت خواهد داشت. محمد بن مکی بن محمد (شهید اول)، القواعد و الفوائد، ج ۲، ترجمه سیدمهدی صانعی، مشهد انتشارات دانشگاه فردوسی، چاپ اول، ۱۳۷۲، صص ۶۷۹.

مشاهده کرد که بر اساس آن حتی در مواردی که ثبوت عمل و امکان اثبات آن میسر باشد، مسیرهای ویژه‌ای برای این امکان پیش‌بینی شده و حق را تنها می‌توان در قالب دعوی ویژه‌ای به منصفه ظهور نهاد. در این نظام، هر دعوی نیز قابل استماع نبود و با محدود بودن طرح دعوا، به قضاوت نهادن حق نیز دچار محدودیت می‌گشت. تجسم واقعی حق در قالب دعوا به نحوی بود که در واقع «ماهیت» عمل تبدیل به «شکل» و «قاعده ماهوی» تبدیل به «قاعده دادرسی» می‌شد. همین ویژگی سبب تقدم قواعد دادرسی بر ماهوی شد و گذشته نظام کامن‌لا را بسیار دشوار و سخت جلوه می‌داد.^۹

۲- تقدم قواعد دادرسی بر ماهوی و نقش تعدیل‌گر انصاف

در چنین نظامی برای احقاق حق و ثبوت عمل، باید اجازه‌ای مقدماتی در قالب «نوشته» یا «قرار»^{۱۰} معین تحصیل می‌شد. اخذ این نوشته در ابتداء به معنای اجازه نماینده پادشاه برای قابلیت استماع دعوا بود. چون بدون این اجازه، دعوی استماع نمی‌شد و این عدم استماع دقیقاً معادل فقدان حق محسوب می‌گشت. نوشته‌های محدودی برای طرح دعوی پیش‌بینی شده بود و در بسیاری موارد چون ادعای خواهان قابل انطباق با آنها نبود، نوعی بی‌عدالتی در عملکرد دادگاه‌ها احساس می‌شد.^{۱۱} این رویکرد دو اثر مهم به دنبال داشت: ۱- رشد بی‌رویه قواعد دادرسی به دلیل تأکید نظام کامن‌لا بر شیوه طرح دعوا و تقدم این قواعد بر قواعد ماهوی ۲- ظهور پاره‌ای اعتراضات و تمسک به انصاف برای استماع دعوی که در قالب نوشته‌های مرسوم قرار نمی‌گرفتند. حقوق کامن‌لا به شدت شکل‌گرا شده و تبحر در رویه قضائی عملی و فنی، مانع رشد اندیشه‌های مبنایی و فلسفی و تحلیل مسائل حقوقی بود. آثار این رویکرد هنوز پس از

۹. رنه ردیر، مقدمه‌ای بر حقوق تطبیقی، ترجمه سیدمحمد علوی، تهران، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، چاپ اول، ۱۳۷۱، ص ۸۹. رنه داوید و کامی ژوفره اسپینوزی، درآمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه و تلخیص سیدحسین صفایی، تهران، دادگستر، چاپ اول، ۱۳۷۶، ص ۱۵۸.

Edward C. Martin, "Historical Background: the Common Law Writ System", in <http://www.samford.edu/schools/netlaw/martin/torts1/writhistory.htm>; Melissa A. Waters, "Common Law Courts in an Age of Equity Procedure: Rede Fining Appellate Review for the Mass Tort Era", *North Carolina Law Review*, vol. 80, 10. writ

۱۱. رنه داوید، کامی ژوفره اسپینوزی، پیشین، ص ۱۶۱.

گذشت چندین قرن تحول در نظام کامن‌لا، مشهود است و به تعبیر یکی از نویسندگان، مقایسه نظام کامن‌لا و رومی ژرمن، تفاوت بنیادین و فلسفی آنها را نشان می‌دهد. زیرا توجه به مباحث تحلیلی، دیرتر از نظام رومی ژرمن شروع شده و تنها تأکید بر قواعد دادرسی و عملی بود.^{۱۲} در بخش انصاف نیز به دلیل مراجعات مکرر به مهرداد سلطنتی^{۱۳} و اخذ نوشته جدید برای دعوایی که سابقه‌ای نداشت و نیز به دلیل قیاس و توسعه دادگاه نسبت به گسترش عناوین معین نوشته و دعوا، به سایر عناوینی که متفاوت به نظر می‌رسیدند، کم‌کم راه برای احقاق حق و رفع موانع اثباتی برداشته شد و دادگاه‌ها با تفسیر موسع نوشته‌ها، دعوی جدید را ذیل یکی از عناوین مرسوم، استماع می‌نمودند.^{۱۴} اما آثار آن رویکرد، نه در آن زمان و نه در زمان حاضر از بین نرفته و به طور کلی قاعده تقدم قواعد دادرسی بر ماهوی خود را حفظ نموده است. این قاعده، اثر دیگری نیز دارد که با عنوان کارکردهای عملی نظام کامن‌لا توصیف می‌شود.

۳- کارکردهای عملی کامن‌لا

مرسوم است که آیین دادرسی یک سری قواعد فنی و عملی و در خور مجریان قانون نظیر وکیل و قاضی است. اصول و قواعد ویژه‌ای حاکم بر آیین دادرسی نیست و تنها با کار عملی و احاطه بر رویه‌های قضائی که عرف عام قضات شده است، می‌توان به فهم درست آن نائل آمد. کار استاد حقوق، اندیشیدن و تحلیل است و کار دادرس، عمل کردن و ایجاد رویه عملی نه تحلیلی. این نوع نگاه که در همه نظام‌های حقوقی قابل تصور است، نادرست به نظر می‌رسد و دعوی بطلان آن در جای دیگری اقامه و حکم قطعی نیز دریافت نموده است و برای ما اعتبار امر مختوم حاصل آمده^{۱۵} اما گذشته از این تلقی نادرست که گریبانگیر تمام نظام‌های حقوقی است، ویژگی نظام کامن‌لا در عمل‌گرا بودن آن است که ریشه در تاریخ آن و تقدم دادرسی بر ماهیت و تجسم حق در دعوا دارد. این نظام حقوقی در پی تحلیل‌ها و نقطه‌نظرات تئوری نیست و جز در

12. L.A. Zaiabt, "Philosophical Analysis and Criminal Law", *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 4, no. 1, 1999, pp. 101-102.

13. chancellor

۱۴. رنه داوید، کامی ژوفره اسپینوزی، پیشین، صص ۱۸۱ الی ۱۸۹.

۱۵. ناصر کاتوزیان، اعتبار امر قضاوت شده در دعوی مدنی، تهران، میزان، چاپ هفتم، ۱۳۸۶، صص ۹ الی ۱۱ (پیش‌گفتار).

مواردی که موضوع ویژه‌ای در قالب دعوا در رویه قضائی مطرح نشود، به بحث اطراف مسائل اعتباری یا شقوق مختلف آن نمی‌پردازد یا فرض‌های غیرقابل تحقق را مطرح نمی‌نماید. این ویژگی که به‌ویژه با ظهور «قاعده سابقه»^{۱۶} تشدید شده است باعث شده تا در تمام کتب حقوقی، لوایح دفاعی و نوشته‌های انتقادی، مجموعه بسیاری از دعوای و راه‌حل آنها را به عنوان مستند ذکر نمایند و از تحلیل‌های نظری نظیر آنچه در نظام رومی ژرمن یا مباحث فقهی ما مطرح است، اجتناب شود.^{۱۷} دانشجویان حقوق از همان ابتداء مباحث، انبوهی از دعوای را پیش روی خود دارند و چنین نظامی از نگاه دیگران بسیار دشوار جلوه می‌کند. به هر صورت مفاهیم حقوقی نظام کامن‌لا را تنها می‌توان با موارد عملی دعوای شناخت و در هنگام مطالعات تطبیقی باید متوجه چنین تمایزی بود. کارکرد عملی نظام کامن‌لا، خودبخود نقش قواعد دادرسی را برجسته‌تر می‌کند و شاید به جرأت بتوان گفت شرط موفقیت در دادگاه کامن‌لا، انتخاب دعوای صحیح و مسیر درست است نه حق یا رابطه بنیادی و زیربنایی آن.^{۱۸}

مبحث دوم: نظام حقوقی ایران

۱- مفهوم استماع دعوای - اصل رعایت چارچوب‌های دادرسی

دادگستری مرجع عمومی طرح انواع دعوای و درخواست‌ها می‌باشد. لازمه به قضات نهادن مسأله حقوقی و ورود در ماهیت آن و فصل خصومت، پذیرش دعوای یا استماع آن است. روزگاری یکی از شرایط استماع دعوا، مغایر قانون نبودن موضوع و وجود حق قانونی برای شخص بود و عبارت معروف «بدون حق، دعوا نیست»^{۱۹} گویای این واقعیت مجازی بود.^{۲۰} به عبارت دیگر، ممنوعیت از پذیرش این دعوای که دارای

16. precedent

۱۷. کتاب ارزشمند «قواعد فقه» شهید اول را مطالعه می‌کردم. به بحثی رسیدم با عنوان چند مهریه برای یک زن‌اشوبی! پس از مطالعه آن با فروض و تحلیل‌هایی مواجه شدم که به سختی قابل تصور بود. هر چند حکایت از دقت نظر بسیار نویسنده داشت ولی بلافاصله به تفاوت عمیق حاکم بر تفکر حقوقی نظام خود با کامن‌لا پی بردم. نک: شهید اول، پیشین، ج ۱، ص ۴۸۸.

۱۸. سی. اف. پدفلد، ترجمه کامل Law Made Simple، ترجمه اسماعیل صغیری، تهران، میزان، چاپ دوم، ۱۳۸۲، صص ۱۴ و ۲۶.

19. Pas de droit, pas d'action.

۲۰. روزه پرو، نهادهای قضائی فرانسه، ترجمه شهرام ابراهیمی، عباس تدین و غلامحسین کوشکی، انتشارات

←

ماهیتی غیرقانونی بودند، سبب می‌شد تا قبل از ورود در ماهیت با مانع عدم استماع دعوا مواجه شوند. این رویکرد اکنون در شکل عمومی و گسترده آن کمتر مشاهده می‌شود^{۲۱} هر چند که به نظر می‌رسد وضعیت دادرسی در حقوق ایران، هنوز دارای چنین خصوصیتی باشد. ماده ۶۵۴ قانون مدنی،^{۲۲} ماده ۶ و بندهای ۷ و ۸ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی^{۲۳} گویای این امر می‌باشند ولی ملاحظه رویه قضائی نشان می‌دهد که در این موارد، عدم استماع دعوا ملازمه با ماهیت مسأله دارد و وقتی به اعتبار نامشروع بودن عمل، تصمیمی اتخاذ شود، دارای اوصاف امر مختوم خواهد بود، هر چند در قالب قرار رد یا عدم استماع دعوا باشد.^{۲۴} گونه دوم از دعاوی که با مانع عدم استماع دعوا^{۲۵} مواجه می‌شوند به دلیل تعارض با ویژگی «نظام‌مند بودن قواعد دادرسی» دچار این وضعیت می‌شوند. مطابق این ویژگی، اسباب حقوق و تعهدات ماهوی ملازمه‌ای قطعی با طرق دادرسی نداشته و طرح دعوا باید در مسیر تثبیت شده و معین خود که مرهون نگرش قانون‌گذار^{۲۶} یا رویه قاطع قضائی و

سلسبیل، چاپ نخست، ۱۳۸۴، ص ۵۷۰.

۲۱. همان.

۲۲. «قمار و گرویندی باطل و دعاوی راجعه به آن مسموع نخواهد بود. همین حکم در مورد کلیه تعهداتی که از معاملات نامشروع تولید شده باشد جاری است.»

۲۳. ماده ۶ قانون: «عقود و قراردادهایی که مخل نظم عمومی یا بر خلاف اخلاق حسنه که مغایر با موازین شرع باشد در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست». ماده ۸۴: «... ۷- دعوا بر فرض ثبوت اثر قانونی نداشته باشد از قبیل وقف و هبه بدون قبض. ۸- مورد دعوا مشروع نباشد.»

۲۴. قاعده اعتبار امر مختوم نیازمند تجدید حیات است. وضعیت این قاعده، علی‌رغم همت بزرگان حقوق، هنوز روشن نشده و اوصاف عمومی که برای آن ذکر کرده‌اند همه موارد ممنوعیت طرح مجدد دعوا را پوشش نمی‌دهد. نویسندگان در حال تحقیقی مجدد با رویکردی تازه نسبت به این مسأله اساسی دادرسی است.

۲۵. مفهوم عدم استماع دعوا (fin de non-recevoir) در حقوق فرانسه دقیقاً تعریف شده است. در ماده ۱۲۲ قانون جدید آیین دادرسی مدنی فرانسه می‌خوانیم: «هر وسیله‌ای که برای غیرقابل پذیرش اعلام شدن دعوی خواهان به علت نبودن حق اقدام، بدون رسیدگی به اصل و ماهیت حق وی به کار رود مانند نبود سمت و نفع، مرور زمان، گذشتن مهلت اقامه دعوا و امر قضاوت شده، ایراد عدم استماع دعوا محسوب است.»

۲۶. برای مثال در ماده ۴۸۹ قانون مدنی طرح دعوی شخص ثالث را منوط به حضور موجر و مستأجر نموده است. یا در اعتراض ثالث نسبت به رأی دادگاه باید مطابق ماده ۴۲۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی محکوم‌له و محکوم‌علیه طرف دعوا باشند یا برای تقسیم ماترک، تمام وراثت حضور بالقوه (ذکر نام و طرف دعوا بودن) داشته باشند (ماده ۳۰۴ قانون امور حسبی).

تأکید دکترین است،^{۲۷} به پیش رود. در غیر این صورت علی‌رغم وضوح حق، امکان ورود در ماهیت وجود ندارد. بدیهی است که این ویژگی متفاوت از تنظیم ناقص شرایط و محتویات دادخواست است و علی‌رغم تکمیل ارکان و شرایط دادخواست نیز ممکن است ویژگی نظام‌مندی دادرسی نقض شود زیرا تقدیم دادخواست الزام به تنظیم سند رسمی، در صورت حضور یکی از ایادی انتقال و عدم حضور دارنده سند، ایراد شکلی در حدود وظایف دفتری و امکان رد توسط این مرجع ندارد اما به محض وصول به دادگاه و استعلام ثبتی، با مانع عدم استماع مواجه می‌شود. مفهوم عدم استماع دعوا می‌تواند نوع سومی نیز داشته باشد که بین حق و دادرسی دَوْران دارد و دقیقاً مشخص نیست به لحاظ فقدان حق است یا نقص در دادرسی. از یک سو تصور حق و روابط حقوقی ممکن است و از سوی دیگر مانع عدم استماع، بالاتر از ویژگی نظام‌مندی دادرسی است. برای مثال مواد ۴۶ تا ۴۸ قانون ثبت، دادگاه را از پذیرش اسناد معینی منع می‌کند. ماده ۳۳۵ قانون امور حسبی دلالت بر عدم پذیرش دعوا دارد. ماده ۱۴ آیین‌نامه راجع به ماده ۲۹۹ قانون امور حسبی مصوب ۱۳۲۲ وزارت دادگستری همین معنا را دربردارد. در این موارد آیا تصور حق ناممکن است یا دعوا منتفی است ولی حق باقی خواهد بود. البته آثار حقوقی بر این مسأله مترتب است زیرا در صورت انتفای دعوا، تعهد طبیعی^{۲۸} آن باقی است و پرداخت یا تحویل ارادی، نمی‌تواند ایفاء ناروا محسوب شود.^{۲۹} امکان تقاص نیز از دیگر آثار آن به شمار می‌رود و با انتفای دعوا، اصل تقاص شخصی ممکن است پذیرفته شود، حال آنکه در صورت فقدان حق، این اثر منتفی خواهد بود.

این بحث که می‌تواند به‌ویژه در مورد ماده ۲۲ قانون ثبت مطرح و با عنوان مالکیت ظاهری^{۳۰} معرفی شود با رویکرد فقهی به مفهوم مالکیت و طرق انتقال آن، سبب تشمت

۲۷. رویه قضائی طرح دعوای تخلیه ید و خلع ید را همزمان نمی‌پذیرد. دعوای تخلیه به جهات مختلف را نیز ناقص می‌داند. دعوای علیه شرکت را به طرفیت مدیر رد می‌کند و در دعوای مربوط به نقل و انتقال متعدد مال، حضور بالقوه همه را لازم می‌داند.

28. obligation naturelle

۲۹. ناصر کاتوزیان، نظریه عمومی تعهدات، ص ۴۷۸ الی ۵۲۸.

۳۰. مالکیت ظاهری (apparent title) در فرهنگ حقوقی Black عبارت است از آن مالکیتی که بر اساس سند مکتوب با دلایل دیگر مبین یک حق تثبیت شده است ولی در واقع این‌گونه نیست.

Black, Henry Campbell, *Black's Law Dictionary*, Thomson-West, Eighth edition, 2004, p. 283.

در رویه قضائی شده که خود داستان مفصلی دارد.^{۳۱} اما قدر متیقن، در هیچ رویه‌ای مشاهده نشده است که وجود سند، دلیل بر مالکیت واقعی غیرقابل نقض باشد و ادعای مالک معارض، مقابل چنین سندی پذیرفته نشود.^{۳۲} هرچند ممکن است از استماع دعوا اجتناب گردد ولی به محض تغییر شیوه طرح آن و رعایت ویژگی نظام‌مندی دادرسی، چنین ادعایی قابلیت ورود در ماهیت را خواهد داشت.

۲- اصل قابل اعمال در استماع دعوا - ماهیت اقامه دعوا

هرچند مرسوم است که دادخواهی را حق مسلم و از زمره حقوق بنیادین به حساب می‌آورند اما اعمال این حق بدون رعایت ضابطه نیست و بدون تعیین ماهیت اقامه دعوا نمی‌توان قلمرو این حق را شناخت. تعیین معیارهای حاکم بر دادخواهی را در چند نکته اساسی خلاصه می‌کنیم: ۱. لزوم نفع مشروع و منطقی که در پی ایجاد نظم حقوقی جدیدی باشد؛ ۲. جلوگیری از سوء استفاده از حق اقامه دعوا؛ ۳. اعمال این حق برای یک نوبت. در مورد ماهیت اقامه دعوا نیز با توجه به هدف عینی و نوعی^{۳۳} یا شخصی و نسبی^{۳۴} و تلقی نظام حقوقی از این اهداف، می‌توان قلمرو متفاوتی برای امکان مطرح نمودن آن به دست آورد. در هدف نوعی که عمدتاً با حقوق کیفری و اداری ارتباطی نزدیک دارد، اقامه دعوا برای حفظ اعتباری و مجرد قواعد حقوقی و مساعدت همگانی در کنترل حقوقی قواعد است ولی در مورد ماهیت نسبی یا شخصی، دعوا برای تغییر نظم معین، محدود و مستقیم مطرح می‌شود و با روابط حقوق مدنی انطباق بیشتری دارد. بر این اساس می‌توان معیارهای حاکم بر اقامه دعوا را نیز ملموس‌تر نمود زیرا اگر هدف عینی و نوعی مدنظر باشد، تفسیر به نفع مدعی یا خواهان بسیار گسترده‌تر از وضعیت نسبی یا شخصی است.^{۳۵}

۳۱. ناصر کاتوزیان، توجیه و نقد رویه قضائی، صص ۹۷ الی ۱۱۷.

۳۲. این اثر تأسفبار است ولی واقعیتی تلخ محسوب می‌شود. شأن نزول ماده ۲۲ قانون ثبت که مقتبس از رویکرد عقلانی سایر ملل بوده اکنون با پذیرش انواع دعاوی، تنزل شأن داده است.

33. objective

34. subjective

۳۵. روزه پرو، پیشین، صص ۵۱۹ و ۵۷۰. پذیرش دعاوی جمعی که متضمن ضرر غیرمستقیم به یک گروه غیرمشکل است (نظیر حرف پزشکی یا معلمان) و انواع دعاوی که دیوان کشور فرانسه در مورد مسائل اداری و برای ابطال تصمیمات مقام عمومی استماع نموده است یا رویکرد اصل ۱۷۳ قانون اساسی در مورد ابطال تصمیم ←

در هر صورت از آنجا که معیارهای دعوا باید به سود اصل حق تفسیر شوند تا حق بنیادین محدود نشود و پذیرش دعوای و ورود در ماهیت، به دلیل اتخاذ تصمیم قضائی و حل مسأله اختلافی، مقدم بر عدم استماع و معلق گذاشتن حق می‌باشد، لذا باید «اصل استماع دعوای» را در نظر داشت و برای اثبات عدم استماع آن، دلایل مکفی ارائه کرد. این اثبات می‌تواند با توجه به متنی بودن یکی از ضوابط اقامه دعوا به دست آید و به‌ویژه مسأله «نفع مدعی» بسیار حائز اهمیت است.

۳- عنوان و توصیف دعوا

توصیف حقوقی به معنای تعیین جایگاه حقوقی مسأله و شناخت قواعد حاکم بر آن در یک نظام حقوقی است و آثاری بس اساسی به دنبال دارد.^{۳۶} این مسأله مهم در هنگام استماع و تحلیل دعوای نیز باید مورد توجه قرار گیرد تا با زدودن رنگ ابهام از صورت دعوا، اصالت ماهیت آن مشخص شود و در صورتی که با اصول دادرسی منطبق نبوده یا رعایت اصل نظام‌مندی قواعد دادرسی را ننموده باشد، مردود اعلام شود. مسأله توصیف حقوقی در زمینه حقوق مدنی و کیفری و بسته به وضعیت نظام‌های حقوقی متفاوت است؛ برای مثال در حقوق فرانسه، دادرسی در محدوده معینی که طرفین تقریر می‌نمایند توصیف می‌کند و آن اختیار گسترده، نظیر حقوق ایران را ندارد.^{۳۷} دقت در رویه قضائی نشان می‌دهد که دادگاه‌ها از این اختیار به سود عدالت استفاده می‌نمایند تا دعوای در حد قابل قبولی مورد پذیرش قرار گیرند. برای مثال دعوای خلع ید را حمل بر تخلیه می‌نمایند، دعوای تصرف عدوانی را به مالکیت باز می‌گردانند^{۳۸} و دعوای

اداری نهادهای عمومی را می‌توان از آثار «ماهیت نوعی یا عینی» اقامه دعوا تلقی کرد. رجوع شود به روزه پرو، پیشن؛ ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی: الزام‌های خارج از قرارداد، ضمان قهری، ج ۱، مسؤولیت مدنی، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۴، صص ۲۷۲ الی ۲۷۷.

۳۶. برای ملاحظه بحث تفصیلی آن، نک: عبدالله خدابخشی، استقلال و پیوند حقوق مدنی و کیفری، صص ۵ الی ۴۴.

۳۷. عبدالله شمس، آیین دادرسی مدنی، ج ۲، تهران، میزان، چاپ اول، ۱۳۸۱، ص ۴۹. محمد پورطهماسبی‌فرد و حسن محسنی، «اصل تسلط طرفین دعوا بر جهات و موضوعات دعوا»، مجله کانون وکلای دادگستری مرکز، ش ۱۹۰، ۱۳۸۴، صص ۵۳ الی ۷۷.

۳۸. ناصر کاتوزیان، توجیه و نقد رویه قضائی، صص ۱۹۳ الی ۱۹۵. «در بخشی از رأی اصراری شماره ۳۴۴۸-۱۳۴۳/۱۲/۱۱ آمده است: منظور از تقدیم دادخواست، رسیدگی به عنوان غاصبیت بوده و اگر جمله تصرف ←

تقسیم ماترک و مطالبه سهم‌الارث را قابل انطباق بر هم می‌دانند.^{۳۹} این رویکرد، پسندیده و منطقی است و با واقعیت حقوقی نیز سازگار به نظر می‌رسد اما در صورتی که با اصل نظام‌مندی قواعد دادرسی ناهماهنگ و مغایر باشد، ممنوع یا محدود می‌شود. به‌ویژه باید دقت نمود که آثار رأی دادگاه به دلیل اجراء قاهرانه آن، متوجه بسیاری از روابط حقوقی خواهد شد و اگر در هنگام تعیین دعوا و نوع خواسته دقت مفید و منطقی نشود، تا انتهای جریان دادرسی و اجراء رأی، ایرادات اساسی به وجود می‌آورد. به یاد دارم در یک مورد که دعوا به اشتباه خلع ید توصیف شده بود، در حالی که دقت نسبی و اظهارات طرفین حکایت از تخلیه ید مستأجر و مستأجر نیز اقرار به مالکیت خواهان داشت، چندین نوبت جلسات کارشناسی برای تحدید حدود ملک و احراز مالکیت خواهان (حدود ۳ سال زمان) تمدید شده بود و وقتی با دقت به توصیف نادرست رسیدیم نسبت به اصلاح عملکرد ناصحیح قبلی و مختومه نمودن پرونده اقدام شد.^{۴۰} اصل نظام‌مندی و رعایت چارچوب دادرسی اقتضاء دارد که دعوی از مسیر و مجرای صحیح خود اقامه شوند و به همین دلیل در رویه قضائی تا دعوی الزام به تنظیم سند رسمی وجود دارد نوبت به اثبات مالکیت نمی‌رسد یا وقتی حسب رأی وحدت رویه شماره ۲۹-۶۳/۸/۲۸-۲۹ دعوا علیه تحویل گیرنده محموله مسموع نیست^{۴۱} یا طرح دعوی اداره گمرک به خواسته مطالبه وجه ناشی از

عدوانی که این جمله اعم از تصرف عدوانی به مصطلح قانون و یا غضبیت ید طرف، کافی نبوده است که منجزاً دعوا را تصرف قانونی به مصطلح قانونی تلقی بود ...»

۳۹. در رأی شماره ۱۳/۳۵۰-۷۱/۶/۲-شعبه ۱۳ دیوان عالی کشور آمده است که: «... در شرایطی که خواسته خواهان‌ها در اصل استرداد سهم‌الارث پدری بوده که تعبیر... شده همانا وضع ید بر املاک موروثی است و چنانچه خواهان‌های اصلی در قبال اخذ توضیح دادگاه آن هم بعد از چند جلسه طی لوایحی مطالبی تحت عنوان تقسیم اموال و با عناوینی از این قبیل اعلام داشته، این عناوین ماهیت اصلی خواسته آنها را که همان استرداد سهم‌الارث آنها است تغییر نمی‌دهد ...» یدالله بازگیر، آراء دیوان عالی کشور در امور حقوقی - ۱، تهران، ققنوس، چاپ اول، ۱۳۷۷، ص ۲۳۶.

۴۰. این مورد در زمان کارآموزی قضائی اینجانب در شعبه چهارم دادگاه عمومی شهرکرد اتفاق افتاده بود ولی متأسفانه سابقه‌ای از شماره پرونده در اختیار ندارم.

۴۱. «با توجه به ماده ۳۸۶ قانون تجارت که در صورت تلف یا گم شدن مال‌التجاره، متصدی حمل و نقل را جز در مواردی که مستثنا شده مسؤول قیمت کالا می‌داند و ماده ۳۸۷ آن قانون نامبرده را در مورد خسارات ... مال‌التجاره در حدود ماده قبل مسؤول شناخته و اینکه در پرونده‌های مطروحه به جای آنکه شرکت سهامی بیمه ایران به قائم مقامی از بیمه‌گذار، دعوی خود را جهت مطالبه خساراتی که به صاحب کالا پرداخته علیه متصدی

کسر کالا،^{۴۲} در چارچوب مناسب خود به عمل آمده است، استماع یا عدم استماع دعوا بدون رعایت اصل مذکور صحیح نخواهد بود. این نکته مهم را نیز باید تذکر داد که نقش متقاضی و خواهان در صورت‌بندی دعوا و تعیین نام و عنوان یا جهت آن، مقدم بر مسائل دیگر است و اصل بر استماع چنین دعاوی است، مگر اینکه در هر مورد اصل نظام‌مندی و چارچوب دادرسی، آن را نپذیرد که در این صورت از ورود در ماهیت امتناع و خواهان به طرح دعوی مناسب ارشاد می‌شود و این امر هرگز به معنای استنکاف از رسیدگی نیست.

۴- اعلام یا تأسیس رابطه حقوقی

دادخواهی نقطه شروع نزاع است.^{۴۳} اگر تحقق دعوا، در امور ترافعی، مشکوک باشد یا علم به عدم تحقق آن وجود داشته باشد، اصولاً نیازی به دخالت دادگاه نخواهد بود. استمرار دعوا نیز ریشه در تاریخ اختلاف قبل از طرح آن دارد و گو اینکه آن اختلاف اولیه، روح حیات را در کالبد دعوا، تا انتهای رسیدگی می‌دمد و به محض پایان یافتن مایه نزاع، دادرسی و ارکان آن نیز فرو می‌ریزد. این امر اقتضاء دارد که حضور دادرسی و قضاوت او نظم حقوقی یا تأسیس ویژه و تازه‌ای به وجود آورد تا هدف طرفین و قواعد دادرسی بدون اثر نباشد. حقی مورد انکار و تجاوز است، دستی غاصبانه بر رابطه حقوقی سایه افکنده و شخصی به حریم خصوصی یا عمومی وارد شده و خسارتی به وجود آمده است. اگر طرفین خارج از دادگاه بتوانند مایه نزاع را قلع و اعتبار انکار شده را اعاده کنند، صرف حضور دادگاه و اعلام نظر وی، بدون تأسیس یک نظم نوین، فاقد توجیه است. سخن از احکام اعلامی و تأسیسی در متون حقوقی بسیار است و احساس

حمل و نقل اقامه نماید علیه نماینده تجاری متصدی حمل و نقل که مسئولیت و تعهد نماینده به موجب اسناد و مدارک پرونده ثابت و مسلم نشده، طرح کرده فلذا استماع دعوا به کیفیت مرقوم مجوز نداشته...»
 ۴۲. در رأی شماره ۶۷۰-۸۳/۹/۱۰ هیأت عمومی وحدت رویه دیوان عالی کشور آمده است: «... با توجه به اینکه علی‌الاصول و بر حسب مستفاد از ماده ۲ و بند ۵ ماده ۵۱ و بند ۳ ماده ۲۹۶ و شقوق ۱ و ۲ ماده ۴۲۶ قانون [آ.د.م.]، دادگاه‌ها در حدود خواسته خواهان به دعوی رسیدگی می‌کنند به عبارت دیگر، دادگاه دعوا را فقط با توجه به صورتی که مدعی برای آن، قائل است مورد رسیدگی قرار می‌دهد...»
 ۴۳. بیان تمثیلی مورل (morel)، نقل از روزه پرو، همان، ص ۵۷۲.

نیاز برای بیان موارد و ارکان آن نیست.^{۴۴} در بحث ما همین قدر اشاره می‌شود که اعلام نظر و حکم اعلامی دادگاه در مواردی مؤثر است که با توجه به ذات عمل حقوقی یا واقعه قانونی، نیازی به تأسیس نهاد تازه، نظم هدایت شده و الزام قانونی نباشد و عقلاً یا به لحاظ مقررات مربوط، صرف اعلام و کشف از گذشته، کافی باشد. برای مثال فسخ قرارداد، عملی است ارادی و با انشاء عامل، تحقق می‌یابد. اگر در درستی و نادرستی آن تردید باشد برای مقابله با ظاهر معتبر سند یا رابطه حقوقی، چاره‌ای جز مراجعه و اثبات این رویداد در قالب «اعلام فسخ» وجود ندارد اما این امر بنا بر ذات خود، اقدام بیشتری را نمی‌طلبد و متفاوت از دعوای پرداخت خسارت است که در ذات خود، الزام و محکومیت و مسئولیت دارد و چهره تازه‌ای از روابط حقوقی می‌گشاید. با توجه به این مقدمات، هر جا که دعوای متضمن اعلام حق باشد (با هر عنوان نظیر اثبات دین، اثبات تعهد، اثبات وقفیت یا حق انتفاع یا ارتفاق یا مالکیت) اگر ذات دعوا متضمن منفعت مشروع نبوده و صرف این اعلام نیز عملی لغو جلوه کند و چارچوب دادرسی و اصل نظام‌مندی حفظ نگردد، نباید به استماع آنها پرداخت. اگر وقفیت ملک محرز و معین و بر آن اساس عمل شده و سند و قفنامه نیز در اختیار باشد، صرف انکار آن یا تجاوز به وقف، محمل طرح دعوای اثبات وقف نیست و باید درخواست نظم جدید و تأسیسی را از دادگاه به عمل آورد (خلع ید یا رفع مزاحمت و نظایر آن). اگر سند مالکیت متضمن حق ارتفاق است، طرح دعوای اثبات این حق بلاوجه است و چهره دعوای اساساً قابلیت درخواست حکم اعلامی را در این زمینه ندارند. دعوای اثبات مالکیت نیز همین وضعیت را دارد و صرف اعلام حق، بدون درخواست مشروع خلع ید یا رفع تصرف و اعاده وضع و نظایر آن، مسموع نیست. علت آن نه تنها به ذات روابط حقوقی و عدم قابلیت اعلامی آنها برمی‌گردد بلکه به لحاظ قاعده ممنوعیت تحصیل حاصل از یک سو و نقض اصل چارچوب‌های دادرسی از سوی دیگر، دادگاه نباید وارد چنین ماهیتی شود و تا درخواست مناسب به عمل نیامده است، تصور نفع حقوقی و مشروع نیز غیرممکن خواهد بود. اثبات مالکیت در مقابل سند رسمی نیز چنین وضعی دارد زیرا به موجب قانون، یک بار این اثر حاصل

۴۴. در قواعد عمومی تعهدات و مسئولیت مدنی و مباحث حقوق بین‌الملل خصوصی از این عناوین بحث شده است.

آمده و نمی‌توان مجدداً آن را اثبات کرد. بدیهی است ادعای مخالف با سند رسمی، ممکن است در جوهره و ذات خود حاوی مالکیت باشد ولی طرح مناسب دعوا، لزوم توجه به نفع مشروع و جلوگیری از نقض قواعد تثبیت شده رویه قضائی، اقتضاء قطعی دارد تا با مانع مالکیت مقابله شود نه اینکه اصل مالکیت، یک بار دیگر بررسی گردد. در این فرض باید با سند و ظاهر معتبر آن برخورد نمود نه محتوی سند. دعوای ابطال سند رسمی یا الزام به تنظیم این سند، از عناوین و ارکان اصلی نظام دادرسی منظم است و دلایلی که متضمن نقض بسیاری قواعد است، نباید کنار نهاده شوند. این نکته را نیز اضافه می‌نمائیم که استقراء در مقررات^{۴۵} و قواعد دادرسی، رویه قضائی و توجه به هدف قضاوت که انصراف به الزام و محکومیت و مسؤولیت دارد، ما را به این اصل مهم هدایت می‌کند که اصل در دعوای، درخواست احکام تأسیسی است و حکم اعلامی خلاف اصل و در هر مورد باید با توجه به ذات رابطه حقوقی احراز شود.

گفتار دوم: تحلیل رویه قضائی در دعوای اثبات مالکیت و اعمال نتایج آن نسبت به سایر دعوای اعلامی

در این گفتار بحث را بر روی علل و مبانی استماع یا عدم استماع دعوای مذکور متمرکز و وضعیت رویه قضائی را تشریح می‌نمائیم.

مبحث اول: تحلیل موانع استماع دعوای اثبات مالکیت - مطلق یا نسبی بودن موانع

دقت در رویکرد دادگاه‌ها نشان می‌دهد که دلایلی چند باعث تردید رویه قضائی در پذیرش چنین دعوایی شده است.

۱- علل و اسباب عمومی

بدون تشریح بیشتر متذکر می‌شویم که به لحاظ عدم رعایت اصول دادرسی از حیث

۴۵. مطابق صدر ماده ۴ قانون اجراء احکام مدنی، اصل بر صدور اجرائیه برای مفاد رأی تأسیسی است و در قسمت دوم این ماده اشاره به اعلامی بودن آرائی که نیازمند چنین سندی نیستند به عنوان استثناء شده است.

نظام‌مندی دعاوی و تضادی که این دعوا با دعاوی تثبیت شده در رویه قضائی دارد (نظیر الزام به تنظیم سند رسمی) و به دلیل حاکمیت «قاعده ممنوعیت تحصیل حاصل» در مواردی که سند مالکیت صادر شده و مراحل قانونی را طی نموده است، رویه قضائی از پذیرش این دعوا اکراه دارد و آن را مصداق «اکل از قفا» می‌داند.

۲- حاکمیت مواد ۲۲، ۴۶ تا ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک

اگر بخواهیم از مظلومیت چند ماده قانونی در حقوق خود یاد کنیم می‌توان به ماده ۱۰ قانون مدنی و ماده ۲۲ قانون ثبت اشاره داشت که دقیقاً تفسیری مخالف از آنها به عمل آمده و می‌آید. روزگاری که ماده ۱۰ بر تارک درخشان قانون مدنی جلوه‌گر بود با غبار شکل‌گرایی و مبارزه با حاکمیت اراده و اصل آزادی قراردادی، صورتی سیاه و غبارآلود به خود گرفت که حکایت‌ها از آن مکتوب و محفوظ است.^{۴۶}

در همان زمان، ستون نظم معاملاتی و حفظ اعتماد مشروع دیگران که در مفاد ماده ۲۲ قانون ثبت آمده بود، متزلزل شد و انواع دلایل برای اثبات یا ثبوت مالکیت معارض با آن ارائه شد و مقامی بالاتر از آن به دست آورد. بهانه‌های این رویکرد هر چه باشد ناپسند و غیرقابل پذیرش است.

در دعاوی اثبات مالکیت، نظر به نص قانونی ثبت در مواد ۲۲ و ۴۶ تا ۴۸ آن و احراز مالکیت رسمی و مدلول ماده ۲۴ همان قانون که ادعای حق مقابل سند را نپذیرفته است، رویه قضائی با تقدم مالکیت رسمی، اعتباری برای اسناد عادی قائل نیست و از پذیرش آن امتناع می‌کند. آراء متعدد اصراری،^{۴۷} وحدت رویه^{۴۸} و شعب

۴۶. از ضربات مهلک حقوقی به این ستون اساسی قانون مدنی می‌توان اشاره نمود به: ۱. نقض و رد پیمان‌های خصوصی که صورت و عنوان سابق بر آنها نبود و تولد آنها با مرگ حقوقی همراه شده بود. ۲. رد قواعد عمومی و از جمله خیارات و موارد فسخ با این توجیه که آنها ویژه عناوین معینه هستند. ۳. رواج صورت‌گرایی و خروج از ماهیت و تکیه بیهوده بر پاره‌ای اسباب که هیچ ملازمه‌ای جز بیان حاکمیت اراده نداشته‌اند و می‌توان آن را در عباراتی نظیر «به وجه ملزم» یا «عقد خارج لازم» چه در قوانین و چه در تنظیم اسناد مشاهده نمود.

۴۷. در رأی شماره ۷۴/۲/۱۹-۴ هیأت عمومی اصراری دیوان عالی کشور آمده است «نقل و انتقال املاکی که با اسناد عادی صورت گرفته مادام که در اجراء مقررات مادتین ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت در دفاتر اسناد رسمی رسماً تنظیم نیافته و مطابق ماده ۲۲ همان قانون در دفتر املاک به ثبت نرسیده باشد فاقد اعتبار قانونی است... مذاکرات و آراء هیأت عمومی دیوان عالی کشور، سال ۱۳۷۴، تهران، دفتر مطالعات و تحقیقات دیوان عالی کشور، چاپ دوم، ۱۳۷۹، ص ۱۰۸.

دیوان عالی کشور یا محاکم دیگر در این زمینه وجود دارد که بر این امر دلالت دارد. این رویکرد منطقی است ولی مناقش‌های در مورد حدود آن خواهیم داشت.

۳- مفهوم رأی وحدت رویه شماره ۵۶۹-۱۳۷۰/۱۰/۱۰

به موجب این رأی «دادگستری مرجع رسمی رسیدگی به تظلمات و شکایات می‌باشد و اصل یکصد و پنجاه و نهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بر این امر تأکید دارد فلذا الزام قانونی مالکین به تقاضای ثبت ملک خود در نقاطی که ثبت عمومی املاک آگهی شده مانع از این نمی‌باشد که محاکم عمومی دادگستری به اختلاف متداعیین در اصل مالکیت ملکی که به ثبت نرسیده رسیدگی نمایند». در بخش اول رأی، ضمن تأکید بر اصل استماع دعوای و لزوم ورود در ماهیت آنها به دلالت التزامی، دعوای اثبات مالکیت را نیز دربرمی‌گیرد اما استثناء این اصل در مورد غیرقابل استماع بودن دعوای مذکور، در صورت ثبت شدن ملک، به دلالت «مفهوم مخالف»، روشن است. به عبارت دیگر مفهوم مخالف قسمت اخیر رأی بیان می‌دارد که «محاکم به اختلاف متداعیین در اصل مالکیت ملکی که به ثبت رسیده است نباید رسیدگی نمایند». بسیاری از دادگاه‌ها به استناد این مفهوم، بلافاصله وقتی با دعوای اثبات مالکیت مواجه می‌شوند از استماع آن خودداری می‌کنند. برای مثال در قسمتی از رأی شماره ۱۳۹/۹۷۶ مورخ ۸۵/۶/۳۰ شعبه ۸ دادگاه تجدیدنظر استان خراسان رضوی آمده است «... با وصف اینکه به هر جهت طبق مفهوم مخالف رأی وحدت رویه شماره ۵۶۹-۱۳۷۰/۱۰/۱۰ صادره از هیأت عمومی دیوان عالی کشور، دعوای اثبات مالکیت در اراضی که دارای سابقه ثبتی است قابلیت استماع ندارد...» یا در رأی شماره ۱۸۰۸-۸۱/۱۰/۱۸ شعبه ۶ دادگاه عمومی سبزوار می‌خوانیم که «... با توجه به اینکه دعوای اثبات مالکیت در اراضی که طبق مقررات قانونی به ثبت رسیده است مسموع نیست...». این تفسیر و توجیه، ساده‌ترین مسیر برای مختومه نمودن پرونده است، مفهومی کور و عاری از تحلیل که در ادامه آن را نقد می‌نمائیم.

۴۸. رأی وحدت رویه شماره ۶۷۲-۸۳/۱۰/۱-۸۳ «خلع ید از اموال غیرمنقول فرع بر مالکیت است بنابراین طرح دعوای خلع ید از زمین قبل از احراز و اثبات مالکیت قابل استماع نیست...»

۴- تمسک به اصل نسبی بودن روابط حقوقی و پذیرش نسبی دعوا

رویکرد دیگری که در برخی از دادگاه‌ها ملاحظه می‌شود، پذیرش دعوی تنفیذ قولنامه خرید ملک یا اثبات تاریخ انعقاد آن و سایر عناوین از این قبیل است. به‌ویژه وقتی شخص به دلایل مختلف با مراجع عمومی مانند شهرداری برای اخذ وجوهی دچار اشکال می‌شود، نهاد عمومی او را به مراجعه به دادگستری و اخذ رأی مبنی بر صحت قولنامه و عناوین دیگر هدایت می‌نماید و برخی از دادگاه‌ها نیز چشم بسته این امور را می‌پذیرند ولی برای رفع اشکال، بدون ورود در مالکیت و اثر ذاتی قولنامه یا سند عادی دیگر، پس از اقرار طرفین بر تنظیم قرارداد در سند عادی، اعلام می‌نمایند که این تاریخ صحت دارد ولی هرگز دلالت بر مالکیت ندارد و مستند چنین راه‌حلی را اصل نسبی بودن روابط حقوقی قلمداد می‌کنند. با این تفسیر که سند عادی و محتوی آن بین طرفین دارای اثر است و نسبت به شخص ثالث متضمن حق یا تکلیفی نیست. لذا به آسانی می‌توان وقوع عقد و تنظیم سند یا اعتبار تاریخ آن را نسبت به دو طرف احراز و از تسری آثار آن نظیر مالکیت به اشخاص ثالث امتناع نمود. مؤید این تفسیر را نیز مفاد مواد ۱۲۹۱ و ۱۲۹۲ قانون مدنی در مورد اعتبار تاریخ اسناد عادی نسبت به طرفین و عدم تسری آن نسبت به اشخاص ثالث می‌دانند.

پس از بیان دلایل ممنوعیت پذیرش دعوی مورد نظر، به نقد راه‌حل‌ها و ارائه تفسیری منطقی مبادرت می‌شود.

مبحث دوم: نقد رویه قضائی و ارائه راهکار منطقی

الف) دلایل نقضی

۱- جایگاه رأی وحدت رویه و حدود اعتبار آن

بر خلاف آنچه مرسوم است دلالت رأی وحدت رویه در نظام حقوقی ایران، محدود و تفسیر آن مضیق خواهد بود. رأی برای حل اختلاف حداقل دو تفسیر مخالف نسبت به موضوعی مشابه صادر می‌شود و تنها در همین حدود معتبر است. الفاظ و عبارات رأی وحدت رویه هرگز معادل الفاظ و عبارات قانون و حتی آیین‌نامه نیز نمی‌باشد. قدرت قانون و سایر مصوبات نوعی مانند آیین‌نامه، به دلیل بار حقوقی عبارات و مفاهیم و

محتوی آنها قابل مقایسه با رأی وحدت رویه نیست. فلسفه این رأی ارائه تفسیری روشن و حل اختلاف در یک موضوع جزئی و در حدود موضوع آراء می‌باشد و بنابراین اگر دو رأی در ظاهر مغایر باشند ولی موضوعات حقوقی مشابهی نداشته باشند نوبت به صدور آن نمی‌رسد. بدیهی است رأی هیأت عمومی باید نگاشته شود تا از موضوع مشابه مورد اختلاف رفع ابهام کند ولی نگارش این رأی ممکن است بر حسب سلیقه شخصی قضات دیوان عالی کشور متفاوت بوده و تنها هدف از این نگارش، بیان راه‌حل لازم‌الاتباع است نه اینکه مقام اعتباری نظیر قانون داشته و تمام الفاظ و مفاهیم و دلالت‌های مستقیم یا غیرمستقیم آن حجت باشد. چنین اختیاری هرگز در صلاحیت دیوان عالی کشور نیست و لذا رأی را می‌توان در دو سطر یا ده‌ها سطر نگارش نمود بدون اینکه از این نظر تفاوتی بین آنها از حیث اعتبار عبارات وجود داشته باشد. هر چند مرسوم است که رأی وحدت رویه را با ذکر دلایل و توجیحات انشاء می‌کنند و این امر برای هدایت حقوقی دادگاه‌ها مناسب است ولی هرگز نمی‌توان برای این دلایل و جهات، اعتباری نوعی و لازم‌الاتباع قائل شد.

رای در حدود منطوق و موضوع مورد اختلاف قدرت اجرایی دارد و سایر جهات آن ارشادی است. مفاد ماده ۴ قانون آیین دادرسی مدنی، در مورد ممنوعیت صدور حکم کلی، سیطره خود را بر رأی وحدت رویه نیز دارد و به همین جهت هیأت عمومی نمی‌تواند انتظار رعایت توجیحات، دلایل یا مفاهیم رأی خود را از سوی دیگر مراجع داشته باشد. حتی در نظام حقوقی کامن‌لا که مطابق با «قاعده سابقه»^{۴۹} آراء مراجع بالاتر برای مراجع پایین‌تر و آراء مجلس لردان^{۵۰} آن برای تمام مراجع لازم‌الاتباع است و نظام مبتنی بر رویه قضائی دارند نیز چنین حدی از درجه الزام در آراء مذکور مشاهده نمی‌شود و تنها اسباب توجیهی رأی که دادگاه‌ها باید آن را کشف و استخراج نمایند معتبر است نه الفاظ و عبارات یا مفاهیم آن.^{۵۱} وقتی در آن نظام حقوقی که تا قانون از پنجره رویه قضائی وارد نشود و اعتبار نیابد، محاکم به مفاد آن عمل نمی‌کنند

49. rule of precedent

50. House of Lords

۵۱. بخش لازم‌الاتباع رأی در نظام کامن‌لا به ratio decidendi معروف است و بخش دیگر که ارشادی است با obiter dictum یاد می‌شود. برای ملاحظه بحث تفصیلی در این خصوص رجوع شود به رنه داوید، کامی ژوفره اسپینوزی، پیشین، صص ۲۱۷ الی ۲۲۱ و ۲۷۵ الی ۲۸۰.

و رویه قضائی تا این اندازه اهمیت درجه اول دارد، الزام محدود در آراء آنها مشاهده می‌شود، چگونه است که در کشور ما می‌توان چنین اعتبار مطلقى برای رأی وحدت رویه قضائی شناخت. بدون تردید دلالت رأی مذکور باید مضیق تفسیر شود و تنها راجع به موضوعات مورد اختلاف باشد. به همین دلیل قضات باید بیش از خود رای، به مقدمات صدور و آراء معارض توجه کنند و وقتی پی به اختلاف آنها بردند قبل از خواندن رای، موضوع مورد اختلاف را به دست آورده سپس به رأی مراجعه و تفسیر هیأت عمومی و انتخاب راه‌حل مورد نظر این مرجع را ملاحظه نمایند.^{۵۲}

با این بیان تکیه بر مفهوم مخالف رأی وحدت رویه شماره ۵۶۹-۱۰/۱۰/۱۳۷۰ خارج از حدود این رأی است و هر چند به دلایل دیگر ممکن است این مفهوم تاحدودی معتبر باشد ولی این اعتبار با رأی مذکور ارتباط ندارد. مقدمات صدور رأی نیز حکایت از اختلاف دو دادگاه نسبت به این مسأله دارد که آیا در املاک ثبت نشده، علی‌رغم ملزم بودن صاحبان آنها به درخواست ثبت ملک، می‌توان دعاوی اثبات مالکیت مطرح ساخت یا خیر؟ پاسخ رأی مثبت است ولی اخذ مفهوم یا دلالت الفاظ آن چه محملی می‌تواند داشته باشد و چگونه می‌توان از رایى که اساساً در مقام بیان و حل اختلاف در مورد املاک ثبت شده نبوده است، اخذ مفهوم نمود محل سؤال است. بنابراین به طور قطع، عدم استماع این دعوا با استناد به رأی شماره ۵۶۹-۱۰/۱۰/۷۰ نادرست بوده و ساده‌ترین راه برای پرهیز از ورود مقتدرانه به حوزه بحث و رها نمودن خود از گرداب دشوار حقوقی است.^{۵۳}

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

۵۲. «لازم‌الاتباع بودن نظر هیأت عمومی منحصر به مورد رأی یعنی امری است که در رأی موضوع انشاء قرار می‌گیرد و شامل مقدمات و جهات و استدلالات مربوط به رأی نخواهد بود، زیرا ماده مزبور، نظر اکثریت هیأت عمومی دیوان کشور را نسبت به موارد مشابه مورد رأی، لازم‌الاتباع اعلام کرده است نه نسبت به استدلال مربوط به رأی. هیأت عمومی دیوان عالی کشور قانون وضع نمی‌کند و نظر این هیأت را نمی‌توان قانون تلقی کرد». مهدی شهیدی، مجموعه مقالات حقوقی، تهران، حقوقدان، چاپ اول، ۱۳۷۵، ص ۶۲.

۵۳. دورکین (Dworkin) وقتی از دعاوی دشوار یاد می‌کند (hard case) رسالت واقعی قاضی و نقش او را در جریان فرایند قضائی بیان می‌نماید. دعاوی دشوار مرز بین حقوق‌دان و حقوق‌خوان است. برای مطالعه در مورد مفهوم دعاوی دشوار (hard case)، نک: مارک تیبِت، فلسفه حقوق، ترجمه حسن رضایی خاوری، مشهد، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، چاپ اول، ۱۳۸۴، صص ۹۲ الی ۱۲۱ همچنین، نک:

Ian Mcleod, *Legal Theory*, Palgrave Macmillan, Second edition, 2003, pp. 120-136.

۲- تفسیر نادرست از مدلول مواد ۲۲ و ۴۶ تا ۴۸ قانون ثبت

بحث در این خصوص بسیار است و سابقه‌ای ۷۰ ساله دارد. تنها تذکر این نکته حائز اهمیت است که در یک نظام حقوقی نمی‌توان تعارض آشکار را پذیرفت و به اصطلاح یک بام و دو هوا بود. وقتی که رویه قضائی، نویسندگان و آراء فقهی پس از مباحث بسیار، «اعتبار ماهوی» اسناد نقل و انتقال عادی را پذیرفته‌اند و انتقال عادی آنها را انتقال مال غیر می‌دانند و بر تحقق اصل بیع تردیدی نداشته و به همین جهت کسی منکر اصل نقل و انتقال نیست دیگر چگونه می‌توان از ثبوت مالکیت دفاع نکرد. درست است که اسناد عادی انتقال در محاکم پذیرفته نمی‌شوند ولی به طور قطع در وضعیت فعلی، عدم پذیرش «سند»، به معنای عدم اعتبار «مسند یا محتوی» از نظر ثبوتی نیست و هر چند ما هم علاقه‌مند به این بوده‌ایم که حتی از نظر ثبوتی نیز بر اسناد عادی راجع به املاک ثبت شده اعتباری قائل نشویم ولی چون دلالت نظام حقوقی و مجاری لازم‌الاتباع آن بر نظر شخصی غالب است، چاره‌ای جز قبول این واقعیت تلخ نداریم. بیع یا سایر معاملات مربوط به املاک ثبت شده، از نظر ثبوتی، تشریفاتی نیست و با سند عادی محقق می‌شود ولی برای پذیرش دعوای ناشی از آن باید سند رسمی به دست آورد که به طور معمول با دعوای الزام به تنظیم سند رسمی یا ابطال این سند همراه است که از سوی خریدار سابق بر دارنده سند اقامه می‌شوند و یا پس از اختلاف طرفین در دادگاه و اقرار دارنده سند به تحقق بیع و اعتبار سند رسمی، یافتن قولنامه یا بیع‌نامه مورد نزاع، به طرح دعوای خلع ید یا نظایر آن اقدام می‌شود. عدم پذیرش سند عادی در محاکم در حدود خود است و مطلق نیست در غیر این صورت طرح دعوای الزام به تنظیم سند رسمی که بر مبنای سند عادی نقل و انتقال صورت می‌گیرد نیز غیرقابل پذیرش خواهد بود امری که هیچ کس مأخوذ به آن نیست. بدیهی است که محاکم، سند عادی را مستند دعوای خلع ید، حق امتناع، مطالبه اجرت‌المثل یا اخذ وجوه دیگر راجع به مال غیرمنقول ثبت شده قرار نمی‌دهند و مراجع عمومی آن را نمی‌پذیرند ولی این امر در مرحله اثبات است نه ثبوت و در این موارد، دعوای پیش از ورود در ماهیت، غیرقابل استماع می‌باشند. با این بیان دلالت عدم استماع یا پذیرش دعوای مبتنی بر سند عادی وقتی است که با فرض تحقق اثبات آن، نتوان دعوای را استماع کرد در غیر این صورت اگر سند عادی متعرض ثبوت مالکیت شود مانند

دعوی الزام به تنظیم سند رسمی یا ابطال این سند، این دعاوی و اسناد مربوط پذیرفته می‌شوند. مفهوم رأی وحدت رویه شماره ۶۷۲-۸۳/۱۰/۱ نیز همین است زیرا دعوی خلع ید به معنای مالکیت و ثبوت آن برای خواهان است و چون از نظر اثباتی، نمی‌توان سند عادی را پذیرفت لذا هیأت عمومی، دارنده چنین سندی را به طرح دعوی دیگر (اثبات مالکیت و احراز آن) ملزم نموده تا پس از احراز مالکیت، دعوی خلع ید و نظایر آن را بتوان مطرح نمود. در چنین وضعی که رأی مذکور ثبوت مالکیت را لازم می‌داند و بررسی ماهوی آن، اقتضاء پذیرش سند عادی را برای ورود در ماهیت دارد چگونه است که دعوی اثبات مالکیت مقابل سند رسمی پذیرفته نمی‌شود. ممکن است به اصل نظام‌مندی و چارچوب دادرسی و تثبیت رویه قضائی در دعاوی معینی مانند الزام به تنظیم سند رسمی استناد کرد و بر نحوه طرح دعوا ایراد داشت ولی ایرادی ماهوی و ثبوتی را نمی‌توان ارائه کرد و صرف استناد به مفاد ماده ۲۲ و دیگر مواد قانون ثبت در اصطلاح اصولی از قبیل «تمسک به عام در شبهات موضوعی خود عام است». امری که هیچ جای تمسک ندارد.^{۵۴}

۳- تحلیل نادرست از اصل نسبی بودن روابط حقوقی

بحث تفصیلی از معنا و مفهوم، قلمرو و جایگاه نسبیت روابط حقوقی^{۵۵} یا حوزه مختصرتر آن یعنی اصل نسبی بودن قرارداد^{۵۶} از حوصله این نوشتار خارج است و منابع عمومی یا تخصصی بسیاری در این رابطه وجود دارد. تفسیر رویه قضائی در مواردی که با استناد به این اصل، دعاوی تنفیذ قولنامه یا صحت تاریخ و نظایر آن را استماع می‌کند مبتنی بر تحلیلی نادرست و به دور از مبانی اولیه حقوقی است. با اینکه دلایل بسیار بر این نادرستی در اختیار داریم تنها از چند جهت متعرض آن می‌شویم: اولاً رویکرد تازه‌ای که به اعتبار امر مختوم و حل مشکلات مربوط به ویژگی نسبی بودن آن به عمل آمده است به تحلیل نسبیت روابط حقوقی نیز باز می‌گردد. درست است که رأی دادگاه اثر نسبی در روابط طرفین دارد و متضمن محدودیت مستقیم برای

۵۴. بطلان چنین تمسکی از نظر اصولی ثابت شده است.

۵۵. privity

۵۶. privity of contract

دیگران نیست اما به دلیل وضعیت‌های نوعی که به تعبیر دوگی^{۵۷}، نویسنده فرانسوی، «موقعیت حقوقی»^{۵۸} نام دارند، در صدد حل این مشکلات و اثربخشی «آراء نوعی» در مقابل عموم می‌باشند. به همین دلیل آراء نوعی نظیر وضعیت احوال شخصی یا مالکیت با توجه به طبع عمومیت و حق تعقیب ذاتی مستقر در آنها، نسبت نداشته و با اصل دیگری به نام «قابلیت استناد عقود و موقعیت‌های نوعی»^{۵۹} تفسیر و توجیه می‌شوند. چگونه می‌توان شخصی را دارای نسبت مشروع نسبت به پدر و مادری دانست ولی مقابل دیگران به صرف نسبت روابط حقوقی آن را انکار کرد. قابلیت استناد، اثر ذاتی و قهری هر واقعه یا عمل حقوقی است و به‌ویژه در موقعیت‌های نوعی بسیار برجسته و ظاهر می‌شود.^{۶۰} پذیرش دعوی تنفیذ قولنامه یا تأیید صحت تاریخ آن، با تفسیر پیش‌گفته از رویه قضائی، با این رویکرد مغایر است و جوهره مالکیت غیرمنقول و قلمرو آن را مخدوش می‌کند.

ثانیاً چگونه است که برخی دادگاه‌ها اعلام می‌کنند که تاریخ بین طرفین معتبر است یا قولنامه تأیید یا تنفیذ می‌شود ولی در انتهای رأی به صراحت بیان می‌کنند که این امر دلالتی بر مالکیت ندارد! عجیب است که اثر ذاتی تأیید قولنامه یا صحت تاریخ آن را نفی نموده و در رأی خود دچار تناقض می‌شوند. اثر ذاتی پذیرش قولنامه، حدوث مالکیت یا کشف از آن است و هر اعلامی مبنی بر عدم مالکیت «خلاف مقتضای ذات رأی» محسوب می‌شود و نتیجتاً بطلان رأی را به دنبال دارد. منطق حقوق، منطقی اعتباری است ولی منطقی پوچ و باری به هر جهت تلقی نمی‌شود و چنین تفاسیری زینده نظام حقوقی نخواهد بود.^{۶۱}

57. Léon Duguit

58. la situation juridique

59. oposabilité

۶۰. بر اساس همین آثار، امر مختوم، دیگر ویژگی محدود و منحصر وحدت اصحاب دعوا یا موضوع یا سبب را ندارد بلکه مهم وحدت یا دوگانگی دعوی است و این شرایط را مهمترین شرط می‌دانند نه شرایط منحصر. در نظام حقوقی کامن‌لا و البته در دیگر نظام‌ها نیز قاعده استاپل (Estoppel) بر اعتبار امر مختوم حاکم است و اجازه طرح ادعای مغایر با رأی دادگاه را، هر چند در ظاهر، در پناه اصل نسبی بودن روابط سنگر گرفته باشد، نمی‌دهد. برای مثال در دعوی Bernhard v. Bank of America (1942) تغییر شخص در دادرسی را مانع از اعمال قاعده مذکور و امر مختوم ندانسته‌اند. نک: <http://www.west.net/~smith/resjud.htm>

۶۱. هر چند در فلسفه حقوق این بحث مورد اختلاف است که آیا نظام اعتباری حقوقی، جز در موارد خاص و مصرح، خلاف نظام واقعیت است یا اینکه اساساً چنین تبعیتی ندارد و نمی‌توان آنها را مقایسه کرد. ولی هر دوی

ثالثاً بدیهی است که عمل قضائی متفاوت از اداری است و جنبه‌های حسبی و ترافیعی عمل قضائی نیز متفاوتند.^{۶۲} موضوع ترافیعی که حدوث اختلاف و حل مسأله حقوقی را در ذات خود دارد، در مسائل مدنی جنبه خصوصی دارد و جز با درخواست اشخاص قابل بررسی نیست ولی موضوع حسبی ویژگی آمره و وصف عمومی دارد و تکلیف مستقیم بر عهده دادگاه در ورود به ماهیت امر و اتخاذ تصمیم مقتضی بار می‌کند. ماده ۱ قانون امور حسبی چه زیبا بیان داشته است که «امور حسبی اموری است که دادگاه‌ها مکلفند نسبت به آن امور اقدام نموده و تصمیمی اتخاذ نمایند بدون اینکه رسیدگی به آن متوقف بر وقوع اختلاف و منازعه بین اشخاص و اقامه دعوا از طرف آنها باشد».

با این بیان اگر موضوع ترافیعی باشد تابع احکام و شرایط طرح دعوا شامل نفع، حفظ قواعد نظام‌مند دادرسی و نظایر آن است و اگر حسبی باشد تکلیف به رسیدگی بدون درخواست را همراه دارد و حال، تفسیر برخی از دادگاه‌ها در پذیرش به اصطلاح «دعوی» تنفیذ قولنامه یا صحت تاریخ آن چگونه توجیه می‌شود؟ آیا امری حسبی است یا ترافیعی؟ اگر حسبی است کدام مستند یا قاعده تکلیف رسیدگی بدون درخواست را بر عهده دادگاه قرار می‌دهد و اگر ترافیعی است چه ماده نزعی در دل خود دارد و چرا اساس دعوا، حل و فصل نمی‌شود و مالکیت اعلام نمی‌گردد؟ چرا طرف دعوا مشخص نیست و اساساً چه دعوایی قابل تصور است وقتی طرفین سند عادی حضور یافته و هر

این نظریات، چنین تعارضی را در اعلام قاعده حقوقی نمی‌پذیرند و لوازم منطقی خود را به همراه آثار ذاتی حفظ می‌کنند. نک: امیرمهدی قربان‌پور، «تنازع حقیقت و اعتبار در برخی از حوزه‌های علم حقوق»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی، دانشکده علوم قضائی و خدمات اداری، ش ۳۴ و ۳۵، صص ۶۱ الی ۷۴. در دادنامه شماره ۳۲/۸۶۷ مورخ ۱۳۸۶/۸/۱۳ شعبه ۲ دادگاه عمومی مشهد، راجع به ادعای شخص خارجی در مورد خرید مال غیرمنقول، آن هم در حالتی که اجازه دولت ایران اخذ نشده بود، آمده است: «در خصوص دعوی آقای ... به خواسته صدور حکم به اصالت و صحت توافقنامه ... که به موجب توافقنامه مذکور مالکیت یک باب منزل مسکونی واقع در مشهد ... به چهار قسمت و مشاعی تقسیم شده است ... دادگاه ... حکم به اصالت و صحت توافقنامه ... صادر می‌نماید ... بدیهی است رأی دادگاه در خصوص اصالت توافقنامه و قصد متعاقدين صادر شده است و استملاک اتباع بیگانه تابع مقررات مخصوص به خود می‌باشد ...» (پرونده شماره ۸۵/۲۹۹) این رأی بیگمان نادرست است زیرا قصد طرفین با مقررات آمره در تعارض می‌باشد و بیع مذکور باطل است و چنان توافقنامه‌ای هیچ اصالت و صحتی ندارد تا دادگاه در صدد بیان آن باشد.

۶۲. ناصر کاتوزیان، اعتبار امر قضاوت شده در دعوی مدنی، صص ۷۵ به بعد.

دو درخواست صدور حکم واحد را دارند؟ و ده‌ها سؤال بدون پاسخ دیگر. وظیفه حراست از مرزهای قواعد حقوقی و پی‌ریزی یک نظام اصولی و منسجم در درجه اول با قضات است و این‌گونه تفاسیر با هر بهانه‌ای که باشد، زینده این هدف نخواهد بود.

ب) دلایل حلی استماع دعوی مالکیت و حدود آن

۱- اثبات مالکیت فرعی و اصلی

منطق حقوقی از نظر صوری با منطق ریاضیات مشابهت دارد و حرکت استدلال در حقوق را می‌توان با حرکت آن در علم ریاضی تا حدودی مقایسه کرد. در هر دو منطق، برای رسیدن به نتیجه نهایی (منتج) باید مقدمات قیاسی را تشکیل داد و با احراز مقدمه اول به مقدمه بعدی و به همین ترتیب مقدمات دیگر رسید تا استدلال، رنگ و بوی توجیهی داشته باشد.^{۶۳} بنابراین در هر مسأله حقوقی مقدمات بسیاری باید اثبات شود و هر عمل یا واقعه حقوقی ممکن است در یک موضوع، نقش اصلی را ایفاء کند یا وضعیتی فرعی و عنوان یک مقدمه به خود بگیرد. برای مثال در دعوی اثبات نسب، احراز این رابطه، اصل است و مقدمات دیگری لازم دارد (اماره فراش، ازدواج مشروع، تولد از بطن معین) اما در دعوی ارث یا مطالبه سهم الارث این نسب، مقدمه فرعی است. مالکیت موضوع بحث ما نیز چنین وضعی دارد. در دعوی خلع ید، مطالبه ارش مبیع معیوب، مطالبه ثمن معامله و نظایر آن، مالکیت خواهان به ترتیب نسبت به مال غیرمنقول، مبیع معیوب یا مال موضوع بیع که اکنون در تصرف خریدار است ثابت است و دادگاه با احراز این مقدمه، به سایر مقدمات رسیدگی می‌کند. اکنون سؤال این است که چرا وقتی امری مقدمه رسیدن به نتیجه معینی است، در ذیل یک عنوان، بررسی و قابل استماع است اما همان مقدمه، وقتی موضوع اصلی است قابل استماع نخواهد بود. بدیهی است که اعتباری بودن قواعد حقوقی تا حدودی پاسخ این مسأله را می‌دهد و

۶۳. هر چند منطق حقوق به دلیل واقعیات انسانی، «حرکت از نتیجه به استدلال» دارد اما به هر صورت، برای توجیه عمل، مقدمات دعوا در این رویکرد نیز یکی یکی اثبات می‌شوند و تنها تفاوت این است که دادرس در ابتداء به واقعیت می‌رسد و بعد از آن برای توجیه استدلال، مقدمه‌چینی می‌کند. نک: ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۳، ص ۴۴؛ عبدالله خدابخشی، «استدلال‌های پنهان در آراء هیأت عمومی دیوان عالی کشور»، ماهنامه پیام آموزش، ش ۱۰، مهر و آبان ۱۳۸۳، صص ۲۸ الی ۳۹.

ممکن است چند امر جزئی، پس از ترکیب، ماهیت دیگری به دست آورند اما این موارد نمی‌توانند اصل و قاعده اولیه را نفی نمایند و باید به دنبال پاسخ شایسته دیگری بود. صرف این امر که ملکی به ثبت رسیده کافی نیست تا دعوی اثبات مالکیت پذیرفته نشود زیرا در دعوی الزام به تنظیم سند رسمی یا ابطال آن، مالکیت خواهان، به عنوان یکی از مهمترین مقدمات، به قضاوت فراخوانده می‌شود و دادگاه با احراز آن، به ابطال سند یا تنظیم آن مبادرت می‌کند.^{۶۴} فرعی بودن اثبات مالکیت یا اصلی بودن آن تفاوتی ندارد و صورت‌بندی و مهندسی قواعد ماهوی، تمایزی میان آن دو قرار نمی‌دهد و تنها «استقلال قواعد دادرسی» است که به ما کمک می‌کند علت آن را دریابیم. دقت در رویه تثبیت شده قضائی نیز نشان می‌دهد اثبات مالکیت به صورت مقدماتی و فرعی، در بسیاری آراء منعکس شده است.^{۶۵}

۲- اتحاد «نفع» در دعوا و اصل نظام‌مندی قواعد دادرسی

از آنچه تاکنون نگاشته شد چنین برمی‌آید که استماع یا پذیرش دعوا باید مبتنی بر تحلیل حقوقی از قواعد ماهوی، لزوم یا عدم لزوم رسیدگی به اختلاف و حل مسأله قانونی و رعایت چارچوب‌های دادرسی باشد. این سه خصوصیت (تحلیل قواعد، نفع و

۶۴. بی‌گمان متوجه این مسأله هستیم که این دو دعوا در مواردی هم به مالکیت نیاز ندارند و برای مثال تعهد به انجام عمل مربوط به تنظیم سند، هنوز مالکیت را در دل خود ندارد و حق دینی با بهتر بگوئیم «التزام به عین معین» است. اما منظور ما مواردی است که بیع و اصل انتقال، تحقق یافته است. برای ملاحظه مفهوم التزام به عین معین، نک: ناصر کاتوزیان، نظریه عمومی تعهدات، ص ۵۷؛ عبدالرزاق احمدالسنهوری، مصادر الحق فی فقه الاسلامی، درسه مقارنه بالفقه العربی، الجزء الاول، دار احیاء التراث العربی، بیروت، لبنان، صص ۱۴-۱۳.

۶۵. برای مثال در رأی اصراری ۲۰-۷۹/۸/۱۷، مذاکرات و آراء هیأت عمومی دیوان عالی کشور در سال ۱۳۷۹، صص ۴۰۷ و ۴۰۸؛ رأی شماره ۲۱-۷۴/۷/۱۱، مذاکرات و آراء هیأت عمومی دیوان عالی کشور، سال ۱۳۷۷، صص ۳۸۸؛ در رأی اصراری مربوط به پرونده ردیف ۴۰/۸۵ شعب ۲۳ و ۲۵ دیوان و هیأت عمومی دیوان عالی کشور، دعوی را که به خواسته اثبات مالکیت و ابطال سند رسمی طرح شده بود استماع و با ورود در ماهیت آن، اعلام نظر نمودند. بدیهی است که اثبات مالکیت در این دعوی، امری فرعی و مقدماتی است و نیازی به بیان آن به صورت خواسته اصلی نبود. این رأی دو پیام مهم دارد که خوانندگان را به مطالعه آن توصیه می‌نمائیم: اول - دیوان عالی کشور به هر حال دعوی اثبات مالکیت را مقابل سند رسمی پذیرفته است. هرچند که اگر خواسته بعدی مطرح نبود، اقتضاء رعایت اصل نظام‌مندی دادرسی این بود که دعوی غیر قابل استماع تلقی می‌شد. دوم - نقش دادرسی در فرایند دادرسی و حرکت از نتیجه به استدلال که فلسفه حقوق تأکید بسیاری بر آن دارد. برای ملاحظه رأی، نک: نشریه ماوی، ش ۵۹۶، ۸۵/۱۰/۵، صص ۷ و ۸.

رعایت اصل نظام‌مندی) معیار اساسی دخالت دادگاه است و در مورد هر دعوایی قابل اعمال می‌باشد. مبانی تحلیلی در مورد دعوای اثبات مالکیت به صورت نسبی بیان شد. نفع در دعوا را نیز بدون اینکه دچار تکرار شویم بر حسب ویژگی‌های دعوای اثبات مالکیت بررسی می‌کنیم و با تلفیق نفع با اصل نظام‌مندی و رعایت چارچوب دادرسی، به نتیجه دلخواه نائل می‌آئیم.

دقت در مصادیق دعوای مورد نظر ما نشان می‌دهد در بسیاری موارد، شخص هیچ نفعی از اقامه آن ندارد و در واقع نوعی سوء استفاده از حق اقامه دعوا را می‌توان در آن مشاهده کرد. برای مثال دارنده سند رسمی، نفعی در اثبات مجدد مالکیت ندارد. دارنده سند عادی نیز بدون اینکه کسی متعرض ملک او شده باشد یا مقام‌های عمومی در صدد تملک آن برآیند، نمی‌تواند اثبات مالکیت خود را بخواهد. دادگاه مرجعی نیست که به اسناد عادی، بدون تحقق اختلاف و نفع، اعتبار رسمی دهد تا برخی گمان کنند همین اندازه نفع کافی است که سند عادی مالکیت پس از اثبات دعوا مطابق ماده ۱۲۹۱ قانون مدنی در حکم سند رسمی شود. اگر نفع را به این امر تفسیر کنیم پس باید هر نوع دین، التزام، تعهد، حق عینی تبعی، حق عینی اصلی شامل ارتفاق، انتفاع و نظایر آن، بدون تحقق اختلاف، با دعوای اثبات هر یک از عناوین قابل طرح در دادگاه باشند. مقررات دادرسی که برای پیش‌بینی امور آینده وضع شده‌اند، کافی است و اگر کسی ادعای امکان از بین رفتن دلایل اثبات را دارد می‌تواند با «تأمین دلیل» به هدف خود برسد. صرف بیم و احتمال تجاوز در آینده کافی نیست تا شخص پیش‌دستی کند و در صدد طرح دعوای اثبات مالکیت باشد. همچنان که صرف احتمال تهدید کافی برای تحقق اکراه نیست و صرف محکومیت به پرداخت دیه‌ای که مهلت چندساله پرداخت دارد، ملازمه با استماع دعوای اعسار ندارد.

بنابراین نفع واقعی هنگامی است که دخالت دادگاه دارای هدف معقول و مؤثری باشد و حاکمیت رأی آن، نظم مستقر جدیدی به وجود آورد. پس از حصول این شرط و تحقق نفع نیز نباید بلافاصله با استماع دعوای اثبات مالکیت همگام شد و شرط دیگر دادرسی یعنی رعایت اصل نظام‌مندی و چارچوب آن را منتفی دانست. حتی با تجاوز غاصب و تصرف ملک یا ممانعت از حق عبور و نظایر آن نیز، دعوای اثبات مالکیت صحیح نیست زیرا بر خلاف قواعد دادرسی و رعایت دعوای تثبیت شده (خلع ید)

می‌باشد. وقتی در دعوی خلع ید، مالکیت، بررسی و اثبات می‌شود و به دنبال آن، اثر اصلی که همان خارج کردن ملک از تصرف شخص است حاصل می‌آید چه جای طرح دعوی اثبات مالکیت مستقل است که هیچ اثری جز اعلام حق سابق ندارد. شخص در صدد اخراج متصرف است یا در مقام اعلام حق. با فرض اعلام حق آیا می‌توان به خلع ید مبادرت نمود؟ بدیهی است که خارج از خواسته نمی‌توان عمل کرد و نتیجه آن است که دعوی جدیدی لازم است و موتور دادرسی را باید مجدداً روشن کرد یا در جلسه اول رسیدگی، خلع ید را نیز اضافه کرد که هر دو در به هم ریختگی نظم و اطاله جریان دادرسی مؤثرند. این همان آثار نامطلوبی است که اصل نظام‌مندی دادرسی در صدد مقابله با آنها است و دادرسان نیز باید عنایت ویژه به آن داشته باشند و اساساً «جلوه‌های استقلال قواعد دادرسی» نسبت به «قواعد ماهوی» در همین اصل نمودار می‌شود در غیر این صورت هر نوع خواسته یا درخواستی را بلافاصله دادگاه‌ها باید مورد رسیدگی قرار دهند. این امر نه تنها با حق اقامه دعوی واحد هر شخص مناسبت ندارد بلکه به دلیل اختلاف در آراء صادره، پایه‌های اساسی اعتبار امر مختوم و حیثیت دادگستری را نیز به خطر می‌اندازد و شایسته حمایت نخواهد بود. دعاوی باید دارای اثر ذاتی باشند، اصل تأسیسی بودن احکام را در نظر بگیرند و در مسیر تثبیت شده حرکت کنند. روح قواعد مقرر در مواد ۱۸، ۱۹، ۱۰۳ و ۱۴۱ الی ۱۴۳ قانون آیین دادرسی مدنی که لزوم رسیدگی همزمان و مرتبط را پیش‌بینی کرده‌اند به این معنا است که مقدمات فرعی یک مسأله باید برای رسیدن به هدف اصلی تجمیع شوند. این قواعد مبین اصلی خواهند بود با این بیان که: «اصل بر تجمیع تمام مقدمات مستقیم و مؤثر در یک دعوا است و پراکندگی آنها خلاف قواعد مسلم دادرسی است». اثبات مالکیت مقدمه فرعی دعوی خلع ید است و لذا باید اصل دعوا و اثر ذاتی را معیار قرارداد و صرف مقدمه (اثبات مالکیت) قابل بررسی نخواهد بود. چنین دعاوی به دلیل عدم تلفیق و هماهنگی نفع و اصل نظام‌مندی دادرسی قابل استماع نیست و دادگاه نباید فریفته آثار بسیار دور و فرعی صرف اعلام مالکیت باشد.^{۶۶}

۶۶. اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریه شماره ۷/۱۲۶۴ مورخ ۶۶/۴/۱۶ توجیهی به معیارهای پیش‌گفته ننموده و با این بیان که «درخواست تنفیذ صلح‌نامه یا تقسیم‌نامه عادی از محکمه حقوقی ذی‌صلاح بلامانع است...» صرف اعلام صحت صلح‌نامه یا تقسیم‌نامه را قابل طرح در دادگاه می‌داند. سؤال این است که اگر صلح‌نامه یا تقسیم‌نامه،

در مورد اسناد رسمی نیز همین وضع اعمال می‌شود. مقابل سند رسمی، دعوای اثبات مالکیت، تحصیل حاصل است زیرا این مالکیت سابقاً اعلام شده و اگر کسی در صدد مقابله با آن است باید ابطال سند رسمی یا الزام به تنظیم سند رسمی را خواستار شود تا دعوای متعدد و ضد و نقیض را مشاهده ننمائیم.^{۶۷}

اما این مقدمات که به عنوان قواعد عمومی باید رعایت شوند مانع از توجه به وضعیت‌های استثنائی نیست و در برخی موارد هیچ یک از معیارهای سه‌گانه (تحلیل قواعد ماهوی، نفع، اصل نظام‌مندی) نمی‌تواند مانع از استماع دعوای اثبات مالکیت و صرف اعلام رأی مبنی بر این حق، بدون درخواست دیگر نظیر خلع ید یا الزام به تنظیم سند رسمی یا ابطال سند رسمی باشد. در واقع در برخی موارد، وضعیت اختلاف به نحوی است که با هیچ یک از قواعد مرسوم دادرسی مطابقت ندارد و اقامه هر یک از دعوای مرسوم، نامتعارف می‌نماید. همان‌طور که قواعد نوعی و کلی، عدالت نوعی دارند و قواعد خاص و استثنائی، متضمن عدالت نسبی هستند، در این موارد نیز قواعد عمومی را باید تعدیل نمود و دعوای اثبات مالکیت یا نظایر آن را پذیرفت. برای مثال اگر دارنده سند رسمی که یک باب مغازه و یک آپارتمان بر روی این مغازه دارد، اقدام به فروش آپارتمان فوقانی نماید از نظر قانونی ممنوعیتی برای این امر نیست و بیع

سند حاوی قراردادی است که به صورت عادی تنظیم شده پس تمام انواع قراردادها را می‌توان با دعوای تنفیذ سند عادی آنها، در دادگاه مطرح نمود و طلبکار به جای الزام بدهکار به انجام تعهد یا مطالبه طلب، دعوای تنفیذ سند عادی بدهی طرح می‌کند!! برای ملاحظه نظریه مورد اشاره اداره حقوقی، نک: **مجموعه نظرهای مشورتی اداره کل حقوقی و تدوین قوانین قوه قضائیه در مسائل مدنی از سال ۱۳۶۳ تا ۱۳۸۰**، تهیه و تنظیم از غلامرضا شهری و محمد خرازی، تهران، روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران، چاپ اول، ۱۳۸۰، ص ۴.

۶۷. در رأی وحدت رویه شماره ۶۲۶-۷۷/۴/۹ می‌خوانیم: «قطع نظر از اینکه دعوای مطروحه با مقررات قانون نحوه صدور اسناد مالکیت املاکی که اسناد ثبتی آنها در اثر جنگ یا حوادث غیرمترقبه مانند زلزله و سیل و آتش‌سوزی از بین رفته‌اند مطابقت ندارد، دعوای خواهان‌ها به خواسته تأیید اصالت اسناد عادی رقبات مورد نظر آنان به طرفیت اداره ثبت اسناد و املاک قابل استماع نمی‌باشد...» یکی از قضات اندیشمند دیوان عالی کشور در این مورد چنین اظهار نظر نموده است «علت و اساس خواسته خواهان‌ها در پرونده‌های مطروحه از سه حال خارج نبوده، چنانچه خواهان‌ها مغازه یا خانه متصرفی را طبق سند عادی از کسی خریده بودند اصولاً می‌بایست به طرفیت فروشنده دادخواست الزام به تنظیم سند رسمی تقدیم به دادگاه می‌کردند...» این امر نشان می‌دهد که رعایت اصل نظام‌مندی قواعد دادرسی در ذهن دادرسان نهفته است و به‌ویژه آنهایی که تجارب بیشتری دارند متوجه می‌شوند که در صورت عدم رعایت این اصل چه اشکالات اساسی به بار می‌آید. مذاکرات و آراء هیأت عمومی دیوان عالی کشور سال ۱۳۷۷، ص ۱۵۱.

صحیح است. چون ملاک قانون تنها قابل تقسیم بودن عرفی مال است و اگر امکان تقسیم مال باشد، امکان فروش مستقل آن بخش از مال به صورت مفروز نیز وجود دارد (مفهوم ماده ۳۶۰ قانون مدنی)،^{۶۸} در این مورد ممکن است به دلایل ثبتی یا شهرداری، امکان تفکیک یا صدور سند مستقل برای آپارتمان فوق نباشد اما به هر صورت مالکیت مفروزی آن متعلق به خریدار است. در این مورد، دعوای الزام سند رسمی ممکن نیست زیرا سند برای مغازه و فضای محازی و زیرزمین تا هر کجا که امتداد داشته باشد صادر شده و آپارتمان تنها بخشی از فضای محازی سند است. امکان ابطال سند نیز نه به صورت نسبی و نه کلی وجود ندارد. خلع ید نیز بدون وجه است زیرا ممکن است شخصی متصرف نباشد یا به دلیل صدور رأی وحدت رویه شماره ۶۷۲-۸۳/۱۰/۱ از شخص دلیل مالکیت رسمی بخواهند. بنابراین طرح دعوای مرسوم، برای رعایت اصل نظام‌مندی ممکن نیست و تنها راه برای حل تمام مشکلات خریدار، اثبات مالکیت از طریق دادگاه است تا بتواند از انواع منافع مشروع خود دفاع و به عنوان خریدار رسمی در جامعه شناسایی شود و منعی برای نقل و انتقال ملک مذکور نداشته باشد. در این فرض نمی‌توان گفت چون مقابل سند رسمی دعوای اثبات مالکیت مطرح شده است، غیرقابل استماع خواهد بود.^{۶۹}

موارد دیگری را می‌توان در عمل مشاهده کرد که بر خلاف قواعد عمومی، چاره‌ای جز استماع این دعوای وجود ندارد. در این موارد، نفع در دعوا دگرگون نمی‌شود بلکه از منظر دیگری خود را اثبات می‌کند و دادگاه‌ها باید این دعوای را با توجه به نحوه تحقق نفع، استماع کنند. با توجه به تمام مطالب سابق و با در نظر گرفتن مقدمات زیر، می‌توان یک قاعده یا اصل کلی را در دعوای اثبات مالکیت استخراج کرد به این معنا که «اصل بر عدم قابلیت استماع دعوای اثبات مالکیت به صورت اصلی و مستقل است مگر خلاف آن ثابت شود». مقدمات مورد نظر که ما را به این اصل هدایت می‌نمایند و تفصیل آنها در این

۶۸. «هر چیزی که فروش آن مستقلاً جایز است استثناء آن از مبیع نیز جایز است.»

۶۹. این مثال، مورد عملی بود که شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی سبزوار طی دادنامه شماره ۵۷/۵۷ مورخ ۸۵/۱/۲۲ مورد پذیرش و استماع قرار داد ولی شعبه ۸ دادگاه تجدیدنظر استان خراسان رضوی به موجب دادنامه شماره ۱۳۹/۹۷۶ مورخ ۸۵/۶/۳۰ با نقض رأی ماهوی دادگاه بدوی، به استناد مفهوم مخالف رأی وحدت رویه شماره ۵۶۹-۷۰/۱۰/۱۰ قرار رد دعوای اثبات مالکیت را صادر نمود.

نوشته بیان شد عبارتند از: ۱- اثبات مالکیت اعلام حق است و صرف اعلام حق در مواردی که تجاوزی به آن نشده است، قابل پذیرش نیست؛ ۲- انکار حق یا تجاوز به آن حق اقامه دعوا را به وجود می‌آورد که نتیجه آن اختیار مراجعه به دادگاه و تکلیف رسیدگی از سوی این مرجع است؛ ۳- استماع دعوا تابع نفع و رعایت اصل نظام‌مندی و چارچوب دادرسی است و حق اقامه دعوا را تنها باید با این معیارها اعمال نمود؛ ۴- اثبات مالکیت مستقل بر خلاف اصل نظام‌مندی دادرسی است و با دعاوی تثبیت شده مغایرت دارد. این درخواست، چون متضمن نظم جدیدی نیست، نفعی را نیز به دنبال ندارد و منظور از نفع، اثر ذاتی و مستقیم و مؤثر دعوا است؛ و ۵- در موارد استثنائی، می‌توان نفع این دعوی مستقل را، بر خلاف قواعد عمومی اثبات کرد.

۳- استقراء موارد خلاف اصل

با توجه به خلاف اصل بودن دعوی اثبات مالکیت و توابع آن نظیر تنفیذ قولنامه یا تعیین صحت تاریخ قولنامه، در هر مورد که استماع آن مورد تردید قرار گیرد اصل بر عدم استماع است مگر اینکه دلایل خلاف آن اثبات شود که اثبات نفع خلاف اصل نیز با توجه به توضیحات سابق روشن شد. استقراء در مقررات، مواردی از استماع این دعاوی را نشان می‌دهد. این موارد انحصاری نیست و ممکن است در موارد دیگر نیز چنین دلایلی وجود داشته باشد.

۱- تبصره ماده ۶ قانون اراضی شهری مصوب ۲۷ اسفند ۱۳۶۰ بیان می‌دارد «در مورد کسانی که به تاریخ قبل از قانون لغو مالکیت اراضی موات شهری با اسناد عادی دارای زمین بوده و در مهلت‌های تعیین شده قبلی از طرف مراجع مربوط، تشکیل پرونده داده‌اند و نیز در شهرهایی که تاکنون مهلت‌های مذکور برای تشکیل پرونده اعلام نشده در صورتی که تاریخ تنظیم سند عادی و صحت معامله از طرف مراجع ذیصلاح قضائی تأیید گردد...». این تبصره منتهی به صدور آراء وحدت رویه قضائی شماره‌های ۵۴۵-۶۹/۱۱/۳۰ (غیرمالی بودن دعوی اثبات صحت تاریخ معامله)، ۳۱-۱۳۶۴/۱۱/۸ (مقید به تاریخ معین بودن دعوی تأیید تاریخ تنظیم سند عادی)، ۳۵-۶۵/۹/۲۰ (منصرف بودن دعوی مذکور از موردی که سازمان عمران شهری و کمیسیون موضوع الحاق ۳ تبصره به ماده ۱۰ آیین‌نامه قانون لغو مالکیت اراضی موات شهری...

اعلام نظر در مورد سند عادی نموده است و عدم قابلیت طرح مجدد آن در دادگاه، ۶۳/۱۰/۳-۴۲ (استماع این دعاوی در حدود تبصره ماده ۶) شده است.

۲- ماده ۲ قانون نحوه اجراء اصل ۴۹ قانون اساسی ۱۳۶۳ اصل مشروعیت دارایی اشخاص را متذکر می‌شود. در صورتی که دادگاه انقلاب، حکم به مصادرته مال و اعلام نامشروع بودن صادر کند و شخص ذی‌نفع، با ادعای مالکیت مال و تعلق به وی، به حکم معترض باشد، اقامه دعوی اثبات مالکیت و اعتراض به حکم دادگاه می‌نماید. در این خصوص آراء وحدت رویه شماره ۵۷۲-۷۱/۲/۲۹ (که بر اساس رأی بعدی نسخ شد) و ۵۸۱-۷۱/۱۲/۲ (ناسخ رأی سابق) دلالت بر استماع دعوا دارند. هرچند ممکن است ایراد شود که دعوی تثبیت شده اعتراض ثالث وجود دارد و نوبت به اثبات مالکیت نمی‌رسد اما چون اعتراض ثالث، ماهیتی مستقل ندارد و بر حسب نوع خواسته متغیر است لذا اساس آن اثبات مالکیت خواهد بود.

۳- در مواردی که در دعوی کیفری، قرار اناطه صادر می‌شود و اثبات مالکیت مال غیرمنقول لازم است، ذی‌نفع باید آن را در دادگاه صالح مطرح نماید. هر چند می‌توان گفت که در این فرض، دعوا تابع قواعد عمومی است و باید دعوی الزام به تنظیم سند رسمی یا ابطال سند اقدام شود اما به دلیل تأثیر فوری دعوی کیفری، مانع شدن از تحقق مرور زمان، اصل سرعت دعوی کیفری و دلایل دیگر به نظر می‌رسد نفع در اقامه دعوی مستقل اثبات مالکیت وجود داشته باشد و الزام نمودن شخص به طرح دعوی دیگر، دور از استنباط منطقی است.

در پایان اشاره می‌شود که قواعد پیش گفته ناظر به اموال منقول نیز می‌باشند ولی در این حوزه ویژگی‌هایی قابل طرح است که به دلیل اهمیت کمتر آن از ورود به جزئیات خودداری می‌شود. همچنین لازم است اشاره شود حتی در فرض قابلیت استماع دعوی مذکور، تمام ترتیبات دادرسی باید رعایت شود و همان‌طور که برای طرح دعوی الزام به تنظیم سند رسمی حضور بالقوه دارنده سند رسمی و سایر ایادی ناقل تا رسیدن به خواهان، لازم است، در دعوی اثبات مالکیت و توابع آن نیز همین ترتیب اعمال می‌شود. بنابراین طرح دعوی اثبات مالکیت «در مواردی که قابل استماع است»، اگر تنها به طرفیت فروشنده باشد و دارنده سند یا دیگر اشخاص واسطه نقل و انتقال، طرف دعوا نباشند، کیفیت طرح آن اشکال اساسی دارد و قابل استماع نیست.

مبحث سوم: انعکاس اصول پیش گفته در رویه قضائی

در این قسمت به برخی از آراء صادره و رویه قضائی که اصول و تحلیل‌های بیان شده در متن را در خود منعکس نموده است، اشاره می‌نمائیم.^{۷۰}

۱- دادنامه شماره ۱۳۳۸/۸۶ موضوع پرونده شماره ۸۶/۷۹ ح ۱ شعبه اول دادگاه عمومی حقوقی بروجن

«در خصوص دادخواست خانم‌ها ۱- «الف» ۲- «ب» به طرفیت ۱- «ج» ۲- سازمان مسکن و شهرسازی بروجن به خواسته تأیید و تنفیذ قرارداد عادی مورخ ۵۳/۹/۸ به مبلغ ده میلیون ریال، اولاً مطابق مواد ۲ و ۳ قانون آیین دادرسی مدنی قضات دادگاه‌ها مکلفند نسبت به دعاوی که مطابق قانون اقامه می‌شود رسیدگی نموده حکم صادر یا فصل خصومت نمایند و دعوا عبارت است از اینکه شخصی به عنوان مدعی به دادگاه مراجعه و شخص دیگری را به عنوان مدعی علیه طرف دعوا قرارداده و از وی موضوع خاصی را مطالبه می‌کند و یک دادرسی عمومی، مأمور احراز شرایط سه گانه (وجود ادعا، مدعی و مدعی علیه) می‌شود مدعی کسی است که قولش مخالف اصل و ظاهر باشد (و قیل هو الذی یخالف قوله الاصل و الظاهر) حال آنکه در مانحن فیه، قول خواهان‌ها (صحت بیع‌نامه) موافق اصل است (اصل صحت) فلذا در دعوی مطروحه مدعی محسوب نمی‌گردند که حق اقامه دعوا داشته باشند؛ ثانیاً اقامه دعوا، استحقاق مراجعه مدعی حق تزییع شده به محاکم است و این، بدان معناست که دادگاه اصولاً به امور ترافعی رسیدگی می‌کند و وجود حق، ملازمه با اقامه دعوا ندارد و باید حق از حال سکون به تزلزل درآمده باشد تا حق اقامه دعوا برای مدعی ایجاد شود و صرف انکار سند توسط خواندگان، حق اقامه دعوا را برای فرد واجد حق ایجاد نمی‌نماید. حق باید از موضع خود جابه‌جا شده باشد و در این صورت نیز مسیر صحیح شناسایی حق و اعاده آن به حق‌دار، باید انتخاب شود تا محکمه را با تکلیف قانونی روبرو سازد حال آنکه در مانحن فیه خواننده (فروشنده) صحت انتقال را تأیید می‌نمایند فلذا در جهت اثبات بیع هیچ ترافعی وجود ندارد و تصرف خواننده ردیف دوم نیز با دعوی متناسب

۷۰. این آراء را همکار محترم و فاضل جناب آقای رئیسی، قاضی دادگستری شهرستان بروجن، در اختیار اینجانب قرار داده‌اند که بدین وسیله از ایشان تشکر می‌نمایم.

قابل قبول است نه دعوی تنفیذ قولنامه‌ای که خواننده مزبور هیچ نقشی در آن نداشته است؛ ثالثاً، چنانچه خواهان‌ها قصد داشتند با اخذ حکم به اثبات صلح‌نامه، به عنوان مالکیت ملک موضوع دعوا، از این حکم استفاده کنند پذیرش چنین دعوایی توسط حکم محکمه با وظایف ذاتی اداره ثبت اسناد و املاک که مرجع اثبات و اعلام مالکیت افراد است، تناقض و تعارض دارد زیرا اخذ سند مالکیت تابع تشریفات خاص ثبتی است و خارج از وظایف ذاتی محاکم، کما اینکه مواد ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک در اراضی دارای سابقه ثبتی ثبت معاملات را اجباری نموده و پذیرش اسناد عادی را در محکمه منع نموده است و این مفهوم از آرائی که منجر به صدور رأی وحدت رویه ۶۷۳-۱۰/۱/۱۳۸۳ شده است نیز، برداشت می‌شود؛ رابعاً احکام دادگاه اصولاً باید واجد الزام و التزام باشند حال آنکه در مانحن فیه بر فرض صدور حکم به تأیید و تنفیذ قرارداد، هیچ تأسیس و نظم‌نویسی ایجاد نشده و الزام و التزامی برای خواندگان به وجود نمی‌آورد و فقط دادگاه اعلام نموده که یک رابطه حقوقی فی‌مابین خواهان‌ها و خواننده ردیف اول (که خود نیز آن را قبول کرده) ایجاد شده که با شأن وظایف دادگاه ناسازگار است. علیهذا دادگاه، خواسته خواهان‌ها را قانونی تشخیص نداده حکم بر بی‌حقی آنها صادر می‌نماید رأی صادره ظرف بیست روز پس از ابلاغ قابل تجدیدنظر خواهی در محاکم محترم تجدیدنظر استان می‌باشد.»

«در خصوص تجدیدنظر خواهی خانم‌ها ۱- «الف» ۲- «ب» نسبت به دادنامه شماره ۸۶/۱۳۳۸ صادره در پرونده کلاسه ۷۷۹-۸۶ شعبه اول دادگاه عمومی حقوقی بروجن، دادگاه با عنایت به محتویات پرونده از آنجا که ایراد و اعتراض موجه و مؤثری که موجبات فسخ دادنامه معترض‌عنه را فراهم آورد ارائه نگردیده است، ضمن رد تجدیدنظر خواهی تجدیدنظرخواه مستنداً به مادتين ۲ و ۳۸۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی و با اصلاح منطوق دادنامه بدوی به قرار عدم استماع دعوا نهایتاً دادنامه بدوی تأیید و استوار می‌گردد. رأی صادره وفق مقررات قطعی است.» (دادنامه شماره ۸۷۰۹۹۷۳۸۱۴۲۰۰۳۵۰ موضوع پرونده شماره ۸۷۰۹۹۸۳۸۱۴۲۰۰۱۹۴ شعبه دوم دادگاه تجدیدنظر استان چهارمحال و بختیاری).

۲- دادنامه شماره ۱۷۳۴ و ۸۶/۱۷۳۵ موضوع پرونده‌های شماره ۱۵۳۶ و ۱۵۳۷-۸۶ ح ۱

«در خصوص دادخواست آقای «الف» با وکالت آقای... به طرفیت آقای «ب» با وکالت آقای... به خواسته اثبات مالکیت نسبت به سه حبه از چهار دانگ معادل نیم دانگ از هشت دانگ چاه معروف به چاه چهاردانگی مزرعه نصرآباد پلاک ۵۱۳ اصلی به قدرالسهم از اراضی مربوطه به مساحت ۱۸ جریب، لازم به ذکر است که خواهان در جلسه اول رسیدگی خواسته خود را به چهار میلیون ریال مقوم نموده است همچنین خوانده با تقاضای جلب ثالث در جلسه اول رسیدگی طی دادخواستی آقایان ۱- «الف» ۲- «ج» ۳- «د» را جلب به دادرسی نموده است. صرف نظر از مناقشاتی که متدعیین در باب مالکیت اراضی و بیع‌نامه و تقسیم‌نامه‌های فی‌مابین داشته‌اند، خواسته مطروحه در دادخواست به چند جهت قابلیت رسیدگی را در دادگاه به عنوان یک امر ترافعی ندارد؛ اولاً بنا به اصل چهل و پنج قانون اساسی و نیز ماده ۱ قانون توزیع عادلانه آب و مستفاد از ماده ۳ قانون مذکور، مالکیت بر عین آب‌های زیرزمینی به جهت اینکه از مشترکات می‌باشد، متعلق به دولت است و افراد فقط انتفاع یا اباحه در تصرف آنها را دارند و افراد حق عینی بر چاه که منظور همان آب استحصال شده از آن می‌باشد، ندارند تا این حق را مورد مناقشه و ترافع قرار دهند و در خصوص مالکیت آن ادعایی بنمایند؛ ثانیاً چنانچه بخواهیم خواسته خواهان را چنین توصیف نمائیم که منظور از اثبات مالکیت، تعیین میزان انتفاع وی از چاه محفوره با توجه به اراضی تحت شرب آن می‌باشد و از عین خواسته درج شده این مفهوم را برداشت نمائیم، باید گفت متولی تعیین میزان حقایق با توجه به اراضی اعلام شده مرجع صدور پروانه بهره‌برداری است که با توجه به اراضی که مالکین جهت احداث چاه به آن مرجع ارائه می‌دهند به همان میزان حق انتفاع و بهره‌برداری از آب استحصال شده را دارند. بدین معنا که با صدور پروانه بهره‌برداری میزان حقوق بهره‌بردار مشخص می‌گردد و تأکید دادگاه بر این حق، خود، تحصیل حاصل است که به نظر شارع امری ممنوع و بیهوده است. النهایه چنانچه فردی از حق بهره‌برداری ممانعت به عمل می‌آورد یا مزاحم بهره‌بردار می‌گردد طریق و مجرای قانونی نیل و وصول به حق از دست رفته، طرح دعوی رفع مزاحمت و ممانعت از حق با توجه به پروانه بهره‌برداری موجود می‌باشد؛ ثالثاً دادگاه اصولاً به امور ترافعی رسیدگی می‌کند و دعوا به معنای استحقاق مدعی حق ترضیع شده، برای مراجعه

به محکمه است و صرف انکار حق بدون اینکه از حال سکون به تزلزل درآمده باشد، حق اقامه دعوا برای مدعی را به وجود نمی‌آورد حال آنکه در مانحن فیه، خواهان، خواستار اثبات حقانیت در بهره‌برداری از چاه می‌باشد که این خواسته در صورت صدور پروانه بهره‌برداری محقق شده است و دعوایی در بین نیست تا دادگاه به آن رسیدگی کند و اگر حقی تضييع شده باشد مجرای آن همان‌گونه است که در قسمت دوم آورده شد؛ رابعاً در ماده ۴۳ قانون توزیع عادلانه آب، قانون‌گذار اختلاف حاصل در خصوص نحوه، میزان برداشت و تقسیم آب‌های سطحی را پس از مساعی در سازش به دادگاه محول نموده است و به دلیل آنکه قانون‌گذار در مقام بیان قاعده‌ای بوده است که از مفهوم مخالف آن برداشت می‌شود در غیر آب‌های سطحی حل اختلاف با دادگاه نیست که این رویه منطقی و اصولی است زیرا با صدور پروانه بهره‌برداری با توجه به سهم خواهان از اراضی، میزان حق انتفاع وی مشخص می‌گردد و اعلام این سهم توسط دادگاه تکرار مکرر و تحصیل حاصل است؛ خامساً احکام محاکم اصولاً باید واجد اثر الزام و التزام باشند و تکلیفی را برای خواننده به وجود بیاورند یا اجازه اعمال حقی را اعلام نمایند حال آنکه در مانحن فیه اعلام حق خواهان از چاه محفوره هیچ الزام و التزامی برای خواننده به وجود نمی‌آورد و همان‌گونه که کراراً گفته شد این حق، با صدور پروانه، اعلام شده و نیاز به تأکید مجدد نیست؛ سادساً مذاکرات متداعیین و کلامی آنها بیانگر اختلاف اصحاب دعوا در مالکیت اراضی تحت شرب چاه محفوره است که اگر خواهان قصد اثبات مالکیت بر اراضی متنازع فیه را دارد تا به تبع آن میزان حق وی از چاه مشخص شود با توجه به اینکه ملک دارای سابقه ثبتی است و مستفاد از آراء وحدت رویه ۵۶۹-۷۰/۱۰/۱۰ و ۱۳۸۳/۱۰/۶۷۳ و مواد ۲۲ و ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک دعوا به کیفیت حاضر قابل استماع نمی‌باشد زیرا در اموال غیرمنقول ثبت شده، سند عادی در محاکم پذیرفتنی نیست. علی‌هذه دادگاه بنا به مراتب مشروحه حکم به بی‌حقی خواهان و بالتبع قرار رد دادخواست جلب ثالث را صادر و اعلام می‌نماید....»

۳- دادنامه شماره ۸۶/۱۱۶۹ موضوع پرونده شماره ۸۶/۷۷۷ ح ۱

«در خصوص دادخواست آقای... به وکالت از آقایان و خانم‌ها «الف» به طرفیت آقای

«ب» با وکالت... به خواسته صدور حکم به اثبات مالکیت نسبت به مساحت ۲۹۹/۶۳ مترمربع از مزرعه...، دعوی خواهان به چند جهت قابل استماع نمی‌باشد؛ اولاً مطابق مواد ۲ و ۳ قانون آیین دادرسی مدنی، قضات دادگاه مکلفند نسبت به دعوی که مطابق قانون اقامه می‌شود رسیدگی نموده حکم صادر یا فصل خصومت نمایند و اقامه دعوا، استحقاق مراجعه مدعی حق، ملازمه با اقامه دعوا ندارد و باید حق از حال سکون به تزلزل درآمده باشد تا حق اقامه دعوا برای مدعی ایجاد شود و پس از اقدام به مقابله با حق مکتسب، قانون فرد واجد حق را محق در اقامه دعوا تشخیص می‌دهد و نتیجتاً مسیر قانونی و صحیح شناسایی حق تزییع شده را می‌باید پیمود که در مانحن فیه وکیل خواهان، مدعی مالکیت موکلین خود، به تبع از مورث، می‌باشد و به حکایت تصویر استعلام ثبتی مورثین در ملک متنازع فیه به صورت مشاعی مالکیت دارند فلذا چنانچه شخصی معارض این مالکیت باشد و در عالم خارج نسبت به ملک تصرفی داشته باشد راه شناسایی حق مالکیت و بیرون راندن متصرف، طرح دعوی از قبیل خلع ید و تصرف عدوانی است و در رسیدگی به این دعوی است که مستندات حق تزییع شده (اعم از سند رسمی و تقسیم‌نامه) به مناقشه گذاشته شده و صحت و اصالت آنها بررسی می‌شود؛ ثانیاً اقامه دعوی مالکیت در قالب کلی «اثبات مالکیت» خصوصاً در اراضی که سابقه ثبتی دارند مستنبط از آراء وحدت رویه شماره ۵۶۹-۷۰/۱۰/۱۰ و شماره ۶۷۳-۱۳۸۳/۱۰/۱ قابلیت استماع را ندارد زیرا اعلام مالکیت افراد نسبت به اراضی و صدور سند مالکیت از وظایف اداره ثبت اسناد و املاک بوده و پس از طی تشریفات خاص قانونی صورت می‌پذیرد و دارای خروج موضوعی از وظایف ذاتی محکمه است چه آنکه پس از صدور سند مالکیت صادره از اداره ثبت اسناد و املاک، سند مزبور به طرفیت آحاد جامعه قابلیت استناد را دارد اما آراء محاکم به لحاظ خاصیت نسبت فقط به طرفیت محکوم علیه قابل استناد می‌باشند و اثر گفتگو در این موضع ظاهر می‌شود که دارنده سند مالکیت در مقابل فرد معارض، بی‌نیاز از ارائه هر دلیل دیگری است، در صورتی که دارنده رأی محکمه در مقابل معارض دوباره باید مالکیت خود را ثابت نماید. نتیجه آنکه مدعی مالکیت باید در برابر هر معارض و مدعی دیگر متوسل به اقامه دعوی جدیدی شود؛ ثالثاً با توجه به استعلام به عمل آمده و بر فرض صدق گفتار خواهان‌ها، مورث آنها و بالتبع خود آنها در ملک مالکیت رسمی

و مشاعی دارند و تأکید بر این حق توسط حکم محکمه تحصیل حاصل است که به لحاظ منع از این امر، دعوا پذیرفتنی نیست حال چنانچه خواهان‌ها بخواهند مالکیت خود را بر قسمت مفروزی از این ملک مشاع اثبات نمایند این امر مستلزم طرح دعوا یا طی تشریفات خاص تحت عنوان افراز می‌باشد که در آن دعوا کل مالکین ذی‌نفع در پلاک مشاعی باید از این دعوا مطلع شوند زیرا هر کس در جزء جزء پلاک مالک و شریک است؛ رابعاً احکام دادگاه اصولاً باید واجد اثر الزام و التزام برای مدعی علیه باشد حال آنکه در مانحن فیه اعلام مالکیت خواهان‌ها هیچ الزام و التزامی را برای خواننده ایجاد نمی‌نماید علی‌هذه بنا به مراتب گفته شده دعوی خواهان‌ها به کیفیت مطروحه قابلیت استماع را نداشته قرار رد دعوی آنها صادر و اعلام می‌شود...

«در خصوص تجدیدنظر خواهی آقای... به وکالت از «الف» نسبت به دادنامه شماره ۱۱۶۹/۸۶ در پرونده کلاسه ۷۷۷/۸۶ شعبه اول دادگاه عمومی حقوقی بروجن، ایراد و اعتراض موجه و مؤثری که نقض دادنامه را ایجاب نماید به عمل نیامده و دادنامه وفق مقررات قانونی صحیحاً صادر شده است [فلذا] مستنداً به ماده ۳۵۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ضمن رد تجدیدنظر خواهی تجدیدنظر خواه، دادنامه‌ی تجدیدنظر خواسته تأیید و استوار می‌گردد این رأی حضوری و قطعی است» (دادنامه شماره: ۸۶۸۰۹۹۷۳۸۱۴۰۰۸۸۲ موضوع پرونده شماره ۸۶۱۰۱۳/۸۶ شعبه اول دادگاه تجدیدنظر استان چهار محال بختیاری).

۴- دادنامه شماره ۸۶/۱۰۹۴ موضوع پرونده شماره ۸۵/۸۴۵ ح ۱

«در خصوص دادخواست آقای «الف» به طرفیت آقایان: ۱- «ب» ۲- «ج» به خواسته صدور حکم دایر بر اثبات حقانیت و مالکیت به مقدار سه سهم از شش دانگ مزرعه... در خصوص اثبات حقانیت و مالکیت، اولاً اقامه دعوی مالکیت در قالب کلی «اثبات حقانیت و مالکیت» خصوصاً در اراضی که سابقه ثبتی دارند مستنبط از آراء وحدت رویه شماره ۵۶۹-۱۳۷۰/۱۰/۱۰ و شماره ۶۷۲-۱۳۸۳/۱۰/۱۰ قابلیت استماع را ندارد زیرا اعلام مالکیت افراد بر اراضی و صدور سند از وظایف ثبت اسناد و املاک و پس از طی تشریفات خاص قانونی صورت می‌پذیرد و دارای خروج موضوعی از وظایف ذاتی محکمه است علاوه بر آنکه آراء محاکم اصولاً باید تأسیسی و واجد اثر الزام و التزام

باشند و نظم جدیدی ایجاد نمایند حال آنکه در مانحن فیه اعلام مالکیت خواهان، نظم نوینی را ایجاد ننموده و الزام و التزام برای خواندگان به وجود نمی‌آورد و بر فرض اعلام مالکیت خواهان نیز رأی صادره در این باب بنا به خاصیت نسبی بودن آراء محاکم، اثر سند مالکیت که به طرفیت همه افراد جامعه قابل استناد است را ندارد و نمی‌توان اثری را که ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک در خصوص سند مالکیت دارد بر آن بار نمود. نتیجه آنکه مدعی مالکیت باید در برابر معارض و مدعی دیگری اقامه دعوی جدیدی در محکمه بنماید و محکمه به جای اداره ثبت اسناد و املاک، سند مالکیت صادر نماید... علی‌هذه [نظر به آنکه] نحوه طرح دعوی خواهان اشتباه است و قانونی نمی‌باشد دادگاه مستنداً به مواد ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک و مواد ۲ و ۳ قانون آیین دادرسی مدنی قرار رد دعوی خواهان را صادر می‌نماید و در مورد خواسته ارائه بنچاق اصلی نظر به اینکه دادگاه اصولاً به امور ترافعی رسیدگی می‌کند و رسیدگی به سایر امور من باب مثال امور حسبی استثنائی است و نیاز به تصریح دارد و خواسته «ارائه بنچاق» با توجه به تعریف دعوا (ادعای مدعی حق تضييع یا انکار شده) در قالب دعوا و ترافع نمی‌گنجد و قابل رسیدگی در محاکم نمی‌باشد علاوه بر آنکه خواهان دلیلی مبنی بر وجود بنچاق نزد خواندگان ارائه ننموده است دادگاه مستنداً به مواد ۱۲۵۷ قانون مدنی و مواد ۲ و ۳ قانون آیین دادرسی مدنی قرار رد دعوی خواهان را در این قسمت نیز صادر می‌نماید...»

۵- دادنامه شماره ۸۶/۱۲۲۷ موضوع پرونده شماره ۸۶/۷۸۴ ح ۱

خواسته این مورد، تنفیذ مدارک عادی بود که با همان استدلال‌ها به رد دعوا نظر داده شده است.

۶- دادنامه‌های شماره ۸۵-۳۳۳ و ۸۵-۳۳۴ موضوع پرونده‌های شماره ۲۰۲۳-۷۹ و ۱۲۳۶-۷۹ ع / ۱ دادگاه بخش گندمان

در این پرونده آقای «الف» با وکالت آقای... دادخواستی به طرفیت «ب» تقدیم دادگاه نموده و درخواست صدور حکم بر احراز و اثبات حقانیت در حفر چاه کشاورزی داخل زمین... ننموده است... در خصوص دعوی اثبات مالکیت خواهان نسبت به کل

چاه محفور حکم بر بی‌حقی مشارالیه صادر و اعلام می‌نماید». بر خلاف موارد قبلی، در این خصوص، دادگاه وارد ماهیت دعوا شده است؛ با توجه به اینکه این رأی از نظر تاریخ نیز، سابق بر دیگر آراء می‌باشد شاید نظر دادگاه تغییر نموده و آن آراء بعدی را صادر کرده است یا شاید این مورد از استثنای دعوی اثبات مالکیت بوده است.

۷- دادنامه شماره ۸۷/۱۲۷۴ موضوع پرونده شماره ۸۷/۴۹۵ ح ۱

«در خصوص دادخواست آقای «الف» به طرفیت آقای «ب» به خواسته احراز حقانیت و تأیید صلح‌نامه مورخ ۲۵۳۵/۴/۲۰ موضوع یک سوم قطعه زمین مسکونی... و رفع تصرف عدوانی... نظر به اینکه ملک موضوع دعوا فاقد سابقه ثبتی و جز قریه گندمان می‌باشد، مستنبط از مفهوم آراء وحدت رویه ۵۶۹-۱۰/۱۰/۱۳۷۰ و ۶۷۲-۱۰/۱/۱۳۸۳ نیاز به اثبات مالکیت و یا تأیید قولنامه در مانحن فیه نمی‌باشد، نظر به ملاحظه تصویر مصدق صلح‌نامه عادی ۲۵۳۵/۴/۲۰ که خوانده... اقرار به وجود و صحت آن نموده و... هر چند خوانده در راستای اثبات مالکیت خود به تصرفات و محصور نمودن ملک متنازع فیه استناد جسته و گواهان نیز آن را تأیید نموده‌اند اما همان‌گونه که در ماده ۳۵ قانون مدنی آمده است تصرف به عنوان اماره دلیل بر مالکیت متصرف است و این اماره تاب مقابله با دلیل را ندارد و در مانحن فیه گواهان خواهان، وجود رابطه قراردادی فیما بین خواهان و پدر خوانده را بر ملک متنازع فیه تأیید نموده و گواهان خوانده فقط گواهی به تصرفات وی در ملک داده‌اند و از وجود قرارداد اظهار بی‌اطلاعی نموده‌اند که با توجه به تطبیق به عمل آمده توسط کارشناسان دادگاه النهایه خواهان را ذی‌حق در ملک متنازع فیه شناخته [و] نظر به اینکه مالکیت خواهان و خوانده در ملک موصوف به صورت مفروزی نمی‌باشد درخواست خواهان مبنی بر رفع تصرف از یک قسمت مجزا قابل اجابت نیست، النهایه دادگاه مستنداً به ماده ۳۰ و ۳۵ و ۳۶ و ۱۴۰ (بند ۲) قانون مدنی و ماده ۴۳ قانون اجراء احکام مدنی، حکم به خلع ید مشاعی خوانده از ملک متنازع فیه که در کروکی هیأت کارشناسان آمده صادر می‌نماید. تصرفات متداعیین در ملک تابع تصرف در املاک مشاعی است...» (دادنامه شماره ۸۶/۱۲۵۱ موضوع پرونده شماره ۷۹/۱۶۸۴ ح ۱).

«در خصوص تجدیدنظرخواهی آقای «ب» با وکالت آقای... نسب به دادنامه شماره

۱۲۵۱-۸۶ در پرونده کلاسه ۱۶۸۴-۷۹... خواسته خواهان‌ها به احراز حقانیت و تأیید صلح‌نامه مورخ ۲۵/۴/۲۰۳۵ و سند عادی ۶۰/۳/۲۵ و رفع تصرف عدوانی... می‌باشد که دادگاه محترم بدوی در مورد اثبات مالکیت و تأیید قراردادها به صراحت اظهار نظر نفرموده که در این خصوص تذکر و در مورد رفع تصرف عدوانی هم با تلقی آن به عنوان دعوی خلع ید مشاعی اظهار نظر فرمود که حسب ماده ۴ قانون آیین دادرسی مدنی دادگاه‌ها مکلفند در مورد هر دعوا به طور خاص تعیین تکلیف نمایند. همچنین حسب ماده ۲ قانون مذکور دادگاه به دعوایی رسیدگی می‌کند که اشخاص ذی‌نفع درخواست نموده باشند. در موضوع مانحن‌فیه خواسته خواهان خلع ید نمی‌باشد و اظهار نظر خارج از درخواست و مستلزم نقض است که مستنداً به ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی نقض می‌گردد و پرونده جهت اظهار نظر در مورد رفع تصرف و موارد فوق‌الذکر به دادگاه بدوی عودت می‌گردد. این رأی حضوری و قطعی است» (دادنامه شماره ۸۷۰۹۹۷۳۸۱۴۱۰۰۴۳۶ موضوع پرونده ۸۶/۸۶۱۲۷/۸۶ شعبه اول دادگاه تجدید نظر استان چهارمحال و بختیاری).

«در خصوص دادخواست آقای «الف» با وکالت آقای... به طرفیت آقای «ب» با وکالت آقای... به خواسته احراز حقانیت و تأیید صلح‌نامه مورخ ۲۵/۴/۲۰۳۵ موضوع یک‌سوم قطعه زمین مسکونی... و رفع تصرف عدوانی خوانده... خواهان در جلسه اول رسیدگی ۱۳۷۵/۱۰/۹ صراحتاً خواسته خود را تأیید سند عادی ذکر نموده... در خصوص قسمت اول خواسته مبنی بر «تأیید صلح‌نامه» به جهات ذیل‌الذکر این خواسته قابل استماع نیست زیرا دادگاه‌ها حسب مواد ۲ و ۳ قانون آیین دادرسی مدنی مکلفند به دعاوی مطروحه موافق قانون رسیدگی و حکم صادر نمایند و در زمان طرح دعوا باید در خلال رسیدگی وجود سه عنصر دعوا، مدعی و مدعی‌علیه موجود و پایدار باشند تا اشتغال دادرسی را به رسیدگی به عنوان یک تکلیف مسجل سازند اما در خواسته مطروحه اولاً دعوا به معنای تحقق یک ترافع و تنازع بر یک حق، فی‌مابین خواهان و خوانده وجود ندارد زیرا در هر دعوایی مبنا «تزلزل و تضییع حق مسلم به وجود آمده برای ذی‌حق» است سپس ذی‌حق در یک چارچوب قانونی به عنوان مدعی، فردی که حق او را ضایع نموده است را به عنوان مدعی‌علیه، طرف دعوا قرار داده و با ذکر سبب استحقاق خود که در غالب موارد وجود یک عمل یا واقعه حقوقی است، از

یک مقام عمومی به عنوان دادرس دادخواهی می‌کند و هدفش اجراء عدالت و بازگشت حق تضييع شده‌اش می‌باشد. اما در خواسته مطروحه «تأیید صلح‌نامه» بر فرض انکار خواننده هیچ تزلزل و تضييع حقی به وجود نیامده تا خواهان که بر اساس صلح به وقوع پیوسته ذی‌حق است، استحقاق طرح دعوا را داشته باشد کما اینکه خواننده نیز هیچ انکاری نسبت به صلح به عمل نیاورده است پس مبنا در این دعوا وجود ندارد؛ ثانیاً وجود «مدعی» نیز در خواسته مطروحه منتفی است زیرا مدعی شخصی است که قولش خلاف اصل و ظاهر باشد (قیل هو الذی یخالف قوله الاصل و الظاهر) حال آنکه خواهان قولش در اینجا موافق اصل «اصل صحت» است؛ ثالثاً «مدعی علیه» نیز وجود ندارد زیرا همان‌گونه که گفته شد خواننده انکاری نسبت به صلح به وقوع پیوسته به عمل نیاورده که عنوان منکر و مدعی علیه بر او بار شود؛ رابعاً صلح مورد ادعای خواهان هر چند دلیل حقانیت و مالکیت خواهان باشد و انکار آن سبب‌ساز طرح دعوای مالکیت گردد اما دادرس به این صلح به وقوع پیوسته نه به عنوان آنچه موضوع دعواست بلکه به عنوان سبب‌ساز طرح یک دعوا آن را در خلال رسیدگی به دعوای مالکیت به عنوان یک دلیل مورد کنکاش قرار داده و پس از احراز صحت و سقم صلح‌نامه حکم مقتضی را بر اساس آن صادر می‌نماید؛ خامساً آنچه هدف مدعی از طرح دعواست، دست یافتن به حق تضييع شده است که با دادخواهی به عمل آمده و با ارائه دلایل حقانیت این هدف در منطوق حکم دادرس تبلور می‌یابد و به عبارتی حکم دادگاه باید واجد اثر الزام و التزام برای مدعی علیه باشد و نظم نوینی را ایجاد کند حال آنکه بر فرض صدور حکم به تأیید صلح‌نامه هیچ حقی به حق‌دار نمی‌رسد و هیچ الزام و التزامی به وجود نمی‌آید و طبیعتاً مدعی به هدف خود نائل نمی‌شود؛ سادساً به استعلام به عمل آمده از اداره ثبت اسناد و املاک، ملک موضوع دعوا در پلاک ثبتی ۶۰۲ قریه گندمان واقع گردید و بنا به مفاد آراء وحدت رویه به شماره‌های ۵۶۹-۱۰۱۳۷۰/۱۰ و ۶۷۲-۸۳/۱۰/۱ اثبات مالکیت در اراضی که سابقه ثبتی دارند حسب مواد ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک پذیرفتنی نیست فلذا بنا به دلایل برشمرده خواسته «تأیید صلح‌نامه» به عنوان یک دعوا قابل استماع نبوده قرار عدم استماع دعوا صادر می‌گردد و در خصوص تصرف عدوانی نظر به اینکه در دعوای مطروحه احراز سبق تصرف مدعی و لحوق تصرف خواننده و عدوانی بودن تصرف از ارکان دعوا

می‌باشد حال آنکه بنا به نتیجه قرارهای معاینه و تحقیق محلی و اظهارات گواهان اولاً سبق تصرف خواهان محرز نیست و ثانیاً عدوانی بودن تصرف خواننده، بنا بر آنکه خواهان اذعان داشته که بالاشتراک در اراضی موصوف به خواننده سهم دارد، محرز نمی‌باشد فلذا در این خصوص نیز دادگاه مستنداً به مواد ۱۵۸ و ۱۶۱ قانون آیین- دادرسی مدنی حکم بر بی‌حقی خواهان صادر و اعلام می‌نماید و در مورد تذکر دادگاه تجدیدنظر مبنی بر عدم اظهار نظر در خصوص خواسته اثبات مالکیت بنا به صریح خواسته و مذاکرات جلسه اول رسیدگی، هیچ خواسته‌ای بدین عنوان ذکر نگردیده تا دادگاه تکلیف به رسیدگی و اظهار نظر در این مورد داشته باشد» (دادنامه شماره ۸۷/۱۲۷۴ موضوع شماره ۸۷/۴۹۵ ح ۱).



JOURNAL OF LEGAL RESEARCH

VOL. VII, No. 2

Articles

- The ICC and Issue of Arrest Warrant for *Al Bashir*
- Homicide or Injury in Battle
- Research & Development in Nanotechnology and Right to Health
- Challenges of the Concept of "Combatant" in International Humanitarian Law
- Merging Commercial Companies in the Iranian Laws
- Sanction against Iranian Aviation: An Approach to the Chicago Convention

Special Issue: Challenges of Real Estate Transactions in the Iranian Legal System

- The Role of Official Documents in Real Estate Transactions
- Role of Notaries Public in Regulating Real Estate Transactions and its Legal Vacuums
- Deficiencies Caused by the Insertion of Regional rather than Actual Prices
- Advance Selling of Flats: Legal Nature and Working Procedures for Official Registrations
- Proving the Claim of Ownership: A Legal Analysis

Critique: The Draft of Iranian Commercial Code

- The Method of the Drafting the Commercial Code
- The 2005 Cabinet Draft to Modify the Commercial Code
- The 1-6 Chapters of the Commercial Draft
- The 5 & 7 Chapters of the Commercial Draft
- Independent Guarantees in the Provisions of the Commercial Draft
- Merging Companies in the Commercial Draft

ISSN: 1682-9220



S. D. I. L.
The S.D. Institute of Law
Research & Study