

# Feasibility Study of Criminalizing The Seller's Action in Mortgaging The Official Document of The Property Sold With an Ordinary Document

*Somayeh Noori\*<sup>1</sup>, Mohammad Reza Kaykha<sup>2</sup>, Ramin Faghani<sup>3</sup>*

1. Ph.D. in Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Sciences, Sistan and Baluchestan University, Sistan and Baluchestan, Iran.

\*. **Corresponding Author:** Email: hadafmand1396@pgs.usb.ac.ir

2. Associate Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Sciences, Sistan and Baluchestan University, Sistan and Baluchestan, Iran.

Email: kaykha@hamoon.usb.ac.ir

3. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Sciences, Payame Noor University, Tehran, Iran.

Email: ramin.faghani@pnu.ac.ir

## ABSTRACT

An ordinary document or charter is a document whose purpose is to write a commitment and create a guarantee for the fulfillment of the obligation. One of the conceivable challenges related to the sale of real estate is the fact that after concluding a transaction with the preparation of an ordinary document, the seller, for various reasons, puts the official document of the same property as collateral, the main ambiguity of such an action is The feasibility aspect is the criminality of the seller's act; Because in this case there is no unity of procedure and the multiplicity of votes issued is evident. This article, which has been done in a descriptive-analytical method, while explaining the different aspects of the prying transaction from the crime of transferring other people's property and proving the ability of the ordinary document to oppose the official document, shows that He



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



**Publisher:**  
Shahr-e Danesh  
Research And Study  
Institute of Law

**Article Type:**  
Original Research

**DOI:**  
10.48300/JLR.2022.329903.1967

**Received:**  
15 March 2022

**Accepted:**  
17 May 2022

**Published:**  
6 September 2023



### Copyright & Creative Commons:

© The Author(s). 2021 Open Access. This article is licensed under a Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this licence, visit <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>.



denies his possession in a prying manner, and according to the law of compulsory registration of documents, the time of compiling an ordinary document is a matter of concern, if the property did not have an official document at the time of sale and the seller Preparation of a formal official document, the subject can be subject to the provisions of Article 117 of the Registration Law based on the opposing transaction; However, the existence of an official document of the property during the transaction and its transfer by means of an ordinary document, causes the subject exclusion of the seller's act from the scope of Article 117 and consequently is considered as a crime of transferable property.

**Keywords:** Mortgage, Official Document, Ordinary Document, Conflicting Transaction, Transfer of Other Property.

**Funding:** The author(s) received no financial support (funding, grants, and sponsorship) for the research, authorship, and/or publication of this article.

**Author contributions:**

Somayeh Noori: Supervision, Project administration, Writing - Review & Editing, Formal analysis, Conceptualization, Methodology.

Mohammad Reza Kaykha: Resources, Data Curation, Writing - Original Draft.

Ramin Faghani: Investigation.

**Competing interests:** The authors declare that they have no competing interests.

**Citation:**

Noori , Somayeh, Mohammad Reza Kaykha & Ramin Faghani. "Feasibility Study of Criminalizing The Seller's Action in Mortgaging The Official Document of The Property Sold With an Ordinary Document" *Journal of Legal Research* 22, no. 54 (September 6, 2023): 285-311.

## **Extended Abstract**

One of the conceivable challenges in relation to the sale of real estate is the fact that after concluding a transaction by preparing an ordinary document, the seller, for various reasons, mortgages the official document of the same property, the main ambiguity of such an action from The feasibility aspect is the criminality of the seller's act; Because in this case, there is no unity of procedure and the multiplicity of votes issued is evident, and some examples of them are mentioned to prove this point.

1- The verdict stated in the letter No. 60 dated 19/4/2012, based on Articles 217 and 218 of the Code of Civil Procedure of the General and Revolutionary Courts in Criminal Matters, has been issued on the innocence of the perpetrator.

2- According to the theory of the Legal Department of Case No. 7/217 dated 28/4/2012, a person who has expropriated his property by preparing an ordinary deed and subsequently, before preparing the official deed of the property in the name of the buyer, without the knowledge and permission of the owner Newly, the property is mortgaged to the bank in order to receive funds, his action may be considered fraud and his punishment is determined in accordance with Article 1 of the Law on Intensification of Punishment for Perpetrators of Bribery, Embezzlement and Fraud. According to the advisory opinion of the General Department of Legal Affairs of the Judiciary No. 911/98/7 dated 11/9/2019, the action of a person who sells a property in part or in whole to another and then mortgages it in return for a loan he receives from a bank It is one of the examples of Article 2 of the Penal Code adopted in 1929, according to which persons who introduce other people's property in exchange for their own property are sentenced to the punishment contained in Article 1 of the Law on Intensification of Punishment for Perpetrators of Bribery, Embezzlement and Fraud. .

3- The final statement dated 30/11/2013 on the charge of fraud by transferring the interests of other property, states that the action of the owner after the sale, based on mortgaging the official document of the property, is considered an obligation contrary to the buyer's property right. Which is in accordance with the provisions of the penalty set forth in Article 117 of the Amendment to the Registration Law. The recent verdict has been taken into consideration in the letter No. 571 issued by Branch 16 of the Supreme Court in 1992.

4- The Supreme Court in its unanimous decision, Procedure No. 43, dated 28/3/1927, published in the Official Gazette No. 8144, dated 6/1/1973, points out that the condition for fulfilling the crime mentioned in Article 117 is the possibility of conflict between two obligations or The transaction is for a property and in places where the official registration of documents of contracts and transactions of

immovable property is mandatory, according to Article 48 of the Law on Registration of Deeds and Real Estate, an ordinary document regarding the transaction of that property is accepted in any court or office. Has not and does not have the ability to conflict with the official document. Also, the content of the lawsuit No. 1930, dated 21/7/1960, of the General Assembly of the Supreme Court, shows the non-compliance of the opposing transaction with the seller's action. A similar verdict is obtained from the contents of the final case number 7011/1. Considering that the ruling of the Ninth Branch of the Supreme Court, which is considered as insistence, is inconsistent with the ruling of the Third Branch of this Court, which is based on the position of insistence in the General Assembly. In this regard, the General Assembly of the Supreme Court on 1/11/1972 has declared its opinion in such a way that Article 117 of the Registration Law, on 17/3/1932, ie in the same ones that this law has been approved, does not contain the words " Or "normal" and was limited to the preparation of two different official documents of the date, then on 29/7/1933 according to Articles 47 and 48 of the Registration Law with the addition of the phrase "or normal" was amended and approved. Therefore, according to Article (48) of the Law on Registration of Deeds and Property, the claim that the unofficial document does not conflict with the official document is not accepted. The answer to the criminology of the issue in question is not possible except by explaining the differences between the prying transaction and the crime of transferring other people's property and the feasibility of the conflict between an ordinary document and an official document. Considering that the main element of distinguishing a prying transaction from the crime of transferring property to another is manifested in a specific intention or intent to harm another, so where the seller without informing the buyer and apart from the ordinary document of selling the property to him, to any The reason is to pledge the official document of the same property as a pledge. On the other hand, considering the mandatory registration of documents, depending on when the ordinary document was compiled, it is effective in fulfilling the title of perpetrator; If at the time the property was sold, it did not have an official document and the seller subsequently prepared an official document, the matter can be an example of Article 117 of the Law on Registration of Opposing Transactions, according to which the seller is imprisoned with Hard labor will be sentenced to three to ten years; However, if, despite the official document of the property being traded, this transfer is made by an ordinary document, the seller's act, subject to Article 117, has a thematic exclusion and can be prosecuted as a crime of transfer of other property and the order of punishment for fraud

## امکان سنجی جرم‌انگاری عمل فروشنده در به رهن گذاشتن سند رسمی ملک فروخته شده با سند عادی

سمیه نوری\*<sup>۱</sup>، محمدرضا کیخا<sup>۲</sup>، رامین فغانی<sup>۳</sup>

۱. دکترای فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه سیستان و بلوچستان، سیستان و بلوچستان، ایران.

\*نویسنده مسئول: Email: hadafmand1396@pgs.usb.ac.ir

۲. دانشیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه سیستان و بلوچستان، سیستان و بلوچستان، ایران.

Email: kaykha@hamoon.usb.ac.ir

۳. استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران.

Email: rammin.faghani@pnu.ac.ir

### چکیده:

سند عادی یا قولنامه، سندی است که هدف از تنظیم آن، مکتوب نمودن تعهد و ایجاد یک تضمین برای ایفای تعهد است. از جمله چالش‌هایی که در رابطه با فروش املاک قابل تصور است، جایی است که پس از انعقاد معامله با تنظیم سند عادی، فروشنده به دلایل مختلف، سند رسمی همان ملک را به عنوان گرو و وثیقه قرار می‌دهد. ابهام اصلی چنین اقدامی از جنبه امکان‌سنجی جرم‌انگاری عمل ارتكابی فروشنده است؛ چراکه در این مورد وحدت رویه وجود نداشته و تعدد آرای صادره مشهود است. این مقاله که به روش توصیفی - تحلیلی انجام شده، ضمن تبیین وجوه مفارق معامله فضولی از جرم انتقال مال غیر و اثبات قابلیت معارضه سند عادی با سند رسمی، نشان می‌دهد که احراز قصد و انگیزهٔ اضرار به غیر و سوءنیت فروشنده، نافی تصرف وی به نحو فضولی است و با لحاظ قانون اجباری شدن ثبت اسناد، زمان تدوین سند عادی، مسأله‌ای درخور توجه است. اگر ملک در زمان فروش، فاقد سند رسمی بوده و فروشنده پس از فروش آن

### کپی‌رایت و مجوز دسترسی آزاد:



کپی‌رایت مقاله در مجله پژوهش‌های حقوقی نزد نویسنده (ها) حفظ می‌شود. کلیه مقالاتی که در مجله پژوهش‌های حقوقی منتشر می‌شوند یا دسترسی آزاد هستند، مقالات تحت شرایط مجوز Creative Commons Attribution-Non-Commercial License 4.0 منتشر می‌شوند که اجازه استفاده، توزیع و تولید مثل در هر رسانه‌ای را می‌دهد، به شرط آنکه به مقاله استناد شود. جهت اطلاعات بیشتر می‌توانید به صفحه سیاست‌های دسترسی آزاد نشریه مراجعه کنید.



پژوهش‌های حقوقی



نوع مقاله:  
پژوهشی

DOI:

10.48300/JLR.2022.329903.1967

تاریخ دریافت:  
۲۴ اسفند ۱۴۰۰

تاریخ پذیرش:  
۲۷ اردیبهشت ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:  
۱۵ شهریور ۱۴۰۲



با سند عادی، اقدام به تنظیم سند رسمی ورزیده، موضوع می‌تواند مشمول حکم ماده ۱۱۷ قانون ثبت مبنی بر معامله معارض واقع گردد؛ لیکن موجود بودن سند رسمی ملک در حین معامله و انتقال آن به وسیله سند عادی، سبب خروج موضوعی عمل ارتكابی فروشنده، از شمول ماده ۱۱۷ شده و در نتیجه تحت عنوان جرم انتقال مال غیر قابل رسیدگی است.

### کلیدواژه‌ها:

رهن، سند رسمی، سند عادی، معامله معارض، انتقال مال غیر.

### حامی مالی:

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

### مشارکت نویسندگان:

سمیه نوری: مفهوم‌سازی، روش‌شناسی، تحلیل، نوشتن - بررسی و ویرایش، نظارت، مدیریت پروژه.  
محمد رضا کیخا: منابع، نظارت بر داده‌ها، نوشتن - پیش‌نویس اصلی.  
رامین فغانی: تحقیق و بررسی.

### تعارض منافع:

بنابر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

### استناددهی:

نوری، سمیه، محمد رضا کیخا و رامین فغانی «امکان سنجی جرم‌انگاری عمل فروشنده در به رهن گذاشتن سند رسمی ملک فروخته شده با سند عادی». مجله پژوهش‌های حقوقی ۲۲، ش. ۵۴ (۱۵ شهریور ۱۴۰۲): ۲۸۵-۳۱۱.

## مقدمه

بر مبنای اصل حاکمیت اراده و احترام به مالکیت دیگران، هیچ‌کسی حق تصرف در اموال دیگری را نداشته و مجاز به ایجاد تعهد برای دیگری نمی‌باشد، مگر اینکه مأذون از طرف مالک بوده و یا به ولایت و قیمومت از طرف قانون مجاز باشد. بنابراین، فردی که مالک، مأذون یا نماینده مالک به ولایت و قیمومت نیست، حق هیچ‌گونه تصرف و نقل و انتقال در اموال دیگری را نخواهد داشت،<sup>۱</sup> این مسأله نه تنها در متون حقوقی، بلکه در فقه نیز مورد توجه می‌باشد.<sup>۲</sup> در ارتباط با همین موضوع، بارها مشاهده گردیده که ملکی با سند عادی به فروش می‌رسد، سپس فروشنده، بدون اجازه خریدار، سند رسمی همان ملک را به رهن می‌گذارد. از جمله مصادیق این عمل، جایی است که فروشنده با قصد دریافت وام از بانک، سند رسمی آن ملک را به عنوان وثیقه قرار می‌دهد. البته اقدام فروشنده در همین مورد خلاصه نشده و به رهن گذاردن ملک فروخته شده به منظور مقاصد دیگر نیز از همین جنبه می‌تواند محل بحث باشد. با در نظر گرفتن این واقعیت که سند عادی، انعکاسی در سند رسمی ملک ندارد و به موجب عقد رهن، مدیون مال غیرمنقول را به عنوان وثیقه به داین تحویل می‌دهد تا در صورت عدم پرداخت دین، مرتین (رهن‌گیرنده - داین) با برخورداری از حق فروش عین مرهونه، به طلب خویش دست پیدا کند. از همین رو سؤالی که به ذهن متبادر می‌گردد این است که صرف نظر از تعدی به حقوق خریدار در این جریان، آیا خریدار می‌تواند برای احقاق حق خود، فروشنده را تحت تعقیب کیفری قرار دهد یا اینکه تنها راه حل مسأله، رجوع به دادگاه‌های حقوقی است؟ پژوهش حاضر، به روش توصیفی-تحلیلی، با کنکاش از آرای قضایی، زوایای مختلف مسأله را به لحاظ کیفری و حقوقی مورد تحلیل قرار می‌دهد تا نتیجه‌ای منطبق با قواعد و مقررات قانونی حاصل گردد.

بنا بر بررسی‌های به عمل آمده، علی‌رغم اینکه صاحب‌نظران حقوقی، تحلیل‌ها و مصاحبه‌های متعددی پیرامون این موضوع انجام داده‌اند، اما در این رابطه، هیچ‌گونه پژوهش مستقلی یافت نگردید. با توجه به اینکه خلأ پژوهشی آشکاری در تحقیقات پیرامون موضوع مورد نظر این مقاله مشاهده می‌شود، لذا به پژوهش حاضر مجال تحلیل و بررسی می‌دهد. بی‌گمان دستیابی به پاسخ این مسأله، در رویه

۱. حبیب الله طاهری، حقوق مدنی (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۸ ه.ق)، ۱۱۵، ۲.

۲. در روایتی از رسول خدا (ص) وارد شده است که «لَا بَيْعَ إِلَّا فِيمَا تَمْلِكُ؛ هیچ بیعی واقع نمی‌شود مگر در صورتی که بایع از سلطنت بر فروش برخوردار باشد» محمد بن علی ابن ابی‌جمهور احسائی، عوالی اللئالی العزیزیه (قم: دار سیدالشهداء للنشر، ۱۳۸۴ ه.ش)، ۲۴۷.

عملی دستگاه قضایی راهگشا و مؤثر خواهد بود. نظر به اینکه در این رابطه، رویه قضایی واحدی جریان ندارد، لذا بررسی مضمون آرای صادره ضرورت می‌یابد.

## ۱- تبیین تناقض آرای صادره در رهن‌سپاری مال فروخته شده

با بررسی آرای صادر در محاکم و نظریه‌های مشورتی و نیز رأی دیوان عالی در موضوع رهن‌سپاری ملک فروخته شده با سند عادی به نظر می‌رسد نوعی تعارض و عدم وحدت رویه وجود دارد که جهت اثبات این مطلب به چند نمونه از آنها در ذیل اشاره می‌کنیم و در ادامه این پژوهش انطباق هر یک را به نقد و تحلیل علمی می‌گذاریم تا نتیجه مطلوب آشکار گردد.

۱- حکم مندرج در دادنامه شماره ۶۰ مورخه ۱۳۹۱/۱/۳۱، با استناد به ماده‌های ۲۱۷ و ۲۱۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری، بر براءت مرتکب صادر گردیده است.

۲- مطابق نظریه اداره حقوقی پرونده شماره ۷/۲۱۷ مورخه ۱۳۹۱/۲/۹، فردی که ملک خویش را با تنظیم سند عادی به ملکیت غیر درآورده و متعاقب آن، پیش از تنظیم سند رسمی ملک به نام خریدار، بدون اطلاع و اذن مالک جدید، به قرار گرفتن ملک در رهن بانک به منظور دریافت وجوهی اقدام کرده، عمل وی ممکن است کلاهبرداری محسوب شود و مجازات وی طبق ماده یک قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری تعیین می‌گردد.

بر اساس نظریه مشورتی اداره کل امور حقوقی قوه قضائیه شماره ۹۱۱/۹۸/۷ مورخه ۱۳۹۸/۶/۲۰، عمل کسی که ملکی را جزئاً یا کلاً به دیگری می‌فروشد و سپس آن را در قبال وامی که از بانک می‌گیرد به رهن می‌گذارد، از مصادیق ماده ۲ قانون مجازات مصوب سال ۱۳۰۸ است که بر اساس آن، اشخاصی که مال غیر را به عوض مال خود معرفی می‌نمایند به مجازات مندرج در ماده یک قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری محکومیت می‌یابند.<sup>۳</sup>

۳- استناد به دادنامه قطعی مورخ ۱۳۹۲/۹/۹ به اتهام کلاهبرداری از طریق انتقال منافع مال غیر، با در نظر گرفتن انتقال ملک با سند رسمی، تفاوت در آرا را مشهودتر می‌سازد؛ با این توضیح که متهم پس از انتقال دو دستگاه آپارتمان به شکات مطابق مبیعه‌نامه عادی، در تاریخ ۸۸/۰۵/۱۱ با رهن قرار دادن پلاک ثبتی شماره ...، به اخذ وام به مبلغ یک میلیارد و پانصد میلیون ریال از بانک

۳. «به رهن گذاشتن ملک فروخته شده»، عدالت سرا، ۱۴۰۱/۲/۲۶.

<https://edalatsara.com/mortgaging-the-property-after-the-seller-has-set-up-a-lease>



پاسارگاد مبادرت می‌ورزد، به علت عدم پرداخت اقساط وام و واخواهی شکات، دادگاه در رأی بدوی به استناد ماده ۱ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا و اختلاس و کلاهبرداری، متهم را به تحمل یک سال حبس تعزیری و پرداخت دو میلیارد و پانصد و شصت و نه میلیون و سیصد و چهل و هشت هزار و پانصد و سیصد ریال در حق شکات و یک چهارم همین مبلغ به عنوان جزای نقدی در حق دولت محکوم می‌نماید. لیکن دادگاه تجدیدنظر شعبه ۲۱ استان تهران، پس از بررسی مستندات پرونده، متذکر می‌گردد که اقدام مالک متعاقب فروش، مبنی بر در رهن قرار دادن سند رسمی املاک، تعهد معارض با حق مالکیت شکات شناخته می‌شود که با مفاد مجازات مندرج در ماده ۱۱۷ اصلاحی قانون ثبت مطابقت دارد.<sup>۴</sup>

حکم اخیر در دادنامه شماره ۵۷۱ صادره از شعبه ۱۶ دیوان عالی کشور در سال ۱۳۷۱، مورد توجه قرار گرفته که طبق مضمون این رأی، کسی که به موجب سند عادی یا سند رسمی نسبت به عین و یا منفعت مالی، اعم از منقول یا غیر منقول، حقی به شخص یا اشخاصی واگذار کند، سپس با تنظیم سند رسمی نسبت به همان عین یا منفعت، به ایجاد تعهد یا معامله‌ای معارض با حق مزبور اقدام کند، این عمل شبیه به کلاهبرداری است که به موجب ماده ۱۱۷ «قانون ثبت» به حبس از سه تا ده سال محکوم می‌شود.

۴- دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه شماره ۴۳ مورخ ۱۳۵۱/۱/۸ منتشره در روزنامه رسمی شماره ۸۱۴۴ مورخ ۱۳۵۱/۱۰/۱۶، به این مطلب اشاره می‌کند که شرط تحقق بزه موضوع ماده ۱۱۷، قابلیت تعارض دو تعهد یا معامله نسبت به یک مال می‌باشد و در نقاطی که ثبت رسمی اسناد عقود و معاملات اموال غیر منقول اجباری باشد، طبق ماده ۴۸ «قانون ثبت اسناد و املاک»، سند عادی راجع به معامله آن اموال، در هیچ‌یک از محاکم و ادارات پذیرفته نشده و فاقد قابلیت تعارض با سند رسمی است.<sup>۵</sup> همچنین مضمون دادنامه شماره ۱۹۳۰ مورخ ۱۳۳۹/۴/۳۰ هیأت عمومی دیوان کشور، عدم انطباق معامله معارض بر عمل فروشنده را می‌رساند. در این دادنامه آمده است: «شخصی به اتهام انجام دو فقره معامله‌ی معارض به موجب اسناد رسمی و عادی مورد تعقیب دادسرای شهرستان کرمان واقع شده و طبق ماده ۱۱۷ قانون ثبت، با تنظیم کیفرخواست به دادگاه جنایی تسلیم گردیده است، دادگاه جنایی کرمان پس از رسیدگی، با احراز بزهکاری و انطباق عمل متهم

۴. «رهن گذاشتن ملک بعد از فروختن آن به غیر»، پژوهشگاه قوه قضائیه، سامانه ملی آرای قضایی. ۱۴۰۱/۲/۲۵. <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/6240>

۵. مهدی شهیدی، «فروش مال غیر منقول بدون تنظیم سند رسمی»، ماهنامه کانون ۱ (۱۳۸۸)، ۵.

با ماده ۱۱۷ قانون ثبت و اعمال جهات مخففه، مشارالیه را به دو سال حبس تأدیبی محکوم نموده و بر اثر فرجام‌خواهی متهم و طرح موضوع در شعبه سوم دیوان کشور، این شعبه مستنداً به ماده ۴۸ قانون ثبت، به استدلال اینکه سند عادی منسوب به متهم از جمله اسنادی نیست که در محاکم، به‌عنوان دلیل انتقال خانه قابل پذیرش باشد، لذا عمل متهم را از مصادیق ماده ۱۱۷ قانون ثبت دانسته و بلکه با فرض ثبوت بزه، آن را منطبق با ماده ۲۳۸ از قانون مجازات عمومی تشخیص داده و حکم فرجام‌خواسته را نقض نموده است؛ در رسیدگی بار دوم، ایضاً دادگاه جنایی مرجوع‌الیه، عمل متهم را با ماده ۱۱۷ قانون ثبت منطبق دانسته و در حدود این ماده، با اعمال جهات مخففه برای متهم، تعیین مجازات نموده است که متهم از آن حکم فرجام‌خواسته و حکم فرجام‌خواسته اصراری تشخیص داده شده و نهایتاً پرونده به هیأت عمومی فرستاده شده و هیأت پس از رسیدگی، نظر شعبه سوم دیوان کشور را پذیرفته است.»

مشابه این رأی از محتویات پرونده فرجامی شماره ۷۰۱۱/۱ به دست می‌آید: خلاصه‌ای از مضمون پرونده به قرار ذیل است.

«آقای گ. الف به اتهام انجام دو فقره معامله معارض که یک فقره آن با سند عادی انجام شده، مورد تعقیب دادسرای شهرستان فسا واقع شده و به‌موجب کیفرخواست در حدود ماده ۱۱۷ قانون ثبت، تعیین کیفر وی از دادگاه جنایی فارس خواسته شده است. دادگاه جنایی فارس پس از رسیدگی به استدلال اینکه معامله اول آقای گ. الف با سند عادی انجام شده و این سند طبق ماده ۴۸ قانون ثبت، در ادارات و محاکم قابل پذیرش نیست، عمل متهم را با ماده ۱۱۷ قانون ثبت منطبق ندانسته، لیکن با احراز بزهکاری و تطبیق عمل انجام شده با ماده ۲۳۸ قانون مجازات عمومی، با اعمال جهات مخففه، وی را به سه ماه حبس تأدیبی محکوم نموده است. بر اثر فرجام‌خواهی دادسرا، موضوع در شعبه نهم دیوان کشور مطرح شده و این شعبه پس از رسیدگی، عمل متهم را با ماده ۱۱۷ از قانون ثبت، منطبق تشخیص داده و حکم فرجام‌خواسته را نقض کرده است. در رسیدگی بار دوم، دادگاه جنایی با همان استدلال نخست، عمل ارتكابی را با ماده ۲۳۸ منطبق دانسته و متهم را محکوم کرده و بر اثر فرجام‌خواهی، موضوع اصراری تشخیص داده شده که اکنون موضوع در ردیف ۶ هیأت عمومی قرار دارد.»

با امان نظر به اینکه حکم شعبه نهم دیوان کشور که به‌عنوان اصراری بودن مطرح است، با حکم شعبه سوم این دیوان که در مقام رسیدگی اصراری در هیأت عمومی استوار شده، به هر تقدیر متهافت و متعارض است. در همین رابطه، هیأت عمومی دیوان عالی کشور در تاریخ ۱۳۵۱/۸/۱۰ نظریه خود را بدین ترتیب اعلام نموده است که ماده ۱۱۷ قانون ثبت، در تاریخ ۱۳۱۰/۱۲/۲۶ یعنی در همان اوانی که

این قانون تصویب شده، فاقد عبارت «یا عادی» بوده و به تنظیم دو سند رسمی مختلف‌التاریخ منحصر بوده، سپس در تاریخ ۱۳۱۲/۵/۷ با استناد به ماده‌های ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت با اضافه شدن عبارت «یا عادی» مورد اصلاح و تصویب واقع گردیده است. از همین رو، مطابق ماده (۴۸) قانون ثبت اسناد و املاک، ادعای عدم تعارض سند غیررسمی با سند رسمی پذیرفته نیست.

رای شماره ۱۴۵ از شعبه دوم دیوان عالی کشور، اداره حقوقی قوه قضائیه در تاریخ ۱۳۴۳/۱۰/۲۲ هرچند ناظر به موضوع مورد بحث نیست، اما بنا به تناسبی که با موضوع این مقاله دارد، مورد اشاره واقع می‌شود. بر مبنای رای مذکور، هر گاه کسی مال غیر منقولی را به موجب سند عادی، به عنوان صدق زوجه خود قرار داده و در قبال ضمانتی که شخص دیگری از او نموده، مجدداً با سند عادی، همان ملک را به ضامن منتقل نموده و به وصول ثمن اقرار نماید، با احراز انتقال ملک به ضامن، از روی سوءنیت، موضوع تحت عنوان کلاهبرداری تشخیص داده می‌شود، در غیر این صورت و با فقدان سوءنیت، فاقد عنوان جزایی است.<sup>۶</sup>

دکتر شهیدی، بحثی را عنوان کرده‌اند که با موضوع این نوشتار بی‌ارتباط نیست. به عقیده ایشان، معامله معارض با قولنامه، نافذ نیست؛ متعهد در قولنامه، تعهد به فروش مال معینی نموده و نتیجه چنین قراردادی ایجاد حق عینی برای متعهدله می‌باشد؛ زیرا حقوق اشخاص به شیء معین را حق عینی می‌گویند. این حق هرچند حق مالکیت نیست؛ ولی چون حق دینی به نوعی به عین معینی تعلق گرفته و در واقع معامله دوم نافی حق عینی متعهدله می‌باشد؛ در نتیجه طبق قاعده کلی که حقوق نافی حق عینی، باعث عدم نفوذ معامله می‌شود، معامله دوم فضولی و غیر نافذ است.<sup>۷</sup>

## ۲- اثبات عدم فقدان عنوان مجرمانه

مستفاد از مجموع آرای یاد شده، این است که علاوه بر صدق عنوان مجرمانه فعل مشتری، رای مبتنی بر برائت وی نیز اتخاذ گردیده است. حکم مندرج در دادنامه شماره ۶۰ مورخه ۱۳۹۱/۱/۳۱، نمونه این مورد است که مورد اشاره قرار گرفت.

در مرحله نخست، شاید در مقام ترجیح حکم مندرج در این دادنامه گفته شود، در فرضی که سند رسمی به گرو گذاشته می‌شود، نخست هرچند ممکن است در نتیجه نپرداختن دین توسط فروشنده،

۶. حسین میرمحمدصادقی، حقوق کیفری اختصاصی، جرایم علیه اموال و مالکیت (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۹)، ۱۲۷-۱۲۶.

۷. مهدی شهیدی، تشکیل قراردادهای تعهدات (تهران: نشر حقوقدان، ۱۳۷۷)، ۸۱.

ملک به مرتهن منتقل گردد، اما صرف عقد رهن، موجب هیچ گونه تملیکی نخواهد بود. دوم اینکه مطابق اصل منع تفسیر موسع قوانین کیفری، اصل در تفسیر قوانین جزایی آن است که محدود و مضیق به منطوق صریح قانون باشد؛<sup>۸</sup> اگر قاضی بتواند با تفسیر موسع، مواردی که صریحاً در قانون پیش بینی نشده را مورد مجازات قرار دهد لازمه این کار مجازات بر عملی است که مستقیماً مورد حکم قانون قرار نگرفته است. بدین ترتیب در مواردی که حکم عمل ارتكابی در منطوق قوانین جزایی به طور صریح پیش بینی نشده باشد قاضی مکلف است که با رفع اتهام، متهم را آزاد کند؛<sup>۹</sup> سوم اینکه اصل تفسیر قوانین کیفری به نفع متهم و اصل برائت، به عنوان دلایلی دیگر به منظور اثبات برائت فروشنده قابل استدلال می باشد؛ بنابراین در موضوع مورد بحث، اقدام فروشنده متصف به عنوان مجرمانه نمی گردد. اشکال استناد به دلیل نخست آن است که پس از خریداری ملک با تنظیم سند عادی، انتقال مالکیت به خریدار ملک استقرار می یابد. این مطلب نه تنها در مورد ملک، بلکه در خصوص هر مبیع دیگر صدق می کند. از همین رو چنانچه فروشنده پس از انعقاد عقد بیع، ملک فروخته شده را در رهن قرار دهد، حقوق عینی و مالکانه خریدار که اکنون مالک ملک به شمار می آید را به شکل عملی زائل کرده است. لذا می توان به استناد مالکیتی که مشتری دارد - فارغ از احتمال صرف مال غیر منقول توسط مرتهن یا عدم آن - فروشنده را تحت تعقیب قرارداد تا از این طریق، مالکیت طلق خریدار نسبت به ملک، بار دیگر استوار و مستقر گردد.<sup>۱۰</sup> ضمن اینکه اشکال استناد به دلایل اعم از اصل منع تفسیر موسع قوانین کیفری (اصل تفسیر مضیق)، اصل تفسیر قوانین کیفری به نفع متهم و اصل برائت از آنجایی است که اصل «تفسیر مضیق» ریشه در اصل «تفسیر به نفع متهم» و اصل اخیر ریشه در قاعده «قانونی بودن جرم و مجازات» و قاعده قانونی بودن جرم و مجازات ریشه در «اصل برائت» و اصل برائت نیز مبتنی بر قاعده «قیح عقاب بلا بیان» می باشد،<sup>۱۱</sup> بنابراین اصل منع تفسیر موسع قوانین کیفری، به نوعی به اصل تفسیر به نفع متهم و سایر موارد گفته شده برمی گردد و نمی تواند به عنوان دلیلی مجزاً لحاظ گردد. لذا با در نظر گرفتن قرابت مفهومی اصول یاد شده، تعدد دلیل در اینجا از توجیه مناسبی برخوردار نیست.

با امعان نظر به دلایلی که گذشت، فقدان عنوان مجرمانه و حکم به برائت در دادنامه شماره ۶۰ مورخه ۱۳۹۱/۱/۳۱، محل تأمل قرار می گیرد. لیکن در ادامه به منظور دستیابی به استدلال مناسب

۸. پرویز صانعی، حقوق جزای عمومی (تهران: انتشارات طرح نو، ۱۳۸۴)، ۱، ۱۱۵.

۹. همان، ۱، ۱۱۵-۱۱۶.

۱۰. میرمحمدصادقی، پیشین، ۱۹۵.

۱۱. محمدعلی اردبیلی، حقوق جزای عمومی (تهران: انتشارات میزان، ۱۳۸۴)، ۱۵۱.

برای پاسخ به موضوع این نوشتار، پس از تفکیک و جداسازی عناوین جرم انتقال مال غیر و معامله فضولی و همچنین بحث از ماهیت معامله معارض، عناوین مجرمانه احتمالی که می‌تواند ناظر به فعل ارتكابی فروشنده باشد، مورد تتبع و تحقیق قرار می‌گیرد.

### ۳- وجوه تمایز معامله فضولی از جرم انتقال مال غیر

اطلاق معامله فضولی و جرم انتقال مال غیر، از جمله فرضیه‌های هستند که اقدام فروشنده می‌تواند متصف به هر یک از آنها باشد، منتها تشخیص این امر، پیش از هر چیز، نیازمند تبیین وجوه تمایز معامله فضولی از جرم انتقال مال غیر است.

از دیدگاه حقوق دانان، معامله فضولی معامله‌ای است که کسی برای دیگری و بدون داشتن سمت نمایندگی، انجام می‌دهد. بر فردی که بدون سمت به معامله اقدام می‌نماید، اصطلاحاً فضول و برطرف معامله، اصیل و بر دیگری، غیر یا مالک اطلاق می‌شود.<sup>۱۲</sup>

دکتر سید علی حائری در دو قسم، معامله را در عنوان فضولی داخل دانسته است: الف) معامله غیر مالک بدون اجازه مالک و قانون؛ ب) معامله مالک در صورت عدم استقلال در تصرف که در این حالت نفوذ معاملات او منوط به اجازه غیر است. نظیر معامله سفیه در مال خود که صحت آن موقوف بر اجازه ولی می‌باشد.<sup>۱۳</sup>

با تأمل در تعریف معامله فضولی و مضمون ماده ۲۴۷ قانون مدنی،<sup>۱۴</sup> می‌توان گفت که مال غیر بودن موضوع معامله و غیر مآذون بودن معامل فضول از سوی مالک یا قائم مقام قانونی، دو رکن اساسی معامله فضولی محسوب می‌شوند؛ زیرا مبنای نمایندگی، اختیاری است که اصیل یا قانون‌گذار به نماینده برای تأثیرگذاری اراده او نسبت به دیگران می‌دهد تا با استفاده از این اثرگذاری بتواند قراردادی به نام اصیل منعقد نماید. اگر چنین اختیاری از پایه نمایندگی سلب شود آن را بی‌محتوا ساخته و از بین برنده نفوذ حقوقی عملی می‌گردد که شخص برای دیگری انجام می‌دهد. به تعبیری سمت نمایندگی

۱۲. حسن امامی، حقوق مدنی (تهران: انتشارات اسلامیة، بی‌تا)، ۱، ۲۹۹؛ ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها (تهران: نشر بهنشر، ۱۳۶۶)، ۲، ۱۱۲.

۱۳. سید علی حائری شاهباغ، شرح قانون مدنی (تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۶)، ۱، ۲۴۶.

۱۴. معامله به مال غیر جز به عنوان ولایت یا وصایت یا وکالت نافذ نیست ولو اینکه صاحب مال باطناً راضی باشد ولی اگر مالک یا قائم مقام او پس از وقوع معامله آن را اجازه نمود در این صورت معامله صحیح و نافذ می‌شود.

به فضولی تنزیل پیدا کرده و در مواردی نیز به مکافات تجاوز به حریم خصوصی مجازات می‌گردد.<sup>۱۵</sup> پس از شناخت معامله فضولی و ارکان آن، مناسب است نگاهی گذرا به جرم انتقال مال غیر داشته باشیم. انتقال مال غیر حسب قانون مصوب فروردین ماه ۱۳۰۸، کلاهبرداری به شمار آمده است.<sup>۱۶</sup> رکن قانونی این جرم را قانون مجازات راجع به انتقال مال غیر مصوب ۵ و ۸ فروردین ۱۳۰۸ تشکیل می‌دهد. با توجه به رأی وحدت رویه شماره ۵۹۴-۱۳۷۳/۹/۱ هیأت عمومی دیوان عالی کشور در ارتباط با قابل اعمال بودن مجازات مندرج در ماده یک قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷ مجمع تشخیص مصلحت نظام درباره مرتکبین جرم انتقال مال غیر، می‌توان چنین گفت که رکن قانونی جرم انتقال مال غیر، مرکب از قانون مصوب ۱۳۰۸ و ۱۳۶۷ است.<sup>۱۷</sup>

مستنبط از قانون راجع به مجازات انتقال مال غیر مصوب ۱۳۰۸، آن است که عمل مرتکب در این جرم، عبارت است از انتقال حقوقی عین یا منفعت مال<sup>۱۸</sup> متعلق به غیر، در قالب یکی از معاملات. در نتیجه با احتساب اینکه مرتکب جرم، انتقال‌گیرنده یا انتقال‌دهنده باشد، می‌توان از وی با عنوان معامل یا متعامل یاد کرد که بنا بر نوع معامله، ممکن است به عناوین گوناگون حقوقی، اعم از مشتری، بایع و ... متصف گردد.<sup>۱۹</sup>

برابر ماده یک قانون مصوب ۱۳۰۸، فقدان مجوز قانونی لازم برای انجام معامله، از سوی معامله‌کننده، از جمله شرایطی است که برای تحقق جرم انتقال مال غیر متصور می‌باشد؛ بنابراین هر قسم معامله‌ای که با مجوز قانونی و اختیار مالک حقیقی مال انجام شود؛ خارج از دایره شمول جرم انتقال مال غیر محسوب می‌گردد. در قانون سال ۱۳۰۸، بر شرط متقلبان و خلاف واقع بودن معامله تصریح شده است. تحقق وصف تقلبی بودن معامله، به این شیوه است که انتقال‌دهنده وانمود کند که مالک مال است یا از اختیار قانونی انجام معامله و انتقال مال غیر برخوردار است. به عبارتی، انتقال‌دهنده، خود

۱۵. ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ اعمال حقوقی (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳)، ۹۷.

۱۶. مهدی سالاری، کلاهبرداری (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۶)، ۴۸.

۱۷. اکبر وروایی، «جرم انتقال مال غیر»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی ۶۶ (۱۳۸۳)، ۸.

۱۸. از اطلاق رکن قانونی جرم و همچنین رویه قضایی می‌توان استنباط نمود که موضوع این جرم هر دو دسته از اموال منقول و غیرمنقول را شامل می‌شود. مرتضی محسنی و مرتضی کلانتریان. مجموعه نظرهای اداره حقوقی قوه قضائیه در زمینه مسائل کیفری (تهران: روزنامه رسمی، ۱۳۷۴)، ۲، ۳۰۵. اطلاق ماده قانونی و شمول این اطلاق به اموال غیرمنقول. توسط دیوان عالی کشور در آرای مختلفی مورد تأکید قرار گرفته است. نک: رأی شماره ۳۴۹۳ مورخ ۱۳۷۷/۷/۲۳ دیوان عالی کشور.

۱۹. همان، ۶-۱.

را به‌عنوان مالک معرفی کرده و معامله را با نام خود ایجاد کند نه با نام مالک مال.<sup>۲۰</sup> گرچه در قانون مجازات انتقال مال غیر، از علم معامل به نداشتن سمت برای انجام معامله - به عنوان شرط لازم برای تحقق جرم - ذکری به میان نیامده؛ مع الوصف، جهل به چنین موضوعی، می‌تواند از مصادیق جهل به حکم غیرکیفری که پایه حکم کیفری قرار می‌گیرد، به شمار رود که طبق اصول حاکم بر رکن روانی این جرم، چنین جهلی، علی‌الأصول نافی سوءنیت مجرمانه مرتکب و در نتیجه عدم تحقق جرم می‌باشد.<sup>۲۱</sup>

از این جهت که در جرم انتقال مال غیر، معامله متقلبانه برای خود معامل است و در معاملات فضولی، معامله برای صاحب مال انجام می‌گیرد<sup>۲۲</sup> اعم از اینکه با نام مالک، یا با نام خود فضول باشد،<sup>۲۳</sup> بدین سان وجه تمایز جرم انتقال مال غیر از معاملات فضولی، در قصد خاص یا قصد اضرار به غیر - که به عنوان عنصر رکن روانی جرم انتقال مال غیر قلمداد می‌شود - نهفته است.<sup>۲۴</sup>

در همین رابطه، مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه، در پاسخ به استعلامی اعلام نموده است که اگر خریدار علم به عدم مالکیت فروشنده داشته و با امید به اجازه مالک، عقد را منعقد نمایند عمل آنها عقد فضولی است، اما اگر فروشنده وانمود کند که مال خودش را می‌فروشد و معامله آنها به صورت قطعی و منجز انجام شود، انتقال مال غیر محسوب می‌شود.<sup>۲۵</sup> در حقیقت، ملاک «انگیزه مرتکب» با سوابق تأسیس عقد فضولی نیز سازگاری دارد و رعایت مصلحت مالک، وجهی است که بر مشروعیت عقد فضولی، تأثیر زیادی داشته است، بنابراین کسی که مال دیگری را برای خودش می‌فروشد و خواهان تحقق آثار عقد برای خود می‌باشد هرگز مصلحت مالک را در نظر ندارد<sup>۲۶</sup> و با احراز سوءنیت او، موضوع

۲۰. شعبه ۱۶ دیوان عالی کشور در رأی شماره ۵۶۵-۷۱/۱۱/۱۰ جهت نقض یکی از آرای تجدیدنظرخواسته در خصوص اتهام جرم انتقال مال غیر بیان داشته: «تابعاً، علم و سوء نیت متهم بر انتقال ملک غیر احراز نمی‌شود و متهم مرتکب وسایل متقلبانه نشده است». یدالله بازگیر، کلاهبرداری، اختلاس و ارتشاء در آرای دیوان عالی کشور (تهران: نشر حقوقدانان، ۱۳۷۶) ۴۷.

۲۱. «مشاور حقوقی املاک»، مشاور املاک رضا شافعی، ۱۴۰۱/۲/۲۵، <http://www.shafei.blogfa.com/post/16>

۲۲. بهرام بهرامی، معامله فضولی، انتقال مال غیر (تهران: چاپخانه روزنامه رسمی کشور، ۱۳۷۷)، ۳۳.

۲۳. مهدی رحمانی منشادی، «ماهیت معامله فضولی»، فصلنامه قانون یار ۸ (۱۳۹۷)، ۳۱۲-۲۹۳؟

۲۴. میرمحمدصادقی، پیشین، ۱۰۵.

۲۵. مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه، مجموعه نظریات فقهی در امور کیفری (تهران: نشر قضا، ۱۳۸۲)، ۲۴۱؛ عباس

زراعت، «بررسی رابطه عقد فضولی و انتقال مال غیر»، مطالعات اسلامی: فقه و اصول ۹۸ (۱۳۹۳)، ۸.

۲۶. همان، ۷.

جنبه کیفری یافته و مشمول عنوان جرم انتقال مال غیر می‌گردد. اما اگر انتقال دهنده مال غیر، حسن نیت داشته باشد، بدین معنی که معامله را برای مالک انجام دهد، عمل وی مشمول احکام عقد فضولی بوده و فاقد وصف کیفری است.

#### ۴- ماهیت معامله معارض

بحث از ماهیت معامله معارض از دیگر جنبه‌هایی است که با تشریح آن، اتخاذ رأی مناسب درباره اقدام فروشنده در به رهن سپاری سند رسمی ملک فروخته شده با سند عادی، میسر خواهد شد. در تعریف معامله معارض گفته شده است: «چنانچه مال مورد معامله با کسی، مجدداً با شخص ثالثی معامله شود، به طوری که اجتماع حقوق دو متعامل مقدور نباشد، معامله اخیر، معامله معارض است».<sup>۲۷</sup>

مستند حکم معاملات معارض، ماده ۱۱۷ قانون ثبت است که می‌گوید:

«هر کس به موجب سند رسمی یا عادی نسبت به عین یا منفعت مالی (اعم از منقول یا غیر منقول)، حقی به شخص یا اشخاص داده و بعد نسبت به همان عین یا منفعت، به موجب سند رسمی، معامله یا تعهدی معارض با حق مزبور بنماید، به حبس با اعمال شاقه از سه تا ده سال محکوم خواهد شد».

سؤالی که در اینجا مطرح است، مبنی بر این است که آیا سوءنیت، شرط تحقق بزه معامله معارض می‌باشد یا خیر؟

گلدوزیان در کتاب «بایسته‌های حقوق جزای عمومی» در همین رابطه می‌گوید:

«برای آنکه بتوان جرمی را منتسب به فردی نمود و او را در برابر انجام آن مجازات کرد علاوه بر عنصر قانونی، مبتنی بر پیش‌بینی رفتار مجرمانه در قانون و عنصر مادی جرم، شامل وقوع عمل در خارج، باید عمل مزبور از اراده مرتکب ناشی شده باشد؛ در واقع باید میان عمل و شخص عامل، رابطه روانی (رابطه ارادی) که شامل دو جزء سوءنیت عام و سوءنیت خاص است موجود باشد که آن را عنصر اخلاقی یا روانی می‌نامند».<sup>۲۸</sup>

در حقیقت، سوءنیت و یا به تعبیری اراده مجرمانه را می‌توان خواستن قطعی و منجز به انجام عمل یا ترک عملی دانست که قانون آن را نهی کرده است.<sup>۲۹</sup>

۲۷. محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق (تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۴)، ۴۰۶۸.

۲۸. ایرج گلدوزیان، بایسته‌های حقوق جزای عمومی (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۴)، ۱۷۹.

۲۹. رضا نوربها، زمینه حقوق جزای عمومی (تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۴)، ۱۷۵.



با لحاظ نکات یاد شده، به ضمیمه این مطلب که معامله معارض، جرمی عمومی است و در جرایم عمومی به جز موارد استثنایی، سوءنیت، شرط تحقق بزه می‌باشد؛ بنابراین در اکثریت قریب به اتفاق جرایم، از قبیل جرم موضوع ماده ۱۱۷، اثبات محکومیت، منوط به احراز سوءنیت است و در صورت فقدان علم و آگاهی مرتکب نسبت به جرم ارتكابی، عنوان جرم محقق نمی‌گردد. از همین رو، جرایم ماده ۱۱۷ قانون ثبت و شمول آن نسبت به یک موضوع، نیازمند اثبات آگاهی و علم مرتکب و سوءنیت وی نسبت به انجام تعهد اول و دوم است تا بتوان او را به استناد ماده ۱۱۷ قانون ثبت تحت تعقیب قرار داد و به مجازات رساند.

### ۵- عدم انطباق معامله فضولی بر فعل فروشنده

همواره باید عقد فضولی را یک استثنا به حساب آورد که برای رعایت مصلحت مالک، صورت می‌گیرد؛<sup>۳۰</sup> لذا در موضوع مورد بحث که فروشنده، بدون اطلاع خریدار، سند رسمی ملک فروخته شده به وسیله سند عادی را از بابت دینی که بر عهده دارد در رهن قرار می‌دهد، از آنجایی که حسن نیت نداشته و عمل او فارق از مصلحت خریدار بوده و در محدوده‌ای که قانون مدنی برای صدق عنوان معامله فضولی پیش‌بینی کرده است، به اجرا درنیامده، لذا مشمول عنوان معامله فضولی نمی‌گردد.

هرچند این صورت نیز متصور است که راهن به خاطر رعایت مصالح خریدار، ملک را در رهن قرار دهد، مثل اینکه بخواهد با به رهن‌گذارند سند رسمی در نزد بانک جهت اخذ وام، مبلغ دریافتی را صرف بهسازی ملک کند، البته اینکه اگر تصرف راهن به این شکل باشد، در واقع نسبت به مالی تعهد کرده که هیچ‌گونه سمتی در آن نداشته و بنا به انگیزه‌ای که دارد، معنون به عنوان معامله فضولی می‌شود؛ که در این صورت، استواری یا زوال عقد رهن، منوط به اجازه و رضایت مالک است که می‌تواند چنین معامله‌ای را باطل و یا تنفیذ نماید؛<sup>۳۱</sup> اما این حالتی است که خارج از فرض موردنظر نوشتار حاضر است و این نوشتار، فرض مرهونه واقع شدن ملک فروخته شده بدون اجازه خریدار و به نفع شخص فروشنده را مدنظر قرار داده است.

### ۶- انطباق معامله معارض یا جرم انتقال مال غیر بر فعل فروشنده

با عدم پذیرش انطباق معامله فضولی بر فعل فروشنده، آنچه این عمل ارتكابی را مردّد میان دو عنوان

۳۰. مصطفی عدل، حقوق مدنی (تهران: انتشارات امیر کبیر، ۱۳۴۲)، ۱۵۶.

۳۱. سیدحسن امامی، حقوق مدنی (تهران: انتشارات اسلامیة، بی‌تا)، ۱، ۲۹۸.

مجرمانه انتقال مال غیر و معامله معارض قرار می‌دهد، چیزی جز ملاک سوءنیت فروشنده نمی‌تواند باشد.

آنجایی که فروشنده، پس از فروش ملک با سند عادی و قولنامه‌ای، بدون اطلاع خریدار، سند رسمی همان ملک را در رهن قرار می‌دهد، معارض بودن این قسم معامله و انطباق آن با ماده ۱۱۷ قانون ثبت، ملاک احتمالی است که بایستی بدان پاسخ داد. در همین ارتباط، اینکه آیا اسناد عادی با اسناد رسمی از قابلیت معارضه برخوردارند یا خیر؟ سؤالی است که هرچند در بحث از بررسی آرا در ضمن مباحث پیشین، مورد اشاره قرار گرفت، اما این مختصر کافی نبوده و نیازمند تبیین بیشتر می‌باشد که در ادامه بدان پرداخته خواهد شد.

### ۶-۱- قابلیت معارضه اسناد عادی با اسناد رسمی

در مواردی که خریدار و فروشنده قصد معامله‌ای را دارند که هنوز مقدمات آن فراهم نشده است، قراردادی را می‌بندند و در ضمن آن تعهد می‌نمایند که در مهلت خاص و با شرایط معین، معامله را انجام دهند.<sup>۳۲</sup> طبق این بیان، سند عادی یا قولنامه، سندی است که حاکی از قرار و مدار طرفین امراضات بر انتقال، در امری مالی برای تعهد فعل معین با تنظیم سند و درج وجه التزام برای متخلف بوده که مفاد آن از لزوم برخوردار می‌باشد.<sup>۳۳</sup> دکتر شهیدی معتقدند که فروش مال غیر منقول بدون تنظیم سند رسمی نمی‌تواند باطل تلقی گردد، بلکه باید آن را به عنوان معامله صحیحی برشمرد، ایشان صحت این قبیل معاملات را مستند به دلایلی می‌دانند که اهم آنها در ادامه مطرح خواهد شد.

دلیل اول، استناد به اصل صحت: مطابق این اصل - که پشتوانه آن اصل مبنایی حاکمیت اراده انسان در اعمال حقوقی و نیز مصلحت ساده کردن معاملات و رواج و ثبات بخشیدن به آنها می‌باشد - هرگونه معامله‌ای که به وسیله طرفین انشا می‌شود، باید صحیح محسوب گردد، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود. اثبات خلاف این اصل، یعنی اثبات عدم اعتبار یک معامله، با دو جهت ارتباط پیدا می‌کند:

۱- جهت موضوعی ۲- جهت حکمی. در جهت موضوعی، باید وضعیت عینی معامله انشا شده، احراز گردد و در جهت حکمی، آنچه ضرورت دارد، این است که نص قانونی، به بی‌اعتباری معامله تصریح کرده باشد. در صورت فقدان هر یک از دو جهات یاد شده، مستفاد از اصل صحت، درستی قرارداد است. در به

۳۲. بهنام اسدی، «جایگاه فقهی و حقوقی معاملات معارض در حقوق موضوعی ایران»، فصلنامه قانون یار ۱۴ (۱۳۹۹)، ۳.

۳۳. جعفری لنگرودی، پیشین، ۴۰۶۸.

فروش رساندن مال با سند عادی، فرض این است که جهت موضوعی، یعنی انشای معامله بدون تنظیم سند رسمی، محرز است، لیکن از جهت حکمی، حکم به بطلان آن، نیازمند نص قانونی است، حال آنکه چنین نصی وجود ندارد و در هیچ‌یک از مقررات مربوطه، بی‌اعتباری و بطلان فروش مال غیرمنقول بدون تنظیم سند رسمی موضوعیت نیافته است.

دلیل دوم، تمسک به اطلاق مواد ۱۰۶<sup>۳۴</sup> و ۱۱۷ قانون ثبت و ۱۲۹۱ قانون مدنی؛<sup>۳۵</sup> دکتر شهیدی معتقدند که متبادر از اطلاق این مواد قانونی، امکان انتقال حقی نسبت به مال غیرمنقول بدون تنظیم سند رسمی است، به‌گونه‌ای که سند عادی می‌تواند انتقال حق را اثبات نماید.<sup>۳۶</sup>

دلیل سوم، مستند به ماده‌های ۱۹۱ و ۳۳۹ قانون مدنی، اصل حاکمیت اراده، مؤید صحت معامله با اسناد عادی است. طبق این اصل، هرگونه ماهیت حقوقی که در عالم اعتبار و حقوق، نشأت یافته از اراده دو طرف یک قرارداد باشد، هیچ مانعی از تأثیر این اراده نخواهد بود، مگر اینکه مانع مزبور برخاسته از یک مصلحت باشد، نظیر تأثیر اراده در معامله مربوط به مواد مخدر؛ بنابراین اگر از جنبه صحت اراده و نفوذ آن به موضوع نگریسته شود، مانعی از اعتبار فروش مال غیرمنقول بدون تنظیم سند رسمی نیست؛ بلکه باید آن را معامله صحیحی برشمرد که صرفاً پیش از ثبت رسمی، نزد محاکم دادگستری و ادارات دولتی، پذیرفته نیست؛ به عبارت بهتر، سند عادی از لحاظ ثبوت صحیح بوده، اما از نظر اثبات قابل پذیرش نمی‌باشد.

دلیل چهارم، تشریفات نبودن عقد بیع؛ عقد بیع یک عقد تشریفاتی نیست و به صرف ایجاب و قبول محقق می‌شود، بنابراین انتقال حقی نسبت به مال غیرمنقول (و از جمله حق مالکیت) با سند عادی ممکن است و این قسم سند می‌تواند حق مزبور را اثبات کند؛ بدهت این مطلب تا جایی است که اگر در قراردادی، مالک مال غیرمنقول، صرفاً متعهد به فروش آن مال به دیگری گردد، برای متعهدله نوعی

۳۴. مقررات فوق در مورد وارثی نیز جاری است که با علم به انتقال ملک از طرف مورث خود یا با علم به اینکه به نحوی از انحاء قانونی، از مورث او، سلب مالکیت شده است تقاضای ثبت آن ملک یا تقاضای صدور سند مالکیت آن ملک را به اسم خود کرده و یا مطابق قسمت اخیر ماده فوق پس از اخطار اداره ثبت رفتار نکند. در تمام این موارد علم وارث باید به وسیله امضا یا مهر و یا نوشته به خط او محرز شود.

۳۵. اسناد عادی در دو مورد اعتبار اسناد رسمی را داشته درباره طرفین و وراث و قائم مقام آنان معتبر است: (۱) اگر طرفی که سند بر علیه او اقامه شده است صدور آن را از منتسب الیه تصدیق نماید؛ (۲) هر گاه در محکمه ثابت شود که سند مزبور را طرفی که آن را تکذیب یا تردید کرده فی الواقع امضا یا مهر کرده است.

۳۶. شهیدی، «فروش مال غیرمنقول بدون تنظیم سند رسمی»، پیشین، ۳-۴.

حق عینی پدید می‌آید که هرچند این حق، حق مالکیت نیست، اما متعهدله می‌تواند با استناد به آن، متعهد را به فروش همان مال ملزم کند و نتیجه اینکه متعهد این اختیار را ندارد که بدون اذن متعهدله، مال را به دیگری منتقل کند یا نسبت به آن عمل حقوقی انشا کند که با تعهد پیشین منافات داشته باشد؛ بنابراین در صورت انشای خود عقد بیع توسط طرفین - که سبب انتقال مالکیت مبیع به خریدار است - غیر معتبر بودن تصرفات بعدی بایع روشن‌تر است.<sup>۳۷</sup>

با دریافت این نکته که معاملات منعقد شده با سند عادی، صحیح تلقی می‌شوند، وجه قابلیت معارضه آنها، ابهامی است که با دقت در مفاد ماده ۲۲ قانون ثبت، وضوح بیشتری می‌یابد، از مضمون این ماده که می‌گوید: «دولت فقط کسی را که ملک به اسم او ثبت شده و یا کسی که ملک مزبور به او منتقل گردیده و انتقال آن در دفتر املاک به ثبت رسیده، مالک خواهد شناخت»، نباید چنین تصور کرد که هر گونه ادعایی به استناد سند عادی در مقابل سند رسمی مالکیت، محکوم به بی‌حقی است؛ زیرا این عبارت در ماده ۲۲ صرفاً ثبت نخستین را شامل می‌شود و در خصوص ثبت‌های بعدی مالک شناخته شدن فرد، منوط به دو عمل مستقل است: در ابتدا بایستی ملک مزبور به وی انتقال پیدا کرده و دیگر اینکه، انتقال در دفتر اسناد ثبت گردد. در غیر این صورت، با ایجاد اخلال در هر یک از موارد گفته شده، مثل اینکه انتقال مطابق قانون نبوده یا اینکه انتقال دهنده، ملک غیر را انتقال داده، حتی با وجود صدور سند رسمی، سند مزبور قابلیت ابطال را دارد. اما تا زمانی که ابطال صورت نگرفته، قابل استناد و معتبر است.

این ماده تنها این موضوع را متذکر می‌شود که قرارداد دارای سند عادی، این قابلیت را ندارد که در ادارات و محاکم دولتی، مثبت مالکیت باشد<sup>۳۸</sup> و مادامی که این انتقال و معامله در دفتر اسناد رسمی، ثبت نشده، منحصرأ شخصی که در این دفاتر، ملک به نام او ثبت شده است، به عنوان مالک شناخته می‌شود.

ماده ۲۴ قانون ثبت که می‌گوید: «بعد از انقضای مدت اعتراض، دعوای اینکه در ضمن جریان ثبت، تضییع حقی از کسی شده پذیرفته نخواهد شد» همانند ماده ۲۲، فقط به ثبت نخستین مربوط می‌شود و در انتقالات و ثبت‌های بعدی با اثبات اینکه انتقال به درستی انجام نگرفته، می‌توان به استناد اسناد عادی، اسناد رسمی را ابطال کرد. در نهایت اینکه از دو ماده ۲۲ و ۲۴ قانون ثبت، به هیچ وجه، احراز

۳۷. مهدی شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، پیشین، ۸۱.

۳۸. عبدالله خدابخش، «تحلیلی دیگر از ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک»، مجله حقوق دادگستری ۷۱ (۱۳۸۹)، ۱۳.

بطلان معامله موضوع سند عادی انتقال مال غیرمنقول و عدم امکان ابطال سند رسمی قابل برداشت نمی‌باشد و در حقیقت، توجه مقنن صرفاً به خود ملک بوده نه معاملات راجع به آن.

اینکه قانون‌گذار با تصویب ماده ۴۶ قانون ثبت، بر عبارت «ثبت اسناد اختیاری است» تأکید داشته‌اند، در اصل، ثبت اسناد را الزام و اجبار ننموده و با وجود پذیرش «اصل اختیاری بودن ثبت اسناد»، معاملات راجع به عین یا منافع املاک ثبت شده و نیز معاملات ثبت شده در دفتر املاک رسمی را از اصل مذکور خارج ساخته‌اند. به‌علاوه، در ماده ۴۷ همان قانون نیز، برخی موارد ثبت اجباری با شرایط خاص بیان شده، لذا در خصوص اسناد مربوط به املاک، قانون «الزامی بودن ثبت» حاکم می‌باشد. در حقیقت نحوه نگارش ماده ۴۸ به شکلی بوده که زمینه را برای تفسیرهای متعدّد توسط دکترین حقوقی در خصوص ضمانت اجرای عدم ثبت در موارد اجباری فراهم نموده است.<sup>۳۹</sup>

این ظرافت در شیوه بیان مقنن می‌تواند دلیلی بر این گفته باشد که با توجه به زمان اندکی که بین تصویب قانون مدنی و قانون ثبت اسناد وجود دارد، قانون ثبت همچنان به اصول و قواعد حقوقی مندرج در قانون مدنی استمرار داشته و با عدم ارائه حکمی در باب معامله موضوع سند، در تشخیص صحت و یا بطلان آن، همچنان بر جریان قانون مدنی نظر دارد. با این اوصاف در مقام بررسی وضعیت حقوقی معامله موضوع سندی، اعم از عادی و رسمی، چاره‌ای جز رجوع و تفسیر قواعد مذکور در قانون مدنی وجود ندارد؛ زیرا در قانون ثبت، ماده‌ای وجود ندارد که بر وضعیت حقوقی این قبیل معاملات دلالت داشته باشد. اما در مقام بررسی میزان اعتبار خود این اسناد و امکان معارضه آنها، بایستی به قواعد مندرج در قانون ثبت مراجعه نمود. علت اجباری بودن ثبت اسناد معاملات املاک را می‌توان این‌گونه توجیه کرد که بر اساس ماده ۲۲ قانون ثبت، مالک شخصی است که انتقال ملک به او در دفتر اسناد ثبت گردیده باشد. چنانچه قانون‌گذار در ضمن ماده ۴۶، ثبت اسناد را مطلقاً اختیاری می‌دانست و به نوعی، معاملات و عقود مربوط به املاک را استثنا نمی‌کرد، این امکان وجود نداشت که قاطعانه، ملاک مزبور در ماده ۲۲، مبنی بر شناسایی مالک قانونی را اعمال نمود. از همین رو است که اسناد مربوط به معاملات ثبت نشده، در هیچ‌یک از ادارات و محاکم پذیرفته نیست؛ چون مستفاد از ماده ۲۲ قانون ثبت، دولت نمی‌تواند صاحبان آن اسناد را به عنوان مالک بشناسد. ماده ۶۲ قانون احکام دائمی توسعه، موضع دیگر قانون‌گذار است که مطابق مضمون آن، اسناد عادی در برابر اشخاص ثالث غیرقابل استناد

۳۹. منصور امینی، «نقش ثبت سند در بیع مال غیر منقول در حقوق فرانسه و قابلیت پذیرش آن در حقوق ایران»، نشریه تحقیقات حقوقی ۴۹ (۱۳۸۸)، ۲۳۷-۲۳۳.

بوده و از قابلیت معارضه با اسناد رسمی برخوردار نیستند؛ بنابراین کلیه عقود از جمله عقود مربوط به اموال غیرمنقول، با تحقق ایجاب و قبول واقع می‌گردند و صحت آنها، مشروط به عاملی دیگر، مانند ثبت رسمی سند نمی‌باشد. بلکه تنها نقشی که برای ثبت متصور است، نقش شکلی و اثباتی است. به این معنی که در ادارات و محاکم، معامله ثبت نشده، قابل استناد نبوده و به رسمیت شناخته نمی‌شود.<sup>۴۰</sup> با لحاظ مباحث مطروحه، در جایی که فروشنده، سند رسمی ملک فروخته شده با سند عادی را به رهن می‌گذارد، در فرضی که خریدار، از دادگاه، تقاضای خلع ید از ملک را داشته باشد، از آنجایی که ماده ۲۲ قانون ثبت، تنها شخصی را به عنوان مالک می‌شناسد که مالکیتش در دفتر اسناد به ثبت رسیده باشد، حکم این مسأله، علاوه بر اینکه از تصریح مقنن در ماده ۶۲ قانون احکام دائمی توسعه مصوب ۹۵ به دست می‌آید، از مواد قانونی دیگر به شرح ذیل، محرز می‌گردد.

الف: طبق مفاد ماده ۱۴۶ قانون اجرای احکام مدنی، اظهار حق شخص ثالث با استناد به سند عادی نمی‌تواند مانع از عملیات توقیفی گردد، بلکه مدعی برای اثبات ادعای خود و جلوگیری از عملیات اجرایی، بایستی به دادگاه شکایت نماید. دادگاه در صورت احراز قوت ادله شاکی تا تعیین تکلیف نهایی، به صدور قرار توقیف عملیات اجرایی اقدام می‌ورزد (ماده ۱۴۷ قانون اجرای احکام مدنی)؛ بنابراین چنانچه ادعای مدعی، مستند به سند رسمی و یا دلیل قطعی باشد، ارائه سند، موجب جلوگیری از عملیات توقیفی خواهد بود؛ اما سند عادی، برای توقیف این عملیات، فاقد اعتبار دانسته شده و اثرگذاری آن، منوط به رسیدگی دادگاه و حکم بر اعتبار آن می‌باشد. دقت در مضمون ماده ۱۴۶، همان حکم صریح ماده ۶۲ قانون احکام دائمی توسعه را می‌رساند.

ب: قانون‌گذار پس از احراز اعتبار اسناد عادی در ضمن ماده ۱۲۹۱، آنها را در حکم سند رسمی می‌داند. نظر اکثریت هیأت عالی نیز حاکی از آن است که اسناد عادی موضوع ماده ۱۲۹۱، اعتبار اسناد رسمی و تجاری لازم‌الاجرا را دارند، یعنی اینکه نمی‌توان در مورد آن اسناد اظهار انکار و تردید کرد و از حیث اثبات دعوا همانند اسناد رسمی و تجاری لازم‌الاجرا می‌باشند لیکن اینکه بگوییم از طریق اجرای ثبت قابل اجرا است و در مقام صدور قرار تأمین خواسته نیازی به پرداخت خسارت احتمالی نمی‌باشد، این‌گونه نیست.<sup>۴۱</sup> طبق مضمون ماده ۴۷، در نقاطی که اداره ثبت اسناد و املاک و دفاتر اسناد رسمی موجود بوده و وزارت عدلیه مقتضی بداند ثبت اسناد ذیل اجباری است: ۱- کلیه عقود و معاملات راجعه

۴۰. همان، ۲۳۱.

۴۱. «امور و دعاوی اداره اجرای اسناد رسمی»، دفتر وکالت و مشاوره حقوقی وکیل قانون.

به عین یا منافع اموال غیرمنقوله که در دفتر املاک ثبت نشده؛ ۲- صلح‌نامه و هبه‌نامه و شرکت‌نامه. در ماده ۴۸ با اشاره به متن ماده مذکور آمده است: «سندی که مطابق مواد فوق باید به ثبت برسد و به ثبت نرسیده، در هیچ‌یک از ادارات و محاکم پذیرفته نخواهد شد». در حقیقت، قانون‌گذار در مواد قانونی ۴۷ و ۴۶، به دنبال این نبوده که اسناد عادی را فاقد اعتبار جلوه دهد، آنچه در ماده ۴۸ مورد توجه قانون‌گذار واقع شده است، سند معامله است نه خود معامله. به این ترتیب در مقام تفسیر ماده ۴۸ قانون ثبت، چنین برداشت می‌شود که قانون‌گذار صرفاً به سند ثبت نشده معامله غیرمنقول از جهت محدود کردن حجیت و آثار آن عنایت داشته، نه اینکه هدف، سلب اعتبار از معامله تنظیم یافته با سند عادی باشد.<sup>۴۲</sup> به عبارت دیگر، در اینجا، منظور عدم قابلیت احراز اسناد عادی به‌عنوان مدرک و دلیل معتبر است.

قابل توجه است که ماده ۶۲ قانون احکام دائمی توسعه، به موازات ماده ۴۸ قانون ثبت، تصویب گشته است؛ زیرا ماده ۴۸، موضوع عدم قابلیت اسناد عادی معاملات غیرمنقول را برای استناد در محاکم و ادارات تشریح نموده، حال آنکه ماده ۱۶۲ برای معاملات انجام گرفته با سند عادی، سه‌گونه وضعیت، اعم از ارائه سند در روابط میان طرفین قرارداد، ارائه سند در محاکم و ادارات دولتی و ارائه سند در محاکم قضایی را مدنظر داشته است.<sup>۴۳</sup>

ج: مشابه همین حکم، از ماده ۹۶ آیین‌نامه اجرای اسناد رسمی نیز به دست می‌آید. بر اساس بند ۲ این ماده، اگر شخص ثالث نسبت به مال بازداشت شده، به موجب سند رسمی مقدم بر تاریخ بازداشت، حقی را ادعا نماید، از مزایده مال موردنظر، جلوگیری به عمل آورده می‌شود. قانون‌گذار در بند ۴ یادآور شده است در صورتی که سند عادی باشد، مدعی فقط با ارائه حکم دادگاه مبنی بر احراز حقایق خود، می‌تواند از اجرای عملیات مزایده، ممانعت به عمل آورد.<sup>۴۴</sup>

د: شاهد دیگر این ادعا، مضمون ماده ۷۲ قانون ثبت است که تلویحاً از اعتبار محدود سند عادی حاکی از وقوع معامله نسبت به اموال غیرمنقول حکایت دارد. بر اساس مضمون این ماده «کلیه معاملات راجعه به اموال غیرمنقوله که بر طبق مقررات راجعه به ثبت املاک ثبت شده است نسبت به طرفین معامله و قائم مقام قانونی آنها و اشخاص ثالث، دارای اعتبار کامل و رسمیت خواهد بود». این

۴۲. اسدی، پیشین، ۳.

۴۳. مهدی شهیدی، «فروش مال غیرمنقول بدون تنظیم سند رسمی»، پیشین، ۷۶.

۴۴. رحیم پیلوار و حاتمه صفری، «نگاهی نو به اعتبار اسناد عادی راجع به اموال غیرمنقول با تأکید بر یک رأی»، فصلنامه رأی: مطالعات آرای قضایی ۲۸ (۱۳۹۸)، ۱۴-۸.

ماده مفهوم مخالف وصف را القا می‌کند، با این بیان که معامله ثبت نشده مال غیرمنقول دارای حجیت و اعتباری غیرکامل است؛ زیرا در غیر این صورت، قید کامل زائد بوده و البته هرگز نمی‌توان زیاده‌گویی را به قانون‌گذار منتسب نمود. همچنین است ماده ۹۳ قانون ثبت<sup>۴۵</sup> که مفهوم مخالفی را به ذهن متبادر می‌سازد، مبنی بر اینکه اسناد عادی، به کمک رأی قضایی و به‌طور غیرمستقل می‌تواند لازم‌الاجرا شود.<sup>۴۶</sup>

مستخرج از مواد قانونی مذکور، اینکه دولت فقط کسی را که ملک به نام وی در دفاتر اسناد به ثبت رسیده باشد به عنوان مالک و صاحب امتیاز شناخته و اسناد عادی معاملات غیرمنقول، فاقد قابلیت استناد در محاکم و ادارات می‌باشند، در موضوع مورد بحث، - یعنی فروش ملک به خریدار با تنظیم سند عادی و به‌گرو گذاردن سند رسمی همان ملک به‌وسیله فروشنده - نخست دال بر بی‌اعتباری سند عادی موجود در دست خریدار نبوده، دوم اینکه از شمول ماده ۱۱۷ قانون ثبت و اطلاق معامله معارض بر این قسم معامله، ممانعت به عمل نمی‌آورد و کافی است که سند عادی مزبور، به صلاحدید دادگاه، لازم‌الاجرا شناخته شود. البته این حکم در جایی است که تنظیم سند عادی، پیش از تنظیم سند رسمی همان ملک انجام گرفته باشد و پس از معامله ملک با سند عادی، فروشنده سند رسمی ملک را تدوین نموده و به رهن ملک مبادرت ورزد. علت اختلاف حکم مسأله با توجه به اجباری شدن ثبت اسناد، در تاریخ ۱۳۵۱/۸/۱۰ هیأت عمومی دیوان عالی کشور طی حکم شماره ۴۳، روشن می‌شود که مطابق آن، معامله به ملک دارای سند رسمی به موجب سند عادی را خارج از مجازات مقرر در ماده ۱۱۷ دانسته است. از همین رو چنانچه خریدار با وجود سند رسمی ملک، به تملک آن با تنظیم سند عادی مبادرت ورزد، سپس فروشنده بدون اطلاع خریدار، سند رسمی را در رهن قرار دهد، به استناد رأی اداره حقوقی، در طی پرونده شماره ۷/۲۱۷، تاریخ ۹۱/۲/۹، این عمل مشمول ماده ۱۱۷ نبوده و با ماده ۸ قانون انتقال مال غیرمصوب ۱۳۰۸ منطبق است.

## نتیجه‌گیری

علی‌رغم گوناگونی آرای ناظر بر فعل فروشنده، در به رهن‌گذاری سند رسمی ملکی که پیش‌تر از طریق سند عادی مورد معامله قرار داده است، پاسخ به جرم‌انگاری مسأله مورد بحث، جز با تبیین وجوه افتراق

۴۵. «کلیه اسناد رسمی راجع به معاملات املاک ثبت نشده مستقلاً و بدون مراجعه به محاکم لازم‌الاجرا است».

۴۶. شهیدی، فروش مال غیرمنقول بدون تنظیم سند رسمی، پیشین، ۱۳-۵.



معامله فضولی از جرم انتقال مال غیر و امکان‌سنجی معارضه سند عادی با سند رسمی میسر نیست. نظر به این مطلب که عنصر اصلی تمایز معامله فضولی از جرم انتقال مال غیر، در قصد خاص یا قصد اضرار به غیر نمود پیدا می‌کند، لذا در جایی که فروشنده بدون اطلاع خریدار و فارغ از سند عادی فروش ملک به او، به هر علت، خواه اخذ وام و تسهیلات از بانک باشد و یا از بابت اموری دیگر، سند رسمی همان ملک را به عنوان گرو قرار دهد، احراز قصد و انگیزه اضرار به غیر و سوءنیت او، ملاکی است که استناد به آن، نافی تصرف فروشنده به نحو فضولی می‌باشد. از سوی دیگر، با مدنظر قرار دادن اجباری شدن ثبت اسناد، بسته به اینکه سند عادی چه زمانی تدوین یافته، در تحقق عنوان ارتكابی اثرگذار است؛ چنانچه در زمانی که ملک به فروش رفته، فاقد سند رسمی بوده و فروشنده پس از آن، به تنظیم سند رسمی مبادرت ورزیده، موضوع می‌تواند مصداقی از مصادیق ماده ۱۱۷ قانون ثبت مبنی بر معامله معارض باشد که به موجب آن، فروشنده به حبس با اعمال شاقه از سه تا ده سال محکوم خواهد شد؛ اما اگر با وجود سند رسمی ملک مورد معامله، این انتقال به وسیله سند عادی صورت پذیرد، عمل ارتكابی فروشنده، از شمول ماده ۱۱۷، خروج موضوعی داشته و تحت عنوان جرم انتقال مال غیر و ترتب مجازات کلاهبرداری، قابل پیگرد است.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

## منابع و مآخذ

- ابن ابی جمهور احسائی، محمد بن علی. عوالی اللئالی العزیزیه. ویرایش سوم. قم: دار سیدالشهداء للنشر، ۱۳۸۴.
- اردبیلی، محمدعلی. حقوق جزای عمومی. ویرایش دوم. تهران: انتشارات میزان، ۱۳۸۴.
- اسدی، بهنام. «جایگاه فقهی و حقوقی معاملات معارض در حقوق موضوعی ایران». فصلنامه قانون یار ۱۴ (۱۳۹۹): ۳.
- امامی، سید حسن. حقوق مدنی. ویرایش چهارم. تهران: انتشارات اسلامیة، بی‌تا.
- امینی، منصور. «نقش ثبت سند در بیع مال غیر منقول در حقوق فرانسه و قابلیت پذیرش آن در حقوق ایران». نشریه تحقیقات حقوقی ۴۹ (۱۳۸۸): ۲۲۷-۲۳۳.
- بازگیر، یدالله. کلاهبرداری، اختلاس و ارتشاء در آرای دیوان عالی کشور. ویرایش سوم. تهران: نشر حقوقدانان، ۱۳۷۶.
- بهرامی، بهرام. معامله فضولی، انتقال مال غیر. ویرایش اول. تهران: چاپخانه روزنامه رسمی کشور، ۱۳۷۷.
- پژوهشگاه قوه قضائیه، سامانه ملی آرای قضایی، «رهن گذاشتن ملک بعد از فروختن آن به غیر»، ۱۴۰۱/۲/۲۵.
- <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/6240>
- پیلوار، رحیم و حاتمه صفری. «نگاهی نو به اعتبار اسناد عادی راجع به اموال غیر منقول با تأکید بر یک رأی». فصلنامه رأی: مطالعات آرای قضایی ۲۸ (۱۳۹۸): ۱۴-۸.
- 10.22106/JCR.2018.98848.1219
- جعفری لنگردی، محمدجعفر. ترمینولوژی حقوق. ویرایش سوم. تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۴.
- حائری شاهباغ، سید علی. شرح قانون مدنی. ویرایش اول. تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۶.
- خدابخشی، عبدالله. «تحلیلی دیگر از ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک». مجله حقوق دادگستری ۷۱ (۱۳۸۹): ۱۳.
- دفتر وکالت و مشاوره حقوقی وکیل قانون. «امور و دعاوی اداره اجرای اسناد رسمی». ۱۴۰۰/۱۰/۴. <http://sanadrasmiblogfa.com/post/85>
- رحمانی منشادی، مهدی. «ماهیت معامله فضولی». فصلنامه قانون یار، ۸ (۱۳۹۷): ۳۱۲-۲۹۳.
- زراعت، عباس. «بررسی رابطه عقد فضولی و انتقال مال غیر». مطالعات اسلامی: فقه و اصول، ۹۸ (۱۳۹۳): ۸.
- سالاری، مهدی. کلاهبرداری. ویرایش سوم. تهران: نشر میزان، ۱۳۸۶.
- شهیدی، مهدی. تشکیل قراردادهای و تعهدات. ویرایش دوم. تهران: نشر حقوقدان، ۱۳۷۷.
- شهیدی، مهدی. «فروش مال غیرمنقول بدون تنظیم سند رسمی». ماهنامه قانون، ۱ (۱۳۸۸): ۴-۳.
- صانعی، پرویز. حقوق جزای عمومی. ویرایش اول. تهران: انتشارات طرح نو، ۱۳۸۴.
- طاهری، حبیب‌الله. حقوق مدنی. ویرایش دوم. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۸ ه.ق.
- عدالت سرا، «به رهن گذاشتن ملک فروخته شده»، ۱۴۰۱/۲/۲۶.
- <https://edalatsara.com/mortgaging the property after the seller has set up a lease>
- عدل، مصطفی. حقوق مدنی. ویرایش هفتم. تهران: انتشارات امیر کبیر، ۱۳۴۲.
- کاتوزیان، ناصر. دوره‌ی مقدماتی حقوق مدنی؛ اعمال حقوقی. ویرایش دوم. تهران: شرکت سهامی انتشار،

۱۳۸۳.

- کاتوزیان، ناصر. قواعد عمومی قراردادها. ویرایش چهارم. تهران: نشر بهنشر، ۱۳۶۶.
- گلدوزیان، ایرج. بایسته‌های حقوق جزای عمومی. ویرایش دوازدهم. تهران: نشر میزان، ۱۳۸۴.
- محسنی، مرتضی و مرتضی کلانتریان. مجموعه نظرهای اداره حقوقی قوه قضائیه در زمینه مسائل کیفری. ویرایش دوم. تهران: روزنامه رسمی، ۱۳۷۴.
- مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه. مجموعه نظریات فقهی در امور کیفری. ویرایش اول. تهران: نشر فضا، ۱۳۸۲.

- مشاور املاک رضا شافعی، «مشاور حقوقی املاک»، ۱۴۰۱/۲/۲۵،

<http://www.shafei.blogfa.com/post/16>

- میرمحمدصادقی، حسین. حقوق کیفری اختصاصی، جرایم علیه اموال و مالکیت. ویرایش سی و یکم، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۹.
- نوربها، رضا. زمینه حقوق جزای عمومی. ویرایش سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۴.
- وروایی، اکبر. «جرم انتقال مال غیر». مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی ۶۶ (۱۳۸۳): ۸.

